

קשיים ובעיות שהמוסד "דיון נוסף" בבית-המשפט העליון

מעורר ותהיות בדבר נחיצותו

רפי מזרחי*

בְּשֵׁרְתִי צָדֵק בְּקֶהֱל רַב

הִנֵּה שְׁפָתִי לֹא אֶקְלָא

יְהִי אִתָּה יְדַעַת.¹

מאמר זה דן מנקודת-מבט רחבה, סדורה וביקורתית במוסד הדיון הנוסף בבית-המשפט העליון – מוסד שבמסגרתו בית-המשפט העליון פוסק את דינו שנית באותו עניין, במותב מורחב, כאשר נדרש בירור בסוגיה הלכתית. הורתו ולידתו של מאמר זה בהעדר תשתית רעיונית מוצקה באשר למטרותיו של מוסד הדיון הנוסף, ועוד יותר מכך בהעדר חשיבה מחודשת על נחיצותו של מוסד זה במשפט המדינה דהיום לנוכח הקשיים והבעיות הטמונים בו.

בחלקו הראשון יסקור המאמר את הרקע הנורמטיבי של מוסד הדיון הנוסף, החל בשורשיו ההיסטוריים כפי שהתקבעו עוד בתקופת השלטון העות'מאני והבריטי בארץ, שאז יכלו תושבי הארץ לעתור על החלטות של בית-המשפט העליון לבית-הדין הגבוה של האימפריה, ועד לגלגוליו החקיקתיים בימינו ותכליתו המסתברת מפסיקת בית-המשפט העליון ומהספרות, לעומת התכלית שהציב המחוקק בשלבי

* עורך-דין; בוגר הפקולטה למשפטים (בהצטיינות), הקריה האקדמית אונו, ובעל תואר ראשון במנהל עסקים; משרת במשטרת ישראל בתפקיד חוקר בכיר במחלק רצח ביחידה המרכזית במחוז המרכז, ומומחה תוכן בעברות לפי חוק איסור הלבנת הון.

תודתי העמוקה נתונה לחברי היקר עו"ד יוסף חמו על הסיוע הלשוני והערותיו מאירות-העיניים, אשר שיפרו את המאמר באורח ניכר. תודות נוספות לעורכות ולעורכים של כתב-העת **משפט וממשל** על הערותיהם הענייניות, המדויקות והמועילות לשיפור המתודולוגיה במאמר. תודה מיוחדת נתונה גם לעורך הלשוני גיא פרמינגר על עבודתו הקפדנית והמקצועית כאחד, אשר תרמה רבות לתצורת המאמר המובאת כאן לפני הקורא.

אשמח לקבל הערות והארות בכל הנוגע ברעיון המובא במאמרי זה לתיבת הדוא"ל שלי בכתובת rafi301272@gmail.com.

חקיקתו, אז ראה בו האחרון מעין ערעור נוסף. סקירה זו תהווה כעין מבוא שישמש לקורא מפת דרכים לתיאוריות ולהיגיון המונחים בבסיס המאמר.

בטבורו יבקש המאמר לפרוש שורה של קשיים ובעיות מתודולוגיות שהדיון הנוסף יוצר, וזאת על רקע עתירות שנדונו במסגרת זו. עם קשיים ובעיות אלו נמנים הכרסום שחל במעמדו של הדיון הנוסף כהליך חריג; השלכותיו הקשות על עקרונות סובסטיביביים, כגון עקרון סופיות הדיון ועקרון אמון הציבור במערכת המשפט; העדר האפקטיביות של הלכות שנפסקו בדיון הנוסף, בשל ההתנגשות של תכליותיו עם התכליות של עקרון התקדים המחייב; ולבסוף ההשלכות הקשות של פסקי-דין שניתנו בדיון נוסף בהליכים פליליים, בעיקר בראי מבחן הספק הסביר להרשעה.

את חלקו האחרון של המאמר – גולת כותרתו – אקדיש להצעת פתרון חלופי, ישים ומעשי לקשיים ולבעיות שמוסד זה מעורר. על בסיס הסתכלות מחודשת וביקורתית על נחיצותו של מוסד הדיון הנוסף במשפט המדינה בעידן המודרני, אציע לבטל מוסד זה ולעשות שימוש מוגבר – מקום שהדבר נדרש – באפשרות להגדיל את המותב בבית-המשפט העליון, בין מלכתחילה ובין במהלך הדיון עד למתן פסק-הדין.

המאמר מבקש לשלב בין תיאוריה לפרקטיקה ובין רטוריקה לשיח ביקורתי, והוא נשען, בין היתר, על ספרות משפטית רחבה, על ראיות ונתונים עדכניים ממחקרים אמפיריים, וכן על תורת המשפט המכונה "הריאליזם של המשפט". כל אלה מקדמים הרהורים אופטימיים וריאליים לטובת מעבר לשימוש יעיל במנגנונים הקבועים בחקיקה הראשית להגדלת המותב בבית-המשפט העליון, חלף השיטה הקיימת של התדיינות נוספת – במסגרת דיון נוסף – על אלה שכבר מתקיימות ממילא בדמות ערעורים בזכות וברשות.

מבוא. א. על-אודות מוסד הדיון הנוסף: 1. דיון נוסף בפרספקטיבה נורמטיבית; 2. תכליתו המסתברת של הדיון הנוסף. **ב. על הקשיים והבעיות שמוסד הדיון הנוסף מעורר:** 1. כרסום במעמדו הייחודי של מוסד הדיון הנוסף כהליך חריג; 2. פגיעה בעקרון סופיות הדיון; 3. פגיעה בעקרון אמון הציבור; 4. העדר אפקטיביות של הלכות שנפסקו בדיון נוסף; 5. בעיות עמוקות המתעוררות בדיון נוסף פלילי. **ג. הצעה לתיקון המצב המשפטי הקיים:** 1. פתרון אינהרנטי בדיון – הרחבת מותבים; 2. פרדיגמה תומכת-פתרון – ריאליזם משפטי. **ד. סיכום ומסקנות.**

מבוא

מאמר זה סב סביב ההליך המשפטי המכונה "דיון נוסף", אשר יכול להיוולד, לחיות ולסיים את דרכו אך ורק בין כתליו של בית-המשפט העליון.² מדובר בהליך שנודע על-פי כל כחריג שבחריגים, כנדיר שבנדירים, אשר מתקיים בהרכב מורחב ומיועד ביסודו לערוך דיון נוסף בשאלה הלכתית עקרונית שכבר לובנה והוכרעה בפסק-דין שנתן בית-המשפט העליון.

חלקו הראשון של המאמר יתמקד בהתפתחות התשתית הנורמטיבית של מוסד הדיון הנוסף, החל בתקופה העות'מאנית והמשך בתקופת המנדט הבריטי בארץ-ישראל. בתקופות אלו היה אפשר לערער על פסקי-הדין של בית-המשפט העליון בארץ-ישראל בדרך של עתירה למוסד השיפוטי העליון באותן אימפריות – לבית-המשפט העליון בקושטא (היא איסטנבול), בירת האימפריה העות'מאנית, ולאחריו לבית הלורדים בלונדון, בירת בריטניה. תכליתן של אותן עתירות הייתה אז שמירה על יציבות והאחדת הדין בכל השטחים שנשלטו על-ידי אותן מעצמות.³ הליכים אלו הכו כאן שורש, וניצניהם נבטו כעשור שנים לאחר הקמת מדינת-ישראל בדמות חקיקתו של מוסד הדיון הנוסף, אשר נהפך בשנת 1957 לפרי בשל באילן משפט המדינה. תכליתו של הדיון הנוסף תיבחן תחילה באמצעות רוח הצעות החוק השונות בדרך לחקיקת הנורמות המסדירות אותו, ובהמשך באמצעות פסיקותיו של בית-המשפט העליון בכל הנוגע בפרשנות שיש ליתן למוסד זה וכן דרך דבריהם של מלומדים בספרות. כבר בעקבות הניתוח בחלקו הראשון של המאמר יתעוררו בליבו של הקורא תהיות שונות: האם אותה תכלית של יציבות והאחדת הדין, כפי שביקשו המעצמות אז להשיג, רלוונטית למדינה עצמאית שייסדה על אדניה מערכת שיפוט עצמאית? האם לאחר אימוצו של מוסד הדיון הנוסף למשפט המדינה – כעשור לאחר כינונו – אכן התעורר בדיעבד צורך ממשי בנחיצותו? והאם ראוי כי אותה ערכאה שפסקה תשוב לפסוק שנית באותו עניין בדיוק?

בחלקו השני והמרכזי של המאמר יוצגו שורה של קשיים ובעיות שמוסד הדיון הנוסף מעורר בשיטת משפטנו. בתוך אותה הצגה "יוקרנו" פסקי-דין בדיון נוסף בנייתוח רלוונטי, תוך הבאת ציטוטים רלוונטיים ממקורות משפטיים מגוונים שמטרתם לעורר ולקרב את הקורא, עד כמה שניתן, אל לב-ליבן של הסוגיות הנדונות, לפי שאין טוב ממראה עיניים. הקושי הראשון הוא הכרסום שחל במעמדו של מוסד הדיון הנוסף כהליך ייחודי ויוצא-דופן בנוף המשפט – כזה המתאפשר רק אם מתקיימים תנאי-סף בדין, דוגמת זה המאפשר לקיימו רק ב"ענין שפסק בית המשפט העליון בשלושה..."⁴ כך, באמצע שנות התשעים נעתר בית-המשפט העליון לבקשה לקיים דיון נוסף בעניין שבו פסק בחמישה שופטים. הדבר נטע תחושת זילות במעמדו של הדיון הנוסף, עד כדי כך שבשנת 2014 נאלץ נשיא בית-המשפט העליון להדוף כוונה אמיתית להגיש עתירה לדיון נוסף על פסק-דין שניתן בהליך של דיון נוסף בהרכב של שבעה שופטים. בסוף חלק זה אציג נתונים

2 ס' 30 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984 (להלן: חוק בתי המשפט).

3 גבריאל הלוי **תורת הדיון האזרחי** כרך ד 368–369 (מהדורה מותאמת לתקנות סדר הדיון האזרחי, התשע"ט–2018, 2019).

4 ס' 18 לחוק-יסוד: השפיטה.

אמפיריים על הליכי הדיון הנוסף בעשורים האחרונים, המלמדים על עלייה תלולה במספר העתירות המוגשות לקיום דיון נוסף. מגמה זו מצביעה על מדרון חלקלק שגורם להשתת עומס רב על בית-המשפט העליון ומעורר תהיות לגבי תכליתו של הדיון הנוסף בעיני העותרים – לספק להם הליך ערעור נוסף. מטבע הדברים, ככל שעתירות רבות יותר לקיום דיון נוסף יתקבלו, יוביל הדבר לכרוסום נוסף במעמדו של המוסד, שכן כבר לא נוכל לדבר על ייחודו, חריגותו ונדירותו.

הקושי השני הוא פגיעתו של הדיון הנוסף בעקרון-יסוד בשיטת משפטנו, הוא עקרון סופיות הדיון, שלפיו פסק-דינו של בית-המשפט העליון הוא סופי ומוחלט, ושם קץ להתדיינות בין הצדדים. דיון נוסף מהווה אומנם חריג בדין לעיקרון זה, אך כבר מקריאת הדין – "ענין שפסק בו בית המשפט העליון בשלושה, רשאי הוא להחליט, עם מתן פסק דינו, שבית המשפט העליון ידון בו דיון נוסף בחמישה או יותר"⁵ – עולה סתירה אינהרנטית, שהרי חזקה כאמור על פסק-דינו של בית-המשפט העליון שהוא צודק, מכריע וסופי. אם כך, כיצד ייתכן שמיד לאחר שהוציא מתחת ידו את פסק-דינו מחליט המותב עצמו לדון בו שוב? המאמר ינסה לשכנע כי הפגיעה בעקרון סופיות הדיון מתחדדת במקרים שבהם מתקיימים במצטבר שני מאפיינים: הראשון, שהרשות לקיים דיון נוסף ניתנה לגבי פסק-דין שניתן פה אחד בבית-המשפט העליון, ולא פעם במקרה שבו גם בית-המשפט המחוזי פסק כמותו, לעיתים אף הוא פה אחד; והשני, שבמסגרת אותו דיון נוסף פסק-הדין מתהפך, לעיתים אף על חודו של קול. על כל אלה יש להוסיף שההליכים בין פסק-הדין בבית-המשפט העליון ועד לפסק-הדין בדיון הנוסף נגררים לא פעם שנים רבות. על כך ישאל השואל: מדוע נדרש דיון נוסף על פסק-דין של הבית העליון שניתן פה אחד? ומי לדינו יתקע כי תוצאת פסק-הדין בדיון הנוסף – המגיע בגלגול שלישי ולעיתים רביעי – צודקת ונכונה יותר? האין בכך פגיעה קשה ולא-מידתית בעיקרון החיוני של סופיות הדיון?

הקושי השלישי הוא הפגיעה הקשה של הדיון הנוסף בעיקרון משפטי סובסטנטיבי נוסף, והוא עקרון אמון הציבור במערכת המשפט, המהווה נכס יקר וחיוני שיש לרשות השופטת במדינה דמוקרטית. המאמר ינסה להוכיח כי יש שלושה סממנים אפשריים לדיון נוסף שעלולים להביא עימם השלכות קשות על אמון הציבור במערכת המשפט בכלל ובבית-המשפט העליון בפרט. ראשית, פסק-הדין בדיון הנוסף הופך לא פעם את פסק-דינה הקודם של אותה ערכאה – בית-המשפט העליון. ודוק, לעיתים נמצא כי פסק-הדין בדיון הנוסף הופך פה אחד את פסק-הדין מושא הדיון הנוסף, אשר ניתן גם הוא פה אחד. שנית, לא פעם נמצא כי שופטי המותב בדיון הנוסף שישבו במותב הקודם בחרו להפוך את דעתם. יתר על כן, לא פעם שופטים שהפכו את דעתם בדיון הנוסף נימקו את החלטתם בנימוקים משונים שקשה להעלותם על הדעת, והיו אף שהגדילו והפכו את פסק-דינם ללא כל נימוק. בהקשר זה יש להביא בחשבון שעקרון ההנמקה מהווה יסוד מרכזי באמון שהציבור רוחש לבית-המשפט. שלישית, לא אחת פסקי-הדין בדיון הנוסף ניתנים בחלוף

5 ס' 30(א) לחוק בתי המשפט.

שנים ממועד מתן פסק-דינו של בית-המשפט העליון מושא הדיון הנוסף, והדבר עולה כדי עינוי דין.

הקושי הרביעי הוא העדר האפקטיביות של חלק מפסקי-הדין שניתנו בדיון נוסף. כלומר, אף שפסק-דין הניתן בדיון נוסף נקשר לסוגיה הלכתית שיש להסדירה במטרה לסמן את נתיב ההלכה הצודקת והנכונה, לא פעם פעל בית-המשפט העליון בניגוד להלכה שנפסקה בדיון נוסף. על כך ישאל השואל ובצדק: במה הועיל אפוא הדיון הנוסף אם הוא לא סימן באופן ברור, חד והחלטי את ההלכה בסוגיה שבה דן? בהקשר זה ינסה המאמר להראות כיצד עקרון התקדים המחייב – שאינו מחייב כלל את בית-המשפט העליון⁶ – מיתר במובן מסוים את הצורך בדיון נוסף או למצער מתנגש חזיתית עם הרציונל המוסדי של דיון נוסף בדבר הצורך לקבע הלכה לעתיד.

הקושי החמישי והאחרון נוגע בבעיות-יסוד עמוקות המתעוררות בדיון נוסף פלילי דווקא, שבו מטבע הדברים אנו עוסקים בדיני נפשות. המאמר ינסה לתאר את בעיית ההרשעה הפלילית בדיון נוסף פלילי בעיקר בראי מבחן הספק הסביר. בעיה זו מתעוררת, לדוגמה, כאשר נאשם מורשע בדיון נוסף בדעת רוב על חודו של קול, לאחר שזוכה קודם לכן במסגרת ערעורו לבית-המשפט העליון, או במצב דברים שבו אדם מורשע בדיון נוסף בעוד בחינת ההתפלגות של עמדות השופטים בשני פסקי-הדין שניתנו בעניינו בבית-המשפט העליון – בערעור ובדיון הנוסף – מלמדת שיש דווקא רוב לזיכויו. קשיים אלו ואחרים עולים וצפים במלוא חריפותם כאשר הנאשם מורשע במסגרת דיון נוסף בעברת רצח, הנושאת מאסר-עולם-חובה, שאז הם מעוררים תחושה קשה של ספק ממשי וחריף בהרשעתו.

בחלק השלישי של המאמר תובא הצעה לתיקון המצב המשפטי הקיים – לנוכח הקשיים והבעיות שהדיון הנוסף מעורר, כאמור – בדמות פתרון חלופי הולם ומעשי הכולל שני שלבים מקבילים: ביטולו של מוסד הדיון הנוסף בד בבד עם הגברת שימוש מושכל ואינהרנטי בנורמה המאפשרת לקבוע מותב רחב יותר ממותב תלתא בבית-המשפט העליון, בין לפני תחילת הדיון ובין לאחר תחילתו.⁷ פתרון אינהרנטי זה, שיעילותו טמונה בין היתר בפשטותו, ימנע את הצורך לקיים דיון נוסף, ויוביל לחיסול מרב תחלואיו האמורים. כתמיכה בפתרון המוצע, יסקור המאמר מקרים רלוונטיים שבהם פעל בית-המשפט העליון על-דרך פתרון זה – הגדלת מותב ללא היגררות לדיון נוסף – והוביל כך לתוצאה משפטית מצוינת ויעילה כאחד. המאמר ימנה בתמצית עשרה יתרונות מרכזיים הגלומים בפתרון החלופי המוצע לעומת השימוש במוסד הדיון הנוסף. בסיום חלק זה תוצג פרדיגמה משפטית התומכת בפתרון המוצע, בדמות תורת הריאליזם המשפטי, המקפלת בתוכה גישה ביקורתית שלפיה המשפט אינו מדע ואינו פורמלי גרידא, אלא מושפע לרוב מן השופט בשר-ודם היושב על כס השיפוט, שיש לו תפיסת-עולם וצריבות בזכרונו המשפיעות על פסיקותיו. בתוך כך ינסה המאמר להוכיח כי לנשיאי בית-המשפט העליון לדורותיהם הייתה השפעה ממשית על ההליכים הטורמיים בעתירות

6 ס' 20 (ב) לחוק-יסוד: השפיטה.

7 ס' 26 לחוק בתי המשפט.

לדיונים נוספים (בכל הנוגע במתן הרשאה לקיום דיון נוסף ובקביעת גודל המותב והרכבו), כך שניכרת עדיפות – ברמה העקרונית ומטעמים של שקיפות ומראית-עין – לדיון במותבים רחבים יותר מבלי להיגרר לדיון נוסף. בחלק הרביעי והמסכם של המאמר אציג, בין היתר, עמדות של מלומדים ושופטים מבית-המשפט העליון אשר כבר בתחילת דרכו של מוסד הדיון הנוסף הטילו ספק בנחיצותו, וכיוונו לאותו פתרון חלופי אינהרנטי בדין שאני מציע במאמר זה.

א. על-אודות מוסד הדיון הנוסף

1. דיון נוסף בפרספקטיבה נורמטיבית

שורשיו העתיקים של מוסד הדיון הנוסף נעוצים במשפט העות'מאני (הטורקי) ולאחריו במשפט האנגלי בתקופת המנדט הבריטי, כפי ששררו בשטח השיפוט של פלשתינה (א"י) (להלן: ארץ-ישראל), שעליו הוקמה ברבות השנים מדינת-ישראל. במאמר מוסגר יצוין כי הליך הדיון הנוסף מכונה במאמר זה "מוסד" משום שהוא לא היווה חלק טבעי ממערכת המשפט הפנימית בארץ-ישראל. הוא נחשב בגדר מוסד חיצוני אשר למעשה יובא – וכפי שאראה בהמשך אף "נכפה" – אל תוך משפט המדינה, וזכה בהתייחסות סובסטיבית בעיגונו בחוק-יסוד: השפיטה של מדינת-ישראל.

ההשפעה על המשפט הישראלי הנוהג כיום במדינת-ישראל החלה בשלהי התקופה העות'מאנית, באמצע המאה התשע-עשרה. אז נקבע כי בית-המשפט העליון לקסציה (Cour de Cassation; להלן: הקסציה), שמקום מושבו בקושטא (היא איסטנבול), בירת האימפריה העות'מאנית, יהיה אחראי על מערכת בתי-המשפט בארץ-ישראל – שנחשבה חלק בלתי-נפרד מאותה אימפריה – מתוקף חוק הפרוצדורה האזרחית העות'מאני.⁸ הקסציה הייתה מחולקת לשלוש מחלקות – מחלקה אזרחית, מחלקה פלילית ומחלקת בקשות – והעילות שבגינן היה אפשר לעתור לקסציה נמנו בחוק העות'מאני ונגעו בטענות משפטיות נגד פסק-הדין.⁹ תפקידה של הקסציה היה חוקתי בעיקרון – היא אישרה או ביטלה פסק-דין שניתן, ובשום מקרה לא הוציאה פסק-דין חדש (כך, אם פסק-הדין בוטל, הוחזר התיק לבית-המשפט המתאים דלמטה).¹⁰ לענייננו יודגש כי כאשר בשנת 1955

8 "חוק הפרוצדורה האזרחית העות'מאנית" קובץ החוקים העות'מאנים הנוהגים בארץ-ישראל (מ' לאניאדו מתרגם התרפ"ט) (להלן: החוק העות'מאני); משה יזרעאלי דיון נוסף בבית המשפט העליון 4–7 (עבודת-גמר לתואר שני במשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים, 1963).

9 החוק העות'מאני, לעיל ה"ש 8, בס' 232; יזרעאלי, לעיל ה"ש 8, בעמ' 9–10. ארבע העילות שבגינן היה אפשר לעתור לקסציה היו: (1) פסק-הדין ניתן בחוסר סמכות עניינית; (2) פסק-הדין ניתן בניגוד לחוק; (3) סדרי הדין לא נשמרו בהליך המשפטי; (4) באותו עניין ניתנו שני פסקי-דין סותרים.

10 החוק העות'מאני, לעיל ה"ש 8, בס' 242; יזרעאלי, לעיל ה"ש 8, בעמ' 11–14.

נדונה בכנסת ההצעה הראשונה לחוק בתי המשפט,¹¹ הוזכר הדיון הנוסף כ"החידוש החשוב ביותר שאנו מציעים בחוק זה",¹² והקסציה הוזכרה שם בערגה ובכיסופים כפתח לערעור על פסק-דינים של שופטי בית-המשפט העליון, שמא טעו.

כשהארץ היתה עוד חלק של האימפריה העות'מנית, אפשר היה לערער על פסק-דין של בית-המשפט העליון בירושלים לבית-המשפט לקאסאציה בקושטא... יש מהם שאומרים, שסעד משפטי שעמד לרשותנו תחת שלטון זר, מן הדין שיעמוד לרשותנו במדינה שלנו; ואפילו אם שופטי בית- המשפט העליון יהיו כולם חכמים, כולם נבונים, כולם זקנים, כולם יודעים את התורה, מצוה עלינו לפתוח פתח ערעור על פסק-דינים, שמא נתפסו פעם אף הם לטעות; ומה גם שבעיני איש המשפט אינו דומה שופט שיש עליו ערעור לשופט שאין עליו ערעור.¹³

הבריטים, שכבשו את הארץ בשנת 1917 מידי הטורקים, אחזו בגישה שמרנית בכל הנוגע במערכת בתי-המשפט באזורים הכבושים, במטרה לשמר את הסטטוס-קוו השיפוטי ואת הרציפות השלטונית במושבות האימפריה הבריטית.¹⁴ אומנם, אפשרותם של תושבי ארץ- ישראל לפנות לקסציה שבקושטא חוסלה, ובית-המשפט העליון בארץ-ישראל חזר להוות הערכאה המשפטית העליונה והסופית.¹⁵ אולם בשנת 1922 העניק חבר הלאומים לבריטניה את המנדט על ארץ-ישראל, והתקבלה חקיקה בריטית של דבר המלך במועצתו על שטח ארץ-ישראל (להלן: דבר המלך).¹⁶ סימן 44 לדבר המלך אפשר להגיש בקשת רשות ערעור על פסק-דין של בית-המשפט העליון בארץ-ישראל לערכאה השיפוטית העליונה ביותר בבריטניה – בית-הלורדים (House of Lords), המתפקד גם כמועצת המלך.¹⁷ בשנת 1924 נחקק דבר מלך מיוחד בנוגע לסדרי הדין במסגרת האפשרות לערער על בית-המשפט העליון לפני מועצת המלך (Palestine Order in Council (Appeal to Privy Council)), שקבע כי ניתן להגיש למועצת המלך ערעור ממש על בית-המשפט העליון בארץ-ישראל, בשבתו כבית-משפט לערעורים, בשני מסלולים שונים:¹⁸ האחד, ערעור בזכות על פסק-דינו בעניין אזרחי; והאחר, ערעור ברשות על פסק-דינו, ובתנאי שהעניין

11 הצעת חוק בתי המשפט, התשט"ו–1955, ה"ח הממשלה 64.

12 ד"כ 1.2.1955, 711 (להלן: פרוטוקול ישיבה 543 של הכנסת השנייה).

13 שם.

14 ראו יאיר שגיא "הסמכות והרשות: על הקמת בית המשפט העליון במדינת ישראל" **משפטים** מד 7, 17, ליד ה"ש 31 (2013).

15 יורעאלי, לעיל ה"ש 8, בעמ' 18.

16 דבר המלך במועצה על פלשתינה (א"י), 1922, חא"י ג 2738 (להלן: דבר המלך).

17 זו לשונו של ס' 44 לדבר המלך: "בדיני ממונות, כשהסכום או הערך השנוי במחלוקת עולים על 500 ל"מ, אפשר להגיש ערעור על פסק דין של בית המשפט העליון לפני הוד מלכותו במועצתו. כל ערעור יובא באותו מועד ובאותו אופן שייקבע בתקנות של פרוצידורה שיתקין הוד מלכותו במועצתו".

18 יורעאלי, לעיל ה"ש 8, בעמ' 19–20.

מעורר שאלה משפטית בעלת חשיבות ציבורית כללית (general public importance or otherwise).¹⁹ הליך הערעור לפני מועצת המלך נודע בשם המקוצר עמוה"מ (ערעור למועצת המלך), והתנהל כמובן מול שופטים אנגלים שישבו בלונדון (ממש עד לקום מדינת-ישראל).²⁰ כפי שנראה בהמשך, ניכרת השפעה גדולה של מוסד הפנייה למועצת המלך באנגליה על גיבושו ויצירתו של הדיון הנוסף במשפט המדינה, כחלק בלתי-נפרד מהשפעת המשפט המקובל האנגלי (Common Law) על אופייה של שיטת משפטנו. הבסיס הנורמטיבי לדיון הנוסף במשפט המדינה כיום כולל שני מקורות בדין. המקור הנורמטיבי הראשון נקוב בחוק-יסוד: השפיטה משנת 1984. וזו לשונו של סעיף 18 לחוק-היסוד:

ענין שפסק בית המשפט העליון בשלושה, ניתן לקיים בו דיון נוסף בבית המשפט העליון בחמישה או יותר, בעילות שנקבעו בחוק ובדרך שנקבעה לפי חוק.

יצוין כי מאז נחקק סעיף זה בחוק-יסוד: השפיטה לא נערך בו כל שינוי או תיקון. המקור הנורמטיבי השני לדיון הנוסף נקוב בסעיף 30 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984 (להלן: חוק בתי המשפט). אך בטרם אביא את נוסחו המעודכן של סעיף זה, אני מוצא חשיבות מכרעת ביציאה למסע קטן, שבו נפסע יחד, צעד אחר צעד, בשבילי תהליך חקיקתו, לשם הבנת הדברים שיובאו בהמשך. מסע היסטוריוגרפי זה, מקום המדינה ועד היום, חיוני במטרה להבין את הפער שבין תכליתו של מוסד הדיון הנוסף בראי המחוקק (הרואה בו ערעור) לבין תכליתו האחרת – המסתברת – של מוסד זה, כפי שבוטאה על-ידי שופטי בית-המשפט העליון (אשר אינם רואים בו ערעור) במסגרת נימוקיהם לסירובם להיעתר לבקשות רבות לקיום דיון נוסף. עם קום המדינה והחלפת השלטון המנדטורי היה צורך לפעול באופן חקיקתי למיסוד מסגרת נורמטיבית באמצעות שלוש ערכאות שיפוטיות, וזאת על-אף פקודת בתי המשפט (הוראות מעבר), התש"ח-1948 (להלן: פקודת בתי המשפט), על תיקוניה השונים. הסדרת מוסד הדיון הנוסף במשפט המדינה התחילה למעשה בפברואר 1950 (כשנתיים מיום הכרזת עצמאות המדינה) באמצעות מכתב ששיגר שר המשפטים הראשון של מדינת-ישראל, פ' רוזן, לנשיא הראשון של בית-המשפט העליון מ' זמורה בעניין ההצעה לחוק

19 הלוי תורת הדיון האזרחי, לעיל ה"ש 3, בעמ' 370.

20 עמוה"מ 30/47 **בן יעקב נ' פורר**, פ"ד א 119 (1948) הוא דוגמה להליך כזה, שבמסגרתו נדון ערעור ברשות על פסק-דינו של בית-המשפט העליון בארץ-ישראל (בסוגיית הסדר רישום דירות בארץ) לפני הרכב של שלושה שופטים ממועצת המלך (ראש ההרכב היה הלורד אותוואט (Lord Uthwatt), ועימו ישבו בדין שני שופטים אנגלים נוספים – האחד בעל תואר "לורד" והאחר בעל תואר "סר"). בפתח פסק-הדין נכתב כי הוא ניתן "במועצתו הפרטית של המלך בשבתה כבית-משפט לערעורים בערעור מבית-המשפט העליון בארץ-ישראל". במקרה זה התקבל הערעור, ופסק-הדין ניתן ביום 11.5.1948, שלושה ימים בלבד לפני ההכרזה על עצמאות המדינה (שהתרחשה כידוע בה' באייר התש"ח, 14.5.1948), אשר קטעה את אפשרות הפנייה למועצת המלך.

משפט וממשל כה תשפ"ג קשיים ובעיות שהמוסד "דיון נוסף" בבית-המשפט העליון מעורר

בתי המשפט, שהיה אמור להחליף את פקודת בתי המשפט.²¹ באותו מכתב נכללה הצעת חוק שכללה אפשרות לפתוח "ערעור נוסף" – שיתקיים בבית-המשפט העליון במותב של שבעה שופטים – על פסק-דין שניתן בבית-המשפט העליון במסגרת ערעור ואשר לא נפסק פה אחד.²² במרץ 1950 כינס הנשיא את ששת שופטי בית-המשפט העליון האחרים לדיון בהצעה. מתרשמת הישיבה עולה כי השופטים כינו את ההצעה "ערעור פנימי", משום שניכר כי היה קשה להם עם הביטוי "ערעור נוסף". הם הציעו כי המותב שידון באותו "ערעור" לא יכלול פחות מחמישה שופטים, וכי הרכבו ייקבע על-ידי נשיא בית-המשפט העליון.²³ אולם הנשיא השני של בית-המשפט העליון, י' אולשן, הביע את התנגדותו לפני שר המשפטים, בשם כל שופטי בית-המשפט העליון, לחקיקת דיון נוסף.²⁴ בהמשך הדרך ניסה הנשיא י' אולשן להסביר כי דיון נוסף אינו מיועד לכל מי שמבקש לזכות בזכות נוספת לערעור.²⁵

בשנת 1955 עלתה כאמור ההצעה הראשונה לחוק בתי המשפט, ובמסגרתה הובהר מפורשות כי הסדרת דיון נוסף על פסקי-דין של בית-המשפט העליון הינה "החידוש החשוב ביותר".²⁶ עוד הובהר בה כי מוסד הדיון הנוסף אינו גורר עימו הקמת בית-משפט חדש מעל בית-המשפט העליון.

הדיון הנוסף בפסקי דין של בית המשפט העליון (סעיף 8) אינו גורר הקמת בית משפט חדש. עם סיום המנדט וביטול הערעור אל מועצת המלך (Privy Council) נשאר בית המשפט העליון הדרגה המשפטית הגבוהה ביותר במדינה, וניטלה האפשרות להביא את החלטותיו למבחן משפטי נוסף.²⁷

עוד הודגש בהצעה כי דיון נוסף "ישמש כעין תחליף לערעור" על כל עניין שבו החליט בית-המשפט העליון בהרכב של שלושה.

על פסקי דין של בית המשפט העליון לא יהיה גם להבא ערעור במלוא מובן המלה. אולם הדיון הנוסף לפי סעיף 8 ישמש כעין תחליף לערעור. הוא יאפשר לברר שנית ענין שהחליט בו בית המשפט העליון בהרכב של שלושה שופטים – בין בערעור ובין בערכאה ראשונה ויחידה.²⁸

וזו לשונו המוצעת הראשונה של הדין בדבר דיון נוסף:

- 21 שגיא, לעיל ה"ש 14, בעמ' 35, ליד ה"ש 129.
- 22 שם, בעמ' 37.
- 23 שם, בעמ' 39–40, ובפרט בה"ש 155.
- 24 שם, בעמ' 57, ליד ה"ש 233.
- 25 שמעון גראטש "גורלו של סעיף" הפרקליט כא 497, 498 (1965).
- 26 דברי ההסבר להצעת חוק בתי המשפט, התשט"ו–1955, לעיל ה"ש 11, בעמ' 73.
- 27 שם, בעמ' 74.
- 28 שם, בעמ' 75.

ענין שפסק בו בית המשפט העליון בשלושה – אם בערכאה ראשונה ואם בערעור – ניתן לדיון נוסף בפני שבעה, ובהם ככל האפשר השופטים שדנו בענין לראשונה, אם אישר בית המשפט, בפסק הדין או מיד לאחר קריאתו, שחשיבות הענין או חשיבות ההלכה שנפסקה בו מצדיקה עיון נוסף.²⁹

מלשון ההצעה הראשונה לחוק בתי המשפט עולה אומנם שלא נבחרה דרך של הקמת ערכאה פיזית נוספת מעל בית-המשפט העליון, אך ניתן להבין שמדובר למעשה בבית-המשפט העליון היושב שוב על המדוכה, בערכאה רביעית ממש, במסגרת דיון נוסף.³⁰ הצעת חוק זו לא הבשילה לכלל חקיקה משום שהכנסת התחלפה, ותחת כהונת הכנסת החדשה, השלישית במספר, נדרשה הממשלה להביא שוב הצעת חוק להסדרת דיון נוסף.³¹ בדיון שנערך בכנסת בהצעת חוק זו, בקריאות השנייה והשלישית, כינה יושב-ראש ועדת החוקה, חוק ומשפט את ההצעה לכוונן דיון נוסף כ"חידוש גדול", שתכליתו "ערעור נוסף":

הריהו חידוש גדול, שהכניסה הממשלה. בזמן השלטון המאנדטורי אפשר היה להגיש, על כל פסק-דין של בית-המשפט העליון, עוד ערעור למועצת המלך בלונדון. בינינו לבין עצמנו, הענין היה נמשך זמן לא-קצר. עם קום המדינה מובן שהאפשרות הזאת חוסלה, וטוב עשתה הממשלה שהכניסה את הסעיף הזה, בדבר ערעור נוסף... לפי סעיף זה יכול בית-המשפט להחליט בעצמו, עם מתן פסק-הדין, שבית-המשפט ידון בדיון נוסף בהרכב רחב יותר.³²

כך נחקק לראשונה הבסיס החוקי לדיון נוסף במסגרת סעיף 8 לחוק בתי המשפט, התשי"ז-1957:

- (א) ענין שפסק בו בית המשפט העליון בשלושה, רשאי הוא להחליט, עם מתן פסק-דינו, שבית המשפט העליון ידון בו דיון נוסף בחמישה או יותר.
- (ב) לא החליט בית המשפט העליון כאמור בסעיף קטן (א), רשאי כל בעל דין לבקש דיון נוסף כאמור; ונשיא בית המשפט העליון או שופט אחר או שופטים שיקבע לכך, רשאים להיענות לבקשה אם מפאת חשיבותה, קשיותה או חידושה של הלכה שנפסקה בענין יש, לדעתם, מקום לדיון נוסף.

29 ס' 8 להצעת חוק בתי המשפט, התשט"ו-1955, לעיל ה"ש 11, בעמ' 66.

30 זיגמונד פניכל "שלוש לעומת ארבע ערכאות" הפרקליט יב 257, 258 (1956).

31 ראו שגיא, לעיל ה"ש 14, בעמ' 51-52 ובפרט ליד ה"ש 209.

32 ד"כ 10.6.1957, 2101 (להלן: דיון הכנסת בהצעה השנייה לחיקוק הדיון הנוסף).

משפט וממשל כה תשפ"ג קשיים ובעיות שהמוסד "דיון נוסף" בבית-המשפט העליון מעורר

(ג) סדרי הבקשה ומועדי הגשתה וסדרי הדין בדיון נוסף ייקבעו בתקנות.³³

שלושה הברלים מרכזיים קיימים בין הצעת החוק הראשונה שהועלתה בשנת 1955 לבין סעיף 8 לחוק בתי המשפט, התשי"ז-1957, שנחקק בפועל:³⁴ האחד קשור להרכב המותב של הדיון הנוסף, שנקבע כי יכלול חמישה שופטים או יותר, ולא בהכרח שבעה שופטים, כפי שהוצע בתחילה; הבדל שני קשור לעילות השונות בדין לקיום דיון נוסף, שנקבע כי ייסובו סביב "חשיבותה", "קשיותה" או "חידושה" של ההלכה שנפסקה, להבדיל מהצעת החוק הראשונה, שלא ייחדה את הדיון הנוסף רק לסוגיות הלכתיות, אלא אפשרה אותו גם בכל עניין חשוב (לצד כל הלכה חשובה שנפסקה); וההבדל השלישי קשור לאפשרות שניתנה גם לצדדים לדיון לבקש דיון נוסף, בעוד שההצעה הראשונה דיברה רק על יוזמה של בית-המשפט.

הסדרה נורמטיבית ראשונה זו של מוסד הדיון הנוסף במשפט המדינה נכנסה לתוקפה ביום 28 באוגוסט 1957.³⁵ למעשה, אם כן, לאורך תקופה ארוכה של כעשור שנים – קום המדינה בשנת 1948 ועד לשנת 1957 – לא הייתה כל אפשרות לערער על החלטה של בית-המשפט העליון, לנוכח העובדה שעם הקמת המדינה נותקה למעשה זיקת הערעור למועצת המלך באנגליה.³⁶ אולם ראוי לזכור כי ההבשלה החקיקתית להסדרת דיון נוסף נמשכה זמן רב מסיבות אובייקטיביות, כפי שתואר לעיל – בתחילת הדרך נדרשה תגובתם של נשיא בית-המשפט ושופטיו, ואחר כך חילופי כנסות האטו את תהליך החקיקה. בשנת 1964 הוכנס שינוי חקיקה לסעיף 8 לחוק בתי המשפט, התשי"ז-1957, וזו לשונו:

(ג) בהחלטה שניתנה לפי סעיף קטן (א) או (ב) רשאי בית המשפט או השופט לקבוע את הבעיה שתעמוד לדיון נוסף, ומשעשה כן, לא יקויים הדיון הנוסף אלא באותה בעיה.³⁷

מעיון בדברי הכנסת לקראת ההצבעה בקריאה הראשונה על הצעת חוק זו עולה כי התיקון נועד להצר את צעדיהם של רבים מלהגיש עתירות לקיום דיון נוסף בסוגיות מגוונות ורחבות שכבר נדונו בבית-המשפט העליון. אשר על-כך הוצע כי מי שיחליט על דיון נוסף יהא רשאי להגביל מראש את הסוגיה שתידון בדיון הנוסף.³⁸

33 ס' 8 לחוק בתי המשפט, התשי"ז-1957, ס"ח 148.

34 חקיקתו של ס' 8 לחוק בתי המשפט, התשי"ז-1957, בכנסת השלישית התרחשה כאמור כשנה ושמונה חודשים לאחר הצעת החוק הראשונה, שהובאה למליאת הכנסת השנייה.

35 ס' 52 לחוק בתי המשפט, התשי"ז-1957.

36 ורד דשא מערכת המשפט בישראל 375, ה"ש 12 (2019). ראו גם הלוי תורת הדיון האזרחי, לעיל ה"ש 3, בעמ' 370.

37 חוק בתי המשפט (תיקון מס' 2), התשכ"ד-1964, ס"ח 66.

38 ד"כ 4.11.1963, 130 (להלן: פרוטוקול ישיבה 289 של הכנסת החמישית): "...יש שבעלי הדין מפרשים את תפקידו של הדיון הנוסף באופן רחב ומשתמשים בכך כדי להעלות בפני בית המשפט מחדש את כל פרשת המשפט, בלי שיהא צורך בכך. על כן מוצע בסעיף 1, שמי

בשנת 1982 – בחלוף כשני עשורים מהתיקון האמור לסעיף 8 לחוק בתי המשפט, התשי"ז–1957 – בחר המחוקק להרחיב את האפשרות לקיום דיון נוסף באמצעות שינוי סעיף 8(ב) לחוק, כך שיאפשר דיון נוסף גם במקרים שבהם "ההלכה שנפסקה בבית המשפט העליון עומדת בסתירה להלכה קודמת של בית המשפט העליון".³⁹ בשנת 1984 נערך מחדש סעיף חוק זה במסגרת חוק בתי המשפט החדש, המסדיר את דוקטרינת הדיון הנוסף בסעיף 30 לחוק בתי המשפט, ומאז נשמר נוסחו זה שלהלן:

- (א) ענין שפסק בו בית המשפט העליון בשלושה, רשאי הוא להחליט, עם מתן פסק דינו, שבית המשפט העליון ידון בו דיון נוסף בחמישה או יותר.
- (ב) לא החליט בית המשפט העליון כאמור בסעיף קטן (א), רשאי כל בעל דין לבקש דיון נוסף כאמור; נשיא בית המשפט העליון או שופט אחר או שופטים שיקבע לכך, רשאים להיענות לבקשה אם ההלכה שנפסקה בבית המשפט העליון עומדת בסתירה להלכה קודמת של בית המשפט העליון, או שמפאת חשיבותה, קשיותה או חידושה של הלכה שנפסקה בענין, יש, לדעתם, מקום לדיון נוסף.
- (ג) בהחלטה שניתנה לפי סעיף קטן (א) או (ב) רשאי בית המשפט או השופט לקבוע את הבעיה שתעמוד לדיון נוסף, ומשעשה כן, לא יקויים הדיון הנוסף אלא באותה בעיה.

הנה כי כן, הדרך שבה פסענו מאותה הצעת חוק ראשונה בעניין הסדרת מוסד הדיון הנוסף משנת 1955 ועד לייצוב הדיון בשנות השמונים מובילה למסקנה שמכותו של בית המשפט העליון לאשר דיון נוסף נתונה לו מיוזמתו באופן רחב למדי (לפי סעיף 30(א) לחוק), ללא קשר הכרחי להלכה שנפסקה, בעוד בקשה של בעלי-הדין לדיון נוסף (לפי סעיף 30(ב) לחוק) חייבת לגעת בסוגיה הלכתית. ודוק, בית-המשפט העליון הוא שמאשר דיון נוסף, והוא שקובע את גודל המותב שידון בו ואת הרכבו.

הדיון הנוסף, במהותו, מהווה למעשה שלב נוסף בשרשרת ההליך המשפטי⁴⁰ – חוליה אחרונה וסופית בהחלט באותה שרשרת, מעין השלמה לדיון שבו נפסקה הלכה על-ידי הרכב של שופטי בית-המשפט העליון. החוק הסמיך לקבוע בתקנות את סדרי הדיון והפרוצדורה לעניין דיון נוסף.⁴¹ אלה הן תקנות סדר הדיון בדיון נוסף, התשמ"ד–1984. תקנות אלו מלמדות אותנו כי פרק-הזמן להגשת עתירה לדיון נוסף הוא עד חמישה-עשר

שמחליט על דיון נוסף, רשאי להגבילו על ידי שיקבע מראש את הבעיה שתעמוד לדיון נוסף, ואז הדיון לא יהיה אלא לגבי אותה בעיה. הצעה זו מוצעת על דעת נשיא בית המשפט העליון.

39 ס' 3 לחוק בתי המשפט (תיקון מס' 15), התשמ"ב–1982, ס"ח 192.

40 יעקב קדמי על סדר הדיון בפלילים – חלק שני: הליכים לאחר כתב אישום ב 2033 (מהדורה מעודכנת 2009).

41 ס' 108(א)(1) לחוק בתי המשפט.

ימים מיום הפרסום של נימוקי פסק-הדין,⁴² שהרי ברי כי עתירה לדיון נוסף מוגשת על יסוד הנימוקים והטעמים המשפטיים שבבסיס פסק-הדין שניתן.⁴³ באופן דומה, גם תשובת המשיב לעתירה תוגש בתוך חמישה-עשר ימים מיום שהומצאה העתירה למשיב.⁴⁴ ניכר כי ההסבר לפרקי-הזמן המצומצמים נעוץ בעובדה שדיון נוסף נועד במהותו להשלים ההליך השיפוטי לקראת סופו, לאחר פסק-דינה של הערכאה הגבוהה ביותר, לצד הרצון לצמצם את הסטייה שהדיון הנוסף מביא עימו מעקרון סופיות הדיון. מאפיין נוסף המבטא את הרצון לקצר את ההליכים במסגרת אותה "חוליה" אחרונה אפשרית – דיון נוסף – הוא שהתקנות מאפשרות רק למגיש העתירה לבקש ארכה להגשתה; אפשרות לבקשת ארכה אינה ניתנת בתקנות למשיב לעתירה.⁴⁵

הפרקטיקה הנוהגת בבית-המשפט העליון היא שהדיון הנוסף מתנהל ככל האפשר תחת הגרעין של המותב הראשון שפסק את הדין, שעליו מוסיפים שופטים.⁴⁶ פרקטיקה נוספת היא שעל פסק-דין שהוכרע פה אחד במותב תלתא – להבדיל מפסק-דין שנפסק ברוב דעות – נהוג להעמיד את המותב בדיון הנוסף על שבעה שופטים או יותר, לפי שבמקרים כאלה, מטבע הדברים, לא תועיל על-פירוב הרחבת המותב לחמישה שופטים בלבד.⁴⁷ להשלמת תמונתו של הבסיס החוקי לקיומו של דיון נוסף יצוין כי הוא אינו מוגבל לפסק-דין בתחום קונקרטי, אלא אפשרי לגבי כל עניין שבו ניתן פסק-דין.⁴⁸ כך, בפועל מתקיימים ארבעה ערוצים משפטיים המאפשרים דיון נוסף: דיון נוסף בהליך פלילי (דנ"פ), דיון נוסף על החלטת בג"ץ (דנג"ץ), דיון נוסף בהליך אזרחי (דנ"א, אשר בעבר כונה גם ד"נ) ודיון נוסף בהליך מנהלי (דנ"ם).

2. תכליתו המסתברת של הדיון הנוסף

לאחר שנסקרו בהרחבה שורשיו ההיסטוריים של מוסד הדיון הנוסף והתפתחותו החקיקתית במשפט המדינה, אנסה בחלק זה לעמוד על תכליתו המסתברת בראי פסיקת בית-המשפט העליון והספרות האקדמית, הקובעים כי אין לראות בדיון הנוסף משום ערעור נוסף,⁴⁹ וכי תכליתו שונה ומצומצמת. מצאתי כי חיוני בשלב זה לדון בקצרה בהליך

42 תק' 4 לתקנות סדר הדין בדיון נוסף.

43 חמי בן-נון וטל חבקין **הערעור האזרחי** 620 (מהדורה שלישית 2012).

44 תק' 9 לתקנות סדר הדין בדיון נוסף.

45 אבל השוו להלוי **תורת הדיון האזרחי**, לעיל ה"ש 3, בעמ' 387 (המצייין כי בית-המשפט, מתוקף סמכותו הטבועה למתן ארכה, עשוי ליתן סעד גם ביחס למועד ההגשה של תשובת המשיב).

46 שם, בעמ' 375.

47 שם, בעמ' 376.

48 כפי שעולה מלשונו של ס' 30(א) לחוק בתי המשפט: "ענין שפסק בו בית המשפט העליון...".

49 שזו התכלית שאליה כיוון המחוקק – ערעור נוסף למען הצדק – כעולה מדברי הכנסת ומהצעות החוק בקשר לדיון הנוסף אשר נסקרו בחלק הקודם.

הערעור, תוך שימת דגש בערעור לבית-המשפט העליון. זאת, לנוכח תכליתו של הדיון הנוסף כפי שעולה מפי המחוקק, וכן משום שהרושם הראשוני המתקבל לכאורה משני הליכים אלו – ערעור ודיון נוסף – הוא ששניהם כעין הליכי ביקורת שיפוטית הבאים בסוף השרשרת של ההליך המשפטי ומיועדים לבחון שוב פסק-דין שניתן. חוק-יסוד: השפיטה מעניק זכות ערעור על כל פסק-דין שניתן, כנגזרת כללית בעלת מאפייין חוקתי, למעט פסק-דין של בית-המשפט העליון.⁵⁰ מדיניות משפטית זו, הנוגעת בזכות הבסיסית לערעור על פסק-דין, נובעת משיקולים עליונים במעלה של הגינות דיונית, אשר לעולם יהא אפשר לבררם בערכאה גבוהה יותר.⁵¹ ודוק, לא יוכל להתקיים ערעור על פסק-דינה של הערכאה העליונה ביותר – בית-המשפט העליון. עם זאת, מקובל לראות זהות תכליתית מסוימת בין שני ההליכים המשפטיים הללו – ערעור ודיון נוסף – שבבסיסה רצון כללי של מערכת המשפט לצמצם טעויות בשיפוט, ולא פחות מכך – להביא לידי האחדת הדין במחוזותינו. הדברים משתקפים גם בשורה של מאפייני דמיון בין שני ההליכים הללו, כפי שאפרוט כאן בקצרה. ראשית, כמו הערעור, הדין שוב בסוגיה מצומצמת שהעלה המערער, גם הדיון הנוסף דן שוב בסוגיה ספציפית הקשורה להלכה. שנית, כמו בערעור, שבו ניתנת רשות לכל צד לומר את דברו ולטעון את טענותיו, גם בדיון הנוסף יש לכל צד הזכות לקבל את יומו בבית-המשפט ולטעון טענות נוספות לפני המותב החדש. שלישי, כמו בערעור, שבו בית-המשפט רשאי לשנות את פסק-הדין שניתן כפי שיראה לנכון, גם בדיון הנוסף בית-המשפט מוציא מתחת ידו פסק-דין שלעיתים הופך את קודמו. רביעית, כמו הערעור, אשר מוגבל לעיתים במתן רשות מצד בית-המשפט (בדרך-כלל בגלגול שני), גם דיון נוסף מותנה בקבלת רשות מבית-המשפט העליון. חמישית, כמו הערעור, אשר נדון לעיתים בהרכב מורחב של שופטים (לדוגמה, כאשר הוא מופנה לבית-המשפט העליון), גם הדיון הנוסף מתקיים בהרכב מורחב של שופטים.

אולם לצד מאפייני הדמיון קיימות גם הבחנות ברורות בין שני ההליכים, בגושפנקת הדין. ראשית, דיון נוסף אינו יכול לשמש אכסניה מתאימה לערעור, מהסיבה הטכנית שעל פסק-דינו של בית-המשפט העליון לא ייתכן ערעור. שנית, דיון נוסף יכול להתקיים אך ורק על פסק-דינו של בית-המשפט העליון, להבדיל מערעור. שלישי, הדיון הנוסף אינו נועד, מעצם תכליתו, לשמיעתן של ראיות חדשות שהתגלו לאחר מתן פסק-הדין.⁵² רביעית, דיון נוסף נסב רק על צירה של הלכה, העשויה מטבע הדברים להשפיע על אינטרסים של רבים,⁵³ ולמעשה מרכז-הכובד של הדיון הנוסף הוא בהיבט המוסדי-הציבורי-העקרוני.⁵⁴ (אם כי יש לדיון הנוסף גם השפעה ונפקות על האינטרס הפרטני של

50 ס' 17 לחוק-יסוד: השפיטה ("פסק דין של בית משפט בערכאה ראשונה ניתן לערעור בזכות, להוציא פסק דין של בית המשפט העליון").

51 אורי גורן **סוגיות בסדר דין אזרחי** 997–998 (מהדורה שתיים-עשרה 2015).

52 דנג"ץ 2333/04 נאסר נ' **משטרת ישראל**, פס' 10 (נבו 30.3.2004).

53 ד"נ 4/57 **ברלינרבלאו נ' שר-הבטחון**, פ"ד יב 25, 28 (1958).

54 יגאל מרזל "סעיף 18 לחוק-יסוד: השפיטה – 'דיון נוסף' בדיון הנוסף" **ספר דורית ביניש** 181, 188 (קרן אזולאי, איתי בר-סימן-טוב, אהרן ברק ושחר ליפשיץ עורכים 2018); גיא

משפט וממשל כה תשפ"ג קשיים ובעיות שהמוסד "דיון נוסף" בבית-המשפט העליון מעורר

העותר עצמו מבחינת זכויותיו הקונקרטיות⁵⁵). לעומתו, ערעור נוגע בקשת רחבה של סוגיות הקשורות לאינטרסים האישיים של המתדיין, כגון טעות בניתוח מסכת הראיות, סטייה מפרוצדורה, טעות בפסק-הדין ועוד.

על-אף כוונת המחוקק שהדיון הנוסף ישמש מעין ערעור נוסף, עמד בית-המשפט העליון בנחרצות על כך שדיון נוסף אינו ערעור נוסף.⁵⁶ תכליתו המסתברת של מוסד הדיון הנוסף, אליבא דבית-המשפט העליון, מצאה את ביטויה הן בעמדתו כאמור בשלבי החקיקה הראשוניים להסדרת הדיון הנוסף והן במסגרת נימוקיו בעתירות לדיון נוסף שנדחו. אמר את הדברים באופן מפורש ממלא-מקום הנשיא מ' שמגר:

הדיון הנוסף אינו ערעור נוסף מבחינת מגמתו העיקרית, כי במרכזו אינה עומדת השאלה, אם בית המשפט נהג כהלכה... אלא נבחנת ההלכה המשפטית בתור שכזאת.⁵⁷

שמגר חזר על הדברים כאשר הגיע לכס הנשיאות,⁵⁸ וכמוהו עשה גם הנשיא א' ברק, כאשר קבע אף הוא כי "דיון נוסף אינו ערעור נוסף".⁵⁹ ואם לא די בכך, גם בשנים האחרונות בית-המשפט העליון חוזר ומדגיש את הקביעה הזו בדחותו עתירות לדיון נוסף.⁶⁰

סעיף 30 לחוק בתי המשפט מלמד על שתי אפשרויות נפרדות ועצמאיות לקיומו של דיון נוסף. האפשרות האחת, המנויה בסעיף 30(א) לחוק בתי המשפט, מאפשרת קיום דיון נוסף ביוזמתו של בית-המשפט העליון, על-פי החלטה שימסור מייד עם מתן פסק-דינו, כפוף להגשת הודעה מתאימה מטעם מי מהצדדים החפץ באותו דיון נוסף בתוך שבועה

הרפו ועמיחי כהן "הריסת בתים לצורכי הרתעה: ואם יש צדק – יופע מייד (בדיון נוסף)" **משפט וממשל** כ 205, 210 (2019).

55 שלמה לויין תורת הפרוצדורה האזרחית – מבוא ועקרונות יסוד 232–234 (מהדורה שנייה 2008) (להלן: לויין תורת הפרוצדורה האזרחית).

56 ראו, למשל, דנ"פ 3489/93 אור נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(2) 661, פס' 3 (1993).

57 ד"נ 6/82 ינאי נ' ראש ההוצאה לפועל, פ"ד לו(3) 99, פס' 3 (1982).

58 ד"נ 22/82 בית יולס בע"מ נ' רביב משה ושות' בע"מ, פ"ד מג(1) 441, פס' 4 לפסק-הדין של הנשיא שמגר (1989).

59 בג"ץ 6490/96 אמיר נ' אמיר, פ"ד נ(5) 55, 57 (1996).

60 ראו, למשל, דנ"ם 7108/18 שחף טקס בע"מ נ' עיריית תל אביב-יפו, פס' 11 (נבו 2.5.2019) ("טענות מסוג זה אינן מהוות עילה להיעתר לבקשה, שכן הליך הדיון הנוסף אינו הליך ערעורי והשאלה אינה האם צדק או טעה בית המשפט ביחס לתוצאה אליה הגיע, אלא מהם מאפייניה של ההלכה שנקבעה בפסק הדין"); דנ"א 2076/20 תהילה נ' פלאפון תקשורת בע"מ, פס' 6 (נבו 7.7.2020) ("יתר טענות המבקשת הן ערעוריות באופיין, וכבר נקבע בהקשר זה כי 'הדיון הנוסף אינו ערעור נוסף'"); דנג"ץ 4539/21 דהרי נ' המוסד לביטוח לאומי, פס' 4 (נבו 28.7.2021) ("טענות אלו הן טענות ערעוריות מובהקות, וכפי שנפסק לא אחת – הליך הדיון הנוסף אינו ערעור נוסף"); דנג"ץ 3598/22 ואנונו נ' ממשלת ישראל, פס' 8 (נבו 9.8.2022) ("הטענות שמעלה המבקש נוגעות ליישום המבחנים הרלוונטיים לעניין, והן בעיקרן טענות ערעוריות שדיון נוסף איננו האכסניה המתאימה לבחינתן").

ימים ממתן ההחלטה האמורה.⁶¹ אפשרות זו מופעלת במקרים נדירים בלבד,⁶² אך היא מעניקה למעשה לבית-המשפט העליון שיקול-דעת רחב למדי.⁶³ ביטוי בהיר לכך מצאתי גם בדברי פרשנות שכתב נשיא בית-המשפט העליון י' זוסמן.⁶⁴

האפשרות האחרת, המנויה בסעיף 30(ב) לחוק בתי המשפט, מאפשרת קיום דיון נוסף לפי בקשת רשות הנתונה רק לבעלי-הדין. אפשר לראות בדין שלושה תנאים הכרחיים ומצטברים לקיומו של דיון נוסף באפשרות השנייה.⁶⁵ **התנאי הראשון** הוא קיומה של "הלכה" – כזו ששימשה בסיס לפסק-הדין שלגביו מבוקש הדיון הנוסף. ודוק, אי-אפשר להסתפק בהלכה סתם, אלא יש להצביע על הלכה משמעותית ועקרונית בעלת תחולה רחבה במיוחד.⁶⁶ נדמה שבכך מוסד הדיון הנוסף נהפך לייחודי ונדיר, בעיקר בשל הכלל המשפטי הסובסטנטיבי הנוהג בשיטתנו שלפיו פסק-הדין של בית-המשפט העליון הוא סופי ומוחלט. זאת, לא רק משום שנתן אותו בית-המשפט העליון, אלא משום שהוא נפסק לאחר עיון ושיקול-דעת שיפוטי במעמד מותב תלתא לפחות. בעניין זה ראוי להטעים מזו לשונו של השופט מ' חשין:

...פסיקתה של הלכה, ואפילו חדשה וקשה היא, אין בה די כדי להצדיק סטייה מן הכלל הרגיל שלפיו פוסק בית-המשפט העליון בשלושה (ולעיתים במוחב רחב יותר) ופסיקתו היא סוף פסוק ואין עליה ערעור... אכן, נטל כבד הוא המוטל על כיתפי השופט היושב בדין, לעמוד בשער ולהפריד בין אותן הלכות ייחודיות ונדירות המצדיקות קיומו של דיון-נוסף, לבין אחיותיהן – שאף-הן הלכות חשובות וקשות הן – שאין בהן אותה יותרת המצדיקה כי יבואו בטרקלין הדיון הנוסף.⁶⁷

זאת ועוד, נראה כי אין די בכך שישתמע מפסק-דינו של בית-המשפט העליון כי מדובר בהלכה, אלא על בית-המשפט העליון לציין בפסק-דינו, באורח ברור ומפורש דיו, כי הוא יוצר הלכה חדשה ומחייבת. דהיינו, הלכה "שבמובלע" אינה מקיימת את התנאי המקדמי לעתירה לקיום דיון נוסף.⁶⁸

התנאי המצטבר השני לקיומו של דיון נוסף הוא קיומה של אחת מהעילות החלופיות הנקובות בסעיף 30(ב) לחוק בתי המשפט. על-פי סעיף זה, בית-המשפט רשאי להיענות

61 תק' 17–18 לתקנות סדר הדין בדיון נוסף.

62 מרזל, לעיל ה"ש 54, בעמ' 222.

63 בן-נון וחבקין, לעיל ה"ש 43, בעמ' 617.

64 יואל זוסמן **סדרי הדין האזרחי** 872 (מהדורה שביעית, שלמה לויין עורך 1995) ("בעוד שהחוק הנחה את הנשיא, אימתי ייעתר לבקשה ואימתי ימאן... לא הוגבל כלל שיקול דעתו של בית המשפט אשר דן בענין, ובית המשפט מוסמך להורות על דיון נוסף לפי סעיף 30(א), אף מטעמים אחרים").

65 משה שלגי וצבי כהן **סדר הדין הפלילי** 493–495 (מהדורה שנייה 2000).

66 דנג"ץ 4043/10 קלו נ' הוועדה הארצית לתשתיות לאומיות, פס' 5 (נבו 27.9.2011).

67 דנ"א 4813/04 מקדונלד נ' אלוניאל בע"מ, פס' 15 (נבו 29.11.2004).

68 דנ"א 7829/02 אדיב נ' קצין התגמולים, פס' 4 (נבו 21.11.2002).

לבקשה לקיום דיון נוסף רק אם ההלכה "עומדת בסתירה להלכה קודמת" או מפאת "חשיבותה" או "קשיותה" או "חידושה" של ההלכה. השופט ח' כהן התייחס לעילות הראשונות לקיומו של דיון נוסף.⁶⁹ לטעמו, עילת ה"חשיבות" נוגעת בכך שהבעיה שעימה התמודד פסק-הדין בבית-המשפט העליון מתעוררת חדשות לבקרים בין כותלי בתי-המשפט, ולכן מעלה צורך בהלכה ברורה, אחידה ומחייבת. לדידו, הדיבור "קשיותה" מתייחס לאותם מקרים שבהם מתגלות בעיות לנוכח ספקות והתלבטויות של שופטי ההרכב שפסקו את הדין, לרבות לפי טיבם של חילוקי-הדעות ביניהם, כאשר רב הספק על הוודאי. הנשיא מ' שמגר מתח את גבולות הקו הפרשני המנחה והמצמצם בכל הנוגע בעילה החלופית האחרונה "חידושה". לגישתו, אין הכוונה לכל הלכה חדשה שנפסקה בבית-המשפט העליון, וזאת מחשש למדרון חלקלק ולהצפת בית-המשפט בדיונים רבים בעתירות לדיון נוסף.⁷⁰ מאוחר יותר נפסק כי גם אם בית-המשפט העליון בחר במסלול של פיתוח הלכה קיימת ואף בהרחבת תחומי התפרשותה, אין בכך בהכרח כדי להוות "חידושה" כמשמעו בדין האמור.⁷¹

התנאי המצטבר השלישי לקיומו של דיון נוסף הוא קיומה של הצדקה עניינית, לפי שיקול-דעתו של בית-המשפט העליון, להידרש שוב לפסק-הדין במסגרת דיון נוסף. רמזים לתנאי זה מקופלים בנוסחו הלשוני של סעיף 30(ב) לחוק בתי המשפט – הן בדיבור "רשאים להיענות לבקשה אם..." והן בדיבור "יש, לדעתם, מקום לדיון נוסף". שיקול-הדעת הרחב הנתון לשופט הדין בבקשת הרשות לדיון נוסף מעיד כי ההחלטה על קיום דיון נוסף אינה פועל יוצא אוטומטי של בחינת ההלכה לפי שני התנאים המצטברים הראשונים גרידא. בהקשר זה אמר ממלא-מקום הנשיא ח' כהן את הדברים הנוקבים הבאים:

...אף אם השתכנעתי בחשיבותה או בקשיותה או בחידושה של ההלכה, אין בכך כדי לחייבני להורות על קיום הדיון הנוסף: יכול ועל אף חשיבותה או קשיותה או חידושה של ההלכה הנדונה, אין מקום לקיים בה דיון נוסף.⁷²

הנשיא מ' שמגר שב וחזר על קביעה זו, באומרו כי גם אם מתקיימות העילות בדין לקיום דיון נוסף, על העותר לעבור משוכה נוספת, והיא שיקול-דעתו של בית-המשפט בשאלה אם המקרה הקונקרטי ראוי לדיון נוסף.⁷³

69 חיים ח' כהן המשפט 442 (מהדורה שנייה מתוקנת ומורחבת 1996).

70 דנ"פ 4274/94 לורנס נ' מדינת ישראל, פס' 4 (נבו 1994.2.8.) ("הלכות באות ומחדשות ויש וסוגיה פלוגית עולה לראשונה בבית המשפט. אולם, מעולם לא קיבלנו את התיזה כי כל אימת והלכה פלוגית היא בגדר פסיקה ראשונה מסוגה עליה גם לעבור מניה וביה תהליך של דיון נוסף. לו היינו נוהגים כך היינו מקיימים כל שנה דיונים נוספים לעשרותיהם והופכי את הדיון הנוסף, במקום הליך יוצא דופן, להליך מן השורה").

71 דנ"פ 1912/05 מדינת ישראל נ' ד'אהר, פס' 6 (נבו 2005.4.12).

72 דנ"פ 37/80 כהן נ' מדינת ישראל, פ"ד לה(1) 372, 371 (1980).

73 דנ"פ 3081/91 קזולי נ' מדינת ישראל, פ"ד מה(4) 441, פס' 4 (1991).

דומה כי שיקול-הדעת הרחב המסור לבית-המשפט העליון בנוגע להחלטה אם לקיים דיון נוסף קשור למדיניות שיפוטית הבאה לקמוץ את ידו של בית-המשפט מלהורות על קיום דיון נוסף ולשמור הליך זה למקרים נדירים.⁷⁴ לתנאי השלישי האמור – ההצדקה העניינית לפי שיקול-הדעת של בית-המשפט – עוצבו מבחני-משנה בפסיקה. למעשה, כבר כעבור כשנה וחצי בלבד מחיקוקו של סעיף 8 לחוק בתי המשפט, התשי"ז–1957,⁷⁵ יצק בית-המשפט העליון תוכן מוחשי לתנאי זה. הנשיא י' אולשן הבהיר כי קיומה של דעת מיעוט בפסק-הדין של בית-המשפט העליון אינו יכול להספיק לעותר לדיון נוסף, אולם קבע כי לא כך הם פני הדברים כאשר הסתירה בין הערכאות השונות נוגעת בפרשנות הדין, שאז ניתן לראות בכך נימוק מספיק לקיומו של דיון נוסף.⁷⁶ כעבור כשלושה עשורים קבע גם הנשיא מ' שמגר כי עצם קיומה של דעת מיעוט בפסק-הדין – שאותה כינה "מחלוקת חכמים" – אינו מעלה או מוריד לעניין קיומו של דיון נוסף,⁷⁷ ונדרמה שבדבריו יש טעם רב, משום שבחברה דמוקרטית מתקיים עקרון-על ראוי שלפיו החלטות מתקבלות ברוב דעות. מבחן-משנה נוסף העולה מן הפסיקה לתנאי המצטבר השלישי האמור קובע כי עתירה לדיון נוסף תיבחן אף לפי הערכתו של השופט הדין בה בדבר הסיכוי שבדיון נוסף יהפוך בית-המשפט העליון את פסק-דינו. ביטוי לכך מצאתי בדברי המשנה לנשיא ש' לוין:

חשיבות ההלכה או חידושה הם תנאי הכרחי להיעתרות לבקשה לדיון נוסף, אך אינם תנאי מספיק. אם נתקיים אחד מתנאים אלה או שניהם, שומה עלי לשקול גם מה הוא הסיכוי שההלכה תיהפך על פיה בדיון הנוסף...⁷⁸

כך גם החליטה במרוצת השנים השופטת ד' ביניש כאשר דחתה עתירה לדיון נוסף פליגי שהגיעה לשולחנה באומרה כי היא אינה רואה סיכוי להפיכת ההלכה בדיון נוסף וכי יש בכך טעם מספיק לדחיית העתירה.⁷⁹ קביעה זו – המרחיבה את שיקול-הדעת של השופט היחיד הדין בגורל עתירה לקיום דיון נוסף – מעוררת תמיהה מסוימת, משום שביסודו של הדיון הנוסף מצוי הרעיון של הבאת הסוגיה לפני הרכב שופטים מורחב מהרגיל. דהיינו, בחינת סיכויי הצלחתה של עתירה לדיון נוסף על-ידי דן יחיד הדין בגורלה תוך שימת דגש בבחינת סיכויי חוטאת במשהו לגרעין מהותו של הדיון הנוסף. ודוק, אין ספק שסילוקה של עתירה לדיון נוסף עקב אי-קיומו של אחד התנאים המצטברים בדיון – למשל,

74 דנ"א 4335/03 **בנבנישתי נ' כונס הנכסים הרשמי** (נבו 20.5.2003).
 75 יוזכר כי ס' 30(ב) לחוק בתי המשפט מהווה את המקבילה לס' 8(ב) לחוק הישן – חוק בתי המשפט, התשי"ז–1957.
 76 ד"נ 17/58 **פלאלום בע"מ (בפירוק) נ' רטנר**, פ"ד יג 337 (1959).
 77 ד"נ 16/87 **כרמלי נ' מדינת ישראל** (נבו 12.2.1988).
 78 דנג"ץ 7635/96 **לשכת עורכי הדין בישראל נ' גאנס**, פס" 5 (נבו 13.4.1997).
 79 דנ"פ 2245/05 **בורשטיין נ' מדינת ישראל**, פס" 3 (נבו 8.3.2005).

שהעתירה אינה נסבה על הלכה – הוא ראוי ביותר. אולם נדמה לי שמבחן-משנה זה של סיכויי העתירה להתקבל חותר תחת תכליתו של מוסד הדיון הנוסף. להשלמת התמונה חשוב לציין תנאי מכללא נוסף, יציר ההלכה הפסוקה, המצטרף לשלושת התנאים המצטברים בדין לקיום דיון נוסף ומשתלב עימם.⁸⁰ תנאי זה נוגע בדרישה שפסק-הדין שלגביו הוגשה העתירה לדיון נוסף ישקף אינטרס מוסדי ציבורי ויישא עימו חשיבות ציבורית כללית לצד השפעה אופרטיבית ואקטואלית על בעלי-הדין, ואין די בהשפעה תיאורטית גרידא.⁸¹ תרופת הדיון הנוסף לא הוקנתה על-ידי המחוקק לשם פתרון שאלות תיאורטיות שלא ישפיעו כלל על זכויותיהם של בעלי-הדין.⁸² בתוך כך יודגש כי לימים רוכך תנאי מכללא זה, ונקבע להלכה כי ייתכנו נסיבות חריגות שבהן יואיל בית-המשפט לקיים דיון נוסף בשאלה שחדלה להיות אקטואלית מבחינה ציבורית, ובלבד שהוא סבור כי בעתיד היא עשויה להיות שוב אקטואלית.⁸³

על-אף הביקורת שהובאה בחלק זה של המאמר על מוסד הדיון הנוסף מבחינת תכליתו המסתברת, למוסד זה יש גם יתרונות נראים לעין בכל הקשור לאינטרס הציבורי המוסדי, וראוי למנותם.⁸⁴ הדיון הנוסף מספק למעשה דיון מעמיק יותר – מתוקף הרכבו הרחב – אשר משקף את דעתם הרחבה יותר של שופטי בית-המשפט העליון, ולעיתים אף את זו של רוב שופטי הבית העליון. נוסף על כך, מוסד הדיון הנוסף מספק יתרון כלכלי בכך שהוא מאפשר לבחון במהירות יחסית וב"הוצאות עסקה" נמוכות את איכות ההלכה שנפסקה, במקום להשאיר את הנושא לדיון עתידי, שיהיה כרוך בהכרח בעלויות של זמן ללימוד הסוגיה מחדש על-ידי שופטים ובעלי-דין חדשים.⁸⁵ בתוך כך, הדיון הנוסף מספק יעילות מסוימת בקביעת הלכה בסוגיה פלונית כאן ועכשיו, מבלי להמתין בחוסר ודאות לאפשרות שהיא תובא שוב לפני בית-המשפט העליון. נוסף על כך, ניכר שהסטייה מפסק-דין שניתן בבית-המשפט העליון במסגרת דיון נוסף היא נוחה ורכה יותר, משום שפסק-הדין שנדון בדיון הנוסף טרם נהפך לחלוט, שהרי לא מוצתה עדיין האפשרות בדין לקיים בו דיון נוסף.

ב. על הקשיים והבעיות שמוסד הדיון הנוסף מעורר

1. כרסום במעמדו הייחודי של מוסד הדיון הנוסף כהליך חריג

-
- 80 קדמי, לעיל ה"ש 40, בעמ' 2042.
- 81 הלוי תורת הדיון האזרחי, לעיל ה"ש 3, בעמ' 380.
- 82 ד"נ 8/58 ריבלין נ' ווליס, פ"ד יב 789, 794 (1958).
- 83 דנג"ץ 808/95 אמיתי, אזרחים למען מינהל תקין וטוהר המידות נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מט(1) 837, פס' 8 (1995).
- 84 מרזל, לעיל ה"ש 54, בעמ' 188–191.
- 85 משה בר ניב "בתי משפט" הגישה הכלכלית למשפט 1133, 1151–1152 (אוריאל פרוקצ'יה עורך 2012).

ברבות השנים חידדה הפסיקה את מעמדו הייחודי של מוסד הדיון הנוסף, בין היתר כדי לצמצם עתירות לדיון נוסף המוגשות לבית-המשפט, וזאת במטרה לדון באמת ובתמים בעתירות הראויות, המעלות סוגיות הלכתיות. הנשיא מ' שמגר ביטא עמדה זו כאשר הדגיש כי דיון נוסף הוא בגדר הליך יוצא-דופן, ולא בגדר שלב שגרתי שנועד לעיון מחדש במחלוקת משפטית.⁸⁶ גישה זו בדבר מעמדו יוצא-הדופן של מוסד הדיון הנוסף קיבלה ביטוי בהחלטה מאוחרת יותר מפי השופט מ' חשין, בזו לשונו הציורית:

...כבר נפסק לא אחת כי הדיון הנוסף הוא חריג-שבחריגים, שופט לא יורה על קיומו אלא במקרים נדירים, והמקרים שבהם יקויים מעטים-שבמעטים הם, נער יספרם...⁸⁷

בהמשך בחר הנשיא א' ברק להוסיף עוד נדבך לתיאור מעמדו של הדיון הנוסף כ"חריג-שבחריגים", באומרו כי הוא שמור למקרים "נדירים-שבנדירים".⁸⁸ ואם אין די בכך, אזי על כל אלה הוסיפה הנשיאה ד' ביניש כי דיון נוסף הוא הליך "ייחודי ונדיר".⁸⁹ אם כן, נדמה שבצדק ניתנו סופרלטיבים למוסד הדיון הנוסף, בין לנוכח העובדה שהוא עשוי להגיע רק אחרי הערכאה האחרונה ביותר ובין לנוכח העובדה שהוא עשוי להתקיים רק כאשר עסקינן בסוגיה הלכתית. ייחודו וחריגותו של הדיון הנוסף מקבלים ביטוי גם בלשון הדין, המאפשר את קיומו באופן מוגבל רק בגין "ענין שפסק בו בית המשפט העליון בשלושה".⁹⁰ לאמור, עתירה לדיון נוסף על פסק-דין של בית-המשפט העליון שניתן בדין יחיד או במותב הגדול משלושה לא תתאפשר, ולא תוכל להיכנס תחת כנפיו של מוסד זה. נדמה כי הגבלה זו נוגעת בקביעה עקרונית וערכית, שלפיה אין זה ראוי שהלכה שנוגדה במותב מורחב (יותר ממותב תלתא) תוצב שנית בסימן שאלה ותתברר שוב. נסיונותיהם של עותרים לערער את מעמדו זה של מוסד הדיון הנוסף לא איחרו לבוא. כך, בשנת 1985 נהדפה על הסף עתירה לדיון נוסף על פסק-דינו של בית-המשפט המחוזי,⁹¹ ובשנת 1996 דחה הנשיא א' ברק עתירה לדיון נוסף על פסק-דין של בית-המשפט העליון בפרשת לביא, שניתן בדין יחיד, וזאת בנימוק הבא:

הפירוש ללשון החוק יכול שיהא מרחיב ויכול שיהא מצמצם, יכול שיהא רגיל ויכול שיהא חריג, אך הוא תמיד צריך למצוא נקודת אחיזה ארכימדית

86 ד"נ 9/88 סטרוד נ' נתן (נבו 10.8.1988).
 87 דנג"ץ 11061/03 קלכמן נ' הרמטכ"ל, פס' 5 (נבו 6.6.2004).
 88 דנ"פ 11414/05 רוזנשטיין נ' היועץ המשפטי לממשלה, פס' 14 (נבו 31.1.2006).
 89 דנ"פ 7758/06 פינר נ' מדינת ישראל (נבו 3.10.2006).
 90 ס' 30(א) לחוק בתי המשפט.
 91 ד"נ 28/85 קלייט נ' ביין, פ"ד לט(4) 112 (1985) ("אין דיון נוסף על פסק-דין של בית-משפט מחוזי").

בלשון החוק. לשון הנורמה משמשת הן נקודת המוצא לתהליך הפרשנות, והן מסגרת שבתוכה הפרשנות פועלת.⁹²

נסיונות אלו מצד עותרים שונים לכרסם במעמדו המיוחד כאמור של מוסד הדיון הנוסף כשלו ונהדפו בצדק על-ידי בית-המשפט העליון, משום שהתגלו כשגגות. אולם ממש באותה שנה שבה קבע הנשיא א' ברק, בפרשת **לביא** האמורה, את מסגרת הפרשנות הברורה ללשון הדין, שלפיה "שלושה" לעולם אינו יכול להיות "אחד", באה לפניו טענה מקדמית בשאלה אם "שלושה" יכול להיות גם "חמישה", ועליה הוא השיב בחיוב.⁹³ מדובר בעתירה לדיון נוסף על פסק-דינו של בית-המשפט העליון בפרשת **נחמני**, שניתן בהרכב של חמישה שופטים.⁹⁴ בני-הזוג נחמני היו חשוכי ילדים, ובשלב מסוים החליטו לנסות להביא ילד לעולם בהפריה חוץ-גופית מביציות של האישה שהופרו בזרע הבעל והוקפאו בבית-החולים. בהמשך עלו יחסיהם על שרטון, והבעל עזב את הבית והקים משפחה חדשה בעודו נשוי לאשתו, אשר סירבה להתגרש ממנו. האישה עתרה לבית-המשפט המחוזי על-מנת שיתיר לה לעשות שימוש בביציות המופרות שבבית-החולים, ותביעתה התקבלה.⁹⁵ על כך הגיש הבעל ערעור לבית-המשפט העליון בשאלה המורכבת והסבוכה הבאה: האם יש לאישה זכות לקחת לרשותה ביציות מופרות מזרע בעלה לצורך השתלתן ברחם פונדקאית בניגוד לרצונו? ערעור הבעל נדון מלכתחילה בהרכב מורחב של חמישה שופטים, והתקבל בדעת רוב של ארבעה שופטים מול אחד. על כך הגישה האישה עתירה לקיום דיון נוסף.

הנשיא מ' שמגר, לראשונה בתולדות המשפט בישראל, נעתר לבקשת האישה, והורה על קיום דיון נוסף בהרכב מורחב של אחד-עשר שופטים, אף שפסק-הדין לא ניתן במותב תלתא כמצוות הדין. בנימוקיו התייחס הנשיא למורכבות הסוגיה הנדונה, בצינינו כי היא מעלה שאלות של מוסר מן המעלה הראשונה בחיינו, ובהדגישו כי מדובר בסוגיה חדשנית וראשונית בעלת חשיבות מיוחדת בעולמנו המתחדש מבחינה מדעית, אשר קשורה, בין היתר, לזכויות אדם בסיסיות, יחד עם סל כבוד של משקעים רגשיים, אנושיים, אישיים ופסיכולוגיים.⁹⁶ נגד החלטה תקדימית זו עתר הבעל לבג"ץ, בטענה כי הנשיא מ' שמגר חרג מסמכותו בשעה שהורה לקיים דיון נוסף על פסק-דין שניתן בחמישה שופטים – בניגוד גמור לדיון. עתירת הבעל נמחקה בהסכמה, לאחר שהובטח לבעל כי יתאפשר לו לקיים דיון מקדמי לפני הרכבו המורחב של הדיון הנוסף לצורך הכרעה בשאלת סמכותו של בית-המשפט לקיים דיון נוסף על פסק-דין שניתן במותב של חמישה שופטים. בדיון מקדמי זה הוחלט, בדעת רוב של שמונה שופטים מול שלושה, כי יש ויש סמכות חוקית לנשיא בית-המשפט העליון להיעתר לבקשה לקיום דיון נוסף על פסק-דין שניתן בהרכב

92 דנ"א 6707/95 **לביא נ' בנק הפועלים בע"מ**, פ"ד מט(5) 155, פס' 2 (1996).

93 בש"א 1481/96 **נחמני נ' נחמני**, פ"ד מט(5) 598 (1996).

94 ע"א 5587/93 **נחמני נ' נחמני**, פ"ד מט(1) 485 (1995).

95 ה"פ (מחוזי חי') 599/92 **נחמני נ' נחמני**, פ"מ התשנ"ד(1) 142 (1993).

96 בש"א **נחמני**, לעיל ה"ש 93, בעמ' 602 (שם הביא הנשיא א' ברק מנימוקיו של הנשיא מ' שמגר, אשר נעתר לבקשה לקיום דיון נוסף).

גדול משלושה שופטים.⁹⁷ את דעת הרוב הוביל וכתב הנשיא א' ברק (שהחליף את הנשיא מ' שמגר, אשר פרש סמוך לאחר מתן החלטתו כאמור להיעתר בחיוב לבקשה לקיים דיון נוסף), ואליו הצטרפו ללא כל נימוק נוסף שאר שופטי הרוב.⁹⁸ בהנמקותיו של הנשיא א' ברק בדיון המקדמי לא מצאתי כל אזכור או רמז לחשיבות קיומה של "נקודת אחיזה ארכימדית בלשון החוק",⁹⁹ שאותה הזכיר כאמור בפרשת לביא.¹⁰⁰ הטיעון הראשון שהעלה הנשיא א' ברק בנימוקיו היה כי הדיבור "ענין שפסק בית המשפט העליון בשלושה" בא לתאר את המספר הנמוך ביותר של שופטי המותב, ולא את מספרם המרבי.¹⁰¹ לאישוש טיעונו הראשון הוא הביא דוגמאות מספר של תקדימים שבהם קבע בית המשפט כי מספר השופטים הקבוע בדיון בהליכים כאלה ואחרים הוא המספר הנמוך ביותר, שמותר להוסיף עליו, וצייין כי עיקרון פרשני זה אינו חריג בנוף המשפטי. אומר כבר עתה כי לדידי טיעון זה והדוגמאות שהביא הנשיא א' ברק אינם משכנעים כלל ועיקר, משום שיש הבדל ניכר בין דין המציין את גודל המותב שידון בעניין מסוים – שאז מוכר הכלל הפרשני, שהשתרש בפסיקה, שלפיו מספר השופטים הקבוע בדיון הוא הנמוך ביותר, ולא המרבי, ומקובלת המימרה כי כל המרבה הרי זה משובח – לבין דין המתייחס לגודל המותב שעל פסיקתו ניתן לקיים דיון נוסף. יתרה מזו, לביקורת זו יש לצרף את הדיבור שהוסיף המחוקק בסיפא של הדין – "ידון בו דיון נוסף בחמישה או יותר" – שבא לבאר ביתר שאת כי רק על החלטת מותב של "שלושה" יתקיים דיון נוסף, שהרי לא ייתכן דיון נוסף על פסיקה של חמישה באמצעות מותב של חמישה. טיעונו השני של הנשיא א' ברק להצדקת פרשנותו קשור לתכליתו של המוסד מבחינת התפתחות דרכי השפיטה והשתנות הזמנים. כאשר נחקק החוק היה מספר השופטים בבית המשפט העליון תשעה, והמספר "שלושה" ביטא שלישי ממספרם של השופטים המכהנים בו, ואילו ארבעים שנה אחרי חקיקתו (במועד הדיון בפרשת נחמני) עמד מספר השופטים בבית המשפט העליון על ארבעה-עשר, כך שהמספר "שלושה" היווה למעשה רק חמישית ממניין השופטים בבית המשפט העליון. על בסיס שני אלה הגיע הנשיא א' ברק למסקנתו הסופית הזו:

אם דיון נוסף בפסק-דין שניתן במותב של שלושה ניתן אך במקרים חריגים, הרי דיון נוסף בפסק-דין שניתן במותב של חמישה יינתן אך במקרים חריגים שבחריגים.¹⁰²

ניכר כי התנגדותם של שופטי המיעוט, בכל הנוגע בהעדר סמכות בדיון לקיים דיון נוסף על פסק-דין שניתן בחמישה שופטים, הייתה חדה ונוקבת מאוד. שופט המיעוט ג' בך קבע

97 ש.ס.

98 ש.ס, פסק-הדין של הנשיא ברק.

99 דנ"א לביא, לעיל ה"ש 92, בפס' 2.

100 יצוין כי פסיקתו של השופט ברק בדנ"א לביא ניתנה ביום 3.3.1996 – ימים ספורים בלבד לאחר פסיקתו בבש"א נחמני, שניתנה ביום 28.2.1996.

101 בש"א נחמני, לעיל ה"ש 93, בפס' 2 להחלטה של הנשיא ברק.

102 ש.ס, בפס' 8 להחלטה של הנשיא ברק.

משפט וממשל כה תשפ"ג קשיים ובעיות שהמוסד "דיון נוסף" בבית-המשפט העליון מעורר

באופן ברור כי הסמכות לקיים דיון נוסף על פסק-דין שניתן במותב הגדול משלושה, הגם שמדובר בנושא בעל חשיבות מיוחדת, אינה קיימת כלל.¹⁰³ לא זו אף זו, ניכר כי השופט ג' בך חשש ממרוץ לתחתית בכל הנוגע בכרסום נוסף במעמדו של הדיון הנוסף בעקבות פסק-דין זה, ובשולי נימוקיו ציין כי מן הדין למצוא לכך פתרון בחקיקה, ולא על-ידי פסיקה פרשנית שאינה מעוגנת כלל בחוק.¹⁰⁴ שופט המיעוט הנוסף ת' אור אמר דברים נוקבים לעניין החריגה הקיצונית מהסמכות כאמור, וזו לשונו:

שלא כחברי, הנשיא, אינני חש כל "תחושת לשון" שתביאני למסקנה ש"ענין שפסק בו בית המשפט העליון בשלושה" כוונתו גם לעניין שבית המשפט העליון פסק בו בחמישה או במספר רב יותר של שופטים. איני חש תחושה כזו, כי בעיניי הדבר פשוט וברור: "שלושה" אינם "חמישה", אינם "שבעה", ואינם כל מספר אחר שאינו שלושה.¹⁰⁵

ראוי לציין כי לגישתה של דעת המיעוט בדיון המקדמי בפרשת נחמני היו שותפים בכירים מעולם המשפט, ביניהם נשיאו הרביעי של בית-המשפט העליון י' זוסמן, אשר כתב שנים קודם באופן חד, ברור ומפורש על העדר האפשרות לקיים דיון נוסף על פסק-דינם של חמישה שופטים.¹⁰⁶

בסופו של דבר, בדיון הנוסף בפרשה זו, שהתקיים כאמור בהרכב של אחד-עשר שופטים, נפסק ברוב של שבעה שופטים מול ארבעה כי יש לקבל את עתירת האישה. כך הפך למעשה בית-המשפט העליון את פסק-הדין שלו שניתן בחמישה שופטים.¹⁰⁷ יצוין כאן כי ארבעה משופטי המותב הראשון השתתפו בדיון הנוסף ושמרו על עמדתם הקודמת, ביניהם הנשיא א' ברק, שנמנה דווקא עם דעת המיעוט בדיון הנוסף. כביקורת על פרשנותו הלא-זהירה ומעוררת המחלוקת של הנשיא א' ברק בנוגע למסגרת הנורמטיבית של דיון נוסף, אביא דווקא דברים שאמר הוא עצמו רק שנים ספורות לפני פרשת נחמני, המעוררים לדידי תמיהה.

103 שם, בפס' 6 להחלטה של השופט בך.

104 שם, בפס' 10 להחלטה של השופט בך.

105 שם, בפס' 1 להחלטה של השופט אור.

106 זוסמן, לעיל ה"ש 64, בעמ' 871 ("סעיף 30 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984, מסמיך את בית המשפט העליון לקיים 'דיון נוסף' בענין בו פסק בשלושה; היה מספר השופטים גדול משלושה, אין דיון נוסף, והוא הדין כאשר בית המשפט העליון דן באחד").

107 דנ"א 2401/95 נחמני נ' נחמני, פ"ד נ(4) 661 (1996). עמדת הרוב הייתה שאין שומעים לבעל להפסיק הריון האישה, אפילו בא ההיריון בהטעיה, והדבר מקבל משנה תוקף ככל שההיריון נמצא בשלב מתקדם, שהרי אז הסתמכות האישה גדלה. שם, בעמ' 699.

היצירתיות השיפוטית מחייבת זהירות רבה. היא מחייבת ריסון שיפוטי עצמי ניכר. מי ששומר כי אחרים לא יחרגו מסמכותם, חייב להישמר ככל כפליים שלא לחרוג מסמכותו.¹⁰⁸

הגישה הפרשנית הבעייתית שבאה לידי ביטוי בדיון המקדמי בפרשת נחמני הובילה בשנת 2000 (שנים ספורות לאחר הפרשה) לניסיון לפתור בעיה זו באמצעות תיקון לחוק-יסוד: השפיטה.¹⁰⁹ במסגרת הצעת החוק הוצע לשנות את סעיף 18 לחוק-יסוד: השפיטה, בין היתר באופן שיאפשר לקיים דיון נוסף גם על פסק-דין שניתן בחמישה שופטים, כך שהדין הנוסף יהא במותב של שבעה שופטים או יותר, אך הצעה זו לא הבשילה. פרשנותו המרחיבה של הנשיא א' ברק בפרשת נחמני גררה אחריה ביקורת מלומדים.¹¹⁰ פרופ' מ' אור, מהחוג ללשון העברית באוניברסיטת חיפה, כתב ביקורת נוקבת נגד נימוקיו של הנשיא א' ברק בדיון המקדמי בפרשת נחמני. הוא ניתח והסביר את הרציונליזם בהבנת הנקרא של הדין הרלוונטי בסעיף 30(א) לחוק בתי המשפט, והסיק כי הנשיא א' ברק טעה בהבנתו וכי אי-אפשר לקבל הפרשנות של שופטי הרוב. הרציונל הראשון שהביא קשור לדיבור "בחמישה", אשר מכוון בוודאי לחמישה שופטים בדיוק, כלומר לא פחות וגם לא יותר, כמוכח מהתוספת המילולית הבאה אחריו "או יותר". על-כן הוא טען כי חובה להניח שגם הדיבור "בשלושה" מכוון לשלושה שופטים בדיוק,¹¹¹ בניגוד לפרשנותו של הנשיא שלפיה "בשלושה" הוא המספר הנמוך ביותר של שופטים. הרציונל השני מובא על-דרך השאלה:

אם שלושה לאו דווקא, מדוע בכלל להכביר מילים ולדבר על "עניין שפסק בית המשפט העליון בשלושה"? מה לי שלושה, מה לי חמישה או יותר, כל מותב רשאי על פי הפירוש הזה לקבל החלטה בדבר דיון נוסף. יוצא שההתניה "בשלושה" מיותרת היא לגמרי, והמחוקק הוציא דבריו לבטלה.¹¹²

החשש ממדרון חלקלק וממרוץ לתחתית בעקבות קבלת העתירה לדיון נוסף על פסק-דין של בית-המשפט העליון במותב של יותר משלושה שופטים, כפרשת נחמני, התברר עד-מהרה כמוצדק. בשנת 2014 הוגשה לבית-המשפט העליון בקשה להארכת מועד להגשת

108 אהרן ברק "תפקידו של בית-משפט עליון בחברה דמוקרטית" הפרקליט מא 5, 12 (1993) (המבוסס על דברים שנשא הנשיא א' ברק בטקס הענקת תארים באוניברסיטת תל-אביב).

109 הצעת חוק-יסוד: השפיטה (תיקון מס' 3) (ערכאות השיפוט ודיון נוסף), ה"ח התש"ס 662.

110 ראו, למשל, משה אור פרשנות משפטית המנוגדת להבנת הנקרא 147–152 (2007); גיא זיידמן "מותבים מורחבים בבית המשפט העליון הישראלי" מאזני משפט ג 155, 165 (התשס"ה).

111 אור, לעיל ה"ש 110, בעמ' 151.

112 ש.ס.

משפט וממשל כה תשפ"ג קשיים ובעיות שהמוסד "דיון נוסף" בבית-המשפט העליון מעורר

עתירה לדיון נוסף בפרשת **תינוק המריבה**¹¹³ על פסק-דין שניתן בדיון נוסף בהרכב של **שבעה שופטים**¹¹⁴ במסגרת **גלגול רביעי**¹¹⁵. בקשת ארכה זו להגשת עתירה נוספת לדיון נוסף, במסגרת גלגול חמישי, נדחתה. ערעור שהוגש על החלטה זו נדחה על-ידי הנשיא א' גרוניס, אשר פינה מקום רב בנימוקיו להבעת מורת-רוחו מדעת הרוב בדיון המקדמי בפרשת **נחמני** באשר לאפשרות לקיים דיון נוסף על החלטה של בית-המשפט העליון שניתנה בהרכב מורחב של יותר משלושה שופטים. וכך הדגיש:

לא אכחד, כי אילו הייתי צריך להידרש לסוגיה היום, הייתי מאמץ את דרך הפרשנות הלשונית שננקטה על ידי שופטי המיעוט בעניין **נחמני**. כאמור, מוקשית בעיני הגישה הפרשנית לפיה הדיבור "שלושה שופטים" יכול להתייחס אף למותב העולה על שלושה שופטים.¹¹⁶

הנה כי כן, עינינו הרואות כי בפרשת **נחמני** בחר בית-המשפט העליון לכרסם במעמדו הייחודי והחריג של הדיון הנוסף באמצעות מתן פרשנות רדיקלית ומרחיקת-לכת, המנוגדת ללשונו הברורה של הדיבור בדיון, ואף לתכליתו של המחוקק, כפי שנלמדה לאחר-מכן. פרשנות כזו מרחיבה את יריעת התשתית המאפשרת קיומו של דיון נוסף, ועלולה ליצור זילות של מוסד זה ולהוביל למדרון חלקלק של עתירות רבות לדיון נוסף, העלולות להציף את בית-המשפט העליון. וכבר ראינו, כאמור לעיל, את חששם של נשיאי הבית העליון (הנשיא י' זוסמן והנשיא א' גרוניס), שהתבטאו באופן חד נגד גישתם של שופטי הרוב בפרשת **נחמני**. יתרה מזו, כרסום כזה במעמדו החריג של מוסד הדיון הנוסף עלול להתפס בטעות כשלב ערעורי נוסף וטריוויאלי במערכת המשפט, ולא לכך פיללו שופטי הבית העליון לדורותיו, כמו-גם הנשיא א' ברק בהחלטתו בפרשת **נחמני**¹¹⁷. כאן המקום לציין כי נכון לעת הזו ניתן לומר כי הכרסום במעמדו של הדיון הנוסף, כפי שבא לידי ביטוי בפרשת **נחמני**, לא התרחב, ובית-המשפט העליון עמד איתן מול עתירות שהגיעו אליו לדיון נוסף על פסק-דין שניתן במוותב של חמישה שופטים.¹¹⁸

113 בש"א 295/14 פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה (נבו 19.1.2014) (להלן: בש"א תינוק המריבה).

114 דנ"א 6211/13 היועץ המשפטי לממשלה – משרד הרווחה והשירותים החברתיים נ' פלונית (נבו 23.12.2013).

115 הגלגול הראשון בפרשה נדון בבית-המשפט לענייני משפחה, הגלגול השני נדון במסגרת ערעור בזכות בבית-המשפט המחוזי, והגלגול השלישי נדון במסגרת ערעור ברשות בבית-המשפט העליון.

116 בש"א 834/14 פלונית נ' פלוני, פס' 9 (נבו 22.4.2014).

117 בש"א נחמני, לעיל ה"ש 93, בפס' 9 להחלטה של הנשיא ברק.

118 ראו, למשל, דנג"ץ 3865/97 **יהב נ' פרקליטת המדינה** (נבו 8.5.1998); ד"נ 1210/99 **מדינת ישראל נ' שיינביין** (נבו 18.3.1999); דנ"א 5504/01 **פקיד שומה פתח תקווה נ' שדות חברה להובלה (1982) בע"מ** (נבו 21.1.2002); דנ"א 4011/04 **עיריית ירושלים נ' עיזבון אטינגר**, פ"ד נט(4) 8 (2004); דנג"ץ 6571/17 **היועץ המשפטי לממשלה נ' קוונטינסקי** (נבו 19.5.2021); דנ"ם 3201/20 **גיוין נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה חדרה** (נבו 23.7.2020); דנג"ץ 5159/21 **תירוש נ' מדינת ישראל** (נבו 30.9.2021).

במטרה לבחון כיצד קהל העותרים לדיון נוסף תופסים את ההליך הזה לאחר קו פרשת-המים של פרשת נחמני, בחנתי את הנתונים לגבי הבקשות לדיון נוסף שהוגשו בעשורים האחרונים. מאמר מחקרי יסודי ומרתק של ח' גולדשמידט ניתח את נתוני העתירות לדיון נוסף שהוגשו במרוצת שלושת העשורים שבין שנת 1970 ועד שנת 2000,¹¹⁹ ומצא כי בתקופה זו הוגשו בממוצע מדי שנה 9.5 עתירות לקיום דיון נוסף.¹²⁰ לעומת זאת, לפי הנתונים שנאספו לצורך כתיבת מאמר זה, התמונה לגבי שני העשורים האחרונים (בשנים 2001–2020) שונה לחלוטין.¹²¹ בשני העשורים האחרונים הממוצע של מספר העתירות שהוגשו לקיום דיון נוסף עמד על 80.5 עתירות בשנה (ראו פירוט בטבלה 1). ניתן לומר בזהירות כי בשני העשורים האחרונים חל גידול ניכר – ביחס לשלושת העשורים שקדמו להם – בממוצע השנתי של מספר העתירות שהוגשו לקיום דיון נוסף. נדמה כי גם לאחר שמביאים בחשבון את הגידול הטבעי שחל במספר הסוגיות ההלכתיות בעשורים שלאחר שנת 2000 ביחס לעשורים שלפני כן¹²² – נתון זה מבהיל.

טבלה 1: מספר העתירות לדיון נוסף שהוגשו לבית-המשפט העליון

שנה	מספר העתירות לדיון נוסף
2001	87
2002	104
2003	107
2004	109
2005	79
2006	84
2007	70
2008	65
2009	74
2010	78
2011	79
2012	104
2013	64
2014	82

Chanan Goldschmidt, *Further Hearing—Theoretical and Empirical Aspects*, 35 *ISR.* 119 (2001) L. REV. 320.

120 שם, בעמ' 337.

121 הנתונים לעניין מספר העתירות לדיון נוסף שהוגשו במהלך השנים 2001–2020 התקבלו במסגרת פניות לקבלת מידע לפי חוק חופש המידע, התשנ"ח–1988, והתפרסמו במאגר התשובות באתר היחידה הממשלתית לחופש המידע בכתובת שלהלן, תחת שם הרשות "הנהלת בית המשפט", מהימים 8.5.2019, 20.4.2020 ו-2.3.2021: <https://www.gov.il/he/Departments/DynamicCollectors/repository-of-answers>.

122 המאמר אינו מתיימר לבחון את סוגיית התפתחותן והתחדשותן של הלכות חדשות במרוצת העשורים האחרונים, וממילא אינו מבקש לעסוק בנימוחים אמפיריים מורכבים של היחס בין הגידול במספר ההלכות החדשות לבין הגידול במספר העתירות לדיון נוסף, משום שסוגיה זו חורגת מן הביקורת המובאת במאמר זה.

משפט וממשל כה תשפ"ג קשיים ובעיות שהמוסד "דיון נוסף" בבית-המשפט העליון מעורר

79	2015
75	2016
64	2017
63	2018
76	2019
66	2020
1,609	סה"כ

קפיצה דרמטית ומשמעותית זו טומנת בחובה שתי סכנות פוטנציאליות. סכנה אחת היא שהדיון הנוסף יתפס בקרב מגישי העתירות כמעין ערעור נוסף באותה פרשה. למעשה, כבר כעת ניכר שהעותרים לדיון נוסף אינם מפנימים שדיון נוסף אינו עוד ערעור, אלא שמור לסוגיות הלכתיות גרידא ולמקרים נדירים. הסכנה השנייה, והמרכזית, היא שהגידול במספר העתירות יוביל – מטבע הדברים – לכך שנשיאי בית-המשפט העליון יתירו דיון נוסף במספר רב יותר של מקרים, דבר שיוביל להחרפת הקשיים והבעיות המוצגים במאמר זה, ובעיקר יכרסם במעמדו הייחודי של מוסד הדיון הנוסף כהליך חריג ונדיר – ואחריתו מי ישורנה.

2. פגיעה בעקרון סופיות הדיון

עקרון סופיות הדיון אינו תוצר של המשפט המודרני; הוא הכה שורש עוד בתקופת המשפט העברי, אם כי במידה מרוככת יותר, שגרסה כי בית-הדין יכול לחזור ולדון שוב בפסק-דינו לפי הכלל ש"כל זמן שמביא ראייה, סותר את הדין",¹²³ כלומר, רק מקום שהתגלתה טעות שבעובדה או טעות משפטית,¹²⁴ בדומה לדיון נוסף (ככל שניתן להגדיר בעיה הלכתית כטעות משפטית). ביטוי לעיקרון זה מומחש בסיפור מהתלמוד הירושלמי, שם נאמר כי אי-אפשר לחזור ולדון שוב ושוב בפסק-דין כל אימת שרוצים, לפי "שאין לדבר סוף",¹²⁵ שהרי כך לא תתאפשר הכרעת דין סופית לעולם. עקרון סופיות הדיון מקובל בשיטות המשפט המודרניות, ובישראל ניכר שהוא מפותח ורחב-היקף ונחשב עקרון-יסוד בשיטת המשפט.¹²⁶ משמעותו הפשוטה של העיקרון קובעת כי משנדון עניין בערכאה האחרונה והגבוהה ביותר – לא פעם אחרי דיונים

123 משנה, סנהדרין ג, ח.

124 אליאב שוחטמן סדר הדין – לאור מקורות המשפט העברי, תקנות הדיון ופסיקת בתי הדין הרבניים בישראל 423–441 (1988).

125 ירושלמי, סנהדרין ו, ג (שם מובא הסיפור הטראגי הבא: "מעשה באחד שהיה יוצא ליהרג, אמרו לו 'אמור תהא מיתתי כפרה על כל עונותיי'. אמר 'תהא מיתתי כפרה על כל עונותיי חוץ מן עון זה. אם עשיתי, אל ימחול לי, וב'ד [=ובית-דין] ישראל יהא נקי. וכשבא דבר אצל חכמים זלגו עיניהם. אמרו 'להחזירו אי איפשר, שאין לדבר סוף, אלא הרי דמו תלוי בצואר עדים'").

126 דניאל קינן "לשאלת סופיות הדיון במשפט העברי" עלי משפט יב 153, 154 (2016).

בערכאות ערעור – אין פותחים אותו שוב מחדש.¹²⁷ ביסודו של עיקרון חיוני זה מצוי הרצון להגן על הצדדים המתדיינים מפני הטרדה חוזרת בעניינם באופן בלתי-פוסק, ולשים קץ למשך הזמן הרב שהם כילו בין כותלי בתי-המשפט. נוסף על האינטרס של הצדדים קיימים גם אינטרסים ציבוריים חשובים העומדים בבסיסו של עקרון סופיות הדיון: האחד הוא האינטרס בהגברת ההרתעה הגלומה בפסק-הדין; והאחר הוא אינטרס היעילות – הרצון לספק לפסק-הדין ערך רב וממשי, ולמנוע העמסת נטל נוסף על מערכת בתי-המשפט.¹²⁸ נדמה כי לעיקרון זה יש תרומה גם להפחתת עלויות תקציביות הכרוכות בבזבוז זמן שיפוטי יקר, כמו-גם תרומה חשובה להבטחת היציבות והאחידות של פסקי-הדין הניתנים על-ידי בתי-המשפט. בפסק-דינו בעניין **רחמיאן** היטיב הנשיא (בדימ') א' ברק לזקק את שלוש הסכנות הכרוכות בפגיעה בסופיות הדיון: ערעור היציבות המשפטית, פגיעה בזכויות המתדיינים ופגיעה ביעילותה של המערכת המשפטית.¹²⁹ אם כן, עקרון סופיות הדיון קשור לשורה של אינטרסים פרטיים וציבוריים, וגלומה בו תרומה רבה למערכת המשפט. עיקרון זה תוחם את ההליך המשפטי וכך מסייע בהבהרת המצב המשפטי, הוא מונע הטרדה חוזרת של בעל-דין באותה סוגיה, והוא מבטיח פעולה תקינה ויעילה של המערכת השיפוטית.¹³⁰

עקרון סופיות הדיון מוקרן על כל סוגי ההליכים בבתי-המשפט. במשפט האזרחי מקובל הביטוי "מעשה בית-דין",¹³¹ שמשמעותו שאחרי פסק-דין חלוט (פסק-דין סופי שאי-אפשר לערער עליו עוד) לא תתקבל כל תביעה דומה. במשפט הפלילי העיקרון מקבל ביטוי סטטוטורי בדמות הטענה המכונה "כבר נשפטתי", שלפיה לא יוגש כתב אישום נוסף נגד מי שבית-המשפט כבר הרשיע או זיכה בשל אותה עברה.¹³² ודוק, עקרון סופיות הדיון מושרש במשפט הפלילי עד כדי כך שהפסיקה יצרה לו "עיקרון-בן" המכונה "עקרון הסיכון הכפול" (double jeopardy).¹³³ תכליתו של עיקרון זה היא למנוע מצב שבו נאשם אשר כתב האישום נגדו בוטל או הופסק על-ידי המדינה יועמד שוב לדין באותו עניין (הגם שטענה נדירה זו טרם התקבלה בארץ). גם במשפט המנהלי, המגיע לא אחת ישירות ב"גלגול הראשון" אל בית-המשפט העליון בשבתו כבג"ץ, מקובל לראות את פסק-הדין

127 ס' 17 לחוק-יסוד: השפיטה מבהיר למעשה כי אין ערעור על פסק-דין של בית-המשפט העליון, בקובעו כי "פסק דין של בית משפט בערכאה ראשונה ניתן לערעור בזכות, להוציא פסק דין של בית המשפט העליון".

128 בועז סנג'רו ומרדכי קרמיניצר "המשפט החוזר – מציאות או חלום? על תבוסתו של הצדק בהתמודדות עם כלל סופיות הדיון" **עלי משפט** א 97, 98–99 (1999).

129 ע"פ 7853/05 **רחמיאן נ' מדינת ישראל**, פס" 10 (נבו 27.11.2006) (שם קבע הנשיא (בדימ') ברק כי "לכל התדיינות משפטית יש סוף. משהתבררו זכויות וחובות הצדדים בהליכים המשפטיים השונים, ונתקבלה החלטה סופית, הרי שאין לשוב ולהידרש לעניין מחדש. הדבר מערער את היציבות המשפטית. הדבר פוגע בזכויות המתדיינים עצמם. הדבר פוגע ביעילות המערכת המשפטית").

130 בג"ץ 9060/08 **עבדאללה נ' שר הביטחון**, פ"ד סה(2) 667, פס" 7 (2012).

131 תק' 41(ב) לתקנות סדר הדין האזרחי, התשע"ט–2018.

132 ס' 5 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב–1982.

133 דנ"פ 532/93 **מנינג נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד מז(4) 25 (1993).

כסוף-פסוק וכמוחלט. פסק-דין של בית-המשפט הגבוה לצדק – אין אחריו ולא כלום, ולא תישמע טענה שיש לבטלו מפני שהוא טעה בפירוש החוק או בקביעות עובדתיות או אף נקט פרוצדורה לא-תקינה.¹³⁴

על-אף יתרונותיו של עקרון סופיות הדיון, הוא אינו מוחלט; יש ערכים הניצבים מולו, העשויים להציב לו סייג. אפשר לראות בערכים של צדק וחתימה לאמת ערכים מקודשים אשר בנסיבות מסוימות יגברו על עקרון סופיות הדיון, במיוחד בדין הפלילי העוסק בדיני נפשות. מול עקרון סופיות הדיון עשויה לא פעם לעמוד הסכנה האיומה של הרשעת חפים מפשע, הגורמת להרס חייהם של המורשע ובני משפחתו ולהפחתת האמון הציבורי במערכת עשיית הצדק.¹³⁵

בתוך כך ניתן לראות בדין שני חריגים לעקרון סופיות הדיון, המאפשרים לפתוח שוב פסק-דין לא בדרך המקובלת של ערעור: החריג האחד הוא "משפט חוזר",¹³⁶ שבמסגרתו בית-המשפט העליון רשאי להורות על קיום משפט חוזר בעניין פלילי שנפסק באופן חלוט, בעילות שונות שאין המקום לפרטן כאן. ודוק, עקרון סופיות הדיון מהווה שיקול מרכזי בהחלטה אם לאפשר משפט חוזר, משום החשש לערעור מוחלט של הביטחון והיציבות במשפט הפלילי.¹³⁷ בתוך כך אזכיר כי הפסיקה גיבשה חריג מקביל לעקרון סופיות הדיון בדמות "משפט חוזר" גם למשפט האזרחי. זאת, מכוח סמכותו הטבעה של בית-המשפט לבטל פסק-דין חלוט בהתקיים נסיבות מיוחדות שבהן שיקולי צדק עדיפים על עמידה על עקרון סופיות הדיון, בעיקר כאשר מדובר בעילת תרמית או בראיות שהתגלו לאחר פסק-הדין ואשר בכוחן לשנותו מן היסוד.¹³⁸

החריג האחר לעקרון סופיות הדיון הוא "דיון נוסף", אשר בו עסקינן.¹³⁹ כמו בערעור, גם הוא משהה למעשה את סופיות הדיון, לעיתים אף לזמן ארוך,¹⁴⁰ אלא שהדיון הנוסף מוגדר חריג לעיקרון זה משום שהוא מגיע לאחר פסק-דין של בית-המשפט העליון כערכאה אחרונה אשר אין אחריה דבר לכאורה. אולם אין מדובר בחריג "אוטומטי", לפי שעל דעת מלומדים מקובל שכל החלטה בעתירה לקיום דיון נוסף תיבחן בראש ובראשונה מול מידת הפגיעה של העתירה בעיקרון היסודי של סופיות הדיון.¹⁴¹ גישה זו מקובלת גם הלכה למעשה על-ידי בית-המשפט העליון, אשר לא פעם דוחה עתירה לדיון נוסף מהנימוק שאין במקרה המסוים הצדקה עניינית לסטות מעקרון סופיות הדיון.¹⁴² גישה

134 המ' 183/52 שצ'ופק נ' מועצת עירית תל-אביב-יפו, פ"ד ז 603, פס' 4 (1953).

135 סנג'רו וקרמניצר, לעיל ה"ש 128, בעמ' 98–99.

136 ס' 31 לחוק בתי המשפט.

137 מ"ח 6148/95 עזריה נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(2) 334, פס' 34 (1997).

138 ע"א 4682/92 עיזבון שעיה נ' בית טלטש בע"מ, פ"ד נז(3) 366, פס' 5 (2003).

139 הרפז וכהן, לעיל ה"ש 54, בעמ' 211.

140 בן-נון וחבקין, לעיל ה"ש 43, בעמ' 18.

141 אריה ליכט סדר הדין האזרחי: הלכה למעשה כרך רביעי 3761 (2007).

142 ראו, למשל, דנ"פ בורשטיין, לעיל ה"ש 79, בפס' 3; דנ"א 9128/12 סמואל נ' רונן, פס' 1 (נבו 20.12.2012).

עקרונית זו הובאה באופן הולם בהחלטתה של השופטת ט' שטרסברג-כהן כאשר דחתה עתירה לדיון נוסף בפרשת אפרופים – הידועה כהלכה מרכזית בסוגיה של פרשנות חוזה – תוך שהיא עומדת על הרציונלים בבסיסו של עקרון סופיות הדיון:

עלינו לשים נר לרגלנו את העיקרון הבסיסי, לפיו, ההלכה נקבעת על ידי הרכב ראשוני ובסיסי של בית משפט זה שהוא הרכב של שלושה שופטים או הרכב מורחב מלכתחילה, וכי בעקרון, יושבת ערכאה זו על המדוכה פעם אחת בכל מקרה נתון, ומכריעה בו פה אחד או ברוב דעות. הדיון הנוסף אינו בא ליצור ערכאה נוספת. תפיסה זו מעוגנת היטב בעיקרון סופיות הדיון שהוא יסוד מוסד בשיטתנו המשפטית. מטרתו, אינטרס חברתי לשים סוף להתדיינות, לשמור על כבוד ויוקרת המערכת השיפוטית, להבטיח יציבות לגבי כוחו של המעשה השיפוטי, למנוע ריבוי הלכות ולחסוך בזמן ובהוצאות...¹⁴³

בתוך כל אלה מרחפת לה באוויר שאלה מהותית לענייננו: מי לידינו יתקע כי תוצאת פסק-הדין החדש בדיון הנוסף הולמת וצודקת יותר מקודמתה שהתקבלה בפסק-הדין מושא הדיון הנוסף? שאלה זו מתחדדת ביתר שאת כאשר בוחנים את נחיצותו של הדיון הנוסף, המגיח לעולם לא פעם אחרי גלגולים רבים, ואף בגלגול רביעי.¹⁴⁴

להמחשת האמור בדבר פגיעתו האנושה של מוסד הדיון הנוסף בעקרון סופיות הדיון, על-אף היותו חריג לעיקרון זה, אסקור כאן שלוש פרשות שבהן הורה בית-המשפט העליון על דיון נוסף. בשלוש הפרשות שאביא מתקיימים שני מאפיינים אשר בהצטרפותם יחד מבטאים פגיעה קשה ולא-הולמת בעקרון סופיות הדיון. המאפיין הראשון הוא שפסקי-הדין שלגביהם התקבלה הרשות לקיים דיון נוסף הוכרעו בבית-המשפט העליון פה אחד. מנקודת-מבט רחבה וכללית נראה כי הלגיטימיות של אישור לקיום דיון נוסף נגרעת על רקע תמימות-הדעים ששררה בין השופטים. תמימות-דעים מבצרת את סופיות הדיון, במיוחד בשים לב לעובדה שמדובר בפסק-דין של הערכאה הרמה ביותר. המאפיין השני הוא שפסקי-הדין בדיון הנוסף בשלוש הפרשות הפכו את פסק-הדין הקודם של בית-המשפט העליון (אשר נפסק כאמור פה אחד). אף שעקרון סופיות הדיון קשור להליך עצמו, ולא לפירותיו (כלומר לתוצאת פסק-הדין), המאפיין השני מבטא רכיב נוסף בפגיעה בתכלית פסק-הדין שיהא ודאי ויציב. נדמה אפוא שהצטרפותם יחד של שני המאפיינים שציינתי יוצרת פגיעה קשה בעקרון סופיות הדיון, ונידף ממנה ריח חריף של העדר יציבות והעדר ודאות בפסיקותיו של הבית העליון.

143 דנ"א 2485/95 אפרופים שיכון ויזום (1991) בע"מ נ' מדינת ישראל, פס' 5 (נבו 4.7.1995).

144 להווי ידוע שכאשר פסק-הדין הראשון בתיק ניתן בבית-משפט השלום ומתגלגל לבית-המשפט המחוזי במסגרת ערעור בזכות, ולאחריו לבית-המשפט העליון במסגרת ערעור ברשות, הדיון הנוסף הוא בחזקת דיון בגלגול רביעי.

(א) דנ"פ זגורי נ' מדינת ישראל

בפרשת זגורי, שנדונה בדיון נוסף, עלתה הסוגיה של "בית-משפט המדבר בשני קולות".¹⁴⁵ בפרשה זו הוגשו שני כתבי אישום נפרדים בגין רצח חלפן כספים בשנת 1998 – האחד נגד זגורי, העותר בפרשה, והאחר נגד שותפו. העותר הורשע בבית-המשפט המחוזי פה אחד, ואילו השותף זוכה לנוכח טענת אליבי שמסר לגבי חלק מהאירוע. בערעור המדינה על זיכוי השותף קבע בית-המשפט העליון כי אי-אפשר לפצל את האירוע לשני חלקים נפרדים, ועל-כן הותיר את זיכוי של השותף על כנו. אולם בערעור העותר על הרשעתו פסק בית-המשפט העליון פה אחד כי ניתן לפצל את האירוע, והותיר את ההרשעה על כנה. לנוכח פסיקותיו הלא-אחידות של בית-המשפט העליון, שדיבר באותה פרשה בשני קולות לכאורה, הוגשה עתירה לדיון נוסף מצד העותר המורשע. יש שיאמרו כי העובדה שבית-המשפט מדבר לכאורה בשני קולות מכרסמת בתמימות-הדעים של ההחלטה השיפוטית – המאפיין הראשון לעיל. אולם סבורני שבמקרה זה תמימות-הדעים הייתה איתנה במיוחד, משום ששני פסקי-הדין שניתנו בעניינו של זגורי, בשתי הערכאות, הרשיעו אותו פה אחד, והדבר מלמד על עוצמת הפסיקה השיפוטית, המבצרת את עקרון סופיות הדיון.

הדיון הנוסף בפרשת זגורי נדון בהרכב של שבעה שופטים, שקבע כי דין העתירה להתקבל וכי למעשה העותר זכאי. ההרכב המורחב בדיון הנוסף בפרשה כלל שניים משופטי המותב הקודם, השופטים א' א' לוי ומ' חשין, אשר עמדו על דעתם מפסק-דינם הקודם, והיו שני שופטי המיעוט היחידים אל מול חמשת שופטי הרוב, שסברו כי יש לזפות את זגורי מחמת הספק. הדיון הנוסף עורר פולמוס נוקב על גישתם של שופטי הרוב, אשר סטו מתחומו הצר והייחודי של ההליך, תוך שהם דנים שוב בסוגיות העובדתיות, ולא בסוגיה הלכתית, כנדרש בדיון נוסף. שופט המיעוט א' א' לוי הביע תמיהה על כך שהשופט א' ריבלין – אשר נימק את דעת הרוב – פתח את חוות דעתו בדיון פרטני בסוגיות עובדתיות ובממצאיהן של הערכאות השונות, משם שהוא לא היה אמור לעסוק בהם כלל בהליך מסוג זה.¹⁴⁶ שופט המיעוט השני, מ' חשין, היה נוקב לא פחות, כאשר ציין כי חוות-דעתם של שופטי הרוב הביכו אותו לא מעט, משום שהן לא עסקו בהלכה, כמתחייב בדיון נוסף, אלא בערעור נוסף ממש.¹⁴⁷ בהקשר זה התייחס השופט מ' חשין לפגיעה בעקרון סופיות הדיון כהאי ליסנא:

145 דנ"פ 4971/02 זגורי נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(4) 583, פס' 1 לפסק-הדין של השופט ריבלין (2004).

146 שם, בפס' 8 לפסק-הדין של השופט לוי.

147 שם, בפס' 8 לפסק-הדין של השופט חשין ("חוות-דעתם של השופט ריבלין ושל המשנה לנשיא אור הביכו אותי לא-מעט. ידעתי עד-כזה כי בדיון נוסף נדרש בית-המשפט – בראש ובראשונה – לדבר-הלכה, וכי לאחר קובעו הלכה מחיל הוא הלכה שקבע על מסכת העובדות שלפניו. זו הדרך הורנו החוק לילך בה, ובה הולכים אנו כל השנים. אכן, היו חריגים לכלל. גם בעתיד יהיו חריגים לכלל. אך לא נתקלתי עד-כזה במקרה כשלנו, מקרה שבו בית-המשפט בדיון הנוסף יושב לערעור – פשוטו כמשמעו – על פסק-דינו של בית-המשפט העליון. שישה שופטים – בשתי ערכאות – סברו כי זגורי היה מעורב כרוצח ברצח החלפן אפרים

חכמי-משפט קדמונים כבר הורונו כי *interest reipublicae ut sit finis litium* – אינטרס המדינה הוא שיהא קץ להתדיינות, ועל אינטרס זה שומרים אנו כל-העת מכל משמר... החוק פֶּתַח פֶּתַח להליך משפטי נוסף בהלכה שקבע בית-המשפט העליון – דיון נוסף קוֹרָא אותו הליך, ואין זה ראוי – ואף אין זה דין – כי נִסְטָה דיון נוסף ממסלולו ונהפכנו כלי לערעור על עובדות שנקבעו.¹⁴⁸

סבורני, בכל הכבוד, כי תשובה ראויה מצד שופטי הרוב לטענותיהם הנוקבות של שופטי המיעוט באותה פרשה לא ניתנה כלל ועיקר. התייחסותו של המשנה לנשיא (בדימ') ת' אור הייתה פשטנית ועמומה למדי, בציינו כי הדיון הנוסף נועד להוביל לתוצאה משפטית נכונה, מבלי שהתייחס לתכליתו וליסודותיו של הדיון הנוסף, כפי שהם באים לידי ביטוי בדיון.¹⁴⁹ בוויכוח הנוקב בין שופטי הרוב לשופטי המיעוט בפרשת זגורי בחרו הראשונים, לכאורה, בקו של עשיית צדק חלף הקפדה על גדר סמכותם בדיון. אולם חשוב לזכור כי פסיקתם של שופטי הרוב בדיון הנוסף הפכה שני פסקי-דין ברורים שניתנו פה אחד באותו עניין – הן של בית-המשפט המחוזי והן של בית-המשפט העליון.

בהקשר זה ראוי להבהיר כי המתח בין עמדת הרוב לעמדת המיעוט, כפי שבא לידי ביטוי בפרשת זגורי, הוא בעניין של מהות. כבר עמד על כך ראשון נשיאי בית-המשפט העליון מ' זמורה, אשר טבע את המימרה הידועה "אמת ויציב – אמת עדיף".¹⁵⁰ נדמה לי כי בכל דעה שיבחר בה הקורא – בין בדעת שופטי הרוב, הזועקים "אמת", ובין בדעת שופטי המיעוט, הזועקים "יציב" – יתעורר לו קושי כזה או אחר. מצד אחד, דעת שופטי הרוב מבטאת את הגישה שצדק צריך להיעשות בכל מחיר, גם כאשר הדבר מחייב סטייה מפסקי-דין סופי לכאורה. מן הצד האחר, דעת שופטי המיעוט מלמדת על חשיבות השמירה על עקרון היציבות במשפט, המונע "הפתעות חדשות" הפוגעות ביכולת ההסתמכות של הצדדים לדיון, ועיקר ביקורתם קשורה לסטייה מגבולות הדיון בהלכה השנויה במחלוקת. ודוק, שופט המיעוט מ' חשין ציין כי עקרון סופיות הדיון אינו שמור אך לטובת הנאשם, אלא גם למדינה יש אינטרס שיהא קץ להתדיינות. מכל מקום, עמדתי היא שסטייה כזו מתכליתו של מוסד הדיון הנוסף מכרסמת ממש בזכות שהוענקה למוסד זה להוות חריג לסופיות הדיון. דומני שאי-אפשר בשם "האמת" לדון בהליך חוקתי שהוגדר נדיר וחריג כבהליך ערעור שגרתו הנערך דבר יום ביומו, שאז מתקיימת פגיעה אנושה במשולש של עקרונות סובסטנטיביים ומרכזיים: עקרון יציבות המשפט, עקרון ההסתמכות על הדיון ועקרון סופיות הדיון.

יאס ז"ל, והנה עתה באים חבריי והופכים קערה על פיה בייסדם עצמם על מימצאי-עובדה אחרים מאלה שנקבעו בערכאה הראשונה ובערעורו של זגורי, ואם לזאת לא ייקרא ערעור, ערעור מהו – לא ידעתי".

148 שם, בפס' 11 לפסק-הדין של השופט חשין.

149 שם, בפס' 11 לפסק-הדין של המשנה לנשיא (בדימ') אור.

150 ע"א 376/46 רוזנבאום נ' רוזנבאום, פ"ד ב 235, פס' 32 לפסק-הדין של הנשיא זמורה (1949).

(ב) דנ"א מדינת ישראל נ' שדמון

פרשת שדמון נגעה בקביעת פרשנות ראויה למושגים שונים בחוק פסיקת ריבית והצמדה, התשכ"א-1961, בהקשר של תוכניות חיסכון ממשלתיות שפתחו המשיבים בעתירה. לא זה המקום להרחיב בנסיבות ובסוגיה שנדונה בפרשה, אולם אומר רק שלפרשנותו של בית-המשפט העליון בסוגיה זו היו נפקויות חשובות לפרט בתחומים שונים, כגון זכאות להלוואות, קביעת שיעור תשלומי מס ועוד. פרשת שדמון עברה דרך בית-המשפט העליון במסגרת בקשת רשות ערעור, שנדונה במושב תלתא, שם נפסק פה אחד לפי פרשנות שהיטיבה עם האזרח הקטן – בני משפחת שדמון. בני משפחת שדמון האמינו כי הגיע הקץ להתדיינות בתיק זה, ש"התגלגל" לו בין שלוש ערכאות, וזאת במיוחד לנוכח העובדה ששופטי בית-המשפט העליון פסקו לטובתם פה אחד. מה רבתה הפתעתם, מן הסתם, כאשר מצאו את עצמם כמשיבים בדיון נוסף שהמדינה עתרה לו.¹⁵¹

בדיון הנוסף בפרשה התכנס מותב של שבעה שופטים, שכלל שניים משופטי המותב הקודם, השופטות ד' דורנר וט' שטרסברג-כהן, אשר עמדו על דעתן מפסק-דין הקודם והיוו את דעת המיעוט אל מול חמשת השופטים שנוספו לדיון הנוסף, אשר חברו יחדיו לדעת הרוב. גם בפרשת שדמון שלובים שני המאפיינים המצטברים שהוזכרו כפוגמים בעקרון סופיות הדיון – הרשאה לקיום דיון נוסף על פסק-דין שניתן פה אחד והפיכתו בדיון הנוסף. יתרה מזו, נראה שבפרשה זו יש שני מרכיבים נוספים המכרסמים בזכות שניתנה למוסד הדיון הנוסף להוות חריג לסופיות הדיון:

המרכיב האחד הוא משך הזמן הרב שחלף בין פסק-הדין של בית-המשפט העליון בערעור בפרשה לבין פסק-הדין בדיון הנוסף – כשנתיים וחצי. ואם לא די בכך, בין פסק-הדין הראשון בפרשה (בבית-משפט השלום) לבין פסק-הדין בגלגול הרביעי (בדיון הנוסף) חלפו להן יותר משבע שנים.¹⁵² ברי כי התמשכות הליכים קיצונית כזו במסגרת ארבעה גלגולים – האחרון בדיון נוסף – פוגעת כשלעצמה בסופיות הדיון.

המרכיב האחר קשור לאסימטריה בין הצדדים להתדיינות. בפרשה זו (כמו ברבות אחרות) הסתמכותו של "הצד החלש" – משפחת שדמון – על פסק-דין שניתן לטובתו בבית-המשפט העליון, בוודאי אם הוא נפסק פה אחד, צריכה להיות משמעותית ואיתנה. העובדה שבית-המשפט נעתר לבקשת "הצד החזק" (המדינה) לקיים דיון נוסף מעיבה על כך, משום שדיון נוסף מתאפשר ומשרת בעיקר בעלי-דין חזקים שיכולים לעמוד מבחינה כלכלית בעלויות הגבוהות של התדיינות וייצוג. פרשת שדמון מבססת אפוא שוב פגיעה לא-מבוטלת בעקרון סופיות הדיון, כזו החורגת מן השכל הישר, שהוא בגדר יועץ רצוי תמיד.

151 דנ"א 1792/00 מדינת ישראל נ' שדמון, פ"ד נו(5) 643 (2002).

152 ראו רע"א 6072/98 שדמון נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(1) 519, 521 (2000) (שם פורטו ההליכים בפרשה זו ומועדיהם: פסק-הדין בבית-משפט השלום ניתן ביום 30.4.1995, פסק-הדין בערעור בבית-המשפט המחוזי ניתן ביום 5.8.1998, ופסק-הדין בערעור בבית-המשפט העליון ניתן ביום 21.2.2000; פסק-הדין בדיון הנוסף ניתן ביום 25.7.2002).

(ג) דנ"א בית חולים כרמל – חיפה נ' מלול

במרכזה של פרשה זו תינוקת שנולדה פגה בעקבות ירידת מי שפיר. לאחר לידתה התברר כי התינוקת לוקה בשיתוק מוחין ובפיגור שכלי ברמת נכות של 100%. יודגש, כעובדה, כי חלף פרק-זמן ממושך של כ-45 דקות מרגע שהחלה האם לדמם בבית-החולים ועד שהוחלט ליילדה בניתוח קיסרי. בנסיבות אלו נוצר מצב של קשר סיבתי עמום ולא-ברור בין העולה לבין נזקה של התינוקת, והתעורר קושי ראייתי לקבוע את שיעור הנזק על-פי הסתברות. זאת, משום שלא היה ברור עד כמה תרמה רשלנותו של בית-החולים בעיכוב הלידה לנכותה של התינוקת, אשר מלכתחילה שרתה בסיכון גבוה כמי שנולדה כפגה כה מוקדם. לענייננו חשובה גם השתלשלות הזמנים המתמשכת בנוגע לפסקי-הדין שניתנו בפרשה. ביולי 2002 ניתן בפרשה זו פסק-הדין הראשון בבית-המשפט המחוזי חיפה,¹⁵³ ונפסק כי שיעור הפיצוי יעמוד על 40% מנזקי התובעים. במרץ 2005 נדון בבית-המשפט העליון הערעור שהוגש על-ידי בית-החולים וקופת-החולים, ונפסק פה אחד, במותב תלתא, כי שיעור הפיצוי יופחת לכדי 20% מהנזק האמור.¹⁵⁴ מייד לאחר פסק-דינו זה של בית-המשפט העליון התעורר פולמוס רב בקרב מלומדים, שטענו כי בית-המשפט בפרשה זו נקט גישה מרחיקת-לכת כאשר העניק פיצוי לא לפי המבחן המסורתי, הוא "מבחן מאזן ההסתברויות", אלא בצורה ספקולטיבית ואינטואיטיבית המבוססת על עקרונות של צדק, מבלי להיעזר בתשתית ראייתית.¹⁵⁵ דומה כי בית-המשפט העליון בערעור הלך אחרי פסיקת בית-המשפט המחוזי בפרשה, בקובעו פיצוי בצורה שרירותית למדי שאינה מבוססת על נתונים הסתברותיים, אלא על שיקולי צדק גרידא.¹⁵⁶ החשש מפני פריצת הסכר והתמוטטות המבחן המקובל של מאזן ההסתברויות היה כבד, משום שהשלכתו המיידית הייתה עלולה להיות הצפה של בתי-המשפט בתביעות רבות ומופרכות.¹⁵⁷

פרשת **מלול** התגלגלה לדיון נוסף,¹⁵⁸ שנסב על השאלה כיצד יש לפסוק פיצויי נזיקין כאשר הקשר הסיבתי עמום. הדיון הנוסף בפרשה זו נדון לפני הרכב רחב-ידיים של תשעה שופטים, ביניהם שניים משלושת השופטים שישבו בערעור. פסק-הדין בדיון הנוסף ניתן רק באוגוסט 2010, ונפסק בו, ברוב דחוק ביותר של חמישה שופטים מול ארבעה, כי בית-המשפט העליון טעה בפסק-דינו בערעור, משום שאין מקום להכיר בפיצויים מתוקף חריג "האחריות היחסית" במקרים של סיבתיות עמומה כמו בנסיבותיה של פרשת **מלול**. כך למעשה הפך פסק-הדין בדיון הנוסף את כל פסקי-הדין שניתנו בפרשה זו קודם לכן, וביטל בפועל – ממועד פסק-הדין בדיון הנוסף ואילך – את תשלומי הפיצוי של בית-החולים

153 ת"א (מחוזי חי') 1058/94 **מלול נ' בית חולים "כרמל" חיפה** (נבו) 18.7.2002.

154 ע"א 7375/02 **בית חולים כרמל, חיפה נ' מלול**, פ"ד ס(1) 11 (2005).

155 בנימין שמואלי, רון שפירא וקמיל פוקס "הסיבתיות העמומה" – עמומה מדיי: על הגברת סיכון, מאזן הסתברויות והערכה כללית המבוססת על צדק" **מחקרי משפט** כג 855, 856–857 (2007).

156 שם, בעמ' 867.

157 שם, בעמ' 884–885.

158 דנ"א 4693/05 **בית חולים כרמל – חיפה נ' מלול**, פ"ד סד(1) 533 (2010).

וקופת-החולים לניזוקים, דבר שגור כמוכן פגיעה כלכלית לא-מבוטלת במשפחת מלול.¹⁵⁹

עינינו הרואות כי פרשת מלול הובילה לפגיעה בלתי-סבירה בעיקרון יסודי בשיטתנו – סופיות הדיון. זאת, מן הטעמים המצטברים העולים ממכלול נסיבותיה של הפרשה כדלהלן. ראשית, פסק-הדין בערעור בבית-המשפט העליון ניתן פה אחד, באופן ברור ומוחלט, ואף-על-פי-כן התקיים בו דיון נוסף, וכבר ציינתי קודם לכן את משמעויות הדבר מבחינת הפגיעה בסופיות הדיון. שנית, פסק-הדין שניתן בדיון הנוסף הפך את פסקי-הדין המהותיים שניתנו בבית-המשפט המחוזי ובערעור בבית-המשפט העליון. שלישית, פסק-הדין בדיון הנוסף ניתן ברוב זעום ביותר של חמישה שופטים מול ארבעה. פער זעום בין דעת הרוב לדעת המיעוט, בפרט בדיון נוסף המתקיים כמותב רחב, משדר באופן מסוים חוסר ודאות וחוסר יציבות של פסק-הדין, משום שדעת המיעוט מהדהדת ממספר רב יותר של שופטים. כאן לפנינו תשעה שופטים היושבים על המדוכה, ומספר הדעות העולות מפסק-הדין כמספר השופטים, עד כדי כך שאין זה ברור מה ההלכה המדויקת היוצאת ממנו.¹⁶⁰ במצב זה אין אלא לשאול: האם תוצאה כזו מצדיקה פגיעה בסופיות הדיון, במיוחד כאשר פסק-הדין בבית-המשפט העליון ניתן פה אחד? יודגש: מובן שההצדקה לקיומו של דיון נוסף אינה יכולה להיבחן לפי תוצאת ההליך בו, שהרי זו אינה ידועה בשלב של מתן ההרשאה לקיימו; אך נדמה שכאשר ניתנת הצדקה לדיון נוסף על פסק-דין שנפסק פה אחד, תוצאה של היפוכו – בוודאי על חודו של קול – יוצרת פגיעה ביציבות ובוודאות, שהם שני יסודות חיוניים שעקרון סופיות הדיון נועד לבצר. מניחות עמדות השופטים עולה כי בשאלה אם יש להכיר בחריג למבחן הראייתי המקובל של מאזן ההסתברויות בדמותה של "אחריות הסתברותית" (בפסק-הדין בדיון הנוסף כונה חריג זה "אחריות יחסית") פסקו שבעה שופטים מול שניים כי יש כעיקרון מקום להכיר בחריג זה כאשר מתעורר קושי לערוך בחינה ראייתית לפי המבחן המסורתי של מאזן ההסתברויות.¹⁶¹ רביעית, משך הזמן הארוך של ההתדיינות בערכאות השונות בפרשה – יותר משמונה שנים – אינו אלא עינוי דין במובנו הרחב והמהותי כלפי משפחת מלול (שהיא כאמור הצד החלש בפרשה, הניצב מול מוסדות המדינה החזקים). נדמה אפוא כי פרשה זו מעלה שאלות שורשיות בנוגע ליוקרתה של מערכת המשפט העליונה וליציבותו של המעשה השיפוטי, הקשורות גם הן לבסיסו של עקרון סופיות הדיון.

לאחר שהובאו בתמצית שלוש הפרשות דלעיל, אבקש להוסיף ולהאיר באור זרקורים סוגיה בעייתית נוספת שלא נעלמה מעיניי, שגם היא סוגיה שורשית הנוגעת בפגיעתו הלא-סבירה של הדיון הנוסף בעקרון סופיות הדיון. סוגיה זו קשורה לדיבורו של הדין המאפשר

159 למעלה מן העניין אציין כי אף שבדיון הנוסף בוטלו תשלומי הפיצוי למלול, נקט בית-המשפט העליון מידה של חסד כאשר קבע כי משפחת מלול לא תחויב להחזיר את כספי הפיצויים שכבר שולמו לה עד כה.

160 אריאל פורת "אחריות הסתברותית לאחר פסק דין מלול" ספר שלמה לוי 375, 376 (אשר גרוניס, אליעזר ריבלין ומיכאל קרייני עורכים 2013).

161 שם, בעמ' 385.

קיום דיון נוסף ביוזמת המותב שנתן את פסק-הדין. לשם בהירות הדיון כאן נביא שוב את הדיבור בדין, לפי שאין טוב ממראה עיניים:

ענין שפסק בו בית המשפט העליון בשלושה, רשאי הוא להחליט, עם מתן פסק דינו, שבית המשפט העליון ידון בו דיון נוסף בחמישה או יותר.¹⁶²

סבורני כי לאחר שיעמיק הקורא שוב בקריאת הבסיס הנורמטיבי לקיום דיון נוסף, הוא יבחין בנקל כי אין היא עומדת במבחן ההיגיון. הרי קשה לקבל על הדעת שהרכב שופטים בבית-המשפט העליון – השואפים להיחשב מקצוענים ודגולים בשפיטה – יחליטו באופן פורמלי, בתוך פסק-דינם, כי רצוי שהעניין יובא לדיון נוסף.¹⁶³ אוכל לחשוב בדוחק על טעם לקביעה כזו של מותב במצב דברים שבו נולדה לה הלכה מהפכנית אשר לדעת המותב יש צורך להעבירה תחת מסננת שיפוטית נוספת כדי לנסוך בה לגיטימיות. אולם ככלל החלטה מעין זו סביר שנוטעת בנו את ההרגשה שהשופטים אינם בטוחים ומשוכנעים בפסק-הדין שהם עצמם הוציאו זה עתה.¹⁶⁴ וכבר הרחבתי קודם כי תכליתו של פסק-דין היא להכריע לחלוטין את הסכסוך לפי הדין, וכי עליו להישען על אדנים של ודאות, יציבות וסופיות. בהחלטה על קיום דיון נוסף מייד עם מתן פסק-הדין, ביוזמת מי שנתן את פסק-הדין, אפשר שיש משום תרתי דסתרי עם תכליתו של פסק-דין. נראה לי, בכל הכבוד הראוי, כי לנוכח האמור כאן יש מקום אמיתי לשקול מחדש את נחיצות החרגתו המקובלת של מוסד הדיון הנוסף מעקרון סופיות הדיון, לכל-הפחות בכל הקשור לאפשרות שהמותב עצמו יחליט עם מתן פסק-דינו לקיים דיון נוסף.

3. פגיעה בעקרון אמון הציבור

הורתו ולידתו של עיקרון זה כבר במשפט העתיק המקראי, בין היתר בסיפור מעשה טרגי המובא בתלמוד הירושלמי¹⁶⁵ המלמד על חשיבותו הרת-הגורל של עקרון אמון הציבור

162 ס' 30 (א) לחוק בתי המשפט.

163 הלוי תורת הדיון האזרחי, לעיל ה"ש 3, בעמ' 393.

164 פניכל, לעיל ה"ש 30, בעמ' 258 ("האם לא יתמה אזרח ממוצע כיצד נטלו שלשה אלה על עצמם לפסוק, אם מפקפקים הם בצדקת פסיקתם עד כדי החלטה שמוטב שיענינו בענין שבעה? שופט הפוסק חייב להיות משוכנע בנכונות פסיקתו, ולא להביע דעתו שיש עוד צורך בעיון נוסף!").

165 ירושלמי, סנהדרין ו, ג. להלן סיפור המעשה המובא שם: "שמעון בן שטח היו ידיו חמומות. אַתָּא סיעת ליצנין אַמרי. הָבו עֲצָה נִיסְהוּד עַל בְּרִיָּה וְנִיקְטְלִינָהּ. אַסְהִידוּ עָלַי. וְנִגְמַר דִּינֵו לִיהָרְג. מִי נִפְק לְמִיתָקְטָלָא אַמְרִי לִיהָ. מְרִי שִׁיקְרִין אַנְן. בְּעָא אַבּוּי מְחֻזְרִתִּיהָ. אַמְר לִיהָ. אַבָּא. אַם בִּיקְשְׁתָּה לְבּוּא תְשׁוּעָה עַל יְדֶךָ עֲשֵׂה אוֹתִי כְאֶסְקוּפָה."

תרגום: שמעון בן שטח נשיא בית-הדין הגדול – הסנהדרין היו ידיו חמומות [לתפוס עוברי עברות]. באה חבורת ליצנים ואמרו: נעיד על בנו [של שמעון בן שטח] ונהרגהו. העידו עליו, ונגזר דינו [של הבן] למות. כאשר יצא [הבן] ליהרג, אמרו לו [הליצנים]: אדון, שיקרנו. רצה אביו [שמעון בן שטח] להחזירו [כלומר, להחזיר את הבן למשפטו, אשר הסתיים כאמור

במערכת המשפט. פגיעה באמון הציבור במערכת המשפט אז יכלה לערער ולסדוק יסודות עולם שהיו מקובלים בחברה, היות שהיה מקובל כי המשפט נגזר מן האל עצמו, כדכתיב: "כִּי הַמִּשְׁפָּט לְאֱלֹהִים הוּא"¹⁶⁶.

עקרון אמון הציבור במערכת המשפט הוא עיקרון בסיסי וסובסטנטיבי הקשור בטבורו ליחסיה-הגומלין בין מערכת המשפט לבין הציבור והצדדים הבאים בשעריה. אמון הציבור חשוב כדי לבצר ולממש את הדמוקרטיה במדינת-ישראל, והוא מקדם חברה בריאה ויציבה. הוא נחוץ לצורך תפקוד תקין של הרשויות, ובכלל זה גם של בית-המשפט, ולשם שמירת הסדר הציבורי.¹⁶⁷ היו שתיארו את אמון הציבור כנכס היקר ביותר שיש לרשות ולמדינה, וגרסו כי חוסר אמון בשפיטה הוא תחילת סופה של החברה.¹⁶⁸ אולם אין בצירוף המילים "אמון הציבור" כדי להניע את המערכת לנהות אחר פופולריות גרידא, ועל השופט לפעול ולעשות משפט צדק על-פי הצהרת האמונים שלו לחברה בעת מינויו.¹⁶⁹ השופט זקוק למעשה לאמון העם באובייקטיביות שלו כשופט.¹⁷⁰

בית-המשפט מטפח את אמונו של הציבור באמצעות שמירה על עקרונות משפטיים שונים. אחד מאותם עקרונות מרכזיים המזינים את אמון הציבור הוא עקרון ההנמקה, המעוגן בשבילי החקיקה.¹⁷¹ תכלית החובה האינהרנטית המוטלת על בית-המשפט לנמק

בהרשעה עקב עדות-השקר]. אמר לו [בנו]: אבא, אם ביקשת להביא תשועה בידך, עשה אותי כאסקופה.

פירוש: שמעון בן שטח, המגלה שבנו אשר נידון למוות הינו חף מפשע, מבקש להציל את בנו בדרך של דיון נוסף במשפטו. אלא שבנו שם אל ליבו את ההשלכות שיהיו לשינוי פסק-הדין על אמון הציבור במערכת המשפט האלוהית ואת הפגיעה שתיגרם לאמון העם בתורה ובאל, ועל-כן הציע לאביו להקריבו על מזבח חשיבותו של האמון הציבורי במערכת המשפט.

166 דברים א' 17.

167 יצחק זמיר "אמון הציבור בבית המשפט" **עורך הדין** 28, 46, 28 (2020).

168 בג"ץ 732/84 **צבן נ' השר לענייני דתות**, פ"ד מ(4) 141, פס' 10 (1986) (שם ציין השופט ברק כי "אמון הציבור ברשות השופטת הוא הנכס היקר ביותר שיש לה לרשות זו. זהו גם מנכסיה היקרים ביותר של האומה. ידועה אמרתו של דה-בלוק, כי חוסר אמון בשפיטה הוא תחילת סופה של החברה").

169 זמיר, לעיל ה"ש 167, בעמ' 29.

170 אהרן ברק "בית-המשפט העליון ואמון הציבור" **מבחר כתבים** א 965, 970 (חיים ה' כהן ויצחק זמיר עורכים 2000) ("...זקוקים אנו לאמון העם. לאמון העם באובייקטיביות שלנו. אכן, אין לו לשופט לא חרב ולא ארנק. כל שיש לו הוא אמון הציבור בו").

171 להלן דוגמאות אחדות לחובת ההנמקה בדין: ס' 54 לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971 (בהכרעת בית-המשפט על-פי עדות יחידה במשפט אזרחי); שם בס' 54א(ב) (בהכרעת בית-המשפט על-פי עדות יחידה של קורבן עברת מין במשפט פלילי); שם, בס' 10א(ג) (בקבלת אמרת עד מחוץ לבית-המשפט); ס' 2ג(ב) לחוק לתיקון סדרי הדין (חקירת עדים), התשי"ח-1957 (בהרשעה על-פי עדות יחידה של עד המעיד לא בנוכחות נאשם); ס' 40 יד לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (לגבי מרכיבים שונים בגזר-הדין); ס' 10א(א) לחוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התשס"א-2000 (בהחלטת בית-המשפט לקיים דיון בדלתיים סגורות בהליך הנוגע בהפליה מחמת נטייה מינית); ס' 25א(א) לחוק הירושה, התשכ"ה-1965 (בהחלטת

את הכרעותיו היא לקדם את נראות פני הצדק, כדי שההכרעות לא ייראו שרירותיות בעיני הציבור. ודוק, מקובל כי חובת ההנמקה מהווה יסוד מיסודותיו של ההליך השיפוטי, וכי היא מיועדת, בין היתר, לצמצם שרירותיות בשיקול-הדעת המשפטי, לקדם דיון ציבורי מושכל ולאפשר הקמת קורפוס משפטי רחב, אשר חיוני להתפתחות המשפט. כל אלה מסייעים לציבור להבין את בסיס ההכרעה השיפוטית ולראותה כלגיטימית, גם אם אין מסכימים לה.¹⁷² כך אפוא בית-המשפט עשוי ליהנות מתדמית של גוף אמין, מקצועי, הוגן ונגיש – כזה שאמון הציבור בו גבוה. עקרון אמון הציבור מונח גם ביסודו של הליך הדיון הנוסף. כך נקבע, בין היתר, בדחיית העתירה לדיון נוסף פלילי שהגיש השר א' דרעי על הרשעתו.¹⁷³

בשנת 1991, ערב המהפכה החוקתית, זכה בית-המשפט העליון בישראל באמון גבוה במיוחד מצד הציבור – כך על-פי מחקר מקיף שהתבסס על סקר דעת-קהל שנערך בקרב הציבור הישראלי.¹⁷⁴ אולם בשנים שלאחר-מכן איבד בית-המשפט העליון הרבה "נקודות" במבחן אמון הציבור כלפיו. היו שתלו זאת בתפקיד מרחיק-הלכת שהוא נטל על עצמו במסגרת תפקידו החוקתי – ביטול חוקים שנחקקו בכנסת – וזאת על יסוד סמכותו הבלתי-מוגבלת כמעט במסגרת חוקי-היסוד שחוקקו אז, אשר שימשו בידו נשק לא-קונוונציונלי.¹⁷⁵ על רקע זה היו שסברו כי יוזמה להגבלת השפיטות בבית-המשפט העליון באמצעות חקיקה עשויה לתרום לשיקום מעמדו הציבורי של בית-המשפט העליון, ועשו שימוש בביטוי "ריסון שיפוטי" – בין במטרה שהוא יעוגן בחקיקה ובין במטרה שהוא יאומץ על-ידי השופטים עצמם – בהקשר של הגבלת תפקידו החוקתי של בית-המשפט העליון.¹⁷⁶ ודוק, את הביטוי "ריסון שיפוטי" טבע דווקא הנשיא א' ברק בהקשר של היצירתיות השיפוטית, המחייבת לדידו ריסון שיפוטי ניכר.¹⁷⁷ הירידה באמון הציבור בבית-המשפט העליון ובשופטיו נבעה מכך שהוא נתפס אז כחורג מתפקידו החוקתי, בין היתר משום שהוא קבע כי נתונה לו סמכות לבטל חוקים מכוח חוקי-היסוד, אף שסמכות זו לא עוגנה במפורש בחוקי-היסוד.¹⁷⁸

בית-המשפט לקיים צוואה על-אף פגם או חסר בצורתה; ס' 75(ג) לחוק המקרקעין, התשכ"ט–1969 (בהחלטת מפקח במסגרת דיון בסכסוך בין בעלי דירות בבית משותף); ס' 21א(1) לחוק הבוררות, התשכ"ח–1968 (בפסק בוררות שנקבע לגביו כי הוא ניתן לערעור לפני בורר).

172 יששכר רוזן-צבי **ההליך האזרחי 85–86** (2015).

173 ראו דנ"פ 5567/00 **דרעי נ' מדינת ישראל**, פ"ד נד(3) 601, פס' 33 (2000).

174 יואב דותן "האם ישראל צריכה בית-משפט לחוקה?" **משפט וממשל** 117, 137–141 (1999).

175 יצחק הרצוג "על קביעת הרכבים בפרשנות חוקי היסוד" **קריית המשפט** ט 203, 204–205 (התשע"א).

176 עומר שפירא "על שפיטות, ביקורת שיפוטית וריסון שיפוטי: צעדים לשיקום האמון בבית-המשפט העליון" **משפט ועסקים** יא 193, 193–194 (2009).

177 ראו לעיל הציטוט ליד ה"ש 108.

178 שפירא, לעיל ה"ש 176, בעמ' 231.

בשנים האחרונות חלה הרעה נוספת בכל הקשור לאמון הציבור במערכת המשפט בכלל ובבית-המשפט העליון בפרט.¹⁷⁹ לאחרונה פרסם המכון הישראלי לדמוקרטיה את מדד הדמוקרטיה הישראלית לשנת 2021, המלמד כי אמון הציבור בבית-המשפט העליון נמצא בירידה מתמדת בשנים האחרונות.¹⁸⁰ כך, משנת 2003 ועד שנת 2021 חלה ירידה ליניארית עקיבה למדי, עד כדי כך שבשנת 2021 ירד אמון הציבור בבית-המשפט העליון לראשונה אל מתחת לרף ה-50%, והגיע לשפל חסר תקדים של 181.47.1%.

על רקע קשר זה בין העדר ריסון שיפוטי לבין הירידה באמון הציבור בבית-המשפט העליון לאחר המהפכה החוקתית, אבקש לטעון כי לשופטי בית-המשפט העליון היושבים במותבי דיון נוסף יש יד ורגל בירידה התלולה באמון הציבור במערכת המשפט בעשור האחרון, וזאת לנוכח שלושה סממנים ייחודיים שעלולים להתקיים בדיון נוסף מעצם טיבו, ואשר שילובם המצטבר בפרשה אחת מבטא העדר ריסון משפטי. סממן אחד הוא הפיכתו של פסק-דין על-ידי אותה ערכאה שנתנה אותו. בקבלת עתירה בדיון נוסף בית-המשפט העליון הופך פסק-דין שהוא עצמו הוציא מתחת ידו באותו עניין (להלן: הסממן הראשון). סממן שני הוא הפיכת הכרעתו של שופט הדין באותו עניין פעמיים באותה ערכאה. שופט היושב במותב הדיון הנוסף עשוי להגיע להכרעה הפוכה מזו שהוא עצמו הגיע אליה כאשר ישב במותב שהוציא את פסק-הדין מושא הדיון הנוסף.¹⁸² הדברים מקבלים משנה תוקף כאשר מדובר בנשיא בית-המשפט העליון בכבודו ובעצמו המשנה את פסיקתו שלו באותו עניין (להלן: הסממן השני). כאן המקום לציין כי הסממן הראשון והסממן השני הם בבחינת אירועים שיכולים להתקיים אך ורק במסגרת מוסד הדיון הנוסף, משום שברגיל אין אותה ערכאה דנה שוב באותו עניין, וממילא גם אין שופט הדין שנית באותו עניין, לפי שתמיד ערכאה גבוהה בוחנת את הערכאה דלמטה. ניתן לומר כי בהתקיים הסממן הראשון או הסממן השני מתקבלת תחושה של הכרעה אלסטית אנומלית, אשר עלולה, מעצם טבעה החריג, לכרסם באמון הציבור. ודוק, הדברים מקבלים משנה תוקף מקום ששני הסממנים מתקיימים יחדיו בפרשה אחת. הסממן השלישי הוא השיהוי הרב – לעיתים עד כדי עינוי דין ממש – שמתהווה לא פעם בין מועד מתן פסק-הדין מושא הדיון הנוסף לבין מועד מתן פסק-הדין בדיון הנוסף. שיהוי זה עלול להגיע אף לשנים מספר בין שני המועדים האמורים (להלן: הסממן השלישי). טענתי היא כי שלושת הסממנים הללו,

179 מנחם (מרי) קליין ואביעד איגרא "ירידת האמון בבתי המשפט ותופעת השפיטה המתגוננת" **קריית המשפט** יא 4–5 (צפוי להתפרסם ב-2024).

180 תמר הרמן ואח' **מדד הדמוקרטיה הישראלית 2021**, 9, 73, 113 (המכון הישראלי לדמוקרטיה 2021) (להלן: סקר המכון הישראלי לדמוקרטיה).

181 שם, בעמ' 193 (משנת 2003 ועד שנת 2020 עמדו נתוני האמון הציבורי בבית-המשפט העליון – במידה רבה למדי או רבה מאוד – על יותר מ-50%, פרט לירידה חד-פעמית בשנת 2008 ל-47.4%).

182 ראו, למשל, דנג"ץ 10350/02 **שר הפנים נ' מטר**, פ"ד נח(3) 255 (2004) (שם הפך השופט י' טירקל את פסק-דינו במסגרת הדיון הנוסף, והסביר זאת בכך ש"הרהר" שוב בעניין: "עתה, משחזרה ובאה לפנינו הסוגיה בדיון נוסף זה, ומשעיינתי שוב הפעם בטיעוניהם של באי-כוחם של בעלי-הדין, נתעוררו בלבי 'הרהורי תשובה', אם מותר לכנות זאת כך").

במיוחד כאשר הם כרוכים ומתקיימים יחדיו במסגרת דיון נוסף פלוני, מגבירים את החשש מפני מציאות שבה עקרון הוודאות במשפט ייהפך לאות מתה, ופוגעים פגיעה קשה באמון הציבור במערכת המשפט. בטרם אמשיך יש לבסס את טענתי זו בדבר שלושת הסממנים העלולים להתקיים תחת מוסד הדיון הנוסף, ולהוכיח אותה בתימוכין ובאסמכתאות. לעניין טענתי כי הסממנים הראשון והשני גורמים לפגיעה באמון הציבור בבית-המשפט העליון ובשופטיו, ניתן לומר כי הגיונה של טענה זו בצדק יסודה. הרי כיצד יעלה על הדעת שאותו שופט ואותה ערכאה, הפוסקים שנית באותו עניין בדיוק, משנים את דעתם מן הקצה אל הקצה? בהקשר זה יושם אל לב כי פסק-דין של בית-המשפט העליון שלגביו התקבלה העתירה בדיון הנוסף נחשב טעות של ממש, על כל המשתמע מכך¹⁸³ – טעות של המתב ושל שופטי דעת הרוב בו. וכבר נשמעה הטענה כי טעות חמורה אחת בפעולתו של שופט היושב על כס המשפט עלולה להשחית מאמץ של שנים בהבטחת אמון הציבור ברשות השופטת.¹⁸⁴ המסקנה ברורה למדי: היפוך פסיקתו של שופט יחד עם היפוכו של פסק-דין באותו עניין ובאותה ערכאה שיפוט מצביע על טעות, שעלולות להיות לה השלכות על אמון הציבור, בוודאי בהינתן שמדובר בערכאה עליונה. גם מ'טמיר סבורה כי פגיעה באמון הציבור ברשות השופטת באופן כללי עלולה לנבוע מסטייה שלה מדפוס פעולתה, כגון סטייה תכופה מתקדימים מחייבים ומהלכות שנפסקו, כפי שקורה למעשה בדיון נוסף שבו בית-המשפט העליון הופך את הכרעתו שלו.

...החלטה לסטות מדפוס פעולה קודם עשויה לגרום לאבדן הלגיטימציה של מקבלת ההחלטות בקרב הציבור שהיא פועלת בו. כאשר עסקינן בבית המשפט, אמון הציבור בתהליך קבלת החלטות הכפוף לעקרון שלטון החוק הוא שיקול חשוב ביותר, שחייב להישקל במסגרת קבלת החלטה רציונלית. בית משפט שמשנה לעתים תכופות את קביעותיו, מסתכן בכך שהציבור יראה בו מוסד פוליטי המחליף מדיניות חדשות לבקרים, ולא מוסד שיפוטי, עצמאי ובלתי תלוי, הכפוף לשלטון החוק בלבד.¹⁸⁵

ברוח זו ביקר השופט מ' חשין את גישת חברו השופט ח' כהן, לאחר שהאחרון העלה ההרואי כפירה בעקרון אמון הציבור כעקרון-שווא מיותר:

183 הלוי תורת הדיון האזרחי, לעיל ה"ש 3, בעמ' 372 ("אם יכריע בית המשפט העליון במסגרת הליך הדיון הנוסף באופן שונה מן ההכרעה שננקטה בידו טרם זאת, הרי שהכרעתו הקודמת תיחשב בדיעבד לטעות").

184 בג"ץ צבן, לעיל ה"ש 168, בפס' 11 (שם ציין השופט ברק כי "הצורך להבטיח את אמון הציבור ברשות השופטת, הוא צורך נמשך. זהו 'מאבק למשפט' שאינו פוסק. טעות חמורה אחת עשויה להשחית מאמץ של שנים. זאת ועוד: צורך זה אינו מתמקד אך בפעולתו של השופט על כס המשפט. הוא משתרע על מכלול התנהגותו של השופט, בבית המשפט ומחוצה לו").

185 מיכל טמיר "עלותו השקועה של התקדים" דין ודברים א 211, 259 (2004).

ואולם אמיתות המשתנות תדיר מערב לבוקר עלולות לפגוע באמון ברשות
השופטת. שינוי תכופ בהלכות גורם לאי-נחת, להיעדר ביטחון, לאבדן
אמון.¹⁸⁶

אולם ראוי כאן לברר את השאלה אם הסממן הראשון והסממן השני אכן מתקיימים באופן
תכופ תחת מוסד הדיון הנוסף, כפי שביקרו מ' טמיר והשופט מ' חשין. בשאלה זו עסק,
בין היתר, מאמרו של ח' גולדשמידט, המלמד כי במרוצת שלושת העשורים שבין שנת
1970 לשנת 2000 הוגשו 285 עתירות לקיום דיון נוסף (בממוצע 9.5 עתירות בשנה), מהן
93 אושרו ונדונו במסגרת דיון נוסף (33% מסך העתירות שהוגשו), ו-43 מתוך אלה
התקבלו.¹⁸⁷ אם כן, כ-46% מהעתירות שנדונו הפך בית-המשפט את הכרעתו בדיונים
הנוספים שקיים. הסממן הראשון מתאפיין אפוא בשיעור היארעות גבוה למדי, שעלול
להוביל לפגיעה באמון הציבור. ממאמר זה עולה נתון נוסף ורלוונטי לענייננו, והוא
שבאותם 93 הליכי דיון נוסף שנדונו באותה תקופה ישבו בסך-הכל 511 שופטים, מהם
226 שופטים שישבו גם במוחב שנתן את פסק-הדין הראשון. מניתוח עמדתם של אותם
226 שופטים, אשר ישבו כאמור בשני המותבים, עולה כי 16 מהם הפכו את הכרעתם
במסגרת הדיון הנוסף.¹⁸⁸ כלומר, כ-7% מהשופטים שישבו במוחב הראשון הפכו את
דעתם בדיון הנוסף. אחוז זה אינו כה גבוה ואינו כה תכופ, אך דומני שהוא אחוז לא-זניח,
המצביע על פוטנציאל הפגיעה באמון הציבור במערכת המשפט בכללותה ובשופטי בית-
המשפט העליון בפרט הטמון בסממן השני.

להשלמת תמונת הביקורת במבט רחב יותר אני מוצא לנכון להתייחס לדבריו של י'
מרזל, הרואה את העובדה ששופטים משנים לעיתים את עמדתם בדיון הנוסף כדבר היורד
דווקא לשורש היתרון שבקיום דיון נוסף, מעצם הרחבת ההרכב והצגת דעות והנמקות
נוספות.¹⁸⁹ אולם נדמה לי שהיתרון אינו נובע מעצם השינוי של עמדת השופטים בדיון
הנוסף ביחס לפסיקתם-הם בפסק-הדין מושא הדיון הנוסף – הסממן השני – אלא
מהעובדה שהדיון הנוסף הביא לידי הרחבת המוחב. רוצה לומר, הרחבת המוחב היא-היא
המהווה את היתרון, משום שהיא מקפלת בתוכה הצגת עמדות והנמקות נוספות התורמות
ליציבות של פסק-הדין, התקדים או ההלכה המוכרעים. אולם את היתרון הזה הרי ניתן
להשיג גם ללא דיון נוסף, על-ידי הגדלת המוחב בדיון הראשון, בין בטרם החל הדיון ובין
במהלכו,¹⁹⁰ ועוד ארחיב על כך בהמשך.

אישוש לטענתי בדבר פגיעתו של הסממן השלישי באמון הציבור בבית-המשפט
העליון ובשופטיו ניתן למצוא באמירתו הברורה הבאה של השופט מ' חשין:

186 מישאל חשין "אמון הציבור בבית המשפט – תגובה למאמרו של השופט חיים כהן ז"ל
ולהרחיבי הכפירה שלו במושג אמון הציבור" המשפט ט 491, 495 (2004).

187 Goldschmidt, לעיל ה"ש 119, בעמ' 337.

188 שם, בעמ' 344.

189 מרזל, לעיל ה"ש 54, בעמ' 250.

190 ס' 26 לחוק בתי המשפט.

עינויי דין פוגעים באמון הציבור במערכת השפיטה. אם בעל דין חייב להמתין שנים עד תחילת המשפט ושנים נוספות עד למתן פסק הדין, יאבד אמונו ברשות השופטת. שהרי מה טובה מצמיחה היא הרשות השופטת, כך יאמר אדם לעצמו, אם הצדק אינו מופיע מיד אלא לאחר זמן? ואולם גם כאן ייפגע אמון הציבור ברשות השופטת כיוון שהרשות השופטת אינה נוהגת כהלכה.¹⁹¹

לצורך חידוד טענותיי והמחשתם אתמקד בתיאורן של שלוש עתירות שנדונו בדיון נוסף ואשר כרוכים בהן במצטבר שלושת הסממנים שציינתי (בכולן התקבלה העתירה, בכולן ישבו שופטים בשני הדיונים והפכו את פסק-דינם ובכולן היה שיהוי של שנים בין שני פסקי-הדין של בית-המשפט העליון). יצוין כי שלוש העתירות שיידונו כאן נולדו לאחר תחילתה של המהפכה החוקתית.

(א) דנ"פ משולם נ' מדינת ישראל

בשנת 1994 סערה המדינה כולה כאשר הרב עוזי משולם (להלן: העותר) התבצר בביתו ביהוד יחד עם חסידיו, במטרה לקדם את חקירת סיבת היעלמותם של ילדי תימן עם קום המדינה ולהעלות את העניין למודעות הציבורית.¹⁹² כעבור כחודשיים נעצרו העותר ואחד משותפיו כאשר יצאו מהבית לפגישה עם מפכ"ל המשטרה, וכאשר מייד אחר כך פרצו כוחות המשטרה אל הבית, נורו לעברם יריות מבית העותר, ונעצרו גם חלק מחסידיו של העותר. כתבי אישום הוגשו נגד העותר ושותפיו בגין עברות שונות, וכולם הורשעו. בערעור שהגישו העותר ושותפיו לבית-המשפט העליון¹⁹³ נפסק, בדעת רוב, כי יש לבטל את הרשעתם של העותר ושותפיו בניסיון לגרום לחבלה מחמירה בנוגע לאירועים שלאחר מעצרו של העותר, הואיל וכחצי שנה קודם לפסק-הדין בערעור זה נכנס לתוקפו תיקון 39 לחוק העונשין,¹⁹⁴ שבמסגרתו בוטלה דוקטרינת האחריות הסולידרית של קושרים לעברה והוגדרו מחדש הצדדים והשותפים לעברה.

פרשנותו של אותו תיקון לחוק נדונה במסגרת דיון נוסף במותב של שבעה שופטים, במסגרת עתירה כפולה הן מצד המדינה והן מצד העותר ושותפיו.¹⁹⁵ פרק-הזמן שחלף בין פסק-הדין של בית-המשפט העליון בערעור של העותר ושותפיו ועד למתן פסק-הדין בדיון הנוסף עמד על יותר משנתיים תמימות – ביטוי לעינוי דין כבד לעותר ולשותפיו.

191 חשין, לעיל ה"ש 186, בעמ' 495.

192 פרשה זו עוררה עניין ציבורי במשך עשרות שנים, ונדמה שהיא מסעירה את הציבור עד היום, לאחר כמה ועדות חקירה ממלכתיות שהוקמו בעניין, שבסופן החליטה ממשלת ישראל להביע צער על האירועים ולהקצות תקציב לפיצויים. אנה ברסקי ואריק בנדר "אושר פיצוי כספי למשפחות ילדי תימן, המדינה הביעה צער על הפרשה" **מעריב** online (22.2.2021) <https://m.maariv.co.il/news/israel/Article-823562>.

193 ע"פ 1632/95 **משולם נ' מדינת ישראל**, פ"ד מט(5) 534 (1996).

194 חוק העונשין (תיקון מס' 39) (חלק מקדמי וחלק כללי), התשנ"ד-1994, ס"ח 348.

195 דנ"פ 1294/96 **משולם נ' מדינת ישראל**, פ"ד נב(5) 1 (1998).

משפט וממשל כה תשפ"ג קשיים ובעיות שהמוסד "דיון נוסף" בבית-המשפט העליון מעורר

בסופו של דבר התקבלה עתירת המדינה בדיון הנוסף, ברוב של שישה שופטים מול אחד, וכך הפך בית-המשפט העליון את פסק-דינו וקבע כי הם מורשעים בעברות שיוחסו להם לאחר מעצרים (משום שהם נמצאו מתאימים להגדרת "מבצעים בצוותא" בתיקון החדש לחוק). בתוך כך יודגש כי הנשיא א' ברק, שישב הן במושב הערעור והן בדיון הנוסף, בחר להפוך את דעתו בדיון הנוסף, תוך שהוא מודה כי נפלו טעויות בפסק-הדין בערעור. וכך הוא נימק זאת בפסק-דינו:

בכך מסכים אני עמו [עם השופט מצא] כי בפסק-הדין של בית-משפט זה בע"פ 1632/95... נפלו טעויות מספר שתוקנו על-ידי. לטעויות אלה הייתה שותף, כאחד מחברי ההרכב. משמע, מודה אני בטעותי ומבקש לתקנה. באחת הפרשות ציינתי כי "סופיות החלטותינו מבוססת על כוחנו להודות בטעותנו, ועל נכונותנו לעשות כן במקרים מתאימים"... לאחר עיון ובחינה שוכנעתי כי טעיתי בהחלטתי בערעור, וכי יש לתקן את הטעות כמוצע על-ידי חברי השופט מצא.¹⁹⁶

נדמה אפוא כי פסק-דין כזה – שבו מתקיימים שלושת הסממנים כאמור – עלול לפגוע באמון שהציבור רוחש כלפי בית-המשפט העליון ושופטיו, במיוחד כאשר הסממן השני בפרשה זו קשור לנשיאה של הערכאה השיפוטית הגבוהה ביותר ההופך את דעתו ומודה בטעותו. במצב דברים זה אין לחדד כי "היפוך העמדה" מצד העומד בראש מערכת השפיטה מעורר לכל-הפחות תחושת חוסר נוחות, שלא לומר חוסר מקצועיות, בהינתן שהוא עצמו מעיד כי "היפוך העמדה" נעשה על רקע טעות שיפוטית ממש.¹⁹⁷ היפוך עמדה של נשיא בית-המשפט העליון דווקא – היכול להתקיים אך ורק תחת קורתו של מוסד הדיון הנוסף – עלול לפגוע באמון הציבור באופן קשה. אומנם, השקפת-עולם דמוקרטית מקפלת בתוכה, כהנחת-יסוד, את אנושיותם של בעלי השררה, העלולים לטעות, ועל-כן גם נשיא בית-המשפט העליון, ככל אדם, עלול לטעות. אולם דבר אחד הוא טעות של אדם מן היישוב, כמו-גם טעות בשפיטה בערכאות הנמוכות, היכולה להתברר בערעור, ודבר אחר לגמרי הוא טעות בשפיטה של נשיא בית-המשפט העליון, שטמון בה פוטנציאל לערעור אמון הציבור בבית-המשפט. נדמה לי שנסיכים כי הסטנדרט הנדרש מנשיא בית-המשפט העליון גבוה מזה הנדרש מכל אדם אחר, ואף שהוא בעל "מִדַּת בְּשֶׁר נֶדָם"¹⁹⁸ ואינו אוטוריטה חפה מפגמים, יש לזכור כי הוא ושאר שופטי בית-המשפט העליון הם היושבים כשומרים בשער האחרון שבסוף הדרך המפותלת אל הצדק.

(ב) דנ"פ פלונים נ' שר הביטחון

196 שם, בפתח פסק-הדין של הנשיא ברק.

197 הלוי תורת הדיון האזרחי, לעיל ה"ש 3, בעמ' 372.

198 בבלי, ברכות י, ע"א.

פרשה זו נגעה במעצרו המנהלי של מחבלים אזרחי לבנון, ביניהם המחבל מוסטפא דיראני, אשר נכלאו בישראל במשך שנים כדי לשמש קלפי-מיקוח במשא-ומתן עתידי לשחרורו של הנווט הישראלי השבוי רון ארד. בערעור העצורים לבית-המשפט העליון נטען כי מעצרו המנהלי אינו כדין. ערעורם נדחה בדעת רוב, מנימוקים ארוכים שנוסחו בקפידה על-ידי הנשיא א' ברק.¹⁹⁹ אולם אז נכנסה פרשה זו בשעריו של הדיון הנוסף בהרכב מורחב של תשעה שופטים, שם התקבלה עתירת העצורים ברוב דעות של שישה שופטים, ביניהם הנשיא א' ברק.²⁰⁰ יותר מן העובדה המטרידה, לדעתי, שהחלטה לשחרר מחבלים עצורים התקבלה במסגרת דיון נוסף, הקושי העולה מתוצאת פסק-הדין בדיון הנוסף טמון בעובדה שהוא למעשה הפך פסק-דין מנומק כדבעי שניתן באותו בית-משפט. גם כאן, כאמור, ישב הנשיא א' ברק בשני המותבים, וגם כאן הוא הפך את דעתו והודה כי טעה בפסק-דינו הראשון בפרשה. וכך הוא נימק את שינוי עמדתו:

ראשית, מסקנתי זו נוגדת את המסקנה שאליה הגעתי בפסק-הדין נושא עתירה זו. משמע – שיניתי את דעתי. אכן, מאז מתן פסק-הדין – ועל רקע הדיון הנוסף עצמו – לא חדלתי מלבחון את עצמי אם גישתי בדיון יסודה. איני נמנה עם אלה הגורסים כי סופיות ההחלטה מעידה על נכונותה. כל אחד מאתנו עשוי לטעות. יושרנו המקצועי מחייב אותנו להודות בטעותנו אם שוכנענו כי אכן טעינו... "אמת ויציב – אמת עדיף"... דברים אלה נאמרו לעניין כוחו של בית-המשפט העליון לסטות מתקדימיו שלו. שאלה זו אינה מתעוררת בפנינו, שכן מצויים אנו בהליך של דיון נוסף הקובע מסגרת פורמאלית לביטולה של הלכה שנפסקה שלא כדין. עם זאת דברים אלה יפים הם לכל שופט ושופט, הנאבק עם עצמו, והבודק את פסיקתו שלו. בשעותינו הקשות, כאשר אנו בוחנים את עצמנו, כוכב הצפון אשר צריך להדריך אותנו הינו חשיפת האמת המובילה להגשמת הצדק בגדרי המשפט. אל לנו להתבצר בדעותינו הקודמות. עלינו להיות נכונים להודות בטעותנו. בחינה עצמית זו במקרה שלפנינו אינה קלה. האיזון אינו מעשה מכני. מבין אני ללבם של חבריי הממשיכים לגרוס כי חוק המעצרים חל גם על עצור המשמש "קלף מיקוח" בלא שנשקפת ממנו עצמו סכנה לביטחון המדינה. לא אוכל הפעם לצרף דעתי לדעתם.²⁰¹

ביני לביני לא ברור עד תום מדוע נשיא בית-המשפט העליון משנה את עמדתו בדיון הנוסף, במיוחד לנוכח העובדה שסוגיה זו נדונה שנית ומבלי השתנו הנסיבות והראיות. לא זו אף זו, לנוכח האמור בפסק-דינו הראשון ניכר שהנשיא היה החלטי בהכרעתו, ואף נימק אותה באופן מרחיב ומעמיק, כאמור. לטעמי, באמירה מפורשת של נשיא בית-המשפט העליון – כזה היושב בראש הערכאה הגבוהה ביותר ופוסק בסוגיות הרוות-גורל

199 עמ"ס 10/94 פלונים נ' שר הביטחון, פ"ד נג(1) 97 (1997).

200 דנ"פ 7048/97 פלונים נ' שר הביטחון, פ"ד נד(1) 721 (2000).

201 שם, בפס' 22 לפסק-הדין של הנשיא ברק.

משפט וממשל כה תשפ"ג קשיים ובעיות שהמוסד "דיון נוסף" בבית-המשפט העליון מעורר

– כי הוא עשוי לטעות ככל אדם יש פוטנציאל הרסני להביא לידי פגיעה באמון הציבורי וביוקרתו של בית-המשפט בכלל ושל בית-המשפט העליון בפרט, שלא לדבר על מעמדו היוקרתי של מוסד הנשיא בבית-משפט זה, המייצג – מטבע הדברים – את מערכת השפיטה כולה. ראוי לחדד: הטעות השיפוטית שמצטיירת מפרשה זו (ואשר ההכרזה עליה מתאפשרת רק תחת מוסד הדיון הנוסף) מהדהדת ומטרידה מאוד. מדוע? משום שהיא נוגעת בזכות-יסוד מן המעלה הראשונה של אדם – חירותו. ממועד פסק-הדין הראשון בפרשה בבית-המשפט העליון (בערעור) ועד למועד פסק-הדין בדיון הנוסף חלפו כשנתיים וחצי. דבר זה כשלעצמו – בבחינת הסממן השלישי – פוגע בתכלית הדיון הנוסף, משום שהוא מחסל את הרציונל המקובל שלפיו הדיון הנוסף נועד לשמש חוליה אחרונה בשרשרת המשפט ועל-כן אמור להתקיים קרוב מאוד למתן פסק-הדין מושא הדיון הנוסף. חלוף הזמן הרב בין שני פסקי-הדין שניתנו בבית-המשפט העליון באותה פרשה עלול לפגוע באמון שהציבור רוחש למערכת המשפט. נוסף על האישוש לכך בדבריו של השופט מ' חשין שהובאו לעיל,²⁰² הדבר מקבל חיזוק גם מדבריו הבאים של האורים ותומים במשפט הפלילי – פרופ' ג' הלוי:

ככל שמועד סיומו של התיק מאוחר יותר ביחס לנקודת הזמן שבה התרחש האירוע הפלילי, הרי שיש בכך כדי לפגוע באמון הציבור ביכולותיה האובייקטיביות של מערכת המשפט להביא לידי צדק אפקטיבי, ובכך יש כדי לפגוע ביעילות המערכתית.²⁰³

(ג) דנ"א קרנית נ' מגדל

מר גרינברג, שהוכר כנכה בשיעור 100%, החזיק ברשיון נהיגה שהגביל אותו לנהיגה ברכב עם הגה-כוח בלבד (כזה המצוי כיום בכל רכב חדש). גרינברג נפצע בתאונת-דרכים בשעה שנהג ברכב שמותקן בו הגה רגיל. תביעתו לבית-משפט השלום נגד חברת הביטוח שלו, בדרישה לפיצויים בגין נזקי הגוף שנגרמו לו, נדחתה מן הטעם שלא היה בידו רשיון נהיגה תקף כדין, שהרי הוא הוגבל לנהיגה ברכב עם הגה-כוח בלבד. ערעורו לבית-המשפט המחוזי, בגלגול שני, נדחה גם הוא מסיבה זו. בקשת רשות ערעור שהגיש גרינברג לבית-המשפט העליון, בגלגול שלישי, נדונה ונדחתה אף היא פה אחד, לאור נימוקיו של הנשיא א' ברק, שאליו הצטרפו, בהסכמה גרידא, השופטת ד' דורנר והשופט א' א' לוי.²⁰⁴ הפרשה הגיעה לדיון נוסף, בגלגול רביעי, בהרכב של שבעה שופטים,²⁰⁵ שם הפך בית-המשפט העליון את פסק-דינו פה אחד, ואפשר לגרינברג לקבל פיצוי על נזקי הגוף שנגרמו לו בתאונת-הדרכים מחברת הביטוח שלו. גם בפרשה זו חלפו קרוב לשנתיים ימים

202 ראו לעיל ליד ה"ש 191.

203 גבריאלי הלוי תורת הדיון הפלילי כרך ד 86 (2011).

204 רע"א 9030/99 גרינברג נ' מגדל חברה לביטוח בע"מ, פ"ד נו(6) 926 (2002).

205 דנ"א 10017/02 קרנית – קרן לפיצוי נפגעי תאונות דרכים נ' מגדל חברה לביטוח בע"מ, פ"ד נח(5) 639 (2004).

מהכרעת הדין בבית-המשפט העליון ועד שניתן פסק-הדין בדיון הנוסף – פרק-זמן ממושך למדי שפוגם באמון הציבורי בבית-המשפט. פסק-הדין בדיון הנוסף קבע כי אי-ציות להגבלות הרשומות ברשיון הנהיגה אינו יכול להיחשב כנהיגה ללא רשיון נהיגה, ולכן אינו יכול למנוע ממנו קבלת פיצוי על נזקי גוף מחברת הביטוח שלו. שלושת שופטי ההרכב הראשון בערעור בפרשה זו ישבו כולם גם בהרכב המורחב בדיון הנוסף. על-כן עולות מייד וצפות כמו מאליהן שאלות כבודת-משקל: כיצד נימקו כל שלושת השופטים שיסבו במוטב הערעור את פסק-דינם ההפוך בדיון הנוסף? כיצד ייתכן שכל ארבעת השופטים החדשים שהצטרפו למוטב הדיון הנוסף פסקו בעצה אחת נגד פסיקתם פה אחד של שלושת שופטי המוטב שדן בערעור? האם היה ראוי לקיים דיון נוסף אחרי שלושת ערכאות שיפוט שדנו בסוגיה היו תמימות-דעים זו עם זו בפסק-דין?

הנשיא א' ברק – אשר מתוקף סמכותו נעתר לבקשה לקיום הדיון הנוסף בפרשה – ציין כי הפך את פסיקתו בדיון הנוסף שכן הוא לא מצא טעם בהתעקשות על דעת מיעוט יחידה מול כל שאר חבריו בהרכב המורחב, מאחר שמדובר בעניין טכני מעשי שאינו מהותי במיוחד. הבה נשים ליבנו ללשון הנמקתו של הנשיא:

הנני ניצב אפוא בפני שתי אפשרויות של פירוש: האחת של חברי והאחרת שלי. הגם שסבור אני כי הגישה שנקטתי בפסק-הדין נושא העתירה בדיון יסודה, לא ראיתי לנכון לחלוק על עמדת חברי. אין זה ראוי כי תשרור בסוגיה זו – שהיא מעשית באופייה ונעדרת היבטים אידאולוגיים – מדיניות כפולה של רוב ומיעוט.²⁰⁶

נדמה אפוא כי דבריו אלו של הנשיא מהדהדים כסותרים את הרציונל הבסיסי בדיון לקיומו של דיון נוסף, שתכליתו קשורה דווקא לעניינים מהותיים והרי-גורל הנוגעים בהלכות. לדירי, דיון נוסף לא נועד לעסוק בסוגיה מעשית אשר "נעדרת היבטים אידאולוגיים", כלשונו של הנשיא. גם השופט א' א' לוי, אשר ישב כאמור בהרכב של הערעור בפרשה וצירף אז את הסכמתו לפסק-דינו של הנשיא א' ברק ללא כל נימוק, בחר באופן תמוה להפוך את החלטתו בדיון הנוסף בפרשה וללכת שבי אחר נימוקיו של הנשיא, ללא מתן נימוק ענייני לעמדתו ההפוכה, תוך הסתפקות במשפט לקוני אחד:

פסק-הדין ברע"א 9030/99 ניתן בהסכמתי, אולם מטעמיו של הנשיא כפי שפורטו בחוות-דעתו בדיון הנוסף, החלטתי אף אני להצטרף לתוצאה שאליה הגיע חברי המשנה לנשיא (בדימ') אור.²⁰⁷

כזכור, שלושת שופטי מוטב הערעור ישבו במוטב הדיון הנוסף והפכו את הכרעתם, ולפיכך ניגשתי לעיין בנימוקי השופטת השלישית שישבה במוטב הערעור – השופטת

²⁰⁶ שם, בפסק-הדין של הנשיא ברק.

²⁰⁷ שם, בפסק-הדין של השופט לוי.

משפט וממשל כה תשפ"ג קשיים ובעיות שהמוסד "דיון נוסף" בבית-המשפט העליון מעורר

(בדימ') ד' דורנר 208 – ואז הבחנתי שהחלטתה כוללת רק את צמד המילים "אני מסכימה".²⁰⁹ עינינו הרואות, לא ניתן כל נימוק לשינוי החריף בעמדת השופטת (בדימ') ד' דורנר, אשר זכור גם לא נימקה את פסק-דינה בערעור. גם אם יהא מי שיאמר בדוחק כי הסכמתה גרידא מהווה נימוק משום שהיא מפנה בהסכמתה לנימוקי השופט שכתב את דעת הרוב, ספק אם אמירה זו תוכל להתקבל משום שדעת הרוב נוסחה למעשה מפי יותר משופט אחד.²¹⁰ וכבר עמדתי קודם על חשיבותה של ההנמקה השיפוטית כנגזרת חיונית ומהותית מעקרון אמון הציבור במערכת השפיטה – וְאֵיךְ זֵיל גְמַר. לסיכום אומר כי אמון ציבורי במערכת השפיטה חיוני באופן מהותי, ועל-כן ראוי להיזהר ולהישמר מן הפגיעה בו, משל היה בית-המשפט יצור חי ואמון הציבור נשמת-אפו – בלעדיו לא יחיה. משימת השמירה על אמון הציבור מוטלת בראש ובראשונה על נשיא בית-המשפט העליון ושופטיו, לפי שעיני כל נשואות אליהם במיוחד. ראינו כי בבואם להיכנס בשערו של מוסד הדיון הנוסף, הם עלולים להילכד בשלושת הסממנים שציינתי, הפוגעים באמון הציבור, וכבר אמר אחד משופטי בית-המשפט העליון בדימוס: "טול מבית המשפט את אמון הציבור ונטלת ממנו את נשמת אפו".²¹¹

4. העדר אפקטיביות של הלכות שנפסקו בדיון נוסף

זכור, דיון נוסף מתאפשר רק מקום שמדובר בהלכה, ולא בעניינים אחרים, כגון סוגיות טכניות, עובדתיות או ראייתיות – מהותיות ככל שיהיו.²¹² ואם עסקינן ב"הלכה", ראוי לציין את "עקרון התקדים המחייב" (stare decisis), המהווה יסוד מוסד בשיטתנו המשפטית, הקבוע כך בחוק-יסוד: השפיטה:

הלכה שנפסקה בבית המשפט העליון מחייבת כל בית משפט, זולת בית המשפט העליון.²¹³

עקרון-יסוד זה קובע כי הלכה שנפסקה בבית-המשפט העליון מחייבת את כל בתי-המשפט דלמטה. כך יוצא שלהלכה יש השפעה על עיצוב הנורמה הכללית, והיא מצטרפת אפוא בהשפעתה הקרדינלית לחקיקה הראשית ולחקיקת-המשנה כאחד ממקורות המשפט

208 יצוין כי לאחר מתן פסק-דינה בפרשה זו במסגרת הערעור (ברע"א גרינברג, לעיל ה"ש 204), פרשה השופטת דורנר מכס השיפוט, והצטרפה למותב הדיון הנוסף באותה פרשה (בדנ"א קרנית, לעיל ה"ש 205) כשופטת בדימוס.

209 דנ"א קרנית, לעיל ה"ש 205, בפסק-הדין של השופטת (בדימ') דורנר.

210 מתוך שבעת השופטים שפסקו פה אחד בפרשה זו, ההנמקה המרכזית נכתבה על-ידי המשנה לנשיא (בדימ') ת' אור, ואליו התייחסו הנמקות בכתב מצד הנשיא א' ברק והשופט א' לוי.

211 "נאום פרידה של המשנה לנשיאה סלים ג'ובראן עם פרישתו מבית המשפט העליון ביום 3.8.2017" **הרשות השופטת** (3.8.2017)

https://www.gov.il/he/departments/news/supremecourtjudges_speech3

212 הלוי תורת הדיון האזרחי, לעיל ה"ש 3, בעמ' 380–381.

213 ס' 20(ב) לחוק-יסוד: השפיטה.

הנורמטיביים בשיטת המשפט שלנו.²¹⁴ עקרון התקדים המחייב מקדם את עקרון הצפיות וההסתמכות של הצדדים המתדיינים, תורם לערך הוודאות במשפט, מחזק את היציבות המשפטית, מקדם את ערך השוויון וההגינות לפני החוק, ומגביר את היעילות.²¹⁵ בתוך כך, עיקרון זה קובע כי הלכה שנפסקה בבית-המשפט העליון אינה מחייבת את שופטי בית-המשפט העליון בהמשך הדרך, גם אם היא נפסקה במותב מורחב ממותב תלתא ואפילו בדיון נוסף.²¹⁶ אולם מקובל ששופטי בית-המשפט העליון ישאפו ללכת בשבילי אותן הלכות, כדי לשמור על יציבות המשפט והדין. נדמה כי הרציונל לכך שבית-המשפט העליון אינו מחויב בעצמו להלכות שנפסקו מפיו קשור לעצמאותו החיונית ולשמירת יכולתו להפוך הלכות, להרחיבן או לעצבן לאור צורכי השעה והתפתחותן של החברה, הטכנולוגיה והמודרניזציה במחוזותינו.²¹⁷

אליבא דיד, התוצאה העולה מעקרון התקדים המחייב מעוררת קושי אינהרנטי מסוים שמביא עימו דווקא מוסד הדיון הנוסף. מדוע? משום שדיון נוסף, בבסיס תכליתו, בא לדון, לאשרר ולקבוע – במותב שני ורחב יותר – את ההלכה הצודקת והנכונה לעתיד לבוא, אך מאי נפקא מינה אם מלכתחילה בית-המשפט העליון יכול לדון, לאשרר ולקבוע, כבר במותב ראשון, את ההלכה הצודקת והנכונה? הרי בית-המשפט העליון רשאי לפעול את פעולתו האמורה של דיון נוסף מתוקף עקרון התקדים המחייב, שלפיו הוא ממילא אינו כבול להלכה שנפסקה בבית-המשפט העליון, ויכול אף לסטות – כבר בדיון הראשון שיקיים – מכל הלכה קיימת, אפילו כזו שנדונה, אושררה ונקבעה במותב רחב-ידיים בדיון נוסף. במילים פשוטות: מה יתרון לו לדיון נוסף אם קיים לו עיקרון משפטי יסודי בדמות עקרון התקדים המחייב? יתר על כן, כפי שנראה בהמשך, את הצורך החיוני בהגדלת מותב כאן ועכשיו ניתן לספק ללא שימוש במוסד הדיון הנוסף. סבורני, אפוא, כי מתקיימת התנגשות – אם תרצו חפיפה – בין תכליתו של עקרון התקדים המחייב לבין תכליתו של מוסד הדיון הנוסף במישור הפוטנציאל להשפיע על הלכה.

214 טמיר, לעיל ה"ש 185, בעמ' 227.

215 שם, בעמ' 239–242.

216 ראו זאב למפ "הלכה על-פי מיעוט" הפרקליט מ 507, 507 (1992). במאמר זה מובא מקרה שבו בית-המשפט העליון במותב תלתא – בע"פ 2251/90 חג' יחיא נ' מדינת ישראל, פ"ד מה(5) 221 (1991) – הפך הלכה בעניין מהותי הקשור לפקודת הראיות אשר נפסקה קודם לכן במותב של חמישה שופטים בע"פ 254/88 מדינת ישראל נ' לוי, פ"ד מד(4) 663 (1990). הדבר גרם למבוכה, ונדרש לקיים דיון נוסף במותב של אחד-עשר שופטים – בדנ"פ 4390/91 מדינת ישראל נ' חג' יחיא, פ"ד מז(3) 661 (1993) – אשר הפך את פסק-דינו הקודם וקבע את ההלכה כפי שנפסקה לפני כן, כאמור, במותב של חמישה שופטים.

217 ע"א 2622/01 מנהל מס שבח מקרקעין נ' לבנון, פ"ד נז(5) 309, פס' 3 לפסק-הדין של הנשיא ברק (2003) ("חיקוק הוא יצור החי בסביבתו החברתית. עם שינוי בתפיסות חברתיות משתנה גם מובנו של החיקוק בעיני החברה שבה הוא פועל. איננו מבינים כיום חוקים, פקודות ותקנות ישנים באותו אופן שבו הם הובנו בעבר. החיים נמצאים בתנועה מתמדת, ועמם המשפט. מכאן התפיסה הפרשנית – המקובלת באנגליה ובישראל – כי 'החוק מדבר תמיד' (always speaking), וכי יש ליתן לחוק פרשנות עדכנית (updating). הפרשנות היא תהליך מתחדש. ללשון הישנה יש לתת מובן מודרני, התואם את צורכי החיים המודרניים").

משפט וממשל כה תשפ"ג קשיים ובעיות שהמוסד "דיון נוסף" בבית-המשפט העליון מעורר

אומנם, הגישה המקובלת היא שדיון נוסף אמור ליצור קונסנזוס סביב ההלכה שנפסקה בו.²¹⁸ פסק-דין שניתן בדיון נוסף נחשב בעל עוצמה ויוקרה גבוהות יותר מפסק-דין של בית-המשפט העליון בשבתו במותב רגיל, וזאת בשל ההרכב המורחב שעומד מאחוריו.²¹⁹ אם סטייה מכל הלכה שהיא חסרונה ידוע, שכן היא פוגעת ביציבות ובוודאות של הדין, ועל-כן לא בנקל יסטה בית-המשפט העליון מהלכה קיימת, כך הדבר שבעתיים בסטייה מהלכה שנפסקה בדיון נוסף או במותב מורחב, שאז האיפוק העצמי שהשופטים מצווים עליו מחייבם בזהירות יתרה ומיוחדת בטרם יתערבו בה,²²⁰ משל הייתה הלכה זו בבחינת הנחיה ממש. אולם יש לזכור כי מתוקף עקרון התקדים המחייב, הלכה שנפסקה בבית-המשפט העליון – לרבות כזו שנפסקה בדיון נוסף – אין בה כדי לחייב ממש את שופטי בית-המשפט העליון.²²¹ אכן, בדוגמאות המעשיות שאתאר כאן אנסה להמחיש כיצד הלכות שנפסקו במסגרת דיון נוסף התהפכו מאוחר יותר, כאשר בית-המשפט בחר לא לילך לאורן על-אף יציבותן וחוזקן לכאורה.

(א) דנ"א מינץ נ' פקיד השומה למפעלים גדולים

פרשת מינץ נוגעת בסוגיה מרכזית בתחום דיני המס בישראל – הבסיס החוקי למיסוי "הכנסה רעיונית" (לדוגמה, הלוואת מעביד ללא ריבית). הפרשה נדונה במסגרת ערעור בבית-המשפט העליון, אשר פסק פה אחד כי "הכנסה רעיונית" היא הכנסה חייבת במס על-פי סעיף 2 לפקודת מס הכנסה [נוסח חדש].²²² סוגיה הלכתית זו התגלגלה לדיון נוסף בהרכב של חמישה שופטים (להלן: הלכת מינץ),²²³ שבו נדונה השאלה העקרונית בדבר הבחינה הנהוגה בשיטתנו באשר למקור ההכנסה החייבת במס, המכונה "דוקטרינת המקור", שלפיה רק הכנסה ממקור סטטוטורי מחויבת במס (בניגוד לדוקטרינה של בסיס מס כולל, הנהוגה, לדוגמה, בארצות-הברית). בדיון הנוסף נפסק פה אחד כי דין העתירה להידחות, ובכך אשרר בית-המשפט העליון את ההלכה שנפסקה בערעור. כך נקבע למעשה כי "הכנסה רעיונית" תמוסה לפי סעיף 2 לפקודת מס הכנסה, וכי סעיף 3(ט) לפקודת מס הכנסה אינו מקור הכנסה עצמאי, אלא סעיף כימות ותחימה של ההכנסה. הלכת מינץ הגיעה לתוצאה זו על-דרך פרשנות שיפוטית תכליתית מרחיבה, המעצבת מחדש את "דוקטרינת המקור" לשם הגשמת יעדי המדיניות של הרחבת בסיס המס ומניעת סרבול של שיטת המיסוי.²²⁴ כך מיצבה הלכת מינץ את עצמה כהלכה מוחלטת, איתנה

218 הלוי תורת הדיון האזרחי, לעיל ה"ש 3, בעמ' 367.

219 לוי תורת הפרוצדורה האזרחית, לעיל ה"ש 55, בעמ' 230–231.

220 בג"ץ 4914/91 איראני נ' שר הפנים, פ"ד מו(4) 749, פס' 29 לפסק-הדין של השופט מצא (1992).

221 ס' 20(ב) לחוק-יסוד: השפיטה.

222 ע"א 533/89 פקיד שומה למפעלים גדולים נ' זילברשטיין, פ"ד מז(3) 376 (1993).

223 דנ"א 3962/93 מינץ נ' פקיד השומה למפעלים גדולים, פ"ד נד(4) 817 (1996).

224 שם, בפס' 12.

ויציבה – לא רק בכך שהיא נפסקה במושב מורחב בדיון נוסף, אלא גם בכך שהיא נפסקה פה אחד והסכימה עם תוצאת הערעור בבית-המשפט העליון, אשר נפסק כאמור גם הוא פה אחד. למרבה ההפתעה, פחות מעשור לאחר הלכת מינץ הסתמנה התנתקות מאותה הלכה, אשר באה לידי ביטוי ברטוריקה של שני פסקי-דין של בית-המשפט העליון משנת 2005.

פסק-הדין הראשון הוא זה שניתן בפרשת הורוביץ,²²⁵ שם נדונה השאלה אם הלוואה שנמחלה לחברה שנכנסה למשבר חדלות פירעון מהווה הכנסה בידה אם לאו. בית-המשפט העליון במושב תלתא פסק בפרשת הורוביץ פה אחד כך:

אחת ההרחבות של המונח "הכנסה" בשיטתנו מעוגנת בסעיף 3 לפקודה.
עניינה של הוראה זו הוא "הכנסות אחרות".²²⁶

נראה כי גישה זו מתעלמת לחלוטין מהלכת מינץ, שלפיה מטרתו של סעיף 3 לפקודת מס הכנסה היא הבהרה וכימות של החיוב במס, ולא חיוב במס עצמו. השוו לדברים שכתבה השופטת ט' שטרסברג-כהן בהלכת מינץ:

תמימת דעים אני אפוא עם ההלכה שיצאה מלפני בית המשפט שלערעור, וכמוהו סבורה אף אני כי "הכנסה רעיונית", הצומחת מהלוואה ללא ריבית, חייבת במס על-פי ההוראות הכלליות שבסעיף 2 לפקודה, וכי סעיף 3(ט)(1) לפקודה לא נועד להטלת מס אלא לכימות ולהבהרה, והייתי מוסיפה, לסיווג ההכנסה.²²⁷

קביעה גסה זו, כפי שנפסקה בפרשת הורוביץ בניגוד להלכת מינץ, מעוררת שאלות של טעם באשר לקשיים שבבסיס תכליתו של הדיון הנוסף. כך מצאתי שסבור גם פרופ' י"מ אדרעי, מומחה בתחום דיני המס, בעומדו על גישתו הבעייתית של בית-המשפט בפרשת הורוביץ:

אין ספק כי גישתו של בית המשפט העליון, כפי שבאה לידי ביטוי בעניין הורוביץ, מהווה לא רק סטייה מתקדים (של בית המשפט העליון בהרכב מורחב של חמישה שופטים בדיון הנוסף) אלא גם יוצרת אי-בהירות גדולה...²²⁸

פסק-הדין השני הוא זה שניתן בפרשת חזון.²²⁹ במקרה זה היה צורך לקבוע, בין היתר, את אופן סיווגן של עסקות נדל"ן מורכבות לשם קביעת שיעור המס לתשלום. והנה, על-אף הלכת מינץ – שלפיה יש לבחון את הסוגיה תוך הבנה שקיימת נסיגה הדרגתית מ"תורת

225 ע"א 9715/03 הורוביץ נ' פקיד שומה ת"א 4, פ"ד נט(4) 354 (2005).

226 שם, בפס' 8.

227 דנ"א מינץ, לעיל ה"ש 223, בפס' 18.

228 יוסף מ' אדרעי אירועי מס – עלייתם (ואיבונם?) של דיני מסים בישראל 87 (2007).

229 ע"א 9412/03 חזון נ' פקיד שומה, נתניה, פ"ד נט(5) 538 (2005).

משפט וממשל כה תשפ"ג קשיים ובעיות שהמוסד "דיון נוסף" בבית-המשפט העליון מעורר

המקור" בהשפעת התפיסה האמריקאית – פנה בית-המשפט בפרשת חזן למבחנים מיושנים,²³⁰ שנראים כי אבד עליהם כלח זה כבר. ביקורת על כך מתח פרופ' י"מ אדרעי בקולמוסו:

...באחת ההזדמנויות שנקרתה לאחרונה לבית המשפט העליון, בעניין חזן, העדיף בית המשפט לחזור אל הגישה הבריטית המסורתית תוך שהוא משתמש בנוסחאות ישנות, ושחוקות במקצת.²³¹

נדמה לי כי היה נכון לו לבית-המשפט העליון בפרשת חזן ללכת בדרך שהתווה הוא עצמו בהלכת מינץ, שנראתה לכאורה מוחלטת, איתנה ויציבה, ולהתאים מבחן-על מעשי, הגיוני, יעיל ומפותח יותר מאותם מבחנים נושנים כאמור.

(ב) דנ"א משה נ' קליפורד

בפרשת קליפורד נדונו גבולות הרשלנות הרפואית בניזיקין, ולהלן נסיבותיה הרלוונטיות לענייננו. במסגרת טיפול שיניים שביצע ד"ר קליפורד בילדה הוא הזריק לה חומר אלחוש לצורך הרדמה מקומית באמצעות מזרק לא-שואב. הילדה התמוטטה, ובהמשך נגרם לה נזק מוחי כבד לצד מגבלות בגפיים. בעקבות זאת הוגשה תביעת ניזיקין נגד ד"ר קליפורד בגין רשלנות. יודגש כי השימוש במזרק לא-שואב מקובל בפרקטיקה בקרב רופאי השיניים, והנחה זו הייתה מקובלת על כל הערכאות שדנו בפרשה. התביעה נגד ד"ר קליפורד בבית-המשפט המחוזי – שהתמקדה בשאלת אחריותו בשל השימוש שעשה במזרק לא-שואב – נדחתה. גם הערעור בבית-המשפט העליון נדחה בדעת רוב,²³² בעיקר בשל המדיניות המקובלת שרק במקרים חריגים מאוד תסווג פרקטיקה כללית ונוהגת כרשלנית.²³³ לפי דעת הרוב בערעור, הענקת הגנה לרופא במצב דברים זה – שבו הוא נהג לפי הפרקטיקה המקובלת – היא ראויה וצודקת לנוכח שיקולי מדיניות שבית-המשפט מפעיל במסגרת האיזון בין הצורך להטיל אחריות על רופא שהתרשל לבין החשש מפני שיתוק הרופא כלפי מטופליו מחשש לתביעה נגדו.²³⁴

פרשת קליפורד הגיעה לדיון נוסף בהרכב של שבעה שופטים, שם התקבלה העתירה ברוב דעות של חמישה שופטים מול שניים (להלן: הלכת קליפורד).²³⁵ כך הפכה הלכת קליפורד את שני פסקי-הדין שניתנו בגלגולים הקודמים, וקבעה כי ד"ר קליפורד התרשל כאשר השתמש במזרק לא-שואב, אף שפעל בהתאם לפרקטיקה המקובלת. הלכת קליפורד עוררה הדים במערכת המשפט הישראלית, הואיל והיא נתפסה בעיני רבים

230 שם, בפס' 41.

231 אדרעי, לעיל ה"ש 228, בעמ' 73.

232 ע"א 935/95 משה נ' קליפורד, פ"ד נב(4) 736 (1998).

233 שם, בפס' 5 לפסק-הדין של השופט גולדברג.

234 שם, בפס' 6 לפסק-הדין של השופט גולדברג.

235 דנ"א 7794/98 משה נ' קליפורד, פ"ד נז(4) 721 (2003).

כמרחיקת-לכת על רקע הנוף המשפטי ששרר עד אז בסוגיה זו. היא גם הולידה זעם בקרב קהילת הרופאים, משום שהיא הרחיבה במידה משמעותית את האחריות המוטלת על רופא גם כאשר הוא פועל על-פי "סטנדרט הרופא הסביר". בהקשר זה נפסק בה כך:

...קיומה של פרקטיקה רפואית מקובלת אינה יכולה לחרוץ, כשלעצמה, את גורלה של שאלת ההתשלום... אין ספק כי קיומה של פרקטיקה מקובלת הוא פראמטר, ואפילו פראמטר חשוב, במכלול השיקולים שעל בית-המשפט לשקול בבואו לקבוע את סטנדרד ההתנהגות הראוי, אולם אין הוא הפראמטר היחיד אשר בית-משפט יתחשב בו.²³⁶

המשמעות האופרטיבית של הלכת קליפורד היא שרופא שיפעל בהתאם לאמות-המידה המקובלות בפרקטיקה הרפואית הנוהגת עלול להימצא רשלן, ומגמה זו עלולה להוביל לרפואה מתגוננת, אשר תפגע בהכרח במסירות הטיפול הרפואי ובטיבו. ודוק, מגמה זו עומדת בניגוד להלכה במשפט האנגלי²³⁷ (שלפיה רופא שנוהג לפי הפרקטיקה המקובלת בקרב קבוצה אחראית של רופאים מאותו תחום לא ייחשב רשלן, אלא אם כן פעל באופן לא-הגייוני לחלוטין) ובניגוד לגישה המסורתית במשפט האמריקאי²³⁸ (שלפיה רופא שנהג על-פי הפרקטיקה המקובלת אינו יכול להיחשב ככלל רשלן).

ראוי לשים לב לנסיבותיה המיוחדות של הפרשה, אשר נדמה כי חמשת שופטי הרוב בדיון הנוסף לא נתנו להן תשומת-לב ראויה. ד"ר קליפורד הגיע לארץ לימים ספורים בלבד, במטרה להתנדב כרופא שיניים מטעם הסוכנות היהודית בפרויקט שיקום שכונות, ולא היה קשור להקמת המרפאה ולרכישת הציוד בה. אף אם נניח כי ד"ר קליפורד היה משוכנע שיש להשתמש במזרק שואב, שאינו בנמצא במרפאה, מה היינו מצפים שהוא יעשה בנסיבות המתוארות, בשים לב לכך שהוא פעל לפי הפרקטיקה המקובלת? ניתן לומר בזהירות כי היה ראוי שבית-המשפט יתחשב במכלול הנסיבות הללו – ובפרט בעובדה שלד"ר קליפורד לא הייתה כל השפעה על הקמת אותה מרפאה ושהוא לא היה אחראי כלל לרכש של הציוד הרפואי בה – ויבחן מנגנון איזון אחר.²³⁹

בעיה קרדינלית נוספת המזדקרת מהלכת קליפורד – ככזו שנדונה בדיון נוסף דווקא – נוגעת בעובדה שלשופט היושב בדיון הנוסף אין הרשאה לסטות מהממצאים העובדתיים שנקבעו בערעור. בפרשה שלפנינו חרג השופט ת' אור באופן בוטה מסמכותו בדיון, משום שהוא סטה מממצאי פסק-הדין בערעור כאשר הסתמך בדיון הנוסף על אסמכתה חדשה בדמות מאמר רפואי חדש שלא צוטט כלל בערעור, שממנו הסיק כי תופעות-הלוואי שהיו צפויות מהמזרק שבו השתמש קליפורד כללו גם בעיות קשות

236 שם, בפס' 8 לפסק-הדין של השופט אור.

237 Bolam v. Friern Hospital Management Committee [1957] 2 All ER 118, 122

238 Mark A. Hall, *The Defensive Effect of Medical Practice Policies in Malpractice Litigation*, 54(2) LAW & CONTEMP. PROBS. 119, 126 (1991)

239 רונן פרי "הכול צפוי והרשלנות נתונה: עוד על דנ"א 7794/98 משה נ' קליפורד" **משפטים** לה 376, 359 (2005).

משפט וממשל כה תשפ"ג קשיים ובעיות שהמוסד "דיון נוסף" בבית-המשפט העליון מעורר

בעיניים.²⁴⁰ בסוגיה זו נאמרו דברים נוקבים כדורבנות מפיו של פרופ' ר' פרי במאמרו הביקורתי "הכול צפוי והרשלנות נתונה" על-אודות הלכת קליפורד:

...השופט אור קבע ממצא עובדתי הסותר את הממצאים העובדתיים שעל פיהם פסק בית המשפט בערעור, תוך חריגה מהסמכות הנתונה לו, לטעמי, בדיון הנוסף...²⁴¹

בשולי הדברים אומר כי הדיון הנוסף בפרשת קליפורד עורר בעיה מוכרת הקשורה להתמשכות ההליך השיפוטי, אשר כלל במקרה זה גם החזרה של הדיון לבית-המשפט המחוזי – אחרי פסק-הדין בדיון הנוסף – לשם מתן פסק-דין סופי בכל הנוגע בחלוקת נטל האחריות הנוקטית.²⁴² הסאגה המשפטית סביב פרשה זו נמשכה עשרים שנה – מיום האירוע המצער, שהתרחש בשנת 1987, ועד ההחלטה האחרונה בבית-המשפט העליון, שניתנה בשנת 2007²⁴³ – ובין כותלי בית-המשפט העליון היא שהתה כעשור.²⁴⁴

והנה, בחלוף שנים ספורות בלבד מאז נפסקה הלכת קליפורד נמצא שבית-המשפט העליון בחר ללכת בניגוד לרוחה של הלכת קליפורד, וקבע בפסק-דין מאוחרים כי רופא שפעל לפי הפרקטיקה הנוהגת לא ייחשב רשלן בדיוק משום כך. עוד נפסק כי יש להיזהר בהליכה בדרך ההלכה שנפסקה בפרשת קליפורד. אביא כאן שתי דוגמאות כאלה שנפסקו בבית-המשפט העליון על-ידי השופט י' עמית, אשר חולל את המהפך האמור.

הדוגמה הראשונה לקוחה מפרשת שמאלי,²⁴⁵ הנוגעת בתביעת רשלנות שהוגשה נגד מכון מור וקופת-חולים כללית מצד ילד שנולד ללא אצבעות בכף-ידו השמאלית, בטענה שהנתבעים התרשלו משלא מסרו להורי התובע מידע שלפיו ניתן לבצע את בדיקת האולטרסאונד שביצעו גם באופן פרטי. התביעה נדחתה, וגם הערעור שהוגש לבית-המשפט העליון נדחה פה אחד, תוך אמירה ברורה שאין למהר ולקבוע רשלנות נגד מי שפעל בהתאם לפרקטיקה הנוהגת. וכך צוין שם לענייננו:

ודוק: לא נעלם מעיני כי במסגרת עוללת הרשלנות בית המשפט הוא הקובע את סטנדרט הזהירות וההתנהגות, כך שפרקטיקה נוהגת אינה מהווה "חסינות" מפני תביעת רשלנות. אלא שלא בנקל יכתיב בית המשפט או

240 דנ"א קליפורד, לעיל ה"ש 235, בפס' 9 לפסק-הדין של השופט אור.

241 פרי, לעיל ה"ש 239, בעמ' 371.

242 ת"א (מחוזי ב"ש) 700/86 משה נ' קליפורד (נבו) 25.3.2007.

243 ע"א 4246/07 משה נ' קליפורד (נבו) 31.3.2009.

244 מתוך זה כחצי עשור במסגרת הדיון הנוסף. פסק-הדין בערעור שהוגש לבית-המשפט העליון בפרשת קליפורד ניתן בשנת 1998, ואילו ההכרעה בפסק-הדין בדיון הנוסף בפרשה זו ניתנה רק בשנת 2003 – הרבה מעבר לזמן הסביר. הדבר מחדד שוב את בעיית התמשכות ההליכים ואת הפגיעה הקשה של מוסד הדיון הנוסף בעקרונות סופיות הדיון ואמון הציבור במערכת המשפט, כפי שכבר נדון קודם.

245 ע"א 10306/08 שמאלי נ' מור המכון למידע רפואי בע"מ (נבו) 16.3.2011.

יעצב סטנדרטים אחרים מאלה שנקבעו על ידי משרד הבריאות או על ידי גופים וגורמים מקצועיים בתחום הרפואה.²⁴⁶

הדוגמה השנייה לקוחה מפרשת יהודה,²⁴⁷ אשר נסבה סביב תביעת רשלנות נגד בית-חולים בגין אי-מתן טיפול בסטרואידים לאישה הרה אשר הגיעה לשעריו לאחר ירידת מים בשבוע השלושים ואחד להיריון. גם כאן נדחתה התביעה, וגם כאן נדחה פה אחד הערעור שהוגש לבית-המשפט העליון. השופט י' עמית קבע בפסק-דינו בערעור כי אי-מתן טיפול בסטרואידים במצב הדברים המתואר בתביעה מהווה בעצם את הפרקטיקה שנהגה בעת המקרה. הוא למעשה מבקר את הלכת קליפורד, בקובעו כי טיפול על-פי הפרקטיקה הנוהגת מקים אף חזקה שהטיפול הרפואי אינו רשלני. זאת ועוד, נדמה כי הוא מאמץ אל חיקו את דברי הביקורת של פרופ' ר' פרי על הלכת קליפורד במאמרו המוזכר לעיל. וזו לשונו הביקורתית של השופט י' עמית בפסק-דינו בפרשת יהודה:

אמת המידה לבחינת רשלנות רפואית מבוססת על שיקול הדעת של הרופא הסביר בהתאם לנסיבות הקיימות לגבי החולה המסויים ובהתאם לנומרות הרפואיות שהיו מקובלות אותה העת בעולם הרפואה... אמנם, הפרקטיקה הרפואית אינה חזות הכל, וכבר נקבע בעבר כי היא, כשלעצמה, אינה יכולה לחרוץ את גורלה של שאלת ההתרשלות (דנ"א 7794/98 רביד נ' קליפורד, פ"ד נז(4) 721, 744 (2003)...), אולם מוסכם על הכל כי לפרקטיקה המקובלת משקל נכבד בשאלה אם הייתה התרשלות, וטיפול על פי הפרקטיקה הנוהגת אף מקים חזקה כי הטיפול לא היה רשלני... בספרות המשפטית אף נמתחה ביקורת על הפסיקה שצמצמה את משקלה של הפרקטיקה הרפואית כמדד לאבן בוחן לרשלנות – ראו רונן פרי "הכול צפוי והרשלנות נתונה, עוד על דנ"א 7794/98 משה נ' קליפורד" משפטים 359, 387–394 (תשס"ה)...²⁴⁸

נראה כי לאחר פסק-הדין בפרשת יהודה הסתמנה זניחה מסוימת של הלכת קליפורד, והפסיקה נטתה ללכת אחר אמירתו של השופט י' עמית בפרשת יהודה כאמור, שלפיה "טיפול על פי הפרקטיקה הנוהגת אף מקים חזקה כי הטיפול לא היה רשלני" (להלן: אמירתו של השופט עמית). זניחתה המסוימת של הלכת קליפורד באה לידי ביטוי לפחות בשלושה פסקי-דין מאוחרים של בית-המשפט העליון בערעור על תביעת נזיקין בעילת רשלנות רפואית, שבכולם נדחה הערעור פה אחד. בפרשת פלונית צוטטה אמירתו של השופט עמית כרלוונטית להכרעה,²⁴⁹ ואילו הלכת קליפורד לא הוזכרה בו כלל לגופו של עניין. בפרשת פלוני קטין צוין במפורש כי ההכרעה באשר להתרשלות נבחנה תחת

246 שם, בפס' 16.

247 ע"א 6936/09 יהודה נ' כללית שירותי בריאות (נבו) 5.3.2012.

248 שם, בפס' 11 לפסק-הדין של השופט עמית.

249 ע"א 8123/10 פלונית נ' המרכז הרפואי שערי צדק, פס' 8 (נבו) 6.5.2012.

השאלה אם הייתה חריגה מהסטנדרט הרפואי המקובל,²⁵⁰ ומשלא נמצאה חריגה כזו, נדחה הערעור. גם כאן לא הוזכרה הלכת קליפורד כלל, על-אף היותה רלוונטית לסוגיה הנדונה בפרשה. גם בפסק-הדין בפרשת כהן נקבע כי ההתרשלות נבחנה בראי הפרקטיקה הרפואית המקובלת בסוגיה הנדונה, תוך ציטוט אמירתו של השופט עמית כרלוונטית להכרעה,²⁵¹ וגם בפסק-דין זה לא הוזכרה הלכת קליפורד כלל לגופו של עניין, על-אף היותה רלוונטית לסוגיה הנדונה בפרשה.

לסיכום חלק זה במאמר יש לומר כי הכלל אשר מתקיים ונשמר בפרקטיקה של בית-המשפט העליון הוא לכבד הלכות היוצאות מתחת ידו ולשמור עליהן, בפרט כאשר מדובר בהלכות שנפסקות במותב רחב בדיון נוסף – וטוב שכך. נראה גם שקשה לאמוד את היקף התופעה המדוברת כאן בחלק זה של המאמר, שבמסגרתה הלכות בדיון נוסף מתהפכות או נחשפות לכרסום משמעותי. אולם לא פעם הדבר קורה, כפי שקרה להלכות שהתקבלו בדיונים הנוספים שהתקיימו בפרשת מיניץ ובפרשת קליפורד, שהיו אמורות להיות הלכות יציבות, רצויות וחשובות. בכך, לטעמי, אפשר למצוא ביטוי מסוים לחוסר האפקטיביות של הדיון הנוסף, באשר הוא אמור להיות מוסד שמביא עימו דיון רציני ומעמיק המניב הלכה ודאית ויציבה, כזו שסטייה ממנה נתפסת כחוסר עקיבות.²⁵²

נראה לי, בכל הכבוד, שדוגמאות אלו שהבאתי כאן מעוררות שלושה ספקות מרכזיים: ראשית, תכלית הדיון הנוסף – אשרור הלכה יציבה – כבר אינה חזות הכל; שנית, עקרון הצפיות וההסתמכות על הלכות של בית-המשפט העליון שנפסקו במותבים רחבים בדיון נוסף נפגם במשהו; ושלישית, ממילא היה בית-המשפט העליון יכול לעשות כן (לסטות מההלכה שפסק) גם בלי צורך בדיון נוסף, וזאת כאמור לנוכח אי-תוקפו של עקרון התקדים המחייב על בית-המשפט העליון.

5. בעיות עמוקות המתעוררות בדיון נוסף פלילי

לנוכח האמור עד כה על הקשיים והבעיות שהדיון הנוסף מעורר, נדמה כי מוקד נזק משמעותי קשור למקרים שבהם הדיון הנוסף מתקיים בהליך פלילי. הדברים נכונים בעיקר משום שמדובר בדיני נפשות, שאז הנאשם צפוי לשלם מחיר כבד בהיבטים רבים, כגון בעת פגיעה בעקרון סופיות הדיון בדמות התמשכות ההליכים בעניינו עד כדי עינוי דין של ממש. הבעיה מתחדדת ביתר שאת כאשר הנאשם עצור עד תום ההליכים נגדו וחירותו תלויה על הכף. כאן המקום לומר שתקנות סדר הדין בדיון נוסף שותקות בנוגע להבאת ראיות נוספות בהליך זה, ואפשר שמן הטעם הפשוט הזה נקבע בפסיקה כי אין להגיש ראיות נוספות בדיון הנוסף.²⁵³ עם זאת, מקובל כי בית-המשפט העליון אינו כבול לפסק-

250 ע"א 4484/11 פלוני קטין נ' משרד הבריאות, פס' 23–25 (נבו 18.2.2013).

251 ע"א 9833/09 כהן נ' מדינת ישראל, פס' 46 (נבו 25.8.2013).

252 טמיר, לעיל ה"ש 185, בעמ' 265.

253 בש"א 3401/02 הרץ נ' עיזבון מנטל, פ"ד נו(4) 589, פס' 4 (2002).

דינו הראשון, וכי הוא רשאי לשנותו אף לרעת בעל-הדין שעתר לדיון נוסף.²⁵⁴ חשיבות העניין מזדקרת לה בדיון נוסף פלילי (הדן מטבע הדברים בדיני נפשות ובעונשי מאסר כבדים), שכן אז הרכבו של הדיון הנוסף רשאי להתערב בממצאים עובדתיים ובקביעות משפטיות, ואף להפוך זיכוי להרשעה או להפך, כמו-גם להתערב בענישה שנפסקה – לצמצמה או להרחיבה.²⁵⁵ אם לא די בכך, לדיון נוסף פלילי עלולה להתלוות פגיעה קשה במיוחד באמון הציבור בבית-המשפט העליון, היות שמטבע הדברים פרשיות פליליות חמורות הנדונות בהרכבים מורחבים במסגרת דיון נוסף מהוות מוקד לעניין ציבורי רב. עניין ציבורי כזה מוביל מטבע הדברים לעיסוק נרחב של התקשורת במקרה, במיוחד מקום שפסק-הדין בדיון הנוסף מרשיע בעברת רצח את מי שקודם זופה ממנה או להפך – מזכה את מי שקודם הורשע – וזאת בשים לב לכך שבהליך הדיון הנוסף לא מובאת כזכור כל תשתית ראייתית או עובדתית חדשה.

חמישה קשיים יסודיים גלומים בדיון הנוסף הפלילי. הקושי הראשון קשור לעינני הדין הנגרם בסיטואציה שבה הנאשם זופה בגדרו של ערעור בערכאה הרמה ביותר – בית-המשפט העליון – אך בדיון הנוסף הוא מצא את עצמו מורשע ונשלח לכלא, לעיתים אף למאסר-עולם.

הקושי השני נעוץ בהרשעה במותב רחב בדיון נוסף על חודו של קול, בפרט כאשר זו באה לאחר זיכוי בערעור. סיטואציה כזו מהדהדת את הספק הסביר, משום שהיא מרחיבה את הדעות שנשמעו בשני הדיונים של בית-המשפט העליון בנוגע לספק הסביר באשמתי של הנאשם. כך מכרסמת דעת המיעוט בבית-המשפט העליון בקביעת ההרשעה מעבר לספק סביר. יודגש: אין הכוונה לומר שבעיית ההרשעה על חודו של קול מתעוררת אך רק בדיון נוסף, וברור שהיא מתקיימת כל אימת שניתן פסק-דין במותב רחב. אלא שבעיה זו מתעצמת שבעתיים כאשר היא מתקיימת כאמור בדיון נוסף לאחר זיכוי בערעור בבית-המשפט העליון. בשולי הדברים אומר כי המשפט העברי מתמודד יפה עם בעיה זו באמצעות הכלל "הטִּיטֶף לטובה על פי אחד, הטִּיטֶף לרעה על פי שנים",²⁵⁶ הדורש למעשה מהטריבונל השיפוטי החפץ בהרשעה, להבדיל מזיכוי, רוב משמעותי של לפחות שני שופטים (ולא אחד) בין דעת הרוב המרשיעה לדעת המיעוט. נדמה לי שיש מקום לכל-הפחות להרהר בהיגיון שבכלל זה וביישומו, אך לא ארחיב בעניין זה כדי לא לסטות ממסלול דיוננו כאן.

הקושי השלישי הוא הספק הסביר העלול להיווצר באופן אמפירי מוחשי דווקא בדיון נוסף על רקע התפלגות דעות השופטים משני פסקי-הדין בערכאה הרמה ביותר שאחריה אין כלום – בית-המשפט העליון. רוצה לומר, מוסד הדיון הנוסף עלול לספק לנו מצבים אבסורדיים וסבוכים כאחד, שבהם נאשם מורשע בדעת רוב בדיון הנוסף אך מבחינת

254 בן-נון וחבקין, לעיל ה"ש 43, בעמ' 629.

255 הלוי תורת הדיון הפלילי, לעיל ה"ש 203, בעמ' 249–253.

256 משנה, סנהדרין א, ו.

משפט וממשל כה תשפ"ג קשיים ובעיות שהמוסד "דיון נוסף" בבית-המשפט העליון מעורר

התפלגות דעותיהם של כלל השופטים שפסקו את דינו בבית העליון – במותב הערעור ובמותב הדיון הנוסף – הוא למעשה זכאי.²⁵⁷ הקושי הרביעי הוא שהליך הדיון הנוסף הפלילי מתנהל לא פעם כמעין ערעור פלילי נוסף, הדן לאו דווקא בעניין הלכתי גרידא. הקושי החמישי הוא אי-הבהירות המתעוררת לא פעם לגבי הבעיה העומדת במוקד הדיון הנוסף, המביאה לעיתים לידי בלבול בפסק-הדין, עד כדי קושי להצביע על הרציו בו בעניין ההלכתי שנדון. אנסה להמחיש את הקשיים היסודיים האמורים באמצעות סקירתן של ארבע פרשיות פליליות שגלשו לדיון נוסף פלילי. על חלק מן הפרשיות שיידונו להלן כבר נפרשה ביקורת על-ידי פרופ' ל' שלף וא' פורת במאמרם בנושא הלכות בעייתיות במשפט הפלילי,²⁵⁸ ומפאת חשיבותם של הדברים שנכתבו לביקורת הרעיונית המובאת בחלק זה של המאמר, ארחיב עליהם כאן על-פי הצורך.

(א) דנ"פ בן-ארי נ' מדינת ישראל

בשנת 1991 נרצח חלפן כספים בביתו במהלך נסיון שוד, וגופתו נמצאה כשעליה דקירות סכין ומגבת שנתחבה לפיו. בפרשה הוגשו שני כתבי אישום שונים בגין הרצח והשוד של אותו חלפן, כל אחד נגד נאשם אחר, ומשפטם התנהל בבית-המשפט המחוזי אל מול שני מותבים שונים. שני ההליכים הסתיימו בהרשעה פה אחד. שני פסקי-הדין המרשיעים בפרשה התבססו על מסכת ראייתית שונה, שאינה מתיישבת לכל אורכה עם המסכת הראייתית האחרת בפרשה. בתוך כך הוסכם על בית-המשפט והפרקליטות כאחד כי אין כל ראייה לקשר או אפילו להיכרות בין שני הנאשמים. לאחר ששני ההרכבים השונים הרשיעו את שני הנאשמים בפרשה – בן עזרא ובן-ארי – ערערו השניים על הרשעתם

257 במסגרת דיון נוסף עלולה להיווצר סיטואציה שבה אם נבחן את התפלגות דעותיהם של השופטים בשני המותבים של בית-המשפט העליון (במותב הערעור ובמותב הדיון הנוסף) נגלה כי מספר השופטים שזיכו את הנאשם גדול ממספר השופטים שהרשיעוהו, ואף-על-פי-כן בפועל הוא הורשע בדיון הנוסף! להלן דוגמה מעשית אפשרית אחת במטרה לסבר את האוזן: בפסק-הדין בהרכב תלתא בערעור בבית-המשפט העליון נפסק פה אחד כי הנאשם זכאי. הדיון הנוסף נערך במותב שכלל שבעה שופטים (מהסיבה המקובלת שמותב של חמישה לא יועיל לרוב), ורק שופט אחד מהמותב הראשון הצטרף למותב בדיון הנוסף (שכן הגם שמקובלת השאיפה ששופטי המותב בערעור יישבו גם במותב הדיון הנוסף, לא תמיד הדבר מתאפשר לשלושתם מסיבות כאלה ואחרות). העתירה בדיון הנוסף התקבלה והפכה את פסק-הדין שלעורער ברוב של ארבעה שופטים מול שלושה. בהנחה שהשופט שישב בשני המותבים לא שינה את עמדתו (כך סביר לרוב), הרי לנו סיטואציה שבה התפלגות דעותיהם של תשעת השופטים שדנו בפרשה זו בבית-המשפט העליון (שלושה במותב הערעור ושישה שופטים נוספים במותב הדיון הנוסף) היא ארבעה שופטים מרשיעים מול חמישה שופטים מזכים. אולם, כאמור, על-אף התפלגות דעות זו של השופטים באותה ערכאה, הנאשם מורשע לפי פסק-הדין בדיון הנוסף.

258 ליאון שלף ואסף פורת "הלכות בעייתיות במשפט הפלילי – דיון במספר סוגיות שהתעוררו בשנים האחרונות" המשפט ו 81 (2001).

לביית-המשפט העליון. בשלב זה הודיעה הפרקליטות, באופן חריג למדי, כי היא אינה מתנגדת לקבלת ערעורו של בן עזרא (ככל הנראה משום שסברה כי היא תתקשה להתמודד עם ערעורם של השניים על הרשעתם באותה פרשת רצח תחת מסכת ראיות שונה). כך יצא שבן עזרא שוחרר והרשעתו בוטלה ללא בחינה נוספת של הרשעתו פה אחד בבית-המשפט המחוזי.²⁵⁹ אומנם היו מי שרמזו כי אכן היה בכוחן של הראיות החדשות שהתגלו בפרשת בן-ארי להוביל לקבלת ערעורו של בן עזרא אילו נשמע ונדון,²⁶⁰ אולם ראוי לזכור את העובדה שביטול הרשעתו של בן עזרא בא לעולם מבלי שעניינו נדון בערעור, וחרף קביעות מפורשות של בית-המשפט המחוזי, בפסק-הדין שבו הרשיע את בן עזרא, כי הוא מתרשם מאותם חלקים בעדותו שבהם הוא התוודה והפליל את עצמו כי הם אמת לאמיתה.²⁶¹ לעומת זאת, ערעורו של בן-ארי התנהל לו בבית-המשפט העליון, שם נפסק ברוב דעות של השופטים א' גולדברג ומ' חשין, נגד דעתו החולקת של השופט ת' אור, כי דין הערעור להידחות, כך שהרשעתו ברצח ובשווד נותרה על כנה, והוא נידון למאסר-עולם.²⁶²

פרשת בן-ארי הגיעה לדיון נוסף בהרכב מורחב של שבעה שופטים, שבו ישבו שלושת שופטי המותב הקודם, אשר שמרו על עמדתם. גם פסק-הדין בדיון הנוסף הלך בדרכם של שני פסקי-הדין הקודמים בפרשה, שקבעו כי בן-ארי אשם ברצח ובשווד.²⁶³ ההכרעה בדיון הנוסף התקבלה ברוב של ארבעה שופטים מול שלושה.

לא אחת, תוצאת פסק-הדין בדיון הנוסף הולידה מצב סבוך ובעייתי. הבעיה הראשונה, המתעוררת לא אחת בעטיו של קיום דיון נוסף בעניין שכבר נפסק, קשורה לעובדה שלדעת המיעוט של השופט ת' אור, שישב גם במותב הערעור, הצטרפו כעת, בדיון הנוסף, שני שופטים חדשים – השופטים א' מצא וד' דורנר. כעת, אם נניח לרגע שהאחרונים היו נבחרים לשבת עם השופט ת' אור במותב הראשון בערעור, אזי התוצאה בפרשת בן-ארי הייתה הפוכה לחלוטין, ובן-ארי היה מזוכה מכל אשמה פה אחד. ודוק, בעיה אמפירית-תיאורטית זו נולדה לה כאמור רק כתוצאה ממתן פסק-דין שני באותה ערכאה – במסגרת דיון נוסף.

קושי אפשרי נוסף נעוץ כאמור בהרשעה על חודו של קול בדיון הנוסף, המבליטה את הנמקות הספק הסביר בפרשה כולה. בן-ארי אומנם הורשע גם בערעור וגם בדיון הנוסף,

259 ע"פ 3044/92 בן עזרא נ' מדינת ישראל (נבו 11.10.1993).

260 דליה דורנר "מלכת הראיות נ' טארק נוג'ידאת: על הסכנה שבהודאות שווא ועל הדרך להתמודד עמה" הפרקליט מט 7, 15 (2006) (שם ציינה דורנר בעניין ערעורו של בן-עזרא, על-דרך השלילה, כי "נראה כי אלמלא הראיות החדשות אף הערעור היה נדחה").

261 דנ"פ 3391/95 בן-ארי נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(2) 377, פס' 13 לפסק-הדין של השופט אור (1997) (שם מובאים ציטוטים מתוך פסק-הדין של בית-המשפט המחוזי אשר הרשיע את בן עזרא ברצח, ביניהם: "אני קובע, איפוא כי בחינתן של אימרות הנאשם מכל זווית ראיה שתבחר מסקנתן אחת – שהתוודות הנאשם בדבר מעורבותו במעשי העבירה, היא התוודות אמת...").

262 ע"פ 6251/94 בן-ארי נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(3) 45 (1995).

263 דנ"פ בן-ארי, לעיל ה"ש 261, בפס' 18 לפסק-הדין של השופט בן.

משפט וממשל כה תשפ"ג קשיים ובעיות שהמוסד "דיון נוסף" בבית-המשפט העליון מעורר

אך בשני ההליכים היה זה על חודו של קול, ונדמה לי שנימוקיהם של שני שופטי המיעוט בדיון הנוסף שהצטרפו לשופט ת' אור, שישב בשני המותבים, מעניקים משקל נכבד לספק סביר ומשמעותי באשמתו של בן-ארי. שופטת המיעוט ד' דורנר, שהצטרפה כאמור למותב הדיון הנוסף, קבעה כך מפורשות:

...מכלול הראיות שבא בפני בית-המשפט המחוזי אינו מוכיח מעבר לכל ספק סביר כי העותר הוא זה ששדד ורצח את המנות. על-כן מן הדין לקבל את העתירה ולזכות את העותר.²⁶⁴

זאת, תוך שהיא מדגישה דברי טעם הנוגעים בעיקרו של דבר באותה מסכת ראיות שונה שנפרשה לפני בית-המשפט המחוזי בעניינם של שני הנאשמים. גם שופט המיעוט א' מצא, שהצטרף גם הוא כאמור לדיון הנוסף, התבטא באופן חד כאשר טען כי מן הדין להורות על זיכויו של בן-ארי מחמת הספק, ולו לנוכח "קיום האפשרות אשר לא נשללה, שהמעשה הנפשע בוצע בידי אחרים".²⁶⁵

אם כן, פרשת בן-ארי בדיון הנוסף מעוררת שאלות, קשיים ובעיות בנוגע להרשעתו של בן-ארי ברצח ובשוד ברוב דחוק ביותר בדיון שני שהתקיים בבית-המשפט העליון ולשליחתו למאסר-עולם. היו אף שטענו כי הדיון הנוסף לא הבהיר כלל את המצב, אלא אף להפך – הפרשה בכללותה התערפלה עם הרשעתו על חודו של קול.²⁶⁶ ייתכן שלא נוכל לעולם להשתחרר מן הספקות והתמיהות הרבות בפרשה פלילית זו, כפי שבאו לידי ביטוי בפסק-הדין בדיון הנוסף הפלילי. יודגש כי בהמשך הדרך הגיש בן-ארי עתירה לבית-המשפט העליון לקיום משפט חוזר, על רקע הבעיות והספקות שהוליד הדיון הנוסף, אך זו נדחתה.²⁶⁷

(ב) דנ"פ מדינת ישראל נ' אבוטבול

להלן, בתמצית דתמצית, השתלשלות הפרשה. אבוטבול, שהיה נכה בשיעור 100%, הורשע בבית-המשפט המחוזי באונס ותקיפה של חברתו לשעבר כאשר זו הגיעה לבקרו בביתו על-מנת שיצלמה. אבוטבול הגיש ערעור לבית-המשפט העליון בטענה המרכזית כי השופט שהרשיעו הסתמך בהכרעת דינו על טענות שהושמעו לא כדין על-ידי הצדדים במהלך המשפט בנוגע לכך שהמתלוננת נמצאה דוברת אמת בבדיקת פוליגרף. ברי כי ממצאיה של בדיקת הפוליגרף הם ראיה שאינה קבילה במשפט הפלילי, ומשכך לא היה מקום להעלותה, כדי שלא תטה את דעת השופט. ערעורו של אבוטבול התקבל והוא זופה מחמת הספק, ברוב דעות של השופטים ג' בך וי' מלץ כנגד דעתו החולקת של השופט מ'

264 שם, ברישא של פסק-הדין של השופטת דורנר.

265 שם, בפס' 9 לפסק-הדין של השופט מצא.

266 ליאון שלף "על סופיות הדיון ועל עשיית צדק במשפט פלילי: הרהורים נוגים על משפט חוזר, ערעור פלילי וחניניה" קרית המשפט א 133, 134–135 (2001).

267 מ"ח 7558/97 בן-ארי נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(1) 433 (1999).

חשין.²⁶⁸ הנימוק המרכזי לזיכוי היה שבדיקת הפוליגרף שנערכה למתלוננת זכתה בהתייחסות בהכרעת הדין, ומכאן שהשפיעה באופן פסול ולרעה על השופט בהכרעת דינו נגד אבוטבול.

המדינה עתרה לקיום דיון נוסף, וכך נדונה הפרשה שוב בהרכב של חמישה שופטים, כשעל הפרק סוגיית השפעתה של תוצאת בדיקת הפוליגרף על בית-המשפט כאמור. בסופו של יום התקבלה העתירה לדיון הנוסף והפכה שוב את הקערה על פיה – אבוטבול מצא שוב את עצמו מורשע באונס ברוב דחוק של שלושה שופטים מול שניים.²⁶⁹ פרשה זו מצטרפת לאותם מקרים שבהם מתקיים דיון נוסף פלילי שבמסגרתו מורשע – על חודו של קול – מי שקודם לכן זופה בבית-המשפט העליון מאותה עברה. השופט י' מלץ, שנמנה כאמור עם דעת הרוב שזיכתה את אבוטבול בערעור, היה היחיד משלושת שופטי הערעור שלא שובץ בהרכב הדיון הנוסף, כנראה רק בשל פרישתו לגמלאות.²⁷⁰ בכך מבקש אני לומר כי סביר להניח שאילו ישב השופט י' מלץ בהרכב של הדיון הנוסף, הוא היה מצטרף אל המזכים, ואז התמונה הייתה משתנה לחלוטין, שכן דעת הרוב הייתה מותירה את זיכוי של אבוטבול.

בתוך כך אבקש להעלות נקודה למחשבה הקשורה לבחינת התפלגותם האמפירית של דעת כל שופטי בית-המשפט העליון שזכו לדון בפרשה זו. בשני המותבים של בית-המשפט העליון שדנו בפרשת **אבוטבול** ישבו למעשה שישה שופטים – שלושת שופטי הערעור ושלושה שופטים חדשים שהצטרפו בדיון הנוסף אל השניים שישבו גם בערעור – כך שלמעשה מחציתם סברו "מורשע" ומחציתם סברו "זכאי". לנוכח כל הנסיבות שהועלו, ובשים לב במיוחד לעובדה האחרונה, תהדהד ותתחדד לה כמו מאליה השאלה הבאה: האם בפרשה זו הוכחה אשמתו של אבוטבול בבית-המשפט העליון מעל לכל ספק סביר? נדמה לי כי גם אם נחליט להשאיר את השאלה על כנה ללא מענה, מפאת כבודו של בית-המשפט העליון, תחושה לא-נוחה תיוותר עימנו לעד בעניין הרשעה זו. דבר אחד בטוח: בקרב שופטי בית-המשפט העליון שדנו בפרשת **אבוטבול** בשני המותבים לא היה רוב להרשעתו של אבוטבול, ואף-על-פי-כן הוא הורשע. יודגש כי דעת מיעוט הנשמעת במסגרת הרכב שיפוטי בתחום הפלילי אינה נחשבת בשיטתנו כמקימה בפני עצמה ספק סביר, וזאת על-אף גישות מלומדים הגורסים הפוך בדיוק.²⁷¹ כך מזדקרת לה שוב הבעייתיות הנוקבת לגבי הספק הסביר במשפט הפלילי מקום שמתקיים דיון נוסף שנפסק ברוב דחוק של קול אחד.

בתוך כך נראה שיש בין שופטי בית-המשפט העליון הסוברים כי יש בכל-זאת השלכה ומשקל משמעותיים, אם כי מסוימים, לדעת מיעוט בפסק-דין בכל הקשור לספק הסביר במשפט פלילי:

268 ע"פ 993/93 אבוטבול נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(1) 485 (1993).

269 דנ"פ 188/94 מדינת ישראל נ' אבוטבול, פ"ד נא(2) 1 (1996).

270 שלף ופורת, לעיל ה"ש 258, בעמ' 114.

271 בועז סנג'רו ואיתי ליפשיץ "הרשעה: רק פה אחד" **עלי משפט** ח 337 (2010).

עם זאת, קיומה של דעת מיעוט מאתגר את ערכאת הערעור לבחינה מדוקדקת אף יותר (השוו לגישתו של השופט ח' מלצר בע"פ 10100/07 מדינת ישראל נ' שחאדה ([פורסם בנבו], 24.3.2010), בפסקה 31). טיב המחלוקת בין דעת הרוב לבין דעת המיעוט עשויה להיות חשובה גם היא למידת ההשלכה שיש לקיומה של דעת מיעוט על שאלת הספק הסביר. כך, למשל, דומה כי כוחה של דעת מיעוט לעורר יסוד של ספק סביר פוחת כאשר המחלוקת היא בעיקרה משפטית, ולא עובדתית.²⁷²

לאחר שדנתי בבעיית הספק הסביר בדבר אשמתו של הנאשם בראי פרשת אבוטבול, אבקש לעבור לקשיים אינהרנטיים נוספים שעלולים להתעורר בדיון נוסף פלילי ואשר באו לידי ביטוי באותה פרשה – הפגיעה הקשה בעקרון סופיות הדיון ועינוי הדין לנאשם. ראוי לזכור כי ההליך הפלילי מתאפיין ביחסי כוחות לא-שוויוניים בין הצדדים: מצד אחד, המדינה החזקה ובעלת האמצעים הממוקמת תמיד בצד "התביעה", ומן הצד שכנגד, הפרט החלש והדל יותר מכל בחינה (באמצעים ובכוח), הממוקם לעולם בצד "הנאשם". משכך הם פני הדברים, ובהצטרף לכך שדיון נוסף בא לדון בסוגיות הלכתיות בלבד, ברור כי הרשעתו של אבוטבול בדיון נוסף פלילי, לאחר שזופה קודם לכן בערעור בבית-המשפט העליון, מהווה פגיעה חריפה ולא-מידתית בעקרון סופיות הדיון ועינוי דין כלפיו. מ' שלגי וצ' כהן ציינו בדיוק בעניין זה כי בשקילת דיון נוסף פלילי ראוי לבחון את התועלת לנאשם מבחינת סיכויי לצאת זכאי, שאם לא כן מדובר בעינוי דין, על אחת כמה וכמה במצב שבו נשקל דיון נוסף על פסק-דין שבו הוא זופה, שאז בוודאי לא תצמח לו כל תועלת מקיום דיון נוסף. וכך כתבו שני המלומדים:

על דיון כזה להביא תועלת לעותר. בפרט בענין פלילי שומה לשאול תחילה, אם אמנם קיים סיכוי סביר לביטול הרשעתו של הנאשם, אם יקוים דיון נוסף; שאם סיכוי כזה אינו קיים, לא יהא בדיון הנוסף אלא עינוי דינו של הנאשם, ואין זאת מן המידה לברר ולקבוע הלכות, בחינת תורה לשמה, על גבו של נאשם בפלילים – אפילו מוגשת הבקשה לדיון נוסף בידי סניגורו. מקום שהמדינה הניעה את בית המשפט העליון, אף בטענה חלופית, לפסוק כפי שפסק – לא יהיה צודק להורות על קיום דיון נוסף בטענתה העיקרית, אם יש בכך כדי לגרום לעינוי דין.²⁷³

היו שסברו כי רצוי וראוי שיתקבל העיקרון שלפיו יש להימנע מהחמרת עונשו של נאשם במסגרת דיון נוסף פלילי, משום שהחמרה כזו חורגת מעניינו של הדיון הנוסף.²⁷⁴ דברים אלו מתכתבים למעשה עם תכליתו המוסדית-הציבורית של מוסד הדיון הנוסף.²⁷⁵

272 ע"פ 3399/11 פלוני נ' מדינת ישראל, פס' 20 (נבו 24.1.2013).

273 שלגי וכהן, לעיל ה"ש 65, בעמ' 494–495.

274 שלף ופורת, לעיל ה"ש 258, בעמ' 118.

275 מרזל, לעיל ה"ש 54, בעמ' 197.

למעשה, מטעמים אלו בדיוק החוק קובע כי אי-אפשר לעתור למשפט חוזר בעניינו של נאשם שזופה בפסק-דינו.²⁷⁶ בהקשר זה יצוין כי בדיון הנוסף בפרשת משולם נשמעה דעה כזו מצד שופט המיעוט י' קדמי, אשר הציע להימנע מלהתערב בעונש משום שההליך המשפטי מסתיים ככלל בערעור בבית-המשפט העליון ואילו הליך הדיון הנוסף נועד בעיקרו להעמדת הדין על מכונו.²⁷⁷

לנוכח מכלול הדברים שהוצגו כאן נדמה שראוי אפוא שהמחוקק יקבע כי בשלב של דיון נוסף פלילי תימנע כל אפשרות של הרשעת נאשם שזופה קודם לכן בבית-המשפט העליון או אף של החמרה בעונשו. ודוק, גם התערבות של המחוקק בסוגיה זו לא תביא מזוור לכל תחלואיו של הדיון הנוסף בשדה הפלילי, הכוללים כאמור בעיות כבודת-משקל באשר לספק הסביר.

(ג) דנ"פ מדינת ישראל נ' אל עביד

פרשה הרצח המוכרת של חנית קיקוס זכתה בזמנו, כזכור, בכותרות רחבות ובשיח ציבורי ער מאוד.²⁷⁸ אפשר לדעתי לומר כי היא פרשת הרצח הסבוכה ביותר שידענו מן הפן המשפטי, ובמסגרתה "התגלגל" לו ההליך בין בית-המשפט המחוזי לבית-המשפט העליון לא פחות משלוש פעמים. להלן נסיבותיה בקצירת האומר. בשנת 1993 נעלמה חנית קיקוס, נערה כבת שבע-עשרה, לאחר שיצאה מביתה באופקים למסיבה בבאר-שבע. זמן קצר לאחר-מכן נעצר החשוד אל-עביד, בדווי בן ארבעים וארבע מרהט הלוקה בפגור שכלי, שעבד בפניו זבל באתר דודאים, הממוקם בין אופקים לבאר-שבע. אל-עביד הודה בכמה הזדמנויות שונות – בין היתר בחקירתו במשטרה, לפני מדובב בתא מעצרו, בבית-משפט השלום במסגרת דיון בהארכת מעצרו ואף במסגרת שחזור של האירוע לחוקרי המשטרה – כי אנס ורצח את הנערה. אולם בהמשך הוא חזר בו מהודאותיו והכחיש את כל המיוחס לו. עוד בטרם התגלתה גופת הנערה נשפט אל-עביד בבית-המשפט המחוזי והורשע ברצח ובאונס ברוב של שני שופטים מול אחד.²⁷⁹ על כך הגיש אל-עביד ערעור לבית-המשפט העליון. דא עקא, לפני שנשמע ערעורו התגלה שלד הנערה המנוחה בבור באזור באר-שבע, במקום שאינו מתיישב עם גרסות הודאותיו השונות של אל-עביד: בהודאה אחת הוא מסר כי השליך את הגופה סמוך לגשרון המרוחק כשמונה קילומטר מבאר-שבע, ובהודאה אחרת הוא מסר כי השליך את הגופה באתר המזבלה דודאים שבו עבד, המרוחק כשמונה-עשר קילומטר מבאר-שבע. על-כן, במסגרת הדיון בערעורו של אל-עביד בבית-המשפט העליון הוחלט כי פסק-הדין המרשיע יבוטל ומשפטו יוחזר לבית-משפט קמא לשם גביית ראיות חדשות לפני אותו הרכב שהרשיעו. בית-המשפט

276 ס' 31 לחוק בתי המשפט.

277 דנ"פ משולם, לעיל ה"ש 195, בפס' 6 לפסק-הדין של השופט קדמי.

278 ניתן להניח שלנוכח השיח הער בחדשות, ההד התקשורתית והעניין הציבורי בפרשה זו, נכתב ערך בשם "רצח חנית קיקוס" באתר ויקיפדיה – האנציקלופדיה החופשית ברשת.

279 ת"פ (מחוזי ב"ש) 76/93 מדינת ישראל נ' אל-עביד (נבו) 22.11.1994.

המחוזי התכנס שוב בעקבות מציאת גופתה של הנערה, והרשיעו שנית ברצח ובאונס שלה (גם הפעם ברוב דעותיהם של אותם שופטים שהכריעו את דינו בראשונה).²⁸⁰ אל-עביד הגיש ערעור נוסף לבית-המשפט העליון סביב הטענה המרכזית של מציאת גופת הנערה במקום שונה מהמקומות שעליהם הצביע בהודאותיו, דבר המוביל לדעתו למסקנה כי מדובר בהודאות-שווא שקריות.

בערעור נפסק ברוב דעות כי אל-עביד זכאי מעברת הרצח ואשם בעברת האונס.²⁸¹ בתוך כך יודגש כי לכל שופט הייתה דעה אחרת – מצב דברים שבו אין רוב לדעה אחת בקרב השופטים. להלן תמצית דעותיהם של שופטי בית-המשפט העליון בערעור. המשנה לנשיא א' לוינ פסק כי ההרשעה ברצח ובאונס בדין יסודה ויש לדחות את הערעור, משום שאין להפריד את מסכת הראיות לעניין ההרשעה ברצח מזו שבבסיס ההרשעה באונס. השופט א' גולדברג פסק כי יש לזכות את אל-עביד מעברות הרצח והאונס מחמת הספק, וטען לקשר ראייתי בל ינותק בין שתי העברות. השופט י' קדמי פסק כי יש להרשיע את אל-עביד בעברת האונס אך לזכותו מחמת הספק מעברת הרצח, וטען כי ניתן לנתק את הקשר הראייתי בין שתי העברות. אשר על-כן הוחזר התיק שוב לבית-המשפט המחוזי לגזירת דינו בגין הרשעתו בעברת האונס בלבד, שם נדון עניינו בשלישית ונגזר דינו לשתיים-עשרה שנות מאסר.

על הכרעת דינו של בית-המשפט העליון בערעור זה הגישו שני הצדדים עתירות לדין נוסף, שנסבו סביב סוגיה משפטית טהורה, הנוגעת בפרשנות הדין בנוגע לאופן הכרעת הדין במותב שבו הדעות חלוקות כך שאין רוב לדעה אחת. להלן נוסחו של סעיף החוק הרלוונטי הדין בסוגיה זו – סעיף 80(ג) לחוק בתי המשפט:

באין רוב לדעה אחת בענין פלילי – (1) יראה בית המשפט אם יש רוב דעות לגבי כל ממצא עובדתי, יסוד מיסודות העבירה או נושא אחר, המחייבים הכרעה לחיוב או לזיכוי, וכריע בהתאם...²⁸²

טבלה 2 מסכמת, לצורכי המחשה, את התפלגות דעותיהם של שופטי בית-המשפט העליון בערעור בכל רכיב המחייב הכרעה בתיק, ואת ההכרעה שהתקבלה מכוח הדין הרלוונטי דלעיל.

טבלה 2: התפלגות דעת השופטים בערעורו של אל-עביד בבית-המשפט העליון (ע"פ 2109/96)

קשר משפטי (ראייתי) בין עברת האונס לעברת הרצח	הכרעת הדין בעברת האונס	הכרעת הדין בעברת הרצח	

280 ת"פ (מחוזי ב"ש) 76/93 מדינת ישראל נ' אל-עביד (נבו 19.2.1996).

281 ע"פ 2109/96 אל עביד נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(1) 673 (1997).

282 ס' 80(ג) לחוק בתי המשפט.

המשנה לנשיא ש' לוי	אשם	אשם	יש
השופט א' גולדברג	זכאי	זכאי	יש
השופט י' קדמי	זכאי	אשם	אין
הכרעת הדין בערעור	דעת הרוב: זכאי מהרצח	דעת הרוב: אשם באונס	דעת הרוב: יש קשר (הכרעת הדין התעלמה מה"יש קשר")

בעתירות לדיון נוסף בפרשה הסכימו הצדדים כי אין לנתק בין עברת הרצח לעברת האונס, ובכך קיבלו עליהם את דעת הרוב בפסק-הדין בערעור בכל הנוגע ברכיב השלישי – הקשר הראייתי בין העברות. משכך טען כל אחד מהצדדים כי נפלה טעות בחישוב דעות השופטים בהכרעת הדין בכל הנוגע ברכיבי הרצח והאונס. בא-כוחו של אל-עביד טען כי הכרעת הדין בערעורו של אל-עביד ניתנה "באין רוב לדעה אחת", שהרי כל שופט פסק אחרת. הוא ציין שהחוק קובע כי הכרעת הדין תהא לפי דעת רוב השופטים לגבי יסודות העברה, ומכיוון שיש רוב לעניין הקשר הראייתי בין עברת הרצח לעברת האונס ולעניין זיכוי של אל-עביד מעברת הרצח, היה על השופטים לזפותו גם מעברת האונס (ראו הבהרה בתחתית העמודה השמאלית בטבלה 2). המדינה טענה, לעומת זאת, כי הכרעת הדין בעניין זיכוי מעברת הרצח שגויה משום שאם רוב השופטים הרשיעו את אל-עביד בעברת האונס ודעת רובם הייתה שאין לנתק את הקשר בין שתי העברות, אזי היה עליהם להרשיעו גם ברצח.

הנשיא א' ברק קבע כי העניין יידון במסגרת דיון נוסף בהרכב של תשעה שופטים, אולם בחר לא לצמצם את הדיון הנוסף לסוגיה ההלכתית המצומצמת שהועלתה בעתירת הצדדים לדיון נוסף – עניין הפרשנות הראויה לסעיף 80(ג) לחוק בתי המשפט – וקבע במפורש כי המותב בדיון הנוסף יהא רשאי לדון גם בעונשו של אל-עביד.²⁸³ בכך נדמה כי הנשיא א' ברק העניק כוח רב מדי לבית-המשפט העליון לקיים למעשה "משפט נוסף" בהרכב מורחב או אולי "ערעור נוסף", אך בטח ובטח לא "דיון נוסף", שאמור לדון באופן מצומצם בסוגיה הלכתית (וכבר דנתי קודם לכן, בהקשר של פרשת בן-ארי ופרשת אבוטבול, בקושי שמביא עימו דיון נוסף פלילי המתערב בסוגיות של הכרעת הדין והענישה). בתוך כך יודגש כי לא נמצא ולו אחד מבין תשעת שופטי מותבו של הדיון הנוסף בפרשה שבחר להתייחס לסוגיה ההלכתית שבגינה התבקש דיון נוסף זה. השופט ת' אור היה היחיד שהזכיר את הטיעון של בא-כוחו של אל-עביד בעתירתו לקיום דיון נוסף, וגם זאת רק כדרך אגב ובמסגרת סקירת הרקע להשתלשלות העניינים, ומבלי לתת את דעתו לסוגיה הקרדינלית שעמדה כאמור לבחינת הדיון הנוסף.²⁸⁴ אישוש לטענתי כי

283 דנ"פ 4342/97 מדינת ישראל נ' אל-עביד (נבו 31.7.1997).

284 דנ"פ 4342/97 מדינת ישראל נ' אל עביד, פ"ד נא(1) 736, פס' 46 לפסק-הדין של השופט אור (1998).

הדיון הנוסף בפרשה זו חרג באופן גס מתכליתו – שהיא דיון בסוגיה הלכתית עקרונית – בא מדברי הביקורת של השופט ת' אור, אשר ציין כך:

עתה, מצויים אנו בשלב דיוני, אשר בדרך-כלל מוקדש לבירורן של שאלות משפטיות עקרוניות, העולות על רקע תשתית עובדתית מוסכמת וידועה. אך זה אינו המצב בפרשה זו. המקרה שבפנינו אינו מקרה רגיל. המחלוקת העיקרית שבין הצדדים באשר להכרעת-הדין אינה נעוצה בשאלות בעלות אופי משפטי מובהק. המחלוקת הבסיסית נוגעת לשאלה, אשר עניינה בהערכת משקלן של הראיות שבתיק ובמסקנה העולה מהן.²⁸⁵

בטרם אגע בגורלו של אל-עביד בדיון הנוסף, אוכל לומר, כסיכום-ביניים, כי נראה שהדיון הנוסף בפרשת אל-עביד – אשר פסק-הדין בו מתפרש על-פני לא פחות ממאה וארבעים עמודים – לא התנהל כלל לפי תכליתו, אלא אפשר להרכב רחב יותר לבחון שוב את הרשעתו של אל-עביד, כמעין ערעור נוסף²⁸⁶ על זיכוי מעברת הרצח ועל הרשעתו בעברת האונס. ראוי לזכור כי סעיף 30(ג) לחוק בתי המשפט – המעניק לבית-המשפט הרשאה לקבוע את גבולות הגזרה של הדיון הנוסף – בא לעולם, מבחינת המחוקק, במטרה למנוע מבעלי-הדין את האפשרות לעשות שימוש לרעה במוסד הדיון הנוסף ולהעלות את כל פרשת המשפט לדיון מחדש.²⁸⁷ וכפי שמקובל בדיון נוסף, הגרעין ההלכתי הוא שצריך להיבחן שם, להבדיל מסוגיות פריפריאליות.²⁸⁸

פסק-הדין בדיון הנוסף בפרשה זו הפך את פסק-הדין שניתן קודם בבית-המשפט העליון בכל הקשור לעברת הרצח. אל-עביד הורשע בעברת הרצח בדעת רוב של שישה שופטים מול שלושה, וזאת לצד הרשעתו באונס ברוב של שבעה שופטים מול שניים. דיון נוסף זה מחדד אפוא את הקשיים והבעיות שכבר הועלו קודם בהקשר של פרשת בן-ארי ופרשת אבוטבול בעניין הרשעה וגזירת עונשו של מי שזופה קודם בבית-המשפט העליון, לנוכח הרשעתו של אל-עביד בעברת רצח הנושאת בחובה עונש מאסר-עולם-חובה. נדמה כי הרשעתו של אל-עביד מוטלת בספק לנוכח קביעתם הנחרצת של שלושת שופטי המיעוט במושב הדיון הנוסף כי יש לזכותו מעברת הרצח בשל ספק סביר ברור וחד.²⁸⁹ לעניין זה אסתפק בהבאת דבריה הברורים של שופטת המיעוט ד' דורנר בדיון הנוסף:

בנסיבות אלה אין בלבי כל היסוס שאשמתו של העותר לא הוכחה כנדרש במשפט פלילי; המקרה שלפנינו אינו גבולי, והספק הסביר הוא ברור.²⁹⁰

285 שם, בפס' 50 לפסק-הדין של השופט אור.

286 שלף ופורת, לעיל ה"ש 258, בעמ' 111.

287 פרוטוקול ישיבה 289 של הכנסת החמישית, לעיל ה"ש 38.

288 מרזל, לעיל ה"ש 54, בעמ' 239.

289 שלף ופורת, לעיל ה"ש 258, בעמ' 91–94.

290 דנ"פ אל עביד, לעיל ה"ש 284, בפס' 31 לפסק-הדין של השופטת דורנר.

לסיום מצאתי להביא מדברי מלומדים שנאמרו, בין היתר, בהקשר של תוצאת הדיון הנוסף
בפרשת אל-עביד:

הפסיקה הישראלית מספקת לנו דוגמאות לתחושות הקשות ולספקות
המנקרים הנותרים בעקבות הרשעות ברוב דעות, על אפן ועל חמתן של
דעות המיעוט המזכות.²⁹¹

(ד) דנ"פ גנימאת נ' מדינת ישראל

פרשת גנימאת היא אחת הפרשות החוקתיות המפורסמות ביותר בישראל, אשר התגלגלה
לה עד לדיון נוסף שנדון על רקע המהפכה החוקתית וחוקי-היסוד שנחקקו קודם לכן.
גנימאת, צעיר מחברון, נעצר בגין חשד לביצוע שתי גנבות רכב. בחקירתו הוא הודה
באחת מהן, ונימק את מעשהו בקשיי פרנסה של משפחתו. על רקע זה הוגש נגדו כתב
אישום, בליוויית בקשה למעצר עד תום ההליכים במשפטו. בית-משפט השלום הורה על
מעצרו עד תום ההליכים, תוך שהוא מצייין כי זו ההתמודדות הנכונה והמאוזנת עם תופעת
גנבות הרכב, אשר נהפכה בזמנו למכת-מדינה.²⁹² עררו של גנימאת לבית-המשפט המחוזי
נדחה, תוך אמירה ברורה כי לנוכח תופעת גנבות הרכב, האינטרס הציבורי גובר על
האינטרס האישי של העורר, וזאת דווקא לנוכח המניע שלו לביצוע הגנבה – סיפוק פרנסה
למשפחתו – המקים עילת מעצר לשם הגנה על הציבור.²⁹³ גנימאת הגיש בקשת רשות
ערר לבית-המשפט העליון בעניין חוקיות מעצרו עד תום ההליכים. בקשתו התקבלה,
והתקיים דיון במותב תלתא, שבו נקבע – בדעת רוב של המשנה לנשיא א' ברק והשופטת
ד' דורנר נגד דעתו החולקת של השופט מ' חשין – כי הערר מתקבל. בית-המשפט העליון
קבע כי אין עילה למעצרו של גנימאת עד תום ההליכים, והורה על שחרורו בתנאים.²⁹⁴
הייתה זו סוגיה פשוטה לכאורה, משום שהיו תקדימים רבים למעצר עד תום ההליכים
במקרים כאלה בבית-המשפט העליון, והמדיניות המשפטית שלו הייתה ברורה.²⁹⁵ רוצה
לומר, ההחלטות של בית-משפט השלום ובית-המשפט המחוזי בעניין מעצרו עד תום
ההליכים של גנימאת הלכו בתלם הפסיקה, אך למרות זאת נדון העניין ברשות ערר בבית-
המשפט העליון בהרחבה רבה וברצינות ראויה, והראיה לכך היא שפסק-הדין מתפרש על-
פני שמונים ושישה עמודים, כשהוא תומך את יתדותיו באזכורם של תשעים ושמונה פסקי-
דין. לנוכח זאת ישאל השואל: האם יש צורך להיגרר לסיבוב רביעי ולקיים דיון נוסף על
פסק-דין זה, אשר דן בהרכב תלתא בערר על מעצר עד תום ההליכים? ובכן, המותב עצמו
קבע ביוזמתו – בסוף פסק-דינו הארוך והמנומק כאמור – כי הוא סבור שיש לקיים דיון

291 סג'ר וליפשיץ, לעיל ה"ש 271, בעמ' 355.

292 דנ"פ 2316/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(4) 589, פס' 3 לפסק-הדין של השופט
מצא (1995).

293 שם, בפס' 4 לפסק-הדין של השופט מצא.

294 בש"פ 537/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(3) 355 (1995).

295 דניאל פרידמן "משפטו של גנימאת" המשפט ד 17, 17 (1998).

נוסף בעניין, לנוכח חשיבותן של הסוגיות וחילוקי-הדעות שעלו בפסק-הדין.²⁹⁶ על כך עשוי השואל להעלות שתי קושיות נוספות. ראשית, האם יש פסק-דין המתקבל ברוב דעות שאין בו חילוקי-דעות? ברור שאין. שנית, האם בהחלטת המותב על קיום דיון נוסף נקבע – מעבר לחשיבות העניין – כי מדובר בעניין הקשור להלכה? גם על השאלה הזו ניתן להשיב בשלילה מוחלטת, אם כי יש לזכור כי מעיקר הדין אין המותב מחויב לקשור את החלטתו לקיום דיון נוסף לעניין הלכה כאשר זו באה ביוזמתו. ועל כל אלה מתחדדת השאלה: מה הרבותא בדיון נוסף זה? הדיון הנוסף בפרשת גנימאת התקיים במותב של שבעה שופטים, ונדמה לי כי מעבר לקשיים שהתעוררו עד כה, פסק-הדין בדיון הנוסף בפרשה זו הביא עימו בעיות נוספות וכבודות-משקל.

הבעיה הראשונה קשורה לתוצאה שאליה הוביל הדיון הנוסף הספציפי הזה. באופן מוזר נמצא כי פסק-הדין בדיון הנוסף ביטל ברוב דעות את פסק-הדין מושא הדיון הנוסף ובו-בזמן גם אישר אותו.²⁹⁷ ביחס לשאלה אם מתקיימת עילת מעצר בנסיבותיו של גנימאת הפך בית-המשפט את פסק-דינו הקודם, וקבע – ברוב של שישה שופטים, ביניהם הנשיא א' ברק, נגד דעתה החולקת היחידה של השופטת ד' דורנר – כי יש עילת מעצר נגד גנימאת. אולם ביחס לשאלה אם היה מקום לקבוע חלופת מעצר ולשחרר את גנימאת נקבע ברוב דעות של ארבעה שופטים נגד שלושה כי היה מקום לשחררו תחת חלופת מעצר, ובכך אישר למעשה בית-המשפט את פסק-דינו הקודם.

הבעיה השנייה קשורה לעובדה שאחד השופטים שישבו בדיון הראשון בערר ברשות וגם בדיון הנוסף – הנשיא א' ברק – הפך את דעתו כאשר קבע כי יש עילה למעצרו של גנימאת עד תום ההליכים. הנשיא, באופן מוזר, לא ציין באופן מפורש את העובדה שהפך את דעתו, וממילא לא טרח לנמק את הסיבה לשינוי עמדתו.²⁹⁸

לסיכום אומר כי בדיון הנוסף בעניינו של גנימאת נפסק להלכה פה אחד כי "מכת-מדינה" אינה מעמידה באופן אוטומטי עילת מעצר, וכן נפסק להלכה כי לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו נודעת השפעה על פרשנותה של עילת המעצר.²⁹⁹ תוצאה סופית זו של הליך נדיר וחריג בעייתית כנראה לא רק בשל הבעיות שנדונו כאן בהרחבה, אלא שניתן לצרף לכאן את גישתו של פרופ' ד' פרידמן שטוען כי התוצאה אינה משביעת-רצון, לכל-הפחות בסוגיית מכת-המדינה הקשה של גנבות רכב שכלל הידוע המשיכה להחמיר ולהגיע לממדים בלתי-נסבלים אחרי הדיון הנוסף בפרשת גנימאת.³⁰⁰ נדמה לי שניתן להבין מבין שורות פסק-דינו של הנשיא א' ברק בדיון הנוסף כי הוא ביקש לרומם את מעמדם של חוקי-היסוד שנחקקו קודם לכן, במטרה להעניק לזכויות הפרט את הבכורה

296 בש"פ גנימאת, לעיל ה"ש 294, בעמ' 440 ("לנוכח חשיבות הסוגיות שהתעוררו בפסק-דין זה וחילוקי הדעות שנתגלעו בינינו, החלטנו – על-יסוד סמכותנו לפי סעיף 30(א) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], תשמ"ד-1984 – על קיום דיון נוסף").

297 פרידמן, לעיל ה"ש 295, בעמ' 19.

298 דנ"פ גנימאת, לעיל ה"ש 292, פסק-הדין של הנשיא ברק.

299 שם, בעמ' 655.

300 פרידמן, לעיל ה"ש 295, בעמ' 26.

באמצעות הקביעה כי אין להקריב על מזבח אינטרס הכלל בביעור מכת-מדינה.³⁰¹ אולם נדמה לי ששכרו של מוסד הדיון הנוסף כאן יצא בהפסדו במובנים רבים.

ג. הצעה לתיקון המצב המשפטי הקיים

הקשיים והבעיות שהובאו כאן בנוגע לדיון הנוסף מובילים להכרה כי יש צורך לתור אחר פתרון משפטי ישים והולם. אפתח, כרקע לדבריי, בשתי מסקנות עיקריות העולות מן המאמר עד כה, אשר יש בהן כדי לשמש אדנים איתנים להצעת הפתרון שיובא בפירוט להלן.

מסקנה אחת היא שהדיון הנוסף הינו הליך משפטי ארכאי ונושן. לא בכדי כיניתי במאמרי "מוסד", שכן מקורו כאמור בתקופת האימפריה העות'מאנית ואחריה זו הבריטית, אשר שלטו בארץ-ישראל ואפשרו ערעור על בית-המשפט העליון כאן לבית-המשפט הגבוה בבירתן. כפי שכבר ראינו, מוסד הדיון הנוסף שהוכנס בחקיקה למשפט המדינה הינו פרי יצירה מתפשרת של המחוקק הישראלי בראשית דרכו, והיו אף שתיארו אותו כהמצאה ישראלית.³⁰² נראה שבאותה תקופה חש המחוקק, כתינוק הלומד ללכת לבדו, כי הוא נזקק עדיין לאותו "מוסד" שאליו היה רגיל שנים רבות קודם לכן, במסגרת עתירות של תושבי הארץ בזמנו למוסדות המשפט העליון של האימפריות ששלטו כאן. בתוך כך ראוי לזכור כי תכליתם המרכזית של אותם מוסדות – הקסציה ומועצת המלך – הייתה האחדת הדיון בין השטחים השונים שנשלטו על-ידי אותן אימפריות ששלטו בארץ.³⁰³ תכלית זו כבר לא הייתה רלוונטית כלל עם כינונה של מדינת-ישראל כמדינה ריבונית ועצמאית. די היה בפסיקת בית-המשפט העליון שתחייב את הערכאות דלמטה לצורך האחדת הדיון ברחבי המדינה העצמאית והקטנה שקמה, כך שלטעמי, משנסודה במדינת-ישראל מערכת משפט עצמאית ובלתי-תלויה, סרה חיוניותו של מוסד זה. יצירת מקבילה לקסציה ולמועצת המלך של לפני הקמת המדינה בדמות דיון נוסף באותה ערכאה עליונה שכבר דנה בעניין הובילה לקשיים ולבעיות הרבות והמגוונות שנסקרו בחלק הקודם במאמר זה.

המסקנה האחרת היא שהדיון הנוסף נהפך למעשה למעין ערעור נוסף. אומנם, מוסד הדיון הנוסף – כנלמד מן הפסיקה (מתוך הנמקות שונות של בית-המשפט העליון במסגרת החלטותיו לא להיעתר לקיום דיון נוסף) ומספרות רחבה, כמובא במאמר – לא נועד להוות דרגת ערעור נוספת, אלא חוליה אפשרית אחרונה בשרשרת שלבי המשפט, כזו המיועדת לפתור בעיות הלכתיות גרידא. ברם, כפי שראינו בחלק הקודם, בכמה וכמה מקרים היווה למעשה הדיון הנוסף פלטפורמה לשלב ערעורי נוסף. רוצה לומר, בית-המשפט העליון

301 דנ"פ גנימאת, לעיל ה"ש 292, בפס' 1 ו-11 לפסק-הדין של הנשיא ברק.
 302 Goldschmidt, לעיל ה"ש 119, בעמ' 328 ("The further hearing in a certain form is, apparently, a singular Israeli invention").
 303 הלוי תורת הדיון האזרחי, לעיל ה"ש 3, בעמ' 368–369.

מדבר בשני קולות: מחד גיסא, במסגרת סירובו לקיום עתירות לדיון נוסף הוא משמר את תכליתו האמיתית של מוסד הדיון הנוסף, ונוקט רטוריקה שלפיה דיון נוסף אינו ערעור נוסף, אלא שמור ונצור לסוגיות הלכתיות גרידא, תוך שהוא משתמש בלשון קצרה וברורה בתארו את המוסד הזה כחריג נדיר ויוצא-דופן; ומאידך גיסא, כאשר הוא נעתר לבקשה לקיום דיון נוסף, הרטוריקה והפרקטיקה שלו משתנים, ופסקי-הדין בדיון הנוסף מלמדים לא פעם כי מדובר למעשה בערעור נוסף. כך, לא פעם בית-המשפט העליון הדן בדיון נוסף מתערב בממצאים ובמסקנות של פסקי-הדין הקודם, משל היה ערעור ובניגוד לתכליתו של מוסד הדיון הנוסף, והדברים מקבלים משנה תוקף בדיון נוסף פלילי, שעשוי להוביל להחמרת ענישה ואף להרשעה של מי שזופה קודם.³⁰⁴ כל אלה מבטאים סטייה מתכליתו האמיתית של דיון נוסף, שהיא דיון בסוגיות הלכתיות גרידא כדי לקדם את ודאותו ויציבותו של הדין.

מסקנה זו בדבר היות הדיון הנוסף למעשה ערעור נוסף, בניגוד לתכליתו האמיתית, משתקפת גם מהתכלית שצייר המחוקק לאורך הצמתים בשבילי החקיקה כאשר ביקש להקים את מוסד הדיון הנוסף עם קום המדינה. כך, ראינו כי כבר בשנת 1950, במכתבו של שר המשפטים לנשיא בית-המשפט העליון, כונה הדיון הנוסף "ערעור נוסף".³⁰⁵ כך עולה גם מפרוטוקול דיוני הכנסת בהצעת החוק הראשונה להסדרת הדיון הנוסף, בשנת 1955, שם צוין כי "מצוה עלינו לפתוח פתח ערעור על פסקי-דינם",³⁰⁶ וכן מדברי ההסבר לאותה הצעת חוק ראשונה, שם נאמר כי "הדיון הנוסף לפי סעיף 8 ישמש כעין תחליף לערעור".³⁰⁷ גם בשנת 1957, במסגרת דיון של הכנסת לקראת חיקוקו של הדיון הנוסף, נאמר כי "טוב עשתה הממשלה שהכניסה את הסעיף הזה, בדבר ערעור נוסף".³⁰⁸ בתוך כך יודגש שוב כי בית-המשפט העליון, הספרות הענפה ומלומדי המשפט לא ראו עין בעין את תכליתו המעין-ערעורית של מוסד הדיון הנוסף, וכי נשיא בית-המשפט וכל שופטי בית-המשפט העליון התנגדו למוסד זה בתחילת דרכו החקיקתית,³⁰⁹ בדיוק מהסיבה שדיון נוסף אינו יכול לעמוד למי שמבקש לזכות בערעור נוסף.³¹⁰ התנגדותם של שופטי בית-המשפט העליון למוסד הדיון הנוסף עלתה שוב גם בדיון של הכנסת בהצעה השנייה לחוק בתי המשפט, שהביאה לידי הסדרתו החוקית של הדיון הנוסף כפרי חקיקה

304 בפרק השני של מאמר זה הוצגו ונותחו שלושה מקרים שונים שבהם הוביל דיון נוסף להרשעת נאשם שזופה קודם במסגרת ערעורו לבית-המשפט העליון: דנ"פ משולם, לעיל ה"ש 195 (ראו חלק ב3א); דנ"פ אבוטבול, לעיל ה"ש 269 (ראו חלק ב5ב); ודנ"פ אל עביד, לעיל ה"ש 284 (ראו חלק ב5ג).

305 שגיא, לעיל ה"ש 14, בעמ' 37. ראו את תיאור הדברים לעיל ליד ה"ש 21–22.

306 פרוטוקול ישיבה 543 של הכנסת השנייה, לעיל ה"ש 12, בעמ' 711.

307 דברי ההסבר להצעת חוק בתי המשפט, התשט"ו–1955, לעיל ה"ש 11, בעמ' 75.

308 דיון הכנסת בהצעה השנייה לחיקוק הדיון הנוסף, לעיל ה"ש 32, בעמ' 2101.

309 שגיא, לעיל ה"ש 14, בעמ' 57, ה"ש 233.

310 גראטש, לעיל ה"ש 25, בעמ' 498.

במדינה.³¹¹ לאחר העמקה נוספת בדברי הכנסת מצאתי כי באותו דיון הסביר יושב-ראש ועדת החוקה, חוק ומשפט כי דיון נוסף נדרש כדי להשיג צדק במקרה שבו בית-המשפט העליון פסק בשוגג, ועשה אנלוגיה בין בית-המשפט העליון בהליך הדיון הנוסף לבין דרגת הערעור הנוספת למועצת המלך לפני קום המדינה:

אני צריך לציין כאן ששופטי בית-המשפט העליון הביעו את התנגדותם לסעיף זה, ובעיקר את התנגדותם לכך שהדבר נתון לצד. השופטים טוענים שזה יקח זמן רב, ויהיו הרבה בקשות. טענות צודקות, בעצם. אבל הואיל ואמרת בתחילת דברי שחיפשנו קודם כל דרך לתת את האפשרות לאזרח להשיג צדק מאכסימלי – הרי למה להפלות עכשיו לרעה את אזרחי מדינת ישראל לעומת נתיני פלשתינה-א"י? בפלשתינה-א"י אפשר היה ללכת למועצת המלך, ואילו אצלנו אחרי בית-המשפט העליון אין ולא כלום.³¹²

אליבא דידי, הדברים צורמים את האוון וצורבים את העין, וזאת משלוש סיבות מרכזיות. האחת נוגעת בדעה יוצאת-הדופן לאפשר הליך משפטי נוסף – בדמות דיון נוסף – על כל הליכי הערעור הקבועים בדיון, ולאחר שבית-המשפט העליון פסק את דינו. על כך ישאל מייד השואל: האם ראוי שבית-המשפט העליון ידון שוב, הוא עצמו, בפסק-דינו? האם מתן פסק-דין שני באותה ערכאה לא יוליד "תופעות-לוואי" קשות בדמות פגיעה בעקרונות-יסוד של שיטת המשפט, כגון יציבות הדין, סופיות הדיון, אמון הציבור ועוד? סיבה שנייה היא שקשירת האפשרות לפנות למועצת המלך בתקופת המנדט הבריטי להשגת צדק עבור האזרח בטעות יסודה. כזכור, זו הייתה דרכו של השלטון המנדטורי לשמור על אינטרסים אחרים, הקשורים לצורך ביציבות ובהאחדת הדין בממלכה הבריטית הגדולה,³¹³ ולא להגברת הצדק עבור האזרח.

הסיבה השלישית נוגעת בדעה – המוזרה לדידי – כי דיון נוסף ראוי וחיוני כדי "לתת את האפשרות לאזרח להשיג צדק מאכסימלי". על כך ישאל בצדק השואל: האם "צדק מאכסימלי" התאפשר במערכת המשפט במדינה רק כעשור לאחר הקמת המדינה, בשנת 1957 (שאז הוסדר הדיון הנוסף במשפט המדינה)? אך יותר מכך מזדקרת לה השאלה הבאה: האם כדי להשיג צדק במשפט יש צורך בריבוי ערכאות ערעור, קרי, לאפשר ערעור ועוד ערעור על ערעור, עד להגעה לפני הערכאה העליונה, ואז לאפשר עוד דיון נוסף? בהקשר של ריבוי התדיינויות (בסוגיית מתן רשות ערעור) מי לנו גדול יותר מנשיא בית-המשפט העליון י' זוסמן, אשר היטיב לבטא את מורת-רוחו מהתפיסה שבריבוי ערכאות יש משום הבטחה לעשיית צדק.³¹⁴

311 דיון הכנסת בהצעת החוק השנייה נערך כשנה ושמונה חודשים לאחר הצעת החוק הראשונה, בשל חילופי כנסות. ראו לעיל ליד ה"ש 31.

312 דיון הכנסת בהצעה השנייה לחיקוק הדיון הנוסף, לעיל ה"ש 32, בעמ' 2102.

313 הלוי תורת הדיון האזרחי, לעיל ה"ש 3, בעמ' 368–369.

314 בהמ' 648/78 אלקינר נ' פוזניאק – אשר צוטט, בין היתר, בע"א 97/87 ענתבי נ' בקר, פ"ד מא(2) 697, 700 (1987) – אמר הנשיא זוסמן כי "אין צריך לומר שבדוני בבקשת רשות ערעור שאלה זו, היינו קיומה של שאלה בעלת חשיבות ציבורית או עקרונית המצדיקה

לאחר שהנחתי כאן את שתי המסקנות שישמשו אדנים להצעת פתרון משפטי הולם לתחלואיו של מוסד הדיון הנוסף, ובטרם אגיע להצגת אותו פתרון, אבקש להביא הצעה רלוונטית שהועלתה אך לא היה בכוחה להבשיל. הקמת ערכאת שיפוט רביעית שתעמוד מעל לבית-המשפט העליון במדינת-ישראל הייתה עשויה להביא מזור לחלק מהקשיים והבעיות שמוסד הדיון הנוסף מעורר, כפי שנדונו במאמר. כך, הערכאה הרביעית תוכל לקיים לכאורה דיון נוסף בעניין הלכתי שנדון בבית-המשפט העליון מבלי לעורר את הבעיה האקוטית של ערכאה אחת הדנה בעניין אחד פעמיים. בתוך כך תתאיין הפגיעה באמון הציבור הכרוכה בכך שערכאה – ובפרט הערכאה העליונה – הופכת את החלטתה שלה באותו עניין. אולם הצעה כזו, כזכור, כבר הוזכרה בזמנו בדיוני הכנסת, כאשר הודגש כי ההצעה לכינונו של דיון נוסף אינה גוררת הקמת בית-משפט חדש אשר יעמוד מעל לבית-המשפט העליון.³¹⁵ הרעיון בדבר הקמת ערכאה רביעית צץ ונדון שוב בשנת 2014, כאשר הונח על שולחנה של שרת המשפטים צ' לבני.³¹⁶ הרעיון נגזר, וטוב שכך, משום שלטעמי פתרון כזה היה מוליד תחלואים חדשים, בדמות פגיעה במעמד בית-המשפט העליון ושופטיו, עול כלכלי לא-מבוטל, סרבול ההליך המשפטי, פגיעה ביעילות, פגיעה קשה בעקרונות סופיות הדיון ועוד. אפשר שאז המימרה "טחנות הצדק טוחנות לאט" הייתה מזדקרת לה במלוא עוזה. זאת ועוד, פתרון כזה ממילא אינו מביא מזור לחלק ניכר מהקשיים והבעיות שהוצגו במאמר.

1. פתרון אינהרנטי בדין – הרחבת מותבים

אפתח תחילה בהצגת הפתרון המשפטי עצמו, שבו מקופלים שני צעדים מקבילים מרכזיים: הצעד האחד הוא חיסולו של מוסד הדיון הנוסף בדרך של מחיקת הדינים המאפשרים את קיומו,³¹⁷ הגם שפעולה זו תהא כרוכה במאמץ לא-רגיל לשם מחיקתו של סעיף 18 לחוק-יסוד: השפיטה, משום שהוא נהנה משריון פסיקתי המחייב רוב מיוחד בכנסת;³¹⁸ והצעד האחר הוא הגברת השימוש של בית-המשפט העליון בסמכותו בדין

הכרעה בבית משפט זה, היא המבחן היחיד, ואין אני עוסק בשאלה אם צדק בית המשפט המחוזי אם לאו. ואם תאמר כי בית המשפט המחוזי שגה, אף אני אשיב לך שכבר היו דברים מעולם, ואף בית משפט זה טעה, לאמור ריבוי הערכאות איננו מבטיח בעצמו עשיית הצדק".
315 דברי הסבר להצעת חוק בתי המשפט, התשט"ו-1955, לעיל ה"ש 11, בעמ' 74. ראו לעיל ליד ה"ש 27.

316 אליעזר פני-גיל וברוך כצמן "הראיון עם שרת המשפטים ציפי לבני: לא צריך להגביל את מספר עורכי הדין אלא לייצר עורכי דין טובים" **עורך הדין** 23, 34 (2014), נגיש בכתובת <https://dmag.co.il/pub/israelbar/lawyer23/files/assets/basic-html/page34.html>

317 ס' 18 לחוק-יסוד: השפיטה, ס' 30 לחוק בתי המשפט ותקנות סדר הדין בדיון נוסף.
318 ע"א 6821/93 **בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי**, פ"ד מט(4) 221, פס' 32-33 לפסק-הדין של הנשיא (לשעבר) שמגר (1995).

לקבוע הרכבים אשר גדולים ממותב תלתא.³¹⁹ פתרון הולם ואינהרנטי זה יהווה, לגישתי, מזור לכל תחלואי הדיון הנוסף, בין היתר משום יעילותו, הטמונה בפשטות יישומו. הסמכות להגדיל את הרכב השופטים בבית-המשפט העליון בכל דיון המובא לפניו קבועה בסעיף 26 לחוק בתי המשפט, הקובע תחילה את הכלל הנוהג לגבי גודל המותב בו, שלפיו "בית המשפט העליון ידון בשלושה", אך בהמשכו מתיר למעשה סטייה מכך באחד משני אופנים. האחד הוא להגדיל את המותב עוד לפני תחילת הדיון, וזאת מתוקף סמכותו של נשיא בית-המשפט העליון או המשנה לו "להורות, לפני תחילת הדיון בענין מסויים, שהדיון בו יהיה לפני מספר בלתי זוגי גדול יותר של שופטים".³²⁰ האופן האחר הוא להגדיל את המותב לאחר תחילת הדיון, וזאת מתוקף הסמכות הנתונה למותב שכבר החל לדון בעניין מסוים "להורות שהמשך הדיון בו יהיה לפני מספר בלתי זוגי גדול יותר של שופטים, ובהם השופטים שהחלו בדיון".³²¹

מקובל לראות בהגדלת המותב באופן השני דרך נאותה למניעת "דיון נוסף" בשאלה הלכתית בעלת חשיבות מיוחדת.³²² חשוב להדגיש כי הרחבת המותב, בכל אחד משני האופנים המוצגים בדיון, יכולה להתקיים בין ביוזמת בית-המשפט העליון ובין לבקשת מי מהצדדים הסבור כי יש חשיבות מיוחדת להגדלת המותב.³²³ כך נמצא, אפוא, שהאפשרות להפעלת סעיף 26 לחוק בתי המשפט הינה ממשית, מעשית, פשוטה ורחבה למדי. השימוש בה נעשה משיקולים מערכתיים שונים, בין משיקולים פנימיים (לביסוס הלכה או תקדים) ובין משיקולים חיצוניים (לביסוס אמון ציבורי רחב יותר בסוגיה מסוימת).³²⁴ ממילא אין עוררין על כך שהאפשרות להרחיב את המותב לפי סעיף 26 לחוק בתי המשפט עשויה "לספק את הסחורה" ולהניב גם היא הלכות משמעותיות, חלקן אף מוכרות ומהותיות, אשר חוזקן במשפט המתהווה אינו מוטל בספק.³²⁵ יתרה מזו, נדמה שיש

319 ס' 26 לחוק בתי המשפט.

320 שם, בס' 26(1).

321 שם, בס' 26(2).

322 כהן, לעיל ה"ש 69, בעמ' 445.

323 ע"א 3102/12 ניאגו נ' פקיד שומה כפר סבא (נבו 20.10.2013).

324 זיידמן, לעיל ה"ש 110, בעמ' 180–183.

325 ראו, למשל, ע"א 189/95 בנק אוצר החייל בע"מ נ' אהרונוב, פ"ד נג(4) 199 (1999) (פסק-דין זה נפסק במסגרת ערעור במותב שהורחב לשבעה שופטים, והפך פה אחד את הלכת בוקר (בר"ע 178/70 בוקר נ' חברה אנגלו ישראלית לניהול ואחריות בע"מ, פ"ד כה(2) 121 (1971)), אשר נהגה כשלושים שנה בתחום דיני הקניין בסוגיית קניין שבישור; ע"פ 5121/98 יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי, פ"ד סא(1) 461 (2006) (פסק-דין זה נפסק במסגרת ערעור ברשות במותב שהורחב לתשעה שופטים, והביא לעולם הלכה חשובה בתחום דיני הראיות בדין הפלילי המכונה "דוקטרינת הפסילה הפסיקתית"); בג"ץ 4562/92 זנדברג נ' רשות השידור, פ"ד נ(2) 793 (1996) (פסק-דין זה נפסק בבג"ץ במותב שהורחב לשלושה-עשר שופטים, ועסק בפרשנותם של חוקים הנוגעים בגובה הקנסות שניתן להטיל על מי שאינם משלמים את אגרת רשות השידור). נדמה כי מקום המדינה ועד היום לא נקבע מותב בגודל חסר תקדים כמו בפרשת זנדברג, אף לא במסגרת דיון נוסף. מקרה זה ממחיש עד כמה הפעלת הסמכות להגדלת המותב נגישה לנשיא בית-המשפט העליון כאשר הוא סבור שיש צורך חיוני בכך.

מקרים שבהם הרחבת המותב אף נחוצה, כאשר בית-המשפט העליון עוסק בסוגיות הרוח-גורל, בפרט במסגרת ביקורת שיפוטית על חוקים. כאשר בית-המשפט העליון ניגש לבחינת חקיקה רגילה בראי חוקי-היסוד, המובילה לעיתים להכרזה על בטלות של סעיף חוק או של חוק שלם, קביעת מותב חסר (כזה הנמוך ממחצית מניינם של שופטי הבית) על-ידי נשיא בית-המשפט העליון אינה מקובלת ברחבי העולם ונחשבת לא-ראויה.³²⁶ הכרעות חוקתיות כאלה נתונות בעדיפות להרכב מלא של בית-המשפט או למצער להרכב מורחב.³²⁷ בדומה לכך, נראה לי, בכל הכבוד, שפסיקה של בית-המשפט העליון בנוגע לסוגיה הלכתית או תקדימית ראוי שתידון בהרכב מורחב ממותב תלתא, ולא תהא תלויה בקיום דיון נוסף בסבב שני, התלויה בבקשה או הודעה של הצדדים לדיון.

בספרות הובעה עמדה שלפיה למוסד הדיון הנוסף יש יתרונות ספציפיים ומשמעותיים על הגדלת המותב לפי סעיף 26 לחוק בתי המשפט מבחינת השיקולים הנשקלים דווקא בהרחבת המותב בדיעבד, כלומר, לאחר מתן פסק-הדין מושא הדיון הנוסף.³²⁸

יתרון אחד נוגע במצב דברים שבו פסק-הדין שניתן סותר הלכה קודמת. נדמה לי שיתרון זה אינו משמעותי, משום שמצופה ששופטים בבית-המשפט העליון הדנים בסוגיה מסוימת יכירו את ההלכה באותה סוגיה, ומכל מקום סביר שההלכה הרלוונטית תועלה על-ידי אחד הצדדים ותישמע בדיון, והמותב יוכל להתייחס אליה בפסיקתו.

יתרון שני נוגע באפשרות שהדיון יעורר מחלוקת עקרונית בין השופטים במותב הדין. לדידי, גם יתרון זה אינו משמעותי (אם הוא מתקיים בכלל בפועל), משום שמקובל ששופטי המותב מקיימים בינם לבין עצמם שיח וסיעור-מוחות, ולא פעם מעבירים ביניהם את טיוטות הנימוקים של פסקי-דינם לצורך התייחסות אליהם בפסק-דינם שלהם. ממילא, ככל שצפויות להתגלות מחלוקות עקרוניות, יוכלו השופטים, בטרם יוציאו מתחת ידם את פסק-דינם, לפנות לאפיק הנורמטיבי של הרחבת המותב לפי סעיף 26(2) לחוק בתי המשפט. ודוק, נראה מלשון החוק ומן הדעות העולות בפסיקה כי גם מותב רחב מלכתחילה רשאי להרחיב עצמו.³²⁹ רוצה לומר, כל מותב שהוא – בין מותב תלתא ובין מותב רחב יותר – המגלה מחלוקות עקרוניות בין חבריו לאחר שהחל לדון בעניין מסוים יוכל ליהנות מפירותיו הנורמטיביים של סעיף 26(2) לחוק בתי המשפט.

יתרון שלישי הוא שהדיון הנוסף יכול לאפשר שמיעת עמדה מגורמים שאינם צד להתדיינות המקורית ואשר עשויים להביא תועלת בראייה רחבה, מעבר לעניינם הצר של

326 הרצוג, לעיל ה"ש 175, בעמ' 209.

327 שם, בעמ' 230–231.

328 מרזל, לעיל ה"ש 54, בעמ' 194–195.

329 בש"א נחמני, לעיל ה"ש 93, בפס' 6 להחלטה של השופט אור ("סמכותו זו של ההרכב הדין בעניין להרחיב את ההרכב אינה מותנית בכך שההרכב היה הרכב 'רגיל' של שלושה"); שם, בפס' 4 להחלטה של הנשיא ברק ("או טול את הוראת אותו חוק שלפיה מותב של בית המשפט העליון שהחל לדון בעניין מסוים רשאי להורות שהמשך הדיון בו יהיה לפני מספר בלתי זוגי גדול יותר של שופטים (סעיף 26(2)). בתחילתה של אותה הוראה נקבע העיקרון הכללי – המהווה את הכלל שממנו סוטה אותה הוראה – ולפיו 'בית המשפט העליון ידון בשלושה'. לדעתי, אין בכך כדי למנוע את אפשרות הרחבתו של הרכב שמספר חבריו המקורי עולה על שלושה").

הצדדים. אולם נראה כי גם כאן אין מדובר ביתרון ספציפי של מוסד הדיון הנוסף כלל ועיקר, משום שאת עמדתם של אותם גורמים ניתן לשמוע גם לא בדיעבד, כלומר, בטרם ניתן פסק-הדין הראשון בבית-המשפט העליון, כך שאין טעם מיוחד לדיון נוסף בעניין זה. רוצה לומר, לצד האפשרות המעשית של הגדלת המותב לפני מתן פסק-דין (כאשר עולה הצורך לברר סוגיה משפטית חשובה או הלכה מתגבשת) קיימת גם האפשרות לצרף ולשמוע, לפני מתן פסק-הדין, גורמים חשובים כאמור שלא היו צד לדיון. להלן אביא שתי דוגמאות לאותם גורמים רלוונטיים שעשויים להביא תועלת לפסיקת בית-המשפט ואשר משמיעים את דעתם לפני מתן פסק-הדין. הדוגמה הראשונה היא היועץ המשפטי לממשלה, אשר מוסמך מתוקף דין להתייצב בכל הליך משפטי ולהשמיע את דברו לעניין אינטרסים רחבים של המדינה או זכויות הציבור.³³⁰ הדוגמה השנייה היא מוסד ידיד בית-המשפט (amicus curiae), אשר הוכר למעשה בשנת 1999 בפרשת קוזלי, במסגרת עתירה למשפט חוזר שאליה ביקשה הסנגוריה הציבורית להצטרף ולהגיש את עמדתה כידידת בית-המשפט.³³¹ במסגרת החלטתו באותה עתירה הדגיש הנשיא א' ברק כי מוסד ידיד בית-המשפט בא לסייע לבית-המשפט בגיבוש עמדה והלכה המשקפות נאמנה את הסוגיה שנדונה לפניו.³³² ההלכה הנוהגת כיום בקשר לצירוף "ידידים" היא שהמבחן המרכזי לכך הוא תרומתם הממשית לבית-המשפט בגיבוש הלכה משפטית או בפתרון בעיה משפטית.³³³ מכאן ברור כי מוסד ידיד בית-המשפט עשוי להיות רלוונטי גם במותב תלתי בבית-המשפט העליון – כמגבש הלכה – ולא רק בדיון נוסף בדיעבד. בתוך כך אף נשמעה לאחרונה הדעה כי סמכותו של בית-המשפט לצרף "ידיד" הינה רחבה מתוקף ההשלכה הרחבה שעשויה להיות להכרעה השיפוטית מעבר לעניינם של הצדדים, והשאפה היא שהתמונה הרחבה תעמוד לנגד עיניו של בית-המשפט לפני שהוא מוציא פסק-דין מתחת ידו, כלומר, לא בדיעבד דווקא.³³⁴

ניתן לומר, אם כן, שיתרונותיו של הדיון הנוסף על הגדלת המותב לפני מתן פסק-הדין אינם בגדר יתרונות ממש, ומכל מקום ניתן לממש את הרציונל הגלום בהם באמצעות שימוש במנגנון המשפטי הקיים בסעיף 26 לחוק בתי המשפט. למען הסדר הטוב וסיכום הדברים עד כה, אבקש לפרוט להלן בכותרות את עשרת היתרונות המרכזיים הגלומים בפתרון זה אל מול הקשיים והבעיות שמעורר מוסד הדיון הנוסף, כפי שהובאו במאמר:

330 ס' 1 לפקודת סדרי הדין (התייצבות היועץ המשפטי לממשלה) [נוסח חדש] ("ראה היועץ המשפטי לממשלה, כי זכות של מדינת ישראל או זכות ציבורית או ענין ציבורי מושפעים או כרוכים, או עלולים להיות מושפעים או כרוכים, בהליך פלוני שלפני בית משפט או לפני פקיד מסדר כמשמעותו בפקודת הקרקעות (סידור זכות הקנין), רשאי הוא, לפי ראות עיניו, להתייצב באותו הליך ולהשמיע דברו, או להסמיך במיוחד את נציגו לעשות זאת מטעמו").

331 מ"ח 7929/96 קוזלי נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(1) 529 (1999).

332 שם, בפס' 44.

333 שי פרבר "תופעת 'ידיד בית המשפט' – תיאורה, גורמיה ומשמעויותיה" מחקרי משפט לב 781, 733 (2020).

334 בר"ע (ארצי) 10681-03-19 עדני – עיריית תל אביב יפו, פס' 25 (נבו 18.4.2019).

- (1) הסרת המצב הלא-בריא של מתן פסק-דין כפול באותו עניין על-ידי אותה ערכאה – הכלל החוקתי הנוהג בשיטתנו³³⁵ מורה על בחינת פסק-הדין שניתן בערכאה פלונית רק במסגרת ערעור הנדון תמיד בערכאה גבוהה יותר. בעניין זה רמז פרופ' ג' הלוי כי דיון נוסף מתפקד למעשה כערכאה משפטית רביעית במערכת המשפט הכללית שלנו,³³⁶ אף שבפועל אין ערכאה רביעית.
- (2) חיסכון בזמנו היקר של בית-המשפט העליון – תחת הפתרון המוצע לא יזדקק בית-המשפט העליון להידרש לבקשות לדיון נוסף המתדפקות על דלתו לרוב (לאחרונה), וממילא לא יזדקק לשוב ולהתכנס לדיון שני ומקיף באותו עניין. כך יושב הסדר על כנו – דיון אחד ופסק-דין אחד בכל פרשה המגיעה לבית-המשפט העליון. בתוך כך, ולצורך המחשה, אציין את הבקשות הרבות לדיון נוסף המוגשות מדי שנה בשנה בנוגע למדיניות של הריסת בתי מחבלים בשטחי הגדה לצורכי הרתעה מטרור.³³⁷ דוגמה זו ממחישה את בזבוז משאב זמנו היקר של בית-המשפט העליון, אשר נדרש לקלוט עתירות רבות לדיון נוסף, להקדיש זמן לקריאתן וללימודן, ואז לשוב ולהידרש לכתיבת החלטות בדבר דחיית העתירות.³³⁸
- (3) יעילות כלכלית – יתרון ברור וגדול יש לו לדיון הנוסף מבחינת יעילותו מנקודת-מבט כלכלית, בבססו הלכה יציבה כאן ועכשיו ב"עלויות עסקה" נמוכות בהשוואה לדיון מאוחר יותר במקרה חדש.³³⁹ אולם יתרון זה אינו נפגם כלל במסגרת הפתרון המוצע של הגדלת מותב לפי סעיף 26 לחוק בתי המשפט. זאת ועוד, ניכר כי יעילותו הכלכלית של הפתרון המוצע אף גבוהה מזו של הדיון הנוסף, משום שתחת הפתרון המוצע לא מתקיים דיון נוסף ולא נדרשת כתיבתו של פסק-דין נוסף, אלא מדובר בדיון אחד שבסופו פסק-דין אחד המוגש תוך זמן קצר יותר בהכרח.
- (4) ביטול הפגיעה בעקרון סופיות הדיון – הפתרון המוצע יבטל את האפשרות להטרדה חוזרת ונשנית של בעלי-הדין בבית-המשפט העליון במסגרת מתן פסק-דין נוסף בעניינם, ובעיקר להצבתם בפני "סיכון נוסף" בדיון נוסף.
- (5) הגברת יציבותם ואחידותם של פסקי-הדין הניתנים על-ידי בית-המשפט העליון – לא פעם פסק-הדין בדיון הנוסף הופך את פסיקתו הקודמת של בית-המשפט העליון באותו עניין. עובדה זו, מטבע הדברים, עלולה לפגוע ביציבות ובאחידות של פסקי-הדין היוצאים מתחת ידם של שופטי הבית העליון.

335 ס' 17 לחוק-יסוד: השפיטה ("פסק דין של בית משפט בערכאה ראשונה ניתן לערעור בזכות, להוציא פסק דין של בית המשפט העליון").

336 הלוי תורת הדיון האזרחי, לעיל ה"ש 3, בעמ' 372.

337 הרפז וכהן, לעיל ה"ש 54, בעמ' 205–206.

338 ראו דנג"ץ 9324/17 אבו אלרוב נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פס' 3 (נבו 29.11.2017) (שם חוזרת הנשיאה א' חיות ומזכירה כי הסוגיה הוכרעה כבר בפסקי-דין רבים וכי ההלכה שנפסקה בעניין ברורה).

339 בר ניב, לעיל ה"ש 85, בעמ' 1151–1152; מרזל, לעיל ה"ש 54, בעמ' 189.

- (6) צמצום ניכר של הפגיעה בעקרון אמון הציבור בבית המשפט העליון – תחת הפתרון המוצע יחדלו להתקיים אותם מקרים אבסורדיים שבהם בית-המשפט העליון פוסק בניגוד לפסיקתו-הוא באותו עניין, ובכך מכריז למעשה על טעות שיפוטית של ממש בפסק-הדין מושא הדיון הנוסף. בפרט תחדל הסיטואציה שבה שופטים בדיון הנוסף הופכים את דעתם שלהם, כפי שהתבטאה בפסק-דינם בהרכב הראשון באותו עניין. כן תימנע בהכרח הסיטואציה שבה פסק-הדין בדיון הנוסף מתקבל שנים לאחר פסק-הדין הקודם בבית-המשפט העליון. כך, מטבע הדברים, תתחזק תדמיתו של בית-המשפט העליון כגוף אחראי, יציב ומקצועי בעיני הציבור.
- (7) הבטחת חופש פעולה גדול יותר מצד בית-המשפט העליון לשנות הלכות לפי צורכי השעה ובהתאם למציאות המתחדשת בחיינו – כבר הובהר קודם כי עקרון התקדים המחייב ממילא אינו חל על בית-המשפט העליון, וראינו שהלכות שנפסקו בדיון נוסף נמצאו לא פעם חסרות אפקטיביות והוחלפו בהלכות אחרות. תחת הפתרון המוצע לא יהיו עוד שופטי בית-המשפט העליון תלויים בצדדים המתדיינים לצורך קיום דיון מורחב ומעמיק יותר בסוגיה הלכתית,³⁴⁰ שהרי הם יכולים לעשות כן לפני מתן פסק-הדין. ודוק, כבר ראינו שיתרונותיו לכאורה של הדיון הנוסף על הגדלת המותב לפי סעיף 26 לחוק בתי המשפט אינם משמעותיים כלל ועיקר.
- (8) צמצום משמעותי של בעיות-יסוד עמוקות ורבות שעלולות להתעורר בדיון נוסף פלילי – תחת הפתרון המוצע יחדל מצב אפשרי של עינוי דין לנאשם בדמות החמרה בעונש שהוטל עליו זה כבר בבית-המשפט העליון או בדמות הרשעתו לאחר שקודם לכן הוא זוכה בבית-המשפט העליון. דיון נוסף פלילי מעמיד את הנאשם במצב לא-רצוי של סיכון כפול להרשעתו באותה ערכאה. ודוק, הפתרון המוצע ימנע את התמונה העמומה שבה הנאשם מורשע בדיון נוסף על חודו של קול לאחר שבערעור לבית-המשפט העליון הוא זוכה. כבר ראינו כי יש אפשרות שנאשם יורשע בדיון נוסף, בעוד בחינת התפלגותם של שופטי בית-המשפט העליון שדנו בתיק (במותבי הערעור והדיון הנוסף) תראה שדעת הרוב דווקא מזכה³⁴¹ – תמונה אבסורדית ולא-נוחה, בלשון המעטה, המחדדת את הספק הסביר. כאן המקום לציין כי נעשה ניסיון לאפשר פתרון בדיון לחלק קטן מתחלואי הדיון הנוסף הפלילי, אך הוא לא צלח.³⁴²

340 יש לזכור כי על-אף האפשרות לקיים דיון נוסף גם ביוזמת בית-המשפט, לפי ס' 30(א) לחוק בתי המשפט, תק' 17–18 לתקנות סדר הדיון בדיון נוסף קובעות כי לאחר שהחליט בית-המשפט מיוזמתו על דיון נוסף, כל בעל-דין הרוצה בדיון הנוסף נדרש להודיע על כך, ואם לא תוגש כל הודעה, יבטל בית-המשפט העליון את החלטתו בדבר הדיון הנוסף, ויימנע דיון נוסף על-אף רצונו של בית-המשפט.

341 ראו תיאור סיטואציה כזו לעיל בה"ש 257.

342 ראו הוועדה לבחינת הרשעה בדעת רוב וערעור על זיכוי במשפט פלילי **דין-וחשבון** (2010). ועדה מייעצת זו מונתה על-ידי שר המשפטים פרופ' ד' פרידמן – לאחר פסק-הדין בדיון הנוסף בפרשת **אל-עביד**, שבו הורשע הנאשם ברצח לאחר שבערעור הוא זוכה (ראו לעיל חלק ב5(ג) למאמר) – למציאת פתרון לחלק מהקשיים והבעיות שנפרשו במאמר זה בהקשר של דיון נוסף פלילי. אחת מהמלצות הוועדה הייתה שהרשעה בדעת רוב במסגרת ערעור

(9) פשטות ומעשיות – יישום הפתרון המוצע אינו מצריך כל תנאי בדין מצד בית- המשפט העליון, ואף אינו מטיל חובת הנמקה בנוגע להחלטה להגדיל את ההרכב.³⁴³ כזכור, סמכות זו נתונה לבית-המשפט העליון לפי שיקול-דעתו הבלעדי והמוחלט, והיא גמישה מאוד במובן זה שהיא ניתנת ליישום לפני הדיון ואף במהלכו.

(10) תרומה לעשיית דין אמת וצדק – הרחבת מותבים חיונית לא פעם לפעולתו המיטבית של בית-המשפט העליון, ולא רק בספקטרום הצר והחריג המתחייב מדיון נוסף דווקא. כבר מקום המדינה נשמעה הדרישה לקיים את השיפוט במדינה בהרכבים של שלושה, כדי שהם יוכלו להיוועץ זה בזה ולהגיע לפסיקתם לאחר שקלא-וטריא. זאת, מן הטעם שמקובלת החזקה שדיון במותב רחב יותר מפחית את ההסתברות לטעות הודות לסיבות אובייקטיביות שונות, כגון סיעור-מוחות בין חברי ההרכב המורחב, בקרה לא-פורמלית של חברי ההרכב זה על זה, ודינמיקה קבוצתית המסייעת בהתעמקות בסוגיה הנדונה.³⁴⁴ נראה לי כי רק בשל קשיי תקציב נקבע הכלל בדבר שפיטה במותב של שלושה שופטים בבית-המשפט העליון.³⁴⁵ ההיגיון האנושי רומז לנו שלדין אמת וצדק אפשר להגיע ביתר קלות וודאות כאשר המותב רחב יותר. כאשר בית-המשפט העליון בישראל דן במותב של שלושה, חמישה או אפילו שבעה שופטים, קיים סיכון משמעותי שההלכה שתצא מתחת ידו תבטא את עמדת מיעוט השופטים המכהנים בו, וזאת מתוקף העובדה שתקן מניין השופטים בבית-המשפט העליון עומד כיום על חמישה-עשר שופטים.³⁴⁶ בתוך כך ייאמר שחישוב סטטיסטי פשוט מלמד כי מספר מותבי התלתא השונים שניתן להרכיב מחמישה-עשר שופטי בית-המשפט העליון הוא 455.³⁴⁷ רוצה לומר, באופן עקרוני, כאשר בית-המשפט העליון מתכנס לדון במותב תלתא, ייתכנו 455 אפשרויות שונות (אם תרצו תוצאות שונות) של הכרעה שיפוטית, ועל בית-המשפט להיזהר לבל ייהפך מ"בית-משפט" ל"בית-שופטים", אשר כמספר מותביו האפשריים כן מספר דעותיו.³⁴⁸ עובדה זו מכניסה יסוד של מקריות לפסיקה, אשר יגרע בהכרח מכבודו של בית-המשפט

בבית-המשפט העליון תהווה עילה להגשת עתירה לדיון נוסף. המלצה זו לא התקבלה על- ידי המחוקק. לאור הדיון כאן נראה שהצעה כזו, הגם שהיא מרחיבה את תכליתו של הדיון הנוסף מלדון בעניין הלכתי גרידא, עלולה להחמיר את הבעיה עוד יותר, וממילא אינה פותרת את שאר התחלואים שדיון נוסף פלילי עלול להוליד.

343 בן-נון וחבקין, לעיל ה"ש 43, בעמ' 615–616.

344 שם, בעמ' 86.

345 ברישא של ס' 26 לחוק בתי המשפט ("בית המשפט העליון ידון בשלושה").

346 למפ, לעיל ה"ש 216, בעמ' 510.

347 הנוסחה לחישוב מספר הצירופים בקומבינטוריקה היא $\frac{n!}{k!(n-k)!}$, כאשר n מבטא את מספר הפרטים בקבוצה כולה (לענייננו מספר השופטים המכהנים בבית-המשפט העליון – במקרה זה 15), ו-k מבטא את מספר הפרטים בצירוף (לענייננו מספר השופטים במותב – במקרה זה 3).

348 בג"ץ 8091/14 המוקד להגנת הפרט נ' שר הביטחון, פס' 1 לפסק-הדין של השופטת חיות (נבר 31.12.2014).

העליון וממשקל פסיקתו.³⁴⁹ יש אף מי שסבור כי רצוי והכרחי שבית-המשפט העליון יקיים את דיוניו בהרכב מלא לשם הבטחת מעמדן של ההלכות הנפסקות בו ויציבותם של פסקי-הדין היוצאים מפיו.³⁵⁰ הרי סביר שכל שופט שמצטרף למותב מביא עימו ניסיון, ידע ופרספקטיבה שונים המעשירים את הדין, כמין תרומה ייחודית לשיח בין מי שפוסקים את הדין. במילים אחרות, קיים ככל הנראה מתאם בין גודל המותב לבין מידת האמת והצדק שבפסק-הדין, והדא הוא דכתיב "וְתִשׁוּעָה כָּרֵב יוֹעֵץ".³⁵¹ עוד ניתן לומר כי ככל שהמותב רחב יותר הרי זה משובח.³⁵²

לצורך הטמעתו המיטבית של השלב השני בפתרון המוצע – הגברת השימוש בדין להרחבת מותבים – חשוב לומר גם את הדברים הבאים. יהא זה חיוני שהכנסת תשקול באופן רציני את הגדלת מניין השופטים המכהנים בבית-המשפט העליון. ידוע שהעומס הרב המוטל על כתפו של בית-המשפט העליון – לנוכח תפקידו הכפול כבית-משפט לערעורים וכבית-משפט גבוה לצדק – הוליד את נקודת המוצא המקובלת ששימיעת העניינים בו מתקיימת ככלל דווקא בהרכב תלתא (הנמוך ביותר).³⁵³ נקודת מוצא זו צריכה להשתנות לצורך אימוץ מיטבי של השלב השני בפתרון האמור על-ידי שופטי בית-המשפט העליון ונשיאו. נדמה לי שיהיה קשה לצפות שהם יפעילו את המנגנונים לפי סעיף 26 לחוק בתי המשפט כל אימת שהדבר יידרש לטובת העניין ולפי שיקול-דעתם, אם המציאות של עומס כבד ומתגבר על חמישה-עשר שופטים בלבד תיותר על כנה.

2. פרדיגמה תומכת-פתרון – ריאליזם משפטי

במטרה לחזק את הפתרון המשפטי שהצגתי לעיל לתחלואיו של מוסד הדין הנוסף, אבקש להציג כעת פרדיגמה משפטית התומכת – אם כי באופן מסוים בלבד – ברעיון המגולם בו. כוונתי לתורת משפט מקובלת, שזכתה במחקרים רבים בעשורים האחרונים, המכונה "הריאליזם של המשפט" (Legal Realism) (להלן: הריאליזם המשפטי). מכיוון שמאמר זה עוסק בבחינה מעמיקה ובביקורת סדורה של מוסד אשר לגישתי אינו ממלא עוד את ייעודו כבתקופות שקדמו להקמת המדינה, יש טעם לפנות לתורת משפט זו, משום שהיא עוסקת תמיד בבחינה קונסטרוקטיבית של הדין הקיים ושל הערכים שהוא נועד לקדם.³⁵⁴ תורת משפט זו – הריאליזם המשפטי – מביאה עימה גישה משפטית ביקורתית שבטבורה הטיעון המרכזי כי המשפט מהווה יצירה חברתית, וכי ככזה אין הוא נבחן באופן מדעי

349 יעקב קוואט "על מבנה בית המשפט העליון" הפרקליט כב 249, 250 (1966).

350 שם.

351 משלי יא 14.

352 משנה תורה, סנהדרין, פרק ב, הלכה יג (שם כתב הרמב"ם כי "אף על פי שבית דין של שלשה בית דין שלם הוא, כל זמן שהן רבים, הרי זה משובח").

353 מרזל, לעיל ה"ש 54, בעמ' 189–190.

354 חנוך דגן "התפיסה הריאליסטית של המשפט" ספר דליה דורנר 303, 334 (שולמית אלמוג, דורית בניש ויעד רותם עורכים 2009).

פורמליסטי גרידא, אלא קשור גם למשתנים אישיותיים, חברתיים, פסיכולוגיים, כלכליים ותרבותיים המשפיעים על הכרעות השופט בפסיקותיו.³⁵⁵ חסידי הריאליזם יטענו כי המשפט אינו מושפע מהיגיון, כי אם מניסיון, כלומר, אין זה אפשרי לבסס משפט רק על מערכת סגורה של כללי דין מופשטים, כי אז היא לא תוכל להרים עצמה בציציות ראשה ולהמציא מתוכה פתרון לכל בעיה.³⁵⁶ השופט האמריקאי ג'רום פרנק (Jerome Frank) הוא שהוביל בשנות הארבעים את הריאליזם המשפטי, כאשר טען לספקנות בכללים, בלוגיקה ובעובדות.³⁵⁷ כוונתו הייתה לומר שהשופט פוסק בהכרח לפי אינטואיציה המושפעת מתפיסת-עולמו, מהעדפותיו והשקפותיו האישיות, מהרקע החברתי שבו צמח, מהצריבות בזכרונו, מניסיון חייו ועוד. פשיטא שפסיקת השופט עשויה להיות מושפעת לא רק מהחוקים, התקדימים והעובדות שלפניו.³⁵⁸ בתוך כך, ריאליסטים לא יכחישו שאישיותו של שופט זה או אחר היושב בדין עלולה להשפיע על התוצאה במקרה מסוים.³⁵⁹ מי שמזוהה באופן בולט עם אסכולת הריאליזם המשפטי הוא המשפטן האמריקאי קרל ניקרסון לואלין (Karl Nickerson Llewellyn), אשר רמז למעשה כי שופטים בוחרים בתוצאה ואז מנסחים את האפשרות הנבחרת על-ידיהם, מתוקף כך שכל דוקטרינה משפטית מכילה אפשרויות סותרות הניתנות להחלה על מקרה מסוים. רוצה לומר, לכל מסקנה שיפוטית ניתן למצוא עוגן פורמליסטי.³⁶⁰

פרדיגמה זו קיבלה אף משנה תוקף מחקר במחקרם של פרופ' ד' כהנמן, זוכה פרס נובל לכלכלה בשנת 2002, ושל פרופ' ע' טברסקי. השניים חקרו תהליכי חשיבה וקבלת החלטות אצל בני-אדם, וגילו כי החלטותינו האינטואיטיביות מוטות באופנים מגוונים, וכך גם אצל שופטים, אשר כאחד האדם הם.³⁶¹ למעשה, ניתן לומר כי העובדה ששופטים פועלים על-פי יוריסטיקות וקיצורי-דרך קוגניטיביים – כפי שעושים כל מקבלי ההחלטות – עלולה להוביל לשיפוט מוטעים.³⁶² אם הדברים הם אכן כפי שהריאליזם המשפטי מציג, אזי מה לנו לסמוך על הדיון הנוסף כהליך שיביא עימו הגברת הצדק והאמת? הרי בסופו של יום הכל תלוי בשופט ובמותב שהתיישב בדין, ולא בהכרח בדין ובמשפט הפורמלי.

אבקש לחדד כאן כי אומנם נכון שפרדיגמה זו של הריאליזם המשפטי תקפה ושרירה לכל צורה המדרגי של מערכת בתי-המשפט, אך היא מתבשמת בניחותות חריפים דווקא

355 מני מאוטר "בדרך למהפכת-נגד תורת-משפטית אנטי-ליברלית של השופט שטיין?" <https://did.li/Ver5q> (3.9.2019) ICON-S-IL Blog

356 אריאל בנדור "חיי המשפט הם היגיון, ולכן הכול שפיט – על פורמליזם משפטי ראוי" **משפט וממשל** 1 (591, 593–596) (2003).

357 Jerome Frank, *A Plea for Lawyer-Schools*, 56 YALE L.J. 1303 (1947).

358 חמי בן נון "הטיות קוגניטיביות והחלטות שיפוטיות: אינטואיציה וחשיבה סדורה במלאכתו של השופט" **שערי משפט** ה' 177, 178–180 (2009).

359 דגן, לעיל ה"ש 354, בעמ' 317.

360 שם, בעמ' 314.

361 בן נון, לעיל ה"ש 358, בעמ' 181–188.

362 טמיר, לעיל ה"ש 185, בעמ' 277.

בהקשר של הדיון הנוסף, שאז עסקינן בסוגיות הרוט-גורל לציבור הרחב – סוגיות הלכתיות שיש להן השלכות-רוחב עמוקות על כל רובד בחיי הציבור, ואשר מוכרעות בהחלטות שיפוטיות מבית-מדרשו של הבית העליון לאחר שהוא כבר דן בהן קודם לכן. הפתרון שהועלה כאן – הגדלת הרכב השיפוט – מגביר מטבע הדברים את כוחו של הפורמליזם על-חשבון כוחו של הריאליזם המשפטי. זאת, משום שריבוי דעות, הבא לידי ביטוי במותב רחב יותר, מגביר את הסיכוי לשיפוט מקצועי בהיבט פורמלי על-חשבון השפעות שונות הבאות לידי ביטוי מובהק יותר בפרדיגמת הריאליזם המשפטי. בתוך כך אומר כי מותב מורחב המתכנס לפסוק את דינו בראשונה מפחית את אותו ניהוח חריף הנידף מפרדיגמת הריאליזם המשפטי בהשוואה למותב מורחב הפוסק את דינו בפעם השנייה באותו עניין – במסגרת דיון נוסף – משום שהוא מצמצם את הבעיות והקשיים שעליהם הצביע המאמר.

ניתן להניח שגם המחוקק הבין כי הריאליזם המשפטי מושל אף הוא בכיפת המשפט. ביטוי לכך נמצא בדין הקובע את כשירותם של שופטים לבית-המשפט העליון דווקא, שלפיו ניתן למנות גם את מי שהוא "משפטאי מובהק" גרידא.³⁶³ מכאן עולה שכשירותם של שופטי בית-המשפט העליון דווקא אינה מותנית בהכרח בהיבטים פורמליסטיים. מלשון הביטוי "משפטאי מובהק" ניתן להבין שכשירותם אינה מחייבת אותם להיות בעלי הסמכה לעריכת-דין – כדין – בלשכת עורכי-הדין, ונוסף על כך אין היא מחייבת אותם להיות בעלי ניסיון שיפוטי כלל. כל זאת להבדיל ובניגוד לכשירותם בדין של שופטי בתי-המשפט השלום והמחוזי.³⁶⁴ ודוק, בפועל אכן מונו לשופטים בבית-המשפט העליון – ואף מכהנים בו כיום – מי שנעדרים כל ניסיון שיפוטי.³⁶⁵ נדמה שהמחוקק הבין כי שופט בבית-המשפט העליון מביא עימו תפיסת-עולם וסדר-יום אשר ישפיעו על פסיקותיו יותר מכל ידע ובקיאות פורמלית או ניסיון שיפוטי, והדבר ניכר גם בסערות הפוליטיות המתקשרות הפורצות כל אימת שהוועדה למינוי שופטים מתכנסת לבחירה ומינוי של שופטים לבית-המשפט העליון. סבורני כי יש לדברים השלכה קונקרטיה לענייננו, משום שאף-על-פי שהריאליזם המשפטי נכון לכל מערכת המשפט, הוא מקבל בכורה בבית-המשפט העליון, וביתר שאת במוסד הדיון הנוסף השוכן בתוכו, דרך האופן שבו הרשות המחוקקת קובעת בדין את כשירותם של שופטי בית-המשפט העליון.

אם לא די בכך, מצאתי שתי "ראיות לכאורה" המוכיחות בשם הריאליזם המשפטי – שתיהן יחד וכל אחת לחוד – את השפעתם הקרדינלית של נשיאי בית-המשפט העליון על האפשרות להיכנס בשערי הדיון הנוסף ולזכות ברשות הנכבדה לקיימו. אותן "ראיות

363 ס' (3)2 לחוק בתי המשפט.

364 ראו ס' 3–4 לחוק בתי המשפט.

365 כיום מכהנים בבית-המשפט העליון שלושה שופטים נעדרים כל ניסיון שיפוטי: השופטת ד' ברק-ארז והשופט א' שטיין, שמונו ישירות מן האקדמיה, והשופט י' מאיר כשר, שהגיע מהמגזר הפרטי בתחום הליטיגציה. יצוין כי לצד הביקורת על מינוי שופטים נעדרים כל ניסיון שיפוטי לבית-המשפט העליון ניתן למנות כאלה שכיחנו בבית העליון ללא ניסיון שיפוטי קודם ואשר שמם המקצועי, תרומתם ופועלם לטובה בעיצוב המשפט הולך לפנייהם ואינו מוטל בספק, ביניהם השופט מ' אלון ז"ל, השופט מ' חשין ז"ל והנשיא מ' שמגר ז"ל.

לכאורה" שיובאו להלן מלמדות, לטעמי, כי נשיאי בית-המשפט העליון מושפעים מהשקפת-עולמם האישית יותר מאשר מכל צורך שיפוטי פורמליסטי בבואם להכריע אם להיעתר לקיום דיון נוסף.

את הראיה הראשונה דליתי ממאמרו של ח' גולדשמידט, אשר עסק כאמור במחקר אמפירי על הליכי דיון נוסף שהתקיימו בשנים 1970–2000. בתקופת המחקר כיהנו שישה נשיאים בבית-המשפט העליון, ונבדק המספר הממוצע השנתי של עתירות לדיון נוסף שהותרו על-ידי כל אחד מהם בתקופתו כנשיא. הממצאים העובדתיים שעלו מן המחקר מדהימים, בעיניי. הם הצביעו על פער ניכר בין ששת הנשיאים במספר הממוצע השנתי של הרשאות שנתנו לקיום דיון נוסף. בקצה האחד של הטווח ממוקם הנשיא א' ברק (שכיהן כנשיא כ-4.5 שנים בתקופת המחקר³⁶⁶), עם ממוצע שנתי של 4.6 הרשאות לקיום דיון נוסף, ולעומתו בקצה האחר ניצב הנשיא י' כהן (שכיהן כנשיא במשך כשנה וחצי), עם ממוצע שנתי של 1.7 הרשאות לקיום דיון נוסף.³⁶⁷ ניתן להניח, בזהירות הרבה המתבקשת,³⁶⁸ שהסיבה לכך נעוצה בהבדל בהשקפות-החיים ובתפיסות המשפט בין שני הנשיאים הללו: בעוד הנשיא א' ברק מוכר כנשיא המהפכה החוקתית, כמי שאינו חושש מלדון ולנבחר באופן משפטי כמעט בכל סוגיה וכמי שבאקטיביזם השיפוטי שלו הנהיג למעשה מצב שבו "הכל שפוט", הנשיא י' כהן מוכר כבעל גישה מתונה בדין, כשקול ומדוד בהסקת מסקנותיו, כמי שהכיר במגבלות השפיטה בירידה לחקר יסוד האמת וכשופט ריאליסט.³⁶⁹

הראיה השנייה מתקבלת מן התשובות לארבע שאלות-הליכה שאציג להלן: מי המוסמך לדון בעתירה המוגשת לקיום דיון נוסף? מי המוסמך לקבוע את גודלו של המותב שידון בדיון הנוסף? מי המוסמך לקבוע את תמהיל שופטי המותב שישב בדיון הנוסף? ואילו פרמטרים קובעים את גודל המותב ואת הרכב השופטים בדיון הנוסף? בשאלת הסמכות לדון בעתירה לדיון נוסף נקבע בחוק,³⁷⁰ וכן הותקן בתקנות,³⁷¹ כי נשיא בית-המשפט העליון הוא המוסמך לדון בה או למצער הוא הממנה את השופט שיחרוץ את גורלה. בשאלת הסמכות לבחור את גודלו של המותב בדיון הנוסף נקבע בתקנות כי זו

366 יודגש כי הנשיא א' ברק המשיך לשמש נשיא במשך שנים רבות גם מעבר לשנת 2000, אולם מחקרו של ד"ר ח' גולדשמידט הסתיים כאמור בשנה זו.

367 Goldschmidt, לעיל ה"ש 119, בעמ' 340.

368 יובהר, למען השקיפות, כי ממחקרו של גולדשמידט עולה כי הממוצע השנתי של הרשאות לקיום דיון נוסף שניתנו על-ידי הנשיא מ' לנדוי – אשר ידוע בביקורתו על האקטיביזם השיפוטי של א' ברק – היה זהה לזה של הנשיא א' ברק, והדבר עשוי לכרסם מעט בטענה הנטענת במאמר.

369 שלמה לוין "קווים לדמותו של יצחק כהן" ספר יצחק כהן 13, 13–14 (מ' אֶלון ואח' עורכים 1989).

370 ס' 30(ב) לחוק בתי המשפט.

371 תק' 10(א) לתקנות סדר הדין בדיון נוסף.

סמכותו הבלעדית של נשיא בית-המשפט העליון.³⁷² בשאלת הסמכות לקבוע את הרכב השופטים שישב במושב הדיון הנוסף נקבע בחוק, באופן הפשוט והגורף ביותר, כי נשיא בית-המשפט העליון הוא המוסמך הבלעדי לקבוע הרכב זה (מתוקף סמכותו הבלעדית לקבוע כל הרכב של מותב בבית-המשפט העליון).³⁷³ לשאלת הפרמטרים לקביעת גודלו והרכבו של המותב בדיון הנוסף אין כל התייחסות – בעניין זה החוק והתקנות שותקים. בתוך כך אומר כי מחקר סטטיסטי מקיף שניסה להתחקות אחר שיטת הפעולה בהרכבת המותבים בבית-המשפט העליון לאורך כחמישה עשורים למן קום המדינה הוליך למסקנה שמלאכה זו לא נעשתה על-דרך האקראי.³⁷⁴ האם יש צורך להעניק חשיבות של ממש לשאלות הנוגעות באופן הקביעה של גודל המותב בדיון הנוסף והרכבו או שמא העניין שולי? נדמה לי שדי אם אשיב כי המחוקק מעיד שהוא עצמו אכן מייחס חשיבות לשאלות הללו, בכך שבחר להעניק את הסמכויות הפרוצדורליות הללו לנשיא בית-המשפט העליון, ולא שתק בעניינים אלו או בחר למוסרם בידי גורם זוט יותר, דוגמת הרשם או מזכירות בית-המשפט העליון. הדרך שבה נשיא בית-המשפט העליון מפעילים את סמכותם בקביעת המותבים ואמות-המידה המשמשות אותם לכך לא נדונו מעולם בפורום פומבי כלשהו ולא נחשפו לביקורת כזו או אחרת.³⁷⁵ עינינו הרואות כי התשובות לכל ארבע השאלות הקרדינליות הללו מובילות לבעל-תפקיד אחד – נשיא בית-המשפט העליון. כך, לטעמי, מתחדדת העובדה שלנשיא בית-המשפט העליון יש השפעה עצומה ומכרעת לא רק על סיכויי העתירה להידון בדיון נוסף, אלא גם על סיכויי קבלתה במסגרת הדיון הנוסף עצמו.

פרדיגמה ריאליסטית זו – המחזקת את הפתרון המוצע כאן לשים קץ למוסד הדיון הנוסף – קיבלה ביטוי מוחשי וממשי בדבריו של שופט בית-המשפט העליון בדימוס פרופ' י' אנגלרד, אשר פרש לפני כשני עשורים וכתב לאחרונה ביושר-לב ובאומץ כי מקובלת עליו הגישה שלפיה ביסוד ניהול ההליך השיפוטי נמצאת "הבנה מוקדמת" של השופט, שמקורה באינטואיציה שלו, המושפעת בהכרח גם מהשקפותיו האישיות, אשר מובילות אותו להחלטה לפסוק את הדין כפי שפסק.³⁷⁶ בדבריו אלו הסתמך פרופ' י' אנגלרד על כתביו של השופט הפדרלי בדימוס ר' פוזנר,³⁷⁷ אשר טען מעל כל במה

372 שם, בתק' 15 (א) ("בהחלטתו על דיון נוסף יורה נשיא בית המשפט העליון בדבר מספר השופטים בדיון הנוסף").

373 ס' 27 (א) לחוק בתי המשפט ("השופט או השופטים אשר ידונו בענין פלוני ייקבעו בידי נשיא בית המשפט העליון"). זאת, בניגוד לכלל בדבר קביעת ההרכבים בבתי-משפט השלום והמחוזי לפי ס' 38 (א) וס' 48 (א) לחוק בתי המשפט, שם גם סגן הנשיא רשאי לקבוע את הרכב השופטים שידון.

374 מירון גרוס ויורם שחר "לשאלת דרכי השיבוץ של מותבי בית-המשפט העליון – ניתוחים כמותיים" משפטים כט 567, 583–584 (1998).

375 שם, בעמ' 568–569; זיידמן, לעיל ה"ש 110, בעמ' 214–215.

376 יצחק אנגלרד "תרשים הזרימה" של יסודות עוולת הרשלנות – הוויכוח בין השופטים על דרך ניהול ההליך השיפוטי" מחקרי משפט לא 649, 664 (2018).

377 ריצ'רד אלן פוזנר הוא שופט יהודי אמריקאי נודע, שכהן עד שנת 2017 כשופט בית-המשפט הפדרלי לערעורים (בשיקגו) בארצות-הברית. הוא ניצב במקום הראשון בדירוג

אפשרית כי הריאליזם המשפטי חזק מכל דבר אחר בפסיקותיו של כל שופט, וכי ניתן ללמוד זאת מהנמקותיו של השופט לפסק-הדין, הבאות לרוב להצדיק את המסקנה שאליה הגיע כבר קודם לכן, ואף ציין כי יש שטיוטת פסק-הדין נכתבת על-ידי עוזר משפטי לפי מסקנת השופט שכבר התגבשה לפני כתיבתה.³⁷⁸ ודוק, חוק-יסוד: השפיטה קובע מפורשות כי בענייני שפיטה אין מרות על השופט זולת מרותו של הדין.³⁷⁹ מדברי השופט בדימוס י' אנגלרד ניכר כי מרותו של הדין אינה מושלת בכיפה לבדה, אלא לצד השקפותיו ותפיסת-עולמו של השופט, שמרותן אף גדולה הימנה.

לנוכח האמור סבורני שהשפעת הריאליזם המשפטי חזקה ומושרשת מטבעה דווקא בקרב שופטי בית-המשפט העליון כמגבשי מדיניות משפטית, וביתר שאת אצל נשיא בית-המשפט העליון, בפרט בכל הקשור למוסד הדיון הנוסף. לנשיא יש בלעדיות מוחלטת בשאלות-הליכה המשפיעות על הדיון הנוסף – הוא לבדו מכריע בגורל העתירה לדיון נוסף, הוא הקובע את גודל המותב שיֵשב בדיון נוסף, הוא המחליט אילו שופטים יֵשבו במותב הדיון הנוסף, והכל לפי שיקול-דעתו הבלעדי והמוחלט, הנובע מהדין ומהתקנות. וכבר ראינו פערים ברורים בין נשיאי בית-המשפט העליון במספרן הממוצע השנתי של העתירות לדיון נוסף שמתקבלות, כנראה על רקע השקפות-עולם שונות. בהתבוננות מבעד לפריזמה הריאליסטית נבחין כי ביטול מוסד הדיון הנוסף והגדלת המותבים בבית-המשפט העליון יסייעו בהכרח בהגברת תדמיתם המקצועית של בית-המשפט העליון ושל העומד בראשו. הגדלת מותבים בהליכים שיפוטיים כבדי-משקל ורמי-מעלה יספקו לנו בסבירות גבוהה פסיקה אקראית פחות.³⁸⁰ כך, לדידי, תפחת הביקורת השלילית על בית-המשפט העליון והעומד בראשו, ובר כבוד תגבר התדמית המקצועית של הבית העליון ונשיאו בעיני הציבור. זאת, אף שביטול מוסד הדיון הנוסף לא יסיר באופן מוחלט את צילו של הריאליזם המשפטי מדמותו של נשיא בית-המשפט העליון.

ד. סיכום ומסקנות

המשפטנים המצוטטים ביותר במאה העשרים, ונחשב אחד המשפטנים הבולטים בהיסטוריה האמריקאית המודרנית. הוא פרסם כשלוש מאות מאמרים אקדמיים, וכתב כשלושים ספרים במגוון עצום של נושאים. שניים מכתביו העוסקים בהליך השיפוטי הם RICHARD A. POSNER, HOW JUDGES THINK (2008); RICHARD A. POSNER, REFLECTIONS ON JUDGING (2013).

378 אנגלרד, לעיל ה"ש 376, בעמ' 666–667.

379 ס' 2 לחוק-יסוד: השפיטה.

380 מנחם מאוטנר "על אי-הוודאות במשפט וכמה מהשלכותיה" משפט וממשל ט 223, 250–251 (2005).

מאז עוגן עלי חוק ניכר כי מוסד הדיון הנוסף זכה בהתייחסות אקדמית דלה בלבד, אשר יוחדה לדיון בסוגיות ספציפיות הקשורות אליו.³⁸¹ מאמר זה ניסה לספק פרספקטיבה ביקורתית רחבה ומשמעותית בדבר נחיצותו של מוסד זה במשפט המדינה.

חלקו הראשון של המאמר הציג לפני הקורא ניתוח היסטוריוגרפי של מוסד הדיון הנוסף – החל בתקופה שלפני הקמת המדינה, דרך הבשלתו בחקיקה כעשור שנים לאחר הקמתה ועד היום. הדיון הנוסף הוכנס למשפט המדינה כתוצאה ישירה מהשפעת נורמות משפטיות בתקופת השלטון העות'מאני ובתקופת המנדט הבריטי, אז ניתנה אפשרות מסוימת לתושבי הארץ לערער על פסק-דין של בית-המשפט העליון לבית-הדין הגבוה באותה אימפריה, וזאת במטרה לשמור על יציבות והאחדה של הדין האימפריאלי בכל שטחה. עם קום המדינה, ואף שנס לְחַה של המטרה האמורה, בחר המחוקק לייבא למשפט המדינה את אותה אפשרות באמצעות המצאת הדיון הנוסף.³⁸² הדיון הנוסף, כפי שציירו המחוקק, נועד להבטיח צדק מרבי לאזרחי המדינה, והוא ראה בו מעין ערעור נוסף על פסק-דין של בית-המשפט העליון, המתקיים שוב בבית-המשפט העליון אך בהרכב מורחב יותר. המאמר הראה כי מלומדי המשפט וכן שופטי בית-המשפט העליון – ברטוריקה ששימשה אותם לדחיית עתירות לדיון נוסף – גיבשו תכלית שונה מזו של המחוקק. תכליתו המסתברת של מוסד הדיון הנוסף הייתה להוות חוליה אפשרית אחרונה בשרשרת שלבי השיפוט, השמורה למקרים חריגים, נדירים ויוצאי-דופן ולסוגיות הלכתיות גרידא, תוך הדגשת הרציונל שדיון נוסף אינו ערעור נוסף.

בחלק השני והמרכזי של המאמר הונח ניתוח ביקורתי ומקיף של קשיים ובעיות מהותיות שמוסד הדיון הנוסף עלול לעורר, באמצעות ניתוח ביקורתי וקונקרטי של פרשות שנדונו במסגרת דיון נוסף. הקושי הראשון שנדון הוא הכרסום שחל במעמדו החריג והנדיר של מוסד הדיון הנוסף, דוגמת זה שהתרחש בעקבות פרשת **נחמני**,³⁸³ אז התיר בית-המשפט לקיים דיון נוסף על פסק-דין שניתן במותב של חמישה שופטים, וזאת אף שהחוק הבהיר לכאורה כי ניתן לקיימו רק מקום "שפסק בו בית המשפט העליון בשלושה".³⁸⁴ במאמר הובאו דעות של מלומדי משפט, של מומחים ללשון ואף של נשיאי בית-המשפט העליון שהביעו מורת-רוח מסטייה זו מלשון הדין.

381 ניכר כי הדיון הנוסף קיבל ביטוי מוגבל בלבד במאמרים הספורים שייחדו לו את נושאם המרכזי, וכי דיונם בו נקשר לסוגיה מסוימת בלבד. ראו, למשל, Goldschmidt, לעיל ה"ש 119, הדין בעיקר ברמת המחקר האמפירי בכל הקשור לדיון הנוסף; מרזל, לעיל ה"ש 54, הסוקר באופן מקיף את מנגנון הדיון הנוסף בעיקר מההיבט החוקתי, התכליתי והמעשי; הרפז וכהן, לעיל ה"ש 54, המציעים את מוסד הדיון הנוסף כפתרון ספציפי למדיניות של הריסת בתי מחבלים לצורכי הרתעה מטרור; גראטש, לעיל ה"ש 25, הדין בקצרה בהצעת החוק שהסדירה את מוסד הדיון הנוסף בארץ; פניכל, לעיל ה"ש 30, הדין בקצרה בהשלכות של דיון נוסף המתקיים במותב ספציפי של שבעה שופטים.

382 Goldschmidt, לעיל ה"ש 119, בעמ' 328 ("The further hearing in a certain form is, apparently, a singular Israeli invention").

383 בש"א **נחמני**, לעיל ה"ש 93.

384 ס' 30(א) לחוק בתי המשפט.

בתוך כך הוצגו לקורא נתונים אמפיריים שהצביעו על גידול של מאות אחוזים במספר העתירות לדיון נוסף שהוגשו בשני העשורים האחרונים בהשוואה לעשורים שקדמו להם. בכך ניתן בוודאי לראות את הפוטנציאל למדרון חלקלק שיוביל לכרסום נוסף במעמדו של מוסד זה. כעדות לכך הובא ניסיון של עותר – אשר נהדף כמובן – להגיש עתירה לדיון נוסף על פסק-דין שניתן בדיון נוסף במותב של שבעה שופטים.³⁸⁵

הקושי השני שנדון הוא פגיעתו של מוסד הדיון הנוסף בעקרון סופיות הדיון, שהוא עיקרון יסודי וסובסטנטיבי בשיטתנו, המקדש את סופיות ההליך השיפוטי שנחתם בפסק-דין של הערכאה הגבוהה ביותר, שלאחריה אין דבר. אומנם, מקובל מעיקר הדין לראות במוסד הדיון הנוסף חריג לעיקרון זה בשל טיבו. ברם, כפי שהוצג במאמר דרך שלוש פרשות שונות שהתגלגלו לדיון נוסף, לדיון הנוסף עשויים להיות מאפיינים אשר בהתקיים – לא כל שכן במצטבר – עלולה להתקבל תוצאה שמשמעותה חורגת באופן לא-מידתי מאמות-המידה שהותוו לאותה החרגה שאליה כיוונה שיטת המשפט שלנו: המאפיין הראשון הוא שחריף פסק-דין שניתן פה אחד בבית-המשפט העליון ניתנה רשות לקיים דיון נוסף; והמאפיין השני הוא שפסק-הדין בדיון הנוסף הפך את פסיקתו של בית-המשפט בפסק-דינו הקודם. רוצה לומר, על-אף הוודאות והיציבות שהובטחו לכאורה בפסק-דינה של הערכאה האחרונה, התקיים דיון נוסף שפסק-דינו ההפוך ערער את ודאותו ויציבותו. המאמר הציג גם מרכיבים נוספים המתקיימים מעצם טיבו של הליך הדיון הנוסף, אשר מכרסמים גם הם בעקרון סופיות הדיון, כגון פרק-זמן ארוך, לעיתים אף של שנים רבות, בין שני פסקי-הדין בבית-המשפט העליון או פגיעה בעקרון ההסתמכות של הצד החלש על פסק-דין שניתן לטובתו בבית-המשפט העליון. עוד הציג המאמר תזה המלמדת על תוצאה הרסנית לעקרון סופיות הדיון מלשון הדיון עצמו – מדוע? משום שהמחוקק הרשה למעשה למותב שדן בתיק בערכאה הרמה ביותר להחליט מייד עם מתן פסק-דינו כי יש צורך, לדעתו, לשוב ולדון בפסק-דינו שלו.³⁸⁶ במצב כזה מתקבל הרושם שהשופטים אינם בטוחים בפסק-הדין שהם עצמם הוציאו זה עתה, וספק אם הדבר עומד במבחן ההיגיון או לכל-הפחות מתכתב עם עקרון סופיות הדיון.

הקושי השלישי שהוצג לפני הקורא הוא הפגיעה האפשרית של הדיון הנוסף בעקרון אמון הציבור במערכת המשפט, וביתר שאת בבית-המשפט העליון. המאמר דן תחילה בחשיבות הגדולה של עקרון אמון הציבור למערכת השפיטה, ואז קשר בין העדר "ריסון שיפוטי" בתקופת המהפכה החוקתית לבין הירידה באמון הציבור במערכת המשפט. מכאן ניסה המאמר להראות כי יש שלושה סממנים שעלולים להתקיים אך ורק תחת מוסד הדיון הנוסף ואשר ניתן לראות בהם העדר "ריסון שיפוטי". כך, אפוא, בהתקיים כל אחד מהסממנים – ועל אחת כמה וכמה בשילובם יחדיו – יש כדי להביא לידי כרסום באמון הציבור במערכת המשפט בכלל ובבית-המשפט העליון בפרט. סממן אחד הוא שפסק-הדין בדיון הנוסף הופך את קודמו – דבר המלמד כי בית-המשפט העליון טעה ממש

385 בש"א תינוק המריבה, לעיל ה"ש 113.

386 ס' 30(א) לחוק בתי המשפט ("ענין שפסק בו בית המשפט העליון בשלושה, רשאי הוא להחליט, עם מתן פסק דינו, שבית המשפט העליון ידון בו דיון נוסף בחמישה או יותר").

בפסק-דינו הקודם. הדברים מקבלים משנה תוקף בדיון נוסף פלילי, שאז ה"טעות" עלולה לפגוע קשות בחירותו הבסיסית ביותר של אדם, בדמות ישיבה של שנים מאחורי סורג ובריה, כפי שאירע בפרשת פלונים.³⁸⁷ סממן שני הוא ששופטים שישבו בשני המותבים – ולא פעם מדובר בנשיא בית-המשפט העליון בכבודו ובעצמו – הופכים את הכרעתם בדיון. סממן זה מתעצם כאשר אותם שופטים מנמקים את הכרעתם הסותרת באופן עמום או אף אינם מנמקים אותה כלל. הסממן השלישי הוא שיהוי של שנים בין שני פסקי-הדין הניתנים בבית-המשפט העליון – דבר הגובל לא פעם בעינוי דין קשה. המאמר הציג פרשות אחדות שנדונו בדיון נוסף ואשר התקיימו בהן שלושת הסממנים יחד. מן הצד האחר הציג המאמר ירידה עקיבה למדי באמון הציבור בבית-המשפט העליון לאורך שני העשורים האחרונים, עד לשנת 2021,³⁸⁸ וניסה כאמור לקשור בין הסממנים לבין הירידה באמון הציבור באמצעות הטענה להעדר "ריסון שיפוטי". ודוק, המאמר לא התיימר לקבוע באופן אמפירי מדעי שמוסד הדיון הנוסף כשלעצמו פוגע באמון הציבור, אלא להציע שלתוצאותיו המסוימות, ובפרט לשלושת הסממנים האמורים, עלולה להיות השפעה שלילית על אמון הציבור במערכת המשפט בכללותה ובבית-המשפט העליון בפרט.

הקושי הרביעי שהוצג במאמר הוא העדר האפקטיביות של הפסיקה היוצאת מבית-מדרשו של מוסד הדיון הנוסף. נטען, באמצעות דוגמאות מתוך פרשות שהגיעו לדיון נוסף וקבעו הלכות, כי בהמשך הדרך לא הלך בית-המשפט בדרכן של אותן הלכות, אף שהן נחשבות הלכות יציבות וחזקות יותר לכאורה משום שהן נפסקו במותב רחב יותר בדיון נוסף. המאמר ניסה לתאר את המתח בין עקרון התקדים המחייב³⁸⁹ לבין תכליתו של מוסד הדיון הנוסף. בעוד תכליתו של הדיון הנוסף היא לאשרר ולקבע הלכות, בית-המשפט העליון יכול לעשות כן – מתוקף התקדים המחייב – כבר בדיון ראשון ובמותב תלתא, ואף רשאי במסגרת זאת לסטות מהלכות שנפסקו בדיון נוסף, והדבר אכן נעשה בפועל, כפי שהוצג במאמר. רוצה לומר, מה יתרון לו לדיון נוסף אם קיים לו עיקרון משפטי חוקתי בדמות עקרון התקדים המחייב? בכך ניתן למצוא ביטוי מסוים לחוסר האפקטיביות של מוסד הדיון הנוסף, שאמור להיחשב מוסד רציני המספק הלכות עם מקדם גבוה של ודאות ויציבות.

הקושי החמישי שנדון במאמר נוגע בבעיות יסודיות ועמוקות המתעוררות דווקא בדיון נוסף פלילי. חשיבותן של בעיות אלו מתחדדת משום שעסקינן בדיני נפשות. הבעיה המרכזית היא התחדדות הספק הסביר על-אף הרשעה בדיון הנוסף – למשל, אם זו התקבלה לאחר שהנאשם זופה בדיון הראשון בערעור בבית-המשפט העליון. המאמר תיאר אפשרויות אבסורדיות שבהן בדיון הנוסף הנאשם מורשע בעוד דעת הרוב מבין כלל

387 שם נדחה ערעורם של מחבלים על מעצרו המנהלי בישראל, וכעבור שנים נפסק בדיון נוסף כי הם ישוחררו. ראו עמ"ס פלונים, לעיל ה"ש 199, ודנ"פ פלונים, לעיל ה"ש 200.

388 סקר המכון הישראלי לדמוקרטיה, לעיל ה"ש 180, בעמ' 73 ו-193. על-פי הסקר, בשנת 2021 ירד אמון הציבור בבית-המשפט העליון לשפל חדש – פחות מ-50%.

389 ס' 20(ב) לחוק-יסוד: השפיטה ("הלכה שנפסקה בבית המשפט העליון מחייבת כל בית משפט, זולת בית המשפט העליון").

השופטים שדנו בעניינו בבית-המשפט העליון – בסבב הערעור ובסבב הדיון הנוסף – מצביעה על זיכוי דווקא. במסגרת הדיון בפרשות שונות הציג המאמר בעיה נוספת וחמורה לא פחות, והיא עינוי הדין הנגרם לנאשם בסיטואציה שבה הוא זוכה בערעור אך מצא את עצמו מורשע בפסק-הדין בדיון הנוסף. בעיה זו מתחדדת במקרה דוגמת פרשת אל-עביד,³⁹⁰ שנדונה במאמר, שבה בדיון הנוסף הורשע הנאשם ברצח ונידון למאסר-עולם, לאחר שקודם לכן, בערעור, הוא זוכה מעברה זו.

בחלק השלישי והאחרון של המאמר הונחה הצעה לתיקון המצב המשפטי הסבוך שעורר מוסד הדיון הנוסף במשפט הישראלי, בדמות פתרון חלופי אינהרנטי המבוסס על הדין הקיים וכולל שני שלבים: הראשון – חיסולו של המוסד הארכאי לדיון נוסף; והשני – הגברת השימוש במנגנונים הקיימים לפי סעיף 26 לחוק בתי המשפט להגדלת המותבים בבית-המשפט, בין לפני תחילת הדיון ובין לאחר תחילתו. המאמר הציג מקרים שבהם ידע בית-המשפט להפעיל את המנגנונים הללו, שאף הניבו הלכות מהותיות שיציבותו במשפט המדינה המתהווה אינה מוטלת בספק. בחלק זה הוצגו יתרונותיו הנטענים של מוסד הדיון הנוסף על השימוש בסעיף 26 לחוק בתי המשפט, ונעשה ניסיון להוכיח כי יתרונות אלו אינם משמעותיים וכי יש להם קורת-גג טובה גם תחת השימוש בפתרון החלופי המוצע. לבסוף רוכזו לפני הקורא בתמצית עשרת היתרונות המובהקים של הפתרון המוצע אל מול מוסד הדיון הנוסף, המוליכים למסקנה כי מוסד זה אינו ממלא את ייעודו, ואף מביא עימו תחלואים רבים בדמות קשיים ובעיות סובסטנטיביות כפי שנפרשו במאמר.

בתוך כך הוצגה פרדיגמה משפטית התומכת בפתרון המוצע מבעד לתורת המשפט המכונה "הריאליזם של המשפט", שבמרכזה תפיסת המשפט כיצירה חברתית, ולא דווקא פורמליסטית, המושתתת על הכרעותיהם של שופטים המושפעים בהכרח מהשקפת-עולמם וממשתנים אישיותיים, פסיכולוגיים וכולי. המאמר ניסה להוכיח, ב"ראיות לכאורה", כי לנשיא בית-המשפט העליון יש השפעה קרדינלית על מוסד הדיון הנוסף דווקא,³⁹¹ בין היתר משום שהוא המוסמך הבלעדי לדון בגורלה של עתירה לקיום דיון נוסף וכן לקבוע את גודל המותב ואת הרכב השופטים בדיון הנוסף. מכל מקום, הפתרון המוצע מגביר מטבע הדברים את כוחו של הפורמליזם על-חשבון כוחו של הריאליזם המשפטי. זאת, משום שריבוי דעות במותב רחב ראשון ויחיד מגביר את הסיכוי לשיפוט מקצועי בהיבט הפורמלי.

סוף דבר הכל נשמע, ונדמה כי בסוגיית הקשיים והבעיות שמוסד הדיון הנוסף מעורר נכתבו כל הדברים שהיו יכולים וראויים להיכתב והסתיימה לה השקלא-וטריא. למעשה, בדיוק להצעת הפתרון החלופי האינהרנטי שהבאתי כאן לתחלואיו של מוסד הדיון הנוסף כיוון השופט מ' לנדוי בהרצאה שנשא לפני הוועידה הראשונה של לשכת עורכי-הדין

390 דנ"פ אל עביד, לעיל ה"ש 284.

391 המאמר אינו מתיימר לטעון מבעד לפריזמה הריאליסטית כי לנשיא בית-המשפט העליון אין השפעה גם על תהליכים אחרים הקשורים לשפיטה בבית-המשפט העליון, אלא כי יש לו השפעה קרדינלית על מוסד הדיון הנוסף דווקא, החל בהחלטה על גורל העתירה לקיום דיון נוסף ועד להחלטה לגבי מותבו של הדיון הנוסף.

בישראל בשנות השישים. הוא רמז בדבריו לסברתו של המחוקק כי עוד דרגת ערעור, בדמות דיון נוסף, עשויה להרבות צדק, והטיל ספק כבד בכך ובכדאיותו של הדיון הנוסף, תוך שהוא מציג את החלופה הנוחה והצודקת בדמות הסמכויות שיש לבית-המשפט העליון להרחבת ההרכב השיפוטי.³⁹² ברוח זו הטעים גם ד"ר ז' פניכל כי אין כל נחיצות במוסד הדיון הנוסף, הנחשב לדידו כמקיים ערכאה רביעית ממש, והעלה תחת זאת את הצעתו לקיים דיון בהרכב רחב יותר, ובכך להימנע מקשיים משפטיים, פסיכולוגיים וכולי.³⁹³

לא אוכל לסיים מבלי להבהיר כי אין לראות במאמרי זה ובמסקנותיו משום קריאת-תיגר על בית-המשפט העליון, שהרי כבר ראינו ולמדנו כי שופטי בית-המשפט העליון עצמם הביעו בזמנו את התנגדותם להסדרת דיון נוסף בחקיקה.³⁹⁴ כל חיצי הביקורת במאמר זה מופנים למוסד הדיון הנוסף גופו, ככזה הפוגע בתדמיתו של בית-המשפט העליון ומזהם עקרונות-יסוד בשיטתנו המשפטית המהווים את בריחית-התיכון של המשפט והצדק. בתוך כך ניתן להעריך בזהירות כי בית-המשפט העליון לא השכיל לעשות שימוש נרחב יותר בסמכותו להגדיל את המותב כאשר הדבר נדרש – אולי מפאת העומס הרב המוטל על כתפיו של כוח מצומצם – וכך הוא נשאב ונסחף לקיום דיונים נוספים, שהביאו עימם תחלואים לא-מבוטלים, כאמור.

בהקשר זה אזכיר כי בתחילת דרכה של המדינה מונו לבית-המשפט העליון חמישה שופטים בלבד.³⁹⁵ תקן זה עלה אט-אט עם השנים, בין היתר בשל עומסי עבודה, וכיום מניין השופטים המכהנים בו הוא חמישה-עשר, על-פי החלטת הכנסת.³⁹⁶ הפתרון המוצע כאן, בדמות הגדלת מותבים באופן תכוף יותר (עם ביטולו של מוסד הדיון הנוסף לפי

392 ראו יזרעאלי, לעיל ה"ש 8, בעמ' 43, ה"ש 19, המצטט מהרצאתו של משה לנדוי "יעילות ועשיית צדק", שנישאה בוועידה הראשונה של לשכת עורכי-הדין בישראל: "הדיון הנוסף בבית המשפט העליון, היה מי שסבר שעוד דרגה של ערעור עשויה להרבות צדק במדינה, ואם אי אפשר להקים דרגת ערעור נוספת מעל לבית המשפט העליון, לפחות יהיה לנו מעין ערעור בדרך הדיון הנוסף. נשיא בית המשפט העליון ושופטיו התנגדו לכך נמרצות – מטעמי יעילות, כי ראינו מראש שהדבר יגרום להפרעה רצינית בפעולת בית המשפט; אך לא שמעו בקולנו, נאמר לנו שבודאי לא תהיינה יותר מ-4-5 בקשות כאלה בשנה, ואשר יגורנו, בא לנו... ונשאלה השאלה: האם זה היה כראי? האומנם הרבינו על ידי כך צדק במדינה? האם לא די היה בסמכויות להרחבת ההרכב שהיו קיימות קודם לכן, כדי שמקרה חשוב במיוחד יובא בפני הרכב מורחב לפי שיקול דעתו של הנשיא או של בית המשפט המברר את הענין? אין לי כל ספק לאיזה צד נוטים לא רק מאזני הנוחיות, אלא גם מאזני הצדק בענין זה."

393 פניכל, לעיל ה"ש 30, בעמ' 260 ("לדעתי אין צורך גם אצלנו בדיון נוסף בערכאה רביעית, ואם יתעוררו ספקות בענינים חשובים – יש למסור את הענין המסוים להכרעת שבעה. בסידור זה לא יהיו כל קשיים משפטיים, פסיכולוגיים וכו'...").

394 ראו שגיא, לעיל ה"ש 14, בעמ' 57, ה"ש 233; דיון הכנסת בהצעה השנייה לחיקוק הדיון הנוסף, לעיל ה"ש 32 (שם צוין כי שופטי בית-המשפט העליון הביעו בזמנו את התנגדותם לחיקוקו של דיון נוסף); יזרעאלי, לעיל ה"ש 8, בעמ' 43, ה"ש 19 (המצטט את אמירתו של השופט מ' לנדוי כי נשיא בית-המשפט העליון ושופטיו התנגדו לדיון הנוסף נמרצות – ראו לעיל ה"ש 392).

395 שמעון שטרית "תהליך מינוי שופטים: הליכים ואמות מידה" המשפט ח 357, 394 (2003).
396 ס' 25 לחוק בתי המשפט.

משפט וממשל כה תשפ"ג קשיים ובעיות שהמוסד "דיון נוסף" בבית-המשפט העליון מעורר

הצעת), מעלה את הצורך בהגדלת מניין השופטים המכהנים בבית-המשפט העליון, והאחריות לכך מוטלת על הכנסת, אשר בהחלטה פשוטה יחסית יכולה להגדיל את מניין השופטים המכהנים בבית-המשפט העליון, וכבר חזינו שהדבר אפשרי.³⁹⁷ נדמה כי אי-הגדלה של מניין השופטים המכהנים בבית-המשפט העליון תטיל צל ריאליסטי על יעילותו של הפתרון המוצע.

לסיום אומר כי אני מתיימר לדעת עד אנה יכביד עוד עולו של המוסד הארכאי המכונה "דיון נוסף" על עקרונות-היסוד במשפט המדינה, אולם בטוחני כי הבשילה העת לעמוד על קלקלתו ולבקרו ביסודיות, תוך בחינה מחודשת של נחיצותו במחוזותינו. במאמר זה ניסיתי להביא בעין ביקורתית, ובאופן עשיר וסמך ככל יכולתי, את סיפור חייו של המוסד הוותיק "דיון נוסף" עד לימינו, דרך מבוכי ההיסטוריה, פרוודורי החקיקה, מסדרונות הספרות וסמטות הפסיקה. ברוח חשיבותה של הביקורתיות אני רואה לנכון להביא דברי טעם רלוונטיים לענייננו של פרופ' ח' דגן, מתוך מאמרו המקיף הדין בתפיסה הריאליסטית של המשפט, שבהם הוא מנסה לנסח את תובנות הריאליזם המשפטי בשמו של השופט אוליבר ונדל הולמס הבן (Oliver Wendell Holmes, Jr. – שופט לשעבר בבית-המשפט העליון של ארצות-הברית המכונה "הסנדק של הריאליזם המשפטי"³⁹⁸):

עבור הולמס, היצמדות לכללים משפטיים "שטעמם פג מן העולם", רק משום ש"הם אתנו מימי הנרי החמישי" היא "מקוממת". יש להתנגד להמשכיות כזאת עם העבר המשפטי משום שהיא "מגבילה את הדמיון שלנו, ומצמצמת את המונחים שבהם אנו מורשים לחשוב". בעוד שהיסטוריה "חייבת להיות חלק מן הלימוד" של המשפט, עליה להיות "הצעד הראשון לקראת ספקנות נאורה, כלומר... לקראת חשיבה מחודשת על רציותם של כללים [קיימים]".³⁹⁹

יש אפוא טעם לשקול ולבחון היטב את הצעתי הכללית בדבר הגדלת מותבים בבית-המשפט העליון במקביל לחיסולו של אותו מוסד היסטורי המכונה "דיון נוסף". ברוח גישתו של הולמס אני גורס כי אם היצמדות לכללים משפטיים שטעמם פג מן העולם מקוממת, היצמדות למוסד משפטי ארכאי שכבר נס לחו מקוממת שבעתיים.

397 החלטת כנסת בדבר הגדלת מניין השופטים בבית-המשפט העליון אינה מחייבת הליכי חקיקה סבוכים, הכוללים שלוש קריאות ודיונים רבים בוועדות הכנסת, אלא היא פשוטה יחסית.

398 דגן, לעיל ה"ש 354, בעמ' 353.

399 שם, בעמ' 354. הדברים מובאים מתוך שני פרסומים של השופט הולמס: Oliver Wendell Holmes, *Law in Science and Science in Law*, in COLLECTED LEGAL PAPERS 210 (1920); Oliver Wendell Holmes, *The Path of the Law*, in COLLECTED LEGAL PAPERS 167 (1920).