



תפ"ח 24510/09/15 - מדינת ישראל נגד ראג'י גורבאן,

בית המשפט המחוזי בחיפה

תפ"ח 24510-09-15 מדינת ישראל נ' גורבאן(עציר)

בפני הרכב כב' השופטים:

רון סוקול [אב"ד]

תמר שרון- נתנאל

רונית בש

המאשימה

מדינת ישראל

ע"י עו"ד צ' נמירובסקי מפרקליטות מחוז חיפה (פלילי)

נגד

הנאשם

ראג'י גורבאן,

ע"י ב"כ עוה"ד שלומי בלומנפלד

החלטה

השופט רון סוקול, סגן נשיא

1. ביום 26/4/2018 ניתנה הכרעת דין בגדרה קבענו כי הנאשם, ראג'י גורבאן המית בירות את המנוח ראמי אסכנדר ז"ל. בהכרעת הדין הרשענו את הנאשם בעבירה של רצח בכוונה תחילה, עבירה לפי סעיף 300(א)(2) לחוק העונשין, התשל"ז - 1977. כן הרשענו את הנאשם בעבירות נוספות שאינן רלבנטיות לבקשה הנוכחית. בעקבות הכרעת הדין ולאחר שמיעת טיעוני הצדדים ניתן ביום 2/12/2018 גזר דינו בגדרו הושת על הנאשם, בשל הרשעתו ברצח המנוח, עונש של מאסר עולם. על הכרעת הדין וגזר הדין הגיש הנאשם ביום 30/12/2018 ערעור לבית המשפט העליון (ע"פ 9201/18).

2. ביום 1/1/2019 התקבל בכנסת תיקון מס' 137 לחוק העונשין (פורסם בס"ח 2779 מיום 10/1/2019) הכולל שינוי משמעותי בעבירות ההמתה. בין היתר משנה התיקון את הגדרת עבירות הרצח ויוצר הבחנה בין עבירת רצח שהעונש המרבי הקבוע בצידה יהיה מאסר עולם, אך לא כעונש חובה, לבין עבירת רצח בנסיבות מחמירות, שהעונש הקבוע בצידה יהיה מאסר עולם חובה.

הבקשה

3. בבקשה המונחת להכרעתנו כעת (בקשה מס' 118) עותר הנאשם לאפשר לו להשמיע טענותיו על מנת שבית המשפט ישקול את ביטול הרשעתו בעבירת הרצח בכוונה תחילה לפי סעיף 300(א)(2) לחוק העונשין, ואת עונש מאסר העולם שהושת עליו, ויחיל על עניינו את הוראת החוק המתוקן. במסגרת זו מבקש הנאשם לקבוע כי הרשעתו תומר להרשעה ברצח לפי סעיף 300(א) כפי שתוקן, כלומר בהרשעה בעבירה שאין בצידה מאסר עולם חובה.



בתגובה לבקשה טענה המשיבה כי בית משפט זה אינו מוסמך לדון מחדש בהכרעת הדין ובגזר הדין. נטען כי בית המשפט סיים את מלאכתו וככל שהנאשם מבקש להחיל את החוק המתוקן על עניינו עליו לפנות לערכאת הערעור. המאשימה הוסיפה וטענה כי אין בתיקון 137 להועיל לנאשם, שכן לאור הממצאים שנקבעו בהכרעת הדין, המעשה בוצע בנסיבות הכלולות בסעיף 300 לחוק, כלומר יחולו הוראות הרצח בנסיבות מיוחדות המחייבות עונש של מאסר עולם.

4. בשם לב לטענות הצדדים זימנו דיון בגדרו ביקשנו את התייחסות הצדדים לסוגיית הסמכות. בסופו של דיון ביקשו הצדדים להגיש גם השלמת טיעון בכתב ולאחר שאלו הוגשו הגיעה העת להכריע בטענת הסמכות.

דין והכרעה

5. תיקון 137 לחוק העונשין הביא למהפכה בעבירות ההמתה (למעשה רק בעבירות הרצח וההריגה). בעקבות התיקון נקבעו שתי דרגות של עבירת הרצח; סעיף 300 לחוק המתוקן קובע עבירת רצח רגילה ולפיה יורשע ברצח "הגורם בכוונה או באדישות למותו של אדם". העונש המרבי הקבוע בצידה של עבירת הרצח הוא מאסר עולם אולם אין מדובר יותר בעונש חובה ועל-כן על בית המשפט שירשיע נאשם בעבירה זו, יהיה לשקול את העונש ההולם בהתאם לכללים ולאמות המידה כפי שנקבע בתיקון 113 לחוק העונשין.

6. החוק המתוקן כולל גם עבירה של "רצח בנסיבות מיוחדות" שנקבעה בסעיף 301א'. הסעיף מורה כי "הגורם בכוונה או באדישות למותו של אדם באחת מהנסיבות המפורטות להלן, דינו - מאסר עולם ועונש זה בלבד". בהמשך מפורטות 11 נסיבות מיוחדות שהוגדרו כנסיבות מחמירות והמשמעות היא כי אם יקבע בית המשפט כי נאשם המית אדם באדישות או בכוונה, באחת מהנסיבות המיוחדות שפורטו, יוטל עליו עונש מאסר עולם כעונש חובה.

בצידה של הוראה זו נקבעה גם אפשרות סטייה מעונש החובה שכן בסעיף 301א(ב) לחוק המתוקן ניתן לבית משפט שיקול דעת לסטות מעונש החובה, "אם ימצא בית המשפט נימוקים מיוחדים שיירשמו, כי מתקיימות נסיבות מיוחדות שבשלן המעשה אינו מבטא דרגת אשמה חמורה במיוחד". במקרים שכאלו רשאי בית המשפט להסתפק בהרשעה על פי סעיף 300 לחוק, כלומר בהרשעה ברצח רגיל שאינה מחייבת הטלת עונש של מאסר עולם.

7. סעיף 25 לחוק המתקן קובע את הוראת התחולה. ככלל, נקבע כי תחילתו של החוק המתוקן 6 חודשים מיום פרסומו כלומר ביום 10/7/2019. עם זאת קובע סעיף 25(ב) לחוק המתקן גם הוראת מעבר:

על עבירה שבוצעה לפני יום התחילה וטרם ניתן פסק דין חלוט בעניינה יחולו הוראות סעיף 5(א) לחוק העיקרי; לעניין זה, בבואו לקבוע מהו הדין המקל על העושה, יבחן בית המשפט את מלוא ההסדר הקבוע בחוק העיקרי כנוסחו בחוק זה לעומת ההסדר שהיה קבוע בחוק העיקרי לעניין גרימת מוות ערב יום התחילה (להלן - הדין הישן).

8. סעיף 5(א) לחוק העיקרי, אליו מפנה הוראת סעיף 25(ב) הנ"ל, עוסק בשינוי חיקוק לאחר שנעברה עבירה ומורה כי חיקוק מקל, הן לעניין יסודות העבירה, והן לעניין העונש, יחול גם אם העבירה נעברה לפני תחילת תוקפו של



החיקוק המתקן:

נעברה עבירה ובטרם ניתן פסק-דין חלוט לגביה, חל שינוי בנוגע להגדרתה או לאחריות לה, או בנוגע לעונש שנקבע לה, יחול על הענין החיקוק המקל עם העושה; "אחריות לה" - לרבות תחולת סייגים לאחריות הפלילית למעשה.

9. דומה שאין חולק כי שילוב הוראת המעבר בחוק המתקן, עם סעיף 5 לחוק העונשין, מחייבים את המסקנה כי החוק המתקן יחול גם בנסיבות תיק זה וכי יש מקום לבחון האם החוק המתקן מצדיק שינוי בהרשעתו או בגזירת דינו של הנאשם. בחינת הטענות אינה מחייבת כמובן, שינוי בהרשעה או בגזר דין שכן סעיף 5 מורה כי יש להחיל חיקוק מקל. במקרה הנוכחי הנאשם הורשע ברצח בכוונה תחילה, לכאורה נסיבות ההרשעה תואמות את הוראת סעיף 300א(א)(1) לחוק הקובע כי מקום שבו מעשה ההמתה "נעשה לאחר תכנון או לאחר הליך ממשי של שקילה וגיבוש החלטה להמית" יראו בכך נסיבה מחמירה. עם זאת טענות בעניין זה יהיה צריך לשמוע בנפרד. כן יתכן שיהיה מקום לשמוע טענות בעניין תחולת הסייג הקבוע בהוראת סעיף 300א(ב) המסמך את בית המשפט לסטות מעונש החובה.

10. השאלה הניצבת בפנינו קודמת לכל אלו, למי הסמכות לדון בטענות? האם לערכאה הדיונית שדנה ופסקה בעניינו של הנאשם או לערכאת הערעור בפניה הוגש הערעור על הכרעת הדין וגזר הדין?

11. נקודת המוצא בסוגיית הסמכות היא כי לאחר שהערכאה הדיונית סיימה את הדיון והכריעה במחלוקות שעמדו בפניה, עוברת הסמכות לדון בכל בקשה לתיקון או לשינוי לערכאת הערעור, אלא אם נקבעו בדין הוראות המאפשרות לערכאה הדיונית לחזור ולדון בבקשות מוגדרות (כמו למשל דחיית ביצוע עונש לפי סעיף 87 לחוק העונשין, בקשות בעניין חילוט נכסים (בש"פ 321/02 אבו שאב נ. מדינת ישראל פ"ד נו(4), 193 (...), תיקון טעות לפי סעיף 81 לחוק בתי המשפט, התשמ"ד - 1984 וכדומה).

12. בחוק המתקן אין כל הוראה המסמיכה את הערכאה הדיונית לשוב ולבחון האם החוק המתקן מקל עם הנאשם, במובן סעיף 5 לחוק העונשין, והאם יש להחילו. בהעדר הוראה מסמיכה יש להחיל את הכלל ולפיו לאחר שבית המשפט "קם מכיסאו" אין הוא מוסמך יותר לדון בהליך.

בבש"פ 213/19 פלוני נ. מדינת ישראל (6/2/2019) דן כב' השופט א' שטיין, בין היתר, בשאלה מהי הערכאה המוסמכת לדון בבקשה לפי סעיף 74א(א) לחוק סדר הדין הפלילי, לאחר שניתן גזר הדין. בית המשפט מציין כי המבחן הוא האם הערכאה הדיונית מחזיקה תחת ידה "תיק פעיל". תיק פעיל הוגדר על ידו כך (פסקה 14):

באומרי "תיק פעיל", כוונתי לשני אלה: (1) תיק שטרם הוכרע בפסק דין ובמקרה של הרשעת הנאשם, גם בגזר דין; וכן (2) תיק שהוכרע בפסק דין ובמקרה של הרשעת הנאשם, גם בגזר דין שטרם הפך לחלוט ושעליו ניתן עדיין לערער. מטעמים מובנים, תיק שהפך לחלוט איננו בגדר "פעיל", ואילו תיק שהוגש לגביו ערעור ושעקב כך מועבר לערכאת הערעור איננו בגדר



תיק שמוחזק בידי הערכאה הדיונית.

13. בע"פ 4002/01 קורקין נ. מדינת ישראל, פ"ד נו(4) 250, (2002) דן בית המשפט בתחולת תיקון מקל על נאשם שביצע עבירה לפני התיקון והתייחס גם לסוגיית הסמכות. וכך נאמר על ידי השופט מצא (עמ' 255, פסקה 6):

פשיטא שאם הגיש ערעור על פסק הדין, בידו להעלות את בקשתו להפחתת עונשו לפני ערכאת הערעור. אך דומה שגם אם לא הגיש ערעור - ופסק הדין בעניינו טרם הפך חלוט - בידו לשוב אל בית המשפט שגזר את עונשו ולבקשו לשוב ולקבוע את עונשו על -פי החיקוק המקל.

מדברים אלו אנו למדים כי בית המשפט סבר שניתן לשוב לערכאה הדיונית רק אם טרם הוגש ערעור, כלומר כאשר הערכאה הדיונית עדיין "מחזיקה בתיק פעיל". עם זאת כאשר הוגש ערעור הסמכות עוברת לערכאת הערעור.

14. טוען בא כוח הנאשם כי שיקולי יעילות מחייבים כי בית משפט זה ידון בטענות שכן ישנה אפשרות שערכאת הערעור תמצא לנכון להחזיר את הדיון לבית המשפט המחוזי לשמיעת טענות וראיות. טענה זו אינה מספקת כדי להקנות לבית המשפט סמכות. יתרה מזו, לא בטוח שזוהי הדרך היעילה דווקא. ערכאת הערעור עשויה להתערב בממצאים העובדתיים שנקבעו על ידו ולקבוע כי לא הוכחה אשמת הנאשם ולייתר את הדיון בעניין הוראת החיקוק שבה יורשע ובעונש המגיע; ערכאת הערעור עשויה לחשוב שלאור הממצאים שנקבעו אין בחיקוק המתקן כדי להקל על הנאשם וגם כך יתייתר הדיון. על כן, ברור כי שיקולי יעילות אינם מחייבים דיון בטענות כבר כעת בפני ערכאה זו.

15. הנאשם טוען גם כי אם הדיון בטענותיו יערך לראשונה בפני ערכאת הערעור תגרע זכותו להביא את עניינו בפני שתי ערכאות, ערכאה דיונית וערכאת ערעור. גם טענה זו אינה מספקת להקנות לבית משפט זה סמכות שהרי אם ערכאת הערעור תמצא שיש צורך לקבוע ממצאים ועובדות היא תוכל להורות על החזרת הדיון. מכל מקום הנאשם יוכל להעלות טענותיו בעניין זה גם בפני ערכאת הערעור.

16. גם הטענה שמהחלטת רשם בית המשפט העליון למתן ארכה לנאשם לפרט את נימוקי הערעור ניתן להסיק כי בית המשפט העליון לא שלל את סמכותו של בית משפט זה דינה להידחות. רשם בית המשפט העליון, רון גולדשטיין, ציין מפורשות כי אינו נדרש להביע דעה בעניין הסמכות העניינית ולכן אין ללמוד מהחלטתו מאום.

17. בשים לב לכל האמור הגעתי למסקנה כי בית משפט זה אינו מוסמך לדון בטענותיו של הנאשם לעניין תחולת החוק המתקן ועל-כן אציע לחברותי לדחות את בקשתו.

ר. סוקול, שופט
אב"ד

השופטת תמר שרון נתנאל



1. לאחר שקראתי את חוות דעתו של כבוד האב"ד, השופט ר' סוקול ולאחר ששקלתי בדבר, הגעתי למסקנה כי עלינו לדון בבקשה שהגיש הנאשם, לגופה.

כפי שפירט כבוד האב"ד, מדובר בבקשה, שהוגשה בעקבות תיקון 137 לחוק העונשין, בה התבקשו לשנות את הרשעת הנאשם, מהרשעה בעבירת רצח, שהעונש הקבוע בצדה הוא מאסר עולם כעונש חובה, להרשעה בעבירת רצח שהעונש המרבי הקבוע בצידה יהיה מאסר עולם, לא כעונש חובה.

2. כבוד האב"ד סבור כי במקרה בו תלוי ועומד ערעור על הכרעת הדין, הסמכות לדון בבקשה שכזו מסורה לערכאת הערעור בלבד.

דעתי שונה. לטעמי, נכון יהיה לקבוע כי הסמכות מסורה, בראש ובראשונה, לערכאה הדיונית (אליה פנה הנאשם במקרה דנן). יחד עם זאת, סבורה אני כי אין בכך כדי לשלול את סמכותה של ערכאה הערעור לדון בבקשה שכזו, ככל שנאשם יבחר להעלות את הטענה בפניה (ללא שפנה קודם לכן לערכאה הדיונית).

אבהיר את נימוקיי;

3. תיקון 137, על הוראת המעבר הכלולה בסעיף 25(ב) שבו, יצר מצב מיוחד, בו גם לאחר שניתן פסק דין חלוט (ובוודאי לאחר שפסק הדין טרם הפך חלוט), רשאי נאשם לבקש לשנות את הכרעת הדין להרשעה בעבירה קלה יותר ומשכך - לשנות גם את גזר הדין.

4. בעבר, בהתייחס לסעיף 300א(א), אשר הוסף במסגרת תיקון 39 לחוק העונשין ואשר אפשר להמיר **עונש** של מאסר עולם בעונש מופחת, דן בית המשפט העליון (בנסיבות דומות לענייננו) בבקשות, שהועלו, לראשונה במסגרת הערעור. ראו, למשל, ע"פ 3235/94 שקולניק נ' מדינת ישראל (4.3.1997) וע"פ 3243/95 צאלח נ' מדינת ישראל (19.3.1998), אליהן הפנה ב"כ המשיבה בטיעוניה.

אכן, ערכאת הערעור מוסמכת לדון בבקשת הנאשם. אולם, אין בכך כדי לחרוץ את גורלה של הבקשה שבפנינו, מבחינת מקום הדיון.

5. כפי שציין כבוד האב"ד, סעיף 5(א) לחוק העיקרי, אליו מפנה הוראת סעיף 25(ב) לתיקון, אינו קובע איזו ערכאה תדון בבקשה לשנות את הכרעת הדין, בהתאם לחיקוק המקל, כפי שהוא תוקן בתיקון 127.

אכן, גם כאשר ניתן להגיש בקשה מסוימת (בהליך פלילי), הן לערכאה הדיונית והן לערכאת הערעור, "קו פרשת המים" הוא, דרך כלל, מועד הגשת הערעור. כך, למשל, בקשה לדחיית ביצוע העונש, על פי סעיף 87 לחוק העונשין. בקשה כזו ניתן להגיש לערכאה הדיונית, או לערכאת הערעור, בהתאם למועד הגשת הערעור. "כאשר הדחייה



מתבקשת במעמד גזירת הדין, תוכרע הבקשה בידי הערכאה המטילה את העונש, וכאשר הדחייה מתבקשת לאחר הגשת ערעור, נתונה ההכרעה בבקשה בידי ערכאת הערעור - ע"פ 111/99א שורץ נ' מדינת ישראל (7.6.2000).

כך גם קבע כבוד השופט שטיין בבש"פ 213/19 פלוני נ. מדינת ישראל (6/2/2019), לגבי בקשה להמצאת חומר חקירה, באמרו כי הערכאה הדיונית "תחזיק בידה את הסמכות האמורה עד להפיכת פסק-דין לחלוט או עד להגשת ערעור על פסק דינה, לפי המוקדם".

6. עם זאת, סבורה אני כי לא ניתן להתעלם מההבדל המהותי בין הבקשות "הטכניות" במהותן, בהן עסקו ההחלטות הנ"ל (ואחרות) ובין המהות של הבקשה במקרה דנן. לטעמי, ההבדל המהותי וזכויות הנאשם הכרוכות בו, מצדיקים ומחייבים החלטה אחרת.

הפתח שפתחה הוראה המעבר שבתיקון, בפני נאשם, הוא לבקש **לשנות את הכרעת הדין**, באופן שייקבע כי יש להמיר את הרשעת הנאשם, מהרשעה ברצח שהעונש בצדה הוא מאסר עולם חובה, להרשעה ברצח "בדרגה פחותה", אליה נלווית ענישה פחותה. זאת - על ידי בחינה מחודשת של חלק מהממצאים ומהמסקנות שנקבעו על ידי הערכאה הדיונית, בין ללא הבאת ראיות נוספות, ובין לאחר הבאת ראיות נוספות, אשר הפכו לרלבנטיות רק לאחר התיקון.

מדובר, אפוא בבקשה **לשינוי מהותי של עצם הכרעת הדין**, עליה הוגש הערעור ולא בהחלטה, **הנלווית להרשעה**, ואין בה כדי לשנות ממנה, כפי המקרים שנדונו בפסיקה עד כה.

7. ברמה העקרונית, בחינה מהותית שכזו ראוי לה שתיעשה על ידי הערכאה הדיונית. זאת- משני טעמים עיקריים.

האחד - היכרותה של הערכאה הדיונית את חומר הראיות.

השני - זכות הערעור.

8. הטעם הראשון - על פני הדברים, היכרותה של הערכאה הדיונית את חומר הראיות, **לעומקו, לאורכו ולרוחבו**, תביא לכך שהדין בבקשה יהיה קצר יותר יעיל יותר ונכון יותר. דיון בפני הערכאה הדיונית נכון יותר ועשוי לחסוך זמן רב, גם לעניין עצם השאלה אם יש לשמוע ראיות נוספות, אם לאו. זאת ועוד - הליך שמיעת ראיות נוספות (ככל שייקבע שיש בו צורך) ייעשה, ממילא, רק בפני הערכאה הדיונית ולא בפני ערכאת הערעור.

אמנם, גם כאשר הבקשה מוגשת בפני ערכאת הערעור, רשאית היא להחזיר את הדיון לערכאה הדיונית (ככל שתשתכנע שיש לשמוע ראיות נוספות) אולם עד שתעשה כן עלולים לעבור חודשים רבים ובמקרה כזה יידחה הדיון, לגופם של דברים, לפרק זמן משמעותי.



אמנם, ככל שבפי הנאשם טענות טובות, אשר ייתכן שיביאו לזיכוי, ייתכן שעדיף עבורו, שהעניין כולו יידון בפני ערכאת הערעור, ותקצר דרכו לשחרורו, אולם (כפי שיובהר להלן) אין בהחלטתי כדי למנוע מנאשם לבחור "בקיצור הדרך".

9. הטעם השני (ואולי העיקרי), הוא זכות הערעור.

מוצאת אני ממש בטענת הסנגור לפיה, בהגשת הבקשה לערכאת הערעור מפסיד הנאשם את זכותו לערער, שהרי בית המשפט העליון הוא הערכאה האחרונה.

זכות הערעור, המעוגנת בסעיף 17 לחוק יסוד: השפיטה, הוכרה כזכות מהותית. יש הרואים בה זכות חוקתית ויש הסבורים שהיא אינה מגיעה כדי דרגה זו, אולם הכול מכירים בחשיבותה. "ביסוד זכות הערעור מונחת ההנחה, כי החלטה שיפוטית, ככל החלטה אנושית אחרת, עלולה להיות שגויה ולפיכך ראוי לה להיות נתונה לביקורת" - בג"ץ 9261/16 פלונית נ' בית הדין הרבני הגדול בירושלים (30.3.2017). משכך, ראוי שפסק דין של ערכאה דיונית (בוודאי שעה שמדובר בהרשעה בעבירה החמורה ביותר בספר החוקים הפלילי) יהיה נתון לפחות להליך ערעורי אחד.

10. בבקשה מסוג זה, שהגיש הנאשם, מדובר בהעלאת טענה חדשה, שלא ניתן היה להעלותה בטרם מתן פסק הדין, או בטרם הגשת הערעור, שהרי היא באה לעולם רק מכוח התיקון לחוק, שפורסם לאחר מכן.

משהערכאה הדיונית לא דנה ולא יכולה הייתה לדון בטענות אשר הנאשם מבקש להעלות, מכוח תיקון 137, לנאשם זכות לקבל את יומו בבית המשפט, בנוגע לטענות אלה, ראשית כל בערכאה הדיונית ולאחר מכן, ככל שיחפוץ - בערכאת הערעור. אין לכפות עליו ויתור על זכות זו.

ערעורו של הנאשם דנן, לבית המשפט העליון, הוגש ימים ספורים בלבד לפני שפורסם תיקון 137. מקרים אלה, בהם הבקשה מוגשת "בשלב ביניים" שכזה, הם מיעוט המקרים אשר יכול שיידונו על פי תיקון 137. שכן הם יכולים להיווצר רק בתקופת הביניים שבין פרסום התיקון לבין מתן פסק דין בערעורים שכבר הוגשו. מקרים אלה (כפי המקרה דנן) "נופלים בין הכיסאות". דומה שאין חולק, כי כל שאר המקרים (בקשות שתוגשנה לפני שהוגש ערעור ובקשות שתוגשנה בנוגע לפסקי דין חלוטים) יידונו על ידי הערכאה הדיונית.

11. אינני סבורה שמקריית זו צריכה להכריע בשאלה אם תהיה לנאשם זכות ערעור על ההחלטה/פסק הדין שיתקבלו בבקשתו, אם לאו. את "התקלה" הזו, הנובעת ממצב הביניים בו אנו מצויים, שבעיניי היא תקלה "טכנית", ניתן לפתור על ידי כך שהנאשם יגיש לבית המשפט העליון, בקשה לעכב את הדיון בערעורו, עד לאחר שבית משפט זה ידון בבקשתו ויחליט בה. במאמר מוסגר אומר, מבלי להביע עמדה בכך, כי ייתכן שהמערער רשאי לבקש מחיקת הערעור תוך שמירת זכותו לשוב ולהגישו לאחר שתתקבל על ידינו החלטה לגופה של בקשתו.



סבורה אני כי, במצב דברים זה, ראוי היה להותיר את הבחירה בידי הנאשם; רוצה - יתקן את ערעורו, כך שיכלול את הבקשה במסגרת הודעת הערעור; רוצה - יבקש לעכב את הדין בערעור ויעלה את הבקשה בפני הערכאה הדיונית. דומה, שייטכנו מקרים בהם נכון יהיה לנאשם לתקן את ערעורו וייטכנו מקרים בהם נכון יהיה עבורו לנקוט בדרך השנייה. הדבר יהיה תלוי, כמובן, בטיב הטענות שבפני המערער; בשאלה אם ברצונו לטעון רק על פי חומר הראיות שכבר הובא בפני הערכאה הדיונית, או שמא ברצונו לבקש להביא ראיות נוספות וכיוצ"ב.

12. פתרון זה נתלה בעניין גבוה, הוא פסק הדין שניתן על ידי בית המשפט העליון בעניין קורקין - ע"פ 4002/01 קורקין נ. מדינת ישראל, פ"ד נו(4) 250, (7.5.2002), בהרכב תלתה. מצב הדברים, שם, היה דומה לזה החל במקרה דנן, וכבוד השופט מצא סבר (בהסכמת השופטים א' פרוקצ'יה וא' לוי), כי בידי המערער ברירה - לתקן את ערעורו, או לפנות אל הערכאה הדיונית - אל בית המשפט המחוזי. וכך אמר, לגבי המערער: "... כיוון שמלכתחילה הגביל את ערעורו לעניין ההרשעה בלבד, היה בידו לבקש לתקן את ערעורו, וחזקה שאילו ביקש זאת, הייתה בקשתו נענית. וכשלעצמי, הריני נוטה לדעה כי היה בידו אף לפנות לבית-המשפט המחוזי בבקשה להפחתת עונשו". (עמ' 255 מול האות ז').

13. יש לתת את הדעת גם לכך, שסעיף 25 לתיקון חל גם על פסקי דין חלוטים, הן על פסקי דין שלא הוגש עליהם ערעור והן על פסקי דין שהוגש עליהם ערעור.

אם נאמר, כי במצב בו קיים ערעור תלוי ועומד, הסמכות לדון בבקשה לפי התיקון, מסורה רק לערכאת הערעור, ניצור מצב בו תיווצר **אפליה** בין שני סוגי מורשעים; בקשותיהם של מורשעים שערעורם תלוי ועומד בפני ערכאת הערעור, יידונו בפני ערכאת הערעור ואילו בקשותיהם של מורשעים שלא הגישו ערעור ופסקי הדין בעניינם הפכו חלוטים וכן אלה שהגישו ערעור לאחר פרסום התיקון יידונו, מטבע הדברים, על ידי הערכאה הדיונית. כך - לראשונים לא תהא זכות ערעור על ההחלטה/פסק הדין שיינתנו בעקבות הבקשה, בעוד שלאחרונים תהא זכות ערעור.

ודוק: תוצאה של בקשה, כפי שהגיש הנאשם בענייננו, יכולה להיות מתן הכרעת דין חדשה, שונה מהותית מהכרעת הדין עליה הוגש הערעור.

סבורה אני, כי נוכח כך ונוכח מהותה של זכות הערעור, לא ניתן לשלול את זכות הערעור מנאשם, באמצעות החלטה פרוצדוראלית בדבר הערכאה שתדון בבקשה. לטעמי, על הפרוצדורה ללכת, במקרה זה, אחר המהות.

12. לפיכך, לו דעתי הייתה נשמעת, היינו נותנים לנאשם את זכות הבחירה, כאמור, ושומעים את בקשתו.

ת. שרון-נתנאל, שופטת

השופטת רונית בש

אני מצרפת דעתי ומסכימה לאמור בהחלטת כב' האב"ד, סגן הנשיא, השופט רון סוקול. השאלה שבמחלוקת



היא, כאמור, הערכאה לה מוקנית הסמכות לדון בבקשה להחיל בתיק זה את תיקון 137 לחוק העונשין. לדידי, עם הגשת הערעור קמה הסמכות לדון בבקשה שבפנינו לערכאת הערעור, שכן הערכאה הדיונית "קמה מכסאה" ואינה מחזיקה יותר בתיק פעיל, כהגדרתו ע"י כב' השופט שטיין בבש"פ 213/19 הנזכר לעיל ע"י חבריי להרכב.

מן הראוי לאפשר בשלב זה את מיצוי הדיון בערכאת הערעור והרי יתכן, כאמור, שיתיתר הצורך להכריע בבקשת ההגנה אם יתקבלו טענותיה במישור העובדתי. במידה שיעלה צורך לשמיעת ראיות במסגרת דיון בבקשה, יושב ממילא הדיון בפני הערכאה הדיונית כך שזכותו של הנאשם לא תיפגע במישור זה.

בסיכומי של דבר, אני מסכימה לכל האמור בחוות דעתי של כב' האב"ד, השופט סוקול, ובדעה כי יש לדחות את בקשת ההגנה אשר מן הראוי כי תידון בפני ערכאת הערעור.

ר. בש, שופטת

אשר על כן הוחלט בדעת רוב השופטים רון סוקול ורונית בש, כנגד דעתה החולקת של השופטת תמר שרון נתנאל, לדחות את בקשת הנאשם.

המזכירות תשלח החלטה זו לצדדים.

ניתנה היום, ג' אדר ב' תשע"ט, 10 מרץ 2019, בהעדר הצדדים.

ת. שרון-נתנאל, שופטת

ר. בש, שופטת

**ר. סוקול, שופט
אב"ד**