

תפ"ח 24510/09/15 - מדינת ישראל נגד רagi גורבאן,

בית המשפט המחוזי בחיפה

תפ"ח 15-09-2015 מדינת ישראל נ' גורבאן(עציר)

בפני הרכב כב' השופטים:

רון סוקול [אב"ד]

תמר שרון- נתנאל

רונית בש

המאשימה

מדינת ישראל

עו"ז עוז צ' נמיובסקי מפרקליות מחוז חיפה (פלילי)

נגד

ragi גורבאן,

עו"ז ב"כ עזה"ד שלומי בלומנפלד

הנאשם

החלטה

השופט רון סוקול, סגן נשיא

1. ביום 26/4/2018 ניתנה הכרעת דין בגדירה קבענו כי הנאשם, ragi גורבאן המית ביריות את המנוח ראמי אסכנדר ז"ל. בהכרעת הדין הרשענו את הנאשם בעבירה של רצח בכונה תחיליה, עבירה לפי סעיף 300(א)(2) לחוק העונשין, התשל"ז - 1977. כן הרשענו את הנאשם בעבירות נוספות שאין רלבנטיות לבקשת הנוכחות. בעקבות הכרעת הדין ולאחר שמייעת טיעוני הצדדים ניתן ביום 2/12/2018 גזר דיןנו בגדרו הושת על הנאשם, בשל הרשעתו ברצח המנוח, עונש של מאסר עולם. על הכרעת הדין וגזר הדין הגיע הנאשם ביום 30/12/2018urreuer לבית המשפט העליון (ע"פ 18/9201).

2. ביום 1/1/2019 התקבל בנכנת תיקון מס' 137 לחוק העונשין (פורסם בס"ח 2779 מיום 10/1/2019) הכלול שינויי משמעותיים בעבירות ההמתה. בין היתר משנה התיקון את הגדרת רצח ויוצר הבחנה בין עבירת רצח שהעונש המרבי הקבוע בצדיה יהיה מאסר עולם, אך לא כעונש חובה, לבין עבירת רצח בניסיבות חמורות, שהעונש הקבוע בצדיה יהיה מאסר עולם חובה.

הבקשה

3. בבקשת המנוחת להכרעתנו כתת (בקשה מס' 118) עותר הנאשם לאפשר לו להשמיע טענותיו על מנת שבית המשפט ישקול את ביטול הרשעתו בעבירת הרצח בכונה תחיליה לפי סעיף 300(א)(2) לחוק העונשין, ואת עונש מאסר העולם שהושת עליי, 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 בצדיה מאסר עולם חובה.

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

4. בשים לב לטענות הצדדים זימנו דיון בಗדרו ביקשו את התקייבות הצדדים לסוגיות הסמכות. בסופו של דיון ביקשו הצדדים להגיש גם השלמת טיעון בכתב ולאחר מכן הוגש הגעה העת להכריע בטענת הסמכות.

דין והכרעה

5. תיקון 137 לחוק העונשין הביא למalfa בעבירות ההמתה (למעשה רק בעבירות הרצח והריגה). בעקבות התקיקון נקבעו שתי דרגות של עבירה הרצח; סעיף 300 לחוק המתוקן קובע עבירה רצח רגילה ולפיה יורשע ברצח "הגורם בכוונה או באדישות למוות של אדם". העונש המרבי הקבוע בצדיה של עבירת הרצח הוא מאסר עולם אין מדויב יותר בעונש חובה ועל-כן על בית המשפט Shirshuv נאשם בעבירה זו, יהיה לשקל 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 303א'. הסעיף מורה כי "הגורם בכוונה או באדישות למוות של אדם באחת מהנסיבות המפורטוות להלן, דין - מאסר עולם ועונש זה בלבד". בהמשך מפורטוות 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 בעונש חובה.

בצדיה של הוראה זו נקבעה גם אפשרות סטייה מעונש החובה שכן בסעיף 303(ב) לחוק המתוקן ניתן לבית משפט שיקול דעת לסתות מעונש החובה, "אם ימצא בית המשפט נימוקים מיוחדים שיירשמו, כי מתקיימות נסיבות מיוחדות שבשלן המעשה אינם 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 המתוקן קובע את הוראת התחוללה. בכלל, נקבע כי תחילתו של החוק המתוקן 6 חודשים מיום פרסוםו ככלומר ביום 10/7/2019. עם זאת קובע סעיף 25(ב) לחוק המתוקן גם הוראת מעבר:

על עבירה שבוצעה לפני יום התחלתה וטרם ניתן פסק דין חלות בעניינה יחולו הוראות סעיף 5(א) לחוק העיקרי; לעניין זה, בבואה לקבוע מהו הדין המקל על העושה, יבחן בית המשפט את מלאה ההסדר הקבוע בחוק העיקרי כנוסחו בחוק זה לעומת הסדר שהוא קבוע בחוק העיקרי לעניין גרים מות ערב יום התחלתה (להלן - הדין הישן).

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

נעבירה עבירה ובטרם ניתן פסק-דין חלוט לגביה, חל שינוי בנסיבות להגדרתה או לאחריות לה, או בנסיבות שעונש שנקבע לה, יכול על הענן החיקוק המקל עם העונה; "אחריות לה" - לרבות תחולת סיגים לאחריות הפלילית למעשה.

9. דומה שאין חולק כי שילוב הוראת המעבר בחוק המתќן, עם סעיף 5 לחוק העונשין, מחייבים את המסקנה כי החוק המתќן יכול גם בנסיבות תיק זה וכי יש מקום לבחון האם החוק המתќן מצדיק שינוי בהרשעתו או בגדרת דין של הנאשם. בחינת הטענות אינה מחייבות כמובן, שינוי בהרשעה או בגין דין שכן סעיף 5 מורה כי יש להחיל חיקוק מקל. במקרה הנוכחי הנאשם הורשע ברצח בכונה תחילת, לכואורה נסיבות ההרשעה תואמות את הוראת סעיף 300א(א)(1) לחוק הקבוע כי מקום שבו מעשה ההמתה "נעשה לאחר תכנון או לאחר הליך ממש של שקיילה וגיבוש החלטה להמית" יראו בכר נסיבה מחמירה. עם זאת טענות בעניין זה יהיה צריך לשמעו בנפרד. כן יתכן שהייה מקום לשמעו טענות בעניין תחולת הסיג הקבוע בהוראות סעיף 300א(ב) המשמיר את בית המשפט לסתות מעונש החובה.

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

11. נקודת המוצא בסוגיית הסמכות היא כי לאחר שערכאה הדינית סיימה את הדיון והכריעה במחלוקת שעדנו בפנינה, עוברת הסמכות לדון בכל בקשה לתיקון או לשינוי לערכאת הערעור, אלא אם נקבעו בדיון הוראות המאפשרות לערכאה הדינית לחזור ולדון בבקשתות מוגדרות (כמו למשל דחיתת ביצוע עונש לפי סעיף 87 לחוק העונשין, בקשהות בעניין חילוט נכסים (בש"פ 321/02 אבו שבב נ. מדינת ישראל פ"ד נ(4), 193 (...), תיקון טעות לפי סעיף 81 לחוק בתים המשפט, התשמ"ד - 1984 וכדומה).

12. בחוק המתќן אין כל הוראה המסמיקה את הערכאה הדינית לשוב ולבחון האם החוק המתќן מקל עם הנאשם, כמובן סעיף 5 לחוק העונשין, והאם יש להחילו. בהעדר הוראה מסמיקה יש להחיל את הכלול ולפיו לאחר שבית המשפט "קם מכיסאו" אין הוא מוסמך יותר לדון בהליך.

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

באומרי "תיק פעיל", כונתי לשני אלה: (1) תיק שטרם הוכרע בפסק דין ובקרה של הרשות הנאשם, גם בגין דין; וכן (2) תיק שהוכרע בפסק דין ובקרה של הרשות הנאשם, גם בגין דין שטרם הפרק לחילוט וועלוי ניתן עדין לערעור. מטעמים מובנים, תיק שהפרק לחילוט אינו בגדר "פעיל", ואילו תיק שהוגש לגבי ערעור וועקב לכך מועבר לערכאת הערעור אינו בגדר

תיק שМОחזק בידי הערכאה הדינית.

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

פישיטה שם הגיש ערעור על פסק הדין, בידו להעלות את בקשתו להפחחת עונשו לפני ערכאת הערעור. אך דומה שגם אם לא הגיש ערעור - ופסק הדין בעניינו טרם הפרק חלוט - בידו לשוב אל בית המשפט שגזר את עונשו ולבקש לשוב ולקבוע את עונשו על -פי החקירה המקל.

מדוברים אלו אנו למדים כי בית המשפט סבר שניתן לשוב לערכאה הדינית רק אם טרם הוגש ערעור, ככלומר כאשר הערכאה הדינית עדין "מחזיקה בתיק פועל". עם זאת כאשר הוגש ערעור הסמכות עוברת לערכאת הערעור.

14. טוען בא כוח הנאשם כי שיקולי ייעילות מחיבים כי בית משפט זה ידון בטענות שכן ישנה אפשרות שערכאת הערעור תמצא לנכון להציג את הדיון בבית המשפט המחויז לשמייעת טענות וראיות. טענה זו אינה מספקת כדי להקנות לבית המשפט סמכות. יתרה מזו, לא בטוח שהזויי הדרך היילה דווקא. ערכאת הערעור עשויה להתעורר במקרים העובדים שנקבעו על ידנו ולקבוע כי לא הוכחה אשמת הנאשם וליתר את הדיון בעניין הוראת החיקוק שבה יושרעו ובונש המגע; ערכאת הערעור עשויה לחסוב שלאור הממצאים שנקבעו אין בחיקוק המתוקן כדי להקל על הנאשם וכן קר' יתרה הדיון. על כן, ברור כי שיקולי ייעילות אינם מחיבים דיון בטענות כבר כתעת 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 דינית 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 ארכאה לנאשם לפרט את נימוקי הערעור ניתן להסיק כי בית המשפט העליון לא שלל את סמכותו של בית משפט זה לדינה להידחות. רשם בית המשפט העליון, רון גולדשטיין, ציין מפורשות כי אינו נדרש להביע דעתו בעניין הסמכות העניינית ולכן אין למוד מהחלטתו מאום.

17. בשים לב לכל האמור הגעתו למסקנה כי בית משפט זה אינו מוסמך לדון בטענותו של הנאשם לעניין תחולת החוק המתוקן ועל-כן יצא לחברותי לדחות את בקשתו.

**ר. סוקול, שופט
אב"ד**

השופט תמר שרון נתנאל

1. לאחר שקרأت את חוות דעתו של כבוד האב"ד, השופט ר' סוקול ולאחר ששאלתי בדבר, הגעת למסקנה כי עלינו לדון בבקשת שהגיש הנאשם, לגופה.

כפי שפירט כבוד האב"ד, מדובר בבקשת, שהוגשה בעקבות תיקון 137 לחוק העונשין, בה התקבשו לשנות את הרשות הנאשם, מהרשותה בעבירות רצח, שהעונש הקבוע בצדה הוא מאסר עולם כעונש חובה, להרשותה בעבירות רצח שהעונש המרבי הקבוע בצדיה יהיה מאסר עולם, לא כעונש חובה.

2. כבוד האב"ד סבור כי במקרה בו תלוי ועומד ערעור על הכרעת הדיון, הסמכות לדון בבקשת שכזו מסורה לערצתה הערעור בלבד.

דעתי אחרת. לטעמי, נכון יהיה לקבוע כי הסמכות מסורתה, בראש ובראשונה, לערצתה הדינית (אליה פנה הנאשם במקרה דנן). יחד עם זאת, סבורה אני כי אין בכך כדי לשלול את סמכותה של ערצתה הערעור לדון בבקשת שכזו, ככל שנאשם יבחר להעלות את הטענה בפניה (לא שפנה קודם לכן לערצתה הדינית).

abhängig את נימוקי;

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

4. בעבר, בהתייחס לסעיף 300א(א), אשר הוסיף במסגרת תיקון 39 לחוק העונשין ואשר אפשר להמיר **עונש של מאסר עולם בעונש מופחת, דין בית המשפט העליון** (בנסיבות דומות לענייננו) בבקשתו, שהועל, 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 בטיעוניו.

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

5. כפי שציין כבוד האב"ד, סעיף 5(א) לחוק העיקרי, אליו מפנה הוראת סעיף 25(ב) לתיקון, אינו קובל אליו ערצתה תדוע בבקשת לשנות את הכרעת הדיון, בהתאם לחקיקת המქל, כפי שהוא תוכן בתיקון 127.

אכן, גם כאשר ניתן להגיש בקשה מסוימת (בהליך פלילי), הן לערצתה הדינית והן לערצתה הערעור, "קו פרש特 המים" הוא, דרך כלל, מועד הגשת הערעור. כך, למשל, בקשה לדחיה ביצוע העונש, על פי סעיף 87 לחוק העונשין. בקשה כזו ניתן להגיש לערצתה הדינית, או לערצתה הערעור, בהתאם למועד הגשת הערעור. "כאשר הדחיה

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

כך גם קבע כבוד השופט שטיין בבש"פ 213/19 פלוני ג. מדינת ישראל (6/2/2019), לגבי בקשה להמצאת חומר証據, באמרו כי הערכתה הדינית "תחזק בידיה את הסמכות האמורה עד להפיקת פסק-דין"ה להחליט או עד להגשת ערעור על פסק דין, לפי המוקדם".

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

הפתח שפתחה הוראה המעביר שבתיון, בפניו נאשם, הוא לבקש **לשנות את הכרעת הדין**, באופן שייקבע כי יש להמיר את הרשותו הנאשם, מהרשותה ברצח שהעונש בצדה הוא מסר עולם חובה, להרשותה ברצח "בדרגה פחותה", אליה נלוות ענישה פחותה. זאת - על ידי בינה מחדשת של חלק מהמצאים ומהמסקנות שנקבעו על ידי הערכתה הדינית, בין ללא הבאת ראיות נוספות, ובין לאחר הבאת ראיות נוספות, אשר הפכו לרלבנטיות רק לאחר התיקון.

מדובר, אפוא בבקשת **לשינוי מהותי של עצם הכרעת הדין**, עליה הוגש הערעור ולא בהחלטה, **הנלוות להרשותה**, ואין בה כדי לשנות ממשנה, כפי המקרים שנדונו בפסקה עד כה.

7. בrama העקרונית, בינה מהותית שכזו ראוי לה שתיעשה על ידי הערכתה הדינית. זאת - משני טעמים עיקריים.

האחד - היכרותה של הערכתה הדינית את חומר הראיות.

השני - זכות הערעור.

8. הטעם הראשון - על פני הדברים, היכרותה של הערכתה הדינית את חומר הראיות, **לעומקו, לאורכו ולרוחבו**,تبיא לכך שהධין בבקשתה יהיה קצר יותר ויכול יותר ונכון יותר. דין בפני הערכתה הדינית שכן יותר עשוי להשוך זמן רב, גם לעניין עצם השאלה אם יש לשמעו ראיות נוספות, אם לאו. זאת ועוד - הליך שמייעת ראיות נוספות (כל שיקבע שיש בו צורך) יעשה, מילא, רק בפני הערכתה הדינית ולא בפני ערכאת הערעור.

אמנם, גם כאשר הבקשה מוגשת בפני ערכאת הערעור, רשאית היא להחזיר את הדין לערכתה הדינית (כל שתשתכנע שיש לשמעו ראיות נוספות) אולם עד שתעשה כן עלולים לעבור חודשים רבים ובמקרה זהה ידחה הדיון, לגופם של דברים, פרק זמן משמעותי.

אמנם, ככל שbaşı הנאשם טענות טובות, אשר יתכן שי��או לזכיו, יתכן שעדייף עבورو, שהענין כלו יידן בפני ערצת הערעור, ותקצר דרכו לשחררו, אולם (כפי שיווהר להלן) אין בהחלטתי כדי למנוע מנאשם לבחור "בקיצור הדרך".

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

מצאת אני ממש בטענת הסגנון לפיה, בהגשת הבקשה לערכאת הערעור מפסיד הנאשם את זכותו לערעור, שהרי בית המשפט העליון הוא הערכאה האחורה.

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

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

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

ערעоро של הנאשם דן, לבית המשפט העליון, הוגש ימים ספורים בלבד לפני שפורסם תיקון 137. מקרים אלה, בהם הבקשה מוגשת "בשלב ביןיהם" שכזה, הם מיעוט המקרים אשר יכול שיידנו על פי תיקון 137. שכן הם יכולים להיווצר רק בתקופת הבניים שבין פרסום תיקון לבין מתן פסק דין בערעוורים שכבר הוגשו. מקרים אלה (כפי המקרה דן) "נופלים בין הנסיבות". דומה שאין חולק, כי כל שאר המקרים (בקשות שתוגשנה לפני שהוגש ערעור ובקשות שתוגשנה בגין לפסק דין חלוטים) ידונו על ידי הערכאה דיןונית.

.11. אני סבורת שמדובר זו צריכה להכריע בשאלת אם תהיה לנאשם זכות ערעור על ההחלטה/פסק דין שיתקבלו בבקשתו, אם לאו. את "התקללה" זו, הנובעת מ מצב הבניים בו אנו מצאים, שבעוני היא תקללה "טכנית", ניתן לפתור על ידי כך שהנאשם יגיש לבית המשפט העליון, בקשה לעכב את הדיון בערעוור, עד לאחר שבית משפט זה יdone בבקשתו ויחליט בה. במאמר מוסגר אומר, מבלתי הביע עמדה לכך, כי יתכן שהמערער רשאי לבקש מחיקת הערעור תוך שמירת זכותו לשוב ולהגישו לאחר שתתקבל על ידינו החלטה לגופה של בקשתו.

סבירה אני כי, במצב דברים זה, ראוי היה להותיר את הבחירה בידי הנאשם; רוצה - יתכן את ערעורו, אך שיכלול את הבקשה במסגרת הودעת הערעור; רוצה - יבקש לעכב את הדיון בערעור ויעלה את הבקשה בפני הערכאה הדינית. דומה, שיתכננו מקרים בהם נconi יהיה לנאים לתקן את ערעורו וייתכננו מקרים בהם נconi יהיה עבورو לנקטוט בדרך השניה. הדבר יהיה תלוי, כמובן, בטיב הטענות שבפי המערער; בשאלת אם ברצונו לטעון רק על פי חומר הראות שכבר הובא בפני הערכאה הדינית, או שמא ברצונו לבקש להביא ראיות נוספות וכיוצא ב.

12. פתרון זה נטלה בעניין גבוהה, הוא פסק הדיון שניתן על ידי בית המשפט העליון בעניין קורקן - ע"פ 01/2002 קורקן ג. מדינת ישראל, פ"ד נ(4) 250, (7.5.2002), בהרכבת תלתה. מצב הדברים, שם, היה דומה לזה החל במרקחה דין, וכבוד השופט מצא סבר (ב הסכמת השופטים א' פרוקצ'יה וא' לוי), כי **בידי המערער ביריה** - לתקן את ערעורו, **או** לפנות אל הערכאה הדינית - אל בית המשפט המחוזי. וכך אמר, לגבי המערער: "... כיוון שלמכתחילה הגביל את ערעורו לעניין הרשעה בלבד, היה בידו לבקש **لتיקן את ערעורו**, וחזקה שאילו ביקש זאת, הייתה בקשתו נוענית. וכשלעצמו, הריני נוטה לדעה כי היה בידו אף **לפנות לבית-המשפט המחוזי בבקשת להפחחת עונשו**". (עמ' 255 מול האות ז').

13. יש לתת את הדעת גם לכך, שסעיף 25 לתיקון חל גם על פסקי דין חולתיים, 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 בבקשתה לפי התקoon, מסורה רק לערכאת הערעור, נוצר מצב בו תיווצר **אפליה** בין שני סוגי מורשעים; בקשوتיהם של מורשעים שעורעורם תלוי ועומד בפניו ערכאת הערעור, ידונו בפניו ערכאת הערעור ואילו בקשوتיהם של מורשעים שלא הגיעו ערעור ופסקו הדיון בעניינם הפכו חולתיים וכן אלה שהגישו ערעור לאחר פרסום התקoon יידומו, מطبع הדברים, על ידי הערכאה הדינית. כך - לראשונה לא תהא זכות ערעור על ההחלטה/פסק הדין שייתנו בעקבות הבקשה, בעוד שلاحرون זכות ערעור.

ודוקן: תוכאה של בקשה, כפי שהגיש הנאשם בעניינו, יכולה להיות מתן **הכרעת דין חדשה, שונה מהותית** מהכרעת הדיון עליה הוגש הערעור.

סבירה אני, כי נכון לכך ונוכח מהותה של זכות הערעור, לא ניתן לשולח את זכות הערעור למנאים, באמצעות החלטה פרוצדורלית בדבר הערכאה שתדון בבקשתה. לטעמי, על הפרוצדורה לлечת, במקרה זה, אחר המהות.

12. לפיך, לו דעתי הייתה נשמעת, היינו נתונים לנאים את זכות הבחירה, כאמור, ושומעים את בקשתו.

ת. שרון-נתנאל, שופט

השופט רונית بش

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

היא, כאמור, הערכאה לה מוקנית הסמכות לדון בבקשת להחיל בתיק זה את תיקן 137 לחוק העונשין. לדידי, עם הגשת הערעור כמה הסמכות לדון בבקשת שבפנינו לערצת הערעור, שכן הערכאה הדינית "קומה מכסהה" ואינה מחייבת יותר בתיק פועל, כהגדרתו ע"י כב' השופט שטיין בבש"פ 213/19 הנזכר לעיל ע"י חבריו להרכוב.

מן הרاءו לאפשר בשלב זה את מיצוי הדיון בערכאת הערעור והרי יתכן, כאמור, שיתיתר הצורך להכריע בבקשת ההגנה אם יתקבלו טענותיה במישור העובדתי. במידה שעה צורך לשמעית ראיות במסגרת דיון בבקשתה, יושב ממילא הדיון בפני הערכאה הדינית כך שזכותו של הנאשם לא תיפגע במישור זה.

בסיכוןו של דבר, אני מסכימה לכל האמור בחוות דעתו של כב' האב"ד, השופט סוקול, ובductה כי יש לדחות את בקשה ההגנה אשר מן הרاءו 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 בקשה הנאשם.

המציאות תשלח החלטה זו לצדים.

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

ת. שרון-נתנאל, שופטת

ר. בש, שופטת

ר. סוקול, שופט

אב"ד