



## רע"פ 523/13 - שלום דזנשוילי נגד מדינת ישראל

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פליליים

רע"פ 523/13

לפני:  
כבוד השופט ח' מלצר  
כבוד השופט י' עמית  
כבוד השופטת ד' ברק-ארז

המבקש: שלום דזנשוילי

נ ג ד

המשיבה: מדינת ישראל

בקשת רשות ערעור על פסק-דין של בית המשפט  
המחוזי בחיפה (כב' השופטים: ש' ברלינר (סג"נ); י' גריל  
(סג"נ) ו-ב' בר-זיו), שניתן בתאריך 13.01.2013 בע"פ  
28456-10-12

בשם המבקש: עו"ד יונתן דדון; עו"ד לימור דדון

בשם המשיבה: עו"ד מאיה חדד; עו"ד עידית פרג'ון

### פסק-דין

השופט ח' מלצר:

1. לפנינו בקשת רשות ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בחיפה (סגן הנשיאה, כב' השופט ש'

עמוד 1



ברלינר; סגן הנשיאה, כב' השופט י' גריל וכב' השופטת ב' בר-זיו) ב-ע"פ 28456-10-12, שבגדרו אושר פסק-דין של בית משפט השלום בחיפה (כב' השופט ז' פלאח) ב-ת"פ 39761-04-10. במסגרת פסק-דין של בית משפט השלום הנכבד הורשע המבקש בעבירות של: זיוף שטרות כסף ומטבעות, קשירת קשר לביצוע פשע של מכירת ציוד לזיוף כסף וכן בעבירות שונות של החזקת פריטים אסורים (כל אלו בהתאם לכתב אישום מתוקן שהוגש נגדו, שיפורט בהמשך), ונגזרו עליו העונשים הבאים: 24 חודשי מאסר בפועל (בניכוי ימי מעצרו מתאריך 18.04.2010 ועד לתאריך 28.12.2010), הפעלת מאסר על תנאי בן 12 חודשים, שהיה תלוי ועומד נגדו (מחציתו במצטבר ומחציתו בחופף) וכן שישה חודשי מאסר על תנאי (כשהתנאי הוא שהמבקש לא יעבור במשך שלוש שנים מיום שחרורו, אחת, או יותר מהעבירות בהן הורשע).

הערה: המבקש היה מיוצג בפני בית משפט השלום הנכבד על-ידי בא-כח אחר מזה שייצגו בערעור בבית המשפט המחוזי הנכבד ומאלה שמייצגים אותו כעת. לפיכך, בא-כחו של המבקש בפני בית משפט השלום הנכבד – יקרא להלן: בא-הכח הראשון ובא-כחו של המבקש בפני בית המשפט המחוזי הנכבד, המייצגים אותו גם כעת – יקראו להלן: בא-הכח הנוכחי, או בא-כח המבקש.

2. השתלשלות האירועים, מושא בקשת רשות הערעור שלפנינו, פורטה בהרחבה על ידי בית המשפט המחוזי הנכבד ולפיכך אחזור ואזכיר כאן רק את תמצית הדברים. זה המקום להוסיף ולציין כי בהחלטה מתאריך 21.01.2013 עוכב ביצוע עונש המאסר שהושת על המבקש בתיק שלפנינו – עד להחלטה אחרת, ואולם ביני לביני ריצה המבקש עונש מאסר בגין הרשעתו בתיק אחר.

אעבור עתה לפירוט הדברים.

הנתונים הצריכים לעניין

3. נגד המבקש הוגש בתאריך 29.04.2010 כתב אישום במשותף עם נאשמים נוספים (שעניינם איננו לפנינו כעת). שני אישומים ייחסו למבקש ביצוע של עבירות זיוף שטרות כסף ומטבעות (להלן: כסף מזויף) – עבירות לפי סעיפים: 462 ו-477 לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין)) ועבירה של קשירת קשר לביצוע פשע של מכירת ציוד לזיוף כסף (עבירה לפי סעיפים: 499(א)(1) ו-477(2) לחוק העונשין). באישום נוסף ייחסו למבקש עבירות שונות של החזקת פריטים אסורים, לרבות: כסף מזויף (ישראלי וזר), אקדח בלתי-מורשה ותחמושת לאקדח, חומר המשמש להטבעת מפתחות (לשם העתקתם לצורכי פריצה) ומספר פריטים שנחשדו כגנובים, לרבות שלושה שעונים (עבירות לפי סעיפים: 144(א) סיפא, 409, ו-413 לחוק העונשין).

להלן יפורטו עיקרי ההלך, שהתנהל בבית משפט השלום הנכבד.

4. בתחילת הדרך, במסגרת ישיבת ההקראה, כפר המבקש (וכן יתר הנאשמים) ברוב עובדות כתב האישום, ואולם בישיבה שהתקיימה בתאריך 08.01.2012 הודיע בא-כח המשיבה לבית משפט השלום הנכבד כי הצדדים הגיעו להבנה, שלפיה תיבדק האפשרות לבצע תיקון בכתב האישום וכי עדכון על כך יימסר במסגרת הישיבה הבאה. בהתאם, עניינו של המבקש נדחה לישיבת תזכורת במועד מאוחר יותר, לא לפני שבא-כחו הראשון הצהיר בפני בית המשפט כי:



"בכל מקרה, הנאשם [המבקש כאן - הבהרה שלי - ח"מ] לא ינהל את התיק ויודה במיוחד לו. בישיבה הבאה אנו נטען יחד עם כולם לעונש".

5. בישיבה שהתקיימה בתאריך 23.01.2012 מסר בא-כח המשיבה לבית משפט השלום הנכבד כי הושג הסדר טיעון עם המבקש, שבמסגרתו יוגש כתב אישום מתוקן, אך הובהר כי הסדר הטיעון איננו כולל הסכמה לעניין העונש. כתב אישום מתוקן אכן הוגש לבית משפט השלום באותה ישיבה. יצוין כבר עתה כי התיקון היחיד שנעשה בכתב האישום המתוקן היה בהשמטה של שלושה פריטים (שעונים) מרשימת הפריטים החשודים כגנובים (אשר פורטה במסגרת האישום הרביעי בכתב האישום המקורי).

באותה ישיבה הודה המבקש בעובדות כתב האישום המתוקן והורשע בעבירות שיוחסו לו.

6. בתאריך 23.09.2012, כשמונה חודשים לאחר הרשעתו של המבקש, נשמעו הטיעונים לעונש. בא-כח הראשון של המבקש העלה טענות בנוגע למצבו הרפואי של המבקש וכן טענות בדבר חרטתו ובדבר הצורך להתחשב בזמן ששהה במעצר. כן טען בא-כח המבקש טענה נוספת, באלו המילים:

"לנאשם 5 [המבקש כאן - ח"מ] אין קשר לאישום הראשון והאישום השני ומבלי להקל ראש בעבירה, הוא לא הדומיננטי. מפנה לתיקון של כתב האישום שמדבר בעד עצמו. הנאשם טען שהוא מצא את אותו תיק בעת שעשה הליכה ומצא את השטרות שנמצאו במחסן".

[הערה: האישום הראשון אכן לא יוחס למבקש, אולם במסגרת האישום השני, אשר יוחס לו, הודה במסגרת הסדר הטיעון, והורשע בו. יתכן שב"כ המבקש לא דייק בכך, או שביקש להמעיט מחלקו של המבקש באישום זה - ח"מ].

7. בישיבת בית המשפט הנ"ל, שהתקיימה בתאריך 23.09.2012, גזר בית משפט השלום הנכבד את דינם של המבקש ושל יתר הנאשמים. על המבקש הוגש עונש של שלושים חודשי מאסר בפועל, בניכוי ימי מעצרו, וכן עונש מאסר על תנאי בן שישה חודשים (כשהתנאי הוא שהמבקש לא יורשע באחת, או יותר מהעבירות בגין הורשע בתיק מושא כתב האישום המתוקן).

בתום הישיבה ולאחר שהמבקש ובא-כחו יצאו מאולם בית המשפט, אך טרם שבית המשפט "קם מכסאו", על פי התבטאותו של בית המשפט, הורה בית משפט השלום הנכבד על תיקון גזר דינו של המבקש, באופן הבא: במקום 30 חודשי מאסר בפועל - הוגשו על המבקש 24 חודשי מאסר בפועל, אך הופעל עליו מאסר על תנאי בן 12 חודשים, שהיה תלוי ועומד נגדו, כך שמחציתו ירוצה במצטבר ומחציתו ירוצה בחופף.

הנה כי כן - גזר הדין תוקן למעשה מבחינת מבנהו, אך התוצאה האופרטיבית באשר לאורך תקופת מאסרו של המבקש נותרה זהה.



8. המבקש הגיש בעקבות זאת ערעור לבית המשפט המחוזי הנכבד. במסגרת ערעורו עתר המבקש כי יתאפשר לו לחזור בו מהודייתו בעובדות כתב האישום המתוקן, בהתאם להוראות סעיף 153(א) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982 (להלן: חסד"פ). את הבקשה לאפשר למבקש לחזור מהודייתו העמיד בא-כח המבקש על הטעמים הבאים:

(א) המבקש מסר את הודייתו מבלי שהיה מסוגל להבין את משמעותה וכשהוא סבור, בטעות, כי הוגש בעניינו כתב אישום מתוקן המשקף נאמנה את גרסתו, כפי שהשמיע אותה במשטרה. לטענת המבקש, בעת שהודה - הוא סבר שכתב האישום המתוקן כולל רק את העבירה של החזקת רכוש אסור שהופיעה בכתב האישום המקורי.

(ב) טעותו של המבקש בדבר העובדות שבהן הודה - המשיכה להתקיים, לטענתו, גם במהלך הטיעונים לעונש, ודברי בא-כחו הראשון של המבקש במהלך הטיעונים לעונש רק חיזקו את הבנתו השגויה של המבקש. לטענת בא-כח המבקש, בנסיבות שתוארו - לא ניתן היה לצפות מהמבקש כי יבין שהודה למעשה בעובדות כתב האישום המקורי בתיקון קל בלבד.

(ג) בפועל לא הוסברו למבקש ולא הוקראו לו העובדות שבהן הודה.

(ד) כתב האישום המתוקן, שבגינו הורשע המבקש - לא תוקן כלל ביחס לכתב האישום המקורי, וזאת חרף הצהרתה המפורשת של המשיבה בדבר הגשת כתב אישום מתוקן (בהמשך בירורו של הערעור בפני בית המשפט המחוזי הנכבד הגיש בא-כח המבקש טיעונים משלימים שבמסגרתם ציין כי אמנם הובהר לו על ידי המשיבה שכתב האישום תוקן, ואולם זאת רק על-ידי השמטת המילים: "שלושה שעונים" מכתב האישום, כמפורט לעיל).

(ה) בא-כחו של המבקש סבר, לאחר שעיון בחומר החקירה הגולמי, שלמבקש היתה הגנה של ממש כנגד העבירות שיוחסו לו - וגם מסיבה זו ביקש להתיר למרשו לחזור בו מהודייתו.

יצוין כבר כעת כי במסגרת הדיון בעתירתו של המבקש לחזרה מהודאתו, בעקבות טענת המבקש לכשל בייצוג - הגיש בא-כחו הראשון של המבקש (אשר ייצג אותו כאמור בהליך הדיוני) תגובה בכתב. במסגרת התגובה הוא פירט בתמצית את עמדתו בנוגע להשתלשלות האירועים סביב הודיית המבקש בעובדות כתב האישום המתוקן, כפר בעיקר ודחה למעשה את טענת הכשל בייצוג.

9. בא-כח המבקש העלה בפני בית המשפט המחוזי הנכבד גם טענות חלופיות, אשר כוונו כנגד העונש שנגזר על המבקש. נטען כי בית משפט השלום לא נתן את המשקל הראוי למצבו הרפואי של המבקש וכי העונש שהוטל עליו חורג מרף הענישה המקובל ביחס לעבירות שבהן הורשע.

10. לאחר שנשמעו הטענות בפני בית המשפט המחוזי הנכבד, בא-כח המבקש הגיש לבית המשפט המחוזי בקשה להשלמת טיעונים בשים לב לעובדות חדשות שנודעו לו, לטענתו, אשר הוא סבר כי יש בהן כדי להשפיע על עניינו



של המבקש. במסגרת הטענות המשלימים ציין בא-כח המבקש כי הובהר לו על-ידי נציג המשיבה שבדיון שהתקיים בבית משפט השלום בתאריך 08.01.2012 - בית המשפט הודיע לכל הנאשמים מהו העונש, אשר יוטל עליהם. לטענת בא-כח המבקש, העובדה שבית משפט השלום הנכבד הודיע לצדדים מה צפוי להיות עונשם - טרם שנשמעו טענות לעונש - מהווה פגם דיוני, שלגביו ציין בא-כח המבקש כי: "הליך המתנהל כמתואר לעיל הינו בטל מעיקרו".

11. בקשה נוספת להשלמת טענות, שהגיש בא-כח המבקש, עסקה באופן הפעלת עונש המאסר המותנה, שנתפסה על ידי בא-כח המבקש כפעולה שנעשתה במעמד צד אחד בלבד (מאחר שנעשתה לאחר צאת המבקש ובא-כחו מאולם בית המשפט). בתגובה לבקשה הנ"ל טענה באת-כח המשיבה כי המאסר המותנה הופעל כדין, שכן לשיטתה יש לראות בעבירות הזיוף שבהן הורשע המבקש - משום "עבירת רכוש", ולכן התנאי היה בר הפעלה.

#### פסק-דינו של בית המשפט המחוזי הנכבד

12. בית המשפט המחוזי הנכבד דחה את ערעורו של המבקש, על כל טענותיו. בכל הנוגע לבקשה לאפשר למבקש לחזור בו מהודייתו נקבע כי אין הצדקה לאפשר לו לעשות כן. בית המשפט המחוזי הנכבד דחה את טענותיו של המבקש, שלפיהן לא הבין מה הן עובדות כתב האישום המתוקן שבהן הודה, וזאת, בין היתר, על יסוד הנימוקים הבאים:

(א) בפרוטוקול הדיון שנערך בתאריך 23.01.2012, נאמר, מפי בא-כחו הראשון של המבקש, כי הוא הקריא למרשו את עובדות כתב האישום, וכי זה השיב "מודה", לאחר שאישר כי הבין את העובדות.

(ב) בא-כחו הראשון של המבקש ציין בתגובתו במפורש כי הסביר למבקש את מהות תיקון כתב האישום ואת עובדותיו, כמו גם את מהות הסדר הטיעון שנערך.

(ג) הזמן שחלף ממועד הכרעת הדין ועד למועד גזירת הדין הותר שהות מספיקה למבקש להרהר בדבר הודייתו, טרם גזירת דינו.

(ד) בית המשפט המחוזי הנכבד ציין כי: "ערב מתן גזר דינו של בית משפט קמא בתיק זה, הספיק המערער [המבקש כאן - ח"מ] לצבור שמונה הרשעות קודמות, ומכאן שהתנהלות ההליכים בבית המשפט לא היתה זרה [לו]". בית המשפט המחוזי הנכבד ציין כי הדבר איננו מתיישב עם הטענה שהמבקש לא הבין את כתב האישום המתוקן שבו הודה.

(ה) התיקון המינורי, יחסית, של כתב האישום המקורי במסגרת כתב האישום המתוקן - השמטת 3 פריטים (שעונים) מרשימת הפריטים החשודים כגנובים - הוסבר לבית המשפט המחוזי הנכבד באופן שהניח את דעתו (והדבר נעשה על-ידי בא-כח המדינה, עו"ד שגב אדלר, אשר ייצג את המשיבה גם בדיון שהתקיים בפני בית משפט השלום הנכבד בתאריך 08.01.2012).



13. אשר לטענת בא-כח המבקש כי בית משפט השלום הנכבד הודיע לנאשמים מה העונש שעתידי להיגזר עליהם, טרם שנשמעו טיעונים לעונש – ציין בית המשפט המחוזי הנכבד את הדברים הבאים:

"נציין כי לפי הנטען בפנינו הביא בית משפט קמא לידיעת הנאשמים, עוד בישיבה מיום 8.1.2012, מהו העונש שעומד להיות מוטל על כל אחד מהם. משמע, שהמערער הסכים להסדר מתוך מודעות לעונש שהוא צפוי לו. אין בפנינו שמץ של טענה כאילו העונש שהוטל על המערער בסופו של יום, היה חמור מן העונש שבית המשפט הודיע עליו מראש לצדדים בישיבה מיום 8.1.2012" (ההדגשה במקור – ח"מ).

ראויים לציון בהקשר זה גם אמירות נוספות של בית המשפט המחוזי הנכבד בנוגע לטיעוניו של המבקש באותו עניין:

"...לטעמנו קיימת סתירה מסויימת בין סעיף 10 להשלמת הטיעונים, לבין סעיף 14. דהיינו, לפי סעיף 10 של השלמת הטיעונים, סניגורו דאז של המערער [המבקש כאן – ח"מ] ידע בישיבת 23.09.12 (ישיבת הטיעונים לעונש) מהו העונש שיוטל על המערער, עובדה שלא היתה ידועה למערער, ואילו בסעיף 14 נטען שעוד בישיבת 08.01.2012 שמע המערער מהו העונש הצפוי לו, וסירב להודות" (ההדגשה במקור – ח"מ).

14. בנוגע לטענות שעניין אופן הפעלת המאסר המותנה, קבע בית המשפט המחוזי הנכבד כי יש לקבל את עמדת המשיבה ולראות בעבירות של זיוף שטר כסף וזיוף מטבע פשוטה, שהופיעו בכתב האישום המתוקן, משום "עבירת רכוש מסוג כלשהו" (כנוסח התנאי שהופעל), כך שעצם ביצוען מצדיק את הפעלת התנאי. בהקשר זה ציין בית המשפט המחוזי הנכבד כי:

"המבחן להפרת התנאי אינו מבחן טכני-פורמלי אלא מבחן מהותי, ענייני, והשאלה הרלוונטית היא אם התנהגותו הפלילית של הנאשם... מקיימת את היסודות של עבירת התנאי".

15. בית המשפט המחוזי הנכבד דחה בסוף פסק-דינו גם את טענות המבקש לעניין חומרת העונש שנגזר עליו. בהקשר זה נקבע כי נוכח סוג העבירות שבהן הורשע המבקש – העונש שנגזר על המבקש אינו חורג מרף הענישה המקובל. כן נדחתה טענתו של המבקש כי בית משפט השלום הנכבד לא נתן משקל ראוי למצבו הרפואי הקשה.

טענות הצדדים בהליך שלפנינו

16. במסגרת בקשת רשות הערעור שלפנינו, המבקש חזר למעשה על מרבית הטענות שהעלה בפני בית המשפט המחוזי הנכבד. כדי לבסס את בקשתו לערער ב-"גלגול שלישי" – טען בא-כח המבקש כי הבקשה מעוררת את הסוגיות המשפטיות הבאות:



א. "חזרה מהודייה" במסגרת הליך הערעור: בא-כח המבקש טען כי אף שקיימים בפסיקה מבחנים וכללים שונים בדבר השאלה אימתי יש להתיר לנאשמים לחזור בהם מהודייתם - מעולם לא נדונה השאלה מהו נטל ההוכחה ורמת ההוכחה הנדרשים בעת בירור קיומן של נסיבות מיוחדות המצדיקות חזרה מהודייה. כן טען בא-כח המבקש כי טרם נקבעו בפסיקה כללים לבירור עובדתי של טענות מסוג זה.

ב. ההשלכות של ניהול הליך בלתי תקין: טענת בא-כח המבקש בהקשר זה היא כי נפל פגם מהותי בניהול ההליך על-ידי בית משפט השלום הנכבד, בכך שגילה דעתו מבעוד מועד מה צפוי להיות עונשו של המבקש. לשיטת בא-כח המבקש, הדבר מעורר שאלה משפטית בדבר הנפקות של ניהול הליך בלתי-תקין כאמור.

ג. הפעלת המאסר המותנה: בא-כח המבקש טען כי נפלו פגמים באופן הפעלתו של עונש המאסר המותנה, שהיה תלוי ועומד נגד המבקש בגין עבירה קודמת שבה הורשע. בין היתר נטען כי הפעלת המאסר המותנה ללא נוכחותם של המבקש, או בא-כחו - מהווה פגם. מעבר לכך, לטענת בא-כח המבקש, מתעוררות בהקשר זה גם שאלות משפטיות הנוגעות לתחולתו של המאסר המותנה, לחובת ההנמקה בעת הפעלתו ולאופן הפעלתו.

17. בהחלטה מתאריך 20.03.2013 התבקשה המשיבה להגיש את תגובתה לבקשה. בתגובה טענה באת-כח המשיבה כי טענותיו השונות של המבקש אינן מעוררות, לשיטתה, שאלה כללית החורגת מעניינם של הצדדים, ולפיכך אינן עומדות בקריטריונים שנקבעו בפסיקה לאישור בקשות ערעור ב-"גלגול שלישי". באת-כח המשיבה גם התייחסה לטענות המבקש לגופן, שיאזכרו בהמשך במקום שנדרש לכך.

18. הבקשה הועברה לדיון בפני הרכב וביום הדיון באי-כוח הצדדים חזרו על הטענות שהעלו בכתבי טענותיהם הקודמים. יחד עם זאת בדיון הובהר המצב העובדתי לאשורו בנוגע לטענה שבית משפט השלום הודיע למבקש מה צפוי להיות עונשו, עוד קודם לשמיעת הטיעונים לעונש. באי-כח המבקש הצהירו כי הקביעה המוקדמת של עונשו של המבקש נעשתה באמצעות רישום העונש הצפוי על פתק - שאף הוצג למבקש. יצוין כי באת-כח המשיבה אישרה את האופן שבו תוארו הדברים על-ידי באי-כח המבקש בהקשר זה, ואף הדגישה כי על סמך מיטב הבירורים שעשתה - שופט בית המשפט השלום נקב במספר מוחלט של חודשי מאסר ולא בטווח ענישה. באת-כח המשיבה הביעה את הסתייגותה, באופן עקרוני, מקביעה מוקדמת ומפורשת של עונשו של נאשם עובר לשמיעת הטיעונים לעונש, אך ציינה כי במקרה שלפנינו - לא צריכה להיות לפגמים אלו נפקות, מאחר שלא נגרם למבקש עיוות דין, שהרי הושת עליו העונש שממילא ציפה לו.

דיון והכרעה

19. כידוע, רשות ערעור ב-"גלגול שלישי" תנתן ככלל רק במקרים בהם מתעוררת שאלה בעלת חשיבות משפטית החורגת מעניינם של הצדדים הישירים להליך (ראו: ר"ע 103/82 חניון חיפה בע"מ נ' מצת אור (הדר חיפה) בע"מ, פ"ד לו(3) 123 (1982); רע"פ 4515/07 אבו שנב נ' מדינת ישראל (17.10.2007)), או כאשר יש בטענות המבקש כדי להצביע על קיומו של עיוות דין בעניינו (ראו למשל: רע"פ 3034/13 לוי נ' מדינת ישראל (05.05.2013); רע"פ 6487/12 דביר נ' מדינת ישראל (15.07.2013)). ברע"פ 4732/02 סורפין נ' מדינת ישראל, בפסקה 4 (31.12.2002), בהביאו את דברי המשנה לנשיא ש' לוי, ציין בית המשפט את הדברים הבאים:



"כל מה שנאמר... בנוגע לבקשת רשות לערער בגלגול שלישי משקף את הכללים שלפיהם נוהג בית המשפט העליון ברוב המקרים של המקרים, כמעט בכולם. אך הכללים האמורים כללי הפסיקה הם, שבאו לקבוע אמות מידה ואם תרצה "תמרוקים" לאופן שיקול הדעת של בית המשפט העליון. לפיכך, קיימים מקרים נדירים ביותר שבהם תחושת הצדק שבקשת רשות לערער מעוררת לפני השופט הדין בה היא כל כך חזקה, עד שהוא יכול ליטול היתר לעצמו, לחרוג מהכללים, לתת לאינטרס הפרט משקל גדול יותר מכפי שמקובל בבקשות מהסוג הנדון, ולתת למבקש רשות לערער" (ראו גם: רע"פ 5638/13 נכפולגר נ' מדינת ישראל (15.1.2014)).

עם זאת הודגש כי "אין בסמכותו הטבועה של בית משפט זה להעניק רשות ערעור שעה ששיקולי צדק מצדיקים זאת כדי לגרוע מעוצמתה של ההלכה הידועה שנקבעה בענין חניון חיפה" (רע"פ 6351/08 טורנהיים נ' מדינת ישראל (10.12.2008); רע"פ 5066/09 אוחיון נ' מדינת ישראל (22.4.2010)) (להלן: פרשת אוחיון).

מנימוקים שיפורטו להלן סבורני כי המקרה דנן נכלל באותם מקרים יוצאי דופן, בהם יש הצדקה לחרוג מהכללים הנהוגים בבקשות מסוג זה, ולכן ראווילהעניק כאן רשות לערער, וכך אציע לחברי שנעשה (עיינו והשוו: פרשת אוחיון). אדון לפיכך בבקשה כאילו ניתנה בה רשות ערעור והוגש ערעור על-פי הרשות שנתקבלה. לפיכך, מכאן ואילך אכנה את המבקש - המערער.

20. לתוצאה הנ"ל הגעתי, בין השאר, בגין מקבץ של קשיים שנמצאו בפסק דינו של בית המשפט השלום הנכבד. עיקר הקשיים בפסק דינו של בית המשפט השלום הנכבד מצוי בשלושת אלו:

ראשית, הודעת בית משפט השלום למערער ולנאשמים האחרים מה צפוי להיות עונשם, עוד קודם לשמיעת הטיעונים לעניין העונש.

שנית, אופן תיקון גזר-הדין במעמד בא-כח צד אחד, לאחר שהמערער ובא-כחו יצאו מאולם בית המשפט.

ושלישית, אופן הפעלת המאסר המותנה.

כבר עתה אציין כי לגישתי הקשיים הנ"ל רופאו, ברובם, בפסק דינו של בית המשפט המחוזי הנכבד, אשר שמע בהרחבה את טיעוני בא-כח הצדדים והכריע בהם לגופם, אולם, הצורך להעניק למערער את התחושה שניתן לו יומו באופן הולם כך שעניינו ימוצה בשתי ערכאות (לאחר שבית המשפט הדיוני לקה בהתנהלותו), וההבנה כי בסוגיות אלו יש להעמיד דברים על מכונם - הכריעה. הנה כי כן למען הסר ספק ולמניעת חשש לעיוות דין, הגעתי למסקנה כי יש ליתן, בנסיבות שפורטו לעיל, רשות ערעור, זאת בכדי שלמערער יינתן יומו באופן הולם וממצה בשתי ערכאות.

אדון עתה בטענות המערער כסדרן.



הטענה בדבר הצורך להסדיר את ה-"חזרה מהודייה במסגרת הליך הערעור"

21. כפי שציין בא-כח המערער - בית משפט זה עסק בעבר בהרחבה בשאלת החזרה מהודייה, לרבות בפרשנותו של סעיף 153 לחסד"פ, המסדיר את הנושא באופן כללי, וביתר פירוט - בפרשנות התיבה: "נימוקים מיוחדים שירשמו", המצויה בסעיף זה (עיינו: ע"פ 5583/08 פלוני נ' מדינת ישראל (13.04.2010) (להלן: פרשת פלוני 5583/08); ע"פ 5561/03 מדינת ישראל נ' פלוני, פ"ד נח(4) 145, 152 (2004); ע"פ 3013/11 מטר נ' מדינת ישראל (01.02.2012)).

22. בית משפט זה התייחס בעבר גם לשאלת העיתוי של החזרה מהודייה, תוך אבחנה בין מקרים שבהם מבקש נאשם לחזור בו מהודיתו עובר לגזירת דינו לבין מקרים שבהם הוא מבקש לעשות כן לאחר מתן גזר הדין. בהקשר זה עמד בית משפט זה על הסיכון הקיים בשימוש מניפולטיבי בהעלאת טענה זו, נוכח החשש "מניצול ההליך הפלילי כאמצעי תימרון בידי נאשם, המבקש לבחון את תוצאות ההליך ועל-פיהן להחליט אם לדבוק בהודייתו או לחזור בו ממנה ולחדש את המשפט..." (ראו: רע"פ 2292/08 אמסלם נ' מדינת ישראל, פסקה 7 לפסק-דינה של השופטת א' פרוקצ'יה (30.3.2009)); ראו עוד: פרשת פלוני 5583/08; ע"פ 635/05 דענא נ' מדינת ישראל (26.11.2007); ע"פ 6952/10 בשימוב נ' מדינת ישראל (13.01.2011); ע"פ 6349/11 שניידר נ' מדינת ישראל (10.06.2013) (להלן: פרשת שניידר).

טענת בא-כח המערער הינה, כאמור, כי העניין שלפנינו מעורר שאלה משפטיות בדבר "נטל ההוכחה" ו-"רמת ההוכחה", הנדרשים בעת בירור קיומן של "נסיבות חריגות" המצדיקות מתן היתר לחזרה מהודייה. כפי שנקבע לאחרונה בפרשת שניידר שאלה זו היא אכן סוגייה חשובה, שיתכן ותחייב מענה בעתיד, ואולם, לעת הזו, אינני רואה לקבל את טענתו של המערער, שכן היא איננה מתעוררת כלל בענייננו. אסביר:

בית המשפט המחוזי קבע קביעות חדות וברורות, שמהן עולה (אף שלא נעשה שימוש בביטוי זה במפורש) כי לא נותר לו ספק סביר שהודייתו של המערער אכן נעשתה מתוך רצון חופשי והתבססה על הבנה מלאה של משמעות ההודייה. די אם נצטט לעניין זה חלק מקביעותיו של בית המשפט המחוזי הנכבד:

"טענותיו של המערער כאילו לא הבין שהוא מודה בעובדות כפי שמופיעות בכתב האישום... אינן מקובלות עלינו כלל" (ההדגשה במקור - ח"מ).

וכן:

"אם לסכם את הדברים עד כה, לא מצאנו כל ממש בערעור כנגד הכרעת הדין, ולא ראינו כל הצדקה לבקשתו של המערער לאפשר לו חזרה מהודייה כמשמעותה בסעיף 153(א) לחוק סדר הדין הפלילי, ובוודאי שאין במקרה שבפנינו כלל וכלל נימוקים מיוחדים שיהא בהם כדי להצדיק חזרה מהודייה" (ההדגשות שלי - ח"מ).

מששוכנע בית המשפט המחוזי הנכבד מעבר לספק סביר בהיעדרן של נסיבות מיוחדות, או נימוקים מיוחדים עמוד 9



המצדיקים את חזרתו של המערער מהודייתו - שוב לא יכולה לקום לו כל טענה בדבר "נטל ההוכחה", או "רמת ההוכחה", שיהיה בה כדי להביא לכך שיתאפשר לו לחזור מהודייתו בשלב הערעור.

הטענה בדבר נפקותו של ניהול הליך בלתי תקין

23. כעולה מהנתונים שבפנינו - בית המשפט השלום הנכבד הודיע לנאשם את עונשו מראש על פתק בישיבה מיום 08.01.2012. כזכור, הנאשם הורשע במסגרת הסדר טיעון בכתב אישום מתוקן בתאריך 23.01.2012. בנסיבות אלו, מצאתי לקבל את טענת המערער בדבר ניהול הליך בלתי תקין בפני בית המשפט השלום הנכבד, וזאת מהטעמים שיפורטו להלן.

24. קביעה אפריורית של הדין דין שיוטל על הנאשם - עובר להרשעתו ולשמיעת הטיעונים לעונש מטעם הצדדים היא פרקטיקה לא תקינה המעוררת קושי רב במצב המשפטי הנתון. הליך כמתואר יוצר מעורבות-יתר לא רצויה של השופט בניהול הסדר הטיעון. הפרקטיקה המתוארת (כאשר היא מבוצעת שלא במסגרת הליך דיון מקדמי בהתאם להוראות סעיף 143א לחסד"פ, על תנאיו וסייגיו) היא מכבידה.

25. שאלת מהות תפקידו של השופט בעריכת הסדר הטיעון הניבה בשיח, המשפטי בארץ ובעולם, דיון רחב בתפקידו של השופט בכלל, ובמסגרת ניהול ההליך הפלילי, בפרט. בתמצית, ניתן להציע חלוקה עקרונית של הדעות השונות שהושמעו בסוגיה זו ולסווגן לשתי גישות עיקריות:

"Plea bargains are agreements between the court, the prosecution, the defence and the accused" in which the court promises the accused a certain punishment or at least a maximum limit on "punishment if he or she confesses

(2 (19.03.2013 BvR 2628/10) תרגום רשמי לאנגלית; ).

As the judge is responsible for the taking of evidence and the unfolding of the truth in its material" sense, there are strictly speaking no parties and neither the accused nor the prosecutor is allowed to dispose of anything during the trial. This is the reason why—in a German "deal" – the judge needs to be involved, indeed often they take the initiative to craft a deal in order to save a confession of the accused" (Christoph Safferling & Elisa Hoven, *Foreword: Plea Bargaining in Germany after the Decision of the Federal Constitutional Court*, 15(1) German LJ 1, 3 (2014).

*In General.* An attorney for the government and the defendant's attorney, or the defendant when" proceeding pro se, may discuss and reach a plea agreement. The court must not participate in (these discussions...) (USCS Fed. R. Crim. P., § 11(C)(1).



We have characterized Rule 11's prohibition of judicial involvement as a bright line rule, and an "absolute prohibition on all forms of judicial participation in or interference with the plea negotiation process. As we have explained on numerous occasions, there are important reasons for the rule admitting no exceptions. First, it serves to diminish the possibility of judicial coercion of a guilty plea, regardless of whether the coercion would cause an involuntary, unconstitutional plea. Indeed, we have noted, pressure is inherent in *any* involvement by a judge in the plea negotiation process. Second, judicial involvement in plea negotiations is likely to impair the trial court's impartiality, as the judge who suggests or encourages a particular plea bargain may feel a personal stake in the agreement... and may therefore resent the defendant who rejects his advice. Lastly, a judge's participation in plea discussions creates a misleading impression of the judge's role in the proceedings. As a result of his participation, the judge is no longer a judicial officer or neutral arbiter, but becomes or seems to become an advocate for the resolution he has ((suggested to the defendant" (United States v. Ayika, 554 F. App'x 302 (5th Cir., 2014

(ההדגשה במקור; הפניות המשנה הושטו- ח"מ).

"הסדר טיעון הינו פרי של משא ומתן המתנהל בין התביעה להגנה, ובית המשפט אמור להיכנס לתמונה רק כאשר מוצג ההסדר לפניו לשם אישורו (אלא אם מדובר בהליך גישור בפלילים, בו מידת המעורבות של השופט הינה גבוהה מאוד). זאת ועוד, על ההסכמות בין הצדדים להסדר הטיעון למצוא את ביטויין בצורה בהירה ומלאה בהסכם הפורמלי אליו הם מגיעים ועליו הם מדווחים לבית המשפט. אין מקום להבנות לא רשמיות, מאחורי הקלעים, לצידו של הסדר הטיעון הפורמלי. ודאי שאין מקום כי השופט יתרום לנטיעת הרושם כי הסדר הטיעון יביא לתוצאה מסוימת אשר זיכרה לא בא בהסדר באופן גלוי וברור" (ראו: ע"פ 9097/05 מדינת ישראל נ' ורשילובסקי, בפיסקה 7 (03.07.2006) בהשמטת ההפניות; ההדגשות שלי - ח"מ).

31. אכן כן - פרקטיקה לפיה השופט מתערב בהליכי ההסדר פוגעת ביכולתו להשקיף על ההסדר מנקודת מבט חיצונית. עמד על כך של נשיא בית הדין הצבאי לערעורים, האלוף שי יניב, במאמרו המקיף ומאיר העיניים שפירסם בנושא ואוזכר לעיל - בקובעו כדלקמן:

"העובדה שהשופט משתתף במשא ומתן בין הצדדים להתקשרות בהסדר טיעון פוגעת ביכולתו להתבונן על העניין מנקודת מבט חיצונית על מנת לוודא שהנאשם קיבל עליו את הסדר הטיעון במלוא ההבנה וההכרה" (יניב, בעמ' 367; ההדגשה במקור - ח"מ; ראו גם עמ' 343 שם).

עמדה דומה עולה מדבריו של ד"ר ע' קובו, הטוען כי כל התערבות של בית המשפט במשא ומתן לעריכת הסדר הטיעון היא פסולה:

"... נראה שהמדיניות הראויה היא המדיניות הפורמלית הקיימת בישראל, שלפיה על בית המשפט להיזהר שלא לומר דברים, אשר עלולים גם שלא במכוון להפעיל לחץ על נאשמים להודות... "התרת הרסן", שתאפשר לשופטים להתבטא באופן חופשי יותר בקשר לצפוי לנאשם, עלולה להוביל בסופו של דבר ליותר נזק מתועלת. לכן מוטב להקפיד על



הקביעה בדין הישראלי שכל התערבות של בית המשפט במשא ומתן להסדר טיעון היא פסולה" (קובו, בעמ' 103).

32. הנה כי כן, פרקטיקה בגדרה שופט מודיע לצדדים מראש את העונש שיגזור עלולה, בשיטה הנוהגת, ליצור תחושה כי טיעוני הצדדים לעונש הינם, כביכול, למראית עין בלבד. בכך היא עלולה לפגוע במראית פני הצדק בעיני הציבור וליצור גם השתקפות סובייקטיבית שלילית של ההליך בלב בעלי הדין (ראו והשוו: ע"פ 3012/15 אבולעפיה נ' מדינת ישראל (26.5.2015)). ממצבדברים זה השלמה, ולא רק לשם מראית פני הצדק, אלא גם לשם עשייתו בפועל.

33. משאמרתי את שאמרתי לעיל, יש לבחון עדיין את היחס לפגם זה והשפעתו על המערער. שאלת הנפקות שיש ליתן לפגמים שנפלו בהליך פלילי הוכרעה זה מכבר על ידי בית משפט זה, עת נקבע כי הטיפול בפגמים אלו יעשה במסגרת הדוקטרינה של בטלות יחסית, בין מכוח הדוקטרינה המוכרת מהמשפט המנהלי, ובין מכוח סעיף 215 לחסד"פ, המורה כדלקמן:

"בית המשפט רשאי לדחות ערעור אף אם קיבל טענה שנטענה, אם היה סבור כי לא נגרם עיוות דין".

דוקטרינה זו דורשת הפרדה בין הפגם לבין הסעד, תוך התחשבות בכלל הנסיבות. לבית המשפט מוענק שיקול דעת באשר לתוצאותיו של פגם בהליך. שיקול דעת זה יופעל תוך התחשבות במכלול הנסיבות של ההפרה והתמקדות בשאלה מהו העוול שנגרם (לפרט הנוגע בדבר, או לציבור בכללותו) כתוצאה ממנה. (ראו, למשל: ע"פ 6143/03 פורטל נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(2) 614, 622-621 (2004); ע"פ 6717/09 אוזיפה נ' היועץ המשפטי לממשלה (06.12.2010)). לעניין השימוש בדוקטרינה של בטלות יחסית גם בהליכים פליליים, נאמרו, בין היתר, הדברים הבאים:

"תורת הבטלות היחסית משתייכת מבחינה מושגית והיסטורית למשפט המנהלי, אולם כיום שלוחות זרועותיה אל כל ענפי המשפט. גם בהקשר הפלילי, על הרגישות והייחוד הטבועים בהליך הפלילי, עדים אנו לצעדים דומים במגמה של מעבר במישור חוסר הסמכות, מבטלות מוחלטות של המעשה השיפוטי או המנהלי אל עבר בטלות יחסית. כך נפסק, הגם שלא פה אחד, כי חריגה מסמכות שאירעה בהליך פלילי גם היא תיבחן על פי אמות המידה של תורת הבטלות היחסית" (ראו: ע"פ 1523/05 פלוני נ' מדינת ישראל, בפיסקה 50 (02.03.2006) (להלן: פרשת פלוני 1523/05)); כן עיינו: רע"פ 2413/99 גיספן נ' התובע הצבאי הראשי, פ"ד נה(4) 673, 685 (2001); ע"פ 6972/09 אבוטבול נ' מדינת ישראל (27.02.2012)).

בהקשרו של סעיף 215 לחסד"פ, אני מוצא לנכון להדגיש דברים נוספים שנקבעו באחת הפרשות, ומהם עולה הגישה כי יש לבחון מהותית את משקלו של הפגם ומשמעותו:

"לא כל פגם משפטי שנפל בהליך הפלילי מוביל לביטול פסק דין, אלא אך פגם כזה שגרם לנאשם עיוות דין, כפי שמורנו סעיף 215 לחוק סדר הדין הפלילי... סעיף זה מבטא את התפישה כי הפגמים שיכולו ויפלו בהליך פלילי לא מיקשה אחת הם עשויים ואין דינו של האחד כדינו של האחר. משקלו של הפגם והשלכותיו צריך שייקבעו על פי בחינה מהותית של טיב הפגם והמשמעות שנובעת לו בהליך... בפסיקת בית משפט זה הוחל סעיף 215 לחוק סדר הדין הפלילי גם על פגמים המצויים מחוץ לגדריו של חוק זה ואף על פגמים שבהפרת כללי הצדק הטבעי ועל פגמים שבסמכות עניינית..." (ראו: פרשת פלוני 1523/05, בפיסקה 47; ההדגשה שלי - ח"מ).



34. ייתכן כי המערער יכול היה להשיג בזמן המתאים על הפגמים שנפלו, לשיטתו, בהתנהלותו של בית משפט השלום הנכבד, על דרך של בקשה לפסילת שופט (עיינו: ע"פ 180/84 חאלדי נ' מדינת ישראל, פ"ד לח(1) 836 (1984)). זאת ועוד – עצם העובדה שהפגמים הנטענים כעת היו יכולים להתברר במסגרת טענת פסלות – צריכה לבוא עכשיו לידי ביטוי במסגרת השיקולים המובאים בחשבון בעת הפעלת דוקטרינת הבטלות היחסית, או בעת בחינת קיומו של "עיוות דין" לפי סעיף 215 לחסד"פ (השוו: ע"פ 11068/08 מדינת ישראל נ' סנקר, בפסקה 48 (12.07.2010)). כך, בין היתר, ניתן להביא כעת בחשבון (בהיקש מדיני הפסלות) את העובדה שהמערער לא העלה את טענותיו לפגמים בהתנהלותו של שופט בית משפט השלום הנכבד מיד לאחר שנודעה לו עילת הפסלות (כפי שהיה נדרש לעשות לפי סעיף 146(ג) לחסד"פ במסגרת טענת פסלות). בהקשר זה, החשש מפני "תכסנותו" של המערער שבמסגרתה בחר לבקש לחזור בו מהודייתו לאחר מתן פסק הדין משתלב עם החשש מפני "תכסנותו" של מי שמשהה טענות לפסלות שופט עד לאחר היוודע תוצאות המשפט. לתיאור חשש זה יפים דבריו הבאים של ד"ר י' מרזל בספרו: דיני פסלות שופט (2006):

"קיים חשש, כי בעל דין או עורך דין ימתינו עם בקשת פסילה וישהו את הגשתה עד לבירור עמדתו של השופט בהליך או בפסק הדין הסופי, ובכך יפתח פתח למניפולציות שונות" (שם, בעמ' 64).

בשים לב לכלל הנסיבות, ובפרט למועד העלאת הטענה האמורה, עמדת בא-כח הראשון בדבר ההסברים שניתנו למערער, והנתונים העולים מפרוטוקול בית המשפט השלום הנכבד, מתקבל הרושם כי המערער דכאן ביקש לחזור בו מהודאתו, בין השאר, כדי להשיג לעצמו יתרון דיוני ומהותי בעת ניהול מחודש של המשפט, אם הדבר ניתן לו – ועל כן דין טענתו זו להידחות (ראו והשוו: ע"פ 2094/11 בן עמי נ' מדינת ישראל, בפסקה 1(ב) לפסק דיני (11.10.2011)).

35. לגופו של עניין אציין כי בית המשפט המחוזי הנכבד בחן את טענותיו של המערער לעניין התבטאויותיו המוקדמות של בית משפט השלום בדבר העונש הצפוי למערער, ואף שלא אמר את הדברים מפורשות – הוא יישם למעשה באותו הקשר את דוקטרינת הבטלות היחסית, בקובעו כאמור כי:

"אין בפנינו טענה כאילו העונש שהוטל בסופו של יום על המערער, חורג מזה שנאמר בישיבת 8.1.12".

בית המשפט המחוזי הסתפק איפוא בעובדה שלא נגרם למערער עיוות דין בפועל. מכל מקום, לאחר שעיינתי בטענות המערער לעניין זה ובכל החומר הרלבנטי – גם אני הגעתי לידי מסקנה כי לא נגרם למערער כאן עיוות דין, המצדיק התערבות בעצם הרשעתו (הדיון בעונש יערך בנפרד בהמשך), וזאת מבלי להפחית מהצורך לקבוע שאין זה ראוי כי בית המשפט יתבטא בנוגע לעונש הצפוי, טרם שמיעת הטיעונים לעונש, וכי אכן נפל פה פגם בהליך בנקודה זו.

הטענה כנגד הפעלת המאסר המותנה במעמד צד אחד

36. הכלל הוא, כידוע, שאין לנהל משפט פלילי בהעדרו של הנאשם, אלא במקרים חריגים הקבועים במפורש בחוק. זכותו של נאשם להיות נוכח בהליכים פליליים המתנהלים נגדו מוגדרת במשפטנו כזכות יסוד ויש הסבורים שהיא אף זכות בעלת מעמד חוקתי. זכות זו נובעת מהצורך בשמירה על: מראית פני הצדק, ניהול תקין והוגן של המשפט, בצד



שיקולי יעילות (ראו: סעיף 126 לחסד"פ; רע"פ 9142/01 איטליא נ' מדינת ישראל (02.10.2003); בג"ץ 7357/95 המפרס (ישראל) בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(2) 769 (1996); ע"פ 2960/07 בנא נ' מדינת ישראל (09.10.2007) (להלן: פרשת בנא)). בהקשר זה נקבע כי זכות הנוכחות הינה מרכיב של הזכות להליך הוגן. עמד על כך המשנה לנשיאה, השופט א' ריבלין בצינו את הדברים הבאים:

"... הזכות להליך הוגן, במרכיביה הגרעיניים הקשורים להגנה על החירות ועל הכבוד, היא זכות חוקתית מוגנת. הזכות של נאשם להיות נוכח במשפטו היא מרכיב גרעיני של הזכות להליך הוגן, ועל כן גם היא זכות חוקתית מוגנת לפי חוק היסוד... ככלל, קיימת חפיפה בין זכות הנוכחות לבין האינטרס הציבורי בדבר קיום דיון משפטי הוגן. שכן נוכחות הנאשם שומרת על מראית פני הצדק ומבטיחה התגוננות יעילה בפני הראיות המפלילות, ובכך גם מאפשרת בירור נאות של העובדות... הזכות של נאשם להיות נוכח במשפטו היא תנאי חשוב ביותר להבטיח פרוצדורה הוגנת וערובות דיוניות הולמות להגנתו של ההליך הפלילי כלפי הנאשם. זכות זו איננה רק זכותו של הפרט אלא היא גם ביטוי לאינטרס ציבורי כללי שעניינו בכך שמערכת המשפט הפלילי תחרוץ את גורלו של אדם במסגרת הליך הוגן שבו ניתנה לו ההזדמנות המלאה להציג את הגנתו (ראו: בש"פ 8823/07 פלוני נ' מדינת ישראל, בפיסקה 17 (11.02.2010); בהשמטת ההפניות - ח"מ).

37. זאת ועוד, כלל גדול הוא במשפטנו כי אין עונשין אלא לאחר שניתנה לנאשם זכות הטיעון. זכות הטיעון, יודגש, איננה תלויה בשאלה האם יש בטענות הנאשם כדי לשכנע את בית המשפט אם לאו והיא עומדת לעצמה. עמד על כך השופט מ' אלון בצינו:

"כמה מהותית וחשובה היא זכות הטיעון, שאף אם הדבר ברור, ובטענות שייטענו לא יהא כדי לשנותו, צריך שתינתן לבעלי הדין זכות הטיעון לפני בית המשפט, בטרם יוציא זה את פסק-דינו" (ראו: בג"ץ 4112/90 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' אלוף פיקוד הדרום, פ"ד מד(4) 638, 626 (1990); ההדגשה לא במקור - ח"מ).

38. בפסיקתנו נקבע כי לבית המשפט סמכות טבועה לתקן או לשנות פסק דין, אפילו מדובר בשינוי מהותי, כל עוד "בית המשפט לא קם מכס המשפט באותו יום", שכן בנסיבות אלה, "עדיין נמצא בחזקתו הענין שטיפל בו, והוא רשאי לעיין בו מחדש ולשנותו" (עמ"מ 4794/05 אופן נ' שר הביטחון, בפיסקה 35 (12.06.2005)). לצורך כך, נפסק כי בית המשפט נחשב כיושב על כס המשפט במשך היום שבו ניתנה ההחלטה, אז עדיין נמצא בחזקתו הענין שבו טיפל והוא מוסמך לשנותו. בהקשר לכך נאמר:

"מכשיר זה, של האפשרות לתקן או לשנות פסק דין כל עוד לא קם בית המשפט ממושבו, נועד לאפשר לבית המשפט לתקן טעות מהותית שנמצאה בפסק הדין או להשלים דבר החסר בו אשר נעלם מעיני בית המשפט בכותבו את פסק דינו. זה מכבר נפסק כי הרעיון, המונח ביסוד הפיקציה של חוסר שלמות פסק הדין כל עוד לא קם השופט מכס המשפט, הוא, שניתן לתקנו על אתר, ובטרם יצא פסק הדין מתחת ידי השופט לאור העולם" (ראו: רע"א 7874/12 עזבון המנוח ברנשטיין בצלאל ז"ל נ' בויאר, בפיסקה 2 (05.10.2009); בהשמטת ההפניות - ח"מ; עיינו גם: סעיף 81 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984).

עם זאת, טרם ההחלטה בדבר תיקון גזר הדין, שנעשתה כאן בידי בית משפט השלום הנכבד - ראוי היה כי בית המשפט יזמן את המערער לשמיעת עמדתו עובר לשינוי גזר הדין, מכוח העיקרון המנחה, על-פיו ההליך הפלילי ראוי



שיתקיים ככלל בנוכחות הנאשם (ראו והשוו: פרשת בנא). בהקשר לכך נקבע בפסיקתנו כי: "תיקון מהותי בגזר-דין, בין שהוא לטובתו של הנאשם ובין שהוא לרעתו, חייב שייעשה בעמד שני הצדדים, לאחר שניתנה להם הזדמנות להשמיע את טענותיהם" (ראו: ע"פ 866/95 סוסן נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(1) 793, 810 (1996)). לשמיעת טיעוני ב"כ הנאשם ביחס להפעלת המאסר התנאי, מעבר לחשיבות העקרונית, היתה גם חשיבות מעשית לנוכח טענתו הפרשנית, והכל כמפורט להלן.

39. כאן אני חוזר לעניינו של המערער בכל הנוגע לנפקות השגגות שנפלו באופן התנהלותו של בית משפט השלום הנכבד בעת הפעלת המאסר המותנה, לרבות הפעלת המאסר המותנה במעמד צד אחד לאחר צאת המערער ובא-כחו מאולם בית המשפט – יפים הדברים שנכתבו לעיל בהקשר לסוגיה הקודמת בנוגע לאופן הטיפול בפגמים שנפלו בהתנהלות בית המשפט (באמצעות דוקטרינת הבטלות היחסית, או סעיף 215 לחסד"פ).

על רקע זה יאמר כי בית המשפט המחוזי הנכבד איפשר לבא-כח המערער להעלות בפניו טיעונים בעל פה ובכתב בנושא זה, ובכך רופא חלקית הפגם הנובע מהפעלת המאסר המותנה שלא בידיעתו, או בנוכחותו של המערער (או בא-כחו).

40. זאת ועוד: בפועל לא נגרם למערער עיוות דין לכאורה, במשמעות המקובלת של מושג זה, כיוון שהעונש שהיה צפוי לו לפי הצהרתו של השופט שניתנה מראש, היה גם העונש שנגזר עליו למעשה – 30 חודשי מאסר לריצוי בפועל (השינוי נעשה כאמור על ידי הפחתה חלקית של העונש המקורי שהושת, בצד הפעלה מקבילה של המאסר המותנה, שהיה תלוי ועומד נגדו, כך שמחציתו ירוצה במצטבר ומחציתו ירוצה בחופף ובסך הכל ירצה עונש של 30 חודשי מאסר לריצוי בפועל).

סיכום עד כאן

41. אין באי קבלת הערעור בנקודות הנ"ל כדי להסיר את אי הנוחות הרבה שעולה מהפגמים שנפלו מלפני בית משפט השלום הנכבד כאשר הודיע למערער ולנאשמים האחרים מראש מה צפוי להיות עונשם, עוד קודם לשמיעת הטיעונים לעניין העונש, וכן מאופן תיקון גזר-הדין, במעמד צד אחד. התנהלות שכזו היא מוקשית וקשה ויש לעשות כל מאמץ שתקלות מעין אלה לא יישנו בעתיד. מעבר לכך, ההתנהלות ביחס לתיקון גזר הדין במעמד צד אחד מנעה מהמערער את האפשרות להציג את טיעוניו בהקשר להפעלת העונש המותנה בפני הערכאה הדיונית, וגם זו אחת מהסיבות למתן רשות הערעור כאן – כדי שלא תגרע זכותו של המערער להציג את טיעוניו בפני שתי ערכאות, מה גם שהגעתי למסקנה כי בנושא זה יש מקום לתקן את פסק דינו של בית המשפט המחוזי הנכבד. על כך מיד להלן.

הטענה כנגד פרשנות המאסר המותנה – היחס בין עבירת הזיוף ל"עבירת רכוש מסוג שהוא"

42. המערער טען כי אין לראות בעבירות של זיוף שטר כסף ומטבע פשוטה (לפי סעיפים 462 ו-477 לחוק העונשין, בהתאמה) משום "עבירת רכוש מסוג כלשהו" ולפיכך אין להפעיל בגין ההרשעה בהן את המאסר המותנה.

43. בנסיבות דנן נותר בליבי ספק, לאור המרחב הפרשני שמאפשר התנאי, האם העבירות הזיוף כלולות, מניה



וביה, בתנאי הרחב: "עבירת רכוש מסוג כלשהו", והאם היה על המערער להבין תנאי זה, בפרשנותו המרחיבה, במהלך תקופת התנאי. לכן, לטעמי, לאחר התלבטות, הגעתי למסקנה כי דין טענת המערער בנושא זה להתקבל. אפרט להלן את נימוקי למסקנה זו.

44. בתמצית, לפי עובדות כתב האישום המתוקן הורשע המערער על פי הודאתו באישומים הבאים (האישום הראשון אינו נוגע למערער):

באישום השני, המערער הורשע בכך שיחד עם נאשם מס' 3, סיכם כי ימכור לסוכנים משטריים שטרות מזויפים של 100 דולר אמריקני ו-200 ש"ח. המערער החזיק יחד עם נאשם מס' 3 בצוותא שטרות הנחזים כשטרות כסף בידעם שהשטרות זויפו וכן כי הם ניפקו, בכוונה להונות, שטרות. המערער הורשע לפי אישום זה בעבירה של זיוף שטר כסף, לפי סעיף 462 לחוק העונשין.

באישום השלישי, שיוחס למערער ולנאשם 3, נטען כי במועדים הרלוונטיים, החזיקו השניים מכוונה המותאמת ומכוונת להכנת מטבעות מזויפים של 10 ש"ח. השניים קשרו קשר למכור את המכוונה ולהעבירה, ולשם כך יצרו קשר עם סוכנים משטריים. העיסקה המתוכננת לא יצאה בסופו של דבר אל הפועל בשל מחלוקת עם הסוכנים ביחס לאופן התשלום עבור המכוונה. המערער הורשע לפי אישום זה בעבירות הבאות: עבירה של זיוף מטבע פשוטה, לפי סעיף 477 לחוק העונשין, ועבירה של קשירת קשר לפשע, לפי סעיף 499(א) לחוק העונשין.

באישום הרביעי, המתייחס למערער בלבד נטען, בין היתר, כי המערער החזיק שטרות מזויפים ללא הרשאה כדין (311 שטרות מזויפים של 100 ש"ח, 365 שטרות מזויפים של 200 ש"ח, 74 שטרות מזויפים של 100 דולר אמריקני, 208 שטרות מזויפים של 50 אירו ושטר מזויף של 100 אירו) וכן החזיק במטבעות מזויפים בידעו שהם מזויפים (508 מטבעות מזויפים של 10 ש"ח). המערער הורשע בגדרי אישום זה, בעבירות הבאות: זיוף שטר כסף לפי סעיף 462 לחוק העונשין, וניפוק מטבע מזויפת לפי סעיף 479 לחוק העונשין. כן הוא הורשע בעבירות בנשק לפי סעיף 144(א) לחוק העונשין, החזקת מכשירי פריצה, לפי סעיף 409 לחוק העונשין, והחזקת נכס חשוד (למעט שעונים), לפי סעיף 413 לחוק העונשין (פירוט ראו בפסקה 3 שלעיל). למען השלמת התמונה אציין כי בית המשפט המחוזי קבע בפסק דינו כי העבירות נשוא האישום הרביעי, ובכללן העבירה של החזקת מכשירי פריצה, אין בהן כדי להפעיל את המאסר המותנה, כיוון שתקופת התנאי חלפה במועד בו בוצעו.

45. בגזר דינו - בית המשפט השלום הנכבד הפעיל כנגד המערער עונש מותנה שהוטל עליו במסגרת גזר דינו של בית משפט השלום בתל אביב (ב-ת"פ 3773/06) (להלן: התיק הישן). בתמצית ייאמר כי במסגרת התיק הישן הועמד המערער לדין יחד עם אחרים בעבירות של התפרצות לדירת מגורים בכוונה לבצע גניבה, גניבה, החזקת נכס החשוד כגנוב והחזקת מכשירי פריצה. בגדרו של הסדר טיעון הודה המערער שם והורשע בכתב אישום מתוקן בעבירה של קבלת נכסים שהושגו בפשע, לפי סעיף 411 לחוק העונשין. לפי עובדות כתב האישום המתוקן בו הורשע המערער במסגרת התיק הישן, המתין המערער ברכב לנאשם אחר שביצע התפרצות לדירה וגנב מתוכה כסף ופריטים נוספים. בתאריך 15.2.2007 נגזר דינו של המערער במסגרת התיק הישן לעונשים הבאים: שלושה חודשי מאסר בפועל לריצוי בעבודות שירות, קנס ושנת מאסר על תנאי לתקופה של שלוש שנים, שאותה לא ירצה אלא אם יעבור "עבירת רכוש מסוג כלשהו".



השאלה המונחת בפני היא איפוא האם עבירות הזיוף - בהן הורשע המערער בתיק דנן - מהוות הפרה של תנאי שנקבע לגבי עבירת רכוש מסוג כלשהו, נשוא התיק הישן ומאפשרות את הפעלתו.

46. הוראות סעיף 52 לחוק העונשין מסמיכות את בית המשפט להטיל מאסר על תנאי כחלק מעונש המאסר וקובעות את גדריו, תוך מתן אפשרות לקבוע את העבירות ב"ציון סוג של עבירות או בפירוט עבירות מסוימות, אם דרך תיאורן ואם דרך אזכור הוראות חוק" (ראו: סעיף 52(ד) לחוק העונשין). הדין לעניין הפעלתו של מאסר על תנאי וסוגיות עקרוניות בנוגע לפרשנותו והפעלתו של עונש מאסר על תנאי נדונו והוכרעו על ידי בית משפט זה בעבר, בין היתר ב- ע"פ 412/84 דוויק נ' מדינת ישראל, פ"ד לט(2) 49 (1985) וב- ע"פ 49/80 מסילתי נ' מדינת ישראל, פ"ד לד(3) 808 (1980) (להלן: פרשת מסילתי). נקבע כי העונש המותנה מוטל בגין ההרשעה הראשונה ואינו אלא עונש נדחה שביצועו תלוי בתנאי מפעיל. לעניין זה נפסק עוד כי למאסר על-תנאי תכלית כפולה:

האחת, מתן תקווה ואמון זהיר במורשעים, ובתוך כך נתינת הזדמנות נוספת לעברין לתקן את דרכיו במקום מיצוי מלוא הדין עימו.

השנייה, היא הרתעתית-אישית בעיקרה. זו נועדה להניא אדם שעבר עבירה מלשוב ולעבור עבירה נוספת (ראו: ע"פ 2529/14 מדינת ישראל נ' טלאב, בפיסקה 9 (31.3.2015); רע"פ 5798/00 ריזי נ' מדינת ישראל פ"ד נה(3) 1, 17-18 (2001) (להלן: פרשת ריזי); ע"פ 6420/10 סלסנר נ' מדינת ישראל, בפיסקה יז (23.8.2011) (להלן: פרשת סלסנר)).

47. בנסיבות דנן עניין לנו בפרשנותו של פסק דין, נשוא התיק הישן והוראת התנאי הכלולה בו. פסק דין יש לפרש "ככל מסמך משפטי, בהתאם ללשונו ולתכליתו, ותוך התייחסות להקשר הדברים שברקע פסק הדין" (ראו: ע"א 8150/11 חב' ש.י סימון אחזקות בע"מ נ' אגף המכס והמע"מ אשדוד, בפיסקה 18 (11.02.2015)). במקום אחר ציינתי לעניין פרשנותו של פסק דין את הדברים הבאים:

"במישור העקרוני - פרשנות של פסק דין נעשית על פי אמות מידה וכללים לפיהם מתפרשים 'טקסטים' משפטיים אחרים" (ראו: רע"פ 9795/07 שביטה נ' מדינת ישראל (01.02.2009) (ההדגשה במקור - ח"מ); בר"מ 9343/10 אליאס נ' הועדה המקומית לתכנון ובניה חיפה, בפיסקה 13 (17.01.2013)).

ועוד צוין באחת הפרשות כי על תכליתו של פסק הדין יש ללמוד, בין השאר, מלשונו, ומתכליתו - ממקורות חיצוניים נוספים:

"בבוא בית המשפט לפרש פסק דין יעשה זאת 'על פי אותן אמות מידה וכללים לפיהם מתפרשים 'טקסטים' משפטיים אחרים. פסק דין הוא 'טקסט', ויש לפרשו על פי כללי הפרשנות הרגילים לפירושם של 'טקסטים' משפטיים... יש לפרש פסק דין בהתחשב בלשונו ובתכליתו. על תכלית פסק הדין יש ללמוד, בראש ובראשונה, מלשונו וכן ממקורות חיצוניים, כגון ההיסטוריה של ההלכה השיפוטית, המבנה הנורמטיבי הכללי ועקרונות היסוד של השיטה" (פרשת סלסנר, בפיסקה



יב; בהשמטת ההפניות).

48. נפנה עתה את מבטנו לכללי הפרשנות בפלילים. כלל הפרשנות הקבוע בסעיף 34כא לחוק העונשין מורה כך:

"ניתן דין לפירושים סבירים אחדים לפי תכליתו, יוכרע הענין לפי הפירוש המקל ביותר עם מי שאמור לשאת באחריות פלילית לפי אותו דין".

כלל הפרשנות המקלה בפלילים נגזר מעקרון החוקיות. טעמיו של עקרון החוקיות מבוססים על: אזהרה לנאשם עתידי; היבטים של שוויון והפרדת רשויות ראווה, וכך נוסחו הדברים באחת הפרשות ביחס לעקרון החוקיות:

"עקרון זה הוא אבן-מסד בדיני העונשין. טעמו העיקרי של עקרון החוקיות הוא במתן אזהרה לפרט בדבר קיומה של נורמת התנהגות אסורה אשר כל המפר אותה יענש. טעמים אחרים ברקע עקרון החוקיות נוגעים בהיבטים של שוויון באכיפת החוק וצורך בהדגשת מעמדה של הרשות המחוקקת בהגדרת הנורמות האסורות ביחס למעמדה של הרשות השופטת כמפרשת אותן נורמות" (ראו: דנ"פ 1558/03 מדינת ישראל נ' אסד, פ"ד נח(5) 547 (2004); ההדגשה לא במקור - ח"מ (להלן: פרשתאסד)).

עיקרון החוקיות מבטא איפוא את הצורך להתחשב בפגיעה האינהרנטית בזכויות אדם הכרוכה בהפעלת הדין הפלילי. בנוסף, הוא מחייב קביעת קו גבול ברור, ככל הניתן, בין ההתנהגות המותרת לבין ההתנהגות האסורה על-פי חוק (לדין מקיף בכללי הפרשנות בפלילים ראו והשוו: דנ"פ 10987/07 מדינת ישראל נ' כהן (02.03.2009)). בנוסף, הוא מביע את מהותה המיוחדת של הנורמה הפלילית, שהפעלתה כרוכה בפגיעה בחירות יסוד. הוא מתקשר להיבטים של הגינות ויציבות החוק. הוא משקף את התכלית המניעתית והחינוכית של העונש הפלילי בצד אזהרה הוגנת הנדרשת לצורך יישומה של הנורמה כדי שהפרט יוכל לכלכל את צעדיו בהתאם לה (עיינו: פרשתסלסנר, בפסקה יג; יורם רבין ויניב ואקי דיני עונשין כרך א' 61, 99 (מהדורה שנייה, 2010) (להלן: רבין וואקי)).

49. לאור האמור - קיימות דעות שונות ביחס לאופן יישום הכלל הקבוע בסעיף 34כא לחוק העונשין, ובפרט בנוגע למשקל היחסי שיש ליתן ללשונה של הוראה פלילית מסוימת, שפרשנותה עומדת על הפרק, לעומת המשקל שיש ליתן לשאיפה להגשים ככל הניתן את תכליתה של אותה הוראה (עיינו, למשל: פרשת כהן, בפסקה 9 לפסק דינה של הנשיאה ד' בינייש להצגת העמדות השונות בסוגיה זו). כך, למשל, ציין השופט א' גרוניס (כתארו אז) בפרשתכהן (בדעת מיעוט, שאני נוטה לה):

"דעתי היא, שבתחום הפלילי חלים כללי פרשנות שונים מאשר בכל ענף משפטי אחר. הדרך הפרשנית השונה מתחייבת לאור מהותו ותכליתו של ענף משפטי זה ולאור הפגיעה הקשה שהפעלתו עלולה לגרום. פוטנציאל הפגיעה בחירותו של אדם הטבוע במשפט הפלילי חייב להוביל להתייחסות שונה בעת שבית המשפט נדרש להפעיל את דיני העונשין, להחילם ולפרשם. אין זה מקרה שהסעיף הראשון בחוק העונשין, תשל"ז-1977, משמיע לנו את העיקרון הגדול לפיו "אין עבירה ואין עונש עליה אלא אם כן נקבעו בחוק או על פיו". סעיף זה, יחד עם סעיף 3 לחוק, האוסר ענישה למפרע, מבטאים את עיקרון החוקיות. מעיקרון החוקיות נגזר כלל חשוב נוסף, והוא כי על דיני העונשין לדבר בלשון ברורה ולהימנע



משימוש בשפה מורכבת וקשה להבנה. חובה להודות כי מגבלותיה של השפה מקשים לקיים כלל זה. כלל נוסף הנובע מעיקרון החוקיות, מורה לנו שבפרשנותו של המשפט הפלילי יש לבחור בפירוש המקל עם הנאשם" (שם, בפיסקאות 2-1).

50. עם זאת, הדעה המקובלת היא כי לשם החלתו של הכלל הפרשני שבסעיף 34 לחוק העונשין – אין די בקיומן של מספר אפשרויות לשוניות ונדרש להראות כי ישנן מספר אפשרויות סבירות מבחינת התאמתן לתכלית הנורמה. רק אז יש לבחור בפירוש המקל כאמור (ראו: ע"פ 5877/13 גאלב נ' מדינת ישראל (2.4.2015) (להלן: פרשת גאלב); פרשתסלסנר; פרשתכהן; פרשתאסד והמובאות והדיון שנערך שם). עוד נקבע כי השאלה אינה אם הפירוש מקל עם הנאשם הספציפי העומד לדין בפני השופט. השאלה הינה, אם הפירוש מקל עם נאשם היפותטי עליו מוטלת אחריות לפי אותו דין, כאשר "מסקנה זו מחויבת הדין היא, שכן הפירוש שעלינו לתת להוראת דין פלילית הוא אחד, ואין הוא משתנה על פי נתוניו של כל נאשם" (ראו: פרשת אסד, בפיסקה 19 לפסק דינו של הנשיא א' ברק).

51. בפסיקתנו הובהר כי עקרונית, אין כל מניעה להחיל את כלל הפרשנות הקבוע בסעיף 34 לחוק העונשין, בהיותו מוצדק מבחינה עניינית, גם על שלב הענישה, ואף אין מניעה להחילו על פרשנותו של פסק דין (ראו: פרשתגאלב, שם; דנ"פ 8086/01 אייזן נ' מדינת ישראל, בפיסקה 30 (03.03.2005)). משכך, נמקד עתה את מבטנו לתכלית התנאי ולסבירותן של האפשרויות הלשוניות ביחס לתכלית זו. בהקשר לכך נקבע על ידי חברי, השופט נ' הנדל, לעניין פרשנות התכלית במאסר על תנאי כך:

"אם אכן יש לפרש טקסט משפטי על פי תכליתו ולשונו – הרי תכלית מאסר על תנאי היא להבהיר ולהזהיר את הנאשם כי אם יעבור עבירה נוספת מסוג מסוים, ניתן יהא להפעיל את תקופת המאסר שהוטלה על תנאי" (ראו: פרשת סלסנר, שם).

עוד יש להדגיש כי גם אם הוראת התנאי האמורה, נשוא התיק הישן, יכולה להתפרש מבחינה לשונית ככוללת את שתי הפרשנויות האמורות, הרי שיש לבחון האם הפרשנות שמציע המערער עונה באופן סביר על תכלית הנורמה, והאם היא אמורה להקל על נאשם היפותטי דומה (עיינו: פרשתגאלב, בפיסקה 11).

52. בעניין פרשנות התנאי, נפסק כי מן הראוי להתחקות אחר תכליתה המהותית-עניינית של הוראת התנאי ולא להסתפק בפרשנות טכנית-פורמלית. השאלה הצריכה הכרעה בהקשר זה היא האם התנהגותו הפלילית של הנאשם, עליה הועמד לדין והורשע – מקיימת את היסודות של עבירת התנאי (ראו: פרשת מסילתי, בעמ' 811; פרשתגאלב). מבחן זה מורה כי אין להסתפק רק בזיהוי נורמטיבי של הרכיבים היוצרים את העבירה השנייה. העיקר הוא במהות – בהתנהגותו של הנאשם במסגרת העבירה השנייה ובשאלה אם התנהגות זו מקיימת את רכיבי עבירת התנאי. על כך נאמר באחת הפרשות כי ישנו צורך בגרעין זהה של רכיב התנהגותי בין עבירת התנאי והעבירה החדשה מפעילת התנאי:

"המעשה שבגיניו מוטל המאסר המותנה אמור ככלל להיות דומה במהותו הפנימית ובמעטתו החיצוני למעשה העבירה נשוא הערעור שבגיניו הופעל עונש המאסר. כנזכר, כוונת המחוקק ובתי המשפט בהטלת מאסר מותנה היא מאבק במועדות העבריינים המסוים לאותו סוג של עבירות, ועל כן עבירות בעלות גרעין זהה של רכיב התנהגותי ייחשבו כבאות בגדר התנאי" (פרשתסלסנר, בפיסקה כ).



53. משאמרת כל זאת, אפנה עתה את המבט לפרשנויות שהציעו הצדדים והשיקולים הפרשניים התומכים בהם. בפרשנות המשיבה, המבקשת להרחיב את פרישתו של התנאי "עבירת רכוש מסוג כלשהו" שנקבע במסגרת התיק הישן גם על עבירת הזיוף, תומכים, בין היתר, השיקולים הפרשניים הבאים:

ראשית, הגדרת המונח "זיוף", לפי משמעותו המקובלת, קבועה בסעיף 414 לחוק העונשין (ראו: יעקב קדמי על הדין בפלילים: חוק העונשין, חלק שני 1020 (2005)). הוראה זו ממוקמת תחת סעיף ו' לפרק י"א לחוק העונשין, העוסק ב"פגיעות ברכוש". מכאן ניתן ללמוד לכאורה על זיקה עניינית בין עבירת הזיוף ועבירת רכוש, כשיטת המשיבה.

עם זאת, יוער כי, כעיקרון, שימוש במיקומה של עבירה בחלק הספציפי של חוק העונשין, ככלי התומך בגישה פרשנית כלשהי איננו נקי מספקות. הליך החקיקה של החלק הספציפי לחוק העונשין מקשה על איתור כוונת המחוקק בסעיף פלוני. ד"ר י' קוגלר עמד על קושי זה לאור ההיסטוריה החקיקתית של החלק הספציפי של חוק העונשין. החלק הספציפי של חוק העונשין, כך הסביר ד"ר קוגלר, הוא:

"... אוסף של עבירות שנחקקו בזמנים שונים על ידי אנשים שונים, כך שאין אפשרות להוכיח מסעיק מסוים מה היתה כוונת המחוקק בסעיף שנחקק בזמן אחר ועל ידי אנשים אחרים" (ראו: יצחק קוגלר "דרישת החובה לפעול בדיני המחדל הפלילי", מחקרי משפט כ 201, 205 בה"ש 13 (תשס"ג) (להלן: קוגלר)).

החלק הספציפי לחוק העונשין, לטענתו, "לא נחקק כמקשה אחת", אלא הוא "מהווה אוסף של עבירות שנחקקו בזמנים שונים ועל סמך מקורות היסטוריים שונים", אשר "עלולה להתקיים בניסוחם חוסר אחידות וחוסר שיטתיות" (קוגלר, בעמ' 203). האמור משליך על המשקל הפרשני של הטענות הנוגעים למיקומה הפורמאלי של העבירה בחוק העונשין, והשפעתה על השאלה האם היא מפעילה את התנאי אם לאו.

שנית, ניתן לטעון כי קיימת זיקה עניינית בין עבירת הזיוף לעבירת רכוש, מתוקף האינטרס המוגן, שעיקרו, בשני המקרים, בפגיעה בקניין הפרט או החברה תוך שימוש באמצעים פסולים (ראו כללית: גבריאלי הלוי תורת דיני העונשין, כרך ד 669 (2010)) (להלן: הלוי). זיקה עניינית נוספת אפשרית עשויה להתקיים בנושא המניע לביצוע עבירות אלו – השגתו של רווח כספי שלא כדין. בהקשר לכך, בבש"פ 6661/08 חמידולוב נ' מדינת ישראל (10.8.2008) נדחתה טענת עורר כי יש להבחין בין עבירת רכוש ועבירות זיוף, לעניין היקף התקיימות עילת המסוכנות בהליכי מעצרו. בפרשה זו ציין חברי השופט י' דנציגר כי אין לקבל הפרדה מלאכותית כזו:

"לא ניתן לקבל את ההפרדה המלאכותית אותה עורך העורר בין עבירות הזיוף לבין עבירות הרכוש. עבירות הזיוף שלכאורה נעברו, נעברו מן הסתם לשם קבלת כספים..."

54. מנגד, קיימים שיקולים התומכים בגישה אותה מבקש המערער לאמץ. פרשנות זו, מבקשת כאמור, לצמצם את היקף פרישת התנאי "עבירת רכוש מסוג כלשהו", כך שלא תכלול בקרבה, מניה וביה, עבירות זיוף כספים, ולא תגרום להפעלת התנאי, נשוא התיק הישן. בגישה פרשנית זו תומכים, בין היתר, השיקולים הבאים:



ראשית, העבירות בהן הורשע המערער, כלולות בסעיפים 462 (זיוף שטר כסף) ו- 477 לחוק העונשין (זיוף מטבע פשוטה) ומצויות תחת פרק י"ב לחוק העונשין, שכותרתו: "זיוף כספים ובולים" ולא תחת פרק י"א לחוק העונשין, העוסק כזכור ב"פגיעות ברכוש". משכך, ניתן לטעון כי עבירת זיוף לחוד, ו"עבירת רכוש מסוג כלשהו" לחוד - ו"אין מלכות נוגעת בחברתה" (עיינו: תלמוד בבלי, יומא, דף לח, ב).

בנוסף, המחוקק קבע רק את חלקן של עבירות הזיוף תחת פרק י"א לחוק העונשין הנ"ל העוסק כאמור ב"פגיעות ברכוש" (כדוגמת זיוף המשפיע על עסקאות; שימוש במסמך מזויף, או זיוף בידי עובד הציבור (ראו: סעיפים 421-418 לחוק העונשין)). נתון זה עשוי ללמד, לכאורה, כי מדובר במעין "הסדר שלילי" - לפיו המחוקק הבחין במכוון בין זיוף הנכלל בקטגוריה של פגיעה ברכוש (כדוגמת שימוש במסמך מזויף) ובין צורות זיוף אחרות (כדוגמת זיוף שטר), המשתייכות לקטגוריה אחרת ועל כן נכלל בפרק י"ב לחוק העונשין. לעניין טענות אלו מזכיר את שאמרנו לעיל לעניין הקושי בשימוש במיקומה של העבירה בחלק הספציפי של חוק העונשין ככלי פרשני - דברים היפים גם לעניין זה.

שנית, אמנם, עונש מותנה, כבנסיבות דנן, עשוי להתפרש על קשת רחבה של עבירות (ראו: רע"פ 2472/15 שורצמן נ' מדינת ישראל (21.5.2015)). עם זאת, ניתן לטעון כי בשונה מעבירות הכוללות פגיעה ברכוש - עבירות של זיוף כספים, ממוקדות באינטרס מוגן בעל אופי כלכלי-חברתי רחב יותר מעבירת רכוש המבחין אותן מעבירות רכוש "רגילות", כדוגמת עבירת הרכוש בה הורשע המערער במסגרת התיק הישן - קבלת נכסים שהושגו בפשע. הערך המוגן בעבירות הזיוף מתבטא בעיקרו בפגיעה בכלכלה הציבורית ובערך המחנך השלילי כלפי החברה. עמד על כך פרופ' ג' הלוי בתארו את הפגיעה הכלכלית והחברתית הגלומה בעבירות של זיוף כספים:

"עבירות של זיוף כספים ובולים הן בעלות השפעה גורפת על הכלכלה הציבורית. יצירתם של כספים מזויפים והכנסתם למחזור השימוש בכלכלתה של המדינה מביא לידי דימוי פיקטיבי של כוח קנייה שאינו אמיתי ובעקפיין לירידת ערכו של המטבע ולאנפולציה אפשרית, בהתאם להיקף הזיופים ולהיקף השימוש בהם. בכך ניזוקה הכלכלה הציבורית, משאביה של החברה והחזקותיו הפיננסיות של כל פרט בחברה. מעבר לכך, לזיוף כספים ובולים קיים גם ערך מחנך שלילי כלפי פרטים בחברה, באשר כוח הקנייה והכוח הכלכלי נתפש כמתאפשר לא רק באמצעות פעולות כלכליות לגיטימיות של עבודה, סחר, מתנה, ירושה וכיוצא בכך, אלא גם בדרך של יצירה פיקטיבית של אמצעים מזויפים ליצירתו של כוח הקנייה וכוחות כלכליים. מכלול פגיעות אלו בכלכלה הציבורית מביא לפגיעה בסדר הציבורי בהקשר הכלכלי והחברתי" (עיינו: הלוי, בעמ' 364).

על פי גישה פרשנית זו אם כן, הגם שיתכנו בין העבירות השונות אזורי חפיפה ביחס למניע לביצוען הכולל יסוד של רווח בלתי חוקי, עדיין, כך ניתן לטעון, הן מתאפיינות בערך מוגן דומיננטי שונה - שיקול המצדיק את הפרדתן ותפיסתן כבעלות גרעין התנהגותי ומהות שאיננה בהכרח זהה (ראו והשוו: ע"פ 1867/00 מדינת ישראל נ' גוטמן, פ"ד נד(3) 145, 150 (2000); ע"פ 308/06 מדינת ישראל נ' סבן (15.5.2006); הלוי, בעמ' 667, 672, 791).

שלישית, ניתן לטעון כי קיים חשש כי פרישת היקפו של התנאי: "עבירת רכוש מסוג כלשהו" על כל עבירה שנועדה "לשם קבלת כספים" - תגרום להרחבת יתר של תנאי זה. פרשנות כזו, המבוססת על יסוד הרווח הבלתי חוקי שבעבירה, עשויה לכלול תחת התנאי חלק נכבד מהעבירות הפליליות, שתכליתן היא, בין השאר, השגת רווח כספי שלא כדין - לרבות כאלו בעלות אינטרס מוגן דומיננטי אחר - והמשתייכות, לשונית ותכליתית, למערך פלילי נפרד.



שילוב השיקולים הנ"ל עשויים להצדיק את הגישה כי קיים ספק בכך שמתקיימת הזהות הנדרשת בין יסודות העבירה בה הורשע המערער להלכה למעשה לבין היסודות הקבועים בעבירת התנאי, וכי אין מדובר בעבירות המתאפיינות באותה מהות פנימית ובאותו גרעין מעשה עובדתי (השוו: רע"פ 6352/12 סעדה נ' מדינת ישראל (23.09.2012)).

55. לשיטתי, במקרה שלפנינו, דומה שאין צורך להכריע ברמה הנורמטיבית איזו מהפרשנויות שלעיל מגשימה את לשון ותכלית התנאי באופן מיטבי. לאור אופן הניסוח הרחב של התנאי, די בכך שמתעורר ספק האם התנאי שהוטל על המערער במסגרת התיק הישן היה אמור להיות מובן על ידו כחל גם העבירות בהן הורשע בתיק דנן. השיקולים הפרשניים הנוגדים שהוצעו לעיל מחזקים את המסקנה בדבר העדר בהירות אפשרי של היקף פרישת התנאי בנסיבות אלו. לאור האמור, קיים בלבי ספק האם היה על "עברייני מן היישוב" (ראו והשוו: פרשתסלסנר, בפסק דינו של חברי השופט נ' הנדל), להיות מודע בעת גזירת דינו שהתנאי, באופן בו נוסח, הכיל מניה וביה (אינהרנטית) – גם עבירות זיוף.

גם אם המערער, למרבה הצער, יוצא ובא בשערי בית המשפט ובית האסורים כדבר שבשגרה, כאשר לחובתו עמדו בשעתו שמונה הרשעות קודמות בעבירות רכוש, הימורים ומרמה – לא ניתן לשלול את הטענה, במישור האובייקטיבי, כי תנאי שהוטל בגין עבירה של החזקת נכסים שהושגו בפשע אינו מובן ככולל להלכה גם עבירות זיוף.

56. זאת ועוד – אחרת. עונש מאסר מותנה הוא בבחינת "חרב דמוקלס" התלוי מעל ראשו של נאשם ספציפי ומכוון להרתעתו האישית ("Sword of Damocles" hanging over the offender's head), כלשונו של פרופ' Martin Wasik, *Sentencing Guidelines: The Problem of Conditional Sentences*, 13 Crim. (Just. Ethics 50, 53 (1994)). הצלחתו של עונש מותנה בהשגת הרתעה אישית של הנאשם קשורה במישרין בוודאות תפיסתו בידי האחרון ומודעותו למשמעותו הקונקרטית. בהקשר לכך, הודגש בפסיקתנו: כי "מטרת ההרתעה של התנאי ועקרון החוקיות מצדיקים ודאות ביחס לטיב העונש שנגזר מלכתחילה ולא בדיעבד" (פרשתריז, בעמ' 20). חשיבות זו דורשת, בין השאר, כפי שציין חברי, השופט א' רובינשטיין, ניסוח בהיר של התנאי:

"... באופן שיהא נהיר למטילי התנאי למה נתכוונו ואילו עבירות רצו ללכוד ברשת, נהיר לבתי המשפט הנדרשים להפעילו, ונהיר לעברייני כדי להרתיעו באופן ספציפי וישיר" (ראו: פרשת סלסנר, בפסקה יג; ההדגשה שלי – ח"מ).

עוד יפים לעניין זה דברי חברי, השופט נ' הנדל, שהדגיש את החשיבות כי הנאשם יבין את התנאי בעת גזירת הדין:

"מהותו של התנאי אמורה להיות מובנת לנאשם שהורשע בעת גזירת העונש על תנאי. מובנת – משמעה על דרך הפשט ולא על דרך הפלפול" (ראו: על"ע 5674/08 אבני נ' הוועד הארצי של לשכת עורכי הדין (11.11.2009); רבין וואקי, בעמ' 1674-1676).

לאור האמור, בנסיבות המתוארות ומבלי צורך להכריע במישור הנורמטיבי-עקרוני, איזו מן הפרשנויות שהוצעו



לעיל מגשימה באופן מיטבי את תכליתו של התנאי, נשוא התיק הישן, מתעורר ספק האם לנוכח נוסח התנאי: "עבירת רכוש מסוג כלשהו", שהוטל בגין עבירה של החזקת נכסים שהושגו בפשע, היה על המערער להבינו בפרשנותו הרחבה, כפי שזו נטענה על ידי המשיבה. לפיכך, אציע לחברי לקבל את טענת המערער בסוגיה זו.

57. בכל הנוגע לטענותיו של המערער לעניין חומרת העונש שנגזר עליו – לא מצאתי כי יש בעונשו של המערער משום סטייה משמעותית ממדיניות הענישה הנוהגת בעבירות מהסוג שבהן הורשע, ודומה אפילו שהעונש שהושת עליו היה מתון יחסית (השוו: רע"פ 3908/07 קיקוזשוילי נ' מדינת ישראל (20.05.2007)). קביעה זו נשענת על חומרתן של העבירות בהן הורשע המערער, והרווח הכספי העשוי לצמוח מהן – נתונים שבשים לב אליהם, אין מנוס מפני תגובה עונשית הולמת ומרתיעה. זה המקום לציין כי כבר נפסק בעבר ביחס לעבירות כגון דא כי: "גישה סלחנית לא תשרש את התופעה ולא תעמוד כמחסום בפני הפיתוי לעבור את העבירה" (ראו: ע"פ 189/87 מדינת ישראל נ' ציצאשווילי ואח' (24.03.1988)). יתר על כן כאשר בית משפט השלום הנכבד גזר את עונשו של המערער – אכן נלקחו בחשבון וכראוי הנימוקים לקולא ולחומרא. בראייה זו, העונש שנגזר על המערער (24 חודשי מאסר בפועל בגין התיק, מושא כתב האישום המתוקן) איננו חמור יתר על המידה, ואיננו מצדיק בכל מקרה התערבות של ערכאת הערעור. על כן – הערעור במישור זה דינו להידחות.

סוף דבר

58. סיכומם של דברים:

(א) טענת המערער ביחס לחזרתו מן ההסדר בגין כך שלא הבין את משמעותו –

נדחת.

(ב) ביחס לתוכנו של ההסדר והעונש שהושת עליו: ציפיית המערער כי יגזרו עליו

30 חודשי מאסר לריצוי בפועל נתקיימה בפועל, הגם שאכן נפלו פגמים מהותיים בהליך: באופן הפעלת ההסדר שנעשתה בסופו של דבר במעמד צד אחד וכן בהודעת העונש הצפוי מראש למערער עובר לכריתת ההסדר.

(ג) דין הערעור להתקבל בנוגע להפעלת המאסר המותנה בשל הספק האם היה על "נאשם מן היישוב" להבין את תוכן התנאי ("עבירות רכוש מסוג כלשהו") ככולל מניה וביה גם עבירות זיוף.

לאורכל האמור לעיל – אציע לחברי להפחית מעונשו של המערער שישה חודשי מאסר שהופעלו כנגדו לריצוי במצטבר לעונש המאסר שנגזר עליו במסגרת תיק זה, כך שירצה בסך הכל עונש של 24 חודשי מאסר לריצוי בפועל, בניכוי ימי מעצרו. יתר רכיבי גזר הדין יותרו בעינם.

בהסתכלות פילוסופית-משפטית – התוצאה האמורה נותנת תשובה לחלק מההשגות שהועלו בידי ב"כ הנוכחי



של המערער וגם לפגמים שנפלו בהליך.

59. המערער יתייצב לפיכך לריצוי עונש המאסר שנגזר עליו, בתאריך 07.10.2015 עד לשעה 10:00, בבימ"ר קישון, או בבית סוהר אחר על פי החלטת שירות בתי הסוהר, כשברשותו תעודת זהות, או דרכון ועותק מפסק דין זה. על המערער לתאם את הכניסה למאסר, כולל האפשרות למיון מוקדם, עם ענף אבחון ומיון של שירות בתי הסוהר, טלפונים: 08-9787377, או 08-9787336. עד לכניסתו למאסר כאמור, ימשיכו לחול על המערער התנאים שהושתו עליו בעת עיכוב הביצוע.

תשומת לב שירות בתי הסוהר מופנית למצבו הרפואי המורכב של המערער, ולצורך להתחשב בו, כמפורט בתעודות הרפואיות ובמסמכים הנוספים שהוגשו על ידו, ושאינן המקום לפרטן כאן.

#### ש ו פ ט

#### השופט י' עמית:

1. אני מסכים עם חברי, השופט מלצר, כי אין מקום לאפשר למערער לחזור בו מהודייתו, מה עוד, שידע כי יושת עליו עונש מאסר של 30 חודשים, ובנסיבות אלה, צורמת עוד יותר טענתו כי הודה מחמת טעות בהבנת כתב האישום המתוקן.

אני מצטרף גם לדעתו של חברי כי יש לקבל את הערעור לגבי הפעלת המאסר המותנה, נוכח הספק אם עבירות הזיוף בהן הורשע המערער על פי סעיפים 462 ו-477 בפרק י"ב לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין), נכללות בגדר עבירות הרכוש המנויות בפרק י"א לחוק העונשין.

2. לאור תוצאה זו, אני רואה להידרש לסוגיה הנכבדה בה הרחיב חברי לגבי היקף מעורבות בית המשפט בהסדרי טיעון. אומר אך זאת, כי בתי המשפט לא פועלים בחלל "סטרילי" ולעיתים נוצרת באולם בית המשפט דינמיקה שמביאה לריכוך-מה בגישת אי המעורבות של בית המשפט. מכל מקום, במקרה דנן, שני הצדדים שבפנינו הסכימו כי לא היה מדובר במעין גישור או בהצעה לעונש, אלא בהודעה של בית משפט השלום לגבי העונש הצפוי, ובנקודה זו אני מצטרף לדברי חברי כי יש להימנע מפרקטיקה מעין זו.

#### ש ו פ ט

#### השופטת ד' ברק-ארז:



אף אני מסכימה לתוצאה שאליה הגיע חברי השופט ח' מלצר. תוצאה זו נתמכת בכך שאכן לא נמצאה הצדקה לאפשר למערער לחזור בו מהודאתו, מחד גיסא, אך יש טעם מסוים בטענתו כנגד הפעלתו של עונש המאסר על תנאי שהיה תלוי ועומד נגדו, מאידך גיסא. בנוסף לכך, אף אני סבורה כי תפקידו של בית המשפט בעיצובו של הסדר הטיעון צריך להיות מוגבל, אך כחברי השופט י' עמית אני מבקשת שלא להידרש לפרטיה של סוגיה זו, ומסתפקת בהסכמה לכך שאל לבית המשפט להודיע לצדדים באופן חד-צדדי וקודם לגיבושו של הסדר הטיעון מהו העונש שיהיה צפוי לנאשם.

ש ו פ ט ת

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט ח' מלצר.

ניתן היום, י' באלול התשע"ה (25.8.2015).

ש ו פ ט ת

ש ו פ ט

ש ו פ ט