

יעקב קדמי

על

סדר הדין בפלילים

חלק שני

הליכים שלאחר כתב אישום

א

הדין בראי הפסיקה
אשנב לכרטסת אישית

מהדורה מעודכנת, תשס"ט – 2009

- (א) שבית-המשפט מודיע דבר הזיכוי בפתח מתן הכרעת הדין, אך מתייחס להכרעת הדין בכל הקשור לקריאתה – כהכרעת דין של הרשעה.
- (ב) הרשיע בית-המשפט בעבירות אחרות מאלו שפורטו בכתב האישום – ינהגו בהכרעת הדין כאילו היתה הכרעת דין של הרשעה.
- (ג) ההסדר המתואר לעיל נוהג הן לגבי הכרעת דין בעבירה נושא האישום – קרי: הנקובה ב"הוראות החיקוק" שבכתב האישום – והן לגבי הכרעת דין מרשיעה בעבירה "אחרת". (ההוראות המיוחדות להרשעה בעבירה "אחרת" – מזו הנקובה בכתב האישום – מוצגות להלן בפסקה 3.)

3. הכרעת הדין: הרשעה בעבירה שלא צוינה בכתב האישום (סעיף 184)

הערות פתיחה

- (א) הסעיפים המדברים בנושא הנדון בפסקה זו הם: 184, 185 ו-186. סעיף 184 מדבר בהרשעה על-פי עובדות שלא פורטו בכתב האישום, אלא נתגלו במהלך המשפט; ולפיו – לבית-המשפט סמכות להרשיע בעבירה כאמור ובלבד: שניתנה לנאשם "הזדמנות סבירה להתגונן" בפני עבירה זו; ושלא יוטל עליו עונש חמור מזה שניתן היה להטילו על-פי כתב האישום.
- סעיף 185 קשור לסעיף 184 למקרים שבהם העבירה ה"נוספת" הינה פשע שאינו בתחום סמכותו של בית-המשפט שאליו הוגש כתב האישום; ומסדיר את העברת הדיון בעבירה כזו לבית-המשפט המוסמך.
- סעיף 186 קובע מגבלת ענישה כללית, לפיה אין להעניש נאשם יותר מפעם אחת בשל "אותו מעשה"; והוא חל גם לגבי עבירות "נוספות" בהן מורשע נאשם מכוח הוראות סעיף 184.
- (ב) "לא מצאנו ממש... בטענתו... ולפיה יכולתה של התביעה לבקש מבית-המשפט לעשות שימוש בסעיף 184... שמורה רק למקרים בהם לא ידעה התביעה על עובדות מסוימות... והיא 'הופתעה' לגלותן במהלך המשפט... כבדרך שגרה, יישומו של סעיף 184 נעשה במקרים בהם העובדות היו ידועות ואפילו נכתבו בכתב האישום, אלא שהדיון חשף זוויות אחרות, הדגשים אחרים באופן שהעבירה העולה מאותן עובדות שונה מזו שנטענה..." (ע"פ 8168/05, פלינק).
- (ג) פסקה זו מוקדשת בעיקרה לסעיפים 184, 185; כאשר פסקה 4 מוקדשת בעיקרה לסעיף 186.

א. הרשעה בעבירה אחרת: סעיפים 184, 185 – כללי

(1) א) בית-המשפט אינו כבול לעבירות שנוקבת בהן התביעה ב"הוראות החיקוק" שבכתב האישום. כך היו פני הדברים לפני כניסת חסד"פ לתקפו, ואך טבעי הוא שכך פני הדברים כיום. על-פי חסד"פ, הדגש מושם על העובדות, כאשר ציון "הוראות החיקוק" הינו בעיקרו בעל ערך טכני פורמלי: קביעת סמכותו של בית-המשפט; קביעת מסגרת לרלוונטיות הראיות; והודעה לנאשם בדבר תחום היריבות.

(ב) במצב דברים זה, בית-המשפט רשאי להרשיע נאשם – על-פי העובדות שהוכחו בפניו ב"עבירה אחרת", לאמור: על-פי עובדות שלא הוצגו בכתב האישום; ובעבירות על-פי הוראות חיקוק שלא צוינו בכתב האישום. הרשעה ב"עבירה אחרת" כאמור, מותנית בכך: שהיתה לנאשם "הזדמנות סבירה להתגונן בפניה" (סעיפים 184-185 לחסד"פ); ושהעונש שיגזר עליו לא יהיה חמור מזה הקבוע לעבירה המצוינת בכתב האישום (סעיף 184 לחסד"פ) (ראה פסקה 2 להלן).

(ג) (1) ולא למיותר יהיה לציין לעניין אופיה ותכליתה של ההוראה שבסעיף 184: "הוראה זו משקפת את שתי המטרות של סדרי הדין – גילוי האמת והבטחת זכות הנאשם למשפט הוגן... ראו... ע"פ 431/92..." (ע"פ 7832/00, יעקובוב).

(2) וראה בהקשר זה גם – עש"מ 2203/05 (בני מדר: "...שהוראת סעיף 184... באה להבטיח שתי תכליות המונחות ביסוד סדר הדין הפלילי – הגנה על זכות הנאשם למשפט הוגן והצורך לחשוף את האמת" (ע"פ 4977/92...)).

(3) "התכלית העומדת בבסיס דרישת ההזדמנות הסבירה להתגונן, הינה הבטחת יכולתו של הנאשם להתמודד עם הקושי הנובע מחסרונו של טיעון עובדתי בכתב האישום... שהרי אין אדם יכול להתגונן, אם אין הוא יודע מפני מה (ראו והשוו: ע"פ 545/88... ע"פ 7832/00, יעקובוב...)..."

- (ד) ויודגש: בית-המשפט רשאי לעשות שימוש בהוראות סעיף 184 לחסד"פ מיוזמתו²⁷⁷; ואין נפקא מינה, אם העבירה האחרת הינה חמורה מן המקורבת או קלה הימנה²⁷⁸.
- (ה) מקום הדיון בשאלה אם בית-המשפט יעשה שימוש בסעיף 184 הוא "בבית-המשפט בו תלוי משפטו הפלילי" ולא בפנייה ל-בג"צ (בג"צ 1163/02, פלינק).
- (2) (א) חסד"פ, בסעיפים 184 ו-185, מדבר בהרשעה בעבירה "אחרת" מזו הנקובה בכתב האישום; וזאת – על-פי עובדות שהוכחו אך לא צוינו בכתב האישום. אין הוא מדבר מפורשות וישירות בהרשעה בעבירה "אחרת" כאמור, על-פי העובדות שצוינו בכתב האישום.
- (ב) הגישה הנוהגת היא, שסמכותו של בית-המשפט לעשות כך מתחייבת מהוראות הסעיפים 184-186 לחסד"פ: סעיף 184 נוקט לשון "אף אם", שמשמעותה "גם", לאמור – גם כשהמדובר בעובדות המפורטות בכתב האישום וגם כשמדובר בעובדות שאינן מפורטות בכתב האישום²⁷⁹; ואילו סעיף 186 מסמך את בית-המשפט להרשיע במספר עבירות על-פי העובדות שבכתב האישום מבלי לייחד סמכות זו לעבירות שצוינו בו. על-פי גישה זו: סעיף 186 לחסד"פ נועד לאפשר הרשעה במספר עבירות בקשר לאותן עובדות [אותו מעשה]; וזאת – בין שהעובדות פורטו בכתב האישום ובין שלא פורטו בו. כאשר במקום שמדובר בעובדות שלא פורטו בכתב האישום, יש לקרוא סעיף זה יחד עם הסעיפים 184 ו-185 לחסד"פ.

277 ע"פ 807/99, נג(5) 754 (עזיזיאן).

278 ראה: ע"פ 3040/99, נד(1) 223 (טרבשי).

279 ראה להמחשה: ע"פ 476/72, כז(1) 376 (טרטקובסקי); ע"פ 689/82, לח(3) 329 (מאירוביץ); ע"פ 385/87, מב(1) 151 (תלאוי); ע"פ 3971/90, מה(1) 666 (אסיס). ועיין גם – ע"פ 4503/99, נה(3) 604 (אפרים). ולעניין "תיקון" העובדות והתאמתן לאלו שהוכחו – ראה: דנ"פ 9767/01 (אבחסירה – הרשעה ב-5 דקירות כשבכתב האישום נרשמו 2 דקירות). וכן – ע"פ 10545/04 (אלדנקו – "יכול ביהמ"ש להרשיע... בעבירה שלא צוינה אף כאשר העובדות המקימות את העבירה צוינו בכתב האישום").

(ג) עם זאת: ככלל, בית-המשפט מכבד את בחירת התביעה בכל הנוגע להוראות החיקוק, ואינו מוסיף להוראות אלו – ובוודאי שלא תוספת מחמירה – מיוזמתו²⁸⁰. ברם, כאמור, הגישה המקובלת היא שהוא מוסמך להרשיע על-פי העובדות שבכתב האישום גם בעבירות שלא צוינו בו.

(3) להשלמת התמונה יצוין:

(א) ב-ע"פ 4503/99 (נה(3) 604, יוסף אפרים), עמדה בפני בית-המשפט שאלת ההרשעה, על-פי העובדות המתוארות בכתב האישום, בעבירה שונה מזו שיוחסה לו שם (אחריות "מבצע בצוותא" במקום אחריות "משדל"). מקרה כזה אינו בא בגדרי סעיף 184; וזאת משום "שהעתירה להרשיע... לא נועדה כדי לזקוף לחובתו [של הנאשם] עבירה נוספת, אלא רק להגדיר נכונה את אחריותו... כשהבסיס לכך הן אותן עובדות שהובילו את בית-המשפט המחוזי להגדרה שגויה של אחריותו [של הנאשם]... כימשדל אף שבפועל היה 'מבצע בצוותא'". בית-המשפט הוסיף כי: "החלטה ברוח זו עומדת גם במבחניו של סעיף 184... אף שכאמור אינו חל על העניין, באשר הגנתו [של הנאשם] לא יכולה היתה להיות שונה והעונש לו הוא צפוי... אחד הוא".

(ב) הוא הדין כאשר בית-המשפט מרשיע בעבירה נושא האישום, בשינויים בעובדות המתוארות במסגרתו, כאשר שינויים אלה מתאימים את תמונת העובדות למציאות מבלי לשנות את משמעותה המשפטית: "תיקון" של גרימת מוות ב"חמש" דקירות במקום ב"שתיים" שנוקב כתב האישום – אינו מביא את ה"תיקון" בגדרי הרשעה בעבירה אחרת לפי סעיף 184²⁸¹.

280 עיין: ע"פ 836/79, לד(4) 800 (מיכאלי); בג"צ 752/80, לה(1) 585 (מירון); וראה גם – ע"פ 2194/91, מז(5) 299 (רון נ' כור). וראה עוד – רע"פ 960/99, נג(4) 294 (מקמילן – "ניתן היה לבקש הרשעת המבקש בעבירות נוספות (מכוח הוראת סעיף 184...), אך ביהמ"ש לא נתבקש ע"י התביעה לעשות כן").

281 דני"פ 9767/01 (שי אבחסירה).

- (ג) לעניין פרישתו של סעיף 184 נאמר ב־בד"מ 2461/05 (השופטת הילה כהן): "משנמצא לנו כי הוכח קיומם של חלק מפרטי האישום וכי אלה מגבשים את העבירה שנאשם... הועמד עליהם לדין, אין כל מניעה כי נרשעו באותן עבירות... נעיר שתי הערות: ראשית... לשופטת... ניתנה הזדמנות מלאה להתגונן מפני העובדות שהוכחו לפנינו; שנית, ההגיון... התומך בהוראת סעיף 184... יחול על ענייננו בדרך של קל וחומר: אם ניתן להרשע... באשמה המתגלה מעובדות שהוכחו בפני בית־המשפט גם אם לא נטענו בכתב האישום, לא כל שכן בענייננו, שהעובדות שהוכחו נטעמו בכתב הקבילה".
- (4) שאלה בהקשר זה תהיה, אם בית־משפט המרשיע בעבירה אחרת על־פי עובדות שנטענו בכתב האישום – קשור לעונש הקבוע לצידה של העבירה שנקבה התביעה בכתב האישום? לכאורה, אפשר לטעון שאין הוא קשור לאותו עונש – מכיוון שהנאשם צפוי לעונש המתחייב מן העובדות הנטענות בכתב האישום. ברם, הלכה למעשה נוהגים על־פי הגישה האומרת, שבית־משפט לא יטיל עונש חמור מזה שלו היה צפוי הנאשם אילו הורשע בעבירה המקורית; וזאת מכוח ההיקש מן ההוראה שבסיפא לסעיף 184 לחסד"פ²⁸².
- (5) יהיו הדברים כאשר יהיו, במקום שבית־המשפט מרשיע על־פי העובדות המפורטות בכתב האישום במספר עבירות – בין שצוינו בו מלכתחילה ובין שהוא מצא להרשיע בהן על־פי עובדות נוספות שהוכחו בפניו – לא יעניש בית־המשפט את הנאשם יותר מפעם אחת בשל "אותו מעשה"²⁸³.

282 לעניין הרשעה בעבירה "אחרת" על־פי העובדות שפורטו בכתב האישום – ראה גם: ע"פ 10545/04 (אלדנקו).

283 סעיף 186 לחסד"פ; משמעות המושג "אותו מעשה" בהקשר הנדון כאן זהה למשמעותו בסעיף 5 לחסד"פ, שעניינו הטענה המקדמית "כבר הורשעת/זוכיתי". ראה: ע"פ 173/75, ל(2) 138 (בן־ציון); להמחשה: ע"פ 436/80, לה(2) 569 (עמוסי); ע"פ 868/78, דף לפרקליט 201 (עלי); ע"פ 875/76, לא(2) 796 (דור); ע"פ 228/77, לב(1) 701 (זקצר); ע"פ 178/76, דף לפרקליט 179 (רוקנשטיין); ע"פ 51/76, ל(3) 14 (ראובן).

ראה בהקשר זה: ע"פ 766/07 (ברק כהן – "בענייננו... מדובר בהרשעה על בסיס העובדות המופיעות בכתב האישום, אלא שהעבירה... שונה מזו המיוחסת... בכתב האישום... אין ספק שבית-המשפט רשאי להרשיע בעבירה שונה... (ראו: ע"פ 2456/06 בוכמן... פסקה 24 רישא והאסמכתאות שם). שאלה היא האם מקרה כזה... נכנס לגדרו של סעיף 184. לשאלה זו, בה אין צורך להכריע, יש נפקות לעניין תחולתה של המגבלה של גזירת העונש... בסיפא של סעיף 184...").

(6) ויודגש:

- (א) ולא למיותר להזכיר: תיקון כתב האישום, לאחר תחילת המשפט, מותנה בכך ש"ניתנה לנאשם הזדמנות סבירה להתגונן", דוגמת התנאי הקבוע בסעיף 184 לחסד"פ להרשעה ב"עבירה אחרת"²⁸⁴.
- (ב) הרשעה ב"עבירה אחרת" – קרי: שלא צוינה בכתב האישום – אינה מצריכה תיקון כתב אישום²⁸⁵.
- (ג) אין מניעה להרשיע נאשם בעבירה קלה ה"מובנית" בתוך עבירה חמורה יותר בה הוא מואשם על-פי כתב האישום; הוא הדין בעניינה של עבירה ה"נבלעת" בעבירה נושא האישום²⁸⁶.
- העובדה שהגנתו של הנאשם היא שעבר עבירה קלה מזו המיוחסת לו, אינה מונעת מבית-המשפט מלהרשיעו בעבירה זו, אף שלא יוחסה לו בכתב האישום²⁸⁷.
- (ד) "לטענתו [של המערער-הנאשם] המדינה כלל לא ביקשה לתקן את כתב האישום, ולא מצאה לנכון להזהירו במהלך ההליך המשפטי...; הערעור נדחה בבית-המשפט המחוזי [ע"פ (נצ') 1187/04, שרמן] אשר קבע כי... ניתנה אפשרות סבירה להתגונן...

284 ראה: ע"פ 947/85, מא(4) 635 (עצמון). למבחני התנאי "הזדמנות סבירה להתגונן" – ראה: פסקה ג' להלן.

285 ראה: ע"פ 364/73, כח(2) 620 (זיידמן); ע"פ 118/65, יט(2) 522 (עבאדי).

286 סעיף 186; וראה: ע"פ (י-ם) 979/97 (וונובוי); ע"פ 3929/97, נג(5) 747 (גרידי – הואשם בניסיון לרצח – הורשע, מכוח סעיף 184 בגרם חבלה גופנית חמורה; הערעור נדחה משום שלא היה מקום לעשות שימוש בסעיף 184: "צריך היה [הנאשם] להצביע במה נתקפחה הגנתו, כיצד היה חוקר את עדי התביעה... או אלו ראיות... היה מביא. זאת לא עשה. לא די בטענה ערטילאית..."). ראה בהקשר זה גם: ע"פ 8309/03 (מויאל – הורשע באיומים במקום בניסיון לרצח).

287 ע"פ (י-ם) 979/97 (וונובוי).

המדובר בעבירה זהה לעבירה שיוחסה... מלכתחילה, כאשר העובדות... נתלבנו במהלך המשפט ואף המערער... הודה כי הבחין בתמרור ב-48 [שבאי ציות לו הורשע]... קו ההגנה בו נקט המערער... כולל בחובו גם את קו ההגנה לאישום בו הורשע...; בקשת הנאשם לרשות ערעור שני נדחתה" (רע"פ 10103/04, יעקב שרמן).

ב. הרשעה בעבירה "אחרת": סעיפים 184, 185 – סמכות/ענישה

(1) כללי:

כאמור, מקום שהוכחו במהלך הדיון עובדות שלא נטענו בכתב האישום ויש בכוחן – כשלעצמן או יחד עם העובדות שנטענו בכתב האישום – לבסס הרשעה בעבירה "אחרת" מזו שצוינה בהוראות החיקוק (אם בנוסף לאותה עבירה ואם במקומה) – רשאי בית המשפט להרשיע בעבירה האחרת²⁸⁸, ובלבד:

(א) שניתנה לנאשם "הזדמנות סבירה להתגונן"²⁸⁹ בפני העבירה האחרת, לאמור: שאין בהרשעה ב"עבירה האחרת" משום הפתעה לנאשם.

(ב) שלא יוטל על הנאשם עונש חמור מזה שאפשר היה להטיל עליו אילו הוכחו העובדות כפי שנטענו בכתב האישום.

288 סעיף 184 לחסד"פ; "סעיף זה מקנה לביהמ"ש סמכות להרשיע נאשם על בסיס עובדות שהוכחו לפניו, אף אם הן שונות מן העובדות שנטענו בכתב האישום, ובלבד שניתנה לנאשם הזדמנות סבירה להתגונן... קובע הסיפא... מגבלה לעניין העונש..." (ע"פ 766/07, ברק כהן); וראה גם ע"פ 5204/07 (אבו סמור). בשאלה אם ההוראה חלה גם לגבי "עבירה" העולה מן העובדות שבכתב האישום, אך לא שימשה נושא לאישום. ראה: ע"פ 1377/94 ורדנ"פ 4603/97 (משולם אהרון); וכן – ע"פ 766/07 (ברק כהן – "אין ספק שביהמ"ש רשאי להרשיע בעבירה שונה מזו שיוחסה בכתב האישום [יעל בסיס העובדות המופיעות בכתב האישום] (ראו ע"פ 2456/06, בוכמן... פסקה 24 רישא והאסמכתאות שם). שאלה היא האם מקרה כזה... נכנס לגדרו של סעיף 184... לשאלה זו, בה אין צורך להכריע, יש נפקות לעניין תחולתה של המגבלה על גזירת העונש, המופיעה בסיפא של סעיף 184".) וראה גם – ע"פ 10545/04 (אלדנקו).

289 למשמעות הבסיסית ראה: ע"פ 63/79, לג(3) 615 (עוזר; והמצוטט במסגרתו); ע"פ 313/79, לד(2) 62 (דדה); ע"פ 253/78, לב(3) 762 (ברנס); המ' 156/74, כח(4) 606 (מוסיוב); ועיין – פסקה 3 להלן; לגבי נאשם עו"ד – ע"פ (חיפה) 121/79, פס"מ תש"מ (א) 482 (מלך); ועיין עוד – ע"פ 601/85, מ(4) 341 (מנשרוב); ע"פ 355/88, מג(3) 245 (לוי); ע"פ 635/88, מד(4) 228 (אדרי); ע"פ 521/88, מב(4) 755 (ספאדי); וכן – ע"פ 1145/92, מח(4) 314 (פלוני).

(ג) היתה אותה עבירה "אחרת" פשע שבית-המשפט אינו מוסמך לדון בו – יועבר הדיון לבית-משפט מחוזי (אשר יחל בו מחדש או ימשיך בדיון למי השלב שאליו הגיעה הערכאה המעבירה)²⁹⁰.

(ד) ויודגש:

(1) "עמידה בתנאי ההזדמנות הסבירה להתגונן אינה חייבת להתבטא באזהרה מפורשת על הנאשם במהלך הדיון. אמנם, על דרך הכלל ייטיב בית-המשפט לעשות אם יזהיר... אולם גם מקום שלא ניתנה אזהרה... אין משמעות הדבר בהכרח כי לא ניתנה לנאשם הזדמנות סבירה להתגונן..." (ע"פ 465/06, אביבי).

(2) "מקל וחומר שבית המשפט יכול... להרשיע... מקום בו העובדות עליהן התבססה ההרשעה נטענו... בכתב האישום והעבירה בה הורשע... היתה זו שיוחסה לו בכתב האישום..." (ע"פ 4533/07, אזרי).

(2) סמכות: הזדמנות סבירה להתגונן

(א) התנאי של מתן הזדמנות סבירה להתגונן, משקף את התכלית הכפולה של סדרי הדין במישור הפלילי: "התנאי... אינו בא להבטיח רק את צורכי הנאשם למשפט הוגן. הוא גם דרוש לחשיפת האמת..."²⁹¹.

(ב) "המבחן לבחינת קיומה של הזדמנות סבירה להתגונן הוא מבחן כפול. ראשית בבחינה טכנית-פרוצדורלית... האם ניתנה לנאשם הזדמנות סבירה לחקור עדים, להביא ראיות... וכדומה; וסופו [קרי: השני] בבחינה מהותית... אם ניתנה לנאשם הזדמנות סבירה לגבש ולהציג קו הגנה ביחס לעבירה שעובדותיה לא נטענו בכתב האישום" (ע"פ 9256/04, יוסף נוי). להרחבת הדיון – ראה: פסקה 4.ג להלן.

290 סעיף 185 לחסד"פ; ראה: פסקה 5 להלן. ועיין: ע"פ 76/69, כגן (1) 572 (יצחק).

291 ע"פ 4977/92, מזן (2) 700 (גיברין). ועיין גם – ע"פ 766/07 (ברק כהן).

(ג) "השאלה אם ניתנה... הזדמנות סבירה להתגונן... נבחנת במבחן כפול שראשיתו בבחינה טכנית-פרוצדורלית... האם ניתנה... הזדמנות לחקור עדים, להביא ראיות וכד'; וסופו בבחינה מהותית... אם ניתנה... הזדמנות... לגבש ולהציג קו הגנה ביחס לעבירה שעובדותיה לא נטענו בכתב האישום (ע"פ 9256/04, פלוני...)" (ע"פ 465/06, אביבי).

(ד) ולא למיותר יהיה לחזור על שנאמר בדבר אופיה של ההוראה שבסעיף 184: "הוראה זו משקפת את שתי המטרות של סדרי הדין – גילוי האמת והבטחת זכות הנאשם למשפט הוגן – ואת הזיקה בין שתי המטרות הללו"⁹².

(ה) "אכן ניסוח כתב האישום... אינו מניח את הדעת ולא נכללו בו העובדות שבעטיין הורשעו המבקשים... אין בכך כדי להביא לזיכויים... במקרה שלפנינו ניתנה למבקשים הזדמנות סבירה להתגונן..." (רע"פ 252/04, רון שדות).

(ו) למבחני העמידה בדרישת "הזדמנות סבירה להתגונן" – ראה: פסקה ג להלן.

(ז) וידגש:

(1) גם מקום שמיוחסות לנאשם הוראות חיקוק "חלופיות" – אין בכך כדי להגביל את סמכותו של בית-המשפט להרשיע ב"עבירה אחרת" מכוח סעיף 184 לחסד"פ (ע"פ 1673/80, חאמד).

(2) "...מקום בו טוען נאשם כי לא ניתנה לו הזדמנות סבירה להתגונן עליו להבהיר..." (ע"פ 465/06, אביבי); וכן – ע"פ 5102/03 (קליין).

(3) "עמידה בתנאי ההזדמנות הסבירה להתגונן אינה חייבת להתבטא באזהרה מפורשת... במהלך הדין. אמנם... ייטיב בית-המשפט לעשות אם יזהיר את הנאשם..." (ע"פ 465/06, אביבי). וראה גם – ע"פ 5102/03 (דני קליין).

(4) "השימוש בסעיף 184... נעשה בזהירות רבה... עולה חשש כי זכותו של הנאשם להתגונן לא נתקיימה, יימנע בית-המשפט מעשיית שימוש בסמכות זו..." (ע"פ 5102/03, דני קליין).

(ח) "המבחן המכריע לקיומה של הזדמנות סבירה להתגונן מצוי בתשובה... כיצד היתה ההגנה משתנה אילו ידע הנאשם על אפשרות הרשעתו באשמה החילופית... כן ינתן משקל לעובדה כי הנאשם הורשע בנסיבות פחות מחמירות... כאשר העבירה... דומה במהותה לעבירה בה הואשם [פסיקה]..." (ע"פ 5102/03, דני קליין).

(3) עבירה אחרת: מגבלת ענישה – סעיף 184 (סיפא)

(א) היתה ה"עבירה האחרת" חמורה יותר מזו הנקובה בכתב האישום – לא יגזור בית-המשפט בשל ה"עבירה האחרת" עונש חמור מזה שרשאי היה לגזור בשל "העובדות" שנטענו בכתב האישום.²⁹³

(ב) נקבע לצד ה"עבירה האחרת" עונש חובה – אין הוא מחייב, באשר אין להחמיר עם הנאשם על-ידי הרשעה ב"עבירה אחרת"²⁹⁴.

(ג) (1) ולא למיותר יהיה להזכיר בהקשר זה: "הרעיון שביסודו של סעיף 184 הוא כי הסיכון העונשי שבפניו עומד נאשם מתוחם בכתב האישום חשיבות יתירה לכלל זה במקרה בו מודה הנאשם בעובדות שבכתב האישום תוך ידיעה כי עונשו לא יעלה על העונש הקבוע לעבירה בה הואשם"²⁹⁵.

(2) אשר על כן, יש לנהוג זהירות רבה בהרשעת נאשם שהודה בעובדות שבכתב האישום, כאשר ההרשעה נשענת על עובדות נוספות שמעבר לאלו שבכתב האישום; וליתן לו "הזדמנות של ממש" להתגונן בפני עובדות נוספות אלו.²⁹⁵

293 סעיף 184 (סיפא) לחסד"פ; ועיין: ע"פ 182/75, דף לפרקליט 167 (חלילה); ע"פ 601/85, מ(4) 341 (מנשרוב).

294 ראה: המ' 156/74 (מוסיוב) הנ"ל.

295 ע"פ 2576/93, נא(1) 610 (רוזנבלום).

(4) מגבלת ענישה: "אותו מעשה" – סעיף 186

- (א) הרשיע בית-המשפט ב"עבירה אחרת" בנוסף לעבירה הנקובה – יחול הכלל שאין להעניש יותר מפעם אחת בשל "אותו מעשה"²⁹⁶; כאשר לעניין אמת המידה, לפיה נקבע אם "סדרת מעשים" מהווה "מעשה אחד" נאמר, כי היא אמת מידה פרגמטית. כך נקבע ב-ע"פ 104/88: "כי פריצת כמאה כספות בנק [ברצף אחד] מהווה שורה של מעשים" וזאת "על יסוד שני שיקולים: האחד... אם מדובר בפעולות נפרדות עוקבות... האחר [קרי: השני] נוגע למהות האינטרס של קורבן העבירה... ריבוי נפגעים יכול להוות אינדיקציה לריבוי עבירות... אלא אם קיימת קרבה עניינית בין הנפגעים..."²⁹⁷.
- (ב) שני השיקולים האמורים מכונים בפסיקה: "המבחן הצורני-עובדתי והמבחן המהותי-המוסרי" (ע"פ 9804/02 (שר); דני"פ 9084/02 (ביטון). ליישום – ראה: רע"פ 4157/06 (פלוני); ועיין גם: ע"פ 9804/02 (שר) – "המושג אותו מעשה יזרום עם תכליות דין העונשין ועל דרך זה ניתן דעתנו לא אך למעשה הפיזי בלבד [השיקול הצורני-עובדתי] אלא – ואפשר בעיקר – לאינטרסים שדין העונשין בישק לפרוש הגנתו עליהם [השיקול המהותי-המוסרי]...").
- (ג) למבחני משמעותו של הדיבור "אותו מעשה" – ראה: פסקה 4.ג בסימן זה; ועיין גם – רע"פ 4157/06 (פלוני); ע"פ 2587/06 (שקיראת). ליישום – ראה גם: ע"פ 37/07 (פרג).

296 סעיף 186 לחסד"פ. משמעות המושג "אותו מעשה" בהקשר הנדון כאן זהה למשמעותו בסעיף 5 לחסד"פ, שעניינו הטענה המקדמית "כבר הורשעתי/זוכיתי"; ראה במיוחד: ע"פ 173/75, (2) 138 (בן-ציון); ע"פ 178/76, דף לפרקליט 179 (רוקנשטיין); ע"פ 875/76, (2) 796 (דור); להמחשה: ע"פ 436/80, לה (2) 569 (עמוסי); ע"פ 868/78, דף לפרקליט 201 (עלי); ע"פ 228/77, לב (1) 701 (זקצר); ע"פ 51/76, (3) 14 (ראובן). ועיין – פסקה 4.ג. להלן.

297 ע"פ 1742/91, נא (5) 289 (פופר) – המתת מספר קרבנות ביריות רצופות, נקבעה כסדרת מעשים נפרדים). וראה גם: ע"פ 9265/96, נג (3) 491 (אברמוב); דני"פ 3371/98, נד (4) 516 (אזואלס). סיכום בעניין זה מצוי ב-ע"פ 5023/99, נה (3) 416 (חכמי, לפיו: "בפסיקה נקבעו שני מבחנים עיקריים... מבחן אחד הוא עובדתי והשני – מהותי..."; כאשר לצורך המבחן העובדתי ניתן להשתמש באמצעי עזר, כמו..."). עיין גם: ע"פ 9804/02 (שר); ע"פ 3503/01 (תפאל); דני"פ 9084/02 (ביטון); ע"פ 6535/01 (קוזירוב). וראה: פסקה 4.ג. להלן.

(5) עבירה שונה מסוג פשע²⁹⁸ — העברה: סעיף 185

(א) "נתגלתה" עבירה, כאמור בסעיף 184 לחסד"פ, בבית-משפט שלום, ומסתבר שהיא מהווה "פשע" שאין הוא מוסמך לדון בו — "יעביר" בית-המשפט את הדיון לבית-משפט מחוזי²⁹⁹.
 (ב) השאלה שהצריכה הכרעה היא מה פירוש הדיבור "יעביר": האם מטיל הוא חובה מוחלטת על בית-המשפט, או שמא מותר לו שיקול דעת?

שאלה זו נדונה ב-בג"צ 724/83, כנגד שופט שלום שהעביר — תוך "ציות לחובה", להבדיל "מהחלטה שבשיקול-דעת" — דיון בכתבי אישום שמלכתחילה היה ברור לכל, שהמדובר בהם בעבירה מסוג פשע אך התביעה בחרה ליתן לפרשיות נושאי האישום לבוש של עוון בלבד. בפסק הדין נקבע:

(1) כי על אף שבסעיף 185 ננקטה לשון "יעביר", אין המדובר בחובה מוחלטת אלא בחובה שבשיקול דעת: "...ואם בית-משפט השלום אינו רואה מקום להרשעה בעבירה חמורה יותר שאינה בתחום סמכותו, גם אינה קמה החובה להעביר העניין לבית-משפט מחוזי. זו מתגבשת רק כאשר מדובר ברצון להרשיע בעבירה שאינה בסמכותו של בית-משפט השלום"³⁰⁰.

(2) וכי המבחן שעל פיו ינהג בית-משפט השלום בעניין זה: "...אינו מבחן פורמלי..." אלא — מבחן ה"מיישם מבחנים מהותיים תוך מתן משקל רב לעמדת התביעה"³⁰¹; שלתביעה נתונה הסמכות לבחור את הלוש המשפטי לפיו יואשם הנאשם, וראוי הוא שבית-משפט השלום לא ידחה בחירתה אלא במקום שיש טעם ראוי המצדיק זאת.

(6) הרשעה בעבירה "אחרת": זהירות במימוש הסמכות

(א) "...ראיתי להזכיר את ההלכה... ולפיה השימוש בסעיף 184 לחסד"פ — קרי: הרשעה בעבירה על סמך עובדות שלא נטענו בכתב האישום — צריך להיעשות בזהירות רבה... ובמקום

298 להגדרת "פשע" — ראה: סעיף 24 לחוק העונשין.

299 סעיף 185 לחסד"פ.

300 בג"צ 724/83, לח(3) 714 (מ"י נ"י השופט זפט).

301 בג"צ 724/83 (השופט זפט) הנ"ל, בעמ' 716.

שיש צל של חשש, שמא קופחה זכותו של הנאשם והאפשרות
נשללה ממנו להתגונן... לא יעשה בית-המשפט שימוש בסמכות
(דברי... ב-ע"פ 154/52... ע"פ 534/84... ע"פ 431/92... ע"פ
6702/95... (מתוך ע"פ 2456/06, זכר בוכמן).

(ב) "החריג שבסעיף 184... צריך להתפרש על רקע הכלל הרחב
התוחם את הדיון הפלילי למסגרת פרשת העובדות... בכתב
האישום. על שום כך, החלטנו [של סעיף 184] מתחייבת בצמצום
ובמשורה"; ובהמשך "עולה חשש כי זכותו של הנאשם להתגונן
לא נתקיימה ימנע בית-המשפט מעשיית שימוש בזכות זו"
(ע"פ 5102/03, בני קליין). וראה גם – ע"פ 431/92 (ויטמן)
ו-ע"פ 4977/92 (גברין).

(ג) וידגש: "מקום שמתמלאים התנאים לשימוש בסמכות על-פי
סעיף 184... אין זו אלא סמכות שבשיקול דעת, שיש להשתמש
בה בהתחשב בכלל נסיבות העניין (ע"פ 534/84...)" (ע"פ
5102/03, בני קליין); וראה גם – ע"פ 7085/07 (פלוני).

(ד) וידגש עוד: "בפני עצמו, סעיף 184 הוא חריג להליך הדיוני
הפלילי התקני ובית-המשפט יעשה בו שימוש רק מקום
שהשתכנע כי זכויותיו של הנאשם נשמרו במלואן" (ע"פ
8168/05, פלינק).

ג. "הזדמנות סבירה להתגונן"³⁰² – המבחנים

הערת פתיחה

"המבחן המרכזי להחלטתו של החריג שבסעיף 184 [המתיר להרשיע בעובדות
שלא נטענו בכתב האישום]... טמון בקיומה של הזדמנות סבירה להתגונן
הנתונה לנאשם... בהיעדר הזדמנות נאותה להתגונן, גובר הערך שנועד
להבטיח משפט הוגן לנאשם... עיקרו של המבחן... נועד להבטיח כי סמכות
ההרשעה בעובדות שונות מכפי שפורטו בכתב האישום אינה כרוכה בעיוות
דין לנאשם" (ע"פ 5102/03, בני קליין).

302 יש לקרוא פסקה זו יחד עם פסקה ב.2) לעיל. למשמעות הבסיסית ראה: ע"פ 63/79, לג(3)
615 (עוזר; והמצוטט במסגרתו); ע"פ 313/79, לד(2) 62 (דדה); ע"פ 253/78, לב(3) 762
(ברנס); המי 156/74, כח(4) 606 (מוסיוב); ועיין – פסקה 3 להלן; לגבי נאשם עויד – ע"פ
(חיפה) 121/79, פסי"מ תשי"מ (א) 482 (מלך); ועיין עוד – ע"פ 601/85, מ(4) 341 (מנשרוב);
ע"פ 355/88, מג(3) 245 (לוי); ע"פ 635/88, מד(4) 228 (אדרי); ע"פ 521/88, מב(4) 755
(ספאדי); ע"פ 1145/92, מח(4) 214 (פלוני). ע"פ 6702/95 (טרודי) – "...במתן אפשרות סבירה
להתגונן... מגשים סעיף זה [184 לחסד"פ] את מטרתו הכפולה של סדר הדין הפלילי: חשיפת
האמת והבטחת משפט הוגן לנאשם..."

משמעות הדרישה (1)

(א) משמעותו של תנאי זה היא: מתן הזדמנות לחקירת עדי התביעה, בהקשר זה, ב"חקירה שכנגד", השמעת עדים נוספים מטעם ההגנה, והבאת ראיות אחרות. ה"הזדמנות" להינות מכל אלה בקשר לעבירה ה"אחרת", תינתן גם אם הדבר כרוך בסטייה מן הכללים הקבועים על-פי הדין. ככלל, מקום "שהמערער לא הופתע והגנתו לא קופחה" – רואים אותו כמי שהיתה לו "הזדמנות סבירה להתגונן" ביחס לעבירה הנוספת³⁰³.

(ב) על מהות התנאי בדבר הזדמנות סבירה להתגונן עמד בית-המשפט (מפי השופט ברק) ב-ע"פ 63/79... באומרו, בין היתר:

(1) "תנאי זה... כולל בתוכו שני יסודות... האחד הוא טכני-דיוני, דהיינו, הזדמנות סבירה... להתנגד להבאת ראיות לעניין עובדות שאינן מוזכרות בכתב האישום, לחקור עדים ולהביא ראיות משלו... האחר הוא עניין מהותי, דהיינו, הזדמנות סבירה... לפתח ולייצב קו הגנה כנגד אישום שאינו מופיע בכתב האישום, אך העולה מתוך העובדות שהובאו לפני בית-המשפט".

(2) "לעניין יסוד שני זה, השאלה היא אם הנאשם הופתע... על כן מקובל הוא לשאול נאשם הטוען להיעדרה של הזדמנות סבירה להתגונן במה היית מתגונן ואיזה קו הגנה נמנע ממך... אם קו ההגנה... כלפי האישום [המקורי]... כולל בחובו גם את קו ההגנה אותו היה מציב... [לאישום בו הורשע] אין לומר כי הנאשם הופתע וכי לא ניתנה לו הזדמנות סבירה להתגונן".

303 ע"פ 355/88, מג(3) 245 (לוי); ועיין גם – ע"פ 635/88, מד(4) 228 (אדרי; והפסיקה המצוטטת שם); ע"פ 545/88, מג(2) 323 (בן עזרא); ע"פ 5140/99 (נחום וידל – "הרשיע ביהמ"ש המחוזי את הנאשמים בעבירה שונה מזו שיוחסה להם... אולם העובדות המהוות את הבסיס לעבירה... פורטו בכתב האישום. בנסיבות אלה אין לומר כי נשללה... הזדמנות סבירה להתגונן (ע"פ 476/72... ע"פ 617/80...); ובהמשך – "הרשעתם בעבירת הקשר לא היוותה כלל וכלל הפתעה עבורם (השוו למשל... ב-ע"פ 319/79... ע"פ 431/92...)".

(3) לעומת זאת, אם הנאשם נמנע מלהציב קו הגנה... משום שקו הגנה זה לא נתבקש על-פי העובדות המקוריות... אומרים כי לנאשם לא ניתנה הזדמנות סבירה להתגונן (ראו גם ע"פ 545/88 בן עזרא...; ע"פ 7832/00, יקובוב...; ע"פ 729/06 רוטקוביץ...; ע"פ 9256/04 יוסף נוי...).

(4) 'המבחן המכריע לקיומה של הזדמנות סבירה להתגונן מצוי בתשובה לשאלה כיצד היתה ההגנה משתנה אילו ידע הנאשם על אפשרות הרשעתו באשמה החילופית (פרשת רוטקוביץ... פרשת יקובוב)... ינתן משקל לעובדה כי הנאשם הורשע בנסיבות פחות מחמירות מאלה שבהן הואשם (ע"פ 10545/04... אלבנקו)... אפשר גם כי עצם בירור העובדות החדשות במסגרת הדיון... עשוי לקיים את התנאי (ע"פ 1673/90... ע"פ 521/88...).

(ג) וכך באו הדברים לכלל ביטוי

(1) ב-ע"פ 431/92: "הזכות להתגונן כוללת את האפשרות הטכנית לחקור את עדי התביעה חקירה שכנגד, להביא ראיות ולטעון טענות, ואת הזכות שלא להיות מופתע... עמד על כך השופט ברק ב-ע"פ 76/79... השימוש בסעיף 184 נעשה על כן בזהירות רבה... ובמקרה שיש צל של חשש שמא קופחה זכותו של הנאשם והאפשרות נשללה ממנו להתגונן... לא יעשה בית-המשפט שימוש בסמכות..."³⁰⁴

(2) ב-ע"פ 7832/00³⁰⁵: "הזכות להתגונן כוללת, ראשית, אפשרות טכנית לנהל את ההגנה כלומר לחקור את עדי התביעה חקירה שכנגד, להביא ראיות ולטעון טענות; ושנית – זכות שלא להיות מופתע, כדי שיהיה סיפק... להיערך לקראת האישום החדש... (ע"פ 63/79... עוזר...)."

(3) ואילו ב-עש"מ 2203/05 (בני מדר) הוצגו הדברים כך: "דרישת ההזדמנות הסבירה להתגונן... פורשה... ככוללת שני יסודות. האחד הוא אפשרות טכנית לנהל את ההגנה, דהיינו להשמיע עדים ולהביא ראיות לעניין העובדות

304 ע"פ 431/92 (ויטמן). וראה גם – ע"פ 9902/04 (פלוני).

305 ע"פ 7832/00, נ(2) 541 (יעקובוב).

שאינן מוזכרות בכתב האישום... היסוד השני הוא הזדמנות סבירה לפתח ולייצב קו הגנה כנגד אישום שאינו מופיע בכתב האישום אך עולה מתוך העובדות שהובאו בפני בית-המשפט...".

(4) "כפי שנפסק לא אחת, לתנאי בדבר קיומה של הזדמנות להתגונן שני פנים. האחד, פן טכני-דיוני שעניינו ביכולתו... לחקור עדים ולהביא ראיות... הפן השני, עניינו בשאלה האם ניתנה... האפשרות לפתח קו הגנה נגד אישום שאינו מופיע בכתב האישום אך עולה מתוך העובדות שהוכחו במשפט... " (ע"פ 4533/07, יאיר אזורי).

(5) "השאלה אם לנעשם ניתנה הזדמנות סבירה להתגונן... נבחנת במבחן כפול, שראשיתן בבחינה טכנית-פרוצדורלית שעיקרה בשאלה האם ניתנה... הזדמנות סבירה לחקור עדים, להביא ראיות... " (ע"פ 405/06, ציטוט מתוך ע"פ 9256/04).

(6) "נפסק, כי דרישה זו [הזדמנות סבירה להתגונן] כוללת שני יסודות: האחד יסוד טכני-דיוני, שעניינו... אפשרות לנקוט פעולות דיוניות... כגון חקירה נגדית, זימון עדים... השני, יסוד מהותי, שעניינו... הזדמנות לפתח קו הגנה שיתאים לעובדות החדשות... לעניין זה [פיתוח קו הגנה מתאים] חשובה השאלה האם הופתע הנאשם מן העובדות החדשות... והאם ניתן להניח שהיה נוקט קו הגנה שונה... " (ע"פ 766/07, ברק כהן).

(2) ויודגש:

(א) "...ובמקום שיש צל של חשש שמא קופחה זכותו של הנאשם והאפשרות נשללה ממנו להתגונן... לא ייעשה... שימוש בסמכות [לפי סעיף 184]..."³⁰⁶.

306 ע"פ 6702/95 (טרובי). ועיין גם – ע"פ 2895/07 (פרחי – "לא מצאתי כי הגנתו... קופחה... עת עשה בימ"ש קמא שימוש בסמכותו לפי סעיף 184... בגין מעשיו... בעבירות אשר לא נזכרו בכתב האישום...").

יחד עם זאת, אין די בהקשר זה בטענה ערטילאית, ועל הנאשם הטוען כך "להצביע במה נתקפחה הגנתו. כיצד היה חוקר את עדי התביעה באופן שונה משחקר אותם או אלו ראיות אשר לא הביא היה מביא אילו ידע שהוא צפוי להרשעה בסעיף... [בסעיף האחר]. זאת לא עשה"³⁰⁷.

(ב) מבחן זה של מתן הזדמנות להתגונן מיושם "על כל עניין המתעורר בהליך פלילי וסופו להוביל למסקנה לחובת הנאשם"³⁰⁸; ולא רק לעניין הרשעה בעבירה אחרת מזו הנקובה בכתב האישום.

(ג) "עמידה בתנאי היהזדמנות הסבירה להתגונן אינה חייבת להתבטא באזהרה מפורשת של הנאשם במהלך הדיון. על דרך הכלל, ייטיב בית-המשפט לעשות אם יזהיר... (ע"פ 729/06, רוטקוביץ...)(ע"פ 6586/98, אלסביצקי...)" (ע"פ 465/06, דוד אביבי).

(ד) "...שכאשר במהלך ניהולו של הליך פלילי מתגלה... אשמתו... בעבירה שונה... אין צורך בתיקונו של כתב האישום ובלבד שהרשעתו... לא הפתיעה אותו והיתה לו הזדמנות להתגונן..." (ע"פ 6157/03, אסף הוד). וראה גם ע"פ 5140/99 (וידל – "אין צורך בתיקונו הפורמלי של כתב האישום").

(ה) "כאשר הרשעתו... בעבירה [נוספת] שיסודותיה כלולים ממילא בעבירה המצוינת בכתב האישום, לא יכול נאשם לטעון שלא היתה לו הזדמנות סבירה להתגונן מפניה" (ע"פ 6157/03, אסף הוד).

307 ע"פ 3929/97 (גרידי). וכן – 4533/07 (יאיר אזורי).

308 דנ"פ 4603/97, נא(3) 197 (משולם).

- (3) מן הפסיקה ראויות לציון בהקשר זה ההנחיות הבאות:
- (א) "אם קו ההגנה שבנה לעצמו הנאשם... כולל בחובו גם את קו ההגנה... לאישום בו הורשע, אין לומר כי הנאשם הופתע" – ועל כן, אין לומר שלא ניתנה לנאשם ההזדמנות להתגונן³⁰⁹; וההיפך³¹⁰.
- לעומת זאת, נראה, כי ככלל: מקום שהאפשרות שהנאשם יורשע בעבירה חמורה מזו שיוחסה לו בכתב האישום מתעוררת רק לאחר שהסתיימה פרשת ההגנה – אין לומר כי היתה לנאשם הזדמנות סבירה להתגונן בפניה³¹¹.
- (ב) "נתגלתה" העבירה ה"אחרת", שבה הורשע הנאשם מן העובדות שמסר בהודייתו במשטרה, ושעל פיהן יוחסה לו העבירה נושא האישום – אין לומר שלא היתה לנאשם "הזדמנות להתגונן"³¹².
- (ג) נכללו כל העובדות שעליהן מבוססת ההרשעה בעבירה "אחרת" בכתב האישום – אין לומר שלא היתה לנאשם "הזדמנות להתגונן"³¹³.
- (ד) נכללו כל העובדות שעליהן מבוססת ההרשעה בעבירה "אחרת" בהודעותיה של עדה מרכזית – וכל ההודעות הועמדו לרשות הנאשם – אין לומר שלא היתה לנאשם "הזדמנות להתגונן"³¹⁴.
- (ה) כאשר העבירה ה"אחרת" מהווה "ביטוי" קל יותר של העובדות שבכתב האישום, מאשר ה"ביטוי" שניתן לאותן עובדות בהוראות החיקוק – אין לומר שלא היתה לנאשם "הזדמנות להתגונן"³¹⁵ (שהעבירה הקלה "נבלעת" בנסיבות כאלה בעבירה החמורה).

309 ע"פ 63/79, לג(3) 615 (עוזר); ועיין גם: ע"פ 617/80, לה(2) 313 (למברטו); ע"פ 118/65, יט(3) 522 (עבאדי). וכן – ע"פ 6157/03 (הוק) – "כאשר קו ההגנה שהנאשם הציב... נוכח האישום המופיע בכתב האישום כולל בחובו את קו ההגנה שהיה מנחה אותו נוכח האישום בו הורשע בפועל... אין לומר... כי הופתע... וכי לא ניתנה לו הזדמנות סבירה להתגונן..."

310 למשל: ע"פ 423/62, יז 2991 (גיבר). ועיין גם – ע"פ 3179/91, מו(2) 52 (שיאחי).

311 ע"פ 32/85, דף לפרקליט 259 (גרשון).

312 ע"פ 528/68, כג(1) 356 (קריגר).

313 ע"פ 476/72, כז(1) 376 (טרטקובסקי); ע"פ 689/82, לח(3) 329 (מאירוב). וכן – ע"פ 5140/99 (ויזאל) – "העובדות המהוות את הבסיס לעבירה [הנוספת] בה הורשעו, פורטו בכתב האישום. בנסיבות אלה אין לומר כי נשללה... הזדמנות סבירה להתגונן..."

314 ע"פ 400/73, דף לפרקליט 137 (גיאת); אבל ראה: ע"פ 301/62, יז 268 (שן).

315 ע"פ 282/70, דף לפרקליט 31.

- (ו) מי שמתגונן, הלכה למעשה – קרי: בפועל – כנגד העבירה ה"אחרת" לא יישמע בטענה שלא ניתנה לו "הזדמנות להתגונן": "...סוגיה זו... התגלתה והפכה להיות חלק מרכזי במערך העובדות שהתבררו במהלך הדין... העובדות המלמדות על עבירה זו נתלבנו בחקירת העדים על-ידי התביעה והסניגוריה... מכאן שהמערער לא הופתע והגנתו לא קופחה" (ע"פ 316(355/88).
- (ז) כאשר העבירה האחרת "מתחייבת" מן העובדות המוכחות – והנאשם חייב היה לצפותה, כגון: הרשעה בביצועה של עבירה ב"נסיבות מחמירות", אף שהדבר לא צוין במפורש בכתב האישום – לא תישמע מפי הנאשם הטענה שלא ניתנה לו "הזדמנות להתגונן"³¹⁷.
- (ח) "הזדמנות כזאת בוודאי ניתנה למערער: בין העובדות שנטענו באישום... לבין אלו שהוכחו... יש קשר ענייני ממשי והדוק ולפיכך אין כל יסוד להאמין שקו ההגנה שנקט המערער למעשה היה משתנה כלשהו אילו היה בטיעון העובדתי שבכתב האישום כדי להעמידו, מראש וכראוי, על הגרסה העובדתית שהוכחה..."³¹⁸.
- (ט) שינוי ה"בסיס" לאחריותו של הנאשם לביצוע העבירה נושא האישום – כגון: הוספת סעיף 27 לחוק העונשין – אינו פוגם ב"הזדמנות" הניתנת לנאשם להתגונן³¹⁹.
- (י) "מקום שהמבקש הודה בעובדות, והעבירה האחרת קלה יותר מזו העולה מאותן עובדות – אינה מתעוררת כלל שאלת ההזדמנות הסבירה להתגונן, שהרי המבקש הודה בעובדות גם כשנשאו כותרת חמורה יותר... בית-המשפט החליט מיוזמתו להמיר את האישום לקל יותר, ובכך אין לגלות פגם"³²⁰.

316 ע"פ 77/76, דף לפרקליט 176 (שחם); ועיין: ע"פ 846/76, דף לפרקליט 184 (בן-עדי); ע"פ 355/88, מג(3) 245 (לוי). להיעדר הפתעה בנסיבות – ראה גם: ע"פ 5140/99 (וידל ואחי); ע"פ 9282/00 (ירחי).

317 ע"פ 52/77, דף לפרקליט 185 (זיידר); ועיין: ע"פ 827/76, לב(3) 518 (יס-שחור).

318 ע"פ 3179/91, מו(2) 58 (שיאחי).

319 ע"פ 52/80, לד(3) 667 (כץ).

320 בש"פ 1501/92, מו(2) 649 (לחמני); ע"פ (חיי) 979/97 (וונובוי); ע"פ 807/99, נג(5) 747 (עזיזיאן). רע"פ 2979/01 (דהאן – מקום שנאשם הורשע עפ"י הודאתו בנהיגה במהירות פחותה מזו שבה הואשם, אינו נשמע בטענה שלא ניתנה לו הזדמנות נאותה להתגונן).

(יא) נראה, כי מקום שמוגשת במהלך דיון ראייה, שהיא רלוונטית להוכחת האשמה נושא כתב האישום, ויחד עם זה היא עשויה להקים בסיס להרשעה בעבירה אחרת חמורה יותר (כגון: כאשר מוגשת בדיון באישום של קטטה תעודה רפואית המקימה בסיס לאישום בעבירה של קטטה הגורמת חבלה גופנית) – אין לדרוש מן הנאשם לצפות את כל קשת העבירות שבהן אפשר להרשיעו לאור אותה ראייה³²¹; ועל כן – אין לומר שהיתה לו "הזדמנות" להתגונן בפני עבירה חמורה יותר.

וכך באו הדברים לכלל ביטוי ב-ע"פ 521/88³²²: "...בשום שלב של הדיון לא היפנה השופט... את תשומת לבם של התביעה והנאשם לכך שבכוונתו לשקול עשיית שימוש בסעיף 184 ולשקול הרשעה על-פי עובדות שהתבררו והוכחו במהלך המשפט... אכן רשאי בית-המשפט לנהוג כן, אולם בתנאי החשוב הבא... '...שניתנה לנאשם הזדמנות סבירה להתגונן...! אפילו לא הופנתה תשומת הלב, אך במהלך הדיון המשפטי נדונו וגם התבררו העובדות במלואן ולאשורן... גם אז השימוש בסמכות על-פי סעיף 184... הוא תקין..."; ברם, במקרה הנדון – "...עניין הכוונה המיוחדת לסייע לאח להימלט מעונש לא היה נושא לדיון... ולא ניתנה למערער הזדמנות לשלול, בעדות ובראיות, קיומה של כוונה מיוחדת זו..." (הנאשם זוכה).

(יב) לחזור ולהבהיר: "...אם קו ההגנה שבנה לעצמו הנאשם כלפי האישום... כולל בחובו גם את קו ההגנה אותו היה מציב... לאישום [האחר] בו הורשע [בפועל] אין לומר כי הנאשם הופתע וכי לא ניתנה לו הזדמנות סבירה להתגונן [פסיקה]..."; ובהמשך – "לעומת זאת, אם הנאשם נמנע מלהציב קו הגנה... משום שקו הגנה זה לא נתבקש על-פי העובדות המקוריות... אומרים כי לנאשם לא ניתנה הזדמנות סבירה להתגונן [פסיקה]...". (ע"פ 5204/07, אבוסמור).

321 ע"פ 32/85, דף לפרקליט 259 (גרשון).

322 ע"פ 521/88, מב(4) 755 (ספאדי); וראה גם – ע"פ 1145/92, מח(4) 314 (פלוני); וכן – ע"פ 6702/95 (טרודי) – הנאשם "לא נערך לקראת אישום זה ולא התגונן מפניו, אלא ריכז את מרבית הגנתו כנגד הטענה [המקורית]... נכון יהיה לומר כי לא ניתנה הזדמנות סבירה להתגונן..."; וראה ע"פ 2576/93, נא(1) 610 (רוזנבלום – דעת המיעוט); ו-ע"פ 9265/96, נג(3) 491 (אברמוב) – "...בסיכומיה בקשה התביעה... בקשה כזו אינה יכולה לבוא במקום האזהרה הדרושה... שהרי זו צריכה לאפשר למערער להתגונן במהלך הדיון".

וראה גם: ע"פ 9902/04 (פלוגי – "במקרה שלפנינו, התבססה הגנתו... על הכחשה גורפת... אין יסוד להניח כי... היה סוטה מקו הגנה זה, אילו היה כתב האישום... על-פי עובדות ההרשעה [האחרת] בפועל... (השווה ע"פ 6157/03 הוד...)"...). וכן – ע"פ 2895/07 (דורון פרחי).

ד. תשומת הלב לזיקה אפשרית בין אזהרה מכוח הסמכות הקבועה בסעיף 184 לבין טענת פסלות – ראה: ע"פ 4896/04 (מקלדה סלים – "המשיב טען כי 'לקח על עצמו' את האחריות... מפאת כבוד אביו... הודיע בית-המשפט למשיב... כי דבריו [בעדותו] מצביעים לכאורה על ביצוע עבירות [בכך שמסר הודעת שקר בחקירתו]... וכי עליו להתגונן גם נגד עבירות אלה... בישיבת בית-המשפט מיום... שב המשיב וטען [אותה טענה]... ושוב הודיע לו בית-המשפט, כי עליו להתגונן..."; על רקע זה בקשו המשיבים כי בית-המשפט יפסול עצמו... "הטענה התקבלה על אף שבית-המשפט קבע כי היה רשאי להפעיל מיוזמתו את סעיף 184... למרות כל זאת קיבל... בית-המשפט... ופסל עצמו..."; הערעור, שכוון נגד החלטת הפסילה, התקבל).

ה. הזדמנות סבירה להתגונן: הרשעה בעבירה ב"רמה נמוכה"
להרשעה בעבירת רשלנות במקום בעבירה של מחשבה פלילית – ראה: ע"פ 2456/06 (בוכמן) במסגרתו נאמרו הדברים הבאים:

- 1) "כשעסקינן... בעבירה הדורשת מחשבה פלילית, אפשר שהנאשם... מתגונן... במפורש או מכללא, גם מפני עבירה של רשלנות (ככל שישנה כזו). פעמים רבות יהיה כך..."; ובהמשך –
- 2) "עם זאת, אין הדבר כך בהכרח... אפשר שנאשם יתגונן... מפני הטענה כי היה מודע בפועל לאפשרות גרימת התוצאה, כאשר התגוננות מפני טענה כי אדם מן היישוב יכול היה לצפות את התרחשות התוצאה, עשויה להתבסס על אדנים נוספים או אחרים שלא הובאו..."; ובהמשך –
- 3) "...בית-המשפט השוקל להרשיע נאשם בעבירת רשלנות שלא נטענה [בכתב האישום] ושהנאשם לא התגונן מפניה במפורש, צריך לוודא... עם עשויות להיות עובדות רלוונטיות שלא נתבררו... ככל שעשויות להימצא עובדות שלא נתבררו, כך תגבר חשיבותו של קו הגנה נוסף או חלופי, שעשוי היה להיטען לאורן...".

(4) כתב האישום ייחס לנאשם עבירת פציעה, בדקירה בדוקרן; התברר כי אין ראיות מספיקות לזיהוי הנאשם כמי שדקר' אלא רק כמי שהשתתף בתקיפת הקורבן: "לפיכך, ניתן לעשות שימוש בסעיף 184... ולהרשיע בעבירה של תקיפה... למערער ניתנה אפשרות סבירה להתגונן... ואכן קו הגנתו היה כי כלל לא תקף איש בקטטה..." (ע"פ 6124/05, ליאור בן-נתן). וראה גם ע"פ 3792/01 (מחלוף פדידה – הואשם ברצח בדקירה; הורשע בחבלה בכוונה מחמירה באחר, לאחר שלא ניתנה לו הזדמנות סבירה להתגונן בפני עבירת רצח כמבצע בצוותא ולא כמבצע עיקרי כפי שיוחס לו בכתב האישום).
ראה בהקשר זה גם: ע"פ 7832/00 (יעקובוב); ע"פ 729/06 (רוטקביץ); ולהחלת האמור לעניין הרשעה בעבירה נוספת של אי מניעת פשע – ראה: ע"פ 5204/07 (אבוסמור).

(5) "ניתן משקל לעובדה כי הנאשם הורשע [בעבירה שנעברה] בנסיבות פחות מחמירות מאלה שבהן... הואשם..." (ע"פ 5102/03, דני קליין).

ו. היעדר הזדמנות סבירה להתגונן: נטל ההוכחה

(1) "כאשר נטענת טענה לפיה נמנעה מנאשם הזדמנות סבירה להתגונן, מקובל לדרוש ממנו להבהיר באיזה קו הגנה היה נוקט ובאילו טיעוני הגנה – שונים מאלה שהעלה – היה עושה שימוש"; ובהמשך – "קו ההגנה של הנאשם שלפנינו התבסס על הכחשה מוחלטת... ברור כי קו הגנה זה רלוונטי גם לדוקטרינה... [שמכוחה הורשע בעבירה אחרת]..." (ע"פ 4533/07, יאיר אזורי).

(2) ע"פ 3929/97 (עזיזיאן – "...צריך היה [הנאשם] להצביע במה נתקפחה הגנתו... זאת לא עשה. לא די בטענה ערטילאית...").

(3) ע"פ 9902/04 (פלוני – "...המערער לא הצביע במה נתקפחה הגנתו, היינו, כיצד היה חוקר את עדי התביעה אחרת או אילו ראיות נוספות... (ע"פ 3929/97...)"

(4) ע"פ 5102/03 (קליין – "טענת הנאשם כי לא ניתנה לו הזדמנות להתגונן, מחייבת פירוט במה נפגעה הגנתו ואין די בהעלאת טענה כללית וערטילאית (ע"פ 3929/97...)" וראה בהקשר זה גם – ע"פ 729/06 (רוטקוביץ).

ז. המרה בשלב הערעור

עשיית שימוש בסמכות ההרשעה בעבירה "אחרת" בשלב הערעור תהיה נדירה,³²³ באשר: "הצדק דורש שלא להפתיע... שמא היה להם מה לומר ולהוכיח בערכאה הראשונה"; ובית המשפט לא יעתר לבקשה שמשמעותה "שינוי חזית" מצד התביעה³²⁴.

ח. שינוי חזית מטעם התביעה

(1) שני תנאים מוקדמים להרשעה בעבירה אחרת בעקבות "שינוי חזית" האישום מטעם התביעה, והם: האחד – שהיתה לנאשם "הזדמנות הולמת להתנגד להבאת ראיות... לחקור עדים ולהביא ראיות..."; והשני – שלא נוצר מצב שבו "הנאשם הופתע", או ש"כתוצאה מכך נמנעה ממנו האפשרות לפתוח קו הגנה חדש..."³²⁵.

(2) אפילו נראה לבית המשפט כי נתמלאו שני התנאים האמורים, אל לו למחר ולילך בעקבות שינוי החזית: "...הכלל הרחב... הוא שהנאשם זכאי לדעת מה האשמה המוגשת נגדו... ב"בג"צ 147/50... ב"ע"פ 154/52... על בית המשפט לנהוג זהירות רבה, וכי במקום שיש צל של ספק שמא קופחה זכותו של הנאשם והאפשרות לשללה ממנו להתגונן כראוי בפני האישום החדש, לא יעשה בית המשפט שימוש בסמכות..."³²⁵.

ט. קביעת "ממצא" להבדיל מ"הרשעה"

ראויים לציון בהקשר זה דברי הנשיא ברק ב"דנ"פ 4603/97:³²⁶ "ההיגיון המונח ביסוד הוראה זו [סעיף 184] צריך לחול גם לעניין קביעת ממצא [להבדיל מהרשעה] באשר לפרטים הישראליים של עבירה רבת פריטים [לצורכי קביעת סמכות השיפוט]... נחה דעתי כי על-פי מבחניו של סעיף 184... לא ניתן היה להרשיע את העותר בעבירות הנוספות ובאותה מידה לא ניתן היה... לקבוע לגביהן ממצא לעניין סמכות השיפוט, שכן לא ניתנה לעותר הזדמנות סבירה להתגונן... לעניין העבירות או הממצאים..."

323 סעיף 216. ע"פ 325/76, דף לפרקליט 187 (סיבוני); ע"פ 428/74, כט(2) 26 (דדש).

324 ע"פ 277/80, לג(1) 300 (טוביהו); וראה גם – ע"פ 431/92 (ויטמן).

325 ע"פ 534/84, מא(3) 572 (אריה – והפסיקה המצוטטת שם). ע"פ 3338/99, נד(5) 679 (פקוביץ – "...עלינו ליישם... את העקרונות האמורים על הסוגיה שבפנינו. בהתאם לכך, נבחן האם נוכח השינוי בעמדת התביעה ניתן לברר את עניינו של המערער בערכאת הערעור, והאם נתקפחה הגנתו של המערער כתוצאה מן השינוי"; והכל תוך יישום העיקרון של קיום הזדמנות נאותה להתגונן).

326 דנ"פ 4603/97, נא(3) 160 (משולם; דעת יחיד).

י. דין משמעתי – הוראות מקבילות

- (1) "...באשר ליישומו של סעיף 39 לכללים בדבר סדרי הדין בבתי הדין המשמעתיים [בית הדין של לשכת עורכי הדין] – לעניין זה ניתן ללמוד בהשאלה ממקבילו – סעיף 184 לחסד"פ... (על"ע 10982/04, עו"ד גורסקי); וראה גם – על"ע 3572/06 (עו"ד יונתן בטוח).
- (2) "לשונה של תקנה 46 [לתקנות בית הדין למשמעת/עובדי המדינה] דומה ללשונו של סעיף 184 לחסד"פ (נ"מ)... (עש"מ 2203/05, בני מדר).

יא. סעיף 184 – משפט חוזר

"מקובל עלי כי השימוש בסעיף 184 במשפט חוזר צריך להיעשות בהקפדה ובזהירות יתר... משפט חוזר אף הוא חריג... הרכבתם של שני החריגים... מחייבת... זהירות יתר" (ע"פ 8168/05, פלינק).

4. "הרשעה בעבירות אחדות" / מגבלת ענישה – סעיף 186 לחסד"פ³²⁷

הערות פתיחה

- (א) ראה הדיון בפסקאות 7 ו-10 בסימן הראשון בפרק 34.
- (ב) ראה בהקשר זה הדיון בעבירה רבת-פריטים בפרק 22 (כתב האישום) סימן ראשון פסקה 9; ומן הראוי לקרוא פסקה זו יחד עם: פסקאות המשנה הרלוונטיות בפסקה 3 בסימן זה; ועם פסקה 10, סימן 1, פרק 34.

א. כללי

- (1) ויודגש שוב: בית המשפט רשאי להרשיע נאשם בשל כל אחת מן העבירות שהוכחו בפניו; ובלבד שלא יענישו בשל "אותו מעשה" אלא פעם אחת.

327 ראה: סעיף 186 לחסד"פ; וראה: ע"פ 173/75, ל(1) 138 (בן-ציון); ע"פ 436/80, לה(2) 569 (עמוסי); ע"פ 868/78, דף לפרקליט 201 (עלי); ע"פ 875/76, לא(2) 796 (בור); ולעניין "קשר" – עיין: ע"פ 228/77, לב(1) 701 (זקצר); ועיין גם: ע"פ 132/57, יא 1547 (נכט: למשמעות המושג "אותו מעשה", וראה גם: "סיכון כפול"); וכן: ת"פ (י"ס) 313/74, פס"מ תשל"ה (2) 26 (קפוצי); ע"פ (ת"א) 636/71, פס"מ עח 40 (אברמוב); ר"ע 277/82, לז(1) 829 (נירוסטה); ויודגש: אין ציהמ"ש חייב להרשיע בשל כל אחת מהעבירות שהוכחו בפניו; והדבר נתון לשיקול דעתו – ת"פ (ת"א) 141/75, פס"מ תשל"ו (2) 382 (פרידמן). וראה גם: ת"פ (י"ס) 305/93 (אריה דרעי) – "השיטה המשפטית אף שאיננה מעודדת ריבוי אישומים שלא לצורך, אינה אוסרת על הרשעה בכמה הוראות חוק במקביל. היא איננה אוסרת על ריבוי אישומים... היא אוסרת רק ענישה כפולה בשל אותו מעשה..."; ועיין הפסיקה המאוזכרת שם).

סמכות זו כפופה, כמובן, להסדר המיוחד – הקבוע בסעיפים 184 ו-185 לחסד"פ – בדבר הרשעה ב"עבירה אחרת", לאמור: בעבירה על-פי עובדות שלא נטענו בכתב האישום, או בעבירה שלא צוינה בכתב האישום.

- (2) (א) ההוראה שבסעיף 186 לחסד"פ "עניינה משפט אחד, המתנהל לפני בית-המשפט, אשר בן רשאי בית-המשפט להרשיע את הנאשם בעבירות מספר בגין אותו מעשה, אך אינו רשאי להענישו יותר מפעם אחת בשל אותו מעשה"³²⁸.
- (ב) להדגיש: "סעיף 186... קובע... הכלל הפרשני לפיו חוק ספציפי גובר על חוק כללי, בתוקפו עומד, אולם יכשמעשה פלוני הוא עבירה לפי חוקים שונים ובכלל זה גם לפי חוק מיוחד... ניתן להרשיע... בשל כל אחת מן העבירות, הן לפי החוק המיוחד והן לפי החוק הכללי ובלבד שלא יוטל... עונש יותר מפעם אחת בשל אותו מעשה (ע"פ 51/76)..." (ע"פ 10736/04, מרדכי כהן).
- (ג) להזכיר: "...כידוע, רשאי בית-המשפט להרשיע נאשם בכל אחת מהעבירות שאשמתו בהן נתגלתה מן הראיות שהובאו בפניו... אין הדבר שולל הרשעה בשתי העבירות... אף שהדבר בא לידי ביטוי במסגרת העונש, שאז – אין להעניש יותר מפעם אחת בשל אותו מעשה..." (ע"פ 37/07, פרג).
- (3) "מן הסעיף [186] עולה, כי מן הנמנע להעניש יותר מפעם אחת בשל שתי עבירות שאשמתן נגלית מן העובדות והן כרוכות באותו מעשה. אך אין מניעה להרשיע בגינן..." (ע"פ 3278/04, דווירי).
- (4) הוראה זו אינה חלה, כאשר מדובר ב"קנס מינהלי", המוטל שלא במסגרת משפט שבו מורשע הנאשם³²⁸.
- (5) "...מסכימה אני... כי לא היה מקום להפרדה... ברם, החוק אינו אוסר על הפרדה כזו [לצורך הדיון] אך מחייב הטלת עונש אחד (סעיף 186...), וכך עשה בית-המשפט המחוזי..." (ע"פ 7798/02, רוזנפלד ישראל).