

על סדרי דין וראיות בדרך לקביעת מתחם עונש הולם

מוחמד עלי*

- א. מבוא
- ב. עניין נואורה – מבוא נוסף לדין
- ג. כללי ניסוח כתב האישום – כיול מחדש לאור תיקון 113
- ד. סעיף 40 לחוק העונשין
 1. כללי
 2. הכלל הבסיסי – כאשר מתקיים הליך מלא של בירור האשמה
 3. החריגים לכלל הבסיסי
 4. ראיות לנסיבות הקשורות בביצוע העברה במקרה של הודאה בבית המשפט
 - 4.1 כללי
 - 4.2 הודאה לאחר קיום הליך חלקי של בירור האשמה
 - 4.3 הודאה בעקבות הסדר טיעון
 5. סיכום
- ה. השלב הראוי והנכון להבאת ראיות להוכחת הנסיבות
- ו. סיכום

* שופט בית משפט השלום בקריות. תודתי נתונה לשופט רון שפירא, סגן נשיא בית המשפט המחוזי בחיפה; לשופט ד"ר עמי קובו, סגן נשיא בית משפט השלום ברמלה; לפרופ' אורן גזל-אייל; לעורכי כתב העת "הפרקליט" ולקורא החיצוני על הערותיהם אשר תרמו לגיבוש הסוגיות והדין במאמר בצורתם הסופית. כמו כן תודתי נתונה לעוזרת המשפטית בלשכתי, עורכת הדין ד"ר אבישג פומרנץ. אין צריך לומר כי הדעות והעמדות המוצגות במאמר הן באחריותי הבלעדית.

א. מבוא

תיקון 113 לחוק העונשין,¹ הוסיף לחוק הוראות להבניית שיקול הדעת השיפוטי בגזירת העונש הראוי והתווה מהלך שיש לנקוט לצורך גזירתו. בתיקון נקבע כי להליך גזירת העונש יהיו שני שלבים עיקריים: קביעת מתחם עונש הולם וגזירת הדין בתוך המתחם.² קביעת מתחם העונש ההולם תיעשה לפי העיקרון המנחה, שהוא עקרון ההלימה: קיומו של יחס הולם בין חומרת מעשה העברה בנסיבותיו ומידת אשמו של הנאשם לבין סוג העונש המוטל ומידתו.³ לצורך קביעה זו על בית המשפט להתחשב בכמה נתונים: הערך החברתי שנפגע מביצוע העברה ומידת הפגיעה בו, מדיניות הענישה ונסיבות הקשורות בביצוע העברה.⁴

סעיף 40ט(א) לחוק העונשין קובע את הנסיבות הקשורות בביצוע העברה שיש להתחשב בהן בקביעת המתחם:⁵ התכנון שקדם לביצוע העברה; חלקו היחסי של הנאשם בביצוע העברה ומידת ההשפעה של אחר על הנאשם בביצוע העברה; הנזק שהיה צפוי להיגרם מביצוע העברה; הנזק שנגרם מביצוע העברה; הסיבות שהביאו את הנאשם לבצע את העברה; יכולתו של הנאשם להבין את אשר הוא עושה, את הפסול שבמעשהו או את משמעות מעשהו, לרבות בשל גילו; יכולתו של הנאשם להימנע מהמעשה ומידת השליטה שלו על מעשהו, לרבות עקב התגרות של נפגע העברה; מצוקתו הנפשית של הנאשם עקב התעללות בו על ידי נפגע העברה; הקרבה לסייג לאחירות פלילית כאמור בסימן ב' לפרק ה' לחוק העונשין; האכזריות, האלימות וההתעללות של הנאשם בנפגע העברה או ניצולו; הניצול לרעה של כוחו

¹ חוק העונשין (תיקון 113), התשע"ב-2012, ס"ח 102 (להלן: תיקון 113). בעקבות התיקון הוסף סימן א' לפרק ו' לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין) שכותרתו: "הבניית שיקול הדעת בענישה".

² מקובל גם להציג את שלבי גזירת הדין לאחר תיקון 113 בשלושה שלבים: קביעת מתחם העונש ההולם, בדיקת השאלה אם ניתן לסטות מהמתחם לחומרה או לקולה תוך בחינת החריגים המנויים בס' 40ג(ב) לחוק העונשין, ולאחר מכן גזירת העונש. ראו: ע"פ 1903/13 עיאשה נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 14.7.2013); ע"פ 1323/13 חסן נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 5.6.2013); ע"פ 2337/13 קואסמה נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 16.9.2013); יש המציגים את מהלך גזירת העונש בארבעה שלבים: מלבד שלושת השלבים הנ"ל, שלב נוסף ומקדמי יותר הבוחן אם מדובר באירוע אחד או בכמה אירועים, לשם קביעת מתחם לכל אירוע ואירוע כדרישת ס' 40ג לחוק העונשין. ראו: ע"פ 1127/13 גברזגיי נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 15.1.2014); ע"פ 8641/12 סעד נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 5.8.2013); ע"פ 1605/13 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 27.8.2014); ע"פ 4910/13 ג'אבר נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 29.10.2014).

³ ס' 40ב לחוק העונשין.

⁴ ס' 40ג לחוק העונשין.

⁵ ס' 40ט(א) לחוק העונשין.

או מעמדו של הנאשם או של יחסיו עם נפגע העברה.⁶ ראוי לציין כי הרשימה הקבועה בסעיף 40ט(א) אינה סגורה. סעיף 40יב לחוק העונשין קובע במפורש כי אין בהוראות סעיף 40ט כדי לגרוע מסמכות בית המשפט לשקול נסיבות נוספות, הן כאלה הרלוונטיות לקביעת המתחם הן כאלה הקשורות לגזירת העונש בתוך המתחם. שלוש קבוצות של שיקולים רלוונטיות לקביעת מתחם העונש: שיקולים הנוגעים לערך החברתי שנפגע, שיקולים של מדיניות הענישה ושיקולים הנוגעים לנסיבות הקשורות בביצוע העברה. ההכרעה בנוגע לקבוצת השיקולים הראשונה והשנייה היא בעיקרה ערכית,⁷ ולרוב אינה דורשת הכרעה עובדתית קונקרטית, ואילו השיקולים בקבוצה השלישית – הנסיבות הקשורות בביצוע העברה – הם שיקולים קונקרטיים הנוגעים למעשה שבגיננו הנאשם עומד לדין במקרה המסוים.

הנסיבות הקשורות בביצוע העברה מהוות נדבך חשוב בקביעת המתחם,⁸ בכוחן להשפיע השפעה רבה, ולעתים מכרעת, על הליך קביעת מתחם העונש,⁹ ומכאן על גזירת העונש הראוי לעברה.¹⁰ לפיכך נודעת חשיבות רבה לכללי הראיות ולסדרי הדין הנוגעים לאופן קביעתן של הנסיבות על ידי בית המשפט. התחשבות בנסיבות שאינן רלוונטיות או התעלמות מנסיבות רלוונטיות, יכולות להביא לקביעת מתחם שאינו הולם את מעשה העברה ואינו מותאם לנסיבות המקרה ומכאן להשפיע על גזירת העונש הראוי.¹¹ על כן חשוב לעמוד על סדרי הדין וכללי הראיות הרלוונטיים לגיבוש

6 ניתן להבחין כי הנסיבות יכולות לשמש לקולה או לחומרה. לא תמיד ניתן לסווג את הנסיבות לקבוצות של נסיבות מקלות או נסיבות מחמירות. כך, למשל, הנסיבה של "הנזק שהיה צפוי להיגרם מביצוע העבירה", על פני הדברים היא נסיבה "מחמירה", אולם היא יכולה לכלול, למשל, את הנתון שלפיו לא היה צפוי להיגרם נזק מביצוע העברה או כי הנזק הוא מועט – נסיבה שהיא מקלה במהותה.

7 השו"י: רות קנאי "הנחיות לשופט בהפעלת שיקול דעתו בקביעת העונש" **מחקרי משפט** ה' 234, 246 (1986).

8 נראה כי חשיבות נדבך זה של בחינת הנסיבות הקשורות בביצוע העברה, כשיקול שמעצב את מתחם העונש, הולכת ומתעצמת. הערך החברתי שנפגע הוא נתון קבוע וכמעט בלתי משתנה; מידת הפגיעה בו היא שאלה שקשורה בהוכחת נסיבות ביצוע העברות, ונראה כי השפעת הרכיב שעניינו מדיניות הענישה על קביעת המתחם היא מוגבלת ומצומצמת. ראו: עניין **חסן**, לעיל ה"ש 2; ע"פ 6048/13 **חוסין נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 14.8.2014).

9 ההשפעה היא רבה משום שמעשה העברה מתואר לפעמים באופן כללי ולקוני, והנסיבות יכולות להוסיף לו חומרה או דווקא להאירו באור מקל. חשיבות הנסיבות מתגברת לנוכח ריבויין של "עברות סל" שיכולות לכלול מנעד רחב של נסיבות המובילות לתוצאות עונשיות נבדלות.

10 דג"ץ 1988/08 **התנועה לאיכות השלטון נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פסק דינו של השופט לוי (פורסם בנבו, 24.3.2008); ע"פ 1958/98 **פלוגי נ' מדינת ישראל**, פ"ד (נז) 1, 577, פס" 9 לפסק דינה של השופטת ביניש (2002) (להלן: עניין ע"פ 1958/98).

11 ע"פ 7349/14 **מדינת ישראל נ' פלוגי** (פורסם בנבו, 14.5.2015) (להלן: עניין ע"פ 7349/14). התוצאה העונשית שאליה הגיע בית המשפט המחוזי שונה מזו שאליה הגיע בית המשפט העליון בהתבסס על מערכת שונה של נסיבות הקשורות לביצוע העברה; ע"פ 4289/14 **חנונה נ'**

מסד עובדתי מהימן של אותן נסיבות. בכך עוסקת רשימה זו.¹² בתיקון 113 נקבעו הוראות מהותיות לעניין אופן יישום השלבים לגזירת העונש. לצד ההוראות הנוגעות לדין המהותי התיקון קובע גם סדרי דין וכללי ראיות הנוגעים לאופן שבו יוכחו אותן נסיבות בהליך קביעת המתחם. כללים רבים מאלו שנקבעו בתיקון 113 הם בגדר חידוש בחקיקה,¹³ אם כי מקצתם נקבע עוד קודם לכן בפסיקת בית המשפט העליון. כעת, לאור עיגון הליך קביעת המתחם בחקיקה, כללים אלה מקבלים משנה תוקף וחשיבות מרובה.

בחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982 ישנן הוראות חלקיות העוסקות בהבאת ראיות בהליך גזירת העונש. סעיף 187 לחוק סדר הדין הפלילי קובע כי לאחר שהורשע הנאשם "יביא התובע לענין העונש ראיות בדבר הרשעותיו הקודמות של הנאשם, ובדבר החלטות בית המשפט ובית דין לענין ביצוע עברה על ידו, אף בלא הרשעה, ורשאי הוא גם להביא ראיות אחרות לענין זה". סעיף 189 לחוק סדר הדין הפלילי קובע כי הנאשם רשאי להעיד או להימנע מלהעיד או למסור הודעה בלי להיחקר, וכן "רשאי הוא להביא ראיות להקלת העונש". בסעיף 188 לחוק סדר הדין הפלילי יש הסדר מפורט לעניין אופן הוכחת ההרשעות הקודמות של הנאשם, והסדר מפורט בעניין קבלת תסקירים וחוות דעת, אולם אין בו הוראות מפורטות אחרות לעניין הראיות וסדרי הדין בנושאים אחרים של הליך גזירת העונש.

תיקון 113 כולל ניסיון ראשון להסדיר את סדרי הדין וכללי הראיות הנוגעים לחלק מרכזי בהליך גזירת הדין – קביעת המתחם. נראה שעיקר תשומת הלב הופנה עד כה לכללים המהותיים שנקבעו בתיקון 113, ואילו כללי הראיות וסדרי הדין נדחקו הצדה. ברשימה קצרה זו אנסה לעמוד על עיקרי הכללים ועל נקודות האיזון שנבחרו בתיקון 113 וכן להצביע על כמה קשיים מעשיים המתעוררים בהקשר זה.

תחילה, וכמבוא לדין, אסקור את הנסיבות שנדונו בעניין **נואורה**¹⁴ ואת השאלות שהתעוררו בו, ומשם אעבור לדון בכללים שלאורם על התביעה לנסח את כתב האישום בעקבות תיקון 113. לאחר מכן אדון בשאלות אחדות הנוגעות להוכחת

מדינת ישראל, פס' 48-50 לפסק דינו של השופט דנציגר (פורסם בנבו, 21.1.2015).

¹² יובהר כי רשימה זו אינה עוסקת בסדרי הדין ובדיני הראיות להוכחת נסיבות שאינן קשורות בביצוע העברה, ובשאלה המקדמית יותר אם יש לקבוע ראיות וסדרי דין נבדלים לסוגים השונים של הנסיבות. כמו כן הרשימה אינה עוסקת במשמעות הראייתית שיש לייחס למידע המובא באמצעות תסקיר שירות המבחן.

¹³ סוגיות אלה נדונו בהרחבה ועודן נדונות בשיטות משפט אחרות. ראו: ענת הורוויץ **הליך גזירת הדין: היבטים דיוניים וראייתיים** 245 (עבודת דוקטורט לתואר "דוקטור במשפטים", האוניברסיטה העברית בירושלים – הפקולטה למשפטים, 2003) (להלן: הורוויץ **הליך גזירת הדין**); רות קנאי "ראיות בשלב גזירת הדין – בעקבות הצעת החוק להבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה" **ספר דיויד וינר על משפט פלילי ואתיקה** 265 (דרור ארד אילון, יורם רבין ויניב ואקי עורכים, 2009).

¹⁴ רע"פ 9718/04 **מדינת ישראל נ' נואורה** (פורסם בנבו, 22.5.2008).

נסיבות הקשורות בביצוע העברה בכמה צמתים של ניהול ההליך הפלילי. לבסוף אבחן את סדרי הדין ודיני הראיות ואבדוק באיזה חלק של ההליך ניתן, ראוי ואפשר לברר את הנסיבות הללו.

ב. עניין נוארה – מבוא נוסף לדין

כמבוא לדין, וגם כדי לעמוד על המורכבות והחשיבות של הסוגיות שעל הפרק, אין לנו דוגמה טובה יותר מהנסיבות שצינינו בעניין **נוארה**.¹⁵ הסיפור העובדתי במקרה זה חשוב מפאת קיצוניות הנסיבות שבו ומשום שהמאשימה ביקשה להוכיח נסיבה שהיה בה כדי להחמיר – באופן קיצוני – את עונשו של הנאשם ביחס לעברה שבה הואשם, וכן בשל המחלוקות שהתעוררו בקרב שופטי בית המשפט העליון. כבר עתה יודגש כי פסק דין זה ניתן לפני תיקון 113, אך הדין שבו חשוב לענייננו.

באותו מקרה הוגש נגד הנאשם כתב אישום שבו יוחסו לו עברות של החזקת סכין שלא כדין,¹⁶ כניסה לישראל ושהייה בה ללא היתר כדין.¹⁷ כתבי אישום בעברות אלה הם דבר יום ביומו בבתי משפט השלום ובדרך כלל אינם מעוררים קושיות מיוחדות בהקשר של הוכחת הנסיבות הקשורות לגזירת הדין.¹⁸ אלא שבמקרה הנדון תוארו בכתב האישום נסיבות נוספות ונטענו טענות, שמצד אחד אין הן חלק מיסודות העברות, אך מצד אחר הן יכולות להיות רלוונטיות (כולן או חלקן) לעניין העונש. בכתב האישום צוין כי לנאשם שני אחים אשר נהרגו בהתנגשויות עם כוחות הביטחון; אח נוסף עצור בגין חשד לביצוע עברות נגד ביטחון המדינה; בית הוריו נהרס על ידי כוחות הביטחון, והוא התגורר באוהל שהוקם על ההריסות. בהמשך כתב האישום צוין כך: "בתאריך שאינו ידוע במדויק למאשימה [...] גמלה בליבו של הנאשם החלטה

¹⁵ שם, עניין **נוארה**, פס' א לפסק דינו של השופט רובינשטיין. אשר ניסח כך את השאלה שהייתה טעונה הכרעה: "השאלה שלפתחנו בתיק דנא היא האם רשאי בית המשפט לשמוע ראיות לעניין חומרתן של נסיבות העבירה במסגרת פרשת גזר הדין, קרי, בשלב הבאתן של הראיות לעונש, כאשר נסיבות אלו אינן חלק מיסודות העבירה, אך פורטו במסגרת עובדות כתב האישום".

¹⁶ ס' 186(א) לחוק העונשין: "המחזיק אגרופן או סכין מחוץ לתחום ביתו או חצריו ולא הוכיח כי החזיק למטרה כשרה, דינו – מאסר חמש שנים".

¹⁷ ס' 12(1) לחוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1951, קובע כי הנכנס לישראל או יושב בה בניגוד לחוק דינו מאסר שנה.

¹⁸ חוסר המורכבות של נסיבות העברה בס' 12 לחוק הכניסה לישראל, גרם לכך שהענישה בגין עברה זו תניב מחקר (בחלקו אמפירי) כבר בתחילת דרכו של תיקון 113. ראו: אורן גזל-אייל "מתחמים לא הולמים: על עקרון ההלימה בקביעת מתחם העונש ההולם" **משפטים על אתר** 1 ו 13 (2013); ראו גם את פסק הדין שניתן בבית המשפט העליון בסוגיית מתחם העונש בעברה זו: רע"פ 1441/14 **חמיס נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 9.12.2014). גם העברה של החזקת סכין למטרה לא כשרה אינה מורכבת מבחינת עובדתית ומבחינת הנסיבות האופפות אותה בדרך כלל, ובמקרים רבים העברה נובעת מעצם החזקת הסכין ואי-יכולת הנאשם להוכיח כי הוא מחזיק בה למטרה כשרה.

לרצוח יהודי [...] רכש [...] סכין קצבים [...] בחנות [...] מתוך כוונה לרצוח יהודי". עוד נאמר בכתב האישום שבכעשר הזדמנויות יצא הנאשם מביתו מצויד בסכין כדי לרצוח יהודי, עקף את מחסומי כוחות הביטחון והגיע לירושלים, אך מסיבות שונות לא ביצע את זממו.

יודגש כי באותו מקרה יוחסו לנאשם שתי עברות בלבד: החזקת סכין למטרה לא כשרה וכניסה ושהייה בתחומי ישראל שלא כדין. ברי שלשם הוכחת עברות אלה די היה בהוכחת העובדה כי הנאשם נשא סכין בלי שהיה לו הסבר כי החזיק בה למטרה כשרה, וכי נכנס לתחומי המדינה ללא היתר כדין. עובדות אלה לא היו שנויות במחלוקת, שכן הנאשם הודה בהן, אך יתר הנסיבות היו שנויות במחלוקת ובית המשפט נדרש להכריע בהן.

בסקירה זו ראוי גם להדגיש את הדרך שבה דן בית משפט השלום במחלוקת בסוגיית הנסיבות. לאחר שהנאשם הודה בחלק מעובדות כתב האישום ובתשובתו לא חלק על העובדות שמבססות את העברות, הרשיעו בית המשפט וקבע דיון שנועד להוכחת הנסיבות שפורטו בכתב האישום. בית המשפט שמע ראיות על מטרת כניסת הנאשם לישראל, ובגזר הדין קבע כי הוכח מעל לכל ספק סביר שהנאשם נכנס לתחומי המדינה כמה פעמים כשהוא מצויד בסכין במטרה לדקור יהודי. בית המשפט השית על הנאשם עונש של שלושים ושישה חודשי מאסר בפועל.

הדיון בעניין **נואורה** עורר כמה סוגיות הקשורות להליכי הבאת הראיות ולסדרי הדין בשלב זה של הטיעונים לעונש: האם המאשימה רשאית להוכיח נסיבות לחומרה החורגות מהיסודות העובדתיים של העברה? אם כן, כיצד ייעשה הדבר? באיזה שלב של ההליך הפלילי? ומהי כמות הראיות הנדרשת להוכחת נסיבות אלה?

בעניין **נואורה** השיב בית המשפט העליון על שאלות אלה, והדעות נחלקו בחלק מן התשובות. חילוקי הדעות שיקפו גם גישות שונות לאופן שבו ראוי להתנהל הליך גזירת העונש הלכה למעשה. תיקון 113 התמודד עם חלק מהסוגיות שהתעוררו, אך הפתרון החלקי שנקבע מוסיף ומעורר כמה שאלות נוספות ואליהן אדרש בהמשך הדברים.

ג. כללי ניסוח כתב האישום – כיול מחדש לאור תיקון 113

סעיף 85 לחוק סדר הדין הפלילי קובע את הפרטים שיש לציין בכתב האישום, ועל פיו יכול כתב האישום בין היתר "תיאור העובדות המהוות את העבירה, בציון המקום והזמן במידה שאפשר לבררם".¹⁹ המדובר בעובדות אשר משהוכחו, ניתן לבסס עליהן את הרשעת הנאשם בעברה שיוחסה לו. אלה דרישות חובה, אולם הוראות חוק סדר

¹⁹ ס' 85(4) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982; יעקב קדמי **סדר הדין בפלילים** חלק שני 915 (מהדורה משולבת ומעודכנת, 2009).

הדין הפלילי אינן מונעות הוספת נסיבות לכתב האישום ואינן מחייבות להסתפק ב"עובדות המהוות את העבירה",²⁰ לרבות הוספת חלק כללי שמתאר את הרקע לביצוע העברה. עם זאת, נראה כי בעבר פירוט נסיבות החורג מתיאור העובדות המהוות את העברה, נתקל בחשדנות ועורר התנגדויות והסתייגויות שמקורן בחשש כי יונחו בפני בית המשפט נתונים מחמירים שאינם נדרשים כלל לביורר האשמה, ויכולים ליצור דעה שלילית על הנאשם.²¹

מכל מקום לא הייתה בחוק דרישה, לא כל שכן חובה, לכלול בכתב האישום את הנסיבות הקשורות בביצוע העברה, שאינן חלק מיסודות העברה, ורק לשם התבססות עליהן בשלב גזירת הדין, אם יורשע הנאשם.²² בעניין סיריה צוינו דברים אלו:

"כמובן, ניתן להוסיף ולפרט בכתב האישום עוד כהנה וכהנה ולהביא בו תיאור הכולל את כל שרשרת האירועים, כמפורט בעדויות, על כל דקדוקיה ותגיה. אולם המקובל הוא, שכתב האישום מביא את תיאור העובדות המהוות את העבירה (ראה סעיף 485) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב]), ועל כן מביאים בכתב האישום את עיקרי העובדות המצביעות על כך שנתקיימו בנאשם יסודותיה של העבירה כפי שהוגדרה בחוק".²³

הנחיות פרקליט המדינה,²⁴ שנוסחו לפני כניסת תיקון 113 לתוקף, הבהירו שכתב האישום יכלול במפורש את פרטי המקרה כדי שיהיה ניתן לקבוע אם נתמלאו יסודות העברה. ההנחיות הוסיפו וקבעו כי יש לפרט את נסיבות האירוע הרלוונטיות לביצוע העברה, משום שהאמור בכתב האישום מהווה "את התשתית העובדתית היחידה שעליה משתיתה התביעה את הטענות לעונש", אך מנגד נקבע כי יש להקפיד שהפרטים המובאים בכתב האישום יהיו רלוונטיים לאישום עצמו ולא יגלוש מעבר לנדרש. נראה כי ההנחיות הדגישו שמוטב לתביעה להוכיח את התשתית העובדתית

²⁰ ע"פ 797/81 מדינת ישראל נ' מצרי, פ"ד לו(3) 43, 45 (1982); עניין נואורה, לעיל ה"ש 14, פס' ט לפסק דינו של השופט רובינשטיין; רע"פ 5978/04 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד ס(4) 594, 605 (2006). שם צוין: "מאז שחוקק חוק סדר הדין הפלילי כתב האישום אינו מנוסח עוד בתמצות, אלא על דרך ההסבר והתיאור. בעבר היה על התביעה אך 'להודיע' על סעיפי העבירות ו'לצרף' פירוט ה'נחוץ למסירת ידיעות מסתברות על טיב האשמה', ואילו כיום הדרישה בדין היא 'לתאר' את העובדות".

²¹ ע"פ 6392/07 מדינת ישראל נ' יחזקאל, פס' כט לפסק דינו של השופט רובינשטיין (פורסם בנבו, 30.4.2008); רע"פ 3364/14 מנצור נ' מדינת ישראל, פס' 7 לפסק דינו של השופט שהם (פורסם בנבו, 9.6.2014).

²² עניין נואורה, לעיל ה"ש 14, פס' 7 לפסק דינה של השופטת ארבל.

²³ רע"פ 4484/92 סיריה נ' מדינת ישראל, פ"ד מו(5) 176, 181 (1992).

²⁴ "דרך ניסוח כתב האישום" הנחיות פרקליט המדינה 3.1 (התשס"ט).

הנדרשת לטיעון לעונש, אם יורשע הנאשם. תיקון 113 שינה את נקודת המוצא הנורמטיבית בכל הנוגע לניסוח כתב האישום. עתה קיימת חובה בדין לכלול בכתב האישום גם את הנסיבות שהוכחתן אינה נדרשת לכיסוס אחריות הנאשם,²⁵ אלא שהן רלוונטיות לקביעת מתחם העונש.

סעיף 40(ד) לחוק העונשין קובע כי "הודה הנאשם בעובדות כתב האישום, בין לאחר שמיעת הראיות ובין לפני כן, יכול לכתב האישום שבו הודה את העובדות והנסיבות הקשורות בביצוע העבירה". לפי סעיף זה, חובה לפרט בכתב האישום את כל העובדות והנסיבות הקשורות בביצוע העבירה²⁶ ולא רק את העובדות הנחוצות לכיסוס אחריות הנאשם לביצוע העבירה. לכאורה, ההוראה נוגעת רק למקרה של הודאה בעובדות כתב האישום ואינה חלה על המקרים האחרים, שבהם אין הודאה בעובדות כתב האישום. מהדיונים בוועדת החוקה חוק ומשפט²⁷ ניתן להבין כי לסעיף האמור היו שתי תכליות, והאחת מהן היא חיוב המאשימה לתת את הדעת על הנסיבות הקשורות בביצוע העבירה כבר במהלך הכנת כתב האישום ולפרט בו. ההיגיון בתכלית זו ברור. הוא נעוץ בשינוי שחולל תיקון 113 כשחייב את בית המשפט לקבוע את מתחם העונש ההולם ולהתחשב במהלך קביעתו גם בנסיבות הקשורות בביצוע העבירה. נסיבות אלה יש להוכיח מעל לכל ספק סביר,²⁸ ולצד זאת הוגבלו האפשרויות העומדות לרשות התביעה לטעון לנסיבות מחמירות בשלב שלאחר הכרעת הדין.²⁹ יתרה מזו, הדבר קשור לכלל הבסיסי שנקבע בסעיף 40(א): קביעת הנסיבות הקשורות בביצוע העבירה תיעשה על בסיס ראיות שהובאו בשלב בירור האשמה. מכאן הצורך לכלול את הנסיבות בכתב האישום, כדי שיתאפשר בירורן בשלב המתאים. זאת ועוד, פירוט הנסיבות כבר בכתב האישום נחוץ כדי שלא לפגוע ביכולת הנאשם להתגונן וכדי לאפשר לו משפט הוגן. על כן יש לפרוס לפניו לא רק את מערכת העובדות המהוות את יסודות העבירה, אלא גם את הנסיבות שאופפות את ביצוע העבירה ושהתביעה טוענת ומבקשת להביא ראיות בעניינן בכל הנוגע לקביעת מתחם העונש ההולם. בעניין **נואורה**,³⁰ ציין בית המשפט העליון את הטעמים האמורים והמליץ על ניסוח כתב האישום באופן שיכלול מראש את הנסיבות המחמירות.

25 הדבר צוין בבירור בפסיקה שניתנה לאחר תיקון 113. ראו: ע"פ 3667/13 ח'טיב נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 14.10.2014).

26 ענת הורוויץ "מעמדן של נסיבות מחמירות הקשורות בביצוע העבירה בעקבות תיקון 113 לחוק העונשין" **הסניגור** 4 184 (2012) (להלן: הורוויץ "מעמדן של נסיבות מחמירות").

27 פרוטוקול ישיבה מס' 410 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-18, 7 (20.6.2011).

28 ס' 40(ג) לחוק העונשין.

29 ס' 40(ב) לחוק העונשין; פרק ד במאמר זה להלן.

30 עניין **נואורה**, לעיל ה"ש 14, פס' 8 לפסק דינה של השופטת ארבל.

ההליך הרלוונטי מתחיל אפוא בניסוח כתב האישום. נקודת המוצא היא שניסוח כתב האישום נתון לשליטתה המלאה של התביעה, היא שבוררת את הנסיבות שכתב האישום יכלול בסופו של דבר,³¹ ולנאשם אין כל השפעה על ניסוחו.³² אין להסיק מדברים אלה כי ניסוח כתב האישום הוא מלאכה שרירותית שאינה נסמכת על כללים כלשהם. התביעה כפופה לכללים הקבועים בחוק סדר הדין הפלילי ולהנחיות פנימיות, וכן לכללי הגינות,³³ המוטלים עליה בשל הסמכויות הנתונות בידיה. לאור תיקון 113 נראה כי על התביעה מוטלת חובה לפרט בכתב האישום את כל הנסיבות שיש להן בסיס ראיתי, הן המחמירות הן המקלות בקביעת המתחם. עם זאת עסקינן בנסיבות החורגות מהעובדות שמבססות את יסודות העברה, ובהתחשב בטיבו של השלב הדינוני הן יכולות להיות שנויות במחלוקת, או שהעלאתן תהיה מוטלת על ההגנה,³⁴ או שהן עדיין אינן ידועות למאשימה ואין הן עולות מחומר החקירה שבידיה.

על רקע האמור, הצורך בביקורת על ניסוח כתב האישום ובמתן פתרון שיאפשר לנאשם להוכיח נסיבות מקלות מקבל משנה תוקף. מכאן גם נובע הצורך לצמצם את אפשרויות התביעה להביא ראיות הנוגעות לנסיבות ביצוע העברה בשלב הטיעונים לעונש, אם נסיבות אלה לא נכללו בכתב האישום ולא הייתה סיבה מוצדקת שלא להכלילן בו. מנגד יש לאפשר גמישות לנאשם להציג בשלב הטיעונים לעונש ראיות על נסיבות הקשורות בכיצוע העברה שיש בהן כדי להביא להקלה בקביעת המתחם. כפי שאבהיר להלן, סעיף 40 לחוק מקדם מגמות אלה.

³¹ ע"פ 2124/91 רון נ' כור תעשיות בע"מ, פ"ד מז(5) 289, פס' 4 לפסק דינו של השופט אור (1993); השוו גם לעניין סמכותה הרחבה של התביעה לבחור את סעיף החיקוק שתייחס לנאשם אשמה בעניינו: רע"פ 8561/13 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 2.4.2014); רע"פ 6800/13 קסטיאל נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 26.11.2013); בג"ץ 724/83 מדינת ישראל נ' זפט, פ"ד לח(3) 701, פס' 8 לפסק דינו של השופט וייס (1984).

³² לנאשם יכולה להיות השפעה מסוימת על גיבוש כתב האישום בהליכי שימוע, כאמור בס' 60א(ד) לחוק סדר הדין הפלילי, אולם השפעה זו מוגבלת: הליכי השימוע חלים רק בגין עברה מסוג פשע ואינם חלים כשכתב האישום מוגש במהלך מעצרו של הנאשם; הבקרה על הליך השימוע ועל תוצאותיו מוגבלת ונפקות אי-קיומו אף היא מוגבלת. ראו: ע"פ 1053/13 הייכל נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 23.6.2013).

³³ באשר לחובת ההגינות בניסוח כתב האישום ראו: עניין יחזקאל, לעיל ה"ש 21, פס' כט לפסק דינו של השופט רובינשטיין, שם ציין: "אף מתוך שכיום נהוג להציג לא אחת בראשית כתב אישום רקע, שעל פי רוב מטרתו בעיני התביעה להציג את בעייתיותו הבסיסית של הנאשם, כך מחייבת ההגינות לדידי גם את המצב ההפוך"; עניין התנועה לאיכות השלטון, לעיל ה"ש 10; עניין ע"פ 1958/98, לעיל ה"ש 10.

³⁴ דוגמה מובהקת לכך היא נסיבות של "קרבה לסייג לאחריות פלילית", כאמור בס' 40א(ט) (9) לחוק העונשין.

ד. סעיף 40 לחוק העונשין**1. כללי**

ההסדרים העיקריים הנוגעים להוכחת נסיבות ביצוע העברה לשם קביעת מתחם העונש ההולם פורטו בסעיף 40 לחוק העונשין. להלן נוסחו המלא של סעיף זה:

"(א) בית המשפט יקבע כי התקיימו נסיבות הקשורות בביצוע

העבירה, על בסיס ראיות שהובאו בשלב בירור האשמה.

(ב) על אף האמור בסעיף קטן (א) –

(1) בשלב הטיעונים לעונש, הנאשם רשאי להביא ראיות

מטעמו, ובלבד שאינן סותרות את הנטען על ידו בשלב

בירור האשמה, והצדדים רשאים להביא ראיות שנקבע

בחיקוק כי יובאו בשלב זה;

(2) בית המשפט רשאי, לבקשת אחד מהצדדים, להתיר

להביא ראיות בעניין נסיבות הקשורות בביצוע העבירה

בשלב הטיעונים לעונש, אם שוכנע כי לא היתה אפשרות

לטעון לגביהן בשלב בירור האשמה או אם הדבר דרוש

כדי למנוע עיוות דין.

(ג) בית המשפט יקבע כי התקיימה נסיבה מחמירה הקשורה

בביצוע העבירה אם היא הוכחה מעבר לספק סביר; בית

המשפט יקבע כי התקיימה נסיבה מקילה הקשורה בביצוע

העבירה אם היא הוכחה ברמת ההוכחה הנדרשת במשפט

אזרחי.

(ד) בלי לגרוע מהוראות סעיף קטן (ב)(2), הודה הנאשם בעובדות

כתב האישום, בין לאחר שמיעת הראיות ובין לפני כן, יכלול

כתב האישום שבו הודה את כל העובדות והנסיבות הקשורות

בביצוע העבירה"

סעיף 40 לא נכלל מלכתחילה בדוח ועדת גולדברג³⁵ ולא בהצעת החוק שבאה בעקבותיו,³⁶ אלא עלה בשלב הדיונים בהצעת החוק ובמהלך עדכונה. נראה אפוא

³⁵ משרד המשפטים דין וחשבון הוועדה לבחינת דרכי ההבנייה של שיקול הדעת השיפוטי בגזירת הדין (1997).

³⁶ הצעת חוק העונשין (תיקון מס' 92) (הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה), התשס"ו-2006, ה"ח 241.

שלא התקיים דיון מקדים ממצה בהוראות הסעיף ובהשפעותיהן.³⁷ בדיוני ועדת החוקה, חוק ומשפט נדון הסעיף המוצע פעם אחת ואז הושמעו כמה דעות בעניין ההסדר ומשמעויותיו.³⁸

סעיף 40 לחוק העונשין, כפי שכותרתו מעידה עליו, דן ב"הוכחת נסיבות הקשורות בביצוע העבירה". לפי פשוטם של דברים, הסעיף בא לקבוע את הדרך שבה ניתן להוכיח את הנסיבות הנדרשות לקביעת המתחם, ואין הוא חל על הוכחת נסיבות שאינן נסיבות ביצוע העברה לפי סעיף 40א לחוק העונשין. לכאורה ניתן למצוא בסעיף 40(ב)1 לחוק הוראות שאין עניינן הוכחת נסיבות הקשורות בביצוע העברה, אלא נסיבות הנוגעות לשלב השני והוא קביעת העונש בתוך המתחם. הכוונה לסיפא של סעיף 40(ב)1 לחוק העונשין שדן באפשרות שהצדדים יביאו ראיות "שנקבע בחיקוק כי יובאו בשלב זה". בתיבה זו יכולים להיכלל תסקיר שירות המבחן, תסקיר נפגע עברה, הערכת מסוכנות של עבריין מין ועוד, אולם הכוונה היא לראיות (שנקבע כי יובאו בחיקוק) הרלוונטיות לנסיבות המנויות בסעיף 40(א)3 ו-4 לחוק העונשין כגון תסקיר קרבן עברה לפי סעיף 187(ב)39 או סעיף 187(ב)40 לחוק סדר הדין הפלילי; או תצהיר נפגע עברה לפי סעיפים 18 ו-22 לחוק זכויות נפגעי עברה.⁴¹ עם הראיות הללו ניתן למנות גם חוות דעת פסיכיאטרית על מצבו הנפשי של הנאשם או חוות דעת של ועדת אבחון לפי חוק הסעד (טיפול במפגרים)⁴² – נתונים

³⁷ התייחסות לסעיף האמור נעדרה מהעמדה הראשונית שהוגשה על ידי הסגוריה הציבורית. ראו: עמדת הסגוריה הציבורית בעניין הצעת החוק שפורסמה באתר משרד המשפטים וכן מהסקירה המשווה שנערכה על ידי יחידת המחקר של הכנסת, שפורסמה באתר הכנסת. זמין ב- index.justice.gov.il/Units/SanegoriaZiborit/HavatDaat/havnaia171209.pdf (נבדק לאחרונה ב-11.3.2016).

³⁸ פרוטוקול ישיבת ועדת החוקה, חוק ומשפט, לעיל ה"ש 27.

³⁹ בתסקיר לפי סעיף זה נבחן "מצבו של הנפגע בעבירה" ו"הנזק שנגרם לנפגע כתוצאה מן העבירה".

⁴⁰ תסקיר לפי סעיף זה נוגע "למצבו של אחד או יותר מבני משפחתו של מי שהעבירה גרמה למותו ולנזק שנגרם לו כתוצאה מן העבירה, או למצבה של משפחתו כיחידה ולנזק שנגרם לה כתוצאה מן העבירה".

⁴¹ חוק זכויות נפגעי עבירה, התשס"א-2001; יניב ואקי ויורם רבין "הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה: תמונת מצב והרהורים על העתיד לבוא" הפרקליט נב(2) 413, 463 (2013).

⁴² חוק הסעד (טיפול במפגרים), התשכ"ט-1969. ס' 19 לחוק קובע: "הורשע אדם ובית המשפט מצא שיש ליקוי בכשרו השכלי, רשאי הוא, במקום לגזור את דינו, לצוות שיובא לפני ועדת האבחון כדי שתחליט על דרכי הטיפול בו; החליט בית משפט כאמור, יחולו הוראות חוק זה בשינויים המחוייבים"; ס' 19 לחוק קובע: "נידון אדם למאסר ומצא בית המשפט שהוא מפגר, רשאי הוא, לפי בקשת האדם, בקשת האחראי עליו או בקשת התובע, לצוות שישא מאסרו במעון נעול"; וס' 19 לחוק קובע כי: "כדי לאפשר לבית המשפט להכריע אם יש מקום ליתן צו לפי סעיפים 19 עד 19, רשאי הוא להורות, לפי בקשת בעל דין או מיזמתו שלו, שהאדם יובא לפני ועדת האבחון כדי שתתן חוות דעתה על מצבו".

הרלוונטיים לנסיבות המפורטות בסעיף 40ט(6)(7)(9) לחוק העונשין. בגישתו הראשונית להוראות סעיף 40, למגמות העולות ממנו ולאיוזנים המצויים בו, ציין השופט א' רובינשטיין:

"סעיף 40 החדש עוד יפורש על-ידי בתי המשפט לאחר כניסת התיקון לתוקף [...] וכיון שעל פי ניסוחו הוא כולל 'מקלות וגזרים' גם יחד, לא תמעט מלאכת הפרשנות. אך כבר בשלב זה ניתן לדעתי לזקק את הוראתו ולומר, כי המחוקק ביקש למקד את הטיעונים לעונש בדברים שנכללו בהרשעה, אך לא נעל את הדלת לגמישות מסוימת, תוך מתן 'הנחה' לנאשם אל מול המדינה באשר לרמת ההוכחה במקרים מסוימים. ברי, כי במקרה של הודיה המאמץ המודע צריך להיות להציג לבית המשפט תמונה שלמה, שעל פיה יגזור את הדין. בכך ביקש המחוקק לשמור על האינטרס הציבורי, אך גם, ואולי במיוחד, על זכויות הנאשם נוכח יתרונותיה הדיוניים הבסיסיים של המדינה".⁴³

אדון עתה בעקרונות הבסיסיים שנקבעו בסעיף 40 לחוק, תוך בחינת השלבים שבהם "הנסיבות הקשורות בביצוע העבירה" עשויות לצוץ במהלך ההליך הפלילי: תחילה אדון ב"הסדר הבסיסי" שנקבע בחוק, שלפיו יש ללמוד על הנסיבות הקשורות בביצוע העברה מהראיות שהובאו בשלב בירור האשמה. לאחר מכן אדון במצבים מיוחדים שבהם אין הליך בירור או שאין הליך מלא של בירור האשמה והנאשם מודה בעובדות כתב האישום, בין בהסדר טיעון ובין לאו.

2. הכלל הבסיסי – כאשר מתקיים הליך מלא של בירור האשמה

הכלל הבסיסי בסעיף 40(א) לחוק העונשין הוא ש"בית המשפט יקבע כי התקיימו נסיבות הקשורות בביצוע העברה, על בסיס ראיות שהובאו בשלב בירור האשמה". הליך בירור האשמה כולל הבאת ראיות לעניין אחריות הנאשם לביצוע העברה.⁴⁴ בסופו של הליך זה בית המשפט מחליט אם יסודות העברה הוכחו מעבר לכל ספק סביר ויש להרשיע את הנאשם או שיש לזכותו. הכלל האמור רותם למעשה את הליך בירור האשמה לשלב הטיעונים לעונש וגזירת הדין, וקובע כי הנסיבות הקשורות

⁴³ ע"פ 4697/10 ג'ראדאת נ' מדינת ישראל, פס' ד לפסק דינו של השופט רובינשטיין (פורסם בנבו, 18.6.2012).

⁴⁴ סימן ה' לפרק ה' לחוק העונשין; ס' 156 לחוק סדר הדין הפלילי, שכותרתו "בירור האשמה", הדין במקרה שבו הנאשם לא הודה בעובדות כתב האישום (או הודה ובית המשפט לא קיבל את הודאתו).

בביצוע העברה ייקבעו על בסיס הראיות שהובאו בהליך זה. תוצרי ההליך ישמשו אפוא מסד עובדתי רלוונטי לקביעת הנסיבות הקשורות בביצוע העברה. עיון ברשימת הנסיבות הקבועה בסעיף 40ט לחוק העונשין מלמד כי קביעתן של חלק מהנסיבות אכן שזור בהליך בירור האשמה. כך הן, לדוגמה, הנסיבות הקשורות בתכנון שקדם לביצוע העברה, בחלקן היחסי של הנאשם בביצוע העברה, הקרבה לסייג פלילי (כגון הגנה עצמית), מידת הפגיעה בנפגע העברה, התנהגותו של נפגע העברה ונתונים נוספים הקשורים בהתנהגות הנאשם בעת ביצוע העברה. ההנחה היא כי הנסיבות המעצבות את המתחם יתבררו בדרך כלל במהלך בירור האשמה.⁴⁵ עם זאת ייתכן שלא כל הנסיבות הרלוונטיות יובררו, ויכולות להיות נסיבות שלא יוכחו בשלב בירור האשמה, הן בשל היעדר רלוונטיות לבירור האשמה הן בשל שיקולים הנעוצים בהגנת הנאשם.

לכן עיקר הקשיים אינו מתעורר במקרים שבהם בית המשפט מחליט לברר את האשמה. במקרה כזה, התמונה העובדתית לרוב פרוסה לפני בית המשפט ומתוכה ניתן לחלץ את הראיות להוכחת הנסיבות הקשורות בביצוע העברה. אכן, נראה שהכלל הקבוע בסעיף 40(א) לא שינה את הדין שלפני תיקון 113. במהלך בירור האשמה הצדדים מביאים את ראיותיהם, ועל סמך הראיות שהוגשו לו בית המשפט מכריע גם בסוגיית הנסיבות הקשורות בביצוע העברה, או תוך קביעת ממצאים לאחר מכן בגזר הדין. כך היה הדין לפני תיקון 113 וכך הדין לאחריו.

אין מניעה לקבוע נסיבות לחומרה או לקולה על סמך הראיות שהובאו במהלך בירור האשמה גם אם הנסיבות לא צוינו מראש בכתב האישום.⁴⁶ לעמדה זו יש עיגון בלשון סעיף 40(א) לחוק העונשין המתיר לבית המשפט לקבוע כי התקיימו נסיבות כאמור "על בסיס ראיות שהובאו בשלב בירור האשמה", ואין הדברים מוגבלים לטענות שצוינו בכתב האישום. הגיונו של הדבר ברור: כאשר מתקיים הליך שבו מובאות ראיות לבירור האשמה, נפרסים לפני בית המשפט נסיבות ונתונים החורגים לעתים קרובות מהעובדות הנדרשות לקביעת האשמה. הסיבות לכך רבות וניתן למנות עמן ראיות המובאות על ידי הנאשם שלא היו בידי המאשימה. לעתים מובאות ראיות לנסיבות שיש בהן כדי להקל עם הנאשם ולעתים מובאות ראיות לנסיבות שיש בהן כדי להחמיר עמו. נסיבות אלה מלובנות בהליך החשוב ביותר של הדין הפלילי, ובו חלים עוגנים ומגבלות שנועדו להגן על זכויותיו של הנאשם. אם הנסיבות

⁴⁵ הורוויץ הליך גזירת הדין, לעיל ה"ש 13, בעמ' 52.

⁴⁶ ברוח זו החלטתי בגזר הדין שנתתי בת"פ (שלום קר') 43957-05-13 מדינת ישראל נ' אוטמזגין (פורסם בנבו, 30.1.2014). במהלך בירור הראיות הוכחה נסיבה שהיה בה כדי להחמיר עם הנאשם ואשר לא צוינה מלכתחילה בכתב האישום; כן ראו את פסק הדין בערעור על גזר דין זה: עפ"ג (מחוזי חי') 20857-03-14 מדינת ישראל נ' אוטמזגין, פס' 17 לפסק דינו של השופט סעב (פורסם בנבו, 29.5.2014); ראו החלטת בית המשפט העליון: רע"פ 4883/14 אוטמזגין נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 4.12.2014).

מוכחות בהליך זה, כאשר הראיות פרוסות לפני הצדדים וניתנת להם ההזדמנות לטעון בעניינן במהלך הבירור ובשלב הטיעונים לעונש, אין מניעה שנתונים אלה ישמשו בהליך גזירת הדין, לאחר הרשעה. הדבר משרת את הדיוק הרצוי שיש לשאוף אליו – התאמת העונש למעשה העברה על מכלול נסיבותיו – ומביא לחיסכון במשאבים (לשני הצדדים) לאיסוף הנתונים הרלוונטיים לקביעת המתחם, וכך לייעול ההליך.

3. החריגים לכלל הבסיסי

סעיף 40(ב) לחוק העונשין מאפשר חריגה מהכלל הבסיסי ומתיר לנאשם להגיש ראיות מטעמו לנסיבות הקשורות בביצוע העברה, ובלבד שאין בכך כדי לסתור את שטען בשלב בירור האשמה. הסעיף גם מתיר לשני הצדדים להביא ראיות לנסיבות שלא הייתה אפשרות לטעון בעניינן בשלב בירור האשמה, או אם הדבר דרוש כדי למנוע עיוות דין. במקרים אלה אדון להלן.

סעיף 40(ב) כולל שתי חלופות המהוות חריג לכלל הבסיסי שלפיו נסיבות הקשורות בביצוע העברה ייקבעו על סמך ראיות שהובאו בשלב בירור האשמה. החלופה הראשונה שבסעיף 40(ב)(1) קובעת כי "בשלב הטיעונים לעונש, הנאשם רשאי להביא ראיות מטעמו, ובלבד שאינן סותרות את הנטען על ידו בשלב בירור האשמה".⁴⁷ החלופה השנייה שבסעיף 40(ב)(2) קובעת כי "בית המשפט רשאי, לבקשת אחד הצדדים, להתיר להביא ראיות בעניין נסיבות הקשורות בביצוע העבירה בשלב הטיעונים לעונש, אם שוכנע כי לא הייתה אפשרות לטעון לגביהן בשלב בירור

⁴⁷ ניתן לטעון כי ס' 40(ב)(1) לחוק העונשין אינו חל על הבאת ראיות לעניין נסיבות הקשורות בביצוע העברה, או שהוא חל על כל הראיות המובאות על ידי הנאשם, הן כאשר לנסיבות הקשורות לביצוע העברה הן כאשר לנסיבות שאינן קשורות בביצוע העברה, דבר שיש בו כדי להסביר את תחולתו על הנאשם בלבד. תימוכין לגישה זו ניתן לראות בעצם קיום שתי החלופות; החלופה השנייה מזכירה בפירוש את "הנסיבות הקשורות בביצוע העבירה", ואילו הראשונה אינה מזכירה ביטוי זה. כמו כן החלופה הראשונה מזכירה בסיפא שלה את שני הצדדים, וכן מציינת "ראיות שנקבע בחיקוק כי יובאו בשלב זה" ואלה בדרך כלל אינן נוגעות לנסיבות הקשורות בביצוע העברה אלא בנאשם ובמאפייניו – נסיבות שבדרך כלל נופלות לגדר ס' 40(ב) לחוק העונשין. אולם אין לקבל עמדה זו, שכן מנגד ניתן להפנות אל הרישא של ס' 40(ב) לחוק העונשין שבה צוין "על אף האמור בסעיף קטן (א)", כלומר על אף מה שנקבע בכלל הבסיסי, וכאמור הכלל הבסיסי דן בקביעת נסיבות על בסיס הראיות שהובאו בשלב בירור האשמה ובשלב זה בדרך כלל אין מועילות נסיבות הקשורות בנאשם ובנתוניו; כן ניתן לציין את המגבלה שבחלופה הראשונה שלפיה אין להתיר הבאת ראיות אשר סותרות את הנטען בשלב בירור האשמה, וכאמור בשלב בירור האשמה אין מביאים נתונים הקשורים בנאשם. זאת ועוד, יש לזכור את מיקומו של הסעיף ואת כותרתו שמעידים כי הוא נועד להסדיר "הוכחות נסיבות הקשורות בביצוע העבירה", וכמו כן ניתן לומר כי לנוכח הוראות ס' 189 לחוק סדר הדין הפלילי אין צורך שתיקבע בדבר חקיקה נוסף וזכותו של הנאשם להביא ראיות לעניין העונש באופן כללי.

האשמה או אם הדבר דרוש כדי למנוע עיוות דין". בין שתי החלופות יש שוני מהותי.⁴⁸ החלופה השנייה נוגעת לשני הצדדים למשפט, הן לתביעה הן להגנה, ואילו החלופה הראשונה נוגעת לנאשם בלבד. משוני זה בתחולה נגזרים הבדלים מהותיים: לפי החלופה השנייה, ניתן להביא ראיות לעניין נסיבות הקשורות בביצוע העברה בשלב הטיעונים לעונש בסייגים – אם לא הייתה אפשרות לטעון בעניין נסיבות אלה בשלב בירור האשמה, או אם הדבר דרוש כדי למנוע עיוות דין. ואילו על פי החלופה הראשונה, שחלה כאמור על הנאשם בלבד, המגבלה היחידה להבאת ראיות מטעמו היא כי אין הראיות סותרות את שטען בשלב בירור האשמה,⁴⁹ כמוכן כאשר מתקיים הליך של בירור האשמה.⁵⁰ זאת ועוד, על פי החלופה הראשונה הנאשם אינו צריך לקבל רשות מבית המשפט מראש והוא "רשאי להביא ראיות מטעמו", ואילו החלופה השנייה מתנה את הבאת הראיות בקבלת אישור מבית המשפט. שוני זה בניסוח גם הוא מלמד על הגמישות הניתנת לנאשם בחלופה הראשונה לעומת האפשרות האחרת הניתנת על פי סעיף 40(ב)(2) לחוק העונשין לשני הצדדים כאחד. אי-הטלת הגבלות נוקשות על הנאשם בהבאת ראיות להוכחת נסיבות מקלות בשלב הטיעונים לעונש, יש בה כדי לאזן את השליטה המלאה שיש למאשימה בניסוח כתב האישום ובקביעת הנסיבות שייכללו בו, ואת הדרישה להכליל מראש בכתב האישום את כל הנסיבות הרלוונטיות לביצוע העברה, אף אם אין הן חלק מיסודות העברה.

לסיכום, סעיף 40(ב) מאפשר לנאשם להביא ראיות לנסיבות מקלות בקביעת המתחם, ואילו המאשימה חייבת לכלול את הנסיבות הרלוונטיות בכתב האישום והאפשרות הפתוחה לפניה להביא ראיות לחומרה בשלב הטיעונים לעונש היא מצומצמת ביותר.

4. ראיות לנסיבות הקשורות בביצוע העברה במקרה של הודאה בבית המשפט

4.1 כללי

הסוגיות המורכבות יותר בנושא הוכחת הנסיבות הקשורות בביצוע העברה מתעוררות במקרים שבהם אין הליך מלא של בירור האשמה שבמהלכו ראיות הצדדים מובאות

⁴⁸ עניין ח'טיב, לעיל ה"ש 25, פס' 22 לפסק דינו של השופט דנציגר.

⁴⁹ השוו לפני תיקון 113: ע"פ 4666/93 מדינת ישראל נ' אירנשטין (פורסם בנבו, 31.1.1994); עניין ג'ראדאת, לעיל ה"ש 43, פס' 6 לפסק דינה של השופטת ארבל.

⁵⁰ ס' 40(ב)(1) לחוק העונשין חל גם על מקרה שבו הנאשם מודה בכתב האישום בלי שיתקיים הליך של בירור האשמה, ואין להסיק מהמילים "ובלבד שאינן סותרות את הנטען על ידו בשלב בירור האשמה" את המסקנה כי הסעיף חל רק על מקרה שבו מתקיים הליך של בירור האשמה, אלא שזהו אחד המקרים האפשריים. כלומר יש לקרוא את הסעיף כאומר כי היה והתקיים הליך של בירור האשמה, אין הנאשם יכול להביא ראיות סותרות.

לפני בית המשפט ובסופו ניתנת הכרעת דין. מטבע הדברים הקושי מתחדד כאשר נסיבות רלוונטיות לקביעת המתחם לא נכללו בכתב האישום ואינן עולות מעובדותיו. מצב זה מתקיים כאשר נאשם מודה בעובדות כתב האישום, ובשלב הטיעונים לעונש מבקש אחד הצדדים להוכיח נסיבה מן הנסיבות המנויות בסעיף 40 לחוק העונשין. הודאת הנאשם בעובדות כתב האישום יכולה להינתן לפני תחילת בירור האשמה, או במהלכו, ושתי האפשרויות יכולות להתקיים גם בעקבות הסכמה בין התביעה לבין הנאשם, בין שזו כוללת תיקון של כתב האישום ובין לאו.

סעיף 40(ב)(1) לחוק חל לכאורה רק אם התקיים הליך של בירור האשמה וניתנה הכרעת דין. אולם אין כל טעם להבחין – בהקשרה של שאלת הוכחת הנסיבות הקשורות בביצוע העברה – בין מקרה שבו התבררה האשמה, ניתנה הכרעת הדין והנאשם מבקש להביא ראיות לפי סעיף 40(ב)(1) לחוק העונשין (שלא הובאו במהלך בירור האשמה), לבין מקרה שבו הנאשם מודה בעובדות כתב האישום שלא בעקבות הסכמה בינו לבין התביעה.⁵¹ במקרה האחרון, שבו לא נערך הליך של בירור האשמה, שהיה אפשר להביא בו ראיות, תהיה הצדקה לאפשר לנאשם להביא ראיות מטעמו לשם קביעת המתחם בגדרי החלופה הראשונה והגמישה יותר. דווקא במקרה זה יש מקום לאפשר לנאשם גמישות בהוכחת נסיבות שלא צוינו בכתב האישום, שכן אין לו אפשרות אחרת להוכחת הנסיבות מלבד שלב הטיעונים לעונש. המסקנה האמורה מתיישבת עם לשון סעיף 40 לחוק העונשין ובמיוחד עם סעיף 40(ד) לאור הפרשנות הראויה לו.⁵² החלופה הראשונה חלה אפוא הן במקרה שבו מתקיים הליך של בירור האשמה הן במקרה של הודאת הנאשם שלא בעקבות הסכם עם התביעה. אין לראות בכך קושי, והדבר מתיישב עם איזון פער הכוחות ושליטת התביעה בניסוח כתב האישום. לאפשרות זו היבט חיובי נוסף – צמצום המחלוקות בן הצדדים

⁵¹ ע"פ 8314/03 בן עוזר נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 7.6.2005). ניתן שלא בקשר לתיקון 113, ובו נדון מקרה שלאחר הסדר טיעון ביקש הנאשם לטעון בעניין נסיבות ביצוע העברה. בית המשפט העליון הסתייג מכך וציון כי "מינהג חדש בא למדינה, שנאשמים מודים בכתב־אישום המוגש נגדם – בין לפני תיקונו של כתב־האישום בין לאחר תיקון בו – ובטיעון לגזר־הדין מבקשים הם להסתמך על ראיות שלא הובאו כלל לבית־המשפט בעת הכרעת־הדין ואשר עניינם באירוע העברה. מינהג זה ראוי לשרשו מהליכי בית־משפט. הודאה בעובדות המתוארות בכתב־אישום פירושה הוא שאותן עובדות הן המהוות תשתית לגזר־הדין שייגזר על הנאשם. אם מבקש נאשם להוסיף ולהסתמך, בטיעון לגזר־הדין, על עובדות נוספות מן האירוע שלעניין, שומה עליו להסכים על־כך מראש עם התביעה, ואפשר תבקש התביעה להוסיף ראיות מוסכמות נוספות משלה. ואולם באין הסכם על הבאתן של עובדות מתוך תיק המשטרה, אין זה נכון וראוי להסתמך על עובדות הנסבות על האירוע נושא הדין, עובדות שאינן מתוארות בכתב־האישום ואשר בעניינם לא נעשה הסכם בין הסניגוריה לבין התביעה. כך על דרך הכלל וכך בענייננו". נראה כי דברים אלו נאמרו לאור ההסכמות בהסדר הטיעון שהיה בין התביעה להגנה באותו מקרה.

⁵² ראו בהמשך הפרק בעניין הודאה בעקבות הסדר טיעון.

ומניעת מצב שבו הנאשם בוחר לכפור בעובדות כתב האישום רק כדי שיתאפשר לו להוכיח נסיבה שהיה יכול להביאה ולהוכיחה בשלב הטיעונים לעונש.

בעניין **ח'טיב**,⁵³ שבו נדונה לראשונה לאחר תיקון 113 פרשנות סעיף 40 לחוק העונשין, ציין בית המשפט העליון דברים שמהם יכול להשתמע כי גם הודאת נאשם שלא בעקבות הסדר עם התביעה מונעת ממנו הבאת ראיות לנסיבות הקשורות בביצוע העברה, אולם עיון מעמיק בדברים שצוינו שם מלמד כי הכוונה הייתה למקרים שבהם הנאשם מודה בעובדות כתב האישום בעקבות הסדר טיעון.

גם בעניין **ע"פ 7349/14**⁵⁴ דן בית המשפט העליון בסעיף 40(ב)(1) וקבע, אגב הפניה לעניין **ח'טיב**,⁵⁵ כי סעיף זה אינו חל "במקרים שבהם הנאשם הודה בעובדות כתב האישום – שכן סעיף 40(ד) קובע כי הכלל בדבר איסור הבאת ראיות חדשות כפוף לחריג אחד, והוא זה הקבוע בסעיף 40(ב)(2)". ואולם נראה כי גם הקביעה במקרה זה נגעה למצב שבו הודה הנאשם בכתב אישום שתוקן לאור ההסכמות בין הצדדים. זה היה המצב בעניין **ח'טיב**, שאליו פנה בית המשפט, וכך היה המקרה בעניין **ע"פ 7349/14**. לניתוח ההוראות הרלוונטיות במקרה של הודאה בעובדות כתב אישום מתוקן אפנה בהמשך הרשימה.

4.2 הודאה לאחר קיום הליך חלקי של בירור האשמה

מקרה מיוחד, קשה ומורכב יותר הוא המקרה שבו מתקיים הליך חלקי של בירור האשמה, ואין ניתנת הכרעת דין. מקרה שכזה הוא כאשר הנאשם כופר בעובדות כתב האישום ולאחר תחילת בירור האשמה הוא מודה בהן. ההודאה יכולה להיות בכתב האישום בעקבות הסכמות עם התביעה שיכולות לכלול תיקון כתב אישום, או אף שלא במסגרת הסכמות עם התביעה. ההודאה האמורה יכולה להינתן בכל שלב בהליך בירור האשמה; היא יכולה להינתן לאחר תום הבאת ראיות התביעה ולפני שלב ראיות

⁵³ עניין **ח'טיב**, לעיל ה"ש 25, פס' 26 לפסק דינו של השופט דנציגר. שם צוינו דברים אלו: "הודאת הנאשם בעובדות כתב האישום מבטאת את הסכמתו לעובדות ולנסיבות האמורות בו. יש בה משום הצהרה כי אין בעובדות ובנסיבות המתוארות בכתב האישום יותר מאשר עשה וכן, בהתאם, כי לא נשמטה מכתב האישום עובדה או נסיבה שיכולה היתה להיות לו לעזר או להקל עמו. לכן, משהודה הנאשם בעובדות כתב האישום – לרוב לאחר שיח ושיג עם גורמי התביעה ובמסגרת הסדר טיעון – משקף כתב האישום את הסכמת הצדדים לאמור בו. לפיכך, נהיר כי כל חזרה מהסכמה זו, שינוי שלה או הוספה לה בבחינת הנסיבות הקשורות בביצוע העבירה, תדרש לעמוד בתנאים מחמירים יותר – כפי שקובע סעיף 40(ב)(2), שלא כסעיף 40(ב)(1)"; ראו גם את הטעמים שצוינו בגזר הדין של בית המשפט המחוזי, שבמוקדם עמד תיקון כתב האישום לפי המוסכם בהסדר: תפ"ח (מחוזי חי') 2551-10-12 **מדינת ישראל נ' ח'טיב** (פורסם בנבו, 9.4.2013).

⁵⁴ עניין **ע"פ 7349/14**, לעיל ה"ש 11, בעמ' 15.

⁵⁵ עניין **ח'טיב**, לעיל ה"ש 25, פס' 26 לפסק דינו של השופט דנציגר.

ההגנה, לאחר שהובאו כמה עדי תביעה או אף בעיצומה של עדותו של אחד העדים המהותיים כגון קרבן העברה.

מצד אחד רצוי שבעת קביעת המתחם יונחו לפני בית המשפט נתונים עובדתיים רבים ככל האפשר הקשורים בנסיבות ביצוע העברה כדי להגיע לתוצאה עונשית ההולמת ככל האפשר את המעשה, ומצד אחר רצוי שנתונים עובדתיים אלה יהיו מהימנים וישקפו את התמונה העובדתית הנכונה. משיקולי תועלת והשקעת משאבים יעילה, רצוי שהמשאבים שהושקעו בניהול הליך בירור האשמה ינוצלו לשם קביעת הנסיבות הרלוונטיות למתחם העונש. השאלה היא אם ניתן לנצל את הנתונים העובדתיים מהליך בירור האשמה להליך גזירת הדין? במקרה הרגיל, שבו ניתנת הכרעת הדין על סמך אותן ראיות, זוהי דרך המלך. אך מצב אחר הוא כשבירור העובדות אינו מסתיים בהכרעת דין מרשיעה, וההליך נקטע בשלב כלשהו לפני סיומו ללא קביעות עובדתיות.

במצב דברים זה קביעת ממצאים באשר לנסיבות ביצוע העברה, בלי שהדבר יעוגן בהסכמה בין הצדדים, מעוררת קשיים רבים, מאחר שאין ערובות לכך שהממצאים העובדתיים אמנם מהימנים ומשקפים את התמונה הראייתית הנכונה והמלאה. מצב זה נובע מכך שהראיות במלואן לא הובאו לפני בית המשפט, ולא ניתנה לצדדים, ובמיוחד לנאשם, זכות טיעון מלאה באשר למסקנות שיש להסיק מאותן ראיות חלקיות.⁵⁶ מקרה אופייני הוא שקרבן עברת אלימות מעיד לפני בית המשפט ונחקר חקירה נגדית, ולאחר מכן הנאשם מודה בעובדות כתב האישום. האם ניתן לקבוע נסיבות הקשורות בביצוע העברה על סמך עדותו של הקרבן אף שטרם הובאו מלוא ראיות התביעה, טרם הובאו ראיות ההגנה וטרם סיכמו הצדדים את טענותיהם? ודוק – לעתים פריסת תמונה עובדתית חלקית היא מצב בעייתי להסקות מסקנות, ולא רק בשל חלקיות המידע העובדתי המובא, אלא גם משום שתמונה עובדתית חלקית יכולה להטעות. לדעתי, מצב נטול ראיות אף עדיף ממצב של ראיות חלקיות.

כיצד יש אפוא לנהוג במצב דברים זה? כדי שיהיה ניתן להסתמך על הראיות החלקיות, צריך להבטיח שהן משקפות את הנתונים העובדתיים המלאים הנוגעים לאותה נסיבה.⁵⁷ בשים לב לכך שבית המשפט לא נחשף לכל הראיות שהתביעה תכננה להביא ואף לא לאלה שהנאשם תכנן להביא, נראה שאין דרך להסיק מסקנה כלשהי מהראיות החלקיות שהובאו בלי שהדבר יתבסס על הסכמת הצדדים. הסכמה זו יכולה להיות מושגת באמצעות הסדר שכולל את תיקון כתב האישום באופן שישקף את הנסיבות לאשורן על בסיס הערכה הנעשית על ידי הצדדים, או באמצעות

⁵⁶ פסק הדין בבית המשפט המחוזי בעניין **אוטמזגין**, לעיל ה"ש 46, בעמ' 19.

⁵⁷ תפ"ח (מחוזי חי') 39285-07-13 **מדינת ישראל נ' פלוני** (פורסם בנבו, 29.4.2014). בעניין זה, נקט בית המשפט גישה הדוחה ניסיון להסיק מהמוצגים ומהראיות שהיו לפניו, ממצאים עובדתיים כלשהם שחורגים מכתב האישום; ראו את גזר הדין שנתתי בת"פ (שלום קר') - 14859-07-13 **מדינת ישראל נ' חלבי** (פורסם בנבו, 14.1.2014).

הסכמה אחרת לעניין האופן שבו יקבע בית המשפט ממצאים על בסיס אותן ראיות חלקיות כגון שהצדדים יסכימו כי בית המשפט יסיק מסקנות עובדתיות מן הנתונים שלפניו, או לאחר שיוגשו מסמכים נוספים או שיובאו ראיות אחרות.

4.3 הודאה בעקבות הסדר טיעון

סעיף 40(ד) לחוק קובע כי "בלי לגרוע מהוראות סעיף קטן (ב)(2), הודה הנאשם בעובדות כתב האישום, בין לאחר שמיעת הראיות ובין לפני כן, יכלול כתב האישום שבו הודה את כל העובדות והנסיבות הקשורות בביצוע העבירה". סעיף זה מתאר מצב שבו הנאשם מודה בעובדות כתב האישום, כלומר כאשר הליך בירור האשמה אינו מסתיים בהכרעת דין, ובו בזמן כולל הוראה שלפיה כתב האישום יכלול את כל העובדות והנסיבות הקשורות בביצוע העבירה. נראה כי לצד ההוראות לתביעה בעניין אופן ניסוח כתב האישום מראש, הוראות סעיף 40(ד) דנות במקרה שבו הודאת הנאשם ניתנת כחלק מההסכמות בין התביעה להגנה. החלופה העוסקת בשלב ש"לאחר שמיעת הראיות" ממחישה היטב כי הוראות הסעיף מכוונות למקרה של הסדר טיעון או של הודאה בעקבות הסכמות בין התביעה להגנה. התביעה אינה יכולה לשנות על דעת עצמה את כתב האישום – באופן שיכלול את כל העובדות והנסיבות – **לאחר** שמיעת הראיות, וקושיה זו ניתנת ליישוב רק אם נייחס את הוראות הסעיף הנ"ל למקרה של הודאה בעקבות הסכמה.

הודאה בעקבות הסדר טיעון משקפת הסכמה של הצדדים בעניין מערכת עובדות המקרה שלאחריה אין להביא בנקל ראיות נוספות, ובית המשפט יהיה כבול לאותה מערכת עובדות.⁵⁸ זוהי העמדה הרווחת בפסיקת בית המשפט העליון והיא באה לידי ביטוי בעבר במספר רב של מקרים. בין היתר צוין כי "כאשר מתקבלת הודעת הצדדים על הסדר הטיעון, שבמסגרתה הושגה הסכמה על העובדות המהוות בסיס לאישום, מהווה הדבר סוף פסוק מבחינת יתר הראיות, ואין מקום להתייחס לראיות אחרות אלא בהסכמת הצדדים",⁵⁹ "והוא, אם הצדדים לא הסכימו על הבאת תיאור רקע מלא יותר בעת הסיכומים לעונש".⁶⁰ על פי גישה זו יש לראות את הודאת הנאשם כסוף פסוק

⁵⁸ ע"פ 2994/12 זגורי נ' מדינת ישראל, פס' 17 לפסק דינו של השופט דנציגר, פסק דינו של השופט רובינשטיין, פסק דינה של השופטת חיות (פורסם בנבו, 23.12.2012); ע"פ 4907/11 מרעי נ' מדינת ישראל, פס' 5 לפסק דינו של השופט הנדל (פורסם בנבו, 14.11.2012); ע"פ 954/12 עובדיה נ' מדינת ישראל, פס' 17 לפסק דינה של המשנה לנשיא נאור (פורסם בנבו, 1.7.2012).

⁵⁹ ע"פ 677/14 דנקנר נ' מדינת ישראל, פס' מז לפסק דינו של השופט רובינשטיין (פורסם בנבו, 17.7.2014); עניין ח'טיב, לעיל ה"ש 25; עניין ע"פ 7349/14, לעיל ה"ש 11; עניין חנונה, לעיל ה"ש 11.

⁶⁰ ע"פ 264/81 לוי נ' מדינת ישראל, פ"ד לה (3) 659 (1981).

למחלוקת בעניין הנסיבות הקשורות בביצוע העברה, מאחר והיא פרי משא ומתן שעל בסיסו הודה הנאשם בעובדות כתב האישום. הגיונה של עמדה זו נובע מההליך שבעקבותיו ניתנת הודאת הנאשם, קרי המשא ומתן בין התביעה לבין ההגנה. על כן נקבע ש"יש ליתן למשא ומתן שנוהל ושעל יסודו נגמר התיק את משקלו הראוי, לרבות להתפשרות הניסוחית של הצדדים. שמטרתה – כדי להשיג הודיה – הפחתה מסוימת במערכת העובדתית המקורית, בין אם כוונת התביעה בהשמטת פרט זה או אחר שיקפה גישה מחמירה פחות, בין אם לאו".⁶¹

פועלה של הודאה בעובדות כתב אישום מתוקן אינה רק כלפי המאשימה, ואינה מגבילה רק את המאשימה בהוכחת נסיבות החורגות מהתיאור העובדתי הכלול בכתב האישום, אלא היא פועלת גם כלפי הנאשם.⁶² ההסכמות בין התביעה להגנה מושגות בהליך שבו פער הכוחות ביניהן מצטמצם במידת מה, וההסכמות הן תולדה של תהליך שגם הנאשם משתתף בו, ויש לו יכולת להשפיע על ניסוח כתב האישום והפרטים שייכללו בו, יכולת שעד אז הייתה נתונה בידי התביעה בלבד.

הודאת הנאשם בעובדות כתב אישום שתוקן בעקבות הסדר טיעון מצמצמת את האפשרות שהנאשם יביא ראיות להוכחת נסיבות נוספות. במקרה של הודאה ללא הסדר טיעון, ראוי לאפשר לנאשם להוכיח בשלב הטיעונים לעונש נסיבות לקולה, ואילו במקרה של הודאה בעקבות הסדר טיעון מצטמצמת אפשרות זו והיא ניתנת רק במקרים חריגים שבהם הדבר דרוש כדי למנוע עיוות דין.

יודגש כי אין ללמוד מהדברים כי נשללה הסמכות להתיר הבאת ראיות גם במצב דברים זה. סעיף 40(ד) פותח ומציין כי הכלל שכתב האישום יכול את כל העובדות והנסיבות הקשורות בביצוע העברה גם במקרה שבו מובאות ראיות, אינו גורע מהוראות סעיף קטן(ב)2 לחוק העונשין, והאפשרות להביא ראיות להוכחת נסיבות לפי סעיף זה, נתונה הן לתביעה והן להגנה.⁶³ אלא שפועלה של הודאה בעקבות הסכמה הוא בשני מישורים: האפשרות הגמישה יותר להביא ראיות על ידי הנאשם כאמור בסעיף קטן(ב)1 אינה קיימת עוד⁶⁴ והאפשרות הקבועה בסעיף קטן(ב)2 מצטמצמת למקרים של מניעת עיוות דין.

⁶¹ עניין **דנקור**, לעיל ה"ש 59, פס' מו לפסק דינו של השופט רובינשטיין.

⁶² שם, פס' מח לפסק דינו של השופט רובינשטיין; עניין **עובדיה**, לעיל ה"ש 58; ע"פ 5734/10 **קאשור נ' מדינת ישראל**, פס' 22 לפסק דינו של השופט מלצר (פורסם בנבו, 25.1.2012).

⁶³ כפי שהובהר לעיל, הסעיף חל על שני הצדדים. כלומר במקרה האמור יש שוויון בין מצבה של התביעה לבין מצבה של ההגנה בהוכחת נסיבות הקשורות בביצוע העברה בשלב זה – והכול כדי למנוע עיוות דין.

⁶⁴ עניין **ח'טיב**, לעיל ה"ש 25. אשר לאפשרות הנוספת שבס' 40(ב)1 לחוק העונשין שעניינה הבאת ראיות שנקבע בחיקוק כי יובאו בשלב זה, הרי זו ממשיכה להתקיים – שהרי פשיטא, מדובר בראיות שנקבע בחיקוק (אחר) כי יובאו בשלב זה.

5. סיכום

ניתן לסכם פרק זה ולציין שתיקון 113, והוראות סעיף 40 שבו, כללו שני כיוונים ברורים שנועדו לאזן זה את זה. מצד אחד מתן סמכות רחבה לתביעה לקבוע את תוכן כתב האישום ואת הנסיבות שיפורטו בו, ומצד אחר מתן גמישות לנאשם להביא ראיות לנסיבות מקלות בקביעת המתחם וצמצום האפשרויות של התביעה לטעון לנסיבות מחמירות לאחר מתן הכרעת הדין. כאשר ניתנת לנאשם האפשרות להשפיע על קביעת תוכן כתב האישום – במשא ומתן לקראת הסדר טיעון – מצמצמת אפשרותו של הנאשם להוסיף ולהביא ראיות מקלות בקביעת המתחם רק למקרים שנועדו למנוע עיוות דין.

ה. השלב הראוי והנכון להבאת ראיות להוכחת הנסיבות

על פני הדברים, כללי הראיות הנדרשים לאורך ההליך הפלילי, הן לכירור האשמה הן לגזר הדין, הם זהים,⁶⁵ ואין הוראה בדין המבחינה בין דיני הראיות החלים בשני השלבים. מנקודת ראות זו ההליך הפלילי הוא אחד. על כן לכאורה כללי הראיות החלים בשלב בירור האשמה חלים גם בשלב גזירת העונש.⁶⁶

בסעיף 40(ג) לחוק העונשין נקבע כי נסיבות הנטענות על ידי המאשימה יש להוכיח מעל לכל ספק סביר; ואילו באשר לנסיבות הנטענות על ידי הנאשם די ברמת ההוכחה הנדרשת במשפט אזרחי, כלומר על פי מאזן ההסתברויות. אמנם בפסיקת בית המשפט העליון נשמעו (לפני תיקון 113) דעות כי נסיבות מחמירות יש להוכיח מעל לכל ספק סביר,⁶⁷ אולם הדעה בעניין זה לא הייתה חד-משמעית וברורה. הייתה זו אחת המחלוקות שהתעוררו בעניין **נואורה**, שם השופט רובינשטיין דגל בגישה שלפיה "כשהמדובר בנסיבות הקשורות בעבירה, גם אם אינן חלק מיסודותיה שבדין אך הובאו בכתב האישום, יש [...] להוכיחן כפי שמוכחת העבירה גופה, על יסודותיה; קרי, שלב הראיות מכתוב גם את רמת הוכחתן",⁶⁸ ואילו השופטת ארבל, שאליה

⁶⁵ רון שפירא "הליך מינהלי קבוע את גבולותיה ומסגרתה של הענישה הפלילית" **המשפט יב** 485, הערה 3 (2007); לסקירת המצב ששרר בעבר ראו: הורוויץ **הליך גזירת הדין**, לעיל ה"ש 13, בעמ' 76.

⁶⁶ קדמי, **סדר הדין בפלילים**, לעיל ה"ש 19, בעמ' 1613; הורוויץ "מעמדן של נסיבות מחמירות", לעיל ה"ש 26; ניתן אולי למצוא הבחנה בין הכללים החלים על נסיבות הקשורות בביצוע העברה, לבין הכללים החלים על נסיבות שאינן קשורות בביצוע העברה. נראה שלנסיבות האחרונות כוונו הדברים האלה: "בית המשפט נוטה לגלות גמישות מרחיקת לכת בכל הקשור לראיות מטעם ההגנה לעניין העונש, ומוכן לקבל ראיות שבשלב מוקדם יותר לא היו מתקבלות" – קדמי, בעמ' 1631.

⁶⁷ ע"פ 2518/94 **אלימלך נ' מדינת ישראל**, פ"ד נא(2) 481, 496 (1997).

⁶⁸ עניין **נואורה**, לעיל ה"ש 14, פס' יא לפסק דינו של השופט רובינשטיין. השופט רובינשטיין

הצטרף השופט חשין, חלקה על דעה זו וציינה כי רף ההוכחה המקסימלי של הוכחה מעל לספק סביר נועד להוכחת יסודות העברה שבדין ולא לנסיבות הקשורות בביצוע העברה, שאינן חלק מיסודות העברה.

למעשה, המחלוקת העיקרית בנוגע לרמת ההוכחה הנדרשת שהתעוררה בעניין **נואורה** נבעה משאלה אחרת, ובה נדון בפרק זה: באיזה שלב יש לברר את הנסיבות הקשורות בביצוע העברות? האם בשלב בירור האשמה או בשלב גזירת העונש? הנחת המוצא למחלוקת זו בין השופטים הייתה כי כללי הראיות וסדרי הדין בהליך בירור האשמה אינם חלים בפועל על קביעת ממצאים בהליך גזירת הדין. האם קשר זה שבין האכסניה שבה יש לברר את הנסיבות הקשורות בביצוע העברה לבין רמת ההוכחה הנדרשת הוא קשר בל ינותק?

באיזה שלב יש לדון אפוא במחלוקת עובדתית הנוגעת לנסיבות שמצד אחד אינן מיסודות העברה והוכחתן אינה נדרשת כדי לברר את האשמה, ומצד אחר הן נסיבות רלוונטיות לקביעת מתחם העונש בהיותן מן הנסיבות הכלולות בסעיף 40ט?

אשר לנסיבות לקולה אשר הנאשם מבקש להוכיח, דומה שהתשובה מובנת מאליה – הדיון נערך בהליך גזר הדין, בגבולות שהותוו בפרקים הקודמים. אלה נסיבות שלא היה ניתן (מן הסתם) לחלץ מהליך בירור האשמה, ואם אין מדובר במקרה שבו התקיים הליך בירור האשמה, הראיות מובאות לאחר הודאת הנאשם, ולא היה ניתן להביאן לפני כן.

אשר לנסיבות לחומרה, ניתן להצביע על שני מקרים רלוונטיים לדיון: במקרה הראשון הנאשם מודה ביסודות העברה וכופר בעובדה מחמירה שנכללה בכתב האישום,⁶⁹ ובמקרה השני המאשימה מבקשת להוכיח נסיבה מחמירה שלא נכללה בכתב האישום, בין לאחר הליך בירור האשמה ובין לאחר הודאת הנאשם (סעיף 40יב(2) לחוק העונשין). אשר למקרה השני, לאור הכללים שהובאו לעיל, מצד אחד חובת התביעה לפרט בכתב האישום את הנסיבות הקשורות בביצוע העברה, ומצד אחר האפשרות המוגבלת של התביעה להוכיח נסיבות לחומרה – נראה שהמקרים שידונו בגדרו יהיו מצומצמים.

בעבר בית המשפט העליון לא שלל את האפשרות שנסיבות כאלה יתבררו בהליך גזירת הדין, ואף הביע דעתו כי ראוי שהבירור ייערך שם.⁷⁰ בעניין **נואורה** התעוררה, כאמור, מחלוקת; השופט רובינשטיין קבע כי "נסיבות מחמירות שאינן מיסודות העבירה, אך הן קשורות לפרשת העבירה גופה, אם מבקשת התביעה להסתמך עליהן, לרבות כרקע, אי אפשר שלא לציין בכתב האישום ושלא להוכיחן במהלך ההוכחות,

מציין במפורש כי גישתו נובעת מעמדתו שאת הנסיבות הקשורות בביצוע העברה יש להוכיח (אלא אם כן הנאשם מסכים לאפשרות אחרת) בשלב בירור האשמה ולא בהליך גזירת העונש.

⁶⁹ עניין **נואורה**, לעיל ה"ש 14.

⁷⁰ ע"פ 172/82 **אטיאס נ' מדינת ישראל**, פ"ד לו(3) 22, 24 (1982).

ואין לדחותן לשלב גזר הדין⁷¹; השופטת ארבל ציינה שהנסיבות צריכות להתברר בהליך גזירת הדין,⁷² ושני השופטים כרכו שאלה זו בשאלת רמת ההוכחה הנדרשת. בזיקה לאמור בסעיף 40(ב) לחוק העונשין, הליך הטיעונים לעונש נועד בין היתר לברר את הנסיבות הקשורות בביצוע העברה במקרים המתאימים, אם לא התבררו בהליך בירור האשמה. בירור הנסיבות אינו זר אפוא להליך הטיעונים לעונש והוא נעשה, במקרים הקבועים בחוק, גם בשלב זה. במילים אחרות, מסעיף 40 עולה בבירור שניתן לשמוע ראיות ולהכריע בסוגיית הנסיבות הקשורות בביצוע העברה גם בהליך גזירת הדין. הדבר נלמד מסעיף 40(ב)(2) המאפשר הבאת ראיות (גם לחומרה – על ידי התביעה) בתנאים שצינו שם.

כלום יש מקום להבחין – בכל הנוגע לאכסניה המתאימה לדיון במחלוקת באשר לנסיבות הקשורות בביצוע העברה – בין מקרה שנופל לגדר סעיף 40(ב)(2) לחוק העונשין לבין מקרה אחר שבו בכתב האישום צוינו נסיבות השנויות במחלוקת כגון המקרה בעניין **נואורה**? מדוע אי-אפשר לברר נסיבות אחרונות אלה בהליך גזירת הדין?

המסקנה המתבקשת היא כי בהליך הטיעונים לעונש ניתן לברר מחלוקות באשר לנסיבות הקשורות בביצוע העברה, יהיה מקורן אשר יהיה,⁷³ ובלבד שאין מדובר בעובדות שהן חלק מיסודות העברה.

האפשרות העקרונית שהוכרה בסעיף 40(ב)(2) לחוק העונשין היא לקיים בירור באשר לנסיבה מחמירה בשלב הטיעונים לעונש. בירור כזה נערך על פי כללי הראיות הנהוגים בהליך בירור האשמה ורף ההוכחה הנדרש על פי הדין הוא כרף הנדרש בהליך בירור האשמה. אם ניתן לקבוע ממצאים בנוגע לנסיבות שיובררו בד' אמות הסעיף הנ"ל, מדוע אי-אפשר לעשות כן במקרה שבו הנסיבות צוינו בכתב האישום ובירורן נדחה לאחר מכן? סעיף 156 לחוק סדר הדין הפלילי קובע כי "לא הודה הנאשם בעובדות שיש בהן כדי להרשיעו באישום או באחד האישומים שבכתב האישום, או שהודה ובית המשפט לא קיבל את הודייתו, תביא התביעה לפני בית המשפט את ראיותיה לעובדות שלא נתקבלה עליהן הודיה, ורשאית היא להקדים להן דברי פתיחה". כלומר הליך בירור האשמה מתקיים אם הנאשם לא הודה "בעובדות שיש בהן כדי להרשיעו" ועובדות אלה הן העובדות המגבשות את יסודות העברה שיוחסה לו, ואינן כוללת נסיבות שהרלוונטיות שלהן היא לקביעת המתחם בלבד.

אשר להיבט המעשי – ברוב המקרים פיצול כזה של בירור הראיות אינו נחוץ והפרדת הבירור היא מלאכותית וגוררת קשיים לא מבוטלים, לרבות האפשרות

⁷¹ עניין **נואורה**, לעיל ה"ש 14, פס' ט לפסק דינו של השופט רובינשטיין.

⁷² שם, פס' 3-4 לפסק דינה של השופטת ארבל.

⁷³ לעמדה מעט אחרת ראו: הורוויץ "מעמדן של נסיבות מחמירות", לעיל ה"ש 26, בעמ' 8; חגית לרנאו וישי שרון "שמונה הכרעות ערכיות בחקיקת חוק הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה" **הסניגור** 14, 183 (2012).

שבמהלך הבירור של הנסיבות הרלוונטיות לקביעת מתחם העונש יועלו נתונים הסותרים את העובדות המבססות את העברה. על כן המקרים שבהם ניתן לפצל את הבירור כאמור יהיו חריגים. ניתן למנות כמה שיקולים רלוונטיים להחלטה אם לברר את הנסיבות לאחר הכרעת הדין, ובהם: טיב המחלוקת בדבר הנסיבות; מידת ריחוק הנסיבות מהגרעין העובדתי של יסודות העברה; מורכבות הבירור – כאן יישקלו מהות המחלוקת, אופן בירורה וכמות הראיות הנדרשת.

ניתן אפוא לסכם ולומר כי הוראות תיקון 113 והמתווה להטלת העונש, הכולל את קביעת מתחם העונש ההולם והוכחת הנסיבות הקשורות לכך בגדרה, הביא מניה וביה לניתוק הקשר בין שאלת השלב המתאים לבירור הנסיבות הקשורות בביצוע העברה לבין שאלת רמת ההוכחה הנדרשת. ניתוק זה צפוי להביא לשינוי לא מבוטל באופן הדיון בהטלת העונש, בכמה מקרים.

1. סיכום

תיקון מס' 113 כלל, לצד הוראות דין מהותיות, סדרי דין וכללי ראיות בדבר אופן קביעת מתחם העונש ההולם. אף שהוראות אלה דנות בעיקר בסדרי דין, הן מוקמו בחוק העונשין. חלק מההוראות הנוגעות לסדרי הדין ולכללי הראיות מהוות חידוש של ממש בהליך גזר הדין, והן מעוררות כמה סוגיות בעניין אופן הוכחת הנסיבות הקשורות בביצוע העברה במצבים שונים של ההליך הפלילי: ניהול הליך מלא של בירור האשמה, הודאת הנאשם ללא בירור האשמה, והודאת הנאשם לאחר ניהול הליך חלקי. ברשימה זו ניסיתי להצביע על קשיים אחדים שמתעוררים באותם מצבים, תוך הבהרת המגמות וההכרעות הבאות לידי ביטוי בתיקון 113.

תיקון 113 יצר הסדרים שנועדו לאזן את השליטה המלאה של התביעה בניסוח כתב האישום ואת החובה לכלול בו מראש את הנסיבות הקשורות בביצוע העברה, בכך שאפשר לנאשם להביא ראיות לנסיבות מקלות בתנאים גמישים, וצמצם את האפשרות הנתונה למאשימה להוכיח נסיבות מחמירות בשלב הטיעונים לעונש. קביעת רף הוכחה גבוה להוכחת נסיבות מחמירות הקשורות בביצוע העברה אף הוא משמש לאיזון האמור.

זאת ועוד, מההוראות הרלוונטיות עולה כי כאשר הכרעת הדין מתקבלת בעקבות הסדר בין ההגנה לתביעה, שבו ניתנת לנאשם יכולת להשפיע על ניסוח כתב האישום ולכלול בו נסיבות נוספות – אפשרות הנאשם להוכיח נסיבות מקלות הולכת ומצטמצמת.