



ע"פ 105/17 - ישי זיתוני נגד מדינת ישראל

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פליליים

ע"פ 105/17

ע"פ 192/17

לפני:
כבוד השופט א' שהם
כבוד השופטת ד' ברק-ארז
כבוד השופט י' אלרון

המערער בע"פ 105/17 ישי זיתוני
והמשיב 192/17:

נגד

המשיבה בע"פ 105/17 מדינת ישראל
והמערער בע"פ 192/17:

ערעורים על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בתל
אביב-יפו מיום 21.11.2016 בת"פ 44385-01-16
שניתן על-ידי כבוד השופט ד' רוזן

תאריך הישיבה: ב' בכסלו התשע"ח (20.11.2017)

בשם המערער בע"פ 105/17 עו"ד ניר אלפסה
והמשיב בע"פ 192/17:

בשם המשיבה בע"פ 105/17 עו"ד מיכל רגב
והמערער בע"פ 192/17 :
בשם נפגעי העבירה:
בשם שירות המבחן:
עו"ד ורד אנוך
גב' ברכה וייס



פסק-דין

השופטת ד' ברק-ארז:

1. מה צריך להיות עונשו של מי שחבט בראשו של אחר באמצעות מקל שבו הצטייד מבעוד מועד לצורך כך, בנסיבות שבהן החבטה גרמה למוותו של אותו אדם? זו השאלה שהונחה לפתחנו בשני ערעורים מנוגדים שהופנו כלפי גזר דינו של בית המשפט המחוזי במקרה זה, כל אחד מכיוונו.

עיקרי התשתית העובדתית

2. ביום 1.2.2015 נפגשו באקראי בנו של יורם חבני ז"ל (להלן: יורם או המנוח, לפי העניין) וישי זיתוני (שיכונה בהמשך המערער, על אף שלמעשה הוא גם המשיב בערעורה של המדינה, כמפורט להלן). בין השניים התפתח סכסוך במסגרתו איים המערער על בנו של יורם. ברקע לכך יצוין קיומו של סכסוך משפחתי בין יורם לבין אחיו, חברו של המערער. לאחר שעודכן יורם בדבר הסכסוך, הוא ביקש מהמערער להיפגש עמו. בסמוך לאחר מכן הצטייד המערער במקל שאורכו מטר ויצא לפגישה. המערער הגיע בריצה למקום שבו המתין לו יורם ואז הניף את המקל והטיח אותו בעוצמה בצד ימין של ראשו. בהמשך לכך, יורם נפל על הכביש ואילו המערער נמלט מהמקום כשהמקל בידו. יורם פונה מן המקום לבית החולים כשהוא מעורפל הכרה, שם חלה הידרדרות במצבו. ביום 3.12.2015 נקבע לו מוות מוחי וביום 8.12.2015 הוא נפטר.

כתב האישום וההליכים עד כה

3. נגד המערער הוגש כתב אישום לבית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו (ת"פ 44385-01-16, השופט ד' רוזן). כתב האישום פירט את עובדות המקרה כמפורט לעיל, וייחס למערער את עבירת ההריגה לפי סעיף 298 לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין או החוק).

4. לאחר שנשמעו מספר עדים הביע המערער נכונות להודות במיוחס לו בכתב האישום, בכפוף לשמירת זכותו להביא ראיות בשלב גזר הדין לעניין הנסיבות שהובילו למוותו של המנוח.

5. בהמשך לכך, ביום 19.9.2016 הורשע המערער לפי הודאתו בהריגתו של המנוח.



6. במסגרת הטיעונים לעונש הועלו בשם המערער מספר טענות שנגעו לתרומה של גורמים נוספים לתוצאה הקטלנית, בהמשך לפגיעת הראש של המנוח מן המכה שקיבל. ראשית, המערער טען, בהסתמך על חוות דעת מומחה שהגיש, כי המנוח צרך אלכוהול לפני האירוע המתואר בכתב האישום, וכי ברמת האלכוהול שנמצאה בדמו היה כדי להשפיע על שיווי משקלו ועל יכולתו להישאר יציב. בהמשך לכך, המערער טען כי חוות הדעת הפתולוגית מטעם המדינה לא שללה בוודאות את האפשרות שהנזק המשמעותי לגולגולתו של המנוח נגרם מן הנפילה לארץ ולא מן המכה. לשיטתו של המערער השילוב בין טענות אלו מעיד על כך שעוצמת המכה שספג המנוח לא הייתה בהכרח כה חזקה. לבסוף, המערער טען כי סיכויי ההתאוששות של המנוח נפגעו משמעותית משלא אובחן תוך זמן סביר כמי שסובל מחבלת ראש ולכן לא קיבל טיפול מתאים ומהיר כנדרש. המערער טען כי קבלת טענותיו אלה אמורה להשליך על אופן קביעת מתחם העונש ההולם בענייננו, שכן הן שופכות אור על הערכת הנסיבות הקשורות בביצוע העבירה, ובאופן ספציפי על בחינת הנזק הצפוי ממעשיו של המערער וחומרת האלימות בה נקט (כמובנם של מונחים אלה בסעיפים 40ט(א)(3) ו-40ט(א)(10) לחוק העונשין). מנגד, המדינה סברה כי המערער לא הניח בסיס מספיק לטענותיו. בהמשך לכך, המערער טען כי מתחם העונש ההולם נע בין 6 ל-10 שנות מאסר בפועל, ואילו המדינה טענה כי מתחם העונש ההולם נע בין 15 ל-19 שנות מאסר בפועל.

7. בית המשפט המחוזי נתן את גזר דינו ביום 23.11.2016. בית המשפט המחוזי עמד על החומרה הרבה של העבירה שבה הורשע המערער, שקיפד חייו של אדם בשל ריב של מה בכך כאשר "רוצח" או "ניפח" את גולגולתו. בית המשפט המחוזי התייחס לכאב והשבר שחוו חמשת ילדיו של המנוח, וזאת בהתייחס לתסקיר נפגעי העבירה שהוגש לעיונו. בצד זאת, הצביע בית המשפט המחוזי על נסיבות אשר צריכות לשקול, כך נקבע, לקולא - היעדר התכנון קודם לביצוע העבירה והבחירה להצטייד במקל, להבדיל מסכין. לפיכך קבע בית המשפט המחוזי כי מתחם העונש ההולם במקרה זה נע בין 8 ל-14 שנות מאסר בפועל.

8. בסיכומו של דבר, בית המשפט המחוזי השית על המערער עונש מאסר בפועל של 10 שנים, וכן שנתיים מאסר על תנאי אם יעבור במשך שלוש שנים עבירה מסוג פשע של אלימות פיזית כלפי גוף אדם. בנוסף לכך, בית המשפט המחוזי חייב את המערער בתשלום פיצוי שהוגדר "סמלי" לילדיו של המנוח בשיעור כולל של 50,000 שקל.

הערעורים

9. כפי שכבר צוין - בפנינו שני ערעורים, האחד של הנאשם דלמטה, הוא המערער (ע"פ 105/17), והשני של המדינה (ע"פ 192/17).

10. ע"פ 105/17 - המערער סבור שבית המשפט המחוזי החמיר עמו יתר על המידה. ראשית, המערער מלין כי גזר דינו של בית המשפט המחוזי כולל התייחסות לכך שהוא "רוצח" או "ניפח" את גולגולתו של המנוח, ובכך מתבסס למעשה על כך שהמכה בראשו של המנוח עצמה שברה את גולגולתו, וזאת מעבר לנטען בכתב האישום. בנוסף לכך, המערער סבור כי יש בטענותיו בדבר הגורמים האחרים שתרמו למותו של המנוח - באשר לצריכת האלכוהול של המנוח שהשפיעה על יציבותו ותרמה לנפילתו, באשר למכה שנבעה מן הנפילה ובאשר לטיפול הרפואי - כדי לעורר ספק בעניין הנסיבות הקשורות בביצוע העבירה ובפרט למידת האכזריות והאלימות בה נקט המערער כלפי המנוח והנזק שהיה צפוי להיגרם ממעשיו.



11. מנגד, המדינה סבורה שדין הערעור להידחות. המדינה סבורה כי טענותיו של המערער באשר לקיומם של גורמים נוספים שהובילו למותו של המנוח לא הוכחו במידה הנדרשת. המדינה טוענת כי לנוכח העובדה שהמערער טוען כי מדובר בנסיבות מקלות בביצוע העבירה, רמת ההוכחה הנדרשת להוכחתן היא של מאזן ההסתברויות, ואין די בהצבעה על ספק סביר מצד הנאשם (בהפניה לסעיף 40(ג) לחוק העונשין). המדינה מוסיפה ומצביעה על כך שהטענות באשר לאי-הזיהוי המהיר של חבלת הראש בבית החולים אינן ראויות לעלות בנסיבות שבהן המערער עצמו נמנע מלסייע בפינויו של המנוח באופן שיכול היה לתרום להצגת מלוא הנסיבות של פציעתו. המדינה דוחה אפוא את טענותיו של המערער ביחס למתחם העונש, ולמעשה, כמפורט בערעור שהגישה, סבורה שמתחם העונש צריך להיות אף מחמיר יותר מזה שקבע בית המשפט המחוזי.

12. לאחר הדיון הגיש המערער בקשה להוספת טענה ובה הבהיר כי קביעה שעניינה מקור השבר בגולגולתו של המנוח משליכה גם על טיב האלימות שאותה הפעיל המערער כלפי המנוח, ולכן צריכה להיחשב נסיבה מחמירה לפי סעיף 40ט(א)(10) לחוק העונשין. המערער סבור אפוא כי חלה במקרה דנן הרישא לסעיף 40(ג) לחוק המורה כי די בהוכחת ספק סביר בדבר קיומה של נסיבה מחמירה הקשורה בביצוע העבירה (להבדיל מנסיבה מקלה שאותה היה אמור להוכיח ברמת ההוכחה הנדרשת במשפט אזרחי).

13. ע"פ 192/17 - המדינה סבורה כי לא זו בלבד שדין הערעור שכוון להקלה בעונש צריך להידחות אלא שלמעשה יש מקום להחמיר בעונשו של המערער. המדינה עומדת על חומרת מעשיו של המערער אשר תקף את המנוח שלא בלהט הרגע לאחר שהגיע למקום האירוע כשהוא מצויד במקל. המדינה טוענת כי אין מקום להתחשב לקולא בכך שהמערער עשה שימוש במקל ולא בסכין בנסיבות שבהן הכין את המקל מבעוד מועד, באופן שמעיד על תכנון, ואף הטיח את המקל בראשו של המנוח בעוצמה. כמו כן, המדינה עומדת על כך שלאחר מכן, המערער הפקיר את המנוח מבלי להושיט לו עזרה. המדינה טענה כי עמדתה להחמרה בענישה אף נתמכת בפסיקתו של בית משפט זה, והפנתה לפסקי דין שמהם ניתן כך ללמוד, לשיטתה.

14. בנוסף, המדינה טוענת כי היה מקום לחייב את המערער בפיצוי משמעותי יותר, בהתחשב בנזקים שנגרמו לנפגעי העבירה, ובהקשר זה מפנה לאמור בתסקיר נפגעי העבירה ביחס לחמשת ילדיו של המנוח. טענות אלה הוצגו גם על-ידי באת-כוחם של נפגעי העבירה.

15. דומה שאין צריך לומר כי המערער דוחה טענות אלה של המדינה באשר לאורכה של תקופת המאסר ועומד על עמדתו באשר לצורך בקיצורה. בנוסף לכך, נטען כי אין מקום להוסיף על הפיצוי שנפסק. בא-כוחו של המערער הוסיף ועמד על כך שהפיצוי שהושת בבית המשפט המחוזי הופקד, וזאת במאמץ רב מצדו של המערער.

דיון והכרעה

16. לאחר שבחנתי את הדברים אני סבורה שהערעור להקלה בעונשו של המערער צריך להידחות, ואילו ערעורה של המדינה צריך להתקבל, וכך אציע לחברי לעשות.



17. נקודת המוצא מבחינתי היא שמעשיו של המערער הביאו למותו של אדם. מעשים אלה והתוצאה הקטלנית של האירוע מחייבים הטלת עונש מאסר משמעוטי שיהלום את החומרה הטמונה בהם ואת הערך המוגן בעבירת ההריגה – קדושת החיים (ראו למשל: ע"פ 8146/09 אבשלום נ' מדינת ישראל, פסקה 37 (8.9.2011)).

18. האירוע המתואר בכתב האישום הוא חמור ביותר. המערער תקף את המנוח בשל עניין של מה בכך, כשהוא מטיח מכה עוצמתית בראשו. עוצמת המכה הייתה כה חזקה עד כי הובילה לצניחתו של המנוח ארצה על הכביש. בית המשפט המחוזי התייחס ל"חוסר התכנון שקדם לעבירה" כנסיבה לקולא בקביעת מתחם העונש ההולם, אולם למעשה הנסיבות המתוארות בכתב האישום, שבו הודה המערער, מעידות על תכנון. העובדה שהמערער הצטייד מבעוד מועד במקל ועשה בו שימוש עוד טרם בא בדברים עם המנוח, שוללת את האפשרות שהמקל נועד להגנה עצמית וכן את האפשרות שהמערער הכה את המנוח בלהט הרגע, וצריך להינתן לה משקל. אכן, המערער לא עשה שימוש באמצעי שבא לעולם מלכתחילה ככלי משחית – סכין או כלי נשק אחר. אולם, בנסיבות העניין אין ספק שהמערער התייחס אל המקל כאל אמצעי משחית ואף עשה בו שימוש מתוכנן כזה. הנחתת מכה עוצמתית בראשו של אדם היא ללא ספק מעשה אכזרי ומסוכן מטיבה. כאשר הדבר נעשה שלא בלהט הרגע (ומבלי לגרוע מחומרת המעשים אף בנסיבות אחרות) – הרי שמידת החומרה היא שבע שבעתיים.

19. יתרה מזאת, יש לתת את הדעת לאדישות ולזלזול שהפגין המערער כלפי חייו של המנוח בעת שחבט בחוזקה בראשו ואז הפקירו לגורלו. מעבר לכך, יש לדחות את הטענה כי יש להפחית ממידת האחריות המיוחסת למערער בשל טיפול רפואי לקוי לכאורה שלא התחשב בעובדה שהמנוח קיבל מכה בראש. טענה זו מקוממת, בהתחשב בכך שהמערער בחר להפקיר את המנוח כשהוא שרוע על הכביש וממילא תרם לכך שהמנוח הובא לבית החולים על-ידי מי שלא נטל חלק באירוע באופן שפגע בעדכונו של הצוות הרפואי בזמן אמת על חבלת הראש. אין להכביר במילים על החומרה הטמונה בהפקרת קורבנות במסגרת עבירת ההריגה.

20. לא מצאתי טעם בטענות שעניין צריכת האלכוהול של המנוח והחבלה שנבעה מן הנפילה. עובדות המקרה מדברות בעד עצמן. בניגוד לנטען, אין עוררין על כך שהמערער הטיח את המקל בעוצמה בראשו של המנוח באופן שהוביל לנפילתו. למעשה, בא-כוחו של המערער ניסה, בעקיפין, לערער בעניין זה על עובדה שנמנית על עובדות כתב האישום, שבהן הודה המערער ובו נכתב במפורש כי "הנאשם... הניף את המקל והטיח אותו בעוצמה בצד ימין של ראשו של המנוח וגרם לנפילתו... על הכביש" (ההדגשה הוספה – ד' ב' א'). סוגיה זו אף זכתה לאזכור בדיון שבו הוצגה לבית המשפט ההסכמה בין הצדדים בעניין הודאתו של המערער. כאשר המדינה ביקשה כי יצוין בהכרעת הדין "שהמכה הייתה בעוצמה", בית המשפט המחוזי השיב כי מכה אשר מובילה לנפילתו של אדם אינה יכולה להיות אלא מכה חזקה. באשר לנזק שהיה צפוי להיגרם ממעשיו של המערער, השכל הישר וניסיון החיים מביאים למסקנה כי אדם המטיח מקל בעוצמה בראשו של אחר יכול לצפות כי יפגע בו קשות ואף יגרום למותו. בשים לב לכל אלה, אינני נדרשת למחלוקת שהתגלעה בין הצדדים באשר לאופן יישומו של סעיף 40(ג) לחוק העונשין. שאלה זו לא נדונה בפסק דינו של בית המשפט המחוזי ואף אינה מתעוררת כאן.

21. במסגרת הערעור שני הצדדים הפנו לפסיקה לצורך תמיכה בעמדתם. אף אחד מפסקי הדין אליהם הפנו הצדדים אינם זהים למקרה דנן. עם זאת, לשיטתי, פסקי הדין אליהם הפנתה המדינה היו מתאימים יותר במאפייניהם לענייננו, בעוד המערער ביקש ללמוד ממקרים שכללו גם טעמים מסוימים להקלה עם הנאשם שלא התקיימו בפנינו (כגון הדדיות מסוימת בין הצדדים לסכסוך, או



אף התגרות מצד המנוח, בין השאר במקרים כדוגמת ע"פ 2772/11 נחמני נ' מדינת ישראל (21.3.2012) וע"פ 6095/10 יחיא נ' מדינת ישראל (18.7.2012)). לצורך קביעת העונש הראוי סברתי שעלי להנחות את עצמי לאורם של פסקי דין שבהם נדון עונשם של מי שחבטו בראשם של אחרים, להבדיל ממי שעשו שימוש בסכין או כלי נשק מובהק אחר. כמו כן, ראיתי לנכון ללמוד ממקרים שהתאפיינו, בדומה למקרה שבפנינו, ביכולת בחירה נרחבת לנאשם באשר להשתתפותו באירוע וכן באלימות חד-צדדית. כך למשל, בע"פ 4709/10 פיצחזה נ' מדינת ישראל (19.5.2011) נדחה ערעורו של מי שנגזר עליו עונש של 16 שנות מאסר בפועל לאחר שהודה במסגרת הסדר טיעון בעבירת הריגה. המערער באותו עניין הודה במסגרת הסדר טיעון בכך שהרג עובד מכולת בן 71 כאשר חבט בראשו באמצעות שקית שבה חפץ קהה עד אשר נפל. בע"פ 7179/14 טוויל נ' מדינת ישראל (22.11.2015) התקבל ערעורו של מי שנגזר עליו עונש של 19 שנות מאסר בפועל לאחר שהודה במסגרת הסדר טיעון בעבירות של הריגה ושיבוש מהלכי משפט, והעונש הועמד על 17 שנות מאסר. יצוין כי שני מקרים אלה אינם דומים בכל נסיבותיהם לזה שבפנינו – בין בהיבטים מחמירים שמתקיימים בעניינו של המערער (כגון יסוד התכנון) ובין בהיבטים מחמירים אחרים שהתקיימו דווקא בהם (למשל, חומרת הפגיעה בראשו של הקורבן במקרה הראשון, או טיבו של החפץ שבו עשה המערער שימוש והתנהלותו האלימה לאחר נפילתו של הקורבן ארצה במקרה השני). עם זאת, יש בהם כדי להעיד על מגמת הענישה.

22. מכל הסיבות האמורות, אני סבורה שבית המשפט המחוזי הקל יתר על המידה עם המערער וכי אין מוצא מהחמרה בעונשו, באופן שישקף את עקרון ההלימה ואת מדיניות הענישה הראויה.

23. יחד עם זאת, יישום מסקנה זו מחייב מתן משקל לכך שאין דרכה של ערכאת הערעור למצות את עונשו של המערער. על כן, אציע לחברי להעמיד החמרה זו על הצד המקל – תוך ייחוס משקל לכך שנפלה שגגה בתיאורו של בית המשפט המחוזי את הפגיעה בגולגולתו של המנוח, בניגוד לעובדות שהוסכמו על הצדדים.

24. בנסיבות העניין, אני סבורה שיש להעמיד את עונש המאסר בפועל של המערער על 11 שנות מאסר, לצדו של עונש המאסר על תנאי שהושת עליו כמפורט בפסקה 8 לעיל, וכך אציע לחברי.

25. באשר למרכיב הפיצוי, עמדתי היא שלא היה מקום להסתפק בפיצוי של 50,000 שקל, שאף בית המשפט המחוזי הגדיר כ"סמלי". בית משפט זה חזר ועמד על תכליותיו של הפיצוי בהליך הפלילי. הפיצוי נועד לסייע לקורבנות העבירה לקבל "סעד ראשוני", ובכל מקרה לתת ביטוי לנזקים הממשיים שנגרמו להם (ראו למשל: דנ"פ 5625/16 אסרף נ' טווק, פסקה 14 לחוות דעתה של השופטת (כתוארה אז) א' חיות, וכן פסקה 2 לחוות דעתי (13.9.2017) (להלן: עניין טווק)). על כן, תפיסה של "סמליות" בהשתתפות פיצוי אין לה מקום. יתרה מזאת, קשייו הכלכליים של המערער אינם יכולים לשמש טעם לפסיקת פיצוי אשר באופן ברור אינו נותן אף מענה ראשוני לילדיו של המנוח.

26. מתסקיר נפגעי העבירה עולה כי למנוח היו חמישה ילדים, שלכל אחד מהם נגרמו נזקים של ממש בחייהם האישיים על רקע מותו האלים והפתאומי של אביהם המנוח, שהיה עוגן מרכזי בחייהם. בנסיבות אלה, מצאתי להעמיד את הפיצוי הכולל לחמשת נפגעי העבירה, ילדיו של המנוח, על 258,000 שקל – הסכום המקסימלי שנקבע לפיצוי בהליך הפלילי – חלף סכום הפיצוי שנקבע על-ידי בית המשפט המחוזי. אני סבורה שזהו אחד מאותם מקרים שבהם הנזק הרב שנגרם וריבוי הניזוקים מצדיקים להעמיד את הפיצוי ברף



המקסימלי האפשרי לפיצוי בהליך הפלילי כקבוע בחוק. בשולי הדברים אוסיף, כי ערה אני לכך שמדובר בהעלאה משמעותית של סכום הפיצויים שנפסק. אולם, בהתחשב בתכליתו של הפיצוי, שאינה עונשית, ובהבהרת העקרונות הנוגעים לפסיקתו של הפיצוי בעניין טווק, אני סבורה שזוהי התוצאה המתחייבת.

27. בשלב זה הגיעה לעיוני חוות דעתו המנומקת של חברי השופט י' אלרון, ולאורה אבקש להוסיף שתי הדגשות. ראשית, באשר לעונש המאסר שהוטל על המערער, אבקש להדגיש כי מלכתחילה סברתי שהעונש ההולם בנסיבות העניין צריך להיות גבוה משמעותית מ-10 שנות מאסר בפועל, אולם החלטתי להעמיד את העונש על 11 שנות מאסר בפועל לאחר שהבאתי בחשבון את הכלל לפיו אין ערכאת הערעור ממצה את עונשו של הנאשם (כמפורט לעיל בפסקה 23 לחוות דעתי). שנית, באשר להיקף הפיצוי, ברצוני להבהיר את הטעם שבגיני אינני סבורה שיש להחיל את כלל "אי המיצוי" בעניינינו, בניגוד לעמדתו של חברי. להשקפתי, מחובתנו להעמיד את הפיצוי כך שייתן סעד ראשוני וביטוי ממשי לנזקים שנגרמו לנפגעי העבירה (בכפוף למגבלות הנובעות מן התקרה הסטטוטורית). מכל מקום, במישור היישומי, מאחר שזהו מקרה שבו מלכתחילה בית המשפט המחוזי סבר כי יש לפסוק פיצוי "סמלי" ולא חתר לפסיקת פיצוי ממשי, פסיקתו אינה יכולה לשמש נקודת מוצא. בכך המקרה שבפנינו שונה מהותית ממקרים שבהם הטענה כנגד הפיצוי היא שבית המשפט המחוזי שגה באומדנה ששימשה בסיס לפסיקת הפיצויים.

28. סוף דבר: הערעור בע"פ 105/17 נדחה ואילו הערעור בע"פ 192/17 מתקבל כמפורט בפסקאות 24 ו-26 לעיל.

ש ו פ ט ת

השופט א' שהם:

אני מצטרף לעמדתה של חברתי, השופטת ד' ברק-ארז, כי דין ערעורו של המערער להידחות, בעוד שיש לקבל את ערעורה של המדינה על קולת העונש. אשר לעונש המאסר, שאלתי את עצמי אם ניתן להסתפק בתוספת של שנת מאסר אחת, בשים לב לחומרת מעשיו של המערער ולתוצאה הקשה שנגרמה - מותו של המנוח. לאחר שבחנתי את כלל הנסיבות הגעתי לידי מסקנה, כי גם אם היה מקום לגזור על המערער, מלכתחילה, עונש חמור יותר, אין מקום לעשות כן במסגרת הליך זה, לאור המוסכמה כי אין זה מדרכה של ערכאת הערעור למצות את מלוא חומרת הדין משמתקבל ערעור על קולת העונש.

ומכאן לנושא הפיצויים. תמים דעים אני עם חברתי כי מן הראוי, במקרה דנן, להשית על המערער את סכום הפיצויים המירבי, בסך 258,000 ₪, לנוכח הפגיעה הקשה והנזק הממשי שנגרם לחמשת ילדיו של המנוח - נפגעי העבירה. אכן, מדובר בקפיצת מדרגה משמעותית ביותר, מסכום פיצויים בשיעור של 50,000 ₪, שהוגדר על ידי בית משפט קמא כ"סמלי", לסכום של 258,000 ₪. אולם, וכפי שהבעתי את דעתי בדנ"פ 5625/16 אסרף נ' טווק (13.9.2017), עסקינן בפיצוי אזרחי במהותו, המשמש כמעין "עזרה ראשונה" לנפגעי העבירה, וכאשר מדובר במספר לא קטן של נפגעי עבירה, כפי המקרה דנן, הסכום אשר אמור להתחלק בין כולם, אינו גדול כלל ועיקר.



כאמור, אצטרף לחברתי.

ש ו פ ט

השופט י' אלרון:

1. קראתי בעיון רב את חוות דעתה המנומקת של חברתי השופטת ד' ברק-ארז, וכן את הערותיו של חברי השופט א' שהם. לאחר ששקלתי את הדברים, הגעתי לכלל מסקנה כי אין בידי להצטרף לתוצאה המוצעת על-ידם ביחס לערעורה של המדינה.

2. עמדתי נסמכת על שני כללים מושרשים היטב בהליך הערעור הפלילי על גזר דינה של הערכאה הדיונית. האחד, אשר יכונה להלן כלל אי-ההתערבות, מורה כי אין זה מדרכה של ערכאת הערעור להתערב בחומרת העונש שנקבעה על ידי הערכאה הדיונית, זולת בנסיבות חריגות שבהן נפלה על פני הדברים טעות מהותית ובולטת בגזר הדין, או שעה שהעונש שהוטל חורג באופן קיצוני מהענישה המקובלת במקרים דומים (ראו למשל: ע"פ 27/17 בסל נ' מדינת ישראל, פסקה 9 (12.12.2017)); השני, אשר יכונה להלן כלל אי-המיצוי, מורה כי אין זה מדרכה של ערכאת הערעור למצות את הדין עם הנאשם (ראו למשל: ע"פ 3599/16 חטיב נ' מדינת ישראל, פסקה 11 (14.11.2017)).

3. להשקפתי, החלתם של כללים אלה על נסיבות ענייננו, מוליכה אל עבר תוצאה שונה מזו שאליה הגיעו חבריי. זאת, הן ביחס לקולת עונש המאסר בפועל אשר הוטל על המערער, הן ביחס לשיעור הפיצויים אשר נפסקו לטובת נפגעי העבירה.

קולת עונש המאסר בפועל

4. לאחר שעיינתי בגזר דינו של בית המשפט קמא ונתתי דעתי לטיעוני הצדדים בכתב ובעל פה, נחה דעתי כי המקרה שלפנינו אינו צולח את משוכת כלל אי-ההתערבות. לשיטתי, עונש המאסר אשר הוטל על המערער – אף אם נוטה הוא לקולא ביחס למדיניות הענישה הנהוגה – אינו חורג ממנה באופן קיצוני. כפי שציין בית המשפט קמא, מדיניות הענישה ביחס לעבירת ההריגה מתפרשת על פני יריעה רחבה, בהתאם לנסיבותיו הפרטניות של כל מקרה. בהתאם, לצד פסקי הדין שאליהם הפנתה חברתי השופטת ד' ברק-ארז, המעידים על ענישה מחמירה יותר (ראו פסקה 21 לחוות דעתה), ניתן להצביע על פסקי דין שנסיבותיהם דומות – אף אם לא זהות – שבהם נפסקו עונשים קרובים לזה שהוטל על המערער. אציג להלן מספר דוגמאות, לשם המחשה.

בע"פ 5841/14 מדינת ישראל נ' ארקאן (8.7.2015) נידון עניינו של אדם אשר הסיע ברכבו שוהים בלתי חוקיים, ולמראה רכז ביטחון אשר ביקש לעוצרו נסע לעברו במהירות, פגע בו בעוצמה אשר הביאה למותו, והפקירהו. בית משפט זה קיבל את ערעורה של המדינה על קולת עונשו של המשיב, והעמיד אותו על 11 שנות מאסר בפועל.



בע"פ 6375/11 סגן נ' מדינת ישראל (14.8.2014) נידון עניינו של אדם אשר הגיע לזירת תגרה בעקבות קריאה לעזרה של אחד המשתתפים בתגרה. המערער חבט באמצעות קסדה במנוח, אשר סטר קודם לכן למזעיק העזרה, וכן חבט במשתתף אחר בתגרה. בית משפט זה דחה את הערעור על חומרת העונש, והותיר אותו על 9 שנות מאסר בפועל.

בע"פ 10477/08 פיזולאיב נ' מדינת ישראל (25.1.2010) נידון עניינו של אדם אשר בעט פעמיים בראשו של אחר שהיה שרוע על הקרקע עקב תגרה. יוער, כי המערער לא היה מעורב בעצמו בתגרה עם המנוח. בית משפט זה נמנע מהתערבות בעונש שהוטל על המערער, אשר עמד על 11 שנות מאסר בפועל.

5. לנוכח האמור לעיל, דעתי היא כי עונש המאסר בפועל שהשית בית המשפט קמא על המערער אינו חורג במידה ניכרת מרמת הענישה הנהוגה, ולפיכך יש להותירו על כנו.

שיעור הפיצויים

6. אבהיר תחילה כי תמים דעים אני עם חבריי כי נפלה שגגה מלפני בית המשפט קמא, משמצא לנוכח להסתפק בפסיקת פיצוי בשיעור "סמלי" של 50 אלף ש"ח בלבד, חרף תוצאתו הטראגית של המקרה שלפנינו, והזעזוע הרב אשר פקד את חייהם של הנפגעים. לתוצאה זו הגיע בית המשפט קמא, כפי הנדמה, לאחר שייחס משקל מכריע לקשייו הכלכליים של המערער, וזאת בניגוד להלכה הפסוקה של בית משפט זה, שלפיה אין להתחשב בשיקול זה בעת קביעת שיעור הפיצויים (ראו דנ"פ 5625/16 אסרף נ' טווק בוקובזה, פסקה 6 לחוות דעתה של חברתי השופטת ד' ברק-ארז (13.9.2017) (להלן: עניין טווק בוקובזה)). לפיכך, גדר המחלוקת ביני לבין חבריי אינו נעוץ בעצם ההתערבות בגובה הפיצויים שפסק בית המשפט המחוזי, מאחר שעלה בידה של המדינה להראות כי פסיקת בית המשפט קמא ביחס לשיעור הפיצויים אכן עומדת במשוכה הגבוהה שאותה מציב כלל אי-ההתערבות, בשל סטיית הניכרת משיעור הפיצויים שנהוג לפסוק בנסיבות דומות לטובתם של נפגעי עבירות המתה (ראו למשל: ע"פ 8686/15 גריבוב נ' מדינת ישראל, פסקה 54 (3.10.2017)).

7. משמצאתי כי אכן ראויה התערבותנו בשיעור הפיצויים שעליהם הורה בית המשפט קמא על פי סעיף 77 לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין), מתעוררת השאלה אם יש להכפיף מידת התערבות זו לכלל אי-המיצוי, שמקורו כאמור בדין הפלילי.

8. כפי שהיטיבו לציין חבריי, נקבע בפסיקתו של בית משפט זה כי הסעד הכספי המוענק לנפגעי עבירה מכוח סעיף 77 לחוק העונשין נושא אופי אזרחי (ראו פסקה 26 לחוות דעתה של חברתי השופטת ד' ברק-ארז, וכן חוות דעתו של חברי השופט א' שהם). ואולם, לצד זאת, ציין בית משפט זה לא אחת כי סעד זה מאופיין אף בסממנים פליליים-עונשיים. עמדה על כך הנשיאה ד' ביניש ברע"פ 9727/05 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד סב(2) 802 (2007), בצינה:

"הוראות החוק עצמן משלבות היבטים פליליים ואזרחיים גם יחד, בקובען כי בערעור על גובה הפיצויים גובר אופיים האזרחי,



והמערער נדרש לפעול כבערעור אזרחי לכל דבר ועניין (סעיף 78 לחוק); ואילו לשם גבייתם של הפיצויים, כמוהם כקנס עונשי (סעיף 77(ג) לחוק). מדובר, אם כן, בהוראת-חוק מיוחדת, בעלת סממנים מעורבים המשתלבים בעקרונות ובתכליות מתחום המשפט הפלילי, אך ליבם נטוע בפיצוי האזרחי. סממנים מעורבים אלה משלימים זה את זה. בפרשנותו וביישומו של סעיף 77 לחוק יש לתת את הדעת למורכבות זו, כאשר לעיתים יגברו ההיבטים הראשונים ולעיתים האחרונים, בהתאם להקשר ולנסיבות הקונקרטיות של העניין הטעון הכרעה" (שם, פסקה 14).

אדגיש, כי דברים אלה צוטטו בהסכמה הן בדעת הרוב, הן בדעת המיעוט בפסק הדין שבו נידון באחרונה סעיף 77 לחוק העונשין ביד הרכב מורחב (ראו עניין טווק בוקובזה, פסקה 15 לפסק דינה של השופטת (כתוארה אז) א' חיות ופסקה 15 לפסק דינו של השופט נ' סולברג; לדיון באופיו המשולב של הסעד ראו גם יורם רבין ויניב ואקי דיני עונשין כרך ג 1861-1864 (מהדורה שלישית, 2014)).

9. להיבטים פליליים-עונשיים אלה השלכות ניכרות על המסגרת הנורמטיבית החולשת על סעיף 77 לחוק העונשין, אשר נושאת אף היא מאפיינים מובהקים מתחום דיני העונשין. כך, הלכה היא כי כלל אי-ההתערבות מיושם בערעורים פליליים שבגדרם מועלות טענות בדבר שיעור הפיצוי שנפסק, או ביחס לעצם פסיקתו (ראו ע"פ 6452/09 עלי נ' מדינת ישראל, פסקה 9 והאסמכתאות המנויות שם (22.7.2010)). יתרה מכך, ניתן להבחין ביישומם של כללים נוספים המאפיינים את הדין הפלילי על רכיב הפיצויים בגזר הדין, כדוגמת כלל אחידות הענישה (ראו למשל: ע"פ 5065/16 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 12 (22.12.2016)). זאת, יש להדגיש, על אף הוראת סעיף 78 לחוק העונשין, שלפיה יידון ערעורו של נאשם המופנה כלפי רכיב הפיצוי בלבד כערעור אזרחי.

10. אשר לשאלת תחולתו של כלל אי-המיצוי על פסיקת פיצויים מכוח סעיף 77 לחוק העונשין, עיון בפסיקת בית משפט זה מלמד כי על אף שסוגיה זו מעולם לא נידונה במישור העקרוני, ניתן להבחין באזכורו – אף אם לא במבודד מיתר רכיבי גזר הדין – בנסיבות שבהן מצאה לנכון ערכאת הערעור להוסיף על שיעור הפיצויים שנפסקו בערכאה הדיונית (ראו למשל: ע"פ 6518/09 פלוני נ' מדינת ישראל (12.1.2011); ע"פ 6720/04 מדינת ישראל נ' זחאיקה (3.11.2004)). אני סבור כי גישה זו בדיון יסודה, וזאת משני טעמים עיקריים.

ראשית, משנוכחנו כי אכן נוהגת הפסיקה להחיל על סעיף 77 לחוק העונשין כללים שונים הקשורים במלאכת הענישה, מן הראוי כי תינקט גישה דומה ביחס לכלל אי-המיצוי.

שנית, גישה זו מתיישבת היטב לשיטתי עם תכליותיו של כלל אי-המיצוי, שעליהן עמד בית משפט זה ברע"פ 5060/04 הגואל נ' מדינת ישראל (24.2.2005):

"גם במסגרת מדיניות החמרה כאמור, נדרש בענישה האינדיבידואלית לאזן בין שיקולי הכלל לשיקולי הפרט, ולקבוע את הענישה הראויה על יסוד נקודת איזון זו. במסגרת שיקולי הפרט כאמור, ראוי כי ערכאת הערעור, גם מקום שהיא רואה להחמיר בעונש, תייחס משקל להיקף הענישה שנגזרה על הנאשם בערכאה הדיונית ותראה בו גורם שיש להתחשב בו בין שאר שיקולי הענישה, כדי שישמר יחס נאות בין מידות הענישה שנגזרו בשתי הערכאות. כלל זה נובע ממושכלות ראשונים לפיהם ערכאת הערעור אינה נוהגת למצות עמוד 10



את הדין עם נאשם, ביחסה משמעות יחסית לציפייתו הטבעית כי לאחר שנענש ראשונה בידי הערכאה הדיונית לא יחול מהפך קיצוני מדי בסנקציה המוטלת עליו, וישמר איזון כלשהו בין העונשים המוטלים עליו בערכאות השונות. ציפיה זו של נאשם ראוייה להתחשבות במסגרת מכלול שיקולי הענישה הנשקלים, כאמור. " (שם, פסקה 10).

אכן, אף לנאשם שעליו מוטלת חובת פיצוי במסגרת גזר דין פלילי צומחת ציפיה מסוימת המושתתת על שיעור הפיצוי שנפסק בערכאה הדיונית. לדידי, יש לייחס לכך משקל בבואנו להתערב בשיעור הפיצוי, לבל תיווצר חריגה מרחיקת לכת בין התוצאות שאליהן הגיעו הערכאות השונות ותופר ציפיותו זו.

11. ומן הכלל אל הפרט: האם בנסיבות שבהן פסק בית המשפט המחוזי פיצוי בשיעור של 50 אלף ש"ח, מן הראוי להעמידו בערכאת הערעור על סך של 258 אלף ש"ח, ובכך למצות את התקרה הסטטוטורית הקבועה בחוק? לעמדת, כאמור, המענה לשאלה זו הוא בשלילה. אכן, לא מן הנמנע כי אילו הייתי אני נמנה עם המותב אשר גזר את דינו של המערער, הייתי מוצא לנכון לפסוק לטובת נפגעי העבירה פיצויים בשיעור המרבי שאותו מתיר החוק (כפי שאכן עשיתי בפרשות דומות, וראו למשל תפ"ח (מחוזי חי') 55684-02-13 מדינת ישראל נ' גפן (19.6.2014)). ואולם, לנוכח תחולתו של כלל אי-המיצוי בענייננו, אינני סבור כי מן הראוי שנשים עצמנו בנעליה של הערכאה הדיונית, לבל נפר את העקרונות הניצבים בבסיסו. דעתי היא, אם כן, כי יש לפסוק לטובת נפגעי העבירה פיצוי אשר מגשים במידה רבה ככל הניתן את תכליתו של סעיף 77 כסעד אזרחי ראשוני לניזוקי העבירה, אך באופן אשר מביא בחשבון את שיעור הפיצויים אשר נפסק בערכאה הדיונית, ומונע "קפיצת מדרגה משמעותית ביותר" (כלשון חברי השופט א' שהם) בין תוצאות הערכאות השונות - כשם שהיינו נוהגים לו היה מדובר ברכיב עונשי גרידא.

לבסוף, מן הראוי לציין את מושכלת היסוד שלפיה אין בשיעור הפיצוי הנפסק על פי סעיף 77 לחוק העונשין כדי לפגוע בזכותם של נפגעי העבירה להגיש תביעה אזרחית בגין הפגיעה שנגרמה להם (לדין באפשרות זו ובמגבלותיה ראו עניין טווק בוקובזה, פסקה 16 לפסק דינה של השופטת (כתוארה אז) א' חיות).

סוף דבר

12. לנוכח האמור, לו הייתה נשמעת דעתי, היינו מותירים את עונש המאסר בפועל אשר הושת על המערער על כנו, ופוסקים לזכות נפגעי העבירה סך כולל של 150 אלף ש"ח, חלף הסכום שאותו פסק בית המשפט קמא.

ש ו פ ט

אשר על כן, הערעור בע"פ 105/17 נדחה פה אחד, והערעור בע"פ 192/17 מתקבל כאמור בפסק דינה של השופטת ד' ברק-ארז בהסכמת השופט א' שהם, בניגוד לדעתו החולקת של השופט י' אלרון.

ניתן היום, ח' בטבת התשע"ח (26.12.2017).

עמוד 11



ש ו פ ט

ש ו פ ט ת

ש ו פ ט
