



עפ"ג 41358/10/18 - מחמד אבו סמחאן, באסם אלעוברה נגד מדינת ישראל

בית המשפט המחוזי בבאר שבע
עפ"ג 41358-10-18

בפני כב' ס. הנשיאה השופט י' צלקובניק - אב"ד
כב' השופט י' עדן
כב' השופטת ג' שלו

המערערים

מחמד אבו סמחאן
ע"י ב"כ עו"ד סמיר אבו עאבד
באסם אלעוברה
ע"י ב"כ עו"ד מוחמד רחאל

נגד

המשיבה

מדינת ישראל
ע"י ב"כ עו"ד מוחמד אלעמור

פסק דין

השופט י' עדן:

האישום והסדר הטיעון

1. המערערים הורשעו על פי הודאתם במסגרת הסדר טיעון, המערער 1 בעבירה של גרימת מוות ברשלנות לפי סעיף 64 לפקודת התעבורה (נוסח חדש) ונהיגה לאחור לפי תקנה 45 לתקנות התעבורה, המערער 2 בעבירה של מעשי פזיזות ורשלנות לפי סעיף 338(א)(4) לחוק העונשין.

על פי עובדות כתב האישום בהן הודו המערערים:

המערער 2 הועסק במועד הרלבנטי בחברה אשר במסגרת הסכם וכחלק מעבודות פיתוח נדרשה לבנות מדרכות מרוצפות לאורך הכבישים בכפר תראבין, שימש כמנהל פרויקט בניית המדרכות, ובמסגרת תפקידו היה אחראי על הבאה והפעלה של כלים הנדסיים שונים אשר שימשו לבניית המדרכות במקום, והיה אחראי על העובדים שעסקו בבניית המדרכות.

באזור העבודות נשוא כתב האישום, נמצאו בתים של תושבי המקום, ועובר ליום 20.6.17, על פי הוראת המערער 2, הובא אל אזור בניית המדרכות מצע עפר אשר היה צריך לשמש כבסיס עליו יונחו אבני המרצפות של המדרכות, ועוד על פי הוראתו הובא אל אזור העבודה יעה אופני זעיר ("בובקאט").



ביום 20.6.17 הועסק המערער 1 בחברה כנהג בובקאט, ונשלח ע"י המערער 2 לנהוג בו ולהעביר באמצעותו מצע מהערימה שליד הכביש, שם הונחה אל תוואי המדרכה.

לשם כך המערער 1 עלה עם הבובקאט מהכביש המחבר אל השטח שבו הונחה ערימת המצע, מילא את הכף הקדמית של הבובקאט, נהג בו לאחור מרחק של 8 מטר, וירד מהשטח חזרה אל הכביש המחבר, תוך שהוא מסיט אותו ימינה, בהמשך נהג קדימה מרחק של כ- 15 מטר, עד שהגיע למדרכה המוגבהת הסמוכה למגרש אשר בסמוך אליו נבנית המדרכה, ושם רוקן את הכף ולאחר מכן נהג בבובקאט לאחור, עד לכביש המחבר כדי לשוב ולעלות לשטח שלידו ולמלא את הכף במצע.

המערער 1 נהג באופן האמור בבובקאט מספר רב של פעמים.

במהלך עבודתו של המערער 1 במקום, הוא לווה בידי פועל נוסף של החברה, אשר תפקידו היה לסמן למערער 1 היכן לשפוך את המצע ולמדוד את גובהו.

כתב האישום מציין כי תפקידו של הפועל הנוסף של החברה, לא כלל הכוונה של המערער 1 עת זה נהג בבובקאט לאחור.

עוד על פי כתב האישום - עת נהג המערער 1 בבובקאט לאחור, שדה ראייתו לאחור היה מוגבל מאוד, בשל מבנהו של הבובקאט.

על פי כתב האישום בעובדותיו הודו המערערים, למרות שהמערער 1 נהג בבובקאט בסמיכות לבתי המגורים, למרות שילדים תושבי השכונה נהגו להגיע ולשהות בסמוך למקום העבודה והנסיעה של הבובקאט, ולמרות ששדה הראייה של המערער 1, בעת הנהיגה לאחור, היה מוגבל מאוד, המערער 2 בהיותו מנהל פרויקט בניית המדרכות והממונה על המערער 1, לא נקט בכל אמצעי זהירות לשם מניעת הסכנה האפשרית הנובעת מכך למי שיימצא בקרבת הבובקאט הנוסע לאחור.

בכלל זה, המערער 2 לא שלח אל מקום העבודה עובדים נוספים מטעם החברה, אשר יצטרפו אל המערער 1 ואל הפועל הנוסף, ואשר תפקידם יהיה להרחיק את הילדים, למנוע מהם להתקרב אל מסלול הנסיעה של הבובקאט, ולכוון את המערער 1 עת ינהג לאחור בבובקאט באופן שימנע פגיעה אפשרית במי שיימצא מאחוריו.

במועד הנ"ל, 20.6.17, בסמוך לשעה 11:40, ה.א. קטינה ילידת 2015 (להלן: "**המנוחה**"), יצאה מפתח ביתה, שנמצא במרחק של כ- 30 מטר מאזור העבודה, הגיעה עד לכביש המחבר והחלה לחצותו מאחורי הבובקאט, שבשלב זה נע לאחור, לאחר שהמערער 1 רוקן את המצע במדרכה הסמוכה למגרש אשר בסמוך אליו נבנית המדרכה.

גובהה של המנוחה היה כ- 70 ס"מ, ולפיכך בעת נהיגתו לאחור, בשל מבנה הבובקאט, המערער 1 יכול היה להבחין בה



רק אם היא נמצאה במרחק העולה על כ- 4 מטר מהדופן האחורית של הבובקאט.

תוך כדי הנהיגה לאחור, המערער 1 בשום שלב לא הבחין במנוחה שחצתה את הכביש מאחורי הבובקאט, המערער 1 המשיך בתנועתו לאחור למרחק של כ- 10 מטר, עד שפגע במנוחה עם הגלגל האחורי שמאלי של הבובקאט, הפילה על הכביש ודרס אותה.

כתוצאה מהתאונה נגרמו למנוחה חבלות קשות בראש ובאיברים פנימיים והיא נפטרה בסמוך לאחר מכן עת הובאה למרפאה המקומית.

על פי כתב האישום התאונה על תוצאותיה הקטלניות אירעה עקב רשלנותו של המערער 1, אשר התבטאה בנהיגתו בבובקאט לאחור מבלי לנקוט באמצעים למניעת הסכנה למנוחה, לא הציב אדם שיכוון אותו, למרות ששדה הראיה שלו לאחור הוגבל בצורה משמעותית בשל מבנה הבובקאט באופן שמנע ממנו לראות את הנעשה בכביש מאחוריו, נהג בבובקאט לאחור מבלי לנקוט באמצעי זהירות כאמור, אף כי ידע כי הוא נוהג באזור מגורים שבו נמצאים ילדים, אשר יכול ויגיעו עד למסלול התנועה של הבובקאט, כאשר בשל גובהם וההגבלה בשדה הראיה, לא ניתן היה להבחין בהם בעת הנהיגה לאחור, ככל שלא היה ביכולתו להרחיק את הילדים ממסלול נסיעתו, לא הפסיק את עבודתו ולא דיווח **"לנאשם 1 על הימצאות הילדים כאמור"** (ככל הנראה נפלה טעות סופר בכתב האישום והכוונה כי לא דיווח לנאשם 2, הוא המערער 2 - ולעניין זה ר' המענה לכתב האישום שם נאמר הדבר מפורשות ע"י המערער 1 (פרו' 14.1.18 עמ' 2 שו' 18)), ובנוסף לא נהג המערער 1 כפי שנהג מהישוב היה נוהג בנסיבות המקרה.

עוד על פי כתב האישום, במעשיו דלעיל, המערער 2, בהיותו מי שבאחריותו ובפיקוחו נמצא הבובקאט, לא נקט אמצעי זהירות נאותים מפני סכנה מסתברת הכרוכה בו.

הצדדים הגיעו להסדר טיעון לפיו המערערים יודו בעובדות כתב האישום ויורשעו, ישלחו לקבלת תסקיר שירות מבחן, וביחס למערער 2 הוסכם כי המאשימה תעתור לשישה חודשי מאסר שיכול וירוצו בעבודות שירות, אם ימצא מתאים, ומאסר מותנה, וביחס למערער 1 אין הגבלה.

עוד הוסכם במסגרת ההסדר, כי על המערער 2 יוטל פיצוי כספי בסך ₪ 20,000 למשפחת המנוחה.

בהתאם להסדר הודו המערערים בעובדות כתב האישום, ובין היתר נאמר ע"י המערער 2 במהלך התשובה לאישום: **"למרות שאני מנהל הפרויקט לא נקטתי באמצעי זהירות כדי למנוע קרבת ילדים לאזור וכתוצאה מכך יצאה ללדה מהפתח של ביתה התקרבה למקום ובסופו של דבר נדרסה ע"י הבובקאט ומצאה את מותה"**.

ע"י המערער 1 נאמר, בין היתר, כי הוא ביצע עבודות כששדה הראיה שלו אינו מלא, לא התריע בפני מערער 2 ששדה הראיה מוגבל, והמשיך לעבוד עד שפגע בילדה שלאחר מכן נפטרה.



בהתאם להסכמות, הוגשו תסקירים בעניינם של המערערים - ביחס למערער 1, כבן 20, נעדר עבר פלילי, המליץ שירות המבחן, לאור התרשמותו מתגובותיו הרגשיות של המערער 1 לאירוע, כי ענישה בדרך של מאסר בפועל עלולה להוות גורם הרסני כלפי מצבו הרגשי תפקודי, ופגיעה משמעותית בתא המשפחתי בה הוא מהווה מפרנס יחיד, כי תוטל ענישה בדרך של מאסר שירוצה בעבודות שירות, לצד מאסר מותנה ופיצוי למשפחת המנוחה.

ביחס למערער 2, כבן 41, נעדר עבר פלילי, נשוי ואב לשבעה ילדים, התרשם שירות המבחן כי הוא "מחובר למשמעות מעשיו ומבטא יכולת להפיק לקחים מהתנהגותו", ומאידך, הביא שירות המבחן בחשבון את חומרת העבירה, תוצאותיה הטרגיות, ונטייתו של המערער 2 להשליך חלק מהאחריות על אחרים, תוך שהוא מתקשה לבחון את התנהגותו הרשלנית, ומכל האמור, סבר כי יש מקום להטיל על המערער 2 ענישה בדרך של עבודות שירות לצד ענישה מותנית ופיצוי למשפחת המנוחה.

ביחס למערער 2, לחובתו עבר תעבורתי אשר הוגש (ת/1), והרלבנטיות מבחינתו הינו דו"ח שניתן כנגדו בשנת 2013 (ת/2), בו נקבע כי המערער 2 היה ממונה על תיקון דרך ולא סימן את מקום העבודה שבדרך.

גזר הדין

2. בגזר הדין סקר בית המשפט את הנסיבות של האירוע, ההסכמות בין הצדדים, תסקירי שירות המבחן, טיעוני ב"כ הצדדים ודברי המערערים.

בשלב קביעת מתחם העונש ההולם בחן בית המשפט את הנסיבות של ביצוע העבירות, את החלק והרשלנות של כל אחד מהמערערים, את טענת ההגנה בדבר קיומו של אשם תורם שנטען כי קיים להור"י המנוחה, את טיבן של העבירות השונות בהן הורשעו המערערים, ואת הפסיקה הרלבנטית, וקבע כי בנסיבות האמורות מדובר בדרגת רשלנות גבוהה, ולאור זאת ופוטנציאל הנזק שגם התממש, קבע מתחם עונש הולם למערער 1 אשר נע בין 10 ל- 24 חודשי מאסר בפועל, ולמערער 2 בין 6 ל- 15 חודשי מאסר בפועל.

לאחר שבחן את נסיבותיהם האישיות של המערערים, גילם, העדר עבר פלילי, וקבלת האחריות על ידם, קבע ביחס למערער 1 כי יש למקם את העונש המוטל עליו בתחתית מתחם העונש ההולם.

ביחס למערער 2 קבע בית המשפט כי האירוע משנת 2013 והדו"ח שקיבל המערער 2 (ת/2), על עבירה הנוגעת לאי גידור וסימון שטח עבודה - "כמוהם כרישום הכתובת על הקיר". בית המשפט ציין כי המערער 2 "המשיך לזלזל וניהל אתר עבודה בפרויקט ללא נקיטת אמצעי בטיחות הולמים", והוסיף: "אם לא ניתן היה לגדר את המקום, שומה היה להציב עובדים שימנעו את שהגדר נועדה למנוע - הגעתם של ילדים ועובדי אורח אחרים לשטח העבודה".

בית המשפט ציין כי כבעניינו של המערער 1, כך גם בעניינו של המערער 2, יש לשקול לזכותו את נטילת האחריות,



אולם בשונה מהמערער 1, סבר כי בעניינו של המערער 2 "יש מקום להציב כשיקול לחומרה את הצורך בהרתעת הרבים, ובכלל זה הרתעתם של מנהלי עבודה ומנהלי פרויקטים ומחזיקי אתרי עבודה. נדרשת העברת מסר בלתי מתפשר של העלאת דרישות הבטיחות על נס, והייתי מוסיף כי נדרש שהמזמינים יבקשו לראות את תמחור דרישות הבטיחות במכרזיהם, לוודא כי אכן ניתן לכך המקום ההולם".

עוד נפסק בגזר הדין כי הקושי של המערער 2 ליטול על עצמו את האחריות המשפטית מלמד על הצורך להציב רף סטנדרטי גבוה בתחום הבטיחות.

בית המשפט ציין כי נכון היה לגזור על המערער 2 עונש חמור יותר של מאסר בפועל, נוכח השיקולים האמורים לעיל - "אולם בשים לב לכלל בדבר כיבוד הסדרי טיעון ומשהעונש נמצא [ולו בדוחק] במתחם העונש ההולם - לא ישים עצמו בית המשפט כקטגור, מעבר לעתירתה העונשית של המאשימה". (סעיף 32 לגזר הדין).

לאור כל האמור, הוטל על המערער 1 עונש הכולל 10 חודשי מאסר בפועל, מאסר מותנה, פיצוי בסך 30,000 ₪ למשפחת המנוחה, פסילה מלקבל או להחזיק רישיון נהיגה למשך 10 שנים, תוך שבחלוף 7 שנים לא תחול הפסילה על קבלת רישיון נהיגה לרכב פרטי בלבד, ופסילה מותנית.

על המערער 2 הוטל מאסר בפועל למשך 6 חודשים אשר ירוצה בדרך של עבודות שירות, מאסר מותנה ופיצוי בסך 20,000 ₪ למשפחת המנוחה.

נימוקי הערעור

3. המערער 1 טוען כי בית משפט קמא התעלם מנסיבותיו הקשות של המערער 1 וגילו הצעיר בעת ביצוע העבירה, והסתמך בעיקר על תקדימים החמורים ממקרהו של המערער 1.

נטען כי מתחם העונש ההולם בעבירות של גרימת מוות ברשלנות כולל קשת רחבה של ענישה התלויה בנסיבות כל מקרה, ובעיקר נסיבות העבירה. מתחם העונש ההולם שנקבע מחמיר מאוד וחורג לחומרה במידה ניכרת מהמתחם הראוי בתיק זה, ועונש המאסר חורג באופן קיצוני מהעונש הראוי.

נטען כי ענישה בהתאם לעקרון ההלימה פוגעת בסיכויי שיקומו של המערער 1, ואינה עולה בקנה אחד עם האינטרס הציבורי.

נטען כי בית המשפט רשאי לחרוג לקולא ממתחם העונש ההולם מכוח שיקול השיקום, וכי מקרה זה נמנה על המקרים המצדיקים התערבות ערכאת הערעור לאור העונש הכבד שהוטל על המערער 1 בשים לב לגילו הצעיר ובשל היותו בעל פוטנציאל שיקומי לעתיד.



נטען כי רף הענישה ההולם כולל ענישה שתחילתה בשישה חודשי עבודות שירות, וב"כ המערער 1 מבקש להעמיד את הענישה על רף זה, וכן להקל בעונש הפסילה לאור הגיל הצעיר והעבר הנקי, הפלילי והתעבורתי.

נטען כי היה מקום לתת משקל ראוי יותר לנטילת האחריות של המערער 1, העדר עבר פלילי, היותו המפרנס היחיד במשפחה והמסייע במימון לימודי אחותו בחו"ל, וניהול אורח חיים נורמטיבי.

נטען כי הבובקאט הינו כלי קטן המיועד למקומות צרים, ונעדר מראות או מצלמות, היתה חובה לציית להוראות של מי שהיה באתר, המערער 1 עבד על פי הנחיות של אחרים, לא היה מי שיכוון אותו, ולא ייתכן כי עובד נוסף שהיה שם תפקידו יהיה רק לשפוך את המצע.

נטען כי נעשתה סולחה, המערער 1 לוקח אחריות ומוכן לפצות, מצבו הכלכלי אינו טוב, הוא אינו מסוכן לחברה, והוא אדם נורמטיבי שנקלע למצב האמור.

4. לטענת המערער 2, בית משפט קמא לא נתן משקל הולם להתנהלות המערערים, ובפרט ביחס למערער 2.

נטען כי היה מקום לתת משקל לעניין אשם תורם נטען של המשפחה, וכי האירוע היה מורכב מרשלנות של מספר גורמים, וקיימת חלוקה מבחינת האשם, והיה צריך לתת לכך משקל.

נטען כי המערער 2 נשוי ואב לשבעה ילדים, נעדר עבר פלילי, אשר ילדו לומד בחו"ל, ויש מקום לתת לכך משקל.

נטען כי קיימת פסיקה בה הוטל מאסר מותנה ללא עבודות שירות, וכי המתחם שנקבע ע"י בית משפט קמא הסתמך על מקרים חמורים יותר, של גרם מוות ברשלנות, כאשר עניינו של המערער 2 הינו בסעיף עבירה אחר, וראוי היה כי ייקבע מתחם שתחילתו במאסר מותנה, ואכן יש למקמו ברף התחתון, אך אילו היה נקבע מתחם כבמקרים דומים, היה מוטל מאסר מותנה. לטענת ב"כ המערער 2, יש להתייחס לכלל אחריות הענישה, וזאת ביחס לענישה המוטלת במקרים אחרים.

טענות ב"כ המשיבה

5. ב"כ המשיבה טען כי בית משפט קמא קיבל את טענת המשיבה לפיה מדובר ברשלנות גבוהה. המשיבה מתנגדת לריצוי עונש של המערער 1 בתשעה חודשי עבודות שירות, ונטען כי הענישה תחילתה ב- 12 חודשי מאסר בפועל.

ב"כ המשיבה הפנה להבדל בין הוראות החיקוק בהן הואשמו המערערים, כך שבעניינו של המערער 1 מדובר בגרם מוות ברשלנות, עבירה שלצידה תוצאה, ואילו העבירה בה הורשע המערער 2 אין לצידה תוצאה.



לטענת ב"כ המשיבה מתחמי הענישה בעניינו של מנהל העבודה אל מול מי שמבצע את העבודה באופן ישיר, שונים, ומוטלים עונשים שונים, וענישתם של מנהלי עבודה הינה פחותה מהמורשעים בעבירה של גרימת מוות ברשלנות.

עוד נטען ע"י ב"כ המשיבה כי למנהל העבודה לא היתה חובה לגדר את המקום על פי תקנות הבטיחות בעבודה, אך יחד עם זאת, היה מחויב לשמור על הבטיחות מכוח הזהירות שהוא חייב לנקוט במקום העבודה, ובמסגרת המו"מ הוחלט להעמיד לדין את מנהל העבודה על פי סעיף 338 (לחוק העונשין) לאור העדר חובה בגידור.

נטען כי לגבי שני המערערים סבורים ב"כ המשיבה שהתקיימה רשלנות גבוהה.

ב"כ המשיבה מבקשים לדחות את הטענה בדבר אשם תורם, ונטען כל עפ"י עובדות כתב האישום המערער 1, נהג הבובקאט, ידע שהילדים נוהגים להגיע לאתר העבודה, והוסיף כי תפקידו של הפועל הנוסף לא היה לכוון את הנהג, אלא להנחותו איפה להניח את המצע וליישר את הקרקע לקראת הכנת ובניית המדרכה.

ביחס לנסיבותיהם האישיות של המערערים, נטען כי בעבירות מסוג זה מדובר באנשים נורמטיביים.

מכל האמור, ב"כ המשיבה עותר לדחות את שני הערעורים, ומתנגד גם להמרת ענישת המערער 1 לתשעה חודשי עבודות שירות.

דין והכרעה

6. לאחר עיון בכתב האישום, גזר הדין, המוצגים והתסקירים, ולאחר שנשקלו טענות הצדדים, המסקנה היא כי דין הערעור בעניינו של המערער 1 להתקבל בחלקו, ודין הערעור בעניינו של המערער 2 להידחות.

כפי שיפורט להלן, הנימוקים המרכזיים לקבלת הערעור בעניינו של המערער 1 הם - גילו הצעיר, העדר עבר פלילי או תעבורתי, העולה מתסקיר המבחן בעניינו ושיקולי שיקום, האפשרות לענישה הקרובה לענישה שהוטלה ע"י בית משפט קמא, אך בעבודות שירות, לאור התיקון לחוק העונשין.

נימוק מרכזי נוסף הינו בשל עיקרון אחדות הענישה, והפער בין הענישה המוטלת על המערער 1 אל מול הענישה המקלה, המוטלת על המערער 2, אשר לו מקום מרכזי ביצירת הנסיבות מכוחן קמה הסכנה אשר לבסוף התממשה, והתרשלותו הגבוהה, אשר השליכה על הסיטואציה כולה.

בעניינו של המערער 2 יש להצטרף לקביעות של בית משפט קמא בגזר הדין בדבר האחריות הגבוהה שלו. ההסדר בעניינו של המערער 2, הגם שמיוחסת לו בכתב האישום עבירה לפי סעיף 338(א)(4) לחוק העונשין, הינו הסדר מקל



ביותר, אף ברף העליון של טווח הענישה המוסכם, ואין כל מקום להקלה נוספת מעבר להסדר זה.

אשר לטענות בדבר אשם תורם של משפחת המנוחה - טענות אלו טוב היה לו לא נשמעו כלל, ומשמעותן הן, הדבר מעיד על העדר נטילת אחריות מלאה, בעיקר ע"י המערער 2, ויש להוסיף כי אין כל מקום לקביעות שכאלו כנגד מי שכלל אינו צד להליך, לא היתה לו אפשרות להתגונן, ובנוסף יש להפנות לפסיקה השוללת טענה, במשפט הפלילי, המתייחסת לאשם תורם כשולל אחריות.

7. לאור המשמעות של הרשלנות הגבוהה של המערער 2 על הסיטואציה כולה, אשר במסגרתה נוצר הסיכון, אשר התממש באופן הטרגי ביותר, אני מוצא לנכון לדון תחילה בעניינו.

מעובדות כתב האישום בהן הודו שני המערערים, עולה כי תחילתו של הסיכון אשר התממש כאמור, הינו דווקא באופן הרשלני, ויש להוסיף - הרשלני עד מאוד, של המערער 2 בהתנהלותו במסגרת תפקידו, תוך אי מילוי החובה המוטלת עליו כמנהל הפרויקט וכמי שהיה **"אחראי על הבאה והפעלה של כלים הנדסיים שונים, אשר שימשו לבניית המדרכות במקום, וכן היה אחראי על העובדים שעסקו בבניית המדרכות"** (סעיף 5 לכתב האישום).

מדובר באתר עבודה אשר נוצר בסמיכות רבה של כ- 30 מטרים בלבד מפתח בית המגורים בו התגוררה הקטינה אשר היתה בת פחות משנתיים ימים במועד האירוע.

יצירת אתר עבודה במסגרתו מבוצעת עבודה באמצעות כלי הנדסי, מרחק של 30 מטרים מפתח בית מגורים, מחייבת התייחסות לסכנה המובנית כתוצאה מכך, סכנה אשר ניתן להגדירה כזועקת, בפרט לאור המתואר בכתב האישום, על כי ילדים בגילאים שונים אשר התגוררו בבתי הסמוכים נהגו להימצא באזור העבודות, הן כדי לעבור במקום והן כדי לצפות בהם (סעיף 15 לכתב האישום אשר בעובדותיו הודו המערערים).

המערער 2 אשר היה אחראי על הבאת הבובקאט למקום, והיה אחראי על העובדים שעסקו בבניית המדרכות, ושימש כמנהל הפרויקט, נתן דעתו לצורך כי יהיה במקום פועל נוסף אשר תפקידו לסמן למערער 1 היכן לשפוך את מצע החול ולמדוד את גובהו.

מנגד, לא מצא המערער 2 לנכון לשלוח למקום עובד נוסף לא להרחקת הילדים, לא למניעה מהם להתקרב אל מסלול הנסיעה של הבובקאט, ולא להכוונת המערער 1 כאשר זה נוהג לאחור בבובקאט, באופן שימנע פגיעה אפשרית במי שנמצא מאחוריו (כך על פי סעיף 16 לכתב האישום אשר בעובדותיו הודו המערערים).

מצב דברים בו ביצוע העבודה, דהיינו ליווי המערער 1 ע"י פועל לצורך סימון היכן לשפוך את מצע החול ומדידתו, חשוב יותר למנהל העבודה מאשר השמירה על שלמות גופם וחייהם של ילדים קטנים הנמצאים בסביבה, ואשר העבודה המסוימת הזו יוצרת לגביהם סכנה של ממש, הינו מצב דברים של חוסר אחריות בסיסית מצד המערער 2, והינו מצב



דברים של התנהלות ברשלנות, ויש לומר ברשלנות רבתי, עד כדי יצירה בפועל של סיכון תוך התעלמות ממשמעויותיו ותוצאותיו האפשריות.

המרכז של האחריות לאירוע כולו נמצא בראשיתו בהתנהלות הרשלנית באופן רבתי של המערער 2.

בגזר הדין קובע בית משפט קמא, כי רשלנותו של המערער 2 גבוהה, וכי: **"מתוקף תפקידו היה ממונה על תנאי והסדרי הבטיחות בעבודת הבובקאט והיה עליו לדאוג להרחקת כל אפשרות של סכנה, ואם אין בידו לעשות כך - להורות על הפסקת העבודה בתנאים אלו. הנאשם 2 ידע כי ילדים המתגוררים בבתי הסמוכים נוהגים להימצא באזור העבודה, הן כדי לצפות בהם והן כדי לעבור במקום [סעיף 15 בכתב האישום] אך הוא לא ביצע את תפקידו ולא הביא למקום עובדים נוספים להרחקת הילדים ואף לא עצר את העבודות. הנאשם 2 אמנם לא דרס את המנוחה אולם במחדליו הוא הניח את התשתית לעצם קיומה של הסכנה התממשה בסופו של יום. לטעמי רשלנות זו אינה פחותה בהרבה מזו של הנאשם 1 שכן בעוד הנאשם 1 היה עובד זוטרי בפרויקט, הנאשם 2 היה מנהל בו, ודווקא ממעמדו יכול היה להשפיע יותר על האפשרות שהסכנה לא תתקיים".** (סעיף 14 לגזר הדין).

יש להצטרף לקביעה האמורה, אולם בחלקה, הואיל ולטעמי אין לקבוע כי רשלנותו של המערער 2 **"אינה פחותה בהרבה"** מזו של המערער 1, אלא, יש לקבוע כי רשלנותו של המערער 2, בנסיבות העובדתיות המפורטות בכתב האישום, הינה גבוהה לפחות כרשלנותו של המערער 1, ואף יותר.

מי אשר יוצר במסגרת תפקידו ואחריותו את הסכנה, מורה על הבאת כלים הנדסיים, מורה על הבאת פועל נוסף לצורך סיוע לעבודת כלי הנדסי, אך לא לצורך שמירה על הסכנה הנוצרת מהפעלת הכלי ההנדסי, במקום מגורים, בסמיכות לתנועת ילדים, הינו אחראי באחריות אשר אין לקבוע שהיא פחותה כלל מאחריותו של מי שנוהג בפועל בכלי ההנדסי.

מדובר בעבירה לפי סעיף 338(א) לחוק העונשין שעניינה מעשה **"בדרך נמהרת או רשלנית"**. העובדות המפורטות בכתב האישום אין עניינן רק בהתנהלות של המערער 2 לאחר שנוצרה מסוכנות מסוימת, אלא עניינן בכך שהוא מלכתחילה יצר את המצב היוצר מסוכנות באזור מגורים, והוא שנתן את ההוראה להבאת מצע העפר והכלי ההנדסי למקום.

ברע"פ 5926/17 **ג'מעה עאשור נ' מ"י** (18.12.2017), נדחתה בקשת רשות ערעור על עונש מאסר שהוטל על מנהל עבודה שהורשע בעבירה של גרם מוות ברשלנות לפי סעיף 304 לחוק העונשין (להבדיל מענייננו בו הורשע המערער 2 בעבירה לפי סעיף 338(א)(4) לחוק העונשין).

בית המשפט המחוזי, באותו עניין, בעפ"ג (ת"א) 21270-09-16 (13.6.2017), החמיר בענישה וחלף מאסר מותנה וצו של"צ למשך 300 שעות, הטיל על המשיב שם חודשיים מאסר בפועל, תוך קביעה כי מתחם העונש ההולם צריך להיות כזה שהרף התחתון בו עומד על שישה חודשי מאסר, וכי **"בנסיבות רגילות מן הראוי היה להטיל על המשיב עונש**



מאסר שירות מאחורי סורג ובריח, ולאור בעיות רפואיות של המשיב, התקבלה ההחלטה לסטות ממתחם העונש שנקבע, ולהטיל חודשיים מאסר כאמור.

בית המשפט המחוזי קובע את הדברים הבאים, אשר אני מוצא כי הם רלבנטיים לענייננו, למרות ששם מדובר היה בסעיף עבירה אחר, כאמור. הדברים נכונים ותקפים גם ביחס לסעיף העבירה בו בחרה המאשימה להאשים את המערער 2:

"עבירות הרשלנות הן רעה חולה שיש להילחם בכל מחיר, כאשר הערך המוגן במקרה זה הוא קדושתם של חיי אדם... בענייננו אכן המשיב איננו הנהג אולם העבירה נוגעת אף היא להתנהלות בכביש, וכפי שאמרנו לעיל, הרשלנות של המשיב גדולה אף מזו של הנהג במקרה הנוכחי, קרי הטרקטוריסט. נזכיר שוב כי המשיב הוא מנהל עבודה והיה מודע לסכנה שבפתיחת השביל שנועד אך ורק להולכי רגל למעבר הטרקטור, כלי גדול, מסוכן ומגושם, שבסופו של דבר אכן פגע במנוח".

אכן, העבירה בה הורשע המערער 1 שונה במהותה מהעבירה בה הורשע המערער 2. אין הרי עבירת גרם מוות ברשלנות כהרי עבירת מעשי פזיזות ורשלנות, הגם שהענישה שנקבעה בחוק זהה לשתי העבירות. מובן, כי החומרה היתרה בעבירת גרם מוות ברשלנות קשורה קשר ישיר לתוצאה הקשה בביצוע עבירה זו.

ואולם, בענייננו, העבירה שביצע המערער 2 לפי סעיף 338(א)(4) לחוק העונשין, הגם שאינה עבירה תוצאתית, הנסיבות של ביצועה הינן נסיבות אשר על פי כתב האישום בעובדותיו הודה המערער 2, יצרו את הסיטואציה ואת הסכנה, תוך אי נקיטת אמצעי זהירות, באופן שימנע פגיעה אפשרית, כאמור בכתב האישום.

קביעת מתחם עונש הולם אין עניינה אך להוראת החוק המסוימת, אלא עניינה בעיקר לנסיבות ביצוע עבירה, ובענייננו מדובר בנסיבות המביאות למסקנה של רשלנות ברף גבוה ביותר של המערער 2.

לטעמי, הסדר הטיעון אשר תוצאתו אישום בעבירה לפי סעיף 338(א)(4), לצד טווח ענישה מוסכם אשר הרף העליון בו הינו 6 חודשי מאסר בעבודות שירות, הינו הסדר מקל ביותר, ולטעמי קיים ספק מסוים האם עומד ההסדר במבחן האיזון אשר נקבע לעניין כיבוד הסדרי טיעון (ע"פ 1958/98 פלוני נ' מ"י פד"י נז(1) 577).

לא ארחיב בעניין זה, ואולם במצב דברים בו אחריותו של מנהל העבודה נובעת מרשלנות רבתי, והעמדה בסיכון של ילדים בנסיבות המפורטות בכתב האישום, של יצירת אתר עבודה בסמיכות כה גבוהה לבתי מגורים, הרי שהסדר אשר במסגרתו טווח ענישה מקסימאלי של 6 חודשי עבודות שירות, ספק בעיני אם יכול הוא לתת מענה ראוי לשיקולי הענישה אשר נדרש לתת להם את המשקל המרכזי כאשר לא רק שהועמדו הילדים בסיכון, אלא שהסיכון התממש באופן הטרגי ביותר האפשרי.

יש להוסיף לכך את העובדה שמת/2 עולה כי אין זו הפעם הראשונה שהמערער 2 מבצע עבירה הקשורה באי נקיטת



זהירות בהיותו ממונה על עבודות.

ע"י המערער 2 הועלתה טענה כי אין חובת גידור, וב"כ המאשימה, בטיעונו ציין גם הוא כי אין חובה חוקית להציב במקום גדר. ואולם אין באמור כדי להקל או לצמצם ממידת האחריות, ומהרשלנות הגבוהה של המערער 2. גם אם טענה זו נכונה, בדבר היעדר חובה בתקנות להצבת גדר, הרי שאין לה מקום, הואיל והעבירה הינה עבירת רשלנות, ולא הפרת חובה חקוקה, ועל פי הפעולות הסבירות והנדרשות של מנהל עבודה סביר בנסיבות של העבודות והמקום כמתואר בכתב האישום, ניתן היה לקבוע כי היתה חובה להציב גדר ואין צורך בחובה הכתובה בחוק. מכל מקום, אם היה או לא היה מקום להצבת גדר, אין בכך כדי לצמצם את רף הרשלנות, ואת החובה בנקיטת אמצעי זהירות למניעת הסכנה אשר לבסוף התממשה. אינני רואה רלוונטיות לשאלת קיומה או היעדרה של חובה בדין להצבת גדר, ביחס לשאלה הקשורה לקשר סיבתי או לרף הרשלנות. לא ננקטו גם לא אמצעים אחרים.

אשר לטענה בדבר אשם תורם מצד הור"י הילדה המנוחה - טענה זו נעדרת בסיס עובדתי, נעדרת בסיס משפטי, טוב היה לו לא נשמעה, והיא אף אינה מתיישבת עם ההלכה שנפסקה ע"י בית המשפט העליון.

אין בכתב האישום, וכך גם לא בראיה כלשהי, עדות לעובדה כלשהי שיהיה בה כדי לבסס טענת רשלנות המקימה אשם תורם נטען. מסקנות כלליות נעדרות בסיס עובדתי, אינן יכולות לשמש בסיס לקביעה של רשלנות נטענת.

זאת ועוד, מי אשר כלפיהם מופנית טענת הרשלנות, חסרת הבסיס העובדתי, כלל לא היו צד להליך, וכלל לא נשמעה עמדתם, ולו מטעם זה בלבד, אין כל מקום להידרש כלל לטענה.

מעבר לאמור, יש להפנות לע"פ 482/83 מ"י נ' סלים יוסף סעיד פד"י לח(2) 533, ולקביעה שם כי "... מעשה רשלנות של אחר אין בו, כשלעצמו, כדי לשחרר מאחריות פלילית את מי שעושה מעשה של הפרת חובת זהירות, אשר כתוצאה ממנו נגרם נזק כאשר חייב היה לחזות מראש, כי המעשה או המחדל עשויים להזיק, וכי אדם אחר עלול להיפגע ולסבול נזק. מעשה רשלנות, ותהיה אף זו רשלנות בדרגה גבוהה של מאן-דהוא אחר, אין בו, כשלעצמו, בשל חומרתו, כדי לשחרר מאחריות אם הגורם הרשלני הראשוני חייב היה לחזות מראש את מעשה הרשלנות כאמור...".

עמידת המערער 2 על טענה בדבר אחריות אחרים לאירוע הטרגי, אשר המערער 2, ברשלנות רבתי, יצר את הנסיבות להיווצרותו, תוך הימנעות מנקיטת אמצעי זהירות למניעתו, יש בה כדי להביא למסקנה, בדבר בעייתיות בקבלת אחריות מלאה על ידו.

אחריותו של המערער 2 אינה פחותה, ואף גבוהה יותר מאחריותו של המערער 1. אחריות יוצר הסכנה אינה פחותה, לעיתים, מאחריות מי שבפועל מבצע פעולה אשר בעקבותיה מתממש הסיכון שנוצר. וכך הוא בענייננו.



יש להוסיף כי המערער 2, מנהל העבודה, טרח להציב עובד נוסף לצד המערער 1, מפעיל הכלי ההנדסי, לצורך בדיקת ביצוע הצבת מצע האדמה במקומו ומדידתו. היה עליו להציב את אותו אדם או אדם נוסף לכוון את הנהג, ולוודא כי אין סכנה של פגיעה כפי שהתממשה, ולא להעדיף הקצאת העובד לביצוע העבודה על פני מניעת הסכנה הברורה העולה מביצועה.

מכל האמור, הענישה אשר ברף העליון של טווח העונש המוסכם בהסדר הטיעון עם המערער 2, הכוללת 6 חודשי עבודות שירות, הינה ענישה מקלה ביותר, אשר אף אינה נותנת ביטוי מלא וראוי לרף הגבוה ביותר של רשלנותו, אין ממש בערעור שהוגש ע"י המערער 2, ויש לדחותו.

8. ביחס למערער 1 - הענישה אשר הוטלה עליו והכוללת 10 חודשי מאסר בפועל, אינה ענישה מחמירה בנסיבות החמורות של ביצוע העבירה על ידו. גם רשלנותו שלו הינה ברף גבוה. מדובר, כמתואר לעיל, במקום בסמיכות גבוהה ביותר לבתי מגורים, ילדים מסתובבים במקום, והמערער 1 נוהג בכלי ההנדסי באופן שמעמיד בסיכון של ממש ילדים קטנים, כאשר שדה הראיה שלו לאחר מוגבל, למרות זאת הוא ממשיך שוב ושוב בנסיעה במסגרת עבודתו, עד אשר הסיכון מתממש.

הענישה בעבירת גרם מוות ברשלנות, קשורה באופן ישיר לרף הרשלנות, וכאמור מדובר ברשלנות ברף גבוה.

בע"פ 6755/09 **ארז אלמוג נ' מ"י** (16.11.2009) התייחסות לשלושה כללים מנחים בענישה הראויה בעבירת גרימת תאונת דרכים קטלנית ברשלנות: **"האחד, ראוי לגזור על נאשם עונש מאסר בפועל ופסילה מלנהוג לתקופה הולמת, הן בשל עקרון קדושת החיים והן משיקולי הרתעה. השני, בדרך כלל הנסיבות האישיות של הנאשם בעבירה זו אינן בעלות משקל כבעבירות אחרות המלוות בכוונה פלילית, הן בשל אופיה המיוחד של העבירה הנדונה והן בשל ביצועה השכיח גם ע"י אנשים נורמטיביים. השלישי, אמת המידה הקובעת בעבירה זו היא דרגת הרשלנות"**.

הנסיבות האישיות של מבצע העבירה, אשר פעמים רבות הינו אדם נורמטיבי, אמנם אינן בדרך כלל בעלות משקל כבעבירות אחרות המלוות בכוונה פלילית, ואולם, הן אינן ניגפות לחלוטין מפני שיקולי ענישה אחרים, והמשקל שיש לתת להן קשור באיזון בין כלל השיקולים הקשורים הן בנסיבות ביצוע העבירה והן בנסיבותיו של הנאשם.

כך, בע"פ 1319/09 **משה כהן נ' מ"י** (13.5.2009), שם דובר במקרה בו פגעה משאית בהולך רגל בעודו חוצה במעבר חציה, נפסק כי לאור נסיבותיו האישיות של המערער יש להטיל עונש מאסר אשר יבוצע על דרך עבודות שירות, ובית המשפט מפנה לנסיבותיו האישיות של המערער המשתקפות מתסקירי שירות המבחן בעניינו.

בעניינו, המערער 1 הינו צעיר, כיום כבן 20, ובעת האירוע היה מעט מעל גיל 18. הוא נעדר עבר פלילי או תעבורתי, נסיבותיו האישיות מפורטות בתסקיר שירות המבחן שהוגש בעניינו, ועולות קיומן של נסיבות משפחתיות וכלכליות מורכבות, עזיבת מסגרת לימודים לצורך סיוע בפרנסת הבית, כל זאת לצד ניהול אורח חיים נורמטיבי, מוסר עבודה גבוה



ואחריות למחויבותיו המשפחתיות, והשפעות רגשיות של האירוע המלוות אותו.

תיקון מס' 133 לחוק העונשין, אשר תחילתו ביום 1.4.19, קובע כי אפשרות ריצוי מאסר על דרך עבודות שירות תהיה גם מקום בו מוטל עונש מאסר שאינו עולה על 9 חודשים.

בנסיבות המפורטות לעיל של המערער 1, ובפרט גילו הצעיר, והמשמעות הקשה של מאסרו, גם על המשך דרכו, ומשיקולים הקשורים באופן ישיר לשיקומו, יש לאפשר לו לרצות מאסר על דרך של עבודות שירות, למלוא התקופה האפשרית כעת, 9 חודשים.

באופן זה, הגם שהענישה שהוטלה ע"י בית משפט קמא, של 10 חודשי מאסר, אין בה כדי החמרה בנסיבות של ביצוע העבירה ורף הרשלנות הגבוה, תהא הירידה אל מתחת לרף הענישה אשר היה ראוי, נמוכה, ומנגד, ינתן מקום ומשקל לנסיבותיו האישיות של המערער 1, ובפרט גילו הצעיר ושיקולי השיקום ביחס אליו.

בהינתן כי כניסת תיקון 133 לחוק העונשין הינה החל מיום 1.4.19, מובן כי בית משפט קמא לא יכול היה לנקוט בענישה האמורה.

יש להוסיף, כי לאור תיקון 133, משמוטל עונש של עבודות שירות לתקופה העולה על 6 חודשים - **"תקבע תוכנית ליווי ושיקום ע"י קצין מבחן, אלא אם כן מצא קצין המבחן כי לא נדרשת תוכנית כאמור"**. (סעיף 51ג(ג)).

בעניינו של המערער 1, גם לעובדה כי קיימת אפשרות לתוכנית ליווי ושיקום ע"י קצין מבחן, משקל בהכרעה בעניין זה, שכן על פני הדברים נסיבותיו כפי שעולה מהתסקיר, מעלות את האפשרות כי קצין מבחן אכן ימצא לנכון, לפי שיקול דעתו, לקבוע עבורו תוכנית ליווי ושיקום.

נימוק נוסף המביא להקלה בענישה המוטלת על המערער 1 קשור בעיקרון אחדות הענישה ובפער בין הענישה המוטלת עליו אל מול הענישה המוטלת על המערער 2.

כפי שפורט לעיל, רשלנותו של המערער 2 היתה רשלנות גבוהה, ומדובר ברשלנות רבתי, אשר הביאה ליצירה בפועל של הסיכון תוך התעלמות המערער 2 ממשמעויותיו ומתוצאותיו האפשריות.

אכן, המערער 2 מואשם בסעיף עבירה אחר, אשר המאשימה משיקוליה שלה בחרה להאשימו בו, אולם עדיין יש להתייחס לעיקרון אחדות הענישה ולמשמעות של הקלה כה רבה עם מי שהיה אחראי ושימש כמנהל הפרוייקט, וברשלנותו יצר את הסיטואציה המסוכנת, אל מול ענישת המערער 1 אשר נהג.



עיקרון אחידות הענישה אינו טכני, ובחינתו הינה בחינה מהותית, בה צריכה להיות התייחסות לא רק לעבירות עצמן אלא גם לנסיבות ביצוען.

ר' לענין מהותו של עיקרון אחידות הענישה ע"פ 5195/11 קריניאן נ' מ"י (28.3.12), וע"פ 3117/12 ארביב נ' מ"י (6.9.2012), ובפרט הדברים הבאים מע"פ 7924/12 הרצריקן נ' מ"י (11.2.2013) :

"...מובן שבית המשפט עורך השוואה בין נאשמים שונים, השותפים לאותו אירוע עברייני. ואולם מלאכת ענישתם אינדיבידואלית היא ונעשית על סמך שיקולים אישיים הקשורים בכל נאשם בנפרד, כגון מידת תרומתם ומהות תפקידם באירוע העברייני, נסיבותיהם האישיות, יכולתם להשתקם וכיוצא באלה שיקולים רלוונטיים לעונש. כאמור, לא מדובר בחישוב אריתמטי מדויק אלא בגיבוש תמונה כוללת, המתקבלת לגבי כל נאשם ונאשם ונסיבותיו הוא".

בענייננו בחינת מידת התרומה של כל אחד מהמערערים לאירוע ומהות תפקידו של על אחד מהם, מביאה למסקנה כי הפער בענישה הינו חריג, ולענישה המקלה על המערער 2 יש השלכה ביחס לענישת המערער 1, ולו להקלה אשר תאפשר לו ריצוי מאסר על דרך עבודות שירות.

ביחס לרכיב הפסילה בפועל - בגזר הדין הוטלה על המערער 1 פסילה בפועל למשך 10 שנים, לצד סיווגה בחלופ 7 שנים, כך שלא תחול על רכב פרטי. משך הפסילה אינו חורג בחומרתו, לאור כך שהתוצאה הקשה נגרמה כתוצאה מהנהיגה, ואין מקום להתערב במשך הפסילה.

9. מכל האמור, לאור הנסיבות המתוארות לעיל של המערער 1, יש לקבל את ערעורו באופן חלקי, כך שעונש המאסר של 10 חודשים יופחת ל- 9 חודשים, ואלו ירוצו בעבודות שירות לפי חוות דעת הממונה.

שאר רכיבי גזר הדין יישארו בתוקפם.

הערעור של המערער 2 נדחה.

העתק פסק הדין יועבר לממונה על עבודות השירות וכן לשירות המבחן.

ניתן היום, כ"ו ניסן תשע"ט (01 מאי 2019), במעמד הצדדים.

גילת שלו, שופטת

יואל עדן, שופט

יורם צלקובניק, אב"ד