



ע"פ 48214/11/21 - גונתן בנימין נגד מדינת ישראל

בית המשפט המחוזי בבאר שבע

ע"פ 48214-11-21 בנימין נ' מדינת ישראל

לפני כבוד השופט יואל עדן - אב"ד כבוד השופט גיל דניאל כבוד השופטת רחל תורן

המערער:

גונתן בנימין
ע"י ב"כ עו"ד אפרת צרפתי

נגד

המשיבה:

מדינת ישראל

ע"י ב"כ עו"ד מורן גז - פמ"ד

ערעור על הכרעת דין מיום 21.2.21 וגזר דין מיום 2.11.21 של בית משפט השלום בבאר שבע (כב' השופט א. דורון) בת.פ. 19386-10-18.

פסק דין

השופט יואל עדן, אב"ד:

כתב האישום המתוקן

1. המערער הורשע לאחר שמיעת ראיות, בביצוע עבירה של תקיפה הגורמת חבלה של ממש, לפי סעיף 380 לחוק העונשין.

על פי כתב האישום המתוקן, בתאריך 19.6.18 בשעה 16:00, או בסמוך לכך, בעת שהמתלוננת שהתה עם אחיינה הקטין במתחם הג'ימבורי, הבחינה המתלוננת בבנו הקטין של המערער, כאשר זה משליך כדור על פניה של אחיינה. בתוך כך, שב בנו של המערער על מעשיו והשליך את הכדור פעמיים נוספות על פני אחיינה של המתלוננת, אז ניגשה המתלוננת לבנו של המערער, ביקשה ממנו להירגע, הסבירה לו שאסור לזרוק כדור על הפנים והשליכה לעברו כדור אשר לא פגע בו.

במעמד זה, ניגש המערער למתלוננת ותקף אותה שלא כדין, בכך שחבט בה במכת אגרוף באזור האוזן והלחי בצד שמאל ובשל כך נפלה המתלוננת ארצה כשהכרתה מעורפלת. בעת שהמתלוננת היתה שרועה על הקרקע, התנפל עליה המערער, חנק אותה תוך שהוא דורך עם רגלו על בטנה, ובשל כך נאלצה המתלוננת להיאבק במערער, שרטה אותו וקרעה את חולצתו.



מספר נשים שהיו במקום, ניסו למשוך את המערער מעל המתלוננת, וכאשר המתלוננת הצליחה להיחלץ מידי של המערער, שב המערער וחבט במתלוננת מספר מכות אגרופ בראשה עד אשר הצליחו מספר נשים שהתערבו בנעשה, להרחיקו מהמתלוננת.

בהמשך ובסמוך, בעת שהמתלוננת עמדה בפני חדר הג'ימבורי עם בתה כאשר אחיינה על ידיה והמתינה לבוא המשטרה, הבחינה המתלוננת כשהמערער ניגש לעברה, או אז העבירה המתלוננת את אחיינה לידי גיטתה ובמעמד זה שב המערער ותקף את המתלוננת שלא כדון, בכך שהניף את ידיו וחבט בה מספר חבטות על ראשה.

בשל מעשיו של המערער כמפורט לעיל, נגרמו למתלוננת חבלות של ממש המתבטאות ברגישות במימוש המצח והגולגולת, רגישות על פני שתל מכשיר שמיעה המותקן באוזן ימין באופן המונע ממנה להשתמש בשתל וכאבי ראש, היא פונתה באמבולנס לבית החולים ונזקקה לטיפול רפואי ובהמשך נזקקה לניתוח להחלפת השתל.

המענה לכתב האישום

2. במענה לכתב האישום, המערער אישר כי היה במתחם המשחקים המתואר בכתב האישום, אך הכחיש כי פגע בה.

המערער אישר כי פנה למתלוננת ושוחח איתה אך טען כי לא פגע בה אלא כי הוא שהותקף על ידה.

הכרעת הדין

3. לאחר שמיעת הראיות, במהלך העידו מטעם המאשימה המתלוננת, עדות ראיה ושוטרים, ומטעם ההגנה העיד המערער, קבע בית המשפט כי המאשימה הוכיחה מעל לכל ספק את המיוחס למערער בכתב האישום, והרשיעו בעבירה המיוחסת לו.

בהכרעת הדין נבחנו העדויות ונקבעו ממצאים עובדתיים תוך קביעות מהימנות המתייחסות לעדים ולמערער.

נקבע כי המתלוננת הותירה רושם מהימן ואמין, לא ניסתה להפריז בתיאורים אותם מסרה, ולא ניסתה לשוות למקרה נופך שונה מהתרשמותה האישית והחווייה שעברה.

בפני בית המשפט העידו ארבע עדות ראיה. ביחס לשלוש מהן (עדות תביעה 5, 7 ו- 10 - שהיא גיטת המתלוננת) קבע בית המשפט כי עדויותיהן מחזקות את עדות המתלוננת, והוסיף כי הן הותירו רושם חיובי ומהימן ועדויותיהן היו מהימנות ובהירות.



ביחס לעדות הראיה הרביעית, ע.ת.9, קבע בית המשפט כי דברים מסוימים שאמרה סותרים במידה מסוימת את עדות עדת התביעה מס' 10, אשר אמרה כי המערער שהה מחוץ לחדר ושב אליו פעמיים או שלוש כדי לתקוף את המתלוננת, אך נקבע כי גם אם הדברים לכאורה נדמים כשונים, אין הדבר הכרחי, וייתכן כי ע.ת.10 ראתה את המערער מחוץ לדלת או בפתח הדלת בזווית מעט שונה, ולא נשאלו שאלות בעניין זה. עוד הוסיף בית המשפט כי ע.ת.9 ביקשה שלא לנקוט בעמדה שיש בה כדי לפגוע במי מהצדדים, והיא הותירה רושם כי עדותה היתה רצופה בניסיונות התחמקות מלענות על השאלות שנשאלה. נקבע כי התשובות שמסרה, בסופו של דבר, ביססו במידה מסוימת את גרסת המתלוננת, לכל הפחות ביחס לחלק מגרסתה, זה העוסק בעובדה שהיא שכבה על הרצפה והמערער היה מעליה, וכי היה יותר מאירוע תקיפה אחד שבגללו היה צורך להפריד בין המערער למתלוננת. בית המשפט הדגיש, כי אינו קובע שעדה זו לא מסרה אמת בעדותה, אלא כי העדות נמסרה באופן מוגבל יחסית, וכי העדה מטעמיה ביקשה כל העת להרחיק עצמה ממתן עדות ביחס לליבת המחלוקת, ומשכך לא ניתן להגדירה כעדות מהותית.

ביחס לעדות השוטר ע.ת.2, אשר שימש כשוטר סיור והגיע לאירוע לאחר קריאה, צוין כי הוא פגש את המערער ללא חולצה עם שריטות בפניו ובחזהו, פגש במתלוננת אשר הינה חירשת אילמת ודבריה תורגמו ע"י גיסתה, ולדבריה היא הותקפה ע"י המערער שהוריד אותה וחנוק אותה, היא נראתה לו נסערת ובוכיה, אדומה כולה, ונקבע כי דבריו אלו נותרו על כנם גם לאחר החקירה הנגדית.

ביחס לעדות השוטר ע.ת.1, אשר גם הוא הגיע למקום לאחר דיווח על אירוע תקיפה, הוא שמע את אחת העדות אומרת לו **"הוא קרע אותה במכות"** שמע שהמערער חנק אותה ופגש במתלוננת שהיתה נסערת מאוד ובוכיה, ובעובדה זו יש כדי לחזק את עדותה ועדויות אחרים באשר למצבה לאחר התקיפה.

ביחס לעדות ע.ת.4 אשר הינו השוטר שגבה את הודעת המערער ואמרות עדים, הוא ראה וצילם את סימני החבלה של המערער, שריטה בחזה ובלחי, והוא אינו זוכר בוודאות אם צילם את בנו של המערער או שמא קיבל את התמונה בוואצאפ.

ביחס לעדות המערער, לאחר השוואתה אל מול גרסת המערער בהודעתו במשטרה (ת/1), נקבע כי עולות סתירות ברורות, וכי המערער מתאר סיטואציות שונות בצורה מהותית. המערער אמר פעמיים כי דברים שאמר לא נרשמו, ובית המשפט קבע כי הואיל ומדובר בשתי הזדמנויות שונות בהן המערער טוען זאת, הרי שהדבר אינו מתיישב עם ההיגיון והשכל הישר, והוסיף כי אחת מהגרסאות אף הפתיעה את ב"כ המערער.

בית המשפט לא קיבל את גרסאות המערער לאירוע, כמו גם לא את גרסתו ביחס לחבלת בנו ע"י המתלוננת, וקבע כי גרסה זו של המערער באשר לחבלת בנו ע"י המתלוננת **"אינה גרסה אמיתית"**. בית המשפט הוסיף כי אשת המערער שנכחה בתחילת האירוע, כאמור בדברי המערער עצמו, יכולה היתה לשפוך אור על האופן בו נחבל בנם, והמערער לא הביאה להעיד ולא הסביר מדוע בחר שלא להביאה כעדה מטעמו.

בסקירת עדות המערער, מצא בית המשפט שורת סתירות והעלה תמיהה על דברים שאמר המערער.



בית המשפט דחה את טענת המערער להגנה עצמית.

בית המשפט קבע כי המערער נתן הסברים בצורה המגלמת סתירות מהותיות, ולא קיבל את תיאוריו המופחתים באשר לאלימות שהופגנה על ידו כלפי המתלוננת והסיבות לה. בית המשפט נתן אמון בעדויות מטעם המאשימה, וקבע כי גרסאות העדות מלמדות על האופן בו התרחשו הדברים הלכה למעשה, וכי העדויות, התעודות הרפואיות ועדויות השוטרים, אשר ציינו מה שמעו הם מהמתלוננת כשהגיעו למקום האירוע, מחזקות את גרסת המתלוננת בצורה ברורה ואיתנה.

ביחס למערער נקבע כי בחירתו לייחס בסוף עדותו את תוצאות תקיפתו האלימה כלפי המתלוננת לפעולתם של אנשים שהיו במקום וניסו להפריד "מלמדת גם היא על העדר אמינותו ועל מידת מהימנות נמוכה במיוחד" והוסיף כי זוהי טענה כבושה.

עוד נקבע כי המערער נע ונד בין מספר גרסאות, בית המשפט הצביע על סתירות מהותיות בין דברים שמסר במסגרת חקירתו במשטרה (ת/1, העימות, ת/2, ודברים שמסר בעדותו), וכי הדברים מלמדים על העדר יכולת לקבוע כי המערער מסר עדות מהימנה שתיארה את השתלשלות הדברים כהווייתם. צוין כי מדובר בסתירות מהותיות המלמדות כי גרסת המערער היא גרסה מתפתחת בהתאם לנסיבות.

בית המשפט לא קיבל את גרסת המערער גם נוכח העובדה שלא טרח להעיד להגנתו את אשתו שנכחה במקום, לפחות בחלק מהזמן.

נקבע כי המערער ניצל את חלוף הזמן, עיבד את מסכת הראיות וגיבש עמדה באשר לאפשרויות ההגנה העומדות בפניו, ועל התזה שעליו לדבוק בה כדי לבסס את טיעונו, ועמדת המערער שנסתרה על ידי עדי המאשימה ובחלק מהמקרים ע"י המערער עצמו, לא מתקבלת כנכונה ואינה מלמדת על ההתרחשות האמיתית בעת תקיפת המתלוננת.

מכל האמור, נקע כי יש לתת אמון בגרסאות עדות המאשימה, ולא לתת אמון בגרסת המערער, ויש לקבוע כי המאשימה הוכיחה מעל לכל ספק את המיוחס למערער בכתב האישום.

גזר הדין

4. בגזר הדין, לאחר בחינת נסיבות ביצוע העבירה, ראיות לעונש בדמות תעודות רפואיות ותצהיר נפגעת עבירה, וכן זימון לשימוע והחלטה לאחר שימוע, נקבע כי לאור החבלות שנגרמו למתלוננת, מצבה הנפשי כיום, הנזק שיכול היה להיגרם כתוצאה ממעשי המערער, והפגיעה המשמעותית במיוחד בערכים המוגנים, יש לקבוע מתחם עונש הולם הנע בין 10 ל - 24 חודשי מאסר בפועל.

לאחר בחינת נסיבותיו האישיות של המערער, תסקיר שירות המבחן ממנו עולה כי המערער מתקשה לקחת אחריות,



ומצמצם את מידת פגיעתו במתלוננת, ולאחר שבחן את נסיבותיו האישיות והעדר עבר פלילי וכן את המלצת שירות המבחן למאסר בדרך של עבודות שירות, גזר בית משפט השלום על המערער מאסר בפועל למשך 11 חודשים, מאסרים מותנים, קנס בסך של 4,000 ש"ח, ופיצוי בסך של 15,000 ₪.

טענות המערער בערעור

5. הערעור מכון כנגד הכרעת הדין וכנגד גזר הדין.

נטען כי טעה בית משפט קמא בהרשיעו את המערער בעבירה של תקיפה הגורמת חבלה של ממש. המערער אינו מכחיש את עצם קיומו של אירוע.

נטען כי טעה בית המשפט קמא עת קבע כי עדות המתלוננת מהימנה, וכי בעדותה קיימות סתירות, היורדות לשורשו של עניין.

ביחס לעדות נטען כי ע.ת.5 לא ראתה את תחילת האירוע, ולא ראתה מי מבין השניים התחיל עם מי, שכן ממקום עמידתה לא יכלה לראות דבר, ע.ת.10 (בהודעת הערעור צוין ע.ת.3) היא גיסתה של המתלוננת, ואין מדובר בעדות אובייקטיבית, עדות ע.ת.9 תומכת בעדותו ובגרסתו של המערער, ועדות ע.ת.7 נסתרת על ידי עדויות אחרות.

נטען כי אין חולק שבאירוע הזה המערער דחף את המתלוננת. יש לראות בזה ביצוע עבירה של תקיפה סתם. אבל המערער לא גרם למתלוננת שום נזק, לא חבלה ולא סימני חניקה.

ביחס לעדות המערער, נטען כי גרסתו נתמכת לפחות ע"י שתי עדות, וטעה בית המשפט עת הרשיעו בגרימת החבלות נשוא כתב האישום.

טענה מרכזית אשר נטענה בערעור הינה כי על פי תעודות הרפואיות ת/3 ות/4, לא גרם המערער למתלוננת כל חבלה. ביחס לשלל אשר יש למתלוננת מימין, נטען כי על פי המסמכים הרפואיים מזה 4 שנים היא הורידה את המכשיר ואינה משתמשת בו, ולפיכך הנזק אשר לו טוענת המתלוננת אינו חדש והוא היה ידוע לה מזה שנים רבות.

ביחס לגזר הדין, נטען כי המערער בן 37, נעדר כל עבר פלילי, לראשונה בחייו נכנס לתחנת המשטרה, ולראשונה בחייו עומד לדין ומנהל הליך כזה. הוא בעל תעודת בגרות מלאה, עובד, ונערך לו שימוע במקום עבודתו בו עובד משנת 2015, המערער שכר שירותי עורכי דין ומשכך הוחלט בסופו של יום שלא להפסיק את עבודתו, בכפוף לקורס שיעשה דרך העבודה.



המערער אדם חיובי קשוב לסביבה, מנהל תא משפחתי בריא, היה לוחם בצבא, הוא אדם שנקלע לסיטואציה שהוא מצר עליה, ובית משפט קמא החמיר עימו.

המערער שייך למשפחה נורמטיבית, ובה גם שוטרים. המשמעות של הותרת גזר הדין על כנו הינה קשה למערער, למשפחתו ולילדיו.

מתחם העונש שנקבע לעבירה הזו ע"י בית משפט קמא היה בין 10 ל - 24 חודשים, כאשר המאשימה ביקשה מתחם בין 9 ל - 20. בית משפט קמא מצא להחמיר עם המערער.

עוד נטען כי בית משפט קמא לא נתן דעתו לעניין חלוף הזמן, והשיהוי.

תשובת המשיבה לערעור

6. ב"כ המשיבה עותרת לדחות את הערעור, ונטען כי קביעת בית משפט קמא לפיה כתוצאה מהתקיפה נאלצה המתלוננת לעבור ניתוח להחלפת שתל נכונים.

ב"כ המשיבה מפנה לת/4 מסמך מיום 26.6.18 לפיו המתלוננת מדווחת על צפצוף באוזן ימין ולא מרכיבה את השתל כשבוע, כשניסתה להרכיב אותו היא לא שמעה והיו רעשים, כך גם המסמך מיום 28.10 נרשם מפיה כי הפסיקה את השימוש בשתל לאחר התקיפה.

ב"כ המשיבה ציינה כי אין הסבר לסתירה שנובעת מהמסמך השני מיום 26.6.19 שעה 1:07 שבו נכתב כי מזה 4 שנים הורידה גם את המכשיר מימין, ואין כל תועלת עם המכשיר מימין ואיכות קול ירודה מאוד.

נטען כי בעניין הזה גם לא היתה חקירה של המתלוננת שהעידה בבית המשפט, בעמ' 20 לפרו' מיום 23.11.20, כי מאז המקרה היתה לה רגישות עם השתל ובעקבות זאת עשתה ניתוח מחדש, מאז חזרה לשמוע אבל לא כמו ששמעה פעם, ובית המשפט קיבל את דבריה.

בית המשפט קבע בהכרעת הדין כי המתלוננת ועדי התביעה תומכים בגרסתה לעומת המערער שבית המשפט קבע שלא דייק וזאת בלשון המעטה, בקשר לאירוע.

ביחס לגזר הדין, נטען כי המערער נשלח לתסקירים אך טען שלא זקוק לטיפול. האלימות היתה קשה, ואלימות כזו אנו רואים פעם אחר פעם, כשהאלימות מתחילה מכלום ונגמרת בכך שהיום מצבה הנפשי של המתלוננת מאוד קשה.

ב"כ המשיבה אמרה, בשם המתלוננת, כי מצבה הנפשי מאז האירוע מאוד קשה, היא צמודה לאמה למרות שהיא אישה



מבוגרת, והיא היתה אישה מאוד עצמאית, והמתלוננת העידה על מצבה בבית משפט השלום על המצב הנפשי הקשה שהיא נכנסה מאז, על החוסר ביטחון שיש לה מאז, ומעדכון שקיבלה המצב ממשיך עד היום.

לאחר הדיון הוגש עדכון ביחס לעמדת המדינה באשר למהות התיעוד הרפואי והשלכותיו המשפטיות, ונטען כי מדובר בחבלה חמורה התואמת להגדרה זו המופיעה בסעיף 34 כד לחוק העונשין, וגם אם עמדתה זו של המשיבה ביחס למהות החבלה לא תתקבל, אזי יש להותיר את הענישה על כנה, הן ביחס למתחם שהוא נמוך ממילא, והן ביחס לענישה על כלל שיקוליה.

לאחר מכן, הוגשה בקשה להוספת ראיה בטרם הכרעה בערעור, והתבקש להגיש ראיה נוספת שהינה תיעוד רפואי, ב"כ המערער הגיבה והתנגדה לבקשה, ובתגובת המשיבה לתגובת ב"כ המערער, חזרה על הבקשה להגשת הראיה הנוספת. ניתנה החלטה לפיה נדחת הבקשה להוספת ראיה, וכי הנימוקים יינתנו במסגרת פסק הדין.

בתום הדיון בערעור ניתנה החלטה על קבלת חוות דעת ממונה על עבודות שירות, וחוות דעת הוגשה ביום 6.7.22, לפיה המערער מתאים לריצוי עבודות שירות.

דין והכרעה

7. לאחר בחינת הראיות אשר באו בפני בית משפט השלום, הכרעת הדין וגזר הדין, ולאחר שנשקלו טענות הצדדים, המסקנה הינה כי יש לקבל את הערעור בחלקו, לאור כך שקם ספק ביחס לרכיב גרימת חבלה של ממש. לפיכך, יזוכה המערער מחמת הספק מביצוע עבירה של תקיפה הגורמת חבלה ממשית לפי סעיף 380 לחוק העונשין, ויורשע בעבירה של תקיפה סתם לפי סעיף 379 לחוק העונשין.

כפועל יוצא מכך, יש להקל בענישה אשר הוטלה במסגרת גזר הדין, ויוטל מאסר לריצוי בעבודות שירות.

יש לדחות את הטענות בערעור על הכרעת הדין, ביחס להשתלשלות האירוע וביחס לאלימות אשר נקט המערער כנגד המתלוננת. קביעות בית משפט השלום לעניין זה מבוססות על התרשמותו מהעדויות ומהמסמכים, ואין מקום להתערבות בקביעות אלו. הספק היחיד אשר לטעמנו קם הינו ביחס לחבלה של ממש, לאור כך שמהמסמכים הרפואיים עולים נתונים המקימים ספק בשאלה אם כתוצאה מהאלימות של המערער נגרמה חבלה של ממש.

מובהר, כי אין באמור כדי התערבות בקביעות עובדתיות של בית משפט השלום ביחס למכלול העדויות וההתרשמויות שלו מהעדים, והמסקנה האמורה הינה אך לאור ספק אשר עולה מהמסמכים הרפואיים, ביחס לתוצאה של התקיפה אשר בוצעה כפי שקבע בית משפט השלום בהכרעת דינו.

8. חלקו של הערעור המתייחס לאירוע עצמו הינו ערעור על קביעות עובדתיות של בית משפט השלום הנובעות



מהתרשמותו הישירה מהעדויות. אין מקום להתערבות בקביעות עובדתיות אלו, אשר גם מעוגנות בראיות שבאו בפני בית המשפט.

כלל ידוע הוא כי התערבות ערכאת הערעור בקביעות עובדתיות של הערכאה הדיונית בכלל, ובקביעות עובדתיות הקשורות למהימנות ונקבעות לאור התרשמות ישירה של בית המשפט מהעדים, שמורה למקרים חריגים. ר' ע"פ 5633/12 **און ניימן נ' מ"י** (10.7.2013): **"הלכה מושרשת היא, כי חרף הסמכות הקבועה בסעיף 212 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982, לא בנקל תתערב ערכאת הערעור בממצאי עובדה ובקביעות מהימנות, כפי שנתקבלו על-ידי הערכאה הדיונית. זאת, בשל היתרון האינהרנטי המוקנה לערכאה הדיונית על-פני ערכאת הערעור, לנוכח יכולתה של הערכאה הדיונית להתרשם באורח בלתי אמצעי מן העדים, מהאופן שבו מסרו את עדותם, מהתנהגותם, ומשפת גופם. כל אלה, מאפשרים לערכאה הדיונית לתר, באופן מיטבי, אחר "אותות האמת" המתגלות בעדויות".** עוד ר' ע"פ 190/82 **שאולי מרקוס נ' מ"י** פ"ד לז(1) 225, בעמ' 234: **"בידוע, כי בד"כ אין בית משפט שלערעור מתערב בממצאיו של בית המשפט, ששמע את העדים והתרשם מהתנהגותם ומהימנותם".** ר' לעניין זה גם ע"פ 6277/20 **היילי נ' מ"י** (24.3.2021) סעיף 21 לפסק הדין: **"... כידוע, אין זה מדרכה של ערכאת הערעור להתערב בקביעות שבעובדה ובמצאי מהימנות, אלא במקרים חריגים בהם קביעותיה של הערכאה הדיונית אינן סבירות בעליל; כאשר נפלה בהן טעות מהותית, הברורה על פני הדברים; או כאשר מדובר בהכרעה המבוססת על ראיות חפציות או על שיקולים שבהיגיון, שבהם אין לערכאה הדיונית יתרון על פני ערכאת הערעור ..."**

בחנית הראיות והעדויות מביאה למסקנה כי לא רק שאין מקום להתערבות בקביעות העובדתיות של בית משפט השלום ביחס למהלך האירוע, אלא שהראיות מובילות למסקנות של בית משפט השלום, וכמו כן, כאמור המסקנות נשענות על התרשמותו הישירה מהעדויות, וקביעות מהימנות, ולא מצאנו כל מקום להתערבות בקביעות אלו.

המערער פעל באלימות כנגד המתלוננת, כמפורט בכתב האישום ובהכרעת הדין.

ואולם, ביחס לתוצאה של אלימות זו, מוצאים אנו ספק בשאלה האם נגרמה חבלה של ממש, אם לאו, וספק בשאלת הקשר הסיבתי בין התקיפה לבין הטיפול הרפואי שהיה לעניין השתל. ספק זה עולה מהמסמכים הרפואיים ת/3, ת/4 אשר הוגשו בבית משפט קמא, ומחלק מדברי המתלוננת עצמה בעדותה בבית המשפט.

על פי ת/3, אשר הינו מסמך רפואי מתאריך 24.6.18, ובו הפניה של המתלוננת להתייעצות - המתלוננת **"חירשת ואילמת עם שתל קוכלארי מימין (הושתל בשניידר ב - 2008 נמצאת במעקב לא רציף בשניידר במרפאה קוכליארי)"**.

עוד על פי ת/3 בהמשך לאירוע, המתלוננת **"כעת מלינה על כאב ראש ולחץ בראש, וחוששת לשלום השתל שלה, לאור המכות שחטפה באזור זה של הראש"**.



מהמסמך הרפואי ת/4, שהינו מיום 26.6.18 - סיכום ביקור מעקב מושתל מתאריך 26.6.18 של מרכז שניידר לרפואת ילדים, עולים הדברים הבאים:

"... מזה 4 שנים הורידה גם את המכשיר מימין. אין כל תועלת עם המכשיר מימין. מסמנת. איכות קול ירודה מאוד..."

בהמשך נכתב: **"מעוניינת בשתל לצד ימין"**. עוד נכתב בהמשך לצד תאריך 12.10.08 **"לפני שבוע שתל כוכלארי. כעת הוצאת תפרים..."**. (כך נכתב במקור, וזהו התאריך המופיע במסמך הרפואי אשר בכותרתו נכתב 26.6.18).

בעדותה בבית המשפט אמרה המתלוננת כי **"הכי הכי נורא בשבילי שהשתל שלי הלך, עשיתי שתל קוכליארי חדש מחדש"**. (פרו' עמ' 20 שו' 16,17), ובהמשך **"מאז אותו מקרה יש לי רגישות עם השתל, אחרי האשפוז חזרתי הביתה, לקחתי את המכשיר שמיעה, הוא לא עבד, ואז התחלתי תהליך בפתח תקווה, ואז עשו בדיקות במשך 4 חודשים ואמרו שיכול להיות שיש נזק ועשיתי ניתוח מחדש, ועכשיו חזרתי לשמוע אבל לא כמו פעם. אני שומעת קצת פחות, בעבר שמעתי קצת יותר טוב, עכשיו פחות בגלל אותו נזק"**. (פרו' עמ' 20 שו' 27-32).

בהמשך מעידה המתלוננת **"פינו אותי לבית החולים ועשו לי בדיקות כלליות ואמרו לי שהכל בסדר אבל מבחינה נפשית אני סובלת וגם עשו לי C.T לראש בגלל השתל, אמרו שהכל בסדר אז חזרתי הביתה ומאז עם אותו תהליך של השתל מחדש"** (פרו' עמ' 21 שו' 10-13).

ת/4 שהינו מסמך רפואי חיצוני ועצמאי, מביא למסקנה כי מזה 4 שנים לפני האירוע הורידה המתלוננת את המכשיר מימין, ואין בו כל תועלת.

עניין זה הינו מהותי ביחס לשאלת הקשר הסיבתי בין האלימות אשר נקט המערער כנגד המתלוננת, לבין השתל ומצבו. סבורים אנו, כי העולה מהמסמך הרפואי כאמור לעיל, הוא כי עוד 4 שנים לפני האירוע לא עשתה המתלוננת שימוש במכשיר מימין ואין בו כל תועלת, ובנוסף במהלך הבדיקה שנעשתה מיד לאחר האירוע בבית החולים הבדיקה היתה תקינה. מכלול זה מביא למסקנה בדבר ספק בקשר הסיבתי בין בעיה כזו או אחרת בשתל, לבין האלימות שנקט בה המערער.

לא הוגשה לבית המשפט חוות דעת רפואית הקובעת קיומו של קשר סיבתי כאמור, והראיות העצמאיות היחידות לעניין זה מביאות למסקנה כי בשתל לא נעשה שימוש שנים קודם לכן.

מכלול זה מביא למסקנה בדבר קיומו של ספק סביר ביחס לרכיב "חבלה של ממש", הנדרש להרשעה לפי סעיף 380 לחוק העונשין.



סעיף 380 לחוק העונשין קובע: **"התוקף חברו וגורם לו בכך חבלה של ממש, דינו - מאסר 3 שנים"**.

החבלה של ממש אשר כתב האישום מייחס למערער, הינה אותה פגיעה בשתל מכשיר שמיעה המותקן באוזן ימין באופן המונע ממנה להשתמש בשתל וגורם לכאבי ראש.

לאור האמור לעיל, קם ספק בשאלה האם האלימות שנקט המערער גרמה לפגיעה בשתל אשר על פי מסמך רפואי כבר 4 שנים לא נעשה בו שימוש.

לא הוגש לבית משפט השלום כל מסמך רפואי אחר, ולא הוגשה כל חוות דעת אשר יהיה בהם כדי לבסס קשר סיבתי כאמור. במצב דברים זה, קם הספק אשר מביא למסקנה כי לא הוכח ברף הנדרש במשפט פלילי יסוד גרימת חבלה של ממש, כנדרש להרשעה לפי סעיף 380 לחוק העונשין.

כפי שנאמר, אין באמור לעיל כדי התערבות בקביעת מהימנות של בית משפט השלום, וכך גם אין בכך כדי גריעה מהאמון אשר נתן בית משפט השלום בעדותה ובגרסתה של המתלוננת.

המדובר הוא בעניין רפואי, ומדובר בטענה לפגיעה בשתל, אשר צריכה לראיות רפואיות, והראיה הרפואית היחידה הקיימת, דווקא מקימה ספק ביחס לקשר הסיבתי.

9. כאמור לעיל, ב"כ המשיבה, לאחר הדיון, עתרו להגשת ראיה נוספת בהליך הערעור, הבקשה נדחתה ולהלן נימוקיה - סעיף 211 לחסד"פ מאפשר בהליך הערעור לגבות ראיות או להורות לערכאות קודמות לגבות ראיות שיוורה.

ההוספה של ראיה חדשה בשלב הערעור הינה מהלך חריג, ויש לאפשרו אך בהתקיים נסיבות חריגות, ובהתחשבות בשלושה שיקולים - האחד האם היתה אפשרות למבקש להגיש את הראיה בערכאה הדיונית, אינטרס סופיות הדיון וטיב הראיה והפוטנציאל שלה להשפיע על תוצאת ההליך. ר' לעניין זה ע"פ 4039/19 נחמני נ' מ"י (17.3.2021) (פיסקה 87): **"הוספת ראיה חדשה בשלב הערעור היא מהלך דיוני חריג, שלא יתאפשר אלא למען 'עשיית צדק' (סעיף 211 לחסד"פ). ככלל, לצורך הכרעה בסוגיה זו יש להתחשב בשלושה שיקולים: האפשרות שהייתה למבקש להגיש את הראיה בערכאה הדיונית; האינטרס בדבר סופיות הדיון; טיב הראיה החדשה והפוטנציאל שלה להשפיע על תוצאת ההליך..."**.

בענייננו לא מתקיים מי מהשיקולים האמורים.

בבקשה אשר הוגשה ביום 26.5.22 בהליך הערעור, לאחר הדיון שהתקיים ביום 18.5.22, נכתב כי: **"הראיות שהועברו היום, לידי המשיבה, והמשיבה מבקשת להגישן לבית המשפט הנכבד, יש בהן כדי לשפוך אור באופן חד משמעי באשר למועד שבו נאמרו הדברים ויאפשרו לבית המשפט הנכבד להגיע לחקר האמת בשאלה**



הנ"ל.

בתגובה לבקשה נטען כי המשיבה מנסה לעשות מקצה שיפורים במסגרת ערעורו של המערער. נטען כי היה באפשרות המשיבה להשיג את הראיות הנוספות במהלך הדיון בערכאה הקודמת, וזו ראייה שהיתה בידי המתלוננת אך בחרה שלא להביאה לידי הרשות החוקרת, ומשכך אף לא נחקרה בגין כך ולא עמדה בחקירה נגדית, ומשמעות התרת הבאת הראיה הינה לפגום ביכולת המערער לנהל הגנתו בפני בית משפט קמא באופן ראוי. עוד נטען כי יש לשמור על עקרון סופיות הדיון, ומדובר בתיק שהינו משנת 2018, וכן נטען כי לא ברור בהתאם לאיזה סדר דין הושגה הראיה, מי מסרה ולבקשת מי.

נטען כי גם אם לשיטת המשיבה הראיות עשויות להיות רלבנטיות הרי שמדובר בראיה שהיתה בידי המתלוננת והיא בחרה שלא להציג, וככל שההליך השיפוטי הינו בשלב מתקדם יותר לקראת סופו כך תהיה נדירה יותר הסכמת בית המשפט להבאת הראיות הנוספות.

בתגובה לתגובה נטען כי שאלת פרשנות המסמך הרפואי לא עלתה בשום צורה בבית משפט קמא, ועלתה לראשונה בערעור, ומדובר במסמך שהוגש בהסכמה, עורכו לא נחקר בבית המשפט, ובאשר לפרשנות המסמך ומועד אמירת הדברים לעורכו ע"י המתלוננת גם נחקרה המתלוננת.

נכתב כי לאחר הגשת התגובה של המדינה פנתה אמה של המתלוננת אל ב"כ המשיבה ומסרה כי קיבלה לידיה דיסק עם כל התיעוד הרפואי של המתלוננת ובו מסמכים התומכים בעמדת המדינה. נטען כי אין מקום לטענה שהיה באפשרות המשיבה להשיג את הראיות קודם לכן, שכן לא הועלתה טענה באשר לפרשנות המסמך, והראיה לא היתה בידי המשיבה וגם לא היתה בידי המתלוננת.

ביחס לטענת סופיות הדיון, נטען כי טרם ניתן פסק דין בערעור, ומטרת ההליך המשפטי היא להגיע לחקר האמת, ולפיכך כל זמן שלא ניתן פסק דין אין מניעה עקרונית להבאת ראיות נוספות השופכות אור לאמת.

עוד נטען כי הכלל הוא שבעקבות טענה שמעלה נאשם או מערער שהתביעה לא יכלה לצפותה מראש, שכן לא נטענה בהליך למטה, רשאית התביעה לבצע השלמת חקירה, ופעולה זו אינה בגדר השלמת חקירה ואינה טענה אישור כלשהו.

לאחר שבחנו את טענות הצדדים, ושקלנו את מכלול התנהלות ההליך, איננו מוצאים מקום להתיר הגשת הראיה.

תחילה לטענת המשיבה על כי בערכאה הראשונה לא הועלתה טענה באשר לפרשנות המסמך, וכי הוא הוגש בהסכמה - אין ממש בטענה זו. באף שלב לא היתה הסכמה באשר לקשר הסיבתי בין הפגיעה לבין הנזק אשר נטען בכתב האישום כי נגרם. בהליך הפלילי, מתחילתו ועד סופו, הנטל הוא על המאשימה להוכיח מעל לספק סביר את כל רכיבי העבירה המיוחסת, כולם.



משמוגש בהסכמה מסמך הרי שתוכנו משמש כראיה בין אם מדובר בראיה התומכת באשמו של נאשם, ובין אם מדובר בראיה המקימה ספק סביר. העובדה שהמתלוננת לא נחקרה ביחס למסמך, אינה שוללת את המסקנות אשר ניתן להגיע אליהן ממנו.

דבר זה אינו מונע בחינת הראיה ותוכנה, ומסקנה כי יש בה כדי להקים ספק.

זאת ועוד, מדובר בשאלה רפואית, והמסמך הרפואי אשר הוגש ביחס לשאלה הרפואית, כולל דברים ברורים וחד משמעיים, על כי 4 שנים קודם לכן הורד המכשיר מימין.

הגשת ראיה בשלב הערעור אינה בבחינת עניין טכני, אלא יכול הדבר להיות מהותי, ומצריך פתיחת ההליך מחדש, שאם לא כן, יכול ותיפגע הגנתו של נאשם.

הגשת מסמך רפואי כעת, משמעותה פתיחת השאלה הרפואית באופן שיכול ויחייב חוות דעת רפואיות כאלה ואחרות, ואין מדובר בהליך פרוצדורלי גרידא.

זאת ועוד, אין לקבל את טענת ב"כ המשיבה על כי הפעולה שנעשתה איננה בגדר השלמת חקירה.

מדובר בראיות אשר לא היו בתיק החקירה. קבלת ראיות חדשות משמעותה האופרטיבית חידוש חקירה. ראיות חדשות אלו צריכות, ככל שיש בהן ממש, וככל שיש בהן כדי לשנות תמונה ראייתית קיימת, לחקירה לכל דבר ועניין. עצם קבלת החומרים הינה פעולת חקירה. אין לומר כי הבאת מסמכים רפואיים של נפגע, הנדרשים להוכחת רכיב מהותי של עבירה, אינם בבחינת חקירה. זוהי מהותה של חקירה - קבלת מסמכים ושלל ראיות לצורך הוכחת יסודות עבירות.

העובדה שהמסמך - מסמכים שמבקשים כעת ב"כ המשיבה להגיש לא היו בתיק החקירה, ולא היו בידי המאשימה, אינה שוללת את המסקנה לפיה היתה למשיבה האפשרות להגיש את הראיה בערכאה הדיונית.

היתה לב"כ המשיבה האפשרות לפעול לקבלת מלוא החומר הרפואי הרלבנטי והקשור לנזק אשר נטען בכתב האישום כי גרם המערער למתלוננת. נזק זה הינו רכיב מהותי בכתב האישום, והוא יסוד מהותי ביסודות העבירה לפי סעיף 380 לחוק העונשין. משלא פעלה היחידה החוקרת לקבלת מלוא החומר הרפואי הרלבנטי, ומשעמד בפניה ת/4 הכולל אמירות המחייבות בדיקה, שכן משתמע ממנו שארבע שנים לפני האירוע לא היתה תועלת בשתל, הרי שאין מקום בשלב הערעור לאפשר הגשה כאמור.

אינטרס סופיות הדיון גם הוא מטה את הכף לדחיית הבקשה להוספת ראיה - מדובר בהליך אשר עניינו באירוע מלפני כארבע שנים, ומצויים אנו בבקשה המוגשת לאחר שהסתיים הדיון בערעור, והדיון נדחה למתן פסק דין, ובהמתנה לקבלת חוות דעת מאת הממונה על עבודות שירות.



מעבר לשאלה של הפעלת הסמכות לפי סעיף 211, עומדת גם השאלה הראייתית - מסמכים אינם מוגשים על דרך מסירתם לבית המשפט, אלא אם יש הסכמה לכך. בהעדר הסכמה להגשת מסמך, הרי שיש לקיים הליך דיוני וראייתי כנדרש על פי דין, במסגרתו עורך המסמך צריך להתייצב לדיון, והמסמך מוגש באמצעותו, והוא עומד לחקירה נגדית. בהעדר הסכמה ראייתית, וכזו אין בפנינו, לא ניתן על דרך הקיצור, להגיש מסמכים רפואיים על דרך מסירתם אל תיק בית המשפט לערעורים.

המשמעות האופרטיבית הינה פתיחת ההליך מחדש וקיום הליך שמיעת ראיות.

המשמעות הינה כי גם אם היתה ערכאה זו מקבלת את הבקשה לפי סעיף 211, הרי שהיה צורך לקיים הליך דיוני וראייתי מתאים לצורך קבילותה ויכולתה של הראיה לשמש ראיה שניתן לקבוע ממצא על סמכה.

4/ת הוגש בהסכמה, ולפיכך לא היה צורך לזמן את עורכו. המסמך החדש אינו מוסכם, ואין הסכמה להגשתו, ולפיכך, המשמעות הינה פתיחת ההליך מחדש, ואין לעשות כן בשלב הזה.

יוער, כי ככל שמדובר בהבאת עדים, הרי שיש צורך אף בתיקון כתב האישום.

אשר לטענה כי יהיה במסמך כדי להשפיע על תוצאת ההליך - אין כל ראיה כי המסמכים החדשים הנטענים ישפיעו על תוצאת ההליך, לכל היותר יהיו שני מסמכים אשר כל אחד מהם ניתן לפרשנות אחרת, ומובן, כי כל ספק יוסיף לעמוד לזכותו של המערער.

מכל האמור, נדחית הבקשה להגשת ראיה נוספת.

10. ביחס לגזר הדין - משונה סעיף העבירה, המערער מזוכה מחמת הספק מעבירה של תקיפה הגורמת חבלה של ממש לפי סעיף 380 אשר העונש לצידה הינו 3 שנות מאסר, והוא מורשע בעבירה של תקיפה סתם אשר העונש לצידה הינו שנתיים מאסר, ובהינתן כי רכיב החבלה של ממש והנזק אשר נטען בכתב האישום אינו מיוחס עוד למערער, הרי שלדבר משמעות על הענישה, ומובן כי בנסיבות אלו יש להקל עם הענישה המוטלת על המערער.

לאחר שבחנו את הנסיבות של ביצוע העבירה בה מורשע כעת המערער, הכוללות אלימות שהפגין כנגד המתלוננת כמפורט לעיל, אין לקבל את עתירת ב"כ המערער להסתפק בשל"צ, ומנגד, אין אנו מוצאים כי יש להותיר את הענישה אשר הוטלה על כנה.

לאחר שבחנו את מכלול הנסיבות, אנו מוצאים לנכון להורות על הטלת מאסר בדרך של עבודות שירות למשך 6 חודשים. יצוין כי הערעור אינו ביחס לקנס או לפיצוי, ונמסר כי הקנס והפיצוי שולמו במלואם.



סוף דבר

11. אשר על כן אנו מורים כדלקמן:

הערעור על הכרעת הדין מתקבל בחלקו.

אנו מורים על זיכוי המערער, מחמת הספק, מהעבירה של תקיפה הגורמת חבלה של ממש לפי סעיף 380 לחוק העונשין.

הוכחו מעל לספק סביר יסודות העבירה של תקיפה סתם לפי סעיף 379 לחוק העונשין.

לפיכך, המערער מורשע בעבירה של תקיפה סתם לפי סעיף 379 לחוק העונשין.

עונש המאסר של 11 חודשים אשר הוטל בבית משפט קמא מבוטל.

חלף עונש זה, מוטל על המערער מאסר למשך שישה חודשים, לריצוי על דרך עבודות שירות.

מובהר למערער, כי ככל שלא יבצע את עבודות השירות יכול ויפקעו והוא ירצה מאסר זה בפועל.

המערער יתייצב לתחילת ריצוי עבודות השירות ביום 7.9.22 כמפורט בחוות דעת הממונה על עבודות השירות.

ניתן היום, י"ט תמוז תשפ"ב, 18 יולי 2022, במעמד הצדדים.

רחל תורן, שופטת

גיל דניאל, שופט

יואל עדן, שופט