



ע"פ 3891/19 - מיכאל זפרן זוארץ נגד מדינת ישראל

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פליליים

ע"פ 3891/19

לפני:
כבוד השופט ע' פוגלמן
כבוד השופט מ' מזוז
כבוד השופט ג' קרא

המערער: מיכאל זפרן זוארץ

נגד

המשיבה: מדינת ישראל

ערעור על הכרעת דינו (מיום 17.9.2018) וגזר דינו
(מיום 30.4.2019) של בית המשפט המחוזי מרכז-לוד
בת"פ 24045-12-15 שניתנו על ידי כב' השופטת
דנה מרשק-מרום

תאריך הישיבה: כ"ה בטבת התש"ף (22.01.2020)

בשם המערער: עו"ד עידן שני

בשם המשיבה: עו"ד רחלי זוארץ-לוי
פסק-דין

השופט ג' קרא:

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי מרכז-לוד (השופטת ד' מרשק מרום) בת"פ 24045-12-15, בגדרו הורשע המערער בעבירת הריגה (לפי סעיף 298 לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: החוק) ונגזר עליו עונש של 42 חודשי מאסר לריצוי בפועל ומאסר מותנה וחויב בתשלום פיצוי בסך 75,000 ש"ח למשפחת המנוח. הערעור מופנה הן כלפי הכרעת הדין והן כלפי גזר הדין.



1. על פי הנטען בכתב האישום, ביום 15.11.2015 עובר לשעה 22:13 שהה המנוח בחנייה בבניין מגורים, בסמוך לשביל גישה לקיוסק במקום, כשברשותו עגלה. בעל הקיוסק, שהבחין כי המנוח נטל לידי סורגים וחשד בו כי יום קודם גנב את שעון המים של דירתו, פנה אליו ואמר לו לא לקחת את הסורגים ולהשיב לו את שעון המים. בתגובה, השליך המנוח את הסורגים לעבר בעל הקיוסק.

בשעה 22:13, כאשר הגיע המערער לשביל הגישה של החנייה, קרא לו בעל הקיוסק וביקש ממנו ללכת אחרי המנוח ולהחזירו לקיוסק כדי שישב לו את שעון המים. המערער הלך אחרי המנוח לרחבת החניה, צעק לעברו מספר פעמים לעצור ומשהמנוח לא נענה לכך החל המערער לרדוף אחריו עד שהשיגו ונעמד מולו. המערער אחז בידת עגלתו של המנוח ודרש ממנו לשוב עמו לקיוסק ולהחזיר את שעון המים, המנוח השיב שלא גנב את השעון, סירב לשוב עם המערער לקיוסק וביקש לעזוב את המקום. המערער אחז בחוזקה בעגלה כדי שהמנוח לא יוכל להיזזה. בתגובה, הכה המנוח בידו את לחיו של המערער. מיד לאחר מכן חבל המערער במנוח בכך שהיכה באגרופו בעינו, לפת בחוזקה את צווארו בשתי ידיו באופן שגרם לשבר בעצם הלשון ובשלד הגרון והכה בידו הימנית בפיו של המנוח. בשל עוצמת המכה, איבד המנוח את שיווי המשקל, צנח לאחור ונחבט בראשו בכביש האספלט.

2. המנוח אושפז במחלקה לטיפול נמרץ במשך חמישה ימים, כשהוא מורדם ומונשם, ולאחר מכן נפטר. בשל מעשי המערער נגרמו למנוח שטפי דם תת עוריים בעפעפי עינו השמאלית; דימומים בקדמת הצוואר וברקמות הרכות שסביבם; שברים בשלד הגרון ובעצם הלשון, ודימומים ברקמות הרכות שסביב זווית הלסת התחתונה משמאל. כמו כן, נחבל המנוח בצד האחורי של הראש ובשל כך נגרם לו שבר בעצם העורף המתמשך דרך בסיס הגולגולת, שגרם למותו.

בשל כך יוחסה למערער עבירת הריגה, לפי סעיף 298 לחוק לפני תיקונו בתיקון 137 (התשע"ט-2019, ס"ח 230).

עיקרי הכרעת הדין

3. בית המשפט עמד על כך כי המחלוקת בין הצדדים נסובה בעיקר באשר לפעולות שבהן נקט המערער כלפי המנוח ולקשר הסיבתי לחבלות שנמצאו. במענה לכתב האישום טען בא כוחו של המערער כי הפעולה היחידה שביצע המערער, שבה גם הודה מלכתחילה, היא הדיפת המנוח באמצעות אמת ידו הימנית, וזאת כתגובה אינסטינקטיבית למכה שהמנוח הכה קודם לכן בפניו. כתוצאה ממכה זו המנוח נפל לאחור וקיבל מכה בראש, שגרמה למותו. המערער טען כי פעל מתוך הגנה עצמית וכי המכה הבודדת שהיכה את המנוח היתה תגובה לכך שהמנוח היכה אותו תחילה בלחיו, התגובה היתה מידתית והוא לא יכול היה לצפות את התוצאה הקטלנית.

4. בפני בית המשפט נשמעה פרשת הראיות, שבמסגרתה העידו עדים (יודגש, כי לא היו עדים ישירים למעשה עצמו) ועדים מומחים מטעם המשיבה ומטעם המערער. בהידרשו לעדויות המומחים קבע בית המשפט כי המשיבה לא



עמדה בנטל להוכיח כי המערער היכה את המנוח באגרוף לעינו השמאלית או כי חנק אותו בצווארו. לפיכך, נפנה בית המשפט לבחון האם המכה שהיכה המערער את המנוח באמצעות אמת ידו הימנית מבססת עבירה של הריגה או של גרם מוות ברשלנות או שמא יש לזכותו בשל הגנה עצמית. לשם כך, ועוד בטרם מתן הכרעת הדין, הורה בית המשפט לצדדים להגיש סיכומים משלימים בשאלה זו. בהכרעת הדין דחה בית המשפט את טענת ההגנה ביחס לתפנית בעמדת המשיבה וקבע כי מחובתה ומחובת בית המשפט להתייחס לאפשרויות חלופיות העולות מחומר הראיות, בייחוד כאשר המערער בחר קו הגנה מובהק.

5. בית המשפט עמד על התרשמותו מן המערער וקבע כי הוא אכן מתייגר על מות המנוח, כי תשובותיו היו מחושבות מתוך מודעות לניואנסים ולפרטים הקטנים, כי הוא מזער במכוון את התנהגותו לפני האירוע ובמהלכו וניסה להמעיט בחומרת התנהגותו וכי גם אם היה עקבי בגרסתו לאורך חקירותיו במשטרה ובמהלך עדותו, הוא שינה וריכך נקודות מסוימות כדי להעניק נופך של מי שהותקף ופעל מתוך הגנה עצמית וביצע פעולות מפלילות אחר כך, לרבות נטישת הזירה מתוך בהלה והיסטריה.

6. על בסיס התרשמותו מעדות המערער ועל בסיס אמירות המערער בחקירות וגרסאות עדי הראייה קבע בית המשפט שורה של ממצאים עובדתיים, כמפורט להלן:

(-) בעקבות פנייתו של בעל הקיוסק פנה המערער למנוח וצעק לעברו "בוא הנה רוסי בלאט" ו"גנב", ביקש ממנו לעצור ורץ לעברו. התנהגות זו, כך נקבע, כוחנית יותר ממה שביקש המערער להציג בעדותו.

(-) המערער דחף את עגלת המנוח בידו ואחז בה כדי למנוע מהמנוח לזוז מן המקום.

(-) המערער היה מודע היטב לפערי הכוחות בינו לבין המנוח ולעוצמת מכת ידו.

(-) המערער הודה כי לא חש בסכנת חיים, גם לאחר שהמנוח חבט בו.

(-) המערער נתן למנוח מכה עם חלקה הפנימי של אמת ידו, בתנועת הנפה ולא במכת הדיפה, לעבר ראשו של המנוח, לכיוון פיו. מעוצמת המכה עף המנוח וצנח לאחור "כמו בול עץ". שיני המנוח הותירו סימנים על אמת ידו של המערער ועפו מפי המנוח, דבר המלמד על עוצמת המכה.

(-) הוכחה התנהגות מפלילה לאחר אירוע האלימות: המערער נמלט מהזירה לביתו, למרות שראה דם רב ופגיעת ראש משמעותית; המערער לא העניק טיפול רפואי למנוח באף שלב למרות שהיה חובש קרבי; המערער שטף ידיו מהדם בקיוסק; המערער החליף את חולצתו; כשהגיעו השוטרים המערער שלל קשר לאירוע ושאל שאלות המעידות על שקילת הסיטואציה, ולא של אדם הנתון בבהלה, ובכלל זה התקשר לחבר שוטר להתייעץ עימו ורק בשלב זה קרא לשוטרים ומסר את גרסתו.



7. על בסיס ממצאים עובדתיים אלו דחה בית המשפט המחוזי את טענת המערער להגנה עצמית, בקבעו כי המערער לא הצליח לעורר ולו ספק קל בעניין זה. בעיקרו של דבר נקבע כי המערער עצמו מסר בחקירתו במשטרה כי לא חשש לחייו ואף כי הוכה על ידי המנוח, ברור כי יכול היה לעזוב את המקום. עוד נקבע כי המערער היה מודע לפערי הכוחות בינו לבין המנוח, והיכה בו באמה תוך שכיוון לשפתיו (לראשו) בעוצמה שהותירה סימני שיניים באמתו ושיני המנוח עפו מפיו. המנוח עף, גופו צנח כבול עץ, על פי תיאורו של המערער בחקירותיו, וראשו נחבט במשטח האספלט. למערער, לעומת זאת, לא נגרם כל נזק.

8. בית המשפט קבע כי המשיבה הוכיחה כי המערער ביצע את עבירת ההריגה. שאלת קיומו של היסוד הנפשי נבחנה לאורה של חזקת המודעות ובהתבסס על ניסיון החיים וההיגיון. נקבע כי המערער לא נכנס לסיטואציה מתוך מטרה לחבול במנוח או להרגו אלא הונע מרצונו לעזור לשכן וכי המנוח הוא שתקף ראשון את המערער, אולם כבר בשלב זה היה המערער מודע היטב לפערי הכוחות הניכרים ביניהם. על פי עדותו וחקירותיו, היה המערער מודע לכוח ולעוצמת זרועו ומיתן את תגובתו מאגרופ למכה וחבט במנוח בפניו. עוד נקבע כי המערער בחר לחבט במנוח בעוצמה במכה שגרמה לנפילתו על משטח אספלט, וכי מאופי המכה ומדבריו של המערער ניתן ללמוד כי הוא צפה בפועל אפשרות זו. המערער חזר והדגים מכה עם החלק הפנימי של האמה, שמאופיינת בתנופה ולא בהדיפה באמצעות גב האמה. עוד ציין בית המשפט כי המערער תיאר את המנוח כ"בן אדם כחוש כמו עלה של גפן" ובחקירתו ניסה להמחיש את מידותיו של המנוח עם הזרת שלו.

חיזוק למסקנתו בדבר היסוד הנפשי בהשראתו פעל המערער מצא בית המשפט בכך שהמערער מזער באופן עקבי את חלקו ובעיקר בהתנהגותו המפלילה לאחר האירוע, המשמשת ראיה לחובתו. הסבריו של המערער כי איבד את עשתונותו, נדחו על ידי בית המשפט כלא אמינים לנוכח רצף הפעולות המסבכות של עזיבת הזירה, הפקרת המנוח וחוסר טיפול בו, הימנעות מהזעקת משטרה או מד"א, שטיפת ידיים בקיוסק, החלפת החולצה בבית, ניסיון לשטות בשוטרים כשרק לאחר התייעצות מושכלת עם חבר שוטר, קרא לשוטרים במקום וגולל את סיפורו.

חרף מודעותו לאפשרות שתיגרם התוצאה הקטלנית, ועל בסיס מכלול נסיבות האירוע נקבע כי ביחסו לתוצאה המערער מצוי ברמה של מי שנהג ב"קלות דעת" ולא חפץ במות הקורבן.

עוד קבע בית המשפט כי חרף קיומו של ספק בשאלה האם המערער חנק את המנוח וחבט בו בעינו, די בנקיטה באלימות בה הודה המערער כדי לבסס את הרשעתו בעבירת הריגה, וזאת בהתבסס על מבחן העזר שנקבע בע"פ 6365/12 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 4 לחוות דעתו של השופט י' עמית (9.10.2013) (להלן: עניין פלוני).

תמצית גזר הדין

9. בגזר דינו עמד בית המשפט על ערך קדושת החיים שנפגע בשל תגובת המערער לאלימות מצדו של המנוח



שהביאה למותו הסתמי והמיותר של המנוח. עוד עמד בית המשפט על מכלול נסיבות ביצוע העבירה, ובכלל זה התערבות המערער בסכסוך לא לו, לבקשת בעל הקיוסק, רדיפתו אחר המנוח, ואחיזתו בחוזקה בעגלת המנוח. כן נקבע כי התנהגות המערער אינה מצויה בקרבה לסייג ההגנה העצמית, כמשמעותו בסעיף 40ט(א) לחוק. בנוסף, נקבע כי המערער לא חפץ במותו של המנוח אלא נהג בקלות דעת. עוד עמד בית המשפט על התוצאה החמורה שנגרמה בעטייה של התנהגות המערער, ועל היקף הפגיעה במשפחת המנוח.

בית המשפט עמד על מדיניות הענישה הנוהגת בעבירת ההריגה, המאופיינת במנעד רחב ועל השפעת היסוד הנפשי - אדישות או קלות דעת - על מידת העונש. עוד עמד בית המשפט על כך שלפי תיקון 137 לחוק, שהתקבל לאחר מתן הכרעת הדין בעניינו של המערער, נקבעה עבירה חדשה של המתה בקלות דעת, שעונשה המרבי הוא 12 שנות מאסר, להבדיל מ-20 שנות מאסר שבצד עבירת ההריגה. לפיכך, ציין בית המשפט כי מתחם העונש ההולם ייקבע לאור עקרונות התיקון תוך הפניה לפסיקה הקיימת לאור מאפייני האירוע (מי שגרם למותו של אדם אגב יכוח סתמי, תוך אלימות של הנפת יד לפנים, ללא כל קרבה לסייג ההגנה העצמית, ומבלי שחפץ בתוצאה הקטלנית). לאחר סקירה של מספר פסקי דין קבע בית המשפט את מתחם העונש ההולם ככזה הנע בין 42 חודשי מאסר לבין 8 שנות מאסר בפועל, לצד פיצוי משמעותי.

10. בקביעת העונש בתוך המתחם, התייחס בית המשפט לנסיבות האישיות של המערער, כמי שנעדר עבר פלילי, לנטילת האחריות על מעשיו בסמוך לאירוע ולכך שהוא הורשע על בסיס העובדות שבהן הודה מלכתחילה ולא באלו שיוחסו לו בכתב האישום. כן נלקחה בחשבון תקופת שהייתו במעצר, הן מאחורי סורג ובריח והן בפיקוח אלקטרוני, ללא יכולת להתפרנס, מצבו הרפואי והנפשי והערכת שירות המבחן ביחס לקושי שיהיה לו לעמוד בתנאי מאסר. כן נלקחו בחשבון התייסרותו של המערער, תחושות האשמה והבושה שהוא חש והקושי להתאושש. בסופו של יום הועמד עונשו של המערער ברף התחתון של מתחם העונש ההולם, תוך אמירה כי לא ניתן להימנע מעונש מאסר ממשי לאור התנהגותו האלימה והתוצאה הקשה.

תמצית טענות הצדדים

11. לטענת המערער הכרעת דינו של בית המשפט קמא, שגויה. נטען כי בשום שלב של ההליך לא ביססה המשיבה את עבירת ההריגה על המכה היחידה באמת היד; כי הליך ההוכחות לא נוהל בשאלה זו וכי הכרעת הדין התבססה על ממצאים שלא הוכחו. לטענתו, הוא לא יכול היה להיות מודע לכך כי המכה הבודדת שנתן באמצעות אמתו, בתגובה לאגרופו של המנוח, יכולה לגרום למותו של האחרון. כמו כן טען המערער כי יש לקבל את טענתו לסייג ההגנה העצמית.

לחילופין, טען המערער כי בית המשפט המחוזי שגה בכך שגזר את דינו לפי עבירת ההריגה, משזו בוטלה בתיקון 137 לחוק והיה עליו להכריע בדינו מחדש ולהרשיעו בעבירה של המתה בקלות דעת לפי סעיף 301ג לחוק לאחר תיקונו וכן כי עבירת ההמתה בקלות דעת לפי התיקון לחוק הופרדה מיתר עבירות ההמתה והדבר משליך על שיקולי הענישה. עוד טען כי מתחם העונש ההולם נקבע על סמך פסיקה שעניינה עבירות הריגה ביסוד נפשי של אדישות ולא



של קלות דעת, ולכן גם נגזר עליו עונש מופלג בחומרתו. כמו כן טען המערער כי בית המשפט שגה בדחותו את טענת ההגנה העצמית ככזו המשפיעה על מידת העונש ללא כל נימוק. ולבסוף טען המערער כי לא ניתן משקל לנסיבותיו האישיות ולהמלצת שירות המבחן להטיל עליו עונש שניתן לרצותו בעבודות שירות.

בנוסף נטען כי גרסתו של המערער, שניתנה כבר בשטח לפני שנועץ בעורך דין, היתה עקבית ולא השתנתה למן הרגע הראשון וזו אף אומצה בהכרעת הדין. עוד נטען כי עדות המערער נתמכת במארג ראיתי ממשי של עדים שהעידו על תגובותיו. בנוסף טען המערער כי ישנה דלות ראיתי ביחס לעוצמת המכה הבודדת שהכה את המנוח והרשעתו נסמכת על ממצאים שלא גובו בחומר הראיות.

לפיכך, טען המערער כי יש לזכותו מכל אשמה ולחילופין, להקל בעונשו במידה משמעותית.

12. המשיבה מצידה סמכה ידיה על פסק דינו של בית המשפט המחוזי וביקשה לדחות את הערעור. לטענת המשיבה בצדק הרשיע בית המשפט המחוזי את המערער בעבירת ההריגה, על בסיס יסוד נפשי של קלות דעת. שכן, המערער הפעיל אלימות ישירה, בעוצמה רבה כלפי המנוח, שהיה מבוגר וחלש ממנו; מאמרות המערער עלתה בבירור מודעותו לפער הכוחות הממשי בינו לבין המנוח ואלה מוכיחות כי הוא צפה בפועל את אפשרות גרימת התוצאה הקטלנית, אף אם קיווה כי יצליח למנעה.

13. לשיטת המשיבה אין פגם בכך שהכרעת בית המשפט התבססה על אמרות המערער ועל חומר הראיות שהונח בפניו, ובכלל זה: אופי האירוע כפי שעלה מהשחזור שביצע המערער; עוצמת המכה, כעולה מן התוצאה הקשה, מתיאוריו של המערער עצמו בחקירותיו במשטרה; מאמרות המערער בשחזור שערך והדגמתו את המכה; מעדות השכנה ששמעה קול של מכה חזקה ומהעובדה כי שיניו התותבות של המנוח הותירו סימנים באמת ידו של המערער ואף עפו מפיו; מאפייניו הפיזיים של המנוח כעולה מדו"ח הנתיחה שלאחר המוות; ואף מדברי המערער עצמו בחקירתו, שתיאר את המנוח כאדם מבוגר, רזה, נמוך וכחוש; ומודעות המערער לכוח זרועו ולפגיעותו של המנוח כעולה מדבריו בחקירה לפיהם ביקש לרכך את עוצמת המכה ונמנע ממכת אגרוף; כי המערער היה ער לכך שהמנוח עלול ליפול לאספלט בשל המכה, על כל האפשרויות הנלוות לרבות התוצאה הקטלנית. לפיכך, אין כל פגם בקביעה כי מכלול הנסיבות בצירוף אמרות המערער מוכיחות מעל לכל ספק סביר כי למערער היתה מודעות לאפשרות קרות התוצאה הקטלנית כנדרש בסעיפים 298 ו-20(א)(2)(ב) לחוק.

לשיטת המשיבה, משנקבע כי המערער היה מודע ליסודות הפיזיים של התנהגותו ולאפשרות גרימת התוצאה הקטלנית, אין המעשה בא בגדרה של עבירת גרם מוות ברשלנות, עבירה שהיסוד הנפשי בה הוא רשלנות. כך גם סמכה המשיבה את ידיה על קביעות בית המשפט המחוזי בדחותו את טענת ההגנה העצמית של המערער, לנוכח נסיבות האירוע ואמרות המערער עצמו.

14. עוד לשיטת המשיבה, אין כל עילה להתערב בעונשו שהוטל על המערער. העובדה כי עניינו של המערער בא בגדר עבירת ההמתה בקלות דעת, לפי החוק בנוסחו לאחר התיקון, אינה עילה להקלה במתחם העונש ובעונש שהוטל



על ידי בית המשפט המחוזי. כן ציינה המשיבה כי בית המשפט המחוזי התחשב במכלול נסיבותיו האישיות של המערער בהעמידו את עונשו בתחתית המתחם. בדיון בעל פה ציינה המשיבה לזכותו של המערער את תשלום מלוא הפיצוי לאשת המנוח.

דיון והכרעה

15. כעולה מהשתלשלות העניינים שתוארה לעיל, גדר המחלוקת בערעור שבפנינו מצומצמת מזה שעמדה בפני בית המשפט קמא, ומתייחסת לשתי שאלות, והן: האם התקיים במערער היסוד הנפשי הדרוש להרשעה בעבירת ההריגה והאם היה מקום לקבל את טענתו להגנה עצמית. לחילופין, עומדת בפנינו השאלה בדבר חומרת עונשו של המערער.

16. אפתח ואומר כי לא מצאתי לקבל את טענת המערער בדבר הגנה עצמית. בצדק נקבע כי המערער לא חש כי הוא נתון בסכנת חיים, כפי שציין הוא עצמו בעת שנחקר במשטרה. כל הסבריו מדוע היה מקום להכות את המנוח, שהכה קודם לכן באגרופו, אינם מבססים את הצורך בפעולה מתוך הגנה עצמית. יצוין כי חלק מן הטענות שהעלה המערער כדי לבסס את טענת ההגנה העצמית מתייחסות לעניינים שלא היו בידיעתו בזמן אמת. כך העימות שהיה בין המנוח לבין בעל הקיוסק שבמהלכו השליך המנוח ברזלים לעבר האחרון וכך גם הטענה כי בכליו של המנוח נמצאה סכין. בית המשפט עמד בפירוט ובהרחבה על כל התנאים הנחוצים לביסוס טענת ההגנה העצמית ועל כך כי אלה אינם מתקיימים בעניינו של המערער, ולא מצאתי כי יש מקום להתערב בקביעות אלו.

17. עוד בטרם אדרש ליסוד הנפשי של העבירה אציין כי לא מצאתי ממש בטענת המערער לכך שבית המשפט המחוזי נתפס לכלל טעות בקביעתו כי התקיים היסוד ההתנהגותי בעבירה מכוח תשובת המערער לכתב האישום. בתשובתו לכתב האישום אמר בא-כוח המערער, כי המערער מודה בכך שניסה להדוף את המנוח באמצעות האמה שלו בתגובה אינסטינקטיבית לאגרופ שנתן לו האחרון, כי כתוצאה מהמכה נפל המנוח לאחור, קיבל מכה בראשו "וגם לא תהיה מחלוקת שכל הנראה המכה בראש (הכוונה לחבטת הראש באספלט - ג'.ק) היא זו שגרמה למוות" (עמוד 4 לפרוטוקול). בתשובה זו נתמלא היסוד העובדתי וההתנהגותי בעבירה.

18. משטענה זו הוסרה מעל הפרק, יש להידרש לטענה שבלב הערעור והיא שאלת קיומו של היסוד הנפשי בעבירת ההריגה. שכן משנדחתה עדות מומחה המשיבה ונקבע כי מן הבחינה העובדתית הכה המערער במנוח מכה יחידה בפניו, באמצעות אמת ידו, שבעטיה נפל המנוח לאחור ונחבט בראשו באספלט, מתרכז הערעור על הכרעת הדין בשאלת היסוד הנפשי - האם הוכח כי המערער היה קל דעת ביחס לאפשרות גרימת מותו של המנוח, ועל כן יש להשאיר על מכונה את הרשעתו בעבירת ההריגה או שמא לא ניתן לבסס זאת ויש להרשיעו בעבירה אחרת, של גרימת חבלה חמורה (לפי סעיף 333 לחוק) או גרימת מוות ברשלנות (לפי סעיף 304 לחוק).

19. אין מחלוקת כי ניתן להרשיע בעבירה של הריגה ביסוד נפשי של קלות דעת, כל עוד הוכח קיומה של מודעות לאפשרות גרימת התוצאה תוך נטילת סיכון בלתי סביר לאפשרות גרימת התוצאה מתוך תקווה שהיא לא תתממש. נדרש כי מודעות זו תתקיים בנאשם בפועל, באופן סובייקטיבי (ע"פ 10152/17 מדינת ישראל נ' ח'טיב (10.5.2018)). תיקון



137 לחוק העונשין, שענינו עבירות המתה, לא שינה את המצב הנורמטיבי בהקשר זה. היסוד העובדתי, ההתנהגות והנפשי - בעינם עומדים. השוני הוא כי הריגה בקלות דעת הינה, לאחר התיקון, עבירה של המתה בקלות דעת שעונשה המקסימלי עומד על 12 שנות מאסר.

וביישום לענייננו, יש להוכיח כי המערער היה מודע לכך: שהמכה שהכה באמצעות אמת ידו הימנית (מעצם טיבה) היתה מכה שיש בה באופן אובייקטיבי כדי לגרום למות המנוח; לקיום הנסיבות - קרי קיומו של פער כוחות בינו לבין המנוח - היותו של המנוח אדם מבוגר, כחוש ורזה והיות המערער מודע לכוח זרועו; היות המערער מודע (באופן סובייקטיבי) לאפשרות התרחשותה של התוצאה - גרימת מותו של המנוח כתוצאה מאותה מכה בודדת שהכה במנוח.

20. קביעת בית המשפט קמא כי המערער נהג בקלות דעת התבססה על מספר עניינים, והם: מודעותו לפערי הכוחות בינו לבין המנוח בעת שהכה את המנוח, שאותו תיאר כאיש כחוש וזקן; מודעותו לכוח זרועו ולדבריו כי בשל כך מיתן את המכה ונמנע מהטחת אגרוף במנוח; אופי המכה שבחר לתת למנוח, ככזו המאופיינת בתנופה ולא בהדיפה. חיזוק לכך מצא בית המשפט בהתנהגותו המפלילה של המערער לאחר האירוע, שכללה את עזיבת הזירה, הפקרת המנוח וחוסר טיפול בו, הימנעות מהזעקת משטרה או מד"א, שטיפת ידיו, החלפת החולצה שלבש, ניסיון לשטות בשוטרים כשרק לאחר התייעצות מושכלת עם חבר שוטר, קרא לשוטרים במקום וגולל את סיפורו, תוך שנדחתה טענת המערער לכך שנהג כך בשל איבוד עשתונות. כל זאת, על רקע התרשמותו של בית המשפט המחוזי כי המערער בעדותו ניסה למזער את התנהגותו לפני העימות עם המנוח ובמהלכו ולהמעיט בחומרת התנהגותו המפלילה לאחר האירוע, והכל על מנת להציג את האירוע ככזה שבו הוא הותקף, פעל מתוך הגנה עצמית וביצע את ההתנהגות המפלילה לאחר מכן בשל בהלה.

21. עיון במכלול הודעותיו של המערער ועדותו בבית המשפט אינו מאפשר לבסס במידה הדרושה בפלילים את המסקנה כי המערער היה מודע לכך שהמכה שהכה באמת ידו בפניו של המנוח יש בה כדי לגרום למות המנוח, זאת גם בהינתן שימוש בחזקת המודעות.

לאורך חקירותיו במשטרה, לרבות שחזור האירוע ועדותו בבית המשפט, דבק המערער בגרסה לפיה מתוך הכרה בכוח זרועו ואגרופו ויחסי הכוחות הלא שקולים בינו לבין המנוח - היות המנוח אדם מבוגר, רזה וכחוש - הוא נמנע מליתן למנוח מכת אגרוף ומכאן שימושו באמת ידו כדי להדוף/להחזיר למנוח על האגרוף שזה האחרון הקדים ונתן לו. המערער עמד על כך כי המכה באמת ידו לא היתה מכה חזקה ולבטח לא בעוצמה כזו שהצדיקה את נפילתו של המנוח מה שהביא לכך שראשו נחבט באספלט ונגרמה לו כתוצאה מכך אותה חבלת ראש שבעטיה נגרם מותו. לאורך כל חקירותיו ועדותו חזר המערער וטען כי הוא ביקש להימנע מלפגוע במנוח ולגרום לו לחבלה חמורה שיכולה היתה להיגרם לו השתמש באגרוף ידו. כשבהמשך אף ציין כי הוא הופתע מנפילתו המידית של המנוח שכן עוצמת המכה לא הסבירה ולא הצדיקה זאת, כשלבדבריו "אם לא למה צונח ככה... בחיים הוא לא צונח ממכה כזאת" "אני אתן לאישה חלשה מכה כזאת היא לא תצנח..." (ת/8 ב' ע' 21). בנסיבות אלה צירוף אופי המכה - מכה באמת יד ימין בחלקה הפנימי - ולא מכת אגרוף - יחד עם הסבריו כי בכך ביקש להימנע מלפגוע במנוח ולכן ביקש למתן את עוצמת תגובתו - אינם מבססים קיומו של יסוד נפשי של מודעות לאפשרות גרימת התוצאה הקטלנית וקלות דעת לגביה במידה שלמעלה מספק סביר. שכן:



"אין להסתפק בהוכחת מודעות מצד הנאשם לאפשרות של גרימת חבלה גופנית ממשית, ויש להוכיח כי הנאשם היה מודע לאפשרות של גרימת המוות, היא התוצאה הכלולה בהגדרת העבירה... נדרשת מודעות מצד הנאשם לאפשרות של גרימת התוצאה הקטלנית. בהתחשב בכך, שאלה מורכבת היא עד כמה ניתן להיעזר בקביעת קיומה של המודעות לתוצאה הקטלנית תוך הישענות על חזקה ראייתית-עובדתית, המושתתת על הוכחת מודעות הנאשם לאפשרות של גרימת חבלה גופנית... ניתן לומר כי רק כאשר המודעות לגרימת החבלה הגופנית היא מודעות המתייחסת לחבלה חמורה שמעצם טיבה עלולה לסכן חיים, מתקיימת מודעות לתוצאה הקטלנית..." (ע"פ 4351/00 מדינת ישראל נ' אלהווא, פ"דנה(3) 327, 333 (2001), ההדגשות אינן במקור).

וכן:

"לשם הרשעה בעבירת הריגה נדרשת מודעות מצד הנאשם לאפשרות של גרימת תוצאה קטלנית, ואין די בצפיית אפשרות של גרימת חבלה גופנית ממשית. נדרש להוכיח, כי הנאשם היה מודע לאפשרות כי עקב מעשהו או מחדלו האסור, ימצא הקורבן את מותו. מודעות לאפשרות לפיה התוצאה התאבדה גופנית, קשה הכלשה, אינה מספיקה להרשעה בעבירת הריגה (ראו ע"פ 9723/03 מדינת ישראל נ' בלזר, פסקה 5 (12.10.2004); ע"פ 4351/00 מדינת ישראל נ' אבו-אלהווא, פ"דנה(3) 327, 333 (2001))." (ענין פלוני הנ"ל, פסקה 28).

בענייננו, דבק המערער כל העת בגרסה אחת ויחידה לפיה המכה הבודדת אותה נתן למנוח לא היתה מכה חזקה, וכי לא נתכוון לפגוע בו פגיעה קשה וכי נמנע במכוון מלהלום במנוח במכת אגרוף בהיותו מודע למצבו של המנוח וליחסי הכוחות ביניהם. בנסיבות אלה משהוכח שימוש באמת היד כאשר המערער מאמין באמת ובתמים כי מכה כזו - מעצם טיבה - אינה עלולה להסתיים בגרימת מותו של המנוח, משהמוות נגרם, הלכה למעשה, מעצם הנפילה והטחת ראשו של המנוח באספלט ולא מעצם עוצמת המכה - או אז לטעמי נסתרת חזקת המודעות לאפשרות גרימת מותו של המנוח.

22. באשר לחזקת המודעות, הרי שזו:

"חזקה עובדתית גרידא, המבוססת על ניסיון החיים ואשר מוסקת מן הנסיבות הקונקרטיות של המקרה העומד לדיון בפני בית-המשפט. הפרכתה של חזקה עובדתית זו יכולה לעלות משקילתו של מכלול הראיות שהובאו בפני בית-המשפט גם אם בית-המשפט אינו מקבל את גרסתו של הנאשם בדבר דרך התרחשות התאונה הקטלנית." (ע"פ 6131/01 6916/01 מדינת ישראל נ' פרבשטיין(6.12.2001)).

כפי שציינתי לעיל, חזקה זו נסתרה על ידי המערער ואין היא יכולה בנסיבות ענייננו לבסס אחריותו בביצוע עבירת הריגה בקלות דעת.

23. לטעמי, שלא בדין זקף בית המשפט המחוזי את התנהגותו של המערער לאחר אירוע התקיפה לחובתו ככזו המבססת את קיומו של היסוד הנפשי. אף שהתנהגות המערער ראויה לכל גנאי, אין היא מלמדת על קיומה של המודעות הנדרשת בעת הכאת המנוח. כך ניסיונו למזער את חלקו ולהמעיט במעשיו בעת חקירתו ובעת עדותו; כך עזיבת המקום, הפקרת המנוח מבלי להזעיק כוחות רפואה, כך שטיפת ידיו, החלפת חולצתו והניסיון להציג מצג של אי מעורבות ואי ידיעה ביחס לאירוע, תוך ניצול הזמן להתייעצות עם חברו השוטר, שיעץ לו לקרוא לשוטרים שהגיעו עמוד 9



למקום ולספר את גרסתו. בכל אלו אין ראייה ביחס לקיומו של היסוד הנפשי, אלא שהן מראות כי מרגע שהבין למה גרם במעשה שעשה היה המערער עסוק בעצמו ולא בסיוע למנוח, לרבות פעולות שעלולות לחבל בחקירה, כאשר שטף את ידיו והחליף את חולצתו והצגת מצג ראשוני של אי ידיעה על האירוע.

24. על רקע זה, הרי שבנסיבות המקרה, חרף מודעותו של המערער לפערי הכוחות בינו לבין המנוח כמו גם לכוח זרועו - לא ניתן לבסס קיומה של מודעות לאפשרות גרימת התוצאה הקטלנית בו זמנית למתן המכה, והחזקה הראייתית-עובדתית בדבר מכה בודדת המוטחת לכיוון פיו של אדם ככזו העלולה לגרום באופן אובייקטיבי למותו, בבחינת התוצאה הטבעית העלולה לנבוע מן המעשה, אינה עולה בקנה אחד עם ניסון החיים. בנסיבות אלו, הרשעת המערער בעבירת ההריגה אינה יכולה לעמוד. הכרעה זו, שעניינה המסקנה העולה מן התשתית הראייתית, כפי שזו נקבעה על ידי בית המשפט קמא, מבוססת כל כולה על נסיבות המקרה, כפי שנקבעו בהכרעת הדין עצמה.

25. אין משמעות הדבר כי מעשיו של המערער לא נשאו אופי פלילי, אלא כי יש מקום לבחון האם יש להרשיעו בעבירה אחרת. כפי שצוין לעיל, האפשרות להרשיע את המערער בעבירה של גרימת מוות ברשלנות (לפי סעיף 304 לחוק) במקום בעבירת ההריגה נבחנה בהכרעת דינו של בית המשפט קמא, ונדחתה.

בנסיבות המקרה אכן לא היה מקום להרשעת המערער בעבירה זו חלף עבירת ההריגה וזאת מן הטעם שלא התקיים היסוד הנפשי הנדרש להרשעה. יודגש, כי היסוד הנפשי לבדו הוא המבדיל בין עבירת ההריגה לבין עבירת גרימת מוות ברשלנות, כאשר בעבירת ההריגה נדרשת צפיות בפועל של התוצאה הקטלנית בעוד שבעבירת גרימת מוות ברשלנות די בקיומה של צפיות בכוח (ע"פ 7580/02 ג'אבר נ' מדינת ישראל, פסקה 11 (22.9.2005)). בכל הנוגע לצפיות בכוח נדרש, כי ניתן היה לצפות את הסיכון שבהתנהגות, ולא את דרך הגרימה המדויקת להתממשותו (ע"פ 9956/05 שי נ' מדינת ישראל, פד"סג(2)742, פסקה 21 לפסק דינה של הנשיאה (כתוארה אז) ד' ביניש (2009)). לטעמי, בחינת הדברים לאור נסיבות המקרה, כפי שתוארו לעיל, מעלה כי אין לומר כי אדם סביר מן היישוב יכול היה לצפות כי מתן מכה יחידה באמצעות אמת היד, בפניו של אדם תגרום למותו.

26. יחד עם זאת יש מקום לקבוע כי מעשיו של המערער מקימים אחריות בפלילים בעבירה של גרימת חבלה חמורה(עבירה לפי סעיף 333 לחוק), וזאת על בסיס קביעות העובדה והמהימנות של בית המשפט המחוזי.

על בסיס האמור בהכרעת הדין של בית המשפט קמא ניתן לקבוע כי בנסיבות המקרה המערער צריך היה לצפות את האפשרות כי בשל הכאת המנוח בפניו, גם אם באמת ידו ולא ביד קפוצה - (מכת אגרוף) -תיגרם לו חבלה חמורה. היסוד הנפשי הדרוש להרשעה בעבירה לפי סעיף 333 לחוק הוא פיזיות, בין באדישות ובין בקלות דעת (סעיף 20(א)(2) לחוק). בענייננו, על בסיס ממצאי בית המשפט קמא ניתן לקבוע כי התקיימה במערער קלות דעת ביחס לאפשרות גרימת החבלה החמורה למנוח, ולראיה, כתוצאה מהמכה הועפו שיניו התותבות של המנוח מפיו.

27. התוצאה היא שהרשעתו של המערער בעבירת ההריגה אינה יכולה לעמוד. תחת זאת יש להרשיעו בעבירה של גרימת חבלה חמורה לפי סעיף 333 לחוק. יוער, כי בעניין פלוני הנ"ל הכיר בית משפט זה באפשרות להרשיע בעבירה



של גרימת חבלה חמורה תחת עבירת ההריגה, גם כאשר תוצאותיה הביאו למותו של קורבן האלימות, שהותקף.

28. לאור מסקנתי זו, ולפיה יש להרשיע את המערער בעבירה של גרימת חבלה חמורה, יש מקום להתערב בגזר דינו ולהפחית ממאסרו 12 חודשי מאסר. זאת, הן בשל העונש המירבי הקבוע לעבירה, שבע שנות מאסר, והערכים המוגנים שבבסיסה, והן בשל העובדה כי מדובר היה במכה יחידה ובהעדר תכנון.

29. אשר על כן, אציע לחברי כי הערעור על הכרעת הדין יתקבל באופן חלקי, כך שהמערער יזוכה מעבירת ההריגה ותחתיה יורשע בעבירה של גרימת חבלה חמורה (לפי סעיף 333 לחוק) וכי עונש המאסר שנגזר עליו יועמד על 32 חודשי מאסר. יתר רכיבי גזר הדין יעמדו בעינם.

ש ו פ ט

השופט ע' פוגלמן:

אני מסכים.

ש ו פ ט

השופט מ' מזוז:

אני מסכים לפסק דינו של חברי השופט ג' קרא ולמסקנותיו, הן לענין הכרעת הדין והן לענין גזר הדין.

לצד זאת אבקש להוסיף הערה בהתייחס להנמקתו של בית המשפט קמא, בפסקה 107 להכרעת הדין, להחלטתו להרשיע את המערער בעבירת הריגה, ולא בעבירה של גרם מוות ברשלנות, בהסתמך על הערתו של השופט י' עמית בע"פ 6365/12 פלוני נ' מדינת ישראל (9.10.2013) (להלן: ענין פלוני).

בענין פלוני העיר השופט עמית - בהערת אגב של יחיד - בפסקה 4 לחוות דעתו, את הדברים הבאים:

"לטעמי, העבירה של גרם מוות ברשלנות נועדה בראש ובראשונה ללכוד ברשתה התנהגות שאינה אנטי-סוציאלית במהותה, התנהגות שלחברה יש אינטרס בקיומה ובהתקיימותה, אך שבמהלכה נגרם מותו של אדם ברשלנות. הדוגמה המובהקת לכך היא נהיגה. למרות הסכנות האינהרנטיות הכרוכות בנהיגה...

לא כך לגבי עבירות שהורטן בהתנהגות אנטי-סוציאלית מובהקת. כאשר ראובן



דוקר את חברו בסכין וגורם למותו, כאשר ראובן יורה לכיוון ביתו של פלוני וגורם למותו, כאשר ראובן בועט בראשו של פלוני... בכל אותם סוגי מקרים, אך לעיתים רחוקות יקבל בית המשפט את הטענה כי ראובן לא צפה את האפשרות לגרימת מותו של הקורבן...

על דרך הכלל, אני סבור כי כאשר מדובר בהתנהגות אנטי סוציאלית מובהקת שגרמה למותו של אדם, כמו תוך שימוש בנשק קר או חם ללא צידוק, ראוי כעניין של מדיניות משפטית לעשות שימוש בחזקת המודעות ולייחס לנאשם עבירה של הריגה, שהיא עבירה בעלת משרעת ענישה רחבה מאוד, כל מקרה ונסיבותיו. ודוק: ברי כי לכלל זה חריגים, ואין כוונתי לומר כי כל תגרת ידיים בין נערים, שהביאה למותו של אחד מהם, מקומה בעבירת ההריגה. עם זאת, ועל דרך הכלל, האכסניה המתאימה להתנהגות אנטי סוציאלית שהביאה למותו של אדם היא עבירת ההריגה, וזו גם הפרקטיקה הנוהגת במקומותינו."

חוששני כי בדברים אלה יש משום עירוב תחומין בין מציאות אימפירית לבין נורמה משפטית. אכן, לרוב הרשעה בעבירה של "הריגה" (כיום: "המתה בקלות דעת" לפי סעיף 301ג לחוק העונשין, התשל"ז-1977) תתייחס למסכת עובדתית הכוללת פעילות עבריינית במהותה במסגרתה נגרם מותו של אדם, על ידי ירי, דקירה, או מעשה אלימות אחר. ואולם, בכך אין כדי להגביל מבחינה משפטית-אנליטית את עבירת ההריגה לנסיבות של "התנהגות אנטי-סוציאלית", כלשון השופט עמית. ההבחנה בין עבירות ההמתה השונות טמונה ביסודות העבירה (בעיקר ביסוד הנפשי), ולא בהקשר ההתנהגותי הרחב במסגרתו אירעה. למותר לומר כי באף אחת מעבירות ההמתה לא נכלל כאחד מיסודות העבירה כי המעשה בוצע במסגרת "התנהגות אנטי-סוציאלית", או התנהגות שאינה כזו. אין גם חולק, כי אין מניעה מלהרשיע אדם בעבירת הריגה גם אם זו בוצעה במהלך התנהגות שאינה בהכרח אנטי-סוציאלית, כגון נהיגה ברכב, ויש למרבה הצער מקרים לא מועטים כאלה, ואף השופט עמית מציין זאת כ"חריגים" לכלל.

אבחנה דיכוטומית זו בין התנהגות "אנטי-סוציאלית" לבין התנהגות שאינה זו, וכאשר על יסודה נקבע כלל של "מדיניות משפטית" לפיו "כאשר מדובר בהתנהגות אנטי סוציאלית מובהקת שגרמה למותו של אדם... ראוי כעניין של מדיניות משפטית לעשות שימוש בחזקת המודעות ולייחס לנאשם עבירה של הריגה", היא בעייתית בעיני ועלולה גם לגרום לתקלות. לא רק שלאבחנה זו אין כל עיגון חוקי, אלא שהיא עלולה להוביל להרשעה מוטעית, כאשר אירוע יסווג בטעות כמעשה "הריגה" אך בשל כך שבוצע במסגרת פעילות "אנטי-סוציאלית" (ולהיפך), ללא הניתוח הקפדני הנדרש של יסודות העבירה - והמקרה דנן יוכיח! אני סבור כי השופט עמית כיוון לשימוש מעין זה בדבריו.

לכך יש להוסיף כי גם עצם ההבחנה בין "התנהגות אנטי-סוציאלית" להתנהגות שאינה כזו, רחוקה מלהיות פשוטה וברורה.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט ג' קרא.

ניתן היום, י"א בניסן התש"ף (5.4.2020).



ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט
