|  |
| --- |
| בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פליליים |

|  |
| --- |
| ע"פ 10105/16 |

|  |  |
| --- | --- |
| לפני: | כבוד השופט נ' הנדל |
|  | כבוד השופטת ע' ברון |
|  | כבוד השופט ג' קרא |

|  |  |
| --- | --- |
| המערער: | מיכאל (מיקי) מיכלאשוילי |

|  |  |
| --- | --- |
|  | נ ג ד |

|  |  |
| --- | --- |
| המשיבים: | 1. מדינת ישראל |
|  | 2. הגב' א. בוסקילה- אם המנוח |
|  | 3. אחי המנוח - ר', ה', נ', ת'. |

|  |
| --- |
| ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי באר שבע מיום 15.11.2016 ב[תפ"ח 16193-01-15](http://www.nevo.co.il/case/18801625) [פורסם בנבו] שניתן כבוד השופטים ח' סלוטקי, א' אינפלד וא' חזק. |

|  |  |
| --- | --- |
| בשם המערער: | עו"ד טל ענר; עו"ד ניל סיימון; עו"ד איציק שדה |

|  |  |
| --- | --- |
| בשם המשיבה 1: | עו"ד סיגל בלום |

|  |  |
| --- | --- |
| בשם המשיבים 3-2: | עו"ד סהראב שייח' יוסף |

חקיקה שאוזכרה:

[חוק העונשין, תשל"ז-1977](http://www.nevo.co.il/law/70301): סע' [29](http://www.nevo.co.il/law/70301/29), [29(ב).](http://www.nevo.co.il/law/70301/29.b), [קטן (א)(1)](http://www.nevo.co.il/law/70301/34.a.1), [קטן (א)(2)](http://www.nevo.co.il/law/70301/34.a.2), [34א](http://www.nevo.co.il/law/70301/34a), [34א(א)(1)](http://www.nevo.co.il/law/70301/34a.a.1), [34א(א)(2)](http://www.nevo.co.il/law/70301/34a.a.2), [34א(ב)](http://www.nevo.co.il/law/70301/34a.b), [144(א)](http://www.nevo.co.il/law/70301/144.a), [215](http://www.nevo.co.il/law/70301/215), [298](http://www.nevo.co.il/law/70301/298)

[חוק בתי המשפט [נוסח משולב], תשמ"ד-1984](http://www.nevo.co.il/law/74849): סע' [80(ג)(2)](http://www.nevo.co.il/law/74849/80.c.2)

[חוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב-1982](http://www.nevo.co.il/law/74903): סע' [215](http://www.nevo.co.il/law/74903/215)

מיני-רציו:

\* שלושת חברי ההרכב מצאו שהעונש שהושת על המערער הוא הולם ואין הצדקה להתערב בו. השופט הנדל נדרש לסוגיית חלותו או אי חלותו של [סעיף 34א](http://www.nevo.co.il/law/70301/34a) ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301), השופטים ברון וקרא סברו שאין לכך מקום וצורך.

\* עונשין – שותפים לעבירה – עבירה שונה או נוספת

\* דיון פלילי – ערעור – דחיית ערעור על אף טענה שנתקבלה

\* עונשין – ענישה – עקרון ההלימה‏

.

ערעור על גזר דינו של ביהמ"ש המחוזי במסגרתו הושתו על המערער 12 שנות מאסר בפועל, מאסר על תנאי וקנס בשיעור 258,000 ₪, בגין הרשעתו (ע"פ הודאתו) בעבירת הריגה ובעבירות נשק (החזקת נשק ותחמושת). כל שופט במותב קמא הגיע לתוצאה עונשית שונה ברכיב המאסר בפועל: 10, 12 ו-14 שנים. התוצאה הסופית נקבעה בהתאם [לסעיף 80(ג)(2)](http://www.nevo.co.il/law/74849/80.c.2) ל[חוק בתי המשפט](http://www.nevo.co.il/law/74849), לפיו עונש המאסר בפועל במקרה דנן הוא כאמור 12 שנים. המערער מסתייג מעונש זה ואף מעונש המאסר המותנה ומהפיצוי.

.

ביהמ"ש העליון דחה את הערעור בקבעו:

השופט הנדל –

השופטים קמא נחלקו בשאלה האם [סעיף 34א](http://www.nevo.co.il/law/70301/34a) לחוק העונשין חל או לאו. כתב האישום נעדר אזכור של הסעיף או כל התייחסות ליסודותיו. במובן זה יש היגיון רב בגישה המחמירה. אך בד בבד עולה כי התובעת בביהמ"ש המחוזי אישרה שאחריות המערער נובעת [מסעיף 34א.](http://www.nevo.co.il/law/70301/34a) מצב דברים זה יוצר קושי. לכן בנסיבות תיק זה, נצא מתוך הנחה [שסעיף 34א](http://www.nevo.co.il/law/70301/34a) חל.

התנאי הראשון של הסעיף הוא שמבצע העבירה עבר עבירה אגב עשיית העבירה העיקרית. במקרה דנן מבצע העבירה הוא היורה, והעבירה העיקרית היא מסוג אלימות – לפגוע במנוח. התנאי השני הוא כי מדובר בעבירה שונה או נוספת לעבירה העיקרית. מכתב האישום עולה כי על פני הדברים העבירה השונה או הנוספת היא עבירת הרצח (בדיון התייחס לכך שהיורה עבר עבירת הריגה. כך או כך, התוצאה מבחינת אשמת המערער לא תשתנה במקרה זה). התנאי השלישי הוא כי אדם מן הישוב היה יכול להיות מודע לאפשרות עשיית העבירה השונה או הנוספת – תהא זו רצח או תהא זו הריגה. בענייננו, ניתן ללמוד על המודעות האמורה מכך שהמערער תכנן להביא את המנוח למקום מבודד באזור תעשייה על מנת לפגוע בו. לשם כך הוא שוחח עם המנוח והשניים נפגשו סמוך לביתו של השני עובר להגעה לשם. כל זאת כאשר הוא יודע שבאותו המקום הוא מחזיק נשק ותחמושת באופן לא חוקי.

אשר לתנאי השני. לפי אפשרות אחת היורה אשם בעבירת ההריגה. בתרחיש האמור [סעיף 34א(א)(1)](http://www.nevo.co.il/law/70301/34a.a.1) רישה חל, ולפיו המבצעים בצוותא הנותרים יישאו באחריות לעבירה זו גם. הסיפה של [סעיף 34א(א)(1)](http://www.nevo.co.il/law/70301/34a.a.1), [סעיף 34א(א)(2)](http://www.nevo.co.il/law/70301/34a.a.2) [וסעיף 34א(ב)](http://www.nevo.co.il/law/70301/34a.b) אינם רלוונטיים. הראשון אינו רלוונטי משום שלצורך הרשעה בעבירת ההריגה די ביסוד נפשי מסוג אדישות; השני, הדן בעונשם של המשדל והמסייע – היות שהמערער הינו בגדר מבצע בצוותא (לא נטען כי הוא משדל או מסייע וכך גם עולה מעובדות כתב האישום); והשלישי משום שעבירת ההריגה אינה נושאת עונש חובה. לפי האפשרות השנייה היורה ביצע עבירת רצח. במקרה זה חל הסיפה של [סעיף 34א(א)(1)](http://www.nevo.co.il/law/70301/34a.a.1), לפיו מקום בו מדובר בעבירת כוונה המבצעים הנותרים יישאו באחריות בגינה בעבירה של אדישות בלבד. בענייננו, עבירת הרצח דורשת כוונה ועל כן המערער יישא באחריות בגין עבירת ההריגה, הדורשת יסוד נפשי מסוג אדישות. קרי, בין אם היורה אשם בהריגה ובין אם ברצח – המערער אשם בהריגה ויסודו הנפשי הוא אדישות.

ובחזרה לשלוש חוות הדעת של שופטי מותב קמא. מהניתוח לעיל עולה כי, כאמור, יש קושי לקבל את הדעה המחמירה. באשר לחוות הדעת של הגישה המקלה והאמצעית, אומנם יסוד נפשי מסוג אדישות הוצג בהן, אך מקורו אינו נהיר. מקריאתן עולה כי שתי הגישות מניחות כאחת כי היסוד הנפשי של המערער בעבירת ההריגה הוא רשלנות. מסקנה זו אינה תואמת את [סעיף 34א](http://www.nevo.co.il/law/70301/34a), שכן המערער אינו משדל או מסייע אלא מבצע בצוותא. המסקנה אף לא תואמת את כתב האישום. ואולם, אף אם מקבלים את הגישה לפיה אשמת המערער נובעת [מסעיף 34א](http://www.nevo.co.il/law/70301/34a) – אין מקום לקבל את הערעור, משום שתנאי [סעיף 215](http://www.nevo.co.il/law/70301/215) לחסד"פ מתקיימים ביחס ליסוד הנפשי שלו. דהיינו, לא נגרם כל עיוות דין. חובתו של ביהמ"ש לתת דעתו גם לתוצאה, ובענייננו נראה כי היא אינה מחמירה בהינתן מעשיו של המערער.

השופטת ברון –

המערער הורשע ע"פ הודאתו בביצוע עבירת הריגה לפי [סעיף 298](http://www.nevo.co.il/law/70301/298) ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301) ועבירות נשק. בסעיף 9 לכתב האישום בו הודה המערער והורשע, נאמר במפורש כי היסוד הנפשי שלו היה "אדישות" לאפשרות שהמנוח ימות כתוצאה מהירי שבוצע באקדח של המערער. כך חזרה ושנתה גם התובעת במסגרת הטיעונים לעונש. לא נמצא מקום וצורך להכביר מילים על חלותו או אי חלותו של [סעיף 34א](http://www.nevo.co.il/law/70301/34a), גם לא לפרשנותו בנסיבות המקרה. כך מקום שבהינתן העובדות שיוחסו למערער בכתב האישום שבהן הודה והורשע, וכאשר מתווסף לכך עברו הפלילי המכביד וכן המכה הקשה שהונחתה על משפחת המנוח עם מות יקירם – העונש שהושת על המערער הוא הולם ואין הצדקה להתערב בו.

השופט קרא –

מצטרף לתוצאה שאליה הגיע השופט הנדל ולטעמיה של השופטת ברון.

|  |
| --- |
| פסק-דין |

השופט נ' הנדל:

מונח לפנינו ערעור על גזר דינו של בית המשפט המחוזי בבאר שבע ([תפ"ח 16193-01-15](http://www.nevo.co.il/case/18801625), [פורסם בנבו] כב' השופטים **ח' סלוטקי**, **א' אינפלד**, **א' חזק**). המערער הורשע על פי הודאתו בכתב אישום מתוקן בעבירת הריגה ובעבירות נשק (החזקת נשק ותחמושת) על פי [חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301), תשל"ז – 1977 (להלן: **החוק**), [סעיפים 298](http://www.nevo.co.il/law/70301/298) ו-[144(א)](http://www.nevo.co.il/law/70301/144.a) בהתאמה.

**הליך קמא וטענות הצדדים**

1. גזר הדין נסע בשביל לא שגרתי, שבא לביטוי בכך שכל שופט במותב הגיע לתוצאה עונשית שונה ברכיב המאסר בפועל: 10, 12 ו-14 שנים. התוצאה הסופית נקבעה בהתאם [לסעיף 80(ג)(2)](http://www.nevo.co.il/law/74849/80.c.2) ל[חוק בתי המשפט](http://www.nevo.co.il/law/74849) [נוסח משולב], התשמ"ד-1984 (להלן: **חוק בתי המשפט**), לפיו עונש המאסר בפועל במקרה דנן הוא 12 שנים. הסנגור מסתייג מעונש זה ואף מעונש המאסר המותנה ומהפיצוי, הגם שלא הייתה מחלוקת במותב קמא לגבי השניים האחרונים.

על פי עובדות כתב האישום המתוקן, בהן הורשע המערער, בתקופה הרלוונטית היה לו אקדח מבלי שהיה לו רישיון לכך. הוא גמל בליבו להביא את המנוח, בן דודו, למקום מבודד על מנת לפגוע בו. לשם כך הוא קבע עמו מפגש, בו המערער, או אחר בנוכחותו של המערער, ירה במנוח שש יריות מטווח קצר בפלג הגוף העליון. הירי הוביל לפטירתו של המנוח. בכתב האישום צוין שהמערער, ככל שהוא לא זה שירה במנוח, היה אדיש לאפשרות שהמנוח יומת כתוצאה מהירי. לאחר מות המנוח המערער או האחר הסתירו את האקדח. בערכאה קמא ובדיון לפנינו הוסכם בין הצדדים כי מקום בו זהות המופיע בכתב האישום אינה ידועה, יונח כי מדובר באחר ולא במערער.

שלושת שופטי ההרכב נחלקו, כאמור, באורך המאסר בפועל שיש לגזור על המערער ובהתייחסותם לסעיפים שונים ב[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301), כפי שיוסבר. השופט **א' אינפלד** קבע כי היה במערער יסוד נפשי של רשלנות, וציין כי התובעת אישרה שהרשעתו בעבירת ההריגה נובעת מתנאיי [סעיף 34א](http://www.nevo.co.il/law/70301/34a) לחוק. לגישתו, יש להעניק משקל לנתונים אלה בגזר הדין, ולכן הוא הקל לעומת חבריו וגזר את מאסרו בפועל של המערער באורך 10 שנים (להלן: **הגישה המקלה**). השופט **א' חזק** כתב בחוות דעתו כי הוא "מסכים לחוות דעתו של השופט אינפלד, בכפוף להערה הבאה: הדברים שצוינו בחוות הדעת בפרק העוסק ב'קביעת המתחם'...שבהם ניתנה התייחסות גם לאדישותו של הנאשם בעת שירו בבן דודו בנסיבות שצוינו, יחייבו קביעת מתחם ענישה מחמיר יותר...לאור זאת אמליץ לחברי לגזור על הנאשם 12 שנות מאסר" (להלן: **הגישה האמצעית**). השופטת **ח' סלוטקי**, ראש ההרכב, סברה כי היסוד הנפשי של המערער הוא אדישות, וכי אין רלוונטיות [לסעיף 34א](http://www.nevo.co.il/law/70301/34a) לחוק אלא [לסעיף 29(ב).](http://www.nevo.co.il/law/70301/29.b) בהתאם היא הטילה את העונש החמור מבין חברי ההרכב – באורך 14 שנה (להלן: **הגישה המחמירה**).

הסנגור טען בפנינו כי אחריותו של המערער נובעת [מסעיף 34א](http://www.nevo.co.il/law/70301/34a) לחוק, בהתאם לגישה המקלה וכפי שאף אמרה התובעת בבית המשפט המחוזי. בדיון ביקשנו את עמדת המדינה, אשר טענה כי הדברים שיוחסו לתובעת בהליך קמא לא נאמרו וממילא אינם עולה מכתב האישום. באשר לעונש המאסר המותנה שהוטל על המערער, 2 שנות מאסר למשך שלוש שנים שלא יעבור עבירה מסוג פשע, הסנגור גרס כי הדבר עשוי להעמידו בפני ענישה לא פרופורציונאלית במקרה של פשיעה עתידית; ולגבי הפיצוי, בשיעור 258,000 ש"ח, נטען כי הוא חורג מהנהוג. באת כוח המדינה תמכה בעמדה שאליה הגיע בית המשפט. בא כוח הנפגעים, שטען לעניין הפיצוי, הפנה לתסקיר נפגעי העבירה המלמד על הפגיעה הקשה במשפחה, אף מבחינה כלכלית, והדגיש כי מדובר בחמישה נפגעי עבירה.

**דיון והכרעה**

1. לא בכל תיק מגיעים חברי ההרכב לשלוש תוצאות עונשיות. אם לא די בכך, ישנה מורכבות נוספת על המורכבות האמורה, והיא המחלוקת בין השופטים, ואף בין באי כוח הצדדים, בשאלה האם [סעיף 34א](http://www.nevo.co.il/law/70301/34a) חל או לאו. רובד נוסף של מורכבות הוא שהמערער הורשע על פי הודאתו ולא לאחר ניהול הליך הוכחות. במצב כזה כתב האישום אמור לדבר בעד עצמו, ואולם אף כלל זה אינו פשוט ומובן במקרינו.

עיון בעובדות כתב האישום מלמד כי [סעיף 34א](http://www.nevo.co.il/law/70301/34a) לחוק אינו חל. מסקנה זו נובעת מכך שכתב האישום נעדר אזכור של הסעיף או כל התייחסות ליסודותיו. במובן זה יש היגיון רב בגישה המחמירה. אך בד בבד עולה כי התובעת בבית המשפט המחוזי אישרה שאחריותו של המערער נובעת [מסעיף 34א.](http://www.nevo.co.il/law/70301/34a) מצב דברים זה יוצר קושי. מחד גיסא באי כוח הצדדים ניהלו משא ומתן בדבר עובדות כתב האישום [וסעיף 34א](http://www.nevo.co.il/law/70301/34a) אינו. מאידך גיסא, הן הסנגור והן הגישה המקלה ציינו כי התובעת אמרה זאת. נראה כי קשה להתעלם מהטענה כי הסעיף אכן חל. לכן בנסיבות תיק זה, על אף האמור לעיל, ולנוכח עמדתה המסתברת של התובעת בערכאה קמא – אצא מתוך הנחה [שסעיף 34א](http://www.nevo.co.il/law/70301/34a) חל. מכאן יש לפנות לסעיף האמור.

כותרתו של [סעיף 34א](http://www.nevo.co.il/law/70301/34a) היא "עבירה שונה או נוספת", וזוהי לשונו:

(א) עבר מבצע, אגב עשיית העבירה, עבירה שונה ממנה או נוספת לה, כאשר בנסיבות הענין, אדם מן היישוב יכול היה להיות מודע לאפשרות עשייתה –

(1) יישאו באחריות לה גם המבצעים בצוותא הנותרים; ואולם, נעברה העבירה השונה או הנוספת בכוונה, ישאו המבצעים הנותרים באחריות לה כעל עבירה של אדישות בלבד;

(2) יישא באחריות לה גם המשדל או המסייע, כעבירה של רשלנות, אם קיימת עבירה כזאת באותו יסוד עובדתי.

(ב) הרשיע בית המשפט נאשם על פי סעיף קטן (א)(1) בעבירה שנקבע לה עונש חובה, רשאי הוא להטיל עליו עונש קל ממנו.

סעיף קטן (א) מציג שלושה תנאים מצטברים הניצבים כשער כניסה לסעיף: מבצע העבירה עבר עבירה אגב עשיית העבירה העיקרית, מדובר בעבירה שונה או נוספת לה, ואדם מן היישוב יכול היה להיות מודע לאפשרות עשייתה של העבירה המדוברת. לאמור, תוך כדי ביצוע העבירה העיקרית נעברה עבירה שונה או נוספת על ידי אחד המבצעים, וישנה מודעות פוטנציאלית של אדם מן הישוב לביצוע העבירה הזו, על אף שהיא אינה חלק מהתכנית העבריינית. ודוקו, עסקינן בבחינה שאינה אמפירית מובהקת מנקודת המבט של הצופה מהצד. כפי שנכתב בעניין **בסטיקאר**: "היקף הקשר, כהיקף המבצעים בצוותא כהיקף התוכנית המשותפת. האחרונה, היא התוחמת את הגבולות. לרבות גבולות האחריות. היא המחייבת והיא הפוטרת מאחריות. במובן זה, [סעיף 34א](http://www.nevo.co.il/law/70301/34a) ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301) מהווה 'חריג אחריות' המניח שמבצע בצוותא סטה מהתוכנית וביצע עבירה נוספת, ואף על פי כן, בהתקיים תנאים מסוימים, יחוייבו השותפים האחרים בהתאם לסעיף" ([ע"פ 5686/07](http://www.nevo.co.il/case/5696849) **בסטיקאר נ' מדינת ישראל**, [פורסם בנבו] בפס' 13 לחוות דעתי (17.02.2011)).

[סעיף קטן (א)(1)](http://www.nevo.co.il/law/70301/34.a.1) דן בעונשם של המבצעים בצוותא הנותרים במצב זה, [וסעיף קטן (א)(2)](http://www.nevo.co.il/law/70301/34.a.2) בעונשם של המשדל והמסייע. **הרישה** של [סעיף 34א(א)(1)](http://www.nevo.co.il/law/70301/34a.a.1) קובעת כלל לפיו המבצעים בצוותא הנותרים יישאו באחריות פלילית בגין העבירה הנוספת או השונה שבוצעה; בעוד **הסיפה** קובעת כי מקום בו מדובר בעבירה הדורשת יסוד נפשי מסוג כוונה – המבצעים הנותרים יישאו באחריות בגינה כעבירת אדישות בלבד. [סעיף קטן (א)(2)](http://www.nevo.co.il/law/70301/34.a.2), הדן כאמור במשדל או במסייע – קובע כי אלה יישאו באחריות כעבירת רשלנות, אם זו קיימת באותו יסוד עובדתי. סעיף קטן (ב) קובע כלל לגבי הענישה, לפיו בהרשעה על פי [סעיף קטן (א)(1)](http://www.nevo.co.il/law/70301/34.a.1), ככל שישנו עונש חובה ניתן להטיל עונש קל יותר.

הסעיף נוסע אפוא בשלושה נתיבים, ועניינו "צדדים לעבירה" מקום בו אחד המבצעים סוטה מהתכנית העבריינית המקורית. נתיב אחד הוא מתן תשובה לשאלה האם במצב זה צדדי העבירה הנוספים – מבצעים בצוותא, מסייע ומשדל – אחראים לעבירה השונה או הנוספת; נתיב שני הוא מה מידת האחריות שלהם, כמבצע העבירה או בעבירה אחרת; והנתיב השלישי מתייחס לעונש הראוי שיש להטיל במצבים שונים.

1. בענייננו, הסנגור משליך יהבו על כך שהסעיף חל. נתון נוסף הוא כי במסגרת משפטו של המערער יש להניח לטובתו, בהיעדר הוכחה כנדרש, כי האחר המופיע בכתב האישום הוא היורה. אחרון יודגש כי המערער אשם בהריגה כמבצע בצוותא, ולא נטען כי הוא משדל או מסייע. גם עובדות כתב האישום מציינות כי "הנאשם...גרם בעצמו או ביחד עם אחר, למותו של המנוח, במעשה אסור...", והמערער אף הודה בו. ניגש עתה לתנאי [סעיף 34א](http://www.nevo.co.il/law/70301/34a) לחוק, תוך שילוב העובדות. נאמר כבר כי ישנם "חורים שחורים" בתמונה ועל כן נתייחס לאפשרויות השונות.

**התנאי הראשון** של הסעיף הוא, כאמור, שמבצע העבירה עבר עבירה אגב עשיית העבירה העיקרית. במקרה דנן מבצע העבירה הוא היורה, והעבירה העיקרית היא מסוג אלימות – לפגוע במנוח. **התנאי השני** הוא כי מדובר בעבירה שונה או נוספת לעבירה העיקרית. מכתב האישום עולה כי על פני הדברים העבירה השונה או הנוספת היא עבירת **הרצח**. זאת משום שהמערער והאחר המופיע בכתב האישום גרמו למנוח להגיע למקום מבודד בידיעה שיש שם אקדח, והמנוח נורה מטווח קצר של פחות ממטר שש יריות בפלג גופו העליון. כל זאת מבלי שיש תשתית לקנטור או התגרות מצידו. גם חוות הדעת המקלה תומכת בגישה זו, בציינה כי "...היורה ביצע למעשה עבירת רצח, או מעשה הריגה הדומה לרצח" (עמוד 15 לפסק דינה של ערכאה קמא). עם זאת, בדיון בפנינו הסנגור התייחס לכך שהיורה עבר עבירת **הריגה**. כך או כך, כפי שיבואר להלן, בין אם המבצע העיקרי ביצע עבירת רצח ובין אם עבירת הריגה – התוצאה מבחינת אשמת המערער לא תשתנה במקרה זה, ותואמת את הודאתו בעבירת ההריגה וביסוד נפשי מסוג אדישות. **התנאי השלישי** לתחולת [סעיף 34א](http://www.nevo.co.il/law/70301/34a) הוא כי אדם מן הישוב היה יכול להיות מודע לאפשרות עשיית העבירה השונה או הנוספת – תהא זו רצח או תהא זו הריגה. בענייננו, ניתן ללמוד על המודעות האמורה מכך שהמערער תכנן להביא את המנוח למקום מבודד באזור תעשייה על מנת לפגוע בו. לשם כך הוא שוחח עם המנוח והשניים נפגשו סמוך לביתו של השני עובר להגעה לשם. כל זאת כאשר הוא יודע שבאותו המקום הוא מחזיק נשק ותחמושת באופן לא חוקי.

נפנה ליישום **התנאי השני** – קיומה של עבירה שונה או נוספת – על עובדות המקרה, על פי שתי האפשרויות שהוצגו לעיל. לפי הראשונה היורה ביצע עבירת **הריגה**. בתרחיש האמור [סעיף 34א(א)(1)](http://www.nevo.co.il/law/70301/34a.a.1) **רישה** חל, ולפיו המבצעים בצוותא הנותרים – המערער בענייננו – יישאו באחריות לעבירה זו גם. במקרה זה, הסיפה של [סעיף 34א(א)(1)](http://www.nevo.co.il/law/70301/34a.a.1), [סעיף 34א(א)(2)](http://www.nevo.co.il/law/70301/34a.a.2) [וסעיף 34א(ב)](http://www.nevo.co.il/law/70301/34a.b) אינם רלוונטיים. הראשון אינו רלוונטי משום שלצורך הרשעה בעבירת ההריגה די ביסוד נפשי מסוג אדישות ואין דרישה לכוונה מיוחדת; השני, הדן בעונשם של המשדל והמסייע – היות שהמערער הינו בגדר מבצע בצוותא, כפי שבואר; והשלישי משום שעבירת ההריגה אינה נושאת עונש חובה. יוצא כי בהנחה שהיורה אשם בעבירת ההריגה, יש להרשיע גם את המערער בעבירה זו. ודוקו, ניתוח זה, המבוסס על עמדת התובעת בבית משפט קמא, מניח שהמערער הורשע בהריגה לא ב"דרך המלך", כמבצע בצוותא לפי [סעיף 298](http://www.nevo.co.il/law/70301/298) בשילוב [סעיף 29](http://www.nevo.co.il/law/70301/29) לחוק, אלא מכוח [סעיף 34א.](http://www.nevo.co.il/law/70301/34a)

לפי האפשרות השנייה היורה ביצע עבירת **רצח**. זאת במסגרת **התנאי השני** של [סעיף 34א.](http://www.nevo.co.il/law/70301/34a) יש להדגיש כי אין באמור לקבוע דבר לגבי משפטו של האחר בכתב האישום. במקרה זה חל **הסיפה** של [סעיף 34א(א)(1)](http://www.nevo.co.il/law/70301/34a.a.1), לפיו מקום בו מדובר בעבירת כוונה המבצעים הנותרים ישאו באחריות בגינה בעבירה של אדישות בלבד. בענייננו, עבירת הרצח דורשת כוונה ועל כן המערער, המבצע הנותר, יישא באחריות בגין עבירת ההריגה, הדורשת יסוד נפשי מסוג אדישות. מכאן כי גם בהנחה שהיורה אשם בעבירת הרצח, יש להרשיע את המערער בעבירת ההריגה. קרי, על פי כל אחת מהאופציות – בין אם היורה אשם בהריגה ובין אם ברצח – המערער אשם בהריגה ויסודו הנפשי הוא אדישות.

1. ובחזרה לשלוש חוות הדעת של שופטי מותב קמא. מהניתוח לעיל עולה כי יש קושי לקבל את הדעה המחמירה, שכן היא יצאה מתוך הנחה [שסעיף 34א](http://www.nevo.co.il/law/70301/34a) לא חל. הגם שכאמור יש בסיס למסקנה זו, הואיל ועולה שהתובעת הציגה עמדה אחרת לא נהיה יותר קטגורים מקטגורית בנושא זה. ממילא, יש לזכור כי בהתאם [לסעיף 80(ג)(2)](http://www.nevo.co.il/law/74849/80.c.2) ל[חוק בתי המשפט](http://www.nevo.co.il/law/74849) הצטרפה הדעה המחמירה לדעה האמצעית. הסיפה של הסעיף קובעת כי "לא היתה דעת רוב לענין סוג העונש או מידתו, תצורף הדעה המחמירה יותר לדעה המקילה הקרובה אליה".

באשר לחוות הדעת של הגישה המקלה והאמצעית, אומנם יסוד נפשי מסוג אדישות הוצג בהן, ובפרט באמצעית, אך מקורו אינו נהיר ודומה כי הוא נלמד [מסעיף 34א](http://www.nevo.co.il/law/70301/34a) לחוק או מכתב האישום בלבד. מקריאתן עולה כי שתי הגישות מניחות כאחת כי היסוד הנפשי של המערער בעבירת ההריגה הוא רשלנות. מסקנה זו אינה תואמת את [סעיף 34א](http://www.nevo.co.il/law/70301/34a), שכן המערער אינו משדל או מסייע אלא מבצע בצוותא. המסקנה אף לא תואמת את כתב האישום המציין במפורש, כאמור, כי המערער היה אדיש לאפשרות שהמנוח יומת והמערער אף הודה בו.

לצד האמור, יש להפנות את מבטנו [לסעיף 215](http://www.nevo.co.il/law/74903/215) ל[חוק סדר הדין הפלילי](http://www.nevo.co.il/law/74903) [נוסח משולב], תשמ"ב-1982, הקובע כי בית המשפט רשאי לדחות ערעור אף אם קיבל טענה שנטענה, אם היה סבור כי לא נגרם עיוות דין. מכאן כי השאלה המרכזית היא האם עונש של 12 שנה מאסר בפועל הוא עונש הולם. במקרה דנן, אף אם אנו מקבלים את הגישה לפיה אשמתו של המערער נובעת [מסעיף 34א](http://www.nevo.co.il/law/70301/34a) – אין מקום לקבל את הערעור, משום שתנאי [סעיף 215](http://www.nevo.co.il/law/70301/215) מתקיימים ביחס ליסוד הנפשי שלו. דהיינו, לא נגרם כל עיוות דין. סופו של דבר הוא שחובתו של בית המשפט לתת דעתו גם לתוצאה, ובענייננו נראה כי היא אינה מחמירה בהינתן מעשיו של המערער.

על פי כתב האישום המערער תכנן להביא את המנוח למקום מבודד על מנת לפגוע בו, תוך שהוא מחזיק אקדח באופן לא חוקי במקום, והמנוח נורה מטווח קצר של פחות ממטר שש יריות בפלג גופו העליון על ידי האחר המופיע בכתב האישום. זאת עת המערער אדיש לאפשרות שהוא ימות כתוצאה מכך וללא כל התגרות מצד המנוח. מנסיבות המעשה עולה אפוא כי אף כמבצע בצוותא, חלקו של המערער באירוע רב. הוא זה שתכנן לפגוע במנוח, שקבע עימו לשם כך פגישה בביתו ושגרם לו להגיע למקום המבודד. כל זאת תוך שהוא יודע שיש במקום נשק חם ותחמושת השייכים לו בדרך לא חוקית. מדובר במעשים חמורים מאוד, הפוגעים בגוף ובנפש ושתרמו לגדיעת חייו של אדם צעיר. עוד ראוי להעניק משקל לתסקיר נפגעי העבירה, המלמד על הפגיעה הקשה והטראומה שחוותה משפחת הקורבן.

1. נתוני העושה ביחס למעשה חושפים חומרה נוספת. מדובר במערער אשר נטל את חייו של קרוב משפחתו, וזאת על אף קשר דומה לשל אחים, קרוב וחיובי כנלמד מתסקיר נפגעי העבירה. כל זאת כאשר הוא מודע לנזק העצום שעתיד להיגרם למשפחתו בשל מעשיו, כפי שהוטעם בחוות דעתה של ראש ההרכב. לכך יש להוסיף את מבחן העושה. המערער בעל עבר פלילי מכביד, הכולל גם עבירות אלימות קשות ועבירות רכוש, בגינן הוא ריצה מאסר בפועל ארוך בעת כתיבת פסק דינה של ערכאה קמא. אף אם נקבל את עמדת בא כוח המערער לפיה מרשו הביע חרטה ונטל אחריות, כפי שהיה מקובל על חלק משופטי הרכב קמא – אין בכך להצדיק התערבות בתוצאה העונשית של 12 שנות מאסר בפועל במכלול. לגבי ההחלטה שלא להביא בחשבון את תקופת מעצרו של המערער שהייתה חופפת לתקופת מאסרו – לא מצאתי בה פגם. בעניין זה ציינה ערכאה קמא כי הדבר לא פגע בטובת הנאה משמעותית שהוא יכל לקבל.

בנוגע לעונשי המאסר על תנאי והפיצוי – נראה כי גם בהם אין מקום להתערב. בעניין הפיצוי יש לתת משקל לתסקיר נפגעי העבירה ולעובדה שמדובר בניזוקים רבים, אשר חוו פגיעה משמעותית. בנוגע למאסר על תנאי, הרי שהוא מוגבל לעבירה מסוג פשע גרידא ולשלוש שנים. לא נראה אפוא כי עונשים אלה אינם סבירים או אינם ראויים בנסיבות העניין.

1. סיכומו של דבר הוא כי הגישה האמצעית, שהיא הקובעת בנסיבות העניין, אינה מחמירה עם המערער יתר על המידה לנוכח מעשיו, נסיבותיו האישיות ושיקולי הרתעת הפרט והכלל. נשמר אפוא עיקרון ההלימה. לפיכך הייתי מציע לחברי לדחות את הערעור.

ש ו פ ט

השופטת ע' ברון:

המערער הורשע על פי הודאתו בביצוע עבירת הריגה לפי [סעיף 298](http://www.nevo.co.il/law/70301/298) ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301) ועבירות נשק לפי [סעיף 144 (א)](http://www.nevo.co.il/law/70301/144.a) לחוק. בסעיף 9 לכתב האישום שבו הודה המערער והורשע, נאמר במפורש כי היסוד הנפשי של המערער היה "אדישות" לאפשרות שהמנוח ימות כתוצאה מהירי שבוצע באקדחו של המערער. כך חזרה ושנתה גם התובעת במסגרת הטיעונים לעונש; וככל שבא-כוח המערער מבקש לייחס לה אחרת, סבורתני כי הדברים הוצאו מהקשרם. אינני רואה מקום וצורך להכביר מילים על חלותו או אי חלותו של [סעיף 34א](http://www.nevo.co.il/law/70301/34a) ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301), גם אינני נדרשת לפרשנותו בנסיבות המקרה. כך מקום שבהינתן העובדות שיוחסו למערער בכתב האישום שבהן הודה והורשע, וכאשר מתווסף לכך עברו הפלילי המכביד וכן המכה הקשה שהונחתה על משפחת המנוח עם מות יקירם – העונש שהושת על המערער הוא הולם ואין הצדקה להתערב בו. אני מצטרפת אפוא לתוצאה שאליה הגיע חברי השופט נ' הנדל, שלפיה דין הערעור להידחות.

ש ו פ ט ת

השופט ג' קרא:

אני מצטרף לתוצאה שאליה הגיע חברי השופט נ' הנדל ולטעמיה של חברתי השופטת ע' ברון.

ש ו פ ט

אשר על כן, הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט נ' הנדל.

ניתן היום, ‏ה' בכסלו התשע"ט (‏13.11.2018).

5129371ש ו פ ט ש ו פ ט ת ש ו פ ט

54678313

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

16101050\_Z04.doc מא

מרכז מידע, טל' 077-2703333 ; אתר אינטרנט, [supreme.court.gov.il](https://supreme.court.gov.il/)

נ' הנדל 54678313-10105/16

נוסח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה

[בעניין עריכה ושינויים במסמכי פסיקה, חקיקה ועוד באתר נבו – הקש כאן](http://www.nevo.co.il/advertisements/nevo-100.doc)