



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פלייים

ע"פ 10105/16

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

המערער: מיכאל (מיקי) מיכלאשוילי

נגד

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 בתפ"ח 16193-01-15 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 2-3: עו"ד סהראב שייח' יוסף

פסק-דין

השופט נ' הנדל:

מונח לפנינו ערעור על גזר דינו של בית המשפט המחוזי בבאר שבע (תפ"ח
16193-01-15, 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, תשל"ז – 1977 (להלן: החוק), סעיפים 298 ו-144(א) בהתאמה.

1. גזר הדין נסע בשביל לא שגרת, שבא לביטוי בכך שכל שופט במוטב הגיע לתוצאה עונשית שונה ברכיב המאסר בפועל: 10, 12 ו-14 שנים. התוצאה הסופית נקבעה בהתאם לסעיף 80(ג)(2) לחוק בתי המשפט [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 במוטב 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 בחוק העונשין, כפי שיוסבר. השופט א' אינפלד קבע כי היה במערער יסוד נפשי של רשלנות, וציין כי התובעת אישרה שהרשעתו בעבירת ההריגה נובעת מתנאי סעיף 34 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 בכך 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 34 לחוק אלא לסעיף 29(ב). 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 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

2. 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 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 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. מצב דברים זה יוצר קושי. מחד גיסא באי כוח הצדדים ניהלו משא ומתן בדבר עובדות כתב האישום וסעיף 34א 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 חל. מכאן יש לפנות לסעיף האמור.

כותרתו של סעיף 34א 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 היישוב 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 34 לחוק העונשין 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 בסטיקאר נ' מדינת ישראל, בפס' 13 לחוות דעתי (17.02.2011)).

סעיף קטן (א)(1) דן בעונשם של המבצעים בצוותא הנותרים במצב זה, וסעיף קטן (א)(2) בעונשם של המשדל והמסייע. הרישה של סעיף 34א(א)(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), 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), 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.

3. 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 בצוואתו, 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..."³⁴, והמערער אף הודה בו. ניגש עתה לתנאי סעיף 34 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 34 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 34(א)(1) רישה חל, ולפיו המבצעים בצוואת הנותרים – המערער בענייננו – יישאו באחריות לעבירה זו גם. במקרה זה, הסיפה של סעיף

34א(א)(1), סעיף 34א(א)(2) וסעיף 34א(ב) אינם רלוונטיים. הראשון אינו רלוונטי משום שלצורך הרשעה בעבירת ההריגה די ביסוד נפשי מסוג אדישות ואין דרישה לכוונה מיוחדת; השני, הדין 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 בשילוב סעיף 29 לחוק, אלא מכוח סעיף 34א.

לפי האפשרות השנייה היורה ביצע עבירת רצח. זאת במסגרת התנאי השני של סעיף 34א. יש להדגיש כי אין באמור לקבוע דבר לגבי משפטו של האחר בכתב האישום. במקרה זה חל הסיפה של סעיף 34א(א)(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.

4. 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 לא חל. הגם שכאמור יש בסיס למסקנה זו, הואיל ועולה שהתובעת הציגה עמדה אחרת לא נהיה יותר קטגוריים מקטגורית בנושא זה. ממילא, יש לזכור כי בהתאם לסעיף 80(ג)(2) לחוק בתי המשפט 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 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, 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 לחוק סדר הדין הפלילי [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 – אין מקום לקבל את הערעור, משום שתנאי סעיף 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.

5. 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.

6. 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 לחוק העונשין ועבירות נשק לפי סעיף 144 (א) 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 הטענות 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 34 לחוק העונשין, 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.

שופט

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

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

שופט

שופטת

שופט