



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פליליים

ע"פ 6294/11

ע"פ 6295/11

ע"פ 6367/11

לפני: כבוד השופט י' דנציגר
כבוד השופט ע' פוגלמן
כבוד השופט נ' סולברג

המערער בע"פ 6294/11: פלוני
המערער בע"פ 6295/11: פלוני
המערער בע"פ 6367/11: פלוני

נ ג ד

המשיבה: מדינת ישראל

ערעורים על הכרעת דין מיום 27.4.2011 ועל גזר דין מיום 19.7.2011 שניתנו על ידי בית המשפט המחוזי לנוער בתל-אביב-יפו בתפ"ח 1057/09 על ידי כבוד השופטת נ' אחיטוב, השופטת מ' דסקין והשופט ר' בן-יוסף

תאריך הישיבה: י"ג בחשוון התשע"ד 17.10.2013

בשם המערער בע"פ 6294/11: עו"ד אשר חן
בשם המערער בע"פ 6295/11: עו"ד משה מרוז
בשם המערער בע"פ 6367/11: עו"ד גיל פרידמן

בשם המשיבה: עו"ד תמר בורנשטיין

בשם שירות המבחן לנוער: גב' שולמית מרדר

בשם שירות המבחן למבוגרים: גב' ברכה וייס

תוכן עניינים

[לפי פסקאות]

5-1	1. עובדות כתב האישום המתוקן
59-6	2. עיקרי פסק דינו של בית המשפט המחוזי
6	מספר המשתתפים בתקיפה
7	עוצמת התקיפה
8	גרסת המערער 1
9	גרסת המערער 2
10	גרסת המערער 3
17-11	הימנעות ממתן עדות

19-18	סייג מפני אחריות פלילית	
24-20	אות החיים האחרון שהתקבל מהמנוח	
25	פינוי גופת המנוח	
26	הנתיחה וממצאיה	
28-27	סיבת המוות	
33-29	קשר סיבתי	
38-34	השברים בגופת המנוח	
42-39	המקום והשעה בהם נמצאה גופת המנוח	
45-43	"השעות האבודות"	
46	רצח	
48-47	הריגה	
54-49	מחדלי חקירה	
56-55	ההליכים לעניין גזר הדין	
59-57	עיקרי גזר הדין	
81-60	הערעור	3
64-60	נימוקי הערעור בע"פ 6294/11 – המערער 1	
67-65	נימוקי הערעור בע"פ 6295/11 – המערער 2	
70-68	נימוקי הערעור בע"פ 6367/11 – המערער 3	
71	תסקירים עדכניים ועמדת שירות המבחן בערעור	
81-72	תגובת המשיבה	
185-82	דיון והכרעה	4.
82	מבוא	
83	דחיית הערעורים כנגד הכרעת הדין	
84	הקשר הסיבתי	
85	הריגה – קשר סיבתי עובדתי	
86	המערערים גרמו לטביעתו של המנוח	
89-87	התערבות בממצאי עובדה ומהימנות	
93-90	קשר סיבתי עובדתי – מן הכלל אל הפרט	
95-94	ראיות נסיבתיות – מסגרת נורמטיבית	
107-96	ראיות נסיבתיות – מן הכלל אל הפרט	
121-108	לא הוכחה התערבותו של גורם זר מתערב	
122	קשר סיבתי משפטי – הגישה המסורתית	
137-123	הריגה – היסוד הנפשי	
143-138	קשר סיבתי משפטי – התפתחות ההלכה הפסוקה	
146-144	קשר סיבתי משפטי – מן הכלל אל הפרט	
155-147	המערער 3 – כשירות להעיד	
163-156	המערער 3 – סייג אי שפיות כהגנה מפני אחריות פלילית	
169-164	מחדלי חקירה	
185-170	הערעור כנגד גזר הדין	

פסק-דין

השופט י' דנציגר:

לפנינו ערעוריהם של שלושה נאשמים על הכרעת דין מיום 27.4.2011 ועל גזר דין מיום 19.7.2011, שניתנו על ידי בית המשפט המחוזי לנוער בתל-אביב-יפו (השופטת נ' אחיטוב, השופטת מ' דסקין והשופט ר' בן-יוסף) בתפ"ח 1057/09.

בהכרעת הדין זוכו המערערים מהאישום בגין רציחתו של אריק קרפ ז"ל (להלן: המנוח). תחת זאת הורשעו המערערים 2-3 בהריגת המנוח, לפי סעיף 298 לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין); בחבלה חמורה בנסיבות מחמירות ביחס לרעייתו של המנוח (להלן: שרה), לפי סעיפים 333 ו-335(א)(2) בצירוף סעיף 29(ב)

לחוק העונשין; בתקיפה בנסיבות מחמירות ביחס לכתו של המנוח (להלן: אוטילה), לפי סעיפים 379, 382 (א) בצירוף סעיף 29 (ב) לחוק העונשין. לגבי המערער 1, שהיה קטין עת הועמד לדין, נקבע כי הוא הרג את המנוח וכן ביצע את העבירות הנוספות ביחס לשרה ואוטילה. בנוסף לכך, הורשע המערער 2 בהכרעת הדין בתקיפה נוספת, לפי סעיף 379 לחוק העונשין, ביחס לנערה שהגיעה עם החבורה אליה השתייכו המערערים (להלן: א.ק.).

בגזר הדין הורשע המערער 1 בביצוע העבירות שנקבע כי ביצע. על המערערים הושתו 26 שנות מאסר לריצוי בפועל בניכוי תקופת מעצרים; 24 חודשי מאסר מותנה, והתנאי הוא שלא יעברו במשך שלוש שנים מיום שחרורם ממאסר עבירה של אלימות מסוג פשע; 12 חודשי מאסר מותנה, והתנאי הוא שלא יעברו במשך שלוש שנים מיום שחרורם ממאסר עבירה של אלימות מסוג עוון. כל אחד מהמערערים חויב בפיצוי משפחת המנוח בסך של 100,000 ש"ח.

עובדות כתב האישום

1. ביום 14.8.2009 בשעה 22:00, נפגשו המערערים עם א.ק., ג'אבר פאדי (להלן: פאדי), מחמוד עדס (להלן: מחמוד), מוסא פואד (להלן: פואד), אור לוי (להלן: אור) (להלן יחדיו: האחרים) והחליטו לבלות בחוף "תל-ברוך" שבתל-אביב. בשעה 23:10 נסעו המערערים, יחד עם האחרים, בשתי מכוניות נפרדות אל החוף. בהגיעם אל החוף, החנו את המכוניות, ישבו על החוף ושתו משקאות משכרים.

2. בשעה 23:00 יצאו המנוח, שרה ואוטילה לטייל על שביל הטיילת שסמוך לחוף (ליד תחנת הכוח "רידינג" בתל-אביב). בשלב מסוים ישבו השלושה על אחד הספסלים הממוקם על שביל הטיילת, אל מול פני הים. בסמוך לשעה 00:26 עזב המערער 1 את המקום בו ישבו המערערים והאחרים על החוף והלך לכדו על שביל הטיילת. בדרכו, פגש את המנוח יחד עם שרה ואוטילה, אשר ישבו על הספסל. המערער 1 פנה אל המנוח בדברים ואמר לו כי "יסדר לו" את אחת הנשים אשר עמו. עקב דבריו של המערער 1, וכדי להימנע ממגע עמו, קמו המנוח, שרה ואוטילה מהספסל והחלו לעזוב את המקום. בשלב זה התקשר המערער 1 אל פואד אשר העביר את הטלפון שלו אל המערער 2. המערער 1 שוחח עם המערער 2 וביקש כי הוא והמערער 3 יגיעו אל המקום בו הוא נמצא. המערערים 2-3 הגיעו בריצה אל המקום בו שהה המערער 1, ליד המנוח, שרה ואוטילה. אחד המערערים אחז בשרה והטיח אותה אל הרצפה. עקב התקיפה הנ"ל נגרמה לשרה פריקה של מרפק ימין והיא נזקקה לטיפול רפואי. מערער

אחר דחף את אוטילה שנפלה על הקרקע. שרה צעקה אל אוטילה כי ידה נשברה, כי תימלט מהר מהמקום ותזעיק עזרה. אוטילה הצליחה להימלט ורצה בצעקות לעזרה אל כיוון החוף. שרה שהצליחה אף היא להימלט מהמקום, הצטרפה לאוטילה והשתיים רצו אל עבר החוף זועקות לכל עבר לעזרה.

3. לאחר הימלטותן של שרה ואוטילה, המשיכו המערערים ותקפו בצוותא חדא את המנוח כאשר הם חובטים בו מכות קשות ונמרצות בכל גופו. במסגרת תקיפתו של המנוח, המטירו המערערים בצוותא חדא על המנוח סדרת אגרופים חזקים אל עבר פניו, חלקי ראשו, פלג גופו העליון, ובעטו בו בעוצמה בראשו ובצלעותיו. עקב כך נפל המנוח על האדמה. גם לאחר שהמנוח היה מוטל על האדמה, חסר אוניס, המשיכו המערערים בתקיפה ולא שעו לתחינותיו כי יחדלו ממעשיהם. בשלב מסוים הצליח המנוח לקום, רץ מספר צעדים, וניסה להימלט מהמערערים. ואולם, האחרונים לא הרפו ובצוותא חדא רדפו אחריו, הפילוהו בשנית והמשיכו להכותו. לבסוף, נפל המנוח שוב, חסר אוניס על הקרקע, אולם המערערים המשיכו להכותו בצוותא חדא בהטיחם רצף חבטות רצחני אל עבר גופו. המערערים, בצוותא חדא, חבטו פעם נוספת בראשו של המנוח, הכו אותו בפלג גופו העליון, בעטו בו ואף דרכו על גופו, וזאת כאשר המנוח היה מוטל על הקרקע חסר אוניס. כל אותה עת התכוננו האחרים בנעשה ולא נקטו שום אמצעי סביר כדי למנוע את התקיפה.

4. בשלב מסוים של התקיפה, צעקה א.ק. לעבר המערערים, כי יחדלו ממעשיהם. המערערים המשיכו במעשיהם ובתגובה לצעקתה, חבט בה המערער 2 באגרופו בפניה. המערערים לא חדלו מתקיפתו של המנוח אלא לאחר ששמעו קולות של אנשים אשר הגיעו מהחוף לעזרה ואז עזבו את המנוח כשהוא חבול ומדמם. מיד לאחר מכן נמלטו המערערים והאחרים מהחוף, נכנסו אל רכביהם ונסעו מהמקום. הם נסעו אל יער חורשים, לאחר שרכשו משקאות משכרים נוספים. ביער החנו את מכוניותיהם, המשיכו לשותת משקאות משכרים, שמעו מוזיקה ורקדו.

5. עקב מעשי המערערים נגרמו למנוח חבלות קטלניות שונות: שברים בארובת עין שמאלית ובאף, דימום תת עכבישי נרחב בחצידור השמאלי של המוח, לחץ על החצידור השמאלי של המוח, הרניאציה של שקדי המוחון וגזע המוח, פצעי קרע, דימום תת עורי ופצעי שפשוף בפנים, דימום בשריר הרקה הימני, דימומים בקרקפת וברקמות הרכות של הפנים, התרופפות השיניים ופצעי קרע ודימומים ברירית השפתיים והחניכיים, שברים בצלעות 10-11 מימין, פצעי שפשוף וקרעים בגפיים, בידיים, בגב

ועוד. עקב החבלות הנ"ל, בסמוך לאחר גרימתן, מצא המנוח את מותו. בשעה 06:15 נמשתה גופתו מהים.

לפיכך, הואשמו המערערים ברצח בכוונה תחילה, בצוותא חדא, לפי סעיף 300(א)(2) בצירוף 29(ב) לחוק העונשין – ביחס למנוח; בחבלה בנסיבות מחמירות – ביחס לשרה ובתקיפה – ביחס לאוטילה. כמו כן הואשם המערער 2 בתקיפה ביחס לא.ק..

עיקרי הכרעת הדין

הכרעת הדין מחזיקה 106 עמודים בהם פורטו הראיות, העדויות וממצאי עובדה ומהימנות. משכך, יובאו להלן אך עיקרי הכרעת הדין הדרושים לדיון והכרעה בערעור.

מספר המשתתפים בתקיפה וזהותם

6. על יסוד עדויותיהם של שרה ואוטילה, שנתמכו בהודעותיהן של א.ק. ואור במטרה, להבדיל מעדויותיהן המאוחרות בבית המשפט, קבע בית המשפט המחוזי כי בתקיפה נטלו חלק יותר משלושה משתתפים, כשהמערערים נמנו באופן וודאי על חבורת התוקפים. בית המשפט ציין כי לא הונחו לפניו נימוקים מספקים מדוע התוקפים הנוספים שנמנו על החבורה אליה השתייכו המערערים לא הועמדו לדין בגין האישומים שבנדון. יצוין כי מעורבים נוספים הועמדו לדין בגין אי מניעת פשע.

עוצמת התקיפה

7. על יסוד עדויותיהן של שרה ואוטילה, שבחלקה הראשון של התקיפה הייתה מוטלת על הקרקע במרחק מטרים בודדים מאביה המנוח, קבע בית המשפט המחוזי כי התמונה העולה היא ברורה, מדובר בתקיפה חמורה שבמהלך רובה היה המנוח שרוע חסר אונים על שביל הבטון כשהמערערים עומדים סביבו, בועטים וחובטים בו ללא רחם. בית המשפט המחוזי קבע כי "אקסטזת האלימות" נלמדת בין היתר מהממצאים הפתולוגיים שתומכים ומחזקים את עדויותיהן של שרה ואוטילה. בית המשפט ציין עוד כי אופייה החבלני והאלים של התקיפה מצא ביטויו גם בעדויותיהן של אור ושל א.ק..

תקיפתה של א.ק. בידי המערער 2, כך קבע בית המשפט, מהווה אינדיקציה נוספת לעוצמת התקיפה של המנוח, שכן הדעת נותנת שצעקתה של א.ק. כי המערערים יחדלו מתקיפת המנוח, הגיעה מתוך הזעזוע שאחז בה למראה המנוח המוטל על הקרקע ומשמש למערערים שק חבטות.

בית המשפט המחוזי ציין כי הממצא לפיו תקף המערער 2 את א.ק. נסמך על עדותה של א.ק. שמצאה תימוכין בעדותה של אור ובעדותו של פאדי. המערער 2 טען כי היה זה ליטוף או סטירה קלה וכי כלל לא שמע את צעקתה של א.ק. כי יפסיקו להכות את המנוח. בית המשפט המחוזי קבע כי גרסה זו אינה עומדת במבחן אמינות וסבירות כלשהו, שכן לא יתכן כי במהלך קטטה אלימה ייגש המערער 2 לא.ק. וילטף אותה. עדות זו אף עומדת בניגוד להודעתו במשטרה, שם הודה המערער 2 כי נתן לא.ק. "כאפה חלשה" והסביר כי עשה זאת כיוון שהיא בכתה וצעקה לעבר המערערים שיחדלו מתקיפת המנוח.

גרסת המערער 1

8. המערער 1 העיד בבית המשפט המחוזי כי עזב את חבריו ויצא לטייל לבדו בטיילת. כעבור זמן פגש את המנוח. האחרון החל בלא שום סיבה לצעוק ולהתנפל עליו בדחיפה ובקללות. עוד העיד המערער 1 כי הוא חשש מהמנוח ולכן ניסה לחזור במהירות לאזור הספסלים עליהם ישבו חבריו, אך המנוח, כשלצידו שרה ואוטילה, החל לדלוק אחריו. כיוון שהמערער 1 חשש מהמנוח ובנות משפחתו, הוא התקשר לפואד וביקש שבני דודיו יבואו וייקחו אותו משם.

בית המשפט קבע כי אין לתת אמון בגרסה זו שאינה מתיישבת עם שורת ההיגיון ועם נתוניה האובייקטיביים של הזירה. עוד ציין בית המשפט המחוזי כי בחקירתו הנגדית לא עלה בידי המערער 1 להשיב על שאלות פשוטות הנוגעות לגרסתו והוא אף הסתבך בתשובותיו תוך שהתבצר מאחורי היעדר זיכרון. בנוסף לכך ציין בית המשפט כי גרסתו של המערער 1 לפיה המערערים 2-3 התנפלו על המנוח והכו אותו מבלי שמסר להם פרטי זיהוי אודות המנוח, לא עמדה במבחן החקירה הנגדית ואף עמדה בסתירה לעדותו של המערער 2.

בית המשפט הדגיש כי המערער עשה כל שלאיל ידו כדי למתן את עוצמת התקיפה ובפרט למזער את חלקו בה. בית המשפט קבע כי תיאורו הפשטני של המערער 1 את טיב ומהות התקיפה, עוצמתה והחלק שנטל בה, עומד בסתירה ליתר הגרסאות של

הנוכחים במקום ואינו עולה בקנה אחד עם גרסאותיהם של המערערים 2-3. בית המשפט הדגיש כי גרסה זו אינה מתיישבת עם ממצאי הדו"ח הפתולוגי בדבר הדימומים, השברים והחבלות הנוספות שגרמו המערערים למנוח.

בית המשפט מצא את גרסתו של המערער 1 סכמאטית, פשטנית ומיתממת. בית המשפט הטעים כי ניתוח גרסה זו לגופה, בהשוואה לדברים שמסר המערער 1 במהלך חקירתו במשטרה, לרבות הדברים שמסר בתשואל הראשוני לאחר שהגיעו כוחות המשטרה ליער "חורשים", והעמדתה אל מול יתר הראיות, מגלים גרסה שקרית ומופרכת מעיקרה.

גרסת המערער 2

9. בעדותו בבית המשפט המחוזי העיד המערער 2 כי המערער 1 דיבר איתו בטלפון ובהמשך לבקשתו, הגיעו המערערים 2-3 למקום הימצאו של המערער 1, בסמוך למנוח שהיה יחד עם שרה ואוטילה. לטענתו, המערער 1 הצביע על המנוח כמי שרב איתו. לאחר מכן החלו המערערים להכות את המנוח. המערער 2 הסביר כי המנוח החל לרוץ לכיוונו של המערער 3, האחרון נתן לו מכה והמנוח נפל. המנוח קם ורץ לכיוונו של המערער 2. הוא פחד מהמנוח, שם לו רגל והמנוח נפל. המערער 2 נתן למנוח סטירה ו"בוקס". לטענתו, הוא ראה את המערער 1 ואת המערער 3 ממשיכים יחד להכות את המנוח, אך טען בתוקף כי בשלב זה התרחק ונמנע מלקחת חלק נוסף בתקיפה.

בית המשפט ציין כי גרעין עדותו של המערער 2 מתיישב עם ראיות המאשימה בדבר התרחיש העובדתי שהוביל לתקיפה וכן גם לגבי אופן ביצוע התקיפה. לצד זאת הטעים בית המשפט כי המערער 2 נהג כמו המערער 1 בכך שהקפיד למתן את עוצמת התקיפה ואת חלקו בה. בית המשפט לא נתן אמון בעדותו של המערער 2 בכל הנוגע לעוצמת התקיפה והחלק שלטענתו נטל בה. בית המשפט התרשם כי עדותו של המערער 2 הייתה מתוכננת ומוקפדת. בית המשפט ציין כי התיאור שמסר המערער 2 בנוגע לעוצמת התקיפה אינו עולה בקנה אחד עם אמירתו בסמוך לאחר עזיבתו את הזירה, "העיקר שהבן אדם לא מת". בית המשפט הטעים כי אם היו המערערים מפעילים אלימות מינימאלית, לא הייתה צריכה לעלות הדאגה לחייו של המנוח. כמו כן הטעים בית המשפט כי תיאור עוצמת התקיפה בעדותו של המערער 2 אינו מתיישב עם ממצאי הדו"ח הפתולוגי, שעולה בקנה אחד עם עדויותיהם של שרה, אוטילה, א.ק. ואור. עוד הפנה בית המשפט לכך שגרסה זו של המערער 2 אינה מתיישבת עם התנהגותו

המפלילה, המתבטאת בכך שעזב את הזירה בבהילות יחד עם פאדי כשהוא דואג לסלק את עקבות נוכחותם בזירת האירוע.

גרסת המערער 3

10. המערער 3 לא העיד במשפטו בנימוק לליקוי נפשי ושכלי. עם מעצרו ביער "חורשים" מסר המערער 3: "אין לי מה להגיד אני לא יודע על מה עצרתם אותי". בחקירתו הראשונה מסר המערער 3: "לא תקפנו אף אחד". בהמשך חקירתו במשטרה טען המערער 3 כי לא שמע ולא ראה דבר. בחקירה נוספת מיום 15.8.2009 טען כי לא ראה את אירוע התקיפה אך שמע את המערערים 1 ו-2 מדברים עם מי מבין האחרים על תקרית שאת תוכנה לא הכיר. בחקירתו מיום 17.8.2009, לאחר שעומת עם אחרים מבני החבורה, הודה שראה את התקיפה, אך הרחיק עצמו מנקיטת אלימות כלפי המנוח.

בית המשפט המחוזי קבע כי טענתו של המערער 3, במהלך חקירתו במשטרה ובמסגרת המענה לאישום, לפיה לא תקף את המנוח הופרכה על ידי עדי הראיה ואף בגרסאותיהם של המערערים 1-2. כך למשל, אור הטיחה בעימות עם המערער 3 כי הכה באגרופים את המנוח. עדותה בבית המשפט בנושא זה הייתה עקבית. דברים דומים נשמעו מפיו של פואד בבית המשפט. גם א.ק. העידה כי ראתה את כל המערערים תוקפים את המנוח. אף פאדי הטיח במערער 3, במהלך העימות ביניהם, כי המערער 3 סיפר לו ביער "חורשים" שנתן למנוח אגרוף. גם המערער 1 טען שראה את המערער 3 מנחית על המנוח מכת אגרוף. המערער 2 מסר כי ראה את המערער 3 מכה במנוח אגרופים רבים יחד עם המערער 1.

על יסוד כל האמור לעיל הגיע בית המשפט למסקנה כי גרסתו של המערער 3 במשטרה היא שקרית ומלאת סתירות ופרכות. בית המשפט הדגיש כי המערער 3 ויתר על האפשרות ליישב את הסתירות משנמנע להעיד במשפטו ויש לזקוף זאת לחובתו.

הימנעות ממתן עדות

11. הסנגור נימק את הימנעות המערער 3 ממתן עדות במשפטו, בכך שהוא סובל מ"מוגבלות שכלית ונפשית", כמשמעות המונח בסעיף 1 לחוק הליכי חקירה והעדה (התאמה לאנשים עם מוגבלות שכלית או נפשית), התשס"ו-2006. לפיכך, טען הסנגור כי אין לזקוף את אי מתן העדות לחובת מרשו, בשים לב לאמור בסעיף 162(ב) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982 (להלן: חוק סדר הדין הפלילי). טענות

אלה נטענו על רקע תאונת דרכים בה נפגע המערער 3. בא כוח המערער 3 טען כי מרשו נפגע באופן קשה במסגרת תאונת הדרכים ופציעתו הותירה בו נכות נוירולוגית, לאחר ניתוח ראש שעבר בעקבות התאונה. נכות זו, כך נטען, הסבה למערער 3 מגבלה קוגניטיבית משמעותית. עוד נטען כי התאונה הותירה במערער 3 צלקות נפשיות קשות וכי הוא מטופל בידי אנשי מקצוע בהקשר זה ואף נוטל כדורים הפוגעים ביכולתו לחשוב בבהירות.

12. ההגנה הגישה בעניין זה שלוש חוות דעת. האחת, מטעם ד"ר שאול סטיר, מומחה מתחום הפסיכיאטריה והנוירולוגיה. ד"ר סטיר הגיש בעניינו של המערער 3 גם חוות דעת בהליך האזרחי שנוהל בקשר לתאונת הדרכים; השניה, מטעם ד"ר חסאן עאמר, פסיכולוג המטפל במערער 3; השלישית, מטעם ד"ר אוסאמה בשארה, מומחה לנוירולוגיה. המומחים אף העידו במשפט. עוד העיד רופא המשפחה של המערער 3, ד"ר מנסור עזאם. המאשימה הגישה כראיית הזמה את חוות דעתה של ד"ר קלרה שילד, מנהלת היחידה לפסיכיאטריה משפטית בבית החולים "אברבנאל", שהעידה במשפט.

13. בעדותו אישר ד"ר סטיר כי המערער 3 יודע ומבין כי מתנהל נגדו משפט פלילי ואף מבין שהוא צפוי לעונש אם יורשע. בית המשפט המחוזי ציין כי כל שניתן היה להציל מפיו של ד"ר סטיר הוא כי המערער 3 עלול למסור עדות שלא מיטיבה עימו ואף ייתכן שעדותו תעמוד בסתירה לגרסאות קודמות שמסר. עוד הדגיש בית המשפט כי אף לשיטת ד"ר סטיר, כפי שהעיד במשפט, מצבו הכללי של המערער 3 לא השתנה מאז שהעיד בבית המשפט בשנת 2008 במסגרת ההליך האזרחי בנוגע לתאונת הדרכים בה היה מעורב. זאת ועוד, בית המשפט הטעים כי לאורך כל ההליך לא נשמע מפי סגורו של המערער 3 כי הוא אינו יכול או מתקשה לנהל דין ודברים עם מרשו. בנוסף לכך, ציין בית המשפט כי עיון בתיעוד החזותי של החקירות במשטרה מעלה כי המערער 3 דובר עברית ברמה טובה, כי הבין את השאלות שהופנו אליו והשיב באופן ענייני. לא זו אף זו, בית המשפט הדגיש כי התפתחות גרסתו של המערער במשטרה מעידה על תחכום ומלמדת כי הבין היטב את מצבו.

14. עוד ציין בית המשפט המחוזי כי בחוות הדעת שהוגשו מטעם מומחי ההגנה, כמו גם בעדויותיהם, לא נמצאה התייחסות קונקרטיית לשאלה העומדת במוקד הדיון – יכולתו של המערער 3 למסור עדות. כל שניתן היה למצוא בהן הוא תיאור כללי של מצבו הבריאותי-נפשי. עוד ציין בית המשפט כי רופא המשפחה ד"ר מנסור עזאם אינו פסיכולוג או פסיכיאטר ולכן אין לו את המומחיות הנדרשת. לגופו של עניין, קבע בית

המשפט כי עדותו של רופא המשפחה לא כללה את הרכיבים הנדרשים לצורך בחינת כשירותו של נאשם להעיד במשפטו.

15. לאחר שמיעת עדי ההגנה בנושא זה, הגישה המאשימה את חוות דעתה של ד"ר שילד כאמור, שנכתבה יחד עם הקרימינולוגית הקלינית שרון לסר. חוות הדעת נערכה, בין היתר, על בסיס בדיקה בתנאי הסתכלות אליה נשלח המערער 3 שנערכה בבית החולים "אברכנאל" במהלך חודש אוגוסט 2010. ד"ר שילד ציינה בחוות דעתה כי בבדיקותיו הפגין המערער 3 החמרה מוגזמת, לא עקבית ולא אותנטית לגבי הליקוי הקוגניטיבי. עוד ציינה ד"ר שילד כי הליקוי הקוגניטיבי אינו תואם את השכלתו הפורמאלית של המערער 3 ואת ממצאי האבחונים הקודמים שהציגו תוצאות נמוכות אך בגדר הנורמה. ד"ר שילד התרשמה כי המערער הפגין במהלך הבדיקה שכחה סלקטיבית, לא אותנטית, באשר לפרטי האירוע, לצורך קבלת רווח משני. בית המשפט המחוזי מצא כי התרשמותה של ד"ר שילד עולה בקנה אחד עם עמדתו של ד"ר סטיר, לפיה קיים "רקע מניפולטיבי".

16. ד"ר שילד שוכנעה כי המערער 3 מסוגל להבדיל בין טוב לרע ובין מותר לאסור, מסוגל להבין ולעקוב אחר ההליכים המשפטיים המתנהלים נגדו, מסוגל להבין את מהות האישום נגדו ואת הפסול במעשים המיוחסים לו וכי הוא מסוגל להיעזר בעורך דינו. עוד קבעה ד"ר שילד כי אין עדות להיותו של המערער 3 במצב פסיכוטי או אפקטיבי מאז'ורי לפני, בזמן ואחרי ביצוע העבירות המיוחסות לו. להערכתה, המערער 3 היה מסוגל להבדיל בזמן האירוע בין טוב ורע ובין מותר לאסור. על פי תיאור גרסאותיו בחקירה ובבדיקותיו, קבעה ד"ר שילד כי המערער 3 היה במצב של הרעלת אלכוהול חריפה, מרצונו החופשי. חרף הרעלת האלכוהול, למדה ד"ר שילד, על פי תיעוד החקירה, כי המערער 3 זכר היטב את פרטי האירוע הגם שהכחיש באופן עקבי את מעורבותו בו.

17. בית המשפט המחוזי הדגיש כי חוות דעתה של ד"ר שילד אף היא נעדרת התייחסות ישירה לשאלת יכולתו של המערער 3 להעיד בבית המשפט. ברם, בית המשפט ציין כי לאחר בחינתן המדוקדקת של חוות הדעת והעדויות שנשמעו מטעם ההגנה, ובשים לב לכך שעל הטוען לחוסר כשירות נפשית או מוגבלות שכלית להוכיח טענתו, הרי שלמעשה אין כל צורך ממשי בחוות דעתה של ד"ר שילד כדי לקבוע כי ההגנה לא עמדה בנטל המונח על כתפיה להוכחת טענתה.

לפיכך, קבע בית המשפט כי לא הוכח שיש לראות בשתיקת המערער 3 משום חריג בשל היותו אדם עם מוגבלות שכלית או חוסר כשרות משפטית.

טייג מפני אחריות פלילית

18. לראשונה, בסיכומיו הוסיף בא כוח המערער 3 טענה חדשה, לפיה מצבו הנפשי של מרשו מקים לו את הסייג מפני אחריות פלילית המעוגן בסעיף 34ח' לחוק העונשין, שעניינו אי שפיות. בית המשפט המחוזי קבע כי חוות דעתו של ד"ר סטיר אינה יכולה להוות בסיס לתחולת הסייג. בית המשפט מצא כי ד"ר סטיר עצמו שלל הסתמכות על חוות דעתו לצורך זה, שכן מעדותו השתמע כי לו היה נדרש לחוות דעתו בשאלת מצבו הנפשי של המערער 3 בעת האירוע, הרי שהיה עליו לבדוק את המערער 3 בסמוך לאחר האירוע, ולחלופין לעיין בחומר חקירה רלבנטי, כגון התיעוד החזותי של החקירה והשחזור שערך המערער 3 בסמוך לאחר האירוע. פעולות אלה לא נעשו על ידו.

19. באשר להסתמכות ההגנה על יתר המומחים מטעמה, הדגיש בית המשפט המחוזי כי המומחים ציינו בחוות דעתם פגמים קוגניטיביים שונים המופיעים אצל המערער 3. בית המשפט קבע כי גם אם יש בתופעות אלה כדי להצביע על יכולת קוגניטיבית נמוכה מן הממוצע, הרי שאין הן מגיעות כדי העוצמה הנדרשת לצורך תחולת הסייג מפני אחריות פלילית, בהתאם לקריטריונים שהותוו בהלכה הפסוקה. יתר על כן, הטעים בית המשפט כי באף אחת מחוות הדעת שהובאו מטעם ההגנה, לא נאמר כי בגין אותם פגמים או התנהגויות חריגות נמנע מהמערער 3 "להבין את אשר הוא עושה או את הפסול שבמעשהו" או "להימנע מעשיית המעשה" במהלך האירוע מושא כתב האישום, כנדרש בחוק העונשין. מעבר לכך, הדגיש בית המשפט כי די בחוות דעתה של ד"ר שילד כדי לסתור את אותן ראיות לכאורה שהציגה ההגנה בהקשר זה.

אות החיים האחרון שהתקבל מהמנוח

20. בית המשפט המחוזי ציין כי אין מחלוקת שהמנוח נמלט מהזירה בשעה 00:30, כשהוא עומד על שתי רגליו ופניו דרומה, כשעל גופו "פאוץ" ובתוכו טלפון נייד. בשלב מסוים, בניסיון להזעיק עזרה, פגשו שרה ואוטילה את עיסא עודה. בשעה 00:35 ביצעה אוטילה שיחה ממכשיר הטלפון של עודה לטלפון של המנוח. אוטילה לא זיהתה את קולו של אביה וטענה כי מי שענה לשיחה מעברו השני של הקו לא הגיב לשאלותיה והשיחה נותקה. בשעה 00:38 יצאה שיחה ממכשיר הטלפון של המנוח אל מכשיר הטלפון של עודה, אך מהעבר השני לא נשמע הגה וכל שניתן היה לשמוע הוא

קול נביחות הכלבים. בית המשפט ציין כי ככל הנראה מדובר בכלבי השמירה הנמצאים סמוך לגדר של מתחם "שדה דב". שיחה זו הייתה אות החיים האחרון שהתקבל מהמנוח.

21. לשתי השיחות הנ"ל קדמו שלוש שיחות נוספות שיצאו ממכשיר הטלפון של המנוח ל"מוקד 100" של המשטרה, בשעות 00:31, 00:32 ו-00:35. תיעוד משטרתי של השיחות לא נמצא. כל שהוצג הוא הקלטה של שתי שיחות, מתוך שלוש, בהן "נשמעת" שתיקה של כמה שניות בודדות, חרף העובדה כי שלוש השיחות ארכו עשרות שניות, כל אחת.

22. בשעה 00:39 בוצע איכון "חי" למכשיר הטלפון של המנוח – איכון הנעשה בזמן אמת על פי אישור מיוחד. האיכון הצביע על כך שבשעה 00:39 מכשיר הטלפון של המנוח היה כבוי. הסנגורים טענו כי בתיק החקירה קיימות אינדיקציות לכך שלאחר השעה 00:40 נעשו ניסיונות נוספים ליצור קשר עם המנוח אך הוא לא ענה לשיחות, וזאת להבדיל ממצב בו הטלפון היה כבוי. לאור זאת, ביקשה ההגנה לטעון כי במהלך פרק זמן של מספר שעות לאחר התקיפה, נותר המנוח בין החיים כשהוא בהכרה. טיעון זה נועד לבסס טיעון רחב יותר, לפיו כניסתו לים של המנוח בשלב מאוחר יותר כשהוא בהכרה, עולה כדי גורם זר מתערב המנתק את הקשר הסיבתי בין מעשה התקיפה לבין מותו של המנוח בטביעה.

23. בית המשפט המחוזי קבע כי לא נעשו איכונים נוספים לטלפון הנייד של המנוח לאחר האיכון "החי" שבוצע כאמור בשעה 00:39. בית המשפט קבע ממצא זה לאחר ששוכנע מעדויות החוקרים, שנתמכו בדו"חות של חברת התקשורת הסלולארית, כי האינדיקציות לכאורה עליהן הצביעו הסנגורים אינן משקפות את שנעשה בפועל.

24. זאת ועוד, בהתבסס על עדותו של פקד אלדר גרינוולד ומהנדס האלקטרוניקה רוני אברהמי (להלן: המהנדס), קבע בית המשפט המחוזי כי מכשיר הטלפון הנייד של המנוח כבה באחת, ללא שהתבצע קודם לכן תהליך של כיבוי. בית המשפט הטעים כי לו עמדה עובדה זו לבדה יתכן שלא היה בה די כדי להוות ראיה מכרעת לעניין שעת מותו של המנוח. ברם, במקרה דנן מכשיר הטלפון של המנוח הוצא מהמים בשלמותו כשהוא צמוד לגופת המנוח ובתוכו הסוללה בשלמותה. על רקע האמור קבע בית המשפט המחוזי, כי בשעה 00:39, דקות ספורות לאחר התקיפה, נכנס המנוח למי הים וכתוצאה מכך הטלפון כבה באחת. בית המשפט ציין כי מסקנה זו מתיישבת היטב עם העובדה שכוחות החיפוש הרבים שפעלו בזירה וקראו בשמו של המנוח באופן

אינטנסיבי, לא הצליחו למצוא אותו, חרף העובדה כי מדובר באזור ששטחו כק"מ אחד בלבד, שכן הכיוון אליו ברח המנוח, דרום, היה תחום אותה עת בגדר. לכן, הסיק בית המשפט המחוזי כי בזמן החיפושים המנוח לא היה על החוף וככל הנראה לא היה בין החיים.

פינוי גופת המנוח

25. גופת המנוח התגלתה במי הים סמוך לשעה 06:15, אך הגיעה למכון לרפואה משפטית רק בשעה 10:00, חרף העובדה שלזירת האירוע לא הגיע פתולוג ומעבדה ניידת. בית המשפט המחוזי קבע כי לא מדובר בהזנחה מודעת. נקבע כי התנהלות המשטרה בהקשר זה אינה נקייה מפגמים והיה צריך לעשות מאמצים אינטנסיביים לזימון פתולוג לזירה ואף להבטיח כי גופת המנוח תפונה בהקדם למכון. בית המשפט המחוזי ציין כי עקב השיהוי בפינוי גופת המנוח, נגרעה מהפתולוג האפשרות לקבוע את שעת המוות. ברם, בית המשפט קבע כי לא נגרם נזק ראייתי שיש בו כדי לקפח את הגנת המערערים.

הנתיחה וממצאיה

26. הנתיחה בוצעה על ידי ד"ר קונסטנטין זייצב, בנוכחות מתמחה ועוזרים, ובנוכחות ד"ר חן קוגל מטעם המערערים, לפי צו בית משפט. בחוות דעתו ובעדותו טען ד"ר זייצב כי זיהה תעלת לחץ סביב גזע המוח המצביעה בשילוב יתר הממצאים על סיבת המוות – חבלת ראש. בית המשפט המחוזי הדגיש כי הממצא בדבר תעלת לחץ לא תועד במהלך הנתיחה על ידי מי מהנוכחים. הממצא הופיע לראשונה בחוות דעתו של ד"ר זייצב רק לאחר גמר כתיבת הטיוטה הראשונה. אי לכך קבע בית המשפט כי התזה של ד"ר זייצב תיבחן רק על בסיס הממצאים שאינם שנויים במחלוקת.

סיבת המוות

27. ד"ר קוגל גרס כי ממצאי הנתיחה מצביעים על מוות בטביעה. בית המשפט המחוזי ציין כי לא הוצגו לפניו ממצאים פתולוגיים שבכוחם להטות את הכף, ולפיכך אין בידו לקבוע באופן חד משמעי האם סיבת המוות הישירה היא חבלת ראש או טביעה. ודוק, בית המשפט הדגיש כי לסיבת המוות הישירה אין כל משמעות מעשית בנסיבות המקרה דנן. הראיות מצביעות על כך שכתוצאה מהתקיפה, ובפרט בשל חבלת הראש שגרמו לה המערערים, חל עמעום חושים הדרגתי אצל המנוח שגרם לו לדיס-

אוריינטאציה. לכן, שעה שניסה המנוח להימלט על נפשו מתוקפיו, בשל הבלבול בו היה שרוי, הוא נכנס למים וכתוצאה מכך טבע ומת.

28. בית המשפט המחוזי ציין כי אמנם בדקות הראשונות שלאחר התקיפה הצליח המנוח להתרחק מהמערערים בכוחות עצמו כשהוא עומד על שתי רגליו ואף ביצע שיחות טלפון ובהמשך גם ענה לשיחות שקיבל. יחד עם זאת, באף אחת מהשיחות שהוציא או קיבל המנוח לא נשמע בוודאות קולו ולא ניתן ללמוד כי בעת ביצוע השיחות המנוח יכול היה לנהל שיחה. תמונה זו לגבי מצבו הפיסי של המנוח סמוך לאחר התקיפה, מתיישבת עם עדותו של ד"ר זייצב, במהלכה ציין כי גם אחרי חבלת ראש ניתן לבצע פעולות פיסיות, לרבות חיוג בטלפון. גם ד"ר קוגל הסכים בעדותו, אם כי ברובד התיאורטי, כי חבלת ראש שגרמה לדימום תת-עכבישי ושברים אפשר שתגרום למוות בתהליך הדרגתי. כמו כן הסכים ד"ר קוגל כי אם התהליך מתרחש בתוך המים הוא יגרום לטביעה. ד"ר קוגל הסכים כי תחילתו של דימום תת עכבישי הוא תחילתו של הליך מסוכן שיכול להסתיים במוות וכי "סביר שיהיה נזק בתפקוד המידי, יכולת של אבחנה, הליכה בעייתית, ישנוניות במידה מסוימת, בלבול, דיס-אוריינטציה".

קשר סיבתי

29. ההגנה טענה לניתוק הקשר הסיבתי בין חבלת הראש לבין מותו של המנוח. בית המשפט המחוזי ציין כי עבירת ההמתה היא עבירה תוצאתית בעטיה צריך להתקיים קשר סיבתי בין המעשה הפלילי לבין תוצאת המוות. בית המשפט הפנה להלכה הפסוקה הבוחנת את התקיימותו של הקשר הסיבתי בשני מישורים, עובדתי ומשפטי.

30. באשר לקשר הסיבתי העובדתי; בית המשפט המחוזי ציין כי בהיעדר ראיות ישירות, יש ללמוד אודות הסיבה לכניסת המנוח לים מתוך הראיות הנסיבתיות. לאחר שהמנוח המשיך במנוסתו לאורך הטיילת לכיוון דרום הוא נכנס אל הים, זאת משני טעמים אפשריים; הראשון, במועד בו התרחש האירוע מושא כתב האישום, חלקה הדרומי של הטיילת נחסם בגדר, מרחק של כמה מאות מטרים ממקום התקיפה. לכן, אפשר שבעת מנוסתו מהמערערים דרומה הגיע המנוח למבוי סתום. המנוח חשש לחזור על עקבותיו תוך תנועה על השביל הסלול של הטיילת, פן יתקרב לאזור בו הותקף קודם לכן על ידי המערערים. משכך, פנה המנוח לכיוון הים כיוון שהעריך כי סיכוייו להימלט מתוקפיו טובים יותר. השני, גם אם המנוח לא הגיע עד לגדר שתחמה את צידה הדרומי של הטיילת אלא סטה לפני כן לכיוון הים, הוא עשה כן לא מתוך רצון חופשי

אלא בשל דיס-אוריינטציה, בלבול או אבחנה לקויה, עקב חבלת הראש שגרמו לו המערערים. בהמשך, ציין בית המשפט כי חבלת הראש שגרמו המערערים למנוח הביאה להתדרדרות במצבו הגופני וההכרתי במהלך שהותו במים, באופן שגרם לטביעתו ובסופו של יום למותו. בית המשפט הטעים כי העובדה שהמנוח נכנס לים כשהוא נעול בנעלי התעמלות וחגור בפאוץ' ובו מכשיר טלפון סלולארי ומפתחות, מובילה למסקנה שלא היה בכוונתו של המנוח להיכנס למים. משכך, הטעים בית המשפט כי מתבקשת מאליה המסקנה שכניסתו של המנוח לים באישון ליל ובחשיכה, כשהוא מוכה, חבול ופצוע, לא נעשתה מרצון ומבחירה חופשית. בית המשפט הטעים עוד כי מסקנה זו מתיישבת עם העובדה שהמנוח לא ידע לשחות ולכן במשך חייו נמנע מלהיכנס לים.

31. בית המשפט המחוזי ציין כי אף אם בסופו של דבר המנוח מצא את מותו כתוצאה מהמים ששאב לריאותיו, היו אלה מעשי המערערים כלפיו שגרמו לו להיכנס לים במצב גופני, פיזי ומנטאלי ירוד אשר הביא לטביעתו. המנוח נכנס לים דקות ספורות לאחר התקיפה ובשים לב לכך שלא ידע לשחות ונמנע מלהיכנס לים גם בתנאים נוחים יותר, המסקנה המתחייבת היא שהמנוח נכנס למים כשהוא מונע מהבעתה שאחזה בו וכי פעל כפי שפעל מתוך ערפול חושים שהמערערים גרמו לו.

32. באשר לקשר הסיבתי המשפטי; ציין בית המשפט המחוזי כי המבחן המרכזי הוא מבחן הצפיות. בהתאם להלכה הפסוקה, לצורך קיומו אין נפקא מינה אם המערערים צפו את מות המנוח בדרך מסוימת ובתרחיש הספציפי שהתממש. בית המשפט קבע כי היה על המערערים לצפות כי המכות הקשות שהכו אותו והחבלות החמורות שהסבו לו, יגרמו למנוח לבלבול חושים שעשוי להוביל לתוצאה הקטלנית.

33. בית המשפט המחוזי הוסיף כי סוגית הקשר הסיבתי המשפטי צריכה להיבחן גם לאור סעיף 309(3) לחוק העונשין, הקובע כי:

” בכל אחד מן המקרים המנויים להלן יראו אדם כאילו גרם למותו של אדם אחר, אף אם מעשהו או מחדלו לא היו הגורם התכוף ולא היו הגורם היחיד למותו של האחר:
...
...”

(3) באלימות או באיום באלימות הביא אדם לעשיית מעשה שגרם למותו, כשהמעשה נראה לנפגע כדרך טבעית בנסיבות המקרה להימלט מן האלימות או מן האיומים.”

ההגנה טענה בהקשר זה כי כניסתו של המנוח לים באישון לילה אינה "דרך טבעית" להימלט מתוקפיו. בית המשפט הטעים כי ההגנה ביקשה לפרש את הוראת החיקוק הנ"ל כמבחן אובייקטיבי, על פי אמת המידה של האדם הסביר. ברם, בית המשפט הטעים כי פרשנות זו אינה מתיישבת עם המבחן הסובייקטיבי שנקבע ליישומו בהלכה הפסוקה. בית המשפט הדגיש כי את "טבעיות" תגובתו של נפגע עבירה יש לבחון בהתאם למצבו של הנפגע הקונקרטי ונסיבות המקרה הספציפי. בהקשר זה ציין בית המשפט כי במצבו של המנוח, כשהוא חבול בראשו, מבועת ומצוי בדיס-אוריינטאציה, כלל לא ניתן לדבר על "בחירה" חופשית ומדעת לגבי דרך ההימלטות. עוד ציין בית המשפט כי גם בהנחה שהמנוח "בחר" בדרך זו, היא נראתה לו באותה העת כדרך "הטבעית" כדי להינצל מהאיום והאלימות, כפי שניתן ללמוד מהעובדה כי גם בתנאים נוחים יותר בחייו נמנע המנוח מלהיכנס לים כיוון שלא ידע לשחות.

השברים בגופת המנוח

34. טענה נוספת שנשמעה מפי ההגנה היא כי השברים שנמצאו בגופת המנוח לא נגרמו לו בהכרח על ידי המערערים. ד"ר קוגל הסכים שהתרופפות השיניים היא תוצאה של אגרופים או מכות אחרות שספג המנוח במהלך התקיפה. ברם, ביחס לשבר בתקרת ארובת העין, השבר באף והשברים בשתי צלעותיו של המנוח, גרס ד"ר קוגל כי החבלות יכלו להיגרם כתוצאה מנפילת המנוח שלא במהלך התקיפה.

35. באשר לשברים שנמצאו בשתיים מביין צלעותיו של המנוח; בית המשפט המחוזי הטעים כי מעדותו של ד"ר קוגל עלה כי על מנת שנפילה תוכל לגרום לשברים שנמצאו בשתיים מצלעותיו של המנוח, צריכים היו להתקיים תנאים מיוחדים, הן מבחינת עוצמת הנפילה והן מבחינת תנאיו הפיזיים של המשטח עליו נפל המנוח. בית המשפט הדגיש כי בזירה דנן לא התקיימו אותם תנאים פיזיים נדרשים, ובהם מפלסים מוגבהים המאפשרים נפילה מגובה שאינו גובה עמידה ומשטחים מדורגים ובעלי בליטות גסות דוגמת משטחי שפה או מסלעות. בית המשפט הדגיש כי תזה זו של ההגנה אינה מעוגנת בנסיבות המקרה וכי אין די בהעלאת אפשרות תיאורטית רחוקה. לעומת זאת, כך קבע בית המשפט, חוות דעתו של ד"ר זייצב הביאה בחשבון את נסיבות האירוע שהוכחו, לפיהן המערערים הפילו ארצה את המנוח פעמיים ותקפו אותו בבעיטות ובאגרופים.

36. באשר לשבר באף ובארובת העין; ד"ר קוגל גרס כי שבר זה יכול היה להיגרם מנפילה קדימה על פני משטח חלק, כגון סלע, כיוון שבקצה אפו של המנוח לא נמצאו

שפשופים, שקיומם מתחייב מנפילה על משטח מחוספס. השבר שנגרם יכול היה להיווצר לשיטתו של ד"ר קוגל באמצעות שני מנגנונים. הראשון, מנגנון "contrecoup" בו המוח מוטח קדימה ופוגע בעוצמה בלוחיות העצם הדקיקות המהוות את תקרת ארובת העיניים. השני, בנפילה קדימה שהסתיימה בתהליך של "buckling" בו מקבלים מכה כתוצאה מנפילה או כתוצאה ממכה ישירה בשפה של ארובת העין, אך השבר לא מתרחש בשפה אלא קורה בחלק פנימי יותר.

37. באשר למנגנון "contrecoup"; השיב ד"ר זייצב כי במקרה דנן לא נמצא ביסוס להתרחשותו של מנגנון זה. ד"ר זייצב נימק עמדתו בכך שמכה חזקה באחורי הראש, היכולה להניע את התרחשות המנגנון שהוצע על ידי ד"ר קוגל, תותיר אחריה סימנים הן במקום התרחשות המכה והן על גבי המוח. ברם, סימנים אלו לא נמצאו בנתיחת המנוח. ד"ר זייצב הפנה לאסמכתאות קונקרטיות בספרות המקצועית כתמיכה לעמדתו. בתגובה לדברים האמורים טען ד"ר קוגל כי השבר הנגרם כתוצאה מהמנגנון המוצע אינו חייב להותיר דיפורמציה בגולגולת או לגרום לשבר בעצם העורף וטען כי "הדבר מופיע בכל הספרות המשפטית".

בית המשפט המחוזי הדגיש כי ד"ר קוגל לא פירט אסמכתאות ומראי מקום ספציפיים מלבד אמירתו הכוללנית לגבי קיומה של ספרות מקצועית התומכת בעמדתו. זאת ועוד, בית המשפט הדגיש כי לא הוצג כל ממצא לעניין החבלות שד"ר זייצב טען כי היו צריכות להימצא אם הגורם לשבר היה המנגנון המוצע על ידי ד"ר קוגל. כמו כן ציין בית המשפט כי ד"ר קוגל הסכים כי כאשר המוח מכה בתקרת ארובת העין, צפוי שימצא נזק כלשהו על גבי המוח. ד"ר קוגל טען כי נזק זה נמצא בתוך דימום תת עכבישי בחלק הקדמי. ברם, בית המשפט קבע כי חרף אמירתו זו של ד"ר קוגל לא הוצג כל ממצא שאותר בחלקו הקדמי של המוח מתחת לדימום בקרום התת עכבישי. עוד הדגיש בית המשפט כי אין מחלוקת שמבנהו האנטומי של מוחו של המנוח נמצא תקין.

לאור האמור, העדיף בית המשפט בעניין זה את חוות דעתו ועדותו של ד"ר זייצב לפיה לא יתכן כי בנסיבות העניין התרחש מנגנון "contrecoup".

38. באשר למנגנון "buckling"; בית המשפט המחוזי הדגיש כי ד"ר קוגל עצמו גרס שמנגנון "buckling" הוא פחות סביר בנסיבות העניין. באשר להיתכנות התרחשותו של מנגנון זה, אישר ד"ר קוגל כי צריכים להתקיים מספר תנאים: המנוח ייפול על משטח חלק שכן לא נמצאו שפשופים על אפו, אך המשטח יהיה בעל בליטה שפגעה בדיוק בחלק השקוע של ארובת העין והבליטה צריכה להיות ללא חלקים חדים, שאחרת היו

נגרמים נזקים לגלגל העין של המנוח. בית המשפט הדגיש כי משטח ייחודי זה לא נמצא בזירת האירוע וכי מדובר בתסריט תיאורטי הכולל נפילה אחת קדימה על משטח ייחודי, ולחלופין שתי נפילות קדימה על משטחים שונים באופיים, אפשרות מרוחקת שהסתברותה קלושה.

משכך, הגיע בית המשפט המחוזי לכלל מסקנה כי הנזקים הקשים שנמצאו בגופו של המנוח הם תוצאה של תקיפת המערערים.

המקום והשעה בהם נמצאה גופת המנוח

39. גופת המנוח נמצאה כשהיא צפה בבריכת השיקוע במעגן תחנת הכוח רידינג סמוך לשעה 06:15, על ידי דייגים ששהו במקום. חשיבות מקום מציאת הגופה נובעת מכך שהכניסה לבריכת השיקוע אפשרית רק דרך ערוץ צר, הנמצא בצידה הצפוני, ומכך שהיא נמצאת במרחק אווירי של כקילומטר דרומית למקום בו הוכה המנוח, מוקפת שוברי גלים.

40. לצורך הוכחת אפשרות היסחפות גופת המנוח לבריכת השיקוע, העידה המאשימה את ד"ר דב צביאלי, מומחה בחופי ישראל, גלים וזרמים. מסקנתו של ד"ר צביאלי בחוות דעתו הייתה כי אפשר שזרמי המים שפעלו בעת הרלבנטית, שיצרו משטר זרמים מיוחד המכונה "מערבול", גרמו לכך שגופה הצפה בטווח שבין 50-300 מ' מקו החוף, תגיע בסופו של דבר לבריכת השיקוע. ברם, בהתאם לאמור בעדותו של ד"ר צביאלי, על מנת שגופת המנוח תוכל להיסחף לבריכת השיקוע, נדרש כי המנוח יגיע תחילה לעומק הים, לכל הפחות כ-50 מ' מקו החוף. ד"ר צביאלי הציע שלוש אפשרויות אשר עשויות להסביר את הדרך בה הגיע המנוח לעומק הים. ד"ר צביאלי גרס כי רק הדרך השנייה היא סבירה בנסיבות העניין. לפי דרך זו, המנוח נכנס לים מקצהו של צינור ניקוז היסטורי של מי גשם שאורכו 50 מ' והוא נמתח מקו החוף אל תוך הים. הצינור ממוקם מרחק לא רב משובר הגלים שתוחם את בריכת השיקוע. מדובר בצינור רחב שנוח ללכת עליו ולכן סביר שהמנוח נפל מהצינור לעומק המים.

41. בחוות דעתו, הבהיר ד"ר צביאלי כי על מנת שגופה תיסחף מקו החוף אל המקום בו נתגלתה, צריכה הגופה לעבור שני שלבים. בשלב הראשון, נסחפת הגופה מקו החוף ועד לפתח בריכת השיקוע, תהליך שנמשך כשלוש שעות. בשלב השני, צריכה הגופה להיסחף מפתח בריכת השיקוע ועד למקום בו נמצאה, תהליך שנמשך כשעה נוספת. בעדותו בבית המשפט הבהיר ד"ר צביאלי כי אין ודאות מוחלטת

בהערכת הזמנים שכן לא מדובר במדע מדויק ודי בכך ש"הגופה טיפה נתקעת בסלע" כדי לגרום עיכוב בהיסחפותה.

42. על יסוד חוות דעתו ועדותו של ד"ר צביאלי, קבע בית המשפט המחוזי כי הדרך שעשתה גופת המנוח מהמקום בו החלה להיסחף ועד למקום בו נמצאה ארכה כארבע שעות. ודוק, בית המשפט הדגיש כי ארבע שעות הוא פרק הזמן המינימאלי הדרוש להיסחפות הגופה בהנחה של היסחפות "חלקה" ללא עיכובים ותקלות, כגון היתקלות בסלעים או בעצמים זרים. כיוון שלא ניתן לדעת באלו "מעכבים" נתקלה הגופה במסלול ההיסחפות, קבע בית המשפט כי החישוב האמור שהציג ד"ר צביאלי הינו תיאורטי בלבד.

"השעות האבודות"

43. על רקע הקושי הנוגע לחישוב פרק הזמן של היסחפות גופת המנוח עד למקום בו התגלתה – וכפועל יוצא מכך גם קושי בגזירת השעה בה נכנס המנוח לים – ולאור היעדר ממצא פתולוגי לגבי שעת המוות, טענה ההגנה כי אפשר שהגופה נסחפה במים במשך כשלוש שעות בלבד ככל שנתיב ההיסחפות היה "נקי". חישוב פרק הזמן של שלוש שעות נטען על ידי ההגנה על יסוד תשובתו של ד"ר צביאלי בחקירתו הנגדית כי מבחינה תיאורטית אפשרות זו אכן קיימת. לפיכך, ולאור השעה בה נתגלתה גופת המנוח, טענה ההגנה כי לא ניתן לשלול שלאחר התקיפה המנוח שהה מחוץ למים כשהוא בהכרה, לפחות עד השעה 03:00. יתר על כן, באחת האפשרויות שהועלתה על ידי ד"ר צביאלי, הוצע כי המנוח נכנס לים מהמזח שליד פתח בריכת השיקוע. לפי חישובי זמן ההיסחפות מפתח הבריכה למקום מציאת הגופה, טענה ההגנה כי אפשר שכניסתו של המנוח דרך המזח הייתה כשעה בלבד לפני שהתגלתה גופתו. טיעון זה של ההגנה הגורס כי המנוח שהה מחוץ למים עד השעה 03:00, שימש כבסיס לטיעון בדבר ניתוק הקשר הסיבתי על ידי גורם זר מתערב בין מעשי המערערים לבין מות המנוח.

44. באשר לאפשרות כי המנוח נכנס או נפל למים משובר הגלים, כשעה לפני מציאת הגופה; הדגיש בית המשפט המחוזי כי אין לקבל אפשרות זאת נוכח תשובתו של ד"ר צביאלי בעדותו, לפיה הסיכוי לקיומה של התרחשות זו הוא קלוש משום שהתנאים הפיזיים של שובר הגלים אינם מאפשרים נפילה ישירה ממנו למים.

45. באשר לאפשרות כי המנוח שהה על החוף לכל הפחות עד השעה 03:00; ציין בית המשפט המחוזי כי אמנם ד"ר צביאלי אישר שמבחינה תיאורטית אפשרות זו

קיימת. ברם, בית המשפט דחה אפשרות זו ומצא אותה כתיאורטית גרידא וככזו שאינה אפשרית הלכה למעשה. בית המשפט קבע זאת נוכח העובדה שלטעמו לא יתכן כי כוחות החיפוש הרבים שפעלו בזירה לא מצאו כל זכר למנוח אם הוא אכן שהה בחוף עד לשעה 03:00. עוד הטעים בית המשפט כי תזה זו של ההגנה אינה מתמודדת עם העובדה לפיה מכשיר הטלפון הסלולארי של המנוח כבה כבר בשעה 00:39, עובדה המתיישבת דווקא עם התרחיש לפיו המכשיר כבה באחת בד בבד עם כניסת המנוח לים בסמוך לאחר התקיפה.

רצח

46. באשר לשאלה אם ניתן היה להרשיע את המערערים ברצח המנוח; קבע בית המשפט המחוזי כי לא התקיים יסוד ה"כוונה תחילה" בעניינם של המערערים, שכן לא הוכח כי התקיימה בהם החלטה להמית את המנוח. בית המשפט קבע כי אמנם במישור השכלי יכלו המערערים לצפות את התוצאה הקטלנית של מעשיהם, אך לא הוכח כי הם חפצו במות המנוח. בית המשפט תמך מסקנתו בכך שבמהלך התקיפה לא השתמשו המערערים בכלי נשק קטלניים ואין כל ראיה המלמדת כי הם כיוונו מכוותיהם אל אזורים רגישים בגופו של המנוח. עוד ציין בית המשפט כי אין עדות לכך שעובר לאירוע או לאחריו נשמעו מפי המערערים אמרות מהן ניתן ללמוד כי הם רצו במות המנוח. עוד הדגיש בית המשפט כי המערערים לא רדפו אחרי המנוח לאחר שהצליח להימלט מהם במנוסתו דרומה. לפיכך, זיכה בית המשפט את המערערים מהאישום בגין רציחת המנוח.

הריגה

47. יחד עם זאת, בית המשפט המחוזי הרשיע את המערערים בהריגת המנוח, בצוותא חדא. בית המשפט עשה כן בהתבססו על סעיף 20(א)(2) לחוק העונשין, לפיו המודעות לתוצאה הקטלנית יכולה לבוא לידי ביטוי גם בדמות אדישות כלפי אפשרות גרימתה, או לחלופין בקלות דעת, דהיינו, נטילת סיכון בלתי סביר ביחס לאפשרות שהתוצאה תיגרם. בית המשפט הפנה להלכה הפסוקה לפיה היסוד הנפשי שבנדון מתקיים אם הנאשם היה מודע לאפשרות קרות התוצאה הקטלנית וחרף זאת התקיימה מצדו פזיזות, במובן זה שגילה אדישות להתרחשות התוצאה הקטלנית. בית המשפט המחוזי הדגיש כי על פי ההלכה הפסוקה אין הכרח כי הנאשם יצפה את מנגנון גרימת המוות המדויק והספציפי, ודי כי תהא בו מודעות לסיכון הגלום במעשה העברייני.

48. בית המשפט המחוזי הטעים כי שלושת המערערים תקפו את המנוח בצוותא חדא ובעוצמה רבה, באגרופים ובבעיטות לאחר שהפילו אותו ארצה פעמיים. התקיפה נמשכה דקות ארוכות שברובן היה המנוח שרוע על הארץ חסר אונים וחסר כל יכולת להתגונן. לפיכך, קבע בית המשפט כי כאשר המערערים תקפו את המנוח באופן בו תקפוהו, היו צריכים להיות ערים לכך שמעשיהם יכולים היו להביא למותו, ולמרות זאת הם המשיכו להכותו משך זמן רב ללא רחם. בית המשפט הדגיש כי הדברים מקבלים משנה תוקף כאשר מביאים בחשבון את גילו המבוגר של המנוח ומנגד את כוחם הרב של שלושת המערערים הצעירים והחסונים.

מחדלי חקירה

49. טענות ההגנה בהקשר למחדלי חקירה נועדו לבסס טענה לפיה היעדרן של ראיות, אם בשל אי איסופן ואם בשל היעלמותן, מנע את האפשרות לגבש תמונה עובדתית שלמה אודות קורות המנוח בין השעות 00:30 ל-06:20 ולבסס את הטענה בדבר מעורבותו של גורם זר מתערב שניתק את הקשר הסיבתי בין מעשה התקיפה לבין מותו של המנוח. בית המשפט המחוזי קבע כי לא נוצר חלל ראייתי שכן נקודת המוצא העובדתית היא שלא היו "שעות אבודות" כטענת ההגנה, בהינתן הממצא לפיו המנוח נכנס למים בשעה 00:39 ולא הסתובב בזירת האירוע כשעתיים-שלוש כשהוא בהכרה. ממצא עובדתי זה נתמך כאמור באיכון "החיי" שנעשה לטלפון הנייד של המנוח בשעה 00:39, אופן מציאת הטלפון הנייד, כשהוא שלם וצמוד לגופת המנוח כמו גם העובדה שזירת האירוע היא שטח של כק"מ שבו פעלו כוחות איתור והצלה רבים שלא איתרו את המנוח. בית המשפט הטעים כי התקבלה תחושה לא נוחה מכך שאנשי המשטרה שהעידו גלגלו את האחריות האחד על משנהו מבלי ליטול אחריות באופן מטריד. יחד עם זאת, קבע בית המשפט כי הראיות שניתן היה לאסוף במהלך החקירה, לא יכלו להועיל להגנתם של המערערים.

50. כאשר לאי איסוף סרטוני מצלמות האבטחה שבקרבת זירת האירוע; ביחס למצלמה הנמצאת במסעדת "כחול", ציין בית המשפט המחוזי כי בסיוור שנערך במקום ניתן היה לראות בעין בלתי מזוינת כי המסעדה ממוקמת בנקודה נמוכה יותר מהטיילת ובחלקה הצפוני, ולכן סביר להניח כי מצלמותיה אינן מכסות את זירת האירוע. מצלמת האבטחה של "שדה דב" נבדקה ע"י רס"מ מאיר סבג, שערך בעניין זה ניסוי והעיד במשפט אודות המזכר שכתב. סבג מצא כי מצלמת האבטחה המדוברת אינה קולטת את זירת האירוע וסביבתה. לבסוף, קלטות האבטחה של "שדה דב" נתפסו והוגשו כראיה מטעם המאשימה. המתועד בהן מעיד כי הן אינן חולשות על האזור הרלבנטי. ביחס

למצלמה שנטען כי מותקנת בראש מגדל תחנת הכוח "רידינג"; המאשימה חלקה על עצם קיומה של המצלמה. ההגנה הגישה תמונה שלטענתה מבססת את הטענה כי בראש המגדל ישנה מצלמה. בית המשפט קבע כי גם אם ניתן להסיק מהתמונה שישנה מצלמה בראש המגדל, לא ניתן להסיק ממנה את טווח קליטתה של המצלמה והאם המצלמה פעלה בעת הרלבנטית. בהקשר זה הפנה בית המשפט לעדותו של רפ"ק רובי קיים, לפיה הוא שלח שוטר לבדוק אם ישנן מצלמות רלבנטיות בזירת האירוע ונמצא כי אין מצלמות רלבנטיות. בית המשפט הדגיש כי לא הוכחו מטעם ההגנה עדויות הזמה בהקשר הנדון.

51. באשר לטענה שעניינה אי עריכת מסדר זיהוי למערערים; קבע בית המשפט המחוזי כי למסדר הזיהוי אין חשיבות מעשית בנסיבות המקרה שכן המערערים קשרו עצמם למקום האירוע ולתקיפת המנוח. באשר לטענתו של המערער 3 כי המסדר יכול היה להועיל בביסוס טענתו כי הוא לא תקף את המנוח אלא התערב רק כדי להפריד בין הניצים, קבע בית המשפט כי טענה זו הופרכה בעדויותיהם של עדי הראיה ובידי המערערים 1-2.

52. באשר ל-182 תמונות שהוגשו בסוף פרשת התביעה; קבע בית המשפט המחוזי כי אין זה ראוי שהתמונות הוגשו מבלי שהועברו בשלב מוקדם מספיק להגנה. יחד עם זאת, שוכנע בית המשפט כי מקור המחדל הוא בתקלה במשרדי הרשות החוקרת. בית המשפט עמד על כך שבסיכומיהם לא עמדו הסגורים על נזקים ממשיים שנגרמו להם עקב אי העברת התמונות ולא ביקשו הזמנת עדים מחדשת לאור התמונות.

53. בזירה נמצאו מספר מקבצי כתמי דם. מכל מקבץ דגמו אנשי המז"פ טול אחד. המערערים טענו כי החלטה זו של המז"פ קיפחה את הגנתם, שכן אם בדיקת כתמי הדם הייתה מקיפה ויסודית יותר יתכן ויכלו המערערים להוכיח כי תוקף או תוקפים אלמונים אחרים הם שהביאו למות המנוח. בית המשפט המחוזי הפנה לעדויות אנשי המז"פ לפיהם ההחלטה הייתה מקצועית. בית המשפט המחוזי קבע כי טענת המערערים לפיה תוקפים אחרים היו מעורבים בהמתת המנוח הינה תיאורטית, לאור הממצא העובדתי לפיו המנוח נכנס למימי הים סמוך לאחר התקיפה.

54. לאחר מציאת גופת המנוח הושמדו בגדי המנוח. בא כוח המאשימה הסכים כי מוטב היה אם הבגדים היו נשמרים וכי השמדתם היא תקלה. בית המשפט המחוזי הטעים כי לבגדי המנוח אין שום משמעות ראייתית ולפיכך דינה של הטענה כי מדובר במחדל משמעותי, להידחות.

55. במסגרת ראיותיה לעונש העידה המאשימה את הילה, בתו של המנוח שלא הייתה נוכחת בזירת האירוע. היא סיפרה בקול חנוק מדמעות אודות אביה, אופיו הנוח לבריות ואישיותו החיובית. היא תיארה את השבר שריסק את משפחתה והדגישה את הייסורים, המצוקות והתוצאות הקשות במישור האישי, הרגשי והכלכלי עמן מתמודדת המשפחה מאז קופדו חייו של המנוח באופן אכזרי וברוטאלי.

56. תסקירי שירות המבחן: בעת האירועים היה המערער 1 בן כ-17. המערער גדל בבית נורמטיבי ומבוסס כלכלית ולמד בבית ספר תיכון. ממכתבה של מורתו נלמד כי היה תלמיד חרוץ שהשקיע בלימודיו ושאף להמשיך במסלול לימודים אקדמי. שירות המבחן דיווח על תיק תלוי ועומד נגדו בבית משפט השלום לנוער בגדרו הוגש נגדו כתב אישום בעבירות של תקיפת שוטר במילוי תפקידו ותקיפת עובד ציבור. בעת האירועים היה המערער 2 בן כ-25. לחובתו שלוש הרשעות קודמות בעבירות של החזקת אגרופן או סכין למטרות איומים, הסעת שב"ח והחזקת סמים לצריכה עצמית. עד למעצרו עבד למחייתו בעבודות בניין. הוא נשוי ואב לשני ילדים קטנים. מצטיירת אודותיו תמונת חיים מורכבת. בהיותו בן שבע שנים אביו נפצע בתאונת דרכים ולאחר אשפוז של שנתיים וחצי שב האב לבית המשפחה במצב סיעודי קשה. בנוסף חווה המערער אירוע טראומתי כשחזה ברצח אמו בידי אחיה על רקע "כבוד המשפחה". המערער 2 שהה תקופה מסוימת במהלך נעורותו במעון, אך העדיף לשוב לביתו ולתמוך באחיו הצעירים. המערער 3 היה כבן 20 במועד האירועים. אין לו הרשעות קודמות אך מתנהל בעניינו הליך נוסף בבית משפט השלום בעבירות של החזקת סכין, הפרעה לשוטר ואיומים. הוא הפסיק את לימודיו והחל לעבוד בבניין בגיל 15. לפני מספר שנים נפגע בתאונת דרכים ומאז נעזר בקביים. לדבריו הוא סובל מפגיעה בזיכרון. בתסקירים צוין כי המערערים הביעו צער על מות המנוח אך בה בעת לא נטלו אחריות מלאה על מעשיהם כשכל אחד בדרכו תיאר את מעורבותו באופן הממזער את חלקו באירועים. לאור ההכחשה ונוכח חומרת המעשים על תוצאותיהם הקשות, נמנע שירות המבחן מהמלצה כלשהי בעניינם של המערערים.

עיקרי גזר הדין

57. בית המשפט המחוזי הדגיש את הקלות הבלתי נסבלת בה נקטלו חייו של אדם, איש משפחה מסור ביותר שהיה במיטב שנותיו, בריא ופעיל. בלילה אחד, על לא עוול בכפו, קופד באכזריות פתיל חייו. בית המשפט הטעים כי הזוועה אינה מתמצה

באקראיות הקורבן אלא מתעצמת נוכח האכזריות הבלתי נתפסת בה התנפלו המערערים על המנוח בחמת זעם נטול כל סיבה, בעטו וחבטו בו ללא רחם ולא הרפו. עוד ציין בית המשפט כי איש מהמערערים לא התעשת ולא ניצת בהם ולו שכיב של חמלה. דווקא האופי האכזרי, נטול העכבות של התקיפה רבת המשתתפים – על ידי הטחת אגרופים, מכות ובעיטות בכל חלקי גופו של המנוח במשך דקות ארוכות שכמוהן כנצח – כאשר בכל רגע יכלו המערערים לעצור, שלא כמו מי שעושה שימוש בנשק; הוא המשווה למעשים את חומרתם המופלגת. בית המשפט הטעים כי הלב מצטמרר מן המחשבה על המצוקה, הייאוש, הייסורים והחרדה שהיו מנת חלקו של המנוח בטרם נפח את נשמתו. כמו כן ציין בית המשפט כי אטימות הלב של המערערים וקהות החושים לסבל האדם נכרו גם לאחר שעזבו המערערים את זירת ההרג והמשיכו לשתות אלכוהול ולרקוד כאילו דבר לא קרה.

58. בית המשפט המחוזי הדגיש כי חברה בת תרבות וחפצת חיים אינה יכולה ואינה צריכה להשלים עם התנהגות חסרת מצפון דוגמת זו שנחשפה במלוא כיעורה במעשי המערערים. בית המשפט הדגיש כי אך כפסע היה בין אחריותם הפלילית של המערערים בגין הריגה לבין הקביעה כי התגבשו יסודות עבירת הרצח. בנוסף לכך, ציין בית המשפט כי בקובעו את עונש המקסימום לעבירת ההריגה ראה המחוקק לנגד עיניו מעשה דוגמת זה הנדון במקרה דנן, המצוי הלכה למעשה על סיפה של עבירת הרצח. עוד הדגיש בית המשפט כי העבירות בוצעו בצוותא חדא ולכן אין כל חשיבות לחלק הספציפי שנטל מי מבין המערערים בתקיפת המנוח.

59. זאת ועוד, בית המשפט המחוזי הדגיש כי בקביעת מידת העונש ראוי לקחת בחשבון לחומרה כי בנוסף לעבירת ההריגה, הורשעו המערערים בשתי עבירות אלימות חמורות, אשר כשלעצמן מצדיקות השתת עונש מאסר ארוך על מבצעהן. לא זו אף זו, המערער 2 הורשע בעבירת אלימות שלישית ביחס לא.ק.. בית המשפט הדגיש כי כל אחת מעבירות האלימות הנוספות הינה עבירה עצמאית העומדת בפני עצמה ומנותקת מעבירת ההריגה, שכן עבירות האלימות הנוספות מאובחנות זו מזו בכך שאף על פי שהיו חלק מאותה מסכת עובדתית, הן בוצעו כלפי נפגעי עבירה שונים, ומשכך ובהתאם להלכה הפסוקה יש להטיל בגינן עונשי מאסר נפרדים ומצטברים.

כנגד הכרעת הדין וגזר הדין של בית המשפט המחוזי מופנים הערעורים שלפנינו.

60. המערער 1 – באמצעות בא כוחו, עו"ד אשר חן – מיקד את עיקר ערעורו ביחס לסוגיית גורם זר מתערב שניתק לטענתו את הקשר הסיבתי בין תקיפת המערערים את המנוח לבין מותו של המנוח. בהקשר זה נטען כי אין מחלוקת שהמנוח ברח מהזירה לאחר הקטטה כשהוא בהכרה ורץ על שתי רגליו. כמו כן, מצביע המערער 1 על כך שהמנוח ביצע מספר שיחות טלפון בסמוך לאחר הקטטה, מה שמעיד על קיומה של אוריינטציה ויכולת הכרתית המאפשרת ביצוע פעולות פיסיות. ודוק, מדגיש המערער 1 כי גופתו של המנוח נמצאה כעבור כשש שעות במיקום לא שגרתי, בבריכת השיקוע, המוקפת שוברי גלים והנמצאת במרחק של ק"מ בקו אווירי מזירת האירוע, והכניסה אליה היא מערוץ צר הנמצא בצדה הצפוני. זאת ועוד, מצביע המערער 1 על כך שאיכונים שנעשו למכשיר הטלפון הנייד של המנוח מצביעים כי הוא נמצא במספר מוקדים שונים, כשעה וחצי לאחר הקטטה. המערער 1 מדגיש בהקשר לסוגיית הקשר הסיבתי כי הלכה למעשה בית המשפט המחוזי לא התמודד עם אפשרות קיומו של גורם זר מתערב, לאור הספק שבוסס לפיו נותרו "שעות אבודות" לאחר תקיפת המנוח ועד לכניסתו לים, במהלכן היה המנוח בהכרה מספר שעות באזור החוף. ספק זה, כך טוען המערער, מבוסס היטב לאור חוות דעתו של ד"ר צביאלי, לפיה תהליך היסחפות הגופה למקום בו נמצאה אורך כארבע שעות. כמו כן מדגיש המערער 1 כי ד"ר צביאלי אישר בעדותו כי אפשר שנתיב ההיסחפות היה "נקי" ותהליך ההיסחפות ארך כשלוש שעות בלבד. המערער 1 תוהה מדוע בית המשפט המחוזי הסתפק בקביעה כי אפשרות זו היא תיאורטית בלבד. המערער 1 מציין בהקשר זה כי אם בשעת החיפוש היה המנוח כבר בתוך המים, הרי שניתן היה לאתר את גופתו בנקל, שכן באזור פעל מסוק שהאיר את האזור.

61. מעבר לטענה הנוגעת לניתוק הקשר הסיבתי במהלך ה"שעות האבודות", אם בעקבות החלטתו של המנוח להיכנס לים כשהוא בהכרה, שעות לאחר התקיפה, ואם בעקבות אלימות שנקטו כלפיו תוקפים אלמונים; נשענת טענת ניתוק הקשר הסיבתי העובדתי גם על הנימוק לפיו התקיפה בה נטלו חלק המערערים לא הייתה אלימה מאוד והחבלות שגרמו המערערים למנוח לא היו חמורות במיוחד, ולכן אף במישור האובייקטיבי לא ניתן היה לצפות כי הקטטה תוביל למות המנוח.

בהקשר זה נטען כי שגה בית המשפט המחוזי בקובעו כי המערער 1 הזעיק את חבריו כדי שיעזרו לו לתקוף את המנוח. לטענתו, הוא ניתק מגע מהמנוח ובנות משפחתו והחל לנוע צפונה, תוך שהוא מתקשר לטלפון של פואד והזעיק את

המערערים 2-3 כיוון שחשש מהמנוח ובנות משפחתו שדלקו אחריו. עו"ד חן טוען כי יש לבחון את סבירות הטענה ביחס לנסיבותיו הקונקרטיות של המערער 1, שהינו קטין שלראשונה יצא לבילוי עם בני דודו הבוגרים ממנו והיה נתון תחת השפעת אלכוהול. בהיותו בעל דפוסי התמודדות פאסיביים-תלותיים, התקשר המערער 1 לבני דודיו והזעיק אותם כדי שיגוננו עליו. כמו כן טוען המערער 1 כי מלבד בעיטה או שתיים אל רגליו של המנוח הוא לא פגע במנוח פגיעות קשות. באשר לעוצמת התקיפה, נטען כי ההתגוששות ארכה לא יותר מדקות ספורות ובסיום ההתגוששות המנוח קם על רגליו ועזב את זירת האירוע כשהוא מצוי בכושר טוב, כפי שניתן ללמוד מריצתו של המנוח. עוד נטען כי העובדה שהמערערים לא הצטיידו בנשק כלשהו והניחו למנוח לברוח בתום ההתגוששות, מלמדת על אירוע של קטטה בלבד שבמהלכה לא היה זה סביר לצפות את מותו של המנוח.

בנוגע לניתוק הקשר הסיבתי המשפטי, שב המערער 1 וטוען על יסוד סעיף 309(3) לחוק העונשין, כי אפשרות הימלטותו של המנוח דרך הים לא יכולה להיחשב כדרך "הטבעית" ולפיכך, לא ניתן היה לצפות כי המנוח יכנס לים וכך ימצא את מותו. בהקשר זה נטען כי הכניסה לים והטביעה מהווים תרחיש חריג בנסיבות המקרה עד שאין לדרוש מהמערערים לצפותו.

62. המערער 1 שב וטוען להצטברותם של מחדלי חקירה וביניהם אי נקיטת פעולות חקירה ואי איסוף חומרי חקירה נדרשים, באמצעותם יתכן כי ניתן היה להוכיח את ניתוק הקשר הסיבתי. המערער 1 מתייחס בטענותיו לעניינים אלו: לאי זימון פתולוג לזירה; אי זימון מעבדה נידת; אי פינוי גופת המנוח במועד למכון לרפואה משפטית; היעדר בחינה מספקת של כתמי הדם בזירה; אי איסוף סרטונים ממצלמות האבטחה בקרבת הזירה; השמדת בגדי המנוח; "היעלמות" ההקלטות של שיחות המנוח למוקד 100; העברת קובץ של 182 תמונות בסוף פרשת התביעה; אי סריקה וחיפוש ראיות באזור המסלעות שבקרבת הטיילת ועוד. מחדלים אלו, כך טוען המערער 1, לא איפשרו להפריך את הקונספציה המוטעית לפיה המנוח נכנס לים בשעה 00:39. המערער 1 טוען כי מחדלי החקירה במקרה דנן קיפחו את ניהול ההגנה.

63. כמו כן טוען המערער 1 כי כתוצאה מהמחדלים הנטענים לא יכול היה בית המשפט המחוזי לקבוע את סיבת המוות. עוד טוען המערער 1 כי אין לתת משקל לחוות דעתו של ד"ר זייצב לאור החשד שעולה בנוגע למהימנותו, בהינתן הממצא החשוד בדבר תעלת לחץ במוח שלא תועד במהלך ביצוע הנתיחה אך הוכנס בדיעבד לחוות דעתו. בנוסף לכך טוען המערער 1 כי יש לאמץ את חוות דעתו של ד"ר קוגל לפיה מותו

של המנוח נגרם כתוצאה מטביעה. המערער 1 תוקף את קביעתו של בית המשפט המחוזי לפיה סיבת המוות הישירה אינה רלבנטית, שכן לטענתו לא הופרכה האפשרות כי המנוח נותר בהכרה כשהוא על החוף מספר שעות ורק לאחר מכן נכנס לים וטבע.

64. כאשר לגזר הדין; טוען המערער 1 כי שגה בית המשפט המחוזי משהטיל עליו את העונש המקסימאלי הקבוע בחוק העונשין בגין הריגה. בהקשר זה טוען המערער 1 כי יש לבחון את מכלול נסיבות האירוע ונסיבותיו האישיות. המערער 1 טוען כי עת הועמד לדין היה קטין, בן למשפחה נורמטיבית ומדובר באירוע חריג בחייו. המערער 1 טוען כי התמונה המצטיירת בעניינו היא של קטין שבילה לראשונה בחברת בני דודיו הבגירים, היה שתוי ונקלע לאירוע במהלכו סבר כי נקלע לצרה. עוד טוען המערער 1 כי לא הייתה לו כל כוונה כי המבוגרים שבחברתו יתקפו את המנוח ומוסיף ומציין כי לא הוא ולא מי מבני דודיו תקפו את המנוח בנשק קטלני. המערער 1 מציין כי קביעתו של בית המשפט המחוזי לפיה שש שנות המאסר בגין העבירות הנוספות ירוצו במצטבר לעונש בגין הריגה אינה סבירה. מעבר לכך, טוען המערער 1 כי עבירות האלימות הנוספות אינן מחייבות ענישה כה קשה בדמות שש שנות מאסר לריצוי בפועל, במצטבר. לבסוף, טוען המערער 1 כי שגה בית המשפט משלא איבחן את העונש שהושת עליו מזה שהושת על המערערים 2-3, בין היתר לאור משקלו של שיקול השיקום בעניינם של קטינים.

ע"פ 6295/11 – המערער 2

65. במהלך הדיון שלפנינו הצטרף המערער 2 – באמצעות בא כוחו, עו"ד משה מרוז – לטיעונו של עו"ד חן כנגד הכרעת הדין, ובמרכזם הטיעונים הנוגעים לניתוק הקשר הסיבתי ומחדלי החקירה. דגשים אלו הם העומדים בלב הודעת הערעור מטעם המערער 2.

66. כנגד גזר הדין; טוען המערער 2 כי העונש שהושת עליו על ידי בית המשפט המחוזי הוא מפליג בחומרתו. בהקשר זה נטען כי המערערים זוכו מעבירת הרצח בשל היעדר התגבשותה של החלטה להמית את המנוח. זיכוי זה, כך נטען, היה צריך להוות שיקול בקביעת העונש. עוד הדגיש עו"ד מרוז את הקביעה לפיה המערערים לא השתמשו בנשק קר או חם ולא כיוונו מכותיהם לאזורים רגישים. כמו כן נטען כי בית המשפט לא נתן משקל לעובדה כי התוצאה הסופית של מות המנוח לא נגרמה באופן ישיר על ידי המערערים. זאת ועוד, טוען עו"ד מרוז כי שגה בית המשפט משהשית על המערערים עונש חמור שעה שלא ניתן לקבוע את סיבת המוות הוודאית. לא זו אף זו,

נטען כי לא היה מקום להשית את העונש המקסימאלי בגין עבירת ההריגה, שכן המערערים לא רדפו אחרי המנוח כשנמלט מהזירה. המערער 2 טוען כי גזר הדין יוצר שיבוש של ממש במדרג הענישה בגדרי עבירות ההמתה.

67. כמו כן טוען המערער 2 כי שגה בית המשפט המחוזי משקבע כי העונשים ירוצו במצטבר, בשים לב לכך שעבירות האלימות הנוספות הן עבירות נלוות והן אינן עומדות בפני עצמן. בהקשר זה מדגיש המערער 2 כי לא היתה למערערים כל כוונה לתקוף את שרה ואוטילה והדבר קרה כיוון שהשתיים התקרבו לזירת ההתגוששות. נסיבות ביצוע עבירות האלימות הנוספות אינן מצויות במדרג הגבוה. בנוסף לכך נטען כי אף אם היה המערער 2 עומד לדין בגין שלוש עבירות האלימות הנוספות שבביצוען הורשע, בהתעלם ובמנותק מעבירת ההריגה, ספק אם היו מושתות עליו שש שנות מאסר לריצוי בפועל. עוד נטען כי המערערים הביעו צער וחרטה על מעשיהם. לבסוף נטען כי בית המשפט המחוזי לא הביא בחשבון את נסיבותיו האישיות של המערער 2 כפי שמצאו ביטויין בתסקיר שירות המבחן כמפורט לעיל. כמו כן צוין כי המערער 2 נשוי ואב לשני ילדים קטינים ולכן משמעותו של ריצוי מאסר בפועל למשך 26 שנים עבורו היא מאסר עולם. המערער 2 טוען כי עברו הפלילי אינו מכביד וכי הוא לא השתתף בריקודים ובשתיית האלכוהול ביער "חורשים" לאחר תקיפת המנוח. כמו כן נטען כי המערער 2 שיתף פעולה עם המשטרה והוביל את החוקרים ליער "חורשים" שם נעצרו יתר המעורבים בפרשה.

ע"פ 6367/11 – המערער 3

68. המערער 3 – באמצעות בא כוחו, עו"ד גיל פרידמן – הצטרף לטיעוני המערערים 1-2 לעניין ניתוק הקשר הסיבתי ומחדלי החקירה. טענותיו של המערער 3 כנגד הכרעת הדין ממוקדות כנגד קביעת בית המשפט המחוזי לפיה יש לזקוף לחובתו את אי העדתו במשפט ולכך שלא התגבש בעניינו הסייג מפני אחריות פלילית מכוח סעיף 34ח' לחוק העונשין. עו"ד פרידמן תוקף את אופן ניתוח חוות הדעת על ידי בית המשפט המחוזי וטוען כי יש לאמץ את חוות דעת מומחי ההגנה ועדויותיהם בדבר הליקויים הקוגניטיביים מהם סובל המערער, דבר היותו מטופל בכדורים פסיכיאטריים ומצבו הנפשי הקשה. עו"ד פרידמן בא בטרוניה כנגד החלטתו של בית המשפט שלא להכריע בסוגיית הכשירות להעיד כטענת זוטא וכנגד דחיית ההכרעה בעניין לשלב הכרעת הדין.

69. עו"ד פרידמן מדגיש את תאונת הדרכים הקשה בה היה מעורב המערער 3. תאונה זו, כך נטען, גרמה למערער 3 לפגיעת ראש קשה, הותירה את אותותיה בגופו ובנפשו וכתוצאה ממנה הוא נותר עם נכות נוירולוגית ונפשית שאף הוכרה על ידי המוסד לביטוח לאומי. עו"ד פרידמן ציין עוד כי בשל התאונה נדרש המערער 3 לעבור ניתוח ראש והיה מאושפז כשהוא מונשם ב"בית לוינשטיין". עוד טען עו"ד פרידמן כי תפקודו הקוגניטיבי של המערער 3 גבולי, על סף הפיגור. המערער 3 אינו מאוזן, אינו יציב ואין לו הבנה מלאה של המקום בו הוא נמצא. משכך, נטען כי גם אם לא עומד למערער 3 הסייג מפני אחריות פלילית, לא יתכן כי התקיים בו היסוד הנפשי הדרוש להרשעה בהריגה, אף לא אדישות או קלות דעת. זאת ועוד, טוען עו"ד פרידמן כי בשל נכותו הנוירולוגית של המערער 3, כמו גם העובדה שמצבו הוחרף עקב צריכת אלכוהול בשילוב תמהיל הכדורים שהוא נוטל, לא היה ביכולתו להיות ער לסכנה. כמו כן טוען עו"ד פרידמן כי המערער 3 לא יכול היה פיסית להשתתף בתקיפת המנוח שכן יש לו נכות אורטופדית בגינה הוא מסתייע בקביים.

70. כנגד גזר הדין; טוען עו"ד פרידמן כי בית המשפט המחוזי לא העניק משקל לנסיבות הקשות והמיוחדות של המערער 3. בהקשר זה נטען כי היה על בית המשפט ליתן משקל ממשי לפגיעת הראש ממנה סובל המערער 3 והשלכותיה, בגדרי עקרון הענישה האינדיבידואלית. עו"ד פרידמן טוען כי חלקו של המערער 3 באירוע היה הקטן ביותר, גם בשל הבעיה האורטופדית ממנה הוא סובל. עוד מדגיש עו"ד פרידמן כי החריג המצדיק השתת עונשים מצטברים אינו מתקיים בנסיבות העניין.

תסקירים עדכניים ועמדת שירות המבחן בערעור

71. לקראת הדיונים בערעורים הוגשו תסקירים עדכניים מטעם שירות המבחן. בעניינו של המערער 1, ציין שירות המבחן לנוער כי תפקודו בכלא חיובי ותקין אך ההתרשמות היא שלא חל שינוי מהותי ביחס למידת לקיחת האחריות. גם כיום מכחיש המערער את מעורבותו בהריגה ובחבלה חמורה תוך שהוא מודה בתקיפה בלבד. נוכח האמור ולאור תוצאותיו הקשות של המקרה, נמנע שירות המבחן לבוא בהמלצה טיפולית. בעניינו של המערער 2, ציין שירות המבחן למבוגרים כי המערער משתף פעולה בהליך הטיפולי במסגרת הכלא וכי הוא נוטל אחריות לעבירות בהן הורשע תוך שהוא עובר תהליך משמעותי הדרגתי. המערער חש בושה ואשמה על מעשיו ומביע מוטיבציה גבוהה לשינוי. באשר למערער 3, ציין שירות המבחן למבוגרים כי המערער 3 אינו יוזם קשר טיפולי עם גורמי הטיפול בכלא ומקיים עמם קשר קונקרטי בלבד.

המערער 3 לומד מזה כשנה במרכז החינוך בכלא. בהתייחסותו לעבירות בהן הורשע, שולל המערער מעורבות כלשהי.

תגובת המשיבה

72. המשיבה – באמצעות באת כוחה, עו"ד תמר בורנשטיין – עותרת לדחיית הערעורים על כל ראשיהם. המשיבה הגישה לקראת הדיון בערעורים עיקרי טיעון בכתב. מעיקרי הטיעון, העוסקים בערעורים כנגד הכרעת הדין, כמו גם מהשלמת הטיעון בעל פה במהלך הדיון שנערך לפנינו, עולה כי המשיבה אוחזת הלכה למעשה בהנמקתו של בית המשפט המחוזי. משכך יובאו להלן אך הבהרות שניתנו מטעם המשיבה בתגובה לטענות המערערים.

73. ביחס לטענות העובדתיות של המערערים, כמו למשל לגבי חלקם בתקיפה ועוצמתה, טוענת המשיבה כי אין מקום להתערבות בממצאיו העובדתיים של בית המשפט המחוזי, שכן אלו נשענים על התרשמות בלתי אמצעית ממהימנותם של העדים שהופיעו לפניו. ברוח זו טוענת המשיבה כי אין מקום להתערב בקביעותיו של בית המשפט באשר להעדפת המומחים מטעם המאשימה על פני המומחים מטעם ההגנה שכן מדובר בפרוגטיבה של הערכאה הדיונית שהתרשמה מעדויות המומחים. באשר למומחים שהעידו לעניין סיבת המוות, מציינת המשיבה כי על ממצאים רבים לא הייתה כלל מחלוקת בין ד"ר זייצב לבין ד"ר קוגל וכי שניהם הסכימו כי למנוח נגרמה חבלת ראש, לרבות דימום תת עכבישי ושברים, אלא שהמומחים נחלקו בדעתם באשר לסיבת המוות הישירה, מחלוקת שאין לה נפקות של ממש בנסיבות העניין.

74. באשר לטענת המערערים הנוגעת לקיומן של "שעות אבודות", בהסתמך על חוות דעתו ועדותו של ד"ר צביאלי ובהתחשב בשעה בה התגלתה גופת המנוח בבריכת השיקוע (15:06); מטעימה המשיבה כי אין ממצא כלשהו המלמד כי רק בשעה בה הבחינו הדייגים בגופת המנוח, הגיעה הגופה למקום. המאשימה מציינת כי אין לשלול אפשרות שהגופה שהתה במקום שעות אלא שניתן היה להבחין בה רק עם עלות השחר. בתמיכה לאפשרות זו הפנתה המשיבה לעדותו של הדייג טל בן שבת, לפיה בתחילה לא יכול היה לראות את גופת המנוח מהנקודה בה עמד ורק בהמשך, עם עלות השחר, כאשר החלו הוא וחברו ללכת צפונה, זיהה את הגופה במים. בהקשר זה טוענת המשיבה כי מסוק שהוזנק לאוויר לא יכול היה להבחין בגופת המנוח במים, גם אם היא צפה שעות בבריכת השיקוע, בשל האפלה. מעבר לכך, טוענת המשיבה כי אפשר שהדייגים הבחינו בגופה בשעה 15:06 כיוון שרק אז היא צפה על פני המים.

75. באשר לטענת המערערים כי קיימות אינדיקציות לפיהן נעשו איכוני טלפון נוספים למכשיר הטלפון של המנוח לאחר השעה 00:40, מהם ניתן ללמוד כי המנוח המשיך להסתובב ברחבי העיר; חוזרת המשיבה על קביעתו העובדתית של בית המשפט המחוזי כי לא נעשו איכונים נוספים. המשיבה מבהירה כי האפשרות שהמנוח המוכה והחבול שוטט באזורים שונים בעיר, כשלוש שעות, כשמכשיר סלולארי בידו, בלי ליצור קשר עם איש ומבלי שאיש הבחין בו, ולאחר מכן חזר לטיילת כדי לקפוץ או ליפול למים, היא כה בלתי מתקבלת על הדעת שאין בכוחה ליצור ספק כלשהו. המשיבה מדגישה כי הממצא לפיו המנוח נכנס למים בסמוך לשעה 00:39, שנקבע על רקע מכלול הראיות הנסיבתיות, השליך גם על דחיית טענות המערערים באשר למחדלי חקירה שפגעו בהגנתם. עוד מדגישה המשיבה כי האפשרות שבמהלך "השעות האבודות" נתקל המנוח בתוקפים אלמונים שפגעו בו היא אפשרות תיאורטית שאין לה עיגון בחומר הראיות ולכן אין לתת לה משקל.

76. באשר לקשר הסיבתי המשפטי; טוענת המשיבה כי תקיפתו של המנוח התרחשה בחוף הים, במרחק לא רב מהמים. הפגיעות בראשו של המנוח גרמו לו לבלבול ולדיס-אוריינטאציה, באופן שהוביל בסופו של יום למותו עקב הימלטותו של המנוח לים. המשיבה מדגישה כי התממשותה של אחת מהסכנות הצפויות לאדם שהכרתו מעורפלת כתוצאה ממכות קשות שספג בראשו והוא נע בשטח ללא השגחה, אינה בגדר תוצאה חריגה המנתקת את הקשר הסיבתי המשפטי.

77. המשיבה מציינת עוד כי בכל הנוגע למשמעות שתקתו של המערער 3 במשפטו, הדגיש בית המשפט המחוזי כי קביעתו זו היא בבחינת למעלה מן הצורך, שכן לאור חומר הראיות בתיק אין כלל צורך בחיזוק לראיות הקושרות את המערער 3 לביצוע העבירה המיוחסת לו. משכך, טוענת המשיבה כי אין צורך להכריע בסוגיה הדיונית שהעלה עו"ד פרידמן, לפיה היה צריך בית המשפט לדון בראשית המשפט ובסמוך לאחר מועד העלאת טענת היעדר הכשירות להעיד במשפט בטענה זו. באשר לטענה לפיה עומד למערער 3 סייג מפני אחריות פלילית, מדגישה המשיבה כי העובדה שהטענה הועלתה רק בשלב הסיכומים מלמדת על משקלה. כמו כן טוענת המשיבה כי דין הטענה להידחות אף לגופה, לאור העדפת בית המשפט את חוות דעתה של ד"ר שילד על פני עדויות ההגנה בהקשר זה. המשיבה אף הגיבה לגופן של טענות המערער 3 כנגד חוות דעתה של ד"ר שילד, ולנימוקיה בנושא זה אזקק להלן בפרק הדיון וההכרעה.

78. כאשר לערעורים כנגד גזר הדין; טוענת המשיבה כי העונש שהוטל על המערערים אינו קל והוא אף חמור, אך אין להפחית ולו יום אחד מעונש המאסר בפועל שהושת עליהם. מדובר בעונש ראוי בהתחשב בנסיבות ביצוע העבירות וחומרתן ולאור התוצאה הטרגית. המשיבה מטעימה כי האירוע מעורר תחושה של זעזוע מיוחד וסלידה יוצאת דופן בשל מוות שנגרם "סתם". המנוח ובנות משפחתו יצאו לטיול על הטיילת. טיול זה הסתיים בכך שאבי המשפחה הותקף בצורה ברוטאלית והומת על ידי המערערים, ללא כל סיבה. המשיבה הפנתה לסבל ולכאב איתו מתמודדת משפחת המנוח, הן במישור הנפשי והן במישור הכלכלי. המנוח, אדם מבוגר, שכב על הארץ והתחנן שהמערערים ירפו ממנו, אך אלו המשיכו לתקוף אותו, בצוותא חדא, בעוצמה, כשהוא חסר אונים. גם לאחר שהמנוח הצליח להתרומם מעט, שבו המערערים והפילו אותו ארצה והמשיכו בתקיפתם. המשיבה מדגישה כי נקיטת אלימות כה קשה בשל היעדר סיבה, מצביעה על מסוכנותם הרבה של המערערים בעטיה ראוי כי יורחקו מהציבור למשך פרק זמן ממושך ככל הניתן. עוד הוסיפה המשיבה כי היחידה מבין הנוכחים במקום שניסתה לעצור את אירוע האלימות היא א.ק., אלא שגם היא הותקפה בתגובה לצעקתה.

79. זאת ועוד, המשיבה הפנתה לכאב ולסבל שחש המנוח בשעות חייו האחרונות, כפי שניתן ללמוד מהחבלות שנגרמו לו כעולה מדו"ח הנתיחה. המשיבה עמדה על התהליך האכזרי שהוביל למותו של המנוח והייסורים שבטביעה לאחר שנכנס לים כתוצאה מהתקיפה. בהקשר זה ציינה המשיבה את פחדו של המנוח לאורך כל שנות חייו מהים. המשיבה ציינה כי אמנם המערערים לא השתמשו בנשק קר או חם אבל גרמו למנוח לנזק כבד וקשה שהוביל למותו.

80. המשיבה מדגישה כי אין מקום להבחין בין חלקו של מי מבין המערערים שכן כולם נושאים באותה מידה באחריות להמתתו של המנוח. כל אחד מהמערערים "תרם" את חלקו לתוצאה הקשה של קיפוח חיי המנוח. המשיבה מציינת כי אמנם לכל אחד מהמערערים ישנן נסיבות אישיות, אלא שלנוכח חומרת העבירות ונסיבות ביצוען, נסיבותיהם האישיות, כמו גם שיקול השיקום, נסוגים מפני שיקולי הגמול וההרתעה. המשיבה הדגישה כי על בית המשפט המחוזי להעביר מסר ברור בדבר סלידה מפני נקיטה באלימות, לא כל שכן אלימות רצחנית שננקטה ללא כל סיבה. המשיבה מציינת כי אמנם המערער 1 היה קטיין בעת ביצוע העבירות. ברם, מדובר במי שגרם לתקיפה כלפי המנוח, בהזעיקו את המערערים 2-3 ובהמשך הצביע לפניהם על המנוח. מדובר בקטיין שהוא מחרחר ריב וככזה מסוכן לציבור. כאשר למערער 2, טוענת המשיבה כי אכן נסיבות חייו אינן פשוטות אך שירות המבחן לא בא בהמלצה טיפולית בעניינו.

באשר למוגבלותו השכלית והנפשית של המערער 3, הדגישה המשיבה כי הדבר לא מנע ממנו לתקוף את המנוח וכי מדובר באדם מניפולטיבי כעולה מחקירותיו במשטרה ומחוות דעת שהוגשה מטעם המאשימה בעניינו.

באשר לצבירת העונשים בגין עבירות האלימות הנוספות; הפנתה המשיבה לפסיקה לפיה קיימת הצדקה לצבירת עונשים בגין אותה מסכת עובדתית, כאשר מדובר במספר נפגעי עבירה וכאשר מדובר באכזריות יוצאת דופן, כמו במקרה דנן. המשיבה טוענת כי עבירות האלימות הנוספות אינן קלות כלל ועיקר ובהקשר זה הפנתה לנזק הפיסי שנגרם לשרה ולעדותה של אוטילה לפיה המערערים בעטו ברגליה ובפניה והעיפו את משקפיה.

81. באשר לעובדה כי המערערים לא רדפו אחר המנוח שנמלט על רגליו מהזירה; טענה המשיבה כי המערערים לא עשו כן מטוב ליבם או מרחמים על המנוח אלא מחששם כי יתפסו ולכן מיהרו להגיע לרכביהם ולהימלט מהזירה. אכן, העובדה כי המערערים לא דלקו אחר המנוח היא שעמדה בלב זיכויים מרצח, אך אין בה כדי להצדיק הקלה בעונשם בגין הריגתו של המנוח. בהקשר זה ציינה המשיבה כי במעשיהם ביטאו המערערים זלזול מופגן בחיי אדם, לאורו הורשעו המערערים על בסיס יסוד נפשי של אדישות לאפשרות מותו של המנוח, ובכך טמונה חומרת המעשה – היעדר אכפתיות לקיפוח חיי אדם.

דיון והכרעה

82. לאחר עיון בנימוקי הערעור ולאחר שהאזנו בקשב רב להשלמת הטיעון בעל-פה מטעם הצדדים ועיינו באסמכתאות אליהן הפנו, הגעתי לכלל מסקנה כי דין הערעורים להידחות על כל ראשיהם. מצאתי כי הכרעת הדין המקיפה והיסודית של בית המשפט המחוזי נזקקה למכלול טענות המערערים ונתנה להן מענה ראוי באופן ששולל קיומו של ספק סביר בדבר אחריותם הפלילית בגין הריגת המנוח. לא מצאתי כל טעות בהכרעת הדין של בית המשפט המחוזי, המעוגנת היטב בראיות ומבוססת על חוות הדעת שהובאו לפתחו. זאת ועוד, לא מצאתי מקום להתערב בגזר דינו של בית המשפט גם אם השית עונש חמור על המערערים. עונש זה משקף באופן מיטבי את חומרת העבירות ונסיבות ביצוען, את הנזק הקשה שנגרם למשפחת המנוח והוא אף עולה בקנה אחד עם עקרון ההלימה.

83. המשיבה החליטה שלא לערער כנגד קביעתו של בית המשפט המחוזי לפיה לא התגבש בנסיבות העניין היסוד הנפשי הדרוש לצורך הרשעה בעבירת רצח בכוונה תחילה. משכך, אין להיזקק לסוגיה זו במסגרת הדיון שלפנינו. יובהר כי אין בהיעדר התייחסות לסוגיה זו במהלך הדיון וההכרעה בערעורים שלפנינו כדי להביע עמדה לכאן או לכאן באשר לשאלה האם בנסיבות דומות אפשר שתתגבש הכוונה הפלילית הדרושה לצורך הרשעה בעבירת רצח בכוונה תחילה.

הקשר הסיבתי

84. מוקד הערעורים כנגד הכרעת הדין מצוי בשאלת התקיימותו של הקשר הסיבתי, העובדתי והמשפטי, והתגבשות היסוד הנפשי הדרוש להרשעה בעבירת ההריגה. אין להקל ראש בטענות הסנגורים בסוגיות אלה. אכן, לא ניתן להתעלם מן העובדה שהמנוח קם על רגליו לאחר התקיפה ונמלט בריצה מזירת האירוע ואף "ביצע" מספר שיחות טלפון בסמוך לאחר מכן. כמו כן, לא ניתן להתעלם מכך שגופת המנוח נמצאה כשש שעות מאוחר יותר, כשהיא צפה בכריכת השיקוע, שהכניסה אליה אפשרית דרך ערוץ צר בצידה הצפוני, במרחק של ק"מ אחד בקו אווירי מזירת האירוע. אתגר עובדתי ומשפטי זה הוא שניצב לפני המאשימה בבואה לטעון לאחריותם הפלילית של המערערים לפני הערכאה הדיונית, ואף עומד לנגד עינינו כיום בבואנו להכריע בערעורים שבכותרת.

הריגה – קשר סיבתי עובדתי

85. כידוע, עבירת ההריגה הינה עבירה תוצאתית. היסוד העובדתי של העבירה כולל: מעשה או מחדל אסור; תוצאה שהיא מותו של אדם; וכן קשר סיבתי בין המעשה לתוצאה. לצורך קביעת קיומו של קשר סיבתי עובדתי יש לעשות שימוש במבחן "הסיבה בלעדיה אין". במסגרת מבחן זה תיבדק השאלה האם מהווה התנהגות הנאשם סיבה הכרחית להתרחשות התוצאה [ראו למשל: ע"פ 9647/10 פלוני נ' מדינת ישראל (3.1.2013) (להלן: עניין פלוני)], פסקאות 14-15 לחוות דעתה של השופטת ע' ארבל והאסמכתאות הנזכרות שם]. הדרישה לקשר סיבתי עובדתי משמעה כי התנהגותו של הנאשם שימשה סיבה מהותית והכרחית, מנקודת ראות פיזית-אובייקטיבית, להתרחשות התוצאה. התנהגות זו אינה חייבת להיות הסיבה היחידה והתכופה להתרחשות המוות, אך עליה להיות בעלת תרומה הכרחית להתרחשות התוצאה הקטלנית [ראו למשל: ע"פ 7000/10 אלפידל נ' מדינת ישראל (25.10.2012) (להלן:

עניין אלפידל), פסקה 18 לחוות דעתו של השופט א' שהם והאסמכתאות הנזכרות שם; כן ראו: ע"פ 10715/08 ולס נ' מדינת ישראל (1.9.2009) (להלן: עניין ולס), פסקה 29 לחוות דעתו של השופט א' לוי והאסמכתאות הנזכרות שם].

המערערים גרמו לטביעתו של המנוח

86. התרחיש העובדתי אותו קבע בית המשפט המחוזי כנקודת מוצא לדיון בדבר אחריותם הפלילית של המערערים הוא כי בסמוך לאחר התקיפה, בשעה 00:39, נכנס המנוח אל הים, טבע ומת בשל עמעום החושים וההתדרדרות התפקודית שחלה ביכולותיו, כתוצאה מחבלת הראש שגרמו לו המערערים במהלך התקיפה מושא כתב האישום. באשר לשאלה מדוע נס המנוח מתוקפיו לתוך מי הים ולא התקדם על השביל הסלול של הטיילת, הציג בית המשפט שתי תשובות אפשריות: האחת, השביל הסלול של הטיילת היה תחום באותה עת מצדו הדרומי בגדר, ולכן חשש המנוח לנוע על השביל הסלול שמא יפגוש בשנית בתוקפיו. השנייה, המנוח פנה לכיוון הים בשל הבלבול וההתדרדרות ביכולותיו הקוגניטיביות, כתוצאה מחבלת הראש שגרמו לו המערערים, שהובילה לדיס-אוריינטאציה.

עובר לקביעת תרחיש עובדתי זה, הדגיש בית המשפט המחוזי את מחלוקת המומחים מתחום הפתולוגיה לעניין סיבת המוות הישירה. ד"ר זייצב, מטעם המאשימה, גרס כי מותו של המנוח נגרם כתוצאה מחבלת ראש, בעוד שד"ר קוגל, מטעם ההגנה, גרס כי המנוח מת כתוצאה מטביעה. בית המשפט מצא כי למחלוקת המומחים בדבר סיבת המוות הישירה, שאין די נתונים לקבוע מהי, אין חשיבות של ממש, לאור העובדה כי מארג הראיות הנסיבתיות מוביל למסקנה אחת אפשרית, לפיה המנוח נכנס למי הים במהלך מנוסתו מתוקפיו וכתוצאה מעמעום חושיו והתדרדרות תפקודית ביכולותיו, שמקורם בחבלת הראש שספג במהלך הקטטה, טבע ומת.

טוענים המערערים כי שגה בית המשפט המחוזי בקביעתו כי אין חשיבות לסיבת המוות הישירה. לטעמי, בית המשפט לא טעה כלל ועיקר. פסיקתו של בית משפט זה הכירה לא אחת באפשרות קיומו של קשר סיבתי עובדתי גם מקום בו התוצאה הקטלנית של מות הקורבן נגרמה בריחוק זמנים ביחס למועד נקיטת האלימות על ידי הנאשם, אף כאשר סיבת המוות הישירה אינה האלימות שננקטה כנגד הקורבן כסיבה יחידה העומדת כשלעצמה [ראו למשל: חוות דעתה של השופטת (כתוארה אז) ד' ביניש בע"פ 9723/03 מדינת ישראל נ' בלזר, פ"ד נט(2) 408, 417-421 (2004) (להלן: עניין בלזר); ראו והשוו: ע"פ 5656/11 שולמן נ' מדינת ישראל (5.8.2012)

(להלן: עניין שולמן), פסקאות 14-20 לחוות דעתו של השופט א' שהם; השוו: ע"פ 8107/10 עזר נ' מדינת ישראל (9.9.2013), פסקה 29 לחוות דעתו של השופט א' שהם; עוד ראו והשוו: ש"ז פלר יסודות דיני עונשין א 649-653, 767-756 (1984) (להלן: פלר)].

משכך, ככל שמנגנון המוות שנקבע על ידי בית המשפט המחוזי עומד באמות המידה שהותוו בהלכה הפסוקה לעניין התגבשותו של קשר סיבתי עובדתי ומשפטי, בהקשרה של עבירת ההריגה, הרי שסיבת המוות הישירה שהובילה למותו של המנוח אינה מונעת הטלת אחריות פלילית על המערערים בגין עבירת הריגה.

בשים לב לתרחיש העובדתי שקבע בית המשפט המחוזי לעניין מנגנון המוות שגורם לתוצאה הקטלנית, פסק בית המשפט כי האלימות הקשה שנקטו המערערים כלפי המנוח היוותה סיבה הכרחית למותו. המערערים טוענים לפנינו כנגד קביעתו העובדתית של בית המשפט המחוזי בדבר מנגנון המוות.

עולה אפוא כי המערערים ניצבים לפני משוכה גבוהה המחייבת אותם לבסס הצדקה להתערבותו של בית משפט זה בממצא העובדתי העיקרי של בית המשפט המחוזי בדבר מנגנון המוות שהוביל לתוצאה הקטלנית. אקדים ואומר כי המערערים לא עמדו בנטל לבסס עילת התערבות.

התערבות בממצאי עובדה ומהימנות

87. בפרשות אחרות עמדתי על ההלכה הפסוקה בדבר נטייתה של ערכאת הערעור שלא להתערב בממצאי עובדה ומהימנות שנקבעו על ידי הערכאה הדיונית לאחר שזו התרשמה מהעדים באופן בלתי אמצעי ועל הרציונאלים שבבסיסה של ההלכה, תוך שדנתי בחריגים שנקבעו בפסיקה להלכה זו [ראו: ע"פ 1385/06 פלוני נ' מדינת ישראל (6.4.2009), פסקה 32; ע"פ 10479/08 פלוני נ' מדינת ישראל (11.6.2009), פסקאות 20-21; ע"פ 1275/09 פלוני נ' מדינת ישראל (1.9.2009), פסקה 31]. יצוין כי בשנים האחרונות החלה מסתמנת גישה שונה ביחס להיקף תחולתה של הלכת אי ההתערבות [ראו: פסק דינו של השופט (כתוארו אז) א' גרוניס בע"פ 3250/10 מדינת ישראל נ' פלוני (12.1.2012); חוות דעתו של השופט נ' הנדל בע"פ 7653/11 ידען נ' מדינת ישראל (26.7.2012) (להלן: עניין ידען)]. בשאלת היקף התערבותה של ערכאת הערעור בממצאי עובדה ומהימנות שנקבעו על ידי הערכאה הדיונית, התעוררה מחלוקת בקרב שופטי בית משפט זה [ראו למשל: חוות דעתו של השופט י' עמית בע"פ 4487/10

גלילי נ' מדינת ישראל (6.11.2012), פסקה 12 ו- בע"פ 8056/10 עווד נ' מדינת ישראל (19.11.2012), פסקה 50; והשוו: פסקה 22 לחוות דעתו של השופט צ' זילברטל בעניין ידען; עוד ראו והשוו: גישתו של השופט א' רובינשטיין בעניין ידען].

איני סבור כי יש צורך להיזקק להכרעה במחלוקת בגדרי הפרשה דנן, שכן אף אם לגישתי, כמו גם לגישתו של השופט הנדל, חלה תמורה בהיקף תחולתה של הלכת אי ההתערבות, על דרך של מתן תוקף ממשי בנסיבות המתאימות לחריגים שהותוו בפסיקה לכלל אי ההתערבות [ראו למשל: ע"פ 4054/11 פלוני נ' מדינת ישראל (30.4.2012), פסקה 32; ע"פ 814/12 מדינת ישראל נ' סויסה (25.10.2012), פסקה 39; עוד ראו והשוו: רון שפירא "הרהורים על ערעורים – התערבות ערכאת הערעור בפסקי דין" עורך הדין 19, 58 (2013); עמנואל גרוס "חקר האמת והביקורת השיפוטית – התערבות של ערכאת ערעור בממצאי עובדה: עיון נוסף" ספר גבריאלי בך 225, 252-234 (דוד האן, דנה כהן-לקח ומיכאל בך עורכים, 2011)], הרי שבמקרה שלפנינו לא קמה עילה להתערבות בממצאי העובדה והמהימנות של הערכאה הדיונית, שכן לא מתקיים אף לא אחד מהחריגים שהוכרו בפסיקה.

88. התרחיש העובדתי אותו קבע בית המשפט המחוזי לעניין מנגנון המוות, נשען ברובו על הסקת מסקנות ממארג של ראיות נסיבתיות. במקרים כגון דא גדולה יותר נטייתה של ערכאת הערעור לסטות ממסקנותיה של הערכאה המבררת ביחס לאותן ראיות, כחריג לכלל אי ההתערבות ובמגבלות הברורות שמסגרת הערעור מציבה. הנימוק לכך הוא שכאשר מדובר בערעור כנגד הרשעה המבוססת על ראיות נסיבתיות, הביקורת הערעורית מתמקדת בבחינת הסקת המסקנות מהממצאים העובדתיים ולא בממצאי העובדה והמהימנות עצמם, שלגביהם נהנית הערכאה הדיונית מיתרון על פני ערכאת הערעור בשל אפשרותה להתרשם באופן בלתי אמצעי מהעדים [ראו למשל: ע"פ 2333/07 תנוך נ' מדינת ישראל (12.7.2010), פסקה 96; ע"פ 6382/07 מרעב נ' מדינת ישראל (4.7.2011), פסקה 21; ע"פ 7160/10 סמילא נ' מדינת ישראל (18.7.2012), פסקה 12 לחוות דעתו של השופט צ' זילברטל].

89. סבורני כי גם בגדרי הביקורת השיפוטית המוכרת ביחס לממצאים עובדתיים של הערכאה המבררת הנשענים על מסכת של ראיות נסיבתיות, אין מקום להתערבות בתרחיש העובדתי אותו קבע במקרה דנן בית המשפט המחוזי בנוגע לגרימת מותו של המנוח. לא בכדי עמדתי לעיל בהרחבה על קביעותיו היסודיות של בית המשפט המחוזי, אשר נכנס לעובי הקורה בכל הנוגע לטענות המערערים בהקשר להיתכנות תרחיש גרימת מותו של המנוח. תרחיש זה מבוסס ומעוגן היטב בממצאים פתולוגיים,

לגביהם העידו ד"ר זייצב וד"ר קוגל. הממצאים הפתולוגיים עולים בקנה אחד עם שורה של עדויות וראיות נסיבתיות התומכות במנגנון המוות שנקבע על ידי בית המשפט המחוזי.

קשר סיבתי עובדתי - מן הכלל אל הפרט

90. הגם שבית המשפט המחוזי ציין כי הוא אינו יכול לאמץ את קביעתו של ד"ר זייצב לפיה המנוח מת כתוצאה מחבלת הראש שגרמו לו המערערים, בית המשפט נשען על חוות דעתו של ד"ר זייצב כדי לבסס את התרחיש העובדתי לפיו תקיפת המערערים היא שהביאה לטביעתו של המנוח בים ולמותו. לא מצאתי כל פגם בהישענותו של בית המשפט המחוזי על חוות דעתו של ד"ר זייצב לצורך קביעת מנגנון המוות. בית המשפט הדגיש כי חוות דעתו של ד"ר זייצב באשר למנגנון המוות, להבדיל מסיבת המוות הישירה, מתיישבת היטב עם העדויות בדבר אופן תקיפת המערערים את המנוח, עוצמת האלימות שהפעילו המערערים כלפי המנוח ותואמת את הממצאים הפתולוגיים, שעל רבים מהם לא חלק ד"ר קוגל. כך למשל, אישר ד"ר קוגל בעדותו כי חבלת ראש המלווה בדימום תת עכבישי ושברים כפי שנמצאו בגופת המנוח, עלולה לגרום לפגיעה ביכולת התפקודית בטווח המידי, לרבות דיס-אוריינטציה, וכי מדובר בתהליך הדרגתי שעלול להוביל למוות בטביעה ככל שהוא מתרחש במים.

91. כידוע, במהלך בחינת הקשר הסיבתי העובדתי רשאי בית המשפט להיעזר בחוות דעתם של מומחים. ההכרעה איזו מבין חוות הדעת מטעם המומחים לאמץ או לדחות שמורה לבית המשפט. על הערכאה הדיונית לבחון בקפידה את חוות הדעת, לאור התשתית הראייתית המלאה ותוך שימוש בשכל הישר ובניסיון החיים, ובדרך זו להכריע מהי הדעה המקצועית אשר הולמת ביותר את עובדות המקרה. כאשר מנימוקי הכרעת הדין עולה כי הערכאה המבררת פעלה באופן זה, יהסס בית המשפט שלערעור להתערב במסקנתה של הערכאה הדיונית, אלא אם כן תוכח על ידי בעל הדין המערער טעות בולטת ומשמעותית בשיקוליה או בהחלטתה [ראו למשל: ע"פ 4230/99 אבו ג'נאם נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(1) 34, 42 (2001) (להלן: עניין אבו ג'נאם)].

זאת ועוד, הלכת אי ההתערבות בממצאי עובדה ומהימנות שנקבעו על ידי הערכאה הדיונית, לאחר שזו התרשמה באופן בלתי אמצעי מהעדים שהופיעו לפניה, יושמה אף בהקשר לנטייתה של ערכאת הערעור שלא להתערב בהעדפת הערכאה הדיונית להתבסס על חוות דעת מומחה אחד על פני חוות דעת של מומחה אחר, למעט במקרים חריגים בהם העדפתה של הערכאה הדיונית לא נומקה או שנפלה טעות

בנימוקי הערכאה הדיונית. על הרציונאל שבבסיס נטייה זו של ערכאת הערעור עמדה השופטת ע' ארבל בע"פ 10166/09 פלוני נ' מדינת ישראל (11.10.2010):

"הדברים מקבלים משנה תוקף כאשר מדובר בשאלות מקצועיות ובעדויות מומחים שהגישו את חוות דעתם לבית המשפט ונחקרו במשך שעות, ולעתים אף ימים, על דוכן העדים לגבי עמדתם. לבית המשפט מתאפשרת הסתכלות על דרך בחינת החומר המקצועי, וכן התרשמות ישירה מהמומחים, התייחסותם להיבטים השונים של הסוגיה שבפניהם, אופן בדיקתם והדרך שבה גיבשו מסקנותיהם. לפיכך, מקום שבו בחרה הערכאה הדיונית לבכר חוות דעת מומחה אחת על פני האחרת, בשאלות מקצועיות או בשאלות שברפואה, תימנע בדרך-כלל ערכאת הערעור מלהתערב בהכרעתה..." (שם, פסקה 25).

עוד ראו בהקשר לבחינת חוות דעת מומחים במשפט הפלילי והעדפת חוות דעת אחת על פני האחרת: ע"פ 9897/05 אלמגור נ' מדינת ישראל (23.11.2006), פסקה 10 לחוות דעתה של השופטת (כתוארה אז) מ' נאור; ע"פ 6809/09 מלינובסקי נ' מדינת ישראל (31.3.2011), פסקה 37 לחוות דעתי; ע"פ 8987/12 טרשתי נ' מדינת ישראל (28.10.2013), פסקה 23 לחוות דעתו של חברי השופט נ' סולברג.

לאור כללים מנחים אלו בדבר אופן הפעלת הביקורת השיפוטית על קביעותיה של הערכאה הדיונית הנסמכות על התרשמות מהעדים המומחים, לא מצאתי מקום להתערב במסקנתו של בית המשפט המחוזי בדבר מנגנון המוות שהתרחש במקרה דנן.

92. כאמור, בית המשפט המחוזי התרשם באופן בלתי אמצעי מהמומחים מתחום הפתולוגיה שהופיעו לפניו ומצא את חוות דעתו של ד"ר זייצב בדבר מנגנון המוות, להבדיל מסיבת המוות הישירה, מעוגנת היטב בחומר הראיות ובנסיבות המקרה הקונקרטי. נקבע על ידי בית המשפט כי מדובר בעמדה מקצועית מבוססת ומגובה בספרות מקצועית ובאסמכתאות רלבנטיות. בניגוד לכך, דחה בית המשפט המחוזי את חוות דעתו של ד"ר קוגל ככל שזו נוגעת לאפשרות קיומם של מנגנוני חבלה חלופיים, שעלולים היו לגרום לשברים שנמצאו בגופת המנוח. בית המשפט הסביר ונימק היטב מדוע דחה את האפשרויות החלופיות שהציע ד"ר קוגל. נמצא כי אפשרויות אלה אינן מעוגנות בנסיבות המקרה, באופן ועוצמת תקיפת המנוח על ידי המערערים ובתנאי הפיזיים של הזירה. זאת ועוד, הצעתו של ד"ר קוגל למנגנוני חבלה חלופיים לא גובתה כאמור בספרות קונקרטית ובאסמכתאות ספציפיות. כמו כן הדגיש בית המשפט כי

האפשרויות אותן הציע ד"ר קוגל אינן מתיישבות עם היעדר ממצאים חבלתיים שהיו צריכים להימצא בגופת המנוח, כפי שעולה מחוות דעתו של ד"ר זייצב. משכך, בדין מצא בית המשפט את האפשרויות החלופיות שהציע ד"ר קוגל כתיאורטיות בלבד. קביעתו זו של בית המשפט המחוזי מנומקת כדבעי ואין מקום להתערב בה.

93. לא מקובלת עלי טענתם של המערערים לפיה לא ניתן להסתמך על חוות דעתו של ד"ר זייצב, לאור העובדה כי ד"ר זייצב ציין בחוות דעתו שנמצאה תעלת לחץ במוחו של המנוח, הגם שלא היה תיעוד לממצא זה בעת עריכת הנתיחה. אכן, אין להקל ראש בטענה לפיה קיים קושי להסתמך על חוות דעתו של פתולוג לאחר שהוכח כי אין כל תיעוד ממהלך הנתיחה לממצא עליו הסתמך. קושי זה נעוץ בחשש הנוגע למהימנות הפתולוג ובחשש כי ביסוס ממצא על פי דעתו המקצועית יהיה לא מדויק [השוו: ע"פ 2457/98 שמן נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(4) 289, 299 (2002) (להלן: עניין שמן)]. ברם, בית המשפט המחוזי היה ער לנקודה זאת. לכן, בכל הנוגע להישענות על חוות דעתו של ד"ר זייצב, הזהיר עצמו בית המשפט בכך שהטעים כי יסתמך אך ורק על ממצאים שתועדו במהלך הנתיחה ושעליהם לא הייתה מחלוקת. דומני, כי אין פסול בכך שהערכאה המבררת הסתמכה על מסקנותיו של ד"ר זייצב, מקום שאלה היו מבוססות על ממצאים שאין עליהם מחלוקת ואשר תועדו במהלך נתיחת המנוח, שכן במקרה כזה מתאיין החשש לאי דיוקים. אין זה הכרחי כי בית המשפט יפסול את חוות דעת המומחה מניה וביה בשל אי דיוק שנפל בה, שכן בית המשפט רשאי לאמץ חלק מחוות דעת של מומחה ולדחות חלק אחר בה, בהתאם לשיקול דעתו. בהקשר זה יפים הדברים שהודגשו בעניין שמן:

"כפי שנקבע לא אחת על-ידי בית-משפט זה, חוות-דעת רפואית, כמו כל חוות-דעת של מומחה, אינה אלא ראייה במסגרת כלל הראיות המובאות בפני בית-המשפט. בית-המשפט רשאי להסתמך עליה אך גם לדחותה, כולה או חלקה, כשהוא מוצא זאת לנכון, בהתאם לשיקול-דעתו" (שם, בעמ' 299).

רוצה לומר, ניתן לקבל עמדה שיפוטית המיישמת את כלל "פלגינן דיבורא" אף לעניין חוות דעתו של מומחה, כאשר פיצול זה בעדות המומחה צריך שיעשה בזהירות המתבקשת ולאחר שהערכאה המבררת נימקה מדוע עשתה כן.

כך פעלה הערכאה הדיונית במקרה דנן ולכן אין מקום להתערב בקביעתה בדבר התרחיש העובדתי שהוביל להריגת המנוח, אך משום הסתמכותה על חוות דעתו של ד"ר זייצב.

ראיות נסיבתיות – מסגרת נורמטיבית

94. אלא שקביעת התרחיש העובדתי שהוביל להריגתו של המנוח על ידי בית המשפט המחוזי, התבססה לא רק על הממצאים הפתולוגיים וחוות דעתו של ד"ר זייצב, אלא גם על מארג של ראיות נסיבתיות שהונחו לפתחו, אשר השתלבו זו בזו ויצרו תצריף ראייתי שתמך במסקנותיו של ד"ר זייצב. כידוע, ראייה נסיבתית נבדלת מן הראייה הישירה בכך שהיא אינה מוכיחה במישרין עובדה מן העובדות השנויות במחלוקת אלא היא מוכיחה קיומה של נסיבה שעל פיה ניתן להסיק את דבר קיומה של העובדה אשר הוכחה נדרשת [ראו למשל: ע"פ 6167/99 בן שלוש נ' מדינת ישראל, פ"ד נז(6) 577, 586-587 (2003)]. בפרשות שונות דנתי בכללים שעוגנו בפסיקתו של בית משפט זה בנוגע להרשעה על יסוד ראיות נסיבתיות [ראו למשל: ע"פ 9710/10 הילל נ' מדינת ישראל (7.11.2012); ע"פ 8279/11 מור נ' מדינת ישראל (1.7.2013)].

הכללים הנוהגים בהערכתן של ראיות נסיבתיות הם בגדר הלכה ידועה היטב [ראו למשל: ע"פ 543/79 נגר נ' מדינת ישראל, פ"ד לה(1) 113, 140 (1980)]. הרשעה על יסוד ראיות נסיבתיות אפשרית אם המסקנה המרשיעה העולה מהן גוברת באופן ברור והחלטי על כל תזה חלופית כך שלא נותרת כל מסקנה סבירה אחרת [ראו למשל: ע"פ 3974/92 אזולאי נ' מדינת ישראל, פ"ד מז(2) 565, 570 (1993); ע"פ 7052/06 יגאלי נ' מדינת ישראל (27.4.2009); ע"פ 4354/08 מדינת ישראל נ' רבינוביץ (22.4.2010) (להלן: עניין רבינוביץ)].

הרשעה המבוססת על ראיות נסיבתיות עשויה להתקבל גם מצירופן של כמה ראיות נסיבתיות, אשר גם אם כל אחת מהן בנפרד אינה מספיקה לצורך הרשעה, משקלן המצטבר מגבש תשתית ראייתית מספקת [ראו למשל: ע"פ 411/84 מדינת ישראל נ' לביב, פ"ד לט(1) 293, 302-303 (1985)]. לעיתים מזומנות, ראייה נסיבתית היא חלק מפסיפס אשר רק התבוננות אינטגרטיבית בכל חלקיו משלימה את התמונה העובדתית לכדי מסכת שלמה וקוהרנטית. לעתים קשה לבודד כל חוליה מתצריף הראיות, אך גם אין כל צורך בכך, אלא יש לבחון את הדברים בראיה כוללת ומקיפה [ראו חוות דעתי בע"פ 4115/08 גלעד נ' מדינת ישראל (24.1.2011), פסקה 5].

95. כפי שעמדה על כך השופטת א' פרוקצ'יה בע"פ 9372/03 פון וייזל נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(1) 745 (2004), בחינת האפשרות להסקת המסקנה המפלילה מהראיות הנסיבתיות, נעשית כהליך שבמישור העיוני ניתן לחלקו לשלושה שלבים:

"בשלב ראשון נבחנת כל ראיה נסיבתית בפני עצמה כדי לקבוע אם ניתן להשתית עליה מימצא עובדתי; בשלב השני, נבחנת מסכת הראיות כולה לצורך קביעה אם היא מערכת לכאורה את הנאשם בביצוע העבירה, כאשר הסקת המסקנה המפלילה היא תולדה של הערכה מושכלת של הראיות, בהתבסס על ניסיון החיים ועל השכל הישר. המסקנה המפלילה עשויה להתקבל גם מצירופן של כמה ראיות נסיבתיות אשר כל אחת בנפרד אמנם אינה מספיקה לצורך הפללה, אך משקלן המצטבר מספיק לצורך כך; בשלב שלישי, מועבר הנטל אל הנאשם להציע הסבר העשוי לשלול את ההנחה המפלילה העומדת נגדו. הסבר חלופי למערכת הראיות הנסיבתית, העשוי להותיר ספק סביר באשר להנחה המפלילה את הנאשם, די בו כדי לזכותו. בית-המשפט מניח את התזה המפלילה של התביעה מול האנטי-תזה של ההגנה ובוחר אם מכלול הראיות הנסיבתיות שולל מעבר לכל ספק סביר את גירסתו והסברו של הנאשם" (שם, בעמ' 754; ההדגשות לא במקור – י.ד.).

לאור כללים מנחים אלו, סבורני כי הראיות הנסיבתיות עליהן עמד בית המשפט המחוזי, כתמיכה לקביעה בדבר מנגנון המוות, שהתבססה על מסקנותיו של ד"ר זייצב, משתלבות זו בזו ומאפשרות יצירת תמונה אינטגרטיבית המובילה למסקנה אחת אפשרית, לפיה תקיפתם האלימה והברוטאלית של המערערים את המנוח היא שהיוותה גורם אובייקטיבי הכרחי לטביעתו בים ולמותו. זאת, עקב חבלת הראש שגרמו המערערים למנוח במהלך תקיפתו, שהובילה בסמוך לאחר מכן להתדרדרות ביכולותיו התפקודיות וכישוריו הקוגניטיביים. כמו כן, הגעתי לכלל מסקנה כי המערערים לא עמדו בנטל לסתור את התרחיש ההגיוני היחיד העולה מהמארג הראייתי, לפיו האלימות שנקטו כלפי המנוח היא שהביאה למותו.

ראיות נסיבתיות – מן הכלל אל הפרט

96. קבוצת הראיות הנסיבתיות הראשונה אליה התייחס בית המשפט המחוזי הינה ראיות מהן ניתן ללמוד על עוצמת התקיפה האלימה ואופן ביצועה. בית המשפט המחוזי קבע כי מדובר היה ב"אקסטזת אלימות", בה נטלו חלק המערערים בצוותא חדא. ממצא זה בדבר עוצמת האלימות שנקטו המערערים כנגד המנוח ואופן ביצוע התקיפה על ידי המערערים, מתיישב היטב עם השברים שנמצאו בגופו ובגולגולתו של המנוח כמו גם

עם הממצא הפתולוגי בדבר הדימום התת עכבישי. נזק חבלתי זה הוא שיצר את הפגיעה ביכולותיו התפקודיות והקוגניטיביות של המנוח וגרם לו לבלבול ולדיס-אוריינטאציה שהובילו לטביעתו בים עת נס על נפשו מתוקפיו.

97. עוצמת האלימות שנקטו המערערים כלפי המנוח נקבעה בראש ובראשונה על יסוד עדויותיהן של שרה ואוטילה. המערערים טוענים כי לא ניתן לבסס ממצא על בסיס עדויותיהן, שכן אוטילה שכבה על הארץ ליד המנוח רק בראשית האירוע כאשר לאחר מכן ברחו ואליה הצטרפה שרה. טענה זו של המערערים חותרת תחת ממצא עובדתי מובהק של הערכאה המבררת, ששמעה את שתי העדות ומצאה את עדויותיהן אפשריות, אותנטיות ומהימנות. גם אם שרה ואוטילה היו עדות לתקיפת המנוח רק בשלב הראשון של האירוע, אין מניעה לקבוע ממצא עובדתי על יסוד התרשמותן מאשר אירע בשלב בו אין מחלוקת כי הן נכחו. זאת ועוד, הממצא בדבר עוצמת האלימות שהפעילו המערערים כלפי המנוח נשען לא רק על עדויותיהן של שרה ואוטילה, אלא גם על עדויותיהן של אור וא.ק., וכן על אמרה שמסר המערער 2 בסמוך לאחר האירוע, עובר למעצרו, ממנה עלה כי חשש לחייו של המנוח עקב האלימות שהפעילו המערערים כלפיו. בנוסף לכך, נלמדת עוצמת האלימות מזעקתה של א.ק. לעבר המערערים כי יחדלו מתקיפת המנוח. זאת ועוד, עוצמת האלימות נלמדת מטיב החבלות שנגרמו למערער, שד"ר זייצב מצא כי נגרמו עקב התקיפה ושלל כאמור את חוות דעתו של ד"ר קוגל באשר לאפשרות קיומם של מנגנונים חבלתיים חלופיים.

98. בגדרי קבוצת הראיות המעידות על עוצמת התקיפה התייחס בית המשפט המחוזי גם אל הרקע לתקיפת המנוח. הכוונה היא לכך שהמערער 1 פנה למנוח בהצעה בוטה הנוגעת לבנות משפחתו של המנוח שישבו עמו על ספסל בטיילת כשהם צופים אל הים. המנוח ובנות משפחתו התעלמו מפנייתו של המערער 1 וניסו להתרחק ממנו, אך המערער 1 לא הרפה מהם ואף הזעיק את המערערים 2-3, תוך שהוא מלא חמת זעם כלפי המנוח בגין התעלמותו מפנייתו. משהגיעו המערערים 2-3 הצביע המערער 1 על המנוח ואז החלו השלושה לתקוף בצוותא את המנוח. בית המשפט המחוזי קבע כי המערער 1 הוא שיזם את תקיפת המנוח, ללא כל סיבה, אף שהמנוח ובנות משפחתו ניסו לנתק ממנו מגע. בית המשפט המחוזי דחה את טענתו של המערער 1 לפיה המנוח ובנות משפחתו דלקו אחריו וכי הוא חשש מפניהן ולכן הזעיק את המערערים 2-3 להגנתו. בקביעה עובדתית זו אין מקום להתערב. מסכים אני לקביעתו של בית המשפט המחוזי לפיה אין כל סיבה סבירה בגינה המנוח – שעל פי כל העדויות היה אדם נורמטיבי ונוח לבריאות – שישב עם רעייתו ובתו על ספסל בטיילת מול הים, בשעת לילה, ירדוף אחרי המערער 1. גרסה זו של המערער 1 נדחתה אף לנוכח ממצאי

מהימנות שליליים של הערכאה המבררת, בין היתר, לאור סתירות בין הודעותיו במשטרה ובין אלה לבין עדותו והסתבכותו במהלך חקירתו הנגדית. זאת ועוד, בית המשפט המחוזי מצא את טענתו של המערער 1 לפיה לא מסר למערערים 2-3 פרטים מזהים אודות המנוח כשקרית, לאחר שעלה מעדותו של המערער 2 כי המערער 1 הצביע על המנוח כמי שרב איתו.

99. אינני סבור כי יש לקבל את טענת בא כוחו של המערער 1 לפיה יש לנתח את נסיבות המקרה מתוך נקודת מוצא לפיה מדובר בנער צעיר שיצא לראשונה לבלות עם בני דודיו, ולכן משחש מאוים הזעיק אותם, על רקע קווי אישיותו התלותית ולאור השפעת האלכוהול שצרך באותו ערב. הראיות מצביעות על כך שהמערער 1 כלל לא חש מאוים אלא יזם את הפניה הבוטה למנוח ולאחר מכן את תקיפתו, על רקע הזעם שאחז בו משפנייתו לעבר המנוח לא נענתה בתגובה כלשהי. המערער 1 לא פעל כאדם תלתי אלא כיוזם ומפעיל. לא נמצאה אינדיקציה ממשית בחומר הראיות לפיה צריכת האלכוהול על ידי המערער 1 עובר לתקיפת המנוח השפיעה על תפקודו. חרף צריכת האלכוהול צעד המערער 1 לאורך הטיילת, ואין ראייה לכך שכשל בהליכתו. בהמשך, פנה המערער 1 למנוח בהצעה בוטה, דבר המעיד על יכולת דיבור ומיקוד. המערער 1 היה ערני ומודע לסביבתו, כפי שניתן ללמוד מהעובדה שהתקשר למערערים 2-3 והזעיק אותם תוך שידע להדריך אותם כיצד להגיע למקום הימצאו. מעבר לכך, המערער 1 השתתף באופן פעיל בתקיפת המנוח תוך נקיטת אלימות קשה, כמי שכושרו הפיסי לא הושפע מצריכת האלכוהול. יתר על כן, התנהלותו בסמוך לאחר האירוע, במהלך החקירה המשטרתית, מלמדת כי הוא הבין היטב את שאלות החוקרים והשיב להן באופן ענייני, באופן שאינו עולה בקנה אחד עם מי שאלכוהול השפיע באופן ניכר על התנהגותו וגרע מיכולותיו הקוגניטיביות.

100. ראייה נסיבתית נוספת שתמכה בממצא של בית המשפט המחוזי בדבר עוצמת התקיפה של המנוח, נגעה למספר המשתתפים בתקיפה, ראייה שיש בה כדי להעיד על פער הכוחות בין המערערים לבין המנוח. כך, ציין בית המשפט המחוזי כי חרף ניסיונותיהם של המערערים בחקירתם במשטרה ומאוחר יותר בעדותם של המערערים 2-1 בבית המשפט, להרחיק עצמם מתקיפת המנוח ולמזער את חלקם, נקבע כי לכל הפחות שלושת המערערים נטלו חלק פעיל בתקיפת המנוח, כל אחד לפי חלקו, בצוותא חדא. בית המשפט המחוזי פירט היטב בהכרעת הדין את המסד הראייתי לפיו קבע את מעורבותם של שלושת המערערים בתקיפה פעילה של המנוח ולא מצאתי מקום להתערבות בממצא זה, המבוסס בעיקרו על יסוד עדויותיהן של שרה ואוטילה, שנתמכו בהודעותיהן ועדויותיהן של אור וא.ק. ובעימותים שנערכו במהלך החקירה

המשטרתית. מעורבותם של המערערים בתקיפת המנוח אף מתיישבת עם גרעין עדותו של המערער 2 בדבר תרחיש התקיפה.

עולה אפוא כי המנוח הותקף לכל הפחות על ידי שלושת המערערים, צעירים שכוחם במותניהם, כנגד אדם מבוגר, שלאורך חלק ניכר מהתקיפה היה שכוב חסר אונים על שביל הטיילת לאחר שהופל ארצה פעמיים על ידי המערערים שהמשיכו להכותו חרף תחינותיו.

101. זאת ועוד, אף אופן תקיפת המנוח על ידי המערערים מתיישב עם החבלות שנגרמו למנוח. בהקשר למהלך התקיפה הדגיש בית המשפט המחוזי כי ניתן להסתמך על גרעין עדותו של המערער 2, לפיו המערערים תקפו את המנוח באמצעות אגרופים ובעטו בו ברגליהם. לפי עדות זאת, המערערים הפילו את המנוח בפעם הראשונה על הארץ ולאחר שהצליח להתרומם הפילוהו בשנית, והמשיכו בתקיפתו. עדות זו של המערער 2 עולה בקנה אחד עם עדויותיהם של הנוכחים במקום, וביניהם שרה, אוטילה, אור, א.ק. והאחרים. על פי העדויות, המערערים חבטו במנוח שוב ושוב ודרכו עליו. גם אם המערערים לא כיוונו מכותיהם לאזורים רגישים ולא השתמשו בנשק קר או חם, הם חבטו במנוח בעוצמה בכל גופו, לרבות בראשו, כחזהו ובפלג גופו העליון. המערערים לא חדלו מתקיפת המנוח חרף העובדה כי המנוח היה שרוע על הארץ חסר אונים.

מהמקובץ עד כה עולה כי הממצא של בית המשפט המחוזי לפיו המערערים תקפו בעוצמה בצוותא חדא את המנוח, כשהוא שרוע חסר אונים על שביל הטיילת – לאחר שהופל על ידי המערערים ארצה פעמיים במהלך התקיפה – פגעו בו, בין היתר, בראשו ובפלג גופו העליון במסגרת "אקסטזת אלימות", חרף תחינותיו של המנוח, מבוסס היטב בחומר הראיות, בעדויות ובממצאים הפתולוגיים, המשתלבים זה בזה לכדי מארג אינטגרטיבי המצביע על נקיטת אלימות קשה וקיצונית כלפי המנוח.

102. קבוצת הראיות הנסיבתיות הנוספת עליה הצביע בית המשפט המחוזי כתמיכה לתרחיש העובדתי שנקבע לגבי מנגנון המוות, הינה ראיות הנוגעות לשיחות הטלפון ש"ביצע" המנוח ושבוצעו לטלפון הנייד של המנוח בסמוך לאחר התקיפה. בית המשפט קבע כי משיחות אלה ניתן ללמוד על ההתדרדרות שחלה במצבו ההכרתי והתפקודי של המנוח, שכן על אף שיכול היה "לבצע" פיסית את השיחות, אין ראייה לכך שהוא יכול היה לשוחח, היות שקולו של המנוח לא נשמע במהלך שיחות אלה. בית המשפט דחה את טענת הסנגורים, לפיה "ביצוע" השיחות על ידי המנוח ו"מענה" לשיחה הנכנסת

לטלפון הנייד שלו שביצעה אוטילה מהטלפון הנייד של עודה, מעיד על קיומו של כושר פיסי ומחשבתי. בדחותו טענה זו של הסנגורים הסתמך בית המשפט קמא על עדותו של ד"ר זייצב, לפיה גם לאחר חבלת ראש ניתן לבצע פעולות פיסיות שונות.

103. מדובר בשלוש שיחות טלפון ש"ביצע" המנוח למוקד 100 של המשטרה, לשיחה שבה חייגה אוטילה למנוח מהטלפון הנייד של עודה והשיחה שבמסגרתה חזר המנוח לטלפון הנייד של עודה. נדמה כי צודקים הסנגורים בטענתם לפיה לצורך ביסוס הממצא בדבר מצבו ההכרתי של המנוח בסמוך לאחר התקיפה לא ניתן להתבסס על שלוש השיחות שביצע המנוח למוקד 100 של המשטרה, שכן מתוך עשרות שניות שיחה בין המנוח לבין המוקד נמצא תיעוד לשניות בודדות, ומשכך לא ניתן לדעת אם באותם חלקים של השיחות למוקד 100 שלא תועדו, נשמע קולו של המנוח אם לאו. סבורני כי מחדל ראייתי זה צריך שיפעל בנסיבות העניין לחובתה של המאשימה. לעומת זאת, לטעמי אין מניעה מלבסס ממצא בדבר מצבו ההכרתי הירוד של המנוח בסמוך לאחר התקיפה על השיחה שביצעה אוטילה לטלפון הנייד של המנוח מהטלפון של עודה ועל השיחה שבמסגרתה חזר המנוח לטלפון הנייד של עודה. אמנם המנוח ביצע שיחות טלפון אלה אך במהלכן לא נשמע קולו. התנהלות זו של המנוח אכן מתיישבת עם ההתדרדרות התפקודית והקוגניטיבית שחלה בתפקודו, עליה הצביע ד"ר זייצב, שנבעה מחבלת הראש שנגרמה לו כתוצאה מתקיפתו על ידי המערערים.

על רקע האמור, אין פגם בהיזקקותו של בית המשפט המחוזי לראיות בדבר התדרדרות במצבו ההכרתי של המנוח כתמיכה לקביעת התרחיש שהביא לטביעתו ומותו של המנוח.

104. ראיה נסיבתית מרכזית במארג הראייתי, המתיישבת עם התרחיש העובדתי שקבע בית המשפט המחוזי לגבי מנגנון המוות, נוגעת ל"אות החיים האחרון מהמנוח". כאמור, השיחה האחרונה שיצאה מהטלפון הנייד של המנוח הייתה בשעה 00:38 לערך, במהלכה חזר המנוח לטלפון הנייד של עודה. בשעה 00:39 בוצע איכון "חי", שהוא איכון המבוצע בזמן אמת. ניתוח טכני שנעשה בדיעבד לאיכון ה"חי" הצביע על כך שהטלפון הנייד של המנוח כבה באחת ללא שבוצע בו תהליך כיבוי סדור. בית המשפט מצא כי הטלפון הנייד של המנוח כבה באחת בשל כניסתו למי הים בסמוך לכך, באופן שתומך בממצא בדבר מנגנון המוות. הסנגורים טענו כי ישנן אינדיקציות לכך שבוצעו איכונים נוספים לטלפון הנייד של המנוח כשעתיים-שלוש לאחר השעה 00:40, במוקדים שונים ברחבי העיר, ולפיכך אין זה אפשרי כי המנוח נכנס לים בשעה 00:39. טענה זו של הסנגורים לגבי קיומם של איכונים נוספים לאחר השעה 00:40 היא טענה עובדתית מובהקת שנדונה ונדחתה על ידי הערכאה המבררת, לאחר שהתרשמה

באופן בלתי אמצעי מעדויות החוקרים, שנתמכו בדו"חות חברת התקשורת הסלולארית. משכך, לא מצאתי עילה להתערבות בקביעה העובדתית של בית המשפט קמא לפיה לא בוצעו איכונים נוספים לטלפון הסלולארי של המנוח לאחר השעה 00:39.

צודקים הסנגורים המלומדים בטענתם לפיה מהעובדה שהטלפון כבה באחת לא ניתן ללמוד באופן חד משמעי שאינו מותיר ספק לפיו הטלפון כבה כתוצאה מכניסתו של המנוח לים בשעה 00:39, שכן אפשר שסוללת הטלפון התרוקנה. אפשרות זו אכן קיימת לאור עדותו של המהנדס שהעיד בעניין. ברם, אפשרות זו איננה סבירה בנסיבות העניין הקונקרטי ומשכך הספק אינו עולה כדי ספק סביר.

105. באשר להסבר החלופי של ההגנה לעניין התרוקנות הסוללה של הטלפון הסלולארי של המנוח, עולה תמיהה הכיצד בשעה 00:38 הספיקה הסוללה של המנוח לצורך חיג הטלפון הנייד של עודה, אך בדיוק דקה אחר כך היא התרוקנה? גם אם נניח שאין בתמיהה זו כדי לשלול את האפשרות כי סוללת הטלפון הנייד של המנוח אכן התרוקנה סמוך לשעה 00:39, הרי שסבירותו של הסבר זה אינה יכולה לבסס ספק סביר, לאור ראיות נסיבתיות נוספות. בית המשפט המחוזי הדגיש כי אילו עמדה העובדה שהטלפון הנייד של המנוח כבה באחת בשעה 00:39 כשלעצמה, לא היה בה די. ודוק, כאשר בוחנים ראיה נסיבתית זו על רקע מצרף ראיות נסיבתיות נוספות, עולה המסקנה לפיה הטלפון של המנוח כבה באחת בשעה 00:39 עקב כניסתו לים.

106. כך, בשעה 00:38 חזר המנוח לטלפון הנייד של עודה אך האחרון לא שמע את קולו של המנוח. יחד עם זאת, עודה שמע קול נביחת כלבים. נתון זה עולה בקנה אחד עם העובדה שצמוד לגדר האבטחה של בסיס "שדה-דב" היו מוצבים אותה שעה כלבי שמירה. האפשרות כי מדובר בכלבי השמירה של בסיס "שדה-דב" מקבלת חיזוק בכך שהצד הדרומי של הטיילת היה חסום אותה עת בגדר וכי השיחה בוצעה דקות ספורות לאחר שהמנוח נחלץ מידיהם של המערערים, ולפיכך פוחת באופן משמעותי הסיכוי שמדובר בכלבים שהיו במיקום המרוחק מהזירה. דהיינו, כדקה לפני האיכון החי שבוצע בשעה 00:39, המנוח היה בקרבת הטיילת וסמוך מאוד לים. אילו היה המנוח בין החיים על החוף, הרי שיש להניח כי כוחות החיפוש וההצלה הרבים שפעלו במקום, לרבות מסוק, היו מאתרים אותו, שכן באופן יחסי מדובר בזירה מתוחמת ומצומצמת בשטחה. זאת ועוד, המנוח נכנס לים עם בגדיו ונעליו כשהפאוך צמוד לגופו, ובתוכו נמצא הטלפון כשהוא שלם והסוללה בתוכו. מעבר לכך, ידועה העובדה שהמנוח לא נכנס לים במהלך חייו גם בתנאים נוחים יותר בשל העובדה כי לא ידע לשחות. לכן, הדעת נותנת כי אם המנוח נכנס לים לאחר התקיפה בשעת לילה, באפלה כשהוא חבול

וכואב, כשבגדיו ונעליו לגופו והפאוץ' צמוד לגופו, הוא עשה כן בשל אחת משתי הסיבות שלהלן: הראשונה, היותו מבולבל, וזאת ניתן להסביר בדיס-אוריינטאציה ממנה סבל כתוצאה מחבלת הראש שספג; והשנייה, בשל הפחד לחייו שאחז בו בניסיונו למלט את נפשו מתוקפיו.

107. סיכום ביניים: לטעמי, מדובר במקבץ ראיות נסיבתיות המשתלבות זו בזו ועולה מהן מסקנה אפשרית והגיונית אחת התומכת בתרחיש העובדתי שנקבע על ידי בית המשפט המחוזי. בשעה 00:39, בסמוך לאחר שהמנוח הצליח להיחלץ מידיהם של המערערים שנקטו כלפיו אלימות ברוטאלית ופגעו בו בעוצמה בכל חלקי גופו, לרבות בראשו, בפניו ובפלג גופו העליון, הוא נס על נפשו מתוקפיו. בפרק זמן של כשמונה דקות (בין 00:30 לבין 00:38), חלה התדרדרות בכישוריו הקוגניטיביים וביכולתו התפקודית עקב חבלת הראש שגרמו לו המערערים. המנוח שבסמוך לאחר תקיפתו חש מאוים, ניסה למלט את נפשו ועשה כן באמצעות כניסה לים, אם בשל הערכתו כי במהלך תנועתו על השביל הסלול של הטיילת הוא עלול לפגוש בשנית בתוקפיו, ואם בשל הבלבול שאחז בו כתוצאה מהחבלה שספג בראשו ובשל האפלה במקום בהתחשב בשעת התרחשות האירועים. ההתדרדרות במצבו של המנוח הוחמרה ולאחר שנפל מצינור הניקוז המצוי בקרבת זירת האירוע, אל תוך הים – הדרך הסבירה ביותר עליה הצביע ד"ר צביאלי מתוך שלוש דרכים אפשריות להגעת המנוח לעומק הים – טבע ומת.

לא הוכחה התערבותו של גורם זר מתערב

108. כאמור, במסגרת השלב השלישי של בחינת מארג הראיות הנסיבתיות, עובר הנטל לנאשם להציע תרחיש חלופי הגיוני וסביר שיהיה בו כדי להפריך את התזה המפלילה שהצליחה המאשימה לבסס. סבורני כי לא עלה בידי המערערים להציג תרחיש חלופי הגיוני וסביר שיש בו להוות אלטרנטיבה ממשית לתרחיש המפליל. האפשרויות שהעלו הסנגורים בהקשר זה מרוחקות ואין להן אחיזה של ממש בחומר הראיות. למעשה הסנגורים לא העלו תרחיש עובדתי חלופי "מתחרה" שיש בו כדי ליתן הסבר מערכתית ושלם לפיו האלימות הקשה שנקטו כלפי המנוח לא הייתה סיבה הכרחית ומהותית שגרמה למותו. הסנגורים הסתפקו בהעלאת תהיות תוך התמקדות ב"חורים" ראייתיים שלטענתם מבססים ספק סביר.

109. לעניין התהיות שהעלו הסנגורים, יש לשוב ולהדגיש את הדברים שהטעימה הנשיאה ד' ביניש בע"פ 9956/05 שי נ' מדינת ישראל (4.11.2009):

"חוסר האפשרות לגבש תיזה עובדתית המתאימה באופן מושלם לפסיפס הראיות אינו מהווה מכשול בלתי עביר. בפסיקה נקבע, כי ניתן להגיע למסקנה מרשיעה גם כאשר נותרות תהיות שונות ללא מענה. זאת, כאשר הראיות המרשיעות הינן בעוצמה המספיקה כדי לבסס את אשמת הנאשם מעבר לכל ספק סביר, על אף אותן תהיות [ע"פ 7443/06 ארקה נ' מדינת ישראל, פס' 45 (28.9.2008) מפי השופט גרוניס, והאסמכתאות המוזכרות שם]" (שם, פסקה 8 לחוות דעתה).

זאת ועוד, בהקשר זה יפים דבריה של השופטת (כתוארה אז) מ' נאור בעניין

רבינוביץ:

"...בהכרעת הדין אין חובה לספק הסבר לכל מה שהיה או לא היה ואין חובה לפתור את כל 'החידות' העולות. מלאכת הרכבת התמונה הכוללת המצטיירת מן הראיות, איננה מחייבת שכל אבני תמונת ההרכבה 'יימצאו' ויונחו במקומן. די בכך שהמעין בתמונה המורכבת מאבני תמונת ההרכבה הקיימות, אף שאינן מלאות, יוכל לקבוע בוודאות: אני רואה בית, אני רואה עץ, אני רואה שמיים. די בכך שבית המשפט הקובע את העובדות, אף שלא כל רכיביה של תמונת ההרכבה מצויים לנגד עיניו, יהיה מסוגל להרכיב את חלקיה המהותיים של התמונה, אף שלא את התמונה המלאה לפרטי פרטיה" (שם, פסקה 50).

בית המשפט המחוזי פירט היטב את "רכיביה של התמונה" העובדתית. רכיבים אלו מצטרפים אף לטעמי לכדי פסיפס ראייתי המוביל לתרחיש העובדתי שנקבע על ידי בית המשפט כתרחיש אפשרי הגיוני יחיד. דומני כי התהיות שהעלו הסנגורים לא התגבשו לכלל סביר הדרוש לצורך זיכוי של נאשם במשפט פלילי.

110. באשר לטענת הסנגורים כי יתכן שהמערער פגש בתוקפים אלמונים לאחר שנמלט מהמערערים; בית המשפט המחוזי דחה אפשרות זו בנימוק שתרחיש חלופי זה הינו דמיוני ותיאורטי. מסכים אני למסקנתו של בית המשפט המחוזי לפיה אין כל אחיזה בחומר הראיות לתרחיש לפיו לאחר שהמערערים תקפו את המנוח הוא נתקל בתוקפים אלמונים נוספים וכי הם תקפו אותו ופגעו בו.

לעניין זה יפים דבריו של השופט שהם בעניין שולמן:

”בקביעת קיומו של קשר סיבתי עובדתי בין התנהגות לתוצאה, אין בית-המשפט מתיימר לקבוע אמת מידה מדעית חד-משמעית ומוחלטת. כידוע, מידת ההוכחה הנדרשת בפלילים הינה הוכחה מעבר לספק סביר ולא מעבר לכל ספק. בהתאם לכך, לא נדרשת התביעה...’להפריך כל ספק, ובוודאי לא כזה שבטיסו בהרהורי לב או בתאוריה שלא הוכחה’ (דברי השופט לוי בע”פ 5302/03 מדינת ישראל נ’ יצחק (12.8.2004); פסק דין בלזר, פסקה 10 לפסק הדין) (שם, פסקה 20; ההדגשה במקור – י.ד.).

111. בניסיונם לבסס ספק לפיו אפשר שהמנוח נתקל בתוקפים אלמונים, הצביעו הסנגורים על כך שקיימות אינדיקציות בתיק החקירה המלמדות כי הטלפון הנייד של המנוח אוכן במוקדים שונים ברחבי העיר, במהלך כשעה ומחצה לאחר התקיפה, וכי יש בכך לבסס ספק כי אפשר שהמנוח הותקף בשנית על ידי תוקפים אלמונים. טענה זו היא טענה עובדתית מובהקת שנדונה ונדחתה על ידי הערכאה המבררת, שקבעה כאמור כי האיכון ”החי” שבוצע בשעה 00:39 לטלפון הנייד של המנוח הוא האיכון האחרון שבוצע. הדגשתי לעיל כי אין כל עילה להתערב בממצא עובדתי זה.

עוד יוער, כי אף אם אפשר היה להניח שהמנוח פגש בשלב מאוחר יותר בתוקפים נוספים, והדבר אינו אפשרי, הרי שאין בכך כדי לנתק את הקשר הסיבתי. כידוע, הצטרפותו של גורם קטלני נוסף, מוקדם או מאוחר בזמן, שתרם אף הוא להתרחשותה של התוצאה הקטלנית אינה מעלה או מורידה מאחריותו הפלילית של נאשם לגרימת התוצאה הקטלנית, ככל שיוכח כי די באלימות שנקט הנאשם כדי לגרום לתוצאה הקטלנית וכי הנאשם צפה אותה בפועל (ראו והשוו: עניין שולמן, פסקה 25). ואכן הוכח בנסיבות המקרה דנן, כפי שאעמוד על כך להלן, במסגרת הדיון בהתגבשותו של היסוד הנפשי של עבירת ההריגה על יסוד חזקת המודעות הכללית. לפיכך, אין כל נפקות לטענה התיאורטית בדבר קיומם של תוקפים אלמונים.

ככל שטענת הסנגורים מכוונת לכך שהמנוח הותקף בשנית באזור הטיילת, להבדיל ממוקדים מרוחקים יותר ברחבי העיר, הרי שאין כל ראיה התומכת בתרחיש עובדתי נטען זה. אילו היה המנוח מותקף באזור הטיילת בשנית כי אז סביר שהיו נמצאות עדויות לכך, שכן בזירה פעלו כוחות חיפוש והצלה במהלך כל אותו הלילה.

112. ביחס לתהיית הסנגורים לפיה לא יתכן שהאלימות שנקטו המערערים כלפי המנוח הביאה למותו, שכן בסיום הקטטה קם המנוח על שתי רגליו והחל להימלט כשהוא רץ; בהסתמך על עדותו של ד”ר זייצב, קבע בית המשפט המחוזי כי אף מי

שספג חבלת ראש יכול לבצע בטווח הזמן המיידית פעולות פיסיות וכי מדובר בתהליך התדרדרות הדרגתי.

113. באשר לתהיית הסנגורים בדבר ריחוק בריכת השיקוע כק"מ אחד בקו אווירי מזירת האירוע, כאשר הכניסה אליה אפשרית דרך ערוץ צר בצדה הצפוני; העיד ד"ר צביאלי כי גופת המנוח יכולה הייתה להיסחף לבריכת השיקוע עקב משטר הזרמים בקרבת הזירה ("המערבל") אם המנוח הגיע תחילה לעומק הים, מרחק 50 מ' מהיבשה. ד"ר צביאלי הציג כאמור שלוש אפשרויות באמצעותן אפשר שהמנוח הגיע לעומק הים, חרף חבלת הראש. ד"ר צביאלי הטעים כי האפשרות הסבירה ביותר בנסיבות העניין היא שהמנוח נפל מצינור ניקוז ישן שאורכו 50 מ' ומיקומו בקרבת זירת האירוע.

114. הסנגורים תוהים כיצד יתכן שהמנוח שסבל מחבלת ראש יוכל להגיע לעומק הים, בהתחשב בכך שהיה עליו לצעוד או לשחות לפחות 50 מ', בהתאם לעדותו של ד"ר צביאלי, על מנת שגופתו תוכל להיסחף לבריכת השיקוע. ברם, הסנגורים המלומדים מתעלמים מכך שבעניין זה התקבלה עדותו של ד"ר זייצב לפיה גם לאחר חבלת ראש אפשר שהקורבן יבצע פעולות פיסיות. יתר על כן, הסנגורים המלומדים מתעלמים בטענותיהם מעדותו הנ"ל של ד"ר צביאלי לפיה יתכן שהמנוח הגיע לעומק של 50 מ' ללא צורך במאמץ פיסי מוגבר, באמצעות נפילתו מצינור ניקוז ישן שמיקומו מצוי בקרבת זירת האירוע. בהקשר זה ציין ד"ר צביאלי כי הצינור רחב ומאפשר צעידה נוחה עליו. הן עדותו של ד"ר זייצב והן עדותו של ד"ר צביאלי ממוקדות בסוגיות מקצועיות. לפיכך, לא מצאתי עילה להתערב בממצאיה של הערכאה הדיונית שנסמכו על עדויות אלה.

115. על יסוד עדותו של ד"ר צביאלי עצמו ובהסתמך על טיבן של החבלות שנגרמו למנוח, קבע בית המשפט קמא כי הדרכים הנוספות בהן עשויה הייתה גופת המנוח להגיע לבריכת השיקוע, כגון כניסת המנוח לבריכת השיקוע כשעה בלבד לפני שנתגלתה גופתו דרך שובר הגלים הסמוך, אינן סבירות. בממצאים אלו הנסמכים על דעתו המקצועית של ד"ר צביאלי והנתמכים באופיין של החבלות שנגרמו למנוח והשוואתן לתנאי הזירה, אין כל עילה להתערבות.

116. אכן, לאור תשובתו של ד"ר צביאלי במהלך החקירה הנגדית, עלתה האפשרות התיאורטית שהיסחפות גופת המנוח ארכה כשלוש שעות בלבד, ככל שנתיב ההיסחפות היה "נקי" וגופת המנוח לא נתקלה ב"גורמים מעכבים". משכך, טענו הסנגורים כאמור כי קיים פער של כשלוש שעות בין מועד תקיפתו של המנוח בידי המערערים לבין

כניסתו של המנוח למים, באופן שאינו מתיישב עם הממצא בדבר כניסתו של המנוח לים בין 00:38 לבין 00:39, ושולל את התרחיש העובדתי שקבע בית המשפט המחוזי בדבר מנגנון המוות.

ודוק, הסנגורים מתעלמים בטיעוניהם מכך שד"ר צביאלי השיב בחיוב לשאלתם אך הבהיר כי הוא משיב במישור התיאורטי בלבד. ד"ר צביאלי עצמו הסביר כי לא מדובר במדע מדויק. זאת ועוד, אף בית המשפט המחוזי הדגיש כי חישוביו של ד"ר צביאלי הינם תיאורטיים בלבד שכן לא ניתן לדעת בוודאות מספקת האם נתיב ההיסחפות של גופת המנוח היה "נקי" או שמא נתקלה גופת המנוח ב"גורמים מעכבים". בהקשר זה טענו הסנגורים למחדל חקירה משום שהמשטרה לא ערכה ניסוי בו יכלה להשתמש בבובה דמוית אדם, בנתוניו של המנוח, על מנת לבחון את הליך היסחפותה בשעה הרלבנטית. אין באמור ממש, שכן גם אם היה בניסוי כזה, אילו נערך, כדי לספק מידע טוב יותר, הרי שמדובר בניסוי המבוצע בדיעבד שיכול לספק לכל היותר מידע תיאורטי, היות שאין וודאות כי התנאים בשעת הניסוי יתאמו את תנאי השטח בליל האירועים מושא כתב האישום. זאת ועוד, הגם שמלאכת איסוף הראיות מוטלת בראש ובראשונה על המשטרה, ואפשר כי אי נקיטת פעולת חקירה תעלה כדי מחדל חקירתי שיש לו השלכות אופרטיביות, יכלו הסנגורים ליזום ביצועו של ניסוי כאמור אם סברו כי הוא חיוני לניהול ההגנה.

117. גופת המנוח התגלתה בשעה 06:15 על ידי דייגים. בהינתן העובדה שהמנוח נכנס לים בשעה 00:39, צודקים הסנגורים בתהייתם מדוע לא התגלתה הגופה בשעה מוקדמת יותר, לאור הפעלת מסוק במסגרת מאמצי החיפוש אחר המנוח. המשיבה ניסתה במסגרת הערעור לספק הסברים שונים לתהייה זו, כגון הטענה כי המסוק לא יכול היה לאתר את הגופה באפלה או כי יתכן שהגופה נסחפה בשעה מוקדמת יותר לבריכת השיקוע אך עין בלתי מזוינת לא יכולה הייתה לזהותה במהלך הלילה. עוד הפנתה המשיבה לאפשרות כי הגופה נסחפה לבריכת השיקוע קודם לכן אך צפה על פני המים רק בסמוך לשעת גילויה. הסברים אלו אפשריים, ונדמה כי יש בהם טעם של ממש, אך בכל הכבוד לא ניתן לקבלם בשלב זה של ההליך משל היו ממצא עובדתי של ממש. קביעות כגון דא היו צריכות להיעשות על ידי הערכאה המבררת, לאחר שמיעת עדים מומחים בעניין. בית משפט זה אינו האכסניה המתאימה לבירור עניינים שבעובדה בגדרי ההליך הפלילי [ראו והשוו: ע"פ 5410/04 אגדיראת נ' מדינת ישראל (27.6.2005)], ודאי לא בנושאים הדרושים ליבון מקצועי היות שמדובר בעניינים שבמומחיות.

118. לאור האמור, עומדת בעינה תהיית ההגנה בדבר קיומו של פער זמנים בין המועד בו נמלט המערער מהזירה לבין מועד כניסתו לים. על יסוד תהייה זו ניסתה ההגנה לבסס ספק סביר ולטעון לקיומו של גורם זר מתערב. אינני סבור כי מדובר בתהייה של ממש שיש בה כדי לעורר ספק סביר בדבר מעורבותו של גורם זר מתערב. אל מול תהייה זו עומדת במלוא עוצמתה מסכת הראיות הנסיבתיות היוצרות תצריף ראייתי שתומך בתרחיש העובדתי שנקבע על ידי בית המשפט המחוזי, לפיו המנוח נכנס למי הים סמוך לשעה 00:39.

119. זאת ועוד, דחיית התרחיש העובדתי שנקבע על ידי בית המשפט המחוזי מחייבת אימוץ אחת משתי האפשרויות הבאות: האחת, המנוח הסתתר במקום מחבוא כלשהו בקרבת הזירה משך כשלוש שעות ולאחר מכן נכנס לים. השנייה, המנוח הסתובב ברחבי העיר לאחר שנמלט וחזר לאחר מכן לזירה, נכנס למי הים, טבע ומת. אפשרות שלישית, שאינה אפשרות של ממש, לפיה המנוח נתקל בתוקפים אלמונים שהשליכו אותו ללב ים, נשללה על ידי בית המשפט המחוזי, מן הטעם שהיא דמיונית. כאמור, אם היו תוקפים נוספים בקרבת הזירה ניתן היה להבחין בהם בהתחשב בנוכחותם של גורמי חיפוש והצלה רבים שפעלו בזירה ובמרחב.

באשר לאפשרות הראשונה, לפיה המנוח הסתתר שעות לאחר התקיפה במקום מחבוא בקרבת הזירה ולאחר מכן נכנס לים; זהו תרחיש שאינו אפשרי. את הזירה סרקו כוחות חיפוש והצלה רבים, כך שגם בהנחה שהמנוח התחבא באופן שהקשה על איתורו, אין זה מתקבל על הדעת כי לאחר שעות מסיום האירוע, ומשפגה הסכנה לחייו, יכנס המנוח ביוזמתו ומרצונו החופשי למי הים, ממנו חשש כל חייו, באפילה כשהוא כואב ודואב. אף אם נקבל את האפשרות לפיה המנוח הסתתר במשך זמן ממושך במקום מחבוא ונכנס כעבור שעות ממועד האירוע לים, הרי שניתן לקבוע בוודאות כי לא יעשה זאת מרצונו אלא עקב בלבול ודיס-אוריינטאציה, שהם פרי תקיפתם האלימה של המערערים. מסקנה זו אף נתמכת בהימנעותו של המנוח להיכנס למי הים במשך כל ימי חייו.

באשר לאפשרות השנייה, לפיה המנוח הסתובב שעות לאחר התקיפה ברחבי העיר, חזר לזירה ונכנס לים; לתזה זו אין עיגון בראיות והיא עומדת בסתירה למארג הראייתי האיתן שפורט לעיל באשר למועד כניסתו של המנוח לים. זאת ועוד, באשר לסבירותה של אפשרות זו, אין לי אלא לאמץ את עמדת המשיבה בעיקרי הטענות שהוגשו מטעמה, לפיה:

"האפשרות שהמנוח המוכה והחבול שוטט באזורים שונים בעיר, כשלוש שעות, כשמכשיר סלולארי בידו, בלי ליצור קשר עם איש ומבלי שאיש הבחין בו, ולאחר מכן חזר לטיילת כדי לקפוץ או ליפול למים, היא כה בלתי מתקבלת על הדעת שאין בכוחה ליצור ספק כלשהו".

צא ולמד, "התרחישים" החלופיים שנטענו על ידי המערערים הינם תיאורטיים, דמיוניים ואין להם כל אחיזה בחומר הראיות. מצאתי כי אין בתהיות שהעלו המערערים ביחס ל"שעות האבודות" כדי לבסס ספק סביר בדבר קיומו של גורם זר מתערב.

120. אכן, בסופו של יום, התהייה שהעלו הסנגורים באשר להוכחת זמן כניסתו של המנוח לים עודנה קיימת, אף בסיומו של ההליך הפלילי בעניינם של המערערים, אך כאמור אין בה כדי להקים ספק סביר. בהקשר זה יפים דבריו של חברי השופט ע' פוגלמן בע"פ 8107/09 דענא נ' מדינת ישראל (27.6.2011):

"אכן, באופן תיאורטי, התרחישים שמעלה המערער לגבי אופן התגלגלות האירועים אינם בלתי אפשריים. ברם, לשם זיכוי מעבירה נדרש ספק סביר, ולא כל ספק, שהרי ספק 'סתם', נטול אחיזה סבירה בראיות, אינו מונע קביעה כי התביעה עמדה בנטל השכנוע שהוטל עליה. 'בביטוי 'סביר' טמונים הסינון והמיון בין עניינים שיש להם אחיזה במציאות, לבין דברים שהם ספקולציות נעדרות תשתית' (ע"פ 347/88 דמיאניוק נ' מדינת ישראל, פ"ד מז(4) 221, 652 (1993)). אכן, עמידה על משמעותה המדויקת של סבירותו של הספק אינה תמיד קלה. נראה כי ניסיון להגיע להגדרה ממצה באמצעים הסתברותיים לא יצלח, שכן מושגי הספק או השכנוע המשפטיים אינם ניתנים לכימות מתמטי, אלא לבחינה איכותית... תחת זאת, יש לבכר מבחן של היגיון ושכל ישר, הנסמך על ניסיון החיים של השופט, ועל הערכתו את מידת הקוהרנטיות, הלכידות הפנימית וההיתכנות של הגרסה המועלית (ראו דנ"פ 1789/98 מדינת ישראל נ' כהנא, פ"ד נד(5) 145, 188 (2000); ע"פ 3135/04 ג'אבר נ' מדינת ישראל (24.2.2005))" (שם, פסקה 31).

121. סיכום ביניים: התרחישים החלופיים שהוצעו על ידי ההגנה, ככל שניתן לכנותם כך, אינם מעוגנים בחומר הראיות ואינם אפשריים מבחינת השכל הישר והיגיון החיים, כמו גם לאור נסיבות המקרה דנן ובהתחשב במסכת הראיות הנסיבתיות. לאור ראיות אלה המסקנה האפשרית היחידה היא היתכנותו של התרחיש העובדתי שנקבע על ידי בית המשפט המחוזי לעניין מנגנון המוות, ויפים לענייננו דברים שנאמרו בעניין אחר: "אף שאין בידינו דרך להשלים את 'פאזל' האירועים עד תומו, התמונה העולה

מ'פאזל' לא-מושלם זה ברורה לחלוטין" [ראו: בע"פ 6864/03 רוקנשטיין נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(4) 657, 668 (2004)]. לפיכך, עומד בעינו מנגנון המוות שנקבע על ידי בית המשפט המחוזי, לפיו האלימות שנקטו המערערים כלפי המנוח, שהביאה להתדרדרות ביכולתו התפקודית וכישוריו הקוגניטיביים, הייתה גורם הכרחי ומהותי לטביעתו בים.

לפיכך, הגעתי לכלל מסקנה כי מתקיים בנסיבות העניין קשר סיבתי עובדתי.

ודוק, אין די בהתקיימותו של קשר סיבתי עובדתי. בהתאם ליסודותיה של עבירת ההריגה יש לבחון האם בנסיבות העניין התקיים גם קשר סיבתי משפטי.

קשר סיבתי משפטי – הגישה המסורתית

122. הקשר הסיבתי המשפטי בעבירת ההריגה נבחן על פי מבחן "הצפיות הסבירה". מבחן זה מורכב משני מבחני משנה: האחד, האם ניתן היה לצפות באורח סביר את התוצאה הקטלנית; השני, האם צריך היה לצפותה. עוד נקבע כי לעניין עבירת ההריגה מבחן הקשר הסיבתי המשפטי הוא מבחן אובייקטיבי (עניין אבו ג'נאס, בעמ' 42). הגישה המסורתית שהתגבשה בהלכה הפסוקה קובעת כי הקשר הסיבתי המשפטי "נבלע" ביסוד הנפשי של עבירת ההריגה, הדורש קיומה של מודעות אישית-סובייקטיבית של הנאשם לרכיבים העובדתיים של העבירה, ובפרט לאפשרות של גרימת התוצאה הקטלנית [ראו למשל: ע"פ 5870/01 חסיין נ' מדינת ישראל, פ"ד נז(1) 221, 232 (2002)]. הלכה זו הוסברה בכך שהיסוד הנפשי הנדרש בעבירת ההריגה הוא לכל הפחות יסוד של פזיזות, בהתאם לסעיף 20(א) לחוק העונשין, וזו נבחנת באספקלריה סובייקטיבית-אישית. קרי, בהתאם ליסוד הנפשי של עבירת ההריגה חובה להוכיח כי הנאשם צפה בפועל את התוצאה הקטלנית ואין די בכך שצפה גרימת חבלה, אף לא חבלה חמורה [ראו למשל: ע"פ 11/99 ויניצקי נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(2) 145, 150 (1999) (להלן: עניין ויניצקי); עניין ולס, פסקה 29 והאסמכתאות הנזכרות שם]. משכך, נקבע כי אם צפה הנאשם בפועל באורח סובייקטיבי את התוצאה הקטלנית הרי שגם היה צריך לצפותה במישור האובייקטיבי, ולכן ממילא אין עוד טעם בדיון מקדים בשאלת קיומו של היסוד האובייקטיבי של הצפיות בגדרי הקשר הסיבתי המשפטי (ראו למשל: עניין פלוני, פסקה 17 לחוות דעתה של השופטת ע' ארבל והאסמכתאות הנזכרות שם). משכך, נהגו בתי המשפט לעבור לדיון בשאלת התקיימות של היסוד הנפשי בסמוך לאחר ביסוס הקשר הסיבתי העובדתי, מבלי לדון בשאלת הקשר הסיבתי המשפטי. ברם, בהקשר זה חלה התפתחות פסיקתית בעניין פלוני עליה אעמוד להלן.

בטרם אבחן את צפיות המערערים בהתאם להתפתחות הפסיקתית בשאלת הקשר הסיבתי המשפטי, אבחן את צפיות המערערים בהתאם לגישה המסורתית, קרי כנגזרת מהקביעה בדבר התקיימותו של היסוד הנפשי של עבירת ההריגה.

הריגה - היסוד הנפשי

123. על מנת שיתגבש היסוד הנפשי של עבירת ההריגה צריכה להתקיים מחשבה פלילית, לפיה נדרשת מודעות לרכיבים העובדתיים של העבירה, ובפרט לאפשרות של גרימת התוצאה, וכן כוונה או פזיזות באשר לתוצאה זו. הפזיזות באה לידי ביטוי בחזות מראש של התרחשות התוצאה האסורה, כשלצדה אדישות לאפשרות גרימת התוצאה, או למצער, קלות דעת ביחס אליה, קרי מודעות לאפשרות של גרימת התוצאה תוך תקווה שהיא לא תיגרם. מבחנה של הפזיזות הוא מבחן סובייקטיבי אישי. לפיכך, הפזיזות מתגבשת רק אם יוכח כי הנאשם חזה בפועל סיכון ממשי לקורבן (ראו למשל: עניין ולס, פסקה 29 והאסמכתאות הנזכרות שם).

124. בטרם נכנסו לתוקפם חוק העונשין (תיקון מס' 39) (חלק מקדמי וחלק כללי), התשנ"ד-1994 וחוק העונשין (תיקון מס' 43) (התאמת דיני העונשין לחלק המקדמי ולחלק הכללי), התשנ"ה-1995, ניתן היה להסתפק בקיום מודעות מצד הנאשם לאפשרות פגיעה בשלמות גופו של הקורבן, ולא היה צורך במודעות לתוצאה הקטלנית דווקא. באשר למצב המשפטי שלאחר תיקונים 39 ו-43 לחוק העונשין, תחילה נתגלעה מחלוקת פוסקים, אך בהמשך הוכרע כי צריכה להתקיים בנאשם מודעות לתוצאה הקטלנית, ולא די במודעות לאפשרות של פגיעה, אפילו חמורה, בקורבן (ראו את הסקירה בנושא בעניין אבו ג'נאם, בעמ' 43-44).

125. הוכחתו של היסוד הנפשי של עבירת ההריגה יכול שתיעשה הן בהתבסס על אמירות של הנאשם עצמו, והן בהתבסס על ראיות נסיבתיות-חיצוניות כמו גם באמצעות חזקות ראייתיות-עובדתיות, המשקפות את ניסיון החיים והשכל הישר, כגון חזקת המודעות הכללית. חזקה זו מורה כי אדם מודע, בדרך כלל, למשמעות התנהגותו, מבחינת טיבה הפיזי, קיום נסיבותיה ואפשרות גרימת התוצאות הטבעיות שעשויות לצמוח ממנה. חזקת המודעות איננה חזקה חלוטה, והיא ניתנת לסתירה בהתאם לנסיבותיו של כל מקרה לגופו (ראו למשל: עניין ולס, פסקה 30 והאסמכתאות הנזכרות שם).

126. מעיון בפסיקתו של בית משפט זה באשר ליישומה של חזקת המודעות הכללית, עולה כי בהתקיים מאפיינים מסוימים לאורם נבחנת האלימות שגרמה לתוצאה הקטלנית, חזקה על נאשם כי היה מודע לתוצאה הקטלנית שגרמה התנהגותו, זאת אף אם לא עשה שימוש בנשק חם ותקף את הקורבן באמצעות ידיו ורגליו או באמצעות נשק קר (ראו למשל: עניין בלזר; עניין ויניצקי, עניין אלפידל; עניין שולמן). מהם אותם מאפיינים? הפסיקה השיבה על שאלה זו בקובעה כי על מאפיינים אלו נמנים: נקיטת אלימות חמורה; הפעלת אלימות כלפי אברים ואזורים רגישים בגוף, כגון ראש, עורף, צוואר ופלג גוף עליון; פער כוחות שיכול להתבטא הן בחוסנו הפיסי של הנאשם לעומת "נחיתותו" של הקורבן אם בגילו ואם בכוחו, והן בעצם העובדה כי מדובר במספר תוקפים לעומת קורבן חסר אוניס.

127. משכך, לא מצאתי שגגה בקביעתו של בית המשפט המחוזי לפיה המערערים צפו את התוצאה הקטלנית. קביעה זו הסתמכה על יישומה של חזקת המודעות הכללית על נסיבותיו הפרטניות של המקרה דנן, על יסוד מארג הראיות הנסיבתיות בדבר עוצמת התקיפה, אופן התקיפה, ומספר המשתתפים בה. עמדתי לעיל על העדויות והראיות עליהן הסתמך בית המשפט המחוזי אשר איפשרו לו לקבוע כי מדובר היה ב"אקסטזת אלימות" של ממש. המערערים חבטו במנוח בכל חלקי גופו באגרופיהם וברגליהם, לרבות בראשו ובפלג גופו העליון. המערערים המטירו על המנוח מכות בעוצמה רבה, הפילו אותו פעמיים על הארץ ואף דרכו עליו. כפי שהטעים בית המשפט המחוזי, מדובר בשלושה צעירים חסונים, חרף טענתו של עו"ד פרידמן בדבר נכותו האורטופדית של המערער 3, אשר תקפו את המנוח, אדם מבוגר, באלימות ללא רחם.

128. שילוב מאפיינים אלה של האלימות שנקטו המערערים, איפשר לטעמי את החלטה של חזקת המודעות הכללית בנסיבות העניין. זאת ועוד, מאמרה שמסר המערער 2 בסמוך לאחר הסתלקותו מהזירה ולפני הגעת כוחות המשטרה ליער "חורשים", ניתן ללמוד, כפי שקבע בית המשפט המחוזי, כי הוא חשש שהמנוח ימות עקב האלימות שננקטה כלפיו. בהקשר זה אין נפקא מינה כי מדובר באמרה שנשמעה מפי המערער 2 בלבד, שכן המודעות הנדרשת מצד המערער 1 והמערער 3 נלמדת בראש ובראשונה מחזקת המודעות הכללית. אמרתו של המערער 2, על רקע מארג הראיות הנסיבתיות, תומכת במסקנה כי בנסיבות העניין לא נסתרה חזקת המודעות. בנוסף לכך, טענתם של המערערים לפיה הם איפשרו למנוח להימלט, אינה יכולה לסייע להם בהקשר הנדון. כפי שניתן ללמוד מקביעותיו של בית המשפט המחוזי, המערערים חדלו מנקיטת אלימות כלפי המנוח לא מתוך טוב ליבם או רצונם להבטיח כי לא תיגרם לו פגיעה בלתי הפיכה שתגרור בעקבותיה תוצאה קטלנית, אלא בשל חששם להיתפס. ראיה

נסיבתית שמחזקת מסקנה זו היא העובדה שכאשר א.ק. צעקה לעבר המערערים כי יפסיקו את האלימות שנקטו כלפי המנוח, הם לא חדלו ממעשיהם והמערער 2 אף הכה אותה.

129. טענה אפשרית בהקשר ליסוד הנפשי הנדרש בעבירת ההריגה, שנשמעה בדיון שנערך לפנינו בשפה רפה מפי עו"ד פרידמן לגבי המערער 3 בלבד, נוגעת לאחריות הפלילית שהוטלה על המערערים מכוח דיני השותפות על יסוד ביצוע בצוותא. חרף זאת אתייחס לטענה כאילו נטענה בשם שלושת המערערים. כידוע, מבצע בצוותא הוא מי שלוקח חלק בביצוע עבירה על ידי עשיית מעשה הדרוש להגשמת התוכנית הפלילית, כאשר היסוד הנפשי הנדרש זהה ליסוד הנדרש בעבירה העיקרית ומודעות לפעולה בצוותא עם האחרים. דהיינו, מבחינת היסוד העובדתי לא נדרש כי כל אחד מהמבצעים בצוותא יבצע בעצמו את כל היסודות העובדתיים של העבירה. עם זאת, נדרש כי לכל אחד מהמבצעים בצוותא יהיה היסוד הנפשי הנדרש בעבירה, ובנוסף נדרש להוכיח כי הם היו מודעים לכך שהם פועלים בצוותא (ראו: עניין פלוני, פסקה 21 לחוות דעתה של השופטת ע' ארבל).

130. דומני, כי על רקע מארג הראיות הנסיבתיות המשמשות מצע ליישומה של חזקת המודעות הכללית, שלא נסתרה כאמור בנסיבות העניין, אין מניעה להסיק כי כל אחד מהמערערים כשלעצמו היה מודע לאפשרות התרחשותה של התוצאה הקטלנית. זאת ועוד, מודעותם של המערערים לביצוע בצוותא נלמדת גם מהרקע לאירוע, קרי לעובדה כי המערער 1 הוא שזימן את המערערים 2-3 לזירה, שנענו לקריאתו והגיעו למקום בו שהה תוך זמן קצר. לאחר מכן, הצביע המערער 1 על המנוח. בהמשך לכך, תקפו השלושה יחדיו ובו זמנית את המנוח שוב ושוב, באלימות ברוטאלית כשהמנוח שכוב על הקרקע חסר אונים במהלך החלק הארי של התקיפה לאחר שהוא הופל פעמיים על הארץ על ידי המערערים, שהמשיכו להכותו חרף תחינותיו כי יחדלו ממעשיהם, וחרף צעקתה של א.ק. כי יפסיקו את האלימות בה נקטו. בשלב זה יכול היה כל אחד מהמערערים להבין את השלכות מעשיו, וחרף זאת המשיכו המערערים בתקיפתו האלימה והקשה של המנוח באופן המעיד על היסוד הנפשי שלהם.

131. ודוק, בבואנו ליישם את חזקת המודעות הכללית בנסיבותיו של המקרה דנן, יש ליתן את הדעת לייחודו של המקרה, בכך שהאלימות שנקטו המערערים לא הייתה הגורם הישיר והיחיד לתוצאה הקטלנית, שכן בסופו של יום הגורם האחרון ב"שרשרת הסיבתיות" שהוביל לתוצאה הקטלנית הוא טביעתו של המנוח בים. ברם, עיון בפסיקתו של בית משפט זה, בין היתר, בעניין בלזר, בעניין ויניצקי, בעניין אלפידל

ובעניין שולמן, מעלה כי חזקת המודעות הכללית הוחלה בהלכה הפסוקה גם במקרים בהם האלימות שננקטה כלפי הקורבן לא הייתה הגורם היחיד, התכוף והישיר לתוצאה הקטלנית, אך הייתה גורם הכרחי ומהותי, בזיקה לרישא של סעיף 309 לחוק העונשין, לפיה "בכל אחד מן המקרים המנויים להלן יראו אדם כאילו גרם למותו של אדם אחר, אף אם מעשהו או מחדלו לא היו הגורם התכוף ולא היו הגורם היחיד למותו של האחר" (ההדגשה אינה במקור – י.ד.).

132. זאת ועוד, במקרים בהם האלימות שנקט הנאשם לא היוותה את הגורם התכוף והישיר להתרחשות התוצאה הקטלנית, ההלכה הפסוקה גורסת כי ניתן להסתפק בבחינת מודעות הנאשם לתוצאה הקטלנית הנובעת מאותו חלק בלבד שלו הוא אחראי – האלימות שנקט כלפי הקורבן. קרי, ההלכה הפסוקה מבודדת או "מדוממת" את החוליות האחרות ב"שרשרת הסיבתיות" ומתבוננת רק על אותה חוליה לה אחראי הנאשם [ראו למשל: ע"פ 341/82 בלקר נ' מדינת ישראל, פ"ד מא(1) 1, 45-50 (1986) והאסמכתאות הנזכרות שם]. דימוי מוחשי לפעולה זו ניתן להשאיל מעולם הצילום, בבחינת פעולת "zoom-in". השאלה הנשאלת היא האם בהתאם לראיות הנסיבתיות וחזקת המודעות הכללית, חרף הצטרפותו של גורם קטלני נוסף שתרם להתרחשות התוצאה הקטלנית, ניתן להסיק כי הנאשם צפה שהאלימות שנקט נגד הקורבן תגרור את התוצאה הקטלנית.

133. "השתקת" החוליות הנוספות בשרשרת הסיבתיות שהובילה למות הקורבן, בגדר פעולת "mute", נדרשת בראש ובראשונה נוכח הוראת המחוקק בסעיף 309 לחוק העונשין [ראו והשוו: ע"פ 140/10 חלילה נ' מדינת ישראל (10.3.2011) (להלן: עניין חלילה)], פסקאות 76-77 לחוות דעתה של השופטת (כתוארה אז) מ' נאור והאסמכתאות הנזכרות שם]. זאת ועוד, אין מדובר בפעולה מלאכותית שכל מטרתה הרחבת משטר האחריות הפלילית. זוהי גישה שיפוטית מוצדקת הן מן הפן המשפטי והן מן הפן המוסרי. הטעם לכך הוא שאם די באלימות שנקט הנאשם כדי להביא לתוצאה הקטלנית והנאשם היה מודע לכך, הרי שאין נפקות ממשית להשלכותיהם הקטלניות של הגורמים האחרים שהתווספו ל"שרשרת הסיבתיות". לעניין זה יפים דבריו של השופט שהם בעניין שולמן:

"ההצדקה להלכה האמורה נעוצה בכך שאין זה מן המידה לפטור עבריינין, שהיה מודע לאפשרות שמעשיו יגרמו לתוצאה אסורה, רק משום שהתוצאה ארעה באופן שונה מהצפוי" (שם, פסקה 25).

134. בהתאם לכך, נקבעה ההלכה הפסוקה, לפיה אין הכרח שנאשם יצפה את תהליך גרימת המוות על פרטיו ודי כי יהיה מודע לאפשרות התרחשות התוצאה הקטלנית. כך למשל, הטעים השופט א' לוי בע"פ 4752/08 שולמן נ' מדינת ישראל (6.4.2009) (יושם הלב כי מדובר בעניינו של יוסי שולמן להבדיל מחוות דעתו של השופט שהם בעניינו של אלכסיי שולמן שנזכרת לעיל ולהלן):

"אף בטענת המערער, לפיה מקום בו מדובר בפזיזות מסוג קלות דעת מתעורר הצורך בהוכחת קיומה של מודעות לתהליך גרימת התוצאה הקטלנית, אין ממש. זאת, באשר עמדה זו אינה מתיישבת עם ההלכה הפסוקה, לפיה לשם ביסוס היסוד הנפשי הדרוש להרשעה בעבירת ההריגה, אין הכרח להוכיח כי הנאשם צפה את תהליך גרימתה של התוצאה הקטלנית לפרטיו, על אופן התרחשותו המדויק, אלא די בכך כי צפה את האפשרות להתרחשות התוצאה הקטלנית מבחינת סוגה וטיבה. זאת, למעט מקרים נדירים, בהם אופן התרחשות התוצאה בפועל חרג בצורה קיצונית מהתהליך אותו דימה הנאשם (ע"פ בלזר הנ"ל, בעמ' 423-424) (שם, פסקה 11).

135. יחד עם זאת, נדמה שהדיון ביסוד הנפשי הדרוש לשם הרשעתם של המערערים בעבירת ההריגה לא מוצה עד תום, נוכח נסיבותיו הייחודיות של המקרה דנן. על אף שההלכה הפסוקה מאפשרת, כעקרון, החלטה של חזקת המודעות הכללית בעבירת ההריגה, גם במקרים בהם האלימות שנקט הנאשם אינה הגורם היחיד, הישיר והתכוף שגרם למות הקורבן, לא ניתן להתעלם מכך שבפסיקה טרם נדונו נסיבות לא שגרתיות כגון דא, בהן המוות נגרם בסופו של יום כתוצאה מטביעת הקורבן [השוו: ע"פ 334/74 ג'מאמעה נ' מדינת ישראל, פ"ד כט(2) 29 (1975)]. אכן, ההלכה הפסוקה קובעת כי אין חובה שהנאשם יצפה את האופן הספציפי של התרחשות התוצאה הקטלנית על כל פרטיה, אך באותה הנשימה צוין כי הדבר נכון כל עוד שאין מדובר בתוצאה חריגה ביותר (ראו למשל: עניין בלזר, בעמ' 424). לכן, השאלה היא האם מות המנוח עקב טביעתו בים, לאחר האלימות שנקטו כלפיו המערערים, היא "תוצאה חריגה ביותר" שהמערערים לא צפו באופן סובייקטיבי. יושם לב, השאלה היא לא האם ניתן היה לצפות תוצאה זו או צריך היה לצפותה. השאלה הרלבנטית היחידה על פי הגישה המסורתית היא האם באופן סובייקטיבי צפו המערערים תוצאה זו, שכן אמת המידה לבחינת היסוד הנפשי של עבירת ההריגה היא סובייקטיבית.

136. שאלה זו עולה על רקע טענתם של המערערים בהתבסס על סעיף 309(3) לחוק העונשין, לפיה בריחת המנוח מתוקפיו באמצעות הימלטות אל הים אינה "טבעית" בנסיבות העניין, ומשכך נטען כי המערערים לא צפו את טביעתו של המנוח וכפועל יוצא מכך את מותו. טענה זו יש לדחות משני נימוקים עיקריים;

(א) דומני כי אין הצדקה של ממש להבחין בין טענתו של נאשם כי לא צפה את טביעתו של הקורבן בים במהלך הימלטות הקורבן, לבין טענתו של נאשם כי לא צפה שהאלימות שנקט כלפי הקורבן תביא למותו מקום בו מת הקורבן בסופו של יום עקב הצטרפותו של גורם קטלני נוסף כגון מום מולד, התקף לב או מחלות אחרות שהתפרצותן הוחשה על רקע האלימות, כדוגמת הנסיבות שנדונו בעניין בלזו, בעניין ויניצקי, בעניין אלפידל ובעניין שולמן. בפרשות הנ"ל נדחו טענותיהם של נאשמים בדבר היעדר צפיות בפועל ביחס לגורם קטלני נוסף שהיה נסתר מעיניהם (ראו בהקשר זה גם: עניין אבו ג'נאם, בעמ' 43, בזיקה לסעיף 309(4) לחוק העונשין).

הטעם העיקרי שביסוד קביעה זו הוא ההנחה הנגזרת מחזקת המודעות הכללית, שלא נסתרה בנסיבות העניין, כי אף אלמלא הגורם הקטלני הנוסף, די היה באלימות שנקט הנאשם כדי לגרום לתוצאה הקטלנית. לפיכך, אין נפקא מינה כי בנסיבות העניין כניסתו של המנוח לים היוותה גורם קטלני נוסף בשרשרת הסיבתיות שהביאה למותו (ראו והשוו: עניין חלילה, פסקאות 76-77 לחוות דעתה של השופטת (כתוארה אז) נאור). כאמור, מקום בו התקיימו יסודותיה של חזקת המודעות הכללית וזו לא הופרכה, אין הצדקה משפטית או מוסרית לפטור את הנאשם מאחריות בפלילים גם אם שרשרת הסיבתיות מונה גורמים קטלניים נוספים שתרמו להתרחשות התוצאה הקטלנית [ראו למשל: ע"פ 418/77 ברדריאן נ' מדינת ישראל, פ"ד לב(3) 3, 6 (1978)].

טעם נוסף שיש בו כדי להצדיק גישה זו, הוא שמי שתוקף קורבן, נוטל על עצמו סיכון כי לקורבן יש "גולגולת דקה", קרי "רגישות", לאו דווקא מחלה או מום, המחישה או מקרבת את התרחשות התוצאה הקטלנית. עקרון "הגולגולת הדקה" הוא עיקרון מקובל בשיטתנו המשפטית, כאמור גם בגדרי המשפט הפלילי [ראו והשוו: ע"פ 707/83 פטרומיליו נ' מדינת ישראל, פ"ד לח(4) 821, 826-827 (1984) (להלן: עניין פטרומיליו)]. מאחר שהקורבן לא בחר את תוקפו, התוקף מקבל את קורבנו כמו שהוא, על כל הסיכונים הכרוכים בכך. הסיכון לקיומה של "גולגולת דקה" נתפס כסיכון מדעת, שכן התוקף הכניס עצמו מרצונו החופשי למצב דברים אסור כאשר נקט אלימות קשה כלפי הקורבן. לפיכך, יישומו של עקרון הגולגולת הדקה בגדרי עבירת ההריגה אינו עומד בסתירה לדרישת הצפיות הסובייקטיבית של עבירת ההריגה (ראו והשוו לדיון

בעניין פטרומיליו, בעמ' 826-827). לאור האמור, כפי שבעניין בלזד, בעניין ויניצקי, בעניין אלפידל ובעניין שולמן, "גולגל" הסיכון לכך שבקורבן מקננת מחלה שעשויה להתפרץ על רקע תקיפה אלימה, כך גם צריך שהסיכון בדבר דרך הימלטותו של הקורבן "יגולגל" לפתחם של המערערים, במיוחד בנסיבות המקרה דנן, שעה שהתקיפה בוצעה בשביל הטיילת הצמוד לחוף הים. נתון זה הינו נתון מכריע לטעמי בנסיבות העניין בהקשר לצפיות התוצאה הקטלנית, אשר אדרש אליו להלן במסגרת הדיון במבחן "הסיכון הטבעי".

זאת ועוד, טענתם של המערערים הנסמכת על סעיף 309(3) לחוק העונשין, לפיה התנהגותו של המנוח לא היתה "טבעית" ומשכך לא נצפתה על ידם, דומה במהותה לטענה הנסמכת על סעיף 309(5) לחוק העונשין, לפיו:

"מעשהו או מחדלו [של הנאשם – י.ד.] לא היה גורם מוות, אילולא נצטרף עמו מעשה או מחדל של האדם שנהרג או של אדם אחר".

טענה כגון דא נדחתה בפסיקתו של בית משפט זה, כמו למשל בעניין חלילה, בו הטעימה השופטת (כתוארה אז) מ' נאור כי:

"ההוראה שבסעיף 309(5) מבטאת את הכלל הקובע, כי מקום שמעשהו של אדם אינו מהווה גורם יחידי למוות, וכי המוות לא היה נגרם אלמלא הצטרף אליו גורם אחר – בכל זאת רואים את מעשהו של הראשון כנושא באחריות לגרם המוות... והכל בתנאי שמעשהו של הראשון היווה גורם ממשי לתוצאת המוות... את משמעות המונח 'נתלוו'... ניתן לפרש בכל משמעויותיו האפשריות כגון 'להוסיף', להשלים ולהתווסף'. הווה אומר, לרבות פעולות העוקבות זו לזו, ולא דווקא על-פי משמעותה הצרה של המילה, שלפיה היא באה לתאר רק פעולות בו זמניות..." (שם, פסקאות 76-77).

(ב) לחלופין, גם אם הייתי נכון לצורך הדיון בפרשה דנן לקבל טענה לפיה אין דינה של השפעת כניסתו של המנוח לים, שהיא לכאורה פעולה חריגה, כדין מחלה או מום נסתרים בגופו של הקורבן, ואיני סבור כך, הרי שגם אז לטעמי יש לקבוע כי המערערים צפו את התוצאה הקטלנית. ממה נפשך? ההלכה הפסוקה קובעת, על יסוד לשונו הברורה של סעיף 309(3) לחוק העונשין הנוקטת בדיבור "כפי שהדבר נראה לנפגע", כי יש לפרש את "טבעיות" התנהגותו של הקורבן על פי אמת מידה

סובייקטיבית מנקודת מבטו של הקורבן [ראו והשוו: ע"פ 214/83 זכאי נ' מדינת ישראל, פ"ד (3) 558, 560 (1983)]. קרי, התשובה לשאלה מהי התנהגות "טבעית" של קורבן, צריכה להיות מוכרעת על פי נתוניו ונסיבותיו של הקורבן הספציפי במקרה הקונקרטי. ניתן לומר אם כן כי הצפיות הסובייקטיבית של הנאשם נגזרת מנקודת מבטו הסובייקטיבית של הקורבן הספציפי. הלכה למעשה, זהו ביטוי נוסף לעקרון "הגולגולת הדקה" שנותן בכורה לנתוניו ונסיבותיו הפרטניות של הקורבן.

(ב) (1) ממבט ראשון ניתן היה לסבור כי כניסתו של המנוח לים בשעת לילה כשהוא חבול היא התנהלות חריגה שאינה "טבעית". אלא שהתבוננות מעמיקה בנסיבות המקרה הקונקרטי, מנקודת מבטו הסובייקטיבית של המנוח, מחייבת לטעמי קביעה ברורה לפיה הימלטותו של המנוח לעבר הים אינה כה חריגה ולכן המערערים צפו גם צפו אותה. למסקנה זו הגעתי לאחר יישומו של מבחן "הסיכון הטבעי". מדובר במבחן המביא בחשבון את סוגי הסיכונים הטבעיים בהתחשב במיקום הזירה ומאפייניה. אין מדובר במבחן חדש שנוצר יש מאין אלא באמת מידה שהיא נגזרת ויישום של ההלכה הפסוקה, לפיה יש לפרש את סעיף 309(3) לחוק העונשין לפי אמת מידה סובייקטיבית של הקורבן הספציפי בנסיבותיו הקונקרטיות של המקרה [ראו והשוו: ע"פ 311/72 צברי נ' מדינת ישראל, פ"ד כז(2) 505, 511-512 (1973); והשוו: יובל לוי ואליעזר לדרמן עיקרים באחיות פלילית 376-380 (1981); פלד, בעמ' 791-792; יורם רבין ויניב ואקי דיני עונשין א 294-296 (מהדורה שנייה, 2010)]. את התנהגותו של הקורבן הספציפי צופה הנאשם, בין היתר, על פי "מיפוי" הסיכונים הטבעיים המצויים בזירה ובקרבתה.

(ב) (2) בנסיבות המקרה דנן אין אנו עוסקים בקורבן שהותקף מרחק רב מהים ובחר מרצונו להיכנס למימיו. במקרה דכאן מדובר בתקיפה אלימה וקיצונית בעוצמתה שבוצעה על שביל הטיילת שסלול לאורך חוף הים. אותה שעה שביל הטיילת היה תחום מצדו הדרומי בגדר. המנוח שהוכה זה עתה בברוטאליות חסרת רחמים, ביקש להימלט מתוקפיו כשהוא נתון בסערת רוחות וחשש לחייו ומצוי בדיס-אוריינטאציה בשל חבלת הראש שגרמו לו המערערים, שעה שרעייתו ובתו החלו אף הן לנוס מהזירה וזעקו לעזרה. לפיכך, המנוח שדרכו נחסמה בגדר מצד דרום אליו נמלט מהמערערים, חשש מנקודת מבטו הוא כי אם ינוע על שביל הטיילת הסלול לכיוון ממנו ברח הוא עלול לשוב ולהיתקל בתוקפיו ולכן פנה לכיוון הים. בהתחשב במיקומה של הזירה סמוך לחוף הים, אפשרות זו של הימלטות המנוח לים, בשעת לילה כשהוא פצוע וחבול בכל חלקי גופו, היא סיכון טבעי שנטלו על עצמם המערערים בנסיבות העניין ויש לקבוע כי הם צפו אותו.

זאת ועוד, גם אם המנוח נמלט לכיוון הים לא בשל הערכתו כי סיכוייו להימלט מתוקפיו בדרך זו טובים יותר אלא בשל דיס-אוריינטאציה, הרי שגם אז צפו המערערים מבחינה סובייקטיבית את האפשרות כי המנוח עשוי להיכנס לים. הנימוק לכך הוא שמחזקת המודעות נגזרת מודעותם של המערערים לנזקים החבלתיים שהם גרמו למנוח, אשר גרעו באופן ממשי מתפקודיו ומיכולותיו הקוגניטיביות, ומשכך ובהתחשב במיקומה של הזירה סמוך לחוף הים, צפו המערערים את אפשרות טביעתו של המנוח בים, גורם סיכון טבעי המצוי בקרבת הזירה.

137. לפיכך, הגעתי לכלל מסקנה כי המערערים צפו באופן סובייקטיבי את אפשרות טביעתו של המנוח בים כתוצאה מהאלימות שנקטו כלפיו. קרי, מתקיים אצל המערערים היסוד הנפשי הדרוש לצורך התגבשותה של עבירת ההריגה, וכפועל יוצא מכך, ועל פי הגישה המסורתית, מתקיים גם קשר סיבתי משפטי. אלא שבמסקנה זו לא די נוכח ההתפתחות הפסיקתית שחלה בעניין פלוני, לאורה יש לבחון האם חרף התקיימותה של צפיות סובייקטיבית, יש לקבוע כי בשל שיקולי מדיניות משפטית לא התקיימה צפיות אובייקטיבית בגדרי הקשר הסיבתי המשפטי, שאז אין להטיל אחריות פלילית בגין הריגה. אקדים ואומר כי לטעמי מתקיימת בנסיבות העניין גם צפיות אובייקטיבית ולפיכך, אף לאור ההתפתחות הפסיקתית האמורה, שהמערערים לא טענו לה, יש להרשיע את המערערים בגין הריגת המנוח.

קשר סיבתי משפטי – התפתחות ההלכה הפסוקה

138. כאמור, בעניין פלוני חלה התפתחות בהלכה הפסוקה בסוגיית הקשר הסיבתי המשפטי בעבירת ההריגה, כפי שהדברים עולים מחוות דעתה של השופטת ע' ארבל, ברוב דעות לאחר שהצטרף אליה השופט א' רובינשטיין, כנגד דעתו החולקת של השופט נ' הנדל. יוער כי דעת המיעוט של השופט הנדל לא חלקה על הצורך הנורמטיבי בקיומו של מבחן הקשר הסיבתי המשפטי בעבירת ההריגה ותכליתו של מבחן זה, אלא גרסה כי ישומו בנסיבות המקרה שנדון שם צריך להיות שונה בהקשר של תחרויות נהיגה לא חוקיות.

הערה מקדימה: כנגד פסק הדין בעניין פלוני הוגשה בקשה לדיון נוסף שתלויה ועומדת לפני בית משפט זה וטרם ניתנה החלטה אם להתיר דיון נוסף אם לאו (דנ"פ 404/13 פלוני נ' מדינת ישראל). מבלי להביע עמדה בנושא, אף אם יתקיים דיון נוסף בפרשת פלוני, לא יהיה בכך כדי להשפיע על נסיבות המקרה דנן, שכן כאמור הגעתי לכלל מסקנה כי אף לפי הגישה המסורתית, שהוחלה טרם ההתפתחות הפסיקתית

בעניין פלוני, מתקיים קשר סיבתי משפטי בנסיבות העניין, הנגזר מהתגבשותו של היסוד הנפשי הנבחן באספקלריה סובייקטיבית.

139. על פי התפתחות פסיקתית זו, קבעה השופטת ארבל, בהמשך לגישה המסורתית, כי בדרך כלל לא יהיה צורך לבחון באופן עצמאי את יסוד הקשר הסיבתי המשפטי ודי יהיה לצורך התקיימותו בהתגבשות היסוד הנפשי בעבירת ההריגה (שס, פסקה 23). החידוש בהלכה זו הוא שגם כאשר מתקיימת צפיות סובייקטיבית של התוצאה הקטלנית, על פי היסוד הנפשי הנדרש להתגבשותה של עבירת ההריגה, יתכן, אם כי במקרים חריגים כפי שהטעימה השופטת ארבל, שייקבע כי לא מתקיימת צפיות אובייקטיבית בגדרי הקשר הסיבתי המשפטי, זאת בשל שיקולי מדיניות משפטית (שס, פסקה 23). קרי, גם אם צפה בפועל הנאשם את התוצאה הקטלנית ייקבע כי לא היה עליו לצפותה מבחינה נורמטיבית, בשים לב לשיקולי מדיניות.

במסגרת ההתפתחות הפסיקתית בעניין פלוני נדחתה עמדתה הנורמטיבית של המשיבה, לפיה בכל מקרה בו התקיימה צפיות סובייקטיבית יש לקבוע כי התקיימה גם צפיות אובייקטיבית; ובלשונה של השופטת ארבל:

“עמדת המדינה בסוגיה שבפנינו יש בה היגיון רב. אכן ישנה אמירה ערכית בקביעה לפיה כל תוצאה שאדם גרם באופן עובדתי וצפה את אפשרות גרימתה (מתוך יחס הפצי של לפחות פזיזות) יהיה הוא נושא בגינה באחריות פלילית. בפרט נכון הדבר כאשר מדובר בעבירת ההריגה, וזאת בשל ערך קדושת חיי אדם העומד בבסיסה. אדם אשר צופה שמעשיו עלולים לגרום למותו של אדם אחר עליו להימנע מעשיית המעשה על מנת שלא יקופחו חיי אדם. עם זאת, לטעמי אין לקבל עמדה זו, ויש להותיר פתח, אם כי צר למדי, למקרים בהם יסבור בית המשפט כי אין להטיל אחריות פלילית על הנאשם מהטעם שלא היה צריך לצפות את אפשרות גרימת התוצאה” (שס, פסקה 23).

140. גם השופט הנדל גרס בעניין פלוני כי הפעלתו של מבחן הקשר הסיבתי המשפטי בעבירת ההריגה תתבקש מקום בו יידרש צמצום האחריות הפלילית בשים לב לשיקולי מדיניות משפטית:

“מטרתו (של יסוד הקשר הסיבתי המשפטי – י.ד.) היא לתחום את גבולותיה של שרשרת הסיבתיות העובדתית על ידי כך שאנו בוררים ממנה אך ורק את החוליות אותן ראוי לצבוע בגוון הפלילי. תיחום זה איננו מצד מידת

החסד והרחמים אלא חיוני לשם קיומו של הדין עצמו. הוא חיוני הואיל והסתפקות בבחינת 'הסיבה בלעדיה אין' עלולה להביאנו אל מחוזות האבסורד בהטלת אחריות בפלילים על גורמים רחוקים בשרשרת הסיבתיות העובדתית" (שם, פסקה 4).

141. בעניין פלוני נקבע בחוות דעתה של השופטת ארבל כי במקרים בהם הנאשם הוא הגורם הישיר לתוצאה, שאלת הקשר הסיבתי המשפטי כלל לא תתעורר, שאז יש לקבוע כי אם הנאשם צפה את התוצאה מבחינה סובייקטיבית הוא גם היה צריך לצפותה מבחינה אובייקטיבית (שם, פסקה 18). השופטת ארבל עמדה בחוות דעתה על שתי דוגמאות בהן יתכן שתעלה שאלת הקשר הסיבתי המשפטי – מקרים בהם נקבע כי ישנו גורם זר מתערב או מקרים בהם מדובר בקושי הנובע בשל הרשעה מכוח דיני השותפות על יסוד ביצוע בצוותא. במקרה דנן קבעתי כי לא מתקיים גורם זר מתערב ואף הגעתי לכלל מסקנה כי אין קושי בהיבט של הרשעת המערערים מכוח ביצוע בצוותא. יחד עם זאת, על פי התרחיש העובדתי שקבע בית המשפט המחוזי לעניין מנגנון המוות שהביא להמתתו של המנוח, לא ניתן לקבוע כי האלימות שנקטו המערערים היא שהביאה באופן ישיר למות המנוח. בדיון שלפנינו אף ציינה המשיבה כי לאור תרחיש עובדתי זה יש לצאת מתוך נקודת הנחה מיטיבה עם המערערים לפיה המנוח מת בשל טביעה בים. משכך, ולאור ההתפתחות הפסיקתית כאמור, יש להוסיף ולבחון מעבר למבחן הסובייקטיבי-אישי העומד במוקד היסוד הנפשי של עבירת ההריגה, האם צריכים היו המערערים במישור האובייקטיבי לצפות את אפשרות טביעתו של המנוח בים כתוצאה מהאלימות שנקטו כלפיו, בגדרי מבחן הקשר הסיבתי המשפטי.

142. כיצד בוחנים את התקיימותו של הקשר הסיבתי המשפטי במישור האובייקטיבי? השופטת ארבל קבעה בהקשר זה בעניין פלוני כי מדובר בשאלה של מדיניות משפטית וחברתית שיש לבחון אותה בהתאם לצרכי החברה המשתנים, הנורמות המוסריות הנוהגות, ומציאות החיים. כרשימה שאינה ממצה, מנתה השופטת ארבל שיקולים כגון: סוג העבירה והערך המוגן העומד בבסיסה; האם מדובר בהתנהגות במעשה או במחדל; קיומו או אי קיומו של ערך חיובי בפעילות מושא האישום וצורך בהרתעה מפני אותה פעילות; סוג הסיכון שנלקח, האם יש בו כדי לסכן רק את נוטלי הסיכון עצמם, או שמא ישנו סיכון גם לאנשים שלא נטלו את הסיכון; רמת הצפייה של אפשרות גרימת התוצאה, דהיינו עד כמה הסיכון גבוה, ברור וממשי; וכן הנסיבות הספציפיות של המקרה ושל הצדדים המעורבים (שם, פסקה 24).

143. השופט הנדל הטעים בהקשר זה בעניין פלוני כי:

“מלאכה זו של צביעת המתחם בו מתקיים קשר סיבתי משפטי איננה נעשית במברשת עבה אלא במכחול דק תוך שימת לב לחילופי הגוונים. ההכרעה בדבר קיומו או אי קיומו של קשר סיבתי איננה החלטה בינארית, כזו הצבועה בצבעי שחור ולבן אלא תלויה במיקום המדויק בו נציב את נסיבות המקרה על פני קשת רחבה של גוונים. על כן, קשר סיבתי יכול שיתקיים במקרה אחד, אך בשינוי של נסיבה אחת נאמר כי אינו מתקיים” (שם, פסקה 4).

ובהמשך הדגיש השופט הנדל כי הכרעה בדבר התקיימותו של קשר סיבתי משפטי היא תלויה “רגישות למדיניות המשפטית תוך הדגשת נסיבות המקרה” (שם, פסקה 5). עוד הדגיש השופט הנדל כי גם כאשר מות הקורבן נגרם על ידי הנאשם לא כסיבה יחידה וישירה, אין משמעות הדבר כי ניתק הקשר הסיבתי המשפטי:

“עובדה זו כשלעצמה איננה מחייבת אותנו לומר כי הקשר הסיבתי המשפטי ניתק. הדבר תלוי כאמור בנסיבות המדויקות של המקרה. יתרה מכך, אמנם הקשר הסיבתי המשפטי מהווה סוגיה עצמאית אך ההכרעה בה מצויה בלבוש עובדות המקרה” (שם, פסקה 8).

קשר סיבתי משפטי – מן הכלל אל הפרט

בהתאם לשיקולי המדיניות שהותוו בעניין פלוני אדון להלן בשאלה האם היו צריכים המערערים לצפות את מות המנוח בדרך של טביעה בים לאחר שנמלט מהם עקב האלימות הקשה שנקטו כלפיו.

144. המסכת העבריינית שבמוקד הדיון הינה תקיפה עבריינית ברוטאלית בקבוצה של קורבן אקראי חף מפשע. המערערים תקפו באכזריות בצוותא חדא אדם, המבוגר מהם בשנים רבות, שלא הייתה להם עימו כל היכרות מוקדמת וללא כל התגרות מצדו, עת ישב לתומו עם רעייתו ובתו על ספסל בטיילת מול הים. מדיניות שיפוטית המבקשת לשרש התנהגות כגון דא מחייבת אימוץ מסקנה בדבר קיומה של צפיות אובייקטיבית במקרים כאלו. האלימות הקיצונית בה נקטו המערערים, תוך שהם חובטים ומכים בעוצמה במנוח שהיה שוכב על הארץ חסר אונים בחלק הארי של התקיפה, לאחר שהמערערים הפילו אותו ארצה על שביל הטיילת פעמיים, פגעה במהלך התקיפה לא רק במנוח אלא גם ברעייתו ובבתו. זהו תוצר לוואי נוסף של אלימות ברוטאלית שיש

לה פוטנציאל זליגה אל מעבר למעגל הפנימי של התוקף והקורבן. זאת ועוד, מעבר לתוצאה הטראגית של מות המנוח, ישפיע האירוע מושא כתב האישום על כל אחד מבני משפחת המנוח לטווח הארוך כפצע פתוח שאינו יכול להגליד.

145. אף האטימות המוסרית אותה הפגינו המערערים שבאה לידי ביטוי בהתנהגותם במהלך תקיפת המנוח ובסמוך לאחריה, מצדיקה קביעה בדבר קיומה של צפיות אובייקטיבית. כך למשל, כאשר נשמע קול זעקתה של א.ק. שביקשה להפסיק את "אקסטזת האלימות", תקף אותה המערער 2 תוך שסטר לה במטרה להשתיקה. יתר על כן, בהקשר זה לא ניתן להתעלם מכך שלאחר שנמלטו מזירת האירוע, המשיכו המערערים 1 ו-3 למסיבת שתיית אלכוהול וריקודים ביער "חורשים".

146. שיקול נוסף עליו הצביעה השופטת ארבל בעניין פלוני עניינו עד כמה הסכנה ברורה וממשית. כפי שציינתי לעיל, בהתאם למבחן "הסיכון הטבעי", יכלו המערערים לצפות, ואף צפו בפועל, את הסיכון שבטביעתו של המנוח בים במהלך מנוסתו מהם, לאחר שחבלו בו בעוצמה קשה, בשים לב לעובדה כי הזירה צמודה לחוף הים. המערערים יכלו לצפות והיו צריכים לצפות כי בשל חבלת הראש הקשה שהסבו למנוח, טביעתו בים היא סכנה ממשית.

לאחר יישום שיקולי המדיניות עליהם הצביעה השופטת ארבל בעניין פלוני על נסיבות המקרה דנן, הגעתי לכלל מסקנה כי התקימה במערערים צפיות אובייקטיבית באשר לאפשרות התרחשותה של התוצאה הקטלנית. משכך, גם לאור ההתפתחות הפסיקתית בעניין פלוני יש להטיל על המערערים אחריות פלילית בגין הריגת המנוח.

המערער 3 – כשירות להעיד

147. במסגרת תיאור הכרעת דינו של בית המשפט המחוזי פירטתי את המסד הראייתי לפיו קבע בית המשפט המחוזי כי המערער 3 נטל חלק פעיל בתקיפתו האלימה של המנוח. דנתי לעיל בכך שלא נמצאה עילה להתערב בקביעה עובדתית זו של הערכאה הדיונית המבוססת היטב בחומר הראיות. יודגש, ראיות אלה מפריכות את טענתו של עו"ד פרידמן כי המערער 3 לא יכול היה להשתתף בתקיפה עקב מוגבלותו האורטופדית. משכך, ומשאחריותם הפלילית של המערערים מבוססת על ביצוע בצוותא, צודקת המשיבה בטענתה כי הלכה למעשה התייתר הצורך לדון במשמעות שתיקתו של המערער 3 במהלך משפטו, שכן אין צורך בחיזוק על מנת שתוכח מעורבותו בתקיפת המנוח. זאת ועוד, צודקת המשיבה כי בית המשפט המחוזי ציין

בהכרעת הדין שהדיון בהשלכות המעשיות של שתיקת המערער 3 הוא בבחינת למעלה מן הצורך, לאור קיומן של ראיות חיצוניות המצביעות על מעורבותו בתקיפת המנוח. על כן, גם מקובלת עלי טענת המשיבה לפיה בנסיבות העניין אין נפקות פרקטית לאי עריכת מסדר זיהוי, משהוכח בהסתמך על מספר מקורות, כי המערער 3 השתתף בתקיפת המנוח, בניגוד לטענתו כי התערב בקטטה על מנת להפריד בין הניצים.

בבחינת למעלה מן הצורך, אעיר כי הנמקתו של בית המשפט המחוזי לפיה לא הוכח כי המערער 3 לא היה כשיר להעיד במשפטו מקובלת עלי.

148. עו"ד פרידמן ציין בטיעונו לפנינו כי הוא מסכים שהנטל לבסס ספק סביר בדבר היעדר כשירותו של נאשם להעיד במשפטו מוטל על הנאשם [ראו והשוו: יעקב קדמי טדר הדין בפלילים חלק שני ב 1974, 1983 (2009) (להלן: קדמי); והשוו: ע"פ 8562/99 וענונו נ' מדינת ישראל, פ"ד נז(4) 759, 765 (2003) (להלן: עניין וענונו)]. עו"ד פרידמן טען כי נטל זה הורם והספק לא הופרך על ידי המאשימה. אין בידי לקבל טענה זו. על נאשם שטוען כי אינו יכול להעיד במשפטו, טענה הנגזרת מטענה כללית יותר בדבר היעדר כשירות לעמוד לדין בשל חוסר מסוגלות להבין את שנעשה במשפט ולקבל החלטות לעניין ניהול המשפט, מוטל הנטל לבסס את טענתו (ראו למשל: קדמי, בעמ' 1981). יצוין כי טרם הוכרעה הסוגיה האם די כי הנאשם יבסס טענתו לפי אמת מידה של ספק סביר או שמא עליו להוכיח טענתו במאזן הסתברויות [ראו והשוו: חוות דעתו של השופט ד' חשין בע"פ 1526/02 פלוני נ' מדינת ישראל, (22.11.2006), פסקה 26(ב); קדמי, בעמ' 1984)].

149. אף אם אניח לצורך הדיון ומבלי לקבוע מסמרות בדבר כי די שהנאשם יבסס ספק סביר שהוא אינו מסוגל להעיד במשפטו, הרי שלטעמי הנטל לבסס ספק סביר לא הורם על ידי המערער 3 במקרה דנן. מקובלת עלי מסקנתו של בית המשפט המחוזי לפיה חוות הדעת ועדויות הרופאים שהעידו מטעמו של המערער 3 לא הניחו תשתית עובדתית שעל בסיסה ניתן היה לקבוע כי המערער 3 אינו כשיר להעיד במשפטו. קביעה זו של בית המשפט המחוזי נעשתה לאחר ששמע את העדים המומחים והתרשם מהם, ובית המשפט נימק היטב את קביעתו לפיה לא היה די בחוות דעת המומחים שהעידו מטעם המערער 3 כדי לבסס טענתו בדבר היעדר כשירות להעיד. בעניינים כגון דא כאמור לא תטה ערכאת הערעור להתערב.

150. זאת ועוד, גם אם ניתן היה לקבוע שהמערער 3 ביסס ספק ראשוני בדבר אי כשירותו להעיד והנטל להפרכת הספק עבר לכתפי המאשימה, סבורני כי המאשימה

עמדה בנטל המוטל עליה. ממה נפשך? ד"ר שילד שהעידה מטעם המאשימה, צפתה במערער 3 במהלך הסתכלות בבית החולים "אברבנאל". הסתכלות זו העלתה תופעה של הפרזה מניפולטיבית מצד המערער 3 לגבי הליקוי הקוגניטיבי ממנו הוא סובל לטענתו, ונמצא כי השכלתו והישגיו אינם עולים בקנה אחד עם הליקוי הקוגניטיבי הנטען.

151. לא זו אף זו, מסקנתו של בית המשפט המחוזי בדבר כשירותו של המערער 3 להעיד במשפטו נתמכה, מעבר לחוות דעתה של ד"ר שילד שלא עסקה במישרין בכשירותו של המערער 3 להעיד במשפטו, בשורת אינדיקציות משמעותיות. כך למשל, המערער 3 העיד במהלך תביעה אזרחית הנוגעת לתאונת הדרכים בה היה מעורב. לא הוכח כי חל שינוי במצבו מאז. מעבר לכך, התנהלותו של המערער 3 בחקירה המשטרתית מעידה על קיומה של כשירות להעיד מצד המערער 3. יתר על כן, התחכום שהפגין המערער 3 בהתפתחות גרסתו במהלך חקירתו במשטרה, מעיד על מי שיכול גם יכול להעיד במשפטו. זאת ועוד, הסנגור אף הסכים להגיש את הודעות מרשו במשטרה כראיה לאמיתות תוכנו, ויש להניח כי אם גרס שהליקוי הקוגניטיבי הנטען משפיע על כשירות העדתו של מרשו, היה נמנע מלעשות זאת. בית המשפט עצמו התרשם מהמערער 3 באולם בית המשפט והגיע למסקנה כי המערער 3 מסוגל להעיד. למרכיב ההתרשמות של הערכאה הדיונית ישנה משמעות רבה גם בהקשר זה (ראו והשוו: קדמי, בעמ' 1977). כמו כן, צדק בית המשפט כשבמסגרת הערכת השפעתו של הליקוי הקוגניטיבי הנטען על כשירותו של המערער 3 להעיד, נתן משקל לעובדה כי הסנגור לא העלה במהלך כל ניהול המשפט טענה לפני הערכאה המבררת לפיה יש קושי לתקשר עם המערער 3 ולהיעזר בו לצורך ניהול משפטו.

152. כידוע, בסופו של יום ההכרעה בדבר כשירותו של נאשם להעיד היא החלטה שעל בית המשפט לקבלה מנקודת מבט משפטית להבדיל מנקודת מבט רפואית [ראו והשוו: קדמי, בעמ' 1977 והאסמכתאות הנזכרות שם]. מסקנתו של בית המשפט המחוזי נתמכה כאמור לא רק בהתרשמותו הישירה מהמערער 3 במהלך משפטו אלא גם בחוות דעתה של ד"ר שילד ובשורה של אינדיקציות משמעותיות המצביעות על הגזמה מצד המערער 3 מתוך ציפייה להפקת רווח משני.

153. עו"ד פרידמן ביקש בשם המערער 3 כי נכריע בשאלה מהו השלב במהלך המשפט בו צריכה הערכאה המבררת להכריע בטענתו של נאשם בדבר היעדר כשירות להעיד במשפטו. דיון בשאלה זו אינו הכרחי לצורך הכרעה בערעורו של המערער 3 על הכרעת דינו של בית המשפט המחוזי, שכן ממילא אין צורך בחיזוק ראייתי לשם ביסוס

מעורבותו של המערער 3 בתקיפת המנוח. יחד עם זאת, דומני כי יהיה זה נכון בהיבט המערכתי להכריע בשאלה מהו המועד הראוי לדון בטענת נאשם כי הוא אינו כשיר להעיד. הטעם לכך, הוא שמדובר בשאלה דיונית שאינה מגיעה תדיר לפתחו של בית משפט זה, לאור ההגבלה על האפשרות לערער על החלטות ביניים של הערכאה הדיונית בהליך הפלילי. משהתעוררה השאלה בדיון שלפנינו, מצאתי לנכון להידרש לה.

154. לכאורה, ההחלטה בשאלת הכשירות להעיד היא דיונית במהותה ולפיכך ההכרעה בה, לרבות הקביעה בדבר המועד בו תידון ותוכרע, מסורה להכרעתה של הערכאה המבררת בהיעדר הוראה חקוקה המסדירה את הנושא. ברם, להחלטה האם כשיר הנאשם להעיד ישנה משמעות מעשית, שכן שתיקתו עשויה להוות חיזוק ולעיתים אף סיוע לראיות העומדות לחובתו, בהתאם לסעיף 162 לחוק סדר הדין הפלילי. לפיכך, ועל מנת שיוכל נאשם לכלכל צעדיו, ובהתחשב בעובדה כי בדיני נפשות מדובר, ראוי כי בית המשפט יכריע בטענה במועד המוקדם ביותר האפשרי לאחר שהועלתה מפי הנאשם או בא כוחו (ראו והשוו: קדמי, בעמ' 1984, פסקה ה').

155. אכן, סעיף 162 לחוק סדר הדין הפלילי אשר קובע את משמעות שתיקתו של נאשם במשפטו אינו קובע את המועד לביורור טענת נאשם בדבר היעדר כשירות להעיד. כמו כן, טענה להיעדר כשירות להעיד אינה מעוגנת בסעיף 149 לחוק סדר הדין הפלילי, המונה רשימה של טענות מקדמיות, ולפיכך בית המשפט אינו מחויב להכריע בה "לאחר" כפי שמחויב הוא לעשות בעניין טענות מקדמיות כאמור לפי הוראת סעיף 150 לחוק סדר הדין הפלילי. יוער כי סעיף זה מאפשר לבית המשפט שיקול דעת האם לדחות את מועד ההכרעה בטענה מקדמית לשלב מאוחר יותר במשפט. יחד עם זאת, מקומה הטבעי של טענה זו הוא בין הטענות המקדמיות שיש לדון בהן בתחילת המשפט ובכל מקרה בסמוך לאחר העלאתה על ידי הנאשם או בא כוחו (ראו והשוו: קדמי, בעמ' 1976, פסקה ג(1); קדמי, חלק שני א 1355).

המערער 3 – סייג אי שפיות כהגנה מפני אחריות פלילית

156. בסיכומיו, העלה המערער טענה חדשה בדבר תחולתו של הסייג מפני אחריות פלילית הקבוע בסעיף 34 לחוק העונשין. כאמור, טען המערער 3 לתחולת הסייג עקב הנכות הנורולוגית שנגרמה לו בעקבות תאונת הדרכים שהיה מעורב בה. לאחר התאונה עבר המערער 3 ניתוח ראש. כמו כן, לטענתו, בעקבות התאונה הוא מטופל בכדורים ולטענתו הוא אינו מאוזן מבחינה נפשית. חרף העובדה כי הטענה הועלתה

לראשונה בסיכומים, היא נדונה לגופה על ידי בית המשפט המחוזי. בנקודה זו אעיר, כי אין זה ראוי להעלות טענה בדבר היעדר שפיות לראשונה בסיכומים. מטבע הדברים, מדובר בטענה שליבונה דורש בירור עובדתי והגשת חוות דעת מקצועיות ולפיכך, יש לטעון אותה בהזדמנות הראשונה מעת שהתגלו העובדות שעשויות לגבש את הסייג. מקובלת עלי קביעתו של בית המשפט המחוזי לפיה עצם העלאת הטענה לראשונה בשלב הסיכומים צריך שתשפיע על משקלה, שכן העובדות הדרושות למערער 3 או לבא כוחו לצורך ביסוס הטענה היו ידועות להם עוד מראשית ההליך המשפטי בעניינו.

157. לגופו של עניין; די כי הנאשם יעורר ספק סביר בכל הנוגע להתקיימותם של התנאים הקבועים בסעיף 34' לחוק העונשין, לעניין תחולתה של הגנת אי השפיות, כדי שהנטל להפריך את הספק בדבר תחולת הסייג יעבור לכתפי המאשימה. כידוע, על-מנת שיקום הסייג לאחריית פלילית בגין אי שפיות הדעת דרוש כי יתקיימו שלושה תנאים: "מחלה שפגעה ברוחו" או "ליקוי בכושרו השכלי" של הנאשם; חוסר יכולת של ממש מצד הנאשם להבין את מעשהו או להבין את הפסול שבו או להימנע מעשיית המעשה; קשר סיבתי בין המחלה או הליקוי לבין חוסר היכולת להבין את מהות המעשה או להימנע מעשייתו (ראו למשל: עניין וענונו, בעמ' 764-765).

158. לצורך הכרעה בשאלה האם מתקיימים יסודות הסייג הוגשו חוות דעת מומחים מטעם הצדדים ואלו נחקרו בבית המשפט המחוזי. בסופו של יום העדיף בית המשפט את חוות דעתה ועדותה של ד"ר שילד על פני אלה של המומחים מטעם ההגנה. כאמור, נטייתה של ערכאת הערעור היא שלא להתערב בממצאיה של הערכאה הדיונית בעניינים שבמומחיות לאחר שהערכאה המבררת התרשמה מהעדים. בהקשר זה יפים דבריו של הנשיא מ' שמגר בע"פ 224/88 איזדאלוב נ' מדינת ישראל, פ"ד מו(2) 661 (1991):

"לו הייתה מחלוקת חכמים מונעת מסקנה בתחום הרפואי, או לו נדרשה בכל סוגיה חוות-דעת מקצועית אחידה הניתנת פה אחד, קשה היה להגיע למימצא רפואי. הפתרון הוא, כמבואר, בכוח המשכנע של כל תיזה מקצועית, ובין היתר, במידת הישענותה על כל שורת המימצאים. הווי אומר, אין תמיד תיזות מקצועיות המקובלות על כולי עלמא. בית המשפט בונה, על-כן, את מסקנתו על מידת השכנוע של העדות, ובין היתר, על מהות הבדיקות שנערכו, התאמת המסקנות למכלול המימצאים ונתונים כיוצא באלה. על בית המשפט להיות ער לכך שאיננו מצויים בתחום מדעי, שבו ניתן לקבוע לעולם מסקנה חד-משמעית ולזנוח הערכות והשערות.

דיאגנוזה בתחום הרפואה היא הערכת מצב לפי מיטב הכשירות המקצועית, ויכולות להיות לגביה השקפות שונות.
 ספק אכן פועל תמיד לטובת הנאשם, אולם מומחים החלוקים זה על זה אינם מותירים בהכרח ספק" (שם), בעמ' 670-671; ההדגשה במקור – י.ד.).

לא ראיתי מקום לחרוג מהדברים האמורים בנסיבות המקרה דנן.

159. בית המשפט המחוזי נימק היטב מדוע העדיף את חוות דעתה של ד"ר שילד על פני חוות הדעת שהובאו מטעם ההגנה. בית המשפט התרשם מעדותה של ד"ר שילד ומצא אותה מעוגנת היטב בחומר הראיות בנסיבות המקרה ואף הסתמך על התרשמותו שלו מהמערער 3. באשר לטענתו של המערער 3 כי את נכותו צריך לבחון מזווית נורוכירורגית ולא מזווית פסיכיאטרית, מקובלת עלי טענת המשיבה כי ד"ר שילד התייחסה בחוות דעתה לבדיקה נורולוגית שנערכה על ידי יועצת נורולוגית בבית החולים "אברבנאל". בית המשפט המחוזי הטעים כי מרבית המומחים מטעם המערער 3 לא התייחסו באופן מספק לשלושת היסודות הדרושים לצורך התגבשותו של הסייג. עוד ציין בית המשפט כי הליקויים הקוגניטיביים אליהם התייחסו המומחים מטעם ההגנה אינם בעוצמה המגבשת את יסודות הסייג. בנוסף לכך, הדגיש בית המשפט כי חוות דעתו של ד"ר סטיר אינה מספקת לצורך ביסוס ספק סביר בדבר אי שפיותו של המערער 3, שכן ד"ר סטיר לא בדק את המערער בסמוך לאחר האירוע ואף לא עיין בחומר החקירה, ובכלל זאת תיעוד חקירת המערער 3 והשחזור שביצע.

160. בית המשפט המחוזי קיבל את חוות דעתה של ד"ר שילד, שנחקרה בבית המשפט. חוות הדעת הוכנה בשיתוף עם קרימינולוגית קלינית, לאחר שהמערער 3 עבר בהסתכלות בבית החולים "אברבנאל", מקום עבודתה של ד"ר שילד. לפי דעתה המקצועית של ד"ר שילד, המערער 3 מסוגל להבדיל בין טוב לרע ובין מותר לאסור, מסוגל להבין ולעקוב אחר ההליכים המשפטיים המתנהלים נגדו, מסוגל להבין את מהות האישום נגדו ואת הפסול במעשים שמיוחסים לו. כמו כן, לאור מכלול החומרים שהונחו לפני ד"ר שילד, לרבות תיעוד החקירה המשטרתית, נקבע על ידה כי אין עדות להיותו של המערער 3 במצב פסיכוטי או אפקטיבי מאזורי לפני, בזמן או אחרי ביצוע העבירות המיוחסות לו. להערכתה, המערער 3 היה מסוגל להבדיל בזמן האירוע בין טוב ורע ובין מותר לאסור. על פי תיאור גרסאותיו בחקירה ובבדיקותיו, קבעה ד"ר שילד כי המערער 3 היה במצב של הרעלת אלכוהול חריפה, מרצונו החופשי. חרף

הרעלת האלכוהול, למדה ד"ר שילד, על פי תיעוד החקירה, כי המערער 3 זכר היטב את פרטי האירוע אך הכחיש באופן עקבי את מעורבותו בו.

161. בנוסף לכך, בית המשפט המחוזי מצא את נסיונותיו של המערער 3 להתנער מאחריות לאירוע במסגרת גרסתו המתפתחת בחקירתו המשטרית, כמו גם את השחזור שערך, כממצאים התומכים בחוות דעתה של ד"ר שילד, ובדין עשה כך. בהקשר זה יפים דבריה של השופטת א' חיות בעניין וענונו:

"אכן, יכולתו של המערער לפרט את השתלשלות העניינים באירוע ולשחזרם מעידה על מודעותו של המערער למעשיו...
באשר להבנת הפסול שבמעשים כבר צוין כי העובדה שהמערער ניסה... להתנער ממעשיו בדברים שאמר לשכנים ובהתכחשותו לביצוע המעשה בהודעות שמסר במשך השבוע הראשון, כל אלה מלמדים שהבין את הפסול שבמעשה..." (שם, בעמ' 765).

אשר על כן, לא נפלה טעות בקביעתו של בית המשפט המחוזי לפיה לא עומד למערער 3 סייג מפני אחריות פלילית בשל אי שפיות.

162. בערעור שלפנינו נשמעה בנוסף טענה מעט שונה בהקשר הנדון. עו"ד פרידמן טען לחילופין, כי גם אם לא תתקבל טענתו בדבר היעדר שפיות, יש לבחון את היסוד הנפשי של עבירת ההריגה בעניינו של המערער 3 בהתאם לליקויי הקוגניטיביים. טענה זו אין לה על מה שתסמוך. בכל הקשור לשלב קביעת האחריות הפלילית, הדין אינו מכיר ב"קטגוריית ביניים" של כשירות נפשית לאורה צריך לבחון באופן שונה אם התקיים היסוד הנפשי של העבירה בנאשם לאחר שזה לא עמד בנטל לבסס ספק סביר כי הוא לוקה בנפשו [ראו והשוו: ע"פ 6162/10 כבאז נ' מדינת ישראל (11.6.2013), פסקה לה לחוות דעתו של השופט א' רובינשטיין; השוו: ע"פ 8287/05 בחטרזה נ' מדינת ישראל (11.8.2011), פסקה 32 לחוות דעתו של השופט י' עמית].

163. זאת ועוד, גם אם הייתי נכון לבחון את היסוד הנפשי של המערער במימד "גמיש" יותר, הרי שגם אז נסיבות המקרה, כפי שעמדה עליהן ד"ר שילד וכפי שהן עולות מתיעוד החקירה המשטרית והשחזור, כמו גם הראיות הנסיבתיות שפורטו לעיל, מלמדות כי מצבו הנפשי של המערער מקיים לכל הפחות את הדרישה המינימאלית של קלות דעת לגרימת התוצאה הקטלנית, המספיקה לצורך הרשעה בעבירת ההריגה.

164. בית המשפט המחוזי התייחס בהכרעת הדין לכל אחד מהמחדלים הנטענים. באשר לרוב טענות הסנגורים בסוגיה זו, לרבות אי איסוף ראיות בעלות פוטנציאל מזכה, מקובלת עלי הנמקתו של בית המשפט המחוזי לפיה לא מדובר במחדלים של ממש, ולחלופין לא מדובר במחדלים שקיפחו את הגנתם של המערערים. באשר להיקף ואופן בדיקת כתמי הדם בזירה; מצא בית המשפט, לאחר שהתרשם מעדויותיהם של החוקרים ואנשי המז"פ, כי מדובר בהחלטה מקצועית מוצדקת, ובעניין זה, הנתון לשיקול דעת מקצועי מובהק של הרשות החוקרת, אין מקום להתערב. כמו כן, מקובלים עלי נימוקיו של בית המשפט קמא מדוע אי תפיסת הסרטונים ממצלמות האבטחה בקרבת זירת האירוע אינה מעלה או מורידה, שכן מדובר במצלמות המוצבות בנקודות שאינן מכסות את זירת האירוע ולחלופין, המערערים לא עמדו בנטל לבסס את טענתם כי המצלמות אכן מכסות את זירת האירוע, כך למשל לגבי המצלמה במעלה מגדל תחנת הכוח "רידינג". באשר לאי עריכת מסדר זיהוי; מקובלת עלי הנמקתו של בית המשפט קמא גם בעניין זה, לפיה הואיל שקיימות ראיות חיצוניות ממספר מקורות עצמאיים המסבכות את שלושת המערערים בתקיפת המנוח בצוותא חדא, אין נפקות לאי עריכת מסדר זיהוי. באשר לקובץ התמונות שהועבר להגנה בשלב מאוחר יותר; הרי שגם אם מדובר במחדל, לא ברור מה ביקשו המערערים להפיק מהתמונות וכיצד אלה היו יכולות לסייע להגנתם או שמסירתן המאוחרת מקפחת את הגנתם בצורה מהותית.

165. המחדלים המשמעותיים יותר בחקירת המשטרה בנסיבות המקרה דנן נוגעים לאי זימון פתולוג לזירה, אי הגעת מעבדה ניידת ואי העברת גופת המנוח תוך פרק זמן קצר לאחר מציאתה למכון לרפואה משפטית, השמדת בגדי המנוח ואי שמירת תיעוד מספק לשיחות שביצע המנוח למוקד 100 של המשטרה.

באשר לאי שמירת תיעוד שיחות שביצע המנוח מהטלפון הנייד שלו למוקד 100 של המשטרה; כבר ציינתי לעיל כי מדובר במחדל שלאורו לא ניתן להסתמך על התיעוד של שיחות אלה שנשמר כדי ללמוד על מצבו ההכרתי של המנוח. יחד עם זאת, כאמור אין מניעה מלבסס ממצא בדבר התדרדרות במצבו ההכרתי של המנוח בסמוך לאחר תקיפתו על ידי המערערים על בסיס העדות של אוטילה על השיחה ש"ניהלה" איתו מהטלפון הנייד של עודה, ועל בסיס עדותו של עודה על השיחה שקיבל מהטלפון הנייד של המנוח אך לא שמע את קולו.

באשר להשמדת בגדי המנוח; הרי שמדובר במחדל של ממש שכן יתכן שהיו ממצאים פורנזיים שנשתמרו בבגדים שהיו יכולים להאיר את אופן גרימת מותו של המנוח ותהליך היסחפותו.

באשר לאי זימון פתולוג לזירה, אי הגעת מעבדה ניידת ואי פינוי גופת המנוח למכון לרפואה משפטית תוך פרק זמן קצר; אף בעניין זה מדובר במחדלים משמעותיים שכן יתכן כי אם המחדלים לא היו מתרחשים ניתן היה לקבוע בוודאות גבוהה יותר את זמן המוות ואולי אף ניתן היה לאתר ולדלות ראיות נוספות בדבר מנגנון המוות ודרך היסחפות גופת המנוח בים.

166. ברם, לטעמי אין במחדלים הנטענים כדי לבסס ספק סביר בדבר אשמתם של המערערים. כפי שעמדתי על כך, בין היתר, בע"פ 3090/11 ענתבאוי נ' מדינת ישראל, (18.10.2012) (להלן: עניין ענתבאוי), פסקה 15; ובע"פ 3947/12 סאלח נ' מדינת ישראל (21.1.2013), פסקה 44; מחדלי חקירה אין בהם כשלעצמם כדי להביא לזיכוי של נאשם, אם חרף מחדלי החקירה הונחה תשתית ראייתית מספקת להוכחת אשמתו בעבירות שיוחסו לו. יש לבחון בעת בדיקה של טענה בדבר מחדלי חקירה את השאלה האם המחדלים הנטענים הם חמורים במידה המעוררת חשש שהגנת הנאשם קופחה כיוון שהתקשה להתמודד כראוי אם חומר הראיות העומד נגדו או להוכיח את גרסתו שלו. בדיקה זו נעשית תוך שקלול המחדלים הנטענים על רקע התשתית הראייתית שהונחה לפני בית המשפט.

167. סבורני כי תשתית הראיות הנסיבתיות המשתלבות זו בזו ויוצרות מארג ראייתית איתן, מובילה למסקנה חד משמעית בדבר אחריותם הפלילית של המערערים בהריגת המנוח. מסקנה זו גוברת באופן ברור והחלטי על הספק הנטען על יסוד המחדלים שפורטו לעיל. חוות הדעת ועדויות המומחים שנשמעו לפני הערכאה הדיונית, בתמיכת הממצאים הפתולוגיים ותצריף הראיות הנסיבתיות, אינן יכולות להותיר ספק קל שבקלים כי התרחיש העובדתי שנקבע על ידי בית המשפט המחוזי הוא התרחיש היחידי האפשרי בנסיבות העניין.

המערערים טענו כי העובדה שהמשטרה נמנעה מלאסוף ראיות מסוימות, כגון סרטונים ממצלמות האבטחה באזור, ולא שמרה כראוי על ראיות אחרות, כגון בגדי המנוח והתיעוד המלא של השיחות למוקד 100, שללו מההגנה את האפשרות להסתמך על ראיות בעלות פוטנציאל מזכה. טענה זו נטענה על יסוד ההנחה לפיה התרחישים החלופיים שהוצעו מטעמם אפשריים וכי הראיות שלא נתפסו או הושמדו במהלך

החקירה היו יכולות לסייע בביסוס תרחישים אלו. ודוק, מהטעמים שפורטו לעיל אין לי אלא לחזור ולהדגיש כי תרחישים אלו הם תרחישים דמיוניים ויש וודאות גבוהה כי אף אם היו נתפסות הראיות הנטענות לא היה בהן כדי לבסס אותם. בהתאם לנתוני הזירה, נסיבות המקרה הקונקרטי ויתר הראיות, יש לקבוע כי אותם תרחישים הינם תיאורטיים לחלוטין וסבירות התרחשותם, אפסית.

168. חרף מסקנתי לפיה אין במחדלים הנטענים כדי לבסס ספק סביר בדבר אשמתם של המערערים, אין לי אלא לשוב ולהדגיש את שהערתי בעניין ענתבאוו, בעקבות קריאותיו החוזרות ונשנות של השופט א' רובינשטיין למשטרה לפעול למניעת מחדלי חקירה וצמצום היקפם וחומרם, כמו למשל בע"פ 5386/05 אלחורטי נ' מדינת ישראל (18.5.2006). אכן, יש להמשיך ולהילחם בתופעה של מחדלי החקירה החוזרים ונשנים במהלך רבות מחקירותיה של משטרת ישראל, על מנת לשרשה או לכל הפחות לצמצמה במידה משמעותית. על המשטרה לעמול על בניית נהלים מתאימים בהתאם לסטנדרטים ראויים שיבטיחו תפיסת מירב הראיות האפשריות, על מנת שבית המשפט יוכל להתבסס על הראיה הטובה ביותר, גם אם על המאשימה לא מוטלת החובה להביא את הראיה המקסימאלית, והכל על מנת להגשים את זכותו של נאשם להליך הוגן.

169. ברוח זו ציינתי בעניין ענתבאוו כי הערכאות הדיוניות הטעימו לא אחת שבנסיבות מסוימות ובהתחשב במסכת הראייתית של התיק, עשויים מחדלי חקירה להצדיק במקרים חריגים את ביטול האישום וזיכוי הנאשם. לעמדה זו של הערכאות הדיוניות ניתן ביטוי גם בפסיקתו של בית משפט זה. בית המשפט העליון שב והדגיש את החומרה שבתופעת מחדלי החקירה והביע מורת רוחו על כך שחרף פסיקתו הרבה בעניין לא ניכר שיפור או תהליך למידה והפקת לקחים מצד גורמי החקירה (עניין ענתבאוו, פסקה 43). בית המשפט המחוזי נזהר בכבודה של המשטרה בפרשה דנן והסתפק באמירה כי נוצרה "תחושה לא נעימה" שמפקדים ושוטרים שהעידו בפרשה גלגלו זה לפתחו של זה את האחריות. ראוי כי גם המחדלים שנפלו בחקירת הפרשה דנן יילמדו על מנת שיופקו הלקחים הנדרשים.

הערעור כנגד גזר הדין

דין הערעורים כנגד חומרת העונשים שהושטו על המערערים להידחות אף הם.

170. כידוע, הלכה פסוקה היא כי ערכאת הערעור לא תתערב בעונש שגזרה הערכאה הדיונית על נאשם פרט למקרים חריגים בהם נפלה בגזר דינה של הערכאה הדיונית

טעות מהותית אשר בולטת על פניה, או שעה שהעונש שנגזר על ידה חורג באופן קיצוני ממדיניות הענישה [ראו למשל: ע"פ 2364/12 קטינה נ' מדינת ישראל (17.5.2012), פסקה 10 והאסמכתאות הנזכרות שם]. איני סבור כי בנסיבות העניין קמה עילה להתערבות בגזר דינו של בית המשפט המחוזי.

אכן, העונשים שהושתו על המערערים על ידי בית המשפט המחוזי קשים ואולי אף ניתן להגדירם כ"תקדימיים", בפרט בהתחשב בכך שבפרשות חמורות אחרות בהן נגרמה ההריגה תוך שימוש בנשק קר או חם, ואף במהלך תקיפה בה נטלו חלק מספר עבריינים, השיתו הערכאות הדיוניות עונשים קלים יותר. אך אין לומר כי בכך יש כדי להצדיק התערבות בגזר דינה של הערכאה הדיונית. אף צבירת העונשים בגין עבירות האלימות הנוספות בהן הורשעו המערערים אינה מצדיקה התערבות בגזר דינו של בית המשפט המחוזי, שנימק היטב את הטעמים בגינם הורה על צבירת העונשים.

171. ככל שהדברים נוגעים לעונשים שהושתו על המערערים בגין הריגת המנוח ;

בית המשפט המחוזי השית על המערערים את העונש המרבי הקבוע בחוק העונשין בצידה של עבירת ההריגה – 20 שנות מאסר. עונש זה הקבוע בצידה של עבירת ההריגה משקף את חשיבותו של הערך המוגן המונח ביסוד העבירה ואת החומרה המיוחדת לקיפוח חיי אדם מתוך כוונה פלילית.

אכן, ככלל, העונשים הקבועים בצד העבירות בחוק העונשין הם עונשים מרביים ("עונשי מקסימום"). בתי המשפט אינם מטילים בדרך כלל עונשים מרביים על הנאשמים הבאים לפניהם, למעט עבירות בהן מדובר בעונש מנדטורי [ראו למשל: ע"פ 5106/99 אבו ניג'מה נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(1) 350, 354 (2000)]. הטעם לכך, הוא שמלאכת גזירת עונשו של נאשם מבוססת על יישומם של עקרונות שונים מתחום דיני הענישה, והחשוב שבהם הוא עקרון הענישה האינדיבידואלית, המביא בחשבון גם את נסיבותיו האישיות של הנאשם, ובכלל זאת: גילו, עברו הפלילי, אירועים קשים שהשפיעו על מהלך חייו ושעיצבו את דמותו ועוד נתונים שונים.

172. ודוק, אין לומר כי בית המשפט המחוזי לא היה מוסמך להשית על המערערים את העונש המרבי הקבוע בחוק העונשין בגין הריגה. כך למשל, אישר בית משפט זה בע"פ 1456/01 תדד נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(1) 609 (2001) (להלן: עניין תדד) עונש מרבי של 20 שנות מאסר בגין הריגה, בין היתר לאור הנימוק כי רק כפסע היה בין הנאשם לבין הרשעה בעבירת רצח, תוך שהשופט י' טירקל הדגיש באותה פרשה כי:

"אכן, העונש שנגזר על המערער הוא העונש המרבי הקבוע לעבירה בחוק, אולם יש לזכור כי במדרג המעשים הגורמים למותו של אדם עומד מעשהו של המערער, כפי שתואר בראש הדברים, בדרגה החמורה ביותר, זו המתקרבת לרצח, ורק כפסע היה בין המערער לבין הרשעתו ברצח" (שם, בעמ' 614).

גם בע"פ 7147/96 אזואלוס נ' מדינת ישראל, פ"ד נב(2) 412 (1998) (להלן: עניין אזואלוס) הודגש כי מקום בו המרחק בין הרשעה בהריגה לבין הרשעה ברצח הוא כפסע "מן הראוי שעונשו של המערער יתקרב לעונש המרבי" (שם, בעמ' 417).

אכן, שלא כמו בעניין TTP, בו נעשה שימוש גם בסכין באמצעותה דקר המערער את המנוח בבטנו ובבית החזה שלו, במקרה דנן לא נעשה שימוש בנשק קר. אך כפי שהדגיש בית המשפט המחוזי, בכך אין להטות את הכף באשר לתוצאה העונשית, שכן המקרה שלפנינו מתאפיין במימדי חומרה קשים במיוחד המצביעים על כך שמדובר בעבירת הריגה הנמצאת על סיפה של עבירת הרצח.

זאת ועוד גם בעניין אזואלוס נטען כי בפרשות חמורות יותר הושתו עונשים קלים יותר בגין הריגה. בית משפט זה הבהיר כי כל מקרה שונה בנסיבותיו וכי ניתן לחלוק על חומרת האירועים כאשר משווים פרשה אחת לאחרת, אלא שבכך אין כדי להצדיק התערבות בגזר דינה של הערכאה הדיונית, ובלשונה של השופטת ט' שטרסברג-כהן:

"הסניגור המציא כמה פסקי-דין שבהם הושתו עונשים קלים יותר בגין הרשעה בעבירת הריגה. כאמור, קשת המקרים שבהם מורשע אדם בהריגה רחבה ביותר... לפיכך, נמצא מגוון עונשים החל מקלים, ועליהם הצביע הסניגור וכלה בחמורים ואותם הזכירה התביעה. כל מקרה ונסיבותיו..."

ניתן לחלוק בשאלה אם הנסיבות בעניין שמולביץ [4] היו קלות יותר או חמורות יותר מבמקרה דנן. על-כל-פנים... ידע הציבור, ידעו עבריינים פוטנציאליים וידע המערער כי נטילת חיי אדם היא החמורה שבעבירות וכי בנסיבות כפי שתוארו על-ידי בית-משפט קמא, יש למצות את הדין עם הנאשם באופן שיבטא את הערכת החברה לחיי אדם כערך עליון, את סלידתה ואת שאט נפשה ממעשיו..." (שם, בעמ' 417-418).

טענה דומה נטענה ונדחתה בע"פ 6477/10 מינליק נ' מדינת ישראל (8.1.2013) (להלן: עניין מינליק), פסקה 11 לחוות דעתו של חברי השופט נ' סולברג.

173. השתת העונש המרבי הקבוע בצידה של עבירה אינה עניין של מה בכך והיא שמורה למקרים מיוחדים, אך אין להירתע מלהטיל אותו בנסיבות המחייבות זאת.

עמד על כך השופט י' קדמי בע"פ 2620/93 מדינת ישראל נ' פלוני, פ"ד מט(3) 1 (1995), אמנם בהקשר לעבירות שונות, אך דבריו יפים בשינויים המחויבים גם לעונש המרבי הקבוע בצידה של עבירת ההריגה:

"עונש מרבי הקבוע בחוק נועד ליישום הלכה למעשה, ואין לראות בו לא 'מס שפתיים' ולא 'מושג מופשט', מעולם הערכים.

לשיטתי, במקרים מסוג זה, תקרת העונש שקובע המחוקק צריכה להיות 'נקודת המוצא', שממנה יוצא בית המשפט לדרך הקשה של קביעת העונש ההולם את המקרה שלפניו, ואין להתייחס אליה כאל 'נקודת סיום', שאותה רואים ואליה אין מגיעים. הותרת עונש מרבי בגדר 'הלכה ואין מורין כן', עומדת בניגוד להנחייתו המפורשת של המחוקק ונוטלת מידה לא מבוטלת מכוחו לשמש גורם מוקיע, מתריע ומרתיע. אכן, הטלת עונש מרבי אינה מעשה של יום-יום, ומוסכם על הכל שעונש זה מיועד לגילויים החמורים ביותר של העבירה שלצדה הוא נקבע. יחד עם זאת, אין המדובר במעשים חמורים 'שמעבר לדמיון', אלא בכאלה המתרחשים בפועל, ותפקידו של בית המשפט לזהותם ולנהוג באחראים להם במלוא חומרת הדין... " (שם, בעמ' 3-4).

עוד ראו: ע"פ 5205/16 מדינת ישראל נ' פלוני (31.7.2006), פסקה 21 לחוות דעתו של השופט א' לוי. לעניין השתת עונשים הנושקים לעונש המרבי בגין הריגה ראו והשוו: ע"פ 2196/10 אגבריה נ' מדינת ישראל (8.3.2012), פסקה כג לחוות דעתו של השופט א' רובינשטיין; והשוו: ע"פ 2562/10 באדיר נ' מדינת ישראל (2.4.2012), פסקה 11 לחוות דעתה של השופטת ע' ארבל.

174. מהם העקרונות המנחים שצריכים להנחות את בית המשפט בעת גזירת דינו של נאשם, אף בטרם ישקול השתת העונש המרבי הקבוע בצידה של עבירה? רבות נכתב על מורכבותה של מלאכת גזירת הדין. אחד מפסקי הדין המנחים בסוגיה שבנדון הוא פסק הדין שניתן בע"פ 4890/01 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(1) 594 (2001) (להלן: ע"פ 4890/01). כך, הודגש באותו עניין כי יסודו של מודל הענישה בארץ הוא מודל מעורב,

שחוברים בו יחד שיקולי הענישה השונים: הגמול, ההרתעה, השיקום והמניעה, ובכל מקרה ומקרה מוטלת על השופטים החובה לערוך את האיזון העדין ביניהם (ע"פ 4890/01, בעמ' 601). עוד הודגש כי בגדרי האיזון על בית המשפט לקחת בחשבון את גילו של הנאשם (במיוחד בעניינם של קטינים שאז יש לתת לשיקול השיקום משקל גבוה יותר על רקע מכלול הנסיבות האישיות של הנאשם), כמו גם את מסוכנותו של הנאשם, לאור הצורך להבטיח את שלום וביטחון הציבור. כמו כן הוטעם כי אף שמטרת הענישה איננה נקמה, אחת ממטרות הענישה היא לתת ביטוי להרגשה הקולקטיבית של סלידה כלפי מעשים מסוימים. שיקול חשוב נוסף בגדרי מלאכת האיזון הוא שיקול של הרתעה, הן הרתעה אישית של העבריין שהורשע בדין והן הרתעה של עבריינים בכוח, באופן שבית המשפט משמש פה לחברה כולה ונושא מסר לציבור העבריינים הפוטנציאליים. לצד כל אלו יש להביא בחשבון את נסיבותיו האישיות של הנאשם [שם, בעמ' 602; עוד ראו לסקירה נרחבת בנוגע לשיקולי הענישה והאיזון ביניהם: גבריאל הלוי תורת דיני העונשין ג 643-773]. ברם, כאשר מדובר בענישה בעבירות שעניינן קטילת חיי אדם מתוך כוונה פלילית, פוחת משקלן של הנסיבות האישיות של הנאשם ו"יש לייחס משקל כבד במיוחד" לשיקולים כגון הרתעת הרבים ושאת הנפש של החברה מקיפוח חיי אדם (ראו: עניין טח, בעמ' 614).

175. בבואנו ליישם עקרונות מנחים אלו על נסיבות המקרה דנן, אין בידי לקבל את טענתו של עו"ד מרוז כי גזר דינו של בית המשפט המחוזי משבש את מערכת הענישה והאיזונים שנבנו בגדריה. סבורני כי העונש שהשית בית המשפט המחוזי על המערערים עולה בקנה אחד עם עקרון ההלימה בהתחשב בנסיבותיו החריגות והקשות במיוחד של האירוע מושא כתב האישום.

כפי שהטעימה המשיבה לפנינו וכפי שהדגיש בית המשפט המחוזי, מדובר במעשה הריגה המצוי על סיפה של עבירת הרצח. עובדות המקרה לקוחות כאילו מסרט אימים. אדם נורמטיבי יוצא לעת לילה לבלות עם בתו ורעייתו, בצעידה ובישיבה מול הים לאורך הטיילת הצמודה לחוף הים, ולפתע הוא מוצא את עצמו מותקף בברוטאליות חסרת מעצורים, על ידי שלושה צעירים חסונים, שמכים אותו ללא רחם ובוועטים בו לעיני רעייתו ובתו, מפילים אותו שוב ושוב לארץ וממשיכים לחבוט ולבעוט בו בכל חלקי גופו, גם בעודו שרוע על הארץ ומתחנן שיחדלו ממעשיהם. אכן, המערערים לא השתמשו בנשק קר או חם אך אולי דווקא משום שגרמו לתוצאה הקטלנית תוך שימוש בידיהם וברגליהם, ניתן ללמוד על האלימות הקשה והקיצונית שהפעילו כלפי המנוח, כפי שאף עולה מהממצאים הפתולוגיים. אלימות קיצונית זו הופעלה כלפי המנוח ללא כל סיבה, אך בשל העובדה כי המערער 1 נמלא חמת זעם על

שהמנוח לא השיב לקריאתו הבוטה "שיסדר לו" את אחת הנשים שאיתו, ואף בכך יש כדי להוסיף לאירוע מימד של חומרה.

176. זאת ועוד, חרף העובדה שהייתה למערערים הזדמנות להפסיק את "אקסטזת האלימות" – אם לאור קריאותיהן של שרה ואוטילה ואם בשלב מאוחר יותר לאור קריאתה של א.ק. – הם בחרו להמשיך בתקיפה הברוטאלית תוך שהם חובלים בשרה ובאוטילה והמערער 2 אף ניגש לא.ק. והכה אותה. העובדה כי במהלך תקיפת המנוח חבלו המערערים גם באנשים נוספים, היא חמורה כשלעצמה. חומרה נוספת מתווספת לנסיבות האירוע בשל האופן שבו גרמו המערערים למות המנוח. מדובר במוות אכזרי שנגרם בתהליך הדרגתי ומתפתח של צמצום חושים שבסופו טבע המנוח במי היס. לא ניתן אלא להזדעזע כשחושבים על שעבר המנוח ברגעיו האחרונים, עת ניסה למלט עצמו מתוקפיו, כשהוא חבול וכואב, ומצא את מותו בים. זאת ועוד, לא ניתן להתעלם מאטימותם המוסרית של המערערים שמיהרו להימלט מהזירה פן יתפסו. בהמשך, רכשו המערערים 1 ו-3 אלכוהול והמשיכו למסיבת ריקודים ביער "חורשים" כאילו דבר לא אירע. כמו כן, לא ניתן להתעלם מהנזק הקשה שאותו גרמו המערערים למשפחת המנוח ולהשלכות מותו על התא המשפחתי, כפי שהיטיבה לתאר בתו הילה במהלך עדותה לפני בית המשפט המחוזי.

מכלול מאפיינים אלו של האירוע המחריד מצדיקים לטעמי השתת עונש המקסימום בגין הריגה על המערערים.

177. המערער 1 טוען כי לא היה מקום להשית את עונש המקסימום בגין הריגה בשים לב לכך שביצע את העבירה עת היה קטין. אכן, מדיניות הענישה בעניינם של קטינים היא שונה מזו החלה בעניינם של בגירים כאשר שיקול השיקום הוא משמעותי יותר בעניינם של קטינים, אף כאשר מדובר בעבירות חמורות במיוחד [ראו למשל: ע"פ 49/09 מדינת ישראל נ' פלוני (8.3.2009)]. ודוק, לא אחת הודגש בפסיקתו של בית משפט זה כי גם עניינו של קטין נבחן על רקע מכלול הנסיבות ובהתאם לכך ייגזר דינו, אף לתקופה משמעותית מאחורי סורג ובריה [ראו והשוו: ע"פ 5476/11 פלוני נ' מדינת ישראל (25.1.2012); ע"פ 6490/11 מדינת ישראל נ' אלמוני (1.8.2013)]. מדובר במלאכה של איזונים בהתחשב בנסיבותיו הקונקרטיים של כל תיק ותיק. בהקשר הנדון מקובלת עלי טענת המשיבה כי אין להקל עם המערער 1, על אף קטינותו בעת ביצוע המעשים שבגינם הורשע, נוכח העובדה כי הוא הגורם שחולל את האירוע מושא כתב האישום והוא זה שהזעיק את המערערים 2-3 למקום הימצאו והצביע על המנוח, וכתוצאה מכך החלו המערערים כולם להכות את המנוח ללא רחם. יתכן שאלמלא

הזעיק המערער 1 את המערערים 2-3 המציאות הייתה שונה והיה נמנע קיפוח חייו של המנוח. משכך, צדק בית המשפט המחוזי משלא נתן משקל לקטינותו של המערער 1 בנסיבותיו הייחודיות של תיק זה.

178. המערערים 2 ו-3 טענו לנסיבות אישיות קשות, איש איש מטעמיו. המערער 2 ציין כי בהיותו נער צעיר נפצע אביו בתאונת דרכים ולאחר מכן חזר לבית המשפחה כשהוא במצב סיעודי. עוד טען המערער 2 כי היה בבית המשפחה שעה שאחיה של אמו הרגה על רקע "כבוד המשפחה". המערער 3 התמקד בתאונת הדרכים בה היה מעורב ובנזקים הפיסיים והנפשיים שהותירה בו. אכן, בשני המקרים מדובר בנסיבות חיים לא פשוטות כלל ועיקר, אך באיזון הכולל ולאור החומרה היתרה של נסיבות האירוע, ועל רקע הנזק הקשה שהסבו המערערים 2 ו-3 למשפחת המנוח, דומני כי צדק בית המשפט המחוזי בקביעתו כי נסיבותיהם האישיות של המערערים נסוגות. בנסיבות המקרה, שיקולי הגמול וההרתעה מקבלים משקל גדול יותר במלאכת האיזון. זאת ועוד, העובדה כי המערערים תקפו בעוצמה כה קשה את המנוח ללא סיבה, מעידה על מסוכנותם הרבה ומשכך אף שיקול המניעה צריך שיקבל משקל, במטרה להרחיקם מהחברה למשך פרק זמן ארוך ככל הניתן. זאת ועוד, מתסקירי שירות המבחן עולה כי המערערים נוטלים אחריות למעשיהם באופן חלקי בלבד וגם לכך יש לתת משקל.

179. עבירות האלימות הנוספות; המערערים ניסו למזער את עבירות האלימות הנוספות שבוצעו כנגד שרה, אוטילה וא.ק.. אלא שפני הדברים שונים בתכלית. לטעמי, אין מקום להתייחס לעבירות האלימות הנוספות אותן ביצעו המערערים כאל עניין של מה בכך. לשרה נגרמה פריקה של מרפק ימין ובשל כך נזקקה לטיפול רפואי ואוטילה נפלה על הקרקע, משקפיה נפלו והיא נחבטה. בגין האמור הואשמו המערערים בעבירות חבלה בנסיבות מחמירות ובתקיפה בנסיבות מחמירות, עבירות שהעונש הקבוע לצידן בחוק העונשין הוא מספר לא מועט של שנות מאסר – 14 ו-4 שנות מאסר בהתאמה. זאת ועוד, גם תקיפתה של א.ק. שצעקה למערערים להפסיק את התקיפה האלימה היא עבירת אלימות משמעותית על רקע הנסיבות שהובילו את המערער 2 להכותה.

כעולה מהפסיקה הנזכרת לעיל ולהלן, בשנים האחרונות מסתמנת מגמת החמרה כלפי מי שהורשע בביצוען של עבירות אלימות, נוכח התפשטותה של תופעת האלימות על כל צורותיה בחברה הישראלית (ראו למשל: עניין טח, בעמ' 613-614; עוד ראו: ע"פ 9090/07 חזן נ' מדינת ישראל (9.2.2011), פסקה 58 לחוות דעתה של השופטת (כתוארה אז) מ' נאור והאסמכתאות הנזכרות שם).

אלא שהחומרה היתרה הנוגעת לביצוע עבירות אלה היא שהן אינן עומדות כשלעצמן, אלא שהן בוצעו במקביל לתקיפת המנוח, כשהמותקפות ניסו לסייע למנוח ולגרום להפסקת "אקסטזת האלימות". דווקא הניסיון של המערערים למנוע מבנות המשפחה מלסייע ליקירן, כמו גם השתקתה של א.ק. על ידי המערער 2, הן נסיבות מחמירות המקנות מימד שונה לעבירות האלימות הנוספות שבוצעו בפרשה דנן, לא כל שכן בהצטברותן. לפיכך, עונש של שש שנות מאסר בגין עבירות האלימות הנוספות, בהתחשב בנסיבות המקרה הקונקרטי, הגם שהינו עונש חמור, אינו מצדיק התערבותה של ערכאת הערעור.

180. צבירת עונשים; טוענים המערערים כי גם אם היה מקום להשית עליהם עונש נוסף של שש שנות מאסר לריצוי בפועל בגין עבירות האלימות הנוספות, לא היה מקום לצבור את העונשים. ראוי להזכיר מושכלות ראשוניים בהקשר לצבירת עונשים. כפי שהדגיש המשנה לנשיא מ' חשין:

"יכול בית-משפט לגזור עונש חמור בגין כל הרשעה והרשעה, אך להוסיף ולקבוע כי העונשים ירוצו בחופף זה-לזה. ואולם אם נמצא ששיקולי גמול והרתעה גוברים על שיקולים אחרים, יורה בית-המשפט כי העונשים ירוצו – כולם או חלקם – בזה-אחר-זה" (ראו: דנ"פ 8086/01 אייזן נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(5) 625, 662 (2005) (להלן: עניין אייזן)).

181. אכן, נקודת המוצא, מבחינת שיקולי הענישה ואופן השתתם של העונשים על העבריין שהורשע, נוטה להקל עם הנאשם. לכן, אם הוטלו מספר עונשים הם ירוצו בחופף ולא במצטבר לאור ברירת המחדל הקבועה בהוראת סעיף 45(ב) לחוק העונשין [ראו למשל: ע"פ 3834/10 והבה נ' מדינת ישראל (6.3.2013)], פסקה 152 לחוות דעתו של השופט א' שהם]. ברם, בית המשפט מוסמך להורות על ריצוי העונשים במצטבר. השיקולים הנשקלים האם להורות על ריצוי עונשים בגין עבירות שונות במצטבר או בחופף הם: אם במסגרת המסכת העובדתית מדובר בעבירות עצמאיות שלהן קיום ממשי נפרד; חומרת המעשים (כגון האם ליוותה את המעשה אכזריות מיוחדת המצדיקה צבירת עונשים לשם מיצוי הדין); האם נסיבות ביצוע העבירה מצדיקות תגובה עונשית מיוחדת [ע"פ 3503/01 תפאל נ' מדינת ישראל, פ"ד נ"ח (1) 865, 873-872 (2003); עניין אייזן, בעמ' 647, חוות דעתו של המשנה לנשיא (בדימ') א' מצא].

182. בבוא בית המשפט לשקול אם יש מקום להורות על ריצוי עונשים בחופף או במצטבר עליו לבחון את נסיבותיו המיוחדות של המקרה שלפניו לאורו של המבחן המהותי-המוסרי כאמור, ולקבוע על פי כלל נסיבות העניין ובהתאם לחומרת האירוע העברייני, האם צבירת העונשים הינה ראויה [ראו והשוו: ע"פ 9826/05 מחאג'נה נ' מדינת ישראל (9.7.2008), פסקה 18]. המבחן המהותי-מוסרי אמור לבחון, בין השאר, את הפגיעה שנגרמה על ידי העבירה הנוספת, את האינטרסים המוגנים על ידי העבירה ואת השיקולים המוסריים העומדים בבסיס ההגנה על הקורבנות [ראו למשל: ע"פ 4089/07 סייף נ' מדינת ישראל (6.5.2010), פסקה 48 לחוות דעתה של השופטת (כתוארה אז) מ' נאור; השוו: רות קנאי "ריבוי עבירות ועונשים באירוע פלילי אחד" מחקרי משפט ג 247, 248-249, 268, 272 (1984)].

183. טוענים המערערים כי משעה שהושת עליהם עונש המקסימום בגין עבירת ההריגה, לא היה מקום להורות על צבירת העונש בגין עבירות האלימות הנוספות שאינן עומדות בפני עצמן.

טענה דומה נדחתה בעניין אזולוס, שם הודגש כי אין מניעה לצבור עונשים בהקשרה של עבירת ההריגה, אף אם העונש שהושת בגין מעשה הריגה אחד נושק לעונש המרבי (שס, בעמ' 417, פסקה 7; עוד ראו והשוו: עניין מינליק, פסקה 13).

זאת ועוד, בית משפט זה אישר צבירת עונשים בגין עבירות אלימות נוספות אף כאשר הושת על נאשם עונש חמור של מאסר עולם בגין רצח, גם אם מדובר בפרשה עובדתית אחת, והודגש כי:

"עבירות חמורות, עבירות שבוצעו בנסיבות קשות, עבירות שבוצעו בברוטליות, עבירות הפוגעות באינטרסים יקרים לחברה – אלה עשויות – כאשר הן – להצדיק ענישה מצטברת על מי שהורשע בדינו. והכול כמובן בנסיבותיו של כל מקרה ומקרה" [ראו: חוות דעתו של השופט (כתוארו אז) מ' חשין בע"פ 6535/01 קוזירוב נ' מדינת ישראל, פ"ד נז(3) 562, 571 (2003)].

עמדתי לעיל על חומרתו החריגה של האירוע על כל מימדיו ועל החומרה היתרה שבעבירות האלימות הנוספות שבוצעו כלפי שרה, אוטילה וא.ק.. לאחר ששבתתי ובחנתי את העניין, הגעתי לכלל מסקנה כי בעבירות האלימות הנוספות, שבוצעו כלפי רעייתו ובתו של המנוח, יש חומרה מוסרית-מהותית יתרה, ועל כן ראוי היה להורות על

צבירת העונשים, חרף העובדה שמדובר במסכת עובדתית אחת. החומרה היתרה מתבטאת בכך שרעייתו של המנוח ובתו נאלצו לחזות בבעל ובאב המוכה באלימות אכזרית על ידי המערערים, כשלפרקים הוא שרוע על הארץ חסר אונים ומתחנן על חייו, אלא שכאשר הן פנו לסייע לו, הן הותקפו על ידי המערערים. מדובר אם כן במאפייני התנהגותי המצביע על אכזריות מיוחדת הגלומה באלימות שנקטו המערערים, הן כלפי המנוח והן כלפי בנות משפחתו. כמו כן, נקט המערער 2 כאמור באלימות כלפי א.ק. שקראה למערערים לחדול מתקיפתו של המנוח.

184. מעבר לאמור, השיקולים המוסדיים מחייבים בנסיבותיו הייחודיות של המקרה דנן, להשית עונש כבד ומרתיע על המערערים לצורך הרתעת היחיד והרתעת הרבים, במסגרת מדיניות הענישה המחמירה ביחס לעבירות אלימות, לא כל שכן כאשר מדובר באלימות קטלנית שהובילה לתוצאה טראגית: אדם, איש משפחה, בעל ואב מצא את מותו על לא עוול בכפו בשל מתקפת אלימות ברוטאלית שלא הייתה לה כל סיבה. ה"סתמיות" בגינה נגרם מותו של המנוח היא בלתי נתפסת ומשכך המקרה שלפנינו מצדיק ללא כל ספק תגובה עונשית מיוחדת וזו אכן ניתנה בגזר דינו של בית המשפט המחוזי.

עולה איפוא כי אין מקום להתערב בגזר דינו של בית המשפט המחוזי.

185. לפיכך, אמליץ לחברי לדחות את הערעורים על כל ראשיהם, הן כנגד הכרעת הדין והן כנגד גזר הדין.

השופט ע' פוגלמן:

אני מסכים.

שופט

השופט נ' סולברג:

אני מסכים.

שופט

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט י' דנציגר.

ניתן היום, כ' באדר א' תשע"ד (20.2.2014).

שופט

שופט

שופט