



## בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פליליים

ע"פ 10715/08

בפני: כבוד השופט א' א' לוי  
כבוד השופט א' גרוניס  
כבוד השופט ח' מלצר

המערער: ישראל אשר ולס

נגד

המשיבה: מדינת ישראל

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בירושלים,  
מיום 2.7.08, בת.פ. 2065/06, שניתן על ידי כבוד השופטת  
חנה בן עמי

תאריך הישיבה: י"ז באייר התשס"ט (11.05.09)

בשם המערער: עו"ד פלדמן אביגדור ; עו"ד חובה מיקי

בשם המשיבה: עו"ד שאול כהן

בשם שירות המבחן למבוגרים גב' שרה מלין

### פסק-דין

השופט א' א' לוי:

"משפט הטבע הוא, שאם ואב מן הטבע יחזיקו בבנם, יגדלו אותו, יאהבו אותו וידאגו למחסורו עד אם גדל והיה לאיש. זה יצר הקיום וההישרדות שבנו - "קול הדם", ערגת קדומים של אם לילדה - ומשותף הוא לאדם לחיה ולעוף... "גם-תנין... חלצו שד היניקו גוריהן" (איכה, ד, ג [ד])... קשר זה חזק הוא מכל חזק, והוא מעבר לחברה, לדת ולמדינה... כך מצדם של הורים כלפי ילדיהם, וכך מצדם של ילדים כלפי הוריהם: משפט הטבע הוא שילד יוחזק בידי הוריו, בביתם של הוריו יגדל, אותם יאהב, ומחסורו יהיה עליהם. חוק טבע זה אף הוא נספג אל משפט המדינה, וכך הפך "אינטרס" של ילדים ל"זכות" על-פי דין. להורים זכות לגדל את

ילדיהם, ולילדים זכות כי הוריהם יאהבו אותם ויספקו להם את מחסורם. זכות כנגד זכות וזכויות כנגד חובות (לשני הצדדים). תירגומם של אלה לשפת המשפט ינוסח, בין השאר, על דרך של חזקה: חזקה על-פי חוק היא, ש"טובתו" של ילד תימצא בבית הוריו; מי כהורים שיאהבו את ילדם וידאגו למחסורו, וקטנים יחזירו אהבה ויתלו עצמם בצווארי הוריהם" (דבריו של השופט מ' חשין בדנ"א 7015/94 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית פ"ד נ(1) 103, 48 (1995)).

מבוא

1. ביום 10.4.2006 נפטר בבית החולים הדסה עין-כרם הפעוט יצחק שמואל ולס ז"ל (להלן: הפעוט), והוא בן שלושה חודשים בלבד. בכתב אישום שהוגש לבית המשפט המחוזי בירושלים נטען, כי את מותו מצא הפעוט מידי אביו, הוא המערער שבפנינו, לאחר שהאחרון – שהתעלל בפעוט בהזדמנות קודמת – טלטל אותו בחוזקה, שמת אותו מידי וכתוצאה מכך נחבט ראשו בעוצמה בקיר. בגין מעשים אלה, יוחסו למערער עבירות של הריגה, התעללות בקטין, תקיפת קטין הגורמת חבלה של ממש ותקיפת קטין הגורמת חבלה חמורה, לפי סעיפים 298, 368, 368 סיפא, 368ב(א) ו-368ב(ב) לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין). בית המשפט המחוזי זיכה את המערער מעבירות ההתעללות והתקיפה שיוחסו לו, והרשיעו בעבירת ההריגה. בעקבות ההרשעה נדון המערער לשש שנות מאסר ושנתיים מאסר על תנאי. בערעור שבפנינו משיג המערער כנגד הרשעתו, ולחלופין, כנגד העונש שהושט עליו. נפנה, בראשית הדברים, לתיאור התשתית העובדתית הצריכה לעניין.

התשתית העובדתית

2. בתאריך 2.4.2006 הזעיק המערער לביתו צוות של מגן דוד אדום, שעם הגעתו מצא את הפעוט מונח על גבו במיטת הוריו. כאנמנזה המופיעה בדו"ח הפרמדיק (נ/6/ב) נרשם כך: "בן 3 חודשים בריא בד"כ. כנראה לאחר חבלת ראש, לא ברור מכניזם. הועבר לניידת... כשהוא מחוסר הכרה, נשימות בדקה-6. הונשם... במצב קשה. במהלך הנסיעה חזרה להכרה ואיבוד לאחר מכן". הפעוט הובהל לבית חולים הדסה עין כרם, ובקבלתו נרשם שהיה חסר הכרה ומונשם, בצקת מוחית קשה, על ראשו נמצאו סימני חבלה, והוא סבל משטפי דם שונים (נ/6/ב). בשלב זה הוחלט שלא לטפל תרופתית בלחץ תוך-גולגולתי ממנו סבל, אלא להמשיך במעקב אחר ההתפתחות במצבו. בדיקת עיניים ראשונה נערכה לפעוט בבוקרו של יום 3.4.2006 על ידי ד"ר סרג'ו ליאל ממחלקת העיניים בבית החולים, לצורך בחינת החשד כי הפעוט סובל מתסמונת "התינוק המטולטל" (Shaken Baby Syndrome. להלן: סב"ס). תסמונת זו "נובעת מטלטול אלים של התינוק. מכיוון שראשו של התינוק גדול באופן לא

פרופורציונאלי לשאר חלקי גופו, לא יכולים שרירי הצוואר שלו לתמוך בראש בזמן הטלטול. כתוצאה מכך, נוצרת תנועת האצה-האטה חריפה של הראש, והמוח נחבט בדפנות הגולגולת. גם בעיניים נוצרת תנועה כזאת..." (ראו חוות הדעת ת/31 של ד"ר אייר מורד). על הממצאים בעיניים הרחיב ד"ר מורד בעדותו בבית המשפט (ראו עמ' 331): "הממצאים בעיניים יש להם קשת רחבה מאד. הממצא החשוב ביותר הוא דימומים ברשתית... הם מופיעים באחוז גבוה של הילדים, 80 - 100 אחוז... דימומים אלה... יכולים להיות מועטים בלבד אבל בחלק גדול מהילדים יש דימומים ממושטים ביותר שמגיעים עד להיקף של הרשתית ונמצאים בכל שכבות הרשתית... הופעה של דימומים כאלה... בכל היקף הרשתית היא די אופיינית לסב"ס ויש דיווחים מועטים בלבד על הופעתם במצבים אחרים. בנוסף – יש תופעות נוספות שמגלים בבדיקת העין. רואים קפלים של הרשתית והיפרדות של שכבות הרשתית שנקראת בלעז רטינוסקיזיס. סימנים אחרים שיכולים להופיע הם אתרופיה של עצב הראייה, בצקת של הרשתית וגם לעיתים חבלות בעין החיצונית אם כי זה לא שכיח".

מגיליון המחלה שנערך על ידי ד"ר ליאל (ראו נ/6/ז) לא ברור כיצד ובאמצעות אילו מכשירים בוצעה הבדיקה, פרט לעובדה שהיא נערכה ליד מיטתו של הפעוט (Bedside examination). האבחון בסיומה של בדיקה זו היה כי הפעוט סובל משטף דם בזוגיות עין שמאל, להבדיל מדימום ברשתית העין (עמ' 2). עם זאת, אדגיש כי בתיאור הבדיקה שערך ד"ר ליאל, לא מופיע אזכור כלשהו לבדיקת הרשתית. משלב זה ואילך הלך מצבו של הפעוט והתדרדר, הוא סבל מתסמינים המאפיינים מצוקה מוחית, והוא טופל תרופתית ונותר בתרדמת.

3. ביום 4.4.06 נבדקו עיניו של הפעוט בשנית על-ידי המתמחה ד"ר שחר פרנקל, והבדיקה העלתה כי בעינו הימנית קיים "דימום בזוגיות, דימום מהדסקה, ודימומים ממושטים מהרשתית"; הממצאים בעין שמאל היו "דיסקה תקינה, מקולה תקינה ורשתית צמודה ללא דימומים". אבחנתו של ד"ר פרנקל הייתה כי מצבו של הפעוט מתאים לתסמונת סב"ס (עמ' 8 לנ/6/ז). בדיקה נוספת שנערכה לפעוט ביום המחרת על ידי ד"ר פרנקל – בליווי ד"ר אירן ענתבי, ראש יחידת עיניים ילדים בבית החולים – בוצעה באמצעות מצלמה המאפשרת צילום של תמונות כוללות ותלת-ממדיות של העין (אופתלמסקופ עקיף). בדיקה זו העלתה כי קיימת פגיעה בשתי עיניו של הפעוט, וכי הממצאים שאותרו בעינו השמאלית היו קיימים גם בבדיקה שנערכה ביום 4.4.06, אולם פורשו כתקינים. בדיקת עינו השמאלית של הפעוט העלתה, בין היתר, כי הרשתית מכוסה כולה בדימומים שטחיים ועמוקים. נוכח ממצא זה וממצאים נוספים מסקנתם של ד"ר ענתבי וד"ר פרנקל היתה כי "הממצאים בעין שמאל לבד הם חד-משמעיים

משניים לסב"ס גם הממצאים בעין ימין תומכים באבחנה זו" (עמ' 9 לנ/26). מותו של הפעוט נקבע באופן סופי ביום 10.4.2006. לבקשת משפחתו, לא נערכה נתיחה שלאחר המוות.

ההליך בפני בית המשפט המחוזי ועיקרי הכרעת הדין

4. המערער מסר מספר גרסאות באשר לאופן בו נחבל בנו. בפני חובשי מד"א שהגיעו לביתו טען, כי הוא והפעוט ישנו במיטה אחת ותוך שינה הסתובב ובטעות פגע בראשו של הפעוט. בהמשך, בהודעה שמסר המערער לשוטר שהגיע לבית החולים (4/ת) הוא טען כי הפעוט בכה והוא ניסה להרגיע אותו: "הרמתי אותו בידיים שלי, תוך כדי שאני כחצי ישיבה, חצי שכיבה במיטה שלי, ואז הזזתי אותו כדי שיירגע, ופתאום אני לא יודע מה קרה, ואז התינוק נשמט לי מהידיים, ונחבט בקיר שאליו צמודה המיטה שלי. הוא נחבט חבטה חזקה בצד השמאלי של ראשו, אני שמעתי את החבטה"

5. המערער נותר בבית החולים עד לשעות הבוקר של יום המחרת, ואז זומן טלפונית על ידי השוטרת עליזה ארוך לחקירה בתחנת המשטרה. לאחר שהתייצב שוחחה עמו השוטרת, ובעצה אחת עם מפקדה, אלי כהן (להלן: כהן), רשמה מפיו הודעה נוספת, ללא אזהרה. בגדרי הודעה זו שב המערער וטען כי הפעוט נשמט מידיו בשגגה שעה שהוא "נדנד" אותו כדי להרגיעו (עמ' 1 לת/15). בהמשך, נלקח המערער לביצוע שחזור בדירת מגוריו. האופן בו שחזר המערער את אירוע נפילתו של הפעוט, עורר את חשדם של החוקרים מאחר והוא עמד בסתירה לממצאים הרפואיים שהיו ידועים אותה עת (7/ת; עמ' 80-81 לפרוטוקול). לפיכך, הזהיר כהן לראשונה את המערער בדבר החשדות נגדו ובדבר זכותו לשתוק (7/ת), והפנה אותו לחקירה נוספת בידי החוקרת ארוך. גם עדה זו הסבירה למערער את החשדות נגדו, ואת זכויותיו כנחקר. בהודעה זו (16/ת) תאר המערער את מעשיו לאחר שהפעוט לא נרגע ובכיו לא שכך: "נענעתי אותו ותוך כדי נדנוד הוא לא נרגע ואז לקחתי אותו אלי לידיים נענעתי אותו חזק כדי שיירגע רציתי שישתוק כי רציתי לישון ולא היה לי כוח אז בשביל שהוא ישתוק ואז הוא איבד שיווי משקל והוא עף לכיוון הקיר" (עמ' 1 לת/16). בתום גבייתה של הודעה זו נעצר המערער, וכאשר ניסה כהן לשוחח עמו תוך שהוא מבקש כי יספר את האמת, החל המערער לבכות והשיב (על פי גרסת כהן בת/7) כי "אם הוא יספר את האמת... הוא יישפט ויהיה בבית סוהר".

6. בשעה 16:30 לערך של אותו יום ביקשה השוטרת ארוך מהחוקר אברהם בריקמן, לאור עברו החרדי, לשוחח עם המערער בתקווה כי יפתח את סגור ליבו (עמ' 16/ת).

159 לפרוטוקול). חלקה הראשון של חקירה זו תועד בזכ"ד שנערך על ידי בריקמן וחלקה השני תועד בוידאו, ללא ידיעת הנחקר. מתמליל החקירה עולה כי באותם ימים יחסיו של המערער עם אשתו לא היו תקינים, והוא אף נהג בה באלימות, בין היתר, על רקע החלטתה לצאת לעבוד וביקוריה אצל אמה. עקב כך הצטבר אצלו לחץ ו"רצייתי להוציא את זה על מישהו" (עמ' 6). המערער הוסיף ומסר כי מספר שבועות עובר לאירוע שבגיננו נחקר הוא סטר לבנו, אף שידע כי הוא סובל ממום מולד בצווארו: "לפעמים שאני מתעצבן אני מושך לו את זה חזק, זה מעצבן אותי שהוא מישהו עקום... זה כואב לו" (עמ' 4 לת/12א). בהתייחס לאירוע נושא כתב האישום טען המערער, כי הוא סטר לפעוט פעמיים (עמ' 4 לת/12א), ובהמשך טלטל אותו בחוזקה במטרה להרגיעו, ובתוך כך הועף הפעוט מידי וראשו נחבט בעוצמה בקיר (עמ' 23 לת/12א). המערער גם העלה על הכתב תיאור תמציתי של האירוע בו נחבל הפעוט, ובו ציין: "לפני כמה שבועות הוא בכה הרבה ולא יכולתי להתאפק אז נתתי לו סתירות [כך במקור] ומכות ונגיסות, וגם אתמול הכניתי אותו בגב ובפנים ובידיים ונענעתי אותו וצבטתי לו ובסוף נתתי לו שתי סתירות ואז זה קרה" (ת/11). בשלב זה, יצא בריקמן מהחדר ונכנסה החוקרת ארוך. זו פנתה למערער ושאלה אותו:

"שתית? שרול, שתית משהו? אני יביא לך עוד קצת?  
איך אתה מרגיש? קשה לך? ... אני יכולה ללטף אותך? ...  
אבל הינה, אני רואה לפי הפנים שלך שהוקל לך קצת.  
באמת, שרול, תשמע, הוקל לך" (עמ' 9 לת/12.  
ההדגשות הוספו).

7. על גרסתו האחרונה חזר המערער בהודעה נוספת שמסר לבריקמן, לאחר שזה הזהיר אותו בדבר החשד המיוחס לו (עמ' 1 ו-4 לת/10), ואילו בהודעה שנגבתה ממנו ביום 6.4.2006, הוא שמר על זכות השתיקה (ת/14). בעדותו בפני בית המשפט המחוזי חזר המערער לגרסה המקורית אותה מסר לחוקרת ארוך, ולפיה הוא ערסל את הפעוט, כשהוא מחזיק אותו בבית שחיו ומנענע אותו מעלה ומטה, ו"תוך כדי ערסול" נשמט הפעוט מידי ונחבט בקיר (עמ' 397-399 לפרוטוקול). בנוסף, טען המערער כי ההודעות שנגבו ממנו בידי ארוך ובריקמן אינן קבילות כראיות, הואיל והן נגבו תוך פיתוי, השאה, איומים ופגיעה ברצונו החופשי, ולא קדמה להן אזהרה בדבר זכותו לשותק ולהיוועץ בעורך דין.

8. טענות הפסלות שהעלה המערער נדחו. נקבע, כי החוקרת ארוך אמנם ליטפה את המערער במהלך חקירתו, אולם הגם שנוכח תפיסתו הדתית של המערער ראוי היה להימנע מכך, נראה כי הדבר "נעשה מתוך כוונה טובה ולא מתוך מטרה להשפילו" (עמ' 784 להכרעת הדין). עוד נקבע, כי אף אם תתקבלנה טענותיו של המערער לעניין

אופי ניהולה של החקירה – אין בהן כדי לגבש מסקנה לפיה הופעלו עליו אמצעים שהובילו לשלילת רצונו החופשי. זו הייתה השקפת בית המשפט המחוזי גם ביחס לאי יידועו של המערער כי הוא מעוכב (עמ' 785 להכרעת הדין). בהמשך, נדחתה טענת המערער לפיה הוא הודה כתוצאה מהבטחות שנתן לו בריקמן ואיומים שהפנה אליו, וכן טענתו לפיה הודאתו "בושלה" בצוותא חדא עם בריקמן, תוך שנקבע כי גרסה זו של המערער אינה מהימנה. גם הטענה לפיה מסר המערער לבריקמן גרסה שקרית הואיל וזו הייתה הדרך היחידה לקבל מידע אודות בנו – נדחתה, לאחר שבית המשפט המחוזי מצא כי במהלך החקירה עמדו בפני המערער מספר אפשרויות לברר מה עלה בגורל בנו והוא נמנע מלעשות זאת (עמ' 801-802 להכרעת הדין). עוד נקבע, כי מתוכן הודאתו של המערער בפני בריקמן, כמו גם מהאופן בו נמסרה, עולים סימני אמת רבים, וכי המערער היה מודע היטב לאפשרות שדבריו לבריקמן עשויים להוביל להליך משפטי. עוד נקבע, כי בריקמן ציין בפני המערער מספר פעמים כי הוא רשאי לשתוק ולא לומר דבר, ובפתח ההודעה שנרשמה מפיו הוא אף חתם על כך שהובהרו לו זכויותיו. נוכח כל אלה קבע בית המשפט, כי רצונו החופשי של המערער בעת מסירת הודעותיו לא נפגע, ומשכך, הן עומדות במבחן חופשיות הרצון הקבוע בסעיף 12 לפקודת הראיות.

9. בית המשפט המחוזי סבר, כי גם שימוש בכלל הפסילה הפסיקתי שעוגן בפרשת יששכרוב (ע"פ 5121/98 יששכרוב נ' הפרקליט הצבאי הראשי (טרם פורסם), 4.5.2006), אינו מצדיק את פסילת הודעותיו של המערער. נקבע, כי המערער ידע, גם אם באיחור, אודות זכות השתיקה הנתונה לו, ומשכך, הזכות היחידה שהופרה באופן מהותי הייתה הזכות להיוועץ בעורך דין. עם זאת, נקבע כי אי-יידועו של המערער בדבר זכותו זו – הגם שהיה נגוע ברשלנות – לא נבע מזדון או חוסר תום לב, וכי הודאתו הייתה מושגת גם ללא אמצעי זה שהשפעתו הייתה שולית. קביעה זו התבססה בעיקרה על עדותו של המערער בבית המשפט, בה הודה כי הבין שהוא צפוי להישפט ואף להישלח לכלא, ואישר כי הוא יודע מה תפקידו של עורך דין, אך טען כי הוא לא ידע שעורך דין יכול לעזור גם בשלב החקירה. בית המשפט סבר כי נוכח כך שגרסתו של המערער בכללותה נמצאה בלתי מהימנה, הרי שגם את "דבריו בעניין העדר המודעות לאפשרות היוועצות בעורך דין בשלב החקירה – יש לקבל בערבון מוגבל" (עמ' 814 להכרעת הדין).

10. משזו הייתה ההכרעה בשאלת קבילותן של ההודאות, פנה בית המשפט לבחון את המשקל הראוי להן, וקבע כי בהצטרפן ליתר הראיות העומדות כנגד המערער – די בהן לבסס את הרשעתו בעבירת ההריגה. כן נקבע, כי בחינת גרעינה הקשה של ההודאה שמסר המערער מעלה כי מדובר בגרסת אמת, ובנוסף, המערער ידע פרטים מוכמנים

שונים, שהעיקרי בהם היא העובדה שהפעוט טולטל (עמ' 825 להכרעת הדין). בהמשך, צוין כי להודאתו של המערער קיימות תוספות ראייתיות רבות שיש בהן כדי לענות על דרישת ה"דבר-מה נוסף": ניסיונותיו החוזרים ונשנים לברר מה יעלה בגורלו כתוצאה מההודיה שמסר ומה יהא עונשו; אמירות שונות שהפנה לצוות החקירה לפיהן הוא מודה ומתחרט על מעשיו; וניסיונו לקבל תשובה לשאלה אם יודה ויספר את האמת, הוא יישב בבית סוהר (עמ' 828-829 להכרעת הדין).

11. אולם, החיזוק העיקרי שנמצא להודאתו של המערער היה החומר הרפואי שהמסקנה המתחייבת ממנו, לשיטת בית המשפט המחוזי, היתה כי אצל הפעוט אובחנה תסמונת סב"ס. בהכרעת הדין צוין, כי אמנם בבדיקה הראשונית שנערכה לפעוט על ידי ד"ר ליאל, לא אותרו התסמינים הבולטים של תסמונת סב"ס, אולם מתכונת עריכתה של אותה בדיקה לקתה בחסר, והאבחון שנערך בסופה היה שגוי. מסקנה זו התבססה על הדימומים ברשתית עינו של הפעוט, שאותרו בבדיקה שנערכה על ידי ד"ר פרנקל וד"ר ענתבי ביום 5.4.06, ועל ההתרשמות כי דימומים אלה לא היו יכולים להתפתח בתוך פרק הזמן הקצר שחלף ממועד הבדיקה שנערכה על ידי ד"ר ליאל ועד מועד הבדיקה שערכו ד"ר פרנקל וד"ר ענתבי (עמ' 849-850 להכרעת הדין). מכך הסיק בית המשפט, שאותם תבחינים היו קיימים כבר במועד קבלתו של הפעוט לבית החולים, אולם לא אובחנו כראוי. בקובעו כך, קיבל בית המשפט המחוזי את עמדתו של המומחה מטעם המאשימה, ד"ר מורד, אשר הביע את הדעה כי הממצאים הרפואיים מצביעים על כך שהפעוט סבל מתסמונת סב"ס, ודחה את עמדתו של מומחה ההגנה, פרופ' בן-סירה, אשר סבר כי ניתן להסביר ממצאים אלה באמצעות גורמים אפשריים אחרים. דחיית חוות-דעתו של פרופ' בן-סירה נבעה, בראש ובראשונה, משלילת הנחת המוצא עליה היא התבססה, ולפיה הסימנים הנחשבים אופייניים לסב"ס התגלו בפעוט רק יומיים מאוחר לטלטול הנטען (עמ' 873 להכרעת הדין), וכן על התרשמותו של בית המשפט כי חוות דעת זו אינה מתייחסת למכלול הממצאים שאותרו אצל הפעוט, אלא בוחנת כל ממצא בנפרד (עמ' 880 להכרעת הדין). בסיכומו של דבר נקבע, כי החומר הרפואי תומך בגרסה לפיה טולטל הפעוט באופן כוחני ומכוון, וכתוצאה מכך אובחנה אצלו בהמשך תסמונת סב"ס, וגם בכך יש כדי לחזק את האמור בהודאת המערער בפני בריקמן (עמ' 882 להכרעת הדין).

12. בית המשפט קבע עוד, כי הגרסה אותה מסר המערער בעדותו – לפיה הוא ערסל את הפעוט וזה נשמט מידיו בשגגה – איננה מתיישבת עם ההיגיון ואינה עולה בקנה אחד עם הראיות בכללותן, לרבות הממצאים הרפואיים (עמ' 835 להכרעת הדין). כך, צורת ה"ערסול" אותה הדגים המערער בעדותו דמתה, למעשה, לטלטול; ותיאור

הנפילה שנמסר על ידו היה בלתי הגיוני, שכן לו, כגרסת המערער, היה הפעוט נשמט מידיו באופן בו תיאר, החבלה הייתה צריכה להימצא בצדו הימני של ראש הפעוט ולא בצד השמאלי שם אובחנה (עמ' 836 להכרעת הדין).

13. בהמשך, נקבע כי בין מעשיו של המערער לבין התוצאה הקטלנית מתקיים קשר סיבתי עובדתי ומשפטי, וכי בנסיבות המקרה שלפנינו לא הוכח קיומו של "גורם-זר-מתערב" בדמות טיפול רפואי רשלני (עמ' 897 להכרעת הדין). באשר ליסוד הנפשי הדרוש להרשעה בעבירת הריגה, נמצא כי המערער היה מודע לטיב המעשה, לקיום הנסיבות ולאפשרות הגרימה לתוצאות הקטלנית של מעשה, הנמנים עם פרטי העבירה. באשר לתוצאה – במערער התקיימה ה"פזיזות" בה עוסק סעיף 20 לחוק העונשין, קרי, קלות דעת - בנטילת סיכון בלתי סביר לאפשרות גרימת התוצאות האמורות, מתוך תקווה להצליח למנען (עמ' 906-907 להכרעת הדין). המערער, כך צוין, הוא אמנם בחור ישיבה שתורתו אומנותו, אולם בכך אין כדי להוביל למסקנה כי חזקת המודעות הקמה בענייננו – נסתרה, שכן הוא אינו מנותק לחלוטין מחיי המעשה ואף הוא עצמו לא טען אחרת.

14. לבסוף, זוכה המערער, מחמת הספק, מעבירת ההתעללות שיוחסה לו. נקבע, כי על גופו של הפעוט נמצאו אמנם סימני פגיעה ונזק שונים, אולם לא ניתן לשלול כי אלה נגרמו כתוצאה מפעולות החיאה שבוצעו בו (עמ' 916 להכרעת הדין). עוד נקבע, כי על גרסתו של המערער בעניין הנשיכות, הסטירות והצביטות לא ניתן לבסס, כשהיא לבדה, הרשעה בעבירה של התעללות (עמ' 913 להכרעת הדין). בבחינת למעלה מן הדרוש ציין בית המשפט, כי אף אם המעשים שיוחסו למערער בגדרי עבירת ההתעללות היו מוכחים מעבר לספק סביר, ספק אם היו חורגים מגדרה של עבירת תקיפה הגורמת חבלה של ממש (עמ' 917 להכרעת הדין).

טענות הצדדים בערעור

15. שתי חזיתות עיקריות לערעור שבפנינו. החזית האחת עניינה בקבילות ההודאות שמסר המערער במהלך חקירותיו, ובעיקר בקבילותה של ההודאה שנמסרה לבריקמן. החזית האחרת, עניינה בהתקיימות יסודותיה של עבירת הריגה. בשולי הדברים, מעלה המערער טענות העוסקות בעבירת ההתעללות ממנה זוכה, אולם כפי שנראה בהמשך, טענות אלו אינן דרושות להכרעה בערעור שלפנינו, ועל כן לא נרחיב בהן.



המערער סבור, כי ההודאות שמסר אינן קבילות כראיות. בין היתר הוא טען, כי חקירתו בידי החוקרת ארוך נוהלה באופן דורסני וקולני; נגיעותיה בו השפילו וביזו אותו כאדם המנהל אורח חיים חרדי; הוא נחקר לאחר שלא ישן למעלה מיממה; ולא הובהר לו, בשום שלב, מעמדו החוקי. עוד הוא טוען, כי חקירתו בידי בריקמן נערכה תוך הפרה בוטה של זכויותיו, וכי ההודאה שנמסרה בגדרי חקירה זו הייתה תוצאה של מצגים כוזבים והבטחות שווא שמקורם בבריקמן, כמו גם תוצאה של חששו לגורל בנו, שכל מידע אודות מצבו נמנע ממנו. כל אלה, כך המערער, פגעו אנושות בחופש הרצון שלו, ומשכך הודאתו איננה עומדת בתנאי סעיף 12 לפקודת הראיות. המערער מוסיף וטוען, כי הודאתו נגבתה ממנו תוך הפרה של זכותו להליך הוגן, ומשכך, יש לפסול אותה גם מכוחו של כלל הפסילה שהותווה בפסק הדין בפרשת יששכרוב.

16. המערער משיג, כאמור, גם על הרשעתו בעבירת ההריגה באשר להשקפתו, מותו של הפעוט לא נגרם כתוצאה מטלטול או מחבטת הראש שנגרמה לו. ראשית, טוען המערער, כי לא הוכח שהפעוט טולטל בעוצמה המספקת להיווצרותה של תסמונת סב"ס. טענה זו מבוססת, בעיקרה, על חוות-דעתו של פרופ' בן-סירה, אותה הוא מבקש להעדיף על פני חוות דעתו של ד"ר מורד. זאת, משום שלהשקפתו חוות-דעתו של ד"ר מורד מתעלמת לחלוטין, ובאופן רשלני, מממצאיה של הבדיקה שערך ד"ר ליאל, והיא רצופה בשגיאות עובדתיות. המערער – התולה את יהבו בבדיקה שנערכה על ידי ד"ר ליאל – מדגיש, כי בבדיקה זו לא אותרו התסמינים המאפיינים של תסמונת סב"ס, חרף כך שאלה היו אמורים להופיע מיד לאחר הטלטול. המערער סבור כי קביעותיו של בית המשפט המחוזי ביחס להכשרתו של ד"ר ליאל, שגויות, וכי העובדה שד"ר ליאל לא הובא לעדות צריכה להיזקף לחובת המשיבה. עוד טען המערער, כי על העדרה של אחריות בפלילים בעניינו ניתן ללמוד גם מכך שהוא התקשר למד"א באופן מידי; טיפל בפעוט באופן שוטף לאורך חייו הקצרים; לא נמצא כל שבר באיבריו של הפעוט, ומתחת בית שחיו לא נמצאו סימני המטומה. המערער הוסיף, כי חבטת הראש ממנה סבל הפעוט לא הייתה חמורה ולא סיכנה את חייו, וטיעון זה נשען על ניתוח ופרשנות של התיעוד הרפואי של בית החולים.

17. על רקע אלה טען המערער לאי-קיומו של היסוד הנפשי הדרוש להרשעה בעבירת הריגה, ולהעדר קשר סיבתי-משפטי בין התנהגותו לבין התוצאה הקטלנית שהתרחשה. לגרסתו, היסוד הנפשי איננו מתקיים הואיל ואדם סביר בנעליו לא יכול היה לצפות כי התנהגותו, היינו, "נענועו" של הפעוט מעל למיטה באופן לא בטוח דיו, שהביא לנפילת הפעוט מידי ולחבטה לא חזקה בקיר – תוביל לתוצאה של מוות, והדברים אמורים ביתר שאת נוכח הרקע ממנו הוא בא, ונוכח כך שזה היה ילדו

הראשון. עוד נטען, כי הקביעה לפיה תוצאותיה של תסמונת סב"ס ידועות לכלל אינה ישימה לגביו, הואיל והוא חי את חייו במנותק מעולם המעשה. בנוסף לאלה, משיג המערער גם על הקביעה לפיה מתקיימת בו פזיזות במוכח של קלות דעת, תוך שהוא שב ומדגיש כי מעולם לא התכוון להרע לבנו הפעוט. עוד טען המערער, כי תוצאת המוות לא נבעה מהתנהגותו שלו, אלא מאירוע אחר של הפסקת נשימה שהתרחש לאחר שהפעוט פונה לבית החולים. לגרסת המערער, אף בהנחה כי הוכח קיומו של קשר סיבתי-משפטי בין מעשיו למותו של הפעוט, יש לקבוע כי קשר זה התנתק עקב הטיפול הרפואי הלקוי והבלתי מקצועי שניתן לפעוט. לחלופין, נטען כי בנסיבות העניין, ובעיקר לאור הטרגדיה הקשה של אובדן בנו, והעובדה שמאז האירועים נושא ערעור זה הפך המערער לאב לילד נוסף, העונש שנגזר לו חמור יתר על המידה.

18. המשיבה סומכת ידיה על פסק דינו של בית המשפט המחוזי. להשקפתה, ההודאות שמסר המערער קבילות כראיות משום שרצונו החופשי לא נפגע, ותנאיה של דוקטרינת הפסילה הפסיקתית אינם מתקיימים בו. מוסיפה וטוענת המשיבה, כי אף ללא הודאתו של המערער, קיימת בתיק מסכת ראיות נסיבתית שדי בה כדי לבסס את הרשעתו בעבירת הריגה. המשיבה סבורה עוד, כי הוכיחה את קיומו של קשר סיבתי-עובדתי, וכי שאלת קיומו של קשר סיבתי משפטי נבלעת ממילא ביסוד הנפשי הדרוש להרשעה בעבירת ההריגה. לבסוף, מטעימה המשיבה, כי היא לא ערערה על זיכוי של המערער מעבירת ההתעללות, אולם ככל שיוחלט לזכותו מעבירת ההריגה ולהרשיעו בעבירה של גרם מוות ברשלנות, יש להרשיעו גם בעבירת ההתעללות.

דיון

בחינת קבילותן של הודאות המערער

19. סעיף 12 לפקודת הראיות קובע, כי הודעת נאשם שניתנה מחוץ לכותלי בית המשפט "תהא קבילה רק אם הביא התובע עדות בדבר הנסיבות שבהן ניתנה ההודאה ובית המשפט ראה שההודאה הייתה חופשית ומרצון". בפסיקה הענפה שעסקה בפרשנותו של סעיף זה נקבע, כי הודאה תחשב ככזו שניתנה חופשית ומרצון, ככל שהיא נמסרה מבלי שעל הנאשם הופעלו אמצעי לחץ חיצוניים ששללו את יכולתו לבחור בין מסירת ההודאה להימנעות ממנה. בבסיסו של כלל פסילה זה מונחת השאיפה להגן על זכויותיו של הנחקר: הזכות לשלמות הגוף והנפש והזכות לאוטונומיה של הרצון החופשי. מכאן, שמקום בו מתרחשת פגיעה מהותית בזכויות אלה – ההודאות שתימסרנה לא תהיינה קבילות. כך, שימוש באמצעי חקירה פסולים הפוגעים שלא כדין בזכותו של הנחקר לשלמות הגוף או משפילים ומבזים אותו מעבר לנדרש כתוצאה מעצם קיומה של חקירה עלולים להוביל לפסילת ההודאה (עניין

יששכרוב, בפסקה 33); ובדומה, פגיעה משמעותית וחמורה באוטונומית הרצון ובחופש הבחירה של הנאשם במסירת הודאה, תוביל אף היא לפסילת ההודאה מכוחו של סעיף 12 לפקודת הראיות.

20. אולם, אף מקום בו מגיע בית המשפט למסקנה כי הודאה שמסר נחקר עומדת בתנאיו של סעיף 12 לפקודת הראיות, עליו להוסיף ולבחון אם קיימת עילה לפסילתה מכוחה של ההלכה שנקבעה בפרשת יששכרוב (וראו דבריה של השופטת חיות בע"פ 1301/06 עזבון המנוח יוני אלזם נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 22.6.2009) בפסקה 2. להלן: פרשת אלזם). תנאי ראשון לתחולתו של כלל זה, הוא כי הראיה הושגה על ידי רשויות אכיפת החוק שלא כדין (עניין יששכרוב בפסקה 64). תנאי שני עניינו בשאלה אם קבלת הראיה במשפט תפגע מהותית בזכותו של הנאשם להליך הוגן – שעל פי העמדה המקובלת זכתה למעמד חוקתי על-חוקי – שלא על-פי גדריה של פסקת ההגבלה.

בפרשת יששכרוב עמד בית משפט זה, מפיה של הנשיאה ביניש, על אמות המידה להפעלת שיקול הדעת השיפוטי במסגרת כלל הפסילה הפסיקטי. נקבע, כי מקום בו נדרש בית המשפט להכריע בשאלת תחולתו של הכלל על מערכת נסיבתית מסוימת, ראוי יהיה לשקול, בין היתר, את אופייה וחומרתה של חוסר החוקיות או אי-ההגינות שהיו כרוכים בהשגת הראיה, שכן אין דינה של הפרה זניחה או קלת-ערך של כללי החקירה התקינה, כהפרה חמורה של כללים אלה (פרשת יששכרוב, בפסקה 70). בנוסף, על בית המשפט הדין בקבילותה של ראיה ליתן את דעתו לשאלה אם רשויות אכיפת החוק עשו שימוש באמצעי החקירה הבלתי כשרים במכוון ובזדון או שמא בתום-לב; אם במקרה הספציפי מתקיימות נסיבות מקלות המפחיתות מחומרתה של אי-החוקיות שהייתה כרוכה בהשגת הראיה; באיזו מידה של קלות ניתן היה להשיג את הראיה באופן חוקי; והאם הראיה הייתה מתגלית או מושגת על-ידי רשויות אכיפת החוק, גם ללא השימוש באמצעי החקירה הבלתי כשרים. מעבר לכך, על בית המשפט לבחון את מידת ההשפעה שהייתה לאמצעי החקירה הבלתי חוקי או הבלתי הוגן על הראיה שהושגה. בעניין זה יש להידרש לשתי שאלות הכרוכות זו בזו: באיזו מידה אי-החוקיות שהייתה כרוכה בהשגת הראיה, עשויה להשפיע על מהימנותה ועל משקלה; והאם קיומה של הראיה הינו עצמאי ונפרד מאי-החוקיות שהייתה כרוכה בהשגתה. לבסוף, על בית המשפט מוטלת מלאכת האיזון בין הנזק והתועלת החברתיים הכרוכים בפסילת הראיה.

21. המערער נחקר הן בידי החוקרת עליזה ארוך והן בידי בריקמן. המערער משיג על קבילותן של ההודעות שמסר לשני החוקרים גם יחד, אך למעשה את ההודאה בעבירות בהן נחשד הוא מסר בחקירה שנערכה לו על ידי בריקמן, בעוד שבהודעות שמסר לחוקרת ארוך, הוא דבק בגרסה לפיה הפגיעה בפעוט אירעה בשוגג. משכך, את עיקר הדיון אייחד לשאלת קבילותה של ההודאה שנמסרה לבריקמן, תוך שאתייחס בקצרה גם למתכונת חקירתו של המערער בידי החוקרת ארוך ולהשלכותיה.

22. כזכור, טען המערער, כי חקירתו בידי החוקרת ארוך – הורתה בחטא, הואיל והאיומים והלחצים שהפנתה אליו החלו כבר בזימונו הטלפוני לחקירה, ולא פסקו במהלך החקירה כולה שהייתה רצופה צעקות רמות. דודו של המערער, יוסף ולס, העיד בפני בית המשפט המחוזי, כי שמע צעקות בוקעות מחדרה של ארוך שעה שהמערער נחקר. ועוד טען המערער, כי ליטופו בידי החוקרת השפיל וביזה אותו. את טענות המערער בעניין זה לא אוכל לקבל. בניגוד למערער, טענה החוקרת ארוך כי השיחה בינו לבינה התנהלה באופן רגיל לחלוטין (עמ' 764 להכרעת הדין). עוד טענה כי הודאתו הראשונה נגבתה "באווירה מאוד נינוחה. שקטה. אמר את מה שאמר ואני כתבתי את שאמר" (עמ' 153 לפרוטוקול). החוקרת הוסיפה ומסרה, כי בזמן גביית הודעתו של המערער דלת חדרה נותרה פתוחה (שם), וכאשר שמעה את אביו וסבו של המערער מתרעמים על כך שהוא נחקר, היא יצאה למסדרון אליו יצאה בהמשך גם החוקרת מירב גבאי (עמ' 154 לפרוטוקול). גבאי עצמה מסרה בעדותה בבית המשפט, כי היא לא שמעה צעקות בוקעות מחדרה של החוקרת ארוך, "ואם היו צעקות בחדר של ארוך או בכל חדר אחר כל מי שישב בקומפלקס היה צריך לשמוע את זה. אין מצב שחוקר יצעק או ידבר בקול רם ולא נשמע. ולא זכור לי דבר כזה" (עמ' 142 לפרוטוקול). עדותה של ארוך באשר לאופן התנהלות החקירה נתמכה, אפוא, בעדותה של חוקרת נוספת, ומנגד עדותו של המערער, בכללותה, נמצאה, כאמור, בלתי מהימנה. טענותיו של המערער בעניין זה הן, אפוא, בעלות משקל ראייתי נמוך, וממילא, אף אם הייתי מקבל אותן, לא הייתי סבור כי מתכונת החקירה עליה הצביע המערער, מהווה אמצעי חקירה פסול שהיה בו כדי לפגוע באופן מהותי בשלמות נפשו וגופו, או להסב פגיעה משמעותית וחמורה לאוטונומיית הרצון החופשי שלו.

23. זוהי גם עמדתי באשר לכך שהחוקרת ארוך נגעה במערער במהלך חקירתו. העובדה שמגע פיסי כזה אכן נוצר אינה שנויה במחלוקת, מאחר וארוך עצמה לא הכחישה זאת. אולם, בעדותה בפני בית המשפט המחוזי ציינה כי עשתה זאת מתוך חמלה ורגשות אימהיים שהתעוררו בה כלפי המערער (עמ' 156-157 לפרוטוקול). דברים אלה התקבלו על דעתו של בית המשפט המחוזי. קביעתו בעניין זה היא קביעה

שבמהימנות, ולא מצאתי מקום לשוב ולהרהר אחריה. בצד האמור, אני מוצא לנכון להעיר כי בנקודה זו, לא נחה דעתי מהתנהלות חקירתו של המערער. המערער הוא אדם המנהל אורח חיים חרדי. עובדה זו בולטת לעין. אורח חייו של המערער מכתוב, בין היתר, הימנעות ממגע עם אישה. ובלשונו: "לא הרגשתי מגע אף פעם בין גבר לאשה, היה מוזר לי אני אדם חרדי ואסור באיסור תורה בינינו מגע בין אשה לגבר" (עמ' 419 לפרוטוקול). דומה, כי חקירתו של המערער בידי החוקרת ארוך נערכה תוך התעלמות מנתון זה ועל כך יש להצר. הדברים אמורים ביתר שאת נוכח כך שאותה התעלמות לא נועדה, אף לעדותה של ארוך עצמה, לקדם את החקירה והיא לא נבעה אלא מחוסר הבנת עולמו של המערער ומחוסר תשומת לב. המגוון האנושי עמו נדרשים להתמודד גורמי אכיפת החוק הוא רחב ביותר, וראוי היה ליתן את הדעת לרגישויות הפרטניות המתחייבות ממנו, שכן "דרכי החקירה המשטרית הנהוגה במשטר פלוני הן בבואה די נאמנה של טיב המשטר כולו" (ע"פ 264/65 ארצי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד כ(1) 225, 232 (1966)), וכידוע, מייחסת שיטת המשפט בישראל חשיבות חוקתית עליונה לשמירה על כבודו של אדם, ובכלל זה, על אמונתו הדתית. בכפוף לאמור, ונוכח כך שעובר לגבייתה של ההודאה השנייה בידי החוקרת ארוך הוזהר המערער, כאמור, בדבר זכות השתיקה הנתונה לו (ראו עמ' 1 לת/16), מקובלת עלי מסקנתו של בית המשפט המחוזי לפיה לא הוכח כי החוקרת ארוך הפעילה כלפי המערער אמצעים שהיה בהם כדי להוביל לשלילת רצונו החופשי.

24. את טענת המערער לפיה בריקמן הציג בפניו מצג כוזב ושכנע אותו להודות באמצעות הבטחות כוזבות שנתן לו – לא אוכל לקבל. ראשית, משום שמדובר בטענה המבקשת להשיג על ממצאים שבעובדה, ולא שוכנעתי כי בנסיבות המקרה שלפנינו קמה עילה לסטות מההלכה לפיה אין ערכאת הערעור נוהגת להתערב בממצאים מסוג זה (השוו: ע"פ 1676/08 אבו האני נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 1.6.2009) פסקה ט' לפסק דינו של השופט רובינשטיין; ע"פ 7320/07 פלוני נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 13.5.2009)). שנית, משום שאף לגופו של עניין אינני סבור כי בטענות אלה יש ממש. כפי שציין בית המשפט המחוזי, המערער לא היה מודע לכך שחקירתו בידי בריקמן הוקלטה, ולו בריקמן היה מכתוב לו את תוכן הודאתו, סביר להניח כי המערער היה מתייחס לכך במהלך הדו-שיח שהתנהל בינו לבין בריקמן. בנוסף, במהלך חקירתו בידי בריקמן אישר המערער פעמים רבות כי הגרסה שהוא מוסר היא גרסת אמת (עמ' 20 לת/12ב).

ועוד, גם בחקירה המאוחרת שנערכה למערער בידי בריקמן, לא הועלתה כל טענה בדבר הפרתו של הסכם אליו הגיעו השניים. המערער אמנם טען בעדותו כי הוא

הטיח בבריקמן דברים אודות הפרת ההסכם ביניהם, אך בריקמן נמנע, בכוונת מכוון, מלתעד זאת (עמ' 446 לפרוטוקול). אולם, גרסתו של המערער בעניין זה נדחתה בידי בית המשפט המחוזי לאחר שנמצאה בלתי מבוססת מבחינה עובדתית, ובקביעתו בעניין זה לא נמצאה לי עילה להתערב. לכך, מתווספים סימני האמת עליהם עמד בית המשפט המחוזי, וביניהם סיפור הרקע לתקיפת הפעוט; חששו של המערער פן הדברים שיאמר ייוודעו לאביו; דאגתו של המערער מן העונש הצפוי לו; והעובדה שלמעשה, הגרסה שמסר המערער לבריקמן – בדבר "נענוע חזק" של הפעוט – לא היתה חדשה, אלא נזכרה כבר בהודעות קודמות שמסר המערער. על רקע כל אלה, לא מצאתי ממש בטענת המערער לפיה הגרסה שמסר לבריקמן היתה גרסה כוזבת, אותה בדה החוקר מלבו והושמה בפיו באמצעות הבטחות ומצגי שווא.

25. זאת ועוד. כעולה מצפייה בקלטת המתעדת את חקירת המערער בידי בריקמן, חקירה זו לא התנהלה ברצף, ובמהלכה היו לא מעט הפוגות בהן נותר המערער לבדו בחדר החקירה. בהפוגות אלו, הוא שלף מכיסו טלפון סלולארי, פתח אותו, הסתכל בו והשיב אותו לכיסו. עובדה זו עומדת בניגוד גמור לטענת המערער לפיה כבר בחקירתו על ידי החוקרת ארוך הוא חשב שהוא עצור, ושחל עליו איסור לעשות שימוש בטלפון הסלולארי שלו (עמ' 417-418 לפרוטוקול). לו היה המערער סבור, באמת ובתמים, כי חל עליו איסור להשתמש בטלפון שהיה בידו, ספק אם היה שולף אותו מכיסו מספר פעמים ובאופן כה אגבי, כפי שעשה. כפי שציין בית המשפט המחוזי – ובעניין זה אני מצטרף לעמדתו – בכל אותן הפוגות בחקירה יכול היה המערער להתעדכן במצב בנו באמצעות מכשיר הפלאפון, אולם הוא בחר שלא לעשות כן. מכאן, שטענתו בדבר המצב הנפשי הקשה בו היה נתון בשל חוסר הידיעה בדבר מצב בנו, והשפעתו של מצב נפשי זה על רצונו החופשי במסירת ההודאה – אינה יכולה להתקבל.

26. המערער טען כי הודאתו בפני בריקמן נגבתה לאחר שלא ישן שעות רבות. לגרסתו, הוא היה ער משעה 07:00 של בוקר האירוע, והודאתו לבריקמן נמסרה בסביבות השעה 16:00. בפרק הזמן שחלף בין האירוע לבין גביית ההודאה שהה בבית החולים בו היה מאושפז בנו, ולטענתו, לא ישן במהלך אותו לילה:

"אנחנו נשארנו שם ליד חדר טיפול נמרץ, נשארנו כי רצינו להיות קרוב לתינוק כמה שיותר, כדי לראות מה קורה איתו... נכנסו ואמרו לנו שאסור לעמוד ליד העריסה, כי זה מפריע להם בעבודה והפנו אותנו לחדר הסמוך. בחדר הסמוך יש ספות מתקפלות שאפשר לפתוח אותם ולישון עליהם... שם נשארנו עד הבוקר... כל הזמן היינו שם, לא יצאנו מעבר לבית החולים וכל

פרק זמן נכנסו לראות מה קורה עם התינוק... לא  
 עצמתי עין בכלל, כל הראש שלי היה מבולבל מהמצב  
 ומהמקום והכל" (עמ' 414 לפרוטוקול).

ראשית ייאמר, כי עדותו של המערער בכללותה נמצאה בלתי מהימנה, ועובדה זו משליכה גם על אמינות גרסתו בעניין מאורעות הלילה שקדם לחקירתו בידי בריקמן. על כך אוסיף, כי אף אם הייתי מקבל את גרסתו של המערער בעניין זה, לא היה בכך כדי להועיל לו, הואיל וטיעונו בעניין זה מתעלם מכך שחוקריו כלל לא נקטו, ובוודאי שלא באופן יזום, באמצעי חקירה של מניעת שינה כדי לשבור את רוחו ולדלות ממנו הודאה. מדובר, לכל היותר, בהצטברות נסיבות שהביאה לכך שהמערער לא ישן, לגרסתו, באופן רצוף בלילה שקדם לחקירתו בידי בריקמן, ולא ביוזמה מכוונת של מי מהחוקרים. ועוד, בפסיקה שעסקה בנושא של מניעת שינה – כאמצעי חקירה – נקבע כי עייפותו של הנחקר, והיותו נתון לשאלות במשך פרק זמן ארוך "הינם לעתים תוצאה בלתי נמנעת מחקירה או תוצאה נלווית לחקירה. זהו חלק מ"אי-הנוחות" הטבוע בחקירה". על-כן, עצם העובדה כי נמנעת מנחקר היכולת לישון כלולה, בסמכות הכללית של החוקר (בג"צ 5100/94 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נגד (4) 817, 839-840 (1999)). מכאן, שאף בנסיבות בהן היו בוחרים החוקרים לנקוט באמצעי של מניעת שינה לא היה בכך כדי להוביל, באופן מיידי, לפסילתה של ההודאה ומקל וחומר, שאין בכך כדי להוביל לפסילת ההודאה בנסיבות המקרה שלפנינו.

27. הצדדים אינם חלוקים באשר לכך שחוקריו של המערער לא יידעו אותו בדבר זכותו להיוועץ בעורך דין. הם גם אינם חלוקים על כך שבנסיבות העניין, מחדל זה עולה כדי פגיעה בזכות ההיוועצות שלו. בעניין זה אעסוק בהרחבה בהמשך במסגרת הדיון ביישומו של כלל הפסילה הפסיקתי בפרשה זו. ברם, עניין הפרתה של זכות ההיוועצות הוא רלוונטי גם לבחינת קבילותה של הודאה לפי מבחן חופשיות הרצון, והשאלה הדרושה להכרעתנו בהקשר זה היא אם הפגיעה בזכות ההיוועצות של המערער פגעה באופן משמעותי בחופש הבחירה ובאוטונומיה של הרצון החופשי שלו. בעניין זה, יש להביא בחשבון כי בתחילת חקירתו השנייה בידי החוקרת ארוך, במהלך התשאול שערך לו בריקמן ועובר לגבייתה של ההודאה הרשמית ת/10 – הוזהר המערער בדבר זכות השתיקה הנתונה לו. בנסיבות אלה, אין לומר כי אי-מתן ההודעה כדין בדבר זכות ההיוועצות הובילה לפגיעה מהותית באוטונומיית הרצון ובחופש הבחירה של המערער במסירת הודאתו לבריקמן, באופן המחייב את פסילתה לפי סעיף 12 לפקודת הראיות, שכן זכות ההיוועצות, משלימה את זכות השתיקה ואיננה אלא אספקט אחר שלה (והשוו: עניין יששכרוב בפסקה 37; ע"פ 5203/98 חסון נ' מדינת

ישראל, פ"ד נו(3) 274, 283 (2002); עניין אלזם, פסקה 7 לפסק דינה של השופטת חיות). עד כאן לעניין הפגיעה הנטענת בחופשיות הרצון של המערער. אולם, כפי שצינו לעיל, אף אם הגענו למסקנה כי הודאתו של המערער ניתנה חופשי ומרצון, עלינו להמשיך ולבחון אם יש מקום לפסילתה מכוחו של כלל הפסילה הפסיקתי.

28. כאמור, טען המערער לפגיעה בשתי זכויות: זכות השתיקה; וזכות ההיוועצות בעורך דין. כפי שצינתי, המערער יודע אודות זכות השתיקה הנתונה לו, הן עובר לחקירתו השנייה בידי החוקרת ארוך, והן בפתח גביית ההודאה מפיו על ידי בריקמן (ת/10). מכאן שלפחות ביחס להודעה השנייה שנמסרה לחוקרת ארוך וביחס להודאה שנמסרה לבריקמן, לא ניתן לקבל את טענת המערער לעניין הפרתה של זכות השתיקה. על הדיון להתרכז, אפוא, בשאלת תוצאותיה של הפרת זכות ההיוועצות של המערער – שכאמור, על עצם התרחשותה, הצדדים אינם חלוקים. מכוחו של חוק המעצרים, מוקנית לעצור הזכות להיוועץ בעורך דין ועל גופי החקירה מוטלת החובה להביא לידיעתו זכות זו. וזו לשונו של סעיף 32 לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), התשנ"ו-1996 (להלן: חוק המעצרים):

החליט הקצין הממונה לעצור את החשוד, יבהיר לו מיד את דבר המעצר ואת סיבת המעצר בלשון המובנת לו, ככל האפשר, וכן - (1) את זכותו שתימסר הודעה על מעצרו, לאדם קרוב לו ולעורך-דין ואת זכותו להיפגש עם עורך-דין, הכל בכפוף להוראות סעיפים 34 עד 36; וכן את זכותו להיות מיוצג על ידי סניגור כאמור בסעיף 15 לחוק סדר הדין הפלילי או לפי חוק הסניגוריה הציבורית

הסברת  
זכויות לעצור

וסעיף 34 מורה אותנו לאמור:

זכות העצור להיפגש עם עורך דין (א) עצור זכאי להיפגש עם עורך דינו ולהיוועץ בו.  
זכות העצור להיפגש עם עורך דין (ב) ביקש עצור להיפגש עם עורך דין או ביקש עורך דין שמינהו אדם קרוב לעצור להיפגש עמו, יאפשר זאת האחראי על החקירה, ללא דיחוי.

זכות היוועצות הוכרה, עוד בראשית פסיקתו של בית משפט זה, כזכות יסוד, ובפסיקה מסתמנת גישה המכירה בה כזכות חוקתית (על הגישות השונות ביחס למעמדה של זכות זו ראו עניין יששכרוב בפסקה 20). על רקע זה ברור, כי ראייה שהושגה תוך הפרה של זכות ההיוועצות – כפי שנעשה במקרה שלפנינו – היא ראייה



שהושגה שלא כדין, ובכך מתמלא התנאי הראשון של כלל הפסילה הפסיקתית. הפרת זכות ההיוועצות של המערער לא הייתה, להשקפתי, טכנית, זניחה או קלת-ערך. מדובר בהפרה מהותית ברורה ומלאה של זכות ההיוועצות. בנוסף, אין להתעלם מכך שניתן היה, בקלות רבה, לגבות את הודעתו של המערער כדין, ולא הייתה כל סיבה נראית לעין שלא ליידע אותו בדבר זכותו להיוועץ בעורך דין עקב דחיפות החקירה. הדברים אמורים ביתר שאת נוכח כך שהמערער יידע, ממילא, על זכות השתיקה הנתונה לו יותר מפעם אחת, ובידי שני חוקרים שונים. עוד יש להתחשב בכך שקיומה של הראיה איננו עצמאי ונפרד מאי-החוקיות שהייתה כרוכה בהשגתה והא בהא תליא.

עם זאת, קבע בית המשפט המחוזי, כי אי-יידועו של המערער בדבר זכותו להיוועץ בעורך-דין, לא נעשה בכוונת מכוון ("אני קובעת כי אי יידוע הנאשם בדבר זכותו להיוועץ עם עורך דין, הגם שהיתה נגועה ברשלנות, לא נעשתה בזדון או שלא בתום לב", הכרעת הדין, עמ' 813). קביעה זו היא קביעה שבעובדה בה לא מצאתי עילה להתערב, והיא מקבלת משנה תוקף כאשר נבחנת מקרוב השתלשלות העניינים שקדמה למעצר המערער. על פי עדותו של כהן – אותה מצא בית המשפט מהימנה – הוא החל בתהליך המעצר עוד קודם לחקירתו של המערער בידי בריקמן, אולם, עקב הוראה שקיבל מהממונים עליו, הוא עיכב את המשך תהליך המעצר – וממילא גם את מתן ההודעה על זכות ההיוועצות – כדי לאפשר בחינה נוספת של החשדות נגד המערער, בטרם ייעצר. הודאתו של המערער לבריקמן נמסרה, אפוא, בתווך שבין שני חלקי הליך המעצר, במפגיע ובמהלך שלא תואם עם כהן. ההחלטה להשהות את תהליך המעצר גרמה, בסופו של דבר, לפגיעה בזכויותיו של המערער, אולם אין להתעלם מן המניע – תם הלב – שעמד בבסיסה. בהקשר זה יודגש, כי בזמנים הרלוונטיים לערעור שלפנינו, טרם יצאה מלפני בית משפט זה הלכת יששכרוב, ונהלי המשטרה בדבר יידוע חשודים על זכות ההיוועצות נקבעו על פי לשונו של חוק המעצרים. על פי פשוטו, מקנה חוק זה את זכות היידוע לעצור בלבד, ועובדה זו צריכה אף היא להילקח בחשבון שעה שבוחנים את סבירות החלטותיו של כהן במועד בו נתקבלו. העובדה שהפרת זכות ההיוועצות של המערער נעשתה בתום-לב מעמעמת, במידת-מה, את אי-החוקיות שהייתה כרוכה בהשגת ההודאה, אף שאין בה, כשלעצמה, כדי למנוע את פסילת ההודאה ככל שהדבר מתחייב מההגנה על זכותו של המערער להליך הוגן (עניין יששכרוב, בפסקה 70).

לאלה יש להוסיף את התרשמותו של בית המשפט המחוזי – אליה מצטרף גם אני – כי אי-החוקיות שהייתה כרוכה בגביית ההודאה לא פגמה באמינות תוכנה. כפי שציין בית משפט קמא, הודאתו של המערער בפני בריקמן עולה בקנה אחד עם

הממצאים הרפואיים שאותרו אצל הפעוט, ועולים ממנה סימני אמת רבים. זאת, בניגוד גמור לעדותו של המערער בפני בית המשפט שהייתה רצופה שקרים ואי-דיוקים. המערער אמנם טען בעדותו בפני בית המשפט המחוזי, כי לא העלה על דעתו שעומדת לו זכות להיוועץ בעורך דין בשלב החקירה, וכי לא ידע מה בדיוק תפקידו של עורך-דין. ברם, בית המשפט המחוזי מצא את עדותו של המערער בלתי מהימנה בכללותה, ומשכך סבר כי גם על גרסתו בעניין זה, לא ניתן לסמוך. גם קביעה זו היא קביעה שבמהימנות בה לא נמצאה לי עילה להתערב, וממילא, כפי שציין בית המשפט המחוזי, במועד בו גבה בריקמן מן המערער את ההודעה ת/10, היה המערער מודע לאפשרות לעשות שימוש בזכות השתיקה, והלוא זכות ההיוועצות אינה אלא פן אחר של זכות השתיקה. לבסוף, כבית המשפט המחוזי אף אני סבור, כי הודאתו של המערער בחשדות שיוחסו לו היא ראייה חשובה ומשמעותית. אם תוסיף לכך את חומרתן של העבירות, אין מנוס מן המסקנה כי אין הצדקה לפסילת ההודאה שנמסרה, וזו תשמש נקודת מוצא להמשך הדיון.

ההרשעה בעבירת ההריגה  
 יסודותיה של עבירת ההריגה

29. וזו לשונו של סעיף 298 לחוק העונשין:

הריגה הגורם במעשה או במחדל אסורים למותו של אדם, יאשם בהריגה, ודינו - מאסר עשרים שנה.

היסוד העובדתי של עבירת ההריגה כולל רכיב התנהגותי שהגדרתו רחבה ביותר – "מעשה או מחדל אסורים" – ורכיב תוצאתי – "מותו של אדם". נדרש, כי בין שני הרכיבים הללו יתקיים קשר סיבתי עובדתי ומשפטי (ע"פ 341/82 בלקר נ' מדינת ישראל, פ"ד מא(1) 1, 45 (1986). להלן: עניין בלקר). הדרישה לקיומו של קשר סיבתי-עובדתי משמעה כי מבחינה אובייקטיבית, היוותה התנהגותו של הנאשם סיבה מהותית והכרחית להתרחשות התוצאה. לשון אחר, נדרש כי התנהגותו של הנאשם תהווה "סיבה-בלעדיה-אין" להתרחשות התוצאה (ע"פ 9723/03 מדינת ישראל נ' בלזר, פ"ד נט(2) 408, 417 (2004). להלן: עניין בלזר. כן ראו: ש"ז פלר יסודות בדיני עונשין (כרך א) בעמ' 430 (להלן: פלר); יעקב קדמי על הדין בפלילים (כרך א) בעמ' 88 (להלן: על הדין בפלילים)).

הדרישה לקיומו של קשר סיבתי-משפטי מבקשת לבחון אם ניתן היה לצפות, באורח טביר ואובייקטיבי את אפשרות התרחשותה של התוצאה הקטלנית. העמדה

המקובלת בפסיקה הייתה, 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 (ע"פ 5870/01 חסיין נ' מדינת ישראל פ"ד נז(1) 221, 232 (2002)). להלן: עניין חסיין. והשוו: ע"פ 4230/99 אבו ג'אנוס פ"ד נו(1) 34, 43 (2001); על הדין בפלילים חלק ראשון בעמ' 95; יובל לוי ואליעזר לדרמן עיקרים באחריות פלילית עמ' 336-337; על הדין בפלילים כרך שלישי, בעמ' 1067). בפסיקה הודגש, כי אין די בצפיית האפשרות של גרימת חבלה גופנית, ואפילו חמורה, אלא נדרשת צפיות סובייקטיבית של התוצאה הקטלנית עצמה (ע"פ 11/99 ויניצקי נ' מדינת ישראל פ"ד נג(2) 145, 150 (1999); ע"פ 4351/00 מדינת ישראל נ' אבו-אלהווא פ"ד נה(3) 327, 331 (2001)). להלן: עניין אבו-אלהווא). למודעות לתוצאות המעשה צריך שיתלווה יחס נפשי באשר לתוצאה הקטלנית. יחס זה יכול להתבטא באחד משני מצבי הפוזיות המנויים בסעיף 20(א) לחוק העונשין, והם אדישות כלפי אפשרות גרימתה של התוצאה; או קלות דעת ביחס אליה, היינו, נטילת סיכון בלתי סביר לאפשרות של גרימת התוצאה הקטלנית, מתוך תקווה שהיא לא תתממש (ראו על הדין בפלילים חלק שלישי בעמ' 1060-1061).

30. הוכחתו של היסוד הנפשי יכול שתיעשה הן בהתבסס על אמירות של הנאשם עצמו, והן בהתבסס על ראיות נסיבתיות-חיצוניות, לרבות "חזקת המודעות" הכללית, המורה כי "אדם מודע, בדרך כלל, למשמעות התנהגותו, מבחינת טיבה הפיזי, קיום נסיבותיה ואפשרות גרימת התוצאות הטבעיות שעשויות לצמוח ממנה" (ש"ז פלר יסודות בדיני עונשין כרך א' בעמ' 542. להלן: פלר). חזקה זו משקפת הנחה – השואבת מניסיון החיים והשכל הישר – לפיה מודעים בני-אדם לרכיבים העובדתיים של מעשיהם (ע"פ 8827/01 שטרייזנט נ' מדינת ישראל פ"ד נז(5) 506, 524 (2003)). להלן: עניין שטרייזנט). חזקת המודעות איננה חזקה חלוטה, והיא ניתנת לסתירה בהתאם לנסיבותיו של כל מקרה לגופו (ע"פ 419/68 מדינת ישראל נ' רפאל, פ"ד כב(2) 749, 756 (1968) המצוטט בע"פ 3158/00 מגדיש נ' מדינת ישראל פ"ד נד(5) 80, 86 (2000); עניין אבו-אלהווא בעמ' 333-334; ש"ז פלר "על הקטגוריות של החזקות – אגב פסקי הדין סובאח צלנקו ופלונ" מחקרי משפט י"ג (תשנ"ו-תשנ"ז) 357). לאחר שעמדנו על יסודותיה של העבירה, נפנה לבחון אם אלו מתקיימים במערער שלפנינו.

ראיות באשר להתרחשויות בביתו של המנוח בליל האירוע

31. המערער, המשיג, כאמור, על הרשעתו בעבירת הריגה, טוען כי לא הוכח שהפעוט טולטל בעוצמה הנדרשת להופעת תבחינים של תסמונת סב"ס, וכי החבטה שספג הפעוט בראשו לא הייתה חמורה. בהתבסס על אלה הוא הוסיף, כי היסוד הנפשי

הדרוש להרשעה בעבירת ההריגה לא מתקיים בו, וזוהי גם עמדתו באשר להוכחת הקשר הסיבתי-משפטי. גם בסוגיה זו אשוב ואדגיש כי לא אוכל לקבל את השגותיו של המערער המופנות כנגד ממצאים שבעוכדה, אולם להסרת ספק אבהיר כי נוכח חשיבותו של החומר הרפואי להבנת התיק ולשאלת ההרשעה בעבירת ההריגה – בחנתי את ההשגות העובדתיות לגופן, ובסופו של יום מסקנתי היא כי קביעותיו העובדתיות של בית המשפט המחוזי באשר לטלטולו של הפעוט ועוצמת החבטה שספג בראשו – מבוססות כדבעי. כפי שאפרט להלן, קביעתי זו מבוססת על שלושה אדנים עיקריים, שהראשון שבהם הוא תוכן הודאתו של המערער בפני בריקמן; השני, הם החיזוקים החיצוניים המתווספים להודאה זו; והשלישי – והעיקרי שבהם – הן חוות-דעת המומחים שהוגשו לבית המשפט.

32. הודאתו של המערער בפני בריקמן משמשת עוגן ראייתי משמעותי לקביעה לפיה הפעוט סבל מנחת ידו של המערער, טולטל בעוצמה וכתוצאה מכך ספג חבטה קשה בראשו. וכך אומר המערער באותה הודאה:

“אתמול הוא גם בכה מאוד חזק והרבצתי לו בגב בפנים ובידיים... מעשר שמתי אותו במיטה והוא התחיל לבכות ואז הרבצתי לו בגב אחר כך צבטתי אותו שם אחר כך בסוף נתתי לו שתיים סטירות...” (עמ' 1 לת/10).

ובהמשך:

“הוא נשאר בבית מחמש ובשעה שמונה בערך נתתי לו אוכל אחר כך הוא נרדם לשעה שעתיים אחר כך הוא התעורר והתחיל לבכות שמתי אותו במיטה שלי והוא לא השתק אז התחלתי להרביץ לו אני לא זוכר מה היה הסדר כל מה שאמרתי...” (עמ' 2 לת/10).

המערער המשיך והסביר, כי סטר לפעוט בחוזקה וראשו טולטל כתוצאה מהנענוע ונחבט במיטה. כאשר נשאל למה כוונתו הוא השיב, כי הפעוט “התנדנד אז הוא נדפק בראש” (עמ' 2-3 לת/10). ובהמשך הוא הסביר: “תפסתי אותו מתחת לידיים ונענעתי אותו חזק מעל אז הראש שלו עף לכל הצדדים וגם העפתי אותו על המיטה פעם אחת” (עמ' 4 לת/10. ההדגשות הוספו). גם שאלת עוצמת החבטה שספג הפעוט בראשו, מוצאת מענה בהודאתו של המערער בפני בריקמן, שם הוא מסר כי ראשו של הפעוט נחבט בחוזקה בקיר, ואף הדגים זאת בפני החוקר (עמ' 23 לת/12א).

33. להודאתו של המערער בפני בריקמן מצטרפות, כאמור, ראיות המוסיפות לה נופך של מהימנות. כך, למשל, בשלב בו נחקר המערער בידי בריקמן, לא היה בידי של האחרון מידע לפיו הפעוט טולטל. המערער נחקר ביום 3.4.2006, ואילו החשדות

לפיהם הפעוט טולטל התעוררו רק לאחר הבדיקות שנערכו לו ביום 4.4.2006. ידיעת הפרט בדבר טלטולו של הפעוט מהווה, אפוא, ידיעה של פרט מוכמן, שיש בה כדי לשמש "דבר-מה-נוסף" להודאתו של המערער בפני בריקמן (ראו לעניין זה ע"פ 8319/05 שלאעטה נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 20.7.2009), פסקה 4 לפסק דינה של השופטת נאור והאסמכתאות המופיעות שם; יעקב קדמי על הראיות (תשס"ד-2003) כרך ראשון בעמ' 132-134). ברם, את החיזוק המשמעותי ביותר מוצאת הודאתו של המערער בתיעוד הרפואי. כאמור, הונחו בפני בית המשפט המחוזי שתי חוות-דעת רפואיות, שסלע המחלוקת העיקרי ביניהן היה בשאלת הגורמים שהובילו למצבו הרפואי של הפעוט. ד"ר מורד, מטעם המאשימה, גרס בחוות דעתו ובעדותו בבית המשפט, כי כלל הממצאים מצביע על תסמונת סב"ס. כך הוא ציין, כי הממצאים שנמצאו בקרקעית עינו של הפעוט הם בלעדיים (פתוגנומוניים) לתסמונת סב"ס, וכי הממצאים של בדיקת סי.טי שנערכה לפעוט עולים בקנה אחד עם אבחנה זו. בד בבד, שלל ד"ר מורד את האפשרות שגורמים רפואיים אחרים – כגון עלייה בלחץ התוך-גולגולתי, דמם תת-גולגולתי, עליה בלחץ התוך-חזי או חבלת הראש – גרמו לממצאים שאבחנו בקרקעית העין. יצוין, ולעניין זה אשוב בהמשך, כי חוות-הדעת שנערכה על ידי ד"ר מורד אינה מתייחסת מפורשות לממצאי הבדיקה שנערכה על ידי ד"ר ליאל, ובעדותו בפני בית המשפט טען ד"ר מורד כי חסר זה נובע מכך שהוא ראה בבדיקה זו בדיקה ראשונית בלבד, ובחר להתייחס לבדיקה המקיפה שנערכה על ידי ד"ר ענתבי (עמ' 337 לפרוטוקול).

34. עמדתו של פרופ' בן-סירה – מטעם ההגנה – הייתה, כאמור, שונה, ובחוות דעתו הוא עמד על מספר גורמים אפשריים לממצאים הרפואיים שנמצאו אצל הפעוט, הגם שלא חלק על כך שממצאים אלה מתאימים גם לתסמונת סב"ס. פרופ' בן-סירה סבר, כי לא נעשה די על מנת לברר קיומם של גורמים אלה, ומשכך לא ניתן לקבוע בוודאות כי הפעוט לקה באותה תסמונת. לב חוות-דעתו של פרופ' בן-סירה עוסק במועד בו נתגלו, לראשונה, הדימומים ברשתית העין. בהקשר זה ציין, כי בדיקת העיניים הראשונה שנערכה – על ידי ד"ר ליאל – הראתה רק שטף דם בזוגית עין שמאל. כאמור, ממועד הבדיקה שנערך על ידי ד"ר ליאל, שהה הפעוט באופן רציף בבית החולים, ושטפי הדם נתגלו רק לאחר יומיים. המסקנה העולה מכך, לשיטתו של פרופ' בן סירה, היא כי לא ניתן לקבוע ששטפי הדם היו תוצאה של טלטול, ואפשר כי נגרמו כתוצאה מאירועים שהתרחשו בבית החולים:

"אם צודקים רופאי העיניים, ד"ר שחר [פרנקל] וד"ר ענתבי בכך שהתמונה בעיניים, שנתגלתה רק לאחר שני ימי אשפוז מאפיינת חד-משמעית [סב"ס], הרי ברור

שיש לחפש את הגורם לטלטול בתוך בית החולים עצמו שכן הטלטול גורם לשטפי דם באופן מיידי. אמנם אינני סבור כי הס[י]מנים בעיניים מעידים על טלטול טרם הגעתו של התינוק לבית החולים ולא בתוך בית החולים... מכיוון שלמחרת אשפוזו של התינוק, לא נמצאו בעצם כל סימנים 'פתוגנומונים', הרי ברור שכל הממצאים האחרים בעין, במיוחד שטפי הדם הנרחבים בעין שמאל, שהופיעו לראשונה לאחר אשפוזו של התינוק, מקורם חייב להיות באירועים שקרו במחלקת האשפוז של הדסה. מקריאת החומר הרפואי המתאר לפחות חלק מאירועים אלה, אנו מוצאים: הפסקות נשימה, או נשימה איטית. אספירציה, ירידה בקצב הלב, ירידות קשות בדופק ובלחץ הדם, עליה קשה בלחץ התוך מוחי ועקב כך ירידה ענקית בפרפוזיה למוח... כל אחד מאירועים אלה]ה] וכמובן שילוב של אחדים מהם, יכול להסביר את התמונה הראשונה בעין שמאל" (עמ' 10 לנ/7).

בית המשפט המחוזי העדיף את חוות דעתו של ד"ר מורד על פני חוות דעתו של פרופ' בן-סירה, ואת קביעותיו באשר לגורמים שהביאו למותו של הפעוט הוא ביסס על חוות דעת זו. המערער מבקש מאיתנו להתערב בהכרעה זו, ולבכר את חוות דעתו של פרופ' בן-סירה וממצאי הבדיקה שנערכה על ידי ד"ר ליאל, ולבקשה זו לא אוכל להיעתר. הכרעה בין חוות-דעת של מומחים המוגשות לבית המשפט, מתבססת, בין היתר, על התרשמותה של ערכאת הדיון ממהימנותם של העדים ומקצועיותם, ומידת השכנוע בעמדות שהציגו כמו גם על התחשבות בכוחן המשכנע של העמדות שהוצגו נוכח הראיות האחרות שבתיק, ניסיון החיים והשכל הישר. "עדותו של מומחה" – כך נקבע – "נבחנת על ידי בית המשפט בשני מישורים: מישור המהימנות האישית – במסגרתו נבחנת מהימנותו של המומחה ככל עד אחר; ומישור האמינות המקצועית – במסגרתו נבחנים רמתו המקצועית של המומחה, וטיב ואופי הבדיקה או הבירור האחר שערך ואשר מכוחם הגיע למסקנותיו" (ע"פ 1839/92 אשקר נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 4.9.1994) פסקה 4 לפסק דינו של השופט קדמי. והשוו: ע"א 1639/01 קיבוץ מעיין צבי נ' קרישוב, פ"ד נח(5) 215, 237-240 (2004); עניין בלזר בעמ' 419; א' סטרשנוב "ראיות מדעיות ועדות מומחים בבית המשפט" רפואה ומשפט – ספר היובל (2001) 177).

ההכרעה בין חוות דעת מומחים שקולה, אפוא, להכרעה בממצאי עובדה ומהימנות, ומשכך, ההתערבות בה נעשית במשורה ורק במקרים חריגים בהם נפלה טעות ברורה ובולטת בהעדפתה של חוות דעת אחת על פני רעותה (ע"פ 1242/06 צור נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 13.6.2007), פסקה 18 לפסק דינו של השופט ד' חשין; ע"פ 6131/01 מדינת ישראל נ' פרבשטיין, פ"ד נו(2) 24, 30 (2001)). המקרה שבפנינו

אינו נמנה על מקרים חריגים אלה. בית המשפט המחוזי היה ער לכך שמחוות-דעתו של ד"ר מורד נעדרת התייחסות לבדיקה שערך ד"ר ליאל, אולם לאחר שבחן את שתי חוות-הדעת שהונחו לפניו בהתאם למתווה עליו עמדתי, הוא הגיע למסקנה כי חוות דעתו של ד"ר מורד אמינה, ומתייחסת באופן מקיף למכלול הממצאים שאובחנו אצל הפעוט. זאת, בניגוד לחוות-דעתו של פרופ' בן סירה, המבדדת כל אחד מן הממצאים ואיננה מתייחסת אליהם כמכלול אחד. קביעה זו מקובלת עלי.

35. חוות דעתו של ד"ר מורד ועדותו בפני בית המשפט, מובילות למסקנה כי הפעוט נפל קורבן לטלטול עוצמתי, וסבל מחבלת ראש קשה. ראשית, אף אם הייתי מקבל את השגותיו של המערער באשר להכשרתו של ד"ר ליאל, אינני סבור כי היה בכך כדי להועיל לו, שכן לב העניין הוא, להשקפתי, מתכונת עריכתה של הבדיקה ואופן התייעוד שלה. כפי שצוין, מתכונת עריכתה של הבדיקה שביצע ד"ר ליאל נותרה עמומה, וכל שידוע הוא, כי היא נערכה ליד מיטתו של הפעוט, ובוצעה באמצעות אופתלמסקופ ישיר (מכשיר לבדיקת פנים העין). בניגוד לכך, הבדיקה שערכה ד"ר ענתבי נעשתה, כאמור, באמצעות מצלמה המאפשרת צילום של תמונות כוללות ותלת-ממדיות של העין (אופתלמסקופ עקיף) ומכאן יתרונה המובהק, אליו הפנה ד"ר מורד ושעליו לא חלק גם פרופ' בן-סירה (ראו עמ' 338 ו-551 לפרוטוקול בהתאמה).

שנית, בגיליון הבדיקה שנכתב על ידי ד"ר ליאל, אין אזכור לכך שהוא בדק את רשתית עינו של הפעוט. יתרה מכך, כדי לשלול או לאשר את קיומה של תסמונת סב"ס בפעוט, מוטל היה על ד"ר ליאל לבחון ולקבוע באופן מפורש אם קיימים דימומים בדיסקה, בכלי הדם וברשתית – והוא לא עשה זאת (ראו דבריו של ד"ר מורד בעדותו, בעמ' 353 לפרוטוקול). ובמקום אחר הוסיף ד"ר מורד:

"אין התייחסות [בבדיקה שערך ד"ר ליאל] לכל בדיקה של קרקעית העין, חייבת להיות התייחסות סיסטמטית לדיסקה, לכלי הדם, למקולה, לרשתית ולזגוגית. את זה יודע כל רופא מתחיל ברפואת עיניים... הוא גם לא כתב אף מילה על הדסקה, על כלי הדם ועל הרשתית, להניח מכאן שהוא מצא את כולם תקינים זו הנחה גסה" (עמ' 338 לפרוטוקול, ההדגשות הוספו).

שלישית, הטענה לפיה הפעוט סבל משטף דם בזגוגית – להבדיל משטף דם ברשתית – אינה מתיישבת עם התמונות שצולמו על ידי ד"ר ענתבי במהלך הבדיקה אותה ערכה. הן ד"ר מורד והן פרופ' בן-סירה הסכימו כי דימום בזגוגית העין נראה כענן של דם המסתיר את כל חלקי העין שמאחוריו, והרשתית בכלל זה. כך ציין ד"ר מורד כי "כשיש דימום מפושט בזגוגית לא רואים כלום. יש ענן של דם" (עמ' 339 לפרוטוקול). ואילו פרופ' בן-סירה ציין: "שטף דם בזגוגית מסתיר לחלוטין את

הרשתית שמתחתיו, הוא נמצא לפניו, הזגוגית זה החלל שבתוך העין. שטף דם ברשתית... הוא בתוך הרשתית עצמה ולכן רואים את הרשתית, רואים את כלי הדם, רואים בין שטפי הדם... [שטף דם בזגוגית] הוא מסתיר לגמרי, הוא לפני הרשתית" (עמ' 496 לפרוטוקול). על רקע הסכמה זו בין המומחים, קשה לקבל את הקביעה לפיה הפעוט סבל מדימום בזגוגית דווקא, שכן רשתית העין ועצב הראיה נראים באופן ברור בצילומים שצולמו על ידי ד"ר ענתבי (ראו עמ' 339-340 לפרוטוקול).

רביעית, הגורמים האחרים שהיו עשויים, לשיטתו של פרופ' בן-סירה, לגרום לדימומים שנמצאו ברשתית עינו של הפעוט – נשללו אחד לאחד בעדותו של ד"ר מורד. כך למשל, שלל ד"ר מורד את האפשרות שמצבו של הפעוט נגרם כתוצאה מלחץ תוך-גולגולתי, ובהקשר זה הוא ציין כי "דימומים כאלה נרחבים ברשתית לא תועדו מעולם כתוצאה מעליית לחץ תוך גולגולתי" (עמ' 358 לפרוטוקול). ובמקום אחר הוא אמר: "אינני חושב שעליית הלחץ שקרתה אצל תינוק ששוכב ללא תנועה כשהוא מורדם יכולה לגרום להופעה של דימום בארבעה רביעים [של הרשתית] והפרדות חלקית של הרשתית" (עמ' 381 לפרוטוקול). ד"ר מורד שלל גם את האפשרות כי אירועים רפואיים שונים שאירעו במהלך תקופת אשפוזו של הפעוט בבית-החולים, הם המקור לממצאים הרפואיים שאותרו אצלו:

"יכול להיות שהעבירו אותו לסי.טי באלונקה, יכול להיות שהחדירו לו צנתר לגולגולת אבל הוא לא עבר את הסוג של הטראומה שיכולה להוביל לממצאים כאלה כמו מחיצה של הראש או משהו דומה" (עמ' 384 לפרוטוקול).

כמו כן, התייחס ד"ר מורד בעדותו לשאלת היחס בין תסמונת סב"ס להופעתו של (Central Retinal Artery Occlusion) CRAO - חסימת העורק המרכזי של העין), וציין כי הופעתו של CRAO אינה שוללת את קיומה של אותה תסמונת (עמ' 383 לפרוטוקול). ד"ר מורד התייחס בעדותו גם לגורמים נוספים עליהם הצביע פרופ' בן-סירה ככאלה שעלולים היו להוביל למצבו הרפואי של הפעוט, כמו קרישתיות יתר הנובעת מהפרעה גנטית אצל אמו של הפעוט; מחסור בויטמין C; מתן חיסונים לפעוט סמוך למועד הבדיקה; וסינדרום טרסון. מעדותו של ד"ר מורד עלה, כי הטענה לפיה גורמים אלה עשויים היו להוביל לממצאים שנמצאו אצל הפעוט, לא הוכחה מחקרית ומקורה בתיאוריות והיפותזות בלבד, וכי גם במקרים בהם גורם מסוים עליו הצביע פרופ' בן-סירה עשוי, לכאורה, לגרום לדימומים ברשתית – אין מדובר בדימומים נרחבים מן הסוג שנמצאו אצל הפעוט, אלא בדימומים מצומצמים בהרבה, שלרוב אינם מלווים בסימפטומים הנוספים שאובחנו אצל הפעוט (ראו התייחסותו של ד"ר מורד לנושא קרישת היתר בעמ' 344-345 לפרוטוקול; התייחסותו לנושא של חסר בויטמין C



בעמ' 345 לפרוטוקול, וכן התייחסותו של פרופ' בן סירה לעניין זה בעמ' 878 לפרוטוקול ("אני כתבתי על זה בחוות הדעת, זה אפשרות של ויטמין סי דפישנט. נכון שאין הוכחות, זו תיאוריה"); התייחסותו של ד"ר מורד למועד מתן החיסונים בעמ' 345 לפרוטוקול; והתייחסותו לתסמונת טרסון בעמ' 347-348. כן ראו התייחסותו של פרופ' בן-סירה באשר לנדירותה של תסמונת טרסון בעמ' 554 לפרוטוקול). נמצאנו למדים, אפוא, כי החומר הרפואי תומך בגרסתה של המשיבה לפיה מצבו הרפואי של הפעוט – ובעיקר הדימומים שנמצאו ברשתית עינו – היו תוצאה של טלטול כוחני שטלטלו המערער.

36. המערער טען, כי חבטת הראש שאובחנה אצל הפעוט לא הייתה קשה, ולעניין זה הפנה למצבו של הפעוט במועד קבלתו לבית החולים, והטיפול הרפואי שהוחלט להעניק לו אותה עת. טענה זו – דינה להידחות. בית המשפט המחוזי קבע, כי במועד קבלתו של הפעוט לבית החולים היה מצבו קשה, גם אם לא קריטי (עמ' 886 להכרעת הדין). קביעה זו מעוגנת היטב בחומר הראיות – לרבות בדו"ח ראשוני שמילא איש מד"א שפינה את הפעוט לבית החולים (נ/6ב); וכן עדויות הרופאים שהעידו בבית המשפט בדבר משמעות האבחנה שנרשמה בדו"ח (עמ' 889-892 להכרעת הדין). לא נמצאה לי עילה להתערב בכל אלה. בתמצית ייאמר, כי מעדויות הרופאים – הן מטעם ההגנה הן מטעם התביעה – עולה כי הפעוט היה נתון במצוקת נשימה; הטיפול השמרני שניתן לו לא נבע מכך שמצבו לא היה קשה, אלא מהשלכות אפשריות של התערבות מסיבית יותר (ראו עמ' 889 להכרעת הדין); חלק מהתסמינים המהווים אינדיקציה לחומרת המצב הרפואי, אינם מופיעים באופן מיידי אלא מתפתחים בטווח של בין 35 ל-48 שעות, ולכן הם לא אותרו מיד עם קבלתו של הפעוט לבית החולים (עדויות של ד"ר יציב, עמ' 282 לפרוטוקול). מכל האמור עולה, כי טענתו של המערער המבקשת לשכנע אותנו כי מצבו של הפעוט במועד קבלתו לבית החולים לא היה קשה, ולהסיק מכך כי חבטת הראש ממנה סבל הייתה קלה אף היא – אינה יכולה להתקבל.

37. סיכומם של דברים עד כה: סבורני כי החלטתו של בית משפט קמא להעדיף את חוות-דעתו של ד"ר מורד על פני זו של פרופ' בן-סירה – מבוססת היטב. לפיכך, ובהתבסס על האמור בחוות-דעת זו, ועל יסוד הנתונים הנוספים עליהם עמדת, דעתי היא כי החומר הרפואי מחזק ומאשש את השתלשלות האירועים העולה מהודאתו של המערער בפני בריקמן, לאמור, הוא טלטל את הפעוט בעוצמה וכתוצאה מכך נחבט ראשו בקיר. כדי לעורר ספק סביר במסכת עובדתית זו, אין די בהעלאתה של גרסה אלטרנטיבית ורחוקה לאירועים, "אלא נדרש כי קו ההגנה אותו מנסה הנאשם לבסס, יהיה כזה המעלה ספק ריאלי, ממשי, מתקבל על הדעת ובעל אחיזה סבירה בחומר

הראיות" (ע"פ 9216/03 אלרז נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 16.1.2006, פסקה 21; וכן ראו דבריו של השופט אור בדנ"פ 3391/95 בן ארי נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(2) 377, 437 (1997); וע"פ 1003/92 רטלאן נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 23.1.1997) פסקה 10 לפסק דינו של הנשיא ברק). להשקפתי, טענותיו של המערער אינן מערערות את המרקם העובדתי והנסיבתי האיתן שהעמידה התביעה. לעניין זה אוסיף, כי אינני סבור כי העובדה שהמערער הזעיק כוחות מד"א לביתו יש כדי לקעקע מרקם זה, באשר לא יהא זה מופרז להניח כי המערער הזעיק עזרה רפואית משנכח כי הפעוט חדל לנשום, ומכל מקום, לא נטען כי המערער חפץ במותו של הפעוט או התכוון לכתחילה לגרום לכך.

זוהי גם עמדתי באשר לטענה כי המערער טיפל בפעוט באופן שוטף עובר לאירוע, ולכך אין לי אלא להפנות לדבריו של המערער עצמו בהודאתו, היינו, שבשעות שקדמו לאירוע בו עוסק ערעור זה הוא סטר לפעוט ומשך בצווארו – באזור בו סבל ממום. גם העובדה שעל גופו של הפעוט לא נמצאו שברים או סימני המטומה אין בה כדי לשנות מאותה מסקנה. בעניין זה, מבקש המערער להסתמך על חוות-הדעת שערך פרופ' היס (ת/25), ובה נאמר כי על גופו של הפעוט לא נמצאו סימני חבלה המעידים על הפעלת כוח מכוונת. אולם, פרופ' היס גם העיד כי במקרים מסוימים הפעלת כוח אינה מותירה סימנים חיצוניים, וניתן לאתר את עקבותיה רק בנתיחה שלאחר המוות (ראו עמ' 297 לפרוטוקול). לכך יש להוסיף את אחד הפגמים הבולטים בגרסה שמסר המערער בעדותו, וכוונתי למיקומה של חבלת הראש שנגרמה לפעוט. כפי שציין בית המשפט המחוזי בהכרעת דינו, אילו היה ממש בגרסת המערער, היתה אמורה חבלת הראש להופיע בצד הימני של הגולגולת ולא בצד השמאלי בו נמצאה.

38. על רקע דברים אלה יש לבחון את טענותיו של המערער באשר לאי-זימונו של ד"ר ליאל למתן עדות בבית המשפט. בא-כוחו של המערער עמד בפירוט על המאמצים הרבים שהשקיע בניסיון להביא לישראל את ד"ר ליאל, המתגורר במקסיקו, וטען כי את מחדלה של המשיבה בעניין זה יש לזקוף, מן הפן הראייתי, לחובתה.

אכן, במשפט הפלילי – כמו במשפט האזרחי – נוהג הכלל לפיו "אם נמנע בעל-דין מהצגת ראייה רלוונטית שהיא בהישג ידו ללא הסבר סביר, ניתן להסיק, שאילו הובאה הראייה, הייתה פועלת נגדו" (ע"א 548/78 שרון נ' לוי, פ"ד לה(1) 736, 760 (1980)). כן ראו: ע"פ 11331/03 קיס נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 8.12.2004) פסקה 40 לפסק דינו של השופט עדיאל והאסמכתאות המופיעות שם). אלא, שהנחה זו ניתנת לסתירה, ולהשקפתי היא נסתרת במקרה שלפנינו, הואיל והעובדה שניסיונותיו המתמשכים של המערער עצמו להביא את ד"ר ליאל לעדות עלו בתוהו – מוכיחה כי

לעדוהו של ד"ר ליאל לא ניתן להתייחס כאל ראייה שהייתה "בהישג ידה" של המשיבה או כראייה שלא הובאה ללא הסבר סביר. והרי כבר נפסק כי "כל מקרה נמדד לפי נסיבותיו הוא, ובוודאי שאין די בהימנעות... בלבד כדי לערער גרסתו של בעל-דין" (שם, בעמ' 743). סיכומו של דבר, ממצאיו של בית המשפט המחוזי באשר למה שאירע בביתו של המערער בליל האירוע – מקובלות עלי, ולאורן אבחן את ההשגות לעניין קיומם של יסודות עבירת ההריגה.

היסוד הנפשי והתקיימותו של קשר-סיבתי משפטי

39. דחיית טענותיו של המערער במישור העובדתי, מחייבת ממילא את דחיית טענותיו לעניין היסוד הנפשי אשר נשענו, במלואן, על אותן השגות שנדחו. כך או כך, את גרסתו של המערער באשר להלך רוחו במהלך האירוע בו נפגע הפעוט לא ניתן לקבל, שהרי הוא הכחיש מכל וכל את עצם הטלטול. על רקע זה יש לנסות ללמוד על הלך רוחו מנסיבותיו של האירוע. כאמור, המערער אחז את בנו בן שלושת החודשים בידיו וטלטלו בחוזקה. טלטולו של הפעוט הביא לכך שראשו נע קדימה ואחורה בעוצמה וללא תמיכה, ולכך נודעת משמעות כפולה ומכופלת למי שסבל ממום מולד. המערער טלטל את הפעוט בעוצמה כה גדולה, עד שלבסוף הועף, פשוטו כמשמעו, לכיוון הקיר. המערער היה מודע היטב לעובדות אלו ומשמעותן. בעדותו בפני בית המשפט הוא אישר כי ידע שראשו של פעוט בגילו של בנו הוא רגיש במיוחד (עמ' 485 לפרוטוקול). הוא גם הכיר את הסכנה הצפויה לפעוט אם תגרם לו חבלת ראש, הואיל ובעדותו בבית המשפט אישר כי היה ער לכך ש"אדם שחובט ראש של תינוק בן חודשיים בקיר מעלה על דעתו את האפשרות כי התינוק ימות" (עמ' 485 לפרוטוקול).

על רקע זה, אף אם הייתי מניח לטובת המערער כי הוא לא היה מודע לתוצאות אפשריות של פעולת הטלטול כשלעצמה, ברור כי היה מודע לכך שחבטת ראשו של הפעוט בקיר עלולה לגרום למותו. חרף כך, טלטל המערער את הפעוט בעוצמה שהייתה עשויה להוביל – והובילה בפועל – לכך שהפעוט הועף מידי וראשו נחבט בקיר. לנתונים אלה מצטרפים פערי הכוחות המובנים בין המערער לבנו הפעוט, וההבנה, שלא נעלמה מעיניו של המערער, כי האלימות החוזרת ונשנית שהפעיל כלפי בנו החלישה אותו: "זה הכל ביחד, כל המצב, זה הכל מחליש אותו. סטירה אחת מחלישה, עוד אחת יותר עוד אחת יותר ובסוף..." (עמ' 20 לת/א.12. כן ראו עמ' 4 לת/10).

בכל אלה די כדי לקבוע, כי המערער היה מודע לתוצאה הקטלנית האפשרית של מעשיו. אכן, אפשר כי המערער לא צפה את התהליך המדויק שיוביל לכך: הוא לא צפה מראש את התפתחותה של בצקת במוחו של הפעוט, את הפסקת הנשימה או את התפתחותם של סיבוכים רפואיים נוספים. אולם, בכך אין כדי לשנות מן המסקנה כי הוא היה מודע לאפשרות התרחשותה של התוצאה הקטלנית, שכן "העושה צריך להיות מודע לסיכון הקונקרטי הנוצר על-פי נסיבות המקרה המיוחדות. עם זאת אין כל צורך כי העושה יהיה מודע לדרך המדויקת של השתלשלות האירועים שהביאו בסופו של דבר לידי מותו של אדם" (עניין מגידיש, בעמ' 93. והשוו: עניין פרבשטיין בעמ' 35; עניין שטרייזנט בעמ' 523; ע"פ 1688/07 מדינת ישראל נ' אלעוברה (לא פורסם, 17.7.2009) פסקה 3 לפסק דינו של השופט אלון; על הדין בפלילים חלק ראשון בעמ' 167)).

40. המערער טוען כי עקב אורח חייו הייחודי – ובעיקר בשל היותו אברך שתורתו אומנתו – חזקת המודעות בעניינו נסתרת. אכן, כטענת המערער, חזקת המודעות איננה מתאימה לכל מקרה או לכל אדם הבא בשעריו של בית המשפט, שכן "טעות היא לגרוס כי כל אדם מודע לנולד מהתנהגותו – מבחינת טיבה הפיזי, תוצאותיה הטבעיות, ונסיבותיה – ולכן, מובן מאליו, כי גם האדם שבעבירתו דנים היה מודע לו. גישה כזאת הייתה מייתרת את הצורך להוכיח את המחשבה הפלילית במקרים כאלה, והיא נסתרת על-ידי מציאות הדברים, המעידה על שוני מובהק בין בני האנוש לבין עצמם באשר ליחסם הסובייקטיבי – ולו מבחינה הכרתית בלבד – לגבי הנולד מהתנהגותיהם. האמת היא, כי רק בדרך כלל מודע האדם לנולד כאמור" (פלד, בעמ' 545-546). עם זאת, אינני סבור כי אורח חייו של המערער הופך אותו לבלתי מודע לתוצאה הקטלנית האפשרית של מעשיו. ראשית, כפי שצינתי, מעדותו של המערער עולה בבירור כי הוא היה ער למשמעות של התנהגותו ולתוצאות העשויות לצמוח ממנה, לרבות התוצאה הקטלנית שנגרמה בפועל. שנית, בית המשפט המחוזי – אשר ראה ושמע את המערער והתרשם ממנו ישירות – הגיע למסקנה כי חרף כך שהמערער מנהל אורח חיים חרדי, הוא אינו מנותק לחלוטין מחיי המעשה. קביעה זו היא קביעה שבעובדה, ולא נמצאה לי עילה להתערב בה. טענותיו של המערער בעניין זה נדחות, אפוא.

41. אוסיף ואומר, כי קביעתו של בית המשפט המחוזי לפיה במערער מתקיים היסוד הנפשי של פזיזות במובן של קלות דעת – מקובלת עלי אף היא. המערער שב והדגיש בערעורו כי לא הייתה לו כוונה לפגוע בפעוט, לא כל שכן לגרום למותו. ברם, פזיזות במובן של קלות דעת אינה דורשת, כתנאי להתקיימותה, כוונה מצידו של העושה לגרום לתוצאה של מוות, שכן היא מוגדרת, בסעיף 20 לחוק העונשין כ"נטילת

סיכון בלתי סביר לאפשרות גרימת התוצאות האמורות, מתוך תקווה להצליח למנען" (ע"פ 70/04 פוריאדין נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 19.1.2006) פסקה 21 לפסק דינו של השופט עדיאל. כן ראו: ע"פ 6359/99 מדינת ישראל נ' קורמן פ"ד נד(4) 653, 667 (2000); מרדכי קרמניצר "על מאפיינים אחדים של המשפט הפלילי הגרמני" גבורות לשמעון אגרנט (תשמ"ז) 325, 342-343).

לעניין התקיימותו של קשר סיבתי

42. חרף כך שטענותיו של המערער לא עסקו באופן ישיר בשאלת התקיימותו של קשר סיבתי-עובדתי, טענותיו בעניין היסוד הנפשי משיקות במידת-מה לסוגיה זו, ועל כן מצאתי לנכון להתייחס אליה בקצרה. שללתי לעיל את האפשרות כי גורמים אחרים – פרט להתנהגותו של המערער – הם שגרמו למותו של הפעוט. לפיכך, ניתן לקבוע כי בין מעשיו של המערער לבין התוצאה הקטלנית מתקיים קשר סיבתי-עובדתי. מעשיו של המערער היו "סיבה-בלעדיה-אין" למותו של הפעוט, ובין אם בסופו של דבר מצא הפעוט את מותו כתוצאה מהבצקת שהתפשטה במוחו כתוצאה מהפסקת נשימה שאירעה במהלך שהותו בבית החולים, או כתוצאה מהסתבכויות רפואיות אחרות במצבו, מעשיו של המערער היו ונותרו הסיבה העיקרית למותו של הפעוט. אלמלא נהג המערער בבנו כפי שנהג, לא היה הפעוט מגיע כלל לבית החולים כשהוא סובל מדימומים קשים, ולא היה מוצא את מותו בטרם עת.

43. באשר לשאלת קיומו של קשר סיבתי-משפטי. ציינתי כי נוכח כך שאנו עוסקים בעבירת הריגה – שיסוד מיסודותיה הוא צפיות סובייקטיבית של התוצאה הקטלנית על ידי העושה – אין עוד צורך להידרש לשאלת קיומה של צפיות אובייקטיבית. בצד האמור, אתיחס לשאלת קיומו של קשר סיבתי-משפטי בהקשר אחד, והוא שאלת קיומו של "גורם זר-מתערב" שיש בו, כך לדידו של המערער, כדי לנתק את הקשר הסיבתי בין מעשיו לגרימת המוות. לעניין זה קובע סעיף 309 לחוק העונשין:

גרימת  
מוות  
מהי  
–  
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:

(1) הסב נזק גופני המצריך טיפול רפואי או כירורגי והטיפול גרם למותו של הניזוק, ואין נפקא מינה אם הטיפול היה מוטעה ובלבד שנעשה בתום לב וכדיעה

ובמיומנות רגילות, שאם לא נעשה כן - לא יראו את מסב הנזק כמי שגרם למותו של הניזוק.

סעיף 309(1) לחוק העונשין קובע קשר סיבתי-משפטי בין מעשיו של נאשם לתוצאה הקטלנית, מקום בו מעשי הנאשם "לא היו הגורם התכוף ולא היו הגורם היחיד למותו של הקורבן, ובלבד שהטיפול הרפואי נעשה בתום-לב ובידיעה ובמיומנות רגילות" (עניין חסיין, בעמ' 230. והשוו: פסק-דינה של השופטת שטרסברג-כהן בעניין בלקר בעמ' 50; ע"פ 1839/98 רייב נ' מדינת ישראל פ"ד נז(4) 613, 617-618 (2003); דנ"פ 3993/93 בוטקילה נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 3.8.1993) פסקה 4 להחלטתו של הנשיא שמגר). המערער טען, כי הטיפול הרפואי שניתן לפעוט היה רשלני, ועל כן אף אם התקיים קשר סיבתי בין מעשיו לתוצאה הקטלנית – קשר זה ניתק, ועל כן אין לראותו כמי שגרם למותו של הפעוט. ברם טענה זו בדבר טיפול רפואי לקוי נטענה בעלמא וללא ביסוס רפואי או אחר, ומקל וחומר שלא הוכח כי הטיפול שניתן לא היה "בתום לב ובמיומנות רגילה".

לאור כל האמור אני סבור כי יסודותיה של עבירת ההריגה מתקיימים במערער, ועל כן נכון להותיר את הרשעתו על כנה. בנסיבות אלה, איני מוצא מקום להידרש לטענות המדינה לעניין זיכוי של המערער מעבירת ההתעללות.

הערעור כנגד העונש

44. גזירת העונש במקרה שבפנינו אינה מלאכה קלה כלל ועיקר. המערער הוא אדם צעיר, שחי עד לא מזמן בסביבה מגוננת, ונראה כי טרם הפנים את חובותיו כאב. אולם, מנגד ניצב עניינו של תינוק חסר ישע, שאך זה בא לעולם וכבר נאלץ להיפרד ממנו ביסורים כתוצאה מהתנהגות אלימה וחסרת רחמים של אביו – מולידו. על כך היה מצווה בית המשפט להגיב ביד קשה, ולא רק במטרה לגמול למערער על מעשיו, אלא בעיקר כדי להרתיע את הרבים. אינני סבור כי בית המשפט המחוזי החמיר עם המערער, ועל כן הייתי דוחה את הערעור על שני חלקיו.

אני מסכים.

ש ו פ ט

השופט ח' מלצר:

1. אני מצטרף לפסק-דינו המקיף של ראש ההרכב, חברי השופט א' א' לוי, למעט בנקודה אחת שיש לה, לשיטתי, השלכה על הערעור בעניין העונש.

2. השופט א' א' לוי, בפסקה 38 לחוות דעתו קובע, בין השאר, כדלקמן:

“הפרת זכות ההיוועצות של המערער לא הייתה, להשקפתי, טכנית, זניחה או קלת-ערך. מדובר בהפרה מהותית ברורה ומלאה של זכות ההיוועצות. בנוסף, אין להתעלם מכך שניתן היה, בקלות רבה, לגבות את הודעתו של המערער כדין, ולא הייתה כל סיבה נראית לעין שלא ליידע אותו בדבר זכותו להיוועץ בעורך דין עקב דחיפות החקירה”.

בפסקה 23 לחוות דעתו דן השופט א' א' לוי בממצא שנקבע על ידי בית המשפט המחוזי הנכבד ועל פיו החוקרת ארוך ליטפה את המערער במהלך חקירתו – דבר הנוגד את אורח חייו החרדי ואת אמונתו הדתית, האוסרת מגע בין אישה לגבר, שאיננו בעלה. חברי אומר בהקשר זה כך:

“דומה כי חקירתו של המערער בידי החוקרת ארוך נערכה תוך התעלמות מנתון זה ועל כך יש להצר. הדברים אמורים ביתר שאת נוכח כך שאותה התעלמות לא נועדה, אף לעדותה של ארוך עצמה, לקדם את החקירה והיא לא נבעה אלא מחוסר הבנת עולמו של המערער ומחוסר תשומת לב. המגוון האנושי עמו נדרשים להתמודד גורמי אכיפת החוק הוא רחב ביותר, וראוי היה ליתן את הדעת לרגישויות הפרטניות המתחייבות ממנו, שכן “דרכי החקירה המשטרית הנהוגה במשטר פלוני הן בבואה די נאמנה של טיב המשטר כולו” (ע”פ 264/65 ארצי נ’ היועץ המשפטי לממשלה, פ”ד כ(1) 225, 232 (1966)), וכידוע מייחסת שיטת המשפט בישראל חשיבות חוקתית עליונה לשמירה על כבודו של אדם, ובכלל זה, על אמונתו הדתית”.

עם זאת, לגישת ראש ההרכב ומטעמים שבוארו על ידו בהרחבה – אין בשתי התקלות הנ"ל – כדי לפסול את הודאות המערער מחמת כך שאין הן עומדות בתנאיו של סעיף 12 לפקודת הראיות, התשל"א – 1971, או מחמת עילת הפסלות מכוחה של ההלכה שנקבעה ב-ע"פ 5121/98 יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי (לא פורסם, 4.5.2006) (להלן: פרשת יששכרוב).

אף עם התוצאה הנ"ל (שאינן לפסול את ההודאות) אני מסכים, בנסיבות המיוחדות של המקרה, ואולם הנני סבור שיש בשני הפגמים האמורים, שנפלו בהתנהלות החוקרים כאן, כדי להביא להקלה מסוימת בעונש. על כך בקצרה להלן.

3. שלילת זכות ההיוועצות יכולה להביא לעתים לפסילתן של הודאות (ראו: פרשת יששכרוב ולאחרונה, דעת הרוב, שבוטאה בחוות הדעת של חבריי השופטים: א' חיות וי' דנציגר ב-ע"פ 1301/06 עזבון המנוח יוני אלזם נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 22.6.2009); (להלן: פרשת אלזם)).

עם זאת לתפיסתי בצד ההוראה הסטטוטורית שבסעיף 12 לפקודת הראיות והדוקטרינה ההלכתית בדבר פסילת ראיות שפותחה בפרשת יששכרוב – עומדת, במקרים המתאימים, לזכות הנאשם גם ההגנה מן הצדק (ראו לעניין זה חוות דעתי הנפרדת ב-ע"פ 1292/06 תורק נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 20.7.2009) (להלן: פרשת תורק)).

הגנה זו – בפיתוחה הפסיקתי – איננה מצומצמת לטענה המקדמית המעוגנת עתה בסעיף 149(10) לחוק סדר הדין הפלילי (נוסח משולב), התשמ"ב – 1982 (להלן: החסד"פ) והיא מאפשרת, בין השאר, הענקת סעדים מתונים ומידתיים יותר מאשר ביטולו של כתב האישום כולו, כגון: ביטולים של אישומים ספציפיים, או הקלה בעונש (עיינו: ע"פ 4855/02 מדינת ישראל נ' בורוביץ', פ"ד נט(6) 776, 808 (2005); זאב סגל ואבי זמיר "הגנה מן הצדק באור חוק סדר הדין הפלילי - סדר חדש של הגינות משפטית" ספר דיוויד וינר על משפט פלילי ואתיקה 231, 259-262 (תשס"ט - 2009). סגל וזמיר ב-הגנה מן הצדק מבססים מסקנה זו בניחות חדשני של "תורת התוצאה היחסית" וכן על "מדיניות שיפוטית המפעילה עקרונות של סבירות ומידתיות ומקרבת את המשפט הפלילי אל המשפט המינהלי" (שם, בעמ' 262).

גישה זו, שבהוראת סעיף 149(10) לחסד"פ אין מדובר בהסדר שלילי וממצה, הובהרה על ידי מגיש הצעת החוק, חה"כ גדעון סער, בדיון בכנסת, שבו התקבל,



בקריאה השניה והשלישית התיקון האמור לחסד"פ (ראו פרוטוקול הישיבה ה-118 של הכנסת ה-17 מתאריך 15.5.07, שם בעמ' 20). היא נתמכת אף בדעה המנומקת שהביע ישגב נקדימון בספרו החדש והממצה: הגנה מן הצדק בעמ' 101-125 ובעמ' 492 (מהדורה שניה - 2009), שאני רואה לאמץ אותה (פירוט נוסף ראו בחוות דעתי בעניין תורק).

מכאן נובעת, על פי גישתי, המסקנה כי לאחר שקבענו כי ניהול ההליך הפלילי – בשלב החקירה – נפגם בליקוי של שלילת זכות ההיוועצות של החשוד עם עורך-דין וכן היה הדבר כרוך בפגיעה בכבודו כאדם דתי – מן הראוי להפחית קמעא בעונשו מחמת ההגנה מן הצדק. הקלה זו איננה מטעמים הנוגעים לעבירה בה הורשע המערער, או לנסיבותיו האישיות, אלא בשל העובדה שהתנהלות החקירתית כאן – בשני ההיבטים שנסקרו לעיל – עמדה בסתירה מהותית לעקרונות של צדק והגינות משפטית ואף לכך חייב להיות ביטוי ממשי כלשהו למען לא ישנו הדברים.

4. נוכח האמור לעיל – אם דעתי תישמע יש לקבל את הערעור בהקשר לעונש ולהפחית שנה משש שנות המאסר לריצוי בפועל שהושתו על המערער. בשאר חלקי גזר הדין לשיטתי אין מקום לשינוי.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט א' א' לוי.

ניתן היום, י"ב באלול התשס"ט (1.9.09)

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט