



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פלייליים

ע"פ 2247/10

ע"פ 3164/10

בפני :
כבוד השופט א' א' לוי
כבוד השופט ח' מלצר
כבוד השופט י' עמית

המערער בע"פ 2247/10 : שלום ימיני
המערער בע"פ 3164/10 : שי סימון

נגד

המשיבה : מדינת ישראל

ערעורים על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בתל אביב
יפו בת"פ 40238/08 שניתן ביום 18.3.2010 על ידי כבוד
השופט צ' גורפינקל

תאריך הישיבה : י"ב בחשון התשע"א (20.10.10)

בשם המערער בע"פ 2247/10 : עו"ד דורון נוי, עו"ד מרדכי כץ
בשם המערער בע"פ 3164/10 : עו"ד ד"ר חיים משגב, עו"ד תום משגב
בשם המשיבה : עו"ד דותן רוסו, עו"ד חיים ויסמונסקי

פסק-דין

השופט י' עמית:

בלילה שבין יום חמישי לשישי, ה-17.10.08, נהרגה מיטל אהרונסון ז"ל
וחברתה, מלי יזדי, נפצעה באורח קשה מפגיעת רכב דוהר שלא ציית לרמזור אדום.
לאחר שפגע בהן, המשיך נהג הרכב את נסיעתו הפרועה והפקיר את השתיים לאנחתן.
חייה של אישה צעירה כבת 27 נגדעו באיבם, וימיה של הצעירה השנייה נהפכו על
פיהם. מדינה שלמה הזדעזעה עמוקות וכאבה את כאב המשפחה השכולה ואת ייסוריה
של מלי יזדי.

בית המשפט המחוזי הרשיע את נהג הרכב במספר עבירות לרבות בעבירת
הריגה והפקרה לאחר פגיעה (להלן: עבירת הפקרה) ואת הנוסע שישב לצידו כשותף
לעבירת ההפקרה (ת"פ 40238/08 (כב' השופט גורפינקל)). על הנהג שי סימון (להלן:
סימון) הושתו 20 שנות מאסר ועל שלום ימיני (להלן: ימיני), הנוסע שלצידו, הושתו 5
שנות מאסר (גזר הדין מיום 18.3.10). על כך נסכים שני הערעורים שבפנינו: בע"פ
3164/10 מערער סימון-הנהג על חומרת העונש, ובע"פ 2247/10 מערער ימיני-הנוסע
על הרשעתו בעבירה של הפקרה, ולחלופין על חומרת העונש.

כתב האישום המקורי וכתב האישום המתוקן

1. ואלו העובדות כפי שפורטו בכתב האישום המקורי שהוגש כנגד השניים: מספר דקות לפני קרות התאונה, בשעה 3:00 לערך, יצאו שני המערערים את נמל תל אביב ברכב הפוגע בו נהג בעליו של הרכב, אחד בשם ויקטור לביא (להלן: לביא). ביציאה מהנמל עצר הרכב במחסום משטרה לבדיקת נהגים בשכרות ולביא ירד מהרכב כדי לערוך בדיקת שכרות. שני המערערים ירדו גם הם מהרכב, הסתודדו ביניהם והחליטו לברוח מהמקום. השניים - שבאותה עת היו תחת השפעת משקאות משכרים - חזרו לרכב וסימון החל בנסיעה לכיוון רחוב הירקון כאשר ימיני יושב לימינו. בשלב כלשהו התחלפו השניים במקומותיהם וימיני, שהיה אותה העת בפסילת רישיון, נהג ברכב. ימיני המשיך בנסיעה במהירות גבוהה מן המותר, חצה את הצומת באור אדום ופגע במנוחה ובמלי יזדי, שחצו באותה עת במעבר החציה. למרות שידעו כי פגעו בהן, המשיכו השניים בנסיעה במהירות גבוהה ופנו ימינה לשדרות דוד המלך תוך שהם סוטים במהלך הפנייה למסלול הנסיעה הנגדי, ומשם המשיכו השניים במהירות תוך נהיגה פרועה במהלכה הרכב חצה צומת נוסף באור אדום וביצע פניית פרסה אסורה. ימיני עצר את הרכב בסמטה צדדית ודרש מסימון להחליף עימו במקומות הישיבה. ימיני איים על סימון שייקח עליו את מלוא האחריות למעשה ודרש ממנו להסתיר ראיות מפלילות. ימיני ניקה את טביעות האצבע מהרכב, השאיר את הרכב במקום שעצר והמשיך לביתו.

השניים הואשמו בעבירות הבאות: הריגה – עבירה לפי סעיף 298 לחוק העונשין, תשל"ז-1977; חבלה חמורה בנסיבות מחמירות – עבירה לפי סעיפים 333 ו-335 (א)(2) לחוק העונשין; הפקרה לאחר פגיעה – עבירה לפי סעיף 64א לפקודת התעבורה [נוסח חדש], תשכ"א-1961; נהיגה בשכרות – עבירה לפי סעיף 62(3) לפקודת התעבורה; השמדת ראיה – עבירה לפי סעיף 242 לחוק העונשין; אי ציות לרמזור אדום – עבירה לפי תקנה 22(א) לתקנות התעבורה, תשכ"א-1961; פניית פרסה אסורה – עבירה לפי תקנה 44(ב) לפקודת התעבורה. בנוסף, הואשם ימיני בעבירה של נהיגה בזמן פסילה – עבירה לפי סעיף 67 לפקודת התעבורה, ובעבירת איומים לפי סעיף 192 לחוק העונשין.

2. בתום פרשת התביעה ולאחר שסימון החל להעיד פנתה התביעה לבית המשפט בבקשה להגשת כתב אישום מתוקן. זאת, לאחר שהגיעה למסקנה כי הנהג שישב ליד ההגה בזמן אירוע הפגיעה היה סימון וכי לא התבצע חילוף בין השניים במהלך

הנסיעה. בצעד חריג דחה בית משפט קמא את הבקשה בקובעו כי בית המשפט הוא אשר יקבע את זהותו של הנוהג ברכב בעת הפגיעה על סמך הראיות שלפניו.

פסק דינו של בית המשפט המחוזי

3. כך תואר האירוע בהכרעת הדין:

"ביום 17.10.08 בשעה 03:15 לערך, נסע ג'יפ מסוג טויטה לנד קרוזר בצבע שחור בנסיעה פרועה ברחוב אבן גבירול בת"א. באותה עת חצו שתי הולכות רגל, מיטל אהרונסון ז"ל וחברתה מלי יזדי, את מעבר החציה בצומת הרחובות אבן גבירול וצייטלין בת"א, כאשר ברמזור בכיוון חצייתן, דלק אור ירוק. רכב הג'יפ פגע בשתיים תוך חציית רמזור אדום שדלק בכיוונו. כתוצאה מהפגיעה נפטרה מיטל אהרונסון ואילו מלי יזדי נפצעה קשות. הרכב לא נעצר במקום אלא נמלט בנסיעה מהירה ופרועה".

כאמור, אין חולק כי ברכב ישבו סימון וימיני. סימון נעצר ביום 18.10.08 וימיני הסגיר עצמו למשטרה יום לאחר מכן.

4. הסוגיה המרכזית בה עסק בית המשפט המחוזי היתה בשאלת זהותו של הנהג בעת הפגיעה, באשר גרסאות המערערים סתרו זו את זו. בסופו של יום הכריע בית המשפט בשאלה זו וקבע כי סימון הוא שנהג ברכב וימיני ישב לידו. זאת, על סמך הראיות שכללו, בין היתר, את עדויות המערערים, הודעותיהם במשטרה, עדותם של עדי הראיה והממצאים בשטח. אקדים ואדגיש כי הצדדים אינם מערערים על ההכרעה בנקודה זו, אולם לצורך השלמת התמונה, נסכם בקצרה את עיקרי הדברים.

5. גרסתו של סימון: סימון פגש את ימיני כשיצא מהמועדון בשעה 3:00 לערך. השניים היו שיכורים והצטרפו למכוניתו של לביא. ימיני ישב לצידו של לביא (הנהג) וסימון התיישב במושב האחורי. ביציאה ממתחם הנמל נעצר הרכב במחסום משטרה ולביא ירד מן הרכב. בעצתו ובעידודו של ימיני נכנסו השניים לרכב, סימון היה הנהג וימיני ישב לצידו. בשלב מסוים במהלך הנסיעה איבד ימיני את סבלנותו והתחלף עם סימון בכסא הנהג תוך כדי נסיעה. ימיני המשיך לנהוג כשסימון מפנה מבטו לאחור, מפעם לפעם, לבחון האם המשטרה דולקת אחריהם.

לפתע הבחין סימון בדמות הולכת במעבר חציה בצומת הרחובות אבן גבירול וצייטלין, צעק "שלום" (הכוונה לימיני) והבין כי הרכב פגע בהולכת רגל (לדבריו, רק לאחר מכן נודע לו שמדובר בשתי דמויות שנפגעו). ימיני הגביר את מהירות הנסיעה ולאחר מכן עצר בצד הדרך ודרש מסימון להחליף בשנית במקומות הישיבה. סימון נהג בהמשך הדרך ובשלב כלשהו עצר את הרכב וימיני ירד ממנו. ימיני הורה לסימון לנקות את הרכב על מנת להעלים ראיות ואף איים עליו שלא יספר את שאירע. סימון ניקה היטב את הרכב, החנה אותו ברחוב צדדי והחביא את המפתחות.

עוד סיפר סימון, כי ביום למחרת טייל עם כלביו מחוץ לביתו כשלתע הגיע אדם רכוב על אופנוע, עצר לצידו ואיים עליו כי הוא יודע היכן נמצא גן הילדים של ילדו ואף הפנה לעברו תנועת יד מאיימת.

6. גרסתו של ימיני: בשלבים הראשונים של חקירתו טען ימיני כי לא נהג ברכב בשעת התאונה, וכן טען כי היה שיכור ו"אינו עולה על ההגה" מזה כארבע שנים. משלב זה ועד תום החקירה שמר ימיני על זכות השתיקה ולא שיתף פעולה עם חוקרי המשטרה.

בעדותו בבית המשפט מסר ימיני את גרסתו כדלהלן: לאחר שלביא הורד מן הרכב לבדיקת המשטרה הוא וסימון נכנסו לרכב כדי לקנות פיצה. סימון נהג ברכב והוא "היה רדום, נשען לאחור, מסטול", אולם, לדבריו, ייתכן כי דיבר במכשיר הסלולארי. לפתע חש כי הרכב ספג פגיעה והיטלטל לצדדים, סימון אמר "נכנסתי בהם" אולם המשיך בנסיעה. סימון הוא זה שנהג לאורך כל הנסיעה ובשום שלב לא התבצע חילוף במקומות הישיבה. לאחר מכן ימיני ירד מהרכב ונסע במונית לכיוון הפיצרייה. בדרך התקרבה המונית למקום התאונה, וימיני הבחין בכוחות ההצלה וההתקהלות במקום, ומכך הבין שאירע אסון.

הכרעת בית משפט קמא וקביעותיו במישור העובדתי

7. בית המשפט בחן את גרסאות המערערים ועמד על טיבן: בנוגע לסימון, צוין כי ישנם הבדלים במספר פרטים בין הגרסה שמסר במשטרה ובין זו שמסר בעדותו בבית המשפט, בין היתר בנוגע למיקום החילוף השני (לאחר התאונה), תיאור מסלול הנסיעה ומידת השכרות של השניים. על הגרסה שמסר ימיני הוסיף בית המשפט אמרות חוץ שלו בראיונות לכלי התקשורת. באמרה הראשונה מיום הסגרתו למשטרה (19.10.08) טען ימיני כי אינו זוכר כלום ממה שקרה ואף הטיל ספק אם היה נוכח בשעת התאונה.

באמרה נוספת, שניתנה כעשרה חודשים מאוחר יותר, טען ימיני בראיון טלוויזיוני כי אמנם היה ברכב אולם לא נהג, וכשנשאל מה עשה באותו הזמן ענה "ישנתי".

בית המשפט הסתמך גם על אמרותיו של אחד העדים, שבמהלך החקירה הגיע לתחנת המשטרה ושוחח עם ראש צוות החקירה בעניין שלא קשור לחקירה. אגב אורחא, סיפר העד כי נכח בשיחה שהתקיימה כיומיים לאחר האירוע בין ימיני לרוני הררי, בביתו של האחרון. באותה שיחה סיפר ימיני כי חבר שלו נהג בזמן הדריסה "והוא לא יכול לפתוח עליו את הפה". בני הזוג הררי הכחישו קיומה של פגישה זו, אולם בית המשפט מצא את גרסתו של העד מהימנה.

8. נקבע כי לגרסתו של סימון, לפיה התבצע חילוף במקומות הישיבה, לא נמצא תימוכין בעדויות של עדי הראיה. מנגד סקר בית המשפט מערך של התנהגויות מפלילות מצדו של סימון מיד לאחר האירוע: התוודותו בפני אשתו וחבריו, החלפת חולצה מיד לאחר התאונה, והעובדה שלא חזר לביתו מיד לאחר התאונה. טענתו כי אוים בידי רוכב אופנוע הוטלה אף היא בספק נוכח סתירות בגרסתו לעניין זה. כך, טען סימון במהלך הדיון כי האופנוען שאיים עליו הוא חברו הקרוב של ימיני, אולם התברר כי אותו אדם שהה באותו הזמן בחו"ל. עוד העלה בית המשפט ספקות בקשר לגרסתו של סימון, כגון התמיהה כיצד התבצע החילוף בין השניים בשעת הנסיעה ללא שהרכב עצר. בהקשר זה נציין כי אחד מעדי הראיה דלק אחר הרכב הבורח ועקב אחריו לאורך מסלול הבריחה. העד טען בתוקף כי לא ייתכן שהיה חילוף בין השניים בשעת הנסיעה.

אף גרסתו של ימיני לא נמצאה מהימנה במלואה ונתגלו בה סדקים. ואולם, כך נקבע, לא הוצגה ראיה שקושרת את ימיני לנהיגה. על כן קמה חזקה עובדתית כי האדם שנהג בתחילת הנסיעה, קרי סימון, הוא שנהג גם בעת התאונה.

9. סימון הורשע בכל העבירות שיוחסו לשניים בכתב האישום ואילו ימיני, שישב לצידו בשעת התאונה, זוכה מהעבירות שיוחסו לו אגב הנהיגה, לרבות עבירת ההריגה. מנגד, הרשיע בית המשפט את ימיני בעבירה של הפקרה לאחר פגיעה לפי סעיף 64א(ב) לפקודת התעבורה מכוח היותו מבצע בצוותא. וכך נקבע בהכרעת הדין (בעמ' 523):

"בעוד בשלב הנהיגה הראשון, עד למועד קרות התאונה, הנאשם 2 היה בבחינת נוסע ברכב, הא ותו לא, הרי מרגע הפגיעה בהולכות הרגל ע"י נוהג הרכב- הנאשם 1 (סימון – י.ע.), נאשם 2 ע"י מעשיו, הסכמתו ע"י שתיקה להמשך הנסיעה, המשך בריחה מהמקום, טשטוש

הראיות וירידה למחתרת, הפך עצמו לשותפו של הנאשם 1 לביצוע מעשה העבירה של "הפקרה לאחר פגיעה" וע"י כך הפך למבצע בצוותא" (ההדגשות במקור – י.ע.).

נקבע כי עבירת ההפקרה היא עבירה נמשכת, וכי התנהלותו של ימיני בשעת התאונה ולאחריה, כאמור לעיל, מעידה על שיתוף פעולה במעשה ההפקרה.

10. על פסק דינו של בית משפט קמא נסכים שני הערעורים שבפנינו. מאחר שכל אחד מהערעורים מעלה שאלות וסוגיות נפרדות, אדון תחילה בערעורו של ימיני הנסב גם על ההרשעה.

ע"פ 2247/10 : הערעור של ימיני

המישור העובדתי

11. את קביעותיו העובדתיות של בית המשפט בגינן הרשיע את ימיני, ניתן לסכם במספר נקודות מרכזיות:

- א. סימון הוא שנהג ברכב משעת יציאתם מהנמל ועד לאחר הפגיעה במנוחה ובחברתה.
- ב. לאורך הנסיעה ישב ימיני לצידו של סימון וקיים מספר שיחות טלפון תוך כדי הנסיעה.
- ג. ימיני היה אמנם שתוי אך לא היה "שיכור כלוט" כטענתו.
- ד. הרכב חצה במהירות גבוהה את צומת הרחובות אבן גבירול וצייטלין באור אדום ופגע במיטל אהרונסון ז"ל ובחברתה מלי יזדי. ימיני היה מודע לקרות התאונה.
- ה. מיד לאחר הפגיעה המשיך הרכב בנסיעה פרועה ופנה לכיוון שדרות דוד המלך, כשבמהלך הנסיעה ביצע גם פניית פרסה אסורה. בשלב מאוחר יותר, בזמן לא ידוע, סימון עצר את הרכב וימיני ירד ממנו.
- ו. לאורך כל הזמן שבין הפגיעה בשתי הצעירות ועד לעצירת הרכב נותר ימיני יושב במושבו ושותק.
- ז. בית המשפט האמין לגרסתו של סימון כי ימיני הורה לו לטשטש את הראיות ובכלל זה טביעות האצבע שבכלי הרכב. עם זאת, מאחר שסימון

היה עד יחיד בנקודה זו מצא בית המשפט לזכות את ימיני מהעבירה של טשטוש ראיות.

ח. לאחר שירד מן הרכב ברח ימיני מהמקום וחזר במונית לזירת האירוע וזאת בשל סקרנותו.

ט. משלב זה ועד הסגרתו למשטרה ירד ימיני למחתרת.

12. בנוסף, נקבעו שתי קביעות החשובות לענייננו:

א. לא הוכחו יחסי מרות בין ימיני לסימון ולא הוכח כי לימיני היתה שליטה ברכב. אולם נקבע כי ימיני הוא הדומיננטי מבין השניים, והיתה לו השפעה על סימון לעצור ולהושיט עזרה לנפגעות.

ב. מצבו התודעתי של ימיני היה שפיר והיתה לו היכולת להתקשר לכוחות ההצלה בעת הנסיעה.

לאור האמור, נקבע כי בשתיקתו הסכים ימיני למעשה ההפקרה ועודד את סימון להמשיך בבריחה. לו היה חפץ בכך היה יכול לגרום לסימון לעצור את הרכב ולהזעיק עזרה, והא-ראיה כי ניהל שיחות ממכשירו הסלולארי במהלך הנסיעה. לא זו בלבד שימיני לא סייע לנפגעות ולא ביקש לעצור את הרכב, הוא אף הורה לסימון לטשטש את הראיות ובכך יש להצביע על מעורבות ישירה בביצועה של העבירה יחד עם סימון.

13. בית משפט קמא נדרש לשאלה מכוח איזו הוראה ניתן להרשיע את ימיני בגין הפקרת המנוחה וחברתה. עבירת הפקרה היא עבירה מסוג של מחדל שלצידה נדרשת חובת עשה. הדרישה למקור חובה מקום בו העבירה מבוצעת במחדל, מעוגנת בסעיף 18(ג) לחוק העונשין המגדיר מחדל כ"הימנעות מעשייה שהיא חובה לפי כל דין או חוזה", אולם על פי לשון סעיף 64א(ב) לפקודת התעבורה, החובה לסייע לנפגע אחרי תאונה מוטלת על הנהג בלבד ולא על הנוסע ברכב.

נאמר כי גם על עובר אורח חלה חובת עשייה מכוח חוק לא תעמוד על דם רעך, תשנ"ח-1998 (להלן: חוק לא תעמוד על דם רעך), המטיל חובה על כל אדם להושיט עזרה למי שנמצא בסכנה וזקוק לסיוע. במקרה דנן, ימיני לא היה במעמד של עובר אורח אלא כשותף לצורך ביצוע עבירת ההפקרה, ובית המשפט הרשיע אותו כמבצע בצוותא לאור סעיף 29(ב) לחוק העונשין.

14. ערעורו של ימיני מופנה נגד הרשעתו בעבירת ההפקרה. לערעור שני ראשים, האחד נגד קביעותיו העובדתיות של בית המשפט והשני בהיבט המשפטי של ההרשעה. נפתח בהיבט העובדתי ונעמיד את העובדות לאשורן.

15. ימיני חולק על קביעותיו העובדתיות של בית המשפט ואת טענותיו ניתן לסכם בארבע נקודות עיקריות:

- א. לטענתו, הוא היה שיכור ובמצבו לא יכול היה לסייע לנפגעות.
- ב. לא זו בלבד שלא שתק לאחר הפגיעה, אלא אף מחה בפני סימון וצעק לעברו: "סתום, לאן אתה נוסע", אולם סימון התעלם מהמחאה.
- ג. במערכת היחסים בינו לבין סימון, ימיני לא היה הדומיננטי ולא היה בידו כדי להשפיע על שיקול הדעת של סימון. לא הוכח שבין השניים שררו יחסי מרות, הם אינם חברים והמפגש ביניהם ערב התאונה היה מקרי לחלוטין.
- ד. לאחר שחלפו כשלוש דקות נסיעה מעת הפגיעה במנוחה וחברתה, ימיני התעשת וחזר למקום התאונה כדי להיווכח שכוחות הצלה הגיעו למקום, ולא מטעמים של סקרנות גרידא.

מכאן טענת ימיני כי לא היתה לו שליטה במכונית או במעשיו של סימון, וכי הקביעה לפיה שתיקתו עודדה את המעשה והפכה אותו למבצע בצוותא אינה נתמכת בראיות. ההיפך הוא הנכון, הוא חזר למקום התאונה על מנת להבחין בכוחות הצלה שהגיעו למקום ובכך מילא את חובתו.

המישור העובדתי- הכרעה

16. כידוע, אין דרכה של ערכאת הערעור להתערב בממצאי עובדה ומהימנות של הערכאה הדיונית, שהתרשמה באופן בלתי אמצעי מהעדויות והראיות, אלא במקרים חריגים שאינם מתקיימים בענייננו (ראו, לדוגמה, ע"פ 5386/05 אלחורטי נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 18.5.2006); ע"פ 3470/08 פלוני נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 25.11.2009); ע"פ 7097/08 פלוני נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 6.9.2010)).

בית משפט קמא גיבש את המסכת העובדתית וקבע את ממצאי העובדה לאחר שסקר וניתח הודעות ועדויות רבות, כולל אלו שנמסרו על ידי ימיני וסימון. נזכור כי

בסופו של יום דחה בית המשפט את גרסתו של סימון, על אף שגרסתו של ימיני לא נמצאה כולה מהימנה ועל אף ששתק ברוב הקירותו במשטרה.

17. למעלה מן הצורך, אתיחס בקצרה לטענות ימיני במישור העובדתי.

א. אשר לטענת ימיני כי היה שיכור: בית משפט קמא קבע כי בזמן הנסיעה ימיני תיפקד והיה מודע לנעשה מסביבו. בית המשפט תמך קביעתו בעובדה שבמהלך הנסיעה קיים ימיני מספר שיחות טלפון ממכשירו הסלולארי, כפי שעולה מפלטי השיחות ומעדותו של ימיני (עמ' 415 לפרוטוקול). עוד צוין כי ימיני תיאר בפירוט את אירוע הדריסה ומסלול הבריחה, עובדה המעידה על כך שלא היה "שיכור כלוט" כטענתו, וכי רמת המודעות שלו לנעשה היתה סבירה אם לא למעלה מכך. קביעה זו של בית המשפט מבוססת היטב בראיות ואין מקום להתערב בה.

ב. טענת ימיני כי מחה בפני סימון באמירה בנוסח "סתום, לאן אתה נוסע": לגרסה זו אין כל תימוכין בחומר הראיות והיא הועלתה על ידי ימיני לראשונה במהלך המשפט. בעדותו בבית משפט קמא העיד ימיני: "לשאלה מדוע לא אמרתי לו לחזור למקום, אין לי תשובה. הכל היה מבולבל. הייתי מסטול מת. פתאום קיבלתי את הבום והוא (סימון – י.ו.) התחיל לצעוק כמו מטורף. לא ידעתי מה עושים, איני מבין במצבים כאלה" (עמ' 415-416 לפרוטוקול). רק בהמשך העיד (בעמ' 438 לפרוטוקול): "הוא (סימון – י.ו.) אמר 'מה עשיתי, פגעתי בהם, ואי, ואי, שאלתיו (ימיני – י.ו.) 'לאן אתה נוסע, סתום, מה קרה?' הוא תפס את ראשו בידיו". בתחילה, כאשר תיאר את השתלשלות האירועים, לא ציין כי מחה בפני סימון, וכל שאמר הוא כי היה מבולבל ולא ידע מה לעשות. רק בשלב מאוחר יותר של העדות ציין, אגב אורחא, כי שאל את סימון "לאן אתה נוסע, סתום, מה קרה?". לא ברור מהקשר הדברים באיזה אופן ובאיזה הקשר נאמרה האמרה, אם בכלל, והאם יש לאמירה משמעות של מחאה או שהיא אמירה סתמית. אמנם במהלך העדות ציין ימיני כי שאל מספר פעמים את סימון "מה קרה", אולם הערכאה הדיונית לא התרשמה כי הביע מחאה ומורת רוח מהימלתותו של סימון ממקום התאונה.

לכך יש להוסיף כי העד שהיה נוכח במפגש בין ימיני להררי סיפר כי ימיני התבטא: "ככה וככה היה ברחתי, אל תשאל טעות של החיים היינו צריכים לעצור... הוא היה חוטף שלילה לא היה קורה כלום... סתם הסתבכנו בתיק חבל על הזמן. היה מקבל שלילה ועוד כמה חרטות בית משפט והיינו הולכים הביתה" (עמ' 506 להכרעת הדין).

ולבסוף, בעדותו בבית המשפט טען ימיני כי לא עלה על דעתו לבקש מסימון לעצור את הרכב ולסייע לנפגעות:

"אני מבין את עבירת ההפקרה. חשבתי שאם אדם עושה תאונה ונהג ברכב הוא אחראי, ועליו להגיש עזרה, אך לא אחראי לנסיעה... אם נהג עושה תאונה, ויושבים איתו אנשים ברכב שיכורים, והנהג בורח, מה עליהם לעשות? לקפוץ לרכב. כמה הם יכולים להועיל, עוד בזמן שהם שיכורים" (עמ' 429).

עדות זו מדברת בעד עצמה ומעידה על הימנעות מכוונת מלהתערב בנעשה.

ובכלל, ספק אם באמירה נוסח "סתום, לאן אתה נוסע" על רקע כלל הנסיבות, היה כדי להעיד על מחאה ואמירה נוסח "עצור". אם וככל שהדברים נאמרו, אין בכך כדי להעיד על כוונה לעצור ולסייע לנפגעות, שהרי ידוע לנו כי בשלב מסוים ירד ימיני מהרכב ונמלט מהמקום.

ג. איני סבור כי יש בחזרתו של ימיני למקום התאונה כדי לרפא את מעורבותו בעבירת ההפקרה. בפנינו טען ימיני כי חזר למקום התאונה על מנת להבחין אם הגיעו כוחות הצלה למקום. אך בית משפט קמא קבע כי ימיני חזר למקום התאונה מסקרנות גרידא. כך עולה מדברי ימיני בבית המשפט:

"ביקשתי מנהג המונית לנסוע לסובל (הפיצריה – י.ו.), כשפנה לויצמן, ביקשתי שיפנה שמאלה לדוד המלך, ועברנו דרך התאונה – שהיתה משמאל לנו, הייתי סקרן לדאות מה קרה" (עמ' 424).

ובהמשך עדותו חוזר ימיני על הדברים:

"כשלקחתי את המונית לסובל, מטרתי היתה לראות מה קורה בתאונה, ולא בכדי להגיש עזרה, הלכתי לדאות מסקרנות מה קורה" (בעמ' 429).

גם אם הייתי מקבל את טענתו של ימיני כי עבר במקום שלא מטעמי סקרנות, ספק אם היה בכך כדי להועיל לו, שהרי לא עצר במקום אלא חלף על פני מקום האירוע, המשיך במנוסתו וירד למחתרת.

ד. מידת ההשפעה של ימיני על סימון: אכן, יחסי מרות לא הוכחו אך לא מצאתי להתערב בקביעת בית משפט קמא כי ימיני היה דומיננטי עד כדי מטיל מורא. סימון וימיני הכירו האחד את השני, אולם מידת ההיכרות-חברות ביניהם אינה ברורה. לטענת ימיני, הם מכירים באופן שטחי משכונת מגוריהם, הם לא חברים ואין להם קשר טלפוני, אולם ישבו יחדיו פעם אחת במסעדה (עמ' 413 לפרוטוקול). סימון אמנם לא העיד בבית משפט קמא על היחסים בינו לביין ימיני, אולם מעדותו עולה בבירור כי חש פחד בנוכחותו. כך, כשהסביר סימון מדוע נכנס לרכב עם ימיני ביציאה מהנמל, אמר בעדותו:

"שלום (ימיני – י.ע.) אמר לי 'בוא נעוף מפה גם ככה לוקחים את הרכב' שאלתיו למה הכוונה ומה עם ויק (ויקטור לביא, בעל הרכב – י.ע.), והוא אמר לי, כנס, כנס, זו הייתה הטעות שנכנסתי לגי'פ, אך באותו רגע לא רציתי לצאת כנגדו, לא רציתי לסרב לו שזה לא יפגע בי, ידעתי עליו – דבר שאינו סוד, מיהו שלום או מי הם האנשים הללו, מדובר באנשים שמטילים הרבה אימה בר"ג, אנשים לא מעיזים לצאת כנגדם, ידעתי על עברו הפלילי, ידענו שהוא ישב בבית סוהר על הריגה, ושיש להם משרד להלוואות, מכיר הרבה אנשים שהשתמשו בו ומה קרה אם לא שילמו, ברגע שאדם צריך ללוות כסף, אפילו שזה מאוד דחוף לו, כולם בר"ג יודעים שהאופציה האחרונה היא שלום" (עמ' 327-328 לפרוטוקול).

גרסתו של סימון להשתלשלות האירועים אמנם נדחתה, אך בית המשפט נתן אמון בגרסתו של סימון כי ימיני הורה לו לטשטש את הראיות. אינדיקציה נוספת לדומיננטיות של ימיני מצא בית המשפט בצילומי מצלמות האבטחה במועדון ה"סטלה", שם נקלט ימיני מסמן באצבע לסימון לשבת בכסא הנהג (עמ' 509, 527 להכרעת הדין). בית משפט קמא קבע אמנם כי עדותו של סימון לפיה ימיני ציווה עליו "בוא נעוף מפה" אינם מבססים יחסי מרות, אך מהדברים עולה הדומיננטיות של ימיני. לכך יש להוסיף את ההוראה ש"הנחית" ימיני על סימון לטשטש את הראיות, המעידה אף היא על נוכחותו הדומיננטית והמרתיעה. אמנם בית משפט קמא זיכה את ימיני מהעבירה של טשטוש ראיות, אך זאת בהיעדר חיזוק לעדותו של סימון בנקודה זו.

18. סיכומו של דבר, שאין מקום להתערב בקביעותיו של בית משפט קמא במישור העובדתי. ימיני היה מודע לנעשה ולא עשה דבר כדי למנוע מסימון להימלט ומלבצע עבירה של הפקרה לאחר פגיעה. גם אם נאמרו דברים במהלך הנסיעה, יש לבחון את מהות הדברים על פי התנהגותו של ימיני המעידה על הסכמה שבשתיקה למעשיו של סימון-הנהג, ושמה אף השפיעה על סימון לפעול כפי שפעל.

וכעת, משהבהרנו את המסכת העובדתית נתחיל את מסענו בבחינת השאלה המשפטית אם ניתן היה להרשיע את ימיני, בהיותו נוטע ברכב, בעבירה של הפקרה לאחר פגיעה. וזו תהא דרך הילוכנו. תחילה, אקדים מילים מספר על המסגרת הנורמטיבית של עבירת ההפקרה. בהמשך, נעמוד על הלכות שותפים ומבצעים בצוותא ועל רקע הדברים נבחן אם ניתן להרשיע את ימיני כמבצע בצוותא בעבירת הפקרה. היה ונגיע למסקנה כי יש לראות את ימיני כמבצע בצוותא בכך יסתיים דיונונו. היה ונגיע למסקנה כי לא ניתן להרשיעו כמבצע בצוותא נמשיך ונבחן אם ניתן להרשיעו כמסייע לעבירה ובמסגרת זו נעמוד על ההבחנה בין מעשה למחדל.

עבירת הפקרה- המסגרת הנורמטיבית

19. סעיף 64א לפקודת התעבורה שכותרתו "הפקרה אחרי פגיעה", עבירה הידועה במקומותינו כעבירת "פגע וברח", מורה כלהלן:

"(א) נוהג רכב המעורב בתאונה, והוא ידע, או שהיה עליו לדעת, כי בנסיבות המקרה עשוי היה להיפגע אדם, ולא עצר במקום התאונה, או קרוב לו ככל האפשר, כדי לעמוד על תוצאות התאונה, דינו – מאסר שבע שנים, עם קנס או ללא קנס, ובלבד שלא יוטל עליו מאסר על תנאי בין כעונש יחיד ובין כעונש נוסף ולא יינתן עליו צו מבחן.

(ב) נוהג רכב המעורב בתאונה, והוא ידע, או שבנסיבות המקרה היה עליו לדעת, כי בתאונה נפגע אדם, ולא הגיש לנפגע עזרה שהיה ביכולתו להגיש בנסיבות המקרה, לרבות הסעתו לטיפול רפואי, דינו – מאסר תשע שנים, עם קנס או ללא קנס, ובלבד שלא יוטל עליו מאסר על תנאי בין כעונש יחיד ובין כעונש נוסף ולא יינתן עליו צו מבחן".

סעיף 64א כולל שתי חלופות. האחת – כאשר נוהג הרכב ידע או היה צריך לדעת כי עשוי היה להיפגע אדם עליו לעצור כדי לעמוד על תוצאות התאונה, והשניה – כאשר נוהג הרכב ידע או היה צריך לדעת כי נפגע אדם עליו להגיש עזרה לנפגע. על חומרתה של העבירה של הפקרה לאחר פגיעה נאמר:

"עבירת ההפקרה אחרי פגיעה עבירה קשה היא; לא עוד אלא שעבירה היא הפוקדת עצמה עם העבירות שיש בהן כיעור. הנה זה שרוע על הכביש, מתבוסס בדמו, אדם

שזה עתה נפגע בתאונה שהנהג היה מעורב בה – אדם שאפשר ניתן לעזור לו, אפשר ניתן להצילו – ותחת אשר יעצור ויושיט עזרה לפגוע, לוחץ הנהג על דוושת ההאצה ובורח מן הזירה למלט נפשו מחיוב בעונשין. חומרה וכיעור אלה שבמעשה הנהג הביאו לבריאתה של העבירה ולקביעת עונש חמור בצדה: תשע שנות מאסר" (רע"פ 3626/01 ויצמן נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(3) 187, 198 (2002) (להלן: עניין ויצמן)).

20. חובה מוסרית מן המעלה הראשונה היא לבוא ולסייע לאדם פצוע הזקוק לעזרה. חובה זו באה לידי ביטוי בחוק לא תעמוד על דם רעך המחייב כל אדם להושיט עזרה לאדם המצוי בסכנה לחייו או לשלמות גופו ובריאותו. חובה זו באה לידי ביטוי גם בתקנה 146 לתקנות התעבורה, המחייבת כל נוהג רכב העובר במקום בו ארעה תאונת דרכים עם נפגעים, לעצור ולהושיט עזרה לנפגע, גם אם אותו נהג לא היה מעורב כלל בתאונה. חובת ההצלה והסיוע מתחייבת ממידת קל וחומר כאשר נוהג הרכב הוא שגרם לפגיעה באדם. אי עצירה במקרים אלה מעידה על התנכרות מודעת לחיי אדם, על אי איכפתיות ושוויון נפש לגורלו של הנפגע (ש"ז פלר "חובות נוהג כלי-רכב כלפי נפגע בתאונת דרכים" משפטים ו 451, 463 (1975-1976) (להלן: פלר, חובות כלי רכב כלפי נפגע)). מעיון בהצעת החוק אנו למדים כי המחוקק ביקש להילחם בתופעה של תאונות "פגע וברח", כאשר נהגים מפקירים לנפשם נפגעי תאונות דרכים ונמלטים מהמקום כדי להתחמק מענישה. נוכח ריבוי המקרים וחומרתם קבע המחוקק רף ענישה גבוה של תשע שנות מאסר (ראו דברי ההסבר להצעת חוק לתיקון פקודת התעבורה (מס' 3), תשכ"ד-1964, ה"ח 290, 295; עניין ויצמן בעמ' 197-198). לשם ההשוואה נספר לקורא כי העונש המוטל על העובר על חוק לא תעמוד על דם רעך הוא קנס בלבד.

21. עבירת ההפקרה הינה עבירת התנהגות מסוג של מחדל, ובגדרה מוטלת חובת עשה על הנהג המעורב בתאונה להגיש עזרה למי שנפגע או עשוי היה להיפגע כתוצאה מהתאונה, גם אם התאונה לא הייתה באשמתו. חובה זו מוטלת על "נוהג הרכב" כאמור בסעיף 64א, אך מה דינם של שאר הנוסעים ברכב אשר חזו בתאונה ולא הושיטו עזרה לאדם שנפגע? מה דינו של הנוסע שישב לצידו של הנהג, שלא זו בלבד שלא ירד מן הרכב לסייע, אלא אף לא מיחה באוזני הנהג והסכים בשתיקה לבריחה מן המקום? לכאורה, קשה להלום כי רק הנהג ישא בעונשו בעוד שנוסעי הרכב יהיו נקיים מאשמה ולא ישאו בתוצאת ההפקרה. בחובה מוסרית ואנושית עסקינן, של לקיחת אחריות ודאגה לחיי אדם, וכבר קבע הרמב"ם בהקשר לעבירות מסוג זה של הפקרת אדם:

”אף על פי שאין לוקין על לאוין אלו מפני שאין בהן מעשה, חמורים הם: שכל המאבד נפש אחת מישראל, כאילו אבד כל העולם כולו; וכל המקיים נפש אחת מישראל, כאילו קיים כל העולם כולו” (משנה תורה, הלכות רוצח ושמירת הנפש, פרק א, הלכה טז).

ברי כי החובה המוסרית לסייע לנפגע מוטלת גם על נוסע ברכב המעורב בתאונה. ברם, במשפט פלילי עסקינן, הכפוף לעקרון החוקיות לפיו ”אין עבירה ואין עונש עליה אלא אם כן נקבעו בחוק או על-פיו” (סעיף 1 לחוק העונשין). איננו רשאים להרשיע אדם ללא הוראה מפורשת בדין, ומכאן השאלה הצריכה לענייננו והיא: האם ניתן להרשיע גם את ימיני - בהיותו נוסע ברכב - בעבירה של הפקרה, למרות שסעיף 64א נוקט לשון ”הנוהג ברכב”?

מאחר שחובת העשייה מצויה בעבירת ההפקרה גופא, הרי שאיננו נדרשים לאתר מקור חובת עשייה ל”נוהג ברכב”. מכאן טענת התביעה כי יש לראות את ימיני כמבצע בצוותא של העבירה, וככזה, כמי שמוטלת עליו חובת עשייה מכוח הסעיף עצמו. תזה זו נתקבלה על ידי בית משפט קמא שהרשיע את ימיני כמבצע בצוותא. נדון אפוא להלן בסוגיה זו.

ימיני – האם מבצע בצוותא של עבירת ההפקרה?

22. פרק ה סימן ב' לחוק העונשין עוסק ב”צדדים לעבירה”, אלו המצויים במעגל הפנימי של העבירה: המבצע העיקרי והשותף העיקרי (סעיף 29 לחוק), ואלו המצויים במעגל החיצוני לעבירה: המסייע (סעיף 31 לחוק) והמשדל (סעיף 30 לחוק). ענייננו בשלב זה במעמדו של ימיני כמבצע בצוותא, ונפתח אפוא בלשונו של סעיף 29(ב) לחוק העונשין:

”המשתתפים בביצוע עבירה תוך עשיית מעשים לביצועה, הם מבצעים בצוותא, ואין נפקה מינה אם כל המעשים נעשו ביחד, או אם נעשו מקצתם בידי אחד ומקצתם בידי אחר”.

הפסיקה עסקה בהרחבה בשאלת ההבחנה והסיווג של המעורבים בביצוע העבירה, תוך התמקדות בהבחנה בין מסייע לבין מבצע בצוותא (דנ”פ 1294/96 משולם נ’ מדינת ישראל, פ”ד נב(5) 1 (1998) (להלן: עניין משולם); ע”פ 6914/04 פיינברג נ’ היועץ המשפטי לממשלה, פ”ד נט(6) 49, 69 (2005) והאסמכתאות שם (להלן: עניין

פיינברג); ע"פ 2103/07 הורביץ נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 31.12.2008) פסקאות 44-52 והאסמכתאות שם (להלן: עניין הורביץ)). בקליפת אגוז, סיווגם של הצדדים לעבירה נעשה על פי תפקידם של השותפים השונים בהגשמת המזימה העבריינית, על פי תפקידם בתכנית העבריינית ועל פי מידת קרבתם ל"גרעין הקשה" של ביצוע העבירה. מבצע בצוותא הוא מי שלוקח חלק בביצוע עבירה על ידי עשיית מעשה הדרוש להגשמת התכנית הפלילית, כאשר היסוד הנפשי הנדרש זהה ליסוד הנדרש בעבירה העיקרית ומודעות לפעולה בצוותא עם האחרים.

ההבחנה בין מסייע למבצע בצוותא מצויה אפוא הן במישור הנפשי והן במישור העובדתי, מעין מבחן משולב הבוחן את מהות העשייה של הנאשם ויחסו הנפשי לביצוע העבירה (עניין משולם, בעמ' 20, 23-32; יעקב קדמי הדין בפלילים – חוק העונשין חלק ראשון 371 (2004) (להלן: קדמי)). מבחן זה אופיין בפסיקה כמעין מקבילית כוחות: ככל שמתקיים יסוד נפשי חזק יותר ניתן להסתפק ביסוד עובדתי חלש יותר, ולהיפך. ביסוד העובדתי נעזר בית המשפט ב"מבחן השליטה הפונקציונלית" על המעשה, לפיו חלקו של המבצע בצוותא צריך להיות חיוני לביצועו של המעשה העברייני (ע"פ 5781/01 אעמר נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(3) 681, 690 (2004)). למבצע בצוותא שליטה פונקציונלית יחד עם האחרים על המעשה העברייני והוא חלק מהתוכנית הכוללת להגשמת המעשה (ע"פ 2796/95 פלוניס נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(3) 388, 403 (1997) (להלן: עניין פלוניס)); ע"פ 4389/93 מרדכי נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(3) 239, 250 (1996)). עם זאת, "מקום שהשליטה מוכחת, אין עוררין על כך שיש לסווג את המעורב בעל השליטה כמבצע בצוותא. ואולם, בכך אין כדי ללמד כי מקרים בהם לא הוכחה שליטה מובהקת משמעם כי אין בפנינו מבצע בצוותא" (עניין הורביץ, בסעיף 51).

מבחינת היסוד העובדתי של העבירה, אין הכרח כי המבצע ישלים לבדו את כל רכיבי ההתנהגות הפלילית על מנת שהפעולה תתגבש לכדי עבירה (קדמי, בעמ' 369-370; ע"פ 4693/01 מדינת ישראל נ' בביזאבי, פ"ד נו(5) 580 (2002) (להלן: עניין בביזאבי)). הפסיקה המשילה את המבצעים בצוותא לגוף אחד בעל זרועות שונות, כאשר לכל מבצע תפקיד משלו להשלמת המעשה הפלילי. להבדיל מן המסייע, תרומתו של המבצע בצוותא לעבירה היא פנימית וחלקו מהותי להגשמת התוכנית המשותפת (עניין פלוניס, בעמ' 402; קדמי, בעמ' 371 וההפניות שם). הביצוע בצוותא מניח תיאום בין הצדדים, חלוקת תפקידים מוקדמת, הכנה מוקדמת או תכנון מוקדם (גבריאל הלוי השותפות לדבר עבירה 624 (2008) (להלן: הלוי, השותפות לדבר עבירה); עניין פלוניס בעמ' 403; עניין הורביץ, בפסקה 48)). עם זאת, הפסיקה הכירה בכך כי לא בכל ביצוע בצוותא מתקיים בשותפים לעבירה "הילכו שניהם יחדיו בלתי אם נועדו" (עמוס ג, 3),

ולעיתים, אין צורך בהיוועדות מוקדמת או בתכנון מראש, ואף שותפות ספונטנית עושה עבריינים למבצעים בצוואתא (ע"פ פ' 259/97 סובחי נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 28.4.1998); עניין בביזאיב, בעמ' 584-585, 590. להבחנה בין המושגים: תכנון מוקדם, שותפות ספונטנית והסכמה ראו הלוי, השותפות לדבר עבירה בעמ' 242-247).

23. בית משפט קמא התייחס לטענת ימיני כי בפסק דין ויצמן, שהוא המנחה בסוגיה, נקבע אמנם כי בנסיבות מסוימות ניתן להרשיע נוסע כמסייע לעבירת ההפקרה, אולם לא ניתן להרשיע אותו כמבצע בצוואתא. בית המשפט דחה את הטענה וקבע כדלהלן:

“לא זו בלבד שבית המשפט העליון במסגרת ויצמן ביסס את המקור לחובת העשייה החלה על נוסע ברכב אלא בית המשפט אף לא שלל את האפשרות כי נוסע יורשע כמבצע בצוואתא בגין עבירת הפקרה לאחר פגיעה. בית המשפט הדגיש כי כל מקרה יבחן לגופו של עניין על כל נסיבותיו ודרגת שותפותו של כל נוסע תקבע בהתאם לנסיבות הקונקרטיות של כל מקרה ומקרה” (עמ' 526-525 להכרעת הדין).

ואכן, בפרשת ויצמן התבטא כב' השופט חשין כי ייתכן שניתן היה להרשיע את הנוסע ליד הנהג כמבצע עיקרי.

על רקע דברים אלה, נבחן את הרשעתו של ימיני כמבצע בצוואתא.

24. המשיבה תומכת בקביעתו של בית משפט קמא לפיה ימיני היה שותף לעבירה כמבצע בצוואתא. בית המשפט הרשיע את ימיני על סמך הקביעות העובדתיות הבאות: שתיקתו של ימיני, המשך הבריחה מהמקום וטשטוש הראיות לאחר מכן, בשילוב הדומיננטיות של ימיני ביחס לסימון. נקבע, כי לא זו בלבד ששתיקתו של ימיני היוותה הסכמה למעשה, אלא אף עודדה את סימון להמשיך בנסיעה, ובכך הפך ימיני לשותף ישיר לעבירה. בנוסף טענה המשיבה כי ימיני היה מודע לפגיעת הרכב בהולכות הרגל ובכך שהוא וסימון בורחים מן המקום, ואף על פי כן לא גילה יוזמה להתקשר לכוחות ההצלה. בנסיבות אלה, שתיקתו של ימיני עולה לכדי התנהגות אקטיבית, התומכת ומעודדת את מעשה ההפקרה. המעשה האינסטינקטיבי במקרה של פגיעה הוא עצירת הרכב. הימנעות מעצירה לאחר פגיעה, כמו גם שתיקה בנסיבות אלו, כמוה כהתגברות אקטיבית על אותו אינסטינקט ראשוני. בנוסף, ימיני היה הדומיננטי מבין השניים

והיתה לו היכולת להשפיע על סימון לעצור את הרכב. לא זו בלבד שלא עשה כן, אלא הוא יזם לטשטש את הראיות ובכך חיזק את השתתפותו בעבירה.

25. לטעמי, העובדות דלעיל אינן מביאות למסקנה כי ימיני היה מבצע בצוותא של עבירת ההפקרה. ביצוע בצוותא מצריך, כאמור, שיתוף פעולה של כלל המשתתפים לתכנון המעשה וביצועו. כפי שנקבע על ידי בית משפט קמא לא הוכח כי השניים חברו יחדיו לצורך ביצוע נהיגה פרועה. נהפוך הוא, בית המשפט קבע כי השניים הלכו לרכב ולא נמלטו בריצה, הרכב עזב את הנמל בנסיעה איטית ללא כל סממנים של הימלטות ונעצר ברמזור לפני היציאה (עמ' 522 להכרעת הדין). ימיני נקלע לזירה בעצם הימצאותו ברכב הפוגע. לא הוכח כי בינו לבין סימון נרקמה תוכנית לביצוע עבירת ההפקרה; השניים לא סיכמו ביניהם באיזה אופן תבוצע העבירה, ובהיעדר ראיה אחרת, עלינו להניח לזכותו של ימיני כי סימון המשיך לנהוג במהירות שנראתה לו ובמסלול שהיה מתאים לבריחה. אכן, שותפות לעבירה יכולה להיווצר באופן ספונטני, אך חבירה ספונטנית כשלעצמה, לא מקימה ביצוע בצוותא של העבירה, ויש להראות כי ההלך הנפשי של המשתתף היה לפעול למטרה אחת עם המבצע העיקרי (ראו ע"פ 807/99 מדינת ישראל נ' עזיזיאן, פ"ד נג' (5) 747, 756 (1999)). הדברים נכונים במיוחד לעבירת מחדל, ולמיטב ידיעתי, לא נדונה בפסיקה סיטואציה של השתתפות ספונטנית בעבירת מחדל. במקרה דנן, לא הוכח כי "תוך כדי תנועה" תרתי משמע, נרקם קשר בין סימון לימיני לביצוע בצוותא של עבירת ההפקרה. היעדרו של "תכנון מקורי" או של קשר לביצוע בצוותא מחליש עד מאוד את הטענה שיש לראות את ימיני כמבצע בצוותא (עוד לתכנון ולקשר מראש ראו: ע"פ 3601/01 זגורי נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(4) 401 (2002); ע"פ 5279/01 אלכסי נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 24.7.2002)). בנוסף, יש לבחון את היסוד ההתנהגותי של המבצע בצוותא, את תרומתו הפיזית למעשה העברייני, שבהעדרה לא ייחשב כמבצע בצוותא, כפי שיבואר להלן.

26. נוכחות כשלעצמה במקום ביצוע העבירה יכולה לבטא את הרכיב ההתנהגותי הן של מסייע לעבירה והן של מבצע בצוותא. כאמור, לא כל הרכיבים ההתנהגותיים צריכים להתקיים אצל כל המבצעים. די בכך שהיסוד העובדתי מתקיים בקבוצה העבריינית כגוף אחד, שהרי המונח 'מבצע בצוותא' בודק את התנהגות היחיד כחלק מקבוצה, הן מבחינת מעשיו והן לנוכח כוונותיו (ע"פ 5305/07 חסון נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 6.9.2010), בפסקה 4 והאסמכתאות שם (להלן: עניין חסון)). יכול אפוא הטוען לטעון כי נוכחותו של ימיני ברכב, בעת ביצוע עבירת ההפקרה, מגעת אפוא כדי ביצוע בצוותא.

ואולם איני סבור כי נוכחותו של ימיני ברכב, כשלעצמה, מגעת כדי ביצוע בצוותא. על נטל השכנוע וטיב הראיות לעניין נוכחות הנאשם במקום ביצוע העבירה, עמד כב' השופט מצא בע"פ 6202/95 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(5) 685, 690 (1996) באומרו:

"נקודת המוצא היא, כי הנוכחות, כשהיא לעצמה, אינה אלא עובדה ניטראלית; ונטל השכנוע לטענה, כי נוכחותו של הנאשם במקום ביצוע העבירה נועדה לסייע למבצע העבירה, רובץ על התביעה. ואולם בדבר טיב הראיות שהתביעה נדרשת להביא להוכחת מחשבתו הפלילית של הנאשם הנוכח, הבחינה הפסיקה בין שני סוגי מקרים: כאשר הנוכחות על פניה היא לכאורה סתמית ומקרית, יוטל על התביעה להביא ראיה המורה על שיתוף פעולה ממשי או על שיתוף מטרה ממשי בין הנאשם לבין מבצע העבירה. אך אם הנוכחות, כעולה מן הנסיבות האופפות אותה, איננה מקרית, היא גופה תהווה ראיה לכאורה לאשמת הנאשם. במקרה כגון זה יוטל על הנאשם לסתור את ההנחה הלכאורית המסתברת מן הנסיבות ושעל-פי ההיגיון וניסיון החיים מעידה היא עליו כי נוכחותו במקום ביצוע העבירה נבעה משותפותו לעבירתו של המבצע. אם הנאשם נכשל בכך, והנסיבות המפלילות הינן בעלות משקל ראוי לשמו, תימלא מכסת הראיה הנדרשת לביסוס אשמת הנאשם, ובית המשפט יהיה רשאי להרשיעו".

אציין כי באותו מקרה נקבע (בדעת רוב מול דעתו החולקת של כב' השופט טל) כי יש להרשיע את המערער בשותפות לעבירה של סיכון חיי אדם בנתיב תחבורה, לאחר שנמצא עומד יחד עם קבוצת נערים שיידו אבנים בכלי רכב, למרות שהוא עצמו לא יידה אבנים. מחדלו של המערער שם להוציא עצמו מהחבורה הקים עליו חזקת שותפות לעבירה ונדחתה טענתו כי נקלע לזירה דרך מקרה.

במקרה שבפנינו, ימיני, בהיותו נוסע ברכב, נקלע לזירת העבירה שהרי ברי כי השניים לא "תכננו" מראש את הפגיעה במנוחה ובחברתה. גם מבחינה זו, קשה לראות את נוכחותו של ימיני ברכב כנוכחות של מבצע בצוותא.

27. אכן, ייתכנו מצבים בהם מבצע בצוותא יהיה גם מי שלא לקח חלק פעיל במעשה הפיזי, למשל, כאשר מדובר במנהיג החבורה המפקח על המעשה העברייני או שהיה בעל שליטה על המעשה העברייני (ראו ע"פ 4317/97 פוליאקוב נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(1) 289, 299-300 (1999) (להלן: עניין פוליאקוב)) או שמילא תפקיד ממשי בתכנון הביצוע (ראו אהרון אנקר "על ההבחנה בין המבצע בצוותא למסייע" מחקרי

משפט יז 399, 341 (2002)). במקרה דנן, ומאחר שמדובר בהיקלעות לא מתוכננת לזירה, איני סבור כי בנוכחותו ובשתיקתו של ימיני יש כדי לסווגו כמבצע בצוותא.

גם אם נראה בשליטה ברכב מדד לסיווגו של הנוסע ברכב כמבצע בצוותא, ספק אם הדומיננטיות של ימיני עלתה לכדי שליטה או מרות על סימון. לכן, לא סגי בשתיקתו של ימיני כדי להוכיח קיומו של יסוד נפשי בדרגה הנצרכת לשם הרשעתו כמבצע בצוותא. המשיכה טענה כי ניתן להמשיל את המקרה שלפנינו למצב בו יושב אב לצידו של בנו הנהג, ובשתיקתו משפיע עליו להפקיר נפגע לאחר תאונה, השפעה הנובעת מסמכותו ההורית והדומיננטיות שלו ביחס לבנו. מבלי להביע דעה אם אכן ניתן יהא להרשיע את האב במקרה כאמור כמבצע בצוותא, איני סבור כי הנדון דומה לראיה. בית משפט קמא מצא כי לימיני לא הייתה שליטה ממשית ברכב בשעה שסימון נהג בו, ולכן לא הרשיע אותו בעבירה של הריגה. אכן, העבירה של הפקרה היא עבירה עצמאית העומדת על רגליה שלה בנפרד מעבירת ההריגה, אך דומה כי הקביעה לגבי היעדר שליטה ממשית של ימיני ברכב עובר לעבירת ההריגה, כוחה יפה גם לדקות שלאחר מכן, כאשר השניים נמלטו ממקום התאונה. ובקיצור, לא הוכח כי בידי ימיני הייתה מסורה "השליטה הפונקציונלית-מהותית, יחד עם המבצעים בצוותא האחרים, על העשייה העבריינית" כנדרש לביצוע בצוותא (עניין חסון, שם).

לא למותר לציין כי יש הגורסים כי אפילו כאשר לנוסע יש שליטה ופיקוח על הנהג – כגון הבעלים של רכב הנמצא במכונית הנהוגה על ידי אחר – אין בכך כדי להצדיק חריגה מהפירוש הטבעי של עבירת ההפקרה, ואין לייחס לאותו נוסע את העבירה (דן ביין "בעיות יסוד בעבירות של פגע וברח" עיוני משפט ד 522, 567-568 (1975) (להלן: ביין, בעיות יסוד של פגע וברח)).

28. המשיכה מבקשת לסווג את שתיקתו של ימיני כמעשה אקטיבי של תמיכה ועידוד במחדל ההפקרה, כאשר השתיקה מבטאת את הרצון לבצע את העבירה (היסוד הנפשי) ולה השפעה ישירה על הנהג בביצועה (היסוד העובדתי). ככל שניתן לסווג שתיקה כמעשה אקטיבי – ובכך נדון גם בהמשך – הדבר לא פשוט כלל ועיקר. מכל מקום, במקרה דנן, יש קושי לראות בשתיקה כמעשה אקטיבי ברכיב ההתנהגות של העבירה על מנת לראות את ימיני כמבצע בצוותא.

29. עוד טענה המשיכה כי הטלת חבות על הנוסע מתחייבת גם מלשונו של הסעיף ומתכלית העבירה. עבירת ההפקרה "אדישה" לשאלה מי אשם בתאונה. די בכך שהנהג "מעורב בתאונה" ואף אין נפקות לאופן בו ננטש הנפגע, אם בנהיגה או בכל דרך

אחרת. מכך מסיקה המשיבה, כי האפיון "נהג" שבסעיף אינו מחייב הבחנה דיכוטומית בין הנהג לשאר היושבים ברכב. יתכנו מצבים, כמו המקרה שלפנינו, בהם הנוסע היה "הרוח החיה" בתאונה ולא הנהג, ואילולא מעשיו ומחדליו ההפקרה לא היתה מתרחשת. בנוסף יתכנו מקרים בהם האפשרות והיכולת לעזור לנפגע יהיו דווקא בידי של הנוסע. בסופו של יום, כך נטען, יש לבחון כל מקרה על פי נסיבותיו, ומקום בו היה הנוסע דומיננטי תיתכן הרשעתו כמבצע בצוותא על אף לשון הסעיף.

30. איני סבור כי פרשנות תכליתית של סעיף 64 א לפקודה מאפשרת לראות גם את הנוסע ברכב כמי שנהג ברכב. במשפט פלילי עסקינן, ואין להרחיב אחריות על סמך פרשנות תכליתית באופן שהמילים "הנהג ברכב" יתפרשו בנוסח "לרבות מי שאינו נוהג ברכב" (בדומה להגדרת "דג" בפקודת הדיג ולפיה "דג" פירושו כל חית-מים בין שהיא דג ובין שאינה דג...") כפי שנזכר בע"א 1109/00 מזרחי נ' מנורה חברה לביטוח בע"מ, פ"ד נו(2) 49, 60 (2001)). אכן, "מילותיו של החוק אינן מבצרים, שיש לכבשם בעזרת מילונים, אלא עטיפה לרעיון חי, המשתנה על-פי נסיבות הזמן והמקום, לשם הגשמת מטרתו הבסיסית של החוק" (ע"פ 787/79 מזרחי נ' מדינת ישראל, פ"ד לה(4) 421, 427 (1980)). אולם במקרה דנן לא במונח עמום עסקינן, אלא במילים מפורשות של המחוקק, שהסב את הוראת הסעיף על הנהג בלבד. נהג הוא נהג וכל פרשנות אחרת אינה יכולה להלום את המונח.

31. המשיבה טענה כי ניתן להרשיע את הנוסע כמבצע בצוותא למרות שאינו "נהג" מכוח סעיף 34 לחוק העונשין. לשיטתה, הרכיב הנסיבתי שבעבירה: "נוהג רכב המעורב בתאונה", נושא שני פנים. האחד בעל "אפיון פונקציונאלי" המכוון לאדם האוחז בהגה ושולט על הרכב, והשני הוא "אפיון אישי" המתייחס לאדם הספציפי שנוהג ברכב. האפיון הפונקציונאלי של "נוהג רכב" הוא רכיב אחד מתוך רכיבי העבירה, ואין הכרח שהשותף לעבירה ימלא את כל רכיבי העבירה בעצמו על מנת להרשיעו כמבצע בצוותא. כך גם בענייננו: ימיני אמנם אינו ממלא את הנסיבה של "נוהג רכב" המצויה בסעיף, אך נסיבה זו התקיימה בסימון, ובכך שימיני ביצע את יתר רכיבי העבירה נעשה מבצע בצוותא. על פי סעיף 34 לחוק העונשין, שכותרתו "נתונים ענייניים ואישיים", יכול אדם להיות צד לעבירה גם אם לא מתקיים בו נתון שהוא תנאי להתהוות העבירה. במקרה שבפנינו, התנאי של "נוהג ברכב" אמנם לא מתקיים בימיני, אך גם לא חייב להתקיים בו לאור סעיף 34, שאף מייתר את הצורך לתור אחר מקור ל"חובה על פי דין" לצורך גיבוש עבירת מחדל כאמור בסעיף 18(ג) לחוק העונשין. ובקיצור, אין באפיון הספציפי של "נוהג רכב" כדי לשלול את חבותו של נוסע ברכב כמבצע בצוותא, על אף שלא מתקיים בו תנאי זה.

32. טענה זו אינה נראית לי ואנמק את מסקנתי.

העבירה של הפקרה לאחר פגיעה משתייכת לקבוצת עבירות המכונות "עבירות בעושה מיוחד" (*delicta propria*) המאופיינות ברכיב נסיבתי של עושה ספציפי, כך שהנורמה הפלילית לא חלה על מי שלא מתקיים בו אפיון זה. ברם, כאשר במבצע בצוותא עסקינן, ניתן להטיל עליו אחריות פלילית גם בעבירה של "עושה מיוחד" למרות שלא מתקיים בו עצמו הרכיב הנסיבתי הנדרש (גבריאלי הלוי תורת דיני העונשין חלק ב' 624-626 (2009) (להלן: הלוי, תורת דיני העונשין); קדמי בעמ' 402). זאת, מכוח סעיף 34 לחוק העונשין שכותרתו "נתונים ענייניים ואישיים" הקובע כלהלן:

"34. נתון שהוא תנאי להתהוות עבירה, תהיה לו נפקות לגבי כל צד לאותה עבירה, אף אם אינו מתקיים בו; ואולם נתון אישי שנפקותו מכוח חיקוק להחמיר בעונש, להקל בו, לשנותו בדרך אחרת, או למנעו, תהיה הנפקות לגבי אותו צד בלבד שבו הוא מתקיים" (הדגשה שלי – י.ע.).

הסעיף מבדיל בין נתון אישי לבין נתון ענייני, שהוא תנאי להתהוות העבירה. "נתון ענייני" הוא רכיב בהגדרת העבירה הקשור במעשה עצמו ומהווה תנאי להשתכללות העבירה. "נתון אישי" הוא נתון הקשור בעושה, הקובע את מידת האחריות הפלילית או העונש של המעורב בעבירה (קדמי, בעמ' 402; הלוי, תורת דיני העונשין, חלק ב' 625-626). במילים אחרות, נתונים ענייניים הם "נתונים עובדתיים המגדירים את מידת היותו של האירוע פלילי (*in rem*)" ונתונים אישיים הם "נתונים עובדתיים המגדירים את מידת האחריות הפלילית שבה נושא האדם המעורב בעבירה (*in personam*)" (הלוי, תורת דיני העונשין חלק ב' 854). נדגים להלן את ההבחנה בין השניים:

סעיף 290(א) לחוק העונשין קובע עבירה של עובד ציבור הנוטל שוחד. את הנתון הענייני של "עובד ציבור" ניתן להחיל מכוח סעיף 34 גם על מי שאינו עובד ציבור ולהרשיעו כמבצע בצוותא של עבירה זו. כך, נקבע בעניין פיינברג (בפסקה 33), כי מכוח סעיף 34 ניתן להאשים את המערער בעבירת גניבה בידי עובד ציבור אף אם אינו עובד ציבור, בהיותו צד לעבירה של גניבה בידי שותפו לביצוע העבירה המקיים את האפיון של עובד ציבור.

סעיף 303(א) לחוק העונשין עניינו בהגנת המתת תינוק. אישה, אם לתינוק בן פחות משנה, עשויה לזכות בנסיבות מסוימות להגנה מפני אחריות פלילית של רצח או הריגת תינוקה ולקבל עונש מופחת. המדובר בנתון אישי של עושה העבירה ולכן, אם יצטרף אבי התינוק להמתת התינוק, הוא לא יזכה בהגנה או בהקלה העונשית מכוח סעיף 34 ב (הלוי, תורת דיני העונשין, חלק ב בעמ' 854-860).

ודוק: אין צורך להידרש להוראת סעיף 34 כאשר במבצע באמצעות אחר עסקינן, שאז קיימת הוראה מפורשת לפיה יואשם המבצע גם בעבירה המותנית בעושה מיוחד ושייחודה מתקיים רק באדם האחר (סעיף 29(ד) לחוק העונשין). פשיטא כי גם אין צורך להידרש לסעיף 34 כאשר מדובר בשידול או בסיוע. אדם יכול לשדל עובד לגנוב ממעבידו או לסייע לעובד לגנוב ממעבידו. השימוש בסעיף 34 נדרש כאמור לצורך הרשעה כמבצע בצוותא של עבירת גניבה ממעביד, כאשר השותף למעשה הגניבה אינו עובד (לביקורת על ניסוחו של סעיף 34 ולדעה כי כדי להיחשב כמבצע צריך כל אחד מן המבצעים לקיים את התכונות הנדרשות מן המבצע, ראו מרדכי קרמניצר "תיקון 39 לחוק העונשין – חמש שנים לחקיקתו" מגמות בפלילים - עיונים בתורת האחריות הפלילית 55, 76-77 (אלי לדרמן עורך, 2001)).

מכאן, שלכאורה יש ממש בקונסטרוקציה של המשיבה ולפיה ניתן להרשיע את ימיני כמבצע בצוותא למרות שלא מתקיים בו הנתון הענייני של "נוהג ברכב" כנדרש בעבירת ההפקרה. הנסיבה של "הנוהג ברכב" שבסעיף העבירה היא מאפיין ענייני מובהק, המהווה תנאי להשתכללות העבירה, ללא חשיבות לזהות האדם היושב ליד ההגה, בדומה לנסיבה של "עובד ציבור" בעבירת השוחד או בעבירה של גניבה בידי עובד ציבור.

33. אלא שאיני סבור כך. לטעמי, לא ניתן להחיל את הוראת סעיף 34 על מבצע בצוותא, כאשר העבירה של "עושה מיוחד" היא עבירה של מחדל בהיעדר מקור חובה עצמאי לפעול המוטל על המבצע בצוותא. אסביר את דברי.

הפסיקה המועטה שדנה בהוראת סעיף 34 או הפסיקה לפיה הורשע מבצע בצוותא בעבירה של "עושה מיוחד", מתייחסת לעבירות אקטיביות בלבד. בעניין פיינברג הנ"ל נדונה עבירה של גניבה מעובד ציבור. במקרה אחר הורשע מבצע בצוותא ביצירת הסדר כובל למרות שאינו "מנהל עסקים" כנדרש בהגדרת העבירה ונקבע כי הדרישה לקיומו של רכיב ניהול העסקים לא חלה על כל אחד מהמבצעים (ע"פ 2929/02 מדינת ישראל נ' טבירסקי, פ"ד נז(3) 135, 141 (2003)). עוד לפני תיקון 39

וגם על פי פקודת החוק הפלילי שקדמה לחוק העונשין, הרשיע בית המשפט מבצע בצוותא בגניבה ממעביד, למרות שהוא עצמו לא היה עובד של המעביד (ע"פ 261/79 סורג'ון נ' מדינת ישראל, פ"ד לד(1) 361, 363 (1979); ע"פ 472/74 אבוטבול נ' מדינת ישראל, פ"ד כ"ט(2) 301, 303 (1975)).

לא מצאתי דוגמה לכך שהפסיקה החילה את הוראת סעיף 34 או הרשיעה כמבצע בצוותא, כאשר העבירה העיקרית הייתה עבירת מחדל הכוללת "עושה מיוחד" כדוגמת עבירת ההפקרה. לא נעלם מעיני כי בעניין ויצמן גילה השופט חשין את דעתו כי ייתכן שניתן היה להרשיע את ויצמן כמבצע בצוותא, אך המדובר בהערת אגב ובסופו של יום הורשע ויצמן כמסייע לעבירת ההפקרה.

ודוק: איני בא לומר באופן גורף כי סעיף 34 לא יחול בכל עבירה של "עושה מיוחד" כאשר העבירה היא במחדל. אלא שכדי להרשיע את פלוני כמבצע בצוותא בעבירת מחדל של "עושה מיוחד", עלינו לאתר תחילה את מקור חובת העשייה של פלוני, ועל כך נעמוד בהמשך.

הקונסטרוקציה המשפטית המוצעת על ידי המשיבה אינה מייטרת את נחיצותו של מקור חובת העשייה. סעיף 34 מכוון למי "שהוא צד לעבירה" ולא מתקיים בו הנתון הייחודי, ואולם בענייננו מניחה המשיבה את המבוקש כי הנוסע ברכב הוא צד לעבירה – ולא היא. ללא מקור חובת עשייה לא משתכללת עבירת המחדל, ובענייננו מקור החובה בסעיף העבירה מתייחס לנהג בלבד ולא לנוסעי הרכב. על כן, ובהיעדר חובת עשייה איננו יכולים בשלב זה להניח כי ימיני הוא צד לעבירה.

סיכום ביניים:

34. הגענו למסקנה כי אין להרשיע את ימיני כ"נוהג ברכב" באשר מבחינה לשונית אין לפרש את המילים "נוהג ברכב" בעבירת ההפקרה לאחר פגיעה ככוללת גם נוסע.

אף אין להרשיע את ימיני כמבצע בצוותא של עבירת ההפקרה לאחר פגיעה, וזאת מהטעמים הבאים:

א. לא ניתן לראות את ימיני כמבצע בצוותא בהיעדר תכנון או קשר מראש. הנוכחות של ימיני ברכב אף אינה "חבירה ספונטנית" לביצוע עבירה אלא בגדר היקלעות לזירה ללא תכנון מראש של עבירת ההפקרה.

- ב. לא הוכחה שליטה של ימיני על סימון המגעת כדי ביצוע בצוותא.
 ג. לא ניתן להחיל על ימיני את הוראת סעיף 34ב באשר בעבירת מחדל עסקינן ללא חובה בצידה.

העולה מן המקובץ, כי לא ניתן לראות את ימיני כ"נוהג ברכב" או כמבצע בצוותא של עבירת ההפקרה, ולמיצער, בנסיבות דנן, אחריותו של ימיני כמבצע בצוותא לא הוכחה למעלה מכל ספק סביר כנדרש בדין הפלילי.

משהגענו למסקנה זו, נבחן אם ניתן להרשיע את ימיני כמסייע לעבירה.

האם ניתן להרשיע את ימיני כמסייע לעבירה של הפקרה לאחר פגיעה?

35. סעיף 31 לחוק העונשין מגדיר מיהו זה ואיזה הוא הנחשב כ"מסייע":

"מי אשר, לפני עשיית העבירה או בשעת עשייתה, עשה מעשה [לרבות מחדל כאמור בסעיף 18(ב) – י.ע] כדי לאפשר את הביצוע, להקל עליו או לאבטח אותו, או למנוע את תפיסת המבצע, גילוי העבירה או שללה, או כדי לתרום בדרך אחרת ליצירת תנאים לשם עשיית העבירה, הוא מסייע".

שלא כמבצע בצוותא המצוי במעגל הפנימי של העבירה, המסייע הוא שותף עקיף. הוא אינו היוזם, הקובע, המחליט ואף לא זה ששולט על המעשה העברייני, אלא מסייע ליצירת תנאים לקיומה של העבירה ומבצע מעשי עזר לכך שתצא לפועל. הסיוע צריך להיות למבצע העבירה ולא נדרש כי יהא חיוני או דרוש לביצוע העבירה גופה (קדמי, 384-385). מבחינת היסוד הנפשי, די בקיומה של מודעות לכך שההתנהגות מסייעת ותורמת למעשה עברייני ודי במודעות לכך שהמבצע העיקרי לו ניתן הסיוע, אכן מבצע עבירה (קדמי, בעמ' 390-391; ראו גם דעת הרוב בעניין פוליאקוב). לצידה של הדרישה למודעות, התגבשה בפסיקה דרישה נוספת לפיה המסייע ביקש לתרום תרומה למבצע העיקרי (ע"פ 320/99 פלונית נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(3) 22, 34 (2001) (להלן: עניין פלונית); קדמי, בעמ' 391-392; עניין ויצמן, בעמ' 223).

לא למותר לציין, כי למעט יוצאים מן הכלל, העונש בגין סיוע עולה רק לכדי מחצית מהעונש שנקבע לעבירה העיקרית (סעיף 32 לחוק העונשין).

36. הרכיב ההתנהגותי בעבירת הסיוע עומד בפני עצמו והוא כולל כל התנהגות, לרבות באפס-מעשה, שיש בה כדי לסייע בפועל או בכוח לביצועה של העבירה (הלוי, תורת דיני העונשין, כרך ב 811-815). כך, בע"פ 684/87 אברמוב נ' מדינת ישראל, פ"ד מג(2) 146 (1989) (להלן: עניין אברמוב) הורשעו המערערים, שוטרים במג"ב, בהכאת המתלוננים אותם הסיעו ברכב משטרתי לתחנת המשטרה. השוטרים שהכו את המתלוננים ישבו בחלק האחורי של הרכב והשאלה עליה נסב הערעור הייתה אם ניתן להרשיע גם את השוטרים שישבו בחלק הקדמי של הרכב. בית המשפט, בהסתמכו על הלכות קודמות, קבע כי גם מחדל יוכל לשמש כסיוע למבצע העבירה. ובקיצור, אין חולק כי ניתן לסייע באפס מעשה לביצוע עבירה.

37. עקרונית, אין כל מניעה לסייע באפס מעשה גם לעבירה של מחדל (סיוע במחדל לעבירה של מחדל). להבדיל מסיוע במעשה, הרי שכאשר במחדל עסקינן, הַחֵדָל לא תורם ממשית לביצוע העבירה אלא נמנע מלהפעיל את יכולתו להשפיע על האירוע. האם תשובה זו נכונה גם לעבירת ההפקרה? על כך נעמוד להלן, ותחילה, נחזור ונסקור את המסכת העובדתית מנקודת ההתחלה.

לאחר שלביא ירד מהרכב ביציאה מהנמל לצורך בדיקת שכרות, הורה ימיני לסימון להתיישב במושב הנהג ולנסוע. סימון נהג במהירות גבוהה, חצה את הצומת המרומזר באור אדום וגרם לתאונה הטראגית. ימיני אמנם נקלע לזירת התאונה, אולם משעה זו ואילך נוכחותו ברכב לא היתה תמימה או מקרית. ימיני היה פיכח וידע מה מתרחש, היה ברשותו מכשיר סלולארי והוא בחר שלא להשתמש בו כדי להזעיק את כוחות ההצלה. גם אם אניח כי משך הנסיעה משעת התאונה ועד העצירה לא ארכה יותר משלוש דקות, כפי שנטען על ידי ימיני, הרי שזמן זה ארוך דיו כדי לדרוש מסימון לעצור, לרדת מהרכב, למחות ולהתריע בפניו, ולכלל הפחות להזעיק עזרה. אלא שימיני לא עשה דבר מכל אלה.

אחריתם של דברים מעידה גם על ראשיתם, על כך שימיני סייע לסימון בבריחה ובהפקרת המנוחה וחברתה. לאחר שירד מן המכונית נמלט ימיני מהמקום, לא לפני שהזהיר את סימון לטשטש את הראיות (כך עולה מעדות סימון שנמצאה אמינה אך לא היה בה די כדי לבסס עבירה של העלמת ראיות בהיותה עדות יחידה לעניין זה). גם אם מקבלים את גרסתו של ימיני כי חזר במונית למקום התאונה, לא היתה לו כל כוונה לרדת מהמונית כדי להגיש סיוע או כדי לדווח למשטרה. ההיפך הוא הנכון, ימיני ירד למחתרת והסגיר עצמו למשטרה רק לאחר יומיים וחצי. עובדה זו מעידה על כוונה להתחמק מאחריות והיא מהווה אינדיקציה ברורה להלך הנפש של ימיני לברוח מן

הזירה ולהפקיר את הנפגעות. אפס המעשה של ימיני במהלך הנסיעה והוראתו לסימון לטשטש את הראיות, כל אלה הקלו על סימון את ביצוע העבירה ומנעו את תפיסתו או תרמו "בדרך אחרת ליצירת תנאים לשם עשיית העבירה" בשעת עשייתה כאמור בסעיף 31 לחוק. ודוק: הכוונה אינה רק לשלוש דקות הנסיעה לאחר התאונה, אלא גם לפרק הזמן שלאחר מכן, באשר עבירת ההפקרה היא עבירה נמשכת. לכך נוסף את קווי האופי של ימיני, כפי ששורטטו על ידי בית משפט קמא, כבעל נוכחות והשפעה על הסובבים אותו. גם אם השפעה זו אינה עולה לכדי שליטה פונקציונאלית ברכב, יש בה כדי לתמוך ולעודד מעשה של עבירה – גם באפס-מעשה.

38. סיכום ביניים: שליטה, החלטה ותכנון לצורך ביצוע בצוותא לא הוכחו מעבר לכל ספק סביר, אולם סיוע ותרומה למעשה ההפקרה היו כאן.

אלא שבנקודה זו הגענו אך למחצית הדרך והמלאכה עודנה לפנינו. משמצאנו כי התנהגותו של ימיני באפס-מעשה עולה כדי סיוע, שומה עלינו לבחון אם הייתה מוטלת עליו חובה לפעול, ואם כן, מה מקור החובה. כאמור, עבירת ההפקרה מתייחסת ל"נוהג רכב המעורב בתאונה", להבדיל מנוסע ברכב המעורב בתאונה. המחוקק קבע אפוא עבירת מחדל ספציפית לנוהג ברכב אך מה מקור חובת העשייה, אם בכלל, על הנוסע ברכב? בהיעדר חובת עשייה על הנוסע, יקשה עלינו לראות במחדל של הנוסע משום עבירה ולא ניתן יהיה להרשיעו כשותף לעבירת ההפקרה (ראו הלוי, השותפות לדבר עבירה בעמ' 535-540, וכן סקירתו לגבי המשפט האנגלו-אמריקאי, לפיו המחדל הפלילי כולל חובת עשה שהופרה לצורך התקיימות הרכיב ההתנהגותי שביסוד העובדתי בשותפות לדבר-עבירה, שם בעמ' 524). נחזור ונזכיר כי הצורך במקור חובה מעוגן כיום בסעיף 18(ג) לחוק העונשין המגדיר מחדל כ"הימנעות מעשייה שהיא חובה לפי כל דין או חוזה".

קודם שנידרש לשאלת מקור החובה, נעמוד על ההבחנה בין מחדל לבין מעשה, הבחנה בגינה רוב שיטות המשפט דורשות מקור חובת עשייה כדי להרשיע בעבירה שנעשתה במחדל.

בין מעשה למחדל

39. ההבחנה בין מעשה למחדל היא הבחנה ידועה. בנושא זה קיימת ספרות עניפה בתחומי המשפט והפילוסופיה של המוסר (ראו עדי פרוש "חוק, מוסר והשומרוני הטוב" עיון כז 295 (1977)); יצחק קוגלר "דרישת החובה לפעול בדיני המחדל הפלילי

– הצדקות הדרישה, היקף חלותה והעיגון הפורמלי של החובות לפעול" מחקרי משפט כ 201, 215-211, 234 (2003) (להלן: קוגלר, דרישת החובה בדיני המחדל); יצחק קוגלר "האם כל חיקוק המטיל חובה לפעול משמש מקור חובה לצורך הרשעה בעברות-גרימה בגין התנהגות מחדלית" מחקרי משפט כ 379 (2004) (להלן: קוגלר, מקור חובה לצורך הרשעה בעבירות גרימה); רוני רוזנברג השפעתן של הבחנות מוסריות על מעשה ומחדל במשפט הפלילי הישראלי פרקים ב' ו-ג' (עבודת גמר לתואר ד"ר לפילוסופיה, אוניברסיטת בר-אילן, רמת גן - הפקולטה למשפטים, 2009) (להלן: רוזנברג, הבחנות מוסריות על מעשה ומחדל); מרדכי קרמניצר ושגב ראם "המחדל בדין העונשין" ספר תמיר 197, 211-212 (יוסף תמיר ואורה הירש עורכים, 1999) (להלן: קרמניצר ושגב, המחדל בדין העונשין); מרדכי קרמניצר וליאת לבנון-מורג "על הצורך במקור חובה לשם כינון העבירה של סיוע במחדל" עלי משפט ד 175, 188 (2005) (להלן: קרמניצר ולבנון-מורג, על הצורך במקור חובה לסיוע במחדל).

אעמוד להלן על הטעמים העיקריים העומדים בבסיס ההבחנה המושגית בין מעשה למחדל.

א. חירות הפעולה של האזרח: ענישת המחדל פוגעת במידה רבה יותר בחירות הפעולה של הפרט. כך, כאשר בעבירות תוצאה עסקינן, הטלת חובה כללית משמעה כי בכל פעם שנודע לראובן כי פלוני, במקום כלשהו, עלול למות או להיפגע אם לא יעשה מעשה מסוים, על ראובן לנטוש את כל עיסוקיו ולפעול לניטרול הסיכון. שאם לא כן, ופלוני ימות, ניתן יהיה להרשיע את ראובן בהריגה. בדומה, כל אימת שראובן נתקל ברחוב במפגע בטיחותי כלשהו, יהא עליו לפעול לסילוק המפגע, שאם לא כן, ואם פלוני ייפגע בשל המפגע, ניתן יהא להרשיע את ראובן בגרימת חבלה (קוגלר, דרישת החובה בדיני המחדל, בעמ' 212-213). הטלת חובה כללית מעין זו, הייתה הופכת כל אזרח לשוטר או לפקח עירייה. היא הייתה פוגעת באופן בלתי נסבל באוטונומיה ובחירות הפעולה של הפרט, הייתה פוגעת באופן מוגזם במהלך החיים הרגיל ומטילה נטל על הפרט שהיה צריך להפסיק את מהלך חייו הרגילים ולפעול בכל פעם שנודע לו כי אם יבצע פעולה מסוימת הוא ימנע נזק במקום כלשהו לאדם כלשהו. מטעם זה, החובה לפעול מצטמצמת למצבים מוגדרים או מיוחדים שבהם סבורה מערכת המשפט כי מוצדק לכפותה על האזרח בסנקציה פלילית גם על חשבון שיקול החירות. הטלת החובה יוצרת גם כן תיאום בין האזרחים לגבי הנטל השווה לבוא ולסייע לאחר, וכך גם נמנע בזבוז משאבים בחברה (רוזנברג, הבחנות מוסריות על מעשה ומחדל, בעמ' 153-154).

ב. דרגת האשם: יש הגורסים - אם כי הדבר נתון במחלוקת בקרב משפטנים ופילוסופים של המוסר - כי הגרימה במעשה נושאת בחובה אשם מוסרי בדרגה גבוהה יותר מאשר במעשה. מטעם זה סבורים, לדוגמה, שהמתת חסד אקטיבית חמורה יותר מהמתת חסד פסיבית. (Bonnie Steinbock & Alastair Norcross eds., 1994); Matthew Hanser, *Killing, Letting Die and Preventing People from Being Saved*, 11 UTILITAS 277 (1999); John Chandler, *Killing and Letting Die—Putting the Debate in Context*, AUSTRALASIAN JOURNAL OF PHILOSOPHY 420 (1990).

ג. דרגת ההתנהגות האנטי-חברתית: בהמשך לאמור לעיל, הדרישה להימנע מעשייה מזיקה לא כרוכה בכל קושי ולכן, המעשה מעיד יותר על התנהגות אנטי-חברתית ועל נכונות לפגוע באינטרס המוגן, על נכונות להשקיע אנרגיה עבריינית (קרמניצר ושגב, המחדל בדין העונשין, בעמ' 204). לעושה מעשה יש ברגיל שליטה על מהלך העניינים והוא גם שיוצר את הסיכון. ואילו המחדל מבטא פחות נחישות לבצע את העבירה, הוא מעיד על מידה פחותה של מסוכנות (קרמניצר ולבנון-מורג, על הצורך במקור חובה לסיוע במחדל, בעמ' 202) ונובע בדרך-כלל ממניעים פחות אנטי-חברתיים, כמו עצלות, בלבול, התרכזות בעיסוק אחר וכדומה (קוגלר, מקור חובה לצורך הרשעה בעבירות גרימה, בעמ' 390).

לכך יש להוסיף כי הַחֶדֶל אינו יוצר את הסיכון והוא לא בעל השליטה על מהלך העניינים. הטלת חובה לפעול במצבים של היקלעות לסיטואציה היא בעייתית לנוכח מגוון ההתנהגויות האנושיות השכיחות במצבים כאלה. אנשים מגיבים בדרך שונה למצבים חריגים אליהם נקלעו בהפתעה ובחוסר מוכנות. לא לכל האנשים יש את המיומנות והכישורים לפעול או להציל, לא כל האנשים מפרשים את הסיטואציה אליה נקלעו באותה דרך. מוכרת גם התופעה של "דילול אחריות" כאשר כל נוכח בזירה האירוע נוטל על עצמו רק חלק מהאחריות שכן זו מתחלקת בין כל הנוכחים (אסף יעקב "אפקטיביות החובה להציל – ניתוח פסיכולוגי" עיוני משפט כד 605 (2001) (להלן: יעקב, אפקטיביות החובה להציל)).

ד. תוצאות מעשיות מסוכנות: בבסיס טעם זה עומדים שיקולים של מדיניות משפטית. יש חשש כי הטלת חובת עשה על האזרח, תיצור סכנה של התערבות בכוח על ידי אזרח המבקש לצאת ידי חובתו, כדי למנוע ביצוע עבירה. כיצד אמור לפעול מתדלק בתחנת דלק אם נהג שיכור מגיע לתחנה? האם עליו לסרב לתדלק את הרכב או אף לחסום בפני הנהג את משאבת הדלק במקרה של תדלוק עצמי?

קיים חשש להתערבות-יתר העשויה לגרור אי הבנה שעלולה להביא לתגובה ולתגובת-נגד ובכך להסלים את הסיטואציה. כך, בנושא הקרוב לעניינו, נוסע ברכב שנהגו פגע בעובר אורח, עלול להתנפל על הנהג או לנסות לאחוז בהגה תוך כדי נסיעה כדי למנוע מהנהג להימלט מהמקום. בנוסף, יש בהטלת חובות עשה כדי לעודד או ליצור נטיה לחטטנות בענייניהם של אחרים (קרמניצר ולבנון-מורג, על הצורך במקור חובה לסיוע במחדל, בעמ' 203).

ה. קושי להבחין בין מחדל לבין מחשבה גרידא: מעשה אקטיבי מדבר בעד עצמו וניתן לזהות בו את מעשה העבירה. מנגד, כאשר באפס-מעשה עסקינן, עלולה להתעורר שאלת ההבחנה בין מחשבה המקננת במוחו של אדם - שגם אם רעה ומכוערת היא אין בה כדי לחייב אדם בפלילים – לבין מחדל המהווה עבירה פלילית.

ו. קושי להגדיר את היקף החובה: קל יותר להכתיב ולהגדיר התנהגות בנוסח "אל תעשה" מאשר התנהגות בנוסח "עשה", בשל המרחב הבלתי מוגבל והבלתי ניתן לצפייה מראש של התנהגויות. בהטלת חובות עשה, אנו עלולים ליצור עמימות לגבי היקף החובה ולפגוע בעקרון החוקיות והוודאות המשפטית.

קשיים אלה מביאים אותנו לסוגיה הבאה והיא כיצד להבחין בין מעשה לבין מחדל.

40. לא תמיד ההבחנה בין מעשה למחדל היא פשוטה. כאשר ראובן יורה בשמעון ברור שהוא גרם למותו באופן אקטיבי. כאשר המציל בסוכת המציל אינו נוקף אצבע להצלת מתרחץ בחוף הטובע נגד עיניו נאמר כי הוא גרם למותו במחדל. אך יש מצבי ביניים בהם קשה להבחין אם מדובר במעשה אקטיבי או באפס-מעשה. המבחן המקובל להבחנה בין מעשה למחדל הוא מבחן התנועה הגופנית או תנועת השרירים (קוגלר, דרישת החובה בדיני המחדל, 226), אם כי יש פסקי דין שלא הכפיפו את הגדרת המחדל למבחן זה (רוזנברג, הבחנות מוסריות על מעשה ומחדל, בעמ' 217-221). להבדיל מהמחדל, המעשה מתבטא בהפעלת גוף האדם תוך הוצאת אנרגיה פיזית ובכך מביא לשינוי כלשהו בעולם הפיזי (ע"פ 7832/04 פלוני נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 4.5.2006)). אך גם מבחן התנועה הגופנית לא נותן מענה לכל השאלות ולכל מצבי הביניים. לדוגמה, האם נהג שלא עצר בתמרור עצור אשם במעשה או במחדל? האם עוזרת בית המשאירה את החלון פתוח על מנת להקל על גנבים לחדור לבית אשמה במעשה או במחדל? האם רופא שנתן תרופה נייטרלית אשם במעשה (מתן התרופה) או

במחדל (אי מתן התרופה הנכונה)? נשיאת נשק דרוך ולא נצור היא מעשה או מחדל? נהג שמטען השתחרר ממשאיתו תוך כדי נהיגה וגרם למותו של אחר אשם במעשה או במחדל? (השוו למקרה שנדון בע"פ 6811/01 סעידה עלי אחמד נ' מדינת ישראל, פ"ד נז(1) 26 (2002) שם ניתח בית המשפט את המקרה כמחדל של אי חיזוק ברגי הצמיגים, אך ראו ביקורתו של רוזנברג, שם בעמ' 230). לכן, יש הדוגלים במבחן אחר, הוא מבחן הדומיננטיות, ולפיו יש לבחון את האירוע כולו על רקע הרציונלים העומדים בבסיס ההבחנה בין מעשה למחדל: התנהגות אקטיבית גורמת לתוצאה; מרעה את מצבו של האינטרס החברתי המוגן; ויוצרת מצב מסוכן. התנהגות פסיבית מתבטאת באי מניעת התוצאה; בהימנעות משיפור המצב; ובהימנעות מלהציל אינטרס חברתי הנתון בסכנה (קארמניצר ושגב, המחדל בדין העונשין, בעמ' 208. להחלת מבחן הדומיננטיות על המתת חסד ראו יורם רבין ויניב ואקי דיני עונשין כרך א 198 – 199 (מהד' שנייה, 2010) (להלן: רבין וואקי, דיני עונשין)

יש הגורסים כי ייתכנו מצבים מסוימים בהם גם הנוכחות באפס מעשה תיחשב כמעשה אקטיבי ולכן לא תידרש חובת עשייה בצידה. הפסיקה לגבי שתיקה ונוכחות באפס מעשה אינה אחידה. בפסקי דין בעלי נסיבות דומות, נמצא כי לעיתים בית המשפט תר אחר מקור חובה להרשעת הנוכח השותק ולעיתים נמנע מכך. רוזנברג גורס כי ייתכן שבאותם מקרים בהם בית המשפט חיפש אחר מקור חובה, היה זה מאחר שסבר כי הגדרת המחדל כפופה לעקרון התנועה הגופנית, ולכן שתיקה, שאינה מהווה הנעה של הגוף או השרירים, מהווה מחדל. לעומת זאת, בפסקי דין בהם לא נתבקש מקור חובה, היה זה מאחר שבית המשפט סבר שהגדרת המחדל אינה כפופה לעקרון התנועה הגופנית וכפועל יוצא השתיקה יכולה להיות מסווגת כמעשה (רוזנברג, שם בעמ' 217-222). כך, בפסק דין ויצמן - שעל עובדותיו נעמוד להלן - בית המשפט המחוזי סיווג את שתיקתן של שתי הנוסעות ברכב כמעשה, בעוד שבית המשפט העליון התקשה לראות בשתיקתן מעשה אקטיבי ולכן תר אחרי מקור חובה. לעומת זאת בעניין אברמוב בית המשפט לא נדרש כלל לאיתור מקור חובה כדי להרשיע את הנוכחים-השותקים בסיוע לתקיפה למרות שמדובר בסיוע במחדל. בפסיקה אין אפוא תמימות דעים בשאלה אם לסווג את השתיקה כמעשה או כמחדל, וניתן לומר כי סיווגה של שתיקה תלויה נסיבות היא, ואין שתיקה אחת דומה לחברתה. יש שתיקה שהיא בבחינת מעשה ויש שתיקה שהיא מחדל טהור, וכלל אחד לכל המקרים עלול להחטיא את המטרה.

41. ומהתם להכא. בהנחה כי את פעולתו של ימיני, וליתר דיוק היעדר פעולתו, יש לראות כאפס-מעשה, שומה עלינו לבחון מה מקור חובת העשייה של ימיני למנוע את

העבירה של סיוע להפקרה. לכאורה, אנו פטורים מלדון בשאלה זו, באשר כבר נקבע תקדים בעניין זה בהלכת ויצמן. אלא ששאלת מקור החובה היא נושא שבו נחלקו חכמי המשפט לפני פסק הדין בעניין ויצמן ולאחריו, והיו שמתחו ביקורת על פסק הדין. משכך, איני רואה עצמי פטור מלחזור ולבחון את השאלה אם ניתן להרשיע את הנוסע ברכב כמסייע בעבירת ההפקרה. בנקודה זו נחזור ונסב את הילוכנו אל פסק הדין בעניין ויצמן, נסקור בתמצית את העובדות ואת הדיון המשפטי שם ואת הדעות השונות בנושאים הצריכים לענייננו.

עניין ויצמן- העובדות

42. באחד הלילות נסעו בכביש החוף שני זוגות חברים למטרת בילוי משותף. ויקטור זרגריאן היה הנהג, לצידו ישבה חברתו בשם אורנה ובמושב האחורי ישב שלומי ויצמן וחברתו בשם קרן. זרגריאן נסע במהירות מופרזת ובסמוך למחלף נתניה ביקש להתחמק משוטר שאותת לו לעצור במקום, אך תוך כדי תמרון הרכב פגע בשוטר. כל יושבי הרכב הבחינו במתרחש. ויצמן צעק לעבר הנהג "סע" והרכב המשיך לנסוע מבלי לסייע לשוטר שנפגע. שתי הנוסעות שברכב שתקו לאורך הנסיעה. בהמשך עצר הרכב במחצבה סמוכה לכביש, הארבעה ירדו מהרכב ומצאו סימני דם על חזית הרכב הפוגע. משם נסעו לביתו של זרגריאן, הוא ניקה את הרכב מכתמי הדם, כשויצמן, ככל הנראה, מסייע במלאכה. בשעה 3:00 לפנות בוקר שמעו הארבעה כי השוטר נהרג, אולם המשיכו בשגרת יומם גם ביום למחרת. הארבעה אף נפגשו בשנית לצורך התייעצות, אולם לא הסגירו עצמם למשטרה.

ויצמן ושתי הנוסעות הורשעו בבית המשפט השלום בסיוע להפקרה לאחר פגיעה ובעבירה של אי דיווח (ויצמן הורשע גם בסיוע לשיבוש מהלכי משפט). בגין עבירת הסיוע להפקרה נגזרו על ויצמן שישה חודשי עבודות שירות ושנים עשר חודשי מאסר על תנאי. על שתי הנוסעות הושתו שלושה חודשי עבודות שירות, ושנים עשר חודשי מאסר על תנאי. ערעור שהוגש לבית המשפט המחוזי נדחה.

עניין ויצמן - הדיון המשפטי

43. עיקרו של הדיון המשפטי התמקד בשאלה מה מקור החובה המוטל על נוסעי הרכב מכוחו ניתן להרשיעם בסיוע לעבירת ההפקרה, שהרי:

"המקרה הרגיל של סיוע הוא סיוע במעשה לעבירה של מעשה. לעתים יש סיוע במעשה לעבירה של מחדל או

סיוע במחדל לעבירה של מעשה. ואילו אנו ענייננו עתה הוא סיוע במחדל לעבירה של מחדל, דגש על סיוע במחדל" (עניין ויצמן, בעמ' 200).

אמנם, סיוע יכול שיתבצע על דרך המחדל, אולם חובת העשייה ממנה נמנע הַחֲדָל צריכה, כאמור, להיות מעוגנת בדין או בחוזה. אם כן השאלה המשפטית היא:

"מהו והיכן יימצא לנו אותו דין המטיל חובה על פלוני, חובה שאם לא יקיימנה יחייב עצמו פלוני – כמסייע – במחדל בן עונשין" (שם, בעמ' 205).

כבוד המשנה לנשיא השופט חשין הציג שלוש אסכולות עיקריות ועמד על הקשיים העולים מכל אחת מהן: האסכולה בפסיקה מוקדמת ולפיה נדרש מקור חובה סטטוטורי מפורש כדי להרשיע אדם מסייע על דרך המחדל; אסכולת הזיקה המיוחדת אותה הוא מייחס למלומדים קרמניצר, לבנון ושגב ולפיה אין הכרח למצוא מקור חובה סטטוטורי ודי בקיומה של "זיקה מיוחדת" בין המסייע לסכנה או בינו לבין קורבן העבירה; והאסכולה של פלר ולפיה אין צורך כלל במקור חובה לצורך סיוע לעבירה העיקרית.

בהמשך, השופט חשין עומד על הקושי ביישומן של הגישות נוכח הפגיעה האפשרית בעיקרון החוקיות והוא נוקט בגישת ביניים. לגישתו, ההכרעה בשאלת הסיוע על דרך המחדל מצויה בתפר שבין ההיבט המשפטי לבין ההיבט המייצג חובות מוסריות אישיות וחברתיות. הכלל המנחה הוא:

"ככל שהעבירה העיקרית חמורה יותר ופוגעת יותר בעומקם של סדרי החברה, כך תעצם ותלך נכונותנו להכיר בחובה היוצרת סיוע על דרך של מחדל... שיקולים ערכיים ועוצמת אופייה האנטי-חברתי של העבירה יהוו שיקול מן המעלה העליונה, הגם שלא שיקול יחיד" (שם, בעמ' 226-227).

ולעניין עבירת ההפקרה נאמר:

"תאונה שנפגע בה אדם היא המאורע המחולל חובה להושיט עזרה. הנוהג ברכב מצוּנֶה במצוות עֲשֵׂה של הושטת עזרה, והפרתה של מצווה זו – ככל שיש הפרה – באה מיד בסמוך לאחר התאונה. סיוע להפרת המצווה – ככל שיש סיוע – מתגבש בה-בעת עם הפרתה של

המצננה. אמנם הנוסע שאינו נוהג ברכב נקלע למצב דברים שאינו בשליטתו, ואולם, בדיעבד קירבתו הייחודית לנוהג ברכב נותנת בידו יכולת וכוח שאין לאחרים שמחוץ לרכב. יכולתו של הנוסע להשפיע על הנוהג ברכב מייחדת אותו לעצמו... מחאה – ולו בקול דממה דקה – על הפקרת פצוע השרוע על הכביש, דבר של לא-כלום הוא, טרחה קלה-שבקלות, ואולם בטרחה זו של לא-כלום: ... יכול היחיד למנוע פגיעה – לעתים פגיעה חמורה ביותר – ביחיד ובחברה, פגיעה ששיעורה עולה עשרות מונים על הטרחה שהוא מתבקש לטרוח בה. ...” (שס, בעמ' 231).

הנה כי כן, לדעתו של השופט חשין, חומרתה של עבירת ההפקרה והעקרונות שבבסיסה מקימים – בנסיבות מתאימות – חובת משנה גם על הנוסע ברכב לפעול. חובת המשנה ניצבת על שני אדנים מוסריים: האחד מכוח היות "הסכנה המיידית והממשית לחיי אדם או לפגיעה חמורה באדם והפיכתו לנכה לשארית ימיו". זו חובה מוסרית לבוא ולסייע לאדם שנפגע ולהציל חיי אדם. האדן השני הוא אותו "דחף", כלשונו של בית המשפט, אשר "ישמיע אותנו, יורה אותנו: נעצור. אנו חייבים לעצור. מחובתנו לעזור לנפגע הסובל" (שס). "נסיבות מתאימות" אמרנו, ואכן לא בכל מקרה נחייב את המסייע – הדבר תלוי במידה רבה במידת קירבתו של המסייע אל מעשה העבירה:

"שומה עלינו לבחון את פרטי המקרה הקונקרטי ולברר אם פלוני – שנטען עליו כי מסייע הוא – קירב עצמו למעשה העבירה עד שניתן לומר כי הימנעותו מעשייה שקולה כנגד מעשה, דהיינו; כי בנסיבות העניין הקונקרטיים שומה היה עליו לנתק עצמו מן העבירה על דרך של עשיית מעשה" (שס, בעמ' 221).

44. ערעורם של שלושת נוסעי המכונית נדחה אפוא: שלומי ויצמן פעל באופן אקטיבי על מנת לסייע לנהג הרכב מאחר שלאחר הפגיעה צעק לנהג "סע". בהקשר להתנהלותו נקבע:

"קרובים אנו לומר כי שלומי היה מבצע בצוותא עם ויקטור – יהיו מי שיאמרו כי שלומי היה משדל – ואולם בוודאי יש לראות בו, למצער, מסייע למחדלו של ויקטור" (שס, בעמ' 233).

שתי הנוסעות שישבו אף הן ברכב, אמנם לא נטלו חלק אקטיבי במעשה, אולם על השתיקה מסוג זה אמר בית המשפט:

"אכן, לא בכל נסיבות שהן יש בכוחו של נוסע להשפיע – לכאן או לכאן – על הנוהג ברכב. ובהיעדר קשר קודם כלשהו בין הנוהג לבין הנוסע, קשר שבכוחו להעיד על סגולת-סיוע במחדלו של הנוסע, נתקשה לראות במחדלו של הנוסע מעשה סיוע... ואולם, כל מקרה יידון על-פי נסיבותיו. במקום שבו נוסע בעל-שררה – לורד, איש העסקים, שר או פקיד בכיר – ונהגו מחזיק בהגה, נוכל לראות בבעל-השררה מסייע, ואילו במקרה ההפוך – שבעל-השררה עולה מלפניו הרצון לנהוג ונהגו לידו – לא בהכרח כך יהיה... כל מקרה יידון לעניינו, ונסיבות העניין תקבענה אם נעברה – או אם לא נעברה – עבירה של סיוע על דרך-של-מחדל (שס, בעמ' 235).

בנסיבות העניין, כך נקבע, שתיקתן של השתיים נשאה עמה גרעין של סיוע. היא תמכה וחיזקה את הנהג לאזור אומץ ולברוח מן המקום מבלי להושיט עזרה לשוטר שנפגע.

מקור החובה בעבירות מחדל ומחדל על ידי סיוע – האסכולות השונות

45. השופט חשין סקר בפסק הדין בעניין ויצמן את הגישות השונות בסוגיה של מקור החובה לפעול. נוכח ביקורת מלומדים שנכתבה בעקבות פסק הדין בעניין ויצמן ובעקבות מאמריו של קוגלר, שנכתבו לאחר פסק הדין, אנסה "למפות" את הגישות העכשוויות השונות לעניין מקור החובה.

46. גישת קרמניצר ולבנון-מורג – הצורך במקור חובה ובזיקה מיוחדת: במאמרם של קרמניצר ולבנון-מורג על הצורך במקור חובה לסייע במחדל, כותבים המחברים כי הובנו על ידי השופט חשין בפרשת ויצמן שלא כהלכה, כביכול ביקשו להרחיב את היקף האחריות במחדל, בעוד שלגישתם יש לצמצם את האחריות הפלילית. לשיטתם, יש לערוך בחינה דו-שלבית: השלב הראשון הוא בחינתה של הוראה בדין או בחוזה המטילה חובת פעולה על הַחֲדָל. בנוסף, ולאחר שנמצאה חובה כאמור, יש לעבור לשלב השני ולבחון האם אותה חובה מבוססת על זיקה מיוחדת בין הַחֲדָל לבין הסכנה או בין החדל לבין הקורבן. זיקה לסכנה יכולה להיווצר מכוח יצירתה בהתנהגות בלתי סבירה או מכוח שליטה על מקור הסכנה או מכוח מרות על אחרים שהם "מקור סכנה אנושי". ואילו זיקה לקורבן עשויה להיות זיקה טיבעית כמו ביחסי הורים-ילדים או מכוח קבלת אחריות מפורשת (קבלת תפקיד) או משתמעת (כמו קשר חברתי הדוק). לשיטתם של קרמניצר ולבנון-מורג, האסכולה של פרופסור פלר, בה מצדד השופט חשין ב"ריכוך"

מסוים, אינה מנומקת כדבעי ובבסיסה קשיים רבים: היא לא עולה בקנה אחד עם לשון סעיף 18(ג) לחוק הדורש מקור חובה מכוח דין או חוזה והיא מבטאת התייחסות פרטנית לכל מקרה לגופו. זאת, תוך התייחסות לפרמטרים עמומים הנוגעים לחומרת העבירה, נסיבותיה ומידת הקרבה בין הַתְּחַלֵּל למעשה עצמו, פרמטרים שהם אמורפיים ואינם פשוטים ליישום ובכך נפגע עקרון החוקיות.

לגישתם של המחברים, חובת הפעולה בעבירת ההפקרה מופנית כלפי הנהג שהוא המבצע העיקרי, ואין להחילה גם על המסייע. לא בכדי הטיל המחוקק את האחריות רק על הנהג שהוא "הכתובת הטבעית" לתבוע ממנו ניטרול הסיכון. הנהג הוא יוצר הסיכון, השליטה ברכב בידי וזה הוא זה שעובר הכשרה והדרכה לתפעול הרכב וכזה הוא אמור להיות בעל מוכנות גבוהה יותר. המדינה היא שמתירה לנהג לאחוז בהגה והיא זכאית להטיל עליו חובות הקשורות להפעלת הרכב (שס, בעמ' 205).

47. המחברים חולקים על התוצאה הסופית אליה הגיע בית המשפט בפרשת ויצמן ולפיה ניתן להטיל אחריות בגין עבירת סיוע במחדל לעבירה של מחדל ללא מקור חובה שבדין. לדידם, אין במסכת העובדתית כדי להצביע על קרבתם של היושבים ברכב למעשה העבירה. בהיקלעות לסיטואציה יש יסוד של מקריות והיעדר תכנון מראש, והנוסעים הם כ"קהל שבו". גם היכרות מוקדמת בין הנוסע לנהג לא מכוונת בהכרח פוטנציאל מסייע ולעיתים יכולה אף להקטין את יכולת ההשפעה, שהרי קל לנהג להתעלם מאזהרה של חבר יותר מזו המגיעה מכיוונו של אדם זר. לשיטתם, המסגרת הנורמטיבית הראויה לטיפול במקרה כגון זה היא באמצעות חוק לא תעמוד על דם רעך, שהעונש הצמוד לו הוא קנס בלבד.

ביקורת אפשרית על גישתם של קרמניצר ולבנון-מורג היא, שבהיעדר מקור חובה בדין או בחוזה לא ניתן יהא להטיל אחריות פלילית במקרים בהם ראוי וצודק לעשות כן מבחינה מוסרית-חברתית.

48. גישת פלר והלוי – צורך במקור חובה לעבירה העיקרית אך לא לסיוע: לגישה זו יש צורך במקור חובה, אך החובה יכולה להימצא בכל תחום שהוא, כולל הדין האזרחי. כך, "מאומצת" חובת הזהירות הנזיקית לדין הפלילי, מה שמאפשר הכרה נרחבת לפעולה במצבים שונים דרך החובות המוכרות בעולת הרשלנות (פלר כרך א' 400-402 (תשמ"ד)).

לא כך כאשר מדובר בסיוע לעבירה העיקרית, שאז אין צורך במקור חובה: "אין צורך בהצבעה על הפרת חובת עשה כתנאי להטלת אחריות בשותפות העקיפה לדבר עבירה שנעברה באמצעות אפס מעשה" (הלוי, השותפות לדבר עבירה, בעמ' 541-542). ההיגיון שעומד בבסיס גישה זו הוא שלעבירות הנעשות בדרך של שותפות עקיפה, כגון סיוע או שידול, אפיון תכליתי, הוא המודעות או הרצון לסייע, שהוא לעצמו מהווה מקור חובה לאפס-המעשה. לכן, משאירע אפס-מעשה תוך זיקה לתכלית הסיוע איננו נדרשים למצוא מקור חובה עצמאי לעבירת הסיוע, אלא די בכך שאפס-המעשה היה לצורך הסיוע. לשון אחר, הוראות סעיף 18(ג) לחוק העונשין חלות על העבירה העיקרית (שהסיוע מכוון לאפשר אותה או להקל עליה) והיא המשמשת כמקור חובה ביחס למחדל המסייע לאותה עבירה.

הד לגישה זו, ושמה אף אימוצה, אנו מוצאים באמרת אגב בעניין פוליאקוב, שם נדון עניינו של נהג ברכב שבו בוצע רצח על ידי אחרים עודנו נוהג ברכב. הנהג הורשע כמסייע, וכב' השופט מצא מתייחס שם למקור החובה:

"אוסף, כי גם אילו נוכחתי שהמדובר בסיוע על דרך מחדל, לא הייתי מהסס לקבוע שדימה אשם בסיוע לרצח. יש שראוי להרשיע בסיוע על דרך מחדל, אף כשאין בידי התביעה להצביע על חובה מן הדין לעשות מעשה (ראו דברי השופט ח' כהן בע"פ 325/64 היועץ המשפטי לממשלה נ' ירקוני, בעמ' 47, ודברי פרופ' פלר בספרו הנ"ל (כרך ב) בעמ' 246). קל וחומר, כמו בענייננו, כשהחובה להציל חיי אדם אינה רק בגדר חובה מוסרית שאין גדולה ממנה, אלא גם חובה חוקית, שהמפר אותה עשוי, בנסיבות מסוימות, להתחייב בעבירה של אי-מניעת פשע, כמשמעה בסעיף 262 לחוק העונשין".

על אמרת אגב זו נמתחה ביקורת (מרדכי קרמניצר וליאת לבנון-מורג "בית המשפט כמסייע לדבר חקיקה: על הסיוע לדבר חקיקה ועל הפרשנות בפלילים" מחקרי משפט יז 403 (2002)). לדעת המחברים, לא ניתן להתעלם מסעיף 18(ג) לא ביחס למבצע העיקרי ולא ביחס למסייע.

49. גישת קוגלר – חובת העשייה יכולה להיווצר מכוח הפסיקה: לעומת הגישה המצמצמת שהציגו קרמניצר ולבנון-מורג ולפיה נדרש הן מקור לחובת העשייה והן זיקה מיוחדת, מציג קוגלר גישה מרחיבה להטלת אחריות בגין מחדל גם בהיעדר חובת עשייה מפורשת. עקרוניתה של גישה זו מובאים במאמרו דרישת החובה בדיני המחדל אשר פורסם סמוך מאוד לאחר שניתן פסק הדין בעניין ויצמן ומבלי להתייחס אליו.

אציין כי המאמר מתמקד בעבירות הגרימה-תוצאה בעוד שענייננו בעבירת ההפקרה שהיא עבירת התנהגות, אך דומה שאין בכך כדי לשנות מהשקפתו העקרונית של המחבר.

וזה בתמצית שבתמצית שיטתו של קוגלר: המצב האידיאלי הוא שהמחוקק יקבע לגבי כל עבירה או קבוצת עבירות מתי קמה החובה לפעול, ויש שיטות משפט שלא מקימות עבירות מסוג של מחדל ללא עיגון מפורש בחוק. אלא שקשה לקבוע מראש רשימה סגורה של מצבים עובדתיים המצמיחים חובה לפעול, ואפילו לצורך העבירות החמורות של המתה בלבד. לכן, יש שיטות משפט המתירות לבתי המשפט ליצור חובת עשה יציר הפסיקה, כאשר במרכז השיקולים שמנחים את בית המשפט עומדת האינטואיציה המוסרית הטבעית לפיה במקרה קונקרטי קיימת חובה מוסרית לפעול. באנגליה, למשל, בעלי רכוש, כגון קרקע או כלי רכב, מחוייבים על פי הפסיקה למנוע ביצוע עבירות ברכוש השייך להם, ואי נקיטת אמצעי זהירות עלול להביא להרשעה בשותפות בעבירה. אכן, יצירת מקור חובה מכוח הפסיקה עומדת בקונפליקט עם עקרון החוקיות, אולם בבסיסה ניצב הרצון להגיע להסדרים ראויים וצודקים בנוגע לעבירות המחדל. להשקפתו של קוגלר, יש אפוא לפרש את סעיף 18(ג) הקובע כי מחדל הוא "הימנעות מעשייה שהיא חובה לפי כל דין", באופן שהמילה דין משתרעת גם על פסיקת בית המשפט, וכדוגמה לכך, אימוץ החובות יציר הפסיקה בדיני הנזיקין אל הדין הפלילי ועל כך נעמוד בהמשך. הגישה הראויה והנכונה מאפשרת אפוא לפסיקה לחדש חובות עשה. עם זאת, כדי למנוע פגיעה בעקרון החוקיות ובערך של "אזהרה הוגנת", מקום בו בית המשפט יוצר חובה לראשונה, עליו להחילה מכאן ולהבא.

ביקורת אפשרית על גישת קוגלר היא כי לכאורה יש בה כדי לסתור את עקרון החוקיות, ובכך היא עלולה לפגוע בחירותו של אדם להתנהל ללא חשש שמא החוש המוסרי שלו לא זהה לחוש המוסרי החברתי, או שמעשה שנראה לו ראוי ומותר יגרור ענישתו (קרמניצר ולבנון-מורג, בית המשפט כמסייע לדבר עבירה, בעמ' 409-410).

50. אלו אפוא שלוש הגישות העיקריות בנושא של מקור החובה בעבירת הסיוע.

ברשות הקורא, אתעכב קמעא על הנושא של אימוץ החובה לפעול מכוח דיני הנזיקין. זאת, משלושה טעמים: ראשית, בנושא זה יש מכנה משותף לכל הגישות והוא מצמצם למעשה בחלק מהמקרים את הפער בין הגישות השונות. שנית, הנושא מדגים כיצד חובה לבר-פלילית מהווה מקור לחובת עשה, כאשר החובה עצמה היא יציר

הפסיקה. שלישית, פעמים רבות עושים בתי המשפט שימוש בדין הרשלנות כמקור חובה בהתנהגות מחדלית בעבירות של נזק גוף (כמו גרם מוות ברשלנות).

51. הדעה המקובלת כיום היא שאין מניעה מלאמץ את חובת הזהירות המושגית שבדיני הנזיקין כחובה לפעול. מכוח חובה זו ניתן להטיל אחריות במקרים של עבירת גרם מוות ברשלנות בדרך של מחדל, כאשר "במסגרת הדרישה של החובה לפעול יש, בין השאר, חשיבות לשיקולים הנוגעים ליחסים שבין הפרט ובין האובייקט הנתון בסכנה; שיקולים העשויים להשפיע גם על קביעתה של חובת הזהירות המושגית בדיני הנזיקין" (מרים גור אריה "העבירה של גרם מוות ברשלנות, והיחס בינה ובין עוולת הרשלנות" משפטים יב 257, 275-280 (1982)). עם זאת, לדעתה של גור-אריה, נוכח עקרון החוקיות יש להגביל את אימוצה של חובת הזהירות המושגית לאותם מקרים בהם כבר הוכרה בעבר קיומה של חובת זהירות מושגית בסוג היחסים הספציפי שבין הנאשם לקורבן. יש הגורסים כי החלת חובה מעוולת הרשלנות על הדין הפלילי משקפת הכרה בחובת "השומרוני הטוב" בדין הפלילי (דני סטטמן "לא תעמוד על דם רעך" – מחובת הזהירות לחובת השומרוני הטוב" מחקרי משפט טו 89 (1999) (להלן: סטטמן, לא תעמוד על דם רעך)). קוגלר מצביע על כך שבית המשפט הוא אשר יוצק את התוכן לעוולת המסגרת של הרשלנות הנזיקית, ולכן, אימוץ חובת הזהירות המושגית בדיני הנזיקין כמוה, למעשה, כגישה המתירה יצירת חובות בדין הפלילי מכוח הפסיקה (קוגלר, דרישת החובה בדיני המחדל, בעמ' 271-272, 276-277). ואכן, קרמניצר הביע בעבר ספק באשר לשימוש בחובת הזהירות הנזיקית כמקור חובה למחדל הפלילי, בשל האופי השונה בין הזהירות הנדרשת בדין הנזיקי ובין זו הנדרשת בדין הפלילי, ומאחר ש"חובת הזהירות המושגית היא מופשטת וכללית מידי ואילו חובת הזהירות הקונקרטית היא קונקרטית מידי וב'דיעבדית'" (מרדכי קרמניצר "על הרשלנות בפלילים: יסוד נפשי, יסוד עובדתי, או שניהם גם יחד" משפטים כד 71, 85 (1994)). ברם, על פי גישתו דהיום – וכחריג מובהק לגישתו השוללת חובת עשייה יציר הפסיקה נוכח עקרון החוקיות – קרמניצר ולבנון-מורג לא שוללים את השימוש בחובת הזהירות המושגית כמקור חובה לאחריות פלילית (ובלבד שאם הפסיקה פיתחה "עוולה חדשה" הרי שיש להחילה מכאן ולהבא):

"עם זאת נראה שניתן להידרש לעוולת הרשלנות כאחד הדינים המכוננים חובה לפעול. הידרשות לעוולת הרשלנות היא בעייתית מבחינת עקרון החוקיות, שכן התכנים הקונקרטיים שלה מפותחים למעשה על-ידי הפסיקה... אולם במציאות הנתונה, שבה לא מפרטת מערכת המשפט חובות אלה, ייתכן שאין מנוס מלהיזקק לעוולת הרשלנות. ללא היזקקות זו תצטמצם האפשרות להרשיע בעבירות

גרימה בגין מחדל במידה משמעותית. זאת ועוד, אפשר שהמחיר – מבחינת הפגיעה בעקרון החוקיות – שבו כרוכה הפניה לעולת הרשלנות אינו גבוה כפי שנראה מלכתחילה... [] כלומר, לעולת הרשלנות יש בהקשרנו משמעות ברורה וידועה. יתר על כן, בתחומים של הגנה על החיים ושלמות הגוף, ובמידה מסוימת גם בתחום של הגנה על הרכוש, כפי שהוא מוגן במשפט הפלילי, עולת הרשלנות כבר מפותחת במידה משמעותית, ואולי אף הגיעה למיצוי" (קרמניצר ולבנון-מורג, על הצורך במקור חובה לטיוע במחדל, בעמ' 183-185; ההדגשות הוספו – י.ע.).

יש בדברים אלה כדי לצמצם את הפער בין גישת קוגלר לבין גישתם של קרמניצר ולבנון-מורג, באותם מקרים בהם החובה יציר הפסיקה מקורה בדיני הנזיקין, ומן המפורסמות הוא כי בתי המשפט יוצרים חובות בפסיקתם לגבי עולת הרשלנות שהיא עולת מסגרת מופשטת.

52. במאמר מוסגר אציין כי חברי השופט ניל הנדל, הביע בשעתו את דעתו כי אין לראות את דיני הנזיקין כמקור להטלת חובת הצלה לצורך הטלת אחריות בפלילים (ניל הנדל "חוק לא תעמוד על דם רעך, התשנ"ח-1998 - השראה ומציאות" מחקרי משפט טז 229, 263-264; 267-269 (2001) (להלן: הנדל, חוק לא תעמוד)). לגישתו, העיקרון בדיני הנזיקין הוא התנהגות המעוול-הנתבע, בעוד שבחובת הצלה, החובה מתמקדת במי שנזקק לעזרה. דיני הנזיקין צופים פני עבר וקובעים אשם לאחר מעשה ואילו חובת הצלה צופה פני עתיד ומטרתה איננה לקבוע אשם לאחר מעשה אלא למנוע פגיעה במי שזקוק לעזרה. בשל הבדלים אלה, אין לדמות בין השניים ואין לשאוב חובות מדיני הנזיקין. אמנם קיימות תאוריות שונות המצדיקות את חובת הצלה מכוח דיני הנזיקין, אך לדעתו של השופט הנדל, הן קשות ליישום בפועל, מאחר שאינן יורדות לפרטיה של החובה.

במקרה דנן, ענייננו בחובת עשייה בהקשר של עבירת ההפקרה, שהרציונל שבבסיסה הוא חובת הצלה וסיוע לנפגע, כך שיתכן כי ניתן להסיק מעמדתו של השופט הנדל במאמרו הנ"ל גם על השקפתו בסוגיה שבפנינו.

מקורות אפשריים לחובה של הנוסע ברכב לפעול

53. לגישתם של קרמניצר ולבנון-מורג (אליה הצטרפו יורם רבין ויניב ואקי בספרם דיני עונשין כרך א, בעמ' 565), עלינו לאתר מקור לחובת עשייה על הנוסע ברכב לצורך

הטלת אחריות פלילית בעבירה של הפקרה לאחר פגיעה. כאמור, גם לשיטת קוגלר יש צורך במקור חובה, אם כי הפסיקה עצמה יכולה ליצור את החובה.

נבחן להלן מספר מקורות אפשריים כמקור חובה.

54. חוק לא תעמוד על דם רעך: האם ניתן לראות בחוק זה כמקור חובה? השופט חשין מתייחס לכך בעניין ויצמן ומשיב בשלילה. גם קרמניצר ולבנון-מורג גורסים כי לא ניתן לייצא את חובת ההצלה בחוק זה לצורך הטלתה של חובה נוספת וליצירת מחדל בר-עונשין בעניינו של מסייע (קרמניצר ומורג-לבנון, על הצורך במקור חובה, בעמ' 189, הערה 34). כך עולה גם מגישתו של השופט הנדל (הנדל, חוק לא תעמוד).

קוגלר מתייחס במאמרו מקור החובה לצורך הרשעה בעבירות-גרימה לסוגיה האם יש במקור חובת הפעולה כדי להעלות ("להקפיץ") את עבירות המחדל הפשוטות לכדי עבירות גרימה או תוצאה רלוונטיות. לדוגמה: נניח כי פלוני צפה כי חוסר המעש שלו יגרום מוות לאדם שנמצא נגד עיניו בסכנה מיידית וחמורה, וכך אכן אירע. האם נרשיע את פלוני בעבירת הריגה לפי סעיף 298 לחוק העונשין שעונשה 20 שנה או רק בעבירה של חוק לא תעמוד על דם רעך שעונשה קנס בלבד? ובדומה, בעבירה מושא דיוננו: פלוני היה מעורב בתאונה בה נפגע אדם, אך במודע לא הגיש לו עזרה למרות שצפה את האפשרות שמחדלו יביא למות הנפגע. האם במקרה של מות הנפגע נרשיע את פלוני בהריגה שעונשה 20 שנות מאסר או רק בעבירת ההפקרה לפי סעיף 64א(ב) שעונשה תשע שנות מאסר? לגישת קוגלר, בשתי הדוגמאות, ניתן יהא להרשיע בהריגה. למרות שהדברים נאמרו בהקשר של עבירות גרימה-תוצאה, ניתן להסיק מדבריו של קוגלר כי לשיטתו ניתן לעשות שימוש בחוק לא תעמוד על דם רעך כמקור ליצירת חובת פעולה על הנוסע ברכב (וראו סטטמן, לא תעמוד על דם רעך, בעמ' 114-113, שם מביע המחבר את החשש כי ייעשה שימוש בחוק כדי להרשיע בעבירת הריגה והוא רואה בכך ליקוי שיש לתקנו; וכן יעקב, אפקטיביות החובה להציל, בעמ' 644, שם נאמר כי השימוש בחוק עלול להביא להרשעה בגרם מוות ברשלנות. לסקירת הגישות השונות בשאלה אם ניתן לעשות שימוש בחובת "עשה" בעבירה של מחדל כמקור חובה בעבירות תוצאה ראו רבין וואקי, דיני עונשין כרך א 205-208).

רעיון "ההקפצה" המובע על ידי קוגלר מביא להרחבת האחריות בפלילים. נניח, לדוגמה, שראובן הוא מציל היושב בסוכת המציל יחד עם חברו הטוב שמעון. ראובן ושמעון רואים את לוי טובע ולא נוקפים אצבע להצילו. מאחר שראובן-המציל חב בחובת הצלה מכוח דין או מכוח חוזה, ניתן יהא להרשיעו בהריגה. לשיטתו של

קוגלר, ניתן יהא להרשיע גם את שמעון בהריגה ומקור החובה לפעול יהיה בחוק לא תעמוד על דם רעך.

נוכח התוצאה אליה הגעתי כפי שיפורט בהמשך, אותיר את האפשרות לראות את חוק לא תעמוד על דם רעך כמקור חובה בצריך עיון.

55. העבירה של אי מניעת פשע: נוסע יושב ליד נוהג רכב שהיה מעורב בתאונה ונמלט מהמקום. נוהג הרכב אשם בעבירה של הפקרה לאחר פגיעה שהיא עבירה נמשכת. האם ניתן להשתמש בעבירה של אי מניעת פשע כמקור החובה של הנוסע?

בפרשת ויצמן שלל השופט חשין אפשרות זו באומרו (שס, בעמ' 216):

”כיוצא בחובה זו היא החובה הקבועה בסעיף 262 לחוק העונשין, ולפיה ”מי שידע כי פלוני זומם לעשות מעשה פשע ולא נקט כל האמצעים הסבירים למנוע את עשייתו או את השלמתו, דינו – מאסר שנתיים”. והנה, גם חובה אחת גם חובה אחרת השתיים באות בגדרי המושג ”חובה לפי כל דין” שבסעיף 18(ג) לחוק העונשין. האם די בכך כדי לצרפן למועדון אותן חובות ההופכות הימנעות מעשייה למחדל בר-ענישה כהוראת סעיף 18(ג) לחוק העונשין? תשובתי לשאלה היא בשלילה. לדעתי, לא כל חובה הקבועה בכל דין שהוא עשויה לשמש מקור חובה כשר לעניינו של סעיף 18(ג) לחוק העונשין. לו אחרת אמרנו, דומני שהיינו מרחיקים לכת במאוד, וללא כל הצדק ראוי. אכן, לקבלת כרטיס כניסה אל מועדון החובות הקבועות בסעיף 18(ג) לחוק העונשין אין די לה לחובה כי תיקבע בדין, כך על דרך הסתם. חובה היא המוטלת עלינו לבחון את עוצמתה של אותה חובה ולהוסיף ולבחון אם ראויה היא – על-פי תכליתה – לייצוא מאותו דין שבו נקבעה אל-עבר מיתחם דין העונשין שבו מצוי אף ביתו של המסייע לדבר עבירה”

אומר בקצרה, ומבלי לקבוע מסמרות, כי ספק אם ניתן לייבא את מקור חובת העשייה מסעיף 262 לחוק העונשין הקובע עבירה ספציפית התוחמת את חובת העשייה לגבולות העבירה גופא. דומני כי המחוקק לא התכוון ליטול את חובת העשייה שבעבירה הספציפית של אי מניעת פשע ולהחילה כמקור חובת עשייה בעבירות אחרות. אין זה המקום להאריך בסוגיה נכבדה זו ונותירה בצריך עיון.

56. הטלת חובה על יוצר סיכון: ברגיל, מי שיצר מצב מסוכן יואשם במעשה. מטעם זה, כאשר ראובן דוקר את שמעון בסכין, לא נרשיע אותו בנוסף גם בעבירה של הפקרת שמעון (ע"פ 70/04 פוריאדין נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 19.1.2006), בסעיף 17). אך יש מצבים בהם לא ניתן יהא להרשיע את ראובן בגין המעשה עצמו, למשל אם בעת המעשה האקטיבי לא התקיים אצלו היסוד הנפשי הדרוש או שהיה נעדר שליטה, ויש הגורסים אף במצב בו עומד לזכותו הסייג של "הגנה עצמית" (ראו הערת אגב של כב' השופט קדמי בע"פ 1713/95 פרידמן נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(1) 265, 275 (1996)). במצב דברים זה, יש שיטות משפט בהן מוכרת הדוקטרינה של "יוצר מצב מסוכן". על פי דוקטרינה זו, כאשר אדם עשה מעשה אקטיבי שיצר מצב מסוכן עליו לנטרל את המצב המסוכן, שאם לא כן ניתן יהא להרשיעו בעבירת הגרימה הרלוונטית (קוגלר, דרישת החובה בדיני המחדל, בעמ' 286-287). דוקטרינה זו אומצה על ידי השופט דב לוין בע"פ 119/93 לורנס נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(4) 1, 32 (1994) (לביקורת על פסק הדין ראו סטטמן, לא תעמוד על דם רעך).

דומה כי הדוקטרינה של יצירת סיכון, היא שעומדת מאחורי חובת העשה הנדרשת על ידי המחוקק בעבירת ההפקרה לאחר פגיעה, באשר הנהג שהיה מעורב בתאונה הוא שיצר את הסיכון, גם אם התאונה לא אירעה באשמתו. ברם, נזכיר כי עבירה זו חלה על פי לשונה על "נוהג ברכב", בעוד שענייננו בנוסע ברכב. במקרה שבפנינו, סימון הוא שיצר את הסיכון כמי שישב ליד ההגה, ולכן איני סבור כי ניתן ליישם דוקטרינה זו ולהחילה על ימיני כמקור חובה.

57. הטלת חובה על בעל שליטה ובמצבי יחס של אחריות: הזכרנו לעיל כי על פי זרם מרכזי בפסיקה באנגליה, מי שיש לו זכות לשליטה על התנהגותו של אחר, חלה עליו החובה לפעול כדי למנוע מאותו אדם לבצע עבירה. כגון, מעביד עליו חלה חובה למנוע מעובד לעבור עבירה במסגרת עבודתו או מי שבידו הבעלות או השליטה על רכב. על אלו חלה החובה לנקוט באמצעים סבירים למנוע ביצוע עבירות במקרקעין או ברכב (קוגלר, דרישת החובה בדיני המחדל, בעמ' 243).

בית משפט קמא מצא כי ימיני היה הדומיננטי בין השניים. הדבר בא לידי ביטוי, בין היתר, בכך שבתחילת הנסיעה ימיני הורה לסימון לשבת ליד מושב הנהג, ולאחר האירוע, ימיני הורה לסימון לטשטש את טביעות האצבע. ברם, כפי שאמרנו לעיל, אין בכך כדי להפוך את ימיני לבעל השליטה ברכב ולכן איני סבור כי ניתן לאמץ דוקטרינה זו כמקור חובה לענייננו.

58. הטלת חובה במערכת יחסים היוצרת אחריות: מקור חובה נוסף לפעולה הוא יחס אחריות הטבוע בעצם מערכת היחסים בין הצדדים, כמו חובת אחראי לחסר ישע או חובת הורה או אחראי לקטין (סעיפים 322 ו-323 לחוק העונשין). בארצות הברית, הורחבה אחריות זו גם על יחסי קברניט-נוסעים, עובד-מעביד, ויש הגורסים כי היא חלה גם בין חברי קבוצה שיצאו למשימה מסוכנת כמו טיפוס הרים, שאז תחול חובת עזרה הדדית בין המטפסים (קוגלר, דרישת החובה בדיני המחזל, בעמ' 244).

גם מקור חובה זה לא תופס בענייננו, באשר לא הוכחה מערכת יחסים מיוחדת בין ימיני לסימון.

סיכום ביניים

59. עבירת מחזל מחייבת כי בצידה תשכון חובת עשייה. בעבירת ההפקרה אנו פטורים מלתור אחר מקור החובה לגבי הנוהג ברכב, באשר חובת העשייה קבועה לגביו בעבירה גופה. לא כך לגבי הנוסע ברכב, שלגביו, כמסייע לעבירת ההפקרה, עולה השאלה מה מקור החובה שלו לפעול.

הצבענו על שלוש גישות עיקריות המרחפות בחלל המשפטי. לגישתם של קרמניצר ולבנון-מורג יש לתור אחר מקור חובה לפעול הן לגבי המבצע העיקרי והן לגבי המסייע. החובה לפעול יכולה להימצא הן בדין הפלילי והן בדין הלב-פלילי ואף בחוזה, אך בנוסף, יש להוכיח זיקה מיוחדת בין הֶסְדָּל לקורבן או בין הֶסְדָּל למעשה. לגישתם של פלר והלוי יש לתור אחר מקור חובה בדין או בחוזה, אלא שסעיף 18(ג) כלל לא חל על המסייע (או המשדל). לכן, אין צורך לאתר מקור חובה לפעול לגביהם ודי בכך שיש מקור חובה בדין או בחוזה לגבי העבירה העיקרית. ואילו לגישתו של קוגלר יש למצוא מקור חובה גם לגבי המסייע (ובכך הוא מתייצב לצד קרמניצר ולבנון), אך החובה "על פי דין" כאמור בסעיף 18(ג) יכולה להיווצר בפסיקת בתי המשפט עצמם, באשר המונח "דין" כולל גם פסיקה, ובלבד שזו תחול מכאן ואילך.

כן הצבענו על מספר מקורות אפשריים ליצירת החובה (חוק לא תעמוד על דם רעך, אי מניעת פשע, יצירת סיכון, יחסי שליטה ויחסי אחריות) אך לא מצאנו בכל אלה מקור להטלת חובת עשה על הנוסע.

דומני כי בהלכת ויצמן, מהלך השופט חשין בין האסכולה של הלוי ופלר לבין האסכולה של קוגלר. השופט חשין שואב את מקור החובה של המסייע מהחובה

שבעבירה העיקרית ובכך הוא מתקרב ל"מרכז הכבידה" של הלוי ופלר. אלא שבהמשך, מצהיר השופט חשין כי עמדה המוותרת על מקור חובה לסיוע במחדל יש בה הרחבת יתר של האחריות הפלילית. לכן, ולמרות שלשיטת פלר והלוי אין צורך במקור חובה ליצור סיוע במחדל, השופט חשין ממשיך בדרכו ועומד על ההיבט המוסרי-חברתי כפי שבא לידי ביטוי באפס-המעשה של שתי הנוסעות במושב האחורי. לשיטתו, ההחלטה אם להטיל אחריות במקרה מסוים אם לאו, נעשית ממקרה למקרה על פי נסיבות העניין. הנה כי כן, למעשה, יצר השופט חשין חובה יציר הפסיקה ובכך הוא מתקרב ל"מרכז הכבידה" של גישת קוגלר (זאת, למרות שבפסק הדין השופט חשין דוחה את האפשרות ליצור את החובה מכוח הפסיקה עצמה, בשל עקרון החוקיות).

האם ניתן להרשיע את ימיני כמסייע באפס-מעשה לעבירה של הפקרה ?

60. ומהתם להכא. ימיני לא עשה דבר כדי למנוע מסימון להימלט ממקום האירוע ובכך לבצע עבירת הפקרה.

אילו אחזנו בגישתם של פלר והלוי נקל היה עלינו להרשיע את ימיני בעבירה של סיוע, שהרי לגישתם אנו פטורים מלתור אחר מקור חובת עשייה כדי להטיל אחריות פלילית על המסייע לעבירה העיקרית של הפקרה לאחר פגיעה.

אילו אחזנו בגישתם של קרמניצר ולבנון-מורג, היה עלינו לתור אחר מקור החובה ועל קיומה של זיקה מיוחדת בין ימיני למעשה העבירה או בין ימיני לסימון. לגישתם, כפי שהובעה בעקבות עניין ויצמן, אין על ימיני מקור חובה לפעול - כך שאנו פטורים מלבחון את יסוד הזיקה המיוחדת - ועל כן יש לזכות את ימיני מעבירת הפקרה.

אילו אחזנו בגישתו של קוגלר - לפיה בית המשפט עצמו יכול ליצור בפסיקתו את החובה לפעול מקום בו ראוי וצודק לעשות כן - לכאורה נקל עלינו להרשיע את ימיני בעבירה של סיוע. זאת, מאחר שהחובה יציר הפסיקה נוצרה כבר בפסק הדין בעניין ויצמן, גם אם הקריטריונים שהותוו בה עמומים-משהו. לשיטתו של קוגלר, נראה כי בפרשת ויצמן היה על בית המשפט לזכות את הנאשמים, באשר הייתה זו הפעם הראשונה בה נוצרה חובה בפסיקה המטילה על נוסע ברכב כמסייע למנוע את העבירה של הפקרה. אך כיום, משנוצרה החובה בפסיקה, אין בכך כדי לפגוע בעקרון החוקיות ובעקרון ה"אזהרה ההוגנת".

61. איזו דרך יבור לו בית המשפט? הגישות השונות שנזכרו לעיל, נעות בין שני עקרונות: מן הצד האחד מונח הערך המוגן של קדושת החיים, העזרה לזולת ולקיימת אחריות. מן העבר השני עומדים עקרון החוקיות ועקרון הוודאות המשפטית ולפיו אין להטיל אחריות פלילית יש מאין ללא חוק ברור ומפורש היכול להכווין את התנהגותו של הפרט (השוו דנ"פ 1397/03 מדינת ישראל נ' שבס, פ"ד נט(4) 385, 407 (2004)).

מצויים אנו בקונפליקט בין עקרון החוקיות והוודאות בפלילים לבין הרצון להגיע לתוצאה הצודקת והמוסרית במקרה קונקרטי. מצויים אנו, כדברי בית המשפט בעניין ויצמן, על הגבול שבין דיני העונשין לבין חובות של מוסר חברתי-אנושי שבבסיסן הדרישה - שמא אף הדחף הטבעי - לעצור את הרכב ולסייע לנפגע.

62. אפס-המעשה של ימיני דומה במידה רבה לנסיבות בעניין ויצמן. ימיני היה מודע לתאונה אך בחר לשתוק ולחזות בנעשה ולא טרח אפילו לסייע על ידי דיווח למשטרה או למד"א ממכשיר הטלפון הסלולרי שהחזיק בידו. להבדיל משתי הנוסעות בפרשת ויצמן, ימיני היה דומיננטי ושמא אף הטיל את מוראו על סימון הנוהג ברכב.

לאור זאת, אלך בעקבות הלכת ויצמן, שניתנה לפני כשמונה שנים והיא ההלכה הנוהגת כיום. אמנם מאז הלכת ויצמן לא נדונה בבית משפט זה לגופה הסוגיה של סיוע לעבירת ההפקרה, אך במספר פסקי דין אוזכרה ההלכה בהסכמה בהקשרים שונים. כך, בע"פ 5425/08 אבו קישק נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 15.6.2010) דחה בית המשפט ערעור על גזר דינו של נוסע שהודה בין היתר בביצוע עבירה של סיוע להפקרה לאחר פגיעה. בפסיקת בתי משפט השלום והמחוזי אנו מוצאים מספר גזרי דין נגד נוסעים שהודו בעבירה של סיוע להפקרה כמיוחס להם בכתב האישום (ראו: ת"פ (מרכז) 1144/07-12-09 מדינת ישראל נ' תודן (לא פורסם, 12.7.2010)). בת"פ (נצ') 1144/07 מדינת ישראל נ' שיבלי (לא פורסם, 29.7.2009) הרשיע בית המשפט המחוזי, במקרה הדומה לענייננו, נוסע בטרקטורון בסיוע להפקרה. באותה פרשה, ישב הנאשם מאחורי נהג טרקטורון שנהג בפראות ובמהירות מופרזת, באזור הומה אדם, במהלך יום הכיפורים. הטרקטורון פגע בילדה טל זינו ז"ל וברח מן המקום. בית המשפט נמנע מלהרשיע את הנוסע כמבצע בצוותא אך הרשיעו בסיוע לעבירת ההפקרה בהסתמך על המסכת העובדתית ועל ההלכה שנקבעה בעניין ויצמן. פסק הדין אושר בבית המשפט העליון בע"פ 9559/09 מדינת ישראל נ' שיבלי (לא פורסם, 29.11.2010).

נראה אפוא כי הלכת ויצמן הכתה שורשים בפסיקה בבחינת ההלכה למעשה נכון להיום (קדמי, בעמ' 388), ולכן, כאמור, אלך בעקבותיה. בכך נמצאנו ממשיכים

במגמה של החובה להושיט עזרה לאדם המצוי בסכנה, באמצעות פרשנות מרחיבה של סעיף 64א. וכדברי הנשיא ברק:

"תוצאת פסק הדין (ע"פ 7159/98 מדינת ישראל נ' אוחנה, פ"ד נג(2) 632 (1999) – י.ע) הינה התפתחות טבעית של החקיקה והפסיקה בישראל בנוגע לחובה להושיט עזרה לאדם המצוי בסכנה בכלל, ולנפגע בתאונה בפרט. מדיניות המשפט הפלילי בישראל בשנים האחרונות, בחקיקה ופסיקה, היא להרחיב את חובתו החוקית (להבדיל מחובתו המוסרית) של אדם להושיט עזרה לאדם אחר המצוי בסכנה, ודאי כאשר חובה זו אינה מעמידה את מושיט העזרה בסכנה כלשהי (ראו: חוק לא תעמוד על דם רעך, התשנ"ח-1998) (אשר נכנס לתוקפו לאחר האירועים נשוא פסק הדין) וכן ע"פ 119/93 לורנס נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(4) 1, 29-33). מדיניות הרחבת חובת העזרה באה לידי ביטוי גם בעבירת ההפקרה. כך לדוגמא, בחוק לתיקון פקודת התעבורה (מס' 15), תשל"ט-1979 תוקנה עבירת ההפקרה ותחולתה הורחבה 'מנהג שתוך נהיגתו גרם לתאונה' ל'נהג המעורב בתאונה' (דנ"פ 2974/99 אוחנה נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 20.1.2000)).

63. ודוק: לעת הזאת בחרתי במודע שלא לאמץ במפורש אף אחת מהגישות שנסקרו לעיל ואותיר את הדברים בצריך עיון. אודה ולא אכחד כי אילו נדרשתי אני להכריע בעניין ויצמן, הייתה מלאכתי קשה יותר וייתכן כי הייתי נאלץ לאמץ גישה זו או אחרת, אם לזיכוי ואם להרשעה. מכל מקום, בתוצאה אליה הגעתי אין לראות דחייה של גישת קרמניצר ומורג-לבנון, באשר הפגיעה בעקרון החוקיות והוודאות המשפטית במקרה דנן היא קטנה, אם בכלל, משנפסקה הלכת ויצמן וכבר הלכו בתי המשפט בעקבותיה. אף אין להסיק מהתוצאה אליה הגעתי כי אני מאמץ את גישתו של קוגלר, באשר בפסק דיני זה לא יצרתי חובה יש מאין. אכן, פסעתי בעקבות חובה שנוצרה בפסיקה בפרשת ויצמן, אך כאמור, יש בכך כדי להקהות עד מאוד את הפגיעה בעקרון החוקיות והוודאות המשפטית, פגיעה שלשיטתו של קוגלר אין מנוס ממנה.

64. במאמר מוסגר: המשיבה לא טענה, אף לא לחלופין, כי יש להרשיע את ימיני בשידול, למרות שניתן היה לטעון כי לאור הדומיננטיות שלו, היה בהתנהגותו כדי לשדל או להטות את סימון להפקיר את המנוחה וחברתה או להמשיך בהפקרה. כידוע, האחריות של המשדל חמורה מזו של המסייע, והמשדל נחשב כשותף עקיף-ראשי של העבירה, זאת מאחר שיש לו תרומה ממשית לביצועה של העבירה (ע"פ 6095/08 סלומון נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 29.12.2008) בסעיף 8). לכן, העונש על שידול זהה

לעונשו של המבצע העיקרי, להבדיל מן המסייע שעונשו עולה כדי מחצית מהעונש המוטל על המבצע (עניין סלומון, שם; קדמי, בעמ' 379). ואולם, רמתו הנדרשת של היסוד הנפשי לשידול גבוהה מזו הנדרשת בעבירת הסיוע. השידול מצריך מודעות של המשדל לכוח השפעתו על המבצע, אולם בעוד שבעבירת הסיוע יש צורך שתקיים אצל המסייע שאיפה לסייע, אצל המשדל צריכה להתקיים שאיפה לביצוע העבירה. בכך קשה יותר הוכחת קיומו של היסוד הנפשי אצל המשדל מאשר אצל המסייע.

משלא הועלתה הטענה כי יש לראות את ימיני כמשדל לעבירה, לא אדרש לאפשרות זו.

ימיני כמסייע במעשה אקטיבי בעבירה נמשכת

65. עד עתה יצאנו מנקודת הנחה כי ימיני חדל באפס-מעשה. אלא שיכול הטוען לטעון כי ניתן לראות את ימיני כמי שפעל כמסייע במעשה ולא כמסייע במחדל, מה שמייתר את כל הדיון הארוך עליו עמדנו לעיל.

נזכיר כי בפרשת ויצמן הרשיע בית המשפט את ויצמן בגין סיוע במעשה מאחר שצעק לנהג הרכב "סע", והדיון שם התמקד בהרשעת שתי הנוסעות מאחור ברכב בגין סיוע במחדל. במקרה שבפנינו, בית משפט קמא האמין לסימון כי ימיני הורה לו לטשטש את טביעות האצבע ברכב, אם כי לא הרשיע את ימיני בעבירה של טשטוש ראיות בהיעדר חיזוק לדברי סימון. משכך, החל משלב זה ואילך יש לראות את ימיני כמי שסייע באופן אקטיבי לעבירת ההפקרה "בשעת עשייתה" כאמור בסעיף 31 לחוק העונשין, באשר העבירה נמשכת כל עוד מתקיימת ההפקרה (לדעה לפיה עבירת ההפקרה היא רגעית ולא עבירה נמשכת ראו קרמניצר ולבנון-מורג, על הצורך במקור חובה, בעמ' 194 טכסט להערת שוליים 47). ובכלל, יש הגורסים כי מעשה שקדם לו מחדל יש לראותו כהתנהגות אקטיבית, כגון מפקד שנתן הוראה לפתוח בתרגיל באש חיה מבלי שנקט לפני כן באמצעי הזהירות המתחייבים (קרמניצר ושגב, המחדל בדין העונשין, בעמ' 197, 211-212). בדומה, ניתן לטעון כי אם למעשה האקטיבי של ימיני שהורה לסימון לטשטש את טביעות האצבע קדמה שתיה, יש לראות את התנהגותו כמכלול כהתנהגות אקטיבית.

גם באספקלריה זו, ניתן להרשיע את ימיני כמסייע במעשה לעבירת ההפקרה. ברם, ספק אם הוראה לטשטש ראיות, מהווה חלק מהרכיב ההתנהגותי בעבירת ההפקרה ולכן אותיר את הדברים בצריך עיון.

הערה לגבי המערך הנורמטיבי של עבירת פגע וברח ועל תכלית העבירה

66. תאונות "פגע וברח" הפכו למכת מדינה בארצנו ומדובר באחת מהתופעות היותר כעורות, בלתי מוסריות וחמורות בחברה הישראלית. המחוקק היה ער לתופעה זו והבין את חומרתה, לכן קבע עבירה פרטנית של הפקרה לאחר פגיעה וקבע בצידה רף ענישה גבוה.

בשתי הצעות חוק פרטיות שהונחו לאחרונה על שולחן הכנסת הוצע להחמיר את הענישה עם עבריינים המפקירים נפגעים לאחר פגיעה. בהצעת חוק של ח"כ משה (מוץ) מטלון (מיום 17.3.10 ואשר אושרה בקריאה טרומית ביום 8.12.2010) הוצע להעלות את רף הענישה מתשע שנות מאסר לעשרים שנה בדומה לעונש על עבירת הריגה. בהצעה נוספת, שהוגשה על ידי חברי הכנסת דוד רותם ורוברט אילטוב הוצע לקבוע עונש מינימום שלא יפחת ממחצית מהעונש שנקבע לעבירה (הצעה מיום 19.7.10). בדברי ההסבר להצעות החוק נאמרו דברים דומים שעניינם בחומרת העבירה ושכיחותן של עבירות פגע וברח.

67. אלא שטרם עוסקים אנו ברף הענישה ובמידת הענישה, יש ליתן את הדעת לניסוח עבירת ההפקרה עצמה על רקע תכלית החקיקה, ועל היחס בינה לבין הוראות אחרות שאף הן עוסקות בתופעה של "פגע וברח". נשים נגד עיננו פעם נוספת את נוסח העבירה של הפקרה לאחר פגיעה הקבוע בסעיף 64א לפקודת התעבורה:

"(א) נוהג רכב המעורב בתאונה, והוא ידע, או שהיה עליו לדעת, כי בנסיבות המקרה עשוי היה להיפגע אדם, ולא עצר במקום התאונה, או קרוב לו ככל האפשר, כדי לעמוד על תוצאות התאונה, דינו – מאסר שבע שנים, עם קנס או ללא קנס, ובלבד שלא יוטל עליו מאסר על תנאי בין כעונש יחיד ובין כעונש נוסף ולא יינתן עליו צו מבחן.

(ב) נוהג רכב המעורב בתאונה, והוא ידע, או שבנסיבות המקרה היה עליו לדעת, כי בתאונה נפגע אדם, ולא הגיש לנפגע עזרה שהיה ביכולתו להגיש בנסיבות המקרה, לרבות הסעתו לטיפול רפואי, דינו – מאסר תשע שנים, עם קנס או ללא קנס, ובלבד שלא יוטל עליו מאסר על תנאי בין כעונש יחיד ובין כעונש נוסף ולא יינתן עליו צו מבחן."

כאמור, ס"ק (א) עניינו במצב בו הנהג ידע או צריך היה לדעת כי בתאונה "עשוי היה להיפגע אדם" שאז מוטלת על הנהג החובה לעצור כדי לעמוד על תוצאות התאונה גם אם מסתבר כי לא היו נפגעים בתאונה. ס"ק (ב) עניינו במצב בו הנהג ידע או צריך היה לדעת כי בתאונה "נפגע אדם" שאז עליו להגיש לנפגע עזרה שהיה ביכולתו להגיש בנסיבות המקרה.

68. מה דינו של נהג שפגע בהולך רגל במקום נידח וחשוך, לאחר מכן עצר וירד מרכבו, בדק היטב את הולך הרגל ומצא כי הוא מת ולא ניתן לסייע לו, ולאחר מכן עזב את המקום מבלי לדווח למשטרה או למד"א (נניח כי הנהג הוא רופא או פרמדיק במקצועו ויש ביכולתו לקבוע את המוות). האם במקרה כאמור לא נחיל את עבירת ההפקרה על שתי חלופותיה, מאחר שהנהג עצר במקום התאונה ומאחר שלא ניתן היה כבר להגיש סיוע לנפגע? האם תכלית ס"ק (א) היא רק כדי לעמוד על תוצאות התאונה, בעוד תכלית ס"ק (ב) היא רק להגיש עזרה? אם כן, מה דינו של נהג שפגע בהולך רגל במקום הומה אדם, נמלט מרחק קצר מהמקום ולאחר מכן חזר כדי לבדוק את תוצאות מעשיו (כפי שנטען על ידי ימיני). האם נרשיע אותו לפי ס"ק (א) מאחר שלא עצר במקום התאונה ממש, אך לא נרשיעו לפי ס"ק (ב) מאחר שבמקום התאונה היו רבים אחרים שיכולים היו להגיש עזרה יותר אפקטיבית ממנו?

תשובה לשאלה הראשונה אנו מוצאים בתקנה 144 לתקנות התעבורה, שכותרתה "תאונת דרכים שתוצאתה הריגה או פגיעה בגוף". תקנה זו מפרטת את החובות המוטלות על נהג הרכב במקרה של תאונה, וזו לשונה:

"144. (א) נוהג רכב המעורב בתאונה שכתוצאה ממנה נהרג אדם או נפגע, יפעל לפי הוראות אלה:

(1) יעצור מיד את הרכב במקום התאונה או קרוב אליו ככל האפשר, ולא יזיזו ממקומו...

(2) בהתאם לנסיבות המקרה ומקום התאונה, יגיש לכל אדם שנפגע באותה תאונה עזרה מתאימה ובמיוחד –

(א) ידאג למניעת כל נזק נוסף לנפגע;

(ב) יגיש לנפגע עזרה ראשונה שביכולתו להגיש על פי הכשרתו;

(ג) יזעיק למקום התאונה את שירותי ההצלה המקצועיים הנחוצים על פי נסיבות המקרה ובין השאר, אמבולנס, משטרה ומכבי אש;

(ד) ימתין ליד הנפגע עד להגעת שירותי ההצלה המקצועיים;

(ה) במקום שאין אפשרות לפנות את הנפגע באמבולנס ידאג להעברתו ברכב מתאים אחר לתחנת עזרה ראשונה, לבית חולים או לרופא.

"

(3) ימסור לשוטר, או לאדם שנפגע או לנוהג רכב אחר המעורב באותה תאונה, או לכל נוסע או אדם שהיה בחברתו של הנפגע, את שמו ומענו, את מספר רשיון הנהיגה ומספר הרישום של הרכב שהוא נוהג בו ושם בעליו ומענו, ויציג לפי דרישתם את רשיון הנהיגה, רשיון הרכב או תעודת הביטוח ואת תעודת הזיהוי שלו אם היא נמצאת ברשותו וירשה להעתיק כל פרט הרשום בהם;

(4) יודיע מיד ככל האפשר ובאמצעי הקשר המהירים ביותר לתחנת המשטרה הקרובה למקום התאונה על אירועה ויפרט בהודעה את –

- (א) שמו ומענו;
- (ב) מקום האירוע ומקום הימצאו הוא, ואם ידוע לו - גם שם האדם שנפגע ולאיזה מקום הועבר לטיפול.
- (ב) לא יזיז אדם רכב המעורב בתאונה כאמור בתקנת משנה (א), אלא אם הרשהו שוטר לעשות כן, או אם יש הכרח בכך לצורך הגשת עזרה למעורבים בתאונה זו.”

אלא שהעונש על פי תקנה 144 לתקנות התעבורה הוא מאסר שנתיים (סעיף 68 לפקודה המפנה לסעיף 62 לפקודה), נמוך בהרבה מהעונש על פי סעיף 64 לפקודת התעבורה. לכך יש להוסיף כי ההבחנה בין העבירה לפי תקנה 144 והעבירה לפי סעיף 64 איטשטשה עד מאוד בעקבות תיקון סעיף 64 שנוסחו בעבר היה "נוהג רכב שתוך נהיגה גרם לתאונה...". בית המשפט הבחין בשעתו בין נוהג רכב שגרם באשמו לתאונה, שאז חל סעיף 64 לפקודה, לבין נוהג רכב שהיה "מעורב בתאונה" ללא אשם מצידו, שאז חלה תקנה 144 (ע"פ 330/73 אליאסף נ' מדינת ישראל, פ"ד כח(1) 212 (1973); ביין, בעיות יסוד בעבירת פגע וברח, בעמ' 554). בעקבות פסק הדין תוקן נוסח הסעיף (ראו דברי ההסבר בה"ח חוק לתיקון פקודת התעבורה (מס' 15), תשל"ט-1979, ה"ח תשל"ט בעמ' 164). כיום, כאשר שתי העבירות חלות על נהג ש"מעורב בתאונה" ללא קשר לאשמו בתאונה, עלול להיווצר ספק איזו מהעבירות יש להחיל כאשר הופרה חובת העצירה – האם עבירה לפי סעיף 64א (א) לפקודה שעונשה תשע שנים או עבירה לפי סעיף 144 לתקנות התעבורה שעונשה שנתיים. לכך יש להוסיף את החובה לעצור הקבועה בסעיף 62(7) לפקודת התעבורה המטילה שנתיים מאסר על נהג אשר:

"בהיותו נוהג רכב אינו עוצר בשעה שבגלל מציאות רכבו בדרך אירעה תאונה לאדם, או לבהמה או לרכב שאדם ממונה עליהם, ואינו מגלה, כשנדרש לכך, שמו ומענו שלו ושמו ומענו של בעל הרכב ואת תו הרישום או המספר של הרכב".

ודוק: לא נעלם מעיני כי בבסיסה של כל אחת מחובות העצירה על פי כל אחת מהעבירות עומדת מטרה אחרת – קביעת הנסיבות של אירוע התאונה (תקנה 144(א)(1)), זיהוי הרכב שהיה מעורב בתאונה (סעיף 62(7)) ועמידה על תוצאות התאונה שמא יש להגיש עזרה לנפגעים (64א(א)) (פלד, חובות כלי רכב כלפי נפגע). ברם, הניסוח של מכלול העבירות והיחס של כל אחת מהן לרעותה הוא מסורבל ולא ברור.

69. דומה אפוא כי ראוי לחזור וליתן את הדעת לניסוחם של העבירות שעניינן "פגע וברח" ולתאם ביניהן (פלד, שם, בעמ' 477; ע"פ 1977/05 גולה נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 2.11.2006) בסעיף 42). ככל שהדבר נוגע לעבירת ההפקרה לאחר פגיעה, יש ליתן את הדעת לשתי נקודות: ראשית, יבוא המחוקק ויאמר את דברו במפורש אם הוא מבקש להרחיב את תחולת העבירה גם על הנוסעים ברכב, ואם כן, באילו סייגים ובאילו תנאים. זאת, בשים לב לעבירות קרובות של אי מניעת פשע וסיוע לאחר מעשה, ובשים לב שבמצב הדברים הרגיל, לא נוהגים להטיל אחריות פלילית על נוסע ברכב אפילו על עבירת תוצאה של הריגה (אלא על נוהג הרכב בלבד). שנית, יש מקום לחדד את תכלית העבירה ולצידה של תכלית העזרה והסיוע לנפגע להוסיף תכלית מפורשת שעניינה גם מניעת בריחה והימלטות כתכליות העומדות בפני עצמן (תכלית זו אינה נזכרת בסעיף 64א, אך הוכרה בפסיקה כתכלית משנית לתכלית של מתן עזרה מיידית לנפגע. ראו: ע"פ 7159/98 מדינת ישראל נ' פלוני, פ"ד נג(2) 632, 644 (1999); רע"פ 10212/04 ממן נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(4) 210, 215-217 (2005)).

מעבר לצורך להגן על הנפגע ולסייע לו בעזרה ובטיפול רפואי, הימלטות ממקום התאונה פוגעת באינטרס הציבורי. יש עניין לציבור כי האשמים יובאו לדין פלילי הן לשם הרתעת היחיד והן לשם הרתעת הרבים. יש אינטרס ציבורי בגילוי ובאיתור נהגים שיש להרחיקם מהכביש ובחקירת גורמי התאונה והאשמים בתאונה. לצד העניין הציבורי להעמדת עברייני תנועה לדין, קיים גם האינטרס הפרטי של הנפגע ובני משפחתו של הנפגע לדעת באילו נסיבות הוא נפגע, ואינטרס של כל אחד מהמעורבים להבהיר את נסיבות אירוע התאונה, בין היתר, בשל הרצון של כל אחד מהמעורבים בתאונה שלא תוטל עליו אחריות פלילית ללא הצדקה או לצורך הליכים אזרחיים (ביין, בעיות יסוד בעבירת פגע וברח, בעמ' 555-557). עוד על תכליות עבירת ההפקרה – מתן עזרה מיידית לנפגע, הקלה על רשויות אכיפת החוק לברר את נסיבות התרחשות התאונה, מניעת התחמקות הנהג מאחריות ועיגון משפטי לחובה המוסרית המוטלת על אדם לסייע לזולתו – ראו ע"פ 5000/08 סומך נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 22.3.2009), סעיף 10 לפסק הדין והאסמכתאות שם (להלן: עניין סומך).

יכול הטוען לטעון כי בדרך כלל החוק לא מטיל חובה על אדם לסייע למשטרה לפענח מקרה בו היה מעורב, שאין אדם משים עצמו רשע, ויש בכך משום פגיעה בחיסיון המוענק לו מפני הפללה עצמית (סעיף 47(א) לפקודת הראיות, תשל"א-1971). ולא היא. עצירה במקום התאונה ומסירת פרטים אינם מהווה הפללה עצמית, כאשר לחובות אלה אין כל קשר לשאלת האשם בתאונה. יכול אדם להיות מעורב בתאונה שלא באשמתו. מכל מקום, ההצדקה להטלת חובה מעין זו, היא בעיקר בשל הפגיעה בנפגע, שהוא השחקן החלש במערכה. זכויותיו של הנפגע במקרה של תאונת דרכים והאינטרס הציבורי, גוברים על זכותו של הנהג המעורב שלא להפליל את עצמו (ביין שם, בעמ' 564).

נוסע ברכב שנמלט לאחר פגיעה ועבירה של אי מניעת פשע

70. בחנו לעיל את העבירה של אי מניעת פשע כמקור אפשרי להטלת חובת עשייה על הנוסע ברכב בעבירת ההפקרה. שאלה נפרדת היא, האם אפס המעשה של הנוסע ליד הנהג אינו עולה, כשלעצמו, כדי עבירה של אי מניעת פשע? האם ניתן להרשיע את ימיני בעבירה של אי מניעת פשע, שאם היה מורה לסימון לעצור ולחזור למקום התאונה, היה מונע את העבירה הנמשכת?

מאחר שאפשרות זו אף לא הועלתה על ידי המשיבה והצדדים לא התייחסו לכך, ממילא לא ניתנה לימיני אפשרות סבירה להתגונן מפני הרשעה בעבירה זו, ואין להחיל כאן את סעיף 184 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982, המאפשר הרשעה בעבירה אחרת.

השימוש בעבירה של אי מניעת פשע לשם הטלת אחריות פלילית על נוסע ברכב בעבירה של הפקרה לאחר פגיעה, מעלה שאלות לא פשוטות של פרשנות לשונית ותכליתית ושל מדיניות משפטית, כגון: האם ניתן לומר כי מי שמבצע עבירה נמשכת של הפקרה לאחר פגיעה הוא כמי ש"זומם לעשות פשע" כמשמעו בסעיף 262 לחוק העונשין, ביטוי הצופה כפשוטו פני עתיד. השימוש בעבירה זו עלול במקרים מסויימים לצמצם, אם לא לאיין, את ההבחנה בין סיוע לעבירה לבין העבירה של אי-מניעת פשע. ובכלל, העבירה של אי-מניעת פשע היא עבירה עליה נמתחה ביקורת (ראו הסקירה בע"פ 3417/99 הר-שפי נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(2) 735 (2001) (להלן: עניין הר-שפי)). האם יש לדרוש מכל נוסע ברכב לדווח (יהיו שיאמרו "להלשין") על חברו הנהג שנמלט ממקום התאונה ובכך להעמידו בדילמה נוכח נאמנותו לחברו? האם הטלת

אחריות בגין סיוע לעבירה של הפקרה אינה מביאה למעשה לתוצאה של חובת דיווח? האם לא יהא בכך שימוש יתר בעבירה שנועדה במקורה למנוע עבירות חמורות של תוצאה? (לממשק בין עבירת ההפקרה והעבירה של אי מניעת פשע ולביקורת על עמדותיו של השופט חשין תוך השוואה בין פרשת ויצמן לעניין הר-שפי ראו מרדכי קרמניצר "החובה להלשין או החובה לדווח - על העברה של אי מניעת פשע" המשפט יא 55 (2007)). שאלה נוספת מתעוררת נוכח הפער בענישה בין העבירה של סיוע להפקרה לאחר פגיעה (מחצית מתשע שנים) לעבירה של אי-מניעת פשע (שנתיים). צא ולמד כי אדם שלא מנע פשע של רצח צפוי לעונש של עד שנתיים מאסר, בעוד שנוסע ליד נהג שהיה מעורב בתאונה ונמלט מהמקום צפוי לעונש של עד ארבע וחצי שנות מאסר. זאת, גם אם נהג הרכב לא היה אשם בתאונה וגם אם האדם נפגע קלות, שהרי העבירה של הפקרה היא עבירת התנהגות ולא עבירת תוצאה.

כל אלו שאלות נכבדות, אך בית משפט זה אינו בית ועד לחכמי אקדמיה, ונותיר את המלאכה לאחרים.

ימיני – סיכום וסוף דבר

71. מצאנו כי אין להרשיע את ימיני כ"נוהג ברכב" לאור לשון הסעיף ותכליתו, וכי לא ניתן להרשיעו כ"מבצע בצוותא" הן בשל היעדר תכנון מראש, הן בשל היעדר שליטה והן מאחר שלא ניתן להחיל את הוראת סעיף 34ב על עבירת מחדל בהיעדר מקור חובה. בהמשך, סקרנו את האפשרות להרשיע את ימיני כמסייע במחדל לעבירת ההפקרה. עמדנו על ההבחנה בין מעשה ומחדל ועל הגישות השונות לגבי הצורך במקור להטלת חובת עשייה בעבירות מחדל בכלל, ובעבירות מחדל בסיוע. עמדנו על מספר מקורות חובה אפשריים (חוק לא תעמוד על דם רעך, אי מניעת פשע, יצירת סיכון, יחסי שליטה ויחסי אחריות) והראינו כי אלו אינם חלים בענייננו. עמדנו על כך שבעניין ויצמן יצר בית המשפט למעשה חובה יציר הפסיקה, ומשכך, ומשהכחה הלכה זו שורש בפסיקה, הלכנו בעקבותיה. בנוסף, הותרנו בצריך עיון את האפשרות להרשיע את ימיני כמסייע במעשה לעבירת ההפקרה, בשל הוראתו לסימון לטשטש את טביעות האצבע עובר להימלטותו מהרכב. בשולי הדברים הזכרנו את העבירה של אי מניעת פשע, והותרנו בצריך עיון אם ניתן היה להרשיע את ימיני בעבירה זו.

סופו של דבר, שאציע לחברי להרשיע את ימיני כמסייע לעבירת ההפקרה לאחר פגיעה, במקום כמבצע בצוותא כפי שנקבע בבית המשפט המחוזי. בהתאם, אציע לחברי להפחית את עונשו של ימיני ל-30 חודשי מאסר בפועל. בכך אנו מעלים את רף

הענישה בעבירת הסיוע להפקרה (ונזכיר כי בפרשת ויצמן, הפקירו הנוסעים את השוטר בשעת לילה מאוחרת במקום שאינו הומה אדם, ונגזרו על ויצמן ששה חודשי עבודות שירות בלבד ועל הנוסעות האחרות שלושה חודשי עבודות שירות בלבד). אלא שהגיעה העת להעלות את הרף בעבירות אלה, שנקעה נפשו של הציבור מהן.

ע"פ 3164/10 : הערעור של סימון

72. בגזר דינו, הדגיש בית משפט קמא כי חלקו של סימון בפרשה הוא העיקרי והחמור. הוא שנהג בג'יפ תחת השפעת אלכוהול, והוא שחצה את הצומת ברמזור אדום והביא למותה של מיטל אהרונסון ז"ל ולפגיעתה של מלי יודי בעודן חוצות את הכביש במעבר החציה. בנוסף, סימון הפקיר את קורבנות התאונה, נטש את המקום, החליף חולצה במטרה לטשטש את זהותו, החביא את מפתחות הרכב, מחק את טביעות האצבע בתוך הרכב, כל זאת במטרה למנוע את לכידתו.

בית המשפט תיאר את ההשלכות הקשות של הטרגדיה על משפחתה של מיטל ז"ל, כמו גם את הפגיעות הקשות ממנה סובלת מלי. בסיפא לפסק הדין, בית המשפט ציין כי לקח בחשבון את פנייתה הנרגשת של משפחתה של מיטל למצות עם הנאשמים את הדין. נאמר כי מטרת גזר הדין אינה לנקום בנאשמים אך אין אפשרות להתעלם מהפניה הנרגשת של משפחתה של מיטל.

73. בית המשפט קבע כי התנהגותו של סימון מחייבת הטלת עונש חמור ומרתיע, המצדיק את העלאת רף הענישה המקובל, וגזר עליו 12 שנות מאסר בגין הריגתה של מיטל ז"ל, ו-3 שנות מאסר בגין גרימת החבלה החמורה למלי, אשר שתיים מתוכן ירצה המערער במצטבר – ובסה"כ 14 שנות מאסר בגין גרימת התאונה.

אשר לעבירת ההפקרה לאחר פגיעה, עמד בית המשפט על תכליתו של הסעיף והדגיש את הפגם המוסרי הכבד הטמון בביצועה של עבירת ההפקרה, שהיא עבירה עצמאית העומדת על רגליה שלה בנפרד מהעבירות של הריגה וגרימת חבלה חמורה. נקבע כי אף שימיני היה הדומיננטי בהתנהגותו בתוך הרכב, הרי שאחריותו של סימון, אשר אחז בהגה, גבוהה יותר. בית המשפט גזר על סימון בגין עבירה זאת 7 שנות מאסר, מתוכן 6 שנים במצטבר לעונש בגין עבירת ההריגה וגרימת החבלה ושנה אחת בחופף, בהתחשב במצבו המשפחתי של סימון ובמצבו הבריאותי. כן הזכיר בית המשפט את אופן ניהול הגנתו של סימון, אשר כמעט הובילה לעיוות דין חמור בכל

הקשור לקביעת זהותו של נהג הרכב, וכן להפללתו של אדם חף מפשע בעבירת איומים.

סיכומו של דבר, בית המשפט השית על סימון עונש של 20 שנות מאסר בפועל בגין העבירות האמורות, וכן גזר עליו עונש של פסילת רישיון נהיגה לרכב מנועי כלשהו לצמיתות, בציינו כי אין מקום שיוסיף לנהוג בעתיד באשר נהיגתו מהווה סיכון לציבור.

טענות הצדדים

74. בערעורו טוען סימון כי העונש שהושת עליו בלתי מידתי, ואינו עולה בקנה אחד עם מדיניות הענישה המקובלת בעבירות כגון דא. כן טוען סימון כי לא היה מקום להטיל עליו שלשה עונשים מצטברים, וכי שגה בית משפט קמא בכך שייחס לאופן ניהול הגנתו חומרה יתרה, באשר עמד תחת לחץ של החוקרים להטיל את האשמה על ימיני.

עוד נטען כי יש להתחשב בכך שסימון הוא אב לשניים; ללא עבר פלילי; נכון ליום הגשת הערעור עדיין התגורר בבית הוריו וסייע לפרנסת המשפחה; והוא סובל ממחלת מעיים נדירה אשר בגינה כבר עבר תשעה ניתוחים אך למרות זאת בחר להתנדב לשרת בצה"ל.

75. המשיבה מכירה בכך שהעונש שהוטל על סימון מבטא העלאה של רף הענישה. עם זאת, המשיבה טוענת כי בית משפט קמא לקח את כל השיקולים הצריכים לעניין בחשבון, וכי נכונותו של בית המשפט כי חלק מן העונש (שנה אחת – י.ע.) ירוצה בחופף הופכת את העונש למידתי ולראוי בנסיבות העניין.

דיון

76. רבות נאמר על נגע תאונות הדרכים, ההולך ופושה וקוטל בנו ללא רחם וללא הבחנה, ואשר בעטיו נגבה מחיר דמים נורא, אם בהרוגים, אם בחבולים בגופם ובפצועים בנפשם, ואם בדאבת יקיריהם. רבות נאמר, דומה כי מעט מדי נעשה, ומדי שנה בשנה מקפדים מאות אנשים את חייהם ואלפים רבים נפצעים. מערכת המשפט נתקלת בהרוגים ובפצועים של תאונות הדרכים הן בתחום הפלילי והן בתחום האזרחי, ומדי שנה מוגשות בבתי המשפט לערכאותיהם השונות אלפי תביעות על נזקי גוף

שנגרמו כתוצאה מתאונת דרכים. מקומו של בית המשפט במלחמת החורמה נגד תופעה קשה זו לא נפקד, ועליו להמשיך להירתם ולהרים תרומתו למען מאבק עיקש זה, בין היתר באמצעות הדאגה לענישה הולמת, אשר תסייע להגברת המודעות בדבר המחיר הכרוך בהפרת כללי ההתנהגות על הכביש. עמדה על הדברים השופטת פרוקצ'יה באחת הפרשות:

"תופעת הפגיעות בנפש ובגוף עקב תאונות דרכים המשתוללות בכבישי הארץ מחייבת את מערכת המשפט לגייס את כוחותיה למלחמה יעילה, בכלים הקיימים, כדי לסייע במיגור מכת התאונות וקטילת חיי אדם תמימים עקב התנהגות עבריינית על הכביש. בין האמצעים הנתונים בידי מערכת המשפט, מצוי כלי הענישה. ראוי להשתמש בו באופן שישיג את תכליתו, ויביא, בין שאר האמצעים הננקטים, להחדרת המודעות לכללי המותר והאסור בנהיגה בכביש, ולסכנות האורבות מהפרתם (ע"פ 5167/05 מג'דוב נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 10.10.2005), סעיף 8 לפסק הדין).

וכן ראו דבריה בפרשה אחרת:

"על רקע הדברים האמורים, בית משפט זה היתווה מזה שנים מדיניות ענישה מחמירה ביחס לעבירות נהיגה הכרוכות בתאונות קטלניות, בין בגדר הריגה ובין בגדר גרם מות ברשלנות. הוא דבק בגישה זו מתוך אמונה כי לנקיטת יד עונשית קשה ומחמירה ישנה השפעה מרתיעה על הנהגים בכביש, ויש בה כדי לקדם את הטמעתה של מודעות ציבורית בדבר החובה לשמור על כללי זהירות כדי להגן על חיי אדם ושלמות גופו. מדיניות ענישה זו בנויה על הנחה בדבר כוחו המרתיע של הדין הפלילי והענישה הפלילית גם בתחום זה, שהוא מישור בעל ייחוד מבחינת נסיבות העבריינות וזהותם של מבצעי העבירות. היא נועדה לתת ביטוי ולהדגיש הדגשה מיוחדת את ערך חיי האדם במשפט ובמסורת היהודית, ולערוך לכלל ולפרט כי המשפט ובתי המשפט יעשו כל שבידם על מנת לטעת בתרבות החברתית את ההערכה והכבוד הנדרשים לזולת ולחיייו..." (ע"פ 548/05 מאירה לוין נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 19.2.2006) (להלן: עניין לוין).

כן ראו: דבריו של המשנה לנשיא חשין בע"פ 11786/04 אבו טריף נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 5.9.2005); ע"פ 11631/05 נפומניאשצ'י נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 16.5.2006), סעיף 6 לפסק הדין והאסמכתאות שם (להלן: עניין נפומניאשצ'י).

ל"הרהורי כפירה" באשר לאפקטיביות של הענישה על נגע תאונות הדרכים, בעיקר בעבירות של גרם מוות ברשלנות, ראו דברי השופט רובינשטיין בעניין לוי'ן הנ"ל.

77. אין צורך להכביר מילים על חומרת מעשהו של סימון במקרה הנזכר. הוא נכנס לרכב ונהג בו כשהוא במצב של שכרות, והפסיקה כבר עמדה על החובה להחמיר עם אלה "המרהיבים עוז להסיע כלי רכב ברשות הרבים כאשר שיכרות מכרסמת ביכולתם לשלוט בהם" (כדברי השופט קדמי בע"פ 5002/94 בן איסק נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(4) 151, 165 (1995). וראו בדומה את דברי השופט פוגלמן בע"פ 2163/07 טעת נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 17.10.2007), סעיף 9 לפסק הדין והאסמכתאות שם).

בכך לא סגי. לאחר הדברים האלה, משנהג המערער תחת השפעת אלכוהול וגרם למותה הטראגי של מיטל ז"ל ולפציעתה הקשה של מלי, הוסיף הוא פשע על פשע, ובחר לנוס מזירת התאונה, להפקיר את הנפגעות בעודן מתבוססות בדמן, ולעשות כל לאל ידו לטשטש את עקבותיו ולהסיר מעל כתפיו את האחריות הכבדה המוטלת עליו. בדוננו בעניינו של ימיני, עמדנו על כך שעבירת ההפקרה לאחר פגיעה היא מהבזויות שבעבירות, עבירה שיש בה חומרה וכיעור, ובאיש אשר יחטא בה דבק פגם מוסרי וחברתי כבד. נחזור ונביא מדברי המשנה לנשיא השופט חשין בעניין ויצמן:

"העבירה של הפקרה אחרי פגיעה – כבר אמרנו זאת – עבירה קשה ומכוערת היא. כולנו ידענו מה נזק יכול שייגרם לאדם בתאונת מכוניות – נזכיר כי השוטר מורי נפגע והשיב נשמתו לבוראו – והנה מוצאים אנו את הנוהג ברכב שהיה מעורב בתאונה נס על נפשו ומותיר את הנפגע מאחוריו מתפתל בייסוריו ואין מושיע. מעשהו זה של הנוהג הבורח פוגע בשורשי הסולידריות החברתית והאישית המינימלית לקיומה של חברה תקינה; בריחתו של הנהג מן המקום היא מעשה אנטי-חברתי ואנטי-מוסרי מובהק, וראוי הוא כי יענש בכל חומר הדין" (שם, עמ' 228).

וראו עוד: ע"פ 5729/09 לוי נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 27.4.2010), סעיף 10 לפסק הדין והאסמכתאות שם (להלן: עניין לוי); ע"פ 5867/09 קרביאשוילי נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 22.6.2010) (להלן: עניין קרביאשוילי), עמ' 7 לפסק הדין והאסמכתאות שם; עניין סומך, סעיף 10 לפסק הדין.

ברי כי סימון לא נהג כאדם מן היישוב תרתי משמע. התנהגותו של סימון מצביעה על אדישותו המופלגת לאינטרסים החברתיים העומדים בבסיס כללי

ההתנהגות בדרכים. הורתה של התאונה שבפנינו, שהביאה לתוצאות כה טרגיות, בחטאו הראשון של סימון שהרהיב עוז לנהוג ברכב בעודו שרוי בגילופין. מי שעושה כן, מעיד על עצמו שהוא אדיש לאפשרות הפגיעה בעוברי אורח תמימים, ולהוותנו, מכאן קצרה הדרך לעבירה הנוספת של הפקרה אחר פגיעה, בבחינת הגשמת מאמרו של בן עזאי: "עֲבֹרָה גוֹרְרֶת עֲבֹרָה" (משנה, אבות ד', ב).

עוד לצד החומרה בהתנהגותו של סימון יש לראות את נסיונו לטפול את האשמה על ימיני, מעשה חמור כשלעצמו, שסיבך את ההליך המשפטי וגרם להתארכות הדיון ולשברון לב נוסף למלי יזדי ולמשפחתה של מיטל ז"ל.

78. כאמור, בית המשפט המחוזי גזר על המערער 12 שנות מאסר בגין הריגתה של מיטל ז"ל, 3 שנות מאסר בגין גרימת החבלה החמורה למלי (שתיים מהן לריצוי במצטבר), ו-7 שנות מאסר בגין עבירת ההפקרה לאחר פגיעה (6 מהן לריצוי במצטבר), ובסה"כ 20 שנות מאסר בפועל, ופסילת רישיון נהיגה לצמיתות.

ככלל, אין דרכה של ערכאת הערעור להתערב בחומרת העונש שהוטל על ידי הערכאה הדיונית, אלא במקרים של טעות בולטת או חריגה קיצונית מרמת הענישה המקובלת בנסיבות דומות (ראו, בין היתר: ע"פ 7296/07 תודן נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 12.8.2010); ע"פ 3314/06 אייזנקוט נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 29.7.2010) והאסמכתאות שם). לא אכחד כי נקל להזדהות עם גזר דינו של בית משפט קמא. הכעס רב והתסכול גדול נוכח התנהגותו של סימון ותוצאות מעשיו, והרצון למצות עמו את הדין מקשיח את לבו של היושב בדין. עם זאת, חרף נטיית הלב, משבחנתי את רף הענישה המקובלת בעבירות הריגה בכלל ובעבירות כגון דא בפרט, דעתי היא כי מקרה זה נופל בגדר אותם מקרים חריגים בהם יש מקום להתערבותה של ערכאת הערעור.

79. אחד מעקרונות היסוד העומדים בבסיס תורת הענישה הוא עקרון אחדות הענישה. בבוא בית המשפט לגזור עונשו של אדם, עליו ליתן דעתו לרף הענישה המקובל. חשיבותו של עקרון זה נעוצה בצורך להבטיח את קיומו של עקרון שוויון הנאשמים בפני החוק ושמירת אמון הציבור בהליך הפלילי (וראו בעניין זה דבריה של השופטת פרוקצ'יה בע"פ 9792/06 חמוד נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 1.4.2007), סעיף 15 לפסק הדין והאסמכתאות שם). מובן הדבר שאין בית המשפט כבול לעולם לרף הענישה הנוהג, ופשיטא כי רשאי בית המשפט, כשהשעה צריכה לכך, להחמיר ולהעלות את רף הענישה. יש מהפכות המתחילות מלמטה, ופעמים שהעלאת רף הענישה בעבירה כזו או אחרת נעשית על ידי הערכאות הדיוניות וזוכה בדיעבד

לגושפנקא של בית משפט זה. ככלל, העלאת רף הענישה צריכה להיעשות בהדרגתיות, תוך בחינה כפולה של רף הענישה הנוהג, הן ביחס לעבירות הקונקרטיות שבפניו, והן ביחס לעבירות אחרות בדיני העונשין. הצורך בבחינה כפולה מעין זו הוא ברור: הבחינה האחת נדרשת על מנת לשמור על עקרון אחדות הענישה, למען יושתו עונשים דומים על אלה המבצעים עבירות דומות (בהתאם לנסיבותיו של כל מקרה). הבחינה השנייה נדרשת על מנת לשמר קיומו של מדרג ענישה הגיוני בין העבירות השונות, כך שלא ייווצר מצב בו פלוני אשר הורשע בעבירה מסוימת, ישא בעונש כבד מאלמוני אשר הורשע בעבירה חמורה יותר.

80. בחנתי אפוא את רף הענישה המקובל בעבירות הריגה בתאונות דרכים בנסיבות של שכרות, את רף הענישה המקובל בעבירת ההפקרה לאחר פגיעה, ואת רף הענישה המקובל ביחס לעבירות הריגה חמורות יותר (כגון בנסיבות של שימוש מכוון באלימות, לעיתים תוך שימוש בנשק קר או חם וכיוצא בזה). מצאתי כי בית משפט קמא סטה באופן חריג מרף הענישה המקובל, באופן שאינו הולם את המבחן הכפול שהותווה לעיל. לא מבחינת רף הענישה הנוהג בעבירות כגון דא, אף לא בהשוואה לעבירות הריגה שהיסוד הנפשי שלהן הוא של כוונה.

81. אביא להלן מקצת דוגמאות של רף הענישה הנוהג בעבירות הריגה ועבירות הריגה והפקרה לאחר פגיעה, לעיתים אף בנסיבות חמורות מאלה שבפנינו.

בעניין קרביאשוילי נדחה ערעורו של מי שהורשע בהריגה, נהיגה בשכרות והפקרה לאחר פגיעה, לאחר שבהיותו שיכור נכנס עם רכבו לצומת באור אדום, פגע ברוכב קטנוע, עצר, בחן את רוכב הקטנוע הפגוע ונמלט מבלי להזעיק עזרה. בהסדר טיעון בין הצדדים הוסכם, בין היתר, כי התביעה תוכל לטעון לעונש של עד 7 שנות מאסר. בית המשפט המחוזי גזר עליו 6 שנות מאסר בפועל, ופסל אותו מלהחזיק רישיון למשך 20 שנה, וכאמור, ערעורו נדחה על ידי בית משפט זה.

בעניין לוי נדון ערעורו של מי שהורשע בהריגה ובהפקרה לאחר פגיעה, לאחר שבעודו נוהג תחת השפעת סמים פגע ברוכב אופניים והביא למותו. המערער לא עצר, המשיך בנסיעתו, ורק לאחר שעוברי אורח דרשו ממנו לעצור, הוא יצא מרכבו, ניקה אותו מזכוכיות והמשיך בנסיעתו, עד שנתפס לבסוף על ידי משטרת ישראל. בית המשפט המחוזי גזר עליו, בין היתר, 7 שנות מאסר בפועל. ערעורו בפני בית משפט זה נדחה.

בעניין טענת המערער נהג ברכב בהיותו במצב של שכרות וגרם למותו של הולך רגל ולפציעתה של בת זוגו. בית המשפט הרשיע את המערער בהריגה (חלף גרימת מוות ברשלנות בה הורשע בבית המשפט המחוזי), בחבלה חמורה ובהפקרה לאחר פגיעה, והחמיר את עונשו מ-24 חודשי מאסר ל-36 חודשים, תוך הדגשה כי אין דרכה של ערכאת ערעור למצות את חומרת הדין.

בע"פ 1717/06 אבו זינה נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 12.11.2007) נדון ערעורו של אדם אשר הורשע בחטיפת אשה והכנסתה בכוח לרכב, נהיגה בפסילה ותחת השפעת משקאות משכרים, כניסה לצומת ברמזור אדום, התנגשות ברכב אשר עבר בצומת באותה נקודת זמן, והריגתם של ארבעה אנשים (החטופה שלצדו ושלושה מנוסעי הרכב הנפגע) ופציעתם של שניים נוספים. בפני בית המשפט המחוזי הוצג הסדר טיעון לפיו יושט על הנאשם, בין היתר, עונש של 9 שנים ועוד חצי שנת מאסר בפועל. בית המשפט המחוזי דחה את הסדר הטיעון וגזר על המערער 12 שנות מאסר בפועל, אולם ערעורו של המערער בפני בית משפט זה התקבל בדעת רוב, והסדר הטיעון הושב על כנו.

בע"פ 6903/09 אבו נצירה נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 28.10.2010) נדון ערעורו של נהג הסעות אשר הורשע, בין היתר, בנהיגה תחת השפעת סמים, נהיגה בעת פסילה, ובגרימת מותו של הולך רגל. בית המשפט המחוזי גזר עליו 6 שנות מאסר בפועל ופסילה מלנהוג לצמיתות, ובית המשפט העליון, נוכח נסיבותיו האישיות המיוחדות של המערער, הפחית את עונשו ל-5 שנות מאסר בפועל וקיצר את תקופת הפסילה שלו ל-20 שנה.

בעניין נפומניאשצ'י נדחה ערעורו של נהג משאית אשר נהג בהיותו שיכור (כמות האלכוהול בדמו היתה גבוהה פי ארבעה מהמותר) ואשר גרם למותו של הולך רגל כבן 80. על המערער הוטל עונש של 6 שנות מאסר, מתוכן 4 שנים לריצוי בפועל. כמו כן נפסל המערער מלהחזיק או לקבל רישיון נהיגה לרכב מנועי למשך 15 שנים.

בע"פ 10513/08 בדואי נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 21.4.2009) נדחה ערעורו של אדם שנהג בשכרות והביא למותו של אדם ולפציעתם הקשה של שניים, ונגזרו עליו, בין היתר, 40 חודשי מאסר, והוא נפסל מלקבל או להחזיק ברישיון נהיגה למשך 15 שנה.

בע"פ 4988/07 רחמינוב נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 2.12.2007) נדחה ערעורו של אדם אשר גרם למותה של אחת ולפציעתם של ארבעה בעודו נוהג תחת השפעה של משקאות משכרים ובמהירות מופרזת. בית המשפט גזר עליו 30 חודשי מאסר ופסל אותו מנהיגה למשך 10 שנים.

בע"פ 11222/03 ישראלי נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 7.6.2004) (להלן: עניין ישראלי) נדחה ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי, במסגרתו הורשע נהג רכב בגרימת מוות ברשלנות, הפקרה אחרי פגיעה, ושיבוש מהלכי משפט. בית המשפט גזר עליו 6 שנות מאסר בפועל, 5 מתוכן בגין עבירת ההפקרה ואחת בגין גרימת המוות ברשלנות.

בע"פ 8191/08 ג'בארה נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 24.5.2010) נדון עניינו של נהג רכב שחצה צומת באור אדום גרם למותם של זוג הורים ולפציעתם של שלושת ילדיהם. על הנהג הוטל עונש מאסר של שמונה שנים.

בע"פ 9559/09 מדינת ישראל נ' שיבלי (לא פורסם, 29.11.2010) שנזכר לעיל, נדון, בין היתר, ערעורה של המדינה על קולת העונש שהוטל על נהג הטרקטורון אשר הורשע כאמור, בין היתר, בהריגה, חבלה בכוונה מתמירה, סיכון חיי אדם במזיד בנתיב תחבורה, נהיגה בזמן פסילה והפקרה לאחר פגיעה. למרות הנסיבות המאוד חמורות של העבירה, שלא נעשתה במהלך תאונת דרכים "רגילה" אלא תוך כדי מעשה בריונות והתגרות לשמה כפי שעולה מהעובדות המפורטות שם, הותיר בית משפט זה על כנו את העונש של תשע שנות מאסר שנגזרו על נהג הטרקטורון (דעת המיעוט של חברי, השופט א' א' לוי, גרסה כי יש להטיל עונש של 15 שנות מאסר).

82. עוד אמנה בקצרה מספר מקרים בהם הורשע אדם בהפקרה לאחר פגיעה (מבלי שהורשע בגרימת מותו של הנפגע): בעניין סומך גזר בית המשפט עונש מאסר בפועל של 10 חודשים ופסילת רישיון נהיגה ל-5 שנים; בע"פ 1990/07 ליזמי נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 15.5.2007) נגזר על נהג משאית אשר נהג בעת פסילה עונש של 9 חודשי מאסר בפועל, מתוכם 8 חודשים בגין עבירת ההפקרה לאחר פגיעה; בע"פ 12039/04 אשר נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 16.6.2005) נגזר במסגרת הסדר טיעון עונש של 24 חודשי מאסר בפועל ופסילת רישיון נהיגה ל-5 שנים, על נהג שלא עצר במקום התאונה, המשיך לביתו, ואף יצר קשר עם מוסך לאחר מספר ימים לשם תיקון הנזקים שנגרמו לרכב. הנהג הורשע במסגרת הסדר טיעון בהפקרה לאחר פגיעה, ניסיון להשמדת ראיה ושיבוש הליכי משפט.

83. עינינו הרואות, רף הענישה המקובל (בהתייחס לעונש מאסר בפועל) בגין עבירת הריגה בתאונת דרכים, תחת השפעת אלכוהול, לעתים בנסיבות חמורות ובצירוף עבירות חמורות (כגון חטיפה), לעתים כאשר תוצאות התאונה אף קשות מהמקרה דנן, ולעתים בצירוף עבירה של הפקרה לאחר פגיעה, נע בין 2.5 שנים לבין 9.5 שנות מאסר בפועל. בנוסף, שעה שמדובר בעבירת הפקרה לאחר פגיעה הניצבת לבדה, נע העונש בין 9 חודשי מאסר לבין 24 חודשי מאסר בפועל (כחריג לאלה ניתן להזכיר את עניין ישראלי, במסגרתו נגזרו 5 שנות מאסר בגין עבירת ההפקרה. עם זאת, יש לציין כי העונש הכולל באותו מקרה – 6 שנות מאסר, ניתן גם בגין עבירה של גרימת מוות ברשלנות).

84. העונש אשר הוטל על סימון אף אינו פרופורציונאלי ביחס לעבירות הריגה אשר בוצעו בנסיבות חמורות בהרבה, ומעמיד את עונשו בשורה אחת, ואף מעבר לכך, עם עונשם של עבריינים אשר הרגו מתוך כוונה, תוך שימוש באלימות ובכלי נשק, לעיתים באופן הנושק לעבירת הרצח. הדוגמאות הן רבות. כך, לדוגמא, בע"פ 3251/05 מלול נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 11.1.2007) הקל בית משפט זה בעונשו של אדם אשר דקר אדם אחר למוות אגב ויכוח על דבר של מה בכך, וקיצר את עונשו מ-18 שנות מאסר בפועל ל-15 שנות מאסר בפועל; בע"פ 7637/05 יוסף נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 5.7.2007) הוטלו עונשי מאסר בפועל של 10 עד 12 שנה בגין מתקפה מתוכננת באמצעות סכינים, מברגים ומקלות, בעקבותיה נהרג אחד ונפצעו שניים; בע"פ 10358/08 אזברגה נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 16.3.2010) נגזר על אדם אשר תכנן נקמת דם, הצטייד באקדח וירה באדם למוות, עונש של 15 שנות מאסר בפועל; בע"פ 865/09 חמאד נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 10.12.2009) נדחה ערעורם של מי שהורשעו בהריגה על רקע כבוד המשפחה, בנסיבות אשר תוארו על ידי בית המשפט כעבירת הריגה שלווה באלימות רבה מצד המערערים, ואשר בוצעה לאחר תכנון חטיפת המנוח והצטיידות מוקדמת בפטיש ובסכינים. על המערערים הושת עונש מאסר בפועל של 15 שנים.

85. כאמור, בענייננו בית משפט קמא גזר על סימון 12 שנות מאסר בגין הריגתה של מיטל ז"ל, שנתיים נוספות במצטבר בגין פציעת מלי, ו-6 שנים נוספות במצטבר בגין עבירת ההפקרה, ובסך הכל 20 שנות מאסר.

על רקע רף הענישה המקובל בעבירות של הריגה ושל הריגה והפקרה בתאונת דרכים, איני רואה מנוס מהמסקנה כי בית המשפט המחוזי חרג באופן קיצוני מרמת

הענישה המקובלת בנסיבות דומות. אכן, הרצון לנקוט ביד קשה כלפי אלה המזלזלים בחוקי התנועה, האדישים לחיי זולתם, משותף לכולנו. עם זאת, הגבחה כה חריגה של רף הענישה הנוהג, אינה יכולה להיעשות בכת אחת, והיא מבטאת סטיה מעקרון אחדות הענישה, אשר טוב לה שתיעשה באופן הדרגתי.

לכך נוסיף כי חריגותו של העונש שהוטל על ידי ערכאה קמא על סימון, מביאה לעיוות במדרג הענישה ביחס לעבירות אחרות שהביאו למותו של אדם, עבירות הנמצאות במדרג חמור יותר של אשם מוסרי. אכן, העבירה של הפקרה היא עבירה עצמאית העומדת על רגליה שלה, ללא קשר לאשמתו של הנהג, אך יש לראות את המעשה כמכלול. קשה להלום כי מי שדקר אדם למות ולאחר מכן נס מהמקום – וכאמור, הדין הפלילי לא מטיל עליו חובה לסייע לנפגע - יקבל עונש נמוך מזה של מי שהרג עובר אורח בתאונת דרכים, שלא ביסוד נפשי של כוונה, אלא ביסוד נפשי מופחת של פזיזות (הכוללת אדישות וקלות דעת). שנינו ולמדנו כי "שופט, כל שופט לעצמו, הוא פרש בודד בערבות החוק והמשפט" (כדברי השופט (כתוארו אז) חשין בבג"ץ 3679/94 אגודה ארצית של מנהלים מורשי חתימה של הבנק הבינלאומי הראשון לישראל בע"מ נ' בית הדין האזורי לעבודה בתל-אביב-יפו, פ"ד מט(1) 573, 593 (1995)). אך גם כפרש בודד, היה על השופט בבית משפט קמא להביט לכל סביבותיו ולזהות את מתחם הענישה הנוהג ואת מיקום העבירה במדרג העבירות, טרם גזר את עונשו של סימון.

86. איני רואה לחזור ולהכביר מילים על חומרת העבירות בהן הורשע סימון וכאמור, חומרה מיוחדת יש באופן בו ניהל את הגנתו, בכך שניסה להטיל את האשמה על ימיני.

לצד הקולא, ובכואי לגזור את עונשו, העמדתי נגד עיני את השיקולים הבאים:

(-) רף הענישה הנוהג בעבירות הריגה בתאונות דרכים ביסוד נפשי של פזיזות, ורף הענישה הנוהג בעבירות הפקרה.

(-) רף הענישה הנוהג בעבירות הריגה ביסוד נפשי של כוונה.

(-) לא נטען כי הפקרה היא שגרמה למותה של מיטל ז"ל או להחמרה במצבה של מלי יזדי.

(-) סימון לא הורשע בעבירה של נהיגה במהירות העולה על המותר ולא הורשע בעבירה של הימלטות משוטרים (הכשלת שוטר במילוי תפקידו).

(-) לסימון אין עבר פלילי.

87. אשר על כן, לו תישמע דעתי, יש לקבל את הערעור, ולהשית על סימון 10 שנות מאסר בפועל בגין הריגתה של מיטל ז"ל ובגין גרימת חבלה חמורה למלי. בנוסף, על עבירת ההפקרה לאחר פגיעה יש להשית עליו עונש של 4 שנות מאסר, שירוצו במצטבר, כך שבשורה התחתונה יוטל על סימון עונש של 14 שנות מאסר בפועל בניכוי ימי מעצרו. כן ייפסל רשיון הנהיגה של סימון לתקופה של 20 שנה.

88. צר לי על הכאב הנוסף שייגרם למלי יזדי ולמשפחתה של מיטל ז"ל עקב התערבותנו בפסק דינו של בית המשפט המחוזי. אך כפי שהוסבר לעיל, גזר הדין שניתן בבית משפט קמא מנותק ממתחם הענישה הנוהג בעבירות הריגה בתאונות דרכים ומדרג הענישה בעבירות הריגה בעקבות אלימות מכוונת. אציין כי אף בעונש הכולל של 14 שנות מאסר בפועל יש החמרה רבתי של רף הענישה הנוהג, ויש להניח כי פסק דין זה יהווה נדבך להעלאה הדרגתית של רף הענישה, במסגרת המלחמה הכוללת בתאונות הדרכים. מי יתן והחברה בישראל לא תוסיף עוד דאבה בגין מקרים מעין אלה.

89. סוף דבר אציע לחברי לקבל חלקית את הערעורים, כך שחלף הרשעתו של ימיני כמבצע בצוותא נרשיע אותו בסיוע להפקרה, ובהתאם לכך נפחית את עונשו לשנתיים וחצי מאסר בפועל. באשר לסימון, אציע כאמור להפחית את עונשו ל-14 שנות מאסר בפועל בניכוי ימי מעצרו ופסילת רשיון הנהיגה ל-20 שנה מן הנימוקים שפורטו לעיל.

ש ו פ ט

השופט א' א' לוי:

אני מסכים.

ש ו פ ט

השופט ח' מלצר:

אני מסכים.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט י' עמית.

ניתן היום, ז' בשבט התשע"א (12.1.2011).

שופט

שופט

שופט