



בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פלייליים

ע"פ 6193/20

לפני: כבוד השופט נ' הנדל
כבוד השופט י' אלרון
כבוד השופט ע' גרוסקופף

המערער: אליהו משה בר זכאי

נגד

המשיבה: מדינת ישראל

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי תל אביב-יפו
ב-ת"פ 18-08-49448 מיום 21.07.2020 שניתן על ידי
השופט בני שגיא

תאריך הישיבה: כ"ח בשבט התשפ"א (10.02.2021)

בשם המערער: עו"ד אבי חימי; עו"ד משה וייס

בשם המשיבה: עו"ד עדי שגב

פסק-דין

השופט י' אלרון:

1. ערעור על גזר-דינו של בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו (השופט ב' שגיא) בת"פ 18-08-49448 מיום 21.7.2020, בגדרו הושת על המערער עונש של 12 שנות מאסר בפועל (לצד מאסרים על-תנאי), 20 שנות פסילת רישיון נהיגה (מיום שחרורו), וכן קנס ופיצויים. זאת, בגין דריסתם של שני ילדים בני 13 – אילון שלו-אמסלם ז"ל ודניאל חכמי (להלן: אילון ודניאל) – והפעולות שנקט המערער על-מנת לחמוק מאחריות למותו של אילון ופציעתו של דניאל.

2. תמצית העובדות, אשר אינן שנויות עוד במחלוקת, היא כדלקמן. ביום 27.7.2018, בסמוך לשעה 1:08, נהג המערער ברחוב ש"י עגנון בתל-אביב לכיוון דרום-

מערב, בהיותו שיכור. המערער התקרב במהירות גבוהה לצומת (המרומזר) עם רחוב אבן-גבירול, שלקראתו מתעקלת הדרך שמאלה, ועלה עם רכבו על המדרכה בחלקו המערבי של הצומת. שם, ליד מעבר החצייה (המסומן היטב), המתינו אותה עת אילון ודניאל לאור הירוק ברמזור להולכי הרגל – והמערער פגע בהם חזיתית ובעוצמה רבה (להלן: התאונה).

אילון נפצע באורח אנוש, וכעבור 40 דקות לערך נפטר מפצעיו. דניאל פונה לבית החולים כשהוא סובל משברים, חתכים ושפשופים בכל חלקי גופו. באותו זמן, המערער נקט פעולות שונות במטרה לחמוק מאחריות למעשיו: ראשית, שתיית כמות מרובה של מים כדי לטשטש את עקבות האלכוהול שצרך; שנית, "תדרוך" אחד מחבריו, שבמחיצתו שהה בשעות שקדמו לתאונה, כך שיעיד שלא שתה אלכוהול; ושלישית, מחיקת יישומון ממכשיר הטלפון הסלולרי שלו, שהקליט באופן אוטומטי שיחות מפלילות שקיים עובר לתאונה ולאחריה.

3. לאחר שמיעת ראיות, בהכרעת דין מיום 11.6.2020, המערער הורשע בעבירות הבאות: המתה בקלות דעת, לפי סעיף 301 לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: החוק); חבלה חמורה, לפי סעיף 333 לחוק; נהיגה בשכרות, לפי סעיפים 62(3) ו-64(א) לפקודת התעבורה [נוסח חדש] (להלן: הפקודה); נהיגה במהירות בלתי-סבירה, לפי תקנה 51 לתקנות התעבורה, התשכ"א-1961; הדחה בחקירה, לפי סעיף 245(א) לחוק; שיבוש הליכי משפט, לפי סעיף 244 לחוק; וניסיון להשמדת ראיה, לפי סעיפים 242 ו-25 לחוק.

בהקשר זה יצוין, כי בכתב האישום יוחסה למערער עבירת הריגה (לפי סעיף 298 לחוק, כנוסחו דאז), שבוטלה במסגרת הרפורמה בעבירות ההמתה, שנכנסה לתוקף ביום 10.7.2019 (סעיף 25(א) לחוק העונשין (תיקון מס' 137), התשע"ט-2019; להלן: תיקון 137)). על כן, ובהתאם להוראות התחולה הרלוונטיות (סעיף 25(ב) לתיקון 137 וסעיף 5(א) לחוק) ועמדת התביעה בעניין, המערער הורשע בעבירה החלופית של המתה בקלות דעת (פסקה 51 להכרעת הדין).

4. בגזירת דינו של המערער, בית המשפט המחוזי התייחס לכל העבירות בהן הורשע כחלק מאירוע אחד (לפי סעיף 49(א) לחוק), ובהתאם קבע מתחם עונש הולם של 8 עד 13 שנות מאסר (לא נקבע מתחם לעונש הפסילה). בתוך כך, נבחנו ונדחו טענותיו של המערער לקיומן של נסיבות מקלות שאינן קשורות בביצוע העבירה (לפי

סעיף 40 לחוק). בית המשפט המחוזי קיבל את עמדת התביעה ביחס לכל רכיבי העונש, וגזר על המערער עונש מאסר בפועל בסמוך לקצהו העליון של המתחם שנקבע.

מכאן הערעור שבפנינו, המופנה כלפי עונש המאסר בפועל והפסילה בלבד.

5. לטענת המערער, המדובר בחריגה קיצונית מרף הענישה המקובל בעבירות בהן הורשע – הן במתחם שנקבע והן בעונש שנגזר – הסוטה באופן ממשי מעקרונות ההלימה ואחידות הענישה. הסיבה לכך, טוען המערער, היא במשקל שנתן בית המשפט המחוזי לשלושה היבטים של התנהלותו עובר לתאונה ולאחריה, והשימוש שנעשה בהם כדי להבחין בין עניינו של המערער לבין ענינם של מורשעים אחרים בעבירות דומות, כמו גם ביצירת ה-“נרטיב” של גזר-הדין:

ראשית, האזהרה המפורשת שניתנה למערער מפי חברו – בטרם החל בנסיעה שהסתיימה בתאונה – לגבי שכרותו ומפני סכנות הנהיגה במצבו, אזהרה לה הגיב המערער בזלזול והתעלמות; שנית, התנהגותו “העבריינית” של המערער מיד לאחר קרות התאונה, בעודו בזירה ובחקירותיו במשטרה, שכל מעיניו היו נתונים להתחמקות מן הדין; ושלישית, עמדתו “הקורבנית” ו-“המכחישה” של המערער בשלב ההוכחות במשפטו ובעדותו כפרט, שהותירה על בית המשפט המחוזי את הרושם ש-“השיל מעצמו סממנים מוסריים כלשהם” (פסקה 10 לגזר-הדין).

6. מנגד, המשיבה סומכת את ידיה על גזר-הדין המנומק והמאוזן, שלטענתה מאבחן היטב את רמת הענישה הנוהגת לאור שלושת ההיבטים הנ”ל, אשר מציבים את מעשיו של המערער ברף החומרה הגבוה ביותר.

עוד נטען, שעונשו של המערער עולה בקנה אחד עם מגמת החמרה בפסיקה ביחס לתאונות דרכים קטלניות הנגרמות בשל נהיגה בשכרות או תחת השפעת סמים, מגמה שהמשכה בעניינו נדרש לצורך הרתעה אישית והרתעת הרבים כאחד.

7. כידוע, ערכאת הערעור תיטה שלא להתערב בחומרת העונש שהטילה הערכאה הדיונית, אלא במקרים חריגים שנפלה בהם טעות מהותית או שמתקיימת בהם סטייה קיצונית ממדיניות הענישה במקרים דומים (ראו למשל ע”פ 643/19 גבאי נ’ מדינת ישראל, פסקה 11 (26.2.2020)); זוהי נקודת המוצא בעניינו.

אין חולק כי בית המשפט המחוזי החמיר עם המערער באופן משמעותי בהשוואה לרמת הענישה הנוהגת. עם זאת, בכך לא סטה גזר-הדין ממדיניות הענישה במידה המחייבת את התערבותנו, בין משיקולי צדק פרטניים ובין משיקולי מדיניות כלליים. בדומה, חרף הקשיים שמעוררות מקצת מקביעותיו של גזר-הדין, כפי שאפרט בהמשך, והטעם שיש בטענות המערער כלפיהן, אין בכך כדי להפחית מחומרת מעשיו של המערער בנסיבות העניין.

במבחן התוצאה העונשית, אפוא, ובהינתן "מרחב הגמישות" של הערכאה הדיונית בהקשר זה (ע"פ 3877/16 ג'באלי נ' מדינת ישראל, פסקה 5 (17.11.2016)), דעתי היא כי בית המשפט המחוזי נתן משקל הולם לשלושת ההיבטים האמורים לעיל והתייחס למכלול השיקולים הרלוונטיים – ובראשם מידת אשמו של המערער, חשיבות הערכים החברתיים בהם פגע, ועוצמת הפגיעה בהם – וזאת אף אם עונשו של המערער מוקם ברף הגבוה של מתחם הענישה שנקבע.

אשר על כן, דעתי היא כי דין הערער להידחות, כמפורט להלן.

התנהלות המערער עובר לתאונה

8. על-פי הכרעת הדין, המערער שתה לפחות כוס וחצי של וודקה כשעה וחצי לפני התאונה. כבר בשלב זה ביקש המערער מחברו לנהוג במקומו ברכב בו נסעו (פסקה 30(ב) להכרעת הדין), אולם כעבור זמן קצר החליט המערער להמשיך בגפו למועדון בתל-אביב, תוך שהוא דוחה בזלזול את אזהרותיו והפצרותיו של חבר אחר – ששהה במחיצתו כל אותן שעות והיה מודע לשכרותו – לבל יעלה על ההגה. כאמור, נסיעה זו הסתיימה בתאונה הקטלנית.

9. משיחות הטלפון המוקלטות שניהל המערער עד לרגע התאונה ממש, עולה כי היה מודע היטב לשכרותו ולהוט להמשיך לשותות במועדון. בדרכו לשם, עבר המערער באזור שלטענתו לא היה מוכר לו, ולמרות זאת נהג "בפראות", היינו בצורה פרועה, במהירות ובחריקת צמיגים, תוך שהוא "מזגזג" עם רכבו לרוחב שלושת הנתיבים בכיוון נסיעתו. יצוין, כי בהכרעת הדין אין קביעה פוזיטיבית לגבי מהירות הנסיעה של המערער, אך נמצא כי זו הייתה "גבוהה באופן משמעותי" מהמותר במקום התאונה ולא בהתאם לתנאי הדרך, בהינתן שהמערער נסע בלב אזור עירוני צפוף, ובאותן שניות התקרב לעיקול בדרך, בואכה צומת מרומזר ומעבר חצייה. כאמור, אילון ודניאל המתינו במקום בו עלה המערער עם רכבו על המדרכה, ומעוצמת פגיעתו החזיתית בהם הוטחו למרחק

רב (26 ו-15 מטרים, בהתאמה). כן נגרמו נזקים קשים לעמודי בטיחות ועמוד תאורה במקום התאונה, כמו גם נזק הרסני לרכב בו נהג המערער.

10. מכאן הרשות של המערער בעבירות ההמתה בקלות דעת, החבלה החמורה, וכן הנהיגה בשכרות ובמהירות בלתי-סבירה. בהמשך לכך, בגזר-הדין הודגשו האזהרה המוקדמת והמפורשת שניתנה למערער, ותגובתו המזלזלת והמתעלמת לכך. לאור זאת, קיבל בית המשפט המחוזי את טענת התביעה לפיה "יסוד 'קלות הדעת'... הוא בעוצמה הגבוהה, הקרובה ליסוד של 'אדישות' – ומצא כי הקלטת השיחה בה הוזנה המערער מהווה "ראיה נדירה להלך נפשו" במובן זה (פסקה 11 לגזר-הדין). בשילוב עם הדרך בה נהג המערער, הוסיף בית המשפט, היבט זה בהתנהלותו הפך את התאונה ותוצאותיה הקשות ל-"כתובת על הקיר" (פסקה 13 לגזר-הדין).

11. המערער אינו חולק בשלב הערעור על עצם הרשעתו בנהיגה בשכרות, אולם הוא טוען כי טעה לחשוב שהוא פיכה – וזאת מאחר שכמות האלכוהול שצרך לא הייתה רבה, ומשום שפסק מכך כשעה וחצי לפני התאונה. כתימוכין נוספים לתחושתו הסובייקטיבית לפיה הוא כשיר לנהוג, נסמך המערער על בדיקת המאפיינים שצלח לאחר התאונה, כמו גם על קביעת בית המשפט המחוזי לגבי קור הרוח שהפגין ברגעים אלה (פסקה 62 להכרעת הדין ופסקה 11 לגזר-הדין). בכך מבקש המערער להסביר את תגובתו המזלזלת והמתעלמת לאזהרותיו של חברו, ולבסס את טענתו כי יש להפחית מהמשקל שניתן להיבט זה בגזר-הדין, כמו גם מהמשקל שניתן לעבירת הנהיגה בשכרות.

12. אין לקבל טענה זו, הנוגדת את הידע הרפואי, הניסיון המעשי, וההיגיון המשפטי שבבסיס האיסור על נהיגה בשכרות – ואף סותרת מספר אמירות של המערער, בשיחות הטלפון המוקלטות שניהל עובר לתאונה ולאחריה, מהן עולה בבירור כי היה מודע לשכרותו (פסקאות 30(ג), 30(ד) להכרעת הדין ופסקה 5 לגזר-הדין). בהתאם, דעתי היא כי אין מקום להפחית ממשקלה של עבירת הנהיגה בשכרות בגזר-הדין – וממילא לא נטען כי מדובר בטעות שעשויה להוות נסיבה מקלה הקשורה בביצוע העבירה (לפי סעיפים 40א(ט)(9) ו-34ח(א) לחוק).

13. בהמשך לכך, אף אין מקום להפחית מהמשקל שניתן להיבט האזהרה והתגובה, כנסיבה מחמירה הקשורה בביצוע עבירה (לפי סעיפים 40ג(א), 40ט(א) ו-40יב לחוק). זהו אכן היבט ייחודי, שגם עמד ביסוד הבחינה ההשוואתית של רמת הענישה הנוהגת וההחמרה היחסית עם המערער – ובצדק רב, שכן היבט זה יורד לשורש מידת האשמה שלו כנהג הרכב, המהווה שיקול מרכזי בענישה בגין תאונות דרכים קטלניות (ראו: ע"פ

6105/16 חזון נ' מדינת ישראל, פסקה 2 (13.7.2017)). ההתראה שניתנה למערער על ידי חברו הטוב במטרה למנוע אסון נורא, והתעלמותו היהירה והנמחרת של המערער ממנה, אך מדגישות את חומרת בחירתו המודעת של המערער ליטול סיכון בלתי-סביר, ואת עוצמת אחריותו להתממשות סיכון זה.

14. בנוסף, וכפי שנרמז בקביעתו האמורה של גזר-הדין, השילוב של בחירתו זו עם נהיגתו "הפראית" של המערער מקימות ספק ביחס לקיומה, עוצמתה, או (לכל הפחות) אחיזתה העובדתית של תקוות המערער קל-הדעת, כי יצליח למנוע את התרחשות התוצאה. שילוב זה עלול היה להביא להרשעתו של המערער בעבירה החמורה יותר שהחליפה את עבירת ההריגה, קרי עבירת ההמתה בנסיבות של אחריות מופחתת (לפי סעיפים 301ב(ג) ו-34ט(ב) לחוק), שהעונש המרבי בצידה הוא 20 שנות מאסר – ואף יש תקדימים לכך (ע"פ 4450/18 דיאב נ' מדינת ישראל, פסקה 7 (1.3.2020), להלן: עניין דיאב; ע"פ 7380/18 אלטאנע נ' מדינת ישראל, פסקה 4 (27.7.2020); והשוו ע"פ 940/19 גרייב נ' מדינת ישראל, חוות דעתו של השופט מינץ (5.4.2020)).

15. לאור הזלזול הבוטה ויוצא הדופן שהפגין המערער והתוצאה הקשה שנבעה מכך – מותו הכמעט מידי של אילון, פציעתו החמורה של דניאל (והנזק הנפשי ארוך-הטווח שבצידה), והפגיעה הנלווית במשפחותיהם ובסביבתם – צדק בית המשפט המחוזי בקבעו כי במעשיו פגע המערער בערך חברתי ראשון במעלה, קדושת החיים, ובקבעו כי פגיעה זו היא "בעוצמה המרבית".

התנהלות המערער לאחר התאונה

16. על-פי הכרעת הדין, המערער נקט שלל פעולות במטרה לחמוק מאחריותו הישירה והבלעדית לתאונה הקטלנית. בעודו בזירת התאונה, שוחח המערער בטלפון עם חבריו, "תדרך" אותם ו-"תודרך" על-ידיהם כיצד לטשטש את עקבות האלכוהול שצרך, ובהתאם שתי מים בכמות רבה ואף ניסה להקיא. לאחר מכן, כאמור, מחק ממכשיר הטלפון הסלולרי שלו את היישומון שהקליט את שיחותיו המפלילות (הקלטות אותן שחזרה המשטרה). בנוסף, המערער הכשיל ארבע בדיקות ינשוף שנערכו לו בזירת התאונה, וסירב לעבור בדיקת דם בתואנת-שווא. המערער המשיך לשקר לשוטרים גם בחקירתו בתחנת המשטרה, כך באומרו שאביו הוא עורך-דין, וזאת כדי שיאפשרו להם להיפגש.

17. רק חלק מהפעולות הללו שימשו להרשעת המערער בעבירות השיבוש, ההדחה, והניסיון להשמדת ראיה. לכך מוסיף גזר-הדין גם את מחדליו של המערער בזירת התאונה: המערער לא התקשר מיוזמתו לכוחות ההצלה, לא סייע בחיפוש אחר גופתו של אילון, ולא טרח לברר מה מצבו של דניאל הפצוע. כל זאת, מדגיש גזר-הדין, לא בשל היותו הלום ומשותק, אלא שמקרות התאונה ואילך כל מעייניו היו נתונים להתחמקות מן הדין.

18. בית המשפט המחוזי ראה בכך התנהגות "עבריינית", וקבע כי על מתחם העונש ההולם לשקף גם את פעילותו הנמרצת והנחושה של המערער בהקשר זה. אגב כך, בית המשפט דימה פעילות זו לעבירת ההפקרה לאחר פגיעה (לפי סעיף 64א לפקודה): אף שהבהיר כי עבירה "עצמאית וחמורה" זו אינה מתקיימת בענייננו, מצא בית המשפט כי המערער ניצל את נוכחותו בזירה "לביצוע פעולות דומות מבחינת הרציונל לאלה העומדות ביסוד ההפקרה, דהיינו – לחמוק מאחריות" (פסקאות 10 ו-12 לגזר-הדין).

בהתאם, בפסיקה שנסקרה בגזר-הדין נכללים גם מקרים בהם נהגים נמלטו מזירת תאונה קטלנית שבאחריותם והורשעו בהפקרה – וזאת, מבלי להפריד את העונש שהוטל באותם מקרים בגין עבירה זו מזה שהוטל בגין יתר העבירות. כך, הן מתחם העונש שנקבע והן עונש המאסר בפועל שהושת בענייננו קרובים יותר לרף הענישה במקרים אלה (ראו: ע"פ 8279/11 מור נ' מדינת ישראל (1.7.2013); ע"פ 9384/16 פרל נ' מדינת ישראל (4.3.2018)).

19. טענה אחת של המערער בעניין זה היא שיש להפחית מהמשקל שניתן בגזר-הדין לעבירות השיבוש, ההדחה, והניסיון להשמדת ראיה, וכן ממשקל הנסיבות הקשורות בביצוע עבירות אלה – וזאת מאחר שנהג כך לזמן קצר, בעודו בזירת התאונה, ולאחר מכן כלל לא ניסה עוד לנקוט פעולות דומות.

20. דין טענה זו להידחות, שכן דווקא בסמיכות עבירות השיבוש לתאונה, בזמן ובמקום, נעוצה חומרתן הרבה – וזאת בשונה, למשל, ממקרים בהן חומרתן של עבירות דומות נובעת מתחכום המעשים או מההכנה שקדמה להם (השוו: ע"פ 1964/20 אספה נ' מדינת ישראל, פסקה 17 (12.8.2020); להלן: עניין אספה). בחירתו של המערער לעסוק בשיבוש החקירה הצפויה נגדו, במקום להושיט עזרה לקורבנותיו המוטלים לנגד עיניו, ממחישה היטב את יחסו המזלזל לערכים החברתיים שנפגעו, ומעצימה את הפגיעה בהם. למותר לציין, כי אין לזקוף לזכותו של המערער את העובדה שחדל ממאמציו לחמוק מאחריות בשלב כזה או אחר, שכן כך מצופה כל אדם במצבו להתנהג מלכתחילה.

בנוסף, גם אז לא חל שינוי משמעותי בגישתו, שכן עדיין נמנע מלשתף פעולה עם רשויות אכיפת החוק, באופן שעשוי היה להוות נסיבה מקלה (לפי סעיף 40א(6) לחוק).

21. יוזכר גם, כי בהתייחסו לכלל העבירות כחלק מאירוע אחד לצורך קביעת מתחם העונש וגזירתו, בית המשפט מצווה להתחשב, בין השאר, בזיקה בין העבירות השונות. בהקשר זה צדק בית המשפט המחוזי בקבעו כי עוצמת הפגיעה בערכים החברתיים הרלוונטיים – תקינות החקירה וטוהר ההליך השיפוטי – היא משמעותית, בשל ביצוע עבירות השיבוש, ההדחה, והניסיון להשמדת ראיה ביחס לעבירה החמורה של המתה בקלות דעת (פסקה 11 לגזר-הדין).

22. טענה נוספת של המערער בפנינו מתייחסת להמשלת פעולותיו לעבירה הפקרה (לפי סעיף 64א לפקודה), נוכח ההבדלים בין תכליתה והעונשים שבצידה לבין תכליתן של העבירות בהן הורשע והעונשים שבצידן. מצאתי כי יש ממש בטענה זו, ומשכך עליי להסתייג מקביעותיו של גזר-הדין בהקשר זה, אינטואיטיביות ככל שתהיינה.

23. הרציונל שייחסה פסיקתנו הענפה לעבירת ההפקרה הוא הגנה על הסולידריות החברתית והאישית המינימלית לקיומה של חברה תקינה (ראו למשל ע"פ 2247/10 ימיני נ' מדינת ישראל, פסקאות 19-20 (12.1.2011); להלן: עניין ימיני). כך נימק גם המחוקק את החלטתו להרחיב את תחולת העבירה לנוסעים ברכב ולהחמיר מאוד בענישה שבצידה – הן בעונשים המרביים שניתן להטיל והן בשלילת האפשרות להטיל מאסר על-תנאי (לפי סעיף 64א(ד) לפקודה; ראו לעניין זה פרוטוקול ישיבה מס' 408 של ועדת חוקה, חוק ומשפט, הכנסת השמונה-עשרה (15.6.2011)).

מניעת התחמקות מאחריות אמנם הוכרה בפסיקה כתכלית-משנה של עבירת ההפקרה, אך הדבר נעשה באמרות-אגב ובהקשר של הצורך בבירור נסיבות התאונה (עניין ימיני, פסקה 69; ע"פ 7936/13 לוי נ' מדינת ישראל, פסקאות 27-28 לחוות דעתו של השופט סולברג (16.12.2014); ע"פ 9628/09 שרעבי נ' מדינת ישראל, פסקאות 18-12 לחוות דעתו של השופט מלצר (1.3.2012)). ולא בכדי; תכלית-משנה זו כרוכה בקושי המושגי הייחודי שמעוררת עבירת ההפקרה לאור החיסיון מפני הפללה עצמית, כעבירה היחידה שמטילה על מבצעה את החובה להישאר בזירה (ראו גם הנחיית פרקליט המדינה מס' 2.27 – מדיניות התביעה בהעמדה לדין וענישה בעבירה של הפקרה לאחר פגיעה, עמ' 7 (1.1.2017)).

24. בכל המובנים הללו נבדלת עבירת ההפקרה מהעבירות הכלליות לפי פרק ט', סימן א' לחוק, בהן הורשע המערער. יחד עם זאת יוער, כי עבירת ההפקרה מתקיימת לכאורה גם כשנהג הרכב עוצר במקום התאונה אך לא "מזעיק עזרה" (כמשמעה בסעיף 64א(ה) לפקודה), למרות שבמקרה זה הנהג כלל אינו מנסה לחמוק מאחריות למעשיו. יובהר, כי השימוש בחלופה זו של עבירת ההפקרה הוא נדיר, והשאלות המורכבות שהיא מעוררת טרם לובנו בפסיקה והייתי מותיר זאת בצריך עיון.

עם זאת, דווקא משום שהמערער לא הואשם והורשע בכך, נראה כי יש לנקוט משנה זהירות בהמשלת פעולותיו להפקרה לצורך גזירת העונש. בנסיבות העניין, נראה כי גם לא היה בכך צורך מעשי, לרבות כדי להחמיר עם המערער בהשוואה לנהגים אחרים שנמצאו אחראים לתאונות קטלניות שהורשעו בעבירות נלוות דומות.

התנהלות המערער בבית המשפט

25. חלק לא מבוטל מהכרעת הדין הוקדש לבחינת טענותיו של המערער ביחס לסיבות חלופיות להתרחשות התאונה, לרבות הסיכוב "המפתיע", הכביש "הרטוב", והצמיגים "התקולים" של הרכב בו נהג. טענות אלה נדחו אחת לאחת בטרם נקבע כי התאונה היא באחריותו הישירה והבלעדית של "הגורם האנושי", היינו שכרותו ונהיגתו הפראית של המערער. בתוך כך, המערער העיד להגנתו, ומסר גרסאות שעוררו בבית המשפט תדהמה, גיחוך, וכעס – אך מעל הכל, הותירו על בית המשפט המחוזי את הרושם שהמערער "השיל מעצמו סממנים מוסריים כלשהם".

26. בשלב הטיעונים לעונש, העידו בבית המשפט המחוזי אביו, אמו, ואחיו של המערער על מצוקתו מאז התאונה ופעולותיו להנצחת זכרו ועילוי נשמתו של אילון. בכך ביקשו העדים לבסס לקיחת אחריות, הפנמה, וחרטה מצד המערער, כנסיבה מקלה שאינה קשורה בביצוע העבירה (לפי סעיף 40א(4) לחוק). המערער, לעומת זאת, נמנע מלהעיד בשלב הטיעונים לעונש.

27. בית המשפט המחוזי דחה את טענות החרטה וההפנמה על בסיס התרשמותו הבלתי-אמצעית מהמערער בשלב ההוכחות ובעדותו בפרט. בהקשר זה קובע גזר-הדין כי העמדה "הקורבנית" ו-"המכחישה" של המערער, כמו גם ה-"נרטיב של חפות מוחלטת" שהציג, אינם עולים בקנה אחד עם חרטה והפנמה. זאת, מבהיר גזר-הדין, מבלי לגרוע מזכותו הלגיטימית של המערער לכפור באשמתו ולנהל את משפטו, ומבלי לזקוף

לחובתו את הבחירה לעמוד על זכותו זו – כמצוותו המפורשת של המחוקק (בסעיף 40יא(6) לחוק).

28. בגזר-הדין נדחו גם יתר טענותיו של המערער בדבר נסיבות מקלות נוספות שאינן קשורות בביצוע העבירות (לפי סעיפים 40יא(1), 40יא(2) ו-40יא(11) לחוק, בהתאמה). ראשית, הטענה ביחס לגילו הצעיר של המערער – 23 בעת ביצוע העבירות – נדחתה כיוון שהוא אינו על "גבול הקטינות", וכיוון שהוסמך לנהיגה לפני 6 שנים. שנית, הטענה בדבר העדר עבר פלילי נדחתה בשל עברו התעבורתי של המערער, שבמהלך השנים מאז הוסמך לנהיגה הספיק להיתפס בביצוע 4 עבירות, שבגין אחת מהן נפסל רישיונו ל-30 ימים. שלישית, הנזק שנגרם למשפחתו של המערער בגין הסיקור התקשורתי השלילי והנרחב בעניינו נמצא כבלתי-משמעותי.

29. בא-כוח המערער (אשר לא ייצגו בערכאה קמא) טען כאמור כל אשר יכל לזכות המערער, ועשה זאת בהגינות רבה, ובתוך כך חזר בפנינו על טענות אלה, והוסיף כי חרף הבהרותיו של בית המשפט המחוזי, ניכר כי "הכעס הרב והתסכול הגדול" תרמו להחמרה בעונש, באופן החותר תחת זכויותיו של המערער כנאשם. לכך מתייחסת גם טענתו הכללית של המערער ביחס לשילוב שלושת היבטי התנהלותו – עובר לתאונה, אחריה, ובניהול המשפט – ביצירת ה-"נרטיב" של גזר-הדין.

30. אף טענה זו דינה להידחות. אכן, עצם ואופן ניהול פרשת הגנה אינם יכולים להוות נסיבה מחמירה בגזירת העונש, וניהול משפט הוכחות אינו יכול לשלול את התקיימותן של נסיבות מקלות, לרבות לקיחת אחריות. במובן זה צודק בא-כוח המערער בכך שאין הבדל ממשי בין בחירתו לעמוד על זכותו הלגיטימית לנהל משפט לבין כפירתו המוחלטת באשמתו. עם זאת, אופן ניהול פרשת ההגנה בהחלט עלול להשליך על טענתו של נאשם בדבר לקיחת אחריות למעשיו, חרטה והפנמה – ויש לכך דוגמאות שונות בפסיקתנו (ראו: עניין דיאב, פסקה 8; ע"פ 7162/19 דאש נ' מדינת ישראל, פסקה 22 לחוות דעתו של השופט גרוסקופף (3.1.2021)).

מטבע הדברים, כנות טענת הנאשם לעניין זה, והתקיימותה של הנסיבה המקלה הרלוונטית כפועל יוצא מכך, נתונות להתרשמות הערכאה הדיונית. על כן, מבחינה מעשית, ברי כי נאשם שכפר באחריותו מכל וכל ולמרות זאת הורשע, מעמיס בכך על עצמו נטל משמעותי בבואו לשכנע כי התחולל בו שינוי עמוק בתזמון מופלא עם שלב הטיעונים לעונש; זאת, בדומה למגבלה אחרת שנאשם מטיל על עצמו במובן זה, שכן

הראיות שהוא רשאי להביא מטעמו בשלב הטיעונים לעונש לא יכולות לסתור את הנטען על-ידו בשלב בירור האשמה (סעיף 40(ב)(1) לחוק).

31. משלא עלה בידי הנאשם לשכנע את הערכאה הדיונית בכנות החרטה שהביע, אף ניתן לראות בקביעתה לעניין זה כממצא עובדתי, שמרחב ההתערבות בו בשלב הערעור מצומצם עוד יותר. עדיין, ברי כי לעולם אין לסתום את הגולל על עצם האפשרות להתחרט, באמת ובתמים, בכל שלב של ההליך המשפטי.

32. במובן זה, התייחסותו הביקורתית של גזר-הדין לפרשת ההגנה של המערער אכן מעוררת קושי. ברמה הפרטנית, עלול להיווצר בכך הרושם שהתנהלות המערער הקשיחה את לבו של היושב בדין, ומשכך הביאה להחמרה בעונשו באופן הנוגד לכאורה את עקרון אחידות הענישה – במובן של שוויון הנאשמים בפני החוק.

יתרה מכך, רושם זה עלול גם להעביר מסר בעייתי לנאשמים אחרים (וסנגוריהם), באופן שיניא אותם מלהיאבק על חפותם ולעמוד על זכויותיהם. על כן, נדמה שמוטב היה להימנע כליל מהתייחסות ביקורתית זו, בפרט כשהיא מלווה באמירות שונות לגבי "רצף של החלטות פורעות חוק" ו-"שרשרת של פעולות... נעדרות אמות מידה מוסריות-בסיסיות", שלאורן כנראה טוען המערער לקיומו של "נרטיב" בגזר-הדין.

33. מבחינה מעשית, התייחסות ביקורתית זו אף לא הייתה נחוצה לצורך דחיית טענות החרטה וההפנמה של המערער. לשם כך, די היה להתייחס לתוכן העדויות מטעם ההגנה בשלב הטיעונים לעונש, המתארות מצוקה, כאב, וצער – אך לא לקיחת אחריות, הפנמה וחרטה. כן ניתן היה להתבסס על סירובו הנחרץ של המערער לבקשת חברו כי יביע חרטה – אותו חבר שהזהיר את המערער מפני נהיגה בשכרות – במסגרת העימות שנערך ביניהם במשטרה. לכך אף ניתן להוסיף את העדר הבעת החרטה המפורשת מפי המערער, בכתב או בעל-פה, בתוך או מחוץ לכתלי בית המשפט, גם מאז שהורשע. אף בפנינו נמנע המערער מלקיחת אחריות ברורה; תחת זאת, כל שנכתב ונאמר הוא שהמערער "מרכיז את ראשו" בפני הכרעת הדין.

34. מעבר לכך, אין גם מקום להתערב ביתר קביעותיו של בית המשפט המחוזי לעניין אי-התקיימות הנסיבות המקלות להן טען המערער. בהקשר זה יוזכר, כי נסיבותיו האינדיבידואליות של המערער מתגמדות לנוכח התוצאות הטראגיות של מעשיו (ראו: ע"פ 4908/18 אל עטייוי נ' מדינת ישראל, פסקה 10 (7.11.2019)).

35. לאור כל האמור לעיל, הגעתי לכלל מסקנה כי עונשו של המערער אינו מנוגד לעקרון ההלימה, אשר מנחה את גזירת הדין – או לעקרון אחדות הענישה, במובן של שוויון נאשמים בפני החוק.

אין חולק שבקביעת המתחם ובהצבת העונש בסמוך לקצהו העליון החמיר בית המשפט המחוזי עם המערער באופן משמעותי: עונשו קרוב יותר לזה שנגזר על נהגים שהורשעו גם בהפקרת הנפגעים בתאונת הדרכים הקטלנית לה גרמו, או על נהגים שנקבע כי פעלו מתוך אדישות, או על נהגים שנמצאו אחראים בנסיבות דומות לתאונות רבות-נפגעים.

36. במובן זה אף ניתן לומר שגזר-הדין בענייננו מהווה "קפיצת מדרגה" ביחס לרמת הענישה הנוהגת, באופן שעלול להיות מנוגד לפן הנוסף של עקרון אחדות הענישה – שמירה על מדרג ענישה הגיוני. זאת, בפרט לאור הרשעתו של המערער בעבירת ההמתה בקלות דעת, והטלת עונש כולל השווה לעונש המרבי בגין עבירה זו, והכל במסגרת הרפורמה החדשה יחסית בעבירות ההמתה (השוו: ע"פ 2356/17 רגבי נ' מדינת ישראל, פסקה 9 (29.6.2020); ראו גם דברי ההסבר להצעת חוק העונשין (תיקון מס' 124) (עבירות המתה), התשע"ו-2015, עמ' 227)). בכך עלול להיפגע גם עקרון האינדיבידואליות, ככל שמדובר בניסיון לחולל "רביזיה קיצונית בענישה על גבו של נאשם אחד" (עניין אספה, פסקה 17).

37. עם זאת, נקבע זה מכבר כי עקרונות אלה אינם שוללים את האפשרות להחמיר בעונשו של נאשם כזה או אחר, ובלבד שההחמרה תהיה הדרגתית ומדודה (עניין ימיני, פסקאות 79 ו-85). במובן זה, אין המדובר כאן בהחמרה "בבת אחת", מהסוג שעלינו למתן או להאט. מגמת ההחמרה ביחס לתאונות דרכים קטלניות, ובעיקר אלה שנגרמו בשל נהיגה בשכרות או תחת השפעת סמים, היא מוכרת ומתמשכת – אף אם לא תמיד עקבית – ובמובן זה העונש שנקבע גם עולה בקנה אחד עם שיקול הרתעת הרבים (לפי סעיף 140 לחוק). אמנם לעיתים נדמה כי החמרה לחוד והרתעה לחוד, אך אין בכך כדי לרפות את ידי בית המשפט מלתרום את חלקו למאבק בקטל בדרכים, ולהגנה על משתמשי הדרך בכלל ועל הולכי הרגל בפרט.

38. בהמשך לכך, נראה כי הבחירה להעלות את רף הענישה בענייננו היא מוצדקת כשלעצמה, לאור ההיבטים שהודגשו בגזר-הדין ושנידונו בהרחבה לעיל. בהקשר זה אף

לא ניתן להתעלם מהתהום הפעורה בין התנהגותו הנלוזה והמזלזלת של המערער, לבין התנהגותם הנורמטיבית והזהירה של חבריו מזה, וקורבנותיו מזה. כאמור, הראשונים ניסו להניא את המערער מנהיגה בשכרות והתריעו בפניו על-אודות סכנותיה, ואילו האחרונים המתנינו כמתחייב על המדרכה עד שיוכלו לחצות את הכביש בבטחה. שם, שניות ספורות לפני שנדרסו, עוד הספיק אילון לסרב בתוקף להצעה לחצות את הכביש באור אדום (כך לפי הודעתו של דניאל, שהוגשה בהסכמה לבית המשפט המחוזי). למרבה הצער, בגרותו וחינוכו הטוב של אילון לא הגנו עליו ועל חברו מפני שכרותו ופראותו של המערער – ואין בכוחנו לגמול לאילון על מעשיו ומעלותיו, אלא רק להעניש את המערער על מעלליו ומגרעותיו.

39. יידע כל מי שבוחר לסכן חיים בדרך זו, קוטל בכך ילדים וקורע משפחות, ולבסוף גם מרהיב עוז בניסיונות לחמוק מן הדין, כי עונשו החמור בוא יבוא; וכשיבוא, ייתכן כי יהיה זה עונש חמור במיוחד, חמור יותר ממה ששיער לעצמו, ואולי אף חמור יותר מזה שהוטל על העבריינים שקדמו לו.

ש ו פ ט

השופט ע' גרוסקופף:

אני מסכים.

קשה לחלוק על כך שהעונש שהוטל על המערער הוא עונש חמור, העולה על רף הענישה הנוהג. ואולם, יום ביומו שונים באוזננו סנגורים כי מלאכת גזירת הדין היא אינדיווידואלית, וכי יש להתחשב לא רק ברף הענישה המקובל ביחס לעבירות בהן הורשע הנאשם, אלא גם בנסיבותיהם הייחודיות של המעשה ושל העושה. ואם כך, באופן תדיר, כשיקול להפחתה בעונש לעומת רף הענישה המקובל, הרי שכך גם, במקרים מתאימים, כשיקול להחמרה בהשוואה לרף הנוהג.

המעשה המופקר של המערער: נהיגה פרועה בגילופין בטבורה של עיר, מבלי לשעות לא לאזהרת חברו, לא לתנאי הדרך ולא לחוקי התנועה; עזות המצח שלאחר מעשה: ההימנעות מלצאת מהרכב ולהושיט עזרה; הניסיון הנואל לטשטש את שכרותו ולהעלים ראיות; העלאת גרסאות חסרות שחר והסירוב לקבל אחריות; התוצאות הנוראות שנועדו למעשה: נטילת חייו של נער צעיר ומבטיח, שכל עתידו היה מונח לפניו, פגיעה

קשה של חברו, הגודעת את ילדותו, והסטת מסלול חייהן של בני המשפחות, אשר הצער מוטבע בהן מעתה כאות קין – צירופם של כל אלה מצדיק שלא להתערב בעונש שגזר למערער בית המשפט קמא, עונש שהינו בה במידה חמור והולם.

ש ו פ ט

השופט נ' הנדל:

כחבריי – סבורני כי עונש המאסר חמור הוא. לא אסתיר כי לו בית המשפט המחוזי היה קובע עונש מאסר בפועל בשיעור קטן יותר מכפי שקבע, לא הייתי מתערב בגזר הדין. אכן התלבטתי במקרה. ברם, עיקרון ההלימה בענישה הוא הקובע את מידת ההתערבות של ערכאת הערעור בגזר הדין שניתן על ידי הערכאה המבררת. השאלה היא אפוא האם נכון מבחינה משפטית כי ערכאה זו תתערב בפסיקת בית המשפט המחוזי.

החומרה במעשה מורכבת ממספר נתונים, כפי שחבריי היטיבו להסביר. הנתונים המצטברים רבים הם ובעלי מאפיינים ייחודיים. בעיניי, יש להדגיש בראש ובראשונה את הפגיעה בקדושת החיים על ידי נאשם שנהג בשיכרות, עלה על המדרכה ופגע באופן אנוש בנער בן 13 שהמתין ליד מעבר החצייה. כך גם חברו שנפגע אף הוא. מעבר חצייה הינו שטח ששייך להולכי רגל. לא שטח פרטי, אבל שטח שמקנה זכויות ראשונים בהינתן הפער בין יצור בשר ודם לכלי בעל כוח קטלני (ראו למשל: תקנה 52(6) לתקנות התעבורה, התשכ"א-1961). הנער, אילון שלו אמסלם ז"ל, פעל בזהירות ובהתאם לכל הדרישות, כנראה גם עקב חינוך טוב שקיבל. השילוב, או ליתר דיוק הניגוד בין התנהגות הנהג לעומת זו של הנפגע, ואף זו של הנפגע הנוסף, מגביר את השיקול של הרתעת הרבים ולא רק הרתעת היחיד. בהתאם, הנני מצטרף לעמדת השופט י' אלרון ולהערוותיו של השופט ע' גרוסקופף לפיהן דין הערעור להידחות.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט י' אלרון.

ניתן היום, י"ב בניסן התשפ"א (25.3.2021).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט