



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פלייט

ע"פ 7722/19

לפני: כבוד השופט נ' הנדל
כבוד השופט י' אלרון
כבוד השופטת י' וילנר

המערער: היילמייקל טספאי זרסנאי

נ ג ד

המשיבה: מדינת ישראל

ערעור על הכרעת דינו וגזר דינו של בית המשפט המחוזי בבאר שבע בתפ"ח 17-05-35846 מיום 8.7.2019 ומיום 6.10.2019 שניתנו על ידי סגן הנשיאה נתן זלוצ'ובר והשופטים יעל רז-לוי ושלמה פרידלנדר

תאריך הישיבה: י"ז באדר התשפ"א (1.3.2021)

בשם המערער: עו"ד שרית גולן שטיינברג

בשם המשיבה: עו"ד הילה גורני

בשם נפגעי העבירה: עו"ד יגאל מינדל

מתורגמנית: גב' רבקה סאלי

פסק דין

השופט י' אלרון:

1. ערעור על הכרעת דינו וגזר דינו של בית המשפט המחוזי בבאר שבע (סגן הנשיאה נ' זלוצ'ובר, השופטת י' רז-לוי והשופט ש' פרידלנדר) בתפ"ח 17-05-35846 מיום 8.7.2019 ומיום 6.10.2019 בהתאמה, בגדרם הורשע המערער בעבירת רצח, בעבירת איומים ובעבירת שיבוש מהלכי משפט; ונגזרו עליו עונש מאסר עולם, עונש של 6 חודשי

מאסר (בגין עבירת האיומים) אשר ירוצה בחופף, ופיצוי כספי לאם-המנוח, בסך המרבי הקבוע בחוק.

כתב האישום

2. על פי המתואר בכתב האישום, בליל ה-13.4.2017 שהו המערער, חברו עמניאל גילו, המכונה "אונקרי" (להלן: אונקרי), וחיים איצ'ו (להלן: המנוח) ב"בר קפה" בקרית גת, ושתו משקאות אלכוהוליים. בשלב מסוים התפתח ויכוח בין המערער למנוח בנוגע למוסיקה שהושמעה ברקע. לאחר הוויכוח עזב המערער את המקום ושב לביתו, נטל משם סכין ונשאה עמו בדרכו חזרה לבר.

המערער שב למקום בשעה 3:41 לפנות בוקר, והחל להתעמת עם המנוח. בעל המקום הוציא את השניים מהבר והם נעמדו בסמוך לדלת הכניסה, שם המשיכו לריב, לצעוק ולדחוף זה את זה.

בשלב זה המערער שלף את הסכין ודקר את המנוח שתי דקירות עמוקות בבית החזה משמאל, אשר חדרו לליבו, ודקירות נוספות בבטנו, בגבו, במותנו ובראשו. המנוח נמלט מהמקום בריצה והתמוטט ברחוב סמוך. מתנדבי מד"א שהוזעקו למקום מצאו אותו מוטל על הקרקע ללא רוח חיים.

המערער נכנס חזרה אל הבר כשהסכין בידו, ושב ויצא משם לאחר שאדם ששהה שם שכנע אותו לעזוב את המקום וליווה אותו אל ביתו. בהגיעו לביתו, שטף המערער את הסכין, נטל סכין נוספת, התקשר לאונקרי ואמר לו "אני אדקור אותך כמו שדקרתי את חבר שלך".

3. בגין המעשים המתוארים יוחסו למערער עבירת רצח לפי סעיף 300(א)(2) לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין), כנוסחו קודם לתיקון 137 לחוק זה (חוק העונשין (תיקון מס' 137), התשע"ט-2019 (להלן: תיקון 137)); וכן עבירה של שיבוש מהלכי משפט ועבירה של איומים, לפי סעיפים 244 ו-192 לחוק העונשין, בהתאמה.

ההליך בבית המשפט המחוזי

4. המערער טען בתשובתו לכתב האישום כי הוא אינו זוכר את מרבית אירועי אותו לילה, שכן במהלכו שתה משקאות חריפים בכמות גדולה (כבקבוק ומחציתו יין אדום

וכבקבוק ומחציתו וודקה), באופן שאינו מורגל בו. משכך, לטענת המערער, ולנוכח העובדה שהיה נתון תחת השפעת האלכוהול, לא גיבש את המחשבה הפלילית הנדרשת לעבירת הרצח, וכי מחומר הראיות עלה כי היה זה אונקרי שדקר את המנוח את הדקירות הקטלניות שהביאו למותו.

5. בסיכומיו המערער הודה כי דקר את המנוח מספר פעמים, אך טען שתי טענות להגנתו: האחת – כי את הדקירות הקטלניות בלבו ובראשו של המנוח ביצע אונקרי, ולא הוא עצמו; והשניה – כי בחינת ההתרחשויות שהובילו לדקירות והתנהגותו מיד לאחריהן מעלה ספק באשר להתקיימותו של היסוד הנפשי הדרוש בעבירת הרצח.

את טענתו הראשונה סמך המערער על שתי קביעות בחוות דעתו הרפואית של פרופ' היס, המומחה מטעם ההגנה (4/נ):

ראשית, כי הממצאים הרפואיים שתוארו בחוות דעתה של ד"ר פורמן מטעם התביעה (ת/18), ובכלל זה היעדר תיעוד לדימום בתעלות הדקירה בליבו של המנוח, מתיישבים עם המסקנה שהמנוח נדקר בליבו לאחר שהתמוטט, כאשר הפסיק לנוע, ולא בכניסה לבר.

שנית, כי סביר להניח שהדקירה בראשו של המנוח לא נעשתה באמצעות הסכין בה דקר אותו המערער, שכן תעלת פצע הדקירה ארוכה מאורך הסכין.

עוד הפנה המערער לבגדיו המוכתמים בדם של אונקרי, ולנוכחותו ליד המנוח לאחר מותו – לשיטת המערער – מלמדים על כך שלאונקרי הייתה הזדמנות לדקור את המנוח מבלי שאיש היה עד לכך.

6. בהכרעת דינו דחה בית המשפט את שתי טענותיו של המערער.

אשר לטענה הראשונה, נקבע כי אונקרי לא דקר את המנוח, וכי גרסה זו של המערער אינה מתיישבת עם חומר הראיות, ובכלל זה סרטוני מצלמות האבטחה המתעדים את ההתרחשות בכניסה לבר, בגרם המדרגות בו ירד המנוח לאחר הדקירות, ובכביש בו התמוטט; הקלטה של שיחת טלפון בין אונקרי לשותפו של המערער לדירה, בה הוא מדווח לו בזמן אמת על הקטטה, כאשר ברקע נשמעים חילופי הדברים בין המערער למנוח; וכן גרסת שלושה עדי ראיה לקטטה.

אשר לכתמי הדם על בגדיו של אונקרי, נקבע כי לו היה הלה מעורב בדקירות, סביר להניח שהיה מנסה להסירם, ויתכן כי מקור הכתמים בדם שניתז על בגדיו בשעה שעמד סמוך למקום הקטטה.

לבסוף, נקבע כי עדות המערער "הותירה רושם מר ושלילי" וכי גרסתו אינה אמינה. בהקשר לכך הודגש כי בחקירותיו במשטרה ובעדותו בבית המשפט, טען המערער כי הוא אינו זוכר כלל את אירועי אותו לילה אך הוא משוכנע בכך שלא דקר את המנוח. רק בסיכומים נשמעה מפי סנגורו גרסה חדשה, לפיה הוא אכן דקר את המנוח אך לא את הדקירות שהביאו למותו.

אשר לממצאים הרפואיים, בית המשפט דחה את חוות דעתו של פרופ' היס, בהיותה "חסרה ולאקונית מבחינה מהותית", מבוססת על הנחות שהתבררו בדיעבד כשגויות, ואינה מתיישבת עם כל הממצאים הרפואיים. תחת זאת, העדיף בית המשפט את חוות הדעת (הראשונה והמשלימה – ת/46) ועדותה ה"מקצועית, מהימנה ורצינית" של ד"ר פורמן, אשר ביצעה בעצמה את הנתיחה שלאחר המוות. על סמך ממצאיה של ד"ר פורמן נקבע, כי היה דימום בליבו של המנוח, ומכל מקום אין לשלול הוסיף לנוע לאחר הדקירות.

על בסיס מכלול חומר הראיות נקבע אפוא כי "הנאשם [המערער – י' א'] הוא שדקר את המנוח את כל 8 הדקירות, לרבות הדקירות הקטלניות בלב" וכי "האפשרות היחידה שנתרה היא כי המנוח מת כתוצאה מהדקירות של הנאשם" (עמ' 43 ו-42 להכרעת הדין, בהתאמה).

7. בית המשפט המחוזי הוסיף ודחה גם את טענתו השניה של המערער, וקבע כי התגבש אצלו היסוד הנפשי הנדרש בעבירת הרצח. ביחס לכך, בחן בית המשפט את התקיימות יסודות עבירת הרצח הן לפי סעיף 300(א)(2) לחוק העונשין (עבירת הרצח בכוונה תחילה), כנוסחו טרם תיקון 137, הן לפי סעיף 301(א)(1) לחוק העונשין כנוסחו לאחר תיקון 137 (עבירה של רצח בנסיבות מחמירות), וקבע כי לפי שתי החלופות יורשע המערער בעבירת רצח שהעונש הקבוע בצידה הוא מאסר עולם חובה.

8. בקשר לחלופה הראשונה (עבירת הרצח בכוונה תחילה), נקבע כי התקיימו שלושת היסודות להוכחת היסוד הנפשי של "כוונה תחילה": המערער החליט להמית את המנוח; ללא התגרות מצידו של האחרון; וביצע מעשים המהווים הכנה למעשה הרצח.

באשר ליסוד "ההחלטה להמית", נקבע כי הראיות הנסיבתיות מלמדות על כוונת הקטילה, ובהקשר זה תואר כי לאחר שהתווכח עם המנוח, הלך המערער לביתו במרחק של כ-900 מטרים מהבר, שם העיר את חברו משנתו ושאל אותו היכן נמצאת הסכין, ולאחר מכן עלה על כיסא והוציא את הסכין ממקום מחבואה מעל ארון הבגדים. מצויד באותה סכין עשה המערער את כל הדרך חזרה עד לבר כדי לדקור את המנוח. ברור אפוא, כך נקבע, כי המערער הצטייד בסכין על מנת להמית את המנוח.

זאת ועוד, בית המשפט ציין כי מתיעוד מצלמות האבטחה מתברר כי הקטטה האלימה בין המערער למנוח פרצה פחות מדקה וחצי לאחר ששב המערער לבר, וגם עובדה זו תומכת בכך שמטרת ההצטיידות בסכין הייתה ללא ספק דקירת המנוח.

הודגש, כי לו ביקש המערער רק לפצוע את המנוח ולא לקטול אותו, יכול היה לקחת חפץ חד (כגון שבר זכוכית) ולפגוע במנוח באמצעותו; אך כל הפעולות שביצע לצורך ההצטיידות בסכין, באישון לילה, מלמדות כי גמלה בליבו ההחלטה לקטול את המנוח.

בית המשפט הוסיף, כי התנהגות המערער במהלך הקטטה – דקירת המנוח 8 דקירות, 7 מתוכן באזורים חיוניים בגופו ושתיים מתוכן קטלניות – מוכיחה אף היא את כוונתו להמית את המנוח; והתנהגותו לאחר האירוע, בכלל זה ניסיונו להעלים ראיות, מעידה שהיה מודע לחומרת מעשהו.

לבסוף הודגש, כי מעדות שותפו של המערער לדירה עלה כי מיד לאחר שהמערער העיר אותו משנתו בחיפושיו אחר הסכין, ולאחר שיצא מהדירה בדרכו חזרה לבר, הביין "שכוונותיו אינן טובות" ולכן התקשר לאונקרי ואמר לו שהמערער לקח עמו סכין ושיזוהר, והוסיף "תתפוס אותו שלא יריב עם אנשים".

בית המשפט התרשם כי מתוכן השיחה המוקלטת עולה שבזמן אמת חששו השותף לדירה ואונקרי מהסכנה הנשקפת מהמערער, לאור התנהגותו. ואכן, בעוד השניים מדברים, פרצה הקטטה בין המערער למנוח ואונקרי דיווח על כך לשותף בעת ההתרחשות. עדות זו, לגישת בית המשפט, תומכת אף היא בקביעה כי המערער החליט להמית את המנוח ותכנן את מעשיו.

9. בית המשפט המחוזי אף דחה את טענת השכרות של המערער, אשר לא נטענה כסייג לאחריות פלילית לפי סעיף 34ט(א) לחוק העונשין, אלא כנסיבה שיש לקחתה בחשבון לעניין התקיימותה של חזקת הכוונה.

נקבע, כי התנהגותו המתוארת של המערער היא "התנהגות מחושבת הכרוכה בתכנון ותושיה שאינם מאפיינים אדם שיכור שאינו מודע למעשיו" (עמ' 51 להכרעת הדין); כי העדים שראו את המערער לפני ואחרי האירוע העידו כי "הוא היה עצבני וניכר ששתה אך לא התרשמו שהתנהג בצורה חריגה או שלא היה מודע למעשיו" (שם); וכי גרסתו של המערער בחקירותיו במשטרה, לפיה אינו זוכר כלל את האירוע בשל שכרותו, אינה אמינה, בין היתר מאחר שעל פי עדות חבריו הוא היה פיכח דיו כדי לספר להם באותו לילה על מעשיו ומניעיו, וכן בניסיון להרחיק עצמו מהזירה, "לא זכר" בחקירתו פרטים שהיה אמור לזכור, כגון נעליו שנמצאו מוכתמות בדם המנוח, שלגביהן טען כי אינו יודע למי הן שייכות.

10. בקשר לחלופה השנייה (עבירה של רצח בנסיבות מחמירות), נקבע כי המערער ביצע את המעשה "לאחר תכנון או לאחר הליך ממשי של שקילה וגיבוש ההחלטה להמית". בהקשר זה הודגש כי:

"הנאשם לא המית את המנוח בלהט הרגע ואין המדובר במעשה שנעשה באופן ספונטני. הנאשם עזב את מקום הבילוי בו שהה לאחר המריבה על המוזיקה וחזר לביתו על מנת להביא סכין ולדקור את המנוח. הסכין היתה במקום חבוי, הנאשם עלה על כורסא ולקח אותה ואז חזר לפאב על מנת להשלים את תוכניתו ולדקור את המנוח. מספרן וטיבן הקטלני של הדקירות משקף בדיעבד את הכוונה הקטלנית ביסוד ההצטיידות בסכין, בבחינת 'סוף מעשה במחשבה תחילה'" (עמ' 54 להכרעת הדין).

יתר על כן, בית המשפט הוסיף כי:

"סיווגו של מקרה זה כרצח בנסיבות מחמירות בשל תכנון והליך ממשי של שקילה וגיבוש החלטה להמית משרת גם את העקרונות המנחים של קדושת חיי אדם ועקרון האשמה ואף משיקולי מדיניות משפטית לא ניתן לסווג מקרה זה כרצח שאינו בנסיבות מחמירות" (שם, בעמ' 57).

בית המשפט דחה את טענת המערער לפיה שכרותו, גם אם לא הייתה במידה המקימה את סייג השכרות, גרמה לו להתנהגות בלתי-רציונאלית ולכך שלא היה מודע

לגמרי למעשיו. נקבע, כי למערער הייתה אפשרות לשקול את מעשיו ואף לחזור בו מתוכניתו להמית את המנוח, אך הוא לא עשה כן.

עוד נדחתה הטענה שנשמעה מפי בא-כוחו, לפיה המערער לא הצטייד בסכין על מנת לפגוע במנוח, אלא כדי להגן על עצמו אם תפתח תגרה בינו לבין המנוח או בינו לבין מאן דהוא אחר. נקבע, כי גרסה זו אינה מתיישבת עם העובדה שמתיעוד מצלמות האבטחה עולה שהמערער הגיע לבר כשהסכין שלופה בידו, ולא מוטמנת בין בגדיו. כמו כן, הודגש כי העובדה שהמערער פתח שוב בקטטה עם המנוח פחות מדקה וחצי לאחר ששב לבר, כשהוא מצויד בסכין, מלמדת כי תכנן להמית את המנוח.

טענות הצדדים בערעור

11. המערער טוען, כי משנכנס תיקון 137 לתוקף בטרם הפך פסק הדין לחלוט, הרי שלפי הוראות המעבר (סעיף 25 לתיקון 137) יש לבחור בחלופה המקלה עמו – ועל כן המסגרת המשפטית לדיון היא הדין החדש לאחר התיקון. בהמשך לכך, טוען המערער כי לא מתקיימת הנסיבה המחמירה בסעיף 301א(א)(1) לחוק העונשין, וממילא יש להרשיעו בעבירת הרצח הבסיסית, שהיא הדין המקל עמו, ואשר על פיה מסור לבית המשפט שיקול דעת בגזירת עונשו.

בהקשר זה נטען, כי במסגרת תיקון 137 זנח המחוקק במודע את היסוד הנפשי של "כוונה תחילה", לאחר שההלכה הפסוקה העניקה לו פרשנות רחבה, וזאת הן ביחס ליסוד ההכנה (באשר אליו נקבע למשל כי גם הנפת סכין תיחשב כמקיימת יסוד זה), הן ביחס ליסוד ההחלטה להמית (שבנוגע אליה נקבע כי היא יכולה להתגבש כהרף עין).

נטען, כי התיקון לחוק מבטא את מגמת המחוקק לצמצם את מספר המקרים שייכנסו לגדר העבירה של רצח "בנסיבות מחמירות", ולהוציא מכללה מקרים של "המתה בכוונה ספונטנית".

רצח המנוח בידי המערער – כך נטען – הוא "מקרה של רצח בחמת זעם, בכוונה שהתגבשה ספונטנית, שניות לפני מעשה ההמתה", וככזה, הוא אינו מקיים את יסוד התכנון או גיבוש ההחלטה להמית.

המערער, שב על טענתו לפיה שכרותו, שאינה מגעת כדי הגנת השכרות "במובנה המשפטי", תומכת במסקנה שהוא "פעל מתוך דחף אליים לא מבורר, אפוף אדי כוהל,

שלא כלל בהכרח כוונה לרצוח את המנוח". לכן, לשיטתו, מתעורר ספק בשאלה האם מעשהו עולה כדי רצח בנסיבות מחמירות.

12. לחלופין טוען המערער, כי גם אם ייקבע שהוכחו כל יסודותיה של עבירת הרצח בנסיבות מחמירות, מתקיימות בעניינו נסיבות מיוחדות הממתנות את מידת אשמו ומצדיקות, בהתאם לסעיף 301א(ב) לחוק העונשין, להרשיעו בעבירת הרצח ה"בסיסית".

לעניין זה שב המערער וטוען כי "מצבו התודעתי המעורפל מאלכוהול" בעת ביצוע הרצח מצדיק שלא להרשיעו בעבירה של רצח בנסיבות מחמירות, כך שגם אם ייקבע שתכנן לרצוח את המנוח, "אין מדובר בתכנון ושקילה ממשיים בדרגה גבוהה".

13. המשיבה טוענת, מנגד, כי היא אמנם אינה חולקת על כך שתיוון 137 שינה את המצב המשפטי ועל כך ש"כוונה תחילה" כפי שפורשה בפסיקה על פי הדין הקודם אינה זהה לעבירה של רצח בנסיבות מחמירות לאחר התיקון; אלא שעניינו של המערער עולה בוודאי כדי רצח בנסיבות מחמירות, וזאת על פי ממצאי העובדה ומסקנותיו המשפטיות של בית המשפט המחוזי.

לטענת המשיבה, בית המשפט המחוזי קבע במפורש כי הכוונה להמית את המנוח התגבשה אצל המערער בעת שיצא מה"בר-קפה" לכיוון ביתו, על מנת להצטייד בסכין, ובקביעה עובדתית זו אין כל הצדקה להתערב.

הודגש, כי טענות המערער בעניין הלך רוחו – ובין היתר כי הצטייד בסכין לצורך הגנה עצמית או מתוך כוונה לפצוע את המנוח ולא להורגו – הן טענות עובדתיות, ועל אף זאת הן לא נשמעו מפי המערער בחקירותיו במשטרה או אף בעדותו בבית המשפט. טענות אלו הועלו לראשונה בסיכומי ההגנה, ועתה, בנימוקי הערעור, כ"אפשרויות חלופיות תיאורטיות", אשר אין די בהן על מנת לעורר ספק סביר.

14. אשר לטענתו החלופית של המערער, כי קיימות נסיבות הממתנות את מידת אשמו ומצדיקות את הרשעתו בעבירת הרצח ה"בסיסית", טוענת המשיבה כי זו לא הועלתה בבית המשפט המחוזי; ומכל מקום אין כל הצדקה לקבוע במקרה זה כי מעשי המערער אינם מבטאים דרגת אשמה חמורה במיוחד עד כדי הרשעתו בעבירת הרצח הבסיסית בלבד. הודגש, כי אף שסעיף 301א(ב) לחוק העונשין אינו מונה רשימה סגורה

של מקרים, אין ספק כי מדובר על מקרים חריגים ויוצאי דופן, שעניינו של המערער אינו נמנה עליהם.

דיון והכרעה

15. משהמעשים שיוחסו למערער בוצעו עובר למועד תחולת תיקון 137, בית המשפט המחוזי נהג בהתאם להנחיית המחוקק כאשר בחן את הדין הישן לצד הדין החדש, וקבע כי בין אם חל הדין הישן ובין אם הדין החדש, יש להרשיע את המערער בעבירה שבצידה עונש מאסר עולם חובה (לעניין הוראת העבר של סעיף 25(ב) לתיקון 137 בשילוב סעיף 5(א) לחוק העונשין, ראו ע"פ 8965/18 מחאג'נה נ' מדינת ישראל, בפסקה 41 לפסק דיני (3.11.2019) (להלן: עניין מחאג'נה); ע"פ 940/19 גרייב נ' מדינת ישראל, בפסקה 19 (5.4.2020); ע"פ 1130/19 שוא נ' מדינת ישראל, בפסקה 26 לפסק דיני (27.12.2020)).

קביעה זו של בית המשפט המחוזי התבססה על כך שאף על פי הדין החדש, מתקיימים יסודות עבירת הרצח בנסיבות מחמירות, לפי סעיף 300א(א)(1) לחוק העונשין.

המערער קובל על קביעה זו, שכן לשיטתו, יש להרשיעו בעבירת הרצח הבסיסית בסעיף 300(א) לחוק כנוסחו אחר התיקון, אשר העונש הקבוע בצידה הוא עונש מרבי של מאסר עולם, ולא עונש חובה, ועל כן לבית המשפט מסור שיקול דעת בגזירת עונשו.

השאלה הראשונה הניצבת אפוא להכרעה בערעור שלפנינו היא האם יש להרשיע את המערער בעבירה של רצח בנסיבות מחמירות, לפי סעיף 301א(א)(1) לחוק העונשין, בשל כך שביצע את מעשה הרצח "לאחר תכנון או לאחר הליך ממשי של שקילה וגיבוש החלטה להמית"?

16. נסיבה מחמירה זו, הראשונה מתוך 11 המנויות בסעיף 301א(א) לחוק, נועדה להחליף, באופן רעיוני, את העבירה של "רצח בכוונה תחילה" כנוסחה עובר לתיקון 137 לחוק. יסודותיה של עבירת הרצח בנסיבות מחמירות לפי סעיף קטן זה – תכנון והחלטה להמית – היו שניים מבין היסודות שהרכיבו את היסוד הנפשי של "כוונה תחילה" בדין הקודם.

חומרתה של עבירה זו בהשוואה לעבירת הרצח הבסיסית היא בנחישותו של העושה, אשר גמר אומר להמית את הקרבן לאחר שרקם תוכנית להוצאת זממו אל הפועל; או לאחר שכלכל היטב את מעשיו, שקל את תוצאותיהם והתגבר על מעצורים מוסריים ואחרים בדרכו לממש את תוכניתו (ראו: מרדכי קרמניצר וחאלד גנאים הרפורמה בעבירות ההמתה (2019) לאור עקרונות היסוד של המשפט ומחקר היסטורי והשוואתי 444 (2020)).

17. נשאלת השאלה, אם כן, אלו מעשים ייחשבו ל-"תכנון" ולביטוי של התנהלות אשר בה "שקילה וגיבוש ההחלטה להמית", כמובנם של המונחים בסעיף 301א(א)(1) לחוק העונשין?

הרפורמה בעבירות ההמתה לפי תיקון 137 מצויה בראשית ימיה, ונדמה כי עוד מוקדם להניח משנה סדורה באשר לפרשנותה; זו תתעצב ברבות השנים בהתאם להלכה הפסוקה. יחד עם זאת, נכון יהיה לקבוע כבר כעת, כי החומרה המיוחדת הטמונה בעבירה זו, המוצאת ביטוי בעונש החובה הקבוע לצידה, ראוי לה שתביא ליצירת הבחנה בין מקרים שבהם מעשה הרצח בוצע לאחר שהעושה שקל והחליט להמית את הקרבן – אשר ייכנסו לגדרי הסעיף; לבין מקרים שבהם ההחלטה להמית התגבשה באופן ספונטני, ללא הפעלת שיקול דעת של ממש, וללא הכנה הכוללת פעולות מקדימות שביצע העושה קודם לביצוע הרצח – אשר יוותרו מחוצה לו. מקרים אלו ייכללו במדרג החמור פחות, הקבוע בסעיף 300א(א) לחוק העונשין, המורה:

"הגורם בכוונה או באדישות למותו של אדם, דינו – מאסר עולם".

יוצא אפוא כי העונש הקבוע בצידה של עבירת הרצח הבסיסית – להבדיל מעבירת הרצח בנסיבות מחמירות – הוא עונש מרבי של מאסר עולם, הנתון לשיקול דעתו של בית המשפט.

נדמה כי הנחת מוצא זו היא שעמדה לנגד עיני המחוקק בעת שהובא תיקון 137 לראשונה בפני מליאת הכנסת, כעולה מדברי ההסבר להצעת החוק:

"מוצע לקבוע כנסיבה מחמירה מצב שבו המעשה נעשה לאחר תכנון או הליך ממשי של שקילה וגיבוש החלטה להמית. זהו מקרה מובהק שמבטא חומרה מיוחדת. יודגש, כי לא מדובר אך במקרים של התנקשות המתוכננת זמן-מה מראש, אלא במקרים שבהם הממית שקל והחליט לקטול את קרבנו, להבדיל ממקרים שבהם הרצון להמית

נוצר באופן ספונטני ובלהט הרגע. החוק הקיים ביקש לבטא רעיון זה באמצעות המונח 'כוונה תחילה'. ... מוצע לנסח מחדש רעיון זה, כדי שמקרים של המתה בכוונה שנוצרה באופן ספונטני, כגון לאחר קנטור סובייקטיבי ששלל תכנון ושקילה, לא ייכנסו בגדרי החלופה המוצעת בפסקה (1) (דברי ההסבר לתיקון 137 ביחס לסעיף 301א(א) (הצעת חוק העונשין (תיקון מס' 124) (עבירות המתה), התשע"ו–2015, ה"ח 166, 170)).

18. בנסיבות העניין שלפנינו, טוען המערער כי לא התגבשה אצלו כוונה להמית את המנוח "לאחר תכנון או לאחר הליך ממשי של שקילה". זאת, בין היתר, מאחר שהוא לא גמר אומר להמית את המנוח מבעוד מועד, בשלב בו הלך לביתו והצטייד בסכין, שאז התכוון רק להתחמש בכלי נשק לצורך הגנה עצמית, ואולי אף לפצוע את המנוח (אך לא להמיתו). בנימוקי הערעור נטען כי:

"אפשר כי המערער אכן חזר לדירה, אמנם – חמום מוח ומצויד בסכין – אך לא בהכרח מתכוון להמית את המנוח, ומשהתלהטה התגרה, מתוך אדי שכרותו, תקף את המנוח בדקירות שיכולות אמנם על פי מספרן ומיקומיהן לבסס כוונת קטילה, אלא שהיתה זו כוונה ספונטנית שהתגבשה רק בשלב זה ולא לכתחילה" (פסקה 31 לנימוקי הערעור).

על כן, כך נטען, יש "להרשיע את המערער בעבירת הרצח הבסיסית" (פסקה 39 לנימוקי הערעור)

19. טענה זו אין בידי לקבל, בהיותה סותרת את ממצאי העובדה שנקבעו על ידי בית המשפט המחוזי.

כחלק מתוכניתו להמית את המנוח, הצטייד המערער בסכין שאורך להבה 8.7 ס"מ – ולשם כך טרח המערער והלך לביתו, מרחק של כ-900 מטרים מהבר, העיר את שותפו לדירה כדי שיאמר לו היכן נמצאת הסכין, טיפס על כיסא ונטלה ממקום מחבואה מעל לארון הבגדים, ולאחר מכן טרח והלך כל הדרך חזרה לבר-קפה – וכל זאת באשמורת אחרונה של הלילה. שרשרת פעולות זו, שדרשה מהמערער זמן ומאמץ, עולה בוודאי כדי "תכנון" כמובנו בסעיף 301א(א)(1) לחוק העונשין.

מספר הדקירות אשר כווננו כולן לפלג גופו העליון של המנוח, מהן שתיים בלבו ואחת בראשו, מעיד אף הוא על מידת ההחלטיות והנחישות של המערער בתוכניתו להמית את המנוח, לאחר שהצטייד בסכין לשם הוצאתה מהכוח אל הפועל.

העובדה שהמערער החל לדקור את המנוח כמעט מיד עם הגיעו חזרה לבר (כאשר חלף פרק זמן של פחות מדקה וחצי מאז שתועד במצלמות האבטחה כשהוא נכנס חזרה ועד שהחלה הקטטה בפתח הבר), מחזקת אף היא את המסקנה שהמערער תכנן את המעשה מראש.

יתירה מזו, חלף זמן רב מאז הוויכוח בינו לבין המנוח, אולם המערער לא המתין לראות האם המנוח ישוב להתעמת אתו, אלא ביצע מיד את זממו. התנהגותו זו שוללת את טענתו לפיה הצטייד בסכין לצורך הגנה עצמית.

זאת ועוד, השהות הרבה שהייתה בידי המערער לחזור בו מתוכניתו, בעת שצעד מהבר אל ביתו ובחזרה לבר על מנת להצטייד בסכין לצורך מימוש תוכניתו, מצביעה על כך שהמערער קיים בינו לבין עצמו הליך ממשי של שקילה וגיבוש החלטה להמית את המנוח.

אין לומר אפוא כי החלטת המערער להמית את המנוח נוצרה "באופן ספונטני ובלהט הרגע", כלשון הצעת החוק, אלא כי זו נתקבלה תוך הפעלת שיקול דעת מצדו.

בהקשר זה, יוער כי על חשיבותו הרבה של חלוף הזמן כשלעצמו ניתן ללמוד גם מעמידתה הדווקנית של הפסיקה על דרישת המיידיות או התכיפות של מעשה ההמתה במקרים בו נטען לקנטור:

"... אם בין הקינטור לקטילת הקרבן, הפריד משך זמן, שבו הייתה לנאשם שהות 'להתקרר', כי אז לא תעמוד לו טענת הקינטור ... אם הייתה שהות 'להתקררות', כי אז יש להניח שהאדם הממוצע היה מנצל אותה כדי להחזיר לעצמו שליטה עצמית ולכן היה נמנע מביצוע המעשה הקטלני... אם הנאשם לא הרג את הקרבן בזמן סמוך לקינטור, אלא כעבור זמן, כי אז מעידה עובדה זו, שהוא החליט לעשות כן, לאחר שיקול ויישוב-הדעת..." (ע"פ 396/69 בנו נ' מדינת ישראל, פ"ד כד 561, 581-582 (1970)).

כעולה מהראיות, לאחר ששב לביתו, שטף המערער את הסכין המגואלת בדם והחליף את חולצתו המוכתמת בדם המנוח. מעשים אלו, בגינם הורשע בעבירה של שיבוש מהלכי משפט, מלמדים גם הם כי המערער פעל על פי תוכנית ברורה ותוך הפעלת שיקול דעת.

20. יודגש, כי נוסח סעיף 301א(א)(1) לחוק העונשין ("המעשה נעשה לאחר תכנון או לאחר הליך ממשי של שקילה וגיבוש החלטה להמית" (ההדגשה הוספה – י' א')) מציג שתי נסיבות חלופיות, ולא מצטברות, אשר די בהתקיימות אחת מהן כדי להרשיע נאשם בעבירה של רצח בנסיבות מחמירות.

בנסיבות דנן, מתקיימות שתי החלופות – שכן התשתית העובדתית שפרשה המשיבה בבית המשפט המחוזי, כפי שתוארה לעיל, מלמדת כי המעשה נעשה "לאחר תכנון" להמית את המנוח וגם כי המיתו "לאחר הליך ממשי של שקילה", כלשון הסעיף, בינו לבין עצמו את המעשה ותוצאותיו, עד שנתגבשה אצלו ההחלטה לעשות כן.

21. המערער טען, כזכור, כי שכרותו, שאינה מגעת כדי סייג השכרות הקבוע בסעיף 34ט לחוק העונשין, מעידה כי לא גיבש תוכנית סדורה להצטייד בסכין למטרת רצח המנוח, אלא פעל מתוך דחף ספונטני.

איני מקבל טענה זו. צודקת המשיבה בכך שמדובר בטענה עובדתית אשר הוצגה באופן תיאורטי, ובלי שנתמכה בראיות כלשהן. יתר על כן, טענה זו סותרת במפורש את ממצאי העובדה שנקבעו בהכרעת הדין, אשר על פיהם אף שהמערער שתה אלכוהול עובר לאירוע, הרי שהמשקאות לא השפיעו עליו במידה המעוררת ספק ביחס למודעותו בשעת מעשה לפרט מפרטי העבירה (כנדרש על פי תנאי סעיף 34ט(ה) לחוק העונשין), או ליכולתו לגבש כוונה.

קביעה זו נסמכה על כך שלא הוכחה הכמות המדויקת של המשקאות ששתה המערער באותו לילה, כאשר המערער מסר גרסה מתפתחת בעניין זה, בניסיון להקצין את הכמות. כמו כן, עדויותיהם של עדי ראיה; התייעוד ממצלמות האבטחה; ושרשרת המעשים שביצע המערער באותו לילה כחלק מתוכניתו (ההליכה לביתו, הצטיידות בסכין, השיבה לבר כשהוא שש אליי קרב ואף ניסיונו להעלים ראיות לאחר מעשה) – מלמדים כולם על התנהגותו המחושבת, על תכנון המעשה ועל התושייה שנהג בה, באופן המחייב את המסקנה שהיה מודע היטב למעשיו.

בקביעה עובדתית זו, לא ביקש המערער כי נתערב, ואף אין כל הצדקה כי נעשה כן.

22. כידוע, נטל הראיה להתקיימותו של סייג השכרות, או לטענת שכרות חלקית לפי סעיף 34ט(ה) לחוק העונשין, מוטל על הנאשם הטוען זאת להגנתו. עליו להוכיח כי

התעורר ספק סביר כי אכן פעל תחת השפעת חומר משכר בעת ביצוע העבירה; כי לא היה מודע לפרט מפרטי העבירה, קרי, לאפשרות גרימת המוות כמו גם לרצונו בגרימת התוצאה הקטלנית; וכי מתקיים קשר סיבתי בין צריכת האלכוהול לבין היעדר מודעותו כאמור (עניין מחאג'נה, בפסקאות 9–14 לפסק דיני).

בנטל הוכחה זה לא עמד המערער.

23. נדמה כי באת-כוח המערער הייתה מודעת לכך היטב, ועל כן לא ביקשה כי ייקבע שמתקיים בנסיבות העניין סייג השכרות או השכרות החלקית. תחת זאת, ביקשה כי נכיר במדרג נוסף של סייג השכרות, שאינו מגיע כדי סייג השכרות בסעיף 34ט לחוק העונשין, ואין בו כדי להוות סייג לאחריות פלילית – אך יש בו כדי לקבוע כי מבצע העבירה לא תכנן את מעשיו או שקל את תוצאתם.

מובן כי אין לקבל טענה זו, המבקשת ליצור מסלול העוקף את הדין. סעיף 34 לחוק העונשין מורה כי "מלבד אם נאמר בחיקוק אחרת, חזקה על מעשה שנעשה בתנאים שאין בהם סייג לאחריות פלילית".

הנטל להוכחת השכרות כסייג לאחריות פלילית, בהתאם לאמות המידה הקבועות בחלק הכללי לחוק העונשין, נותר כפי שהיה גם לאחר תיקון 137; זאת להבדיל ממידת העונש, מקום בו הוכחה טענת שכרות כאמור (ראו סעיף 301ב(ג) לחוק העונשין, שעל פיו מי שגרם למותו של אדם ורואים אותו כמי שעשה את המעשה באדישות לפי סעיף 34ט(ב) לחוק, דינו – מאסר עשרים שנים, תחת העונש של מאסר עולם הקבוע בצד עבירת הרצח).

24. מסקנת הדברים היא, אפוא, כי בדין קבע בית המשפט המחוזי שהמתת המנוח בידי המערער מקיימת את יסודות עבירת הרצח בנסיבות מחמירות לפי סעיף 301א(א)(1) לחוק העונשין, לנוכח העובדה שמעשה ההמתה נעשה לאחר תכנון מצד המערער ולאחר הליך ממשי של שקילה וגיבוש החלטה להמית את המנוח.

25. השאלה השנייה שיש להכריע בה, היא האם נתקיימו בעניינו של המערער דנן "נסיבות מיוחדות שבגינן המעשה אינו מבטא דרגת אשמה חמורה במיוחד", כאמור בסעיף 301א(ב) לחוק העונשין, כך שניתן להרשיעו בעבירת הרצח הבסיסית ולא בעבירה של רצח בנסיבות מחמירות?

לעניין זה המערער טען כי "הנסיבות המיוחדות" הן אותן נסיבות שמצדיקות לגישתו את הרשעתו בעבירת הרצח הבסיסית, קרי – "מצבו התודעתי המעורפל מאלכוהול לאורך האירוע".

26. אף טענה זו אין לקבל.

לא בכדי נמנע המחוקק מלמנות בגדרו של סעיף 301א(ב) הנ"ל רשימת נסיבות שבהתקיימן תופחת דרגת אשמתו של מבצע עבירת הרצח, על אף היותה החמורה בספר החוקים. קשה לשער מראש את כל אותן נסיבות, ונכון הוא להשאיר שיקול דעת לבית המשפט להפחית מאשמת הנאשם במקרים המתאימים, בבחינת "פתח מילוט". יחד עם זאת, אך מובן הוא כי מדובר במקרים חריגים בלבד, מסקנה הנתמכת בכך שעל בית המשפט להצביע על הנימוקים המיוחדים שהביאו אותו להורות כן (וראו והשוו ע"פ 3308/17 וחידי נ' מדינת ישראל (15.1.2020)).

באת-כוח המשיבה טענה בפנינו, על סמך דברי ההסבר להצעת החוק, כי במקרים חריגים אלה נכללת, למשל, המתה מתוך חמלה; כאמור, לא נראה כי מדובר ברשימה סגורה, אולם עניינו של המערער בוודאי אינו נמנה על מקרים חריגים אלו.

27. יתירה מכך, סעיף 34ט לחוק העונשין, בשילוב עם סעיף 301ב(ג) לחוק – שנחקק במסגרת תיקון 137 וקובע כאמור עונש מופחת למי שרואים אותו, בשל שכרותו, כמי שעשה את המעשה באדישות – מהווים יחדיו הסדר ממצה באשר לאחריותו הפלילית של אדם שביצע את העבירה תחת השפעה מלאה או חלקית של חומר משכר, ובאשר למידת העונש הראויה לו.

אין לקבל אם כן את הטענה לפיה מי ששתה לשכרה טרם ביצוע העבירה, ואינו נכנס בגדר סייג השכרות (לרבות שכרות חלקית), יזכה אף הוא להקלה בעונשו. לא לכך כיוון המחוקק בייחדו פתח צר להפחית ממידת עונשו של נאשם שביצע עבירת רצח, כאשר חזקה על המחוקק כי הוסיף לשוות לנגד עיניו את הערך העליון של קדושת חיי אדם.

28. תוצאת מעשהו של המערער קשה וחמורה. חייו של המנוח – אדם צעיר, נקטעו באיבם. מהראיות שהובאו לעונש בבית המשפט המחוזי מצטיירת תמונה קשה באשר ליגונם הכבד ולאבדן העמוק שחוו בני משפחת המנוח. וכל זאת – על דבר של מה בכך,

ויכוח סרק על המוסיקה שתתנגן כבר בשעה שבילו בו המערער והמנוח. בוודאי שאין נסיבותיו של מקרה זה מצדיקות השתתפות עונש חמור פחות מעונש של מאסר עולם.

29. סיכומו של דבר, אציע לחבריי לדחות את הערעור, ולהותיר את הרשעת המערער ואת העונש שנגזר עליו על כנם.

ש ו פ ט

השופט נ' הנדל:

אני מסכים.

ש ו פ ט

השופטת י' וילנר:

אני מסכימה.

ש ו פ ט ת

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט י' אלרון.

ניתן היום, ז' באייר התשפ"א (19.4.2021).

ש ו פ ט ת

ש ו פ ט

ש ו פ ט