

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פליליים

ע"פ 3112/94

בפני:

כבוד השופט י' קדמי
כבוד השופטת ד' דורנר
כבוד השופט י' טירקל

המערער:

סופיאן אבו-חסן

נ ג ד

המשיבה:

מדינת ישראל

ערעור על פסק-דין בית-המשפט המחוזי
בתל-אביב-יפו מיום 25.4.94 בת.פ.ח.
501/93 שניתן על-ידי כבוד השופטים:
א' א' לוי, ד' ברלינר, נ' ישעיה

תאריך הישיבה:

כ"ז בכסלו תשנ"ט (16.12.98)

בשם המערער:

עו"ד גלעד כצמן, עו"ד חגי טרסי

בשם המשיבה:

עו"ד אתי כהנא

פסק-דין

השופטת ד' דורנר:

העובדות והטענות:

1. סעיד בשארה (להלן: המנוח) עבד כשומר במפעל תעשייתי ביישוב פרדסיה. בעבר הוא הורשע מספר פעמים בשל עבירות-מין שביצע בגברים, וריצה עונשי מאסר.

2. בתאריך 5.11.1993, בשעות הבוקר המוקדמות, גילה אחד מעובדי המפעל את גופתו של המנוח בתוך ביתן השומר. גופת המנוח הייתה מוטלת על מזרון ומכוסה בשמיכה, ותחתונו היו מופשלים כך שאיבר-המין והעכוז היו גלויים.

בנתיחה שלאחר המוות מצא הפתולוג, ד"ר ברטליין לוי, 14 פצעי דקירה עמוקים בבית-החזה, בבטן, בפנים ובגפיים. הוא קבע, כי דקירות אלה גרמו למותו של המנוח. בבדיקה מעבדתית של חומר שנלקח מאבר-מינו של המנוח נמצאו תאי-זרע מעורבים בתאים המצויים בפי-הטבעת, אשר הצביעו כפי הנראה על כך שבסמוך לפני מותו המנוח קיים יחסי-מין אנאליים.

3. בחקירה המשטרתית נמצאו טביעות-אצבעות רבות על הדלפק שבחדר השומר, וכן כרוז בכתב-יד בשפה הערבית בשם ארגון הפת"ח, שבירך על הרצח מטעמים לאומניים. כן נמצאה בכביש המוביל למפעל סכין-קומנדו מוכתמת בדם בתוך שקית ניילון.

המערער, יליד 6.11.1975, הוא תושב מחנה הפליטים פרעה שבנפת ג'נין. הוא נעצר, ואזי התברר כי טביעות-האצבעות שנמצאו על הדלפק הינן טביעות-אצבעותיו, וכי כתב-היד בכרוז הוא כתב-ידו. המערער הודה שהרג את המנוח בדקירות סכין-קומנדו, שאותה מצא בחדר השומר. זאת, בתגובה ליחסי-מין שהמנוח שיכנע אותו לקיימם עימו. לדברי המערער בחקירתו במשטרה, הוא פגש את המנוח לראשונה בתחנה המרכזית בנתיב בתאריך 3.11.93. המנוח הציע לו לעבוד עימו והזמין אותו לחדרו שבמפעל, שם החל לנשקו וביקש ממנו לעסות את רגלו. המנוח ביקש לקיים עם המערער יחסי-מין, והבטיח לו בתמורה 6,000 ש"ח ומכונית סובארו. המערער התפתה. סוכם כי ייפגשו למחרת היום בחדר השומר. ואולם, במהלך היום התעוררו במערער הרהורי חרטה. מן הצד האחד הוא רצה מאוד בטובות ההנאה שהציע לו המנוח, אך מן הצד השני המחיר שנדרש לשלם נראה לו נורא והוא הירחר באפשרות להרוג את המנוח. אלא שהפיתוי גבר על הסלידה והמערער נפגש עם המנוח, אם כי באיחור, בחדרו שבמפעל ביום 4.11.93. המנוח, שכעס על האיחור, איים על המערער באקדח, והלה פייס אותו והודיע לו על הסכמתו לקיום יחסי-המין. במהלך הערב ביקרו את המנוח שני אנשים, ולאחר לכתם קיימו המנוח והמערער יחסי-מין, שבמהלכם ניסה המערער ללא הצלחה להחדיר את איבר-מינו לפי-הטבעת של המנוח. בשלב מסוים, כאשר יצא המנוח לחדר השירותים, נטל המערער סכין-קומנדו שהייתה מונחת על השולחן ושכב על המזרון כשהוא מסתיר בגופו את הסכין. כאשר חזר המנוח הוא נשכב על המערער כדי להמשיך בקיום יחסי-המין. או אז ביקש ממנו המערער להתרומם קמעה, ודקר אותו בסכין למוות. אחר הדברים האלה, כתב המערער את הכרוז המטעה, נטל את האקדח, שהסתבר לו אז כי הוא אקדח-צעצוע, וכן את תעודת-הזהות של המנוח, ועזב את המקום.

4. המערער הואשם בבית-המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו ברצח המנוח, עבירה על-פי סעיף 300(א)(2) לחוק העונשין, תשל"ז 1977- (להלן: חוק העונשין). במשפטו התגונן המערער בטענה, כי הרג את המנוח בשל חששו שהלה יכפה עליו קיום יחסי-מין באיומי אקדח. בעדותו במשפט חזר המערער על עיקרי הגירסה שמסר

בחקירתו במשטרה, אך הסביר כי רק בפגישה השנייה הבין כי המנוח מתכוון לקיים עימו יחסי-מין מלאים, ובשל כך תקף את המנוח בסכין. על אף תחנוניו והבטחותיו של המנוח כי לא ידרוש ממנו קיום יחסי-מין, המשיך לדקרו עד למותו.

5. בית-המשפט המחוזי דחה את טענת ההגנה העצמית. נקבע, על-יסוד דברי המערער בחקירתו, כי המערער הגיע לפגישה השנייה בכוונה להרוג את המנוח. על-כל-פנים, המערער יכול היה לעזוב בכל עת את חדר המנוח. בית-המשפט מצא איפוא, כי נסיבות מותו של המנוח - כפי שתוארו על-ידי המערער - אינן מותירות ספק כי המוות נגרם "בכוונה תחילה", כמשמעות מונח זה בעבירת הרצח, ולפיכך הרשיע את המערער בעבירה שיוחסה לו בכתב-האישום.

בית-המשפט המחוזי החליט להטיל על המערער מאסר-עולם. ראשית, משום שביצע את המעשה יום אחד בלבד לפני שמלאו לו 18 שנים. ושנית - והוא העיקר - כיוון שהרצח היה תוצאה של נטייתו הפלילית-לאומנית של המערער, ובוצע כ"מבחן-בגרות" הנדרש על-ידי ארגוני טרור. וכך נכתב בעניין זה בגזר-הדין:

...לחובת הנאשם יש הרשעה קודמת שעניינה חברות בהתאגדות בלתי חוקית על-פי תקנות ההגנה (שעת חירום), ויש גם כך ללמד שנטייתו הפלילית-לאומנית של הנאשם הזה שוב אינה טעונה הוכחה... הנאשם שנותן את הדין היום בפניו ביצע את המעשה יום אחד בלבד לפני שהפך ל"בוגר" כהגדרת החוק. אך מעבר לעניין הטכני הזה במעשיו שלו הוכיח שאת "מבחני הבגרות" שלו עשה זמן רב קודם בחיי המעשה. מי שכך נוהג מעיד על עצמו כמי שהציבור חייב וזכאי להתגונן מפניו, ובתור שכזה אנו מחליטים לגזור לו עונש של מאסר עולם.

מכאן הערעור המופנה כנגד ההרשעה, ולחלופין כנגד גזר-הדין.

6. בערעורו טען המערער, כי הגירסה שמסר בחקירתו ובעדותו אינה מתיישבת עם הראיות האובייקטיביות, המבססות ספק סביר בדבר אשמתו של המערער בשניים אלה: העדר קינטור, שהוא מיסודות עבירת הרצח; והגנה עצמית. כך, מלמדות הראיות האובייקטיביות כי המנוח עשה במערער "מעשה-סדום" בסמוך למותו, כי הסכין הייתה שייכת למנוח, וכי המערער השאיר את טביעות אצבעותיו בחדר השומר ללא כל חשש. שרשרת ראיות זאת מלמדת, כי המערער לא תיכנן מראש להרוג את המנוח, וכי התנהגותו האלימה הייתה תגובה מיידית למעשה המיני שכפה עליו המערער, המהווה, כשלעצמו, קינטור סובייקטיבי ואובייקטיבי גם יחד. על-כל-פנים, המערער טען כי תקף את המנוח תוך הגנה עצמית, וזאת על-מנת למנוע פגיעה חמורה בגופו.

לחלופין, ביקש הסניגור לבחון מחדש את ההלכה בדבר סמכותו של בית-המשפט להטיל עונש מאסר עולם על קטין, ולחילופי-חלופין טען, כי אף אם מוסמך בית-המשפט להטיל עונש זה, הרי שבנסיבות המקרה היה עליו לגזור עונש מאסר חמור פחות.

הערעור על ההרשעה:

7. לדעתי, אף בהנחה שדברי המערער כי הוא לא תיכנן את הרצח מבעוד יום וכי המנוח עשה בו "מעשה-סדום" הם נכונים, הרי שלא יהיה בכך כדי להניח יסוד לטענותיו בדבר קינטור והגנה עצמית. העובדות שנקבעו על-ידי בית-המשפט המחוזי, המבוססות על דבריו של המערער עצמו, ושהראיות שעליהן הצביע הסניגור אינן סותרות אותן, מלמדות על קיומם של שלושת היסודות הדרושים לגיבוש "כוונה תחילה" בעבירת הרצח - הכנה, היעדר קינטור, והחלטה להרוג.

ההכנה מצויה בנטילת סכין-הקומנדו ובהנפתה. ההחלטה להרוג מתבקשת ממעשה הקטילה עצמו, שהתבטא בארבע-עשרה דקירות עמוקות באיברים רגישים, וזאת על-יסוד החזקה כי אדם מתכוון לתוצאות הצומחות בדרך-הטבע ממעשיו. על-כל-פנים, בענייננו קיימת ראיה ישירה בדבר כוונת המערער, והיא הודאתו בחקירתו במשטרה כי רצה לגרום למות המנוח. על הודאה זו חזר המערער בעדותו, כאשר סיפר כי המשיך לדקור את המנוח גם לאחר שזה ביקש על נפשו.

אף קינטור, המוגדר בסעיף 301 לחוק העונשין כ"התגרות בתכוף למעשה", לא היה כאן. שכן, קינטור הינו התנהגות הגורמת לנאשם לאבד את השליטה העצמית ולבצע את המעשה הקטלני באופן ספונטאני וללא יישוב דעת. ראו, למשל, ע"פ 396/69 בנו' מדינת ישראל, פ"ד כד(1) 561, בע' 579; ע"פ 392/91 שץ נ' מדינת ישראל, פ"ד מז(2) 299, בע' 308.

במקרה שלפנינו, הזמן שחלף מאז שהמערער והמנוח קיימו בהסכמה יחסי-מין בצורות שונות, לרבות יחסי-מין אנאליים, וכן נטילת הסכין על-ידי המערער כאשר המנוח יצא לשירותים, מלמדים כי המערער לא איבד את השליטה על עצמו, וכי תקיפת המנוח לא הייתה ספונטאנית אלא מתוכננת.

לא מצאתי אף יסוד ראייתי אובייקטיבי לטענה בדבר הגנה עצמית. לא-כל-שכן שאין תשתית ראייתית להגנה זו בדבריו של המערער בעדותו, שלפיהם המשיך לדקור את המנוח גם כאשר הלה שכב חסר-אונים. הנסיבות שאותן תיאר המערער מלמדות איפוא כי הוא דקר את המנוח למוות במטרה להענישו.

יש לדחות איפוא את הערעור כנגד ההרשעה.

הערעור על העונש:

8. המערער היה קטין בעת ביצוע העבירה. חל עליו על-כן סעיף 25(ב) לחוק הנוער (שפיטה, ענישה ודרכי טיפול), תשל"א 1971- (להלן: חוק הנוער), שבו נקבע:

אדם שהיה קטין ביום ביצוע העבירה, לא יוטל עליו עונש מוות, ועל אף האמור בכל דין אין חובה להטיל עליו מאסר עולם, מאסר חובה או עונש מינימום.

הסניגור טען כי ביטול החובה לגזור מאסר עולם מחיל על הקטין המורשע ברצח את סעיף 41 לחוק

העונשין, הקובע:

עבירה שדינה מאסר עולם ושלא נקבע שהוא עונש חובה, תקופת המאסר שיטיל בית-המשפט לא תעלה על עשרים שנה.

טענה דומה נדחתה על-ידי בית-משפט זה, ברוב-דעות, בע"פ 530/90 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד

מו(3) 648. נפסק, כי המחוקק לא שינה את העונש שנקבע לרצח גם כאשר הוא מבוצע על-ידי קטין, אלא השאיר לשיקול דעת בית-המשפט את ההחלטה אם להטיל עליו עונש מאסר עולם או עונש קל מזה.

כאמור, הסניגור טען כי לאור ההתפתחויות בפסיקה ובתחיקה ראוי לבחון מחדש הלכה זו. לדעתי,

אין צורך להידרש בענייננו לטענה זו. שכן, הגעתי לכלל דעה, כי אף אם בית-המשפט היה מוסמך לדון את המערער למאסר-עולם, הרי שבנסיבות המקרה לא היה מקום לעשות כן.

9. אכן, אף אם לבית-המשפט נתונה סמכות להטיל מאסר-עולם על קטינים, הרי שדרושות נסיבות מיוחדות על-מנת שבית-המשפט יעשה שימוש בסמכותו זו. זאת, משלושה טעמים עיקריים.

ראשית, תכלית חוק הנוער הינה להגן על הקטין העבריין על-ידי קביעת דרכי שפיטה, ענישה וטיפול מיוחדות, המתחשבות בגילו הצעיר. בגדר תכלית זאת הוסמך בית-המשפט בסעיף 25(ב) לחוק שלא להטיל עונש מאסר-עולם המהווה עונש חובה בעבירה של רצח. לעניין זה דומה סעיף 25(ב) הנ"ל לסעיף 300א לחוק העונשין, אשר בהתקיים העילות המצוינות בו מסמך - אך לא מחייב - את בית-המשפט להטיל עונש מופחת בגין ביצוע עבירת רצח. יסודה של הוראת סעיף 300א הנ"ל נעוץ בתפיסה החברתית, כי חומרתו של רצח שבוצע תחת תנאי לחץ ומצוקה עשויה להיות פחותה מחומרתו של רצח שבוצע בתנאים "רגילים". דין דומה חל באשר להוראת סעיף 25(ב) לחוק הנוער, המבטאת תפיסה חברתית המפחיתה מחומרתם של מעשי-עבירה שבוצעו על-ידי קטינים.

שנית, מאסר-עולם ללא זכות לשחרור פוגע בזכות האדם לכבוד. ראו, בקנדה, **R. v. Luxton**, 58 C.C.C. (3rd) 449 (1990); ובגרמניה, 45 Bverj. GE 187 (1987). ראו גם Leon Sheleff, **Ultimate Penalties** (Columbus, 1987). אומנם, בישראל מאפשרת סמכות החנינה לקצוב את עונשם של אסירי-עולם, ובדרך-כלל נהוג להשתמש בסמכות זאת. עם זאת, קציבת העונש נתונה לשיקול-הדעת של נשיא-המדינה ושל השר בעל חתימת הקיום, ואין היא מובטחת לאסיר. ראו לסלי סבה, "זכויות האדם ומערכת הענישה", **מחקרי משפט** יג (תשנ"ו) 183, בע' 218. מקום שבו נתון לבית-המשפט שיקול-דעת אם לגזור על נאשם מאסר-עולם, הוא רשאי להטיל מאסר-עולם רק במקרים מיוחדים, שבהם אין מנוס מלפגוע בכבוד האדם בדרך של הטלת עונש זה. שכן, הזכות לכבוד האדם קבועה, כידוע, בסעיפים 2 ו-4 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ויש להפעיל שיקול-דעת לפגוע בה בהתאם להוראות חוק-היסוד. עמדתי על כך בבש"פ 537/95 **גנימאת נ' מדינת ישראל**, פ"ד מט(3) 355, בע' 375:

אכן, בהוראות חוק היסוד אין כדי לפגוע בתוקפם של חיקוקים שהתקבלו לפניו... עם זאת, מחויבות כל רשויות השלטון - לרבות בית המשפט - לכבד את הזכויות המעוגנות בחוק היסוד, ככל שהדבר מתיישב עם החיקוקים התקפים שעל יסודם הן פועלות... חובה זו על בית המשפט למלא הן במתן פירוש דווקני להוראות חוק הפוגעות בחירותו של אדם, והן בהפעלת שיקול-דעת שניתן לבית המשפט לפגוע בחירות באופן שזו לא תיפגע אלא במידה המזערית הנדרשת... חובה זו, הנגזרת מסעיף 11 לחוק היסוד, חלה ללא ספק גם לעניין פירוש חוקים שתוקפם נשמר לפי סעיף 10 והפעלת שיקול-דעת מכוחם.

מכאן נובע, כי אף אם בית-המשפט מוסמך לגזור על קטינים מאסר-עולם, עליו להפעיל סמכות זאת בנסיבות מיוחדות בלבד, המצדיקות פגיעה זאת בכבוד האדם של הקטין.

שלישית, סעיף 37(א) לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות הילד משנת 1989 אוסר הטלת עונש מאסר-עולם על קטין. אמנה זו אושררה על-ידי ישראל בשנת 1991. ראו כתבי אמנה 1038, כרך 31, בע' 221. הגם שעל-פי שיטתנו המשפטית אשרור האמנה לא הפך אותה לחלק מן המשפט הישראלי, נקבעה בפסיקה חזקה פרשנית, שעל-פיה קיימת התאמה בין חוקי המדינה לבין נורמות המשפט הבינלאומי שמדינת ישראל מחויבת להן, וכי החוקים יתפרשו - ככל שהדבר ניתן - כעולים בקנה אחד עם חזקה זו. כדברי השופט לנדוי בע"פ 131/67 **קמיאר נ' מדינת ישראל**, פ"ד כב(2) 85, בע' 112:

הלכה פסוקה היא אצלנו שבית-משפט ישראלי יפרש את החוק החרות שלנו באופן המונע ככל האפשר התנגשות בין החוק הפנימי ובין הכללים המוכרים של המשפט הבינלאומי, על מנת שהחוק הפנימי יעלה בקנה אחד עם התחייבויות המדינה לפי המשפט הבינלאומי...

ראו גם ע"א 522/70 **אלקוטוב ואח' נ' שאהין ואח'**, פ"ד כה(2) 77, בע' 80; ע"פ 437/74 **קוואן נ' מדינת ישראל**, פ"ד כט(1) 589, בע' 596.

לדעתי, חזקה זו חלה גם לעניין הפעלת שיקול-דעת הנתון לבית-המשפט בחוק. כלומר, מקום שבו חוק מקנה לבית-המשפט שיקול-דעת לפגוע בהתחייבויות המדינה לפי אמנה בינלאומית, יימנע בית-המשפט, ככלל, מן הפגיעה, ויפעיל את שיקול-דעתו בניגוד לאמור באמנה רק בנסיבות מיוחדות.

בענייננו, האמנה רואה בהטלת מאסר-עולם על ילד, שהוגדר "יצור אנוש מתחת לגיל שמונה-עשרה", עונש לא הומאני, והיא אוסרת על הטלתו. אומנם איסור זה מתייחס למאסר-עולם בלא אפשרות שחרור, אלא שכאמור, בעניין זה אין מקום להתחשב בסמכות החנינה של נשיא המדינה. מכאן, שאף אם בית-המשפט מוסמך להטיל מאסר-עולם על קטין, הרי שעליו להימנע מהטלתו בהיעדר נסיבות מיוחדות המצדיקות זאת.

10. במקרה שלפנינו, נימוקו העיקרי של בית-המשפט המחוזי להטלת מאסר-עולם על המערער היה סברתו, כי הרצח בוצע על רקע לאומני. לסברה זו אין יסוד. נהפוך הוא. מנסיבות העניין עולה בעליל כי הרצח

בוצע כמעשה-נגם על יחסי-המין שהמערער התפתה להסכים להם. לכך יש להוסיף כי למערער הרשעה קודמת אחת בלבד, אף היא בעבירה שאינה רלוואנטית לענייננו, שבוצעה בהיותו בן 16.

בנסיבות אלה אינני רואה מקום לסטות מן הכלל השולל, כאמור, הטלת מאסר-עולם על קטין. בכך שהמערער ביצע את הרצח בסמוך לפני תום תקופת קטינותו אין משום נסיבה מיוחדת המצדיקה חריגה מן הכלל.

אשר-על-כן, אני מציעה לדחות את הערעור כנגד ההרשעה, לקבל את הערעור כנגד חומרת העונש, ולהעמיד את עונשו של המערער על 18 שנות מאסר.

ש ו פ ט ת

השופט י' טירקל:

1. אני מסכים לפסק דינה של חברתי הנכבדה, השופטת ד' דורנר, לענין דחיית הערעור על ההרשעה. כן אני מסכים שיש לקבל את הערעור על חומרת העונש על ידי הקלה בעונשו של המערער, כפי שהציעה. אוסיף שתי הערות בשולי נימוקיה בענין האחרון.

2. (א) לדעת חברתי דרושות "נסיבות מיוחדות" על מנת שבית המשפט יעשה שימוש בסמכותו להטיל עונש של מאסר עולם על קטינים (סעיף 9, רישא, לפסק דינה). לכך אינני מסכים. לדעתי, אין להגביל את שיקול דעתו של בית המשפט על ידי הצבת דרישה כזאת ככלל מחייב. חזקה על בית המשפט היושב לדין שהוא שוקל את כל השיקולים הצריכים לענין העונש; שעליהם נמנה, כשיקול רב חשיבות, גילו של הנאשם, ולענין ההקלה בענשו - גם קטינותו.

(ב) כפי שציינה חברתי, מאסר עולם ללא זכות לשחרור פוגע בזכות האדם לכבוד (הטעם השני משלושת הטעמים שפורטו בסעיף 9 לפסק דינה). עוד סבורה היא שעל בית המשפט הגוזר עונשו של קטין להפעיל את שיקול דעתו באופן המתיישב עם הוראת סעיף 37(א) לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות הילד האוסר הטלת עונש מאסר עולם על קטין (הטעם השלישי, שם).

בנסיבות המקרה שלפנינו איני רואה צורך לקבוע מסמרות בשאלות נכבדות אלה - ובעיקר בשאלת הפגיעה בזכות לכבוד - ויש להניח להן לבוא שעתן.

3. דיינו, אפוא, בקטינותו של המערער ובנסיבות המקרה כשלעצמן כדי להקל בעונשו ומטעמים אלה צרפתי דעתי לדעת חברתי.

ש ו פ ט

השופט י' קדמי:

אני מסכים לדחיית הערעור כנגד ההרשעה ולהפחתת העונש, כהצעתה של חברתי, השופטת דורנר.

כחברי, השופט י'. טירקל, גם אני בדעה שאין צורך במקרה דנן לקבוע עמדה בשאלות הנכבדות שהעלתה השופטת דורנר בפסק דינה בדבר ההשלכות שיש לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ולאמנה הבינלאומית בדבר זכויות הילד, לעניין פרשנות ההוראה שבסעיף 25(ב) לחוק הנוער (שפיטה, ענישה ודרכי טיפול), תשל"א 1971-.

בית המשפט המחוזי היה רשאי - הן על פי פרשנותה הפסוקה של ההוראה האמורה והן לשיטה המוצעת על ידי השופטת דורנר - לגזור על המערער את העונש שגזר; ומשמתברר כי שגה בסברו שהרצח בוצע על רקע לאומני - רשאים אני, כערכאת ערעור, לקצר את תקופת המאסר.

הנני מצטרף איפוא לתוצאה המוצעת על ידי חברתי השופטת דורנר ולהערותיו של חברי השופט י'. טירקל.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינה של השופטת דורנר.

ניתן היום, כה בשבט תשנ"ט (11.2.99).

שופט

שופטת

שופט

L07.94031120