



## בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פליליים

ע"פ 746/14

לפני: כבוד השופט ח' מלצר  
כבוד השופט א' שהם  
כבוד השופטת ד' ברק-ארז

המערער: יונתן בן היילו ימר

נגד

המשיבה: מדינת ישראל

ערעור על הכרעת הדין מתאריך 02.09.2013 וגזר הדין מתאריך 22.12.2013, שניתנו על ידי בית המשפט המחוזי מרכז-לוד (כב' השופטים: ר' לורד, צ' דותן, ע' וינברג-נוטוביץ) ב-תפ"ח 22262-05-10

בשם המערער: עו"ד אלון אייזנברג

בשם המשיבה: עו"ד אריה פטר; עו"ד מיקי פורן

בשם שירות המבחן למבוגרים: גב' ברכה וייס

### פסק-דין

השופט ח' מלצר:

1. בית המשפט המחוזי מרכז-לוד (כב' השופטים: ר' לורד, צ' דותן, ע' וינברג-נוטוביץ) הרשיע ב-תפ"ח 22262-05-10 את המערער בעבירת רצח ב"כוונה תחילה" (עבירה לפי סעיף 300(א)(2) לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין, או החוק)), בנסיבות המצדיקות מתן עונש מופחת לפי סעיף 300א(ג) לחוק העונשין. בעקבות ההרשעה האמורה, בית המשפט המחוזי הנכבד השית על המערער את העונשים הבאים: מאסר בפועל לתקופה של 20 שנה (בניכוי תקופת מעצרו של המערער במסגרת ההליך), מאסר על תנאי לתקופה של 3 שנים (כאשר התנאי הוא שהמערער לא יעבור עבירת אלימות מסוג פשע במשך 3 שנים ממועד שחרורו).

הערעור שלפנינו מופנה כנגד הכרעת הדין, ולחילופין, כנגד חומרת העונש. להלן יובאו הנתונים הרלבנטיים להכרעה.

רקע

2. יונתן ימר (להלן: המערער), הוא יליד 1987, אשר נכון למועד האירוע התגורר בבית אחותו שבנתניה. המערער סבל ממחלת האפילפסיה מאז הגיעו לגיל 17 שנים, אך, מעבר לזאת, ניהל אורח חיים שגרתי. המערער תואר על ידי מספר עדים (וביניהם: אחותו, גיסו, חברו הטוב אבי (להלן: אבי) והרב אמיר כהנא (מנהל מוסדות חב"ד ברמת אביב, שהנאשם שהה במוסד תחת פיקוחו, בהיותו משוחרר בחלופת מעצר) כאדם רגוע, שקט, "ילד טוב", "לא עושה צרות" ושאיננו נוהג באלימות. עובר לאירוע, המערער נעדר כל עבר פלילי. המערער היה מושא להתעללויות מצד ילדי השכונה. המערער מסר כי ילדים קטנים ממנו היו מלגלגים עליו. המערער תיאר גם אירועים שבהם ילד בן 16, חתך את ידו באמצעות בקבוק בירה שבור, ילד אחר חתך אותו בראשו עם סכין, ובהמשך נדקר פעמיים ברגלו. מעבר להתעללויות אלה, המערער היה אף מושא למעשי התעללות מצד ירון איילין ז"ל (להלן גם: המנוח) – אירועים, אשר פירוטם יבוא בהמשך.

3. המנוח היה במותו בן 24 שנים, וטרם מותו התגורר גם הוא בנתניה, בקרבת מקום מגוריו של המערער. המערער טען כי המנוח היה מוכר בשכונה כדמות עבריינית ומעוררת פחד. טענה זו נתמכת על ידי הודעתו של בעל הפיצויה, שבה נפגשו המנוח והמערער, בליל האירוע, מושא האישום (ת/16, עמ' 2 שו' 14-16). המנוח היה גם בעל עבר פלילי בעבירות של אלימות ומין.

4. על פי דבריו של המערער, בשנים שקדמו לאירוע, המנוח נהג להטריד, לסחוט ולהכות אותו. כך, למשל, המערער סיפר כי המנוח המציא לו כינוי גנאי מעליב בשם: "דוקט", שמשמעותו באמהרית היא "ילד סוחר קמח". לטענת המערער, כינוי זה פגע בו מאד ואף אומץ לגביו על ידי אחרים בשכונה. מעבר לכך, המערער מסר כי שנתיים עובר לאירוע, מושא האישום – המנוח קרא לו, חיטט בכיסו ולקח ממנו כמה מאות שקלים במזומן (המערער הוסיף וטען במסגרת עדותו, וחלק מהודעותיו במשטרה, כי התרחשו מעשים דומים גם בהזדמנויות נוספות). המערער תיאר במסגרת אמרתו הראשונה במשטרה מקרה נוסף שארע כחודש וחצי לפני ליל האירוע, במסגרתו המנוח סיפר לו כי הוא הוכה על ידי מספר אנשים, ומשום שטען כי המערער מכיר את המכים

– הוא איים עליו כי, בלשונו: "אם לא תביא את האנשים האלה, אתה תהיה במקומם" (ראו: עמ' 55 לפרוטוקול; וגם: ת/1 שורות 78-86).

5. לטענת המערער, מעשי ההתעמרות בו, הגיעו לשיאם, במהלך השבועיים שקדמו לאירוע. המערער גרס כי בתקופה האמורה, המנוח לקח אותו עמו, בשתי הזדמנויות נפרדות, לפארק המכונה: "פארק השלולית", כאשר הוא מאיים עליו לאורך הדרך. כשהגיעו השניים לאזור חשוך בפארק – המנוח ניסה לבצע במערער מעשה סדום בכח, תוך שהוא מעיר לו הערות מיניות בוטות, כגון: "יש לך תחת יפה, אתה צריך להתגאות בזה" (ת/4 שו' 28-29). יצויין כי לאחר מכן המערער העיד כי באותה תקופה המנוח ביצע בו שני מעשי סדום (ראו: הכרעת הדין, פסקה 3).

6. כעת אביא את השתלשלות האירועים בלילה שבין 1 ל-2 במאי 2010 (להלן: ליל האירוע), כפי שהיא מתוארת בכתב האישום, ולאחר מכן את גרסאות המערער בהקשר זה בחקירותיו במשטרה ובעדותו בפני בית המשפט המחוזי.

כתב האישום

7. בתאריך 13.05.2010 הוגש כתב אישום כנגד המערער, ובו מתוארות עובדות המקרה, מושא האישום, כדלקמן:

בליל האירוע המערער הגיע יחד עם חברו אבי לפיצוציה בנתניה, לאחר שהשניים שתו יחדיו משקאות אלכוהוליים. באותה עת, שהה המנוח בפיצוציה יחד עם חברו נתן (להלן: נתן) וגם הם שתו משקאות אלכוהוליים. בין המערער לבין המנוח התפתח דין ודברים, והשניים פנו אל מאחורי הפיצוציה כדי לשוחח. בעודם משוחחים מאחורי הפיצוציה, בעת שהמנוח הסב את גבו אל המערער – המערער התנפל על המנוח מאחור והחל לחנוק אותו בידיו במשך מספר דקות. בשלב מסוים, המערער שחרר את אחיזתו, והמנוח נפל ארצה. בשלב זה, המערער הכה את המנוח מספר פעמים לא ידוע בראשו, באמצעות אבן שהיתה במקום. בהמשך המערער אחז ברגליו של המנוח, וגרר אותו לאורך כ-35 מטר, עד לנקודה הנמצאת בסמוך למכולת אשפה שהיתה מצויה בחניון, והחל להכות שוב בראשו של המנוח, בכוח רב, באמצעות אבן. בסיום ההכאה האמורה המערער הלך לביתו והותיר את המנוח במקום.

לפי הנטען בכתב האישום, כתוצאה ממעשיו של המערער המתוארים לעיל – נגרמו למנוח שברים מרוסקים בגולגולת ובעצמות הפנים, פצעי קרע בקרומי המח ודימומים בין קרומי המח, שהובילו למותו.

גרסת המערער

8. מספר שעות לאחר האירוע, המערער הסגיר את עצמו למשטרה, והודה בגרימת מותו של המנוח. במהלך חקירתו במשטרה, המערער מסר חמש אמרות בנוגע להשתלשלות הדברים בליל האירוע ולפניו, השתתף בשחזור של אירוע ההמתה (ת/2) ושחזר גם את מעשי הסדום שביצע בו המנוח לטענתו (ת/7). כן תיאר המערער את מהלך העניינים גם בעדותו בפני בית המשפט המחוזי הנכבד. במסגרת העדות האמורה, המערער הוסיף פרטים שלא נכללו במסגרת חקירתו במשטרה. את גרסתו של המערער, כפי שעולה מאמרותיו ומעדותו אסקור כעת.

9. באמרתו הראשונה במשטרה, המערער תיאר את מעשי ההתעמרות שביצע בו המנוח, ואוזכרו לעיל. יחד עם זאת, המערער נמנע מלספר לחוקרים בשלב זה בנוגע להתעללות המינית שחוה. היה זה רק במסגרת חקירתו השלישית במשטרה, בגדרה המערער טען, לראשונה, כי בוצעו בו מעשים מיניים פעמיים על-ידי המנוח. לטענת המערער, הוא נמנע מלספר על מעשים אלה באמרותיו הראשונות מתוך בושה ומחשש שהדברים יגיעו לתקשורת. המערער הוסיף כי לא סיפר על המעשים המיניים לאף אדם אחר, לרבות משפחתו וחברו אבי, גם זאת מתוך ביישנות. המערער טען כי בעקבות מעשי הסדום חלה אצלו החמרה במחלת האפילפסיה, ממנה הוא סובל מאז גיל 17, וכי מאז התרחשותם – הוא היה מוטרד מאד והרבה להתעלף.

בהיעדר ראיות לסתור את גרסתו של המערער לרקע שקדם לליל האירוע – בא-כוח המשיבה הודיע, בתום עדותו של המערער בפני בית המשפט המחוזי, כי לא יוכל לשלול את טענתו של המערער בעניין הפגיעה המינית והסחיטה שעבר מצד המנוח. משכך עובדות אלה אינן שנויות במחלוקת במסגרת הערעור.

10. באשר לליל האירוע, המערער מסר באמרתו הראשונה כי את השעות שקדמו לאירוע הוא בילה בבית אחותו, בו הוא התגורר באותה העת, בארוחת ערב יחד עם משפחתו, וחברו אבי. לאחר שאכלו ושתו משקאות אלכוהוליים, המערער ואבי החליטו ללכת לפיצוץ, הסמוכה לבית אחותו של המערער. בעת שהשניים שהו בפיצוץ, הם נתקלו לפתע במנוח ובחברו נתן. המערער סיפר כי המנוח שאל אותו: "אתה זוכר מה

גנבת לי", ולאחר מכן המנוח דרש מהמערער שיבוא איתו לרגע לשוחח בצד (כשונה מכך, המערער טען בעדותו בבית המשפט המחוזי כי הוא זה שביקש לשוחח בצד עם המנוח). המערער מסר עוד כי המנוח דרש ממנו לשלם לו סכום של 1,000 ש"ח, וזאת, לטענתו, מבלי שהיתה לכך כל סיבה.

המערער המשיך וציין באמרתו הראשונה כי לאחר שהמנוח והוא התרחקו כדי לשוחח ביניהם, המנוח המשיך לדרוש ממנו את התשלום הנ"ל, תוך שהוא מאיים עליו שאם לא ישלם לו בתוך יום, או יומיים – הוא יכה אותו. בגרסתו המאוחרת, המערער טען כי המנוח אף איים עליו שיהרוג אותו, אם לא ישלם לו הנדרש במועד שנקצב, והוסיף, לראשונה בעדותו בפני בית המשפט, כי המנוח העיר לו באותו מעמד הערות מיניות, הדומות בתוכנן לאלה שהשמיע באוזניו, תוך ביצועם של שני מעשי הסדום בו, בשבועות שקדמו לליל האירוע.

על פי עדותו של המערער, בשלב מסוים אבי התקרב אל השניים, אך המערער סימן לו ללכת. פרט זה נמסר גם על ידי אבי בעדותו. המערער הסביר בעדותו בפני בית המשפט קמא הנכבד כי עשה זאת מפני שחשש שאבי ישמע את הערותיו המיניות של המנוח כלפיו. המערער תיאר בעדותו כי לאחר שאבי הלך, המנוח אמר לו שהוא מעוניין לדבר איתו מאחורי הפיצוציה. לטענת המערער, הוא נענה לדרישת המנוח, והתלווה אליו אל מאחורי הפיצוציה, תוך שהוא חושש מכך שהמנוח יבצע בו מעשה סדום, זו הפעם השלישית.

המערער תיאר עוד בעדותו, כי לאחר שפנו אל החניון הנמצא מאחורי הפיצוציה, המנוח הסתובב להטיל את מימיו, תוך שהוא ממשיך להשמיע איומים ואמירות מיניות כלפיו. המערער המשיך ותיאר האירועים שם כך:

"ראיתי ש[המנוח] סיים להשתין, ראיתי שהוא מרים את המכנס, ראיתי אותו מאחורה. איך שהוא בא להסתובב, הזעם וכל הכעס, חנקתי אותו. פחדתי שהוא יהרוג אותי, פחדתי שהוא יאנוס אותי עוד פעם..." (ראו: עמ' 59 לפרוטוקול; והשוו: ת/1 עמ' 3-5).

המערער תיאר באמרתו הראשונה כי חנק את המנוח במשך מספר דקות, שבתומך המנוח נפל ארצה, תוך שהוא עדיין נושם ואף רועד. בשלב זה, על פי דבריו של המערער, הוא לקח אבן והכה בראשו של המנוח במטרה לגרום למותו. או אז המערער גרר את המנוח, באמצעות אחיזה ברגליו, אל נקודה הנמצאת בסמוך למכולת אשפה

שהוצבה באזור החנייה מאחורי הפיצוציה. במהלך שחזור המעשה, המערער תיאר כי בתום גרירת המנוח, הוא הרים אבן נוספת והכה באמצעותה שוב בראשו של המנוח. במסגרת עדותו, המערער שינה את הגרסה שמסר במשטרה, וטען כי הוא סבר שהמנוח מת כבר לאחר החניקה, וכי הכאתו באמצעות אבנים נעשתה מתוך זעם ולא מתוך מטרה לגרום למותו של המנוח. לבסוף, המערער מסר, כי לאחר האירוע המתואר, הוא הלך לביתו, החליף את בגדיו ומספר שעות לאחר מכן – הסגיר את עצמו למשטרה (תיאור העולה עוד מחקירתו הראשונה במשטרה).

הכרעת דינו של בית המשפט המחוזי

11. בתאריך 02.09.2013, בית המשפט המחוזי הנכבד הכריע את דינו של המערער. במישור העובדתי, בית המשפט קמא הנכבד קבע כי עיקר עדותו של המערער בנוגע לליל האירוע עקבית וקוהרנטית, ומשכך אימץ את עיקרה. יחד עם זאת, בית המשפט המחוזי הנכבד הצביע על מספר סתירות ואי התאמות העולות ממכלול אמרותיו של המערער, עדותו וגרסאות עדי תביעה אחרים. בית המשפט קמא הנכבד סבר כי בנקודות אלה המערער ניסה: "לטשטש, לעמעם, להוסיף ולשנות את הדגשים, באופן שיאפשר לו לבסס את טענות ההגנה". אביא להלן את אי התאמות והסתירות, הרלבנטיות למסגרת הערעור שבפנינו, שעליהן עמד בית המשפט קמא הנכבד.

12. טיב איומו של המנוח על המערער – בית המשפט המחוזי הנכבד קבע כי המערער שינה את גרסתו בנוגע לטיב האיומים, שהושמעו על ידי המנוח בליל האירוע. בעוד שבאמרתו הראשונה המערער טען כי איומיו של המנוח כלפיו הסתכמו בהכאתו במידה שהוא לא ישלם 1,000 ש"ח תוך יום, או יומיים, הרי שבעדותו בבית המשפט המערער סיפר כי המנוח איים שיהרוג אותו. בית המשפט המחוזי הנכבד סבר כי מדובר בניסיון של המערער להחמיר את דרגת האיום כלפיו מצידו של המנוח, וזאת לצורך שיפור סיכוייו בביסוס טענות הגנה שונות, ועל כן העדיף את גרסתו המוקדמת בהקשר זה.

13. הערות מיניות במהלך האירוע – הערכאה הדיונית קבעה כי המערער העלה לראשונה את נושא ההערות המיניות, שהמנוח השמיע באוזניו, לטענתו, בליל האירוע, רק במהלך עדותו בפני בית המשפט המחוזי הנכבד. בית המשפט המחוזי הנכבד, בחר לדחות את גרסת המערער בנושא זה וקבע, כממצא עובדתי, שהערות שכאלה לא נאמרו על ידי המנוח כלפי המערער בליל האירוע. בית המשפט קמא הנכבד הטעים כי בין אמרתו השלישית של המערער, בה חשף את מעשי הסדום, ועד לעדותו בבית המשפט,

עמדו בפני המערער מספר הזדמנויות, בהם סביר להניח שהיה מצוין את ההערות המיניות כלפיו, ככל שנאמרו כאלה בידי המנוח במהלך האירוע, מושא כתב האישום.

14. תפיסתו של המערער את מצבו של המנוח בתום החניקה – המערער מסר באמרתו הראשונה כי לאחר שהמנוח נפל על הקרקע בתום החניקה: "הוא נשם, היו לו רעידות" (ת/1 שורות 171-172), ובהמשך המערער מסר כי: "היתה לי תחושה שהוא מת אבל לא הייתי בטוח" (ת/1 שורה 189). לאחר מכן, המערער הכה את ראשו של המנוח באמצעות אבן, והסביר לשוטרים במסגרת אמרתו הראשונה כי מטרת ההכאה היתה: "להרוג אותו, שימות" (ת/1 שורות 189-193). בניגוד לכך, המערער מסר בעדותו בבית המשפט כי הבין שהמנוח מת כבר כשנפל על הרצפה בתום החניקה, ושהכאתו בעזרת אבן נעשתה מתוך זעם גרידא. בית המשפט דחה את גרסתו המאוחרת של המערער גם בעניין זה, וקבע כי המערער לא היה בטוח שהמנוח מת בשעה שהחל בהכאתו עם האבן. כמו כן, בית המשפט המחוזי אימץ את חוות הדעת הפתולוגית לפיה המנוח מת מפגיעת האבן בראשו ולא מהחניקה.

15. תגובתו הנפשית של המערער טרם ההריגה – בית המשפט המחוזי הנכבד קבע כי המערער כבש את עדותו בנוגע למצבו הנפשי לאחר איומיו של המנוח ודרישותיו הכספיות, והעלה את "הדברים בשלב מאוחר יותר מתוך ניסיון להצביע על פאניקה ואובדן עשתונות, שעשויים היו לסייע לו בביסוסן של טענות ההגנה. משכך, בית המשפט קמא הנכבד העדיף את גרסתו הראשונית של המערער לפיה הוא פעל מתוך מחשבה שקולה, וישוב דעת כאשר החליט לחנוק את המנוח, ובסופו של דבר להרוג אותו.

16. לאחר שעמדה על עובדות האירוע, על פי הממצאים שהגיעה אליהם – הערכאה הדיונית הנכבדה המשיכה ובחנה את ההשלכות המשפטיות של הדברים ביחס למה שקרה באותו יום. בית המשפט המחוזי הנכבד קבע כי מתקיים, בנסיבות העניין, היסוד העובדתי של עבירת הרצח לפי סעיף 300(א)(2) לחוק העונשין, שכן המערער גרם למותו של המנוח בחניקתו, ובהכאתו באמצעות אבנים. לאחר מכן בית המשפט המחוזי הנכבד פנה לבחינת היסוד הנפשי הנדרש לשם הרשעה בעבירת הרצח, והכריע כי אף הוא מתקיים בעניינו של המערער. בהקשר זה, בית המשפט קמא הנכבד קבע, בהתבסס על הודאתו של המערער, כי הוא החליט להמית את המנוח, ושיחד עם ההחלטה להמית – התקיים גם רכיב ההכנה הנדרש לצורך ביסוס היסוד הנפשי של "כוונה תחילה", כאשר הכנה זו התבצעה בתחילת החניקה הממושכת, או למצער במהלכה.

17. באשר לסוגיית התקיימותו של התנאי השלישי במסגרת היסוד הנפשי הנדרש להרשעה בעבירה של רצח ב"כוונה תחילה" – "היעדר קנטור", בית המשפט קמא הנכבד חילק את הדיון בסוגיה זו, כמקובל, ובחן אותה לפי שני מבחני המשנה שנקבעו בפסיקתנו: מבחן הקנטור הסובייקטיבי ומבחן הקנטור האובייקטיבי.

בפן הסובייקטיבי, בית המשפט קמא הנכבד קבע כי לנוכח עובדות האירוע, כפי שנקבעו על ידו – ההתגרות היחידה שהיתה בנמצא התמקדה בדרישה הכספית ובאיומים מצד המנוח. יחד עם זאת, בית המשפט המחוזי הנכבד סבר כי התגרות זו איננה מספיקה כדי להוות "קנטור" לצורך שלילת היסוד הנפשי של "כוונה תחילה" במסגרת עבירת הרצח, והיא אף איננה מספיקה לצורך שימוש כ"מעשה התגרות נוסף", במסגרת הדוקטרינה של "קנטור מתמשך" (בה אדון בהרחבה בהמשך). בית המשפט המחוזי הנכבד קבע עוד כי הדרישה הכספית והאיומים מצידו של המנוח החלו עוד בסמוך להיותם בפיצוציה, ולא בתכוף לפני האירוע (כנדרש לצורך הצבעה על הקנטור המקובל). מעבר לכך, בית המשפט המחוזי הנכבד סבר כי המערער פעל בשיקול דעת, ולא איבד את עשתונותיו באופן שמנע ממנו להבין את תוצאות מעשיו. נוכח האמור לעיל, בית המשפט קמא הנכבד קבע, על פי המבחן הסובייקטיבי, כי המערער לא קונטר בתכוף למעשה ההריגה.

בפן האובייקטיבי, הערכאה הדיונית סברה כי מבחינה נורמטיבית – אין להכיר בהערות מעליבות, ואף בסחטנות, כבסיס לטענת קנטור. בכך דחה בית המשפט הנכבד את טענת ההגנה לקנטור, גם על פי המבחן האובייקטיבי.

18. נוכח כל האמור לעיל – בית המשפט קמא הנכבד סבר כי מתקיימים, בנסיבותיו של המערער, יסודות עבירת הרצח במלואם, ועל כן הרשיע את המערער בעבירה זו.

19. בית המשפט קמא דחה גם שתי טענות הגנה עיקריות נוספות שהועלו: "דחף לאו בר כיבוש", והגנה עצמית.

בנוגע לטענת ההגנה הראשונה (דחף לאו-בר-כיבוש) – בית המשפט קבע כי בא-כוח המערער לא חזר על טענה זו במסגרת הסיכומים מטעמו, ומשכך טענת הגנה זו נזנחה למעשה (היא אף לא הועלתה עוד במסגרת הערעור).

ביחס לטענת ההגנה העצמית – הערכאה הדיונית קבעה כי לא התקיים אף אחד מששת התנאים המצטברים הנדרשים להוכחת הגנה זו, וכתוצאה מכך דחה גם אותה.



בית המשפט קמא הנכבד, אף התייחס לאפשרות שמדובר ב"הגנה עצמית מדומה", אך דחה גם אפשרות זו, שכן בא-כוח המערער ניסה לבסס טענת הגנה זו על חלקים מגרסתו של המערער שנדחו על ידי בית המשפט, כפי שתואר לעיל.

20. לאחר שקבע שמתקיימים פה יסודותיה של עבירת הרצח, וכי לא עומדות למערער ההגנות הנ"ל להן טען – בית המשפט קמא הנכבד קבע כאמור, לנוכח הסכמתה של המשיבה בעניין, כי מעשה הרצח בוצע כשהמערער היה נתון במצוקה נפשית קשה עקב התעללות קודמת של המנוח בו, המצדיקה גזירת עונש מופחת לפי סעיף 300א(ג) לחוק העונשין.

גזר דינו של בית המשפט המחוזי

21. בתאריך 22.12.2013 – בית המשפט המחוזי גזר את דינו של המערער, וזאת לאור קביעתו בדבר מתן עונש מופחת על פי סעיף 300א(ג) לחוק העונשין. בהתאם לתיקון 113 לחוק העונשין – בית המשפט עמד על נסיבות האירוע והשיקולים הרלבנטיים בקביעת מתחם הענישה. בסופו של דבר, בית המשפט קבע מתחם ענישה של מאסר בין 18 לבין 25 שנים. בתוך מתחם הענישה האמור, בית המשפט המחוזי הנכבד גזר על המערער עונש מאסר בן 20 שנים (בניכוי תקופת מעצרו), והשית עליו גם מאסר על תנאי, כמפורט בפיסקה 1 שלעיל.

טענות המערער

22. הערעור שבפנינו מופנה כאמור כנגד הכרעת הדין וכנגד גזר הדין. ביחס להכרעת הדין, בא-כוח המערער תוקף הן את קביעותיו העובדתיות, והן את קביעותיו המשפטיות של בית המשפט המחוזי הנכבד. להלן יובאו טענותיו העיקריות של המערער.

23. באשר לממצאים העובדתיים – בא-כוח המערער טוען כי בית המשפט קמא שגה כשהעדיף את גרסתו הראשונה של המערער על פני דברים שמסר במסגרת אמרותיו המאוחרות יותר, ובמסגרת עדותו בבית המשפט. לגישת בא-כוח המערער, העוברת כחוט השני לאורך כל טענות הערעור – אין לייחס משקל רב לגרסתו המקורית של המערער, אשר נמסרה במהלך חקירתו הראשונה במשטרה ובשחזור ההרג, שכן זו איננה משקפת את מחשבותיו ותחושותיו האמיתיות של המערער מליל האירוע, וזאת מכיוון שבאותו שלב המערער טרם חשף את התעללות המינית שביצע בו המנוח. משכך, בא-

כוח המערער טוען כי יש להתערב בקביעות העובדתיות של בית המשפט קמא הנכבד, אשר הובאו בפסקאות 12-15 שלעיל, ולקבל את דבריו של המערער שנמסרו החל מאמרתו השלישית (בה החליט לספר לראשונה כאמור גם על היותו קורבן לעבירות מיין) ואילך, לרבות בעדותו בבית המשפט, וזאת אף כאשר דברים אלה אינם מתיישבים עם גרסתו הראשונה.

24. מעבר להשגותיו על הקביעות העובדתיות של בית המשפט המחוזי הנכבד, ובהתבסס על גרסתו של המערער באותם נושאים – בא-כוחו של המערער מעלה שלוש טענות משפטיות עיקריות, שאותן אפרט להלן:

(א) הגנה עצמית – בא-כוח המערער טוען כי השתלשלות האירועים במקרה שלפנינו מצביעה על כך כי המערער פעל מתוך הגנה עצמית. בהקשר זה, בא-כוח המערער גורס כי יש להשוות בין נסיבותיו של המקרה דנן לבין נסיבות המקרה ב-ת"פ (ב"ש) 1010/07 מדינת ישראל נ' דרומי (15.07.2009) (להלן: פרשת דרומי) – בו זוכה נאשם שהרג פורץ משום שפעל מתוך הגנה על החווה המגודרת שלו לפי סעיף 134 לחוק העונשין. לשיטתו השוואה זו מצדיקה הקלה בדרישות של סייג ההגנה העצמית, כפי שנעשה סעיף 134 לחוק העונשין, והפטרת המערער מכל אחריות פלילית.

(ב) הגנה עצמית מדומה – בא-כוח המערער טוען, לחילופין, כי לנוכח ההיכרות המקדימה בין המנוח לבין המערער, אשר כללה מספר פגיעות מיניות באחרון – יש לבחון את התקיימותן של דרישות סייג ההגנה העצמית, כפי שהמערער דימה אותן באותה עת, וזאת לפי סייג לאחריות פלילית שהוכר בפסיקה וכונה בשם: "הגנה עצמית מדומה". בא-כוחו של המערער טוען כי לאור אירועי השבועות שקדמו לליל האירוע – המערער סבר שהמנוח לוקח אותו אל מאחורי הפיצוציה כדי להתעלל בו מינית פעם נוספת (ואף טוען כי בהיעדר ראייה סותרת – יש להניח שזו אכן הייתה מטרתו של המנוח), והחל לחנוק את המנוח מתוך חשש זה. בא-כוח המערער טוען כי המערער גם דימה את התקיימותם של יתר יסודותיה של ההגנה העצמית (אשר יפורטו בהמשך), ומכאן שעל פי סייג ההגנה העצמית המדומה – יש לזכות את המערער מכל אחריות פלילית.

(ג) קנטור – ככל שלא תתקבלנה הטענות להגנה עצמית, או הגנה עצמית מדומה – בא-כוח המערער טוען כי פעולותיו של המערער נעשו לנוכח קנטור, או למצער קנטור מתמשך, כאשר אירועי ליל האירוע הנ"ל, היוו את ההתגרות הנוספת הנדרשת להכרה

בהתקיימותו של קנטור מתמשך. נוכח הקנטור האמור – בא-כוחו של המערער טוען כי יש לזכות את המערער מעבירת הרצח בה הורשע, ולהרשיעו חלף זאת בעבירת הריגה.

בשאלת מבחן הקנטור הסובייקטיבי, בא-כוח המערער מטעים כי יש לראות בדרישת התשלום ובאיומים על חייו של המערער מצידו של המנוח (כאמור, בית המשפט המחוזי הנכבד קבע כי איומים שכאלה – לא נשמעו בליל האירוע), בצירוף: ההערות המיניות (שגם הטענה בדבר קיומן נדחתה, כאמור, על ידי בית המשפט קמא הנכבד), לקיחת המערער לחניה חשוכה על ידי המנוח, והוצאת איבר מינו של המנוח בעת שהטיל את מימיו – כמעשים העולים כדי קנטור, בנסיבות.

לחילופין, בא-כוח המערער טוען כי המעשים הנ"ל מהווים, לכל הפחות, את ה"טריגר" הנדרש להצבעה על קיומו של קנטור מתמשך. לגישתו, נוכח היחסים הממושכים בין המערער לבין המנוח, אשר כללו השפלות, סחיטה, איומים ומעשי סדום, אשר, כלשונו: "... דחפו [את המערער] לסף שגעון כל אימת שנתקל במנוח" – אין לנתק את אירועי ליל ההריגה מיתר מעשי ההתעמרות שביצע המנוח במערער, אלא יש לראות בכל אלה כקנטור מתמשך.

באשר למבחן הקנטור האובייקטיבי, בא-כוחו של המערער טוען כי במקרה דנן יש לבחון כיצד היה פועל "קורבן האונס הסביר" אילו היה נמצא במצבו של המערער בליל האירוע. לשיטתו, "קורבן אונס סביר", אשר נלקח לחניה חשוכה על ידי אדם שתקף אותו מינית בעבר, תוך שתוקף זה מאיים עליו, "קונס" אותו ומעיר לו הערות מיניות – היה עלול לנהוג בדרך בה נהג המערער בליל האירוע.

25. מעבר לטענות הנ"ל – בא-כוח המערער גורס כי היתה כאן חריגה לחומרה בעניישה. בהקשר זה נטען כי יש להפחית בעונשו של המערער, שכן, לטענת בא-כוחו, העונש סוטה ממדיניות הענישה המקובלת במקרים כגון דא, של השתת עונש מופחת. בא-כוחו של המערער מוסיף עוד כי בית משפט זה היה נכון להקל בצורה משמעותית בענישתם של נאשמים, אשר חרגו מתנאי ההגנה העצמית, וכך ראוי שיעשה גם כאן, וזאת ככל שייקבע ששאר טענות ההגנה אינן מתקבלות.

טענות המשיבה

26. המשיבה סומכת את ידיה על פסק דינו של בית המשפט קמא הנכבד, על שני רכיביו. לגישתה, על אף שהיא מקבלת את גרסתו של המערער בנוגע ל"היסטוריה"

שהתקיימה בינו לבין המנוח, אשר כללה סחיטה ופגיעה מיניות, היא סבורה כי עדיין מתקיימים פה יסודות עבירת הרצח, וכי אין לפטור את המערער מאחריות פלילית בגין הגנה עצמית, או הגנה עצמית מדומה.

27. המשיבה טוענת כי בלב נימוקי הערעור ניצבים ממצאי עובדה ומהימנות, אשר נקבעו על ידי הערכאה הדיונית, בהם, אין ערכאת הערעור נוטה להתערב. לטענתה, בית המשפט קמא הנכבד העדיף את גרסתו הראשונה של המערער על פני גרסתו המאוחרת, וזאת לאחר שהתרשם באופן בלתי אמצעי מהמערער בעדותו, בחן את מכלול הראיות וסבר כי גרסתו המאוחרת של המערער איננה מהימנה. משכך, המשיבה טוענת כי אין מקום לסטות מקביעותיו העובדתיות של בית המשפט המחוזי הנכבד, אשר פורטו לעיל.

28. באשר לטענת ההגנה עצמית וההגנה העצמית המדומה, המשיבה גורסת כי לנוכח הממצאים העובדתיים שנקבעו על ידי הערכאה הדיונית בנוגע לטיב האיום – לא היה על המערער איום מידי, ומשכך יש לדחות את טענתו של המערער במישור זה.

המשיבה מוסיפה כי אפילו סבר המערער, בכנות, כי בפניו סכנה מיידית – עמדו בפניו חלופות שאיפשרו להמנע מהמתתו של המנוח, לרבות שלוש הזדמנויות שונות ל"ניתוק מגע" עימו. נוכח האמור לעיל, המשיבה טוענת כי אין מקום לפטור את המערער מאחריות פלילית בגין הגנה עצמית, או "הגנה עצמית מדומה".

המשיבה מוסיפה עוד כי לטעמה אין להשוות בין פרשת דרומי לבין המקרה שלפנינו, משום שלא מדובר באותו סייג מאחריות פלילית בשני המקרים, ולנוכח שוני משמעותי בנסיבות.

29. המשיבה אף מתנגדת לטענה שהעלה המערער בנושא הקנטור. בעניין מבחן הקנטור הסובייקטיבי, המשיבה טוענת כי דרישתו הכספית של המנוח ואימו על המערער החלו דקות ספורות לפני אירוע החניקה, והמערער אף הגיב לאלה, מבלי לאבד את עשתונותיו, בניהול דיאלוג ממושך, תוך ניסיון לשכנע את המנוח לוותר לו. מכאן שלגישת המשיבה – פעולותיו של המערער לא נעשו בעקבות קנטור מצד המנוח, וכך גם אין לראות באיומים שהמנוח השמיע כלפיו ובסחיטה שהפעיל כנגדו (שאלה בלבד הדברים שבית המשפט קיבל שהתרחשו בליל האירוע), כמעשים העולים לכדי ה"טריגר" הנדרש לקיומו של קנטור מתמשך.

באשר למבחן הקנטור האובייקטיבי – המשיבה טוענת כי על פי הפסיקה, אין להתחשב באלמנטים סובייקטיביים במסגרת מבחן זה, ומכאן שאין לבחון כיצד היה פועל "קרבן האונס הסביר" אילו היה בנעליו של המערער, אלא יש להשתמש באמת המידה של "האדם הסביר", אשר, לטענתה, לא היה פועל, כפי שפעל המערער בנסיבות. עוד טוענת המשיבה כי אפילו נבחן את תגובתו של המערער בהתאם ל"קרבן האונס הסביר" – אין בסיס להנחה לפיה קרבן שכזה היה מגיב בצורה כה אכזרית וכה קטלנית, כמו שנהג המערער.

לאור האמור לעיל – המשיבה סבורה כי אין מקום להתערבות בקביעתו של בית המשפט המחוזי לגבי היעדר קנטור.

30. לבסוף, המשיבה מתנגדת לערעור על חומרת העונש. לשיטתה, מדובר ברצח אכזרי, המצדיק עונש מאסר משמעותי מאחורי סורג ובריח, ואין מקום להעניק הקלה מעבר לזו שניתנה כבר על ידי בית המשפט המחוזי הנכבד, בעקבות הסכמתה של המשיבה לעונש מופחת לפי סעיף 300א(ג) לחוק העונשין.

התפתחויות מאוחרות

31. לאחר הטיעון בדיון – באי-כוח הצדדים הגישו השלמות שונות לגבי המשפט המשווה ובא-כוח המערער אף ראה לנכון להוסיף הפניות ואסמכתאות רק לאחרונה בתאריך 04.05.2016.

זה המקום לציין כי באי-כוח שני הצדדים עשו את המיטב ובמקצועיות רבה לייצוג עמדת מרשיהם.

כעת, לאחר תיאור הדברים והמחלוקות וסקירת טענות הצדדים – אעבור לליבון הסוגיות.

דיון והכרעה

32. לאחר עיון במכלול החומר שבתיק, שמיעת הטיעונים בעל פה, ובדיקת המשפט המשווה – הגעתי למסקנה כי דין הערעור בנוגע להכרעת הדין להתקבל חלקית, במונח זה שהמערער יזוכה מעבירת הרצח ויורשע, חלף זאת, בעבירת הריגה, על פי סעיף 298 לחוק העונשין, וכך אמליץ לחברי ולחברתי שנעשה. אציין כבר בשלב זה כי הנני סבור

שלא עומדים למערער סייגי האחריות הפלילית של "הגנה עצמית", או "הגנה עצמית מדומה". יחד עם זאת, מתעורר לדעתי ספק סביר, בנסיבות העניין, בנוגע לרכיב של "היעדר קנטור", המהווה חלק מהיסוד הנפשי המיוחד של עבירת הרצח ב"כוונה תחילה", ולכן יש להמיר את הרשעתו ברצח – בהרשעה בעבירת ההריגה.

לאור מסקנתי הנ"ל, אציע כי נקצר גם את עונש המאסר שהושת על המערער, ונעמידו על 12 שנות מאסר בפועל (בניכוי ימי מעצרו), הכל כמפורט בפיסקאות 118-120 שלהלן.

להלן יובאו בהרחבה נימוקי לתוצאה האמורה.

תשתית עובדתית

33. אין מחלוקת בין הצדדים בנוגע לכך שהמערער אכן גרם למותו של המנוח. המערער הודה כי הוא שהביא למותו של המנוח בליל האירוע, לאחר שחנק אותו והכה אותו באבנים. כמו כן, אין מחלוקת בין הצדדים, באשר לכך שבשבועות שקדמו לליל האירוע – המערער עבר התעללות מינית, בוצעו בו שני מעשי סדום וכן מעשה של סחיטה בידי המנוח.

טענותיו העיקריות של המערער במישור העובדתי נוגעות לנסיבות שקדמו למותו של המנוח, ולמצבו הנפשי של המערער לפני ביצוע העבירה ובמהלכה. המערער טוען, בניגוד לקביעתו של בית המשפט קמא הנכבד, כי יש להעדיף בהקשר זה את גרסתו המאוחרת, שנמסרה בעדותו בבית המשפט, על פני גרסתו המוקדמת, שנמסרה במשטרה בחקירתו הראשונה ובשחזור בזירת ההריגה (אשר קדמו לחשיפת המעשים המינים שביצע בו המנוח).

34. כידוע, אין זו מדרכה של ערכאת הערעור להתערב בממצאים עובדתיים ובממצאי מהימנות, וזאת לנוכח יכולתה של הערכאה הדיונית להתרשם מן העדים באופן ישיר ובלתי אמצעי (ראו למשל: ע"פ 2285/09 אללו נ' מדינת ישראל, פסקה י"א (24.5.2011); ע"פ 900/11 עטאללה נ' מדינת ישראל, פסקה 6 (7.12.2011); ע"פ 7004/09 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 15 (17.7.2012); ע"פ 7899/13 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 17 (24.6.2014)). יחד עם זאת, בפסיקה הוכרו חריגים ל"כלל אי-ההתערבות" הנ"ל. כך, למשל, יתכן ותהיה הצדקה להתערבותה של ערכאת הערעור, מקום בו ממצאיה של הערכאה הדיונית מסתמכים על שיקולים שבהיגיון, או כאשר ממצאים אלה אינם מבוססים על התרשמות ישירה מן העדים, שכן במקרים שכאלה

הערכאה הדיונית איננה נהנית מיתרון על פני ערכאת הערעור. מעבר לכך, נפסק כי ערכאת הערעור תסטה מכלל אי ההתערבות גם כאשר היא מתרשמת כי קיימות סתירות היורדות לשורש הדברים בעדויות שנשמעו, אך אלה לא זכו להתייחסות מספקת של הערכאה הדיונית, או כי קיימת טעות מהותית ובולטת בהערכת מהימנות העדויות (ראו: ע"פ 2480/09 פדלון נ' מדינת ישראל, פסקה 8 (07.09.2011); ע"פ 420/09 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 67 (23.11.2009); ע"פ 3283/13 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 27 (12.11.2014)).

35. כאמור, במסגרת הכרעת הדין, בית המשפט המחוזי הנכבד דחה את עדותו של המערער ביחס למספר נושאים, והעדיף את הדברים שהמערער מסר בחקירותיו המוקדמות במשטרה (ראו: פסקאות 12-15 לעיל). בית המשפט קמא הנכבד התרשם באופן ישיר מהמערער במסגרת עדותו, ועל כן, בהתאם לכלל "אי-ההתערבות" הנ"ל – אינני רואה מקום להתערב בהחלטתו של בית המשפט המחוזי הנכבד לדחות חלקים מעדות זו. ואולם, משבחרה הערכאה הדיונית לבסס חלק מביין קביעותיה העובדתיות על ראיות בכתב (שהן ההודעות שנמסרו על ידי המערער במשטרה) ועל שיקולים שבהיגיון – אין היא נהנית, כאמור, מיתרון מובנה על פני ערכאת הערעור, ומכאן שאינני רואה מניעה עקרונית מלבדוק פה מחדש ממצאים עובדתיים אלה (השוו: ע"פ 3636/12 שוויקי נ' מדינת ישראל, פסקה 18 לחוות דעתי (20.10.2013)).

על אף האמור לעיל – לאחר בחינה של הממצאים העובדתיים האמורים, שנקבעו בעיקרם על בסיס דברים שהמערער מסר במשטרה, סבורני כי אין מקום לסטות מקביעותיה העובדתיות של הערכאה הדיונית, למעט בעניין תגובתו הנפשית של המערער למעשיו של המנוח בטרם ההמתה. עתה אפרט הדברים.

36. תחילה אציין כי אינני מקבל את טענתו של בא-כוח המערער בנוגע לכך שיש להתעלם מדברים שנמסרו על ידי המערער עובר לחשיפת ההתעללות המינית. ניסיון המערער להסתיר את המעשים המיניים שביצע בו המנוח, בהחלט עלול להשפיע על חלקים מסוימים בגרסתו המקורית, ואולם אין להסיק מכך כי יש לשלול אותה לחלוטין. כך, למשל, אין בחשיפתם של מעשי הסדום כדי להסביר את שינוי גרסתו של המערער בנוגע לטיב האיומים שהפנה המנוח כלפיו בליל האירוע (הכאה, או הריגה). באופן דומה אינני סבור כי חשיפה זו צריכה היתה להשפיע על גרסתו המקורית של המערער בנוגע למועד שבו הוא הסיק כי המנוח הלך לעולמו (בתום החניקה, או רק לאחר הכאתו באבן). מכאן שלדעתי הערכאה הדיונית הנכבדה צדקה בקביעותיה בעניינים אלה.

37. גם החלטת בית המשפט המחוזי הנכבד לדחות את טענתו של המערער, שהועלתה לראשונה רק במסגרת עדותו בבית המשפט, לפיה המנוח השמיע באוזניו הערות מיניות כליל האירוע – מקובלת עלי. כפי שנימק בית המשפט הנכבד, בין החקירה השלישית, אשר בה נחשפה לראשונה ההתעללות המינית במערער, לבין עדותו, היו למערער מספר הזדמנויות לחדד את גרסתו, אך הוא נמנע מלעשות כן, מבלי שניתן לכך הסבר המניח את הדעת. בא-כוחו של המערער טוען כי מדובר בזיכרון מודחק, ששב למערער רק לקראת מועד העדות, אך סבורני כי דין טענה זו להידחות. בית משפט זה הכיר, אמנם, באפשרות להכיר בזיכרונות מודחקים שחזרו ועלו, ואולם הכרה ושימוש בזיכרונות שכאלה תעשה רק במקרים נדירים ביותר ובוזירות רבה (ראו: ע"פ 5582/09 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 125 לפסק דינו של השופט י' עמית (20.10.2010); ע"פ 8203/11 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה ט (09.09.2012)). כן נקבע בפסקה כי טענת זיכרון מודחק צריכה להיתמך על ידי ראיות חיצוניות לאור החשש שמדובר בזיכרון כוזב, ולא זיכרון מודחק (ראו: ע"פ 2218/10 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 101 (21.11.2011)). במקרה שבפנינו טענתו של בא-כוח המערער לזיכרון המודחק הועלתה בעלמא, מבלי שהובאה כל ראיה שעשויה לתמוך בטענה זו. נדמה שדי בכך כדי לדחות את הטענה שהעלה בא-כוח המערער בנושא זה. זאת ועוד, טענתו איננה עומדת במבחן ההיגיון, שכן לא סביר שהמערער יזכור את מעשי הסדום שבוצעו בו, ואת ההערות המיניות שליוו מעשים אלה, אך ידחיק את ההערות המיניות שהופנו כלפיו, דווקא במועד שבו לא עבר התעללות מינית. לאור כל זאת, אינני רואה להתערב בקביעתו של בית המשפט קמא הנכבד לפיה לא הושמעו הערות מיניות כלפי המערער כליל האירוע.

38. ביחס לקביעתו של בית המשפט המחוזי הנכבד בנוגע לשיקול דעתו של המערער בעת תחילת החניקה אתיחס בהרחבה בהמשך דברי. בשלב זה אציין כי בעניין זה דעתי היא, בשונה מעמדתו של בית המשפט קמא הנכבד, כי מעשיו של המערער נעשו מתוך סערת רגשות שפגעה בשיקול דעתו.

39. סיכומו של דבר, למעט בנוגע לתגובתו הנפשית של המערער למעשיו של המנוח לפני ביצוע ההמתה – לא ראיתי מקום להתערב בקביעותיו העובדתיות של בית המשפט קמא הנכבד. מקובל עלי, איפוא, כי המערער פגש את המנוח באופן בלתי מתוכנן בפיצוציה. השניים התרחקו מאבי ונתן כדי לשוחח, ושם המנוח איים על המערער כי אם לא ישלם לו 1,000 ש"ח תוך יום, או יומיים – הוא יכה אותו. לאחר זמן מה אבי התקרב אל השניים והמערער סימן לו ללכת. אז לקח המנוח את המערער לחניה ריקה מאחורי הפיצוציה (ראו: ת/1, שורה 57), הפנה את גבו אל המערער, פתח את מכנסיו



והוציא את איבר מינו כדי להטיל את מימיו, תוך שהוא ממשיך לאיים על המערער. לאחר שהמנוח סיים להטיל את מימיו, והחל בסגירה של מכנסיו – המערער התנפל עליו מאחור והחל לחנוק אותו, למשך זמן משוער של כ-7 דקות. בתום חניקה זו, המנוח נפל אל הארץ, אך עדיין רעד ונשם. המערער, שהסיק כי המנוח טרם נפטר, לקח אבן והכה את המנוח מספר פעמים. לאחר זאת המערער גרר את המנוח עד נקודה הסמוכה למכולת אשפה, הרים אבן נוספת, והכה את המנוח מספר פעמים נוספות. אז המערער הלך לביתו, ומספר שעות לאחר מכן הוא הגיע לתחנת המשטרה והודה במעשה ההריגה.

40. לאחר שהתייחסתי לשאלות העובדתיות הנדרשות להכרעה בערעור, אגש לבחון את טענותיו המשפטיות של המערער, בשים לב לממצאים הנ"ל.

פטור מאחריות פלילית

41. בא-כוחו של המערער טוען, כאמור, כי יש לפטור את המערער מאחריות פלילית משום שפעל מתוך "הגנה עצמית" בעת שהרג את המנוח. יחד עם זאת, בא-כוח המערער טוען כי יש להקל בדרישות הסייג של הגנה העצמית, וזאת כפי שנעשה בפרשת דרומי. לחילופין, בא-כוח המערער טוען כי יש לפטור את המערער מאחריות פלילית לפי הסייג של "הגנה עצמית מדומה". אתיחס לדברים בסדר הבא: תחילה, אציג את המסגרת הנורמטיבית לסייג ההגנה העצמית ה"מסורתית", ואבחן אם סייג זה עומד לזכות המערער במקרה דנן. לאחר מכן אתיחס להשוואה שמבקש המערער לעשות בין המקרה דנן ל-פרשת דרומי, ולאפשרות להקל ביסודותיה של ההגנה העצמית ה"מסורתית" בנסיבות. לבסוף אבחן את טענת המערער בנוגע לקיומה של "הגנה עצמית מדומה".

סייג ההגנה העצמית

42. הסייג להטלת אחריות פלילית מחמת הגנה עצמית מוסדר בסעיף 34 לחוק העונשין, הקובע כדלקמן:

"לא יישא אדם באחריות פלילית למעשה שהיה דרוש באופן מידי כדי להדוף תקיפה שלא כדין שנשקפה ממנה סכנה מוחשית של פגיעה בחייו, בחירותו, בגופו או ברכושו, שלו או של זולתו; ואולם, אין אדם פועל תוך הגנה עצמית מקום שהביא בהתנהגותו הפסולה

לתקיפה תוך שהוא צופה מראש את אפשרות התפתחות הדברים".

בנוסף, רלבנטי לעניין גם סעיף 34 לחוק העונשין המורה כך:

"הוראות סעיפים 34, 34 ו-34 יב לא יחולו כאשר המעשה לא היה סביר בנסיבות העניין לשם מניעת הפגיעה".

43. מתוך הוראות החוק הנ"ל אנו למדים על שישה יסודות מצטברים שנדרשים לצורך ביסוסה של טענת ההגנה העצמית, אשר הוכרו בפסיקתו של בית משפט זה ובספרות המשפטית (ראו: ע"פ 20/04 קליינר נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(6) 80, 92-90 (2004) (להלן: עניין קליינר); ע"פ 4191/05 אלטגאוז נ' מדינת ישראל, פסקה 13 לפסק דינה של השופטת ע' ארבל (25.10.2006) (להלן: עניין אלטגאוז); ע"פ 4784/13 ניר סומך נ' מדינת ישראל, פסקה 162 (18.02.2016) (להלן: עניין סומך)), ואלו הם:

- (א) מעשיו של הנאשם נעשו לשם הדיפת תקיפה שלא כדין.
- (ב) נשקפה סכנה מוחשית של פגיעה "בחיי, בחירותו, בגופו או ברכושו" של הנאשם, או של זולתו.
- (ג) היה מדובר בסכנה מיידית. לתנאי זה שני היבטים: ראשית, ההגנה התבצעה רק מרגע שהמעשה נדרש באופן מידי לשם הדיפת התקיפה. שנית, היא הופסקה מרגע שלא נדרש עוד מעשה התגוננות כדי להדוף את התקיפה (ראו: עניין אלטגאוז, פסקה 13 לפסק דינה של השופטת ע' ארבל; ע"פ 6157/03 הוך נ' מדינת ישראל, פסקה 14 (28.09.2005); ש"ז פלר יסודות בדיני עונשין כרך ב 426-427 (1987); בועז סנג'רו הגנה עצמית במשפט הפלילי 18 (2000) (להלן: סנג'רו)).
- (ד) הנאשם לא הביא בהתנהגותו הפסולה לתקיפה "תוך שהוא צופה מראש את אפשרות התפתחות הדברים".
- (ה) מעשיו של הנאשם היו נחוצים לצורך הדיפת התקיפה. תנאי זה כולל בתוכו "נחיצות איכותית", דהיינו: שלא עמדו בפני הנאשם חלופות אחרות, ו"נחיצות כמותית", היינו: שלא ניתן היה לנקוט בכוח מועט יותר (ראו: עניין אלטגאוז, פסקה 13 לפסק דינה של השופטת ע' ארבל; עניין קליינר, בעמ' 90; סנג'רו, בעמ' 178; יורם רבין ויניב ואקי דיני עונשין כרך ב 799-800 (מהדורה שלישית, 2014) (להלן: רבין וואקי כרך ב)).

(1) קיימת פרופורציה בין הנזק הצפוי מהתקיפה לבין הנזק הצפוי ממעשי ההגנה של הנאשם (עניין אלטגאוז, פסקה 13 לפסק דינה של השופטת ע' ארבל; סנג'רו, בעמ' 206; אהרן אנקר הכרח וצורך בדיני עונשין 112-114 (1977)).

בעניין אלטגאוז הוסבר כי לעיתים לא מבוצעת הבחנה בין תנאי הנחיצות לבין תנאי הפרופורציה, וזאת משום ששניהם נגזרו על ידי בית המשפט מדרישת הסבירות המופיעה בסעיף 34 לחוק העונשין שהובא לעיל (שם, בפסקה 14 לפסק דינה של השופטת ע' ארבל). יחד עם זאת, צוין שם כי לעיתים עשויה להיות נפקות להבחנה בין השניים, שכן יתכן אמצעי שהוא נחוץ, אך איננו פרופורציונאלי, ולהיפך (ראו גם: ע"פ 6147/07 אביסידריס נ' מדינת ישראל, פסקה 32-33 לפסק דינה של השופטת (כתוארה אז) מ' נאור (2009); ע"פ 8133/09 מזרחי נ' מדינת ישראל, פסקה 9 (2010); סנג'רו, בעמ' 203).

44. נטל ההוכחה ביחס לקיומו של סייג ההגנה העצמית, ככל יתר הסייגים לאחריות פלילית, מוסדר בסעיפים 34ה' ו-34כב(ב) לחוק העונשין.

סעיף 34 לחוק העונשין מורה כדלקמן:

"34ה. מלבד אם נאמר בחיקוק אחרת, חזקה על מעשה שנעשה בתנאים שאין בהם סייג לאחריות פלילית".

סעיף 34כב(ב) לחוק העונשין קובע כך:

"34כב. (ב) התעורר ספק סביר שמא קיים סייג לאחריות פלילית, והספק לא הוסר, יחול הסייג".

יפים בעניין זה דבריו של השופט מ' חשין:

"ה'סייגים' מהווים מעין גורם רדום במערכת הפלילית, ו'רדומים' הם עד אשר מעירים אותם מתרדמתם. בבחינת: אל תעירו ואל תעוררו עד שתחפץ. כך דינם של כל ה'סייגים' המנויים בפרק ה'1 סימן ב' לחוק העונשין ... ואולם, אם עלתה טענת 'סייג' לאחריות פלילית, מתעוררת הוראת ה'סייג' מתרדמתה, ובקומה משנה היא את סביבתה ומעקרת היא את פליליות המעשה. במקרה זה מגלה ה'סייג' עצמו כבעל השפעת-מישרין – הן לעניין חזקת החפות והן לעניין השאלה אם עמדה התביעה בנטל השכנוע המוטל עליה (מבראשית). וכך,

אם עלתה טענת "סייג" לאחריות פלילית, ונתעורר ספק סביר – אשר לא הוסר – אם נתקיים באירוע אותו 'סייג', אם לאו, כי-אז יחול הסייג (סעיף 34כב(ב)). קרא: במקרה זה תעמוד לנאשם חזקת החפות, ולא יראו את התביעה כמי שעמדה בנטל השכנוע המוטל עליה (מבראשית). מסקנה: הנאשם יצא זכאי בדינו" (ראו: ע"פ 4675/97 רוזוב נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(4) 337, 369 (1999)).

45. דומני כי לאור התשתית העובדתית המהווה את הבסיס להכרעה בערעור דנן, המפורטת בפיסקה 39 שלעיל – לא עלה בידי המערער לעורר ספק סביר אם נתקיימו באירוע התנאים הנדרשים לביסוס טענה של סייג לאחריות פלילית מחמת "הגנה עצמית". כאמור, המנוח איים על המערער כי יכה אותו אם לא ישלם תוך יום, או יומיים. מלשון האיום הנטען ברור כי אפילו היתה למנוח כוונה לממש את איומיו – לא היה צפוי כי הוא יתקוף את המערער באותו הערב (השוו: עניין קליינר, פסקה 11; עניין סומך, פסקה 165). באשר לאפשרות שהמנוח יבצע בו מעשה סדום נוסף, נראה כי גם בתקיפה שכזו לא התקיים יסוד המיידיות, שכן המערער הודה, כאמור, כי הוא התנפל על המנוח כאשר הוא החל בסגירת מכנסיו, ועל כן לא נראה סביר כי הוא עמד לתקוף אותו מינית באותה עת. נוכח האמור ברי כי לא נשקפה סכנה מיידית לגופו של המערער, הן בהיבט של הכאה והן בהיבט המיני, ומכאן שמעשיו לא היו דרושים באופן מיידי להדיפת תקיפה. די באי-קיומם של יסודות הנחיצות והמיידיות כדי לדחות את האפשרות כי המערער פעל מתוך הגנה עצמית במובנה ה"מסורתי", ולפיכך אינני רואה צורך להרחיב עוד לגבי יתר יסודות ההגנה העצמית.

פרשת שי דרומי

46. כאמור, בא-כוחו של המערער גורס יש להקל בדרישות הסייג של הגנה עצמית במקרה דנן, בו עמד המערער בפני סכנה אפשרית של פגיעה בגופו, כפי שקרה הדבר בפרשת דרומי, כאשר היה מדובר שם בסכנה של פגיעה בקניין בלבד. לגישתו, נסיבות המקרה שלפנינו מצביעות על כך שהמערער פעל מתוך הגנה עצמית על פי הדרישות המקלות כאמור. כפי שיפורט עתה, הנני סבור כי גם דין טענה זו להידחות.

47. פרשת דרומי עסקה בחקלאי, שבבעלותו חווה, אשר ירה בשני פורצים שחדרו למשקו החקלאי בשעות ליל. אחד משני הפורצים נהרג והשני נפצע. במהלך התנהלותה של הפרשה – המחוקק ערך תיקון חקיקה והוסיף הוראת חוק מיוחדת – סעיף 134 לחוק העונשין (להלן: סייג הגנת בית מגורים). לנוכח הוראת החוק האמורה, החליט בית המשפט המחוזי, ברוב דעות, לזכות את הנאשם. ארחיב בכך במקצת מיד בסמוך.

48. סעיף 134 לחוק העונשין מורה כדלקמן:

“(א) לא יישא אדם באחריות פלילית למעשה שהיה דרוש באופן מיידי כדי להדוף מי שמתפרץ או נכנס לבית המגורים, בית העסק או המשק החקלאי המגודר, שלו או של זולתו, בכוונה לבצע עבירה, או מי שמנסה להתפרץ או להיכנס כאמור.  
 (ב) הוראת סעיף קטן (א) לא תחול אם –  
 (1) המעשה לא היה סביר בעליל, בנסיבות העניין, לשם הדיפת המתפרץ או הנכנס;  
 (2) האדם הביא בהתנהגותו הפסולה להתפרצות או לכניסה תוך שהוא צופה מראש את אפשרות התפתחות הדברים.  
 (ג) לעניין סעיף זה, “משק חקלאי” – לרבות שטח מרעה ושטח המשמש לאחסון ציוד וכלי רכב במשק חקלאי.”

לשון ההוראה מלמדת כי הסעיף מעניק הגנה מפני אחריות פלילית לנאשם אשר פעל כדי להדוף פורץ לבית המגורים, בית העסק, או המשק החקלאי המגודר שלו, תוך הקלה בחלק מהדרישות הקיימות בסייג ההגנה העצמית הרגיל (להרחבה ראו: פרשת דרומי, פסקה 6 לפסק דינה של כב' השופטת ר' ברקאי; עניין סומך, פסקה 173; רבין וואקי כרך ב, בעמ' 830-840). מטרתו של התיקון האמור הובאה ב-פרשת דרומי, ותוארה כך:

“עיון בדברי ההסבר לחוק (הצעות לחוק הכנסת 208, מיום י"ד אדר התשס"ח, 20 בפברואר 2008, עמ' 196) ובדיונים אשר קיימה וועדת חוקה חוק ומשפט בהקשר להצעה האמורה - (פרוטוקול 495 משיבת הועדה מיום 11.3.08 ופרוטוקול 561 משיבת הועדה מיום 11.6.08) מלמד כי המחוקק בהגנה חדשה זו, ביקש לעשות הבחנה בין נסיבות של הגנה עצמית מחוץ לביתו או חצריו של אדם לנסיבות של הגנה עצמית בחצריו של אדם ובפועל הרחיב את ההגנה כאשר נמצא האדם בביתו, בחצרו, במובן זה שביקש ליתן יחס מיוחד לבית המגורים וחיזק והרחיב את זכותו של אדם להגן על חייו ועל קנינו בביתו, הוא מבצרו” (שם, בפסקה 6 לפסק דינה של כב' השופטת ר' ברקאי; ההדגשות במקור – ח"מ).

חברתי, השופטת ד' ברק-ארז, עמדה על הדגש בהגנת בית המגורים באחת הפרשות והתבטאה כך:

”ניתן להעיר כי עמדתו של בית המשפט המחוזי מתיישבת עם הגישה העולה מן הפסיקה בארצות-הברית (ראו: מרים גור-אריה וגליה דאור “הגנה מיוחדת לבית מגורים, לבית עסק ולמשק חקלאי: סכנותיה ותחימת גבולותיה” משפט וממשל יג 141, 151 (2010) (להלן: גור-אריה ודאור)) ואף – מבלי לקבוע מסמרות – הולמת את הגישה הזוהירה הראויה לפרשנותה של הגנת בית המגורים. הטעם לכך אינו טמון בגישה המקדשת את זכויות הקניין האקסקלוסיביות בדירת המגורים עצמה ... הדגש הוא לכאורה אחר: במרחב אשר לא נדרשת רשות מיוחדת להיכנס אליו, או שרשות כזו יכולה להינתן על-ידי רבים, ואף ללא תיאום מוקדם ביניהם, נחלשת מאוד תחושת המסוכנות והמאוימות שניתן לייחס לעצם הימצאותו של אדם אחר במקום” (ראו: ע”פ 1964/14 שימשילשווילי נ’ מדינת ישראל, פסקה 38 (06.07.2014)).

מן האמור לעיל עולה כי המחוקק ראה מקום להקל בדרישות ההגנה העצמית כאשר מדובר בביתו של אדם, וזאת ביחס להגנה עצמית המתרחשת מחוץ לביתו. נדמה כי הבסיס להבחנתו זו של המחוקק נובע, בין היתר, מתוך הנחה כי, בדרך כלל – מי שמתפרץ לביתו של אחר מסכן את האנשים הנמצאים בבית. החלה של הדרישות המקלות מסעיף 134 לחוק העונשין על המקרה שלפנינו מנוגדת, איפוא, ללשון הסעיף ולתכליתו, ומכאן שאינני מקבל את טענת ב”כ המערער בענין זה.

49. למעלה מן הצורך אציין כי אף אם היינו מקלים בדרישות ההגנה העצמית, ומחילים כאן את דרישות סעיף 134 לחוק העונשין, בשינויים המתויבים, על המקרה שלפנינו – לא היה בכך כדי להועיל למערער, שכן יסוד המידיות והנחיצות, אשר כאמור אינם מתקיימים במקרה דנן, נכללים גם במסגרת הסעיף האמור.

”הגנה עצמית מדומה”

50. בא-כוחו של המערער טוען, לחלופין, כי נסיבות המקרה מצדיקות הכרה בסייג המיוחד, שהוכר בפסיקה, ומכונה: “הגנה עצמית מדומה”. ההגנה האמורה נובעת משילובם של סעיפים: 34 ו-34טז לחוק העונשין, שהובאו לעיל, יחד עם סעיף 34 לאותו חוק, הנוגע לטעות במצב הדברים. וזו לשונו של סעיף 34 לחוק:

"(א) העושה מעשה בדמותו מצב דברים שאינו קיים, לא יישא באחריות פלילית אלא במידה שהיה נושא בה אילו היה המצב לאמיתו כפי שדימה אותו.  
(ב) "...".

שילוב של הסעיפים הנ"ל מלמד, איפוא, כי הטוען לפעולה מתוך "הגנה עצמית מדומה" – יישא באחריות פלילית רק במידה שהוא היה נושא בה אילו מצב הדברים אותו דימה, בטעות, היה אמיתי (ראו: עניין אלטגאוז, פסקה 16 לפסק דינה של השופטת ע' ארבל; רבין וואקי כרך ב, בעמ' 841-842). משמע, יש לבחון את התקיימות תנאי ההגנה עצמית לנוכח טעותו של הנאשם, ובלבד שמדובר בטעות כנה. רק טעות שכזו תאפשר בחינת שימוש בטענת "הגנה עצמית מדומה". ודוק: לא נדרש כי טעותו של הנאשם תהא סבירה, אם כי סבירותה של הטעות תסייע בהערכת כנותה (ראו: עניין אלטגאוז, פסקה 16 לפסק דינה של השופטת ע' ארבל, וההפניות המובאות שם).

51. מן הכלל אל הפרט: בבחינת מכלול הנסיבות בענייננו, ובעיקר לנוכח העובדה שהמנוח לקח את המערער בליל האירוע לאזור חשוך ומבודד, לאחר שהתעלל בו מינית פעמיים בשבועות שקדמו לכך – טענתו של המערער לפיה הוא דימה כי המנוח עומד לבצע בו מעשה סדום נוסף איננה מופרכת, אפילו החל המנוח בסגירת מכנסיו באותה העת. מכאן שאני מוכן להניח, כי בשלב הראשוני, שהוא מועד תחילת החניקה – המערער סבר בכנות כי הוא עומד בפני סכנה מיידית לקראת תקיפה שלא כדין בידי המנוח, כך שהוא האמין כי נשקפת סכנה מוחשית לגופו, ושפעולת החניקה היתה נחוצה לצורך מניעת התקיפה. כמו כן הנני בדעה כי, נכון לאותו שלב – המערער לא הביא בהתנהגותו הפסולה לתקיפה. במאמר מוסגר, אניח עוד לטובת המערער שיתכן כי ניתן היה לקצר את משך החניקה, במישור הנחיצות הכמותית, אך לנוכח דבריו של המערער בחקירתו הראשונה במשטרה לפיהם הוא נמנע מלשחרר את אחיזתו מחשש שהמנוח יהרוג אותו – מקובל עלי שגם ביסוד זה מדובר בטעות כנה של המערער.

על אף האמור לעיל, נראה כי כבר בשלב הראשוני עמדה בפני המערער אפשרות נסיגה טרם שהחל בחניקה, כאשר המנוח הטיל את מימיו והיה עם הגב אליו. בחקירה הנגדית במהלך עדותו בפני בית המשפט המחוזי הנכבד, המערער נשאל מדוע לא ברח בשלב זה, ותגובתו היתה: "אם הייתי בורח הייתי בלחץ מאיפה אני אביא לו 1,000 ש"ח". תגובת המערער מעידה על כך כי לא חש שאיננו יכול לברוח באותו שלב ולחמוק מהאיום המיידית שעומד בפניו, אלא שהוא סבר שבריחתו תגרום לו בעיות בעתיד, אל מול המנוח. מכאן שגם בבחינת מצב הדברים, כפי שראה אותו המערער –

עמדה בפניו בזמן אמת חלופה בדמות בריחה מהאיום המיידית, ולכן לא התקיים "יסוד הנחיצות האיכותית", הנדרש כחלק מסייג ההגנה העצמית, זאת אף בעיניו של המערער.

יתר על כן – גם המשך השתלשלות האירועים שולל את אפשרות לביסוס הסייג של "הגנה עצמית מדומה". אפרט הדברים מיד בסמוך.

52. המערער מסר, כאמור, במסגרת אמרתו הראשונה כי לאחר החניקה – המנוח נפל על הרצפה תוך שהוא נושם ורועד, ובשלב מסוים הוא הפסיק לזוז. המערער הסביר כי הוא הסיק מכך שהמנוח פצוע, אך טרם הלך לעולמו. דברים אלה עולים בקנה אחד עם הדו"ח הפתולוגי, בו נקבע כי המנוח נהרג מפגיעת האבן בראשו, ולא מפעולת החניקה. מכאן, שהחל מהרגע שבו המערער חדל מחניקת המנוח (חניקה), אשר נמשכה כ-7 דקות על פי הערכתו של המערער), שבסופה המנוח נפל על הרצפה והחל לרעוד – הוסר כל איום מיידית, אותו המערער ראה לנגד עיניו, שכן באותה עת ברי היה כי המנוח לא מסוגל לפגוע עוד במערער באותו מעמד. הנה כי כן על אף שהמערער הבין כי הוסר האיום המיידית – הוא לא חדל מביצוע של פעולות ה"התגוננות", אלא הוא לקח בשלב זה אבן והחל להכות בראשו של המנוח – עד שהביא למותו (השוו: ע"פ 8687/04 חילוף נ' מדינת ישראל, פסקה 11 (12.12.2005)). מכאן שבעיניו של המערער, הוא ביצע את הפעולות האמורות בהעדר סכנה מוחשית מפני תקיפה שלא כדין מצד המנוח, וממילא לא היתה נחיצות להכות את המנוח באבן לשם מניעת תקיפה שכזו.

53. באשר לאפשרות להכיר במעשיו של המערער כהגנה עצמית, על אף שהמשיך להכותו לאחר שנפל ארצה ונוטרל, איפשרנו לצדדים להגיש אסמכתאות לאחר הדיון משיטות משפט זרות. מהחומר שהוגש לנו על ידי הצדדים, נדמה כי מסקנתי הנ"ל עולה בקנה אחד גם עם המשפט המשווה. כך, לדוגמא, המשיבה הביאה פסיקה של בית המשפט העליון של מדינת צפון קרוליינה שבארצות הברית, בו מתואר מקרה של אישה שהרגה את בעלה, אשר היה מתעלל בה פיזית, מילולית ופסיכולוגית, במשך שנים רבות – בעודו ישן. בית המשפט העליון דחה את טענתה של הנאשמת לכך שפעלה מתוך הגנה עצמית, וזאת, בעיקר, בהעדרו של איום מיידית בעת ההריגה. וכך נכתב בפסק הדין (להלן – פס"ד Norman):

"The right to kill in self-defense is based on the necessity, real or reasonably apparent, of killing an unlawful aggressor to save oneself from *imminent* death or great bodily harm at his hands".

(ראו: State v. Norman, 324 N.C. 253, 259 (1989))

ההדגשה במקור – ח"מ).



ובהמשך :

"The evidence in this case did not tend to show that the defendant reasonably believed that she was confronted by a threat of imminent death or great bodily harm. The evidence tended to show that no harm was "imminent" or about to happen to the defendant when she shot her husband".

(שם, בעמ' 261).

54. בא-כוחו של המערער הגיש אמנם מנגד פסק דין אמריקני, שעסק גם הוא באישה מוכה, שהרגה את בעלה לאחר שחוותה, כפי שכונה על ידי בית המשפט: "ליל טרור ביתי" ("a night of domestic terror"), אשר כלל מספר שעות רצופות של הכאה פיזית, התעללות מינית, ואיומים על חייה ועל חיי ילדיה. במקרה זה, החליט בית המשפט העליון של מדינת מערב וירג'יניה לפטור את הנאשמת מאחריות פלילית, על אף שהרגה את בעלה בשעה שנראה כי הוא ישן, או התעלף על הספה, משום שסבר כי היא פעלה מתוך הגנה עצמית מדומה (ראו: State v. Harden 223 W. Va. 796 (2009) (להלן: פס"ד Harden)). בית המשפט שם הטעים, בין היתר, כי נסיבות המקרה מצביעות על אפשרות סבירה שהנאשמת האמינה כי על אף שבעלה היה רדום על הספה, שהיא עומדת בפני סכנה מיידית לחייה ולחיי ילדיה (שם, בעמ' 812-813). כן קבע בית המשפט כי גם האדם הסביר, אילו היה במצבה, היה מאמין כי קיים איום מיידית כאמור (שם, בעמ' 815).

55. מעיון בפסקי הדין הנ"ל, נראה כי אפילו היינו מחילים את המבחנים שנקטו שם – על המקרה שלפנינו, לא היה הדבר מביא למסקנה כי יש לפטור את המערער מאחריות פלילית פה. כפי שצוין לעיל, דבריו של המערער עצמו מצביעים על כך שלא נשקפה לו סכנה מיידית מהמנוח מן הרגע שידון איילין ז"ל נפל על הרצפה בתום החניקה, וכי אף המערער עצמו אף לא האמין אחרת. בכך שונות הנסיבות כאן מאלו שתוארו בפס"ד Harden – ומתקרבות יותר לאלו שנדונו בפס"ד Norman, ולפיכך אין לומר כי המערער פעל מתוך הגנה עצמית מדומה.

56. לסיכום חלק זה: נסיבות המקרה דנן אינן מצביעות על כך כי המערער פעל מתוך הגנה עצמית, במובנה המסורתי, וזאת, בין היתר, לנוכח היעדר המידיות בסכנה שעמדה בפני המערער, ככל שהיתה כזו. מסקנה זו נותרת על כנה אפילו הייתי מוכן להקל בדרישות ההגנה העצמית, ולהשוות אותן לאלו הקיימות בהגנת בית המגורים.

גם בחינת הסייג המיוחד של "הגנה עצמית מדומה", לא מביאה למסקנה כי יש לפטור את המערער מאחריות פלילית. על אף שהסכמתי להניח כי המערער דימה שהוא עומד לחוות התעללות מינית נוספת, והנחתי עוד לטובתו כי לא שחרר את אחיזתו במהלך החניקה מתוך חשש כי המנוח יתקוף אותו, נדמה שעדיין לא התקיימו כאן יסודותיו של סייג ההגנה העצמית בנסיבות העניין, נוכח מעשיו של המערער לאחר נפילתו של המנוח לרצפה. משמעות הדבר היא כי אפילו היה מצב הדברים, כפי שדימה אותם המערער בעת האירוע – לא קם לו סייג ההגנה העצמית והוא נושא באחריות פלילית.

57. לאחר שהכרעתי בעניין הסייגים מאחריות פלילית של הגנה עצמית והגנה עצמית מדומה, אעבור כעת לדון בטענותיו של המערער לרכיב של "היעדר קנטור" מתוך היסוד הנפשי של עבירת הרצח ב"כוונה תחילה". עם זאת, אפתח את הניתוח בהבאת דברי רקע קצרים ביחס לעבירות ההמתה במשפט הישראלי ולרפורמה המוצעת המתגבשת בעניין זה.

דיני ההמתה בישראל

58. חוק העונשין כולל, נכון להיום, שלושה סוגים של עבירות המתה: גרימת מוות ברשלנות, עבירה שהעונש בצידה הוא עד שלוש שנות מאסר (סעיף 304 לחוק העונשין); הריגה, עבירה הנוגעת למקרי המתה שנעשו מתוך מחשבה פלילית, שבצידה עונש מירבי של 20 שנות מאסר (סעיף 298 לחוק העונשין); ורצח, עבירה שבצידה עונש חובה של מאסר עולם (סעיף 300 לחוק העונשין), אשר מחולקת למספר מצבים פרטניים. מתוך מצבים אלה, רלבנטי לענייננו המצב של המתה ב"כוונה תחילה" (סעיף 300(א)(2) לחוק העונשין). לצידה של עבירת הרצח נקבעה הוראה המאפשרת הטלת עונש מופחת בנסיבות מסוימות (סעיף 300א(ג) לחוק העונשין המאפשר הטלת עונש מופחת שבפנינו יש להזכיר את סעיף 300א(ג) לחוק העונשין המאפשר הטלת עונש מופחת "כשהנאשם היה נתון במצב של מצוקה נפשית קשה, עקב התעללות חמורה ומתמשכת בו או בבן משפחתו, בידי מי שהנאשם גרם למותו".

לצד העבירות הנ"ל, קיימת גם עבירה של ניסיון לרצח (סעיף 305 לחוק העונשין), וכן מספר עבירות המתה פרטניות, שאינן רלבנטיות לענייננו.

59. בשנת 2006, ניתן פסק הדין ב-דנ"פ 1042/04 ביטון נ' מדינת ישראל (27.11.2006) (להלן: עניין ביטון) בהרכב של שבעה שופטים. במסגרת חוות הדעת

העיקרית – הנשיא א' ברק סקר את דיני ההמתה הקיימים בגדר חוק העונשין, ובפרט את עבירת הרצח ב"כוונה תחילה". בסיום פסק דינו הנשיא ברק קרא למחוקק לבצע בחינה מחודשת של דיני ההמתה הקיימים, באומרו: "מקווה אני כי בחינה כוללת של דיני ההמתה תעשה בהקדם האפשרי בישראל וכי הממשלה והכנסת תיתנה דעתן לסוגיה סבוכה זו בכל המהירות הראויה" (שם, פסקה 68). יתר שופטי ההרכב הצטרפו, אף הם, לדבריו של הנשיא ברק.

60. בעקבות ההערה הנ"ל, מינה שר המשפטים דאז פרופ' דניאל פרידמן בשנת 2007 ועדה בראשותו של פרופ' מרדכי קרמניצר, שעניינה: "בחינת יסודות עבירות ההמתה", ודנה בצורך בתיקון עבירות הרצח וההריגה ויצירת מדרג שונה ביניהן (להלן: הועדה). בחודש אוגוסט 2011, הגישה הועדה את המלצותיה לניסוח ולהגדרה מחדש של פרק עבירות ההמתה בחוק העונשין, שבמסגרתה מוגדרות עבירות ההמתה (שלא ברשלנות) הבאות: רצח בנסיבות מחמירות (שלצידה עונש חובה של מאסר עולם), רצח (שלצידה עונש מאסר מירבי של מאסר עולם), המתה בנסיבות של אחריות מופחתת (שלצידה עונש מאסר מירבי של 20 שנים), המתה בקלות דעת (שלצידה עונש מאסר מירבי של 12 שנים) והמתה עקב בקשה בשל מצב רפואי קשה (שלצידה עונש מאסר מירבי של 5 שנים). המלצותיה של הועדה הוכנסו בגדר הצעת חוק העונשין (תיקון מס' 119) (עבירות המתה), התשע"ד-2014, וכן לאחרונה בהצעת חוק העונשין (תיקון מס' 124) (עבירות המתה), התשע"ה-2015 (הזהה בעיקרה לנוסח המוצע בתיקון מס' 119, למעט אי הכללת עבירה מיוחדת של המתה בשל מצב רפואי קשה) (להלן: הצעות החוק לרפורמה בדיני ההמתה). מכיוון שהצעות אלו טרם זכו למעמד של חוק – הן אינן חלות על המקרה שלפנינו. אף על פי כן, אתיחס בהמשך להמלצות הועדה ולהצעות החוק האמורות, ככל שאמצא בהן רלבנטיות לענייננו לצרכי השוואה.

61. לאחר שהבאתי רקע קצר לדיני ההמתה במשפט הישראלי ושל הרפורמה שהוצעה בהם – אפנה עתה לבחון את טענות המערער בנוגע לעבירת הרצח. כאמור, בא-כוח המערער טוען כי במידה שייקבע שהמערער איננו פטור מאחריות פלילית בשל סייג ההגנה העצמית – יש להרשיעו בעבירת הריגה ולא ברצח. לגישתו, לא התקיים פה היסוד הנפשי הנדרש לביסוס עבירה של רצח ב"כוונה תחילה", כאשר טענתו העיקרית של המערער בהקשר זה נוגעת לתנאי היעדר הקנטור. לכך אתיחס להלן.

רצח או הריגה?

62. המערער הורשע כאמור ברצח ב"כוונה תחילה", לפי סעיף 300(א)(2) לחוק העונשין, אשר מורה כך:

"300. (א) העושה אחת מאלה יאשם ברצח ודינו - מאסר עולם ועונש זה בלבד:

....  
(2) גורם בכוונה תחילה למותו של אדם."

63. היסוד העובדתי של עבירת הרצח, הוא גרימה למותו של אדם. המערער איננו חולק על כך שיסוד זה התקיים פה.

64. היסוד הנפשי הנדרש במסגרת עבירת הרצח הינו: "כוונה תחילה", אשר מוגדר במסגרת סעיף 301 לחוק העונשין כדלקמן:

"301. (א) לענין סעיף 300, יראו ממית אדם כמי שהמית בכוונה תחילה אם החליט להמיתו, והמיתו בדם קר, בלי שקדמה התגרות בתכוף למעשה, בנסיבות שבהן יכול לחשוב ולהבין את תוצאות מעשיו, ולאחר שהכין עצמו להמית אותו או שהכין מכשיר שבו המית אותו.  
(ב) לענין ההחלטה וההכנה להמית, אין נפקא מינה אם החליט להמית את האדם או את מישהו, מסויים או בלתי מסויים, מבני משפחתו או מבני גזעו.  
(ג) כדי להוכיח כוונה תחילה אין צורך להראות שהנאשם היה שרוי בהלך נפש מסויים במשך זמן פלוני או תוך תקופה פלונית שלפני ביצוע העבירה או שהמכשיר שבו בוצעה הוכן בזמן פלוני שלפני המעשה."

על פי הסעיף הנ"ל, "כוונה תחילה" כוללת בגדרה איפוא שלושה רכיבים: החלטה להמית, הכנה והיעדר קנטור. טענתו הנוספת של המערער נוגעת, כאמור, לרכיב היעדר הקנטור. לטענת בא-כוח המערער – בחינת כלל נסיבות ליל האירוע והתקופה שקדמה לו מובילה למסקנה כי פעולותיו של המערער נעשו בתגובה לקנטור, או, למצער, ל"קנטור מתמשך". לכך אתייחס מיד בסמוך.

היעדר קנטור

65. שאלת היעדר ההתגרות (המכונה גם "היעדר קנטור") הינה השאלה המרכזית במסגרת בחינת ה"כוונה תחילה", ועליה עיקר "המעמסה" לשם הבחנה בין כוונה "רגילה" (שאיננה מספיקה להרשעה ברצח, אלא בהריגה בלבד) לבין "כוונה תחילה",

אשר נדרשת לביסוס עבירת הרצח על פי סעיף 300(א)(2) לחוק העונשין (ראו: עניין ביטון, פסקה 20 לפסק דינו של הנשיא א' ברק). בפסיקה נקבע כי הכרעה בשאלת קיומו של קנטור מחייבת עמידה בשני מבחנים מצטברים: מבחן הקנטור הסובייקטיבי ומבחן הקנטור האובייקטיבי, כאשר רק במידה שייקבע כי חל קנטור על פי שני המבחנים האמורים, ניתן יהיה לשלול את קיומו של יסוד "היעדר קנטור" באופן המצדיק הפחתה של העבירה מרצח – להריגה (ראו, למשל: עניין ביטון, פסקה 20 לפסק דינו של הנשיא א' ברק; ע"פ 8107/10 עזר נ' מדינת ישראל, פסקה 26 (09.09.2013); ראו גם: יעקב קדמי על הדין בפלילים (חלק שלישי) 1140 (2006) (להלן: קדמי)).

66. על אף שמדובר ביסוד שלילי – נטל ההוכחה של רכיב "היעדר קנטור" רובץ על שכמה של התביעה, אך נקבע כי מדובר ב"מידת הוכחה פחותה" (ראו: ע"פ 28/49 זרקא נ' היועץ המשפטי לממשלת ישראל, פ"ד ד 504, 532 (1950)). בהקשר זה נאמר גם ב-ע"פ 6167/99 בן שלוש נ' מדינת ישראל, פ"ד נז(6) 577 (2003) כי:

"הנטל להוכיח את יסוד היעדר הקנטור מוטל על התביעה, אולם בהיות עניין זה מצוי בידיעתו המיוחדת של הנאשם, אם אין הוא מציג ראיה לקיומו האפשרי של קנטור, ובאין אחיזה בראיות לאפשרות קיומו של קנטור, יוצאת התביעה ידי חובתה בהבאת ראיות לגרימת המוות" (שם, בעמ' 595; ראו גם: קדמי, בעמ' 1135).

הדיון במבחנים הרלבנטיים לצורך האלמנט של "היעדר הקנטור" יעשה בשני שלבים: מיד בסמוך אלבן את המבחן הסובייקטיבי ובפסקאות 94 עד 102 שלהלן אתמקד במבחן האובייקטיבי, הדרוש בעיקר לניתוח שיעשה שם.

המבחן הסובייקטיבי

67. "היעדר קנטור" הוגדר בפסיקה "כמצב של גיבוש כוונת קטילה מתוך שיקול דעת, יישוב דעת, קור רוח ושליטה עצמית" אצל הנאשם (ראו: עניין ביטון, פסקה 25 לפסק דינו של הנשיא א' ברק). קיומו של קנטור איננו דורש מצב נפשי השולל את הכוונה להרוג, אלא הוא מניח קיומן של מודעות לגרימת המוות ומטרה לגרום לו, אך מחייב כי הכוונה להרוג התגבשה באופן ספונטני, כתוצאה מהתגרות מצד הקורבן, ומבלי שהנאשם הפעיל שיקול דעת. בהתאם לאמור, ככל שיקבע שהתקיים קנטור במקרה דנא – יש להמיר את העבירה מרצח להריגה, שכן אף שהייתה קיימת כוונה להרוג – לא מדובר ב"כוונה תחילה".

68. מבחן הקנטור הסובייקטיבי מעוגן בסעיף 301 לחוק העונשין הקובע, במסגרת היסוד הנפשי של "כוונה תחילה", כי הנאשם המית את הקורבן "... בדם קר, בלי שקדמה התגרות בתכוף למעשה, בנסיבות שבהן יכול לחשוב ולהבין את תוצאות מעשיו...". לשון הסעיף מלמדת כי קנטור דורש התגרות, אשר הובילה את הנאשם "לאיבוד שליטתו העצמית, כך שביצע את המעשה הקטלני בלי לחשוב על תוצאות מעשהו" (ראו: ע"פ 369/69 בנו נ' מדינת ישראל, פ"ד כד(1) 561, 578 (1970) (להלן: עניין בנו); ראו גם, למשל: ע"פ 418/77 ברדריאן נ' מדינת ישראל, פ"ד לב(3) 10, 11 (1978); עניין ביטון, פסקה 22 לפסק דינו של הנשיא א' ברק). השופט גולדברג הגדיר את מבחן הקנטור הסובייקטיבי כמצב שבו:

"הנאשם ידע להעריך את מעשיו ואת תוצאתם הקטלנית, והוא רצה גם רצה בתוצאה זו, אלא שבסערת רוחו נחלשו מעצוריו הנפשיים, עד שלא שקל והעריך מוסרית את התוצאה הקטלנית, ולא העלה את ערך החיים של הקורבן לדרגה הראויה להם כאדם שקול ומיושב בדעתו" (ראו: ע"פ 339/84 רבינוביץ נ' מדינת ישראל, פ"ד לט(4) 253, 262 (1985), ההדגשות שלי – ח"מ; ראו גם: ע"פ 1354/03 דקר נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(2) 83, 95 (2004); עניין ביטון, פסקה 24 לפסק דינו של הנשיא א' ברק).

69. הדברים הנ"ל מלמדים כי היעדר הקנטור נועד להבחין בין החלטה ביישוב דעת להמית את הקורבן, לבין החלטה להמית, מבלי שנשקלו התוצאות המוסריות במעשה ההמתה. זהו הדגש העיקרי בהבחנה בין "כוונה תחילה", בה המבקש שוקל ביישוב דעת את התוצאות המוסריות של מעשיו, לבין הכוונה הספונטנית, בה אמנם קיימת החלטה להמית, אך היא איננה מלווה בשקילה מוסרית של השלכות המעשה.

70. הבחנה דומה אף נעשתה בספרות בעקבות פסק הדין בעניין ביטון. בנושא זה כתבו המלומדים מ' קרמניצר ו-ל' לבנון את הדברים הבאים:

"המאפיין השני של הממד הסובייקטיבי הוא זה של היעדר שקילה. פסק דינו של הנשיא ברק בפרשת ביטון מעמיד במרכז את הממד של היעדר שקילה, ופורט אותו למאפיינים שמהם משתקפים יפה מאפייניה ההופכיים של הכוונה-תחילה: היעדר שיקול ויישוב הדעת, חשיבה על התוצאות, הערכה מוסרית של המעשה ושל תוצאותיו.

המאפיין של היעדר שקילה הוא אכן המאפיין הדומיננטי של הממד הסובייקטיבי במסגרת תפיסה של קנטור כגורם מבחין בין כוונת-תחילה לכוונה ספונטאנית. חשיבותו של המאפיין של היעדר שקילה, על השתלבותו בדוקטרינת הקנטור בכללותה, היא בתרומתו להבהרת ההבחנה בין כוונה תחילה לכוונה ספונטאנית: על דרך ההנגדה להיעדר השקילה במסגרת פרדיגמת הקנטור הכוללת ניתן בנקל להבחין כי כוונת תחילה כוללת יסודות קוגניטיביים של מתן תשומת לב – ולו תשומת לב כלשהי – למשמעויות המוסריות של ההמתה; הפנמה של מהותו האמיתית של מעשה ההמתה, לא ברמה של ססמה או כותרת, ושל עומקן של השלכותיה" (ראו: מרדכי קרמניצר וליאת לבנון "על היסוד של היעדר קנטור בהגדרת ה'כוונה תחילה' בעקבות דנ"פ 1042/04 ביטון נ' מדינת ישראל" ספר דויד וינר – על משפט פלילי ואתיקה 547, 577-578 (דרור ארד אילון, יורם רבין ויניב ואקי עורכים, 2009) (להלן: קרמניצר ולבנון)).

הערה: פירוט לגבי המבחן האובייקטיבי ותחולתו בענין – יעשה כאמור בפסקאות 94-102 שלהלן.

71. האמור לעיל חל בראש ובראשונה במקרה של "קנטור רגיל" (המכונה לעיתים: "קנטור רגעי"). נראה כי קנטור מסוג זה איננו מתקיים במקרה שלפנינו, שכן מעשיו של המנוח בתכוף להמתה, שכללו: הטלת "קנס" על המערער, איום בהכאתו אם לא ישלם לו את ה"קנס" תוך יום, או יומיים, ולקחתו של המערער אל מאחורי הפיצוצייה, כאשר במעמד זה המנוח פותח את מכנסיו לצורך הטלת מימיו (כשהוא עומד בגבו אל המערער) – אינם עולים בעוצמתם לכדי התגרות, כנדרש במסגרת יסוד זה. עם זאת, כאמור, בא-כוח המערער טוען כי אפילו ייקבע שמעשיו של המנוח בסמוך למעשה ההמתה אכן אינם עולים לכדי התגרות לצורך קיומו של "קנטור רגעי" – יש לבחון פה את קיומו של יסוד הקנטור המתמשך, יציר הפסיקה, וזאת לנוכח ההתעמרות המתמשכת שביצע המנוח במערער, אשר כללה השפלות, סחיטה, איומים ומעשי סדום. לכך אתייחס להלן.

קנטור מתמשך

72. הפסיקה הכירה באפשרות לקיומו של "קנטור מתמשך" במקרים של התגררות מתמשכות ומצטברות מצידו של קרבן העבירה. בנושא זה נקבע ב-עניין אליאביב כך:

"ייתכנו מצבים שבהם אדם יהא נתון להתגררות מתמשכות ומצטברות במשך תקופת זמן ארוכה, המביאות להעצמתם ההולכת וגוברת של רגשות זעם

ותסכול, באופן שעל רקעם ובעקבות מעשה התגרות נוסף, מבצע האדם מעשה של המתה. גם בנסיבות אלה השאלה הניצבת היא אם אירוע ההתגרות האחרון היה בעל עוצמה כזו שהוא, כעומד לעצמו הביא את הנאשם למצב של אובדן עשתונות שבעקבותיו נגרר לביצוע המעשה. מעשי ההתגרות הקודמים נבחנים אך במידת השפעתם על מצבו הנפשי של הנאשם עובר למעשה ההתגרות האחרון. השאלה הניצבת היא אם תהליך ההתגרות הממושך השפיע בהדרגה על גיבוש רעיון המתה אצלו, שאז אין זה מתיישב עם דרישת הספונטניות והפתאומיות של התגובה הנדרשת לצורך הכרה בקיומו של קינטור, השולל כוונה תחילה. לעומת זאת יתכן כי מעשה ההתגרות האחרון הינו בעל עוצמה ואופי כזה שהוא כשלעצמו מביא לתגובה פתאומית של אובדן עשתונות בנאשם, כאשר מעשי ההתגרות עשויים להשליך על מידת עוצמתו של הקינטור האחרון. וכך ניתן במצבים מסוימים לראות בשלבי ההקנטה הקודמים ארועים נסיבתיים מצטברים העשויים ליצור רקע של מוכנות נפשית להשפעה המקנטרת של מעשה ההקנטה האחרון ובלבד שאותו מעשה, הוא עצמו, הביא למעשה האסור מתוך אובדן שליטה וספונטניות" (שם, בעמ' 475-476; ההדגשות שלי – ח"מ; עיינו גם: קדמי, בעמ' 1153-1152).

מדובר, למעשה, בהרחבה של הדרישה לקיומה של התגרות, המעוגנת בסעיף 301 לחוק העונשין. על פי הדוקטרינה הנ"ל, בנסיבות המתאימות, יש לבחון את יסוד ההתגרות במכלול, כך שיכלול בגדרו גם ממעשי התגרות קודמים, שלא בוצעו בסמוך למועד ההמתה. יחד עם זאת, ב-ע"פ 686/80 סימן טוב נ' מדינת ישראל לו(2) 253, 268 (1982) (להלן: עניין סימן טוב) נקבע כי הכרה בטענת "קנטור מתמשך" כפופה לשני תנאים מצטברים, והם:

(א) ההחלטה להרוג לא התגבשה בליבו של הנאשם כבר לפני כן.

(ב) בתכוף לפני המעשה אירע קינטור נוסף, שהוא בעל מעמד וכח עצמאיים (המכונה לעיתים: "טריגר").

בהקשר לכך, ב-ע"פ 7707/11 לחאם נ' מדינת ישראל (29.07.2015) נדחה ערעורו של נאשם בעבירת רצח לאחר שהמערער ירה לעבר המנוח באותה פרשה וגרם למותו. העבירה בוצעה על רקע פגיעה מינית שביצע המנוח באחותו של המערער, ולאחר שהמערער שמע אנשים שישבו בבית קפה מדברים על נושאים דומים. בית משפט זה דחה את טענת הקנטור שהעלה המערער באותה פרשה בנסיבות אלו נוכח העובדה כי הפגיעה המינית ארעה שנים רבות טרם מעשיו של המערער, וללא התגרות



קונקרטיה מצידו של המנוח, או אחר. חברי השופט א' שהם ציין באותה פרשה כדלקמן:

"כמו בית משפט קמא, אף אני סבור, כי יסוד העדר הקנטור, הנדרש להוכחת היסוד הנפשי של עבירת הרצח, לפי סעיף 300(א)(2) לחוק העונשין, הוכח כדבעי. המערער סיפר, כי ביום האירוע הוא התיישב בבית קפה בכפר, ושמע את יושבי בית הקפה מדברים על אונס ועל זנות, ולדבריו "זה הציק לי מבחינת נפשית, עזבתי את המקום והמשכתי לעשות סיבובים בתוך הכפר" (עמ' 311 לפרוטוקול, ש' 25-26). עוד מסר המערער, כי במסגרת שיטוטיו בכפר, הוא ראה את מנוח כאשר הלה יורד מרכבו והולך לכיוון בית המגורים של משפחתו. אף אם נצא מנקודת הנחה, כי כאשר הבחין המערער במנוח ניצתה חמתו מחדש והוא חש כלפיו זעם, נוכח אירועי העבר, אין באותם מעשים, אשר התרחשו שנים רבות עובר לירי, כדי לבסס טענת קנטור. ההחלטה לנקום במנוח גמלה בליבו של המערער, מבלי שקדמה לכך כל התגרות מצידו של המנוח או מצד מאן דהוא אחר, ואין לראות בהצטברות של זעם וכעס כלפי המנוח, לאורך השנים, כמקיימת את דרישת הקנטור, הסובייקטיבי והאובייקטיבי. לפיכך, המסקנה המתבקשת היא כי לא היה כל מעשה קנטור, שהביא את המערער לביצוע הירי" (שם, פסקה 56; ההדגשה שלי – ח"מ).

73. לסיכום האמור לעיל, קביעת קיומו של "קנטור מתמשך", השולל את היסוד הנפשי של "כוונה תחילה" הנדרש במסגרת עבירת הרצח – מותנה בקיומן של התגרויות מתמשכות ומצטברות מצד הקורבן, כאשר בתכוף למעשה ההמתה בוצע מעשה התגרות נוסף ("טריגר"), ושכלול ההתגרויות הוביל לאובדן עשתונות של הנאשם, כך שהוא לא היה יכול לחשוב ולהבין את התוצאות המוסריות הקשות של מעשיו. על ה"טריגר" להיות בעל מעמד וכוח עצמאיים, אך יחד עם זאת עוצמתו עשויה להיות פחותה מזו הנדרשת לביסוס התגרות במצב של "קנטור רגעי". כמו כן נדרש כי ההחלטה להמית התגבשה בלב הנאשם רק לאחר ה"טריגר", ולא לפני כן.

משפט משווה

74. בשלב זה אפנה את המבט למשפט האנגלי לשם בחינת העקרונות הנוהגים שם בסוגייה שלפנינו של קנטור מתמשך. באנגליה, הנושא מוסדר כיום ב- The Coroners and Justice Act 2009 (c. 25) (להלן: החוק האנגלי החדש), אשר שינה את ההגנה המסורתית של קנטור (Provocation) במתכונתה הקודמת, שנהגה במשך דורות במשפט המקובל (לרקע והתפתחות החקיקה בהקשר זה ראו: DAVID ORMEROD & KARL

Ormerod & Laird (להלן): LAIRD, SMITH AND HOGAN'S CRIMINAL LAW 583-586 (2015)  
 .((Laird

75. החוק האנגלי החדש, כולל כיום "הגנה חלקית" עקב אובדן שליטה עצמית (loss of self-control) הנגרמת מ"טריגר מספק". "הגנה חלקית" זו חלה בעבירת רצח, כאשר קבלת ההגנה מפחיתה את האשמה מעבירת רצח – לעבירת הריגה. המלומדים Ormerod ו-Laird עמדו על היחס בין הגנה עצמית לבין "הגנה חלקית" בשל אובדן שליטה עצמית, ודרשו כך :

"if D has lost self-control, self-defence is not available, but LOSC [loss of self control] may be. If D has used excessive force, the complete defence of self-defence will fail, but D may still be able to rely on LOSC; the excessive amount of force being explicable by reference to the 'loss of self control'" (Ormerod & Laird, p. 516)

76. לשונו של סעיף 54 לחוק האנגלי החדש, בחלקים הרלבנטיים לעניינו היא זו :

"54 Partial defence to murder: loss of control

(1) Where a person ("D") kills or is a party to the killing of another ("V"), D is not to be convicted of murder if—

(a) D's acts and omissions in doing or being a party to the killing resulted from D's loss of self-control,

(b) the loss of self-control had a qualifying trigger, and

(c) a person of D's sex and age, with a normal degree of tolerance and selfrestraint and in the circumstances of D, might have reacted in the same or in a similar way to D...

(3) In subsection (1)(c) the reference to "the circumstances of D" is a reference to all of D's circumstances other than those whose only relevance to D's conduct is that they bear on D's general capacity for tolerance or self-restraint.

(4) Subsection (1) does not apply if, in doing or being a party to the killing, D acted in a considered desire for revenge.

(5) On a charge of murder, if sufficient evidence is adduced to raise an issue with respect to the defence under subsection (1), the jury must assume that the

defence is satisfied unless the prosecution proves beyond reasonable doubt that it is not....

(7) A person who, but for this section, would be liable to be convicted of murder is liable instead to be convicted of manslaughter”.

77. בניגוד למצב המשפטי שקדם לו – החוק האנגלי החדש מבהיר כי הדרישה לאובדן שליטה עצמית איננה חייבת לענות על דרישה של מיידיות, זאת מכוח סעיף 54(2) לחוק האנגלי החדש, המורה כדלקמן:

“For the purposes of subsection (1)(a), it does not matter whether or not the loss of control was sudden”.

78. סעיף 55 לחוק האנגלי החדש, מגדיר את ה"טריגר" המספק לקיומה של הגנה חלקית זו, והוא קובע בחלקו הרלבנטי לענייננו כך:

“55 Meaning of “qualifying trigger”

- (1) This section applies for the purposes of section 54.
- (2) A loss of self-control had a qualifying trigger if subsection (3), (4) or (5) applies.
- (3) This subsection applies if D’s loss of self-control was attributable to D’s fear of serious violence from V against D or another identified person.
- (4) This subsection applies if D’s loss of self-control was attributable to a thing or things done or said (or both) which—
  - (a) constituted circumstances of an extremely grave character, and
  - (b) caused D to have a justifiable sense of being seriously wronged.
- (5) This subsection applies if D’s loss of self-control was attributable to a combination of the matters mentioned in subsections (3) and (4)
- (6) In determining whether a loss of self-control had a qualifying trigger—
  - (a) D’s fear of serious violence is to be disregarded to the extent that it was caused by a thing which D incited to be done or said for the purpose of providing an excuse to use violence;
  - (b) a sense of being seriously wronged by a thing done or said is not justifiable if D incited the thing to be

done or said for the purpose of providing an excuse to use violence...”

79. בפרשת R v. Dawes [2013] EWCA Crim 322, בית המשפט לערעורים קבע כי תיתכן השפעה מצטברת (cumulative impact) של אירועים קודמים לעבירה – המאפשרים ריחוק זמן בין מעשי הנאשם להתנהגות הקרבן (נתון זה שייך בפרט בעבירות אלימות במשפחה, כאשר אובדן השליטה העצמית עשוי להיווצר בשל אפקט מצטבר), ונפסק כך:

“A reaction to circumstances of extreme gravity may be delayed. Different individuals in different situations do not react identically, nor respond immediately. Thus for the purposes of the new defence, the loss of control may follow from the cumulative impact of earlier events. For the purposes of this first ingredient, the response to what used to be described as “cumulative provocation” requires consideration in the same way as it does in relation to cases in which the loss of control is said to have arisen suddenly. Given the changed description of this defence, perhaps “cumulative impact” is the better phrase to describe this particular feature of the first requirement”

(שם, בפסקה 54).

הפסיקה אנגלית דרשה קשר סיבתי בין אובדן שליטה עצמית לטריגר, וגם נקבע כי קיומו של טריגר כאמור נבחן במבחן אובייקטיבי (ראו: R v Gurpinar & Kojo- Smith [2015] EWCA 178). לשם בחינת השאלה האם אכן התקיימה הדרישה לאובדן שליטה עצמית, הוסבר כי יש לשקול את טיב ההתנהגות שיצרה את הטריגר, נסיבות הנאשם, וחלוף הזמן בין הטריגר לביצוע העבירה. בספרות האנגלית הובהר כי משך הזמן שחלף בין הטריגר לבין העבירה עדיין נותר שיקול חשוב, אולם אין זה חיוני יותר שפער הזמנים יהיה קצר (עיינו: Ormerod & Laird, בעמ' 584-585). הדרישה להגנה חלקית בשל אובדן שליטה עצמית מבוססת על כך שהנאשם מחזיק ברמה סבירה של ריסון וסובלנות (ראו: סעיף 54(1)(c) לחוק האנגלי החדש). לפיכך, עשויה להיות משמעות למשך הזמן שהיה לנאשם לחשוב ול"התקרר" בין הטריגר לבין ביצוע העבירה (עיינו: Ormerod & Laird, שם).

80. ב-פרשת R v Humphreys [1995] 4 All ER 1008 – פסק דין אשר חל עליו המצב המשפטי שקדם לחקיקת החוק האנגלי החדש, דובר על נאשמת בת 17 אשר עסקה בזנות, כאשר בן זוגה, עמו הייתה בקשר זמן לא רב קודם העבירה, חי, בין היתר, על רווחיה, והיכה אותה במספר הזדמנויות. בליל האירוע, הנאשמת חתכה את עצמה בפרק כף היד במכוון מפחד שעם שובו של בן הזוג הוא יכה אותה וכפה עליה לקיים עימו

יחסי מין לאחר שאיים עליה קודם לכן שיעשה כך. עם שובו של בן הזוג לדירה, הוא פנה לנאשמת ואמר לה כי הוא רוצה לקיים עימה יחסי מין והכין עצמו לכך. כאשר הנאשמת סירבה, בן הזוג לגלג על מצבה ואמר לה שהיא איננה מסוגלת לבצע התאבדות כראוי. בשלב זה, הנאשמת דקרה את בן הזוג למוות. בית המשפט לערעורים ביטל את הרשעתה של הנאשמת בעבירת רצח והמיר אותה להרשעה בעבירת הריגה, תוך שהוא לוקח בחשבון, בין היתר, את מצב הנפשי של הנאשמת. באותה פרשה נקבע, בין היתר, כך:

“This tempestuous relationship was a complex history with several distinct and cumulative stands of potentially provocative conduct building up until the final encounter. Over the long term there was continuing cruelty, represented by the beatings... immediately before the killing, quite apart from the wounding verbal taunt, there was his appearance in an underdressed state, posing a threat of sex which she did not want... Finally, of course, there is the taunt itself, which was put forward as the crucial trigger which caused the appellant’s self-control to snap’ (pp. 1023-1024)

במקרה זה, אלימות בן הזוג בעבר היוותה טריגר ראשון, כאשר האיומים שהשמיע כלפי הנאשמת, דרישתו לקיום יחסים עימה, ותגובתו הקשה והמבזה של בן הזוג לייאווה של הנאשמת היוותה טריגר נוסף, אשר בהצטברותו קיים את הדרישה של קנטור מצטבר (ראו שם, בעמ' 1024-1023 לפסק דינו של השופט Hirst; עיינו גם: Tony Storey, *Loss of Control: The Qualifying Triggers, Self-Induced Loss of Self-Control and Cumulative Impact*, 77 J. CRIM. L. 189, 192-193 (2013)). לאחר עיון במשפט האנגלי אעבור ליישום העקרונות הכלליים שבפסיקה על ענייננו.

81. מן הכלל אל הפרט: במקרה דנן אין כל יסוד להניח שהמערער החליט להרוג את המנוח עוד לפני ההתגרות הנוספת בליל האירוע, ואף המשיבה איננה מעלה טענה שכזו. על פי עובדות האירוע, כפי שנקבע על ידי בית המשפט המחוזי הנכבד, המפגש בין הצדדים היה אקראי. מכך נלמד כי המערער, ככל הנראה, לא חיפש את המנוח במטרה להמיתו, אלא נתקל בו באופן מקרי, והחליט להמיתו רק בסמוך לפני תחילת החניקה, או במהלכה.

82. בית המשפט המחוזי דחה את טענת המערער לקיומו של “קנטור מתמשך”, וקבע בהכרעת דינו כך:

"לא ניתן לשלול את מעשי ההתעמרות והביזוי שביצע המנוח ב[מערער] תקופה ממושכת לפני ארוע ההמתה. עם זאת, לא מצאתי כי בתכוף לפני מעשה ההמתה נעשה קינטור נוסף בעל מעמד וכח עצמאיים, אפילו בצורה פחותה" (שם, בפסקה 24).

וכן קבע:

"התעמרות המנוח ב[מערער] ומעשי הסדום שתוארו על ידו הביאו, קרוב לוודאי, להעצמה הולכת וגוברת של רגשות הזעם והתסכול של ה[מערער] ואלה השפיעו על מצבו של ה[מערער] בליל הארוע, אך, כאמור, לא ניתן לראות בדרישתו הכספית והאיום של המנוח, אם לא יביא את הכסף, מעשה התגרות בעל כח ועוצמה עצמאיים" (שם, בפסקה 24).

מדברי בית המשפט קמא הנכבד עולה כי הוא הכיר בכך, שלא ניתן לשלול שהתקיימו התגרויות מתמשכות ומצטברות מצד המנוח במקרה דנן, אשר הובילו לרגשות זעם ותסכול אצל המערער, והשפיעו על מצבו בליל האירוע. יחד עם זאת, בית המשפט המחוזי הנכבד היה בדעה כי פעולותיו של המנוח בסמוך למעשה ההמתה – לא היו התגרות בעוצמה מספקת לצורך יצירת ה"טריגר" הנדרש.

דעתי בעניין זה שונה. לטעמי, לנוכח מעשי ההתעמרות שהמנוח ביצע במערער לאורך תקופה ממושכת עובר ליל האירוע – השתלשלות הדברים בליל האירוע בסמוך לפני מעשה ההמתה מלמדת על קיומה של התגרות, שאמנם איננה בעוצמה מספקת כדי לעמוד בפני עצמה לצורך ביסוסו של "קנטור רגעי", אך מספיקה לשם "קנטור מתמשך". אביא מיד את נימוקי למסקנה זו.

83. כפי שכבר תואר, על פי התשתית העובדתית שנקבעה על ידי בית המשפט המחוזי הנכבד, לאחר שהמנוח דרש כי המערער ישלם לו 1,000 ש"ח, הוא לקח אותו אל החניון החשוך שמאחורי הפיצוציה, איים עליו כי יכה אותו, אם לא ישלם לו סכום זה תוך יום, או יומיים, ואז פתח את רוכסן מכנסיו והוציא את איבר מינו לצורך הטלת מימיו, כשהוא עומד בגבו אל המערער. נראה כי רצף פעולות זה, בפני עצמו, איננו עולה לכדי "התגרות" לצורך ביסוס "קנטור רגעי". יחד עם זאת, דומה כי בחינה של מכלול מעשי ההתעמרות שביצע המנוח כלפי המערער, בתקופה שקדמה להמתה, אשר כללו שני מעשי סדום בשבועות שקדמו לליל האירוע – מצביעה על האפשרות להכיר, בנסיבות, בקיומה של "התגרות מצטברת", המספיקה לצורך ביסוסו של "קנטור מתמשך". בסוגיה זו דעתי שונה איפוא מעמדתו של בית המשפט קמא הנכבד, שכן

פגישתו של המערער במנוח בליל האירוע באופן אקראי, לקיחתו על ידי המנוח לחניון מבודד, שבו המנוח דרש ממנו באיומים לשלם לו 1,000 ש"ח, תוך כדי פתיחת רוכסן מכנסיו לצרכי הטלת מימיו – מהווים, לכאורה, לדעתי, בנסיבות העניין, התגרות נוספת, בתכוף למעשה ההמתה, בעוצמה מספקת כדי להוות את ה"טריגר" לאותה התגרות מצטברת, וזאת אף לנוכח קביעתו של בית המשפט קמא, לפיה המעשים האמורים לא לוו בהערות מיניות כלפי המנוח.

84. משקבעתי כי המערער היה נתון להתגרות מצטברת מהמנוח, וגם שהיה קיים ה"טריגר" הנדרש בתכוף למעשה ההמתה, ולמצער קיים ספק בכך – נותר לבחון כיצד הושפע המערער מאותו ה"טריגר", ואם הדבר גרם לו לאיבוד עשתונות וביצוע של מעשיו הקטלניים, מבלי לשקול את תוצאותיהם המוסריות. לכן אפנה עתה.

85. המערער תיאר בעדותו את תגובתו הנפשית ל"טריגר" הנ"ל באופן הבא: "ראיתי שהוא מרים את המכנס. ראיתי אותו מאחורה. איך שהוא בא להסתובב, הזעם וכל הכעס, חנקתי אותו" (עמ' 60 לפרוטוקול, שורות 2-3). ובמהלך החקירה הנגדית מסר: "חנקתי אותו שאני עמדתי והסתכלתי עליו, פשוט ראיתי את כל מה שקרה, במיוחד את האונס. אני עומד והוא מוציא את האיבר מין שלו ומשתין. איך שהוא מוציא את האיבר מין נכנס לי כל מיני דברים, הסתובב לי המוח" (עמ' 66 לפרוטוקול, שורות 3-6; ההדגשה שלי – ח"מ).

האמירות הנ"ל אכן עשויות להעיד על אובדן עשתונות ספונטאני של המערער, באופן שמנע ממנו להבין את ההשלכות למעשיו. ואולם, כאמור, בית המשפט קמא הנכבד בחר שלא לקבל את דברי המערער בעניין זה, וביכר את דבריו מהודעתו הראשונה. בהתבסס בעיקר על דברים מתוך ההודעה האמורה, בית המשפט קמא הנכבד הגיע למסקנה כי המערער: "פעל באופן מחושב והבין את תוצאות מעשיו בזמן אמת". כפי שצוין לעיל, מסקנתי בהקשר זה שונה מזו של בית המשפט המחוזי הנכבד, וזאת אף בהתעלם מדברי המערער במסגרת עדותו, שנדחו על ידי הערכאה קמא הנכבדה. אקדים ואומר כי דעתי היא שהמערער אכן גיבש החלטה להמית את המנוח, אך מתעורר ספק סביר שמא המערער אכן לא פעל מתוך יישוב דעת, אלא מתוך אובדן עשתונות שנבע ממצבור מעשי ההתעמרות הפיזיים, המיניים, המילוליים והנפשיים שביצע בו המנוח, וממעשי המנוח בתכוף לאירוע ההמתה, אשר מנעו ממנו לשקול את התוצאות המוסריות של מעשיו. אפרט להלן את הטעמים לעמדתי.

86. כפי שצוין לעיל, המערער סיפר על ההתעללות המינית שחוה מצידו של המנוח רק באמירתו השלישית במשטרה. כפי שכבר ציינתי, אין משמעות הדבר כי יש להימנע באופן מוחלט משימוש בדברים שנמסרו על ידו בהודעות שקדמו לכך, אך יש להתייחס בזהירות לחלקים מתוך אותן הודעות שעלולים להיות מושפעים מאי-חשיפת הרקע המיני הרלבנטי. בין אלה, יש לכלול את הדברים הנוגעים לתגובתו הנפשית של המערער ל"טריגר", שכן כיצד יכול היה המערער להסביר את אובדן העשתונות שנבע מלקיחתו (ללא התנגדות) לחניון מבודד והבחנה במנוח פותח את מכנסיו ומוציא את איבר מינו, מבלי לחשוף את ההתעללות המינית שביצע בו המנוח בשבועות שקדמו לכך?

87. נוכח האמור לעיל, יש להתייחס, איפוא, בזהירות לדברי המערער בנוגע לתגובתו הנפשית ל"טריגר", ולנסות ללמוד על תגובה זו, ככל הניתן, ממכלול דבריו של המערער, מהשתלשלות האירועים ומראיות חיצוניות.

88. מהשתלשלות הדברים במקרה שלפנינו עולה לדעתי ספק סביר בנוגע לכך שמעשיו של המערער אכן נעשו ב"דם קר". כפי שכבר תואר, בתום מעשה החניקה, לאחר שהמנוח נפל על הארץ, המערער הכה אותו באבן והביא, על פי חוות הדעת הפתולוגית, למותו. המערער מסר בהודעתו הראשונה כי בשלב זה הוא הסיק שהמנוח מת וגרר אותו. וכך הוא מתאר:

"ש. מדוע גררת אותו לכיוון הפח? מה היתה המטרה שלך בגרירה שלו?  
 ת. הוא היה נראה בולט לעין אז לקחתי אותו לכיוון הפח כי הפח מסתיר קצת אז לקחתי אותו לכיוון הפח.  
 ש. למה רצית להסתיר אותו?  
 ת. זה היה נראה בולט לעין אז... אחרי זה כבר הבנתי שהוא מת, אז אני אשאיר גופה בולט לעין?" (ת/1, שורות 203-206)

וכך גם עולה מהדברים שהמערער מסר במהלך השחזור בזירת ההריגה (ת/2):

"רס"ר שקלים: הוא מת. ומה אתה עשית באותו רגע?  
 החשוד: גררתי אותו מהרגליים."

עוד מתאר המערער בשחזור, כי לאחר שסיים לגרור את המנוח לכיוון הפת, ולמרות שהסיק כי המנוח כבר איננו בחיים, הוא שב והכה אותו באמצעות אבן מספר פעמים נוספות:



"רס"ר שקלים: ... לאיפה גררת אותו בדיוק?  
 החשוד: לפה, שכה פה. פה, פה הוא שכב.  
 רס"ר שקלים: שכב פה?  
 החשוד: כן. תנו לי רגע. שכב פה. הנה, לבנה כזאתי  
 בדיוק ודפקתי לו כמה פעמים".

דבריו הנ"ל של המערער נתמכים בתמונות מזירת האירוע בהם נראית אבן שפה מוכתמת בדם באזור שבו, ככל הנראה, בוצעה החניקה, ושלוש אבנים נוספות (שעל פי חוות דעתו של המומחה מטעם החטיבה לזיהוי פלילי – היוו אבן אחת בטרם תקיפת המנוח) בסמוך למכולת האשפה שלכיוונה המערער גרר את המנוח.

89. השתלשלות האירועים הנ"ל מצביעה על כך שהמערער אמנם התכוון, תוך כדי החניקה, להרוג את המנוח, ואולם מצטיירת אפשרות, בלתי מבוטלת, כי מדובר בהחלטה פתאומית, שלא נתקבלה ביישוב דעת, אלא מתוך סערת רגשות שהובילה אותו להמשיך ולהכות את המנוח באבן גם לאחר שהסיק כי הוא כבר הלך לעולמו.  
 90. האפשרות שהמערער פעל מתוך אובדן עשתונות פתאומי זוכה לחיזוק מתוך חוות הדעת הפתולוגית, בה נכתב כי על גופתו של המנוח: "נמצא פצע קרע במפשעה ובפין שנגרמו, קרוב לודאי, לאחר המוות". המערער נשאל בנוגע לממצא האמור במהלך חקירתו החמישית במשטרה (ת/8), וכך הגיב:

"ש. האם לפני המוות או אחריו, התעללת ב[מנוח] בכך שפצעת אותו בכוונה באיבר מינו או במפשעות?  
 ת. בכוונה לא.

...

ש. האם יכול להיות שבגלל שהיית שיכור בזמן הרצח, אתה לא זוכר... שפגעת [במנוח] באזור איבר מינו בכוונה כנקמה על כך שהתעלל בכך מינית שבועות לפני הרצח?

ת. לא יודע מה להגיד לך על זה, באותו יום זה היה חג, ל"ג בעומר אז שתיתי פה, שתיתי שם וכנראה ששתיתי קצת יותר ממה שצריך אז אם אתם אומרים שאיבר המין שלו נפגע, אז אחרי שחנקתי אותו והא (צ.ל. והוא – ח"מ) מת אז יכול להיות שגם האבן הגיע לאיבר המין שלו כי באותו זמן היה לי כל מיני מחשבות ופחדים".  
 (ת/8, שורות 28-37).

91. שילוב של חוות הדעת הפתולוגית עם הדברים הנ"ל אמנם איננו מהווה ראיה לכך כי המערער פגע באיבר מינו של המנוח כנקמה על ההתעללות המינית שביצע בו, ואולם יש בכך כדי להוסיף לאותו פקט שמתעורר בנוגע לטענת המשיבה לפיה המערער פעל מתוך יישוב דעת ובאופן מחושב. כך גם אופיו של המערער, שתואר כאדם רגוע

ומופנם, שאיננו נוהג לנקוט באלימות, מחזק את הסברה כי פעולותיו נעשו מתוך סערת רגשות ולא באופן שקול.

92. מהאמור לעיל עולה כי על אף שהמערער ידע להעריך מבחינה פיזית את מעשיו ואת תוצאתם הקטלנית, והוא אף חפץ בתוצאה זו – קיימת אפשרות, בלתי מבוטלת, כי הסיטואציה שעמדה בפניו, שדמתה במידה מסוימת למצבים שהקדימו את מעשי הסדום הקודמים שחוה, גרמה לו לסערת רוחות בה נחלשו מעצוריו הנפשיים, עד שלא שקל והעריך מוסרית את התוצאה הקטלנית של מעשיו.

93. סיכום ביניים: דומה כי במקרה דנן מתעורר ספק סביר לגבי קיומו של היעדר הקנטור על פי המבחן הסובייקטיבי, וזאת לפי התנאים של "קנטור מתמשך" שהובאו בפסקה 72 שלעיל. כעת אפנה למבחן המשלים לצורך הכרעה בשאלת רכיב היעדר הקנטור, שהוא המבחן האובייקטיבי. המבחן האובייקטיבי

94. כאמור, בהלכה הפסוקה נקבע כי קיומו של קנטור מחייב גם עמידה במבחן אובייקטיבי. במשך השנים נמתחה ביקורת על השימוש במבחן זה, הן על ידי שופטים והן על ידי חוקרים מן האקדמיה (ראו: יורם רבין ויניב ואקי דיני עונשין כרך א 443-441 וההפניות שם (מהדורה שלישית, 2014) (להלן: רבין וואקי כרך א)). בעניין ביטון בית משפט זה התייחס בהרחבה לשאלה אם יש הצדקה להיזקק גם למבחן האובייקטיבי כאחד מרכיבי יסוד ה"כוונה תחילה" בעבירת רצח ונקבע כי למרות הקשיים העולים מהכנסתה של אמת מידה אובייקטיבית כחלק מהגדרתה של "כוונה תחילה" – יש להתיר את המבחן בעינו עד שיחליט המחוקק לתקנו (שם, בפסקה 65 לפסק דינו של הנשיא א' ברק). ואכן יש לציין כי במסגרת הצעות החוק לרפורמה בדיני ההמתה נעשה שינוי משמעותי בנושא, במובן זה שיסוד הקנטור בכללותו הוצא מהגדרת היסוד הנפשי בעבירת הרצח, והוכנס במקום זאת כנסיבה המצדיקה הפחתת אחריות מרצח ל"המתה בנסיבות של אחריות מופחתת" (ראו: סעיף 301ב(א)(1) להצעות החוק לרפורמה בדיני ההמתה)).

95. במסגרת מבחן הקנטור האובייקטיבי יש לבחון אם "אדם מן היישוב", אילו היה נתון במצבו של הנאשם, היה עלול לאבד את השליטה העצמית ולנהוג בדרך שבה נהג הנאשם. מבחן זה נועד להוות "בלם ערכי הבא לכפות נורמות התנהגות" (ראו: ע"פ 322/87 דרור נ' מדינת ישראל, פ"ד מג(3) 718, 724 (1989)), ומטרתו הוגדרה בהרחבה בעניין בנו על ידי הנשיא ש' אגרנט בזו הלשון:

"חשוב להבין, כי משמעותו של המבחן האובייקטיבי איננה, כי על בית המשפט להציג לעצמו את השאלה אם רוב האנשים במדינה, בהיותם במצבו של הנאשם, היו נוהגים, בהשפעת הקינטור, בדרך הקטלנית שבה נהג הלה, שכן לפי האמת, הכרחי להניח כי רובם היו מתגברים על השפעת הקינטור ונמנעים מתגובה קטלנית. השאלה אשר בית המשפט חייב להציג לעצמו, לפי המבחן האמור, היא רק, אם הקינטור, שהופנה כלפי הנאשם היה כה רציני, בשים לב לנסיבות המקרה, עד כדי שיש להסיק שרוב האנשים היו מתקשים מאוד שלא להיכנע להשפעתו ולפיכך היו עלולים להגיב בצורה הקטלנית שבה הגיב הנאשם" (שם, בעמ' 580; ההדגשה במקור – ח"מ).

96. במסגרתו של המבחן האובייקטיבי מתבצע איזון בין ערכים ועקרונות מתחרים. הנשיא א' ברק היטיב לבטא את האיזון האמור כך:

"מחד גיסא הוא אינו מוכן להכיר ב'חולשת הטבע האנושי' כנימוק מספיק לשלילת האחריות בגין רצח בכל מקרה של קטילה מכוונת בו ההתגרות הביאה לתגובה ספונטנית-פתאומית; הוא אינו מוכן להבחין בין סוגי אנשים שונים ובכך להפר את עקרון השוויון; הוא מבוסס על הצורך של בני החברה לקיים ריסונים החיוניים לחברה. הוא אינו מוכן להתחשב אך באובדן השליטה כתוצאה מההתגרות, ובכך 'לזנוח כל נסיון לכפות התנהגות נורמטיבית ולהחיל את עקרון השוויון בפני החוק' (השופט מ' שמגר בפרשת סימן-טוב, עמ' 261). מאידך גיסא הוא מוכן להתחשב באותם מצבים מיוחדים של 'חולשת הטבע האנושי' שאין בהם עמדה אנטי-חברתית בוטה ושהיא פרי אובדן שליטה בעקבות התגרות קשה שגם בני תרבות עלולים שלא לעמוד בפניה ולהכשל בהתמודדותם עימה" (עניין ביטון, בפסקה 37 לפסק דינו; ההדגשות במקור – ח"מ).

97. בא-כוחו של המערער טוען כי יש לבצע "סובייקטיביזציה" של המבחן האובייקטיבי במקרה שלפנינו, במובן זה שתוחלף אמת המידה של "האדם הסביר" ב"קורבן האונס הסביר". טענות להכרה בתכונות סובייקטיביות במסגרת מבחן היעדר הקנטור האובייקטיבי נדחו בעבר על ידי בית משפט זה במספר הזדמנויות. כך, לדוגמא, סירב השופט ברנזון להתחשב בארץ מוצאו, בעדתו, או כגזעו של הנאשם לשם מבחן היעדר הקנטור (ראו: ע"פ 46/54 היועץ המשפטי לממשלת ישראל נ' סגל, פ"ד ט 393, 434 (1955) (להלן: עניין סגל)). בדומה לכך, ב-ע"פ 6580/96 צ'קולה נ' מדינת ישראל

(06.07.2000) קבע השופט מ' חשין כי אין לקבל את המונח: ה"אתיופי המצוי", ולהקל בדרישות המבחן האובייקטיבי ביחס לקבוצה זו (לסקירה של הפסיקה בשאלה הסובייקטיביזציה של המבחן האובייקטיבי ראו: רבין וואקי כרך א, בעמ' 443-447)).

98. ב-עניין ביטון, הנשיא א' ברק עמד בהרחבה על השיקולים בשאלת הסובייקטיביזציה של המבחן האובייקטיבי, לרבות סקירת המשפט המשווה, והגיע למסקנה כי ראוי להתחשב בנתונים סובייקטיביים של הנאשם בגדר מבחן זה. יחד עם זאת, הנשיא ברק הביע חשש כי סטייה ממתכונתו הטהורה של המבחן האובייקטיבי עלולה להוביל למדרון חלקלק, וסבר כי יש להשאיר למחוקק גם את המלאכה של קביעת "נקודת העצירה" לשיקולים הסובייקטיביים שאותם ניתן להכניס במסגרת הבחינה האובייקטיבית (שם, בפסקה 68 לפסק דינו). יתר שופטי ההרכב הצטרפו לחוות דעתו של הנשיא ברק בנושא זה.

99. בהתאם להלכה שנקבעה איפוא בעניין ביטון, נראה כי יש להימנע מביצוע של "סובייקטיביזציה" למבחן הקנטור האובייקטיבי, ואין לסטות, בשלב זה, מאמת המידה של "האדם הסביר". יחד עם זאת, סבורני כי המקרה דנן איננו מצריך היזקקות לאמת המידה של "קורבן עבירת המין הסביר", שכן ההתעללות המינית שהמערער עבר נכנסת לגישתי בגדרי המבחן האובייקטיבי. אסביר הדברים מיד בסמוך.

100. כאמור, מבחן הקנטור האובייקטיבי בוחן: "אם אדם מן היישוב, אילו היה נתון במצבו של הנאשם הקונקרטי, היה עלול לאבד את השליטה העצמית ולהגיב באורח קטלני כדרך שבה נהג הנאשם" (עניין אליאבייב, בעמ' 467; ההדגשה שלי – ח"מ). מהגדרת המבחן האמור אנו למדים כי בבחינת תגובתו של "האדם מן היישוב", יש להכניס נסיבות קונקרטיות מסוימות במסגרת "מצבו של הנאשם". השאלה הינה אם ההתעללות המינית שהמערער חווה נכנסת בגדר אותן נסיבות קונקרטיות שהכנסתן מותרת בגדר המבחן האובייקטיבי, או שמא מדובר בסובייקטיביזציה "אסורה" על פי ההלכה בעניין ביטון. כפי שאפרט מיד, דעתי היא כי בנסיבות המקרה דנן, יש לכלול גם את המעשים הקודמים שביצע המנוח במערער בגדר המבחן האובייקטיבי, ואין בהכללה שכזו סובייקטיביזציה "אסורה".

101. כמו במקרים אחרים, כך גם בעניינו "סיפור המעשה אינו מתחיל "באמצע" (ראו: ע"פ 132/10 טוואצאו נ' מדינת ישראל, בפסקה 8 לחוות דעתו של השופט הנדל (05.09.2011)). ההיכרות בין המערער למנוח לא התרחשה בליל האירוע. מספר שנים קודם לכן החל המנוח להתעמר במערער על ידי הדבקת כינוי גנאי בו, איומים ובזיזת כספו. ההתעמרות הגיעה לשיאה במהלך השבועות שקדמו לליל האירוע, אז המנוח

ביצע במערער עבירות מין קשות בשתי הזדמנויות נפרדות. מובן כי לא ניתן לנתק את מערכת היחסים המתוארת בין הצדדים במסגרת המבחן האובייקטיבי, כפי שלא ניתן להתעלם מהתנהגותו של המנוח ברגעים שקדמו למעשה ההמתה. אף בענייננו, מדובר במערכת יחסים מתמשכת, אשר השפיעה באופן ישיר על רף ההתגרות של המערער ביחס למנוח בליל האירוע, המהווה חלק ממצבו של המערער בעת ביצוע מעשי ההריגה. מכאן שעלינו לכלול, בנסיבות העניין, את ההיסטוריה בין המערער לבין המנוח במסגרת מבחן הקנטור האובייקטיבי במתכונתו המסורתית.

פני הדברים היו שונים, למשל, אילו היה מדובר בהרג של אדם אחר, שאיננו קשור לעבירות המין שבוצעו במערער. בנסיבות שכאלה, כל התחשבות בהיותו של המערער קורבן לעבירת מין היתה נראית כסובייקטיביזציה "אסורה", משום שהיא מביאה בחשבון נסיבה שהינה חיצונית למערכת היחסים בין הנאשם לאדם שהותקף.

102. מסקנתי שלעיל אף נגזרת מתוך ההכרה בנסיבות המצדיקות שימוש בדוקטרינה של "קנטור מתמשך" במסגרת מבחן הקנטור הסובייקטיבי. ברי כי ככל שמובאות בחשבון התרחשויות שקדמו למועד ההמתה במסגרת המבחן הסובייקטיבי, יש להכניסן גם במסגרת מבחן הקנטור האובייקטיבי – נלא דוקטרינת הקנטור המתמשך תרוקן מתוכן כליל, מכיוון שלעולם לא יהיה ניתן לעמוד במבחן הקנטור האובייקטיבי, והכל בהתאם לבנסיבות.

טלו, לשם דוגמה, מקרה שבו אישה גורמת למותו של בעלה לאחר שנים של התעללות פיזית ממושכת, כאשר בסמוך לפני מעשה ההמתה בוצעה התגרות נוספת מצד הבעל בדמות איומים מילוליים כי הוא עומד להכותה. על פניו, המקרה המתואר מצדיק האשמה בהריגה ולא ברצח, שכן מדובר בנסיבות של קנטור מתמשך, ויתכן שייקבע כי קיים קנטור על פי המבחן הסובייקטיבי לאחר בחינת מכלול מעשיו של הבעל. יחד עם זאת, ברי כי לא ניתן יהיה לצלוח את מבחן הקנטור האובייקטיבי ככל שלא תוכנס ההיסטוריה בין הנאשמת למנוח בגדר מבחן זה, שכן ספק אם די באיומו של המנוח בתכוף להמתה, במנותק ממעשי התעללות בעבר, כדי לאפשר הכרה בכך ש"האדם הסביר" היה פועל כפי שפעלה הנאשמת.

103. מן הכלל אל הפרט: בעניין שלפנינו, דעתי היא כי בחינה נורמטיבית מצדיקה הכרה בקיומו של קנטור מתמשך גם במסגרת המבחן האובייקטיבי. אדם מן היישוב, אשר נפגש באקראי באדם שהתעלל בו מינית, נלקח על ידי אותו מתעלל לאיזור חשוך ומבודד, בו קיים יסוד להניח כי הוא עומד לחוות התעללות מינית נוספת, ואז הוא

מבחין כי המתעלל פותח את מכנסיו ומוציא את איבר מינו (חרף כך שאיננו מבצע בו עבירת מין, או מנסה לעשות כן בפועל) – אכן עלול להיכנע ל"חולשת הטבע האנושי", לאבד את עשתונותיו ולהגיב בתגובה ספונטנית, כפי שהגיב המערער. בנסיבות המתוארות, לא מן הנמנע שהאדם הסביר היה מאבד את השליטה העצמית, כושל להבין את התוצאות המוסריות של מעשיו ולא היה מעלה את ערך החיים של המתעלל לדרגה הראויה על פי עקרון קדושת החיים. משכך הנני סבור כי יש להכיר בקנטור במקרה דנן גם לפי מבחן הקנטור האובייקטיבי, וזאת לפי אמת המידה המסורתית של "אדם מן היישוב".

104. אין להבין מדברי כי התנהגות המערער היתה סבירה, או כי רוב האנשים במדינה היו נוהגים כפי שהמערער נהג. המערער קיבל החלטה, אף אם ספונטנית, להרוג את המנוח, וכך עשה. על כן, אין לפטור אותו מאחריות פלילית, אלא עליו לשאת בעונש ההולם את מעשיו. השופט מ' זילברג כתב בהקשר זה בחוות דעתו ב-עניין סגל כדלקמן:

"המגיב במעשה רצח על קנטור ממש, אינו זוכה ל"נכיון-אשמה" כל שהיא בשל קנטורו של הקרבן. ובצדק! כי אין לך קנטור בעולם אשר יצדיק מעשה רצח, ואין לך רצח בעולם שיהיה מעשה סביר, אף אם הקנטור שגרם לו היה עלול להשפיע על אדם סביר. כי קדושת חיי אדם היא חובה מוסרית החלטית... כל ההפחתה הזו מרצח להריגה אינה אלא חסד, שנוטה החוק לחולשת הטבע האנושי כאמור" (שם, בעמ' 407).

הכרה בקיומו של קנטור לפי המבחן האובייקטיבי במקרה דנן נועדה לפיכך למנוע הטלת אות קין של רוצח על המערער, אשר הגיב כפי שאנשים רבים במצבו היו עלולים להגיב באותן נסיבות (ראו: ע"פ 3071/92 אזואלוס נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(2) 573, 580 (1996)).

105. מסקנתי אף עולה בקנה אחד עם השינויים הצפויים במסגרת הצעות החוק לרפורמה בדיני ההמתה. סעיף 301 ב להצעות החוק האמורות מגדיר, בין היתר, כי במצב בו נאשם הורג אחר בעקבות קנטור – הוא יואשם בעבירה של: "המתה בנסיבות של אחריות מופחתת", ולא ברצח, ועונשו יהיה עד 20 שנות מאסר. דין זה נקבע במסגרת הסעיף לנאשם אשר הרג בנסיבות מסוימות, וביניהן כאשר הוא היה נתון במצב של מצוקה נפשית קשה, עקב התעללות חמורה ומתמשכת בו, בידי המנוח. בדברי ההסבר לסעיף נכתב כי הפחתת האחריות נועדה למנוע הטלת תיוג "רוצח" על אדם ההורג בנסיבות המיוחדות המתוארות בסעיף, וזאת בשונה מסעיף 300 לדין הקיים, אשר מאפשר רק הפחתה של העונש באותן נסיבות (שם, בעמ' 870).

106. נוכח האמור לעיל, משקבעתי שהתקיים כאן קנטור על פי המבחן האובייקטיבי, וכי מתקיים ספק סביר באשר להתקיימות קנטור סובייקטיבי בנסיבות העניין – הרי שאין לי אלא להכריע כי המערער אכן התכוון פה להרוג את המנוח, אך לא היה מדובר ב"כוונה תחילה". לפיכך אציע לחברי ולחברתי לזכות את המערער מעבירת הרצח, ולהרשיעו במקומה בעבירת ההריגה (עבירה לפי סעיף 298 לחוק העונשין).

העונש

107. כאמור, אם תתקבל דעתי, המערער יורשע בעבירת הריגה על פי סעיף 298 לחוק העונשין. הסעיף האמור מאפשר הטלת עונש מירבי של 20 שנות מאסר בפועל. יחד עם זאת, ענישה זו הינה העונש המירבי וניתן להשית עונש מאסר לתקופה קצרה יותר, וזאת לאור העקרונות שבתיקון 113 לחוק העונשין.

108. תיקון 113 לחוק העונשין קובע כידוע מבחן תלת שלבי לצורך גזירת עונשו של נאשם שהורשע. בשלב הראשון על בית המשפט להכריע אם מדובר באירוע אחד, או מספר אירועים. בשלב השני נדרש בית המשפט לקבוע את מתחם הענישה, וזאת לאור העיקרון המנחה הדורש קיומו של יחס הולם בין חומרת מעשה העבירה בנסיבותיו ומידת אשמו של הנאשם ובין סוג ומידת העונש המוטל עליו (סעיף 40ב לחוק העונשין). לבסוף, בשלב שלישי יש לבחון אם במקרה הספציפי קיימות נסיבות המצדיקות חריגה ממתחם הענישה – משיקולי שיקום, או הגנה על שלום הציבור. ככל שאין בנמצא נסיבות המצדיקות חריגה כאמור – יגזר העונש בתוך מתחם הענישה שנקבע בשלב השני, תוך שמובאים בחשבון שיקולים של הרתעת היחיד והרבים וכן נסיבות שאינן קשורות בביצוע העבירה (ראו: ע"פ 8641/12 סעד נ' מדינת ישראל (5.8.2013); ע"פ 4741/13 מדינת ישראל נ' נעאמנה (10.6.2014)).

109. ענייננו נוגע למעשה בודד ולהרשעה בעבירה אחת. מכאן אעבור לפיכך מיד לשלב השני, שהוא קביעת מתחם הענישה. לצורך כך יש להתחשב במספר פרמטרים המנויים בסעיף 40ג לחוק העונשין, והם: מדיניות הענישה הנהוגה, הערך החברתי שנפגע מביצוע העבירה, מידת הפגיעה בו, והנסיבות הקשורות בביצוע העבירה.

110. באשר לשיקול של מדיניות הענישה הנהוגה כבר נקבע בפסיקה כי: "בעבירת ההריגה קיימת קשת רחבה של ענישה, על פי מגוון המצבים והנסיבות, ולכן העונש

הראוי נגזר מנסיבותיו של כל מקרה ומקרה. לפיכך, אין ניתן לקבוע את העונש בדרך של השוואה אריתמטית" (ראו: ע"פ 7000/10 אלפידל נ' מדינת ישראל, בפיסקה 33 לפסק דינו של השופט א' שהם (25.10.2012); עיינו גם: ע"פ 2090/06 פלוני נ' מדינת ישראל (10.1.2007)).

111. נוכח האמור לעיל – באי-כוח הצדדים הפנו זה בכה וזה בכה לתוצאות שונות בפרשות שבאו בפנינו. במסגרת הטיעונים אוזכר ע"פ 6353/94 בוחבוט נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(3) 647 (1995), שם נדונה אשה שהרגה את בעלה לאור: "מעשי האלימות, ההתעללות והטרור שהופעלו [עליה] על-ידי המנוח במשך 24 שנות נישואיהם". לאחר שהואשמה והורשעה בעבירת הריגה – בית המשפט העליון גזר עליה, ברוב דעות, 3 שנות מאסר בפועל. אמנם קיים דמיון מסוים בין נסיבות המקרה שלפנינו לזה של גב' כרמלה בוחבוט, שכן בשניהם בוצע הרג של המתעלל על ידי קורבן ההתעללות. יחד עם זאת, ישנם מספר הבדלים בולטים בין המקרים, אשר מחייבים שוני בגזר הדין, והם, בין היתר: אורך תקופת ההתעללות, העובדה שגורמי המשטרה עורבו, והקושי שעמד בפני גב' כרמלה בוחבוט, שכן היה מדובר בבעל שאיתו היא התגוררה.

ראוי גם לציין כאן את ע"פ 4419/95 תדד נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(2) 752 (1996) (להלן: פרשת תדד), בו דובר במערער אשר הורשע בהריגה לאחר שירה באביו למוות באמצעות נשקו של אחיו החייל, וזאת בעקבות מעשי ההתעללות הפיזית ומילולית שביצע האב בו, וביתר בני המשפחה, לאורך שנים רבות. בית המשפט המחוזי גזר על הנאשם עונש של 10 שנות מאסר בפועל, וערעורו על חומרת העונש נדחה על ידי בית המשפט העליון.

בנוסף, רלבנטי לענייננו גם ע"פ 7002/09 פלוני נ' מדינת ישראל (20.06.2010). באותו עניין דובר על מערער, קטין בעת ביצוע העבירה, שהורשע בבית המשפט המחוזי, בין היתר, בעבירת הריגה לאחר שדקר למוות את המנוח, אשר ניסה לבצע בו עבירת מין בזמן שישן בביתו. בית המשפט המחוזי גזר על המערער, בין היתר, עונש של שמונה שנות מאסר. בית המשפט העליון קיבל את ערעורו של המערער על גזר הדין והעמיד את עונשו על שש וחצי שנות מאסר לריצוי בפועל. עם זאת, ראוי לאבחן בין המקרים. באותה פרשה נקבע כי מדובר ב"מקרה חריג ומיוחד בנסיבותיו" כאשר בהחלטתו של המערער להתגונן כשלעצמה לא נפל פגם, אך הוא הפריז בתגובתו עד שזו הפכה בלתי סבירה. אף נסיבות העושה באותו מקרה שונות: המערער שם היה קטין בן 16 במועד ביצוע העבירות, והוא הודה במיוחד במיוחד לו.



לבסוף, בא-כוח המערער הפנה עוד, במסגרת השלמת הטיעון האחרונה שהגיש בתאריך 04.05.2016 לאסמכתא נוספת – ע"פ 6283/09 לוי נ' מדינת ישראל (24.11.2010) (להלן: עניין לוי). באותו מקרה המערער הורשע בעבירת הריגה בכך שתקף את המנוח וגרם למנוח חבלת ראש חמורה. המנוח הובהל לבית חולים כשהוא ללא הכרה, ובחלוף כשבועיים, נקבע מותו. במסגרת הכרעת הדין נקבע כי המערער הותקף מינית על ידי המנוח במספר הזדמנויות בעת שהיה ילד, כאשר לפני שהמערער תקף את המנוח, המערער הבחין במנוח שהוא מתכוון לבצע עבירות מין בקטין נוסף. באותה פרשה, נקבע עוד כי חלפו כ-20 דקות בין הזמן בו המערער ראה את המנוח מנסה לבצע עבירות מין בקטין הנ"ל לבין הזמן בו המערער חזר ותקף את המנוח בשנית, והפעם ללא שראה אחר שמצוי בסכנה כלשהי. המערער נדון בבית המשפט המחוזי, בין היתר, לעונש של שבע שנות מאסר, וערעור על חומרת העונש נדחה על ידי בית המשפט העליון, תוך שצוין כי בשלב השני של האירועים היתה התקיפה פעולת נקם, תוך שהמערער צופה את התוצאה הקטלנית של מעשיו.

אף פה קיים דמיון מסוים בין עניין לוי לנסיבות המקרה דנן. עם זאת, קשה לגזור גזירה שווה מלאה בין המקרים. בשונה מענייננו – ב-עניין לוי, למערער יוחסה תחילה עבירה של חבלה בכוונה מחמירה. רק לאחר פטירתו של המנוח שונה סעיף האישום לעבירה של הריגה, ובה הורשע המערער שם בסופו של דבר. יתרה מכך, ב-עניין לוי העבירה בוצעה באלימות חמורה פחות והתוצאה הקטלנית שם לא היתה מיידית. בית משפט זה אף קבע כי העונש שהושת על המערער באותה פרשה: "אינו חמור כלל ועיקר", כך שקשה לראות בו כמנחה מדיניות ענישה כללית במקרים הדומים לענייננו.

112. הפגיעה בערך החברתי במקרה דנן הינה חמורה ביותר. בעניין זה ראוי להביא מדברים שנאמרו ב-פרשת חדד: "עקרון קדושת החיים חל בצורה שווה על כל אדם באשר הוא אדם. דמו של עבריין אלים ונתעב אינו סמוק פחות מדמם של אחרים" (שם, בעמ' 764). שיקול זה מצדיק איפוא קביעת מתחם ענישה מחמיר בעבירות מסוג אלו בהן המערער הורשע. ב-פרשת חדד הנ"ל נאמרו עוד הדברים הבאים:

"קדושת החיים היא שהניעה את המחוקק לקבוע עונש של מאסר עולם חובה לצדה של עבירה הרצח, והיא העומדת בבסיס קביעת עונש של עשרים שנים מאסר - שהיא התקופה הקצובה בחוק למאסר עולם שאינו עונש חובה - לצדה של עבירת ההריגה. השמירה על קדושת החיים - לדבות קביעתה של קדושה זו בהכרת הכול - היא העומדת בראש תכליות הענישה במקום שמדובר בנטילת

חיי אדם, ועל בית המשפט לשוות זאת לנגד עיניו בגזר  
את הדין בעבירות רצח והריגה. לא בכדי הוצב הדיבור  
"לא תרצח" בראש הדיברות המבטאים את הכללים  
הבסיסיים של חיים בחברה מתוקנת, שאין לך מעשה  
נורא הימנו... " (שם, בעמ' 765).

113. בהקשר האמור אוסיף כי תחושת הצדק ואמון הציבור במערכת המשפט עלולות להיפגע אם יוצר פער גדול מדי בין העונש בגין עבירת רצח בכוונה תחילה לבין העונש בגין עבירות הריגה שבוצעו בנסיבות חמורות (עיינו: ANDREW ASHWORTH, SENTENCING AND CRIMINAL JUSTICE, 130 (Sixth ed., 2015) (להלן: Ashworth)). בית המשפט האנגלי לערעורים עמד על כך באחת הפרשות, בציינו כדלקמן:

"...vast disproportion between sentences for murder and the sentences for offences of manslaughter which can sometimes come very close to murder would be inimical to the administration of justice" (R. v. Wood [2009] EWCA Crim 651, par. 22).

בנוסף, יש לשמור כי העונש בגין עבירת הריגה ישקף גינוי מוסרי המייחד נטילת חיי אדם והמבחין סוג עבירות אלו מעבירות אלימות אחרות שאינן כוללות המתה (השוו: Ashworth, בעמ' 277).

114. גזירת הדין במקרים כגון אלו הינה לפיכך משימה קשה. במבט משווה, בהנחיות האנגליות לגזירת הדין העוסקות בהריגה בשל קנטור מוסבר כי על השופט לשקול בגזר דינו, בין היתר, את המשתנים הבאים ולאזן ביניהם (ראו: Sentencing Guidelines Manual, Manslaughter by Reason of Provocation (2005) (להלן: ההנחיות האנגליות)).

ראשית, עוצמת הקנטור, טיבו ואורכו. במסגרת זאת על השופט לשקול האם הקנטור הוא חריף במיוחד, האם הקרבן איים על הנאשם בלבד, או גם על ילדיו, או קרוב לו, התעללות של הקרבן בנאשם בעבר ואופיה, מצבו הנפשי של הנאשם והשפעתו על תפיסת הקנטור. נתון חשוב הוא טיב ההתנהגות המקנטרת, משכה, והאפקט המצטבר שלה לאורך זמן, אם ישנו. בעת בחינת טיב הקנטור על השופט לשקול האם הקרבן הפעיל אלימות פיזית כלפי הנאשם, או הסתפק באיום מילולי, והאם מעשי הנאשם הונעו מפחד, או ייאוש או מכעס ורצון לנקם, כאשר נתונים אלו מהווים נסיבות מקלות ומחמירות, לפי העניין.

שנית, היקף, עוצמת וטיב אובדן השליטה על ידי הנאשם. במסגרת זו על השופט לשקול, בין היתר, את משך הזמן שחלף בין הקנטור (או המעשה האחרון) לביצוע

העבירה, האם הקנטור נבנה לאורך זמן, האם הנאשם השתמש בנשק וסוג, והאם הנשק הוכן מראש. יש לשקול גם האם הנאשם ניצל את העובדה שהקרבן איננו מוכן, או ישן לביצוע העבירה, האם הקרבן והנאשם היו במערכת יחסים במועד ביצוע הקנטור, וטיב יחסי הכוחות ביניהם.

שלישית, מעשיו של הנאשם לאחר ביצוע העבירה והמניע להם. האם הנאשם הגיש סיוע לקרבן, או נוכח בזירת העבירה לאחר ביצוע העבירה, ומנגד, האם הנאשם ניסה להשמיד ראיות מפלילות, או התעלל בגופה.

ההנחיות האנגליות קובעות שלושה מתחמים למקרי הריגה תוך קנטור בהתאם לעוצמת הקנטור. עונש המוצא נקבע למקרים בהם הקנטור בוצע תוך תקופה קצרה לפני ביצוע העבירה. ההנחיות קובעות כי על השופט להתייחס לעונש המוצא בהתאם לעוצמת הקנטור, ומשכו, ובהתחשב בנסיבות המחמירות והמקלות. עונש המוצא שנקבע לקנטור בדרגה נמוכה הוא 12 שנות מאסר, והמתחם נע בין עשר שנות מאסר למאסר עולם. עונש המוצא שנקבע לקנטור בדרגה בינונית הוא 8 שנות מאסר, והמתחם נע בין 4 ל-9 שנות מאסר, ועונש המוצא שנקבע לקנטור בדרגה גבוהה הוא 3 שנות מאסר, והמתחם הוא עד 4 שנות מאסר.

הנסיבות הקשורות בביצוע העבירה במשפט האנגלי, ובפרט השיקולים של היעדר תכנון מוקדם, העבר שבין המערער לבין המנוח וטיב הקנטור ועוצמתו, רלבנטיים גם בענייננו.

115. מעבר לבחינת הערך החברתי שנפגע, יש להביא בחשבון כאמור גם את הנסיבות הקשורות בביצוע העבירה (ראו: סעיף 40ג(א) וסעיף 40ט לחוק העונשין). המערער ביצע מעשה אכזרי של הריגה, אשר הוביל לנזק החמור של נטילת חייו של המנוח. יחד עם זאת, מעשיו של המערער בוצעו ללא תכנון מוקדם, וכפי שציין בית המשפט המחוזי הנכבד, ניתן להניח כי אלמלא היה המערער פוגש באקראי במנוח בליל האירוע – יתכן כי לא הייתה מתבצעת העבירה. כמו כן, נסיבה נוספת לקולה הינה ההיסטוריה שהתקיימה בין המערער לבין המנוח, שכללה מסכת של אלימות, איומים, סחיטה והתעללות מינית, אשר הובילו למצוקה נפשית של המערער, ובסופו של דבר – לביצוע העבירה. שיקול אחרון זה הוא שהוביל את בית המשפט המחוזי הנכבד, בהסכמת המשיבה, להפחית בעונשו של המערער לפי סעיף 300א(3) לחוק העונשין לאחר שהורשע ברצח, ונדמה כי ראוי לתת לו משקל משמעותי גם בבואנו לגזור את דינו של לאחר הרשעתו בעבירת הריגה.

116. באשר ליכולתו של המערער להימנע מהמעשה – בית המשפט המחוזי הנכבד סבר כי מדובר בשיקול לחומרה משום שהמערער היה יכול "לנתק מגע" מהמנוח בשלוש הזדמנויות שונות בליל האירוע, אך נמנע מכך. כן עמדה בפני המערער האפשרות לפנות למשטרה עובר לליל האירוע לאור ההתעמרות הפלילית שביצע בו המנוח. שיקולים אלה הם לגיטימיים בעיני במסגרת גזירת הדין, ואולם יש לתת להם פה משקל נמוך בנסיבות, וזאת לנוכח אופיו הכנוע של המערער והקושי הטבעי של נפגעי עבירות מין לפנות לגורמים מסייעים.

117. בנוגע ליכולת הנאשם להבין את הפסול במעשיו, יסוד זה הוא ששימש אותי בהכרעה בשאלת הקנטור ומשכך אינני רואה לנכון להביא אותו בחשבון גם כאן.

118. הנה כי כן, לאחר שקלול מכלול הנסיבות והשיקולים שהובאו לעיל, הנני סבור כי מתחם הענישה ההולם בנסיבות העניין הינו בין 10 לבין 15 שנות מאסר בפועל. בהיעדר שיקולי שיקום והגנה על שלום הציבור בענייננו (סעיפים 40ג(ב), 40ד ו-40ה לחוק העונשין) – אינני רואה טעם לחרוג ממתחם הענישה האמור, ועל כן יש לקבוע במסגרת השלב השלישי את עונשו של המערער, בתוך מתחם הענישה.

119. בעניין זה נחה דעתי כי בית המשפט המחוזי עמד היטב על הנסיבות שאינן קשורות בביצוע העבירה, כגון חוסר עבר פלילי למערער, שיתוף הפעולה שלו עם רשויות החוק, הודאתו במעשה, אופיו החיובי, מצבו הרפואי ונסיבות חייו. בית המשפט הנכבד הגיע למסקנה כי לנוכח השיקולים הנ"ל, יש להעמיד את עונשו של המערער בתוך מתחם הענישה – ומסקנה זו מקובלת גם עלי (השוו לעונש המוצא שנקבע על פי ההנחיות האנגליות לקנטור בדרגה נמוכה). בהתאם לזאת, נראה כי יש להעמיד את עונשו של המערער על 12 שנות מאסר בפועל, בניכוי ימי מעצרו, וזאת בנוסף לעונש המאסר על תנאי שנקבע על ידי בית המשפט המחוזי הנכבד.

120. לנוכח כל האמור לעיל, אציע לחבריי כי נקבל את ערעורו של המערער במובן זה שנזכה אותו מעבירת הרצח, אך נרשיע אותו בעבירת הריגה לפי סעיף 298 לחוק העונשין. כמו כן אציע שנקצר את תקופת עונש המאסר לריצוי בפועל שנגזר על המערער, כך שהיא תעמוד על 12 שנות מאסר, בניכוי ימי מעצרו, וזאת מבלי לשנות מעונש המאסר על תנאי שהושת על המערער על ידי בית המשפט המחוזי הנכבד.

121. אחרי הדברים האלה באו בפני חוות הדעת של חברי, השופט א' שהם, ושל חברתי, השופטת ד' ברק-ארז, והנני מצטרף בהסכמה לאמור בהערותיהם המחכימות.

ש ו פ ט

השופט א' שהם:

אני מצטרף בהסכמה לחוות דעתו המקיפה והיסודית של חברי, השופט ח' מלצר, ולתוצאה העונשית אליה הגיע. אף אני סבור כי לא עומדת למערער אחת ההגנות המקימות סייג לאחריות פלילית, קרי: הגנה עצמית, הגנת בית מגורים והגנה עצמית מדומה, והכל כפי שהובהר בהרחבה על ידי חברי.

אשר ליסודות עבירת הרצח בכוונה תחילה, מקובל עליי כי הוכח במקרה דנן "קנטור מתמשך", וניתן לומר כי, בנסיבות העניין, נתקיימה דרישת הקנטור הסובייקטיבי והאובייקטיבי. בהתייחס לקנטור הסובייקטיבי, המדובר בתקופה ארוכה של התעמרות מצידו של המנוח כלפי המערער, אשר כללה מסכת של אירועי אלימות, איומים באלימות לרבות איומים על חייו של המערער, סחיטה כספית והתעללות מינית שכללה שני מעשה סדום. בנסיבות אלה, גרירתו של המערער לסמטה והוצאת איבר מינו של המנוח (גם אם לצורכי הטלת מימיו), כאשר קודם לכן ביקש המנוח לסחוט מהמערער 1000 ש"ח, לכל אלה היתה השפעה של מעין "טריגר" שגרם למערער לאבד את עשתונותיו ולהמית את המנוח. בכך שונה מקרה זה מהאירוע שתואר בפסק דיני בע"פ 7707/14 לחאם נ' מדינת ישראל (29.7.2015), שאוזכר על ידי חברי בפיסקה 72 לחוות דעתו. באותו מקרה, ביקש המערער להיפרע מהמנוח בגין אונס של אחותו מספר שנים קודם לכן, ועל כן עצם העובדה שהוא הבחין בו כשהוא הולך לכיוון בית משפחתו, אינה יכולה לבסס את טענת הקנטור.

אשר לקנטור האובייקטיבי, מקובלים עליי דברי חברי כי בחינת קנטור זה תעשה על פי מבחן האדם מן היישוב, אך מבלי להתעלם מההיסטוריה שקדמה למעשה ההמתה. דברים אלה נכונים, כמובן, כאשר מדובר ב"קנטור מתמשך" כבענייננו, שאחרת לא ניתן יהיה להכיר בסוג זה של קנטור. באופן זה, דרישת הקנטור האובייקטיבי תתמצה בכך שעליה לעבור את משוכת ה"אדם מן היישוב", בהינתן ההיסטוריה ועברם המשותף של הממית וקורבן העבירה, ככל שהם רלבנטיים לאירוע המתואר בכתב האישום. על פי מבחן זה, המערער צולח גם את דרישת הקנטור האובייקטיבי, כך שיש להרשיעו בהריגה ולא ברצח בכוונה תחילה.

גם העונש המוצע על ידי חברי, הכולל 12 שנות מאסר לריצוי בפועל, הינו ראוי ומאוזן בנסיבות העניין, וגם לכך הנני רואה להצטרף.

ש ו פ ט

השופטת ד' ברק-ארז:

1. אני מסכימה עם פסק דינו המקיף של חברי השופט ח' מלצר.
2. זהו אחד מאותם מקרים שבהם המשפט אינו יכול להכיל את מלוא מורכבותם של החיים ושל הצער האנושי. כמו כן, זהו מקרה שמחייב איזון בין ההתחשבות במצוקת הפרט לבין שיקולי צדק כלל חברתיים, ובכלל זה השמירה על קדושת חייו של כל אדם, גם מי שפשע, והחשש מפני מתן הכשר לעשיית דין עצמית ולנקמה.
3. יונתן היילו ימר, המערער, נפל קורבן להתעללות מינית, ואף סבל מחיים של חולי ומצוקה, אשר הקשו עליו לקבל עזרה ב"זמן אמת" על דרך פנייה לרשויות או למעגלי תמיכה אחרים. עם זאת, יונתן היילו ימר גם נטל את חייו של אדם אחר, ולא בנסיבות של הגנה עצמית, אף אם עשה זאת בהשפעה של מצוקה וסבל.
4. אני מסכימה עם חברי השופט מלצר כי בנסיבות העניין לא הונח בסיס עובדתי לטענת ההגנה העצמית, ואף לא לטענה של הגנה עצמית מדומה. כל אימת שעומדת לאדם שמותקף אפשרות נסיגה, יש להעדיף אפשרות זו. במקרה שבפנינו, בשונה מאשר בחלק ממקרי האלימות המתרחשים בתוך בית המשפחה, החלופה של עזיבת המקום הייתה אפשרית ומתבקשת.
5. גם כאשר מדובר בקורבנות עבירה כדוגמת יונתן היילו ימר, אם חברה חפצת חיים אנחנו, לא נוכל להשלים עם מתן לגיטימציה למעשי אלימות של קורבנות עבירה, ולא כל שכן מעשי אלימות שתוצאתם קטלנית, בגדרו של סייג ההגנה העצמית, אלא כאשר התקיימה הגנה עצמית במובנה הפשוט והמיידית. הגנה עצמית היא הצדק המכיר בלגיטימיות המלאה של פעולה שנעשתה להצלת הגוף והנפש. לעתים, יכולים לחסות בצילה גם מי שטעו לחשוב באופן סביר כי היו שרויים בסכנה. אולם, לא ניתן להשלים עם פעולה קטלנית שבבירור לא הייתה נחוצה לשמירה על חיים. אכן, לעתים אין מקום "לדקדק" עם מי שהותקף לגבי המשקלות המדויקים של היקף השימוש בכוח, ולא כל שכן של מי שכוחם הפיזי חלש מזה של תוקפם (ראו: דפנה ברק-ארז "האשה הסבירה")

פילילים ו 115 (1998)). אולם, גם גישה זו של "אין מדקדקין" ודאי אינה יכולה להקנות סייג מלא מאחריות פלילית במקרה של שימוש בכוח כלפי מי שמוטל חסר ישע, תהא אשמתו המקורית גדולה ככל שתהא.

6. משהגענו למסקנה כי יש מקום להרשיע את המערער, הדיון התמקד בשאלה מהי העבירה שבה ראוי להרשיעו ומה צריכה להיות חומרת עונשו. במצב המשפטי הנוהג היום, קיימים שני נתיבים שעשויים להוביל להקלה בעונשם של מי שנטלו חייו של אדם על רקע של התעללות נמשכת – קבלתה של טענת קינטור או קבלת טענה של ענישה מופחתת לפי סעיף 300 לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין), שחל, בין השאר, "כשהנאשם היה נתון במצב של מצוקה נפשית קשה, עקב התעללות חמורה ומתמשכת בו או בבן משפחתו, בידי מי שהנאשם גרם למותו". לצד הדמיון בין שני הנתיבים, במובן זה ששניהם מובילים להקלה בעונשו של הנאשם, קיים ביניהם שוני משמעותי בכל הנוגע לאחריותו הפלילית. קבלתה של טענת הקינטור מובילה להפחתת ההרשעה מרצח להריגה, וכתוצאה מכך אף מאפשרת לבית המשפט להקל את עונשו של הנאשם במסגרת שיקול הדעת המסור לו בקביעת העונש בגין עבירת ההריגה. לעומת זאת, טענה של ענישה מופחתת לפי סעיף 300 לחוק העונשין אמנם מאפשרת להקל בעונש אך מותירה את ההרשעה בעבירת הרצח על כנה.

7. בית המשפט המחוזי ביסס את פסק דינו על סעיף 300 לחוק העונשין. לעומת זאת, חברי השופט מלצר קבע כי בנסיבות העניין יש לקבל את טענת הקינטור שהעלה המערער ולפיקך להסתפק בהרשעתו בעבירת ההריגה, חלף ההרשעה בעבירת הרצח. לקביעה זו יש משמעות משפטית, מוסרית וחברתית, ועל כן אני מבקשת להתייחס אף אליה, גם אם במישור המעשי ניתן היה, כנראה, להגיע לאותה תוצאה עונשית בגדרו של סעיף 300 לחוק העונשין.

8. חברי השופט מלצר מסביר כי בנסיבות העניין יש לקבל את טענת הקינטור של המערער במסגרת פיתוח הדוקטרינה של "קינטור מתמשך", שזכתה להכרה בפסיקתו של בית המשפט זה. זו אינה הכרעה טריוויאלית. אכן, במישור העקרוני, נכון להכיר בטענה של קינטור מתמשך ככל ששיטת המשפט שלנו מכירה בעיקרון של קינטור במסגרת המבנה הנוכחי של עבירת הרצח. עם זאת, יישומה של טענת הקינטור כרוך תמיד בחשש שמא היא תתפרש כמתן הכשר עקיף לנטילת חיים בשל התלהטות יצרים, מאחר שבית המשפט נדרש להכריע בין השאר בשאלה האם ה"אדם הסביר" היה נכשל בנטילת חייו של המנוח באותן נסיבות.

9. חקיקתו של סעיף 300א לחוק העונשין הייתה מאוחרת לפסק הדין המכונן בעניינה של כרמלה בוחבוט (ע"פ 6353/94 בוחבוט נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(3) 647 (1995)) ש"הציף" באופן הברור ביותר את הבעיה של קורבן התעללות נמשכת שנוטל את חייו של המתעלל בו. לכאורה, הסעיף נועד לתת מענה למקרים מסוג זה. אולם, הבחירה בפתרון של ענישה מופחתת בלבד לפיו מי שסבל מהתעללות וכתוצאה מכך נטל את חייו של הפוגע בו יתויג כ"רוצח", הותירה על מכונה את השאלה באלו נסיבות ראוי בכל זאת לראות במי ש"הרג" ולא מי ש"רצח" על יסוד טענת הקינטור, על כל הקושי הכרוך בכך. לא למותר לציין, בהקשר זה, כי הצעת החוק שהולידה את תיקון החוק כוונה תחילה להפחתת האחריות מרצח להריגה, וזאת בשונה מנוסח החוק כפי שהתקבל בסופו של דבר (ראו: הצעת חוק העונשין (תיקון מס' 41) (אחריות מופחתת), התשנ"ה-1995; חוק העונשין (תיקון מס' 44), התשנ"ה-1995).

10. נקודת מוצא למענה על השאלה נמצאת בכך שסעיף 300א לחוק העונשין מתמקד רק במצוקתו של מבצע העבירה (על רקע התעללות נמשכת מצד המנוח). הוא אינו מתייחס לכל מעשה נוסף מצדו של המנוח ששימש "זרז" או "מעורר" להמתתו. לעומת זאת, הטענה של קינטור מתמשך עוסקת בשילוב שבין מעשה שאירע בסמוך לאירוע המתה לבין רקע של התעללות נמשכת. במובן זה, החפיפה בין המצבים אינה מלאה. על מנת שתתקבל טענה של קינטור מתמשך, יש להוסיף ולבחון – לאחר שהוכחה התעללות ממושכת – האם ההתנהגות הסמוכה לאירוע המתה הייתה רצינית דייה כדי לשמש בסיס לטענה זו, על רקע העבר. ההכרעה בעניין זה היא בהכרח הקשרית ונקודתית.

11. חברי השופט מלצר סבור כי במכלול הנסיבות המיוחדות של המקרה שבו עובר לתקיפתו של המנוח הוא איים על המערער והשפילו, וזאת על רקע שני אירועים של תקיפה מינית בשבועות הסמוכים, יש מקום לקבל את טענת הקינטור המתמשך. לאחר התלבטות הצטרפתי למסקנה זו. אולם, אני מבקשת להדגיש כי עשיתי כן בהתייחס לנסיבות ולעובדות שהוכחו במקרה זה. היותו של אדם קורבן להתעללות נמשכת אינו אמור לשמש, כשלעצמו, בסיס לקבלתה של טענת קינטור. במקרים אחרים שבהם לא יתקיימו יסודות הקינטור יוכלו קורבנות שסבלו מהתעללות נמשכת והמיתו את הפוגע לזכות בהקלה במסגרת סעיף 300א לחוק העונשין, המבוסס על ההנחה שאכן בוצע "רצח" ויחד עם זאת מבטא עמדה של הבנה למצוקתו של הקורבן שהפך לפוגע במתכונת של ענישה מופחתת.



12. ההתחשבות במצוקת הקורבן שהפך לפוגע בגדרו של סעיף 300א אף אינה מחייבת לדון בשאלות של "סבירות", כמו בהקשרה של טענת הקינטור, על כל הקשיים הכרוכים בהן ועל המורכבות הנובעת מהשוני הקיים בין בני אדם ומנסיבותיהם האישיות השונות (ראו והשוו: דנ"פ 1042/04 ביטון נ' מדינת ישראל, פ"ד סא(3) 646, 718-713, 723-720 (2006)). אוסיף ואומר שאני מסכימה כי את אמת המידה של "האדם הסביר" יש להפעיל באופן הקשרי, כמפורט במאמרי הנזכר לעיל. עם זאת, כמו חברי אני סבורה שטוב נעשה אם נימנע מהגדרתה של אמת מידה של "קורבן האונס הסביר" כפי שביקש בא-כוחו של המערער לעשות. אינני סבורה שיש מקום להגדיר מיהו "קורבן אונס סביר" ואף לא לקבוע "סטנדרטים" להתנהגותו של קורבן. קונקרטיזציה של הסבירות – כן; קטגוריזציה נוקשה היוצרת "תבניות" ו"מודלים" להתנהגות במתכונת של "קורבן האונס הסביר" – לא.

13. ניתן להוסיף, כי הצעת הרפורמה בעבירות ההמתה (בנוסח האחרון שבו פורסמה – הצעת חוק העונשין (תיקון מס' 124) (עבירות המתה), התשע"ה-2015) – מכוונת לכך שהמתה בנסיבות של קנטור והמתה על רקע של התעללות (שעליה חל כיום סעיף 300א לחוק העונשין) ייחשבו שתיהן כהמתה בנסיבות של אחריות מופחתת באותה דרגה. אם תתקבל הצעה זו לא תהיה עוד משמעות מעשית לדיון בטענה של קינטור מתמשך בנסיבות של התעללות נמשכת. על-פי המוסבר לעיל, דומה שהיבט זה של הרפורמה, אם יתקבל, צפוי להקל על ההתדיינות בנושא, וחשוב אף יותר – ישקף נכונה את ההתחשבות בקורבנות עבירה שסבלו מהתעללות, מבלי להידרש לשאלות של רף תגובה במסגרת דיני הקינטור.

14. בבואנו ליישם את העקרונות שהותוו בפסיקה לגבי קציבת עונשו של אדם שהורשע בהריגה בנסיבות מסוג זה היה עלינו לפסוע במשעול הצר שבין מתן משקל מלא לנסיבותיו האישיות ולמצוקתו הקשה של המערער לבין הערך של שמירה על חיי אדם והשלילה המוחלטת של עשיית דין עצמית. אני סבורה שחרף הקושי הכרוך בהטלת עונש שאינו קל על המערער, פסק דינו של חברי איזן נכונה בין שיקולים אלה.

15. במבט רחב יותר, אציין כי במהלך הדיון בפנינו חזרה ונשמעה הטענה כי המערער היה בודד במצוקתו, לא פנה לסיוען של הרשויות לאחר הפגיעות בו וממילא גם לא קיבל מהן כל הגנה. על רקע זה, ומעבר להכרעה במקרה שבפנינו, אני מוצאת לנכון להוסיף כי המציאות שבה קורבנות עבירה מוצאים עצמם בעמדה של קושי להגיש תלונה לרשויות האכיפה היא קשה. לא אחת הדבר נובע מן המחסומים הרגשיים הכרוכים בהגשת התלונה ובהתמודדות עמה. לעתים, הוא יכול לנבוע גם מחשש של

הנמנים עם אוכלוסיות מוחלשות לפנות לרשויות האכיפה ולתת בהן את מבטחן. זהו מחסום שרשויות המדינה מצוות להיאבק בו ולא להשלים עמו. מערכת החינוך צריכה לעסוק בכך. גורמי המשטרה צריכים לעסוק בכך ו"להושיט יד" לקהילות שבתוכן הם יושבים. אין גם לשפוט את הקורבן על כך שהתקשה לפנות ולבקש עזרה. עם זאת, בכך בלבד אין כדי להכשיר כל מעשה אלימות מצדו. אין צריך לומר שדברים אלה נכונים לגבי כל קורבן אלימות – יהא זה גבר או אשה, ותהא זו אלימות מינית או אחרת.

ש ו פ ט ת

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט ח' מלצר.

ניתן היום, כ"ג באייר התשע"ו (31.5.2016).

ש ו פ ט ת

ש ו פ ט

ש ו פ ט