



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פליליים

ע"פ 7128/16

לפני: כבוד השופט ע' פוגלמן
כבוד השופטת ע' ברון
כבוד השופט ד' מינץ

המערער: פלוני

נגד

המשיבה: מדינת ישראל

ערעור על הכרעת הדין של בית המשפט המחוזי בבאר שבע (כב' השופטים ח' סלוטקי, מ' לוי וא' חזק) וגזר הדין של בית המשפט המחוזי בבאר שבע (כב' השופטים ח' סלוטקי, א' אינפלד וא' חזק) בתפ"ח 12-06-26603 מיום 10.1.2016 ומיום 10.7.2016

תאריך הישיבה: ט' בשבט התשע"ח (25.1.2018)

בשם המערער: עו"ד תמר נבו

בשם המשיבה: עו"ד תמר פרוש

פסק-דין

השופט ע' פוגלמן:

לפנינו ערעור על פסק הדין של בית המשפט המחוזי בבאר שבע (כב' השופטים ח' סלוטקי, מ' לוי וא' חזק) שבמסגרתו הורשע המערער בעבירות של רצח לפי סעיף 300(א)(2) לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין או החוק) ומעשה מגונה

לפי סעיף 348(ב) לחוק בנסיבות סעיף 345(ב)(4) לחוק. בעקבות הרשעתו, נגזרו על המערער 27 שנות מאסר בפועל בגין עבירת הרצח, משנקבע כי התקיימו התנאים להטלת עונש מופחת; ושנתיים נוספות בגין עבירת המעשה המגונה, תוך שנקבע כי שנה אחת תרוצה בחופף לעונש המאסר בגין עבירת הרצח, כך שבסך הכל יישא המערער בעונש מאסר בפועל בן 28 שנים. כמו כן, נגזר על המערער מאסר על תנאי בתנאים שפורטו בגזר הדין; והוא חויב בתשלום פיצוי בסך 258,000 ש"ח לילדי המנוחה ולאחותה. הערעור שלפנינו מופנה הן להכרעת הדין, הן לגזר הדין.

תמצית כתב האישום

1. על פי עובדות כתב האישום, ביום 23.5.2012 בשעות הלילה התפתח ויכוח בין המערער לבין אשתו המנוחה (להלן: המנוחה; להלן ביחד: בני הזוג) בקשר לעניינים כספיים. הוויכוח התנהל בסלון דירתם של בני הזוג (להלן: הדירה) שבה התגוררו יחד עם שלושת ילדיהם, ששהו באותה העת בחדריהם. בסביבות השעה 1:30 חנק המערער את המנוחה, לקח סכין ממתבח הדירה (להלן: הסכין) והצמידה לצוואר המנוחה בעודה מנסה לדחוף את המערער ולהרחיקו ממנה. בשלב כלשהו הכה המערער את המנוחה בפניה ובראשה ונשך אותה בלחייה השמאלית. על פי כתב האישום, המערער המשיך לחנוק את המנוחה עד שהביא למותה. לאחר מכן, עת הייתה המנוחה מוטלת חסרת חיים על הרצפה, חיכך המערער את איבר מינו באיבר מינה לשם גירוי, סיפוק או ביזוי מיניים. מייד לאחר שהמערער גרם למות המנוחה גמלה בליבו ההחלטה לכרות את ראשה. בהמשך לכך, נטל המערער את הסכין וחתך את צוואר המנוחה עד שהפריד בין ראשה לבין גופה. לאחר מכן שטף המערער את הסכין מן הדם בכיור המטבח והשיבה למקומה במגירה. המערער הוסיף ושטף את ראשה הכרות של המנוחה והכניסו לתוך שקית ניילון (להלן: השקית). כדי למנוע מילדיהם של בני הזוג לראות את אמם המנוחה נעל אותם המערער בחדריהם. בהמשך יצא המערער מהדירה כשהוא נושא עמו את השקית, נכנס לרכבו והניח את השקית על רצפת הרכב מאחורי מושב הנהג. המערער נסע ברכבו לאתר בנייה, הוציא את ראשה הכרות של המנוחה מהשקית וקבר אותו בחול. לאחר מכן נסע המערער למתחם בתי הסוהר בבאר שבע שם עבד כסוהר, החנה את רכבו וישב בתוכו. בשעה 5:18 התקשר המערער למשטרה, הודיע כי רב עם אשתו וכי השניים רצו להתאבד וביקש שתישלח ניידת משטרה למקום שבו שהה. עקב כך הגיעו שוטרים למקום הימצאו של המערער ובהמשך גם לדירת בני הזוג, שם מצאו את גופת המנוחה מוטלת על רצפת הסלון. באותה העת ילדי בני הזוג עדיין היו נעולים בחדריהם.

בגין כל האמור יוחסו למערער בכתב האישום עבירות של רצח לפי סעיף 300(א)(2) לחוק; מעשה מגונה לפי סעיף 348(ב) לחוק בנסיבות סעיף 345(ב)(4) לחוק; ושיבוש מהלכי משפט לפי סעיף 244 לחוק.

עיקרי הכרעת הדין

2. ביום 10.1.2016 הרשיע בית המשפט את המערער בעבירות רצח ומעשה מגונה, וזיכה אותו ברוב קולות מעבירת שיבוש מהלכי משפט. המערער לא חלק על העובדות המיוחסות לו בכתב האישום ועל כן במוקד הכרעת הדין עמדו שלוש הסוגיות הבאות: אחריותו הפלילית של המערער למעשיו נוכח טענתו כי מתקיים סייג אי שפיות הדעת המנוי בסעיף 34 לחוק העונשין (להלן: סייג אי השפיות); לחלופין, חלותו של סעיף 300א(א) לחוק בעניינו של המערער המאפשר להפחית מעונש מאסר העולם המתחייב בעבירת הרצח; ועצם השתכללותה של עבירת המעשה המגונה במצב שבו בשעת ביצוע המעשה המנוחה כבר לא הייתה בין החיים. בעניין אחרון זה טען המערער כי עבירת המעשה המגונה יכולה להתבצע רק באדם חי, שכן יש לפרש את הנסיבה "אדם" המופיעה בהגדרת העבירה כמתייחסת לאדם חי בלבד.

3. תחילה קבע בית המשפט המחוזי כי המערער נושא באחריות פלילית למעשיו וכי לא מתקיים בעניינו סייג אי השפיות. מסקנה זו נסמכה על ניתוח מפורט של חוות דעת פסיכיאטריות שהוגשו מטעם מומחי הצדדים, עדויות המומחים לפני בית המשפט ואינדיקציות נוספות בנוגע למצבו הנפשי של המערער בעת ביצוע המעשים ולאחריהם. לצד זאת, נקבע כי מתקיימים בנסיבות העניין תנאי סעיף 300א(א) לחוק המאפשרים להפחית מעונש מאסר העולם המתחייב בגין עבירת הרצח. בעניין זה נקבע כי המערער סבל ממחשבות שווא בעת ביצוע העבירה; וכן כי סבל מפגיעה קוגניטיבית ומהפרעות חשיבה בסמוך לאחר ביצוע העבירה, ובהסתברות גבוהה – גם במהלך ביצועה. אלו הגבילו במידה ניכרת את יכולת המערער להבין את מעשיו ואת הפסול שדבק בהם, גם אם לא במידה שעולה לכדי חוסר יכולת של ממש. צוין כי הגם שהמערער אינו פטור מאחריות פלילית, עוצמת תסמיני מחלתו הביאו להיות אך "כפסע מכך". אשר לעבירת המעשה המגונה נפסק כי זו יכולה להתקיים גם אם מבוצעת כלפי מי שאינו עוד בין החיים ולפיכך הורשע המערער גם בביצועה. בעניין זה נקבע כי יש לפרש את חוק העונשין ברוח חוקי היסוד; וכי חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו פורש בפסיקה כמגן גם על כבוד המת. המערער זוכה ברוב דעות מעבירת שיבוש מהלכי משפט משנקבע כי לא

הטמין את ראשה הכרות של המנוחה בחול כדי לשבש את ההליך השיפוטי או כדי להעלים ראיות, אלא כדי לפגוע במנוחה.

גזר הדין

4. ביום 10.7.2016 גזר בית המשפט המחוזי בבאר שבע (כב' השופטים ח' סלוטקי, א' אינפלד וא' חזק) את דינו של המערער כמפורט בפתח הדברים. בבואו לקבוע את עונשו של המערער בגין עבירת הרצח קבע בית המשפט תחילה כי במכלול נסיבות העניין, ומבלי לגרוע מאכזריותו של הרצח, תחושת הצדק תומכת בהפעלת סעיף 300א(א) לחוק תוך הפחתה מסוימת מעונש מאסר העולם. זאת נוכח מצבו הנפשי של המערער בעת ביצוע הרצח, אשר כאמור לעיל נקבע כי היה כפסע בלבד מאי שפיות ממש. יוער כי בנתון לקביעתו זו, לא ראה בית המשפט להידרש למחלוקת שנפלה בין הצדדים בשאלה אם לאחר כניסת תיקון מס' 113 לחוק העונשין (חוק העונשין (תיקון מס' 113)), התשע"ב-2012, ס"ח 2330; להלן: תיקון 113 לחוק העונשין) יש לפרש את סעיף 300א(א) לחוק כמתיר שיקול דעת להפחית מעונש מאסר העולם או מחייב הפחתה כאמור.

5. לאחר מכן פנה בית המשפט המחוזי לקביעת מידת ההפחתה מעונש מאסר החובה ולקביעת מתחם העונש ההולם בעניינו של המערער. בעניין זה עמד בית המשפט על ערך קדושת החיים – הוא הערך המוגן בעבירת הרצח – ועל יתר הנסיבות הקשורות בביצוע העבירה. משקל רב ניתן לנזקים הנפשיים שנגרמו לבני משפחת המנוחה: ילדיה, הוריה ואחיה, כפי שעלה מתסקיר נפגעי עבירה שנערך בעניינם (להלן: תסקיר נפגעי העבירה). בית המשפט עמד על הטלטלה הנפשית הקשה שעברו בני המשפחה וציין כי כל אחד מהם בנפרד והמשפחה כיחידה סובלים מהפרעה פוסט טראומטית. במיוחד הודגשו הנזקים הנפשיים הניכרים שנגרמו לילדי המנוחה; הקונפליקט שבו הם שרויים ביחס לאביהם שעודו בחיים; והקשיים שצפויים להתעורר בהמשך חייהם במישור האישי והחברתי. בדומה, התייחס בית המשפט למחיר האישי הכבד שמשלמת אחות המנוחה שלקחה את שלושת הילדים תחת חסותה ומשמשת להם משפחת אומנה. בנוסף, בית המשפט נתן דעתו להתעללות בגופת המנוחה בדרך של ביצוע מעשה מגונה וכריתת הראש. בסופו של דבר, ובשים לב למדיניות הענישה הנוהגת כפי שהציגו הצדדים, הועמד מתחם העונש ההולם על הטווח שבין 20 לבין 30 שנות מאסר בפועל. העונש בגדרו של מתחם זה הועמד על 27 שנות מאסר בפועל.

ביחס לעבירת המעשה המגונה נקבע כי זו נועדה להגן על כבוד האדם, לרבות כבוד המת כפי שנקבע בהכרעת הדין; וכי מתחם העונש ההולם בגינה הוא בטווח שבין שנה לבין שלוש שנות מאסר בפועל. העונש בתוך המתחם הועמד על שנתיים מאסר בפועל.

כאמור לעיל, בית המשפט קבע כי שנת מאסר אחת בגין המעשה המגונה תרוצה בחופף למאסר בגין הרצח, כך שבסך הכל הושתו על המערער 28 שנות מאסר בפועל, מאסר על תנאי ופיצוי לאחות המנוחה ולילדים כמפורט בפתח הדברים.

טענות הצדדים בערעור

6. מלכתחילה הוגש הערעור גם בנושא אחריות המערער לעבירות הרצח, אך לאחר שמיעת טיעוני באת כוח המשיבה, בעקבות הערותינו ולאחר שנועצה במערער; הודיעה באת כוח המערער שהיא חוזרת בה מהערעור בכל שאמור בסייג הקבוע בסעיף 34ח לחוק העונשין. הערעור בעניין זה נדחה אפוא ביום 25.1.2018. משכך המערער מיקד טענותיו בעצם הרשעתו בעבירת המעשה המגונה ובחומרת העונש הכולל שהושת עליו. טענתו העיקרית היא כי יש לפרש את הנסיבה "אדם" המנויה בעבירת המעשה המגונה כמתקיימת רק במצב דברים שבו המעשה בוצע כלפי אדם חי. לפיכך נטען כי הרשעתו בביצוע העבירה בנסיבות העניין מנוגדת לעקרון החוקיות שלפיו אין ענישה אלא בגין עבירה הקיימת בחוק. עוד נטען כי שגה בית המשפט בפרשנותו את הנסיבה "אדם" כמתייחסת גם למת. לעניין זה נטען, בין היתר, כי אין להקיש מפרשנות המונח "אדם" בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו לענייננו נוכח השוני בין המאטריות והתכליות השונות שבבסיסן. לא זו אף זו, נטען כי פרשנות העבירה ברוח חוק היסוד צריכה הייתה להוביל דווקא להעדפת חירותו של המערער – זכות יסוד המוגנת אף היא בחוק היסוד – ולא הרשעתו עקב כך. ביחס לגזר הדין טען המערער כי בהתאם למדיניות הענישה הנוהגת במקרי רצח שבהם נקבע כי מתקיימים תנאי סעיף 300א(א) לחוק יש להעמיד את מתחם העונש ההולם בענייננו בטווח שבין 10 לבין 20 שנות מאסר בפועל ולקבוע את עונשו בשליש התחתון של מתחם זה.

7. המשיבה סומכת ידיה על פסק הדין, מנימוקיו. בכל האמור בעבירת המעשה המגונה נטען כי יש לפרש את המונח "אדם" באופן תכליתי, כך שייקבע כי בנסיבות מסוימות שבהן הרצח ועבירת המין מתבצעים כחלק מרצף עברייני אלים, התיבה "אדם" יכולה להתפרש גם כמתייחסת למי שאינו עוד בין החיים. נטען כי אין כל הצדקה להבחין בין מי שתקף את קורבנו עד כדי אובדן הכרה ואז ביצע בו עבירת מין,

שאו ניתן יהיה להרשיעו במעשה מגונה, לבין מי שגרם למות קורבנו בטרם ביצע עבירה כאמור. המשיבה הציגה תימוכין לגישה זו בפסיקת חלק מבתי המשפט העליונים במדינות שונות בארצות הברית, הגם שצוין כי במדינות אחרות ניתנו פסקי דין שלפיהם אין להרשיע בעבירת מין אם זו בוצעה במת. לחלופין נטען כי יש לראות בביזוי גופת המנוחה לאחר המוות כנסיבה מחמירה לעונש המצדיקה את הותרת עונש המאסר בפועל שהועמד על 28 שנים על כנו. המשיבה הוסיפה וטענה כי אין להפחית את עונש המאסר בפועל נוכח חומרת המעשים שבביצועם הורשע המערער וחריגותם; וכי בפסקי הדין שהציג המערער בעניין מתחם העונש ההולם דובר בעונשים שנקבעו אגב הסדרי טיעון ולכן כוחם המנחה מוגבל. לעמדת המשיבה, ראוי ללמוד לענייננו דווקא מפסקי דין שבהם נקבע כי לא מתקיימים תנאי סעיף 300א(א) לחוק אך כי גם אם אלה היו מתקיימים לא היה מקום להפחית מעונש החובה נוכח נסיבות ביצוע העבירה וחומרתן. עוד נטען כי ממילא כשעסקינן בענישה לפי סעיף 300א(א) לחוק העונשין השיקול המנחה הוא שיקול הצדק כפי שמשקף בנסיבותיו הייחודיות של המקרה, ולכן יש קושי ללמוד ממקרה למקרה ביחס לענישה הנוהגת.

דיון והכרעה

8. לאחר שעיינתי בנימוקי הערעור ובעיקרי הטיעון שהוגשו מטעם המשיבה והאזנתי לטיעוני הצדדים בדיון שהתקיים לפנינו, באתי לכלל מסקנה כי יש לקבל את הערעור בנוגע להרשעת המערער בעבירת המעשה המגונה ולהפחית מעונשו בהתאם; אך לדחות את הערעור בכל האמור בחומרת העונש שהוטל על המערער בגין עבירת הרצח. כתוצאה מכך, אם תשמע דעתי, יעמוד עונשו של המערער על 27 שנות מאסר בפועל. וארחיב.

הערעור על הכרעת הדין – הרשעת המערער בעבירת המעשה המגונה

9. המערער הורשע בביצוע מעשה מגונה לפי סעיף 348(ב) לחוק העונשין הקובע כי:

מעשה מגונה 348(ב). העושה מעשה מגונה באדם באחת הנסיבות המנויות בסעיף 345(ב)(1) עד (5), בשינויים המחוייבים, דינו – מאסר עשר שנים.

יוער כי "מעשה מגונה" מוגדר בסעיף 348(ו) לחוק כ"מעשה לשם גירוי, סיפוק או ביזוי מיניים"; וכי מבין הנסיבות הנזכרות בסעיף שעניינן נסיבות מחמירות לענייננו רלוונטית זו המנויה בסעיף 345(ב)(4) לחוק בדבר "התעללות באשה, לפני המעשה, בזמן המעשה או אחריו".

השאלה המרכזית העומדת להכרעתנו היא פרשנית בעיקרה. עניינה באפשרות להרשיע אדם בביצוע מעשה מגונה בגופתו של מי שאינו בין החיים על פי נוסחו הנוכחי של סעיף 348(ב) לחוק. כאמור לעיל, המערער סבור שיש לפרש את המילה "אדם" כאדם חי בלבד, בעוד שהמשיבה סבורה כי בנסיבות מעין אלו שלפנינו – שבהן מבוצע המעשה המגונה בהמשך למעשה האלימות – ניתן לפרשה כמתייחסת גם למת. כדי להכריע בשאלה נפנה לצעוד במשעולי הפרשנות התכליתית המוכרים היטב בפסיקתנו.

פרשנות הנסיבה "אדם" בעבירת מעשה מגונה

10. כידוע, נורמה פלילית תפורש ככל דין, על פי לשונה ותכליתה. לצד זאת, כאשר הוראת חוק פלילית ניתנת לכמה פירושים סבירים לפי תכליתה, יש להעדיף את הפרשנות המקלה עם הנאשם (ראו למשל ע"פ 3506/13 הבי נ' מדינת ישראל, פסקה 167 (12.1.2016) (להלן: עניין הבי); ע"פ 1142/11 סדיר נ' מדינת ישראל, פסקה 21 (8.2.2012); ע"פ 8831/08 מדינת ישראל נ' אלשחרה, פסקה 20 (30.6.2010); אהרן ברק "על פרשנותה של הוראה פלילית" מחקרי משפט יז 347, 351 (2002)). זאת, בהתאם לסעיף 34כא לחוק העונשין המורה כי:

פרשנות
34כא. ניתן דין לפירושים סבירים אחדים
לפי תכליתו, יוכרע הענין לפי הפירוש
המקל ביותר עם מי שאמור לשאת באחריות
פלילית לפי אותו דין.

סעיף זה מבטא את נקודת האיזון שבין עקרון החוקיות, שלפיו אין עבירה ואין ענישה אלא לפי חוק ואין ענישה למפרע (ראו סעיפים 1 ו-3 לחוק העונשין; דנ"פ 1558/03 מדינת ישראל נ' אטד, פ"ד נח(5) 547, 563 (2004); להרחבה ראו ע"פ 766/07 כהן נ' מדינת ישראל, פסקה 9 לחוות דעתו של השופט (כתוארו אז) א' גרוניט (19.11.2007); בועז סנג'רו "פרשנות מרחיבה בפלילים?!" עלי משפט ג 165, 166 (2003)), לבין שמירה על מידה של גמישות, גם בפרשנות הדין הפלילי, המאפשרת

להתאימה למציאות החיים המשתנה (עניין הבי, פסקה 166). משכך, גם בפרשנות הדין הפלילי עלינו לאתר תחילה את גדר האפשרויות הפרשניות שלשון החוק סובלת וככל שישנה יותר מאפשרות סבירה אחת, עלינו להעדיף את זו המיטיבה להגשים את תכלית החוק. תכלית זו נלמדת מצירופן של התכלית הסובייקטיבית, היא כוונת המחוקק ההיסטורית, והתכלית האובייקטיבית, היא הערכים, המטרות והעקרונות שמבקש החוק להגשים (ראו למשל ע"פ 2597/04 רויטמן נ' מדינת ישראל, פסקה 7 לחוות דעתה של השופטת א' פרוקצ'יה (20.11.2006) (להלן: עניין רויטמן); ע"פ 6696/96 כהנא נ' מדינת ישראל, פ"ד נב(1) 535, 549-550 (1998)). בהמשך לכך, בהתאם לסעיף 34כא האמור, אם בתום המהלך הפרשני נראה כי כפות המאזניים הפרשניות מעוינות וישנן כמה חלופות שוות בסבירותן, אז ורק אז יש להעדיף את הפרשנות המקלה עם מי שעלול לשאת באחריות פלילית. וכך סיכמה זאת השופטת א' פרוקצ'יה:

"כלל הפירוש בפלילים המקל עם הנאשם מוחל, איפוא, רק בתום התהליך הפרשני של החוק, לאחר שנבחנו הן לשונו והן תכליתו, ורק לאחר שמוצו כל האמצעים הפרשניים המאפשרים עמידה על תכליתו האמיתית. רק אם בסוף תהליך זה יעמדו שני פירושים שווי מעמד להוראת חוק פלילית, כי אז יש להעדיף את הפירוש המקל עם הנאשם" (עניין רויטמן, שם; ראו גם דנ"פ 8086/01 אייזן נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(5) 625, 648 (2005)).

נפתח אם כן בלשון החוק.

לשון החוק

11. כאמור, ענייננו בפרשנות המונח "אדם". עיון בחוק העונשין מלמד כי אין הגדרה כללית רלוונטית לביטוי זה, בין בסימן ה' לפרק י' לחוק שם ממוקמת עבירת המעשה המגונה, בין בסעיף 34כד לחלק הכללי לחוק המגדיר מונחים שונים בו. מונח זה נותר אפוא נתון לפרשנותנו. לעניין זה אומר כבר בפתח הדברים כי כשלעצמי, ובשונה מבית משפט קמא, איני משוכנע כי התיבה "אדם" שבסעיף 348(ב) לחוק יכולה לשאת את המשמעות שלפיה אדם הוא גם מי שאינו עוד בין החיים. להשקפתי, מובן זה אינו מובנה הטבעי של המילה "אדם" בשפה העברית. זאת ועוד, עיון בהוראות נוספות בחוק העונשין מלמד כי גם המחוקק בחר במילים שונות ברצותו לתאר את המת (ראו למשל סעיף 395 לחוק שלשונו "המסתיר כתב צוואה בכוונה להונות, בין שהמצווה חי ובין שהוא מת" (ההדגשה הוספה – ע' פ'), ובדומה גם סעיף 455 לחוק; סעיף 441

לחוק שקובע כי "המתייצג ככזב כאדם אחר, חי או מת, בכוונה להונות" (ההדגשה הוספה – ע' פ'); וראו גם סעיף 311 לחוק שבו מופיעה המילה גווייה; וסעיף 172 לחוק שיידון להלן). עוד יש לציין כי כפי שהתברר בדיון לפנינו, אף המשיבה ערה לכך שמדובר בפרשנות לא טבעית של המונח "אדם", ועל כן מבקשת לייחדה אך למקרים שבהם עבירת המין בוצעה כחלק מרצף עברייני אלים, כאמור לעיל. מכל מקום, נוכח מסקנתו השונה של בית המשפט המחוזי, מוכן אני להניח לצורך הדיון כי לשון הסעיף יכולה לשאת אף את המשמעות שלפיה המילה "אדם" יכולה להתפרש גם כמתייחסת לאדם מת.

ועתה אל התכלית.

תכלית סעיף 348(ב) לחוק העונשין

12. תכליתו של סעיף 348(ב) ידועה. סעיף זה, שעניינו האיסור על ביצוע מעשה מגונה באדם נועד למנוע פגיעה בביטחוננו האישי של הפרט, בצנעתו, בפרטיותו ובאוטונומיית הרצון החופשי שלו. ביצוע מעשה מגונה באדם בניגוד לרצונו פוגע באופן חמור בכבודו במובנו הגרעיני ביותר ומפר באורח גס את ריבונותו על גופו. בדומה ליתר סעיפי החוק שעניינם עבירות מין, מטרת הסעיף היא למנוע את הכפפתו של אדם לתאוותו של אחר בניגוד לרצונו ולהסכמתו. כפי שהטעימה השופטת א' פרוקצ'יה בע"פ 6269/99 כהן נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(2) 496 (2001):

"מקור האיסור הפלילי לבצע מעשה מגונה בצורך להגן על שלמות גופו, צנעת פרטיותו וכבודו של האדם [...] זכותו של אדם להגנה על גופו ולמניעת פגיעה בצנעת פרטיותו מוכרת במארג היחסים בין אדם לאדם ובין אדם לשלטון. היא חוצה את תחומי המרקם האנושי בהקשרים רבים ושונים [...] ערך ההגנה על זכותו של אדם לצנעת גופו עומד גם ברקע האיסור הפלילי על ביצוע מעשה מגונה והוא נושא ממד רב-משקל נוכח הפגיעה הכרוכה בו בזכות יסוד של הנפגע להגנה על גופו ועל כבודו" (שם, בעמ' 507; ראו גם ע"פ 9603/09 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקאות 13-14 לחוות דעתו של השופט (כתוארו אז) ס' ג'ובראן (27.9.2011); ע"פ 6255/03 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(3) 168, 181 (2004)).

13. השאלה שלפנינו היא אם תכלית זו תומכת באפשרות להחיל את האיסור על ביצוע מעשה מגונה גם במצבים שבהם העבירה מבוצעת כלפי מי שכבר אינו בין החיים, אם לאו. נראה כי בשאלה זו ישנם פנים לכאן ולכאן. מחד גיסא, עם מותו של

אדם נמוגה תודעתו, הוא אינו מסוגל עוד לחוות את הפגיעה החמורה וההשפלה הנובעת מן המעשה המגונה המבוצע כלפיו ולא ניתן עוד לדבר על רצונו החופשי. מאידך גיסא, ביזוי גופה בדרך של ביצוע מעשה מגונה – וודאי שעה שהדבר נעשה לאחר רצח האדם – הוא מעשה חמור מאין כמותו שנושא עמו מטען אנטי חברתי מובהק, ראוי לגינוי ולהוקעה ופוגע בבירור בכבוד המת.

14. יוער כי אין בהיסטוריה החקיקתית של עבירת המעשה המגונה כדי לשפוך אור על כוונת המחוקק בשאלה זו. העבירה בנוסחה כיום היא גלגול מאוחר של עבירת Indecent Act שהייתה קבועה בסעיפים 157-159 לפקודת החוק הפלילי, 1936 (להלן: פקודת החוק הפלילי או הפקודה). נוסח העבירה המנדטורי עבר שינויים אחדים, הן במסגרת חקיקתו של חוק העונשין בנוסחו המקורי, הן במסגרת תיקונים מאוחרים לו. עיון באלה מלמד כי עיקרם בשינוי מבנה סעיפי החוק; בהוספת נסיבות ביצוע שונות הניתנות להפללה; ובהחמרת העונשים שבצדן. באלה אין כדי לסייע לענייננו. נפנה אם כן אל התכלית האובייקטיבית.

15. כזכור, בית משפט קמא קבע כי בנסיבות העניין יש לפרש את התיבה "אדם" כמתייחסת גם לגופת המנוחה שבה נעשתה עבירת המעשה המגונה נוכח הזכות החוקתית לכבוד המת. אכן, במשפטנו החוקתי מוכרת ההגנה החוקתית על כבוד המת כחלק מההגנה על הזכות החוקתית לכבוד האדם המעוגנת בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (אהרן ברק כבוד האדם – הזכות החוקתית ובנותיה כרך א 381-383 (2014)). עמדה על כך השופטת א' פרוקצ'יה בבג"ץ 52/06 חברת אלאקסא לפיתוח נכסי ההקדש המוסלמי בא"י בע"מ נ' Simon Wiesenthal Center Museum Corp. (29.10.2008) (להלן: עניין חברת אלאקסא):

"כבודו של המת הוא עקרון חוקתי הנגזר כפועל יוצא מכבודו של האדם החי, ומזכותו לאוטונומיה אישית. אלה הם שניים שאינם ניתנים לניתוק ולהבדלה. אכן, 'כבודם של אנשים מתים, [ה]נגזר מכבודם של אנשים חיים', כדברי השופט זמיר בבג"ץ 1113/99 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' השר לענייני דתות, פ"ד נד(2) 164, 173 (2000) [להלן: עניין עדאלה – ע' פ']; כבודו של האדם החי נפגע כאשר לא מובטחת לו עוד בחייו, הגנה ראויה על כבודו כאשר שוב לא יהיה בין החיים. פגיעה בכבוד המת היא, אפוא, פגיעה בכבודם של החיים, ובכך היא מהווה פגיעה בזכות חוקתית הראויה להגנה חוקתית. השקפת החברה האנושית על ערך כבוד המת כערך-על בחיי הפרט והכלל, וכחוליה מקשרת בין דורות שחלפו לדור ההווה

ולדורות שיבואו, היא אחד המאפיינים לרציפות המתמשכת של הקיום האנושי. ערך זה חוצה ימים ויבשות, ועוגן במסורות חברתיות, דתיות ומשפטיות שונות, כחלק מן האתוס החברתי של תרבויות העולם במזרח ובמערב. תפיסה זו של כבוד המת עוגנה גם בתשתית החוקתית בישראל, כנגזרת ישירה מהזכות החוקתית לכבוד האדם בחייו" (שס, פסקה 135 לחוות דעתה של השופטת א' פרוקצ'יה; לגישה שונה ראו מיכאל בירנהק "זכויות המתים וחופש החיים" עיוני משפט לא 57, 110-113 (2008)).

16. על רקע תפיסה חוקתית זו זכו היבטים שונים של כבוד המת – ובהם גם כאלה הנוגעים להגנה על גופתו – להגנה בפסיקתנו. כך למשל, נפסק כי אין בסמכות המפקד הצבאי להורות על קבורה ארעית של גופות מחבלים לצורך החזקתן לצרכי משא ומתן, בין היתר, משכבוד המת מחייב כי גופתו של כל אדם תובא לקבורה נאותה (בג"ץ 4466/16 עליאן נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פסקה 15 לחוות דעתו של השופט י' דנציגר (14.12.2017)); התקבלה בקשה לקיים דיון נוסף בפסק הדין בדנג"ץ 10190/17 מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון נ' עליאן (19.2.2018)); כי כבוד המת מחייב את הגשמת רצון המת ביחס לאופן קבורתו והנצחתו (ע"א 7918/15 פלונית נ' פרידמן, פסקה 4 (24.11.2015)) ובמקרים המתאימים גם את רצון משפחתו (בג"ץ 5688/92 ויכסלבאום נ' שר הביטחון, פ"ד מז(2) 812, 828-829 (1993)); ראו גם דנג"ץ 3299/93 ויכסלבאום נ' שר הביטחון, פ"ד מט(2) 195, 211 (1995)); כי כבוד המת משמיע כי "לאחר מותו של אדם יש לקיים את רצונו המפורש או המשווער כביטוי להגשמת האוטונומיה של רצונו הפרטי" (בע"מ 7141/15 פלונית נ' פלונית, פסקה 24 לחוות דעתה של השופטת (כתוארה אז) א' חיות (22.12.2016)); וכי מעקרון זה נלמדת גם הכרה בשמו הטוב של האדם לאחר מותו (בג"ץ 6126/94 טנש נ' רשות השידור, פ"ד נג(3) 817, 866 (1999)); לסקירה מקיפה של ההגנות שניתנו למת בחוק ובפסיקה ראו עניין חברת אלאקסא, פסקאות 141-148 לחוות דעתה של השופטת א' פרוקצ'יה; וראו בהקשר קרוב רע"א 1917/92 טקולד נ' ג'רבי, פ"ד מז(5) 764, 772 (1993)).

17. על רקע תפיסה חוקתית זו קבע בית משפט קמא כי יש לפרש את המונח "אדם" בעבירת המעשה המגונה כמתייחס גם לאדם שאינו בין החיים. ואולם, סבורני כי אימוצה של תפיסה חוקתית זו כפשוטה אגב פרשנות דין פלילי אינה חפה מקשיים. משעסקינן בפרשנות נורמה פלילית, ובנתון לכך שיש לפרש נורמה פלילית ברוח חוקי היסוד, היה על בית המשפט להביא בין מכלול שיקוליו גם את ההגנה על הזכות החוקתית לחירות, המעוגנת אף היא בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (ראו והשוו דנ"פ 2316/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(4) 589, 630-631 (1995) (להלן: דנ"פ

גנימאת); ; בש"פ 537/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(3) 355, 421-422 (1995)).
 עמדה על כך השופטת ט' שטרסברג-כהן בדנ"פ גנימאת בהקשרם של דיני המעצרים, אך
 דומה כי הדברים יפים גם לענייננו בשינויים המחויבים:

"חוק היסוד שינה את סדר העדיפויות. הוא שינה את
 האיזון בין זכותו של אדם לחירות לבין סמכותו של בית
 המשפט לשלול אותה ממנו" (שס, בעמ' 633).

ומזווית אחרת, ההגנה על החירות היא גם זו העומדת בבסיס עקרון החוקיות
 שלפיו נתונה לאדם חירות הפעולה אלא במצב דברים שבו זו נאסרה בחוק (יהודית קרפ
 "המשפט הפלילי – יאנוס של זכויות האדם: קונסטיטוציונליזציה לאור חוק-יסוד:
 כבוד האדם וחירותו" הפרקליט מב 64, 75-76 (1995)). עקרון החוקיות צריך אף הוא
 לשאת תפקיד מכריע בפרשנות הדין הפלילי וזהו גם הטעם שבבסיס סעיף 34 לחוק
 העונשין שלפיו כאמור מבין כמה פירושים סבירים יש להעדיף את זה הצפוי להקל עם
 מי שעומד לשאת באחריות פלילית.

18. בנתון לאמור, סבורני כי אל מול המשקל הרב שייחס בית משפט קמא להגנה
 על כבוד המת – כאמור, עקרון שאין עוררין על מקומו במשפטנו החוקתי – לא ניתן
 משקל מספיק לעקרון החוקיות בגדר פרשנות העבירה. להשקפתי, עקרון זה, בשים לב
 לחשיבותה של הזכות החוקתית לחירות במסגרת פרשנות הדין הפלילי, מוביל לכלל
 מסקנה כי עבירת המעשה המגונה בנוסחה הנוכחי אינה יכולה להתבצע במי שאינו בין
 החיים. אציין גם כי אין בטענת המשיבה שלפיה יש לפרש את המילה "אדם"
 כמתייחסת גם אל גופת המת רק אם המעשה המגונה בוצע כחלק מאירוע עברייני אלים
 כדי לשנות ממסקנתי. לעמדה פרשנית זו אין כל תימוכין בלשון הסעיף, וממילא
 פרשנות מעין זו המותירה את היסוד העובדתי עמום ותלוי בנסיבות כל מקרה ומקרה
 אינה עולה בקנה אחד עם עקרון החוקיות.

19. זאת ועוד. לתמיכה במסקנתי זו ראיתי לציין כי בעבר נהג בישראל איסור פלילי
 על ביזוי גופת המת בהקשר של פגיעה ברגשות דתיים. כך, עד לחקיקת חוק העונשין
 בשנת 1977 קבע סעיף 148 לפקודת החוק הפלילי כי:

148. כל אדם אשר, מתוך כונה לפגוע
 ברגשותיו של אדם ולעלוב את דתו, או
 כשהוא יודע שרגשותיו של אדם עלולים
 להפגע, או שדתו של אדם עלולה להיות
 נעלבת על ידי כך, נכנס לכל מקום פולחן או
 כניסה שלא ברשות בבתי
 קברות

לבית קברות או לכל מקום שיחדוהו לצרכי לויית המת או לכל מקום המשמש קבר לעצמת המתים, או המבזה כל ביזוי שהוא גופת אדם או הגורם הפרעה לבני אדם שהתקהלו לשם אזכרת נשמות – יאשם בעוון (ההדגשה הוספה – ע' פ').

יוצר כי פרשנות הסעיף נדונה בע"פ 176/71 ברוך נ' מדינת ישראל, פ"ד כו(2) 667, 677 (1972) אך לא בנוגע לחלופת ביזוי גופת המת הרלוונטית לענייננו.

20. ברבות השנים "התגלגל" סעיף זה לכדי סעיף 172 לחוק העונשין המצוי בסימן ז' לפרק ח' שכותרתו "פגיעה ברגשי דת ומסורת". הסעיף קובע כי:

172. הנכנס שלא ברשות למקום פולחן או קבורה או למקום שיוחד לצרכי לויית המת או לשמירת עצמותיו של מת, או נוהג במת שלא בכבוד, או גורם הפרעה לאנשים שנתקהלו ללויית המת, והכל בכוונה לפגוע ברגשותיו של אדם או לבזות דתו, או כשהוא יודע שהדבר עשוי לפגוע ברגשותיו של אדם או לבזות דתו, דינו – מאסר שלוש שנים (ההדגשה הוספה – ע' פ').

כניסה ללא רשות למקום פולחן או קבורה

ניכר כי בשונה מסעיף 148 לפקודה, הסעיף אינו כולל חלופה של איסור על ביזוי גופת המת, אלא איסור לנהוג בו "שלא בכבוד". קשה אמנם לעמוד על כוונתו של המחוקק בהשמטת החלופה שעניינה בביזוי גופת המת שכן גם בעניין זה מדובר בעבירה מנדטורית שנקלטה לחוק העונשין מפקודת החוק הפלילי והסיבות לשינוי נוסחה נותרו עלומות. עם זאת, דומה כי יש ליתן משקל להשמטה זו שבעקבותיה חוק העונשין אינו אוסר עוד במפורש על ביזוי גופת המת, אם בקשר לפגיעה ברגשות דתיים, אם בכלל.

21. זאת ועוד, סעיף 172 הנוכחי, האוסר כאמור לנהוג במת שלא בכבוד, פורש בע"פ 3338/99 פקוביץ נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(5) 667, 690 (2000) (להלן: עניין פקוביץ), שם עמדה השופטת (כתוארה אז) ד' ביניש על התכלית שבבסיסו – מניעת פגיעה ברגשות וברגשות דתיים ביחס לקבורת המת ולכבודו (ראו גם ע"פ 8469/99 אסקין נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(2) 65, 85 (2001)). בנייתוחה את היסוד העובדתי התייחסה השופטת גם לחלופה הנוגעת לענייננו וציינה כך:

"היסוד העובדתי של הסעיף קובע חלופה נוספת של התנהגות אסורה, והיא החלופה של "נוהג במת שלא בכבוד". יסוד עובדתי זה כולל רכיב של התנהגות ("נוהג") ורכיבים נסיבתיים ("במת שלא בכבוד"). הרכיב ההתנהגותי שהוגדר בלשון הסעיף כ"נוהג" הוא רחב ביותר מבחינה לשונית, ולכאורה עשוי הוא לחול על כל צורת התנהגות, ובעניין הנדון – כלפי כבודו של המת. עם זאת נראה כי יש לסייג את הגדרת ההתנהגות האסורה בהתאם לתכלית הסעיף על-פי כל החלופות שבו, ולייחד את ההתנהגות האסורה להתנהגות המבוצעת במקומות המיועדים לקבורה או לצורכי לוויה. לפיכך רק התנהגות הפוגעת בכבוד המת המבוצעת במקומות קבורה או לוויה או במקום שנועד לשמירת גופת המת, היא הנכללת בגדר הרכיב העובדתי הקבוע בחלופה האמורה" (עניין פקוביץ, בעמ' 692).

הנה כי כן, בית משפט זה נדרש לאפשרות שלפיה עבירה – שעל פי לשונה אוסרת על פגיעה בכבוד המת – תפורש בהרחבה באופן שיאסור מנעד רחב של התנהגויות הפוגעות בכבוד המת, וראה לשלול אפשרות זו. תחת זאת נקבע כי יש לפרש את העבירה בצמצום ולתחום את גדר ההתנהגויות האסורות בגדרה אך לפגיעה בכבוד המת המבוצעת במקומות שעניינם קבורת המת, לוויתו או שמירת גופתו. לדידי, יש בעמדה פרשנית זו כדי לתמוך בגישה שלפיה גם בענייננו אין להרחיב בדרך פרשנית את תחולתה של עבירת המעשה המגונה כך שייקבע שזו אוסרת גם מעשה מגונה בגופה, וזאת במיוחד משעה שזו אינה מזכירה בלשונה את אפשרות הפגיעה במת. זאת ועוד, להשקפתי מסקנה זו מתחייבת גם מן הפער ברמת הענישה בין עבירת המעשה המגונה לבין העבירות הנזכרות לעיל שעניינן פגיעה במת. כך, סעיף 148 לפקודה בשעתו, ואף סעיף 172 הנוכחי – שהוא כאמור גלגול של סעיף זה – הן עבירות עוון שהעונש בצדן אינו עולה על שלוש שנות מאסר (לעניין סעיף 148 לפקודה ראו סעיף 5 בפקודה המגדיר את המונחים "חטא", "עוון" ו"פשע"). לעומת זאת, עבירת המעשה המגונה היא עבירה חמורה מסוג פשע שבצדה עונש מרכי של 10 שנות מאסר. בכך יש כדי ללמד כי גם כאשר נאסרה בחוק הפגיעה בגופת המת או בכבודו, נקבע לכך רף ענישה שאינו בדרגה גבוהה ביותר, וודאי שאינו עולה כדי הרף שנקבע לעניין מעשה מגונה. זהו שיקול פרשני נוסף נגד הפרשנות שהציעה המשיבה שלפיה עבירת המעשה המגונה חלה גם כאשר המעשה מבוצע במת.

פרשנות הנסיבה "אדם" בעבירת המעשה המגונה – סיכום

22. מכל הטעמים האמורים, בשים לב לספק שהבעתי בפתח הדברים אשר לאפשרות הלשונית לפרש את המילה "אדם" כמתייחסת גם אל המת, נוכח תכלית המפורשת של עבירת המעשה המגונה כפי שפורשה בפסיקתנו ונוכח מעמדה של זכות היסוד החוקתית לחירות כבריח התיכון בפרשנות הדין הפלילי ובהינתן ההיסטוריה החקיקתית שעליה עמדנו, באתי לכלל מסקנה כי יש להעדיף את פרשנות המערער שלפיה הנסיבה "אדם" המנויה בעבירת המעשה המגונה יכולה להתקיים רק אם מי שמבוצעת כלפיו העבירה נמצא בין החיים. אעיר כי לעמדת, אף אם כפות המאזניים הפרשניות היו מעוינות – וכאמור, איני סבור שכך הדבר – הייתי רואה לבכר פרשנות זו בשים לב למצוותו של סעיף 34 כחוק העונשין להעדיף את הפרשנות המקלה. ויובהר, אין במסקנתי זו כדי להקל ולו במעט מחומרתו המוסרית של ביצוע מעשה מגונה במת ומהמטען האנטי חברתי הגלום במעשה שכזה. בה בעת, לא שוכנעתי כי יש בסעיף 348(ב) לחוק העונשין בנוסחו היום כדי להטיל איסור פלילי על כך. למותר לציין כי בידי המחוקק לתקן את חוק העונשין באופן שניתן יהיה להעמיד דברים על מכוונם בכל שאמור בשמירה על כבוד המת, גם בהיבט שעלה לדיון לפנינו.

בנתון למסקנתי זו, ומשאינן חולק כי המערער ביצע את המעשה המיני במנוחה לאחר שהמיתה, סבורני כי יש לזכות את המערער מעבירת המעשה המגונה שבה הורשע.

הערעור על גזר הדין

23. כאמור לעיל, לטענת המערער, עונש המאסר שהוטל עליו חמור יתר על המידה בשים לב לקביעת בית משפט קמא שבעת המעשים היה כפסע בלבד מפטור מאחריות פלילית ונוכח מדיניות הענישה הנוהגת במקרים שבהם הופעל סעיף 300א(א) לחוק. לפיכך טוען המערער שיש להתערב הן במתחם העונש ההולם שנקבע בעניינו, הן בעונש המאסר שנקבע בתוכו כך שמתחם העונש ההולם ייקבע בטווח שבין 10 לבין 20 שנות מאסר בפועל; ועונשו ייגזר בשליש התחתון של מתחם זה. לתמיכה בטענתו מפנה המערער לשורת מקרים שבהם הופעל סעיף 300א(א) לחוק ונגזרו עונשים קלים מעונשו שלו. כך למשל, בע"פ 6385/11 בניטה נ' מדינת ישראל (3.12.2012) הופחת עונשה של מערער שאובחנה כסובלת מהפרעת אישיות גבולית והורשעה ברצח חברתה בדקירת סכין מ-20 שנות מאסר בפועל שגזר בית המשפט המחוזי ל-18 שנות מאסר בפועל נוכח השיפור במצבה וניסיונות שיקומה. בע"פ 2098/08 פרעוני נ' מדינת ישראל (28.12.2011) הותיר בית משפט זה על כנו גזר דין של 20 שנות מאסר בפועל בגין עבירות של רצח (ביריית אקדח), עבירות בנשק, קשירת קשר לביצוע פשע

ואיומים שנגזר על מערער שאובחן כסובל מסכיזופרניה פרנואידיה ואושפז מספר פעמים עובר למועד העבירה בשל מחלתו זו. בע"פ 7215/06 פלונית נ' מדינת ישראל (25.10.2007) התקבל ערעורה של אם שאובחנה כלוקה בסכיזופרניה, והורשעה ברצח בנה, בין היתר, על ידי דקירות סכין וכיסוי פניו בכרית ועונשה הופחת מ-18 ל-15 שנות מאסר בפועל נוכח מצבה הנפשי ונסיבות חייה הקשות (ראו גם פסקי דין נוספים שאליהם הפנה המערער אך שהעונשים בהם הוסכמו במסגרת הסדרי טיעון: ע"פ 5738/12 טסגזשב נ' מדינת ישראל (10.3.2014); ע"פ 3193/07 טבאגה נ' מדינת ישראל (2.4.2009); ראו גם תפ"ח (מחוזי חי') 30215-06-13 מדינת ישראל נ' אוחנה (18.11.2014); תפ"ח (מחוזי חי') 24347-11-14 מדינת ישראל נ' אמטלם (18.4.2016)).

24. ואולם, להשקפתי אין באלה כדי לסייע למערער בנסיבות העניין. כידוע, ערכאת הערעור תתערב בעונש שגזרה הערכאה הדיונית במקרים חריגים, מקום שבו נפלה טעות מהותית או שהעונש שנגזר חורג באופן ניכר ממדיניות הענישה הנוהגת (ע"פ 7874/15 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 41 (23.11.2017); ע"פ 2200/16 טויטאט נ' מדינת ישראל, פסקה 8 (21.7.2016)). לא מצאתי כי המקרה דנן בא בקהלם של המקרים האמורים.

25. המערער הורשע בעבירת הרצח – החמורה שבעבירות – שבצדה עונש מאסר עולם חובה (ע"פ 2457/98 שמן נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(4) 289, 295 (2002)). אכן, בצד קביעת עונש החובה הכיר המחוקק בגדר סעיף 300א(א) לחוק באפשרות להקל מעונשו של מי שהורשע ברצח אם בעת ביצוע העבירה הוגבלה במידה ניכרת יכולתו להבין את מעשהו או את הפסול שבו, או להימנע מביצוע המעשה, הגם שלא מתקיים בעניינו סייג שפיות הדעת (ע"פ 5951/98 מליטה נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(5) 49, 67 (2000)). הפעלתו של סעיף זה שמורה למקרים ייחודים שבהם מצוי המבצע במצב נפשי גבולי, המהלך על התפר שבין פטור מאחריות פלילית לבין נשיאה בה (ע"פ 7408/09 גדו נ' מדינת ישראל, פסקה 20 (10.3.2013)). זאת ועוד, כפי שנקבע בפסיקתנו, גם במקרים שבהם מתקיימים התנאים לתחולתו של סעיף 300א(א), הרי שעצם הפעלתו – הן לעניין עצם ההפחתה בעונש, הן לעניין מידתה – מסורה לשיקול דעתו הרחב של בית המשפט, והכל בהתאם לנסיבות העניין (ע"פ 1508/14 חבני נ' מדינת ישראל, פסקה 39 (24.8.2015); דנ"פ 3220/08 פרישקין נ' מדינת ישראל, פסקה 14 (7.9.2008)). עוד בעניין זה נפסק כי בית המשפט ייטה שלא לסטות מעונש מאסר עולם החובה, אלא מקום שבו "תחושת הצדק לא מתיישבת עם הטלת עונש מאסר עולם בשל מצבו הנפשי של מבצע העבירה בעת ביצועה" (ע"פ 8287/05 בחטרה נ' מדינת

ישראל, פסקה 14 (11.8.2011); ראו גם ע"פ 7010/09 אבשלומוב נ' מדינת ישראל, פסקה 39 לחוות דעתו של השופט י' עמית (5.7.2012) (להלן: עניין אבשלומוב); להתייחסות לסעיף 300 לחוק כמעין "סעד מן הצדק" ראו ע"פ 3071/01 מאירוב נ' מדינת ישראל, פסקה 12 (16.11.2006). מכאן, כי גם אם מצא בית המשפט לסטות מעונש החובה כאמור ולקבוע את מתחם העונש ההולם בעניינו של מבצע העבירה, מדיניות הענישה הנוהגת תהא שיקול אחד מתוך מכלול שיקולים שעליו לשקול בקביעת המתחם האמור, ואין בה כדי ללמד בהכרח על מתחם העונש הראוי במקרה המסוים על נסיבותיו הייחודיות (ראו והשוו ע"פ 6048/13 חוסיין נ' מדינת ישראל, פסקה 4 לחוות דעתו של השופט נ' הנדל (14.8.2014)).

26. לא זו אף זו, מקובלת עלי טענת המשיבה שלפיה בנסיבותיו הייחודיות של מקרה זה ניתן ללמוד על היקף שיקול דעתו של בית המשפט בהתייחס לסעיף 300א(א) גם מפסקי דין שעסקו במקרי רצח קרובים במידת אכזריותם, שבשונה מעניינו לא הוחל בגדרם סעיף 300א(א) לחוק, אך נאמר בהם, בבחינת למעלה מן הצורך, כי אף לו היה חל הסעיף האמור, לא היה מקום להפחית בעונשו של מבצע העבירה. כך, בע"פ 6318/12 עאסלה נ' מדינת ישראל (20.1.2016) דובר במערער שרצח את אשתו ההרה על ידי כך שחנק אותה ודקר אותה בסכין 6 פעמים. בית משפט זה קבע כי לא מתקיימים בעניינו התנאים לתחולת סעיף 300א(א) לחוק וגם אם היו מתקיימים "ספק רב" אם הייתה קיימת הצדקה להפחית מעונשו של המערער (שם, פסקה 18). בעניין חבני דובר במערער שרצח את אשתו בדקירות סכין מרובות ונגזר עליו עונש מאסר עולם. גם בעניינו קבע בית משפט זה כי אף אם היו מתקיימים תנאי סעיף 300א(א) לחוק, היה דוחה את הבקשה לענישה מופחתת (שם, פסקה 49). זאת, בין היתר, נוכח תכנונו המוקדם והמאורגן של המערער את אירוע הרצח שבוצע תוך הפרה מודעת של צו בית משפט שאסר עליו מלהתקרב לביתה של אשתו וליצור עמה קשר; החלטתו של המערער שלא להזמין כוחות הצלה לזירת האירוע; והותרתה מתבוססת בדמה. כך גם בעניין אבשלומוב, שם דובר במערער שרצח את בת זוגו לשעבר על ידי כך ששפך על ראשה נוזל מדליק פחמים והצית אותה. בית משפט זה קבע כי תנאי סעיף 300א(א) לחוק העונשין אינם מתקיימים בעניינו של המערער תוך שנקבע כי נסיבות המקרה ובהן רצח המנוחה "במיתה משונה ואכזרית" שתוכנן באכזריות "מקפיאת דם" ממילא אינן מצדיקות הפחתה מעונשו (שם, פסקה 39).

27. בעניינו, הורשע המערער ברצח שהנסיבות האופפות אותו חריגות ביותר. ונזכיר. לאחר שרצח המערער את המנוחה כרת את ראשה וביצע בה מעשה מיני, שגם

אם אינו עולה כדי עבירה פלילית מהטעמים שעליהם עמדנו, אין אנו מתעלמים ממנו כאשר באים אנו לבחון את היקף הפעלתו של סעיף 300א במסגרת שיקול הדעת הרחב בגדרו של אותו סעיף. כל זאת, כשילדיו נעולים בחדריהם, סמוכים אל הזוועה המתחוללת בחדר המגורים. כפי שצוין בתסקיר נפגעי העבירה, ניתן להניח שהילדים נחשפו למראות קשים וייתכן שאף לגופת אימם המנוחה. זאת ועוד, כפי שתואר בגזר הדין, מעשי המערער גרמו לבני המשפחה נזקים נפשיים חמורים וממשיים והותירו אותם מוכים ורצוצים. תמונת הדברים כפי שעלתה מן התסקיר הייתה כה חמורה עד כדי כך שבית המשפט המחוזי קבע כי "אין לקבל טענת הסנגור לפיה מדובר בקורבן אחד בלבד. קורבנות העבירה בענייננו הם בנוסף למנוחה, בני משפחתה – ילדיה, הוריה ואחיה של המנוחה". על רקע נסיבות ייחודיות אלו סבר בית המשפט כי הגם שיש ליתן משקל למצבו הנפשי של המערער בעת ביצוע העבירה, שהיה "כפסע בלבד" מסייג אי השפיות, ההפחתה מעונש מאסר העולם צריכה להיות מוגבלת בלבד. לפיכך, בסופו של דבר הועמד העונש בגין הרצח על 27 שנות מאסר בפועל. במכלול נסיבות העניין, ובשים לב למאפייני החומרה הייחודיים של המקרה דנן, איני סבור כי קמה עילה להתערב בעונש שהשיתה הערכאה הדיונית.

28. סיכום הנקודה. מעשיו החמורים של המערער והנזקים שהסבו מזה, ומצבו הנפשי המורכב מזה הופכים את מציאת נקודת האיזון העונשית למלאכה מורכבת. להשקפתי, נקודת האיזון שקבע בית המשפט המחוזי אינה מצדיקה התערבות של ערכאת הערעור. זאת, חרף קיומם של מקרים שבהם הופעל סעיף 300א(א) לחוק ונפסקו עונשים קלים יותר. חומרתם וייחודיותם של המעשים, כמו גם הצורך להוקיע ולהשמיע קול ברור נגד עבירות אלימות כה קשות כלפי נשים (ע"פ 1474/14 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 98 לחוות דעתו של השופט א' שהם (15.12.2015)) מצדיקים את הותרת גזר הדין על כנו.

סוף דבר: אם תישמע דעתי יזוכה המערער מביצוע עבירת המעשה המגונה, ובהתאם תופחת מעונשו שנת המאסר שנגזרה בגין זו. בה בעת, לצד זאת, ידחה הערעור על גזר הדין שהושת על המערער בעבירת הרצח. סיכומם של דברים, המערער יישא בעונש מאסר בפועל בן 27 שנים.

ש ו פ ט

השופטת ע' ברון:

אני מסכימה לחוות דעתו של חברי השופט ע' פוגלמן. אין בכוחן של מילים לשקף את חומרתן ואכזריותן של נסיבות ביצוע הרצח שאליהן נחשפנו בתיק זה. כפי שהיטיב חברי לבאר, חוק העונשין בנוסחו כיום אינו מטיל איסור פלילי על ביצוע מעשה מגונה במת. ועם זאת, ביזוי גופת המנוחה מהווה נסיבה מחמירה המצטרפת למכלול נסיבות המקרה המזוויע המצדיקות את עונש המאסר בפועל של 27 שנים שהושת על המערער בגין עבירת הרצח. כך גם בהינתן קביעת בית המשפט המחוזי שבעת ביצוע המעשים היה המערער כפסע בלבד מפטור מאחריות פלילית. וייאמר, כי ביזוי המנוחה לאחר שנרצחה, התבטא לא רק במעשה המיני שבוצע בגופתה, אלא בכריתת ראשה. בן אנוש מתקשה להאמין ואינו יכול לעכל.

כפי שציין חברי, בידי המחוקק לתקן את חוק העונשין באופן שניתן יהיה להעמיד דברים על מכונם, ואוסיף כי סבורתני ששמירה על כבוד המת ראוי לה שתמצא את דרכה לספר החוקים בגדרי האיסורים הפליליים.

ש ו פ ט ת

השופט ד' מין:

1. מסכים אני עם פסק דינו של חברי השופט ע' פוגלמן, הן באשר לזיכוי המערער בעבירת המעשה המגונה בה הורשע והן באשר לדחיית הערעור על גזר הדין בעבירת הרצח. מסכים אני גם עם הערותיה של חברתי השופטת ע' ברון שקשה לתאר במילים את שאט הנפש מהמעשים המתועבים שביצע המערער באשתו. לאלו הוא ראוי לכל גינוי ולענישה מחמירה ביותר. אוסיף רק דבר מה ולו לשם לימוד על דרך ההיקש מהמשפט העברי, לעניין פרשנות הנסיבה "אדם" שבסעיף 348(ב) לחוק העונשין, תשל"ז-1977.

2. במקורות ההלכתיים התעוררה השאלה האם האיסור "לסוך" ב"שמן המשחה" על "אדם", חל גם על אדם מת. ומילת הקדמה. "שמן המשחה" הוא שמן בעל ריח שהופק ממור, קינמון, קידה וקנה בושם המעורבבים עם שמן זית, ואיתו בימים עברו היו מושחים אנשים במעמד בכיר - את הכוהנים הגדולים וחלק מהמלכים. גם את כלי המשכן והמקדש החדשים היו מושחים בשמן המשחה, על מנת להכשירם לתפקידם. השמן הוכן במקור על ידי משה במדבר סיני עם הקמת המשכן ונאסר לרקוח כמוהו או לסוך בו שלא לצרכים שנקבעו לו מפורשות וכפי שנאמר - "על בשר אדם לא ייסך ובמתכנתו לא תעשו כמוהו" (שמות ל 32). העונש המוטל על מי שעובר על איסור

השימוש בשמן הוא עונש "כרת" שמשמעו עונש המסור לידי שמיים (וראו: רמב"ם, הלכות תשובה ח, א; רמב"ן, פירוש לתורה, ויקרא יח 29). המקרים הידועים והמפורסמים של משיחה בשמן כדי לסמל העלאת מעמד אדם פשוט למעמד מלוכה, הוא משיחתו של דוד למלך (שמואל א, טז 13) ומשיחתו של שאול למלך (שמואל א, י 1); אם כי מפרשי המקרא פירשו כי שמן זה שנמשך בו שאול לא היה שמן המשחה "המקורי", אלא שמן אפרסמון, מפני ששאול לא היה משבט המלוכה, שבט יהודה (רד"ק, שם)).

3. הגמרא (בבלי, כריתות ו, ע"ב) דנה בשאלה האם אדם הסך שמן המשחה על מת חייב כרת אם לאו. מקור הספק נעוץ בלשון הכתוב בו נאמר על אודות השמן כאמור, כי "על בשר אדם לא ייסך" (שמות ל 32). הגמרא משיבה כי בהתאם ללשון זו, הסך את השמן על מת אינו חייב כרת "דכיון דמית ליה, מת מיקרי ולא אדם" (מכיוון שאדם מת נקרא מת ולא אדם).

4. הפוסקים תמימי דעים כי גמרא זו מהווה את המקור לכך כי אין המת קרוא עוד "אדם". כך נקבע להלכה ברמב"ם (הלכות כלי המקדש, פרק א', הלכה ו'), וכך גם פסקו חלק מהפוסקים מהדורות האחרונים (אם כי ישנם כאלו שהשאירו את העניין "בצריך עיון"; וראו: בית האוצר, לרב יוסף ענגיל (1858-1920), מערכת א-ד, ערך "אדם", כלל ז', אות א'; שו"ת טוב טעם ודעת לרב שלמה קלוגר (1783-1869), יו"ד סימן רפ"ח; שדי חמד לרב חיים חזקיה מדיני (1833-1905), מערכת אל"ף כללים סעיף קנ"א, ערך "אדם"; דברי שאול-יוסף דעת לרב יוסף שאול נתנזון (1808-1875), סימן שע"ב ד"ה שם "קברי כותים"; תקון האדם לרב עזרא אלטשולר (1858-1938), פרק ג' אות ח'; ילקוט הגרשוני לרב גרשון שטרן (1861-1936), חלק א', אות א', ערך "אדם"; משכנות הרועים לרב יחיאל מיכל היבנר (1834-1907), תחילת קונטרס עת דודים, דף ג עמוד א בהוצאת למברג 1865; וראו גם: אנציקלופדיה תלמודית, ערך אדם, כרך א עמוד קס"ב). בטעמה של ההלכה כתבו הפוסקים שעיקרו של האדם הוא השכל והרוח הטמונים בו מעצם טבעו. כאשר אדם מת שכלו ורוחו ניטלים ממנו, ולכן אין הוא נקרא עוד אדם. זאת, בשונה מבעלי חיים הנקראים בשמם גם לאחר מיתתם (וראו: בבלי, יומא נ, ע"א). ובלשונו של הרב עזרא אלטשולר (תיקון האדם, שם):

"אע"ג דגם פר מת פר מקרי (אף על פי שגם פר מת נקרא פר)... שאני שם פר (שונה הפר) שהוא מצד תואר החומר וזה החומר לא נשתנה במתתו. אבל שם אדם שהוא מצד הצורה... משום הכי (משום כך) כשמת שאין לו עוד הצורה האלוקית לא נקרא עוד אדם."

ובלשונו של הרב יוסף עמדין (בית האוצר, שם אות א' עמוד 31):

"מה שאין כן באדם שנפשו נצחית ואם כן שוב נפשו הרוחנית וודאי דחשובה מחומרו הגשמי... ואם כן בעצמיותם וודאי דנפש הרוחנית חשובה יותר מגוף הגשמי והעכור ואם כן ממילא דהשם "אדם" מוסב על הנפש ועל כן המת שנפשו נפרדה ממנו שפיר לא מיקרי אדם."

5. יחד עם זאת, פרשנות זו לא הייתה נקייה מספקות נוכח קיומם של מספר פסוקים בתנ"ך מהם עולה לכאורה כי גם מת נקרא אדם. למשל הפסוק בספר במדבר ט 6 המתייחס לטומאה הבוקעת מגופתו של מת, בו נאמר: "ויהי אנשים אשר היו טמאים לנפש אדם ולא יכלו לעשת הפסח ביום ההוא ויקרבו לפני משה ולפני אהרן ביום ההוא"; למשל, הפסוק בספר במדבר יט 11 המתייחס אף הוא לטומאת מת, בו נאמר כי: "הנגע במת לכל נפש אדם וטמא שבעת ימים"; ולמשל הפסוק בספר יחזקאל לט 15 העוסק בקבורתם של מתי ארץ גוג, בו נאמר: "ועברו העברים בארץ וראה עצם אדם ובנה אצלו ציון עד קברו אתו המקברים אל גיא המון גוג" (וראו עוד: במדבר יט 13; ויקרא כב 5). היינו בכל הפסוקים האמורים, מתאר הכתוב את המתים כ"אדם", בין שמדובר בטומאה הנלווית לגופת האדם ובין אם מדובר בעצמותיו. חרף האמור, לאור דברי הגמרא, תירצו רוב הפוסקים אשר קבעו שאין אדם מת נקרא "אדם", שבפסוקים אלו פירוש המילה "אדם" הינו אדם שהיה חי. היינו, המילה "אדם" תתפרש בדרך כלל כאדם חי, אלא אם כן קיים הכרח לומר שמדובר במת, שאז מוכח מתוך הכתוב עצמו שיש לפרש את המילה "אדם" כאדם שהיה חי.

6. קושי נוסף בפרשנות נמצא גם באמור במדרש (תורת כהנים, טרא פרשת אמור פרשה י"ד, פרק כ', אות ח') הקובע בהאי לישנא:

"מכה בהמה מכה אדם". מה תלמוד לומר? לפי שנאמר "מכה אביו ואמו" יכול לא יהיה חייב עד שיכה שניהם כאחת? תלמוד לומר ומכה אדם יומת אפילו אחד מהם. יכול אפילו הכהו ולא עשה בו חבורה יהיה חייב? תלמוד לומר מכה בהמה ומכה אדם: מה מכה בהמה עד שיעשה בה חבורה אף מכה אדם עד שיעשה בו חבורה. יכול אפילו הכהו לאחר מיתה יהיה חייב? תלמוד לומר "מכה בהמה ומכה אדם" – מה מכה בהמה בחייה אף מכה אדם בחייו."

המדרש מבקש ללמוד מהפסוק "ומכה בהמה ישלמנה ומכה אדם יומת" (ויקרא כד 21) כי יש להקיש בין הכאת בהמה לבין הכאת אדם בכמה מובנים. כך גם, על פי המדרש, התורה משווה בין דין המכה בהמה לאחר מותה, שפטור על תשלום נזיקין

לבעליה, לבין המכה את הוריו לאחר מותו. מהשוואה זו נלמד, כי אין איסור להכות את ההורה, לאחר מותו, כפי שאין חובה לשלם על הכאת הבהמה, לאחר מותה.

7. על פי פשוטו של מקרא, נקודת המוצא במדרש היא אפוא, כי פירושו של "אדם" הוא גם אדם לאחר מותו. הסיבה שבעטייה המכה את אביו לאחר מותו פטור (בניגוד למכה את אביו בעודו בחיים שחייב), אינה נעוצה בעובדה שאין אביו המת קרוא "אדם", אלא בכך שהשוותה התורה בין דין בהמה לדין אדם לעניין זה. הנחה זו סותרת אפוא את דברי הגמרא במסכת כריתות. יש פוסקים שכתבו כי אכן קיימת סתירה בין הגמרא במסכת כריתות לבין המדרש האמור, אלא שההלכה נפסקת לפי האמור בגמרא ולא לפי האמור במדרש, ויש פוסקים שיישבו בין המקורות (וראו: רב יוסף ענגיל, שם, כלל ז' אות י'; תקון האדם, שם; וראו גם הגמרא, סנהדרין פה, ע"ב, הקובעת כדבר המובן מאליו שהמכה את אביו לאחר מיתתו פטור. ראו גם רש"י במקום המסביר שהסיבה לכך היא שאין חבורה המוציאה דם לאחר מיתה; וראו גם רמב"ם בפירושו המשניות, סנהדרין, פרק י"א, א', המסביר את המשנה במקום באותו אופן; וכן ראו רש"י על התורה (ויקרא כד 21), המבאר כי ההיקש בין אדם לבהמה נצרך רק משום שלולא ההיקש היינו מעלים על דעתנו להשוות את דין מכה אביו לדין מקלל אביו, שכשם שהמקלל אביו לאחר מיתה חייב, כך גם דין המכה).

8. יחד עם זאת קיימת דעה חולקת והמוכאת בספר היראים (רבי אליעזר בן שמואל ממיץ, צרפת 1140-1248, מגדולי תלמידיו של רבינו תם, נכדו של רש"י), המסבירה את הגמרא במסכת כריתות באופן אחר. לפי פרשנות זו, הסיבה שהסך בשמן המשחה על מת פטור, אינו משום שאדם מת אינו נקרא "אדם", אלא מפני ש"מתים לאו בני סיכת שמן הם שאינו אלא לתענוגים" (סימן ר"פ [בדפוס ישן, סימן של"ג]). ברם, דעה זו היא דעת מיעוט והפוסקים שהתמודדו עמה תרצו שככול הנראה היה ליראים גרסה אחרת בגמרא מזו הנמצאת ברשותנו ולכן פרש כפי שפרש (בית האוצר, שם, אות ח', עמ' 35 ד"ה "והנה").

9. כל האמור הוא במישור הטלת איסורי התורה על מת ודין זהה קיים גם במישור הממוני-הנזיקי בין אדם לחברו. בעניין זה נקבע בגמרא במסכת ערכין (דף ו, ע"ב) כי: "היוצא להיהרג, הוא שחבל באחרים – חייב, אחרים שחבלו בו – פטורין". רש"י שם מפרש במקום (ד"ה פטורין) "דאין לו דמים ועומד הוא ליחבל...". כלומר, מי שעומד לפני הוצאה להורג על ידי בית דין, ופגעו בו אחרים, אין הם מתחייבים בתשלומי נזקיו כי ממילא הוא עומד להיהרג. הנחת המוצא היא אפוא, כי החובל באדם מת – פטור מתשלומי נזקיו (וראו: חוות דעת של ד"ר מיכאל ויגודה, המחלקה למשפט עברי

במשרד המשפטים "פיצוי בגין פגיעה בגופת המת" (2005), פורסמה באתר משרד המשפטים).

10. הוא הדין גם לגבי ביוש המת, ולמרות שקיים איסור לנוול את המת, אין ליורשי המת עילת תביעה כנגד המבייש את המת. וכך נאמר בגמרא, בבא קמא פו ע"ב:

"בעי ר' אבא בר ממל: ביישו ישן ומת, מהו? (אדם בייש אדם שישן ולאחר מכן הישן מת בשנתו). מאי קמבעיא ליה? (מהי השאלה). אמר רב זביד, הכי קמבעיא ליה (זו השאלה): משום כיסופא הוא, והא מית ליה ולית ליה כיסופא (האם חיוב התשלומים של דמי בושת הוא משום הרגשת הבושה של המתבייש, והרי אדם זה מת בלי שידע שביישוהו ולא הרגיש בכך כלל), או דלמא משום זילותא הוא, והא אוזליה? (או שמא חיוב התשלומים של דמי בושת הוא משום הזלזול בכבודו, והרי זלזלו ופגעו בכבודו)."

בסופו של דבר, הגמרא אינה משיבה על השאלה מכוח מה ניתן לחייב את המבייש בתשלום דמי בושת במקרה זה, שבו מת המבוייש במהלך הזמן שביישוהו. לכן יש שפסקו על פי הכלל ההלכתי שעל פיו – שאלה שהוצגה בגמרא אך לא ניתן לה פיתרון, אין מחייבים תשלום ממון באותו מקרה שעמד לדיון, בשל הספק. לכן מלכתחילה אין מוציאים מידי המבייש את דמי הבושת, אך אם היורשים של המת עשו דין לעצמם וגבו את הדמים מהמבייש, אין מוציאים מידם (רמב"ם, חובל ומזיק פ"ג ה"ג). יש אף שפסקו שפטור המבייש לגמרי (רא"ש, בבא קמא, פ"ח סימן ז'; וראו מחלוקת: שולחן ערוך ורמ"א, חושן משפט, סימן ת"כ, סעיף ל"ה). מכל מקום, נקודת המוצא של הגמרא היא שהמבייש את המת פטור מתשלום, והיא רק מסופקת ביחס לאדם שישן בזמן הביוש ולאחר מכן נפטר (וראו: שו"ת הריב"ש סימן כ"ז).

11. אפשר לסכם אפוא את ההלכה בכך שאין אדם מת קרוא "אדם", לא לעניין ביצוע עבירה כלפי גופו ולא לעניין אחריות בנזיקין החובל בו או המביישו. אוסיף כי הרמב"ם אף פוסק באופן מפורש כי "הבא על ערוה מן העריות והיא מתה פטור מכולם" (רמב"ם, איסורי ביאה, פ"א, הי"ב). היינו המבצע מעשים מיניים באדם מת, אשר בעודו בין החיים היה חייב, פטור מעונש (הרמב"ם הסיק הלכה זו מתוך הגמרא ביבמות נה, ע"ב; וראו גם: טור, אבן העזר, סימן כ'. אם כי לדעת התוספות ביבמות שם ד"ה "לאחר", ייתכן כי הפטור לביצוע מעשה מיני למת מתייחד דווקא לביצוע מעשה כזה לאשת איש שמתה ולא לאיסורי עריות האחרים).

למסקנה, הדרך הפרשנית בה צעד המשפט העברי מקדמת דנא ועד לדורות האחרונים ממש, מובילה אף היא לתוצאה אליה הגיע חברי השופט פוגלמן בחוות דעתו המקיפה והמנומקת.

שופט

הוחלט כאמור בפסק הדין של השופט ע' פוגלמן.

ניתן היום, ב' בסיון התשע"ח (16.5.2018).

שופט

שופטת

שופט