



בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פליליים

ע"פ 3223/21

ע"פ 3734/21

לפני: כבוד המשנה לנשיאה נ' הנדל
כבוד השופט ג' קרא
כבוד השופט ד' מינץ

המערערת בע"פ 3223/21
והמשיבה בע"פ 3734/21 :
מדינת ישראל

נ ג ד

המשיב בע"פ 3223/21
והמערער בע"פ 3734/21 :
יצחק שפק

ערעור וערעור שכנגד על פסק דינו של בית המשפט המחוזי
מרכז-לוד מיום 24.3.2021 בתפ"ח 11-18-20749-11-18 שניתן על-
ידי כבוד סגנית הנשיאה ל' ברודי וכבוד השופטים מ' ברק-
נבו ומ' תמיר

תאריך הישיבה: ד' בטבת התשפ"ב (08.12.2021)

בשם המערערת בע"פ 3223/21
והמשיבה בע"פ 3734/21 :
עו"ד רחל מטר; עו"ד רחלי זוארץ-לוי

בשם המשיב בע"פ 3223/21
והמערער בע"פ 3734/21 :
עו"ד גיל גבאי; עו"ד קרן אבלין-הרץ

פסק-דין

המשנה לנשיאה נ' הנדל:

1. הכיצד על בית המשפט הגוזר את הדין להפעיל את שיקול הדעת המוענק לו להטיל עונש של מאסר עולם בעבירת הרצח (לפי סעיף 300(א) לחוק העונשין, תשל"ז-1977, להלן: עבירת הרצח או עבירת הרצח הבטיחית, ככינויה בחוק ובדברי ההסבר

לתיקון שבמסגרתו נקבעה, בהתאמה)? באיזה אופן קיומו של עונש מרבי זה אמור להשפיע על התוצאה שאליה יגיע? איך משתלבת האפשרות של הטלת עונש של מאסר עולם עם קביעת מתחם עונש לפי תיקון 113? באופן כללי יותר, מהם טיבו והיקפו של שיקול הדעת הקיים לבית המשפט בהטלת מאסר עולם כעונש מרבי, ומהן אמות המידה ליישומו? אלו, ממעוף הציפור, השאלות התקדימיות שמעלים שני הערעורים שלפנינו שמופנים לעונש שגזר בית המשפט המחוזי (תפ"ח 18-11-20749, כב' השופטות ל' ברודי (סג"נ) ומ' ברק-נבו והשופט מ' תמיר) – 29 שנות מאסר בפועל (כולל הפעלת תנאי של חצי שנת מאסר); אחד נסוב על קולת העונש ואחד על חומרתו. כפי שיובהר, לאחר הדיון חלה התפתחות ביחס לערעור המדינה אשר תפורט בסמוך, אך השאלות שהוזכרו עודן רלוונטיות להכרעה.

ברקע החקיקתי – הרפורמה בעבירות ההמתה שנכנסה לתוקף בשנת 2019 (תיקון מס' 137 לחוק העונשין; להלן: הרפורמה בעבירות ההמתה או הרפורמה). רפורמה זו הביאה לעולם חידושים שונים. הרלוונטי לענייננו הוא כי בעבר העבירה של "רצח" חייבה ככלל תוצאה של מאסר עולם ללא שיקול דעת לבית המשפט. עתה, לאחר הרפורמה, ישנם שני סוגי עבירות רצח: עבירת הרצח הבסיסית (סעיף 300(א) לחוק העונשין) שמאפשרת לבית משפט לגזור עונש של מאסר עולם, לצד האפשרות לגזור עונש קל מזה; ועבירת הרצח בנסיבות מחמירות (סעיף 301א לחוק העונשין) שמחייבת את בית המשפט לגזור עונש של מאסר עולם בהתקיימות אחת מבין אחת-עשרה החלופות הכלולות בה.

עובדות המקרה וגזר הדין קמא

2. בשנת 2018, בהיותו בן כ-54 שנים, רצח המשיב בע"פ 3223/21 והמערער בע"פ 3734/21 (להלן: המערער) בחמש עשרה דקירות סכין את אשתו ואם ילדיו, עליזה שפק (להלן: המנוחה), והיא בת כ-53 שנים. בגין מעשה זה הורשע המערער בביצוע עבירה של רצח לפי סעיף 300(א) לחוק העונשין, זאת על-פי הודייתו בעובדות כתב אישום מתוקן במסגרת הסדר טיעון.

העובדות, שאינן במחלוקת בין הצדדים, הן כי כמה חודשים לפני הרצח, עזבה המנוחה את ביתה המשותף עם המערער, מתוך רצון לסיים את חיי הנישואין, והשניים חתמו על הסכם גירושין. הרצח בוצע כשבועיים לפני שהמערער והמנוחה היו אמורים להתייצב בדיון בבית הדין הרבני לצורך מתן גט, לאחר שהדיון נדחה לבקשת המערער. בתקופה שקדמה לרצח, המערער הביע את רצונו בשלום בית וניסה, ללא הועיל, לשכנע

את המנוחה לשוב לחיות עימו. יום לפני הרצח, התפתח בין השניים ויכוח שנסב על גידולו של בן אחותה של המנוחה, שהמערער והמנוחה היוו משפחת אומנה עבורו. ביום שלאחר הוויכוח, לאחר שהמנוחה לא השיבה להודעות ולשיחה של המערער, הגיע המערער לדירתה של המנוחה ודקר אותה חמש-עשרה דקירות באמצעות סכין בשר חדה וארוכה, ובכך גרם בכוונה למותה. משהבין שהמנוחה אינה עוד בין החיים, יצא המערער מדירתה, נעל את הדלת באמצעות מפתחותיה והשליך אותם במקום מסתור סמוך. המערער שב לביתו, החליף את חולצתו, ונסע למושב סמוך, שם התחבא מרשויות החוק עד לאיתורו ומעצרו ביום המחרת.

3. הסדר הטיעון שבמסגרתו הורשע המערער בעבירת הרצח לא כלל הסכמה לעניין העונש. המערער בע"פ 3223/21 והמשיבה בע"פ 3734/21 (להלן: המדינה) עתרה להטיל על המערער את העונש המרבי בגין העבירה שבה הורשע – מאסר עולם. הסנגור התנגד להטלת עונש של מאסר עולם ועתר לקבוע מתחם עונש שנע בין 22 ל-28 שנות מאסר, ולמקם את עונשו של המערער בחלקו התחתון של מתחם זה.

בית המשפט המחוזי סקר את גזרי הדין שניתנו בעניינם של מורשעים בעבירת הרצח לאחר כניסת הרפורמה בעבירות ההמתה לתוקף, ואת נסיבות ביצוע העבירה, לרבות הנזק שנגרם לנפגעי העבירה, וקבע כי מתחם העונש ההולם בגין מעשי המערער נע בין 27 שנות מאסר לבין מאסר עולם. בהמשך סקר בית המשפט המחוזי את הנסיבות שאינן קשורות בביצוע העבירה, הן לקולת העונש והן לחומרתו, לרבות העבר הפלילי של המערער, ולאחר מכן פסק כי יש למקם את עונשו של המערער במרכז מתחם העונש, ולהעמידו על 28.5 שנות מאסר. עוד מצא בית משפט קמא כי יש להפעיל עונש מאסר על תנאי בן שישה חודשים שהוטל על המערער בשנת 2016 בגין עבירת אלימות קודמת כלפי המנוחה (במסגרת ת"פ 61199-10-17), וזאת במצטבר לתקופת המאסר בגין הרצח. לסיכום, המערער נדון לעונש של 29 שנות מאסר בפועל. עוד הוטלו על המערער עונש מאסר על תנאי של 12 חודשים, שהמערער לא יישא אלא אם יעבור בתוך שלוש שנים מיום שחרורו עבירת אלימות מסוג פשע, וכן פיצוי לנפגעי העבירה בסך 258,000 ש"ח שיחולק בחלקים שווים בין שלושת ילדיהם של המנוחה והמערער. הערעור אינו מופנה כנגד רכיבים אלו של העונש, אלא כנגד עונש המאסר בפועל בלבד.

טענות הצדדים בערעורים

4. בערעור שהגישה המדינה (ע"פ 3223/21), היא מעלה הן טענות עקרוניות בעניין מדיניות ודרך הענישה הראויה בעבירת הרצח בנוסחה לאחר הרפורמה בעבירות ההמתה

(סעיף 300(א) לחוק העונשין), והן טענות פרטניות בנוגע לעונש ההולם את מעשהו של המערער במקרה דנן. ניתן לומר כי המדינה הציגה שלוש עמדות – אחת בטיעון בכתב לפני הדיון, השנייה בטיעון בעל-פה בדיון והשלישית בהודעה מטעמה לאחר הדיון. גם אם ניתן ליישב עמדות אלו, נראה כי בכל אחת מהן ישנם דגשים שונים. בצייני את דברים אלו אין בכוונתי למתוח ביקורת על המדינה אלא להראות את מורכבות העניין. אכן, הסוגיה מורכבת ונראה כי ההכרעה חייבת להתייחס להיבטיה השונים. כמו כן, חשוב להבהיר מדוע, על-אף השינוי בעמדת המדינה לגבי ערעורה בהודעה שמסרה לאחר הטיעונים בכתב ובעל-פה, נדרש להתייחס לסוגיה הכללית על מנת להכריע בערעור שהוגש מטעם המערער (ע"פ 3734/21).

בערעור בכתב נדרשת ראשית המדינה לעמדתה בשאלה העקרונית של מדיניות ודרך הענישה הראויה בעבירת הרצח הבסיסית. המדינה מציינת באופן מפורש כי הערעור נסוב על שאלה עקרונית זו. עוד יצוין כי המדינה גילתה דעתה בדבר אופיה העקרוני של שאלה זו גם בהחלטתה להגיש בקשה להרחבת ההרכב ולהקדמת הדיון בתיק אחר העוסק לשיטתה באותה סוגיה (ע"פ 1226/21 מדינת ישראל נ' וואסה), בקשה שבה ציינה כי יש חשיבות של ממש להכרעה עקרונית ומהירה בסוגיה זו (הבקשה נדחתה בהחלטת הנשיאה א' חיות מיום 27.5.2021; ראו גם את החלטתנו בתיק זה מיום 5.1.2022). אם כן, במישור הכללי המדינה טוענת כי במקרים שבהם הורשע אדם בעבירת הרצח הבסיסית ונקבע כי הייתה לו כוונה להמית – להבדיל מאדישות בנוגע לתוצאה זו – העונש של מאסר עולם הוא העונש ההולם, והוא צריך לשמש נקודת מוצא לגזר הדין, כאשר יהיה מקום לסטות מנקודת מוצא זו רק במקרים חריגים. הנסיבות שיאפשרו סטייה זו, לשיטת המדינה, צריכות להיות נסיבות האירוע עצמו ולא נסיבות אישיות של הנאשם. המדינה גורסת כי עמדה זו מתחייבת הן מהערך המוגן בעבירות ההמתה – קדושת חיי האדם – והן מההיסטוריה החקיקתית ומהתכלית של הרפורמה בעבירות ההמתה. מבחינה יישומית, המדינה טוענת כי כאשר העונש ההולם את העבירה הוא מאסר עולם, אין צורך ואף לא ראוי לקבוע מתחם עונש הולם לעבירה בהתאם לסימן א'1 של פרק ו' לחוק העונשין (אשר מוכר כתיקון מס' 113 לחוק העונשין, וכך יכונה להלן).

במישור הפרטני, בנימוקי הערעור שהגישה טוענת המדינה כי על רקע עמדתה העקרונית האמורה, בנסיבות המקרה דנן היה נכון להטיל על המערער עונש של מאסר עולם. משכך, לגישת המדינה, בית משפט קמא שגה בהחלטתו להטיל על המערער עונש קצוב של 28.5 שנים. המדינה מוסיפה כי לנוכח חומרת התופעה של אלימות נגד נשים בכלל ושל רצח נשים בידי בני זוגן בפרט יש חשיבות מיוחדת למסר החברתי וההרתעתי של הענישה במקרה כגון דא. עוד מדגישה המדינה כי בנסיבות שבית משפט קמא זקף

לזכותו של המערער – בראשן ההודיה ולקיחת האחריות – אין כדי להצדיק סטייה מהעונש של מאסר עולם, הוא העונש ההולם את העבירה שביצע.

בדיון שנערך בפנינו, הציגה המדינה את עמדתה עם דגשים מעט שונים. באת-כוח המדינה חזרה על טענתה העקרונית כי מאסר עולם צריך להוות עונש מוצא לעבירת הרצח הבסיסית במקרים של רצח בכוונה, אך הדגישה כי כוונתה היא שהעונש של מאסר עולם לא יהווה אות מתה, אלא שיהיה בגדר אפשרות ולא יהווה עונש מרבי שלא מגיעים אליו לעולם. זאת אף אם – בניגוד לעמדתה – בית המשפט נדרש לקביעת מתחם עונש.

5. ערעור המערער (ע"פ 3734/21) נסוב על חומרת העונש אשר הוטל עליו. הנימוק המרכזי העומד בבסיס הערעור הוא שכשבוע לאחר מתן גזר הדין עבר המערער אירוע מוחי קשה שבעטיו נותר משותק בפלג גופו הימני וחסר יכולת לדבר (נכון למועד הגשת נימוקי הערעור). לטענת הסנגור, מצבו הבריאותי של המערער בעקבות זאת מצדיק הקלה בעונשו. עוד גורס בא-כוח המערער כי גם ללא קשר לאירוע המוחי, העונש שהוטל על המערער על-ידי בית המשפט המחוזי היה חמור מדי – הן מבחינת המתחם שנקבע והן מבחינת מיקומו בתוך המתחם – בהתחשב בנסיבות המערער, בפרט הודייתו וגילו, ובענישה הנוהגת במקרים אחרים. גם בהליך זה המערער טוען כי בית משפט קמא היה צריך להימנע מהטלת עונש של מאסר עולם, להעמיד את מתחם העונש בעניינו על 22 עד 28 שנות מאסר, ולמקם את עונשו בחלקו התחתון של מתחם זה.

בתשובתו לטענות העקרוניות שמעלה המדינה בערעורה, המערער מסביר באמצעות סנגורו כי במסגרת הרפורמה בעבירות ההמתה קבע המחוקק באופן מפורש כי העונש של מאסר עולם על עבירת הרצח הבסיסית הוא עונש מרבי, וכי בית המשפט רשאי להטילו לתקופה בלתי קצובה או לחלופין להטיל מאסר שאינו מאסר עולם לתקופה קצובה של עד שלושים שנים (זאת לפי סעיף 311א לחוק העונשין). לשיטת הסנגור, אין כל בסיס בחוק לעמדת המדינה כי העונש של מאסר עולם בעבירת הרצח הוא "עונש מוצא", קרי, לא רק העונש המקסימלי אלא נקודת המוצא בגזירת הדין. לדברי הסנגור, מודל פרשני זה של המדינה אינו מעוגן בחוק, ולכן אין כל הצדקה לקבוע אותו בדרך של חקיקה שיפוטית. עוד טוען הסנגור כי המודל הפרשני של מאסר עולם כ"עונש מוצא" שממנו יש לסטות רק בנסיבות מיוחדות יוביל לטשטוש ההבחנה בין עבירת הרצח הבסיסית לבין עבירת הרצח בנסיבות מחמירות (סעיף 301א לחוק העונשין), שעונש החובה עליה הוא מאסר עולם. בהתייחס לטענת המדינה כי אין ליישם את תיקון 113 לחוק העונשין על עבירת הרצח ולקבוע לה מתחם עונש הולם, הסנגור גורס כי גם היא אינה מעוגנת בחוק. לגישתו, גם בעבירת הרצח, בית המשפט הגוזר את הדין מחויב

לקבוע מתחם עונש, אשר יכול לכלול כגבול עליון גם מאסר עולם, וכך אכן פעלו בתי המשפט בכל גזרי הדין שנתנו בעבירת הרצח מאז כניסתה של הרפורמה לתוקף. בהקשר זה, הסנגור מסביר כי הערך החברתי המוגן בעבירת הרצח מהווה שיקול בקביעת המתחם ולא יכול, כטענת המדינה, להצדיק השתת מאסר עולם בגין כל מקרה של רצח, ללא קביעת מתחם עונש; וכי לשיקולי הרתעה יש מקום בקביעת העונש בתוך המתחם אך הם אינם מצדיקים שלא לקבוע מתחם כלל.

במענה לטענות הפרטניות שמעלה המדינה בנוגע לנסיבות המצדיקות להטיל עונש של מאסר עולם על המערער בענייננו, חוזר בא-כוח המערער על טענותיו באשר לנסיבותיו לקולא ולגבי הענישה הנוהגת המקלה מזו שהוטלה עליו. עוד גורס בא-כוח המערער כי המדינה, בעמידתה על הנסיבות המצדיקות ענישה מחמירה בדמות מאסר עולם, מנסה "להכניס בדלת האחורית" טענות אשר אינן מופיעות בכתב האישום המתוקן שבו הודה המערער, לאחר שהושמטו מנוסחו הקודם, לעניין אכזריות בביצוע הרצח, אלימות קודמת של המערער כלפי המנוחה ותכנון של הרצח. הסנגור מדגיש כי ייתכן שבטענות אלו, לו הוכחו, היה כדי להרשיעו בעבירת הרצח בנסיבות מחמירות, אולם משהמדינה הסכימה להשמיטן מכתב האישום היא אינה יכולה להתבסס עליהן לעניין העונש.

לשאלת בית המשפט מה העונש הראוי לשיטתו להטיל על המערער לנוכח מצבו הפיזי היום, הסנגור השיב בדיון כי מדובר בעונש הקרוב לעשרים שנות מאסר בפועל.

6. לאחר שהתקיים דיון בנוכחות הצדדים, שבו התחדד כי נסיבותיו הרפואיות הנוכחיות של המערער אינן פשוטות, ובהתאם להחלטתנו, הגישה המדינה ביום 30.12.2021 הודעת עדכון שבה צוין כי בשל נסיבותיו הרפואיות הנוכחיות של המערער היא אינה רואה מקום לעמוד על עתירתה להחמרת העונש שהוטל על המערער. ביחס לטענת המערער כי העונש שהוטל עליו מחמיר עמו יתר על המידה, הסבירה המדינה בהודעתה כי לגישתה העונש שהוטל על המערער על-ידי בית משפט קמא מקל ממילא, וכי אף בנסיבותיו הרפואיות אין הצדקה להקלה נוספת, וראוי שהשיקולים הרפואיים ייבחנו במסגרת חוק שחרור על-תנאי ממאסר, תשס"א-2001. עוד ביקשה המדינה בהודעתה "לא לקיים במסגרתו [של הערעור] את הדיון העקרוני בשאלת מדיניות הענישה בעבירת הרצח הבסיסית החדשה" ו"להודיע על משיכת הערעור מטעמה". בכך הציגה המדינה עמדה שלישית ביחס לשתי העמדות הקודמות. התייחסותנו להודעה זו מפורטת בהחלטתנו מיום 5.1.2022. נציין רק בקצרה כי בהחלטתנו הבהרנו כי לאחר שמיעת טענות הצדדים צד אינו יכול למשוך את הערעור ללא קבלת רשות מבית המשפט, וכי יש

קושי בהגשת הבקשה בעיתוי שבו הוגשה, לאחר הדיון בסוגיה העקרונית שמעלה הערעור, שבו הצדדים הציגו נימוקיהם בפירוט ושופטי ההרכב הקשו על הצדדים ביחס לעמדות והשאלות השונות. עם זאת, כמובן, לא נמנע מהמדינה שלא לעמוד על החמרת העונש של המערער, כאשר השיקול המרכזי לכך הוא ההידרדרות הפיזית של המערער שהתרחשה לאחר מתן גזר הדין. יש להכיר בנכונותה של המדינה לשקול את עמדתה מחדש בהיבט זה. ברם, כפי שיובהר בהמשך, השאלות העקרוניות שמעלה ערעורה עדיין רלוונטיות להכרעה, ולו במסגרת המחלוקת שנסובה סביב ערעור המערער.

דיון והכרעה

7. הערעורים שלפנינו מעלים את השאלה מהי הענישה הראויה בעבירת הרצח שנחקקה במסגרת הרפורמה בעבירות ההמתה וקובעת עונש מרבי – ולא עונש חובה – של מאסר עולם. בניסוח אחר, השאלה היא כיצד על בית המשפט הגוזר את הדין בעבירת הרצח ליישם את שיקול הדעת שמקנה לו החוק בהטלת מאסר עולם. בערעורה ביקשה המדינה שנכריע בשאלה זו במישור הכללי והעקרוני. טיעוני המדינה בערעור פורטים שאלה זו למספר שאלות משנה, שהן: האם על בית המשפט לקבוע מתחם עונש בהתאם לתיקון 113 לחוק העונשין? האם על בית המשפט לראות בעונש של מאסר עולם "עונש מוצא" שיש לסטות ממנו רק בנסיבות מיוחדות? אם כן, מהן אותן נסיבות מיוחדות? ואם לאו, מהן הנסיבות אשר יצדיקו הטלת עונש של מאסר עולם?

על-אף שינוי עמדת המדינה, ההכרעה בשאלה זו דרושה כאמור על מנת להכריע בערעור המערער. נסביר: גם עם קבלת עמדת המדינה שלא להחמיר את עונשו של המערער, נותרת מחלוקת של ממש בדבר תקופת המאסר שיש להשית על המערער; בעוד שהמדינה סבורה כי יש לדחות את ערעור המערער ולהותיר על כנה את התוצאה שאליה הגיע בית משפט קמא – 29 שנות מאסר בפועל – הסנגור מבקש להפחית בצורה משמעותית את שנות המאסר ולקבוע עונש המתקרב לעשרים שנות מאסר בפועל. זה עשוי להיות פער של קרוב לעשר שנים. כשם שזכותה של המדינה שלא לעמוד על ההחמרה מחד גיסא אך לא לתמוך בקבלת ערעור המערער מאידך גיסא, זכותו של המערער לעמוד על ערעורו לקולת העונש. לנוכח ההידרדרות במצבו הבריאותי של המערער לאחר מתן גזר הדין, שהיא שיקול רלוונטי, בבואו של בית המשפט להחליט אם ובאיזו מידה להקל בעונש, עליו לשאול את עצמו בין היתר את השאלה: מה העונש שראוי היה להטיל על המערער במועד גזר הדין? למשל, אם בית משפט קמא הקל עם המערער, כטענת המדינה, ניתן לשקול את הטענה כי אין צורך בהקלה נוספת על-אף מצבו הרפואי. לעומת זאת, אם נקבל את עמדת הסנגוריה כי מלכתחילה העונש לא היה

קל ואף היה חמור גם ללא קשר למצבו הרפואי, ניתן לשקול את טענת הסנגור כי יש להתערב בעונש ולמקמו בטווח הענישה שהוא מבקש. הנה כי כן, המלאכה לפנינו, ולנוכח המסקנה והנימוקים לכך בין הצדדים – כל צד לפי גישתו – אין מנוס אלא להידרש לסוגיה העקרונית. על רקע זה יוזכר כי מלכתחילה המדינה ביקשה לקבוע הלכה עקרונית בעניין מדיניות הענישה בעבירת הרצח הבסיסית. מתברר אפוא כי השאלה עודנה רלוונטית בשלב זה, לא רק מבחינה עיונית אלא כצעד חיוני להכרעה במחלוקת שנותרה בין הצדדים באשר לערעור המערער.

בטרם נידרש לשאלות המוזכרות, נציג את המסגרת הנורמטיבית הרלוונטית – חוק העונשין (להלן גם: החוק) בנוסחו לאחר הרפורמה בעבירות ההמתה.

המסגרת הנורמטיבית

8. הרפורמה בעבירות ההמתה נכנסה לתוקף בשנת 2019 כתיקון לחוק העונשין, וקדמו לה שנים של התדיינות ועבודה ממושכת של צוות ייעודי שמינה שר המשפטים בראשות פרופ' מרדכי קרמניצר. הרפורמה ביקשה ליצור מדרג מפורט יותר של עבירות המתה, לעומת המדרג שהיה בחוק בנוסחו הקודם (להצגת הרקע לרפורמה ראו: ע"פ 2149/20 מרזן נ' מדינת ישראל, פס' 8 לפסק דיני (22.7.2021) (להלן: עניין מרזן)). כיום קבוע בחוק מנעד של חמש עבירות המתה, שהן, בסדר יורד של חומרה: רצח בנסיבות מחמירות (סעיף 301א), רצח (סעיף 300א), המתה בנסיבות של אחריות מופחתת (סעיף 301ב), המתה בקלות דעת (סעיף 301ג) וגרימת מוות ברשלנות (סעיף 304). ענייננו בעבירת הרצח – השנייה בחומרתה במדרג המתואר. אולם, לנוכח הקשר בינה לבין עבירת הרצח בנסיבות מחמירות, ועל מנת להבין את מיקומה בחוק, נביא להלן את נוסחן של שתי עבירות אלו.

סעיף 300א), המגדיר את עבירת הרצח (הבסיסית), קובע:

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

סעיף 301א, המגדיר את עבירת הרצח בנסיבות מחמירות, קובע:

”א) הגורם בכוונה או באדישות למותו של אדם באחת מהנסיבות המפורטות להלן, דינו – מאסר עולם ועונש זה בלבד:

- (1) המעשה נעשה לאחר תכנון או לאחר הליך ממשי של שקילה וגיבוש החלטה להמית;
- (2) המעשה נעשה במטרה לאפשר ביצוע עבירה אחרת או להקל את ביצועה, או במטרה להסתיר את

- ביצועה של עבירה אחרת, או לאפשר הימלטות מן הדין לאחר ביצוע העבירה האחרת; (...)
- (3) הקורבן היה עד במשפט פלילי או היה צפוי למסור עדות במשפט פלילי או שופט במשפט פלילי והמעשה נעשה במטרה למנוע או להכשיל חקירה או הליך משפטי;
- (4) המעשה נעשה מתוך מניע של גזענות או עוינות כלפי ציבור (...);
- (5) המעשה נעשה כפעולה עונשית במטרה להטיל מרות או מורא ולכפות אורחות התנהגות על ציבור;
- (6) הקורבן הוא בן זוגו והמעשה נעשה לאחר התעללות שיטתית או מתמשכת בו, גופנית או נפשית;
- (7) המעשה נעשה באכזריות מיוחדת, או תוך התעללות גופנית או נפשית בקורבן;
- (8) הקורבן הוא חסר ישע, קטין שטרם מלאו לו 14 שנים או קטין שעובר העבירה אחראי עליו (...);
- (9) המעשה בוצע תוך יצירת סכנה ממשית לחייו של אדם אחר נוסף על הקורבן;
- (10) המעשה הוא מעשה טרור כהגדרתו בחוק המאבק בטרור, התשע"ו-2016;
- (11) המעשה בוצע במסגרת פעילותו של ארגון פשיעה או ארגון טרור ולשם קידום מטרות אותו ארגון; (...)
- (ב) על אף הוראות סעיף קטן (א), התקיימה נסיבה מחמירה כאמור באותו סעיף קטן, אך מצא בית המשפט, מנימוקים מיוחדים שיירשמו, כי מתקיימות נסיבות מיוחדות שבשלהן המעשה אינו מבטא דרגת אשמה חמורה במיוחד, ושאי הוא להרשיע את הנאשם בעבירה לפי סעיף 300.

עינינו הרואות כי לעבירות אלו יש יסוד עובדתי משותף (גרימה למותו של אדם) ויסוד נפשי משותף (כוונה או אדישות). ההבדלים ביניהן הם שניים. ההבדל הראשון הוא קיומה של אחת מאחת-עשרה הנסיבות המחמירות המנויות בסעיף 301א(א) לחוק. אם לפחות אחת מנסיבות אלו מתקיימת, ענייננו בעבירת הרצח בנסיבות מחמירות (סעיף 301א לחוק); ואם אף אחת מנסיבות אלו לא מתקיימת, ענייננו בעבירת הרצח הבסיסית (סעיף 300א לחוק).

ההבדל השני בין העבירות, שהוא פועל יוצא של ההבדל הראשון, הוא העונש. בכך ממוקד ענייננו. העונש על עבירת הרצח בנסיבות מחמירות הוא "מאסר עולם ועונש זה בלבד" – דהיינו, מאסר עולם חובה (בכפוף לחריג הנסיבות המיוחדות הקבוע בסעיף 301א(ב) לחוק, שאליו נידרש בהמשך). לעומת זאת, העונש על עבירת הרצח הבסיסית מנוסח כ"מאסר עולם". עונש זה אינו עונש חובה אלא עונש מרבי. כך אנו למדים ראשית מסעיף 35 לחוק, המצוי בפרק הכללי של חוק העונשין וקובע כי העונשים בחוק הם

עונשי מקסימום. מעבר לכך, ככלל, לעבירות בחוק העונשין שהעונש הקבוע להן הוא מאסר עולם, יועד סעיף 41 לחוק הקובע כי "עבירה שדינה מאסר עולם ולא נקבע שהוא עונש חובה, תקופת המאסר שיטיל בית המשפט לא תעלה על עשרים שנה". ואולם, במסגרת הרפורמה בעבירות ההמתה נחקק סעיף ספציפי המתייחס לעונש מאסר עולם שאינו עונש חובה בעבירות ההמתה, וקובע הסדר חלופי לזה הקבוע בסעיף 41 האמור. מדובר בסעיף 311א לחוק, שזו לשונו:

"על אף הוראות סעיף 41, בעבירה לפי סימן זה [גרימת מוות] שדינה מאסר עולם ולא נקבע שהוא עונש חובה, רשאי בית המשפט להטיל מאסר עולם לתקופה בלתי קצובה או מאסר לתקופה שלא תעלה על שלושים שנים".

9. על מנת להבין את התמונה המלאה נתייחס גם לנוסחו הקודם של חוק העונשין ונראה את החידוש בקביעת מאסר עולם כעונש מרבי בעונש על עבירת הרצח. בעבר, חוק העונשין קבע שתי עבירות המתה מרכזיות (בנוסף לעבירה של גרימת מוות ברשלנות, שנותרה זהה לאחר הרפורמה), שזו הייתה לשונן:

"298. הריגה
הגורם במעשה או במחדל אסורים למותו של אדם, יאשם בהריגה, ודינו – מאסר עשרים שנה.
300. רצח
(א) העושה אחת מאלה יאשם ברצח ודינו – מאסר עולם ועונש זה בלבד:
(1) גורם במזיד, במעשה או במחדל אסורים, למותו של אביו, אמו, סבו או סבתו;
(2) גורם בכוונה תחילה למותו של אדם;
(3) גורם במזיד למותו של אדם תוך ביצוע עבירה או תוך הכנות לביצועה או כדי להקל על ביצועה;
(4) גורם למותו של אדם כשנעברה עבירה אחרת, כדי להבטיח לעצמו, או למי שהשתתף בביצוע אותה עבירה, בריחה או הימלטות מעונש.
(ב) מי שהורשע ברצח לפי סעיף 2(1) לחוק עשיית דין בנאצים ובעוזריהם, תש"י–1950, דינו – מיתה."

מקריאת שתי עבירות אלו, אנו רואים כי עונש מאסר עולם כעונש מרבי ולא עונש חובה על עבירת המתה מהווה חידוש שבא לעולם במסגרת הרפורמה בעבירות ההמתה. אמנם, גם בחוק העונשין בנוסחו הקודם היו מצבים מצומצמים שבהם עונש מאסר עולם היווה עונש מרבי על עבירת הרצח, ולא עונש חובה. מצב אחד כזה הוא מצב שבו קטין הורשע בעבירת הרצח – מצב שלגביו נקבע כי מאסר עולם הוא עונש מרבי שאינו עונש חובה (בהתאם לסעיף 25(ב) לחוק הנוער (שפיטה, ענישה ודרכי טיפול), תשל"א-1971; ראו: ע"פ 9937/01 חורב נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(6) 738, 746-747, 751 (2004) (להלן: עניין חורב); יוער כי סעיף זה רלוונטי גם כיום למצב שבו קטין עובר את עבירת הרצח

בנסיבות מחמירות). שלושה מצבים נוספים שבהם, על-פי החוק בנוסחו הקודם, העונש של מאסר עולם על עבירת הרצח לא היה בגדר עונש חובה, אלא למעשה היווה עונש מרבי שיש לבית המשפט שיקול דעת בשאלה האם להטילו, הם אלו שהיו מוגדרים בסעיף 300א לחוק העונשין בנוסחו הקודם. כותרתו של הסעיף הייתה "עונש מופחת" וזו הייתה לשונו:

"על אף האמור בסעיף 300, ניתן להטיל עונש קל מהקבוע בו, אם נעברה העבירה באחד מאלה:

(א) במצב שבו, בשל הפרעה נפשית חמורה או בשל ליקוי בכושרו השכלי, הוגבלה יכולתו של הנאשם במידה ניכרת, אך לא עד כדי חוסר יכולת של ממש כאמור בסעיף 34ח –

(1) להבין את אשר הוא עושה או את הפסול שבמעשהו; או

(2) להימנע מעשיית המעשה.

(ב) במצב שבו מעשהו של הנאשם חרג במידה מועטה, בנסיבות הענין, מתחום הסבירות הנדרשת לפי סעיף 34טז לשם תחולת הסייג של הגנה עצמית, צורך או כורח, לפי סעיפים 34, 34א או 34ב.

(ג) כשהנאשם היה נתון במצב של מצוקה נפשית קשה, עקב התעללות חמורה ומתמשכת בו או בכך משפחתו, בידי מי שהנאשם גרם למותו."

(ראו למשל: ע"פ 2457/98 שמן נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(4) 289, 298-299 (2002) (להלן: עניין שמן); ע"פ 1508/14 חבני נ' מדינת ישראל, פס' 39 לפסק דינו של השופט א' שהם (24.8.2015) (להלן: עניין חבני)).

כיום, המתה באחד ממצבים אלו מגבשת עבירה נפרדת – המתה באחריות מופחתת – אשר קבועה בסעיף 301ב לחוק (להרחבה על כך ראו: דברי הסבר להצעת חוק העונשין (תיקון מס' 124) (עבירות המתה), תשע"ו-2015, ה"ח 972, 174-176 (להלן: דברי ההסבר לרפורמה); עניין מרזון, פס' 9 לפסק דיני). למעט במצבים חריגים ומצומצמים אלו, טרם הרפורמה לא היה קבוע בחוק העונשין מאסר עולם כעונש מרבי על עבירת המתה. קביעתו כיום ככלל רחב כעונש על כל המקרים של עבירת הרצח הבסיסית מהווה אפוא חידוש. עוד יוער כי מעבר לכך, מאסר עולם כעונש מרבי הוא עונש ייחודי בחוק העונשין גם ביחס לעבירות שאינן עבירות המתה, לנוכח סעיף 41 לחוק המפרש את התיבה "מאסר עולם" בעבירות אלו כעונש מרבי של עשרים שנה, ולמעשה לא מאפשר הטלת עונש לא-קצוב על המורשעים בהן.

החלטת המחוקק להטיל מאסר עולם כעונש מרבי בעבירת רצח מותירה, מעצם טיבה וטבעה, שיקול דעת רחב לבית המשפט בגזירת העונש. שיקול דעת רחב זה הוא ייחודי כיום לעבירת הרצח הבסיסית החדשה. השאלה העומדת במוקד הליך זה היא כיצד

יש לפרש את קביעתו של מאסר העולם כעונש מרבי בעבירה זו, או במילים אחרות, כיצד יש ליישם את שיקול דעת שהקנה המחוקק לבית המשפט.

10. פרק נוסף בחוק העונשין המהווה גם הוא חלק מהמסגרת הנורמטיבית הרלוונטית להכרעה הוא סימן א'1 של פרק ו' לחוק העונשין, הכולל את הסעיפים שנחקקו במסגרת תיקון 113 לחוק זה. תיקון זה, משנת 2012, ביקש, כפי שמלמד שמו של הסימן, להבנות את שיקול הדעת השיפוטי בענישה, דהיינו, להנחות את השופט כיצד לקבוע את העונש המתאים וההולם בגבולות הקבועים בחוק, ולהוביל לצמצום פערים בענישה (ראו: דברי ההסבר להצעת חוק העונשין (תיקון מס' 92) (הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה), תשס"ו-2006, ה"ח 241, 446; ע"פ 8641/12 טע"ד נ' מדינת ישראל, פס' 18 לפסק דינו של השופט נ' סולברג (5.8.2013) (להלן: עניין טע"ד)). לשם הבהירות, נביא להלן את הסעיפים החשובים לענייננו מתוך התיקון כלשונם.

סעיף 40א לחוק, שכותרתו "מטרה", קובע:

"מטרתו של סימן זה לקבוע את העקרונות והשיקולים המנחים בענישה, המשקל שיש לתת להם והיחס ביניהם, כדי שבית המשפט יקבע את העונש המתאים לנאשם בנסיבות העבירה."

סעיף 40ב לחוק, שכותרתו "העיקרון המנחה בענישה – הלימה", קובע:

"העיקרון המנחה בענישה הוא קיומו של יחס הולם בין חומרת מעשה העבירה בנסיבותיו ומידת אשמו של הנאשם ובין סוג ומידת העונש המוטל עליו (בסימן זה – העיקרון המנחה)."

סעיף 40ג לחוק, שכותרתו "קביעת מתחם העונש ההולם וגזירת עונשו של

הנאשם", קובע:

"(א) בית המשפט יקבע מתחם עונש הולם למעשה העבירה שביצע הנאשם בהתאם לעיקרון המנחה, ולשם כך יתחשב בערך החברתי שנפגע מביצוע העבירה, במידת הפגיעה בו, במדיניות הענישה הנהוגה ובנסיבות הקשורות בביצוע העבירה כאמור בסעיף 40ט.
(ב) בתוך מתחם העונש ההולם יגזור בית המשפט את העונש המתאים לנאשם, בהתחשב בנסיבות שאינן קשורות בביצוע העבירה כאמור בסעיף 40א, ואולם בית המשפט רשאי לחרוג ממתחם העונש ההולם בשל שיקולי שיקום או הגנה על שלום הציבור לפי הוראות סעיפים 40ו-40ה."

סעיפים 40ד-40ז לחוק דנים בשיקולים הנוספים המנחים בענישה (מלבד עיקרון ההלימה) – שיקום, הגנה על שלום הציבור, הרתעה אישית והרתעת הרבים – במשקל שיש לייחס להם, ובאכסניה המתאימה למתן משקל זה. בכלל אלו, סעיף 40ז לחוק, שכותרתו "הרתעת הרבים", קובע:

"מצא בית המשפט כי יש צורך בהרתעת הרבים מפני ביצוע עבירה מסוג העבירה שביצע הנאשם, וכי יש סיכוי של ממש שהחמרה בעונשו של הנאשם תביא להרתעת הרבים, רשאי הוא להתחשב בשיקול זה בכואו לקבוע את עונשו של הנאשם, ובלבד שהעונש לא יחרוג ממתחם העונש ההולם."

סעיף 40ט(א) לחוק מונה רשימה של "נסיבות הקשורות בביצוע העבירה" שניתן להתחשב בהן בקביעת מתחם העונש ההולם; וסעיף 40יא לחוק מונה רשימה של "נסיבות שאינן קשורות בביצוע העבירה" שניתן להתחשב בהן בגזירת העונש המתאים לנאשם בתוך מתחם העונש שנקבע.

הנה כי כן, תיקון 113 לחוק העונשין קובע הן את העקרונות והשיקולים המנחים לענישה, והן את הדרך שבה על בית המשפט לצעוד בכואו לגזור את דינו של נאשם: השלב הראשון – קביעת מתחם עונש הולם, בהתאם לעיקרון ההלימה, ובהתחשב "בערך החברתי שנפגע מביצוע העבירה, במידת הפגיעה בו, במדיניות הענישה הנהוגה ובנסיבות הקשורות בביצוע העבירה" (כלשון סעיף 40ג לחוק); והשלב השני – גזירת עונשו של הנאשם בתוך מתחם זה, "בהתחשב בנסיבות שאינן קשורות בביצוע העבירה", או מחוץ למתחם זה בשל שיקולי שיקום או הגנה על שלום הציבור (ראו למשל: עניין טנד, פס' 22).

מצוידים במסגרת הנורמטיבית הרלוונטית להכרעה, נשוב לבחינת השאלות שלפתחנו בהליך דנן.

מאסר עולם כעונש מרבי בעבירת הרצח

11. כזכור, עבירת הרצח כהגדרתה בסעיף 300(א) לחוק העונשין בעקבות הרפורמה בעבירות ההמתה, היא גרימה בכוונה או באדישות למותו של אדם, בלא שהתקיימה אחת מהנסיבות המחמירות מהרשימה הסגורה המצויה בסעיף 301א לחוק. על עבירה זו רשאי בית המשפט להטיל עונש מרבי של מאסר עולם. המדינה מעלה את הטענה כי עונש זה אינו רק עונש מרבי, אלא כי "במקרים בהם נקבע כי התקיימה כוונה להמית חייב העונש של מאסר עולם להמשיך לשמש כנקודת המוצא לגזירת הדין", כאשר "רק במקרים חריגים

ראוי יהיה לסטות מעונש זה" (פס' 8 לנימוקי הערעור; ההדגשה הוספה). עוד גורסת המדינה כי תיקון 113 לחוק העונשין אינו מחייב לעולם לקבוע מתחם עונש הולם בעבירת הרצח הבסיסית: "כאשר העונש ההולם את המעשה הוא העונש המרבי הקבוע לעבירה, אין צורך לקבוע מתחם עונש הולם" (פס' 9 לנימוקי הערעור).

לא מצאתי כי יש מקום לקבל טענות אלו. תזת "עונש המוצא" הכללית שמציגה המדינה, שלפיה כאשר התקיימה כוונה להמית, העונש על עבירת הרצח חייב להיות מאסר עולם למעט במקרים חריגים, מעלה שורה ארוכה של קשיים. בראש ובראשונה, תזת עונש המוצא אינה מעוגנת בחוק. סעיף 300(א) לחוק העונשין, הקובע את עבירת הרצח הבסיסית נוקט לשון כללית: "דינו – מאסר עולם". חוק העונשין נוקט לשון דומה בכל העבירות, ולשון זו מתייחסת, על-פי סעיף 35 לחוק, לעונש המקסימום שניתן להטיל על עבירה מסוימת. ביחס למאסר עולם כעונש מרבי (ולא עונש חובה) על עבירת המתה אף נחקק סעיף ספציפי במסגרת הרפורמה, שתכליתו לפרש תיבה זו, והוא קובע כי בית המשפט רשאי להטיל מאסר עולם לתקופה בלתי קצובה או מאסר לתקופה שלא תעלה על שלושים שנים (סעיף 311א לחוק העונשין). אלו סעיפי החוק אשר מתייחסים לטיבו של עונש זה. אין אף סעיף בחוק אשר קובע כי העונש של מאסר עולם הוא עונש המוצא בעבירת הרצח או מבקש להנחות באופן דומה את שיקול דעתו של בית המשפט.

מסקנה זו אינה רק היסק לוגי מכך שכתוב בחוק כי עונש מאסר עולם על עבירת הרצח הוא עונש מרבי. בהצעת החוק צוין מפורשות כי המטרה היא לאפשר לבית המשפט גמישות בהפעלת שיקול דעתו בגזירת העונש (ראו: דברי ההסבר לרפורמה, בעמ' 170).

עוד נרחיב כי האפשרות לקבוע את מאסר העולם כעונש מוצא בעבירת הרצח אינה בגדר עניין שהמחוקק לא נתן עליו את דעתו. כפי שמראים באי-כוח המערער, ההצעה לקבוע מודל של עונש מוצא במסגרת עבירות ההמתה, עלתה בדיוני הצוות שמונה על-ידי שר המשפטים לבחינת יסודות עבירות ההמתה, שעבודתו היוותה תשתית לרפורמה. בדו"ח הצוות צוין כי האפשרות לקבוע במסגרת עבירות ההמתה עונשי מוצא נדונה אך הוחלט שלא להציע זאת (ראו: הצוות לבחינת יסודות עבירות ההמתה דין-וחשבון 20 (2011) (להלן: דו"ח הצוות)). עוד יצוין כי מודל של עונש מוצא אינו קיים בחוק העונשין גם ביחס לעבירות אחרות, על-אף שהוא נשקל גם במסגרת חקיקת תיקון 113 לחוק העונשין, ואף היווה חלק מהצעת החוק המקורית אולם לא עלה להצבעה במליאת הכנסת, לאחר שעורר ביקורות (ראו: סעיף 40ט להצעת חוק העונשין (תיקון מס' 92) (הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה), תשס"ו-2006, ה"ח 241; עמי קובו "פירוש לתיקון מס' 113 לחוק העונשין בעניין הבניית שיקול הדעת בענישה" הסניגור

183 4 (2012); סיגל קוגוט, אפרת חקאק ואיתמר גלבפיש "מי מפחד מהבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה? על ערכאת הערעור ותיקון 113" משפט צדק? ההליך הפליגי בישראל – כשלים ואתגרים 267, 268, 276 (משפט, חברה ותרבות, אלון הראל עורך, 2017)). עולה אפוא כי האפשרות לקבוע את העונש של מאסר עולם בעבירת הרצח כעונש מוצא לא נעלמה מעיניו של המחוקק, אולם הוא בחר שלא ללכת בדרך זו. כאמור, המחוקק אף כלל ברפורמה סעיף ייעודי המתייחס לעונש של מאסר עולם על עבירת הרצח – סעיף 311 לחוק העונשין – אולם בסעיף זה לא נמצא יסוד לתזה הפרשנית שלפיה זהו עונש המוצא על עבירה זו. במצב דברים זה, בפרט לנוכח המאטריה הרגישה שבה עסקינן וההשלכות המשמעותיות שיכולות להיות לכך על הענישה בפועל, אין הצדקה כי בית המשפט יקבל את עמדת המדינה ויקבע כלל פרשני-שיפוטי שלפיו מאסר עולם הוא עונש המוצא על עבירת הרצח (יצוין כי הגישה שלפיה העונש המרבי הוא עונש המוצא לא נתקבלה על-ידי בית משפט זה גם בדונו בעבירות אחרות, הן לפני תיקון 113 והן לאחריו; ראו למשל: ע"פ 1456/01 תדן נ' מדינת ישראל, פ"ד (נו) 609, 613-614 (2001) (להלן: עניין תדן); ע"פ 5617/19 מדינת ישראל נ' פלוני, פס' 24 לפסק דינו של השופט י' אלרון, פס' 4 לפסק דינה של השופטת ד' ברק-ארד ופסק דיני (26.8.2021)).

מעניין לציין כי בעבירת הרצח, כמו גם בכל עבירות ההמתה, לא נקבע עונש מזערי, בניגוד, למשל, לעבירות מין (ראו: סעיף 355 לחוק העונשין). אף אפשרות זו, בדומה לאפשרות של קביעת עונש מוצא, לא נעלמה מעיני הצוות לבחינת יסודות עבירות ההמתה, אך לא הוצעה בסופו של דבר על-ידו. בדו"ח הצוות נכתב, כנימוק להסתייגות מאפשרות זו, כי קיימת נטייה בפסיקה להטיל עונשים קרובים מאוד לעונש המינימום, וזו תיצור מצב בלתי-רצוי, וכן קיים חשש שלנוכח נטייה זו ייקבעו עונשי מינימום חמורים במיוחד, דבר שיוביל לתוצאה בלתי-רצויה הפוכה (שם, בעמ' 20). הרלוונטיות לענייננו היא כי דווקא משום שהוקנה שיקול דעת רחב לבית המשפט בבואו לגזור את עונשו של נאשם שהורשע בעבירת רצח, המחוקק נמנע מקביעת כללים מחייבים בדבר אופן הפעלת שיקול דעת זה.

12. זאת ועוד. ניסוחה של טענת המדינה – כי העונש של מאסר עולם חייב "להמשיך לשמש" נקודת מוצא לגזר הדין כאשר התקיימה כוונה להמית – מלמד כי טענה זו מושתתת על עבירת הרצח בנוסחו הקודם של החוק. המדינה אף סומכת טענתה על פסיקה אשר עומדת על ההצדקה הערכית להטיל עונש חובה של מאסר עולם על עבירת הרצח בנוסחה הקודם (עניין שמון, בעמ' 296; מ"ח 5927/03 ליוברסקי נ' מדינת ישראל, פס' 15 (28.2.2005)). כאמור, טרם הרפורמה, העונש על עבירת הרצח – שהחלופה המרכזית שלה הייתה גרימת מוות ב"כוונה תחילה" – היה מאסר עולם חובה. אולם, המחוקק

החליט לבצע רפורמה שבמסגרתה בוטלה עבירה זו וכונן מדרג חדש של עבירות המתה, שלו נלווה מדרג חדש של עונשים. דומה כי המדינה מבקשת לבסס פרשנות לעבירה חדשה על עבירה שבוטלה במסגרת רפורמה מקיפה, ועל פסיקה אשר התייחסה לעבירה זו, ועניין זה כשלעצמו מעורר קושי.

יתרה מכך, בניגוד לעולה מקו הטיעון של המדינה, עבירת הרצח כנוסחה היום – השנייה בחומרתה במדרג לאחר הרפורמה – לא נועדה, מנקודת מבטה של הרפורמה, להיות המחליפה של עבירת הרצח בגלגולו הקודם של החוק. כך עולה מדברי ההסבר לרפורמה, המציינים כי העבירה של רצח בנסיבות מחמירות היא "במידה רבה, המחליפה המהותית של עבירת הרצח בנוסחה היום" (שם, בעמ' 169). עבירה זו, כאמור, היא החמורה ביותר במנעד עבירות המתה כיום, ויש עליה עונש חובה של מאסר עולם. מכאן שיש קושי בטענת המדינה כי אי-קבלת תזת "עונש המוצא" תוביל, בניגוד לכוונת המחוקק, להקלה בענישה בעבירות הרצח לאחר הרפורמה. בהקשר זה נכון להדגיש כי אחת-עשרה הנסיבות המנויות בעבירה של רצח בנסיבות מחמירות משקפות קשת רחבה של מקרים. בפרט תודגש הנסיבה הראשונה בעבירה זו, שהיא כי "המעשה נעשה לאחר תכנון או לאחר הליך ממשי של שקילה וגיבוש החלטה להמית" (סעיף 301א(א)(1) לחוק העונשין). נסיבה זו מבקשת, מבחינה מהותית, לבטא את הרעיון שבוטא במונח "כוונה תחילה" בנוסחו הקודם של החוק (ראו את דברי ההסבר לרפורמה, בעמ' 170). כך, הגם שייתכן כי קשת המקרים אשר באים בגדרי המונחים "תכנון" או "הליך ממשי של שקילה וגיבוש החלטה להמית" היא מצומצמת מזו אשר נכנסה בגדרי המונח "כוונה תחילה" (ראו: שם; דו"ח הצוות, בעמ' 9-10; ראו גם: ע"פ 7722/19 זרטנאי נ' מדינת ישראל, פס' 16-17 לפסק דינו של השופט י' אלרון (19.4.2021)). לסיכום עניין זה, ההשוואה לעבירת הרצח בנוסחו הקודם של החוק אינה יכולה להוות תשתית לטענת המדינה באשר לדרך הענישה שיש לנקוט בעבירת הרצח הבסיסית בנוסחה לאחר הרפורמה.

13. עניין זה מוביל אותנו לקושי הבא בעמדת המדינה, שהוא טשטוש ההבחנה שביצע המחוקק בין עבירת הרצח בנסיבות מחמירות לבין עבירת הרצח. הבחנה זו מצויה בליבו של המדרג שביקש המחוקק לערוך ברפורמה בעבירות המתה. כמצוין בדברי ההסבר לרפורמה, עבירת הרצח בנסיבות מחמירות נועדה "למקרים החמורים ביותר של המתה", ואילו עבירת הרצח הבסיסית "נועדה לחול על המקרים החמורים של המתה אדם, אך לא על המקרים החמורים ביותר" (שם, בעמ' 169). בעבירת הרצח בנסיבות מחמירות נקבע עונש חובה של מאסר עולם, ואילו בעבירת הרצח הבסיסית נקבע עונש חרבי של מאסר עולם. כאמור, המדינה הציגה עמדה שלפיה במקרים שבהם התקיימה כוונה להמית, אך לא התקיימה אף אחת מהנסיבות המחמירות ולכן ההרשעה היא

בעבירת הרצח הבסיסית, העונש של מאסר עולם צריך לשמש נקודת מוצא לגזר הדין, ויהיה מקום לסטות ממנו רק במקרים חריגים. בעמדה זו יש כדי לצמצם יתר על המידה את הפער בין עבירות אלו. כך עולה בפרט מקיומו של סעיף 301א(ב) לחוק העונשין, הקובע כי במצב שבו התקיימה אחת מהנסיבות המחמירות בעבירת הרצח בנסיבות מחמירות, אך "מצא בית המשפט, מנימוקים מיוחדים שיירשמו, כי מתקיימות נסיבות מיוחדות שבשלהן המעשה אינו מבטא דרגת אשמה חמורה במיוחד", רשאי בית המשפט להרשיע את הנאשם בעבירת הרצח הבסיסית. סעיף זה, המכונה סעיף "פתח המילוט" (ראו: דו"ח הצוות, בעמ' 18-20), מראה כי בגדרי עבירת הרצח בנסיבות מחמירות קיים מנגנון המאפשר בנסיבות מיוחדות לסטות מעונש החובה של מאסר עולם. המדינה מבקשת למעשה ליצור מנגנון דומה או קרוב מבחינה רעיונית – הטלת מאסר עולם למעט במקרים חריגים – ביחס לעבירת הרצח הבסיסית, ועל כן, טענתה מובילה לטשטוש ההבחנה בין שתי עבירות אלו, בניגוד לכוונת המחוקק בביצוע הרפורמה, כפי שהיא עולה מלשון החקיקה שנתנה לה ביטוי.

קושי נוסף בעמדת המדינה נעוץ בהבחנה הפרשנית שהיא מבקשת ליצור בין כוונה לבין אדישות לעניין "נקודת המוצא" העונשית בעבירת הרצח, בטענתה כי במקרים של רצח בכוונה, העונש של מאסר עולם יהווה נקודת מוצא לגזירת העונש. גם הבחנה זו אינה מעוגנת בחוק ועולה כי היא מנוגדת לכוונת המחוקק אשר במסגרת הרפורמה מצא לכלול בעבירות הרצח – הן "הבסיסית" הן בנסיבות מחמירות – גם את היסוד הנפשי של כוונה וגם את היסוד הנפשי של אדישות, ולא לערוך הבחנה ביניהם. הכרעת המחוקק לכרוך את הכוונה והאדישות נעשתה גם היא לאחר שקילה וחשיבה, ומשקפת עמדה ערכית מבוססת ומנומקת (ראו: דברי ההסבר לרפורמה, בעמ' 169). דומה כי ההבחנה שמבקשת המדינה לעשות מושתתת למעשה על החוק בנוסחו הקודם, אשר הבחין בין עבירת הרצח לעבירה ההריגה על בסיס היסוד הנפשי; אולם כאמור, יש קושי בהתבססות על הנוסח והמבנה הקודמים של החוק ליצור פרשנות של החוק בנוסחו לאחר רפורמה שביקשה לשנות את אלו בדיוק. ודוק: אין בכוונתי לומר כי היסוד של כוונה או של אדישות אינם יכולים לשמש נתונים רלוונטיים לקביעת חומרתו של מעשה מסוים והעונש ההולם אותו. כוונתי היא רק כי אין מקום לקבוע כלל המבחין בין השניים באופן גורף ועקרוני, כפי שמבקשת המדינה לעשות.

14. אסכם חלק זה בנימה אישית. בתקופת כהונתי כשופט בבית המשפט המחוזי, שמתי לב לפער המשמעותי בין הזמן הממושך המוקדש לשלב הכרעת הדין בתיקי רצח, הכולל חקירות ארוכות של עדים רבים, שמיעת מומחים וכיוצא באלו, לבין הזמן הקצר המוקדש לשלב גזר הדין במקרים של הרשעה. פער זה היה נעוץ בקביעת המחוקק כי

העונש על עבירת הרצח, בנוסחה טרם הרפורמה בעבירות ההמתה, הוא מאסר עולם ועונש זה בלבד. בקביעה זו, אשר לא הותירה שיקול דעת לבית המשפט, המחוקק שיקף את עמדתו הערכית כי אין הבדל בין דם לדם; בין רצח לרצח; בין רוצח לרוצח; בין נרצח לנרצח. עמדה ערכית זו – המצויה גם בבסיס טיעוני המדינה כאן – הגיונה, ואף יופיה, בצידה, ואלו ניצבים אל מול כיעור המעשה. התייחסתי לכך בעבר, בחוות דעתי בע"פ 485/15 אלוני נ' מדינת ישראל (13.6.2017):

”מקובלת עלי הגישה לפיה ככלל – לנוכח עקרון קדושת החיים העונש בגין רצח הוא מאסר עולם ללא שיקול דעת פרטני, ולו מן הטעם שכך נוצרת שמירה על השוויון בין קרבנות אחת מהעבירות החמורות ביותר בחוק העונשין כלפי יחיד, אם לא החמורה שבהן.”

בחוות דעתי שם אף ציינתי בסמוך כי במצב המשפטי כפי שהיה באותה עת, ובניגוד לשיטות משפט אחרות, אין בחקיקה הישראלית דרגות שונות של רצח, פרט לעונש מופחת לפי סעיף 300א. ואולם, ברפורמה הכריע המחוקק הכרעה ערכית אחרת – במסגרת יצירת מדרג עבירות המתה, קבע המחוקק כי על עבירת הרצח הבסיסית מאסר עולם יהא העונש המרבי, ולא עונש החובה. אינני יכול לשלול הכרעה ערכית זו. יוזכר כי היא פרי עבודה של צוות מקצועי וייעודי שמינה שר המשפטים פרופ' דניאל פרידמן, שבראשו עמד פרופ' מרדכי קרמניצר, והיה מורכב מנציגי משרד המשפטים, הפרקליטות, הסנגוריה הארצית והאקדמיה. כך או אחרת, הכרעה זו מחייבת את בית המשפט לעשות מלאכתו וליישם את שיקול הדעת שהוקנה לו בהתאם למסגרת החוק ולנסיבות המקרה הספציפיות.

15. נותרה שאלת תחולת תיקון 113 לחוק העונשין. כזכור, לפי גישת המדינה, תיקון 113 אינו מחייב לעולם לקבוע מתחם עונש הולם בעבירת הרצח הבסיסית. עוד טוענת המדינה בהקשר זה כי כאשר העונש ההולם את נסיבות האירוע הוא מאסר עולם, אין מקום להקל בעונש בשל נסיבותיו האישיות של הנאשם, כפי שמתאפשר על-פי המסלול שמתווה תיקון 113. גם לטענות אלו לא נמצא עיגון בחוק ועל כן דינן להידחות. מלשונם של סעיפי תיקון 113 עולה בבירור כי הם חלים על כל עבירה שנקבע בה עונש שאינו עונש חובה, וכי בית המשפט מחויב לפעול לפי הדרך הקבועה בהם, הכוללת קביעת מתחם עונש הולם ומיקום העונש בתוך המתחם (או מחוץ לו, בכפוף למשל לשיקולי שיקום או הגנה על שלום הציבור). כך, בין היתר גם על-פי נסיבותיו האישיות של הנאשם. גם בעבירת הרצח הבסיסית או בסעיפים האחרים שנחקקו ברפורמה בעבירות ההמתה אין כל יסוד לפרשנות שמציעה המדינה, המחריגה את תחולתה של עבירת הרצח מתיקון 113. יוזכר כי מדובר ברפורמה שנעשתה לאחר תיקון 113 ולאחר חשיבה ודיונים

ממושכים, כך שקשה להניח שמדובר בעניין שנעלם מעינו של המחוקק, ואף לו היינו מניחים כך, לא היה בכך כדי לסתור את לשון-החובה הרחבה והמפורשת של תיקון 113. פרשנות לשונית זו אף מתיישבת עם תכליתו של תיקון 113, שהיא, כאמור, להבנות את שיקול הדעת השיפוטי בענישה על מנת למנוע פערים בענישה. החרגתה של עבירת הרצח מתחולת תיקון 113 אינה מתיישבת עם תכלית זו. דווקא בעבירה כה חמורה שטווח הענישה בה כה רחב – עד מאסר עולם, ללא עונש מינימום – חשוב ביתר שאת כי בית המשפט יפעיל את שיקול דעתו בגזירת הדין בגבולות החוק, על פי הדרך והשיקולים המנחים הקבועים בו, ובאופן שוויוני ואחיד.

שיקול דעת שיפוטי בהטלת עונש של מאסר עולם בעבירת הרצח

16. מצאנו אפוא כי יש לדחות את עמדתה העקרונית של המדינה, ואת בקשתה להחריג את עבירת הרצח מתחולת תיקון 113 לחוק העונשין ולראות בעונש של מאסר עולם "נקודת מוצא" לגזירת העונש על עבירת הרצח במקרים שבהם התגבשה כוונה להמית. כפי שהובהר, העונש של מאסר עולם הוא עונש מרבי, והטלתו נתונה לשיקול דעתו של בית המשפט. צד אחד של מטבע זה הוא שזהו אינו עונש ברירת המחדל, וכי הטלתו כפופה לשיקולים, לעקרונות ולדרך גזירת העונש הקבועים בתיקון 113. אולם צדו השני של המטבע אינו פחות חשוב, ולדיון בו נפנה עתה.

קביעת המחוקק כי העונש על עבירת הרצח הבסיסית יכול להיות מאסר עולם משמעה כי בית המשפט יכול להטיל עונש של מאסר עולם על המורשעים בעבירה זו, וכך ראוי שיעשה במקרים המתאימים. העונש המרבי הקבוע בחוק אינו עונש שלא ניתן להגיע אליו, משל היה אידאה אפלטונית מופשטת שלא ניתן לגעת בה. הטלת מאסר עולם היא אפשרות אשר ודאי עומדת לבית המשפט בבואו לגזור את הדין על נאשם בעבירת הרצח. ראוי כי בתי המשפט לא יימנעו מהשתת עונש זה בפועל ויהפכוהו לאות מתה בספר החוקים. ולשם הדיוק, לא רק ראוי כי בתי המשפט לא יהפכו עונש מרבי זה לאות מתה בספר החוקים אלא אף ראוי כי יוטלו עונשי מאסר עולם במקרים המתאימים. זהו חלק חשוב משיקול הדעת שהוענק לערכאה המבררת בבואה לגזור את הדין בעניינו של נאשם שהורשע בעבירת הרצח.

דברים אלו נכונים בראש ובראשונה לגבי העונש המרבי הקבוע בחוק בכלל. כפי שבית משפט זה ציין לא פעם, ניתן לומר כי עונש זה משקף ככלל את החומרה שהמחוקק מייחס לעבירה שלצדה הוא קבוע (ראו למשל: עניין תדד, בעמ' 614; ע"פ 4272/04 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(6) 175, 188 (2005); ע"פ 2505/07 מדינת ישראל נ' פלוני, פס'

13 לפסק דינה של השופטת א' פרוקצ'יה (8.4.2008); ע"פ 147/21 מדינת ישראל נ' ביטון, פס' 8 לפסק דינו של השופט א' שטיין (14.2.2021)). הדברים אף נכונים במיוחד ביחס לעונש המרבי של מאסר עולם בעבירת הרצח הבסיסית בניסוחה לאחר הרפורמה. דברי ההסבר לרפורמה והדו"ח שעליו התבססה חוזרים ומדגישים כי מאסר עולם הוא העונש המרבי הראוי לעבירת הרצח לנוכח חשיבותו ומעמדו של ערך חיי האדם, הוא הערך המוגן בעבירה זו. וכך פורט בדו"ח הצוות:

"אשר לשאלה הראשונה של מאסר עולם כעונש מרבי – בתחילת הדיונים, הועלתה על ידי נציגי הסניגוריה הציבורית הצעה לבטל את עונש מאסר העולם, ותחת זאת לקבוע בחוק עונש מרבי קצוב בשנות מאסר, כפי שנעשה במספר מדינות בעולם. (...)

לאחר דיונים בנושא ושמיעת העמדות השונות, בהן עמדת ארגוני הנפגעים, ממליץ הצוות להותיר את עונש מאסר העולם כעונש מרבי לעבירת הרצח. הצוות סבור כי מבחינת התיוג והמסר שהוא מגלם, העונש של מאסר עולם הוא עונש ראוי כעונש מרבי בגין רצח. הוא מבטא את החשיבות המיוחדת של ערך חיי האדם, החומרה המיוחדת שבקיפוחם וההוקעה החברתית הראויה למעשה ולעושה. כמו כן, במקרים החמורים של עבירת הרצח, ישנה הצדקה להטלת עונש חריג שאינו לתקופה קצובה – קרי, מאסר עולם. (...)

על כן, ראוי לקבוע שבית המשפט יוכל להטיל בגין עבירת הרצח עונש מאסר עולם שאינו קצוב בזמן. עם זאת, יש לאפשר לבית המשפט להטיל עונש קצוב במקרים שהם פחות חמורים. (...)

כדי ליצור קוהרנטיות, הצוות מציע לקבוע כי העונש המרבי בגין עבירת הרצח יהיה מאסר עולם או מאסר שלא יעלה על שלושים שנה. כך יוכל בית המשפט להטיל במקרים החמורים מאסר עולם לתקופה בלתי קצובה, ולהותיר את שיקול הדעת לקציבה לוועדת השחרורים, או לבחור להטיל עונש מאסר קצוב בשנים, אך כאמור עונש זה לא יעלה על שלושים שנות מאסר. (שם, בעמ' 17-16 ; ההדגשות הוספו)

בדברי ההסבר לרפורמה הובאו דברים דומים בקצרה:

"מוצע לקבוע בצד עבירת הרצח הבסיסית שבסעיף 300(א) לחוק כתיקונו המוצע, עונש של מאסר עולם כעונש מרבי או מאסר שלא יעלה על שלושים שנה. עונש זה מבטא את החשיבות המיוחדת של ערך חיי אדם, החומרה המיוחדת הנלווית לקיפוח חיי אדם וההוקעה החברתית הראויה למעשה ולעושה. קביעת העונש של מאסר עולם כעונש מרבי מאפשרת גמישות והטלת עונשים קלים יותר במקרים המתאימים.

נוכח חומרתה המיוחדת של עבירת הרצח מוצע לקבוע... שהוראות סעיף 41 לחוק העונשין, שלפיהן מאסר עולם שלא נקבע שהוא עונש חובה משמעו מאסר בפועל שלא יעלה על עשרים שנים, לא יחולו על עבירת הרצח.

המשמעות של קביעה זו היא שבית המשפט המרשיע בעבירה של רצח רשאי להטיל על הנאשם מאסר עולם בלתי קצוב או לגזור את עונשו של הנאשם בשנות מאסר, לתקופה שלא תעלה על שלושים שנים. (שם, בעמ' 170 ; ההדגשה הוספה)

אמנם, אסמכתאות אלה אינן מובילות למסקנה כי העונש של מאסר עולם צריך לשמש נקודת מוצא בגזירת העונש, כפי שטוענת המדינה בכתובים. ברם, יש בהם כדי להראות כי העונש של מאסר עולם על עבירת הרצח צריך להיות אפשרות בפועל ולא להיות בגדר עונש "עלי ספר" בלבד, כפי שהדגישה המדינה בטיעוניה בדיון בפנינו. במקרים המתאימים עונש זה יהיה העונש ההולם והראוי לעבירת הרצח – גם זו "הבסיסית", ולא רק זו אשר מלווה בנסיבות מחמירות, שכאמור, העונש עליה הוא מאסר עולם חובה (השוו: עניין חורב, בעמ' 749, 751 ; עניין חבני, פס' 48-49).

17. בהקשר זה יש לדחות את הטענות העולה מדברי המערער שלפיו מאחר שלא התקיימה בעניינו אף נסיבה מחמירה מהרשימה המנויה בעבירת הרצח בנסיבות מחמירות אין מקום להטיל עליו עונש של מאסר עולם. אף מבלי להידרש לעניינו של המערער עצמו, במישור הכללי, קו טיעון זה סותר באופן חזיתי את הכרעת המחוקק להותיר לבית המשפט אפשרות להטיל מאסר עולם גם על נאשם שלא התקיימה בעניינו אחת מהנסיבות המחמירות האמורות. אמנם, סעיף 301א לחוק העונשין מחייב עונש מאסר עולם בנסיבות המנויות בו, אולם עצם קיומה של האפשרות להטיל מאסר עולם גם על עבירת הרצח הבסיסית מדבר בעד עצמו ומלמד כי יכולות להיות נסיבות מחמירות נוספות המצדיקות עונש זה (ראו: דו"ח הצוות, בעמ' 8). עניין זה נכון גם לגבי נסיבות אשר לא נכללו באף וריאציה בעבירת הרצח בנסיבות מחמירות, וגם לגבי נסיבות אשר נסיבה דומה או משיקה להן כלולה בעבירה זו. באשר לסיפא, כוונתי כי יכול שאכזריותו של הרצח או כוונתו של הרוצח יהוו נסיבות המצדיקות, כחלק מתמונה רחבה של שיקולים, להטיל על נאשם המורשע בעבירת הרצח עונש של מאסר עולם, הגם שהאכזריות האמורה לא עולה כדי "אכזריות מיוחדת" כמשמעה בנסיבה המחמירה המנויה בסעיף 301א(א)(7) לחוק העונשין, או שהכוונה האמורה לא עולה כדי "הליך ממשי של שקילה וגיבוש החלטה להמית" כמשמעו בנסיבה המחמירה המנויה בסעיף 301א(א)(1) לחוק העונשין. אין כל פסול בהדגשתן של נסיבות מעין אלו כטיעונים מטעם המדינה להטלת מאסר עולם גם במקרה שבו הנאשם הורשע בעבירת הרצח הבסיסית ולא בעבירת הרצח בנסיבות מחמירות (ראו גם את סעיף 40ט(א)(10) לחוק הקובע כי אכזריות או התעללות בנפגע העבירה מהווה נסיבה לחומרה לעניין קביעת מתחם העונש ההולם).

18. משעמדנו על כך שבמקרים המתאימים מוצדק להטיל עונש של מאסר עולם על עבירת הרצח הבסיסית, נותרה השאלה מהם אותם מקרים מתאימים. לטעמי, אין מקום לקבוע במסגרת הליך זה אמות מידה לזיהויים, ודאי לא מוגדרות ומדויקות. כמבואר לעיל, מאסר עולם כעונש מרבי ולא עונש חובה על עבירת הרצח (למעט במקרים חריגים שנכנסו בעבר בגדרי סעיף 300א לחוק) הוא חידוש מרכזי ברפורמה בעבירות ההמתה שנכנסה לתוקף לפני פחות משלוש שנים. על רקע חידוש זה, מדיניות הענישה בעבירת הרצח עודנה כהליכי גיבוש; התפתחותה תיעשה באופן טבעי, ממקרה למקרה, בחלוף הזמן. כמובן, התפתחות קזואיסטית כזו תביא לכללים שונים, או לפחות למבחני עזר, אך אין למהר להגיע לשלב זה. זהו תהליך אבולוציוני ולא רבולוציוני.

יש להדגיש כי מאפיין של עבירת הרצח בנסיבות מחמירות (סעיף 301א לחוק), שהעונש הקבוע בצידה הוא מאסר עולם חובה, הוא דווקא רשימה סגורה ומוגדרת (ראו: דו"ח הצוות, בעמ' 8). כלשון החוק, "...באחת מהנסיבות המפורטות להלן, דינו – מאסר עולם ועונש זה בלבד". בהמשך מופיעות אחת-עשרה נסיבות. יושם אל לב כי החריג בסעיף 301א(ב) לחוק אינו סעיף-סל כללי שמאפשר לבית המשפט לקבוע שבפניו מקרה שבו יש להטיל עונש חובה של מאסר עולם שאיננו מצוי ברשימה, אלא, החריג הוא בכיוון ההפוך; לפי חריג זה, על-אף שבמקרה פרטני מתקיימת אחת מהנסיבות ברשימה, במצב שבו "מתקיימות נסיבות מיוחדות שבשלהן המעשה אינו מבטא דרגת אשמה חמורה במיוחד, רשאי הוא [בית המשפט] להרשיע את הנאשם בעבירה לפי סעיף 300 [עבירת הרצח הבסיסית]". משמע, שהנאשם באותו עניין ייצא מעבירת הרצח בנסיבות מחמירות ויועבר לעבירת הרצח שבה אין עונש חובה של מאסר עולם. לעומת עבירת הרצח בנסיבות מחמירות, עבירת הרצח אינה כוללת הנחיה מתי לגזור על נאשם עונש של מאסר עולם, הגם שאין חובה לעשות זאת.

נפנה שוב לדברי ההסבר לרפורמה:

"על העונש של מאסר עולם כעונש חובה נמתחה ביקורת בפסיקה ובספרות המשפטית, ביקורת שהובילה, בין השאר, לחקיקתו של סעיף 300א לחוק, בשנת 1995 (...). מוצע לקבוע בצד עבירת הרצח הבסיסית שבסעיף 300א(א) לחוק כתיקונו המוצע, עונש של מאסר עולם כעונש מרבי או מאסר שלא יעלה על שלושים שנה עונש זה מבטא את החשיבות המיוחדת של ערך חיי אדם, החומרה המיוחדת הנלווית לקיפוח חיי אדם וההוקעה החברתית הראויה למעשה ולעושה קביעת העונש של מאסר עולם כעונש מרבי מאפשרת גמישות והטלת עונשים קלים יותר במקרים המתאימים." (שם, בעמ' 169-170)

הנה כי כן, המטרה בקביעת עונש מאסר עולם כעונש מרבי בכפוף לשיקול דעתו של בית המשפט הייתה כי בית המשפט יפעיל שיקול דעת ולא יטיל עונש מאסר עולם במקרים שאינם מתאימים לכך. זאת, בניגוד למקרים המנויים בעבירת הרצח בנסיבות מחמירות, המהווים, על-פי דברי ההסבר לרפורמה, מקרי רצח "שבהם המעשה מבטא דרגה גבוהה במיוחד של אשמה" (שם, בעמ' 173; ראו גם: דו"ח הצוות, בעמ' 7). הקושי במתן מענה לשאלה מתי להטיל עונש של מאסר עולם בעבירת הרצח הוא כי אין הגדרה למקרים המתאימים שאליהם התייחסה הצעת החוק, שבהם לא ראוי להטיל עונש של מאסר עולם. כאמור, השקפתי היא כי המחוקק פעל כך בצורה מכוונת, ובחר לא להציע רשימה כתובה או אמות מידה להטלת עונש של מאסר עולם מתוך החלטה להותיר שיקול דעת שיפוטי.

במובן מסוים היעדרה של הנחיה מפורשת בחוק ביחס להטלת עונש של מאסר עולם במקרה של הרשעה בעבירת הרצח, משתלב עם מושכלות יסוד לגזירת הדין: העיקרון המנחה לענישה, ובכלל זה להטלת מאסר עולם בעבירת הרצח לפי סעיף 300(א) לחוק, הוא עיקרון ההלימה (סעיף 40ב לחוק). כפי שהובהר, תיקון 113 לחוק העונשין מחייב את בית המשפט לקבוע מתחם עונש הולם גם בעבירת הרצח. מתחם זה יש לקבוע על-פי עיקרון ההלימה, ובהתחשב בערך המוגן בעבירה, במדיניות הענישה הנהוגה ובנסיבות המעשה; בתוך המתחם יש לגזור את העונש על-פי שיקולי הרתעה ועל-פי נסיבות העושה (סעיף 40ג לחוק). המתחם בעבירת הרצח יכול לכלול את העונש של מאסר עולם, כפי שנעשה על-ידי בית משפט קמא בענייננו. יש לזכור כי השיטה הדו-שלבית לגזירת העונש שעוגנה בתיקון 113 נועדה להגשים את תכליות הענישה באופן מנומק ושוויוני, אולם אל לבית המשפט להשתמש בה באופן שיוביל להרחקתו מהגשמתן של תכליות אלו. במידה שתכליות הענישה ובראשן עיקרון ההלימה מצדיקות, במקרה מסוים, להטיל עונש של מאסר עולם, יש לעשות כן. עצם קביעתו של מתחם בהתאם לדרישת החוק אינו מחייב מיקום של העונש הסופי במרכז המתחם, כפי שעשה בית משפט קמא במקרה דנן, ולא באחד מקצותיו. עניין זה נכון לגבי כל עבירה שנקבע בצידה עונש מרבי, וראוי לציון בפרט ביחס לעבירת הרצח שהעונש המרבי שנקבע בצידה הוא מאסר עולם. עוד נבהיר כי יש להתאים את השימוש בעקרונות תיקון 113, וביניהן מתן משקל לנסיבות העושה, לעבירת הרצח. הרי, אף בעבירה של גרימת מוות ברשלנות נקבע בפסיקה כי הנסיבות האישיות של העושה מתגמדות לעומת הפגיעה בקדושת החיים (ראו למשל: ע"פ 6755/09 אלמוג נ' מדינת ישראל, פס' 6 לפסק דיני (16.11.2009); ע"פ 3545/18 קיקס נ' מדינת ישראל, פס' 4 ו-6 לפסק דיני (24.2.2019)). כך על אחת כמה וכמה כאשר מדובר ברצח. עם זאת, אין זה אומר שאין מקום בכלל לשיקולים הנוגעים לנסיבות העושה. האמור יודגם בהמשך בדיון בנסיבות המקרה דנן.

לצד זאת, נכון להדגיש את ייחודיותו של העונש של מאסר העולם. מעצם טיבו וטבעו, מאסר עולם אינו עונש מרבי "סטנדרטי". כדבריו של השופט מ' חשין, "מאסר עולם בעבירת רצח הוא מאסר עד צאת הנשמה" (ע"פ 1742/91 פ"פ 1997 נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(5) 289, 307 (1997)). הוא אינו נוקב במספר מסוים של שנים, בדומה לעונשים מרביים על עבירות אחרות בחוק העונשין. בעבירות אלו – גם החמורות שבהן – ההבדל בין העונש המרבי לבין עונש מקל יותר הוא כמותי בלבד (ככל שמדובר בעונש מאסר). לעומת זאת, ההבדל בין עונש של מאסר עולם לבין עונש מאסר קצוב הוא הבדל איכותי. הבדל זה הוא בלעדי לעבירת הרצח הבסיסית, שכן כאמור, רק עליה ניתן להטיל מאסר עולם כעונש מרבי ולא כעונש חובה. הבדל איכותי זה צריך לעמוד לנגד עיניו של בית המשפט בגזירת הדין בגין מעשה רצח. מחד גיסא, כאמור, העונש של מאסר עולם לא צריך להיות בגדר אפשרות "על הנייר" בלבד; אך מאידך גיסא, המיוחדות הכמותית והאיכותית של עונש מאסר העולם מצדיקה כי הוא ייגזר רק במקרים של עבירת הרצח שהם בעלי חומרה ברורה וממשית, שאינה קיימת בכל מקרה של רצח, גם אם הם אינם מגבשים את עבירת הרצח בנסיבות מחמירות. זו הסיבה כי גם כאשר בית המשפט קובע מתחם שכולל גם מאסר עולם וגם עונש מקל יותר, במקרה המתאים נכון גם נכון לגזור עונש של מאסר עולם, וזאת אף אם מתקיימות גם נסיבות מקלות, למשל כי הנאשם באותו עניין הודה או נעדר הרשעות קודמות. כפי שכתבתי לעיל, יש להתאים את ההכרעה הערכית בהטלת עונש של מאסר עולם בעבירת הרצח לתיקון 113. כאמור, לא ניתן למנות מראש את המקרים המתאימים לגזירת העונש המרבי של מאסר עולם. מדיניות הענישה הנוהגת בעבירת הרצח נכון שתפתח ממקרה למקרה על-ידי הערכאות הדיוניות תוך הצטיידות בעקרונות הענישה הכלליים שמנחים הדין והפסיקה, ומודעות למשמעות הערכית של הטלת עונש מאסר עולם מצד אחד, ולאמירת המחוקק כי לא כל מקרה מתאים להטלת עונש זה מהצד השני.

לסיום נקודה זו נדגיש כי השאלה מתי יש להטיל עונש מאסר עולם בעבירת הרצח ומתי אין לעשות כן אינה מוכרעת על-פי סטטיסטיקה. אין לקבוע כי אחוז מסוים מהמורשעים בעבירה זו אמור להיכנס למשבצת העונש המרבי או למשבצת העונש שאינו מרבי. במובן זה רשימת הנסיבות המחמירות המצויה בעבירת הרצח בנסיבות מחמירות עשויה להיות לעזר. זאת במובן הרחב – כדי ללמוד על חומרה ממשית וברורה במעשה הרצח ולהשוותו למעשה שהמחוקק בחר לקבוע לצדו עונש חובה של מאסר עולם. דהיינו, הרשימה מייחדת מקרים על-פי מאפיינים שונים, ביניהם מאפיינים של הקרבן ומאפיינים של המעשה, כגון דרך ביצוע העבירה או הקשר בין מבצע העבירה והקרבן (ראו התייחסותי לכך מהעת האחרונה: ע"פ 3168/19 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ס 8 לפסק

דיני (26.1.2022) (להלן: עניין פלוני)). עם זאת, יש להיזהר; אין ליצור רשימה סגורה שבעל-פה להטלת מאסר עולם בעבירת הרצח לעומת רשימה סגורה בכתב בעבירת הרצח בנסיבות מחמירות. כמצוות המחוקק, בית המשפט חייב להפעיל שיקול דעת בכל מקרה ומקרה. זהו אתגר השעה – והשעה בתחילתה.

העונש שראוי להטיל על המערער

19. לנוכח כל האמור לעיל, האם יש מקום להתערב בגזר דינו של בית משפט קמא, שבמסגרתו נידון המערער לעונש של 28.5 שנות מאסר על עבירת הרצח (לצד הפעלת עונש מאסר על תנאי בן חצי שנה)? כאמור, המדינה סברה כי העונש שראוי היה להטיל על המערער הוא מאסר עולם (הגם שכיום היא אינה עומדת על ההחמרה בעונשו בשל נסיבותיו הנוכחיות של המערער, אשר השתנו לאחר מתן גזר הדין), ואילו המערער טוען כי ראוי להטיל עליו עונש קל יותר מזה שלו נידון בפועל. עמדת המערער מבוססת הן על מדיניות הענישה הנוהגת כעולה לטענתו מגזרי דין אחרים שניתנו לאחרונה, והן על נסיבותיו האישיות המקלות – גם אלו שהיו ידועות לבית משפט קמא במועד גזר הדין, שלשיטתו לא ניתן להן משקל מספק, וגם אלו אשר נוצרו לאחרונה, משעבר אירוע מוחי כשבוע לאחר מועד מתן גזר הדין. למעשה, נסיבות המקרה מעלות כי יש לפנינו שתי שאלות שונות ונפרדות: הראשונה, מהו העונש שהיה ראוי לגזור על המערער במועד מתן גזר הדין? השנייה, מהו העונש שראוי לגזור על המערער כיום? מוסכם בין הצדדים כי אין לתת את אותה התשובה לשתי השאלות, ונראה כי על מנת להגיע לתשובה בשאלה השנייה עלינו לעבור דרך השאלה הראשונה.

בטרם ניגש לשאלות אלו נציין כי ככלל, תפקידה של ערכאת הערעור בענישה שונה מתפקידה של הערכאה הדיונית. ערעור על גזר דין כשמו כן הוא; אל לערכאת הערעור להתערב בעונש רק משום שמלכתחילה היא הייתה גוזרת עונש אחר משגזרה הערכאה הדיונית. ואולם, לנוכח האופי העקרוני והתקדימי של השאלות שמעורר הליך זה, היות שמדיניות הענישה בעבירת הרצח כנוסחה לאחר הרפורמה בעבירות ההמתה טרם התעצבה ועודנה מצויה בתהליכי גיבוש, ואף לנוכח הנסיבות הקונקרטיות של המקרה דנן – מלאכת הביקורת הערעורית על גזר הדין מורכבת יותר. כך, הן לחומרת העונש והן לקולתו, הכל כפי שיפורט להלן.

20. באשר לעונש שראוי היה שהערכאה הדיונית תגזור על המערער במועד מתן גזר הדין, להשקפתי, יש ממש בטענת המדינה כי מעשהו של המערער – אשר רצח את מי

שהייתה אשתו ואם ילדיו באמצעות חמש-עשרה דקירות סכין, על רקע רצונה להתגרש ממנו – מצדיק הטלת עונש של מאסר עולם.

נזכיר את דרך הילוכו של בית המשפט המחוזי בגזר דינו. לאחר שעמד על הערך החברתי הנפגע מביצוע העבירה, על מדיניות הענישה העולה מפסיקת בתי המשפט בעבירת הרצח הבסיסית, על נסיבות ביצוע העבירה, ועל הנזק שנגרם לנפגעי העבירה, בית משפט קמא קבע כי המתחם ההולם את עונשו של המערער הוא בין 27 שנות מאסר בפועל למאסר עולם. בהמשך, בית משפט קמא שקל את הנסיבות שאינן קשורות בביצוע העבירה, הן הנסיבות לחומרת העונש – הרשתו הקודמת בעבירת אלימות נגד אשתו המנוחה, והן הנסיבות לקולתו – גילו של המערער, הודייתו בביצוע המעשה והבעת חרטה מסוימת מצדו. לבסוף, בית משפט קמא פסק כי בהתחשב במכלול נסיבות אלו יש למקם את עונשו במרכז המתחם ולהעמידו על 28.5 שנות מאסר בפועל (זאת לצד הפעלת עונש מאסר על תנאי בן חצי שנה שהמערער ירצה במצטבר).

עצם קביעת מתחם עונש מתחייב מן הדין, וגם המתחם שנקבע בפועל – בין 27 שנות מאסר למאסר עולם – עשוי להלוים את המעשה על נסיבותיו. עם זאת, דעתי היא כי בחלקו השני של גזר הדין – מיקום העונש במתחם – נפל קושי. סבורני כי בית משפט קמא לא נתן את המשקל הראוי לרקע ולהשתלשלות האירועים שקדמו לביצוע הרצח, להרשתו הקודמת של המערער בעבירת אלימות כלפי המנוחה, ולתופעה הרחבה שמעשהו של המערער מהווה חלק ממנה – רצח נשים בידי בני זוגן – המצדיקה ענישה מחמירה ומרתיעה. בד בבד, בית משפט קמא העניק משקל רב מדי להודייתו של המערער ולחרטה שהביע. וכך סוכם גזר הדין:

”בהתחשב במכלול הנסיבות כפי שפורטו, ומבלי להתעלם מהרשתו הקודמת של הנאשם, מצאנו להעניק משקל להודייתו שייתרה את העדת חלק מבני המשפחה וחסכה זמן שיפוטי, וזאת על אף קושי מסוים באופן שבו בחר הנאשם להביע חרטה. החלטנו אפוא למקם את עונשו של הנאשם באמצע מתחם העונש.” (פס’ 73 לגזר הדין)

מתברר כי ניתן משקל יתר לשיקולים “רגילים” למיקום המקרה בתוך מתחם העונש ההולם ולא נשקל דיו הייחוד, לרבות הערכי, בהטלת עונש מאסר עולם על מקרה רצח. ניתן לומר כי לנוכח הנסיבות לחומרת העונש שפורטו ויפורטו, נכון היה לו בית המשפט המחוזי, לאחר שבחן את שיקולי ההודיה והחרטה, היה נותן דעתו לשאלה אם ראוי לגזור עונש של מאסר עולם על המערער בנסיבות המקרה.

21. ומכאן לפירוט הנסיבות. על-פי עובדות כתב האישום המתוקן שבו הודה המערער, המערער והמנוחה היו נשואים זה לזו, ובמהלך חיי הנישואין התגלעו קשיים ביחסיהם. בשנת 2016 הביעה המנוחה את רצונה להתגרש מהמערער בעוד הוא ביקש לשמר את חיי הנישואין. בחודש מאי 2018 עזבה המנוחה את ביתה המשותף עם המערער ועברה לגור עם אחת מבנותיהם. באותו החודש חתמו המערער והמנוחה על הסכם גירושין ונקבע מועד לדיון בבית הדין הרבני לצורך מתן הגט. הדיון נדחה לבקשת המערער ונקבע מחדש ליום 24.10.2018. המערער הביע שוב ושוב את רצונו להמשיך בקשר הנישואין, ואילו המנוחה עמדה על רצונה לסיימו. ביום 9.10.2018, כשבועיים לפני המועד שנקבע למתן הגט בבית הדין הרבני, התפתח ויכוח בין בני הזוג, שבמהלכו כעס המערער על המנוחה באמתלה כי אינה מקדישה די מזמנה לבן-האומנה המשותף שלהם. בני הזוג המשיכו להתווכח, ולמחרת, יום 10.10.2018, בשעה 20:24, שלח המערער למנוחה הודעת טקסט, שהמנוחה לא השיבה עליה. בשעה 20:34 התקשר המערער למנוחה, אך זו שוחחה אותה עת בטלפון ולא ענתה לשיחתו. בשעה 20:45 הגיע המערער לדירת המנוחה כשעימו מסמכים הנוגעים לבן-האומנה. המערער נכנס לדירה ובמהלך שהותו בה דקר את המנוחה בעוצמה באמצעות סכין בשר חדה באורך כולל של 31 ס"מ, שאורך להבה הוא 19 ס"מ, חמש-עשרה דקירות בפלג גופה העליון בכוונה לגרום למותה. כתוצאה מהדקירות נגרמו למנוחה שמונה פצעי דקירה בחזה ובחלקו העליון של הגב ושבעה פצעי דקירה בחלקו התחתון של הגב. הדקירות פגעו באיברי הפנימיים, לרבות בלב, בריאות ובכבד, וגרמו לה לשברים בצלעות ובחוליות. כתוצאה מדימום מסיבי ומהיר ומפצעי הדקירה הפנימיים נגרם למנוחה הלם תת-נפחי אשר הביא למותה במקום. משהבין המערער כי המנוחה אינה עוד בין החיים, יצא המערער מהדירה, נעל אותה באמצעות מפתחותיה של המנוחה והשליכם במקום מסתור סמוך. הוא שב לביתו, החליף את חולצתו, ונסע ברכבו למקום שבו התחבא מפני רשויות החוק עד לאיתורו ומעצרו.

עוד יצוין כי הרצח בוצע כשמונה חודשים אחרי שהורשע המערער בעבירות של תקיפה (לפי סעיף 382(ב) לחוק העונשין) ואיומים (לפי סעיף 192 לחוק העונשין) כלפי המנוחה; זאת לאחר שהיכה המערער את המנוחה במכת אגרוף בפניה במועד אחד, ואיים עליה בכך שיייתן לה אגרוף או יכה אותה במקרה אחר. עבירות אלו בוצעו כשנתיים לפני ביצוע הרצח, והמערער הורשע בהן במסגרת הסדר טיעון שבו נדון למאסר על תנאי בן שישה חודשים למשך שלוש שנים, כאשר התנאי היה כי לא יעבור כל עבירת אלימות לרבות איומים. בגזר הדין נקבע כי מדובר בעונש מקל יחסית בשים לב לפגיעה שגרם המערער למנוחה (ת"פ 61199-10-17, כב' השופט ע' פרייז).

החומרה במקרה מתבטאת ברקע היחסים בין בני הזוג, וההתנהלות הבעייתית והמתמשכת של המערער כלפי המנוחה. המערער ניסה לכפות את רצונו להמשיך בחיי הנישואין עימה תוך התנהגות אובססיבית, אלימה ואכזרית, ואי-הכרה בזכות הבחירה של המנוחה לחיות את המשך חייה בלעדיו. אף מעשה הרצח כשלעצמו מבעית, אלים וקשה. הוא בוצע כאשר היה תלוי נגד המערער עונש מאסר מותנה בגין עבירת אלימות קודמת כלפי המנוחה. החומרה ברורה וקשה; כך בשל טיב הקשר בין המערער והמנוחה, הרקע לביצוע העבירה – רצונה של המנוחה להתגרש מהמערער; עיתויו – שבועיים לפני המועד שנקבע למתן הגט; ומעשה הרצח האכזרי עצמו – דקירת המנוחה בפלג גופה העליון חמש-עשרה פעמים באמצעות סכין בשר חדה בכוונה לגרום למותה. באשר לרקע המתואר לביצוע הרצח יצוין כי המערער אמנם טען בבית משפט קמא כי הרקע הבלעדי הוא חילוקי דעות בין המערער והמנוחה באשר לבן-האומנה שגידלו; ברם בית משפט קמא דחה טענה זו וקבע כי קיימת זיקה ישירה בין האירועים המתוארים, המהווים חלק מעובדות כתב האישום, לבין ביצוע הרצח. עוד יצוין הנזק הכבד שנגרם לבני משפחתה של המנוחה, אשר נגזלה מהם אם, אם-אומנה, בת ואחות, כאשר ילדיה של המנוחה סובלים עד היום מתסמינים פוסט-טראומטיים. הורי המנוחה היו בחיים במועד הרצח ואימה נפטרה כשנה לאחר מכן; וחלה הידרדרות במצב הבריאותי של אביה.

22. בהינתן החומרה במעשה עצמו ובנסיבותיו נכון לזכור ולציין גם כי המקרה הקשה והאיום שלפנינו הוא מקרה פרטי של תופעה נפסדת ורחבה הפושה בקרבנו – רצח נשים בידי בני זוגן. התייחסתי לתופעה זו לאחרונה, במסגרת עניין אחר אשר העלה גם הוא שאלה פרשנית הנוגעת לרפורמה בעבירות ההמתה:

”תופעה נפסדת זו, החוצה מגזרים וקבוצות חברתיות, גבתה את חייהן של 48 קורבנות בתקופה שבין שנת 2016 לשנת 2020, מתוכן 13 נשים בשנת 2020 (ראו: ג'רי אלמו קפיטל ריכוז נתונים על אלימות במשפחה בדגש על אלימות כלפי נשים 7-8 (הכנסת, מרכז המחקר והמידע, 2021)). מקרים אלו של רצח נשים בידי בני זוגן הם מקרי הקצה של תופעה רחבה יותר של אלימות נגד נשים, שהחמירה עוד מאז פרוץ מגפת הקורונה – החמרה שבאה לידי ביטוי בעלייה של מאות אחוזים במספר הפניות למוקד המידע והסיוע של משרד הרווחה, ושל עשרות אחוזים במספר הפניות למרכזי טיפול ולמשטרה (שם, בעמ' 16-19). כפי שכתב לא מכבר חברי השופט ע' גרוסקופף: 'השנים חולפות, נדמה לנו שאנו צועדים קדימה לעבר עולם מתקדם ושוויוני יותר, ואולם, לדאבונו הלב, בתחום האלימות נגד נשים מצד בני זוגן וקרוביהן עולם כעוללתו נוהג' (ע"פ 3011/17 פרץ נ' מדינת ישראל, פס' 14 (31.1.2019)).

הנה לנו אירוניה אכזרית. לצד התקדמות מסוימת בתחומים שונים לקראת שוויון מגדרי, יש כישלון מהדהד

ומטריד בתחומים אחרים. המסקנה היא כי אין להניח הנחות נוחות ויש להיאבק נגד תופעות קשות בהקשר המגדרי בכל תחומי החיים גם, ובעיקר, אם הן מפתיעות בעוצמתן ובהיקפן. המציאות היומיומית של אלימות נגד נשים ורצח נשים אינה גזירת גורל; ואין להשלים עימה. במקרים המתאימים יש לתת ביטוי לחומרתה במסגרת ההכרעה השיפוטית." (עניין פלוני, פס' 13 לפסק דיני)

בית משפט זה עמד לא פעם על החומרה המיוחדת הגלומה בעבירות אלימות נגד נשים על-ידי בני זוגן, ועל החשיבות של מיגור תופעה זו, בין היתר באמצעות ענישה מחמירה וקשה אשר תרתיע בני זוג אלימים (ראו: ע"פ 618/06 מדינת ישראל נ' פלוני (19.3.2007); ע"פ 925/07 חדד נ' מדינת ישראל (18.6.2008); ע"פ 7677/12 נאטר נ' מדינת ישראל, פס' 17 לפסק דינו של השופט ס' ג'ובראן (11.6.2014); ע"פ 1474/14 פלוני נ' מדינת ישראל, פס' 98 לפסק דינו של השופט א' שהם ופסק דינה של השופטת ע' ברון (15.12.2015); ע"פ 2333/17 פלוני נ' מדינת ישראל, פס' 22 לפסק דינו של השופט י' אלרון (2.12.2018); רע"פ 6464/18 פלוני נ' מדינת ישראל, פס' 7 להחלטתו של חברי השופט ג' קרא (14.10.2018); ע"פ 2506/20 פלוני נ' מדינת ישראל, פס' 13 לפסק דינו של חברי השופט ד' מיון (22.12.2021)). בית המשפט אף התייחס לחומרה היתרה הנודעת לעבירות אלימות הנעברות על רקע החלטתה של אישה להיפרד מבן זוגה (ע"פ 6842/14 פלקה נ' מדינת ישראל, פס' 13 לפסק דינה של השופטת ד' ברק-ארז (24.9.2015)). עוד הודגש כי הצורך בענישה מחמירה ומרתיעה כלפי בני זוג אלימים מפחית את המשקל שניתן לייחס לשיקולי ענישה אחרים, כדוגמת נסיבותיו האישיות של מבצע העבירה (ע"פ 3011/17 פרץ נ' מדינת ישראל, פס' 14 לפסק דינו של השופט ע' גרוסקופף (31.1.2019)). דברים אלו נכונים לאין שיעור ביחס למופעה החמור ביותר של האלימות הנחזה בענייננו – אלימות המסתיימת ברצח.

העובדות המתוארות, ביניהן כי הרקע לביצוע הרצח היה רצונה של המנוחה להתגרש מהמערער – כמו גם הידיעה המצערת כי בעונש שהוטל עליו לא היה די כדי להרתיע אותו מפני נקיטת אלימות חוזרת כלפי המנוחה – מחזקים כולם את חומרת מעשה הרצח של המערער והן את הצורך בהרתעה כלפי גברים הנוהגים באלימות כלפי בנות זוגן (השוו: ע"פ 9356/09 פלוני נ' מדינת ישראל, פס' 6 (24.10.2010)). הרצח האכזרי שביצע המערער מגלה חומרה ברורה וממשית. מכאן, שלעמדת סיפור המעשה על השתלשלות יחסי המערער והמנוחה, עברו הפלילי הקונקרטי של המערער, כמו גם ההכרח למגר את התופעה של רצח ואלימות נגד נשים באמצעות הרתעה, מהווים נסיבות בעלות משקל משמעותי. אף אפשר כי יש בהן להצדיק את מיקומו של העונש שנכון להשית על המערער בגין מעשיו בקצהו העליון של מתחם העונש ההולם – מאסר עולם.

אמנם, עסקינן במקרה בודד וישאל השואל האם נכון כי התופעה הכללית ומרוכת-המקרים של רצח נשים בידי בני זוגן רלוונטית לשיקולי הענישה של הפרט, ובמקרה זה המערער. התשובה היא כי הדרך להרתיע את הרבים עוברת בענישת היחיד. תורת ענישה ראויה מחייבת כי הדבר ייעשה על-גבו של המקרה המתאים ולפנינו מקרה כזה. כשם שניתן להחמיר בענישה על הפרט המבצע עבירות רכוש או נשק שהפכו ל"מכת מדינה" כך יש מקום להרתעת הרבים גם בעבירות רצח. עם זאת יש לשוב ולהדגיש כי ההרתעה אינה השיקול היחיד; השתת עונש של מאסר עולם על המערער מוצדקת לאורו של עיקרון ההלימה.

עוד יש להדגיש כי נדרשת זהירות מפני הסקת כלל ממקרה זה. אסביר. כמבואר לעיל, המחוקק קבע רשימה סגורה של נסיבות מחמירות אשר התגבשות של אחת מהן תביא להטלת עונש חובה של מאסר עולם על מבצע הרצח. רצח של אדם את בת-זוגו אינו אחת מנסיבות אלו (אלא אם הרצח "נעשה לאחר התעללות שיטתית או מתמשכת בו [בקרבתן העבירה], גופנית או נפשית", כלשון סעיף 301א(א)(6) לחוק; לא נטען לקיומה של נסיבה זו בענייננו, וממילא היא לא הוכחה). על כן, על-אף חומרתם היתרה של מקרים של רצח אישה בידי בן-זוגה, שעליה עמדתי לעיל, אינני סבור כי יש מקום לקבוע כלל שלפיו בכל מקרה כזה על בית המשפט להשית עונש של מאסר עולם. קביעה כזו תכבול יתר על המידה את שיקול דעתם של בתי המשפט ותחטא לרצון המחוקק כפי שבא לידי ביטוי בחוק, ובפרט בהבחנה בין עבירת הרצח הבסיסית ועבירת הרצח בנסיבות מחמירות. שונה הדבר מקביעת כלל פרשני בנוגע, למשל, לאחת הנסיבות המחמירות המגבשות את עבירת הרצח בנסיבות מחמירות; כך לדוגמא, בעניין פלוני נקבע כי מעשה הרצח שבוצע בפני ילדו הקטין של קרבן העבירה נכנס ככלל לגדרי העבירה של רצח בנסיבות מחמירות, זאת על בסיס הקביעה שמעשה כזה מהווה מעשה שנעשה באכזריות מיוחדת (כלשון סעיף 301א(א)(7) לחוק) בשל פגיעתו הכפולה – בקטין שהופך לעד למעשה ובהורה שמודע לכך (שם, פס' 13 לפסק דיני). אולם, לא בשאלה מעין זו עסקינן. ובכל זאת, אשוב ואציין כי בתיק שלפנינו לא הייתי מסתייג כערכאה דיונית מהשתת מאסר עולם על המערער, וזאת לנוכח מכלול הנסיבות המפורטות – מיהות הקרבן, מערכת היחסים ביניהם, הרקע לרצח, אופן ביצועו האכזרי והעבירה הקודמת שבה הורשע המערער.

נותר לבחון האם נסיבותיו האישיות של המערער, והודייתו במעשיו, הצדיקו להקל בעונשו ולהעמידו על סך שנים הנמוך ממאסר עולם. לעמדתי, בנסיבות המקרה דנן, לנוכח טיבן ועוצמתן של הנסיבות לחומרת העונש שפורטו לעיל, בהודיה ובחרטה

מעין אלו שהביע המערער – זאת גם בשים לב לעיתוי ולאופן שבהן הובעו – אין כדי להוות שיקולים בעלי משקל ממשי לקולת העונש. אלו, כמו גם גילו ונסיבות חייו במועד מתן גזר הדין, לא הצדיקו לטעמי להפחית את עונשו מהעונש של מאסר עולם, הוא העונש ההולם את מעשיו ממכלול הטעמים המפורטים, והוא העונש שלדעתי בית משפט קמא היה צריך להטיל על המערער. הנימוק המרכזי לכך ניצב בנסיבות ביצוע הרצח שפורטו בהרחבה לעיל. המחוקק קבע עונש מרבי של מאסר עולם במקרה המתאים; כזה היה המקרה שלפנינו.

23. מכאן כי ראוי היה כי בית המשפט המחוזי יטיל עונש של מאסר עולם על המערער. ברם, לאחר מתן גזר הדין ובסמוך לו חל שינוי משמעותי במצבו של המערער. במקרים חריגים יש לתת על כך את הדעת בשלב הערעור. נפרט.

ביום 2.4.2021, כשבוע לאחר מועד מתן גזר הדין, עבר המערער אירוע מוחי איסכמי קשה. כפי שעולה מהמסמכים הרפואיים מטעם שירות בתי הסוהר מיום 11.4.2021 שצורפו לנימוקי הערעור, מצבו של המערער כתוצאה מהאירוע כלל ערפול הכרה, אי-יכולת דיבור מוחלטת ושיתוק פלג גוף ימין. במהלך הדיון בערעור ביקשנו לקבל מסמכים רפואיים עדכניים, וכן ביקשנו כי המדינה תשקול את עמדתה מחדש לאורם. על-פי המסמכים העדכניים שצירפה המדינה להודעתה מיום 30.12.2021 (מסמכים מימים 15.12.2021 ו-23.12.2021), מצבו של המערער אמנם השתפר והוא מצוי בהכרה מלאה, אולם הוא עודנו סובל מחולשה ביד וברגל ימין ומהפרעות וקשיים בדיבור – המערער אינו מדבר באופן ברור ומצליח לתקשר רק במילים בודדות. כמו כן, המערער מתנייד באמצעות כיסא גלגלים, נזקק לעזרה בפעולות יומיומיות כגון הלבשה, מקלחת ומעברים, ונמצא במחלקה סיעודית עם תומך סיעודי.

בא-כוח המערער הסביר בערעור כי קשייו של המערער בדיבור משפיעים באופן משמעותי על מצבו היומיומי, שכן הוא אינו מסוגל לדבר בטלפון עם קרובי משפחתו, ועל כן למעט ביקורים הוא מנותק באופן מוחלט מן העולם החיצון. קשיים אלו הוכרו על-ידי בית המשפט המחוזי, אשר קיבל עתירת אסיר שהוגשה בעניין המערער והורה על קיום מתווה ביקורים מורחב באופן יחסי בעניינו של המערער, לנוכח מצבו (עת"א (מרכז) 18116-04-21 שפ"ק נ' שירות בתי הסוהר, פסק דין מיום 26.4.2021 (כב' השופטת מ' גרינברג)).

במצב דברים זה, על-אף השיפור המסוים שחל במצבו של המערער מאז מועד הגשת הערעור, דעתי היא כי נסיבותיו הרפואיות של המערער מצדיקות הקלה בעונשו.

סבורני כי לו בית משפט קמא היה גוזר את דינו של המערער לאחר האירוע המוחי שעבר, הוא היה נדון לעונש קל יותר. הטעם לכך שיש לראות בנסיבות רפואיות האמורות נסיבות לקולת העונש הוא כי חווייתו של המערער בבית הסוהר במצבו הנוכחי שונה וקשה משל אסירים אחרים, ובמובן זה המאסר גורם לו סבל ופגיעה מיוחדים החורגים מאלו הקיימים בכל עונש מאסר (ראו: ע"פ 4456/14 קלנר נ' מדינת ישראל, עמ' 617-618, 635 (29.12.2015) (להלן: עניין קלנר); השוו: ע"פ 5833/12 פלונית נ' מדינת ישראל, פס' 9-6 לפסק דיני (12.9.2013); ע"פ 5048/09 פלוני נ' מדינת ישראל, פס' 5.ב. לפסק דיני (14.2.2010)).

24. מהו אפוא העונש שנכון להטיל על המערער בהתחשב בכל האמור? כזכור, מתחם העונש ההולם שנקבע בעבור מעשהו של המערער על-ידי בית המשפט המחוזי עומד על 27 שנות מאסר עד מאסר עולם. כאמור, סבורני כי אין מקום להתערב בקביעה זו, אשר בהתאם לסעיפים 40ג ו-40ט לחוק העונשין, אין לתת במסגרתה משקל למצבו האישי, לרבות הרפואי, של הנאשם. עם זאת, נסיבותיו הרפואיות של הנאשם והסבל המיוחד שהן גורמות לו כנסיבות לקולת עונשו יכול שיישקלו במיקום העונש בתוך מתחם העונש ההולם (בהתאם לסעיף 40א(1) לחוק העונשין שעניינו ב"פגיעה של העונש בנאשם"). במקרים חריגים הן אף יכולות להצדיק חריגה ממתחם העונש ההולם לטובת הנאשם (ראו: עניין קלנר, בעמ' 627-629, 631). וכאן הדילמה. מצד אחד, לא יהיה נכון להתעלם מהשינוי במצבו הרפואי של המערער אשר חל, כאמור, כשבוע לאחר מתן גזר הדין. מתברר כי שינוי זה, כמפורט לעיל, הוא משמעותי. מצד שני, יש לתת את הדעת למעשה החמור שביצע המערער – רצח אשתו כמפורט בכתב האישום. לדעתי האיזון הנכון כיום, לנוכח עמדות הצדדים ובנסיבותיו הייחודיות של מקרה זה, הוא למקם את העונש במסגרת מתחם העונש ההולם אך בתחתיתו, ולהעמיד את עונשו הכולל של המערער על 27 שנות מאסר בפועל. זאת באופן שהמאסר המותנה יופעל בחופף, בשל הנסיבות המיוחדות שנוצרו במקרה דנן. אמנם, כפי שהדגשתי, לו היה מצבו הרפואי של המערער כפי שהיה במועד מתן גזר הדין, נכון היה כי בית המשפט המחוזי יטיל עליו מאסר עולם. ואולם, בבואי לשקלל את הנסיבות סבורני כי העמדת העונש בתחתית מתחם העונש ולא במרכזו, כפי שבית משפט קמא קבע, תהא מענה הולם למורכבות של גזירת העונש במקרה הייחודי דנן. עונש של 27 שנות מאסר בפועל הוא עונש חמור, ממושך ומשמעותי המשקף את האיזון הנדרש בין חומרת העבירה שביצע המערער על נסיבותיה ובין מצבו הרפואי כיום. זה העונש שראוי להשית על המערער. זאת גם בשים לב לכך שאף המדינה הסכימה לא לעמוד כעת על הטלת העונש המרבי של מאסר עולם בשל מצבו הבריאותי של המערער.

25. פסק דין זה דן בסוגיית הענישה בעבירת הרצח הבסיסית בנוסחה לאחר הרפורמה בעבירות ההמתה (סעיף 300(א) לחוק העונשין), הקובעת, לעבירה זו בלבד ולראשונה באופן רחב זה, עונש של מאסר עולם כעונש מרבי ולא כעונש חובה. דעתי באשר לסוגיה זו היא כי העונש של מאסר עולם אינו יכול לשמש נקודת המוצא, שממנה יש לסטות רק במקרים חריגים, במסלול גזירת דינו של הנאשם, אולם הוא בהחלט יכול להוות נקודת הסיום בו. ראוי כי העונש של מאסר עולם יוטל על מבצע עבירת רצח במקרים המתאימים, וזאת מבלי לקבוע אמות מידה מחייבות לסיווג מקרים אלו, ודאי לא בשלב זה של התפתחות הפסיקה. המקרה של המערער משתייך להשקפתי למקרים אלו, משנסיבות המעשה מצדיקות הטלת מאסר עולם. אולם, נסיבות העושה – ובאופן ספציפי נסיבותיו הרפואיות של המערער כפי שהתפתחו לאחר מתן גזר הדין – מצדיקות במקרה זה לחרוג מתוצאה זו ולהטיל על המערער עונש מקל יותר כפי שהוצע.

ניתן לסכם את פסק הדין תוך הדגשת חמש קביעות: ראשית, עונש של מאסר עולם אינו נקודת המוצא בגזירת העונש על עבירת הרצח, שממנה יש לסטות רק אם ישנם נימוקים חריגים, כפי העמדה שהציגה המדינה. שנית, יש לקבוע מתחם עונש הולם לעבירת הרצח ולגזור בתוכו את העונש, אך זאת ייעשה תוך התייחסות לממד הערכי בהטלת עונש של מאסר עולם. שלישית, אין זה השלב לקבוע כללים, אמות מידה או מבחני עזר להטלת עונש של מאסר עולם בעבירת הרצח. רביעית, בנסיבות מקרה זה, סבורני כי נכון שהערכאה הדיונית הייתה מטילה על המערער עונש של מאסר עולם בשל הנימוקים שפורטו. חמישית, לנוכח ההידרדרות הדרמטית והקשה במצבו הבריאותי של המערער, ניתן להקל במידת מה בעונשו, אך זאת במסגרת מתחם העונש ההולם שנקבע בעבור מעשהו, והייתי מציע לחבריי לקבל את ערעור המערער ולגזור עליו עונש של 27 שנות מאסר בפועל.

26. אציע לחבריי אפוא כי נקבל את ערעור המערער ונעמיד את עונשו הכולל על 27 שנות מאסר בפועל, כך שעונש המאסר המותנה שהוטל על המערער בת"פ 10-61199-17 ירוצה בחופף לעונש על עבירת הרצח. יתר רכיבי גזר הדין – הפיצוי והמאסר על תנאי בגין עבירת הרצח – ייוותרו על כנם.

המשנה לנשיאה

השופט ד' מינקן:

אני מסכים.

שופט

השופט ג' קרא:

אני מסכים.

שופט

אשר על כן, הוחלט כאמור בפסק דינו של המשנה לנשיאה נ' הנדל.

ניתן היום, כ"ט באדר א התשפ"ב (2.3.2022).

שופט

שופט

המשנה לנשיאה