

## ע"פ 3328/14 - סמר אבו חאמד, עומר אלקרעאן נגד מדינת ישראל, י.ל, מ.ל, א.ל

בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פליליים

ע"פ 3328/14

ע"פ 3357/15

לפני: כבוד השופט י' עמית  
כבוד השופט נ' סולברג  
כבוד השופטת י' וילנר

המערער בע"פ 3328/14: סמר אבו חאמד  
המערער בע"פ 3357/15: עומר אלקרעאן

נגד

המשיבים: 1. מדינת ישראל  
2. י.ל.  
3. מ.ל.  
4. א.ל.

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי תל אביב-  
יפו בתיק פח 039162-05-12 שניתן ביום  
25.03.2014 על ידי כבוד השופטים מ' דיסקין, נ'  
אחיטוב ור' בן יוסף

תאריך הישיבה: ט"ז בכסלו התשע"ח (04.12.2017)

בשם המערער בע"פ 3328/14: עו"ד אלעד רט ועו"ד עינת ברנע  
בשם המערער בע"פ 3357/15: עו"ד ניר אלפסה  
בשם המשיבה 1: עו"ד יאיר חמודות  
בשם המשיבים 2-4: עו"ד ורד אנוך

**פסק-דין**

השופט י' עמית:

1. ביום 16.12.2010, התקשר בנה של שושנה לוי (להלן: המנוחה) מספר פעמים לאמו, קשישה כבת 75, אך לא נענה. הבן הגיע יחד עם בנו (נכדה של המנוחה) לדירתה של המנוחה בסביבות השעה 17:00 ומצא אותה כשהיא ללא רוח חיים, שוכבת על הרצפה, כפותה בידיה וברגליה וסמרטוט תחוב לפיה. הדירה נמצאה באי-סדר מוחלט, ובדיעבד נתברר כי נגנבו מהדירה תכשיטים וכספים.

2. חלפה למעלה משנה, וחקירה משטרתית מאומצת הניבה שני כתבי אישום נפרדים, המייחסים לשני המערערים שבפנינו, סמר אבו חאמד (להלן: סמר) ועומר אלקרעאן (להלן: עומר), את העבירות הבאות: רצח תוך ביצוע עבירה אחרת (שוד) לפי סעיפים 300(א)(3) ו-402(ב) לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין או החוק) וקשירת קשר לביצוע פשע לפי סעיף 499(א)(1) לחוק. בתום שמיעת הראיות הורשעו השניים בעבירות המיוחסות להם ועל כל אחד מהם נגזר מאסר עולם חובה.

3. וזו תמצית כתבי האישום המיוחסים לשני המערערים:

המנוחה התגוררה בגפה בדירה בקומה השלישית בבניין בשדרות ירושלים 37 ביפו (להלן: הדירה). סמר התגוררה בעבר עם בני משפחתה בשכנות למנוחה, באותו בניין, והכירה את המנוחה. סמר נישאה לעומר והשניים התגוררו בקלקיליה, אך גם לאחר נישואיה נהגה סמר לבקר מעת לעת את בני משפחתה ביפו.

נוכח קשיים כלכליים אליהם נקלעו, קשרו עומר וסמר קשר לשדוד את המנוחה בדירתה. לפחות בשתי הזדמנויות הגיעה סמר לדירה, על מנת לבדוק, בין היתר, באילו שעות מצויה המנוחה בגפה, ובאיזה אופן ניתן להיכנס לדירה כדי לבצע את השוד. לצורך ביצוע השוד, הצטיידו עומר וסמר בתיק אליו הכניסו מספר פריטים: שרוכי נעליים, מכנסי תינוק (הסמרטוט שנתחב לפיה של המנוחה - י"ע), שקית ובה מלח, כפפות ומוט ברזל.

השניים הגיעו ליפו ביום האירוע, בסמוך לשעה 11:00 בבוקר, והתיק עמם. סמר, שהייתה לבושה בגלביה וכיסוי ראש מוסלמי מסורתי, נכנסה לחדר השירותים בבניין קופת חולים "מכבי" ברחוב התקומה, והסירה מעליה את הגלביה ואת כיסוי הראש, וזאת על מנת שהמנוחה תזהה אותה ביתר קלות, עת תצלצל בדלת דירתה. השניים פנו לקומה השלישית בבניין בו התגוררה המנוחה, סמר הוציאה מהתיק את הכפפות, מסרה אותן לעומר שעטה אותן על ידיו וצלצלה בפעמון דלת הדירה, בעוד עומר ממתין בצד על מנת שהמנוחה לא תבחין בו. כשפתחה המנוחה את דלת דירתה, עומר התנפל עליה, סתם את פיה בידו, גרר אותה לתוך הדירה והשכיבה על הרצפה בסלון, בעוד סמר נכנסת אחריו וסוגרת את הדלת. השניים כפתו, באמצעות שרוכי הנעליים, את רגליה וידיה של המנוחה. סמר מסרה לידי עומר את מכנסי התינוק שהביאו עמם, ועומר דחף אותם לתוך פיה של המנוחה, אשר כתוצאה מכך, נחנקה ואיבדה את הכרתה. בעוד המנוחה מחוסרת הכרה, עומר וסמר תלשו שרשרת זהב מצווארה, והחלו לחפש בדירה. השניים מצאו תכשיטים וסכום כסף של אלפי שקלים, הכניסו אותם לתיק ועזבו את הדירה, כשהם מותירים את המנוחה על רצפת הסלון, שכובה על גבה, כפותה ומחוסרת הכרה, כשמכנסי התינוק תחובים בתוך פיה (כן נמצאו על פניה של המנוחה גרגרי מלח, עובדה שלא נזכרה בכתבי האישום - י"ע). כתוצאה ממעשיהם של השניים כמתואר לעיל, נחנקה המנוחה ונגרם מותה.

4. כאמור, נגד השניים הוגשו כתבי אישום נפרדים. סמר נדונה בפני הרכב השופטים נ' אחיטוב, מ' דיסקין ור' בן-יוסף, שכתב את הכרעת הדין. בהכרעת הדין מיום 05.01.2014 הורשעה סמר בכל העבירות שיוחסו לה ובגזר הדין מיום

עמוד 2

25.03.2014 נדונה למאסר עולם.

סמר הודתה במעשים המיוחסים לה, תוך שהיא מפלילה את עומר הן בחקירתה במשטרה והן בעדויותיה בבית המשפט, במשפטה-שלה ובמשפטו-שלו, כך שערעורה של סמר התמקד בטענות משפטיות הנסבות על עבירת הרצח בה הורשעה.

עומר נדון בפני הרכב השופטים ש' דותן, א' זמיר ו' לוי, שכתב את הכרעת הדין. בהכרעת הדין מיום 25.3.2015 הורשע עומר בכל העבירות שיוחסו לו, ובגזר הדין מיום 29.03.2015 נדון למאסר עולם. עומר לא כפר באירוע עצמו ובמעורבותה של סמר באירוע, אלא שלטענתו לא הוא היה השותף של סמר למעשים אלא אדם אחר שזהותו אינה ידועה.

5. הנה כי כן, שני הרכבים שונים הרשיעו את סמר ועומר וגזרו עליהם מאסר עולם חובה, נוכח הרשעתם בסעיף 300(א)(3) הקובע כלהלן:

"300. (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".

6. הכרעות הדין הן קצרות יחסית, באשר הרשעתם של השניים התבססה על הראיות הבאות:

א. הודעותיה של סמר במשטרה: בתחילת הדרך הכחישה סמר את מעורבותה בפרשה, אך בהמשך אישרה כי הכירה את המנוחה, שהייתה שכנה של משפחתה ביפו, וכי פעם אחת אף עבדה בבית המנוחה בניקיון; כי ראתה את עומר סותם את פיה של המנוחה; כי הם ערכו חיפוש בדירה ושהו בה כחצי שעה, והיא עצמה נטלה בושם מהדירה. בהודעות נוספות שנגבו ממנה, סיפרה סמר על אודות הקשיים הכלכליים אליהם נקלעו, כי היו חייבים כסף לשכר דירה עבור הדירה בה התגוררו בקלקיליה, וכי לאחר האירוע עומר שילם את מלא החוב בגין שכר הדירה ואף שילם עבור שלושה חודשים מראש. מההודעה עולה, כי למעשה הייתה זו סמר שהציעה לעומר לשדוד את המנוחה: "אמרתי לו כן אני יודעת שהיא אשה לבד [...] ניכנס לאשה הזאת ונגנוב אותה" (ת/5 עמ' 23). באותה הודעה, סמר סירבה תחילה לתאר במדויק את מעשיו של עומר, בטענה שאינה רוצה לפגוע בו, אך בשלב מסוים אמרה: "ראיתי איך הוא רצח אותה אבל [...] אני לא רצחתי אותה, אבל אני לא ראיתי מקרוב, הוא הרביץ לה, אני לא נגעתי בה" (ת/5 עמ' 173). "היה מרביץ לה [...] היה איתו בתיק חבל [...] הוא היה מרביץ לה והיא לא פותחת עיניים בכלל [...] הוא ביקש ממני להביא לו את התיק [...] ולהביא לו מהתיק חבל [...] הוא קשר את הידיים שלה וקשר את הרגליים שלה" (ת/5 עמ' 173).

עמוד 3

175-176). בחקירה נוספת שלה, כאשר החוקרים אמרו לסמר כי מות המנוחה נגרם ממכנסי התינוק שנתחבו לפיה, היא סיפרה: "היא רצתה להרים את הראש שלה, והוא עשה לה כך, אז הוא קם ונתן לי מכות וחזר לרגליה קשר אותם [...] ואז אמר לי תני לי את הסמרטוט שהוא המכנס, נתתי לו את זה" (ת/6 עמ' 53).

ב. השחזור: בנוסף להודעותיה במשטרה ערכה סמר שחזור, שבמהלכו תיארה שוב כיצד הוציאה את הסמרטוט מהתיק ונתנה אותו לעומר, ולדבריה "ואז אמר לי תביאי את הסמרטוט [...] פתחתי את התיק מהר והוצאתי אותו הבאתי לו אותו [...] מהתיק שלי מכנסיים של תינוק [...] לא יודעת מה עושה עשה עם זה" (ת/8 עמ' 26).

ג. העימות: עימות שנערך בין סמר לעומר במהלכו הטיחה בו את הדברים בעוד הוא מכחיש כי היה מעורב במעשה.

ד. עדותה של סמר בבית המשפט: סמר העידה במשפטה כעדת הגנה יחידה, וחזרה וסיפרה על אודות המעשים תוך כדי שהיא מנסה לצמצם את חלקה.

סמר, שהכרעת הדין בעניינה ניתנה לפני תחילת משפטו של עומר, העידה כאמור גם כעדת תביעה במשפטו של עומר, ובעדות זו חזרה על עיקרי הדברים.

ה. השיחות המוקלטות בין סמר לאחיותיה ובין לבין עצמן: סמר התוודתה באוזניה של אחותה רימא על אודות מעורבותה ברצח ועל חלקו של עומר באירוע. נציין, כי רימא ובני משפחה נוספים של סמר נעצרו אף הם בחשד למעורבות בפרשה, והודעתה של רימא נגבתה בעקבות תרגיל חקירה מוצלח של המשטרה. רימא זומנה לתחנת המשטרה, בחשד, כביכול, לעבירה אחרת, ונתבקשה לשבת במסדרון, בפתח חדר החקירות, כאשר מול עיניה תלויה מודעה, בעברית ובערבית, לפיה דרוש מידע בעניין רצח המנוחה. בעקבות קריאת המודעה, התקשרה רימא מהטלפון הנייד שהיה ברשותה, לאחותה לובנה, ושיחותיה עמה הוקלטו על ידי המשטרה. מהשיחות עולה שרימא וגם לובנה ידעו זה מכבר על הקשר של סמר לרצח המנוחה. באותו זמן, זומנה גם סמר למשטרה, ובשיחות טלפון בינה לבין לובנה אמרה סמר לאחותה " [...] ואללה נראה לי שנתפסתי יא לובנה" (ת/29).

ו. הודאתה של סמר בפני אחותה רימא: רימא נחקרה במשטרה ותחילה הכחישה את הדברים. אולם, בהודעתה השלישית, לאחר שהושמעו באזניה ההקלטות, סיפרה כי סמר התוודתה בפניה ושיתפה אותה שהיא ועומר ביצעו את הרצח בחודש דצמבר. רימא הסבירה כי חשדה שסמר מעורבת ברצח המנוחה וכי החליטה לחשוף את הידוע לה בפני המשטרה: "משום שעייפתי [...] היא אחותי ונשרף לי הלב עליה [...] אני עייפתי, זה מה שקרה" (ת/52, עמ' 25 ועמ' 28).

רימא חזרה בה מדבריה כבר בהודעה שנמסרה לאחר מכן, ובבית המשפט כפרה בהודעתה, הן במשפטה של סמר והן במשפטו של עומר, אך ההודעה נתקבלה על פי סעיף 10א לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971 (להלן: פקודת הראיות).

ז. עדותו של חסן אלמוגרי (להלן: חסן): הוא נהג המונית שהביא את השניים מקלקיליה ליפו, המתין להם ביפו לבקשתם והחזיר אותם לקלקיליה.

ח. ממצאי ה-DNA על השרוכים: ה-DNA של עומר ושל סמר נמצא על שרוכי הנעליים בהן נכפתה המנוחה.

ט. ממצאי ה-DNA על הסמרטוט: ה-DNA של עומר ושל סמר נמצא על מכנסי התינוק (הסמרטוט) שבו נסתם פיה של המנוחה.

י. מחקר תקשורת: מפלט של רשימת שיחות ואיכונים עולה כי המנוחה התקשרה אל הטלפון הסלולרי של סמר בימים 5.12.2010 ו-13.12.2010. כמו כן, מכשיר הטלפון הנייד של סמר, אשר היה גם בשימוש של עומר, אוכן ביפו החל משעה 11:06 ביום האירוע, כאשר קודם לכן אוכן בסביבות קלקיליה, ובסמוך לשעה 11:26 עשה דרכו חזרה מיפו ועד לקלקיליה.

יא. סרטוני מצלמות אבטחה: בסרטונים תועדו השניים ביום האירוע בין השעות 10:30-11:03. בסרט נראית סמר לבושה גלביה וכיסוי ראש ולצידה עומר, ובהמשך, כאשר סמר יוצאת מסניף קופת חולים מכבי, היא לבושה במכנסי ג'ינס וחולצה כהה, שיערה הבלונדיני גלוי ועומר נושא את התיק. כבר כעת נציין, כי סמר זיהתה את עצמה ואת עומר, בעוד שעומר הכחיש כי הוא הגבר הפוסע לצידה. בית המשפט שהרשיע את עומר מצא כי לא ניתן לקבוע מעבר לכל ספק סביר כי הגבר המצולם הוא עומר, אך קיימת הסתברות הקרובה לוודאות כי מדובר בעומר, וזאת נוכח הדמיון המובהק בין דמות הגבר בסרטון ובתמונות המוגדלות לבין עומר. לכך הוסיף בית המשפט את עדותו של הנהג חסן, כי הגבר שהסיע ביום האירוע חבש כובע מצחייה שחור שעליו מוטבע סמל של "נייקי", כמו הכובע שחובש הגבר הנראה בסרטון.

על סמך מארג ראיות אלה הורשעו השניים, ועל ההרשעה נסבים שני הערעורים הנפרדים שבפנינו.

ערעורה של סמר (ע"פ 3328/14):

7. סמר אינה כופרת בהרשעתה בעבירת השוד לפי סעיף 402(ב) לחוק העונשין, ואינה כופרת בהרשעתה בעבירת קשירת הקשר לביצוע פשע לפי סעיף 499(א)(1) לחוק, ככל שזו מתייחסת לעבירת השוד.

לגישתה של סמר, כפסע היה בין היותה מבצעת בצוותא של עבירת השוד לבין היותה מסייעת בלבד לעבירה זו, אך גם בהנחה שיש לראותה כמבצעת בצוותא של עבירת השוד, בית המשפט עשה מבלי משים קפיצת מדרגה והרשיע אותה גם כמבצעת בצוותא ברצח.

אלא שלטענתה של סמר, אין להרשיע אותה ברצח וזאת משלושת הטעמים הבאים:

א. את האירוע יש לבחון באספקלריה של סעיף 34א לחוק העונשין כאשר עבירת הרצח בוצעה על ידי השותף לעבירה המקורית (עבירת השוד);

ב. לחילופין – גם על פי דיני השותפות יש לראותה כמסייעת ולא כמבצעת בצוותא של עבירת הרצח;

ג. לחילופי חילופין יש להרשיעה בהריגה בלבד נוכח פסק הדין בע"פ 6026/11 טמטאווי נ' מדינת ישראל (24.8.2015) (להלן: עניין טמטאווי).

טענות אלה מבקשת סמר לבחון גם בהתחשב ביחסי הכוחות בינה לבין עומר. סמר הייתה "שפוטה" של עומר, שבמשך חיי הנישואין הפליא בה את מכותיו וגרם לה להפיל שישה הריגות. את התנהגותה יש לפיכך לראות ולבחון מנקודת מבטה של אשה מוכה אשר נגררה אחרי עומר, שהוא הוגה הרעיון והמבצע העיקרי של עבירת השוד.

8. אעמוד ביתר פירוט על טענותיה של סמר.

טענתה העיקרית של סמר היא כי האירוע, ככל שהוא נוגע לה, נכנס בגדרי סעיף 34א לחוק העונשין, הקובע כלהלן:

"34א. (א) עבר מבצע, אגב עשיית העבירה, עבירה שונה ממנה או נוספת לה, כאשר בנסיבות הענין, אדם מן היישוב יכול היה להיות מודע לאפשרות עשייתה –

(1) יישאו באחריות לה גם המבצעים בצוותא הנותרים; ואולם, נעברה העבירה השונה או הנוספת בכוונה, יישאו המבצעים הנותרים באחריות לה כעל עבירה של אדישות בלבד;

(2) יישא באחריות לה גם המשדל או המסייע, כעבירה של רשלנות, אם קיימת עבירה כזאת באותו יסוד עובדתי.

(ב) הרשיע בית המשפט נאשם על פי סעיף קטן (א)(1) בעבירה שנקבע לה עונש חובה, רשאי הוא להטיל עליו עונש קל ממנו".

סמר הצביעה על כך, שבפסק דינו של בית משפט קמא אין כלל התייחסות לסעיף זה וממילא אין התייחסות ליסוד הנפשי שלה עובר לביצוע המעשה. לשיטתה, עבירת הרצח בוצעה על ידי עומר, שהיה שותפה לעבירה המקורית שהיא עבירת השוד, מבלי שהייתה לה מודעות בפועל לאפשרות עשייתה. את כל מעשי ההכנה והשותפות שלה עם עומר יש לראות בפריזמה של ביצוע מעשה השוד, אך מעשהו של עומר חרג מהתכנון המקורי, ולכן אין לייחס לה את ביצוע עבירת הרצח. היא עצמה לא הייתה אמורה להיכנס לדירה מלכתחילה, ולכן גם לא הביאה עמה כפפות, ובוודאי שלא הייתה אמורה לבצע בעצמה מעשה של אלימות. על פי התכנון המקורי היא התלוותה לעומר רק על מנת שהמנוחה תפתח לה את הדלת, וזאת כדי לאפשר את ביצוע השוד על ידי העבריין העיקרי ולהקל עליו.

עוד נטען, כי העיתוי לבחינת היסוד של "העבירה השונה או הנוספת" הוא עובר לעשיית המעשה, והעובדה שהעבירה השונה (רצח) התבצעה נגד עיניה של סמר אינה יכולה לבסס אחריות מצדה, כאשר עד לשלב שקדם למעשה ההמתה לא התקיימה בסמר מודעות בפועל לאפשרות עשייתה.

בהקשר זה הצביע בא כוחה של סמר על פסק הדין בע"פ 4713/98 סילגדו נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(5) 529 (2002) (להלן: עניין סילגדו), שם נדונה השאלה אם במקרה כגון זה שלפנינו תחול הרישא של סעיף 34א(א)(1) או שמא תחול הסיפא, שאז המבצע הנוסף ישא באחריות לעבירה עם אותו יסוד עובדתי אך עם יחס חפצי נמוך יותר. בעניין סילגדו נקבע:

"סעיף 34א(א)(1) לחוק מבחין בין המקרה שבו המבצע של העבירה השונה או הנוספת אחראי לעבירה שבוצעה מתוך כוונה - שאז המבצעים בצוותא הנותרים (של העבירה המקורית) אחראים בעבירה של אדישות בלבד, לבין המקרה שבו המבצע של העבירה הנוספת או השונה אחראי לעבירה שלא בוצעה מתוך כוונה - שאז המבצעים בצוותא הנותרים (של העבירה המקורית) נושאים באחריות לה כמו המבצע עצמו (סעיף 34א(א)(1) רישה)" (שם, בעמ' 545).

בנסיבות המקרה שם נקבע כי המבצע של העבירה השונה ביצע אותה מתוך יסוד נפשי של אדישות, ולכן חלה הרישא של סעיף 34א(א)(1). מכאן קריאתו של בא כוחה של סמר כי בית משפט זה יעיין מחדש בהלכת סילגדו נוכח הלכת טמטאווי (עליה נרחיב בהמשך), באשר קשה להלום כי נייחס את עבירת הרצח לאדם שלא היה מודע לאפשרות עשייתה של עבירה נוספת, ולכאורה די שהתקיים אצלו אף יסוד נפשי של רשלנות.

9. לחילופין, ושלא באספקלריה של סעיף 34א, טענה סמר כי גם על פי דיני השותפות הרגילים אין לראות אותה כמבצעת בצוותא אלא כמסייעת בלבד לעבירת הרצח. לטענתה, תרומתה ההתנהגותית לביצוע עבירת הרצח הייתה שולית וביחס אליה היא בגדר מסייעת קלאסית (הושטת השרוכים והסמרטוט לעומר). היא לא נטלה חלק בהפעלת האלימות כלפי המנוחה, וזאת בניגוד לעומר אשר ביצע את הרכיב ההתנהגותי במלואו. לשיטה זו, סמר לא הייתה חלק מ"המעגל הפנימי", לא היה לה את היסוד הנפשי הנדרש לעבירה, היא אף ביקשה מעומר שיחדול ממעשיו, ונוכח פערי הכוחות בין השניים בהיותה אשה מוכה ו"שפוטה" של בעלה - הרי שלא היה מדובר בשני שחקנים שווי מעמד. לכן, וכמסייעת לעבירת הרצח, העונש המקסימלי שניתן לגזור עליה הינו עשרים שנות מאסר.

10. לחילופי חילופין, טענה סמר כי גם אם ייקבע שהיא הייתה מבצעת בצוותא של עבירת ההמתה, הרי שנוכח פסק הדין בעניין טמטאווי ניתן להרשיע אותה לפי סעיף 300א(3) לחוק העונשין אך בעבירת הריגה.

נטען כי בעניין טמטאווי אמנם נדונה הוראת סעיף 300א(4) לחוק העונשין, אך הרציו של פסק הדין יפה גם לענייננו, ושם נקבע כי יש לפרש בדווקנות ובצמצום עבירת הרצח מושא דיונו. זאת, מאחר שהרחבת יתר של האפשרות להרשיע בגין רצח עלולה לפגוע בכבוד האדם של המורשעים שמעשיהם אמנם חמורים, אך אינם עולים כדי העבירה הקשה ביותר בספר החוקים. בשורה התחתונה נקבע באותו מקרה, כי עבירת הרצח לא תחול על סיטואציות בהן היחס החפצי היה של קלות דעת, אלא של אדישות בלבד.

בהתאם לקביעה זו, טענה סמר שיחסה החפצי להמתת המנוחה היה יחס של קלות דעת. בהקשר זה הפנתה סמר לאמור בהכרעת הדין: "הנאשמת חוזרת ואומרת באמרותיה בחקירה ובעדותה בבית המשפט שלא רצתה במות המנוחה. אפשר שכך, אך אין צורך להתגבשות העבירה בה היא מואשמת ברצון להמית. די בפזיזות - בין בשוויון נפש לגרימת התוצאה ובין בנטילת סיכון בלתי סביר, מתוך תקווה שלא תתממש". מכאן הסיקה סמר, כי בית המשפט לא שלל את טענתה כי היחס החפצי שלה למעשה היה של קלות דעת, ובעקבות פסק הדין של טמטאווי שניתן לאחר הכרעת הדין בעניינה - הרי שיש להחיל את הרציו של פסק הדין הנוגע לעבירת הרצח לפי סעיף 300(א)(4) גם על סעיף 300(א)(3) נשוא דיונו. זאת, באשר אין הבדל מהותי בין שני הסעיפים.

בהקשר זה הצביעה סמר על הרפורמה בדיני ההמתה (הצעת חוק העונשין (תיקון מס' 124) (עבירות המתה), התשע"ו-2015), על פיה אוחדו שני הסעיפים לסעיף אחד אשר מגדיר כרצח שדינו מאסר עולם חובה, מצב של גרימה בכוונה או באדישות למותו של אדם, כאשר המעשה "נעשה במטרה לאפשר ביצוע של עבירה אחרת או להקל על ביצועה, או במטרה להסתיר ביצועה של עבירה אחרת, או לאפשר הימלטות מן הדין לאחר ביצוע העבירה האחרת". על פי דברי ההסבר להצעת החוק, יש להבחין בין יסוד נפשי של אדישות לבין יסוד נפשי של קלות דעת שמבטא חומרה פחותה, ולכן יש להבחין בין השניים תוך כריכת האדישות והכוונה יחד והבחנה בינן לבין קלות דעת.

עד כאן, תמצית טיעוניה של סמר.

## 11. דין הערעור להידחות.

אינני רואה להידרש ליריעה הרחבה שפרש בפנינו בא כוחה המלומד של סמר על אודות סעיף 34א ופרשנותו בפסיקה, באשר איני סבור כי ענייננו נכנס לגדר הסעיף.

על מנת לבוא בשערי סעיף 34א אנו נדרשים להוכיח סטייה מהתכנון המקורי. יפים לענייננו הדברים הבאים, בפרשה הדומה בנסיבותיה למקרה דכאן, ואשר גם במהלכה נתחב סמרטוט לפיו של הקורבן שלדירתו פרצו חבורה של שודדים:

"הנחת היסוד הגלומה בסעיף [34א - י"ע] היא, כי ביצועה של העבירה הנוספת מהווה סטייה מן התוכנית העבריינית המקורית. לפיכך, הסעיף אינו חל מקום בו ביצועה של העבירה היה חלק אינטגרלי של תוכנית זו. במצב דברים כזה, אין לראות בעבירה שבוצעה עבירה 'שונה' או 'נוספת' והאחריות לה תיקבע על פי דיני השותפות הרגילים" (ע"פ 11426/03 חואמדה נ' מדינת ישראל, בפסקה 40 והאסמכתאות שם (31.12.2008) (להלן: עניין חואמדה)) (ההדגשה הוספה - י"ע).

היכן הסטייה מהתכנון המקורי במקרה דנן? הנה כי כן, עומר וסמר תכננו כאחד לשדוד את המנוחה, ותכננו לכפות את המנוחה במהלך השוד ולסתום את פיה, כפי שמוכיחים הפריטים בהם הצטיידו מראש. כך בדיוק נעשה, הכל על פי התכנון המקורי, ומעשים אלה הביאו לתוצאה הקטלנית. מזווית ראייה זו, אין להבדיל בין השניים. ייתכן שגם עומר עצמו לא התכוון להרוג את המנוחה ולא חפץ במותה. אך כפי שעומר היה אדיש לגורלה של המנוחה לאחר שכפת



אותה ותחב סמרטוט לפיה, כך גם סמר הייתה אדישה לגורלה, כפי שהתבטא במסירת הסמרטוט לידי של עומר, שהשתמש בו לסתום את פיה של המנוחה ממש מול עיניה.

12. ומכיוון נוסף. כאשר שלושה עבריינים יוצאים לדרך לשדוד בנק ואחד מהם שולף במפתיע נשק ויורה בקופאי, אזי דומה כי ניתן להחיל את סעיף 34א על שני השותפים האחרים שלא ידעו על אודות הנשק שברשותו (השוו ע"פ 4172/06 אל טראבין נ' מדינת ישראל (31.3.2008) (להלן: עניין אל טראבין)), שם הורשע המערער בעבירת רצח אגב שוד, לאחר שידע כי שותפיו לשוד אף הם מצויידים בנשק). אך אם אחד השודדים ימסור במהלך השוד אקדח לחברו והלה ירה בקופאי, קשה להלום כי עניינו של השותף ייכנס לגדרו של סעיף 34א (וראו והשוו: אלעד רום טעות בחוק הפלילי 123 (2015) (להלן: אלעד רום), שם סוקר המחבר את התפתחות הפסיקה בקנדה בנושא).

בדומה, כך גם בעניינו. עומר לא שלף במפתיע סכין ודקר את המנוחה. עומר פעל על פי התכנון והשתמש בשרוכי הנעליים כדי לכפות את המנוחה ובסמרטוט כדי לסתום את פיה. לכן, כאמור, את מעשיה של סמר יש לבחון באספקלריה של דיני השותפות הרגילים, כפי שעולה מהקביעות העובדתיות שבפסק דינו של בית משפט קמא. למעשה, סמר אינה חולקת על רובן ככולן של קביעות אלה, אשר בכל מקרה הינן קביעות עובדה ומהימנות שאין דרכה של ערכאת ערעור להתערב בהן, ולא מצאנו כל סיבה לעשות כן במקרה דנן.

13. נחזור ונפרט בתמצית את הקביעות בפסק דינו של בית משפט קמא הנוגעות לחלקה של סמר באירועים:

(-) עומר הציע לגנוב או לשדוד, אך סמר היא שהגתה ספציפית את הרעיון לשדוד את המנוחה, שכן בהיותה שכנה של המנוחה, הכירה אותה כאשר שמתגוררת בגפה, ולאחר שגם עבדה פעם בניקיון דירתה.

בית המשפט לא שלל את היותה של סמר אשה מוכה. גם עומר במשפטו שלו אישר כי באחת הפעמים היכה את סמר (הגם שנושא ההפלות הנטען על ידי סמר לא נתברר במשפטו). מכל מקום, נקבע כי המניע למעשה היה המצוקה הכלכלית של בני הזוג וגם אהבתה של סמר לעומר ותקוותה כי באמצעות הכסף ששיגו יתאפשר לה להשאיר את ההריון. כך עולה מחקירתה במשטרה (ת/5 בעמ' 23) בה סיפרה סמר כי כאשר הייתה בבית משפחה ביו, עומר התקשר אליה וביקש ממנה לרדת אליו, הם ישבו לאכול, ועומר פנה אליה: "אמר לי סמר נגנוב ופעם אחת נצא לעולם והנה עוד מעט בא ילד, יאללה הוא אמר לי נגנוב אבל לא אמר לי לרצוח אותה וגם הוא לא רצה לרצוח אותה [...]"; וכן: "מרב האהבה שלי כלפיו אני הסכמתי והוא שכנע אותי, אמר לי בגלל שנשאיר את הילד, ועכשיו יבוא אלינו ילד [...]".

(-) השניים נסעו יחדיו מביתם בקלקיליה ליפו.

(-) סמר נשאה את התיק בו היו האמצעים לקשירת המנוחה ולסתימת פיה וכלי השוד.

(-) סמר החליפה את בגדיה המסורתיים בבגדים מערביים כדי להטעות את המנוחה ולגרום לה לפתוח את

הדלת.

(-) סמר צלצלה בפעמון הדלת כשעומר מסתתר.

(-) סמר הייתה נוכחת כאשר עומר סכר את פיה של המנוחה ליד הדלת וגרר אותה לסלון.

(-) סמר מסרה לעומר את השרוכים לקשירת המנוחה.

(-) סמר מסרה לעומר את הסמרטוט בו השתמש לסתום את פיה של המנוחה.

(-) סמר הייתה מודעת לכך שהמנוחה נחנקת, והיא הבינה וידעה ברמה הקרובה לוודאות כי קיימת אפשרות לתוצאה הקטלנית. בהקשר זה נספר, כי סמר התבטאה כי החרחורים של המנוחה הזכירו לה את מותו של אביה שנחנק מאסטמה. עמד על כך בית המשפט קמא בפסק דינו (סעיפים 7-ח-י לפסק הדין):

"הן בחקירתה המשטרית והן על דוכן העדים מתארת הנאשמת את מותו של אביה המנוח ועולה מכך, כי ידעה ברמה גבוהה של ודאות, מעבר לנדרש למחשבה הפלילית הנדרשת בענייננו, כי השארת המנוחה השדודה כפוחה וכשפיה חסום, עלול להביא למותה, כפי שאירע בפועל.

[...] בוודאי שהסתלקות הנאשמת מן הדירה היה בה, למצער, ללמד בבהירות את אדישותה לגורלה וחייה של המנוחה" (ההדגשה הוספה - י"ע).

(-) בית המשפט לא קיבל את טענתה של סמר כי לא נגעה במנוחה או שניסתה להתנגד למעשיו של עומר:

"[...] עם זאת יאמר, כי בית המשפט מתקשה ליתן אמון בדבריה כי את כל המעשים הפיזיים הספציפיים שהביאו למותה של המנוחה עשה עומאר, שהיא לא נגעה במנוחה פיזית וכי כל העת התנגדה למעשי עומאר וניסתה להניעו מלעשותם" (שם).

(-) סמר השתתפה בחיפוש בדירה אחר כסף וחפצים אחרים, וגנבה בעצמה בקבוק בושם.

(-) סמר חזרה יחד עם עומר לקלקיליה, נהנתה מפירות השוד לאחר שהכסף שנשדד שימש לפרעון חוב שכר הדירה בה התגוררה עם עומר.

14. העולה מן המקובץ, כי לא ניתן לבחון את מעשיה של סמר באספקלריה של סעיף 34א לחוק העונשין, מן הטעם שמעשיו של עומר לא חרגו מהתוכנית המקורית של בני הזוג.

15. נחזור אפוא למסגרתו של סעיף 300(א)(3) לחוק, הקובע עבירה תוצאתית של גרימת מוות שהתרחשה במהלך ביצוע עבירה אחרת (עניין חואמדה; ע"פ 8295/11 שקרא נ' מדינת ישראל, בפסקה 12 (10.10.2013) (להלן: עניין שקרא)).

בנקודה זו, יש לדחות את טענתה של סמר כי יש לראותה כמסייעת בלבד לעבירת הרצח. לדידי, יש לראות את סמר כמבצעת עיקרית במסגרת דיני השותפות.

סעיף 29(ב) לחוק העונשין קובע כלהלן:

"המשתתפים בביצוע עבירה תוך עשיית מעשים לביצועה, הם מבצעים בצוותא, ואין נפקה מינה אם כל המעשים נעשו ביחד, או אם נעשו מקצתם בידי אחד ומקצתם בידי אחר".

על ההבחנה בין מסייע לבין מבצע בצוותא עמדת בע"פ 2247/10 ימיני נ' מדינת ישראל, בפסקה 22 (12.1.2011):

"הפסיקה עסקה בהרחבה בשאלת ההבחנה והסיווג של המעורבים בביצוע העבירה, תוך התמקדות בהבחנה בין מסייע לבין מבצע בצוותא (דנ"פ 1294/96 משולם נ' מדינת ישראל, פ"ד נב(5) 1 (1998) (להלן: עניין משולם); ע"פ 6914/04 פיינברג נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נט(6) 49, 69 (2005) והאסמכתאות שם (להלן: עניין פיינברג); ע"פ 2103/07 הורביץ נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 31.12.2008) פסקאות 44-52 והאסמכתאות שם (להלן: עניין הורביץ)). בקליפת אגוז, סיווגם של הצדדים לעבירה נעשה על פי תפקידם של השותפים השונים בהגשמת המזימה העבריינית, על פי תפקידם בתכנית העבריינית ועל פי מידת קרבתם ל'גרעין הקשה' של ביצוע העבירה. מבצע בצוותא הוא מי שלוקח חלק בביצוע עבירה על ידי עשיית מעשה הדרוש להגשמת התכנית הפלילית, כאשר היסוד הנפשי הנדרש זהה ליסוד הנדרש בעבירה העיקרית ומודעות לפעולה בצוותא עם האחרים.

ההבחנה בין מסייע למבצע בצוותא מצויה אפוא הן במישור הנפשי והן במישור העובדתי, מעין מבחן משולב הבוחן את מהות העשייה של הנאשם ויחסו הנפשי לביצוע העבירה (עניין משולם, בעמ' 20, 23-32; יעקב קדמי הדין בפלילים - חוק העונשין חלק ראשון 371 (2004) (להלן: קדמי)). מבחן זה אופיין בפסיקה כמעין מקבילית כוחות: ככל שמתקיים יסוד נפשי חזק יותר ניתן להסתפק ביסוד עובדתי חלש יותר, ולהיפך. ביסוד העובדתי נעזר בית המשפט ב'מבחן השליטה הפונקציונלית' על המעשה, לפיו חלקו של המבצע בצוותא צריך להיות חיוני לביצועו של המעשה העברייני (ע"פ 5781/01 אעמר נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(3) 681, 690 (2004)). למבצע בצוותא שליטה פונקציונלית יחד עם האחרים על המעשה העברייני והוא חלק מהתוכנית הכוללת להגשמת המעשה (ע"פ 2796/95 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(3) 388, 403 (1997) (להלן: עניין פלוני)); ע"פ 4389/93 מרדכי נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(3) 239, 250 (1996)). עם זאת, 'מקום שהשליטה מוכחת, אין עוררין על כך שיש לסווג את המעורב בעל השליטה כמבצע בצוותא. ואולם, בכך אין כדי ללמד כי מקרים בהם לא הוכחה שליטה מובהקת משמעם כי אין בפנינו מבצע בצוותא' (עניין הורביץ, בסעיף 51).

מבחינת היסוד העובדתי של העבירה, אין הכרח כי המבצע ישלים לבדו את כל רכיבי ההתנהגות הפלילית על מנת שהפעולה תתגבש לכדי עבירה (קדמי, בעמ' 369-370; ע"פ 4693/01 מדינת ישראל נ' בביזאיב, פ"ד נו(5) 580 (2002) (להלן: עניין בביזאיב)). הפסיקה המשילה את המבצעים בצוותא לגוף אחד בעל זרועות שונות, כאשר לכל מבצע תפקיד משלו להשלמת המעשה הפלילי. להבדיל מן המסייע, תרומתו של המבצע בצוותא לעבירה היא פנימית וחלקו מהותי להגשמת התוכנית המשותפת (עניין פלוני, בעמ' 402; קדמי, בעמ' 371 וההפניות שם). הביצוע בצוותא מניח תיאום בין הצדדים, חלוקת תפקידים מוקדמת, הכנה מוקדמת או תכנון מוקדם (גבריאל הלוי השותפות לדבר עבירה ג, 3), ולעיתים, אין צורך בהיוועדות מוקדמת או בתכנון מראש, ואף שותפות ספונטנית עושה עבריינים למבצעים בצוותא (ע"פ 259/97 סובחי נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 28.4.1998); עניין בביזאיב, בעמ' 584-585, 590. להבחנה בין המושגים: תכנון מוקדם, שותפות ספונטנית והסכמה ראו הלוי, השותפות לדבר עבירה בעמ' 242-247)" (ההדגשה במקור - י"ע).

דרך נוספת להבחין בין מסייע למבצע בצוותא הוצעה בפסיקה:

"נראה לי, כי עדיף לבחון את הנושא המורכב תוך התמקדות מצד אחד בשאלה האם נעשה תכנון מוקדם ומצד שני בשאלה האם המעורב הרלוונטי נטל חלק בביצוע הפיזי של העבירה. לעניין התכנון המוקדם יש לתת את הדעת על מידת המעורבות של הנאשם המסויים בתכנון, על הידע הנמצא בידי לגבי האירוע המתוכנן ועל מעמדו ביחס למעורב או למעורבים האחרים. שאלות דומות יש לשאול בנוגע להיקף המעורבות של הנאשם המסויים בביצוע הפיזי של העבירה. ככל שמידת המעורבות בתכנון גדולה יותר, תהא מספקת מעורבות מצומצמת יותר בעצם הביצוע הפיזי של העבירה על מנת שנכיר במעורב כמבצע בצוותא ולא כמסייע, ולהיפך. היינו, ככל שהמעורבות גדולה יותר בביצוע הפיזי, קטנה הדרישה לעניין התכנון לצורכי הקביעה שמדובר במבצע בצוותא" (ע"פ 2638/10 פלוני נ' מדינת ישראל, בפסקה 1 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) א' גרוניס (24.03.2011)). כן ראו שם, פסק דינו של השופט א' לוי, בפסקאות 11-10, 16).

סמך השתתפה במעשה מתחילתו ועד סופו. סמך הייתה זו שהעלתה את הרעיון לשדוד את המנוחה, היא יצאה עם עומר ליפו, נכנסה עמו לדירה, השתתפה בפועל במעשים שהביאו למות המנוחה, בכך שהושיטה לעומר את השרוכים לקשירת המנוחה ואת מכנסי התינוק שאותם תחב לפיה. לאחר מכן ערכה חיפוש בדירה, וחזרה עם עומר לקלקיליה. מדובר בהשתתפות פעילה במעשה מא' ועד ת', מהתכנון ועד לביצוע, לא השתתפות של מסייע אלא השתתפות של מבצע בצוותא שנמצא במעגל הפנימי של המעשים. סמך ועומר פעלו כ"גוף אחד", לכל אחד מהם היה חלק פנימי ואינטגרלי בביצוע העיקרי, ולפיכך האחריות של כל אחד מהם היא ישירה (השוו עניין חואמדה, בפסקה 42 והאסמכתאות שם).

16. פתחנו בסעיף 34א ועברנו לבחון את שאלת השותפות - מסייעת או מבצעת בצוותא - במסגרת סעיף 300(א)(3) לחוק. סעיף 34א עניינו במבצע בצוותא של עבירה מקורית, כאשר בשלב מסויים אחד מהשותפים סוטה מהתכנון העברייני המקורי. "ההבחנה בין ביצוע בצוותא מכוח סעיף 34א לחוק לבין סוגי השותפויות מכוח סעיפים 29-31 לחוק, עשויה להיות דקה הואיל וגם במקרה האחרון הביצוע המשותף יכול להיעשות בצורה ספונטאנית ובלו

תכנון מוקדם" (ע"פ 6354/10 כעאבנה נ' מדינת ישראל, בפסקה 22 (17.1.2013) (להלן: עניין כעאבנה)). אכן, בעניין כעאבנה, על אף שהשותף לעבירת השוד וההתפרצות היה נוכח בדירה בעת שחבריו אנסו את המתלוננת בחדר הסמוך, נקבע על ידי השופטת ארבל כי מעמדו הוא כשל מסייע מאחר שלא יזם או החליט על הביצוע וגם לא הייתה לו שליטה עליו, הגם שניסה למנוע מחבריו את המעשים (אך ראה פסק דיני שם הותרתי את הסיווג בצריך עיון נוכח התוצאה האופרטיבית). לא כך במקרה שבפנינו, שסמר נטלה חלק במעשים שהביאו ישירות למותה של המנוחה.

17. לצורך הרשעה בעבירת רצח לפי סעיף 300(א)(3) לחוק, די ביסוד נפשי של מודעות ליסוד העובדתי של העבירה ולהתקיימות נסיבותיה, ובאשר לרכיב התוצאתי - מודעות לאפשרות גרימת המוות ויחס רצוני של פזיזות להתרחשותה. אמנם היסוד הנפשי ביחס לגרימת מותו של האחר במקרה זה נופל מ-"כוונה תחילה" הנדרשת להרשעה ברצח לפי סעיף 300(א)(2) לחוק, אך העובדה כי העושה העדיף במודע את מטרת ביצוע העבירה האחרת על פני חייה האדם שקיפח במהלך ביצועה הינה נסיבה חמורה דיה לראות במעשהו רצח (עניין שקרא, בפסקה 12). בידי העושה הייתה האפשרות לבחור אחרת, אך משבחר להמשיך בביצוע העבירה על אף שהיה מודע לתוצאותיה האפשריות, נתפס המעשה כראוי לגינוי מוסרי-חברתי בגינו מצא המחוקק לייחס לעושה אחריות בעבירת רצח (והשוו אלעד רום בעמ' 38-39).

18. ומהתם להכא.

המנוחה הכירה את סמר, שהרי זו היתה שכנתה, וסמר גם עבדה אצלה בעבר בניקיון דירתה. האם סברה סמר באמת ובתמים כי הם ישדדו את המנוחה וזו לא תזהה אותה? האם סמר מלכתחילה לא הציעה לשדוד את המנוחה מתוך ידיעה שזו תפתח את הדלת כשהיא תראה אותה, דמות המוכרת לה? רוצה לומר, כי ייתכן שסמר ידעה והבינה מראש שהמנוחה לא תצא בחיים מהאירוע, שאם לא כן, המנוחה תצביע עליה כמי שביצעה את השוד.

מאחר שטענה זו לא הועלתה בבית משפט קמא (והמדינה ממילא אינה מייחסת לסמר ולעומר רצח בכוונה תחילה לפי סעיף 300(א)(2)) אני נכון להתעלם מאפשרות זו. מכל מקום, החשוב לענייננו הוא כי משרשרת הפעולות והמעשים המתוארים לעיל עולה שגם אם סמר לא חפצה במות המנוחה, היא גילתה יחס של אדישות למעשים, ולא של קלות דעת במובן המשפטי.

19. אף ניתן היה לטעון כי סמר הייתה מודעת ברמה קרובה לוודאית שהמעשה של תחיבת סמרטוט עמוק לפיה של המנוחה, אשר חרחרה מול עיניה, עלול להביא למותה. בכך שקול היסוד הנפשי של סמר לכוונה פלילית מכוח הלכת הצפיות. סעיף 20(ב) לחוק העונשין מעגן את הלכת הצפיות בקובעו כי "לענין כוונה, ראייה מראש את התרחשות התוצאות, כאפשרות קרובה לוודאי, כמוה כמטרה לגרמן". הרציונל שבבסיס הלכת הצפיות הוא השקילות המוסרית בין כוונה לגרום לתוצאה לבין צפיית התרחשות התוצאה ברמת הסתברות הקרובה לוודאי (לשקילות המוסרית ראו, לדוגמה, ע"פ 5492/11 אלרחמן נ' מדינת ישראל, בפסקה 24 והאסמכתאות שם (5.8.2012)).

20. איני רואה צורך להרחיק לכת עד כדי ייחוס כוונה לסמר מכוח הלכת הצפיות. לענייננו, די אם אייחס לסמר יסוד נפשי של אדישות, כהגדרתה בסעיף 20(א)(2) לחוק העונשין: "שוויון נפש לאפשרות גרימת התוצאות האמורות".

מכל מקום, איני יכול לקבל את הטענה של סמר, המבקשת למשוך את היסוד הנפשי לכיוון ההפוך, ולייחס לה יסוד נפשי של קלות דעת. בא כוחה של סמר הפנה בעניין זה לפסק הדין בעניין אל טראבין שם נקבע כי בהסכמה להשתתף בשוד אלים, כאשר השותפים חמושים בנשק חם, המערער שם נטל סיכון בלתי סביר שתוצאה של מוות תתרחש בפועל, ובכך נהג בקלות דעת. כשלעצמי, איני משוכנע כי אכן היה מקום לייחס למערער שם יסוד נפשי של קלות דעת, אך מכל מקום, אין להקיש משם על ענייננו. קלות דעת משמעה שהאדם אינו רוצה שהתוצאה תתממש, ואף פועל כדי למנוע את התממשותה, מתוך תקווה, שיש לה יסוד אובייקטיבי, למנוע את התוצאה: "כמובן, התקווה, כמושג, אינה עניין של משאלת ליבו של האדם בלבד; מושג זה משקף גם את הסיכוי הרציונלי, ולו גם בעיני אותו אדם בלבד, המעוגן במציאות, להצליח. לכן אם כי יש בכך משום תוספת נתונים אובייקטיביים, התקווה מתלווית ומתבטאת בדרך כלל גם בעשייה הולמת כדי למנוע את התממשות הסכנה. שאם לא כן, אין זו תקווה אלא הרפתקה" (ש' ז' פלר, יסודות בדיני עונשין, כרך א' 617-618 (1984), כפי שצוטט על ידי ב[ ] פידניאן נ' מדינת ישראל, (23.9.2014) (להלן: עניין פידניאן)).

21. בעניין חואמדה ובעניין שקרא נדונה פרשה דומה לענייננו. שם היה מדובר בשוד בו השתתפו מספר אנשים שפרצו לדירה בשעת לילה, תקפו והיכו את המנוח בשנתו, קשרו את ידיו ורגליו וכרכו שתי גופיות וחמש חולצות סביב ראשו תוך שהם תוחבים שרוול של חולצה לפיו. בשל מעשים אלו נחסמו דרכי נשימתו של המנוח והוא נפטר כתוצאה מתשניק מכני. באותו מקרה, לא הייתה מחלוקת כי ההשתתפות בהכאתו ובקשירתו של המנוח מקיימת את היסוד העובדתי הנדרש להרשעה כמבצע בצוותא של רצח אגב ביצוע עבירה אחרת. המחלוקת בעניין שקרא נסבה על טענת המערער כי לא נתקיים בו היסוד הנפשי של "במזיד" הנדרש לפי סעיף 300(א)(3) לחוק מאחר שלא היה מודע לקשירה של שבעה פרטי לבוש סביב ראשו של המנוח, ולא יכול היה לצפות כי כך יקרה. השופט דנציגר דחה את הטענה בציינו כי תחיבת פיסת בד לפי המנוח בעודו כפות היא פעולה אשר תוצאתה האפשרית והצפויה הינה מות המנוח מחנק וכי המערער באותו מקרה:

"היה מודע לסכנה הנשקפת לחיי המנוח וצפה את האפשרות כי מעשי החבורה - הכאת המנוח וחסמת דרכי נשימתו בעודו כפות - יובילו להתממשותה [...]. חרף זאת, בחר המערער להמשיך בביצוע השוד כמתוכנן וחיפש רכוש בדירה במשך כ-15 דקות, במהלכן נותר המנוח כפות למיטה כשדרכי נשימתו חסומות. המערער צפה את אפשרות מותו של המנוח גם בעת שעזב את הדירה, ואף על פי כן לא נקט כל פעולה על מנת למנוע את התוצאה המרה. דברים אלו אף הטרידו את מנוחתו של המערער לאחר שנסתיימו האירועים בדירת המנוח ובעת שפגש בחבריו ביום למחרת אך חרף זאת לא נקט בכל פעולה. משכך, מקובלת עלי מסקנת בית המשפט המחוזי כי המערער גילה בהתנהגותו, לכל הפחות, קלות דעת כלפי אפשרות התממשות הסיכון הטמון במעשי החבורה, אם לא אדישות לקרות תוצאתם המסתברת - מות המנוח [...]" (שם, בפסקה 15).

ודוק: השופט דנציגר היה נכון להניח כי היסוד הנפשי הוא של קלות דעת "אם לא אדישות", אך הדעה המקובלת בפסיקה לגבי מעשים בנסיבות דומות, מייחסת לעושה המעשה יסוד נפשי של אדישות ואף למעלה מכך (ע"פ 195/03 פואקה נ' מדינת ישראל, בפסקה 7 (18.7.2005)). כך, לדוגמה, בעניין חואמדה שעסק באותה פרשת שוד שנדונה בעניין שקרא, ציין השופט פוגלמן:

"שהמערערים גילו יחס נפשי של פיזיות ואדישות כלפי תוצאה זו. המערערים תקפו באישון לילה אדם מבוגר, בעודו נם במיטתו. המערערים הכו אותו וכרכו על פניו חולצות באופן שחסם את דרכי הנשימה שלו. לאחר שניסיונם למצוא כסף

בדירתו של המנוח העלה חרס, הם הותירו אותו כפות בדירתו ללא יכולת תזוזה. מעשיהם אלה של המערערים מעידים עליהם כאלף עדים, כי גילו יחס של שוויון נפש לאפשרות גרימת מותו של המנוח" (שם, בפסקה 44).

על היסוד הנפשי בנסיבות דומות של רצח לפי סעיף 300(א)(3) עמדתי בהרחבה בעניין פידיניאן, שם דחיתי את הטענה כי מדובר ביסוד נפשי של קלות דעת, בדומה לטענתה דכאן של סמר, והקורא מוזמן לעיין שם. אביא אך את השורה התחתונה בפסק הדין, והדברים יפים לענייננו:

"המנוחה, בת 66 במותה, נכפתה ונעקדה בתחילת השוד על ידי המערער, דרכי הנשימה שלה נחסמו בשכבות של סרט דביק רחב, והיא הושארה במצב זה משך 30-40 דקות. די במעשים אלה כשלעצמם, כדי להוכיח אדישות מצד המערער לגורלה של המנוחה" (שם, פסקה 24).

22. נוכח מסקנתנו בדבר היסוד הנפשי של סמר, המתבטא לכל הפחות באדישות, אם לא אדישות-רבתי, נדחית גם טענתה החלופית הנוספת, כי לאור פסק הדין בעניין טמטאווי, יש להרשיעה בהריגה בלבד. ולא היא.

למסקנה זו נגיע גם על פי הגישה המצרה שהוצעה בדעת יחיד על ידי השופטת ד' ברק-ארז בעניין טמטאווי, אשר באה לידי ביטוי בשני האלמנטים הבאים (שם, בפסקה 85):

"אני סבורה אפוא שיש מקום לפרשנות מצמצמת של סעיף 300(א)(4) לחוק העונשין בשני המישורים הבאים: היסוד הנפשי הנדרש וסוג עבירת המקור שיכולה לשמש בסיס להטלת אחריות בגין רצח, כדלקמן:

א. היסוד הנפשי - יהיה בדרגה של אדישות לגרם התוצאה הקטלנית (להבדיל מקלות דעת גרידא). זאת, בכדי למנוע מצב בו יורשע ברצח אדם אשר לא רק שלא כיוון למותו של קורבנו, אלא אף שאף למנוע מוות זה. יצוין כי המדינה הסכימה למעשה להגבלה פרשנית זו.

ב. העבירה האחרת (קרי עבירת ה"מקור") - צריכה להיות עבירת פשע הכרוכה באלימות או בסיכון אינהרנטי של חיי אדם".

בעניין טמטאווי דנה השופטת ד' ברק-ארז בסעיף 300(א)(4), אך גם אם נחיל את הדברים על עבירה לפי סעיף 300(א)(3), הרי ששני יסודות אלה מתקיימים בענייננו: עבירת המקור היא עבירת השוד אשר כרוכה באלימות ובסיכון אינהרנטי של חיי אדם, והיסוד הנפשי שיש לייחס לסמר נע במרחב שבין אדישות לכוונה.

23. לסיכום, הרשעתה של סמר על פי סעיף 300(א)(3) לחוק מעוגנת בממצאיו של בית המשפט קמא ובעובדות שעל רובן אין חולק, ויש לראות את סמר כמבצעת בצוותא של עבירת הרצח. אשר על כן, דין הערעור להדחות.

24. גם בפנינו חזר עומר על טענתו כי לא הוא האיש אשר צעד לצידה של סמר כפי שנחזה בסרטון, ולא הוא האיש שביצע את השוד וגרם למותה של המנוחה.

נאמר בקצרה, כי הגנתו של עומר בבית משפט קמא הייתה על פניה הגנת סרק, וגם הערעור שבפנינו הוא מסוג הערעורים שבית המשפט דש בעקביו. אבחן אפוא בקצרה את הדברים.

25. עומר הצביע על כך שגרסתה של סמר במשטרה הייתה גרסה מתפתחת, לאחר שבתחילת הדרך כפרה במעורבותה בפרשה. כן הצביע על סתירות שוליות כאלה ואחרות בעדותה של סמר, כגון השאלה בבעלות מי היה התיק אליו הוכנסו החפצים ששימשו לביצוע העבירה, או אם הביאו עמם שרוכים או חבל, או שעומר קשר את ידיה ורגליה של המנוחה באמצעות שרוכי נעליו. לטענת עומר, סמר העלילה עליו בשל היחסים ביניהם ומשום שהיא סובלת מבעיות נפשיות. אשר לממצאי ה-DNA, הרי שלטענת עומר מדובר בחפצים ניידים שניתן היה להביאם לזירה, כך שאין בממצא זה כדי לקושרו לאירוע.

26. סמר הייתה שותפה של עומר למעשים, ומשכך נדרש חיזוק לעדותה, כאמור בסעיף 54א לפקודת הראיות. עדותה של סמר נמצאה מהימנה על ידי בית משפט קמא, ואין כל סיבה להתערב בקביעה זו. החיזוקים לעדותה של סמר רבים, והגרסה של עומר מייחסת לסמר תחכום רב, אשר לגביו נאמר על ידי בית משפט קמא כי נוכח התרשמותו מנתוניה של סמר, בלתי סביר שהייתה מסוגלת לרקום עלילה כה מתוחכמת - עלילה המשתלבת בצורה מושלמת במסכת העובדתית המוכחת.

מנגד, בית המשפט לא רכש אמון לעדותו של עומר:

"גרסתו המגמתית והלקונית של הנאשם, כמפורט בהרחבה לעיל, הותירה רושם עגום ובלתי מהימן בעיניי.

אמנם הנאשם טען בעקביות לחפותו, אך באופן עקבי לא פחות, לא הצליח לעגן איזה פרט מגרסאותיו, ולו בבדל ראייה, שיש בה כדי לעורר ספק ספיקא בגרסת סמר בעניין אחריותו לרצח המנוחה.

[...] מבחינה מעמיקה של כלל גרסאות הנאשם, בכל שלבי ההליך, כמו גם אופן מסירת עדותו בפנינו, לא הצלחתי למצוא - לא בעדות הנאשם, לא בהודעותיו במשטרה ולא בעימות עם סמר - את זעקת החפות המצופה מנאשם המבקש לזכותו, מהעבירה החמורה ביותר בספר החוקים. כל שמצאתי הם ניסיונות שטחיים, נטולי פרטים, נעדרי תימוכין ולרוב סתמיים, להתנער ממשקלן הכבד של כלל הראיות הקושרות אותו לרצח.

לאור כל האמור, אני דוחה את גרסת הנאשם כבלתי מהימנה וקובע שאין בה לעורר, ולו ספק סביר באשמתו" (פסקה 36 להכרעת הדין).



27. גם הכחשותיו הלקוניות של עומר בעת העימות בינו לבין סמר לא הוסיפו למהימנותו, והוא גם לא הצליח להצביע על מניע בגינו סמר תעליל עליו. מאלפת העובדה שעומר היה משוכנע בחקירתו במשטרה כי אין טביעות אצבע שלו בדירה, ודרש במפגיע מהחוקר שיוכיח לו את טענתם שנמצאו בזירה טביעות אצבע שלו (אזכיר כי על פי עדותה של סמר עומר עטה כפפות על ידיו). לעומת זאת, כאשר החוקר הטיח בו כי ה-DNA שלו נמצא בזירה, ביקש עומר להתייעץ עם עורך דין.

עומר הרחיק עצמו אף מיפו וטען "בחיים שלי לא נכנסתי ליפו", אך בית המשפט קיבל את הטענה כי הטלפון שאוכן ביפו שימש גם אותו.

לכך יש להוסיף כי עוד בטרם הוצג בפניו הסרטון בו נראית סמר בצבע שיער בלונדיני, ידע עומר לספר כי צבע שיערה של סמר הוא אמנם שחור, אך היא צבעה אותו לבלונד כשנה וחצי לפני חקירתו במשטרה. ואכן הודעתו זו של עומר מיום 8.5.2012 נמסרה כשנה וחצי לאחר אירוע הרצח. כאשר הוצג בפניו הסרטון זיהה עומר מיד את סמר, אך לאחר מכן החל להתפתל, טען שלא ניתן לראות את פניה, אישר שוב כי מדובר בסמר, והסתייג שוב בטענה שלא רואים היטב את פניה. כפי שציין בית משפט קמא, התפתלות זו אפיינה גם את עדותו בבית המשפט.

נחזור ונזכיר את עדותה המוקלטת במשטרה של רימא, אחותה של סמר, שהתקבלה כאמור לפי סעיף 10א, ולפיה סמר סיפרה לרימא שהיא ועומר ביצעו את הרצח בדצמבר. הדברים נאמרו על ידי סמר לאחותה כשהייתה שרויה בסערת נפש, ועוד לפני שהמשטרה הגיעה אליה.

סיכומו של דבר, שאין ממש בערעור של עומר, והוא נדחה בזה.

הפיצויים שנפסקו לזכות ילדי המנוחה ונכדה

28. הן בגזר הדין של סמר והן בגזר הדין של עומר, חוייבו השניים לשלם סך של 258,000 ₪ לכל אחד משני בניה של המנוחה, וכן לנכדה של המנוחה (סה"כ 2 258,000X ₪). על כך נסב ערעורם של השניים, ואכן, לאור פסק הדין בדנ"פ 5625/16 אסרף נ' טווק (13.9.2017), דין הערעור בנקודה זו להתקבל, כך שכל אחד מהשניים יחוייב בפיצוי של 258,000 ₪.

בהתאם לעמדת בני משפחת המנוחה, אנו מורים אפוא כי ייפסק לזכות שלושתם הסכום המקסימלי של 258,000 ₪ בחלקים שווים ביניהם מכל אחד מהמערערים שבפנינו (סה"כ 2 258,000X ₪).

סוף דבר

29. אשר על כן, אציע לחברי לדחות את הערעורים של סמר ושל עומר למעט תיקון הסכומים הנוגעים לפיצוי בני משפחת המנוחה.

שופט

השופט נ' סולברג:

אני מסכים.

שופט

השופטת י' וילנר:

אני מסכימה.

שופטת

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט י' עמית.

ניתן היום, י"ט בכסלו התשע"ח (7.12.2017).

שופטת

שופט

שופט

---