

## ע"פ 3239/14 - נור אלאדין חמאיסה נגד מדינת ישראל

### בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פליליים

ע"פ 3239/14

לפני: כבוד השופט ס' ג'ובראן  
כבוד השופט א' שהם  
כבוד השופטת ד' ברק-ארז

המערער: נור אלאדין חמאיסה

נגד

המשיבה: מדינת ישראל

ערעור על הכרעת דינו ועל גזר דינו של בית המשפט  
המחוזי בבאר שבע, מיום 31.3.2014, בתפ"ח  
13972-04-12, שניתנו על ידי כב' השופטים ב' אזולאי;  
נ' זלוצ'ובר; ו-י' רז-לוי

תאריך הישיבה: י"ד בסיוון התשע"ו (20.6.2016)

בשם המערער: עו"ד לאה צמל

בשם המשיבה: עו"ד רחלי זוארץ-לוי

**פסק-דין**

השופט א' שהם:

1. לפנינו ערעור על הכרעת דין, ולחילופין על גזר דינו של בית המשפט המחוזי בבאר שבע (כב' השופטים: ב' אזולאי ; נ' זלוצ'ובר; ו-י' רז-לוי), בתפ"ח 13972-04-12, מיום 31.3.2014.
2. המערער הורשע, לאחר ניהול משפט הוכחות, בעבירות הבאות: רצח בכוונה תחילה, לפי סעיף 300(א)(2) לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין); שיבוש מהלכי משפט, לפי סעיף 244 לחוק העונשין; גניבה, לפי סעיף 384 לחוק העונשין; ושהייה בלתי חוקית בישראל, לפי סעיף 12(1) לחוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952(להלן: חוק הכניסה לישראל).
3. בעקבות הרשעתו בדין, דן בית משפט קמא את המערער למאסר עולם. בנוסף, הושתו על המערער פיצויים למשפחת המנוח, בסך 80,000 ₪.

עובדות כתב האישום שהוגש נגד המערער

4. על פי עובדות כתב האישום המתוקן (להלן: כתב האישום), המערער הינו תושב הרשות הפלשתינית, ובמועדים הרלוונטיים לכתב האישום, לא היה ברשותו היתר כניסה לישראל. בסמוך ליום 13.3.2012, נפגשו רפאל עמיר ז"ל (להלן: המנוח) והמערער, בעיר אשקלון. מיד לאחר מפגש זה, עבר המערער להתגורר בדירתו של המנוח באשקלון (להלן: הדירה). ביום 19.3.2012, בסמוך לשעה 00:52, מסיבה שאינה ידועה למאשימה, החל המערער להכות את המנוח, בתוך הדירה. בהמשך, נטל המערער סכין מהמטבח, וניסה לדקור את המנוח בגופו מספר פעמים. בעת המאבק בין השניים, ניסה המנוח, בעזרת ידיו, למנוע את נעיצת הסכין בגופו, ואולם במהלך הדברים, הצליח המערער לדקור את המנוח בצווארו באמצעות הסכין, דקירה שעומקה כ-7 ס"מ. מיד לאחר מכן, הפיל המערער את המנוח ארצה במרפסת הדירה, וחנק אותו בצווארו, תוך שהמנוח מנסה להיחלץ מידי.

לאחר זאת, בעת שהמנוח היה שרוע במרפסת הדירה, כשדם רב ניגר מצווארו, נכנס המערער לדירה, שטף את ידיו, ופשט מעל גופו את החולצה הלבנה שלבש, אותה החביא מתחת למיטה, בחדר השינה המזרחי בדירה. המערער נטל מבגדיו של המנוח חולצה אדומה, ולבש אותה במטרה להסוות את זהותו, ולמנוע או להכשיל הליך שיפוטי. מיד בסמוך לכך, כך על פי כתב האישום, נטל המערער מהדירה שני מכשירי טלפון ניידים; מטען למכשירי הטלפון; ואת מפתחות הדירה ומפתחות רכבו של המנוח, וברח מהמקום, לאחר שנעל את הדירה באמצעות המפתחות שנטל. צוות נט"ן שהוזעק למקום קבע את מותו של המנוח, מוות אשר נגרם, כך עולה מכתב האישום, כתוצאה מאיבוד דם נרחב, בעקבות הדקירה בצווארו, ופגיעה בכלי הדם הראשיים בו. כמו כן, במהלך האירוע האמור, נגרמו למנוח פצעי דקירה רבים, בכפות ידיו ובאצבעותיו, כמפורט בכתב האישום.

תשובת המערער לכתב האישום

5. בתשובתו לכתב האישום, הודה המערער כי במועדים הרלוונטיים לכתב האישום, לא היה ברשותו היתר כניסה ושהייה בישראל. כמו כן, הודה המערער, כי הוא והמנוח הכירו בעיר אשקלון, וכי הוא לן בביתו של המנוח, על פי הצעתו

של האחרון. המערער כפר ביתר עובדות כתב האישום, וטען כי המנוח היה בעל נטיות הומוסקסואליות ומשיכה מינית כלפי בחורים ממוצא ערבי. עוד נטען, כי המנוח אף נחקר בחשד לביצוע מעשים מגונים בצעיר ממוצא ערבי, וכן בתקיפתו של בחור אחר ממוצא ערבי, ובחשד להלנת שוהים בלתי חוקיים בביתו.

לגרסת המערער, ביום 18.3.2012, בסמוך לשעה 22:00, לאחר שהתקלח בביתו של המנוח, השקה אותו המנוח במשקה מסוג XL, אשר היה מעורבב עם וודקה, וזאת מבלי שהמערער ידע על תוספת הוודקה. כעבור כ-20 דקות לערך, חש המערער, אשר אינו מורגל בשתיית אלכוהול, כי ראשו מסתחרר, והלך לחדר השינה במטרה לישון, כשהוא לבוש בתחתונים ובחולצה. בשלב כלשהו, הרגיש המערער, כי המנוח מלטף את גופו בניגוד לרצונו ונוגע באיבר מינו, מתחת לתחתוניו. המערער דחף את המנוח מעליו, ובתגובה לכך התנפל המנוח על המערער. השניים החלו להתקוטט, תוך שהם יוצאים מחדר השינה, כאשר המנוח דוחף את המערער לכיוון המטבח. בעודם במטבח, הושיט המערער את ידו לאחור, ונטל סכין בה נתקל, וזאת על מנת להרחיק ממנו את המנוח. בהמשך, כך לטענת המערער, הוא נמלט לחדר השינה, אך לא הצליח לנעול אחריו את הדלת. המנוח רדף אחר המערער, התנפל עליו, והפיל אותו על המיטה. כתוצאה מכך, כך טוען המערער, נשמטה הסכין מידי של המערער, והמנוח נטל אותה לידי שלו. המנוח החל לדקור את המערער באמצעות הסכין בחלקי גוף שונים, כך שגרם לו חבלות בגופו. המערער הצליח ליטול חזרה את הסכין מידי של המנוח, ובעוד המנוח ממשיך לתקוף אותו, הניף המערער את הסכין מספר פעמים לעבר גופו של המנוח, וזאת מתוך הגנה עצמית ובכדי להרחיק את המנוח מעליו. כתוצאה מכך, נדקר המנוח בצווארו, שעה שהחדר היה חשוך. בשלב זה, קם המערער מהמיטה ורץ לסלון, כאשר המנוח רודף אחריו ונאבק עמו בסלון, ולאחר מכן גם במרפסת. במהלך המאבק במרפסת, ניסה המנוח לדחוף את המערער מעבר למעקה, והמערער, בתגובה, הפיל את המנוח ארצה.

המערער הודה, כי לאחר המאבק עם המנוח במרפסת, הוא נכנס לדירה; שטף את ידיו; פשט את החולצה שלבש; והשליך אותה בסמוך למיטה בחדר השינה. כמו כן, הודה המערער, כי הוא נטל מבגדי המנוח חולצה אדומה, ולבש אותה, אך זאת, לטענתו, שלא במטרה להכשיל הליך שיפוטי. לגרסתו של המערער, "מתוך בהלה ומהירות", הוא נטל צרור מפתחות של הדירה, הכולל גם את מפתח רכבו של המנוח, מבלי שידע כי מפתח הרכב מצוי באותו צרור. בנוסף, נטל המערער מכשיר טלפון השייך למנוח, כדי להזעיק באמצעותו עזרה, לאחר צאתו מהדירה.

על יסוד הדברים האלו, טוען המערער, כי הוא פעל מתוך הגנה עצמית, או כי עומדת לו טענת הגנה עצמית מדומה, שכן מטרתו היתה להדוף תקיפה פיזית ומינית מצדו של המנוח. מכל מקום, כך לעמדת המערער, אין מתקיימים בעניינו יסודות עבירת הרצח, ובכללם היסוד שעניינו "היעדר קנטור". לחילופין, גורס המערער, כי מתקיימים בעניינו התנאים לענישה מופחתת, כאמור בסעיף 300א(ב) לחוק העונשין.

יצוין כבר עתה, כי במסגרת תשובתו לכתב האישום, טען המערער לאי קבילותן של אמרותיו הראשונות במשטרה, כמו גם של השחזור שביצע, וזאת נוכח הפרת זכותו להיוועץ בעורך דין, תוך ניצול שכרותו ועייפותו.

הכרעת דינו של בית משפט קמא

6. ביום 31.3.2014, הורשע המערער בעבירות שיוחסו לו בכתב האישום. להלן יפורטו עיקרי הראיות, שעל בסיסן החליט בית משפט קמא להרשיע את המערער בעבירות אלו.  
עמוד 3

7. בחוות הדעת הפתולוגית, מיום 26.3.2012 (ת/8, ת/8א) (להלן: חוות הדעת), פורטו ממצאי נתיחת גופתו של המנוח. מחוות הדעת עולה, כי מותו של המנוח נגרם כתוצאה מאיבוד דם רב מפצע הדקירה בצווארו. עוד עולה, כי פצע הדקירה נגרם על ידי חפץ בעל שפה אחת מושחזת לפחות, כגון להב של סכין, אשר אורכה לפחות כ-7 ס"מ, ורוחבה עד 2 ס"מ. בחוות הדעת נאמר עוד, כי נמצאו בפניו של המנוח פצעי שפשוף, ובכפות ידיו נתגלו פצעי חתך, אשר מתיישבים עם "פצעי הגנה".

מחוות דעת מז"פ שהוגשה לבית משפט קמא (ת/10), ניתן להסיק בסבירות גבוהה, כי המערער היה נוכח בסמוך למנוח, בעת שלאחרון נגרמו פצעים מדממים, כאשר בסלון הדירה התנהל מאבק, לאחר שלמנוח נגרמו פצעים אלו. כמו כן, כתמים מהולים שנמצאו בחדר האמבטיה, מלמדים בסבירות גבוהה, כי המערער ניקה את עצמו, והחליף בגדים, לפני שעזב את זירת האירוע.

דו"ח מד"א (ת/11)

8. מדו"ח מד"א עולה, כי המשטרה היא שהזעיקה את מד"א, וכשהגיע הצוות הרפואי למקום האירוע, הייתה דלת הדירה נעולה. לאחר הכניסה לדירה, הבחין הצוות הרפואי באדם, בשנות ה-30-40 לחייו לערך, כשהוא שרוע בתוך שלולית דם גדולה, ללא רוח חיים.

עדות שכנתו של המנוח

9. השכנה, סבטלנה ליסיצין (להלן: השכנה), התגוררה בקומה הרביעית בבניין המגורים, שבו גר המנוח בקומה השלישית. אין חולק, כי ממרפסת דירתה של השכנה, ניתן להשקיף על מרפסת דירתו של המנוח. השכנה מסרה בעדותה בבית המשפט, כי בליל האירוע, בסמוך לשעה 01:00, היא התעוררה לקול צעקות ששמעה מהקומה שמתחתיה, וכשהביטה ממרפסת דירתה לעבר מרפסת דירתו של המנוח, היא ראתה את המנוח כשהוא שוכב על גבו, כאשר בחור צעיר (להלן: הבחור) יושב מעליו. השכנה העידה בנוסף, כי ראתה את הבחור כשהוא סותם את פיו של המנוח באמצעות כף ידו, תוך הורדת הראש עם היד השנייה כלפי הקרקע. לדבריה, לחץ הבחור על ראשו של המנוח באמצעות מרפקו, וריתק אותו כלפי מטה. העדה סיפרה בעדותה, כי היא צעקה לעבר השניים "מה אתם עושים, השעה 01:00 בלילה", והבחור השיב "הכל בסדר גברת". לאחר מכן, שמעה השכנה רעש "כאילו נפל משהו", ואז "שמעה שקט". כשיצאה השכנה למרפסת דירתה, היא הבחינה בדם רב מרוח על זכוכית המעקה במרפסת דירתו של המנוח. השכנה התקשרה למשטרה, וכשירדה כדי לברר את מספר דירתו של המנוח, היא הבחינה באור בסלון הדירה, וחשה שמישהו מסתכל עליה. כשחזרה השכנה לדירתה, היא שמעה שמישהו פותח את דלת דירתו של המנוח, וכשהתבוננה למטה, היא ראתה את הבחור כשהוא יוצא מהדירה, בעודו לובש מעיל בצבע אדום, ואוחז דבר מה בידו. השכנה המשיכה לעקוב אחר אותו בחור, והבחינה כי הוא הולך לכיוון החנייה שמתחת לבניין המגורים, ממנה ישנה יציאה אל הים. השכנה מסרה עוד, כי כשראתה מאן דהוא שוכב במרפסת דירתו של המנוח, היא הודיעה למשטרה כי יש להזמין אמבולנס, והמשיכה לדווח על כיוון הבריחה של הבחור. בהמשך, זיהתה השכנה את האדם שנתפס על ידי המשטרה כבחור שיצא מדירתו של המנוח. השכנה מסרה בנוסף, כי האור בסלון דירתו של המנוח האיר כלפי מרפסת הדירה,

ובנוסף האיר מהצד גם פנס הרחוב (עמ' 9-11 לפרוטוקול הדיון מיום 13.11.2012).

כשנשאלה השכנה, האם המנוח היה הומוסקסואל, היא השיבה כי אינה יודעת, אך היא הסיקה כי כך הם פני הדברים, לאור השאלות שנשאלה במהלך חקירתה במשטרה. כמו כן, מסרה השכנה, כי לאחר הרצח היא שמעה מהמנקה בבניין המגורים, כי המנוח היה הומוסקסואל. השכנה סיפרה בעדותה, כי הצעקות ששמעה נבעו מכאב גדול, ולשאלה האם היא יודעת מי צעק מכאב, היא השיבה כי ראתה במרפסת את השכן (המנוח), כשהוא שוכב על הגב, והפנים שלו מופנות קדימה, והבחור השני (שאין חולק כי הוא המערער) יושב מעליו, מחזיק את ראשו, וסותם לו את הפה. למרות שהיא אינה מכירה את קולותיהם של השניים, זיהתה השכנה כי בעת האירוע, הבחור הוא זה שענה לה כי הכל בסדר, מאחר שהיו רק שני אנשים בדירה, והיא צפתה בהם, עד לשלב שאותו בחור יצא מהדירה (עמ' 19 לפרוטוקול הדיון מיום 3.12.2012). השכנה אישרה, כי ישנה מרקיזה, בין מרפסת דירתה לבין המרפסת של המנוח, אך ציינה כי מדובר במרקיזה קטנה ומקופלת כל הזמן, כך שהיא ראתה את כל שאירע במרפסת של המנוח. יצוין, כי מתמונה מספר 2, אשר צולמה בזירת האירוע, ניתן להתרשם כי המרקיזה אכן מקופלת, ומצויה בצמוד למעקה שבו עמדה השכנה (נ/א1).

אמרותיו ועדותו של המערער

10. אמרתו הראשונה של המערער נגבתה ביום 19.3.2012, בסמוך לשעה 01:45, בתחנת משטרת אשקלון (ת/א5). באמרה זו, מסר המערער, כי הוא והמנוח שתו אלכוהול, וישנו בחדרים נפרדים, ולפתע שמע המערער את המנוח כשהוא זועק לעזרה. כשפתח את הדלת, הבחין המערער בבחור גבוה, רעול פנים, חמוש בסכין, אשר נאבק במנוח ודוקר אותו. באמרה נוספת, מיום 19.3.2012 (ת/6), הוסיף המערער, כי אותו בחור גבוה התנפל גם עליו, שעה שהוא ביקש לסייע למנוח. לטענת המערער, הוא לא הספיק להזעיק עזרה, כאשר השכנים מלמעלה הם שהזעיקו סיוע רפואי. המערער מסר עוד, כי בעקבות התקיפה, הוא איבד את הכרתו למשך כרבע שעה, ואז הוא התעורר במרפסת, לאחר שהתוקף גרר אותו לשם. כשנשאל המערער, האם היה בינו לבין המנוח ריב כלשהו, הוא השיב בשלילה. המערער מסר בנוסף, כי לפני האירוע, הוא היה לבוש בתחתונים ובחולצה לבנה, וכשהתעורר, לאחר שאיבד את הכרתו, הוא הבחין כי התוקף הוריד לו את החולצה, ועל כן לבש המערער חולצה אדומה, אשר מצא ליד ארונו של המנוח. המערער מסר עוד, כי הוא והמנוח כיבדו האחד את השני, וכשנשאל האם היה ביניהם קשר מיני, הוא השיב "אללא ירחמו", ובהמשך טען המערער כי אינו זוכר דבר בהקשר זה, מכיוון שהיה שתוי באותה עת. המערער ציין, כי המנוח נהג להתחיל איתו, וללטף אותו, אך הוא (המערער) אמר לו שאינו אוהב זאת.

בהמשך החקירה, כאשר נמסר למערער כי ישנן ראיות הקושרות אותו לרצח המנוח, אמר המערער:

"אני שרצחתי את ר. [המנוח - א.ש.], ר. לימד אותי לשתות, ואצלנו המוסלמים אסור לשתות, אני דתי, ונתן לי לבוא אליו הביתה, סיפר לי שהוא רוצה לעזור לי ויתמוך בי, והמשיך לגרות אותי [...] באתי אליו הביתה, ישבתי בבית וסיפר לי - אתה רוצה לשתות XL, אמרתי לו כן והוא מזג לי, ושתיתי, ואחרי ששתיתי עישנתי סיגריה, ואחרי הסיגריה, לא יודע איפה אני [...] לא זוכר, הייתי שיכור, אני זוכר שאני רצחתי אותו, במה אני לא יודע, הייתי שיכור [...] עשיתי את הדבר הזה כי הוא רוצה להכניס אותי למשהו והוא רצה לקיים איתי יחסי מין שאני שיכור" (שם, עמ' 8-9).

יוער, כבר בשלב זה, כי תמלול החקירה מובא כלשונו, מבלי להידרש לפירוש הטיות המילה "קטל" בשפה הערבית שבה נחקר המערער (לרצוח או להרוג).

11. במסגרת שחזור שנערך ביום 19.3.2012 (ת/6יב), מסר המערער כי המנוח הציע לו לשתות והוא נענה להצעה. כשהמערער חש, לטענתו, טעם מוזר במשקה, גילה לו המנוח כי המשקה מהול בוודקה, כאשר בשלב זה המערער כבר הספיק לשתות את כל הבקבוק. המערער טען בנוסף, כי מבלי לשים לב, לאחר שהוא חש בעייפות, הוא נכנס לחדר השינה של המנוח, ונשכב במיטתו. בשלב זה, הגיע המנוח לחדר השינה כשהוא עירום, והחל לגעת בגופו של המערער. המערער אמר למנוח כי הדבר אסור לפי דתו, וניגש למטבח, שם הוא נטל סכין לצורך הגנה מפני המנוח. המערער הניח את הסכין מתחת לראשו, ונשכב לישון. בעת שהמערער ישן, הסתער עליו המנוח, ובתגובה לכך, השתולל המערער עם הסכין, שעה שהבית היה חשוך. עוד טען המערער, כי ללא כוונה הוא דקר את המנוח, וברח מהחדר לסלון. המנוח החל לרדוף אחר המערער עד למרפסת, ובשלב זה, כאשר חשש המערער כי המנוח ישליך אותו מעבר למעקה, הפיל המערער את המנוח אל הרצפה. או אז, שמע המערער את קולה של השכנה, ואמר לה שהכל בסדר. לאחר זאת, הדליק המערער את האור בדירה, וגילה כי הוא דקר את המנוח בצווארו. בעקבות כך, נכנס המערער לדירה; החליף את בגדיו; נעל נעליים; לקח את מפתחות הדירה; נעל את הדלת; וירד להזעיק עזרה. המערער מסר במהלך השחזור, כי הוא לא נעזר בשכנה, למרות שחש סכנה לחייו, משום שלא רצה שהיא "תראה את המראה הזה". המערער הכחיש את הטענה כי הוא חנק את המנוח, לאחר שדקר אותו. כמו כן, הכחיש המערער כי עשה מספר ניסיונות נוספים לדקור את המנוח.

בשלב מאוחר יותר, לאחר שמימש את זכותו להיוועץ בעורך דין, חזר המערער על עיקרי גרסתו כמפורט לעיל, והוסיף כי כ-20 דקות לאחר ששתה את המשקה שהכין לו המנוח, הוא נכנס בטעות לחדרו של המנוח, ובאותה עת הוא חש כי ראשו מסתובב. לטענת המערער, הוא נכנס למיטה כדי לישון, וכעבור כחצי שעה הוא חש שמישהו מלטף אותו באיבר מינו ובגופו. המערער דחף את המנוח, והשניים החלו להתקוטט, ותוך כדי תנועה, הם הלכו לכיוון הסלון והמטבח. במהלך המאבק במטבח, כאשר המערער עומד עם הגב לשיש, הוא חיפש חפץ כלשהו כדי להגן על עצמו, ונטל סכין שמצא. המערער היכה את המנוח בידו, שלא באמצעות הסכין, וברח לכיוון חדר השינה של המנוח. המנוח רדף אחר המערער, נכנס לתוך החדר, הפיל אותו על המיטה, והכה אותו, באמצעות חפץ כלשהו, בצווארו ובידו השמאלית. כאשר חש המערער, לטענתו, כי חייו מצויים בסכנה, הוא חילץ מידו של המנוח את החפץ הנ"ל, ודקר אותו, שעה שבמקום שררה חשיכה. המערער ברח לסלון, במטרה ללבוש את בגדיו, אך המנוח התנפל עליו, והוא (המערער) חמק למרפסת. המערער הפיל את המנוח לרצפה, לאחר שלדבריו הלה ניסה להשליך אותו מהמרפסת. המערער מסר בנוסף, כי הוא גילה לראשונה שהמנוח נדקר בצווארו, רק לאחר שנכנס לסלון והדליק את האור (אמרת המערער מיום 28.3.2012 - ת/6ז).

12. בעדותו בבית משפט קמא, תיאר המערער את נסיבות היכרותו עם המנוח, והסביר כי הסכים להצעתו לבוא לביתו, משום שלא היה לו מקום אחר ללון בו. המערער שלל את הטענה, לפיה הוא ידע כי המנוח אוהב בחורים ממוצא ערבי, וכי הוא הלך לביתו במטרה לקיים עמו יחסי מין. בהמשך עדותו, חזר המערער על גרסתו, לפיה לאחר שהוא חש סחרחורת בעקבות שתיית האלכוהול, הוא נכנס בטעות לחדרו של המנוח. המערער מסר עוד, כי הוא לבש, אותה עת, חולצה ותחתונים, אך הוא התפשט משום שהיה לו חם. כשחש המערער כי המנוח נוגע בגופו, הוא התעורר, דחף את המנוח, ושאל אותו לפשר מעשיו. המנוח לא השיב, ומיד החל להכות את המערער, ובהמשך הוא הוביל אותו לכיוון המטבח. המערער חיפש חפץ כלשהו על השיש שבמטבח, באמצעותו יוכל להתגונן מפני המנוח, ואחז בדבר מה, ככל הנראה בסכין. המערער הסתגר בחדר, לאחר שהצליח להשתחרר מאחיזתו של המנוח, אלא שעלה בידי האחרון לפתוח

את הדלת, וכתוצאה מכך המערער קיבל מכה, ונפל על המיטה שהייתה מאחוריו. בשלב זה, נשמט מידיו של המערער החפץ שבו הוא אחז, והמנוח המשיך להכותו, לרבות באמצעות הסכין. לראיה על מהימנות גרסתו, הצביע המערער על צלקות בידיו, בצווארו ובבית החזה שלו. לדברי המערער, ברגע שנקרתה בידיו הזדמנות לעשות זאת, הוא הכה את המנוח, ונטל מידיו את הסכין. מכיוון שהחדר היה חשוך, לא ראה המערער, לטענתו, היכן המנוח נדקר, אם בכלל, ובאותו שלב הסכין נפלה מידיו. המערער החל לברוח לכיוון הסלון, וכשהמנוח הצליח לתפוס אותו, הלך המערער לכיוון המרפסת, שם השניים המשיכו להתגושש. אז, שמע המערער קול אישה שצעקה לעברם, והוא השיב לה כי הכל בסדר. בשלב זה, נכנס המערער לתוך הדירה, והדליק את האור. המערער לא חשב, באותו שלב, שהוא דקר את המנוח, אך לאחר שראה את סימני הדם, הוא ניגש אל המנוח, וראה שהוא זז, ובשלב זה הוא הבחין בדקירה בצווארו. המערער הניח את ידו על צווארו של המנוח, במטרה לעצור את הדימום, אך ללא הועיל. המערער טען, כי הטלפון שלו אינו פעיל בשטח ישראל, ומסיבה זו הוא נטל מהדירה שני טלפונים ניידים, השייכים למנוח, כדי להזעיק משטרה ואמבולנס. עוד טען המערער, כי הוא יצא מהדירה במטרה להזעיק עזרה, מכיוון שלא הכיר את מספרי הטלפון של מוקדי החירום בישראל. ואולם, כאשר הבחין המערער כי הוא נועל נעליים שאינן שייכות לו, הוא חזר לדירה, ונעל את נעליו, אשר היו ספוגות בדם. לאחר מכן, ירד המערער במעלית לקומת החנייה, וכשיצא מהמעלית - הוא נעצר על ידי המשטרה.

המערער ציין בעדותו, כי חקירתו הראשונה בוצעה כחצי שעה לאחר שנעצר, בעת שהיה שתוי ועייף מאוד, עד כדי כך שהוא לא יכול היה לעמוד. לדבריו, כשנשאל האם ברצונו להמשיך בחקירה או להמתין עד להגעתו של עורך דין מטעם המדינה, השיב המערער כי אין מניעה מבחינתו שהחקירה תימשך, אם החוק מאפשר זאת. כשעומת המערער עם גרסתו הראשונה, לפיה אלמוני פרץ לביתו של המנוח, והיכה אותו ואת המנוח, הודה המערער כי שיקר, והסביר זאת בכך שהוא חשש לספר כי הוא נטל את חייו של המנוח. לדבריו, בחקירתו הראשונה הוא לא היה ערני, וכל שאמר באותו מועד איננו נכון, ואילו מה שסיפר בחקירה מיום 28.3.2012, הוא אמת.

בחקירתו הנגדית, שלל המערער את הטענה לפיה הוא נוטה לגברים, אולם אישר כי באחת הגרסאות שמסר, הוא אמר כי נהג לבלות עם המנוח, וכי הם התאהבו, האחד בשני. כשנאמר למערער, כי גם מחקירתו עולה שהוא בעל נטיות מיניות הומוסקסואליות, לאחר שאמר לחוקר "רק רגע, אהובי, תן לי לעשן" (ת/6ג, עמ' 9), השיב המערער כי מדובר במילה אשר מביעה כבוד כלפי החוקר, הא ותו לא. לשאלה, מדוע בליל האירוע הוא בחר לעבור לחדרו של המנוח ולא נותר בחדרו שלו, השיב המערער כי הוא נכנס לחדר הקרוב ביותר לסלון. משנשאל כיצד הבחין בדלת החדר, אם לדבריו הבית היה חשוך, השיב המערער כי הטלוויזיה בסלון דלקה, וממנה נבע אור חלש. לדברי המערער, לאחר שהמנוח דחף אותו מדלת החדר, הוא נפל על המיטה, ואז הסכין (או הכפית) שהייתה בידו, נפלה על המיטה. המערער טען בנוסף, כי הוא קיבל לא פחות מארבע מכות מהסכין שבה אחז המנוח, אך המערער הצליח ליטול את הסכין ממנו, למרות שנפצע בידיו. לטענת המערער, הוא איים על המנוח במטרה להרחיק אותו ממנו, אך הלה תקף אותו, והמערער נאלץ לאחוז בו ולדקור אותו. לשאלה, מדוע לא יצא מהחדר, מיד כשחילץ מהמנוח את הסכין, השיב המערער כי לא היה סיפק בידיו לומר למנוח שיתרחק ממנו, והמנוח הספיק לתפוס אותו שוב. כשנשאל המערער לגבי הרגלי שתית האלכוהול שלו, הוא השיב כי שתי פעם אחת בלבד, לפני כ-4 או 5 שנים.

13. במטרה להצביע על אופיו המיני האלים של המנוח, העיד מטעם ההגנה חוקר במשטרת אשדוד, פבזנר ולדיסלב. העד מסר כי בעבר הוא גבה מהמנוח מספר הודעות במשטרה, לגבי שני מקרים לפחות, בעלי אופי דומה. בהמשך לכך, הוגשה הודעה של המנוח (ת/12), וכן אמרותיהם של שני אנשים אחרים (ת/13, ת/14), מהן עולה כי המנוח אישר כי היה מעורב באירועים בעלי רקע מיני הומוסקסואלי. עם זאת, הסתבר כי בשני המקרים הללו, המנוח

הוא שהותקף ואף נגנבו ממנו חפצים על ידי שוהים בלתי חוקיים ממוצא ערבי. זאת, מבלי שהמנוח נהג בהם באלומות, או ביצע במי מהם מעשים מיניים ללא הסכמה. כעד הגנה נוסף, זומן איוב אבו מועמר, אשר נחקר בתחנת משטרת אשדוד בשנת 2005, בחשד לביצוע שוד ותקיפה של המנוח. העד מסר בעדותו, כי בעת שהיה בתפקיד שמירה על עסק, הוא תקף את המנוח בתגובה להטרדה מינית מצדו, והמנוח ברח מהמקום.

קביעות ממצאי עובדה ומהימנות שנעשו על ידי בית משפט קמא

14. בית משפט קמא קבע, כי לא ניתן לקבל את דבריו של המערער, כסבירים ומהימנים. זאת, נוכח גרסאותיו הרבות של המערער, אשר נשתנו "חדשים לבקרים", בהתאם להתפתחויות בחקירה. שינויים אלו, כך נקבע, נעשו על ידי המערער במטרה "ליתן הסבר למשוכה הגדולה הניצבת בפניו, לענות על השאלה מדוע דקר את המנוח, במיקום ובאופן שבו תקף אותו". כך, למשל, כשהבין המערער כי לא ניתן להצדיק את מעשיו, לאור הראיות הרבות שנתגלו בזירת האירוע, ונוכח עדותה של השכנה, ניסה המערער לשפר את גרסתו, בדרך של העצמת ניסיון התקיפה המינית שחוה, לכאורה, מצדו של המנוח. בעדותו בבית משפט קמא, ערך המערער "מקצה שיפורים" נוסף לגרסתו, במסגרתו טען כי בהשפעת המשקה האלכוהולי ששתה, הוא חש בחום, ונכנס "בטעות" למיטתו של המנוח. בהתייחס לאירועים שהתרחשו במרפסת דירתו של המנוח, העדיף בית משפט קמא את עדותה של השכנה, על פני עדותו של המערער, למרות שחלק מהגרסאות שהלה מסר תומכות ומאשרות את עדותה. בית משפט קמא קבע, כי בעדותה של השכנה נתגלעו סתירות קלות ערך, המצויות בפריפריה של מסכת האירועים, וניתן ליישבן בסערת הרוח בה הייתה מצויה השכנה, בסיטואציה אליה נקלעה.

15. בית משפט קמא דחה את טענת המערער, לפיה אין לקבל את אמרותיו הראשונות, כמו גם את השחזור שביצע, כראיות קבילות, עקב שלילת זכותו להיוועץ בעורך דין. נקבע, בהקשר זה, כי באיזון הראוי, אין הצדקה להורות על פסילתן של הראיות, וזאת בעיקר נוכח העובדה שבאמרותיו הראשונות, הכחיש המערער את המיוחס לו בכתב האישום, ומסר גרסה שקרית, לפיה אדם שלישי היה מעורב באירוע. עוד נקבע, ביחס לעדותו של המערער, כי יש לנקוט בכלל של "פלגינן דיבורא", ולהבחין "בין דברים שנאמרו על ידיו על מנת להסביר את התנהלותו ובין דברים שהיה בהם, על פניהם, כדי להפליל אותו, העומדים במבחן הגיונם הפנימי והתאמתם לראיות אחרות".

16. בהסתמך על הממצאים הפורנזיים בזירה, ועל יתר הראיות, דחה בית משפט קמא את גרסתו של המערער, לפיה הדקירה בצווארו של המנוח בוצעה בלא משים, ומבלי שהמערער היה מודע לכך. סימני הדם הרבים שנמצאו בדירה ובמרפסת אינם מתיישבים, כך נקבע, עם טענת המערער, לפיה הוא הבין שפצע את המנוח רק לאחר שהדליק את האור בדירה. הדבר גם אינו מתיישב עם עדותה של השכנה, ממנה עולה כי אור הסלון דלק בעת האירוע, באופן שאיפשר לה, בצירוף עם תאורת הרחוב, לראות את שהתרחש במרפסת דירתו של המנוח. בית משפט קמא ציין, כי רק בהמשך מסר המערער גרסה כבושה, לפיה היה אור בסלון, אשר מקורו בטלוויזיה שפעלה.

17. בנוגע לנטיות המיניות של המנוח, קבע בית משפט קמא, כי לאור חומר הראיות לא ניתן לשלול קיומם של מגעים מיניים בין המנוח למערער. עוד נקבע, כי ככל הנראה, הרקע להיכרות בין השניים נעוץ בנטיות המיניות ההומוסקסואליות של המנוח. בית משפט קמא מצא באמרותיו של המערער עצמו, חיזוק לכך שנטיות המיניות של המנוח היו ידועות לו: "הכרנו אחד את השני ונהיינו חברים, ונהיינו, יענו הלב שלי עם הלב שלו, התאהבנו אחד בשני" (ת/6ג, עמ' 3). כשנשאל המערער "מה היה מקיים איתך? מי? מי?", הוא השיב "כן, מין... אחרי שאני אשתה.. היה נותן לי



לשתות" (ת/ג, עמ' 36).

18. מאחר, שכאמור, לא היתה מחלוקת כי המערער דקר את המנוח וגרם למותו, פנה בית משפט קמא לבחון את השאלות המרכזיות הדרושות הכרעה, שהן: כלום התקיים במערער יסוד נפשי של "כוונה תחילה"; והאם עומד למערער סייג ההגנה העצמית.

בית משפט קמא קבע, כי נטילת הסכין על ידי המערער, במטרה לפגוע במנוח, מקיימת את יסוד ההכנה. עוד נקבע, כי ניתן ללמוד על קיומו של יסוד ההחלטה להמית, מנסיבות המקרה בשילוב עם חזקת הכוונה, ובכלל זאת: הדקירה הקטלנית בצווארו של המנוח; פצעי השפשוף בפניו ובאמתו הימנית של המנוח; ופצעי החתך בכפות ידיו של המנוח, אשר נגרמו על ידי חפץ חד, ומתיישבים עם "פצעי הגנה". בית משפט קמא דחה את גרסתו הכבושה של המערער לפיה הוא נטל חפץ כלשהו, מבלי לדעת את טיבו, ונקבע כי המערער היה ער לכך שהוא עשה שימוש ב"כלי משחית של ממש". לבסוף, ובשים לב לכך שהמערער היה מודע לנטיותיו המיניות של המנוח, ושעה שגרסתו לפיה הוא נכנס בטעות למיטת המנוח, לא נמצאה מהימנה, קבע בית משפט קמא כי התקיים במערער גם יסוד היעדר הקנטור. בית משפט קמא ציין, בהקשר זה, כי לא קדם לרצח "אירוע מאבק שבעטיו יכול היה הנאשם [המערער] לדקור את המנוח", ואף "לא התרחש או נאמר דבר שהיה בבחינת הפתעה לנאשם [המערער]".

אשר לסייג ההגנה העצמית, קבע בית משפט קמא כי המערער אינו יכול לחסות בצילו של סייג זה. זאת, משום ש"מעשיו של הנאשם [המערער] מלמדים, כי לא היה מדובר בפעולה שהייתה דרושה באופן מיידי על מנת להדוף את התקיפה, וכל שכן, הפעולה לא פסקה עם הדיפת התקיפה הנטענת, לאור חניקת המנוח במרפסת לאחר הדקירה הקטלנית". עוד נקבע, כי בפני המערער עמדו חלופות אחרות להדיפתו של המנוח, ככל שנדרשה הדיפה כזו, וכי אין כל פרופורציה בין הנזק שהיה צפוי ממעשה ההדיפה לבין הנזק שהיה צפוי מן התקיפה בסכין.

19. בהתייחס לעבירה שעניינה שיבוש מהלכי משפט, קבע בית משפט קמא כי המערער לא נתן הסבר סביר ומהימן לכך ש"לאחר מעשה הקטילה הוא שטף את ידיו, פשט מעל גופו את החולצה הלבנה שלבש והחביאה מתחת למיטה בחדר השינה המזרחי, נטל מבגדי המנוח חולצה אדומה ולבש אותה". כמו כן, קבע בית משפט קמא, בנוגע לעבירת הגניבה, כי גרסתו של המערער, לפיה הוא נטל את מפתחות הרכב של המנוח, כמו גם את הטלפונים הניידים והמטען למכשירים אלו, על מנת להזעיק עזרה עבור המנוח - איננה סבירה בנסיבות העניין.

20. על יסוד האמור, הרשיע בית משפט קמא את המערער בעבירה של רצח בכוונה תחילה, לפי סעיף 300(א)(2) לחוק העונשין; שיבוש מהלכי משפט, לפי סעיף 244 לחוק העונשין; גניבה, לפי סעיף 384 לחוק העונשין; ושהייה בלתי חוקית בישראל, לפי סעיף 12(1) לחוק הכניסה לישראל. ביום 31.3.2014, נדון המערער, כאמור, לעונש של מאסר עולם. כמו כן, השית בית משפט קמא על המערער תשלום פיצויים בסך של 80,000 ₪ למשפחת המנוח.

טענות המערער בערעור

21. ביום 7.5.2014, הגיש המערער הודעת ערעור בלתי מנומקת, באמצעות באת-כוחו, עו"ד לאה צמל. נימוקי הערעור המפורטים הוגשו ביום 13.7.2014. הערעור על הכרעת הדין נסב, בעיקרו של דבר, על הרשעתו של המערער

בעבירת הרצח, והוא נשען על שלושה אדנים מרכזיים.

האדן הראשון, עליו נסמך הערעור, עניינו בטענה בדבר פגיעה בזכותו של המערער להיוועץ בעורך דין. המערער גורס, כי זכות ההיוועצות נשללה ממנו כליל, "בכל השלבים הקריטיים של החקירה", כאשר נמנע מפגשו עם עורך דין, טרם שהוא מסר את ההודעות הראשונות במשטרה. ביתר שאת אמורים הדברים, ביחס לשחזור שביצע המערער, מבלי שהוא ידע על זכותו להתנגד לעריכת השחזור; מבלי שהודעה לו זכותו להיוועץ בעורך דין, לפני תחילת השחזור; ושעה שעורך דין מטעם הסנגוריה הציבורית ישב והמתין לו, "לאחר שהונחה על ידי המשטרה להגיע אל בית המשפט", ולא ידע כי "בו בזמן, מתחת לאפו ממש, מתרחש שחזור". לפיכך, טוען המערער כי יש לפסול את האמרות הראשונות שמסר בחקירתו במשטרה (ת/5א; ת/6-6/ת/6ג), וכן את השחזור שביצע (ת/6ב).

האדן השני עליו מתבסס הערעור על הכרעת הדין, נוגע לטענה לפיה שגה בית משפט קמא, בקובעו כי התקיימו במערער כל יסודותיה של הכוונה תחילה, לגרימת מותו של המנוח. לשיטתו של המערער, הממצאים הפורנזיים בזירת האירוע, כמו גם יתר הראיות שהוצגו בפני בית משפט קמא, תומכים בגרסה לפיה המערער הותקף מינית, ולאחר מכן גם פיזית, על ידי המנוח. הפגיעה הקטלנית בצווארו של המנוח, כך נטען, נגרמה בעת שהמערער התגונן מפניו, ללא כל כוונה להמיתו. טענה זו נתמכת, לגישתו של המערער, בין היתר, לנוכח פצעי הדקירה והחתכים שנמצאו בחולצתו שלו; בעובדה שהוא חסם את היציאה למרפסת באמצעות ספה, על מנת למנוע מהמנוח לרדוף אחריו; ובכך שהוא לא היכה את המנוח "מכת מוות", למרות שהלה המשיך להתנועע לאחר בריחתו של המערער. אשר ליסוד היעדר הקנטור, גורס המערער כי "הן היחס המיני ההומוסקסואלי והן השתיה בעל כרחו", מהווים קנטור סובייקטיבי ואובייקטיבי בעניינו.

האדן השלישי עליו נסב הערעור, עניינו בסייג ההגנה העצמית, הקבוע בסעיף 34 לחוק העונשין. נטען, בהקשר זה, כי "התנהגות המנוח העמידה את המערער במצב של סכנת חיים, ולפיכך היה המערער רשאי וצריך להגן על עצמו ולהדוף את המנוח מעליו". עוד נטען, כי גם לאחר שהמנוח נדקר בצווארו, הלה המשיך לתקוף את המערער, דבר המעיד על כך שהמערער היה מצוי "בסכנת חיים כל העת". לפיכך, מבקש המערער לקבוע, כי כל התנאים הדרושים לתחולתו של סייג ההגנה העצמית, מתקיימים בעניינו.

לאור האמור, סבור המערער כי יש לזכותו מעבירת הרצח בה הורשע, ולכל היותר להרשיעו בעבירה של הריגה. ככל שהערעור על הכרעת הדין יידחה, מבקש המערער לבטל את חיובו בתשלום פיצויים למשפחתו של המנוח, משלא הובאה על ידי התביעה כל ראיה בדבר הנזקים שנגרמו לקרובי המנוח.

תגובת המשיבה

22. המשיבה, אשר יוצגה על ידי עו"ד רחלי זוארץ-לוי, סומכת את ידיה על פסק דינו של בית משפט קמא. לשיטת המשיבה, טענותיו של המערער, למרות הכסות המשפטית שהן עוטות, מופנות רובן ככולן, כלפי קביעותיו העובדתיות של בית משפט קמא, שבהן ערכאת הערעור אינה נוטה להתערב. כמו כן, סבורה המשיבה, כי בצדק החליט בית משפט קמא שלא לפסול את אמרותיו הראשונות של המערער, כמו גם את השחזור שביצע, שכן האיזון הראוי מוביל למסקנה, כי יש לדחות את טענת ההגנה ביחס לקבילותן של האמרות.

23. אשר לטענה בדבר הפגיעה בזכות ההיוועצות של המערער, טוענת המשיבה כי הצו למניעת המפגש עם עורך הדין, אשר הוצא ביום 19.3.2012 בשעה 02:10, ונמשך עד לשעה 08:00 בבוקר, הוצא כדין, בהתאם לסעיף 34(ד) ו-(ה) לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה - מעצרים), התשנ"ו-1996 (להלן: חוק המעצרים). כמו כן, ציינה המשיבה, כי זכות ההיוועצות איננה זכות מוחלטת, ולא בכדי קובע החוק מנגנון אשר מאפשר להמשיך בחקירה הנמצאת בעיצומה, חרף בקשתו של הנחקר להיוועץ בעורך דין. בהתייחס לטענה בדבר פסולתו של השחזור שביצע המערער, טענה המשיבה כי "השתלשלות העניינים בעניינינו מלמדת כי מהות הפגם אינה חמורה דייה בכדי להביא לפסילת השחזור". לעמדת המשיבה, מעדויותיהם של חוקרי המשטרה בפני בית משפט קמא, עולה כי אנדריי קוטוזוב, הקצין הממונה על החקירה (להלן: הקצין הממונה או אנדריי), לא ידע על תוכן שיחותיו של אחד החוקרים בתחנה עם עו"ד אקרום חסונה, שמונה לייצג את המערער מטעם הסנגוריה הציבורית (להלן: עו"ד חסונה), במהלכן נמסר לעורך הדין כי הוא יוכל לפגוש את המערער בבית המשפט. עוד נטען, כי אותו חוקר לא ידע, באותה עת, על דבר ההחלטה לערוך שחזור עם המערער. המשיבה הוסיפה וטענה, כי מידת השפעתו של הפגם האמור, אשר מקורו בטעות בתום לב, על השחזור, מצומצמת עד מאוד. לגישתה, הגם שהמערער לא נועץ בעורך דין, עובר לשחזור שביצע, "הרי שהמערער בחר מרצונו הטוב והחופשי לשתף פעולה", ואף ההודאה שמסר במהלכו של השחזור, אינה שונה באופן מהותי מההודאה שנמסרה בחקירתו הראשונה.

24. בהתייחס לטענתו של המערער כי הוא חוסה תחת סייג ההגנה העצמית, גורסת המשיבה כי עסקינן בטענה "שכל כולה מבוססת על גרסתו שלו לאירועים והיא אינה מתמודדת עם קביעותיו העובדתיות של בית משפט קמא". עוד נטען על ידי המשיבה, כי בחינת התפתחות גרסאותיו של המערער על רקע מכלול הראיות, מלמדת כי "למרות שהמנוח חתר למגע מיני עם המערער, הוא לא כפה עצמו בכוח". כמו כן, טענה המשיבה, כי המערער לא סיפק הסבר משכנע מדוע טענתו בדבר היותו קורבן לתקיפה מינית מצדו של המנוח עלתה רק בחקירתו המאוחרת, ו"משנתן כה משמעותי הושמט בגרסאותיו הראשונות" - בצדק דחה בית משפט קמא טענה זו.

25. אשר לטענתו של המערער, לפיה לא נתגבשה בו כוונה להמית את המנוח, נטען על ידי המשיבה, כי "גם כאן טענות המערער אינן מבוססות על התשתית העובדתית שקבע ביהמ"ש קמא, אלא על גרסתו האחרונה של המערער ביחס לאירוע", ובכלל זאת על טענתו כי מעשיו נועדו להדוף תקיפה מינית מצדו של המנוח. לגישת המשיבה, אף אם תתקבל טענתו של המערער, לפיה דקירתו של המנוח הייתה בגדר פעולה ספונטנית, כחלק מהדיפת המנוח מעליו, הרי שמעשיו המאוחרים של המערער, היינו "ריתוקו של המנוח ארצה במרפסת, בשלב שהמנוח כבר דקור בצוואר ומאבד כמויות רבות של דם" - מעידים על כוונה לגרימת מותו. אשר ליסוד היעדר הקנטור, גורסת המשיבה כי קשה להלום את הטענה כי פעולותיו של המנוח, שהסתכמו לכל היותר, בניסיון לגעת באיבר מינו של המערער, מהווים התגרות בעלת עוצמה כזו, אשר גרמה למערער, באופן פתאומי, לאבד שליטה על מעשיו. על אחת כמה וכמה, כך נטען על ידי המשיבה, כי במישור האובייקטיבי, לא ניתן לקבל כי אדם מן היישוב היה מקונטר באופן הגורם לו ליטול חיים, בסיטואציה דומה.

26. לבסוף, טענה המשיבה כי אין מקום להתערב בשיעור הפיצויים שנפסקו לחובתו של המערער, באשר מדובר בסכום כספי שאיננו גבוה, שעה שהנזקים שנגרמו למשפחת המנוח, הינם כבדים וחמורים.

דין והכרעה

"אני התעוררתי מזה שאני שמעתי מכות. יש לי שכנים מתחתי על המרפסת. אני רואה אותם שוכבים על הרצפה, הם מרביצים, אחד חונק את השני. אחד צעיר ואחד קשיש [...] אני התחלתי לצעוק, "מה אתם עושים?". הם חונקים אחד את השני, צועקים לי שהכל בסדר. אחרי זה מהמרפסת הם התגלגלו לחדר, אני ראיתי שהמרפסת מלאה בדם. [...] עכשיו הם רועשים שם בתוך הדירה [...] עכשיו אני רואה הרבה דם שם במרפסת. [...] עכשיו אני רואה שהזקן שוכב על המרפסת, הוא במצב, צריך עזרה".

זה הדיווח אשר התקבל במוקד המשטרה ביום 19.3.2012, סמוך לשעה 01:00 (נ/ג2), ולפיו מתנהל מאבק בין המערער לבין המנוח, חלקו בתוך דירתו של המנוח, וחלקו במרפסת ביתו, ואין חולק כי בסופו של יום מצא המנוח את מותו. השאלות העומדות להכרעה במסגרת הערעור דנן, הן אלה: האם המדובר בעבירת הרצח, אותה ביצע המערער, הוא ה"צעיר" בדיווח האמור, או שמא עסקינן בעבירה קלה יותר? ושאלה נוספת, האם חוסים מעשיו של המערער תחת סייג ההגנה העצמית?

27. סדר הדיון יהיה כדלקמן: ראשית, אבחן את טענתו של המערער לפיה שגה בית משפט קמא, כאשר נמנע מלפסול את אמרותיו הראשונות שנמסרו במשטרה, כמו גם את השחזור שביצע, וזאת בשל שלילת זכותו להיוועצות עם עורך דינו. לאחר זאת, אעמוד בקצרה על יסודות עבירת הרצח, תוך התמקדות ביסוד הנפשי הנדרש לשם הרשעה בעבירה זו, ואדון בשאלה האם התקיימו יסודותיה של עבירה זו במערער. לבסוף, אתיחס לטענה כי עומד למערער סייג ההגנה העצמית.

28. טרם שאגש לגופם של דברים, מן הראוי לחזור ולהזכיר את הכלל הידוע, לפיו ערכאת הערעור אינה נוטה להתערב בקביעות שבעובדה ובמצאי מהימנות, אלא במקרים חריגים בהם קביעותיה של הערכאה המבררת אינן סבירות בעליל; כאשר נפלה בהן טעות מהותית, הברורה על פני הדברים; או כאשר מדובר בהכרעה המבוססת על ראיות חפציות או על שיקולים שבהיגיון, שבהם אין לערכאה הדיונית כל יתרון על פני ערכאת הערעור. הטעם לכך נעוץ בעדיפות הברורה שיש לערכאה הדיונית על פני ערכאת הערעור, כערכאה אשר מתרשמת במישרין מן העדים שהופיעו בפניה, ומאותות האמת המשתקפות מהעדויות (ע"פ 2681/15 בן שטרית נ' מדינת ישראל (14.2.2016); ע"פ 1474/14 פלוני נ' מדינת ישראל (15.12.2015); ע"פ 4583/13 ס' נ' מדינת ישראל (21.9.2015)).

לאחר בחינה מדוקדקת של פסק דינו של בית משפט קמא, ועיון בטענות הצדדים בערעור, דעתי היא כי הכרעת הדין בעניינו של המערער הינה מנומקת ומפורטת, ובמסגרתה נדונה כל טענה שהועלתה על ידי בא כוחו. יחד עם זאת, הגעתי לכלל מסקנה כי בעניין אחד לא התקיים בבית משפט קמא דיון מספק, וכוונתי לטענתו של המערער בדבר הפגיעה בזכותו להיוועצות עם עורך דין, על ההשלכות הנובעות מכך. למעט בנקודה זו, שעליה ארחיב בהמשך, זכו יתר טענותיו של המערער להתייחסות מעמיקה ומפורטת, ובסופו של יום הנני סבור כי אין להתערב בקביעותיו העובדתיות ובמסקנותיו המשפטיות של בית משפט קמא, והכל כפי שיובהר להלן.

קבילות הודעותיו של המערער(ת/א5; ו-ת/6-ת/ג6) והשחזור שביצע (ת/6יב)

29. כאמור, המערער סבור כי אין לקבל כראיה במשפטו את אמרתו הראשונה, אשר תועדה ביום 19.3.2012 בשעה 01:45, בעת שהמתין בחדר הסיוור בתחנת המשטרה (ת/א5). נטען, בהקשר זה, כי נפלו מספר פגמים באופן גביית האמרה, שעיקרם הם אלו: ה"חקירה" לא הוקלטה, בניגוד לסעיף 4(א) לחוק סדר הדין הפלילי (חקירת חשודים), עמוד 12

התשס"ב-2002; המערער לא הוזהר כי כל שיאמר עלול לשמש כראיה נגדו; ולא הודע לו על זכותו להיוועץ בעורך דין. באופן דומה, טוען המערער כי חקירתו הפורמלית הראשונה (ת/6-ת/6ג), אשר החלה בשעה 04:42, ובוצעה על ידי החוקר חיים אלשאמי (להלן: חיים), בשפה הערבית, לוקה אף היא בפגמים המצדיקים את פסילתה כראיה. בעניין זה, התמקד המערער בשלילת זכותו להיוועץ בעורך דין, מתחילת החקירה ועד לסוף השחזור שבוצע לאחריה. לטענת המערער, המזכר המורה על מניעת מפגש בינו לבין עורך דין, לפרק זמן של 6 שעות, החל מהשעה 02:10, לא נערך עם תחילת חקירתו, אלא מספר שעות לאחר מכן, וההודעה על מניעת המפגש לא נמסרה לו, מיד עם כתיבתו של המזכר. עוד נטען, כי רק בשעה 08:00 העבירה המשטרה הודעה לסנגוריה הציבורית על דבר מעצרו של המערער, וגם כאשר הודיע עורך דין מטעמה על ייצוגו של המערער, לא היתה כל הפסקה בחקירתו של המערער. חמור מכך, אותו סנגור הופנה לבית המשפט כדי להמתין שם למערער, שעה שחוקרי המשטרה הובילו את המערער לשחזור, שבוצע גם הוא, תוך שלילת זכותו להיוועצות עם עורך דינו.

בתגובה לטענות אלו, גורסת המשיבה, כי אף שהייתה פגיעה מסוימת בזכותו של המערער להיוועץ בעורך דין, במהלך פעולות החקירה האמורות, אין מדובר בפגיעה המצדיקה את פסילתן של הראיות. בהתייחס לאמרה ת/5א, טענה המשיבה כי בנסיבות העניין, שעה שאין חולק כי החוקר הזהיר את המערער כי קיימת לו זכות השתיקה, וכאשר בית משפט קמא כלל לא נדרש לאמרה זו לצורך הרשעתו של המערער, אין מקום לפסול את האמרה. אשר לחקירה הפורמלית שהתקיימה לאחר מכן (ת/6-ת/6ג), טענה המשיבה, כי הקצין הממונה החליט, במסגרת סמכותו, למנוע מפגש עם עורך דין, עוד טרם החלה חקירתו של המערער, וזאת בשל החשש כי מדובר ברצח על רקע לאומני. מסתבר כי החוקר חיים לא ראה את מזכר מניעת המפגש בתחילת החקירה, כך לטענת המשיבה, ולכן שאל את המערער האם הוא מעוניין לפגוש בעורך דין. משהתוודע להוצאת המזכר לגבי מניעת המפגש, מסר חיים למערער הודעה מסודרת בנושא זה.

30. בהתייחסו לטענות בדבר קבילות האמרות, קבע בית משפט קמא כי מחקירותיו של המערער במשטרה, עולה כי הלה יודע באשר לזכויותיו, ובדבר ההחלטה על מניעת מפגשו עם עורך דין. עוד נקבע, כי חקירת המערער במשטרה החלה בהסכמתו, והוא שיתף פעולה עם חוקריו מיוזמתו. יחד עם זאת, היה בית משפט קמא ער לכך שהשחזור שביצע המערער נערך בלא נוכחותו של עורך דין, מבלי שניתנה למערער הזכות להיוועץ בו, ולאחר שפקעה ההחלטה על מניעת המפגש עמו. ואולם, מצפייה בדיסק השחזור, התרשם בית משפט קמא כי המערער מסר את גרסתו מרצונו, בהיותו ערני, ולאחר שהובהרו לו זכויותיו. לאור האמור, קבע בית משפט קמא כי מכלול הנסיבות אינו מצביע על פגיעה בזכויותיו של המערער, בעוצמה כזו שיש בה כדי לפגוע בזכותו להליך הוגן. מסקנה זו נתמכת בעובדה שבאמרותיו הראשונות מסר המערער גרסה שקרית, לפיה אדם שלישי הוא התוקף, ורק בהמשך מסר גרסה אחרת, מבלי שהופעלו עליו לחצים בלתי הוגנים, מכל סוג שהוא.

31. אקדים תוצאה להנמקה, ואציין כי אף שנפלו פגמים מסוימים בהתנהלותה של המשטרה ביחס לזכות ההיוועצות העומדת למערער, בעת גביית האמרה ת/5א, וכן בחקירה הפורמלית, ת/6-ת/6ג, הרי שלטעמי אין מדובר בפגמים המצדיקים את פסלותן של ראיות אלו. שונים הם פני הדברים באשר לשחזור שנערך למערער, מספר שעות לאחר סיומה של החקירה הפורמלית, לגבי הגעתי לכלל מסקנה כי עוצמת הפגיעה בזכות ההיוועצות אינה מאפשרת את קבלתו של דו"ח השחזור כראיה.

32. רבות נכתב אודות מעמדה המרכזי של זכות ההיוועצות בעורך דין, כאחת מזכויות היסוד הבסיסיות של חשוד בפלילים. כפי שציין השופט י' דנציגר בע"פ 10049/08 אבו עזא נ' מדינת ישראל (23.8.2012) (להלן: עניין אבו

עצא), "זכות ההיוועצות היא בריח התיכון ותנאי בלעדיו אין לשם הגשמת מכלול זכויות החשוד והנאשם בהליך הפלילי" (שם, בפסקה 108). עם כניסתו לתוקף של חוק סדר הדין הפלילי (תיקון מס' 15), התשמ"א-1981, הוקנה לזכות ההיוועצות עיגון סטטוטורי מפורש, כעולה מסעיף 29 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982. לימים, הוחלפה הוראתו של הסעיף הנ"ל בסעיף 34 לחוק המעצרים, הקובע כי עצור זכאי להיפגש עם עורך דין ולהיוועץ בו, וכי שעה ש"ביקש עצור להיפגש עם עורך דין או ביקש עורך דין שמינהו אדם קרוב לעצור להיפגש עמו, יאפשר זאת האחראי על החקירה, ללא דיחוי".

כפי שציין בית משפט זה, לא אחת, נועדה זכות ההיוועצות לסייע בשמירה על זכויותיהם של נחקרים, הן בדרך של יידועם בדבר הזכויות המוקנות להם במהלך החקירה, והן בהבטחת הגינותם של הליכי החקירה ואמינות הראיות המושגות באמצעותה (ע"פ 7090/15 ח'ליפה נ' מדינת ישראל (25.8.2016) (להלן: ענייןחליפה); ע"פ 7758/04 אלקאדר נ' מדינת ישראל (19.7.2007)). חשיבות מיוחדת מוקנית לזכות זו, נוכח פערי הכוחות המובנים בין הנחקר לבין רשויות החקירה, והלחץ הנפשי הכבד בו מצוי הנחקר, אשר מנותק מסביבתו הטבעית וניצב מול ההאשמות המוטחות בו. במצב דברים זה, הדעת נותנת כי מעייניו של החשוד לא היו נתונים במלואם לעמידה על זכות ההיוועצות, ומשכך אף הובעה בפסיקה העמדה לפיה לא ניתן לראות בהיעדר דרישה מפורשת של החשוד ליהנות מזכות זו, משום ויתור עליה: "הכרה באפשרות היותר המשתמע על זכות ההיוועצות היא פתח למניפולציות רבות. משכך, אופן היותר על זכות ההיוועצות צריך שיבטיח כי הנחקר מבין את משמעות היותר על זכותו. לכן גם אם ויתור על זכות ההיוועצות הוא אפשרי צריך שהיותר יעשה מדעת ובאופן מפורש" (עניין אבו עצא, בפסקה 109 לפסק דינו של השופט י' דנציגר). עוד נקבע, לעניין הזכות להיוועצות עם עורך דין, כי אין להבחין בין פנייה המגיעה מהנחקר לבין פניית סנגורו, שכן לשון החוק קובעת מפורשות כי אין הכרח שדווקא הנחקר הוא שיבקש את קיומו של המפגש (שם, בפסקה 110).

יחד עם זאת, היה המחוקק ער לכך שהפסקה מיידית של החקירה, בכל עת שהנחקר מבקש להיוועץ עם עורך דין, עלולה לפגוע ברצף הדרוש לניהול תקין של החקירה. לפיכך, בנסיבות חריגות אשר מנויות בחוק, רשאי הקצין הממונה לדחות את פגישת העצור עם עורך דינו, תוך מתן החלטה מנומקת בכתב, ובתנאים ספציפיים הקבועים בחוק. כך, למשל, מורה סעיף 34(ד), כי כאשר מצוי העצור "בעיצומם של הליכי חקירה או של פעולות אחרות הקשורות בחקירה, באופן שנוכחותו נדרשת כדי להשלים, ועריכת הפגישה עם עורך הדין ללא דיחוי, כאמור בסעיף קטן (ג), מחייבת את הפסקתם או את דחייתם למועד אחר, והקצין הממונה בדרגת רב פקד ומעלה (להלן בסעיף זה - הקצין הממונה) סבר כי הפסקתם או דחייתם עשויה לסכן, באופן ממשי, את החקירה, רשאי הוא להורות בהחלטה מנומקת בכתב, שפגישת העצור עם עורך הדין תידחה לזמן הנדרש כדי להשלים את הפעולה, ובלבד שההפסקה לא תעלה על שעות ספורות".

33. אשר לחובת היידוע בדבר זכות ההיוועצות, מובן כי מבלי יידועו של הנחקר בדבר זכותו להיוועץ בעורך דין, עלול הוא שלא להיות מודע לה. משכך, מעצם זכותו של הנחקר להיוועצות עם עורך דין נגזרת חובתם של גורמי החקירה ליידועו בדבר קיומה של הזכות (ע"פ 5121/98 יששכרוב נ' התובע הצבאי (4.5.2006) (להלן: עניין יששכרוב)). כפי שציין המשנה לנשיא מ' אלון בבג"צ 3412/91 סופיאן נ' מפקד כוחות צה"ל באזור חבל עזה (7.6.1993), כי "מי שאינו יודע על קיומה של זכות, לא יוכל לנסות לממש אותה. ובמיוחד כך הוא משמדובר באדם שנעצר, ונפשו טרודה, ועשוי הוא שלא לדעת כיצד עליו לנהוג ומה עליו לעשות. אשר על-כן זכאי הוא העצור, ומחויבות הן הרשויות, שיודעו לו על זכותו להיפגש עם עורך-דין" (שם, בעמ' 850; וראו גם: רע"פ 8860/12 קוטלאייר נ' מדינת ישראל (16.1.2014), בפסקה 18). כיום, מעוגנת חובת היידוע בהוראה מפורשת המופיעה בסעיף 32 לחוק המעצרים, לפיו "החליט הקצין הממונה לעצור את החשוד, יבהיר לו מיד [...] את זכותו להיפגש עם עורך דין". אשר לחובת היידוע על שלילתה של זכות ההיוועצות, נקבע בעניין סופיאן כי: "צדה האחר של מטבע ההודעה על הזכות להיפגש עם עורך-דין הוא

ההודעה על-כך שהזכות נפגעה. כשם שהעצור זכאי לקבל את ההודעה הראשונה, כך זכאי הוא לקבל את ההודעה האחרונה. הזכות להיפגש עם עורך-דין כוללת בתוכה גם את הזכות לעשות למען מימושה, מקום שזכות הפגישה נשללה. קיומה של זכות מותנה ביכולת למנוע מאחרים לשלול אותה, שלא כדין, מבעל הזכות" (שם, בעמ' 852).

34. ומכאן אפנה להשלכותיה של הפרת זכות ההיוועצות, כעולה מפסיקתו של בית משפט זה. מאז פרסום ההלכה הידועה בעניין יששכרוב, אותה יישם בית משפט זה בשורה של פסקי דין, חדל להיות המסלול הקבוע בסעיף 12 לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971 (להלן: הפקודה), המסלול הבלעדי לבחינת קבילות הודאתו של נאשם. בהתאם למסלול הפסילה הפסיקתי שנקבע בעניין יששכרוב, אמות המידה המנויות בסעיף 12 לפקודה, העוסקות בבחינת השפעתן של דרכי החקירה הפסולות הכרוכות בהשגת הראיה, על אוטונומיית הרצון החופשי של הנחקר - אינן סוף פסוק. כיום, מצווים אנו לבחון את קבילותן של הראיות, אשר פסילתן מתבקשת על ידי ההגנה, גם בראי דוקטרינת הפסילה הפסיקתית. במסגרת זו, עלינו להוסיף ולבחון את השאלה, האם אין לפסול את הראיות האמורות נוכח דרך השגתן, ככל שהיא לוקה בפגם, בשל כך שקבלתן של הראיות תגרום לפגיעה מהותית בזכותו של הנאשם להליך הוגן. כפי שנקבע בעניין יששכרוב:

"מדובר בנוסחת איזון עקרונית השואפת להשגת פשרה ראויה בין מכלול הזכויות והאינטרסים הרלוונטיים לשאלת קבילותן של ראיות שהושגו שלא כדין, ובהם: חשיפת האמת העובדתית, הלחימה בעבריינות וכן ההגנה על שלום הציבור ועל זכויות נפגעי העבירה מחד גיסא; אל מול ההגנה על זכויות הנאשם ועל הגינות ההליך הפלילי וטוהרו מאידך גיסא.

נוסחת האיזון האמורה תיושם על-פי שיקול-דעתו של בית-המשפט בהתחשב בנסיבותיו של כל מקרה לגופו ובהתאם לאמות-המידה המנחות עליהן עמדנו. אמות-מידה אלה נוגעות לאופיה ולחומרתה של אי החוקיות שהיתה כרוכה בהשגת הראיה; למידת ההשפעה של אמצעי החקירה הפסול על הראיה שהושגה; וכן לשאלת הנזק מול התועלת החברתיים הכרוכים בפסילתה. הדוקטרינה האמורה תהא כללית ומיושמת על כל סוגי הראיות, לרבות הודאות נאשמים" (שם, בפסקה 76).

בע"פ 1301/06 אלזם נ' מדינת ישראל (22.6.2009), במסגרתו נדונה בהרחבה השלכותיה של הפגיעה בזכות ההיוועצות, של נאשם בעבירת רצח, עמדה השופטת א' חיות על טיבה של דוקטרינת הפסילה הפסיקתית, כפי שהותוותה בעניין יששכרוב:

"על פי דוקטרינה זו מחויב בית המשפט בבואו להחליט בשאלת קבילותה של ראיה אשר לגביה מועלית טענה כי הושגה שלא כדין, לאזן בין מכלול השיקולים, הזכויות והאינטרסים הרלוונטיים להליך הפלילי [...]

ודוק - אין מדובר במאזני שקילה שיש לעינים בכל מקרה ובהחלט ייתכנו מקרים חריגים בהם יראה בית המשפט לנכון לפסול את הראיות אם ימצא כי נחצו קווים אדומים ובוצעו פעולות חקירה החותרות תחת יסודותיו של ההליך הפלילי כהליך הוגן וזאת גם אם ניתן היה להרשיע את הנאשם בעבירה המיוחסת לו בהתבסס על אותה ראיה, אילו נכון היה בית המשפט להשלים עם הפסול שבה. פסילה כזו של הראיות נדרשת באותם מקרים חריגים בכל מדינה המחויבת לערכים דמוקרטיים ולהגנה על זכויות אדם הנשמרת לבל תוקרב זכותו של חשוד או נאשם להליך פלילי הוגן על מזבח הצורך להלחם מלחמה בלתי מתפשרת בפשיעה. במילים אחרות, מלחמה נחושה בפשיעה - כן, מלחמה בכל מחיר תוך הקרבת ערכי יסוד דמוקרטיים - לא ולא" (שם, בפסקה 2).

בעניין אלקאדר, שם נדרש בית משפט זה לבחון את נפקותה של אי מתן הודעה כדין על זכותו של הנאשם להיוועץ בעורך דין, ציין חברי, השופט ס' ג'ובראן, את הדברים הבאים:

"בבחינת משקלה של הודעה שנגבתה בחקירה בה לא הוזהר הנחקר בדבר זכותו להיוועץ בעורך-דין לא ניתן לרפא פגם זה אוטומטית על ידי כך שיוכח שהנחקר היה מודע לזכותו לשתוק בחקירה. מנגד, גם לו ההודיה היתה מושגת באמצעים פסולים, אין בכך כדי לפסול באופן אוטומטי כל הודיה נוספת שנמסרה בעקבותיה. מכאן, כי גם בכל הנוגע לאי-מתן הודעה כדין בדבר זכות השתיקה או זכות ההיוועצות בעורך דין, אין בגין מחדל זה כשלעצמו כדי לפסול בהכרח קבילותה של הראיה ואף כאן תעשה בחינת הדברים בכל מקרה לגופו ולאור נסיבות הענין. לשון אחר, יש לשקללו במאזן השיקולים הנוגעים למשקלה".

35. אנצל הזדמנות זו, בכדי להתייחס לקבוצת השיקולים השלישית שאוזכרה בעניין יששכרוב, אשר הפרמטרים העיקריים שנקבעו במסגרתה הם חומרת העבירה המיוחסת לנאשם, וחיוניותה של הראיה להוכחת האשמה. ברבות השנים, חל שינוי במשקל היחסי שהעניק בית משפט זה לשיקולים אלו, כפי שציין השופט א' א' לוי בעניין פרחי:

"קבוצת שיקולים זו משמשת למעשה חרב פיפיות - בעוד שהדעת לא סובלת זיכוי של מי שביצע מעשים כה חמורים, החשיבות בהגנה על הוגנות ההליך ושמידה על זכויות הנאשם, מתגברת דווקא במקרים אלה. מלאכת עשיית הצדק במובנה הרחב כוללת גם את האינטרס שבכיבוד זכויות נאשמים. קבלת הראיה עקב חשיבותה לתביעה עלולה לפגוע גם באמון הציבור ברשויות השלטון, וליצור תחושה כי האדם הינו כלי משחק בידי השלטון המשנה את הכללים בהתאם לצרכיו. לאור זאת, סבורני כי כאשר הפגיעה בהוגנות ההליך כפי שמשתקפת ממכלול השיקולים והנסיבות היא חמורה, אין בקבוצת השיקולים הזו כדי להכשיר את הראיה אף כשהעבירות המיוחסות לנאשם הינן מהחמורות בספר החוקים, וחיוניותה להרשעתו היא נכבדת" (שם, בפסקה 19).

ברוח זו קבע השופט נ' הנדל בעניין אל עוקא, כי המשקל שיש ליתן לשיקולים אלו הינו נמוך, קביעה אליה הצטרף השופט י' דנציגר, בציינו כי "כאשר מדובר בהפרה חמורה של הזכות להליך הוגן, הרי שעצם חומרת העבירה אינה יכולה להצדיק את הכשרת הראיה שהושגה באופן הסותר את הזכות להליך הוגן" (שם, בפסקה 6 לחוות דעתו של השופט י' דנציגר; וראו גם: דנ"פ 5852/10 מדינת ישראל נ' שמש (9.1.2012), בפסקה 9; רע"פ 10141/09 בן חיים נ' מדינת ישראל (6.3.2012), בפסקה 2(א)). אציין, כי מקובלת עליי עמדה זו, מהטעמים שפורטו לעיל, אך יש להוסיף כי אין לכך השלכה על ענייננו, נוכח מסקנתנו, כי אף לא אחת מן הראיות שפסילתן מבוקשת על ידי המערער אינה חיונית להרשעתו, וכך הם פני הדברים לגבי כולן יחד. כפי שיובהר בהמשך, קיימת תשתית ראייתית מספקת להוכחת אשמתו של המערער בעבירת הרצח, גם ללא הסתמכות על הראיות הנ"ל.

36. ועתה נחזור לענייננו. ביום 19.3.2012, בשעה 01:10 נעצר המערער והובא לתחנת המשטרה באשקלון (להלן: התחנה). בסמוך לשעה 01:45, תיעד שוטר הסיור עדי קפאח (להלן: השוטר) את דבריו הראשוניים של המערער, בעת שהלה המתין בחדר הסיור בתחנה (ת/א5). בזיכרון הדברים שהכין, כתב השוטר כך: "בכדי להבין את האירוע ומכיוון שאני דובר השפה הערבית הודעתי לו שהוא חשוד ברצח והוא לא חייב לומר דבר אלא אם כן הוא רוצה להגיב מרצונו החופשי". בהמשך הדברים, פירט השוטר את גרסתו הראשונית של המערער, כפי שהלה גולל אותה בפניו



באותו מעמד, שעיקרה הוא כי אדם שלישי היה מעורב באירוע. בעדותו בבית משפט קמא, מסר השוטר כי הוא לא דאג להקליט את אותה שיחה שקיים עם המערער, באומרו "אני הגעתי לאירוע של דקירות, אני יודע שכשאני יושב ומדבר אני מדבר עם החשוד, מה יש לך לעשות, לשתוק?" (עמ' 33 לפרוטוקול הדיון מיום 3.12.2012). לשאלה, האם הוא הודיע למערער על זכותו להיוועץ עם עורך דין, השיב השוטר בשלילה.

37. חקירתו הפורמלית של המערער החלה, כאמור, רק בשעה 04:42, עקב הצורך להמתין לחוקר שהינו דובר השפה הערבית, אשר "הוקפץ" לתחנה. מעיון בתמליל החקירה עולה, כי בתחילת החקירה הזהיר החוקר את המערער בדבר זכות השתיקה העומדת לו, וכן הודיע לו על זכותו להיפגש עם עורך דין. עוד עולה, כי במעמד זה הביע המערער את רצונו להיוועץ בעורך דין (ת/6ג, עמ' 1-2):

"חוקר 1, חיים אל שאמי: אתה יכול להתייעץ עם עורך דין, אתה לא חייב להגיד שום דבר, אתה יכול לא להגיד שום דבר, אתה רוצה.. כל אשר תאמר אני רושם אצלי, והימנעות מלהשיב על השאלות זה מחזק את הראיות נגדך

חוקר 1, חיים אל שאמי: הבנת את החשד נגדך?

נחקר, נור אל דין חמאיסה: החשד שאני הרוצח..

חוקר 1, חיים אל שאמי: בדיוק שאתה ככה, ושאתה נכנסת לישראל בלי אישור כניסה, והבנת יענו שאתה יכול להתייעץ עם עורך דין..

נחקר, נור אל דין חמאיסה: ברור שאני יכול לדבר עם עורך דין...

חוקר 1, חיים אל שאמי: הבנת?

נחקר, נור אל דין חמאיסה: כן..

חוקר 1, חיים אל שאמי: אתה רוצה?

נחקר, נור אל דין חמאיסה: בסדר אבל עורך דין ערבי, עורך דין ערבי מהשטחים...

חוקר 1, חיים אל שאמי: אני מבין, לא לא מהשטחים.. מפה מישראל?

נחקר, נור אל דין חמאיסה: אני לא יודע..

חוקר 1, חיים אל שאמי: יש דרך המדינה, אתה רוצה עכשיו..

נחקר, נור אל דין חמאיסה: בטח שאני רוצה..

חוקר 1, חיים אל שאמי: אתה רוצה עכשיו?

נחקר, נור אל דין חמאיסה: בטח שאני רוצה..

נחקר, נור אל דין חמאיסה: אני הולך לפי האמת, לפי החוק..

חוקר 1, חיים אל שאמי: יש לך שם לעורך דין שאתה רוצה?

נחקר, נור אל דין חמאיסה: עורך דין אבל מהשטחים.. יענו לא מישראל, מהשטחים..

חוקר 1, חיים אל שאמי: לא, יש עורך דין ממדינת ישראל, בחינם לא בכסף..

נחקר, נור אל דין חמאיסה: אה, יענו מהמדינה? ... מאותו בית משפט?

חוקר 1, חיים אל שאמי: אתה רוצה עכשיו? כן, אתה רוצה?

נחקר, נור אל דין חמאיסה: כן..

חוקר 1, חיים אל שאמי: רוצה עורך דין..

(החוקר חיים אל שאמי מחייג)

חוקר מס' 2: רגע..

נחקר, נור אל דין חמאיסה: אני כבר משעה שש בלי שינה..

חוקר 1, חיים אל שאמי: אתה רוצה שנדבר, (מילה לא ברורה) עד שיבוא ונדבר עם עורך הדין?

נחקר, נור אל דין חמאיסה: מה שאומר החוק בסדר איתי..

חוקר 1, חיים אל שאמי: אתה יכול (מילה לא ברורה) עד שיבוא עורך דין... אתה רוצה?

נחקר, נור אל דין חמאיסה: אתה רוצה שאני אספר לך הכל עכשיו, אני אספר לך..

חוקר 1, חיים אל שאמי: אתה רוצה?

נחקר, נור אל דין חמאיסה: כן..

חוקר 1, חיים אל שאמי: בבקשה תספר.."

בהמשך החקירה, הודיע החוקר חיים למערער על ההחלטה בדבר מניעת מפגש עם עורך דין, שניתנה בעניינו (שם, עמ' 16):

"חוקר 1, חיים אל שאמי: אני אומר לך שאסור לך להיפגש עם עורך דין, אתה מבין, לכמה שעות ככה החליט קצין החקירות אנדרי קוטוזוב, בסדר?

נחקר, נור אל דין חמאיסה: אני אשב עם עורך דין כמה שהוא רוצה..

חוקר 1, חיים אל שאמי: לא, אסור לך לראות עורך דין הבנת..

נחקר, נור אל דין חמאסה: אתם אוסרים לי לראות עורך דין?

חוקר 1, חיים אל שאמי: כן, אסור לך לראות עורך דין עכשיו, ככה החליט קצין החקירות.. טוב.."

38. אנדריי קוטוזוב, הקצין הממונה אשר החליט על מניעת המפגש האמורה, הסביר בעדותו בבית משפט קמא, כי הצורך למנוע מהמערער מפגש עם עורך דין עלה נוכח חשדו כי עסקין באירוע של פעילות חבלנית עוינת. כשנשאל מדוע, אם כן, במהלך חקירתו של המערער לא יוחס לו כל מניע ביטחוני או לאומני, ולא נשאלה אף שאלה בכיוון זה, השיב אנדריי "נכון שאם לקחת את הנושא הזה בנפרד, אין הצדקה למניעת מפגש, אני מדבר על מכלול של נסיבות. האחד, אירוע קשה, שתיים, הנושא הפח"עי, שלוש, גרסותיו של החשוד שבגרסה ראשונה מוסיף חשוד אחר לזירת האירוע [...] (עמ' 39 לפרוטוקול הדיון מיום 31.12.2012). לשאלה, מדוע במזכר מניעת המפגש (נ/4), לא הוזכר עניין פח"עי כלשהו, ענה אנדריי כי "זה נתון לפרשנות", וכשעומת עם טענת ההגנה, לפיה מזכר מניעת המפגש נערך בדיעבד, הסביר אנדריי כי "המזכר לגבי המניעה נרשם בשעה 2:10 [...] החשוד התחיל להיחקר פעם ראשונה בשפת אמו בשעה 04:00 ומספר דקות, שם הוסברו לו זכויותיו ושם גם נאמר לו בין היתר שהוא לא יכול להיפגש עם עורך דין".

כשנשאל, מי הודיע למערער כי הוא מנוע מלהיפגש עם עורך דין, השיב אנדריי כי רק החוקר חיים יכול היה לתקשר עם המערער. כשעומת עם הטענה כי לא ייתכן שחיים הודיע למערער על מניעת המפגש, כיוון שהלה שאל את המערער מספר פעמים בתחילת החקירה האם הוא מעוניין בעורך דין, ואף הורה לחוקרים אחרים בתחנה ליצור קשר עם הסנגוריה הציבורית, הסביר אנדריי כי העובדה שהוא הורה על מניעת מפגש אינה מייצרת את הצורך להסביר לחשוד את זכויותיו. בהמשך, אמר אנדריי כי בשעה 02:10 חיים לא יכול היה להודיע על מניעת המפגש, כי הוא הגיע לתחנה רק כ-3 שעות מאוחר יותר. לאחר שעייין, לבקשתו, באסמכתת הכליאה, השתהה אנדריי, והסביר "במעמד ראיון העצור הייתי ביחד עם חוקר נוסף שלמה כרמי, יתכן והודעה על מניעת המפגש הועברה לו באמצעות החוקר שלמה כרמי [...] אני לא יודע אם הוא מדבר ערבית [...] באסמכתא לכליאה בסעיף 8 א', צוין כי הודעתי לעצור על החלטה בדבר מניעת מפגש עורך דין לקוח במשך 6 שעות. השעה באסמכתא לכליאה היא 2:10. אני לא זוכר איך הודעתי לו". כמו כן, ציין אנדריי כי הוא היה נוכח שעה שאותו חוקר הודיע למערער על מניעת המפגש, וכי היה עליו לרשום במזכר מי הגורם שהודיע למערער על דבר המניעה, מה שלא נעשה.

לשאלה, מתי נמסרה הודעה לסנגוריה הציבורית על דבר מעצרו של המערער, השיב אנדריי כי הודעה ראשונה נמסרה טלפונית בשעה 08:00 בבוקר, אולם לאחר מכן הסביר כי טעה, ו"הועברו 2 הודעות, האחת ב-02:10 באמצעות פקס, בשעה 08:00 בוצעו שתי שיחות טלפון". לאחר שעייין בתיק החקירה, בעקבות השאלה מדוע הודעת הפקס האמורה לא מצויה בו, השיב אנדריי "[...] אני אומר שאין הסבר, הפקס אמור להיות בתיק. אנו נוהגים לתעד את הפקס" (עמ' 43 לפרוטוקול). כשנשאל, מדוע נמשכה החקירה לאחר השעה 08:00, במשך כ-49 דקות נוספות, חרף פקיעתה של מניעת המפגש, ועל אף רצונו של המערער להיוועץ בעורך דין, השיב אנדריי כי הוא לא סבר שיש מקום להפסיק את החקירה, מה גם שהסנגוריה "לא מצאה לנכון, או לא מצאה זמן להגיע ולפגוש את הנאשם [המערער]" (עמ' 43-44 לפרוטוקול).

כשנשאל אנדריי כיצד הוא מסביר את העובדה שהמערער נפגש עם עורך דין רק בעקבות השחזור שביצע, לאחר השעה 11:54, הוא אמר את הדברים הבאים: "לאחר כחצי שעה מהשעה 08:00 יצר אתנו קשר עו"ד חסונה ומסר שהוא יגיע לבית משפט בקריית גת ובהמשך בשעה 11:44, התקשר עו"ד חסונה ומסר שמאחר שהנאשם [המערער] לא הגיע לבית המשפט, הוא יגיע לתחנה. [...] אני לא מבין על סמך מה עו"ד חסונה הסיק מסקנה שאנו מגיעים לבית

משפט. הנאשם נעצר בשעה 01:00 בלילה למיטב זכרוני. אני לא זוכר אם אמרנו לו מתי אנו מגיעים לבית משפט. לשאלה למה לא חיכינו עם השחזור עד שהוא יגיע, אני אומר שאני לא זוכר, העדפתי להמשיך ולהריץ את פעולות החקירה. [...] לשאלה למה זה חשוב לעשות את הפעולה לפני המפגש עם העורך דין, אני אומר שהמצב הנתון לאותו רגע היה שהנאשם הביע הסכמה לצאת לשחזור, אני והאנשים שלי ערים כל הלילה, הייתי בלחץ של 24 שעות, והעדפתי להשלים את השחזור". לשאלה, מדוע אם כך, לא נאמר לעו"ד חסונה כי אין צורך שהוא יגיע לתחנת המשטרה, שכן אין בכוונת החוקרים להמתין לו, כאשר הוא התקשר בשעה 11:44 והודיע שהוא בדרך, השיב אנדריי "לא מצאנו לנכון".

39. החוקר עוזי קטני (להלן: עוזי), אשר נכח בחלק מחקירתו של המערער, העיד אף הוא בפני בית משפט קמא, במטרה לשפוך אור על הדברים. בעדותו, מסר עוזי כי "יש קצין שאמר" לו בתחילת האירוע, לפני שהחלה החקירה, כי הוחלט על מניעת מפגשו של המערער עם עורך דין. עוד מסר עוזי, כי עד כמה שהוא זוכר, הוא הודיע לחיים על מניעת המפגש בתחילת החקירה, וחיים התעקש לראות את ההחלטה בכתב. לשאלת בית משפט קמא, כיצד נודע לחיים על מניעת המפגש, השיב עוזי "או ממני או מאנדריי. אני גם לא זוכר מתי נודע לו, לפני החקירה זה בטוח, אני יודע שזה היה לפני החקירה כי ככה זה אמור להיות. אי אפשר לחקור חשוד ורק במהלך החקירה להחליט על מניעת מפגש" (עמ' 95 לפרוטוקול הדיון מיום 13.6.2013). בהמשך, כשנשאל עוזי בנוגע לשיחת הטלפון עם עו"ד חסונה, מיום 19.3.2012 בשעה 09:00 לערך, הוא אישר כי אמר לעו"ד חסונה, אשר שאל אותו היכן ניתן לפגוש את המערער, כי הם נמצאים בדרך לבית המשפט.

40. החוקר חיים אישר בעדותו בבית משפט קמא, כי מזכר מניעת המפגש "הובא" אליו במהלך חקירתו של המערער, כ-31 דקות לאחר שהחלה החקירה. בתשובה לשאלה, מדוע הוא המשיך לחקור את המערער במשך 25 דקות נוספות, מבלי להודיע לו על דבר מניעת המפגש, על אף שכבר ידע אודותיה, השיב חיים כי אין לו הסבר לכך. להלן קטע מחקירתו הנגדית בבית משפט קמא (עמ' 42-43 לפרוטוקול הדיון מיום 25.2.2013):

"ש. בשום שלב לא הראת לנאשם את המזכר על מניעת המפגש, נכון?

ת. יכול להיות שלא.

ש. וגם בשום שלב לא הסברת לנאשם למה הוא מנוע מפגש?

ת. מה שהסברתי, זה מה שרשום, אין משהו אחר.

[...]

ש. לא הסברת לו את הנימוקים להחלטה?

ת. נכון.

[...]

ש. מתי הסתיימה מניעת המפגש עם עורך דין?

ת. אני לא קבעתי את המניעה ולא הפסקתי, ואני לא יודע מתי היא הסתיימה.

ש. אתה חוקר, אתה לא שואל עד מתי יש מניעה בכדי להגיד לנאשם?

ת. כנראה שלא שאלתי.

ש. אני אומר לך שהמניעה הסתיימה בשעה 08:00 בבוקר, אני מראה לך מזכר של עוזי?

ת. אני לא יודע אם ראיתי את המזכר הזה.

ש. אתה לא ידעת בכל החקירה שהמניעה הסתיימה?

ת. יכול להיות שלא.

[...]

ש. למה, אם המניעה הסתיימה בשעה 08:00 אתה המשכת לחקור את הנאשם עוד 50 דקות ולא הפסקת את החקירה?

ת. אין הסבר, החקירה המשיכה."

כאמור, מספר שעות לאחר שהסתיימה חקירה זו, הובל המערער לעריכת שחזור בזירת האירוע. עוד טרם שיצא המערער לשחזור, בשעה 11:54, הוא הוחתם על ידי החוקר חיים על הנוסח הבא (ת/6):

"אני [...] מביע את רצוני לצאת ולהצביע על מקום שבו רצחתי את רפי

יודע שאיני חייב לעשות כן אלא אם רצוני בכך, אולם כל אשר אומר ואצביע יירשם ע"י השופט, ועשוי לשמש כראייה נגדי בביהמ"ש. לאחר שהבנתי את תוכן האזהרה, אני מוכן מרצוני הטוב והחופשי להוביל ולהצביע."

דברים דומים עולים גם מתמליל השחזור (ת/6יב, עמ' 1). בהקשר זה, נשאל חיים, מדוע בתחילת השחזור הוא לא הודיע לנאשם כי עומדת לו הזכות להיוועץ עם עורך דין, והוא השיב "לא הודעתי על זכות ההיוועצות כי זה המשך חקירה" (עמ' 47 לפרוטוקול).

41. עתה, לאחר סקירת הראיות בנושא האמור, הגיעה העת להביע את עמדתי בסוגיה זו. לאחר שעיינתי היטב בתמלול חקירותיו של המערער במשטרה; בפרוטוקולי הדיונים בבית משפט קמא; וצפיתי בשחזור שביצע המערער, אינני יכול להצטרף לקביעה לפיה רק השחזור שביצע המערער לוקה בפגם, שיסודו בקיפוח זכותו של המערער להיוועץ עם עורך דין. להתרשמותי, התנהלות גורמי החקירה בעניינו של המערער מלמדת על פגיעה בהיבטים שונים של זכות ההיוועצות, מהשלב בו נעצר המערער ועד לאחר השחזור. ובמה דברים אמורים?

42. אפתח בדברים שנאמרו על ידי המערער במסגרת ת/5א, אשר נמסרו על ידו עובר לחקירתו הפורמלית, לאחר שהודע לו על זכות השתיקה. הפגם שנפל בחקירה זו נעוץ בכך שלא קדמה לה אזהרתו של המערער כי כל שיאמר עלול לשמש כראייה נגדו, ומבלי שהוסברה לו זכותו להיוועץ בעורך דין. חרף האמור, הנני סבור כי אין בכך כדי להביא

לפסילתה של הראיה, באשר לא נכללה בה כל אמירה מפלילה, שכן בשלב זה מסר המערער את גרסתו הראשונית, לפיה אדם שלישי היה מעורב באירוע, והוא זה שתקף אותו ואת המנוח. אמנם, בהמשך חקירותיו הודה המערער כי גרסה זו הינה שקרית, והוא זה שגרם למותו של המנוח, ברם בחלקה הראשון של חקירתו הפורמלית (ת/6ג, עמ' 31-1), המשך המערער לדבוק בגרסה זו. בנסיבות אלו, סבורני כי אף אם היה פוטנציאל מפליל כלשהו באמרה ת/5א (ואינני סבור כך), הרי שעוצמת הפגם, כמתואר לעיל, אין בה כדי להביא לפסילתה של האמרה כראיה.

43. ומכאן לחקירה הפורמלית (ת/6-ג), במסגרתה מסר המערער הודעות מפלילות, שעה שהודה כי הוא זה שנטל את חייו של המנוח. בחינה מדוקדקת של הנסיבות האופפות את החקירה, מעלה כי אף היא לוקה בפגמים בהתנהלותה של הרשות החוקרת. לצורך הדיון, מוכן אני להניח כי המזכר בדבר מניעת המפגש של המערער עם עורך דין נערך עובר לחקירתו, והוא היה תקף למשך 6 שעות, החל מהשעה 02:10. יחד עם זאת, נראה בבירור כי שעה שהחוקר חיים החל בחקירתו של המערער, הוא לא ידע על קיומה של ההחלטה בדבר מניעת המפגש, ומכאן המסקנה המתבקשת כי איש בתחנת המשטרה לא טרח לעדכנו. עוד עולה מהראיות, כי למערער נודע על החלטה זו רק בחלוף כ-50 דקות לערך, מאז החלה חקירתו. בנוסף, מתברר כי חיים לא ידע על מועד סיומה של ההוראה בדבר מניעת המפגש, ומשכך, ככל הנראה, הוא לא הפסיק את החקירה בשעה 08:10, הוא המועד בו הוסרה המניעה למפגש עם עורך דין. בכל מקרה, לא מצאתי כל הצדקה לכך שהחקירה נמשכה עד לשעה 08:49, בעת שידוע היה לחוקרים כי המערער מבקש להיפגש עם עורך דין. כמו כן, ניתן להסיק מחומר הראיות כי לסנגוריה הציבורית נודע על דבר מעצרו של המערער, כמו גם על מניעת המפגש בעניינו, רק בשעה 08:00 לערך, וזאת לאחר שפג תוקפה של ההחלטה על מניעת המפגש.

נתונים אלה מלמדים על פגיעה בזכותו של המערער להיוועצות עם עורך דין, וזאת בשני היבטים. ראשית, רשויות החקירה לא עמדו בחובתן ליידע את המערער אודות שלילת זכותו להיוועץ בעורך דין, מיד עם קבלת ההחלטה בנוגע לכך. בהיבט זה, סבורני כי המדובר בהפרה שאינה מצויה בליבתה של זכות ההיוועצות, ונראה כי אין מדובר בכוונת זדון, אלא בחוסר תיאום פנימי בין גורמי המשטרה. כמו כן, ברי כי אף לו הייתה נמסרת הודעה כפי שמחויבת הרשות למסור, הרי שהחקירה הייתה מתקיימת באופן דומה לזה שבו נתקיימה, והמידע שמסר המערער במסגרתה, היה נמסר ממילא. יצוין, בהקשר זה, כי עד שהובאה לידיעתו של המערער ההחלטה בדבר מניעת המפגש, וגם בפרק זמן מסוים לאחר מכן, דבק הלה בגרסתו השקרית לאירוע, שלפיה הגורם לרצח הינו אדם שלישי. ההיבט השני של הפגיעה בזכות ההיוועצות, נעוץ בעובדה שחקירתו של המערער לא הופסקה מיד עם סיום תוקפה של מניעת המפגש, והיא נמשכה כ-40 דקות לאחריה. סבורני, כי אין המדובר בהפרה טכנית של זכות ההיוועצות, ולטעמי ניתן לייחס לחוקר חיים מודעות להפרה, משעצם את עיניו ולא טרח לברר את מועד סיומה של מניעת המפגש. יחד עם זאת, ולא בלי התלבטות, הגעתי למסקנה כי עוצמת הפגם אינה מן הגבוהות, ולכך יש להוסיף את משמעותו הראייתית השולית של חלק זה בחקירה, כאשר המערער דבק בגרסה לפיה הוא אינו זוכר כיצד הביא למותו של המנוח, לאחר שהאחרון השקה אותו ו"פגע בכבודו". מטעמים אלה הנני סבור כי אין מקום לפסילת הראיה.

44. ועתה אפנה לשחזור שערך המערער (ת/6יב). אין חולק, כי המערער הובל לשחזור על ידי החוקר חיים, כ-3 שעות לאחר שתמה חקירתו הפורמלית, היינו בשעה 11:54, וזאת מבלי שניתנה לו האפשרות להיוועץ עם עורך דין. נזכיר, כי בשלב זה עו"ד חסונה, אשר מונה מטעם הסנגוריה הציבורית, כבר הודיע למשטרה כי הוא מייצג את המערער, וכי הוא מעוניין להיפגש עמו. מהעדויות שהוצגו בפני בית משפט קמא עולה, כי בשיחה הטלפונית שנערכה בין עו"ד חסונה לבין החוקר עוזי, הודיע האחרון כי ניתן יהיה לפגוש את המערער בבית המשפט בקריית גת. עוד מתברר, כי בעקבות שיחה זו הגיע עו"ד חסונה לבית המשפט לקראת המפגש עם לקוחו הפוטנציאלי, אך הוא המתין שם לשווא.

בסמוך לשעה 11:44, התקשר עו"ד חסונה לחוקר עוזי, ואמר לו כי הוא עושה את דרכו לתחנת המשטרה באשקלון, כדי להיפגש עם המערער. דא עקא, שבמסגרת שיחה זו נמנע עוזי מלעדכן את עו"ד חסונה, כי בדקות הקרובות יובילו החוקרים את המערער לשחזור. וכך אירע, שהמערער יצא לשחזור, במהלכו הוא תיאר את השתלשלות העניינים באירוע, תוך שהוא משיב לשאלות ומבצע הדגמות כאלו ואחרות לצורך המחשה – והכל תוך שהחוקרים מתעלמים מזכותו להיוועץ בעורך דין, ואינם שועים לבקשתו של עורך הדין להיפגש עם מרשו.

במצב דברים זה, הנני סבור כי מדובר בהפרה חמורה של זכות ההיוועצות, הפרה שמבטאת חוסר התייחסות של אנשי המשטרה, וזאת בלשון המעטה, לחובה הנובעת מזכות זו. לאי החוקיות, הטמונה בהתנהלותה של הרשות החוקרת, יש חומרה נוספת, הנובעת מנסיבותיו הספציפיות של המקרה, בהן היה המערער מנוע מלהיפגש עם עורך דין מהעת בה נעצר.

לא למותר הוא להזכיר, כי מטרתו המרכזית של השחזור הינה בירור מדויק ומוחשי יותר של פרטי ההתרחשויות בזירת האירוע, וזאת במסגרת הדומה, ככל האפשר, למציאות שבה בוצעה העבירה. בדרך זו, מתאפשר תיאור רצף הפעולות שנעשו במועד ההתרחשות, תוך ריענון זכרונו של מבצע השחזור, באמצעות מפגש מחודש עם זירת האירוע, על מאפייניה הייחודיים. על רקע זה, סבורני כי דווקא בענייננו היה לשחזור פוטנציאל רב להשפיע על המשך פעולות החקירה, ואיסוף הראיות לצורך בירור אשמתו של המערער. זאת, בשים לב לעובדה כי במהלך החקירה שקדמה לשחזור, הודה המערער, אמנם, כי הוא זה שגרם למותו של המנוח, ברם השאלה כיצד בוצע הרצח נותרה בלתי פתורה. אכן, כפי שציין בית משפט קמא (כב' השופטת י' רז-לוי), ככלות הכל נמצא כי "השפעת השחזור על המסקנות בתיק זה היא יחסית מינורית, שכן דווקא בשחזור זרע הנאשם [המערער] את זרעי טענתו בדבר כך שדקירת המנוח הייתה, לטענתו, אקט של הגנה עצמית". יחד עם זאת, הנני סבור, כי במכלול הנסיבות, ועל רקע הגרסאות השונות שמסר המערער, אין במסקנה זו, כמו גם בעובדה שלא הופעל על המערער לחץ במהלך השחזור, כדי לרפא את הפגם שדבק בהליך זה. נוכח זאת, יש מקום, לדעתי, לפסול את השחזור כראיה במשפטו של המערער.

ואולם, אחזור ואציין כי פסילת השחזור שבוצע על ידי המערער, אין משמעותה זיכוי של המערער מכל אשמה. הנני סבור, כפי שיפורט להלן, כי בנסיבות העניין קיימת תשתית ראייתית מספקת לביסוס הרשעתו של המערער בעבירת הרצח, גם בהתעלם מראיית השחזור.

יסודות עבירת הרצח

45. סעיף 300(א)(2) לחוק העונשין קובע, כי "הגורם בכוונה תחילה למותו של אדם" יואשם ברצח, ודינו "מאסר עולם ועונש זה בלבד". לצדו של היסוד העובדתי הנדרש להרשעה בעבירה זו, הוא גרימת מותו של אדם, יש להוכיח יסוד נפשי של "כוונה תחילה".

סעיף 300(א)(1) מגדיר את המונח "כוונה תחילה", בזו הלשון:

"לענין סעיף 300, יראו ממית אדם כמי שהמית בכוונה תחילה אם החליט להמיתו, והמיתו בדם קר, בלי שקדמה התגרות בתכוף למעשה, בנסיבות שבהן יכול לחשוב ולהבין את תוצאות מעשיו, ולאחר שהכין עצמו להמית אותו או

שהכין מכשיר שבו המית אותו".

כפי שנקבע בפסיקתו של בית משפט זה, טומנת הדרישה ל"כוונה תחילה" שלושה יסודות מצטברים, והם: "החלטה להמית"; "הכנה"; ו-"היעדר קנטור" (ע"פ 4523/14 חלילי נ' מדינת ישראל (20.1.2016) (להלן: עניין חלילי); ע"פ 2760/14 אוחיון נ' מדינת ישראל (7.10.2015); ע"פ 2478/12 אגבריה נ' מדינת ישראל (13.5.2015)). להלן אעמוד בקצרה על טיבם של כל אחד מיסודות אלו.

יסוד ההחלטה להמית

46. לאחרונה, עמדתי בעניין ח'ליפה על משמעותו של יסוד ההחלטה להמית:

"יסוד ההחלטה להמית עוסק במצב הנפשי שבו נתון מבצע העבירה בעת ביצועה. לצורך הוכחת קיומו של יסוד זה, יש להראות כי התקיימה אצל הנאשם כוונה לגרום להמתת הקורבן, וזאת בשני מישורים נפרדים. כפי שתואר על ידי הנשיא אגרנט בראשית ימי המדינה בע"פ 125/50 יעקובוביץ נ' היועץ המשפטי, פ"ד ו 545 (1952): "כוונה" פירושה כי אדם, בשעת מעשה, לא רק שראה את הנולד, אלא שגם חפץ בו, בנולד זה". המישור הראשון, הוא המישור הרציונאלי, ובגדרו נדרש להראות כי הנאשם צפה את האפשרות להתרחשותה של התוצאה הקטלנית. המישור השני, עוסק ביחסו האמוציונאלי של הנאשם לתוצאה, ובמסגרתו יש לבחון את חפצו של אותו נאשם בהתקיימותה של התוצאה הקטלנית" (שם, בפסקה 67; ראו גם: ע"פ 7520/02 חמאתי נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(2) 710, 716 (2004) (להלן: עניין חמאתי); ע"פ 6671/01 וחידי נ' מדינת ישראל (3.7.2003)).

47. על-פי סעיף 301(ג) לחוק העונשין, "כדי להוכיח כוונה תחילה אין צורך להראות שהנאשם היה שרוי בהלך נפש מסוים במשך זמן פלוני או תוך תקופה פלונית שלפני ביצוע העבירה או שהמכשיר שבו בוצעה הוכן בזמן פלוני שלפני המעשה". ואכן, כפי שצינתי בע"פ 7701/11 לחאם נ' מדינת ישראל (29.7.2015), "ההחלטה להמית יכולה להתגבש מבעוד מועד במסגרת תכנית סדורה, אך יכולה גם לבוא כתגובה מיידית לאירוע כלשהו, ואף במהלך מעשה הקטילה או בסמוך אליו" (שם, בפסקה 58; ראו גם: ע"פ 228/01 כלב נ' מדינת ישראל (2.7.2003) (להלן: עניין כלב)).

48. נוכח הקושי הטמון בניסיון להתחקות אחר נבכי נפשו של האדם, לשם בחינת רכיב ההחלטה להמית, ניתן ואף נהוג להיעזר בעובדות אובייקטיביות, אשר יכולות ללמד על מצבו הסובייקטיבי של המבצע, היינו מצבו הנפשי בעת ביצוע העבירה. לאור זאת, התפתחה בפסיקתו של בית משפט זה "חזקת הכוונה". המדובר בחזקה עובדתית, לפיה ניתן להניח, ככלל, כי אדם מתכוון לתוצאות הנובעות באופן טבעי, ובהסתברות גבוהה, ממעשיו (ראו: ע"פ 8667/10 ניג'ם נ' מדינת ישראל (27.12.2012); ע"פ 6304/12 ספרונוב נ' מדינת ישראל (26.1.2015); יובל לוי ואליעזר לדרמן עיקרים באחריות פלילית 469-468 (אוניברסיטת תל-אביב, 1981)). כפי שצינתי בעניין חלילי, "כאשר בעבירת הרצח עסקין, גלומה בחזקת הכוונה ההנחה, לפיה מי שגרם למותו של אדם על ידי מעשה, אשר על פי טיבו מכוון לגרום לתוצאה קטלנית, גם נשא בליבו את הכוונה לגרום לתוצאה טבעית זו".

מדובר, כאמור, בחזקה עובדתית אשר מבוססת על ניסיון החיים, ולפיכך חזקה זו איננה חלוטה, והיא ניתנת



לסתירה על ידי הנאשם. ודוק; די לו לנאשם כי יעורר ספק סביר בדרך של הצגת ראיות הנוגדות את החזקה, או הצגת מסקנה חלופית, אשר מתקבלת על הדעת בנסיבות העניין, על מנת להפריך את החזקה (ע"פ 2592/15 פלוני נ' מדינת ישראל (6.7.2016) (להלן: עניין פלוני); ע"פ 5031/01 פלוני נ' מדינת ישראל (11.9.2003); ע"פ 777/92 הררי נ' מדינת ישראל (11.6.1995)). ככל שלא יעמוד הנאשם בנטל זה, תהפוך "חזקת הכוונה" לחלוטה, ויהא בה כדי להוכיח את כוונתו של הנאשם לגרום למותו של האדם.

49. לאורך השנים, התגבשו בפסיקה מבחני עזר שונים, אשר מטרתם לסייע בהסקת המסקנה בדבר כוונתו של הנאשם להמית את קורבנו. בין מבחנים אלו, אשר ייושמו על כל מקרה ומקרה, על-פי נסיבותיו הספציפיות, ניתן למנות את אופן ביצוע ההמתה; האמצעי ששימש לשם ביצועה; אמירות שהוחלפו בין הצדדים עובר למעשה; ומיקום הפגיעה בגופו של הקורבן. כך, למשל, נקבע כי פגיעה באזור חיוני בגופו של הקורבן עשויה להוות אינדיקציה לקיומה של ההחלטה להמית, וזאת אף כאשר עסקין בפגיעה אחת בלבד (ראו: עניין כלב, בפסקה 14; ע"פ 889/78 מוגרבי נ' מדינת ישראל (4.12.1979)). עוד נקבע בפסיקה, כי ניתן ללמוד אף מהתנהגותו וממעשיו של הנאשם לאחר ביצוע מעשה ההמתה, על מצבו הנפשי בעת ביצועו, והכל תוך הקפדה על הזהירות הנדרשת עת עסקין בהסקת מסקנות ממעשים שבדיעבד (עניין פלוני, בפסקה 12; יעקב קדמי על הדין בפלילים - חוק העונשין חלק שלישי 1123 (מהדורה מעודכנת, 2006)). ראוי להזכיר, בהקשר זה, כי יישומם של מבחנים אלו ייעשה תוך שימת לב לכך שראיות נסיבתיות "אין די בהן כדי לבסס כוונת קטילה מקום שבו עולה מן הראיות שהוצגו אפשרות סבירה אחרת המעוררת ספק בדבר טיב כוונותיו של הממית" (עניין חמאתי, בעמ' 717).

#### יסוד ההכנה

50. יסוד ההכנה, כפי שנתפרש בפסיקה, הינו יסוד פיסי טהור, במסגרתו נבחנות ההכנות המעשיות שערך הנאשם בכדי לממש את ההחלטה להמית את הקורבן, לרבות הכנת אותם אמצעים שעתידים לשמש אותו לביצוע מעשה ההמתה (ע"פ 8107/10 עזר נ' מדינת ישראל (9.9.2013); ע"פ 2316/98 סוויסה נ' מדינת ישראל (10.9.2001)). על דרך הכלל, שלב ההכנה הינו מובחן ומופרד משלב ההחלטה להמית. ואולם, לעתים יהיו מעשה ההכנה וההחלטה בדבר מעשה ההמתה שלובים זה בזה, ויחדיו יתמזגו עם מעשה ההמתה עצמו, כך שלא יהא פסק זמן אשר נראה לעין בין זה לבין זה (עניין חלילי, בפסקה 29; ע"פ 759/97 אליאבייב נ' מדינת ישראל (16.4.2001), בפסקה 7). לאור זאת, נקבע כי יסוד ההכנה עשוי להתגבש בנאשם עובר למעשה ההמתה; בצמוד למעשה; ואף בעת המעשה עצמו (עניין חלילי, בפסקה 29; ע"פ 7392/06 אבו סלאח נ' מדינת ישראל (26.8.2010) (להלן: עניין אבו סלאח), בפסקה 53).

#### יסוד היעדר הקנטור

51. במסגרת יסוד היעדר הקנטור, נדרשת המאשימה להוכיח כי הנאשם לא קונטר על ידי קורבנו, או על ידי מישהו אחר, עובר לביצוע מעשה ההמתה. כאמור בסעיף 301(א) לחוק העונשין, יש להוכיח כי הנאשם "המיתו בדם קר, בלי שקדמה התגרות בתכופ למעשה, בנסיבות שבהן יכול לחשוב ולהבין את תוצאות מעשיו". שאלת קיומו של קנטור נבחנת, הן על-פי אמת מידה סובייקטיבית והן על-פי אמת מידת אובייקטיבית (ע"פ 746/14 היילו נ' מדינת ישראל (31.5.2016) (להלן: עניין היילו); ע"פ 2534/93 מליסה נ' מדינת ישראל (13.3.1997); ע"פ 9071/92 אזואלוס נ' מדינת ישראל (24.4.1996)). אמת המידה הסובייקטיבית, עניינה בשאלה כלום הושפע הנאשם הספציפי מן הקנטור, עד כי הוא איבד את שליטתו העצמית וביצע את המעשה הקטלני. המבחן האובייקטיבי של היעדר הקנטור,

נוגע לשאלה, האם אדם סביר, לו היה נתון במצבו של הנאשם הקונקרטי, עלול היה לאבד את שליטתו העצמית, ולפעול בדרך הקטלנית שבה הגיב הנאשם. ויודגש, בהקשר זה, כי השתייכותו של הנאשם לדת או לעדה כזו או אחרת, אין בה כדי להעלות או להוריד לגבי המבחן האובייקטיבי (ע"פ 553/77 תומא נ' מדינת ישראל (26.7.1978); ע"פ 6580/96 צ'קולה נ' מדינת ישראל (06.07.2000). כן ראו: עניין היילו, בפסקאות 97-99). יפים לענייננו דבריו של הנשיא ש' אגרנט בע"פ 396/69 בנו נ' מדינת ישראל, פ"ד כד (להלן: עניין בנו):

"בדרך כלל חייב אדם לשלוט בכוח רצונו ושומה עליו שלא להיכנע לסערת הרוח שנתחוללה בקרבנו. אולם, מקום שנסער האדם ואיבד את השליטה העצמית בהשפעת קינטור וכתוצאה מכך גרם למוותו של אחר, רואה החוק בעניין זה משום תופעה של 'חולשת הטבע האנושי', אשר יש להתחשב בה, בלי לוותר כליל על המטרה לשמור, באמצעות ענישה מרתיעה, על חיי אדם. הדרך שבה הלך החוק כדי ליישב את הניגוד בין הצורך להכיר באותה תופעה, המחייב שלא להכתיים אדם כנ"ל כרוצח, לבין המטרה הנזכרת, המחייבת שלא לפטור מעונש, היא על-ידי הפחתת העבירה מרצח להריגה. במה דברים אמורים? אם יש מקום למסקנה, כי האדם 'הממוצע' - כלומר, מי שמאפיין את מידותיהם ואורח התנהגותם של רוב האנשים במדינה - היה עלול, אילו נמצא במצבו של הנאשם, להיכנע להשפעת הקינטור עד כדי לאבד את כוח השליטה העצמית ולגרום, הודות לכך, למוותו של הקרבן. שאם לא תאמר כן, יתרוקן הטעם, המתחשב ב'חולשת הטבע האנושי', מערכו ולא יהיה מקום להבדיל בין הנאשם לבין רוצח רגיל" (שם, בעמ' 579-580).

עוד ראוי לציין, כי בחינה אובייקטיבית זו תיעשה, רק באותם מקרים שבהם על פי המבחן הסובייקטיבי מתקיים יסוד הקנטור. כפי שציין הנשיא א' ברק בדנ"פ 1042/04 ביטון נ' מדינת ישראל (27.11.2006):

"תחום פעולתו של המבחן האובייקטיבי הוא לעניין אותם מצבים בהם על פי המבחן הסובייקטיבי מתקיים יסוד ה"התגרות" (או לא מתקיים "היעדר התגרות"). אלה הם המקרים בהם ההמתה נגרמה בכוונה בתכוף למעשה ההתגרות ובהשפעתו, כתגובה ספונטנית-רגעית להתגרות ומתוך סערת רוח, אובדן עשתונות ואובדן שליטה עצמית. על פי המבחן הסובייקטיבי, במצב דברים זה לא מתגבשת "כוונה תחילה". בנקודה גיאומטרית זו נכנס לפעולה המבחן האובייקטיבי. הוא קובע, כי רק אותם מקרים של "התגרות" הממלאים גם את המבחן האובייקטיבי, מקיימים את דרישת חוק העונשין בדבר קיומה של "התגרות" (כלומר שלילת היסוד של "היעדר התגרות"). על כן, אם ההמתה נגרמה כתגובה ספונטנית-רגעית להתגרות ומתוך סערת רוח, אובדן עשתונות ואובדן שליטה עצמית, אך היא אינה מקיימת את המבחן האובייקטיבי, יש לקבוע כי אין "התגרות", כלומר שההמתה נגרמה "בלי שקדמה התגרות בתכוף למעשה" (שם, בפסקה 30; ראו גם: ש"ז פלר יסודות בדיני עונשין כרך א 560 (תשמ"ד)).

52. ומכאן לענייננו. כמו בית משפט קמא, אף אני סבור, כי נטילת הסכין על ידי המערער, ממלאת את יסוד "ההכנה", כנדרש. היסודות, אשר מעוררים קושי במקרה דנן, אליהם אפנה עתה, הינם יסוד ההחלטה להמית והיסוד שעניינו היעדר קנטור.

53. בהתייחסו ליסוד ההחלטה להמית, קבע בית משפט קמא כי המסקנה לפיה גמל המערער בליבו להמית את המנוח, נלמדת בראש ובראשונה מהדקירה הקטלנית, המכוונת, בצווארו. בהקשר זה, ציין בית משפט קמא את הדברים הבאים:

"דקירה שכזאת, הפוגעת בכלי דם חיוניים יכולה לגרום למות המנוח תוך מספר שניות עד 2-3 דקות [...], ויש בה לכאורה כדי להעמיד את החזקה שאדם מתכוון לתוצאות הטבעיות של מעשיו. נקודת המוצא לדין מתחילה מהעובדות המוצקות [...] מהן עולה שהנאשם [המערער] דקר את המנוח דקירה קטלנית בצוואר, וכן פצע אותו פציעות נוספות, ובכללן: פצעי חתך בכפות הידיים, פצעי שפשוף בפנים ופצע שפשוף באמה הימנית ומותו של המנוח נגרם כתוצאה מאיבוד דם. עובדות אלו, אף בהעדר כל ראיה נוספת, מצביעות לכאורה על עבירת רצח, שכן ביחס להחלטה להמית, קיימת חזקה שאדם מתכוון לתוצאות הטבעיות של מעשיו. בענייננו מדובר בדקירה בכלי דם ראשיים בצוואר בעומק של כ-7 ס"מ, שברי שהמעשה עלול להיות קטלני".

בהמשך, עמד בית משפט קמא על נסיבות ביצוע הדקירה, אשר גם מהן ניתן ללמוד על כוונת קטילה, באמרו כדברים האלו:

"מרחץ הדמים שהיה בדירת המנוח בחדר השינה, בסלון ובמרפסת ביתו, יכולים ללמד על הדם הרב שניגר מגופו של המנוח, כאשר לאחר מכן, המשׁיך הנאשם [המערער] את שהחל וריתק את המנוח לרצפת המרפסת, כשהוא מפעיל כוח וסותם את פיו בזרועותיו. בנסיבות העניין, נראה לי, כי מי שפועל בדרך זו, הרי ההנחה לגביו היא, כי הוא מתכוון, בדרך כלל, לתוצאות שכרגיל נובעות מהתנהגות זו".

54. כזכור, בערעור שלפנינו טען המערער כי המניע למעשה הדקירה, ויתר נסיבות המעשה, מלמדים על כי לא עמדה ביסוד פעולותיו כל כוונת המתה. נטען, בהקשר זה, כי המערער חווה תקיפה מינית מצדו של המנוח, תקיפה שבעקבותיה התחולל בין השניים מאבק, שבסופו מצא המנוח את מותו. במהלך אותו מאבק, כך נטען, דקר המערער את המנוח דקירה אחת בלבד, בחשיכה, "תוך כדי תזוזה", ותוך "נפנוף עיוור בסכין", לצורך הרתעה. בנסיבות אלו, ובהתחשב בעובדה שהמערער לא ניסה להשתמש שוב בסכין, למרות שהמנוח נותר בחיים והמשׁיך להיאבק בו גם לאחר הדקירה, סבור המערער כי לא ניתן ללמוד על החלטתו להמית את המנוח, החלטה הדרושה לצורך הרשעה בעבירת הרצח.

55. טענות אלו של המערער, דינן להידחות. אכן, הממצאים הפורנזיים בזירת האירוע מצביעים על מאבק שהתנהל בחדר השינה בדירתו של המנוח; בסלון; ובמרפסת הדירה. כמו כן, מצביעים ממצאים אלו על כך שהמאבק לא פסק אף לאחר דקירת המנוח בצווארו באמצעות הסכין. יחד עם זאת, תמים דעים אני עם קביעתו של בית משפט קמא, כי מעשה הדקירה שביצע המערער, בנסיבות ביצועו, מלמד באופן ברור על כי המערער צפה את התוצאה הקטלנית, ומעיד גם על רצונו של המערער כי תוצאה זו תתמש. מסקנה זו מתבקשת, לאור מארג הראיות בתיק, ושילובו בחזקת הכוונה, כפי שזו נלמדת מהתנהגותו של המערער בעת מעשה ההמתה, ולאחריו.

56. בראש ובראשונה, יש להידרש לסוג הכלי ששימש את המערער לפגיעה במנוח, סכין מטבח שאורכה כ-11 ס"מ, כמעיד על כוונת קטילה. עסקינן בנשק קר ומסוכן, שהשימוש בו עלול לגרום לפגיעות קטלניות בגופו של הנדקר. כפי שנקבע בע"פ 624/89 יחזקאלני' מדינת ישראל, פ"ד מה(3) 705 (1991): "הנכונות להשתמש בסכין אינה נטולת הבנה של הסיכונים המתלווים לכך, אלא היפוכו של דבר, מתלווה לה הידיעה, עד כמה הדבר מסוכן ואף יעיל [...] מי שמניף סכין בעלת להב ארוך בכוונה לתוקעו בחזהו של הנתקף, פועל בהכרח באופן מודע ובהבנת מהות המעשה, היינו שהוא מקפח בכך פתיל חייו של מי שניצב מולו (שם, בעמ' 712-713). כך הוא לגבי דקירה המכוונת לחזהו של הקורבן, וביתר שאת נכון נכונים הדברים לגבי דקירה המכוונת לצווארו של הקורבן. מקובלת עליו, בהקשר זה, קביעתו

העובדתית של בית משפט קמא, לפיה המערער היה מודע לכך שהוא עושה שימוש בסכין, תוך שהוא מכוון אותה ל"חלק רגיש של גוף המנוח", ואינני רואה כל מקום להתערב בה.

57. אכן, המדובר בענייננו בדקירה אחת בלבד, אלא שמקום הפגיעה בגופו של המנוח, כמו גם עומקה של נעיצת הסכין (כ-7 ס"מ), מחזקים את המסקנה בדבר כוונת ההמתה, אשר עמדה ביסוד פעולותיו של המערער. המערער בחר לנעוץ את הסכין בצווארו של המנוח, מקום רגיש ומסוכן ביותר בגופו, כאשר ברור לכל בר-בי-רב מה התוצאה הסופית הנובעת מכך. יפים, בהקשר זה, דבריו של השופט י' דנציגר בע"פ 2202/08 פסקו נ' מדינת ישראל (7.3.2012):

"פגיעה באיזור רגיש בגופו של הקורבן עשויה להוות אינדיקציה לקיומה של כוונה להמית, אף כאשר מדובר בפגיעה אחת בלבד [...]. משכך, אף אם נאמץ את גישתו של בא כוח המערער, לפיה המערער נופף בסכין, ניסה לדקור את המנוח פעם אחת ובפועל דקר אותו רק פעם אחת, דקירה עמוקה בבית החזה - ועל כך נוסף כי על המנוח נמצאו פצעי חתך נוספים מהם התעלם בא כוחו של המערער בטיעונו - די בכך כדי לגבש את המסקנה כי המערער פעל באופן מכוון ומחושב ולא מתוך להט מריבה והמולה רגעי כפי שניסה בא כוחו לטעון לפנינו" (שם, בפסקה 41).

דברים ברוח זו נקבעו על ידי בית משפט זה, עוד הרבה קודם לכן. כך, למשל, בע"פ 304/74 מזרחי נ' מדינת ישראל (לא פורסם), במסגרתו טענה המערערת כי כל כוונתה הייתה לפצוע את המנוח למען ילמד לקח, ציין בית משפט זה כי "קיימת האפשרות שהיא אמנם לא רצתה אלא ללמדו לקח, על שעזב אותה ועל שנתן עיניו באשה אחרת, על-ידי שתפצעהו. ברם, חוששני שצורת הדקירה ומקומה יש בהם די והותר כדי להעיד על החלטה להרוג." באופן דומה, נקבע בע"פ 356/77 יוסף נ' מדינת ישראל (לא פורסם), אשר עסק במקרה בו הנאשם דקר את הקורבן דקירה אחת, בחזהו, בעומק של 10 ס"מ, כי "ההחלטה להרוג נלמדת מעצם הדקירה העמוקה בחלק מסוכן בגופו של הקרבן שדרשה שימוש בכוח רב והיא יוצרת חזקה אשר לא נסתרה שהמערער התכוון לתוצאה הטבעית של מעשה זה, דהיינו קטילת הקרבן".

58. זאת ועוד אחרת, מדו"ח המז"פ שהוגש בענייננו, וכן מהתצלומים שצורפו לו, עולה כי הסכין שבאמצעותה דקר המערער את המנוח נמצאה על הרצפה בזירת האירוע, כשהיא שבורה. בין הממצאים שאותרו, נמצאו "להב סכין משוננת, מוכתמת בחח"ד [חומר חשוד כדם - א.ש.], על הרצפה סמוך לדלת הכניסה", וכן "כת שבורה של סכין, בצבע ירוק, מוכתמת בחח"ד. נחשפה בסריקות מתחת לארון ימני בחדר" (ת/10, עמ' 3). מדבריו של המערער בחקירתו, ניתן ללמוד כי הסכין נפלה לרצפה, מיד לאחר דקירתו של המנוח: "אני הכיתי אותו מכה אחד ונפלה הסכין מהיד שלי" (ת/6, עמ' 5, שורה 147). עוד ניתן להבין מדבריו של המערער, כי הוא לא ידע היכן בדיוק נפלה הסכין: "אחרי שהכיתי אותו בה לא יודע לאיפה הלכה הסכין" (שם, שורה 151). לאור האמור, אין לייחס משמעות לזכותו של המערער לעובדה כי מדובר בדקירה אחת בלבד, וזאת בין אם הסכין נשברה כתוצאה מנפילתה ארצה, ובין אם שבירתה נגרמה עוד קודם לכן, כתוצאה מעוצמת הפגיעה בצווארו של המנוח. בנסיבות אלה, דינה של טענת ההגנה, לפיה לו חפץ המערער במותו של המנוח, הוא לא היה מסתפק בדקירה אחת - להידחות. למסקנה זו יש להוסיף את הפגיעות האחרות שנתגלו בגופו של המנוח, ובהן פצעי השפשוף בפנים ובאמה הימנית, וכן פצעי החתך בכפות הידיים, לגביהם נאמר בחוות הדעת הפתולוגית כי הם מתיישבים עם "פצעי הגנה".

59. על כוונת הקטילה ניתן ללמוד גם מהתנהגותו של המערער לאחר הדקירה הקטלנית, כעולה מהמאבק שהתחולל במרפסת. בית משפט קמא, אשר התרשם באופן ישיר מעדותה של השכנה, התייחס באופן הבא לתיאור

שמסרה בנוגע למה שראתה ממרפסת ביתה: "חלונות דירתה היו פתוחים ולכן שמעה צעקות מהמרפסת, של אדם הצועק צעקות של כאב. כשהביטה ממרפסת דירתה לעבר מרפסת המנוח, ראתה שהשכן שלה (המנוח) שוכב על גבו ברצפת המרפסת שבביתו, כאשר בחור ישב מעליו, והיא הדגימה סתימת פה עם כף יד והורדת הראש עם היד השנייה כלפי מטה, כאשר הנאשם [המערער] לחץ על ראש המנוח באמצעות מרפקו וריתק אותו כלפי מטה. לדבריה, הנאשם [המערער] ישב על בטנו של המנוח ורכן קדימה לכיוון המנוח, כשידי הנאשם [המערער] לחצו על ראש המנוח". מעשיו אלו של המערער, בוצעו לאחר שהמנוח נדקר על ידו בדקירה קטלנית. לזו ביקש המערער, באמת ובתמים, להציל את חייו של המנוח, אשר זה עתה נדקר בצווארו, ודם רב ניגר מגופו לכל עבר, הוא היה ממחר לקרוא לעזרה, ולא לחסום את פיו של המנוח, כפי שעשה. יתרה מכך, כשצעקה השכנה לעבר השניים ממרפסת ביתה, בניסיונה להבין לפשר מעשיהם, השיב לה המערער "הכל בסדר גברת". תשובה כזו אינה יכולה להינתן מפי אדם מתגונן אשר מצוי במאבק על חייו. נהפוך הוא, תשובה מעין זו, סביר שתיאמר על ידי האדם התוקף, כאשר כוונתו למנוע מן המותקף לצעוק ולקרוא לעזרה.

60. לכך יש להוסיף גם את התנהגותו של המערער כשעזב את הדירה, משם הסתלק ללא כל ניסיון להציל את המנוח, אף שידע כי מצבו אנוש. כפי שנקבע על ידי בית משפט קמא, אין כל ממש בטענת ההגנה לפיה המערער עזב את הדירה במנוסה, כשהוא חושש מפניו של המנוח, דבר שנלמד, לכאורה, מכך שהוא הצמיד את הספה לפתח היציאה למרפסת. המערער עצמו אמר, כי לאחר המאבק במרפסת המנוח "לא בא" אחריו: "הלכתי לחדר השינה הדלקתי את האור וחזרתי למרפסת ורציתי לראות למה הוא לא בא אחרי וראיתי שיש הרבה דם, וראיתי שהדם יוצא מאזור הצוואר", וכן "שהדם יוצא מהצוואר שלו ואני נבהלתי וכאב לי עליו" (ת/6ה, עמ' 4). כמו כן, טענת המנוסה אינה מתיישבת עם העובדה שהמערער בחר להתעכב ולהחליף את בגדיו לפני שיצא מהדירה, ואף לאחר שכבר יצא, כאשר שם לב כי הוא נועל את נעליו של המנוח, הוא עלה לדירה בשנית; החליף את נעליו; ונעל את דלת הדירה. גם מעשים אלו, תומכים את המסקנה כי אין עסקינן במעשה התגוננות, אשר נעדר כוונת המתה (ראו בהקשר זה: עניין סאלח, בפסקה 46; ע"פ 10082/04 אברמוב נ' מדינת ישראל (25.10.2006), בפסקה 39).

61. לסיכום עניין זה, אף אני סבור, כמו בית משפט קמא, כי אין די באמירות בעלמא, לפיהן המערער לא חפץ במותו של המנוח, כדי לעורר ספק סביר בדבר קיומה של כוונת הקטילה. התשתית העובדתית במקרה שלפנינו, אשר מבוססת היטב בחומר הראיות, מצביעה על כך שהמערער צפה את התוצאה הקטלנית הנובעת מעצם השימוש בסכין, והמשיך להיאבק עם המנוח אף לאחר הדקירה בצווארו; וזאת מתוך כוונה להמיתו. תמים דעים אני עם בית משפט קמא, כי לא ניתן לקבוע שהמערער תכנן את מותו של המנוח זמן רב קודם לאירוע, אלא שכוונה זו התגבשה בזמן הסמוך למעשה ההמתה, שעה שהמערער נטל את הסכין מהמטבח; דקר את המנוח דקירה קטלנית בצווארו; וריתק אותו לרצפת המרפסת, תוך שהוא חוסם את פיו ומונע ממנו לקרוא לעזרה. לאור האמור, ומאחר שהמערער לא סיפק כל הסבר המעורר ספק סביר בדבר טיב כוונותיו, יש לקבוע כי יסוד ההחלטה להמית הוכח כדבעי.

62. לבסוף, יש להידרש ליסוד היעדר הקנטור. לטענת באת כוחו של המערער, שגה בית משפט קמא, שעה ש"חשב על 'האדם הסביר' הדמיוני, ולא התייחס אל המערער ואל רקעו, ואצלו הן היחס המיני ההומוסקסואלי והן השתייה בעל כורחו היו בלי ספק מצב של קנטור". בהמשך לכך, נטען כי "משהו גרם להתערערו של מערכת יחסים מאוזנת" שהתנהלה במשך מספר ימים בין המערער, שוהה בלתי חוקי המצוי בעיר זרה, לבין המנוח, אשר העניק לו מקלט מגורים; סייע לו בחיפוש עבודה; והעניק לו יחס נעים של חיבה. "גורם התערערו" זה נעוץ, כך לעמדת ההגנה, ברצונו של המנוח לקיים עם המערער יחסי מין, במפתיע, לאחר שהמנוח השקה אותו לשכרה. אף המניע לפעולותיו של המערער, נובע לטענתו מאותו ניסיון תקיפה מינית, אשר הייתה מבחינתו של המערער בלתי צפויה, מצדו של המנוח,

דבר שהיווה את "נקודת המפנה" בהתפתחות האירוע.

63. אקדים ואומר כבר עתה, כי לאחר ששבתי ועיינתי בתמלול חקירותיו של המערער במשטרה, כמו גם בפרוטוקול עדותו בבית משפט קמא, הנני מוכן להניח כי עלה בידי המערער לעורר ספק סביר בדבר קיומו של קנטור סובייקטיבי, אשר גרם לו לפעול כפי שפעל. ואולם, בחינת קיומו של קנטור על-פי אמת המידה האובייקטיבית, מובילה למסקנה כי "אדם מן היישוב", לו היה נתון במצבו של המערער הקונקרטי שלפנינו, לא היה מאבד את שליטתו העצמית ומגיב בדרך הקטלנית שבה הגיב המערער.

64. אבהיר להלן את דברי. בית משפט קמא קבע, בהתייחסו לסוגיה זו, כי המקרה שלפנינו אינו מצביע על קיומו של קנטור, לא במובנו הסובייקטיבי ולא במובנו האובייקטיבי, בקובעו כדברים האלו:

"בנסיבות העניין, נראה כי הנאשם [המערער] היה מודע לנטיותיו המיניות של המנוח, ולא בכדי הצטרף למנוח ולן בדירתו במשך מספר ימים. כמו כן, גם גרסת הנאשם [המערער], לפיה היה שתוי, ולכן נכנס בטעות למיטתו של המנוח, כשלגופו תחתונים בלבד, אינה נראית לי סבירה ומהימנה, ומשכך, גרסתו לפיה המנוח נגע בו וביצע בו מעשים מגונים בניגוד לרצונו, נראית לי מופרכת ובלתי אמינה. ראוי להוסיף כי לא קדם לרצח שום מאבק בין המנוח לנאשם [המערער], במיוחד לאור גילויי החיבה שרחש לו הנאשם [המערער] כפי שאמר במהלך חקירותיו, כי המנוח נהג בו בכבוד והתייחס אליו טוב, כמו אבא. לא התגלע ביניהם קודם לאירוע מאבק שבעטיו יכול היה המערער להידרש לדקור את המנוח, גם לא התרחש או נאמר דבר שהיה בבחינת הפתעה לנאשם [המערער], שהרי הנאשם [המערער] חזר בהודאתו וסיפר כי ידע על נטיותיו המיניות, אולם הודיע למנוח כי אינו בעניין".

אשר לטענת המערער בדבר מעורבותו של המנוח באירועים בעלי גוון מיני אלים, קבע בית משפט קמא כי חומר הראיות, ובכללן העדויות שהוצגו בפניו מטעם ההגנה, מלמד שהמנוח לא היה אלים, ונקלע לאירועים אלו בעל כורחו, ולמעשה הוא היה זה שהותקף בידי אחרים, על רקע נטיותיו המיניות. בהתייחס לאופי היחסים בין המנוח לבין המערער, ציין בית משפט קמא כי "ככל הנראה הרקע להיכרות נעוץ בנטיותיו המיניות ההומוסקסואליות של המנוח, אשר גם בעבר הסכים להלין גברים ממוצא ערבי, מתוך מטרה משותפת לקיום יחסי מין". עוד נקבע, כי לאור חומר הראיות, לא ניתן לשלול קיומם של מגעים מיניים בין המנוח לבין המערער.

65. בחינה מדוקדקת של התבטאויותיו של המערער, במסגרת חקירותיו במשטרה, וכן במהלך עדותו בפני בית משפט קמא, אכן מלמדת כי המערער היה מודע לנטיותיו המיניות של המנוח. כך, למשל, מסר המערער כי הוא והמנוח נעשו חברים שאהבו האחד את השני, ולדבריו "כל יום היינו מבלים ביחד, הכרנו אחד את השני ונהינו חברים, והלב שלי עם הלב שלו אהבנו אחד את השני, חברים" (ת/6, עמ' 2, שורות 5-6). בהמשך, כשתיאר המערער את היכרותו עם המנוח, סיפר כי השניים נפגשו בחניית עובדים באשקלון, והוסיף "אני אמרתי לו שאני תקוע לא מוצא עבודה, ואחרי זה אמר לי רפי אל תפחד אהובי תבוא איתי הביתה, ואני עליתי לרכב" (שם, שורות 34-35). כשנשאל המערער, האם היה בינו לבין המנוח קשר מיני, השיב המערער "הוא היה מתחיל איתי אבל אני הייתי מתרחק ממנו, ביום הראשון הוא התחיל איתי מלטף אותי, ואני אמרתי לו שאני לא אוהב את הדבר הזה" (שם, עמ' 4, שורות 5-6). בהמשך לכך, כשנשאל המערער האם התפתח בינו לבין המנוח ריב כלשהו, ענה המערער בשלילה, ואמר "היינו מתוקים כמו סוכר אנחנו מכירים ארבעה ימים, עדיין לא מכירים טוב" (שם, שורה 11). יצוין, כי דברים אלו נאמרו על ידי המערער בשלב שבו מסר גרסה שקרית בדבר קיומו של גורם שלישי שנכח בזירה ותקף אותו ואת המנוח. ואולם, מקובלת עליי קביעתו

של בית משפט קמא, כי אין מניעה, בהקשר זה, להחיל את הכלל שעניינו "פלגינן דיבורא", ולבור "מן התבן" את דברי האמת של המערער בנקודה זו.

כמו כן, הנני סבור כי צדק בית משפט קמא בקביעתו העובדתית, לפיה המערער לא הותקף מינית על ידי המנוח במהלך האירוע. כאמור, בית משפט קמא דחה את טענת ההגנה בדבר תקיפתו המינית של המערער על ידי המנוח, בציינו כי מדובר בגרסה כבושה של המערער, גרסה שאינה מתיישבת עם חומר הראיות בתיק, וכן עם "העובדה כי הנאשם [המערער] לא ידע לומר לאורך גרסאותיו השונות, כיצד הותקף על ידי המנוח, ומאיזה כיוון הותקף, שעה שהנאשם [המערער] טען כי שכב על גבו". כפי שנקבע לפני שנות דור, "אם בית המשפט הדן בדבר אינו מאמין בנכונות סיפורו של הנאשם ואינו מגלה בחומר הראיות יסוד ושורש לגירסה אשר הוא מעלה, אין הוא חייב להעדיף את הגרסה נטולת השורשים של הנאשם על הגרסה הבנויה על יסודות איתנים שלא נתערעה גם מכוח הספק, רק משום ש'ייתכן' ו'אפשרי הדבר' שהגירסה של הנאשם, התלויה על בלימה, נכונה היא" (ע"פ 134/52 הרסון נ' היועץ המשפטי לממשלה, בפסקה 5 לחוות דעתו של השופט ש' חשין). משכך, אין לי אלא להצטרף למסקנתו של בית משפט קמא, כי המנוח לא ביצע במערער מעשים מיניים בניגוד לצונו, ולא תקף אותו כאשר סירב למעשים מסוג זה מצדו של המנוח.

המסקנה האמורה נתמכת במכלול הנסיבות שאפפו את האירוע, ובהן עברו המיני של המנוח, אליו התייחס בית משפט קמא בפירוט בהכרעת הדין, וכן בשקרו של המערער, אשר נועדו להעצים את התקיפה המינית שחוה, לכאורה, מצדו של המנוח. כך, למשל, שיקר המערער בנוגע לשאלה האם בעת שדקר את המנוח, היה המנוח עירום. בתחילה, מסר המערער "שדקרתי אותו לא היה בבגדים", ואחר כך מסר שהוא אינו יודע, אך "כשפתח לי את הדלת של הביתה בהתחלה היה עם תחתון" (ת/6ה, עמ' 2, שורות 19-21). בהמשך, מסר המערער כי הוא "בטוח במיליון אחוז שהוא היה ערום" (ת/6ז, עמ' 3, שורה 68). וזאת, שעה שמחוות הדעת הפתולוגית עולה, בבירור, כי המנוח הובא למכון לרפואה משפטית כשהוא לבוש, כאשר נראה חתך בצווארון חולצתו, חתך אשר חפף לפצע הדקירה בצווארו (ת/8א, עמ' 4).

מסקנה זו מתחזקת גם לאור הדברים שאמר המערער בחקירתו הראשונה, כאשר נשאל מדוע גרם למותו של המנוח, לפני ששינה את גרסתו בחקירותיו המאוחרות יותר. בחקירתו הראשונה במשטרה, מיום 19.3.2012, תיאר המערער את הסיבה לגרימת מותו של המנוח, באופן הבא: "אני עשיתי את הדבר הזה כי הוא רוצה להכניס אותי למשהו לא לפי הדת שלי, יענו נתן לי לשתות ואני לא יודע, והוא היה מקיים איתי ואני לא שתיו [...] כן מין.. אחרי שאני אשתה, היה נותן לי לשתות" (ת/6ג, עמ' 36, שורות 23-36). בהמשך, מסר המערער "הייתי באחד מהחדרים והוא בא אליי [...] בא לתקוף ישב והתחיל יענו תסלח לי על הביטוי התחיל לשחק בו [...] בזין [...] שלי" (שם, עמ' 41), וכן "הוא בא והתחיל לשחק בו רוצה למצוץ אותו אני דחפתי אותו ואחרי זה הייתי גמור, יענו זה הדבר האחרון שאני זוכר יענו" (שם, עמ' 42). לאחר זאת, הסביר המערער: "שאיך הוא יפגע ככה בכבוד שלי יענו, בכבוד שלי איך הוא יפגע בו ככה. והוא נכנס בצורה, נתן לי לשתות ואחרי זה פגע בכבוד שלי, כי ככה הוא יודע שהבן אדם שותה הוא לא יודע מה הוא עושה" (שם, עמ' 48). כמו כן, אמר המערער דברים אלו:

"אני שרצחתי את רפי, רפי לימד אותי לשתות, ואצלנו המוסלמים אסור לשתות, אני דתי, ונתן לי לבוא אליו הביתה סיפר לי שהוא רוצה לעזור לי ויתמוך בי והמשיך לגרות [...] יום ראשון הוריד אותי בשוק על מנת לחפש עבודה איפה שהסינים על מנת לחפש עבודה, וחיפשתי עבודה 12 שעות הלכתי באשקלון עד השעה 8 לא יודע או 9 ובאתי אליו הביתה ישבתי בבית וסיפר לי אתה רוצה לשתות אקס אל ואמרתי לו כן אני אשתה אקס אל, והוא מזג לי בכוס ואני חשבתי שזה אקס אל, ושתיתי ואחרי ששתיתי עישנתי סיגריה, ואחרי הסיגריה לא יודע איפה אני לא ידעתי כלום בחיים [...] עשיתי את הדבר הזה כי הוא רוצה להכניס אותי למשהו והוא רצה לקיים איתי יחסי מין שאני שיכור

[...]

אני לא רציתי לרצוח אותו, שהוא השקה אותי אני הרגשתי שהוא רוצה לעשות לי את זה אני תקפתי אותו, ביד שלי, התחיל להסתובב לי בראש התחלתי לעשן, ואז השתייה מתחילה לפעול לא הייתי שיכור עד הסוף, ואחרי זה תקפתי אותו דחפתי אותו על מנת שיתרחק ממני, ואחרי זה אני ישבתי והמשכתי לעשן, והדלקתי סיגריה שניה, והייתי שיכור לגמרי" (ת/6, עמ' 8-9).

עד כה, לא הזכיר המערער דבר וחצי דבר הקשור בתקיפה מינית ופיזית מצדו של המנוח, מלבד העובדה שהמנוח התקרב אליו במטרה לקיים עמו יחסי מין, כאשר הוא שיכור. בחקירתו מיום 28.3.2012, מסר המערער, לראשונה, גרסה לפיה הוא והמנוח התקוטטו, היינו גרסה שלפיה המנוח לא התייחס להתנגדותו של המערער לקיום יחסי מין:

"הרגשתי עייפות רוצה לישון, והלכתי לחדר בצד ימין חשבתי שזה החדר שאני ישן בו, לפני שאישן הורדתי את המכנסיים שלי ונשארתי בחולצה לבנה ותחתון, והלכתי לישון על המיטה, לא היה אור בבית הכל היה מכובה, אחרי חצי שעה משהו כזה בערך, הרגשתי מישהו מלטף את גופי הגיש וישן לידי והחל ללטף את גופי, על הזין שלי ועל הידיים שלי, וכאשר הרגשתי שהוא כך החל לעשות דחפתי אותו ממני והתחלנו להתקוטט, ויצאנו לסלון שאנחנו מתקוטטים, ואחרי זה הוא דחף אותי לכיוון המטבח, אני חיפשתי משהו על מנת להגן על עצמי (החשוד מדגים איך הוא לקח את הסכין)" (ת/6, עמ' 2, שורות 30-34).

בחקירתו, מיום 3.4.2012, חזר המערער על גרסה זו, לפיה המנוח תקף אותו, ולא רק רצה לקיים עמו יחסי מין, באומרו: "הרגשתי עייפות והלכתי לחדר, החדר הקרוב לסלון, ושמתי את ראשי וישנתי, הרגשתי מישהו הגיע אלי החל לגעת בי למשש אותי ואחרי זה דחפתי אותו, והתנפל עלי ורצה לתקוף אותי" (ת/6, עמ' 3, שורות 73-75).

כאמור, המדובר בגרסאות מאוחרות יותר, אותן דחה בית משפט קמא כבלתי אמינות. יחד עם זאת, אף בהינתן הקביעה העובדתית המקובלת עליי, לפיה המנוח לא תקף את המערער, לאחר שהאחרון התנגד למגע המיני מצדו, מוכן אני להניח, בניגוד לבית משפט קמא, כי המערער אכן הופתע, ואולי אף נבהל, בעת שהמנוח החל לגעת באיבר מינו ובגופו, שעה שהוא שכב במיטה. זאת, למרות הקושי הטמון בהנחה זו, נוכח הימצאותו של המערער במיטה בחדרו של המנוח, מבלי שסיפק לכך הסבר המניח את הדעת.

66. על יסוד הנחה זו, עולה השאלה האם עצם הניסיון לקיום מגע מיני עם המערער, לאחר שהמנוח השקה אותו לשכרה, ניסיון שלא כלל אלימות או כפייה מצדו של המנוח, הביא לאובדן שליטתו העצמית של המערער, באופן שיש לראותו כקנטור סובייקטיבי? בחינת הדברים שנאמרו על ידי המערער בחקירותיו, מלמדת כי המגע המיני היזום מצדו של המנוח, אותו מכנה המערער "פגיעה בכבוד", וזאת על רקע שכרותו, אפשר שהיה בבחינת טריגר שהיה בו כדי להוציא את המערער משיווי משקלו: "אני הכבוד אצלי, שהוא יפגע בכל דבר חוץ מהכבוד, יענו... יפגע בכל דבר, יצחק עלי בכסף שלי, יצחק עלי בכל דבר, אלא רק בכבוד, בכבוד ובשתיה, והכבוד והשתיה אותו דבר" (ת/6, עמ' 40, שורות 15-17). בנסיבות אלו, נותר ספק בליבי, שמא יש לראות את התנהגותו של המנוח כקנטור מבחינתו הסובייקטיבית של המערער, שהביא להתפרצות רגשית, בלתי רציונלית, מצדו, באופן שהוא הגיב מבלי לחשוב על תוצאות מעשיו, שעה שדקר את המנוח בצווארו, ואף המשיך לתקוף אותו לאחר מכן.



67. ואולם, כפי שהובהר לעיל, אין די בקיומו של קנטור סובייקטיבי, כדי לשלול את היסוד הנפשי של "כוונה תחילה" המיוחס למערער. בשלב זה, יש להמשיך ולשאול, כלום התנהגותו של המנוח מהווה קנטור אובייקטיבי, שהיה בכוחו לגרום לאדם הממוצע, לו היה נתון במצבו של המערער, לאבד את שליטתו העצמית, וליטול את חייו של המנוח. הנני סבור, כי יש לענות על שאלה זו בשלילה. תגובתו של המערער הייתה חסרת כל פרופורציה ביחס למעשיו של המנוח, שבשלב זה ניסה לגעת באיבר מינו של המערער. לפיכך, הדרישה הברורה מימים ימימה, לקיומו של יחס סביר בין הקנטור, עובר להמתה, לבין מעשה ההמתה, אינה מתקיימת במקרה דנן.

כפי שציין הנשיא ש' אגרנט בעניין בנו, "יחס כזה בין התגובה לקנטור לא יהיה קיים, בדרך כלל, אם מצד אחד לבש הקנטור צורה של מכות ידיים, שלא היתה בצדו כל תוצאה רצינית, ואילו מהצד האחר, בוצע המעשה הקטלני באמצעות כלי מסוכן; הווה אומר, במקרה כזה יהיה מקום להסיק, שהאדם הממוצע לא היה מגיב על הקינטור בדרך זו. עם זאת, יש לומר גם כאן, כי השאלה, אם קיים יחס סביר כאמור, ובאיזה מידה יש להתחשב בגורם זה, תהיה תלויה בנסיבות המיוחדות של כל מקרה ומקרה" (שם, בעמ' 582). בענייננו, נעוץ הקנטור מצדו של המנוח, לכל היותר, בניסיון לקיים עם המערער יחסי מין, לאחר שהשקה אותו לשכרה, ניסיון שלא כלל כפייה או אלימות מכל סוג שהוא. זאת, בנסיבות המצביעות על כך שהמערער היה מודע היטב לנטיות המיניות של המנוח, וייתכן שאף קיים עמו בעבר יחסי מין מלאים או חלקיים (ת/9, עמ' 8). תגובתו של המערער למעשיו של המנוח, הייתה נעיצת סכין קטלנית בצווארו, והמשך מאבק עמו, משנוכח לדעת כי המנוח עודנו חי. אכן, מוכן הייתי להניח, לא בלי התלבטות, כי הניסיון לקיום מגע מיני עימו הביא לסערת רגשות בקרבו של המערער, וגרם לאיבוד עשתונותו עד כדי נטילת חייו של המנוח. ואולם, בחינת המעשים מצדו של המנוח על-פי אמת מידה אובייקטיבית, מובילה למסקנה חד משמעית, כי לא היה בכוחם "להוציא מכליו" אדם מן היישוב, לו היה נתון במצבו של המערער. לאור זאת, סבורני כי לא מתקיים בנידון דידן קנטור במובנו האובייקטיבי, וכפועל יוצא מכך, גם היסוד שעניינו "היעדר קנטור", הדרוש להוכחת ה"כוונה תחילה", הוכח במקרה דנן.

סיכום ביניים - המסקנה המתבקשת היא כי הוכחו מעבר לספק סביר יסודותיה של העבירה שעניינה רצח בכוונה תחילה, ויש להותיר את הרשעתו של המערער בעבירה זו על כנה, בכפוף לדיון בטענה כי המערער חוסה תחת סייג ההגנה העצמית.

סייג ההגנה העצמית

68. הסייג להטלת אחריות פלילית לאור הגנה עצמית, מוגדר בסעיף 34 לחוק העונשין כדלקמן:

"לא יישא אדם באחריות פלילית למעשה שהיה דרוש באופן מיידי כדי להדוף תקיפה שלא כדין שנשקפה ממנה סכנה מוחשית של פגיעה בחייו, בחירותו, בגופו או ברכושו, שלו או של זולתו; ואולם, אין אדם פועל תוך הגנה עצמית מקום שהביא בהתנהגותו הפסולה לתקיפה תוך שהוא צופה מראש את אפשרות התפתחות הדברים".

69. סעיף 34 לחוק העונשין, אשר עוסק בנטל ההוכחה, קובע כי "מלבד אם נאמר בחיקוק אחרת, חזקה על מעשה שנעשה בתנאים שאין בהם סייג לאחריות פלילית". לצד הוראה זו, מורה סעיף 34(ב) לחוק העונשין כי "התעורר ספק סביר שמא קיים סייג לאחריות פלילית, והספק לא הוסר, יחול הסייג". כפי שצינתי בע"פ 5184/14 פלוני נ' מדינת ישראל (3.8.2016), "עינינו הרואות, כי נקודת המוצא הינה, שמעשה המקים עבירה פלילית בוצע בתנאים שאין בהם סייג לאחריות פלילית. נאשם הטוען כי חל סייג זה או אחר בעניינו, עליו הנטל המשני להביא ראיות בדבר

קיומו של הסייג, או אז חוזר נטל ההוכחה העיקרי אל התביעה להסיר כל ספק בדבר קיומו של הסייג, ומשהוסר, יורשע הנאשם בעבירה המיוחסת לו" (שם, בפסקה 63).

70. בע"פ 4191/05 אלטגאוז נ' מדינת ישראל (25.10.2006), עמדה השופטת ע' ארבל על התנאים הדרושים לתחולתו של סייג ההגנה העצמית:

"שישה הם התנאים שבהתקיימם עומדת לנאשם ההגנה העצמית, כפי שהוגדרו בחוק, ופורשו בפסיקה ובספרות. הראשון הוא תנאי התקיפה שלא כדין. השני הוא תנאי הסכנה. תנאי מוקדם למעשה ההתגוננות הוא קיומה של "סכנה מוחשית של פגיעה בחייו, בחירותו, בגופו או ברכושו, שלו או של זולתו". על הסכנה להיות מוחשית ולא סכנה שהסתברות התממשותה ערטילאית גרידא [...] התנאי השלישי הוא תנאי המידיות. לפי לשון החוק, נדרש כי מעשה ההתגוננות היה "דרוש באופן מייד" על מנת להדוף את התקיפה. תנאי זה בוחן את עיתוי המעשה, על שני היבטיו: על ההגנה להתבצע רק מרגע שהמעשה דרוש באופן מידי על מנת להדוף את התקיפה, ועליה להיפסק מרגע שלא נדרש עוד מעשה ההתגוננות על מנת להדוף את התקיפה [...] התנאי הרביעי הינו שהאדם לא נכנס למצב בהתנהגות פסולה, וכלשון החוק "...הביא בהתנהגותו הפסולה לתקיפה תוך שהוא צופה מראש את אפשרות התפתחות הדברים". התנאי החמישי הוא תנאי הנחיצות. [...] התנאי השישי הוא תנאי הפרופורציה. נדרש יחס ראוי בין הנזק הצפוי מפעולת המגן לנזק הצפוי מן התקיפה."

71. בענייננו, טוען המערער כי עומד לזכותו סייג ההגנה העצמית, בהתבסס על נסיבות האירוע: "המערער הותקף מינית בחדר השינה, המנוח היכה אותו בידי, המערער תקפו בסכין וגרם לו חבלה, המנוח המשיך להכות את המערער, גרם לו חבלות וקרעים, המנוח גררו למרפסת וניסה לזרוק אותו". במצב דברים זה, כך נטען, "התנהגות המנוח העמידה את המערער במצב של סכנת חיים, ולפיכך היה המערער רשאי וצריך להגן על עצמו".

72. טענה זו, שרובה ככולה מבוססת על התשתית העובדתית הנטענת על ידי המערער, להבדיל מקביעותיו העובדתיות של בית משפט קמא - דינה להידחות. כזכור, בית משפט קמא קבע עובדתית, כי המנוח לא כפה את עצמו על המערער, ולא תקף אותו, נוכח התנגדותו למגע מיני מצדו, קביעה בה לא מצאתי טעם מבורר להתערב. החבלות שנתגלו בגופו של המערער, כך נקבע, הינן תוצאת התנגדותו של המנוח לניסיונו של המערער להביא למותו, שעה שפצעי ההגנה הרבים שנמצאו על גופתו של המנוח, מלמדים על ניסיון התגוננותו מפני המערער. הנני סבור, כי צדק בית משפט קמא, כאשר דחה את טענתו של המערער להגנה עצמית, בקובעו כי המערער לא הצליח לעורר ספק סביר בדבר קיומו של הסייג. מבלי להרחיב יתר על המידה בעניין זה, נראה כי לא התקיימו, במקרה דנן, תנאיו של סייג ההגנה העצמית, כפי שיובהר להלן:

אף לו נניח לצורך הדיון בלבד, הגם שטענה זו נדחתה לגופו של עניין, כי המערער הותקף מינית על ידי המנוח, ועמד בסכנה מוחשית לגופו או לחייו, הרי שכשל המערער בתנאי המיידיות. הלכה היא, כי מעשה ההתגוננות, צריך שיבוא בהלימה עם הצורך להדוף את התוקף, לא לפני ולא אחרי מועד זה. דא עקא, שבענייננו המשיך המערער להפעיל אלימות כלפי המנוח גם לאחר שדקר אותו בצווארו, וריתק את גופו לרצפה שעה שהוא שותת דם. כמו כן, מעשה ההתגוננות הנטען על ידי המערער, אינו עומד בתנאי הנחיצות. ברי כי מבחינה איכותית, עמדו בפני המערער אלטרנטיבות אחרות מלבד השימוש בכוח. כפי שקבע בצדק בית משפט קמא, המערער יכול, וצריך היה, לעזוב את הדירה או לזעוק לעזרה. אף מבחינת הנחיצות הכמותית, היה על המערער להפעיל כוח במידה פחותה מזו שהופעלה,

בדרך של התנגדות פיזית למעשיו של המנוח, חלף נעיצתה של סכין קטלנית בצווארו. ביתר שאת אמורים הדברים, נוכח יחסי הכוחות הברורים, כפי שאף התרשמה השכנה, בין המנוח, שהיה מבוגר וחלש יותר, לבין המערער הצעיר.

לבסוף, יש להדגיש, כי התנהגותו של המערער הייתה חסרת כל פרופורציה לנוכח הסכנה שעמדה לכאורה, לפתחו, אותה עת. הדקירה הקטלנית באזור חיוני בגופו של המנוח, קל וחומר המשך המאבק עמו לאחר אותה דקירה, מהווים תגובה קיצונית ביותר בנסיבות העניין (ראה: ע"פ 5184/14 פלוני נ' מדינת ישראל, בפסקה 80). כבר בתגובתו הראשונית, חרג המערער מדרישת הפרופורציה, בכך שדקר את המנוח דקירה קטלנית בצווארו. אף פעולותיו הבאות של המערער, חורגות באופן קיצוני מדרישת הסבירות, שעה שהמשיך לתקוף את המנוח, כאשר הלה היה פצוע באורח אנוש, ודימם באופן אינטנסיבי. ואם בכך לא סגי, בעת שהמנוח היה שרוע על רצפת המרפסת, ריתק אותו המערער לקרקע, סתם את פיו, ולא רק שנמנע מלהזעיק עברו עזרה, אלא אף ניסה לסכל כל ניסיון לסייע לו, כאשר השיב לשכנה כי "הכל בסדר". כפי שציינתי בדבריי הקודמים, עולה בבירור מהתנהגות זו, כי אין המדובר באדם מתגונן, כי אם בתוקף אשר נועץ סכין קטלנית בצווארו של המנוח ואף מונע מקורבנו לזעוק לעזרה.

73. לסיכום, משהוכחו כלל יסודות עבירת הרצח, ומשנקבע כי המערער אינו חוסה תחת סייג ההגנה העצמית, אינני רואה כל בסיס להתערבותנו בהכרעת דינו של בית משפט קמא, ודין הערעור על הרשעתו של המערער ברצח בכוונה תחילה להידחות.

רכיב הפיצויים

74. נותר לנו עוד להתייחס להשגתו של המערער על גובה סכום הפיצויים שהוא חויב לשלם למשפחתו של המנוח, סכום העומד על 80,000 ₪. סעיף 77(א) לחוק העונשין קובע כי "הורשע אדם, רשאי בית המשפט לחייבו [...] לשלם לאדם שניזוק על ידי העבירה [...] לפיצוי הנזק או הסבל שנגרם לו". כפי שנקבע בע"פ 7033/04 יאיר נ' מדינת ישראל (11.9.2006), המדובר בסעד אזרחי במהותו, ולא ברכיב עונשי נוסף, ולעניין ערעור רואים את החיוב בפיצויים כפסק דין "שניתן בתובענה אזרחית של הזכאי נגד החייב בו" (סעיף 78 לחוק העונשין). בענייננו, אינני רואה כל מקום להתערב בסכום הפיצויים שהושת על המערער, שהינו ממילא סכום נמוך מהמקובל, וזאת לנוכח האסון שהמיט המערער על משפחתו של המנוח.

סוף דבר

75. על יסוד הנימוקים שפורטו לעיל, אציע לחבריי לדחות את הערעור, על שני חלקיו.

ש ו פ ט

השופט ס' ג'ובראן:

עמוד 35

## שׁוֹפֵט

### השופטת ד' ברק-ארז:

1. אני מסכימה לפסק דינו המקיף של חברי השופט א' שהם. עם זאת, אני מבקשת להבהיר את עמדתי ביחס לשתיים מהסוגיות שעמדו במרכז חוות דעתו - פסילתו של דו"ח השחזור מלשמש ראייה קבילה בשל הפגיעה בזכות היועצות של המערער ודחייתה של טענת הקינטור שהועלתה על-ידו.

2. הפגיעה בזכות היועצות ופסילת ראיות - הקביעה כי בנסיבות העניין יש הצדקה לפסול את דו"ח השחזור מלשמש ראייה קבילה מקובלת עלי לחלוטין. יש להצטער על כך שאנו שבים ונתקלים במקרים של פגיעה חמורה בזכות היועצות של חשודים. אין צורך להכביר מלים על חשיבותה של זכות היועצות, והדברים נכונים בבחינת קל וחומר כאשר החשוד אינו בן המקום ואף שפת החקירה אינה שגורה בפיו. דומה כי בשלב הנוכחי החובה לאפשר את זכות היועצות - במתכונת מעשית ואפקטיבית - אמורה הייתה להיות לחם חוקם של כלל החוקרים, וככל שניסיון החיים מלמד שאין אלה פני הדברים יש להפיק לקחים מכך. מכל מקום בנסיבות העניין, כמו חברי, אף אני השתכנעתי שחרף פסילתו של דו"ח השחזור, קיימת תשתית ראייתית מספקת להרשעתו של המערער בעבירת הרצח.

3. דחייתה של טענת הקינטור - עמדתי של חברי כי יש לדחות את טענת הקינטור מתבססת על כך שלא התקיים היסוד ה"אובייקטיבי" של הקינטור. גם בעניין זה אני מבקשת להבהיר את עמדתי. כפי שציין חברי, גרסתו הבסיסית של המערער (לפני שהוסיף עליה במאוחר תוספות שנקבעו כלא מהימנות) הייתה שהמנוח ניסה לקיים עמו יחסי מין, ולא שכפה עליו את הדבר בכוח. המערער טען כי בכך הוא "פגע בכבוד שלי". חשוב אפוא לומר גם כאן - כמו בהקשרים אחרים - כי פגיעה ב"כבוד" במובן זה אינה טעם שאפשר להכיר בו כבסיס לקינטור. מכל מקום, בשונה מחברי, אינני סבורה שיש מקום לספק באשר להתקיימותו של היסוד ה"סובייקטיבי" של הקינטור, מה גם שהגרסאות בדבר אלימות שנקט המנוח נדחו ככבושות ולא מהימנות.

## שׁוֹפֵט

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט א' שהם.

ניתן היום, ז' בחשוון התשע"ז (8.11.2016).

שופטת

שופט

שופט

---