



מ"ח 8786/20 - עדן אוהיון, מרק עמנואלוב נגד מדינת ישראל

בבית המשפט העליון

מ"ח 8786/20

מ"ח 3907/21

לפני: כבוד המשנה לנשיאה נ' הנדל

המבקש במ"ח 8786/20: עדן אוהיון

המבקש במ"ח 3907/21: מרק עמנואלוב

נגד

המשיבה: מדינת ישראל

בקשה למשפט חוזר

בשם המבקש במ"ח 8786/20: עו"ד ימימה אברמוביץ'

בשם המבקש במ"ח 3907/21: עו"ד לירן זילברמן

בשם המשיבה: עו"ד תמר בורנשטיין

החלטה

1. מונחות לפני שתי בקשות למשפט חוזר שמתעוררת בהן שאלה עקרונית זהה. שני המבקשים הורשעו, בשני הליכים שונים, ברצח בכוונה תחילה לפי סעיף 300(א)(2) לחוק העונשין, התשל"ז-1977, בהתאם לנוסחו לפני תיקון 137 לחוק ("הרפורמה בעבירות ההמתה"), ונדונו למאסר עולם. שתי הבקשות מבוססות על כך שלפני תיקון 137, העונש של מאסר עולם בגין עבירת הרצח היה עונש חובה. משמע, לבית המשפט לא היה שיקול דעת לגזור עונש מאסר לתקופה קצרה יותר. כיום, לעומת זאת, בשונה מהעבירה החדשה של "רצח בנסיבות מחמירות" - העונש של מאסר



עולם שנקבע בעבירת הרצח ה"רגילה" הוא, בהיעדר נסיבות מחמירות, עונש מרבי ("עונש מקסימום"). בית המשפט רשאי לסטות ממנו לקולא ולגזור מאסר לתקופה קצרה יותר (סעיפים 300(א), 301א לחוק העונשין). מכאן הבקשות, שבמסגרתן טוענים המבקשים כי ראוי לקיים בעניינם משפט חוזר לעניין סיווג עבירת הרצח המדויקת שבה יש להרשיעם; יש להרשיעם ברצח ולא ברצח בנסיבות מחמירות; ולגזור עליהם עונש לתקופה קצרה ממאסר עולם. בנסיבות אלה החלטתי להכריע בשתי הבקשות במאוחד.

2. כל בקשה כוללת פן עקרוני ופן פרטני. מבחינה עקרונית, נטען כי במסגרת הרפורמה בעבירות ההמתה לא נעל המחוקק את דלת המשפט החוזר בפני מי שהורשע ברצח לפני הרפורמה. כך, במקרים שבהם יש אפשרות כי לו היה הנאשם נדון לאחר הרפורמה היה מורשע ברצח – ולא ברצח בנסיבות מחמירות – ונדון לעונש קל ממאסר עולם. מבחינה פרטנית, בשתי הבקשות נטען כי מוצדק לערוך משפט חוזר בנסיבות העניין שכן מדובר במקרה מיוחד, שבו הותר העונש על כנו היא בגדר עיוות דין. כך עולה, לשיטת המבקשים, גם מהערות שונות של השופטים בפסקי הדין שניתנו בעניינם.

המדינה, מנגד, סבורה כי דין שתי הבקשות להידחות. לשיטתה, אין לעקוף באמצעות ההליך של משפט חוזר את הכרעת המחוקק, במסגרת הוראות המעבר שנקבעו בתיקון 137 לחוק, שאין מאפשרות "לפתוח" מחדש את עונשו של מי שהורשע ברצח. כן נטען כי הטענות שמועלות בבקשות אינן ייחודיות למקרים הפרטניים של המבקשים, אלא ניתן לטעון אותן במסגרת כל הרשעה ברצח שהפכה חלוטה קודם לכניסת תיקון 137 לתוקף. כן נטען כי העילה של עיוות דין רלוונטית רק לפגם שנפל בהרשעה, ולא לפגם שנפל בענישה.

נפתח את הדיון בפן העקרוני שעולה מן הבקשות, שבו מצוי העיקר כפי שיובהר. לאחר מכן נתייחס אף לנסיבות הפרטניות של כל מבקש.

3. סעיף 31(א) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984 קובע ארבע עילות לקיומו של משפט חוזר: התבססות על ראיה שיסודה בשקר או זיוף, הצגת ראיות או עובדות שלא הוצגו במהלך ההליך, הרשעתו של אדם אחר באותה עבירה באופן ששתי ההרשעות אינן מתיישבות זו עם זו, והתעוררות "חשש של ממש כי בהרשעה נגרם לנידון עיוות דין". לענייננו רלוונטית העילה האחרונה שעניינה חשש מפני עיוות דין, ושעליה מבוססות כל טענות המבקשים. ודוק, המבקשים לא הגישו בקשות לקיצור עונשם מכוח "הדין הכללי", אלא ביקשו לערוך הליך של משפט חוזר. ישנה הכרה בכך שאין "לפתוח מחדש" ובאופן אוטומטי, מכוח הדין הכללי, את עונשו של כל מי שהורשע, לפני הרפורמה בעבירות ההמתה, בעבירת הרצח ונדון למאסר עולם. בניגוד לכך, הטענה היא כי הדבר מוצדק רק בנסיבות מסוימות, במסגרת הליך של משפט חוזר, ובמקרים שבהם הותר עונש מאסר העולם על כנו מעוררת חשש מפני עיוות דין. הגם שהבקשות אינן מתבססות על הדין הכללי, נציג אותו בקצרה כרקע להבנת הדין החל ביחס לבקשות למשפט חוזר.

4. לפי חוק העונשין, "הורשע אדם בעבירה בפסק דין חלוט ולאחר מכן נקבע לאותה עבירה בחיקוק עונש, שלפי מידתו או סוגו הוא קל מזה שהוטל עליו – יהיה עונשו המרבי שנקבע בחיקוק, כאילו הוטל מלכתחילה" (סעיף 5(ב) לחוק). במילים אחרות, אם העונש החלוט עולה על העונש המרבי החדש שנקבע בחוק לעבירה, יש "לחתוך" את העונש כך שיחפוף לעונש המרבי החדש (כלל המכונה גם "כלל גיליוטינה", ושבעיני ראוי יותר לכנותו "כלל שיקול הדעת הצר"). ראו ע"פ 2149/20 מרזן נ' מדינת ישראל, פסקה 10 לחוות דעתי (22.7.2021). כלל זה "מונע מצב בו בית המשפט נאלץ לנהל הליכי בחינה חוזרים של פסקי דין חלוטים תוך הידרשות לשיקולי הענישה השונים. בכך,



הוא מאזן בין עיקרון סופיות הדיון, יציבות המשפט, זכויות המתדיינים ויעילות המערכת המשפטית, ובין שיקולי צדק. בראשם, מניעת אפליה לרעה של עבריינים אשר הושת עליהם עונש חמור יותר מהקבוע בחוק לאחר תיקונו" (שם, פסקה 11). החלת הסעיף על מקרה שבו הפך עונש חובה לעונש מרבי אינה מועילה לנאשם, שכן התוצאה שקובע הסעיף היא הטלת העונש המרבי, שהוא ממילא עונש החובה שהוטל. כך עולה מלשון הסעיף וכך נפסק במפורש בהקשר דומה לשלנו.

בע"פ 7853/05 רחמיאן נ' מדינת ישראל (27.11.2006) (להלן: ע"פ רחמיאן) נדונה חקיקה חדשה, שהפכה את עונש החובה בגין עבירת הרצח - מאסר עולם - לעונש מקסימום שניתן לסטות ממנו לקולא, בנסיבות שבהן האחריות הייתה מופחתת מסיבות שונות (סעיף 300א לחוק העונשין, שבוטל במסגרת תיקון 137). בית משפט זה קבע כי הפיכת עונש החובה לעונש מרבי אינה מאפשרת לדון מחדש בעונש לפי סעיף 5(ב) לחוק העונשין. הוסבר כי מטרת ההסדר אינה לאפשר דיון משפטי חדש בסוגיות שכבר נדונו, אלא להקל עם נאשם כאשר ניתן לקצר חלק מעונשו באופן "מינהלי" - טכני ואוטומטי וללא דיון מהותי נוסף. כאשר עונש חובה הופך לעונש מרבי, לא ניתן להקל בעונש מבלי לנהל הליך משפטי חדש שכולל, לכל הפחות, טיעונים לעונש. לא מדובר אפוא בהליך מינהלי של קיצור העונש תוך "חיתוך" אוטומטי שלו. זהו הדין הכללי, ובמסגרת הרפורמה בעבירות ההמתה המחוקק ציין במפורש כי הוא חל גם על העבירות שתוקנו במסגרת הרפורמה בעבירות ההמתה: "על עבירה שבוצעה לפני יום התחילה הוניתן פסק דין חלוט בעניינה, יחול הדין הישן" (ראו סעיף 25(ג) לחוק העונשין (תיקון מס' 137), התשע"ט-2019. יוער כי נקבע חריג מסוים לכלל זה, שאינו רלוונטי לבקשות שלפנינו, ביחס למי שהורשע ברצח בנסיבות של ענישה מופחתת. בהקשר זה נקבעו הוראות מעבר ו"המרה" ייחודיות. כך לנוכח השינוי בתיוג ובעונש של מי שהורשע בנסיבות אלה. ראו עניין מרזן דלעיל, פסקה 9). "הדין הישן" שאליו מתייחסות הוראות המעבר, בהקשר שלנו, הוא עונש מאסר עולם כעונש חובה, וחוסר אפשרות להתערב בו על יסוד סעיף 5(ב) לחוק העונשין.

5. יחד עם זאת, במסגרת תיקון 137 לחוק העונשין לא נקבע במפורש כי לא ניתן יהיה לגזור מחדש את דינו של מי שהורשע ברצח גם במסגרת בקשה למשפט חוזר. מהליכי החקיקה - שעליהם נעמוד להלן - אפשר ללמוד כי שאלת היחס בין תיקון החקיקה לבקשות לעריכת משפט חוזר נשקלה, ובסופו של דבר הוחלט שלא להתייחס במפורש במסגרת הרפורמה לעניין זה. זהו הפתח שדרכו מעוניינים המבקשים להיכנס, בטענה שגם אם ככלל אין לגזור כיום מחדש את עונשו של מי שהורשע בעבר ברצח - ניתן לעשות זאת במקרים המתאימים מכוח העילה של חשש מפני עיוות דין, במסגרת בקשה לקיום משפט חוזר. הדיון בטענה זו יתייחס לשלוש נקודות: הפסיקה, הליכי החקיקה ופרשנות תכליתית.

6. פסיקת בית המשפט העליון. לפי הפסיקה, העילה של עיוות דין - בשונה מהעילה של קיום ראיות חדשות, למשל - אינה יכולה לשמש בסיס לקיום משפט חוזר שכל תכליתו התערבות בעונש בלבד, תוך הותרת ההרשעה על כנה. כך, בין היתר, נוכח לשון הסעיף, לפיה קיים "חשש של ממש כי בהרשעה נגרם לנידון עיוות דין" - ולא ביחס לתקופת העונש (מ"ח 5921/99 שוקר נ' מדינת ישראל (11.11.1999), המשנה לנשיא ש' לוי; מ"ח 2071/07 פלוני נ' מדינת ישראל (22.5.2007), השופט א' א' לוי; מ"ח 8827/06 מלול נ' מדינת ישראל, פסקה 8 (14.5.2007), הנשיאה ד' ביניש)). זאת בניגוד לעילות אחרות לקיום משפט חוזר, כגון העילה של הצגת ראיות חדשות, שקובעת כי "הוצגו עובדות או ראיות, העשויות... לשנות את תוצאות המשפט לטובת הנידון" (סעיף 31(א)(2) לחוק בתי המשפט. ההדגשה נוספה). תוצאות המשפט כוללות את הענישה, מה שאין כן העילה של עיוות דין ביחס להרשעה - אך לא ביחס לעונש.

פסיקה זו, שלפיה "עיוות דין בהרשעה" אינו מאפשר לקיים משפט חוזר שממוקד בענישה בלבד, אומצה גם בהקשר דומה לשלנו - תיקון חקיקה שהפך עונש חובה לעונש מרבי. במ"ח 3139/13 רחמיאן נ' מדינת ישראל



(25.5.2014) (להלן: מ"ח רחמיאן) המבקש הגיש בקשה למשפט חוזר בעקבות תיקון החקיקה שהוזכר לעיל, שבמסגרתו נחקק סעיף 300 לחוק העונשין, ועונש החובה של מאסר עולם בגין עבירת הרצח הפך לעונש מרבי בנסיבות של אחריות מופחתת. המבקש שם טען לקיומן של שתי עילות - חשש מפני עיוות דיון וקיומן של ראיות שטרם הוצגו בהליך הפלילי. בכל הנוגע לעילה של חשש מפני עיוות דיון, ובעקבות הפסיקה הקודמת שהוזכרה, המשנה לנשיא מ' נאור דחתה את הבקשה מן הטעם שלא ניתן לקיים משפט חוזר ביחס לעונש לפי עילה זו (פסקאות 9-11, 25). עוד צוין כי הכרעה זו עולה לא רק מלשון החוק, אלא גם מדברי ההסבר לחוק והליך החקיקה שנערך. לפיכך נדונו טענות המבקש שם לגופן רק ביחס לעילה של קיום ראיות חדשות - עילה שלא הוצגה בענייננו.

כאן אמנם ביקש אחד המבקשים לטעון שלא מדובר רק בבקשה להתערב בעונש, אלא גם בהרשעה עצמה, בטענה שהפיכת עונש החובה לעונש מרבי משנה למעשה גם את פניה של עבירת הרצח ואת ה"תיג" שלה. לטענה זו אין בסיס. בשונה מביטולן של עבירות ישנות וחקיקתן של עבירות המתה חדשות - כגון ביטול עבירת ההריגה וחקיקת העבירה של המתה בקלות דעת - עבירת הרצח לא הפכה לעבירה "חדשה" ושונה. תיגו של מי שיורשע לאחר הרפורמה ברצח בכוונה יהיה כתיגו של המבקש: שניהם יהיו מורשעים ב"רצח", ככתרת העבירה שלא השתנתה. הרפורמה לא נועדה לשנות, בהקשר זה, את תיג העבירה אלא לאפשר פסיקת עונש מקל יותר במקרים המתאימים. המיקוד הוא בעונש ולא בהרשעה. דברים דומים קבעה המשנה לנשיא נאור במ"ח רחמיאן, שם נטען כי הפיכת עונש החובה לעונש מקסימום בנסיבות של אחריות מופחתת - משנה לא רק את עונשו של מי שהמית בנסיבות כאלה, אלא גם את ה"תיג" שנלווה לעבירה. ואולם נפסק כי "סעיף 300 מאפשר לגזור עונש מופחת בגין עבירת הרצח. הסעיף אינו מאפשר להעמיד לדין את המבצע בגין עבירה חמורה פחות... הנה כי כן, אף אם אכן משפיע סעיף 300 גם על מישור האשמה הנורמטיבית, כטענת הסנגוריה הציבורית - ואיני מכריעה בכך - מצביעה ההיסטוריה החקיקתית של הסעיף על כך שהשפעתו הנורמטיבית מסתכמת למישור העונש בלבד. אין אפוא בסיס לטענה כי יש להתייחס אל הבקשה שבפני לקיום משפט חוזר ככזו שעניינה עצם הרשעתו של המבקש. עניינה הוא בעונש שהוטל עליו - הא ותו לא" (שם, פסקה 10). הבקשות שלפני אינן מתמקדות אפוא במישור ההרשעה ברצח, שבה לא נטען כי יש להתערב. עניינן של הבקשות הוא בעונש שיש לגזור על המבקשים. כפי שנראה להלן, מעבר ללשון החוק והפסיקה שהוזכרה, הדברים עולים גם מההיסטוריה החקיקתית ומתכליות הדין. אלה תומכים בכך שאין לקיים משפט חוזר - שלא על יסוד ראיות או גילויים חדשים ביחס לתיק ספציפי - אך ורק ביחס לעונש, בנסיבות כמו אלה שלפנינו.

7. הליכי החקיקה. הדיונים השונים שנערכו קודם לחקיקת הרפורמה בעבירות ההמתה מלמדים כי ההכרעה בע"פ רחמיאן עמדה לנגד עיני המחוקק בעת עיצוב הוראות המעבר של התיקון, לרבות שקילת האפשרות של דיון מחדש בעונש בתיקי רצח באמצעות בקשה למשפט חוזר (ראו למשל פרוטוקול ישיבה מס' 752 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-20, עמודים 12, 23 (31.12.2018)). מדיוני ועדת חוקה, חוק ומשפט עולות ארבע נקודות.

ראשית, הכוונה הייתה למנוע מצב שבו יתקיים משפט חוזר בכל הרשעה ברצח שקדמה לתיקון החוק, שבמסגרתו יטען הנאשם שהורשע כי יש להקל בעונשו בעקבות הרפורמה (שם, עמודים 24, 37). שנית, הוכרה האפשרות לקיים משפט חוזר בעילה של חשש מפני עיוות דיון במקרים מסוימים, וגם כאלה שלא הייתה אליהם התייחסות מפורשת בהוראות המעבר או בדין הכללי. לאמור, ההליך של משפט חוזר בעקבות תיקון החוק לא נשלל לגמרי (שם). שלישית, המקרים שנתפסו בדיוני הוועדה ככאלה שעשויים לעורר חשש מפני עיוות דיון אינם מן הסוג שלפנינו, דהיינו הרשעות ברצח שבהם הוגשה בקשה להקל בעונש. המקרים החריגים שהוזכרו מתאפיינים בהצדקה להתערב גם בשינוי סעיף ההרשעה, ולא רק בסוגיית הענישה. למשל, הוצגה דוגמא למקרה שבו אדם הורשע לפני תיקון 137 בעבירת ההריגה, וניתן היה לגזור עליו עד 20 שנות מאסר. נניח שהנאשם נדון ל-14 שנות מאסר. לאחר תיקון החוק עבירת ההריגה אינה קיימת עוד,



וחלק מהמקרים שבאו בגדרה באים כעת בגדר העבירה של המתה בקלות דעת, שהעונש המרבי שקבוע בצידה הוא 12 שנות מאסר. ניהן שבדוגמא שלנו עולה מנסיבות המקרה כי על פני הדברים ההמתה נעשתה בקלות דעת. במקרה כזה אין התערבות "אוטומטית" בעונש וקיצורו ל-12 שנות מאסר מכוח הדין הכללי, שכן לא מדובר בהפחתת העונש במסגרת אותה עבירה, אלא שינוי של העבירה עצמה. לפי הדין בוועדה, מקרה מעין זה עשוי להצדיק, בנסיבות המתאימות, קיום משפט חוזר ושינוי של סעיף ההרשעה והעונש (שם, עמודים 23-25). דוגמא נוספת שהובאה בדיוני הוועדה עסקה במי שהורשע בהריגה ונדון לעונש גבוה מ-15 שנות מאסר, במקרה שבו לפי נסיבות העניין יש הצדקה להמיר את סעיף ההרשעה לעבירה של המתה בנסיבות של אחריות מופחתת לפי סעיף 301ב(א), עבירה שעונשה המרבי הוא 15 שנה (שם, בעמודים 17-18). רביעית, ובדומה לנקודה הראשונה: לצד הדוגמאות שהובאו, שבהן "עיוות הדין" מתבטא לא רק בעונש אלא גם בעבירה שבה הורשע הנאשם, צוין במפורש כי הכוונה אינה לאפשר משפט חוזר למי שהורשע ברצח וטוען כי יש לדון מחדש בשאלה האם מדובר ברצח בנסיבות מחמירות או ב"רצח סתם" ולהקל בעונשו על רקע זה (ראו למשל שם, בעמודים 17, 31).

ניתן לראות כי במסגרת הליכי החקיקה התפישת הייתה ששינוי של החקיקה, בדרך של הפיכת עונש חובה לעונש מרבי, אינו פותח את הפתח לגזירת העונש מחדש בהליך של משפט חוזר ובעילה של חשש מפני עיוות דין.

8. תכליות הדין. כזכור, הכלל שנקבע בסעיף 5(ב) לחוק העונשין הוא כי אם העונש שנגזר על נאשם עולה על העונש המרבי החדש של העבירה - יש "לחתוך" את העונש כך שיתאים לעונש המרבי החדש. יישום כלל זה על עניינם של המבקשים מוביל לכך שלא ניתן לקצר את עונשם. בטרם נידרש לשאלה אם קיים חריג לכלל, באמצעות הליך של משפט חוזר בעילה של עיוות דין, יש לעמוד על הגיונו של הכלל עצמו. ניתן להקשות ולשאול: מדוע לא לקבוע כלל של גזירת העונש מחדש בעקבות שינוי החוק? הרי אם עונש חובה הפך לעונש מרבי, ברי כי לפחות חלק מהמורשעים היו נדונים לעונש נמוך מהעונש המרבי, ולא מדובר בתרחיש תיאורטי או רחוק. מדוע אפוא הותר העונש על כנו אינה פוגעת בעקרונות הדין הפלילי? התשובה לכך הוצגה בידי הנשיא (בדימ') א' ברק, שאיתו הסכימו הנשיאה ד' ביניש והמשנה לנשיאה א' ריבלין:

"סעיף 5(ב) ל-21#; ביקש לאזן בין שני שיקולים מרכזיים. מצד אחד ביקש להחיל את הנורמות הפליליות המקובלות בחברה בעת הענישה... ביסוד מטרה זו מונחים שיקולים של צדק. מצד שני, ביקש סעיף 5(ב) לקיים את עיקרון סופיות הדין. לכל התדיינות משפטית יש סוף... נקודת האיזון שנבחרה בסעיף 5(ב) לחוק העונשין החילה את הנורמה הפלילית העדכנית אף על הליכים שהסתיימו בפסק דין חלוט תוך העדפת שיקול הענישה העדכנית על פני סופיות הדין. אך זאת עד גבול מסוים. הגבול הוא גבול השינוי שאין בו הפעלת שיקול דעת שיפוטי... על כן, אין לפרש את סעיף 5(ב) תוך זניחת שיקול הסופיות באופן מוחלט. פרשנות כזו איננה עולה בקנה אחד עם תכליתו של סעיף 5(ב) לחוק העונשין" (ע"פ רחמיאן, פסקה 10).

כאמור, באותו עניין נדון תיקון חקיקה דומה לזה שלפנינו - הפיכת עונש חובה לעונש מרבי. הסעיף משקף, אם כן, איזון ראוי בין עקרונות של צדק ביחס לנאשם לעקרון סופיות הדין, ואת ההכרה בכך שלא מוצדק "לפתוח" באופן גורף הליכים פליליים רבים שהסתיימו זה מכך, רק מכיוון שהמחוקק קבע עונש שונה לעבירה קיימת. הדגש הוא על המילה "לפתוח". רוצה לומר, כי אם מדובר בהנמכת העונש המרבי, למשל מ-15 שנות מאסר ל-12 שנות מאסר, ואם נדון הנאשם, למשל, לעונש המרבי הקבוע בחוק - או אז יכול בית המשפט, כמעין אקט מינהלי, להתערב בגזר הדין ולקבוע עונש אחר. ובדוגמא שהובאה - לגזור את העונש המרבי החדש: 12 שנים ולא 15 שנים. לעומת זאת, כאשר תיקון החקיקה הופך עונש חובה לעונש שבשיקול דעת, יישום התיקון על עניינו של נאשם שנגזר דינו אינו קובע בהכרח תוצאה



עונשיתאחרת. הכרעה בשאלה האם יש להטיל עונש אחר מהעונש שהוטל בעבר כעונש חובה מחייבת לקיים דיון נוסף, עם שמיעת טענות, כדי להחליט האם להטיל את העונש המרבי או שמא עונש אחר. אף יתכן שיתקיים הליך נוסף במסגרת ערעור של אחד הצדדים על התוצאה. האיזון בין הסופיות לשיקולי הצדק שבהחלת הנורמות הפליליות החדשות על הנאשם משתנה. לכן ניתן להבין מדוע רצה המחוקק להבחין בין מצב של הנמכת העונש והתערבות "אוטומטית" באורך תקופת המאסר, ובין מעבר מעונש חובה לעונש מרבי.

עד כאן הכלל החקוק, ומכאן נשוב לסוגיית החרג. ההליך של משפט חוזר מכיר אמנם במקרים יוצאי דופן, שבהם יתקיים משפט חוזר למרות עקרון סופיות הדיון. אולם – וזהו העיקר לענייננו – בתורת חריג, ההליך של משפט חוזר אינו מתאים למקרים הרגילים ואין להפכו לכלל. דא עקא שקבלת טענות המבקשים תוביל לכך שכמעט כל הרשעה ברצח – ובלבד שלא ברור כבר על פני הדברים כי מדובר ברצח בנסיבות מחמירות – תצדיק קיום משפט חוזר. לכך שתי סיבות.

9. ראשית, המבקשים תולים את יהבם על אמירות אגב מצד אחד או כמה משופטי ההרכב בפסק הדין בערעור שניתן בעניינם, אך ספק אם מבחן "הערת האגב" מסייע להבחין בין מקרה שנופל לגדר הכלל ומקרה שהוא בגדר חריג. זאת שכן אם בית המשפט לא הוסיף הערות אגב בגזר דין שהטיל עונש חובה, לא ניתן ללמוד מכך שלא היה מקל בעונש אם היה רשאי לעשות כן. פעמים רבות בית המשפט מסתפק בהטלת עונש החובה שכן זו האפשרות היחידה שניצבת לפניו, ולכן אין הוא סבור כי יש טעם לדון בשאלה התיאורטית מה היה העונש הראוי לו היה ניתן לו שיקול דעת (ראו למשל גזר הדין בע"פ 28/49 זרקא נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד ד 504 (1950)). קבלת עמדת המבקשים תחייב אפוא לדון כמעט בכל מקרה שבו בית המשפט הסתפק בהטלת עונש החובה, גם אם לא הוסיף הערת אגב לעניין העונש. ייווצר, למעשה, כלל הפוך מן הכלל שנקבע במפורש בדין. הערת אגב בהקשר זה כשמה כן היא – אמירה לא מחייבת של בית המשפט, ביחס לעמדה שלא נדרשת לשם ההכרעה ואינה בעלת נפקות אופרטיבית באותו הליך. לכן הערה כזו של שופט אחד במותב לא מחייבת התייחסות של שני השופטים הנוספים במותב.

שנית, ניתן להניח – והעתיד יוכיח – כי יהיו נאשמים שיורשעו ב"רצח" שלא בנסיבות מחמירות, אשר יזכו לעונש קל ממאסר עולם. יתכן שיהיו נאשמים רבים מעין אלה ויתכן שמספרם יהיה מועט יחסית. לא עת להכריע בכך. לכל הפחות, ניתן להניח שבכל תיק מעין זה ינהג הסנגור לטעון כי יש בסיס לסטייה מהעונש המרבי בהתחשב בנסיבות הפרטניות של המעשה והעושה. אם המבחן לקיום משפט חוזר יהיה אפוא קיומה של אפשרות להקלה בעונש, נמצאנו – בניגוד לכוונת המחוקק – מקיימים משפט חוזר ביחס לכל רצח שאינו בנסיבות מחמירות. החרג לא יהיה עוד חריג, והכלל לא יהיה כלל. המסקנה היא שאם נקבל את עמדת המבקשים, יהיה על בית המשפט לקיים משפט חוזר ולהידרש מחדש לענישה במרבית ההרשעות ברצח, בניגוד לדין הכללי ולתכליתו.

10. הגענו לחלק השני של טענות המבקשים – הרובד הפרטני – שעוסק בנסיבות הספציפיות של הרשעתם. דיון זה הוא, כאמור, מעבר לנדרש, שכן בכל מקרה מסקנתי היא כי לא ניתן – במסגרת העילה של עיוות דין – לקיים משפט חוזר שכל תכליתו להקל בעונשו של נאשם, ולו לאחר תיקון חקיקה. מכל מקום, המבקשים טענו גם ביחס לעניינם הפרטי, ובנסיבות אלה אתייחס לכך בקצרה. סבורני כי התייחסות זו תדגים את הקושי להכיר בקיומם של חריגים לכלל לפיו אין לקיים משפט חוזר ביחס לעונש מכוח העילה של עיוות דין.

המבקש במ"ח 8786/20 הורשע בדקירת אדם בכוונה תחילה למוות בנסיבות הבאות: המבקש וחבריו הרעישו בפארק



עירוני והפריעו את מנוחת השכנים. אחד השכנים ירד לעברם והמבקש התקרב לעברו כשהוא נכון להתעמת איתו. במהלך העימות נגח השכן בראשו של המבקש, ובתגובה שלף האחרון סכין ודקר את השכן באזור הלב מתוך החלטה להמיתו. הדקירה הובילה למות המנוח באופן כמעט מיידי (ע"פ 2760/14 אוחין נ' מדינת ישראל (07.10.2015)). המבקש ציין כי בפסק הדין בערעור הזכירו שופטי ההרכב את הרפורמה בעבירות ההמתה, ואת האפשרות שאם הייתה נכנסת לתוקף באותו מועד היה המבקש מורשע ב"רצח בכוונה" ולא ב"רצח בנסיבות מחמירות". ברם – ומעבר לקושי שהוזכר לעיל להסיק מסקנה מהערת אגב או מהעדרה – שניים משופטי ההרכב לא נטעו כל מסמרות בעניין, אלא הסתפקו בקביעה עקרונית כי המקרה ממחיש את הצורך ברפורמה שתבחין בין דרגות שונות של רצח, מבלי להתייחס באופן ממצה למקרה הנוכחי או לענישה האינדיבידואלית לאחר הרפורמה (שם, פסקה 75 לחוות דעתה של השופטת ד' ברק-ארז; פסקה ה לחוות דעתו של המשנה לנשיאה א' רובינשטיין).

אשר למבקש במ"ח 3907-21, הוא הורשע ברצח לאחר שירה בשני אנשים, שאחד מהם מת מפצעיו. ברקע – היותו של המבקש מאבטח שסבל מ"בריונות" של המנוח וחבריו. בעקבות זאת, והגם שלא נשקפה למבקש סכנה מצד הבריונים, הוא החליט להמית את המנוח וירה בו מספר פעמים (ע"פ 6386/12 עמנואלוב נ' מדינת ישראל (06.12.2015)). כפי שעולה מתיאור זה, קיימת תהייה האם אכן סיווג הנכון של העבירה כיום הוא "רצח" או "רצח בנסיבות מחמירות" – ולא אביע עמדה ביחס לסוגיה. כך או כך, המבקש הפנה אמנם לדברי אחד השופטים בפסק הדין, לפיהם לו היה הדבר אפשרי מבחינת הדין היה מקל בעונשו. ברם, גם לפי השופט שכתב כי ראוי היה לגזור עונש קל יותר, צוין כי "ראוי המערער, וכך מתחייב מעקרון קדושת החיים – לשנים ארוכות מאד מאחורי סורג ובריח. ברם, מאסר עולם, דומני, הוא עונש חמור יתר על המידה בנסיבות העניין, ואינו מבטא די הצורך את המצוקה הקשה שהמערער נקלע אליה... אילו נמצאנו בעידן שלאחר עיגון התיקון בחקיקה, דומני כי ניתן היה להגיע לתוצאה מאוזנת יותר" (פסקאות 50-52 לחוות דעתו של השופט נ' סולברג). גם לפי הגישה שראוי היה להקל בעונש, יש הבדל בין הקלה בעונש לקביעה לפיה העונש חמור במידה שעולה לכדי עיוות דין – קביעה שאינה בנמצא כאן. ונזכיר כי קביעת המחוקק בסעיף 5(ב) לחוק העונשין היא כי האפשרות של הקלה בעונש בעקבות שינוי חקיקה אינה מצדיקה לקיים משפט חוזר ביחס לגזר הדין, וההקלה מוצדקת רק אם ניתן לבצעה בדרך של קיצור מינהלי טכני ואוטומטי. ומכל מקום, שופטת אחרת הסתייגה מהערה זו במפורש, בצינה כי "איני שותפה לדעתו של חברי כי העונש שגזר בית המשפט המחוזי על המערער הוא חמור יתר על המידה", ואילו השופט השלישי בהרכב לא הביע עמדה מפורשת ביחס להערת האגב (שם, פסקה 2 לחוות דעתה של השופטת ע' ברון, חוות דעתו של השופט י' דנציגר).

כאמור, ההתייחסות לנסיבות אינה נדרשת לשם ההכרעה. ברם – ואם כבר עלה העניין בטענות הצדדים – יש בה כדי להדגים את ההכרעה דלעיל: הכרה בקיומם של מקרים חריגים, שבהם ניתן יהיה לקיים משפט חוזר ביחס לעונש בלבד, אך ורק נוכח תיקון החוק – הייתה מביאה לפתיחת תיקים רבים, אם לא רוב התיקים הרלוונטיים לתיקון. מכך ביקש המחוקק במפורש להימנע.

11. המסקנה היא כי אין מקום לקיים משפט חוזר בענינים של המבקשים. לא ניתן לקיים משפט חוזר בעילה של "חשש מפני עיוות דין" בנסיבות מעין אלה, שמתייחסות אך ורק להפיכת העונש של מאסר עולם מעונש חובה לעונש מרבי.

סוף דבר, הבקשות נדחות.



ניתנה היום, ג' בכסלו התשפ"ב (7.11.2021).

המשנה לנשיאה
