



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פלייים

ע"פ 1426/12

לפני : כבוד השופט ס' גיבראן
כבוד השופט נ' הנדל
כבוד השופט נ' סולברג

המערער : אחמד מוזפר

נגד

המשיבה : מדינת ישראל

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי ירושלים
בתיק פ"ח 318/10 שניתן על ידי סגן הנשיאה צ' סגל,
והשופטים מ' דרורי ומ' יועד הכהן.

בשם המערער : עו"ד עאטף פרחאת

בשם המשיבה : עו"ד עדי שגב

פסק-דין

השופט נ' הנדל:

1. מונח לפנינו ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בירושלים (תפ"ח 318-10, סגן הנשיאה צ' סגל, וכב' השופטים מ' דרורי ומ' יועד הכהן), אשר הרשיע את המערער בדעת רוב בעבירת רצח לפי סעיף 300(א)(2) לחוק העונשין, התשל"ז-1977. זאת בהתאם להודאתו של המערער, ולאחר שנדחתה טענתו כי לא הוכח יסוד היעדר הקנטור בעבירה. על המערער הוטל עונש החובה של מאסר עולם הקבוע בחוק. הערעור מופנה כלפי הכרעת הדין.

רקע עובדתי

2. המערער והמנוחה התחתנו בשנת 1997 ונולדו להם שבעה ילדים. בסוף שנת 2009 פרץ סכסוך בין השניים בשלו עזבה המנוחה את ביתם המשותף ועברה להתגורר בבית הוריה. המנוחה חזרה לבית המשפחה ביום 27.01.10. על פי כתב האישום,

יומיים לאחר מכן בסמוך לחצות התגלעה מריבה בין המנוחה למערער. במהלכה יצא המערער מחדר השינה לחדר אחר, נטל גרזן וסכין, שיסף את גרונה של המנוחה ודקר אותה. מעשים אלה גרמו למותה.

נגד המערער הוגש כתב אישום שייחס לו ביצוע עבירת רצח בכוונת תחילה לפי סעיף 300(א)(2) לחוק העונשין. המערער הודה במרבית העובדות המפורטות בכתב האישום. יריעת המחלוקת בין המאשימה למערער הייתה בנוגע להתקיימותו של רכיב היעדר הקנטור מצד המנוחה עובר להריגתה. המאשימה טענה כי המערער פעל מתוך כוונה תחילה. בתשובתו לכתב האישום טען המערער כי הוא קונטר על ידי המנוחה ולכן לא מתקיים בו היסוד הנפשי הנדרש להרשעה בעבירת הרצח. על כן ביקש להרשיעו רק בעבירת הריגה לפי סעיף 298 לחוק העונשין.

גרסת המערער כפי שפורטה בפסק דינו של בית המשפט המחוזי היא כי מספר חודשים קודם לאירוע החלה המנוחה לנסוע מדי יום לרמאללה. באחד הימים עקב אחריה המערער וחזה בה נפגשת עם גבר אחר המשרת במשטרה הפלסטינית ועונה לשם עבדאללה כשהיא עירומה והוא בלבוש תחתון בלבד. בסמוך לאחר מכן, נמלטה המנוחה לבית הוריה. עקב קשייו של המערער לטפל בילדיהם, הוצאו ארבעת ילדיהם הקטינים מהבית בצו חירום. לאחר חודשיים, חזרה המנוחה לביתם המשותף. בהודעתו הראשונה במשטרה מסר המערער כי המנוחה חזרה לאחר שהוא הפציר במנוחה לחזור לביתם. בהודעותיו המאוחרות יותר וכן בעדותו במשפט אמר כי אחיה של המנוחה תפסו אותה והחזירו אותה בכוח לביתם. לדברי המערער, עם שובה לבית המשיכה המנוחה להשפילו ולדחות את קרבתו. ביחס לערב האירוע תיאר המערער כי לאחר שובו מהתפילה המנוחה לא חדלה לקלל אותו ולומר לו שאינו "גבר" ושהוא מסריח. לדבריו, המנוחה שוחחה בטלפון עם עבדאללה מולו, קבעה להפגש עימו למחרת היום ולאחר מכן סנטה במערער שאינו יכול לגרום לה הנאה מינית וכי איבר מינו קטן משל מאהבה. בסמוך לכך הרג אותה המערער. המדינה לא חלקה על גרסתו של המערער לפיה האמין שהמנוחה בוגדת בו וכן שהתקיימה עובר לרצח שיחת טלפון בין המנוחה ובין מי שהמערער חשב שהוא מאהבה, נוכח אי יכולתה להפריכם.

פסק דינו של בית המשפט המחוזי

3. בית המשפט המחוזי הרשיע בדעת רוב את המערער ברצח בכוונה תחילה כנגד דעתו החולקת של כב' השופט מ' דרורי. שופטי ההרכב בבית המשפט המחוזי נחלקו בהכרעתם באשר להתקיימותו של רכיב היעדר הקנטור ביסוד הנפשי בעבירת הרצח, ובפרט ביחס למבחן הסובייקטיבי של קנטור – האם התנהגותה של המנוחה השפיעה

בפועל על המערער עד כי גרמה לביצוע המעשה מבלי לחשוב על תוצאות מעשיו. לא הייתה מחלוקת בין שופטי ההרכב ביחס לקיומן של יתר רכיבי העבירה.

חוות דעת הרוב (מפי סגן הנשיאה צ' סגל ובהסכמת השופט מ' יוענד הכהן) יישמה את שני המבחנים לבדיקת היעדר קנטור. במסגרת המבחן הסובייקטיבי דעת הרוב התייחסה ליחס בין מידת ההתגרות של המנוחה ובין התגובה הקטלנית של המערער, לסמיכות הזמנים ביניהם, ולשאלה האם משקלם הכולל של מעשי המנוחה עולים כדי קנטור מצטבר. נפסק כי הדברים שאמרה המנוחה למערער בסמוך למעשה הקטלני אינם מהווים קנטור כמובנו בפסיקה היות שהם אינם מפתיעים או פתאומיים. סגן הנשיאה דחה את גרסת המערער לפיה האמין שעם חזרתה לבית המשותף, המנוחה היתה מעוניינת לפתוח עימו בדף חדש, אלא נקבע שהמנוחה הטיחה במערער עוד ועוד השפלות וגידופים ביומיים אלו. מכך הסיק בית המשפט המחוזי שהאירוע המקנטר הדרמטי התמצה בדבריה של המנוחה אודות איבר מינו של המערער לעומת של מאהבה. על רקע מערכת הנסיבות בין השניים, נקבע שאמירה זו של המנוחה אינה מהווה אמירה יוצאת דופן או חורגת בבוטותה מהדברים המעליבים שאמרה למערער בימים ובחודשים שקדמו. משמעות הדמיון בין הדברים האחרונים שנאמרו בתכוף למעשה ההמתה ובין אירועים קודמים הוא שאין האחרונים בעלי מעמד עצמאי כדי לגרום לאדם לאבד את עשתונותיו. לכן אף אם לא התגבשה בליבו של המערער החלטה להרוג את המנוחה לפני כן, לא חל כלל הקנטור המצטבר.

דעת הרוב לא קיבלה את טענת המערער כי נוכח בעיותיו הרגשיות, דבריה האחרונים של המנוחה היו בעלי אופי מקנטר מנקודת מבטו. נכתב שעולה מדבריו כי זהו פקטור אחד מיני רבים שהובילו למעשה הרצח, וכי ממילא עיקר הקושי הרגשי של המערער נבע מנטישתה ובגידתה של המנוחה ששחזרו את תחושת הנטישה בילדותו. עוד נקבע שאין להקיש מהקבוע בעניין אזורלוס למקרה דנן (ע"פ 3071/92 אזורלוס נ' מדינת ישראל פ"ד נ(2) 573 (1996) (להלן: עניין אזורלוס). בעוד שבעניין זה אוששו סופית חשדותיו של המערער לגבי בגידת אשתו רק לפני מעשה ההמתה, המערער בעניינו ידע בוודאות שהמנוחה בוגדת בו ואף חזה בה ובעבדאללה במצב אינטימי ביותר כבר כחודשיים לפני אירוע ההמתה.

חרף המסקנה שדברי המנוחה אינם מקיימים את רכיבי המבחן הסובייקטיבי, התייחסה דעת הרוב בבחינת למעלה מן הצורך ליסוד הקנטור האובייקטיבי. הוזכר כי בניגוד לגילוי מעשה בגידה, אמירות מעליבות בין בני זוג לרבות אלו הנוגעות למערכת היחסים ביניהם, לא הוכרו בפסיקה כמקימות את הפן האובייקטיבי של קנטור מאחר

שהן אינן מביאות לכדי רתיחת יצרים. גם טענות בדבר השפעת אמירות אודות תפקוד מיני על נאשם כבר נדונו ונדחו בפסיקה בהקשר זה. דעת הרוב דחתה את טענת הסנגור ופסקה שאין מקום להכניס רכיבים סובייקטיביים בתוך המבחן האובייקטיבי של קנטור לאחר הדיון בסוגיה בפסק הדין בדנ"פ 1042/04 ביטון נ' מדינת ישראל, פ"ד סא(3) 646 (2006)(להלן: דנ"פ ביטון). על כן, מצא בית המשפט שהמאשימה עמדה בנטל להוכיח היעדר קנטור והרשיע את המערער בעבירת הרצח לפי סעיף 300(א)(2) לחוק העונשין.

השופט מ' יועד הכהן שהצטרף לעמדת סגן הנשיאה הוסיף כי אמירתה האחרונה של המנוחה אודות איבר מינו של המערער לא היתה האמירה המרכזית שהובילה אותו לבצע את מעשה ההמתה, זאת גם נוכח העובדה שהיא לא הועלתה על-ידו באופן ספונטאני בהודעתו הראשונה. בבחינת האמירה האחרונה כמכלול יחד עם אמירותיה הפוגעניות הקודמות והתרחשויות העבר, סבר השופט יועד הכהן שלא ניתן לראות בה כבעלת פוטנציאל קנטור עצמאי סובייקטיבי לאחר שהמערער ראה קודם לכן כמו עיניו את מעשה הבגידה של המנוחה עם עבדאללה. גם בהיבט האובייקטיבי ציין השופט יועד הכהן כי מאחר שההתגרות של המנוחה היתה מילולית בלבד להבדיל מחזותית, לא התקיים הקנטור האובייקטיבי הנדרש.

מנגד, סבר השופט מ' דרורי כי אמרתה של המנוחה בנוגע לאיבר מינו של המערער מהווה מעשה קנטרני בדרגה גבוהה ביותר, הן על פי המבחן הסובייקטיבי והן לפי המבחן האובייקטיבי. זאת, כך קבע השופט דרורי, על רקע אמונתו של המערער כי עם שובה של המנוחה להתגורר בביתם המשותף יפתח דף חדש ביחסים ביניהם. התקיימותו של היסוד הסובייקטיבי נובעת מעוצמת הפגיעה הגבוהה של אמירה זו בגבריותו של המערער ובאישיות האדם. משקלה של הפגיעה אינו פוחת רק משום שקודם לכן ידע המערער שאשתו בגדה בו, בשונה מהנסיבות בעניין אזואלוס. המוקד אינו מושם על גילוי הבגידה אלא על עוצמת הפגיעה באישיות. לגישת השופט דרורי, בכך נבדלת אמירה זו מהאמירות הקודמות של המנוחה ומקנה לה אופי מקנטר. לפי עמדת המיעוט מתקיים גם יסוד הקנטור האובייקטיבי. נכתב שהאדם מן הישוב שימצא "בסיטואציה שאשתו הבוגדת חוזרת הביתה אל שלום בית, ומסרבת לקיים עימו יחסי אישות, ועושה כן תוך שיחה טלפונית עם המאהב, והטחה בפני הבעל כי איבר מינו קטן מזה של המאהב...נכללת בתוך ד' האמות של הקנטור". על כן הסיק השופט דרורי כי יש להרשיע את המערער בעבירת הריגה, על פי סעיף 298 לחוק העונשין, ולזכותו מעבירת הרצח.

4. המערער מפנה את ערעורו כלפי עמדת הרוב בהכרעת הדין, ומבקש לאמץ את עמדת המיעוט כי לא הוכח היעדר קנטור – יסוד נפשי שבלעדיו לא תיכון הרשעה ברצח. סנגורו המלומד של המערער מציג ארבעה ראשי טיעון ביחס לפן הסובייקטיבי של קנטור. לטענתו היה על בית המשפט המחוזי לקבוע שמעשיה ודבריה האחרונים של המנוחה עומדים בדרישת המידתיות במבחן הסובייקטיבי. באמתחתו טיעון נוסף לעניין המבחן האובייקטיבי.

טיעונו הראשון של המערער הוא כי שגה בית המשפט קמא בקביעתו העובדתית שגרסת המערער לפיה האמין שהמנוחה חזרה הביתה לחיות עימו בלב שלם באה לעולם לראשונה בעדותו בבית משפט המחוזי. למעשה, כך טוען, היא נמסרה על-ידו בסמוך לאחר האירוע, הן במשטרה והן בדיון בהארכת מעצרו. המערער גורס שעל רקע אמונתו זו, אין לקחת בחשבון את מעשה הבגידה של המנוחה בבחינת המידתיות בין מעשי המנוחה ובין תגובת המערער. לגישתו, לאחר שהמערער ציפה לפתוח דף חדש עם המנוחה, דבריה של המנוחה וכוונתה להמשיך לבגוד במערער עם המאהב מקיימים את דרישת המידתיות.

שנית, טוען המערער שנפלה שגגה בחוות דעת הרוב שקבעה כי מעשי המנוחה עובר לקטילה – בשיחתה עם עבדאללה בה קבעה להיפגש עימו למחרת ובהקניטה את איבר מינו של המערער – לא היו חריגים בבוטות שלהם ביחס לאירועים הקודמים. לטענתו, הטעות הינה עובדתית היות שהמנוחה לא שהתה בביתם המשותף בחודשיים שלפני האירוע, המערער לא נחשף לאמירותיה המעליבות ולשיחות הטלפון עם עבדאללה פעמים רבות. בנוסף טוען המערער ששגתה דעת הרוב גם מבחינה נורמטיבית שעה שלא הבחינה בין שלל אמרותיה של המנוחה ובין האמירה האחרונה. לטענתו, אמירה זו קיצונית בחריפותה, והוא מפנה לחוות דעתו של השופט דרורי בעניין זה.

שלישית גורס המערער ששגה בית המשפט קמא כשלא ייחס משקל לנתונו האישיים של המערער, כפי שעולים מחוות הדעת הפסיכולוגית שהוגשה, בבחינת סף הקנטור הסובייקטיבי שלו. לעמדת המערער, חוות הדעת של ד"ר מסאלחה מבהירה כיצד על רקע מצבו הרגשי של המערער בליל האירוע, דבריה האחרונים של המנוחה בנוגע לפגישתה למחרת היום עם עבדאללה הביאו את המערער לשיא יכולת הספיגה האישית שלו ולתגובתו הקטלנית באופן בלתי נשלט.

תמצית טענתו הרביעית של המערער לגבי המבחן הסובייקטיבי היא כי היה על בית המשפט לגזור גזירה שווה בין התוצאה בעניין אזוראלוס בו התקבלה טענת קנטור ובין עניינו. לטענתו, שגה בית המשפט בהבחינו בין נסיבות עניין אזוראלוס ובין נסיבות עניינו בתזמון גילוי הבגידה, שכן בשני המקרים הנאשמים לא קיבלו אישורים לחשדותיהם בעניין בגידת האישה לראשונה בסמוך לפני מעשה ההמתה, אלא קודם לכן. מוסיף וטוען המערער כי אמונתו של המערער שהשניים יפתחו דף חדש לאחר חזרתה של המנוחה לגור עימו מנטרלת את השוני בין עניין אזוראלוס ובין ביחס לזמן שחלף מאז גילוי הבגידה ועד מעשה ההמתה.

מוסיף המערער בטיעונו כי יש להכיר בעניינו בקנטור מצטבר על רקע מעשי ההתגרות הקודמים של המנוחה. לטענתו, מתקיימים כאן שני התנאים. האחד, כפי שקבעה גם דעת הרוב בבית המשפט קמא, לפני מעשה ההמתה לא התגבשה בליבו ההחלטה להרוג. השני, דבריה האחרונים של המנוחה מהווים קנטור עצמאי שהביא לביצוע מעשה ההמתה.

אשר ליסוד האובייקטיבי של הקנטור, טוען המערער כי שיחת הטלפון של המנוחה עם מאהבה ודבריה במהלך אותה שיחה אינם דומים לאמירות מעליבות שלא הוכרו כמקנטרות בפסיקה. בעקבות הבוטות שבהן, הן מביאות לידי הרתחת יצרים ומקיימות את הפן האובייקטיבי.

5. המדינה סומכת ידה על דעת הרוב בבית המשפט קמא לפיה הוכח מעבר לכל ספק סביר קיומו של היעדר קנטור, הן לפי המבחן הסובייקטיבי והן לפי המבחן האובייקטיבי.

המדינה מבקשת לדחות את טענות המערער לעניין היסוד הסובייקטיבי. לעמדתה, אין להתערב בקביעת בית המשפט קמא כי המערער היה מודע שהמנוחה שבה אליו לא מתוך אהבתה אליו ולא בלב שלם. המערער אינו מצביע על כל נימוק להתערבות ערכאת הערעור בקביעה עובדתית המבוססת על התרשמותו הבלתי אמצעית של בית המשפט מעדות המערער. בנוסף קביעה זו מעוגנת היטב בחומר הראיות. עוד מדגישה המדינה שצדקה דעת הרוב בבית המשפט המחוזי בקביעתה כי אמירתה של המנוחה לפני מעשה ההמתה - אף אם הייתה מעליבה - לא הייתה חריגה באופן מהותי מהתבטאויותיה ביומיים מאז שובה ועל כן אינה מקימה קנטור עצמאי. המדינה גורסת שיש לקחת בחשבון בבחינה זו את הנתון לפיו המערער ראה במו עיניו שהמנוחה בגדה

בו ובכל זאת התיר לה לשוב לביתם. במצב דברים זה, לטענתה לא היה בהתבטאותה האחרונה של המנוחה כל חדש. עוד מפנה המדינה להתנהגותו של המערער בסמוך לאחר מעשה ההמתה שאינה מעידה על התלהטות יצרים ואובדן שליטה: המערער התקשר למשטרה ומסר להם את מה שארע ואת כתובתו, הוא היה נראה בשליטה מלאה, הביע רצון לרצות את עונשו ואמר שכל אדם סביר היה עושה כמותו. לכן, לא התקיים היסוד הסובייקטיבי.

לעניין היסוד האובייקטיבי טוענת המדינה שאין להכיר מבחינה נורמטיבית בהתנהגות המערער כעומדת בתנאי הקנטור. חברה מתורבתת לא יכולה לגלות סלחנות לרצח של בעל כלפי אשתו אך בשל כך שהיא פגעה בגבריותו. מטעם זה, אין מקום להשוות את מקרנו לעניין אזולוטס בו הכיר בית המשפט בקנטור מאחר שהנאשם ביצע את המעשה מייד לאחר שצפה במעשה הבגידה - שכנו נושק לאשתו לרבות אמרת השכן "הנה זה אמת, אתה יכול לקפוץ". בענייננו, לעומת זאת המערער ביצע את הרצח בתגובה לעלבון שעלבה בו המנוחה זמן רב לאחר שידע שהיא בוגדת בו.

דיון והכרעה

6. להרשעתו של המערער בעבירת רצח לפי סעיף 300(א)(2) לחוק העונשין, נדרשה התביעה להוכיח כי הוא ביצע את מעשיו בהתקיימות יסוד נפשי של "כוונה תחילה". כוונה זו מתקיימת, כלשון סעיף 301(א) לחוק העונשין, אצל מי שממית אדם "בדם קר, בלי שקדמה התגרות בתכוף למעשה, בנסיבות שבהן יכול לחשוב ולהבין את תוצאות מעשיו".

קיומה של "התגרות" או בלשון השגורה יותר "קנטור" מצביעה שמעשה ההמתה לא בוצע בכוונה תחילה ואגב שיקול ויישוב הדעת, כי אם בספונטניות ובלהט היצרים מבלי שהנאשם יכול היה להבין את מעשיו (י' קדמי על הדין בפלילים (חלק שלישי) 1134 (2006)). הוכחתו של יסוד הקנטור פירושה שהאישום עשוי להיות מומר מעבירת רצח לעבירת הריגה, ובהתאם לא יוטל על הנאשם עונש חובה של מאסר עולם הקבוע לצד עבירת הרצח, אלא לכל היותר 20 שנות מאסר בפועל (עונש המקסימום לפי סעיף 298 לחוק העונשין). ההפחתה בעבירה מבטאת את ההכרה ב"חולשת הטבע האנושי", כי בנסיבות חריגות התגרות חמורה עשויה להוציא אדם משלוותו ולגרום לו לפעול תוך איבוד שליטתו. בכך נוצרת הבחנה בין "התגרות בתכוף למעשה" שמובילה לפרץ זעם לבין החלטה שקולה להמית אדם "בדם קר" שמצדיקה את הטלת אות הקין שנלווית לעבירת הרצח. ברי שאין בהכרת המחוקק באפשרות של נטילת חיי אדם עקב

התגרות מצד קורבן כדי להצדיק את מעשי הנאשם. אדרבא, המבצע מעשה כזה חוטא בחמורות שבעבירות בספר החוקים (ע"פ 8332/05 איטיקוב נ' מדינת ישראל 26.07.07)). אך לא ניתן להרשיעו בעבירת הרצח בכוונה תחילה.

הפסיקה פירשה את יסוד היעדר הקנטור ככולל בחובו מבחן כפול ומצטבר - סובייקטיבי ואובייקטיבי. רק בהינתן תשובה חיובית לשניהם יהיה מקום לקבוע כי בוצעה התגרות בתכוף למעשה (ע"פ 46/54 היועץ המשפטי לממשלה נ' סגל פ"ע יח 265, בעמ' 413, 430). המבחן הסובייקטיבי בוחן את השפעת מעשה ההתגרות על יסודו הנפשי של הנאשם הספציפי. דהיינו: האם עקב איבוד עשתונותו בהשפעת ההתנהגות המתגרה ביצע הנאשם את מעללו הקטלני (ע"פ 396/69 בנו נ' מדינת ישראל, פ"ד כד(1), בעמ' 579 (להלן: עניין בנו)). המבחן האובייקטיבי ממוקד ב"אדם מן הישוב" ושואל האם הוא היה פועל בדרך הקטלנית בה פעל הנאשם אילו היה נתון להתגרות דומה (ע"פ 686/80 סימן טוב נ' מדינת ישראל, פ"ד לו(2), 263 (להלן: עניין סימן טוב)). המבחן ראשון עובדתי ומעוגן בנסיבות האירוע הספציפי ובמצבו הנפשי של הנאשם, ואילו המבחן השני נורמטיבי, ועניינו בהצבת רף של סבירות למעשה הקנטור בהקשר לעבירת המתה (ע"פ 759/97 אליאבייב נ' מדינת ישראל פ"ד נה(3) 459, 467 (להלן: עניין אליאבייב)). לשון אחר, המבחן הסובייקטיבי בוחן האם הנאשם קונטר בפועל. אם התשובה נמצאת חיובית, המבחן האובייקטיבי בודק האם ראוי שהדין יכיר וייתן משקל לקנטור הסובייקטיבי.

טיעוני הצדדים בערעור התמקדו בשאלת קיומו של היסוד הסובייקטיבי, שכן על כך נסב עיקר המחלוקת בין שופטי הרוב ושופט המיעוט בבית משפט קמא. השאלה הינה האם מעשי המנוחה האחרונים – בשיחתה עם עבדאללה ודבריה אודות איבר מינו של המערער – מקיימים את היסוד הסובייקטיבי בקנטור, כהגדרתו בדין. המערער נסמך על עמדת שופט המיעוט שסבר כי האמירה האחרונה של המנוחה מצויה בגרעין הקשה של הקנטור הסובייקטיבי (פס' 17 לחוות דעתו של השופט דרורי). על כן, גם אנו נפתח בבחינתו של היסוד הסובייקטיבי.

7. מלשון סעיף 301 לחוק העונשין ברי כי המבחן הסובייקטיבי מחייב קיומה של התגרות. אך לא כל התגרות מגיעה כדי קנטור במובנו המשפטי (עניין אליאבייב, 475). עוצמתו של מעשה ההתגרות צריכה להיות כזו שתביא את המערער לידי ביצוע מעשה הקטילה באופן פתאומי וספונטני בנסיבות שבהן לא יכול היה לחשוב ולהבין את תוצאות מעשיו. אמנם, הפסיקה הכירה כי:

”ייתכנו מצבים שבהם אדם יהא נתון להתגרונות מתמשכות ומצטברות בהמשך תקופת זמן ארוכה, המביאות להעצמתם ההולכת וגוברת של רגשות זעם ותסכול, באופן שעל רקעם, ובעקבות מעשה התגרונות נוסף, מבצע האדם מעשה של המתה. גם בנסיבות אלה השאלה הניצבת היא אם אירוע ההתגרונות האחרון היה כעל עוצמה כזו שהוא, כעומד לעצמו, הביא את הנאשם למצב של אובדן עשתונות שבעקבותיו נגרר לביצוע המעשה” (עניין אליאבייב, בעמ' 475).

צא ולמד כי גם במקרה של התגרונות מצטברות, מוקד הדין הוא במעשה הקנטור האחרון, ואילו המעשים הקודמים עשויים לשמש, במקרה המתאים, כמעין רקע עובדתי. באיתורו של יסוד הקנטור הסובייקטיבי בכל מצב יש לבחון את היחס בין מידת הקנטור ובין עוצמת התגובה של הנאשם לקנטור.

בענייננו, הגעתי למסקנה כי לא התקיים במערער המבחן הסובייקטיבי לקיומה של התגרונות. די בכך כדי לדחות את טענת הקנטור וכפועל יוצא את ערעורו של המערער. ההתנהגות המקנטרת לה טוען המערער מתמצית במעשיה ואמרותיה האחרונות של המנוחה עובר להריגתה, קרי: שיחת הטלפון שערכה עם עבדאללה בה קבעה להיפגש עימו למחרת, והשוואתה בין איבר מינו לזה של המערער. דברים אלה באו על רקע עובדתי שעל מרביתו אינם חולקים הצדדים. מספר חודשים לפני יום אירוע ההמתה התעורר במערער החשד שהמנוחה בוגדת בו. באחד הימים, לאחר שחזה בה בעודה נפגשת עם עבדאללה, היכה המערער את שניהם. כשבועיים לאחר מכן, עקב המערער אחרי המנוחה לבית ברמאללה שם ראה אותה יחד עם עבדאללה כאשר הם מקיימים יחסים אינטימיים. באותו מעמד הכה המערער את עבדאללה, אך זה עצר אותו, ולקחו ל”מוקטעה” שם הוכה המערער, הושפל ואוים פן יספר על כך. בעקבות אירוע זה, המנוחה עזבה את בית המשפחה ועברה להתגורר בבית הוריה. גם עם שובה של המנוחה לבית, יומיים לפני האירוע, לא חזרה מערכת היחסים ביניהם לנורמאליות. לפי הודעת המערער הראשונה במשטרה, המנוחה לא הסכימה ללון עימו במיטה אחת או לקיים עימו יחסי מין. היא אמרה למערער כי היא אוהבת אדם אחר והביעה את רצונה למכור את ביתם ולעזוב אותו. היא עלבה במערער באומרה ”אתה לא גבר”, ”אתה יצאת מלב שלי”. לדבריו, המנוחה ”חזרה שהשכל שלה הפוך”. על רקע מערכת יחסים זו יש להבין את אירועי היום שבו בוצע מעשה ההמתה ואת דברי המנוחה.

אין ספק שמילותיה האחרונות של המנוחה פגעו במערער. אולם בצדק קבעה דעת הרוב שלא היה בהם כשלעצמם עוצמה כה חזקה שיש ביכולתה להוביל לאובדן העשתונות וחוסר יכולת לחשוב ולהבין את תוצאות מעשה ההמתה. אמרותיה אינן

מגלות חידוש ביחס למאורעות העבר. יחסיהם המעורערים של בני הזוג היו עובדה גלויה. המערער היה מודע ליחסיה של המנוחה עם עבדאללה. לא רק זאת, הוא חזה בשניים בסיטואציה אינטימית ביותר שאינה משאירה מקום לחשדות כלל. לאחר מחזה זה, ובמשך החודשים בהם שהתה המנוחה אצל הוריה, נמנע המערער מלהתעמת איתה. על פי עדות המערער, מאז שובה לביתם העלבותיה של המנוחה לא היו דבר חריג. עולה כי למעט אמרתה האחרונה אודות איבר מינו של המערער, לא היה דבר שונה באופן מהותי מהנאמר ביומיים ששהו יחד עובר לקטילתה. המנוחה הבהירה למערער כי היא מעדיפה להיות עם גבר אחר. לא פעם אחת אמרה לו כי היא אינה אוהבת אותו. עם חזרתה הצהירה כי לא תישן עימו באותה מיטה וכי אינה מעוניינת לקיים עימו יחסי אישות. ככל שאמירתה האחרונה אודות איבר מינו של המערער היתה קשה, פוגענית ומזלזלת, אין די בה כדי להוות קנטור. אמירה זו אינה פתאומית ומפתיעה באופן דרמטי. היא לא חרגה בצורה משמעותית מהתבטאויותיה שקדמו לה ומעשיה המופגנים של המנוחה. אמנם האמירה הופנתה כלפי המערער באופן אישי ונועדה להשפילו, אך מכאן ועד קנטור סובייקטיבי רב המרחק. זאת בפרט לנוכח הרף הגבוה של קנטור סובייקטיבי שנדרש מנאשם בפסיקה. דברים אלה מחזקים את מסקנת דעת הרוב שאין באמירתה האחרונה של המנוחה פוטנציאל קנטור עצמאי וחריג בעוצמתו הרבה יותר מהדברים קודמים שאמרה למערער.

מטעם זה גם בחינת דבריה האחרונים של המנוחה כהמשך למעשיה הקודמים שתחילתם בגילוי הבגידה שגרמו למערער צער ותסכול מצטברים אינם מובילים למסקנה שונה. אירוע ההתגרות האחרון הנטען אינו עומד בתנאי של קנטור מצטבר כיוון שאין לו מעמד עצמאי שיכול היה להביא את המערער למצב של אובדן עשתונות שבעקבותיו נגרר לביצוע המעשה.

8. המערער חולק על קביעת דעת הרוב לפיה הוא ידע שחזרתה של המנוחה לבית לא הייתה כדי לפתוח איתו דף חדש אלא רק בגלל ילדיהם שנמסרו למסגרות הרווחה, ולכן דבריה האחרונים של המנוחה בליל האירוע לא הכו אותו בתדהמה. הוא מבקש לאמץ את דעת המיעוט לפיה על פי ניסיון החיים ומכלול הנסיבות, המערער האמין במעמקי ליבו שנפתח דף חדש ביחסים ביניהם (עמ' 37 להכרעת הדין). לטענתו, יש בראייתו הסובייקטיבית לעניין מטרתה של חזרת המנוחה לבית המשפחה כדי להגדיל את מידת הקנטור בדבריה האחרונים של המנוחה.

אין לקבל טענה זו משלושה טעמים.

ראשית, אינני רואה להתערב בקביעת דעת הרוב כי המערער ידע שהמנוחה חזרה לביתם שלא מרצונה הטוב והחופשי. המדובר בקביעה עובדתית שאין ערכאת הערעור נוהגת להתערב בה למעט במקרים חריגים. לא נראה שזה אחד מהם. בית המשפט קמא שקל את גרסתו של המערער בבית המשפט מול גרסאותיו במשטרה ובדיון בהארכת מעצרו. ניכר כי בית המשפט המחוזי היה מודע למשמעותה של קביעה זו בגדר המבחן הסובייקטיבי. בית המשפט שמע והתרשם מהמערער באופן בלתי אמצעי. לאחר ניתוח הדברים הגיעה דעת הרוב למסקנה לפיה המערער לא סבר באמת ובתמים שהמנוחה חוזרת לחיות עימו בלב שלם.

שנית, הקביעה העובדתית מבוססת היטב. הכיצד הוכח שהמערער הבין כי המנוחה לא חזרה לביתם על פי התנאים אליהם שאף? התשובה מצויה באמרותיה החוזרות ונשנות של המנוחה. לא פחות חשובות מכך הן אמרותיו הנהירות של המערער עצמו בחקירה ובבית המשפט. המערער מציין את דבריו בדיון בהארכת מעצרו כמחזקים את אמונתו הסובייקטיבית שהמנוחה חזרה כדי לפתוח דף חדש:

”הלכתי לעזריה והלכתי לבית המשפט איתה היא בכתה בבית המשפט ורצתה את הילדים, אמרתי לה בסדר תחזרי לילדים שלך היא אמרה שהיא תחשוב לאחר חודשיים חזרה אומרת לי בטלפון אתה לא גבר, אין לך מילה, אתה יצאת מהלב שלי אני אוהבת משהו אחר, בא אח שלה הגדול נתנו לה מכות תפסו אותה והביאו אותה לבית שלי” (נ' 1/ש' 18-21).

לפי דברים אלו אכן אמר המערער שביקש מהמנוחה לחזור לביתם, אך עולה מהם שהמערער ידע גם ידע שהיא אינה חוזרת בנפש חפצה. המערער ידע שהמנוחה חזרה לבית המשפחה בעקבות האלימות שהפעילו כלפיה אחיה. הוא הבין שהמנוחה לא עברה תהליך של שינוי רגשי ורצון אמיתי לפתוח דף חדש. היא שמה את הסתייגויותיה מהמשך הקשר עימו על השולחן. המערער הבין שרגשותיה מעורבים וכי היא לא הניחה למערכת היחסים שלה עם עבדאללה. אמנם ייתכן והמערער קיווה שהיחסים ביניהם יסתדרו בהמשך הדרך, אך הוא גם הכיר בנתוני הפתיחה של המנוחה בעת שחזרה לביתם.

בנוסף, בעדותו בבית המשפט אמר המערער שלאחר שברחה המנוחה לבית הוריה הוא ”לא רוצה להחזיר אותה..לא רוצה אותה” (עמ' 34, ש' 1-2). בתגובה להפצרות משפחתה של המנוחה במהלך החודשיים בהם שהתה אצל הוריה הגיב המערער ”אני רוצה להתגרש. היא שטחים אני ירושלמי...אני לא רוצה אותה. לא רוצה

אותה בכלל. " המערער הסביר בדיון בבית המשפט כי לא יכול היה להגיד למשפחה של המנוחה את הסיבה האמיתית בגללה עזבה המנוחה את ביתו. גם בדבריו מהם עולה שהמערער אכן רצה שהמנוחה תחזור לביתם, ניכר שמטרתו העיקרית הייתה להחזיר את ילדיו מהמשפחה האומנת ולא משום ציפייה למערכת יחסים תקינה עם המנוחה. המערער תיאר כי אמר למנוחה "אני אביא אותך 'כדמה' [שפחה] לבית שלי". בהמשך חזר על כך ואמר שהוא רצה לפתוח דף חדש "לא בגללי בגלל ילדים שלי" (דיון מיום 3.11.10, עמ' 38 ש' 8), "חזרתי אותה [המנוחה] בגלל ילדים שלה" (עמ' 36, ש' 27). "אני אמרתי חזרת בגלל ילדים שלה. היא חזרה בגלל ילדים שלה כמו מזבלה יעני...לא מענין אותי שום דבר. רק להחזיר שלי מרווחה זהו." דברים אלה בעלי משמעות שכן אפילו אם ציפה המערער לשלום בית בשביל ילדיו, ניכר מהם שהוא היה מודע שהמנוחה אהבה אדם אחר ולא רצתה לחיות עימו, שלא חזרה לביתו בלב שלם אלא בגלל פחדה מאחיה הגדולים וכדי להשיב את ילדיהם.

שלישית, אף אם נקבל את גרסת המערער, נראה שדי בדברים שהוחלפו בין המערער למנוחה ביומיים מאז שובה כדי להבהיר שלא היה באמרתה עובר להריגתה משום אירוע ייחודי ודרמטי שהמם את המערער עד כדי ביצוע מעשה הקטילה הקיצוני. המערער העיד בעצמו כי מאז שחזרה המנוחה, לא חדלה לדבר עליו רעות, לרבות העלבות הקשורות לגבריותו. המנוחה אמרה לו "אתה לא בעלי אתה לא כלום" (ת/3 עמ' 1 ש' 18-19) "אתה כמו אישה" (ת/3 עמ' 3 ש' 13-14). עוד תיאר בעדותו:

"חזרת לבית...לא מדברת רגיל..אומרת דברים לא יפים.
בית שלך לא טוב. אתה יש לך ריח תראה ריח שלך. ככה
אומרת כל השלוש ימים אומרת ככה. יש לך ריח, אתה
כמו מזבלה...ואני שקט אני ככה, אני ככה אומר בגלל
ילדים שלי..." (פרוטוקול בעמ' 34, ש' 21-25).

אכן, אמירתה האחרונה של המנוחה כי "זין שלו יותר ארוך מ...זין שלך" שונה בנוף העימותים המילוליים בין המערער למנוחה ואף שונה במידת הבוטות. אך איני רואה אבחנה כה חדה כפי שמבקש המערער לערוך בין שלל אמרותיה המעליבות של המנוחה במהלך היוםיים עובר לקטילתה ובין דבריה האחרונים עד כי היא מקימה קנטור סובייקטיבי. טיעונו זה של המערער נשען על דעת המיעוט בבית משפט קמא לפיה האמירה האחרונה שונה כיוון שהיא גרמה לפגיעה אנושה בגבריותו של המערער. ואמנם, המערער העיד כי גם שיחת הטלפון עם עבדאללה ודבריו למנוחה בהם איים כי ירביץ למערער פגעו בו מאד. ברם קריאת עדותו של המערער בכללותה מלמדת כי הדגש מושם על האמירה הפוגענית לגבי השוואת המערער למאהב ועימה יש

להתמודד: בתגובה לשאלה "למה השתגעת? מה קרה ששיגע אותך באותו רגע? היא לא הרביצה לך", המערער ענה: "זה הזין שלו יותר ארוך מן זין שלך. ההוא אני מבסוטה אצלו אצלך לא מבסוטה. אם אישה תגיד לגבר בעלה דיבורים כזה תגיד לי מה תעשה במקום שלי..." (פרוטוקול הדיון, בעמ' 38). בכל מקרה, חשיפת המערער לשיחת הטלפון של המנוחה עם המאהב שבמהלכה איים כי ירביץ לו אינה אירוע בעל עוצמה או דרמטיות לנוכח חשיפתו בעבר למערכת היחסים ביניהם.

יתרה מזו, לא נראה שקיים הבדל תהומי בפגיעה באישיותו של המערער בין אמירת המנוחה אודות איבר מינו של המערער ובין חלק מאמרותיה הקודמות. נזכיר כי קודם למעשה ההמתה, המנוחה כבר אמרה למערער שאינה אוהבת אותו, כי היא מעדיפה את עבדאללה על פניו, וכי אינה רוצה לישון עימו באותה מיטה. יום לאחר הדיון בהארכת מעצרו מסר המערער: "ביום חמישי בלילה היא חזרה הביתה.. והיא המשיכה להציק לי.. היא היתה אומרת לי שהיא לא אוהבת אותי... אני אוהבת מישהו אחר.. הלכנו לישון בחדרים נפרדים" (ת/6 עמ' 2, ש' 21-26). כאמור המנוחה גם אמרה למערער שהוא כלום, כמו אישה. דברים אלה פוגעים אף הם בגבריותו של אדם והם נשמעו פעמים מספר במהלך היוםיים שקדמו למעשה על-ידי המערער. אף אם היה באמירה האחרונה החמרה במדרג האמירות, היא אינה דרמטית ופתאומית ביחס לרצף האמירות הפוגעניות והקשות שהטיחה המנוחה במערער קודם למעשה הקטילה.

במובן זה שונה ענייננו מפרשת אזואלוט. כפי שתיארה דעת הרוב בבית משפט קמא, בעניין אזואלוט, מראה העיניים של השכן נושק לאשתו של המערער בנסיבות שתוארו שם הוא שהביא להכרה הוודאית כי אשתו בוגדת בו והצית את התגובה הקטלנית. כאן, המערער ידע באופן וודאי על הבגידה של המנוחה מזה כחודשיים ונחשף להתנהגותה הפוגענית כלפיו לאורך זמן. ניתן להצביע לפחות על שני הבדלים בין שני המקרים שהינם בעלי משמעות ביחס למעשה ההמתה מלבד מועד גילוי הבגידה. האחד, בעניין אזואלוט, לאחר שהמערער חזה במעשה המקנטר הוא ביצע את מעשה הקטילה. ואילו בענייננו, המערער הרג את המנוחה לאחר ששמע את דבריה. חוויה חזותית בעלת עוצמה, בין אם היא טובה או רעה, משפיעה ביתר שאת על עוצמת תגובתו של המתבונן בהשוואה לשמיעת אוזן על אירוע שהתרחש. אגב, לטעמי ההבדל אינו בהכרח בין חוש הראייה לחוש השמיעה, אלא בטיב וחוזק האירוע שחווה הנאשם. ניתן לומר שהאדם הוא יצור חווייתי. החוויה של החוויה מעצימה את התגובה.

ההבדל השני, בעניין אזואלוט המעשה המקנטר היה סוער ומפתיע מאוד למרות חשדותיו הקודמים של המערער; ואילו אמירתה האחרונה של המנוחה למערער לא

הייתה מסעירה ובעלת יסוד הפתעה כה חזק לאחר אמירותיה הקודמות. ואל תשיבני כי אמירתה של המנוחה הפתיעה מאחר שהמערער האמין שחל שינוי ביחסיהם וכי הם מתחילים מחדש. ההנחה בטיעון זה היא שלאחר שהמערער נפל וכאב עקב גילוי מעשה הבגידה של המנוחה, הוא התרומם והתאושש בעקבות חזרתה לביתם המשותף עד כדי ציפייה לשינוי דרמטי ומהותי ביחסיהם. כמתואר לעיל, העובדות סותרות הנחה זו.

נכון כי אמרתה של המנוחה אודות איבר מינו עוררה רגש רב אצל המערער. אך בכך לא סגי. רכיב ההתגרות בעבירת הרצח דורש תגובה פתאומית, בגדרה הנאשם מאבד את עשתונותיו ושליטתו לזמן מוגבל. זוהי מידת הקשר העובדתי הנדרשת לקיומו של הקנטור הסובייקטיבי. בית המשפט המחוזי קבע כי במקרה זה לא התמלא המבחן הסובייקטיבי ונימוקיו על רקע נסיבות המקרה ונסיבות העושה משכנעים.

9. משכך הגעתי למסקנה שלא נתקיים המבחן הסובייקטיבי ברכיב הקנטור אצל המערער. אף שאין צורך לשם הכרעה בענייננו להיזקק למבחן האובייקטיבי, נדמה כי לנוכח עמדת המיעוט לפיה התקיים גם קנטור אובייקטיבי, ראוי בכל זאת להוסיף מספר מילים. בבואי להתייחס לעניין אינני מתעלם משלל הביקורות שהופנו כלפי המבחן האובייקטיבי בפסיקה ובספרות המשפטית. ברם, ההלכה שנפסקה בדיון הנוסף לפני הרכב מורחב בדנ"פ 9 ביטון היא המחייבת (ראו: פסקה אחרונה לחוות דעתו של הנשיא ברק), ובכל מקרה אינני סבור כי לפנינו מקרה גבולי.

המבחן האובייקטיבי עומד על התנהגותו של האדם מן הישוב במצבו של הנאשם. הודגש בפסיקה כי אין אנו בוחנים את האדם הסביר האידיאלי כליל השלמות, אלא את האדם הישראלי על מעלותיו וחסרונותיו. עם זאת, לא מדובר במבחן אמפירי או סטטיסטי השואל כיצד היו נוהגים רוב האנשים במדינה בהיותם במצבו של הנאשם (ע"פ 402/87 מדינת ישראל נ' גנדי, פ"ד מב(3) 383, 392; עניין בנו, בעמ' 580). עסקינן בקביעה נורמטיבית. על בית המשפט לבחון אם בנסיבות העניין צפוי כי אדם מן היישוב היה עלול להיכנע ליצר התגובה מול ההתגרות, בלי שיצליח לרסן את עצמו (עניין אזואלוס, בעמ' 580; ראו גם פרק ח' לדנ"פ 9 ביטון שנושא את הכותרת "היעדר התגרות - המבחן האובייקטיבי"). ניתן להציג את השאלה באופן הבא: האם המשפט הישראלי נכון להכיר בקנטור הסובייקטיבי שחוה הנאשם כמצדיק מבחינה נורמטיבית את שלילת אחריותו מעבירת הרצח. לשם כך, בית המשפט מעמיד את הקנטור הסובייקטיבי מול נורמה התנהגותית ערכית המושפעת מהערך העליון של קדושת החיים (ע"פ 10091/09 שפירוב חיים נ' מדינת ישראל פס' 31 (25.06.12) (להלן: ענין שפירוב)). ככלל, הנטייה בפסיקה להכיר באמירות מילוליות כגורמות לקנטור הנה

מזערית מאחר שאין בהן להצדיק התלהטות יצרים וזעם כה רב שיובילו לתגובה הקטלנית (ע"פ 655/78 שמידמן נ' היועץ המשפטי לממשלה פ"ד לד(1) 73 (1979)). למשל, בעניין אחד נדחתה טענה של נאשם כי קונטר בעקבות גידופים חריפים שהטיחה בו שכנתו כגון "חזירים" ו"אשתך זונה" (ע"פ 5413/97 זורבליוב נ' מדינת ישראל פ"ד נה(2) 541). במקרה נוסף לא הכיר בית משפט זה במעשיה של אישה - שהגיעה לדירת המשפחה בליווי גבר זר, סירבה לגלות את זהותו, והטיחה בבעלה עלבונות על תפקודו כבעל ועל רצונה לעוזבו - כמגיעים כדי קנטור אובייקטיבי (עניין שפירוב, פסקה 30 לפסק הדין). בפרט, נראה כי יש להיזהר מפני הכרה באמירות מעליבות על רקע מיני או בגין פגיעה בגבריות כבסיס להכרה בקנטור.

לגישתי הרחבת מבחן הקנטור האובייקטיבי כך שיכלול אמירות מעליבות של אישה המשוות בין התפקוד המיני של הבעל ובין המאהב או בדבר גודל איבר מינס מבטאת פיחות בקדושת החיים של קורבנות עבירה. היא מציבה נורמה שאין ראוי כי הערכאות השיפוטיות יתרמו לה בחברה בת-תרבות בתחילת המאה ה-21. בצורה ישירה יאמר, ככל שעדיין נדרש לומר זאת, כי הגיעה העת שהגבר הישראלי יתבגר ויתגבר על עלבונות המתייחסים לגודל איבר מינו. זאת אף אם הם נאמרים במהלך ויכוח בין בני זוג. בה בעת עלינו להישמר פן נעלה את הרף הערכי בדרישת הקנטור האובייקטיבי כה גבוה עד כדי הפיכתו לאות מתה. עדיין יש להבדיל בין אמרת המנוחה ש"הזין שלך קטן ושל חברי שלי גדול", ובין גבר שמגלה שאשתו בוגדת בו עם אחר על סמך חוויה חזותית כפי שהיה באזואלוס. ודוק: בעוד שהמקרה האחרון אינו מצדיק פטור מעבירת הריגה, המקרה הראשון אף אינו מצדיק פטור מעבירת רצח. הנה כי כן, נכון אני לאמץ את דעת הרוב ולקבוע כי האדם מן הישוב היה נמנע ממעשה הקטילה לו היה עומד מול דבריה של המנוחה בנסיבות העניין.

10. סוף דבר, המסקנה היא כי התקיים במערער יסוד היעדר הקנטור. הייתי מציע לחבריי לדחות את הערעור ולאמץ את דעת הרוב בבית המשפט המחוזי אשר הרשיע את המערער בעבירת הרצח בכוונה תחילה בניגוד לסעיף 300(א)(2) לחוק העונשין.

1. דעתי כדעתו של חברי, השופט נ' הנדל, ומסקנתי כמסקנתו. אך עד שבאתי לכלל דעה זו, נדרשתי לשוב ולבחון את התשתית העובדתית שעמדה ביסוד הכרעת הדין של בית המשפט המחוזי, על מנת למנוע חשש שמא קופחה הגנתו של המערער, במיוחד בשים לב לדעת המיעוט של השופט מ' דרורי. אליבא דידו: "יש להחיל את החריג בדבר 'קנטור'... כי הגורם אשר השפיע על הריגת המנוחה על ידי הנאשם [המערער כאן] הוא מעשה הקנטור של אמרותיה של המנוחה לבעלה, הנאשם, אודות איבר מינו הקטן (בהשוואה לאיבר מינו של מאהבה). בעיניי, אמירה זו, במקום שנאמרה, ובזמן שנאמרה, ממלאת אחר החריג לרצת, אשר הופך את המעשה להריגה, וזאת בשל תוכנם של הדברים והסיטואציה שבה הם נאמרו" (פסקה 3 לחוות דעתו של השופט מ' דרורי). הבוטות, ההתרסה, הכאב, חוסר-האונים בסיטואציה שנוצרה, אכן מעלים מיניה וביה את המחשבה שאולי היה זה קנטור שהביא את המערער למעשה ההמתה, שלא מתוך תוכנה אלא בלהט היצרים; לא בשיקול דעת, אלא בספונטניות.

2. ברם, לאחר העיון, דומני כי ראוי להעדיף את דעת הרוב בבית המשפט המחוזי (סגן הנשיאה צ' סגל והשופט מ' י' הכהן) על פני דעת המיעוט, שעליה אני חלוק בשניים: במשקל העודף ובמעמד העצמאי שניתן לאמרתה הנ"ל של המנוחה:

(א) משקל עודף על שום מה? על שום כך שבהודעתו הראשונה במשטרה, סמוך לאחר מעשה ההמתה, ביום 30.1.2010, תיאר המערער בפרטות את האירועים שקדמו לקטילת המנוחה: "היא אמרה לי... אני אוהבת מישהו אחר ודיברה איתו בטלפון וכל פעם אמרה לי זה לא בית ואני רוצה שתמכור את הבית ולך תגור בשטחים. אתה לא בעלי אתה לא כלום... אתה לא שום דבר ובגלל [זה] הרגתי אותה... כשהייתי בבית אמרתי לה... תשמעי יש לנו ילדים. בואי נחזור והיא אמרה לי לא ואז הרגתי אותה בסכין... ואז חתכתי אותה בגרון... ואחרי זה נתתי לה את הסכין בבטן וזהו... הרגתי את אשתי בגלל היא אומרת לי אני לא גבר ואני לא אוהבת אותך ואני חזרתי רק בגלל הילדים שלי ואמרה כל פעם שאני מתקרב תעוף פה וזבל ומזבלה". עוד כהנה וכהנה דברים אמר המערער בהודעתו, באריכות, סמוך לאחר ביצוע המעשה, אך נפקדה מהם אותה אמירה של המנוחה על השוואת גודל איבר מינו-שלו לזה של מאהבה. לא בה נימק המערער את מעשה ההמתה (ראו פסקה 3 לחוות דעתו של השופט מ' י' הכהן). ודוק: בדברי אלה אינני בא לפקפק בממצא עובדתי שנקבע בבית המשפט המחוזי על אודות עצם אמירת הדברים הללו. ואולם, משלא סיפר על כך המערער בתחילה, אלא רק בתשובה לבקשת המשיבה להורות על מעצרו,

ולאחר מכן, נראה שהיה זה במגמה להעצימם, על מנת להחליץ מהרשעה ברצח. בפועל, בתודעתו של המערער, לא היה בהם, כשלעצמם, משקל די הצורך על מנת לעשותם קנטור.

(ב) מעמד עצמאי על שום מה? התשתית העובדתית מלמדת על כך שהמערער לא סבר לתומו כי המנוחה חזרה אליו מרצונה החופשי, במטרה לפתוח 'דף חדש' במערכת היחסים ביניהם. אלו הם דברי סגן הנשיאה, השופט צ' סגל, בדעת הרוב: "הנאשם ידע היטב, כחודשיים קודם למעשה הקטלני כי המנוחה מקיימת מערכת יחסים אינטימית עם אחר. הנאשם אף חזה בשניים בנסיבות שאינן מותירות מקום רב לספק. הגרוע מכל, אפוא, כבר היה ידוע לנאשם... אף-על-פי-כן, הסכים הנאשם לחזור למערכת יחסים זוגית עם המנוחה, ולו למען ילדיהם וכתוצאה מהפצרות בני משפחתו, בעודו יודע כי היא אוהבת אדם אחר וכי חזרתה אליו אינה בלב שלם ומונעת מפחדה מאחיה ומהמכות אותם קיבלה על-מנת שתחזור לנאשם... איני מקבל את גרסת הנאשם, שבאה לעולם לראשונה רק במסגרת עדותו, לפיה סבר באמת ובתמים כי המנוחה חוזרת הביתה לחיות עמו בלב שלם... ההפך הוא נכון: הנאשם עצמו העיד, כי מהיום הראשון בו חזרה המנוחה להתגורר עמו, 'השכל שלה היה הפוך'... המנוחה גידפה והשפילה אותו, דיברה עם עבדאללה בטלפון הנייד ודחתה כל ניסיון לשוחח עם הנאשם או לקיים עמו יחסי מין. לבד מהאמירה האחרונה לעניין גודל איבר מינו של הנאשם, כל המילים המקנטרות להן טוען הנאשם, בין אם העובדה כי 'אינו גבר', כי היא שונאת אותו, כי הוא 'זבל' ו'מריח כמו זבל', כבר נאמרו על-ידי המנוחה מספר פעמים, ובמשמע – היו ידועות לנאשם, ולפיכך לא הכו אותו בתדהמה עת נשמעו מפיה פעם נוספת, עובר לקטילתה" (פסקאות 55 ו-56 להכרעת הדין). השופט מ' דרורי, בדעת המיעוט, מציין: "אינני חולק על התיאור העובדתי המופיע בחוות דעתו של חברי השופט סגל" (פסקה 6 לחוות דעתו). משכך, אם התשתית העובדתית מוסכמת, שוב אין ניתן לבודד את אמירת המנוחה הנ"ל מן המסכת כולה. לא היה זה אירוע עצמאי, אלא עוד אירוע אחד ברצף האירועים. דעת המיעוט, שלא ביקשה לחלוק על התשתית העובדתית בדעת הרוב, לא יכולה בנסיבות העניין להסיק ממנה מסקנה שונה.

3. אין לכחד. המערער נקלע לטלטלה עזה. בגידתה של המנוחה הביאתו לכדי סערת נפש. עוצמת רגשותיו מובנת ואנושית. ברם, המערער, ככל אדם, עודנו נדרש לכבוש את יצרו, והוא כשל בחמורה שבעבירות, בנורא שבמעשים: "שופך דם האדם באדם דמו ישפך, כי בצלם א-לוקים עשה את האדם" (בראשית ט, ו). משלא עבר המערער את משוכת הוכחת המרכיב הסובייקטיבי שבקנטור, לא אדרש למרכיב האובייקטיבי. אומר אך זאת, שרובא דרובא ממעשי-הרצח למן בריאת העולם ועד ימינו אלה, בוצעו

בעידנא דריתחא. הריב"ש (ר' יצחק ב"ר ששת, ספרד-אלג'יר, המאה ה-י"ד) דחה באחת מתשובותיו טענת קנטור שנשמעה מפי דיין, על קטטה והתגרות, על כך ש"הנהרג התחיל בקטטה, ובא להכות הדיין", והדיין עודד את בנו לנקוט באלימות שתוצאתה – מוות. "על הדיין ההוא, אשר העיז פניו בבית הכנסת בפני טובי העיר, ודיבר בזדון, ואמר שהוא ציווה הדבר, ושהוא מצווה אותו, גדול עונונו מנשוא וראוי להוכיחו ולהענישו הרבה. באשר היה דיין הקהל, ובמקום המשפט שם הרשע, וציווה להמית נפש מאחיו מישראל, וכבר המיתוהו שניהם ע"פ צואתו. וכל שכן שהיה לו להוכיח את בנו, על רדפו בחרב אחיו, והיה רואה אותו בכלי זיין מפני טובי הקהל ולא כיהה בו, אבל החזיק ידו, ואמר שהוא מצווה הדבר הזה... ואין לדיין הרשע הזה התנצלות, במה שאמרו העדים שהיה נראה להם שאמר זה מרוב כעסו. כי כל הרוצחים כן דרכם, להרוג מתוך הכעס ומתוך מריבה, כמו שכתוב: 'כי יריבון אנשים, והכה איש את רעהו...' (שו"ת הריב"ש סימן רנא; על עמדת המשפט העברי בסוגיה הנדונה ראו: א' פטר, "על הקנטור", פרשת השבוע (אביעד הכהן, מיכאל ויגודה, עורכים, תשס"ו, גיליון מספר 257).

פשוט וברור כי חמת זעם לא יכול שתשמש צידוק להריגה; אך ברי גם כי פשל אנושי הנובע מהשפעת הרגש על יכולת השליטה, גורע נתח מסוים מן האשם (ראו מאמר מקיף מאת ד"ר אוהד גורדון, "נוסחת הקנטור" משפטים מד 159 (תשע"ד)). מדיניות משפטית ראויה תתחשב במגבלות בן אנוש, אך לא תאפשר לכעס ולתמה, לעלבון ולמצוקה, לשמש כתריס בפני מיצוי הדין עם שופכי דמים.

4. כאמור, כדעת חברי, אף אני סבור כי יש לדחות את הערעור, ולהותיר את הרשעת המערער ברצח המנוחה על כנה.

ש ו פ ט

השופט ס' ג'ובראן:

אני מסכים לפסק דינו היסודי והבהיר של חברי השופט נ' הנדל ולהערותיו של חברי השופט נ' סולברג.

ש ו פ ט

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

ניתן היום, ט"ו בשבט התשע"ד (16.1.2014).

שופט

שופט

שופט