

הצוות לבחינת יסודות עבירות ההמתה

דין-וחשבון

ירושלים, אב תשע"א – אוגוסט 2011

<u>דו"ח הצוות לבחינת יסודות עבירות ההמתה</u>

שר המשפטים, פרופ' דניאל פרידמן, מינה ביום 14.5.07 צוות לבחינת יסודות "עבירות ההמתה" בחוק העונשין, התשל"ז-1977 (העבירות בסימן א' לפרק י' בחוק, שכותרתו "גרימת מוות"). בראש הצוות עומד פרופ' מרדכי קרמניצר וחברים בו הגב' רחל גוטליב, מי שכיהנה עד לאחרונה כמשנה ליועץ המשפטי לממשלה (פלילי), גב' אפרת ברזילי, מי שכיהנה עד לאחרונה כמנהלת המחלקה הפלילית בפרקליטות המדינה, ד"ר יואב ספיר, סגן הסניגורית הציבורית הארצית, גב' עמית מררי וגב' לילך וגנר ממחלקת יעוץ וחקיקה (פלילי), ד"ר אוהד גורדון מהמחלקה הפלילית בפרקליטות המדינה, גב' קארין מרידור מהסניגוריה הציבורית הארצית ומר עמיר פוקס מהמכון הישראלי לדמוקרטיה. לישיבות מסוימות הוזמנו משתתפים נוספים.

הצוות מבקש להודות למר שאול כהן, גב' טליה שטיינר וד"ר חאלד גנאים על עזרתם הרבה בתחום המשפט המשווה. תודה מיוחדת למר ישי שרון מהסניגוריה הציבורית הארצית, אשר נטל אף הוא חלק פעיל בדיוני הצוות ותרם משמעותית לעריכת הדוח.

להלן סקירה תמציתית של עבודת הצוות בנושא עבירות ההמתה. לדוח צורף פירוט של עמדת הסניגוריה הציבורית במספר סוגיות עקרוניות שבמחלוקת, וכן הנספחים, על פי הפירוט הבא:

נספח א' – הנוסח המוצע על ידי הצוות;

נספח ב' – סקירת הדין הקיים בחקיקה ובפסיקה הישראלית בנושא עבירות ההמתה;

נספח ג' – מאמרו של פרופ' קרמניצר, "הדין הישראלי – הצעה לרפורמה בעבירות ההרג והרצח";

נספח ד' – פירוט המשפט המשווה בסוגיית האדישות על פי דעת הרוב בצוות.

<u>תוכן עניינים</u>

א. כללי.....4

ב. עיקרי הנושאים שעלו בדיוני הצוות וההחלטות שהתקבלו.....5

1. מבנה עבירות ההמתה 5
2. המודלים המוצעים 6
3. רצח ורצח בנסיבות מחמירות..... 7
   (א) כללי 7
   (ב) מבנה עבירות הרצח 8
   (ג) נסיבות מחמירות 8
   (ד) הענישה על עבירות הרצח.....16
   (ה) היסוד הנפשי בעבירות הרצח 20
4. המתה באדישות – *על פי נוסח ב'* 29
5. המתה בקלות דעת 29
6. המתה בנסיבות של אחריות מופחתת 30
   (א) כללי 30
   (ב) הקטגוריות לאחריות מופחתת 31
   (ג) העונש על עבירות המתה בנסיבות של אחריות מופחתת 37
7. עבירה של המתת תינוק 39
8. עבירה של המתה בעקבות בקשת הקורבן.....41
9. נגזרות לעבירות הרצח.....43
   (א) ניסיון לרצח.....43
   (ב) שידול לרצח 44
   (ג) סיוע לרצח.....44
10. שידול וסיוע להתאבדות.....45
11. הפצת מחלה מסוכנת.....46
12. גרימת מוות ברשלנות 47
13. גרימת מוות בהתרשלות רבתי 51
14. סעיפים 307-311 לחוק העונשין 53
15. הוראות מעבר.....54

עמדת נציגי הסניגוריה הציבורית.....59

א. כללי

עבירות ההמתה הכלליות בחוק הישראלי כוללות: עבירה של גרימת מוות ברשלנות, שהעונש בצידה שלוש שנות מאסר (סעיף 304 לחוק העונשין); עבירת הריגה, המקיפה מקרי המתה מתוך מחשבה פלילית (החל בקלות דעת וכלה בכוונה ספונטאנית), שהעונש בצידה 20 שנות מאסר (סעיף 298 לחוק העונשין); ועבירת רצח, שהעונש בצידה מאסר עולם כעונש חובה (סעיף 300 לחוק העונשין). עבירת הרצח כוללת מספר מקרים ספציפיים: המתה בכוונה תחילה (סעיף 300(א)(2) לחוק העונשין); המתת הורה או סב (סעיף 300(א)(1) לחוק העונשין); והמתה תוך ביצוע עבירה אחרת או תוך הכנות לביצועה או תוך ניסיון לברוח או להימלט מעונש (סעיפים 300(א)(3) ו- 300(א)(4) לחוק העונשין). לצידה של עבירת הרצח נקבעה הוראה המאפשרת הטלת עונש מופחת במקרים מסוימים (סעיף 300א לחוק העונשין). לצד עבירות אלו קיימת עבירה של ניסיון לרצח (סעיף 305 לחוק העונשין), וכן עבירות ספציפיות, בהן המתת תינוק (סעיף 303 לחוק העונשין) ושידול או סיוע להתאבדות (סעיף 302 לחוק העונשין).

הצוות הוקם בעקבות הערת נשיא בית המשפט העליון (דאז) אהרן ברק ב*דנ"פ ביטון*,[1] שקראה לרפורמה בעבירות ההמתה, ולאחר שהונחה על שולחן הכנסת ה-17 הצעת חוק פרטית של ח"כ ניסן סלומינסקי, שעניינה תיקון עבירות הרצח וההריגה ויצירת מדרג שונה ביניהן.

<u>כתב מינוי הסמיך את הצוות כדלקמן</u>:

א. לבחון אפשרות יצירת מדרג ענישה ראוי בין עבירת הרצח לעבירת ההריגה, תוך בחינת הצורך בשינוי יסודות עבירות אלו, ובהתאם לכך גם השינוי במדרג העונשים הקבועים לצידן, וכן לבחון את הצורך בקביעת מדרג ביניים של עבירה נוספת או עבירות נוספות, בין עבירת הרצח לעבירת ההריגה, על מנת ליצור מדרג ראוי של ענישה; במסגרת זו התבקש הצוות לבחון, בין היתר, את יסודות הכוונה תחילה בעבירת הרצח, ובכלל זה יסוד העדר ההתגרות.

ב. לבחון קביעת מדרג ראוי בין עבירת ההריגה לעבירת גרם מוות ברשלנות. במסגרת זו התבקש הצוות גם לחוות דעתו לעניין עבירות של המתה בתאונות דרכים.

ג. לבחון את יסודות עבירת הניסיון לרצח ובחינת העבירה של מעשה העלול להפיץ מחלה.

בנובמבר 2009 הוסמך הצוות לקיים גם בחינה כוללת של עבירות הרשלנות בחוק העונשין.

<u>הצוות ממליץ על שני עקרונות מנחים שיעמדו בבסיס הפרק של עבירות ההמתה</u>:

1. היחס המיוחד לערך של חיי אדם וקדושת חיי אדם – על האיסורים לשקף את החשיבות של הערכים הללו.
2. עקרון האשמה, הנגזר מערך כבוד האדם – דירוג עבירות ההמתה ייעשה בהתאם לעקרון האשמה, שלפיו לא תוטל אחריות פלילית על אדם מעבר למידת אשמתו.

---

[1] דנ"פ 1042/04 **ביטון נ' מדינת ישראל** (ניתן ביום 27.11.06).

ב. עיקרי הנושאים שעלו בדיוני הצוות וההחלטות שהתקבלו

1. מבנה עבירות ההמתה

בדין הקיים ישנה עבירה שאמורה לטפל במקרים החמורים ביותר של המתה – היא עבירת הרצח, ועבירה שאמורה לטפל במקרי ההמתה החמורים, אם כי לא החמורים ביותר – היא עבירת ההריגה. העבירה המשיקה לעבירת ההריגה, והקלה במדרג עבירות ההמתה, היא עבירת גרימת מוות ברשלנות. עבירה זו מבטאת את המעשים הקלים ביותר בחומרתם, אשר היסוד הנפשי הנלווה להם הוא העדר מודעות לתוצאה הקטלנית. חברי הצוות הסכימו כי הדירוג של עבירות הרצח, ההריגה וגרם המוות ברשלנות בחוק הקיים מעורר קושי ואינו משקף את המדרג המיטבי והראוי. הקושי שמעוררת עבירת הרצח הוא היותה רחבה יתר על המידה מחד גיסא, וצרה יתר על המידה מאידך גיסא. העבירה, כפי שהיא קיימת ומפורשת כיום, אינה חלה על מעשים שחומרתם רבה וראוי לתייגם בדרגת החומרה העליונה של עבירות ההמתה, ומנגד היא אף חלה על מעשים שמבחינת חומרתם לא ראוי היה לתייגם כרצח. הקושי שמעוררת עבירת ההריגה הוא היותה רחבה יתר על המידה, ושהיא כוללת הן מקרי המתה חמורים יחסית והן מקרי המתה קלים יחסית, של המתה בקלות דעת.[2] גם נקודת ההשקה בין עבירת ההריגה לעבירת גרם מוות ברשלנות מעוררת קושי, בשל הפער הניכר בין שתי העבירות הן במישור האחריות והן במישור הענישה. לפיכך, נדרש שינוי יסודי ובנייה מחודשת של עבירות ההמתה.[3] אשר לעונש – העונש של מאסר עולם חובה הקבוע בצד עבירות הרצח, שלא ניתן לסטות ממנו (לא במישור האחריות ולא במישור הענישה), הוא עונש שאינו מאפשר גמישות והכרעה בהתאם לנסיבות המקרה הפרטניות, ולעתים הוא אינו הולם את מידת האשמה שבמעשה.

יחסה האמיתי של שיטה משפטית לערך מוגן מסוים אינו נבחן בתגובה לפגיעה החמורה ביותר האפשרית בערך זה, אלא דווקא בתגובה לפגיעה קשה בערך המוגן, שאינה בהכרח הפגיעה הקשה ביותר. רציונאל זה, החל לגבי כלל הערכים המוגנים, נכון במיוחד ביחס לערך של חיי אדם.

הצוות ממליץ כי במרכזן של עבירות ההמתה תעמוד עבירה שעניינה מקרה חמור של קיפוח חיי אדם. חשיבות הערך של חיי אדם ותפיסתו העקבית של בית המשפט העליון מובילים לכך שעל עבירה זו להיקרא רצח (להלן: עבירת הרצח הבסיסית) ולהתאפיין ביסוד נפשי מגונה כלפי הערך של חיי אדם – כוונה, ולפי דעת רוב חברי הצוות – גם אדישות. העונש הראוי לעבירת הרצח הבסיסית הוא מאסר עולם כעונש מרבי. מקטגוריה זו יוצאים מקרים מיוחדים בהם, מסיבות שונות, חרף התקיימותו של יסוד נפשי מגונה, האשמה של העושה הינה פחות חמורה. לצד עבירת הרצח, מוצע לקבוע עבירה של רצח בנסיבות מחמירות, שהעונש הראוי לה הוא מאסר עולם חובה. בנוסף, ממליץ רוב חברי הצוות על ביטול עבירת ההריגה וקביעת שתי עבירות עיקריות תחתיה: המתה באחריות מופחתת, והמתה בקלות דעת. כן ממליץ רוב חברי הצוות להוסיף עבירה של גרימת מוות

---

[2] ר' נספח סקירת הדין הקיים, בעמ' 22-23.

[3] שם, בעמ' 23-24.

בהתרשלות רבתי, אשר תהווה דרגת ביניים בין העבירה של המתה בקלות דעת לבין העבירה של גרימת מוות ברשלנות. הצוות ממליץ לתקן גם את סעיף 21 לחוק העונשין, המצוי בחלק הכללי של חוק זה, המגדיר את יסודות הרשלנות, אם כי לא הושגה הסכמה באשר לאופן התיקון. בכך יהיה כדי להשליך גם על עבירת גרימת מוות ברשלנות.

2. המודלים המוצעים

על אף ההסכמה בין חברי הצוות בדבר הליקויים במבנה הקיים של עבירות ההמתה בחוק העונשין ובדבר הצורך ברפורמה, הרי שבמספר סוגיות מהותיות הקשורות להגדרת העבירות ולעונש בצידן התגלעו חילוקי דעות עקרוניים בין חברי הצוות. כאמור, חברי הצוות לא חלקו על הצורך לקבוע עבירת רצח בסיסית ועבירת רצח בנסיבות מחמירות. המחלוקת המרכזית, כפי שיובהר בהמשך, נגעה ליסוד הנפשי הנדרש בעבירת הרצח הבסיסית: האם היסוד הנפשי יקיף רק כוונה להמית – כעמדת נציגי הסניגוריה הציבורית, או שמא יכלול אף יסוד נפשי של אדישות לאפשרות של גרימת התוצאה הקטלנית – כעמדת רוב חברי הצוות. בעקבות מחלוקת זו ומחלוקות נוספות, גובשו, למעשה, שני מודלים. מודל אחד, בו תמכו רוב חברי הצוות, ומודל שני, שבוסס על עמדת נציגי הסניגוריה הציבורית.

על פי המודל האחד, עבירת הרצח הבסיסית תכלול יסוד נפשי של אדישות ושל כוונה. יסודות נפשיים אלה יהוו גם בסיס להרשעה בעבירת הרצח המוחמרת, מבחינת היסוד הנפשי הנדרש לגבי התוצאה הקטלנית, פרט לנסיבה המחמירה של רצח לאחר תכנון או לאחר הליך משמעותי של שקילה וגיבוש החלטה להמית, שאינה עולה בקנה אחד עם אדישות ומגלמת יסוד חפצי כלפי המוות.

על פי המודל השני, עבירת הרצח הבסיסית תכלול יסוד נפשי של כוונה בלבד. על פי מודל זה, יסוד נפשי של כוונה יידרש גם ברצח בנסיבות המחמירות, לצד התקיימותן של הנסיבות המנויות בסעיף. על פי מודל זה, הכוונה הנדרשת בשתי עבירות הרצח, הבסיסית והמוחמרת, היא כוונה ממשית, ולעניין זה לא ניתן יהיה לעשות שימוש בתחליף כוונה בדמות הלכת הצפיות. לצד עבירות אלו תבוא עבירה נפרדת של המתה באדישות.

על פי שני המודלים, בצד עבירת הרצח הבסיסית יבואו גם עבירות של המתה בנסיבות של אחריות מופחתת, המתה בקלות דעת והמתה בעקבות בקשת הקורבן.

שני המודלים המוצעים אינם נפרדים לחלוטין. בסוגיות רבות הצוות הגיע להסכמות, והמודלים חופפים זה לזה. לאור זאת, ולמען הנוחות, הדוח יציג בתחילה את **דעת הרוב**; בסוגיות שבמחלוקת, יובא בנפרד **נוסח ב'** המשקף את העמדה החולקת מטעם נציגי הסניגוריה הציבורית. בשאלות בהן נחלק הצוות באופן שונה, יצוינו חברי הצוות התומכים בנוסח על פי גישתם.

כאמור, נציגי הסניגוריה הציבורית, שבחלק ניכר מהמחלוקות העקרוניות היו בדעת מיעוט בצוות, פירטו בנפרד את עמדתם החולקת. עמדה זו מובאת בסוף המסמך.

3. רצח ורצח בנסיבות מחמירות

(א) כללי

בדיוני הצוות עלתה השאלה, האם יש ליצור שתי דרגות של רצח, או לשמור על מודל של עבירת רצח אחת המורכבת מעבירת בסיס ומנסיבות מחמירות של אותה עבירה. לאחר דיונים, ממליץ הצוות על מודל של שתי עבירות, הקובע עבירת רצח בסיסית ועבירה בה מוגדרות נסיבות מחמירות לעבירת הרצח. יתרונו של מודל הכולל עבירת בסיס ועבירה מוחמרת, על פני מודל בו קבועות עבירות רצח מדרגות שונות (רצח מדרגה ראשונה, רצח מדרגה שנייה, וכו'), הוא בשימור המבנה הקיים בחוק העונשין ביחס לעבירות אחרות,[4] ובכך שהוא אינו מאמץ יתר על המידה מונחים המיובאים משיטות משפט זרות.

אשר לגדרי עבירת הרצח – כל חברי הצוות היו בדעה כי מעשה הגורם למותו של אחר בכוונה ראוי להיות מתויג כ"רצח", אף אם לא התגבשו בעושה יסודות הכוונה תחילה, וכי על העונש בצד עבירת הרצח הבסיסית להיות מאסר עולם כעונש מרבי. רוב חברי הצוות סברו שראוי לכלול בגדר עבירת הרצח גם המתה במצב נפשי של אדישות, ואילו נציגי הסניגוריה הציבורית סברו שיש לייחד עבירה נפרדת, חמורה פחות, למצב של המתה באדישות.

אשר לעבירת הרצח המוחמרת – זו נועדה לבטא גינוי ותיוג מיוחדים למעשי המתה המלווים בחומרה יתרה. עבירה זו אינה מבוססת על דרישה מיוחדת של יסוד נפשי דווקא, אלא על קריטריון מוסרי-נורמטיבי – **דרגה גבוהה במיוחד של אשמה**. הצוות סבור כי יש לגלם קריטריון זה בנסיבות המיוחדות הקבועות בעבירה, וכי יש לקבוע בצידה עונש של מאסר עולם חובה.

עם זאת, קיים קושי בתיחום מדויק מראש של כל המקרים העתידיים, ועולה החשש כי יתעוררו מקרים שנסיבותיהם, הגם שיתאמו את הגדרת העבירה המוחמרת, לא יהיו מלווים באותה חומרה מוסרית יתרה המאפיינת עבירה זו. על כן, מוצע לאפשר לבית המשפט להימנע מהרשעה בעבירה המוחמרת, אם מצא, מנימוקים מיוחדים שיירשמו, שהתקיימו נסיבות מיוחדות שבגינן המעשה אינו מבטא דרגה גבוהה במיוחד של אשמה. ה"נימוקים המיוחדים", אשר יכולים להביא להרשעה בעבירת הרצח הבסיסית, על אף התקיימותן של נסיבות המנויות בעבירה המוחמרת, נוגעים לנסיבות ביצוע העבירה בלבד, ולא לנתונים נוספים, כגון נתונים אישיים של המבצע אשר אינם נוגעים למידת האשמה שבמעשה העבירה. נתונים נוספים מעין אלו לא יוכלו, לפי ההסדר המוצע על ידי חברי הצוות, לשמש כסיבה להימנעות מהרשעה בעבירה המוחמרת. על פי דעת הרוב, משהחליט בית המשפט להרשיע בעבירת הרצח המוחמרת, מחויב הוא לגזור על הנאשם עונש מאסר עולם ללא אפשרות סטייה ממנו. חברי הצוות מהסניגוריה הציבורית סברו כי ראוי לאפשר לבית המשפט לסטות מעונש החובה, גם כאשר הוא מרשיע בעבירת הרצח המוחמרת, וזאת אם מצא כי קיימות נסיבות מיוחדות המצדיקות הקלה בעונש.

---

[4] כך למשל, אינוס ואינוס בנסיבות מחמירות, סעיפים 345(א) ו- 345(ב) לחוק בהתאמה; חבלה, פציעה וחבלה בנסיבות מחמירות, סעיפים 333, 334 ו- 335 לחוק בהתאמה; תקיפה, תקיפה הגורמת חבלה ממשית ותקיפה בנסיבות מחמירות, סעיפים 379, 380 ו- 382 לחוק בהתאמה; גניבה וגניבה בנסיבות מחמירות, סעיפים 284 ו- 284א לחוק בהתאמה; ועוד.

(ב) מבנה עבירות הרצח

כאמור, הצוות ממליץ על מודל הקובע עבירת רצח בסיסית ועבירת רצח בנסיבות מחמירות. עבירת הרצח הבסיסית תכלול גרימת מוות בכוונה או באדישות (על פי דעת הרוב) או גרימת מוות בכוונה בלבד (על פי דעת נציגי הסניגוריה הציבורית). נושא זה יידון בהרחבה בהמשך. אם יתקבל הנוסח המוצע על ידי נציגי הסניגוריה הציבורית, לפיו רצח הוא המתה בכוונה בלבד, הרי שבנוסף לעבירת הרצח תיקבע עבירה של המתה באדישות. העונש המוצע בצד עבירת הרצח הבסיסית יהיה מאסר עולם כעונש מרבי, ואילו העונש על ביצוע רצח בנסיבות מחמירות יהיה מאסר עולם חובה. על פי דעת הרוב, לבית המשפט יהיה שיקול דעת להימנע מהרשעה בעבירת הרצח המוחמרת, ותחת זאת להרשיע בעבירת הרצח הבסיסית, רק במקרים חריגים בהם התקיימו נסיבות מיוחדות, שיפורטו על ידי בית המשפט, שבגינן המעשה אינו מבטא דרגה גבוהה במיוחד של אשמה. על פי גישת נציגי הסניגוריה הציבורית, בית המשפט יוכל לסטות מעונש החובה של מאסר עולם גם בהרשיעו בעבירה של רצח בנסיבות מחמירות, במקרים מיוחדים המצדיקים זאת.

אשר לעבירת הרצח בנסיבות מחמירות, מציע הצוות לקבוע שורה של נסיבות בהן מתקיימים יסודות מחמירים המצדיקים קביעת קטגוריה נורמטיבית חמורה יותר. חלק מהנסיבות המחמירות נעוצות במצב נפשי מיוחד של העושה, שבגינו המעשה מבטא חומרה מיוחדת, או משום שיש בו התרסה מיוחדת כלפי הסדר המשפטי: המתה המבוצעת לאחר תכנון או שקילה; מטרת העושה היא לאפשר ביצועה של עבירה אחרת; מטרת העושה היא טרוריסטית; המעשה נעשה כפעולה עונשית. חלקן האחר נעוץ במניעים מיוחדים של הממית, המגדירים את אשמתו או המשליכים על הציבור בכללותו, ומכאן דרגת החומרה הגבוהה שבהם: מניע של גזענות; המעשה בוצע לשם סיפוק יצר המין או תאווה להמית. נסיבות מחמירות נוספות נעוצות בזהות הקורבן: הקורבן הוא קטין שהממית אחראי עליו או חסר ישע; הקורבן הוא איש אכיפת החוק או איש ציבור מסוים והעבירה נעשתה בקשר למילוי תפקידו; הקורבן הוא עד או מי שצפוי למסור עדות במשפט פלילי. בנוסף לכך, ישנה נסיבה הקשורה לחומרה הנובעת מאופן ביצוע ההמתה: המעשה בוצע באכזריות מיוחדת או תוך התעללות בקורבן; וכן נסיבה הנעוצה בסכנה מוגברת של מעשה ההמתה כלפי ציבור רחב יותר מהקורבן: המעשה יוצר סכנה לאנשים נוספים פרט לקורבן.

(ג) נסיבות מחמירות

חברי הצוות דנו בשאלה, האם המקרים המחמירים את המעשה והמביאים אותו לגדר עבירת רצח בנסיבות מחמירות ייקבעו ברשימה סגורה, או שמא ייקבע עקרון מנחה, והרשימה תיוותר רשימה פתוחה. בסוגיה זו, הצוות ממליץ כי רשימת המקרים תהיה רשימה סגורה. עקרון החוקיות דורש כי עבירת ההמתה החמורה מכל לא תוגדר באופן עמום או פרוץ. ברשימה זו ייכללו מקרי הרצח החמורים ביותר, בהתבסס על הניסיון שהצטבר ועל החקיקה במדינות אחרות בעולם. ההנחה היא שאם יתעוררו מקרים נוספים, שהמחוקק יסבור שראוי להכניסם לגדר הנסיבות המחמירות, פתוחה בפניו האפשרות לתיקון החוק. ברי כי גם טרם תיקון כזה, רשאי בית המשפט לשקול נסיבות אלו כנסיבות מחמירות במסגרת קביעת גזירת הדין בעבירת הרצח הבסיסית, שבצידה ייקבע עונש מרבי של מאסר עולם, כך שהתוצאה העונשית עשויה להיות זהה.

300. רצח

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

[*נוסח ב': הגורם בכוונה למותו של אדם, דינו – מאסר עולם*].

301. רצח בנסיבות מחמירות

המבצע רצח [*נוסח ב': בכוונה*] באחת מן הנסיבות המפורטות להלן יואשם ברצח בנסיבות מחמירות, אלא אם מצא בית המשפט, מנימוקים מיוחדים שיירשמו, שהתקיימו נסיבות מיוחדות שבגינן המעשה אינו מבטא דרגה גבוהה במיוחד של אשמה.

דין רוצח בנסיבות מחמירות מאסר עולם חובה ועונש זה בלבד [*נוסח ב': אלא אם מצא בית המשפט כי קיימות נסיבות מיוחדות המצדיקות הקלה בעונש*].

[*נוסח ב': לעניין סעיפים 300 ו- 301, לא תחול הוראת סעיף 20(ב) לחוק*].

להלן פירוט הנסיבות המחמירות:

(1) תכנון או שקילה – הצוות הסכים כי מקרה מובהק בו ישנה חומרה מיוחדת הוא מקרה של רצח המבוצע לאחר תכנון או שקילה, כאשר היה סיפק בידי הממית לשקול את השלכות מעשיו ואת תוצאותיהם, או כאשר הרצח תוכנן מבעוד מועד והתגבשה החלטה להמית. יודגש, כי לא מדובר אך במקרים של התנקשות מתוכננת זמן-מה מראש, אלא במקרים בהם הממית גיבש החלטה שקולה לקטול את קורבנו, להבדיל ממקרים בהם הרצון להמית נוצר בצורה ספונטאנית ובלהט הרגע. החוק הקיים ניסה לבטא רעיון זה, באמצעות המונח "כוונה תחילה". אולם נוסח עבירת הרצח בחוק הקיים בהקשר של כוונה תחילה, הקבוע בסעיפים 300(א)(2) ו- 301 לחוק (הגדרת ה"כוונה תחילה"), בעייתי ומסורבל. עבירת הרצח בכוונה תחילה הורחבה בפסיקה באמצעות צמצום יסודות הכוונה תחילה (הכנה, החלטה להמית והעדר התגרות), עד כי, למעשה, העבירה אינה מוגבלת למקרים הנזכרים לעיל.[5] לפיכך, מוצע לנסח מחדש את הרעיון האמור, שלא באמצעות המונח "כוונה תחילה". זאת, על מנת שמקרים של המתה בכוונה ספונטאנית, כגון לאחר קינטור סובייקטיבי ששלל תכנון ושקילה, לא ייכנסו בגדרי חלופה זו. לשם כך, הוצע לשנות את יסודותיה הנוכחיים של הכוונה תחילה ולנסח את הנסיבה כעוסקת במעשה המתה שקדמו לו תכנון או הליך משמעותי של שקילה וגיבוש החלטה להמית.

הצוות שקל לקבוע קטגוריה של נסיבה מחמירה למעשה המתה במצב בו הייתה לממית הזדמנות לשקול את מעשיו, אולם עקב העדר עכבות מוסריות כלשהן והעדר חשיבות לערך של חיי אדם בעיניו, המית העושה את קורבנו בכוונה מבלי לקיים הליך של שקילה ותכנון. הבסיס להצעה זו היה השקילות המוסרית בין אדם המתגבר על עכבות מוסריות והמבצע רצח לאחר שקילה, לבין הממית

[5] ר' נספח סקירת הדין הקיים, בעמ' 3-10.

בסיטואציה האמורה. בספרות המשפטית הובעה ביקורת כלפי העדר קטגוריה מעין זו.[6] הדוגמה המובהקת למצב כזה הוא אדם הדוחף בהחלטה רגעית אדם אחר, שכלל אינו מוכר לו, מעל גשר גבוה וגורם למותו. על אף שכל חברי הצוות הביעו הסכמה עם עמדת השקילות המוסרית של מצב זה למצב של רצח בכוונה תחילה, הוחלט שלא להמליץ להוסיפו כנסיבה מחמירה נפרדת, הן מאחר שעניינה של הנסיבה מקרים מעטים ושוליים באופן יחסי, והן עקב החשש שנסיבה מעין זו עלולה להתפרש בצורה רחבה. מכל מקום, לפי דעת רוב חברי הצוות, מקרים ממין אלה ייכללו בעבירת הרצח הבסיסית, המעמידה עונש מרבי של מאסר עולם. בכך יתאפשר מיצוי הדין עם נאשמים בנסיבות אלו, במקרים המתאימים לכך.

(1) המעשה נעשה לאחר תכנון או לאחר הליך משמעותי של שקילה וגיבוש החלטה להמית;

(2) המעשה נעשה במטרה לאפשר ביצועה של עבירה אחרת או במטרה להימלט מהדין לאחר ביצוע עבירה אחרת – סעיפים 300(א)(3) ו- 300(א)(4) לחוק העונשין קובעים כי הגורם במזיד למותו של אדם תוך ביצוע עבירה או תוך הכנות לביצועה או כדי להקל על ביצועה, וכן הגורם למותו של אדם כשנעברה עבירה אחרת, כדי להבטיח לעצמו, או למי שהשתתף בביצוע אותה עבירה, בריחה או הימלטות מעונש – מבצע רצח. ההגדרה הקיימת בעייתית בשני מובנים: האחד, היסוד הנפשי הנדרש בה הוא פזיזות, הכוללת אף קלות דעת.[7] השני, לא נדרש קשר ענייני בין מעשה ההמתה לבין העבירה האחרת.[8] הצוות הסכים כי בנוגע ליסוד הנפשי הראוי במצבים אלה, לא די בקלות דעת על מנת לגבש את עבירת הרצח. כמו כן, הוסכם כי יש צורך בקשר ענייני מבחינת העושה בין ההמתה לבין העבירה האחרת, ועל כן ההמתה תיחשב לרצח בנסיבות מחמירות, אם בוצעה במטרה לאפשר עבירה אחרת או במטרה להימלט מהדין לאחר ביצועה. חברי הצוות התלבטו בשאלה, האם ראוי לצמצם את הנסיבה המחמירה, ולקבוע בה סוגי עבירות, אשר המתה על מנת לאפשר את ביצוען תחמיר את עבירת הרצח, או שמא ראוי להחיל את הנסיבה המחמירה על כל סוגי העבירות. על פי גישה אחת שנדונה, יש להחיל את הנסיבה המחמירה רק על מצבים בהם העבירה האחרת היא פשע חמור. על פי גישה אחרת, אין להבחין בין סוגי העבירות, שכן אם הרציונאל של ההחמרה הוא להרתיע את מי שמבצע עבירה, ונתקל במהלך ביצועה בקשיים, מלהסלים את המצב ולהמית אדם, אזי ראוי לשלוח מסר חריף וחמור נגד הממית בסיטואציות כאלו. דווקא כאשר ההמתה נעשית על מנת לאפשר ביצועה של עבירה קלה יחסית, הנסיבות מלמדות על מוכנותו המוגברת של העושה "להלך על גוויות" על מנת להשיג את מטרתו. בסופו של דבר, אומצה הגישה השנייה על דעת כל חברי הצוות.

(2) המעשה בוצע במטרה לאפשר או להקל על ביצוע עבירה אחרת, או במטרה לכסות על ביצועה של עבירה אחרת, או במטרה להימלט מן הדין לאחר ביצוע העבירה האחרת;

---

[6] James F. Stephen, A History of the Criminal Law of England 94 (1883).

[7] ר' סעיף 20(א) לחוק העונשין, התשל"ז-1977; לפירוט ר' נספח סקירת הדין הקיים, בעמ' 13-15.

[8] שם, שם.

(3) קורבן שהוא עד בהליכים פליליים – נסיבה מחמירה זו משקפת חומרה מיוחדת הנובעת מפגיעה קשה בערך מוגן נוסף, פרט לפגיעה בערך חיי אדם, והוא – ערך סדרי השלטון והמשפט. מעשה המתה של עד בהליכים פליליים עלול להרתיע עדים פוטנציאליים אחרים מלהעיד, ובכך עלול לפגוע בתפקודה של מערכת המשפט ובשלטון החוק.

(3) הקורבן הוא עד במשפט פלילי או מי שצפוי למסור עדות במשפט פלילי והמעשה נעשה במטרה למנוע או להכשיל חקירה או הליך משפטי;

(4) מעשה טרור – במטרה לעורר פחד או להניע גוף שלטוני למעשה – חברי הצוות הסכימו כי יש לקבוע כנסיבה מחמירה מצב בו עבירה מבוצעת מתוך מטרה טרוריסטית. הצוות עסק באבחנה בין מעשי המתה שנועדו לעורר פחד ובהלה בציבור או להשפיע על רשות שלטונית, לבין מעשי המתה שלא נועדו למטרות אלה, המבוצעים במסגרת פעילותו של ארגון טרור ולשם קידום מטרותיו. בתחילה נשקלה האפשרות לכלול את שתי הקטגוריות באותה הנסיבה, משום שהן עוסקות בעניין דומה. בסופו של דבר, הוחלט להפריד ביניהן. הפרדה זאת מבטאת תפיסה לפיה גם מעשה של יחיד, שלא במסגרת פעילות ארגונית, אך בעל פוטנציאל להשלכות ציבוריות רחבות וקשות, הוא בעל חומרה מיוחדת המצדיקה קביעתו כנסיבה מחמירה. מעשה רצח במסגרת ארגון טרור או ארגוני פשיעה אחרים די בו כדי לבסס קטגוריית חומרה עצמאית (ראו, להלן, הנסיבה המחמירה שמספרה (12)). לפיכך, הנוסח המוצע על ידי חברי הצוות הוא מעשה שנעשה במטרה לעורר פחד בקרב הציבור, או במטרה להניע ממשלה או רשות שלטונית אחרת, לעשות מעשה או להימנע מעשיית מעשה.

(4) המעשה נעשה במטרה לעורר פחד או בהלה בציבור או במטרה להניע ממשלה או רשות שלטונית אחרת, לרבות ממשלה או רשות שלטונית של מדינה זרה, לעשות מעשה או להימנע מעשיית מעשה;

(5) מניע של גזענות או עוינות כלפי ציבור – הוסכם על ידי חברי הצוות, כי מעשה רצח ממניע של גזענות הוא נסיבה מחמירה, המצדיקה תיוג חמור במיוחד, ושבגינה ראוי שיוטל על הרוצח מאסר עולם כעונש חובה. בהקשר זה מוצע להשתמש בהגדרות הקיימות בחוק העונשין ולהפנות לסעיף 144ו לחוק. סעיף זה קובע כי מניע של גזענות או עוינות כלפי ציבור לביצוע עבירה יהווה נסיבה מחמירה, אשר העונש בגינה הוא כפל העונש הקבוע לאותה עבירה, או עשר שנות מאסר, לפי הקל יותר. "גזענות" מוגדרת בסעיף 144א כ"*ירדיפה, השפלה, ביזוי, גילוי איבה, עוינות או אלימות, או גרימת מדנים כלפי ציבור או חלקים של האוכלוסייה, והכול בשל צבע או השתייכות לגזע או למוצא לאומי-אתני*". לפי סעיף 144ו(א), הנסיבה המחמירה האמורה חלה לגבי עבירה שנעברה בשל מניע של גזענות או עוינות כלפי ציבור "*מחמת דת, קבוצה דתית, מוצא עדתי, נטייה מינית, או היותם עובדים זרים*".

הצוות דן בשאלה, האם לכלול בנסיבה המחמירה גם מקרים של מעשים כלפי אנשים הסובלים מנכות נפשית או פיזית שבוצעו ממניע של שנאה או עוינות כלפי ציבור זה. הצוות לא מצא הצדקה

לעשות כן רק כשמדובר בעבירת הרצח. אולם, הצוות ממליץ לבחון את האפשרות לתקן את סעיף 144ו, ולא ליצור חריג לעבירת הרצח בלבד.

(5) המעשה נעשה מתוך מניע של גזענות או עוינות כלפי ציבור, כאמור בסעיף 144ו;

(6) מעשה שנעשה כפעולה עונשית במטרה להטיל מרות על ציבור – הצוות בחן את השאלה, האם ראוי להכיר ברצח על רקע כבוד המשפחה כנסיבה מחמירה. מצד אחד, מדובר במקרים חמורים במיוחד של מעשי רצח. הרצח מהווה לא רק אקט ענישתי הפוגע בקורבן, אלא גם אקט הממשטר נשים השייכות לקבוצה, ובכך הוא מגביל את חירותן ומשפיל אותן. מאידך, קיים חשש שהתמקדות בנושא ספציפי המקושר לקבוצות מסוימות באוכלוסייה תיתפס כצעד פטרוני וכהתנשאות תרבותית. כמו כן, הגדרת רצח על רקע כבוד המשפחה כעבירה עלולה להעניק קונוטציה שלילית למושג "כבוד המשפחה", שהוא בפני עצמו מושג חיובי וערך ראוי.

בפני הצוות נשמעה עמדתו של פרופ' מיכאל קרייני, המומחה לנושא זה. פרופ' קרייני הביא בפני הצוות נתונים לפיהם אלפי נשים בעולם, וכעשר נשים בישראל, נרצחות מדי שנה על רקע "כבוד המשפחה". התופעה כוללת מקרים בהם נרצחו נשים עקב יחסים עם אדם שאינו הבעל (שנתפסו כנוגדים תפיסות ערכיות בחברה בה בוצעו), שמועות על יחסים כאלה, הריון מחוץ לנישואין, איבוד בתולין, זנות, לבוש לא הולם, נישואין בין-דתיים, סירוב לקיים יחסי מין בנישואין כפויים, ועוד. מחקרים שנעשו באוכלוסייה הערבית בישראל בדבר יחסה לנושא גילו כי ישנה כיום פחות סובלנות והבנה לתופעה. בתי המשפט בישראל לא קיבלו את הדוקטרינה של הגנה תרבותית וראו מקרים אלה כרצח בכוונה תחילה. פרופ' קרייני תמך בקביעתה של נסיבה מחמירה, וזאת על מנת להעביר מסר נורמטיבי לציבור של שלילת התופעה. לטעמו, המסר אינו מסר של הדרה של האוכלוסייה ערבית, אלא של הכלתה.

לאחר שהצוות שוכנע כי ראוי לכלול את המקרים של רצח על רקע כבוד המשפחה ברשימת הנסיבות המחמירות, עלתה התלבטות בשאלה, האם לאפיין את הקטגוריה כמקרים של רצח על כבוד המשפחה, או להציע הגדרה כללית על יסוד המאפיינים המהותיים השליליים של התופעה, אשר מקרי רצח על רקע כבוד המשפחה הם מקרה מובהק שלה, אך לא המקרה היחיד. הועלה חשש שמא אפיון כללי עלול להתפרס גם על מעשי רצח שאינם בהכרח מן הדרגה החמורה ביותר. הצוות ממליץ לקבוע אפיון כללי, שאינו לוקה בהיקף רחב מדי ושהוא רואה אותו כהולם. אפיון זה כולל את המרכיבים הבאים: מבחינת העושה הרצח מהווה פעולה עונשית, וכן נעשה במטרה להטיל מרות או מורא ולכפות אורחות חיים והתנהגות על ציבור. יצוין, כי הגדרת "ציבור" בסעיף 34כד לחוק העונשין היא הגדרה רחבה הכוללת גם חלק מהציבור העלול להיפגע מההתנהגות שעליה מדובר.

(6) המעשה נעשה כפעולה עונשית במטרה להטיל מרות או מורא ולכפות אורחות התנהגות על ציבור;

(7) אכזריות מיוחדת או התעללות בקורבן – הצוות הסכים כי ראוי לכלול כנסיבה מחמירה מצבים בהם לרצח התלוותה פגיעה נוספת בקורבן. נסיבה זו נועדה לבטא את הסלידה החברתית המוגברת כלפי רצח הנעשה תוך התעללות גופנית או נפשית, או כשהמעשה נעשה באכזריות רבה. סקירה משווה מלמדת כי נסיבה זו מופיעה כנסיבה מחמירה גם במדינות אחרות.[9] עם זאת, הובעה הסתייגות מסוימת מנסיבה זו, מהטעם שכל רצח מעצם טיבו הוא אכזרי. נטען, כי החשש לגבי היקפו הרחב של המונח "אכזריות" גרם לכך שבמדינות מסוימות, בהן אנגליה, צרפת וקנדה, אין נסיבה מחמירה כזו. כמו כן, מונח זה זכה לביקורת בארה"ב בשל עמימותו.[10] כדי להתמודד עם הסתייגות זו, סוכם כי הנסיבה תכלול את הביטוי "אכזריות מיוחדת", המגלם דרישה לאכזריות החורגת ממעשה הרצח ה"שגרתי". יש להניח, כי בתי המשפט ידעו לאתר את ההתנהגויות שהן אכזריות במיוחד ולא יכללו בקטגוריה זו מקרים אחרים. אמנם, במדינות בהן נהוגה שיטת מושבעים הובעה ביקורת כלפי המבחן של "אכזריות", אך זאת עקב נטייתם של מושבעים להתייחס לכל מעשה רצח כרצח אכזרי במיוחד. חשש זה אינו קיים בשיטתנו. כמו כן, הצוות מציע כי לנסיבה זו תתווסף חלופה של התעללות בקורבן, הקיימת גם בעבירת האינוס כנסיבה מחמירה.[11] חלופה זו שקולה מבחינת החומרה המוסרית שבה לזו של "אכזריות מיוחדת".

(7) המעשה נעשה באכזריות מיוחדת או תוך התעללות גופנית או נפשית בקורבן.

(8) הקורבן הוא קטין שעובר העבירה אחראי עליו – הרציונאל לקביעת נסיבה מחמירה זו, כמו הנסיבה המחמירה שנקבעה בסעיף קטן (9) במקרה של קורבן חסר ישע, היא הרצון לבטא את ההגנה המוגברת שהחוק מעניק לקורבנות שהם פגיעים במיוחד. בנוסף, המתה של חלש מבטאת עמדה מוסרית מגונה במיוחד של העושה. הוסכם על ידי הצוות, כי החלת הנסיבה המחמירה במקרה של קורבן קטין שאינו חסר ישע מוצדקת כאשר ההמתה נעשית על ידי האחראי עליו, האמור להגן עליו ולדאוג לצרכיו. החומרה במקרה זה נובעת לא רק מהיותו של הקורבן חלש, אלא גם מהפרת האמון והמעילה בתפקיד מצד הפוגע, האמור להיות אחראי על רווחתו של הקורבן.

(8) הקורבן הוא קטין שעובר העבירה אחראי עליו; לעניין סעיף זה "אחראי על קטין" כהגדרתו בסעיף 368א;

---

[9] לדוגמה בגרמניה, בחלק ממדינות ארה"ב, בשוויץ, בפולין בספרד.

[10] לספרות בנושא ר', בין היתר, Richard W. Garnett, Depravity Thrice Removed: Using the 'Heinous, Cruel, or Depraved' Factor to Aggravate Convictions of Nontriggermen Accomplices in Capital Cases, 103 Yale Law Journal 2471, 2482 (1994); Richard A. Rosen, The "Especially *Heinous*" Aggravating Circumstance in *Capital* Cases - The Standardless Standard, 64 North Carolina Law Review 941 (1986).

לפסיקת בית המשפט העליון האמריקאי המתייחסת לעמימות המונח בהיבט החוקתי ר', למשל, Shell v. Mississippi, 498 U.S. 1 (1990); Maynard v. Cartwright, 458 U.S. 356 (1988).

[11] ר' סעיף 345(ב)(4) לחוק העונשין, התשל"ז-1977.

(9) הקורבן הוא חסר ישע – נסיבה זו תחול במקרים בהם הקורבן חסר ישע, ובכלל זה כאשר הוא ילד צעיר שהינו בגדר "חסר ישע". על פי סעיף 368א לחוק העונשין, "חסר ישע" הוא מי שמחמת גילו, מחלתו או מוגבלותו הגופנית או הנפשית, ליקויו השכלי או מכל סיבה אחרת, אינו יכול לדאוג לצרכי מחייתו, לבריאותו או לשלומו. אוכלוסיית חסרי הישע היא אוכלוסייה חלשה באופן מיוחד, התלויה באחרים לצורך מילוי צרכים בסיסיים. המתתו של חסר ישע מבטאת זלזול חמור במיוחד בערכים בסיסיים של אנושיות, במקום בו היחס האנושי המצופה הוא דווקא יחס של חמלה. לאור זאת, הוסכם כי ראוי להגדיר את הנסיבה כנסיבה מחמירה ללא קשר לזהות הפוגע, ולא להגבילה רק למקרים בהם הפוגע הוא האחראי על אותו חסר ישע.

(9) הקורבן הוא חסר ישע; לעניין סעיף זה "חסר ישע" כהגדרתו בסעיף 368א;

(10) הקורבן הוא עובד הציבור הממלא תפקיד באכיפת החוק או בניהול הליכים משפטיים או נבחר הציבור, והפגיעה כוונה אליו בשל תפקידו – נסיבה זו משקפת פגיעה בערך מוגן נוסף, הוא השמירה על סדרי השלטון והמשפט. הנסיבה מובילה להרשעה ברצח מדרגה ראשונה גם בשיטות משפט רבות אחרות. עם זאת, הצוות התלבט בשאלת אפיון עובדי הציבור אשר הפגיעה בהם תבסס נסיבה מחמירה. בנושא זה אין אחידות בשיטות המשפט הזרות. בקנדה, בחלק ממדינות בארה"ב ובדרום אפריקה, הנסיבה כוללת רק אנשי אכיפת החוק, ואילו בצרפת הנסיבה המחמירה חלה על כלל עובדי הציבור. הצוות סבר כי החלת הנסיבה המחמירה על כלל המקרים בהם הקורבן הוא עובד הציבור תהיה גורפת מדי. בהקשר זה, הוצע לצמצם את הנסיבה המחמירה למקרים של פגיעה בעובדי הציבור שעיסוקם קשור לאכיפת החוק, דוגמת שופטים, שוטרים, סוהרים, סניגורים, תובעים, וקציני מבחן. הרציונאל המרכזי להגנה מוגברת על אותם עובדי ציבור היא שפגיעה בהם בקשר למילוי תפקידם מבטאת התרסה בוטה נגד שלטון החוק. בנוסף, אנשי אכיפת החוק נתפסים כמייצגים באופן מובהק את המדינה, ולכן הפגיעה בהם נתפסת גם כפגיעה במדינה.

מעבר לכך, הצוות סבר כי ראוי להחיל את הנסיבה המחמירה האמורה גם על רצח אנשים בעלי מעמד ציבורי בישראל ונבחרי הציבור בקשר למילוי תפקידם, מאחר שהפגיעה בהם כרוכה בפגיעה מיוחדת בכלל הציבור ובשיטת המשטר. מוצעת רשימה מצומצמת יחסית של נציגי הציבור ונבחריו, הכוללת את נשיא המדינה, חבר ממשלה, חבר כנסת וראש רשות מקומית.

(10) הקורבן הוא עובד הציבור הממלא תפקיד באכיפת החוק או בניהול הליכים משפטיים, והכל אם המעשה נעשה בקשר למילוי תפקידו, או הקורבן הוא נשיא המדינה, חבר ממשלה, חבר כנסת, ראש רשות מקומית, והכל אם המעשה נעשה בקשר למילוי תפקידו;

(11) סכנה לאנשים מלבד הקורבן – מקרה נוסף שבו מתהווה פגיעה נוספת בערך מוגן, קיים כאשר העושה חושף אנשים נוספים פרט לקורבן לסכנה של פגיעה חמורה, למשל במקרה של הנחת פצצה במקום בו שוהים אנשים אחרים מלבד הקורבן המיועד, או הצתה של מקום כזה. נשקלה השאלה, האם די בכך שאדם אחד נחשף לסכנה על מנת להצדיק את תחולתה של הנסיבה המוחמרת, או שמא

רק מקרים של חשש לפגיעה המונית יצדיקו תחולתה של נסיבה זו. בסופו של דבר, הוסכם כי יצירת סכנה ממשית ולו לאדם אחד נוסף לקורבן, די בה על מנת ליצור נסיבה מחמירה, שכן גם אדם אחד הוא עולם ומלואו.

(11) המעשה בוצע תוך יצירת סכנה ממשית לפגיעה חמורה בגופו של אדם נוסף מלבד הקורבן;

(12) מעשה במסגרת פעילות ארגון פשע או ארגון טרור – במהלך ישיבות הצוות, נשקלה הקטגוריה של מבצעים בצוותא כנסיבה מחמירה, וההצעה נדחתה. יחד עם זאת, מוצע להגדיר כנסיבה מחמירה רצח שבוצע על ידי חבר בארגון פשיעה או בארגון טרור, משום שארגונים אלה יוצרים מטבעם סיכון מיוחד ובלתי נסבל לביצוע פשעים, ומשום שהמתת אדם במסגרת פעילות של ארגון שכזה מציבה איום חמור על שלטון החוק, גורמת לחרדה בציבור ומגלמת חומרה מוסרית רבה. הצוות התלבט בשאלה, האם יש לקבוע, כתנאי לתחולת הנסיבה המחמירה, שהרצח יקדם את מטרות הארגון, או די בכך שבוצע על ידי חבר בארגון. בהקשר זה, הובע בין השאר החשש מפני הרחבת-יתר של הנסיבה המחמירה בעקבות ההגדרה הרחבה של "ארגון פשיעה". בסופו של דבר, מוצע כי הקריטריון יהיה כפול: מעשה שבוצע במסגרת פעילותו של הארגון ושנועד לקדם את מטרות הארגון.

(12) המעשה בוצע במסגרת פעילותו של ארגון פשיעה או ארגון טרור ולשם קידום מטרות אותו ארגון; בפסקה זו – "ארגון פשיעה" כהגדרתו בסעיף 1 לחוק המאבק בארגוני פשיעה, התשס"ג-2003; "ארגון טרור" כהגדרתו בסעיף 1 לחוק איסור מימון טרור, התשס"ה-2005, ולרבות ארגון טרור מוכרז כהגדרתו באותו סעיף;

(13) מניעים מיוחדים – רצח מתוך תאווה להמית גרידא או מתוך הרצון לספק את יצר המין הם מקרים חמורים באופן מיוחד, הן מבחינת אשמת העושה והן מבחינת החרדה שהם גורמים לציבור. לפיכך, הצוות סבור שהם ראויים להיכלל בעבירה של רצח בנסיבות מחמירות.

(13) המעשה בוצע לשם סיפוק יצר המין או לשם סיפוק תאווה להמית.

נסיבה שהוחלט שאין לכלול אותה ברשימת הנסיבות המחמירות:

המתת אב, אם, סב, סבתא – נסיבה זו, על פי החוק הקיים, מגבשת עבירת רצח כל עוד נעברה תוך מחשבה פלילית. הצוות התלבט בשאלה, האם לכלול נסיבה זו, הקבועה היום בסעיף 300(א)(1) לחוק, כנסיבה מחמירה לעבירת הרצח, כאשר היא מלווה ביסוד נפשי הנדרש לעבירה זו. התפיסה העומדת בבסיס קביעתה של נסיבה זו במסגרת עבירת הרצח, היא כי המתת הורה מהווה מעשה מגונה במיוחד של המתת אדם נוכח התנכרות העושה לחובת כיבוד הורים. יחד עם זאת, המתת בן משפחה יכולה להתרחש בנסיבות שונות, ולא לכל מקרה ממין זה נלווית בהכרח חומרה מיוחדת. לפיכך, מומלץ שלא להכליל נסיבה זו בין הנסיבות המחמירות.

(ד) הענישה על עבירות הרצח

(1) מאסר עולם כעונש חובה

העונש בחוק הקיים על עבירת הרצח הוא עונש מאסר עולם חובה. בית המשפט אינו מוסמך להפעיל שיקול דעת ולסטות מעונש זה, אלא במקרים המנויים בסעיף 300א לחוק. על עונש החובה של מאסר עולם נמתחה ביקורת בפסיקה ובספרות המשפטית, ביקורת שהובילה, בין היתר, לחקיקתו של סעיף 300א בשנת 1995.[12]

כאמור, לפי הצעת הצוות, יוטל עונש של מאסר עולם כעונש מרבי על עבירת הרצח הבסיסית, ואילו עונש מאסר עולם כעונש חובה יוטל על מי שיורשע ברצח בנסיבות מחמירות. עם זאת, נקבעה בהצעה ההבחנה בין הכלל – קיומה של נסיבה מחמירה המצדיקה, לכאורה, הרשעה ברצח בנסיבות מחמירות, לבין היוצא מן הכלל – קיומן של נסיבות מיוחדות השוללות אפשרות זו. לפי דעת חברי הצוות, אם מצא בית המשפט, מנימוקים מיוחדים שיירשמו, שהתקיימו נסיבות מיוחדות, שבגינן המעשה אינו מבטא דרגה גבוהה במיוחד של אשמה, יורשע העושה בעבירת הרצח הבסיסית (על אף קיומה של נסיבה מחמירה), שהעונש המרבי בצידה הוא מאסר עולם.

הסוגיה של העונשים הקבועים בצידן של עבירות הרצח מעוררת שתי שאלות: האם להשאיר על כנו את העונש של מאסר עולם? ואם כן, האם להשאיר על כנו את העונש של מאסר עולם כעונש חובה?

<u>אשר לשאלה הראשונה של מאסר עולם כעונש מרבי</u> – בתחילת הדיונים, הועלתה על ידי נציגי הסניגוריה הציבורית הצעה לבטל את עונש מאסר העולם, ותחת זאת לקבוע בחוק עונש מרבי קצוב בשנות מאסר, כפי שנעשה במספר מדינות בעולם (כגון נורבגיה, פורטוגל, ספרד, סלובניה, קרואטיה ועוד). הטעם העיקרי לכך הוא התפיסה של עונש מאסר העולם כעונש אכזרי שאינו מותיר תקווה לאסיר ופתח לשיקומו ולהשתלבותו בחברה בעתיד. האפשרות הקיימת בדין הישראלי לקצוב את העונש אינה פותרת קושי זה, היות שהקציבה היא בסמכות של נשיא המדינה, וישנם מקרים בהם העונשים אינם נקצבים. בנוסף, לפי עמדה זו, יש טעם לפגם בחוסר הוודאות שהתקופה הקודמת לקציבה מטילה על מי שדינו נגזר למאסר עולם.

לאחר דיונים בנושא ושמיעת העמדות השונות, בהן עמדת ארגוני הנפגעים, ממליץ הצוות להותיר את עונש מאסר העולם כעונש מרבי לעבירת הרצח. הצוות סבור כי מבחינת התיוג והמסר שהוא מגלם, העונש של מאסר עולם הוא עונש ראוי כעונש מרבי בגין רצח. הוא מבטא את החשיבות המיוחדת של ערך חיי האדם, החומרה המיוחדת שבקיפוחם וההוקעה החברתית הראויה למעשה ולעושה. כמו כן, במקרים החמורים של עבירת הרצח, ישנה הצדקה להטלת עונש חריג שאינו לתקופה קצובה – קרי, מאסר עולם. הצוות סבור כי על ההתמודדות עם ההשגות שהעלו נציגי הסניגוריה הציבורית, שעיקרן נוגע להסדרי הקציבה של העונש, להיעשות במסגרת הבחינה של חוק שחרור על תנאי ממאסר, התשס"א-2001 (להלן: חוק שחרור על תנאי ממאסר).

---

[12] ר' נספח סקירת הדין הקיים, בעמ' 15-16.

סעיף 41 לחוק העונשין קובע, כי עבירה שדינה מאסר עולם שלא נקבע כעונש חובה, משמעה מאסר בפועל לתקופה שלא תעלה על עשרים שנה. נוכח חומרתה היתרה של עבירת הרצח, גם במקרים בהם לא נעשה המעשה בנסיבות מחמירות, הצוות סבור כי אין להחיל את הוראת סעיף 41 על עבירה זו. על כן, ראוי לקבוע שבית המשפט יוכל להטיל בגין עבירת הרצח עונש מאסר עולם שאינו קצוב בזמן. עם זאת, יש לאפשר לבית המשפט להטיל עונש קצוב במקרים שהם פחות חמורים. במקרה שבית המשפט בחר להטיל עונש מאסר קצוב, הצוות סבור כי אין מקום שהעונש יהיה לתקופה ארוכה משלושים שנה. זאת, בין היתר, נוכח הוראות חוק שחרור על תנאי ממאסר, לפיהן ועדת שחרורים מיוחדת מוגבלת בהמלצתה לקצוב את עונשו של אסיר עולם לתקופה שלא תפחת משלושים שנה.[13] כדי ליצור קוהרנטיות, הצוות מציע לקבוע כי העונש המרבי בגין עבירת הרצח יהיה מאסר עולם או מאסר שלא יעלה על שלושים שנה. כך יוכל בית המשפט להטיל במקרים החמורים מאסר עולם לתקופה בלתי קצובה, ולהותיר את שיקול הדעת לקציבה לוועדת השחרורים, או לבחור להטיל עונש מאסר קצוב בשנים, אך כאמור עונש זה לא יעלה על שלושים שנות מאסר.

(א) על אף הוראות סעיף 41, לעניין סימן זה: "מאסר עולם" – מאסר עולם לתקופה בלתי קצובה או מאסר שלא יעלה על שלושים שנות מאסר.
(ב) גזר בית המשפט מאסר עולם לתקופה בלתי קצובה, על עבירה לפי סימן זה, יחולו לגביו הוראות חוק שחרור על-תנאי ממאסר, התשס"א-2001, לעניין קציבת עונש מאסר עולם.

<u>אשר לשאלה השנייה הנוגעת לעונש מאסר עולם כעונש חובה</u> – הבעייתיות בעונש מאסר עולם כעונש חובה, שאין כל אפשרות לסטות ממנו, נעוצה בקושי להגדיר נורמה באופן שרק עונש אחד יתאים לטווח ההתנהגויות הבאות בגדרה. לכל הגדרה יימצאו נסיבות חריגות, לא טיפוסיות, שבשל התקיימותן הטלת עונש החובה אינה מוצדקת לאור עקרונות המשפט הפלילי, שביסודם התאמת העונש לאשמה במעשה.[14] בנוסף, נציגי הסניגוריה הציבורית סבורים שעונשי חובה, וביתר שאת עונש החובה של מאסר עולם, מגבילים את שיקול הדעת השיפוטי ומעניקים כוח עודף לרשויות התביעה. לגישתם, עונשי חובה עלולים ליצור לחץ כבד על נאשמים להודות במסגרת הסדרי טיעון מקלים, גם במקרים שהיו להם טענות חפות משמעותיות. מאידך, יתר חברי הצוות סבורים כי יש להותיר את עונש החובה של מאסר עולם בגין עבירת רצח בנסיבות מחמירות, המשקפת דרגה גבוהה במיוחד של אשמה. לפי דעת הרוב, ביטול עונש החובה לגבי עבירה זו עלול לפגוע במסר בדבר חשיבותו של הערך של חיי אדם, לפגוע בהרתעה ולהעביר מסר לבית המשפט על פיו, ככלל, העונש הראוי על עבירת הרצח בנסיבות מחמירות הוא נמוך ממאסר עולם, ועקב כך הענישה שתוטל עלולה שלא לשקף את העונש ההולם למעשה רצח. בעבירות שלא קבוע בצידן עונש חובה, בתי המשפט אינם נוהגים להטיל את העונש המרבי אלא במקרים החריגים והחמורים ביותר. מכאן עלה החשש, כי על אף שהעונש של מאסר עולם הוא העונש שככלל ראוי להטיל על אדם שהורשע ברצח בנסיבות מחמירות, הרי שגם

---

[13] ר' סעיף 29(א) לחוק שחרור על תנאי ממאסר, התשס"א-2001.

[14] כך ציין גם פרופ' בועז סנג'רו, שהופיע בפני הוועדה והציג את עמדתו השוללת קביעת עונש מאסר עולם חובה והמסתייגת מעונש מאסר עולם.

במקרים אלה בתי המשפט יירתעו מהטלת העונש של מאסר עולם. התוצאה שעלולה להיגרם אם ייקבע העונש של מאסר עולם כעונש מרבי היא, שמאסר עולם יוטל רק במקרים חריגים ומזעזעים בחומרתם, ובפועל יוטלו על מעשי רצח חמורים תקופות מאסר קצובות ונמוכות משמעותית, שאינן משקפות את חומרת המעשים. ודוק: ככל שמדובר במקרה בו בית המשפט מצא שהתקיימו נסיבות מיוחדות שבגינן המעשה אינו מבטא דרגה גבוהה במיוחד של אשמה, יימנע בית המשפט מהרשעה בעבירת הרצח בנסיבות מחמירות, וממילא הוא לא יהיה מחויב להשית מאסר עולם. כך, יוכל בית המשפט להטיל עונש ההולם את דרגת האשמה הבאה לידי ביטוי בפועל בנסיבות המעשה, בהתקיים נסיבות מיוחדות מפחיתות אשמה שלא ניתן לפרטן מראש.

(2) משמעותו בפועל של מאסר עולם

על אף שהעונש על עבירת הרצח בדין הקיים הוא מאסר עולם חובה, הרי שלמעשה ברוב רובם של המקרים הרוצח לא נותר בין כתלי הכלא לכל ימי חייו, מאחר שנשיא המדינה קוצב את העונש לתקופה הפחותה ממאסר עולם. על פי הוראות חוק שחרור על תנאי ממאסר, אסיר רשאי לפנות לוועדת שחרורים מיוחדת ולבקש הקלה בעונשו בחלוף שבע שנים (ובמקרה שהאסיר נדון למאסרי עולם מצטברים – בחלוף חמש עשרה שנים) מתחילת ריצוי מאסרו. ועדת השחרורים המיוחדת רשאית להמליץ לנשיא המדינה לקצוב את עונשו של אסיר העולם לעונש שלא יפחת משלושים שנות מאסר. שר המשפטים רשאי לפנות לנשיא המדינה על מנת לקצוב עונש מתחת לשלושים שנות מאסר. מבדיקה עם מחלקת החנינות במשרד המשפטים עלה, כי בפועל נקצב עונשם של רוב האסירים שעונשם נגזר למאסר עולם לאחר שסיימו לרצות תשע עד אחת עשרה שנות מאסר, אך יש להתייחס לנתון זה בזהירות משום שהנתונים בעניין תקופות הקציבה אינם יציבים לאורך השנים ומושפעים מזהות הגורמים הממליצים והמכריעים. המשמעות של השיטה הנוהגת היא יצירת פער בין הסמליות שבהטלת עונש מאסר עולם על ידי בתי המשפט לבין העונש הלכה למעשה שהינו, ככלל, קצוב. בסופו של דבר, הגורם המחליט על תקופת המאסר שמרצה המורשע ברצח אינו בית המשפט כי אם נשיא המדינה, לאחר שקיבל את המלצת ועדת השחרורים המיוחדת או שר המשפטים. על פי סעיפים 29(ד) ו- 10(ב) לחוק שחרור על תנאי ממאסר, השיקולים ששוקלת ועדת השחרורים המיוחדת הם: שיקולים עונשיים המתייחסים לטיב העבירה, לנסיבות ביצועה, לתוצאותיה וכן לנסיבותיו האישיות של האסיר, והאם חל באסיר שינוי בולט וממשי מבחינת הבנת חומרת מעשיו ומוכנותו להשתלב בחברה ולתרום לה. בפני הצוות הופיעו גב' אמי פלמור, מנהלת מחלקת החנינות במשרד המשפטים, וכן גב' לרה צינמן וגב' ענת שושן מארגון משפחות נרצחים ונרצחות. גב' צינמן וגב' שושן העלו טענות שונות ביחס לתקופות הקציבה. **בחינת ההסדרים הנוגעים לקציבת העונש, הקבועים בחוק שחרור על תנאי ממאסר, חורגת מגדר המנדט שניתן לצוות, ולפיכך הצוות לא העמיק בנושא זה די הצורך כדי לגבש עמדה. עם זאת, הצוות מוצא לנכון להמליץ לשר המשפטים לבחון הסדרים אלה ולבדוק אם יש מקום לשנותם, בין השאר לעניין מיהות הרשות המכריעה – שיפוטית או מנהלית, מייעצת או מכריעה; דרך קבלת ההחלטות (פומביות הדיון, זכות טיעון); התקופות שבהן ניתן לקבל החלטה; והתקופות שראוי לקצוב.**

(3) עונש מאסר עולם חובה בעבירת רצח בנסיבות מחמירות – האם יש מקום לאפשר סטייה ממנו?

כאמור, הצוות מציע לקבוע את מאסר העולם כעונש מרבי לעבירת הרצח וכעונש חובה לעבירה של רצח בנסיבות מחמירות. העבירה האחרונה, שכאמור תעסוק במקרי רצח המבטאים חומרה מוסרית

מיוחדת, תבטא את משקלם המיוחד של שיקולי האשם, ההוקעה, הגמול וההרתעה במקרים אלה, הן בדרך של תיוג מיוחד של מעשה הרצח כרצח בנסיבות מחמירות והן בדרך של ענישת חובה.

עם זאת, הצוות מודע לקושי שבתיחום מדויק מראש של עבירת הרצח בנסיבות מחמירות באמצעות נוסחה משפטית. הגם שההצעה שואפת להגדיר את המקרים הראויים להרשעה ולעונש הנלווים לעבירה זו, ייתכנו מקרים פרטניים שנסיבותיהם הייחודיות לא ילוו בדרגת האשמה החמורה המאפיינת את העבירה המוחמרת, אף שהתקיימה הנסיבה המחמירה שקבע המחוקק. לפיכך, הצוות ממליץ כי באותם מקרים חריגים, בהם לדעת בית המשפט הדן בעניין, *המעשה* אינו מבטא דרגה גבוהה במיוחד של אשמה, יימנע בית המשפט מהרשעה בעבירה של רצח בנסיבות מחמירות, גם אם התקיימה נסיבה מחמירה, ותחת זאת ירשיע את העושה בעבירה הבסיסית של רצח, שעונשה המרבי הוא מאסר עולם.

דעת הרוב ודעת המיעוט נחלקו בשאלה, האם בנוסף לשיקול הדעת לעניין קביעת האחריות, יש להעניק לבית המשפט, לאחר שזה החליט להרשיע בעבירה של רצח בנסיבות מחמירות, שיקול דעת גם לעניין העונש. לדעת רוב חברי הצוות, שיקול הדעת הנתון לבית המשפט מוגבל לשאלת האחריות בלבד. אם מתקיימות נסיבות מיוחדות שבגינן המעשה אינו מבטא דרגה גבוהה במיוחד של אשמה, ירשיע בית המשפט בעבירת הרצח הבסיסית, המאפשרת הפעלת שיקול דעת לעניין העונש. עם זאת, משעה שהחליט בית המשפט כי לא התקיימו נסיבות מיוחדות כאמור, והרשיע בעבירה של רצח בנסיבות מחמירות, עליו לגזור את עונש החובה הקבוע בצד עבירה זו – מאסר עולם. לעומתם סבורים נציגי הסניגוריה הציבורית בדעת מיעוט, כי יש להעניק לבית המשפט גם שיקול דעת לסטות מעונש החובה כשהוא מרשיע בעבירה של רצח בנסיבות מחמירות, בהתקיים נסיבות מיוחדות המצדיקות זאת, ולעניין זה אין להגביל את שיקול דעתו של בית המשפט לנסיבות הנוגעות למידת האשמה שבמעשה, אלא יש לאפשר לו להתחשב במכלול הנסיבות הרלוונטיות לענישה, בכללן נסיבותיו האישיות של העושה.

עמדת רוב חברי הצוות היא כי אין לשחוק את העמדה לפיה דרגת אשמה חמורה במיוחד, המשתקפת במעשה של קיפוח חיי אדם, מצדיקה ומחייבת עונש מאסר עולם כעונש חובה. כך מתחייב מחשיבות הערך ומחומרתה המיוחדת של הפגיעה בו. הובע גם החשש שאימוצו של פתח מילוט רחב ובלתי מאופיין יביא לאיבוד היסוד המדריך והמכוון שבנורמה.

התיבה "אינו מבטא דרגה גבוהה במיוחד של אשמה" היא נוסח שהתקבל לאחר שנדונה הצעה אחרת לתיבה, והיא: "אינו מבטא עמדה ערכית מגונה במיוחד". הביקורת על תיבה זו נבעה מהחשש, שבתי המשפט יירתעו מלקבוע, שבמעשה רצח מסוים אין עמדה ערכית מגונה במיוחד, ולפיכך, לדעת המבקרים, קביעת קריטריון בלעדי של עמדה ערכית מגונה במיוחד יוביל לכך שכמעט לעולם לא ייעשה שימוש ב"פתח המילוט", גם אם ראוי לעשות כן. הניסוח "אינו מבטא דרגה גבוהה במיוחד של אשמה" בא לענות על חשש זה. "אשמה" משמעותה, בהקשר זה, מידת הציפייה שאדם ינהג בהתאם לחוק. ככל שגדל הקושי של האדם לנהוג בהתאם לנורמה, כך פוחתת מידת אשמתו, וככל שקל יותר לעמוד בדרישת החוק, כך גדלה מידת האשמה. מידת הציפייה הזו נקבעת לא רק תוך התייחסות למצב הדברים העובדתי ולמצב הנפשי בו נמצא העושה, אלא גם בהתאם לאמת

מידה נורמטיבית, שצריכה להיות סבירה והוגנת. עוד שלובים בעקרון האשם רכיבים נוספים, הנוגעים ליחסה של החברה לערך המוגן שנפגע, ליסוד הנפשי של הפוגע, לסיבה שבגינה התקשה הפוגע לנהוג בהתאם לנורמה ולטיבו של המעשה הפוגע. רוב חברי הצוות אינו רואה יסוד לחשש, שהובע על ידי נציגי הסניגוריה הציבורית, לפיו בתי המשפט יתקשו להכיר במקרה של רצח, שהתקיימה לגביו נסיבה מחמירה, כמקרה שאינו מגלם דרגה גבוהה במיוחד של אשמה.

(4) עונש מינימום ועונשי מוצא

במהלך הדיונים הועלתה האפשרות לקבוע עונש מינימום בצד עבירת הרצח. אמנם, ככלל, משרד המשפטים מתנגד לקביעת עונשי מינימום, אשר אינם מאפשרים התחשבות בכל מקרה לפי נסיבותיו. ואכן, בהצעת החוק הממשלתית בנושא הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה,[15] הוצע לאמץ מודל אחר המבוסס על עונשי מוצא, ולא על עונשי מינימום. יחד עם זאת, חברי הצוות התלבטו האם עקב ייחודיותה וחומרתה היתרה של עבירת הרצח וחשיבות הערך של חיי אדם, יש מקום לסטות מהמדיניות הכללית לגביה ולקבוע במסגרתה עונש מינימום. בסופו של דבר, הוחלט שאין מקום להמליץ על קביעת עונשי מינימום בעבירת הרצח, וזאת מכמה סיבות: ראשית נטען, כי קיימת נטייה בפסיקה להטיל עונשים הקרובים מאוד לעונש המינימום, דהיינו לראות בעונש מינימום עונש מוצא. נטייה כזו תיצור מצב בלתי רצוי בעניינו. מנגד קיים חשש, שעל מנת להימנע מן התוצאה האמורה, תהיה נטייה לקבוע עונשי מינימום חמורים במיוחד. מצב דברים זה ייצור את הבעייתיות ההפוכה – חומרת עונשי המינימום תהיה רבה מדי ותשקף החמרת יתר.

כמו כן, נדונה האפשרות לקבוע במסגרת העבירה עונשי מוצא לנסיבות מסוימות או למדרגים מסוימים, שינחו את שיקול דעת בית המשפט בענישה, על פי המודל המוצע בהצעת החוק הממשלתית בנושא זה. עם זאת, על פי המודל האמור, ועדה חיצונית היא שתקבע את עונשי המוצא, על פי מכלול שיקולים המפורטים בהצעה, וזאת מתוך תפיסה שחקיקה היא מנגנון נוקשה מכדי להתמודד עם השינויים והגמישות הנדרשת בקביעת עונשי מוצא. לפיכך, הוחלט שלא להציע עונשי מוצא לעבירת הרצח ולהותיר עניין זה למנגנון שייקבע במסגרת החוק.

(ה) היסוד הנפשי בעבירות הרצח

(1) אדישות

עיקר המחלוקת בין חברי הצוות, בהקשר של היסוד הנפשי הנדרש להרשעה ברצח, הייתה בשאלה, האם לכלול בעבירת הרצח גם המתה באדישות. עבירת הרצח כנוסחה היום כוללת מספר חלופות: המתת הורה או סב; המתה בכוונה תחילה; המתה תוך ביצוע עבירה; והמתה כדי להבטיח בריחה או הימלטות מעונש. יסודות הכוונה תחילה הם: הכנה, החלטה להמית והעדר התגרות. הלכה למעשה, פורש יסוד "הכוונה תחילה" באופן שקירב אותו מאוד ל"כוונה". לעומת זאת, בחלופות האחרות של עבירת הרצח לא נדרשת כוונה, ולפי הפסיקה נדרשת פזיזות כלפי התוצאה הקטלנית (כלומר, ככל הנראה מספיקה אף קלות דעת).[16]

---

[15] הצעת חוק העונשין (תיקון מס' 92) (הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה), התשס"ו-2006.

[16] ר' נספח סקירת הדין הקיים, בעמ' 13.

בצוות התגלעה מחלוקת בנוגע למצב המשפטי הראוי. על פי דעת הרוב, עבירת הרצח המוצעת אינה באה כלל להחליף את עבירת הרצח בדין הקיים, ולכן אין לבחון אותה באספקלריה של עבירת הרצח כפי שהיא כיום. עבירת הרצח המוצעת שונה במהותה, ברעיון שביסודה ובתכליתה, מעבירת הרצח הקיימת. כן שונה היא מהותית ביסודותיה, ובהתאם לכך – גם בתגובה העונשית עליה. בעוד שעבירת הרצח בדין הקיים נועדה לתפוס את כל המקרים החמורים ביותר האפשריים של המתת אדם, מטרתה של עבירת הרצח המוצעת היא לתפוס את המקרים החמורים של המתת אדם, אך לא את החמורים ביותר. למקרים החמורים ביותר של המתת אדם נועדה העבירה המוצעת של רצח בנסיבות מחמירות, אשר מהווה למעשה המחליפה המהותית של עבירת הרצח הקיימת. נקודת המוצא שמנחה את רוב חברי הצוות היא שיחסה האמיתי של שיטה משפטית לערך מוגן מסוים אינו נבחן בתגובה לפגיעה החמורה ביותר האפשרית בערך זה, אלא דווקא בתגובה לפגיעה קשה בערך, שאינה בהכרח הקשה ביותר. הטעם לכך נעוץ בעובדה, שכאשר מתקיימות נסיבות מחמירות במיוחד, חומרת העונש מבטאת לא רק את הפגיעה בערך חיי אדם, כי אם גם את הפגיעה בערכים מוגנים נוספים. אחת ממטרותיו של המשפט הפלילי היא לשקף ולבטא את יחסה של החברה לערכים המוגנים על ידה. חשיבות מיוחדת נודעת לתפקיד זה של דיני העונשין בהקשר של הערך של חיי אדם, שאין דומה לו בחשיבות. עולה מכאן, שבמרכזן של עבירות ההמתה צריכה לעמוד עבירה שעניינה מקרה חמור של קיפוח חיי אדם; חמור, אך לא החמור ביותר. לכן מתבקש, שהעבירה תאופיין בעמדה נפשית שלילית מובהקת, ביסוד נפשי מגונה כלפי הערך של חיי אדם. החשיבות העליונה של הערך של חיי אדם, כפי שהיא עולה מן המסורת היהודית-דמוקרטית ומפסיקתו העקבית של בית המשפט העליון, צריכה להתבטא בגינוי חמור וחד-משמעי של מעשה כזה. גינוי כאמור מחייב, שהעבירה תיקרא "רצח", ושהעונש בצידה יעביר אף הוא מסר של חומרה מיוחדת – מאסר עולם כעונש מרבי. נשאלת אם כן השאלה, מהו היסוד הנפשי ההולם עבירה כזו – יסוד נפשי מגונה המשקף מקרה חמור של המתת אדם, אך לא את החמור ביותר. התשובה המתבקשת היא שיסוד נפשי זה הוא כוונה להמית או אדישות כלפי התוצאה הקטלנית. לדעת רוב חברי הצוות, גם היסוד הנפשי של אדישות הוא יסוד מגונה מובהק.

האם שוויון נפש של העושה כלפי אפשרות התרחשותה של תוצאה קטלנית עקב התנהגותו אכן מבטא עמדה נפשית שלילית מובהקת? השגת התוצאה הקטלנית אינה משרתת את העושה, ולכן אין הוא מעוניין בה ואין הוא חפץ בה. דווקא על הרקע הזה, ניתן היה לצפות מאדם המייחס, במידה כלשהי, ערך לחיי אדם, שהוא יעדיף בבירור את אי התרחשותה של תוצאה קטלנית על פני התרחשותה. אולם לאדיש אין העדפה כזו. אחת היא לו אם יקופחו חיי אדם, אם לאו. מבחינתו, היינו הך הם. האדיש מוכן להביא להתרחשותה של תוצאה קטלנית גם במצב דברים שבו מבחינתו אין, ולו תקווה, שהתוצאה לא תתרחש. ברי, כי מדובר בזלזול מובהק ובהתנכרות קשה וחמורה לערך של חיי אדם, שבעטיים מעשה ההמתה הוא מעשה חמור מובהק.

עמדה נפשית של כוונה היא אמנם חמורה יותר, אך האדישות קרובה אליה מאוד. בה במידה, עמדה נפשית של אדישות מרוחקת מעמדה נפשית של קלות הדעת. בשיטת המשפט הישראלית רוב העבירות מבוססות על מחשבה פלילית, מכאן שההתייחסות הערכית המשווה בין כוונה לאדישות אינה זרה לשיטת המשפט שלנו. אמנם קלות הדעת כלולה בהגדרת "פזיזות", אך אין חולק שישנו פער מהותי במידת האנטי-חברתיות שבאדישות, לעומת זו שבקלות הדעת. בשל הנימוקים שהובאו

לעיל, סברו רוב חברי הצוות כי בנושא עבירות ההמתה יש הצדקה עניינית לאבחנה בין יסוד נפשי של אדישות ליסוד נפשי של קלות דעת, וכן לכריכה של האדישות והכוונה יחד, תוך אבחנה ביניהן ובין קלות הדעת. דעת המיעוט אף היא מבדילה בין יסוד נפשי של אדישות לבין יסוד נפשי של קלות דעת, אולם במקום להשוות לעניין זה את האדישות לכוונה, מוצע על ידה ליצור עבירה נפרדת של המתה באדישות.

לגישה הקושרת בין כוונה לאדישות תימוכין בגישת המשפט הקונטיננטאלי. שיטת משפט זו אינה מבחינה, ככלל, בין כוונה לאדישות, ושניהם מרכיבים את היסוד הנפשי הנדרש ככלל לאחריות פלילית בעבירות המתה.[17] גישה זו תואמת גם את הדין במדינות המשפט המקובל, וביניהן אנגליה, ארצות הברית, קנדה, סקוטלנד, אוסטרליה וניו-זילנד, שבהן קיימות עבירות רצח שאינן דורשות כוונה להמית. להרחבה בנוגע למשפט המשווה, ראו פירוט בנספח לדוח.

העמדה הנפשית של אדישות – חוסר אכפתיות של הממית כלפי חיי קורבנו – הופכת את ההמתה לפגיעה מובהקת בחומרתה בחיי אדם. מהותה וחומרתה של הפגיעה מצדיקות שתוטל עליה סטיגמה של רצח. יתר על כן, חשיבותו של הערך של חיי אדם מחייבת זאת. ויודגש, כי הכללת המתה באדישות במסגרת עבירת הרצח במודל המוצע לא תוביל בהכרח לעונש של מאסר עולם, בשונה מעבירת הרצח הקיימת. על פי המודל המוצע, תבוא ההמתה באדישות בגדרה של אחת משתיים: עבירה שהעונש עליה הוא מאסר עולם כעונש מרבי ולא כעונש חובה (עבירת הרצח הבסיסית), ולחלופין, עבירה שמלווה בעונש מאסר עולם חובה, אך המותירה שיקול דעת לבית המשפט להימנע מהרשעה בה במקרים מיוחדים, בהם המעשה אינו מגלם דרגה גבוהה במיוחד של אשמה (עבירת הרצח בנסיבות מחמירות). היסוד הנפשי של המבצע יישקל במסגרת הכרעה זו. לפיכך, ראוי לכלול המתה באדישות בעבירת הרצח הבסיסית.

<u>עמדת הסניגוריה הציבורית</u> – נציגי הסניגוריה הציבורית טענו לבעיות שונות העולות מכריכת האדישות עם הכוונה בעבירת הרצח, וביניהן:

א. על אף היותה של האדישות חמורה יותר מקלות הדעת, אין להתעלם מהאבחנה המוסרית בין יסוד זה לבין הכוונה, החמורה ממנה. העדר אבחנה כזו עלול לגרום לחוסר צדק מבחינת התיוג כ"רוצח" ומבחינת הענישה.

ב. חשש לשחיקת הסטיגמה של "רצח" – עלה החשש, שככל שתורחב הקטגוריה יבואו מקרים חמורים פחות בגדרה של עבירת הרצח, ושיביאו להטלת עונשים נמוכים יותר. בכך הסטיגמה של המושג "רצח" תישחק.

ג. חשש מפני זליגת מקרים של קלות דעת, ואפילו רשלנות, לעבירת הרצח, עקב קיומן של מספר הוראות חוק ה"משדרגות" יסוד נפשי של רשלנות או קלות דעת ליסוד נפשי של אדישות, וכן בשל הקושי המעשי להבחין בין אדישות לקלות דעת.

---

[17] במשפט הקונטיננטאלי אין התייחסות מפורשת לאדישות. היסוד הנפשי המקביל מבחינת מעמדו, אך לא מבחינת מהותו, למחשבה פלילית, מקיף את הכוונה, את הצפייה בדרגה גבוהה מאוד של הסתברות ואת ההשלמה עם התוצאה. היסוד הנפשי של אדישות ייתפס, ככלל, בגדר ההשלמה עם התוצאה. היסוד של מחשבה פלילית אינו מוגדר בחוק; הוא פותח על ידי הפסיקה ועל ידי הספרות המשפטית.

ד. התפיסה המקובלת בקרב משפטנים ובקרב הציבור היא שרצח הוא מעשה מכוון של המתה.

ה. יצירת עבירה נפרדת של המתה באדישות (בין עבירת הרצח הבסיסית לבין העבירה של המתה בקלות דעת) תיתן ביטוי לחומרה שבהמתה באדישות, ותאפשר ענישה מחמירה של עד 20 שנות מאסר (כפי שמאפשר הדין גם כיום תחת עבירת ההריגה).

להרחבה נוספת של עמדה זו, ראו את עמדתם של נציגי הסניגוריה הציבורית, המובאת כאמור בסוף המסמך.

רוב חברי הצוות מצאו טיעונים אלה כבלתי משכנעים. לדעתם, לא הופנמה די הצורך המתכונת המוצעת, שהיא חדשה ושונה מהמתכונת של עבירת הרצח הקיימת. גם בהינתן שכוונה חמורה מאדישות, הרי שאין בכך כדי לשלול את ההערכה, שהאדישות חמורה דיה כדי לבטא עמדה שלילת מובהקת ויסוד נפשי מגונה, המתאימים לאפיון הרצח, החל על מקרה חמור של קיפוח חיי אדם. יותר משיש לחשוש לשחיקת הסטיגמה הכרוכה בביטוי "רצח", יש לחשוש מאי מתן מלוא הכובד לערך של חיי אדם ולחומרה שבקיפוחם מתוך עמדה של חוסר אכפתיות. דעת הרוב אינה מסכימה עם הטענה, לפיה העמדה הרווחת בציבור מזהה רצח עם נטילת חיי אדם שהיא מכוונת. מעמדת ארגוני הנפגעים עולה, דווקא, עמדה הפוכה, לפיה ראוי לתייג כרוצח אדם, הפוגע בחוסר אכפתיות בחייו של אחר וגורם למותו. יתר על כן, גם אם הייתה זו הנחה נכונה, הרי שאין זה ברור כלל, שתפיסת הכוונה בתודעה הציבורית זהה לזו המשפטית. כמו כן, אין טעם בבניית תלים של השערות, אשר מבוססות על משפט כזה או אחר בפסיקה, אודות מבנה עבירות ההמתה. בית המשפט, מטבע תפקידו, מבקש מזור לבעיות במקרה ספציפי הנדון בפניו, ואינו מציע מודל קוהרנטי חלופי לעבירות ההמתה. תפיסות רווחות, מקצועיות וציבוריות, מושפעות לא אחת מן הדין הקיים. במקום שבו הכל מסכימים, כי ראוי לשנות את הדין הקיים, והדיון נסב רק על מתכונת השינוי, אין לייחס משקל רב לתפיסות רווחות אודות המצוי. בנוסף, אין להגזים בחשיבות שמייחסים לפסק דין יחיד, שניתן בהקשר נורמטיבי לגמרי שונה מזה המוצע (ראו עניין *ויניצקי*,[18] הנזכר בעמדתם של נציגי הסניגוריה הציבורית בעמ' 63 להלן). ברור הוא, שאם תיכון עבירה של רצח במודל המוצע, הן התביעה והן בית המשפט ישקלו היטב אם ישנן די ראיות לעמדה נפשית של אדישות של העושה – בשלב הגשת כתב האישום, והאם הוכח מעל לכל ספק סביר, שהעושה פעל מתוך אדישות דווקא, ולא מתוך קלות דעת – בשלב המשפט.

החשש, כי בית המשפט יישם את הנוסחה המוצעת באופן כזה, שמקרים של קלות דעת "יזלגו" לעבירת הרצח, הוא תיאורטי בלבד, ואילו החשש לחוסר צדק בהרשעה ובענישה מוצא מענה בשיקול הדעת, המוקנה לבית המשפט, לגזור את הדין בעבירת הרצח ולהוציא מקרים, שאינם ראויים לכך, מגדר ההרשעה בעבירת הרצח בנסיבות מחמירות. בכך מושגת הצעה קוהרנטית, אשר מחד גיסא, מרחיבה את מסגרת ההרשעה בעבירת הרצח, ומאידך גיסא, מרחיבה את שיקול הדעת השיפוטי, בעיקר בתחום הענישה.

---

[18] ע"פ *11/99* **ויניצקי נ' מדינת ישראל**, פ"ד נג(2) 145 (*1999*).

<u>הצעות נוספות שנדונו</u> – הצוות בחן מספר אפשרויות לגשר בין שתי הגישות. הצעת ביניים אחת הייתה קביעת יסוד נפשי של "אדישות קיצונית", אשר ייכלל בעבירת הרצח הבסיסית, להבדיל מאדישות רגילה. לפי הצעת ביניים אחרת, המצויה בהצעת החוק של ח"כ לשעבר סלומינסקי, בעבירת הרצח הבסיסית תיכלל המתה שנעשתה במטרה לגרום חבלה חמורה, שיש בה סיכון ממשי של מוות, גם אם לא העושה לא היה מודע לאפשרות גרימת המוות.[19] לעומת זאת, ד"ר דנה פוגץ', שהופיעה בפני הצוות, הציעה לאמץ את המודל המוצע על ידי הוועדה האנגלית.[20] לפי מודל זה, רצח מדרגה ראשונה כולל, בנוסף להמתה מכוונת, גם מקרה של המתה בכוונה לגרום חבלה חמורה, המלווה בצפיית המוות ברמת הסתברות גבוהה – סיכון ממשי. ד"ר פוגץ' הציעה לקבוע, על בסיס המודל האנגלי, כי כאשר הכוונה היא לגרימת נזק גופני, שאינו חבלה חמורה, או ליצירת סיכון לנזק גופני כזה, המלווה בצפייה סובייקטיבית של המוות, מעשה ההמתה ייכלל בגדר רצח מדרגה שנייה.[21] על מנת למנוע הרחבה של קשת המקרים שייכללו בגדר עבירת הרצח, שבהם נראה שאין הצדקה מוסרית לתיוג בעבירת רצח (בעיקר במקרים של גרימת מוות כתוצאה מתאונות דרכים), הועלתה הצעה לפיה מקרים של המתה באדישות ייכללו בעבירת הרצח, רק אם המעשה הוא פעולה אלימה או פעולה המכוונת לגרום חבלה של ממש, תוך צפייה שהמעשה האלים עלול לגרום למותו של אדם, ואדישות כלפי תוצאה זו. הובהר, כי ככל שרמת הסיכון גבוהה יותר, כך קל יותר לקבוע שאדם הוא אדיש לאפשרות התרחשות התוצאה הקטלנית, ובמובנים רבים הוא דומה למתכוון. מקרים טיפוסיים לסיטואציה זו הם המקרים בהם אדם המית אחר בדקירת סכין באיבר חיוני.

הצוות לא מצא מקום לקבל הצעות אלו. לדעת הצוות, ראוי לשמור על המבנה הבסיסי של עבירה פלילית מודרנית ועל המתכונת השיטתית של עבירות ההמתה, כעבירות שיש בהן הלימה בין היסוד העובדתי לבין היסוד הנפשי, וכי אין לאמץ דגמים של אחריות פלילית רחבה מדי. בכלל ההצעות שתוארו יש יסוד קזואיסטי, שאינו עולה בקנה אחד עם חקיקה פלילית מודרנית, המבוססת על הכללה והפשטה, ושתכליתה למנוע דינים שונים למצבים שמבחינה מוסרית אין ביניהם הבדל.

על כל פנים הוסכם על כלל חברי הצוות, כי מידת האשם של הממית באדישות חמורה מזו של הממית בקלות דעת, ועל כן ראוי לפצל לעניין עבירות ההמתה את היסוד הנפשי של פזיזות, המוגדר בסעיף 20(א)(2) לחוק, וכולל הן את קלות הדעת והן את האדישות. זאת, למרות החשש שהועלה לגבי קושי העלול להתעורר במישור הראייתי, בשעה שיידרש לאבחן בין השתיים (ראו בהמשך, בתת-הפרק העוסק בעבירה נפרדת של המתה באדישות, המוצעת על ידי נציגי הסניגוריה הציבורית, ובתת-הפרק העוסק בהמתה בקלות דעת).

---

[19] לפי הצעת החוק של ח"כ לשעבר סלומינסקי: "העושה אחת מאלה יואשם ברצח מדרגה שנייה [...] (1) גורם למותו של אדם בכוונה לגרום לו חבלה חמורה או תוך שראה מראש את גרימת המוות כאפשרות קרובה לוודאי [...]" (ר' הצעת חוק העונשין (תיקון – רצח), התשס"ז-2007 (פ/1998/17)).

[20] The Law Commission no. 304, available at: http://www.lawcom.gov.uk/docs/lc304.pdf .

[21] בוועדה האנגלית מוצע לכלול ברצח מדרגה שנייה כוונה לגרום נזק גוף כלשהו (או פחד או סיכון לנזק גוף), המלווה במודעות לסיכון רציני לגרימת מוות.

<u>האם יש להחיל חזקות של אדישות בעבירת הרצח?</u> – חברי הצוות המחזיקים בדעת הרוב קיבלו את עמדת נציגי הסניגוריה הציבורית, לפיה גם אם יתקבל מודל מדרג עבירות הרצח המוצע על ידי הרוב, הרי שיש לסייג את תחולתם של החיקוקים הקובעים חזקות של מצב נפשי של אדישות מעבירת הרצח. חיקוקים אלה הם סעיפים 34א, 34ט וסעיף 34יד לחוק העונשין:

סעיף 34א, שעניינו עבירה שונה או נוספת, קובע את אחריות מבצע בצוותא לעבירה שונה או נוספת שביצע העושה, כשהוא עצמו לא היה מודע לאפשרות עשייתה, אולם אדם מן היישוב יכול היה להיות מודע לאפשרות עשייתה. על פי סעיף 34א(1) המבצע בצוותא יישא באחריות לעבירה שנעברה בכוונה, כעבירה של אדישות בלבד. אם לא יסויג סעיף זה במפורש מעבירת הרצח על פי הנוסח המוצע על ידי הרוב, הרי שעל פי המודל בו המתה באדישות היא בגדר עבירת הרצח, מבצע בצוותא יהיה אחראי לביצוע עבירת רצח על ידי שותפו, על אף שמצבו הנפשי כלפי עבירה זו הוא של רשלנות או קלות דעת.

סעיף 34ט(ב) קובע, כי בעבירות תוצאה רואים את העושה כמי שעשה את העבירה באדישות, אם המעשה נעשה כאשר היה במצב של שכרות, והוא שגרם למצב זה בהתנהגותו הנשלטת והמודעת. גם במקרה זה, אם לא יוחרג סעיף זה מעבירת הרצח, הרי שאדם שגרם למותו של אדם אחר במצב של שכרות, לה גרם בהתנהגות נשלטת ומדעת, יורשע ברצח, גם אם לא היה אדיש לתוצאה הקטלנית.

סעיף 34יד לחוק עוסק בכניסה למצב בהתנהגות פסולה. לפי סעיף קטן 34יד(א), הוראות סעיפים 34ז, 34יא ו- 34יב, שעניינם הסייגים של העדר שליטה, צורך וכורח, לא יחולו אם העושה היה מודע או אם אדם מן היישוב במקומו יכול היה, בנסיבות העניין, להיות מודע, לפני היווצרות המצב שבו עשה את מעשהו, כי הוא עלול לעשותו במצב זה, ואם העמיד את עצמו בהתנהגות נשלטת ופסולה באותו מצב. לפי סעיף קטן 34יד(ב), במקרה כזה רואים את האדם כמי שעשה את העבירה באדישות, אם העבירה מותנית בתוצאה, ובלבד שהוא לא הכניס עצמו למצב זה במטרה לעבור את העבירה. מכאן, שאם אדם הכניס עצמו בהתנהגות פסולה למצב בו אלמלא ההתנהגות הפסולה היה חל עליו סייג לאחריות פלילית, והוא היה מודע, או אדם מן היישוב במקומו יכול היה להיות מודע, כי הוא עלול להמית אדם במצב זה, הוא יורשע בעבירת הרצח הבסיסית לפי הצעת הרוב. זאת, אלא אם יוחרג סעיף זה מתחולת עבירת הרצח.

עמדת רוב חברי הצוות היא כי אדם שהוא אדיש לאפשרות גרימת המוות מגלה זלזול בחיי אדם, ולכן יש הצדקה לתייג אותו כרוצח יחד עם אדם המתכוון לגרום למוות. עם זאת, לא הייתה כוונה לכלול בקטגוריה זו – נוכח המשמעות של תיוג כרוצח – גם מקרים בהם העושה לא פעל מתוך אדישות או מצבים שאלמלא ההתנהגות הפסולה היה חל עליהם סייג לאחריות פלילית. לפיכך, אומץ הסייג, שהוצע על ידי נציגי הסניגוריה הציבורית, לפיו מצבים אלה ייכללו כנסיבה נוספת של המתה באחריות מופחתת (ראו להלן הפרק העוסק באחריות מופחתת).

(2) היסוד הנפשי בעבירה של רצח בנסיבות מחמירות

אם תתקבל העמדה לפיה היסוד הנפשי הנדרש בעבירת הרצח הבסיסית הוא אדישות וכוונה, נשאלת השאלה, האם יש צורך ביסוד נפשי מוחמר של כוונה בלבד לעבירת הרצח בנסיבות מחמירות, או

שמא ניתן להסתפק גם לעניין עבירה זו ביסוד הנפשי של אדישות כלפי התוצאה הקטלנית. על פי דעת הרוב, אין להבחין מבחינת היסוד הנפשי הבסיסי בין עבירת הרצח הבסיסית לבין עבירת הרצח בנסיבות מחמירות, פרט, כמובן, לחלופה הראשונה של העבירה החמורה (רצח לאחר תכנון או לאחר הליך משמעותי של שקילה). זאת, בשל הקרבה לשקילות נורמטיבית בין כוונה לאדישות בהקשר זה, ובשל המשקל המשמעותי שראוי לייחס לקיומה של הנסיבה המחמירה. כך למשל, אדם המתעלל בקורבן בטרם המתתו או הממית קורבן חסר ישע, עובר עבירה של רצח בנסיבות מחמירות גם אם לא חפץ להמית אלא, לדוגמה, "רק" חפץ לגרום לו לנכות והיה אדיש כלפי האפשרות, שעמדה לנגד עיניו, שיקטול את הקורבן. דרגת אשמתו של ממית זה חמורה מספיק כדי לכלול את התנהגותו בגדר מעשי הרצח החמורים. ראוי להזכיר בהקשר זה, כי גם לפי הדין הקיים, בחלופות הרצח שאינן כוונה תחילה, לא נדרשת כוונה, והחוק מסתפק אפילו בקלות דעת כלפי התוצאה הקטלנית. עמדה דומה ניתן, כאמור, למצוא גם במשפט המשווה. נציגי הסניגוריה הציבורית, שלגישתם אין להרחיב את עבירת הרצח למקרים של המתה באדישות, סבורים כי קל וחומר שאין לקבוע הרחבה כזו לעניין רצח בנסיבות מחמירות. לדעתם, יש לייחד את עבירת רצח בנסיבות מחמירות, המחייבת הטלת מאסר עולם חובה, למקרים החמורים ביותר, ובמקרים אלה – העושה התכוון להמית. החלופות, המאפשרות כיום הרשעה ברצח בדרגת מחשבה פלילית שאיננה כוונה תחילה, הן חלופות זניחות ביותר, שכמעט שלא מוצאות ביטוי במציאות.

כאמור, חברי הצוות נחלקו בסוגיה זו בין דעת רוב חבריו לבין דעת המיעוט של נציגי הסניגוריה הציבורית. לפיכך, הצעת הצוות כוללת שני נוסחים. על פי נוסח א', המשקף את המלצת רוב חברי הצוות, היסוד הנפשי של אדישות ייכלל בגדר עבירת הרצח, ובהתקיים יתר יסודות עבירת רצח בנסיבות מחמירות – גם בעבירה זו. על פי נוסח ב', המשקף את המלצת נציגי הסניגוריה הציבורית, היסוד הנפשי של אדישות לא ייכלל בעבירת הרצח, כי אם בעבירה נפרדת של המתה באדישות, שהעונש המרבי בגינה הוא עשרים שנות מאסר.

(3) הלכת הצפיות בעבירת הרצח

הלכת הצפיות היא תחליף מהותי לכוונה, אשר נוצר בפסיקה וקיבל עיגון בחקיקה במסגרת תיקון מס' 39 לחוק העונשין, בסעיף 20(ב) לחוק: "לעניין כוונה, ראייה מראש את התרחשות התוצאות, כאפשרות קרובה לוודאי, כמוה כמטרה לגרמן" (סעיף שכונה "כלל הצפיות", להבדיל מ"הלכת הצפיות" הפסיקתית שקדמה לו). לפני תיקון מס' 39 לחוק, נקבע בפסיקה שהלכת הצפיות לא חלה בעבירת הרצח בכוונה תחילה. בספרות המשפטית ניטש ויכוח בנוגע לשאלה זו: בעוד שלדעת פרופ' פלר, אין מניעה מלהחיל את הלכת הצפיות על עבירת הרצח, פרופ' קרמניצר וד"ר קוגלר סברו כי הלכת הצפיות חלה רק לגבי כוונה ולא לגבי כוונה תחילה. לאחר חקיקתו של סעיף 20(ב) לחוק, העלו מספר שופטים את השאלה, האם ראוי להחיל את כלל הצפיות גם על עבירת הרצח בכוונה תחילה. אולם, נושא זה עלה רק באמרות אגב, ועד היום בתי המשפט לא הרשיעו אדם בעבירת הרצח על סמך הלכת הצפיות.[22]

[22] ר' נספח סקירת הדין הקיים, בעמ' 10-12.

במסגרת דיוני הצוות התגלעה מחלוקת בסוגיית הלכת הצפיות. חברי הצוות נחלקו בשאלה, האם המתת אדם על ידי מי שהתכוון לגרום לחבלה בלבד, אולם צפה בהסתברות קרובה לוודאי שמעשה האלימות שביצע יגרום לתוצאה הקטלנית, צריכה להיות מתויגת כרצח. עמדת רוב חברי הצוות היא כי מבחינה מוסרית ראוי להחיל את הלכת הצפיות גם בעבירת הרצח, שכן המתה כזו שקולה מוסרית להמתה מתוך כוונה להמית. הובאו לכך דוגמאות אחדות: אדם שדקר אדם אחר דקירה אחת באיבר גוף חיוני, תוך שהוא צופה את אפשרות התרחשות התוצאה הקטלנית כקרובה לוודאי; או אדם המבצע שוד או אונס אלים ביותר, תוך שהוא מעריך כי מעשיו יגרמו קרוב לוודאי למות הקורבן. מנגד, הובעה עמדה המסתייגת מהחלת הלכת הצפיות ברצח. על פי עמדה זו, בשל תיוג העושה כרוצח, ובשל העונש החמור הצפוי לו (גם אם ניתן יהיה שלא להטיל מאסר עולם), יש משמעות להבחנה בין מי שרצה רצון אמיתי במותו של אדם לבין מי שלא התכוון להמית. כן הובע החשש, כי הפסיקה עלולה להרחיב את השימוש בהלכת הצפיות ולהחילה, לא רק במקרים בהם נצפתה התוצאה כאפשרות קרובה לוודאי, אלא גם במקרים בהם נצפתה התוצאה כאפשרות רחוקה יותר. תומכי גישה זו הצביעו על כך שבמקרים בהם התוצאה הטבעית של המעשה היא מותו של הקורבן, ניתן יהיה להשתמש בחזקה הראייתית לפיה אדם מתכוון לתוצאות הטבעיות של מעשיו. שימוש במקרים המתאימים בחזקה ראייתית זו, הניתנת לסתירה על ידי הנאשם, ראוי יותר מאשר החלת הפיקציה של הלכת הצפיות על עבירת הרצח. לטיעון זה הוצגה תשובה, לפיה שימוש בחזקה ראייתית לפתרון קשיים בדין המהותי הוא דרך פחות רצויה מאשר עיצוב הדין תוך פתרון קשייו. לעניין זה יש להוסיף, כי הלכת הצפיות אינה כלל ראייתי, אלא דין מהותי הקובע שקילות בין צפיות ברמה גבוהה במיוחד לבין כוונה.

הצוות שקל את ההנמקות המוסריות והמשפטיות להחלת הלכת הצפיות. ישנם שני סוגי הנמקות עיקריים לטענת השקילות בין הלכת הצפיות לכוונה. האחד הובע על ידי פרופ' פלר, אשר מבחין, לעניין הלכת הצפיות, בין שני פרמטרים: הסתברות התרחשות התוצאה מחד, ויחסו החפצי של העושה מאידך. פרמטרים אלה יכולים להיות בעוצמה שונה על פי המקרה הנדון, ומתקיימים ביניהם יחסי גומלין. רצון בהתרחשות התוצאה, הנצפית כאפשרית רק בדרגת הסתברות נמוכה, שקול לצפייה של אפשרות התרחשות התוצאה ברמת הסתברות גבוהה מאוד, בהעדר רצון בתוצאה. העוצמה של קבלת אפשרות התרחשות התוצאה ככמעט בלתי נמנעת, "מתקזזת" עם היסוד החפצי החלש; על כן, מבחינת דרגת האשם, הם במצב של שקילות וראויים לאותה התייחסות.

הנמקה אחרת, שהעלה פרופ' קרמניצר,[23] תולה את השקילות המוסרית באקט הבחירה של העושה. לפי הסבר זה, אדם הצופה ברמת התרחשות גבוהה את התוצאה הקטלנית, עד כי אין מבחינתו סיכוי ריאלי שהתוצאה לא תתרחש, למעשה בחר לא רק בהתנהגות, אלא גם בתוצאה. שיטת משפט, שמטרתה להגן על ערכים חברתיים מסוימים, תופסת עמדה נפשית כזו כממוקמת בדרגת החומרה הגבוהה יותר, הרלוונטית. שם, באותה דרגה גבוהה של חומרה, מצויה גם – משיקולים אחרים – הכוונה. על פי גישה זו, היסוד החפצי מאבד מחשיבותו לאור הבחירה המלאה של העושה בתוצאה.

---

[23] M. Kremnitzer, "Intention and Mens Rea", *in* Issues in Contemporary Legal Philosophy 277-286 (ed. R. Gavison: Oxford ((1987).

חברי הצוות הסכימו כי הלכת הצפיות אינה מתיישבת עם הנסיבה המחמירה של רצח לאחר תכנון או שקילה. הטעם לכך הוא שעל מנת שתהיה משמעות למאפיין של שקילה, צריך להתקיים אצל העושה רעיון – רצון היולי להמית. שכן בהעדרו, מה יישקל?

אשר לעבירת הרצח הבסיסית ולעבירת הרצח בנסיבות המחמירות האחרות, ממילא הוצעו שני נוסחים. נוסח אחד, שהוא על פי דעת הרוב, כולל ביסוד הנפשי הנדרש אדישות, ומייתר בכך, במידה רבה, את שאלת תחולתה של הלכת הצפיות. הנוסח השני, על פי גישת הסניגוריה הציבורית, דורש כוונה של ממש ומסייג מפורשות את תחולתה של הלכת הצפיות על עבירות הרצח.

<u>תחולת הלכת הצפיות על עבירות מטרה</u> – הצוות דן בשאלה, האם הלכת הצפיות חלה לגבי מטרה מיוחדת, הקבועה בנסיבות המחמירות של עבירה לפי סעיף 301 המוצע, ושאינה מתייחסת לתוצאה, שהיא חלק מהיסוד העובדתי של העבירה. סעיף 20(ב) לחוק העונשין קובע, לעניין יסוד נפשי של כוונה, כי ראייה מראש את התרחשות התוצאות, כאפשרות קרובה לוודאי, כמוה כמטרה לגרמן. הכוונה מתייחסת לרכיב התוצאה, אשר מהווה אחד היסודות העובדתיים שבעבירה. בעניין *אלבה* קבע הנשיא ברק, בדעת רוב, כי "אין לראות בסעיף 20(ב) לחוק העונשין הסדר שלילי באשר לתחולת 'כלל הצפיות' על היסוד הנפשי של 'המטרה' בעבירות התנהגותיות".[24] עוד נקבע בפסיקה, שהלכת הצפיות אינה חלה באופן אוטומטי על עבירות מטרה, אלא תחולתה מותנית בבדיקה של כל עבירה בהתאם לסוגה, מטרתה והיקפה הראוי. כך למשל, נקבע כי הלכת הצפיות חלה על עבירות נגד ביטחון המדינה, שיבוש מהלכי משפט, מעשים מגונים, הצתה, חבלה בכוונה מחמירה, איסור הלבנת הון ועבירות נוספות,[25] ואינה חלה על עבירה לפי חוק איסור לשון הרע.[26]

דעת רוב חברי הצוות הייתה כי בנוגע לנסיבות המחמירות בעבירת הרצח, יש להחיל את הלכת הצפיות גם כאשר הנסיבה המחמירה כוללת מטרה מיוחדת. נציגי הסניגוריה הציבורית הסתייגו, כאמור, מהחלת הלכת הצפיות בעבירת הרצח בכלל, וסברו כי גם בנושא המטרות המיוחדות, המצוינות בנסיבות המחמירות, אין להחיל את הלכת הצפיות.

---

[24] ר' דברי הנשיא ברק בע"פ 2831/95 **אלבה נ' מדינת ישראל**, פ"ד נ(5) 221 (1996). הנשיא ברק חזר על קביעתו לפיה ניתן להחיל את הלכת הצפיות בעבירות מטרה לאחר בדיקה אינדיבידואלית של התאמת הכלל לעבירה בפסק הדין שניתן בע"פ 217/04 **אלקורעאן נ' מדינת ישראל**, תק-על 2005(2) 4050. השופטת ביניש (כתוארה אז) המשיכה את הקו של הנשיא ברק וקבעה שככלל הלכת הצפיות חלה גם בעבירות שאינן תוצאתיות (ר' רע"פ 7153/99 **אלגד נ' מדינת ישראל**, פ"ד נה(5) 729 (2001)).

[25] לעניין עבירות נגד ביטחון המדינה, ר' ע"פ 45/61 **סיטה נ' היועמ"ש**, פ"ד טו 1373 (1961), וגם ע"פ 172/88 **וענונו נ' מדינת ישראל**, פ"ד מד(3) 265 (1990). לעניין שיבוש מהלכי משפט, ר' פרשת **אלגד**, לעיל ה"ש 24. לעניין מעשים מגונים, ר' ע"פ 6269/99 **כהן נ' מדינת ישראל**, פ"ד נה(2) 496 (2001). לעניין הצתה, ר' ע"פ 5025/04 **בכר נ' מדינת ישראל**, תק-על 2005(1) 2300. לעניין חבלה בכוונה מחמירה, ר' ע"פ 6019/09 **קילאני נ' מדינת ישראל** (ניתן ביום 18.03.10), וכן ע"פ 5753/04 **מדינת ישראל נ' רייכמן**, תק-על 05(1) 1224 (2005). לעניין איסור הלבנת הון, ר' ע"פ 2333/07 **תענך נ' מדינת ישראל** (ניתן ביום 12.07.10). לעניין איומים, ר' ע"פ 103/88 **ליכטמן נ' מדינת ישראל**, פ"ד מג(3) 373 (1989). לעניין סיכון חיי אדם במזיד בנתיב תחבורה, ר' פרשת **אלקורעאן**, לעיל ה"ש 24. לעניין הטעיית משקיע סביר, ר' רע"פ 4827/95 **פולק נ' מדינת ישראל**, פ"ד נד(2) 97 (1997).

[26] רע"פ 9818/01 **ביטון נ' סולטן** פ"ד נט(6) 554 (2005), וכן פרשת **אלגד**, לעיל ה"ש 24.

בנוסף, רוב חברי הצוות המליצו לשקול תיקון החלק הכללי של חוק העונשין וקביעה מפורשת בסעיף 20(ב) לחוק העונשין, לפיה כלל הצפיות חל גם בעבירות מטרה, אלא אם נקבע אחרת בעבירה מסוימת: בחוק – לגבי איסורים שייחקקו לאחר התיקון, ובפסיקה – לגבי האחרים. תיקון כזה יעלה בקנה אחד עם גישת בתי המשפט להחלת הלכת הצפיות וייצור ודאות רבה יותר באשר לתחולת הכלל בכל עבירה ועבירה. קביעת הוראה מיוחדת בעבירת הרצח, שתקבע את תחולת הלכת הצפיות, עלולה להביא לפרשנות לפיה הלכת הצפיות לא חלה בעבירות אחרות, בהן הוראה מפורשת כזאת לא קיימת, ולכן הצוות נמנע מקביעה כזו.

4. המתה באדישות – *על פי נוסח ב'*

הביקורת המרכזית ביחס לעבירת ההריגה, כפי שהיא מנוסחת בחוק העונשין היום, נוגעת להיקפה של עבירת ההריגה ולטווח המקרים הרחב הנכלל בתוכה.[27] המודל המדורג שנבחן ומומלץ על ידי הצוות מבקש ליצור קטגוריות נפרדות ומובחנות למקרים הנבדלים בחומרתם זה מזה. הוסכם על ידי חברי הצוות, כי יש ליצור הבחנה בין המתה באדישות להמתה בקלות דעת, וכן הוצגו שיטות משפט אחרות שבחרו להבחין בין יסודות נפשיים אלה.

הוספת עבירה של המתה באדישות נדרשת רק אם יתקבל הנוסח החלופי המוצע (*נוסח ב'*), לפיו אדישות לא תיכלל בגדרי עבירת הרצח הבסיסית. אם תתקבל עמדה זו, מציעים נציגי הסניגוריה הציבורית ליצור עבירה נפרדת של המתה באדישות, המובחנת מעבירת ההמתה בקלות דעת.

301א. הגורם למותו של אדם באדישות, דינו – עשרים שנות מאסר.

5. המתה בקלות דעת

הצוות דן בהצעה לקבוע עבירה נפרדת של המתה בקלות דעת. ההצדקה להוספת עבירה זו מבוססת על הפער הניכר בין מידת אשמתו של מי שממית תוך אדישות לאפשרות גרימת המוות, לבין מי שמקווה שהתוצאה הקטלנית לא תתרחש, על אף שהוא מודע לאפשרות התרחשותה. בדין הקיים, מקצת ממעשי המתה בתאונות דרכים הם מקרי גבול מובהקים בין עבירת ההריגה לבין העבירה של גרימת מוות ברשלנות. ואכן, עונשי המאסר המוטלים על נאשמים המורשעים בהריגה בנסיבות של תאונות דרכים, הינם קלים יחסית. הצוות סבר כי ראוי ליצור מדרג נפרד למעשי המתה בקלות דעת, בין היתר מתוך הערכה כי חלק, ואולי אף רוב, המקרים של תאונות דרכים חמורות, שהיום מוגדרים כהריגה, ייכללו בהגדרה זו – וכי כך ראוי. זאת, במקביל להצעה נוספת, שנדונה בהקשר של המתה בתאונות דרכים ומומלצת על ידי רוב חברי הצוות – הוספת עבירה של התרשלות רבתי, שתאופיין ביסוד נפשי של רשלנות, לו נלוותה נהיגה מסוכנת, ושהעונש בצידה יהיה חמור מהעונש בצד עבירת גרימת המוות ברשלנות (לעניין זה ראו להלן הפרק "גרימת מוות בהתרשלות רבתי").

[27] ר' נספח סקירת הדין הקיים, בעמ' 21-24.

הצוות התלבט בשאלת העונש הראוי לעבירת ההמתה בקלות דעת. מצד אחד, המקרים של תאונות הדרכים והעונשים אותם מטילים בתי המשפט על המורשעים בביצוע הריגה בנסיבות של קלות דעת, מובילים למסקנה כי ראוי לקבוע לעבירה זו עונש מרבי שהוא קל באופן ניכר מן העונש הקבוע כיום בצד עבירת הריגה. מצד שני, ישנן דוגמאות למצבים אחרים של המתה בקלות דעת, המחייבים תגובה עונשית חמורה הרבה יותר. מצבים כאלה ייתכנו, למשל, במקרים בהם ההמתה נלוותה לעשייה עבריינית אחרת. כך, למשל, ירי ברגליו של הקורבן, המסתיים במוות, שנעשה מתוך רצון לחבול במי שלא פרע חוב ל"שוק האפור" ובתקווה שהקורבן לא ימות; חטיפת אדם לצרכי כופר, כאשר הנחטף נקשר בצורה מסוכנת ומת כתוצאה מכך; הימלטות בנהיגה פרועה מידי המשטרה, המסתיימת בדריסתו של שוטר המסמן לנהג לעצור, אך האחרון מקווה שהשוטר יקפוץ הצידה. כזכור, מדובר בקביעת עונש המקסימום לעבירה, ולפיכך בבחינת עונש זה יש להתמקד במקרים החמורים יותר. מנגד הועלו ספקות, האם כל הדוגמאות הללו הן אכן דוגמאות של קלות דעת, ומכל מקום האם לא ניתן להגיע בהם לתוצאה עונשית ראויה, שלא על דרך החמרת הענישה בגין קלות הדעת, אלא באמצעות שילוב והצטברות העונשים (בגין עבירת ההמתה ובגין עבירה נוספת שנעברה באותו אירוע).

בסופו של דבר, לאחר שהוצעו עונשים חמורים יותר מצד אחד וקלים יותר מצד שני, סוכם להציע עונש מרבי של תשע שנות מאסר לעבירה זו.

301ג. הגורם למותו של אדם בקלות דעת, דינו – תשע שנות מאסר.

6. המתה בנסיבות של אחריות מופחתת

(א) כללי

סעיף זה עניינו המקרים הנכנסים להגדרתה של עבירת הרצח, אך המגלמים, בשל נתונים הקשורים במעשה או בעושה, דרגת אשמה פחותה הנלווית למעשה. כיום, מטופלים רוב המקרים הללו במסגרתו של סעיף 300א, אשר התווסף לחוק בשנת 1995 במסגרת תיקון מס' 44 לחוק העונשין. תיקון 44 נחקק בעקבות ביקורת שנמתחה על נוקשותו של עונש מאסר עולם חובה בגין רצח, במקרים מיוחדים הגובלים באי שפיות הדעת או בסייגי האילוץ, או כאשר העושים המיתו אדם לאחר שנקלעו, שלא באשמתם, למצוקה קשה ביותר, ובמעשיהם התקיימו נסיבות מיוחדות, שאינן עומדות מבחינה מוסרית בדרגה אחת עם מעשי רצח טיפוסיים.[28] הצעת החוק המקורית לתיקון 44 הציעה מודל של "אחריות מופחתת", אולם בסופו של דבר אומץ מודל של "ענישה מופחתת", על פיו מורשע ברצח זכאי להקלה מעונש החובה במקרים המפורטים בסעיף. כתוצאה מהאמור, המקרים המפורטים בסעיף 300א, בנוסחו כיום, מאפשרים לבית המשפט להקל בעונש, אולם הם אינם נוגעים לשאלת האחריות הפלילית.

[28] ר', למשל, פרשות **לדאני**; **קיסר**; **כרמלה בוחבוט**; ו**שוקי בסו** המוזכרות בסקירת הדין הקיים, ר' עמ' 15-21.

חברי הצוות סבורים כי ראוי להעביר את המצבים המוגדרים בסעיף 300א לחוק מהסדר של "ענישה מופחתת" להסדר של "אחריות מופחתת", בדומה למודל שהופיע בהצעת החוק המקורית, כך שמקרים אלה ייכללו בעבירת המתה הפחותה בחומרתה מעבירת הרצח. הסדר של אחריות מופחתת צודק יותר, משום שאין הוא מטיל על העושים הנופלים בגדרו סטיגמה של רוצחים. גם מבחינת הענישה, יש בהסדר כזה התאמה טובה יותר לתיוג הנלווה להרשעה, שכן נמנע מצב בו נגזרים עונשים קלים יחסית בגין הרשעה ברצח. חברי הצוות נחלקו באשר לעונש בצד העבירה המוצעת: לדעת נציגי מחלקת יעוץ וחקיקה ונציגי הפרקליטות, יש לקבוע עונש מרבי הדומה לעונש המרבי בעבירת ההריגה כפי שהיא קיימת היום, קרי עשרים שנות מאסר, ואילו לדעת פרופ' קרמניצר, מר פוקס ונציגי הסניגוריה הציבורית, יש לקבוע עונש מרבי של חמש עשרה שנות מאסר. הצוות דן בשאלות, האם לאמץ את המקרים המופיעים בסעיף 300א לחוק כלשונם, או לערוך בהם שינויים, והאם להוסיף לקטגוריה זו מקרים אחרים, הדומים בטיבם למקרי האחריות המופחתת.

(ב) הקטגוריות לאחריות מופחתת

(1) קינטור – בחוק הקיים יסוד העדר ההתגרות הוא יסוד שלילי, שעל התביעה מוטל הנטל להוכיחו על מנת שאדם יורשע ברצח. החלופה להרשעה בעבירת הרצח, במידה שהתביעה אינה עומדת בנטל הוכחה זה, היא הרשעה בהריגה. הפסיקה פירשה את היסוד השלילי של העדר התגרות ככולל מבחן סובייקטיבי ומבחן נורמטיבי (המכונה לעתים מבחן "אובייקטיבי"), כלומר האם העושה קונטר באופן סובייקטיבי, והאם אדם סביר היה מקונטר באותה סיטואציה.[29]

ראשית דן הצוות בשאלה, האם ראוי להקל במקרים בהם הרצח בוצע לאחר התגרות. ד"ר אורית קמיר, אשר הופיעה בפני הצוות, הביעה את הדעה לפיה אין הצדקה להוספת הקינטור כטענת הגנה עצמאית המפחיתה באשמה. זאת, במיוחד נוכח המצב החברתי בישראל, המקנה חשיבות מוגזמת להדרת כבוד, ולמשמעות הפגיעה בה. לטענתה, רווחת בישראל גישה המעודדת תגובה נזעמת, בלתי מרוסנת ואלימה כלפי כל התגרות, גם כלפי התגרויות קלות ערך. לדעתה, ראוי כי חוק העונשין לא ייתן לגיטימציה לדפוסי חשיבה ממין אלה, ולא יכיר בקינטור כנסיבה מקלה המצדיקה, באופן מסוים, את מעשה ההמתה. בעניין זה הכריע הצוות, כי ראוי להכיר בקינטור חמור כנסיבה מקלה לאחריות המבצע, אך יחד עם זאת, כפי שיפורט להלן, יש מקום לעצב נסיבה מקלה זו בשים לב לטענה האמורה, כדי למנוע את הרושם שמדובר בהצדקה, מלאה או חלקית, של המעשה.

השאלה השנייה שנבחנה בעניין זה היא, האם ראוי להותיר את מבחן הקינטור הקיים בחוק העונשין על כנו. במסגרת זו נבחנה השאלה, שעלתה ב*ע"פ ביטון*, והיא, האם ראוי להותיר את המבחן הנורמטיבי על כנו, במתכונת שפותחה בפסיקה – זאת בהתחשב בביקורת הרבה שהופנתה כלפיו, ובמיוחד כלפי השימוש במבחן ה"אדם הסביר". הצוות הסכים, כי מודל סובייקטיבי, שאינו מתחשב באלמנטים נורמטיביים, אינו מהווה מבחן ראוי לעבירה של המתה באחריות מופחתת. לפי התפיסה המוסרית הרווחת, לא כל מעשה המתה בעקבות סערת רגשות גורר אחריו פיחות באשם המוסרי. פרט לעקרון של קדושת חיי אדם והרצון להרתיע מפני נטילה מכוונת של חיי אדם, קיימת דרישה

[29] ר' נספח סקירת הדין הקיים, בעמ' 7-10.

חברתית לאיפוק ולריסון גם בפני התגרויות, דרישה שהיא חיונית לחברה תקינה. כך לדוגמה, אדם חם מזג, שמאבד את עשתונותיו בעקבות התגרות שולית – לא ראוי להיכלל בקטגוריה זו. כל אלה מחייבים קיומו של מבחן נורמטיבי לצד המבחן הסובייקטיבי. מנגד סבר הצוות, שמבחן "אובייקטיבי טהור", אשר אינו מתחשב כלל בנתוניו האישיים של הנאשם המסוים, אף הוא אינו ראוי. על מבחן זה נמתחה ביקורת רבה הן בספרות האקדמית והן על ידי בית המשפט העליון ב*ע"פ ביטון*.

הצוות התלבט כיצד לעצב את האלמנט הנורמטיבי במבחן הקינטור. לעניין זה נבחנו מודלים המשמשים ברחבי העולם לעיצוב המבחן הנורמטיבי. האחד, מודל "האדם הסביר": מודל זה הוא מודל נורמטיבי טהור, שבמסגרתו נבחנת תגובתו האפשרית להתגרות של אדם סביר – אדם המנותק מהמקונטר המסוים. מודל אחר הוא מודל נורמטיבי "מעורב": מודל זה מייחס לאדם הסביר מאפיינים של המקונטר, בתנאי שהם נוגעים לאומדן עוצמת ההתגרות עבור האדם הסביר, ולא לאומדן יכולת השליטה העצמית שלו. מודלים מעורבים כאלה מאפיינים את המשפט האנגלי והקנדי, למשל, וברוב המקרים ניתן על פיהם להתחשב אף בגילו ובמינו של המקונטר. מודל נוסף, הקיים ב- Model Penal Code האמריקאי, בוחן את קיומו של "הסבר סביר" למצבו הרגשי או הנפשי של המקונטר, מנקודת מבטו של אדם חיצוני הניצב בנעלי המקונטר.

הצוות הגיע למסקנה כי מודלים אלה אינם מספקים. הניסיון שנצבר במשפט המשווה, והביקורת שהוטחה במודלים אלה, מעידים על הבעייתיות שלהם לשקף באופן הולם את רציונאל ההתחשבות בקינטור. בפרט בולטת ההערכה, כי "האדם הסביר" (בין אם במבחן "הטהור" ובין אם במבחן "המעורב") אינו כלי מתאים לעיצוב המבחן הנורמטיבי. מצד אחד, ניתן לומר שאדם סביר לעולם שולט ברוחו, אינו מאבד שליטה עקב התגרות, ומכל מקום אינו הורג. מצד שני, בפעמים בהן נקבע כי אדם סביר היה עלול לאבד את עשתונותיו ולהמית, משתמעת אמירה נורמטיבית המצדיקה את מעשה ההמתה עצמו. ראייה זו של הקינטור מחטיאה את הרציונאל שבבסיס ההסדר, המבוסס על הפחתת אחריות על יסוד רמת אשמה נמוכה יותר, עקב התחשבות בחולשת הטבע האנושי, ולא על צידוק מוסרי להתנהגות הקטלנית.

על רקע זה החליט הצוות להציע הסדר חדש. ההסדר מבקש לעצב מחדש את נוסחת הקינטור כדי להתאימה לקטגוריה של המתה באחריות מופחתת ולעצב את המבחן כולו, לרבות המבחן הנורמטיבי, תוך הסרת הכשלים בנוסחה הקיימת, אשר משווים לה מראה שגוי של צידוק ובכך הם מקשים על יישום הרציונאל שביסוד ההסדר.

לפיכך, הצוות מציע לזנוח את השימוש במבחן "האדם הסביר" וליצור במקומו מבחן חלופי שיאפשר הקלה באחריות, בנסיבות בהן ההתגרות הובילה את הממית למצב בו הוא התקשה קושי רב לשלוט בעצמו – קושי שיש בו, בנסיבות המקרה, כדי למתן את אשמתו של הממית. באופן זה, הרף הנורמטיבי, שייושם בכל מקרה ומקרה, ייקבע על ידי בתי המשפט לפי נסיבות המקרה, בהתאם להחלטה אם יש בנסיבות אלו כדי למתן את אשמתו של הממית, ולא על בסיס של "אדם סביר".

ההסדר המוצע מוגבל למעשים שבוצעו כתגובה ספונטאנית להתגרות. גם המונח "התגרות" כולל בחובו מימד נורמטיבי: לא כל מעשה שהנאשם ראה בו פרובוקציה, ייחשב ל"התגרות". רק מעשים בלתי לגיטימיים במהותם – מנקודת מבט חברתית-מוסרית חיצונית לנאשם, שיש להם פוטנציאל משמעותי של הקנטה והרגזה, מהווים "התגרות". כפי שציין פרופ' פלר בספרו:

"אשר למהות מעשה ההקנטה צריך הוא מטיבו, להתבטא, מבחינה אובייקטיבית, בהתנהגות בלתי צודקת, פוגעת מבחינה פיזית או מוראלית, ואולי אף בהתנהגות בניגוד לדין. כלומר, מעשה בלתי מקובל, שאין אדם עושה כלפי רעהו, שאין הוא מוכן לקבלו מרעהו. המושג "התגרות", בו נוקטת הוראת סעיף 301(א) לחוק העונשין, מקפל בתוכו את חוסר הלגיטימיות של ההתנהגות המקנטרת, כמאפיין חיוני שלה מכוח החוק. לעומת זאת, התנהגות לגיטימית, ולא כל שכן התנהגות מכוח הדין או בהסכמתו, כלומר התנהגות שניתן להצדיקה מבחינת סדרי החיים התקינים בחברה, אינה יכולה להיחשב כהתגרות, אפילו כשהיא למורת רוחו של אדם; היא יכולה לגרום להתרגשות, אפילו לכעס ולרוגז או אף לרתחה או לפגיעה, אבל אין היא יכולה ועשויה להיחשב כהתגרות".[30]

ס"ק (1) לנוסח המוצע מעגן את המבחן הסובייקטיבי. הדרישה היא לתגובה אמוציונאלית עזה להתגרות, אשר פגעה בצורה קשה ביכולת השליטה העצמית של הנאשם.

ס"ק (2) מעגן את הבחינה הנורמטיבית של תגובת המקונטר. זו נערכת, לצד המונח "התגרות" שנדון לעיל, באמצעות המונח "אשמה", שהוא בעל משמעות מוסרית-נורמטיבית מובהקת. על בית המשפט להכריע, האם הרגש העז שהתעורר לנוכח ההתגרות והקושי הרב בשליטה העצמית גורעים מאשמתו של המקונטר. בחינה זו תבוצע מנקודת מבט חברתית ומוסרית, שהיא חיצונית למקונטר. הקושי של העושה לשלוט בעצמו במצב של קינטור מקשה עליו לציית לנורמה, ולכן הוא עשוי להצמיח דרגה פחותה של אשמה. אך לא בהכרח. זאת, משום שככלל אדם מצווה – ומצפים ממנו – לשלוט בעצמו. לכן השאלה היא, כיצד יש להעריך, מבחינה נורמטיבית-מוסרית, את מצב הדברים שהביא את המקונטר לאיבוד ניכר של שליטה עצמית. התשובה לשאלה זו אינה פשוטה. גם מעשים שעוברים את המסננת של "התגרות" יכולים להיות בדרגות שונות של חומרה. על מנת שאשמת העושה תפחת באופן משמעותי, צריך להתקיים יחס הולם בין טיב ומידת ההתגרות לבין הפגיעה הניכרת בשליטה העצמית, שנגרמה על ידה (להבדיל מהתגובה הקטלנית). לא כל המתה במצב של איבוד ניכר של שליטה עצמית, בעקבות עלבון או אפילו הרמת יד, משקפת רמת אשמה שהיא פחותה משמעותית מרמת האשמה המאפיינת רצח. השאלה אם היא כזו, אם לאו, תלויה במידה רבה בשאלה, האם בנסיבות המיוחדות של המקרה, איבוד העשתונות של הממית כשלעצמו (אך לא, בשום פנים, המעשה הקטלני שלו), נוכח ההתגרות שהביאה לכך, ראוי להבנה של החברה, כביטוי לחולשת הטבע האנושי. לא ניתן להשיב על שאלה זו באופן מופשט, אלא רק תוך בחינה מפורטת ומדוקדקת של נסיבות המקרה. לא אחת, כדי להשיב לשאלה האמורה, צריך יהיה לבחון לא רק את ההתגרות, אלא גם את מה שקדם לה, ולעתים אף את מערכת היחסים בין הצדדים.

---

[30] ש"ז פלר **יסודות בדיני עונשין** כרך א' 560 (תשמ"ד).

המונח "למתן את אשמתו" מדגיש את מימד הפחתת האשמה שבהסדר, ומנסה בכך למנוע את המשך ההתייחסות השגויה להכרעת הקינטור כאל הצדקה של מעשה ההמתה. ראוי לזכור, כי בהבדל מהדין הקיים, מקרים של המתה מתוך כוונה, שלא קדמה לה שקילה, אינם נופלים עוד בגדר עבירה שהעונש עליה הינו מאסר עולם חובה, אלא בגדר עבירת הרצח הבסיסית, שהעונש של מאסר עולם שנקבע בצידה אינו עונש חובה. שינוי זה יאפשר התחשבות מקלה מסוימת במקרים מתאימים של התגרות, שאינם עומדים במלוא התנאים של המתה באחריות מופחתת. מונח זה אף מאפשר לבית המשפט שיקול דעת בבחינה הנורמטיבית. הסיפא מבהירה, כי בית המשפט חופשי, במסגרת זו, לשקול כל נתון הנוגע לנסיבות המקרה, שנראה רלוונטי להערכת האשמה, לרבות נתוניו האישיים של העושה, ככל שהם רלוונטיים למידת האשמה *שבמעשה*. עם זאת, לא יישקלו נתונים אישיים ואחרים שאינם נוגעים למידת האשמה שבמעשה.

המבחן המוצע נועד להבהיר כי הוא אינו חותר תחת האיסור המוחלט להמית, אלא מאפשר הקלה בקביעת רמת האשמה, במקרים הראויים להתחשבות, ובכך הוא תורם לעשיית צדק. חלק הכרחי ולגיטימי של התפקיד השיפוטי, בהקשר זה, הוא לצקת תוכן במבחן הנורמטיבי המוצע, ולהתמודד עם מורכבותם של תרחישים קונקרטיים. בסופו של דבר, המבחן המוצע מבטא תחושת צדק אנושית, מבלי לפגוע במסר לציבור בדבר האיסור המוחלט להמית.

> (1) ההמתה בוצעה בתכוף לאחר התגרות כלפי הנאשם ובתגובה לאותה התגרות, והתקיימו כל אלה:
>
> (א) בעקבות ההתגרות הנאשם התקשה קושי רב לשלוט בעצמו;
>
> (ב) יש בקושי כאמור בפסקה (1) כדי למתן את אשמתו, בשים לב למכלול נסיבות המקרה;

(2) התעללות מצד הקורבן – בחוק הקיים קבוע בסעיף 300א(ג), לפיו ניתן להטיל עונש מופחת, "כשהנאשם היה נתון במצב של מצוקה נפשית קשה, עקב התעללות חמורה ומתמשכת בו או בבן משפחתו, בידי מי שהנאשם גרם למותו". הרקע לחקיקת נסיבה זו היו שלושה מקרים, בהם בני משפחה (אישה או בנים) גרמו למותו של בן משפחה מתעלל.[31] באשר לנסיבה זו הסכימו כל חברי הצוות לאמץ את הניסוח הקיים של סעיף 300א.

> (2) המעשה נעשה כשהנאשם היה נתון במצב של מצוקה נפשית קשה, עקב התעללות חמורה ומתמשכת בו או בבן משפחתו, בידי מי שהנאשם גרם למותו;

(3) הפרעה נפשית – נסיבה זו נדונה בהרחבה בדיוני הצוות. בחוק הקיים קבוע בסעיף 300א(א) לפיו ניתן להטיל עונש מופחת, "במצב שבו, בשל הפרעה נפשית חמורה או בשל ליקוי בכושרו השכלי, הוגבלה יכולתו של נאשם במידה ניכרת, אך לא עד כדי חוסר יכולת של ממש כאמור בסעיף 34ח – (1) להבין את אשר הוא עושה או את הפסול במעשהו; או (2) להימנע מעשיית המעשה". סעיף 34ח

[31] בין היתר, פרשות **כרמלה בוחבוט** ו**שוקי בסו** המוזכרות בנספח סקירת הדין הקיים, ר' עמ' 15-16 ועמ' 20-21.

קובע את התנאים לתחולת הגנת אי השפיות, שאם העושה עומד בהם, הוא פטור מאחריות פלילית כליל. בדיוני הצוות הוצגו, תחילה, שתי גישות: דעת הרוב סברה כי יש להותיר את הניסוח הקיים בסעיף 300א לחוק. נציגי הסניגוריה הציבורית ביקרו את השימוש המועט הנעשה בסעיף זה, וביקשו לכלול בנסיבה את כל המקרים הגובלים באי שפיות. לפיכך הוצע על ידם להשמיט את המילה "חמורה" מהתיבה "הפרעה נפשית חמורה". על פי הצעה זו, ראוי להפחית באחריות הפלילית של אדם, כאשר הוא אמנם אינו סובל ממחלת נפש, אולם הוא סובל מהפרעה נפשית אשר הגבילה במידה ניכרת את יכולתו להבין את אשר הוא עושה או את הפסול במעשהו או להימנע מעשיית המעשה. מנגד הובע החשש, כי אם הסעיף יכלול מקרים של הפרעה נפשית, ההגנה תורחב יתר על המידה ותחול, למשל, על ממיתים בעלי אישיות אנטי-סוציאלית, המוגדרת כהפרעת אישיות. כן נטען, שהמסגרת הנורמטיבית המוצעת היא גמישה יותר ושהקטגוריה בה עסקינן אינה של ענישה מופחתת אלא של אחריות מופחתת – מה שמחייב הקפדה רבה בתנאי הכניסה לקטגוריה זו. בסופו של דבר, החליט הצוות להותיר את הגדרת הסעיף בחוק היום על כנה, מהשיקולים שפורטו לעיל.

במסגרת דיוני הצוות נמתחה ביקורת על כך שאנשים הסובלים מבעיות נפשיות, שאינן מגיעות עד כדי מחלת נפש, אינם מחויבים לקבל, במצבים מתאימים, טיפול. נטען, כי ההסדר המוצע מחריף בעיה זו, נוכח ההקלה המוצעת בעונש המרבי על מי שאחריותו לעבירה הופחתה עקב מצבו הנפשי – שהוא כיום מאסר עולם. לפיכך, רוב חברי הצוות ממליצים לבחון האם יש צורך להחיל על נאשמים כאלה דרכי טיפול או מניעה. מנגד, נציגי הסניגוריה הציבורית עמדו על הקשיים שמעלים הסדרים טיפוליים לאחר ריצוי העונש, וכן הטילו ספק בצורך בהסדרים נוספים על הדין הקיים.

(3) במצב שבו, בשל הפרעה נפשית חמורה או בשל ליקוי בכושרו השכלי, הוגבלה יכולתו של הנאשם במידה ניכרת, אך לא עד כדי חוסר יכולת של ממש כאמור בסעיף 34ח –
(א) להבין את אשר הוא עושה, או את הפסול שבמעשהו; או
(ב) להימנע מעשיית המעשה;

(4) סטייה במידה מועטה מרכיב הסבירות לעניין הגנות – סעיף 300א(ב) לחוק קובע כי ניתן להטיל עונש קל ממאסר עולם חובה, "במצב בו מעשהו של הנאשם חרג במידה מועטה, בנסיבות העניין, מתחום הסבירות הנדרשת לפי סעיף 34טז לשם תחולת הסייג של הגנה עצמית, צורך או כורח לפי סעיפים 34י, 34יא, 34יב". סעיף 34טז קובע: "הוראות סעיפים 34י, 34יא ו- 34יב לא יחולו כאשר המעשה לא היה סביר בנסיבות העניין לשם מניעת הפגיעה". בפסיקה פורשה נסיבה זו בצמצום רב, עד שכמעט שלא נעשה בה שימוש. באותם המקרים בהם דחה בית המשפט את טענות הנאשם לתחולת הסייגים לאחריות, נדחו גם הטענות לענישה מופחתת לפי סעיף 300א(ב).[32]

יצוין, כי בשיטות משפט אנגלו-אמריקאיות אומצו דוקטרינות שונות של "הגנה עצמית פגומה" (Imperfect Self-Defense) ושל "הגנה עצמית מוגזמת" (Excessive Self-Defense). על פי

[32] ר' נספח סקירת הדין הקיים, בעמ' 18-20.

דוקטרינות אלו, נאשם אשר הגיב למעשה אלימות בכוח קטלני בלתי מידתי, אך האמין, בתום לב, שהיה צריך להשתמש בכוח קטלני – יורשע בהריגה ולא ברצח. לאור האמור, התלבט הצוות בשאלה, האם להרחיב את הנסיבה גם למצבים בהם החריגה לא הייתה מתחום הסבירות של הסייגים, אלא מיסוד אחר מיסודותיהן. לדוגמה, נאשם שהקדים מעשה התגוננות לתקיפה עתידית אותה הוא צופה ושלא היה דרוש באופן מיידי להדיפת ההתקפה. מעשהו זה מהווה סטייה מיסודות הסייג של הגנה העצמית, לפי סעיף 34י: "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, שלא או של זולתו...". פרופ' בועז סנג'רו, שהופיע בפני הצוות, סבר כי ראוי להרחיב את הנסיבה של אחריות מופחתת למקרים של חריגה מועטה מאחד מיסודות ההגנה, ולא להגבילה לחריגה מיסוד הסבירות. בנושא זה נחלקו חברי הצוות. על פי דעת הרוב, יש להרחיב את הקטגוריה גם למצבים של סטייה מסייג לאחריות, ולא רק לחריגה מסבירות. על מנת לצמצם את תחולת הנסיבה רק לאותם מקרים בהם ראוי להכיר באחריות מופחתת, הוצע לקבוע מבחן נורמטיבי: בנסיבות העניין יש בחריגה מהסייג לאחריות כדי למתן את אשמתו של הנאשם.

לעומת זאת, לדעת נציגי פרקליטות המדינה, ראוי להותיר את הניסוח הקיים על כנו ולא לשנותו, וזאת משני טעמים: <u>הטעם הראשון</u> הוא ששאלת הסבירות מספקת מענה הולם וממצה למקרים המלווים באחריות מופחתת. הכללת סטייה מתנאים אחרים לסייגים הנדונים תרחיב את הסדר האחריות המופחתת יתר על המידה. לדוגמה, הדרישה כי מי שממית אדם במסגרת סייג הצורך, יעשה כן רק אם "לא הייתה לו דרך אחרת" (סעיף 34יא לחוק העונשין) – לדעת נציגי הפרקליטות, מקום בו אדם ממית בסטייה מתנאי זה, כלומר שהייתה לו דרך למנוע את הסכנה מבלי להמית (וגם אם מדובר בדרך נוחה פחות מאשר להמית), לא נלווית למעשהו אחריות "מופחתת", אלא אחריות מלאה. דוגמה אחרת היא הדרישה כי הפועל בהגנה עצמית לא הביא קודם לכן, בהתנהגות פסולה, לתקיפתו בידי הקורבן (סעיף 34י סיפא לחוק) – מי שסוטה מתנאי זה, וקוטל בשל סכנה, שהוא גרם לה במעשה פסול, לא זכאי להיכלל בהסדר האחריות המופחתת. <u>הטעם השני</u> הוא שככל שיימצא מקרה בו יש סטייה מתנאי אחר לסייג, שיש בה גריעה מאשמו של הממית, יישקל הדבר במסגרת שיקול הדעת המסור לבית המשפט, לפי המודל המוצע, לסטות מעונש מאסר העולם.

בתשובה לטענות אלה סברו רוב חברי הצוות, כי עסקינן במקרים הקרובים מאוד לסייג מוחלט מאחריות, ועל כן יש הגיון רב ביצירת קטגוריה שאינה בבחינת "הכל או לא כלום" – פטור מוחלט מאחריות, או הרשעה בעבירת הרצח. בנוסף, אין סיבה טובה לאבחן בעניין זה בין תנאי הסבירות, דווקא, לבין התנאים האחרים של ההגנות. הדוגמה המובאת על ידי נציגי הפרקליטות מזמינה את המסקנה ההפוכה: לו יצויר שהאדם היה מבחינה אובייקטיבית במצב של צורך, והייתה לו חלופה אחרת לפעולה שנקט – חלופה שהייתה מפחיתה אך במעט את הסיכון שפעולתו שלו יצרה, אלא שהוא, במצב המצוקה שהיה נתון בו, ובלחץ הצורך לפעול מיד, כלל לא היה מודע לחלופה זו; האין זו מידה של הדין, אפילו לא דין הצדק, לאפשר לבית המשפט להקל בדינו באופן משמעותי? במיוחד נראית גישת הפרקליטות בלתי מוצדקת לאור הסייג שהוצע לאמץ, ושמטיל על בית המשפט לבחון האם היה בנסיבות כדי למתן את אשמתו של העושה. נראה מובן מאליו, שבמקרה בו האשמה פחתה, יש לאפשר הפחתה הן בסטיגמה והן בעונש, שאחרת תהיה התוצאה העונשית בלתי מידתית

לחומרת העבירה. מנימוקים אלה מצא רוב הצוות לנכון לאמץ את הגישה המרחיבה את הנסיבה, כאמור.

(4) במצב שבו מעשהו של הנאשם חרג במידה מועטה מסייג לאחריות לפי סעיפים 34י, 34יא ו- 34יב, ובנסיבות שיש בהן כדי למתן את אשמתו.
[*נוסח פרקליטות: במצב בו מעשהו של הנאשם חרג במידה מועטה, בנסיבות העניין, מתחום הסבירות הנדרשת לפי סעיף 34טז לשם תחולת הסייג של הגנה עצמית, צורך או כורח לפי סעיפים 34י, 34יא, 34יב*].

(5) חזקות הקובעות מצב נפשי של אדישות - כאמור לעיל, ישנן מספר הוראות חיקוק בחלק הכללי של חוק העונשין, הקובעות, במצבים מסוימים, חזקה של אדישות. לאחר דיון, החליטו חברי הצוות, כי מצבים אלה אינם מתאימים לתיוג של עבירת הרצח ולעונש המרבי של מאסר עולם. ההצדקה לכריכת האדישות עם הכוונה בעבירת הרצח, על פי דעת הרוב, הייתה יחסו המזלזל של העושה לחיי אדם, הבא לידי ביטוי באדישות כמו גם בכוונה. לעומת זאת, במצבים המנויים בחזקות בסעיפים 34א, 34ט ו- 34יד, אין המדובר באותו זלזול מובהק בחיי אדם. לפיכך הוסכם, כי על פי דעת הרוב, מצבים מיוחדים אלה ייקבעו כנסיבה של המתה באחריות מופחתת.

(5) מי שרואים אותו כמי שעשה את המעשה באדישות לפי סעיפים 34א(א)(1), 34ט(ב), או 34יד(ב) רישא לחוק.

(ג) העונש על עבירות המתה בנסיבות של אחריות מופחתת

הצוות התלבט בשאלה, האם לכרוך יחד את המצבים של הקלה באחריות במסגרת סעיף אחד ולקבוע בצידם עונש מרבי זהה. מבחינה אנליטית אכן ראוי לקשור יחד את שלושת המצבים של הכלולים היום בסעיף 300א לחוק, את ההסדר בדבר קינטור ואת ההסדר בדבר המתה בעקבות בקשת הקורבן (ראו הרחבה בנושא זה להלן), משום שבכל אלה מדובר במעשי המתה הנכנסים בהגדרה של עבירת הרצח, אולם מתקיימות נסיבות מיוחדות המצדיקות להקל עם העושה. עם זאת, מבחינת רמת האשמה הבאה לידי ביטוי במצבים אלה, נראה כי המקרה של המתה בעקבות בקשת הקורבן מצדיק הקלה משמעותית יותר. לפיכך, הדעה שהתגבשה בצוות הייתה לפצל בין המצב של המתה בעקבות בקשה של הקורבן לבין המצבים האחרים.

הצוות נחלק בשאלת העונש המרבי הראוי לצד העבירה של המתה בנסיבות של אחריות מופחתת. פרופ' קרמניצר, מר עמיר פוקס ונציגי הסניגוריה הציבורית סברו כי העונש הראוי לעבירה זו הוא חמש עשרה שנות מאסר, ואילו נציגי הפרקליטות ונציגי מחלקת יעוץ וחקיקה (פלילי) סברו כי העונש הראוי לה הוא עשרים שנות מאסר.

התומכים בעונש החמור יותר נימקו את עמדתם בכך, שהעונש המרבי של עשרים שנות מאסר מהווה גם כך הקלה ניכרת ביחס לעונש הקיים היום בצד המקרים שנכללים בסעיף 300א לחוק העונשין, קרי – עונש מרבי של מאסר עולם. יש לזכור, כי גם בהתקיים נסיבות של אחריות מופחתת, על

העונש לבטא גמול ראוי בגין נטילה מכוונת של חיי אדם, כמו גם הוקעה של המעשה והרתעה ראויה – שיקול שהוא מוחשי במיוחד כשמדובר במי שביצע המתה על רקע מצב נפשי. כמו כן, עונש מרבי של עשרים שנות מאסר תואם את המצב החוקי הקיים לגבי הסדר הקינטור, לפיו אדם שהמית אחר עקב קינטור יורשע בעבירת הריגה, שהעונש המרבי בצידה הוא עשרים שנות מאסר. התומכים בעונש החמור סבורים כי בהקשר זה אין לסטות מהעונש המרבי הקיים היום, שכן מקרים של המתה בעקבות קינטור עלולים להיות בין המקרים החמורים של מעשי ההמתה. על כן יש לאפשר לבתי המשפט להטיל בגין מעשים אלה עונש של עד עשרים שנות מאסר בפועל. לשם השוואה, במדינות אחרות, נסיבות של קינטור מביאות להרשעה בעבירה שעונשה המרבי עומד על מאסר עולם (למשל באנגליה, קנדה ואירלנד) או 25 שנות מאסר (כך למשל בניו יורק או ב- New South Wales שבאוסטרליה). לצד הקינטור, גם החלופה הנוגעת למצבו הנפשי של העושה עשויה לחול על המתות אכזריות במיוחד, שמצבם הנפשי של מבצעיהן הופך אותם למסוכנים מאוד. גזירת דינם לעונשי מאסר קצרים יחסית תסכן את החברה ותחטא למטרות הגמול, ההוקעה וההרתעה.

התומכים בעמדה העונשית המקלה יותר סבורים כי העונש של חמש עשרה שנות מאסר יוצר מדרג ראוי יותר של ענישה. המקרים המנויים תחת העבירה של המתה בנסיבות של אחריות מופחתת מאופיינים בנסיבות המקלות באופן משמעותי את אשמתו של העושה ולעתים אף גובלות בהעדר אחריות פלילית. כמו כן, אפיון הקינטור באופן המוצע, שבו מתחייבת קביעה בדבר פיחות במידת האשמה של העושה, מוציא מקטגוריה זו את המקרים החמורים של מעשי ההמתה; הוא מצדיק, ואף מחייב, מסגרת עונשית הולמת שאינה המסגרת העונשית של הדין הקיים. במשפט הגרמני, למשל, המסגרת העונשית למקרים ממין אלה היא בין שנת מאסר אחת לעשר שנות מאסר. בסוגיה זו יש לבחון לא רק את העונשים המרביים בחקיקה משווה, אלא גם את היקף ההסדרים של ההמתה בנסיבות מקלות שנקבעו במדינות אלו, וכן את העונשים המוטלים במקרים אלה בפועל, שהם במידה ניכרת נמוכים יותר מאשר העונש המרבי המוצע. כך למשל, באנגליה רמת הענישה בפועל במקרים של קינטור היא נמוכה מאוד, הן ביחס לעונש המרבי הקבוע שם והן ביחס לעונש המרבי המוצע. לפי אשוורת', נדיר שחורגים מעונשים של 7-8 שנות מאסר.[33] ממחקר אמפירי, שנעשה בתחילת שנות האלפיים, עולה כי בין השנים 1997-2001 מרבית העונשים נעו בין 5 ל- 7 שנות מאסר, ובכל מקרה, בשנים שנבדקו לא הוטלו עונשים של למעלה מעשר שנות מאסר.[34] יוזכר, כי לפי הדין הקיים כיום, עשרים שנות מאסר הוא העונש המרבי בצד עבירת ההריגה, הכוללת הריגה בכוונה, שאיננה כוונה תחילה, או באדישות, גם בהעדר כל נסיבה מקלה. לעמדת התומכים בקביעת העונש של חמש עשרה שנות מאסר, ברור כי המקרים המנויים בעבירה המוצעת חמורים הרבה פחות מהמתות כאלו. במקרים החמורים יותר ניתן יהיה להטיל עונש של חמש עשרה שנות מאסר, שהינו עונש משמעותי ביותר. עונש זה מאפשר תגובה עונשית ראויה גם במקרים בהם, בצד הנסיבה המקלה, מתקיימת נסיבה מחמירה.

---

[33] A. Ashworth, Sentencing and Criminal Justice 149 (2005).

[34] R.D. Mackay, The Provocation Pleas in Operation – An Empirical Study, available at: http://www.justice.gov.uk/lawcommission/docs/lc290_Partial_Defences_to_Murder_Appendices.pdf.

על כך משיבים התומכים בעונש המרבי של עשרים שנות מאסר לעבירה זו, כי בקביעת עונש מרבי יש לקחת בחשבון לא את מקרי האמצע, אלא את המקרים החמורים ביותר, שלהם הוא מיועד. עוד ברי, כי העונש המרבי אינו מוטל כדבר שבשגרה, ועם זאת הוא אינו תיאורטי. בתי המשפט באנגליה, למשל, גזרו עונשי מאסר עולם במקרים של קינטור או אחריות מופחתת על בסיס נפשי.[35] עוד יצוין, בתגובה לטענה בדבר הענישה המקובלת באנגליה, כי בשנת 2005 פורסמו שם הנחיות לענישה, המקשיחות את הרף.[36] למקרים בהם ההתגרות מצויה ברף נמוך, למשל, נקבע עונש מוצא של 12 שנות מאסר, שיכול להגיע עד למאסר עולם. אשוורת' בספרו מציין, כי נראה שהנחיות אלו מיושמות על ידי בתי המשפט האנגליים.[37]

הצוות סבור כי אם מעשה רצח נכנס לאחת הקטגוריות של המתה בנסיבות של אחריות מופחתת, מן הראוי להשאיר אותו בקטגוריה של אחריות מופחתת, גם אם מתקיימות הנסיבות ההופכות את הרצח לרצח בנסיבות מחמירות. כלומר, אם רצח על רקע של הפרעה נפשית חמורה, למשל, היה אכזרי במיוחד, ההרשעה והעונש המרבי יהיו אלה שנקבעו בקטגוריית מעשי ההמתה בנסיבות של אחריות מופחתת. ברי, כי במסגרת גזירת הדין במצב ממין זה, ניתן וצודק יהיה להביא בחשבון את התקיימותה של נסיבה מחמירה. במסגרת העונש המרבי הראוי יש להביא בחשבון את הצורך ליתן מענה עונשי הולם גם למקרים חמורים אלה.

301ב. על אף האמור בסעיפים 300-301 [*נוסח ב': 300א-301*], הגורם למותו של אדם באחת מהנסיבות המפורטות להלן, יורשע בעבירה זו, ודינו – *עשרים/חמש עשרה* שנות מאסר.

<u>7. עבירה של המתת תינוק</u>

העבירה של המתת תינוק קבועה כיום בסעיף 303 לחוק, ולפיה אישה, שגרמה למות ולדה, שלא מלאה לו שנה, כשהיא הייתה במצב של ערעור שיקול הדעת, משום שלא החלימה מתוצאות הלידה או מתוצאות ההנקה, דינה – חמש שנות מאסר. הצוות התלבט בשאלה, האם ישנה הצדקה לקיומה של עבירה זו, או שמא יש לבטלה, בהנחה שמצבים חריפים יותר ייכללו בגדרה של הנסיבה המקלה באחריות מופחתת, ומצבים חריפים פחות, אך מפחיתי אשמה, יביאו להרשעה ברצח כעבירה בסיסית, המאפשרת להפעיל שיקול דעת באשר לעונש שיש להטיל בגינה. בעניין זה הופיעו בפני הצוות עו"ד תמר בורנשטיין מפרקליטות המדינה, עו"ד אורנה אליגון מהסניגוריה הציבורית במחוז חיפה, פרופ' מיקי בלוך, מנהל המחלקה האמבולטורית לבריאות הנפש למבוגרים מהמרכז הרפואי תל אביב, ד"ר משה קליאן, פסיכיאטר מחוזי ירושלים, ופרופ' תמר קרון, פסיכולוגית קלינית. בין הדוברים שנשמעו נחלקו הדעות: בעוד שעו"ד בורנשטיין, פרופ' בלוך וד"ר קליאן סברו כי אין צורך

---

[35] R. v. McNally [2009] WL 5386916; R v. Doherty [2007] WL 1623386.

[36] Sentencing Guidelines Council, Manslaughter by Reason of Provocation, available at: http://www.sentencingcouncil.org.uk/docs/Manslaughter_by_Reason_of_Provocation.pdf.

[37] A. Ashworth, Sentencing and Criminal Justice 121 (5th. Ed., 2010).

ליצור קטגוריה נפרדת למצב של המתת תינוק כתוצאה מדיכאון אחר לידה, ולדידם המקרים המתאימים ייכנסו בגדרי הסעיף של אחריות מופחתת, סברו עו״ד אליגון ופרופ׳ קרון שראוי להתייחס לתסמונת זו באופן נפרד.

עו״ד בורנשטיין ציינה כי העבירה התפתחה באנגליה ובאה לפטור נשים, שהרגו את תינוקותיהן, מעונש המוות. הסיבות ההיסטוריות לחקיקת הנורמה המיוחדת היו תפיסות, לפיהן, מצד אחד, ערך חייהם של תינוקות נמוך, ומצד שני, דעתן של נשים משובשת לאחר לידה. מקרה טיפוסי של המתת תינוק היה המקרה של המתת תינוק שנולד מחוץ למסגרת של נישואין, על ההשלכות החברתיות הקשות שהיו ללידה כזו על היולדת באותה תקופה. לדעת עו״ד בורנשטיין, לאור שינוי המצב החברתי, ראוי לבטל את העבירה. פרופ׳ מיקי בלוך הסביר כי תסמונת הדיכאון אחר לידה נובעת מהשינויים הביולוגיים המקשים על היולדת להתמודד עם קשיים נוספים. התסמינים הראשונים מופיעים שבוע לאחר הלידה, אחרי כשבועיים מופיעה פסיכוזה, והדיכאון עלול להמשיך לתקופה של עד כשנה לאחר הלידה. לעתים הדיכאון אחר לידה מתפתח להפרעה נפשית, בעיקר למחלה דו-קוטבית. ממחקר שערך עולה, כי כ-4% מהאימהות, הסובלות מדיכאון אחר לידה, חושבות על האפשרות של הריגת התינוק, אולם, כמובן, הרבה פחות מכך מיישמות מחשבות אלו. לדעתו, נשים שרוצחות מיד לאחר הלידה אינן סובלות מדיכאון אחר לידה. ד״ר משה קליאן הביע את הדעה, לפיה לא ראוי ליצור קטגוריה נפרדת למקרה של המתת תינוק, משום שאבחנות פסיכיאטריות משתנות עם השנים. לטעמו, ראוי שמקרים אלה ייכללו בסעיף של אחריות מופחתת.

לעומתם, עו״ד אליגון טענה שאמנם הרקע ההיסטורי לחקיקת הסעיף באנגליה הויקטוריאנית היה מקרים בהם משרתות נכנסו להריון מחוץ לנישואין והמיתו את תינוקותיהן, אולם גם היום ראוי שתימצא דרך חוקית להתחשב במצבים בהם אם ממיתה את ילדה עקב חסכים פסיכולוגיים ובעיות רגשיות קשות, שאינן נכנסות לגדר מחלות נפש. פרופ׳ קרון ציינה כי נשים אכן סובלות ממגוון בעיות נפשיות לפני ואחרי לידה, ובעיות אלו אינן מתוחמות במספר ימים או שבועות. לדעתה, נוכח שינויים אלה, נשים הנקלעות לסיטואציה כזו ראויות להתייחסות סלחנית.

חברי הצוות נחלקו בשאלה זו. רוב חברי הצוות סברו שאין להתעלם מאופיו האנכרוניסטי של האיסור. קיימת חומרה מיוחדת בגרימת מוות של תינוק חסר ישע, שעל הוריו מוטלת האחריות לדאוג לצרכיו. מקרים בהם תוכח הפרעה נפשית חמורה של האם ייכללו ממילא בחלופה של אחריות מופחתת עקב הפרעה נפשית חמורה. אין סיבה להניח שבתי המשפט יתקשו בכך, או יתעלמו מאופייה המיוחד של הפרעה נפשית זו, וידרשו גם לגביה הפרעה קבועה. במקרים של הפרעה נפשית שאינה חמורה, אך שיש בה כדי להפחית משמעותית את האשמה שבמעשה, יוכל בית המשפט להימנע מהטלת העונש של מאסר עולם. פתרון זה מאזן בין ההיבט המחמיר של רצח כזה לבין רמה מופחתת של אשמה, ככל שזו אכן מתקיימת. על כן, אין ליצור קטגוריה נפרדת למקרים של המתת תינוק, על המסר המשתמע ממנה של פיחות ערך חייו של תינוק, לפחות ביחס לאימו, ויש להסתפק במסגרת הנורמטיבית הכוללת נסיבה של אחריות מופחתת בגין הפרעה נפשית חמורה.

מאידך, נציגי הסניגוריה הציבורית סברו כי אין לשנות מן הדין הקיים ולבטל כליל את העבירה. עם זאת, נציגי הסניגוריה הציעו ניסוח חדש לעבירה הקיימת. לעמדתם, קיים חשש כי המקרים של

המתת תינוק לא ייכנסו בגדרי הסעיף של אחריות מופחתת עקב הדרישה ל"הפרעה נפשית חמורה". בנוסף, הם ציינו כי בפסיקה היו מספר מקרים בהם נשים הורשעו בעבירה הקיימת של המתת תינוק, וכי לא ראוי לתייג נשים כאלו כרוצחות. כמו כן, לדעת המומחים העוסקים בטיפול בנשים הסובלות מדיכאון אחר לידה, התופעה קיימת וראויה להתייחסות סלחנית של המשפט. כאמור, עמדת יתר חברי הצוות היא, שאין מקום לנסיבה נפרדת כזו.

נוסח א': ללא עבירה זו.

[נוסח ב': על אף האמור בסעיפים 301א-300, אישה שגרמה למות ולדה שלא מלאו לו שנים-עשר חודשים, ובשעת המעשה הייתה במצוקה נפשית קשה עקב תוצאות הלידה, תורשע בעבירה זו ודינה – מאסר חמש שנים, אף אם התמלאו התנאים האמורים בסעיפים 301א-300].

8. עבירה של המתה בעקבות בקשת הקורבן

הצוות ממליץ להוסיף עבירה, שאחריותה מופחתת במקרים, המוגדרים בצמצום, בהם העושה המית את הקרבן בעקבות בקשה מפורשת, חופשית ושקולה שלו, עקב מצב רפואי קשה, שלא ניתן להקלה באופן סביר. קטגוריה דומה קיימת במשפט המשווה, בדרך כלל במתכונת רחבה יותר. בעבירה זו, להבדיל מעבירת סיוע להתאבדות, הפעולה הסופית לא מבוצעת על ידי הקורבן אלא על ידי הממית, והעבירה מוגבלת, כאמור, למצבים מאוד מצומצמים. בנושא זה הופיעו בפני חברי הצוות הפרופ' לפילוסופיה פרופ' נועם זוהר ופרופ' דוד הד, ונדונו שאלות הנוגעות למשקל שיש ליתן לאוטונומיה של הפרט להחליט על רצונו למות בסיטואציות מסוימות, וכנגזרת מכך למידת האנטי-חברתיות או האשמה הנעוצים בהמתת אדם על פי בקשתו. פרופ' זוהר התייחס במיוחד למצבים של רופאים המבצעים המתות חסד, ציין כי בהולנד מוטלת על רופא חובה להושיע את המטופל ולגאול אותו מייסוריו והביע את הדעה לפיה ראוי לאמץ בישראל הסדר המאפשר לרופאים לנתק חולים ממכונות הנשמה מבלי שהדבר יהווה עבירה. פרופ' הד המליץ לקבוע קטגוריה מיוחדת הנוגעת להמתה בעקבות בקשת הקורבן, ולא להוסיפה כנסיבה מקלה בעבירת המתה כללית. לטעמו, עבירה זו שונה מיתר המקרים של נסיבות מקלות ברצח, הן מבחינת המניע והן מבחינת רמת הענישה הראויה. פרופ' הד סבר כי בקטגוריה זו יש לכלול גם מקרים של המתת חסד שבהם הקורבן אינו אדם אוטונומי, כגון הורים הממיתים את ילדם הסובל מפיגור נפשי קשה, או מצבים בהם הקורבן מחוסר הכרה תקופה ממושכת. פרופ' הד הצביע על הבעייתיות שבהכנסת מימד אובייקטיבי לעבירה, שמשמעותו קביעת עקרונות רציונאליים להתאבדות. עם זאת, פרופ' הד תמך בקביעת עבירה שיש בה שילוב של יסוד סובייקטיבי של העושה, כגון חמלה, יחד עם יסודות אובייקטיביים שאינם מתייחסים למניעי הקורבן לשים קץ לחייו, אלא מבוססים על סבל או מצוקה נפשית קשה.

חברי הצוות הסכימו, שלכאורה ישנה הצדקה שלא לתייג כרצח מעשה המתה של אדם, על פי בקשה מפורשת, חופשית ושקולה שלו. עם זאת, ראוי להגדיר את הקטגוריה כך שלא תפתח פתח למצבים של ניצול מצוקה ולחץ ושל המתה המונעת על ידי הרצון להשתחרר מטיפול בקורבן. הצוות התלבט

בשאלה, האם לסייג את הסעיף למקרים בהם רצונו של המומת למות נראה מוצדק אובייקטיבית – כאשר במסגרת זאת ניתן אף לקבוע נסיבות מסוימות בחוק כגון סבל גופני שאין לו סיכוי ממשי להשתפר, או שמא די בכך שהמומת מבקש למות בשל סבל פיזי או נפשי, גם אם רצון זה אינו מובן (ובלבד שהממית וידא כי אין מדובר ברצון חולף, והמומת עמד על רצונו למות לאורך זמן). על מנת לצמצם את תחולת הסעיף רק לאותם מקרים בהם ראוי להקל עם העושה, הוצע להכניס להגדרת הסעיף גם את המניע של חמלה.

בסופו של דבר, סוכם להמליץ על קביעת הנסיבה המקלה בניסוח מצומצם ביחס לנהוג בעולם, הנובע מהיחס המקפיד במיוחד כלפי הערך של חיי אדם, והמתחייב מערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. הניסוח יכלול שילוב בין קריטריונים אובייקטיביים לקריטריון סובייקטיבי. חלק מהקריטריונים האובייקטיביים קשורים בבקשת הקורבן – נדרשת בקשה חופשית, מפורשת ושקולה. בקשה העומדת בקריטריונים אלה מצמצמת את האפשרות שבקשת המוות היא תוצאה של גחמה או דיכאון רגעי. כמו כן, היא מבטיחה כי האדם שקיבל את ההחלטה למות הוא אדם בגיר ובריא בנפשו, שיכול לבקש בקשה כזו. נראה, כי בקשה מצד קטין או מצד אדם הסובל מבעיות נפשיות, שכליות או התפתחותיות חמורות, לא תעמוד בדרישה זו.

במדינות אחדות בעולם, דוגמת יוון וספרד, דרשו קריטריון של מחלה סופנית שאינה ניתנת לריפוי. הצוות התלבט, האם להוסיף דרישה לפיה המחלה ממנה סובל הקורבן אינה ניתנת לריפוי. לבסוף הוחלט, כי די בדרישה של מצב רפואי קשה, הגורם לקורבן לסבל קיצוני ושלא ניתן להקל עליו באמצעים סבירים. גם אם ישנו סיכוי שהמחלה ניתנת לריפוי, ראוי להתחשב – מבחינתו של הממית – באוטונומיה של הקורבן וברצונו לשים קץ לסבלו, כאשר מדובר בסבל ניכר ומתמיד. לפיכך, הוחלט להגדיר את הסבל כסבל רב עקב מצב רפואי קשה, שלא ניתן להקל עליו באופן סביר. בנוסף, יידרש קריטריון סובייקטיבי, הקשור במצבו של הממית, והוא מניע של חמלה. כן יידרש, שהסבל או בקשת הקורבן לא יהיו תוצאה של לחץ מצד הנאשם, וזאת על מנת להשאיר בגדרי הנסיבה רק את המקרים בהם אדם פעל ממניעים המצדיקים התחשבות והקלה, ולא ממניעים אחרים.

יצוין, כי בישראל קיים חוק המאפשר לכבד את רצונו של חולה הנוטה למות, שלא לקבל טיפול רפואי שיאריך את חייו (חוק החולה הנוטה למות, התשס"ו-2006). אולם, להבדיל מענייננו, חוק החולה הנוטה למות מאפשר הימנעות מטיפול, ולא המתה אקטיבית. סעיף 19 לחוק קובע: "אין בהוראות חוק זה כדי להתיר עשיית פעולה, אף אם היא טיפול רפואי, המכוונת להמית, או שתוצאתה, קרוב לוודאי, היא גרימת מוות, בין שהיא נעשית מתוך חסד וחמלה ובין שלא, ובין לבקשת החולה הנוטה למות או אדם אחר ובין שלא". הצוות נמנע מלדון בשאלת הסייגים לאחריות פלילית הקשורים בחולה הנוטה למות, על יסוד ההנחה שנושא זה מוצה במסגרת העבודה על חוק זה.

301ד. הגורם למותו של אדם מתוך חמלה עקב בקשה שהופנתה לנאשם על ידי אותו אדם (להלן: "הקורבן"), והתקיימו כל אלה, דינו – חמש שנות מאסר, אף אם התמלאו התנאים האמורים בסעיפים 300-301 [*נוסח ב': 301א-300*]:

(1) בקשת הקורבן הייתה חופשית, מפורשת ושקולה, ובה ביקש הקורבן מהנאשם שישים קץ לחייו;
(2) הקורבן סבל סבל רב עקב מצב רפואי קשה, ולא ניתן היה להקל על סבלו באופן סביר;
(3) סבלו של הקורבן או בקשתו אינם תולדה של מעשים או לחץ מצד הנאשם, במישרין או בעקיפין.

<u>9. נגזרות לעבירות הרצח</u>

(א) ניסיון לרצח

העבירה של ניסיון לרצח קבועה כיום בסעיף 305 לחוק העונשין: "העושה אחת מאלה, דינו מאסר עשרים שנים: (1) מנסה שלא כדין לגרום למותו של אדם; (2) עושה שלא כדין מעשה, או נמנע שלא כדין מעשות מעשה שמחובתו לעשותו, בכוונה לגרום למותו של אדם, והמעשה או המחדל עלולים מטבעם לסכן חיי אדם".

יסודות העבירה הנוכחית של ניסיון לרצח מנוסחים בסגנון ארכאי, שאינו עולה בקנה אחד עם הגדרת יסודות העבירה בחלק הכללי, ובמיוחד עם הגדרת היסוד הנפשי בעבירות הניסיון. באשר לעונש, עבירת הניסיון לרצח קובעת עונש של עשרים שנות מאסר, שאינו תואם את הדין הכללי, לפיו העונש המרבי בגין ניסיון זהה לעונש המרבי בגין הביצוע המלא.

שאלה שנדונה בהקשר זה היא, האם יש מקום לבטל עבירה זו ולהכפיף את הניסיון לרצח לדיני הניסיון הכלליים – אם מבחינת יסודותיה ואם מבחינת רמת הענישה. בנוגע ליסודות עבירת הרצח, הצוות סבור כי אין מקום לקבוע יסוד נפשי מיוחד השונה מהדין הכללי. אשר לרמת הענישה, המשמעות של ביטול העבירה המיוחדת היא הטלת עונש מרבי של מאסר עולם על המנסה לרצוח. בצוות התגבשה, לאחר התלבטות, העמדה לפיה, בשל אופיו המיוחד, החמור והחריג של עונש מאסר עולם, אין מקום לאפשר את הטלתו כאשר התוצאה הקטלנית לא התרחשה. גם אם מבחינת אשמתו הסובייקטיבית של העושה ישנם מקרים בהם אין הניסיון נבדל מן העבירה המושלמת, מבחינת המשמעות האנטי-חברתית של האירוע בכללותו, יש משמעות מפחיתת חומרה לנתון של אי קיפוחם של חיי אדם.

מכאן עלתה השאלה, האם העונש הקיים של עשרים שנות מאסר הולם את המקרים החמורים של ניסיונות לרצח. בגדר מקרים אלה יכולים לבוא מצבים שבהם ניסיון לרצח הסתיים בפציעה חמורה המזקיקה טיפולים רפואיים מתמשכים, או בנכות קשה. סוכם, לאחר דיון, כי בנסיבות אלו ניתן להאשים את המבצע, בנוסף לעבירת הניסיון לרצח, גם בעבירות הנותנות ביטוי לתוצאה, כגון חבלה חמורה או פציעה, וכי אין מקום לשנות את העונש הקבוע היום בחוק לניסיון לרצח.

305. המנסה לגרום למותו של אדם, דינו – עשרים שנות מאסר.

(ב) שידול לרצח

לפי הוראות החלק הכללי של חוק העונשין, העונש על המשדל זהה לעונש בגין העבירה העיקרית. לפיכך, העונש כיום בגין שידול לעבירות הרצח הוא עונש מאסר עולם חובה. בפסק הדין שניתן בעניין *מסראווה*[38] נמתחה ביקורת על כך. בפסק הדין נאמר שקביעת עונש מאסר עולם כעונש חובה לשידול לרצח אינה ראויה ואינה נותנת ביטוי לפער המוסרי והמשפטי בין המשדל לרצח לבין מי שביצע אותו במו ידיו. בנוסף, בנוגע לשידול לרצח אין כל מדרג נורמטיבי המאפשר לבית המשפט לסטות מעונש מאסר עולם חובה בנסיבות מסוימות. זאת, בניגוד לעבירת הרצח, ממנה יכול בית המשפט לסטות במקרים המתאימים, ולהרשיע בעבירת ההריגה, אשר אין בצידה עונש חובה.[39] חברי הצוות סבורים כי עונש מאסר עולם חובה בעבירה של שידול לרצח בנסיבות מחמירות אינו עונש הולם שנותן ביטוי למצבי שידול, השונים זה מזה בעוצמה, ביחסים ובמידת ההשפעה של המשדל על המשודל. לאור זאת, דן הצוות בשאלה, האם יש מקום לקבוע הוראה מיוחדת לעניין שידול לרצח בנסיבות מחמירות, לפיה העונש בצד העבירה יהיה מאסר עולם כעונש מרבי ולא כעונש חובה, או שניתן להסתפק באפשרות של בית המשפט שלא להרשיע בעבירה זו, כשהמעשה אינו מבטא דרגת גבוהה במיוחד של אשמה. לאחר התלבטות, הצוות ממליץ לקבוע עבירה של שידול לרצח בפרק העוסק בעבירות הרצח, כאשר העונש בצדה הוא מאסר העולם כעונש מרבי ולא כעונש חובה. הטעם העיקרי לכך הוא שקשה לקבוע מהו המקרה הטיפוסי של שידול, ולאור הרחבת תחום הביצוע לא ניתן לקבוע שהמקרה הטיפוסי של שידול הוא זה של שידול חמור דווקא. לכן, לא יהיה זה נכון שהכלל לגבי שידול יהיה עונש מאסר עולם כעונש חובה.

יחד עם זאת, חברי הצוות העירו כי השיקולים שהובילו אותו להמליץ על עבירה מיוחדת של שידול לרצח נכונים גם ביחס לשידול לביצוע עבירות אחרות, שהעונש בצידן הוא עונש חובה. על כן, הצוות סבור כי ראוי שהמחוקק ידון באפשרות לתקן את החלק הכללי של חוק העונשין העוסק בשידול, כך שבנוגע למשדל לעבירה שעונשה עונש חובה, עונש החובה יהפוך בעניינו לעונש המרבי.

305א. המשדל לרצח או לרצח בנסיבות מחמירות, דינו – מאסר עולם.

(ג) סיוע לרצח

לפי החלק הכללי של חוק העונשין, עונשו של המסייע הוא מחצית מעונשו של המבצע העיקרי. סעיף 32(1) לחוק קובע כי במקרה שהעונש בגין העבירה העיקרית הוא מאסר עולם חובה, העונש של המסייע יהיה עשרים שנות מאסר. סעיף 32(2) לחוק קובע כי במקרה שהעונש בגין העבירה העיקרית הוא מאסר עולם (כעונש מרבי), עונשו של המסייע יהיה עשר שנות מאסר. משמע, שעל פי החוק הקיים, עונש המסייע לרצח הוא עונש מרבי של עשרים שנות מאסר. הצוות דן במשמעות הדין הכללי לעניין הרפורמה המוצעת, לאור העובדה שהרפורמה כוללת שתי דרגות של עבירת הרצח. העונש המוצע על עבירת הרצח הבסיסית הוא עונש מאסר עולם כעונש מרבי, ולפיכך אם יחול לגביה הדין

---

[38] ע"פ 5079/04 **נסרין מסראווה נ' מדינת ישראל** (ניתן ביום 18.2.08).

[39] שם, ביקורת השופט ד' חשין, בפס' 54 לפסק דינו; ביקורת השופט ג'ובראן, בפס' 10 לפסק דינו; וביקורת השופט גרוניס, בפס' 1-3 לפסק דינו. יצוין, כי בקשה לדיון נוסף על ההחלטה בערעור נדחתה (דנ"פ 2033/08). כן ר' נספח סקירת הדין הקיים, בעמ' 33-35.

הכללי, על המסייע לרצח יוטל עונש מרבי של עשר שנות מאסר. עונש זה נראה בלתי הולם את חומרת העבירה ואינו עולה בקנה אחד עם מדרג הענישה הראוי. לפיכך, ובהתאם להמלצה לסטות מהוראות סעיף 41 לחוק (לפיו, כאשר קבוע עונש מאסר עולם שאינו חובה, ניתן להטיל עד עשרים שנות מאסר), הצוות מציע כי עונשו של המסייע לרצח יהיה עונש מרבי של חמש עשרה שנות מאסר, שהוא, על פי המוצע, מחצית מהעונש המרבי שניתן יהיה להטיל כעונש קצוב לגבי עבירות שדינן מאסר עולם כעונש מרבי בסימן זה.

305ב. על אף הוראות סעיף 32, המסייע לרצח לפי סעיף 300 או 301, דינו – חמש עשרה שנות מאסר.

<u>10. שידול וסיוע להתאבדות</u>

עבירת השידול או סיוע להתאבדות היא עבירה חריגה במשפט, וזאת משום שהיא "נגזרת" של מצב דברים שאינו עבירה פלילית (ההתאבדות אינה יכולה, כמובן, להיות אסורה, ואיסור פלילי על הניסיון להתאבד בוטל). ביסוד האיסור עומדת ההבחנה בין היחס של אדם לחייו שלו, שבא לידי ביטוי בהתאבדות או בניסיון להתאבד, לבין יחסו של אדם לחיי זולתו, שבא לדי ביטוי בשידול או בסיוע להתאבדות. גם אם המשפט מדיר עצמו מן היחס של אדם לחייו שלו, עליו לוודא, בשל חשיבות הערך של חיי אדם, שיחס זה לא יהיה נתון להשפעות מן החוץ. זאת במיוחד מכיוון שלרוב קשה לדעת מבחוץ, האם ההחלטה להתאבד הייתה החלטה אוטונומית במלוא מובן הביטוי, והאם מי שמבקש סיוע להתאבדות אכן גמר אומר לשים קץ לחייו או שדבריו הם קריאה נואשת לעזרה. לכן, מתבקש להטיל איסור פלילי על מעשים של שידול וסיוע להתאבדות. מקרים של שידול או סיוע להתאבדות עולים בהקשרים עובדתיים שונים: החל מבני זוג המנסים לשים קץ לחייהם יחד, דרך סיוע לקרובי משפחה במצבים קשים לשים קץ לחייהם, המשך בעידוד אדם בלתי מוכר שהביע רצון להתאבד לממש את כוונתו, וכלה במה שאינו רחוק מביצוע רצח באמצעות אחר – המתאבד. הקשרים שונים אלה מקשים על קביעת הסדר נורמטיבי שיתאים לכלל המצבים.

בעניין זה הוצגה בפני הצוות הדעה לפיה יש לבטל את העבירה של סיוע להתאבדות. פרופ' נועם זוהר סבור כי מקרים אלה, מבחינה מוסרית, אינם ראויים ככלל לענישה פלילית. פרופ' זוהר הציג את המודל של מדינת אורגון בארה"ב, שם רופאים רשאים לפי החוק לסייע לחולה למות באמצעות מתן מרשם של כדורים שיובילו למותו. עוד עלה, שבשוויץ הסיוע להתאבדות – שאינו מלווה במניע אגואיסטי של המסייע – אינו עבירה פלילית. הצוות לא השתכנע כי יש מקום לבטל את העבירה של שידול או סיוע להתאבדות, מהשיקולים הנורמטיביים שצוינו לעיל, וכן מפאת הצורך לתת ביטוי הולם לערך של חיי אדם, במיוחד ערך חייהם של מי שטעונים דאגה חברתית מיוחדת, כגון אנשים הנתונים במצוקה נפשית או אחרת.

עם זאת, הצוות סבור כי העונש העומד בצד עבירת השידול והסיוע להתאבדות היום – עשרים שנות מאסר – הינו גבוה יתר על מידה. עונש זה אינו עומד ביחס לעונשים המוצעים על פי הרפורמה לעבירות אחרות ואינו הולם את העונש הקבוע במדינות אחרות, הקובעות סיוע ושידול להתאבדות

כעבירה פלילית, דוגמת המשפט האנגלי. בנוסף, הצוות סבור כי ראוי לפצל בין השידול להתאבדות לבין הסיוע להתאבדות, מפני שמצבים של שידול להתאבדות הינם חמורים יותר ממצבים של סיוע להתאבדות. לא בכדי, על פי הדין הכללי העונש המרבי על שידול לעבירה הוא העונש בצד העבירה העיקרית, ואילו העונש המרבי על סיוע הוא מחצית העונש. רציונאל זה משליך גם על עבירות השידול והסיוע להתאבדות. אדם המשכנע או מתמרץ אדם אחר לשים קץ לחייו מבצע מעשה חמור, הפוגע פגיעה קשה יותר בערך של חיי אדם, מאשר זה המסייע לאדם, שגיבש את דעתו והחליט לשים קץ לחייו, להוציא את החלטתו לפועל. על כן, מציע הצוות להתאים את העונש המרבי בצד השידול להתאבדות לעונש המרבי הקיים במדינות אחרות, למשל במשפט האנגלי, קרי 14 שנות מאסר, ולקבוע בצד עבירת הסיוע להתאבדות עונש של 7 שנות מאסר – מחצית העונש המוצע לעבירת השידול.

הצוות התלבט בשאלת העונש הראוי למסייע להתאבדות, בנסיבות בהן עבירת הסיוע להתאבדות מבוצעת בתנאים הדומים לאלה המנויים בסעיף העוסק בהמתה בעקבות בקשת הקורבן. מחד, מעשהו של המסייע חמור יותר, מכיוון שקדושת הערך של חיי אדם מחייבת אותו להימנע מלסייע לאדם ליטול את חייו. מאידך, בניגוד למבצע המתה לפי בקשת הקורבן, המסייע אינו זה שמוציא לפועל את מעשה ההמתה. חלקו הוא בסיוע בלבד לאדם אוטונומי, המסוגל לבצע את המעשה בעצמו. לאחר התלבטות ולאור השיקולים הנוגדים, החליט הצוות שלא להמליץ על עונש מיוחד למצב זה, אלא להותיר את שיקול הדעת בעניין זה בידי בית המשפט.

302א. המשדל אדם להתאבד, דינו – ארבע עשרה שנות מאסר.
302ב. המסייע לאדם להתאבד, דינו – שבע שנות מאסר.

<u>11. הפצת מחלה מסוכנת</u>

הצוות דן בשאלה, האם רצוי לקבוע עבירה של הפצת מחלה מסוכנת, שתהיה שווה בחומרתה לעבירת הניסיון לרצח. השאלה עלתה בעקבות הצעות חוק פרטיות להחמרה בענישה בגין הפצת מחלה. בהצעת חוק שהוגשה בתקופת כהונת הכנסת ה- 17 על ידי ח"כ גלעד ארדן,[40] הוצע לקבוע עבירה של עשיית מעשה העלול להפיץ את נגיף האיידס, שהעונש המרבי בצידה הוא עשרים שנות מאסר. בדברי ההסבר ציין המציע את קריאת בית המשפט המחוזי בתל אביב למחוקק, בעניין *סרפו*, לתת דעתו לתיקון החוק – בין אם על ידי הגדרת עבירת הדבקה בנגיף האיידס כניסיון לרצח (או כמעשה רצח אם הקורבן נפטר מהמחלה), ובין אם בקביעת עבירה כזאת כפשע חמור שלצידו שנות

[40] הצעת חוק העונשין (תיקון – מעשה העלול להפיץ את נגיף האיידס), התשס"ו-2006 (פ/532/17). הצעת חוק נוספת שהונחה על שולחן הכנסת ה- 17 היא הצעתו של ח"כ יואל חסון להחמיר את העונש הקבוע הצד עבירה של הפצת מחלה במזיד לפי סעיף 218 סיפה לחוק העונשין משבע שנות מאסר לעשרים שנות מאסר. מדברי ההסבר להצעתו של ח"כ יואל חסון עולה שמטרתו הייתה להשוות את העונש בגין עבירה זו לעונש בגין עבירה של ניסיון לרצח, מאחר שלטענתו הדבקה באיידס במזיד שקולה להטלת גזר דין מוות על הנדבקים, ולפיכך ניתן לסווג את העבירה כניסיון לרצח (הצעת חוק העונשין (תיקון – הפצת מחלה במזיד), התשס"ו-2006 (פ/272/17)).

מאסר ממושכות.[41] משרד המשפטים הציע לוועדת שרים לענייני חקיקה להתנגד להצעה ולתת את הדעת לקריאה זו של בית המשפט במסגרת בחינה כוללת של עבירת הניסיון לרצח, כחלק מבחינת עבירות ההמתה. ביוני 2008, במסגרת פסק הדין בערעור שהגיש הנאשם בעניין *סרפו* על הכרעת דינו וגזר דינו, ביקר בית המשפט העליון את הרטוריקה בה נקט בית המשפט המחוזי בנוגע למחלת האיידס, וקבע כי לא היה מקום לאמירות לפיהן הנאשם במעשיו גזר גזר-דין מוות על המתלוננות, וזאת מאחר שמחלת האיידס אינה מוגדרת היום כמחלה סופנית.[42]

עמדת כל חברי הצוות הייתה שאין מקום לקביעת עבירה מיוחדת של הפצת מחלה מסוכנת בכלל ושל הפצת נגיף האיידס בפרט, שתהיה שקולה לניסיון לרצח. ככל שיוכח יסוד נפשי של כוונה, הרי שהמעשה ייכלל בגדר העבירה של ניסיון לרצח. אשר להתייחסות מיוחדת למעשה של הפצת מחלת האיידס, עמדת משרד המשפטים, שהועברה לוועדת שרים לענייני חקיקה לאחר התייעצות עם משרד הבריאות, היא שאין מקום להתייחסות מיוחדת למחלת האיידס. התייחסות כזו עלולה להביא לתיוג שעלול להרתיע מפני בדיקה לגילוי המחלה, ובכך להגביר את סכנת התפשטותה. תיוג זה אינו מוצדק גם מהטעם שמחלת האיידס כיום פחות מסוכנת ממחלות אחרות. עמדה זו הייתה מקובלת על כל חברי הצוות. דברים אלה מקבלים משנה תוקף לאור הכרעת בית המשפט העליון בעניין *סרפו*, כאמור לעיל.

<u>12. גרימת מוות ברשלנות</u>

במהלך עבודתו הוסמך הצוות, לבקשתו, על ידי שר המשפטים, פרופ' יעקב נאמן, לדון בצורך בהסדר חדש הנוגע לכלל עבירות הרשלנות. הצורך בהרחבת מנדט הצוות בהקשר זה נבע מדיון באפשרות להעלות את רף הרשלנות בעבירת גרם מוות ברשלנות למעשים שהם למעשה בגדר "התרשלות רבתי". הצעה זו לא התקבלה בסופו של דבר על ידי חברי הצוות, אך הדיון בה חייב את הרחבת יריעת הדיון לכלל עבירות הרשלנות.

בנוסף, במהלך דיוני הצוות עלתה לדיון בוועדת חוקה, חוק ומשפט של הכנסת הצעת חוק פרטית של ח"כ אריה אלדד, שעניינה קביעת פטור מאחריות פלילית בעבירת רשלנות לעובדי מדינה העוסקים בפיקוח על פי דין.[43] מקורה של הצעת החוק בפרשת רמדיה, והיא נבעה מדעת המציעים לפיה בתי המשפט קבעו רף נורמטיבי גבוה בעבירת גרימת מוות ברשלנות אשר, כך נטען, מטיל על המפקח אחריות לגרימת תוצאה קטלנית בשל כל טעות קלה בשיקול דעתו. בהתייעצות עם היועץ המשפטי

---

[41] תפ"ח (מחוזי ת"א) 1137/03 **מדינת ישראל נגד סרפו**, פס' 15 (ניתן ביום 18.3.05).

[42] ע"פ 11699/05 **סרפו נ' מדינת ישראל** (ניתן ביום 23.6.08).

[43] על פי ההצעה, יתווסף סעיף לחלק הכללי של חוק העונשין העוסק בהגנות ובסייגים לאחריות פלילית שנוסחו יהיה: "לא יישא עובד ציבור, האחראי לפיקוח או המבצע תפקיד פיקוח על פי דין, באחריות פלילית בעבירת רשלנות, בשל מעשה שעשה במילוי תפקידו או למען מילוי תפקידו". מדברי ההסבר להצעה עולה כי המניע להצעה הוא בעיקר החשש מפני הרתעת יתר של עובדי מדינה שעלולה לעוות את שיקול דעתו של עובד הציבור (ר' הצעת חוק העונשין (תיקון – סייג לאחריות פלילית של עובד ציבור), התשס"ט-2009 (פ/868/18)).

לממשלה דאז, מר מני מזוז, ביקש משרד המשפטים מוועדת החוקה שהות לבחון סוגיה זו במסגרת ההסדר הכולל של עבירות הרשלנות, הנבחן על ידי צוות זה.

במסגרת הדיונים בצוות עלו שתי ביקורות מרכזיות כלפי רף הרשלנות הקבוע בחוק העונשין, כפי שפורש על ידי בתי המשפט. האחת, לה שותפים כל חברי הצוות, בנויה משניים: ראשית, הרף הנורמטיבי, שנקבע על ידי הפסיקה החל מעניין *בש*,[44] הינו גבוה מדי. לדעת חברי הצוות, נוסח הרשלנות בעקבות תיקון 39, אשר הגדיר את יסוד הרשלנות תוך שימוש במונח "אדם מן היישוב", איפשר קביעת סטנדרט נמוך יותר, אך במרבית המקרים אפשרות זו לא יושמה. שנית, על אף שסעיף 21(א) לחוק העונשין, בו קבועה הגדרת הרשלנות, כולל בפסקה (2) מבחן של נטילת סיכון בלתי סביר ("ובלבד... (2) שאפשרות גרימת התוצאות לא הייתה בגדר הסיכון הסביר"), הרי שמבחן זה יושם בצמצום בפסיקה הדנה ביסודות עבירות הרשלנות. לפיכך סבר הצוות, כי על מנת להבהיר את חשיבותו של מבחן זה, יש לנסחו באופן פוזיטיבי, להבדיל מההגדרה הנגטיבית הקיימת בחוק הקיים. זאת ועוד, מבחן הסיכון הסביר כנוסחו בסעיף 21(א)(2) עלול להתפרש כחל רק לגבי עבירות תוצאה בפועל, קרי: בעבירות שאינן עבירות תוצאה לא נדרש להוכיח שהסיכון הטמון בהתנהגות אינו סיכון סביר. על מנת להסיר ספק זה נדרש להבהיר שגם בעבירות שאינן תוצאתיות, אך מנויה בהן סכנה, יש מקום למבחן שימנע הרשעה של מי שלא יצר סיכון בלתי סביר.

הביקורת השנייה כלפי מבחן הרשלנות, שהייתה במחלוקת בין חברי הצוות, הייתה על כך שהמבחן לרשלנות הקבוע בסעיף 21 לחוק העונשין אינו מביא בחשבון מאפיינים אינדיבידואליים של העושה, המשפיעים על יכולת הצפייה שלו, ובכך הוא חוטא לעיקרון האשמה ומטיל על נאשם אחריות גם אם לא היה יכול לצפות את התוצאה. כשם שבפועל בתי משפט קבעו את רף הרשלנות על פי מאפיינים אישיים של הנאשם, כגון מומחיות או מקצוענות (כך נעשה לגבי רופאים מומחים או מהנדסים ומפקחים), מן הראוי, במקרים המתאימים, להתחשב גם במאפיינים שמגבילים את יכולת הצפייה.

לפיכך התגבשו בצוות שתי גישות מרכזיות לתיקון יסוד הרשלנות הקבוע בסעיף 21 לחוק:

הגישה הראשונה – גישת נציגי הפרקליטות ומחלקת יעוץ וחקיקה – לפי גישה זו, החוק הקיים יושם תוך מתן דגש לתוצאה (ובעבירת ההמתה – לתוצאה הקטלנית), באופן שהוביל לגישה מחמירה בחלק מהמקרים בקביעת הרף הנורמטיבי, כמפורט לעיל. לפיכך מוצע להותיר את היסוד הנפשי בהגדרת הרשלנות על כנו, תוך תיקון שידגיש את הצורך במתן תוכן משמעותי ליסוד העובדתי של העבירה, וזאת מאחר שנדרש לבחון כי הסיכון שיצר העושה במעשהו אכן אינו סביר. כך תמוקד האחריות ברשלנות בנאשמים שמעשיהם מקימים אשם המצדיק הרשעה בפלילים. לעניין זה יוזכר, כי בהגדרת היסוד הנפשי של רשלנות מצויים כבר עתה כלים שמאפשרים יישום ברוח הנזכרת לעיל. כך שאלת מודעותו בכוח של העושה, וכך הנחיית המחוקק לבחון את שאלת הרשלנות "בנסיבות העניין". לכלים אלה יצטרף התיקון המוצע המדגיש את הצורך ביישום רכיבי הגדרת הרשלנות באופן ממוקד יותר.

---

[44] ע"פ 196/64 **היועץ המשפטי לממשלה נ' בש**, פ"ד יח(4) 568 (1964).

גישה זו מטפלת בחידוד הרף הנורמטיבי שביישום העבירה, משום שזו הבעיה שאותרה על ידי חברי הצוות. מכאן ההתנגדות לגישה השנייה, שתתואר להלן, ואשר מציעה אינדיבידואליזציה של מבחן הרשלנות: ראשית, תיקון שכזה יגרע מהמטרה הנורמטיבית של עבירת הרשלנות – קביעת סטנדרט התנהגות הולם ואחיד לכלל האוכלוסייה כדי לגונן על הערך המוגן, ובעבירות ההמתה – על ערך חיי האדם. התיקון האמור "מתאים" את הדרישה ההתנהגותית לתכונותיו האישיות של כל נאשם ונאשם, ולמעשה מפחית מן הדרישה עבור נאשמים מסוימים. בכך הוא פוגע בערך החיים. שנית, התיקון האמור אינו עונה על צורך קיים במצב הנוכחי. עיקר הביקורת על הפסיקה בעבירות של גרימת מוות ברשלנות, הייתה על מקרים שלא עוררו בעיה של חוסר התחשבות במאפיינים ייחודיים של נאשמים, אלא של רף נורמטיבי מורחב. כך בעניין *בש* ובעניין *אנגל*,[45] בהם הנאשמים היו אנשים נורמטיביים וללא תכונות מיוחדות המצריכות התחשבות מיוחדת. תומכי הגישה האינדיבידואלית התקשו להציג מקרים בהם בתי המשפט נמנעו מהתחשבות בתכונות מסוימות של נאשמים, באופן שהוביל לתוצאה בלתי צודקת. יתר על כן, הסעיף הקיים מכיל את התיבה "בנסיבות העניין", המאפשרת התחשבות מסוימת. על בסיס תיבה זו, למשל, התחשבו בתי המשפט במומחיות מיוחדת או בניסיון של העושה. על רקע זה, אין כל צורך בתיקון האמור. שלישית, התיקון עלול להיות מיושם באופן שיביא להשלכות בלתי רצויות. המבחן האינדיבידואלי, גם לשיטתו, נועד לחריגים, ולא נועד לאבחן בין אנשים "רגילים" ונורמטיביים. עם זאת, ישנה סכנה כי המבחן יישום בדרך מרחיבה יתר על המידה, ובכך יביא להשלכות בלתי רצויות. ורביעית, תועלתו של המבחן המוצע אף אינו נלמד מהמשפט המשווה. בפני הצוות הוצג כי במדינות אחרות אשר אימצו מודל אינדיבידואלי, בפרט מן הקונטיננט, לא הוביל הדבר להקפדה הרצויה ביישום עבירות הרשלנות.

הגישה השנייה – גישת פרופ' קרמניצר, עמיר פוקס ונציגי הסניגוריה הציבורית – במענה לשתי הביקורות שהוצגו לעיל, שמצאו ביטוי נרחב גם בספרות המקצועית,[46] מוצע לשנות את אפיון הרשלנות ולהחליף את מבחן האדם מן היישוב במבחן אחר. מטרת השינוי העיקרית היא להבהיר כי אין לחרוג בקביעת הרף מן היכולת של האדם הרגיל, וכי יש למנוע העלאה מופרזת של הרף. זאת, לאור הביקורת המשותפת לכל חברי הצוות על הרף הגבוה מדי הנקבע, לעתים, בפסיקה. כדוגמה לרף גבוה זה, ראו פסק דינו של השופט ד' לוין בעניין *אבנת*, המדברים בעד עצמם.[47]

---

[45] רע"פ 1007/05 **מדינת ישראל נ' שרה אנג'ל ואח'** (ניתן ביום 1.9.08).

[46] ר', למשל, עדי פרוש, "אחריות מוסרית, אחריות פלילית, וערך כבוד האדם – על התפתחויות בחקיקה הפלילית בישראל" **מחקרי משפט** יג 87, 101 (1996); יורם שחר, "האדם הסביר והמשפט הפלילי", **הפרקליט** לט 78 (1989); מרדכי קרמניצר, "תיקון 39 לחוק העונשין – 5 שנים לחקיקתו", בתוך **מגמות בפלילים – עיונים בתורת האחריות הפלילית** 55, 69 (2001); מריה גור אריה, "הצעת חוק העונשין (חלק מקדמי וחלק כללי), התשנ"ב-1992", **משפטים** כד 9, 28-31 (1994).

[47] ע"פ 3934/90 **אבנת נ' מדינת ישראל**, פ"ד מו(1) 1, 6-7 (1991): "אך עם הזמן, על-פי הניסיון שנצטבר תוך כדי התייחסות חוזרת לסוגיה, התגבשה הדעה המקובלת, לפיה: "מידת סבירותו של האדם מן היישוב חדלה מלהימדד על יסוד תכונותיו וקווי אופיו של האדם הממוצע. תחת זאת היא הוכרעה במקרים רבים, על סמך ידיעותיהם הכלליות של השופטים וניסיון חייהם מחד-גיסא, ועל בסיס דרישות החברה מאדם שקול וזהיר מאידך-גיסא. יתרה על זאת, לעתים הפכו מונחים אלה להיות מכשיר להבעת דעות בנושא דרכי החשיבה ורמות הזהירות הרצויות בחברה, בהתאם להשקפות היושבים בדין, תוך הכרה כי תקני ההתנהגות שנדרשו, ואשר הוגדרו בנסיבות הענין כסבירים, חמורים בדרישותיהם מאלו שעליהם אמון האדם הממוצע" (י' לוי, א' לדרמן עיקרים באחריות פלילית (רמות, תשמ"א) 513)".

כדי להשיג יעד זה של שינוי מהותי ברף הרשלנות, תומכי הגישה השנייה סבורים כי אין מנוס מפרידה ממבחן ה"אדם מן היישוב" (שהוא, לפי הפסיקה, מבחן האדם הסביר) ומאימוץ מבחן אחר, שיכוון בבירור את הפסיקה אל יכולתו של האדם המציאותי, האדם "בשר ודם". לדבריהם, בהצעת הגישה הראשונה אין משום פתרון לבעיות שתוארו ולביקורת המוסכמת על הצוות כולו, וביחס לביקורת הזו התיקון המוצע על ידי הגישה הראשונה נראה אסתטי בעיקרו.

בנוסף, לדעת תומכי הגישה השנייה, מתבקש לאפשר התחשבות במאפיינים מיוחדים של העושה, כגון חוסר ניסיון או מוגבלות שכלית קלה, כאשר יש בהם כדי לשלול את יכולת הצפייה של העושה. יש להבהיר, ששאלת היכולת לצפות צריכה להיבחן גם באשר לעצם ההחלטה לפעול, ולאו דווקא ביחס לאופן הפעולה. המאפיינים המיוחדים הראויים להתחשבות אינם כוללים התנכרות לחוק ולערכים שביסודו. גישה זו נובעת מעקרון האשמה, לפיו אין להטיל אחריות פלילית על אדם בשל דרישה שלא היה מסוגל לעמוד בה. העובדה שמדובר במקרים חריגים אינה מצדיקה התעלמות מהם. המבחן שבחוק מחייב לאפשר עשיית צדק גם במקרים אלה. מבחן מעין זה אף מקובל בחלק משיטות המשפט הקונטיננטליות, ובתי המשפט לא התקשו ביישומו. תומכי גישה זו אינם שותפים לחשש שבתי המשפט יתחשבו בשיקולים בלתי רלוונטיים. יסוד נפשי – בין במחשבה פלילית ובין ברשלנות – עניינו בעשיית צדק עם העושה, וממילא מתבקשת במסגרתו אינדיבידואליזציה. אינדיבידואליזציה זו אינה גורעת מהאופי הנורמטיבי והאחיד שגלום ביסוד העובדתי של יצירת סיכון בלתי סביר. בכל מקרה בו מוטלת על אדם אחריות פלילית בנסיבות בהן לא היה ביכולתו לצפות את אפשרות התרחשות התוצאה, הצדק נפגע מבלי שיש בכך כדי לקדם את ההגנה על ערך החיים. מטרת התיקון בחוק צריכה להיות מניעת המצב האמור. הסתמכות על הכלים המצויים כבר היום בהגדרת הרשלנות לא תועיל, בשים לב לפסיקה העקבית שנמנעה מלעשות בהם שימוש.

נוסח פרקליטות המדינה ומחלקת יעוץ וחקיקה:

21. רשלנות

(א) רשלנות – אי מודעות לטיב המעשה, לקיום הנסיבות או לאפשרות הגרימה לתוצאות המעשה, הנמנים עם פרטי העבירה, כשאדם מן היישוב יכול היה בנסיבות העניין, להיות מודע לאותו פרט, ובלבד –

(1) שלעניין הפרטים הנותרים הייתה לפחות רשלנות כאמור;

(2) בעבירות בהן מנויה תוצאה או סכנה – שבמעשהו יצר העושה סיכון בלתי סביר להתרחשות התוצאה או הסכנה האמורות.

(ב) רשלנות יכול שתיקבע כיסוד נפשי מספיק רק לעבירה שאיננה מסוג פשע.

נוסח פרופ' קרמניצר, מר עמיר פוקס והסניגוריה הציבורית:

21. רשלנות

(א) רשלנות – נטילת סיכון בלתי סביר, כלפי תוצאה בפועל או בכח, תוך אי מודעות לטיב המעשה, לקיום הנסיבות או לאפשרות הגרימה לתוצאות המעשה, הנמנים עם פרטי העבירה, כשאדם בדמותו של העושה יכול היה בנסיבות העניין,

להיות מודע לאותו פרט, ובלבד שלעניין הפרטים הנותרים הייתה לפחות רשלנות כאמור.

(ב) רשלנות יכול שתיקבע כיסוד נפשי מספיק רק לעבירה שאיננה מסוג פשע.

(ג) לעניין סעיף זה, "אדם בדמותו של העושה" – אדם בעל מאפיינים הדומים לעושה, למעט כאלה המבטאים עמדה של התנכרות לחוק.

13. גרימת מוות בהתרשלות רבתי

הצוות דן באפשרות לקבוע עבירה חדשה של גרימת מוות בהתרשלות רבתי, שתהווה מעין דרגת ביניים בין עבירת גרימת מוות ברשלנות לבין עבירת המתה בקלות דעת. על פי המוצע, די יהיה, לצורך עבירה זו, ביסוד נפשי של רשלנות כלפי התוצאה, אולם יסודותיה של העבירה יהיו חמורים יותר מאשר עבירת גרימת מוות ברשלנות בשני היבטים: האחד, היסוד העובדתי – תידרש התנהגות אשר סוטה סטייה ניכרת מהתנהגות סבירה, המהווה כשלעצמה הפרה של הדין, כגון עקיפה לצורך חציית קו הפרדה רצוף. כלומר, מדובר בהתנהגויות שהמחוקק הזהיר באופן ספציפי מפני עשייתן. השני, היסוד הנפשי – תידרש מודעות לגבי ההתנהגות המסוכנת, ורק לגבי התוצאה הקטלנית יידרש יסוד נפשי של רשלנות בלבד. העונש המרבי בצד העבירה יהיה חמור יותר מאשר גרם מוות ברשלנות, ויעמוד על פי המוצע על חמש שנות מאסר.

שאלה שנדונה בהקשר זה היא, האם יש הצדקה לסטות מהעיקרון הקבוע בחלק הכללי לחוק העונשין, ולפיו לא תיקבע עבירת רשלנות, שעונשה חמור משלוש שנות מאסר.

ההצדקה לקיומה של עבירה זו ולקביעת עונש החורג מרף הענישה הקבוע בחוק העונשין, היא בשילוב של התנהגות מסוכנת במיוחד מבחינה אובייקטיבית יחד עם אשמה סובייקטיבית המתבטאת במודעות בפועל של העושה לטיב התנהגותו, כלומר בזלזול בוטה בחוק.

עמדת רוב חברי הצוות היא שעבירת ההמתה בקלות דעת אינה מייתרת את הצורך בעבירה זו, מכיוון שישנם מקרים בהם אדם חורג באופן משמעותי מסטנדרט של התנהגות סבירה, תוך מודעות לטיב התנהגותו, אך אינו צופה את התוצאה הקטלנית. מתבקש איסור נפרד לסוג זה של התנהגות, על מנת לתת ביטוי לחומרה המיוחדת שבה, העולה באופן משמעותי על חומרת ההתנהגות שבגרימת מוות ברשלנות. בהעדר איסור כזה, עלולים מקרים מעין אלה להניב אישומים וגם הרשעות בעבירה של המתה בקלות דעת.

בנוסף, הצוות דן בשאלה, האם ראוי להרחיב את העבירה גם למצב בו ההתנהגות המסוכנת מפרה נוהל, ולא רק דין חקוק. עמדת חברי הצוות היא שהפרת נוהל אינה כרוכה בזלזול בוטה בדין ואינה מגיעה לכדי דרגת האשמה הדרושה כדי להצדיק חריגה מרף הענישה על עבירות רשלנות, מה גם שנהלים לא מעטים נוצרו כדי להבטיח מינהל תקין ויעילות, ולא לשם הגנה על חיי אדם. הוסכם, כי על העושה להיות מודע לטיב התנהגותו, אך הוא אינו צריך להיות מודע לדין האוסר את ההתנהגות ולכך שהוא סוטה במידה ניכרת מהתנהגות סבירה.

נציגי הסניגוריה הציבורית התנגדו ליצירת עבירה חדשה של גרימת מוות בהתרשלות רבתי. לגישתם, אין צורך אמיתי ביצירת עבירה זו, המהווה חריגה מהכלל לפיו העונש הקבוע בעבירות רשלנות לא יעלה על שלוש שנות מאסר. לדעתם, עונש של עד חמש שנות מאסר על מי שלא היה מודע לאפשרות קרות התוצאה הוא עונש מופרז. המענה הנכון להתנהגויות מסוכנות, לדעת נציגי הסניגוריה, הוא באכיפה נמרצת יותר של האיסורים על התנהגויות אלו, ולא בהחמרת הענישה מעבר לנהוג כיום באותם מקרים חריגים בהם נגרם מוות. יצירת המדרג החדש של עבירות ההמתה שבהצעת הצוות, ובפרט יצירתה של עבירה נפרדת של המתה בקלות דעת, נותנת מענה לבעייתיות הגלומה בפער הניכר הקיים כיום בין עבירת ההריגה לבין עבירת גרם מוות ברשלנות. עוד הצביעו נציגי הסניגוריה על כך, שקיים מתח בין הרצון של חברי הצוות להעלות את הרף להרשעה בעבירת הרשלנות הכללית, לבין קביעה של עבירת רשלנות מוחמרת. לגישתם, המדובר בחלוקה מוגזמת לקטגוריות, אשר תביא לסרבול ולאי בהירות באשר לקווי הגבול שבין העבירות. להרחבה נוספת של עמדה זו, ראו את עמדת נציגי הסניגוריה הציבורית, המובאת כאמור בסוף המסמך.

בפני חברי הצוות הופיעו עו"ד שי גלעד, יו"ר ועדת התעבורה של לשכת עורכי הדין, ועו"ד אילן סופר, יו"ר ועדת החקיקה של לשכת עורכי הדין, כנציגי לשכת עורכי הדין, והציגו עמדתם בעניין עבירות הרשלנות. לגישתם, יש לתקן את חוק העונשין כך שככלל לא ניתן יהיה להטיל מאסר בפועל בגין עבירות רשלנות, פרט למאסר שיבוצע בעבודות שירות.[48] את עמדתם זו ביססו נציגי לשכת עורכי הדין בעיקר על כך שמי שביצע עבירת רשלנות אינו נושא, לטענתם, באשם מוסרי, ועל כך שהיכולת להרתיע בעבירות רשלנות ממילא מוגבלת, בשל העדר המודעות. נציגי לשכת עורכי הדין הציעו לבחון אמצעי ענישה נוספים לאלה הקיימים היום או המיושמים היום, שיהיה הולם להטילם בגין עבירות רשלנות, כגון הארכת תקופת המאסר בפועל שניתן יהיה לרצותה בעבודות שירות,[49] פיצוי בסכום משמעותי לנפגע ושירות לתועלת הציבור. עוד סברו נציגי לשכת עורכי הדין, כי יש מקום לקביעת עבירה של גרם מוות בהתרשלות רבתי. אך לדעתם, מאחר שהיסוד הנפשי של עבירה זו הוא של רשלנות, אין מקום לקבוע בצידה מאסר בפועל שירוצה בין כותלי הכלא, כי אם בעבודות שירות.

לדעת חברי הצוות, גיוון דרכי הענישה הוא בהחלט רצוי, אך אין לשלול את האשמה המוסרית המתקיימת גם ביסוד נפשי של רשלנות. אין גם מקום לקבוע כי מאסר בפועל בגין גרימת מוות ברשלנות הוא בהכרח ותמיד מופרז לחומרה. ישנם מקרים בהם העונש הראוי למי שעבר עבירה של גרימת מוות ברשלנות הינו מאסר בפועל שלא בעבודות שירות. כך, במיוחד כאשר רמת ההתרשלות הייתה גבוהה או כאשר מדובר בעבריין מועד.

---

[48] טיוטת הצעת חוק ברוח זו, שנוסחה על ידי עו"ד סופר, הועברה לעיונם של חברי הצוות. לטיוטת הצעת החוק צורפו דברי הסבר וסקירת משפט משווה בנושא.

[49] גם עו"ד גיל קרזבום (כתוארו אז), שהופיע בפני הוועדה, סבר שיש מקום להארכת תקופת המאסר שניתן לרצותה בעבודות שירות לתקופה ממושכת של עד 18 או 24 חודשים, במיוחד אם תתווסף עבירה של גרם מוות בהתרשלות רבתי שתביא להחמרת הענישה, שאם לא כן ידונו מרבית המורשעים בעבירה זו למאסר מאחורי סורג ובריח. כן הציע עו"ד קרזבום לאפשר להטיל על תאגיד עונש של שירות לתועלת הציבור (של"צ). כן ר' הצעת חוק פרטית שהוגשה בכנסת ה-17 על ידי ח"כ רונית תירוש, בה הוצע להאריך את תקופת המאסר שניתן לרצותה בעבודות שירות לתקופה של 12 חודשים (הצעת חוק העונשין (תיקון – נשיאת מאסר בעבודות שירות), התשס"ח-2007 (פ/2969/17).

להשלמת התמונה יצוין, כי הצורך בקביעת עבירה של גרימת מוות בהתרשלות רבתי הועלה בעיקר בהקשר של תאונות דרכים קטלניות. בדיוני הצוות בנושא זה השתתפו גורמים שונים, אשר הביעו עמדתם, בהם ד"ר דנה פוגץ', גב' נעמי גרנות מפרקליטות המדינה, גב' חוה ראובני, סגנית היועצת המשפטית למשרד התחבורה, ועו"ד (כתוארו אז) גיל קרזבום. עמדת הצוות בנושא קביעת עבירת גרימת מוות בהתרשלות רבתי הושפעה מהעמדות שהוצגו בפניה, אך יחד עם זאת סברו חברי הצוות כי ראוי שתחולת עבירה זו לא תצומצם למקרי תאונות דרכים, וכי יש לה הצדקה בכל המקרים של המתה ברשלנות, בהם יש קושי עובדתי לקבוע אם העושה צפה בפועל את התרחשות התוצאה, על אף שההתנהגות עצמה הייתה מסוכנת.

נוסח א':

304א. גרימת מוות בהתרשלות רבתי

הגורם ברשלנות למותו של אדם, והתקיימו בו כל אלה:

(1) התנהגותו סוטה במידה ניכרת מהתנהגות סבירה בנסיבות העניין, והעושה מודע להתנהגות זו;

(2) התנהגותו מהווה הפרה של דין.

דינו – חמש שנות מאסר.

[*נוסח ב': ללא עבירה זו*].

14. סעיפים 307-311 לחוק העונשין

הצוות דן בסעיפים 307 עד 311 לחוק, המצויים בסימן גרימת המוות. סעיפים אלה שאובים מפקודת החוק הפלילי המנדטורית משנת 1936, והם מנוסחים באופן ארכאי, שאינו רלוונטי לימינו ואינו הולם חקיקה מודרנית. לאור זאת, שקל הצוות את מחיקתם.

להלן המלצות הצוות בהקשר זה:

סעיף 307 – איום בכתב לרצוח – הוסכם על כל חברי הצוות, כי הסעיף מיותר ויש למחקו, מאחר שלמקרים הנכללים בו יש הסדר מספק במסגרת עבירות חוק אחרות.

סעיף 308 – אדם – מאימתי – הצוות הסכים כי גם נוסחו של סעיף זה ארכאי. הדברים אמורים בסיפא לסעיף, אשר כוללת הבחנות, שלאור התפתחות המדע, אין בהן כל צורך והן מיותרות: "בין שנשם ובין שלא נשם, בין שיש לו מחזור דם עצמאי ובין שאין לו, בין שנכרת חבל טבורו ובין שלא נכרת". על כן ממליץ הצוות על מחיקת הסיפא לסעיף והותרת הרישא על כנה.

סעיף 309 – גרימת מוות – מהי – סעיף זה קובע בסעיפי משנה שונים מצבים בהם מתקיים קשר סיבתי בין המעשה לתוצאת המוות. עם זאת, עולה מהפסיקה כי רשימה זו אינה רשימה סגורה אלא דוגמאות פרטניות למקרים בהם מתקיים קשר סיבתי, ובתיקי עבירות המתה יש להחיל גם את דיני

הסיבתיות הכלליים. הצוות הסכים כי הטכניקה החקיקתית שעל בסיסה חוקק סעיף זה (רשימה קזואיסטית של מקרים שעלו בפסיקה), היא מיושנת ואינה מתאימה לחקיקה מודרנית. מאחר שהמקרים הפרטניים הנמנים בסעיף נבלעים בדין הכללי, העוסק בקביעת קשר סיבתי בעבירות תוצאה, הסעיף הוא מיותר ומן הראוי למחקו. עם זאת, הצוות הדגיש כי אין במחיקת הסעיף כדי לשנות את המצב המשפטי הקיים ואת כללי הקשר הסיבתי החלים לגבי עבירות ההמתה.

סעיף 311 – העלמת לידה – הצוות הסכים כי הסעיף חוקק על רקע מציאות עובדתית שונה, ולכן מן הראוי למוחקו. ככל שהסעיף נועד ליתן מענה למקרים של סיוע לאחר מעשה לביצוע עבירה או לשיבוש הליכי משפט – יש לכך מענה בעבירות אחרות.

15. הוראות מעבר

15א. השפעת התיקון על תיקים תלויים ועומדים – הוראה הנוגעת לסעיף 5(א) לחוק העונשין

הצוות דן בשאלה, כיצד ישפיע התיקון המוצע על תיקים תלויים ועומדים. לעניין זה, קובע סעיף 5 לחוק העונשין כדלקמן:

> **5. שינוי חיקוק לאחר עשיית העבירה**
> (א) נעברה עבירה ובטרם ניתן פסק-דין חלוט לגביה, חל שינוי בנוגע להגדרתה או לאחריות לה, או בנוגע לעונש שנקבע לה, יחול על הענין החיקוק המקל עם העושה; "אחריות לה" - לרבות תחולת סייגים לאחריות הפלילית למעשה.
> (ב) הורשע אדם בעבירה בפסק דין חלוט ולאחר מכן נקבע לאותה עבירה בחיקוק עונש, שלפי מידתו או סוגו הוא קל מזה שהוטל עליו - יהיה עונשו העונש המרבי שנקבע בחיקוק, כאילו הוטל מלכתחילה.

משמעות סעיף 5(א) לחוק היא כי חקיקה מקלה חלה רטרוספקטיבית על תיקים תלויים ועומדים, להבדיל מחקיקה מחמירה. חברי הצוות היו חלוקים בפרשנות סעיף 5(א). לגישת מחלקת יעוץ וחקיקה ופרקליטות המדינה, את הביטוי "החיקוק המקל עם העושה", יש לפרש כמתייחס לפרטי הוראת החוק כמכלול (להלן: הגישה הפרשנית הראשונה), ולגישת פרופ' קרמניצר, מר פוקס ונציגי הסניגוריה הציבורית, בחינת ההקלה נעשית לגבי כל רכיב ורכיב שבהוראות התיקון בנפרד (להלן: הגישה הפרשנית השנייה). לשם המחשה: במצב שבו בוצע רצח באמצעות דקירות מרובות ובאכזריות מיוחדת. על פי הדין הקיים כפי שפורש בפסיקה, דקירות מרובות מלמדות על יסוד נפשי של כוונה תחילה והעושה יורשע ברצח ויידון למאסר עולם חובה. לפי הדין לאחר התיקון המוצע, אף אם לא תתקיים הנסיבה המחמירה של רצח לאחר תכנון ושקילה, תתקיים הנסיבה המחמירה של אכזריות מיוחדת, והעושה יורשע ברצח בנסיבות מחמירות ויידון גם כן למאסר עולם חובה. לפי הגישה הפרשנית הראשונה, מאחר שהדין שהיה צפוי לעושה לו בוצע המעשה לאחר התיקון אינו מקל עמו – יחול עליו הדין שחל בעת שבוצע המעשה. לפי הגישה הפרשנית השנייה, יש להחיל על נאשם כאמור את המרכיבים בתיקון המקלים עימו, ואין להחיל עליו באופן רטרוספקטיבי את המרכיבים בתיקון המחמירים עימו. לפיכך, לפי גישה זו, אם לא קדם למעשה תכנון או שקילה, הנאשם יורשע בעבירת הרצח הבסיסית, שהעונש בגינה הוא מאסר עולם כעונש מרבי ולא חובה, ולא תחול לגביו הנסיבה המחמירה החדשה של אכזריות מיוחדת, שכן נסיבה זו לא הייתה לפי החוק שהיה בתוקף בעת ביצוע העבירה.

תומכי הגישה הפרשנית הראשונה סבורים כי הפרשנות הרואה את החיקוק כמכלול היא פרשנות אשר מתיישבת עם לשון החוק ועם עקרונות המשפט הפלילי. לפי גישה זו, הוראות הדין לפי התיקון יחולו על נאשם שתיקו תלוי ועומד, רק במקום שבו העונש שייגזר עליו לפי הדין לאחר התיקון קל יותר מאשר העונש שייגזר עליו לפי הדין כפי שהיה בעת ביצוע העבירה, כאשר הדין ייבחן על פי הגדרת העבירה בכללותה לפני התיקון ולאחריו. לדעת תומכי גישה זו, אימוץ הגישה הפרשנית השנייה תיצור מצבי ביניים, כפי שהומחש לעיל, שאינם תואמים את עמדת המחוקק – לא לפי החוק הקיים ולא לפי התיקון, ותפגום בתחושת הצדק.[50] אין בגישה הפרשנית הבוחנת את מכלול הוראות הדין כדי לסתור את עקרון החוקיות ממנו נובע כלל אזהרת הנאשם כתנאי להרשעתו ועניינתו. זאת, משום שהנאשם הוזהר לפי הדין הקודם ויישפט לפיו – בעוד שהדין כנוסחו לאחר התיקון אינו מקל עימו ועל כן לא יוחל עליו. החלת הוראות התיקון באופן חלקי מתעלמת מהיות הדין מארג של הוראות ומלקטת מתוך הדין המתוקן נקודות ספציפיות. בדרך זו, היא מביאה לתוצאות עונשיות שאינן מתיישבות לדעת תומכי הגישה הראשונה עם תפיסת הצדק ועם כוונת המחוקק – הן המחוקק שחוקק את החוק שהיה בתוקף בעת ביצוע העבירה, והן המחוקק שחוקק את התיקון. עוד סבורים תומכי גישה זו, כי היא פשוטה יותר ליישום, משום שהיא משווה בין שני הסדרים משפטיים קיימים ונוהגים, ללא צורך בפירוקם לרכיביהם. הפעלה של הסדרים שלמים, שקיימים ומוחלים בפועל, היא בהכרח פשוטה יותר ליישום מאשר יצירת משטר משפטי מיוחד לתקופת הביניים, כפי שמציעה הגישה הפרשנית השנייה. תומכי גישה זו אינם סבורים שיש בהוראה זו כדי לסטות מההסדר הקיים בחוק העונשין, אלא מדובר בהבהרה באשר לאופן היישום הנכון של הוראות המעבר, עקב יישום לא נכון של סעיף 5(א) לחוק. הבהרה שכזו נדרשת, הן כדי למנוע אי בהירות וסיכון לתוצאות עונשיות שאינן תואמות את המצב המשפטי הקיים לפני החלת התיקון ואת המצב המשפטי הקיים לאחריו, והן כדי להקל על המערכת המשפטית להתמודד עם התיקון המורכב המוצע על ידי הוועדה לעבירות ההמתה.

תומכי הגישה הפרשנית השנייה, על פיה יש לבדוק את ההקלה לגבי כל רכיב ורכיב של התיקון, סבורים כי גישה זו היא הגישה הפרשנית הראויה, לאור עקרונות המשפט הפלילי ותכלית החוק. גישה זו זכתה גם לתימוכין בספרות המשפטית על ידי פרופ' פלר.[51] הרציונאל של גישה זו הוא שלא ניתן להאשים אדם על פי נסיבה מחמירה שהוספה בתיקון משום שלא הוזהר לגביה, ולפיכך האשמה כזו סותרת את עקרון החוקיות.[52] מצד שני, במקום בו רכיב בחוק החדש מקל עם העושה, ואין מדובר בשינוי שהזמן גרמו, אלא מדובר בשינוי ערכי, מוצדק להחיל על העושה את הדין המקל,

---

[50] לדעת תומכי גישה זו, דוגמה נוספת היא ההוראה המוצעת בתיקון, לפיה סעיף 41 להוראות העונשין, הקובע כי מאסר עולם שאינו חובה משמעו עשרים שנות מאסר, לא יחול על עבירת הרצח המוצעת, שבצידה עונש מאסר עולם שאינו חובה. לדעתם, יישום הגישה הפרשנית השנייה עשוי להוביל לכך שהוראה זו לא תחול על תיקים תלויים ועומדים, בהיותה רכיב שאינו מקל עם הנאשם, כך שבתקופה זו ניתן יהיה להטיל על מי שיורשע ברצח עד 20 שנות מאסר, על אף שהעונש לצד עבירת הרצח כנוסחה בעת ביצוע העבירה הוא מאסר עולם חובה, והעונש המרבי בצד עבירת הרצח הבסיסית לפי התיקון הוא מאסר עולם לתקופה בלתי קצובה או מאסר 30 שנים. יצוין, כי לדעת תומכי הגישה הפרשנית השנייה, דוגמה זו אינה ממחישה נכונה את יישום גישתם הפרשנית, שכן לא ניתן להפריד בין המונח מאסר עולם לבין הגדרתו בסעיף 41.

[51] **פלר**, לעיל ה"ש 30, בעמ' 228-229.

[52] שם, בעמ' 223-224.

שכן הדין הקודם אינו צודק לפי תפיסת הצדק העדכנית של המחוקק. צמיחתו של משטר משפטי מיוחד לתיקים תלויים ועומדים היא תוצאה של שילובם של שניים: עקרון החוקיות ועקרון הצדק. תומכי גישה זו אף סבורים שמקרים כגון אלה לא יהיו שכיחים: אפילו בהתייחס לדוגמה שהובאה לעיל, סביר להניח כי במקרה כזה תתקיים הנסיבה המחמירה החדשה של שקילה שהתגבשה להחלטה להמית, וששקילה כזו מהווה רצח בכוונה תחילה גם לפי הדין שהיה קיים בעת עשיית המעשה. בנסיבות כאלו העושה יורשע ברצח בנסיבות מחמירות, גם על פי הגישה השנייה. בנוסף, גם במקרה שלא הייתה שקילה כאמור, כל ההבדל בין הגישות יתבטא בפער שבין עונש מאסר עולם חובה לבין עונש מאסר עולם כעונש מרבי. לא מדובר בפער משמעותי, שכן בסמכות בית המשפט להטיל עונש מאסר עולם ככל שהוא סבור שנסיבות המקרה מצדיקות זאת, ובמקרה שהובא כדוגמה בית המשפט ישקול לחומרה את האכזריות המיוחדת. כן טוענים המחזיקים בעמדה זו כי התיקון המוצע בהקשר זה על ידי הפרקליטות ומחלקת יעוץ וחקיקה יעורר שאלות פרשניות קשות, בשל הקושי לקבוע מהו הדין המקל "בהתאם למכלול הוראותיו". בשים לב לאמור לעיל, ולכך שלדעת תומכי גישה זו לא הוצגו דוגמאות המעידות על בעיה אמיתית ביישום הדין כפי שהוא, מן הראוי להימנע מסטייה מההסדר הקיים בחלק הכללי של חוק העונשין.

15ב. משפטים חוזרים

הצוות דן בשאלה, האם יש מקום לקבוע הוראה שתגביל את תחולת העילה של עיוות דין לעניין בקשה למשפט חוזר לפי סעיף קטן 31(א)(4) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], תשמ"ד-1984, במקרים שהבסיס לבקשה הוא תיקון זה בלבד. הצורך לדון בהכללתה של הוראה מעין זו התעורר בשל החשש שהביעו חלק מחברי הצוות, כי הרפורמה המוצעת תביא לריבוי בקשות למשפט חוזר. זאת, בהתבסס על טענה שדין המבקש על פי התיקון עשוי היה להיות מקל מהדין שהיה בתוקף בעת שנגזר דינו, וכי מטעם זה בלבד נגרם לו עיוות דין המצדיק לקיים בעניינו משפט חוזר. כך למשל, אדם שהורשע בעבירת הריגה, שהעונש המרבי הקבוע בצידה הוא 20 שנות מאסר, עשוי לטעון שהיסוד הנפשי שלו בעת ביצוע העבירה היה של קלות דעת, ומכאן שעל פי התיקון הוא היה מורשע בעבירה של המתה בקלות דעת – עבירה שהעונש בצידה הוא 9 שנות מאסר בלבד. לדעתם של חברי צוות אלה, חשש זה מתעצם נוכח העובדה שהזכות להגיש בקשה למשפט חוזר נתונה לכל אדם שנגזר דינו – אף אם דינו הפך חלוט שנים רבות קודם לכן ואף אם סיים לרצות את עונשו. ריבוי בקשות לעריכת משפט חוזר יפגע בעיקרון סופיות הדיון ויטיל עומס כבד על מערכות השיפוט והתביעה, וזאת אף אם הבקשות תדחנה. לפיכך נשקלה האפשרות לכלול במסגרת הרפורמה המוצעת הוראת מעבר, לפיה התיקון כשלעצמו לא יהווה עילה למשפט חוזר.

בסופו של דבר החליטו רוב חברי הצוות שלא להמליץ על הכללת הוראת מעבר בעניין בקשות למשפט חוזר במסגרת הרפורמה המוצעת. לדעתם, קיים קושי של ממש בשלילה אפריורית גורפת של הזכות להגיש בקשה למשפט חוזר בהתבסס על תיקון החוק. זאת, בין היתר לאור העובדה שחלק מהתיקונים המוצעים משקפים תפיסת צדק עדכנית השונה באופן מהותי מזו שהנחתה את המחוקק של הדין הקיים.

חלק מחברי הצוות אף הביעו את הדעה, לפיה הוראת המעבר הנדונה מעוררת קשיים חוקתיים ופוגעת בעקרונות יסוד של המשפט הפלילי ובזכויות חוקתיות כגון הזכות לנגישות והזכות להליך

משפטי הוגן.[53] חברי צוות אלה הדגישו כי מטרתה של "עילת הסל" של עיוות דין היא "שלא יהיו ידיו של בית המשפט כבולות להיעתר לבקשה, במקרים חריגים ויוצאי דופן, בהם נתעורר בליבו חשש של ממש כי נגרם עיוות דין, והם אינם נכללים בגדר העילות האחרות למשפט חוזר".[54] חברים אלה אף מצאו תימוכין לעמדתם בפסיקת בית המשפט העליון, לפיה אף שינוי ההלכה בפסיקה עשוי בנסיבות מסוימות להוות עילה למשפט חוזר.[55] ואכן, נראה שאין תקדים בספר החוקים להוראה מעין זו, החוסמת את האפשרות לבקש משפט חוזר בשל עיוות דין. הוראת מעבר החוסמת אפשרות כזו אף עלולה, במצבים מסוימים, ליצור ניגוד בין פסקי דין שונים ותחושת הפליה קשה בין מי שנידון לפי הדין הישן לבין מי שנידון לפי הדין החדש.

חלק אחר מחברי הצוות סבר, שלגבי מי **שסיים** לרצות את עונשו, משקלו של עקרון סופיות הדיון הוא נכבד יותר, ולכן במקרים אלה מוצדק היה למנוע לחלוטין הגשת בקשה למשפט חוזר המבוססת על תיקון החוק. עם זאת, בסופו של דבר החליטו אותם חברים, כי גם לעניין זה אין מקום לקבוע הוראה מגבילה בחוק, בין היתר בשל החשש שיהיו מי שיראו בכך מסר שיש בו לעודד הגשת בקשות סרק למשפט חוזר מצד מי שטרם סיים לרצות את עונשו, אשר לא היו מוגשות לולא הכללת ההוראה. זאת ועוד, חברי צוות אלו סברו שמלשונו של סעיף 5(א) ברור, שסעיף זה לא יחול על מי שפסק הדין שניתן בעניינו הפך חלוט, ובכך כבר קבע המחוקק את עליונותו של עקרון סופיות הדיון במקרים אלה.

אשר לחשש מפני ריבוי בקשות למשפט חוזר, הוסכם על רוב חברי הצוות, כי המענה לחשש זה יימצא בפסיקת בית המשפט העליון, אשר יש להניח כי יקבע אמות מידה שאינן מרחיבות מדי לקבלת בקשות כאלה.[56] כמו כן, ניסיון העבר מלמד כי תיקוני חקיקה מהותיים אחרים, אשר כללו אלמנטים מקלים לעומת הדין הישן, לא הניבו בקשות רבות, אם בכלל, למשפטים חוזרים.[57]

ד"ר אוהד גורדון סבר, בדעת יחיד, כי יש מקום לכלול הוראה לפיה לא יהווה התיקון **כשלעצמו** עילה למשפט חוזר. לדעתו, הוראה זו נדרשת על מנת להקל על בית המשפט להתמודד עם ריבוי של

---

[53] על הפן החוקתי בבקשות למשפט חוזר והשפעת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו על פרשנות העילה של "עיוות דין", ר', בין היתר, מ"ח 7926/96 **קוזלי ואח' נ' מדינת ישראל**, פ"ד נג(1) 529 (1999); מ"ח 3032/99 **ברנס נ' מדינת ישראל**, פ"ד נו(3) 354 (2002); דוד וינר, "בעקבות פרשת עמוס ברנס: הזכות החוקתית להליך הוגן", **קרית המשפט** ד 169 (2004).

[54] דין וחשבון הוועדה לעניין הרשעה על סמך הודאה בלבד ולעניין העילות למשפט חוזר 56 (1994).

[55] מ"ח 8390/01 **אקסלרוד נ' מדינת ישראל**, תק-על 2005(4) 474 (2005).

[56] לעניין זה הציגו נציגי הסניגוריה הציבורית נתונים על המספר הנמוך של בקשות למשפט חוזר ועל השיעור המזערי של בקשות כאלה שמתקבלות. על פי הנתונים שהוצגו לשנים 2010-1999, ישנה יציבות יחסית במספר הבקשות למשפט חוזר שמוגשות לבית המשפט העליון, ובממוצע מוגשות כ- 20 בקשות לשנה. מקום המדינה ועד היום הורה בית המשפט העליון על עריכת משפט חוזר ב- 20 מקרים בלבד: עד שנת 1996 הורה בית המשפט העליון על עריכת משפט חוזר בשלושה מקרים; בין השנים 2004-1996 התקבלו 10 בקשות; בשנת 2005 התקבלו 4 בקשות; משנת 2006 ועד היום התקבלו רק 3 בקשות למשפט חוזר, כולן בעבירות תעבורה.

[57] הדבר נכון הן באשר לתיקון מס' 39 לחוק העונשין שהיה רחב בהרבה מהתיקון המוצע על ידי צוות זה, והן באשר לתיקון שהוסיף את סעיף 300א ואיפשר ענישה מופחתת בעבירת הרצח.

בקשות למשפט חוזר על ידי עבריינים רבים, שנדונו לאורך השנים לפי החוק הקיים, והרשעתם וגזר דינם הפכו חלוטים. החשש מפני ריבוי בקשות כאמור נשען, לדעת ד"ר גורדון, על מספר אלמנטים: ראשית, ריבוי המורשעים בעבירות המתה חמורות, אשר חלקם עודנו בבית הסוהר, ושלהם תמריץ ניכר לעתור בבקשה למשפט חוזר. שנית, התיקון המוצע אינו נקודתי, אלא מבצע רפורמה מקיפה בדיני ההמתה, הכוללת חלוקה מחדש של מנעד ההתנהגויות הקטלניות לעבירות חדשות, המחליפות עבירות קיימות. מכאן, שחלק מכריע ממעשי הקטל שנדונו בעבר נופלים, לפי התיקון, לקטגוריות חדשות. ושלישית, בפסיקת בית המשפט העליון ניתן למצוא פרשנות מרחיבה לאפשרות לערוך משפט חוזר בעילה של עיוות דין לפי סעיף 31(א)(4) לחוק בתי המשפט, לפיה "עיוות הדין יכול שיהא בשל אירועים שהתרחשו לאחר מתן פסק הדין ואשר מבססים את עיוות הדין שבו".[58] לדעת ד"ר גורדון, אין לאפשר משפט חוזר מקום בו הטיעון המהותי שבבסיס הבקשה נשען על עצם עריכת רפורמה בעבירות ההמתה. הרפורמה נועדה לשפר את הדין, ולדעתו אין ממש בטענה, אשר עשויה להישמע כבסיס לבקשה לעריכת משפט חוזר, לפיה שיפור זה משמעו אמירה לפיה הדין הקודם היה בלתי צודק באופן שלמי שנשפט לפיו נגרם עיוות דין. לפיכך ממליץ ד"ר גורדון לאפשר לבית המשפט לדחות בקשות לעריכת משפט חוזר המסתמכות על התיקון כשלעצמו, וזאת, מבלי לפגוע באפשרות לערוך משפט חוזר מקום בו נגרם עיוות דין מסיבות אחרות, שאינן קשורות אך ורק בתיקון החוק.

הוראות מעבר:

1. *נוסח פרקליטות המדינה ומחלקת יעוץ וחקיקה*: ביישום הוראות סעיף 5(א) לחוק העונשין על עבירות שנעברו בטרם כניסתו לתוקף של תיקון זה, ייבחן האם החוק כנוסחו לפי התיקון מקל עם העושה בהתייחס להוראותיו כמכלול אחד.
2. *(דעת יחיד של ד"ר אוהד גורדון)*: אין בתיקון זה, כשלעצמו, כדי להוות עילה לעריכת משפט חוזר, לפי סעיף 31(א) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ב-1982.

נוסח פרופ' קרמניצר, מר עמיר פוקס והסניגוריה הציבורית: ללא תוספת זו.

---

[58] ר' פרשת **אקסלרוד נ' מדינת ישראל**, לעיל ה"ש 55, בעמ' 478. מתוך פסק הדין: "...הוא נועד להוות, בלשונה של הוועדה, "עילת סל" (שם, שם), וזאת "כדי שלא יהיו ידיו של בית המשפט כבולות להעתר לבקשה, במקרים חריגים ויוצאי דופן, בהם נתעורר בליבו חשש של ממש כי נגרם עיוות דין, והם אינם נכללים בגדר העילות האחרות למשפט חוזר" (שם, שם). נפסק כי "סעיף זה בא להרחיב את גדרי סמכותו ושיקול דעתו של בית המשפט בבואו להחליט בבקשה לקיומו של משפט חוזר" (פרשת קוזלי, עמ' 562). אכן, הפסיקה קבעה כי לדיבור "עיוות דין" יש ליתן "פירוש רחב" (מ"ח 3032/99 ברנס נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(3) 354, 377). על כן, אין להגביל את תחולתו של סעיף 31(א)(4) לחוק בתי המשפט אך לעיוות דין אשר נגרם מזווית הראייה של הדין אשר שרר בעת הכרעת הדין או גזר הדין. **עיוות הדין יכול שיהא בשל אירועים שהתרחשו לאחר מתן פסק הדין ואשר מבססים את עיוות הדין שבו**" (ההדגשה הוספה).

עמדתם של ד"ר יואב ספיר וקארין מרידור

כיתר חברי הצוות, אף אנו סבורים שבדין הישראלי הנוהג כיום באשר לעבירות ההמתה ישנם ליקויים המצדיקים רפורמה חקיקתית. כמו כן, כיתר חברי הצוות אף אנו סבורים כי בבסיס הרפורמה צריכים לעמוד שני עקרונות יסוד: הרצון לשקף את חשיבות הערך של חיי האדם והצורך לשמור על עקרון האשמה, הנגזר מכבוד האדם, לפיו אין לתייג ואין להעניש אדם מעבר למידת אשמתו. המבנה הבסיסי של הרפורמה המוצעת על-ידי הצוות מקובל עלינו, באשר הוא אכן משרת את שני עקרונות היסוד עליהם הוסכם בדיוני הצוות. כך למשל, ההצעה ליצור מדרג של שתי עבירות רצח נפרדות וההצעה להפריד חלק מהמקרים המגוונים הנכללים כיום בעבירת ההריגה לעבירות נפרדות תואמות לטעמנו את העקרונות הנ"ל.

יחד עם זאת, מצאנו לנכון להסתייג ממספר הצעות של הצוות. עמדתנו בסוגיות שבמחלוקת מובאת בקצרה לעיל, והצעותינו לנוסח חלופי מסומנות כ"נוסח ב'". בחמש סוגיות עקרוניות מצאנו לנכון להרחיב מעט את היריעה ולבאר את נימוקינו להצעה שונה מזו של בעלי דעת הרוב.

א. <u>האבחנה בין המתה באדישות להמתה בכוונה</u>

הקושי העיקרי בעינינו בהמלצות הצוות הוא הרחבת עבירת הרצח כך שתכלול גם המתה מתוך מצב נפשי של אדישות. לדעתנו, עקרון האשמה מחייב אבחנה בין המתה בכוונה להמתה באדישות. עבירת הרצח, ובוודאי עבירת הרצח בנסיבות מחמירות, צריכה לחול על מעשי ההמתה החמורים ביותר. המתה שלא בכוונה, מתוך אדישות לקרות התוצאה הקטלנית, היא ללא ספק חמורה. ואולם, תפקידו של צוות זה, מעצם הגדרתו כעוסק בעבירות ההמתה, הוא לאבחן בין החמור לחמור מאוד ולעתים אף בין החמור מאוד לחמור ביותר. המתה באדישות נמצאת בדרגה פחותה של חומרה, שאינה מצדיקה הרשעה ברצח.

לדעתנו, הצעת הצוות להכליל מקרי המתה באדישות בעבירת הרצח היא הרחבה משמעותית ובלתי ראויה של עבירת זו. נציין, כי עצם הויתור על יסוד הכוונה תחילה כתנאי הכרחי לעבירת הרצח מהווה הרחבה לעומת הדין הקיים כיום. להרחבה זו אנו יכולים להסכים, בין היתר, בשל ההרחבה הפסיקתית של יסוד הכוונה תחילה שכבר נעשתה בפסיקה, ובשל ההצעה לאבחן בין דרגות שונות של רצח, כך שבמקרים שאינם עולים כדי רצח בנסיבות מחמירות לא יהיה עונש מאסר עולם חובה. עם זאת, איננו יכולים להסכים להרחבה נוספת, אשר תחתור תחת הניסיון להתמודד עם אחת הבעיות המרכזיות של החוק הקיים – פריסת יתר של עבירת הרצח. הדרך להתמודד עם הקשיים שנוצרו כתוצאה מההרחבה הפסיקתית של עבירת הרצח היא יצירת מדרג ראוי של עבירות, ולא יצירת מבנה אשר מרחיב עוד יותר את העבירה עד לבלי הכר.

עמדתנו היא כי אין להתעלם מהאבחנה המוסרית בין יסוד הכוונה ליסוד האדישות. אדם המתכוון לגרום למותו של אחר **רוצה** בתוצאת המוות. לעומתו, אדם האדיש לתוצאה אינו רוצה בתוצאה ואינו "לא רוצה" בה, והמוות הוא בבחינת **תוצאת לוואי** של מעשיו. המתה באדישות היא אמנם חמורה – אך המתה בכוונה חמורה ממנה. וחשוב לזכור: האדם האדיש לא צפה בהכרח את

התרחשות התוצאה בהסתברות גבוהה. די בכך שצפה את אפשרות התרחשות התוצאה. ניקח, למשל, מקרה בו אדם מתקין דוודים או מתקן אחר בבניין מגורים, תוך שהוא יודע שיש בהתקנה סיכון חיים לאחרים, ואין הוא נוקט באמצעי הזהירות הנדרשים כדי למנוע את הסיכון, מתוך אדישות לחיי אדם. אין ספק כי התנהגותו של אדם זה ראויה לגינוי חריף, ואם התרחשה התוצאה הקטלנית, יש להענישו בחומרה. יחד עם זאת, האם ניתן וראוי לכנותו "רוצח"? האם אין הבדל מוסרי בין אדם זה לבין מי שבמתכוון, מתוך מטרה ששם לעצמו להרוג, מניח פצצה או יורה באדם אחר?

לא בכדי מבחינים תיאורטיקנים של המשפט הפלילי במשך שנים בין הקטגוריות הנפרדות של כוונה ושל אדישות. כך גם עשה המחוקק הישראלי בסעיף 20 לחוק העונשין, שהוסף במסגרתו של תיקון מס' 39 לחוק אשר נחקק בשנת 1994, ובו נכתב מחדש החלק הכללי של חוק העונשין. לדעתנו, הצדק ועקרון האשמה מחייבים להבחין בין מי שפעל בכוונה לגרום למותו של אדם לבין מי שפעל תוך שוויון נפש להתרחשותה של תוצאה זו.

להעדר האבחנה בין כוונה ואדישות השלכות קשות במיוחד, הן מבחינת תיוגו של העושה האדיש כ"רוצח" וזילות עבירת הרצח, והן מבחינת הענישה הפרופורציונאלית. הקושי בהעדר האבחנה מתעצם עוד יותר בשל העובדה שעל פי דעת הרוב ניתן יהיה להרשיע את מי שהמית באדישות גם בעבירה של רצח בנסיבות מחמירות, בהתקיים אחת מן הנסיבות המחמירות המנויות בהצעה. עבירה זו מטילה על העושה את הסטיגמה החמורה ביותר, ועל פי דעת הרוב אף מוצע כי במסגרתה לא יינתן לבית-המשפט שיקול דעת לסטות מעונש החובה של מאסר עולם.

התפיסה המקובלת בקרב הציבור הרחב ובקרב משפטנים היא שמעשה רצח הוא מעשה מכוון של המתה. אכן, בלשון בני אדם "רוצח" הוא מי שהמית אדם אחר בכוונת מכוון. לדעתנו, לא יהיה זה נכון שהחוק יתרחק מהבנה רווחת זו. תפיסה זו עולה גם מפסיקתו של בית-המשפט העליון. באותם מקרים בהם קרא בית-המשפט העליון ליצור מדרג של עבירות (רצח מדרגה ראשונה ורצח מדרגה שנייה), נאמר כי יצירת המדרג נועדה לאבחן בין רצח בכוונה תחילה לבין רצח בכוונה. נדמה כי איש לא שיער שייתכן במשפט הישראלי רצח באדישות. כך למשל, בעניין **בן שטרית** נאמר:

> "אכן, במקרה זה, בסופו של יום, הוכחה אף לדעתי כדבעי הכוונה. אך, לא אכחד, כי משך הזמן הקצר שבין התגבשות כוונה לבין מעשה עשוי עיונית לעורר שוב את השאלה, שתיוותר לעת מצוא, אם אין מקום לעצב גם במשפט הישראלי את עבירת הרצח מדרגה שניה, המוכרת בארה"ב, שבה רוככו דרישות מסוימות בין רכיבי העבירה אל מול הפחתת בעונש (ראו גם הערת השופט – כתוארו אז – מצא בע"פ 2534/93 מליסה נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(2) 597, 614, בדבר רצח בכוונה ("מדרגה שניה") אל מול "רצח בכוונה תחילה"; כן ראו דברי השופט ד' חשין בע"פ 10082/04 אברמוב הנזכר, והערתי שם). **עבירת הרצח מדרגה שניה באה ליצור דרגה שבין רצח להריגה, ויסודה בחקיקה מדינתית בארה"ב**

במקרים מסויימים הפחתה ביסוד הכוונה "תחילה", להבדיל מכוונה גרידא"[59]
[ההדגשות כאן ובמקומות אחרים במסמך זה אינן במקור].

גם ב**דנ"פ ביטון**, אשר בו קרא בית-המשפט העליון לרפורמה בדיני ההמתה, ואשר קריאה זו הייתה אחת הסיבות להקמתו של צוות זה, שאל הנשיא ברק "האין מקום להבחין, למשל, בין "רצח מדרגה ראשונה" לבין "רצח מדרגה שניה"?",[60] וההקשר הידוע היה האבחנה בין מי שהרג **בכוונה תחילה** מבלי שקדמה למעשיו התגרות, לבין מי שפעל **בכוונה** ספונטנית, עקב התגרות, אף אם לא במובנה האובייקטיבי הטהור.

יש לברך על כך שדעת הרוב קיבלה את עמדת נציגי הסניגוריה הציבורית, כפי שהוצגה בדוח הביניים, לפיה גם אם יתקבל המודל לפיו המתה באדישות תיחשב כרצח, הרי שיש לסייג מעבירת הרצח את תחולתן של ההוראות בחוק העונשין הקובעות "חזקות אדישות" (סעיפים 34א(א)(1), 34ט(ב) ו- 34יד(ב) רישא). אכן, ללא סיוג כאמור היה ניתן, על פי דעת הרוב, להרשיע בעבירת הרצח ולהטיל מאסר עולם גם במקרים בהם הממית פעל בקלות דעת או ברשלנות, או בנסיבות הקרובות מאוד לתחולתו של סייג לאחריות פלילית. תוצאה כזו הייתה בלתי צודקת בעליל, בהיותה חורגת באופן בוטה מעקרון האשמה.[61]

ואולם, בכל זאת קיים חשש כללי נוסף כי הצעת דעת הרוב תביא להרשעה ברצח של מי שבמציאות אפילו לא התקיים בו יסוד נפשי של אדישות. החשש נובע מהיותו של המצב הנפשי של אדישות, בעולם המציאות, נדיר יחסית, ומהקושי המעשי לאבחן בינו לבין קלות דעת במקרים רבים. ניתן להניח כי ברוב רובם של מקרי ההמתה מצבו הנפשי של העושה, באשר ליסוד החפצי, הוא אחד משניים: או שהוא חפץ בהתרחשות התוצאה, או שהוא מעדיף שהיא לא תתרחש. הדעת נותנת שלו היינו יכולים לשאול ולקבל תשובת אמת מן הממית רגע לפני הדקירה או המכה הקטלנית, חלק מן הממיתים היו אומרים שהם רוצים במות הקורבן וחלקם היו אומרים שהם לא רוצים בכך. מיעוט קטן היה אדיש לשאלה זו.[62] הסכנה היא שבתי-המשפט ייקבעו כי ההמתה הייתה באדישות אף אם במציאות היה מדובר בקלות דעת. יש למנוע מצב בו טעות כזו תסתיים בהרשעה ברצח.[63]

---

[59] ע"פ 7942/04 **בן שיטרית נ' מדינת ישראל**, פס' ג' לפסק דינו של השופט רובינשטיין (ניתן ביום 28.11.07).

[60] דנ"פ 1042/04 **ביטון נ' מדינת ישראל**, פס' 68 לפסק דינו של הנשיא ברק (ניתן ביום 27.11.06).

[61] יצוין כי בספרות המשפטית יש הסבורים כי חזקות האדישות כשלעצמן סותרות את עקרון האשמה וחוקתיותן מוטלת בספק. לעניין זה ר', למשל, מרים גור אריה "סטיות מעקרון האשמה" **מחקרי משפט** יג 129 (1996); מרים גור-אריה "השפעת 'המהפכה החוקתית' על המשפט הפלילי המהותי בעקבות פסק הדין בפרשת סלגדו" **ספר ברק: עיונים בעשייתו השיפוטית של אהרן ברק** 325 (איל זמיר, ברק מדינה וסיליה פסברג עורכים, 2009).

[62] כפי שציין פרופ' בועז סנג'רו בנייר העמדה מיום 11.2.08 שהגיש לוועדה, היסוד הנפשי של אדישות הינו "מצב נדיר, כמעט ספרותי, בהבדל מהכוונה, קלות-הדעת והרשלנות, שהן שכיחות יותר".

[63] היטיב להסביר זאת פרופ' סנג'רו שהשתתף בישיבה מיום 19.05.08: "אני מאד חושש לשלב את דרגת האדישות יחד עם הכוונה החמורה ביותר. האדישות במציאות לא קורית הרבה. זה תיאורטי יותר ממציאותי [...] החשש שלי הוא ששופטים לא תמיד ידעו ויבינו מה זו אדישות. אז נקבל רצח בדרגה החמורה ביותר גם בקלות דעת".

דוגמה מוחשית לחשש שבהכללת יסוד האדישות בעבירת הרצח ניתן למצוא בפרשת **ויניצקי**. באותו מקרה נדונה המתה שנגרמה במהלך ריב על מקום חניה. הנאשם היכה את המנוח באגרופו. מכת האגרוף שפגעה במצח גרמה למוות. בית-המשפט קבע בדעת רוב, שהנאשם היה *אדיש* לתוצאה: "פזיזות כזו הוכחה בענייננו, משהוכח שהמערער היה ער לתוצאה של מכת אגרוף עזה שייתן למנוח, ובכל זאת הכה במנוח במכת אגרוף. בכך הראה שהוא אדיש לתוצאה הצפויה ממכה זו, ובכך מתבטאת פזיזותו בנסיבות המקרה".[64] בדעת יחיד נקבע שהנאשם היה, לפחות, קל דעת.[65] בית-המשפט העליון החמיר בעונשו של הנאשם והעמידו על 30 חודשי מאסר בפועל במקום 15 חודשים שנגזרו בבית-המשפט המחוזי. ספק בעינינו אם אכן ניתן לומר כי הנאשם במקרה זה היה אדיש להתרחשות התוצאה, וסבירה בעינינו יותר האפשרות שהיה קל דעת. ואולם, גם אם אכן במציאות היה הנאשם אדיש ולא קל דעת, העונש שבית-המשפט סבר כי הוא עונש הולם היה רחוק עד מאוד מהעונש הראוי והמקובל על רצח. הדוגמה ממחישה הן את החשש שקלי דעת יסווגו בטעות כאדישים ויורשעו ברצח, הן את החשש מפני זילות עבירת הרצח, והן את החששות מפני "תיוג" לא ראוי וענישה בלתי פרופורציונאלית של מי שפעל בקלות דעת או באדישות.

יצוין, כי איננו כופרים בכך שהשילוב של "קלות דעת" ושל "אדישות" תחת קטגוריה אחת של פזיזות, באופן כללי, ותחת קטגוריה אחת של "הריגה" כשהמדובר בעבירת המתה, יוצר קושי אמיתי, שכן המדובר בדרגות שונות למדי של אשם. אין ספק שמעשיו של מי שפעל מתוך שוויון נפש לחיי אדם חמורים יותר מאלה של מי שנטל סיכון בלתי סביר מתוך תקווה להצליח למנוע את התרחשות התוצאה הקטלנית. על כן, נאמנים לשיטתנו, אנו מציעים להפריד בין שתי הדרגות וליצור עבירות שונות: המתה באדישות והמתה בקלות דעת. עבירה נפרדת של המתה באדישות, שתמוקם לפי הצעתנו בין עבירת הרצח לבין העבירה של המתה בקלות דעת, תיתן ביטוי הולם לחומרה הגלומה בה ותאפשר ענישה מחמירה של עד 20 שנות מאסר (כפי שמאפשר הדין גם כיום תחת עבירת ההריגה). טעות בסיווג היסוד הנפשי תיתכן כמובן גם על פי הצעה זו, אולם נפקותה של טעות כזו תהיה הרבה פחות משמעותית.

קיים קושי ללמוד לענייננו משיטות משפט זרות, שכן ההסדרים של עבירות ההמתה הם הסדרים כוללים, והתמקדות בסוגיית האדישות כשלעצמה, מבלי להבין לעומק את המכלול, עלולה להטעות. משמעות מושגים דומים בשיטות משפט שונות לעתים שונה בתכלית, וקיים שוני גם בפרקטיקות חשובות כגון העמדה לדין, מדיניות הענישה בפועל, הסדרים לקציבת מאסרי עולם ועוד. ממילא קשה לומר על שיטה שהיא "מקלה" או "מחמירה" מבלי לערוך מחקר יסודי המביא בחשבון שיקולים אלה ואחרים.

יחד עם זאת, הסדרים שנקבעו במשפט המשווה יכולים לשמש מקור השראה לדרכים אפשריות לצמצום הבעייתיות הגלומה בהצעת הרוב לפיה המתה באדישות תיחשב לרצח. במשפט המשווה ניתן אמנם למצוא שיטות משפט בהן המתה באדישות יכולה להיחשב כרצח, ואולם קיימים שני הבדלים חשובים בין הצעת הצוות למצב המשפטי במרבית שיטות אלו. ראשית, אותן מדינות

---

[64] ע"פ 11/99 **ויניצקי נ' מדינת ישראל**, פ"ד נג(2) 145, 151 (1999).

המאפשרות מצב של רצח באדישות מוסיפות בדרך-כלל דרישות מהותיות לצורך ההרשעה ברצח, כגון שיהא מדובר באדישות "קיצונית" או "מרושעת",[66] או שלאדישות נלווית כוונה לגרום חבלה גופנית חמורה.[67] שנית, שיטות משפט המחלקות את עבירת הרצח לדרגות, כמוצע על-ידי הצוות, לא מאפשרות בדרך-כלל הרשעה בעבירה החמורה של רצח מדרגה ראשונה, כאשר ההמתה בוצעה באדישות.[68] לעומת זאת, לפי הצעת הצוות, עבירת הרצח תכלול המתה באדישות, שאינה מסויגת בתנאים נוספים, ושיכולה, בהתקיים נסיבות מחמירות, להגיע אפילו כדי רצח מדרגה ראשונה. יוצא, איפוא, כי הצעת דעת הרוב בהקשר זה מרחיבה עד מאוד הן את עבירת הרצח והן את עבירת הרצח בדרגה ראשונה, אפילו ביחס לאותן שיטות משפט הרואות בהמתה באדישות רצח. **לשיטתנו, הנכון הוא, כאמור, לקבוע עבירה נפרדת של המתה באדישות. ואולם, אם יוחלט לאפשר הרשעה ברצח באדישות, יש לאזן הרחבה זו בדרישות נוספות כמקובל בשיטות משפט אחרות, ולקבוע במפורש שלא ניתן להרשיע במקרה כזה בעבירה של רצח מדרגה ראשונה.**

ב. <u>תחולתה של הלכת הצפיות</u>

הכלל המקובל כיום בפסיקה הישראלית הוא שלשם הרשעה בעבירה של רצח יש להוכיח כוונה **ממשית**, ואין להסתפק ב**פיקציה** המשפטית של 'הלכת הצפיות'. בפני הצוות עמדה השאלה אם להרחיב את עבירת הרצח הרחבה נוספת ולאפשר הרשעה באמצעות הלכת הצפיות. לדעתנו, אין לאפשר הרשעה בעבירת רצח באמצעות השימוש ב"תחליף כוונה" בדמות הלכת הצפיות. הרשעה בעבירת הרצח, אשר מתייגת את המורשע בה בתיוג החמור ביותר בו יכולה חברה לתייג מי מחבריה, ומאפשרת (ולעתים אף מחייבת) הטלתו של עונש המאסר החמור ביותר בספר החוקים, לא מתיישבת עם נסיבות בהן לא התגבשה בליבו של העושה כוונה.

כאמור לעיל, נקודת המוצא צריכה להיות שבגדרי עבירת הרצח יבואו המקרים החמורים ביותר. קל וחומר בגדריה של עבירת הרצח בנסיבות מחמירות. החלת הלכת הצפיות בעבירת הרצח עלולה להביא למצב בו אדם שלא חפץ בהתרחשות התוצאה, אלא היה אדיש, או במקרים נדירים אולי אף קל דעת, יורשע בעבירה זו.

---

[65] שם, בעמ' 152.

[66] ר', למשל, ב- Model Penal Code (סעיף 210.2): " … it is committed recklessly under circumstances manifesting **extreme indifference** to the value of human life"; במדינת ניו-יורק (סעיף 125.25 לקוד הפלילי): " … under circumstances evincing a **depraved indifference** to human life, he recklessly engages in conduct which creates a grave risk of death to another person, and thereby causes the death of another person"; ובסקוטלנד: " … displaying such **wicked recklessness** as to imply a disposition depraved enough to be regardless of the consequences".

[67] ר', למשל, סעיף 229 לקוד הפלילי בקנדה: " … **means to cause him bodily harm that he knows is likely to cause his death**, and is reckless whether death ensues or not"; הסדר דומה קיים גם בניו-זילנד (סעיף 167 ל-Crimes Act 1961).

[68] כך למשל בארצות הברית מאפשרות מדינות כניו-יורק, ארקנסו, אריזונה, פלורידה, איידהו, נבאדה, אורגון וצפון דקוטה הרשעה בנסיבות כאלו בעבירה של רצח מדרגה שנייה. מדינת מונטנה מאפשרת בנסיבות אלו הרשעה בעבירה של רצח מדרגה שלישית.

בפרשת **אילוז** הביע השופט (כתוארו אז) לנדוי את התנגדותו להחלת הלכת הצפיות על עבירת הרצח:

> "אין זה מן הראוי שפיקציה זו תחול על עבירת רצח, הדורשת כוונה ספציפית, דהיינו רצון להרוג, וכוונה זו היא המשווה לעבירה זו את אופיה החמור במיוחד. אין לשים אות קין של רוצח על מצחו של אדם, אלא אם הוכח כלפיו אישית הרצון להרוג, בראיות ישירות או נסיבתיות של ממש ולא רק מכוח הפיקציה".[69]

דברים נכוחים אלה נותרו בגדר הלכה מחייבת גם לאחר חקיקתו של תיקון 39 לחוק העונשין, ועל אף שמספר שופטים העלו תהיות שמא יש לשנות את ההלכה, עד עצם היום הזה לא הורשע במדינת ישראל אדם בעבירת רצח תוך התבססות על הלכת הצפיות.

בהקשר זה יוער כי מהפסיקה הישראלית עולה כי השימוש בהלכת הצפיות כתחליף לכוונה אפשרי בקשת רחבה יותר של מקרים מאשר התחום הצר אותו מאפשר המבחן המקובל בספרות האקדמית. דוגמה להגדרה המצמצמת בספרות ניתן למצוא אצל פרופ' קרמניצר:

> "צפייה בדרגה גבוהה של הסתברות מתקיימת רק כאשר העושה מעריך כי קיימת ודאות מעשית (מוסרית) שהתוצאה תתרחש ואינו רואה לנגד עיניו אפשרות אמיתית-ריאלית שלא תתרחש. רק אז ניתן לומר עליו, שבחר באופן מלא בתוצאה וכי התנהגותו חרף בטחונו בהתרחשות התוצאה (מבחינתו, עתידה התוצאה להתרחש, אלא אם יתרחש נס) מעידה על עמדה אנטי-חברתית בדרגת חומרה עליונה".[70]

אכן, יש טעם בטענה שמי שפועל בנסיבות בהן הוא צופה בדרגה כה גבוהה את התרחשות התוצאה הקטלנית, עד שאין הוא רואה כל סיכוי ריאלי שהתוצאה לא תתרחש, דומה עד מאוד למתכוון. אולם, לא כך מפרשים ומיישמים בתי-המשפט את הלכת הצפיות. כפי שטוען ד"ר יצחק קוגלר, לאורך השנים הפסיקה עברה תהליך של שינוי, במסגרתו נדחקה הגישה של "ודאות מעשית" על-ידי הגישה של "דרגה גבוהה של הסתברות", שהיא הדומיננטית כיום בפסיקה.[71]

ויוזכר: בנוסף להלכת הצפיות קיימת גם חזקה ראייתית לפיה אדם מתכוון לתוצאות הטבעיות של מעשיו. חזקה זו מקובלת מאוד בפסיקה ונעשה בה שימוש בכל עבירות הכוונה. אין כל מניעה להשתמש בה גם בקשר לעבירת הרצח, כפי שבתי-המשפט עושים פעמים רבות. חזקה זו מייתרת

---

[69] ע"פ 552/68 **אילוז נ' מדינת ישראל**, פ"ד כג(1) 377, 390 (1969). כן ר' ע"פ 394/75 **דילקי נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד ל(3) 44, 49 (1976); ע"פ 5446/99 **אלימלך נ' מדינת ישראל**, פ"ד נו(4) 49, 59 (2002).

[70] מרדכי קרמניצר, "משחק מסוכן" כאירוע עברייני – הערות להערות", **משפטים** כו 619, 631 (1996). יצוין, כי גם ד"ר קוגלר מציע לפרש את דרגת ההסתברות שבסעיף 20(ב) לחוק העונשין כדרגת הסתברות שהיא גבוהה מ"צפייה בהסתברות גבוהה", ובכך מצטרף לעמדתו של פרופ' קרמניצר לפיה יש להחיל את הלכת הצפיות רק במצבים של "ודאות מעשית" (ר' יצחק קוגלר **כוונה והלכת הצפיות בדיני עונשין** 467 (1997)).

[71] **שם**, בעמ' 115-117.

פעמים רבות את הצורך בהלכת הצפיות. יתרונה של החזקה הראייתית על פני הלכת צפיות, כפי שציין השופט מצא בעניין **אלימלך**,[72] הוא שקיימת לנאשם האפשרות לסתור חזקה זו בראיות ולהוכיח במקרים המתאימים שלא התכוון להמית.

יצוין, כי עד כה לא הובאו בפני הצוות דוגמאות המשכנעות שיש להרחיב את עבירת הרצח הרחבה נוספת זו. כמו כן, לא הובאו דוגמאות למקרים בהם היה קושי להרשיע אדם בעבירה של רצח, בשל אי-תחולתה של הלכת הצפיות, והצדק דרש הרשעה כזו. בשל קיומה של "חזקת הכוונה" הראייתית, ספק בעינינו אם קיימים מקרים כאלה.

עוד יצוין כי אם לא ייקבע חריג מפורש לתחולתה של הלכת הצפיות על עבירת הרצח, ניתן יהיה לכאורה לנסות לעשות שימוש בתחולתה של הלכה זו גם לשם הוכחת חלק מהמטרות המחמירות שיבססו את עבירת הרצח בנסיבות מחמירות.[73] כך עולה בפירוש אף מדעת הרוב. לדעתנו, הטעמים לאי-תחולתה של הלכת הצפיות כתחליף לכוונה הנדרשת לשם הרשעה ברצח חלים ביתר שאת על המטרות המחמירות את עבירת הרצח ויוצרים עבירה חמורה במיוחד אשר העונש הקבוע בצידה הוא עונש מאסר עולם חובה.

ג. <u>עונש חובה בכלל ומאסר עולם כעונש חובה בפרט</u>

התנגדויות לעונשי חובה ולעונשי מינימום:

הסניגוריה הציבורית הביעה במספר הקשרים את עמדתה העקרונית לפיה אין להצר את שיקול הדעת השיפוטי בענישה, ובכלל זה התנגדה במיוחד לעונשי מינימום ולעונשי חובה קשיחים.[74] הדבר נובע, בראש ובראשונה, מן הטעם שלעולם לא ניתן לצפות את הקשת המלאה של המקרים על נסיבותיהם הייחודיות, ועל כן מן הראוי לאפשר לבית-המשפט להטיל את העונש הצודק בכל מקרה ומקרה. הצרת שיקול הדעת השיפוטי בענישה אינה ראויה גם מן הטעם שהיא תעניק כוח עודף לרשויות התביעה. למעשה, בעצם קביעת סעיף האישום תוכל התביעה להכתיב במידה ניכרת את העונש. כוח כזה, כשהוא מלווה בהעדר שיקול דעת שיפוטי באשר לענישה, עלול ליצור לחץ משמעותי על נאשמים להודות בהסדרי טיעון בסעיפי עבירה קלים יותר, גם במקרים בהם יש להם טענות חפות משמעותיות.[75]

---

[72] עניין **אלימלך** הנ"ל, בעמ' 59.

[73] כידוע, ההלכה באשר לתחולתה של הלכת הצפיות על עבירות מטרה היא כי יש לבחון בכל מקרה ומקרה אם היא עולה בקנה אחד עם לשונה ותכליתה של כל עבירה. תחולתה של הלכת הצפיות על עבירות מניע טרם הוכרעה. לסקירה בנושא ר' יורם רבין ויניב ואקי **דיני עונשין** 402-413 (מהדורה שנייה, 2010).

[74] יריעה רחבה בנושא זה פרשנו בעמדתנו באשר להצעת החוק להבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה. ר' באתר הסניגוריה הציבורית: http://www.justice.gov.il/MOJHeb/SanegoriaZiborit/News/havnaya.htm.

[75] מתן כוח עודף לתביעה אף עלול להביא למצב בו עובדות כתב האישום (והכרעת הדין) כלל לא ישקפו את האירוע הפלילי. יתרה מזאת, מן הניסיון האמריקאי ניתן גם ללמוד כי להצרת שיקול הדעת השיפוטי בענישה תוצאות הרסניות נוספות ובהן גידול חסר תקדים בהיקף המאסרים ובאורכם, פגיעה באפשרויות השיקום של אסירים משוחררים ופגיעה בנאשמים המשתייכים לאוכלוסיות חלשות ולקבוצות מיעוטים. לביקורות על 'תעריפי ענישה' ר' למשל: M.L. Miller, *Domination & Dissatisfaction: Prosecutors as Sentencers*, 56 Stanford L.R. 1221 (2004); K. Stith & J.A.

התנגדויות אלו לעונשי חובה ולעונשי מינימום תקפות גם בעבירות ההמתה, ולא מצאנו שישנה הצדקה כלשהי לסטות מעמדתה העקרונית של הסניגוריה הציבורית, לה אנו שותפים. לטעמנו, גם בעצם העובדה שכיום יש ענישת חובה בגין עבירת הרצח אין משום הצדקה להנציח עיוות זה ברפורמה חקיקתית.

התנגדויות למאסר עולם:

מבחינה היסטורית, העונש של מאסר עולם הוא שריד לעונש המוות. מאסר עולם היווה אלטרנטיבה חזקה שהציגו הקוראים לביטולו של עונש המוות. לגישתנו, עונש מאסר עולם, בדומה לעונש המוות, הוא עונש אכזרי יתר על המידה שקשה להצדיקו מבחינה מוסרית, וניתן להעריך, או למצער לקוות, שהמדינות הליברליות יבטלו אותו באופן הדרגתי.

העונש של מאסר עולם מבטא תפיסה לפיה ישנם בני-אנוש אשר מן הראוי שלא ידעו עוד חירות לעולם. תפיסה זו מנוגדת לתפיסה ההומניסטית לפיה ביכולתו של כל אדם, גם אם עשה מעשים איומים ונוראים, לכפר על מעשיו, ולאחר חלוף זמן מספיק, מן הראוי לאפשר לו חיים רגילים. אכן, היותו של עונש המאסר קצוב בזמן נועדה להפיח תקווה באסיר והיא בבחינת אור (גם אם חלש ועמום) בקצה המנהרה. העובדה שלא שולחים אדם אל מאחורי סורג ובריח לזמן בלתי מוגבל, עד לסוף ימיו, היא אמירה ערכית ומוסרית המכירה באפשרות לשינוי, לחרטה כנה ולהתפתחות בני האדם. אנו בוחרים להעניק לאסיר הזדמנות נוספת ולהשאיר פתח לשיקומו ולהשתלבותו בחברה. ההתנגדות למאסר עולם מבוססת גם על ההכרה בכבוד ובחירות כזכויות יסודיות ובהעדר האפשרות לשלול אותן לנצח. קיימים גם נימוקים תועלתניים כנגד העונש של מאסר עולם המבוססים על הצורך להשאיר תקווה לאסיר ולמנוע מצב בו אין לו עוד מה להפסיד.

מטעמים אלה ואחרים, הצהירו גופים בינלאומיים כי מאסר עולם שאינו משאיר תקווה כלשהי לשחרור מוקדם מנוגד לעקרונות יסוד בדבר טיפול באסירים ושיקומם.[76] בפרשת *Einhorn* (2001) רמז בית-הדין האירופי לזכויות אדם כי מאסר שכזה עשוי לעלות עד כדי הפרת האיסור על הטלת עונש אכזרי ובלתי אנושי. בית-המשפט לחוקה בגרמניה קבע כי מדובר באמצעי לא חוקתי המנוגד לכבוד האדם.[77] אפילו בחוקת רומא, המתייחסת לפשעי מלחמה, לפשעים נגד האנושות ולרצח עם הנידונים בבית הדין הפלילי הבינלאומי, נקבע כי לאחר שרוצו 25 שנות מאסר ממאסר עולם יש

Cabrans, Fear of Judging: Sentencing Guidelines in the Federal Courts (1998). יצוין כי לאחרונה קבע בית-המשפט העליון האמריקאי כי קווי ההנחיה אינם מחייבים, אלא רק מנחים. ר' Kimbrough v. United States, 552 U.S. 85 (2007); United States v. Gall, 552 U.S. 38 (2007).

[76] Council of Europe, Treatment of Long-term Prisoners (1977); UN Committee of Crime Prevention and Criminal Justice Branch, Life Imprisonment (1994).

[77] D. Van Zyl Smit, "Life imprisonment Issues in National and International Law", *in* Centre for Capital Punishment Studies occasional paper series three: Managing Effective Alternatives to Capital Punishment (2005).

להביא את האסיר בפני בית-הדין לצורך בחינה מחודשת.[78] מבחינה השוואתית, ניתן לראות כי ברוב המכריע של המדינות משמעותו של מאסר עולם אינו מאסר לכל החיים.[79] במספר הולך וגדל של מדינות, מבוטל עונש מאסר העולם ומוחלף בעונש קצוב מראש. מדינות כספרד, נורבגיה, פורטוגל, סלובניה, קרואטיה ועוד מחקו את העונש של מאסר עולם מספרי החוקים, וקבעו תחת זאת תקופות מאסר מקסימאליות של 20-30 שנה.

אמנם המבנה החוקי בישראל מאפשר את קציבת עונשם של אסירי עולם, ולרוב הם לא מרצים תקופות מאסר עד יום מותם. יחד עם זאת, המבנה החוקי הקיים מאפשר גם מאסר עולם ללא קציבה. סמכותו של נשיא המדינה לקצוב את העונשים הינה סמכות שברשות, ובעבר כבר היו מקרים בהם סירבו נשיאים באופן גורף לקצוב מאסרי עולם או לקצוב את עונשם של אסירי עולם מסוגים מסוימים. יתרה מזאת, נתוני הנהלת בתי-המשפט מלמדים בבירור כי **בשנים האחרונות מספר אסירי העולם שהומלץ על קציבת עונשם מבין אלה שעלו לדיון בוועדת הקציבה המיוחדת יורד בעקביות**: בשנת 2005 המליצו הוועדות על קציבת עונשם של 90% מהאסירים שנדונו בפניהן; בשנת 2006 ירד שיעור ההמלצות לקציבה ל- 85%; בשנת 2007 ל- 82%; בשנת 2008 ל- 70%; **ובשנת 2009 (נכון לחודש אוגוסט) רק 48% מהאסירים שעניינם נדון בפני ועדת קציבה זכו לכך שהוועדה תמליץ על קציבת עונשם**.[80] כמו כן, ישנן קבוצות אסירי עולם אשר בדרך-כלל אין המלצה לקצוב את עונשיהן. עוד יש לציין כי גם כאשר נקצב עונש מאסר העולם בארץ רשאית ועדת הקציבה להמליץ על קציבה לתקופה ארוכה שלא תפחת משלושים שנות מאסר,[81] וכי במדינות רבות בעולם נושאים אסירי עולם עונשים קצרים בהרבה.[82]

על אף אפשרות הקציבה, ובייחוד נוכח העובדה שהשימוש בה הולך ומתמעט, נוטים אנו לדעה כי מאסר עולם הוא עונש קיצוני שהגיעה העת לבטלו ולהחליפו במאסר קצוב מראש. בשיטת משפט ליברלית מן הראוי שאדם ידע את עונשו בשלב גזר-הדין. בית-המשפט, אשר בפניו מוצגות כל נסיבות ביצוע העבירה ויתר הנסיבות הרלוונטיות למידת העונש, הוא הגורם המתאים ביותר לקבוע את משך תקופת המאסר. מהיכרותה של הסניגוריה הציבורית עם ועדות הקציבה, ואף מהדברים שהציגה בפני הוועדה הגב' אמי פלמור, מנהלת מחלקת חנינות במשרד המשפטים, עולה כי שיקולי הוועדה הממליצה על קציבה אינם ברורים, וכי קיימים פגמים דיוניים בעבודת הוועדות, ובראשם העובדה שהאסיר וסניגורו לא מופיעים בפניהן. בנוסף, המלצות ועדות הקציבה כפופות לשיקול

---

[78] ר' סעיף 110(3) לחוקת רומא.

[79] ר', בין היתר, סקירות משוות: דפנה בן-פורת **מאסר עולם – מבט משווה** מחלקת חנינות במשרד המשפטים (2010); M. Tonry & R.S. Frase, Sentencing and Sanctions in Western Countries (2001); M. Mauer *et al.*, The Meaning of "Life": Long Prison Sentences in Context (The Sentencing Project, 2004); Alternatives to Death Penalty: The Problems with Life Imprisonment, Penal Reform Briefing No. 1 (2007).

[80] הנתונים לקוחים ממכתב מיום 14.12.09 של השופט אלון גילון, סגן מנהל בתי-המשפט והממונה לפי חוק חופש המידע בהנהלת בתי-המשפט.

[81] ר' סעיף 29(א) לחוק שחרור על תנאי ממאסר, התשס"א-2001.

[82] **בן-פורת** הנ"ל.

הדעת של שר המשפטים ונשיא המדינה. מכל הטעמים האלה, נראה שאין בוועדות הקציבה כדי לרפא את הפגמים שבעונש מאסר העולם.

לדעתנו, קשה למצוא הצדקה למבנה הקיים כיום, לפיו בתי-המשפט גוזרים מאסרי עולם ורק שנים מאוחר יותר, אם בכלל, נקצב העונש לתקופה ברורה. יש המצדיקים זאת ברצון להחמיר עם הנידונים. תקופת חוסר הוודאות באשר לקציבת העונש היא, לדעתם, עונש ראוי בפני עצמו. איננו יכולים להסכים להצדקה זו. זכותו של אדם לדעת מה עונשו, וחוסר הוודאות איננו ענישה לגיטימית. בדומה, אין להסכים עם השמירה על הפיקציה של "מאסר עולם" אך בשל המסר הסימבולי המועבר בכך לגבי חומרת המעשה. כל אלה נימוקים שאינם יכולים לעמוד בשיטת משפט הנותנת משקל מרכזי לכבוד האדם ולחירותו.

בכל זאת מאסר עולם? רק אם תינתן לבית-המשפט אפשרות לסטות מהעונש

מתוך מודעות לכך שייתכן שטרם בשלה העת לביטול העונש של מאסר עולם בארץ, סברנו כי על הצוות לחתור למצער לצמצומו, גם אם לא לביטולו המוחלט. ניתן וראוי לעשות זאת בשני אופנים. ראשית, יש לקבוע את מאסר העולם כאפשרות רק במקרים החמורים ביותר, דהיינו במקרים של רצח. שנית, יש לאפשר לבית-המשפט שיקול דעת לחרוג מעונש זה גם במקרים חמורים אלה.

הצעת הצוות באשר לעבירה של רצח בנסיבות מחמירות מחזקת את הצורך בקביעת האפשרות לסטות מעונש החובה של מאסר עולם. כאמור לעיל, על פי הצעת רוב חברי הצוות עבירה זו תורחב עד מאוד גם למקרי המתה שכוללים יסוד נפשי של אדישות (שכיום העונש המקסימאלי בגינם הוא 20 שנות מאסר), בהתקיים אחת מן הנסיבות המחמירות שברשימה שאיננה קצרה או שולית כלל ועיקר. בנוסף, 'פתח המילוט' המוצע על-ידי הצוות אינו נותן מענה מספק. על פי הצעת הצוות יוכל בית-המשפט **במישור האחריות** שלא להרשיע ברצח בנסיבות מחמירות, וכך לא להיות כבול לעונש החובה של מאסר עולם. על-מנת לעשות כן יהיה צורך לקבוע כי מעשה ההמתה לא ביטא "דרגה גבוהה במיוחד של אשמה". מתעורר החשש כי בתי-המשפט יתקשו לקבוע כי רצח שבוצע באחת מן הנסיבות המחמירות לא ביטא דרגה גבוהה במיוחד של אשמה, ולמעשה יימצאו עצמם כבולים לעונש החובה, גם כאשר הוא אינו מוצדק. תחולתה הרחבה יחסית של העבירה מחד גיסא, וצרותו של 'פתח המילוט' במישור האחריות מאידך גיסא, מהווים לטעמנו חיזוק משמעותי לצורך לאפשר לבית-המשפט שיקול דעת לחרוג מעונש מאסר העולם גם במישור הענישה.

אין בידינו להסכים עם עמדת הרוב כי האפשרות שלא להטיל עונש מאסר עולם במקרים חריגים של רצח בנסיבות מחמירות תפגע בהרתעה. כך או כך, המדובר במקרים בהם יוטלו שנות מאסר ארוכות. אין בהגיון או בניסיון בסיס להנחה מרחיקת הלכת כי אותם מקרים בהם יוטל עונש מאסר לשנים ארוכות במקום מאסר עולם יפגעו בהרתעה.[83] גם הטיעון לפיו הטלת עונש מאסר עולם

[83] ככלל, קיימת הסכמה רחבה בספרות הקרימינולוגית שעונשי מאסר ארוכים אינם מרתיעים בהכרח. החלתם של מודלים כלכליים של הרתעה, המבבוססים על הנחה של פעולה רציונאלית, על תחומים נרחבים במשפט הפלילי, לרבות עבירות ההמתה, אינה נקייה מבעיות. ואולם, גם בניתוח הכלכלי של המשפט הפלילי מקובל כי קיימת תוספת שולית פוחתת של הרתעה למשך המאסר. אכן, הנזק של המאסר לאסיר ולמשפחתו הוא גדול, אך עיקרו של נזק זה נחווה

הכרחית בשל חשיבות הערך של חיי האדם אינו משכנע בעינינו. אין עונש המשקף באופן "נכון" או אובייקטיבי את החשיבות של ערך חיי האדם, וברור שתפיסותינו בעניין זה מובנות באופן חברתי, בין היתר על-ידי פרקטיקות הענישה המקובלות. עד לביטולו של עונש המוות במרבית מדינות העולם המערבי נחשב עונש זה כביטוי ההולם לחשיבות חיי האדם. ואולם, משנתפס עונש המוות כבלתי מוסרי, נמצא כי ניתן לתת ביטוי לערך של חיי אדם גם בעונשי מאסר ארוכים.[84] באופן דומה, איננו רואים הכרח דווקא בהטלת עונש מאסר העולם לשם ביטוי החשיבות שאנו מייחסים לערך החיים. יוזכר כי גם על פי דעת הרוב ניתן יהיה להטיל עונש שאיננו מאסר עולם כשהמדובר ברצח שאינו בנסיבות מחמירות.

על כן, בניגוד לדעת הרוב, אנו סבורים כי יש להותיר בעבירה של רצח בנסיבות מחמירות 'פתח מילוט' שיאפשר לבית-המשפט, במקרים מיוחדים המצדיקים זאת, לסטות מהעונש של מאסר עולם. עמדתנו מבוססת על השילוב של ההתנגדויות למאסרי מינימום ולמאסרי חובה עם הביקורת על מאסרי עולם. החשש, שמועלה בדעת הרוב, לפיו אם עונש מאסר העולם יוגדר כעונש מרבי, ולא כעונש חובה, העונשים שיוטלו בפועל יהיו קלים בהרבה, לאו חשש הוא, שהרי גם לשיטתנו תוגדר הסטייה ממאסר העולם כחריג. בכך גם מוסר חשש כלשהו לאובדן "היסוד המדריך והמכוון של הנורמה".

ד. <u>המתת תינוק</u>

בניגוד לדעת הרוב, איננו סבורים שיהא זה נכון לבטל כליל את העבירה של המתת תינוק, אם כי כמצוין בדוח אנו מסכימים שניתן לערוך בה מספר תיקונים שיתאימו אותה לתקופתנו. לאחר

בשנות המאסר הראשונות. במקביל, מאמץ האסיר נורמות עבריניות אותן הוא מפנים בעת השהות בכלא, דבר שאף הוא מפחית מההרתעה האישית של המאסר. למעשה, נהוג לבחון את התגובה העונשית בשלושה מדדים: ודאות העונש (certainty), מיידיות העונש (immediacy) וחומרת העונש (severity). חלק גדול מהמחקרים מצביעים על כך שהרתעה יעילה מושגת לרוב דווקא באמצעות ודאות ומיידיות של התגובה העונשית ולאו דווקא באמצעות החמרה. החמרה בענישה ככל הנראה אינה יעילה במיוחד כשהמדובר בעונשים חמורים ממילא. ראו, בין היתר, A. Harel & U. Segal, *Criminal Law and Behavioral Law and Economics: Observations on the Neglected Role of Uncertainty in Deterring Crime*, 1 Am. L. & Econ. Rev. 276 (1999); M. Polinski & S. Shavell, *On the Disutility and Discounting of Imprisonment and the Theory of Deterrence*, 28 J. Leg. Stud. 1 (1999); P.H. Robinson & J.M. Darely, *Does Criminal Law Deter?*, 24 Oxford J. L. Stud. 173 (2004).

[84] בהקשר של ביטול עונש המוות ראוי לציין כי במדינות כמו בריטניה, צרפת וגרמניה היה רוב של כשני שלישים מהאוכלוסייה שתמך בעונש המוות ערב ביטולו. רק לאחר ביטול עונש המוות השתנתה דעת הקהל במדינות אלו ובמדינות אירופאיות אחרות. ההתנגדות הפופולארית לעונש המוות במדינות אירופה היא במידה רבה יותר תוצאה של ביטולו מאשר הסיבה לביטולו. פרופ' קרול סטייקר מאוניברסיטת הרווארד ניסתה להסביר את הייחודיות של ארצות הברית, שנותרה הדמוקרטיה המערבית היחידה אשר עדיין מפעילה את עונש המוות. אחד מהסבריה של סטייקר נוגע לתרבות הפוליטית האמריקאית השונה מזו האירופית. לדבריה, פוליטיקאים באירופה חוששים פחות מאמריקאים לקחת על עצמם תפקיד של הובלה ושינוי של דעת הקהל. בארצות הברית המבנים הפוליטיים והתרבות הפוליטית הפופוליסטית מביאים לכך שתמיכה פופולארית בעונש המוות מתורגמת באופן ישיר למדיניות ציבורית. ר' Carol S. Steiker, *Capital Punishment and American Exceptionalism*, *in* American Exceptionalism and Human Rights (Michael Ignatieff ed., 2005).

קריאת הספרות בתחום ושמיעת המומחים שהופיעו בפני הצוות, הגענו למסקנה כי התופעה של נשים הממיתות את תינוקיהן בסמוך ללידה בשל מצוקה נפשית קשה הקשורה בלידה היא תופעה ייחודית המצדיקה את העבירה הנפרדת הקבועה בחוק. מדינות רבות בעולם (אנגליה, קנדה, פולין, יוון, ניו-זילנד, שבדיה, נורבגיה, הולנד, דרום אפריקה ועוד) ייחדו עבירה מסוג זה ולא מצאו לנכון לבטלה עד עתה.

דעת הרוב מבטלת את החשש לאי-צדק שבהרשעה בעבירה של רצח של אם הממיתה את תינוקה. לדעתה, יוכלו מקרים אלה ברובם להיחשב להמתה באחריות מופחתת בשל "הפרעה נפשית חמורה". לדעתנו, קיים חשש משמעותי שיהיה קושי רב להוכיח "הפרעה נפשית חמורה" כפי שפורש ביטוי זה בפסיקה, ושביטול העבירה המיוחדת יביא לאישום ולהרשעה ברצח. הספרות המקצועית מונה שורה של גורמים להפרעות שלאחר הלידה, שאינם מתיישבים בהכרח עם הגדרה המצמצמת של הפרעה נפשית חמורה. פרופ' תמר קרון מסבירה כי רואים במשבר שלאחר הלידה משבר של לחץ עקב שילוב של גורמים ביולוגיים, חברתיים ופנים-אישיים.[85] זאת בשונה מ"הפרעה נפשי חמורה" שפורשה בפסיקה בעיקר כעניין רפואי-פסיכיאטרי. אמנם, מחקרים מראים כי השינויים הפיזיולוגיים וההורמונאליים לאחר לידה יכולים להוביל לטווח גדול מאוד של בעיות נפשיות, אך רק במקרים נדירים מהווים דיכאון או פסיכוזה שלאחר לידה את הסיבה לכך שאם הרגה את תינוקה. גם אז ייתכן כי מדובר באירוע נפשי ראשון שחוותה האישה, אירוע שאין לו זכר בעברה הנפשי, לעומת ההפרעה הנפשית החמורה, הנתפסת בדרך-כלל כהפרעה שהייתה קיימת קודם לאירוע.[86]

הפסיכיאטריה עצמה אינה נוטה להכיר בתופעות אלו כתופעות פסיכיאטריות עצמאיות.[87] הפרעות כגון דיכאון לאחר לידה נמחקו מן ה-DSM ומן ה-ICD, המדריכים העולמיים המובילים של הפסיכיאטרים.[88] קיים סיכוי סביר כי יהיה זה קשה עד בלתי אפשרי להוכיח באמצעות חוות דעת פסיכיאטרית שהאישה סובלת דווקא מהפרעה נפשית חמורה. המדובר, כאמור, במכלול של לחצים חברתיים, פסיכולוגים ומשפחתיים,[89] אך לא בהכרח לחצים שעונים להגדרה המשפטית של הפרעה נפשית חמורה. קיים חשש משמעותי, אם כן, שביטול העבירה של המתת תינוק יביא להרשעתן של נשים אלו ברצח ולא בהמתה באחריות מופחתת.

---

[85] תמר קרון **נשים וורודות** 22-28 (הוצאת עם עובד, 1989). המחברת מסבירה כי הגישות הביולוגיות מתייחסות לשינוי הורמונאלי, וכן להפרעות בשינה, כמשפיעות על התדרדרות התפקוד. הגורמים החברתיים כוללים, בין היתר, את מערכת הקשרים של האישה עם בעלה, הוריה והמשפחה המורחבת, מקומה במערכת החברתית, הנורמות התרבותיות ותהליכים חברתיים המשפיעים על האמהות. הגורמים הפנים-אישיים כוללים את אישיות האישה וקונפליקטים בלתי פתורים של זהות ואמהות, כמו-גם בעיות בקשר עם התינוק.

[86] Wilczynski & Morris, *Parents Who Kill their Children*, Criminal Law Review 31, 31-36 (1993); Law Reform Commission Publications, Report 83 (1997), section 3.29.

[87] כך למשל, בע"פ 5031/05 **פלונית נ' מדינת ישראל** הסביר הפסיכיאטר כי הזרם המרכזי בפסיכיאטריה אינו סבור עוד שפסיכוזה ודיכאון שלאחר לידה הן קטגוריות פסיכיאטריות בעלות קיום עצמאי.

[88] Maier-Katkin & Ogle, *A Rational for Infanticide Laws*, Criminal Law Review 903, 908 (1993): "There is at present no official diagnosis of postpartum psychosis anywhere in the world".

[89] R.D. Mackay (I), Mental Condition Defenses in the Criminal Law 210 (1995).

דעת הרוב סבורה שגם אם לא ניתן יהיה להוכיח הפרעה נפשית חמורה, הרי שניתן יהיה להעמיד את האישה לדין בגין עבירת הרצח הבסיסית, בצידה עונש מקסימום ולא מאסר עולם חובה. כך נותיר לבית-המשפט את שיקול הדעת בקביעת עונשה. לדעתנו, אין בכך מענה מספק לחששות. ראשית, לכאורה ניתן יהיה במקרים אלה להעמיד לדין גם ברצח בנסיבות מחמירות, שכן מדובר בהמתת קטין עליו אחראית האם. שנית, לדעתנו אין זה ראוי להעמיד לדין במקרים אלה גם בעבירת הרצח הבסיסית – לא מבחינת רמת הענישה,[90] ולא מבחינת התיוג.

אנו סבורים שאין מקום להטלת אות קין של רוצחת על אם שהייתה במצוקה קשה ושגרמה למוות של תינוקה שלה בנסיבות טראגיות. במידה רבה אם כזו כבר באה על עונשה בעצם המעשה שעשתה.[91] על כל פנים, זהו לדעתנו מקרה מובהק בו המשפט צריך לגלות חמלה ולהעדיפה על פני שיקולי ענישה אחרים, כגון הרתעה או גמול, שממילא אין להם משמעות אמיתית במקרים מסוג זה. הותרת העבירה המיוחדת של המתת תינוק על כנה תאפשר עשיית צדק וגילוי רגישות אנושית במקרים מיוחדים אלה.[92]

ה. <u>גרימת מוות בהתרשלות רבתי</u>

בניגוד לדעת הרוב, איננו סבורים שיש לקבוע עבירה חדשה של גרימת מוות בהתרשלות רבתי ובצידה עונש של חמש שנות מאסר, שתהווה מעין דרגת ביניים בין העבירה של גרימת מוות ברשלנות לבין עבירת המתה בקלות דעת. לדעתנו, קביעת העבירה האמורה עלולה להביא לתוצאות בלתי צודקות.

הרשלנות הינה צורת אחריות חריגה בנוף המשפט הפלילי. הרשלן, בניגוד לאדם הפועל מתוך מחשבה פלילית, **אינו מודע** לקיום הנסיבות או לאפשרות גרימת תוצאות המעשה, הנמנים עם פרטי

---

[90] מעיון בפסיקה הקיימת עולה כי העונש הנגזר בגין הרשעה במקרים של המתת תינוק על-ידי אמו אינו כולל תקופות מאסר ארוכות, בין היתר בשל הנסיבות הקשות והמיוחדות של הנאשמות. ר' למשל ת"פ (מחוזי חיפה) 25/97 **מדינת ישראל נ' ציוני**, בו נגזרו 8 חודשי מאסר בפועל; ת"פ (מחוזי חיפה) 186/00 **מדינת ישראל נ' נג'אח**, בו נגזרו 20 חודשי מאסר בפועל. עונשים בסדרי גודל כאלה אינם מתאימים להרשעה בעבירה של רצח ודומה שאף לא להמתה באחריות מופחתת.

[91] ר' עמדתה של שופטת המיעוט ר' אבידע בתפ"ח (מחוזי ב"ש) 915/00 **מדינת ישראל נ' א' מ'**, לפיה שום עונש נטיל על הנאשמת לא ידמה לעונש שהנאשמת השיתה על עצמה; כן ר' דבריה של פרופ' תמר קרון בדיון הוועדה בנושא, (פרוטוקול הדיון מיום 14.11.09, בעמ' 5).

[92] גילוי כזה של חמלה והפגנת רגישות מתוך הבנת הסיטואציה האנושית המורכבת יכולים להביא לעתים גם **להסדר טיעון** בעבירה של המתת תינוק, כאשר ברור שהרשעה בעבירה חמורה יותר לא תהיה צודקת. חשוב לדעתי להותיר אופציה זו, אשר ננקטת במקרים מסוימים כיום. כך למשל, בתפ"ח (מחוזי ת"א) 310/90 **מדינת ישראל נ' פלונית** הוגש כתב אישום בגין עבירת רצח ולאחר קבלת חוות דעת פסיכיאטרית הוחלט לתקן את כתב האישום לעבירה של המתת תינוק; כן ר' ת"פ (מחוזי חיפה) 186/00 **מדינת ישראל נ' פלונית**, שם כתב האישום הוגש בגין עבירת רצח. הנאשמת לא סבלה מהפרעה נפשית כלשהי. יחד עם זאת, בעקבות חוות דעת פסיכיאטרית שתיארה את הגורמים לאירוע ונסיבות העניין, הגיעו הצדדים להסדר טיעון במסגרתו הורשעה הנאשמת בהמתת תינוק; בת"פ (מחוזי חיפה) 25/97 **מדינת ישראל נ' פלונית** הוגש כתב אישום בעבירת רצח, ובעקבות חוות דעת פסיכיאטרית הרשיע בית-המשפט את הנאשמת בעבירה של המתת תינוק בהתאם להסדר הטיעון אליו הגיעו הצדדים.

העבירה. בנוסף, בעוד הדרישה הנורמטיבית בהתנהגות מתוך מחשבה פלילית להימנע מעשיית המעשה היא אלמנטארית וטבעית בשל קיומה של מודעות אצל העושה, הדרישה לעשות כן בהתנהגות רשלנית היא כבדה ומרחיקת לכת.[93] לא בכדי ישנם קולות בספרות המשפטית המטילים ספק בלגיטימיות המוסרית של ההכרה ברשלנות כבסיס לאחריות בפלילים.[94] המשפט הישראלי הכיר באפשרות להטיל אחריות פלילית בגין רשלנות, ואולם המחוקק קבע לכך איזון בסעיף 21(ב) לחוק העונשין לפיו "רשלנות יכול שתיקבע כיסוד נפשי רק לעבירה שאיננה מסוג פשע". סעיף 90ב לחוק, אשר כותרתו "העונש על עבירת רשלנות", קבע כלל משלים לפיו בכל עבירת רשלנות שנחקקה לפני תיקון מס' 39, בה נקבע עונש מאסר העולה על שלוש שנים – יהיה העונש בשל אותה עבירה שלוש שנות מאסר. בספרות אף הובעה הדעה לפיה קביעת עבירת רשלנות שלצידה עונש העולה על שלוש שנות מאסר מטילה על העושה עונש חמור יותר ממידת אשמתו המוסרית, וככזו יכולה להוות פגיעה בלתי מידתית בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ואף להביא לפסילתה מטעמים של אי-חוקתיות.[95] הצעת דעת הרוב, לקבוע עבירת רשלנות שהעונש בגינה עד חמש שנות מאסר, מהווה חריגה מן הכלל האמור ומפרה את האיזון שהוא נועד ליצור, וזאת מבלי שמצאנו הצדקה משכנעת לכך.

לפי דעת הרוב ההצדקה לסטייה מן הכלל, לפיו קביעת אחריות פלילית בגין רשלנות מוגבלת לעבירות שאינן עבירות מסוג פשע, היא בהתנהגות המסוכנת מן הבחינה האובייקטיבית שבהפרת הדין ובמודעות הסובייקטיבית להתנהגות זו. ואולם, כאשר המדובר בהפרת דין, הרי שקיימת סנקציה נפרדת בגין הפרה זו. גרימת המוות היא לא פעם עניין של חוסר מזל.[96] מתוך מקרים רבים עד מאוד של התנהגויות מסוכנות רק מקרים חריגים ביותר יסתיימו במוות. וחשוב לזכור: עסקינן ברשלנות, דהיינו במצב בו העושה לא היה מודע לאפשרות גרימת המוות. לא הובאו בפנינו מקרים בהם העונש המרבי הקבוע בחוק לעבירת גרם המוות ברשלנות – שלוש שנות מאסר – לא היווה תגובה עונשית מספקת למקרים אלה. המענה האפקטיבי והצודק להתנהגויות המסוכנות – בכביש ובמקומות אחרים – הוא באכיפה נמרצת יותר של הכללים האוסרים התנהגויות אלו, גם כשלא נגרם מוות, ולא בענישה מחמירה בדמות מאסר ממושך, במקרים בהם נגרם המוות.

---

[93] מרדכי קרמניצר, "על הרשלנות בפלילים – יסוד נפשי, יסוד עובדתי או שניהם גם יחד", **משפטים** כד 71, 72-73 (1994).

[94] ר', בין היתר, Claire Finkelstein, *Responsibility for Unintended Consequences*, 2 Ohio St. J. Crim. L. 579 (2005); Michael S. Moore, Placing Blame: A Theory of the Criminal Law 411-419 (1997); Larry Alexander, *Insufficient Concern: A Unified Conception of Criminal Culpability*, 88 Cal. L. Rev. 931, 949 (2000); Larry Alexander, *Reconsidering the Relationship Among Voluntary Acts, Strict Liability, and Negligence in criminal Law*, 7 Soc. Phil. & Pol'y 84 (1990); Jerome Hall, *Negligent Behavior Should Be Exempted From Criminal Liability*, 63 Colum. L. Rev. 632 (1963).

[95] **רבין וואקי** הנ"ל, בעמ' 444.

[96] לדיון בבעיה של "מזל מוסרי", ובכלל זה במקרי רשלנות, ר' למשל: Jeremy Waldron, *Moments of Carelessness and Massive Loss*, *in* Philosophical Foundations of Tort Law 387 (1995); Thomas Nagel, "Moral Luck", *in* Moral Luck 57 (1993).

במצב המשפטי הנוכחי אכן קיים פער ניכר, הן במישור האחריות והן במישור הענישה, בין עבירת ההריגה, שהעונש המרבי בגינה הוא עשרים שנות מאסר, לבין העבירה של גרם מוות ברשלנות, שהעונש המרבי בגינה הוא שלוש שנות מאסר. במצב דברים זה יש טעם בטענה שמן הראוי ליצור עבירת ביניים, שכן יש קושי במצבים בהם ההתלבטות היא בין הרשעה בעבירת ההריגה החמורה לבין ההרשעה בגרם מוות ברשלנות הקלה יחסית. ואולם, לפי הרפורמה המוצעת נפתרת בעיית הפער הניכר שבין העבירות באמצעות יצירת עבירת הביניים של המתה בקלות דעת. על פי המוצע, עבירת ההריגה תפוצל לשניים: מקרים של המתה באדישות יסווגו כרצח (לפי דעת הרוב) או כעבירה נפרדת של המתה באדישות (לפי דעת המיעוט), ואילו מקרים של המתה בקלות דעת יטופלו לכל הדעות בעבירה נפרדת של המתה בקלות דעת, שדינה יהא תשע שנות מאסר. בכך מתייתר הצורך בעבירת ביניים נוספת. המקרים ה"קלים" של עבירת ההריגה של היום יסווגו תחת העבירה החדשה של המתה בקלות דעת. והמקרים בהם גרימת המוות נעשתה ברשלנות יסווגו תחת העבירה הקיימת של גרימת מוות ברשלנות, כאשר במקרים חמורים להם מכוונת הצעת דעת הרוב ממילא עומד לרשות בית-המשפט עונש מרבי משמעותי של שלוש שנות מאסר, ועל פי רוב במקרים אלה יהיו גם עבירות נלוות המאפשרות להטיל עונשים נוספים במצטבר.

לדעתנו הצעת דעת הרוב עלולה לשדר מסר כפול ובעייתי לבתי-המשפט, וקיים מתח ברור בינה לבין הביקורות שהביעו חברי הצוות כלפי רף הרשלנות הקבוע כיום בחוק ואופן יישומו בפסיקה, והרצון לתת מענה אמיתי לביקורות אלו. כפי שצוין בדוח, כל חברי הצוות היו שותפים לדעה לפיה הרף הנורמטיבי שנקבע כיום על-ידי הפסיקה לרשלנות הינו גבוה מדי. בדיוני הצוות הביעו נציגי לשכת עורכי-הדין דעתם כי אף רמת הענישה הנהוגה כיום בבתי-המשפט ביחס לעבירות רשלנות, ובכלל זה בעבירת גרימת מוות ברשלנות, מחמירה מדי. על רקע זה, ועל כך יש לברך, הוחלט בצוות לתקן ולחדד את היסוד הכללי של רשלנות בחוק, באופן שיבהיר כי הרף שהציבה הפסיקה מחמיר מדי. אולם בקביעת עבירה נוספת של גרימת מוות בהתרשלות רבתי, כמוצע לפי דעת הרוב, יש משום פגיעה בתיקון חשוב זה. מצד אחד, מכוונים לכך שרק התנהגויות מובהקות יותר של רשלנות ייחשבו לפליליות, ובאותה נשימה, קובעים עבירה מוחמרת מיוחדת להתנהגויות רשלניות מובהקות. התוצאה עלולה להיות כי הרף באשר לעבירת הרשלנות הרגילה יישאר כשהיה ויכלול גם התנהגויות שאינן רשלניות באופן מובהק.

יצירתה של עבירה חדשה של גרימת מוות בהתרשלות רבתי כמוצע בדעת הרוב, תביא לקטגוריזציה מופרזת ולסרבול החוק. הצעה זו תביא, למעשה, לחלוקת עבירות ההמתה לשש דרגות. כמובן, ניתן היה באופן תיאורטי לחלק את עבירות ההמתה בהתאם לדרגת חומרתן כמעט עד אין קץ. אולם ליתר-קטגוריזציה יש גם מחירים. לענייננו, הקו המבחין שנמתח בין גרימת מוות ברשלנות לבין גרימת מוות בהתרשלות רבתי הינו כה עמום, כך שברור שהדבר יביא לבלבול וחוסר אחידות בפסיקה ולריבוי התדיינויות. כך למשל לגבי היסוד של "סטייה ניכרת" מהתנהגות סבירה: מלכתחילה הצוות דן בהצעה להעלות את רף הרשלנות הכללי הקבוע בסעיף 21 לחוק העונשין למצבים ממין זה, אולם הצעה זו לא התקבלה בסופו של דבר, בין היתר בשל הקושי הממשי לצקת תוכן במונח זה (כפי שניתן ללמוד אף מהניסיון שהצטבר בשיטות משפט זרות בהקשר זה). אותו קושי ממש הוא נימוק משמעותי נגד שימוש במושג זה לצורך יצירתה של עבירת רשלנות מחמירה. ריבוי העבירות, שהאבחנה ביניהן איננה ברורה אף עלול להעניק כוח עודף לרשויות התביעה,

שברצונן יוכלו להגיש, במקרים רבים של תאונות, כתבי אישום בגין גרימת מוות בהתרשלות רבתי. במצב זה עלול להיווצר אצל נאשמים תמריץ-יתר להודות בהסדר טיעון בעבירת הרשלנות הרגילה ולוותר על טענות חפות אפשריות, בשל החשש שיורשעו בעבירת הרשלנות החמורה ושיהיו חשופים לעונש חמור יותר.

דעת הרוב מוטרדת מכך שהעדר עבירה של גרימת מוות בהתרשלות רבתי עלולה להניב, במקרי הביניים, אישומים והרשעות בעבירה של המתה בקלות דעת. ככלל איננו שותפים לחשש זה. חזקה על בתי-המשפט שישכילו לסווג את מקרי הגבול באופן הראוי והצודק, בהתאם לנסיבות העניין, תוך יישום העקרון החשוב לפיו ספק סביר פועל לטובת הנאשם. במקרים המתאימים יוכלו בתי-המשפט להסיק מודעות לאפשרות קרות התוצאה מתוך התנהגותו של הנאשם ולהרשיעו בעבירה של המתה בקלות דעת, כפי שנעשה גם כיום כאשר ההרשעה היא בהריגה. במקרים שלא ניתן יהיה להסיק כך, יורשע הנאשם בעבירה של גרם מוות ברשלנות, אשר כאמור נושאת עימה אפשרות לענישה משמעותית של עד שלוש שנות מאסר.

נספח ב' - עבירות ההמתה במשפט הישראלי – הדין הקיים

עבירות ההמתה הכלליות בחוק הישראלי קבועות בסימן א', אשר כותרתו "גרימת מוות", שבפרק י' לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: "חוק העונשין"), אשר כותרתו "פגיעות בגוף". העבירות הכלליות הן אלו:

א. עבירת הריגה, אשר היסוד הנפשי הנדרש בה הוא מחשבה פלילית, והעונש המרבי בצידה עומד על 20 שנות מאסר.[1] היקפה של עבירה זו רחב מאוד, והיא חלה גם על אותם מקרים של המתה בכוונה שאינה כוונה תחילה, ולפיכך אינם באים בגדרה של עבירת הרצח.

ב. עבירת רצח, שהעונש בצידה הוא מאסר עולם כעונש חובה.[2] עבירת הרצח כוללת המתה בארבעה מקרים ספציפיים – המתה בכוונה תחילה,[3] המתת הורה או סב,[4] המתה תוך ביצוע עבירה אחרת או תוך הכנות לביצועה או כדי להקל על ביצועה, והמתה אחרי ביצוע עבירה אחרת כדי להבטיח בריחה או הימלטות מעונש.[5] לצידה של עבירת הרצח קיימת הוראה המאפשרת הטלת עונש מופחת במקרים מסוימים.[6]

ג. עבירה של גרימת מוות ברשלנות שהעונש המרבי בצידה הוא שלוש שנות מאסר.[7]

בפרק עבירות גרימת המוות קיימת גם עבירת ניסיון לרצח,[8] שהעונש המרבי הקבוע בצידה הוא עשרים שנות מאסר.

לצד עבירות ההמתה הכלליות קיימות עבירות ספציפיות, בהן המתת תינוק[9] ושידול או סיוע להתאבדות,[10] הקבועות אף הן בסימן "גרימת מוות", וכן עבירות הקבועות בסעיפים 17, 18 ו- 18א(ב) לחוק הטייס (עבירות ושיפוט), התשל"א-1971, שהעונש בגינן הוא מאסר עולם חובה.

1. רצח

א. כללי

נוסחה של עבירת הרצח בחוק העונשין הינה כדלהלן:

300. רצח

(א) העושה אחת מאלה יאשם ברצח ודינו – מאסר עולם ועונש זה בלבד:
(1) גורם במזיד או במחדל אסורים, למותו של אביו, אמו סבו או סבתו;
(2) גורם בכוונה תחילה למותו של אדם;

---

[1] סעיף 298 לחוק העונשין.
[2] סעיף 300 (א) לחוק העונשין
[3] סעיף 300(א)(2) לחוק העונשין בצירוף סעיף 301 לחוק העונשין.
[4] סעיף 300(א)(1) לחוק העונשין.
[5] סעיפים 300(א)(3) ו- 300(א)(4) לחוק העונשין.
[6] סעיף 300א לחוק העונשין.
[7] סעיף 304 לחוק העונשין.
[8] סעיף 305 לחוק העונשין.
[9] סעיף 303 לחוק העונשין.
[10] סעיף 302 לחוק העונשין.

(3) גורם במזיד למותו של אדם תוך ביצוע עבירה או תוך הכנות לביצועה או כדי להקל על ביצועה;
(4) גורם למותו של אדם כשנעברה עבירה אחרת, כדי להבטיח לעצמו, או למי שהשתתף בביצוע אותה עבירה, בריחה או הימלטות מעונש.

301. כוונה תחילה
(א) לעניין 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.
(ב) לעניין ההחלטה וההכנה להמית, אין נפקא מינה אם החליט להמית את האדם או את מישהו, מסוים או בלתי מסוים, מבני משפחתו או מבני גזעו.
(ג) כדי להוכיח כוונה תחילה אין צורך להראות שהנאשם היה שרוי בהלך נפש מסויים במשך זמן פלוני או תוך תקופה פלונית שלפני ביצוע העבירה או שהמכשיר שבו בוצעה הוכן בזמן פלוני שלפני המעשה.

עבירת הרצח הייתה קבועה בסעיפים 214 ו- 216 לפקודת החוק הפלילי המנדטורית משנת 1936 (להלן: "הפח"פ"). בשנת 1977 אומץ הניסוח לחוק העונשין. ההיסטוריה החקיקתית של העבירה מעידה שבטרם חקיקת הסעיפים לפח"פ, התנהל מאבק ממושך בדבר נוסח הסעיף,[11] שתוצאתו הייתה פשרה בין הקוד הקפריסאי לקוד העותומאני, או אולי פשרה בין הקוד האנגלי לקוד הצרפתי.[12] לפיכך, על אף שמקור הפקודה מנדטורי, הדין הישראלי נבדל מהדין האנגלי בנוגע ליסוד ה"כוונה תחילה": בעוד הדין הישראלי דרש כי תתקיים כוונה מיוחדת, הדין האנגלי הסתפק אז במצב נפשי פחות מזה.[13] למרות שאומץ מאפיין שהוא זר למשפט האנגלי, הוא הוגדר באמצעות מושגים הלקוחים מהמשפט האנגלי, כגון העדר קינטור. עקב כך נוצרה מתכונת נטולת בהירות ועקביות.

לכאורה, עובדה זו הייתה צריכה להוביל את המחוקק הישראלי לערוך רביזיה בנוסח העבירה. הצורך ברביזיה חקיקתית הודגש על ידי שופטים שונים, אשר על אף חילוקי הדעות ביניהם בנוגע לפרשנות יסודות העבירה, הסכימו כי נוסח העבירה מסורבל ולוקה בחסר.[14] ברם, למרות מקומה המרכזי של עבירת הרצח בספר החוקים הישראלי והשנים הרבות שעברו מאז חקיקתה, עבירה זו לא עברה שינויים חקיקתיים ונוסחה נשאר תואם לנוסח המנדטורי.[15]

---

[11] ר' יורם שחר, "כוונת המחוקק ב'כוונה תחילה'", **מחקרי משפט** ב 204, 206 (תשמ"ב). פרופ' שחר סבור שהמקור של סעיף 216 לפח"פ הינו עות'מאני, ולכן קרוב ברוחו לדין הצרפתי, אולם לתוך הניסוח העות'מאני הוכנסו יסודות אנגליים, והסעיף לקוח מפרשנותו של סאלים בן רוסתום באז, התובע הכללי של מחוז לבנון, לקוד העות'מאני (שם, בעמ' 212-241).

[12] אהרן אנקר, "רצח בכוונה תחילה", **משפטים** ו 478, 485 (תשל"ו).

[13] ש"ז פלר, "ההכנה, כיסוד הכוונה-תחילה", **הפרקליט** כו 51, 53 (תש"ל).

[14] ר' ע"פ 69/54 **מרדוסיאן ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד ח 930, 933 (1954): "סעיף 216 של פקודת החוק הפלילי, 1936, מגדיר המונח PREMEDITATION. אין אנו יכולים להימנע מלהצביע על כך שסעיף זה ערוך בצורה בלתי רגילה בזה שנוסח במלים מפורטות למעלה מן המידה, ונראה לנו כי המחוקק ברצותו להבהיר משמעות המונח באופן הברור ביותר הגיע כמעט לכך שסיכל את מטרתו על-ידי כניסת יתר לפרטים. מר קטן הזכיר כי בחוק הארצישראלי צוין ההבדל בין כוונה להרוג ו- premeditation אשר נגזרה מהמשפט העות'מאני והמשפט הצרפתי". ר' גם את דברי השופט זוסמן בע"פ 97/68 **סוויסה נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד כב(2) 759, 770-771 (1968): "מה גם שנוסחו המסורבל של סעיף 216 הנ"ל, על ההגדרות והגדרות הנגד שבו, עליו כבר נמתחה בקורת בבית-משפט זה, אינו אלא משענת קנה רצוץ לאבחנה בין רצח ובין הריגה".

[15] למעשה השינוי המשמעותי היחיד הוא לא בהגדרת העבירה, אלא בעונש. העונש על רצח בכוונה תחילה על פי הפח"פ היה עונש מוות, אך בשנת 1954 בוטל עונש המוות בחוק לתיקון דיני העונשין (ביטול עונש המוות על רצח), תשי"ד-1954; לעניין זה ר' גם מרדכי קרמניצר, "הדין הישראלי – הצעה לרפורמה בעבירות ההרג והרצח", בעמ' 2).

עבירת הרצח היא עבירה שהעונש הקבוע בצידה הינו מאסר עולם חובה, שהוא אחד העונשים החמורים ביותר בדין הפלילי הישראלי. העונש החמור משקף את הערך של קדושת חיי אדם ואת הצורך להעניש בחומרה את מי שגרם באותן נסיבות חמורות המנויות בסעיף למותו של אדם.

ב. רצח בכוונה תחילה

הגדרתה של עבירת הרצח בכוונה תחילה משתרעת על פני סעיפים 300(א)(2) ו- 301 לחוק העונשין ויסודותיה הם:

1. גרימת מות אדם
2. החלטה להמית
3. העדר התגרות בתכוף למעשה
4. הכנה להמית

כפי שיבואר להלן, בתי המשפט בישראל בחרו לפרש את היסודות של "כוונה תחילה" בצמצום רב, ובכך הגדילו את קשת המקרים בהם נאשמים עשויים להיות מורשעים בעבירת הרצח, בהשוואה לאפשרות הפרשנית האחרת שהייתה מרחיבה את משמעות ה"כוונה תחילה" ומצמצמת את גדריה של העבירה.

נסיבה זו מגלמת את התפיסה לפיה אדם הממית את קורבנו בכוונה תחילה ראוי לתיוג רוצח ולעונש של מאסר עולם. אמנם, יש החולקים על כך כי מבחינה מוסרית ה"כוונה תחילה" הופכת בהכרח את לקיחת חיי האדם לחמורה יותר. כך למשל, פרופ' פלר העלה את הטענה ההפוכה, דווקא, כי אדם הקוטל חיי אדם לאחר שקילה והרהור הינו מוסרי יותר מזה הקוטל אדם באופן ספונטני; ישנם מקרים שבהם מתקיימת כוונה תחילה, אולם ברור כי מבחינה מוסרית חומרתם פחותה.[16] בתי המשפט בישראל ראו מקרים, דוגמת המקרה שהביא פרופ' פלר, כחריגים לכלל לפיו ככל שאדם פעל מתוך שליטה עצמית מלאה ולאחר שקילה של המעשה – כך חומרת העבירה שביצע רבה יותר.

גרימת מוות

עבירת הרצח היא עבירה תוצאתית, אשר היסוד הפיזי בה מתקיים אם נגרם מות אדם כתוצאה מהתנהגותו של העושה. ליסוד הפיזי מתווספים היסודות הנפשיים המרכיבים את ה"כוונה תחילה", והם: ההכנה, ההחלטה להמית והעדר ההתגרות. המבחן שנקבע בפסיקה לגרימת המוות הוא כפול: קשר סיבתי עובדתי, וקשר סיבתי משפטי.

הכנה

הפסיקה הישראלית בראשית ימי המדינה התלבטה בשאלת פרשנות דרישת ה"הכנה": האם מדובר ביסוד פיזי או ביסוד נפשי? קרי, האם על התביעה להוכיח כי הנאשם ביצע פעולות מסוימות כהכנה לאקט הקטלני, או שעליה להוכיח כי הנאשם הכין עצמו מבחינה נפשית למעשה הקטילה? בפרשת

[16] ר' **פלר**, לעיל ה"ש 13, בעמ' 56. הדוגמה במאמר למקרה של רצח שחומרתו המוסרית פחותה היא של הורים השמים קץ לחיי ילדים הסובלים מפגמים בריאותיים קשים או מפיגור. ניתן להוסיף למקרים אלו את המתות החסד.

כליל, ציין השופט זילברג כי לדעתו מבחן ה"הכנה" הוא שילוב של אלמנטים פיזיים ונפשיים גם יחד, ואם המעשה נעשה תוך החלטה רגעית ופתאומית, מדובר בהריגה גרידא.[17] אולם בפרשת *מרדוסיאן*, הסיק השופט זילברג את קיומה של ההכנה מכך, ש"הרוצח הוא שטלטל את הפצירה לקרבת המיטה, ודבר זה בלבד מהווה "הכנה" במובן סעיף 216 (ג) של החוק".[18] מדברים אלה משתמע כי ההכנה היא יסוד פיזי בלבד. בסופו של דבר, אכן נקבע כי המבחן בנוגע לדרישת ה"הכנה" הוא מבחן פיזי טהור.[19]

גישה זו של הפסיקה הישראלית זכתה לביקורת רבה בספרות. לדעת פרופ' פלר, ה"הכנה", כיסוד של "הכוונה תחילה", היא יסוד נפשי ולא עובדתי, ומתוך כך, כדי שהרצח יהיה ב"כוונה תחילה", על המבצע להכין את עצמו מבחינה שכלית, רגשית ורצונית למעשה ההמתה.[20] ההכנה הפיזית, לטענת פרופ' פלר, היא רק אמצעי ראייתי המלמד על ההכנה הנפשית. בנוסף, ביקר פרופ' פלר את גישת בתי המשפט, שהסיקו קיומה של "הכנה" מסדרת פעולות המהוות חלק מביצוע הרצח עצמו, כגון: הפיכת הקורבן ודקירתו החוזרת, כיוון האקדח לעבר המנוח, הרמת הסכין על מנת לדקור את הקורבן שוב ושוב, הבאת הכלי ששימש לרצח מחדר אחר, טעינת כדור מחדש באקדח ועוד.[21] לטענת פרופ' פלר, גם אם יאומץ המבחן הפיזי, הפרשנות הראויה ליסוד ה"הכנה" היא פעולות שביצע הנאשם לפני תחילת ביצוע הרצח. פרופ' פלר הביא כאסמכתא לעמדתו את גישת השופט קיסטר בפרשת *סוויסה*.[22]

הנשיא אגרנט, בפרשת *נעים בנו*,[23] דחה את ביקורתו של פרופ' פלר וקבע חד-משמעית כי המבחן בפסיקה הישראלית בנוגע ל"הכנה" הוא מבחן פיזי. נימוקיו להחלטה זו נוגעים בפן המהותי ובפן הפורמאלי. לפי הנימוק המהותי, קשה עד בלתי אפשרי לדעת מה מקנן בלב הנאשם, ועל כן כוונת המחוקק הייתה לסייע בידי בית המשפט בהתוויית מבחן ברור יותר – הוא המבחן הפיזי. הנימוק הפורמאלי מבוסס על נוסחו של סעיף 216 לפח"פ, בו נקבע מפורשות שכדי להוכיח כוונה תחילה, אין צורך להראות כי הנאשם היה בהלך רוח מסוים לפני ביצוע הפשע. מכאן למד הנשיא אגרנט כי גישת הפסיקה היא הגישה הנכונה.[24] הנשיא אגרנט הודה כי בחירת המבחן הפיזי משמעותה ריקון דרישת ההכנה מתוכן, שכן בכל המקרים בהם יתקיימו המבחנים האחרים של "כוונה תחילה" (קרי, החלטה להמית והעדר קינטור) יתקיים גם מבחן ההכנה,[25] אולם לדעתו תוצאה זו היא התוצאה הראויה מבחינה מוסרית. להמחשת עניין זה, הציג הנשיא אגרנט את הדוגמה הבאה: אדם החליט לרצוח את

---

[17] ע"פ 65/49 **כליל נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד ד 75, 85 (1950).

[18] פרשת **מרדוסיאן**, לעיל ה"ש 14, בעמ' 930-931.

[19] ר', למשל, ע"פ 186/57 **זכי אליהו נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד יב 236 (1958); ע"פ 183/58 **גינטר זומרפלד נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח'**, פ"ד יג 1323 (1959); ע"פ 552/68 **אברהם אילוז ואליהו אליאס נ' מדינת ישראל**, פ"ד כג(1) 337, 382-383 (1969).

[20] **פלר**, לעיל ה"ש 13, בעמ' 67.

[21] שם, בעמ' 71-72.

[22] ר' פרשת **סוויסה**, לעיל ה"ש 14. בפסק דינו קבע השופט קיסטר, בדעת מיעוט, כי יש לזכות את הנאשם מרצח ולהרשיעו בהריגה, וזאת מאחר שלא התקיימה דרישת ה"הכנה". השופט קיסטר סבר כי הנאשם, אשר נטל את הסכינים בפתאומיות מהמטבח ודקר את בני משפחת אשתו, אשר באו להשכין שלום בין בני הזוג, פעל בפתאומיות ובלי הכנה מוקדמת.

[23] ע"פ 396/69 **נעים בנו נ' מדינת ישראל**, פ"ד כד(1) 561 (1970).

[24] שם, בעמ' 570-571.

[25] שם, שם. הנשיא אגרנט מאזכר את פרשת **כליל**, לעיל ה"ש 17, כדוגמה היחידה לכך שנאשם זוכה מרצח בשל העדר הכנה, אך מוסיף כי לו המקרה היה נדון כעת, התוצאה הייתה שונה.

חברו, והנה מצא את חברו על צוק באקראי, ודחפו למותו. במקרה כזה, מבחינה מוסרית, יש להרשיעו ברצח, על אף שלא התקיימה הכנה נפשית לפני הדחיפה.[26]

לאחר פסק הדין בפרשת *בנו* קבעו בתי המשפט, באופן עקבי, כי מבחן ה"הכנה" הוא מבחן פיזי טהור. בפרשת *מוניר עבדול האדי* נכתב כי: "ההלכה הנ"ל, לפיה קיים יסוד ההכנה אפילו נמשכה אותה ההכנה זמן קצר ביותר והיוותה חלק ממעשה הקטילה עצמו, מושרשת בפסיקתנו במידה כזאת שאין עוד מהרהרין אחריה".[27] בנוסף, בתי המשפט המשיכו לקבוע כי ניתן ללמוד על התקיימות ההכנה ממעשיו של המבצע תוך תהליך הקטילה.[28] אמנם, מדי פעם עולה בפסיקה השאלה, האם ניתן לכלול אלמנטים נפשיים במבחן ה"הכנה",[29] אך הדבר נעשה תמיד אגב אורחא, והערות אלו לא הביאו לכרסום ממשי בהלכה המושרשת שתוארה לעיל.[30]

צמצום נוסף של יסוד ה"הכנה" היה שילובו עם יסוד ה"החלטה להמית". הקישור בין ההחלטה להמית לבין ההכנה נקבע לראשונה בפרשת *לוגסי*,[31] והפסיקה שלאחר מכן חזרה עליו בעקביות.[32] מכאן, כפי שכתב הנשיא אגרנט בפרשת *בנו*, קשה לחשוב על מקרים בהם יקבע בית המשפט כי התקיימה החלטה להמית, אולם יזכה את הנאשם מעבירת הרצח עקב אי-קיומה של הכנה.[33]

החלטה להמית

משמעותה של דרישת ההחלטה להמית היא כי הנאשם גיבש החלטה לקטול את קורבנו, כלומר הייתה לו כוונה להמית את הקורבן. בנוגע לפירוש הראוי ליסוד נפשי זה, התעוררה הסוגיה הבאה: מתי צריכה להתגבש ה"החלטה להמית" – האם לפני שהנאשם החל בפעולות הקטילה, או שדי בהחלטה ספונטאנית שהתגבשה תוך כדי הליך הקטילה עצמו. סוגיה נוספת שהתעוררה בהקשר זה קשורה לדיני הראיות, והיא: כיצד ניתן להוכיח כי בליבו של אדם התגבשה "החלטה להמית"?

בשנים הראשונות להקמת המדינה גילו בתי המשפט התלבטות מסוימת בקשר לשאלה הראשונה, אך קבעו לבסוף כי ההחלטה להמית יכולה להתגבש אף תוך כדי האקט הקטלני עצמו. בפרשת *סוויסה*, השופט קיסטר (על אף שהיה בדעת מיעוט וסבר כי בנסיבות העניין לא התגבשה בנאשם "החלטה

---

[26] שם, שם.

[27] ע"פ 563/79 **מוניר עבדול האדי נ' מדינת ישראל**, פ"ד לד(2) 608, 613-614 (1980). הלכה זו צוטטה רבות, ר' למשל ע"פ 299/81 **שלום טטרואשווילי נ' מדינת ישראל**, פ"ד לו(1) 141, 148-149 (1981).

[28] ר' לדוגמה ע"פ 4246/91 **ג'בארה נ' מדינת ישראל**, תק-על 92(4) 148, 149.

[29] ר' למשל דעת השופט בך בע"פ 339/84 **אליעזר רבינוביץ נ' מדינת ישראל**, פ"ד לט(4) 253, 265-266 (1985) וכן עמדת השופטת בן פורת בע"פ 553/77 **ג'וזף איברהים תומא נ' מדינת ישראל** פ"ד לב(3) 141, 152-153 (1978).

[30] ר', למשל, ע"פ 3570/98 **יאן קבטני נ' מדינת ישראל**, תק-על 2002(1) 532, 533; ע"פ 392/91 **שץ נ' מדינת ישראל**, פ"ד מז(2) 299, 308 (1993); דברי השופט אור בע"פ 6823/01 **עבדאללה בכיר נ' מדינת ישראל**, תק-על 2004(1) 2798, 2800: "מעשה ההכנה מתגבש פעמים רבות בו זמנית להחלטה להמית ויכול להתהוות על אתר, ללא הערכות מוקדמת".

[31] ע"פ 287/65 **משה לוגסי נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד יט(3) 525 (1965).

[32] ר' דברי הנשיא שמגר בע"פ 655/78 **אלכסנדר שמידמן נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד לד(1) 63, 72-73 (1979); דברי השופטת פרוקצ'יה בע"פ 759/97 **אליאבייב אלכסנדר נ' מדינת ישראל**, פ"ד נה(3) 459, 469-470 (2001) ובע"פ 6167/99 **יעקב בן שלוש נ' מדינת ישראל**, פ"ד נז(6) 577, 594 (2003): "לעיתים, אקט ההחלטה להמית וההכנה שלובים זה בזה במעשה ההמתה עצמו, עד שכמעט אין פסק זמן ביניהם, ולעיתים אין הם ניתנים להפרדה".

[33] כך סבר אף פרופ' **פלר**, לעיל ה"ש 13, בעמ' 62.

להמית״) קבע כי בית המשפט המחוזי רשאי היה להסיק קיומה של החלטה להמית בשלב הדקירות שגרמו למותו של המנוח: ״ייתכן, וכפי שצוטט לעיל, ומעשה ההחלטה יוסק ממעשה הפשע עצמו, וצורתו ואזי המעשה וההחלטה באים כאחד, יש וגם אותו המעשה מהווה הוכחה לקיומה של הן החלטה והן הכנה״.[34]

פרופ׳ פלר ביקר את גישת בית המשפט העליון בנוגע לסוגיה זו. לטענתו, על מבחן ההחלטה להמית להעיד אף הוא על כוונה מיוחדת, הנבדלת מכוונה ספונטאנית לגרום למות הקורבן. כלומר, גם על ההחלטה להמית להעיד כי המבצע עבר תהליך של שקילה והרהור קודם לביצוע הקטילה. בפרשת *בנו*, השיב הנשיא אגרנט לטענה זו של פרופ׳ פלר. הנשיא אגרנט קבע כי היסוד של החלטה להמית אינו צריך להעיד על כך שהקטילה נעשתה לאחר שקילה והרהור קודמים, אלא עליו להעיד כי ״בשעת מעשה קיננה בלב העבריין כוונת קטילה ממשית, זאת ותו לא״.[35] גישה זו של הנשיא אגרנט אומצה גם בפסיקה מאוחרת יותר.[36]

יסוד ההחלטה להמית מהווה את הרכיב העיקרי ביסוד הנפשי הנדרש בעבירת הרצח. הרוב המכריע של המקרים בהם בית משפט העליון בחר להתערב בתיקי רצח, וקיבל ערעורי נאשמים על הרשעתם, נסבו סביב הוכחת יסוד ההחלטה להמית. כך לדוגמה בפרשת *איזדמיר*.[37] במקרים אחרים זוכו נאשמים מעבירת הרצח והורשעו בעבירה פחותה, על אף שירו למוות בקורבנותיהם, מכיוון שלא הוכח כי התכוונו לגרום למותו של המנוח, ולא רק להפחידו או לחבול בו. דוגמה לכך ניתן למצוא בפרשת *תומא*.[38]

בפסקי דין אחרים בהם זוכו נאשמים מעבירת הרצח, עקב העדר החלטה להמית, המעשה הקטלני נעשה תוך כדי קטטה. במקרים בהם תגרת ידיים התפתחה לכלל רצח, נטו בתי המשפט לקבוע כי קיים ספק בדבר ההחלטה להמית, שכן ייתכן שהקוטל התכוון רק לחבול במנוח ולא להמיתו. כך למשל, בפרשת *הורוביץ* נדחה ערעור המדינה על זיכוי נאשם מרצח, בנימוק שלא התקיימה בנאשם החלטה להמית.[39] מקרה פרדיגמאטי אחר הוא פרשת *עזאם*, בה סכסוך שכנים הוביל לקטטה שבה השתתפו מספר אנשים, ושבמהלכה דקר המערער את המנוח בצווארו למוות. על אף מיקומה של הדקירה באזור גוף רגיש במיוחד, בית המשפט לא ראה בה ראיה קונקלוסיבית לכוונה להמית.[40]

---

[34] פרשת **סוויסה**, לעיל ה״ש 14, בעמ׳ 759-768.

[35] פרשת **בנו**, לעיל ה״ש 23, בעמ׳ 570-571.

[36] ר׳, למשל, ע״פ 29/79 **יחזקאל עזרא בן סלמאן נ׳ מדינת ישראל**, פ״ד לד(2) 118, 128-129 (1979).

[37] ע״פ 288/78 **איזדמיר נ׳ מדינת ישראל**, פ״ד לד(2) 200 (1979). באותו מקרה הורשע הנאשם בבית המשפט המחוזי ברצח אשתו, לאחר שחבט בה במקל של מטאטא עד שמתה. השופט חיים כהן ביטל את הרשעתו של הנאשם בעבירת הרצח והמירה בהריגה, בשל קביעתו כי לא התקיים בנאשם יסוד ההחלטה להמית את המנוחה. זאת, משום שהנאשם נהג להכות את המנוחה כעניין שבשגרה, ולא בחר בכלי שמעצם טיבו מעיד על כוונת קטילה (מקל עץ חלול שאף נשבר בזמן התקיפה).

[38] ר׳, למשל, פרשת **תומא**, לעיל ה״ש 29, בעמ׳ 149-150.

[39] ע״פ 410/71 **מרדכי הורוביץ נ׳ מדינת ישראל**, פ״ד כו(1) 624, 633-634 (1972).

[40] ע״פ 139/86 **עבדל עזאם נ׳ מדינת ישראל**, פ״ד מא(3) 343, 350-351 (1987); ר׳ גם ע״פ 4932/00 **ודים יעקבלב נ׳ מדינת ישראל**, תק-על 2002(1) 756, 758; ע״פ 9369/07 **אנסטסיה מיקל נ׳ מדינת ישראל**, תק-על 2009(1) 2092, בפס׳ 14 לפסק דינה של השופטת נאור ופסק דינה של השופטת ארבל; **קרמניצר**, לעיל ה״ש 15.

בפרשת *טורק* זיכה בית המשפט העליון, בדעת רוב, נאשם שהורשע בבית המשפט המחוזי בעבירת הרצח, והרשיעו בהריגה. באותו מקרה ירה הנאשם בשכנו המנוח מספר כדורים שפגעו בגבו וגרם למותו. השופט א' א' לוי קבע כי אמנם הנאשם היה מודע לאפשרות שהירי יגרום למוות, והיה אדיש לתוצאה הקטלנית, אולם לא ניתן לקבוע מעל לספק סביר כי הנאשם התכוון לגרום למוות, להבדיל מכוונתו לפצוע את הקורבן.[41]

העדר קינטור

לשם הרשעת נאשם בעבירת הרצח, על התביעה להוכיח, בנוסף ליסודות ה"הכנה" וה"החלטה להמית", כי הנאשם פעל "בלי שקדמה התגרות בתכוף למעשה, בנסיבות שבהן יכול לחשוב ולהבין את תוצאות מעשיו". ההצדקה המקובלת לדרישה זו, שכונתה בפסיקה "העדר הקינטור", היא ההתחשבות בחולשת הטבע האנושי:

> "בדרך כלל חייב אדם לשלוט בכוח רצונו ושומה עליו שלא להיכנע לסערת הרוח שנתחוללה בקרבו. אולם, מקום שנסער אדם ואיבד את השליטה העצמית בהשפעת קינטור וכתוצאה מכך גרם למותו 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...".[42]

הצדקה אחרת ליסוד של "העדר קינטור" מבוססת על עמדה מוסרית, לפיה אדם המגיב באופן ספונטאני, במצב של זעם עז הנובע מהתגרות, עלול להתקשות מאוד לשקול את התוצאה המוסרית של מעשיו. על כן, אשמתו המוסרית פחותה מזו של אדם שהיה בידו את הפנאי לשקול היטב את ההשלכות המוסריות החמורות של מעשיו ולהוציאן לפועל.[43]

פרופ' פלר ביקר את היסוד של "העדר קינטור", בהיותו יסוד שלילי – על התביעה להוכיח כי בנסיבות המקרה הנאשם **לא** פעל בעקבות התגרות.[44] דרישה שכזו הינה חריגה בנוף המשפט המשווה: ברוב המדינות הקינטור מעוגן כסייג חלקי, שאינו חלק מהגדרת היסוד הנפשי הנדרש להרשעה ברצח.

בעשר השנים הראשונות לאחר הקמת מדינת ישראל, התלבטו בתי המשפט בשאלה האם לאמץ, בנוגע לדרישת "העדר הקינטור", את המבחן האובייקטיבי הנהוג במשפט האנגלי. לפי מבחן זה, על מנת שיתקיים מצב של קינטור, לא די בכך שהנאשם קונטר בפועל על ידי התגרות לפני שביצע את המעשה הקטלני, אלא על הקינטור לעמוד בדרישה נוספת, לפיה אדם סביר שהיה מצוי באותה סיטואציה היה

---

[41] ע"פ 1632/08 **סאלם טורק נ' מדינת ישראל**, תק-על 2009(2) 3474. יצוין, כי במקרה זה השופט רובינשטיין סבר בדעת מיעוט כי יש להותיר את ההרשעה ברצח על כנה משום שהשתלשלות האירועים, מספר היריות ומיקומן מלמדות על התגבשותה של החלטה להמית.

[42] מתוך פסק דינו של הנשיא אגרנט בפרשת **בנו**, לעיל ה"ש 23, בעמ' 579. ר' גם ע"פ 402/87 **מדינת ישראל נ' גנדי**, פ"ד מב(3) 383, 390 (1988).

[43] ר' ע"פ 4269/99 **רוזן נ' מדינת ישראל**, תק-על 2002(4) 1081, 1087. כן ר' דבריו של השופט גולדברג בע"פ 322/87 **דרור נ' מדינת ישראל**, פ"ד מג(3) 718, 732 (1989): "החלטה ספונטאנית להרוג, אשר נולדה עקב התגרות, היא שמביאה להפחתת העבירה כדי הריגה, בהתחשב ב'חולשת הטבע האנושי'. ובמלים אחרות, התרופפות הבלמים המוסריים, באשר לתוצאות המעשה, המביאה אדם, מחמת ההתגרות, להחלטה ליטול חיי אדם, מובנת על ידי המחוקק, גם אם אינה מוצדקת על ידיו".

[44] **פלר**, לעיל ה"ש 13, בעמ' 59.

מתקנטר אף הוא עד כדי ביצוע המעשה הקטלני. לאחר התלבטות (לא ארוכה), בחרו בתי המשפט בישראל לאמץ את גישת הדין האנגלי[45] וקבעו כי על הקינטור לעמוד בשני מבחנים מצטברים: הראשון – סובייקטיבי, הבוחן האם המבצע קונטר בפועל על ידי התנהגות פרובוקטיבית, של הקורבן או של אדם אחר; והשני – אובייקטיבי, הבוחן האם אדם סביר, אשר היה נתקל באותה התנהגות מתגרה, היה מתקנטר אף הוא עד כדי קטילת חיי הקורבן.

המבחן הכפול, האובייקטיבי והסובייקטיבי, נקבע בפרשת *סגל* בדעת רוב של השופטים גויטיין וברנזון, אל מול דעתו החולקת של השופט זילברג.[46] על אף המחלוקת הנוגעת לפרשנות הסעיף, סברו הן שופטי הרוב והן שופט המיעוט כי המבחן האובייקטיבי הוא המבחן הראוי מבחינה מוסרית. כפי שניסח זאת השופט גויטיין:

> "קנטור הנו גורם ההופך אדם סביר להורג: אך בשום פנים לא אדם בלתי סביר להורג, מפני שהאדם הבלתי סביר ודאי שיגיב בדרך בלתי סבירה, מטרת החוק היא להגן בפני תגובות בלתי סבירות ומפני תוצאות היצר הרע והוא רואה בתגובה הבלתי סבירה הוכיחה לרשעותו של האדם".[47]

בפרשת *בנו*, הנשיא אגרנט חידד את מהותו של המבחן האובייקטיבי וקבע כי משמעותו של המבחן אינה כי אדם סביר בנעליו של הנאשם היה מבצע מעשה המתה, אלא רק אם "הקינטור שהופנה כלפי הנאשם היה כה רציני, בשים לב לנסיבות המקרה, עד כדי שיש להסיק שרוב האנשים היו מתקשים מאוד שלא להיכנע להשפעתו ולפיכך היו עלולים להגיב בצורה הקטלנית שבה הגיב הנאשם".[48]

מכאן ואילך, התייחס בית המשפט העליון לפרשנות יסוד העדר הקינטור כסוגיה שהוכרעה, וקבע חד-משמעית כי המבחן החל בישראל כולל הן את המבחן הסובייקטיבי והן את המבחן האובייקטיבי.[49] זאת, למרות ביקורות שהועלו מצד סניגורים ומלומדים שונים, לפיהן המבחן האובייקטיבי הינו בלתי מוצדק – שהרי ה"אדם הסביר" לעולם לא מאבד את קור רוחו – ועל כן מן הראוי לבטלו ולהסתפק במבחן הסובייקטיבי. ברם, בתי המשפט חזרו וקבעו כי המבחן האובייקטיבי הוא המבחן הראוי והנכון לבחינת התקיימותו של קינטור. כך למשל השיב לביקורות השופט שמגר בפרשת *סימן טוב*:

> "הצבתה של אמת המידה האובייקטיבית של האדם הסביר לצד אמת המידה הסובייקטיבית כמבחן מצטבר ונוסף משרתת מטרה חברתית ומוסרית ראשונה במעלה והפכה בכך להכרח בל - יגונה; הותרתו של המבחן הסובייקטיבי כאמת מידה יחידה ובלעדית, [...] עלולה לא רק להוליך למבוי סתום בשל הקושי המעשי בהבהרתו בכל מקרה של הרקע הרגשי-הפנימי, אלא גם הייתה נקבעת בכך משוואה, המורכבת ממזגו ומיצרו של האדם המסוים שהמית את

---

[45] ר' סקירתו של השופט זילברג בנוגע לגישת הדין האנגלי בע"פ 46/54 **סגל נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד ט(1) 393, 400 (1955). כן ר' **שחר**, לעיל ה"ש 11, בעמ' 215-216.

[46] פרשת **סגל**, לעיל ה"ש 45. השופטים גויטיין וברנזון קבעו כי הפרשנות הראויה לסעיף הרצח היא פרשנות המשפט האנגלי, ולכן בפרשנות המילה "התגרות" יש לאמץ את המבחן האובייקטיבי להתגרות. דברים אלה נאמרו אגב אורחא, משום שלדעת שופטי הרוב המקרה הנדון לא עמד גם במבחן הקינטור הסובייקטיבי.

[47] שם, בעמ' 416-417. השופט זילברג העיר כי התוצאה אליה הגיע אינה התוצאה הראויה וקרא לתיקון חקיקה בעניין (שם, בעמ' 410-411).

[48] פרשת **בנו**, לעיל ה"ש 23, בעמ' 580-581.

[49] ר' ע"פ 50/64 **מחמד חג' מחמד עואד אל-נבארי נגד היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד יח(4) 73, 78 (1964) וניתוחו של הנשיא אגרנט בפרשת **בנו**, לעיל ה"ש 23. כן ר' קביעתו החד-משמעית של השופט חיים כהן בע"פ 101/77 **רינגלשטיין נ' מדינת ישראל**, פ"ד לב(2) 623, 627 (1978): "[הלכת המבחן האובייקטיבי] הכתה שורשים כה עמוקים בפסיקתו של בית משפט זה ובתודעה המשפטית והמוסרית שלנו, ששוב אין מחזירים את הגלגל אחורנית".

מישהו אחר, מצד אחד, והגדרתו המשפטית של הקינטור, מצד אחר. על-פי המבחן הסובייקטיבי אין נשאלת השאלה, אם מי שהמית אחר ניסה לרסן עצמו או עשה אף כהוא זה כדי לשים מחסום לכעסו או לקנאתו, אלא רק אם פלוני איבד למעשה את שליטתו כתוצאה מן ההתגרות. משמע, לו היה המבחן הסובייקטיבי עומד בגפו, בהקשר המשפטי שבפנינו, היה בכך בין היתר, כדי לזנוח מראש כל ניסיון לכפות התנהגות נורמטיבית ולהחיל את עקרון השוויון בפני החוק״.[50]

לאחר שהוכרע נושא קיומו של המבחן האובייקטיבי, המשיכו בתי המשפט לדון בשאלת היקפו.[51] השאלה המרכזית שעמדה לדיון הייתה: האם על בית המשפט לכלול במבחן האובייקטיבי את תכונותיו הייחודיות של הנאשם? לדוגמה, אם הנאשם שעמד לדין בגין רצח היה עיוור, האם על בית המשפט, כאשר הוא בוחן את הקינטור האובייקטיבי, לבדוק האם אדם עיוור סביר היה מתקנטר בנסיבות העניין? בפרשת *עזאם* טען הנאשם כי הזעם שאחז בו נגד המנוח נבע מפגיעתו של המנוח ב״כבוד המשפחה״. השופט בייסקי דחה את הטענה וקבע:

״המבחן האובייקטיבי אינו מאפשר לסווג את הקינטור על פי מגזרים מסוימים של האוכלוסייה, או על פי רגישות למנהגי עדות, כגון פגיעה בכבודה של האשה״.[52]

גם בעניין *גנדי* קבע השופט שמגר:

״אין מאבחנים לצורך התגובה על ההתגרות בין סוגי אנשים סבירים לפי השכלתם, מוצאם או יכולתם השכלית. לשון אחר, המחוקק אינו מאבחן בין פועל סביר לבין בנקאי סביר, אלא קובע נורמה התנהגותית של אדם סביר ממוצע שהוא דמיוני, אך מייצג שילוב ומיזוג של הדמויות, מהם נוצרת הנורמה האקדמית האמורה״.[53]

גישה זו זכתה לביקורת בספרות. פרופ׳ יורם שחר טען כי המבחן האובייקטיבי יכול להיות צודק כאשר הוא מייצג נאמנה את האדם הרגיל בחברה, אך בחברה הישראלית, בה יש שונות גבוהה בין הפרטים המרכיבים את החברה, לא ראוי להפעילו. לפיכך, מבחן ״האדם הסביר״ משקף אמת-מידה שהציבור אינו יכול לעמוד בה.[54] כמו כן, ציין פרופ׳ שחר, כי ספורים המקרים בהם בית המשפט זיכה נאשמים עקב קיומו של קינטור וטען: ״האם אין מקום לומר, לאחר 34 שנים בהן שימש בתפקיד פסיבי זה, כי האדם הסביר בישראל אינו רוצח לעולם, וכי מוטב לנו שנניח לו בלא לטורדו ממנוחתו בכל עת שהורג נפש שאיבד את עשתונותיו מבקש להידמות לו?״.[55]

ד״ר אורית קמיר טענה שבנוסף להיותו של המבחן האובייקטיבי מיותר, הוא גם מזיק, שכן הוא פועל להשפלת הנאשם ולפגיעה בזכויותיו. לטענתה, המבחן הפך להליך מתייג וממשמע, שתוצאתו קביעה

---

[50] ע״פ 686/80 **שלמה סימן-טוב נ׳ מדינת ישראל**, פ״ד לו(2) 253, 265-266 (1982).

[51] ר׳ הערתה של השופטת בן פורת בפרשת **תומא**, לעיל ה״ש 29, בעמ׳ 154, לפיה באנגליה מסתמנת נטייה לצמצם את המבחן האובייקטיבי של הקינטור.

[52] פרשת **עזאם**, לעיל ה״ש 40, בעמ׳ 349-348.

[53] פרשת **גנדי**, לעיל ה״ש 42, בעמ׳ 391-392. ר׳ גם גישתו של השופט חשין בע״פ 6580/96 **מיסגנאו צ׳קולה נ׳ מדינת ישראל**, תק-על 2000(2) 126, 127. בפסק דין זה דחה השופט חשין מכל וכל טענה לפיה חום דמו של האתיופי המצוי שונה מחום דמו של הישראלי המצוי.

[54] יורם שחר, ״האדם הסביר והמשפט הפלילי״, **הפרקליט** לט 78, 84 (תש״ן).

[55] שם, בעמ׳ 91.

לפיה הנאשם אינו "אדם סביר".[56] פרופ' קרמניצר טען כי המבחן האובייקטיבי אינו עולה בקנה אחד עם נוסח החוק, מטשטש את האבחנה בין כוונה תחילה לכוונה ספונטאנית ופוגע בעיקרון החוקיות.[57] מנגד, הביע פרופ' אנקר תמיכה במבחן וטען כי הלה מעוגן בתיבות לשוניות המצויות בנוסח הסעיף, ובראשן התיבה "התגרות".[58]

לאחר שבמשך שנים הסכימו בתי המשפט כי המבחן החל בישראל בנוגע לקינטור הוא המבחן הכפול, האובייקטיבי והסובייקטיבי, בית המשפט העליון החליט לנפי מספר שנים לדון בסוגיה שוב ולבחון את ההלכה מחדש. אולם, בחינה זו לא הובילה לשינוי, ובפרשת *ביטון* הותיר בית המשפט העליון את המבחן האובייקטיבי על כנו. הנשיא ברק קבע כי פרשנות המונח "התגרות" בסעיף 301 אינה המשמעות הלשונית של המונח, והמבחן לעניין עבירת הרצח הוא: "אם האדם הסביר, הרגיל או הממוצע, יראה אותה כהתגרות השוללת או מקיימת את דרישת ה"תחילה" שבכוונה".[59] הנשיא ברק קבע כי מיקומה האנליטי הראוי של ההתגרות הוא מחוץ ליסודות הכוונה תחילה. למרות הקושי האנליטי בשימורו של יסוד אובייקטיבי בתוך הגדרת הדרישה הנפשית, ישנם טעמים מוסריים וחברתיים המצדיקים זאת. הוצאת ההתגרות מגדר הכוונה תחילה תוביל לתוצאות קשות והרסניות, ובמצב כזה עדיף להותיר את המבחן האובייקטיבי על כנו. לדבריו: "תיאוריה או חברה – חברה עדיפה".[60] במישור המשפט הראוי, העיר הנשיא ברק, כי הגם שנדרש סייג נורמטיבי לתחולת הקינטור, הרי שהמבחן האובייקטיבי הטהור, אשר אינו מתחשב באף מאפיין סובייקטיבי של הנאשם העומד בפניו, הוא קיצוני מדי. מנגד, לא ראוי להתחשב בכל הנסיבות הסובייקטיביות של הממית. הנשיא ברק המליץ על רפורמה כללית בעבירות ההמתה שבמסגרתם תיבחן גם סוגיה זו.[61]

הלכת הצפיות ותחולתה בעבירת הרצח בכוונה תחילה

הלכת הצפיות היא דין מהותי שגובש בפסיקה וקיבל עיגון חקיקתי במסגרת תיקון 39 לחוק העונשין, בסעיף 20(ב) לחוק, הקובע: "לעניין כוונה, ראייה מראש את התרחשות התוצאות, כאפשרות קרובה לוודאי, כמוה כמטרה לגרמן".

לפני חקיקתו של סעיף 20(ב), נקבע בפרשת *אילוז*, כי הלכת הצפיות אינה חלה בנוגע ליסוד הנפשי בעבירת הרצח ובנוגע לרכיב "ההחלטה להמית",[62] זאת משום חומרת התיוג והענישה הנלוות לעבירת

---

[56] אורית קמיר, "איך הרגה הסבירות את האשה: חום דמם של "האדם הסביר" ו"הישראלית המצויה" בדוקטרינת הקינטור בהלכת אזואלוס", **פלילים** ו 137, 160 (תשנ"ח).

[57] מרדכי קרמניצר, "כוונה תחילה או כוונה רגילה – ברצח בכוונה תחילה? על מהות היסוד של "העדר קנטור" בעבירה של רצח בכוונה תחילה", **משפט פלילי וקרימינולוגיה א** 9, 13 (תשמ"ו).

[58] **אנקר**, לעיל ה"ש 12, בעמ' 492.

[59] דנ"פ 1042/04 **ביטון נ' מדינת ישראל**, תק-על 2006(4) 2221, בפסקה 46 לפסק דינו של הנשיא ברק.

[60] שם, בפסקה 65 לפסק דינו של הנשיא ברק.

[61] שם, בפסקה 68 לפסק דינו של הנשיא ברק; כן רק דברי השופט א' לוי בע"פ 8332/05 **יצחק איסקוב נ' מדינת ישראל** (ניתן ביום 26.7.07), בפס' 25 לפסק דינו, שם ציין את הבעייתיות שביסוד העדר הקינטור, איזכר את פרשת **ביטון** בה נותרה ההלכה על מכונה והומלץ על רפורמה, וציין כי יש להניח כי הוועדה הציבורית לבחינת רפורמה בעבירות ההמתה תיתן דעתה גם לסוגיית הקינטור.

[62] פרשת **אילוז ואליאס**, לעיל ה"ש 19, בעמ' 390.

הרצח. על גישה זו חזר בית המשפט העליון במקרים נוספים.[63] גישה זו זכתה לתגובות נוגדות בספרות המשפטית. בעוד פרופ׳ פלר סבר כי הלכת הצפיות חלה גם בנוגע לכוונה תחילה, ולכן ישימה לעבירת הרצח,[64] פרופ׳ קרמניצר ופרופ׳ יצחק קוגלר סברו כי הלכת הצפיות יכולה להוות תחליף לכוונה ולא לגבי כוונה תחילה.[65] עמדם של פרופ׳ קרמניצר ופרופ׳ קוגלר מבוססת, בין היתר, על כך שאם מהותה של הכוונה תחילה היא רצון ראשוני, העובר תהליך של הבשלה עד שהוא הופך לרצון מוחלט, לא ניתן – מבחינה לוגית – להחליפו במצב נפשי בו אין כלל רצון.[66]

לאחר חקיקתו של סעיף 20(ב), שוב עלתה בפסיקה סוגית תחולת הלכת הצפיות על עבירת הרצח. בפרשת *עמיר*, השופט גולדברג הציב לראשונה את השאלה האם ראוי לשנות את המצב הקיים ולהחיל את סעיף 20(ב) על עבירת הרצח.[67] שאלה זו הועלתה באמרת אגב בלבד, שכן בית המשפט השתכנע שבנסיבות המקרה היו די ראיות להוכחת כוונה תחילה ללא צורך בהסתייעות בהלכת הצפיות. לאחר מכן, השופט אנגלרד בפרשת *פוליאקוב*[68] הביע את הדעה לפיה מאחר שסעיף 20(ב) מחיל את הלכת הצפיות על כל עבירות התוצאה, ומאחר שרצח היא עבירה תוצאתית – הלכת הצפיות חלה עליה, אולם מכיוון ששאלה זו לא הייתה דרושה להכרעה בערעור הנדון, ציין השופט אנגלרד כי הכרעתו זו אינה בבחינת הכרעה סופית.[69] השופט מצא בפרשת *אלימלך*[70] הביע דעה נוגדת. לדעתו, משיקולים נורמטיביים אין לתייג אדם כרוצח ולגזור עליו מאסר עולם כאשר לא התגבשה בו כוונה מיוחדת, אלא הוא רק ראה מראש את התרחשות התוצאה הקטלנית כקרובה לוודאי. נימוק נוסף הוא נימוק פרשני: אילו ביקש המחוקק בתיקון 39 לשנות את המצב הקיים בנוגע להלכת הצפיות, היה עושה כן מפורשות. אימוץ הלכת הצפיות בסעיף 20(ב) אינו מביע, בפני עצמו, את כוונת המחוקק לשנות את הפסיקה הקיימת.[71] לעומתו, השופטת ברלינר, בפרשת *בן שטרית* סברה כי הגדרות סעיף 20 לחוק העונשין רלוונטיות גם להוכחת ״כוונה תחילה״, אולם השימוש בחזקות משפטיות אלו צריך להיעשות בזהירות וככלי עזר בלבד.[72] באותו עניין השופט רובינשטיין הצטרף לעמדתה של השופטת ברלינר, אולם ציין שהסוגיה אינה דורשת הכרעה בנסיבות העניין.[73]

העולה מכל האמור, שהסוגיה של החלת כלל הצפיות בעבירת הרצח טרם הוכרעה. השופטים אשר התייחסו לשאלה עשו כן באמרות אגב, ומתוך הצגת עמדתם כדעה שטרם גובשה באופן סופי. בפסקי

---

[63] ר׳ פרשת **רבינוביץ**, לעיל ה״ש 29, בעמ׳ 259 ; ע״פ 406/78 **בשירי ואח׳ נ׳ מדינת ישראל**, פ״ד לד(3) 393, 449-450 (1980).
[64] ש״ז פלר **יסודות בדיני עונשין** כרך א׳ 609-607 (תשמ״ד).
[65] יצחק קוגלר **כוונה והלכת הצפיות בדיני עונשין** 456-466 (תשנ״ז); מרדכי קרמניצר, ״משחק מסוכן כארוע עברייני – הערות להערות״, **משפטים** כו 619, 632 (תשנ״ו).
[66] שם, שם.
[67] ע״פ 3126/96 **יגאל עמיר נ׳ מדינת ישראל**, פ״ד נ(3) 638, 651-652 (1996).
[68] ע״פ 4317/97 **אולג פוליאקוב ואח׳ נ׳ מדינת ישראל**, פ״ד נג(1) 289 (1999).
[69] שם, בעמ׳ 324-326.
[70] ע״פ 5446/99 **מאיר אלימלך נ׳ מדינת ישראל**, פ״ד נו(4) 49 (2002).
[71] שם, בעמ׳ 59.
[72] ע״פ 7942/04 **שלום בן שיטרית נ׳ מדינת ישראל**, תק-על 2007(4) 3131, 3138.
[73] שם, בעמ׳ 3141.

דין נוספים הוזכרה השאלה כשאלה שטרם הוכרעה.[74] עם זאת, עד כה לא נעשה בפסיקה שימוש בהלכת הצפיות לביסוסה של הרשעה ברצח.

ג. רצח אב

סעיף 300(א)(1) לחוק העונשין קובע כי יאשם ברצח מי ש"גורם במזיד, במעשה או מחדל אסורים, למותו של אביו, אמו, סבו או סבתו".

העבירה של רצח אב אינה דורשת מבחינת היסוד הנפשי כוונה מיוחדת ואף לא כוונה, כי אם מודעות לקיומם של היסודות העובדתיים בלבד (ר' סעיף 90א לחוק העונשין שחוקק בשנת תשנ"ה בתיקון 43 לחוק, הקובע כי הביטוי "במזיד" הוא יסוד נפשי של מודעות). עבירה זו, השאובה מהמשפט האנגלי (בו היא נקראת Patricide), נועדה לתת ביטוי לערכים המוגנים של כיבוד אב ואם והגנה על התא המשפחתי. על אף שלא כלולים בעבירה יסודות מעבר לגרימת המוות של הורים או הורי הורים תוך מחשבה פלילית, ספורים המקרים בהם הועמדו נאשמים לדין בעבירה זו. התביעה העדיפה במקרים בהם אדם רצח את אביו להעמידו לדין בעבירה לפי סעיף 300(א)(2), ולא בעבירה לפי סעיף 300(א)(1).[75] אחד המקרים הבודדים בהם הואשם נאשם בעבירה זו הוא פרשת *חדד*.[76] בפרשה זו, הנאשם הועמד לדין בגין רצח אביו בגין עבירה לפי סעיף 300(א)(1) לחוק. ברם, מכיוון שבמהלך המשפט לקה הנאשם בהתקף פסיכוטי חריף, ההליכים נגדו הופסקו וחודשו רק לאחר שמצבו הנפשי השתפר. בעקבות השתלשלות עניינים זו נערך הסדר טיעון בינו ובין התביעה, במסגרתו הוחלף סעיף הרצח בסעיף הריגה, בנימוק שהנאשם היה נתון במצב נפשי קשה עקב התעללות ממושכת וקשה של אביו בו ובבני משפחתו. בסופו של דבר, נדון הנאשם בפרשה זו לעונש מאסר של עשר שנים.

ד. רצח במהלך ביצוע עבירה

סעיף 300(א)(3) לחוק העונשין קובע כי יאשם ברצח מי ש"גורם במזיד למותו של אדם תוך ביצוע עבירה או תוך הכנות לביצועה או כדי להקל על ביצועה".

עבירה זו, השאובה מהמשפט האנגלי, הייתה קבועה בסעיף 214(ג) לפח"פ ונועדה להרתיע עבריינים מפני התנהגות המסכנת חיי אדם במהלך ביצוע של עבירה אחרת.[77] לשם התגבשות עבירה זו, על התביעה להוכיח קיומה של עבירה אחרת, אשר מעשה ההמתה בוצע תוך ביצועה, או תוך הכנות לביצועה, או כדי להקל על ביצועה. הפסיקה התלבטה בשני עניינים הנוגעים למהות העבירה האחרת: האחד, האם על העבירה האחרת להיות עצמאית ונפרדת מעבירת גרימת המוות, או שמא האם העבירה האחרת יכולה להיות גם עבירת אלימות שיסודותיה נבלעים בעבירת גרימת המוות? השני,

---

[74] ר' ע"פ 5870/01 **מחמד חסיין נ' מדינת ישראל**, פ"ד נז(1) 221, 229-230 (2002); ע"פ 9604/04 **מאיר כריכלי נ' מדינת ישראל**, תק-על 2007(3) 3704, 3715; ע"פ 7392/06 **מוחמד אבו צאלח נ' מדינת ישראל**, תק-על 2010(2) 4290.

[75] ר' למשל, ע"פ 4379/02 **פלוני נ' מדינת ישראל**, תק-על 2006(1) 649; ב"ש (מחוזי-ירושלים) **אביאור אברהם נ' מדינת ישראל**, תק-מח 2009(1) 14375.

[76] ע"פ 4419/95 **שחר חדד נ' מדינת ישראל**, פ"ד נ(2) 752 (1996).

[77] ר' ע"פ 4711/03 **אבו זייד נ' מדינת ישראל**, תק-על 2009(1) 394, 408.

האם על העבירה האחרת להיות עבירה שמעצם טיבה מסכנת חיי אדם, או שמא די בכל עבירה על מנת לבסס את ההרשעה ברצח?

ההתלבטות הראשונה הוכרעה בפרשת *כדורי*, בה נקבע כי על העבירה האחרת להיות עצמאית ובלתי תלויה בעבירת גרימת המוות.[78] בפרשה זו, הנאשם פצע את המנוח ולאחר מכן המנוח מת מפצעיו. השופט לנדוי קבע כי מאחר שעבירת הפציעה נבלעת מבחינת יסודותיה בעבירת גרימת המוות, היא אינה יכולה להוות עבירה אחרת. פרשנות אחרת מרוקנת מתוכן את עבירת הרצח בכוונה תחילה.

שאלת מהות העבירה האחרת המאפשרת הרשעת הנאשם ברצח נדונה בפרשת *יעקובוביץ*. בפרשה זו הואשם הנאשם בביצוע אונס של בחורה בגן ציבורי בתל-אביב ובגרימת מותו של קרוב משפחתה עמו שהתה בגן.[79] בבית המשפט המחוזי הורשע הנאשם ברצח ובאונס. בית המשפט העליון צמצם את תחולת העבירה וקבע כי רק במקום שאדם ביצע עבירה שיש בה פוטנציאל מסכן חיים, הוא יורשע ברצח. הפסיקה לאחר פרשת *יעקובוביץ* לא קבעה מסמרות בנוגע לזהותה של העבירה האחרת. כך למשל, בפרשת *דהוד* בית המשפט המחוזי הרשיע נאשמים שהציתו מקום מגורים של אדם המסוכסך עמם וגרמו למותו בעבירת ההריגה, בין היתר בהסתמך על פרשת *יעקובוביץ*. בית המשפט העליון הפך את ההחלטה והרשיע את הנאשמים ברצח, בקובעו כי די בכך שנאשמים חזו מראש את התוצאה הקטלנית והיו אי-אכפתיים לגבי תוצאה זו, מבלי שננקטה עמדה מפורשת לגבי מהות העבירה האחרת.[80] עם זאת, בפועל הועמדו נאשמים לדין בעבירת רצח בנסיבה זו, רק כאשר העבירה האחרת הייתה עבירה מסוג פשע, שעל פי אופייה יש בה סיכון לחיי אדם, דוגמת שוד, אינוס, חטיפה והצתה.[81] לאחרונה, בפרשת *אבני*, זוכה הנאשם בבית המשפט המחוזי בבאר-שבע מעבירת רצח לפי סעיף 300(א)(3), בין היתר מאחר שהעבירה האחרת הייתה עבירה של הכשלת עיקול, שאינה עבירת פשע המסכנת חיי אדם. בית המשפט העליון לא הכריע בסוגיה זו מאחר שהסתמך על קביעת בית המשפט המחוזי כי ממילא לא הוכחה העבירה של הכשלת עיקול.[82]

כאמור, בדומה לעבירה לפי סעיף 300(א)(1), היסוד הנפשי כלפי התוצאה הקטלנית הוא "במזיד", קרי פזיזות. ואכן, בפרשת *יעקובוביץ* נקבע כי די במודעות הנאשם ביחס לאפשרות גרימת המוות ופזיזות ביחס לתוצאה זו.[83] על כך חזר בית המשפט גם לאחר תיקון 39 לחוק העונשין,[84] כך שלמעשה, ככל הנראה די בקלות דעת ביחס לתוצאה הקטלנית לשם התגבשות היסוד הנפשי הנדרש. בפרשת *אבו זייד* נקבע כי לצד הדרישה למודעות העושה לכך שמעשהו הקטלני נעשה "תוך ביצוע עבירה" או "תוך

---

[78] ע"פ 97/57 **כדורי נ' מדינת ישראל**, פ"ד יב(2) 1345, 1356-1357 (1958).

[79] ע"פ 125/50 **יעקובוביץ נ' היועץ משפטי לממשלה**, פ"ד ו(1) 514 (1952).

[80] ע"פ 67/54 **חסיב דהוד ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד ט 654 (1955).

[81] **אבו זייד**, לעיל ה"ש 77, בעמ' 409; ע"פ 60/81 **צבי גור נ' מדינת ישראל**, פ"ד לו(4) 505, 520 (1982).

[82] ע"פ 960/09 **מרדכי אבני נ' מדינת ישראל**, תק-על 2010(3) 1700.

[83] ר' פרשת **יעקובוביץ**, לעיל ה"ש 79, בעמ' 554; ע"פ 60/81 **גור נ' מדינת ישראל**, לעיל ה"ש 81, בעמ' 505, 513-514; פרופ' קוגלר מציין כי על אף שהשופטים השתמשו בביטויים שונים כדי לציין את היסוד הנפשי הנדרש, ביניהם "התנהגות לא אכפתית" (פרשת **גור**), המשמעות של הביטויים השונים כוללת גם נטילה מודעת של סיכון בלתי סביר שהתוצאה תתרחש, כלומר פזיזות (ר' יצחק קוגלר, "שני מושגים של אדישות", **עלי משפט** ה 109, 132-137 (תשס"ו).

[84] **אבו זייד**, לעיל ה"ש 77, בעמ' 405.

הכנות לביצועה", נדרש גם קיומו של קשר סיבתי בין העבירה האחרת לבין גרימת המוות. באותו מקרה, מאחר שהעבירה האחרת הייתה עבירה של נשיאת נשק, קבע בית המשפט כי לא התקיימה הזיקה הדרושה בין העבירה האחרת לבין גרימת המוות. המוות נגרם כתוצאה מהשימוש בנשק ולא כתוצאה מנשיאתו.

בפסיקה הועלתה ביקורת על ניסוחה של נסיבה זו ועל כך שאפשר שאדם יורשע ברצח בהעדר כוונה לגרום למותו של אדם, רק משום שההמתה בוצעה במהלך עבירה נפרדת אחרת שאינה חייבת להיות עבירת אלימות. בפרשת *סילגדו* התייחס הנשיא ברק להרשעתו של אחד השותפים בעבירה של רצח לפי סעיף 300(א)(3) וקבע כי הסעיף אינו נתון לביקורת חוקתית על פי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, וזאת משום שנחקק קודם לחקיקתו של חוק היסוד.[85] בפרשת *אבו זייד* חיוותה הנשיאה ביניש את דעתה כי הרשעת אדם לפי נסיבה זו מעוררת קושי שיש לתת עליו את הדעת, תוך שהיא מציינת כי במשפט האנגלי בוטלה דוקטרינה זו כבר בשנת 1957, וכי במדינות בארה"ב בהן הדוקטרינה קיימת היא מעוררת ביקורת רבה בספרות האקדמית. הנשיאה ביניש הוסיפה וציינה בהקשר זה:

> "כיום פועל משרד המשפטים לגיבוש רפורמה כוללת ביחס לעבירות ההמתה בישראל, ויש לקוות כי בתוך כך יימצא פיתרון גם לקשיים השונים אותם מעוררת פרשנות הוראות סעיף 300(א)(3)".[86]

השופטת פרוקצ'יה הצטרפה לנשיאה והוסיפה:

> "אני מצטרפת לדברי הנשיאה בדבר חשיבותה הרבה של הרפורמה החקיקתית בעבירות ההמתה בישראל, עליה שוקדת עתה ועדה מיוחדת שהוקמה לצורך כך בחסותו של משרד המשפטים. אני מקוה שלא ירחק היום בו תונח תשתית חקיקתית הרמונית ומלאה בנושא מרכזי זה, אשר תתחשב, בין היתר, בהתפתחות החשיבה המשפטית שהתרחשה בעשורים האחרונים בהשפעת העקרונות החוקתיים, וכן בנסיון הרב שנצבר במהלך השנים ממקרה למקרה, בתחום עבירות ההמתה בדין הפלילי".[87]

ה. רצח במטרה להבטיח הימלטות

סעיף 300(א)(4) לחוק העונשין קובע כי יאשם ברצח מי ש"גורם למותו של אדם כשנעברה עבירה אחרת, כדי להבטיח לעצמו, או למי שהשתתף בביצוע אותה עבירה, בריחה או הימלטות מעונש".

הפסיקה פירשה עבירה זו כדורשת, פרט לרכיב ההתנהגותי ולרכיב ההתוצאתי של גרימת מוות, גם יסוד עובדתי של קיום עבירה אחרת (אשר לשם הימלטות מאחריות לביצועה בוצע המעשה הקטלני). מבחינת היסוד הנפשי של העבירה, יש להוכיח שני יסודות: הראשון הוא מודעות לאפשרות גרימת המוות ופזיזות ביחס לתוצאה זו. היסוד השני הוא היסוד של מטרה מיוחדת "להבטיח [...] בריחה או הימלטות מעונש".[88] מטרה זו אינה טעונה הגשמה במציאות.[89] בפרשת *אבו זייד* נטען על ידי הנאשם כי רק עבירה חמורה הכוללת מאפיינים של סיכון חיי אדם יכולה להוות "עבירה אחרת" לצורך

---

[85] ע"פ 4424/98 **סילגדו נ' מדינת ישראל**, פ"ד נו(5) 529 (2002).
[86] **אבו זייד**, לעיל ה"ש 77, בעמ' 410.
[87] שם, בעמ' 412.
[88] שם, בעמ' 404; כן ר' **פלר**, לעיל ה"ש 64, בעמ' 547.
[89] **אבו זייד**, לעיל ה"ש 77, בעמ' 404.

הרשעה בעבירה זו. בית המשפט העליון לא הכריע בטענה זו וקבע כי ממילא העבירה של נשיאת נשק מהווה עבירה חמורה הטומנת בחובה פוטנציאל סכנה של חיי אדם.[90] כן נטען, שעבירת החזקת הנשק נבלעת בעבירת הרצח. לכך השיב בית המשפט העליון, מלבד הקביעה כי מדובר בשתי עבירות עצמאיות, גם תשובה עקרונית: יסוד ההימלטות המקיים את סעיף 300(א)(3) חוצץ בין שתי העבירות, ולפיכך ככלל אין העבירות מסוגלות להיבלע זו בזו.[91]

1. העונש בגין עבירת רצח

1. מאסר עולם חובה

העונש בצד עבירות הרצח הוא מאסר עולם חובה, פרט למקרים המנויים בסעיף 300א לחוק. עונש מאסר עולם כעונש חובה זכה לביקורת בספרות המשפטית, בעיקר עקב חוסר הגמישות שבו וחוסר היכולת להתאים את העונש לנסיבות המיוחדות של המקרה הנדון.[92] משמעות מאסר עולם כעונש חובה הוא מאסר לתקופה בלתי קצובה,[93] אולם נשיא המדינה מוסמך לקצוב את עונשם של אסירי עולם לתקופה קצרה מזו.[94] בשנת 2001 נחקק חוק שחרור על-תנאי ממאסר, התשס"א-2001, אשר קבע בפרק ה' שבו מנגנון לקציבת עונשם של אסירים שנדונו למאסר עולם. ועדת שחרורים מיוחדת דנה בעניינו של אסיר עולם לאחר שחלפו לפחות שבע שנים מהיום שהחל לשאת את מאסרו, או חמש עשרה שנה אם נדון לעונשי מאסר עולם מצטברים, והיא מוסמכת להמליץ לנשיא על קציבת העונש לתקופה מוגדרת. החוק אף קובע מנגנון בו האסיר רשאי להעלות את עניינו שוב בפני הוועדה. הוועדה רשאית להמליץ בפני הנשיא על הקלה בעונש פעמיים נוספות, ובלבד שתקופת המאסר שהאסיר יצרה לא תפחת מ- 30 שנה.[95]

2. ענישה מופחתת – סעיף 300א

נוסחו של סעיף 300א לחוק העונשין הוא כדלהלן:

300א. עונש מופחת
על אף האמור בסעיף 300, ניתן להטיל עונש קל מהקבוע בו, אם נעברה העבירה באחד מאלה:
(א) במצב שבו, בשל הפרעה נפשית חמורה או בשל ליקוי בכושרו השכלי, הוגבלה יכולתו של הנאשם במידה ניכרת, אך לא עד כדי חוסר יכולת של ממש כאמור בסעיף 34כח –
(1) להבין את אשר הוא עושה או את הפסול במעשהו; או
(2) להימנע מעשיית המעשה.
(ב) במצב שבו מעשהו של הנאשם חרג במידה מועטה, בנסיבות העניין, מתחום הסבירות הנדרשת לפי סעיף 34טז לשם תחולת הסייג של הגנה עצמית, צורך או כורח לפי סעיפים 34י, 34יא, 34יב.
(ג) כשהנאשם היה נתון במצב של מצוקה נפשית קשה, עקב התעללות חמורה ומתמשכת בו או בבן משפחתו, בידי מי שהנאשם גרם למותו.

---

[90] שם, בעמ' 408.
[91] שם, בעמ' 407.
[92] ר' **קרמניצר**, לעיל ה"ש 15, בעמ' 2-3.
[93] שכן הוראות סעיף 41 לחוק העונשין, לפיהן משמעות עונש מאסר עולם הוא עשרים שנות מאסר, לא חלות על עונש מאסר עולם חובה.
[94] ר' סעיף 11(ב) לחוק יסוד: נשיא המדינה.
[95] ר' סעיף 29 לחוק שחרור על-תנאי ממאסר, התשס"א-2001.

סעיף זה התווסף לחוק בשנת 1995 במסגרת תיקון מס' 44 לחוק העונשין.[96] הנימוק העיקרי לחקיקתו של הסעיף היה הרצון להקל עם אותם נאשמים שנקלעו למצב קשה והמיתו אדם, ושאינם עומדים מבחינה מוסרית בדרגה אחת עם רוצחים.[97] לא אחת הובעה בפסיקה ביקורת הנוגעת לנוקשותו של עונש מאסר עולם חובה במקרים אינדיבידואלים והודגש הצורך בתיקון החוק.[98] בנוסף, מנסחי הצעת החוק הושפעו משני מקרים שנדונו בבתי המשפט: פרשת *כרמלה בוחבוט*[99] ופרשת *שוקי בסו*.[100] באותם מקרים מעשי הרצח בוצעו לאחר התעללות ממושכת ושיטתית של המנוח בבני משפחתו. הצעת החוק המקורית הציעה מודל של "אחריות מופחתת", קרי כי במקרים מסוימים ניתן יהיה שלא להרשיע בעבירת הרצח, אולם בסופו של דבר אומץ מודל של "ענישה מופחתת", לפיו ניתן להטיל על אדם המורשע ברצח עונש קל מעונש החובה, בהתקיים אחד המקרים המנויים בסעיף.[101]

סעיף 300א(א) – הפרעה נפשית חמורה

בפסק הדין בעניין *מליסה*,[102] ניתח בית המשפט את סעיף 300א(א) ואת הרקע לחקיקתו, וקבע כי לשם החלת הסייג של ענישה מופחתת בשל הפרעה נפשית חמורה צריכים להתקיים שלושה תנאים: האחד, הנאשם לוקה ב"הפרעה נפשית חמורה" או בליקוי שכלי; השני, כי בשעת המעשה הוגבלה יכולתו של הנאשם במידה ניכרת, אך לא עד כדי חסר יכולת של ממש להבין את מהות המעשה או את הפסול שבו, או להימנע מעשיית המעשה; והשלישי, קיומו של קשר סיבתי בין מחלת הרוח או הליקוי השכלי של הנאשם לבין הגבלת יכולתו להבין את מהות המעשה או להימנע מעשייתו. ההבדל המרכזי בין דרישה זו לדרישה הקבועה בסעיף 34ח לחוק העונשין (סייג אי-השפיות) נעוץ בסיווג הקליני של הליקוי, שאינו מחלת נפש, ובעוצמת ההשפעה של ההפרעה הנפשית על יכולתו של הנאשם להבין את מעשהו או להימנע ממנו. עוצמת הפגיעה הנדרשת בסעיף 300א פחותה אך במעט מ"חוסר יכולת של ממש" הנדרש בסעיף 34ח.[103]

הפסיקה התלבטה בסוגיה מהי "הפרעה נפשית חמורה". לאחרונה, בפרשת *גדקר*, נדונה השאלה האם הפרעת אישיות תיחשב כ"הפרעה נפשית חמורה". בית המשפט העליון, בהסתמכו על נייר עמדה מנחה של איגוד הפסיכיאטריה בישראל, קבע כי רק במקרים בודדים וחריגים בהם אדם מאובחן כלוקה בהפרעת אישיות ומגלה פגיעה בולטת בתפקוד ופסיכופתולוגיה הקרובה למצב של חולה נפש פסיכוטי

---

[96] ס"ח התשל"ז, עמ' 226.

[97] ר' דברי שר המשפטים דאז, פרופ' דוד ליבאי, בעת שהציג את התיקון לחוק (דברי הכנסת, חוברת לד, בעמ' 9593), וכן את דברי ההסבר להצעת חוק העונשין (תיקון מס' 41) (אחריות מופחתת), התשנ"ה-1995 (הצעות חוק תשנ"ה, חוברת מס' 2403, בעמ' 476-477).

[98] ר' ע"פ 870/80 **לדאני נ' מדינת ישראל**, פ"ד לו(1) 29, 41-42 (1981). השופט בייסקי חזר על ההמלצה לשינוי החוק גם בע"פ 687/85 **קיסר נ' מדינת ישראל**, פ"ד מא(1) 347, 353-354 (1987).

[99] ע"פ 6353/94 **כרמלה בוחבוט נ' מדינת ישראל**, פ"ד מט(3) 647 (1995).

[100] תפ"ח (מחוזי-ת"א) 416/93 **מדינת ישראל נ' שוקי בסו**, פ"מ נד(3) 281.

[101] ר' דברי יו"ר ועדת חוקה, חוק ומשפט דאז, ח"כ דדי צוקר (דברי הכנסת, חוברת לד, בעמ' 9593). לביקורת על שינוי זה מאחריות מופחתת לענישה מופחתת, ר' אסף טויב, "ענישה מופחתת ברצח – סעיף 300א(א) לחוק העונשין, תשל"ז-1977", **הפרקליט** מח 214 (תשס"ה).

[102] ע"פ 5951/98 **מליסה נ' מדינת ישראל**, פ"ד נד(5) 49 (2000).

[103] ר' דיון גם בע"פ 7761/95 **אבו חמאד נ' מדינת ישראל**, פ"ד נא(3) 245 (1997).

– יראוהו כלוקה בהפרעת אישיות שהיא "הפרעה נפשית חמורה".[104] במקרה בו אובחן הנאשם כלוקה באישיות גבולית ובמצבי דיכאון נקבע כי הנסיבה אינה מתקיימת.[105]

הקושי המרכזי עמו נדרשה הפסיקה להתמודד, היה הניסיון להגדיר מהי "מידה ניכרת" של הגבלה נפשית אשר די בה כדי להפחית מעונשו של הנאשם, אולם אין היא עולה כדי אי-שפיות השוללת אחריות פלילית. בתי המשפט נדרשו לסוגיה זו והגדירו את ההגבלה הנפשית ככזו המקרבת את הכרסום ביכולת השליטה העצמית של הנאשם לרמה של חוסר יכולת של ממש.[106] בפרשת *זלנצקי* נקבע כי סעיף 300א(א) לחוק נועד להעניק לבית המשפט סמכות לחרוג מעונש החובה של עבירת הרצח, באותם מקרי גבול בהם מגיע הנאשם אל סף העמידה בתנאי סעיף 34ח לחוק העונשין העוסק בסייג של "אי שפיות הדעת", אך בשל עוצמתם הפחותה של תסמיני ליקויו, אינו חוצה אותו.[107] באותה פרשה נפסק כי מי שסבל מאלכוהוליזם קשה בשילוב עם הפרעות אורגניות במוחו – לא קיים את תנאי הסעיף.

אחד המקרים בהם קבע בית המשפט כי הנסיבה מתקיימת הוא פרשת *עוקב*.[108] באותו מקרה, הנאשם ירה בזוג תיירים טרמפיסטים שעלו על רכבו. כתוצאה מהירי נפטר התייר, בעוד התיירת נפצעה קשה. בית המשפט הסתמך על חוות דעתו של הפסיכיאטר המחוזי שקבע כי הנאשם סבל מהפרעה נפשית, מליקוי אורגאני במוחו ויתכן שאף מהפרעה פוסט-טראומטית עקב שירותו בצבא. בנוסף, הן בית המשפט המחוזי והן בית המשפט העליון ציינו את העדר המניע לביצוע המעשה כנסיבה התומכת בקיום החריג מבחינה ראייתית.[109] מקרה נוסף בו קבע בית המשפט כי מתקיימת הנסיבה, הוא פרשת *מיכאלי*.[110] במקרה זה, הנאשמת ירתה למוות בבעל מפעל שהיה סמוך למוסך בבעלותה, וכן ירתה באנשים נוספים ופצעה אותם. מיד לאחר האירוע הפסיקה הנאשמת ליצור קשר או לשתף פעולה עם מי מהמעורבים בהליך החקירתי והמשפטי. עיקר הדיונים בנוגע למצבה הנפשי היו בשאלה האם מדובר בהתחזות או במחלת נפש. בית המשפט המחוזי קבע כי מרבית התנהגויותיה הבלתי רגילות של הנאשמת מקורן בהתחזות. בית המשפט העליון קבע כי על אף הטקטיקה של ההתחזות בה נקטה הנאשמת, עולה שסבלה מהפרעות נפשיות שונות וגילתה התנהגויות חריגות עובר לרצח. גם במקרה זה ראה בית המשפט העליון בסתמיות הרצח ובהעדר מניע, נסיבות התומכות בקיום החריג מבחינה ראייתית.[111]

---

[104] ע"פ 5683/07 **אורי גדקר נ' מדינת ישראל**, תק-על 2010(4) 18, 23.
[105] ע"פ 7926/00 **דיפני אברהם נ' מדינת ישראל**, פ"ד נט(1) 817 (2004).
[106] ע"פ 10669/05 **אברהם מטטוב נ' היועץ המשפטי לממשלה**, תק-על 2008(1) 1739.
[107] ע"פ 5266/05 **בוריס זלנצקי נגד מדינת ישראל**, תק-על 2007(1) 2489.
[108] ע"פ 3962/99 **דניאל עוקב נ' מדינת ישראל**, תק-על 2003(2) 1244.
[109] שם, בעמ' 1249. כן ר' ת"פ (מחוזי-ב"ש) 933/97 **מדינת ישראל נ' דניאל עוקב**, תק-מח 99(1) 2812.
[110] ע"פ 5570/01 **אסתר מיכאלי נ' מדינת ישראל**, תק-על 2007(1) 1525.
[111] שם, בעמ' 1548, 1551. כן ר' תפ"ח (מחוזי-חיפה) 2053/05 **מדינת ישראל נ' אוסאמה תאופיק פרעוני**, תק-מח 2008(1) 2386; ע"פ 5644/97 **ששון מזרחי נ' מדינת ישראל** (ניתן ביום 23.10.00).

ניתן לראות כי הלכה למעשה נקטו בתי המשפט גישה זהירה ביישום החריג שבסעיף 300א(א). יצוין כי לצד ההחלטות השיפוטיות הללו, ישנם מקרים נוספים בהם אישרו בתי המשפט הסכמות בין הצדדים על התקיימות יסודות חריג זה, ובעקבות זאת הטילו על הנאשמים ענישה מופחתת.[112]

בפרשת *מטטוב*, הגם שהשופט רובינשטיין לא מצא מקום לעשות שימוש בסעיף 300א בנסיבות המקרה, הוא הביע ביקורת כלפי השימוש המצומצם בסעיף 300א בפסיקה. השופט רובינשטיין העיר כי לטעמו ראוי לשלב היבטים הקשורים לאחריות המופחתת בעבירת הרצח מדרגה שנייה הנדונה בוועדה שמינה שר המשפטים בראשות פרופ' קרמניצר, ואף הזכיר את הצעת החוק המקורית בעניין האחריות המופחתת, שכאמור קדמה לחקיקתו של סעיף 300א.[113]

סעיף 300א(ב) – חריגה מסבירות לתחולת הסייגים של הכנה עצמית, צורך וכורח

דרישתו הבסיסית של סעיף 300א(ב) לחוק הינה כי נסיבות הרצח הן כאלו, שמעשהו של הנאשם חרג במידה מועטה, בנסיבות העניין, מתחום הסבירות הנדרשת לפי סעיף 34טז לשם תחולת הסייגים של הגנה עצמית, צורך או כורח.

בדיון בכנסת בקריאה השנייה והשלישית של הצעת החוק, שהוסיפה את סעיף 300א לחוק, הסביר יו"ר ועדת חוקה, חוק ומשפט דאז, ח"כ דדי צוקר, שהסעיף יחול, למשל, במצבים של חריגה מועטה מהגנה עצמית. לדוגמה, כשאדם הגיב על מתקפה ביריות שפצעו ונטרלו את התוקף, אך לאחר מכן המשיך לירות בתוקף גם יריות נוספות. מצב זה אינו מצב של הגנה עצמית, אך מצדיק חריגה מעונש של מאסר עולם חובה.[114]

כפי שיוצג להלן, גם סעיף קטן זה פורש בפסיקה בצמצום.

פסק הדין בפרשת *בשיר*[115] עסק לראשונה לאחר חקיקת הסעיף בטענה כי ראוי להטיל על הנאשמת עונש מופחת מכח סעיף 300א(ב) לחוק העונשין. באותו מקרה, הנאשמת המיתה יחד עם אחרים את אשתו של אביה ואת ילדיה של האישה. הנאשמת טענה להגנת הכורח – אביה ודודה איימו עליה ברצח אם לא תסייע להם. לחלופין, טענה כי היא זכאית לעונש מופחת מכיוון שהמעשה שעשתה חרג מסייג הסבירות במידה מועטה. בית המשפט העליון דחה את שתי הטענות: ראשית, בית המשפט קבע כי הגנת הכורח אינה מתקיימת שעה שהיה בידי הנאשמת להתריע בפני המשטרה על מעשה הרצח המתוכנן ובכך להסיר את האיום מעליה. שנית, הנאשמת לא חרגה במידה מועטה מהסבירות, שכן

---

[112] ר' ע"פ 1796/04 **וופא מחמוד נ' מדינת ישראל**, תק-על 2006(2), 3283; תפ"ח (מחוזי-ב"ש) 956/03 **מדינת ישראל נ' פלוני**, תק-מח 2005(2) 1398; תפ"ח (מחוזי-מרכז) 3991-03-08 **מדינת ישראל נ' יוסף מעודה**, תק-מח 2009(3) 1063; ע"פ 3193/07 **פארס טבאגה נ' מדינת ישראל**, תק-על 2009(2) 41; ת"פ (מחוזי-נצרת) 2/99 **מדינת ישראל נ' מיכאל**, תק-מח 2002(2) 6948; תפ"ח (מחוזי-נצרת) 536/07 **מדינת ישראל נ' פליקס (צ'ארלס) גוטליב**, תק-מח 2009(4) 4977; תפ"ח (מחוזי-ת"א) 1020/05 **מדינת ישראל נ' יוקסל בן ממט חסנגולו** (ניתן ביום 11.4.06).

[113] **מטטוב**, לעיל ה"ש 106, בעמ' 1750.

[114] דברי הכנסת, חוברת לד, בעמ' 9593.

[115] ע"פ 2130/95 **פאטמה בשיר נגד מדינת ישראל**, פ"ד נא(3) 456 (1977).

במקום לעשות מאמץ לעזוב את המקום ולסייע רק למראית עין, היא השלימה ביעילות את מעשה ההמתה שהחל בו הדוד ווידאה את מותם של הקורבנות באמצעות שריפה הגופות.[116]

בפסק הדין בפרשת *אבו סרור*,[117] טען הנאשם כי אמנם נלווה לשניים אחרים שהתכוונו וביצעו רצח חייל, אולם אולץ להסכים לרעיון מאחר שאחד השותפים האחרים איים עליו שאם לא ישתתף במעשה – תופץ עליו שמועה כי הוא משתף פעולה. בית המשפט העליון קבע כי לגבי אותו נאשם לא חלה הגנת הכורח. הנאשם יכול היה לסכל את האיום שהופנה כלפיו בכך שהיה פונה למשטרה, ולכן לא היה "אנוס" להשתתף במעשה הרצח. בנוגע לעונש המופחת קבע השופט מצא את הדברים הבאים:

> "ההכרעה בשאלה, אם מעשהו של נאשם חרג רק במידה מועטה מתחום הסבירות, חייבת להתגדר במסגרתו של סעיף 34טז. משמע, כי רק במקרים גבוליים, בהם שלילת קיומו של סייג לאחריות הפלילית, לפי אחד הסעיפים 34י ("הגנה עצמית"), 34יא ("צורך") ו-34יב ("כורח"), נשללת אך ורק בשל חריגת מעשהו של נאשם ברצח מתחום הסבירות, יהיה מקום לשקול, לעניין העונש שיוטל עליו, אם חריגתו של המעשה מתחום הסבירות היתה אך מועטה. לא כן כאשר נמצא - כמו בענייננו - שהתנאים הראשוניים לתחולת הסייג לאחריות הפלילית אינם מתקיימים. כאשר אלה הם פני הדברים, השאלה מה מידת חריגתו של המעשה מתחום הסבירות, כלל אינה מתעוררת. הלוא עניינו של סעיף 300א(ב) הוא במעשה בו גרם העושה, בכוונה תחילה, למותו של הקורבן.
> במעשה כזה טבועה חומרה רבה וכלל לא יעלה על הדעת לתארו כחריגה מועטה מתחום הסבירות. כזה הוא, כאמור, גם מקרהו של המערער".[118]

בית המשפט קבע עונש מופחת בגין סטייה מועטה מהסבירות של הגנת הכורח או הגנת הצורך במקרה בו אישה מהמגזר הבדואי חנקה למוות תינוק אותו ילדה מיד לאחר הלידה, מתוך חשש לחייה אם יגלו בני המשפחה את הלידה. מקרה זה הוא מקרה ייחודי מאוד, שבו מעורבים שיקולים נוספים, וההפחתה בעונש נעשתה במסגרת הסדר טיעון.[119]

גם במקרים בהם נטענה הטענה ביחס להגנה העצמית, בתי המשפט דחו אותה. בפרשת *טלה* קבע בית המשפט כי המערער שהדף אישה שתקפה אותו יכול היה להסתפק בכך שסילק מעל פניו את הסכנה המיידית שנשקפה לו, ולא היה נזקק לפעולת החניקה כדי להתגבר עליה; משפעל כך, חרג הנאשם ממתחם הסבירות ולא במידה מועטה.[120] גם בפסק הדין בפרשת *איסקוב* דן בית המשפט בהרחבה בטענת ההגנה העצמית שהעלה הנאשם, אך קבע כי מעשיו לא היו דרושים כלל לשם התגוננות.[121] במצב דברים זה, בית המשפט קבע כי אין מקום לבחון את תנאי הסייג של הגנה עצמית: סבירותם של המעשים ומיידיותם. מכאן הסיק בית המשפט שאין גם מקום לדון באפשרות של הטלת עונש מופחת. בסופו של דבר, בית המשפט הרשיע את הנאשם בעבירת הריגה מכיוון שלא נשלל בענייננו היסוד של

---

[116] שם, בעמ' 470-471. במקרה דומה קבע בית המשפט העליון כי הנאשמת, שהייתה שותפה לרצח בתה על רקע כבוד המשפחה, אינה זכאית לעונש מופחת גם אם פעלה בשל איומים שהפעיל עליה בעלה, וזאת כי בשעת הרצח הבעל היה בכלא והנאשמת הייתה יכולה לפנות למשטרה בבקשת הגנה (ע"פ 2943/02 **נ' ב' נ' מדינת ישראל**, תק-על 2004(1) 3676).

[117] ע"פ 3596/93 **אבו סרור נ' מדינת ישראל**, תק-על 98(2) 635.

[118] שם, בעמ' 640.

[119] ע"פ 4147/06 **פלונית נ' מדינת ישראל**, תק-על 2007(2) 4494.

[120] ע"פ 11578/05 **יוסף טלה נ' מדינת ישראל**, תק-על 2007(2) 4032.

[121] **איסקוב**, לעיל ה"ש 61.

העדר קינטור.[122] בפסק הדין בפרשת *סמסון*,[123] טען הנאשם להגנתו כי המנוח תכנן לפרוץ לבית הוריו כשהוא חמוש, ולשדוד אותם. בית המשפט העליון דחה את טענתו לענישה מופחתת וקבע שלא מתקיימים היסודות הנדרשים של הסייגים לאחריות פלילית, זאת מכיוון שהנאשם היה יכול לבחור בדרכים חלופיות, ובראש ובראשונה פנייה לרשויות החוק. ברם, בית המשפט קבע שגם אם היו מתקיימים יסודות הסייגים, פגיעתו של הנאשם במנוח ממילא חרגה ממתחם הסבירות הנדרשת במידה רבה. בפרשת *רזילוב*[124] נדחתה טענת הנאשם לתחולת סעיף 300א(ב), לאחר שבית המשפט קבע כי הנאשם לא פעל מתוך חשש שנשקפת לו סכנה, שכן הירי במנוח היה מעשה יזום שקדמו לו הכנה והחלטה להמית. בית המשפט קבע שלא לתרחיש מעין זה כיוון המחוקק.[125]

סעיף 300א(ג) – מצוקה נפשית קשה עקב התעללות חמורה ומתמשכת

סעיף 300א(ג) מתמודד עם מקרים קיצוניים ויוצאי דופן בהם המניע הראשי לרצח היה התעללות של הקורבן בנאשם או בבן משפחתו. יצוין כי לפני חקיקת הסעיף, במקרים ממין אלה הועמדו הנאשמים לדין בגין הריגה ולא ברצח. כך למשל בפרשת *כרמלה בוחבוט*,[126] אשר הביאה לחקיקתו של הסעיף.

על מנת שיתגבשו תנאי הסעיף, יש להוכיח את התקיימותם של שלושה תנאים מצטברים: ראשית, מבחינה נפשית, נדרש כי המעשה בוצע כשהנאשם היה נתון במצוקה נפשית קשה; שנית, מבחינה עובדתית, נדרש כי הנאשם (או בן משפחתו) סבל מהתעללות חמורה ומתמשכת מידיו של המנוח; ושלישית, נדרש כי המצוקה הנפשית האמורה נבעה מאותה התעללות. תנאים אלה נועדו להבטיח כי רק במקרים חריגים וקיצוניים יתאפשר להפחית בעונשו של רוצח מכח נסיבה זו.[127]

לעניין המצוקה הנפשית – הובהר בפסק דין *פלוני*, כי לא כל מצוקה נפשית שאליה נקלע מבצע רצח נכנסת לגדר החריג.[128] אולם השאלה מהי בכל זאת אותה מצוקה נפשית אשר נדרשת להתקיים בקרבו של מבצע הרצח, לא זכתה עד כה לליבון נרחב בפסיקה. לא הובהר האם הכוונה היא לתיאור פתולוגיה פסיכיאטרית המחייבת אסמכתא מקצועית, או שמא די בקיומה של מצוקה רגשית קשה כמשמעותה בלשון היומיום.

לעניין הדרישה לקיומה של התעללות חמורה ומתמשכת – נקבע בפסק דין *פלוני*, כי לא כל התנהגות פוגענית מצד הקורבן כלפי מי שגרם למותו עולה כדי "התעללות חמורה ומתמשכת". בית המשפט השווה את הפרשה לפרשת *בוחבוט*, שם דובר על "מעשי טרור זוועתיים" אשר נעשו בנאשמת והצדיקו

---

[122] שם, בעמ' 1149.
[123] ע"פ 6398/05 **ליאור סמסון נ' מדינת ישראל**, תק-על 2006(4) 216.
[124] ע"פ 4574/00 **רזילוב נ' מדינת ישראל**, תק-על 2002(1) 122.
[125] שם, בעמ' 128.
[126] פרשת **בוחבוט**, לעיל ה"ש 99.
[127] ר' ע"פ 1855/05 **אריקה אורבוש פרישקין נ' מדינת ישראל**, תק-על 2008(1) 5377.
[128] ע"פ 1191/02 **פלוני נ' מדינת ישראל**, תק-על 2003(1) 2197.

הקלה בעונשה. ואילו בעניין *פלוני*, התנהגותה של המנוחה, שבאה בעיקר לידי ביטוי בעלבונות שנהגה להטיח בנאשם, לא עלתה כדי "התעללות חמורה ומתמשכת".[129]

התנאי השלישי והאחרון הינו קשר סיבתי ישיר בין המצוקה הנפשית, שבה נתון היה מבצע הרצח, לבין ההתעללות שספג מצד קורבן העבירה, וכי אותה מצוקה הייתה המניע לרצח. גם בעניין זה נקט בית המשפט בגישה דווקנית. בפרשת *פרישקין*,[130] הוחלט כי על אף שנסיבות האירוע היו קשות וכללו אלימות מצד המנוח, לא הוכח קשר סיבתי ישיר בין ההתעללות לבין הרצח. נפסק כי רגשות נקמה על רומן שניהל הבעל הם שהיוו הלכה למעשה את הסיבה לרצח. השופטת ארבל, בדעת מיעוט, ציינה כי הפסיקה לוקה בחסר בכל הנוגע להבנת המצב הפסיכולוגי בו שרויות קורבנות אלימות, וכי נראה שיש מקום לבחינה מעמיקה יותר של הקשר הסיבתי בהקשר של "תסמונת האישה המוכה".[131]

כאמור, השימוש בפסיקה בחריג זה הוא מועט, ואולי נובע משיקול הדעת אותו מפעילה הפרקליטות, הנוהגת להעמיד לדין בנסיבות האמורות בעבירה של הריגה.[132]

2. עבירת ההריגה

א. כללי

סעיף 298 לחוק העונשין קובע כדלהלן:

298. הגורם במעשה או במחדל אסורים למותו של אדם, יאשם בהריגה, ודינו – מאסר עשרים שנה.

מקורה של עבירת ההריגה הוא בסעיפים 212 ו- 217 לפח"פ.[133] בחוק העונשין נוסחה עבירת ההריגה באופן זהה לנוסחה כיום. סעיף 299 לחוק העונשין (חליפו של סעיף 212 לפח"פ) קבע מהו מחדל אסור: "מחדל העולה כדי התרשלות פושעת במילוי חובה, בין שיש עמו כוונה לגרום מוות או חבלה גוף ובין שאין עמו כוונה כזו". במסגרת תיקון 39 לחוק העונשין בוטל סעיף 299, ובחלק הכללי הוגדר היסוד הנפשי שבעבירה. שילוב הוראות החלק הכללי (סעיף 20 לחוק העונשין המגדיר "מחשבה פלילית") עם סעיף 298 הפך את עבירת ההריגה מעבירה המסתפקת במודעות העושה לאפשרות גרימת חבלת גוף, לעבירה המותנית במודעות העושה לאפשרות גרימת התוצאה הקטלנית.

---

[129] שם, בעמ' 2200.

[130] **פרישקין**, לעיל ה"ש 127.

[131] שם, בעמ' 5402-5403.

[132] ר', למשל, ת"פ (מחוזי-ב"ש) **מדינת ישראל נ' אלידה קריסטל**, תק-מח 2002(4) 20930, בו הוגש כתב אישום בעבירת הריגה, בנסיבות המזכירות את פרשת **בוחבוט**. במקרה אחר, הגישה הפרקליטות כתב אישום בו ייחסה עבירת הריגה לאישה שהמיתה את בן זוגה על רקע התעללותו בה, ובית המשפט המחוזי זיכה את הנאשמת מעבירה זו והרשיעה בעבירה של גרימת מוות ברשלנות, בקבלו את טענת הנאשמת כי המכה שהנחיתה באמצעות אגרטל בראשו של המנוח נעשתה באופן ספונטאני ומבלי שהנאשמת גיבשה מחשבה פלילית (ר' ת"פ (מחוזי-חיפה) 6055/07 **מדינת ישראל נ' אנה דוקלסקי**, תק-מח 2008(1) 4368).

[133] ר' ניתוח יסודות עבירת ההריגה לפני חקיקת חוק העונשין, התשל"ז-1977 בע"פ 1/52 **שמואל דויטש נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד ח(1) 456 (1954).

בנוסחה היום כוללת עבירת ההריגה מרכיב עובדתי רחב של כל מעשה ומחדל אסורים המביאים לתוצאה של גרימת המוות. כאמור, להבדיל מעבירת הרצח, היסוד הנפשי הנדרש בעבירת ההריגה הוא של מחשבה פלילית, קרי: מודעות ליסוד העובדתי וכוונה, אדישות או קלות דעת כלפי גרימת התוצאה הקטלנית. תחילה, הייתה התלבטות בפסיקה לגבי השפעת הדין החדש על מצב דברים שבו העושה צפה אפשרות גרימה של חבלת גוף. אולם, הוכרע כאמור, כי נדרשת מודעות בפועל לאפשרות התרחשות של תוצאה קטלנית. לאור האמור, עבירת ההריגה כוללת קשת רחבה של מקרים הנבדלים זה מזה באופן מהותי בחומרתם: החל ממעשי המתה בקלות דעת, וכלה במעשים בהם הממית התכוון (כוונה שאינה כוונה תחילה) לגרום למותו של המנוח. קטגוריה אחרונה זו הצטמצמה מאוד עקב הפרשנות המרחיבה שניתנה, כמתואר לעיל, ל"כוונה תחילה". העונש בצד עבירת ההריגה הוא עונש מרבי של עשרים שנה. השילוב בין טווח המקרים הרחב והעונש כעונש מקסימום הביא לדיפרנציאציה גבוהה בענישה המוטלת על נאשמים המורשעים בעבירת ההריגה.

ב. האבחנה בין רצח להריגה

כאמור, עבירת הרצח נבדלת מעבירת ההריגה בכך שבראשונה נדרשת כוונה תחילה ובשנייה נכללת הכוונה הספונטאנית, זו שאינה כוונה תחילה (בנוסף לקלות הדעת ולאדישות). ההבדל בין הרשעה ברצח לבין הרשעה בהריגה הוא ניכר: בעוד המורשע ברצח צפוי למאסר עולם כעונש חובה, הרי שהמורשע בהריגה צפוי לעונש מרבי של עשרים שנה.

הפסיקה גילתה אי-נוחות רבה ממצב דברים זה כאשר עסקה במקרי גבול.

בפרשת *פוריאדין*, השופט הביע את הסתייגותו מהמצב הקיים במילים הבאות:

> "המערער הורשע בבית-המשפט המחוזי בעבירת הריגה, ואנו מאשרים הרשעה זו. ואולם הרשעה בעבירת הריגה גרידא אינה נותנת לי מנוח...
> מה הטעם מורה אותנו החוק כי עבירה שעבר המערער עבירת הריגה היא ולא עבירת רצח? והרי בלשון בני אדם נוכל בנקל לתאר את מעשהו של המערער כמעשה רצח. אכן, לא רצח מדרגה ראשונה – כמעשה רצח של שכיר לרצח – ואולם מה-טעם לא רצח מדרגה שניה?
> "ויאמר קין אל הבל אחיו והיה בהיותם בשדה ויקם קין אל הבל אחיו ויהרגהו (בראשית ד' ח')" איננו יודעים אם רצח קין את הבל או אם הרגו, ואולם בלשון ימינו דומה שהיה זה, למיצער, רצח מדרגה שניה. הלשון אמורה לשקף – ומשקפת היא – תכנים ומהויות, ובלשון של ימינו לא הרי הריגה כהרי רצח. מעשהו של המערער היה חמור ממעשה הריגה. אפשר ראוי לשקול תיקון בחוק, ומעשה שהוא, למעשה, מעשה רצח – יכונה בשם ובתואר רצח, ולו רצח מדרגה שניה".[134]

השופט חשין חזר על ביקורתו זו גם בפרשת *אברמוב*, שם הצטרף אליו השופט רובינשטיין.[135] ביקורת דומה הובעה על ידי שופטים נוספים.[136]

---

[134] ע"פ 70/04 **פוריאדין נ' מדינת ישראל**, תק-על 2006(1) 717, 728.

[135] ע"פ 10082/04 **אברמוב נ' מדינת ישראל**, תק-על 2006(4) 621, בו ציין השופט רובינשטיין: "...עם זאת אין לשלול את הרעיון שהזכיר חברי השופט חשין ושהועלה גם על ידי השופט - כתארו אז - מצא בפרשת מליסה (עמ' 614), שעניינו קביעת שתי דרגות לעבירת הרצח, אשר האחת מהן ("בדרגה שניה") מאפשרת שלא להטיל עונש מאסר עולם כחובה. נדמה לי שהמקרה דנן מצטרף למקרים הקוראים למחשבה נוספת בענין זה".

[136] תפ"ח (מחוזי-מרכז) **מדינת ישראל נ' ק' ראו**, תק-מח 2009(4) 5988; תפ"ח (מחוזי-ת"א) 1109/05 **מדינת ישראל נ' ג' ש'**, תק-מח 2007(1) 1565; תפ"ח (מחוזי-ת"א) 202/05 **מדינת ישראל נ' פלוני**, תק-מח 2006(1) 2297.

במקרים אחרים בהם הורשעו נאשמים בעבירת ההריגה בנסיבות חמורות במיוחד הגובלות ברצח, גזרו בתי המשפט עונשים משמעותיים, בגובה העונש המרבי או בהתקרב אליו. כך, לדוגמה, בפרשת *חדד* הוטל על הנאשם עונש של עשרים שנות מאסר על תקיפת ודקירת המנוח על רקע ויכוח בחנייה.[137] במקרה שעלה לאחרונה, נטען בפני בית המשפט, כי למעשה בתי המשפט בשנים האחרונות יצרו קטגוריית ביניים של מעין רצח מדרגה שנייה, באמצעות הטלת עונשים גבוהים באופן מיוחד על המורשעים בעבירת הריגה הגובלת ברצח. גם במקרה זה הוטל על הנאשם עונש של עשרים שנות מאסר.[138]

גם במקרי גבול אחרים – בהם הרשיעו בתי המשפט את הנאשם בסופו של ההליך בעבירת הרצח – הביעו בתי המשפט חוסר נוחות מהפער הדרמטי בין עבירת הרצח לעבירת ההריגה. בפרשת *בן שטרית*[139] הצטרף השופט רובינשטיין לחוות דעתה של השופטת ברלינר וקבע כי בנסיבות המקרה התקיימו יסודות עבירת הרצח. עם זאת, השופט רובינשטיין בחר להעיר את הדברים הבאים:

> "אוסיף: אכן, במקרה זה, בסופו של יום, הוכחה אף לדעתי כדבעי הכוונה. אך לא אכחד, כי משך הזמן הקצר שבין התגבשות כוונה לבין מעשה עשוי עיונית לעורר שוב את השאלה, שתיוותר לעת מצוא, אם אין מקום לעצב גם במשפט הישראלי את עבירת הרצח מדרגה שניה, המוכרת בארה"ב, שבה רוככו דרישות מסוימות בין רכיבי העבירה אל מול הפחתה בעונש [...]. עבירת הרצח מדרגה שניה באה ליצור דרגה שבין רצח להריגה, ויסודה בחקיקה מדינתית בארה"ב עניינה במקרים מסוימים הפחתה ביסוד הכוונה "תחילה", להבדיל מכוונה גרידא".[140]

כמו כן, קריאתו של הנשיא ברק בפרשת *ביטון* (שהוזכר לעיל בסוגיית הקינטור) לרפורמה בעבירות ההמתה, הייתה על רקע דומה.[141]

ג. האבחנה בין גרם מוות ברשלנות להריגה

עבירת ההריגה נבדלת מעבירת גרימת מוות ברשלנות במצב הנפשי של העושה. העבירה של גרם מוות ברשלנות דורשת יסוד נפשי של רשלנות, המוגדר בסעיף 21 לחוק העונשין כמצב של אי מודעות של העושה עצמו, כאשר אדם מן היישוב במקומו יכול היה, בנסיבות העניין, להיות מודע לאותו פרט. לעומת זאת, עבירת ההריגה דורשת, כאמור, קיומה של מחשבה פלילית, המוגדרת בסעיף 20 לחוק העונשין.

נושא האבחנה בין הריגה לעבירה של גרימת מוות ברשלנות עלה בפסיקה בשני הקשרים מרכזיים: תאונות דרכים ותאונות נשק.

---

[137] ע"פ 1456/01 **חליל חדד נ' מדינת ישראל**, פ"ד נו(1) 609 (2001). ר' גם ע"פ 3216/01 **שכאר נ' מדינת ישראל**, תק-על 2002(1) 583 ; ע"פ 7556/03 **שוורץ נ' מדינת ישראל**, תק-על 2004(1) 1947 ; תפ"ח (מחוזי-ת"א) 1105/03 **מדינת ישראל נ' קלמנטייב**, תק-מח 2004(4) 6105 ; ע"פ 2090/06 **פלוני נ' מדינת ישראל**, תק-על 2007(1) 725 ; תפ"ח (מחוזי-ת"א) 1025/06 **מדינת ישראל נ' דויט סדקה**, תק-מח 2007(3) 1593 ; ת"פ (מחוזי-חיפה) 6154-11-08 **מדינת ישראל נ' בנימינוב** (ניתן ביום 22.12.09).

[138] תפ"ח (מחוזי-ת"א) 1020/08 **מדינת ישראל נ' חסדאי** (ניתן ביום 25.01.10).

[139] פרשת **בן שיטרית**, לעיל ה"ש 72.

[140] שם, בעמ' 3141. השופט רובינשטיין חזר על עמדתו זו בפרשת **אנסטסיה מיקל**, לעיל ה"ש 40.

[141] **ביטון**, לעיל ה"ש 59, בפס' 68.

בנוגע לתאונות דרכים, אימצו בתי המשפט את הפסיקה שקדמה לתיקון 39 לחוק העונשין והבחינו בין "התרשלות רבתי" לבין רשלנות "רגילה", כאשר סיווג מקרה כ"התרשלות רבתי" מבחינה עובדתית עשוי להקים חזקה עובדתית בדבר התקיימותה של מחשבה פלילית.[142]

בנוגע לגרימת מוות כתוצאה מלחיצה מודעת על הדק של נשק, קבע בית המשפט העליון כי בכלי נשק יש "סיכון טבוע", כאשר הנטל על הנאשם הוא להוכיח ששלל את הסיכון באופן פוזיטיבי. אם הנאשם אינו עומד בנטל ואינו מוכיח כי נקט באמצעים למניעת הסיכון הטבוע בכלי הנשק, יתקיים בו היסוד הנפשי של קלות דעת.[143]

פרופ' רות קנאי מתחה ביקורת על התפיסה לפיה התנהגות הנאשם העולה כדי "התרשלות רבתי" יוצרת בהכרח חזקה עובדתית, שעל הנאשם להפריכה, לפיה הנאשם היה בעל יסוד נפשי של קלות דעת כלפי התוצאה. לטענתה, לא ראוי ליצור קשר ישיר ומחייב בין היסוד העובדתי-התנהגותי לבין המחשבה הפלילית.[144]

בפסיקה הובעה ביקורת גם כלפי מקרי הגבול בין קלות דעת לרשלנות. בדומה לבעיית הסיווג בין רצח להריגה, גם ההחלטה האם המקרה נופל בגדרי הריגה או גרימת מוות ברשלנות הינה בעלת השלכות מרחיקות לכת: בעוד הריגה הינה עבירת פשע שהמורשע בה צפוי לעונש מרבי של עשרים שנות מאסר, עבירת גרימת המוות ברשלנות היא עבירת עוון שעונשה המרבי הוא שלוש שנות מאסר בלבד. בפרשת *מגידיש* הצביע השופט אנגלרד על הקושי להבחין בין קלות דעת לרשלנות, הביע את ביקורתו על הקפיצה הגדולה מדי בין גרימת מוות ברשלנות להריגה והציע לקבוע מדרג ביניים ביניהן:

> "במשפטנו, חשיבותה הרבה של בעיית התיחום בין קלות הדעת לרשלנות מתגלית במיוחד בגרימת המוות. כאן, התיחום הוא בין עבירת פשע חמורה של הריגה, שהעונש המרבי לגביה הוא עשרים שנות מאסר, לבין עבירת עוון של גרימת מוות ברשלנות, שהעונש המרבי לגביה הוא שלוש שנות מאסר. כבר במבט ראשון נראה המעבר מגרימת מוות ברשלנות להריגה כקפיצת מדרגה גבוהה מדי. כי הרי ברור, שהמרחק בין הגבול התחתון של קלות הדעת לבין הגבול העליון של רשלנות עשוי להיות קטן ביותר. אין זה מפתיע, אפוא, כי לדעת מלומדים אחדים מן הראוי לתקן את המצב באמצעות יצירת עבירה מיוחדת בתחום הביניים בין קלות דעת לרשלנות רגילה, כגון עבירה, בדרגת פשע, של גרימת מוות ברשלנות רבתי, דהיינו, גרימת מוות כתוצאה מסטייה גדולה מנורמת ההתנהגות הסבירה [...] נראה לי כי יש טעם רב בהצעה זו".[145]

כאמור לעיל, בנוסף לכך כורכת העבירה תחת קורת גג אחת התנהגויות שונות מאוד זו מזו – מקלות דעת כלפי התוצאה הקטלנית, ועד לכוונה כלפיה.

---

[142] ראו ע"פ 1196/07 **יוסף סאהר נ' מדינת ישראל**, תק-על 2007(2) 4941 , 4945.

[143] ע"פ 1982/98 **יואב מירו נ' מדינת ישראל**, פ"ד נב(5) 145 (1998); ע"פ 119/93 **ג'ייסון לורנס נ' מדינת ישראל**, פ"ד מח(4) 24 (1994). ר' גם לאחרונה ע"פ 6656/08 **יקטרינה חביבולין נ' מדינת ישראל**, תק-על 2010(1) 131.

[144] רות קנאי, "דיני העונשין- התפתחות ומגמות", **עיוני משפט** כג 746-753 (תש"ס). כן ר' ש"ז פלר, "על הקטגוריות של החזקות – אגב פסקי-הדין סובאח צלנקו ופלוני", **מחקרי משפט** יג 357 (תשנ"ו-תשנ"ז).

[145] ע"פ 3158/00 **אוהד מגידיש נ' מדינת ישראל**, פ"ד נד(5) 80 , 87-88 (2000).

3. שידול או סיוע להתאבדות

נוסח העבירה של שידול או סיוע להתאבדות הוא כדלהלן:

302. שידול או סיוע להתאבדות
המביא אדם לידי התאבדות, בשידול או בעצה, או מסייע אדם להתאבד, דינו – מאסר עשרים שנים.

עבירת השידול או סיוע להתאבדות אומצה מהדין האנגלי ונקבעה בסעיף 225(2) לפח"פ, והעונש בצידה היה מאסר עולם. בתקופה זו, ניסיון ההתאבדות עצמו היה עבירה פלילית שעונשה שלוש שנות מאסר (עבירה מסוג עוון), והיא הייתה קבועה בסעיף 225(1) לפח"פ. בשנת 1966 תוקנה הפח"פ ובוטל סעיף 225(1),[146] אולם עבירת השידול או סיוע להתאבדות נותרה על כנה. העונש בצידה הפך לעשרים שנות מאסר עקב סעיף 41 לחוק העונשין דאז, שקבע כי עונש מאסר עולם שאינו עונש חובה משמעו עשרים שנות מאסר. בשנת 1977 שולבה עבירה זו שולבה בחוק העונשין, והעונש המרבי בצידה נותר עשרים שנות מאסר.

פסק הדין העיקרי המנתח את יסודות העבירה ניתן בפרשת *קרוגולץ*.[147] השאלה המרכזית שנדונה בפסק הדין הייתה: מהי התוצאה הנדרשת בעבירה – קיום ניסיון התאבדות, גם אם כשל, או התאבדות "מוצלחת"? כלומר, האם יש צורך שההתאבדות תצליח והקורבן ימות על מנת להרשיע את הנאשם בעבירה המושלמת, או שמא די לשם כך בניסיון התאבדות שלא הוביל למוות? השופט מצא סבר כי די בניסיון להתאבד ותמך את פירושו זה בתכלית האיסור הפלילי, בהיסטוריה החקיקתית ובחקיקה משווה.[148] מנגד, ניתח השופט חשין, בדעת רוב, את העבירה כעבירה הדורשת מעשה התאבדות שצלח. באותו עניין, נקבע כי לא הוכח קשר סיבתי בין מעשיה של הנאשמת למות המנוח, ולפיכך הורשעה הנאשמת בניסיון לסיוע להתאבדות.

עבירה זו נדונה בישראל במספר הקשרים הנבדלים זה מזה בחומרתם: שידול אחות לשים קץ לחייה על רקע כבוד המשפחה,[149] בני זוג שנטלו יחד כדורי שינה ואלכוהול לצורך התאבדות, אולם רק האישה נפטרה,[150] וסיוע למות בן זוג חולה שביקש לשים קץ לחייו (עניין *קרוגולץ*).

בשנת 2005 חוקק בישראל חוק החולה הנוטה למות, תשס"ו-2005, בו נקבע שיש לכבד את רצונו של חולה הנוטה למות ומסרב לקבל טיפול רפואי (ר' סעיף 15 לחוק). כן נקבעה פרוצדורה שעל פיה אדם יכול לקבוע הנחיות מראש מה ייעשה בו אם יהיה במצב של חולה הנוטה למות. אולם, סעיף 20 שבחוק זה קובע:

---

[146] לסקירת הרקע לביטול העבירה, ר' ע"א 506/88 **יעל שפר נ' מדינת ישראל**, פ"ד מח(1) 87, 175-177 (1993).

[147] ע"פ 6568/93 **מינה קרוגולץ נ' מדינת ישראל**, פ"ד מט(1) 397 (1995).

[148] יצוין, כי גם פרופ' פלר תמך בגישתו זו של השופט מצא: ר' ש"ז פלר, "על זיקה, סיבתיות, סיוע לדבר עבירה וסיוע להתאבדות, בפרט ע"פ 6568/93 קרוגולץ", **עיוני משפט** כ 511, 518-519, 524-525.

[149] ת"פ (מחוזי-חיפה) 342/99 **מדינת ישראל נ' קייס ואח'** (ניתן ביום 14.7.00). לביקורת על פסק הדין ר' שלמה פרי ודפנה נתניהו, "אמנם מסייע להתאבדות", **משפטים** ט 128-133 (תשל"ט). במאמר זה הכותבים הביעו את הדעה לפיה הנאשמים ביצעו עבירה של הריגה במחדל ולא של סיוע להתאבדות.

[150] ב"ש (מחוזי-ב"ש) 22163/09 **מדינת ישראל נ' אלכסנדר גרינברג** (לא פורסם).

"אין בהוראות חוק זה כדי להתיר עשיית פעולה, אף אם היא טיפול רפואי, שיש בה סיוע להתאבדות, בין שהיא נעשית מתוך חסד וחמלה ובין שלא, ובין לבקשת החולה הנוטה למות או אדם אחר ובין שלא".

מכאן, שמתן סיוע אקטיבי להתאבדות, להבדיל ממניעת טיפול רפואי, מוסיף להוות עבירה פלילית של סיוע להתאבדות.

4. המתת תינוק

נוסחה של העבירה "המתת תינוק" הינו כדלהלן:

303. המתת תינוק

(א) אשה שגרמה במזיד, במעשה או במחדל, למות ולדה שלא מלאו לו שנים עשר חודשים, ובשעת המעשה או המחדל היתה במצב של ערעור שיקול הדעת, משום שעדיין לא החלימה לגמרי מתוצאות הלידה או משום תוצאות ההנקה לאחר הלידה, הרי על אף היות העבירה לפי הנסיבות בגדר רצח או הריגה, דינה – מאסר חמש שנים.

(ב) האמור בסעיף זה אינו בא לגרוע מסמכות בית המשפט להרשיע את מי שהואשם ברצח של ילד שלא מלאו לו שנים עשר חודשים בעבירה של הריגה או של העלמת לידה, או לקבוע שאינו נושא באחריות פלילית מחמת אי-שפיותו או ליקוי בכושרו השכלי לפי סעיף 19.

עבירה זו הופיעה במקור בסעיף 226 לפח"פ, והיא שאובה מחוק אנגלי שנחקק בשנת 1922 ותוקן בשנת 1938. העבירה נועדה במקור להתמודד עם מספר תופעות חברתיות, ביניהן התופעה של נשים שעבדו כמשרתות, נכנסו להריון שלא במסגרת של נישואין והמיתו את הילודים כדי שלא יעטה עליהן קלון חברתי. בשנות ה- 70 של המאה הקודמת, העבירה גובתה במחקרים שהראו כי אחוז ניכר ממקרי הרצח של ילדים על ידי אימותיהן נעשה בשנה הראשונה לחייהם. סעיף 226 לפח"פ הקל עם האם הממיתה וקבע שעל אף שייתכן והנסיבות מצביעות על רצח התינוק, היא תואשם בהריגה בלבד, אם הייתה במצב של ערעור שיקול הדעת, עקב הלידה או עקב ההנקה. בשנת 1966 תוקנה הפקודה וקבעה את העונש המרבי של חמש שנים שאומץ מאוחר יותר בחוק העונשין.

בישראל, המקרים בהם נשים שהמיתו את תינוקותיהם הורשעו בעבירה זו הינם ספורים.

5. גרימת מוות ברשלנות

בנוסחה המקורי, טרם תיקון 39 לחוק העונשין, קבעה העבירה של גרימת מוות ברשלנות (סעיף 218 לפח"פ וסעיף 304 לחוק העונשין): "הגורם שלא בכוונה למותו של אדם מחוסר זהירות או במעשה פזיז או לא איכפתי, שאינם עולים כדי התרשלות פושעת, דינו – מאסר שלוש שנים".

בתי המשפט פרשו את הסעיף כדורש רשלנות בלבד, משום שאינו דורש יסוד נפשי של מחשבה פלילית ובשל הפער הברור בינו לבין עבירת ההריגה. טרם תיקון 39, אימצו בתי המשפט את דגם הרשלנות

האזרחית לצרכי יישום האיסור. לאחר תיקון 39, סעיף 304 לחוק העונשין לפסיקה, ונקבע נוסחו העדכני:

304. גרימת מוות ברשלנות
"הגורם ברשלנות למותו של אדם, דינו – מאסר שלוש שנים".

הפסיקה התייחסה לעבירה בשני מישורים: **מישור הצפיה** – האם אדם סביר יכול היה לצפות את התוצאה הקטלנית, ובמישור השני (שזכה להתייחסות מינורית בלבד) – שאלת **הסיכון הבלתי סביר**.

א. מישור הצפיה

בתחילת דרכה, אימצה הפסיקה מבחן אובייקטיבי (שאינו לוקח בחשבון מאפיינים סובייקטיביים של העושה), אולם נראה כי קנה המידה – הוא ה"אדם הסביר" – כוון לאדם ממוצע, "רגיל":

> "כדי לקבוע אם מילא או לא מילא אדם את שתי החובות הללו [חובה לראות את הנולד וחובה לנקוט באמצעי זהירות], יש תמיד לשים אל לב כי קנה המידה שיש לאחוז בו הוא תבונתו ואורח התנהגותו של **אדם בר דעת רגיל**, כפי נוהגים לכנותו באנגליה 'הנוסע באוטובוס של קלפהם', ולא אדם אשר... 'זריזותו היא כזריזות אקרובט ורוח נבואתו כזו של נביא עברי'".[151]

אולם גישה זו לא שרדה זמן רב. המבחן האובייקטיבי הוגמש והורחב, וקנה המידה שאומץ בפסיקה הוא של אדם סביר כמעט אידיאלי, פרי השקפתו של בית המשפט, שהיכולת התודעתית שלו אינה נגזרת מן הממוצע בחברה. עמד על כך בית המשפט בפרשת *בש*, פרשה בה הורשע הנאשם כאחראי על מותו של ילד אשר נחנק למוות בתוך מקרר אשר הושאר ללא השגחה ברשות הרבים:

> "חוק הוא בישראל שחובת הזהירות אשר חייב אדם למלא בטרם יוכל להשתחרר מאחריות פלילית למות אדם אחר כתוצאה ממעשהו או ממחדלו, נמדדת לא לפי מידותיו של הנאשם העומד לפני בית-המשפט, כי אם לפי מידותיו של 'האדם הסביר', כלומר לפי קנה-מידה אובייקטיבי; **ובבוא בית-המשפט לקבוע קנה-מידה זה, עשוי הוא להקפיד ולהחמיר כדי שלא יקופחו חיי אדם**".[152]

רף ההתנהגות הנדרש חדל, אם כן, להיקבע על ידי פנייה לאדם הסביר הרגיל, הממוצע, אלא תוך הבאה בחשבון של הרצוי, כביטוי למדיניות משפטית.

לאחר תיקונים מס' 39 ו- 43 לחוק העונשין, נשאלה השאלה האם תיקונים אלה מביעים עמדה של המחוקק לפיה יש מקום לסטות מההלכה. התיקונים הכניסו לדין החרות כמה שינויים: העבירה עצמה נוסחה באופן פשוט וברור יותר; הרשלנות הוגדרה בחוק; נקבע כי רף ההתנהגות ייקבע לפי יכולתו של ה"אדם מן הישוב ... בנסיבות העניין"; ומעל כל אלה, יש לזכור את חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, שלאורו יפורשו דברי חקיקה אלה.

---

[151] ע"פ 54/51 **פריברג נ' היועץ המשפטי לממשלת ישראל**, פ"ד ה 1353, 1355-1356 (1951): "אין דורשים מהאדם לחזות מראש דברים שאינם יכולים לעלות במוחו של אדם **רגיל**" [ההדגשה הוספה]. כן ר' פרשת **דויטש**, לעיל ה"ש 133, בעמ' 462; ע"פ 419/68 **מדינת ישראל נ' רפאל**, פ"ד כב(2) 749, 753 (1968) (שניתן לאחר פרשת **בש**).

[152] ע"פ 196/64 **היועץ המשפטי לממשלה נ' בש**, פ"ד יח(4) 568, 572 (1964): "מידת הצפיות אשר על בית-המשפט לקבעה בכגון דא, נקבעת על-פי נסיון החיים והידיעה הכללית שבידי השופט"; כן ר' ד"נ 15/64 **בש נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד יט(1) 309, 312 (1965); פרשת **יעקובויץ**, לעיל ה"ש 79, בעמ' 545.

שאלה מרכזית שנשאלה נוגעת לקנה המידה לבחינת רף ההתנהגות, והיא האם יש להבחין בין המונח "אדם סביר" לבין המונח "אדם מן היישוב". ובמילים אחרות, האין תיקון מס' 39 לחוק העונשין מורה לנו כי יש לזנוח את הדעה שלפיה האדם הסביר הוא אדם "רצוי", "בית המשפט הוא עצמו", ולחזור ולאמץ את הדעה שהובעה בפסיקה בראשית דרכה, לפיה קנה המידה הוא האדם ה"רגיל", הממוצע, בנסיבות העניין? ההלכה שנפסקה על ידי בית המשפט העליון היא שמדובר במונחים זהים שאין ביניהם כל הבדל,[153] וזאת על אף שבחלק מפסקי הדין בערכאות נמוכות הובעה העמדה כי יש הבדל בין שני הביטויים, וכי הביטוי "אדם מן היישוב" מציב סטנדרט השונה מזה של "האדם הסביר".[154] כך בפרשת *יעקובוב*, ציין בית המשפט העליון כי ההבדל בין שני המונחים "הוא סמנטי בלבד",[155] וכי רף ההתנהגות הסביר ממשיך להיקבע "בסופו של דבר על-ידי בית-המשפט".[156] השופטת דורנר אמנם העירה כי: "הצפייה הסבירה, שהיא בסיס לקביעת סטנדרד ההתנהגות, אינה מנותקת מיכולת הצפייה של העושה. הנחה משפטית היא כי לעושה יכולת של אדם מן היישוב, ובגדרה יכול הוא לחזות את הסיכון לחיי אדם שגורמת התנהגותו ולהיות מודע לצורך להימנע מן ההתנהגות או לנקוט צעדים סבירים למניעת התממשות הסיכון",[157] אולם, לא ברור מה דינה של "הנחה משפטית" זו, וכיצד, אם בכלל, ניתן לסתורה. צעד נוסף צעד השופט חשין, כשאימץ באופן מובהק את המימרה שמקורה, כאמור, בדיני הנזיקין: "אותו אדם סביר אינו אלא בית-המשפט, הוא-עצמו".[158] בדומה לכך, פסק המשנה לנשיאה ריבלין לאחרונה, כי "התיבות "אדם מן הישוב" אינן אלא המקמה (לוקליזציה) של הביטוי האוניברסלי "האדם הסביר"; האדם מן הישוב הוא האדם הסביר שהתנהגותו משמשת כאמת בוחן בשיטה המקומית".[159]

שאלה אחרת שהועלתה היא האם התיקונים לחוק העונשין גרמו לשינוי נוסף בעבירות הרשלנות – התנתקות ממבחן אובייקטיבי טהור והתחשבות במאפיינים אישיים מסוימים של העושה. נראה, כי סעיף 21 לחוק העונשין מורה על מבחן אובייקטיבי, שכן יכולת הצפייה אינה של העושה הספציפי, אלא של "אדם מן היישוב". כך קובעת גם ההלכה הפסוקה, כמודגם בציטטות שהובאו לעיל, אשר ממחישות כי הקריטריונים שנהגו עובר לתיקון 39 לעניין תוכן המבחן הנורמטיבי נותרו על כנם. לעומת זאת, הציע פרופ' קרמניצר לפרש את סעיף 20 ואת התיבה "בנסיבות הענין" כמאפשרת אינדיבידואליזציה מסוימת של הרשלנות, שכן "נסיבות הענין כוללות הן את הנסיבות הריאליות והן

---

[153] ר', למשל, ת"פ (שלום- ק"ג) 552/94 **מדינת ישראל נ' דנאור צנרת בע"מ**, פ"מ תשנ"ו(4) 353, 371; ת"פ (שלום-ק"ג) 1445/95 **מדינת ישראל נ' שלמי עד בע"מ**, פ"מ תשנ"ט(3) 823, 844; ת"פ (שלום-ירושלים) 3020/95 **מדינת ישראל נ' פלוני**, פס' 10 (לא פורסם, ניתן ביום 30.5.97).

[154] ר' למשל את הדעה שהובעה לפני תיקון החוק בע"פ 385/89 **אבנת נ' מדינת ישראל**, פ"ד מו(1) 1, 7 (1991): "מכאן, שאין עלינו לבחון, אם **אדם רגיל מן היישוב** היה צופה את נזקם של הכלבים, וודאי שלא על-פי זווית ראייתם ואפילו ניסיונם האישי של ציבור בעלי הכלבים, **אלא** עלינו לבחון, אם **האדם הסביר** היה צופה נזק זה" [ההדגשות הוספו]; כן ר' ת"פ (שלום-ת"א) 15237/97 **מדינת ישראל נ' בר אילן**, פ"מ תשנ"ח(4) 337, 609-613; ת"פ (שלום-ת"א) 15419/97 **מדינת ישראל נ' פז גז חברה לשיווק בע"מ**, פ"מ תש"ס(3) 577, 590; ע"פ (מחוזי-ת"א) 3998/98 **מרן נ' מדינת ישראל**, פס' 17 (לא פורסם, ניתן ביום 21.6.99) (הסוגיה הושארה בצריך עיון); ע"פ (מחוזי-חיפה) 713/00 **מדינת ישראל נ' פנחסי**, פ"מ תשס"א(1) 145, 162. יצוין, כי בכל פסקי הדין הנ"ל, ההבחנה בין המושגים לא הייתה נחוצה לשם ההכרעה.

[155] ע"פ 7832/00 **יעקובוב נ' מדינת ישראל**, פ"ד נו(2) 534, 544 (2002).

[156] שם, בעמ' 546.

[157] שם, בעמ' 547.

[158] דנ"פ 983/02 **יעקובוב נ' מדינת ישראל**, פ"ד נו(4) 385, 393 (2002); כן ר' פרשת **לורנס**, לעיל ה"ש 143, בעמ' 15.

[159] דנ"פ 5496/10 **עדי אברהם נ' מדינת ישראל**, תק-על 2011(1) 1961 , 1963.

את הנסיבות הפרסונאליות של העושה". התומכים בעמדה זו נסמכים גם על כלל הפרשנות המצמצמת בפלילים ועל כללי הפרשנות הנגזרים לגישתם מחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

מקובל לחשוב שסעיף 20 לחוק העונשין ניתק את הקשר הגורדי (קשר של אימוץ והחלה אוטומטיים) שבין עבירת הרשלנות לעוולת הרשלנות. בטרם תיקון מס' 39, הרשלנות הפלילית לא הוגדרה ולכן בית המשפט פנה באופן טבעי לרשלנות המוגדרת והמוכרת היטב – הרשלנות האזרחית. חקיקת הגדרה נפרדת ושונה לרשלנות הפלילית הצביעה על ניתוק קשר זה שנעשה כה מבוסס במשפטנו.[160] עתה, כששואלים אנו מהי רשלנות פלילית, אין לפנות אוטומטית לרשלנות המוגדרת בפקודת הנזיקין. לרשלנות הפלילית מעמד עצמאי ונפרד. בה בעת, אין לשלול כל פנייה לדין הנזיקי. הלכותיו יכולות לשמש השראה, אך קליטה של הלכות נזיקיות תיעשה בזהירות ובבחינה דקדקנית, תוך בחינת השאלה אם לאור המטרות המיוחדות של המשפט הפלילי, הלכה נזיקית פלונית ראויה להיות מאומצת בדין העונשי.

ב. הסיכון הסביר

הדרישה לפיה על ההתנהגות שגרמה לתוצאה ליצור סיכון בלתי סביר (ר' סעיף 20(א)(2): "ובלבד שאפשרות גרימת התוצאות לא היתה בגדר הסיכון הסביר") היוותה יסוד חשוב, שלא זכה לתשומת לב מספקת בדין הישראלי, כמו גם במשפט האנגלי, עוד קודם לחקיקתה בתיקון 39 לחוק העונשין. ההצדקה לדוקטרינה זו נובעת מההכרה כי הפעילות האנושית, באופן טבעי, רצופה סיכונים מוצדקים, שבהם למרות ההסתברות לגרימת תוצאות שליליות, ההתנהגות שיוצרת את הסיכון מוצדקת מבחינה חברתית. ביטולו של יסוד זה יגרור הטלת איסור גמור על נטילת סיכונים, דבר שיגרום לשיתוק החיים,[161] וכפי שציין הנשיא זוסמן בפרשת *מזרחי*, בהתייחסו לסיכון הסביר שבנהיגה בדרכים:

> "הדין אינו שומר רק על חייהם ושלומם של הולכי-רגל מפני נהגים רשלנים, אלא הוא חפץ גם ביקרם של נהגים. לאלה חייב הוא לאפשר תנועה סדירה בכביש בין-עירוני. אם מצוות החוק היא, שמציאת ילדים העומדים בשולי הכביש ואינם מגלים כוונה לחצות, מחייבת נהג להאט מהירותו אפילו מתחת לששים ק"מ לשעה, כי אז פירושו של דבר, שלא ניתן לקיים – בכביש בין-עירוני – זרם של תנועה שוטפת כראוי. אם אינך מאזן באופן סביר את זכותו של הולך-רגל שלא להיפגע - לרבות מעמדו המיוחד של ילד - עם צרכי התנועה, יהיו כבישי הארץ עמוסים מכוניות זוחלות, ייווצרו פקקי תנועה, ולא תהא בהם תחבורה סדירה".[162]

גם בפרשת *צוד*, הבחין השופט ויתקון בין הדרישה של הרשלנות במישור הצפיה לבין שאלת הסיכון הבלתי סביר:

---

[160] פרשת **פלוני**, לעיל ה"ש 153, בפס' 11; ע"פ 4188/93 **לוי נ' מדינת ישראל**, פ"ד מט(1) 539, 553 (1995) (הדברים נאמרו בהערת אגב); פרשת **פנחסי**, לעיל ה"ש 154, בעמ' 165; ולדעה שונה ר' פרשת **שלמי עד**, לעיל ה"ש 153, בעמ' 844.

[161] יצחק קוגלר, "על דרישת המודעות כלפי הנסיבות בחלק הכללי החדש של חוק העונשין", **פלילים** ה 149, 165 (תשנ"ו); מרים גור-אריה, "העבירה של גרם מוות ברשלנות, והיחס בינה ובין עוולת הרשלנות", **משפטים** יב 257, 259 (תשמ"ב); י' לוי, א' לדרמן **עיקרים באחריות פלילית** 453 (תשמ"א); ע"פ 584/76 **מזרחי נ' מדינת ישראל**, פ"ד לא(2) 617 (1977).

[162] פרשת **מזרחי**, לעיל ה"ש 161, בעמ' 622; והשוו: **פלר**, לעיל ה"ש 64, בעמ' 630; ד"נ 22/83 **מדינת ישראל נ' חדריה**, פ"ד לח(2) 285 (1984); ע"פ (מחוזי-ת"א) 1593/86 **שובל נ' מדינת ישראל**, פ"מ תשמ"ח(1) 155; ע"פ (מחוזי-ב"ש) 7403/98 **מדינת ישראל נ' אוחיון**, פ"מ תשנ"ט(2) 613; ע"פ 61/82 **ניר נ' מדינת ישראל**, פ"ד לח(3) 101 (1984); ע"פ (מחוזי-ת"א) 135/75 **קרים נ' מדינת ישראל**, פ"מ תשל"ו(1) 307, 311.

"אך האמת ניתנה להיאמר שבכל המקרים הללו מתעורר בלבי הרהור, אם אמנם מופעל בהם מבחן הצפיות כהלכה. אם השאלה אינה אלא: "כלום לא יכולת לתאר לעצמך שמעשך יביא לתוצאה מזיקה"? – כי אז חוששני שברוב המקרים התשובה מוכרחה להיות חיובית. למשל, במעט דמיון יכול אני לתאר לעצמי, שאם אחנה מכונית במדרון, והיא נעולה וסגורה כדבעי, בהילוך נמוך ובלם היד תקין, עדיין יתכן שיבוא ילד שובב, ישבור חלון, יכנס למכונית ויתן לה להתדרדר, והיא תפגע במספר אנשים. אך איש לא יעלה על הדעת, שבמקרה כזה אני "אשם" ברשלנות. מדוע לא? כיוון שכדי להיות רשלן בעיני החוק, לא די בכך ש"אפשר היה לצפות את הסכנה"; אפילו לגבי סכנה כזאת, עדיין יש לשאול, אם סביר היה, בכל הנסיבות, להימנע מהפעולה היוצרת את הסכנה. עלינו לזכור שהרבה פעולות, שהן חיוניות או רצויות לאדם כפרט או כחלק מהחברה, יוצרות סכנות הידועות לנו היטב, ואף-על-פי-כן אין אנו גורסים שלמען שלמות הגוף והנפש צריך או אפשר לוותר עליהן".[163]

בהתאם לדרישה זו, יש לבחון את סבירותו של הסיכון במדדים אובייקטיביים, קרי להעריך את התועלת החברתית שבהתנהגות ואת עלות מניעתו של הסיכון מחד גיסא, ולאזנה אל מול גודל הסיכון וההסתברות להתממשותו מאידך גיסא.[164] אם המדד הראשון עולה על זה האחרון, הרי שהסיכון סביר וההתנהגות מוצדקת מבחינה חברתית. לכן, על אף קיום הסיכון, לא תוטל אחריות פלילית.[165]

כאמור לעיל, לאחר חקיקת תיקון 39 הוכנסה בפירוש דרישת הסיכון הבלתי סביר לתוך הגדרת הרשלנות וקלות הדעת, אולם יש לציין כי הפסיקה כמעט ולא התייחסה לדרישה זו.

6. נגזרות לעבירות ההמתה

עבירות ההמתה כפופות, כמו יתר העבירות בחוק העונשין, להוראות המופיעות בחלק הכללי של חוק העונשין, ובהן גם לדין המסייע, המשדל והמנסה לשדל. לעומת זאת, בנוגע לניסיון לרצח, קבועה עבירה ספציפית בפרק עבירות ההמתה, הסוטה מהדין הכללי בנוגע לעבירות ניסיון. כמו כן קבועה כאמור בפרק עבירה מיוחדת של סיוע להתאבדות.

א. ניסיון לרצח

סעיף 305 לחוק העונשין, אשר כותרתו "ניסיון לרצח", קובע כדלהלן:

305. ניסיון לרצח
העושה אחת מאלה, דינו – מאסר עשרים שנים:
(1) מנסה שלא כדין לגרום למותו של אדם;
(2) עושה שלא כדין מעשה, או נמנע שלא כדין מעשות מעשה שמחובתו לעשותו, בכוונה לגרום למותו של אדם, והמעשה או המחדל עלולים מטבעם לסכן חיי אדם.

עבירה זו, שמקורה בסעיף 222 לפח"פ, קבעה עונש מיוחד על המנסה לרצוח, על רקע המצב המשפטי שקדם לתיקון 39, לפיו העונש המרבי על הניסיון לביצוע עבירה היה מחצית העונש הקבוע בצד

---

[163] ע"פ 364/78 **צור ואח' נ' מדינת ישראל**, פ"ד לג(3) 626, 633 (1979).
[164] ר' **קוגלר**, לעיל ה"ש 161, בעמ' 165; J.C. Smith & B. Hogan, Criminal Law 64 (8th ed., 1996).
[165] ר' את דעת המיעוט של הנשיא זוסמן בפרשת **מזרחי**, לעיל ה"ש 161; וכן פרשת **צור**, לעיל ה"ש 163, בעמ' 633; ע"פ 478/72 **פנקס נ' מדינת ישראל**, פ"ד כז(2) 617, 624 (1973).

העבירה. תיקון 39 לחוק העונשין שינה את המצב המשפטי וקבע כי דין המנסה הוא כדין המבצע העיקרי. מדברי ההסבר להצעת החוק עולה ההסבר לתיקון: "הטעם לכך הוא, שהן מבחינת השיקול הגמולי – אשמו המוסרי של המנסה – והן מבחינת השיקול של הרתעת הפרט – הסכנה שבעושה – אין המנסה נבדל מן המבצע שהשלים את זממו. המנסה נכשל עקב גורמים שאינם תלויים בו ... ואם אין תולים אבחנות עונשיות במקריות, אין מקום להבחין בין המנסה לבין המבצע שהשלים".[166] עם זאת, סעיף 27 לחוק העונשין סייג תוצאה זו וקבע כי אם קבוע בצד העבירה עונש חובה, עונש זה לא יחול על ניסיון. כאמור, קיימת במשפטנו נורמה מיוחדת לעניין הניסיון לרצח, ובצידה עונש מיוחד השונה מהעונש על רצח.

בעבירת ניסיון הרצח קבועות שתי חלופות: האחת, ניסיון לגרום למותו של אדם, והשנייה, עשיית מעשה או מחדל שמעצם טיבם עלולים לסכן חיי אדם בכוונה לגרום מוות. יצוין, כי החלופה השנייה של עבירת ניסיון הרצח לא זכתה כמעט להתייחסות בפסיקה.[167]

החלופה הראשונה כוללת כאחד מיסודותיה העובדתיים את הניסיון. על מנת לפרש יסוד עובדתי זה, הפנתה הפסיקה לדין הכללי של הניסיון הקבוע בסעיפים 25 ו- 26 לחוק העונשין:

25. נסיון מהו
אדם מנסה לעבור עבירה אם, במטרה לבצעה, עשה מעשה שאין בו הכנה בלבד והעבירה לא הושלמה.
26. חוסר אפשרות לעשיית העבירה
לענין נסיון, אין נפקה מינה אם עשיית העבירה לא היתה אפשרית מחמת מצב דברים שהמנסה לא היה מודע לו או טעה לגביו.

בעניין *משה דהן* קבע בית המשפט העליון כי דיני הניסיון הכלליים חלים גם על יסוד ה"ניסיון" בעבירת ניסיון הרצח. ולכן, היסוד העובדתי של העבירה של ניסיון רצח מחייב "עשיית מעשה שהוא חוליה במעשים המתבצעים לקראת השגת העבירה המושלמת, מעשה היוצא מגדר הכנה ומקדם את המבצע לקראת השלמת העבירה, שלביצועה הוא שואף".[168] הויכוחים וחילוקי הדעות שהתעוררו בפסיקה ובספרות בשאלה מהו מעשה שיצא מגדר מעשה הכנה בלבד אך העבירה לא הושלמה, רלוונטיים גם הם לעבירה של ניסיון רצח.[169]

---

[166] ש"ז פלר ומרדכי קרמניצר, "הצעת חלק מקדמי וחלק כללי לחוק עונשין חדש ודברי הסבר תמציתיים", **משפטים** יד 84 (תשמ"ד).

[167] פסק הדין המרכזי העוסק בחלופה זו הוא ע"פ 5079/04 **נסרין מסראווה ואח' נ' מדינת ישראל**, תק-על 2008(1) 2391. מקרה נוסף הוא ת"פ (מחוזי-נצרת) 316/99 **גיא זהבי נ' מדינת ישראל**, תק-מח 2000(2) 22468, אולם במקרה זה גם שופט המיעוט, השופט ממן, שסבר שיש להרשיע את הנאשם בעבירה של ניסיון לרצח, קבע כי החלופה לפי סעיף קטן (1) מתקיימת אף היא (שם, בעמ' 22482).

[168] ע"פ 1639/98 **משה דהן ואח' נ' מדינת ישראל**, פ"ד נה(4) 501, 516 (2001); להחלת הדינים הכלליים על יסוד ה"ניסיון" בעבירה של ניסיון רצח ר' גם ע"פ 10110/03 **עופר גמליאל נ' מדינת ישראל**, תק-על 2006(4) 3644, 3649.

[169] מבחן תחילת הביצוע הוגדר בע"פ 5150/93 **סריס נ' מדינת ישראל**, פ"ד מח(2) 183 (1994), בו נקבע שכדי לקיים את היסוד העובדתי בעבירת הניסיון, די לעשות מעשה גלוי לעין המהווה חוליה בשרשרת חוליות, שלו לא הייתה נפסקת הייתה מקיימת את היסוד העובדתי של העבירה המוגמרת. עם זאת, העמימות בהגדרת הקו המפריד בין הכנה לניסיון העסיקה שופטים ומלומדים רבים אשר קבעו מבחנים שונים. בפרשת **מסראווה** הזכיר השופט ד' חשין שני מבחנים: "מבחן הקרבה להשלמת ביצוע העבירה" ו"מבחן החד-משמעיות", המכונה גם מבחן הסרט האילם (שם, בעמ' 2407 לפסק הדין). מלומדים ביקרו את השימוש במבחנים אלה, שכן אין להם זכר בלשונו של סעיף 25 לחוק: ר' יורם רבין ויניב ואקי, **דיני עונשין** 423 (2008); כן ר' ש"ז פלר **יסודות בדיני עונשין** כרך ב 72 (תשמ"ד); מרים גור אריה, "על ההבחנה בין הכנה לבין נסיון", **משפטים** לב(3) 505 (תשס"ב).

בפרשת *מסראווה* העלה השופט ד' חשין את השאלה: האם היסוד העובדתי שנקבע בסעיף 25 לחוק, הדורש שהמעשים לא יהיו בגדר הכנה בלבד, חל רק על החלופה הראשונה של סעיף 305 או גם על החלופה השניה? לעמדתו, לא ראוי כי אדם יורשע בעבירה של ניסיון רצח אם מעשיו הגיעו רק כדי הכנה. עם זאת, השופט ד' חשין לא נדרש להכריע בסוגיה זו, מאחר שקבע כי מעשיה של הנאשמת חצו את הגבול שבין הכנה וניסיון.[170]

היסוד הנפשי הנדרש בעבירה של ניסיון רצח הוא כוונת קטילה מצד הנאשם (גם בחלופות המסתפקות בזדון[171]) ולא נדרשת כוונה תחילה דווקא.[172] ברור שאין די בהוכחת כוונה למעשה אלימות בלבד.[173] מבחינה ראייתית, לשם הוכחת כוונת הקטילה ניתן לעשות שימוש בהנחת הכוונה – ההנחה שאדם מתכוון לתוצאות הטבעיות של מעשיו.[174] הנחת הכוונה היא חזקה ראייתית המבוססת על ניסיון החיים, ולכן היא ניתנת לסתירה על ידי הנאשם. כך למשל, בפרשת *אבו עיישׁ* קבע בית המשפט העליון כי העובדה שהנאשם לא המשיך לתקוף את המתלונן בסכין לאחר שדקר אותו בחזהו, על אף שיכול היה להמשיך ולתקפו, מעידה כי לא גמלה בלבו כוונת קטילה של המתלונן.[175]

נושא שטרם הוכרע בפסיקה הוא האם ניתן להחיל את כלל הצפיות לפי סעיף 20(ב) לשם הוכחת כוונת קטילה בעבירה של ניסיון רצח.[176] המחלוקת נובעת מהשאלה הכללית של האם כלל הצפיות חל על עבירות מטרה, להבדיל מעבירות תוצאה. הלכת הצפיות הפסיקתית פורשה ככזו שעשויה לחול על עבירות מטרה, אולם מאחר שסעיף 20(ב) משתמש במילים "ראייה מראש את התרחשות התוצאות" – מהן ניתן ללמוד כי הוא חל רק לגבי עבירות תוצאה – עלתה השאלה שוב בעקבות תיקון 39 לחוק. המחלוקת העקרונית בנושא זה עלתה בפרשת *אלבה* בפרשנות העבירה של פרסום הסתה לגזענות,[177] ולאחר מכן בפרשת *פוליאקוב* בקשר לעבירה של סיוע לרצח.[178] עם זאת, מרבית השופטים הסכימו כי הלכת הצפיות הפסיקתית, להבדיל מכלל הצפיות בסעיף 20(ב), יכולה לחול על עבירות מטרה, וההחלטה האם יש להחילה, אם לאו, תלויה בעבירת המטרה עצמה.[179]

---

[170] פרשת **מסראווה**, לעיל ה"ש 167, בעמ' 2407.

[171] פרשת **אבו זייד**, הערה 77 לעיל, בעמ' 411. בית המשפט העליון קבע כי בית המשפט המחוזי שגה בכך שכרך את היסוד הנפשי הדרוש להרשעה בעבירת הרצח לפי סעיפים 300(א)(3) ו- (4) יחד עם היסוד הנפשי הדרוש להרשעה בעבירה לפי סעיף 305(1), ועל אף שניתן היה להסיק יסוד נפשי של כוונה מהעובדות (בצירוף הכלל שאדם מתכוון לתוצאות הטבעיות של מעשיו) – הרי שנוכח קביעת בית המשפט המחוזי כי היסוד הנפשי של הנאשם היה מודעות בלבד, לא מצא לנכון לקבוע ממצאים חדשים ביחס ליסוד זה וזיכה את הנאשם מעבירה זו.

[172] ע"פ 155/59 **יעקב דרעי נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד יד(1) 233 (1960); ראו גם מרדכי קרמניצר, "על הנסיון לרצח במשפטנו, ע"א 155/59 דרעי נ' היועמ"ש", **משפטים** ח 487 (תשל"ז-תשל"ח).

[173] פרשת **דהן**, לעיל ה"ש 168, בעמ' 515-516; פרשת **גמליאל**, לעיל ה"ש 168, בעמ' 3650 והאסמכתאות המובאות שם.

[174] פרשת **דהן**, לעיל ה"ש 168; פרשת **גמליאל**, לעיל ה"ש 168, בעמ' 3654; ע"פ 154/85 **יונה אברושמי נ' מדינת ישראל**, פ"ד מא(1) 387, 405 (1987).

[175] ע"פ 3459/91 **אברהים בן מוחמד אבו עיאש נגד מדינת ישראל**,תק-על 92(2) 2829, 2833.

[176] פרשת **גמליאל**, לעיל ה"ש 168, בעמ' 3652.

[177] ע"פ 2831/95 **אלבה נ' מדינת ישראל**, פ"ד נ(5), 221 (1996).

[178] פרשת **פוליאקוב**, לעיל ה"ש 68.

[179] בפרשת **זהבי**, לעיל ה"ש 167, בעמ' 22484, הביע השופט ממן את דעתו כי ראוי להחיל את הלכת הצפיות הפסיקתית גם על העבירה של ניסיון רצח.

שאלה נוספת שנדונה בפסיקה הייתה: האם ניתן להרשיע אדם בעבירת ניסיון לרצח, ובנוסף לה בעבירה של גרימת חבלה? שאלה זו עלתה מכיוון שעבירת ניסיון הרצח אינה מבחינה בין שני מצבים: האחד, בו העושה ניסה לגרום למותו של אדם, אך לא פגע בו כלל; והשני, בו ניסיון הרצח היה מלווה בגרימת חבלות לקורבן. בעניין זה קבעו בתי המשפט כי העבירות הנוגעות לחבלות שנגרמו לקורבן אינן נבלעות בעבירת ניסיון הרצח. הסיבה לכך היא שעבירת ניסיון הרצח אינה, כאמור, עבירה תוצאתית, ואילו עבירות הפציעה וגרימת החבלה הינן עבירות תוצאתיות. כך, בפרשת *סרור* אישר בית המשפט העליון את הרשעת הנאשם בעבירות של ניסיון רצח ופציעה באמצעות השלכת רימון כעבירות מצטברות זו לזו.[180] בפרשת *עלא* קבע בית המשפט המחוזי בנצרת כי נאשם שירה בבחורה מתוך מטרה להמיתה ופצע אותה יורשע בשתי העבירות,[181] ובפרשת *אניו* הרשיע בית המשפט המחוזי בתל-אביב את הנאשם הן בעבירה של ניסיון רצח בת זוגו, והן בחבלות שנגרמו למתלוננת כתוצאה מקפיצה מהחלון בניסיון להימלט ממנו.[182] מדוגמאות אלו עולה כי אין מניעה שבית המשפט ירשיע נאשם הן בניסיון הרצח והן בגרימת החבלה.

ב. שידול לרצח

שלא כמו ניסיון לרצח, העבירה של שידול לרצח אינה מוגדרת כעבירה עצמאית בפרק עבירות גרימת המוות. לפני חקיקת תיקון 39 לחוק העונשין, המשדל הוגדר בסעיף 26 לחוק כאחד מעוברי העבירה. סעיף 26(3), כנוסחו אז, קבע את הדברים הבאים:

> נעברה עבירה, יראו כל אחד מהמנויים להלן כמי שהשתתף בביצועה ונושא באחריות לה...
> (3) מי שיעץ או שידל את חברו לעבור את העבירה, בין שנכח בשעת עשייתה ובין שלא נכח.

תיקון 39 לחוק העונשין הגדיר בסעיף 30 לחוק את המשדל בהגדרה נפרדת:

> המביא אחר לידי עשיית העבירה בשכנוע, בעידוד, בדרישה, בהפצרה, או בכל דרך שיש בה משום הפעלת לחץ, הוא משדל לדבר עבירה.

ברם, התיקון הותיר על כנו את המצב בו העונש המרבי על שידול זהה לעונש המרבי המוטל על העבריין העיקרי. התפיסה שבבסיס הטלת העונש הזהה רואה את המשדל שותף עיקרי (אף כי עקיף) לביצוע העבירה.[183]

עבירת השידול לרצח לאחר תיקון 39 נדונה בהרחבה בפרשת *מסראווה*.[184] הפסיקה אימצה את הניתוח של פרופ' פלר לעבירת השידול וקבעה כי על מנת שיתקיים היסוד העובדתי בשידול, יש צורך שהמשדל יתנהג בהתנהגות שיש לה אפקטיביות פוטנציאלית, העשויה להשפיע על המשודל לבצע את העבירה, וכן שתתקיים נסיבה לפיה השידול מילא תפקיד מכריע בהחלטתו של המשודל לבצע את העבירה. למעשה, היסוד העובדתי פורש גם ככולל רכיב נסיבתי והוא קיומו של משודל, שטרם גמר

---

[180] ע"פ 180/83 **יוסף סרור נ' מדינת ישראל**, פ"ד לח(2) 444, 449-450 (1984).
[181] תפ"ח (מחוזי-נצרת) 1058/04 **מדינת ישראל נ' חוסייני עלא**, תק-מח 2006(2) 562.
[182] תפ"ח (מחוזי-ת"א) 1004/03 **מדינת ישראל נ' טספאון אניו**, תק-מח 2003(4) 7732.
[183] ש"ז פלר, "הקשר הפלילי מול השותפות לדבר עבירה", **משפטים** ז 232, 243 (1976); ע"פ 6095/08 **אבבה סלומון נ' מדינת ישראל**, תק-על 2008(4) 3629.
[184] פרשת **מסראווה**, לעיל ה"ש 167, בעמ' 2391.

בלבו לבצע את העבירה, ובנוסף גם את ביצוע עבירת הרצח על ידי המבצע בהשפעת השידול. פרופ׳ פלר סבר שמבחינה איכותית נדרש כי השידול מילא תפקיד מכריע והניע את המשודל לקבל את ההחלטה לבצע את העבירה מושא השידול.[185] אף לדעת פרופ׳ קרמניצר, חלק מהיסוד העובדתי בעבירת השידול הוא שהמשדל יצר או לפחות היטה את הכף בהיווצרות היסוד הנפשי הדרוש אצל המשודל.

היסוד הנפשי הנדרש בשידול הוא של מחשבה פלילית לנסיבות, קרי: מודעות לטיב ההתנהגות המובילה את המשודל לביצוע העבירה, וליסוד הנפשי של המשודל, וכן יסוד נפשי מיוחד של שאיפה להביא את המשודל לידי ביצוע העבירה. דרישה זו הובהרה בפסיקה על אף שאינה מופיעה מפורשות בסעיף 30, וזאת על מנת שלא להטיל אחריות פלילית על אדם למעשהו של אחר רק בגלל השפעה אפשרית שלו על האדם האחר.[186]

התוצאה של הרשעת אדם בשידול לרצח היא השוואתו לרוצח, כלומר הטלת עונש מאסר עולם חובה. בפרשת *מסראווה*, הביעו שופטי בית המשפט העליון אי-נחת מהתוצאה המשפטית אליה הגיעו וקראו לשינוי חקיקה בעניין. השופט ד׳ חשין סבר כי העבירה של שידול לרצח אינה עומדת במדרג הולם לעבירות חלופיות, וזאת להבדיל מעבירת הרצח עצמה:

> ״עם זאת, התוצאה אליה הגעתי, תוצאה המשווה את ענישת המשדל לזו של הרוצח, מטרידה היא. זאת לנוכח ההבדלים החריפים הקיימים בסביבתה הנורמטיבית של עבירת הרצח לעומת זו של עבירת השידול. בעוד בסביבתה של הראשונה מצויה עבירת ההריגה (סעיף 298 לחוק העונשין), שהעונש המירבי עליה הינו 20 שנות מאסר, והיא מאפשרת בסופו של דבר הפעלת שיקול דעת, לא כן כשמדובר בעבירת השידול. אין בסביבתה עבירה היוצרת מדרג נורמטיבי המאפשר שיקול דעת כזה. העונש המירבי על עבירת הקשר, שהיא עבירה ״קרובה״ לשידול, הוא 7 שנות מאסר (סעיף 499(א)(1) לחוק העונשין), ועל כן אין עבירה זו יוצרת את המדרג הנורמטיבי הרצוי במקרים של עבירות חמורות כמו עבירת הרצח והשידול לרצח. הגם שסיווג העבירה איננו צריך להיות מושפע מן הענישה עליה, הרי שלא כך תמיד במציאות... עבירת הסיוע (סעיף 31 לחוק העונשין) - לרבות ״הסיוע הרוחני״, שהענישה המירבית עליה היא של 20 שנים (סעיף 32(1) לחוק העונשין) - עשויה במקרים מסוימים ליצור את הסביבה הנורמטיבית... ראוי אפוא, לאור התוצאה אליה הגעתי, השוללת שיקול דעת בגזירת העונש של המשדל לרצח, כי המחוקק ייתן דעתו לנושא זה של היעדר מדרג נורמטיבי, ויסדירו״.[187]

השופטים ג׳ובראן וגרוניס העירו כי העונש שמוטל על הנאשמת בנסיבות המקרה אינו הולם את אשמתה, וכי במקרים של שידול לרצח עונש החובה אינו מאפשר גמישות ואינו נותן ביטוי הולם לפער המוסרי בין המשדל לרצח למי שביצע אותו במו ידיו. כך לפי השופט ג׳ובראן:

> ״בשולי הדברים אעיר, כי מקובלים עליי גם דבריהם של חבריי השופט ד׳ חשין והשופט א׳ גרוניס, לפיהם תוצאה זו אליה הגענו, ביחס לעונש שיש להטיל על נסרין, הגם שהיא משקפת את הדין הקיים, הינה תוצאה קשה. נדמה כי תחושה זו נובעת מחוסר היכולת ליתן ביטוי לפער - המוסרי גם אם לא משפטי - בין המשדל לרצח ובין מי שביצע אותו במו ידיו. מבלי להמעיט כהוא מזה מחומרת מעשיה של נסרין, הרי שנדמה שהיעדר שיקול הדעת השיפוטי בעת גזירת עונשה מונע מתן ביטוי לפער מוסרי זה, אשר עשוי היה להביא להקלת מה בעונשה, אל מול

---

[185] **פלר**, לעיל ה״ש 169, בעמ׳ 231.

[186] ר׳ ע״פ 8469/99 **אביגדור אסקין נ׳ מדינת ישראל**, פ״ד נה(2) 65 (2001).

[187] פרשת **מסראווה**, לעיל ה״ש 167, בפס׳ 54 לפסק דינו של השופט ד׳ חשין.

עונשו של הרוצח עצמו, אסעד מסארווה. עם זאת, כאמור לעיל, בהינתן המסגרת הנורמטיבית הקיימת, אין לנו אלא להטיל עליה את עונש החובה הקבוע בחוק״.[188]

כן ר׳ את דבריו של השופט גרוניס:

״המקרה הנוכחי מדגים היטב מדוע עונש חובה הינו בעייתי. כפי שציין חברי, השופט ד׳ חשין, עובר לביצוע הרצח, ולאחר שנסרין שידלה את אסעד לבצעו, היא ניסתה להניאו מכך. נוכח העובדה שהיא לא מנעה את ביצועה של עבירת הרצח ואף לא הודיעה למשטרה על דבר כוונתו של אסעד לבצעה, אין תחולה להוראת הפטור מאחריות פלילית, בגין חרטה, שבסעיף 34 לחוק העונשין. חובה לומר, כי עצם העובדה שבסמוך לביצוע המעשה ניסתה נסרין להניא את אסעד מלבצע את הרצח, על אף שתחילה שידלה אותו לבצעו, משנה במידה מסוימת את אחריותה המוסרית למעשה. למרבה הצער, הוראות החוק כפי שהסבירן חברי באופן יסודי וממצה אינן מאפשרות גמישות כלשהי באשר לעונש. כמו כן מסכים אני עם חברי השופט ס׳ ג׳ובראן כי במקרה הנוכחי לא ניתן לעשות שימוש בכלל הפרשני שבסעיף 34כא לחוק. אין מנוס, אם כן, מלהטיל על נסרין מאסר עולם כעונש חובה. כפי שציין חברי, השופט ד׳ חשין, יש לקוות כי בבוא היום תזכה היא להתחשבות מסוימת״.[189]

ג. ניסיון לשידול לרצח

העבירה של ניסיון לשידול היא עבירה חריגה בחוק העונשין משום שהיא מטילה אחריות פלילית במצב בו העושה מרוחק מרחק משפטי ניכר מביצוע העבירה: הוא אינו המבצע בפועל שניסה וכשל, והוא אף אינו המשדל שהצליח לגרום לביצוע עבירה. בפרשת *אבבה סלומון* העלה בית המשפט העליון את השאלה בדבר נחיצות העבירה של ניסיון לשידול והשיב עליה:

״התפיסה לפיה מהווה מעשה השידול חלק מן האירוע העברייני ומן העבירה נשוא השידול והגוזרת את אחריותו הפלילית של המשדל מן הביצוע העיקרי (או לפחות התחלת ביצוע המהווה ניסיון) של אותה עבירה, מחייבת את המסקנה כי שידול שלא צלח ולא תרגם את עצמו לביצוע או להתחלת ביצוע של העבירה אינו מצמיח אחריות פלילית. אלא, שהמחוקק הישראלי אשר ביקש לעקור את ההתנהגות העבריינית בעודה באיבה בחר להטיל אחריות פלילית גם על מעשה של שידול לדבר עבירה שלא צלח ולצורך כך קבע הוראה מיוחדת, המצויה כיום בסעיף 33 לחוק העונשין״.[190]

כיצד נקבע מהו ניסיון לשידול? לפי גישה אחת, על המשדל להשלים מצידו את מעשה השידול, אולם העבירה עצמה לא הושלמה מנסיבות חיצוניות למשדל (בין אם סיבות אלו הן סיבות אובייקטיביות שמנעו את המשודל מלבצע את העבירה, ובין אם מחמת העובדה שהמשודל לא הונע לבצע את העבירה). לפי גישה אחרת, אין צורך בכך שהשידול יושלם במלואו, ודי בתחילת ביצוע שידול על מנת לבסס את העבירה.[191] על פי הגישה הראשונה על התביעה להוכיח שידול גמור, ועל פי הגישה השנייה יש לבחון האם החל הנאשם במעשה השידול, דבר שייעשה לפי המבחן הכללי שנקבע בסעיף 25 לגבי עבירות ניסיון. פרופ׳ פלר, בספרו, תמך בגישה השנייה: לדבריו, ברגע שהמחוקק החליט לגזור מהשידול התנהגות ענישה, נתפס בגדר הניסיון לשדל לא רק מי שהביא את דבר השידול לידיעת המשודל שנמנע מן הביצוע, אלא גם מעשה השידול שלא הספיק להגיע לידיעתו של המשודל.[192]

---

[188] שם, בפס׳ 10 לפסק דינו של השופט ג׳ובראן.

[189] שם, בפס׳ 3 לפסק דינו של השופט גרוניס.

[190] פרשת **אבבה סלומון**, לעיל ה״ש 183, בעמ׳ 3634.

[191] שם, בעמ׳ 3635 והאסמכתאות המובאות שם.

[192] **פלר**, לעיל ה״ש 169, בעמ׳ 277. הדוגמה שפרופ׳ פלר הביא בספרו למעשה שידול שהחל היא שליחת מכתב המשדל אדם אחר לבצע עבירה, והמכתב לא הגיע ליעדו.

ריחוקו של העושה מהעבירה משליך על העונש הקבוע בצד העבירה. לפי סעיף 33 לחוק העונשין, הניסיון לשדל אדם לבצע עבירה עונשו מחצית מהעונש שנקבע לביצוע העיקרי, אך אם מדובר במאסר עולם חובה – עונשו עשרים שנה, וזאת על אף שעונשו של המשדל ושל המנסה זהה לזה של המבצע העיקרי.

רוב רובם של המקרים שנדונו בפסיקה בעבירה של ניסיון לשידול לרצח היו מבוססים על עובדות דומות: העושה ביקש לשכור את שירותיו של אחר, בעיניו רוצח שכיר, על מנת לחסל חשבונות עם אדם שלישי. אולם, אותו רוצח שכיר לכאורה דיווח על המעשים למשטרה והוביל לתפיסת הנאשם.[193]

ד. סיוע לרצח

הגדרת המסייע קבועה בסעיף 31 לחוק העונשין, הקובע: "מי אשר, לפני עשיית העבירה או בשעת עשייתה, עשה מעשה כדי לאפשר את הביצוע, להקל עליו או לאבטח אותו, או למנוע את תפיסת המבצע, גילוי העבירה או שללה, או כדי לתרום בדרך אחרת ליצירת תנאים לשם עשיית העבירה, הוא מסייע".

הפסיקה פירשה את תפקידו של המסייע כמי שהתנהגותו מתאפיינת בתרומה עקיפה ומשנית לביצועה של העבירה העיקרית.[194] היסוד העובדתי של הסיוע הוא עשיית מעשה שיש בו כדי לאפשר, להקל או לאבטח את הביצוע, כלומר, תרומתו של המסייע לעבירה העיקרית היא ביצירת התנאים לביצועה על ידי העבריין העיקרי. אולם, אין צורך שהסיוע יהיה תנאי בלעדיו לא הייתה מתגבשת העבירה הפלילית.[195] הסיוע יכול להיות הן במעשה והן במחדל.[196] היסוד הנפשי של הסיוע הוא מחשבה פלילית, הן בנוגע לטיב ההתנהגות המסייעת – כלומר מודעות לכך שההתנהגות תרמה ליצירת התנאים לשם עשיית העבירה; והן בנוגע לכך שהמבצע העיקרי מבצע או עומד לבצע עבירה. בפסיקה שלאחר תיקון 39 נקבע כי לגבי רכיבי המודעות, חלה הדוקטרינה של עצימת עיניים: כלומר, גם אם הנאשם חשד בכך שהתנהגותו מסייעת לביצוע העבירה העיקרית ונמנע מלברר את החשד – ניתן להרשיעו בסיוע לעבירה.[197] האם בנוסף למודעות נדרש גם יסוד חפצי? בפרשת *פוליאקוב* התגלעה מחלוקת בין השופטים בשאלה זו. השופטים מצא וטירקל סברו כי די במודעות, ואילו השופט אנגלרד סבר כי נדרש מצב נפשי של מטרה – הן מטרה לסייע והן מטרה שהעברה תבוצע.[198] הנשיא ברק בפרשת *פלונית* קבע כי אמנם יש צורך בנוסף למודעות גם במטרה לסייע לעבריין העיקרי.[199] בנוגע למטרה זו, סבר הנשיא ברק, ניתן להשתמש בהלכת הצפיות הפסיקתית, ולכן מי שמודע לכך

---

[193] ר' ע"פ 8058/06 **אלהאם חדיד נ' מדינת ישראל**, תק-על 2007(2) 1383 ; ע"פ 1856/10 **סלים ספיה נ' מדינת ישראל**, תק-על 2010(4) 1618.

[194] ר' למשל ע"פ 4389/93 **יוסף מרדכי נ' מדינת ישראל**, פ"ד נ(3) 239, 251 (1996);וכן **פלר**, לעיל ה"ש 169, בעמ' 237.

[195] ע"פ 320/99 **פלונית נ' מדינת ישראל**, פ"ד נה(3) 22, 31 (2001).

[196] כך לפי סעיף 18 לחוק.

[197] ר' ע"פ 11131/02 **אנג'ליקה יוסופוב נ' מדינת ישראל**, פ"ד נח(3) 917, 923-924 (2004) ; ע"פ 9826/05 **מחאג'נה נ' מדינת ישראל**, תק-על 2008(3) 635, 639.

[198] פרשת **פוליאקוב**, לעיל ה"ש 68, בפס' 16 לפסק דינו של השופט מצא.

[199] פרשת **פלונית**, לעיל ה"ש 195, בעמ' 33-34. הנשיא ברק מוצא תימוכין לפרשנותו בגישת פרופ' פלר, הסבור כי היסוד הנפשי הנדרש לסיוע בנוסף למודעות הוא המטרה להגיש עזרה למבצע העיקרי.

שהתנהגותו עשויה, בדרגה של קרוב לוודאי, להוות תרומה מסייעת למבצע העיקרי, כמוהו כמי שמטרתו לסייע למבצע העיקרי – ואולם, לא נדרשת מטרה ביחס לעבירה עצמה, כלומר לא נדרש שהמסייע ירצה בביצוע העבירה.[200] עמדה זו היא ההלכה הפסוקה כיום.

דיונים רבים הנוגעים לעבירת הסיוע התמקדו באבחנה בין מבצע בצוותא לבין מסייע. המבחן, לפי סעיף 31, הוא מבחן ההשתתפות – בעוד המסייע עשה מעשה כדי לאפשר את הביצוע, המבצע בצוותא השתתף במעשה העבירה ממש. בפסיקה ובספרות נקבעו מבחני עזר לשם הכרעה בשאלה זו: מבחן השליטה הפונקציונאלית, מבחן הסנקציה הפלילית, המבחן האובייקטיבי והמבחן המשולב. מבחן השליטה הפונקציונאלית שם דגש על חיוניות חלקו של המשתתף בעבירה כפי שבוצעה ובודק האם הוא משתייך ל"מעגל הפנימי" או ל"מעגל החיצוני" של העשייה העבריינית.[201] מבחן הסנקציה הפלילית גוזר את העבירה מהעונש: אם ראוי כי הנאשם ישא במלוא העונש נכיר בו כמבצע בצוותא, ואם הוא ראוי למחצית העונש – נקבע כי הוא מסייע.[202] על פי המבחן האובייקטיבי יש לבודד את חלקו של כל משתתף ולבחון האם מעשיו ענו על היסוד העובדתי של העבירה.[203] המבחן המשולב משלב את מבחן השליטה הפונקציונאלית ומבחנים אחרים, תוך שהוא שם דגש על ההשתתפות בתכנון (כמאפיין של ביצוע) ועל זיקת הגומלין שבין היסוד העובדתי ליסוד הנפשי של הנאשם.[204]

---

[200] שם, בעמ' 35. ר' גם **פלר**, לעיל ה"ש 169, בעמ' 264; ע"פ 3767/05 **פלוני נ' מדינת ישראל**, תק-על 2008(3) 4654, 4669-4668.

[201] המבחן הוצע על ידי פרופ' מרדכי קרמניצר במאמרו, "המבצע בדיני עונשין – קווים לדמותו", **פלילים** א 65, 73-75 (תש"ן), ואומץ בע"פ 2796/95 **פלונים נ' מדינת ישראל**, פ"ד נא(3) 388, 412 (1997) ובפרשת **מרדכי**, לעיל ה"ש 194.

[202] המבחן נקבע על ידי השופט חשין, שהיה בדעת מיעוט לעניין זה בפרשת **מרדכי**, לעיל ה"ש 194, בעמ' 263-264.

[203] המבחן הוצע על ידי פרופ' מרים גור אריה במאמרה, "שותפות ולא ביתיות, ביצוע עיקרי ולא סיועי", **משפטים** יא 518, 522-523 (תשמ"א).

[204] דנ"פ 1294/96 **משולם נ' מדינת ישראל**, פ"ד נב(5) 1, 26 (1998); ע"פ 5781/01 **טארק עאמר נ' מדינת ישראל**, פ"ד נח(3) 681, 689-690 (2004); ע"פ 9716/02 **מחמד רימאוי נ' מדינת ישראל**, תק-על 2010(1) 8985, 8991-8993; ע"פ 275/09 **עאזהד ע'ולמה נ' מדינת ישראל**, תק-על 2011(3) 1832, 1849-1850; ע"פ 8653/10 **פלונית נ' מדינת ישראל**, תק-על 2011(3) 1878, 1912-1914. לסקירת המבחנים השונים בהרחבה, ר' **רבין וואקי**, לעיל ה"ש 169, בעמ' 503-511.

נספח ג' – מאמרו של פרופ' מ' קרמניצר:

הדין הישראלי – הצעה לרפורמה בעבירות ההרג והרצח

*** מבוא**

(א) הליקויים בחוק שלנו

(1) **עונש מאסר עולם כעונש חובה**

(2) **היקף רחב מדי של עבירת הרצח**

(3) **העדר התייחסות למקרים מיוחדים שאינם ראויים לבוא בגדרי עבירת הרצח**

(4) **העדר התייחסות למקרים מיוחדים הראויים לבוא בגדרי עבירת הרצח**

(5) **תרומת המבנה הקיים לפיחות בחשיבות הערך של חיי אדם**

(6) **הענקת חשיבות מוגזמת לשאלת השיבוץ (רצח או הריגה)**

(7) **איזון בלתי ראוי בין תכליות שונות של ההסדר**

(ב) שיקולים כלליים להתמודדות עם הבעיה וקווים מנחים לרפורמה

I. דגמים אפשריים

II. השיקולים בעד ונגד עבירה אחת

III. חלוקה לשלוש עבירות או חלוקה לשניים

(ג) מטרות ההסדר

(ד) מטרות הענישה ושיקוליה

I. גמול

II. מניעה כללית

III. מניעה אישית

(ה) המסקנות לעניין ההסדר הראוי

I. **הדירוג הריגה-רצח**

II. **העונש – מאסר עולם חובה?**

*** <u>מבוא</u>**

עבירות ההמתה בחוק הישראלי כוללות: עבירה של גרימת מוות ברשלנות שדינה שלוש שנות מאסר[1]; עבירת הריגה המקיפה מקרי המתה מתוך מחשבה פלילית (החל בקלות דעת וכלה בכוונה), ואשר דינה עשרים שנות מאסר[2]; ועבירת רצח שדינה מאסר עולם כעונש חובה[3]. עבירת הרצח כוללת מספר מקרים ספציפיים – המתה בכוונה תחילה[4], המתת הורה או סב[5], והמתה תוך ביצוע עבירה אחרת או תוך הכנות לביצועה או תוך ניסיון לברוח או להימלט מעונש[6] . לצידה של עבירת הרצח הוראה המאפשרת הטלת עונש מופחת במקרים מסויימים[7]. לצד עבירות אלו קיימת עבירה ספציפית של המתת תינוק[8], ועבירות נגזרות ספציפיות[9].

ברור שצריכה להתקיים צורה נפרדת עצמאית של גרימת מוות ברשלנות. ביחס לעבירות של גרימת מוות במחשבה פלילית (על כל צורותיהן), הדין הישראלי טעון תיקון מקיף, והדברים מצאו ביטוי אקטואלי גם בקריאה שהפנה הנשיא (בדימ') ברק למחוקק בפסק דין **ביטון**[10].

כפי שראינו בפרקים קודמים, המבנה הלקוי של החקיקה דחף את בתי המשפט לפרשנות בעייתית של יסודות עבירת הרצח, תוך הרחבת תחומה על חשבון עבירת ההריגה באופן שחורג מלשון החוק ומתכליותיו. בית המשפט עשה כן תוך הפיכה הלכה למעשה של עבירת הרצח מעבירה מוחמרת לעבירה בסיסית, ושל עבירת ההריגה – מעבירה בסיסית לצורה הנתפשת כמוקלת. התוצאה אינה משביעת רצון, הן מכיוון שאין בידי בית המשפט לתקן את כל הטעון תיקון בחוק הישראלי, והן מכיוון שלנטילת משימות כאלה על ידי בית המשפט יש משמעויות קשות מבחינת עקרון החוקיות וברמת (חוסר) היכולת ליצור הסדר כולל משביע רצון על בסיס שיפוט נקודתי במקרים ספציפיים.

להלן אמנה את הליקויים בחוק הישראלי. לאחר מכן אבקש לשרטט מספר דגמים חלופיים של עבירות המתה, אשר אינם לוקים בליקויים אלה. על מנת לבחור בדגם העדיף, אדרש לליבון מטרות ההסדר ומטרות הענישה בתחום עבירות ההמתה. לאור דיון זה יוצעו קווים כלליים לשרטוט סימן עבירות ההמתה בחוק העונשין.

<u>(א) הליקויים בחוק שלנו</u>

(1) **עונש מאסר עולם כעונש חובה**: העונש על עבירת הרצח - או ליתר דיוק על עברת הרצח אחרי שהוצאו ממנה המקרים המנויים בסעיף 300א - הוא עונש מאסר עולם כעונש חובה ללא שיקול דעת וגמישות. עונש זה החליף עונש מיתה מנדטורי שירשנו מן המנדט הבריטי, ובוטל בשנת 1954[11] . לא ניתן להגדיר נורמה באופן שרק עונש אחד יתאים להתנהגויות שנופלות בתוכה. היסודות של הנורמה תופשים רק מימדים מוגבלים של המציאות, ואליהם עשויות להצטרף אין ספור וריאציות של נתונים נוספים, העשויות להשפיע על המשקל

---

[1] סעיף 304 לחוק העונשין.
[2] סעיף 298 לחוק העונשין.
[3] סעיף 300(א) לחוק העונשין.
[4] סעיף 300(א)(2) לחוק העונשין בצירוף סעיף 301 לחוק העונשין.
[5] סעיף 300(א)(1) לחוק העונשין.
[6] סעיפים 300(א)(3) – 300(א)(4) לחוק העונשין.
[7] סעיף 300א לחוק העונשין.
[8] סעיף 303 לחוק העונשין.
[9] סעיף 305 לחוק העונשין (ניסיון לרצח) וסעיף 302 לחוק העונשין (שידול או סיוע להתאבדות).
[10] דנ"פ 1042/04 **ביטון נ' מדינת ישראל** (פורסם ביום 27/11/06)
[11] חוק לתיקון דיני העונשין (ביטול עונש מוות על רצח), תשי"ד – 1954, ס"ח 74.

האנטי חברתי של ההתנהגות המוגדרת ועל אשמת העושה. על-מנת שעונש יחיד יהיה תואם לעבירה נדרש שמידת האשמה הכרוכה בה תהיה שווה בכל הנסיבות, או לפחות שמידת האשמה, גם במקרים הכי פחות מגונים, שבהם מתקיימות הנסיבות המקילות הכי כבדות משקל, היא כזו שמצדיקה את העונש. קשה לתאר מצב דברים כזה אלא אם כן קובעים בצד העבירה עונש נמוך ביותר, הרבה מתחת לרמת הענישה הראויה למקרי האמצע הטיפוסיים, ובכך בוודאי אין הגיון - לא גמולי ולא מניעתי. יש המציינים כי דווקא בעבירת הרצח הקשת של המקרים הנופלים בחובה מבחינת חומרת האשמה שבהם היא רחבה במיוחד. וזאת, כנראה, בניגוד לתפישה המקובלת של הפשע בעין הציבור[12]. העובדה שהמחוקק נאלץ להוציא מתוך ההגדרה הנוקשה של רצח קטגוריות אחדות של מקרים מלמדת על הקושי שבהגדרה נוקשה. קשה להאמין שהטכניקה הקזואיסטית שבה בה המחוקק להתמודד עם הבעייה- פותרת אותה. זאת ועוד, אין מדובר בסתם עונש חובה אלא בעונש חמור במיוחד, שונה איכותית ממאסר קצוב בחוסר הודאות שבו מבחינת האסיר, וזאת - בשיטת משפט שגישתה הכללית לענישה היא של הענקת גמישות מופלגת לבתי המשפט.

הבעיה מוחרפת אצלנו משום שבהגדרה של עבירת הרצח נקט המחוקק בשיטה המפרטת הקזואיסטית, ולא בשיטה של נוסחה כללית ומופשטת, המאפשרת תיקון של הקשיחות בצד של הסנקציה על ידי הגמישות המובנית לתוך הנורמה.

כאשר מתנים את ההחמרה בהתקיימות רכיב אחד (נפשי, כמו כוונה תחילה או כמו מטרה לאפשר או להקל על ביצוע עבירה או לחפות עליה; נסיבתי, כמו בהמתת אב או בהמתה תוך ביצוע עבירה אחרת) אין מביאים בחשבון נתונים נוספים המשפיעים על הראויות לעונש ועל הנחיצות בעונש, ובהם: מניעיו של העושה, מטרותיו (כאשר ההחמרה היא על יסוד רכיב נסיבתי), אופן הביצוע של ההמתה, הסיטואציה הכוללת של ההמתה לרבות יחסי העושה עם הקורבן. קטן, איפוא, הסיכוי כי באמצעות הרכיב היחיד המובא בחשבון, ותוך התעלמות מכל השאר, תתקבל תמונה שלמה והולמת של מידת החומרה של המעשה. בייחוד לא מובאת בחשבון אפשרות התקיימותם במעשה - על נתוניו הקונקרטיים - של יסודות מפחיתי אשמה שהשפעתם מקזזת או מאיינת את השפעתו המחמירה של יסוד מחמיר. גדל במקביל הסיכון כי התוצאה העונשית לא תהלום את מידת האשמה ואת הדרישה לעונש שהוא גם צודק וגם נחוץ, דרישה שניתן לעמוד בה רק תוך שקילה והבאה בחשבון של המעשה במלואו ואולי גם של אישיות העושה, (לפחות) כפי שהיא מתבטאת במעשה. ושוב, אילו ניתן היה לאפיין את הרצח באמצעות פרוט קזואיסטי באופן שיכללו בו רק המקרים החמורים ביותר (הראויים לעונש החמור ביותר) וכל המקרים האלה, היה המצב נסבל, אלא שדבר זה אינו אפשרי, ככל הנראה באופן עקרוני, וכפי שהניסיון בתחום זה מיטיב ללמד. אדגים מן המשפט האנגלי והגרמני .

באנגליה נעשה שימוש בהגנת האחריות המופחתת במקרים שאינם של אחריות מופחתת כדי להימלט מעונש החובה[13]. עיון בפסיקה הגרמנית מעלה אפשרות חזקה שבתי המשפט נוקטים שם באסטרטגיות עקיפה שונות[14]. יש לציין כי הדוגמה הגרמנית משמעותית יותר מזו האנגלית שכן הגדרת הרצח שם צרה יותר, ובכל זאת ניכר כי מתעורר הצורך להימלט ממנה במקרים לא מעטים. אף כי ההגדרה של רצח היא בכל זאת רחבה למדי, נטה היחס המספרי בין הרשעות ברצח לבין הרשעות בהריגה בשנים 1971-1974 בבירור לטובת הרשעות בהריגה. חשוב לא פחות שמתוך כלל מקרי הרצח, רק בפחות משליש הוטל מאסר עולם. אם מפחיתים את מקרי הניסיון לרצח, עדין יוצא שעונש מאסר עולם הוטל רק בכל מקרה שני של רצח מושלם. הדרכים להגיע

---

[12] Report of the Committee on the Penalty for homicide (Chairman: Lord Lane of St Ippollitts), London: Prison Reform Trust, 1993.

[13] דו"ח ליין, הערה לעיל, בעמ' 33.

[14] אזר, הערה לעיל, בעמ' 55-54.

לתוצאה זו היו בעיקר שתיים: האפיק הראשון הוא העדר בחינה קפדנית של העובדות המתיחסות להתקיימות רכיבים מחמירים, שלא לומר התעלמות מקיומם או התנאת "התקיימותם" בדרישות מהותיות והוכחתיות כבדות ביותר. האפיק האלטרנטיבי הוא היזקקות לגורמים מקילים כגון אחריות מופחתת; הרחבה של הסיוע על חשבון הביצוע בצוותא תוך עיוות ההבחנה ביניהם (מסייע הוא גם מי שביצע במו ידיו את העבירה עבור אחר), משום שהרשעה בסיוע מאפשרת הקלה בעונש; שימוש בהסדרים המיוחדים לעבריינים צעירים; ולבסוף – התחשבות בנסיבות מקילות מיוחדות, ללא פרוט שלהן, המאפשרת הימנעות מהטלת מאסר עולם, ללא הסמכה חוקית מפורשת, ולדעת לא מעטים - בפרשנות יצירתית העוקרת את כוונת החוק והחורגת מן השורה. שייכת לכאן גם, כנראה, הנטייה בפסיקה הגרמנית לראות את הרכיבים המחמירים כאישיים מובהקים, על מנת למנוע מהם להקרין על משתתפים אחרים בעבירה. ניתן אמנם למעט מחדותה של תמונה זו - בין אם מיחסים למשפט הגרמני חסידות עמוקה מדי כלפי עקרון האשמה או אי החשבה מספקת של ערך החיים. אך גם לאחר "ניכוי" כל אלה, יש כאן עדות מרשימה לבעייתיות האינהרנטית של מפרט קזואיסטי, גם כאשר מגבשיו באים ממסורת קודיפיקטורית מהוללת.

עד לשנת 2001, אז נחקק חוק שחרור על-תנאי ממאסר (תשס"א – 2001)[15], היה העונש של מאסר עולם חובה בעייתי גם מהיבט נוסף. לא היה מנגנון מעוגן בחוק שהבטיח ששחרורו של האסיר (ברישיון) ישקל בשלב כלשהו, ומכאן שלא היתה לאסיר תקווה מעוגנת נורמטיבית לשחרור (מעבר לתקווה הנסמכת על סמכות החנינה, שהיא סמכות של חסד). זו הכבדה יתרה על האסיר, היוצרת גם קושי ניכר על השתקמותו, שהיא עניין חיוני - לו ולחברה. התמונה של הענישה בפועל על רצח היתה שונה מן התמונה הנורמטיבית: בפועל נהוג היה שנשיא המדינה ממיר ככלל, במסגרת סמכות החנינה שלו, לאחר מספר שנים, את עונש מאסר העולם בתקופת מאסר קצובה, לרוב של עשרים וארבע שנים[16]. בניכוי שליש על התנהגות טובה, היו הנידונים על רצח משתחררים אחרי ריצוי ממשי של כשש-עשרה שנות מאסר[17]. יצא איפוא שהשיטה דיברה בשני קולות: הקול הרם של מאסר עולם חובה והקול השקט של עונש מאסר קצוב לאחר זמן. המרת עונש מאסר עולם בתקופת מאסר קצובה אינה מתאימה במהותה לסמכות החנינה שאופייה אינידיוידואלי מובהק. העתקתה מתחום המשפט לתחום החסד אינה הולמת מדינת חוק, ואין בה ערובה להבטחת השוויון. ברור כי הגוף המתאים לקביעת עונש הולם לפי שיקולי גמול ומניעה כללית הוא גוף שיפוטי, שדרכי עבודתו הן דרכי העבודה המאפיינים גוף כזה (ובכלל זה - אלמנטים של פומביות, הנמקה, מחויבות לעקביות וכו). כך, לפי פסיקתו של בית הדין האירופאי לזכויות אדם בפרשת *Thynne* [18] (אמנם ביחס למאסר עולם ש*איננו* עונש חובה[19]), גוף שיפוטי שאיננו חלק מן הרשות המבצעת ואינו תלוי בה צריך להיות מופקד גם על שלילת חירות משיקולי סכנה שבעושה; והקובע לענין מהותו של עונש איננו אופיו הפורמאלי אלא טבעו האמיתי לפי כוונת המטיל אותו.

אם כן, מה שעשוי להציל את עונש החובה הוא הצלחה של המחוקק להגדיר בנורמה את כל המקרים הראויים להיכלל בה, ובאופן שלא יכלל בה מקרה שאינו ראוי לכך. כאמור, אין הדבר אפשרי, וגם המחוקק הישראלי לא חולל כאן נס.

---

[15] ס"ח תשס"א, 410. פרק ה' לחוק, שכותרתו "קציבת עונש מאסר עולם והקלה בו", מסדיר מנגנון קציבה לפי בקשת האסיר (סעיף 29 לחוק), הנשיא או שר המשפטים (סעיף 30 לחוק).

[16] הקציבה מעוררת את שאלת ההצדקה של עונש מאסר עולם חובה. עם זאת, יש להכרזה על עונש זה ערך מרתיע מסוים, גם אם בפועל העונש נקצב בהמשך.

[17] הנשיא וייצמן הודיע תחילה כי לא יתמיד בנוהג זה, אולם לאחר המשבר שיצר, שהניב גם יוזמה לחקיקה, גם הוא לא נמנע מקציבת העונש על רצח.

[18] Case of Thynne, Wilson and Gunnell, Vincent Berger *Case Law of the European Court of Human Rights* 219 (1988-1990)

[19] לעניין זה ראו בעיקר פיסקאות 50-54 לפסק דין *Thynne*, וכן דו"ח ליין, הערה לעיל, בעמ' 14.

(2) **היקף רחב מדי של עבירת הרצח**: הגדרת המאפיינים של רצח מכניסה לתוך העבירה, ולעונש החובה של מאסר עולם שבצידה, מקרים שבהם מידת האשמה של העושה איננה בדרגה החמורה ביותר, ושלכן סיווגם כרצח - על הקלון המיוחד שבכך והעונש הנגרר - הוא בבחינת ענישה מעבר למגיע לפי מידת אשמתו של העושה, ובהכרח פגיעה בלתי מוצדקת בכבוד האדם. פגיעה נוספת נגרמת בכך שמקרים כאלה מושווים למקרים אמיתיים של רצח, אף שאין הצדקה להשוואה זו, כלומר - טיפול שווה במקרים שונים. כך, למשל, החוק משווה המתה בכוונה תחילה להמתה מתוך קלות דעת בנסיבות מסוימות (דוגמת מתן מינון יתר של משככי כאבים לסבתו החולה מאד של העושה, מתוך מודעות לאפשרות שייגרם מוות המלווה בתקווה שהמוות ימנע[20]. מסקנה על האופי החמור במיוחד יכולה להתקבל רק על יסוד התמונה הכוללת ולא על ידי התמקדות ביסוד אחד.

בין מקרים אלה ניתן למנות את המקרים הבאים:

* המתה בכוונה תחילה המונעת על ידי רחמים על סבל נורא של הקורבן המבקש את מותו או על ידי יאוש (האם הנוטלת את חיי ילדה, כאשר היא מבקשת להמית בראש ובראשונה את עצמה, על מנת לגאול אותו מחיים אומללים, ונסיונה להמית את עצמה נכשל).

* לפחות חלק ממקרי ההמתה מתוך קנטור סובייקטיבי שאינם עומדים במבחן האובייקטיבי של קנטור.

* המתה תוך כדי ביצוע עבירה אחרת או הכנות לביצועה[21]. הזיקה בזמן בין המתת אדם לבין ביצוע עבירה אחרת אין בה כדי לשוות בהכרח להמתה אופי חמור במיוחד, מה גם שהעבירה האחרת יכול שתהא עבירה קלה (כדוגמת אי דיווח לרשויות המס,החזקת טובין האסורים בהחזקה וכד), ולא נדרש לפי לשון החוק קשר ענייני בין אותו ביצוע (לרבות ההכנה לביצוע) לבין ההמתה. אין בכך כדי לשלול הצדקה להחמרה בענישת עבירות מסוימות שבמהלכן נגרמת תוצאה קטלנית, ולאו דוקא מתוך מחשבה פלילית, אולם לא במסגרת עבירת הרצח ורק בהקשר של עבירות היוצרות סכנה טיפוסית לחיים, כגון גרימת חבלה חמורה[22]. דומה כי חלופה זו נקבעה על מנת להתגבר על קשיי הוכחה ביחס לחלופה של המתה המיועדת לקדם ביצוע של עבירה[23].
לא כל מקרה של המתה שתכליתה למנוע גילוי העבירה או ענישת המשתתפים בה, מצדיק החמרה מיוחדת. למשל, כאשר העבירה המקורית נעשית עקב התגרות חמורה, ובאותו מצב של התרגשות ניכרת נעשית גם ההמתה.

(3) **העדר התייחסות למקרים מיוחדים שאינם ראויים לבוא בגדרי עבירת הרצח**: חסרה בחוק התייחסות למקרה המיוחד של המתת אדם המונעת על ידי בקשתו השקולה והמפורשת להמיתו. בנוסף, עד לאחרונה סבל החוק, בייחוד כפי שפורש, מאי התייחסות מקילה למקרי המתה בעקבות קונפליקט מתמשך. פגם נוסף, חמור אף יותר,

---

[20] סעיף 300(א)(1) לחוק העונשין, המתייחס ל"גורם במזיד, במעשה או במחדל אסורים, למותו של אביו, אמו, סבו או סבתו". כאשר הדבר נעשה על ידי רופא במסגרת המקובל בטיפול רפואי, אפשר שהמעשה יפול בגדר סייג לאחריות פלילית.
[21] סעיף 300(4) לחוק העונשין.
[22] סעיף 333 לחוק העונשין.
[23] ראו גם הסחיטה המוחמרת אצלנו המחמירה בדין הסוחט הן כאשר נעשה המעשה או המחדל מפני האיום או הטלת האימה שבסחיטה או במהלכם, בסעיף 428 לחוק העונשין (אולם אין זה טעם מצדיק).

שהיה בחוק המקורי, הוא המקרה של המתת הורה על ידי צאצאו, אשר כוננה עבירת רצח[24]. המתת הורה עשויה לבטא עמדה אנטי חברתית מגונה במיוחד, אך לא תמיד יהיה זה כך - למשל, כאשר המומת הוא עריץ שבני המשפחה הם קרבנות תמידיים של מעשי התעללות שלו. התיקון לחוק משנת תשנ"ה מאפשר הקלה בעונש במקרה כזה[25] כאמור, התיקון לחוק הוא עדות לכשלון ההגדרה הממצה והמחייבת מבחינת התוצאה, ואולם כפי שנראה להלן, ספק אם דרכו של התיקון צלחה.

(4) **העדר התייחסות למקרים מיוחדים הראויים לבוא בגדרי עבירת הרצח:** מחוץ לגדר העבירה נשארים מקרים שראויים היו להיכלל בה, כגון המתת אדם מתוך תאוות המתה לשמה, לשם סיפוק יצר המין או מתוך זלזול גמור בחיי אדם ב"הברקה" של הרף עין וללא כוונה תחילה, המתה תוך התאכזרות או תוך גרימת סיכון לחיי אדם נוספים, המתת אדם מתוך מוטיבציה גזענית, ואולי גם המתת מי שמופקד על אכיפת החוק בקשר עם תפקידו. עבריינים אלה זוכים בהקלה בלתי מוצדקת, ונפתח פתח לטענה שהחוק אינו נוהג שוויון במקרים שאין להבדיל ביניהם מבחינת חומרתם.

(5) **תרומת המבנה הקיים לפיחות בחשיבות הערך של חיי אדם:** המבחן האמיתי (או לפחות מבחן שאינו נופל בחשיבותו) ליחסו של החוק לערך של חיי אדם אינו דוקא הטיפול במקרים החמורים ביותר של המתת אדם אלא דוקא טיפולו במקרה הרגיל, השגרתי (אם מותר להתבטא כך) של המתה. קיים מתח בין נקודת מוצא עונשית, היוצאת מן העונש החמור ביותר ומתמקדת בצד העבירה באפיון המקרים החמורים ביותר שיצדיקו את הטלת העונש החמור ביותר, לבין הבלטת החשיבות של הערך המוגן של חיי אדם שממקדת את המבט לאו דוקא אל המקרים החמורים ביותר אלא אל המקרים הרגילים, הבינוניים מבחינת חומרתם. מבחינה זו, ניתן להצדיק את העונש החמור ביותר למי שמחולל במודע (גם מתוך אדישות) את הרע האולטימטיבי והאבסולוטי של קיפוח נפש, כאשר חומרת הפשע הזה כשלעצמו מחייבת הכללתו בקטגוריה שבצידה העונש החמור ביותר. אם אין נוהגים כך, מפחתים את הערך של חיי אדם. ליקוי בסיסי במבנה הקיים הוא, איפוא, תרומתו לפיחות בחשיבות הערך המוגן בשל ההתמקדות במקרים החמורים ביותר, ובשל יצירת הרושם שהריגה שהיא, לאמיתו של דבר, המקרה הרגיל והבינוני של קיפוח חיי אדם, היא בעצם מקרה קל של המתת אדם. יתר-על-כן, ניתן אף להביע את החשש כי עיסוק יתר ודגש מופרז על המקרים החמורים ביותר עלול להעביר מסר של פיחות בחשיבות של חיי אדם, כביכול עיקר החומרה והחשיבות אינו בהמתת אדם כשלעצמה אלא באותם רכיבים שמעניקים לה חומרה מיוחדת, כאשר הגישה הראויה היא שהמתה במודע (לפחות זו הנעשית מתוך אדישות או כוונה) של אדם, שלא בנסיבות מקילות, היא כה חמורה, שהיא מותירה מעט מקום להחמרה משמעותית נוספת.

הפסיקה תרמה, אולי, לכך באופן פרדוכסלי על ידי מאמציה להרחיב את עבירת הרצח על חשבון ההריגה, עד כדי העברה אל הרצח של כמעט כל המקרים של המתה בכוונה, כביכול אין חומרה ניכרת מאד בהמתת אדם שאיננה בקטגוריה המוחמרת[26].

מכאן חשיבותה המיוחדת של עבירת ההריגה. כשלונו של החוק כאן הוא כפול: בהיקף הרחב של העבירה שנכללה בו בעבר גם המתה שהיא תוצאה אקראית של חבלת גוף מתוך קלות דעת[27]; ולא פחות חשוב מכך, בויתור המוחלט

---

[24] סעיף 300(א)(1) לחוק העונשין.
[25] סעיף 300א(ג) לחוק העונשין.
[26] ראו להלן הטקסט הצמוד להערה 30.
[27] ראו ההלכה שנקבעה בע"פ 1/52 **דויטש נ' היועמ"ש**, פ"ד ח(1) 456, 471: "אין זה הכרחי שהנאשם יחזה מראש את התוצאה הקטלנית דוקא, כי אם מספיק הדבר... שכזה כאפשרות קרובה כי התנהגותו תגרום נזק ממשי לגופו של אדם. במלים אחרות, די אם

על הכוונה והדרכה של הענישה על ידי המחוקק, לרבות בעובדה שלא נקבע עונש מינימום בצידה של עבירה זו, שמשמעותה שאין בית המשפט מוגבל כלל, אפילו לא בהגבלה יחסית (שכן הגבלה מוחלטת כזו עשויה להביא לקשיחות יתר ולחייב בקביעת עונש מינימלי שהוא מתחת למידה ביחס לעבירה זו). לכאורה, ניתן היה לראות בחומרתו של העונש המירבי על עבירת ההריגה – עשרים שנות מאסר - איתות משמעותי מאד לחומרתה המיוחדת, ואולם עיון בהוראות החוק מעלה כי עונש זה הוצמד לעבירות לא מעטות, לאו דוקא החמורות ביותר[28], עובדה המפחיתה מחשיבותו של העונש המירבי כביטוי משמעותי של חומרת העבירה.

התהווה מצב דברים מעניין: למרות שנורמטיבית ההריגה היא הצורה הבסיסית, היא אינה נתפשת ככזו בעין הציבורית, אלא כצורה קלה. ההסברים לכך עשויים להיות שונים, ותיתכן, כמובן, אפשרות של הצטברות שלהם: תשומת הלב התקשורתית, וממילא הציבורית, מתמקדת במקרי הרצח, ועקב כך הופך הרצח דוקא לצורה הרגילה של המתת אדם; אפשר שיש כאן ביטוי לתפישה ציבורית, לפיה המקרה הרגיל של המתת אדם (שלא מתוך רשלנות) הוא רצח; וכאמור, אפשר שהמחוקק תרם לכך באפיינו את הרצח ב"כוונה תחילה" - כוונה תחילה היא המצב הרגיל של קבלת החלטה ושל עשיית מעשה מכוון, ולכן היא הכניסה לתחום הרצח את המקרה הרגיל ואת רוב המקרים של המתת אדם בכוונה[29].

מעניין במיוחד התפקיד שמילאה הפסיקה בנושא זה, שהוא בעל אופי כפול של מושפע ומשפיע: על ידי הפרשנות המרחיבה שניתנה לכוונה תחילה הרחיבה הפסיקה את עבירת הרצח[30], ותרמה עקב כך לזיהוי של ההריגה עם המקרה הקל של המתה. מאידך גיסא, אפשר שבית המשפט ביטא בכך אותה תחושה, לפיה המקרה הרגיל של המתת אדם (שלא בקלות דעת) הוא רצח, לאו דוקא כנהייה מודעת אחרי תודעת הציבור אלא כביטוי של שותפות לאותה תחושה. ראוי לציין כי התפתחות דומה ניתן למצוא בגישתה של הפסיקה הגרמנית ל"מניעים שפלים" כיסוד של עבירת הרצח, וכוונתי לנטיית הפסיקה שם ליחס מניעים שפלים לנאשם בכל מצב שבו הרקע להתנהגותו לא היה ניתן להבנה אנושית[31], ללמדנו על העדר קיומה של קטגוריית אמצע מובהקת, לפחות בתחום זה, ועל התודעה לפיה רצח הוא כל המתה באדישות או בכוונה שלא נבעה מרקע כאמור[32].

אפשר שלאחרונה חל שינוי מסוים במגמה – ניתן לאתר מקרים בהם מאשימים ומרשיעים בהריגה במקרים אשר, על פי הפסיקה שנהגה עד עתה, הם קרובים מאד לרצח; ולהרשעה מתלווים עונשים חמורים מאד, הקרובים לעונש המקסימום של עשרים שנות מאסר[33].[34]. שינוי כזה עשוי להוות תיקון מסויים למצב הדברים

הנאשם היה ער לכך שסכנה לחיים או לבריאות נשקפת ממעשהו". בית המשפט חזר על ההלכה במקרים שונים. ראו למשל ד"נ 7/69 **אליאס נ' מ"י** פ"ד כג(1) 561, 562, וכן ע"פ 149/83 **רוט נ' מ"י**, פ"ד לז(3) 824, 827.

[28] סעיף 259 לחוק העונשין קובע: "המבריח או מנסה להבריח אדם ממשמורת חוקית, דינו - (1) אם המוברח הואשם או הורשע בעבירה שענשה מוות או מאסר עולם – מאסר עשרים שנים". סעיף 373 קובע: "המוציא, במעשה או בפיתוי, קטין שלא מלאו לו שש עשרה שנים או אדם שאינו שפוי בדעתו, ממשמורתו של אפוטרופסם על פי דין בלי הסכמת האפוטרופוס, דינו - מאסר עשרים שנים. סעיף 448 קובע מאסר של עשרים שנה למי ש"משלח אש במזיד בדבר לא לו... במטרה לפגוע בנכס של המדינה, בנכס המשמש את הציבור, באתר טבע, בצמחיה...".

[29] ראו בפרק מ' קרמניצר, "כוונה תחילה או כוונה רגילה – ברצח בכוונה תחילה", **משפט פלילי וקרימינולוגיה** א (תשמ"ו) 9.

[30] יסוד ההכנה פורש כיסוד פיסי, המתמלא "על ידי אותן פעולות של הנאשם, המהוות חלק ממערכת פעולות הקטילה גופן; כגון טלטול כלי הפצירה מטרים אחדים למיטתו של הקרבן והנחתת מכות קשות ורבות בראשו, באמצעות הכלי הזה [ע"פ 69/54 **מרדרוסיאן נ' היועץ המשפטי**, פ"ד ח 930, 933]; דקירת הקורבן שמוחנה דקירות בחלקים פגיעים שונים של גופו [ע"פ 186/57 **אליהו נ' היועמ"ש**, פ"ד יב 236]...", וראו גם ע"פ 396/69 **בנו נ' מ"י**, פ"ד כד(1) 561, 571. ע"פ 889/78, 68/79 **מוגרבי נ' מ"י**, פ"ד לד(1) 576, 581 ;ע"פ 483/77 (לא פורסם) ; ע"פ 553/77 **תומא נ' מ"י**, פ"ד לב(1) 141, 151 ; ע"פ 633,655/78 **שמידמן נ' מ"י** , פ"ד לד(1) 63, 73-72 וראו ביקורתו של ש"ז פלר, "עוד על ה'הכנה' כרכיב הכוונה תחילה" **הפרקליט** לג (תשמ"א) 758.

המבחן לקיומו של קינטור פורש כמבחן אובייקטיבי: ע"פ 46/54 **היועמ"ש נ' סגל**, פ"ד ט 393, 414-413.

[31] אזר, הערה לעיל, בעמ' 44.

[32] מנגד, אין לשכוח קיומה של המגמה השיפוטית בגרמניה, עליה עמדנו לעיל, לצמצם את היקף הרצח- כמשיכה של הקוטב השני- כפועל יוצא של כשלון האפיון הקזואיסטי וכביטוי לרצון להימנע מלהטיל מאסר עולם כשהוא מעל למגיע.

[33] ראו למשל ת"פ (ת"א) 30333/06 מדינת ישראל נ' יוסי חזן (הכרעת דין מיום 27.6.07, גזר דין מיום 10.9.07), שם הנאשם, אשר היכה את הקורבן למוות יחד עם אחרים בעת קטטה במועדון, הואשם והורשע בהריגה ונגזרו עליו 17 שנות מאסר, מתוכן 15 לריצוי בפועל. בית המשפט הדגיש את 'האכזריות, הרשע והרוע שבהתנהגות הנאשם'

שהתהווה – על ידי מיקוד תשומת הלב במקרים ה'בסיסיים', המטופלים בחומרה רבה במסגרת עבירת ההריגה. עם זאת, לא יכול להיות בכך משום תיקון מושלם, וזאת בשל הליקויים שמקורם במבנה החקיקתי – בעיקר כריכה יחד של המתה בכוונה והמתה מתוך קלות דעת במסגרת עבירת ההריגה והעדרו של עונש מינימום – אשר יש בהם כדי לתרום לפיחות בחשיבות הערך של חיי אדם.

(6) **הענקת חשיבות מוגזמת לשאלת השיבוץ (רצח או הריגה):** כתוצאה מן המבנה החקיקתי האמור ומן המגמה שניכרה בפסיקה עד הזמן האחרון, נוצר ניגוד חריף, בלתי נסבל, בין חומרתה המופרזת של עבירת הרצח לבין קלותה הבלתי נסבלת של ההריגה. ניגוד זה מזכיר את הניגוד ממנו סבלה האבחנה בעבר: בין עונש מוות לענישה אחרת (אחרי תקופה שבה האבחנה היתה בין סוגים שונים של הוצאה להורג; ובהתפתחות ההסטורית באנגליה - בין אפשרות לחנינה לבין העדרה). ניגוד זה מעניק חשיבות דרמטית, מוגזמת, לשאלת השיבוץ - רצח או הריגה. ושוב, ככל שנפקות האבחנה חשובה יותר, משמעותית יותר, גדל הנטל הרובץ על המחוקק לערוך אבחנה ראויה, וגדל כשלונו כאשר אין הוא עומד בכך. החיבור בין הגדרה קזואיסטית קישחת לבין עונש חובה של מאסר עולם הוא, איפוא, בעייתי במיוחד.

מתאור זה של הבעיה עולות כבר במבט ראשון האפשרויות השונות לסילוק הבעיה או לריכוכה, שהן כולן בכיוון של הגמשה. יתרון כללי של פתרון גמיש שהוא מאפשר להגיע לתוצאה ראויה בדרך הישירה והישרה, ונמנעות דרכי המעקף והמילוט, לרבות עיוות הנתונים העובדתיים וסילוף החוק, שמאפיינים הסדרים שהם קשיחים מדי. את ההגמשה ניתן להשיג בדרכים שונות: כאשר יש גמישות בצד הסנקציה, ניתן לנקוט יתר מוגדרות ומסויימות באפיון הנורמה, וכאשר הנורמה מאופיינת באופן גמיש, ניתן לסבול קשיחות בצד הסנקציה.

(7) **איזון בלתי ראוי בין תכליות שונות של ההסדר:** מגמת החוק להעניק עדיפות מכרעת לשיקולי מניעה כללית וגמול ולהשיג ביטחון וודאות משפטיים, ולו גם על חשבון צדק ליחיד (שיקולים המתמקדים בעושה ובהשפעת העונש עליו), היא בעייתית כאשר היא מעניקה משקל מכריע ובלבדי למגמה הראשונה (הצרוף של קזואיסטיקה נוקשה עם עונש חובה נועד בעיקר להשיג ביטחון, וודאות ואחידות) תוך התנכרות מוחלטת לשיקול האחר. גם הפסיקה שהרחיבה מאד את מושג הכוונה תחילה החרתה אחר אותה מגמה, ושילמה מחירים בלתי מבוטלים[35]. קשה לומר שהפסיקה, בפרשה את המושג "כוונה תחילה", פרשה אותו לפי משמעותו הרגילה או באופן שיהלום את

(פיסקה אחרונה לגזר הדין). ראו גם ע"פ 1456/01 חדד נ' מדינת ישראל (22.10.01), שם הורשע בהריגה נאשם שהמית את קורבנו בדקירה על רקע הערה של מה בכך, ונגזרו עליו 20 שנות מאסר בפועל. בית המשפט ציין בפיסקה 3 לפסק הדין: "אכן, העונש שנגזר על המערער הוא העונש המרבי הקבוע לַעבירה בחוק. אולם, יש לזכור, כי במדרג המעשים הגורמים למותו של אדם, עומד מעשהו של המערער, כפי שתואר בראש הדברים, בדרגה החמורה ביותר, זו המתקרבת לרצח, ורק כפשׂע היה בין המערער לבין הרשעתו ברצח. על כך אמר בית המשפט המחוזי: 'שלושה הם יסודות עבירת הרצח: העדר קינטור, הכנה והחלטה להמית..., רק לגבי יסוד ההחלטה להמית התעורר בלבנו ספק אם אמנם חפץ הנאשם בתוצאה הקטלנית של רצח המנוח, ובשל כך הרשענו אותו בהריגה ולא ברצח'. ובמקום אחר אמר: '...אנו סבורים שלא יכול להיות מקרה יותר קרוב לרצח מהמקרה שבפנינו, ולכן אין בלבנו כל היסוס, שיש להטיל על הנאשם את העונש המרבי הקבוע בחוק על עבירת ההריגה'. חיי אדם הם ערך מקודש בחברתנו. המעשה שעשה המערער הוא ביטוי קיצוני של זלזול בערך זה. עליו, ועל עוברי עבירה כמותו, לשאת בעונש המרבי הקבוע בחוק; אלא אם כן נמצא צד זכות המצדיק הקלה בעונש. כזה לא נמצא למערער". ראו עוד ע"פ 6144/02 שלומי ואנונו נ' מדינת ישראל (17.1.05) וע"פ 6795/05 אואנינו נ' מדינת ישראל (29.1.07) (זיכוי מרצח והרשעה בהריגה עם עונש של 19 שנות מאסר, מתוכן 18 לריצוי בפועל, של מי שהמית במהלך קרב סכינים מתוכנן מראש). ראו גם ע"פ 70/04 פוריאדין נ' מדינת ישראל (19.1.06), בו אישר בית המשפט העליון הן את הרשעתו בהריגה של המערער, אשר היכה באשתו למוות, והן את העונש של 19 שנות מאסר, מהן 17 לריצוי בפועל. השופט עדיאל ציין בפיסקה 20 לפסק דינו כי: "במקרה שלפנינו... מעשיו של המערער התאפיינו באכזריות רבה שעלתה כדי התעללות". יש לציין כי השופט חשין הביע ספק בשאלה האם תיוג המקרה כהריגה הוא הולם, וסבר שיש מקום לתיקון חקיקתי שיביא מקרים דוגמתו תחת עבירת רצח מדרגה שניה.

34 ב**פיסקה 4 לפסק דין חדד, הערה לעיל**, בית המשפט אף מצא לנכון להטעים במיוחד את חומרתה הרבה של עבירת ההריגה ולקבוע מדיניות ענישה מחמירה ביחס אליה: "העבירה של שפיכות דמים - שהיא משבע מצוות בני נח ומשלושת העבירות שעליהן 'ייהרג ולא יעבור' - היתה כמעט לדבר יום ביומו. אך למותר להרבות בדברים על חומרתה של עבירה זאת ... כאשר זה המצב אין אנו פטורים עוד מלהתוות קום לרמת הענישה הראויה שבגדרם יש לנקוט בגישה המחמירה, לאמור בגישה הרואה בעונש המרבי את נקודת המוצא; שממנו מפחיתים לפי נסיבות המקרה, נסיבותיו האישיות של העבריין, תדירותה או נדירותה של העבירה, הרתעת עבריינים בכוח ועצמת הסלידה ושאט הנפש של החברה".

35 ראו לעיל, בפרק העוסק בכוונה תחילה.

הגדרתו. פרשנות כזו יוצרת, לכאורה, אי וודאות משפטית בגלל הפער שהקהילה המשפטית מתקשה לקבל בין לשון החוק לבין הפרשנות הניתנת לו, ועד שהיא מתייצבת ברמה של הלכה שלא ניתן עוד לערערה נגרמת דווקא אי יציבות משפטית. לאחר שהתגבשה הלכה פסוקה מגובשת בעניין זה, הפך השיקול של יציבות משפטית לשיקול מרכזי המונע שינוי בהלכה הפסוקה, גם כאשר שינוי זה מתבקש- אפילו לדעת השופטים עצמם[36] - כדי לעשות צדק למעשה ולעושה. הוויתור על עשיית צדק כאמור משקף ככל הנראה גם מתן עדיפות מכרעת לשיקולי מניעה כללית על חשבון השיקול של אשמה.

(ב) <u>שיקולים כלליים להתמודדות עם הבעיה וקווים מנחים לרפורמה</u>

הבעיה מרתקת וסבוכה: היא מחייבת התייחסות לשאלות כלליות ועקרוניות של המשפט הפלילי ושל תורת המשפט, ובהן: מטרות הענישה ושיקולי הענישה הכלליים, השיקולים להחמרה ולהקלה (אשמה או סכנה), היחס בין נורמה לבין עונש שבצידה (גם מכיוון ההשפעה של העונש על הנורמה), היחס בין נורמה לשיקול דעת, הכללה וקזואיסטיקה, המתח בין הבלטת החשיבות של הערך של חיי אדם לבין עקרון האשמה (או חיי אדם מול כבוד האדם, שעקרון האשמה נגזר ממנו), המתח בין שיקולים של ודאות החוק, מסוימותו ומוגדרותו (הביטחון המשפטי, אחידות בהפעלה ובתוצאות) לבין צדק במקרה האינדיוידואלי, בין נקודת המבט הקורבנית לבין נקודת המבט העבריינית (למשל, בהתאכזרות - האם לדרוש עמדה נפשית מיוחדת של המתאכזר, האם להתחשב בסיבת הזדקקותו לעינויים או שמא להסתפק בענותו של הקורבן, שהעושה מודע לה), התרגום של מהות לטכניקה חקיקתית.

נקודת המוצא צריכה לכלול התייחסות לליקויי המצב הקיים, לשם הפקת לקחים. המסקנות הטנטטיביות הן: עונש קבוע ,"fixed", תובע דרישות שלא ניתן לעמוד בהן בתחום ההגדרה, ויש להימנע ממנו. פרוט מחמיר מחייב על טוהרת הקזואיסטיקה הוא בעייתי ביותר, ולכן יש לנקוט באמצעים להגמשת הקזואיסטיקה (אולי אחת מהן היא הדרך של נסיבה מחמירה – in der Regel - בדרך כלל). במסגרת מגמת ההגמשה, מסתמנת עדיפות להכוונת ענישה בתוך מסגרת של עבירה אחת לעומת פרוק עבירה לשניים; למיקוד תשומת הלב בעבירת ההריגה - במקרה הרגיל של המתה מתוך כוונה או אדישות ובצורך להבטיח לגביה הן את חשיבות הערך המוגן והן את הביטחון המשפטי. יש לשקול גם את האפשרות, שעמד עליה כבר פון ליסט[37], ליצור תחום חפיפה במסגרת העונשית בין צורה בסיסית לבין צורה מוחמרת, כביטוי של חוסר היכולת ליצור חיתוכים מושלמים בתחום ההגדרתי, לאור האפשרויות האין סופיות של המציאות. בכל אלה יש ביטוי להכרה בגבולות היכולת האנושית בתחום החקיקה ולהימנעות מיומרנות שאין לה כיסוי. לקח נוסף הוא שיש ליתן הדעת לשאלת המסר הנובע מן ההסדר החוקי לעניין חשיבותו של הערך - חיי אדם, כמובן - מבלי לשכוח שיקולים מרכזיים אחרים, שהחשוב בהם הוא ענישה תואמת אשמה – עיקרון אשר אין לסטות ממנו.

I. דגמים אפשריים:

האפשרויות הבאות בחשבון הן, בגדול, שלוש:

---

[36] מספר שופטים הביעו אי נחת מן ההלכה המרחיבה לגבי יסוד ההכנה – ראו ש"ז פלר, "'הכנה' כמידה של 'כוונה תחילה' – גלגול איטי אך הכרחי", **משפטים** כו (תשנ"ו) 379, 395-391. וראו לאחרונה פסק דינו של הנשיא ברק בדנ"פ 1042/04 **ביטון נ' מ"י** (ניתן ביום 27.11.06).

[37] פון ליסט, הערה לעיל, בעמ' 27-26.

(1) ויתור על אבחנות בין סוגים שונים של המתת אדם מתוך מחשבה פלילית. הדבר מחייב מסגרת עונשית בעלת נפח ומרווח מספיקים להתייחסות למקרים הקלים ביותר והחמורים ביותר. צריך לשים לב שאם קובעים עונש מינימום יחסית גבוה (חמש שנים) הוא עלול להיות גבוה מדי למקרים הקלים ביותר. לעומת זאת, עונש נמוך יחסית הוא בעייתי מבחינת המסר. הדוגמה לענין זה היא לכאורה דנמרק, והיא עשוייה להצביע על פיתרון אפשרי, המתמודד במידה מסויימת עם שני הצרכים האמורים: לא לפחת בחשיבות הערך ולא לכפות ענישה מעל המגיע. עיון בחוק הדני מעלה שמה שנראה בבדיקה לא יסודית כהסדר כוללני ופשטני הוא בעצם יותר מורכב, שכן יש להביא בחשבון את הוראות החלק הכללי הנוגעות להשפעתן של נסיבות מקילות ומחמירות על העונש, והנסיבות המקילות מאפשרות לחרוג מתחת לעונש המינימום[38]. הפרוט של נסיבות מחמירות ומקילות כלליות בחלק הכללי דווקא איננו רק ביטוי של סיווג נורמטיבי נכון

[38] סעיפים 81-81 לקוד הפלילי הדני קובעים כך:

81. In determining the penalty it shall, as a rule, be considered a circumstance in aggravation
1) that the offender is previously punished of significance for the case;
2) that the offence is committed by several persons together;
3) that the offence is specifically planned or part of extensive crime;
4) that the offender intended the offence to have significantly more serious consequences than it did;
5) that the offender has shown particularly recklessness;
6) that the offence stems from others' ethnical origins, religious beliefs, sexual orientation or similar;
7) that the offence stems from the injured party's lawful expressions in the public debate;
8) that the offence is committed during the execution of public service or duty or by abusing an official capacity or other special position of trust;
9) that the offender has caused another person to participate in the offence by use of force, deceit or by taking advantage of the other person's young age or considerable financial or personal troubles, lack of knowledge or an existing state of dependence;
10) that the offender has taken advantage of the injured party's defenceless position;
11) that the offence has been committed by a person who is serving a custodial penalty or is subject to some other criminal legal consequence of a custodial nature;
12) that the offence is committed by a former prisoner against the institution or a person employed by the institution.

82. In determining the penalty it shall, as a rule, be considered a circumstance in mitigation
1) that the offender had not reached the age of 18, when the offence was committed;
2) that the offender is of old age, when use of the ordinary penalty is unnecessary or harmful;
3) that the offence verges on grounds for impunity;
4) that the offender has acted in excusable ignorance or excusable misinterpretation of legal provisions, which prohibit or require the act;
5) that the act is committed in a state of agitation provoked by an unlawful attack or by a gross insult on the part of the injured party or individuals associated with the injured party;
6) that the offence results from use of force, deceit or from taking advantage of the offender's young age or considerable financial or personal troubles, lack of knowledge, irresponsibility or an existing state of dependence;
7) that the offence is committed under the influence of strong compassion or emotion or other special information is available about the offender's state of mind or the circumstances of the offence;
8) that the offender voluntarily has averted or attempted to avert the danger resulting from the punishable act;
9) that the offender voluntarily has reported himself and made a full confession;
10) that the offender has provided information that is crucial for solving punishable acts committed by others;
11) that the offender has restored or attempted to restore the damage caused by the punishable act;
12) that the offender as a result of the punishable act is deprived of a right referred to in Section 79 of this Act or is imposed with other consequences comparable with punishment;
13) that the criminal case against the offender, due to no fault of the offender, is not decided within a reasonable time;
14) that such a long time has passed since the punishable act was committed, that the use of the ordinary penalty is unnecessary.

סעיף 83 מאפשר חריגה מעונש המינימום בהתקיים הנסיבות המקילות. ראו
Malene Frese Jensen, Vagn Greve, Gitte Høyer & Martin Spencer, *The Principal Danish Criminal Acts* (Copenhagen, 2006) 28-29.

בין הכללי לבין המיוחד. הוא משרת, אמנם במידה מסוימת ומוגבלת בלבד, גם שיקול של הפרדה אקוסטית, שכן הוראות החלק הכללי, עוד יותר מאלו של החלק הספציפי, סמויות מן העין הציבורית. אשר להסדר המשפטי בדנמרק – בנוסף לעבירת ההמתה הכללית, שהעונש עליה נע בין חמש שנות מאסר למאסר עולם[39], הוא מקיף, בכל זאת, צורות מיוחדות של המתת תינוק (שדינה ארבע שנות מאסר)[40] והמתה לפי דרישה (שדינה שלוש שנות מאסר)[41]. ראוי גם להזכיר שדנמרק היא יוצאת דופן בכוח שהיא מעניקה לרשות השופטת, לרבות הכוח להטיל אחריות פלילית על מעשה שלא היה אסור בעת עשייתו מכוח שיקולי אנלוגיה. המודל הדני מבוסס, במידה מכרעת, על הרמת ידיים מוחלטת ביחס למגמה של הכוונה חקיקתית משמעותית. זהו היסק מרחיק לכת מדי מן הקשיים בהכוונה החקיקתית.

(2) האפשרות ההפוכה היא דגם תלת שכבתי: עבירה בסיסית של המתה רגילה, ממנה מסתעפות כלפי מעלה צורה מוחמרת וכלפי מטה צורה מוקלת (כמו בגרמניה ובשווייץ). דגם זה מעורר בצורה חריפה את שאלת האבחנה הנורמטיבית בין הסוגים השונים של המתה.

(3) אפשרות השלישית היא אפשרות ביניים: דגם דו שכבתי, שבו מבחינים בין המתה בלתי מוקלת (שחובקת את השכבה האמצעית, הנורמאלית, ואת השכבה החמורה של המודל השני) לבין המתה מוקלת. מובן כי מידת האבחנה הנורמטיבית הנדרשת בדגם זה היא פחותה מאשר בדגם השני, אך רבה יותר מאשר בדגם הראשון. ניתן להשאיר מתכונת זו כמות שהיא וניתן לשכלל אותה (או לסבך אותה) על ידי הכנסת קווים מנחים או הנחיות לענישה לתוך ההמתה הבלתי מוקלת, על מנת לאפשר לרשות השופטת להבחין בין המקרה החמור במיוחד לבין המקרה שחומרתו רגילה. יש טעם לעשות זאת כאשר יש לכך נפקות מבחינת העונש, למשל נקבע עונש של מאסר עולם למקרה החמור במיוחד. אף כי האבחנה בין יסודות של הגדרה לבין הנחיות לענישה עשויה להראות כדקדוקי עניות סמנטיים, אין הדבר כך. בהנחיות לענישה, להבדיל מיסודות של עבירה, מדובר בשיטה גמישה, שמחלקת את האחריות בין המחוקק לבין הרשות השופטת באופן הבא - המחוקק קובע אמות מידה כאמצעי עזר לרשות השופטת, כאשר האחריות האולטימאטיבית מוטלת על הרשות השופטת.
גם הדגם הזה אינו נקי מבעיות. הדרגה הנמוכה עם העונש הנמוך בצידה עשוייה להיות בעייתית מבחינת המסר, ומכאן נגזרת, לכאורה, עדיפות לדגם של הוראה אחת עם דרוגים פנימיים רכים שמתייחסים גם לרמה הנמוכה. מנגד, ניתן לטעון שאין זה הוגן לגבי מי שנכללים בקטגוריה זו להימצא בקהלם של האחרים.

אין כמו הסוגייה שבפנינו כדי להמחיש את חשיבות היחס בין הנורמה לבין הסנקציה שבצידה, ודוקא מכיוון השפעת הסנקציה על הנורמה. עד כדי כך שהיו מי שאמרו שיש לנו עבירה של רצח משום שיש לנו עונש מוות או מאסר עולם חובה[42]. די ברור כי המאמץ לאפיין היטב, ובצורה מוגדרת ומפורטת את מאפייני הרצח, נבע מכך שלהרשעה ברצח, לעומת הרשעה בהריגה, היו השלכות עונשיות מרחיקות לכת, יוצאות דופן. תולדות התפתחות עבירות ההמתה, הן זו הרשמית נורמטיבית, והן זו של ההפעלה של המשפט למעשה, הושפעה באופן ניכר מאד על ידי הרצון להימנע מתוצאה עונשית קשה, שנחשבה לבלתי צודקת (כללית וכן בהקשר של אי-שוויון או ביישומה על מקרה ספציפי). מקור עיקרי לתחושת אי הצדק היה הקשר ההכרחי בין רכיבים מוגדרים לבין תוצאה עונשית.[43] - נדרש איזון מוצלח יותר בין שיקולים של מניעה כללית לבין צדק לפרט, בין ביטחון ווודאות משפטיים לבין

---

[39] סעיף 237 לקוד הפלילי הדני.
[40] סעיף 238 לקוד הפלילי הדני.
[41] סעיף 239 לקוד הפלילי הדני.
[42] אזר, הערה לעיל, בעמ' 28-27.
[43] אזר, הערה לעיל, בעמ' 54.

התחשבות בנסיבות מיוחדות המתקיימות במקרה הפרטי ומשפיעות על נחיצות וראויות העונש. הכיוון הכללי להשגת איזון כזה הוא ביתר גמישות.

לגבי העתיד, נודעת חשיבות למדיניות המחוקק באשר לעונש על עיצוב ההסדר של עבירות ההמתה: שימור של מאסר עולם חובה מחייב הבחנה בין מקרים רגילים של המתה לבין מקרים חמורים במיוחד של המתה. שימור מאסר עולם (גם לא כחובה) מזמין התייחסות נורמטיבית כלשהי לאפיון המקרים שעונשם מאסר עולם. ולהפך, אם בוחרים באופציה של עבירה אחת, הדבר מחייב מסגרת עונשית רחבה, לשם תמרון בתוכה. הסדר הנכון איננו קביעה תחילה של סוגי עונשים, והתאמה של העבירות לעונשים אלה, אלא קביעת העבירות לפי המתחייב לפי שיקולים של הגנת הערך חיים, שיקולי אשמה, מניעה כללית ושיקום, והתאמת העונשים למסגרות נורמטיביות אלה .

II. השיקולים בעד ונגד עבירה אחת

השיקולים בעד עבירה אחת הם: הקושי המוכח לקבוע אבחנות נורמטיביות ראויות ותקפות; היתרון שבמתן דגש יתר ומיקוד לפגיעה בערך החיים (במקום הפיחות בערך החיים הנגרם על ידי החשיבות המיוחסת לרכיבים אחרים וההתמקדות דוקא בהם). שיקול אחר עשוי להיות יצירת יכולת מירבית ובלתי מופרעת להתאים את העונש למעשה ולעושה, שכן הרשות השופטת יכולה להביא בחשבון את מכלול הנתונים. אולם המחקר מראה כי חרף האפשרות הזו שופטים נוטים להביא בחשבון מספר מוגבל וקטן של נתונים, ולכן משקלו של שיקול זה קטן.

השיקולים נגד עבירה אחת: השיקול הראשון הוא הצורך להבחין בין מקרים שונים - בפועל, ולמרות החומרה המיוחדת של עצם ההמתה והשוויון בין כל הקורבנות, יש מקרים שונים מאד של המתה מבחינת אשמת העושה והפגיעה באמון הציבור בסדר המשפטי. אלה הבדלים מוסריים וערכיים עמוקים שמשתקפים גם בתודעת הציבור. הבדלים אלה יוצרים רמות שונות של ראויות לעונש ושל נחיצות לעונש. אין זה הוגן מבחינת העושים הקלים שהם נכללים בחברותא אחת עם העושים שאינם קלים, ולו גם מבחינת הקטגוריה הנורמטיבית. ככל שהבדלים אלה ניתנים להכללה, זה תפקידו של המחוקק, כמתחייב מעקרון החוקיות, לתת להם ביטוי. זאת ועוד, יש יתרון לתהליך החקיקה על פני השפיטה: יש עדיפות לחשיבת הרבים ולהליך הרב-שלבי, הגלוי לציבור, הפתוח לתשומות מגוונות והמגבש סיכוי לשינוי דעה, המאפיין את החקיקה. היגד נורמטיבי כזה יבטיח שגם הרשות השופטת תיתן ביטוי להבדלים המוסריים והערכיים בין המתות שונות (ואחרת, לא ניתן או קשה להבטיח זאת). כך גם מובטחים טוב יותר השוויון בפני החוק (דין שונה למקרים שונים) והביטחון המשפטי, שהם היבטים חשובים של עקרון החוקיות. החוק ממלא כך בצורה טובה יותר את פונקציית ההדרכה שלו - כלפי האזרח שיכול לחשב טוב יותר את תוצאות מעשיו לפני מעשה ואחרי מעשה, בעת ההתדיינות (צדק דיוני) וכלפי הרשות השופטת. גם המחקר המשווה תומך בהתנגדות לעבירה אחת[44].

[44] M. Kremnitzer, “Sentencing as a Just System", 25 *Is.L.R* 662, 678-679 (1991).

III. חלוקה לשלוש עבירות או חלוקה לשניים

שאלה קשה יותר היא כיצד על המחוקק למלא תפקידו זה - האם על ידי יצירת שלוש קטגוריות נורמטיביות נבדלות או על ידי הנחיות לענישה במסגרת דגם של שתי דרגות[45].

בחלוקה לשנים מתעוררת הבעיה של שויון בין בלתי שווים, כתוצאה מכך שכורכים יחד בקטגוריה אחת עבריינים ברמות שונות של אשמה ומסוכנות. ככל שהאבחנות בהן מדובר הן מובהקות יותר, משמעותיות יותר, איכותיות יותר, חדות יותר (להבדיל מכמותיות והדרגתיות); ככל שההבדלים ביניהן הם בולטים ועמוקים עד כדי שינויים באופי המעשים ואולי גם העושים, כך יהיה יותר מקום לאבחנה נורמטיבית נוקשה יותר (עבירות שונות ולא הנחיות לענישה בתוך עבירה אחת). בשים לב לכך שחלק מהרכיבים המחמירים אינם מבטאים הבדלים מבחינת עוצמת הפגיעה בערך המוגן העיקרי שהוא החיים, להבדיל מעבירות אחרות, בהם ההחמרה היא בעיקר בהעמקת הפגיעה בערך המוגן, הנטייה היא לטובת הנחיות ענישה. גם כאשר מדובר בפגיעה נוספת בערך החיים או בפגיעה בערך אחר - קשה ליחס משמעות עיקרית לפגיעה הנוספת, מבלי לפחת בעת ובעונה אחת מחשיבות הערך של חיי אדם. וכאמור, רכיב מוגדר יחיד אינו יכול לשמש בסיס להבחנה מובהקת וחדה, בשל הרלבנטיות של הנסיבות בכללותן להערכת החומרה שבמעשה, והראיה לכך היא שלמרות מאמץ הנמשך כ -1500 שנה לא עלה בידי המשפט להבחין באופן חד בין הריגה לבין רצח. ניתן לתת ביטוי להבחנה בין הרוצחים השונים על ידי שימוש בקטגוריות של רצח מדרגה ראשונה ורצח מדרגה שניה.

שיקול אחר הוא עד כמה רוצים למקד תשומת לב בנסיבות המחמירות. אם רוצים למקד פחות תשומת לב בשאלת ההחמרה המיוחדת כדי להימנע ממסר של פיחות בערך החיים, הפיתרון העדיף הוא הנחיות לענישה במסגרת עברה אחת. במלים אחרות: שיקול לטובת הנחיות לענישה הוא שהן פחות בולטות מיסודות המבחינים בין עבירות[46]. יש בכך כדי לתרום לכך שעיקר הכובד ישאר בערך המוגן שנפגע, ועיקר תשומת הלב לא יופנה ליסודות אחרים, כדוגמת תאוות הבצע שהניעה את העושה. הבלטת אשמתו היתרה של מי שפעל מתוך מוטיבציה כזו, עלולה להפחית ממידת אשמתו של מקפח הנפש שלא הונע על ידי מוטיבציה כזו או לפחות ליצור רושם כזה .

שאלה נוספת היא כיצד לטפל בהמתה תוך חמת זעם עקב התגרות שעלולה להביא אדם מן היישוב להתרתח[47], בהמתה מתוך יאוש עמוק (המקרים הטיפוסיים של הקטגוריה השניה הם הסכם להתאבדות משותפת שמצליח רק באופן חלקי והמתתו של מתעלל שיטתי במשפחה, במצב של חוסר אונים, בהמתה הנמצאת בקרבה לסייגים לאחריות פלילית ובהתה של אדם על סמך בקשתו הרצונית והשקולה)[48]. באות בחשבון שתי אפשרויות: להתייחס גם למקרים אלה במסגרת עבירה בסיסית של המתה באמצעות הנחיות לענישה או להוציא את המקרה האלה מעבירת ההמתה הבסיסית ולייחד להם עבירה מיוחדת. התשובה תלויה במידה בה מבקשים להיאחז במונח "רצח" ולהיזקק לו, שאז עדיפה בברור, ואולי מתחיבת ממש, הוצאת המקרים האלה מתחום עבירת הרצח. אחרת, נגרם עוול לממיתים בנסיבות כה יוצאות דופן ומיוחדות. השיקול לטובת שימור המונח רצח הוא שיש בו כדי לסייע בשימור הטאבו המיוחד והסטיגמה המיוחדת האופפים קיפוח חיי אדם, ויש לכך ערך רב מבחינת המניעה החיובית, ביחוד אם ההיקף של עבירת הרצח איננו צר מדי, ומכסה גם את המקרה הבינוני של המתה.

---

[45] על הנחיות לענישה ראו רות קנאי, "הנחיות לשופט בקביעת העונש", **מחקרי משפט** ה (תשמ"ז) 234.

[46] גם במובן זה שלא נדרשת בהכרח הוכחת התקיימות ההיפותזה שביסודן מעל לספק סביר.

[47] ולא התגרות שעלולה להביא אדם מן היישוב להמית, שאין לדרוש אותה בשום מקרה.

[48] אפשר שהקטגוריה של המתה מתוך יאוש עמוק הינה בעייתית כי היא פותחת פתח רחב מדי בשל כך שאינה כה מוגדרת ומובהקת כמו הקנטור, ולכן צריך אולי להתיחס רק למקרים הטיפוסיים באופן יותר מוגדר.

אם מוותרים על תיוג זה, מתבקשת הכרעה לפי מידת האיכותיות והמהותיות של ההבחנה בין המקרים, כאשר ברור שהגרעין הבסיסי של הערך המוגן הוא משותף וזהה, או ליתר דיוק - האם קיים הבדל לענין זה בין הרכיבים המחמירים ככלל הריגה לרצח לבין הנסיבות המקילות האמורות. קשה להשיב על כך תשובה חד משמעית. ניתן להצביע על כך שבמקרים האמורים פוחתים במידה ניכרת הן האשמה והן הנחיצות בעונש, שכן ההמתה אינה אדקווטית (אינה משקפת את אישיות העושה) אלא נסיבות חיצוניות ויוצאות דופן, ובמקרה של סטייה מתנאי ההגנה העצמית או של קנטור גם תרומה של הקורבן. בנוסף, ההתקפה על הערך המוגן היא בחזית צרה יותר (ההמתה אינה משקפת התנכרות כללית וכוללת לערך של חיי אדם), הפגיעה באמון הציבור בסדר המשפטי וחרדת הציבור - קטנות יותר. מעבר לכך, ההקלה אינה מתבקשת על יסוד רכיב אחד, שהוא בסיס רעוע מדי להסקת מסקנות על חומרת האשמה ומידת המסוכנות, אלא על יסוד סיטואציה מורכבת בכללותה. מנגד, מבחינת החשיבות של הערך והפגיעה בו, יש עדיפות, כאמור, לשיטה המפחיתה את מידת החשיבות והבולטות של הדיון בנסיבות ההמתה, ומבחינה זו יש עדיפות לשיטת ההנחיות. המאזן הכולל נוטה, לדעתי, במקרה זה נטייה קלה לטובת הפיתרון של הבחנה קטגוריאלית .גם המחקר המשוה וההתפתחות ההסטורית מעניקים תמיכה למסקנה זו.

שאלה דומה היא כיצד לטפל בהמתה מתוך קלות דעת – האם במסגרת עבירה בסיסית בעזרת הנחיות ענישה או במסגרת קטגוריה נפרדת ומוקלת (הכוללת, כאפשרות, גם המתה בהתרשלות רבתי). מה שמסבך אצלנו את המצב הוא שהמחשבה הפלילית מקיפה את היסוד הנפשי מקלות דעת ועד כוונה. אולם, כאשר רוצים לעשות אפיון מהותי-ממשי של עברה והנחייה עונשית בצידה, קשה לכרוך יחד קלות דעת עם אדישות וכוונה. שיקולים דומים לשיקולים שהוזכרו דוחפים לעבר הבחנה בקטגוריה: דרגת האשמה של הממית הנוטל סיכון בלתי סביר תוך שהוא מקווה למנוע את המוות נמוכה במידה ממשמעותית מזו של הממית מתוך אדישות או כוונה; הצורך בעונש כגורם מרתיע מצטמצם, בין היתר מכיוון שהתממשות הסיכון עצמה 'מלמדת לקח' את העושה שקיווה להימנע ממנה; הפגיעה בערך המוגן המופשט צרה יותר כאמור; וגם חרדת הציבור פחותה במקרה זה. מן העבר השני, יש להביא בחשבון את הקושי ההוכחתי שהבחנה בקטגוריה עלולה לעורר, וזאת במיוחד בהינתן מושג של קלות דעת שאפשר שאינו תובע מאמץ של העושה למנוע את התוצאה. אין להפריז בחשיבותו של חשש זה, שכן קלות הדעת במשפט הישראלי היא בכל זאת מובחנת באופן בולט מן האדישות וקרובה לרשלנות דווקא, במיוחד על רקע העדר יחס חפצי שלילי מצד העושה כלפי התוצאה ; מה גם שהעמדה האנטי-חברתית של האדיש והזלזול העמוק שלו בחשיבותם של חיי אדם – עד כדי כך שאין זה משנה מבחינתו אם יקופחו חיים אם לאו והעיקר שמטרתו תושג – הם בדרך כלל גלויים על פני הדברים.

היתרון העיקרי של דגם שתי הדרגות נעוץ בדרגה הבסיסית שלו, המקיפה, כאמור, את המקרה הבינוני ואת המקרה החמור במסגרת הרצח. מושם בכך דגש על העיקר והוא האנטי חברתיות שבהמתת אדם באדישות או בכוונה, ובא לידי ביטוי הרעיון שהאנטי חברתיות היא כה חמורה, שהאפשרויות להחמירה עוד יותר הן מוגבלות. בכך, וכן על ידי השימוש בתיבה "רצח", ניתנת החשיבות הראויה לערך המוגן.

(ג) <u>מטרות ההסדר</u>

המטרה העיקרית של ההסדר היא לקיים, בה בעת ותוך ניסיון לתת להם ביטוי מירבי, את שני אלה: החשיבות המיוחדת, העליונה, ששיטת המשפט מיחסת לחיי אדם ולחומרה המיוחדת, שבה היא מתיחסת, לפיכך, להמתת אדם מתוך כוונה או אדישות; וכבוד האדם של העושה, כפי הוא מתבטא בשמירת אמונים לעקרון האשמה והמידתיות, ובנכונות (אולי מחוייבות) של השיטה המשפטית לראות גם בממית אדם, אדם שראוי להשקיע בשיקומו לאפשר לו בתנאים מסוימים לחזור לחברה. בכך ניתן ביטוי לייחודו של האדם כמי שמסוגל להשתנות.

לא ניתן לקיים שתי מטרות אלה במלואן, כפי שעולה מן היחס בין המטרה המשקמת של העונש לבין הערך הסמלי של מאסר עולם במשמעותו החריפה: שופך דם האדם, מאבד לצמיתות בכך את הזכות להימצא בחברתם של בני אדם חופשיים. ברור גם כי התחשבות רבה בנתונים המתייחסים לעושה, כגון למשל שפעל מתוך חמת זעם, שלא אפשרה לו יישוב ושיקול דעת, גם אם לא היתה סיבה טובה לזעמו, עלולה ליצור רושם שאין מתייחסים בכובד ובכבוד הראויים לחיי אדם. לעתים גם התייחסות לאשמה פחותה עלולה להעביר מסר שכזה, ואפשר שבכך טמון יתרון של התמקדות בשיקולי סכנה ומניעה על חשבון שיקולי אשמה. מנגד, דוקא בעבירות נגד החיים, יותר מאשר בעבירות אחרות (לדוגמה עבירות נגד הרכוש) עשויים להיות מצבים שונים ומגוונים מבחינת אשמתו של העושה, ועניינה מחמירה במקרים של אשמה מופחתת אינה מתישבת עם עקרון האשמה ואף יוצרת שוויון בין מי שאינם שווים. מדובר, איפוא, באיזון עדין ומורכב בין שתי מטרות חשובות אלה. על עדינותו של האיזון ניתן ללמוד גם מן העובדה שהסוגייה של הגנה על חיי אדם נוגעת בעצב רגיש ביותר של החברה. לאחר ככלות הכל, ההתארגנות החברתית נועדת, בראש ובראשונה, ומעל לכל, להגן על חיי אדם. ההתמודדות המשפטית עם עבירות ההמתה עשויה להשפיע על תחושת הביטחון הקיומי של הציבור ועל מידת הביטחון והאמון שלו בסדר המשפטי. אין להתעלם גם מכך שהציבור עשוי לראות בעונשים על עבירות ההמתה בחוק אמת מידה ליחסו של המשפט לחיי אדם. עם זאת, יש לנהוג זהירות בממצאים ובמסקנות המתייחסים לתודעת הציבור, ובשתי רמות: תחילה יש לוודא, עד כמה שהדבר ניתן, שמה שמיחסים לציבור, אכן משקף את עמדותיו. ושנית, שעמדות הציבור עומדות במבחן הנורמטיבי-ערכי של חוקתיות.

מטרות נוספות הן חוקיות ומה שהיא משרתת, כלומר בהירות וודאות של הדין, וצדק במקרה האינדיוידואלי. גם בין מטרות אלה יש מתח והן ניתנות להגשמה יחסית, רק תוך התחשבות הדדית שלהן זו בזו, ועוד נשוב לענין זה.

(ד) <u>מטרות הענישה ושיקוליה</u>

נקודת המוצא של דיון זה הינה ששיטת המשפט שלנו מחויבת לגישה רב שיקולית בתחום הענישה[49]. הטעם לכך הוא שיש גרעין חיוני בכל אחד מהם. כאשר מתמקדים רק באחד מהם, יש חשש להפרזה. הם מאזנים זה את זה ומבטיחים גישה שהיא מאוזנת בסופו של דבר ונמנעת מפתרונות קיצוניים ומוטים. הלכה למעשה נוקטות כל שיטות המשפט גישה כזו. ואולם נפנה לדיון בשיקולים המיוחדים לענישת ההמתה.

מן הראוי ליחד דיון קצר לעבירות ההמתה בהקשר הכולל של עבירות ועונשים עליהן. ההתייחסות הנורמטיבית לעבירה אינה עומדת רק לעצמה. היא צריכה להיבחן גם בהקשר הכולל של השיטה. בניית סולם של עבירות ועונשים מתחייבת על-מנת שהשיטה תעמוד במבחן המתאם בין חומרת העבירות לחומרת העונשים ויהיה בה היגיון פנימי. ניתן להתחיל מלמטה או מלמעלה. אם מתחילים מלמטה ומגיעים לעונש מאסר ממושך - חמש עשרה או עשרים שנה לעבירות אחרות, פחות חמורות - ינבע מכאן צורך לקטגוריה עונשית חמורה יותר; ואם מבקשים לבטא החשיבות המיוחדת של הערך והחומרה המיוחדת של העבירה אף לקטגוריה מיוחדת - מאסר עולם. ניתן להתחיל גם בכיוון הפוך - מלמעלה, ואז ניתן לנקוט באחד משני מהלכים. מהלך אחד הוא לקבוע מהו העונש החמור ביותר הבא בחשבון מבחינה חוקתית ולהצמיד אותו לקטגוריה החמורה של המתה. במקרה כזה מתחייב מעקרון המידתיות פיצול של עבירת ההמתה הנעשית מתוך מודעות ושליפה מתוכה של השכבה העליונה מבחינת החומרה. מהלך אפשרי שני הוא התאמת עונש לעבירה של המתה מתוך אדישות או כוונה, ההולם את חומרתה ושאינו עולה על הבא בחשבון החוקתי. קביעת עונש הולם חומרה לעבירה יחידה אינו עניין קל, אולם אם מדובר

[49] ראו ע"פ 212/79 **פלוני נ' מ"י**, פ"ד לד(2) 421, 434.

בעונש מירבי בלבד לעבירה כאמור, הצריך להתאים גם למקרה החמור ביותר - אין זו משימה בלתי אפשרית, וטווח האפשרויות הוא בין תקופת מאסר ארוכה במיוחד לבין מאסר עולם.

לא ברור שיש יתרון בולט לאחת משתי השיטות, אך דומה כי אם אין מתחילים מלמטה עלולים לנקוט החמרת-יתר שאיננה הכרחית. אפשר שהשיטה הטובה ביותר כדי להגיע לסולם רציונאלי היא לנקוט במהלך כפול: הן מלמטה והן מלמעלה, ורק אחר-כך לגבש את הסולם הסופי.

I. גמול: קשה למצוא תחום מובהק יותר, מזמין יותר, לשיקול הגמולי מאשר עבירות ההמתה. קשה לתאר מקרה בו מחייב הצדק לגמול לעושה על פשעו יותר מאשר על המתת אדם. בשיטה אינטגרטיבית, המשלבת את השיקול הגמולי בשיקול של מניעה כללית, אין להתעלם מערכה של תגובה גמולית להחזרת הביטחון בסדר המשפטי, המופר באופן חמור במיוחד על ידי ביצוע ההמתה. אם מתמקדים במעשה ההמתה גופו, מתבקש להגיב עליו גמולית בסנקציה החמורה ביותר, ואף בסנקציה שתהיה מיוחדת במהותה לעבירה זו. אולם, התעלמות מוחלטת משיקולי ענישה המתייחסים לעושה אינה עולה בקנה אחד עם עקרון האשמה ועם גמול המבוסס על אשמה, ועובדה היא שגם בהתייחסות הבסיסית לעבירת המתה, מתייחסים בעצם לעבירת המתה מתוך מחשבה פלילית (ואף תוך אבחנה בין סוגיה השונים: קלות דעת מצד אחד ואדישות וכוונה מצד שני) ובשום מקום (כמעט) לא נקטו בענישה החמורה ביותר לגבי כלל ההמתות מתוך מחשבה פלילית. ככל שהתפישה הגמולית נשענת יותר על שיקולי אשמה, יהיה מודל המבוסס על גמול צמוד יותר לשיקולי אשמה, ומידת אשמתו של העושה (אופייה המגונה של עמדתו הפנימית, לדרגותיה השונות) תהווה שיקול יחיד, ולפחות עיקרי, להקלה ולהחמרה. מכאן זיקה אפשרית בין גישה גמולית לבין פילוג ההמתה המודעת לדרגות שונות של חומרה, לרבות הדרגה של החומרה המיוחדת. מכאן גם תפקיד מרכזי של תפישה גמולית להציב סף עליון שלא ניתן לעבור אותו לכיוון של החמרה, כהגבלה משיקולי צדק וכבוד האדם (אי שימוש בו כבאמצעי) של שיקולי הענישה האחרים - ובמיוחד של השיקול של הרתעת הרבים המושך, ביחוד בהקשר שלנו, לכיוון החמרה חסרת גבולות .

II. מניעה כללית - הן שלילית על ידי הרתעה והן חיובית על ידי השבת בטחון הציבור בסדר המשפטי, הנפגע על ידי מעשה העבירה הן מבחינת הלגיטימיות של הסדר המשפטי והן מבחינת יעילותו. מבחינה עקרונית המניעה הכללית חייבת להיות מוגבלת בגמול, ועל יחסי הגומלין שבין שני שיקולים אלה כבר נאמר: "If punishment is to deter it may only do so by giving offenders their deserts` but the only reason for giving offenders their deserts is that it deters"[50]. כאמור,נודעת לענישה על עבירות ההמתה גם פונקציה זו על שתי פניה.

תהא זו קלות דעת, ואולי אף חוסר אחריות, לסמוך על ה"טאבו "החברתי נגד המתה כשלעצמו, מבלי שמתלווים לו איסורים ועונשים חמורים. השיקול של מניעה כללית מושך גם הוא (כמוהו כשיקול הגמולי) לכיוון של איתות עונשי מיוחד בגין המתת אדם חמורה - העונש החמור ביותר (לפחות בהשוואה לעבירות אחרות נגד הפרט), ואם רק ניתן - עונש השונה איכותית מן העונשים האחרים. מבחינת המניעה אפשר כי אין להסתפק ביחס לכלל מקרי ההמתה (ביחוד אלה שהם פרי שיקול) בעונש מאסר קצוב , שכן בנסיבות מסוימות עשוי הסיכון הכרוך במעשה המתה להראות כסיכון שניתן ואף כדאי לקחת, בייחוד כאשר מביאים בחשבון את הסיכוי - כפי שהוא מוערך על ידי העושה - שלא יתפש, ואף בהנחה שלא יתפש. מכאן עשוי להתחייב, לפחות למקרים אלה, עונש מאסר לתקופה שאינה ניתנת לחישוב ודאי מראש. עונש חמור במיוחד, שונה מן הענישה הרגילה, משרת גם את המניעה החיובית שכן יש בו כדי לסמל את החומרה המיוחדת שבקיפוח חיי אדם ולחזק את ה"טאבו" על המתה. עמדה בלתי

[50] Cross, *The English Sentencing System* (3rd ed., 1981) 123.

מתפשרת של השיטה המשפטית לענין חשיבותם העילאית של חיי אדם מחזקת את אמון הציבור בסדר המשפטי כמעניק הגנה תקיפה לחשוב שבערכים.

ראוי להביא בחשבון (נוסף להשפעה שלילית אפשרית בתחום ההרתעה) כי שינוי לקולא בענישת המקרים החמורים ביותר של עבירות ההמתה עלול לפגוע במניעה הכללית (אלא אם הוא נעשה במסגרת הפחתה כללית של עונשים, שעלולה להיות בעייתית מבחינה אחרת - תחושה כללית של "התרככות" מול עבריינות, והוא הדין גם בפרקטיקה של ענישתן בפועל הנתפשת כמקילה). זאת, בייחוד אם נכונה ההשערה כי הציבור רואה בענישה ביטוי לחשיבות הערך המוגן. כמו בגמול, עולה גם כאן חשש שהתמקדות בשיקולים אלה תשכיח מן הלב את השיקולים הנוגעים לעושה, וחשיבות מיוחדת נודעת לעקרון המידתיות, שנועד להבטיח אי הפרזה. בהנחה שיש חשיבות מסוימת מבחינת המניעה הכללית על היבטיה השונים – החיובי והשלילי - לעונש (המירבי) כפי שהוא בחוק, ההשלכה עלולה להיותה היקף רחב של עבירת המתה שצמוד לה עונש חמור במיוחד[51]:.

שילוב של מניעה כללית עם מידתיות, לעומת זאת, מניב קטגוריה מוגבלת יותר של המתה חמורה במיוחד, כדוגמת המתכונת של הדגם המשולש. אבל ניתן לשלב מידתיות וגמול גם במסגרת שתי רמות, כאשר ברמה הרגילה יש הנחייה פנימית של הענישה, והיתרון העיקרי מבחינת המניעה: היקף רחב יותר ותפישת המקרה הרגיל של המתה כחמור במיוחד, במקום שיתפש כמקרה קל.

III. מניעה אישית: שיקולי ענישה המתמקדים בעושה באספקלריה עתידית, תוך דגש על המסוכנות שבעושה: נטרול יכולתו לפגוע באזרחים חופשיים, הסרתו מרע (מניעת העושה מביצוע עבירות כאזרח חופשי) ושיקומו במובן עמוק ומקיף יותר. השיקול המרכזי מבין אלה הוא הסרת העושה מרע (מניעת העושה). הכלל החשוב ביותר הנגזר ממניעת העושה - שעיגונו גם, ואולי בעיקר, בכבוד האדם - הוא זה המבטיח לכל עבריין, ורוצח בכלל זה, אפשרות וסיכוי לחזור לחברה[52]. זאת, על יסוד ההנחה כי מותר האדם האמיתי ואולי היחידי הוא יכולתו להשתנות. כאשר מבטיחים סיכוי כזה גם לרוצח, זהו ביטוי לעדיפות שמעניקים בהקשר זה למניעת העושה על פני שיקולי ענישה אחרים, שאילו השפיעו רק הם לא היה מקום להענקת סיכוי כזה. אך ניתן גם לראות בכך ביטוי לגישה השואפת לקיום (לפחות פוטנציאלי או בעיקרון) של שיקולי הענישה כולם ולהימנעות מעמדה השוללת לחלוטין אחד מהם. אם תופשים מאסר עולם כמאסר עד צאת נשמתו של הנידון, נשללת המשמעות מן המטרות של שיקום ושל הרתעת הנידון, ונותרת רק המניעה הפיזית על ידי הרחקתו מן החברה החופשית.

בהבדל מתפישות הענישה הקודמות, החשש כאן הוא קודם כל הפוך: שמא תביא ההתמקדות בעושה, ביחוד בשיקומו, להתחשבות מופרזת בשיקול המניעה האישית דווקא לקולא על חשבון שיקולי הענישה האחרים. קל להיווכח בכך שלא ניתן לראות בשיקול זה חזות הכל. כאשר נתפש בכף רוצח שנים רבות מאד לאחר שרצח, וכל שנותיו שחלפו מאז מעידות בו כי היה מאז לאזרח חיובי ומועיל, כלומר ששיקם את עצמו למופת ולא נשקפת ממנו כל סכנה, לא יצדיק הדבר הימנעות מעונש. באופן כללי יותר, ניתן להצביע על כך ששיעורי החזרה להרע בקרב נידונים על רצח והריגה הוא יחסית נמוך מאד[53]. נתון זה מתיישב יפה עם אופיים של רוב מעשי ההמתה כמתרחשים על רקע של קונפליקט בין-אישי. אמנם, יש להביא בחשבון כי שיעורי חזרה נמוכים אלה מתקיימים בשיטה שבה הענישה על המתה היא חמורה יחסית (ודאי חמורה יותר מאשר אילו היתה מודרכת רק על יסוד שיקולי מניעת היחיד) - הן בפועל (כלומר, מי שביצע המתה מרצה עונש מאסר ממושך) והן בכוח (הוא מודע לכך כי אם יחזור

[51] חשוב מבחינת המניעה הכללית לא רק העונש אלא גם היקף העבירה.
[52] אולי יש רוצחים שהמעשה שלהם הוא כה חמור שנגזרת ממנו תקופת כליאה מירבית ללא סייג.

ויהרוג הוא צפוי לעונש מאסר ממושך). ועם זאת, ניתן להניח בזהירות כי אילו השיקול של מניעת היחיד היה שיקול הענישה היחיד ניתן היה להסתפק בענישה קלה יותר מזו הקיימת. ברור כי גישה כזו אינה באה בחשבון, ולא רק בשל ההתעלמות הכרוכה בה משיקולי הענישה האחרים.

קשה מאד, כנראה בלתי אפשרי, לאפיין ולחבוק באמצעות מרכיב בודד את אישיותו של העושה ואת מסוכנותו. הערכת מסוכנות אינדיוידואלית, גם כאשר מביאים בחשבון את כל המידע שיש על אותו אדם, היא קשה ובעייתית במיוחד. היא כרוכה גם בחדירה הנרחבת ביותר לפרטיות וחשופה במיוחד לחשיבה סטראוטיפית ולדעות קדומות. שיקול דעת רחב לרשות השופטת והתמקדות במניעת העושה עלולים להצמיח רמת ענישה קלה למדי על עבירות של המתה, וזו עלולה להתפרש בציבור כמבטאת פיחות בערך של חיי אדם. מנגד, עלולה הערכה של מסוכנות מיוחדת של העושה להביא להחמרה מיוחדת בענישתו, אף מעבר למגיע הגמולי. מבחינה עקרונית ראוייה יותר הפרדה בין ענישה - שהגמול קובע את הסף העליון שלה באופן מוחלט – לבין אמצעי מנע, המאפשרים בידודו של העושה גם מעבר לכך על יסוד מסוכנות מיוחדת; ובלבד שגם המשטר של אמצעי מנע כפוף להגבלות חוקתיות, ושמצבו של המבודד נבדק לעתים מזומנות שמא אין הוא מסכן עוד את הציבור, וניתן אז לשחררו. כל עוד אין מבחינים בין עונשים לבין אמצעי מנע בהקשר זה, לא יהיה מנוס, מבחינה מעשית, מלהביא בחשבון במסגרת השיקולים לעונש את מסוכנותו של העושה, ואף לחרוג מן המגיע ה"גמולי"[54]. אכן, ההצדקה באנגליה למאסר עולם חובה היא לאפשר להחזיק בכלא מעל למגיע אנשים מסוכנים, שיש סכנה לשחררם[55]. אין להתעלם מכך כי קיומו של עונש מאסר עולם עשוי למשוך את הרשות השופטת לניסיון להעריך מי הם הרוצחים שהם חסרי תקנה, ועל יסוד זה לגזור עליהם מאסר עולם או להרשיע ברצח כאשר התוצאה האוטומאטית של ההרשעה מבחינת החוק היא מאסר עולם[56].

(ה) <u>המסקנות לעניין ההסדר הראוי</u>

מבחינת האפיון של עבירות ההמתה, תפישה של מניעת היחיד תוביל לגישה המדגישה גמישות מירבית, שיקול דעת רחב מאד לרשות השופטת, הימנעות של המחוקק מקביעה של רכיבים מחמירים ומקילים עם תוצאות עונשיות מחייבות, והתחשבות מרכזית בהערכת מסוכנותו של העושה בעתיד[57]. לעומת זאת, הן גישה גמולית והן גישה של מניעת הרבים (גם משום הפונקציה המדריכה והמנחה שהיא מבקשת למלא) ידחפו למעורבות גדולה יותר של המחוקק, לאפיון מובהק (כל גישה לפי דרכה) של הצורות העבריניות ולהגבלת שיקול הדעת השיפוטי.[58] כשם שלא ניתן לסלק אף אחת מתפישות הענישה בתחום שיקול הדעת השיפוטי, ראוי גם למחוקק לאזן בין הקטבים שהן מושכות אליהן: החלטה שיפוטית ההולמת את המעשה והעושה מחד גיסא ומסגרת נורמטיבית המתאפיינת במוגדרות, מסויימות, וודאות, מאידך גיסא.

---

[53] אזר, הערה לעיל, בעמ' 105.

[54] על ההבחנה בין אמצעי ענישה לאמצעי מנע ראו H. Silving, "'Rule of Law' in Criminal Justice", *Essays in Criminal Science* (1961) 77, 107-108, 113-119.

[55] ראו גם עניין Thynne, הערה לעיל, בעמ' 221.

[56] הרשעתה של המערערת ברצח בע"פ 476/81 **אייזנברג נ' מדינת ישראל** (27.3.83) עשוי לשמש דוגמה: למרות שהדבר לא נאמר מפורשות, ברור שבית המשפט לא יכול היה להתעלם ממסוכנותה של המערערת, אשר בעת התפרצות רגשית שאירעה בזמן שהמערערת העניקה טיפול קוסמטי לאימו הקשישה של בן-זוגה שעזב אותה, ואשר עימה היתה ביחסי ידידות, המיתה את האם הקשישה.

[57] ראו רות קנאי, "היחס בין מטרות הענישה ושיקולי הענישה לשיקול הדעת של השופט בקביעת העונש", **מחקרי משפט** י (תשנ"ג) 39, 58-70.

[58] שם, בעמ' 58-57, ובעמ' 76-70.

הסדר ראוי צריך לעמוד לא רק במטרות היסודיות שלו, כפי שהוזכרו, ובתפישות הענישה המגוונות (וכפי שכבר ראינו לא ניתן להגשים באופן מלא את כלל המטרות אלא רק לחתור לאופטימום של הגשמה חלקית שלהן). עליו להצטיין גם במעשיות ובקלות היחסית של יישומו ומימושו. ככל שמאפיין כלשהו קשה יותר להוכחה, כך יהיה יישומו מקרי יותר. בהקשר זה יש להצביע על יתרון יחסי שיש למאפיינים אובייקטיביים על פני מאפיינים סובייקטיביים: הם נתונים פחות למניפולציה. ככל שההסדר פשוט יותר רב הסיכוי שהוא יאכף (על ידי כלל הגורמים האוכפים) באופן ההולם את מתכונתו הנורמטיבית ובאופן שווה יותר, ושהמציאות השיפוטית תעלה בקנה אחד עם זו העובדתית. גם בענין זה, אין מדובר ביתרון שאין בצידו חיסרון: מחיר הפשטות עשוי להיות שהמאפיין איננו משקף בצורה מלאה ומדויקת את המהות שהוא אמור לגלם. שיטה טובה צריכה גם כאן לשאוף לפיתרון מאוזן[59].

מחשבות טנטטיביות של הסיכום - המודל הראוי

I. **הדירוג הריגה-רצח:** במרכז הדגם המוצע שינוי מהותי ביחס שבין עבירת ההריגה לבין עבירת הרצח, שעיקרה העברת הרמה הבינונית של המתה מן ההריגה אל הרצח. כלומר, הרצח יכלול את הדרגה האמצעית והחמורה. העונש על עבירת הרצח יהיה עונש שיש בו מרחב לשיקול דעת, ויקבעו עונש מינימום, עונש מוצא (למקרה הרגיל) ועונש מקסימלי. העונש המקסימלי יהיה מאסר עולם ויקבעו הנחיות לענישה לענין הטלת מאסר עולם. בצידה של עבירה זו תהיה עבירה של הריגה - המתה מוקלת (המתה עקב קנטור, המתה עקב התעללות, המתה מתוך יאוש; המתה בקרבה לסייגים לאחריות פלילית, לרבות אחריות מופחתת, וזאת בהעדרם של רכיבים מקילים כלליים כאלה). גם עבירה זו תהא מודרכת ענישה-במינימום, מוצא ומקסימום, ותהא חפיפה חלקית בין העונש עליה לבין העונש על רצח. עברות ההמתה מתוך מחשבה פלילית יחתמו בעברה של המתה מתוך קלות דעת.

לפי שיטה זו המתה בעקבות התגרות מתוך קנטור שעומד במבחן הסובייקטיבי בלבד מצויה מחד גיסא בקטגוריה הגבוהה-החמורה, ומאידך גיסא משום שחומרתה פחותה מן ההמתה ללא קנטור, ככלל לא יוטל עליה מאסר עולם. זאת - לעומת הקנטור על יסוד התגרות חמורה שמקבל התייחסות נפרדת. בכך טמון היגד שלילי ביחס להתפרצויות זעם שאין להן בסיס, המרומם את חשיבות ערך החיים מול התפרצויות זעם כאלה.

השינוי לגבי אדישות אינו כה דרמטי שכן חלק חשוב מן המקרים הטיפוסיים של אדישות נתפשים כיום במסגרת המתה בהקשר לעבירה אחרת,[60] ומקרי ההריגה, לפחות עד לזמן האחרון, היו,לרוב, דוקא של קלות דעת ולא של אדישות או של כוונה ספונטינית.

המקרה של כוונה לגרום חבלה חמורה - לפחות במקרים של חבלה חמורה משמעותית – [להצביע בהערת שוליים על כך שההגדרה של חבלה חמורה רחבה מאד , רחבה מדי] יפול בגדר הקטגוריה החמורה, כל אימת שלצפיית אפשרות התרחשותה של התוצאה הקטלנית התלוותה אדישות[61]. המקרים בהם העושה היה קל דעת בלבד כלפי התוצאה הקטלנית, צריכים להיות מטופלים במסגרת החמרה בדין של החבלה החמורה.

---

[59] ראו דיון על המתח בין מהות לפשטות גם בפרק העוסק במאפיינים מחמירים ומקילים.

[60] למשל, השודד המכה את קורבנו במטרה לגרום לו לעילפון כדי למנוע התנגדותו לשוד, ומתוך צפיית האפשרות שיגרום למותו ברמת הסתברות נמוכה. ראו מ' קרמניצר, "מאפיינים אחדים של המשפט הפלילי הגרמני", **גבורות לשמעון אגרנט** (ירושלים, תשמ"ז, בעריכת מ' קרמניצר ור' גביזון) 325, 344.

השיקולים העיקריים שביסוד ההצעה הם: ראשית, המגמה לחזק את המניעה החיובית באמצעות הבהרת החומרה המיוחדת שבקיפוח חיי אדם. חומרה מיוחדת זו מתבטאת בכך שגם ללא רכיבים מחמירים מיוחדים ההמתה נתפשת כבעלת חומרה מירבית. שיקול נוסף הוא שרצוי גם להימנע מחידוד יתר של ההבחנה בין המקרה הבינוני לבין המקרה החמור הן משום שחידוד כזה מפחית מחשיבות הערך והן משום הקושי באפיון הקטגוריה החמורה. ראוי להזכיר כי מסיבות אלה התעוררה באנגליה התנגדות קשה לדירוג כלשהו, ורבים וטובים אף הגיעו למסקנה כי הדבר אינו ניתן[62]. אם נזקקים להבחנה שאינה מחודדת, הרי כל עוד נזקקים לעונש מאסר העולם, ולפחות בשלב זה ראוי להיזקק לו, יש מקום להנחיית הענישה - הנחייה גמישה יחסית - לענין הטלת עונש זה.

שיקול נוגד אפשרי הוא שבתודעה הציבורית רצח הולך יד ביד עם כוונה להרוג, אולם ספק אם זהו שיקול משכנע, ולא רק משום שאין לנו נתונים בדוקים על התודעה הציבורית. לא ברור כלל כיצד הציבור מתיחס למקרה של המתה מתוך אדישות. מבחינה עניינית, יחס של שוויון נפש- "אחת היא לי אם הקורבן ימות, אם לאו"- הוא זלזול מובהק בחיי אדם, ש"מרוויח" את הסיווג בדרגת החומרה הגבוהה. בהנחה שהתודעה המשפטית אינה מנותקת מזו הציבורית, ראוי להזכיר שהן במשפט האנגלו-אמריקאי והן במשפט הגרמני, עברת הרצח אינה מאופיינת בכוונה דוקא.

כאמור, הכללת קלות הדעת ברצח כרוכה בהחמרת יתר, כפי שגם מעידים העונשים שמוטלים בפועל על הריגה כזו שאינם עולים על חמש שנות מאסר; היא כרוכה בהשוואה לכאורית בין מצבים מאד שונים - בעוד שקיימת קרבה מהותית חזקה בין אדישות לבין כוונה, יש הבדל איכותי ביניהם לבין קלות הדעת שכן עמדתו העקרונית של קל הדעת כלפי הערך המוגן אינה שלילית: הוא מקווה ואף רוצה שהתוצאה לא תתרחש, ובשיטתנו אף אין דורשים יחס של השלמה או קבלה מצידו של התוצאה[63]. הכללתה של קלות הדעת בעבירת הרצח עלולה לעמעם את חומרת הפשע; אין לכך תימוכין במשפט המשווה; הדבר יקשה מאד על קביעת הנחייה עונשית משמעותית לעבירה בשל הצורך לקבוע הנחייה כזו למצבים מאד שונים. המסקנה היא שקלות הדעת צריכה להיות מטופלת במסגרת עבירה נפרדת.

המסקנה היא שעבירת הרצח תקיף את הכוונה והאדישות. עמדה זו משקפת גם התיחסות לפסיקה ותפישתה כלא בהכרח צודקת אבל בהחלט אינדיקאטיבית גם לתודעה חברתית בפועל וגם לרצוי[64]. הפסיקה הפכה את הקטגוריה של הריגה לקטגוריה כמעט ריקה, ועל חשבונה הרחיבה את תחולת עבירת הרצח. כך הוא הדבר הן בישראל והן בגרמניה. המעניין הוא ששיטות שונות שיש להן הנחות כלליות ודוקטרינות די שונות הגיעו להסדר דומה, במסגרתו היסוד הנפשי של עבירת הרצח הוא רחב יותר מן היסוד של כוונה. כך למשל בדין הסקוטי רצח הוא מעשה המתה שנעשה מתוך "wicked recklessness", אשר קרובה מאד במהותה לאדישות ולכוונה[65]. גישה דומה ניתן למצוא גם ב- Model Penal Code, הקובע כי המתה מכוננת רצח כאשר it is committed recklessly under circumstances manifesting extreme

---

[61] יש לציין כי ההגדרה של 'חבלה חמורה' בסעיף 34כד לחוק העונשין היא רחבה מדי, וכוללת "**חבלה** ... [ה]עלולה לפגוע קשות ... בנוחותו [של הנחבל], או המגיעה כדי מום קבע או כדי ... פגיעה קשה באחד האיברים, הקרומים או החושים החיצוניים או הפנימיים". 'חבלה' מוגדרת באותו סעיף ככוללת כל " מכאוב, מחלה או ליקוי גופניים, בין קבועים ובין עוברים".

[62] Law Reform Commissioner, הערה 69 לעיל, בעמ' 5.

[63] ראו מ' קרמניצר, "תיקון 39 לחוק העונשין – 5 שנים לחקיקתו" **מגמות בפלילים** 5 (תשס"א) 5.

[64] וראו גם עמדתו של Lord Goff of Chievery, "The Mental Element in The Crime of Murder", 22 *Is.L.R* 1 (1987). הלורד גוף מראה כיצד הרחיבה הפסיקה את מובנו של יסוד הכוונה הנדרש בעבירת הרצח עד כי הוא כלל גם אדישות, ומציע (בעמ' 36): "By adopting the solution that the mental element of murder consists of either (1) an intention to kill, or (2) indifference to death, we can… both satisfy the general sense of justice, as evidenced in the cases, and avoid the trap of using words otherwise than in their ordinary meaning…".

indifference to the value of human life[66]. בקליפורניה מוגדר רצח כהמתה שנעשתה מתוך רצון מפורש או משתמע, ורצון משתמע כאשר ההמתה נעשתה ללא סיבה (ללא התגרות משמעותית), או כשהנסיבות מצביעות על המתה מתוך רוע[67]. החוק הפלילי של ניו-יורק קובע כי היסוד הנפשי הנדרש להיווצרות עבירה של רצח מדרגה שניה הוא כוונה או אדישות[68]. בדו"ח שחובר באוסטרליה מופיעה המלצה לכלול בגדר רצח גם יסוד נפשי של מודעות לכך שהתוצאה הקטלנית מסתברת יותר מהיפוכה[69]. בנייר עבודה שהוכן בויקטוריה הופיעה המלצה להרשיע ברצח מי שרצה לגרום למוות או שהאמין או היה מודע לסיכון ממשי להתרחשות התוצאה הקטלנית (substantial risk)[70]. באילינוי היסוד הנפשי הנדרש ברצח מדרגה ראשונה הוא, בנוסף על כוונה, גם מודעות לכך שהמעשה יוצר סבירות גבוהה למוות או פגיעה גופנית חמורה[71].

II. העונש – מאסר עולם חובה? המסקנה היא כי יש לשמר את השם – רצח, וגם את העונש של מאסר עולם, אבל לבטלו כחובה (כאשר ההסדר קשיח מדי מתפתחות דרכים בעייתיות לעקיפתו - וכבר תוארה תופעה זו בגרמניה ובאנגליה[72]). העונש של מאסר עולם חובה נולד באנגליה במסגרת פשרה פוליטית שהיתה נחוצה לשם ביטול עונש המוות ושרד ככזה בזכות הפעלת סמכות החנינה של הכתר[73] - בחוק ההמתה האנגלי מ - 1957 הוסמך השופט להמליץ פומבית מהי תקופת המאסר המינימאלית שצריכה לעבור לפני שמזכיר המדינה יצווה על שחרור[74]. ברור כי לא כל מי שמורשע ברצח, כמעט לפי כל הגדרה שניתן לתאר, ראוי לפי שיקולי הענישה המקובלים, ובעיקר הגמול, למאסר עולם[75], כפי שגם עולה מהפרקטיקות המקובלות אצלנו ובמדינות אחרות, והדין צריך לשקף זאת. ביטולו של מאסר העולם כעונש חובה יגדיל את המקרים בהם יש הודאה באשמה, כפי שקרה בויקטוריה, אוסטרליה. הוא יאפשר גם להרחיב את נפח האיסור – את היקף המקרים שבהם עונש של מאסר עולם כעונש מירבי הוא עונש הולם מבחינה נורמטיבית.

זאת ועוד, יש עדיפות ברורה לשיטה שבה חריצת דינו של אדם נעשית על ידי גוף שיפוטי, הנהנה מקביעות וחשוף פחות להשפעתם של הלכי רוח וביקורת חריפה של הציבור, הפועל בגלוי ובפומבי, המספק הנמקה, ואשר יש עליו ביקורת שיפוטית וציבורית, לעומת שיטה שמעבירה את ההכרעה בפועל לאדמיניסטרציה של משרד המשפטים ולסמכות החנינה של הנשיא, שאין להם המאפיינים שתוארו. גם יתרונותיה הפוטנציאליים של שיטה כזו, הנסמכת על הפרדה אקוסטית, נשחקו במציאות הישראלית. הגיונה של גישת ההפרדה האקוסטית בנוי על אפשרות התקיימותה במציאות. ואולם, רוב הציבור המתעניין – הן ציבור העבריינים והן משפחות הקורבנות ידעו שעונש מאסר העולם על רצח הוא רק "פרו-פורמה", וכי קיימים סידורי חנינה ממנה נהנים חלק גדול מן הנידונים על רצח, גם אם לא ידעו אל נכון את מידת כלליותה של השיטה ואת ההסדרים המדויקים. ככל שהציבור הרחב לא היה ער

---

[65] ראו 733-738 (2nd. ed., edinburgh, 1978) G.H. Gordon, *The Criminal Law of Scotland*.

[66] Sec. 210.2(b).

[67] מגדיר רצח כ – sec. 187(a) of the Penal Code – "unlawful killing of a human being… with malice aforethought", ו – sec. 188 קובע: "Such malice may be express or implied. It is express when there is manifested a deliberate intention unlawfully to take away the life of a fellow creature. It is implied when no considerable provocation appears, or when the circumstances attending the killing show an abandoned and malignant heart".

[68] Sec. 125.25 of the Penal Code of New-York.

[69] Law Reform Commissioner, *Report No. 1: Law of Murder* (August 1974), 18. נוסח ההוראה המוצעת: "A person has an 'intent to kill' if… (he) believes that his actions are certain, **or more likely than not**, to kill".

[70] Law Reform Commission, Working Paper No. 8 (Melbourne 1984), 15, 18.

[71] Criminal Code of 1961, sec. 9-1.

[72] דו"ח ליין, הערה לעיל, בעמ' 33.

[73] דו"ח ליין, הערה לעיל, בעמ' 8, וגם Law Reform Commission of Victoria, Report No. 1, *The Law of Homicide in Victoria: The Sentence for Murder* (Chairperson: Prof. Louis Waller, September 1985) (להלן: דו"ח וולר).

[74] דו"ח ליין, הערה לעיל, בעמ' 9.

[75] דו"ח ליין, הערה לעיל, בעמ' 16-17.

לפרקטיקה שהתקיימה, הרי מצב זה נמשך רק עד שבא הנשיא וויצמן ובעקבות סרובו להמשיך במשחק נחשפה בציבור "השיטה". בעקבות זאת הוסדרה קציבת העונש של מאסר עולם במסגרת חוק שחרור על-תנאי ממאסר, תשס"א (2001)[76]. אולם גם למנגנון הקבוע שם – של המלצה של וועדת שחרורים מיוחדת המועברת לנשיא לפי בקשתו של הנידון לאחר חלוף שבע שנים מתחילת המאסר – יש מן החסרונות של קציבה על ידי גוף שאינו מחוייב לדרכי הפעולה של בתי משפט ולאתוס השיפוטי, וההכרעה, בסופו של דבר, אינה בידיו של גוף שיפוטי או מעין שיפוטי אלא בידי הנשיא. גם באנגליה נוצר מצב דומה ביחס להפרדה האקוסטית - הציבור באנגליה חשב שהעונש בפועל על רצח (אחרי החנינה) הוא עשר שנים, כשהוא בעצם גבוה יותר. מעבר לשאלת אפשריותה של הפרדה אקוסטית, ניתן גם לתהות עד כמה ראוי מבחינה עקרונית להסתמך עליה כאשר היא מבוססת על פער בין הכתוב עלי חוק לבין המתרחש בפועל. מצב דברים של אי התאמה בין החוק כנורמה על ספר החוקים לבין החוק בפועל אינו מוסיף כבוד והערכה לשיטה המשפטית.

ישנם שיקולים נוספים לטובת ביטול עונש החובה[77] : הסדר נורמטיבי ללא עונש חובה משפר את אפשרויות השיקום של האסיר, מאפשר לבטא כהלכה בענישה את הרמות השונות של חומרת המעשה והצורך בתגובה עונשית עליו, מונע מרשויות מינהליות צורך לברר שאלות מורכבות- עובדתית ומשפטית- של נתונים מקלים שלא באים לידי ביטוי במשפט בשל העדר רלבנטיות, כאשר הן אינן בנויות לכך. ביטול של מאסר עולם חובה מונע גם צורך לטעון באופן מלאכותי טענות של הגנה מלאה, כאשר למעשה מצב הדברים הוא כזה שמצדיק רק הפחתה בעונש.

לא נראה שביטול עונש החובה יפגע בהרתעה (במובן הפחדה). השיקול העיקרי גם של רוצחים מחושבים ומתכננים הוא הסיכוי להתחמק מעונש ולא גובה העונש. רוצחים כאלה גם בקיאים יותר במצב המשפטי, וידעו לא רק מה החוק אומר אלא גם את הפרקטיקה לגבי אנשים כמותם שתהיה מחמירה מאד. הם גם יודעים שמאסר העולם הקיים איננו בפועל מאסר עולם. באשר לאנשים שפועלים בהתרגשות עזה - ספק רב אם ניתן להשפיע עליהם על ידי הפחדה. ספק גם אם הממיתים באופן ספונטני במצב שאינו של התרגשות עזה שוקלים באופן קונקרטי את העונש הצפוי להם בטרם ביצוע. ואכן, בדיקה שנעשתה באנגליה הראתה שברוב מקרי ההמתה שנכנסו שם לגדרי עבירת הרצח, העושה אינו שוקל את העונש[78]. במסגרת הדיון בהרתעה יש להביא בחשבון לא רק את ההשפעה הישירה בשעת מעשה אלא גם את ההשפעה העקיפה, הקבועה, על ההתייחסות לחיי אדם. ואולם, הניסיון בויקטוריה העלה כי ביטול עונש החובה לא היה כרוך בגידול מספרי של מעשי רצח. לכל אלה יש להוסיף כי ההרתעה מושפעת מן ההסדר בכללותו: ברמת המקסימום ההצעה מחמירה יותר עם חלק מהמקרים לעומת הדין הקודם. מבחנה האמיתי של מערכת המשפט יהיה רמת הענישה שתוטל בפועל במסגרת שיקול הדעת- בתוך מסגרת - שימסר בידיה. בידיה יהיה הדבר למנוע תחושה בציבור בדבר זילות חיי אדם, ולאור גישתו העקבית של בית המשפט העליון לסוגייה זו (בפרשנות שנתן לעברת הרצח), יש טעם רב להאמין שבית המשפט יעמוד היטב במבחן. ניתן גם להבטיח בהסדר שיקבע בחוק לענין קציבת העונש שהתקופה לריצוי בפועל של מי שנגזר עליו מאסר עולם תהיה ארוכה במיוחד, כמו גם ששחרורם של נידונים כאלה יהיה ברשיון בלבד, עד סוף חייהם.

חשש אחר הוא החשש מתגובה ציבורית קשה לביטול עונש החובה. בעיקרון צריך להביא בחשבון את הרגישות הציבורית, כפי שהשפיעה מאד על ההתפתחות באנגליה, אך אין להחפז באימוץ הסדרים פגומים - נוגדי עקרונות - בגלל חשש מתגובה ציבורית. צריך להביא בחשבון שלציבור יש גם תחושת צדק וכי גם החמרת יתר הנתפשת כבלתי צודקת עלולה לערער את אמון הציבור במערכת המשפט.

---

[76] ס"ח תשס"א, 410, בפרק ה' לחוק.
[77] ראו דו"ח וולר, הערה לעיל, בעמ' 7-6.
[78] ראו דו"ח וולר, הערה לעיל.

התשובה לחשש מפני גזרי דין קלים מדי, לרבות סטיות לא מוצדקות מתחת למינימום, היא האפשרות של התביעה לערער לבית המשפט העליון שגילה רגישות גדולה מאד לחשיבות הערך ולהיבט המניעה הכללית שבענישה.

לטיעון לפיו יש להותיר את עונש החובה על כנו כדי להגן על הציבור בפני אנשים מסוכנים אין יסוד, שכן רוב הרוצחים אינם כאלה. שיעור המועדות בין רוצחים הוא נמוך בהשוואה לעבריינים אחרים[79].

עם כל זאת, בטרם מבטלים את עונש החובה יש לתת את הדעת לענישה על עבירות חמורות אחרות, ולודא שאין אינפלציה של מאסרי עולם שם, שכן על רקע כזה ביטול עונש החובה עלול באמת להתפרש כפיחות בערך של חיי אדם. אחד השיקולים באנגליה לטובת שימור עונש החובה היה ריבוי עבירות אחרות שיש עליהן מאסר עולם כמקסימום כדי לסמן הבדל. אפשר גם שבמקביל לביטול עונש החובה, יש לשקול להגביל את שיקול הדעת השיפוטי במקרים שיקבעו בחוק כמקרים בהם בדרך כלל ראוי להטיל מאסר עולם לנסיבות הקשורות למעשה בלבד, ולא לנסיבות אישיות. השאיפה למנוע פגיעה נוספת בערך החיים היא שעומדת ביסוד הנטיה לשמר את העונש של מאסר עולם (לא כחובה) על אף אופיו הגבולי מבחינת האכזריות שבו והמסר האנטי שיקומי שבו. שימור העונש של מאסר עולם משקף גם הכרעה שעשויים להיות מקרים - אמנם יוצאי דופן – שבהם האדם לא ישוחרר לעולם, אחרת מדובר רק רק בהפרדה אקוסטית, שבהקשר זה נראית בלתי ראויה. ממילא ממלא העונש של מאסר עולם תפקיד של הרתעה מול קלקולציה אפשרית שמאסר, אפילו ארוך, הוא בכל זאת סיכון כדאי (למשל, בחישוב שעורך רוצח שכיר).

שימור מאסר העולם מתחייב ממש בשיטה שלנו על רקע קיומם של עונשים לעבירות אחרות של עשרים שנות מאסר. לא נראה שיש מקום לקבוע לעבירת הרצח עונש מאסר קצוב שהוא ארוך יותר. אם אכן מותירים את העונש של מאסר עולם על כנו, יש להנחות את בית המשפט באפיון המקרים החמורים במיוחד, בשל ההבדל המהותי בין עונש בלתי מוגבל לבין עונש מוגדר.

[79] דו"ח וולר, הערה לעיל, בעמ' 11.

נספח ד' – פירוט משפט משווה בסוגיית האדישות, על פי דעת הרוב בצוות:

במשפט הגרמני היסוד הנפשי הנדרש בעבירת ההריגה, שהעונש בצדה עשוי להגיע למאסר עולם במקרים חמורים במיוחד (כגון: המתת קורבנות רבים, המתה במטרה להסתיר אירוע מסויים), הוא של מחשבה פלילית. יצוין, כי עבירת הרצח, שבצידה עונש מאסר עולם חובה, חלה בהתקיים נסיבות מחמירות מסוימות וגם לגביה די ביסוד נפשי של מחשבה פלילית כאמור. כך גם באוסטריה, דנמרק, ספרד ופולין די ביסוד נפשי של אדישות כדי לבסס עבירת רצח.

הדין הנוהג ברוב ארצות המשפט המקובל מחמיר עם נאשמים במידה ניכרת מהמודל על פי דעת הרוב, הן בנוגע לטיב היסוד הנפשי הנדרש והן בנוגע לעונש המוצע.

באנגליה, עבירת הרצח מכילה שתי חלופות של מעשי המתה: עבירה של רצח בכוונה לגרום למוות; ועבירת רצח במעשה שגרם למותו של אדם, ואשר נעשה מתוך כוונה לגרום לחבלה חמורה[1]. לגבי שתי החלופות חלה הלכת הצפיות כתחליף לכוונה.[2] במשפט האנגלי מתאפיינת החלופה של כוונה לגרום חבלה חמורה בכך שהיסוד של כוונה לגרום לחבלת גוף חמורה היא היסוד הנפשי **היחיד**[3] שעל התביעה להוכיח לשם הוכחת עבירת הרצח. כלומר, אין כל צורך להוכיח יסוד נפשי כלשהו – מודעות (כיסוד הכרתי), או אדישות (כיסוד חפצי) – ביחס ליסוד התוצאתי של המוות ודי בתוצאה זו לבדה - במישור העובדתי, כדי שניתן יהיה לייחס לנאשם עבירת רצח. למעשה, מדובר בעבירת רצח קונסטרוקטיבית[4] המאפשרת הרשעתו של אדם בעבירה מבלי שהתקיימה הסימטריה הנדרשת, דרך כלל, בין היסוד הנפשי לבין כל אחד ואחד מיסודותיה העובדתיים של העבירה.[5] הצעת הצוות, שלפיה נדרשות **מודעות לאפשרות המוות** - כיסוד הכרתי (כחלק מן הדרישה הכללית הקבועה בסעיף 20 לחוק) **ואדישות** - כיסוד חפצי, מקלה אפוא באופן ניכר על נאשמים ביחס לדין הנוהג באנגליה. העונש הקבוע בדין האנגלי לעבירת הרצח, על שני סוגיה, הינו עונש **מנדטורי** של **מאסר עולם.**[6] עוד יש לזכור כי לעבירת ההריגה (manslaughter)

---

[1] ראה Ashworth A. **Principles of Criminal Law** 244-249 (2009). ראה גם Smith @ Hogan, **Criminal Law**, 436-439 (2005). בשנת 1982 שב בית הלורדים ואישר בפסק דינו בעניין Cunningham [1982] AC 566 את תוקפה של חלופה זו לעבירת הרצח, לאחר שנשמעו טענות שונות שלפיהן היא בוטלה בסעיפים 1-2 ל – Homicide act 1957. לעניין זה ראה Smith @ Hogan, שם, עמ' 439-437.

[2] ראה פסק דינו של בית הלורדים בפרשת Woollin [1999] 1 AC 82, שם הותיר בית הלורדים לחבר המושבעים את האפשרות להסיק כי התקיים בנאשם היסוד הנפשי של **כוונה** (בין לגרימת תוצאת מוות ובין לגרימת לחבלת גוף חמורה) הנדרש לכינון עבירת הרצח גם בנסיבות שבהן הוכח כי היה מודע לכך שתוצאת המוות קרובה לוודאי. בעניין זה ראה בספרו של Ashworth, שם, עמ' 245-244.

[3] ראה בספרו של Ashworth, שם, עמ' 245:

"What about the alternative element in the definition, an intent to cause grievous bodily harm? This has considerable practical importance, since this is all that the prosecution has to prove in order to obtain a verdict of guilty of murder."

ראה גם אצל Smith @ Hogan, ה"ש 1 לעיל, 439-438.

[4] ראה Smith @ Hogan, שם, עמ' 438.

[5] ראה ביקורתם של Smith @ Hogan, שם, עמ' 440.

[6] ראה Smith @ Hogan, ה"ש 1 לעיל, עמ' 440-439. המלצה שהונחה על שולחן הממשלה הבריטית להותיר שיקול דעת לבית המשפט בעבירת הרצח השנייה לעניין העונש נדחתה על ידי הממשלה, זאת, לעומת המלצת הצוות לפיה העונש על עבירת הרצח הבסיסית יהיה מאסר עולם כעונש מרבי בלבד ובכך ניתן שיקול דעת מובנה לבית המשפט לחרוג מעונש מקסימאלי זה. המלצת הוועדה מקלה אפוא גם בהיבט העונשי ביחס למצב המשפטי באנגליה.

קבוע באנגליה עונש מרבי של מאסר עולם.[7] עובדה זו מאפשרת לבתי המשפט להטיל עונשים חמורים מאוד גם על מעשי המתה שאינם עולים כדי עבירת הרצח השנייה, ובכלל זה גם על מעשים שלא נלוותה להם כוונה לגרום לחבלה חמורה. העונש של מאסר עולם כעונש אפשרי באנגליה משתרע אפוא על קשת רחבה מאוד של מעשי המתה, הרבה מעבר למוצע בדו"ח הוועדה.

בקנדה עבירת הרצח דורשת יסוד נפשי של כוונה, או של כוונה לגרום חבלה מתוך מודעות לכך שהחבלה קרוב לוודאי תגרום למוות ופזיזות ביחס לגרימת המוות (סעיף 229(a) לקוד הקנדי). בנוסף, קיימת חלופה המסתפקת ברשלנות בלבד כלפי המוות (סעיף 229(c)), אבל חלק מבתי המשפט בקנדה פירשו חלופה זו כחלופה הדורשת מודעות בפועל לאפשרות גרימת המוות.[8] המונח "פזיזות" בהקשר זה פורש כאדישות מעשית, המקבלת ביטוי בהתנהגות עצמה כמצב של הלך נפש ולא של מחשבה ממש.[9] משמעות הדבר היא כי לא מדובר באדישות כהגדרתה בסעיף 20 לחוק העונשין. הקוד הקנדי קבע עונש מנדטורי של מאסר עולם לשתי דרגותיה של עבירת הרצח: הן רצח מתוכנן ומכוון, והן יתר מעשי ההמתה הנופלים בגדרו של סעיף 229(a) אך אינם מתוכננים ומכוונים. פיצולה של עבירת הרצח לשתי דרגות, לפיכך, רלוונטית בעיקר לעניין התיוג.[10] כמו כן, העונש בצד עבירת ההריגה הוא עונש מרבי של מאסר עולם, כמו באנגליה.

בניו זילנד עבירת הרצח שעונשה מאסר עולם חובה, דורשת כוונה להמית או כוונה לגרום חבלה ואדישות ביחס לאפשרות של מוות. באוסטרליה בשניים מתוך שלושה מחוזות שאינם מסתפקים באדישות, עבירת הרצח שהעונש בצידה מאסר עולם חובה, כמו באנגליה, מחייבת כוונה להמית הכוללת גם את הלכת הצפיות, או כוונה לגרום חבלה חמורה. ביתר ששת המחוזות עבירת הרצח כוללת כוונה ואדישות.

על פי ה – Model Penal Code (MPC) בארה"ב עבירת הרצח ישנן שלוש חלופות: (1) מעשה בוצע במטרה לגרום למותו של אדם; או (2) המעשה בוצע תוך צפייה של מותו של אדם ב"וודאות מעשית"; (3) המעשה בוצע בפזיזות ביחס לחיי אדם, בנסיבות המגלות "אדישות קיצוית לערך של חיי אדם" - "recklessly, under circumstances manifesting **extreme indifference** to the value of human life". על מנת להבין את פירושו של המונח "אדישות קיצונית" יש לזכור כי

---

[7] ראו *Ashworth A. Principles of Criminal Law* 244-249 (2009)., עמ' 273.

[8] בפרשת *R v. Martineau* (1990) 79 C.R. (3d) 129 בוטלו עבירות לפי סעיפים 230(a-c), שקבעו עבירות רצח קונסטרוקטיביות, בנוסף לסעיף 299(c). בין היתר נקבע בעניין זה כי האפשרות להרשיע ברצח על פי יסוד נפשי אובייקטיבי של צפיות בכוח של תוצאת המוות אינה חוקתית וכי נדרשת לשם כך לכל הפחות, צפיות בפועל (שם, בעמ' 139).

[9] בפסקי דין של בית המשפט העליון בקנדה נקבע כי מדובר ביסוד נפשי אובייקטיבי, או ביסוד נפשי בעל מאפיינים מעורבים. לעניין זה ראה פרשת R v. Tutton (1989) 1 S.C.R. 1392, שם התגלעה מחלוקת בין שבעת חברי ההרכב של בית המשפט העליון של קנדה באשר למשמעות המונח Recklessness בעבירת ההריגה לפי סעיף 219 לקוד הפלילי הקנדי (שהעונש בצידה נקבע כעונש מרבי של מאסר עולם). שלושה שופטים תמכו בפרשנות אובייקטיבית של מושג זה ושלושה אחרים בפרשנות סובייקטיבית (שופט אחד נמנע מלהכריע בשאלה). ואולם גם לדעת שלושת שופטי ההרכב שתמכו בפרשנות הסובייקטיבית אין מדובר ביסוד נפשי סובייקטיבי טהור כי אם ביסוד נפשי סובייקטיבי בעל רכיבים אובייקטיביים (מבחן מעורב) - לעניין זה ראה ביקורתו של Stuart, Stuart Don, Canadian Criminal Law (fifth ed. 2007), עמ' 268. בפרשות מאוחרות יותר (R v. Creighton (1993) 3 S.C.R. 3; R v. Hundel (1993) 1 S.C.R. 867) לעומת זאת תמך בית המשפט העליון בגישה האובייקטיבית.

[10] לדירוג משמעות נוספת הנוגעת לתקופת המינימום הנדרשת לשחרור מוקדם על תנאי.

המונח "אדישות" במשפט האנגלו-אמריקאי אינו זהה להגדרת "אדישות" בחוק העונשין, אלא משמעותו אדישות במובן הרחב. מדברי ההסבר עולה, כי המונח "קיצונית" נועד לאפשר שיפוט ערכי שמטרתו לקבוע עד כמה היה העושה אי איכפתי ביחס לערך של חיי אדם, ואדישות כזו יכולה להימצא גם במקרים שבהם העושה קיווה שהתוצאה לא תתרחש.[11] מכאן נובע, כי היסוד הנפשי על פי החלופה שלישית דומה מאוד ליסוד הנפשי לרצח על פי דעת הרוב. ואכן במדינות רבות בארה"ב נהוג לכנות יסוד זה במונחים מקבילים המזכירים יותר את המובן של אדישות במשפט הישראלי.[12] אם מתייחסים לניסוח שב- MPC לפי פשט לשונו, מתבקש לשאול: מה בין אדישות רגילה לאדישות קיצונית? מתי אדישות כלפי חיי אדם איננה "depraved'?

בסקוטלנד, היסוד הנפשי ברצח הוא "פזיזות רעה" – "wicked recklessness", שמתוארת כ- "as to imply a disposition depraved enough to be regardless of the consequences", תיאור המשקף יפה הן את העמדה של אדישות והן את היחס המוסרי החמור כלפיה. מושג זה בא לבטא את הצורה המחמירה של הפזיזות באופן המוציא ממנו את מצבים של אדישות קלה יותר המאפיינת את הפזיזות הרגילה. [13] יתר על כן, בסקוטלנד מתייחס המושג Wicked-recklessness למצב האדישות כהלך נפש[14] ולא לאדישות כתודעה מחשבתית של הנאשם. מדובר למעשה במושג המאפשר לחבר המושבעים להשתמש בתפיסות וערכים חברתיים לצורך ההבחנה בין עבירת הרצח לעבירת ההריגה[15] המסתפקת בפזיזות רגילה. יחד עם זאת יש לציין כי בדין הסקוטי לא די במצב של Wicked-recklessness לשם גיבוש עבירת הרצח ונדרשת גם כוונה לגרום לחבלת גוף (כלשהי) או כוונה לתקוף,[16] ואולם די בנסיבות האמורות **בצפיות בכוח** של אפשרות גרימת המוות ואין צורך אף בהוכחת קיומה של צפיות בפועל.[17]

הדין של קנדה וניו זילנד אינו מאופיין כלל באדישות.

---

[11] ר' י' קוגלר, "שני מושגים של אדישות", *עלי משפט ה'* (תשס"ו), 109, בעמ' 127 וההפניות שם.

[12] למשל, המונחים: "depraved heart" או "depraved mind", ראו Wayne R LaFve., **Criminal Law** 740 (2003).

[13] לעניין הפזיזות כמצב המבטא אדישות ראה Gordon H. G., The Criminal Law of Scotland, vol. 1, 274 (2001). לעניין ההבחנה שבין האדישות המתבטאת בפזיזות הרגילה לבין זו המאפיינת את המצב של Wicked Recklessness, ראה שם, עמ' 289 ועמ' 291.

[14] ראה למשל בפרשת Halliday v. H.M. Advocate 1999 S.L.T. 485, שם נדון עניינם של שני אחים שהכו למוות צעיר אחר (על רקע סכסוך רומנטי) וגרמו בכך למותו. בנסיבות העניין היה ברור כי הם לא גילו שוויון נפש לאפשרות מותו וכי לאחר שהבינו כי מצבו קשה טרחו אף להזעיק אמבולנס (בעילום שם). ואולם, הכאתו של המנוח הייתה כה ברוטאלית עד כי נקבע בעניינם כי הם גילו באלימות זו את היסוד הנפשי הנדרש לעבירת הרצח – wicked recklessness. בפרשה מוקדמת יותר, Cawthorne v. H.M. Advocate, (1968) J.C. 32, תואר יסוד נפשי זה על ידי הלורד Clyde באופן הבא: "such wicked recklessness as to **imply** a disposition depraved enough to be regardless of consequences". הגדרה זו אושרה בפסקי דין מאוחרים יותר ובין היתר בפרשת Scott v. H.M Advocate (1995) S.C.C.R. 760. המילה imply מבטאת את האפיון של האדישות כמצב המתבטא בהתנהגות עצמה. לדיון נרחב במונח זה ראה בספרו של Gordon, כרך 2, עמ' 300-297.

[15] ראה בספרו של Gordon, ה"ש 23 לעיל, כרך 1, עמ' 290.

[16] שם, כרך 2, עמ' 295.

[17] שם, עמ' 295-294.