

# עבירות המתה

## המבנה המדורג של עבירות ההמתה

באופן כללי, ישנן שלוש עבירות המתה בחוק – רצח, הריגה וגרם מוות ברשלנות. היסוד העובדתי בשלוש העבירות הללו זהה, אדם הגורם מוות. אך בין העבירות קיים הבדל עצום, בייחוד בפן הענישתי. ההבדל נעוץ ביסוד הנפשי של העבירות.

שלוש העבירות הן כמובן תוצאתיות, מה גם שהן עבירות הנחשבות ל"עבירות גרימה". משמע: כל מעשה, לרבות מחדל, הגורם למוות יכנס למסגרת עבירות אלו (בין אם מדובר בחניקה, או הכאה).

היסוד הנפשי במדינת ישראל של עבירות ההמתה:

### 300(א)(2) רצח:

- היסוד הנפשי הנדרש: כוונה תחילה.
- הערות: ביהמ"ש העליון קבע שסעיף 20(ב) לחוק העונשין הידועה כ"הלכת הצפיות"<sup>1</sup> אינה חלה במקרה של רצח.

### 298 הריגה:

- היסוד הנפשי הנדרש: פזיזות – אדישות או קלות דעת.
- הערות: לפי תיקון 39 הצפיות בעבירה זו נוגעת לתוצאת המוות. לפני תיקון 39, נקבע בפרשת יעקבוביץ ע"י השופט אגרנט שהצפיות נוגעת לגרימת סיכון לחיים ולבריאות או קלות דעת.

### 304 גרימת מוות ברשלנות:

- היסוד הנפשי הנדרש: רשלנות, עפ"י סעיף 21 לחוק העונשין.

נראה כי המבנה וההבחנה בין העבירות בד"ר הישראלי היא פשוטה ביותר וכי ניתן להכניס כל מעשה לאחת מן העבירות הנ"ל. כך, המתה מאד חמורה תתפס כרצח, המתה פחות חמורה להריגה, והמתה קלה יותר לרשלנות. האפשרות לתיוג חשובה מאד, מכיוון שאין כל הגיון לתייג אדם שחלילה קטל אדם אחר בתאונת דרכים, כרצח.

במדינות אחרות, מבנה העבירות מסובך יותר. כשנבחן את הדינים הזרים, נשים לנגד עינינו שתי מטרות: הראשונה, לבחון את המבנה המדורג של עבירות ההמתה. השנייה, לבחון מהם המקרים החמורים ביותר בכל חברה וחברה וכיצד חומרה זו באה לידי ביטוי.

<sup>1</sup> 'צפיות ברמה קרובה לוודאי שקולה לכוונה'.

## אנגליה

### רצח:

באופן מפתיע, עבירת הרצח אינה נמצאת בחוק *Homocide Act 1957*, אלא שהיא נקבעה במשפט המקובל. הרצח באנגליה היום דורש "כוונה" לגרום לתוצאת מוות או חבלה חמורה. נראה כאילו המשפט המקובל "מחיל" את סעיף 20(ב) של חוק העונשין בעבירת הרצח המקומית שלהם. עד 1957 העונש לעבירת הרצח היה מוות, אך העונש הוחלף במאסר עולם חובה.

### הריגה:

ההריגה באנגליה היא מצב בו ישנה כוונה לגרום לתוצאת מוות או חבלה חמורה, אך התקיימו נסיבות מיוחדות כלשהן, כגון – קנטור, הפרעות נפשיות, וכדומה. בנוסף, עבירת ההריגה האנגלית כוללת גם מקרים בהם ישנה רשלנות רבתי (מקרים אותם המבצע לא צפה), או ביצוע מעשים אסורים ומסוכנים. עבירת ההריגה רחבה ביותר, מן הסיבה שלא קיימת באנגליה עבירה של גרימת מוות ברשלנות. העונש על עבירת ההריגה יכולה להגיע עד מאסר עולם גם כן.

### גרימת מוות תוך כדי נהיגה:

החוק האנגלי מקדיש סעיפים מיוחדים לטיפול בגרימת מוות תוך כדי נהיגה, שלא ראוי לכלול אותם תחת התיוג של הריגה. העונש לעבירה זו הוא עד 10 שנים.

העובדה שכוונה לגרום לחבלה חמורה השתרבבה לתוך עבירת הרצח, היא בעייתית. האם זה מוצדק להדביק תווית של רצח גם על מי שלא התכוון לגרום לתוצאה של מוות וודאי, אלא התכוון לבצע "רק" חבלה חמורה? אין לכך תשובה ברורה, אך קיימות דעות כיום באנגליה לפיהן נאמר שמספיקה כוונה לגרום לחבלה חמורה כאשר מצטרפת אליה גם צפיות של אפשרות לתוצאת מוות.

## ארה"ב – קליפורניה

עבירת הרצח מוגדרת בסעיף 187 ל-*California Penal Code* כ-*malice*. סעיף 188 מבחין בין שני סוגי *malice*. הראשון, "מכוון", כלומר איזשהו רצח בכוונה תחילה. השני, "במשתמע", כלומר מעשה מוות פזיז בעל מוטיב רשעי או אכזרי.

לאחר הגדרת הרצח, בא סעיף 189 ומחלק את המעשים לרצח מדרגה ראשונה ומדרגה שנייה. רצח מדרגה ראשונה כולל רשימה ארוכה מאד של נסיבות ואמצעים המעלים את דרגת המעשה לדרגה ראשונה, כגון – שהמעשה נעשה באמצעות כלי נשק, תחמושת, שכיבה במארב, עינויים וכדומה. אפשרות נוספת לעלות המעשה לרצח מדרגה ראשונה היא כל מקרה המלווה בכוונה תחילה כלשהי (ללא צורך באמצעים מיוחדים שנכתבו קודם לכן). אנו למדים שכנראה האמצעים הראשונים שמוזכרים מעידים על הכנה או כוונה תחילה כלשהי, לפי המחוקק הקליפורני.

אנו נבחן את שאלת הכוונה תחילה הקליפורנית בשלב מאוחר יותר.

## ארה"ב – ניו-יורק

החוק הניו-יורקי מפרט הרבה יותר דרגות מן החוק הקליפורני. כמו כן, מבחינת העונש, ישנם הבדלים גדולים בין כל עבירה לעבירה.

עבירת ה-*Manslaughter in the second degree* דומה לעבירת ההריגה של מדינת ישראל. עבירת ה-*Manslaughter in the first degree*, בה קיימת כוונה לגרום לחבלה חמורה אך נגרם מוות, אינה נכנסת בחוק הניו-יורקי לגדר עבירת הרצח, אלא הריגה גם כן.

רצח מדרגה שניה כולל בחוק הניו-יורקי שלוש חלופות:

- הראשונה, "כוונה" לגרום מוות.
- השנייה, פזיזות המלמדת על אדישות לחיי אדם.
- השלישית, תוך ביצוע פשע חמור.

רצח מדרגה ראשונה כולל מקרים בהם יש חומרה מיוחדת, וזאת כאשר מתקיימות נסיבות מיוחדות (כגון: זהות הנרצח, כאשר הוא עובד ציבור).

## ארה"ב – Model Penal Code

המודל אינו מבחין בין 'דרגות' רצח כמו בחוקים האמריקאיים שראינו לעיל, אלא שקיים בו סעיף מעניין בדמות **סעיף 210.6**, הקובע באילו נסיבות ומקרים ניתן להשית עונש מוות על מי שהורשע ברצח, ומתי לא ניתן לעשות זאת. האם אכן מוצדק לתייג אנשים באותה התווית אך להשית עליהם עונש שונה? אם נקרא את הנסיבות היטב נראה כי ההבחנה בין הנסיבות השונות דומה מאד להבחנה בחיקוקים אחרים בין הדרגות השונות של המוות.

סעיף 210.2 לקוד תת סעיף 1(b), בדומה לחוק הקליפורני, גם כן מכניס מוטיב של "רשעות" או פזיזות המצביע על "אדישות לחיי-אדם" לתוך מעשה הרצח. הרשעות נלמדת מתוך נסיבות המעשה.

## גרמניה German Penal Code

סעיף 211 לקוד הגרמני מכניס אלמנט חדש שלא ראינו בחקיקות אחרות, ובתת סעיף (2) נקבע שרצח נעשה מתוך "**מניע**" (השגת רווח, סיפוק מיני ועוד) כגון זה המפורט בסעיף.

## רומניה

סעיף 175 מגדיר רצח חמור. סעיף 176 מגדיר רצח חמור במיוחד.

## פינלנד

בסעיף קטן 2 מוגדר הרצח כנעשה גם כן מתוך מניע, לרבות מעשה הריגה שנעשה לשם אכזריות וכו' בדומה לחוקים אחרים.

נשוב לדין הישראלי :

אם נביט בסעיפי עבירות ההמתה בדין הישראלי, ביחוד לאחר תיקון 39, נבחין כי האלמנט החשוב ביותר לשם הוכחתן הוא היסוד הנפשי, היסוד ההכרתי-קוגניטיבי, או במילים אחרות: מודעותו של אדם. אנו דורשים שאדם יהיה מודע למעשה, לנסיבות ולתוצאות של מעשיו כדי לקבוע את אשמתו. **סעיף 20(ב)** מדגיש את הנושא הזה בצורה יתרה. הוא קובע שכדי לקבוע כוונה די להוכיח מודעות ברמה גבוהה לתוצאה.

בנוסף, בנוגע לנסיבות, קובע החוק הישראלי שצריכה להיות מודעות לנסיבות או חשד בקיומן של הנסיבות. שאלת האכפתיות מן הנסיבות או אדישות לקיומן – אינו מתעורר כלל.

לסיכום: עיקר המשקל של האופי הפלילי טמון ביסוד ההכרתי.

היום יש בעולם האנגלו-סכסי דיונים רבים בשאלה אם אנו צודקים כשאנו משתתפים את היסוד הנפשי בעיקר על יסוד הכרתי, והאם אין זה נכון להתחשב גם באלמנטים של אדישות (במובן החפצי – חוסר אכפתיות). למשל: כאשר אדם לא שם ליבו לנסיבה כלשהי מתוך חוסר אכפתיות (בעבירת האונס, מי שלא אכפת לו שהאישה מסכימה או לא מסכימה). גם לגבי ההבחנה בין פזיזות (עם מודעות) לרשלנות (בלי מודעות) מתעוררות שאלות רבות האם ההבחנה הזו כלל מוצדקת.

## כוונה תחילה

כוונה תחילה ('חשב ושלל' עפ"י פרופ' פלר) היא האלמנט הנדרש עבור הקטגוריה החמורה יותר בעבירות המתה בחוקים שונים. במדינת ישראל, כוונה תחילה היא יסוד הכרחי מיסודותיה של עבירת הרצח.

לפני שנבאר מהי כוונה תחילה, נדגיש כי ישנן שתי גישות שונות למענה על תשובה זו. הגישה הקונטיננטלית רואה המתה שנעשתה בכוונה תחילה כמעשה החמור ביותר. להבדיל, גישת המשפט האנגלי, עד שנת 1957, כלל לא דרשה כוונה במעשה ההמתה לשם סיווגו כרצח.

המשפט האנגלי בעצם אומר שיכולים להיות מקרים של רצח שלא פחות חמורים, מבחינת האשמה, והם גם לא פחות מסוכנים – ואלו הם מקרים בהם האדם פועל אף במהירות וללא מחשבה מיוחדת (לדוגמא: אדם ש"סתם" התחשק לו לרגע לדחוף נער מגשר). אילו היינו בוחנים את המקרים האלה בהיבט כוונה תחילה במובן הקונטיננטלי שלה, מקרים אלה לא היו מסווגים כרצח כלל. אך המשפט האנגלי קובע שמקרים כאלה אינם פחות חמורים ממקרים של כוונה תחילה.

- בעיה: האם אכן מוצדק להשתמש באלמנט הכוונה תחילה לשם סיווג מעשה חמור וחמור יותר?
  - בעיה נוספת: מעבר הזמן בין החשיבה והשקילה של מבצע העבירה ועד לביצוע גם כן מהווה בעיה.
- סעיף 301(ג)** לחוק העונשין מיתר את הצורך להוכיח שהנאשם היה שרוי בהלך נפש למשך זמן מסוים לצורך הוכחת כוונה תחילה. משמע – כוונה תחילה יכולה להתגבש גם כהרף עין!

הקונספט של כוונה תחילה, אנו רואים מיד, הוא קשה ביותר, מכיוון שניכר שכוונה תחילה היא משהו "יותר" מכוונה, ועלינו לערוך את ההבחנה בין הכוונות השונות לפני שנגיע למסקנה בעניין.

*נבחן תחילה שני מקרים ממדינת קליפורניה:*

**People v. Wolff [ארה"ב 1964]**: בחוק הקליפורני המקורי נקבע כי רצח נעשה מתוך כוונה תחילה. במקרה זה דובר על נער בן 16 שרצח את אימו. הנער היה בעל פנטזיות מיניות מגוונות וסבר שאימו תמנע ממנו לממש אותן, ולכן רצח אותה. לאחר מכן התלבש, ונסע לתחנת המשטרה. הנער הואשם ברצח מדרגה ראשונה (כאילו יש לו כוונה תחילה). טענתו המקורית היתה שהיה לא שפוי, וזו נדחתה ע"י ביהמ"ש. הוא ערער על הרשעתו ברצח מדרגה ראשונה וטען כי החשיבה שלו לא היתה "מכוונת ומתוכננת מראש". משמע: כוונה תחילה אינה נאמדת בהיבט הזמן, אלא בהיבט איכות. איכות החשיבה שלו, הוא טען, לא לימדה על רשעות או בגרות שהיתה במעשהו. ביהמ"ש קיבל את טענתו והפחית את הרשעתו לרצח מדרגה שניה.

**People v. Stress [ארה"ב 1980]**: מדובר באדם שרצח את אשתו במכות גרון. בנו של הנאשם היה ספורטאי בינוני, ונשלח למלחמת ויטאנם. אביו סייע לו לקבל שחרור מן השירות, ותוך כדי כך התוודע למוסד המושחת של שחרורים מן המלחמה. הוא יצא בכל תוקף כנגד השחיתות השלטונית הזו. בשלב כלשהו שלח מכתב איום לנשיא ארה"ב, והוא הועמד למשפט. הוא רצה לנצל את המשפט כבמה לחשיפת שחיתות. הסתבר כי הכוונה של השלטונות היתה לשלוח אותו להסתכלות – והוא חשש שלא יוכל להשמיע את דברו, ולכן רצח את אשתו. הוא הועמד לדין בגין רצח מדרגה ראשונה. טענתו היתה, כמו וולף, שמבחינת השקילה האיכותית והבוגרת לא היתה לו כוונה תחילה.

ההבדל בין שני המקרים נובע מכך שבין הפרשות שינה המחוקק הקליפורני את החוק כדי להמנע ממקרים בהם אנשים יעלו טענות בסגנון טענתו של וולף. החוק הקליפורני כיום קובע **בסעיף 189** שאין צורך להוכיח שהנאשם פעל בצורה "בוגרת ובעלת משמעות" כדי להרשיעו ברצח.

אם כן אנו רואים שבתחילה ניסה ביהמ"ש הקליפורני לתת למושג כוונה תחילה משמעות ערכית. כאשר עשה זאת, המחוקק הקליפורני שלל זאת. בהמשך נשאל האם בתי המשפט הישראליים מפרשים את מושג הכוונה תחילה בארץ בצורה איכותית, או באופן שונה.

## כוונה תחילה בארץ

### החלטה להרוג או כוונה להמית

מדינת ישראל ירשה מן המחוקק המנדטורי את פקודת החוק הפלילי 1936. רצח מוגדר בסעיף 216 פ"פ (כיום **סעיף 301** לחוק העונשין). מעצם העובדה שהחקיקה הזו היא אנגלית, היינו מצפים שתשתקף בה הגישה האנגלית לפיה אין צורך בכוונה תחילה לביסוס רצח, אך מכיוון שמנסחי החוק לא אהדו את הגישה הזו – הם הכניסו פנימה את הסעיפים העותמניים הדורשים כוונה תחילה. השופטים האנגליים שישבו בארץ, לא התלהבו מן הרעיון והתנגדו לו, גם מסיבות של קשיים טכניים שהסעיפים מעוררים וגם מסיבות של אי-צדק.

סעיף 216 הוא בן כלאיים שמצד אחד – כלפי חוץ – נוקט בגישה העותמנית מכיוון שהוא דורש כוונה תחילה. מצד שני אנו רואים שבמידה רבה הוא מרוקן את התוכן של דרישת הכוונה תחילה ע"י כך שהוא מיתר את דרישת הזמן.

אם כן מצויות לפנינו שתי תפיסות. מצד אחד, הגישה העותמנית שהשתמשה בביטוי "כוונה תחילה". מצד שני, פירוש על פי אמות המידה של המשפט האנגלי. עלינו לבחון כיצד פירשה הפסיקה הישראלית את **סעיף 301** לחוק העונשין.

במשך הזמן שחלף, הזרם השליט שהנחה כמעט את כל הפסיקה היה הזרם שפירש "כוונה תחילה" יחד עם כל סעיף 301 באופן שכמעט ואין הבדל בין פעולה ספונטנית לבין פעולה בעלת כוונה תחילה. מי שהוביל את המהלך הנ"ל הוא השופט שמעון אגרנט.

### גישת הפסיקה הישנה

ע.פ. 396/69 – נעים אברהם בנו נ' מ"י:

העובדות:

▪ באוקטובר 1968 ביקר המנוח משה סגל עם אשתו ובתו אצל הורי האשה שהיו שכני המערער. בתום הביקור, משיצאו החוצה, הסתכסך המערער עם שכן אחר, הרים שוט והצליף בו על השכן. חותנו של המנוח הוכיח אותו על כך ואז הצליף המערער גם עליו בשוט. אשת המנוח ניגשה למערער סטרה לו על לחיו, ואז הצליף המערער גם על פניה ומשקפיה נשברו. בתו של המנוח הזעיקה את המנוח והתפתחה קטטה בין המנוח למערער. בקטטה זו נפצע המערער ודם זב מאפו. השכנים הפרידו בין השניים ואז הוציא המנוח את חולצתו מידי המערער וביקש אותו לחכות למשטרה שהוזעקה בינתיים. המנוח התרחק מהמקום ויצא להמתין למשטרה. לפתע רץ המערער לכיוון המנוח ובהגיעו אליו הנחית בו באמצעות סכין שבידו דקירה אחת בחזה, ולאחר שהוציא משם את הסכין דקר בו שוב בגבו. לאחר שעות מספר מת המנוח מפצעיו כתוצאה מהדקירה באזור הלב. למן ההפרדה בין הניצים ועד לדקירה עברו 4-5 דקות, ובשלב ביניים זה חלה הרגעת הרוחות. איש מהעדים לא ידע כיצד הגיע הסכין לידי המערער אך ברור כי כאשר התחיל לרוץ לכיוון המנוח כדי לפגוע בו כבר היתה הסכין בידו. טענת המערער היתה בבית המשפט המחוזי כי פעל ללא רציה מתוך אוטומטיזם אך טענה זו נדחתה ולא נטענה יותר בערעור. טענתו החילונית של המערער היתה כי לא הוכח אף אחד מהיסודות הדרושים כדי להרשיע ברצח לפי סעיף 214(ב) היינו "החלטה להרוג", "העדר קינטור" ו"הכנה" בהתאם לסעיף 216 לפ"פ. הטענה נדחתה ע"י בית המשפט המחוזי ועל כך הערעור.

- התביעה יצאה ידי חובתה להוכיח את היסוד של "החלטה להרוג". יסוד זה כמוהו כ"כונה להרוג" במובן זה, שהוא מצריך שהנאשם רצה או קבע לעצמו את המטרה לגרום למותו של הקורבן. כאשר נתקיימו שני המבחנים האמורים בסעיף 216 של "העדר קינטור מידי" ו"הכנה" כי אז יש להסיק שלכוונת הקטילה קדמו שיקול וישוב הדעת ואין צורך להוכיח במיוחד כי הנאשם חשב ושקל את כדאיות הביצוע, אפשרויותיו ותוצאותיו. העולה מכך כי היסוד של החלטה להרוג מצריך אך ורק כי בשעת מעשה קיננה בלב העבריין כוונת קטילה ממשית. זאת ותו לא. ואילו לשם מילוי הדרישה שכוונה כזו לא תהיה ספונטנית אלא שהכוונה נוצרה מתוך שיקול וישוב הדעת די ביסודות של העדר קינטור ושל הכנה. בעניינו נגרם מותו של המנוח וקיימת ההנחה שאדם התכוון לתוצאה שצמחה בדרך הטבע ממעשהו, אלא אם קיימת ראיה לסתור או לעורר ספק סביר. מתוך צירוף נסיבות המקרה אין מנוס ממסקנה כי בשעת מעשה קיננה בלב המערער כוונת קטילה, ומכאן שהוכח היסוד של החלטה להרוג.
- אשר ליסוד "ההכנה" – המדובר ביסוד פיסי טהור, כאשר הנאשם עושה פעולה של הכנה להגשמת משימתו הקטלנית. יכול שיסוד ההכנה יוכח ע"י אותן הפעולות של הנאשם המהוות חלק ממערכת הקטילה גופן כגון טלטול הכלי המסוכן שבו בוצע הפשע מטרים אחדים עד לקורבן, דקירת הקורבן פעמים רבות וכדו'. ההכנה, אין צורך שתתפוס שיעור זמן מסויים והיא יכולה להיות מניה וביה ואפילו תוך הזמן הקצר ביותר.
- בעניינו אין צורך לקבוע כי ביסוד ההכנה התכוון המחזיק למבחן המצמצם של הכנה פיסי בלבד שכן בעניינו אותן העובדות של המעשה שנזכרו לעיל המוכיחות את דבר החלטתו של המערער להרוג את הקורבן מספיקות כהוכחה לקיומו של יסוד ההכנה גם במובנו הרחב.
- לענין העדר קינטור – נסיבות המקרה, הזמן שעבר בין הקטטה לדקירה, הרגעת הרוחות שחלה בין שני המאורעות, אמירתו של המערער בשלב ההרגעה ש"גמור את החשבון" עם הקרבן מצביעים על העדר קינטור מידי.

**בפרשת בנו** קובע השופט אגרנט שנדרשים שלושה יסודות לשם התהוות עבירת הרצח: **החלטה להרוג**; **הכנה מוקדמת**; **העדר קנטור**. מדבריו עולה שאין צורך בשיקול דעת של ממש לפני ביצוע עבירה, דעתו כי היסוד של החלטה להרוג מצריך אך ורק כי ב"שעת מעשה קיננה בלב העבריין כוונת קטילה ממשית ותו לא". ההחלטה, אומר אגרנט, אמנם צריכה להיות מלווה בשיקול דעת, אך אם יוכח שהיתה הכנה, וכן יוכח שלא היה קנטור – די בכך להוכיח שהופעל שיקול דעת ע"י הנאשם לצורך ההמתה. זהו הקו השליט של הפסיקה, ושאר פסקי הדין דנו ביסודות האחרים לעבירה – ההכנה והעדר הקנטור. נראה כי המונח "כוונה תחילה" לא הוסיף מאומה, והפסיקה רוקנה אותו מתוכן אמיתי והשוותה אותו ל"כוונה" רגילה.

תוצאת הפרשנות הזו ברורה: בתי המשפט הישראליים נוקטים בגישה אנגלית.

#### ע"פ 65/49 – והיב צאלח כליל נ' היועץ המשפטי לממשלת ישראל:

"...וכעת הבה ונתבונן למה שקרה במקרה שלפנינו. בני הזוג יוצאים לדרכם במכונית אחת, ואתם יחד נוסעת גם אם האשה. ברור שהנסיעה לא תוכנה מלכתחילה כדי להרוג בה את האשה: ראשית, לא המערער הוא שיזם את הנסיעה, אלא החמות ורדה (כדי לבקש בשבילו קמיעות): שנית, קשה לתאר תנאים פחות "נוחים" לביצוע עבירה שכזאת. המכונית נעצרה – והיא נעצרה, למעשה, לבקשת האשה, אם כי באמצעות הבעל. בני הזוג צועדים שלובי-זרוע, ואין כל רמז לכך, כי אירע כאן משהו שהיה עלול לעורר את כעסו וחשדיו מימים עברו. והנה פתאום, ללא כל סיבה ויסוד, שולף

האיש אקדח ויורה באשתו והורגה. כלום אפשר לומר, כי היתה כאן הכנה כל שהיא? סבורים אנו, כי במקרה דנן לא רק שלא הוכחה ההכנה, אלא כל המסיבות מעידות לכאורה על כך, כי המערער לא הכין את עצמו במובן סעיף 216 (ג) של החוק. מסקנתנו היא, איפוא, כי במקרה דנן לא הוכח מעשה רצח, אלא מעשה הריגה בלבד.

שנים קודם לכן, השופט זילברג בפרשת כליל אימץ את טענתו של הנאשם שלא היתה במעשיו הכנה, וזיכה אותו. בשנים שלאחר מכן, לא ניתן היה ללכת לפי שיטתו של זילברג – משקבע אגרנט מה שקבע. בזמנו, ל"כוונה תחילה" היתה משמעות גדולה יותר. מה שעמד מאחורי החלטתו היא שכליל היה מעורר מעט בנפשו, ולכן ביקשו לפטור אותו באמצעות אלמנט ההכנה.

#### **ע.פ. 97/68 – מסעוד בן דוד סויסה נגד היועץ המשפטי לממשלה:**

העובדות:

המערער היה מסוכסך עם אשתו וביום המקרה באו לביתו אבי האשה ואחיה המנוח. בין הצדדים התפתח דו שיח והמערער רץ למטבח נטל שני סכינים ואיים להרוג את המנוח ואביו. האב הרים את ידיו ואילו המנוח תפס בידיו של המערער. האב התערב גם הוא, הוציאו סכין אחת מידי המערער ואז נפצע קל האב בידו. כשהוא טיפל בפצע שלו דקר המערער את המנוח 4 דקירות שמהן שתיים באזור הלב היו קטלניות. המערער הורשע ברצח בכוונה תחילה ועל כך הערעור.

החלטה – השופט קיסטר (דעת מיעוט):

- את כל טענות הערעור לגבי העובדות שנקבעו יש לדחות, והשאלה היחידה המתעוררת היא אם הוכחו כל היסודות היוצרים את העבירה של רצח בכוונה תחילה.
- בין יסודות העבירה של רצח בכוונה תחילה ישנם ההחלטה להרוג וההכנה. כאן לא היתה לכתחילה החלטה להרוג וגם כשהביא מערער את הסכינים מהמטבח עדיין אין לומר כי החליט להרוג שכן תמיד היה מאיים להרוג ונוהג היה לתפוס סכין ולאיים בו. אילו היתה עדות כי מיד עם תפסו את הסכינים ניגש למנוח ודקרו פצעי מוות היה אפשר ללמוד מכך על החלטה להרוג אך על כך לא היתה עדות. להיפך העדות היתה כי המנוח תפס בידי המערער שהחזיק בסכינים ואח"כ נדקר המנוח למוות. כך שעצם האיום בסכין והכוונתו אל האורחים לא היה בהם כדי להוכיח מעבר לספק כי בלבו של המערער גמלה החלטה להרוג.
- גם אם בשלב הראשוני לא הוכח קיומה של ההחלטה להרוג, הרי יתכן שרשאי ביהמ"ש להסיק על קיומה של החלטה כזו בשלב הבא הוא שלב הדקירות. העובדה שהמערער דקר את המנוח 4 דקירות מהן 2 בחזה מוכיחה על כך שבאותו רגע כבר גמלה בלבו החלטה להרוג את המנוח. אך אין הוכחה על קיומה של החלטה כזו אפילו שניה לפני הדקירות.
- אשר לאלמנט ההכנה – ניתן להסיק קיומה של הכנה להרוג מנסיבות המקרה. אין די בעצם ההנפה של סכין כדי להוכיח קיומה של הכנה, אלא דרושים אלמנטים נוספים כגון דקירות מסוכנות רבות באופן שתהא לנאשם שהות מספקת לשקול ולהחליט על המשך מעשיו, או טלטול של כלי הזיין למקום הפשע.
- בענין דנא גמלה ההחלטה להרוג בשעה שבה בוצעו הדקירות ופעולה זו לא לוותה לא בטלטול הסכין שכבר היתה בידי המערער לפני שהחליט להרוג; ולא בדקירות רבות. הרי שלא הוכח האלמנט של הכנה מעצם הנפת הסכין, ויש להנות את המערער מהספק ולהרשעו בהריגה בלבד.



- יסוד ההחלטה להרוג הוכח על ידי בחירת המכשיר בו השתמש המערער לביצוע הפשע, מספר הדקירות וכיוון של שתיים לבית החזה של הקרבן באיזור הלב.
- אשר ליסוד ההכנה – הסכינים לא היו בידי המערער עובר למעשה אלא קפץ למטבח והביא אותם. לענין ההכנה אין צורך בשיעור זמן מסוים להכנה עצמית. לשם מה רץ למטבח והביא את הסכינים? התשובה היא שהמערער חפץ להצטייד בכלי משחית כדי לבצע החלטה שגמלה בלבו והבאת הכלי למקום בו היה הקרבן, אפילו המרחק אינו רב, הרי זו הכנה.

**בפרשת סוויסה**, שהיה בחור חס מזג ורצח את אשתו, גם כן נעשה שימוש באלמנט ההכנה. שופטי הרוב קובעים שהיתה הכנה בכך שהנאשם הלך למטבח והביא עימו שני סכינים. בסופו של דבר רצח את גיסו וביהמ"ש הרשיע אותו ברצח. השופט קיסטר, **בדעת מיעוט**, אומר שהבאת הסכינים אינה הכנה מכיוון שהנאשם תמיד "עשה שרידים" מול זוגתו. קיסטר, נותן משמעות למילים "חשב ושקל והרהר" ודורש שיקול דעת שונה, איכותי יותר. לפי קיסטר – ההחלטה צריכה להיות קודמת להכנה. במקרה זה, הבאת הסכינים לא קדמה להחלטה. אילו הדברים היו תלויים בו, הוא היה מזכה.

**פרופ' פלר** (הפרקליט כו עמוד 51) מבקש בצורה קשה את הפסיקה לאורך השנים בעניין יחסם למונח "כוונה תחילה". למרות שפלר אינו נותן דעתו לסדר האירועים (כמו קיסטר), הוא כן נותן משמעות מיוחדת למונח. הפסיקה, הוא אומר, רוקנה את המונח מכל תוכן. "**חשב ושקל**" בזמן המעשה הכרחי לגיבוש כוונה תחילה, אף שהיא יכולה להיות מהירה ביותר<sup>2</sup>. ההכנה, יכולה לבוא לפני או אחרי, אך המדובר **בהכנה פנימית** – לאו דווקא פיסית (השגת מכשיר וכדומה).

עד כה ראינו שהזרם העיקרי בפסיקה פירש את ה"כוונה תחילה" באופן שאינו מייחס למונח חשיבות מיוחדת. זילברג **בכליל** וקיסטר **בסוויסה** הם יחידי סגולה בפרשנותם למונח.

**בפרשת כליל** מעלה זילברג שאלה ביחס לרכיב הקינטור (216 ב), ושואל: מה דינו של אדם שלא היה יכול לחשוב ולשקול שלא מחמת קנטור, אלא מחמת שהיה מעורער בנפשו? למשל, המשפט הקליפורני לפני תיקונו היה מזכה אדם שכזה. זילברג לא עונה על שאלתו, מכיוון שהוא טען שבין כה לא היתה הכנה. האם ניתן לתת משמעות איכותית למשפט "בנסיבות שבהן יכול לחשוב ולהבין את תוצאות מעשיו"?

לימים, השופט אגרנט **בפרשת בנו** עונה בשלילה על שאלתו של השופט זילברג. פרשנותו של אגרנט רוקנה את המונח כוונה תחילה מינה וביה וקירבה אותה עד כדי דמיון מוחלט ל"כוונה ספונטנית". לפיו, התקיימותם של הכנה והעדור קנטור – יש בהם להעיד על החלטה להרוג. **טכני לחלוטין**.

עם חלוף הזמן, בראשית שנות ה-80 בואך שנות ה-90, הפסיקה התחילה לקבל את האפשרות שלא התגבשה "החלטה להרוג" למרות שאין קנטור וישנה הכנה – אך שהמבצע לא התכוון להרוג אלא היתה לו **החלטה לפצוע** (בייחוד תגרות). גישה חדשנית זו נשענת על כך שניתן לסתור את החזקה העובדתית בדבר

<sup>2</sup> פלר אומר שאין צורך להוכיח שהכוונה תחילה התגבשה בזמן ספציפי, אך בכל זאת ישנה חשיבות כלשהי לאלמנט הזמן מלשון period בסעיף 216.

"אדם אחראי לתוצאות הטבעיות של מעשיו". כך, נאשמים הוכיחו שהקורבן זו בזמן התיגרה, ולכן נעיצת הסכין בליבו לא היתה מכוונת.

#### ע.פ. 777/92 – יובל הררי וניר טיירי נגד מדינת ישראל:

"...מן הראיות מתחייבת ההנחה כי בשעה שהוביל את המנוח למכונית, כשהוא מאיים עליו מאחור בסכין, התכוון ניר רק להכות את המנוח ולאיים עליו. השאלה היא אם לאחר פרוץ התיגרה, התגבש אצלו היסוד הנפשי של עבירת רצח. הדקירה פילחה את לבו של המנוח ובכך לכאורה מתמלא יסוד הכוונה הפלילית. אך האם מעשה זה מעיד כי גם יסוד ההחלטה להמית התקיים אצל ניר? בשאלה זו יש להכריע עפ"י מכלול הנסיבות. ההכרעה אינה קלה כאן, וניתן להינות את ניר מן הספק ולהמיר את הרשעתו לעבירה של הריגה."

השופט מצא בפרשת הררי, בעקבות השופט חיים כהן בפרשת איזדמיר, מנסה להבחין בין השאלה של כוונה תחילה לבין השאלה של החלטה. ואומר: ניתן להשתמש בחזקה העובדתית לפיה "אדם מתכוון לתוצאות הצומחות דרך הטבע ממעשיו" בעניין כוונה, אך לא ניתן להשתמש בה בעניין ההחלטה להרוג. החלטה להרוג, הוא אומר, דורשת גם שאיפה מסויימת, שאיפה שלא ניתן להוכיח באמצעות חזקה עובדתית זו.

ד"ר קנאי: מסקנתו של השופט מצא מוטעית, שכן הוא מבלבל בין כלל ראייתי לבין כלל מהותי. ההבחנה מוטעית מכיוון שאין כל הגיון להבחין בין "כוונה" לבין "שאיפה".

כיום קשה ליישם את הקונסטרוקציה של פסיקת שנות ה-80. היסוד הנפשי שנדרש להריגה לפני תיקון 39 הוא צפיה לגרום סכנה ממשית לחיים ולבריאות או חבלה חמורה. לא נדרשה צפיות לתוצאה של מוות. כיום, לאחר תיקון 39 נדרשת צפיות לתוצאת מוות – מכח סעיפים 19 ו-20 לחוק העונשין. זאת אומרת, שהיום לא ניתן לבוא להרשיע אדם בהריגה על-פני רצח בנימוק שהנאשם לא צפה תוצאת מוות אלא צפה פגיעה בלבד (פרשת הררי, לעיל).

כפי שראינו לעיל: לעניין ההכנה, אומר השופט אגרנט, אינה אלא "יסוד פסי טהור". כלומר, הפסיקה הישראלית בעצמם מתעלמת מן המילים "הכין את עצמו" בסעיף 301(א) לחוק העונשין – אלא רק לכך שהנאשם הכין את כלי הרצח. אשר על כן, מתנגד פרופ' פלר לפסיקה בעניין הכנה ואומר שעיקר ההכנה היא הכנה פנימית, על אף שהיא יכולה לבוא לידי ביטוי בהכנת כלי.

#### גישת הפסיקה החדשה

והנה ימים הגיעו, והשופט דורנר בע.פ. 5031/01 פלונית נ' מ"י (מתאריך 11/9/2003 – פרשת פלונית החדשה) סוטה מן הקו הטכני שנקטו בו השופטים. היא אינה פותחת את פסק דינה בשאלה האם היתה כוונה תחילה או האם התקיימו יסודות הרצח, אלא האם התכלית החברתית שביסודות עבירת הרצח מצדיקה להטיל על הנאשמת את אות הקלון של רוצחת בנסיבות העניין – מחלת נפש מסויימת?

רק לאחר שהיא פותחת את הנושא לדיון ובעצם קוראת תיגר על הטכניקה הישנה, היא ניגשת לבחון את יסודות עבירת הרצח. השופט דורנר יכולה היתה בקלות לבוא ולקבוע שפלונית היתה בלתי שפויה. אך היא לא עושה זאת, יתכן מכיוון ש"איתרה" פוטנציאל לשנות את הקו הנוקשה של הפסיקה הישראלית

בעבירת הרצח. במילים אחרות: דורנר מאמצת את ביקורתו של פלר והבחנתו בין כוונה "תחילה" לכוונה "סופנטנית".

שני השופטים שהפסיקה דחתה את דעתם – זילברג ו-קיסטר, דווקא אותם מצטטת דורנר עלי פסק-דינה. מפתיע, שדורנר אינה מתעמתת עם הגישה שרווחה עד פסק דינה – גישתו של אגרנט ב**פרשת בנו**.

## תחולת הלכת הצפיות בעבירת הרצח

יש להבחין בעניין זה בין שני כללים:

- **"הלכת הצפיות"** או **"כלל הצפיות"** שב**סעיף 20(ב)**<sup>3</sup> קובעת כלל מהותי: ידיעה ברמה גבוהה מאד לכך שהתוצאה תתרחש שקולה לכוונה לגרום לה.
- **"חזקת כוונה"** היא כלל ראייתי שפותח בפסיקה: חזקה שאדם מתכוון לתוצאות הנגרמות בדרך הטבע מן המעשים שלו. זוהי חזקה עובדתית שהנאשם יכול לסתור אותה.

הפסיקה עושה שימוש תדיר בחזקת הכוונה בעבירת הרצח, מתוך נסיבות המקרה (למשל: היכן דקר הנאשם את הקרבן). לעומת זאת, סעיף 20(ב) הוא כלל לפיו אם אדם יודע שהתוצאה תהיה מוות – משמע הוא התכוון לכך. השאלה הנשאלת היא האם סעיף 20(ב) חל גם בעבירת רצח?

בפסיקה הישנה (טרום תיקון 39), **פרשות אילוז ואליאס** נקבע שבעבירת הרצח אין מחילים את חזקת הכוונה, אלא רק מי שחפץ במוות הוא רוצח. לאחר תיקון 39 חוקק סעיף 20(ב) בחוק, וכעת קיימת הוראת חוק לעניין הנ"ל. בעקבות התיקון נכתבה פסיקה שבד"כ השאירה את העניין בצריך עיון, ועשתה שימוש בחזקת הכוונה פרי תוצרתה, ולא בסעיף 20(ב).

ע.פ. 6327/97 – אולג פוליאקוב ואח' נגד מדינת ישראל:

השופט אנגלרד:

"...לא די במודעות בלבד כדי להרשיע בעבירה של סיוע, אך ניתן להחיל על הסיוע את "כלל הצפיות". המחשבה הפלילית הדרושה אצל המסייע חייבת להשתרע על ביצוע העבירה העיקרית, אך עם זאת אין צורך שאצל המסייע יתקיימו הרכיבים של "כוונה תחילה". בנסיבות שבפנינו, המסייע, שנכח בשעת הרצח, צפה את האפשרות שהמבצעים העיקריים ימיתו את קורבנם כקרובה לוודאי. כן ראה מראש אפשרות קרובה לוודאי כי מעשיו יקלו על ביצוע הרצח. כך שעל יסוד כלל הצפיות ניתן לראות בהתנהגותו של דימה את הכוונה הנדרשת."

ב**פרשת פוליאקוב** ציין השופט אנגלרד לראשונה באוביטר כי לדעתו סעיף 20(ב) חל בעבירת הרצח. אך עד היום תחולת הכלל לא הוכרעה באופן חד משמעי.

ד"ר קנאי: רוב השופטים אינם מעוניינים להחיל את הלכת הצפיות על עבירת הרצח.

<sup>3</sup> סעיף 20(ב): לענין כוונה, ראייה מראש את התרחשות התוצאות, כאפשרות קרובה לוודאי, כמוה כמטרה לגרמן.

▪ קביעת ביהמ"ש המחוזי, כי בעצם ביצוען של הדקירות יש כדי להעמיד את המערער בחזקתו, כי התכוון לגרום לתוצאה הטבעית ממעשהו, מבטאת חזקה ראייתית ל"החלטה להמית". אולם אין זו חזקה חלוטה, והיא ניתנת לסתירה בראיות נוגדות. פועלה הוא בהעברת הנטל לנאשם, לעורר ספק סביר בשאלה אם בפועל אמנם קיננה בלבו כוונת קטילה. בהיעדר סיבה להניח אחרת, ניתן להסיק מנסיבות ביצועו של מעשה קטלני, כי העושה החליט להמית את הקורבן. אלא שענייננו שונה: לפני ביהמ"ש המחוזי הובאה ראייה אודות הדברים שאמר המערער לשוטר כאמור, וביהמ"ש המחוזי לא בחן ראייה זו. בנסיבות אלה התערערה חזקת הכוונה. הוא הדין באשר לעובדה כי לאחר שדקר את המנוח שתי פעמים – ואף שהמנוח נותר עומד על מקומו – לא המשיך המערער לדקרו אלא הניח לו והסתלק לדרכו.

▪ טענה אפשרית נוספת, שקבלתה עשויה היתה, חרף האמור לעיל, להביא להרשעתו של המערער בעבירת רצח, עניינה ב"כלל הצפיות" (או "הלכת הצפיות"), ובהיקף תחולתו לאחר תיקון מס' 39 לחוק העונשין. בניגוד ל"חזקת הכוונה", שהיא חזקה שבעובדה הפועלת במישור הראייתי והניתנת לסתירה, כלל הצפיות מושתת לדין המהותי, ומשמעותו היא, שגם אם הוכח באופן פוזיטיו כי הנאשם לא רצה לגרום לתוצאה האסורה, די בהוכחה כי צפה את התממשותה בדרגת הסתברות קרובה לוודאי כדי שייחשב כמי שהתכוון לגרמה. טרם קבלתו של תיקון 39 לחוק העונשין קבעה הפסיקה, כי הלכת הצפיות אינה חלה על רכיב ה"החלטה להמית" שבעבירת הרצח בכוונה תחילה, וזאת בשל חומרתה היתירה והמיוחדת של עבירה זו. במסגרת תיקון 39 לחוק העונשין עוגנה "הלכת הצפיות" הפסוקה ב"כלל צפיות" חקוק, בסעיף 20(ב) לחוק, לאמר: "מחשבה פלילית – מודעות לטיב המעשה". הטענה האפשרית היא, כי הגדרת ה"כוונה" כ"מטרה" לגרום לתוצאות האסורות, בשילוב עם "כלל הצפיות", כביטוי החקוק, מחייבים את היפוך ההלכה שקדמה לתיקון 39, באופן שלא יהיה עוד הבדל, לעניין תחולתו של הכלל, בין כוונה פלילית להמית (להבדיל מ"פזיזות") לבין "החלטה להמית". בעבר הובעה דעה, אגב אורחה, שיש להחיל את כלל הצפיות גם על עבירת הרצח. גישה זו אין לאמץ.

▪ ה"החלטה להמית" היא רכיב מרכיביה של ה"כוונה תחילה", ואין לזהותה עם ה"כוונה" עליה מדובר בסעיפים 20(א)(1) ו-20(ב) לחוק, שנהוג לכנותה כוונה "רגילה", או כוונה "ספונטאנית". בעוד שלקביעת התגבשותה של כוונה ספונטאנית ניתן להסתפק ב"כלל הצפיות", הרי שלעניין התקיימות ה"החלטה להמית", כרכיב מרכיביה של ה"כוונה תחילה", אין די במודעותו של הנאשם, בשעת ביצוע המעשה, לתוצאותיו הקטלניות המסתברות של מעשהו. החלטת כלל הצפיות על ה"כוונה תחילה" משמעה הרחבה ניכרת של גדר המקרים, בהם יהיה על ביהמ"ש להרשיע בעבירת רצח, בעוד שלפי הדין שקדם לתיקון 39 הקימו מקרים אלה בסיס להרשעה רק בעבירת הריגה. אילו לכך כיוון המחוקק, חזקה עליו שהיה קובע זאת בלשון מפורשת. על יסוד כל האמור יורשע המערער בעבירת הריגה והתיק יוחזר לביהמ"ש המחוזי לגזירת העונש.

השופט מצא **בפרשת אלימלך** מציין באוביטר (לאחר שכל השופטים הגיעו למסקנה שלא היתה החלטה להרוג) שסעיף 20(ב) אינו חל בעבירת הרצח, כי אילו היינו אומרים שהוא כן היה חל ברצח היתה חובה להרשיע את אלימלך. קביעתו של מצא מעוררת תהיה שכן לא ניתן לומר על אלימלך שהוא ידע ברמה גבוהה שהקרבן ימות. זו טעות גמורה!

**בפרשת עדי רחמנוב** (לפני תיקון 39) דובר על אהבה נכזבת בה אישה עוזבת את בן זוגה, והוא הולך לביתה והורג אותה ואת הוריה, שמא יפריעו לו לבצע את זממו. השופט קדמי אומר ש: "אכן מקום בו אדם מודע

לכך שמעשהו יביא בהכרח למותו של אחר – רואים אותו כמי שהחליט להמית את אותו אחר, ולא תעזור לו הטענה שנותר שווה נפש (לא חפץ) לתוצאה הקטלנית". ובנוסף הוא אומר ש: "הכלל לפיו ידיעה ברמה גבוהה של הסתברות שקולה לכוונה – אינו חל בעבירת רצח".

ד"ר קנאי: יתכן ויוצא מכך שקדמי יוצר עוד "דרגה" של ידיעה, בנוסף לשתיים הקיימות.

- דרגה לפיה אדם חפץ ברצח.
- דרגה בה אדם מודע כאפשרות קרובה לוודאי לאפשרות שיגרם מוות (לא תופס ברצח).
- דרגה חדשה בה אדם יודע בהכרח שמעשהו יביא את המוות – כי אז יהא הוא אשם ברצח.

## הכנה

**סעיף 301(א)** סיפא קובע לעניין ההכנה: "...לאחר שהכין עצמו להמית אותו או שהכין מכשיר שבו המית אותו".

הפסיקה הישראלית התעלמה לחלוטין מן האפשרות שכוונת הסעיף משמעה הכנה עצמית, וקבעה שהמדובר ב**יסוד פיסי טהור** (כך למשל נקבע שהכח המופעל הפעולת החניקה כמוה כהכנה). זאת, למורת רוחם של **פלר, קיסטר (פרשת סוויסה) ו-זילברג**.

ניכר כי הפסיקה הישראלית אינה מקפידה על דקדוק עם רכיב ההכנה, אינה מקפידה על הפעלת שיקול הדעת שבמעשה עצמו, וכן קבעה שקינטור סובייקטיבי אינו נחשב קנטור – אם כן המונח "כוונה תחילה" רוקן מתוכן לחלוטין. ניתן רק "לשחק" מעט עם רכיב הכוונה להמית (ע"י זה שנאמר שהנאשם התכוון רק לפצוע).

פרשנות טכנית זו הקשתה על ביהמ"ש במקרים רבים, ובייחוד במקרים של מעורערים בנפשם ונשים מוכות. השופטים זעקו שוב ושוב למחוקק שיאות לחוקק סעיף של עונש מופחת, וכך עשה בסעיף 300א.

## העדר קנטור

### רקע

טענת הקנטור, על אף שהיא מצויה בדין הישראלי, התקבלה ע"י ביהמ"ש בקושי רב – בייחוד לאור המהלך שעשה אגנט אשר ייתר את התקיימות שלושת היסודות של עבירת הרצח גם יחד לשם הרשעה. ומדוע? בפסקי הדין מנומקת ההחלטה שלא לקבל הטענה מכיוון שלא התקיים "**קנטור אובייקטיבי**". או במילים אחרות זה כמו לומר שהאדם הסביר במקרה הנדון לא היה קוטל.

### ע.פ. 3071/92 – מוריס אזואלוס נגד מדינת ישראל:

- המושג "כוונה תחילה" לעניין רצח קובע בסעיף 300 לחוק העונשין, בין היתר, את המרכיב שההמתה נעשתה "בלי שקדמה התגרות בתכוף למעשה". זהו היסוד של "היעדר קינטור". הוכחתו של יסוד זה מונחת על שכס התביעה. "היעדר קינטור" פורש בפסיקה ככולל בחובו מבחן סובייקטיבי ומבחן אובייקטיבי. המבחן האובייקטיבי מעורר ביקורת ויש השואלים כיצד ניתן להכניס, בדרך שיפוטית, מבחן אובייקטיביות לגדריה של המחשבה הפלילית, שכל כולה סובייקטיבית. המבחן האובייקטיבי בצורתו הנוהגת בישראל אינו מקובל במרבית מדינות העולם ואף באנגליה

עצמה, ממנו נקלט אצלנו, שוב אין נוהגים לפיו. אפשר שיש לעיין מחדש בהלכה הקיימת, תוך צמצום המבחן האובייקטיבי או אף ביטולו. עם זאת, שינוי כה מרחיק לכת בהלכה הפסוקה, מן הראוי שייעשה רק במקרה המתאים לכך. המקרה שלפנינו אינו מקרה מתאים, שכן נתקיים בענייננו הקינטור הן לפי המבחן הסובייקטיבי והן לפי המבחן האובייקטיבי. אפשר גם שדיני הרצח דורשים בחינה מחודשת, ובמסגרתו תוכל הרשות המחוקקת לבחון אם עצם הדרישה של "היעדר קינטור" היא ראויה, או שמא ראוי ששאלה זו תידון במסגרת השיקולים לעונש של מי שהורשע ברצח.

▪ המבחן הסובייקטיבי דורש מצב דברים שבו הנאשם מאבד שליטה על עצמו, תוך שכוונת הקטילה היא ספונטאנית וללא יישוב דעת. מבחן זה מתמלא בעניין שלפנינו. אכן, המערער חשד באשתו משך שנים, אך החשד לא אומת והספק ניקר בלבו. אשתו הכחישה את הדבר והוא היה מוכן שלא להאמין לשמועות השונות. רק כאשר ראה במו עיניו את השכן נושק לאשתו, ורק כששמע את דברי השכן כי "הנה זה אמת, אתה יכול לקפוץ" רק אז חדרה בלבו ההכרה שהאמת לאמיתה היא בגידת אשתו. אמת זו נחתה עליו כרעם ביום בהיר, עיניו חשכו, עולמו חרב ונטל את נשקו וירה באשתו ובשכן. פעולתו נעשתה תוך איבוד השליטה העצמית ללא יישוב דעת. דבר זה עולה גם מהאירועים שלפני הקטילה. המערער פגש באשתו ובשכן פעמיים. הוא איים על השכן אך לא התרחשה כל פעילות אלימה והמערער שלט בעצמו. השכן ואשת המערער נסעו לדרכם, אך לפתע חזרה המכונית ושוב ניצב המערער מול אשתו והשכן כשהפעם נשק השכן לאשה. אז פעל מיידית וללא יישוב הדעת. כך שהתקיים המבחן הסובייקטיבי של הקינטור.

▪ אשר למבחן האובייקטיבי – **מבחן זה דורש כי השפעת הנסיבות תהא כה קשה**, עד כי אדם מן היישוב בישראל היה מתקשה שלא להיכנע להשפעתן, והיה עלול להגיב בצורה הקטלנית בה הגיב הנאשם. בנסיבות העניין אכן נתמלאו דרישותיו של המבחן האובייקטיבי. דמו של הישראלי המצוי ודמה של הישראלית המצויה עלול לרתוח, כאשר הוא רואה את בת הזוג או בן הזוג בבגידה, וכאשר מעשה הבגידה מכווין כל כולו ללמד על הבגידה. המעשה שלפנינו מיוחד בנסיבותיו. המדינה לא הצליחה להרים את הנטל המוטל עליה להראות כי המערער פעל ללא קינטור. נהפוך הוא, על פי המבחנים המקובלים המערער פעל בהשפעתה של התגרות בתכוף למעשה. לפיכך תבוטל הרשעת המערער ברצח ויורשע בהריגה. התיק הוחזר לביהמ"ש המחוזי לקביעת גזר הדין.

המקרים בהם הכירו בקנטור: **שלמוביץ'**, **אזואלס** ועוד כמה מקרים ישנים (שהיו על גבול של הגנה עצמית). מעבר לכך, כל הקטטות והמריבות לא זכו להכרה כקנטור. לאחרונה ניתן פ"ד מעניין בו ביהמ"ש קמא הכיר בטענת קנטור והרשיע האדם בהריגה בלבד **[וענונו]**. הערעור לביהמ"ש העליון לא היה בעניין הקנטור אלא בעניין התקיימות הסייג לאחריות הפלילית, ולכן ביהמ"ש לא נדרש לטפל בשאלת הקנטור.

אם נצרף את העובדה שביהמ"ש רוקן מתוכן את מוסד הקנטור לכך שהוא רוקן מתוכן את מוסד ההכנה, מעשית ה"מרווח" שבין כוונה תחילה לבין כוונה ספונטנית – לא קיים יותר (להוציא את דבריה של דורנר בפרשת **פלונית**).

קנטור אינו חלק מן החוק העותמני, אלא שהוא יליד הדין האנגלי. טענת הקנטור *(Provocation...enough to make a reasonable man do as he did)* בדין האנגלי מהווה **נסיבה מקלה** המורידה את מעשה הרצח לרמה של הריגה. לפיכך, ניתן לדרוש מבחן אובייקטיבי אם הוא נסיבה מקלה.

בישראל – הקנטור אינו נסיבה מקלה, אלא שהעד **קנטור** הוא חלק מן היסודות של כוונה תחילה בסעיף 301.

במילים אחרות, לפי לשון החוק: אם ישנו קנטור, האדם אינו יכול לשקול ולהבין את תוצאות מעשיו, ואזי לא מתקיימת כוונה תחילה.

האם הפסיקה אכן מדברת על כך שמעמד הקנטור בדין הישראלי שונה ממעמדו בדין האנגלי? התשובה לכך שלילית. האקדמיה לעומת זאת, קרמניצר ופלר, עומדת על ההבחנה רבות – הם שואלים כיצד ניתן לדרוש מבחן אובייקטיבי כאשר מדובר ביסוד הנפשי של הנאשם? אך ברור שהפסיקה הישראלית לא הולכת על פי דעת המלומדים, אלא עפ"י המשפט האנגלי הקובע מבחן אובייקטיבי ומבחן סובייקטיבי.

אם קנטור הוא בבחינת נסיבה מקלה כמו בדין האנגלי, הרי הדרישה למבחן אובייקטיבי ברורה. אך כאשר דרישת הסבירות מוכנסת לתוך היסוד הנפשי הנדרש מן המבצע, הדרישה אינו מובנת כל כך.

### **כיצד נכנס המבחן האובייקטיבי?**

בע.פ. 46/54 היועמ"ש נ' **חיים סגל** היה נכון לבוא ולומר שלא התקיים קנטור, חד וחלק<sup>4</sup>. אך ביהמ"ש בחר דוקא בדוגמא לא טובה זו לצורך יצירת שני מושגים – קנטור סובייקטיבי, וקנטור אובייקטיבי. **השופט זילברג**, בדעת מיעוט בעליון והשופט **ויתקון** שכתב את דעת הרוב בביהמ"ש המחוזי קבעו שהתקיים קנטור סובייקטיבי – שניהם שופטים אירופאים הנותנים דגש ליסוד הכוונה תחילה ולשון החוק המפורשת. השופטים האחרים שקבעו שיש צורך גם בקנטור אובייקטיבי, עושים זאת באמצעות סעיף 4 לפח"פ אשר כביכול "חייב" אותם לפרש את החוק לפי הדין הנוהג באנגליה.

זילברג מודה בפרשה זו כי המבחן הסובייקטיבי הוא מבחן קשה מאד, וכי המבחן האובייקטיבי הוא "קל" יותר מכיוון שהוא מבחן של אדם סביר.

הקנטור בדין האנגלי פוגע בעצם ביכולת הריסון העצמית של המבצע – כלומר, האדם מתקשה יותר לשלוט בעצמו ולכן זוהי נסיבה מקלה. בארץ, לפי סעיף 301 הקנטור מביא אדם למצב שהוא לא יכול לשקול ולהבין – כלומר אין הוא פוגע ביכולת הריסון של האדם אלא ביכולת האינטלקטואלית.

### **נסיון להקל:**

**ע.פ. 553/77 – ג'וזף אברהים תומה נגד מדינת ישראל:**

העובדות:

המעורר התגורר בכפר יסיף בבית בן קומה אחת שבחזיתו חלקת אדמה שהוא טען לבעלות עליה. תושבי הכפר ובתוכם המנוח טענו לזכות מעבר דרך אותה חלקה וניתן צו זמני ע"י בימ"ש שאסר על המעורר סגירת הדרך עד ליום 30.9.76. משתמה תקופת הצו הזמני, ביום 1.10.76, חסם המעורר את הדרך בסלע ובאותו יום פרצה קטטה בין המעורר לבין תושבי הכפר שידו אבנים לבית המעורר, היו חילופי קללות בין המעורר לבין המנוח והמשטרה השליטה

<sup>4</sup> מדובר באדם שהתארכס עם נערה בת 18 למשך כשנה וחצי. מערכת היחסים שלהם ידעה יותר מורדות מאשר עליות, עד אשר יום אחד אמרה לו שהיא מתכוונת לצאת עם חברים ואסף אותה בחור שלא הכיר. שעות ספורות אחרי כן שהתעמת איתה על העניין – אמרה לו שאינה מתכוונת להנשא לו עכשיו שהיא יודעת 'איך לעשות חיים'

סדר במקום ע"י הסכם ביניים לפתיחת הדרך. בבוקרו של יום 2.10.76 הבחין המערער במנוח שהתקרב במכונית ונעצר מול החלון הפתוח של דירתו. לפי גירסת המערער, שנתקבלה בהיעדר גירסה אחרת, הצביע המנוח בתנועה מגונה אל עבר המערער באומרו לו שהוא ימות. המערער הציע לו להסתלק והמנוח המשיך להתגרות בו. המנוח אמר שהכין אנשים שישרפו את ביתו וירצחו אותו ואשתו תהיה ליצאנית בתל אביב. מיד לאחר מכן נורתה יריה מרובה ציד שבידי המערער וגרמה למותו של המנוח. ביהמ"ש המחוזי הרשיע את המערער ברצח. בערעור סבר השופט לז'ין כי הוכחו כל היסודות הדרושים לעבירת הרצח ואילו שופטי הרוב, גב' בן פורת ועציוני, סברו כי לא הוכחה מעבר לספק סביר ההחלטה להרוג ובנסיבות העניין אין לסמוך על החזקה שהמערער התכוון לתוצאות של מעשהו.

השופטת בן-פורת (דעת הרוב):

- אין ספק שהיתה במקרה דנא "הכנה" בהתאם להלכה הקיימת וכן הוכח היעדר קניסור, אך לא הוכח מעבר לכל ספק סביר כי בשעת מעשה היתה למערער כוונת קטילה.
- לענין ההכנה – לפי ההלכה אין שיעור זמן מסויים להכנה והיא יכולה להיות מניה וביה ואפילו תוך הזמן הקצר ביותר. הלכה זו היא כה מושרשת שמן הראוי לא להרהר אחריה, אלא כאשר זו תהיה השאלה המרכזית העשויה להכריע את גורלו של המקרה העומד לדיון. מאחר ובענינו לא הוכחה "החלטה להרוג" אין מקום לבחון כאן מחדש את שאלת "ההכנה" ועל פי הפסיקה הקיימת דין הטענה שלא היתה הכנה להידחות.
- אשר להחלטה להרוג – עובר ליריה הרגז המנוח את המערער וההרגזה עמדה במבחן הסובייקטיבי של הקניסור. המערער איבד את קור רוחו ובאותו רגע לא היה לו אותו ישוב הדעת הנדרש כיסוד להחלטה להרוג, ואין כל יסוד בחומר הראיות לקבוע שהחלטה כזו התגבשה אצלו קודם לכן. בקנה הרובה היו שני כדורים ונורתה יריה אחת ואם כי מדובר באיש מאומן בקליעה, הרי במצב של התרגשות ואובדן עשתונות שהמערער היה נתון בהם, ושעשויים היו להקטין את סיכויי הקליעה, סביר שהיה משתמש גם בכדור השני אילו רצה במותו של המנוח. בכל אמירותיו של המערער אחרי המעשה אין כל בסיס לממצא שהיה לא רק ער לאפשרות שהיריה תגרום למוות אלא ששם לו את מותו של המנוח למטרה. ההכנה התבטאה רק בנטילת הרובה והכוונתו לעבר הרכב שבו ישב המנוח, ואם כי פעולות פזיות אלה מספיקות כדי להוות את יסוד "ההכנה", אין בהן, על רקע שאר הנסיבות, כדי להצדיק את המסקנה שהמערער החליט בישוב הדעת לגרום למותו של המנוח.
- על יסוד האמור לעיל המיר ביהמ"ש העליון את ההרשעה ברצח להרשעה בהריגה. באשר לעונש ציין ביהמ"ש את הנסיבות הנ"ל וכן שעד המקרה הנוכחי התנהג המערער ללא דופי ואין דינו של המערער כדין עבריינים למיניהם המוכנים לקטול אדם בנפש חפצה. כאן קדמה למקרה ההריגה פרובוקציה חמורה מצד הקרבן. גם השופט לז'ין בפסק דינו, שבו הרשיע את המערער ברצח, אמר שאילו ניתן היה לפי החוק להטיל במקרה של רצח עונש נוסף פחות ממאסר עולם היה מקל עם הנאשם. לאור כל הנ"ל הוטל על המערער עונש של 7 שנות מאסר.

**השופטת בן-פורת בפרשת תומא** קבעה כי לא התקיים במקרה שהיא דנה בו קניסור אובייקטיבי אלא קניסור סובייקטיבי בלבד, אך למרות זאת, היא אומרת, לא ניתן להרשיע הנאשם ברצח בכוונה תחילה מכיוון שהוא לא יכול היה לחשוב ולהבין את תוצאות המעשה שלו, הקניסור הסובייקטיבי פגע בקור רוחו ופגם בהחלטתו להרוג.

הפסיקה שאחרי בן-פורת בפרשה זו, דחתה את גישתה מכל וכל.



**השופט גולדברג בפרשת רבינוביץ'** ניסה לערוך הבחנה בין מקרים בהם לא התקיים קנטור אובייקטיבי, אך התקיים קנטור סובייקטיבי חזק ביותר שפגם ביכולתו של הנאשם להבין את תוצאות מעשהו. אך הוא מותיר על כנו את הצורך במבחן אובייקטיבי. הפסיקה שאחריו גם כן דחתה מכל וכל את הבחנתו והותירה את ההכרח בקיום של שני המבחנים לצורך הכרה בקנטור.

**השופט ברק בפרשת אזואלס** חוזר לשיטת **בן-פורת בתומא** ומציין שניתן לחשוב על שיטתה ואולי לקבלה בעתיד. הוא תוהה האם ישנו מקום לשנות את גישת ביהמ"ש בכל הקשור לקנטור אובייקטיבי.

### **מבחן אובייקטיבי למבחן נורמטיבי-ערכי:**

גישת הפסיקה תופסת תפנית קשה יותר בפסקי דין נוספים כדוגמת **ע.פ. 686/80 סימן-טוב נ' מ"י השופט שמגר** מכניס לתוך המבחן האובייקטיבי – האדם הסביר – ערכים נורמטיביים, ערכים של "רצוי". אחרי כן, **ע.פ. 411/87 מ"י נ' גנדי**<sup>5</sup> אומר **שמגר** שיש לצרף למבחן האובייקטיבי נורמות התנהגות של חברת בת תרבות, ומוסיף שהמדובר "תשלובת של בין הרצוי והמצוי".

**ד"ר קנאי:** פרשנות זו, לכאורה אינה מסתדרת עם סעיף 301. סעיף 301 קובע שבמקרים אלה האדם אכן הרג, אך לא רצח. **השופט ברק בפרשת אזואלס**, מנסה לשוב למבחן האובייקטיבי ללא כל זיקה נורמטיבית וסוגיות של "רצוי" וזורק לחלל העולם את האפשרות שאולי יש מקום לוותר על המבחן האובייקטיבי (אם כי לא במקרה שנמצא לפניו). פסקי דין מאוחרים **לאזואלס** שוללים גישה זו מכל וכל, אך הם משתדלים שלא להכניס למבחן האובייקטיבי ערכים נורמטיביים.

**בפרשת אזואלס, השופט ברק** הולך נגד גישתו המבוססת של השופט שמגר וקובע שהמבחן האובייקטיבי התממש, תוך שהוא משתמש במונחים כגון "הישראלי המצוי". החלטתו זו אינה פשוטה כלל ועיקר, והיא ספגה ביקורת קשה מאד. המסר שהובן מתוך קביעתו היא שאם אישה נוהגת כך וכך – דמה הפקר.

**ד"ר קנאי:** זה בעייתי ביותר, מכיוון שאילו השופט ברק היה קובע שהמבחן הסובייקטיבי התקיים, המסר היה הרבה פחות מרחיק לכת, אך קביעה לפיה המבחן האובייקטיבי התקיים שולחת מסר חזק הרבה יותר, מסר לפיו בנסיבות אלה המשפט מכיר בכך שקשה לאדם לכבש את זעמו.

<sup>5</sup> "המבחן האובייקטיבי אינו תולדה של ממוצעים אמפיריים של חתך האוכלוסייה בתקופה נתונה, ובוודאי שלא של חלקי אוכלוסייה או קבוצות בני אדם בעלי תכונות ייחודיות מבחינת החינוך, המוצא או האופי. המדובר באמת מידה תיאורטית הנוצרת ע"י ביהמ"ש על יסוד מעין תשלובת של הרצוי והמצוי. אין יוצרים מבחן אובייקטיבי על יסוד איסוף המידע על רמת ההתנהגות המקובלת בקבוצה או חבורה זו או אחרת, אלא לפי מבנה תיאורטי שביהמ"ש מעצב בצורת דמות שהיא, אמנם פיקטיבית, אך גם אנושית, היינו זוהי דמות שעלולה גם להכשל בהתמודדותה עם מצב נתון. כמוכן שהדמות היא זו של תקופה נתונה ולא זו של דורות שחלפו, אך אין פירושו של דבר שביהמ"ש, ביצרו דמות זו, חייב לקבל כהכרח בל יגונה את ממוצעי ההתנהגות ואורחותיהן הנלוות בתקופה נתונה של קבוצות מסויימות או בעלי מוצא או מזג מסויימים, וכי אינו רשאי לכלול לתוך התכונות של יצורי רוחו, יסודות של נורמה תרבותית רצויה".

בעיה נוספת שיש לבחון היא האם אנשים מתקנטרים באופן שונה זה מזה:

### קינטור בחברה רב-תרבותית

פמניסטים יאמרו שהקנטור בנוי לפי משפט של גברים הלוקחים בחשבון את זעמם בהנתן מצב בו נשותיהם תסרורנה. הראיה שלהם לכך היא שנשים הקוטלות את בעליהם המתעללים והמכים שלא במצב של הגנה עצמית – אינן זוכות לכל הגנה.

שאלת ההתחשבות בתרבות, בקביעת התקיימותו של קנטור, עולה כמעט בכל מדינה ומדינה. חלק מן הפסיקה בעולם מוכן להכיר ברקע תרבותי כמשהו שמשפיע על הגנת הקנטור, לאורך תקופה ארוכה, ללא קשר לשאלת קליטתו של ה"זר" בתרבות בה הוא מנסה להיטמע. פסיקה אחרת תוחמת את מסגרת הזמן לשם הכרה בקינטור על רקע תרבותי. וכמובן, ישנה פסיקה שלא מכירה ברב תרבותיות כלל.

השאלה, כמו תמיד, היכן עובר הקו האדום אם בכלל?

**בע.פ. 3352/94 קטיש נ' מ"י** (חודשיים לאחר אזואלס) דובר על ערבי הרג את אימו ובעלה, לאחר שזו פגעה בכבוד המשפחה ונישאה לגבר אחר. הנאשם לא טען לקינטור, אך ביקש שיתחשבו ברקע התרבותי שלו. טענתו נדחת מכל וכל ע"י **השופט חשין**, בין היתר מתוך חשש שיצא מבית המשפט מסר חזק כמו של **השופט ברק** (אך בכ"ז גזרו עליו רק 8 שנות מאסר).

בפ"ד **Masciantonio** [אוסטרליה] דובר על איטלקי שהרג את בעלה של ביתו. פסק-הדין מעלה חזק מאד את הטענה שאולי האוסטרלי המצוי לא היה מתקנטר בנסיבות הנ"ל, אך איטלקי כן. ביהמ"ש מקבל את הטענה הזו, וקובע שהוא מוכן להתחשב בתרבות רק בשביל למדוד את עוצמת הפגיעה בנאשם (עוצמת הקינטור), אך ביהמ"ש לא מוכן להתחשב ברקע התרבותי כדי לבחון עד כמה יכול היה הנאשם לרסן עצמו. כך שמקום בו אוסטרלי סביר לא היה מתקנטר ואיטלקי כן – מתחשבים בזאת, אך מקום בו אוסטרלי היה מרסן עצמו על אף מה שהתרחש, ואיטלקי לא היה מרסן עצמו – לא מתחשבים בזה.

ניכר שהתרבות היא מקרה פרטי בתוך השאלה הגדולה יותר – עד כמה מתחשבים בתכונות אישיות של הנאשם כשבוחנים האם התקנטר אם לאו? המצב בארץ, הוא מצב מיוחד מאד ביחס לעולם, מכיוון שהקנטור אצלינו נבחן אובייקטיבית ללא יצירת הבחנות בין קבוצות שונות או התח (**ד"ר קנאי**: למרות שההלכה האנגלית הנחתה את שופטי ביהמ"ש העליון, אנו נראה בהמשך שהמשפט האנגלי דוקא כן לוקח בחשבון תכונות אישיות מסויימות) וביהמ"ש העליון הישראלי אינו מאמץ גישה חדשנית זו.

**ע.פ. 6580/96 צ'קולה נ' מדינת-ישראל:**

עובדות:

חבט בראשה של אישתו עם גרזן וקטל אותה. טען שהיא נטלה את הגרזן, והוא חטף אותו מידיה. בא-כוחו טוען כי לא היתה "הכנה" וכן היה "קינטור" – בכך שהיא קיללה אותו וחשפה בפניו רומן מתמשך שהיה לה עם גבר זר (הביא מומחה לביהמ"ש שיעיד שדמם של גברים אתיופים חם מאד).

הקינטור שבחוק, מחייב שתהיה "התגרות בתכופ למעשה". האשה, עמדה בקשר זמן ניכר עם אותו חבר לפני יום ההמתה, ועל-כן אין לדבר על התגרות, כביכול, שהיתה "בתכופ למעשה". יהודי אשר עלה מאתיופיה והוא בישראל, ישראלי הוא לכל דבר ועניין, והשאלה אם קונטר, אם לאו, שאלה של נסיבות העניין היא. אותו "מומחה" שהופיע לפני ביהמ"ש לא היה נוכח במעשה הקטילה ועדות על אופיו של "אתיופי מצוי" אין בה ולא כלום כל עוד אין היא מסיבה עצמה על האדם העומד לפני ביהמ"ש לדין.

כפי שאנו רואים, **השופט חשין** פותח פתח זעיר בכך שהוא אומר שאולי הוא היה מוכן להתחשב בתכונותיו של הנאשם עצמו, ולא שיביאו לו טיעונים לגבי העדה אליה הנאשם משתייך.

בפ"ד **Campline** דובר על ילד בן 15 שקטל אדם שהתעלל בו מינית תקופה. ביהמ"ש האנגלי מבקש לבחון את שאלת הקנטור לאור אדם סביר בן 15. זהו המקרה הראשון בו הפסיקה האנגלית הסכימה לסטות מן המבחן האובייקטיבי המוחלט, ולהתחשב בתכונות אישיות של הנאשם.

בפ"ד **Newell** דובר על שיכור כרוני שהעליבו אותו לגבי בחורה שעזבה אותו, וביהמ"ש האנגלי לא היה מוכן להתחשב בשכרות שלו, או בדכאון שלו, והרשיע אותו ברצח. ביהמ"ש החל לבחון את קו הגבול בפרשה זו, וניסה לתת מענה לשאלה באיזה תכונות ניתן להתחשב ואיזה לא (למשל: נקבע כי מי שאומר לאדם שחור "כושי מזוהם" – אותו אדם מתרגז מהר יותר).

ואכן המשפט האנגלי עד שנת 2000 החל מתחשב בתכונות מיוחדות לעניין שאלת הקינטור, אך לא היה מוכן להתחשב בתכונות אישיות לצורך שאלת יכולת הריסון (כמו המשפט האוסטרלי)<sup>6</sup>.

החוק הניו-זילנדי (עמוד 32) גם כן קובע **בסעיף 169** לקוד הפלילי שלו, שאין הוא מוכן להתחשב בתכונות אישיות בשאלת יכולתו של האדם לרסן את עצמו.

בפ"ד **Smith** משנת 2001, בית הלורדים האנגלי קבע שאין לעשות יותר את ההבחנה בין עוצמת הקינטור לבין יכולת הריסון. למעשה, פ"ד זה פותח לחלוטין את ההתחשבות בתכונות אישיות. בית הלורדים קובע שהמבחן האובייקטיבי נבחן עפ"י התכונות האישיות של הנאשם (מלבד שיכרות).

בשנת 2003 ניתן פסק-דין נוסף באנגליה – **R v. Weller**, שם דובר על גבר שרצח את חברתו לחיים אחרי שהיא הודיעה לו שהיא לא מעוניינת יותר להיות איתו. הוכח כי הוא בעל תכונות של רגזנות, קנאות ורכושנות. טענת התביעה היתה שתכונות שכאלה – בהן אסור להתחשב. ביהמ"ש דוחה את טענת התביעה, ובעקבות פרשת **Smith**, נקבע שכל התכונות (הן לעניין עוצמת הקינטור, והן לעניין יכולת הריסון) צריך להביא אותן בפני המושבעים. ביהמ"ש האנגלי מדגיש שאין חובה לעשות שימוש במושג "האדם הסביר" אלא שניתן להדריך את המושבעים לבחון את הראיות שבפניהם לפי מושגים חברתיים – כיצד הם מצפים מאדם שיתנהג ומה החברה מוכנה לקבל.

<sup>6</sup> חשוב לציין שהחוק האנגלי גופו אינו מבחין בין שאלת עוצמת הקינטור לשאלת יכולת הריסון.

**סעיף 210.3** למודל הפלילי (עמוד 33) קובע מבחן מעורב למוסד הקינטור (אובייקטיבי בהתחשב בתכונות אישיות), ומערבב שני אלמנטים יחד – קינטור ואחריות מופחתת. בקריאה ראשונה ניכר שהמילה *provocation* אינה מופיעה בסעיף, ולכן עולה השאלה האם קינטור כלל שולל הרשעה בעבירת הרצח? התשובה לכך היא שהמודל הפלילי אינו רוצה לייבא את כל ההלכות הישנות של המשפט המקובל. במקום זאת, דן הסעיף ב"הפרעה נפשית חמורה", היכולה להגרם כתוצאה מלחצים פנימיים (ערעור נפשי), אך היא יכולה לבוא גם כתוצאה מקינטור או התגרות חיצוניים. הסעיף אינו מפריד בין אנשים נורמאליים לבין אנשים שיש להם הפרעה נפשית מסויימת.

עפ"י הסעיף, אותה הפרעה נפשית צריכה להיות מוסברת או מתורצת באופן סביר – *for which there is a reasonable explanation or excuse*. מלבד סבירות הסיבה, קובע הסעיף שיש לקבוע את הסבירות הזו מנקודת המבט של המבצע – *determined from the viewpoint of a person in the actor's situation*. השאלה היא האם במסגרת נקודת מבט זו יש לקחת בחשבון גם תכונות אישיות של המבצע? אין לכך תשובה ברורה, ואם נבחן את הפסיקה של מדינות שאימצו את הסעיף (כדוגמת: ניו-יורק), נראה שלעיתים לוקחים תכונות אלה בחשבון ולעיתים לא. מה שבטוח, לא לוקחים בחשבון תכונות של שכרות. בסופו של דבר, השאלה היא האם אבדן הריסון של המבצע – יוצר או לא יוצר סימפטיה אצל המושבעים.

נראה כי יש דמיון בין השאלה שהפסיקה האנגלית החדשה מציגה ב**פרשת Weller**, ובין היישום של סעיף 210.3 במדינות שקיבלו אותו והשאלה שהוא מציג בפני חבר המושבעים. ההתמקדות היא בשאלה של הסיבות לכעס של המבצע ואשר הובילו אותו למצב הקיצוני – האם עילות אלו ניתנות להבנה? האם הן מצדיקות את המצב הנפשי הקשה שבו המבצע היה נתון? מה החברה מוכנה לקבל ומה לא?

ההבחנה הידועה, במסגרת הסייגים לאחריות הפלילית, בין הצדק לפטור – מעניינת גם במישור של מוסד הקינטור. האם קינטור הוא פטור או הצדק? אם נסתכל על מוסד הקינטור באמצעות שאלה זו, אנו בעצם חוזרים לשאלה המועלית כיום באנגליה ובקוד הפלילי – האם בנסיבות כאלה או אחרות מוכנה החברה להכיר בקינטור כהגנה?

#### **ע.פ. 2534/93 מליסה נ' מ"י:**

עובדות:

אתיופי שנפרד מזוגתו. האישה קיבלה משמורת על הילדה. במסגרת אחד הביקורים דקר אותה 32 פעמים באולר והיא נפטרה לאחר מכן. טוען שהאישה אמרה לו שתפסיק את ביקוריו הסדירים, ובנוסף שהיה בנמצא גבר אתיופי נוסף שבא בינו לבניה במהלך הויכוח וניסה לתקוף אותו. הנאשם נטל ממנו הסכין ובאקט של הגנה עצמית מפני התנפלות האישה – דקר אותה.

החלטה:

יתכן והיה קינטור, אך המעשה מקיים אך ורק את מבחן הקינטור הסובייקטיבי. "הועלתה בעבר המשאלה לעיין בהלכה תוך צמצום המבחן האובייקטיבי או אף ביטולו, אך במסגרת החקיקה הקיימת אין זה ראוי לסטות מן ההלכה המושרשת המחייבת את העמדתו של הקינטור גם במבחן האובייקטיבי".

עובדות: קטטה בכפר ערבי, המערער שיסף את גרונו של המנוח בזמן שניסו להפריד ביניהם, וזאת במהלך מריבה ארוכה שכללה גידופים, דחיפות ומהלומות בין הצדדים.

החלטה: "המבחן האובייקטיבי אינו מאפשר לסווג את הקינטור על פי מגזרים מסויימים של האוכלוסיה, או על פי רגישות למנהגי עדות, כגון פגיעה בכבודה של האשה. בדומה לכך אין המערער יכול לסמוך על הקטטה והתקיפה עובר לאירוע הקטלני".

## **הקלה בעונש : סעיף 300א**

### **כיצד נוצר סעיף 300א?**

כפי שראינו, ביהמ"ש העליון הישראלי נגרר עם השנים לפרשנות טכנית ביותר למונח "כוונה תחילה". כמעט כל מקרה נכנס למסגרת התחום של רצח. מצד שני, במשך כל השנים – הסייג של שפיות הדעת (סעיף 34 חכ) פורש בצמצום.

תוצאה של סעיף רצח רחב ביותר וסייג אי-שפיות צר, היא שישנם אנשים רבים שהם לא בלתי-שפויים ויש להם אחריות פלילית עפ"י החקיקה והפסיקה – והם נמצאים אשמים ברצח למרות שהם מעורערים בנפשם.

שופטי ביהמ"ש העליון הרגישו לא שלמים עם התוצאה הזו, ו"ביקשו" מן המחוקק שיחוקק סעיף של אחריות מופחתת. תיקון 39 לחוק העונשין לא שינה בנושא הזה דבר, מכיוון שהוא לא שינה דבר מסעיף 301, והשינוי המינורי בסעיף 34 חכ היה זניח (הכנסת אלמנט הדחף לאו בר כיבוש).

או אז קרה דבר נוסף, נשיא המדינה סרב לקחת על עצמו את האחריות שבמתן חנינה לאסירים שהורשעו ברצח. המחוקק נזעק וחוקק את סעיף 35א הקובע שמותר להקל בעונש חובה אם העבירה נעברה בנסיבות מקלות מיוחדות שיופרשו בגזר-הדין. בכך, נתנו לביהמ"ש אפשרות להקל עם נאשמים שדעתו לא נוחה עם הטלת עונש חובה עליהם. דעתה של הפרקליטות לא היתה נוחה עם סעיף 35א.

בתיקון 44 הוכנס סעיף 300א לחוק העונשין. חשוב לציין שהצעת התיקון לחוק העונשין (עמוד 36) לא עשה שימוש במונח "עונש מופחת", אלא "אחריות מופחתת".

*מדוע בסופו של דבר נפל הרעיון של אחריות מופחתת, ובמקומו בא עונש מופחת?*

יש להניח שדעתם של חברי הכנסת לא היתה נוחה עם מתן לגיטימציה לנסיבות מסויימות של קטל שיראו אותן כהריגה ולא כרצח.

*האם יש לכך משמעות מעשית?*

נראה שכן. בהיבט הסגיטמה שדובקת במבצע.

*האם ניתן במקרים של 300א להטיל מאסר עולם בכל זאת?*

אילו היה מדובר ב"אחריות מופחתת", הרי שאי אפשר היה לתת לנאשם מאסר בלתי קצוב. אך מכיוון שמדובר בתנאים ל"עונש מופחת", נראה שאין עם כך בעיה – שכן ההרשעה עדיין תהא ברצח!

## סעיף 300א בקריאה ראשונה

בקריאה ראשונה של הסעיף, עולות כמה שאלות:

- האם ביהמ"ש רשאי שלא לתת עונש מופחת בנסיבות הסעיף?
- על מי נטל ההוכחה להתקיימות או אי-התקיימות התנאים בסעיף 300א?
- אילו נתונים ניתן לקחת בחשבון לשם קביעה שהתקיימו נסיבות הסעיף?
- האם הסעיף חל למפרע?

### רטוראקטיביות:

על השאלת הרטוראקטיביות ניתן לענות מיד – הסעיף חל למפרע מכיוון שהוא מקל עם הנאשם. זאת כמובן אם לא ניתן פסק-דין חלוט בעניין. אך השאלה היא האם לאחר מתן פסק-דין חלוט והטלת עונש, עדיין ניתן לעשות שימוש בסעיף 5(ב) ולקצר את העונש של המורשע? התשובה לכך, שלילית.

### נטל ההוכחה:

נטל ההוכחה מוטל על הנאשם, מכיוון שהוא כבר הורשע בעבירה וזהו שלב הטיעונים לעונש, ולא שאלת אחריותו (ראו **פרשת שמן**). זאת למרות שבביהמ"ש המחוזי היו שופטים שסברו אחרת. כמו כן היו מקרים נוספים בהם הועלתה טענה שלאור חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו יש להטיל את הנטל על התביעה (כך גם סבור השופט דן ביין במאמר שכתב).

### הטלת מאסר עולם:

לכאורה, לשון הסעיף נוקטת במילה "ניתן", ולפיכך מוותר לביהמ"ש להשית על המורשע מאסר עולם על אף התקיימות תנאי סעיף 300א המאפשרים לו להטיל עונש מופחת. אך השאלה אינה פשוטה כלל ועיקר. גדר הספקות הוא **סעיף 41** לחוק העונשין הקובע שאם אין עונש חובה, אזי לא ניתן להשית עונש מאסר העולה על 20 שנה. על כך כתב **פרופ' פלר** שברגע שחוקק סעיף 300א, אזי מאסר עולם אינו עונש חובה למעשה שבוצע בנסיבות הסעיף, ולפיכך אין להשית בגין עבירה זו יותר מ-20 שנה. ביהמ"ש דחה את טענתו של פלר (ראה **פרשת מליסה**), בטענה שהעונש על עבירת הרצח הוא עדיין מאסר עולם חובה, וכי סעיף 300א הוא חריג המאפשר להקל, ולא משהו שורשי יותר.

## הפרעה נפשית – סעיף 300א(א)

סעיף 300א(א) הוא התנאי שנעשה בו השימוש הרב ביותר במסגרת מוסד העונש המופחת כלפי אנשים בעלי הפרעה נפשית חמורה, שאינם חולי נפש לפי סעיף 34ח. ביהמ"ש מפעיל בעניינם שיקול דעת למרות שהם מורשעים ברצח ופוסק להם עונש נמוך ממאסר עולם.

התנאים לקיומו של הסעיף:

1. הפרעה נפשית חמורה – מקרים רבים נופלים כבר בתנאי זה, ראה פרשות שקולניק ופופר.
2. הגבלה ניכרת של היכולת.
3. קשר סיבתי בין ההפרעה למעשה ("בשל").

ביהמ"ש מדגיש את שלושת התנאים חזור ונשנה בפסקי הדין שלו, ונותן לכל אחד מהם משמעות מלאה. התנאים האלה כמעט מקבילים לחלוטין לתנאים של הסייג בסעיף 34ח, אך נבדלים בהיבט אחד ברור – **העוצמה**. הקבלה זו יכולה לסייע לנו פעמים רבות לפרש את סעיף 34ח (על דרך השלילה).

בהנתן תנאים אלו, קיים שיקול דעת לביהמ"ש להקל בעונשו של המורשע. אך לפני כן, עלינו לבחון את תתי התנאים.

**בפרשת מליסה** הבחין ביהמ"ש בין מחלת נפש "זמנית" ובין "מזדמנת". הראשונה, מחלת נפשית "זמנית" היא כזו שלא קיימת לפני המעשה או אחריו, אלא במהלכו. השניה, מחלת נפש "מזדמנת" היא מחלת נפש שנזדמנה מתוך הגירוי או נסיבות המעשה. השאלה שעלתה היא האם מחלה נפשית זמנית או מזדמנת יכולה להכנס לתוך סעיף 300א(א)?

■ **השופט קדמי** סבר שהסעיף כולו דן בסיטואציה סובייקטיבית, כך שמחלות נפשיות "זמניות" או "מזדמנות" יכולות לבוא בתוכו. הוא הדגיש שאף אם ימצא שהתקיימו תנאי הסעיף, ביהמ"ש אינו חייב להקל בעונשו של המורשע.

■ **השופט מצא** חולק על דעתו של קדמי ואומר שאם ביהמ"ש יכיר במחלה נפשית "מזדמנת", הרי שזו בעצם עקיפה של מבחן הקינטור האובייקטיבי.

*המחלוקת, ניתן לומר, טרם הוכרעה.*

#### נסיבות הביצוע – שיקול הדעת השיפוטי:

על אף התקיימות אחד מתנאי סעיף 300א, הרי שלמדנו קודם לכן שהסעיף מקנה לביהמ"ש שיקול דעת להפחית את עונשו של המורשע, אך אינו מחייב אותו. אין בכך די, שכן על המורשע לשכנע את ביהמ"ש שאכן ראוי להפחית בעונשו. השאלה שמתעוררת מתוך כך היא מהו אותו שיקול דעת שיפוטי ומה יש לקחת בחשבון במסגרת זו?

אין פסיקה חד-משמעית של ביהמ"ש העליון בשאלה זו.

ניתן אולי להסיק מסקנות בעניין מתוך **ע.פ. 4419/95 שחר חדד נ' מ"י**. בפרשת זו דובר על אדם שהרג את אביו שהתעלל בו ובבני משפחתו. פרשה זו אינה מקרה של עונש מופחת מכח סעיף 300א, אלא שחדד הועמד לדין והורשע מלכתחילה בהריגה (הפרקליטות לא רצתה 'לכבול' את ידיו של ביהמ"ש לעונש מאסר עולם חובה, כפי שהיה דאז). **השופט גולדברג** פורש את משנתו (בדעת מיעוט) בעניין מערכת השיקולים בבואו לקבוע את עונשו של הנאשם. גולדברג מבקש לעשות שימוש בעקרונות הענישה הרגילים, ובמקרה של חדד: גמול והרתעה. אך הוא מסייג את דבריו ואומר שהחברה אכן מגנה את מעשיו של חדד, אך לא לגמרי – מכיוון שהיה נתון לאלימות משפחתית. כמו כן, שיקול ההרתעה גם כן אינו מיושם לחלוטין, בהתחשב בנסיבות של חדד. בסופו של דבר הטיל עליו ביהמ"ש 7 שנות מאסר.

**ע.פ. 6066/94 אבי חסן נ' מ"י** דובר על קטין שהיה מרחק יום אחד מגיל 18. הוא רצח אדם שניסה לבוא איתו במגע מיני. לא היתה חובה לתת לו מאסר עולם, מכח חוק הנוער. ולכן, התעוררה שאלה איזה עונש

להשית עליו: **השופט דורנר** מפרטת את שיקוליה ואומרת: נכון, היא אינה חייבת להקל בעונשו של אבו-חסן אלא שזה נתון לשיקול דעתה, אבל הנחת המוצא תהיה שהיא כן מקלה בעונש ויש לשכנע את ביהמ"ש שיש סיבה מספקת כן להחמיר בעונשו של המורשע.

נימוקיה של דורנר הם שלושה, כאשר מתוכם אחד מעניין במיוחד. היא אומרת: לאור חוק יסוד כבוד האדם וחירותו, מאסר עולם חובה פוגע בכבוד האדם (להדגיש: סעיף 300א נחקק אחרי חוק היסוד, אך סעיף 25 לחוק הנוער נחקק לפניו). **סעיף 11** לחוק היסוד קובע שכל רשויות המדינה יכבדו את מטרת החוק, וכך גם כשביהמ"ש צריך למנוע ככל האפשר את הפגיעה בכבוד האדם. משמע – צריך סיבה טובה כדי לתת למורשע מאסר עולם בלתי קצוב. חשוב להדגיש ששאר חברי המוטב השאירו זאת בצריך-עיון. ד"ר קנאי: הדיון בשאלה האם עונש מאסר עולם בלתי קצוב פוגע בכבוד האדם היתה רלוונטית כאשר הנשיא הוא היה זה שחנן או קצב את עונשם של אסירי עולם, והם היו נעדרי "זכות משפטית" לבקש את קציבת עונשם. כיום המצב מעט שונה, לאור קיומן של ועדות השחרור המתכנסות לאור בקשות האסירים, וממליצים לנשיא לקצוב העונש או לא. האם ניתן עדיין לומר שהאסירים הם נעדרי זכות משפטית? אין לכך תשובה ברורה. אך תשובה לשאלה זו תקל עלינו לקבל או לדחות את דעתה של דורנר.

### **התעללות מצד בן משפחה – סעיף 300א(ג)**

פרשות **חדד** ו-**כרמלה בוחבוט** רלוונטיות במקרה זה.

### **חריגה ממתחם הסבירות – סעיף 300א(ב)**

סייגי האילוף וההגנה העצמית מחייבים את המבצע לפעול במתחם של סבירות (למשל: הפסקת האגרופים כאשר הסכנה מנוטרלת כבר). חריגה מועטה ממתחם הסבירות שוללים את קיומו של הסייג. יסודות עבירת הרצח עשויים להתקיים במקרים אלה, ולכאורה דינו של מורשע מאסר עולם למרות שפעל מתוך אילוף או הגנה עצמית. סעיף 300א(ב), אם כן, מאפשר לביהמ"ש להקל בעונשו של מי שחרג ממתחם הסבירות.

ד"ר קנאי: אינה נוחה עם הסעיף הנ"ל, שכן היא סבורה שמי שחרג ממתחם הסבירות אכן ביצע מעשה שלילי אך אין זה מוצדק להדביק לו סטיגמה של רוצח. החוק מתיר להקל בעונש רק לגבי חריגה מן הסבירות ולא לגבי חריגה מיתר תנאי סייגי האילוף או ההגנה העצמית.

## **סעיף 303 : המתת תינוק**

### **רקע**

שתי סיבות עמדו בבסיסו של סעיף זה עוד מראשית ימיו:

1. ישנו מספר רב של מקרים של קטילת תינוקות ע"י אימם לאחר הלידה, ולפיכך יש לתת לכך התייחסות כלשהי עלי דף.
2. ישנה תפיסה חברתית שמעשה האם הקוטלת את בנה אחרי הלידה, אינו המקרה הקלאסי של רצח, ונסיבות אלו מחייבות חמלה כלשהי.



היום, ישנן טענות רבות – בייחוד באנגליה – שאולי הסעיף אינו ראוי. הויכוח הוא בעיקר בספרות הפסיכיאטרית, ופחות בספרות המשפטית. ישנם הסבורים שהסיבה לתופעה היא נפשית, ויש כאלה שסבורים שהיא רפואית-הורמונאלית (לידה והנקה), ויש כאלו הסבורים שמדובר בלחץ סוציאקונומי המתעורר עם הבאת ולד נוסף לעולם.

שאלה נוספת המתעוררת פעמים רבות היא האם אנו כלל זקוקים לסעיף 303 כאשר קיים סעיף 300א?

### **התנאים בסעיף 303**

**סעיף קטן (א):**

- תקופה של עד 12 חודשים<sup>7</sup>.
- אם הולד היא המבצעת.
- קשר סיבתי בין הלידה/הנקה לבין המצב הנפשי של האם ולא קשר סיבתי בין מעשה הקטילה ובין המצב הנפשי המעורר – כמו בסעיף 300א.

יוצא מכך שאשה שהיא אשה לפי סעיף 303א (א) תורשע ברצח או הריגה, אך העונש שלה יהיה 5 שנות מאסר בלבד.

**סעיף קטן (ב):**

סעיף קטן זה הוא קשה להבנה. הוא דן בסיטואציה בה מעמידים אדם לרצח של ילד שלא מלאו לו 12 חודש, ומקנה לביהמ"ש סמכות לקבוע לגביו שהוא בלתי-שפוי. הסעיף אינו דן בהכרח באם הולד.

*הסעיף אינו מובן מאליו, ולשם פרשנותו נפנה להסטוריה שלו :*

### **גלגוליו של סעיף 303**

1. [Infanticide Act 1938]: בסעיף קטן (1) קובע החוק האנגלי כי האישה תואשם בפשע של "המתת ולד" ועונשה של האישה הוא כמו הריגה (Manslaughter). בארץ, אומץ הסעיף האנגלי כלשונו ב: **[פקודת החוק הפלילי 1936]** ובכך בוססה עבירה מיוחדת של המתת ולד בארץ ישראל, יחד עם עונש ההריגה.
2. **[פקודת החוק הפלילי 1936 (תיקון 1939)]**: החוק בארץ ישראל מתוקן ביחס ישיר לתיקון שנעשה באנגליה.
3. **[חוק לתיקון פקודת החוק הפלילי (תיקון 1966)]**: המחוקק הישראלי משנה את "מידות העונשין" של הפקודה, ומוסיף בסיפא של סעיף 226 (המתת ולד) עונש חדש לעבירה – 5 שנות מאסר (במקום מאסר עולם במקור). התיקון משנה את העונש בלבד ולא מוסיף או גורע מאומה ביחס ליסודות העבירה.
4. **[הצעת נוסח חדש לחוק העונשין תשל"א-1971, סעיף 160]**: המחוקק הישראלי מציע את הנוסח שלו לעבירה המיוחדת של המתת ולד.

<sup>7</sup>**קדמי**: אומר שיש צורך גם שהמוות צריך להתרחש תוך 12 חודשים; **ד"ר קנאי**: אין הגיון לתחום את המוות עם האמצעים הרפואיים שיש קיום לשם הארכת חיים.

6. [חוק העונשין תשל"ז 1977, סעיף 303]: סעיף 303(א) זהה כמעט להצעת הנוסח החדש לעיל, ולנוסח דהיום. אך סעיף 303(ב) הוא המצאה חדשה – הנוגעת לאם (להבדיל מהנוסח הנוכחי שאינו דן דוקא באם); [תיקון טעות תשל"ז 1978]: מכח סעיף 16(ח) לפקודת סדרי השלטון והמשפט ביקש המחוקק הישראלי לתקן את טעות התרגום והניסוח שלו בסעיף 303(ב) ולהחליף את מילות הסעיף כך שלא יכוון אך ורק לאם, אלא על כל אדם.
7. הנוסח העכשווי.

### **מהותו של סעיף קטן (ב)**

סעיף קטן (ב) הוא ייבוא מן החוק האנגלי. אך מה מטרתו? מה החידוש בו?  
**הכלל:** אם אישה הועמדה לדין מכח סעיף 303(א) והתקיימו כל התנאים אותם הזכרנו לעיל, אזי היא תורשע בעבירה של "המתת תינוק".  
**החידוש:** אך אם לא התקיימו כל התנאים של סעיף קטן (א), או שאכן היתה במצב של ערעור שיקול הדעת אך הוא לא נבע מחמת לידה או הנקה, אזי יהיה אפשר להרשיע אותה בעבירה של הריגה או העלמת לידה, ולא בעבירה מכח סעיף 303(א).

**ד"ר קנאי:** יש לסעיף משמעות מסויימת היום, כי הוא שומר זכויות וסמכויות לביהמ"ש, אך נראה כי מטרתו המקורית כוונה בעיקר למושבעים. לדעתה, אפשר בהחלט להסתדר גם ללא הסעיף היום.

ללא כל קשר, בקריאת סעיף 303 היום ללא סקירת ההסטוריה שלו, יש הסבורים שעבירת "המתת תינוק" בעצם בוטלה כעבירה לכשעצמה ובעצם הסעיף הוא בסך-הכל בגדר עונש מופחת לעבירות הרצח וההריגה. ד"ר קנאי סבורה אחרת, אך מסוגלת להבין גם פרשנות זו.

### **נטל ההוכחה**

בפרשת פלונית החדשה נקבע שאין המדובר בהמתת תינוק, מכיוון שלא היה קשר סיבתי בין הערעור הנפשי לבין לידה/ההנקה, אלא שדובר על עבירת הרצח וסייג האי-שפיות. בערכאה דלמטה, ביהמ"ש המחוזי קבע באופן מפתיע לפרשנים מסויימים כי נטל ההוכחה הוא על האישה להוכיח ברמה של מאזן הסתברויות כי מתקיימים התנאים של סעיף 303. זאת למרות שניתן לראות בתנאים חלק מיסודות העבירה. השופטת דורנר לא דנה בעניין זה בערעור.

### **היחס שבין סעיף 300 לסעיף 303**

סעיף 300 מאפשר כמובן לרדת מן העונש הקבוע בחוק אך לא מחייב זאת. סעיף 303 מכתוב תיקרה ברורה לעונש.

### **המצוקה הנפשית**

המצוקה הנפשית הקבועה בסעיף קשורה ישירות בלידה ובהנקה. אך מה הדין לגבי מצוקה שלא על רקע זה, כגון: מצוקה סוציאקונומית, ילד מחוץ לנישואין. האם מצוקות שכאלה יכולות להכנס לסעיף העונש המופחת – 300א?

בקריאת סעיף 300 לא נראה כי מי מן המצוקות הנ"ל תכנסנה בנקל למסגרת החלופות השונות בסעיף. בוודאי ובוודאי בהתחשב במקרים הנדירים שהפסיקה מאפשרת להכניס בגדר הסעיף (ראו גם: פרשת **פופר, שמן**. מצוקה נפשית "זמנית" ו-"מזדמנת").

## **היסוד הנפשי**

**המבצע:**

היסוד הנפשי הנדרש מן האישה בסעיף 303 – "מזיד", כלומר **פזיזות**.

**מסייע:**

מה היסוד הנפשי הנדרש ממי שמסייע לאם להרוג את הולד שלה (בהתאם לתנאי הסעיף)? בהתאם לדיני הסיוע – הוא צריך להתכוון לסייע, וכן הוא צריך להיות מודע לכך שהסיוע יביא לתוצאת מוות. הבעיה המתעוררת במקרה של מסייע היא שאם אכן סעיף 303 הוא עבירה עצמאית ונפרדת וניתן "לסייע" לה, אזי מגיע למסייע חצי מן העונש, אך האם זה מוצדק? האם ניתן לראות את המסייע כמסייע לרצח/הריגה? אין לכך תשובה ברורה.

## **כוונה מועברת**

מה הדין כאשר האחות בביה"ח מביאה לאם תינוק אחר בטעות, ולא את הולד שלה, והאם קוטלת אותו? האם ניתן להחיל במקרה זה את **סעיף 20(ג)(2)** – כוונה מועברת<sup>8</sup> – ולהאשימה עדיין בהמתת תינוק או רצח? קיים על כך ויכוח.

## **סעיף 300(א)(1): רצח הורים**

### **היסוד הנפשי**

בהתקיים הנסיבה של "אב", "אם", "סבא" או "סבתא", הוריד המחוקק את היסוד הנפשי בסעיף זה וקבע אותו על "**מזיד**" – **פזיזות**, ולא כוונה תחילה.

מה הסיבה לכך? הרי במקרה רגיל היה מורשע אדם בהריגה. פרופ' פלר מדגיש את החובה המוסרית המיוחדת שיש לאדם כלפי מי שהביאו לעולם ודאג לו. אין לכך פרשנות אחרת, זהו אלמנט היסטורי הקיים בשיטות משפט רבות (ראו: "**מכה אביו ואימו מות יומת**"). **ב.פ. 1839/98 רייב נ' מ"י** הועמד אדם לדין על רצח אימו, ובסופו של דבר הורשע ברצח בכוונה תחילה. ביהמ"ש בכל זאת מדגיש כי היה ניתן להרשיעו ברצח גם ללא יסוד ה"כוונה תחילה", מכח לשון הסעיף.

אין כמעט פסיקה על סעיף זה, אך ניתן לדמיין סיטואציה שתתאים לו: אדם היוצר מצב של סיכון, והוא מודע לכך שיכולה להתלוות למצב זה תוצאת מוות כלשהי, ובסופו של דבר אכן קוטל מישו – ומתברר כי זה אביו (למשל: יריה לתוך קהל). הוא יורשע ברצח, על אף שעשה את שעשה בפזיזות, ולא בכוונה תחילה. גם במקרה זה מתעוררות שאלות מעניינות בנוגע למסייע לרצח הורים, וכן לגבי כוונה מועברת לעניין רצח הורים.

<sup>8</sup> כלומר אף אם מתחלף האובייקט, עדיין תיוחס העבירה למבצע.

## סעיפים 300(א)(3), 300(א)(4) : רצח הקשור בביצוע עבירה אחרת

### רקע כללי והסטוריה

רצח הקשור בביצוע עבירה אחרת מעורר מיד השאלה – מה עושה את הקטילה הזו לכל-כך חמורה שגם היא, כמו רצח בכוונה תחילה, דינה מאסר עולם ועונש זה בלבד? לכאורה, ה"עבירה האחרת" וההמתה יוצרים יצור חדש – והעונש על יצור זה הוא מאסר עולם.

בהיבט ההסטורי, בכל שיטה ישנה התייחסות למוסד של רצח הקשור בביצוע עבירה אחרת, וביניהן – הדין העותמני, הצרפתי והמשפט המקובל. תערובת של שלוש השיטות יצר את הסעיף הישראלי. בעבר, בשיטות משפט אלו לא היה צורך בהוכחת שום יסוד נפשי לגבי המוות, אלא שהסתפקו ביסוד הנפשי רק לגבי העבירה האחרת. מה שיצר קירבה מקוממת לעיתים לעבירות אחרות מוחלטת.

*האם דומה מקרה של שוד מזויין בעל אופי מסוכן, למקרה בו נגנב ארנק מאישה זקנה והיא מקבלת התקף לב? ניכר פה מתח בין הרצון שלנו להטיל אשמה בהתאם ליסוד הנפשי והאחריות המוסרית של המבצע, לבין הצורך שלנו להגן על הציבור. אילו נצמצם עצמינו רק למידת האשמה – יתכן ונפגע בציבור, ואם נשקול רק את טובת הציבור – נפגע בגבולות האשמה.*

מעט סטטיסטיקה:

- שוד מזויין המסתיים במוות: 5.9%
- אינוס המסתיים במוות: 3.5%
- גניבת מכוניות המסיימת במוות: 1.9%

כפי שאנו רואים המספרים קטנים מאד, כך שהשיקול של 'הרתעה' אינו ממש בא לידי ביטוי, כאשר חושבים על הרציונאל של סעיפים קטנים אלו. טיעון נוסף המובא בעד החמרה זו הוא הטיעון הכללי הנוגע לעבירות ההמתה – להראות כמה קדוש הערך של חיי אדם.

הבעיות הזו 'דחפה' כל שיטת משפט ליצור מגבלות לגבי החמרה הזו:

- **בדין האנגלי נקבע שהרצח תוך ביצוע העבירה נגע רק למצב בו האדם גרם למוות באלימות תוך ביצוע פשע של אלימות.** ב-1957 תוקן החוק האנגלי וביטל את מוסד הרצח תוך ביצוע העבירה. אך השינוי הזה הוא קטן מאד, מכיוון שהרצח ה'רגיל' באנגליה אינו טעון כוונה תחילה אלא כוונה 'רגילה' לביצוע "חבלה חמורה" או "סכנת חיים חמורה" בלבד.
- גם המשפט הצרפתי צמצם את מוסד הרצח תוך ביצוע העבירה, כפי שסוכם ע"י השופט גויטן **בע.פ. 67/54 דהוד נ' היועמ"ש**, וזאת ע"י: ראשית, דרישה תכליתית – שהקטילה נעשתה לשם ביצוע העבירה האחרת. שנית, שני מעשים נפרדים – העבירה האחרת ומעשה הקטילה.
- הקוד הפלילי קובע **בסעיף 210.10(1)(b)** שמעשה קטילה תוך ביצוע העבירה יוכר ברשימה מפורשת של עבירות חמורות, ובהן: חטיפה, בריחה ממשמורת, אינוס, ועוד.

## **פרשת יעקובוביץ**

הדין לפני פרשת יעקובוביץ סעיף 214 לפח"פ פורש בתקופת המנדט לפי הדין האנגלי, כלומר: לא נדרשה כל הוכחה של מחשבה פלילית לגבי מעשה הקטילה כדי להרשיע מי שקטל תוך ביצוע עבירה אחרת – ברצח.

**בע.פ. 125/50 יעקובוביץ נ' היועמ"ש** ניכר שדעתו של ביהמ"ש העליון לא היתה נוחה כלל עם הדין האנגלי. ולכן השופט אגרנט קובע מפורשות: **כדי להרשיע אדם ברצח על התביעה להוכיח לכל הפחות שהמבצע צפה תוצאה קטלנית**. או במילים שלו: **"פזיזות פושעת"**.

הפסיקה שלאחריו דנה ב"פזיזות שבאדישות", אך ד"ר קנאי סבורה שהשופט אגרנט לא התכוון לפזיזות שבאדישות (הוא הרי הכיר את המושג), אלא לפזיזות מסוג אחר – פושעת – כזו שתתאים גם למקרים בהם האדם עושה מעשה שמביא לסכנה חמורה, אך לא עד כדי אדישות (שהיא דרגה גבוהה יותר, לדידה).  
**כגון:**

- יריה לכיוון התיקרה במהלך שוד בנק, שגרם לקטל.
- הדלקת אש בדירת מגורים.

## **ההלכה היום: לאן?**

**סעיף 90א** לחוק העונשין קובע כי מקום בו כתוב "מזיד" משמעה גם "פזיזות שבאדישות" וגם "פזיזות שבקלות דעת". קלות הדעת פחותה מהפזיזות הפושעת עליה דיבר אגרנט. לכן האם נוכל לומר שההלכה שקבע השופט אגרנט עודנה חלה? האם הופחתה הדרישה?

השופט ברק **בע.פ. 4389/93 מרדכי ו-עבדני נ' מ"י** השאיר בצריך עיון את השאלה האם מספיקה קלות הדעת לשם הרשעה ברצח תוך ביצוע העבירה. במקרה זה, ביהמ"ש לא נדרש להשיב לשאלה זו מכיוון שהוכח שהקיימה אדישות.

האם העובדה שסעיף 20(ב) לחוק העונשין לא חל בעבירת רצח מסייעת לנו לקבוע שלא די בקלות דעת כדי להרשיע ברצח תוך ביצוע העבירה?

כל השאלות הקטנטנות האלה ככה"נ הן אלה שהובילו את השופט ברק להשאיר את עניין קלות הדעת בצריך-עיון, בכל הנוגע לרצח תוך ביצוע העבירה. לכן, ההלכה בעניין אינה ברורה היום.

## **האפשרויות השונות בסעיפים הקטנים:**

ס"ק 3 דן בשלושה מקרים אפשריים:

1. "תוך ביצוע עבירה".
2. "תוך הכנות לביצועה".
3. "כדי להקל על ביצועה" – באפשרות זו נדרש **קשר תכליתי** בין ההמתה לבין ההקלה בביצוע העבירה. אך בשתי האפשרויות האחרות, אין כל דרישה תכליתית.

ס"ק 4 דן במקרה בו בוצעה ההמתה "כדי להבטיח לעצמו בריחה או המלטות בעונש" – נדרש גם כן קשר תכליתי. אך ס"ק 4 אינו נוקט בלשון "במזיד". האם אכן יעלה על הדעת מצב בו לא ידרש יסוד נפשי כלשהו? **השופט זילברג** בפרשת יעקבוביץ דוחה אפשרות זו מכל וכל. האם ניתן לדרוש קשר תכליתי בכל אחד מן האפשרויות בס"ק 3? יתכן וכן, אך אין לכך תשובה ברורה בפסיקה.

**סיכום קצר:** הנסיונות לצמצם את הנוסח הגורף של הסעיפים הקטנים עד כה נעשה באמצעות:

- דרישתו של השופט אגרנט ליסוד נפשי "פזיזות פושעת".
- דרישת תכליתיות (ראה הלשון: "כדי להקל")

### **נסיון לצמצם דרך היסוד העובדתי**

בפרשת **זהור** בחן ביהמ"ש היטב את דרישות החוק הצרפתי והחוק האנגלי, ובסופו של דבר ביסס את הרשעתו וקביעתו על החוק האנגלי. ביהמ"ש עיין בחוק הצרפתי ומצא שתי דרישות לשם הרשעה ברצח תוך ביצוע העבירה, כפי שלמדנו לעיל: ראשית, שני מעשים נפרדים, ושנית, תכליתיות.

כיוון שדובר במעשה הצתת בית אחד שגרם למוות, שני התנאים הנ"ל לא התקיימו גם יחד. השופט **גויטן** לא חש בנוח לפטור את הנאשם. ההלכה שיצאה מביהמ"ש היא שגויטן קבע שאין צורך במשפט הישראלי **בשני מעשים נפרדים** לשם הרשעה ברצח תוך ביצוע העבירה. לכן, הספיק לביהמ"ש מעשה אחד – הצתה – לשם הרשעה.

חשוב להדגיש שהחוק הצרפתי מקדיש עבירה נפרדת ומיוחדת להצתת דירת מגורים. העונש עליה הוא חמור ביותר, כמעט כמו רצח. כך שלפי המשפט הצרפתי למרות שאין שני מעשים, היתה מתקבלת תוצאה חמורה ביותר. ביהמ"ש לא שקל את העובדה הזו.

### **עצמאותן של עבירות**

שלוש שנים אח"כ, בע"פ **97/57 כדורי נ' היועמ"ש** דובר בקטטה בין חמולות בבית קפה שהובילה למותו של אדם. כתב האישום עמד על רצח תוך כדי ביצוע עבירת תקיפה. השופט **לנדוי** קובע חד משמעית – אין המדובר ברצח תוך ביצוע העבירה.

מה עומד מאחורי החלטתו של לנדוי? אם נבוא ונאמר שהדקירה/תקיפה היא "העבירה האחרת", אזי נייתר את הצורך ברצח בכוונה תחילה. תמיד נוכל להאשים אנשים ברצח תוך ביצוע עבירה, אף אם לא היתה הכנה או אף אם התקיים קנטור. לנדוי מנמק את החלטתו באמצעות "**עקרון הבליעה**": מצב בו כל יסודותיה של ה"עבירה האחרת" הן חלק מעבירת ההמתה, כי אז אין רצח תוך ביצוע העבירה<sup>9</sup>. שוב – אחרת יוצר מצב בו כמעט כל עבירת המתה יכולה להחשב לרצח תוך ביצוע העבירה.

פרשת **כדורי** היא מקרה סבוך יותר מכפי שהוא נראה כי – מה יהא הדין אם תוך כדי תקיפה של א' אני הורג את ב' שנחלץ לעזרתו? במקרה זה ניתן לומר שהתקיים רצח תוך ביצוע העבירה, שכן לא מתקיים

<sup>9</sup> כמו שאנו לא מרשיעים אדם גם ברצח וגם בהריגה על מעשה אחד.

עקרון הבליעה. אלא שמדובר ברצח של ב', תוך כדי ביצוע תקיפה של א'. לנדוי השאיר זאת בצריך עיון. ישנן פסיקות סותרות בעניין זה בקליפורניה וניו-יורק.

במאמרו של פרופ' **אנקר**, הוא מפרט מספר מקרים הנוגעים ל"עבירות הסיכון" (סעיף 338 ואילך לחוק העונשין) והשלכתן על מוסד הרצח תוך ביצוע עבירה:

**דוגמא (פרשת בש):** אדם הפקיר את המקרר שלו בשטח פתוח. ילד נכנס לתוכו ונחנק. ניתן להרשיעו לפי סעיף 340 לחוק העונשין. ניתן להרשיעו בגרם מוות ברשלנות. אך האם גם ניתן להרשיעו ברצח תוך ביצוע עבירה?

- מצד אחד ניתן לומר שהוא לא נהג ב"מזיד".
- מצד שני ניתן ליישם את הרציונאל הרחב יותר בפרשת **כדורי** ולומר שעבירות אלה מטרתן להגן על חיי אדם מלכתחילה. אך מקום בו נכשל אדם והמעשה שלו גרם למוות, אזי עלינו לזנוח את עבירת הסיכון, ולפנות לאחת מעבירות ההמתה, ובמקרה זה – גרם מוות ברשלנות. ובמילים אחרות: נאמר שעבירת הסיכון נבלעת באופן מהותי (לא רק טכני) בתוך עבירת ההמתה, ואין לחבר בינהן. כך נגיע למסקנה שאין במקרים כגון דא, רצח תוך ביצוע העבירה, דעת אנקר, אלא גרם מוות בלבד.

מכאן ניתן לעורר את השאלה האם מוות שנגרם בעבירות תעבורה – ראוי שיכנס למסגרת רצח תוך ביצוע העבירה? גם במקרה זה ניתן לומר שהן נבלעות מהותית בתוך עבירת ההמתה.

- **ד"ר קנאי:** לדעתה ישנה בעיה מסויימת עם שיטתו של פרופ' אנקר בעניין הבליעה המהותית באופן גורף, שכן ישנן עבירות "אחרות" שלא ראוי שיבלעו מהותית בתוך עבירת ההמתה.

עד כאן ניסינו להראות שישנן עבירות שהן "לא מספיק עצמאיות" כדי להוות עבירה אחרת בשביל רצח תוך ביצוע העבירה. כאשר אדם תוך כדי ביצוען גורם למוות, לא נראה אותו כרוצח.

כעת נשאל האם ישנן עבירות שהן "יותר מדי" עצמאיות מכדי להכנס למסגרת רצח תוך ביצוע עבירה?<sup>10</sup> אין על כך פסיקה, ואין לכך איזכור בחוק. אך יתכן ונמצא לכך רמז דק בדבריו של השופט **אגרנט** בפרשת **יעקוביץ**. אומר על כך פרופ' אנקר במאמרו: "ראוי... שאותו חלק מהתנהגות הנאשם אשר היווה את העבירה האחרת יחשב במקרה הקונקרטי כגורם המוות מבחינה משפטית". אולי יש לבוא ולומר שיש עבירות שהן כל כך "לא קשורות" להמתה עד שאין לקשר ביניהן? ואכן במסגרת **ע.פ. 60/88 גור נ' מ"י**, שם דובר בחטיפה של ילד שהושאר בתא המטען ומת, טען הסניגור שאין קשר בין החטיפה לבין המוות. הסניגור ציטט את מאמרו של פרופ' אנקר. ביהמ"ש דחה את טענתו של הסניגור, אך לא דחה את התיזה של פרופ' אנקר בעניין עבירות שהן "יותר מדי" עצמאיות. לגופו של עניין קבע ביהמ"ש שעבירת החטיפה לא יותר מדי עצמאית, אלא שהיא מהווה עבירה "קלאסית" ליישום מוסד הרצח תוך ביצוע העבירה.

<sup>10</sup> כגון אדם המשמיד פרחי בר בטבע בניגוד לחוק ע"י חפירה, וכתוצאה מן החפירה מת אדם.

## נסיון לרצח

לכאורה, נושא זה מקומו לידון במסגרת אחרת. ניתחנו את עבירת הרצח קודם לכן, והיום אנו יכולים לבחון את הנסיון לרצח באמצעות דיני הנסיון. ובכל זאת, מייחד חוק העונשין את **סעיף 305** לעבירת "נסיון לרצח". יש לתת את הדעת לכך שסעיף 305 הוא ירושה מפקודת החוק הפלילי. הוא זכה לייחוד מכיוון שבעבר דוקטרינת הנסיון לא היתה מפותחת דיה.

לפיכך, עלינו לשאול היום האם ישנו הבדל או צריך להיות הבדל בין הרשעה לפי סעיף 305, לבין הרשעה בסעיפים 300 ו-25?

## נפקות ההבדלים בין השיטות

### ענישה:

הרשעה לפי סעיף 305 – העונש המירבי הוא 20 שנים.  
הרשעה לפי סעיפים 25+300 – אזי העונש המירבי הוא אותו העונש על העבירה המושלמת (מאסר עולם שאינו קצוב), אך הוא אינו חובה, שכן סעיף 27 לחוק העונשין קובע שמקום בו נקבע מאסר חובה על עבירה מסויימת, אין זה תקף לגבי נסיון לבצע העבירה.

### סעיף ספציפי:

האם הכללים הרגילים של נסיון המצויים בסעיפים 25-28 חלים גם על סעיף 305? ניתן לחשוב שלא, שכן זו עבירה נפרדת. אך הפסיקה קבעה שכללי הנסיון הרגילים חלים על סעיף 305. במה דברים אמורים?

- חרטה לפי סעיף 28 – חל.
- נסיון כשל לפי סעיף 26 – חל ועניש.
- דרישת תחילת הביצוע בסעיף 25 – חל.

### מחדל:

אילו היינו שואפים להרשעה בסעיפים 25+300, אזי היינו יכולים להחיל לגביהם בקלות את סעיף 18 לחוק העונשין הקובע שמעשה הוא גם מחדל. כשאנו מעיינים בסעיף 305(2) כתוב במפורש: "...או נמנע שלא כדין מעשות מעשה שמחובתו לעשותו".

נוסח זה היה קיים עוד לפני חיקוק סעיף 18. הפסיקה הישנה קבעה שכאשר דנים בסעיף 305(1) הדרישה היא למעשה, ולא למחדל. זאת, בעיקר משום ההשוואה בין שני הסעיפים הקטנים. כיום, הפרשנות חד-משמעית, וקובעת כי סעיף 305(1) יכול להעשות גם במחדל (ראו: אם המזניחה את ילדיה ומביאה להרעבתם).

יש להדגיש כיום כי רוב המקרים יכולים להכנס למסגרת שני הסעיפים הקטנים. ברוב כתבי האישום כלל אין נסיון למקד את האישום על סעיף זה או אחר.

**ת"פ (נצרת) 316/99 מ"י נ' זהבי:** בין הנאשם לקרבן היו יחסי שנאה, ובשלב כלשהו התפתח כעס רב מצד הנאשם כלפי הקרבן. בטקס גדול בו הקרבן קיבל תעודה של סיום מכללה, ניגש אליו הנאשם, התקרב



אליו, אמר לו מזל-טוב, שפך עליו בקבוק בנזין והצית אותו. הקרבן הוצל. כיוון שהצליחו להצילו, העמידו אותו לדין על נסיון לרצח. עיקר הויכוח בין השופטים היה בשאלה האם היתה כוונה להמית, אם לאו. שופטי הרוב קבעו שלא ניתן להרשיעו בנסיון לרצח שכן הוא לא התכוון להמית, אלא רק לגרום לחבלה חמורה. שופט המיעוט הגיע למסקנה שהוכחה גם הכוונה להמית. טענת שופטי הרוב היתה שלא ניתן לומר שהמעשה של הנאשם "עלול מטבעו לסכן חיי אדם", והנימוק נגע לעובדה שהבקבוק והמצית היו קטנים.

■ **ד"ר קנאי:** האם זה מוצדק? נאמר שראובן מאד רוצה להמית את שמעון, אך אין לו הרבה הזדמנויות לעשות זאת. האם לא נכון לומר שגם במקרים שזה כן יזדמן לו (משמע: מקרים שהם "לא מטבעו") אך זה לא יתממש, שהוא לא אחראי בגין הנסיון?

### היסוד הנפשי:

לכאורה, כאשר אנו דנים בנסיון לרצח עלינו להוכיח, מבחינת היסוד הנפשי, כוונה תחילה. אך במציאות אין הדבר כך. ניתן להעלות טענה שדרישה זו היתה נכונה אילו היינו מעמידים לדין בגין סעיפים 25+300. סעיף 305(1) שותק לגבי עניין זה. הפסיקה פירשה שיש צורך להוכיח כוונה לעניין הנסיון לרצח. השאלה שהתעוררה בעקבות כך היא איזו כוונה יש להוכיח ומהיכן ההשראה לכך? יש שאמרו שאילו אנו "מייבאים" את יסוד הכוונה מתוך עבירת הרצח, אז מדוע לא לדרוש כבר כוונה תחילה מלאה?

**השופט אגרנט** קבע במסגרת **ע"פ 155/59 דרעי נ' היועמ"ש** שיש צורך להוכיח כוונה בלבד<sup>11</sup> בעבירת נסיון לרצח, ולא כוונה תחילה.

### תחולתה של הלכת הצפיות:

האם סעיף 20(2) חל בעבירת הנסיון לרצח? **להזכיר:** נפסק שהסעיף אינו חל בעבירת הרצח עצמה, שכן היא עבירה תוצאתית. אך עבירת הנסיון לרצח היא עבירה התנהגותית בעלת כוונה מיוחדת!

"עבירה מיוחדת" לפי סעיף 90א היא עבירת מטרה. עבירות מטרה הן עבירות התנהגותיות שיש בהן מטרה להשיג משהו מעין תוצאתי (ראו: פרשת אלבה ועבירת ההסתה לגזענות). רוב רובם של שופטי ביהמ"ש העליון קבעו שסעיף 20(ב) אינו חל בעבירות מטרה. המיעוט, השופטים מצא (אלבה) ואנגלרד (פוליאקוב) בדעות מיעוט סבורים שיש להחיל את סעיף 20(ב) בנסחון לרצח. כמו כן, גם פרופ' פלר סבור שיש להחילו (ובכלל גם בעבירת רצח). אך אין זה מן הנמנע שמרבית השופטים יסכימו להחיל את "חזקת הכוונה" הפסיקתית לגבי נסיון לרצח, ולכן נשאל: האם אפשר לעשות שימוש בחזקה הראייתית שאדם מתכוון לתוצאות הצומחות דרך הטבע ממעשיו, במסגרת עבירת נסיון לרצח? הנושא לא עלה בפסיקה או בספרות, כי בד"כ הוא לא מתעורר מבחינה עובדתית.

### אחריות נגררת:

סעיף 34א לחוק העונשין דן באחריות נגררת. פעמים רבות כשדנו ברצח תוך ביצוע העבירה העלנו את שאלת האחריות של השותף לעבירה. ראינו כי בסעיף 305 נדרשת כוונה להמית בנסיון לרצח ויש לכך משמעות רבה.

<sup>11</sup> סעיף 20(א)(1) לחוק העונשין.

אם נקרא את לשון הסעיף :

**34א. עבירה שונה או נוספת (תיקון: תשנ"ד)**

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

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

...

נראה שלא ניתן להרשיע שותף לעבירה בנסיון לרצח באמצעות סעיף 34א כי הוא נעדר כוונה, ועבירת הנסיון לרצח היא עבירת כוונה. אי לכך אפשר להרשיע אותו אך ורק בעבירת אדישות – סעיף 333 – חבלה. מה יוצא מכך? סעיף 305 "מכסה" גם את המקרים של נסיון להריגה, ולא דוקא לרצח. נוצר מצב בו התביעה יכולה להחליט האם היא תרשיע לפי סעיף 305 או שהיא תעמיד לדין על סעיף 298 + 25. כאן, יהיה הבדל בענישה.

## סיוע להתאבדות

עד שנת 1966 נאסר בחוק העונשין הנסיון להתאבדות. השריד לכך כיום הוא סעיף 302 האוסר על "שידול או סיוע להתאבדות". נושא זה מעורר שאלות בהיבט הגבול שיש לאוטונומיה של אדם על גופו, ועל רצונותיו של אדם.

ביטול העבירה של נסיון להתאבדות לא היה ממניעים של זלזול בקדושת חיי אדם, אלא בגלל ההכרה שאדם המנסה להתאבד ולא הצליח – יש לטפל בו בכלים חברתיים ולא פליליים. אם כן, נותרנו עם עבירת הסיוע והשידול להתאבדות.

הותרת עבירה זו על כנה מעוררת בעיות רבות, ובייחוד כשאנו דנים בהמתות חסד. כאשר אדם מבקש מאדם אחר להורגו, והוא עושה זאת, הרי שהוא ביצע רצח.

באנגליה דן החוק מ-1957 ב-*Pact Suicide*, שזהו רצח שבוצע ע"י אדם בהסכמת הנרצח כשהוא מבטיח לו שהוא יהרוג עצמו אחר-כך גם כן. נניח שאותו אדם נכשל בהתאבדות שלו, במקרים אלה אומר החוק האנגלי שהוא יועמד לדין על הריגה בלבד (מתוך התחשבות כלשהי). אם נשנה את העובדות מעט ונניח שההסכם היה שכל אחד מתאבד בכוחות עצמו, ואחד מהם נכשל – הרי שהוא יועמד לדין בגין סיוע/שידול להתאבדות.

בע"פ 5255/00 קייס נ' מ"י ו-ע"פ 6568/93 קרוגולץ נ' מ"י הורשעו הנאשמים בסיוע להתאבדות. אלו הם מקרים בהם אדם מורשע בסיוע להתאבדות כאשר הנסיבות האמיתיות הן של עבירת המתה ממש. שכן מה ההבדל בין לתת למישהו לשתות רעל לבין לירות בראשו?

בפרשת קרוגולץ דובר באישה שהגישה לבעלה כוס רעל לפי בקשתו, וכשהחל לחוש ברע לא הזעיקה רופאים. כאשר חברו של הבעל שקפץ לביקור הזעיק הרופאים, היא לא סיפרה להם אודות הרעל והוא

נפטר. ביהמ"ש התקשה להוכיח קשר סיבתי בין כוס התרעלה לבין המוות – ולכן לא הרשיע אותה בסיוע להתאבדות.

- השופט **מצא** אומר שהמילה "התאבדות" סובלת בתוכה גם נסיון להתאבדות, וסבר שיש להרשיעה.
- השופט **חשין** קובע שהתאבדות היא רק כאשר ישנה תוצאת מוות, ולכן אין פה סיוע להתאבדות אלא **נסיון לסיוע להתאבדות**.
- **ד"ר קנאי**: היה צריך להרשיע אותה בנסיון לסיוע להתאבדות מבלי להכנס לפרשנויות מיותרות למילה "התאבדות"<sup>12</sup>.

---

<sup>12</sup> ניתן לגזור נסיון מתוך עבירה זו מכיוון שהיא ספציפית – "סיוע להתאבדות". אך יש לזכור שבד"כ לא ניתן לגזור סיוע מתוך נסיון לבצע עבירה, ואף אם כן – הוא אינו עניש.