

## בין עונש מופחת לקנטור מתמשך – הגנות אפשריות בעבירת רצח של עוסקות בזנות הרהורים בעקבות פסק הדין בעניין אנה קומשין

מאת

אביחי אליהו ואורי גורלי\*

**מבוא. א. הצגת פסק הדין וניתוח ההנמקה;** 1. תמצית עובדות המקרה, הדיון וההכרעה; 2. ניתוח הנמקת פסק הדין וביקורת עליה. **ב. האפשרות להחיל את סעיף 300א(ג) על נשים בזנות לפי הדין הרצוי;** 1. על ההבחנה בין הגנה מצדיקה להגנה פוטרת וסיווג ההגנה בסעיף 300א(ג); 2. גבולות הגזרה של ההגנה הקבועה בסעיף 300א(ג) בעקבות סיווגה כהגנה פוטרת; 3. צריכת שירותי זנות כהתעללות חמורה ומתמשכת? **ג. קנטור מתמשך כמודל חלופי;** 1. קנטור מתמשך; 2. קנטור נשים בזנות. **סיכום.**

### מבוא

אנה קומשין ומרינה טרסנקו הן שתי נשים שעסקו בזנות.<sup>1</sup> השתיים החליטו לשדוד את אחד מצרכני הזנות שלהן במהלך מפגש למתן שירותי מיין. בעיצומו של השוד גמלה בליבן החלטה להמיתו ובגין המתה זו הן הואשמו ברצח. השתיים הורשעו בבית המשפט המחוזי, ובערעור לבית המשפט עליון טענו כי אין להטיל עליהן מאסר עולם אלא לגזור עליהן עונש מופחת כיוון שהן זכאיות להגנתו של סעיף 300א(ג) לחוק העונשין, התשל"ז–1977. הסעיף שנחקק במקור במטרה להגן על נשים מוכות, קובע כי על נאשם שהיה נתון במצוקה נפשית קשה עקב התעללות חמורה ומתמשכת מצד הקורבן, ניתן להטיל עונש קל מהקבוע בסעיף 300 המחייב פסיקת מאסר עולם חובה בגין עבירת הרצח.

בית המשפט דחה טענה זו בנוגע לעוסקות בזנות וקבע שהן אינן מקיימות את דרישות הסעיף. ביקורתנו על המקרה הנדון אינה כלפי עצם ההרשעה, שכן אנו מסכימים שהרצח בוצע כדי להקל את גניבת רכושו של המנוח ונראה כי כוון כלפיו דווקא בשל היותו בעל רכוש הניתן לגניבה, אלא כלפי הנמקתו של בית המשפט, הסותמת את הגולל על האפשרות להחיל את סעיף 300א(ג) במקרים עתידיים שבהם יידונו נסיבות חייהן של נשים בזנות. העמדה העקרונית העולה מפסק הדין שוללת את האפשרות להחיל את הסעיף על מקרה שבו מעשיו של הנרצח אינם עולים כשלעצמם כדי "התעללות חמורה ומתמשכת", אך הוא היה חוליה בשרשרת פוגעים שיחדיו מגבשים התעללות חמורה כאמור.

בחינת מציאות חייהן של נשים העוסקות בזנות תצביע על כך שבמקרים רבים מצוקתן היא אכן תוצר של שרשרת פגיעות מידי אנשים שונים. העמדה העקרונית השוללת את תחולת סעיף 300א(ג) במצבים אלה מותירה את בית המשפט ללא כל אפשרות להתחשב, במקרים המתאימים לכך, במצוקתן של נשים העוסקות בזנות, ולהשית עליהן עונש מופחת כשאשמתן אינה מצדיקה עונש מאסר עולם חובה.

בהארה זו נסביר מדוע לדעתנו היה על בית המשפט להימנע מקביעה עקרונית זאת, כדי שלא לחסום במקרים עתידיים החלה מוצדקת של ההגנה לפי סעיף 300א(ג) על עוסקות בזנות. לאורך הארה זו נטען כי מהלך פרשני המתחשב ברציונל

\* אביחי אליהו הוא בוגר תואר שני במשפטים, אוניברסיטת חיפה.  
אורי גורלי הוא סטודנט לתואר ראשון במשפטים, אוניברסיטת חיפה/  
1 ע"פ 8512/14 קומשין נ' מדינת ישראל (פורסם בבנו, 18.7.2016) (להלן: עניין קומשין).

אביחי אליהו ואורי גורלי, "בין עונש מופחת לקנטור מתמשך – הגנות אפשריות בעבירת רצח של עוסקות בזנות הרהורים בעקבות פסק הדין בעניין אנה קומשין", **הארץ דין** יב(1) 55 (תשע"ח)

הפנימי של דרישות סעיף 300א(ג) היה צריך להביא לתוצאה מנוגדת לזו שאליה הגיע בית המשפט בעניין **קומשין**. לחלופין, אם יידחה מודל הענישה המופחתת, נציע את דוקטרינת הקנטור המתמשך כמענה לסיטואציות של שרשרת פוגעים.

## א. הצגת פסק הדין וניתוח ההנמקה

בחלקו הראשון של פרק זה נציג את עובדות המקרה, את דרך הנמקתו של בית המשפט העליון ואת התוצאה שאליה הגיע בעניין **קומשין**. בחלקו השני של פרק זה נציג את עיקרי ביקורתנו על האופן שבו נומקה ההכרעה, ובמרכזם הטענה כי ההנמקה חוסמת במשתמע במקרים עתידיים גזירת עונש מופחת בגין עבירת רצח שבוצעה על ידי נשים העוסקות בזנות.

### 1. תמצית עובדות המקרה, הדיון וההכרעה

אנה קומשין ומרינה טרסנקו התפרנסו מזנות.<sup>2</sup> כשבוע לפני האירוע שבו מצא ד"ר אלי ללוז<sup>3</sup> (להלן: המנוח) את מותו, הגיעה אנה לבית המנוח כדי לקיים עמו יחסי מין בתשלום. בסיום הפגישה שוחחו השניים על האפשרות לקיים פגישה נוספת. לאחר הפגישה, שבה התרשמה אנה כי למנוח רכוש רב, קשרו אנה ומרינה קשר לגנוב מביתו של המנוח רכוש וכספים המצויים בו. ב-26 בדצמבר 2011 הגיעו השניים לדירת המנוח, לאחר שאנה תיאמה את הגעתן כביכול כדי לספק למנוח שירותי מין.

בתחילה ביקשו השניים לסממו כדי להקל את ביצוע הגניבה, וזאת על ידי הכנסת סם מסוג "אקסטזי" למשקה שלו. בשלב מאוחר יותר, בהיותם יחדיו על מיטת המנוח, החליטו להמיתו כדי להקל את הגניבה. מרינה הביאה שני סכינים ממטבחן והשתיים הניחו כרית על פניו ודקרו אותו יחדיו כתשע דקירות, בחזהו ובצווארו. בעודו פצוע, נדחף המנוח ממיטתו על ידי השתיים, ושתי שקיות ניילון הולבשו על ראשו והודקו לצווארו. לאחר מכן פנו השתיים לחפש בדירתו רכוש וכספים. השתיים נטלו מדירתו כ-1,200 ש"ח, 100 אירו ומכשיר טלוויזיה. בהמשך אספו את הכוסות שמהן שתו, את שני הסכינים ושני הטלפונים הניידים של המנוח. לפני עזיבתן את הדירה, הניחו בדים על גוף המנוח והציתו אותו. בעזיבתן לקחו עמן שקית ובה פריטים שאספו ואשר עלולים להיחפז לראיות, ואותה השליכו בשלב מאוחר יותר.

במהלך החקירה, סמוך לראשיתה, מסרה אנה הודאה מפורטת למשטרה ובה השתלשלות האירועים. בית המשפט המחוזי הכריע כי גרסתה בחקירה מהימנה ותואמת את הראיות שבזירת העבירה. עדותה של אנה בבית המשפט חזרה שנית על השתלשלות האירועים, אך הדגישה שהייתה שתויה עד חוסר שליטה בעת האירוע. בעדותה בבית המשפט אף הדגישה אנה את נסיבות חייה הקשות. בית המשפט המחוזי קבע כי יש להעדיף את עדותה במשטרה.

מרינה סירבה למסור גרסה כלשהי בתחילת החקירה. לאחר נקיטת אמצעים פסולים מצד חוקריה,<sup>4</sup> מסרה גרסה שלפיה המנוח ניסה להתנפל עליהן ומסיבה זו דקרו אותו. בית המשפט המחוזי לא הכריע בשאלת משקל גרסתה של מרינה במשטרה מאחר שהיה ניתן לבסס את ההרשעה על גרסתה של אנה, הראיות התומכות בה וראיות נוספות שעלו בחקירה.

2 עניין **קומשין**, לעיל ה"ש 1, פסי' 1 לדבריו של השופט פוגלמן.

3 יניב קובוביץ' "שתי זונות חשודות ברצח הכימאי בת"א" **הארץ** (2.1.2012) 1606165. [www.haaretz.co.il/news/law/1.1606165](http://www.haaretz.co.il/news/law/1.1606165)

4 עניין **קומשין**, לעיל ה"ש 1, פסי' 5, 22 לדבריו של השופט פוגלמן.

אביחי אליהו ואורי גורלי, "בין עונש מופחת לקנטור מתמשך – הגנות אפשריות בעבירת רצח של עוסקות בזנות הרהורים בעקבות פסק הדין בעניין אנה קומשין", **הארץ דין** יב 55 (תשע"ח)

### הכרעת בית המשפט המחוזי

בית המשפט המחוזי קבע כי מתקיימים יסודות עבירת הרצח לפי סעיף 300(א)(2) לחוק העונשין וכן לפי סעיף 300(א)(3).<sup>5</sup> אנה ומרינה הורשעו ברצח בכוונה תחילה, הצתה, קשירת קשר לביצוע גניבה באמצעות שלילת כושר התנגדות ושיבוש מהלכי משפט. בית המשפט המחוזי דחה את טענת ההגנה בעניין שכרות, בקובעו שמעשיהן במהלך האירוע ואחריו מעידים על שיקול דעת וקור רוח בעת ביצוע המעשה. בגין העבירות המנויות נגזר ענשן הכולל של הנאשמות – מאסר עולם בתוספת שנה אחת ופיצוי למשפחת המנוח.<sup>6</sup>

בית המשפט המחוזי דחה את בקשת הנאשמות להחיל בעניינן את הסייג שבסעיף 300(א)(ג).<sup>7</sup> הנאשמות אמנם לא טענו שהמנוח התעלל בהן, אולם לטענתן נסיבות חייהן הקשות, שכללו התעללות מידי סרסורים וצרכני זנות במהלך עיסוקן, מקיימות את דרישת הסעיף. בית המשפט המחוזי דחה את הטענה וקבע כי הסייג שבסעיף זה דן ברצח של מי שהיה בעצמו הגורם המתעלל ברצח.<sup>8</sup> השופטת דיסקין ציינה כי טענת הסנגורים לענישה מופחתת נטענה "בלשון רפה ומבלי להניח כל תשתית ראייתית מתאימה".<sup>9</sup> בפסק דינה דחתה השופטת את תחולת הסעיף מאחר שחוות דעתו של הפסיכולוג נערכה בחלוף חודשים ממועד ביצוע העבירה ואינה יכולה להעיד על מצוקה נפשית קשה בעת ביצוע העבירה. עוד ציינה כי אין מחלוקת שהמנוח מעולם לא פגע בשתיים ולא היה לו קשר למצבן הנפשי.<sup>10</sup>

### הערעור בפני בית המשפט העליון

שלוש טענות טענו הנאשמות בדיון בבית המשפט העליון. **הטענה הראשונה** הייתה כי יש להחיל בעניינן את סייג השכרות לפי סעיף 34ט(ב) לחוק העונשין מאחר שהעיסוק בזנות דחפן לצריכת אלכוהול עד כדי חוסר מודעות. **הטענה השנייה** הייתה שהגעתן לדירה נועדה לצורך מתן שירותי מין, ולכן אין מתקיימת החלופה המנויה בסעיף 300(א)(3) שלפיה גרימה למותו של אדם במזיד כדי להקל על ביצוע עבירה מגבשת אחריות פלילית של אשמה בעבירת הרצח. **הטענה השלישית**, שהיא נושא דיונו, הייתה כי יש להקל בעונשן של הנאשמות לפי הסייג הקבוע בסעיף 300(א)(ג) מאחר שנסיונות חייהן הקשות וההתעללות רבת השנים שחווי מידי צרכני שירותי מין הובילה להתפרצות כלפי המנוח. אמנם הנאשמות הודו בכך שהמנוח "לא התעלל בנאשמות במובנו של סעיף זה", אך טענו שיש לראותו כמתעלל בתוך שורה של מתעללים.<sup>11</sup> המדינה מצידה סמכה ידיה על הכרעת בית המשפט המחוזי ועל הקביעה הראייתית כי אי-אפשר לבסס מצוקה נפשית קשה אצל המערערות, ובכך פתרה עצמה מלדון בתחולת הסעיף ובפרשנותו.

### ההנמקה השיפוטית לאי-תחולתו של סעיף 300(א)(ג)

**השופט פוגלמן** ציין כבר בתחילת הדיון כי הנאשמות אינן טוענות בפני בית המשפט שהמנוח פגע בהן.<sup>12</sup> תחולת סעיף 300(א)(ג) נדחתה מכמה סיבות: **ראשית**, הנאשמות לא עמדו בנטל להוכיח כי היו נתונות במצב של מצוקה נפשית קשה, שסבלו מהתעללות חמורה מידי המנוח וכי מתקיים קשר סיבתי בין מעשיו של המנוח למצבן הנפשי הקשה. **שנית**, השופט

5 ס' 300(א)(2), 300(א)(3) לחוק העונשין, התשל"ז-1977; עניין **קומשין**, לעיל ה"ש 1, פס' 11 לדבריו של השופט פוגלמן.

6 לגזר הדין בבית המשפט המחוזי ראו תפ"ח (מחוזי ת"א) 52738-01-12 **מדינת ישראל נ' קומשין** (פורסם בנבו, 29.10.2014)

7 עניין **קומשין**, לעיל ה"ש 1, פס' 13-14 לדבריו של השופט פוגלמן.

8 שם, פס' 14 לדבריו של השופט פוגלמן. ראוי לציין כי הקביעה נעשתה ברמיזה בלבד על ידי השופטת דיסקין, באמצעות הדגשת מילים מסויימות בעמודים 20-22 להכרעת בית המשפט המחוזי.

9 להכרעת הדין בבית המשפט המחוזי ראו תפ"ח (מחוזי ת"א) 52738-01-12 **מדינת ישראל נ' קומשין**, עמ' 21 לדברי השופטת דיסקין (פורסם בנבו, 23.10.2014) (להלן: **הכרעת המחוזי**). ראוי לציין כי הטענה נדונה ונדחתה כבר בשלב הכרעת הדין, והשופטת דיסקין ציינה כי אין בכוונתה לדון בשאלה אם ניתן להעלות טענה זו לפני שלב גזירת הדין, והיא דחתה את הטענה גופה.

10 שם, בעמ' 21.

11 עניין **קומשין**, לעיל ה"ש 1, פס' 16 לדבריו של השופט פוגלמן.

12 שם, פס' 25 לדבריו של השופט פוגלמן.

אביחי אליהו ואורי גורלי, "בין עונש מופחת לקנטור מתמשך – הגנות אפשריות בעבירת רצח של עוסקות בזנות הרהורים בעקבות פסק הדין בעניין אנה קומשיין", **הארץ דין** יב(1) 55 (תשע"ח)

פוגלמן הוסיף כי אין לראות במנוח גורם מתעלל לפי הטענה שהיה חוליה בשרשרת מתעללים, מאחר שלדבריו לגישה זו אין אחיזה בלשון הסעיף, ומכל מקום אין להסיק מצב נפשי קשה של הנאשמות מחוות הדעת שלפניו. **שלישית**, השופט פוגלמן ציין כי הוא מכיר במציאות הקשה של העוסקות בזנות, הכוללת אלימות והשפלה, אך קבע כי תנאים אלו כשלעצמם אינם מעידים על מילוי דרישות סעיף 300א(ג). כמו כן נאמר כי הסעיף מחייב תשתית עובדתית הנוגעת לקורבן מסוים, והיא חסרה במקרה זה.<sup>13</sup>

**המשנה לנשיאה רובינשטיין** הצטרף לדעתו של השופט פוגלמן אך הרחיב את הדיבור על זנות בישראל. המשנה לנשיאה הכיר במצבן הקשה של נשים העוסקות בזנות והדגיש כי לדעתו יש להילחם בתופעה עד להכחדתה, מאחר שהיא פוגעת פגיעה חמורה בכבוד האדם.<sup>14</sup> המשנה לנשיאה הוסיף והכיר באותה "עליבות אנושית" הצמודה לעיסוק בזנות, אך קבע שאין בעליבות זו כדי להקל בעונשן במקרה ספציפי זה. עוד הוסיף כי אין לראות במנוח מתעלל מאחר שלא פגע בהן, וכך לא יוכל להיות חוליה בשרשרת המתעללים בנאשמות במהלך חייהן. המשנה לנשיאה רובינשטיין סיכם את דבריו בכך שהוא הדגיש את חומרת המעשים ואכזריותם, שממנה המסיק כי נבעו מאובדן גבולות המוסר ולא מתסכול של התעללות.

## 2. ניתוח הנמקת פסק הדין וביקורת עליה

לעומת הנמקתו של בית המשפט המחוזי, שהתמקדה באי-העמידה בנטל הוכחת מצבן הנפשי הקשה של הנאשמות, ההנמקה שבה בחר **השופט פוגלמן** מעוררת קשיים מסוימים. לאחר שקבע השופט פוגלמן כי הנאשמות לא עמדו בנטל השכנוע בדבר מצבן הנפשי הקשה, שאר נימוקיו למעשה אינם דרושים להכרעה. חרף זאת בחר השופט פוגלמן להתייחס בהנמקתו לתנאי סף אחרים לתחולת סעיף 300א(ג) ובתוך כך הוא הציע להם פרשנות לא רצויה, לטעמנו. פרשנות זו עלולה לחסום כמעט כליל את אפשרותן של נשים העוסקות בזנות להשתמש בסעיף במקרים המתאימים.

עיקר ביקורתנו מופנה לקביעה עקרונית אחת העולה מדבריו של השופט פוגלמן. כוונתנו לכך שהשופט פוגלמן שלל אפשרות שתנאי הסעיף יתמלאו במצב של התעללות חמורה ומתמשכת המתגבשת רק כאשר מצרפים את התנהגותו של הנרצח להתנהגותם של אחרים כחוליה בשרשרת. לעמדה עקרונית זאת הצטרף לכאורה גם המשנה לנשיאה רובינשטיין אשר כתב בפסק דינו:

"ואולם, האם אותה עליבות אנושית שבה חיו הנאשמות יכולה להיות נסיבה מקלה להפחתה בעונש? לא במקרה דנא. לא המנוח הוא שהביאן למצב זה, לא הוא שפגע בהן, ולא עליו היה לשלם את מחיר חייהן בזנות; אין מקום כל עיקר לראותו כחוליה בשרשרת המתעללים בהן לאורך חייהן. יש בן אנוש אשר לב פועם בו היכול להצדיק או אף לקבל את הטענה כי המתתו האכזרית של המנוח נבעה מתסכול של התעללות בנאשמות על-ידי אחרים, צרכני המין, ולא מתאוות בצע פשוטה ואבדן גבולות מוסרי? התשובה אינה יכולה להיות חיובית".

מחוות הדעת של השופטים אפשר לדלות שני נימוקים עיקריים לדחיית הקונסטרוקציה של שרשרת מתעללים המגבשת במצטבר התעללות חמורה ומתמשכת. הנימוק האחד הוא לשוני. כאמור, לגישת השופט פוגלמן אין לאפשרות של שרשרת מתעללים אחיזה בלשון הסעיף. הנימוק השני, שנראה שעומד ביסוד חוות הדעת של המשנה לנשיאה רובינשטיין, הוא האמירה כי "לא עליו (על המנוח – א"א וא"ג) לשלם את מחיר חייהן בזנות". נימוק זה מדגיש את התנהגותו של הקורבן במקום את מצבן הנפשי של מבצעות העבירה, והוא גם מתעלם מהיות הקורבן צרכן זנות, ולכן חלק מן הגורמים המאפשרים את קיומה של תעשיית הזנות ואת נזקה.

13 שם, פסי' 27 לדבריו של השופט פוגלמן.

14 שם, פסי' ד' לדבריו של המשנה לנשיאה רובינשטיין.

אביחי אליהו ואורי גורלי, "בין עונש מופחת לקנטור מתמשך – הגנות אפשריות בעבירת רצח של עוסקות בזנות הרהורים בעקבות פסק הדין בעניין אנה קומשיץ", **הארץ דין** יב 55 (תשע"ח)

לעניין הנימוק הלשוני, דעתנו היא שבחינה לשונית של הסעיף ותנאיו אינה שוללת גישה שלפיה ניתן לראות במנוח חוליה אחרונה בשרשרת מתעללים. אמנם סעיף 300א(ג) לחוק העונשין מאפשר אחריות מופחתת "כשהנאשם היה נתון במצב של מצוקה נפשית קשה, עקב התעללות חמורה ומתמשכת בו או בבן משפחתו, **בידי מי שהנאשם גרם למותו**", והפסוקית "בידי מי שהנאשם גרם למותו" מייחסת את התעללות החמורה והמתמשכת לנרצח, אך אין בכך לדעתנו כדי לחייב את המסקנה שהתעללות החמורה והמתמשכת צריכה להתגבש אך ורק על ידי מעשיו. לדעתנו, לשונו של הסעיף היא גמישה דיה לחול גם על מצב שבו התנהגותו של הנרצח היא חלק ממכלול של התנהגויות שיחדיו גיבשו התעללות חמורה ומתמשכת, גם אם מעשיו של הנרצח אינם עולים כדי התעללות כזו (או אולי אף אינם עולים כדי התעללות כלל) כאשר הם נבחנים כשלעצמם ומנקודת מבט המתמקדת בנרצח בלבד. טלו, למשל, מצב שבו כמה אנשים נוהגים בפלוגיה באופן שאילו היה נבחן כמכלול, היה עולה כדי התעללות חמורה ומתמשכת. הניחו כי אם נבודד את מעשיו של כל אחד ואחד מהם, הם לא יעלו כדי התעללות חמורה ומתמשכת. האם אי-אפשר מבחינה לשונית לומר כי כל אחד ואחד מהם נטל חלק בהתעללות חמורה ומתמשכת? האם בלתי אפשרי מבחינה לשונית לומר כי ההתעללות החמורה והמתמשכת בפלוגיה נעשתה **בידי** כל אחד ואחד מהם? לדעתנו, אפשרות זו היא בהחלט בגדר מתחם האפשרויות הלשוניות. אין בנימוק הלשוני כשלעצמו לשלול אפוא את החלת הסעיף במקרה של שרשרת מתעללים, שהנרצח הוא אך חוליה אחת בה. ההכרעה בשאלה זו צריכה להיגזר מניתוח תכליתי הסעיף ולא מלשון החוק.

שאלה קשה יותר היא אם מבחינה לשונית דרישת הקשר הסיבתי שהסעיף מציב, מחייבת כי מעשיו של הנרצח התרחשו קודם למועד שבו מצבו הנפשי של הנאשם חצה את רף "המצוקה הנפשית הקשה" וכי הם תרמו לחציית רף המצוקה הנפשית הקשה. טלו, למשל, מצב שבו הנרצח הוא האחרון בשרשרת מתעללים שמעשיהם יחדיו עולים כדי התעללות חמורה ומתמשכת. הנאשם היה נתון במצוקה נפשית קשה עקב מעשים אלה, אלא שהוא חצה את רף "המצוקה הנפשית הקשה" בעקבות מעשיהן של חוליות קודמות בשרשרת המתעללים. האם במצב זה יש לומר שאין מתקיימת דרישת הקשר הסיבתי בין מעשיו של הנרצח ובין המצוקה הנפשית הקשה? או בניסוח אחר, האם במצב כזה יש לומר שכיוון שהנאשם כבר חצה את רף המצוקה הנפשית הקשה, אין לצרף את מעשיו של הנרצח לשרשרת המתעללים הקודמים? ובכן, לדעתנו, אין במצב כזה כדי לשלול את הקשר הסיבתי. אין לדעתנו כל הכרח לדרוש כי מעשיו של הנרצח הם אשר גרמו לחציית רף המצוקה הנפשית הקשה. לדעתנו, די בכך שמעשיו של הנרצח העמיקו (ולו במעט) את המצוקה הנפשית הקשה ממילא או אף שימרו את רמת המצוקה הנפשית ומנעו הקלה בה, כדי שיהיה אפשר לומר מבחינה לשונית כי המצוקה הנפשית הקשה שבה היה נתון הנאשם בעת ביצוע העבירה הייתה "עקב" המעשים של הנרצח. גם הכרעה בשאלה זו צריכה אפוא להיגזר מותכלית החוק ולא מלשונו.

הנימוק השני שאפשר לדלות מפסק הדין, לעמדה השוללת את הקונסטרוקציה של שרשרת מתעללים מופיע כאמור בדברי המשנה לנשיאה רובינשטיין אשר כותב כי לא על הנרצח לשלם את מחיר חייהן בזנות של הנאשמות. נימוק זה מדגיש אפוא את היעדר אשמתו של הקורבן. האם נימוק זה עומד בפני הביקורת? לדעתנו התשובה היא שלילית.

ניתוח הנמקתו של השופט רובינשטיין מעלה כי גישתו נסמכת, לפחות במשתמע, על ההנחה כי ההגנה בסעיף 300א(ג) היא הגנה מצדיקה חלקית להבדיל מהגנה פוטרת. הנחה משתמעת זו עולה הן מלשון ההנמקה, הנוקטת לשון "להצדיק", אך חשוב מכך: הנחה זו עולה מעצם התייחסותו לאשמתו של הקורבן. אשמתו של הקורבן, או היעדר אשמתו, אפשר שיהיו רלוונטיים כאשר מדובר במסגרת קונספטואלית של הגנות מצדיקות. לעומת זאת, הם אינם רלוונטיים כאשר מדובר בהגנות פוטרות (באופן מלא או חלקי), המפנות מבטן לאשמתו של הנאשם. ההשוואה בין הגנה עצמית להגנת היעדר השפיות מדגימה היטב הבדל זה. באשר להגנת היעדר השפיות, בהיותה הגנה פוטרת, שאלת אשמתו של קורבן העבירה אינה רלוונטית.<sup>15</sup> הגנה עצמית, לעומת זאת, היא הגנה מצדיקה ובה אשמתו של הקורבן רלוונטית גם רלוונטית ואף נדונה

15 "ב"קורבן" הכוונה למי שתקיפתו נהדפה על ידי המעשה שבעניינו נטענת טענת אי-שפיות.

אביחי אליהו ואורי גורלי, "בין עונש מופחת לקנטור מתמשך – הגנות אפשריות בעבירת רצח של עוסקות בזנות הרהורים בעקבות פסק הדין בעניין אנה קומשין", **הארץ דין** יב(1) 55 (תשע"ח)

בספרות (באשר לתחולת ההגנה במקרים שבהם התוקף<sup>16</sup> אינו מקיים את דרישת האשמה כגון תוקף קטין או תוקף שלוקה בנפשו).<sup>17</sup>

ההנחה המשתמעת כי סעיף 300א(ג) נסמך על רציונל של הגנה מצדיקה באופן חלקי היא הנחה בעייתית לדעתנו. כפי שנסיביר להלן בפרק ב, פרשנות ראויה יותר של סעיף 300א הייתה רואה בה הגנה הנסמכת על רציונל של הגנה פוטרת חלקית.

## **ב. האפשרות להחיל את סעיף 300א(ג) על נשים בזנות לפי הדין הרצוי**

לאחר שהצגנו את עיקרי הביקורת שלנו על פסק הדין בעניין **קומשין**, בפרק זה נבקש להציג ניתוח חלופי של הדין המצוי, שיביא לתוצאה אחרת ולפיה נשים שעוסקות בזנות יוכלו ליהנות מההגנה הקבועה בסעיף 300א במצב של שרשרת מתעללים, שלא קביעה העקרונית בפסק הדין. הדיון בפרק זה יחולק לכמה חלקים. תחילה נעמוד על הרציונל הדוקטרינרי שבבסיס ההגנה הקבועה בסעיף, תוך דיון בשאלה אם מדובר בהגנה מצדיקה או בהגנה פוטרת. שאלה זו רלוונטית לענייננו משום שבמקרי הגנה פוטרת יש להתרכז במצבו הנפשי של מבצע העבירה בעת ביצוע העבירה, ללא קשר למעשה האסור כשלעצמו ולמידת האנטי-חברתיות שלו.<sup>18</sup> כלומר, כשמדובר בהגנה פוטרת, ההגנה מבוססת על הבנה של החולשה האנושית של המבצע או של המצב הקשה שאליה נקלע, ועל סליחה, לא על הצדקה מוסרית.<sup>19</sup> לאורך פרק זה נטען כי ההגנה הקבועה בסעיף 300א היא הגנה פוטרת ולא מצדיקה, ולפיכך פרשנות ראויה תיתן משקל דווקא למצבו הנפשי הקשה של הנאשם ולא לדרישת הקשר הסיבתי או לאחריותו של הנרצח למצב נפשי קשה זה. זאת ועוד, כחלק מהצגת המהלך הפרשני, נעמוד על ההיסטוריה החקיקתית של סעיף 300א ועל הכוונה הסובייקטיבית של המחוקק להגן על נשים מוכות. נבקש להקביל בין נשים מוכות לנשים בזנות ונטען כי אותו רציונל שהביא לחקיקתו של סעיף 300א בנוגע לנשים מוכות יפה בענייננו גם לעניין נשים בזנות. לבסוף נטען כי לאור סעיף 34כא לחוק העונשין, הקובע כי "ניתן דין לפירושים סבירים אחדים לפי תכליתו, יוכרע העניין לפי הפירוש המקל ביותר עם מי שאמור לשאת באחריות פלילית לפי אותו דין", היה על בית המשפט לאמץ את המהלך הפרשני שאנו מציעים.

### **1. על ההבחנה בין הגנה מצדיקה להגנה פוטרת וסיווג ההגנה בסעיף 300א(ג)**

כחלק מקדים למהלך הפרשני שנציג לאורך הפרק, נפרוש בקצרה את ההבדלים בין הגנה מצדיקה להגנה פוטרת. כידוע, אדם נושא באחריות פלילית כאשר הוא מגבש יסוד עובדתי ונפשי של עבירה מסוימת. עם זאת, ישנם מצבים שבהם אף על פי שמבצע העבירה מגבש יסוד עובדתי ונפשי של עבירה, הוא יהיה פטור מאחריות פלילית מכוח הדין. כך למשל, אדם הלוקה במחלת נפש יהיה פטור מאחריות פלילית אף אם ביצע עבירה, כמו גם אדם המבצע עבירה במטרה להגן על עצמו מפני סכנה לחייו. נהוג להבחין בין שני סוגים של הגנות (המכונות לעיתים גם סייגים) מפני אחריות פלילית – הגנות **מצדיקות** והגנות **פוטרות**.

ההבדל המרכזי בין הגנה מצדיקה להגנה פוטרת נוגע למעשה העבירה. בהגנה **מצדיקה** הדין מעודד את עשיית המעשה הפלילי לצורך הגשמה של אינטרס חשוב אחר, או למצער רואה בו מעשה מותר. טלו, למשל, מצב שבו אדם פורץ לבית בוער כדי להציל את הכלואים בפנים. במקרה זה איננו רואים בפריצה מעשה אסור אף על פי שהיא מקיימת את היסוד העובדתי

16 "תוקף" הכוונה למי שתקיפתו נהדפה על ידי המעשה שלעניינו נטענת טענת הגנה עצמית.

17 ראו למשל: בועז סג'ורו **הגנה עצמית במשפט הפלילי** 73–84 (תש"ס); בועז סג'ורו "הייחפך הצידוק לפטור של חסד: הגנת בית המגורים" (יחוק דרומי" ופסק-הדין בפרשת דרומי) כמקרה-מבחן לרציונל המצדיק הגנה עצמית ולהלכה הישראלית" **משפט וממשל** יג 93, 97–98 (2010).

18 חאלד גנאים "היסוד הנפשי של סייג מצדיק ושל סייג פוטרי" **משפט וממשל** יז 519, 548–549 (תשע"ו-2016).

19 בועז סג'ורו "הפעלת כוח שאינה במטרה להתגונן או להגן אינה הגנה עצמית מוצדקת – תשובה לחאלד גנאים" **משפט וממשל** יז 551, 552 (2016).

אביחי אליהו ואורי גורלי, "בין עונש מופחת לקנטור מתמשך – הגנות אפשריות בעבירת רצח של עוסקות בזנות הרהורים בעקבות פסק הדין בעניין אנה קומשיין", **הארץ דין** יב 55 (תשע"ח)

והנפשי הנדרש להתגבשות העבירה. לעומת זאת, בהגנה **פוטרת** יחסו של הדין לעבירה עדיין שלילי, והוא בכל זאת רואה בה מעשה אסור, אם כי בה בעת הוא מכיר בכך שלא יהא נכון להטיל אחריות פלילית על מבצע העבירה במקרה זה בשל מאפייניו או הנסיבות האישיות שהביאו אותו לבצע את העבירה. מקובל לומר כי בעוד הגנות מצדיקות מתמקדות במעשה ובנסיבותיו, הגנות פוטרות מפנות מבטן לעושה.<sup>20</sup> כנגזרת מסיווג זה ישנה הבחנה גם בין **הגנות מצדיקות חלקיות** ובין **הגנות פוטרות חלקיות**.<sup>21</sup> בספרות, ההבחנה בין הגנות מצדיקות חלקיות להגנות פוטרות חלקיות, וההצדקות להן, מובנות בכמה דרכים.<sup>22</sup> לדעתנו ההבנה הנכונה ביותר היא זו של Douglas Husak. הוסאק עומד על כך שרעיון ההגנות הוא רעיון סקלרי (כלומר הוא יכול לחול במידה משתנה, ולא בהכרח לחול במלואו או שלא לחול כלל). לפיכך לגישתו, הגנה חלקית מוצדקת כיוון שיש רכיבים מקבילים בינה ובין ההגנה המוחלטת (בין שמדובר בהגנה מצדיקה או בהגנה פוטרת).<sup>23</sup> לפי גישה זו, ההבחנה בין הגנות מצדיקות חלקיות להגנות פוטרות חלקיות היא כדלקמן: ההגנות המצדיקות החלקיות הן שוללות או מפחיתות את האנטי-חברתיות של המעשה, ואילו ההגנות הפוטרות החלקיות שוללות או מפחיתות את האשמה של העושה.<sup>24</sup>

אמנם ההבחנה בין הגנה מצדיקה להגנה פוטרת אינה קבועה במפורש בחוק העונשין הישראלי, והיא אף אינה נחלתן של מדינות המשפט המקובל,<sup>25</sup> אשר ככל שאימצו אותה, עשו זאת בשלב מאוחר למדי מבחינה כרונולוגית.<sup>26</sup> עם זאת, הבחנה זו מקובלת בקרב מלומדי המשפט וכן מצאה לה מהלכים בפסיקה בתי המשפט בישראל.<sup>27</sup> היא הוכרה בפסיקה כשיקול בעל נפקויות מעשיות,<sup>28</sup> ונקבע כי ראוי להיזקק לה בפרשנות החוק.<sup>29</sup> כך למשל, בעניין **פלוני**, כחלק מדיון בשאלת הפרשנות הראויה שיש לתת לסעיף 28 לחוק העונשין העוסק בפטור עקב חרטה, קיים בית המשפט דיון מקדים בשאלה אם מדובר בהגנה מצדיקה או בהגנה פוטרת כדי לקבוע את העיצוב הראוי של תוכנו ואת גבולותיו של הפטור.<sup>30</sup> הנה כי כן, לשאלת סיווגה של ההגנה יש רלוונטיות ממשית לעיצובה ולפרשנותה, ולפיכך לדעתנו כאשר בית המשפט עוסק בשאלת פרשנותו של פטור מסוים, עליו להתייחס תחילה לשאלת סיווגו של הפטור כפי שעשה בית המשפט בעניין **פלוני** הנ"ל.

לפיכך, כחלק מהניתוח החלופי שאנו מציעים לשאלה שהתעוררה בעניין **קומשיין**, נדון כעת בשאלה אם יש לראות בסעיף 300א(ג) סעיף המעניק הגנה מצדיקה חלקית או הגנה פוטרת חלקית.

ייתכן שיטען הטוען, בדומה למשנה לנשיאה בפסק הדין, כי לשון סעיף 300א(ג) מעידה על כך שמדובר בהצדק חלקי. זאת, מכיוון שנדרש קשר סיבתי בין ההתעללות של קרבן העבירה ובין מצבו הנפשי של מבצע העבירה. עם זאת דעתנו אחרת, ואלה טעמיה:

ראשית, מהתבוננות מעמיקה בלשונו של סעיף 300א ניתן להסיק שלפחות ככל שמדובר בסעיף 300א(ג), לפנינו הגנה פוטרת ולא הגנה מצדיקה. הסעיף מונה ארבעה מצבים שבהם נאשם בעבירת רצח יוכל ליהנות מעונש מופחת, ואלו הם:

- 
- 20 Andrew Botterell, *A Primer on the Distinction between Justification and Excuse*, 4 PHILOSOPHY COMPASS 172, 174 (2009)
- 21 John L. Austin, *A plea for excuses*, in PHILOSOPHY AND LINGUISTICS 79, 82 (Colin Lyas, ed. 1971)
- 22 Shahar Eldar & Elkana Laist, *The Misguided Conception Of Partial Justifications*, 20 LEGAL THEORY 157, 177 (2014)
- 23 Douglas N. Husak, *Partial Defenses*, 11 CAN. J.L. & JURISPRUDENCE 167 (1998)
- 24 Marcia Baron, *Justifications and Excuses*, 2 OHIO ST. J. CRIM. L. 387, 388 (2004)
- 25 Miriam Gur-Arye, *Should a Criminal Code Distinguish Between Justification and Excuse*, 5 CAN. J.L. & JURISPRUDENCE 215 (1992)
- 26 Eugene R Milhizer, *Justification and Excuse: What They Were, What They Are, and What They Ought To Be*, 78 ST. JOHN'S L. REV. 725, 730 (2004)
- 27 בע"פ 7085/93 נג'אר נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(4) 221, 232 (1997); ע"פ 1109/09 שיבלי נ' מדינת ישראל, פס"י לחוות דעתו של השופט רובינשטיין וכן חוות דעתו של השופט לוי (פורסם בנבו, 4.1.2010), ע"פ 5767/14 פלוני נ' מדינת ישראל, פס"י 28–30 לחוות דעתו של השופט גיבראן (פורסם בנבו, 16.6.2015); ע"פ 7704/13 יעקב מרגולין נ' מדינת ישראל, פס"י 18 לחוות דעתו של השופט הנדל (פורסם בנבו, 8.12.2015); ע"פ 746/14 יונתן בן היילו נ' מדינת ישראל, פס"י 5 לדבריה של השופטת ברק-ארו (פורסם בנבו, 31.5.2016) (להלן: עניין היילו).
- 28 עניין שיבלי, שם.
- 29 עניין פלוני, הי"ש Error! Bookmark not defined. לעיל, פס"י 31 לחוות דעתו של השופט גיבראן.
- 30 שם, בפס"י 32–34 לחוות דעתו של השופט גיבראן.

אביחי אליהו ואורי גורלי, "בין עונש מופחת לקנטור מתמשך – הגנות אפשריות בעבירת רצח של עוסקות בזנות הרהורים בעקבות פסק הדין בעניין אנה קומשיין", **הארץ דין** יב(1) 55 (תשע"ח)

(א) במצב שבו, בשל הפרעה נפשית חמורה או בשל ליקוי כושרו השכלי, **הוגבלה יכולתו של הנאשם** במידה ניכרת, אך לא עד כדי חוסר יכולת של ממש כאמור בסעיף 34 –

(1) להבין את אשר הוא עושה או את הפסול שבמעשהו ; 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 34, יא, 34יב.

(ג) **כשהנאשם היה נתון** במצב של מצוקה נפשית קשה, עקב התעללות חמורה ומתמשכת בו או בבן משפחתו, בידי מי שהנאשם גרם למותו. (ההדגשות הוספו)

נשים לב כי בעוד סעיפים 300א(א) ו-300א(ג) תולים את האפשרות ליהנות מעונש מופחת במצבו של הנאשם בעת ביצוע העבירה, סעיף 300(ב) תולה את האפשרות ליהנות מעונש מופחת **במעשה** עצמו. לפיכך נבקש לומר כי סעיף 300א אינו סעיף אחיד אלא כולל הגנות מצדיקות בצורה חלקית והגנות פטרות חלקית גם יחד. אם מדובר במצב המתאים לסעיף 300א(ב), מדובר בהגנה מצדיקה באופן חלקי. מנגד, אם אנו נמצאים בגדרם של סעיפים 300א(א) ו-300א(ג), מדובר במובהק בהגנות פטרות, שכן התלות היא במצבו של הנאשם ולא במעשהו.

עוד יש לשים לב שדרישת הקשר הסיבתי בסעיף היא בין **ההתעללות** ובין המצב הנפשי הקשה, ולא בין המתעלל ובין המצב הנפשי הקשה. לשון זו אף מחזקת את טענתנו כי מדובר בהגנה פטרות ולא בהגנה מצדיקה. כלומר, לו היה מדובר במתעלל, היינו נוטים יותר לחשוב שמדובר במתעלל ספציפי, והתחושה שהייתה מתקבלת היא תחושה של נקמה, אבל כיוון שמדובר במעשה התעללות, נראה כי הלשון סובלת פירוש שלפיו ההתעללות לא בוצעה על ידי אדם אחד בלבד, כלומר אין כאן עניין של נקמה דווקא, אלא תיאור מצב עובדתי.

דרך נוספת להסיק שמדובר בהגנה פטרות ולא בהגנה מצדיקה היא בדיקת ההיסטוריה החקיקתית של סעיף הענישה המופחתת. סעיף 300א נחקק לאחר ההד הציבורי שליווה את ההליכים המשפטיים שהתנהלו נגד כרמלה בוחבוט<sup>31</sup> ושוקי בסו.<sup>32</sup> פרשות אלו עסקו במצבים שבהם נשים מוכות או ילדיהן בחרו בעשיית דין עצמית ורצחו את בן הזוג המתעלל. בעקבות ההד הציבורי שעוררו פרשיות אלו, הונחה על שולחן הכנסת הצעת חוק שביקשה להוסיף את סעיף 300א. במקורו נוסח הסעיף כסעיף של הפחתת אחריות בעבירת הרצח. במהלך דיונים בוועדה, שונה נוסח הסעיף ובמקום **אחריות מופחתת** נקט המחוקק לשון של **עונש מופחת**, וזה הנוסח שהתקבל בסופו של דבר.<sup>33</sup> כעת, אם נחזור להבחנה שהצענו לעיל בין הגנה מצדיקה להגנה פטרות, נלמד כי אי-אפשר לטעון שמדובר בהגנה מצדיקה. הגנה מצדיקה חלה כאשר אין פגם מוסרי במעשהו של מבצע העבירה (והגנה מצדיקה חלקית חלה כאשר הנסיבות מפחיתות את הפגם המוסרי). לעומת זאת בסעיף 300א אין מבצע העבירה מנוקה מאחריות כלל, אלא רק מפחיתים מעונשו. קרי, הפגם המוסרי במעשהו של מבצע העבירה בעינו עומד. דברים אלה הולמים את הטעם שהביא לנקיטת הלשון "עונש מופחת". כך למשל, בדבריו של יו"ר ועדת חוק חוקה ומשפט:

"החליטה הוועדה פה-אחד, מטעמים מוסריים ולא מכל טעם אחר, שראשית, איננו מקבלים את ההגדרה של אחריות מופחתת [...] מצב של אחריות מופחתת יש בו מסר פסול, שלילי לחברה. כאשר אתה קוטל אדם,

31 ע"פ 6353/94 בוחבוט נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(3) 647 (1995).

32 תפ"ח (ת"א) 416/93 מדינת ישראל נ' בסו, פ"מ תשנ"ד(3) 281.

33 אסף טויב "ענישה מופחתת ברצח – סעיף 300א(א) לחוק העונשין, תשל"ז–1977" הפרקליט מח 214, 217–218 (2004).



אביחי אליהו ואורי גורלי, "בין עונש מופחת לקנטור מתמשך – הגנות אפשריות בעבירת רצח של עוסקות בזנות הרהורים בעקבות פסק הדין בעניין אנה קומשיץ", **הארץ** דין יב 55 (תשע"ח)

כאשר אתה נוטל את חייו, איננו מוכנים לקבל את המושג של אחריות מופחתת, אבל כולנו קיבלנו את ההגדרה של עונש מופחת [...] לא רצינו, דתיים וחילונים, ימין ושמאל, שהיו שותפים בהכנת החוק, לא היינו מוכנים לחרוג מן האמירה המוסרית-החברתית-החינוכית הזו, שלפיה בגין רצח אדם ישפט למאסר עולם בבית הכלא".<sup>34</sup>

זאת ועוד, גם לו היה נחקק הסעיף בנוסחו המקורי שנקט לשון של אחריות מופחתת, בכל זאת היינו גורסים שמדובר בהגנה פוטרת ולא בהגנה מצדיקה, שכן גם אחריות מופחתת היא אחריות פלילית והיא מעידה על כך שקיים פגם מוסרי במעשהו של מבצע העבירה.

טעם נוסף לראות בסעיף 300א(ג) סעיף שההגנה בו היא הגנה פוטרת נובע משני עקרונות יסוד של השיטה והם עקרון האשמה ועקרון ההלימה. כידוע, עקרונות אלו נקבעו במשפט הישראלי כעקרונות מנחים בענישה.<sup>35</sup> לדעתנו, צמצום היקפו של הסעיף רק למצבים של הצדק חלקי אינו רצוי כיוון שאינו נותן מענה למצבים שבהם המצוקה הקשה מפחיתה את אשמתו של הנאשם ואינה מצדיקה הטלת עונש החובה שבצד עבירת הרצח, כמו במקרה של אישה בזנות שרוצחת את צרכן הזנות עקב מצוקה נפשית קשה. ודוק, אין מדובר בסיטואציות תיאורטיות. בחינת מציאות חייהן של נשים העוסקות בזנות מעלה שבמקרים רבים מצוקתן היא אכן תוצר של שרשרת פגיעות מידי אנשים שונים. העמדה העקרונית השוללת את תחולת סעיף 300א(ג) במצבים אלה, מותירה את בית המשפט ללא כל אפשרות להתחשב, במקרים המתאימים לכך, במצוקתן של נשים בזנות, ולהשית עליהן עונש מופחת אם אשמתן אינה מצדיקה עונש מאסר עולם חובה.

לאחר שסיווגנו את הגנת העונש המופחת בסעיף 300א(ג) כהגנה פוטרת, נבקש לעמוד על הנפקות של אבחנה זו בחלק הבא.

## 2. גבולות הגזרה של ההגנה הקבועה בסעיף 300א(ג) בעקבות סיווגה כהגנה פוטרת

כפי שהצגנו בחלקו הקודם של הפרק, סעיף 300א(ג) חוקק בעקבות פסקי הדין בעניינם של כרמלה בוחבוט ושוקי בסו, כשהדמות שעליה ביקש המחוקק להגן בחקיקת הסעיף, היא דמותה של האישה המוכה שעושה דין לעצמה וממיתה את בעלה. התיקון המוצע הוצג בידי שר המשפטים, דוד ליבאי, בצורה הזאת: "אחריות מופחתת חלה, על-פי החוק המוצע, גם לעניין המתה במצבים של מצוקה נפשית, שאליה נקלע אדם כתוצאה מההתעללות שהוא סבל מבן משפחתו, שאותו המית. כוונתנו היא **בעיקר** לבן זוג מוכה המגיע, מתוך ייאוש קיצוני, להמתת בן זוגו המתעלל בו".<sup>36</sup> בחלק זה ננתח את יסודות סעיף 300א(ג) לאור מסקנתנו כי ההגנה הקבועה בו היא הגנה פוטרת, ולנוכח הרציונל שביסוד הסעיף. ננסה לברר אם אכן ניתן להרחיב הגנה זו ולהחילה גם במצבים שבהם אין מדובר במתעלל יחיד אלא בשרשרת מתעללים, ונבחן בהקשר זה שתי שאלות:

א. האם ההתעללות של המתעלל האחרון צריכה לעמוד לבדה בתנאי של התעללות חמורה וממושכת או אולי די בכך שהיא הופכת חמורה וממושכת בהצטרפה למעשי המתעללים האחרים?

ב. האם במצב של שרשרת מתעללים, כאשר המצוקה הנפשית כבר נגרמה על ידי המתעללים הקודמים, יש לומר שאין קשר סיבתי בין ההתעללות האחרונה למצוקה הנפשית ולפיכך הסעיף אינו חל?

34 דברי יו"ר ועדת חוק, חוקה ומשפט, ח"כ דוד צוקר, בדיון במליאת הכנסת, פרוטוקול ישיבה מס' 371 של הכנסת ה-13 (1.8.1995). זמין ב: [fs.knesset.gov.il/13/Plenum/13\\_ptm\\_235574.doc](https://www.fs.knesset.gov.il/13/Plenum/13_ptm_235574.doc)

35 ס' 40 לחוק העונשין.

36 פרוטוקול ישיבה מס' 350 של הכנסת ה-13 (13.6.1995) (ההדגשה הוספה) זמין ב: [fs.knesset.gov.il/13/Plenum/13\\_ptm\\_235648.doc](https://www.fs.knesset.gov.il/13/Plenum/13_ptm_235648.doc)

אביחי אליהו ואורי גורלי, "בין עונש מופחת לקנטור מתמשך – הגנות אפשריות בעבירת רצח של עוסקות בזנות הרהורים בעקבות פסק הדין בעניין אנה קומשיין", **הארץ דין** יב(1) 55 (תשע"ה)

כדי להשיב על שאלות אלו נבחן שוב את לשון החוק. מלשונו של סעיף 300א(ג) עולה שכדי לזכות בהגנה הקבועה בו, צריך לעמוד בשלושה תנאים מצטברים:<sup>37</sup>

א. הנאשם היה נתון במצב של מצוקה נפשית קשה בעת ביצוע העבירה;

ב. הייתה התעללות חמורה ומתמשכת בנאשם או בבן משפחתו בידי הקורבן;

ג. ההתעללות החמורה היא שגרמה למצב הנפשי הקשה.

לדעתנו, התנאי הראשון הוא העיקרי בבחינת תחולתה של ההגנה על הנאשם, ואילו התנאי השני והשלישי משקלם פחות ויש לפרשם בצורה מקלה יותר כתנאים שהגיונם ראייתי בלבד. את טענתנו זו נבסס על שני אדנים ונחבר ביניהם. האדן הראשון הוא סיווג ההגנה כהגנה פוטרת. נסביר דברינו. לו היה מדובר בהגנה מצדיקה, היה מודגש **המעשה** עצמו. בין היתר היינו בוחנים אם המעשה הביא לתוצאה ראויה שבגינה אנחנו מוכנים להשלים עם המעשה הפלילי. לעומת זאת, כאשר אנו בוחנים הגנה פוטרת, העושה, מאפייניו ומצבו הם שמודגשים. עיקר עיסוקנו הוא מצבה הנפשי הקשה של הנאשמת. את הדרישה להתעללות חמורה וממושכת בידי הקורבן ואת הדרישה לקשר סיבתי צריך לפרש לדעתנו כתנאים שתכליתם ראייתית בעיקרה. כלומר, כשיש התעללות חיצונית והרצח הוא של המתעלל, אזי קל יותר להניח שהמעשה אכן נעשה מתוך מצוקה נפשית שנבעה מההתעללות. מכאן שאפשר להבין את התנאי השני והשלישי שבסעיף 300א(ג) כתנאים שנועדו למנוע פריצת גדר מוחלטת ושימוש מניפולטיבי של נאשמים בסעיף, כפי שקבעה השופטת ארבל בעניין **פרישקין**: "[...] ראיות הנוגעות להתעללות פיזית או מינית קודמת לזו שבה נקט בן הזוג, כגון מצד בני משפחה או בני זוג קודמים, עשויות להיות בעלות משקל לצורך ביסוס האפקט שיש להתעללות ממושכת על מצבה הנפשי של האישה".<sup>38</sup>

האדן השני לתמיכה בעמדתנו שלפיה יש להעניק את הבכורה להתקיימות התנאי הראשון, ולראות בתנאי השני והשלישי תנאים ראייתיים בעיקרם, הוא הרציונל שביסוד סעיף 300א(ג) כפי השתקף בפסיקה. כך למשל, קבע בית המשפט כי "מי שהרג שעה שהיה נתון במצוקה נפשית קשה עקב התעללות חמורה ומתמשכת בו או בבן משפחתו מצד המנוח, אינו, לרוב, בעל דפוסי התנהגות עבריינית, ואין מקום לחשוש מפניו כי יעבור עבירות נוספות מסוג זה בעתיד. (לכן) שיקולי מניעה, היינו: שלילת האפשרות מן הנאשם לחזור ולעבור עבירות נוספות על ידי הרחקתו מן הציבור, ושיקולי הרתעה אישית, היינו: הרתעת הנאשם מלעבור עבירות נוספות לאחר שחרורו, אינם מונחים אפוא על כפות המאזניים. מאחר שהנאשם אינו בעל דפוסי התנהגות עבריינית, הרי שענישתו גם אינה נדרשת לחינוכו או לתיקונו. נהפוך הוא, קיים חשש שחשיפתו לחברה העבריינית, על ידי כליאתו, היא שתביא אותו לאמץ דפוסי התנהגות עבריינית".<sup>39</sup> רציונל נוסף לסלחנות כלפי מי שבחר בעשיית דין עצמית במקרים שאליהם מתייחס סעיף 300א(ג) הוא אוזלת ידן של הרשויות. ביטוי לכך ניתן למצוא בדבריה של השופט דורנר בעניין **בוהבוט**: "אם כל חטאת אינה תגובת הייאוש של קורבן ההתעללות, אלא שתיקת החברה, החל באלה היודעים על מסכת ההתעללויות ואינם מדווחים על כך, וכלה ברשויות שאינן מתערבות במידה הדרושה".<sup>40</sup>

מחיבור הדברים ניתן לראות כי מודגשת בעיקר המצוקה הנפשית הקשה שנגרמה מעצם ההתעללות.<sup>41</sup> לכן, לדעתנו, התניית תחולת ההגנה בכך שיש רק מתעלל יחיד אינה מתיישבת לא עם סיווגה של ההגנה כהגנה פוטרת ולא עם הרציונל של הסעיף כפי שהוצג בפסיקה. כדי להמחיש את הדברים ניטול את הדוגמה הבאה. נער מתבגר, תלמיד מצטיין אך דחוי חברתית (להלן: הנער הראשון), סובל מהצקות חוזרות ונשנות של קבוצת נערים בוגרים ממנו בבית הספר. המתעללים

37 ע"פ 1855/05 פרישקין נ' מדינת ישראל, פסי' 3 לפסק דינה של השופטת ארבל (בדעת מיעוט) (פורסם בנבו, 24.3.2008).

38 שם, פסי' 17.

39 ע"פ 4419/95 חדד נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(2) 752, 762-763, בפסי' 17 לפסק דינו של השופט גולדברג (1996).

40 עניין **בוהבוט**, לעיל ה"ש 31, בעמ' 665.

41 הצעת חוק העונשין (תיקון מס' 41) (אחריות מופחתת), התשנ"ה-1995, ה"ח 2403 (להלן: הצעת החוק). שם הוסבר כי הפחתת העונש תיעשה במקרים שבהם העבירה בוצעה בשל מצב נפשי קשה באופן שהעושה אינו צריך לעמוד באותה מדרגה מוסרית של רוצח רגיל.

אביחי אליהו ואורי גורלי, "בין עונש מופחת לקנטור מתמשך – הגנות אפשריות בעבירת רצח של עוסקות בזנות הרהורים בעקבות פסק הדין בעניין אנה קומשיץ", **הארץ דין** יב 55 (תשע"ח)

מתחלפים, לפעמים מדובר בנער פלוני ולפעמים בנער אלמוני. עקב ההתעללות החמורה החוזרת ונשנית, הנער נקלע למצב נפשי קשה. באחד הימים הוא חווה התעללות קלה יחסית מנער שלא התעלל בו עד כה (להלן: הנער המתעלל הראשון), אלא שאיתרע מזלו של אותו נער מתעלל, ודווקא התעללותו הקלה היא שהגדישה את הסאה אצל אותו נער שסובל מהצקות, ובאותו רגע הוא רוצח את הנער המתעלל. לעומת זאת, ניקח מקרה אחר שבו נער (להלן: הנער השני) סובל מהצקות ספציפיות מנער אחד בלבד (הנער המתעלל השני), ועקב התעללות זו נקלע למצב נפשי קשה ודוקר את המתעלל למוות. לו היינו רואים בהגנה שמעניק סעיף 300א(ג) הגנה מצדיקה, לא היה ניתן להצדיק את מעשהו של הנער הראשון, שכן הנער המתעלל הראשון לא לקח חלק בהתעללות הקשה ורציחתו לא תביא להפסקת התעללות זו, ואילו לעניין מעשהו של הנער השני אפשר לומר שאמנם מעשהו אינו מוצדק לגמרי, אך הוא מוצדק חלקית ולו במעט. מנגד, כאשר הפרספקטיבה היא של הגנה פוטרית, הרי שני הנערים היו שווים מבחינת המצב הנפשי הקשה שבו היו שרויים בעת ביצוע מעשה ההמתה, ואין הצדקה להבחין ביניהם כשגוזרים את דינם.

לאור כל האמור, התנאי המרכזי שאותו יש לשקול לדעתנו כאשר מועלית טענה לפי סעיף 300א(ג) הוא עצם קיומה של מצוקה נפשית קשה ועשיית המעשה בשל אותה מצוקה נפשית קשה, ואילו את תנאי הקשר הסיבתי וההתעללות החמורה והמתמשכת יש לפרש על רקע ההבנה כי מדובר בתנאים בעלי היגיון ראייתי שנועדו לספק אינדיקציות חיצוניות לקיומה של מצוקה נפשית קשה ולכך שרצח הקורבן הוא תוצאה של אותה מצוקה נפשית. ביסוס לגישה זו ניתן למצוא גם בפסיקה, בהתייחסה לסעיף 300א(ג): "בבחינת הקשר הסיבתי בין ההתעללות למצוקה יש ליתן משקל להשפעה המצטברת שעשויה להיות להתעללות קשה וארוכת שנים מצד בן הזוג המכה על מצבה הנפשי של האישה המוכה, כמו גם לכך שמשקעים שנותרו באישה כתוצאה מהתעללות מתמשכת זו עשויים בסיטואציות מסוימות להתפרץ בקרבה אפילו בתגובה לגירוי קל יחסית, שהוא בגדר 'טריגר' להתעללות ולסבל שהיו מנת חלקה לאורך השנים, וזאת הגם שבו כשלעצמו אין כדי להסביר או להצדיק את המעשה".<sup>42</sup>

לפיכך יש לקבוע בנוגע לשאלות שעמן פתחנו תת-פרק זה, כי אין צורך להראות שהקורבן התעלל התעללות חמורה ומתמשכת לבדו, אלא די בכך שהיה לו חלק במסכת התעללויות חמורה ומתמשכת שהביאה את הנאשם לידי מצב נפשי קשה, אף אם מעשיו, אילו היו נבחנים כשלעצמם, ולא כחלק משרשרת המתעללים, לא היה בהם כדי להיחשב להתעללות חמורה ומתמשכת.

זאת ועוד, כיוון שמדובר בהגנה פוטרית, המדגישה את המצב הנפשי הקשה של הנאשם, אזי גם אם המצב הנפשי הקשה כבר נגרם טרם מעשה ההתעללות, ההגנה על הנאשם בכל זאת תחול כל זמן שהמצב הנפשי הקשה נובע מהתעללות חמורה ומתמשכת, ובלבד שמעשיו של הקורבן העמיקו או למצער שימרו את המצוקה הנפשית של הנאשם.<sup>43</sup>

### 3. צריכת שירותי זנות כהתעללות חמורה ומתמשכת

משעמדנו על הרציונל ותחמנו את גבולות הגזרה של סעיף 300א(ג), נתמודד כעת עם טענה אפשרית אחרת והיא מדוע יש לראות בצריכת זנות משום התעללות חמורה ומתמשכת. בטרם נשיב על קושי זה, נבחן מהו רף המצב הנפשי ורף ההתעללות הקשה הנדרשים כדי להיכנס לתחומי סעיף 300א(ג). עיון בפסיקה מראה כי ישנן גישות שונות לשאלה זו. מצד אחד קבע השופט מצא כי "...לא כל מצוקה נפשית שאליה נקלע מבצע רצח נכנסת לגדר החרוג שנקבע בסעיף 300א(ג). כך גם לא כל התנהגות פוגענית מצד הקורבן כלפי מי שגרם למותו עולה כדי 'התעללות חמורה ומתמשכת'".<sup>44</sup> עם זאת, ניתן לראות שינוי

42 עניין פרישקין, לעיל ה"ש 37, פס"י 19 לפסק דינה של השופטת ארבל (ההדגשות הוספו).

43 בהקשר זה ניתן לשאול שאלה נוספת שקשורה במישורין להארה זו, והיא מה דינו של נאשם שנקלע למצב נפשי קשה עקב התעללות, הרוצח אדם שאינו קשור כלל למעשה ההתעללות. לדעתנו, במקרה כזה ניתן לשקול במקרים המתאימים החלה של ס' 300א(א) כיוון שיש יסוד סביר להניח שמדובר במצב שגובל באובדן רציונליות הנובע מהמצב הנפשי הקשה.

44 ע"פ 1191/02 פלוני נ' מדינת ישראל, פס"י 11 לפסק דינו של השופט מצא (פורסם בנבו, 30.3.2003).

אביחי אליהו ואורי גורלי, "בין עונש מופחת לקנטור מתמשך – הגנות אפשריות בעבירת רצח של עוסקות בזנות הרהורים בעקבות פסק הדין בעניין אנה קומשיין", **הארץ דין** יב(1) 55 (תשע"ח)

במגמה המצמצמת שאפיינה את הפסיקה בעבר בנוגע לדרישת המצב הנפשי הקשה ולדרישת ההתעללות.<sup>45</sup> לאחרונה, בפסק הדין שניתן בעניין **היילו**,<sup>46</sup> קבע בית המשפט כי מקרה שבו קורבן העבירה ביצע **פעמיים** מעשה סדום בנאשם טרם ההמתה, נחשב להתעללות קשה ומתמשכת שיש בה כדי להביא למצב נפשי קשה העומד בדרישות הסעיף.

יש כאן הרחבה של פרשנות הסעיף – לא רק סיטואציה של אישה מוכה – אולם לדעתנו, מפסיקת בית המשפט בעניין **היילו** עולה שביית המשפט רגיש לאלימות מינית המופנית כלפי גברים יותר משהוא רגיש לאלימות כלפי נשים, זאת אף שאת פסק הדין בעניין **היילו** חותם השופט מלצר במילים "אין צריך לומר שדברים אלה נכונים לגבי כל קורבן אלימות – יהא זה גבר או אשה, ותהא זו אלימות מינית או אחרת". במבחן המציאות, בעניין **היילו** הספיקו שני מקרים בלבד של אלימות כדי לגבש "התעללות חמורה ומתמשכת", ואילו בעניין **פרישקין** הנ"ל,<sup>47</sup> שבע שנות נישואין שכללו בין היתר אלימות מינית ואונס לצד מעשי אלימות אחרים, לא הספיקו כדי לגבש התעללות חמורה ומתמשכת.<sup>48</sup> בהמשך לדברים אלו, אנו טוענים שמבחינה נורמטיבית יש לחוש דווקא לאלימות מינית כלפי נשים שכן היא שכיחה יותר ובבחינת רע שיש לבער מקרבנו. לכן, לטענתנו יש לקרוא את פסק הדין בעניין **היילו** כמנמיך את רף ההתעללות הנדרש לצורך עמידה בתנאי סעיף 300א(ג), ובכך לדעתנו נפתח פתח רחב לכך שגם נשים העוסקות בזנות יוכלו ליהנות מהגנתו של סעיף 300א(ג) – שכן לדעתנו רכישת שירותי זנות כשלעצמה מהווה אלימות מינית כלפי אישה בזנות.

זאת ועוד, נציג להלן כמה נתונים שלדעתנו על בית המשפט להתחשב בהם כאשר הוא בוחן מקרים מעין אלו, שיכולים להוות אינדיקציה למצב הנפשי הקשה שבו שרויות נשים בזנות. כלפי נשים בזנות נקטת אלימות קיצונית הן מצד הסרסורים הן מצד הלקוחות, ובכללה אונס, אונס קבוצתי, ניסיונות רצח, חניקה, מכות, אלימות מילולית, השפלה, פציעה, שוד ועוד.<sup>49</sup> אינדיקציה נוספת לכך שנשים בזנות סובלות ממצוקה נפשית קשה היא השימוש של רבות מהן בסמים כאמצעי ליצירת ניתוק בין הגוף לתודעה.<sup>50</sup> זאת ועוד, העיסוק בזנות, האלימות הכרוכה בו והרקע המשפחתי והסביבתי של הזנות מסבים נזקים נפשיים לרבות מהעוסקות בזנות. מחקרים העלו כי בקרב נשים בזנות יש שכיחות גבוהה של הפרעות טראומטיות, מנגנוני הגנה כמו ניתוק בין גוף לנפש, שיכחון (אמנזיה), הפרעות חרדה ודיכאון.<sup>51</sup>

לנוכח תמונה עגומה זו, ועל פי פסק הדין בעניין **היילו**, ניתן לומר כי אין מניעה שנשים בזנות יוכרו כסובלות מהתעללות קשה ומתמשכת המביאה למצוקה נפשית קשה, שתצדיק החלה של סעיף 300א(ג). יש לזכור שבעניין **היילו** דובר באלימות מינית שהתבצעה פעמיים בלבד ואילו נשים בזנות חוות התנהגות דומה על בסיס יומיומי, לעיתים שנים רבות. אם נקבל את הפרשנות שהוצגה לעיל, שלפיה ההגנה הקבועה בסעיף היא הגנה פוטרת, ולכן יש לפרשה באופן שאין צורך שקורבן העבירה יהיה המתעלל הבלעדי, ודי בכך שיהיה לו חלק מסוים בהתעללות החמורה והמתמשכת, יהיה אפשר להכיר בנשים בזנות כזכאיות ליהנות מהגנת העונש המופחת.<sup>52</sup>

הקוראים יכולים להקשות ולשאול כיצד ניתן להגדיר רכישת שירותי זנות כהתעללות מינית, כשצריכת זנות אינה אסורה על פי הדין הפלילי, ולפי עקרון החוקיות כל מה שאינו אסור – מותר. תשובתנו על טענה זו תחולק לשני רבדים.

45 ראו למשל: ע"פ 5413/97 **זורבליוב נ' מדינת ישראל**, פ"ד נה(2) 541 (2001); ע"פ 6398/05 **סמסון נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 10.10.2006); ע"פ 5041/04 **אמונה נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 11.10.2005).

46 עניין **היילו**, לעיל הי"ש 27. הטענה נדונה בעיקר בבית המשפט המחוזי ואוזכרה בבית המשפט העליון.

47 עניין **פרישקין**, לעיל הי"ש 37.

48 וזה אינו המקרה היחיד. גם **דלאל דאוד**, **אנסטסיה מיקל וסבטלנה זורין** שסבלו מהתעללות פיזית ומינית רבת שנים, לא זכו להגנת ס' 300א(ג).

ראו מ"ח 4990/14 **דלאל דאוד נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 28.4.2015); ע"פ 9369/07 **אנסטסיה מיקל נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 4.6.2009); ע"פ 194/08 **סבטלנה אורית זורין נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 7.9.2010).

49 אורלי לוטן **הזנות בישראל – סקירת התופעה ויחס הממסד אליה** 1 (הכנסת, מרכז מידע ומחקר, 2006).

50 שם.

51 שם, עמ' 2. להעמקה בנוקי הזנות ראו: **זנות – לקראת המשגה משפטית של קלון חברתי** 16–20 (נייר עמדה בהנחיית פרופ' שולמית אלמוג,

2009).

52 שם.

אביחי אליהו ואורי גורלי, "בין עונש מופחת לקנטור מתמשך – הגנות אפשריות בעבירת רצח של עוסקות בזנות הרהורים בעקבות פסק הדין בעניין אנה קומשיין", **הארץ דין** יב 55 (תשע"ח)

הרובד הראשון, שהוא החזק ביותר בעינינו, נובע מהתוויית גבולות הגזרה של סעיף 300א(ג) שהצענו בתת-הפרק הקודם. כיוון שאנחנו מדברים על הגנה פוטרת, השאלה אינה אם הקורבן (קרי, צרכן הזנות) אשם, אלא מה היה מצבה של הנאשמת. הדרישה שהתעללות תהיה מעשה אסור, שעליו הקורבן צריך לתת את הדין, הופכת את ההגנה שבסעיף 300א(ג) להגנה מצדיקה, וכפי שהסברנו לעיל, לא כך היא. לפיכך מידת אשמו של צרכן הזנות אינה רלוונטית לענייננו, ולכן גם לא רלוונטית השאלה אם צריכת זנות היא עבירה פלילית אם לאו. ברובד השני נאמר כי התנהגות מסוימת יכולה להיחשב להתעללות אף שאין בצידה איסור פלילי. כך למשל, עד לאחרונה סרבנות גט לא נחשבה למעשה פלילי,<sup>53</sup> אף שכבר בשנת 2004 קבע בית המשפט כי מדובר ב"דבר המגיע לכדי התעללות נפשית" (הגם שהשאלה לא נבחנה בהקשר לסעיף 300א(ג)).<sup>54</sup> בהקשר זה יש לשים לב כי אין בחוק העונשין עבירה עצמאית מסוג התעללות, להוציא התעללות בחסר ישע,<sup>55</sup> וכך דרישת ההתעללות אינה יכולה להיחתך על פי רף המעשה הפלילי ויש להגדירה בדומה למעשה הקנטור, כמעשה בעל אופי שלילי.<sup>56</sup> על שליליות המעשה ניתן ללמוד גם מהדין הזר. למשל החוק השוודי מפליל את צרכני הזנות מתוך הכרה שיש ברכישת שירותי זנות משום התעללות.<sup>57</sup>

לקראת סיום פרק זה נבקש להדגיש כי הפרשנות המוצעת על ידינו מטרתה להרחיב את תחולת סעיף 300א(ג) לחוק כדי שבית המשפט יהיה רשאי לחרוג מעונש מאסר עולם חובה, אך אין היא מחייבת אותו לעשות כן.<sup>58</sup> במילים אחרות, אם חומרת המעשים מצדיקה מאסר עולם, ניתן להשיתו גם אם התקיימו תנאי הסף לתחולת הסעיף. תחולתו של סעיף 300א(ג) לחוד, וחומרת המעשה לחוד, ואין האחד מוציא את האחרת. לדעתנו, העיסוק בזנות והפגיעות הנלוות לו יכולים לקיים את דרישת ההתעללות בסעיף ולהסביר את מצבן הנפשי הקשה של נשים בזנות. אמירה שלפיה לא ייתכן שמעשה העבירה נגרם בשל התעללות צרכני מין בנשים העוסקות בזנות היא לא בהכרח נכונה וודאי איננה מובנת מאליה כשאין הצדקה של ממש בצידה. במילים אחרות, הסמכות בסעיף 300א(ג) היא סמכות שברשות; לשון הסעיף אינה קובעת כי במקרה הבא בגדר סעיף 300א ישנה חובה להמעיט בעונשו של מבצע עבירת הרצח, אלא שניתנה הרשות לעשות כן. זאת ועוד, אין כוונתנו לטעון כי יש להניח מלכתחילה כי כל אישה העוסקת בזנות עונה על תנאי סעיף 300א(ג). כל שרצינו לטעון הוא כי צריך להתמקד בבחינת מצוקתה הנפשית ואין לשלול מלכתחילה אפשרות זאת אך מהטעם כי מעשיו של הקורבן אינם עולים כדי התעללות חמורה ומתמשכת כשלעצמם.

לדידנו, אין לומר אפוא כי בהרחבת תחולת הסעיף יש כדי ליצור זילות בערך החברתי החשוב שנפגע עקב נטילת חי אדם. מטרתה של הפרשנות המרחיבה היא להקנות לבית המשפט סמכות נוספת על זו הנתונה לו ברגיל, סמכות אשר תאפשר לו במקרים המתאימים להקל ולהשית על נאשמים עונש ההולם את חומרת מעשיהם תוך התחשבות במכלול הנסיבות הרלוונטיות.

53 "מדיניות העמדה לדין וענישה בגין אי קיום צו שיפוטי של בית הדין הרבני למתן או קבלת גט" **הנחיית פרקליט המדינה** מספר 2.24 (תשע"ז).

54 תמ"ש (משפחה י-ם) 19270/03 **כ.ש. נ' כ.פ.** (פורסם בנבו, 21.12.2004).

55 ס' 368 לחוק העונשין, התשל"ז-1977.

56 מרכזי קרמניצר וליאת לבנון "על היסוד של היעדר קנטור בהגדרת ה'כוונה תחילה' בעקבות דני"פ 1042/04 ביטון נ' מדינת ישראל" **ספר דוד וינר – על משפט פלילי ואתיקה** 549, 551 (דרור ארד-אילון, יורם רבין, יניב ואקי עורכים, התשס"ט).

57 (2004) 1187 VIOLENCE AGAINST WOMEN 10, *Gunilla Ekberg, The Swedish Law that Prohibits the Purchase Sexual Services*. כך הוסבר הרציונל של החוק על ידי הממשל השוודי:

"In Sweden, prostitution is regarded as an aspect of male violence against women and children. It is officially acknowledged as a form of exploitation of women and children and constitutes a significant social problem, which is harmful not only to the individual prostituted woman or child, but also to society at large (Regeringskansliet, Fact Sheet: Prostitution and Trafficking in Women (Stockholm: Ministry of Industry, Employment and Communications, 2004) [Prostitution and Trafficking in Women])."

58 הצעת החוק, לעיל ה"ש 41, וכן תפ"ח (מחוזי ת"א) 1171/02 **מדינת ישראל נ' אלכסנדר בן מיכאל סטקלר**, פס" 6 לפסק דינה של השופטת אופיר-תום (פורסם בנבו, 7.6.2004).

אביחי אליהו ואורי גורלי, "בין עונש מופחת לקנטור מתמשך – הגנות אפשריות בעבירת רצח של עוסקות בזנות הרהורים בעקבות פסק הדין בעניין אנה קומשין", **הארץ דין** יב(1) 55 (תשע"ח)

כפי שפתחנו את דברינו בפרק זה, סעיף 34כא לחוק העונשין קובע כי פרשנות תכליתית בדיני העונשין היא פרשנות המקלה עם הנאשם. גם אם הקוראים לא השתכנעו כי הפרשנות המוצעת היא הפרשנות הסבירה ביותר, הרי היא לכל הפחות אחת הפרשנויות הסבירות לסעיף. לפיכך, ובהיותה הפרשנות המקלה עם הנאשם, יש להעדיפה על פני הגישה הפרשנית שנקט בית המשפט. לחלופין, אם מהלך זה לא שכנע את הקוראים, ננסה להציע בפרק הבא מודל נוסף להגנה על נשים העוסקות בזנות ומאשמות ברצח של צרכן זנות, והוא המודל של קנטור מתמשך.

## ג. קנטור מתמשך כמודל חלופי

בפרק זה נבקש להציע את הדוקטרינה של קנטור מתמשך כמודל חלופי להפחתת אחריות בעבירת הרצח במקרים של נשים בזנות שבשל מצוקה נפשית שנגרמה על ידי שרשרת פוגעים, המיתו אדם שמעשיו כשלעצמם אינם עולים כדי התעללות חמורה ומתמשכת. המודל החלופי מוצע למי מן הקוראים אשר השתכנעו כי ראוי לאפשר במקרים אלה גמישות בגזירת הדין כדי ליתן מענה למצבים שבהם האשמה המופחתת אינה הולמת עונש מאסר עולם חובה, אך לא השתכנעו מטיעוננו כי מרחב האפשרויות הלשוניות של סעיף 300א(ג) מאפשר זאת.

כפי שנטען להלן, לשונה של דרישת הקנטור מאפשרת הכרה במצבים של שרשרת פוגעים ואיננה מחייבת כי מעשה ההתגרות במבצע העבירה ייעשה בידי הקורבן דווקא. עם זאת, הכרה כאמור תוכל להיות בגזרה מצומצמת יחסית בשל תנאים נוספים הנדרשים לצורך קנטור. כך, הגנה לפי סעיף 300א(ג) עשויה להינתן למי שביצע עבירה בקור רוח וללא התגרות נקודתית מוקדמת, ואילו מודל הקנטור המתמשך דורש כי העבירה תבצע במצב של חוסר שליטה מצד המבצע מיד לאחר פרובוקציה.

במהלך הפרק נבקש להסביר בקצרה מהו קנטור מתמשך, ולאחר מכן ננתח כיצד מודל זה עשוי לסייע דווקא לנשים בזנות ליהנות מאחריות מופחתת שתביא לידי ענישה מופחתת. בחלקו האחרון של הפרק נשווה את מודל הקנטור למודל הענישה המופחתת ונבדוק כיצד שני המודלים עשויים לחול במקביל ובנפרד בהתבסס על הפרשנות שהוצעה בפרקים הקודמים.

### 1. קנטור מתמשך

לשם הרשעה בעבירת רצח לפי החלופה המנויה בסעיף 300א(2) לחוק העונשין, נדרש שמעשה ההמתה יתבצע "בכוונה תחילה". המונח "כוונה תחילה" כולל שלושה יסודות: הכנה, החלטה להמית והיעדר קנטור.<sup>59</sup> **החלטה להמית** דורשת צפיית התוצאה ורצון לגרום למותו של הקורבן.<sup>60</sup> יסוד **ההכנה** הוא "יסוד פיזי טהור" ולפי הפסיקה ניתן לקיימו אף במהלך מעשה ההמתה עצמו.<sup>61</sup> מעמדם של יסודות ההכנה והכוונה להמית נשחק בפסיקה הישראלית.<sup>62</sup> יסוד החלטה להמית פורש בדומה לפרשנותה של כוונה רגילה בפלילים, ופרשנותו של יסוד ההכנה מצומצמת. כך, עיקר ההבחנה בין כוונה "רגילה" לכוונה תחילה נסב על יסוד היעדר הקנטור.<sup>63</sup>

59 דני"פ 1042/04 **ביטון נ' מדינת ישראל**, פס"י 14 לפסק דינו של הנשיא ברק (פורסם בנבו, 27.11.2006) (להלן: דני"פ **ביטון**).  
60 ע"פ 6167/99 **בן שלוש נ' מדינת ישראל**, פ"ד נז(6) 577, 594 (2003). הלכה זו אזכרה אף בעניין **קומשין**, לעיל ה"ש 1, פס"י 19 לפסק דינו של השופט פוגלמן.  
61 דני"פ **ביטון**, לעיל ה"ש 59, פס"י 18 לפסק דינו של הנשיא ברק.  
62 קרמניצר ולבנון, לעיל ה"ש 56, עמ' 549.  
63 דני"פ **ביטון**, לעיל ה"ש 59, פס"י 20 לפסק דינו של הנשיא ברק.

אביחי אליהו ואורי גורלי, "בין עונש מופחת לקנטור מתמשך – הגנות אפשריות בעבירת רצח של עוסקות בזנות הרהורים בעקבות פסק הדין בעניין אנה קומשיץ", **הארץ דין** יב 55 (תשע"ח)

יסוד **היעדר הקנטור** נבחן בשני מבחנים מצטברים: מבחן הקנטור הסובייקטיבי ומבחן הקנטור האובייקטיבי.<sup>64</sup> **המבחן הסובייקטיבי** בוחן את הלך רוחו של מבצע העבירה בעת הביצוע.<sup>65</sup> בגדרו של מבחן זה באים שני תנאים, העולים מלשון סעיף 301 לחוק.<sup>66</sup> קנטור סובייקטיבי מתרחש כאשר העושה איבד את שליטתו העצמית עקב מעשה הקנטור, ולא פעל "בדם קר". נוסף על כך ובצמוד לאובדן השליטה העצמית, קנטור סובייקטיבי יביא לאי-שקילה של תוצאות ההמתה על ידי המבצע.<sup>67</sup> **המבחן האובייקטיבי** הוא אפיון חיצוני למעשיו של העושה: אם אדם סביר היה עשוי לנהוג באותו אופן שבו נהג מבצע העבירה. עם זאת, מבחן זה משלב הכרעה ערכית של בית המשפט ומשלב את המצוי והרצוי.<sup>68</sup> מבחן הקנטור האובייקטיבי הוא התשתית המאפשרת לבית המשפט לבחון עד כמה ראוי להכיר במעשיו של מבצע העבירה כמסבירים את תגובתו.<sup>69</sup>

המונח "**קנטור מתמשך**" (או "קנטור מצטבר") מתייחס לדוקטרינה שהוכרה בפסיקה. דוקטרינה זו מאפשרת ויתור מסוים על עוצמת ההתגרות שקדמה למעשה ההמתה.<sup>70</sup> כך, לפי הדוקטרינה, ניתן להכיר בקיומן של התגרויות מתמשכות ומצטברות מצד הקורבן בפרק זמן קודם לאירוע ההתגרות האחרון כיוצרות מוכנות נפשית, מעין "**פצע פתוח**", שבו מחטט קורבן העבירה במעשיו ובכך גורם לאובדן שליטה של מבצע העבירה. כך התגרות שעשויה להיות פחותה בעוצמתה מזו הנדרשת כדי לקיים קנטור, עשויה להיחשב לשלב האחרון בקנטור מתמשך כפופה למילויים של שני תנאים מצטברים. תנאי ראשון הוא כי בתכוף למעשה ההמתה אירע קנטור נוסף. ניתן לכנות אירוע זה "**טריגר**". על אותו "טריגר" להיות רלוונטי למעשי הקנטור הקודמים, אך עוצמתו עשויה להיות פחותה מעוצמתה של התגרות הנדרשת לביסוס קנטור "רגעני".<sup>71</sup> תנאי שני הוא כי ההחלטה להמית לא התגבשה בליבו של מבצע העבירה טרם אירוע ההתגרות האחרון.<sup>72</sup>

לסיכום האמור, לפי דוקטרינת הקנטור המתמשך יש לבחון אם הייתה התגרות מצטברת של עושה העבירה מצד הקורבן, אם התקיים טריגר ואם גרם אותו טריגר לאובדן שליטה שבמהלכו התגבשה הכוונה להמית ללא שקילת תוצאות המעשה. לאחר בחינה זו, שהיא עובדתית-סובייקטיבית, נעבור לבחינה האובייקטיבית, אם אדם סביר בנעליו של עושה העבירה היה עשוי לנהוג בצורה דומה.

## 2. קנטור נשים בזנות

בפרק זה נבקש להראות כיצד הרציונל שבבסיס דוקטרינת הקנטור המתמשך עשוי לחול על תרחיש שבו הקורבן הוא אחרון בשרשרת הפוגעים במבצעת העבירה. אם ניתן להכיר בקנטור מתמשך בנסיבות כאלה, הדוקטרינה צפויה לחול על אישה בזנות המבצעת את העבירה.<sup>73</sup> דרישות לקבל שירותי מין עשויות די בקלות להוות קנטור אובייקטיבי, שכן אדם סביר היה מסרב בתוקף לדרישה זו ואף סביר כי היה נסער בגללה. הבנה זו, בצירוף אופי תעשיית המין שבה מתקיימות תדיר דרישות שכאלה, תומכים בהכרה במעשים שנעשו מתוך אובדן שליטה כנהנים מדוקטרינת הקנטור המתמשך.

64 שם; עניין **היילו**, לעיל ה"ש 27, פסי' 65 לפסק דינו של השופט מלצר.

65 קרמניצר ולבנון, לעיל ה"ש 56, עמ' 549.

66 ס' 301 לחוק העונשין.

67 קרמניצר ולבנון, לעיל ה"ש 56, עמ' 577. צוין כי המבחן המרכזי הוא מבחן היעדר השקילה.

68 דנ"פ 3371/98 **מוריס אזואלוס נ' מדינת ישראל**, פ"ד (4) 502, 578 (2000).

69 קרמניצר ולבנון, לעיל ה"ש 56, עמ' 549.

70 עניין **היילו**, לעיל ה"ש 27, פסי' 72 לפסק דינו של השופט מלצר.

71 שם, פסי' 73 לפסק דינו של השופט מלצר.

72 שם, פסי' 72 לפסק דינו של השופט מלצר.

73 לניתוח נסיבות חייהן של נשים בזנות, ראו לעיל פרק ב' למאמר זה.

אביחי אליהו ואורי גורלי, "בין עונש מופחת לקנטור מתמשך – הגנות אפשריות בעבירת רצח של עוסקות בזנות הרהורים בעקבות פסק הדין בעניין אנה קומשיין", **הארץ דין** יב(1) 55 (תשע"ח)

הפסיקה המנחה בעניין קנטור אינה מתייחסת במפורש לאפשרות של קנטור על ידי מי שאינו הקורבן.<sup>74</sup> עם זאת, ההצדקה להכרה בקנטור היא שהוא מביא להתגבשותה של כוונה ספונטנית בלבד.<sup>75</sup> כך, לפי הרציונל בבסיסו של תנאי היעדר קנטור, אין להסיק ממנו באופן חד-משמעי כי הקנטור חייב להיעשות על ידי הקורבן. פרשנות מצמצמת נראית הגיונית במרבית המקרים, לנוכח חומרתו של מעשה ההמתה, אך אין היא מתבקשת באופן חד-משמעי מתכליות תנאי היעדר הקנטור. זאת ועוד, לשון סעיף 301(א) לחוק איננה דורשת כי ההתגרות תיעשה על ידי קורבן העבירה. כפי שצויין בפרק ב.1 לרשימה זו, פטור חלקי, כגון טענת קנטור, מתייחס למצבו המיוחד של מבצע העבירה בעת הביצוע. לפיכך על בחינת הקנטור להתמקד במצבה של המבצעת, ולא בהיותו של הקורבן הגורם היחיד למצב נפשי זה.

מודל הקנטור המתמשך נבדל ממודל הענישה המופחתת בכמה היבטים. ראשית, קנטור מתמשך יוכר רק בהתקיים פרובוקציה, "טריגר" בסמוך למעשה ההמתה, ואילו ענישה מופחתת נטולת דרישה לסמיכות זמנים בין מעשיו של הקורבן להמתתו. שנית, הכרה בקנטור מתמשך כוללת דרישה לאובדן שליטה, אשר אינה נדרשת במודל הענישה המופחתת. שלישית, דרישת הקנטור האובייקטיבי מחייבת דיון בסבירות המעשה, ואילו ענישה מופחתת לפי סעיף 300א(ג) איננה דורשת דיון שכזה.<sup>76</sup> מנגד, בשלב שלאחר ההכרה בתחולת הסעיף, ניתן לבית המשפט שיקול דעת להחליט אם לסטות מעונש מאסר עולם, לאור לשונו הפרוגטיבית של הסעיף.<sup>77</sup> רביעית, ובהמשך ישיר לשלישית, הכרה בקנטור גורעת מסמכותו של בית המשפט להטיל מאסר עולם, ואילו ענישה מופחתת מרחיבה את סמכותו של בית המשפט להטיל עונש לפי שיקולו בנסיבות העניין. חמישית, כאמור, הכרה בקנטור תביא להרשעה בעבירה הפחותה של הריגה, שבצידה אין עונש מינימום ומוסרית וחברתית היא חמורה פחות מהרשעה בעבירת רצח.<sup>78</sup>

## סיכום

בהארה זו ביקשנו להציג הגנות אפשריות העומדות לרשותן של נשים בזנות, הסובלות משום כך ממצוקה נפשית שבשלה המיתו אדם, שאמנם הוא חלק משרשרת הפוגעים בהן, אך מעשיו כשלעצמם אינם עולים כדי התעללות חמורה ומתמשכת. במהלך ההארה סקרנו את ההכרעה השיפוטית בעניין **קומשיין**. הצגנו מקרים שבהם המשפט מתקשה להכיר במצבן המיוחד של נשים בזנות, ולהציע להם פתרון: עונש ההולם את חומרת מעשיהן. הראינו כיצד ניתן להעניק לבית המשפט, על דרך הפרשנות, כלי נוסף שבאמצעותו יוכל להגיע לתוצאה צודקת לפי שיקול דעתו. דרך אחת שנותחה על ידינו היא הרחבת סמכות בית המשפט לסטות מפסיקת עונש אחיד לעבירת רצח, לפי סעיף 300א(ג). דרך שנייה היא המודלים המוצעים בדבר קנטור מצטבר או רגעי. הסברנו מדוע ראוי להגן על נשים בזנות וכיצד עשויים מצבן המיוחד והעבירות הנגרמות בנסיבות מציאותן הקשה להתאים למודלים המוצעים.

אנו מקווים כי הצעותינו יוכלו לשמש כלי עזר בידיהם של הקוראים להבנת מצבן המיוחד של נשים בזנות בהקשרן של עבירות המתה. יתרה מזו, אנו מקווים כי הארתנו זו תתרום את חלקה להצלחת העוסקים במלאכת מיגור תופעת הזנות.

74 אכן, הפסיקה בעניין **היילו** עשויה להקשות עלינו לפרש שקנטור מתמשך יכול להיעשות שלא על ידי הקורבן. בעניין **היילו**, השופט מלצר סבר שקנטור מתמשך אפשרי אם ההתגרויות הגיעו מצידו של קורבן העבירה (עניין **היילו**, לעיל ה"ש 27, פס" 72, 73 לפסק דינו של השופט מלצר). עם זאת, לאור דרך ההנמקה שבה השופט מלצר, ניתן לדעתנו להניח כי דבריו כווננו להכרעה במקרה הספציפי שבו ההתגרות הייתה מצידו של קורבן העבירה, ואין בה כדי לשלול הכרה בקנטור מתמשך שלא נעשה כולו על ידי קורבן העבירה בהינתן מקרה מתאים. שני פסקי הדין הישראליים שאוזכרו בנוגע לקנטור מתמשך, אינם מתייחסים להתגרות מתחייבת מצידו של הקורבן דווקא (ע"פ 759/97 **אליביב נ' מדינת ישראל**, פ"ד נה(3) 459 (2001); ע"פ 7707/11 **לחאם נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 29.07.2015). בעניין **לחאם** אף צוין במפורש כי לא התקיימה התגרות קונקרטיית מצידו של המנוח "או מצד מאן דהוא אחר" (שם, פס" 56 לדבריו של השופט שהם. דברים אלה אוזכרו אף בעניין **היילו**, לעיל ה"ש 27, בפס" 72 לדבריו של השופט מלצר).

75 קרמניצר ולבנון, לעיל ה"ש 56, עמ' 578.

76 עניין **היילו**, לעיל ה"ש 27, פס" 12 לדבריה של השופטת ברק-ארז.

77 מבחינת ס' 300א(ג) לחוק העונשין, ניתן לראות כי המחוקק השתמש בלשון "ניתן".

78 ס' 298 לחוק העונשין; עניין **היילו**, לעיל ה"ש 27, פס" 7 לדבריה של השופטת ברק-ארז.