

על יסודות העברה של המתת אדם במטרה לאפשר או להקל את ביצועה של עברה אחרת, להסתירה או להימלט

מעונש, לפי סעיף 301א(א)(2) לחוק העונשין

מרדכי קרמניצר* וחאלד גנאים**

עברות ההמתה החדשות של רצח (סעיף 300) ושל רצח בנסיבות מחמירות (סעיף 301א) דורשות יסוד נפשי של כוונה או אדישות כלפי התוצאה הקטלנית, ואין די בקלות־דעת. עמדה זו מבטאת את הדין הרצוי. האדישות קרובה יותר לכוונה ורחוקה באופן ניכר מקלות־הדעת. האדיש אינו מעדיף אפילו את אי־התרחשות התוצאה על התרחשותה, והוא עושה את זממו תוך התנכרות גמורה לערך החברתי המוגן. לעומת זאת, קלות־דעת היא נטילת סיכון בלתי־סביר על יסוד תקווה ולעיתים אף אמונה – קרי רצון – שהתוצאה לא תתרחש. קל־הדעת אינו מכריע לטובת פגיעה בערך החברתי המוגן. הוא אינו מגלה יחס של זלזול או יחס שלילי מובהק כלפי הערך החברתי המוגן.

לפי סעיף 301א(א)(2) נדרשת זיקה עניינית בין העברה האחרת לבין המתת האדם, ועמדה זו ראויה ומתחייבת מהרציונלים שביסוד ההחמרה. אותו סעיף דורש שהעברה האחרת תהיה עברה שעונשה שבע שנות מאסר לפחות, אולם הדין הרצוי, העולה מהרציונלים שביסוד ההחמרה, מסתפק דווקא בכל עברה פלילית, לרבות עברה מסוג חטא.

ביסוד חלופות אלה מצויים שלושה שיקולים עיקריים המצדיקים את החמרת העונש. הראשון והעיקרי הוא השיקול הגמולי, המתייחס לאשמת העושה. ההמתה מעידה על חוסר מעצורים מוסריים של העושה, שמוכן להקריב חיי אדם כדי להשיג מטרה שהיא שלילית עד כדי כך שהיא מהווה כשלעצמה עברה פלילית, או לשם מטרה פסולה ומגונה, כגון הימלטות מעונש בגין עברה. מדובר

* עמית-מחקר בכיר במכון הישראלי לדמוקרטיה, פרופסור אמריטוס למשפטים באוניברסיטה העברית בירושלים.

** מרצה בכיר, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה.

בעמדה שלילית מובהקת כלפי הערך של חיי אדם, יחד עם שלילת כבודו האנושי של הקורבן. השיקול השני הוא ההרתעה. זו מקזזת את הפיתוי המיוחד – שעשוי להיות רב עוצמה למי שעובר עברה אחרת – להמית (במקרה שנוצר צורך בכך) כדי להצליח במעשה העברה או כדי להימלט מעונש. השיקול השלישי הוא מסוכנותו של העושה. חוסר המעצורים המופגן במעשה מעיד על העושה שהוא מוכן "להלך על גוויות" לשם השגת יעד עברייני. כל אדם יכול ליפול קורבן להתנהגות כזו, והמעשה מפיל לכן חרדה מיוחדת על הציבור. רציונלים אלה מחייבים דווקא הסתפקות בכל עברה פלילית, לרבות עברה מסוג חטא. ככל שהעברה האחרת קלה יותר, חוסר הפרופורציה בין האמצעי של המתת אדם לבין מטרתו הפסולה של העושה דווקא גדל, ואיתו גם מידת הזלזול בערך של חיי אדם גדלה. יתרה מזו, המתה כזו מעידה על חוסר גמור במעצורים מוסריים אצל העושה, שמוכן להקריב חיי אדם כדי להשיג מטרה שאינה רק פסולה, אלא גם קלת־ערך.

מבוא. א. הרקע לתיקון מס' 137 והגישות השונות של הפסיקה, הספרות המשפטית והמחוקק. ב. הרציונלים ביסוד ההחמרה: 1. הרציונלים הכלליים להחמרה בעברות המתה; 2. הרציונלים ביסוד הרצח המוחמר לפי סעיף 301א(א)(2). ג. השלכותיהם של הרציונלים על היקף העברה: 1. היסוד הנפשי הנדרש כלפי המתת אדם; 2. זיקה עניינית בין המתת אדם לבין ביצוע העברה האחרת; 3. מהותה של העברה האחרת. ד. סיכום.

מבוא

ביום 1.1.2019 התקבל תיקון מס' 137 לחוק העונשין (להלן: תיקון מס' 137),¹ אשר פורסם ברשומות ביום 10.1.2019 ונכנס לתוקף ביום 10.7.2019.² מדובר ברפורמה מקיפה לעברות המתה.³ ברשימה זו בכוונתנו לדון בנסיבה מחמירה אחת מתוך שלל הנסיבות המחמירות המרכיבות את עברת הרצח בנסיבות מחמירות – זו שעניינה המתת אדם במטרה לאפשר או להקל את ביצועה של עברה אחרת, להסתירה או להימלט מעונש לאחר ביצועה. השאלות שיידונו הן: מהו היסוד הנפשי הנדרש ברצח רגיל וברצח מוחמר? מהי הזיקה הנדרשת בין המתת האדם לבין ביצוע העברה האחרת? ומה טיבה של העברה האחרת? שאלות אלה ייבדקו תוך השוואה בין הדין הישן עובר לתיקון

- 1 חוק העונשין (תיקון מס' 137), התשע"ט–2019, ס"ח 230.
- 2 הנורמות החדשות, המקילות ביחס לנורמות הישנות, נכנסו לתוקף כבר ביום 10.1.2019, וזאת מכוח ס' 5.
- 3 אם כי חסרה התייחסות להמתת־חסד ולעברה של גרימת מוות ברשלנות בנסיבות מחמירות.

מס' 137 לבין הדין החדש לפי אותו תיקון, ולאור הרציונלים הכלליים של רצח מוחמר והרציונלים הספציפיים של המאפיין המחמיר האמור. התשובות המוצעות הן: היסוד הנפשי הנדרש ברצח רגיל וברצח מוחמר הוא כוונה או אדישות; נדרשת זיקה עניינית בין המתת האדם לבין ביצוע העברה האחרת; והעברה האחרת – מבחינת הדין הרצוי – היא כל עברה פלילית, לרבות עברות מסוג חטא ועוון.

סעיף 300(א) מגדיר את הרצח, ולפיו "הגורם בכוונה או באדישות למותו של אדם, דינו – מאסר עולם". לפי סעיף 301א(א), "הגורם בכוונה או באדישות למותו של אדם באחת מהנסיבות המפורטות להלן, דינו – מאסר עולם ועונש זה בלבד", אלא אם כן מצא בית-המשפט כי אשמת העושה אינה חמורה במיוחד כנדרש ברצח בנסיבות מחמירות, ואז, בהתאם לסעיף-קטן (ב), ההרשעה תהיה ברצח כהמתה בסיסית. אחת הנסיבות המחמירות היא כאמור מושא מאמר זה: "(2) המעשה נעשה במטרה לאפשר ביצוע עבירה אחרת או להקל את ביצועה, או במטרה להסתיר את ביצועה של עבירה אחרת, או לאפשר הימלטות מן הדין לאחר ביצוע העבירה האחרת; לעניין זה, 'עבירה אחרת' – עבירה שעונשה שבע שנות מאסר או יותר". סעיף זה החליף את סעיפים 300(א)(3) ו-300(א)(4) לדין הישן, שלשונם הייתה: "(א) העושה אחת מאלה יאשם ברצח ודינו – מאסר עולם ועונש זה בלבד: ... (3) גורם במזיד למותו של אדם תוך ביצוע עבירה או תוך הכנות לביצועה או כדי להקל על ביצועה; (4) גורם למותו של אדם כשנעברה עבירה אחרת, כדי להבטיח לעצמו, או למי שהשתתף בביצוע אותה עבירה, בריחה או הימלטות מעונש".

בין הדין החדש לדין הישן קיימים לענייננו שלושה הבדלים:

1. בדין החדש עברת הרצח המוחמר דורשת יסוד נפשי של כוונה או אדישות, ואילו בדין הישן עברת הרצח כהמתה מוחמרת הסתפקה ביסוד נפשי של מזיד, אשר לפי סעיף 90 הוא מחשבה פלילית רגילה כהגדרתה בסעיף 20(א), קרי: כוונה, אדישות או קלות-דעת. מבחינה זו, היקפה של עברת ההמתה המוחמרת בדין החדש צר מהיקפה בדין הישן.⁴ לפי סעיף 301ג לדין החדש, המתה בקלות-דעת מהווה עברה פלילית עצמאית, שדינה שתיים-עשרה שנות מאסר.
2. הדין החדש דורש זיקה עניינית בין ההמתה לבין העברה האחרת, קרי, שההמתה נעשתה במטרה לאפשר או להקל את ביצוע העברה האחרת, להסתיר את העברה האחרת או להימלט מן הדין. הדין הישן דרש גם הוא זיקה עניינית בין ההמתה לבין הקלת ביצוע העברה האחרת או הימלטות מן הדין, אולם הסתפק בזיקה בזמן בין ההמתה לבין ביצוע העברה האחרת או ההכנות לביצועה: ההמתה הייתה צריכה להתרחש "תוך ביצוע עבירה או תוך הכנות לביצועה". גם מבחינה זו, היקפה של עברת הרצח המוחמר בדין החדש צר מהיקפה בדין הישן.
3. הדין החדש דורש שהעברה האחרת תהיה עברת פשע שהעונש עליה הוא שבע שנות מאסר או יותר, ואילו לשון הדין הישן הסתפקה בכל עברה פלילית, לרבות עברה מסוג חטא, כך שגם מבחינה זו הדין החדש צר מהדין הישן.

4 על הפרשנות המצמצמת של הפסיקה ביחס ליסוד הנפשי ראו בהמשך ליד ה"ש 11.

א. הרקע לתיקון מס' 137 והגישות השונות של הפסיקה, הספרות המשפטית והמחוקק

תיקון מס' 137 לחוק העונשין מתבסס על ההצעה של "הצוות לבחינת יסודות עבירות ההמתה"⁵. הצוות מונה ביום 14.5.2007 על-ידי שר המשפטים (דאז) פרופ' דניאל פרידמן, וחבריו היו מומחים ממחלקת ייעוץ וחקיקה של משרד המשפטים, מפרקליטות המדינה (פלילים), מהסנגוריה הציבורית ומן האקדמיה.⁶ הצוות הגיש את הצעתו לרפורמה באוגוסט 2011.⁷ לפי ההצעה, יש לדרוש יסוד נפשי של כוונה או אדישות הן ברצח הרגיל והן ברצח המוחמר. באשר לנסיבה מושא רשימה זו, אין להסתפק בזיקה בזמן בלבד בין המתת אדם לבין ביצוע העברה האחרת, אלא יש לדרוש זיקה עניינית, דהיינו, שההמתה נעשתה במטרה לאפשר ביצוע עברה אחרת או להקל את ביצועה, או במטרה להימלט מן הדין או לסכל את מיצוי הדין על ביצוע העברה האחרת. הצוות דן בטיבה של העברה האחרת, וכך נאמר בעניין זה בדוח הוועדה:

חברי הצוות התלבטו בשאלה, האם ראוי לצמצם את הנסיבה המחמירה, ולקבוע בה סוגי עבירות, אשר המתה על מנת לאפשר את ביצוען תחמיר את עבירת הרצח, או שמא ראוי להחיל את הנסיבה המחמירה על כל סוגי העבירות. על פי גישה אחת שנדונה, יש להחיל את הנסיבה המחמירה רק על מצבים בהם העבירה האחרת היא פשע חמור. על פי גישה אחרת, אין להבחין בין סוגי העבירות, שכן אם הרציונאל של ההחמרה הוא להרתיע את מי שמבצע עבירה, ונתקל במהלך ביצועה בקשיים, מלהסלים את המצב ולהמית אדם, אזי ראוי לשלוח מסר חריף וחמור נגד הממית בסיטואציות כאלו. דווקא כאשר ההמתה נעשית על מנת לאפשר ביצועה של עבירה קלה יחסית, הנסיבות מלמדות על מוכנותו המוגברת של העושה "להלך על גוויות" על מנת להשיג את מטרתו. בסופו של דבר, אומצה הגישה השנייה על דעת כל חברי הצוות.⁸

הפסיקה הייתה ערה לבעייתיות בנוסח של עברת הרצח בדין הישן, ובהזדמנויות שונות ביקרה את הדין הישן, ואף הציעה לפרשו בצורה מצמצמת. כך, למשל, עניין **אבו זייד** עסק במקרה שבו עוכב הנאשם על-ידי שוטרים לבדיקה שגרתית של מסמכים. השוטרים הבחינו בחפץ חשוד בחגורת מכנסיו של הנאשם וניסו לתפוס אותו, ואז שלף הנאשם את האקדח שהחזיק לא כדין, ירה על שוטר וגרם למותו. ענייננו בהמתת אדם תוך ביצוע

5 פרוטוקול ישיבה מס' 396 של הכנסת ה-20, 109 (1.1.2019).

6 לאחד המחברים (מרדכי קרמניצר) היה הכבוד לעמוד בראש הצוות.

7 הצוות לבחינת יסודות עבירות ההמתה **דין-וחשבון** (2011) [fs.knesset.gov.il/%5C20%5CCommittees%5C20_cs_bg_345419.pdf](https://www.fs.knesset.gov.il/%5C20%5CCommittees%5C20_cs_bg_345419.pdf)

8 שם, בעמ' 10.

עברה של נשיאת נשק לא כדין, וכן המתת אדם כדי להימלט ממיצוי הדין על העברה של נשיאת נשק לא כדין. הנשיאה ביניש מתחה ביקורת על לשון החוק, שהסתפקה אז בזיקה בזמן בלבד בין המתת אדם לבין ביצוע העברה האחרת, ודרשה זיקה עניינית. לדבריה:

פרשנות מילולית וצרה של הניסוח "תוך כדי", המוותרת כליל על דרישה של קשר סיבתי בין ההתנהגות שגרמה למוות לבין העבירה האחרת, עלולה להרחיב את תחום התפרשותה של עבירת הרצח יתר על המידה... לעומת זאת, פרשנות קוהרנטית של החלופות הכלולות בסעיף זה, תוך שימת דגש על תכליתו, מביאה למסקנה כי בכל שלוש החלופות אין להסתפק בקשר של בו-זמניות בלבד, אלא יש לדרוש, לכל הפחות, גם את קיומו של קשר סיבתי בין העבירה האחרת לעבירת גרם המוות. היינו, נדרש כי ההתנהגות שגרמה למוות נועדה לקדם, להקל או לאפשר את ביצועה של העבירה האחרת... החלת הסעיף... ללא דרישת קשר סיבתי בין גרימת המוות לבין מימושה של העבירה האחרת, עלולה להוביל לכך שכמעט כל מעשה המתה המבוצע באמצעות נשק קר או חם יהווה רצח (למעט מקרים בהם הוחזק הנשק ברישיון).⁹

באשר לעברה האחרת ולהצעה לצמצם אותה רק ל"עבירה חמורה, בעלת מאפיינים טבועים של סיכון לחיי אדם", בית-המשפט תיאר את התוצאה החמורה של הרשעה ברצח, אך נמנע מלנקוט עמדה בסוגיית "העברה האחרת", משום שבמקרה הנדון לא נדרשה הכרעה בה.¹⁰

גם בעניין **טמטאווי** נמתחה ביקורת חריפה על לשון הסעיף. באותו עניין, לאחר שהנאשם גנב כבלי חשמל והשחית מתקן חשמל, הוא הבחין תוך כדי נסיעה בשוטר שעמד באמצע הכביש ואותת לו לעצור לצורך בדיקה. הנאשם המשיך בנסיעה, דרס את השוטר וגרם למותו. השופטת ברק-ארז נדרשה לפרש את עברת הרצח לפי סעיפים 300(א)(3)–(4) לדין הישן. נקבע כי "פעולה בקלות דעת היא, כמובן, חמורה פחות, באופן יחסי, מפעולה הנעשית מתוך אדישות וקרובה יותר לרשלנות, גם אם מובחנת ממנה".¹¹ לכן היסוד הנפשי של הרצח כהמתה מוחמרת הוא כוונה ואדישות, ואין בקלות-דעת את החומרה הנדרשת להמתה המוחמרת. באשר לטיבה של העברה האחרת קבע בית-המשפט המחוזי, כערכאה הראשונה בפרשה, כי "העברה האחרת" לפי סעיף 300(א)(4) צריכה להיות עברה מסוג פשע שנלווית לה חומרה מיוחדת, כגון שוד או

9 ע"פ 4711/03 אבו זייד נ' מדינת ישראל, פס' 42–43 לפסק-דינה של הנשיאה ביניש (פורסם בנבו, 15.1.2009).

10 שם, פס' 31 ו-39.

11 ע"פ 6026/11 טמטאווי נ' מדינת ישראל, פס' 31 לפסק-דינה של השופטת ברק-ארז (פורסם בנבו, 24.8.2015).

חבלה חמורה, וספק אם השחתת מתקן חשמל, הגם שהיא עברה מסוג פשע, מתאימה לשמש "עברה אחרת" לעניין עברת הרצח לפי סעיף 300(א)(4).¹²

השופטת ברק-ארז, בערכאת הערעור, קובעת כי "גדר הספקות האופף את קביעת גבולותיה של העבירה שבה עסקינן מבטא את המתח הבסיסי בין שני שיקולים – התכלית הלגיטימית של החמרה עם מי שמבקש להימלט מעונש על עבירה שביצע, ובתוך כך גורם למותו של אדם, מצד אחד, והחשש מפני קביעת הסטיגמה של רוצח והטלתו של מאסר עולם חובה כפועל יוצא מכך על מי שביצע התנהגות בת-ענישה, אך במדרג נמוך יחסית, מצד אחר".¹³ נקבע כי "הפרשנות הלשונית הפשוטה של סעיף 300(א)(4) לחוק העונשין מובילה לתוצאה הסותרת לכאורה את תחושת הצדק הטבעית, וכיום גם ערכים חוקתיים של שיטתנו המשפטית".¹⁴ הצמצום שבית-המשפט מאמץ מתבטא בכך שהעברה האחרת צריכה להיות עברת פשע הכרוכה באלימות או בסיכון אינהרנטי של חיי אדם. בית-המשפט מוצא חיזוק לכך בעמדתו של פרופ' אהרן אנקר,¹⁵ שהציע לצמצם את היקפו של סעיף 300(א)(3) כך שהעברה האחרת תהיה עברת אלימות חמורה, כגון שוד, אונס או הצתה.¹⁶ המשנה לנשיאה רובינשטיין פסק בעניין **טמטאווי** כי יש להוסיף לעברה האחרת גם את עברות הסחר בסמים.¹⁷

פרופ' גור-אריה הציעה חלוקה אחרת לעברות ההמתה, שלפיה המתה בכוונה היא רצח, ואילו המתה באדישות או בקלות-דעת היא הריגה. נוסף על כך, לשיטתה, המתה אדם באדישות או בקלות-דעת (הריגה) שנעשתה אגב (קשר סיבתי עובדתי) עברה אחרת תהיה רצח אם העברה האחרת היא עברת אלימות נגד הגוף. גור-אריה גורסת: "אני מציעה להגביל את העבירה האחרת לעבירה נגד הגוף כדי ליצור זיקה, הפעם במישור העובדתי, בין ההמתה לבין העבירה האחרת".¹⁸

12 ראו תפ"ח (מחוזי ב"ש) 1057/08 **מדינת ישראל נ' טמטאווי**, עמ' 51–57 (פורסם בנבו, 9.3.2011).

13 עניין **טמטאווי**, לעיל ה"ש 11, פס' 42 לפסק-דינה של השופטת ברק-ארז.

14 שם, פס' 49 לפסק-דינה של ברק-ארז.

15 אהרן אנקר "רצח תוך ביצוע עבירה: היחס בין העבירה האחרת לעבירת גרם-המוות" **מחקרי משפט** א 1, 28–39 (1980).

16 עניין **טמטאווי**, לעיל ה"ש 11, פס' 69 לפסק-דינה של השופטת ברק-ארז. ניתן לומר כי בפועל אכן הרשיעה הפסיקה בחלופה זו רק כאשר העברה האחרת הייתה עברה עם סיכון לחיי אדם. ראו גם ע"פ 60/81 **גור נ' מדינת ישראל**, פ"ד לו(4) 505, 520 (1982); ע"פ 960/09 **אבני נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 29.7.2010).

17 עניין **טמטאווי**, לעיל ה"ש 11, פס' ב לפסק-דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין.

18 מרים גור-אריה "הצעה אלטרנטיבית להתפלגות עבירות ההמתה, מוגש אל חברי ועדת חוקה חוק ומשפט", פס' 33 (27.6.2017) (עותק מצוי ברשות המחברים) (להלן: גור-אריה "הצעה אלטרנטיבית להתפלגות עבירות ההמתה"); גור-אריה "הרפורמה המוצעת לעבירות ההמתה במשפט הישראלי לאור עקרון האשמה" **משפטים על אתר** ה 1 (2013) (להלן: גור-אריה "הרפורמה המוצעת לעבירות ההמתה").

על שולחן הכנסת הונחו בשנים האחרונות הצעות חוק פרטיות לרפורמה בעברות ההמתה. הראשונה הייתה הצעתו של יושב-ראש ועדת החוקה, חוק ומשפט חבר הכנסת ניסן סלומינסקי.¹⁹ לפי הצעה זו, המתה בכוונה היא רצח מדרגה ראשונה, ודינה מאסר-עולם-חובה, ואילו רצח מדרגה שנייה, שדינו מאסר-עולם כעונש מרבי, הוא, בין היתר, "גורם למותו של אדם תוך ביצוע עבירה או תוך הכנות לביצועה או כדי להקל על ביצועה"; (4) גורם למותו של אדם כשנעברה עבירה אחרת, כדי להבטיח לעצמו, או למי שהשתתף בביצוע אותה עבירה, בריחה או הימלטות מעונש". ההצעה, כאמור, זהה בפרטיה לדין הישן, אך נבדלת ממנו בכך שהעונש עליה הוא מאסר-עולם כעונש מרבי, ולא כעונש-חובה. נקבע כי "שינוי זה נעשה מתוך התפיסה כי אשמתו של מי שממית ללא כוונה קטלנית, אינה יכולה להשתוות לאשמתו של מי שממית בכוונה. אכן, יש להעניש בחומרה מי שממית תוך כדי בריחה או תוך ביצוע עבירה. עם זאת, מקומה של ההחמרה הוא בגדר השיקולים לעונש של בית המשפט ולא בהגדרת העבירה, ולמצער, לא בגדר עבירת הרצח מדרגה ראשונה".²⁰ המאפיינים המחמירים, כגון ביצוע עברה כדי לאפשר או להקל את ביצועה של עברה אחרת או כדי לחמוק מעונש, המתה באכזריות ועוד, הם אפוא שיקולים להחמרה בענישה במסגרת עברת הרצח מדרגה שנייה. בהתאם לסעיף 19 רישא לחוק העונשין, ההצעה מסתפקת במחשבה פלילית רגילה, לרבות קלות-דעת, כיסוד הנפשי של העברה. כמו-כן היא מסתפקת בכל עברה פלילית, לרבות עברה מסוג חטא, כעברה האחרת, אולם בדומה לדין הישן, במקרים אחדים היא דורשת זיקה עניינית בין המתת אדם לבין ביצוע העברה האחרת, ואילו במקרים אחרים היא מסתפקת בזיקה בזמן בלבד. זמן קצר אחרי הצעת החוק האמורה הוגשה גם הצעה של חבר הכנסת מיכאל רוזנטל,²¹ שהייתה זהה להצעת "הצוות לבחינת יסודות עבירות ההמתה".²²

לאחר הגשת הצעת הצוות למשרד המשפטים, באוגוסט 2011, גיבשה הממשלה את הצעת חוק העונשין (תיקון מס' 124) (עבירות המתה), התשע"ו–2015. לפי הצעה זו, העברות של רצח כהמתה בסיסית ושל רצח בנסיבות מחמירות דורשות יסוד נפשי של כוונה או אדישות, ולענייננו – נדרשת זיקה עניינית בין המתת אדם לבין ביצוע העברה האחרת, שיכולה להיות כל עברה, לרבות עברה מסוג חטא.²³ בכל הדיונים בוועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת הייתה תמימות-דעים באשר לדרישת הזיקה העניינית בין המתת אדם לבין ביצוע העברה האחרת, אולם התנהל ויכוח באשר לטיב היסוד הנפשי הנדרש בעברת הרצח כהמתה בסיסית ובעברת הרצח בנסיבות מחמירות, קרי, בשאלה אם אדישות היא יסוד נפשי מספיק לרצח ולרצח מוחמר. ויכוח זה הוכרע לטובת

19 ראו הצעת חוק העונשין (תיקון – עבירות רצח), התשע"ה–2015, פ/1499/20.

20 שם, דברי ההסבר לס' 300(א) המוצע.

21 ראו הצעת חוק העונשין (תיקון – עבירות המתה ורשלנות), התשע"ו–2015, פ/2321/20.

22 ראו לעיל ה"ש 7.

23 ראו הצעת חוק העונשין (תיקון מס' 124) (עבירות המתה), התשע"ו–2015, ה"ח הממשלה 166, 170–171.

אימוץ הצעת החוק הממשלתית. בענייננו התנהל ויכוח באשר לטיבה של העברה האחרת, דהיינו, אם ניתן להסתפק בכל עברה פלילית או שמא יש לדרוש עברה בעלת מאפיינים מיוחדים, כגון עברת פשע הכרוכה בסכנה לחיים או לגוף.²⁴ ויכוח זה קיבל ביטוי בנוסח הצעה שהוגש בתאריך 25 בנובמבר 2018 על-ידי הייעוץ המשפטי לוועדת החוקה, חוק ומשפט. בנוסח זה החלופה הרלוונטית לענייננו קובעת: " (2) המעשה נעשה במטרה לאפשר ביצוע עבירה אחרת או להקל על ביצועה, או במטרה להסתיר ביצועה של עבירה אחרת, או לאפשר הימלטות מן הדין לאחר ביצוע העבירה האחרת; לעניין זה, 'עבירה אחרת' – עבירה שעונשה 7/5 שנות מאסר או יותר".²⁵ במסמכים שהגיש הייעוץ המשפטי של הוועדה לחברי הוועדה הייתה התייחסות לפסיקה בעניין אבו זייד ובעניין טמטאווי, שבהן הייתה כאמור התייחסות לטיבה של העברה האחרת. ניתן אפוא להניח ששינוי זה התבסס, בין היתר, על פסיקה זו.

מאמר זה בוחן את הדין החדש לעומת הדין הישן, ובעיקר אם הדין החדש הסיר את כל הכשלים של הדין הישן או שמא הוא נגוע עדיין בכשל. אין חולק שהתשובה לשאלה זו מושפעת – ואף נגזרת – מהרציונלים שביסוד הרצח המוחמר שלפי סעיף 301א(2).

ג. הרציונלים ביסוד ההחמרה

1. הרציונלים הכלליים להחמרה בעברות המתה

קודם לדיון ברציונלים הספציפיים שביסוד חלופות הרצח לפי סעיף 301א(2) לדין החדש, יש לומר כי קיימים שני רציונלים להחמרת דין ההמתה, שהם למעשה רציונלים כלליים להחמרת הענישה, והם המגוננות (האשמה) החמורה המיוחדת והמסופנות החמורה במיוחד. עמדה זו באה לידי ביטוי גם בסעיף 40ט לחוק העונשין (הכלול בסימן 1א לחוק, העוסק ב"הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה"), אשר קובע נסיבות מחמירות המבוססות על אשמה חמורה – כגון תכנון שקדם לביצוע העברה, הסיבות שהניעו את הנאשם לעבור את העברה, אכזריות, אלימות והתעללות של הנאשם בקורבן העברה – ומתייחס גם למסופנות חמורה במעשה, כגון הנזק שנגרם או שהיה צפוי להיגרם מן העברה.

מגוננות מיוחדת משמעה עמדה פסולה במיוחד מבחינה מוסרית הראויה לגנאי חמור, כגון התנהגות שהיא חסרת מצפון וחסרת עכבות באופן מובהק. מאפיין זה של ההתנהגות יכול להתבטא, לדוגמה, במניע של שנאה, במניע גזעני או באופן הביצוע

24 ראו פרוטוקול ישיבה מס' 505 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-20, 40–44 (12.12.2017).

25 ראו הייעוץ המשפטי לוועדת החוקה, חוק ומשפט "נוסח מוצע לקראת דיון הוועדה – הצעת חוק העונשין (תיקון מס' 124), התשע"ו–2015" (25.11.2018) fs.knesset.gov.il/20/Committees/20_cs_bg_527387.pdf

(למשל, המתה באכזריות או תוך התעלמות מתחנוני הקורבן לחדול מן המעשה). במקרים אלה המעשה ראוי לגינוי חריף במיוחד. מכאן שאשמת העושה, שהיא הראויות שלו לגינוי על מעשהו, חמורה יותר, ומתבקשת תגובה עונשית הולמת, כלומר, חמורה יותר.²⁶ בעוד אחדים מדגישים את העמדה המגונה במיוחד של העושה, קרי את היסוד הנפשי והעמדה הפנימית של העושה (למשל, העושה מגלה זלזול ניכר בקדושתם של חיי אדם),²⁷ אחרים מדגישים את המגונות המיוחדת של המעשה – למשל, המעשה האכזרי גורם סבל רב יותר לקורבן, ומכאן מגונותו הרבה.²⁸ לפי הרעיון שביסוד **המסופנות** שבמעשה,²⁹ הדרגה החמורה ביותר של המתת אדם נועדה לתפוס את המקרים שיש בהם פגיעה קשה במיוחד בחשיבות הערך של חיי אדם מנקודת הראות של מניעת הרבים – למשל, המתת יותר מאשר אדם אחד או המתת אדם תוך יצירת סכנה לחיי רבים. בין שני היסודות קיימת זיקה חזקה, שכן כאשר ניתן לייחס לעושה אשמה בגין מסופנות מיוחדת של המעשה עקב מודעותו לכך, המעשה נעשה גם מגונה במיוחד.³⁰ יתרה מזו, רכיבים מחמירים רבים מבוססים הן על החמרת המגונות והן על

26 עמדה זו מקובלת הן במשפט הקונטיננטלי – ראו, למשל, ס' 112 לחוק העונשין השווייצרי, ס' 211 לחוק העונשין הגרמני, ס' 132 לחוק העונשין הפורטוגלי, ס' 148 לחוק העונשין הפולני וס' 121 לחוק העונשין הברזילאי – והן במשפט האנגלו-אמריקאי: ראו, למשל, החוק הפלילי של קליפורניה (המתה ללא התגרות משמעותית או כאשר הנסיבות מצביעות על לב רע או מושחת).

27 ראו Eberhard Schmidhäuser, *Bedeutung und Praktikabilität des Gesinnungsbegriffs bei den Tötungsdelikten*, in TÖTUNGSDELIKTE 103, 119 (Hans Göppinger & Paul H. Bresser hrsg., 1980); Hans-Heinrich Jescheck, *Anmerkungen zu BGH Beschluss v. 22.9.1956 GSSt 1/56*, in JZ 1957, 386, 387; Richard Lange, *Eine Wende in der Auslegung des Mordtatbestandes*, in GEDÄCHTNISCHRIFT FÜR HORST SCHRÖDER 217, 221 (Walter Stree hrsg., 1978).

28 Gerd Geilen, *Zur Entwicklung und Reform der Tötungsdelikte. Bemerkungen zum Stand der Diskussion*, in JR 1980, 309, 314; Günter Bertram, *Zu den Auswirkungen der tatbestandlichen Ausgestaltung des §211 StGB*, in IST DIE LEBENSLANGE FREIHEITSSTRAFE VERFASSUNGSWIDRIG? 157, 175 (Jescheck/Triffterer hrsg., Baden-Baden 1978).

29 ראו Albin Eser, *Empfiehl es sich, die Straftatbestände des Mordes, des Totschlags und der Kindestötung (§§ 211 bis 213, 217 StGB) neu abzugrenzen? Gutachten D für den 53. Deutschen Juristentag, erhandlungen des dreiundfünfzigste Deutschen Juristentages, Band I, Teil D, 166 (München 1980)*. להצעת החוק החלופית שהוכנה על-ידי פרופסורים גרמנים, אוסטרים ושווייצרים ראו Günter Heine et al., *Alternativ-Entwurf Leben (Ä-Leben): Entwurf eines Arbeitskreises deutscher, österreichischer und schweizerischer Strafrechtslehrer (Arbeitskreis Ä) 193, 210 (GA 2008)*.

30 ראו RÜDIGER HERREN, *DIE GESINNUNG IM RAHMEN DER VORSÄTZLICHEN TÖTUNGSDELIKTE, INSBESONDERE BEIM MORD 73 (Basel 1996)*.

החמרת המסופנות, כפי שהדבר בא לידי ביטוי בפסיקת בית־הדין החוקתי הגרמני ביחס למטרה של הסתרת עברה ולמטרה של הימלטות מעונש.³¹

2. הרציונלים ביסוד הרצח המוחמר לפי סעיף 301א(2)

באשר לרציונלים שביסוד הנסיבה המחמירה מושא דיוננו קבעה השופטת ברק־ארו בעניין **טמטאווי** כי הם "נועדו לשקף את החומרה הנודעת לזלזול בחיי אדם המתבטא בכך שהעברייני בוחר לסכן חיי אדם במודע, גם אם אינו מעוניין בהכרח להביא לתוצאה קטלנית, וזאת במטרה להימלט מעונש (סעיף 300א(4)) או להשלים את ביצוע העבירה בה החל (סעיף 300א(3)). הסעיפים האמורים נועדו לא רק להביע את הזעזוע החברתי הכרוך בכך שעברייני מוכן לסכן חיי אדם לצורך מטרת אחרת, אלא גם, ואף בעיקר, להרתיע עבריינים מפני נטילת סיכונים כאלה, תוך אזהרה כי העונש על תוצאה קטלנית בנסיבות אלה יהיה חמור ביותר – מאסר עולם".³² גם בעניין **אבו זייד** קבעה הנשיאה ביניש, בהתייחסה לרציונלים שביסוד סעיף 300א(3), כי "הדגש בסעיף זה מושם על ביצועה של העבירה האחרת, ועל כן תכליתו של הסעיף הינה הרתעת עברייני מביצוע עבירה באופן המסכן חיי אדם. במילים אחרות, הסעיף לא נועד להרתיע את העברייני מביצוע העבירה האחרת (לשם כך די היה בהחמרת הענישה על העבירה האחרת), אלא להרתיע את העברייני המבצע את העבירה המקורית מלסכן חיי אדם ולהגן על חיי קורבנות העבירה האחרת... תכליתה של הוראת הסעיף [300א(4)], הינה, אפוא, הרתעת עברייני אשר ביצע עבירה פלילית, מסיכון חיי אדם לשם הימלטות מעונש או לשם הבטחת מנוסתו מזירת האירוע".³³ הווה אומר: ביסודן של חלופות ההמתה המוחמרת לפי סעיפים 300א(3)–(4) לדין הישן עומדת ההרתעה. השופט עמית, בעניין **פידיניאן**, קבע כי "הרעיון שביסוד הסעיף הוא שישנה חומרה מיוחדת בכך שאדם מעדיף במודע את מטרת ביצוע העבירה האחרת על פני חיי־האדם שקיפח במהלך עשייתה",³⁴ קרי, ההחמרה מבוססת על אשמה חמורה במיוחד.

אנו תומכים בעמדה זו של השופט עמית. הרציונל העיקרי להחמרה אינו המסופנות שבמעשה, הכוללת בתוכה את ההרתעה האישית והרתעת הרבים, אלא דווקא המגוננות שבמעשה והאשמה החמורה של העושה. עם זאת, יש מקום גם לשיקולי ענישה נוספים, ובלבד שאין הם מביאים לידי החמרה מעבר למגיע הגמולי, המבוסס על מידת אשמתו של העושה. ההחמרה במקרים של המתה במטרה לאפשר או להקל את ביצועה של

31 ראו BVerfGE 45, 187, 265, שבו אישר בית־המשפט החוקתי הגרמני את חוקתיותו של מאפיין מחמיר זה בעברת הרצח כהמתה מוחמרת.

32 עניין **טמטאווי**, לעיל ה"ש 11, פס' 66 לפסק־דינה של השופטת ברק־ארו.

33 עניין **אבו זייד**, לעיל ה"ש 9, פס' 40 ופס' 28 לפסק־דינה של הנשיאה ביניש.

34 ע"פ 9256/11 **פידיניאן נ' מדינת ישראל**, פס' 21 לפסק־דינו של השופט עמית (פורסם בנבו, 23.9.2014). זו גם עמדתו של השופט אור – ראו עניין **גור**, לעיל ה"ש 16, בעמ' 516.

עברה אחרת או במטרה להימלט מן הדין מוצדקת בשל שלושה שיקולים עיקריים: (1) גמול; (2) הרתעה; (3) מסוכנות הכרוכה בחרדת הציבור.

(א) גמול

ראשית, ההחמרה מוצדקת משיקולי אשמה – גמול. ההמתה בקטגוריה זו מעידה על חוסר מעצורים מוסריים של העושה, שמוכן להקריב חיי אדם כדי להשיג מטרה שהיא שלילית עד כדי כך שהיא מהווה כשלעצמה עברה פלילית, או לשם מטרה פסולה ומגונה, כגון הימלטות מעונש בגין עברה. עושה כזה מגלה במעשהו זלזול ניכר בערך של חיי אדם. הקורבן נתפס בעיניו כמכשול לביצוע זממו העברייני, והוא מסלק אותו מן הדרך כאילו היה מכשול פיזי, תוך התנכרות למהותו האנושית.³⁵ לכן מדובר במעשה שיש בו עמדה שלילית מובהקת כלפי הערך של חיי אדם, יחד עם שלילת כבודו האנושי של הקורבן (שני ערכי-הפסגה של שיטת המשפט). המעשה מבטא לכן עמדה נפשית מגונה במיוחד, וראוי לגינוי חריף ביותר.³⁶

טענת-נגד אפשרית בהקשר של הרציונל הגמולי היא שהכללת האדישות בהגדרה של עברת הרצח מייצרת את ההיזקקות לנסיבה מחמירה מיוחדת זו, שכן בהתקיים אדישות ייפול המעשה ממילא בגדר רצח. על כך ניתן להוסיף כי המקרה של המתה לשם קידום עברה או לשם הימלטות מעונש הוא למעשה מקרה טיפוסי של המתה באדישות. אולם טענה זו מחמיצה את תכליתה של נסיבה מחמירה זו במסגרת דין הרצח החדש, שהיא לאפיין מקרה של אשמה חמורה במיוחד, המתאימה לרצח מוחמר, שעונשו מאסר-עולם-חובה, ולא מאסר-עולם כעונש מרבי. השאלה היא, לכן, אם מוצדק לראות את המקרים הנופלים בגדרה של נסיבה זו כמבטאים דרגה גבוהה במיוחד של אשמה. התשובה לכך חיובית: התייחסותו של העושה לקורבן כאל אמצעי גרידא, כאל מכשול שיש לסלקו מן הדרך, שוללת את "אנושיותו" של הקורבן, ויש בה מימד מחמיר. גורם נוסף שרלוונטי למידת האשמה ומחמיר אותה הוא המטרה השלילית המובהקת שלשמה העושה ממית אדם, אשר אינה מתקיימת במקרה הרגיל של המתת אדם באדישות – למשל, עקב הפעלת אלימות קשה כלפיו. המטרה הנלווה שלמענה העושה מוכן לקפח חיי אדם ממחישה עד כמה הזלזול שלו בחיי אדם והתנכרותו להם גדולים. וככל שהמטרה נלווה יותר, רמת הזלזול בחיי האדם המוקרבים למענה עולה. נכון שבכל

35 ראו גם דוח ועדת המומחים הגרמנית לעריכת רפורמה בעברות ההמתה: ABSCHLUSSBERICHT DER EXPERTENGRUPPE ZUR REFORM DER TÖTUNGSDELIKTE (§211-213, 57a StGB) DEM BUNDESMINISTER DER JUSTITZ UND FÜR VERBRAUCHERSCHUTZ (2015). Heiko Mass 29.

36 ראו בהקשר זה JOACHIM GROTH, DER VERDECKUNGSMORD ALS DOPPELMOTIVIERTER HANDLUNGSAKT 147–72 (Frankfurt a/M 1993); EDUARD KOHLRAUSCH & RICHARD LANGE, STRAFGESETZBUCH 39. und 40. Aufl., §211 para. VIII 8 (Berlin 1950). לפי עמדה זו, המטרה של הסתרת עברה או הימלטות מעונש היא מקרה פרטי של מניע שפל.

מקרה של המתת אדם באדישות מופגן זלזול כלפי הערך של חיי אדם, אולם תהא זו השטחה לא־ראויה של מושג האשמה לא להכיר בכך שיש דרגות שונות של זלזול בחיי אדם (כשם שיש רמות שונות של אשמה ברשלנות ובמצבים נפשיים אחרים); ובענייננו מדובר במקרה קיצוני של זלזול כזה, שקיצוניותו אף מוחרפת כאשר מדובר בקידום עברה קלת־ערך.

לסיכום, השיקול הגמולי הוא הרציונל העיקרי להחמרה, ודי בו להצדיק את ההחמרה המיוחדת בעונש, אבל מצטרפים לשיקול זה, כאמור, שני שיקולים נוספים: הרתעה ומסופנות הכרוכה בחרדת הציבור.

(ב) הרתעה

ההחמרה נחוצה גם משיקולי הרתעה. היא מקזזת את הפיתוי המיוחד – שעשוי להיות רב עוצמה למי שעובר עברה אחרת – להמית (במקרה שנוצר צורך בכך) כדי להצליח במעשה העברה או כדי להימלט מעונש.³⁷ דווקא משום שניתן להעלות על הדעת גישה הפוכה מצידם של עבריינים ואחרים, שלפיה המתת אדם בנסיבות אלה היא קלה יותר בשל המצוקה שבה היא נעשית, מתבקשת הבהרה חריפה וחד־משמעית שההפך הוא הנכון. גם אם ההשפעה של החמרה כזו בענישה הינה מוגבלת, אין המשפט רשאי להימנע ממנה, עקב חובתו הכפולה להגן על חיי אדם ולהציב את עצמו לצד הקורבן האפשרי ונגד העברייין. נניח שלשיטת המשפט הייתה נוכחות בעת ביצוע עברת־המקור והיה לה קול שהיה מאפשר לה לנסות לשכנע את העברייין להימנע מהמתת הקורבן כאשר התעורר "צורך" בכך, האם היא לא הייתה חייבת להשתמש ביכולת הזו, גם בהנחה שסיכויי ההשפעה קטנים? למסר זה עשוי להיות גם ערך מסוים, אף אם מוגבל, בהרתעה מפני ביצוע עברות־המקור (לא ההמתה), באותם מקרים שבהם עברת־המקור מחושבת ומתוכננת, ונשקלת מראש האפשרות של המתת אדם לשם קידום העברה או הימלטות מאימת הדין. ככל שאלה השוקלים ביצוע עברות בונים על אפשרות זו, השיטה המשפטית שולחת אזהרה חמורה בדבר הצפוי להם אם ייתפסו. במציאות שבה השימוש באמצעי תיעוד הולך ומתרחב, יכולת ההסתמכות של עבריינים על כך שהם לא ייתפסו קטנה, במיוחד במקרים של הסתמכות שמביאה לידי קיפוח חיי אדם. ההבדל בין עונש מאסר לתקופה מסוימת לבין מאסר־עולם אינו הבדל זניח. חישוב כזה, גם אם לא יביא לידי הימנעות כליל מביצוע עברת־המקור, עשוי להוביל לתוכנית ביצוע שתפחית את הסיכון לחיי אדם.

(ג) מסופנות וחרדת הציבור

37 מכאן, חלופה זו עשויה עקרונית לבוא בחשבון לא רק כאשר העושה ממית את הקורבן כדי להסתיר את העברה מרשויות השלטון ולחמוק מעונש, אלא גם כאשר הוא עושה זאת כדי להסתיר את העברה מקרובי־המשפחה של הקורבן או מחברי הכנופיה שהקורבן משתייך אליה עקב חששו מפניהם. ראו גם BGH NJW 1995, 1910.

לבסוף, אותו חוסר מעצורים אשר מופגן במעשה מעיד על העושה שהוא מוכן "להלך על גוויות" לשם השגת יעד עברייני. אין מה שיכול לעצור אותו פרט לכוח פיזי שיגבר עליו, ואין דבר שהוא לא יעשה כדי להשיג את מבוקשו העברייני. כל אדם יכול ליפול קורבן להתנהגות כזו, והמעשה מפיל לכן חרדה מיוחדת על הציבור. רוב מקרי ההמתה מתרחשים במרחב הקרוב – בתוך המשפחה או בין חברים ומכרים, על רקע אישי, כאשר הקורבן המיועד הוא מסוים וספציפי. לעומת זאת, המתת קורבן במטרה להקל את ביצועה של עברה אחרת או להימלט מן הדין נעשית כאשר לזהותו הספציפית של הקורבן אין חשיבות מיוחדת. הרקע, הסיבה והמטרה של ההמתה הם ביצוע העברה האחרת, ומבחינתו של העושה הקורבן הוא מכשול שיש להסירו. מכאן שכל אדם יכול להיות קורבן לעברה, בין שמדובר בקורבן המקרי של עברת-המקור, במי שנקלע במקרה לזירה של אותה עברה או למסלול ההימלטות של מבצעה, בשוטר או בעד. מכאן המסופנות היתרה של העושה והחרדה המיוחדת שהיא מעוררת בציבור.

ד. השלכותיהם של הרציונלים על היקף העברה

1. היסוד הנפשי הנדרש כלפי המתת אדם

לפי לשון סעיפים 300א(3)–(4) לדין הישן, הדרישה היא למחשבה פלילית רגילה, דהיינו, בענייננו, כוונה, אדישות או קלות-דעת כלפי התוצאה של גרימת מותו של אדם. זו הייתה העמדה הרווחת בפסיקה הן לפני תיקון מס' 39 לחוק העונשין, שהגדיר את המחשבה הפלילית ואת צורותיה,³⁸ והן אחרי התיקון.³⁹ אולם השופטת ברק-ארז, בעניין **טמטאווי**, קובעת כי קלות-דעת אינה מספיקה. לדבריה, "פעולה בקלות דעת היא, כמובן, חמורה פחות, באופן יחסי, מפעולה הנעשית מתוך אדישות וקרובה יותר לרשלנות, גם אם מובחנת ממנה".⁴⁰ השופטת ברק-ארז הייתה ערה להצעת "הצוות לבחינת יסודות עבירות ההמתה" ולהצעה הממשלתית לתיקון מס' 124 לחוק העונשין, שלפיהן היסוד הנפשי של עברת ההמתה הבסיסית ושל עברת ההמתה המוחמרת הוא כוונה ואדישות, ואילו המתה בקלות-דעת היא עברת המתה חמורה פחות. עמדתה של השופטת ברק-ארז תואמת את הנדרש בסעיף 301א(א)(2) לדין החדש, הקובע כי היסוד הנפשי של רצח כהמתה בסיסית ושל רצח בנסיבות מחמירות כהמתה מוחמרת הוא כוונה ואדישות.

38 ראו ע"פ 125/50 **יעקובוביץ נ' היועץ המשפטי לממשלת ישראל**, פ"ד ו 514, 554–571 (1952). ראו גם סקירה ודיון אצל יצחק קוגלר "שני מושגים של אדישות" **עלי משפט** ה 109, 132–137 (2006).

39 ראו עניין **אבו זייד**, לעיל ה"ש 9, פס' 32–33 לפסק-דינה של הנשיאה ביניש.

40 עניין **טמטאווי**, לעיל ה"ש 11, פס' 31 לפסק-דינה של השופטת ברק-ארז.

עמדה זו של השופטת ברק-ארז ראויה בעינינו. כבר הבענו את עמדתנו⁴¹ כי רצח כהמתה בסיסית, שדינה מאסר-עולם כעונש מרבי, ורצח בנסיבות מחמירות, שדינו מאסר-עולם-חובה, דורשים יסוד נפשי של כוונה או אדישות, וכי קלות-דעת אינה מספיקה. עמדתנו מבוססת על כך שאשמה באדישות קרובה מאוד לאשמה בכוונה, וחמורה בהרבה מאשמה בקלות-דעת. הכוונה היא הרצון בהתרחשות התוצאה, קרי, הפגיעה בערך החברתי. רצון לפגוע בערך החברתי מבטא יחס שלילי מובהק כלפי הערך החברתי. האדישות היא שוויון-נפש כלפי אפשרות התרחשותה של התוצאה. לא אכפת לאדיש אם הערך החברתי ייפגע אם לאו. אין האדיש מעדיף את אי-ההתרחשות על ההתרחשות. הוא "מבצע את המעשה תוך התנכרות גמורה לערך החברתי הנתון לסכנה",⁴² ומכאן הזלזול הניכר שהוא מפגין כלפי הערך החברתי, קרבתו למתכוון והגינוי החריף במיוחד שהוא ראוי לו. יש אף הגורסים זהות בין המתכוון לאדיש:

באדישות העושה מודע לאפשרות הפגיעה בערך החברתי, ואף משלים עימה. המשמעות היא שהעושה בוחר לפגוע בערך החברתי כדי להשיג את מטרתו. הפועל בצורה זו ומסתכן שמעשהו יקיים עברה פלילית מבטא עמדה נפשית שלילית ומגונה במיוחד כלפי הערך החברתי המוגן באמצעות אותה עברה. מכאן, האשמה באדישות זהה לאשמה בכוונה (הרצון) ולאשמה בהלכת הצפיות.⁴³

עמדה דומה הביע המלומד האנגלי סטיבן:

Is there anything to choose morally between the man who violently stabs another in the chest with the definite intention of killing him, and the man who stabs another in the chest with no definite intention at all as to his victim's life or death, but with a feeling of indifference

41 מרדכי קרמניצר וחאלד גנאים הרפורמה בעבירות ההמתה [2019] לאור עקרונות היסוד של המשפט, ומחקר היסטורי והשוואתי 262–288 (2020).

42 ש"ז פלר יסודות דיני עונשין כרך א, פס' 741 (1984).

43 HANS-HEINRICH JESCHECK, LEHRBUCH DES STRAFRECHTS: ALLGEMEINER TEIL ראו 269 (4. Aufl., Berlin 1978): "Auch der bedingte Vorsatz erweist sich insoweit als Bestandteil des Handlungsunrechts, denn er drückt sich in der Einschätzung der Gefahr für das geschützte Handlungsobjekt aus. Zur Vorstellung von der Ernstlichkeit der Gefahr hinzukommen muss weiter, dass sich der Täter mit der Verwirklichung des Tatbestandes abfindet. Damit ist gemeint, dass er sich dafür entscheidet, zur Erreichung des von ihm angestrebten Handlungsziels die Verwirklichung des Tatbestandes hinzunehmen und den im Augenblick der Handlung bestehenden Zustand der Ungewissheit auszuhalten. Wer in dieser Weise auf die Gefahr hin handelt, dass sich der Tatbestand der strafbaren Handlung verwirklichen werde, zeigt seine Einstellung zu dem geschützten Rechtsgut, die besonders verwerflich ist, weswegen der bedingte Vorsatz im Schuldgehalt der .Absicht und dem direkten Vorsatz gleichgestellt werden kann"

whether he lives or dies? It seems to me that there is nothing to choose between the two men, and that cases may be put in which reckless indifference to the fate of a person intentionally subjected to deadly injury is, if possible, morally worse than an actual intent to kill.⁴⁴

לעומת זאת, קלות-דעת היא נטילת סיכון בלתי-סביר על יסוד תקווה ולעיתים אף אמונה – קרי רצון – שהתוצאה לא תתרחש, בין שמקור התקווה הוא בעמדה המכבדת את הערך החברתי ורוצה להימנע מפגיעה בו, ובין שמקור התקווה הוא ברצון לחמוק מאחריות פלילית ומענישה.⁴⁵ לא רק שקל-הדעת אינו שווה-נפש כלפי התוצאה, הוא מעדיף בכיורור את אי-התרחשותה. העדפה זו מתבטאת כאמור בהסתמכותו על האפשרות של אי-התרחשות התוצאה. מכאן שלקל-הדעת אין החלטה-הכרעה בדבר פגיעה בערך החברתי המוגן, ואין הוא מגלה יחס של זלזול או יחס שלילי מובהק כלפי הערך החברתי המוגן.⁴⁶ במצב של קלות-דעת העושה טועה בהערכת אפשרות התממשותה של הסכנה או בהערכת האפשרות לנקיטת אמצעים למניעת התממשותה. זהו עיקר חטאו. לכן הוא קרוב יחסית לרשלן, מבחינה זו ששניהם משתייכים אל הטועים, אשר אינם זהירים די הצורך ואינם מגלים תבונה מספקת, אך אינם פועלים מתוך רוע או רשעות.⁴⁷ לעומתו, יחסם של האדיש ושל המתכוון כלפי הערך המוגן הוא שלילי מובהק. שני אלה הם אנטי-חברתיים במפגיע, ונבדלים איכותית מקל-הדעת. החומרה שבאשמתם כבדה יותר באופן מובהק, ולכן יש להרחיקם מקל-הדעת, ששידוכו אליהם עושה לו עוול.

44 JAMES F. STEPHEN, HISTORY OF THE CRIMINAL LAW OF ENGLAND III 92 (1883) לפי סטיבן, ייתכנו מקרים של המתה באדישות שהם חמורים יותר מאשר המתה בכוונה. בביסוס עמדתו זו מסתמך סטיבן על בלקסטון, שהבחין בין המתה ברשלנות חמורה לבין המתה באדישות מושחתת: "if the workman knows that people are passing below and throws the stone or timber without warning, then he commits murder, for then it is malice against all mankind" ראו WILLIAM BLACKSTONE, COMMENTARIES ON THE LAWS OF ENGLAND 192 (1769, Reprint 1979). לפי Blackstone, העושה לא פעל מתוך כוונה לגרימת מוות, אולם זהו depraved heart murder, המבטא לדעתנו אדישות. לדיון בסוגיה זו ראו גם SAMUEL H. PILLSBURY, JUDGING EVIL: RETHINKING THE LAW OF MURDER AND MANSLAUGHTER 162 (1998).

45 פזיזות מחושבת, לפי גור-אריה. ראו גור-אריה "הרפורמה המוצעת לעבירות ההמתה", לעיל ה"ש 18, בעמ' 6–13.

46 ראו גם מרדכי קרמניצר "על מאפיינים אחדים של המשפט הפלילי הגרמני" גבורות לשמעון אגרנט 325, 343–344 (אהרן ברק ואח' עורכים, 1986); Jescheck; לעיל ה"ש 43; ROXIN CLAUS, STRAFRECHT ALLGEMEINER TEIL I 358 (2. Aufl., München 1994).

47 ראו גם Jescheck, לעיל ה"ש 43, בעמ' 270; CLAUS; לעיל ה"ש 46, בעמ' 349, 357 ו- Law Commission, A New Homicide Act for England and Wales? 58; 377–378; (Consultation Paper No. 177, 2005) (להלן: Consultation Paper No. 177). לפיהם, קלות-דעת היא "טפשות" (Leichtsinn, stupidity).

עמדה זו – הדורשת יסוד נפשי של כוונה או אדישות בעברות הרצח, ואינה מסתפקת בקלות־דעת – היא העמדה הרווחת בשיטות המשפט הקונטיננטלי, ויש לה אחיזה גם במשפט האנגלו־אמריקאי. המחשבה הפלילית במשפט הקונטיננטלי מורכבת כידוע מכוונה (dolus directus), מהלכת הצפיות (dolus indirectus) ומאדישות (השלמה עם) (dolus eventualis), ואילו קלות־הדעת מוצמדת לרשלנות.⁴⁸ באשר לשיטה האנגלו־אמריקאית, זו אומנם רואה בקלות־דעת צורה של המחשבה הפלילית, אולם המשפט הסקוטי המצוי כורך את הכוונה והאדישות המושחתת יחד כיסוד נפשי של עברת הרצח,⁴⁹ כאשר דרישת האדישות המושחתת היא ל־“wicked recklessness imply[ing] a disposition depraved enough to be regardless of the consequence”⁵⁰ כמו־כן, חוק העונשין של קווינסלנד, אוסטרליה, קובע בסעיף 302(1)(aa) כי רצח הוא גם “if death is caused by an act done, or omission made, with reckless indifference to human life” קרי, האדישות היא יסוד נפשי מספיק לרצח. ועדות אנגליות מהשנים 2005 ו־2006 הציעו להגדיר המתה מתוך “אדישות פזיזה” – reckless indifference (couldn’t care less – attitude – כרצח מדרגה שנייה, שהעונש עליו עד מאסר־עולם. אותה “אדישות פזיזה” מוגדרת כך: “D is indifferent, manifesting a ‘couldn’t care less’ attitude to death, when he or she realises that there is an unjustified risk of death being caused by his or her conduct, but goes ahead with that conduct, causing the death. D’s own assessment of the justifiability of taking the risk, in the circumstances, is to be considered, along with all other evidence, in deciding whether D was recklessly indifferent and ‘couldn’t care less’ about causing death”⁵¹ גם ה־Model Penal Code האמריקאי

48 זוהי עמדת המשפט הגרמני. ראו Peter Cramer, in Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, § 15 ¶ 64, 203 (24 Aufl., München 1991) Stephan Trechsel, Schweizerisches Strafgesetzbuch Kurzkommentar, art. 18 ¶ 3, 23 (Zürich 1992). לעמדת המשפט האוסטרי ראו Egmont Foregger & Ernst Eugen Fabrizy, Strafgesetzbuch Kommentar, § 5, § 6 ¶ 12 (6. Aufl., Wien 1999). זו גם עמדתם של המשפט הטורקי והמשפט האיטלקי. על קלות־הדעת במשפט הגרמני ראו גם קרמניצר, לעיל ה"ש 46.

49 אפשר שמקורה של עמדה זו הוא במשפט המקובל, במאה השמונה־עשרה, שהגדיר את היסוד הנפשי בעברת הרצח בצד הכוונה גם בביטוי של עמדה נפשית מושחתת, כגון גישתו של בלקסטון. ראו גם PILLSBURY, לעיל ה"ש 44, בעמ' 162.

50 ראו Cawthorne v. HM Lord Advocate [1968] JC 32, 35; GERALD H. GORDON, THE CRIMINAL LAW OF SCOTLAND ¶ 23-17 at 735-36 (2nd ed. Edinburgh 1978).

51 Consultation Paper No. 177, לעיל ה"ש 47, בעמ' 84 (פס' 3.150). המתה בקלות־דעת – reckless stupidity או rashness – היא המתה מוקלת. הוועדה מגדירה המתה בקלות־דעת כך: “Reckless indifference can, in that respect, be distinguished from what was earlier called reckless stupidity. Reckless stupidity—‘rashness’, in C. S. Kenny’s older account of recklessness [C.S. KENNY, OUTLINES OF CRIMINAL LAW 132-35 (2nd ed. 1907)]—is manifested by conduct which the defendant realises may result in a given consequence, such as death, but in circumstances where the defendant (a) stupidly thinks that the risk is highly unlikely to turn into reality, or (b) thinks that it

שעמדו אומצה במדינות רבות,⁵² קובע כי היסוד הנפשי של רצח הוא כוונה, הלכת הצפיות ו־ "recklessness under circumstances manifesting extreme indifference to the value of human life".⁵³ אותה עמדה הביעה גם הוועדה האירית לרפורמה במשפט, שהציעה כי היסוד הנפשי של רצח יהיה לא רק כוונה, אלא גם אדישות קיצונית כלפי חיי אדם (extreme indifference to human life).⁵⁴ אם כן, היסוד הנפשי הדרוש לעברות הרצח הוא כוונה, הלכת הצפיות או אדישות; אין בקלות־דעת כדי לקיים את היסוד הנפשי החמור הנדרש.

2. זיקה עניינית בין המתת אדם לבין ביצוע העברה האחרת

סעיף 300א(4) לדין הישן הגדיר כרצח המתת אדם במחשבה פלילית "כשנעברה עבירה אחרת, כדי להבטיח לעצמו, או למי שהשתתף בביצוע אותה עבירה, בריחה או הימלטות מעונש"; וסעיף 301א(2) לדין החדש קובע כי רצח הוא, בין היתר, המתת אדם כאשר מעשה ההמתה נעשה "במטרה להסתיר את ביצועה של עבירה אחרת, או לאפשר הימלטות מן הדין לאחר ביצוע העבירה האחרת". הן בדין הישן והן בדין החדש נדרשת זיקה עניינית בין המתת האדם לבין ההימלטות מעונש או הבריחה: העושה ביצע עברה פלילית, ואז הוא ממית את הזולת – שוטר או אדם אחר שיכול לתפוס אותו ולמסור אותו למשטרה – במטרה לחמוק בעצמו מעונש או לאפשר לשותפו לחמוק

is justified to run the risk when it is not, or (c) gives a glaringly obvious risk no thought at all... Reckless stupidity, of the sort Lord Atkin thought was really a kind of gross negligence, has no place in the law of murder. This is because it is exemplified by merely hasty, rash, thoughtless or foolish risk-taking. The defendant can be found to have been simply or stupidly reckless, even if he or she would, *ex hypothesi*, not have gone ahead with his or her conduct had he or she realised the true nature or level of risk involved. So, this kind of recklessness involves a substantial element of objective judgment of the defendant's behaviour after the fact, thus running contrary to the spirit, if not the letter, of the subjectivity principle" (פס' 3.158) "פס' 86 (3.162). לורד אטקיין, בפרשת Andrew v. D.P.P. [1937] A.C. 576, 583, הגדיר פזיזות (recklessness) כ-"reckless indifference", קרי אדישות בלבד, ואילו קלות־דעת (reckless stupidity) כרשלנות חמורה: "reckless suggests an indifference to risk" whereas the accused may have appreciated the risk and intended to avoid it and yet shown such a high degree of negligence in the means adopted to avoid the risk as would justify a conviction [for manslaughter by gross negligence] (ההדגשה הוספה).

לרשימת המדינות ראו Model Penal Code and Commentaries, Part II §210.2 at 22 (The American Law Institute 1980) footnote 38.

ראו שם, ס' 210.2(b).

ראו Law Reform Commission of Ireland, *Consultation Paper on Homicide: The Mental Element in Murder* ¶¶ 4.082–4.101 (LRC – CP 17, 2001); Law Reform Commission of Ireland, *Homicide: Murder and Involuntary Manslaughter* ¶¶ 3.01–3.45 (LCR 87, 2008).

מעונש. המטרה של הימלטות מן העונש הנלווית למעשה ההמתה יוצרת זיקה עניינית הדוקה בין מעשה ההמתה לבין הרקע העברייני שקדם לה, מצד אחד, ונסיונו של העושה להימלט מאימת הדין על העברה שעבר, מצד אחר.

סעיף 301א(2) לדין החדש קובע כי רצח מוחמר הוא גם המתת אדם "במטרה לאפשר ביצוע עבירה אחרת או להקל את ביצועה", קרי, נדרשת זיקה עניינית בין המתת אדם לבין ביצוע העברה האחרת. אולם סעיף 300א(3) לדין הישן קבע כי רצח הוא גם גרימת מותו של אדם "תוך ביצוע עבירה או תוך הכנות לביצועה או כדי להקל על ביצועה". הזיקה העניינית ודרישת המטרה שעולות מהרציונלים לעיל מתקיימות רק בחלופה של המתת אדם כדי "להקל את ביצועה" של העברה האחרת, לפי הדין החדש.⁵⁵ יש גם לומר כי החלופה של המתה כדי להקל את ביצועה של עברה אחרת רחבה דייה לכלול בתוכה את מקרי ההמתה הראויים לתיוג כרצח חמור. אולם לפי לשון הדין הישן, ההחמרה מתקיימת כאשר ההמתה נעשתה "תוך ביצוע עבירה או תוך הכנות לביצועה", קרי, נדרש יחס בזמן בלבד בין ההמתה לבין העברה האחרת, ואין דרישה למטרה הקושרת בין השניים, ואף לא לזיקה עניינית.

היחס בזמן יכול להיות מקרי לחלוטין, כגון נשיאת נשק לא כדין, שאינו קשור כלל להמתת הקורבן, ומכאן שההחמרה במקרה כזה היא שרירותית.⁵⁶ עמדה זו באה לידי ביטוי גם בפסיקה בעניין אבו זייד, שדרשה זיקה עניינית בין ההמתה לבין ביצוע העברה האחרת חרף העובדה שלשון החוק אז לא דרשה זאת.⁵⁷ יתרה מזו, הרציונל הגמולי לעיל, הנשען על זלזול חמור בחיי אדם, מתקיים כאשר העושה משתמש בקורבן כבאמצעי להשגת מטרתו, קרי, פועל בכוונה להקל או לאפשר ביצועה של עברה אחרת. הרציונל ההרתעתי ושיקול המסוכנות מתקיימים משום שהעושה מוכן "להלך על גוויות" ולסכן חיי אדם כדי להשיג מטרה פסולה ואף בלתי-חוקית. מכאן שיש הכרח בקיומה של זיקה עניינית בין ההמתה לבין ביצוע העברה האחרת. מבחינת הדין הרצוי, אין מקום לחלופה של רצח מוחמר במובן של המתת אדם תוך ביצוע עברה אחרת או תוך הכנות לביצועה, אלא יש לדרוש זיקה עניינית בין ההמתה לבין ביצוע העברה האחרת. מבחינה זו סעיף 301א(2) לדין החדש מבטא את הדין הרצוי.

3. מהותה של העברה האחרת

(א) המשפט הישראלי

55 את המונח "להקל" יש לפרש באופן רחב, שכולל בתוכו גם את החלופה "לאפשר ביצוע עבירה אחרת".

56 זו גם הדוגמה שהעלו הספרות המשפטית והפסיקה בצרפת בביקורתן על ההסתפקות בזיקה בזמן בלבד. ראו בהמשך ליד ה"ש 77.

57 עניין אבו זייד, לעיל ה"ש 9.

סעיף 301א(א)(2) לדין החדש קובע כי העברה האחרת צריכה להיות עברת פשע שעונשה שבע שנות מאסר או יותר. לעומתו, סעיפים 300א(3)–(4) לדין הישן דרשו עברה פלילית, כך שלפי לשון החוק היה אפשר להסתפק בכל עברה, לרבות עברה מסוג חטא. אולם בפרשת **טמטאווי**, כאמור, קבע בית-המשפט המחוזי כי העברה האחרת צריכה להיות עברה מסוג פשע שנלווית לה חומרה מיוחדת, כגון שוד או חבלה חמורה.⁵⁸ גם השופטת ברק-ארז, בערעור שהוגש על פסק-הדין האמור, קובעת כי העברה האחרת צריכה להיות עברת פשע הכרוכה באלימות או בסיכון אינהרנטי של חיי אדם,⁵⁹ גם פסיקה ישנה דרשה עברה שיש בה פוטנציאל מסכן חיים.⁶⁰ המשנה לנשיאה רובינשטיין פסק בעניין **טמטאווי** כי יש לכלול בגדר "העברה האחרת" גם את עברות הסחר בסמים.⁶¹ הנשיאה ביניש בעניין **אבו זייד** השאירה כאמור את השאלה בדבר סוג העברה פתוחה, אך הטילה ספק בהסתפקות בכל עברה פלילית.⁶² גם פרופ' אנקר הציע לצמצם את היקפו של סעיף 300א(3) באמצעות דרישה שהעברה האחרת תהיה עברת אלימות חמורה, כגון שוד, אונס או הצתה.⁶³ לבסוף, גור-אריה מציעה כזכור לדרוש ש"העברה האחרת" תהיה עברת אלימות נגד הגוף.⁶⁴

השופטת ברק-ארז הסתמכה בעניין **טמטאווי** על שיטות המשפט של צרפת ואנגליה⁶⁵ כאשר קבעה כי "ברוב המכריע של השיטות שסקרנו, ובוודאי בשיטות שהשפיעו על עיצובה של החקיקה הישראלית בנושא [המשפט האנגלי והמשפט הצרפתי, כשני 'הוריהם' של סעיפים 300א(3)–(4)], גם כאשר מוכר כלל ה'משדרג' עבירת המתה לכלל רצח בשל כך שבוצעה תוך כדי ביצוע עבירה אחרת או במטרה להבטיח הימלטות לאחר ביצועה, הרי שהוא מוגבל לעבירות אלימות חמורות יחסית ואינו מיושם על כל עבירה שהיא".⁶⁶ להלן נציג את גישותיהם של המשפט האנגלי והמשפט הצרפתי בסוגיה, ונסה ללמוד מהן, ככל שהדבר ניתן.

(ב) המשפט האנגלי

-
- 58 ראו לעיל ליד ה"ש 12.
- 59 ראו לעיל ליד ה"ש 13–14.
- 60 ראו עניין **יעקובוביץ**, לעיל ה"ש 38.
- 61 עניין **טמטאווי**, לעיל ה"ש 11, פס' ב לפסק-דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין.
- 62 עניין **אבו זייד**, לעיל ה"ש 9, פס' 39 ואילך לפסק-דינה של הנשיאה ביניש.
- 63 אנקר, לעיל ה"ש 15. ראו גם עניין **טמטאווי**, לעיל ה"ש 11, פס' 69 לפסק-דינה של השופטת ברק-ארז. כאמור, בפועל הרשיעה הפסיקה בחלופה זו רק כאשר העברה האחרת הייתה עברה עם סיכון לחיי אדם. ראו גם עניין **גור**, לעיל ה"ש 16, בעמ' 520; עניין **אבני**, לעיל ה"ש 16.
- 64 גור-אריה "הצעה אלטרנטיבית להתפלגות עבירות ההמתה", לעיל ה"ש 18.
- 65 עניין **טמטאווי**, לעיל ה"ש 11, פס' 83 לפסק-דינה של השופטת ברק-ארז.
- 66 שם, פס' 64 לפסק-דינה של השופטת ברק-ארז.

תחילה יצוין כי המשפט האנגלי פיתח את ה־felony murder, שדורש עברה מסוג פשע, ובכך הוא שונה מן המשפט הישראלי לפני תיקון מס' 137, וכן מן המשפט העות'מאני והמשפט הצרפתי, שהם המקור לחוק הישראלי לפני תיקון מס' 137. המשפט המקובל הגדיר רצח כהמתת אדם המלווה ביסוד נפשי של malice aforethought. המלומד קוק (Coke) פירש את malice aforethought ככוונה מפורשת או משתמעת (מכללא) להמתת אדם. לדבריו, ניתן להסיק כמסקנה חלוטה כוונה משתמעת לביצוע רצח בשלושה מקרים, שהשלישי מביניהם הוא המתת אדם תוך כדי מעשה עברה. השופט הולט (Holt) צמצם את המקרה השלישי שממנו הסיק קוק כוונה משתמעת, וקבע כי יש לדרוש בקטגוריה זו שהמוות נגרם תוך עשיית מעשה פשע מכוון "done in prosecution of felonious intention".⁶⁷ כך נוצר ה־felony murder, שמתייחס למעשה פשע אשר תוך כדי ביצועו נגרם מותו של אדם.⁶⁸ הפסיקה הייתה ערה לבעייתיות ב־felony murder, שאינו דורש כלל מודעות לאפשרות של גרימת מוות,⁶⁹ וניסתה בדרכים שונות לצמצם את היקף העברה.⁷⁰ כך, בעניין *Beard* נקבע כי יש לדרוש עברת פשע שיש בה אלימות. נקבע כי "[a]n act of violence done in the course of, or in furtherance of, the crime of rape, a felony involving violence, is murder".⁷¹ של felony murder ביקורת חריפה הן על־ידי ועדה מלכותית (The Royal Commission) (1839), הן ב־Draft Code of 1879 והן מצד מלומדים, כגון סטיבן.⁷² הוועדה המלכותית 1949–1953 הציעה לבטלה,⁷³ וקבעה כי "we do not consider that a convincing case can be made out for the retention of constructive malice even in a limited form".⁷⁴ לבסוף, סעיף 1 ל־Homicide Act 1957 ביטל אותה בקובעו: "(1) Where a person kills another in the course or furtherance of some other offence, the killing shall not

71 ראו *D.P.P. v. Beard* [1920] A.C. 479.

72 ראו *Binder*, לעיל ה"ש 67, בעמ' 710; *STEPHEN*, לעיל ה"ש 44, כרך II, בעמ' 118–121; *J.W. CECIL TURNER, KENNY'S*, בעמ' 60–87; *STEPHEN*, לעיל ה"ש 44, כרך III, בעמ' 60–87; *J.W. CECIL TURNER, RUSSELL OUTLINES OF CRIMINAL LAW* 122–31 (16th ed., 1952); *J.W. CECIL TURNER, RUSSELL ON CRIME* 468–72, 476–89 (12th ed., 1964, Reprint 1986).

69 אין צורך במודעות למסוכנות הקונקרטי לחיי אדם, כי אז נדרשת מודעות לאפשרות של גרימת מוות. ראו *Serne & Goldfinch* (1887) 16 Cox C.C. 311.

70 ראו, למשל, *Greenwood* (1857) 7 Cox C.C. 404; *R. v. Horsey* (1862) 3 F. & F. 287, 176 E.R. 129.

71 ראו *Greenwood* (1857) 7 Cox C.C. 404; *R. v. Horsey* (1862) 3 F. & F. 287, 176 E.R. 129.

72 ראו *Binder*, לעיל ה"ש 67, בעמ' 710; *STEPHEN*, לעיל ה"ש 44, כרך II, בעמ' 118–121; *J.W. CECIL TURNER, KENNY'S*, בעמ' 60–87; *STEPHEN*, לעיל ה"ש 44, כרך III, בעמ' 60–87; *J.W. CECIL TURNER, RUSSELL OUTLINES OF CRIMINAL LAW* 122–31 (16th ed., 1952); *J.W. CECIL TURNER, RUSSELL ON CRIME* 468–72, 476–89 (12th ed., 1964, Reprint 1986).

73 ראו *Royal Commission on Capital Punishment* (1949–1953): Report, Cmd. 8932 ¶¶ 111, 121 (London 1953).

74 ראו שם, פס' 11.

amount to murder unless done with the same malice aforethought (express or implied) as is required for a killing to amount to murder when not done in the course or furtherance of another offence". אם כן, לידתו של ה־felony murder הייתה בטעות. מדובר בעברה של אחריות מוחלטת, וזו עומדת באופן מובהק נגד עקרונות היסוד של המשפט הפלילי. לכן נעשו נסיונות רבים לצמצמה, כדי להפחית במידת־מה את הבעייתיות שלה, ורבים הציעו לבטלה, עד שבשנת 1957 היא אכן בוטלה, כאמור.

(ג) המשפט הצרפתי

כאמור, מקורה של עברת הרצח לפי סעיפים 300(א)(3)–(4) לדין הישן הוא במשפט העות'מאני, שהושפע מהמשפט הצרפתי. חוק העונשין הצרפתי משנת 1791 הבחין בין המתה בסיסית לבין המתה מוחמרת. לענייננו, המתת אדם במחשבה פלילית (מתוך כוונה או השלמה עם) בעת ביצוע עברת פשע או זמן־מה לפני או אחרי ביצועה נחשבה עברת המתה מוחמרת שדינה מוות, וזאת ללא קשר לשאלה אם קיימת זיקה עניינית בין ההמתה לבין ביצוע העברה האחרת.⁷⁵ חלופה זו מסתפקת ביחס בזמן בלבד. החוק לא קבע את אורך הזמן לפני או אחרי ביצוע הפשע.⁷⁶

חוק העונשין הצרפתי משנת 1810/1811 ביטל את ההבחנה בין עברה מסוג פשע לבין עברה מסוג עוון, קרי, החוק נקט את המונח "עברה פלילית". אולם ההבחנה בין המתה מוחמרת לבין המתה בסיסית נשמרה, והחלופה של המתה במחשבה פלילית (מתוך כוונה או השלמה עם) בעת ביצוע עברה פלילית (פשע או עוון) או זמן־מה לפני או אחרי ביצועה הוגדרה המתה מוחמרת, שעונשה מוות, בהתאם לסעיף 304. על חלופה זו נמתחה ביקורת חריפה בהיותה בלתי־צודקת ובלתי־עניינית, בשל העדר דרישה לקשר ענייני בין ההמתה לבין העברה האחרת. נטען כי לפי החוק המתה על־ידי אדם אשר לפני ההמתה או אחריה החזיק בנשק באופן בלתי־חוקי היא רצח, וכי זו מסקנה בלתי־הגיונית ובלתי־צודקת.⁷⁷

ברפורמה שנערכה בחוק העונשין בשנת 1832 חזרה ההבחנה בין עברה מסוג פשע לבין עברה מסוג עוון, וסעיף 304 דרש קשר ענייני בין ההמתה לבין העברה מסוג עוון, קרי, שההמתה נועדה לאפשר או להקל את ביצועה של עברת עוון, להסתיר עברת עוון, או להבטיח בריחה או התחמקות מעונש של העושה או של שותפו. לעומת זאת, כאשר דובר בעברה מסוג פשע, היה די ביחס בזמן, בדומה לחוק משנת 1791. במילים אחרות,

75 ראו Groth, לעיל ה"ש 36, בעמ' 4–5.

76 אחדים סבורים כי דרישה מקילה זו נועדה בעיקר להוות אמצעי בידי השלטון החדש "לחסל" יריבים פוליטיים, דהיינו, שימוש לרעה במשפט הפלילי. ראו Dietmar Weib, Die Problematik der Verdeckungsabsicht im Mordtatbestand: Eine Untersuchung insbesondere aus historischer und rechtsvergleichender Sicht 12 (Berlin, 1997).

77 ראו Groth, לעיל ה"ש 36, בעמ' 5.

בהקשר של עברת פשע אימץ המחוקק הצרפתי את הדין הישן, שלא דרש זיקה עניינית בין ההמתה לבין ביצוע העברה האחרת והסתפק בזיקה בזמן בלבד.⁷⁸ חוק העונשין הצרפתי משנת 1994, שהחליף את חוק העונשין משנת 1810/1811, מגדיר בסעיף 2-221 את ההריגה בנסיבות מחמירות (les meurtres aggravés), שדינה מאסר-עולם כעונש מרבי, וקובע כי היא מתקיימת כאשר ההמתה נעשתה תוך כדי ביצוע עברת פשע או זמן-מה לפני או אחרי ביצועה; או כאשר ההריגה נועדה להקל או לאפשר ביצוע עברת עוון, או לאפשר לממית להימלט מעונש בגין עברת העוון או לסכל את מיצוי הדין עימו או עם שותפו לעברת העוון.

כאמור לעיל, על העדרה של דרישת זיקה עניינית גם בנוגע לעברת פשע נמתחה ביקורת חריפה. בכל הנוגע בעברת הפשע קשה לא לראות בדין הצרפתי ביטוי לגישה שמרנית, המתקשה להשתחרר כליל משריד של משפט פלילי מיושן שאינו מתאים עוד לזמננו. מכל מקום, הדין הצרפתי אינו יכול להוות סימוכין לגישה המצמצמת את הנסיבה המחמירה רק לביצוע פשעים או פשעים חמורים.

(ד) הדין הרצוי

בהקשר של הדין הרצוי מתעוררת שאלה מעניינת: מתי ראוי לשאוב השראה מן המשפט במדינות אחרות, ומתי ראוי להימנע מכך? לדעתנו, המשפט האנגלי בהקשרנו הוא דוגמה מובהקת לסוג השני. ה־felony murder היא עברה של אחריות מוחלטת שאינה דורשת יסוד נפשי כלשהו, אף לא רשלנות, כלפי גרימת המוות, ואילו המשפט הישראלי דורש מחשבה פלילית כלפי גרימת המוות – הן בדין הישן והן בדין החדש. הדרישה לעברות מסוג פשע נועדה לצמצם את היקפה של עברת הרצח, שהוא בעייתית, כאמור, בשל העדר דרישה ליסוד נפשי כלפי התוצאה של גרימת מוות, ובשל ההסתפקות בזיקה בזמן בין המתת האדם לבין ביצוע העברה האחרת. שיטת המשפט האנגלית – כשיטה שנושאת מורשת כה עגומה מבחינת הסתירה בינה לבין עקרונות היסוד של המשפט הפלילי, שהיא מתקשה להשתחרר ממנה – מניפה על עצמה שלט: "אל תלמדו ממני". דברים דומים מאוד נאמרו על-ידי השופט אגרנט בעניין יעקובוביץ:

(א) משום שאותו דין אנגלי, השולל את הצורך בהוכחת *mens rea*, תכולתו מוגבלת למקרים שבהם נגרם המוות בקשר לביצוע עבירת פשע הכרוכה באלימות, כאמור, בו בזמן שההוראה המקומית חלה כאשר המוטיב להמתת אדם היה ביצוע איזה עבירה שהיא, אם קלה אם כמורה... (ג) משום שהטעם הרציונאלי המשמש לדין האחרון – כי

78 יש לציין כי החוק העניק למושבעים ולבית-המשפט סמכות להתחשב בשיקולים מקילים כדי לא להטיל עונש מוות, ובתי-המשפט והמושבעים אכן הפעילו סמכות זו. כך, בשנת 1832 הרשיע בית-המשפט ברצח באחד-עשר מקרים, אך בשמונה מהם הוא הטיל עונשי מאסר בלבד, ורק בשלושה מקרים הוא הטיל עונש מוות. ראו Groth, לעיל ה"ש 36, בעמ' 6.

העברייני, בשעת מעשה, קיבל על עצמו את הסיכון – מקורו בעקרון התופס באנגליה עם היום הזה, שאדם יחוייב ברצח גם במקום שהיתה לו כוונה לגרום חבלה גופנית חמורה ותו לא – עקרון שאין לו אח ורע במשפט הפלילי המקומי; (ד) ולבסוף, משום שאין להעלות על הדעת, בשום פנים, כי המחוקק המנדטורי, אשר ב-1936 שאף להעניק לתושבי הארץ הזאת קודקס פלילי מודרני, בחר ואימץ להם אז דין "ארכאיי" זה דוקא – דין שהנהו מנוגד למושגי מוסר ואתיקה מקובלים.⁷⁹

גם המשפט הצרפתי, בכל הנוגע בהמתה אגב ביצוע פשע, אינו אלא שריד היסטורי, על רקע הקושי להשתחרר כליל מגישה משפטית מוטעית בעליל שאבד עליה כלת. כאמור, הבעיה במשפט הישראלי הישן הצטמצמה לחלופה אחת בלבד – זו שבסעיף 300א(3) – ולכן כל שנדרש הוא שבית-המשפט יפרש את החלופה הזו על-דרך הצמצום, כלומר, ידרוש נוסף על היחס בזמן גם זיקה עניינית בין ההמתה לבין מעשה העברה. אין סיבה טובה למצוא פתרון למקום שאין בו בעיה (קרי, לחלופות האחרות), ואת הפתרון צריך להתאים לסוג הבעיה.

היש הצדקה לסייג את העברות שעל רקען מתבצע מעשה ההמתה, כפי שגרס בית-המשפט העליון בעניין **טמטאווי**, וכפי שהדין החדש קובע בסעיף 301א(2)? תשובתנו שלילית. הרציונלים שביסוד סעיפים 300א(3)–(4) לדין הישן וסעיף 301א(2) לדין החדש, כאשר הם מבוססים על זיקה עניינית בין ההמתה לבין העברה האחרת, מחייבים דווקא הסתפקות בכל עברה פלילית, לרבות עברה מסוג חטא. מדובר בהמתת אדם, קרי, בפגיעה בערך החברתי החשוב ביותר שהמשפט מכיר. אין היגיון עונשי להביא לידי החמרה בדינו של הממית רק משום שהוא עובר עברה נוספת, כלומר, להוסיף על ההמתה גם "התחשבנות" על עברה נוספת שבמהלכה היא נעשתה. צבירה כזו במסגרת נסיבות מחמירות היא מלאכותית ומיותרת. גרוע מכך, החמרה כזו במסגרת דיני ההמתה משמיעה מסר שגוי בדבר פיחות חשיבותו של הערך של חיי אדם. לא לכך מכוונות כל החלופות האחרות של הגדרת הרצח המוחמר במשפט הישראלי. ההחמרה נעוצה במטרתו של העושה לקדם ביצועה של עברה פלילית או לסכל את מיצוי הדין – מטרות שהן כשלעצמן פסולות ואסורות. חוסר הפרופורציה בין האמצעי של המתת אדם לבין המטרה הפסולה והאסורה של העושה הוא עצום, מה שמעיד על זלזול עמוק של העושה בערך של חיי אדם. וכאן הנקודה המעניינת: ככל שהעברה האחרת קלה יותר, חוסר הפרופורציה דווקא גדל, ואיתו גם מידת הזלזול בערך של חיי אדם גדלה. מדובר בהמתה מגונה במיוחד. כללו של דבר, המתה כזו מעידה על חוסר מעצורים מוסריים אצל העושה, שמוכן להקריב חיי אדם כדי להשיג מטרה פסולה ונלוזה. מכאן שכל עברה פלילית, לרבות עברה מסוג חטא, יכולה להוות עברה אחרת.⁸⁰

79 עניין **יעקובוביץ**, לעיל ה"ש 38, בעמ' 553 (ההדגשה במקור).

80 בענייננו, התנאי של "עברה" משמעו הן עברה מושלמת, הן ניסיון לעבור עברה והן כל הצורות השונות של שותפות לדבר עברה, לרבות שידול וסיוע. מכיוון שמדובר ביסוד נפשי של מטרה, אין נפקא מינה אם לזכותו של העושה עומד סייג מצדיק או סייג פוטר

טלו, למשל, עושה אשר ממית פקח עירוני כדי לעבור עברת חנייה או כדי להימלט ממיצוי הדין על עברת חנייה שהקנס בגינה הוא 100 ש"ח. מבחינת העושה, חיי הקורבן חשובים פחות מאשר 100 ש"ח. מעשהו מבטא אם כן זלזול חמור מאוד כלפי חיי אדם, ולכן החברה מגנה אותו בצורה החמורה ביותר. העושה אשם יותר. אומנם ניתן להבין את המהלך שנקטה הפסיקה לצמצום היקפה של עברת הרצח כאשר החוק (הישן) הסתפק בזיקה זמנית בלבד בין ההמתה לבין ביצוע העברה האחרת,⁸¹ וכן בקלות-דעת כיסוד הנפשי של העברה. אולם הטעמים האלה לצמצום האיסור בטלו מן העולם עם השינוי בעברות ההמתה. הדין החדש דורש זיקה עניינית בכל החלופות הרלוונטיות, והיסוד הנפשי הנדרש בהמתה המוחמרת הוא כוונה או אדישות, כלומר, קלות-דעת אינה מספיקה.⁸² מצד אחר, עברת הרצח המוחמר היא גמישה יותר מעברת הרצח בדין הישן, ומאפשרת הימנעות מהרשעה בו כאשר מתקיימות נסיבות מיוחדות המפחיתות את מידת האשמה הנדרשת ברצח המוחמר.

עמדה זו, המסתפקת בכל עברה פלילית, היא העמדה הרווחת ברוב שיטות המשפט המודרני, ויעידו על כך, למשל, סעיף 211 לחוק העונשין הגרמני,⁸³ סעיף 112 לחוק העונשין השווייצרי,⁸⁴ סעיף 132 לחוק העונשין הפורטוגלי, סעיף 288 לחוק העונשין ההולנדי, סעיף 111 לחוק העונשין הקרואטי, סעיף 140 לחוק העונשין הצ'כי, סעיף 99 לחוק העונשין של קזחסטן, סעיף 97 לחוק העונשין של קירגיזסטן, סעיף 117 לחוק העונשין של לטביה, סעיף 145 לחוק העונשין של מולדובה, סעיף 189 לחוק העונשין

לגביה, וזאת בתנאי שהוא אינו בטוח בכך שלזכותו עומד סייג כזה, והוא פועל כדי להסתיר את העברה או לאפשר את ביצועה. על השאלה אם החלופה של המתה שמטרתה להסתיר עברה או לחמוק מעונש ניתנת לביצוע באמצעות מחדל, ראו Groth, לעיל ה"ש 36, בעמ' 63–37; Marc Sotelsek, Zur Quantifizierung von Unrecht und Schuld bei vorsätzlichen Tötungen: Ein Beitrag zur Reform der Tötungsdelikte 155–60 (Frankfurt a/M 2012); BGHSt 7, 287, 290.

81 החלופה של המתת אדם תוך ביצוע עברה או תוך הכנות לביצועה.

82 אנחנו סבורים, להבדיל מגור-אריה, כי המתה בנסיבות אלה הנעשית בקלות-דעת אינה יכולה להצדיק עונש של מאסר-עולם-חובה. בעינינו זו תגובה עונשית בלתי-מידתית. אין גם מקום להגבלת החלופה לעברות נגד שלמות הגוף בלבד, באופן שמזכיר את עברת ההריגה הישנה. מדוע ייגרע חלקן של עברות אחרות, וביניהן העברה הנפוצה של התפרצות? ראו גור-אריה "הרפורמה המוצעת לעבירות ההמתה", לעיל ה"ש 18, בעמ' 14.

83 לפי המשפט הגרמני, כאשר המתת אדם נעשית כדי לאפשר, להקל או להסתיר ביצועה של עברה מנהלית, מדובר בהמתה שפלה במיוחד, שהיא רצח. ראו Burkhard Jänke, StGB Leipziger Kommentar Grosskommentar, 11. Aufl., 44. Lieferung §§211–219b, §211 (Berlin 2002) 9, 29. על הוספת העברה המנהלית לצד העברה הפלילית, מבחינה עקרונית, ראו Friedrich-Christian Schroeder, Grundgedanken der Mordmerkmale, JuS 1984, S. 275.

84 ס' 112 לחוק העונשין השווייצרי נוקט מודל של החמרה מכוח המרכיב הכללי של המתה שהיא חסרת מעצורים וחסרת מצפון מיוחד (besonders skrupellos) כאשר ההמתה שנעשתה כדי לאפשר, להקל או להסתיר את ביצועה של עברה פלילית כלשהי נופלת בגדר ההחמרה. ראו Trechsel, לעיל ה"ש 48, פס' 19 ו-22.

של רומניה, סעיף 105 לחוק העונשין הרוסי, סעיף 114 לחוק העונשין של סרביה, סעיף 116 לחוק העונשין של סלובניה, סעיף 82 לחוק העונשין הטורקי, סעיף 115 לחוק העונשין של אוקראינה, סעיף 77 לחוק העונשין של אלבניה, סעיף 105 לחוק העונשין של ארמניה, סעיף 120 לחוק העונשין של אזרבייג'אן, סעיף 149 לחוק העונשין של בוסניה והרצגובינה, סעיף 116 לחוק העונשין של בולגריה, סעיף 116 לחוק העונשין של בולגריה וסעיף 129 לחוק העונשין של ליטא.

לסיכום, אין סיבה טובה במקרה זה לפנות דווקא אל המשפט האנגלי והמשפט הצרפתי. בדיקה משווה משמעותית יותר היא זו המנסה לאתר מה שמקובל במדינות רבות ומתקרב למה שניתן לכנות "תודעה משפטית כללית".

ד. סיכום

צודקים בית־המשפט העליון בעניין **טמטאווי** וסעיף 301א(א)(2) לחוק העונשין בקובעם כי בחלופות הרצח לפי סעיפים 300(א)(3)–(4) לדין הישן וסעיף 301א(א)(2) לדין החדש נדרשת אדישות כלפי התוצאה הקטלנית, ואין די בקלות־דעת. הטעם לכך נעוץ בקרבתה המובהקת של האדישות לכוונה ובמרחק הניכר בינה לבין קלות־הדעת. האדיש אינו מעדיף אפילו את אי־התרחשות התוצאה על התרחשותה, והוא עושה את זממו תוך התנכרות גמורה לערך החברתי המוגן. לעומת זאת, קלות־דעת היא נטילת סיכון בלתי־סביר על יסוד תקווה ולעיתים אף אמונה – קרי רצון – שהתוצאה לא תתרחש. לקל־הדעת אין החלטה־הכרעה בדבר פגיעה בערך החברתי המוגן, ואין הוא מגלה יחס של זלזול או יחס שלילי מובהק כלפי הערך החברתי המוגן. הוא קרוב יותר לרשלן, משום ששניהם משתייכים אל הטועים, שאינם זהירים די הצורך ואינם מגלים תבונה מספקת.

טעה בית־המשפט העליון בכך שלא הבחין בין החלופות של עברת הרצח שבהן נדרשת זיקה עניינית בין העברה האחרת להמתה לבין אלה שאינן דורשות זיקה כזו. רק בחלופות מהסוג השני יש מקום לדרישה שהעברה האחרת תהיה חמורה או מסכנת חיים. אין מקום לדרישה זו בחלופות מהסוג הראשון, ומכאן שאנו חולקים על עמדת הדין החדש בסעיף 301א(א)(2), שדורש עברת פשע שהעונש שלה הוא שבע שנות מאסר או יותר.

ביסוד חלופות אלה מצויים שלושה שיקולים עיקריים המצדיקים את החמרת העונש. הראשון והעיקרי הוא השיקול הגמולי, המתייחס לאשמת העושה. ההמתה מעידה על חוסר מעצורים מוסריים של העושה, שמוכן להקריב חיי אדם כדי להשיג מטרה שהיא שלילית עד כדי כך שהיא מהווה כשלעצמה עברה פלילית, או לשם מטרה פסולה ומגונה, כגון הימלטות מעונש בגין עברה. עושה כזה מגלה במעשהו זלזול ניכר בערך של חיי אדם, בסלקו את הקורבן מן הדרך כאילו היה מכשול פיזי. מדובר במעשה שיש בו עמדה שלילית מובהקת כלפי הערך של חיי אדם, יחד עם שלילת כבודו האנושי של הקורבן. השיקול השני הוא ההרתעה. זו מקזזת את הפיתוי המיוחד – שעשוי להיות רב עוצמה למי שעובר עברה אחרת – להמית (במקרה שנוצר צורך בכך) כדי להצליח

במעשה העברה או כדי להימלט מעונש. השיקול השלישי הוא מסוכנותו של העושה. אותו חוסר מעצורים אשר מופגן במעשה מעיד על העושה שהוא מוכן "להלך על גוויות" לשם השגת יעד עברייני. כל אדם יכול ליפול קורבן להתנהגות כזו, והמעשה מפיל לכן חרדה מיוחדת על הציבור.

רציונלים אלה מחייבים דווקא הסתפקות בכל עברה פלילית, לרבות עברה מסוג חטא. ההחמרה נעוצה כאמור במטרתו של העושה לקדם ביצועה של עברה פלילית או לסכל את מיצוי הדין – מטרות שהן כשלעצמן פסולות ואסורות. חוסר הפרופורציה בין האמצעי של המתת אדם לבין המטרה הפסולה והאסורה של העושה הוא עצום, מה שמעיד על זלזול עמוק של העושה בערך של חיי אדם. ככל שהעברה האחרת קלה יותר, חוסר הפרופורציה דווקא גדל, ואיתו גם מידת הזלזול בערך של חיי אדם גדלה. יתרה מזו, המתה כזו מעידה על חוסר גמור במעצורים מוסריים אצל העושה, שמוכן להקריב חיי אדם כדי להשיג מטרה פסולה ונלוזה כזו.