

## על אבני הדרך בעיצוב מדיניות הענישה

### בעבירת הרצח הבסיסית

מאת

יוסף אלרון\*

רשימה זו סוקרת את אבני הדרך המרכזיות בעיצוב מדיניות הענישה בגין עבירת הרצח הבסיסית, שנקבעה במסגרת הרפורמה בעבירות ההמתה (תיקון מס' 137 לחוק העונשין). זאת, תוך ניתוח הממשק המורכב בינה לבין תיקון מס' 113 לחוק העונשין – הרפורמה בהבניית שיקול הדעת השיפוטי בגזירת העונש. עבירת הרצח הבסיסית, אשר בצדה עונש מרבי של מאסר עולם, מציבה אתגרים ייחודיים בפיתוח מדיניות ענישה סדורה שתהלוך את חומרתה, תוך שמירה על מדרג האשם כפי שבא לידי ביטוי בעבירות שנקבעו במסגרת הרפורמה. הרשימה משרטטת קווים מחברים בין הוראות החוק לפסיקת בית המשפט העליון בעיצוב מדיניות הענישה במספר מישורים ובפרט אופן קביעת מתחם העונש ההולם ואופן קביעת עונשו של הנאשם בגדרי המתחם. עוד מתייחסת הרשימה למקרי "קצה" ובהם גזירת עונש מרבי – מאסר עולם, מצד אחד; וגזירת העונש לאחר יישום "פתח המילוט", מן הצד האחר. בבסיסה, הרשימה מצביעה על גישת בית המשפט העליון המבקשת לאזן כראוי בין התווית מדיניות ענישה סדורה ועקבית, לבין התחשבות ראויה בנסיבות כל מקרה ומקרה, תוך שמירה על שיקול דעת שיפוטי רחב לצורך כך.

### פתח דבר

על מעמד עקרון קדושת החיים ועל הנורמות בקרב חברה מודרנית ניתן ללמוד מיחסה למקרים של המתת אדם בנסיבות שונות. בעבר נקבעו בחוק העונשין, התשל"ז–1977 מספר מוגבל של עבירות המתה, ואילו הרפורמה בעבירות ההמתה שעוגנה בתיקון מס' 137 לחוק העונשין<sup>1</sup> (להלן: הרפורמה בעבירות ההמתה או הרפורמה) מגלמת שינוי מהותי שנועד לשקף נאמנה את חומרת המעשים ואת מידת אשמתו של מבצעם. הרפורמה הרחיבה באופן משמעותי את מנעד עבירות ההמתה – מבין השינויים הדרמטיים שחוללה הרפורמה, יש לציין את קביעתה של עבירת הרצח הבסיסית, שבה תתמקד רשימה זו. עבירה זו מעוגנת בסעיף 300(א) לחוק העונשין, הקובע: "הגורם בכוונה או באדישות למותו של

\* שופט בית המשפט העליון. אני מודה לעו"ד עומר רזין, עוזרי המשפטי, על עזרתו המצוינת בעריכת רשימה זו.

1 חוק העונשין (תיקון מס' 137), התשע"ט–2019, ס"ח 230 (להלן: תיקון 137 לחוק העונשין).

אדם, דינו – מאסר עולם". קביעת המחוקק כי העונש המרבי בגין עבירה זו יהא עונש מאסר עולם בלתי קצוב, לא כעונש חובה, משמעותה שנדרש לעצב, במידה מסוימת יש מאין, מדיניות ענישה ייחודית, המותאמת לעבירת הרצח הבסיסית. בזמן שחלף מאז כניסת הרפורמה לתוקף הצטברה פסיקה משמעותית של בית המשפט העליון המגבשת מדיניות ענישה זו. רשימה זו תסקור התפתחויות אלו, תוך התמקדות בנקודות הממשק שבין הרפורמה בעבירות ההמתה לרפורמה משמעותית נוספת בדיני העונשין – הרפורמה בהבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה, שהתקבלה במסגרת תיקון מס' 113 לחוק העונשין.<sup>2</sup> השילוב בין רפורמות אלו עורר בפסיקה שאלות כבדות משקל, שחלקן הוכרעו וחלקן עודן פתוחות.

תחילה, תיסקר בקצרה הרפורמה בעבירות ההמתה ולאחר מכן יוצג תיקון 113 לחוק העונשין ומנגנון גזירת הדין שנקבע במסגרתו. בהמשך לכך, ינותחו אבני הדרך ביישום תיקון 113 לחוק העונשין על עבירת הרצח הבסיסית, תוך הצגת וניתוח הכללים המנחים שנקבעו בפסיקת בית המשפט העליון לצורך כך. כמו כן, יוצגו מספר סוגיות שעתידות להתברר לפני בית המשפט במקרים המתאימים.

## א. תמצית הרפורמה בעבירות ההמתה

הרפורמה בעבירות ההמתה עוצבה על בסיס דוח הצוות לבחינת יסודות עבירות ההמתה<sup>3</sup> ונכנסה לתוקף בשנת 2019 תוך שנכללו בגדרה הוראות מעבר מתאימות.<sup>4</sup> במסגרת הרפורמה המחוקק עיצב מחדש מדרג עבירות המתה שנועד לבטא הלימה ראויה בין המעשים ובין העונש בצד העבירות. הרפורמה באה לעולם, בין היתר, בעקבות ביקורת על גדריהן העמומים של עבירות ההמתה בנוסחן קודם הרפורמה.<sup>5</sup> בהתאם לביקורת זו, עבירת הרצח, אשר הייתה קבועה בסעיף 300 לחוק העונשין בנוסחו קודם לרפורמה, התפרסה על מקרים שבהם אשמתו של הנאשם לא הצדיקה, לתפיסתם של המבקרים, תיוגו כרוצח והטלת עונש מאסר עולם חובה על מעשיו. בד בבד נטען כי עבירה זו פסחה על מעשי המתה חמורים אשר ראוי היה לסווג את מבצעם כרוצח ולהענישו בהתאם.<sup>6</sup> בדומה, גם

2 חוק העונשין (תיקון מס' 113), התשע"ב–2012, ס"ח 102 (להלן: תיקון 113 לחוק העונשין).  
 3 דו"ח הצוות לבחינת יסודות עבירות ההמתה דין וחשבון (2011).  
 4 ס' 25 לתיקון 137 לחוק העונשין, לעיל ה"ש 1; להרחבה, ראו ע"פ 578/21 אבו סרארי נ' מדינת ישראל, פס" 20 (נבו 16.2.2023).  
 5 דנ"פ 1042/04 ביטון נ' מדינת ישראל, פ"ד סא(3) 646 (2006); ע"פ 4711/03 אבו זייד נ' מדינת ישראל, פס" 44 (נבו 15.1.2009); דוח הצוות לבחינת יסודות עבירות ההמתה, לעיל ה"ש 3, בעמ' 5.  
 6 דברי ההסבר להצעת חוק העונשין (תיקון מס' 124) (עבירות המתה), התשע"ו–2015, ה"ח 166 (להלן: דברי ההסבר לרפורמה); מרדכי קרמניצר וחאלד גנאים הרפורמה בעבירות ההמתה (2019) לאור עקרונות היסוד של המשפט ומחקר היסטורי והשוואתי 211–213 (2020); מרים גור-אריה "הרפורמה בעבירות ההמתה: על מדרג עבירות ההמתה ועל רצח מתוך אדישות" ספר

עבירת ההריגה שהייתה מנויה בסעיף 298 לחוק בנוסחו קודם הרפורמה, ואשר נועדה לחול על מעשי המתה הפחותים בחומרתם מאשר המעשים הכלולים תחת עבירת הרצח – חטאה למטרתה, לשיטת המבקרים. זאת, נוכח תחולתה על קשת רחבה של מקרים השונים זה מזה באופן מהותי בחומרתם ובמידת אשמתו של מבצעם, החל מהמתה בקלות דעת, דרך המתה באדישות וכלה בהמתה בכוונה, שאינה כוונה תחילה.<sup>7</sup>

שלוש עבירות ההמתה המרכזיות שהיו קבועות בחוק עד לתחילתה של הרפורמה כללו, לפי מדרג חומרה מהקל אל הכבד, את עבירת גרם מוות ברשלנות – בצידה נקבע עונש מרבי של 3 שנות מאסר;<sup>8</sup> עבירת הריגה<sup>9</sup> – אשר העונש המרבי שנקבע בצידה היה 20 שנות מאסר; ועבירת רצח<sup>10</sup> – אשר למעט בנסיבות מסוימות<sup>11</sup> חייבה הטלת עונש מאסר עולם חובה. חוק העונשין שנחקק בשנת 1977 אימץ את העבירות הללו מפקודת החוק הפלילי, 1936, ללא שינויים מהותיים.

במסגרת הרפורמה, נקבעו תחת עבירת הרצח שתי עבירות חדשות: **האחת, עבירת רצח בנסיבות מחמירות**<sup>12</sup> – היא העבירה ברמת החומרה הגבוהה ביותר במדרג עבירות ההמתה. עבירה זו מונה אחת-עשרה נסיבות מחמירות, כאשר היסוד הנפשי הדרוש בה ביחס לתוצאה הקטלנית הוא אדישות או כוונה; **השנייה, העבירה המכונה "עבירת הרצח הבסיסית"**<sup>13</sup> – המעוגנת בסעיף 300(א) לחוק העונשין, והיא "שבמרכזן של עבירות ההמתה"<sup>14</sup> לשון הסעיף מורה כך: "הגורם בכוונה או באדישות למותו של אדם, דינו – מאסר עולם". משמע, היסוד הנפשי הנדרש בעבירה זו כלפי תוצאת גרימת המוות הוא דומה לזה שנקבע בעבירת הרצח בנסיבות מחמירות – כוונה או אדישות, אולם אין צורך בהתקיימות אחת מאחת-עשרה הנסיבות המחמירות המנויות בסעיף 301(א) לחוק. עבירת ההריגה שטרם הרפורמה בעבירות ההמתה פוצלה אף היא – המתה באדישות כלולה מעתה בעבירת הרצח בנסיבות מחמירות או בעבירת הרצח הבסיסית, וזאת בהתאם לנסיבות המקרה,<sup>15</sup> ואילו המתה ביסוד נפשי של קלות דעת עומדת בפני עצמה, כעבירה קלה

7 **יעקב וינרוט** 441 (גונטובניק ואח' עורכים 2021); להרחבה ביחס לפרשנות בית המשפט לעבירת הרצח בכוונה תחילה, ראו ע"פ 4066/22 **זירנוב נ' מדינת ישראל**, פס' 17 (נבו 25.6.2023).  
8 דברי ההסבר לרפורמה, שם, בעמ' 166; ע"פ 70/04 **פוריאדין נ' מדינת ישראל**, פסק הדין של המשנה לנשיא מ' חשין (נבו 19.1.2006); ע"פ 7942/04 **בן שיטריט נ' מדינת ישראל**, פס' ג לפסק הדין של השופט א' רובינשטיין (נבו 28.11.2007).  
9 ס' 304 לחוק העונשין, בנוסחו טרם הרפורמה. כמו כן ראו ס' 64 לפקודת התעבורה [נוסח חדש], הקובע הסדר ענישה הזהה לזה שבס' 304 לחוק העונשין, לצד עונש מינימום, בגין גרימת מותו של אדם בנהיגה רשלנית.  
10 ס' 298 לחוק העונשין, בנוסחו טרם הרפורמה.  
11 שם, ס' 300.  
12 אשר נמנו בס' 300א לחוק העונשין, בנוסחו טרם הרפורמה.  
13 ס' 301(א) לחוק העונשין.  
14 שם, ס' 300(א).  
15 דברי ההסבר לרפורמה, לעיל ה"ש 6, בעמ' 167.  
16 ע"פ 2649/21 **סילברה נ' מדינת ישראל**, פס' 23 (נבו 19.2.2023).

יותר.<sup>16</sup> עוד נקבעה עבירה של המתה בנסיבות של אחריות מופחתת.<sup>17</sup> עבירה זו, מכילה כעת, בין היתר, את המקרים שנכללו בסעיף 300א לחוק העונשין בנוסחו הקודם, ומתייחסת לנתונים המגלמים דרגת אשמה פחותה הנלווית למעשה ההמתה.<sup>18</sup> השינוי המהותי במדרג חומרת העבירות בולט גם בעונשים המרביים שנקבעו לצידן. במידה רבה, הרפורמה נועדה להגמיש את נוקשות הדין הקודם בהיבט זה.<sup>19</sup> עובר לרפורמה, חוק העונשין קבע דיין אחד לכל מעשי הרצח – עונש של מאסר עולם חובה.<sup>20</sup> כעת, הרפורמה בעבירות ההמתה קבעה כי בגין עבירת הרצח הבסיסית – יושת עונש מאסר עולם בלתי קצוב כעונש מרבי,<sup>21</sup> ואילו עונש של מאסר עולם חובה יוטל רק בגין עבירת רצח שבה מתקיימת אחת מבין הנסיבות המחמירות.<sup>22</sup> העונש המרבי בגין המתה באחריות מופחתת, כתלות בנסיבות המקרה, יהא 15 או 20 שנות מאסר.<sup>23</sup>

### ב. הרפורמה בהבניית שיקול הדעת השיפוטי בגזירת הדין

מהרפורמה בעבירות ההמתה לרפורמה משמעותית נוספת אשר קדמה לה – הרפורמה בהבניית שיקול הדעת השיפוטי בגזירת הדין – היא תיקון 113 לחוק העונשין כאמור. מקורו של תיקון 113 לחוק העונשין בעבודת הוועדה לבחינת דרכי ההבניה של שיקול הדעת השיפוטי בגזירת הדין בראשות השופט (בדימוס) א' גולדברג שמונתה בשנת 1996 בידי שר המשפטים. עמדת הוועדה הוצגה בהרחבה בדו"ח שפרסמה בשנת 1997.<sup>24</sup> תיקון 113 לחוק העונשין נחקק בעקבות ביקורת על פערי ענישה בין נאשמים דומים בעבירות דומות, נוכח שיקול הדעת הרחב שהוקנה לבית המשפט בגזירת העונש מחד גיסא, והיעדר ההכוונה וההנחיה בדבר אופן הפעלת שיקול הדעת במלאכת גזירת העונש מאידך גיסא.<sup>25</sup> תיקון זה שינה באופן מהותי את דרך גזירת הדין, ומטרתו הייתה "לכוון את שיקול דעתו

- 16 אשר עונשה המרבי הוא 12 שנות מאסר – ס' 301 לחוק העונשין; ע"פ 55/20 רושורוש נ' מדינת ישראל, פס' 18 (נבו 19.7.2020).
- 17 ס' 301 לחוק העונשין.
- 18 דברי ההסבר לרפורמה, לעיל ה"ש 6, בעמ' 174; על היחס שבין ס' 300א עובר לרפורמה ובין ס' 301 לחוק, ראו ע"פ 2149/20 מרון נ' מדינת ישראל, פס' 13 (נבו 22.7.2021); ע"פ 8363/19 גרנות נ' מדינת ישראל, פס' 8 (נבו 8.6.2021).
- 19 ראו גם דברי ההסבר לרפורמה, לעיל ה"ש 6, בעמ' 166; ע"פ 1077/22 קאדר נ' מדינת ישראל, פס' 8–9 (נבו 1.6.2022).
- 20 למעט מקרים מצומצמים, בין היתר ס' 300א לחוק כנוסחו הקודם, וס' 25(ב) לחוק הנוער (שפיטה, ענישה ודרכי טיפול), התשל"א–1971.
- 21 ס' 41 ו-311א לחוק העונשין.
- 22 שם, ס' 301א(א).
- 23 שם, ס' 301ב.
- 24 הוועדה לבחינת דרכי ההבניה של שיקול הדעת השיפוטי בגזירת הדין דין וחשבון (1997).
- 25 ע"פ 8641/12 סעד נ' מדינת ישראל, פ"ד סו(2) 772, פס' 18 (2013); רע"פ 1195/22 אשאראת נ' מדינת ישראל, פס' 14 (נבו 27.12.2022).

של השופט בגזירת הדין ולצמצם את פערי הענישה מקום שאינם מוצדקים, אך זאת תוך הותרת שיקול דעת בידיו בקביעת העונש הסופי.<sup>26</sup>

בבוא המחוקק להנחות את השופט בדבר הפעלת שיקול דעתו בגזירת העונש, פתח וסידר את העקרונות והערכים המנחים את שיקול הדעת. כך, בראש ובראשונה, נישא מעל יתר השיקולים והאיזונים עקרון ההלימה לפיו העונש המתאים יהלום את חומרת המעשים ונסיבותיהם ואת מידת אשמו של מבצעם.<sup>27</sup> לאחר זאת, תיקון 113 לחוק העונשין מוסיף וקובע מודל תלת-שלבי למלאכת גזירת העונש:<sup>28</sup> **בשלב ראשון**, בית המשפט יקבע אם הנאשם הורשע במספר עבירות או בעבירה אחת. היה ומדובר במספר עבירות יבורר אם עסקינן באירוע אחד ולו ייגזר מתחם ענישה אחד, או במספר אירועים ולהם ייגזרו מתחמי ענישה נפרדים;<sup>29</sup> **בשלב שני**, יקבע בית המשפט את מתחם העונש ההולם בהתחשב, בין היתר, בעבירה ובנסיבות הקשורות בביצועה;<sup>30</sup> **בשלב שלישי**, ככלל בית המשפט יגזור את העונש בתוך מתחם העונש ההולם בהתחשב בנסיבות שאינן קשורות לעבירה,<sup>31</sup> וכחריג בית המשפט רשאי לסטות לקולה או לחומרה ממתחם הענישה בהתאם לחריגים המנויים.<sup>32</sup> יודגש, כי המחוקק הכריע שבקביעת גבולות מתחם העונש ההולם עקרון ההלימה יורה את הדרך, ויובאו בחשבון אך שיקולים הקשורים בטבורם לעבירה – חומרתה והערך החברתי שנפגע מביצועה; נסיבות ביצועה; מידת אשמו של מבצעה; ומדיניות הענישה הנוהגת.<sup>33</sup> עוד נקבע, כי בנסיבות מסוימות יש להעניק משקל לשיקול ההרתעה האישית;<sup>34</sup> וכך גם לשיקול הרתעת הרבים.<sup>35</sup>

### ג. האם תיקון 113 לחוק העונשין חל על עבירת הרצח הבסיסית?

לאחר סקירה תמציתית של שתי הרפורמות – כל אחת בנפרד, יש להידרש לנקודת ממשק משמעותית ביניהן במסגרת עבירת הרצח הבסיסית. תחילה, לשאלה מקדמית: האם יש מקום להחיל את תיקון 113 על עבירת הרצח הבסיסית שבוצעה ביסוד נפשי של כוונה? המענה לסוגיה זו ניתן בעניין **שפק**.<sup>36</sup> באותו מקרה, נדחתה עמדתה העקרונית של המדינה

- 26 הצעת חוק העונשין (תיקון מס' 92) (הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה), התשס"ו–2006, ה"ח הממשלה 241, 446.
- 27 ס' 40 לחוק העונשין.
- 28 לסקירה מפורטת של המתווה שנקבע בתיקון 113, ראו אורן גזל-אייל "התפתחויות במשפט הפלילי הדיוני והמהותי – 2012–2014" **דין ודברים** ט 517, 540–548 (2016).
- 29 ס' 40 לחוק העונשין; להרחבה ראו ע"פ 4910/13 **ג'אבר נ' מדינת ישראל** (נבו) (29.10.2014).
- 30 שם, ס' 40ג(א).
- 31 שם, ס' 40ג(ב).
- 32 שם, ס' 40 ו-40ה.
- 33 שם, ס' 40ג(א).
- 34 שם, ס' 140.
- 35 שם, ס' 40 ז.
- 36 ע"פ 3223/21 **מדינת ישראל נ' שפק** (נבו) (2.3.2022).

כי במקרים של רצח הנכנס בגדרה של עבירת הרצח הבסיסית המבוצע ביסוד נפשי של כוונה, יש להתייחס לעונש מאסר העולם בתור "עונש מוצא". טענת המדינה הייתה שבמקרים שבהם נקבע כי התקיימה כוונה להמית, עונש של מאסר עולם חייב להמשיך לשמש כנקודת המוצא לגזירת הדין ורק במקרים חריגים ראוי יהיה לסטות ממנה.<sup>37</sup> בפסק דינו של המשנה לנשיאה (דאז) נ' הנדל נדחתה עמדה זו ממספר טעמים עיקריים: ראשית, מאחר שטענת המדינה אינה מעוגנת בלשון החוק;<sup>38</sup> שנית, מאחר שהאפשרות לקבוע מודל של עונש מוצא במסגרת עבירות ההמתה הועלתה בדיוני הצוות לבחינת יסודות עבירות ההמתה – והוחלט שלא להציע זאת;<sup>39</sup> שלישית, מאחר שמודל של עונש מוצא אינו קיים כלל במסגרת חוק העונשין, וזאת למרות שהוא נשקל במסגרת עיצוב תיקון 113 לחוק העונשין;<sup>40</sup> רביעית, מאחר שעמדת המדינה מבקשת לבסס את פרשנותה ביחס לעבירת הרצח הבסיסית על נוסחו הקודם של החוק ועל פסיקה אשר התייחסה אליו;<sup>41</sup> חמישית, מאחר שאימוץ עמדה זו תטשטש את ההבחנה שביצע המחוקק בין עבירת הרצח בנסיבות מחמירות ובין עבירת הרצח הבסיסית;<sup>42</sup> הנימוק השישי, אשר הוא המרכזי לצורך ענייננו, מתייחס לתחולת תיקון 113 לחוק העונשין:

מלשונם של סעיפי תיקון 113 עולה בבירור כי הם חלים על כל עבירה שנקבע בה עונש שאינו עונש חובה, וכי בית המשפט מחויב לפעול לפי הדרך הקבועה בהם, הכוללת קביעת מתחם עונש הולם ומיקום העונש בתוך המתחם (או מחוץ לו, בכפוף למשל לשיקולי שיקום או הגנה על שלום הציבור). כך, בין היתר גם על פי נסיבותיו האישיות של הנאשם. גם בעבירת הרצח הבסיסית או בסעיפים האחרים שנחקקו ברפורמה בעבירות ההמתה אין כל יסוד לפרשנות שמציעה המדינה, המחריגה את תחולתה של עבירת הרצח מתיקון 113. יוזכר כי מדובר ברפורמה שנעשתה לאחר תיקון 113 ולאחר חשיבה ודיונים ממושכים, כך שקשה להניח שמדובר בעניין שנעלם מעינו של המחוקק, ואף לו היינו מניחים כך, לא היה בכך כדי לסתור את לשון החובה הרחבה והמפורשת של תיקון 113. פרשנות לשונית זו אף מתיישבת עם תכליתו של תיקון 113, שהיא, כאמור, להבנות את שיקול הדעת השיפוטי בענישה על מנת למנוע פערים בענישה. החרגתה של עבירת הרצח מתחולת תיקון 113 אינה מתיישבת עם תכלית זו. דווקא בעבירה כה חמורה שטווח הענישה בה כה רחב – עד מאסר עולם, ללא עונש מינימום – חשוב ביתר שאת כי בית המשפט יפעיל את שיקול דעתו בגזירת הדין בגבולות החוק, על פי הדרך והשיקולים המנחים הקבועים בו, ובאופן שוויוני ואחיד.<sup>43</sup>

שם, בפס' 11.	37
שם.	38
שם.	39
שם.	40
שם, בפס' 12.	41
שם, בפס' 13.	42
שם, בפס' 15.	43

קביעת בית המשפט העליון בעניין שפק הבהירה אפוא, את שעולה במפורש גם מלשון החוק, כי תיקון 113 לחוק העונשין חל גם על עבירת הרצח הבסיסית. בכך עוגן הקשר הישיר בין הרפורמה בעבירות ההמתה לתיקון 113 לחוק העונשין, ונפתח הפתח למלאכה המורכבת של דירוג חומרתם של מעשי רצח שונים – על בסיס המתווה שעוגן בתיקון 113. אם תרצו, עניין שפק הבהיר כי רשימת השיקולים והנסיבות המתווה את קביעת העונש בכל עבירה אחרת, יפה גם לעניין עבירת הרצח הבסיסית. אולם, לא הוכרע בו כיצד יש לערוך את האיזון בין השיקולים והנסיבות בנסיבותיה של עבירת הרצח הבסיסית.

כפי שיורחב כעת, נקבע בפסיקה כי מספר מאפיינים ייחודיים לעבירת הרצח הבסיסית מחייבים גיבוש מדיניות ענישה מותאמת, במסגרת שיקול הדעת הרחב הנתון לבית המשפט בתיקון 113 לחוק העונשין: הראשון, מעמדו הרם של עקרון קדושת החיים; השני, העובדה שהעונש המרבי הקבוע בצידה הוא עונש של מאסר עולם בלתי קצוב; השלישי, מאחר שמדובר בעבירה שהיא תוצר של הרפורמה בעבירות ההמתה, על המדרג שעוצב במסגרתה בקפידה, יש להקנות גם לאותו מדרג משקל משמעותי. כפי שיוצג כעת, למאפיינים אלו יש משקל גם לצורכי קביעת גבולות מתחם העונש ההולם, גם בקביעת העונש בגדרי המתחם, וגם לצורך בחינת האפשרות לגזור על נאשם את העונש המרבי שהחוק מתיר.

#### ד. קביעת גבולות מתחם העונש ההולם בעבירת הרצח הבסיסית

סוגיה מורכבת, שאינה ייחודית לעבירת הרצח הבסיסית, מתייחסת לטווח מתחם העונש ההולם. מתחם עונש הולם רחב משמעותו, ככלל, מתן משקל משמעותי לשיקולים אשר אינם קשורים לביצוע העבירה. שיקולים אלו מנויים בסעיף 40א לחוק העונשין ועל פי רוב הם שיקולים לקולה מבחינת הנאשם. בין היתר, נמנות בסעיף זה נסיבות כגון מידת הפגיעה של העונש בנאשם, לרבות בשל גילו;<sup>44</sup> מידת הפגיעה של העונש במשפחתו של הנאשם;<sup>45</sup> והנזקים שנגרמו לנאשם מביצוע העבירה ומהרשעתו.<sup>46</sup> בשונה, מתחם עונש הולם מצומצם, משמעותו הגדלת המשקל שניתן לשיקולי הלימה ולנסיבות הקשורות בביצוע העבירה, וזאת על חשבון פגיעה מסוימת באינדיבידואליות של הענישה.<sup>47</sup> לדוגמה, אם נקבע מתחם עונש הולם הנע בין 24 ל-27 שנות מאסר בפועל, בהנחה שבית המשפט אינו רואה לחרוג מגבולות המתחם, הפער המרבי בענישה בין מבצע עבירה א' למבצע עבירה ב' – שביצעו את אותו מעשה בדיוק מבחינת הנסיבות הקשורות לביצוע העבירה – יהא, לכל היותר, 3 שנות מאסר בפועל. לעומת זאת, אם ייקבע מתחם עונש הולם הנע בין 21 ל-29 שנות מאסר בפועל, הפער בעונש אשר ייגזר על שני מבצעי עבירה שונים אשר ביצעו

44 ס' 40א(1) לחוק העונשין.

45 שם, ס' 40א(2).

46 שם, ס' 40א(3).

47 יניב ואקי ויורם רבין "הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה: תמונת מצב והרהורים על העתיד לבוא" הפרקליט נב 413, 429 (2013).

את אותו המעשה בדיוק יוכל להיות עד 8 שנות מאסר בפועל, וזאת כתלות בנסיבות שאינן קשורות בביצוע העבירה.

בעניין קאדר נקבע שכאשר מדובר בעבירת הרצח הבסיסית יש לקבוע מתחם ענישה מצומצם על מנת לשמור על מעמדו של עקרון ההלימה נוכח ערך קדושת החיים וחומרת מעשה הרצח. קביעה זו התבססה על מספר אדנים מרכזיים: אדן ראשון, הוא הכלל בפסיקה החל במגוון רחב של עבירות שלפיו ככל שהעבירה חמורה יותר כך יופחת המשקל שיינתן לנסיבות האישיות של מבצע העבירה בגזירת עונשו.<sup>48</sup> הרציונל הוא, בין היתר, שכאשר חומרת העבירה רבה יותר הנסיבות האישיות של הנאשם נדחות למול עוצמת הפגיעה בערכים המוגנים. כאשר מדובר בעבירת הרצח הבסיסית, אשר חומרתה שנייה רק לעבירת הרצח בנסיבות מחמירות, ערך קדושת החיים הניצב בראש סולם הערכים החברתיים מאפיל על חלק מבין השיקולים המקלים.<sup>49</sup> אדן שני, הוא ההלכה שלפיה מתחם ענישה רחב יתר על המידה אינו משרת נאמנה את עקרון ההלימה ויש בו כדי לעמעם, עוד בטרם ייקבע העונש בגדרי המתחם, את היחס הראוי שבין חומרת העבירה ומידת אשמו של מבצעה ובין העונש.<sup>50</sup> מתחם ענישה רחב מעניק משקל רב ומשמעותי לנסיבות שאינן קשורות בעבירה, ובכללן נסיבותיו האישיות של מבצעה, ועלול לרוקן מתוכן את תכלית תיקון 113 לחוק העונשין. כפי שנומק בעניין קאדר, החשש מפני קביעת מתחם ענישה רחב יתר על המידה נוכח ביתר שאת בעבירת הרצח הבסיסית. כך, כבר לנוכח העובדה שהעונש המרבי שניתן להשית על הנאשם הוא מאסר עולם. על כן, טווח מתחם הענישה עלול להתפרש על פני מספר משמעותי של שנים. על כן, מתחם ענישה רחב יתר על המידה יוביל לפערים בלתי מוצדקים בין שני רוצחים שביצעו אותו מעשה בדיוק והורשעו בעבירת הרצח הבסיסית, וזאת בשל נסיבות שאינן קשורות לביצוע העבירה.

שיקולים אלו עמדו בבסיס הקביעה כי מתחם ענישה מצומצם בעבירת הרצח יגשים את עקרון ההלימה באופן מיטבי ויצמצם את השפעתן של נסיבות שאינן קשורות בביצוע העבירה באופן העולה בקנה אחד עם תיקון 113 לחוק העונשין, עם הרפורמה בעבירות ההמתה, ועם עקרון קדושת חיי האדם. יש לציין, כי בעניין קאדר, לא נקבע במפורש מהו רוחב המתחם הראוי. גם כעת, נראה שקשה להציע כלל קשיח או כלל אצבע בנדון. עם זאת, בעניין אלקאדי,<sup>51</sup> צוין כי מתחם עונש הולם הנע בין 18 ל-26 שנות מאסר בפועל הוא

48 בעבירת המתה: ע"פ 6193/20 בר זכאי נ' מדינת ישראל, פס' 34 (נבו 25.3.2021); בעבירות נשק: ע"פ 6028/21 אטרש נ' מדינת ישראל, פס' 14 (נבו 15.5.2022); בעבירות סמים: ע"פ 667/21 מדינת ישראל נ' בן פורת, פס' 18 (נבו 10.3.2021); בעבירות כלכליות: ע"פ 9053/20 כהן נ' מדינת ישראל, פס' 17 (נבו 22.3.2021).

49 ע"פ 3617/13 טייטל נ' מדינת ישראל, פס' 66 (נבו 28.6.2016); ע"פ 2457/98 שמן נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(4) 289 (2002).

50 ע"פ 1079/16 מדינת ישראל נ' נחמן, פס' 20 (נבו 1.8.2016); עניין סעד, לעיל ה"ש 25, בפס' 24; ראו גם יורם רבין ויניב ואקי דיני עונשין ג 1473–1474 (מהדורה שלישית 2014); ע"פ 1323/13 חסן נ' מדינת ישראל, פס' 8 (נבו 5.6.2013).

51 ע"פ 3187/21 אלקאדי נ' מדינת ישראל, פס' 13 (נבו 21.8.2022): "[...] קביעת מתחם עונש כה רחב של 8 שנים, מעמעם את ההלימה שבין חומרת מעשי המערער ואשמתו לבין העונש הנגזר

רחב יתר על המידה וכך גם בעניין גריפאת,<sup>52</sup> שבו נקבע מתחם הנע בין 9 ל-15 שנות מאסר בפועל. גם היבט זה עתיד להתעצב בפסיקה, ובעיקר בפסיקת הערכאות הדיוניות.

## ה. על מידת ההתחשבות בנסיבות שאינן קשורות לביצוע העבירה

כנסקר, בפסיקה הובהר כי תיקון 113 לחוק העונשין חל במלואו על עבירת הרצח הבסיסית. עוד נקבע כי במסגרת יישומו יש לקבוע מתחם עונש הולם מצומצם. סוגיה נוספת שהתבררה בפסיקה היא כיצד יש לקבוע את עונשו של הנאשם בגדרי גבולות המתחם ואם לעניין זה קיימת חשיבות לעובדה שמדובר בעבירת הרצח הבסיסית. המענה לכך, וליתר דיוק ראשית המענה לכך, ניתן במספר פסקי דין. בעניין ניקולקין,<sup>53</sup> נקבע שכצעד נוסף בהתוויית מדיניות הענישה בגין עבירת רצח בכוונה, יש להבהיר כי על פי תיקון 113 לחוק העונשין לא בכל מקרה יש ליתן משקל משמעותי, אם בכלל, לנסיבות כגון היעדר עבר פלילי, נטילת אחריות, או לחלופי הזמן מעת ביצוע העבירה. בית המשפט הדגיש כי:

נסיבות אלו מנויות בחוק כנסיבות אשר בית המשפט רשאי לקחת בחשבון, ככל שסבר כי ראוי לתת להן משקל בנסיבות המקרה. בגדרי גבולות המתחם שנקבע, אין לקחת כמובן מאליו כי שיקולים אלו מצדיקים הקלה בעונש, לא כל שכן הקלה משמעותית בו. משמע, גזירת עונשו של מי שהורשע בעבירת הרצח בכוונה בתחתית מתחם הענישה או בסמוך לה, מחייבת נסיבות המצדיקות זאת המלוות בהנמקה מתאימה.<sup>54</sup>

ניתן לראות בקביעה זו כמעין חידוד חובת ההנמקה המוטלת בחוק על הערכאה הדיונית,<sup>55</sup> עת שהיא באה לקבוע את עונשו של מי שהורשע ברצח בכוונה. קביעה זו אף מבהירה כי תיקון 113 לחוק העונשין אינו מחייב בכל מקרה להקל בעונשו של נאשם בשל שיקולים כגון נסיבותיו האישיות. בית המשפט יכול לבחור ליתן לנסיבות מסוג זה משקל מוגבל, אם בכלל. בפסיקה מאוחרת יותר, הובהר כי "לא בנקל יש לקבוע את עונשו של מי שהורשע בעבירת רצח בתחתית מתחם הענישה, לא כל שכן בגבולות התחתון ממש – כפי שהמערער מבקש. כך במיוחד כאשר מדובר ברצח ביסוד נפשי של כוונה, וכך – גם אם במידה פחותה – בעבירת רצח המבוצעת ביסוד נפשי של אדישות".<sup>56</sup> קביעה זו אף היא נגזרת של תיקון 113 לחוק העונשין ומנגנון קביעת העונש שנקבע במסגרתו ויש לראותה

עליו; ומפר את האיזון הרצוי במלאכת גזירת העונש בעבירת הרצח הבסיסית, בגדרו ידם של עיקרון ההלימה וערך חיי האדם על העליונה, ואילו משקלן של הנסיבות שאינן קשורות בביצוע העבירה פוחת".

52 ע"פ 5806/22 מדינת ישראל נ' גריפאת, פס' 19 (נבו 20.11.2022): "[...] מלבד העובדה שמתחם העונש שנקבע מקל עם המשיב במידה ניכרת, היקף פרישתו – 9 עד 15 שנות מאסר בפועל, רחב יתר על המידה, וכתוצאה מכך מקנה משקל חסר לשיקולי הלימה, ומשקל יתר לשיקולים אחרים".

53 ע"פ 1442/22 ניקולקין נ' מדינת ישראל (נבו 28.5.2023).

54 שם, בפס' 17.

55 ס' 40 לדיד לחוק העונשין.

56 ע"פ 4137/22 אנאנטאפאק נ' מדינת ישראל (נבו 2.7.2023).

כיישום שיקול הדעת הרחב שניתן בידי בית המשפט לצורך גזירת הדין. תיקון 113 הותיר שיקול דעת רחב בידי בית המשפט בעת גזירת העונש בכל מקרה ומקרה. כך, בנסיבות הקשורות בביצוע העבירה, על בית המשפט להתחשב "ככל שסבר שהן משפיעות על חומרת מעשה העבירה ועל אשמו של הנאשם".<sup>57</sup> בדומה, בנסיבות שאינן קשורות בביצוע העבירה, בית המשפט רשאי להתחשב "ככל שסבר כי ראוי לתת להן משקל בנסיבות המקרה".<sup>58</sup> החוק מוסיף ומבהיר "אין בהוראות סעיפים 40 ו-40א כדי לגרוע מסמכות בית המשפט לשיקול נסיבות נוספות הקשורות בביצוע העבירה לשם קביעת מתחם העונש ההולם, וכן נסיבות נוספות שאינן קשורות בביצוע העבירה לשם גזירת העונש המתאים לנאשם".<sup>59</sup> בכך נותר פתח להתחשבות בנסיבות אשר אינן מנויות במפורש בחוק. גם במישור זה של קביעת העונש בגדרי המתחם, ניתן אפוא ביטוי משמעותי לכך שעבירת הרצח הבסיסית אינה עבירה ככל עבירה אחרת. משילוב קביעה זו עם הקביעה האמורה ביחס לקביעת היקף מתחם העונש ההולם, ניתן ללמוד על כך שמחד גיסא, פסיקת בית המשפט העליון לא כבלה את שיקול דעתן של הערכאות הדיוניות, והקפידה לעמוד על שיקול הדעת הרחב הנתון להן; ומאידך גיסא, הציבה בפני הערכאות הדיוניות את העובדה כי עבירת הרצח הבסיסית אינה ככל עבירה אחרת, וכי יש לתת על כך את הדעת בעת גזירת דין.

### 1. קביעת מדרג עונשי בהתאם ליסוד הנפשי של המבצע?

באחד מהערעורים שהובאו לפתחו של בית המשפט העליון,<sup>60</sup> טענה המדינה שכאשר הורשע נאשם בעבירה של רצח באדישות, אין לקבוע מתחם ענישה הולם שגבולו התחתון נמוך מ-12 שנות מאסר בפועל, מאחר שזהו העונש המרבי הקבוע בצד עבירת המתה בקלות דעת. אם תורחב טענה זו – טענה זו גורסת, במהותה, כי המתה ככוונה תמיד תהיה חמורה מהמתה באדישות; המתה באדישות, חמורה מהמתה בקלות דעת, והמתה בקלות דעת, חמורה מהמתה ברשלנות. יהיו הנסיבות אשר אינן קשורות לביצוע העבירה אשר יהיו. במישור העונשי ניתן לטעון, כי ראוי שהעונש המרבי בגין העבירה שחומרתה פחותה, יהווה העונש המינימלי במתחם העונש ההולם שייקבע עבור העבירה החמורה ממנה. משמעות אימוץ עמדה שכזו היא גם יצירת הפרדה בתוך גבולות עבירת הרצח הבסיסית – המכילה כאמור הן יסוד נפשי של כוונה, הן יסוד נפשי של אדישות.

בעמדה זו יש היגיון מסוים. דומה כי ניתן לומר שבמרבית המקרים, וכתוצר של תיקון 113 לחוק העונשין, העונש שייגזר על מי שהמית ביסוד נפשי של כוונה יהיה חמור מזה

57 ס' 40ט(א) לחוק העונשין.

58 שם, ס' 40א.

59 שם, ס' 40ב.

60 עניין גריפאת, לעיל ה"ש 52, בפס' 20.

שייגזר על מי שהמית ביסוד נפשי של אדישות, וכן הלאה.<sup>61</sup> עם זאת, בעניין גריפאת הובהר ש"בשלב זה, יש להעדיף כי תישמר 'גמישות' עבור בתי המשפט לגזור את עונשו של נאשם בכל מקרה בהתאם לנסיבותיו".<sup>62</sup> ניתן, לשם הדוגמה, לחשוב על נסיבות שבהן אדם ממית את אביו הקשיש, הסובל ממחלה סופנית, וזאת לאחר שהאב מתחנן לפניו לעשות כן מפאת סבלו הרב. אדם כזה יכול שיורשע, על פני הדברים, בעבירה של רצח בנסיבות מחמירות. אם עניינו ייכנס לגדרי פתח המילוט (הקבוע בסעיף 301א(ב) לחוק העונשין), כך שהוא יורשע בעבירת הרצח הבסיסית בלבד, עמדה עונשית המבקשת לקבוע כאמור "גבול תחתון" תחייב גזירת עונש מינימלי של 12 שנה. במקרה תאורטי, קשה לומר אם עונש זה מוצדק או לא, אולם יש במקרה תאורטי זה כדי להמחיש את הצורך שהיה – ונותר – בהותרת שיקול דעת שיפוטי רחב וגמישות בידי בית המשפט. אף ייתכן שלא נדרשות נסיבות קיצוניות במיוחד כאלו אשר תוארו לעיל כדי להגיע לתוצאה כזו. מקרה אחר שניתן לחשוב עליו הוא של נאשם שהורשע בעבירה של רצח באדישות, אך קיימות נסיבות משמעותיות לקולה כגון התדרדרות משמעותית ביותר במצבו הרפואי לאחר האירוע. זאת כאשר מנגד, ייתכן נאשם שאומנם הורשע בהמתה בקלות דעת, אך לחובתו נסיבות מחמירות במיוחד – גם בקביעת גבולות מתחם העונש ההולם וגם בתוך המתחם. משיקולים אלו, בית המשפט נמנע מלקבוע מגבלות קשיחות וכללים נחרצים.<sup>63</sup>

61 להרחבה ביחס לרף הענישה בעבירת הרצח הבסיסית ביסוד נפשי של אדישות ראו ע"פ 1464/21 קפוסטין נ' מדינת ישראל (נבו 11.9.2022); עניין גריפאת, לעיל ה"ש 52; ע"פ 2654/22 מדינת ישראל נ' דישלכסקי (נבו 6.12.2022); עניין אנאנטאפאק, לעיל ה"ש 56.

62 עניין גריפאת, שם, בפס' 20.

63 ראו גם בע"פ 95/82 לוביוב נ' מדינת ישראל, פ"ד לו(4) 195 (1982), שבו התקבל ערעור על הרשעה בעבירת הרצח, עובר לרפורמה בעבירות ההמתה, עקב קבלת טענת קנטור. בית המשפט העליון הרשיע את המערער בעבירת הריגה וגזר עליו עונש מאסר בפועל של 30 חודשים – תחת עונש מאסר עולם שנגזר עליו על ידי בית המשפט המחוזי; וכן ת"פ (מחוזי חי') 334/03 מדינת ישראל נ' מושיר (נבו 6.5.2004), שבו נדון עניינו של חייל אשר הורשע בהריגת אימו בנסיבות טראגיות, ונגזר עליו עונש של 18 חודשי מאסר שרק שישה חודשים מתוכם ירוצו בפועל, בדרך של עבודות שירות. נומק בגזר הדין: "התלבטתי רבות באשר לעונש שמן הראוי לגזור על הנאשם שבפניי. נאמר לא אחת, עד כמה קשה מלאכת גזירת דינו של נאשם, ונדמה כי במקרה זה, קשה המלאכה שבעתיים. מה עונש יגזור בן אנוש בשבתו כשופט על בן המקפח את חיי אמו בקליעי אחד בודד הנורה מנשקו, בן ההורג את אמו הורתו כתוצאה של מעשה אשר כל כולו תוצר של קלות דעת ופזיזות [...] לעיתים, בבואנו לענוש את העבריינן בעבירות כגון דא, אנו מציינים לא אחת את אובדן הקורבן, את האדם היקר אשר היה לבני משפחתו ואיננו עוד, את החלל הריק שהותיר אחריו, כתוצאה ממעשה הנאשם העומד לדין. יהיה מי שיאמר כי במקרה דנן, הנאשם עצמו הינו קורבן של מעשהו הנורא. הנאשם, הוא זה החווה מדי שעה ומידי יום את עוצמת החלל הריק, הכאב והצער של אחיו ואביו היושבים יחד עימו בביתם, והמלווים אותו גם עתה, כאן באולם בית המשפט".

## ז. עיצוב קו הגבול העליון – גזירת עונש של מאסר עולם בגין עבירת הרצח הבסיסית

אחת מהסוגיות המרכזיות אשר התעוררו היא באילו מקרים יגזור בית המשפט עונש של מאסר עולם בלתי קצוב בגין עבירת הרצח הבסיסית. סוגיה זו נדונה, עד כה, רק כאשר מדובר היה בעבירת הרצח הבסיסית ביסוד נפשי של כוונה. לצורך זה, יועיל להפנות מבט לעבירת הרצח בנסיבות מחמירות, וליחס שבינה ובין עבירת הרצח הבסיסית. המבנה שעוצב בחוק הוא של צורה "בסיסית" של עבירת הרצח, וצורה "מוחמרת" כאשר לעיתים ההבחנה בין שתי העבירות אינה כה חדה, ממספר בחינות: ראשית, המחוקק ראה לנגד עיניו מקרים שבהם מעשה המתה ייכנס לגדרי נסיבה מחמירה אחת או יותר, אולם מידת האשם שבו אינה תואמת לעבירת הרצח בנסיבות מחמירות. במקרים חריגים שכאלו, שבהם מתקיימות נסיבות מיוחדות שבשלהן המעשה אינו מבטא דרגת אשמה חמורה במיוחד – יורשע הנאשם בעבירת הרצח הבסיסית.<sup>64</sup> שנית, קיימת נקודת השקה בין העבירות, אשר באה לידי ביטוי בכך שניתן להשית גם בגין עבירת הרצח הבסיסית עונש של מאסר עולם.<sup>65</sup> מכך ניתן ללמוד שלצד הכרעתו הנורמטיבית של המחוקק כי ישנם מקרי רצח חמורים, ויש המגלמים נסיבות חמורות עוד יותר, ניצבת הכרעתו כי לעיתים העונש המתאים לרוצח – זהה.<sup>66</sup>

מכך ניתן להסיק מספר מסקנות: מסקנה ראשונה, היא שמאחר שהמחוקק ראה חומרה עודפת כאשר מעשה הרצח מתבצע באותן נסיבות מחמירות המפורטות בסעיף 301א(א) לחוק העונשין, עצם הקרבה לאותן נסיבות מלמדת על חומרה עודפת ברצח.<sup>67</sup> לשם הדוגמה, המחוקק ראה לנכון לקבוע כי רצח שמבוצע ב"אכזריות מיוחדת" הוא רצח בנסיבות מחמירות.<sup>68</sup> על כן, מידת האכזריות שבה נוקט הרוצח, גם אם היא אינה נכנסת לגדרי הנסיבה המחמירה, מקרינה על חומרת העונש. דוגמה נוספת, היא החפיפה המסוימת בין סעיף 40ט(א)(1) לחוק העונשין, הקובע כי ניתן להתחשב בתכנון שקדם לביצוע העבירה, לסעיף 301א(א)(1) לחוק העונשין, הקובע נסיבה מחמירה מקום בו "המעשה נעשה לאחר תכנון או לאחר הליך ממשי של שקילה וגיבוש החלטה להמית". ייתכן אם כן, מקרה שבו לא מתקיים "תכנון" הנכנס לגדרי הנסיבה המחמירה ובכל זאת קיימת בו מידה של תכנון המצדיקה עונש מחמיר.

מבלי לגרוע מכך, גם מקרה שאינו קרוב להיכנס לגדרי נסיבה מחמירה כזו או אחרת, יכול להצדיק עונש של מאסר עולם. בחירת המחוקק לאפשר גזירת עונש של מאסר עולם

64 ס' 301א(ב) לחוק העונשין; ע"פ 6338/20 חיים נ' מדינת ישראל, פס' 10 (נבו 7.7.2022).

65 עניין אבו סרארי, לעיל ה"ש 4, בפס' 28.

66 ע"פ 3546/19 עודה נ' מדינת ישראל, פס' 21 (נבו 15.1.2023).

67 ע"פ 1213/21 וואסה נ' מדינת ישראל (נבו 11.8.2022): "ככלל, בבוא בית המשפט לגזור את עונשו של מי שהורשע בעבירת הרצח הבסיסית, קירבה לנסיבות הקבועות בסעיף 301א(א) לחוק עשויה ללמד כי גם עונשו של נאשם זה צריך להיות קרוב – אם לא דומה, לעונש של מי שהורשע בעבירת הרצח בנסיבות מחמירות" (שם, בפס' 23).

68 ס' 301א(א)(7) לחוק העונשין.

בלתי קצוב בגין עבירת הרצח הבסיסית משמעותה הכרעה ערכית כי אין צורך בנסיבה מחמירה כזו או אחרת כדי להצדיק עונש שכזה:

...קביעת המחוקק כי גם בגין עבירת הרצח הבסיסית ניתן להשית עונש מאסר עולם כעונש מרבי, עומדת על רגליה שלה, ואינה מחייבת השוואה מתמדת אל מול הנסיבות המחמירות אשר עוגנו בעבירת הרצח בנסיבות מחמירות.<sup>69</sup>

כמו כן, ייתכן שילוב נסיבות המצדיק השתת עונש מרבי. בין היתר, תיתכן קרבה לנסיבה מחמירה מסוימת, לצד אלמנטים מחמירים נוספים – למשל, במקרה שבו קיימת מדיניות ענישה מחמירה,<sup>70</sup> כגון במקרי אלימות בין בני זוג. בעניין **וואסה**, מדובר היה בשוטר אשר לאחר ויכוח עם רעייתו שגלש לפסים אלימים, הלך לארון חדר השינה, לקח ממנו את האקדח שניתן לו מתוקף תפקידו, דרך אותו, וירה מטווח קצר ירייה אחת בראשה. במקרה זה נגזר לראשונה על הרוצח עונש של מאסר עולם בגין עבירת הרצח הבסיסית. נומק, כי מדובר במקרה של אלימות בין בני זוג, שבו מיושמת מדיניות ענישה מחמירה. כמו כן, חומרה יתרה הייתה בכך שמדובר היה בשוטר במקצועו, אשר אמוץ על שמירת החוק, ואשר עשה שימוש באקדח כדי לרצוח את רעייתו. כן צוין כי "במידה רבה, הרצח שביצע המערער הוא כפסע מלהיכלל בנסיבה המחמירה הקבועה בסעיף 301א(א) לחוק...".<sup>71</sup> שילוב היבטים אלו הוביל להחמרה בעונשו של וואסה, כך שחלף 29 שנות מאסר בפועל, נגזר עליו עונש של מאסר עולם. בדומה, נקבע בעניין **עמאש**<sup>72</sup> בפסק דינה של השופטת ע' ברון: "בהינתן נסיבותיו הקשות והקיצוניות של המקרה [...]; הקרבה הממשית לנסיבות המחמירות שבסעיף 301א(א), ובפרט לכך שהרצח סיכן באופן ממשי את חייהם של שלושת אחיו של המנוח כאמור בסעיף קטן (9); ובשים לב לצורך לנקוט במדיניות ענישה שיש בה משום הרתעה ממשית מפני שימוש בנשק חם ורצח במגזר הערבי – אני סבורה כי מתחם העונש ההולם בגין עבירת הרצח נע בין 26 שנות מאסר למאסר עולם. בהמשך לכך, יש לקבוע את עונשו של המשיב בקצה העליון של המתחם ולהעמידו על מאסר עולם בלתי קצוב".

תרחיש אשר טרם נתברר בפסיקה הוא של גזירת העונש המרבי בגין עבירת הרצח הבסיסית, כאשר מדובר ברצח **באדישות**. לשון סעיף 300א(א) לחוק העונשין ברורה – בית המשפט רשאי לעשות כן. עם זאת, טרם נדון מקרה המתאים לכך. מתעוררת אפוא השאלה באילו נסיבות יראה בית המשפט להשית עונש מרבי בגין רצח באדישות, אם בכלל. אף יש לציין, שבמקרה כזה הדבר יהווה מעין היפוך של עמדתה העקרונית של המדינה שהוצגה בעניין **גריפאת** כאמור, שכן על מי שביצע רצח באדישות ייגזר עונש חמור או זהה לרוצח ככוונה. עם זאת, קיים שוני מסוים בין הטענות מאחר שעבירת הרצח הבסיסית מכילה

69 עניין **וואסה**, לעיל ה"ש 67, בפס' 23; ראו גם עניין **שפק**, לעיל ה"ש 36, בפס' 17.

70 ס' 40א(א) לחוק.

71 עניין **וואסה**, לעיל ה"ש 67, בפס' 22.

72 ע"פ 1978/21 **מדינת ישראל נ' עמאש**, פס' 19 (נבו 7.6.2023).

בתוכה שני יסודות נפשיים אלו. משכך, ניתן לטעון כי המחוקק, בכוונת מכוון, לא ביקש ליצור מדרג חד ביניהם.

לסיכום חלק זה – עונש של מאסר עולם בוודאי שאינו "עונש מוצא", אלא עונש מרבי. עם זאת, מדובר בעונש מרבי שאין להירתע מלעשות בו שימוש במקרים המתאימים. אף ניתן לומר, בזהירות, כי בראי מעמדו הרם של עקרון קדושת החיים כמו גם העובדה שמקרה רצח "טיפוסי" מערב מגוון שיקולים מחמירים, ניתן לצפות שיעשה שימוש נפוץ יותר בעונש מרבי זה בהשוואה לעבירות אחרות במקרים של רצח בכוונה.

### ח. מדיניות ענישה ייחודית ל"פתח המילוט"?

סעיף חוק נוסף תוצר הרפורמה בעבירות ההמתה, הוא סעיף 301א(ב) לחוק העונשין. סעיף זה מכונה "פתח המילוט", וזוהי לשונו:

על אף הוראות סעיף קטן (א), התקיימה נסיבה מחמירה כאמור באותו סעיף קטן, אך מצא בית המשפט, מנימוקים מיוחדים שירשמו, כי מתקיימות נסיבות מיוחדות שבשלהן המעשה אינו מבטא דרגת אשמה חמורה במיוחד, רשאי הוא להרשיע את הנאשם בעבירה לפי סעיף 300.

משמעות החלת פתח המילוט בעניינו של נאשם קונקרטי, היא כי על אף שניתן להרשיעו בעבירת הרצח **בנסיבות מחמירות**, הוא יורשע בעבירת הרצח **הבסיסית**. בהתאם, לא ייגזר עליו עונש של מאסר עולם **חובה**, והעונש המרבי שניתן יהא לגזור עליו הוא עונש מאסר עולם.<sup>73</sup> סעיף זה למעשה מתווה, לצד אפשרות הרשתו של נאשם בעבירת הרצח הבסיסית באופן ישיר, הרשתו בעבירה זו באופן "עקיף". שאלה נגזרת היא, כיצד הרשעה תוך שימוש בפתח המילוט משפיעה על גזירת העונש.

גבולות פתח המילוט נדונו בהרחבה, לראשונה, בעניין **חיים**.<sup>74</sup> כפי שנקבע שם, ההיסטוריה החקיקתית מלמדת כי סעיף פתח המילוט הוא תולדה של רצון המחוקק להעניק לבית המשפט שיקול דעת וגמישות במקרים חריגים ויוצאי דופן בלבד. כך, לפי דוח הצוות לבחינת יסודות עבירות ההמתה עולה חשש כי בניסיון לתחום במדויק את מקרי ההמתה המשקפים חומרה עודפת המעוגנים בעבירת הרצח בנסיבות מחמירות, עלולים "להיתפס"

73 יוער, כי בפסיקה התעוררה סוגיית הנטל להוכחת התקיימות יסודות סעיף זה. בע"פ 3308/17 **וחידי נ' מדינת ישראל** (נבו 15.1.2020), השופט א' שטיין ציין: "מבלי לקבוע מסמרות ובמאמר מוסגר, אעיר בעניין זה כי ההקלה המיוחדת לפי סעיף 301א(ב) איננה דומה לסייג כללי לאחריות פלילית, שביחס אליו ספק סביר פועל לטובת הנאשם, כאמור בסעיף 34כב(ב) לחוק העונשין הישן והחדש. לדעתי, ככל שהנימוקים המיוחדים והנסיבות המיוחדות, עליהם מדבר סעיף 301א(ב), תלויים בהתקיימותן של עובדות, יהא על הנאשם להוכיח עובדות אלו לפי מאזן ההסתברויות" (שם, בפס' 38); וראו גם עניין **חיים**, לעיל ה"ש 64, בפס' 31 וכן בע"פ 5995/21 **אבו אלחסנה נ' מדינת ישראל**, פס' 34 (נבו 16.6.2022).

74 עניין **חיים**, שם; יובהר כי ייחודיותו של סעיף זה וחדשנותו מחייבים רשימה נפרדת ונרחבת, כך שאין כוונה לדון בו ובגבולותיו באופן ממצה במסגרת רשימה זו.

בנסיבה מחמירה כזו או אחרת מקרים אשר אינם מצדיקים הרשעה בעבירה זו. חשש המתחדד בהינתן העובדה כי הרשעה בעבירת רצח בנסיבות מחמירות, משמעותה כי בית המשפט חייב לגזור על הנאשם עונש מאסר עולם.<sup>75</sup> מסקנה דומה עולה מדברי ההסבר לרפורמה, שלפיהם הצורך בסעיף 301א(ב) לחוק נובע מכך ש"קיים קושי בתיחום מדויק של עבירת הרצח בנסיבות מחמירות באמצעות נוסחה משפטית או קביעת נסיבות מסוימות".<sup>76</sup> עם זאת, בדיוני ועדת החוקה, חוק ומשפט הועלה לא אחת חשש כי לפתח המילוט המוצע תינתן פרשנות מרחיבה הנוגדת את כוונתו המקורית, באופן שבו החריג ייהפך לכלל.<sup>77</sup>

עוד הובהר בעניין חיים, כי לשון הסעיף ותכליתו מלמדים על סוג הנסיבות שאינן מהוות "נסיבות מיוחדות" לעניין סעיף 301א(ב) לחוק. תחילה, נקבע שהמחוקק לא הותיר בידי בית המשפט שיקול דעת כה רחב באופן שבו כל "נסיבה מיוחדת" תיכנס בגדרו של הסעיף, אלא קבע במפורש כי הנסיבות המיוחדות שאותן יש להביא בחשבון הן כאלו שבשלן המעשה אינו מבטא דרגת אשמה חמורה במיוחד. מצוות המחוקק הייתה לקשר בין ה"נסיבות מיוחדות" ל"מעשה" ולא לאפשר התחשבות בשיקולים החיצוניים למעשה, כגון נסיבותיו האישיות של העושה. כפי שעולה הן מדוח הצוות לבחינת יסודות עבירות ההמתה<sup>78</sup> הן מדברי ההסבר לחוק: "יודגש כי סמכות זו של בית המשפט מוגבלת, על פי המוצע, לנסיבות שבהן המעשה אינו מבטא דרגת אשמה חמורה במיוחד, ואינה מאפשרת לבית המשפט לשקול שיקולים נוספים, חיצוניים לנסיבות המעשה, שיש בהם כדי להפחית מאשמתו של הנאשם, כגון נסיבותיו האישיות של העושה".<sup>79</sup> אם כך, יש להבחין בין שיקולים חיצוניים לנסיבות המעשה, כגון נסיבות אישיות של העושה, אשר אין בהן כדי לקיים את הוראות "פתח המילוט", ובין נסיבות המתייחסות למידת האשמה אשר במעשה – היכולות להיכנס לגדרי התיבה "נסיבות מיוחדות" שבסעיף 301א(ב) לחוק.<sup>80</sup> בהמשך לכך, נקבע כי ניתן להיעזר בקביעת המחוקק במסגרת תיקון 113, שבה הבחין בין נסיבות הקשורות בביצוע העבירה<sup>81</sup> לנסיבות אשר אינן קשורות בביצוע העבירה,<sup>82</sup>

- 75 דוח הצוות לבחינת יסודות עבירות ההמתה, לעיל ה"ש 3, בעמ' 19.
- 76 דברי ההסבר לרפורמה, לעיל ה"ש 6, בעמ' 173; וראו גם פרוטוקול ישיבה 434 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-20, 28–29 (11.7.2017); פרוטוקול ישיבה 544 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-20, 61 (5.2.2018).
- 77 ראו, בין היתר פרוטוקול ישיבה 544, שם, בעמ' 65, 68 ו-70.
- 78 דוח הצוות לבחינת יסודות עבירות ההמתה, לעיל ה"ש 3, בעמ' 19.
- 79 דברי ההסבר לרפורמה, לעיל ה"ש 6, בעמ' 173–174; גישה דומה השתקפה בהצגת הרפורמה בפני ועדת החוקה, חוק ומשפט: "אנחנו מדברים על המעשה... אנחנו מגבילים את בית המשפט לדרגת האשמה שנובעת מהמעשה ולא מהמאפיינים של העושה. במובן הזה יצטרכו להתרשם מראיות שהובאו בפני בית המשפט, שבמעשה הספציפי, בגלל הייחודיות שלו, לא מתבטאת דרגת האשמה הזאת" (פרוטוקול ישיבה 544, לעיל ה"ש 76, בעמ' 66).
- 80 ראו גם עניין וחידי, לעיל ה"ש 73, בפס' 35 לפסק דינו של השופט א' שטיין אל מול פס' 4 לפסק דינו של השופט ע' גרוסקופף.
- 81 ס' 40 לחוק העונשין.
- 82 שם, ס' 40.יא.

ולקבוע כי כל אותן נסיבות הנכללות בסעיף 40יא לחוק העונשין הן דוגמאות לנסיבות אשר אין להתחשב בהן במסגרת סעיף 301א(ב), הואיל ואין בהן כדי להפחית ממידת האשמה המגולמת במעשה עצמו. לצד זאת, נקבעו גם סוג המקרים שבהם ניתן להחיל את "פתח המילוט". סוג מקרים אחד אשר צוין במפורש בדברי ההסבר לחוק ובדיוני ועדת החוקה, חוק ומשפט, הוא מעשה רצח ממניע של מחלה, כהמתת חסד.<sup>83</sup> מלבד זאת, נקבע שניתן לפנות לנסיבות בסעיפים 40ט(א)–(6)–(9) לחוק העונשין, המתייחסות למעשה, ויש בהן כדי להפחית ממידת אשמו של הנאשם, כך שגם טענות מסוג זה יכולות, במקרים חריגים, להצדיק את החלת סעיף 301א(ב) לחוק. עוד צוין, כי במסגרת הדיון ברפורמה הועלתה האפשרות כי יעשה שימוש ב"פתח המילוט" גם במקרה ה"מחמיץ" את גבולות עבירת ההמתה בנסיבות של אחריות מופחתת.<sup>84</sup> מקרה נוסף אשר נקבע שיתכן כי יתקיימו בו אותן "נסיבות מיוחדות" שבסעיף 301א(ב) לחוק העונשין, הוא של מבצע בצוותא שחלקו במעשים מצומצם מאוד.<sup>85</sup> אחר כל זאת, נקבע בעניין חיים:

...נוכח תכלית סעיף 301א(ב) לחוק ובהתחשב במכלול היבטי הרפורמה בעבירות ההמתה, עלינו להציב רף גבוה. על כן, רק במקרים בהם הוכח קיומן של נסיבות מיוחדות שבשלהן המעשה אינו מבטא דרגת אשמה חמורה, במובן שהרשעת הנאשם בעבירת רצח בנסיבות מחמירות והטלת עונש מאסר עולם בגין מעשיו אינה עולה בקנה אחד עם עקרונות צדק בסיסיים ותכליות הענישה, ראוי יהא לעשות שימוש בסעיף 301א(ב)....<sup>86</sup>

בראי קביעות אלו, טרם נדון המקרה שנכנס לגדרי הסעיף. כאשר מקרה כזה יובא לפני בית המשפט, הרי שבית המשפט יידרש, לראשונה, להכריע בדבר משמעות החלת סעיף 301א(ב) לחוק העונשין מן הבחינה העונשית. בזהירות המתבקשת, ניתן לומר כי דומה שבמקרים להם כיוון המחוקק אשר נסיבותיהם ייכללו בגדרי סעיף "פתח המילוט", כוונתו לא הייתה לאפשר הקלה בת מספר שנים בעונש בהשוואה לעונש של מאסר עולם, אלא הקלה משמעותית וייתכן שאף במקרים מסוימים הקלה משמעותית ביותר בעונש. שהרי, לצורך החלת פתח המילוט בית המשפט נדרש להתרשם, לפי לשון הסעיף, כי "מתקיימות נסיבות מיוחדות שבשלהן המעשה אינו מבטא דרגת אשמה חמורה במיוחד"; ועל בסיס המבחנים שנקבעו בעניין חיים, נדרש גם כאמור כי הטלת עונש מאסר עולם בגין מעשיו לא תעלה בקנה אחד עם עקרונות צדק בסיסיים ותכליות הענישה. על כן, יש להניח כי ביחס למקרים שייכנסו לגדרי סעיף 301א(ב) לחוק העונשין תעוצב מדיניות ענישה ייחודית, מקילה יותר באופן משמעותי. זאת נכתב כמחשבות ראשוניות בלבד, וכאמור, בזהירות המתבקשת.

83 דברי ההסבר לרפורמה, לעיל ה"ש 6, בעמ' 173–174; פרוטוקול ישיבה 434, לעיל ה"ש 76, בעמ' 28–29.

84 פרוטוקול ישיבה 544, לעיל ה"ש 76, בעמ' 61.

85 ע"פ 6501/18 עאצי נ' מדינת ישראל, פס' 22 (נבו 22.4.2020).

86 עניין חיים, לעיל ה"ש 64, בפס' 26.

**ט. סיכום ומבט לעתיד**

עובר לרפורמה, למעט במצבים מצומצמים, לא היה קבוע בחוק העונשין מאסר עולם כעונש מרבי בגין עבירת המתה.<sup>87</sup> על כן, לאחר קביעת עבירת הרצח הבסיסית במסגרת הרפורמה נדרש בית המשפט לנווט בזהירות בטריטוריה בלתי מוכרת במידה רבה, שבה נקבעה עבירת רצח שלצידה עונש מרבי של מאסר עולם בלתי קצוב. התעורר אפוא צורך מובהק לעיצוב מדיניות הענישה באופן סדור, בין היתר מאחר שעבירה זו נושאת עימה עונש מרבי של מאסר עולם. מכאן, שטווח הענישה בגדרה עלול להיות רחב באופן בלתי רצוי.<sup>88</sup> מורכבות הסוגיה מתחדדת בשל העובדה שכל מעשה רצח הוא חמור מטבעו, ותוצאתו הקשה היא אובדן חיי אדם. מכאן הקושי לדרג מעשי רצח וחומרתם, ולגזור על רוצח אחד עונש שונה מזה הנגזר על רוצח אחר. אם כן, כללים מנחים; התוויית מדיניות; עיצוב שיקול הדעת בקפידה – ראויים הם. מקביעות חדות ונחרצות – ראוי להישמר, ודאי בשלב זה. לא בכדי, במסגרת הרפורמה בעבירות ההמתה הוחלט שלא לקבוע עונשי מינימום או "עונשי מוצא", חרף האפשרות שהועלתה לעשות כן.<sup>89</sup> אומנם חלפו כ-5 שנים מאז כניסתה לתוקף של הרפורמה בעבירות ההמתה, אולם רק בשנים האחרונות החלו להגיע לבית המשפט העליון תיקים המחייבים פרשנות מעמיקה להוראות הרפורמה. לצד סוגיות שכבר נדונו לא אחת וניתנה פסיקה מנחה בעניינן, ישנן סוגיות עונשיות אשר, כאמור, טרם התבררו. ניתן לומר, כבר עתה, כי אנו ניצבים לפני דרך ארוכה במסגרתה תעוצב, בהדרגה, מדיניות הענישה הייחודית בגין עבירת הרצח הבסיסית על נסיבותיה השונות.

87 להרחבה ראו עניין שפק, לעיל ה"ש 36, בפס' 9.

88 עניין ניקולקין, לעיל ה"ש 53, בפס' 14; ע"פ 1188/23 אלעמורי נ' מדינת ישראל (נבו) 16.7.2023.

89 דוח הצוות לבחינת יסודות עבירות ההמתה, לעיל ה"ש 3, בעמ' 20.