

על רצה מתוכנן ושקול

רועי אשכנזי*

- א. מבוא
- ב. הדין הישן: תיוג יתר בעבירת הרצח בכוונה תחילה
- ג. תיקון 137 לחוק העונשין
- ד. טעמי המדיניות שעומדים ביסוד הנסיבה המחמירה
- ה. יסוד נפשי של אדישות והנסיבה המחמירה
- ו. פרשנות הנסיבה המחמירה
 1. "תכנון" – מהו?
 - 1.1. הכנת אמצעי ההמתה
 - 1.2. תכנון אירוע ההמתה
 - 1.3. הכנת הזירה לקראת הימלטות הנאשם מהדין
 2. "הליך ממשי של שקילה וגיבוש החלטה להמית" – מהו?
 - 2.1. עיתוי השקילה
 - 2.2. איכות השקילה
 - 2.2.1. הליך השקילה
 - 2.2.2. משך הליך השקילה
 - 2.2.3. תוכן השקילה
 3. הוכחת השקילה הממשית
- ז. סיכום

א. מבוא

ביום 1.1.2019 נחקק תיקון 137 לחוק העונשין, שעניינו רפורמה מקיפה

* מתמחה בבית המשפט העליון, בוגר תואר ראשון במשפטים ותלמיד לתואר שני במשפטים (במסלול המחקרי) ובמנהל עסקים באוניברסיטה העברית. המחבר מודה לפרופ' דורון טייכמן, לפרופ' מירי גור-אריה, לחברי מערכת כתב העת "הפרקליט" ולקורא החיצוני על הערות והארות מועילות וחשובות שתרמו רבות לשיפור המאמר. תודה מיוחדת נתונה לכב' השופט ד"ר גרשון גונטובניק ולכב' השופטת איריס אילוטוביץ' סגל על תרומתם הרבה לגיבוש המאמר, ועל הרבה מעבר לכך.

בעבירות ההמתה¹ הרפורמה יצרה מדרג בעבירות המתה, המשקף הלימה בין חומרת מעשה ההמתה שבוצע והאשמה שדבקה בנאשם, לבין העבירה שבה הורשע לפי התיוג העברייני הכרוך בה והענישה הניתנת בגדרה. בדין הישן עבירת ההמתה העיקרית הייתה עבירת הרצח בכוונה תחילה, שהעונש בגינה היה מאסר עולם חובה.² ברבות השנים הפרשנות שניתנה בפסיקה לעבירה זו הובילה להרחבת תחולתה, כך שמקרי המתה רבים נכללו בה – גם כאלה שאינם משקפים קיומה של כוונה תחילה. עבירה זו הומרה בדין החדש בעבירת הרצח בנסיבות מחמירות לפי הנסיבה המחמירה הראשונה המנויה בה, והיא: מעשה המתה שבוצע לאחר תכנון או לאחר הליך ממשי של שקילה וגיבוש החלטה להמית.³ זאת, תוך שבדיונים שעסקו בנושא ובהצעת החוק הובהר כי הנסיבה המחמירה נועדה לצמצם את תחולת המקרים שנכללו בעבירת הרצח בכוונה תחילה, ובראשם מעשי רצח שנעשו בכוונה ספונטנית. עתה, לפי הדין החדש, מעשי רצח אלו יחסו תחת עבירת הרצח הבסיסית.

במאמר זה אבקש לבחון את גוף הפסיקה שניתן בשנים האחרונות בבית המשפט העליון בנוגע לפרשנות נסיבה מחמירה זו ויישומה. במסגרת זו תיבדק השאלה אם פרשנות הפסיקה עולה בקנה אחד עם תכליות הרפורמה בהקשר הזה, ועם טעמי המדיניות שעומדים ביסוד הנסיבה המחמירה. אבקש אפוא לברר מהו רצח שנעשה לאחר תכנון או לאחר הליך ממשי של שקילה וגיבוש החלטה להמית. בכלל זה, אעמוד על השינויים שחלו בפרשנות הדין. ובפרט, אתיחס לנסיבות עובדתיות שבית המשפט העליון קבע כי אין הן מגבשות את יסודות הנסיבה המחמירה, אך על פי הפסיקה בדין הישן ככל הנראה הם היו מסווגים תחת עבירת הרצח בכוונה תחילה.

למעשה, כבר מתקיים בבית המשפט העליון דיון נורמטיבי משמעותי באשר לפרשנותם של רכיבי הנסיבה המחמירה. פסק הדין בעניין זירנוב, שניתן לאחרונה, וערך דיון מקיף על אודותיה, מבטא זאת ביתר שאת.⁴ ובכלל, ישנם די

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

2 ס' 300(א)(2) לחוק העונשין (טרם התיקון).

3 ס' 301א(א)(1) לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: "נסיבת התכנון והשקילה הממשית" או "הנסיבה המחמירה").

4 ע"פ 4066/22 ז'ירנוב נ' מדינת ישראל (נבו) 25.6.2023. למעשה, בראשית ימי התיקון נמנע בית המשפט העליון מלדון בפרשנות הנסיבה המחמירה. מרבית הדיונים היו קצרים ותמציתיים, ונקבע בהם, די בפשטות, שהנסיבה המחמירה מתקיימת. ראו: ע"פ 2531/19 פלונית נ' מדינת ישראל, פס' 30 לפסק הדין של המשנה לנשיאה הנדל (נבו) 26.5.2021; ע"פ 5864/19 פלוני נ' מדינת ישראל, פס' 117 לפסק הדין של השופט שטיין (נבו) 22.8.2021; ע"פ 5268/17 שוייש נ' מדינת ישראל, פס' 41 לפסק הדין של המשנה

פסקי דין שדנים בסוגיה באופן מקיף כך שאפשר יהיה לבדוק, כעת, בחלוף כחמש שנים מכניסת התיקון לתוקף – אם המגמות המסתמנות בפרשנות הדין בפסיקה עולות בקנה אחד עם מטרת הרפורמה ועם כוונתו המפורשת של המחוקק, וכן עם תכליות הנסיבה המחמירה.

המשך המאמר הוא כדלהלן: בפרק הראשון יתואר הדין הישן והפרשנות שניתנה בפסיקה לעבירת הרצח בכוונה תחילה. פרשנות זו הובילה לתיוג יתר של נאשמים בעבירה, בניגוד לתכליות הדין. בפרק השני יתואר השינוי שנעשה בפרק עבירות ההמתה במסגרת תיקון 137, תוך התמקדות בנסיבת התכנון והשקילה הממשית. בפרק השלישי יוצגו טעמי המדיניות שעומדים ביסוד הנסיבה המחמירה. הפרק הרביעי ידון בשאלה אם מספיק יסוד נפשי של אדישות כדי שהנסיבה המחמירה תתגבש ויטען שהתשובה לכך היא שלילית. בפרק החמישי יבוצע ניתוח ביקורתי של פסקי הדין שניתנו בבית המשפט העליון ודנו בפרשנות נסיבת התכנון והשקילה הממשית. בכלל זה תוצג הפרשנות שניתנה לנסיבה בפסיקה, תוך השוואה בינה לבין פרשנות הדין הישן, ותבוקר הפרשנות העדכנית במקומות המתאימים. הפרק יכלול שני תתי-פרקים – אשר כל אחד מהם יעסוק באחד מרכיבי הנסיבה המחמירה.

ב. הדין הישן: תיוג יתר בעבירת הרצח בכוונה תחילה

עובר לתיקון 137 פרק עבירות ההמתה בחוק העונשין כלל שלוש עבירות המתה עיקריות, לצד עבירות המתה ספציפיות. העבירות העיקריות היו: (א) המתה ברשלנות; (ב) הריגה; (ג) רצח. עבירת הרצח כללה כמה חלופות: המתה בכוונה תחילה, המתה הורה או סב, המתה תוך ביצוע עבירה אחרת, והמתה במסגרת הימלטות מעונש בגין ביצוע עבירה אחרת.⁵

לנשיאה הנדל (נבו 16.2.2022); ע"פ 511/21 פלוני נ' מדינת ישראל, פס' 62 לפסק הדין של השופט אלרון (נבו 22.2.2022). במקרים אחרים, תחת ההימנעות מהדיון בנסיבת התכנון והשקילה הממשית, העדיף בית המשפט לדון ולהכריע במקרה על בסיס נסיבה מחמירה אחרת. ראו: ע"פ 3168/19 איילין נ' מדינת ישראל, פס' 7 לפסק הדין של המשנה לנשיאה הנדל (נבו 26.1.2022); ע"פ 9201/18 גורבאן נ' מדינת ישראל, פס' 92 לפסק הדין של השופט שוחט (נבו 8.6.2022). בשלב מסוים חל שינוי במגמה זו וכיום נערכים (וכבר נערכו) דיונים מעמיקים בשאלת הפרשנות, תוך שבית המשפט – ובעיקר השופט אלרון – דן בפירוט בכל רכיב ובעובדות המקיימות אותם. שינוי מגמה זה מצדיק גם הוא את הדיון הנוכחי בפרשנות הנסיבה המחמירה.

⁵ ס' 300 (א) לחוק העונשין (טרם התיקון). יצוין כי עבירת הרצח בכוונה תחילה דרשה יסוד נפשי של, ובכך, כוונה תחילה. שלוש החלופות האחרות הסתפקו ביסוד נפשי רגיל של מחשבה פלילית. עם זאת, בכמה פסקי דין נמתחה על כך ביקורת חריפה, ובסופו של דבר

עבירת הרצח בכוונה תחילה הייתה העיקרית מבין עבירות הרצח, ובמסגרתה נדרש היה להוכיח קיומו של יסוד נפשי מיוחד, אשר לא היה דומה לו בחוק העונשין: כוונה מוחמרת, שהיא מעבר לכוונה רגילה.⁶ כפי שיוצג להלן, הפרשנות שניתנה לעבירה בפסיקה הרחיבה יותר ויותר את היקף רכיביה, במובן זה שהדרישה במסגרת כל רכיב צומצמה בצורה משמעותית. מבצע ההמתה נדרש לעמוד בתנאים מינימליים כדי שייקבע כי ביצע רצח בכוונה תחילה. לכן, בכל זאת, מעשי המתה שאינם מעידים על קיומה של כוונה תחילה נכללו בגדרה. במילים אחרות: נאשמים רבים הורשעו בעבירת הרצח בכוונה תחילה, אף על פי שביצעו את מעשה ההמתה מתוך כוונה ספונטנית ובלהט הרגע.⁷ זאת בעוד מבחינת האשמה המוסרית שדבקה בכל אחד מהם קיים פער משמעותי בין מבצע רצח בכוונה תחילה לבין זה שאיננו. אות הקין המוטל על כל אחד מהם אמור היה להיות שונה. אם כן, בדין הישג היה תיוג יתר בעבירת הרצח בכוונה תחילה, אף כי היא הייתה עבירת הרצח החמורה ביותר והעונש בגינה היה חמור ביותר – מאסר עולם חובה.

בהתאם להוראות חוק העונשין, לצד הוכחת היסוד העובדתי ומודעות לרכיבו, עבירת הרצח בכוונה תחילה כללה שלושה רכיבים מצטברים – החלטה להמית; הכנה; והיעדר קנטור.⁸ אציג כל אחד מהם כעת בהיקף הדרוש לענייננו.

בפרשת **טמטאוי** בית המשפט העליון קבע כי היסוד הנפשי של קלות-דעת אינו מספיק לשם התקיימותם, ונדרש לכל הפחות יסוד נפשי של אדישות. ראו: ע"פ 6026/11 **טמטאוי נ' מדינת ישראל**, פס' 31 לפסק הדין של השופטת ברק-ארז (נבו 24.8.2015); מרדכי קרמניצר והאלד גנאים "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" **משפט וממשל** כא 311, 322–326 (2020). לסיכום עבירות ההמתה בדין הקודם, ראו: בועז סנג'רו ביקורת דיני העונשין הישראליים 329 (2020).

⁶ ש"ז פלר יסודות בידיני עונשין א' 554–555 (התשמ"ד).

⁷ ומהי כוונה ספונטנית? פלר עמד על כך בספרו, שם, בעמ' 681–685: "[הכוונה הספונטנית] מתאפיינת בתהליך גיבוש מרוכז וסמוך כולו – על כל שלביו, כולל היווצרות עצם הרעיון של ביצוע העבירה – לעשיית העבירה, עד כדי כך שתהליך זה עשוי להיות חופף, על כל היקפו, לתהליך העשייה עצמה. האדם יוצר את הרעיון, מקבל את ההחלטה ומבצע את העבירה באורח רגעי-פתאומי – de impety – כתהליך מנטאלי ותהליך אופרטיבי רצופים ושלובים זה בזה, כאילו הכוונה והמעשה באים כאחד, ללא כל רעיון קודם וללא רווח זמן ביניהם".

⁸ ס' 301 לחוק העונשין (טרם התיקון): "(א) לעניין סעיף 300, יראו ממתת אדם כמי שהמית בכוונה תחילה אם החליט להמיתו, והמיתו בדם קר, בלי שקדמה התגרות בתכוף למעשה, בנסיבות שבהן יכול לחשוב ולהבין את תוצאות מעשיו, ולאחר שהכין עצמו להמית אותו או שהכין מכשיר שבו המית אותו"; וראו יורם רבין ויניב ואקי דיני עונשין א' 432 (מהדורה שלישית, 2014).

הרכיב הראשון, החלטה להמית, פורש כיסוד נפשי של כוונה רגילה להמית אדם.⁹ לכן, כל הדינים הרגילים של הכוונה הפלילית חלו גם ברכיב ז.ז.¹⁰ לא היה נדרש אפוא להציג כוונה "מיוחדת", כי אם רגילה. מבחינה מעשית, נקבע שהחלטה להמית יכולה להתגבש גם כתגובה ספונטנית ורגעית תוך כדי אירוע ההמתה,¹¹ וכי אפשר ללמוד על כך באמצעות בחינת טיב המעשה ונסיבות ביצועו. לדוגמה, נקבע שמספיקה דקירה כפולה של הקורבן על ידי הרוצח כדי שתתגבש החלטה להמית, שכן הדקירה השנייה מעידה על כוונת הרוצח להמית את הקורבן.¹²

הרכיב השני, הכנה, פורש כיסוד פיזי טהור המתמקד כולו בעולמות המעשה ולא בעולמות הנפש.¹³ נדרש היה להוכיח את ההכנות המעשיות-פיזיות שביצע הרוצח לשם המתת הקורבן,¹⁴ בלי להראות כל הכנה נפשית שבוצעה על ידו, בין אם רגשית ובין אם שכלית. גם רכיב ההכנה יכול היה להתגבש תוך כדי אירוע ההמתה עצמו.¹⁵ לדוגמה, לא נדרש היה להוכיח כי כלי ההמתה הוכן מבעוד מועד

⁹ ע"פ 3239/13 מאיסה נ' מדינת ישראל, פס' 46-49 לפסק הדין (נבו 8.11.2016); ראו: ע"פ 396/69 בנו נ' מדינת ישראל, פ"ד כד(1) 561, 570-571 (1970); ע"פ 8449/17 פלוני נ' מדינת ישראל, פס' 23 לפסק הדין של השופט סולברג (נבו 16.6.2019); ע"פ 322/87 דרור נ' מדינת ישראל, פ"ד מג(3) 718, 722 (1989); ע"פ 6167/99 בן שלוש נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(6) 577, 594 (2003).

¹⁰ גבריאיל הלוי תורת דיני העונשין ד 511 (2010); רבין וואקי, דיני עונשין, לעיל ה"ש 8, בעמ' 433.

¹¹ ע"פ 512/89 דניאלס נ' מדינת ישראל, פ"ד מה(2) 496 (1991); ע"פ 2507/11 אוסקר נ' מדינת ישראל, פס' כ"ב לפסק הדין (נבו 30.9.2013).

¹² ע"פ 418/77 ברדריין נ' מדינת ישראל, פ"ד לב(3) 3, 10 (1978): "[...] תקיעת סכין כאמור פעמיים בו אחר זו לתוך גופו של אחר, כאשר הדקירות מתמקדות באזור החזה והראש ולפחות אחת מכל שתי דקירות כנ"ל מכוונת לאזור הלב, יש בה כדי להצביע על כך כי בשעת מעשה קיננה בלבו של העבריין כוונת קטילה ממש"; ע"פ 7020/17 מכניצקי נ' מדינת ישראל, פס' 29 לפסק הדין של השופט שטיין (נבו 26.11.2018), שבו הנאשם דקר את אשתו שתי דקירות בצווארה, בעוד היא ישנה, והמיתה. חשוב לציין כי לפי הדין הישן נדרש היה לעמוד גם על יתר נסיבות המקרה, לרבות מיקומן של הדקירות בגוף (אזורים רגישים).

¹³ ע"פ 552/68 אילוז נ' מדינת ישראל, פ"ד כג(1) 377, 382 (1969); ע"פ 8392/08 אבהה נ' מדינת ישראל, פס' 34 לפסק הדין של השופט סולברג (נבו 20.1.2015); הלוי, לעיל ה"ש 10, בעמ' 515. פלר ביקר גישה זו, וטען כי יסוד ההכנה הוא יסוד נפשי-מנטלי. ראו: ש"ז פלר "ה'הכנה' כיסוד הכוונה-תחילה" הפרקליט כו 51 (1970); פלר, לעיל ה"ש 6, בעמ' 572-581.

¹⁴ ע"פ 8107/10 עזר נ' מדינת ישראל, פס' 25 לפסק הדין (נבו 9.9.2013).

¹⁵ ע"פ 2589/15 וינוקורסקי נ' מדינת ישראל, פס' 27 לפסק הדין (נבו 29.10.2018).

לשם ביצוע ההמתה.¹⁶ ואומנם, בעניין ביטון קבע הנשיא ברק כי בחינת ההכנה הפיזית נועדה להסיק שלכוונת הקטילה קדמו שיקול ויישוב-דעת.¹⁷ כך או כך, מבחינה מעשית אפילו הנפת אמצעי ההמתה אל עבר המנוח הספיקה כדי להעיד על התגבשות הרכיב.¹⁸ משמע, ההכנה יכולה הייתה לבוא לידי ביטוי גם במימוש הרכיב ההתנהגותי של היסוד העובדתי בעבירה. גם עוצמת ההמתה יכולה הייתה ללמד על התגבשות הרכיב. לדוגמה, בעניין שמדימן נקבע כי רכיב ההכנה יכול להתבטא בעוצמת הלחץ הפיזי שהרוצח מפעיל על צוואר הקורבן בעת חניקתו.¹⁹ זאת ועוד, הפסיקה עמדה על כך שרכיב ההחלטה להמית ורכיב ההכנה שלובים זה בזה, במובן זה שיכול ויסוד ההכנה יוכח מפעולות שמלמדות על גיבוש ההחלטה להמית, וכי נדירים המקרים שבהם מתגבש רכיב ההחלטה להמית אך לא שני הרכיבים האחרים.²⁰ נראה אפוא שמבחינה מעשית רכיב ההכנה נעדר תוכן עצמאי משמעותי, אם בכלל.

הרכיב השלישי, היעדר קנטור, דרש להראות כי מעשה הרצח בוצע בלי שקדמה לו התגרות מצד הקורבן.²¹ מדובר ברכיב נגיטיבי, אשר פורש ככולל שני יסודות: יסוד סובייקטיבי, שלפיו הקנטור השפיע על הרוצח במובן של איבוד שליטה עצמית. אם הוא מתקיים, יש לבחון את היסוד האובייקטיבי, שלפיו הקנטור שבוצע היה משפיע באופן זה גם על האדם מן היישוב.²²

כפי שעולה מהאמור, שני הרכיבים הראשונים שנדרש היה להוכיח כחלק מעבירת הרצח בכוונה תחילה פורשו בהרחבה יתירה, כך שלמעשה לא נדרש כמעט דבר כדי שכל אחד מהם יתגבש. כתוצאה מכך, תחולת העבירה התרחבה

16 רבין וואקי, דיני עונשין, לעיל ה"ש 8, בעמ' 434.

17 דנ"פ 1042/04 ביטון נ' מדינת ישראל, בפס' 19 לפסק הדין של הנשיא ברק (נבו) 27.11.2006.

18 לדוגמה, ע"פ 2534/93 מליסה נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(2) 597, 610 (1997).

19 ע"פ 655/78 שמידמן נ' היועץ המשפטי לממשלה, פס' ג.5-ד לפסק הדין של השופט שמגר (נבו) 13.3.1979; ע"פ 8363/19 גרנות נ' מדינת ישראל, פס' 11 לפסק הדין (נבו) 8.6.2021; ע"פ 2760/14 אוחיון נ' מדינת ישראל, פס' 69 לפסק הדין של השופטת ברק-ארז (נבו) 7.10.2015.

20 עניין בנו, לעיל ה"ש 9, בעמ' 570-571; ש"ז פלר "ה'כוונה-תחילה" הפרקליט כו 465, 466-467 (התש"ל-התשל"א).

21 ע"פ 640/21 עאמר נ' מדינת ישראל, פס' 22-36 לפסק הדין (נבו) 7.7.2022.

22 עניין ביטון, לעיל ה"ש 17, פס' 63 לפסק הדין של הנשיא ברק; ע"פ 5363/20 פריץ נ' מדינת ישראל, פס' 5 לפסק הדין של המשנה לנשיאה הנדל (נבו) 11.7.2022; להרחבה ראו: מרדכי קרמניצר וליאת לבנון "על היסוד של היעדר קנטור בהגדרת ה"כוונה תחילה" (בעקבות דנ"פ 1042/04 ביטון נ' מדינת ישראל) ספר דייוויד וינר – על משפט פלילי ואתיקה 547 (2009).

בצורה משמעותית – עד כדי כך שהיא רוקנה מתוכן, שכן נכללו בה גם מעשי המתה שנעשו בכוונה ספונטנית. מלומדים רבים הביעו ביקורות נחרצות נגד מצב דברים זה. כך לדוגמה ביקר את הדין המלומד יורם שחר:

“יובל שנים מאז נחקק הנוסח המקומי של הגדרת הכוונה-תחילה שברצח, הולך בית המשפט העליון, צעד אחר צעד, ומרוקן הגדרה זו מתוכן ממש. בסופו של תהליך זה אין הכוונה-תחילה נבדלת מן הכוונה-סתם – אלא בהעדר קנטור בלבד, ואין דינו של מי שקטל אדם בידיו תוך פרץ של רגשות שגאה לפתע, על אתר ובלא הכנה מוקדמת כלשהי, שונה בכלום מדינו של הרוצח השכיר”²³.

גם השופטים היו ערים לבעיות בדין, הגם שהם אלו אשר הובילו לכך לאורך השנים בפסיקה שפירשה את החוק:

“עבירת הרצח בכוונה תחילה, אשר הייתה קבועה בסעיף 300 לחוק בנוסחו קודם הרפורמה, התפרסה על מקרים שבהם אשמתו של הנאשם לא הצדיקה לתפיסתם של המבקרים, תיוגו כרוצח והטלת עונש מאסר עולם חובה על מעשיו; ובד בבד פסחה על מעשי המתה חמורים אשר ראוי לסווג את מבצעם כרוצח ולהענישו בהתאם”²⁴.

סיכומו של עניין, עבירת הרצח בכוונה תחילה חטאה למטרתה המקורית, שעה שמעשי המתה שנעשו מתוך כוונה ספונטנית ובלהט הרגע חסו תחתיה. אומנם מעשי המתה אלה שיקפו אשמה מוסרית חמורה מצד העושה, אך, כפי שעוד יבואר בהמשך הדברים, זוהי אשמה הפחותה מזו של הרוצח בכוונה תחילה. בשל כך, נוצרה אי-הלימה בין האישום העברייני בעבירת הרצח בכוונה תחילה

²³ יורם שחר “כוונת המחוקק ב'כוונה תחילה'” מחקרי משפט ב 204 (1982). כן ראו מיני רבים: ענת הורוויץ “סעיף 300 לחוק העונשין: על משמעות ההבחנה בין יסודות העברה לנסיבות רלוונטיות לעונש” מגמות בדיני ראיות ובסדר הדין הפלילי – ספר הרנון 517, 519–520 (2009); מרדכי קרמניצר וחאלד גנאים הרפורמה בעבירות ההמתה לאור עקרונות היסוד של המשפט ומחקר היסטורי והשוואתי 370–374 (2020); סנג'רו, לעיל ה"ש 5, בעמ' 333; רבין וואקי, דיני עונשין, לעיל ה"ש 8, בעמ' 447; הצעת חוק העונשין (תיקון מס' 124) (עבירות המתה), התשע"ו–2015, ה"ח הממשלה 166, 170 (16.11.2015) (להלן: דברי ההסבר).

²⁴ ע"פ 3187/21 אלקאדי נ' מדינת ישראל, פס' 10 לפסק הדין של השופט אלרון (נבו 21.8.2022); עניין ביטון, לעיל ה"ש 17, בפס' 68 לפסק הדין של הנשיא ברק; ע"פ 6063/21 מדינת ישראל נ' יאסין, פס' 34 לפסק הדין של השופט אלרון (נבו 26.3.2024).

והענישה הניתנת במסגרתה – מאסר עולם חובה, לבין המעשה והאשמה שדבוק בעושה.²⁵ משכך נדרש היה לתקן את העבירה.²⁶

²⁵ חשוב לציין כי היה בכך גם משום פגיעה שלא כדין בכבוד האדם של הנאשמים, היות שלהטיל אות קלון פלילי חמור על מי שעבר עבירה קלה יותר, "מהווה פגיעה קשה ולא ראויה בכבודו. מסקנות אלה מתחייבות מהקשר שבין כבוד האדם, הזכות לשם טוב והאחריות הפלילית". ראו גרשון גונטובניק "משפט חוזר והמעטפת המינהלית: החובה החוקתית לשמירת מוצגים" **הסניגור** 50, 49 234 (2016); ע"פ (מחוזי ת"א) 17-01-23813-2016 **רותם נ' מדינת ישראל**, פס' 21 לפסק הדין של השופט גונטובניק (נבו 4.6.2018). גם קרמניצר וגנאים עמדו על כך בספרם, לעיל ה"ש 23, בעמ' 211: "עבירת הרצח לפני קבלת תיקון מס' 137 התפרסה על פני מקרים שבהם מידת האשמה של העושה אינה הדרגה החמורה ביותר, ומכאן שסיווגם כרצח וגזירת מאסר עולם חובה בגינם הם בבחינת ענישה הפוגעת שלא כדין בכבוד האדם".

²⁶ כפי שיוסבר להלן, המחוקק ביקש לתקן את עבירת הרצח בכוונה תחילה, וזאת על ידי המרתה בעבירת הרצח בנסיבות מחמירות על פי נסיבת התכנון והשקילה הממשית. בכך הוא ביקש לבטא את הבעייתיות שהייתה בדין הישן, עליה עמדתי כעת. הואיל וכך, אפשר היה לסבור כי היסוד הנפשי של "כוונה תחילה" יפסיק להיות חלק ממשפטנו. והנה, ייתכן שיסוד נפשי זה עודנו עימנו – בניגוד לרציונליים שהוצגו לעיל ובניגוד למטרת תיקון 137, וזאת במסגרת עבירת הניסיון לרצח, המעוגנת בסעיף 305 לחוק העונשין. השופט אלרון קבע כי הואיל ובדין הישן נדרש היה להוכיח יסוד נפשי של כוונה תחילה גם בעבירת הניסיון לרצח, ואין הוראות תיקון 137 עוסקות בעבירה זו, הרי שהדין הישן נותר כפי שהיה. ראו: ע"פ 2377/19 **אפגאני נ' מדינת ישראל**, פס' 17 לפסק הדין של השופט אלרון (נבו 22.5.2022); ע"פ 3879/21 **סלומון נ' מדינת ישראל**, פס' 18 לפסק הדין של השופט אלרון (נבו 10.8.2022); ע"פ 3312/19 **מדינת ישראל נ' אבו גודה**, פס' 16 לפסק הדין (נבו 22.1.2023). קביעה זו יושמה גם בפסיקת בית המשפט המחוזי, לדוגמה: תפ"ח (מחוזי י-ם) 43278-12-21 **מדינת ישראל נ' פלונית (קטינה)**, פס' 19 לפסק הדין (נבו 20.4.2023). והנה, לאחרונה, בע"פ 5922/22 **קוזלוב נ' מדינת ישראל** (נבו 13.8.2022), קבע השופט כבוב, בהסכמת השופטים מינץ וגרוסקופף, את ההיפך – שלא נדרש להוכיח יסוד נפשי של כוונה תחילה במסגרת עבירת הניסיון לרצח, ומספיקה כוונה רגילה בלבד. זאת על בסיס שני טעמים עיקריים: ראשית, העונש על עבירת הרצח הבסיסית עומד על מאסר עולם (שאינו חובה), ונדרש להוכיח בו כוונה רגילה או אדישות. לעומת זאת, העונש הקבוע בעבירת הניסיון לרצח, שדורשת לכאורה כוונה תחילה, הוא עשרים שנים. לשיטתו, פער זה לא מתקבל על הדעת: "תוצאה זו היא כמובן אבסורדית. לא יתכן שדינו של מי שהורשע בניסיון לרצח בכוונה תחילה יהא, לכל היותר, 20 שנות מאסר, לפי סעיף 305 לחוק העונשין; בעוד שמי שהורשע בעבירה של ניסיון לרצח בכוונה רגילה חשוף לעונש של מאסר עולם בלתי קצוב, או מאסר לתקופה של 30 שנים" (שם, בפס' 22 לפסק הדין של השופט כבוב). שנית, אם מסתכלים על עבירת הניסיון לרצח ככזו המפנה לעבירת הרצח המושלמת, הרי שכיום אין היא דורשת כוונה תחילה אלא אדישות או כוונה רגילה (שם, בפס' 23 לפסק הדין). זאת ההלכה שנקבעה בפסק הדין, ומעניין לראות כיצד הסוגייה

ג. תיקון 137 לחוק העונשין

על רקע דברים אלה, הוקמה בשנת 2007 ועדה לבחינת יסודות עבירות ההמתה בחוק העונשין.²⁷ הוועדה הוסמכה לבחון את הצורך בשינוי כולל ומקיף של יסודות עבירות ההמתה, לרבות עבירת הרצח בכוונה תחילה. הוועדה ניסתה ליצור מדרג ענישה המבוסס על עקרון האשמה, תוך הכרה בחשיבות ערך חיי האדם. המדרג החדש נועד לשקף הלימה בין חומרת המעשים ומידת האשמה שדבקה בעושה, לבין התיג העברייני והענישה. הוועדה ישבה על המדוכה, ומרבית הצעותיה התקבלו כחלק מתיקון 137 לחוק העונשין. התיקון, כאמור, נחקק ביום 1.1.2019 ונכנס לתוקף ביום 10.7.2019 (למעט ההוראות המקלות בחוק, שנכנסו לתוקף ביום 10.1.2019).²⁸

לפי התיקון, פרק עבירות ההמתה בחוק העונשין כולל חמש עבירות המתה עיקריות – (א) גרימת מוות ברשלנות, שעונשה שלוש שנות מאסר; (ב) המתה בקלות דעת, שעונשה 12 שנות מאסר; (ג) המתה בנסיבות של אחריות מופחתת, שעונשה 15 או 20 שנות מאסר; (ד) עבירת הרצח הבסיסית, שעונשה מאסר עולם שאיננו עונש חובה; (ה) רצח בנסיבות מחמירות, שהיא העבירה החמורה ביותר במדרג, ועונשה מאסר עולם חובה, אך לצד "פחת מילוט" מסוים, שיפורט בהמשך.²⁹ עבירות ההמתה נבדלות ביסוד הנפשי שנדרש להוכיח בכל אחת מהן,

תפתח בעתיד. אני, כמובן, תומך בהלכה שנקבעה בפסק הדין שכן היא עולה בקנה אחד עם התכלית של תיקון 137 בביטול יסוד הכוונה תחילה.

²⁷ ראו דין וחשבון הצוות לבחינת יסודות עבירות ההמתה (2011) (להלן: דין וחשבון); חאלד גנאים "הרפורמה בעבירות ההמתה: מעבר מרצח שבצידו עונש מופחת להמתה בנסיבות של אחריות מופחתת – אך אין די בכך" מחקרי משפט לג 245, 248–249 (2021).

²⁸ עוד יצוין כי התיקון קובע הוראות תחולה, לפיהן הדין החדש עשוי לחול בשני מצבים: כאשר העבירה בוצעה לאחר כניסת התיקון לתוקף, או כאשר העבירה בוצעה טרם כניסת התיקון לתוקף ובהוראות הדין החדש יש משום דין מקל מבחינת הנאשם. לפיכך, בכל פסק דין שעוסק בעבירות המתה החל מכניסת התיקון לתוקף, בית המשפט נדרש לבחון את הוראות הדין החדש ולקבוע אם מדובר בדין מקל אם לאו. אם הדין אכן מקל, יש להחילו. ראו: ס' 25 לחוק העונשין (תיקון מס' 137), התשע"ט–2019; ס' 5 (א) לחוק העונשין; יעקב קדמי על הדין בפלילים – חוק העונשין – חלק ראשון 19–20 (מהדורה חדשה 2012). עוד יצוין כי אין התביעה נדרשת לשנות את סעיפי האישום אם הדין החדש הוחל על עניינו של הנאשם. ראו: ע"פ 3308/17 וחידי נ' מדינת ישראל, פס' 32 לפסק הדין של השופט שטיין (נבו 15.1.2020); ע"פ 8328/17 ג'בר נ' מדינת ישראל, פס' 12 לפסק הדין של השופט הנדל (נבו 28.7.2019); ע"פ 8030/21 אבו זיינב נ' מדינת ישראל, פס' 52 לפסק הדין של השופט ארלון (נבו 29.12.2022). בזכות הוראה זו נדונה פרשות הנסיבה המחמירה, והדין החדש בכללותו, עוד לפני שהגיעו לדין אירועים שהתרחשו לאחר כניסת הרפורמה לתוקפה.

²⁹ יצוין כי לצד עבירות אלה ישנן עבירות המתה ספציפיות נוספות, שהן לא חלק ממדרג זה.

מלבד עבירת הרצח בנסיבות מחמירות אשר מבוססת בהקשר זה על עבירת הרצח הבסיסית. מדרג זה מאפשר סיווג אנליטי מדויק יותר בין מעשה ההמתה והאשמה שדבקה בעושה, לבין התיוג העברייני והענישה בגדרו.

אם כן, כיום ישנן שתי עבירות "רצח" – עבירת הרצח הבסיסית, שנועדה לחול על עבירות ההמתה החמורות, ושבמסגרתה נדרש להוכיח יסוד נפשי של אדישות או של כוונה;³⁰ ועבירת הרצח בנסיבות מחמירות, שהיא התצורה המחמירה של עבירת הרצח הבסיסית, ונועדה לחול על עבירות המתה חמורות אשר מגלמות חומרה מוסרית מיוחדת.³¹ עבירה הרצח בנסיבות מחמירות מונה אחת-עשרה חלופות נסיבתיות שונות, כרשימה סגורה, אשר כל אחת מהן משקפת פגיעה בערך מוגן נוסף ובכך מעידה על החומרה היתירה שכרוכה באותו מעשה רצח.³² חלק מהנסיבות עניינן בחומרה הקשורה במעשה ההמתה, דוגמת רצח שנועשה באכזריות מיוחדת;³³ חלקן בחומרה הקשורה בעושה העבירה, דוגמת רצח שנועשה לאחר תכנון ושקילה ממשית;³⁴ וחלקן בזהות הקורבן, דוגמת רצח של חסר ישע או קטין.³⁵ כדי להיכנס לגדרי עבירת הרצח בנסיבות מחמירות,

לדוגמה, עבירת המתת תינוק, הקבועה בס' 303 לחוק העונשין.

30 החידוש העיקרי בעבירת הרצח הבסיסית הוא הקלה בדרישת היסוד הנפשי הנדרש לשם התגבשות העבירה, וזאת על ידי הסתפקות ביסוד נפשי של אדישות. פרופ' גור-אריה מבקרת זאת, בעיקר מתוך החשש להרחבת יתר של ההרשעה בעבירת הרצח. ראו: מרים גור-אריה "הרפורמה בעבירות ההמתה: על מדרג עבירות ההמתה ועל רצח מתוך אדישות" ספר יעקב וינרוט 441, 459-472 (גרשון גונטובניק, אבי וינרוט וחיים זיכרמן עורכים (2021).

31 הבחנה זו בין מעשה הרצח הספונטני לבין זה שאיננו, מקובלת גם בשיטה האמריקאית. שם ההבחנה נעשית בין דרגות שונות של מעשי רצח, כאשר הדרגה החמורה ביותר היא רצח מדרגה ראשונה שהוא, למעשה, רצח מתוכנן ושקול. ראו: WAYNE R. LAFAYE, CRIMINAL LAW 809 (fifth ed. 2010): "To be guilty of this form of first degree murder the defendant must not only intend to kill but in addition he must premeditate the killing and deliberate about it". People v. Dykhouse, 418 Mich. 488, 495-502 (1984); וראו: People v. Ramirez 39 Cal.4th (2006).

32 פרוטוקול 732 של ועדת חוקה, חוק ומשפט של הכנסת ה-20, 24 (12.12.2018) (נציגת מחלקת ייעוץ וחקיקה): "הבסיס לרפורמה ולמדרג שנקבע בה לא היה הרתעה, אלא הלימה עם עקרון האשמה. ולכן כשהסברנו את הנסיבות המחמירות, הסברנו שהן מתקיימות במעשה או בעושה באופן קונקרטי. זאת אומרת, אנחנו חיפשנו ערך מוגן נוסף שנפגע, ולא ערך חברתי מוגן נוסף. הרי רצח פוגע תמיד בחברה, כל רצח פוגע בחברה. אבל כדי להגיע לנסיבה המחמירה חיפשנו ערך מוגן נוסף שמתקיים בעושה או במעשה בשעת הרצח".

33 ס' 301א(א)(7) לחוק העונשין.

34 ס' 301א(א)(1) לחוק העונשין.

35 ס' 301א(א)(8) לחוק העונשין; פרוטוקול 472 של ועדת החוקה, חוק ומשפט בכנסת ה-20,

נדרש שתתקיים חלופה אחת בלבד מבין החלופות.

אשר לשאלת הענישה, על עבירת הרצח הבסיסית נקבע עונש מאסר עולם שאיננו חובה. בהקשר זה בית המשפט העליון הדגיש כי אין להימנע מלהטיל עונש מקסימלי זה במקרים המתאימים, ודווקא יש להיזהר לבל תיהפך הענישה המקסימלית לאות מתה.³⁶ על עבירת הרצח בנסיבות מחמירות נקבע עונש מאסר עולם חובה, ובשל כך היא חמורה יותר מעבירת הרצח הבסיסית. לצד זאת, החוק קובע גם "פתח מילוט" מהרשעה בעבירת הרצח בנסיבות מחמירות. לפיו, במקרים מסוימים, שבהם אין מעשה הרצח מבטא דרגת אשמה חמורה במיוחד, אפשר להרשיע את הרוצח בעבירת הרצח הבסיסית ולהטיל עליו עונש שאיננו מאסר עולם חובה.³⁷

אשר לנסיבת התכנון והשקילה הממשית נקבע בחוק בזו הלשון: "א) הגורם בכוונה או באדישות למותו של אדם באחת מהנסיבות המפורטות להלן, דינו – מאסר עולם ועונש זה בלבד: (1) המעשה נעשה לאחר תכנון או לאחר הליך ממשי של שקילה וגיבוש החלטה להמית".³⁸ הנסיבה המחמירה כוללת שני רכיבים חלופיים, אשר מספיק כי אחד מהם יתקיים כדי שהנסיבה תתגבש.³⁹

2 (31.10.2017).

³⁶ ע"פ 3223/21 מדינת ישראל נ' שפק, פס' 16 לפסק הדין של המשנה לנשיאה הנדל (נבו) 2.3.2022: "קביעת המחוקק כי העונש על עבירת הרצח הבסיסית יכול להיות מאסר עולם משמעה כי בית המשפט יכול להטיל עונש של מאסר עולם על המורשעים בעבירה זו, וכך ראוי שיעשה במקרים המתאימים. העונש המרבי הקבוע בחוק אינו עונש שלא ניתן להגיע אליו, משל היה אידאה אפלטונית מופשטת שלא ניתן לגעת בה. הטלת מאסר עולם היא אפשרות אשר ודאי עומדת לבית המשפט בבואו לגזור את הדין על נאשם בעבירת הרצח. ראוי כי בתי המשפט לא יימנעו מהשתת עונש זה בפועל ויהפכוהו לאות מתה בספר החוקים. ולשם הדיוק, לא רק ראוי כי בתי המשפט לא יהפכו עונש מרבי זה לאות מתה בספר החוקים אלא אף ראוי כי יוטלו עונשי מאסר עולם במקרים המתאימים. זהו חלק חשוב משיקול הדעת שהוענק לערכאה המבררת בבואה לגזור את הדין בעניינו של נאשם שהורשע בעבירת הרצח". כן ראו: ע"פ 1213/21 וואסה נ' מדינת ישראל, פס' 22 לפסק הדין של השופט אלרון (נבו) 11.8.2022; ע"פ 1442/22 ניקולקין נ' מדינת ישראל, פס' 11 לפסק הדין של השופט אלרון (נבו) 28.5.2023.

³⁷ ס' 301א(ב) לחוק העונשין; ע"פ 6338/20 חיים נ' מדינת ישראל, פס' 13–28 לפסק הדין של השופט אלרון (נבו) 7.7.2022; יצחק קוגלר תאוריה ומעשה בדני עונשין: מבוא והיסוד העובדתי 58–59 (2020); גור-אריה, לעיל ה"ש 30, בעמ' 448–453.

³⁸ ס' 301א(א)(1) לחוק העונשין.

³⁹ ע"פ 5995/21 אבו אלחסנה נ' מדינת ישראל, פס' 28 לפסק הדין של השופט אלרון (נבו) 16.6.2022; ע"פ 7722/19 זרסנאי נ' מדינת ישראל, פס' 20 לפסק הדין של השופט אלרון (נבו) 19.4.2021; ע"פ 560/21 בנימינוב נ' מדינת ישראל, פס' 22 לפסק הדין של השופט אלרון (נבו) 28.7.2022.

נדמה כי ישנו מנעד המתחיל במעשה ההמתה הספונטני, עובר לשקילה ממשית וגיבוש החלטה להמית, ומסתיים במעשה ההמתה המתוכנן.⁴⁰ לא בכדי נעשה שינוי המונחים מכוונה תחילה אל רצח שבוצע לאחר תכנון או הליך ממשי של שקילה וגיבוש החלטה להמית.⁴¹ שינוי זה נועד להבהיר שגם המצב החוקי עצמו השתנה, כך שיסודות הנסיבה המחמירה אינם זהים לאלה של הכוונה תחילה.⁴² זאת, בעיקר, כדי למנוע את ריקון העבירה מתוכן בשנית – כך שמעשי המתה שנעשו מתוך כוונה ספונטנית ובלהט הרגע לא ייכללו תחת הנסיבה המחמירה החדשה.⁴³ אומנם המחוקק קבע מה לא נכלל בדין החדש – מעשי המתה שנעשו מתוך כוונה ספונטנית ובלהט הרגע – אך לא הובהרה פרשנותם של הרכיבים הפוזיטיביים הכלולים בנסיבה המחמירה. זאת, כאמור, אבקש לברר במסגרת הנוכחית.⁴⁴ כדי לעשות כן, יש לעמוד תחילה על טעמי המדיניות שעומדים ביסוד הנסיבה המחמירה. הכוונה היא לטעמים שמסבירים מדוע מעשי הרצח שנכללים בה חמורים במיוחד; ומדוע יש להעניש את עושיהם בענישה החמורה ביותר של מאסר עולם חובה (עם אפשרות מילוט מצומצמת).

ד. טעמי המדיניות שעומדים ביסוד הנסיבה המחמירה

בפרק זה אעסוק אפוא בטעמי המדיניות שעומדים ביסוד הנסיבה המחמירה. אסביר מדוע רצח שבוצע לאחר תכנון או לאחר הליך ממשי של שקילה וגיבוש החלטה להמית הוא רצח חמור במיוחד; ומדוע הוא מצדיק הטלת עונש של מאסר עולם חובה (עם אפשרות מילוט מצומצמת). בכלל זה אעמוד על ההבחנה המוסרית בין הרצח שנעשה לאחר תכנון או שקילה ממשית לבין הרצח שנעשה בכוונה ספונטנית.

הטעמים שעומדים ביסוד הנסיבה המחמירה מתמקדים בשני עניינים עיקריים: ראשית, אשמת נאשם אשר התגבר על עכבות מוסריות וערכיות והחליט לבצע את ההמתה. הבחירה של הרוצח היא אפוא "שלמה ומוחלטת" שעה שטרם המעשה הוא התלבט ושקל אם לבצע אותו והחליט שכן; שנית, אשמת נאשם המגולמת בנחישותו לביצוע ההמתה, אשר נלמדת מתכנונו המוקדם והמעידה כי

40 עניין פרץ, לעיל ה"ש 22, בפס' 27 לפסק הדין של השופט (בדימ') קרא.

41 גור אריה, לעיל ה"ש 30, בעמ' 445-446.

42 פרוטוקול ישיבה 404 של ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת ה-20, 27 (11.7.2017).

43 דברי ההסבר, לעיל ה"ש 23, בעמ' 170 (ההדגשות נוספו).

44 הגם שלכאורה הדרישה הגלומה בנסיבה המחמירה ברורה יותר לעומת "כוונה תחילה", הרי שהחשש מפני הרחבה חוזרת של העבירה – כפי שאכן קרה במסגרת עבירת הרצח בכוונה תחילה – עודנו שריר וקיים. וזאת, מפני ששני הרכיבים הכלולים בנסיבה המחמירה אינם ברורים כשלעצמם, והם דרושים מלאכת פרשנות סבוכה.

העדיף את מימוש מטרותיו על פני ערך חיי הקורבן. התכנון חושף גם את מסוכנותו הרבה של הרוצח לציבור, הטמונה בתוכנית שתכנן.⁴⁵ כלומר, האשמה המוסרית הגבוהה של הרוצח היא הטעם העיקרי שעומד ביסוד הנסיבה המחמירה. במקרי רצח שנעשים לאחר תכנון או לאחר שקילה ממשית, הרוצח שוקל את השלכות מעשיו ואת תוצאותיהם – נטילת חיי אדם – ומחליט בכל זאת לבצע את מעשה הרצח.⁴⁶ הרוצח שוקל את הסיבות בעד ונגד ביצוע ההמתה, ומחליט לבצעו תוך התגברות על מעצורים ועכבות מוסריים ואחרים המצדיקים, כמובן, את ההימנעות מביצוע מעשה הרצח.⁴⁷ לרוצח המתוכנן והשקול היה הזמן להרהר במעשיו, והוא בחר להמשיך בביצוע זממו תוך שהוא מפגין רמה גבוהה יותר של עוול מוסרי. אפשר לומר כי לפנינו רוצח שקול ומחושב אשר מתכוון, ביודעין ולאחר שקילה ממשית, להביא למותו של אדם.⁴⁸ כל זאת, תוך זלזול חמור בערך החיים, המתבטא בעיקר בנסיבות ביצוע ההמתה, ובהזדהות מלאה עם מעשה ההמתה.⁴⁹ זהו רוצח הפועל בדם קר ומתוך מטרה ברורה.⁵⁰ בחברה נורמטיבית ישנה הציפייה כי שקילת המעשים וחומרם תוביל דווקא להימנעות מביצוע הרצח,⁵¹ בדומה למי שהוזהר מביצוע העבירה טרם ביצועה ומבין את השלכותיה ולכן אמור להימנע מעשייתה.⁵² אולם בענייננו, חרף כל האמור, הנאשם בוחר לבצע את ההמתה. הדבר מעיד אפוא על האשמה היתירה שגלומה במעשיו, המושפעת מבחירתו להמשיך בתוכניתו העבריינית ולא לחזור ממנה בשום הזדמנות שקדמה לרצח. לפיכך, האשמה המוסרית של הרוצח לאחר תכנון או שקילה ממשית גדולה יותר מאשמת רוצח בכוונה ספונטנית. משום כך, ובהתאם לעקרון הגמול, הקובע

45 עניין ז'ירנוב, לעיל ה"ש 4, בפס' 24 לפסק הדין של השופט אלרון.

46 דין וחשבון, לעיל ה"ש 27, בעמ' 9; פרוטוקול מס' 472 של ועדת החוקה, חוק ומשפט בכנסת ה-20, 23 (31.10.2017).

47 Mordechai Kremnitzer, *On Premeditation*, 1 BUFF. CRIM. L. REV. 627, 628–629 (1998); קרמניצר וגנאים, לעיל ה"ש 23, בעמ' 444.

48 הלוי, לעיל ה"ש 10, בעמ' 506; Jeremy M. Miller, *Mens Rea Quagmire: The Conscience or Consciousness of the Criminal Law*, 29 W. ST. U. L. REV. 21, 52–53 (2001).

49 עניין פריץ, לעיל ה"ש 22, בפס' 2 לפסק הדין של המשנה לנשיאה הנדל.

50 ראו: LAFAVE, לעיל ה"ש 31, בעמ' 809–810; Rollin M. Perkins, *The Law of Homicide*, 36 J. CRIM. L. & CRIM. 391, 449 (1946); Michael J. Zydneymannheimer, *Not the Crime but the Cover-Up: A Deterrence-Based Rationale for the Premeditation-Deliberation Formula*, 86 IND. L.J. 884 (2011).

51 ראו והשוו: פלר, לעיל ה"ש 6, בעמ' 608–609.

52 קרמניצר וגנאים, לעיל ה"ש 23, בעמ' 367–368.

כי הענישה צריכה לשקף יחס הולם בין חומרת המעשה ואשמת הרוצח (לפי נסיבות ביצועו), לבין סוג ועוצמת העונש שמוטל עליו,⁵³ מוצדק להטיל עליו עונש חמור במיוחד, בדמות של מאסר עולם כעונש חובה.

יש שיטענו כי האשמה שדבקה ברוצח שמבצע רצח ללא תכנון או ללא שקילה ממשית – קרי מתוך כוונה ספונטנית ובלהט הרגע – גדולה יותר. זאת מפני שהרצח הספונטני מבוצע בלהט הרגע וללא שהדבר נשקל לפני כן, ולרוב גם בשל סיבה קלת ערך. לפי קו טיעון זה, רצח ספונטני מבטא זילות חמורה יותר בחיי אדם, ומעל לכול מעיד שלרוצח ישנה בעיה מוסרית קשה.⁵⁴ דווקא היעדר השקילה והתכנון הם המלמדים על אשמה יתירה, שכן הרוצח לא מייחס חשיבות רבה, אם בכלל, לערך חיי האדם. איני מקבל טיעון זה. לגישתי, כפי שגם נקבע בפסיקה, התגברות הרוצח על עכבות מוסריות ושקילת מעשה הרצח טרם ביצועו, כמו גם תכנונו, מלמדים על אשמה מוסרית גבוהה יותר מאשר רצח שנעשה בכוונה ספונטנית. זאת, בין היתר, מאחר שלמבצע הרצח לאחר תכנון או שקילה ממשית הייתה האפשרות לחזור בו ממעשיו ולהימנע מהביצוע. רוצח זה עבר יותר מכשולים מוסריים ואחרים עד שהשלים את הרצח. אין בו חרטה או מודעות חסרה באשר למעשה הרצח ולהשלכותיו, ומעשיו מעידים על הזדהות רבה יותר עם הרצח והתייצבות מאחוריו, וממילא גם על האישיות שלו באותה עת.⁵⁵ זאת בשונה מהרוצח בכוונה ספונטנית, שרצח בלי להבין את השלכות מעשיו באותו האופן. במובן זה האשמה שדבקה בו נעוצה בהימנעות משקילת המעשה, ולכן היא פחותה בהשוואה לרוצח לאחר תכנון או שקילה ממשית שכן שקל.⁵⁶

⁵³ ס' 40 לחוק העונשין; ע"פ 8641/12 סעד נ' מדינת ישראל, פ"ד סו(2) 772, פס' ר-ח לפסק הדין של השופט רובינשטיין (2013); יניב ואקי ויורם רבין "הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה: תמונת מצב והרהורים על העתיד לבוא" הפרקליט נב 413, 420-423 (2013); יורם רבין ויניב ואקי דיני עונשין כרך ג' 66-70 (מהדורה רביעית 2022); LAFAVE, לעיל ה"ש 31, בעמ' 35-36; קרמניצר וגנאים, לעיל ה"ש 23, בעמ' 294; קוגלר, לעיל ה"ש 37, בעמ' 40; Talia Fisher, *Economic Analysis of Criminal Law*, in THE OXFORD HANDBOOK OF CRIMINAL LAW 38, 41-42 (2014).

⁵⁴ קרמניצר וגנאים, לעיל ה"ש 23, בעמ' 372-378. הדיון הוזכר גם בעניין פרץ, לעיל ה"ש 22, בפס' 2 לפסק הדין של המשנה לנשיאה הנדל. כן ראו: Guyora Binder, *Homicide*, THE OXFORD HANDBOOK OF CRIMINAL LAW 702, 717-718 (2015); פרוטוקול ישיבה 472 של ועדת החוקה, חוק ומשפט בכנסת ה-20, 26 (31.10.2017).

⁵⁵ קרמניצר וגנאים, לעיל ה"ש 23, בעמוד 367.

⁵⁶ ראוי להזכיר בהקשר זה את דבריו החשובים של המשנה לנשיאה (בדימ') הנדל בעניין פרץ, לעיל ה"ש 22, בפס' 2 לפסק דינו: "יוער כי אין בחלוקה זו בין רצח שנעשה בכוונה 'רגילה' או באדישות לבין רצח בנסיבות מחמירות, כדי להמעיט בחומרתו של הראשון. אין מדובר

מלבד האשמה המוסרית הגדולה יותר שדבקה ברוצח לאחר תכנון או שקילה ממשית, אפשר לעמוד על שיקולים נוספים שעניינם הצדקת החמרת ענישתו. תחילה, שיקולי מסוכנות. המסוכנות נסבה על שני עניינים. ראשית, התכנון והשקילה הממשית מגדילים את הסיכויים לכך שמעשה הרצח יושלם והקורבן ימות, שעה שהרוצח שקל את הדברים וגיבש תוכנית סדורה לביצוע ההמתה טרם ניגש למלאכה.⁵⁷ יתרה מכך, התכנון המוקדם מאפשר לרוצח לתכנן את מעשיו שלאחר ביצוע ההמתה, לרבות הסתרת הראיות והימלטות מהזירה. כך הוא מגדיל את סיכוייו לבריחה מן הדין. לכן, ייתכן שההסתברות לתפוס את הרוצח המתוכנן והשקול נמוכה יותר ויש להחמיר את העונש המוטל עליו, שכן הקטנת ההסתברות התפיסה צריכה להוביל להחמרת הענישה.⁵⁸ אולם יצוין כי גם ייתכן שהתכנון המוקדם יוביל לתוצאה הפוכה, ולהגדלת הסיכוי לתפיסת הרוצח, בסיטואציה שבה הנאשם מותיר אחריו שובל של ראיות מפלילות שנוצרו בשלבי התכנון.

שנית, התכנון והשקילה הממשית מעידים על עצם מסוכנותו של הרוצח, במובן של סכנה לפגיעה בחפים מפשע גם בעתיד. הרצח המתוכנן והשקול משקף את סט הערכים המוסרי הפגום אשר מנחה את הרוצח בחייו, והמוביל אותו לקבלת החלטה שהיא לכאורה רציונלית מבחינתו: להמית אדם. הרוצח מעדיף את ערך הנקמה, ואף ערכים פחותים אחרים, על פני הערך העליון של קדושת החיים. זאת לאחר שהקדיש לכך מחשבה שקולה או תכנן את מעשה הרצח. מכאן שהרוצח מסוכן לחברה שבה הוא מתגורר, וייתכן גם שיקבל החלטה מעין זו פעם נוספת בעתיד, שכן סט הערכים המוסרי המנחה אותו פגום. העונש המוחמר המוטל על הרוצח המתוכנן והשקול נועד, לפי קו טיעון זה, להרחיקו מהחברה ולנטרל את יכולתו לפגוע בקורבנות נוספים. גם בהקשר הנוכחי אפשר לטעון שהרוצח, מתוך כוונה ספונטנית, הוא בעל המסוכנות רבה יותר לחברה, שכן הוא פועל באופן לא צפוי, בשרירותיות ומתוך חמת זעם. כל רגע, לכאורה,

בחלוקה בין רצח חמור לכוזה שאינו חמור, אלא רצח חמור וחמור אף יותר. בהקשר זה ראוי לתת את הדעת לכך שבמסגרת הרפורמה, בשונה מהדין הישן, גם המתה בכוונה או באדישות מוגדרות כרצח (ראו: סעיף 300(א) לחוק העונשין). זאת על מנת לתת ביטוי לחומרת מעשה ההמתה באשר הוא".

Richard A. Posner, *An Economic Theory of the Criminal Law*, 85 COLUM. L. 57 (1985) 1193, 1222; Mannheim; REV. 50, בעמ' 879; פישר, לעיל ה"ש 53, בעמ' 52; סנג'רו, לעיל ה"ש 5, בעמ' 332.

58 פישר, לעיל ה"ש 53, בעמ' 55-57. כידוע, הענישה פועלת בשני מישורים שלובים: חומרת העונש וההסתברות התפיסה. שילובם, הוא שיוצר את ההרתעה הבסיסית של הדין. על כן, ככל שאחד מהשניים מופחת – ישנה הקלה בעונש או שיותר קשה לתפוס את הנאשם ולהעמידו לדין – הרי שיש צורך "לפתור" זאת על ידי הגדלת המישור האחר.

הוא עשוי לתקוף את האנשים בסביבתו, אף בגין סיבות קלות ערך. נוסף על כך, באופן כללי יש להיזהר מהסתמכות רבה על רציונל המסוכנות, שכן הוא מתבסס על הנחה תיאורטית שהרוצח עלול לחזור ולבצע את מעשה ההמתה, בלי להתחשב בשינויים שיכולים לחול באישיותו.⁵⁹

הצדקה נוספת להחמרה בענישת הרוצח לאחר תכנון או לאחר שקילה ממשית, נובעת משיקולים של הרתעה. בהתאם לשיקולים אלו, ענישה חמורה יותר אמורה להניא רוצחים פוטנציאליים מלבצע מעשי רצח. כידוע, סוף מעשה במחשבה תחילה, והרוצח לאחר תכנון או שקילה ממשית אכן מקדיש למעשה הרצח מחשבה מוקדמת, בשונה מהרוצח ככוונה ספונטנית.⁶⁰ לכן, אם הרוצח המתוכנן והשקול מודע לחומרת הענישה, בדמות עונש מאסר עולם חובה (עם פתחי מילוט מצומצמים), הרי שהוא אמור להתחשב בכך בעת שקילת עצם ביצוע ההמתה, ולבסוף להימנע מביצועו. משכך הענישה בעבירה מבקשת להרתיע עבריינים פוטנציאליים מלבצע רצח.⁶¹ ברם, לא ברור כי תוספת ענישתית, בדמות ענישת חובה, אכן תוביל להגדלת ההרתעה.⁶² וחשוב מכך,

⁵⁹ קרמניצר וגנאים, לעיל ה"ש 23, בעמוד 327-328.

⁶⁰ שם, בעמ' 370. מנגד, יש ביקורות רבות בנוגע ליעילות ההרתעה. ראו: סנג'רו, לעיל ה"ש 5, בעמ' 36-38.

⁶¹ רבין וואקי, דיני עונשין, לעיל ה"ש 53, בעמ' 28.

⁶² שם, בעמ' 30-39 ("בשנים האחרונות הצביעו חוקרים כמותניים על ממצאים שלפיהם, בניגוד לאינטואיציות המקובלות בקרב רבים בציבור וברשויות האכיפה, אין קשר חזק בין החמרה ברמת הענישה ובין קידום הרתעה. אין משמעות הדבר שמערכת המשפט הפלילית איננה מרתיעה, המשמעות היא שההשפעה העיקרית על ההרתעה מצויה בסיכוי להיתפס ולא בחומרת העונש המוטל על מי שנתפס"); ברק אריאל ויעל לוי-אריאל "התבוננות מחודשת במוסד ההרתעה (ובדרכים ליצירת הרתעה יעילה)" משפט חברה ותרבות – משפט צדק? ההליך הפלילי בישראל – כשלים ואתגרים, 83, 123-124 (אלון הראל עורך (2017) ("ניסויים שעסקו בשינויים בחומרת הענישה על עברות חמורות לא מצאו שיפור בהרתעת עבריינים"); אורן גזל-אייל ורותי לזר "ההשלכות הצפויות לעונשי מוצא" חוקים ג 11, 68-70 (2011) ("...") ההערכה כי שימוש בעונשי מאסר ממושכים יותר יקדם את ההרתעה, אינה מבוססת מחקרית. אכן, האינטואיציה הבסיסית היא שככל שהעונש חמור יותר כך הוא ירתיע יותר. התאוריות התועלתניות והכלכליות לחקר הפשיעה מבוססות על ההנחה בבסיסית שהעברייני עורף חישובי עלות-תועלת פשוטים שבהם משף תקופת המאסר הוא מרכיב מרכזי בשיקוליו. הקורפוס העצום שבחן את הסוגיה חשף כי אינטואיציה זו מטעה. לעומת המיידיות של הסנקציה הפלילית והוודאות שבהטלתה, השפיעות ככל הנראה על רמת ההרתעה, הרי שלחומרת העונש, בעיקר כשמדובר בעונשי מאסר, אין השפעה כזו. אפשר לומר בפשטות כי שינויים במשכם של עונשי המאסר (להבדיל משינויים בסיכויים להיתפס או להיאסר) אינם מקדמים את ההרתעה של מערכת המשפט הפלילית [...]. החמרת עונשי המאסר המוטלים על מי שנתפס אינה מסייעת

גדרש שהרוצח הפוטנציאלי יהיה מודע לכך שהוא חשוף לעונש חובה – מה שלא בהכרח נכון.⁶³ כפי שעוד נראה, דרישות התכנון והשקילה הממשית אינן מחייבות הצגת תוכנית פעולה סדורה ומקיפה, או שקילה ערכית-מהותית, אלא מסתפקות ברף נמוך יותר, ולדעתי בצדק. לכן, ייתכן ששאלת העונש שעשוי להיות מוטל בסופו של יום כלל לא תחלוף במוחו של הרוצח הפוטנציאלי בזמן התכנון או השקילה.

מסקנת הדיון היא שהחומרה היתירה הגלומה בנסיבה המחמירה נעוצה בהתגברות הרוצח על עכבות מוסריות ואחרות בדרך לביצוע ההמתה או ברקיעת התוכנית לביצוע מעשה ההמתה.⁶⁴ שיקולים נוספים להחמרת הענישה, בדמות עונש החובה, הם מסוכנות הרוצח – הן מאחר שהסיכויים להשלמת המעשה ולהימלט מהדין גבוהים יותר, והן מפני שסט הערכים שמנחה אותו פגום, וכך הוא עלול לשוב ולפגוע בחפים מפשע; ושיקולי הרתעה, וכך החמרת הענישה בדמות עונש חובה תמנע לכאורה מרוצחים פוטנציאליים לרצוח.

ועתה לעיקרם של דברים: מהי הפרשנות שניתנה בפסיקה לנסיבה המחמירה, ואם היא מגשימה את תכלית התיקון ואת הטעמים שהוצגו לעיל? אתחיל בדיון קצר בשאלת היסוד הנפשי של הרוצח ולאחר מכן אעבור לדיון ביקורתי פרשנות הנסיבה המחמירה גופה.

ה. יסוד נפשי של אדישות והנסיבה המחמירה

אחד השינויים המשמעותיים שנעשו כחלק מתיקון 137 הוא שינוי דרישת היסוד הנפשי בעבירת הרצח הבסיסית. כך, עבירת הרצח הבסיסית יכולה להתגבש גם כאשר הנאשם מצוי ביסוד נפשי של אדישות.⁶⁵ עבירת הרצח בנסיבות מחמירות היא תצורה מחמירה של עבירת הרצח הבסיסית, ולכן מתעוררת השאלה אם אפשר לקבוע כי נסיבת התכנון והשקילה הממשית עשויה להתקיים כאשר

להרתעה"). ראו גם: ע"פ 6095/20 טאהא נ' מדינת ישראל, פס' 26 לפסק הדין של השופט סולברג (נבו 31.10.2024).

⁶³ ע"פ 3583/20 פלוני נ' מדינת ישראל, פס' 38 לפסק הדין של השופט שטיין (נבו 9.11.2020) וההפניה שם; הוועדה הציבורית לבחינת מדיניות הענישה והטיפול בעבריינים דין וחשבון 19–20 (2015).

⁶⁴ ע"פ 2083/22 יין נ' מדינת ישראל, פס' 27 לפסק הדין של השופט אלרון (נבו 5.2.2023). כן ראו: עניין זרסנאי, לעיל ה"ש 39, פס' 16 לפסק הדין של השופט אלרון; ע"פ 8956/20 מריו נ' מדינת ישראל, פס' 28 לפסק הדין של השופט אלרון (נבו 28.6.2022).

⁶⁵ ראו, לדוגמה, בע"פ 2079/22 חוג'יראת נ' מדינת ישראל, פס' 11 לפסק הדין של השופט אלרון (נבו 13.8.2023).

הנאשם ביסוד נפשי של אדישות? ובניסוח אחר: האם האדיש יכול לבצע רצח לאחר תכנון או לאחר שקילה ממשית?

לאחרונה השיב בית המשפט העליון על שאלה זו בחיוב.⁶⁶ השופט אלרון ציין, כהערת אגב, שמצב שבו רוצח עם יסוד נפשי של אדישות מבצע מעשה המתה לאחר תכנון או לאחר הליך ממשי של שקילה "נחזה להיות מצב שאינו שכיח. אולם, לא ניתן לשלול תרחיש זה". השופט אלרון המשיך והוסיף כי "מכל מקום, לשון החוק בהקשר זה היא ברורה וחד-משמעית".⁶⁷

אינני מסכים עם גישה זו. לדעתי, האדיש לא יכול לבצע רצח לאחר תכנון או לאחר שקילה ממשית. לא בכדי לא הציג השופט אלרון בפסק דינו דוגמאות המשקפות מצב דברים כזה ואף פסק באותו עניין כי הנאשם אכן בעל יסוד נפשי של כוונה. פרט לכך שאיני סבור כי אפשר לחשוב על תרחיש שכזה, התבססותו של השופט אלרון על לשון החוק היא, לדעתי, שגויה. אמת, כאשר בוחנים את הגדרת עבירת הרצח בנסיבות מחמירות, תנאי מקדים לבחינת התקיימותן של הנסיבות המחמירות הוא שיהא מדובר ברצח שנעשה בכוונה או באדישות. קרי, לשון החוק הפשוטה קובעת כי היסוד הנפשי המינימלי הנדרש כדי שעבירת הרצח בנסיבות מחמירות תתגבש הוא אדישות. אולם אין מסקנה זו נכונה באשר לנסיבת התכנון והשקילה הממשית בפרט, הגם שהחוק מאפשר זאת מבחינה רעיונית, הן לפי הליך החקיקה והן מבחינה מהותית.

בדיוני ועדת החוקה שעסקו בסוגייה, ואף קודם לכן בוועדת קרמניצר שהכינה את הבסיס להצעת החוק, הובהר היטב כי היסוד הנפשי של האדישות אינו רלוונטי לנסיבה המחמירה.⁶⁸ מבנה החוק, המבוסס על עבירת רצח בסיסית

⁶⁶ ראו ע"פ 8577/22 יפמוב נ' מדינת ישראל (נבו 21.4.2024). לפני פסק דין זה, כל האזכורים שהיו ליסוד נפשי של אדישות בנוגע לנסיבה המחמירה לא דנו בשאלה זו כלל. ראו: עניין מריו, לעיל ה"ש 64, בפסק הדין של השופט גרוסקופף; עניין פרוץ, לעיל ה"ש 22, בפס' 5 לפסק הדין של המשנה לנשיאה הנדל; ובעניין יאסין, לעיל ה"ש 24, בפס' 36 לפסק הדין של השופט אלרון, שבו הוא מציין כי ההבחנה בין קלות לדעת לאדישות חשובה, שכן תחת אדישות אפשר להיכלל תחת עבירת הרצח הבסיסית ועבירת הרצח בנסיבות מחמירות. יצוין כי העובדה שהסוגייה התעוררה רק לאחרונה איננה מפתיעה, שכן מרביתם המוחלט של פסקי הדין שעסקו בנסיבת התכנון והשקילה הממשית הם ערעור על תיקים אשר החלו את דרכם בבית המשפט המחוזי באישום של רצח בכוונה תחילה. כלומר, מרבית התיקים מתבססים על הדין הישן שבו נדרש יסוד נפשי של כוונה, כך שמלכתחילה נקודת המוצא היא שהנאשם איננו אדיש.

⁶⁷ עניין יפמוב, בפס' 27 לפסק הדין של השופט אלרון.

⁶⁸ ראו פרוטוקול ישיבה 472 של ועדת החוקה, חוק ומשפט בכנסת ה-20, 30 (31.10.2017) (נציגת הייעוץ המשפטי לוועדה): "כדי שנגיע לרצח בנסיבות מחמירות חייב להתקיים: או היסוד הנפשי של כוונה או אדישות ואחת הנסיבות המחמירות – שלא כולן רלוונטיות

ועבירת רצח בנסיבות מחמירות, לא מלמד על כך שכל הנסיבות המחמירות יכולות להתקיים כאשר הרוצח היה מצוי ביסוד נפשי של אדישות. בבחינת נסיבת התכנון והשקילה הממשית יש לסטות אפוא מלשון החוק הפשוטה. ומבחינה מהותית, קשה לומר שהאדיש ביצע תכנון מוקדם או שקל שקילה ממשית וגיבש המחלטה להמית. אסביר. לאדיש ישנה המודעות (במישור ההכרתי) לאפשרות שהתוצאה קטלנית תתרחש – אדם ימות – אולם לא אכפת לו אם היא תתרחש ואם הערך החברתי ייפגע או לאו.⁶⁹ הוא שרוי בשוויון נפש אל מול התוצאה (המישור החפצי).⁷⁰ אין האדיש חפץ במות האדם, אבל גם אין הוא מתעניין בכך שהוא יישאר בחיים. אפשר לראות את האדיש כניטרלי מבחינת רצונו במות האדם האחר.⁷¹ בכך האדיש שונה מקל-הדעת, אשר רוצה שהתוצאה לא תתגשם; ומהמתכוון אשר כן רוצה.⁷² לכן, האדיש לא יכול לבצע

למצב של אדישות, כמו הנסיבה שעליה אנחנו מדברים עכשיו"; בעמ' 28 (נציגת הייעוץ המשפטי לוועדה): "בנסיבה הזאת לא רלוונטי לחלוטין העניין של אדישות, נכון, אבל עוד מעט נגיע לנסיבות שבהן זה כן. לדוגמה באכזריות, אכזריות יכולה להיות גם באדישות"; בעמ' 24 (נציגת מחלקת ייעוץ וחקיקה): "אדישות לא מתיישבת עם מה שנקרא premeditated, או כוונה תחילה בעבר"; ראו גם את דעת הרוב בוועדת קרמניצר. דין וחשבון, לעיל ה"ש 27, בעמ' 6 ו-26: "עבירת הרצח הבסיסית תכלול יסוד נפשי של אדישות ושל כוונה. יסודות נפשיים אלה יהיו גם בסיס להרשעה בעבירת הרצח המוחמרת, מבחינת היסוד הנפשי הנדרש לגבי התוצאה הקטלנית, פרט לנסיבה המחמירה של רצח לאחר תכנון או לאחר הליך משמעותי של שקילה וגיבוש החלטה להמית, שאינה עולה בקנה אחד עם אדישות ומגלמת יסוד חפצי כלפי המוות".

⁶⁹ דברי ההסבר, לעיל ה"ש 23, בעמ' 169: "לאדיש, בניגוד לקל הדעת, אין העדפה לעניין אפשרות גרימת התוצאה אחת היא לו אם יקופחו חיי אדם אם לאו על כן יסוד נפשי זה מבטא זלזול מובהק והתנכרות קשה וחמורה לערך של חיי אדם, שבעטיים מעשה ההמתה".
⁷⁰ ע"פ 4137/22 אֲנָאֵטָאפֶאק נ' מדינת ישראל, פס' 7 לפסק הדין של השופט אלרון (נבו) (2.7.2023).

⁷¹ קרמניצר וגנאים, לעיל ה"ש 23, בעמ' 265; גור-אריה, לעיל ה"ש 30, בעמ' 460; מרים גור-אריה "הפרפורמה המוצעת לעבירות ההמתה במשפט הישראלי לאור עקרון האשמה" משפטים על אתר ה 9 (תשע"ג).

⁷² יצוין כי הובעה דעה בפסיקה שלפיה היחס השלילי והמזלזל של האדיש בנוגע לערך חיי האדם דומה יותר למתכוון אשר רוצה שהתוצאה תתגשם ואף פועל לשם כך, מאשר לקל הדעת שמקווה שהתוצאה לא תתרחש. ראו ע"פ 5806/22 מדינת ישראל נ' גריפאת, פס' 15 לפסק הדין של השופט אלרון (נבו) (20.11.2022); עניין חוג'יראת, לעיל ה"ש 65, בפס' 11 לפסק הדין של השופט אלרון. אולם אין בכך כדי לשנות מהעובדה שהאדיש נעדר העדפה בנוגע להתרחשות התוצאה. ולכן, גם אם מבחינה מוסרית המשפט רואה את התנהלותו בחומרה רבה הדומה לרוצח בכוונה, יש להיזהר מלטעון כי האדיש חפץ במות האדם שכן אין הדבר נכון.

הליך ממשי של שקילה וגייבוש החלטה להמית – שכן בהליך כזה הוא נדרש בהכרח לקבל החלטה פוזיטיבית להמית את הקורבן. כפי שעוד נראה בהרחבה בהמשך, השקילה הממשית דורשת כי טרם ההמיתה יבצע הנאשם הליך מחשבתי שבו הוא שוקל את הדברים ובסיומו מתגבשת ההחלטה לבצע את מעשה ההמיתה. אי אפשר לומר כי מי שביצע שקילה ממשית הוא אדיש לחייו או למותו של הקורבן, במובן זה שלא אכפת לו מה יקרה והוא פועל בשוויון נפש למול התוצאה האפשרית. אדרבא, לאחר שהרהר בכך והחליט לבצע את זממו ולהמית את הקורבן הוא רוצה שהקורבן ימות. כך גם באשר למתכנן המקיים שרשרת פעולות שדורשות זמן ומאמץ עובר למעשה ההמיתה. המתכנן מבצע בצורה אקטיבית פעולות לשם ביצוע ההמיתה ואינו פסיבי. אין עניינו רק במודעות לאפשרות שמעשיו יובילו למותו של אדם, אלא שהמתכנן גם פועל בצורה ממשית כדי לקדם את תוכניתו העבריינית לביצוע ההמיתה ומתוך מטרה להשלימה. כל האמור מוביל למסקנה שהאדיש לא יכול לרצוח לאחר תכנון או שקילה ממשית.⁷³ ובכלל זה, האשמה המוסרית שדבקה באדיש, שאין חולק כי היא חמורה, אינה עולה לדרגת האשמה של הרוצח המתוכנן או השקול.

ו. פרשנות הנסיבה המחמירה

טרם אדון בפרשנות שניתנה לנסיבה המחמירה בפסיקת בית המשפט העליון – הערת אזהרה חשובה. מלאכת הפרשנות, המסורה לבית המשפט, היא מלאכה מורכבת – כך באופן כללי וכך בענייננו. זאת מכיוון שמחד גיסא בבוא בית המשפט לפרש את הנסיבה המחמירה הוא נדרש להימנע מלהקנות לסעיף פרשנות רחבה מדי, שכן היא תחזיר אותנו לנקודת ההתחלה ולמצב הדברים שקדם לרפורמה. אך, מאידך גיסא על בית המשפט לתת לסעיף פרשנות רחבה דיה כדי שהוא יחול "על אותם מקרים המגלמים את מידת האשם וטיב ההתנהגות המצדיקים זאת".⁷⁴ בית המשפט נדרש אפוא לפתח את הדין בזהירות

⁷³ חשוב להדגיש כי דברים אלו נכונים אך ורק בנוגע לנסיבת התכנון והשקילה הממשית, שבה עיסוקנו. אין להסיק מכאן כי עבירת הרצח הבסיסית לא יכולה להתגבש עם יסוד נפשי של אדישות; ואין בדברים אלה משום הבעת עמדה בנוגע להכללת האדישות בעבירת הרצח הבסיסית. גם אין להחיל את האמור על יתר הנסיבות שמנויות בעבירת הרצח בנסיבות מחמירות, שכן חלקן בוודאי יכול להתקיים עם יסוד נפשי של אדישות. למשל, בע"פ 2649/21 סילברה נ' מדינת ישראל, פס' 23 לפסק הדין של השופט אלרון (נבו 19.2.2023), נקבע כי נסיבה מספר 9 יכולה להתקיים גם כאשר הרצח נעשה ביסוד נפשי של אדישות.

⁷⁴ ע"פ 578/21 אבו סראי נ' מדינת ישראל, פס' 33 לפסק הדין של השופט אלרון (נבו 16.2.2023); ע"פ 3546/19 עודה נ' מדינת ישראל, פס' 21 לפסק הדין של השופט אלרון (נבו 15.1.2023).

רבה, תוך שהוא שומר על התכליות שהנסיבה המחמירה נועדה לקדם ועל ההבחנה בין עבירת הרצח הבסיסית לנסיבה המחמירה. בכלל זה יש להזכיר כי תחת שתי העבירות אפשר להגיע לתוצאה ענישתית זהה. משכך, לדעתי, במקרים מסוימים ישנה עדיפות להימנע ממתן פרשנות רחבה לנסיבה המחמירה, ובמקום זאת להרשיע את הרוצח בעבירת הרצח הבסיסית. אומנם במהלך זה הרוצח זוכה להקלה בתיוג העברייני, אך זוהי תוצאה עדיפה שכן יש בה כדי לסייע לשמירת הגבולות הראויים של הנסיבה המחמירה. אכן, הטעם הפרשני העיקרי שמצדיק גישה זו הוא כלל הפרשנות המקלה עם הנאשם, שלפיו יש להעדיף את הפרשנות המקלה עם הנאשם, כאשר קיימות כמה אפשרויות פרשניות סבירות בהתאם לתכלית החוק.⁷⁵ בשים לב לאמור, אפנה כעת לבחון את רכיבי הנסיבה המחמירה.

1. "תכנון" – מהו?

הרכיב הראשון שמנוי בנסיבה המחמירה הוא "תכנון". פרשנות הרכיב מתמקדת בכמה שאלות: מהו העיתוי שבו התכנון צריך להתרחש? האם התכנון הוא יסוד פיזי טהור, או שהוא מכיל גם רכיב איכותי? ואם אכן הוא כולל רכיב כזה, כיצד הוא בא לידי ביטוי מבחינה מעשית?

באשר לשאלת העיתוי, בעניין ז'ירנוב קבע השופט אלרון כי:

"במישור עיתי התכנון, לשון הסעיף דורשת כי מעשה הרצח בוצע לאחר תכנון. היינו, נדרש תכנון מוקדם למעשה הרצח אשר יתקיים מבעוד מועד וקודם למעשה ההמתה, כך שאינו יכול להתגבש במהלך מעשה ההמתה עצמו כפי שהוכר עובר לרפורמה".⁷⁶

אם כן, על התכנון להתבצע במועד הקודם להמתה. זאת כדי למנוע את הפיכת רכיב התכנון לרכיב ההכנה, שהיה מנוי בעבירת הרצח בכוונה תחילה, ויכול היה להתגבש גם בעיצומו של מעשה ההמתה. פרשנות כזו הייתה מובילה לכך

⁷⁵ קדמי, לעיל ה"ש 28, בעמ' 711 ואילך; ע"פ 766/07 כהן נ' מדינת ישראל, פס' 9-10 לפסק הדין של השופט גרוניס (נבו 19.11.2007), שבו הוא עומד על כך "כי לכלל זה השפעה מוגבלת"; ע"פ 6538/22 מדינת ישראל נ' פלוני, פס' 29 לפסק הדין של השופט אלרון (נבו 18.9.2023), שבו הוא מסביר כיצד יש ליישם את הכלל.

⁷⁶ עניין ז'ירנוב, לעיל ה"ש 4, בפס' 25 לפסק הדין של השופט אלרון (ההדגשות במקור); כן ראו בעניין זרסנאי, לעיל ה"ש 39, בפס' 17 לפסק הדין של השופט אלרון, שבו נקבע כי התכנון דורש "הכנה הכוללת פעולות מוקדמת שביצע העושה לקודם לביצוע הרצח".

שמעשי רצח שנעשו בכוונה ספונטנית יכללו גם הם תחת הנסיבה המחמירה. לכן, על התכנון להתבצע לפני ובנפרד ממעשה ההמתה. רכיב התכנון יכול להילמד גם על סמך פעולות שנעשו לאחר מעשה ההמתה, אולם רק בתנאי שהן מלמדות על תכנון מוקדם ונעשות בעקבותיו ולא כתגובה למעשה ההמתה.⁷⁷ על האמור יש להוסיף גם כי לא נדרש שהתכנון יתפרש על פרק זמן ארוך, או שיכלול הכנת תוכנית פעולה ברורה וסדורה באשר לאמצעי ההמתה ודרך ביצוע ההמתה.⁷⁸ לכן, התכנון יכול להתרחש גם במסגרת זמנים קצרה יחסית.

אשר לשאלת התכנון עצמו, הרכיב כולל לא רק דרישה פיזית אלא "ראוי שיתקיים רכיב איכותי בתכנון מעשה הרצח".⁷⁹ הכוונה היא שכדי שרכיב התכנון יתקיים, אין להסתפק במעשה הכנה "זניח" אלא יש להוכיח עשייה מקדימה משמעותית יותר – אם כי, מטבע הדברים, במקרים מסוימים אין ההבחנה ברורה בין "זניח" לבין "משמעותי". הדרישה כי מעשה ההכנה לא יהיה מעשה זניח נובעת מכך שעל הרכיב לשקף שמעשה ההמתה נעשה שלא מתוך כוונה ספונטנית ובלהט הרגע.⁸⁰ לכן, קבע בית המשפט העליון שעל התכנון אפשר ללמוד מביצוע "שרשרת פעולות הדורשות זמן ומאמץ".⁸¹ לצד זאת, נדרש להראות גם שהתכנון נעשה מתוך מטרה לבצע את מעשה ההמתה. לפי השופט גרוסקופף, רכיב התכנון "משמעו כי הנאשם נקט מראש ובמודע בפעולות שנועדו ליצור את התנאים אשר יאפשרו או יקלו על ביצוע מעשה העבירה, וזאת לאחר שהנאשם גיבש את היסוד הנפשי הנדרש לצורך ביצוע העבירה".⁸² קביעה זו גם יושמה בפועל. בעניין עודה, בהליכתו לזירת האירוע נשא עימו הנאשם אקדח. לכאורה מלמד הדבר על תכנון, שכן הוא הגיע לזירה מצויד באמצעי ההמתה. אך השופט אלרון קבע ההיפך. לשיטתו, רכיב התכנון לא התקיים, מפני

⁷⁷ עניין בנימינוב, לעיל ה"ש 39, בפס' 21 לפסק הדין של השופט אלרון הוא מונה פעולות רבות שעשה הנאשם לאחר ביצוע מעשה ההמתה, וקובע כי "מעבר לכך שמדובר בפעולות המעידות על ניסיונו של המערער למלט עצמו מאחריות לתת את הדין על מעשיו, עסקינן אף בהתנהגות המעידה באופן ברור על תכנון, ואינה מתיישבת עם רצח ספונטני שבוצע ב"להט הרגע" (ההדגשה במקור).

⁷⁸ דברי ההסבר, לעיל ה"ש 23, בעמ' 170; בדומה לכך, נקבע כי רכיב התכנון מתקיים "הגם שלא ברור כמה זמן מראש תכנן המערער את ההתנקשות במנוח – תכנון מסוים היה". ראו בעניין ג'ורבאן, לעיל ה"ש 4, בפס' 92 לפסק הדין של השופט שוחט; State v. Patton, 33 Kan. App. 2d 391, 397 (2004).

⁷⁹ עניין ז'ירנוב, לעיל ה"ש 4, בפס' 25 לפסק הדין של השופט אלרון.

⁸⁰ ראו בדומה: People v. Prince, 40 Cal. 4th 453, 470–471 (2005); People v. Elliot, 37 Cal. 4th 1179, 1253 (2007).

⁸¹ עניין ז'ירנוב, לעיל ה"ש 4, בפס' 25 לפסק הדין של השופט אלרון.

⁸² עניין מריו, לעיל ה"ש 64, בפסק הדין של השופט גרוסקופף.

ש"לא הובאה כל ראיה שמצביעה על כך שהדבר נעשה על-ידו למטרת תקיפה אשר תוכננה מלכתחילה".⁸³ לפיכך, אפשר לומר שאם לא הוכח כי ההיבט התכנוני נעשה לשם ביצוע ההמתה והוצאת התוכנית העבריינית מהכוח אל הפועל – רכיב התכנון לא יתקיים.

אם כן, יש להראות כי כחלק מרכיב התכנון נעשו כמה פעולות הכנה מוקדמות שדורשות זמן ומאמץ, וכי הן נעשו לשם ביצוע מעשה ההמתה. אולם נותרה עומדת השאלה – מהן פעולות אלה? היינו, בנוגע לאילו מעשי הכנה מוקדמת ומיודעת נקבע בפסיקת בית המשפט העליון כי הם עולים כדי תכנון? פסקי הדין מספקים מענה ראשוני לשאלה זו. סבורני כי אפשר לחלק פעולות אלה לשלוש קטגוריות של מעשי תכנון מוקדמים: (1) הכנת אמצעי ההמתה; (2) תכנון מעשה ההמתה; ו-(3) הכנת הזירה לקראת הימלטות הנאשם מהדין.⁸⁴ במקרי המתה רבים ייתכן שיבוצעו פעולות השייכות ליותר מקטגוריה אחת; ולרוב תבוצע פעולה הכלולה בקטגוריה הראשונה, מפני שהיא הקטגוריה העיקרית מבין השלוש. לגישתי החלוקה לקטגוריות עשויה לסייע בבחינת התגבשות הרכיב במקרים עתידיים, ולעשות סדר בפרשנות שניתנה לרכיב בפסיקה. מכאן חשיבותה. אפרט עתה על כל קטגוריה.

1.1. הכנת אמצעי ההמתה

בקטגוריה זו נמנות פעולות שעניינן הכנת אמצעי ההמתה – אקדח, סכין, פטיש וכדומה. כנוצר לעיל, הכנת אמצעי ההמתה צריכה להתבצע מבעוד מועד ותוך השקעת מאמץ מסוים. בנקודה זו עולה שוני מהותי לעומת רכיב ההכנה שנכלל בעבירת הרצח בכוונה תחילה, שכן הדרישה במסגרתו הייתה מינימלית – עצם השימוש באמצעי ההמתה הספיק כדי שהרכיב יתקיים. והנה, רכיב התכנון דורש הרבה מעבר לכך. זהו אפוא שינוי משמעותי ביותר שחל בין הדינים.

אציג דוגמאות מהפסיקה. בעניין **אבו סרארי**, לפני מעשה ההמתה התנהל יכוח בין המנוחה לאביה. עם סיומו לקח הרוצח סכין – לא ברור מהיכן בדיוק – הלך לחדרה של המנוחה, ורצח אותה על ידי דקירות רבות באזורים רגישים בגופה. בפסק הדין נקבע כי עצם העובדה שהנאשם לקח את הסכין אינה מלמדת על התגבשות רכיב התכנון, וזאת מפני שלא הוכח שהוא הוכן מבעוד מועד ומראש ואף לא הוכח שהרוצח נדרש לבצע פעולות משמעותיות לשם נטילתו.⁸⁵ בעניין **וואסה**, הנאשם והמנוחה (אשתו) התווכחו בחדר הסלון ובשלב מסוים פנה

⁸³ עניין **עודה**, לעיל ה"ש 74, בפס' 25 לפסק הדין של השופט אלרון.

⁸⁴ לסיווג דומה ראו בעניין **ז'ירנוב**, לעיל ה"ש 4, בפס' 26 לפסק הדין של השופט אלרון.

⁸⁵ עניין **אבו סרארי**, לעיל ה"ש 74, בפס' 38 לפסק הדין של השופט אלרון.

הנאשם לחדר השינה, ולקח מהארון את האקדח שהחזיק מתוקף תפקידו כשוטר. הנאשם שב עם האקדח לסלון וירה בראש המנוחה. הוא הורשע בעבירת הרצח הבסיסית, ונקבע שהבאת האקדח מהארון לא עלתה כדי תכנון.⁸⁶ פסק הדין בעניין עודה משקף גישה דומה. במקרה זה התקיימה קטטה בין כמה אנשים, ובשלב מסוים אביו של אחד המתקוטטים הגיע לזירת האירוע, בעודו מודע לקיומה של הקטטה, כאשר הוא מצויד באקדח. לבסוף הוא גם השתמש באקדח, והרג את המנוח. גם בעניין זה נקבע שרכיב התכנון לא מתקיים, וזאת מפני ש"לא הובאה כל ראיה שמצביעה על כך שהדבר נעשה על-ידו למטרת תקיפה אשר תוכננה מלכתחילה".⁸⁷ מפסקי דין עולה המסקנה כי עצם השימוש באמצעי ההמתה או הבאתו לזירת הרצח אינה מספקת כדי שרכיב התכנון יתגבש. נדרש אפוא להראות הכנה מוקדמת לביצוע מעשה ההמתה, שהצריכה השקעה מסוימת מצד הרוצח.⁸⁸

בפסק הדין בעניין בנימינוב הוצגה, לכאורה, דעה אחרת. באותו מקרה הרוצח טען כי לא הביא לזירת האירוע את האקדח שבו הוא השתמש להמתת הקורבן, אלא שמצאו בתא הכפפות ברכב של הקורבן עצמו, שבו הם נסעו יחד באותה עת. טענה זו בדבר מציאת האקדח בזירה – מה שמעיד על כך שהרוצח לא

⁸⁶ עניין וואסה, לעיל ה"ש 36.

⁸⁷ עניין עודה, לעיל ה"ש 74, בפס' 25 לפסק הדין של השופט אלרון. מנגד, מעניין לציין כי בדין האמריקאי רואים בהבאת כלי ההמתה לזירה כהוכחה מובהקת לתכנון מוקדם, המספיק להרשעה ברצח מדרגה ראשונה. ראו מני רביס: *McAdoo v. United States*, 515 (2006) 412, 427 (D.C. 1986); *Wilson-Bey v. United States*, 903 A.2d 818, 846 (2006).

⁸⁸ ומנגד, בע"פ 5285/20 טחומר נ' מדינת ישראל (נבו 20.8.2023), מדובר היה בנאשם אשר פרץ לבית המנוחה דרך החלון, ניגש למטבח, חלץ את נעליו ונטל סכין, וניגש לחדר המנוחה. היא התעוררה כאשר ששמעה אותו, ולאחר מאבק ביניהם האחרון דקר אותה מספר פעמים עד מותה. זאת, בעוד בנה ישן במיטתה ורואה את מה שקורה. לאחר מכן התנהל מאבק מסוים עם שאר ילדי המנוחה, אשר בסופו נמלט הנאשם מהמקום דרך החלון. אולם, לא הוכח המניע של הנאשם לבצע את מעשה ההמתה. השופטת רונן קבעה, בפס' 31 לפסק דינה, כי "מדובר ברצח בנסיבות מחמירות במיוחד, מתוכנן מראש ומחריד". נוכח המסקנות שהוצגו לעיל, אני סבור כי מדובר בפסיקה בעייתית. וזאת מפני שייתכן, באותה המידה, כי הנאשם תכנן לשדוד את המנוחה בלבד – ולא להמיתה. בהסתמך על פסק הדין בעניין עודה, ויתר פסקי הדין דלעיל, הואיל ולא הוכח כי הנאשם פרץ לבית לשם ביצוע מעשה ההמתה, הרי שהיה מקום לקבוע כי נסיבת התכנון והשקילה הממשית איננה מתקיימת, חרף כך שאין חולק כי אכן מדובר ברצח מוזעזע. למעשה, מסקנת השופטת רונן מתכתבת יותר דווקא עם עבירת הרצח בנסיבות מחמירות לפי נסיבה מספר 7, שעניינה מעשי המתה שנעשו "באכזריות מיוחדת". הפסיקה קבעה כי כאשר מעשה ההמתה מתבצע לעיני ילדי המנוחה, הוא עשוי לעלות עד כדי אכזריות מיוחדת. לגישות השונות שהוצגו בפסיקה בנדון, ראו: ע"פ 8199/20 זיאדאת נ' מדינת ישראל (נבו 30.4.2023).

הצטייד בו מבעוד מועד – נדחתה, ונקבע כי הרוצח הצטייד באקדח מראש. בהערכתו, ציין השופט אלרון כי:

"מדובר בהכרעה עובדתית חשובה המשליכה אף על סיווג העבירה בהתאם לדין החדש: הצטיידות באקדח מלמדת על תכנון והכנה ומובילה להרשעה בעבירה של רצח בנסיבות מחמירות. לעומת זאת, מציאת האקדח בתא הכפפות של רכב המנוח, כפי שטען המערער, מלמדת לכאורה על ספונטאניות, המכוונת לבחינת עבירת הרצח הבסיסית בהקשר זה".⁸⁹

מכאן עולה כי, לכאורה, הצטיידות באקדח מספיקה כדי לקבוע שרכיב התכנון התקיים. אולם, לדעתי, זוהי פרשנות שגויה של הציטוט הנזכר לעיל. זאת, הן בשל הדעה העקבית שמציג השופט אלרון והובאה בפסקי הדין לעיל, והן מכיוון שמפסק הדין עולה שההצטיידות באקדח היא חלק מהתכנון הכללי של הרוצח לביצוע ההמתה.⁹⁰

כלל, רכישת אמצעי ההמתה מראש היא תצורה מובהקת של הכנת אמצעי ההמתה. ואכן הדבר שב ועולה פעמים רבות בפסיקה.⁹¹ כמו כן, גם הבאת אמצעי ההמתה לזירת הרצח מתוך מטרה להשתמש בו מלמדת על התכנון.⁹² פרט לכך, אפשר למנות פעולות נוספות הנכנסות תחת הקטגוריה הנוכחית. למשל, ניקוי אמצעי ההמתה והכנתו, ובייחוד כאשר זה נעשה עם כפפות כדי להימנע מטביעות אצבע;⁹³ או בדיקה מוקדמת שאמצעי ההמתה עובד בצורה תקינה.⁹⁴ חשוב להבהיר כי רכיב התכנון עשוי להתקיים גם בלי שהוכן מראש אמצעי המתה. למשל, כאשר הרצח מבוצע בידי של הרוצח בדרך של חניקה או הכאת

⁸⁹ עניין בנימינוב, לעיל ה"ש 39, בפס' 19 לפסק הדין של השופט אלרון (ההדגשה במקור).

⁹⁰ ראו בפרט שם, בפס' 21 לפסק דינו: "נוכח הצטברותן של שורת ראיות נסיבתיות, אין להתערב במסקנה לפיה המערער תכנן את רצח המנוח: המערער הצטייד מראש בנשק כאמור, והגיע עמו לפגישתו עם המנוח בלוד בבוקר הרצח; הכין נתיב מילוט לבריחה בחיפושיו אחר כרטיס טיסה יחיד לקייב, למחרת יום האירוע; ויצא מביתו בבוקר האירוע מצויד בדרכונו".

⁹¹ עניין יין, לעיל ה"ש 64, בפס' 27 לפסק הדין של השופט אלרון; עניין ג'בר, לעיל ה"ש 28, בפס' 12 לפסק הדין של השופט הנדל.

⁹² עניין זרסנאי, לעיל ה"ש 39, בפס' 19 לפסק הדין של השופט אלרון; ע"פ 511/21 פלוני נ' מדינת ישראל (נבו 22.2.2022).

⁹³ עניין וחידי, לעיל ה"ש 28, בפס' 33 לפסק הדין של השופט שטיין.

⁹⁴ עניין יין, לעיל ה"ש 64, בפס' 27 לפסק הדין של השופט אלרון.

המנוח. אך, כפי שעולה מפסקי הדין שנסקרו, אלו מקרים יחסית נדירים,⁹⁵ אך הם אפשריים ובהתאם יש לבחון אותם בזהירות המתבקשת בהיבט רכיב התכנון.

1.2 תכנון אירוע ההמתה

עתה עיסוקנו במעשי תכנון שעניינם תכנון מהותי של מעשה ההמתה. זאת אומרת: קשירת קשר מוקדם בין שני אנשים או יותר; רקימת התוכנית העבריינית בצורה מעשית, במובן של מתי ואיך הרצח יתבצע, או ניסיונות קודמים לבצעו; והכנה של זירת הרצח. אפרט על כל אחד מהם, ויוצגו גם דוגמאות קונקרטיות מפסיקת בית המשפט העליון.

אשר לקשירת קשר. בפסק הדין בעניין אבו זיינב, לפני מעשה ההמתה פנה הנאשם לאדם אחר (קטין), וכתב לו "נעשה מעשה אני ואתה, אבל אף בן אדם לא ידע". הקטין הסכים והגיע למקום המפגש המוסכם. שם, לאחר מכן, ביצעו השניים את מעשה ההמתה. הודעה זו, בשילוב יתר נסיבות העניין, הובילה לקביעה כי הנסיבה המחמירה מתקיימת שכן היא מעידה על התכנון שקדם לרצח.⁹⁶ בדומה, בפסק הדין בעניין גולובוקו, שני הנאשמים ביצעו את הרצח כחוליית חיסול בשליחות צד שלישי, מה שהעיד על כך שמדובר ברצח מתוכנן ומוזמן מראש.⁹⁷ זוהי דוגמה קלסית ומובהקת לרצח מתוכנן.

אשר לתכנון הרצח. תת־קטגוריה זו כוללת את רקימת התוכנית העבריינית, כמו גם פעולות הקשורות לכך. לדוגמה, תצפיות מוקדמות על זירת הרצח, שנעשות כחלק מההכנה המוקדמת לביצוע הרצח;⁹⁸ ניסיונות קודמים שכשלו לבצע את הרצח, מה שמעיד על כך שאין מדובר ברצח ספונטני שנתגבש בלהט הרגע; או שהנאשם התאמן לפני אירוע ההמתה על טכניקת ההמתה שבה הוא השתמש בפועל.⁹⁹ כאשר הנאשם מגיע לזירת הרצח עם ציוד שנועד לסייע לו במעשה הרצח, אפשר ללמוד מכך על התכנון המוקדם. למשל, הגעה לזירת הרצח מצויד באזיקונים או באמצעים אחרים שנועדו לקשור או לנטרל את

⁹⁵ LaFAVE, לעיל ה"ש 31, בעמ' 777; ראו בעניין זיאדאת, לעיל ה"ש 88, שבו הרוצח המית את המנוחה ככל הנראה בחניקה.

⁹⁶ עניין אבו זיינב, לעיל ה"ש 28, בפס' 50 לפסק הדין של השופט אלרון.

⁹⁷ ע"פ 498/21 גולובוקו נ' מדינת ישראל, פס' 25 לפסק הדין של השופט אלרון (נבו) 13.11.2022.

⁹⁸ ע"פ 7388/20 בן אוליאל נ' מדינת ישראל, פס' 17-18 לפסק הדין של השופט אלרון (נבו) 1.9.2022.

⁹⁹ ע"פ 7985/20 גואטה נ' מדינת ישראל, פס' 55 לפסק הדין של השופט אלרון (נבו) 29.1.2023; עניין שוויש, לעיל ה"ש 4, בפס' 41 ו-93 לפסק הדין של השופט קרא; עניין מריו, לעיל ה"ש 64, בפס' 29 לפסק הדין של השופט אלרון.

הקורבן בדרך אחרת, כדי להמיתו בקלות.¹⁰⁰ יתר על כן, תכנון הרצח עשוי להילמד גם כאשר המעשה עצמו כולל שלבים שונים ומורכבים אשר מעידים על מחשבה מוקדמת שבמסגרתה תוכנן האקט בכללותו.¹⁰¹ אשר להכנה פיזית של הזירה. במסגרת זו נכללות פעולות לשם הכנת זירת הרצח, דוגמת ניתוק מוקדם של מצלמות האבטחה בזירה כדי שהאירוע לא יתועד;¹⁰² הסתרת לוחיות הרישוי של הרכב שאיתו הגיע הרוצח לזירת הרצח;¹⁰³ כיבוי המכשיר הסלולארי (של הרוצח או של הקורבן) מראש כדי שלא יאוכן בזירה;¹⁰⁴ מחיקת ראיות מפלילות מהמכשיר דוגמת הודעות מוקדמות עם הקורבן, סייענים, או אנשים אחרים, עובר למעשה ההמתה.¹⁰⁵ הכנת הזירה עניינה גם פעולות שמטרתן הסתרת זהותו של הרוצח, כמו הגעה בפנים מוסוות לזירת הרצח, או הצטיידות בכפפות כדי לא להשאיר טביעות אצבע.¹⁰⁶ יתרה מזאת, הכנה של זירת הרצח עניינה גם בפעולות שנעשו לשם הבאת הקורבן לזירת הרצח, ואשר מעידות על תכנון מוקדם של הרצח. כך כאשר מעשיו של הנאשם לפני מעשה הרצח נועדו לגרום לקורבן להיות בזירה במועד המתאים לביצוע הרצח;¹⁰⁷ או להוביל לכך שהקורבן יוותר לבדו, כדי שניתן יהיה להמיתו בקלות.¹⁰⁸ דוגמה נוספת לתכנון אירוע ההמתה היא מקרים שבהם הנאשם נמצא

100 עניין גואטה, לעיל ה"ש 99, בפס' 55 לפסק הדין של השופט אלרון.

101 ראו שם, בפס' 55 לפסק הדין של השופט אלרון. במקרה זה הרוצח היכה את הנאשם על ראשו בעזרת חפץ, לאחר מכן כפת את ידיו מאחורי גבו באמצעות חוט חשמל שהובא במיוחד לשם כך ולבסוף חנק את המנוח למותו בחוט חשמל נוסף. נקבע כי מעשים אלה, עם יתר עובדות המקרה, מלמדים באופן מובהק על תכנון. ראו גם בע"פ 6322/20 רחאל נ' מדינת ישראל, פס' 38 לפסק הדין של השופט אלרון (נבו 18.9.2022), שבו הנאשם ניסה לרצוח את המנוחה בעבר ללא הצלחה, וביום הרצח הוא רדף אחריה, תפס אותה בכוח והסיע אותה לחורשה. שם, הרביץ לה והכה אותה בפטיש עד מותה. לאחר מכן הצית את גופתה בעזרת חומר דליק שהובא מראש וברח מהמקום.

102 עניין מריו, לעיל ה"ש 64, בפס' 29 לפסק הדין של השופט שטיין.

103 עניין וחידי, לעיל ה"ש 28, בפס' 33 לפסק הדין של השופט שטיין.

104 עניין גולובוקו, לעיל ה"ש 97, בפס' 25 לפסק הדין של השופט אלרון; עניין זיאדאת, לעיל ה"ש 88, בפס' 40 לפסק הדין של השופט אלרון.

105 ראו לדוגמה, ע"פ 3965/22 טל נ' מדינת ישראל, פס' 36 לפסק הדין של השופט אלרון (נבו 30.3.2023).

106 עניין שויש, לעיל ה"ש 4, בפס' 41 ו-93 לפסק הדין של השופט קרא; עניין גולובוקו, לעיל ה"ש 97, בפס' 25 לפסק הדין של השופט אלרון.

107 עניין אבו זיינב, לעיל ה"ש 28, בפס' 50 לפסק הדין של השופט אלרון; People v. Pensinger, 52 Cal. 3d 1210, 1237-1238 (1991); People v. Silva, 25 Cal. 4th 345, 369 (2001).

108 עניין טל, לעיל ה"ש 105, בפס' 36 לפסק הדין של השופט אלרון.

במקום מסתור עד הגעת הקורבן לזירת הרצח, או שהוא מחכה לשעת הכושר לביצוע הרצח.¹⁰⁹

1.3 הכנת הזירה לקראת הימלטות הנאשם מהדין

בקטגוריה זו נכללות פעולות שעניינן הכנת זירת הרצח לקראת הימלטות הנאשם מהדין. פעולות אלה מתייחסות להכנה מוקדמת של אמצעי בריחה או להעלמת ראיות מפלילות.

אשר לאמצעי הבריחה. במסגרת זו נמנים מעשים שמטרתם לאפשר לנאשם לברוח מזירת הרצח לאחר ביצועו. למשל, הגעה לזירת הרצח עם שני רכבים או יותר לשם בריחה מהירה מהזירה;¹¹⁰ הכנת רכב מילוט;¹¹¹ הכנה מבעוד מועד של דירת מסתור והסתייעות בסייענים; או תכנון נתיב מילוט מראש. למשל, בעניין בנימינוב טרם ביצוע מעשה ההמתה חיפש הנאשם כרטיסי טיסה למדינה זרה, ואף הגיע לזירת הרצח מצויד בדרכון שלו.¹¹² הנאשם תכנן להימלט מהארץ לאחר ביצוע הרצח, מה שמעיד על כך שהרצח היה מתוכנן ובוודאי לא ספונטני.

אשר להעלמת ראיות מפלילות. הרוצח עשוי להעלים ראיות אשר עלולות להפיל אותו בביצוע מעשה ההמתה.¹¹³ הוא יכול להחביא את גופת הקורבן; להצית את הרכב שבו השתמש ואת הבגדים אותם לבש;¹¹⁴ הוא יכול להעלים את כלי הרצח; וכדומה. כדי שאפשר יהיה ללמוד מכך על קיומו של תכנון, יש להראות כי הרוצח תכנן מבעוד מועד פעולות אלה, וזאת כחלק ממעשה ההמתה הכולל. לדוגמה, יש להראות הצטיידות מראש במעדר, או כל אמצעי מתאים אחר, כדי לקבור את הגופה במקום מסתור,¹¹⁵ או רכישה מראש של חומר ההצתה והבאתו לזירת הרצח ביודעין. הנאשם יכול גם להודות כי ביצע מעשים אלה. הדגש הוא אפוא על כך שיש להוכיח כי המעשים שנעשו לאחר הרצח תוכננו לפני שהוא בוצע. זוהי נקודה חשובה, אם רוצים להסתמך רק על מעשים אלו במסגרת רכיב התכנון, שכן במקרים מסוימים הנאשם עשוי "להתפכח" לאחר ביצוע מעשה הרצח, להבין את אשר עשה, ולהחליט להעלים ראיות מפלילות

¹⁰⁹ שם; עניין גולובוקו, לעיל ה"ש 97, בפס' 25 לפסק הדין של השופט אלרון.

¹¹⁰ עניין וחידי, לעיל ה"ש 28, בפס' 33 לפסק הדין של השופט שטיין.

¹¹¹ ע"פ 5066/16 רוזקוב נ' מדינת ישראל, פס' 68 לפסק הדין של השופט אלרון (נבו 4.9.2022).

¹¹² עניין בנימינוב, לעיל ה"ש 39, בפס' 21 לפסק הדין של השופט אלרון.

¹¹³ ראו בעניין טל, לעיל ה"ש 105, בפס' 36 לפסק הדין של השופט אלרון.

¹¹⁴ עניין גולובוקו, לעיל ה"ש 97, בפס' 25 לפסק הדין של השופט אלרון.

¹¹⁵ עניין אבו אלחסנה, לעיל ה"ש 39, בפס' 31 לפסק הדין של השופט אלרון; עניין חיים, לעיל ה"ש 37; עניין בנימינוב, לעיל ה"ש 39, בפס' 21 לפסק הדין של השופט אלרון.

מהזירה כדי שלא להיתפס. הנאשם אף עשוי לפעול בשלב הזה מתוך מודעות וקור-רוח, אך אין זה מעיד על כך שביצע את הרצח לאחר תכנון מוקדם שלו. קרי, מעשים שנעשו לשם העלמת ראיות לאחר מעשה הרצח לא מלמדים בהכרח על היות הרצח כזה שנעשה לאחר תכנון.

סיכום ביניים: כדי שרכיב התכנון יתקיים נדרש להראות כי התכנון בוצע מבעוד מועד, עובר למעשה ההמתה; כי הוא כלל שרשרת פעולות שדורשות זמן ומאמץ; ושהן נעשו מתוך מטרה לבצע את מעשה ההמתה. לא נדרש להציג תוכנית המתה סדורה, מקיפה ומעמיקה, אך גם אין להסתפק בתכנון שאיננו אלא הכנה פיזית. מבחינה מעשית, עמדתי על שלוש קטגוריות של פעולות אשר עשויות ללמד על התקיימות רכיב התכנון. ראשית, הכנת אמצעי ההמתה, והובהר כי עצם נטילת אמצעי ההמתה ואף הבאתו לזירת הרצח אינן מספיקות לשם התגבשות הרכיב; שנית, תכנון מעשה ההמתה, והוסבר שמדובר בקשירת קשר לביצוע ההמתה, רקימת התוכנית העבריינית לרבות דרך הוצאתה לפועל, והכנת זירת הרצח (במובן הרחב של כך); שלישית, הכנת הזירה לקראת הימלטות הנאשם מהדין, במובן של תכנון אמצעי הבריחה מהזירה, או העלמת ראיות מפלילות.

לאור האמור לעיל, אני סבור כי רכיב התכנון מגשים את תכליתו העיקרית, שהיא להבחין בין רצח שנעשה מתוך כוונה ספונטנית ובלהט הרגע לבין רצח מתוכנן. זאת, בפשטות, מאחר שנאשם שמבצע רצח בספונטניות לכל היותר מתכננו תוך הביצוע – וכפי שהודגם לעיל תכנון כזה לא עומד בדרישה הגלומה ברכיב התכנון. הדרישה שהוצגה מחמירה יותר, והיא דורשת להראות תכנון שהוא מעבר להכנה קצרה שמבוצעת תוך ביצוע הרצח. הפרשנות שניתנה לרכיב התכנון בפסיקה מסייעת אפוא בהבחנה בין הרצח הספונטני לרצח המתוכנן. אעבור לבחון את הרכיב השני, הוא השקילה הממשית וגיבוש החלטה להמית.

2. "הליך ממשי של שקילה וגיבוש החלטה להמית" – מהו?

הרכיב השני שמנוי בנסיבה המחמירה הוא "הליך ממשי של שקילה וגיבוש החלטה להמית". הכוונה היא שהנאשם שוקל את אפשרות ביצוע מעשה ההמתה, ומחליט לעשותו. הוא עושה זאת, כזכור, לכאורה בשום שכל, ומכאן החומרה היתרה הגלומה במעשי המתה אלה. השקילה נוגעת לעצם מעשה ההמתה – אם לעשותו ואם לאו, הגם שלא נדרש כי יהא מדובר בתהליך שקילה ממושך, ארוך וערכי. רכיב זה מלמד כי ההבחנה בין רצח ספונטני לבין זה שאיננו, תלויה לא רק בתכנון תוכנית עבריינית, אלא מספיקה גם שקילה ממשית הקודמת לרצח כדי

לצאת מגדר הספונטניות.¹¹⁶ מדובר כאמור בשני רכיבים שונים אשר מספיק כי אחד מהם יתקיים כדי שהנסיבה המחמירה תתקיים. נוסף על כך, יש לדייק ולהבהיר כי מאחר שגם במסגרת עבירת הרצח הבסיסית הנאשם מחליט להמית את הקורבן, הרי שעיקר הדרישה במסגרת הרכיב היא השקילה הממשית שקדמה לגיבוש ההחלטה להמית.

בעת פרשנות רכיב השקילה הממשית, יש להשיב על שלוש שאלות עיקריות: (א) עיתוי השקילה – קרי, מתי צריך להתבצע הליך השקילה הממשית?; (ב) מהי שקילה ממשית? – על שאלה זו אשיב בעזרת שלוש נסיבות עזר: הליך השקילה עצמו, משך הליך השקילה, ותוכן השקילה;¹¹⁷ ו- (ג) כיצד מוכיחים את התקיימות השקילה הממשית? אפרט עתה על כל אחת משאלות אלו.

2.1 עיתוי השקילה

הליך השקילה הממשית צריך להתבצע לפני שהקורבן מקפח את חייו. אך האם השקילה צריכה להתבצע לפני אירוע ההמתה בכללותו ובנפרד ממנו, או שמא היא יכולה להתבצע גם בעיצומו? הדעות בשאלה זו חלוקות. השופט אלרון, החתום על חלק הארי מפסקי הדין שעסקו בסוגיה, סבור כי על השקילה הממשית להתבצע לפני אירוע ההמתה. לדבריו, "הליך שקילה אשר מתבצע בעיצומו של מעשה הקטילה לא יבוא בשערי הנסיבה המחמירה, בשונה כאמור מהדין שקדם לרפורמה בעבירות ההמתה".¹¹⁸ יש יתרוונות ברורים בגישה זו, שכן היא מונעת ממעשי רצח שנעשו בכוונה ספונטנית מלהיכנס תחת הנסיבה המחמירה, תוך הרחקת "קו הגבול" לכניסה לגדר הנסיבה המחמירה.

עם זאת, לדעתי, הליך השקילה הממשית עשוי להתבצע גם במהלך מעשה ההמתה – במקרים שבהם המעשה מתבצע לאורך פרק זמן ממושך, במהלכו היו לנאשם הזדמנויות לחדול ממנו ולהתחרט על מעשיו. כפי שגם הוזכר בפסיקת בית המשפט העליון, העובדה שהשקילה בוצעה תוך כדי אירוע ההמתה אינה שוללת, בהכרח, את האפשרות שהתקיים הליך שקילה ממשי כפי שנדרש במסגרת הרכיב.¹¹⁹ למעשה, עניין גרנות משקף, לדעתי, אירוע המתה שכלל

¹¹⁶ עניין פרץ, לעיל ה"ש 22, בפס' 37 לפסק הדין של המשנה לנשיאה הנדל: "המחוקק בהציגו חלופה לתכנון, מבטא את התפיסה כי העבירה של רצח בנסיבה מחמירה זו אינה מחייבת תכנון מקדים או 'תוכנית פעולה' ביחס לשאלת האמצעים ולשיטת הביצוע".

¹¹⁷ עניין ז'ירנוב, לעיל ה"ש 4, בפס' 29 לפסק הדין של השופט אלרון; קרמניצר וגנאים, לעיל ה"ש 23, בעמ' 374-375.

¹¹⁸ שם, בפס' 27 לפסק הדין של השופט אלרון.

¹¹⁹ עניין פרץ, לעיל ה"ש 22, בפס' 7 לפסק הדין של המשנה לנשיאה הנדל; כן ראו ע"פ

שקילה ממשית תוך כדי ביצועו. וזו גרסתו של הנאשם: 120 אירוע ההמתה התחיל בדרישת המנוחה, בת זוגו של הנאשם, כי הוא ייתן לה את "כספו הסודי" תוך שהיא אוחזת בו ומטלטלת אותו בחוזקה. בתגובה לכך, הנאשם הלך לאחד מחדרי הבית, נטל פטיש והשתמש בו כדי להכות את המנוחה בראשה. הוא עשה זאת לכל הפחות 19 פעמים, ובעוצמה רבה. המכות התרחשו בשתי זירות שונות – בסלון הבית ובמבואה. חוות הדעת הרפואית מלמדת כי המנוחה ניסתה להתנגד ולהגן על עצמה, למרבה הצער ללא הצלחה. מעשה ההמתה המשיך. הנאשם הלך לחדר השירותים ונטל בקבוק חומצת מלח. הוא חזר לזירת האירוע ושפך את הבקבוק על הפנים של המנוחה ולתוך פיה – תוך שהוא דואג שהיא גם תבלע את החומצה הרעילה. אך גם כאן מעשה ההמתה פסק. בשלב הזה לקח הנאשם מגבת, הניח על ראשה של המנוחה, וחנק אותה. מעשה ההמתה, מתחילתו ועד סופו, נפרס על פרק זמן של כשעתיים. מדובר אפוא באירוע המתה מסועף הכולל מספר שלבים שונים ומורכבים, שבוצעו זה לאחר זה ונפרסו על פרק זמן משמעותי. לדעתי, בנסיבות אלה אפשר היה לקבוע כי הליך שקילה ממשית התקיים תוך כדי אירוע ההמתה עצמו.¹²¹

שאלה מעניינת בהקשר עיתוי השקילה, היא מה הדין כאשר חלף פרק זמן משמעותי ממועד השקילה הממשית וגיבוש ההחלטה להמית, ועד למועד ביצוע ההמתה בפועל. מחד גיסא, נראה שהדבר לא בעייתי, שכן לאחר שההחלטה מתגבשת הרי שהנאשם לא נדרש לשקול בשנית את ביצוע המעשה; ומאידך גיסא, ייתכן גם שבפער הזמנים הנאשם חזר בו מהחלטתו, כך שלבסוף בעת ביצוע מעשה הרצח הוא כן פעל מתוך כוונה ספונטנית שנתגבשה בלטה הרגע. מרחק הזמן עשוי להוביל אפוא לניתוק הקשר הסיבתי בין ההליך הממשי שבסיומו נתקבלה ההחלטה להמית, לבין ביצוע מעשה ההמתה עצמו. על כן, אני סבור כי יהיה נדרש לבחון מקרים אלה בזהירות המתבקשת. זאת ועוד. בעת בחינת עיתוי השקילה אין לבחון רק אם היא בוצעה לפני אירוע ההמתה או במהלכו – אלא גם מה שעמד ברקע השקילה והתרחש לפנייה. ודוק, ישנה חשיבות לשאלה אם הליך השקילה נעשה בעיצומו של ויכוח או

3880/17 זיאדאת נ' מדינת ישראל, פס' 32-34 לפסק הדין של השופט קרא (נבו 31.12.2019), שבו נתקיים הליך שקילה ממשית במהלך אירוע ההמתה, שכן מדובר היה באירוע המתה ארוך שכלל מספר שלבים שונים. אומנם זוהי מסקנתני בלבד, מפני שכלל לא נערך דיון בסוגיה והשופט קרא קבע בקצרה כי הנסיבה המחמירה מתקיימת.

¹²⁰ עניין גרנות, לעיל ה"ש 19, בפס' 2 לפסק הדין של השופט הגדל.

¹²¹ יובהר כי בפסק הדין לא נערך דיון מעמיק על כך, אלא השופט הגדל פנה לבחינת התקיימותה של נסיבה מחמירה אחרת. ראו בעניין זה דווקא את פסק הדין בעניין גרנות בבית המשפט המחוזי: תפ"ח (מחוזי ת"א) 15-12-57564 מדינת ישראל פרקליטות מחוז ת"א (פלילי) נ' גרנות, פס' 64 לפסק הדין של השופט גונטובניק (נבו 11.7.2019).

עימות – וזאת בלי להיכנס לשאלה אם מדובר בקנטור. וכך, לשיטת השופט אלרון:

"מהות הדברים היא כי בחירת הרוצח להמית הנעשית בלהט הרגע או בעקבות קנטור סובייקטיבי אינה מגלה בחירה מלאה או הזדהות שלמה של הרוצח עם מעשה ההמתה. יחד עם זאת, אין לשלול כי במקרה המתאים, סערת הרגשות לא תקהה במידה משמעותית את איכותו וטיבו של הליך השקילה העומד בפני עצמו ומצדיק הרשעה ברצח בנסיבות מחמירות".¹²²

דהיינו, אם ברקע הדברים עומד ויכוח, ייתכן כי מעשה ההמתה עשוי שלא לגלם הליך שקילה ממשית. השופט אלרון יישם גישה זו בפסק הדין בעניין אבו סרארי. שם, כזכור, הנאשם רצח את אחותו לאחר ויכוח שהתנהל בינה לבין אב המשפחה. נקבע כי "מדובר אפוא בהחלטה שהתקבלה באופן ספונטאני ועל רקע ויכוח סוער, ואף אלים, בין האב למנוחה".¹²³ במילים אחרות, בעקבות הוויכוח גמלה בליבו של הנאשם ההחלטה להמית את המנוחה, ולפיכך נקבע כי אין ההמתה תוצר של הליך שקול ומחושב. אם כן, לפי השופט אלרון כאשר ההחלטה להמית נעשית בעיצומו של ויכוח, היא עשויה שלא לעלות עד כדי שקילה ממשית. אולם, לטעמי, הדבר אכן אפשרי. הכול בתלוי בבחינה מהותית של כלל הנסיבות. למשל, בעניין זרסנאי דובר בקטטה שהתרחשה בבר, כשבסיומה הלך הנאשם לביתו, הצטייד בסכין, שב לבר ומיד ניגש למלאכת ההמתה. נקבע באותו המקרה כי בוצעה שקילה ממשית וההחלטה להמית נתקבלה תוך הפעלת שיקול דעת מצד הנאשם. זאת נוכח השהות הרבה שהייתה בידי לחזור בו מתוכניתו העבריינית בעת שצעד מהבר אל הבית ובחזרה.¹²⁴ כך, אומנם ברקע ההחלטה להמית עומד ויכוח, אך לאחריו בוצע הליך שקילה ממשי המוביל להתגבשות הרכיב. המסקנה לדעתי היא שיכולה להתבצע שקילה ממשית גם אם ברקע הדברים התקיים ויכוח, והכול תלוי בנסיבות העניין.

2.2. איכות השקילה

נפנה לבחון את איכות השקילה הנדרשת כדי שתהיה "שקילה ממשית". בית

¹²² עניין ז'ירנוב, לעיל ה"ש 4, בפס' 28 לפסק הדין של השופט אלרון; פרוטוקול ישיבה 472 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-20, 25 (31.10.2017).

¹²³ עניין אבו סרארי, לעיל ה"ש 74, בפס' 38 לפסק הדין של השופט אלרון.

¹²⁴ עניין זרסנאי, לעיל ה"ש 39, בפס' 19 לפסק הדין של השופט אלרון; United States v. Begay, 673 F.3d 1038, 1044 (2011).

המשפט העליון קבע כי יש להתייחס לכך שמדובר בהליך שקילה ממשי, שכן לא הרי שקילה סתם כהרי הליך ממשי של שקילה.¹²⁵ בדרך זו, השקילה הממשית שונה היא מהכוונה הספונטנית, שאיננה אלא התלכדות של היווצרות רעיון ההמתה וההחלטה הסופית לבצע את ההמתה, והיא עשויה להתרחש גם בחפיפה מלאה לביצוע מעשה ההמתה עצמו.¹²⁶ חרף האמור, לא נדרש להציג תחת רכיב השקילה הממשית הליך שקילה ממושך, איכותי ואינטנסיבי ביותר כדי שהוא יתגבש,¹²⁷ שכן זוהי דרישה מחמירה מדי. לגופם של דברים, כדי לבחון את ממשיות השקילה, יש לבחון את איכות השקילה. לשם כך אפשר למנות רשימה בלתי ממצה של נסיבות עזר: הליך השקילה; משך הליך השקילה; תוכן השקילה.¹²⁸ אפרט על שלושתם.

2.2.1. הליך השקילה

כנזכר לעיל, אין הרכיב מונה "שקילה" בלבד, אלא דורש "הליך ממשי של שקילה וגיבוש החלטה להמית". יש חשיבות לבחירת המחוקק במינוח זה, מפני שהתיבה "הליך ממשי של שקילה" שונה היא מתנאי של "שקילה" או תנאי של "הליך של שקילה".¹²⁹ המטרה בדרישה זו היא להבחין בין הרצח ככוונה ספונטנית לבין הרצח שנעשה לאחר שקילה, וכדי להימנע מחזרה אל דרישות הדין הישן. רכיב זה כולל שני שלבים: תחילה הליך ממשי של שקילה, ולאחריו גיבוש החלטה להמית. מדובר בתנאים מצטברים הדרושים שניהם לשם התגבשות רכיב השקילה הממשית.¹³⁰ ומנגד, לא נדרשת שקילה חוזרת ונשנית, ערכית

¹²⁵ עניין פרץ, לעיל ה"ש 22, בפס' 3 לפסק הדין של המשנה לנשיאה הנדל.

¹²⁶ פלר, לעיל ה"ש 6, בעמ' 557 ו-573; סנג'רו, לעיל ה"ש 5, בעמ' 333.

¹²⁷ קרמניצר וגנאים, לעיל ה"ש 23, בעמ' 375.

¹²⁸ עניין ז'ירנוב, לעיל ה"ש 4, בפס' 28 לפסק הדין של השופט אלרון.

¹²⁹ עניין גרנות, לעיל ה"ש 19, בפס' 4 לפסק הדין של המשנה לנשיאה הנדל. חברי-הכנסת עמדו על כך בדיוני הוועדה, ושאלו בין היתר "מה מוסיפה המילה 'ממשי' מאשר 'הליך של שקילה'?" [...] מה זה 'הליך ממשי'? מה היה ממשי שם? יש סיבה שכתבתם 'ממשי' – מה מוסיפה המילה 'ממשי'?" ראו פרוטוקול ישיבה 472 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-20, 24–25 (31.10.2017).

¹³⁰ עניין גרנות, לעיל ה"ש 19, בפס' 11 לפסק הדין של המשנה לנשיאה הנדל; כן ראו עניין אבו אלחסנה, לעיל ה"ש 39, בפס' 31 לפסק הדין של השופט אלרון, שבו עמד בביור על התקיימות שני תנאים אלו בבחינת התגבשות הרכיב: "פרק הזמן הממושך עליו נפרשה תוכניתו של המערער – החל מגיבושה, דרך תיאום הפגישה עם המנוח והצטיידותו במעדר ובסכין, ועד למימושה – ממחיש כי המערער פעל לאחר הליך ממשי של שקילה (שם). בחירותיו של המערער שלא לסגת מתוכניתו כאשר פגש במנוח בנקודת המפגש או בטרם

ומעמיקה. באופן ספציפי, השקילה אינה הליך רגעי – אך גם אינה ארוכה וממושכת:

”אף שאין לדרוש הליך רב-שלבי של שקילה חוזרת ונשנית או התלבטות אינטנסיבית אם לבצע את מעשה ההמתה, אכן יש טעם בכך שהשקילה לא תבליח עובר לרצח כאנקדוטה רגעית או פתאומית אלא תבוא לידי ביטוי בשלביות מסוימת של התגבשות שיקול הדעת”.¹³¹

אם כן, הרכיב צריך לשקף שלביות מסוימת – השקילה הממשית, ולאחריה גיבוש ההחלטה להמית.

2.2.2. משך הליך השקילה

כמה זמן צריך לארוך הליך השקילה כדי שהוא יהיה “ממשי”? הפסיקה הבהירה לא אחת כי:

”בהיבט זה ברי כי לא די במחשבה חולפת כהרף-עין הואיל ובכך עלול להיטשטש קו הגבול שבין הנסיבה המחמירה לבין מעשה המתה שקדמה לו “כוונה ספונטנית”, בניגוד לכוונת המחוקק. יחד עם זאת, ניכר שאין מקום לדרוש הליך שקילה הנפרס על פרק זמן ממושך”.¹³²

דהיינו, משך ההליך הוא מעבר למחשבה חולפת, אך הוא לא ממושך וארוך. נוכח זאת, עלינו לבחון את פרק הזמן שעליו נפרש הליך השקילה וגיבוש ההחלטה להמית. כאשר התוכנית לבצע את ההמתה נפרשת על פני פרק זמן ארוך, אפשר

המפגש; להצטייד מראש במעדר; ולהוסיף ולדקור את המערער 21 פעמים, מלמדות כי *גיבש החלטה להמית* את המנוח. החלטה אותה מימש” (ההדגשות נוספו); כך קבע גם המשנה לנשיאה (בדמי’) הנדל בעניין פרץ, לעיל ה”ש 22, בפס’ 6 לפסק דינו: “נראה כי לשון החוק היא ביטוי לכך שהסעיף מתייחס למקרי רצח בהם ניכרת שלביות מסוימת, במובן שביצוע ההמתה צריך לבוא לאחר תהליך שקילה ולאחר התגבשות ההחלטה. זאת להבדיל מהחלטה רגעית הנעדרת שלביות [...] לשיטתי, כדי לבסס הרשעה בסעיף זה יש להצביע על ממצאים פוזיטיביים המלמדים על התקיימות יסודות העבירה על שלביה – הליך ממשי של שקילה וקבלת החלטה” (ההדגשות במקור).

¹³¹ עניין ז'ירנוב, לעיל ה”ש 4, בפס’ 28 לפסק הדין של השופט אלרון.

¹³² שם; State v. Pirtle, 127 Wn.2d 628, 644 (1995).

להניח כי נעשה הליך ממשי של שקילה,¹³³ וזאת מפני שלאורך הזמן היו בידי הרוצח ההזדמנויות לחדול ולהימנע ממעשיו האלימים וממחשבותיו הרעות, אך הוא המשיך בשלו.¹³⁴ מבחינה זו, התמשכות הליך השקילה מלמד על מהות הדברים – שהתקיים הליך שקילה ממשי. חשוב להבהיר כי מסקנה זו אינה הכרחית, וייתכן גם כי הנאשם לא ביצע הליך ממשי של שקילה, הגם שהיה לו לכאורה הזמן הנדרש לעשות כן. יש לבחון תמיד אם משך הזמן מעיד בבירור על כך שמעשה ההמתה בוצע מתוך שיקול דעת ובקור רוח, ולאחר הליך שקילה ממשי.

לטעמי, שאלת משך השקילה רלוונטית בעיקר כאשר מדובר בפרק זמן קצר. כלומר, השאלה המעניינת בהקשר זה היא מהו פרק הזמן המינימלי הנדרש כדי שיתבצע הליך שקילה ממשית. בעניין פריץ עלתה שאלה זו, ועיקר הדיון עסק במרווח שבין מעשה המתה ספונטני למעשה המתה פרי שקילה והחלטה. עובדות המקרה הן כדלהלן: הנאשם והמנוח התווכחו על רקע נהיגתו הפרועה של הנאשם אשר הסיע ברכבו הפרטי את המנוח עם עוד כמה נוסעים. במהלך הוויכוח הנאשם אף איים עם סכין על אחת מנוסעות הרכב, וזאת לאחר שהיא סטרה בפניו והטיחה בו מילים קשות הנוגעות לנהיגתו הפרועה. בחלוף כמה שעות, התאספה הקבוצה בחניון. כפי שעולה מפסק הדין, הנאשם לא התכוון למצוא שם את המנוח באופן אישי, אלא חיפש אחר האישה שסטרה לו וגם אחר החבורה באופן כללי. בשלב מסוים המנוח יצא מרכבו, ניגש לרכב הרוצח, בעודו יושב בו, ודפק בכעס על שמשת הרכב. לאחר מכן הלך אל הצד השני של הרכב, והתרחק מהמקום יחד עם הנוסע שישב ליד הרוצח. או אז, הרוצח יצא מהרכב מצויד בסכין אותה הוא נשא דרך קבע, התקרב במהירות לעבר המנוח, ודקר אותו דקירה אחת בחזהו. המנוח ברח מהרוצח, אך הוא רדף אחריו עד שהמנוח התמוטט ומת.¹³⁵ פסק הדין עסק בעיקר בשאלה אם במהלך הזמן הקצר שחלף

¹³³ עניין אבו סרארי, לעיל ה"ש 74, בפס' 34 לפסק הדין של השופט אלרון: "במקרים מסוימים יש חשיבות לממד הזמן, שכן כאשר תכנית ההמתה נפרשת על פני זמן ממושך, ככלל, נוטה הכף לטובת קביעה כי הרוצח פעל לאחר הליך ממשי של שקילה". מנגד, ראו לעיל הטקסט בפסקה הסמוכה לה"ש 121.

¹³⁴ עניין זרסנאי, לעיל ה"ש 39, בפס' 19 לפסק הדין של השופט אלרון: "השהות הרבה שהייתה בידי המערער לחזור בו מתוכניתו, בעת שצעד מהבר אל ביתו ובחזרה לבר על מנת להצטייד בסכין לצורך מימוש תוכניתו, מצביעה על כך שהמערער קיים בינו לבין עצמו הליך ממשי של שקילה וגיבוש החלטה להמית את המנוח. אין לומר אפוא כי החלטת המערער להמית את המנוח נוצרה 'באופן ספונטני ובלהט הרגע', כלשון הצעת החוק, אלא כי זו נתקבלה תוך הפעלת שיקול דעת מצדו".

¹³⁵ עניין פריץ, לעיל ה"ש 22, בפס' 3-5 לפסק הדין של השופט (בדימו') קרא.

בין דפיקת המנוח על שמשמת רכבו של הנאשם ועד לדקירתו, ובשים לב לרקע הדברים, התבצע הליך שקילה ממשי וגיבוש החלטה להמית. השופט קרא קבע כי התקיימה שקילה ממשית. באשר למשך הזמן הדרוש לצורך התקיימות הליך ממשי של שקילה, הוסבר כי "אין לקבוע כלל נוקשה ביחס למשך הזמן הדרוש ויש לבחון כל מקרה לגופו לאור נסיבותיו הייחודיות".¹³⁶ ביישום על עובדות המקרה, נקבע שהמעשים שקדמו לאירוע ההמתה, יחד עם השהות הקצרה שחלפה בין המכות על השמשה ועד יציאת הנאשם מרכבו מצויד בסכין, מעידים על קיומה של שקילה ממשית מצידו. השופט הנדל הצטרף לדבריו, והוסיף כי:

"המחוקק לא התכוון לכלול בסעיף אך מקרים נדירים בהם הממית מתחבט בשאלה "להמית או לאו" לאורך זמן ושוקל את המעשה על כל השלכותיו ורבדיו. על כן, גם אין הכרח שהליך השקילה יתפרס על פני זמן ממושך. אדם עשוי לעבור מספר שלבים הכוללים גם שקילה ממשית בזמן קצר. הדגש בהקשר זה הוא על איכות ההחלטה. התמשכות של הליך השקילה ברמה הכמותית עשוי אמנם להעיד על איכות ההחלטה, אך זה לא מתחייב. בסופו של דבר יש לבדוק אם אכן התרחש "הליך ממשי של שקילה וגיבוש החלטה להמית". זו היא החלופה ואלו תנאיו".¹³⁷

נוכח האמור, הרי שהליך השקילה הממשית וגיבוש החלטה להמית עשויים להתבצע גם בפרק זמן קצר במיוחד – וזאת אם הדרישה המהותית מתקיימת.¹³⁸ ולהיפך, הנאשם עשוי גם שלא לבצע הליך שקילה ממשית, אף כאשר היה לו די זמן לבצעו. מסקנת הדברים היא כי יש לשים את הדגש על תוכן השקילה ומהותה, ולא על משך הזמן שעליה היא נפרשת. מכל מקום, ברי שפרק זמן כלשהו של שקילה אכן הכרחי, שכן אחרת לא תהיה ברירה אלא לקבוע שאין הרכיב מתקיים וכי מדובר ברצח שבוצע ככוונה ספונטנית ובלהט הרגע.¹³⁹

¹³⁶ שם, בפס' 29 לפסק הדין של השופט (בדימ') קרא.

¹³⁷ עניין פרץ, לעיל ה"ש 22, בפס' 7 לפסק הדין של המשנה לנשיאה הנדל.

¹³⁸ ראו גם "We have previously observed: People v. Perez, 2 Cal. 4th 1117, 1128 (1992) that premeditation can occur in a brief period of time. The true test is not the duration of time as much as it is the extent of the reflection. Thoughts may follow each other with great rapidity and cold, calculated judgment may be arrived at quickly"; People v. Thomas, 25 Cal. 2d 880, 900 (1945), LAFAVE; v. Thomas, 25 Cal. 2d 880, 900 (1945), לעיל ה"ש 31, בעמ' 810.

¹³⁹ פלר, לעיל ה"ש 6, בעמ' 580, LAFAVE; לעיל ה"ש 31, בעמ' 809-810 טוען שנדרש זמן כלשהו של שקילת הדברים מצד העבריין, וכי זמן קצר מדי עשוי לטשטש את ההבחנה

2.2.3. תוכן השקילה

ומה באשר לתוכן השקילה? מהפסיקה עולה כי לא נדרשת שקילה ערכית ממושכת כדי שהרכיב יתקיים. כך, רכיב השקילה הממושית עשוי לחול לא רק באותם מקרים נדירים, שבהם הנאשם מתחבט ארוכות בשאלה "להמית או לא" ושוקל לעומק מבחינה ערכית-מהותית את המעשה על כל השלכותיו ורבדיו.¹⁴⁰ אלה, אומנם, מקרים מובהקים המלמדים על קיומו של הליך שקילה וגיבוש החלטה להמית. אולם מספיק גם שטרם מעשה הרצח נתן הנאשם את דעתו על כך והחליט לבצע את הרצח, כדי שייקבע שהתקיימה שקילה ממשית. בעניין ז'ירנוב הדברים סוכמו בוו הלשון:

"אין מקום להרחיק ולחייב כי הליך השקילה יכלול שקילה ערכית-נורמטיבית של ההחלטה להמית אדם על השלכותיה ורבדיה, אלא המוקד הוא עצם שיקול הדעת והתגבשות הרעיון של ביצוע מעשה ההמתה".¹⁴¹

הוצגה שם גם גישת פרופ' פלר שביקש להגדיר את דרישת ה"הכנה", במסגרת עבירת הרצח בכוונה תחילה:

"[ההכנה הינה] תהליך פנימי של הכשרה עצמית של האדם, מבחינה שכלית, רגשית ותכליתית – כלומר, מבחינת כל היבטי מערכת חיי הנפש – לקראת מימוש מזימה קטלנית, המתלווה אל עצם גיבוש הרעיון לשים קץ לחיי הזולת".¹⁴²

אם כן, השקילה איננה רק שקילה ערכית-מהותית, עמוקה וארוכה אלא מספיקה שקילת רעיון ביצוע ההמתה והתגבשות ההחלטה לעשות זאת. בעת השקילה על הנאשם לעבור תהליך פנימי, שבו הוא מבצע הליך שקילה ממשי ומגבש בסיומו את החלטה להמית – וזאת הגם שלא נדרשת שקילה ערכית חוזרת ונשנית. הדגש הוא שעל השקילה ללמד כי ההחלטה להמית לא נתקבלה בספונטניות

שבין רצח מדרגה ראשונה לבין רצח מדרגה שנייה; People v. Boatman, 221 Cal. App. 4th 1253, 1265 (2013); People v. Solomon, 49 Cal. 4th 792, 813 (2010).

¹⁴⁰ עניין גרנות, לעיל ה"ש 19, בפס' 7 לפסק הדין של המשנה לנשיאה הנדל; קרמיניצר וגנאים, לעיל ה"ש 23, בעמ' 375.

¹⁴¹ עניין ז'ירנוב, לעיל ה"ש 4, בפס' 28 לפסק הדין של השופט אלוון;

¹⁴² פלר, לעיל ה"ש 6, בעמ' 697.

ובלטה הרגע, אלא שקדם לה הליך שקילה ממשי. בכך ניתן אפוא להבחין בין מעשי רצח ספונטניים, לבין כאלה הנעשים בשיקול הדעת ובדם קר ושנכנסים לגדר הרכיב.

3. הוכחת השקילה הממשית

כדי לקבוע שרכיב השקילה הממשית התגבש יש להראות כי הנאשם עבר הליך סובייקטיבי של שקילה ממשית, אשר בסיומו גיבש את החלטה להמית את המנוח. מדובר אפוא ביסוד נפשי מובהק, אשר סמוי מן העין.¹⁴³ ככלל, וכך גם בענייננו, יש להשתמש בנתונים עובדתיים-אובייקטיביים, כדי ללמוד על המסקנה המהותית שלפיה נתקיים היסוד הנפשי, ובענייננו השקילה הממשית.¹⁴⁴ אולם יש להיזהר מאובייקטיביזציה של השקילה הממשית, וערעור הבסיס הסובייקטיבי-אישי שלו.¹⁴⁵ כדי להתמודד עם חשש מעין זה, נקבע בהקשר אחר כי:

”אין בחזקה כדי לגרוע, ולו כמלוא הנימה, מן המבחן האינדיבידואלי של המחשבה הפלילית. החזקה לא נועדה אלא לתרום במידת האפשר להוכחת המחשבה הפלילית כמות שהיא, על הגדרתה המלאה.”¹⁴⁶

כלומר, השימוש בראיות האובייקטיביות אינו מוכיח קיומה של שקילה ממשית, אלא על בסיס הראיות מתגבשת המסקנה כי היסוד הנפשי התקיים.¹⁴⁷ על כן, כדי

¹⁴³ דן ביין “סיווג מחלוקות בדבר אחריות פלילית כעובדתיות או כנורמטיביות” ספר דליה דורנר 161, 180–179 (שולמית אלמוג, דורית ביניש, ויעד רותם עורכות 2009).

¹⁴⁴ ע"פ 228/01 כלב נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(5) 376, 365 (2003); ע"פ 8667/10 ניג'ם נ' מדינת ישראל, פס' 22 לפסק הדין של השופט סולברג (נבו 27.12.2012); ע"פ 419/68 מדינת ישראל נ' רפאל, פ"ד כד(2) 756, 749 (1968); ע"פ 410/85 בן שימול נ' מדינת ישראל, פ"ד מ(4) 757, פס' 6 לפסק הדין של השופט גולדברג (1986); קרן שפירא-אטינגר “יסוד עובדתי ויסוד נפשי – שתי הנחות” מגמות בפלילים – לאחר עשור לתיקון 39 477, 508–505 (אלי לדרמן, קרן שפירא-אטינגר, שי לביא עורכים 2010); United States v. Begay, 567 F.3d 540, 547 (2009); United States v. Free, 841 F.2d 321, 325 (1988).

¹⁴⁵ ראו והשוו עניין בן שימול, לעיל ה"ש 144, בפס' 7 לפסק הדין של השופט גולדברג.

¹⁴⁶ פלר, לעיל ה"ש 6, בעמ' 545; LAFAVE, לעיל ה"ש 31, בעמ' 270–272.

¹⁴⁷ ע"פ 2418/17 קויטינה נ' מדינת ישראל, פס' 16 לפסק הדין של השופט שטיין (נבו 25.10.2018); יעקב קדמי על הראיות – חלק רביעי – הדין בראי הפסיקה 1682 (מהדורה משולבת ומעודכנת 2009).

לקבוע שהתקיים הליך שקילה ממשי יש להציג ראיות אובייקטיביות המלמדות עליו. לא מספיק להראות כי לא קדמו למעשה ההמתה ספונטניות או קנטור, אלא יש להציג ממצאים פוזיטיביים המלמדים על כך שהתקיים הליך של שקילה ממשית ולאחריו גובשה ההחלטה להמית.¹⁴⁸

מבחינה מעשית, על התקיימות הרכיב אפשר ללמוד, בין היתר, מפרק הזמן הממושך עליו נפרסה תוכנית ביצוע ההמתה,¹⁴⁹ או מהשהות שהייתה בידי הנאשם לחזור בו מתוכניתו העבריינית טרם ביצועה.¹⁵⁰ גם מעשה ההמתה עצמו עשוי להעיד על נחישות הנאשם לבצעו ועל ההחלטה הברורה שקיבל לעשותו.¹⁵¹ אפשר למנות גם פעולות שנעשו עובר למעשה ההמתה אשר מלמדות על השקילה הממשית. לדוגמה, ניסיונות קודמים לבצע את מעשה ההמתה שכשלו,¹⁵² או מסכת קודמת של איומים בין הרוצח לבין המנוח.¹⁵³ גם במהלך ההמתה הרוצח עלול לחשוף את כוונתו הברורה להמית את המנוח, וזאת לפי אמירותיו. למשל בעניין מריו, הרוצח אמר תוך כדי המעשה שלוש פעמים "הורג אותך", והייתה זו אחת מהאינדיקציות שהובילו לקביעה כי הרצח נעשה לאחר הליך שקילה ממשית.¹⁵⁴

¹⁴⁸ עניין פרץ, לעיל ה"ש 22, בפס' 6 ו-8 לפסק הדין של המשנה לנשיאה הנדל: "על מנת לבסס הרשעה בסעיף זה יש להצביע על ממצאים פוזיטיביים המלמדים על התקיימות יסודות העבירה על שלביה – הליך ממשי של שקילה וקבלת החלטה. לצורך כך, לא ניתן להסתפק רק ביסוד שלילי של העדר ספונטניות או העדרו של קנטור סובייקטיבי [...] הצבעה על העדר כוונה ספונטנית, עשויה לסייע בהבחנה בין מקרה למקרה ברמה התפיסתית ולהוות חיזוק לכך שמדובר במעשה שנעשה לאחר שקילה. אלא שאין בכך כדי לפטור את המאשימה מחובתה להצביע על נסיבות המעידות על שקילה של ממש וגיבוש החלטה [...] יש להידרש לחובה להצביע על נסיבות פוזיטיביות המבססות את קיומם של תנאי הסעיף".

¹⁴⁹ עניין אבו אלחסנה, לעיל ה"ש 39, בפס' 31 לפסק הדין של השופט אלרון; וראו את הדיון על כך לעיל בסעיף 2.2.2.

¹⁵⁰ עניין זרסנאי, לעיל ה"ש 39, בפס' 19 לפסק הדין של השופט אלרון.

¹⁵¹ עניין גואטה, לעיל ה"ש 99, בפס' 55 לפסק הדין של השופט אלרון.

¹⁵² יצוין כי הדבר עשוי ללמד גם על התקיימות רכיב התכנון.

¹⁵³ עניין רחאל, לעיל ה"ש 101, בפס' 38 לפסק הדין של השופט אלרון; ע"פ 599/19 דט'אשוילי נ' מדינת ישראל, פס' 40-41 לפסק הדין של השופט אלרון (נבו 2.10.2022). ומנגד, השופט אלרון קבע גם כי מסכת איומים מוקדמת אינה מלמדת, בהכרח, על שקילה ממשית, אלא היא יכולה להעיד גם על מערכת יחסית עכורה שעמדה ברקע ההתפרצות של הנאשם בלבד. ראו: עניין אבו סרארי, לעיל ה"ש 74, בפס' 38 לפסק הדין של השופט אלרון.

¹⁵⁴ עניין מריו, לעיל ה"ש 64, בפס' 35 לפסק הדין של השופט אלרון. יצוין כי נקבע בעניין זה שהנסיבה המחמירה מתקיימת על שני רכיביה.

גם האופן שבו בוצעה ההמתה עשוי להצטרף לנסיבות שמלמדות על שקילה ממשית. בעניין ותד מעשה ההמתה כלל שלושה שלבי חניקה שונים, והשופט אלרון קבע כי "[ד]רך ההמתה שבה נקט המערער, כשלעצמה, מקשה עד מאוד לקבל טענה כי מדובר היה במעשה ספונטאני".¹⁵⁵ בעניין ז'ירנוב הפנה השופט אלרון לדברים הללו, וקבע בשנית כי:

"פעולת ההמתה הממושכת, והיותה מתפתחת בכמה שלבים, תורמת אף היא לבחינת הלך מחשבתו של המערער בביצוע הרצח, כאשר היא מצטרפת ליתר נסיבות ביצוע העבירה אשר תוארו לעיל".¹⁵⁶

יתרה מזו, הפסיקה קבעה גם כי התנהלות הנאשם לאחר ביצוע ההמתה עשויה לחזק את המסקנה שלפיה התקיימה שקילה ממשית טרם הביצוע.¹⁵⁷ בשל כך, האופן שבו הרוצח התנהל לאחר השלמת חלקו ביסוד העובדתי של העבירה עשוי ללמד על היסוד הנפשי שנלווה למעשיו בעת ביצוע העבירה – אם נתקיימה שקילה ממשית עובר לביצועה.¹⁵⁸ בין היתר נבחן בפסיקה אם הנאשם העניק סיוע לקורבן, בעוד הוא בחיים ומתחנן לעזרה; אם הנאשם פעל לשם הסתרת ראיות מפליליות והסווה את מעשיו; אם הוא קרא לעזרה, ופנה למשטרה או לשירותי הבריאות;¹⁵⁹ ואף אם הוא התנהג באופן רגיל לאחר מכן,¹⁶⁰ ובקור רוח.¹⁶¹ לדעתי יש להיזהר מלהסתמך באופן בלעדי על מעשים המאוחרים

¹⁵⁵ ע"פ 3992/22 ותד נ' מדינת ישראל, פס' 45 לפסק הדין של השופט אלרון (נבו 7.5.2023).

¹⁵⁶ עניין ז'ירנוב, לעיל ה"ש 4, בפס' 36 לפסק הדין של השופט אלרון. ראו גם: People v. Potts, 6 Cal. 5th 1012, 1028 (2019): "The manner of the killings also supports a finding of premeditation and deliberation. The attack—involving multiple weapons, numerous stabs and slashes, and, apparently, a knife-sharpening interlude—was undoubtedly 'prolonged'".

¹⁵⁷ עניין פרוץ, לעיל ה"ש 22, בפס' 30 לפסק הדין של השופט (בדימ') קרא; People v. Morales, 10 Cal. 5th 76, 92 (2020).

¹⁵⁸ עניין ז'ירנוב, לעיל ה"ש 4, בפס' 36 לפסק הדין של השופט אלרון; ענין וואסה, לעיל ה"ש 36, בפס' 14 לפסק הדין של השופט אלרון: "התנהגות נאשם לאחר מעשה עשויה, במקרים המתאימים, לשפוך אור במידת מה על היסוד הנפשי בקרבו בעת ביצוע מעשה העבירה עצמו".

¹⁵⁹ דוגמאות אלה ואחרות הוזכרו בעניין מריו, לעיל ה"ש 64, בפס' 35 לפסק הדין של השופט אלרון, ובפסקי דין נוספים.

¹⁶⁰ עניין ז'ירנוב, לעיל ה"ש 4, בפס' 36 לפסק הדין של השופט אלרון.

¹⁶¹ עניין בנימינוב לעיל ה"ש 39, בפס' 21 לפסק הדין של השופט אלרון.

לאירוע ההמתה כדי ללמוד שנתקיימה שקילה ממשית, שכן תגובת הנאשם לאחר אירוע ההמתה עשויה לנבוע מגורמים רבים שאינם בהכרח שקילה מוקדמת. כך, למשל, הנאשם עשוי להבין לאחר מעשה את אשר עשה – ביצע רצח באופן ספונטני – והוא פועל עתה כדי להעלים ראיות ולהגן על עצמו מפני העמדה לדין. הוא עושה זאת אפוא מתוך שיקול דעת, שנתגבש לאחר שמעשה ההמתה בוצע, וברי כי אין בכך כדי ללמד על התקיימות רכיב השקילה הממשית.¹⁶²

לכן, יש לבחון מקרים אלה בזהירות רבה ואולי אף להימנע מלקבוע רק על בסיס מעשים המאוחרים להמתה כי נתקיימה שקילה ממשית לפני ביצועה. בה בעת, התנהגות המאוחרת למעשה ההמתה יכולה בוודאי להצטרף ליתר הנסיבות המלמדות על הלך רוחו ומחשבתו של הנאשם עובר למעשה.¹⁶³ זאת ועוד, חשוב גם להבהיר מה לא מוכיח קיומה של שקילה ממשית: עוצמת ההמתה (קרי הברוטליות שלה). רכיב ההחלטה להמית, שנמנה בעבירת הרצח בכוונה תחילה, יכול היה להתגבש רק על סמך עוצמת ההמתה. ובפרט, שתי דקירות בלבד של המנוח על ידי הרוצח הספיקו לשם כך. בדין החדש, לעומת זאת, עוצמת ההמתה לבדה לא מספיקה כדי להעיד על קיומו של הליך ממשי של שקילה שלאחריו נתגבשה החלטה להמית, כמו גם על תכנון מוקדם.¹⁶⁴ לטעמי זוהי קביעה חשובה, שכן היא מסייעת בקידום תכלית התיקון, ובפרט היא מאפשרת "להוציא" מתחולת הנסיבה המחמירה מקרים של רצח שנעשה בכוונה ספונטנית – שבוודאי יכול להתבצע על ידי שתי דקירות, או בעוצמה גבוהה מסוג אחר. רכיב השקילה הממשית דורש אפוא להוכיח כי הנאשם שקל את עצם ביצוע מעשה ההמתה, ולכן, ככלל, מעשה ההמתה עצמו לא מספיק לשם קביעה כי הרכיב התקיים. אציג דוגמאות מהפסיקה. בעניין עודה הנאשם רצח את המנוח בירייה בראש שנעשתה מטווח קצר, ונקבע כי לא הוכחה שקילה ממשית.¹⁶⁵ בעניין שפק ובעניין אבו סרארי, מעשי ההמתה כללו 15 דקירות סכין מצד הנאשמים לאזורים רגישים בגוף המנוחות, ובשני המקרים הנאשמים

¹⁶² LaFAVE, לעיל ה"ש 31, בעמוד 813.

¹⁶³ ראו בדומה את הדיון לעיל תחת רכיב התכנון, בטקסט הסמוך לה"ש 113 עד לסיכום ביניים.

¹⁶⁴ גישה זו הוצגה גם בדין האמריקאי בסוגיה. People v. Anderson, 70 Cal. 2d 15, 24 (1968): "It is well established that the brutality of a killing cannot in itself support a finding that the killer acted with premeditation and deliberation" (ההדגשות נוספו); People v. Oros, 320 Mich. App. 146, 157 (2017); Austin v United States, 382 F.2d 129; 127 U.S. App DC 180, 190 (1967).

¹⁶⁵ עניין עודה, לעיל ה"ש 74, בפס' 25 לפסק הדין של השופט אלרון.

הורשעו בעבירת הרצח הבסיסית.¹⁶⁶ על כן, עוצמת אירוע ההמתה, ובכלל זה מעשה המתה שבוצע על ידי מספר רב של דקירות, לא מלמדת, כשלעצמה, על התקיימות רכיב השקילה הממשית. לאחרונה בעניין ז'ירנוב הבהיר זאת השופט אלרון באופן חד-משמעי, וקבע כי:

”אף שלא די באופן הדקירה ועיתויה כשלעצמם כדי ללמד על הליך ממשי של שקילה, רכיבים אלו תורמים את חלקם למכלול הנסיבות המצביע כי מדובר ברצח מחושב ושקול.”¹⁶⁷

כלומר, עוצמת ההמתה יכולה להצטרף למכלול הראיות, אך אין בה לבדה כדי להעיד שמדובר ברצח מחושב ושקול.¹⁶⁸

סיכום ביניים: רכיב השקילה הממשית בוחן אם הנאשם שקל אם לבצע את מעשה ההמתה ואם לאו, ולאחר שהרהר בדבר גיבש את ההחלטה לבצעו. באשר לעיתוי השקילה, על דרך הכלל השקילה הממשית צריכה להתבצע לפני ובנפרד מאירוע ההמתה. היא יכולה במקרים מסוימים להתבצע גם במהלכו, אך ורק במקרים שבהם המעשה מתבצע לאורך פרק זמן ממושך והיו לנאשם הזדמנויות לחדול ממנו ולהתחרט על מעשיו. כמו כן, יש לבחון אם השקילה בוצעה בשל ויכוח ובלהט הרגע, או ביישוב הדעת ובקור רוח. ייתכן שזה ישפיע על המסקנה לעניין התגבשות הרכיב. באשר לאיכות השקילה, הליך השקילה כולל שני

¹⁶⁶ עניין אבו סרארי, לעיל ה"ש 74, בפס' 39 לפסק הדין של השופט אלרון: "אין כעת מחלוקת כי בעת שהמערער דקר את המנוחה הוא התכוון לגרום למותה. הקושי בטענת המשיבה הוא בשלב שקדם לכך, שכן אין בעוצמת הדקירות, כשלעצמה, כדי ללמד בהכרח על כך שהמעשה נעשה לאחר הליך ממשי של שקילה, כפי שמורה הסעיף. אומנם קור רוח של מבצע העבירה יכול לשמש במקרים מסוימים כאינדיקציה לכך שמעשה ההמתה אינו תוצר של התפרצות ספונטאנית, אולם נסיבות שלפנינו אין בכוחן לבסס קביעה כי מעשיו של המערער נכנסים לגדרי הנסיבה המחמירה האמורה" (ההדגשה במקור). ראו התייחסות לכך בע"פ 4019/23 אבו סרארי נ' מדינת ישראל, פס' 6 לפסק הדין של השופט אלרון (נבו 12.5.2024); ובעניין שפק, לעיל ה"ש 36. אולם, במקרים מסוימים בית המשפט התייחס להיקף הדקירות כנסיבה נוספת המחזקת את המסקנה בדבר תכנון מוקדם או שקילה ממשית – אף על פי שזה עתה צוין כי הדקירות (עוצמת ההמתה), אינם מספיקים לבדם כדי לקבוע שהרכיב מתקיים. ראו, למשל, בעניין מריו, לעיל ה"ש 64, בפס' 29 לפסק הדין של השופט אלרון.

¹⁶⁷ עניין ז'ירנוב, לעיל ה"ש 4, בפס' 35 לפסק הדין של השופט אלרון.

¹⁶⁸ עניין מריו, לעיל ה"ש 64, בפס' 29 לפסק הדין של השופט אלרון. עם זאת יובהר, כפי שצוין לעיל, כי השקילה הממשית יכולה להילמד מאירוע ההמתה כאשר הוא כולל מספר שלבים ונפרס לאורך זמן. כעת עיסוקנו בעוצמת ההמתה כשלעצמה – והדברים שונים אפוא.

שלבים – שקילה ממשית ולאחריה גיבוש החלטה להמית. הליך זה יכול להתבצע גם בפרק זמן קצר יחסית, שכן הדגש נסב על איכות השקילה ולא על משך התרחשותה. מבחינת תוכן השקילה, אין מדובר בשקילה ערכית-מהותית, הכוללת שקילה חוזרת ונשנית של מהות המעשה, אלא בהחלטה שנתקבלה ביישוב הדעת ושהוקדשה לה מחשבה מוקדמת. באשר להוכחת השקילה הממשית, נדרש להציג ראיות פוזיטיביות משמעותיות כדי ללמוד על השקילה הממשית, ואין להסתפק בהוכחת היעדר ספונטניות או היעדר קנטור מוקדם. בהקשר זה מושם הדגש על האירועים שקדמו למעשה ההמתה, אך עשויה להיות נפקות למה שארע בהליך ההמתה עצמו ולעיתים גם לאחר מעשה ההמתה. בהקשר זה נקבע כי עוצמת ההמתה, דוגמת דקירות חוזרות ונשנות של הנאשם את המנוח, אינה מלמדת על התגבשות השקילה הממשית, אם כי היא יכולה להצטרף ליתר הנסיבות המלמדות על כך.

ז. סיכום

במאמר זה ביקשתי לבחון מהו מעשה המתה שבוצע "לאחר תכנון או לאחר הליך ממשי של שקילה וגיבוש החלטה להמית". זאת, תוך ניתוח ביקורתי של פסקי דין שניתנו בבית המשפט העליון ועסקו בסוגיה, ותוך השוואה בין פרשנות הדין החדש לבין זו של הדין הישן.

ברקע הדברים מצויה עבירת הרצח בכוונה תחילה, אשר יסודותיה הורחבו יותר ויותר על ידי הפסיקה. כך, מבחינה מעשית הדרישה במסגרת העבירה הייתה מינימלית עד כדי כך שהיא רוקנה מתוכן במונח זה שגם מעשי המתה שבוצעו בכוונה ספונטנית נכללו בגדרה. בתגובה לאמור באה לעולם הנסיבה המחמירה שבה עסקתי, והיא המחליפה הרעיונית של עבירת הרצח בכוונה תחילה – תוך צמצום היקפה כך שמעשי המתה ספונטניים לא יכללו בה, אלא תחת עבירת הרצח הבסיסית.

הבחנה זו חשובה בשל הטעמים שעומדים ביסוד הנסיבה המחמירה, ומשקפים את חומרתה היתירה. בראש ובראשונה עומדת האשמה המוסרית הגדולה יותר של מבצע רצח לאחר תכנון או לאחר שקילה ממשית. האשמה המוסרית שדבקה בנאשם זה גבוהה, בעיקר מפני שהייתה לו האפשרות לשקול את עצם ביצוע מעשה ההמתה או להימנע ממנו, והוא בחר לבצע את המעשה תוך התגברות על עכבות מוסריות.

שיקולי המדיניות עמדו ברקע בחינת הפרשנות שניתנה לדין החדש בפסיקה. הדיון בעניין זה נחלק לשלושה חלקים:

ראשית, נערך דיון בשאלה אם האדיש יכול לבצע רצח מתוכנן או שקול, וטענתי כי התשובה לכך שלילית. זאת מאחר שמבחינה מעשית האדיש, שמצוי

בשוויון נפש בנוגע לאפשרות גרימת התוצאה – המתת אדם, לא מקיים את הדרישות במסגרת רכיבי הנסיבה. כמו כן האשמה המוסרית שדבקה בו פחותה מזו של הרוצח המתוכנן והשקול אשר בחר בצורה אקטיבית ומעשית לבצע את מעשה ההמתה.

שנית, עסקתי בשאלה מהו "תכנון". עמדתי על כך שעל התכנון להתבצע לפני מעשה ההמתה, וכדי שיתגבש יש להראות שרשרת פעולות שדורשות זמן ומאמץ, שנעשו לשם ביצוע מעשה ההמתה. אומנם לא נדרשת תוכנית המתה סדורה, מקיפה ומעמיקה, אך גם אין להסתפק בהכנה פיזית צרה כפי שהיה בדין הישן כחלק מרכיב ההכנה. עוד טענתי כי אפשר לחלק את פעולות התכנון לשלוש קטגוריות עיקריות: הכנת אמצעי ההמתה; תכנון מעשה ההמתה; והכנת הזירה לקראת הימלטות הנאשם מהדין.

שלישית, ביררתי מהו "הליך ממשי של שקילה וגיבוש החלטה להמית". עמדתי על כך שיש לבחון אם הנאשם שקל לבצע את מעשה ההמתה ואם לאו, ולבסוף החליט לבצעו. עוד טענתי כי על השקילה להתבצע עובר למעשה ההמתה, אך היא עשויה גם להתגבש בעיצומו של האירוע הקטלני; כי מבחינת איכות השקילה יש להראות שנתקיימה שלביות, במובן של בשלב הראשון התקיים הליך ממשי של שקילה, אשר הוביל לשלב השני והוא גיבוש החלטה להמית; כי השקילה יכולה להתבצע גם במשך פרק זמן קצר יחסית, שעה שאין זה העיקר בבחינת ממשיכות הליך השקילה; וכי מבחינת תוכן השקילה, לא נדרשת שקילה ערכית-מהותית אינטנסיבית, אלא מספיק להראות שהחלטה נתקבלה ביישוב הדעת ולאחר מחשבה מוקדמת. באשר להוכחת השקילה הממשית, צוין כי יש להציג ראיות פוזיטיביות משמעותיות, שעיקריהן נסב על שארע טרם מעשה ההמתה, אך גם מעשים שבוצעו במהלך האירוע ואף לאחריו עשויים לסייע בקביעה כי התקיים הליך שקילה ממשית.