

על היסוד של היעדר קנטור בהגדרת ה"כוונה תחילה" בעקבות דנ"פ 1042/04 ביטון נ' מדינת ישראל

מרדכי קרמניצר, ליאת לבנון*

- א. הדין הנוסף: העובדות וההלכה
- ב. מבנה המאמר
- ג. הממד האובייקטיבי של יסוד הקנטור: המהלך בפסק הדין והערכתו
 1. השאלות שהועמדו לדין
 2. הממד האובייקטיבי: מובנים אפשריים
 3. מובנו ומיקומו של הממד האובייקטיבי: הפרשנות הרצויה על פי פסק הדין
 4. מובנו ומיקומו של הממד האובייקטיבי: הפרשנות המאומצת בפסק הדין והערכתה
 - 4.1 לשון החוק והיחס בינה לבין תכלית החוק: הפגיעה בעקרון החוקיות
 - 4.2 תכלית החוק על פי פסק הדין: דיון והערכה
 - 4.2.1 הצבת התכליות
 - 4.2.2 התכליות הדוחפות לעבר העדפת אמת מידה גבוהה
 - 4.3 דיון אלטרנטיבי בתכלית
 - 4.3.1 היעדר קנטור: סקירה היסטורית
 - 4.3.2 תפיסות שונות של קנטור: תיאור כללי
 - 4.3.3 תכליתה של דוקטרינת הקנטור בחוק הישראלי
 - 4.4 הערכת פרשת ביטון לאור התכלית המוצעת
 5. אפיונה של אמת המידה הגבוהה בפסק הדין
- ד. הממד הסובייקטיבי של יסוד הקנטור: אפיונים אפשריים והאפיון בפרשת ביטון
- ה. במקום סיכום: קווים כלליים לעיצוב הדין הראוי

* פרופסור קרמניצר, סגן נשיא לחקר הדמוקרטיה במכון הישראלי לדמוקרטיה, מרצה בפקולטה למשפטים של האוניברסיטה העברית ירושלים ומופקד על הקתדרה על שם Bruce W. Wayne למשפט בין-לאומי.
דר' לבנון, אוניברסיטת ציריך וחברה במכון הישראלי לדמוקרטיה.

בדיון הנוסף בפרשת **ביטון**¹ בחן בית המשפט העליון מחדש את ההלכה הנוהגת בדבר מהות היסוד של היעדר קנטור בעברת הרצח. למרות חוסר שביעות הרצון שהביע בית המשפט בנוגע להלכה זו, הוא בחר להותירה על כנה בבחינת רעה במיעוטה. ברשימה זו לא נבקש לחלוק על תוצאת פסק הדין. אנו מסכימים לעמדה שלפיה לא היה מקום להפוך את ההלכה בנוגע ליסוד של היעדר קנטור. זאת, בעיקר על רקע הצורך ברפורמה מקיפה בדיני ההמתה. לעומת זאת, נבקש לחלוק על הניתוח שמציע בית המשפט בנוגע לפגמים בהלכה הנוהגת, בנוגע לאופן שבו משתלב היסוד של היעדר קנטור בדיני ההמתה ובנוגע לטיבה של הרפורמה הנחוצה.

א. הדיון הנוסף: העובדות וההלכה

את העובדות בפרשת **ביטון** תיאר הנשיא ברק (כתוארו אז) כך:

"בשנתיים שקדמו לאירוע נשוא העתירה, נהג העותר להתרועע עם אלי בניסטי (להלן – המנוח), בדירתו של המנוח. הם נהגו לעשן סמים. העותר נהג לרכוש סמים מהמנוח [...] בבוקרו של יום האירוע (3.2.2000) הגיע העותר לבית המנוח [...] בין העותר למנוח פרץ ויכוח בעניין חובו של העותר למנוח. לאחר מכן תקף המנוח את העותר בראשו. העותר שטף את פניו, התאושש מהמכה, והשניים החלו להשתמש בסמים. רק לאחר זמן מה [...] התחדש הויכוח בנושא חובו של העותר למנוח. במהלך הויכוח אמר המנוח לעותר שיבוא לבית הוריו ויעשה להם את המוות'. בתגובה לדברים אלה, תקף העותר את המנוח בזנב תרמיל פגז מרגמה עשוי מתכת [...] העותר הכה את המנוח מכות נמרצות בראשו וכן בחלקים אחרים בגופו. מכות אלו הביאו למותו של המנוח"².

העותר הורשע ברצח בבית המשפט המחוזי, וערעורו לבית המשפט העליון נדחה.³ הבסיס להרשעה היה קיומה של כוונה תחילה, ובכלל זה היעדרה של התגרות בתכוף למעשה (היעדר קנטור). על פי ההלכה שהועמדה להערכה מחודשת בדיון הנוסף כולל היסוד של היעדר קנטור שני ממדים: ממד סובייקטיבי, קרי הלך נפש אקטואלי של רתחת דם שבו היה שרוי העושה בעת הביצוע, וממד אובייקטיבי, קרי אפיון חיצוני לעושה, אשר מהווה את התשתית לנכונות של מערכת המשפט להתחשב בו. הממד האובייקטיבי הוא צר ודווקני: רק נגזרת צרה של התגרויות חמורות במיוחד, אשר

¹ דנ"פ 1042/04 **ביטון נ' מדינת ישראל**, תק-על 406 (4) 2221 (2006) (להלן: פרשת **ביטון**).

² שם, פס' 1 לפסק דינו של הנשיא ברק.

³ ע"פ 2325/02 **ביטון נ' מדינת ישראל**, פ"ד נח(2) 448 (2004) (להלן: ערעור **ביטון**).

נתפסות מבחינה נורמטיבית ככאלה שעשויות להסביר את תגובת העושה, עונה על התביעה האובייקטיבית. ערכאת הערעור קבעה כי המערער אכן פעל בדם חם, אולם ההתגרות שהביאה אותו לידי כך אינה עונה על התביעה האובייקטיבית: במכה שהכה המנוח את המערער לא היה כדי לעורר את חמתו של המערער ולהביאו להמית, ובכל מקרה, פסק הזמן שבינה לבין אירוע ההמתה הותיר בידי המערער זמן להתקרר ברוחו ולרכוש שליטה עצמית מחודשת;⁴ אשר לאיום שהושמע בנוגע להוריו של המערער (איום שהושמע על רקע המכה שקדמה לו, ולפי טענת המערער – גם על רקע של איומים קודמים על הוריו וסחיטת כספים מהם על ידי המנוח). בית המשפט קיבל את עמדת הערכאה הדיונית שלפיה אין בו כדי להביא את האדם מן היישוב לאבד שליטה עצמית ולהמית;⁵ ואשר לדרישה להשבת החוב, על רקע כל שקדם לה – גם היא לא הגיעה כדי קנטור, ואף אם ניתן לראות בה משום קנטור, הרי תגובת העותר לא עמדה ביחס סביר למידת ההתגרות.⁶ הדיון הנוסף עסק בשאלה אם בקביעת התקיימותו של רכיב היעדר הקנטור יש מקום להיזקק גם למבחן אובייקטיבי דווקא כאמור.

בפסק דינו מנתח הנשיא ברק את היסוד של העדר קנטור כפי שהוא משתלב בהגדרת היסודות של עבירת הרצח (ובמסגרת של עבירות ההמתה בכללותן). הנשיא ברק מציין כי יסוד הכוונה תחילה הוא שמאפיין את עבירת הרצח בחלופה הרלבנטית; כי כוונה תחילה מורכבת, לפי התפישה המקובלת, משלושה יסודות: הכנה, החלטה והיעדר קנטור; יסוד החלטה להמית פורש בפסיקה כיסוד של כוונה להרוג, והיסוד של הכנה פורש כיסוד פיזי טהור, אף שתכליתו "לשלול את אופייה הספונטני של הכוונה [...] להצביע על כוונת קטילה שבאה מתוך שיקול ויישוב הדעת".⁷ על רקע שחיקתם של שני היסודות הללו – החלטה והכנה – כיסודות המאפיינים הלך נפש של כוונה תחילה, מציין הנשיא ברק כי "עיקר המעמסה' להבחנה בין כוונה 'רגילה' (או כוונה 'סתם') לבין כוונה 'תחילה' מוטל על שכמו של יסוד 'היעדר ההתגרות'.⁸ לאחר דיון ביסוד זה מגיע הנשיא ברק למסקנה כי יש להותיר את ההלכה הנוהגת על כנה, קרי לפרש את היסוד של היעדר התגרות בהגדרת הכוונה-תחילה ככולל מבחן אובייקטיבי דווקא. במקביל לכך הוא קרא לשינוי חקיקתי אשר יאפשר התחשבות בממד האובייקטיבי – במסגרת אחרת, מחוץ להגדרת הכוונה-תחילה.

4 שם, בעמ' 462.

5 שם, בעמ' 461.

6 שם.

7 פרשת **ביטון**, לעיל ה"ש 1, פס' 18 לפסק דינו של הנשיא ברק.

8 שם, פס' 20 לפסק דינו של הנשיא ברק.

ב. מבנה המאמר

המאמר יפתח בדיון בהלכה שהועמדה לדיון ועוגנה בפרשת **ביטון**⁹ בנוגע לממד האובייקטיבי של היעדר קנטור. נבקש להראות כי ההלכה אינה עולה בקנה אחד עם לשון החוק ואינה עומדת בקנה המידה הפרשני הקבוע בסעיף 34כא לחוק העונשין, התשל"ז–1977 (להלן: "חוק העונשין"). בנוסף, ובניגוד לעולה מפסק הדין, ההלכה אף אינה עולה בקנה אחד עם תכליותיה של דוקטרינת הקנטור. לדעתנו, יסוד הקנטור בדיון הישראלי הוא בעיקרו יסוד השולל קיומה של כוונה תחילה. בהתאם, הפרשנות הראויה של דין הקנטור בהקשר הישראלי צריכה לקבוע רף התגרות נמוך יחסית.

לאחר מכן נדון בקצרה בממד הסובייקטיבי של דוקטרינת הקנטור בדיון המצוי. נטען כי הן לשונו של הדין והן תכליותיו מכוונות לעבר צמצום של ממד האפקט ושימת הדגש על הממד הקוגניטיבי של היעדר שקילה.

חלקו האחרון של המאמר יוקדש לדין הראוי. אנו מסכימים עם קביעתו של הנשיא ברק כי החקיקה הקיימת היא לקויה ומעוררת קשיים רבים. בדומה לנשיא ברק, גם אנו סבורים שיש מקום לשיבוץ מבחן אובייקטיבי קפדני יחסית של קנטור במסגרת עברות ההמתה, אם כי איננו סבורים שיש לקיימו יש מאין, ואיננו שותפים באופן מלא לדעתו של הנשיא ברק בנוגע למהותו של הקנטור ולמידת האחריות שיש להטיל על מי שקונטר.

ג. הממד האובייקטיבי של יסוד הקנטור: המהלך בפסק הדין והערכתו**1. השאלות שהועמדו לדיון**

עיקרו של פסק הדין הוא בדיון על הממד האובייקטיבי של דוקטרינת הקנטור. הקנטור כולל מעצם הגדרתו ממד אובייקטיבי, הוא ממד ההתגרות. כדברי הנשיא ברק: "נמצא, אפוא, כי יסוד ה'התגרות' או ('העדר התגרות') מכניס להגדרה של 'כוונה תחילה' יסוד אובייקטיבי. לא מחשבתו של הממית היא הקובעת אם התקיימת התגרות, אלא תפיסתה של שיטת המשפט את המושג 'התגרות' היא הקובעת".¹⁰ על רקע זה נשאלות השאלות הבאות, שבהן עוסק פסק הדין: האחת, כיצד יש לפרש את יסוד ההתגרות בביטוי "מבלי שקדמה התגרות בתכוף למעשה" שבסעיף 301 לחוק העונשין? והשנייה, הכרוכה בראשונה – האם ניתן לנטוע לפחות חלק מן הרכיבים האובייקטיביים שהוטמעו עד היום במסגרת דוקטרינת הקנטור במסגרתה של דוקטרינה אחרת, פסיקתית, הממוקמת מחוץ להגדרת היסוד של "כוונה תחילה"?

⁹ שם.

¹⁰ שם, פס' 45 לפסק דינו של הנשיא ברק.

2. הממד האובייקטיבי: מובנים אפשריים

מבחינה דוקטרינרית, המובנים האפשריים של הממד האובייקטיבי של קנטור מצויים על רצף של התנהגויות: התנהגות שאין בה דופי, אך למרות זאת יש בה כדי להוציא אדם משווי משקלו, דוגמת אב שיוצא מכליו כאשר הוא רואה את בנו נדרס, באשמתו של הבן ומבלי שבמעשהו של הנהג היה כל דופי; התנהגות "מקנטרת" או "מתגרה", במובן המילולי של מושגים אלה, כלומר בעלת אפיון שלילי מינימלי – התנהגות שהיא "בלתי צודקת, מפתיעה, פוגעת, מעליבה או מרגיזה"¹¹; וכאופציה – התנהגות שהיא גם בלתי חוקית (ואפילו פלילית) – אפשרות שהעלה פרופ' פלר, המתייחס להתנהגות "בלתי צודקת, פוגעת מבחינה פיזית או מוראלית, ואולי אף התנהגות בניגוד לדין"¹²; התגרות קשה במובן המקובל על כל אדם כמעט, דוגמת תקיפה פיזית, איום בתקיפה פיזית, התגרות גזענית חמורה או שלילת צלם האדם באופן אחר, לעג לחולשה או למום של אדם, פגיעה באנשים היקרים ללב, לעג קשה לילדיו – קנה מידה שהוא אמפירי באופן דומיננטי, אך מערב גם מידה מסוימת של שיפוט ערכי; ולבסוף – אפשר שניתן לקבוע גם קנה מידה ערכי קפדני, כלומר התגרות שמבחינה מוסרית מן הראוי לראות בה התגרות הטעונה תגובה כלשהי, אף אם לא תגובה אלימה (אם כי ספק אם יהיו מקרים שייחשבו להתגרויות תחת אמת מידה כזו, כפי שעולה גם מן הפסיקה הישראלית – ועל כך בהמשך).

המובן המתאים לדין הישראלי ייבחר תוך התחשבות בראש ובראשונה במילות החוק, וכן בסביבה החקיקתית וברציונל המדויק שבבסיס האחריות על פי דוקטרינת הקנטור הישראלית. נקודת המוצא לדיון היא שהקנטור בדין הישראלי אינו יכול להתייחס להתנהגות שאין בה דופי. זאת, הן בהתחשב במילות החוק (הביטוי "התגרות", הנתפס בדרך כלל כבעל מטען שלילי) והן בהתחשב בכך שהממית בעקבות קנטור אינו נושא באחריות לעברת הרצח, והרשעה בהריגה אינה הולמת המתה בעקבות מצבי התרגשות שמקורם הוא רק או בעיקר פנימי, ולכן הם אינם מובנים. השאלה שנדונה בפסק הדין נוגעת לאיכותה המדויקת של הסיבה החיצונית, אשר הופכת את ההתרגשות למוכנת.

¹¹ מרכזי קרמניצר "כוונה תחילה או כוונה רגילה – ברצח בכוונה תחילה? על מהות היסוד של 'העדר קנטור' בעבירה של רצח בכוונה תחילה" משפט פלילי, קרימינולוגיה ומשטרה 9, א 29 (1986).

¹² ש"ז פלר יסודות דיני עונשין כרך א 560 (1984).

3. מובנו ומיקומו של הממד האובייקטיבי: הפרשנות הרצויה על פי פסק הדין

כדי להבין את המהלך הפרשני שעושה הנשיא ברק, נציג קודם לכן את הפרשנות הראויה לדידו. זאת, מאחר שהפרשנות שנותן הנשיא ברק לדין המצוי היא מעין פשרה בין הפרשנות הראויה לדעתו לבין הפרשנות שמאפשר ההסדר החקיקתי. לדעת הנשיא ברק,

"סף הכניסה' הגבוה שנקבע על פי הלכת הרוב בפרשת סגל הוא ראוי, אך מיקומו אינו ראוי. המבחן האובייקטיבי הוא ראוי, שכן הנני סבור [...] כי אין להסתפק אך ב'סף כניסה' נמוך המגדיר 'התגרות' מהי, ובמבחן סובייקטיבי גרידא. ראוי הוא, כי ה'התגרות' על פי המבחן הסובייקטיבי תיבדק גם במסגרת אובייקטיבית, וכי רק אותם מקרים של 'התגרות' העוברים את שתי המסגרות גם יחד יביאו לשלילת אחריות בגין רצח. עם זאת, 'מיקומו' של המבחן האובייקטיבי במסגרת ההגדרה של 'כוונה תחילה' אינו ראוי. במסגרת זו צריך היה לקבוע 'סף כניסה' אובייקטיבי נמוך, המגדיר את מושג ה'התגרות' ואילו את חלקו העיקרי של המבחן האובייקטיבי יש למקם מחוץ להגדרה של ה'כוונה תחילה'. הצמדתי של המבחן האובייקטיבי המלא להגדרת ה'התגרות' אפשרות היא אמנם, אך אין היא ראויה"¹³.

על פי פסק הדין, המובן הראוי של הממד האובייקטיבי הוא זה שנקבע בפרשת סגל: מסגרת צפופה, אטומה כמעט, המאפשרת רק למקרים מועטים לעבור דרכה ולהיחשב כמקרים של קנטור. בראויות של אמת המידה שנקבעה בפרשת סגל נדון בהרחבה בהמשך.

מיקומו הראוי של הממד האובייקטיבי הוא, על פי הצעתו של הנשיא ברק, בעיקר מחוץ לגדרי התיבה "התגרות" שבהגדרת הכוונה-תחילה. מטרת ההצעה היא לעקר את הפגיעה בעקרון החוקיות, הכרוכה בהחדרת אמת מידה גבוהה דרך הצינור של יסוד ההתגרות בדוקטרינת הקנטור הקיימת. ההצעה מעקרת אמנם את הפגיעה הזו, אך זאת במחיר של פגיעה קשה אף יותר בעקרון החוקיות במסגרת ההוראה הפסיקתית שבה תוטמע אמת המידה הגבוהה, כפי שמציין גם הנשיא ברק.¹⁴ בוטות הפגיעה בעקרון החוקיות היא שהביאה בסופו של דבר לדחיית

¹³ פרשת ביטון, לעיל ה"ש 1, פס' 63 לפסק דינו של הנשיא ברק.

¹⁴ שם, פס' 42 לפסק דינו של הנשיא ברק: "עקרונית, מקובלת עלי ההשקפה כי בית המשפט רשאי להכיר בהגנות בפני אחריות בפלילים ('סייגים לאחריית פלילית') שזכרון לא בא בחוק העונשין [...] עם זאת, אין ההלכה השיפוטית רשאית להכיר בהגנות (מלאות או חלקיות)

האופציה הפרשנית הזו. על רקע בוטות הפגיעה, אין זה ברור מדוע היה מקום לשקול פרשנות כזו.

אם הפרשנות מוצעת ככזו שיש לה ערך אינדיקטיבי לדין הראוי, יש מקום לציין קיומו של קושי עיוני בהסדר שמציע הנשיא ברק. אין זה ברור מה הטעם בפיצול הממד האובייקטיבי כמוצע, כך שהתגרות קלה תשלול קיומה של כוונה תחילה אך בכל זאת תותיר את ההמתנה בגדרי עברה אחידה של רצת. ככל שהדיון נוגע לדין הראוי ללא קשר להוראות החוק, אין טעם להוציא את מקרי הקנטור הקל מגדרי עברת הרצח ביד אחת (הגדרת כוונה-תחילה הכוללת יסוד של היעדר התגרות קלה) ולהחזירם ביד השנייה (מבחן אובייקטיבי נוקשה המחזיר לגדרי העברה מקרים של התגרות קלה). יתרה מזו, מושג הכוונה-תחילה ומושג הקנטור הם שני מושגים הומוגניים ועצמאיים. אף שהשני שולל קיומה של הראשונה, אין הוא חלק ממנה, ואין מקום לפצלו ולשבץ חלק ממנו במסגרתה.

4. מובנו ומיקומו של הממד האובייקטיבי: הפרשנות המאומצת בפסק הדין והערכתה

נוכח המגבלות שמציב עקרון החוקיות, הייתה המסקנה צריכה להיות ויתור על אמת מידה אובייקטיבית גבוהה והסתפקות באמת מידה מתונה. ואולם הנשיא ברק דוחה גם את האפשרות להסתפק באחת הפרשנויות המתונות לתיבה "התגרות", מבלי להיזקק כלל לאמת מידה דווקנית. הוא מותיר על כנה את ההלכה שלפיה "התגרות" משמעה התגרות חמורה בקנה מידה ערכי, כזו שהאדם הסביר היה עלול לאבד בעקבותיה את שליטתו העצמית. כותב הנשיא ברק:

"האם אין מקום לומר, כי לצרכי הגדרת הדיבור 'התגרות' (או 'היעדר התגרות') ביסוד ה'כוונה תחילה' שבעבירת הרצח נדרשת התנהגות הנגזרת מהמבחן האובייקטיבי שפותח על ידי בית משפט זה? על פי

המטילות אחריות פלילית על מי שלולא אותה הגנה לא היה אחראי בפלילים [...] מעשה קטילה המקיים את המבחן הסובייקטיבי, שולל את ה'כוונה תחילה'. הפעלתו של המבחן האובייקטיבי – הנעשית מחוץ להגדרתה של 'כוונה תחילה' וכיצירה שיפוטית של הגנה חלקית – באה כדי להטיל אחריות פלילית לרצח, במצבים שבהם על פי הגדרתה של ה'כוונה תחילה' אין אחריות לרצח. פעולה מסוג זו – שאינה מקילה על האחריות הפלילית אלא מחמירה אותה – אין בית המשפט רשאי לעשות. עקרון החוקיות מונע זאת ממנו". בכפוף להערות בדבר הקושי המושגי שבהתייחסות להוראה המרחיבה את האחריות הפלילית כאל "הגנה" ובדבר ההתרוצצות הניכרת בפסקה זו בין תפיסה של דוקטרינת הקנטור בכללותה ככזו ששוללת קיומה של כוונה תחילה לתפיסתה כהגנה חלקית, אין לנו אלא להסכים עם דברים אלה, ולהצטער על כך שדבותו של בית המשפט בעקרון החוקיות התרופפה בשעה שפירש את מושג ה"התגרות".

גישה זו התנהגות תיחשב כ'התגרות' (או 'העדר התגרות') לעניין עבירת הרצח אם האדם הסביר, הרגיל או הממוצע, יראה אותה כהתגרות השוללת או מקיימת את דרישת ה'תחילה' שבכוונה... לדיבור 'התגרות' יש ליתן איפוא אותו מובן המגשים את התכלית המונחת ביסודו. תכלית זו היא בעלת אופי ערכי. היא מכוונת להפחתת האחריות מרצח להריגה. תוכנה של זו מצאה את ביטוייה במבחן האובייקטיבי".¹⁵

ספק אם התיאור שמתאר הנשיא ברק את אמת המידה הפסיקתית הוא מדויק, שהרי הפסיקה נסמכה על התנהגותו של האדם הסביר באותה סיטואציה (האם היה ממת), ולא על עמדתו של האדם הסביר בנוגע לסיטואציה (האם היה רואה בהתגרות כזו השוללת קיומה של כוונה תחילה).¹⁶ בהנחה שהנשיא ברק מכוון למבחן הפסיקטי, הרי הוא עושה כן אף שהוא ער לפחות למקצת מן הקשיים שמעוררת העדפתה של אמת מידה גבוהה,¹⁷ אשר רבים מהם הוצגו כבר בעבר בפסיקה ובספרות. להלן נבקש להציג קשיים אלו ואחרים, ולטעון כי ככל שהנשיא ברק מתמודד עמם, ההתמודדות אינה משביעה רצון.

4.1 לשון החוק והיחס בינה לבין תכלית החוק: הפגיעה בעקרון החוקיות

בראש ובראשונה, הפרשנות שבה דבק פסק הדין מנותקת מלשון החוק. כדברי הנשיא ברק, "היא מעניקה לדיבור 'התגרות' (או 'היעדר התגרות') מובן המתרחק מהמשמעות היומיומית של דיבור זה".¹⁸ לא זו אף זו, היא מתעלמת גם מן היסודות "והמיתו בדם קר [...]" בנסיבות שבהן יכול לחשוב ולהבין את תוצאות מעשיו,¹⁹ שכן היא מאפשרת הטלת אחריות על מי שהמית בדם חם, בנסיבות שבהן הוא עצמו אינו יכול לחשוב ולהבין את תוצאות מעשיו (אף אם "אדם סביר" יכול).²⁰ על כן הקריאה של אמת המידה הדווקנית אל התיבה "התגרות" מותירה על כנה פגיעה בעקרון החוקיות, פגיעה שהיא קשה במיוחד בהקשרה: מנקודת המבט של האזרח, יש משהו מבלבל, מטעה, כמעט מתחכם, ואולי אפילו כמעט בלתי הגון, במתן משמעות חדשה ומקורית למילים על ידי בית המשפט. מבחינה זו אפשר שעדיף אפילו פיתוח פסיקטי

15 שם, פס' 46 לפסק דינו של הנשיא ברק.

16 שם, פס' 31 לפסק דינו של הנשיא ברק.

17 שם, פס' 47 לפסק דינו של הנשיא ברק.

18 שם.

19 ראו פלר, לעיל ה"ש 12, בעמ' 570; קרמניצר, לעיל ה"ש 11, בעמ' 13. הדברים מובאים גם בפס'

40 לפסק דינו של הנשיא ברק בפרשת **ביטון**, שם.

20 שם.

עצמאי של הוראות חוק, אשר יש בו לפחות ישירות, שקיפות ונטילת אחריות מצד בית המשפט על הפגיעה בעקרון החוקיות.²¹

ההתמודדות של הנשיא ברק עם קושי זה אינה משכנעת. הוא אינו רואה בלשון החוק מחסום בלתי עביר, שכן "כבר ראינו כי 'מילותיו של החוק אינם מבצרים, שיש לכבשם בעזרת מילונים, אלא עטיפה לרעיון חי, המשתנה על פי נסיבות הזמן והמקום, לשם הגשמת מטרתו הבסיסית של החוק' [...]. לדיבור 'התגרות' יש ליתן איפוא אותו מובן המגשים את התכלית המונחת ביסודו".²² מעניין לעמת דברים אלה עם דברים דומים של הנשיא ברק בעניין **אסד**,²³ ולפיהם "אין לתת ללשון הדין מובן שהוא אינו יכול לשאת בשפתו. לשון הדין הוא תנאי הכרחי אך לא מספיק. 'מלותיו של החוק אינן מבצרים, שיש לכבשם בעזרת מילונים [...]' (ע"פ 787/79 מזרחי נ' מדינת ישראל, בעמ' 427)".²⁴ על פי דברים אלה, השלב של בחינת התכלית מגיע רק לאחר בחינת הלשון; ובהתאם לכך, הפרשנות התכליתית אינה יכולה להכשיר עיוות של הלשון.²⁵

לא זו אף זו, אפילו נניח שהמונח "התגרות" יכול היה לסבול הן פירוש צר והן פירוש רחב, הרי סעיף 34 לחוק העונשין תובע את העדפת הפירוש הצר, כפי שעולה גם מהמשך דבריו של הנשיא ברק בעניין **אסד** הנזכר: "על הפרשן לבחור באותו פירוש תכליתי [...]. המקל ביותר עם מי שאמור לשאת באחריות פלילית לפי אותו דין [...]. הבחינה אינה אינדוידואלית אלא נורמטיבית".²⁶

להעדפת הלשון על פני התכלית בסיסים עקרוניים מוצקים. כבר כתבנו כי "שורשיה של תפיסה זו נעוצים בשניים: כבוד האדם וחירות האדם. כבוד האדם מחייב כי מי שמתיימר להשית עונש על אדם, יסביר לו קודם לכן בדיוק מהי התנהגות אסורה הגוררת עמה עונש, וכפועל יוצא מכך גם כיצד להימנע ממנה [...]. ואשר לעקרון החירות – חירות האדם מחייבת לאפשר לו להתנהל ללא חשש מתמיד שהחוש המוסרי שלו אינו זהה לחוש המוסרי החברתי, ועל כן אפשר שמעשה שנראה לו ראוי ומותר יגרוור את ענישתו באופן שהוא, מבחינתו, מפתיע".²⁷ לשון החוק – שהיא נגישה לאזרח ושיש לה משמעות מקובלת – מספקת הדרכה הולמת, אולם אין הדבר כך בנוגע לתכלית. זיהוי תכלית החוק מחייב הבנה מעמיקה של ההסדר ושל הקשרו, ואין לצפות מן האזרח להבנה כזו. העדפת התכלית על פני הלשון כרוכה על

²¹ והאמור אינו בא כדי להכשיר פיתוח פסיקתי כזה.

²² פרשת **ביטון**, לעיל ה"ש 1, פס' 46 לפסק דינו של הנשיא ברק.

²³ דנ"פ 1558/03 **מדינת ישראל נ' אסד**, פ"ד נח(5) 547 (2004) (להלן: עניין **אסד**).

²⁴ שם, בעמ' 557.

²⁵ ראו מרדכי קרמניצר וליאת לבנון "בית המשפט כמסייע לדבר חקיקה: על הסיוע לדבר עברה ועל הפרשנות בפלילים" **מחקרי משפט** יז 403, 411–412 (2001).

²⁶ עניין **אסד**, לעיל ה"ש 23, בעמ' 558.

²⁷ קרמניצר ולבנון, לעיל ה"ש 25, בעמ' 409–410.

כן בהפרה של עקרון החוקיות.

אין לטעון כי חשיבותו של עקרון החוקיות פחותה מקום שהיכולת לכוון התנהגות מוגבלת, דוגמת מצבים שבהם הפעולה נובעת מהתפרצות רגשית והיא אינה תוצר של חשיבה רציונלית. חשיבותו של עקרון החוקיות מקורה אינו רק בחובה להזהיר בטרם ענישה, באופן שמאפשר לפרט לכוון את התנהגותו כך שתהא בהתאם לחוק, אלא גם בדרישה להגינות כלפי האזרח ובצורך לשים בלמים לכוח שנותן הדין הפלילי בידי המדינה. לא זו אף זו, עקרון האזהרה ממלא גם פונקציה כללית של חינוך הציבור, ובמובן זה פריצת גבולותיהן של מילות החוק תוך העברת מסרים סותרים לציבור אינה מתיישבת עמו.

המסקנה היא, על כן, שמן הראוי היה להוציא מן הדיון את הפרשנות המתרחקת מן המשמעות היום-יומית של המונח "התגרות", ולבחור רק בין הפרשנויות המתיישבות עם הלשון. לא כך נעשה בפסק הדין, שבו הועדפה פרשנות החורגת מן הלשון אך מתיישבת – לפי הטענה – עם התכלית. לדיון בטענה אחרונה זו נבקש לעבור עתה.

4.2 תכלית החוק על פי פסק הדין: דיון והערכה

אף אם נלך בדרכו של הנשיא ברק ונפרש את החוק על פי תכליתו, ניתן לשאול: מהי התכלית וכיצד היא נקבעת? מדוע עדיפה התכלית שמבכר הנשיא ברק על פני תכליות אחרות, ובהן הצורך לצמצם את תחומיה של עברת הרצח בגלל עונש החובה והסטיגמה המיוחדת הצמודים לה, או הצורך להבחין בענישה ובסטיגמה בין מי שיש הבל באשם המוסרי?

בפסקאות הבאות נבקש לטעון כי הבניית הדיון בתכליות בפסק הדין אינה נכונה, והבעיות בשרטוט מסגרת הדיון גוררות תוצאות פרשניות לא ראויות; כי התכליות המנויות בפסק הדין אינן מבססות העדפה של אמת מידה דווקנית; וכי הגדרת התכליות נעשית בדרגת הפשטה גבוהה מדי.

4.2.1 הצבת התכליות

הנשיא ברק מוצא את הטעמים לייחוס אחריות שאינה מרבית על המתה בעקבות קנטור בעיקר בממד הסובייקטיבי של הקנטור, על השלכותיו ועל משמעויותיו בנוגע למעשה ההמתה. במסגרת הדיון בממד הסובייקטיבי שואל הנשיא ברק: "מהו הטעם הרציונאלי המונח ביסוד המבחן הסובייקטיבי? מדוע יש מקום להבחין בין מי שממית אדם בכוונת קטילה שהתגבשה בו מתוך שיקול דעת, ישוב דעת ושליטה עצמית [...] לבין מי שממית אדם מתוך כוונת קטילה, שהתגבשה בו ספונטנית-רגעית, תוך אובדן

שליטה עצמית [...]?"²⁸ לאחר סקירת הפסיקה הוא מסכם כי טעמים אלה נגזרים "מהסטיגמה המלווה את עבירת הרצח, מהאופי המנדטורי של מאסר העולם, מ'חולשת הטבע האנושי', ומההבחנה המוסרית בין מי שפועל מתוך 'דם קר' לבין מי שמעצוריו הנפשיים ובלמיו המוסריים נחלשו בשל ההתגרות בו".²⁹ שני הטעמים האחרונים מבהירים את השניים הראשונים: יש למלט את הממית בעקבות קנטור מן הסטיגמה המלווה את עברת הרצח ומעונש החובה מתוך התחשבות בחולשת הטבע האנושי ובגלל ההבדל המוסרי בין המתה מחושבת להמתה "בדם חם". שני טעמים אחרונים אלה נתפסים על ידי הנשיא ברק, כאמור, כקשורים באופן בלבדי לממד הסובייקטיבי של קנטור (זאת, אף על פי שניתן היה לחשוב ש"חולשת הטבע האנושי" היא החולשה של האדם הרגיל, ולא של העושה).

את הממד האובייקטיבי מציג הנשיא ברק כממד שתכליתו הצבת גבולות לטעמים ה"מפחיתים", וזאת מטעמים ציבוריים כלליים, שעיקרם הרתעה וביטחון הציבור: "המבחן האובייקטיבי מאזן בין ערכים או עקרונות מתחרים. מצד אחד מונחים הערכים והעקרונות אשר מעצבים את המבחן הסובייקטיבי [...] מצד שני מונחים ערכים ועקרונות מוסריים וחברתיים. על פיהם מקדשת החברה שלנו את חיי האדם כערך עליון; היא מבקשת להגן על ביטחון הציבור; היא שואפת לקיים מערכת חיים נורמטיביים ותקינים הראויים לחברה בת-תרבות".³⁰

התוצאה היא מעין עימות לכאורי בין השיקול של דרגת אשמה פחותה לשיקולים של הגנה על הציבור, ובמסגרת האיזון בין השניים נותן הנשיא ברק משקל לא מועט לשיקולים מן הסוג השני. התיאור מפתה בפשטותו ובניקיונו האנליטי. הוא מוביל על דרך המלך לתוצאה שאליה מגיע הנשיא ברק: אם המבחן הסובייקטיבי מושך לעבר הפחתה משמעותית באשמה, שכרוכה בה על פי הטיעון פגיעה משמעותית בטעמים הציבוריים הכלליים, נדרש איזון של מגמה זו על ידי מתן משקל כבד לממד האובייקטיבי המגלם טעמים אלה.

לדידנו, אם יש עימות בין שיקולי אשמה לשיקולי הרתעה, יד שיקולי האשמה חייבת להיות על העליונה: גבולה של ההרתעה נקבע על ידי מידת האשמה.³¹ אך פרט לכך, דומה כי הצבת השיקולים באופן זה אינה משקפת נכונה את הטעמים שבבסיס דוקטרינת הקנטור על שני ממדיה. במיוחד מקום שבו דוקטרינת הקנטור מוצבת כמצב הפוך לכוונה תחילה, נקודת המוצא היא עצם הטלת האחריות החמורה (בעברת ההריגה) על מי שהמית מתוך קנטור. הטלת האחריות החמורה היא שמשרתת טעמים של הרתעה ושל קידוש ערך החיים. הבחירה להטיל אחריות שאינה מרבית כרוכה

²⁸ פרשת ביטון, לעיל ה"ש 1, פס' 26 לפסק דינו של הנשיא ברק.

²⁹ שם, פס' 28 לפסק דינו של הנשיא ברק.

³⁰ שם, פס' 36 לפסק דינו של הנשיא ברק.

³¹ מרדכי קרמניצר "עקרון האשמה" מחקרי משפט יג 109, 109–110 (1996).

בהערכת דרגת האשמה של העושה כדרגה גבוהה מאוד אך לא הגבוהה ביותר; ואין בה כדי לפגוע בתכליות ההרתעתיות, בדיוק כשם שהטלת אחריות בגין גנבה – ולא בגין גנבה בנסיבות מחמירות – על מי שגנב שלא בנסיבות מחמירות, אינה פוגעת בהרתעה. הערכת אשמתו של הממית מתוך קנטור היא פונקציה של משתנים רבים המובאים בחשבון במסגרת דוקטרינת הקנטור – הן משתנים סובייקטיביים והן משתנים אובייקטיביים. לממד האובייקטיבי השלכות חשובות על אשמה, פרט לאלה המתגלמות בממד הסובייקטיבי. למעשה, רבים מן הטעמים להפחתה נגזרים מהתייחסות משולבת לשני הממדים.

לשם הבהרת נקודה זו נמנה את הטעמים העיקריים להפחתת האחריות: הקושי המיוחד לציית לחוק במצב של קנטור, שאינו מתקיים במצב רגיל; העובדה שהיכולת ללמוד ממעשה ההמתה על סגולותיו ועל אישיותו של הממית בעקבות קנטור היא מוגבלת, וזאת בגלל הייחוד של הסיטואציה שבה אדם אחר הוציא אותו מכליו בהתנהגות מעוולת; העובדה שמידת הכלליות של ההתכחשות לנורמה, המשתקפת במעשה ההמתה, היא קטנה, בין היתר מכיוון שהמעשה נעשה בסיטואציה מיוחדת שאינה יזומה על ידי העושה. אפשר שהאשם התורם של הקרבן, שלמעשה הוא שהפעיל את העושה, גורע גם הוא מאחריותו של העושה; ובנוסף, התגובה של כעס וזעם על עוול היא טבעית וגם ראויה, שכן היא ביטוי של חוסר אדישות, של רגישות מוסרית לנוכח סיטואציה שבה נעשה עוול. ההפרזה בתגובה אינה מוצדקת, אולם אין היא דומה כלל להמתה מתוך כוונה תחילה. כפי שניתן לראות, כל הטעמים הללו נגזרים משילוב של ממדים אובייקטיביים וסובייקטיביים גם יחד. מן הפרספקטיבה של אחריות פלילית, הניסיון לערוך הבחנה אנליטית בין טעמים שיסודם במצב הנפשי-תודעתי של העושה לבין טעמים שיסודם בסיטואציה העובדתית גורע מן המשמעות שיש להשתלבותם של הטעמים במסגרת הדוקטרינה המורכבת. לכל היותר ניתן היה לערוך הפרדה אנליטית כזו על מנת לשוב וללכד את הטעמים בסופו של תהליך לתמונה כוללת. אולם פסק הדין אינו מאתר את הטעמים לייחוס אחריות נמוכה יחסית הנעוצים בסיטואציה העובדתית המיוחדת ואינו מלכד בינם לבין טעמים הנעוצים במצב הרגשי.

מן ההשלכות של הממד האובייקטיבי (המשולב בממדים סובייקטיביים) על דרגת האשמה – ומהן בלבד – יש לגזור את גבולותיו. אגב כך משרת הדין גם אינטרסים של הרתעה ושל קידוש החיים. במובן זה דוקטרינת הקנטור אינה שונה מדוקטרינות פליליות אחרות – אשמה והרתעה צריכות להיכרך זו בזו, ולא להתייצב זו מול זו. אם הולכים בדרך זו, מתברר שסעיף 301(א) לחוק העונשין, הקובע רף אובייקטיבי נמוך יחסית, אינו מופרך בהקשרו. הצידוקים לייחוס אחריות שאינה מרבית, שכרוכים בהם גם הצידוקים לעצם הטלת האחריות, אינם מחייבים רף אובייקטיבי גבוה. לא זו אף זו, ניתן לקיים את כל הערכים והעקרונות שמזכיר הנשיא ברק ללא קושי, גם אם מכירים בקנטור הסובייקטיבי בלבד.

4.2.2 התכליות הדוחפות לעבר העדפת אמת מידה גבוהה

נפנה עתה לדיון פרטני ב"טעמים הציבוריים", כלומר – בתכליות התומכות, לפי הטענה, בהעדפת אמת מידה גבוהה, כפי שהן מוצגות בפסק הדין.³² טעמים אלה כבר הוצגו בפסיקה בעבר, והנשיא ברק ער לביקורת שנמתחה עליהם, אך אינו מבהיר מדוע הוא מבכר בסופו של יום לדחותה. נציג את הדברים בקצרה.

טעם ראשון הוא הצורך להגן על ביטחון הציבור, והכוונה היא ככל הנראה לטעם הרתעתי (הרתעה פרטית וכללית). ניסוח אחר של טעם זה הוא הצורך לכפות התנהגות נורמטיבית.³³ ספק אם ניתן להרתיע את המקונטר הפועל בדם חם ואינו שוקל שיקולים רציונליים דוגמת עצם העובדה שהוא צפוי להיענש, לא כל שכן מידת האחריות שתוטל עליו.³⁴ ספק גם אם ניתן לגרום למקונטרים פוטנציאליים לפתח מזג מאופק יותר, בייחוד כאשר מבקשים לעשות זאת באמצעות החמרת העונש מעל לעשרים שנות מאסר (עונש חמור מאוד כשלעצמו), וכאשר המסר שמעביר החוק בנוגע למידת האופוק הנדרשת הוא מורכב ועדין.³⁵ ככל שניתן להשפיע על מקונטרים פוטנציאליים, אין זה ברור מדוע הרשעה בצורת הבסיס – עברת ההריגה – אינה כרוכה, לדעת בית המשפט, בכפיית התנהגות נורמטיבית כאמור (שליטה על המזג).³⁶ אפילו אם עברת ההריגה נתפסת כיום בדין הישראלי כצורה קלה יותר, אין בכך כדי לבטל את השלכותיה הכופות משל היה מדובר בפטור מלא; ובמיוחד נכון הדבר אם תלויה ההרשעה בהריגה בעונש המתקרב לעונש המרבי של עשרים שנות מאסר.³⁷ ובכל מקרה, יש לתחום את ההיזקקות לשיקולי הרתעה על ידי מניע הגמול.³⁸

32 פרשת ביטון, לעיל ה"ש 1, פס' 53 לפסק דינו של הנשיא ברק.

33 שם; ע"פ 686/80 סימן-טוב נ' מדינת ישראל, פ"ד לו(2) 253, 266 (1982).

34 קרמניצר, לעיל ה"ש 11, בעמ' 31.

35 שם, בעמ' 31–32.

36 שם, בעמ' 21–22.

37 וזאת, מבלי לטעון שמן הראוי להטיל עונשים כאלה על הממיתים מתוך קנטור, אף כאשר ההתגרות לא הייתה קשה.

38 קרמניצר, לעיל ה"ש 11, בעמ' 32. ויש הבדל מבחינה זו בין המתה בדם חם להמתה בדם קר "שכן הריגה בדם חם הינה בעלת אופי מגונה פחות, היא משקפת צמצום השליטה העצמית ההופך את הציות לחוק לקשה במיוחד בהשוואה למצב רגיל, כאשר במצבים של היעדר מוחלט של שליטה עצמית או של צמצום קיצוני עוד יותר שלה פוטרים כליל מאחריות פלילית. היא ביטוי של מצב דברים מיוחד יותר מאשר ביטוי של אישיות העושה; אלמלא ההתגרות, לא היה העושה מבצע את מעשהו ובמעשהו הוא מפתיע קודם כל את עצמו ואין היא מעידה על עמדה אנטי-חברתית טבועה ומושרשת המשתקפת ברצח בדם קר" (שם, בעמ' 30).

טעם קשור הוא זה של קידוש הערך של חיי אדם, כלומר הצורך להעביר מסר כללי שלפיו מעשי המתה הם בלתי נסבלים.³⁹ ואולם ניתן וצריך לשמור על מעמדו המיוחד של ערך זה גם מבלי לפגוע בעקרון האשמה על ידי הטלת אחריות בגין רצח ועונש של מאסר עולם על מי שמידת המגונות של מעשיו אינה מצדיקה זאת: "כאשר בצד העבירה עונש חמור ביותר – מאסר עולם כעונש חובה, מתבקש להגדיר בצורה צרה ומצומצמת ביותר את מקרי ההמתה שבגדר העבירה באופן שיהיו ראויים ליחס עונשי כה חמור, נוקשה וקשוח וכך שלא תיפולנה בגדר העבירה התנהגויות שאינן ראויות לאותה תגובה עונשית; ואין בכך פגיעה בעקרון קדושת החיים".⁴⁰ דווקא החמרה בלתי מובחנת עלולה ליצור תחושה של שרירות ואבדן אמון במערכת המשפט, אשר יפגע בסופו של יום בערכים שעליהם היא מבקשת להגן.

טעם אחר נוגע לצורך לשמור על עקרון השוויון. הטיעון בדבר פגיעתה של אמת מידה נמוכה בעקרון השוויון אינו ברור, וכבר נאמר במקום אחר כי "אין כל פגם מבחינת עקרון החוקיות או העקרון של שוויון הכל בפני החוק כאשר המחוקק מבחין בין הריגת אדם מתוך כוונה סתם שהיא הריגה לבין המתת אדם מתוך כוונה תחילה, כביטוי לעמדה נפשית בשלה ומגובשת, שהיא רצח, שכן החוק מבחין כאן בין מי שאינם שווים: בין מי שהמית מתוך כוונה ספונטנית לבין מי שקיפח חיים לאחר שחשב ושקל בדבר".⁴¹ ככל שהטיעון בדבר פגיעה בשוויון נוגע להבחנה בין חמי המזג לבין מתוני המזג, הרי הוא עומד על מסד רעוע, שכן ההשוואה אינה בין מי שהגיב על קנטור בהמתה ברתחת דם לבין מי שהגיב בהמתה מתוכננת, אלא בין מי שהגיב ברתחת דם לבין מי שהצליח להתגבר על זעמו: "אם מתייחסים ברצינות לתאורו או תוארו של האדם טוב המזג, משמעות תכונתו זו היא שיתכנו מצבים של התגרות בהם הוא לא יקונטר, ולכן גם לא יהרג, בה בשעה שרע המזג במקומו היה מקונטר והורג, ומורשע בהריגה. אולם לא יתכן מצב הפוך בו טוב המזג מקונטר והורג, כאשר, באותן נסיבות, רע המזג איננו מקונטר ואיננו הורג. ולכן, אין מקום להלין על יחס מפלה לרעה של הדין כלפי רע המזג".⁴²

הנשיא ברק פונה גם אל המשפט המשווה כאינדיקציה לכך שתכלית החקיקה מחייבת לאמץ אמת מידה אויביקטיבית דווקנית. הוא מפנה להוראות חוק שונות (כולן בעולם האנגלו-אמריקני),⁴³ חלקן מאמצות אמת מידה נוקשה יחסית ואחרות –

³⁹ פרשת ביטון, לעיל ה"ש 1, פס' 36 לפסק דינו של הנשיא ברק; ע"פ 759/97 אליאביב נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(3) 472, 459 (2001).

⁴⁰ קרמניצר, לעיל ה"ש 11, בעמ' 30.

⁴¹ שם, בעמ' 20.

⁴² שם, בעמ' 21. להתמודדות עם טיעונים שהועלו בהקשרים אחרים נגד סטנדרט התגרות נמוך, ואשר הנשיא ברק אינו נזקק להם, ראו שם, בעמ' 22–29.

⁴³ Criminal Code, R.S.C., §. 232; Homicide Act, 1957, 5 & 6 Eliz. 2, c. 11 (Eng) Canada (1985) (להלן: "Canada Criminal Code"); בניו זילנד: Crimes Act 1961, §. 169.

אמת מידה גמישה למדי.⁴⁴ אף מבלי להיכנס לפרטי הדינים ולהקשרים החקיקתיים של דין הקנטור בכל אחד מהם, הרי אין בהם כדי לספק תימוכין משמעותיים למסקנתו של הנשיא ברק. ברי כי אמת מידה דווקנית אינה מופרכת כאשר היא מעוגנת בחוק וכאשר החוק נותן ביטוי נאות להשלכותיה. הקושי הוא בחקיקה שיפוטית של אמת מידה כזו, ועוד בהקשר בלתי מתאים. אם כבר, ניתן ללמוד מהוראות החוק המובאות בפסק הדין דווקא את ההפך ממה שהנשיא ברק מבקש ללמוד מהן: שאמת מידה דווקנית טעונה חקיקה, ושיש לה מקום רק במסגרת חקיקתית הקובעת עברת רצח רחבה למדי. במסגרת כזו, אין קושי אמיתי בתפיסת המקרים של המתה בעקבות התגרות שאינה חמורה בתחומי עברת הרצח. כך, בניו-זילנד עברת הרצח היא עברת בסיס (ולא עברה מוחמרת), והיא רחבה בהיקפה – כאשר העושה מודע לכך שהתוצאה מסתברת, די ביסוד נפשי של Recklessness בנוגע לתוצאה; ובמקרים מסוימים יש ויתור מוחלט על צפיית התוצאה.⁴⁵ המצב

(להלן: "Crimes Act"; Official Draft and Model Penal Code and Commentaries (1985) §210.3 Revised Comments) (להלן: Model Penal Code).

⁴⁴ כך הוא למשל ב: Model Penal Code, שם, הקובע בס' 210.3(1)(b): "(1) Criminal homicide constitutes manslaughter when: [...] (b) a homicide which would otherwise be murder is committed under the influence of extreme mental or emotional disturbance for which there is reasonable explanation or excuse. The reasonableness of such explanation or excuse shall be determined from the viewpoint of a person in the actor's situation under the circumstances as he believes them to be"

⁴⁵ הסעיפים הרלוונטיים ב-Crimes Act, לעיל ה"ש 43, קובעים כך:

167. Murder defined

Culpable homicide is murder in each of the following cases:

- (a) If the offender means to cause the death of the person killed:
- (b) If the offender means to cause to the person killed any bodily injury that is known to the offender to be likely to cause death, and is reckless whether death ensues or not:

168. Further definition of murder

(1) Culpable homicide is also murder in each of the following cases: whether the offender means or does not mean death to ensue, or knows or does not know that death is likely to ensue:

- (a) If he means to cause grievous bodily injury for the purpose of facilitating the commission of any of the offences mentioned in subsection (2), or facilitating the flight or avoiding the detection of the offender upon the commission or attempted commission thereof, or for the purpose of resisting lawful apprehension in respect of any offence whatsoever, and death ensues from such injury:
- (b) If he administers any stupefying or overpowering thing for

בקנדה דומה (הסתפקות באדישות, ובהקשרים מסוימים אף ברשלנות); ונוסף לכך עברת הרצח מחולקת לשתי דרגות והמתה מתוך קנטור נופלת לדרגה השנייה.⁴⁶ עברת הרצח ב-Model Penal Code מסתפקת במודעות או ב- [reckless[ness] “under circumstances manifesting extreme indifference to the value of human life”, והעונש של מאסר עולם הוא עונש מרבי – ולא עונש חובה – על רצח שלא בנסיבות מחמירות.⁴⁷ גם באנגליה עברת הרצח רחבה במיוחד וכוללת הן המתה

any of the purposes aforesaid, and death ensues from the effects thereof:

- (c) If he by any means wilfully stops the breath of any person for any of the purposes aforesaid, and death ensues from such stopping of breath”.

⁴⁶ הסעיפים הרלוונטיים ב-Canada Criminal Code, לעיל ה”ש 43, קובעים כך:

“229. Culpable homicide is murder

- (a) where the person who causes the death of a human being
 - (i) means to cause his death or
 - (ii) means to cause him bodily harm that he knows is likely to cause his death and is reckless whether death ensues or not;
- (b) [...]
- (c) where a person for an unlawful object does anything that he knows or ought to know is likely to cause death and thereby causes death to a human being notwithstanding that he desires to effect his object without causing death or bodily harm to any human being.

231. (1) Murder is first degree murder or second degree murder.

(2) Murder is first degree murder when it is planned and deliberate.

[...]

(7) All murder that is not first degree murder is second degree murder.

232. (1) Culpable homicide that otherwise would be murder may be reduced to manslaughter if the person who committed it did so in the heat of passion caused by sudden provocation”.

⁴⁷ ס' 210.2 ל-Model Penal Code, לעיל ה”ש 43, קובע כך:

210.2 “Murder

(1) Except as provided in Section 210.3(1)(b), criminal homicide constitutes murder when:

- (a) it is committed purposely or knowingly; or
- (b) it is committed recklessly under circumstances manifesting extreme indifference to the value of human life. Such recklessness and indifference are presumed if the actor is engaged or is an accomplice in the commission of, or an

בכוונה להמית והן המתה בכוונה לגרום נזק קשה;⁴⁸ וההסדר בדבר עונש חובה מרוכך על ידי הוראה מפורשת שמחייבת את בית המשפט לציין את העונש המינימלי אשר לפני ריצויו לא יורה מזכיר המדינה על שחרור העבריין בתנאים.⁴⁹ המלצת הוועדה האנגלית, שהביטה על הקנטור כעל הגנה חלקית, הייתה שהמתה בקנטור תכונן רצח מדרגה שנייה, אשר לא צמוד לו עונש חובה.⁵⁰ ולכן יש להוסיף כי אמות המידה האובייקטיביות הקבועות בדינים אלו נוקשות פחות מאמת המידה הישראלית, וכוללות התחשבות בנסיבות העניין.⁵¹

פרט לקשיים הקונקרטיים שמעוררות התכליות המוצעות, נבקש לטעון כי הן אינן התכליות הרלוונטיות לצורך פרשנות ספציפית של דיני הקנטור (או לכל הפחות, אין הן התכליות היחידות הרלוונטיות). מדובר בתכליות כלליות של דיני העונשין ושל דיני ההמתה: הרתעה וחינוך להתנהגות נורמטיבית הן תכליות כלליות של דיני העונשין, והצורך לשמור על עקרון השוויון הוא עיקרון מנחה כללי. קידוש ערך החיים הוא תכלית כללית של דיני ההמתה. תכליות כלליות יכולות לשמש כנקודת מוצא לדיון הפרשני בדוקטרינות ספציפיות, אך אין הן יכולות להיות נקודת הסיום שלו. על ניסוח תכליות בדרגת הפשטה גבוהה כבר אמרנו במקום אחר: "ככל שרמת ההפשטה

attempt to commit, or flight after committing or attempting to commit robbery, rape or deviate sexual intercourse by force or threat of force, arson, burglary, kidnapping or felonious escape.

(2) Murder is a felony of the first degree [but a person convicted of murder may be sentenced to death, as provided in Section 210.6]."

דברי ההסבר מבהירים כי: "Section 6.06(1) provides that the ordinary term for a felony of the first degree is imprisonment to a minimum of not less than one nor more than 10 years and a maximum of life" (שם, בעמ' 42).

הרחבת עברת הרצח כך שתחול גם על המתה בכוונה לגרום נזק רציני נקבעה בעניין Regina v. Vickers [1957] 2 Q.B. 664 (Eng. C.C.A.)⁴⁸

ס' 21(2) ל-1965, c. 71 Murder (Abolition of Death Penalty) Act קובע: "On sentencing any person convicted of murder to imprisonment for life the Court may at the same time declare the period which it recommends to the Secretary of State as the minimum period which in its view should elapse before the Secretary of State orders the release of that person on licence under section [61 of the Criminal Justice Act 1967]"⁴⁹ בדבר קביעת תקופת המאסר המינימאלית קבועות בס' 269 ל- Criminal Justice Act 2003, c. 44, שכותרתו: "Determination of minimum term in relation to mandatory life sentence".⁵⁰ The Law Commission (LAW COM No 304), *Murder, Manslaughter and Infanticide*, 174-175 (2006).

פרשת ביטון, לעיל ה"ש 1, פס' 60-61 לפסק דינו של הנשיא ברק. לשם השלמת התמונה נציין כי ס' 9.17(1)(b) להמלצות הוועדה האנגלית קובע כך: "[A] person of the defendant's age and of ordinary temperament, i.e., ordinary tolerance and self-restraint, in the circumstances of the defendant might have reacted in the same or in a similar way"⁵¹

גבוהה יותר, כך זיהויה קשה יותר לאזרח [...] המגמה לנסח תכליות בעמימות ובהרחבה אף אינה עולה בקנה אחד עם עמדת הנשיא ברק: 'תכליתה של הנורמה עולה מהמובן הטבעי, הרגיל והראשוני של משמעותו הלשונית'. המובן הטבעי של המלים מצומצם למה שעולה מהן, ואינו מתפרס על תחומים של תכליות רחבות ומופשטות".⁵² לכך ניתן להוסיף כי תכליות רחבות אינן מכוונות גם את בית המשפט לפרשנות ספציפית, ועל כן תרומתן למלאכת הפרשנות מוגבלת גם מנקודת הראות של בית המשפט.

כאשר דנים בדוקטרינה ספציפית, פרשנותה צריכה להיעשות על פי תכליתה המיוחדת, כפי שזו נלמדת בעיקר מלשונה (שגם מגבילה את תחומיה), מההיסטוריה שלה ומן המסגרת המושגית, האנליטית והנורמטיבית שבה היא משתלבת. כדברי הנשיא ברק במקום אחר: "מה הם המקורות שמהם למד הפרשן על תכלית הנורמה? על-פי הגישה התכליתית, מקורות אלה הם שניים: מקורות פנימיים ומקורות חיצוניים. המקורות הפנימיים הם לשון הנורמה ו'אבזורה'. על כך ניתן להוסיף גם את לשון של נורמות אחרות של אותו יוצר מהן ניתן ללמוד על תכלית. המקורות החיצוניים הם נתונים על תכלית הנורמה, הבאים מחוץ ללשונה. בין השאר, הם כוללים את כוונתם של יוצרי הנורמה (כפי שהיא נלמדת מההיסטוריה של הנורמה) ואת המבנה השיטתי הכללי. ואת עיקרי עקרונות היסוד של השיטה".⁵³ הדיון שמציע הנשיא ברק באינדוקציות אלה בדרך לאיתור התכלית של דוקטרינת הקנטור הוא, כמדומה, חסר. בסעיף הבא נבקש להציע דיון כאמור בתכליות המיוחדות של דוקטרינת הקנטור בדיון הישראלי.

4.3 דיון אלטרנטיבי בתכלית

דוקטרינת הקנטור היא דוקטרינה מורכבת ומסובכת. בלשונה כבר דנו בסעיפים הקודמים. על מנת להבין מהן תכליותיה במסגרת הדיון הישראלי, נבקש עוד להקדים ולתאר בקצרה את תהליך האבולוציה שלה במשפט האנגלי ובמשפט הגרמני, ולשרטט את התפיסות האנליטיות האפשריות שלה. לאחר מכן נפנה להקשר הישראלי, ונראה איזו מבין התפיסות האפשריות מעוגנת בו.

⁵² קרמניצר ולבנון, לעיל ה"ש 25, בעמ' 410; אהרן ברק "על פרשנותה של הוראה פלילית" **מחקרי משפט** יז 347 (2001); ראו גם: Mordechai Kremnitzer, *Interpretation in Criminal Law*, 21 Isr. L. Rev. 358, 373 (1986).

⁵³ אהרן ברק **פרשנות במשפט** כרך ראשון – תורת הפרשנות הכללית 417 (1992).

4.3.1 היעדר קנטור: סקירה היסטורית

מקורה של דוקטרינת הקנטור במשפט האנגלי⁵⁴ בהבחנה, אשר התגבשה באופן מלא כבר במאה ה-16, בין המתה מתוכננת (Murder of malice prepensed) להמתה פתאומית (Manslaughter by chance medley). הבחנה זו שיקפה, ככל הנראה, את הייחוד שיוחס אז להמתה בתגובה למעשה עוול שגרר עלבון וזעזוע מוסרי. בראשית המאה ה-17 הפך היסוד של Malice aforethought ליסוד חיוני של עברת הרצח, והתפתחה הדוקטרינה של Implied malice. על פי דוקטרינה זו, החוק הניח קיום של Malice aforethought, והפרכת ההנחה הוטלה על כתפי הנאשם. הנאשם יכול היה להפריך את ההנחה באמצעות הוכחת קנטור. הסיטואציות הספציפיות המכוננות קנטור כללו בשלב זה עלבון חמור של המקונטר, שלילת חירות של אדם אנגלי לעיני המקונטר, תקיפה של אדם קרוב למקונטר, וכן קיום יחסי מין עם אשת המקונטר המתגלה למקונטר עובר למעשה ההמתה. יש שהסבירו את הקטגוריות האלה כמתייחסות למעשים בלתי חוקיים (בזמנן). הסבר אפשרי אחר מתבסס על פגיעתן של ההתנהגויות המקנטרות בכבוד (במובן של honour).⁵⁵

במאות ה-18 וה-19, במקביל לשינויים בתפיסת רגש הזעם והיחס בין הרגש לחשיבה הרציונלית, התגבש היסוד של אבדן שליטה עצמית כיסוד מרכזי של הקנטור. עם זאת, לצד ההיזקקות ליסוד זה, הפסיקה עדיין נאחזה בקטגוריות הישנות של קנטור, ואף יותר מכך – ניכרה מגמת אובייקטיביזציה של סטנדרט הקנטור. נעשתה הבחנה בין התגרות מילולית לתקיפה פיזית,⁵⁶ ובהמשך אף הוגדר בצמצום תחום התקיפות הפיזיות שעשויות לקנטור;⁵⁷ החוקיות של מעשה ההתגרות נלקחה בחשבון;⁵⁸ וניתן מקום מרכזי לדרישת הפרופורציונליות.⁵⁹ אמת המידה ששימשה לבחינת ההתגרות הייתה זו של האדם הסביר, והשאלה הייתה אם נוכח ההתגרות הנדונה היה האדם הסביר מאבד את השליטה העצמית.⁶⁰ המגמה של הצרת הסטנדרט נמשכה במאה ה-20, כאשר הפסיקה סירבה לייחס לאדם הסביר תכונות

54 New South Wales Law Reform Commission, *Provocation, Diminished Responsibility and Infanticide*, 29–32 Discussion paper no. 31 (Sydney, 1993); JEREMY HORDER, *PROVOCATION AND RESPONSIBILITY* (1992).

55 HORDER, שם, החל מעמ' 24.

56 במסגרת הקטגוריות שעשויות לכונן קנטור נמנתה רק אותה התגרות מילולית אשר מלווה בתקיפה פיזית – אפילו תקיפה פיזית קלה דוגמת משיכה באף או מכה קלה במצח. Regina v. Mawgridge (1706) 84 Eng. Rep. 1107 (U.K.) (להלן: עניין Mawgridge).

57 R. v. Welsh (1869) 11 Cox CC 336, 339 (U.K.) (להלן: עניין Welsh).

58 עניין Mawgridge, לעיל ה"ש 56.

59 ראו למשל R. v. Curtis (1756) 168 Eng. Rep. 67 (U.K.).

60 עניין Welsh, לעיל ה"ש 57, בעמ' 339.

כלשהן מתכונותיו של העושה.⁶¹

ריכוך מסוים ניכר באנגליה עם חקיקת ה-Homicide Act 1957, אשר הבהיר בסעיף 3 שגם מילים עשויות לקנטר; ועם הגמשת מבחן האדם הסביר בעניין *Camplin*,⁶² שם נפסק כי במסגרת המבחן יש להביא בחשבון את כל המאפיינים של הנאשם אשר עשויים היו להשפיע על חומרת ההתגרות במקרה הנתון, דוגמת גיל, מין, מוצא אתני, צבע עור, פגם גופני או התרחשויות בעברו של המקונטר.⁶³ במשפט הגרמני היה המהלך שונה במובנים מסוימים.⁶⁴ הקנטור והכוונה-תחילה התגבשו כיסודות מנוגדים המוציאים זה את זה. המתה תוך התרגשות שמקורה בהתגרות נתפסה כמקרה הבסיסי, וקיומה של כוונה-תחילה שלל קיומה של התרגשות כזו. בראשית המאה ה-19 חל שינוי בתפיסה: עברת ההריגה לא כללה עוד יסוד של התרגשות, וזאת כביטוי לתפיסה שהיעדר כוונה תחילה אינו כרוך בהכרח בהתרגשות. הקנטור – המאופיין גם אובייקטיבית – הוחזר לדיני ההמתה בשלב מאוחר יותר, לאחר היווצרותה של דרגת ביניים בין ההמתה החמורה לזו הקלה יותר – הפעם כאפיון של הדרגה הקלה יותר.

4.3.2 תפיסות שונות של קנטור: תיאור כללי

כתולדה של ההתפתחות ההיסטורית המורכבת, נוצר מצב דברים שבו יסוד היעדר הקנטור אינו מגלם מהות אחת ואינו משקף תפיסה אחידה ומגובשת של דיני ההמתה.⁶⁵ ברמה העיונית ניתן לאתר לפחות שתי תפיסות עיקריות המתאימות לזמננו⁶⁶ בנוגע למהותו, לתפקידו ולמקומו (ולצדן עוד ואריאנטים או תפיסות צדדיות יותר).

על פי תפיסה אפשרית אחת, קנטור מתפקד באופן דומיננטי כיסוד השולל קיומה של כוונה תחילה (או את האפשרות לגבש כוונה תחילה). סיטואציות של קנטור הן

⁶¹ *Bedder v. Director of Public Prosecutions*, [1954] 2 All E.R. 801.

⁶² *Director of Public Prosecutions v. Camplin*, [1978] 2 All E.R. 168.

⁶³ באותו עניין דובר בהמתה על ידי בן חמש-עשרה, ונפסק כי צריך היה להנחות את המושבעים לבחון את תגובתו של בן חמש-עשרה סביר להתגרות. במסגרת הדיון בגורמים שעשויים להשפיע על חומרת ההתגרות הזכיר Lord Diplock גם את גזעו של המקונטר, קיומו של פגם גופני והתרחשות מיוחדת בעברו. Lord Morris of Borth Y-Gest הזכיר צבע, מוצא אתני ומין.

⁶⁴ *Empfiehl es sich, die Straftatbestände des Mordes, des Totschlags und der Kindstötung (§§ 211 bis 213, 217 StGB) neu abzugrenzen? : Gutachten D für den Deutschen Juristentag*, (Berlin 1980).

⁶⁵ נעשו ניסיונות שונים להסביר את דין הקנטור המודרני, ולעניין זה ראו במיוחד HORDER, לעיל ה"ש 54, החל מעמ' 100.

⁶⁶ מבחינה היסטורית ניתן היה להבין את הקנטור גם באופנים אחרים, למשל כהתנהגות הקשורה בשמירה על הכבוד, אך מערכת סטייה ממידת התגובה הראויה.

סיטואציות המאופיינות במצב נפשי מסוים, שהוא הפוך לכוונה-תחילה. ליסוד היעדר הקנטור במסגרת עברת הרצח יש על כן בראש ובראשונה תפקיד מבהיר בנוגע למהותה של כוונה תחילה, באשר הוא מהווה המקרה הפרדיגמטי (גם אם לא היחיד) שבו היא נשללת. ככל שהיא מנגידה קנטור לכוונה תחילה, תפיסה כזו מתאימה לדין שבו ליסוד הכוונה-תחילה נודע מקום חשוב – בעיקר דין התוחם את גבולותיה של עברת הרצח על בסיס קיומה של כוונה תחילה.

על פי תפיסה שנייה ומובחנת, קנטור מקנה לממית הגנה חלקית: אמנם מתקיימים היסודות העובדתיים והנפשיים של עברת הרצח, אך אחריותו של הממית מופחתת על רקע התקיימותו של קנטור. במסגרת זו הקנטור נתפס, ככלל, כאלמנט שמצדיק סליחה חלקית לעושה, אשר התפרצותו קרובה למצב של היעדר שליטה, והיא מובנת במידה מסוימת לנוכח הקושי שיוצר הקנטור לציית לחוק.⁶⁷ על פי ואריאציה אחרת, הקנטור מפחית אחריות מכיוון שהוא פוגם במידה מסוימת ביסוד הנפשי (אך מבלי לשלול את קיומו) – לנוכח הקנטור, המודעות והרצון אינם מתקיימים בצורתם הרגילה והמלאה (לא מתקיים הליך עיבוד של הרצון ההיולי להמית מבחינה תודעתית, רגשית וחפצית). מתן הגנה חלקית הוא דרך להתמודדות עם מצב מיוחד זה. אפשרות אחרת היא להביט על הקנטור כעל יסוד ההופך את ההמתה למובנת מבחינה נרטיבית, ולכן למזעזעת פחות ולראויה לחסות תחת הגנה חלקית. על כל פנים, אם מקבלים כהנחה מקדמית שקנטור הוא מקרה פרטי של כוונה ספונטנית, הרי תפיסת הקנטור כמקנה הגנה חלקית מתאימה לדין שבו היסוד הנפשי של עברת הרצח כולל גם כוונה ספונטנית.⁶⁸

⁶⁷ היו שהציעו לראות בקנטור יסוד היוצר צידוק חלקי להתנהגותו של העושה, שעצם קיומה של תגובה מצדו הוא מוצדק, אף אם מהות התגובה היא בלתי לגיטימית בכל מובן. גישה אחרונה זו מעוררת קשיים – בעיקר מוסריים – נכבדים. ראו Alon Harel, *Efficiency and Fairness in Criminal Law: The Case for a Criminal Law Doctrine of Comparative Fault*, 82 CAL.L.REV 1216–1217 (1994). נראה כי שיקולים של חשיבות ערך החיים ושל שוויון בין בני האדם בזכותם לחיים, כמו גם ההתנגדות לעשיית דין עצמית, אינם מאפשרים את תפיסת הקנטור כהצדק חלקי, ומכל מקום, גם אם גורסים כי משמשים כאן בערכובייה שיקולים משני הסוגים, משקלו של הממד ההצדקי מתבטל בפני ממד האשמה. אפשרות אחרת היא לראות בהמתה על רקע קנטור משום המתה שעל גבול ההגנה העצמית, שכן רבות מהסיטואציות הנתפסות בתחומיה הן של המתות מתוך מצב רגשי המערב גם פחד, נוסף לזעם. ראו Jeremy Horder, *Reshaping the Subjective Element in the Provocation Defence*, 25 OXFORD J. LEGAL STUD. 123 (2005).

⁶⁸ לצד תפיסות מקובלות אלה הציע פרופ' אלון הראל תפיסה שלישית, הבוחנת את היסוד של היעדר קנטור מאספקלריה של חלוקת אשמה בין העושה לקרבן בלבד (The comparative fault doctrine). מן הזווית הזו, קנטור מצדיק הפחתת אחריות מטעמים של יעילות ושל הגינות: הפחתת האחריות היא יעילה משום שהיא מתמרצת את המקנטר להימנע מן הקנטור (על ידי עצם ההפחתה בענישת הממית המקונטר), ובה בעת מתמרצת את המקונטר להימנע מן ההמתה (על ידי עצם הטלת האחריות בגין עברה חמורה יחסית). הפחתת האחריות היא הוגנת משום

נראה שאף אחת מן התפיסות אינה עומדת לבדה. כך, הדרישה האובייקטיבית של התגרות אינה יכולה להיות נעוצה בתפיסה של קנטור כאלמנט השולל קיומה של כוונה תחילה, שהיא סובייקטיבית במובהק. מן העבר השני, ברור גם שהתייחסות לקנטור כאל הגנה חלקית אינה מאיינת את הפונקציה שלו כשולל קיומה של כוונה תחילה.

עם זאת, כל אחת מן התפיסות מושכת לעיצוב שונה של יסוד הקנטור ושל הדירוג בין עברות ההמתה בכלל. בעיקרון, תפיסה של קנטור כיסוד שעיקרו שלילת קיומה של כוונה תחילה מושכת בהכרח לעבר צמצום הממד האובייקטיבי ולהתמקדות בממד הסובייקטיבי. ואילו תפיסה של קנטור כדוקטרינה שעיקרה יצירת הגנה חלקית עשויה להוביל דווקא לשימת דגש על הממד האובייקטיבי, שהוא ממד בעל חשיבות במסגרת דוקטרינות של הגנה מאחריות פלילית.⁶⁹ ככל שסבורים שהרציונלים של יסוד הקנטור מגוונים יותר, המלאכה הופכת מורכבת יותר ועדינה יותר. יש לגשת אליה מתוך מודעות למורכבותה ומתוך ניסיון לגבש מושג אחיד לקנטור, המביא בחשבון כל אחד מן הרציונלים במידה הראויה ותוך התחשבות ברציונלים האחרים.

לתמונה המורכבת ממילא מתווספת הפונקציה שממלא הקנטור בהקשר החקיקתי הרחב יותר, אשר משפיעה גם היא על עיצובו. כך, למשל, אם הקנטור – כשולל כוונה תחילה או כמספק הגנה חלקית – אמור לחלץ מקרים מתחולתו של עונש חובה, תהא הנטייה לגמישות ולהרחבה. לאותו כיוון מושכת גם ההתייחסות להמתה בעקבות קנטור כאל עברה חמורה דוגמת עברת ההריגה. במסגרת חקיקתית שאינה קוהרנטית עשוי הקנטור לשמש בפונקציות שונות, שכל אחת מושכת לכיוון אחר.

שאינן הצדקה להשקיע את מלוא המשאבים בהגנת הקרבן המתגרה, אשר התנהגותו חושפת את החברה לעלויות ניכרות מבלי שיהיה לה ערך חברתי פודה, וזאת על חשבון הקרבן הזהיר. ראו Harel, לעיל ה"ש 67, בעמ' 1197–1200. תפיסתו של הראל מעלה קשיים רבים. עם חלקם הוא מתמודד (ראו בעיקר בעמ' 1226–1128), ואחרים נותרים בעינם. אין זה המקום לדון בתפיסה זו לעומקה. ניתן לציין רק כמה תהיות: האם הפחתת האחריות בגין המתה בעקבות התגרות אכן מתמרצת את המתגרה להימנע מן ההתגרות? האם אין דרכים אחרות – יעילות יותר ובעייתיות פחות – להמרצה כזו? האם המתגרה בכלל מביא בחשבון את האפשרות שיומת ואת העונש שיוטל בעקבות ההמתה? ואם לא, כיצד הפחתת האחריות מובילה לחלוקה טובה יותר של משאבי ההגנה על קרבנות פוטנציאליים?

⁶⁹ ככל שמדובר בפטור, התנאים האובייקטיביים מבטאים ציפייה מן העושה שבמצבים מסוימים תמצה את יכולותיה (להתאפק או לעצב את אישיותה כך שתוכל להתאפק). כאשר מתקיים מצב הדברים האובייקטיבי המקנה פטור, התנהגותה של העושה מיוחסת למצב דברים זה; בנסיבות אחרות ניתן לייחס את התנהגותה של העושה לליקוי באישיותה, אשר היא אחראית לו. ככל שמתקרבים לרציונלים של צידוק, התנאים האובייקטיביים משקפים מצב דברים שבו ההתפרצות הרגשית נתפסת כלגיטימית.

4.3.3 תכליתה של דוקטרינת הקנטור בחוק הישראלי

דוקטרינת הקנטור, כפי שהיא מעוגנת בדין הישראלי, היא דוקטרינה שתכליתה העיקרית לשלול קיומה של כוונה תחילה הנתפסת כיסוד מחמיר שצמוד לו עונש חובה. במהותה, זוהי דוקטרינה של יסוד נפשי. מן התכלית העיקרית נגזרות, בהקשר הישראלי, תכליות נוספות: הוצאה אל מחוץ לתחומי עונש החובה של מקרים שאינם החמורים ביותר, וכן הבחנה בעונש ובסטיגמה בין מי שמעשיהם משקפים דרגה שונה של אשמה.

דוקטרינת הקנטור הישראלית אינה דוקטרינה של הגנה חלקית. זאת, אף אם במתכונה המורכבת הכוללת יסודות אובייקטיביים – מתכונת שמקורה בתהליך ההתפתחות האקראי שלה – יש לה גם מאפיינים צדדיים, טפלים, אגביים, ולעתים סותרים (שאינם עולים בקנה אחד עם קיום התכלית העיקרית) – של הגנה חלקית. במצב דברים זה, מן הראוי היה לצמצם, ככל הניתן, במסגרת פרשנותה של כוונה תחילה את האלמנטים האובייקטיביים שלה, המשרתים תכליות שאינן עולות בקנה אחד עם התכלית העיקרית, ולתקף דווקא את האלמנטים הסובייקטיביים-התודעתיים המבטאים את התכלית העיקרית. האפיון של היעדר קנטור כיסוד אשר המהות המרכזית שלו היא בגילום של יסוד נפשי המנוגד לכוונה-תחילה אמור להכתיב את הורדת הרף האובייקטיבי (שמספק צידוק להפחתת אחריות במסגרת תפיסה שונה של קנטור – כהגנה חלקית).

ברור כי גם פרשנות כזו לא תהפוך את דוקטרינת הקנטור הישראלית לדוקטרינה קוהרנטית ו"נקייה". היא תותיר על כנה דוקטרינה מורכבת, המערבת צידוקים שונים לייחוס אחריות שאינה מרבית – צידוקים מתחום היסוד הנפשי יחד עם צידוקים מתחומן של ההגנות מאחריות פלילית. אין אפשרות ליצור דוקטרינה קוהרנטית בהקשר הישראלי המחדיר יסודות אובייקטיביים להגדרה של כוונה תחילה. עם זאת, טענתנו היא כי במצב דברים בעייתי כזה, מן הראוי היה למזער את הקשיים על ידי איתור התכלית העיקרית ופירוש עקבי של הדוקטרינה בהתאם לה. פירוש אחר פוגע בעקרונות יסוד של המשפט הפלילי, וכפי שנראה בהמשך, הוא גם יוצר עיוותים במבנה ובמהות של ההבחנה בין הריגה לרצח.

המסקנה שלפיה התכלית העיקרית של דוקטרינת הקנטור הישראלית היא לשלול קיומה של כוונה תחילה היא בעלת תימוכין רבים, אף מעבר לאלה הלשוניים אשר כבר הוזכרו. מתוך ההקשר הענייני והטכניקה החקיקתית ברור כי ההתייחסות לקנטור – כמו גם לאלמנטים האחרים – מובאת כהנגדה למצב של כוונה תחילה, ומטרתה – כמו גם מטרתם של האלמנטים האחרים – להבהיר את מהותה של הכוונה תחילה: סעיף 301(א) לחוק העונשין מדגיש כי ההמתה צריכה להיעשות "בנסיבות שבהן יכול לחשוב ולהבין את תוצאות מעשיו", והקנטור הוא היפוכו של מצב זה. הסעיף כולל יסודות של החלטה להמית ושל הכנה ("ולאחר שהכין עצמו להמית אותו או שהכין

מכשיר שבו המית אותו" – יסודות המבקשים – הם כמו היסוד של היעדר קנטור – להמחיש באופן פלסטי כמעט פיתוחה של תודעה מסוג מסוים, אשר אינה יכולה להתקיים במצב של קנטור.

גם מיקומו של יסוד הקנטור במסגרת ההגדרה של כוונה-תחילה אינו מותר מקום לספק באשר לתכליתו כשולל את קיומה, ומכוון לשימת הדגש על הממד הקוגניטיבי והחפצי.

ההקשר החקיקתי הרחב יותר תומך גם הוא בהבנת הדוקטרינה ככזו ששוללת קיומה של כוונה תחילה. דרגת האחריות הגבוהה המוטלת על הממית בעקבות קנטור – אחריות בגין הריגה שבצדה עונש מרבי של עשרים שנות מאסר – מבהירה כי תכליתה של דוקטרינת הקנטור לאיין קיומו של רכיב מחמיר (כוונה-תחילה), ולא לקבוע הגנה חלקית. בעקבות שינויים בחוק צומצם תחום ההריגה, ואין היא מקיפה עוד את ההיפותזה של המתת אדם מתוך קלות דעת לגבי האפשרות שתיגרם לו חבלת גוף. במתכונתה הנוכחית היא מקיפה רק היפותזות חמורות – כאלה של המתה מתוך צפיית האפשרות שייגרם מוות. בהקשר זה בלתי משכנעים הם דבריו של השופט קדמי, אותם מצטט הנשיא ברק, ולפיהם "הפחתה משמעותית כזו בחומרת העבירה מחייבת קיומה של רמת קנטור גבוהה דייה כדי ליטול מן ה'החלטה להמית' את אופייה המחמיר".⁷⁰ עברת ההריגה היא מן העברות החמורות עלי ספר. אף אם הסטיגמה הצמודה לה נשחקה במידה מסוימת, הרי שחיקה זו היא נגררת של שחיקתה של עברת הרצח כעברה החלה רק על מקרי ההמתה החמורים ביותר – בין היתר על ידי החלתה גם על המתות ככוונה ספונטנית. יש קושי בהנמקת פרשנות תוך היזקקות למעגל הקסמים שהיא עצמה תורמת להתגבשותו.

העונש של מאסר עולם חובה, הצמוד לעברת הרצח, מלמד כי עברת הרצח בישראל אמורה לתפוס רק את המקרים החמורים ביותר, ומכאן שהדוקטרינות המגדירות אותה, ובהן דוקטרינת הקנטור, מתפקדות כדוקטרינות המבחינות בין המקרים החמורים ביותר – של כוונה תחילה – למקרים החמורים פחות של כוונה רגילה. מזווית זו ניתן להביט על דוקטרינת הקנטור גם ככזו שתכליתה למלט את המקרים שאינם החמורים ביותר מעונש החובה הצמוד לעברת הרצח, וכן ליצור הבחנה בסטיגמה ובעונש בין מי שדרגת אשמתם שונה.

ולבסוף, עצם העובדה שמשטר הרצח בישראל הוא משטר של כוונה תחילה אינו מאפשר הבנה של דוקטרינת הקנטור כהגנה חלקית: הקנטור הוא במהותו סיטואציה פרטית של כוונה ספונטנית, ומכוח עובדה זו ממילא נופלים מקרי הקנטור בדין

⁷⁰ ע"פ 2534/93 מליסה נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(2) 597, 617 (1997); וכן שם, בעמ' 613: "עברת ההריגה אינה מתאפיינת באותו דופי מוסרי חמור המאפיין מעשה רצח. לסיווגו של מעשה המתה הנעשה בכוונה כרצח נודעת משמעות חברתית-ערכית. חברה המקדשת את חיי האדם כערך מוסרי עליון אינה יכולה להשלים עם הורדת הרף של האחריות המשפטית למעשים של המתת אדם בכוונה"; פרשת ביטון, לעיל ה"ש 1, פס' 53 לפסק דינו של הנשיא ברק.

הישראלי לגדרי עברת ההריגה, ולא לגדרי עברת הרצח. אין צורך בהגנה חלקית של קנטור במשטר שבו מקרים של כוונה ספונטנית נופלים ממילא תחת עברת ההריגה. במצב דברים זה יש להביט על דוקטרינת הקנטור כעל דוקטרינה שתכליתה מבהירה בעיקרה – היא מזקקת, כפי שנראה במסגרת הדיון במבחן הסובייקטיבי, את מושג הכוונה תחילה.

4.4 הערכת פרשת ביטון לאור התכלית המוצעת

הניסיון לעצב בהקשר הישראלי יסוד ראוי של היעדר קנטור אינו עולה יפה בדיון הנוסף בפרשת ביטון. כאמור, קושי מרכזי במהלך שעושה הנשיא ברק נעוץ בהימנעות מלאתר את התכלית הספציפית של דוקטרינת הקנטור בדיון הישראלי, כאילו התצורה של דוקטרינת הקנטור אינה נגזרת מן התכלית הספציפית, וכאילו אותה תצורה תתאים בין שהתכלית הספציפית היא כזו או אחרת. מכאן הנחתו של הנשיא ברק, כי הביקורת על אמת המידה האובייקטיבית שפותחה בפסיקה היא אנליטית-תאורטית בעיקרה, וכי היא משליכה בעיקר על מיקום המבחנים האובייקטיביים של הקנטור (הנחה העולה מן האפשרות המוצגת במרומז בפסק הדין להסיק מן הביקורת את הצורך לשנות את המיקום של המבחן האובייקטיבי המחמיר). ואולם, כפי שראינו, הנחת המוצא (שלפיה אותה תצורה של יסוד הקנטור מתאימה לשמש הן כיסוד השולל כוונה תחילה והן כהגנה חלקית) היא שגויה. תצורות שונות של קנטור מתאימות לתפיסות שונות של יסוד זה. על כן, כאשר בית המשפט קובע רף אובייקטיבי גבוה, הוא בעצם מנסה לכפות תפיסה של קנטור כהגנה חלקית מקום שאי-אפשר לעשות זאת – במסגרת חוק שקובע תפיסה של קנטור כשולל כוונה תחילה. זאת, מבלי לומר זאת במפורש (ואולי אף מבלי להיות ער לכך). תוצאת המהלך – שמושגת במחיר פגיעה בעקרונות יסוד של המשפט הפלילי – היא יצור כלאיים משפטי, בלתי קוהרנטי בעליל, אשר ההשלכות שלו על המציאות המשפטית הן בלתי ראויות. היסוד של כוונה-תחילה, אשר אמור להיות המאפיין המרכזי של עברת הרצח, ואשר הוא שמספק צידוק לעונש החובה הצמוד לה, נשחק עד דק. הרוב המכריע של מקרי ההמתה הספונטנית נכנס לגדר עברת הרצח. רק המתות ספונטניות אשר התבצעו בעקבות התגרות שהייתה עלולה להביא גם את "האדם הסביר" להמית נופלות לגדר עברת ההריגה, והניסיון מלמד שכמעט אין המתות כאלה. עמד על כך פרופ' יורם שחר:

"לא מצאנו ב-34 שנות עבודתו של בית-המשפט העליון מאז עניין סגל אלא מקרה בודד שבו צלחה הגנת הקנטור בהרתה בידיו של נאשם [...] נצברת בפסיקת בית-המשפט העליון רשימה הולכת ומתמשכת של התעללויות מכל סוג ומין אשר מתעללים קורבנות

ברוצחיהם: עלבונות וגידופים, בוז ולעג, בדיבור ובהתנהגות, בין גברים לנשותיהם, בין ארוסות לחמותיהן, בין אח לאחיו, בעניינים שבלב ובעניינים שבממון, בסכסוכים מרים משאול המגיעים עד משבר בהתפרצות אלימה, ובעימותים בני יום; ובכולם חוזר בית המשפט ומורה, פעם אחר פעם, כי האדם הסביר, על כל חולשותיו ופגמיו, לא היה **עלול** אפילו להיתקף באותה חמת זעם הנגמרת במותו של הקורבן. האם אין מקום לומר [...] כי האדם הסביר בישראל איננו רוצח לעולם?⁷¹

האפשרות להיחלץ מעונש החובה במצב דברים זה היא מוגבלת, וזאת אף שמידת אשמתה של העושה שפעלה מתוך התפרצות רגשית וללא שקילה היא פחותה ממידת אשמתה של העושה שהמיתה בדם קר. קשה על כן להסכים עם הדברים המסכמים של הנשיא ברק:

"הנני רואה כצורך חברתי חיוני את קיומה של אמת מידה אובייקטיבית. עדיף בעיני המצב הבלתי ראוי לפיו אמת מידה זו קיימת כחלק מההגדרה של 'כוונה תחילה', על פני המצב הבלתי ראוי שבו יעלם מבחן זה לחלוטין מגדריו של המשפט הפלילי. הוצאתו של 'סף הכניסה' האובייקטיבי הגבוה מהגדרת ה'כוונה תחילה' יביא אמנם לתיקון אנאליטי. ביטולו הגמור של מבחן זה עד להחזרתו על ידי המחוקק יביא לתקלה חברתית".⁷²

ראשית, אין מדובר כלל על ביטולה של אמת המידה האובייקטיבית. אמת מידה זו קיימת – במתכונתה הנמוכה – במסגרת יסוד ההתגרות. במתכונת זו היא ממלאת רבות מן הפונקציות שאמורה למלא אמת מידה אובייקטיבית. שנית, הצורך לוותר על אמת מידה גבוהה אינו נדרש מטעמים אנליטיים בלבד – התיקון הנדרש הוא בעל אופי מהותי, והוא אמור לבטא הפנמה של תפיסת הקנטור כגורם השולל קיומה של כוונה תחילה – כפי שמתבקש מן החוק – ולא כפטור חלקי; ובהתאם אמורה להיות לשינוי זה השפעה גם על מהותם ועל היקפם של רכיבי הקנטור. שלישית, ניתן לשאול: האומנם תיגרם תקלה חברתית אם במקרים של התגרות שאינה חמורה במיוחד תהיה הרשעה בעברת ההריגה עם עונש כבד בצדה? כפי שביקשנו להראות, התקלה הנגרמת כאשר מורשעים ברצח בכוונה תחילה מי שלא הייתה להם כוונה תחילה היא חמורה הרבה יותר.

⁷¹ יורם שחר "האדם הסביר והמשפט הפלילי" הפרקליט לט 78, 90–91 (1989).

⁷² פרשת **ביטון**, לעיל ה"ש 1, פס' 65 לפסק דינו של הנשיא ברק.

5. אפיונה של אמת המידה הגבוהה בפסק הדין

אף אילו היה מקום לקבוע אמת מידה גבוהה ודווקנית, האפיון הנורמטיבי שלה בפסיקה מעורר קשיים רבים, אשר הנשיא ברק ער לחלקם. לדידו, יש להגמיש את האפיון הנורמטיבי ולהכיר "במספר שיקולים סובייקטיביים"⁷³, אך הוא מבקש להותיר את המלאכה למחוקק.⁷⁴ בשורות הבאות לא נתעכב על אותם קשיים אשר קיימת הסכמה רחבה לגביהם. במקום זאת, נבקש לעמוד על קשיים מספר באפיון הנורמטיבי, אשר הם משותפים לאמת המידה הפסיקתית ולאמת המידה שמציע הנשיא ברק. כן נבקש לדון בכמה קשיים המיוחדים לאמת המידה המוצעת.

אמת המידה הפסיקתית שמקבל הנשיא ברק מתוארת כך: "המבחן האובייקטיבי שואל אם 'אדם מן היישוב', 'אדם סביר', 'אדם רגיל', 'אדם ממוצע', בנעליו של הממית היה עלול להגיב כמוהו"⁷⁵. ודוק, הפניה לאותן פיקציות משפטיות, אין תכליתה לזהות מהו מזג רגיל או ממוצע. המבחן האובייקטיבי הוא מבחן ערכי-נורמטיבי,⁷⁶ אשר תכליתו לשרטט את תגובותיו האפשריות של אדם בעל מזג ראוי. הנשיא ברק סבור שזוהי, בעיקרון, הגישה הראויה – גישה אשר "מתחשבת במציאות הקיימת אך אינה מבקשת לשקפה. היא מעמידה תפיסה ערכית באשר לראוי ולרצוי בהתנהגות הבינאישית. היא מבטאת איזון ראוי בין הערכים והעקרונות המתנגשים"⁷⁷.

הגדרה זו של אמת המידה מעוררת קשיים מספר. ראשית, קיים קושי בעצם הפנייה לאמת מידה חיצונית בדמות "האדם הסביר". משיקולים של חוקיות ושל אזהרה, טוב היה אילו בית המשפט השקיע מאמץ באפיון מדויק של ההתגרות במקום לפטור את עצמו בפנייה לאותו "אדם סביר" נורמטיבי, שהוא שיקוף של ערכים שמשקלם עשוי להשתנות על פי הזמנים ועל פי היושבים בדין – פנייה שהיא ההפך מבהירות ומוודאות. ניתן היה להתייחס למאפיינים שונים של ההתגרות, דוגמת חוקיותה; מטרתה (התגרות שמטרתה הדומיננטית היא לקנטר לעומת התגרות שיש לה מטרה דומיננטית אחרת, והיא מקנטרת רק באופן אגבי);⁷⁸ חשיבותו של הגורם שבו היא מתמקדת לתחושת הערך העצמי של המקונטר;⁷⁹ דרגת האיום שההתגרות יוצרת בנוגע לאותו גורם;⁸⁰ ומהות האיום או הפגיעה – האם ההתגרות מכוננת אותו

⁷³ שם, פס' 68 לפסק דינו של הנשיא ברק.

⁷⁴ שם.

⁷⁵ שם, פס' 31 לפסק דינו של הנשיא ברק.

⁷⁶ שם, פס' 34 לפסק דינו של הנשיא ברק.

⁷⁷ שם, פס' 35 לפסק דינו של הנשיא ברק.

⁷⁸ HORDER, לעיל ה"ש 54, בעמ' 140–141.

⁷⁹ שם, בעמ' 142.

⁸⁰ שם.

כנחות וחסר ערך.⁸¹

אם כבר פונים לאותו "אדם סביר", השאלה אינה צריכה להיות אם הוא עלול היה להמית באותה סיטואציה (על דרישת הפרופורציונליות בין ההתגרות למעשה ההמתה, המשתמעת מגישה כזו). אם מתייחסים לדוקטרינת הקנטור ברצינות הראויה, השאלה שצריך לשאול היא אם האדם הסביר היה מתרתח.⁸² האלמנט המובן והטבעי בתגובתו של העושה הוא ההתרתחות, ולא ההמתה. אצל אדם בעל מזג ראוי האופציה של המתה בעקבות קנטור אינה עולה כלל על הפרק. ככל שבית המשפט נכון לקבוע שהיא עולה על הפרק ואף נתפסת כמובנת – ויותר מכך: כפרופורציונאלית – הוא עושה זילות של ערך החיים. ואכן, אין פלא שההיזקקות לאמת מידה זו העלימה כמעט לחלוטין את דוקטרינת הקנטור.⁸³ הבחירה בגישה כזו היא שהביאה את בית המשפט לבחון אם האדם הסביר עלול היה להגיב באותו אופן, ולא אם כך היה מגיב. אמת מידה זו היא עמומה ובלתי ברורה: מה משמעות "עלול" בהקשר זה? האם די באפשרות ראלית בלבד? או שמא הכוונה לתגובתו הטיפוסית והמסתברת – אף אם לא הוודאית – של האדם הסביר? בשני המקרים, ספק רב אם מדובר בקטגוריה של ממש, שאינה ריקה.

פרט לכך, יש מקום לדון באפיונו של האדם הסביר במסגרת הסטנדרט הנבחר. בהקשר זה קיים, כאמור, הבדל בין גישת הפסיקה לבין גישתו של הנשיא ברק. אפיונו של האדם הסביר במסגרת הסטנדרט שבחרה הפסיקה מעורר קשיים ניכרים. ההלכה סוכמה בפסק הדין כך: "בשורה ארוכה של פסקי דין נקבע כי תכונותיו של הממית, אופיו, מזגו, מינו, רקעו הסוציו-אקונומי, דתו, עדתו, מצבו הנפשי והרוחני ושאר תכונותיו אינן נלקחות בחשבון".⁸⁴ הנשיא ברק סוקר את הטענות התומכים במבחן דווקני כזה ודוחה אותם.⁸⁵ מסקנתו היא שיש להתחשב בחלק מן הנתונים של הממית, אך לא ככולם.⁸⁶ לעניין הנתונים שבהם צריך להתחשב מפנה הנשיא ברק לדין האנגלי כנקודת מוצא.⁸⁷

ככלל, אנו מצטרפים לגישת ברק לעניין זה. במסגרת דין ראוי שבו דוקטרינת הקנטור מתפקדת בעיקר כהגנה חלקית (ועל כך יורחב הדיבור להלן) יש מקום להידרש לקריטריון נורמטיבי רך יחסית. עם זאת, איננו בטוחים כלל שהקריטריון האנגלי לשרטוט אמת המידה הנורמטיבית, שאליו מפנה הנשיא ברק, הוא הקריטריון הראוי. ההבחנה האנגלית, שהציע במקור Andrew Ashworth, היא בין מאפיינים

81 שם, בעמ' 142–143.

82 ולא "עלול היה להתרתח".

83 שחר, לעיל ה"ש 71.

84 פרשת **ביטון**, לעיל ה"ש 1, פס' 32 לפסק דינו של הנשיא ברק.

85 שם, פס' 59 לפסק דינו של הנשיא ברק.

86 שם, פס' 67 לפסק דינו של הנשיא ברק.

87 שם, פס' 68 לפסק דינו של הנשיא ברק.

המשפיעים על שאלת התפיסה של הסיטואציה ככזו שמכוננת התגרות, אשר יש להביאם בחשבון, לבין מאפיינים המשפיעים על מידת השליטה העצמית, אשר אין להביאם בחשבון. אמנם לא ניתן לצפות שהרגישויות של כולם תהיינה אחידות, אולם ניתן לצפות מכולם לדרגה מינימלית של שליטה עצמית. עם זאת, גם להבחנה זו יש חריג: המאפיינים של גיל ושל מין, אשר יהוו חלק מן ההערכה אף על פי שהשפעתם היא על דרגת השליטה העצמית.

חריג זה מלמד על כוחה המוגבל של ההבחנה:

"If loss of self-control in a juvenile is condoned because they evince less self-control than adults, why should we not similarly condone those adults who are congenitally short-tempered, or excitable, particularly if, say, such a characteristic is not unusual in the ethnic group to which the defendant belongs?"⁸⁸

פרט לכך, הצדקה לאי-התחשבות ביכולת פחותה של שליטה עצמית חייבת להיות מעוגנת בהנחה מבוססת בדבר אחריות ואשמה של העושה בנוגע לתכונה זו שלו. יש צורך להניח תשתית רעיונית להנחה כזו.

ניתן להזכיר קריטריון אפשרי אחר, אשר הוצע על ידי Jeremy Horder, ולפיו אין להתחשב במאפיינים המשקפים עמדות אנטי-חברתיות במובהק, דוגמת גזענות, שוביניזם או שנאה על רקע דתי.⁸⁹ כך, למשל, יהודי שממית בחמת זעם ערבי שעלב בו, ומקורו של הזעם בתפיסת עלבון מאדם ערבי כפוגעני באופן מיוחד, לא יזכה להקלה בדין. יש היגיון בקריטריון כזה: נכונות להתחשב בעמדות אנטי-חברתיות מבטאת סלחנות כלפיהן. יותר מכך, על רקע המציאות החברתית שבה אלימות כלפי קבוצות חלשות נתפסת כנסבלת, היא עשויה לבטא גם מסר של זילות חייהם של בני מיעוט ובנות מיעוט. מסר כזה הוא מזיק במיוחד על רקע תופעות שהמשפט מתקשה להתמודד עמן או שאינו יכול להתמודד עמן (דוגמת אלימות כלפי ערבים, בעיקר בשטחים הכבושים, אלימות כלפי נשים, המתת נשים על רקע חוסר נכונות להיפרד או המתת נשים המלווה בהתאבדות). עם זאת, אפשר שראוי יותר לטפל במקרים

⁸⁸ WILLIAM WILSON, CRIMINAL LAW: DOCTRINE AND THEORY 387 (2nd ed. 2003) כפי שאוזכר ב R. D. MacKay and B.J. Mitchell, *But is this provocation? Some thoughts on the Law Commission's report on partial defences to murder*, 2005 CRIM L.REV. 44, 51(2005).

⁸⁹ HORDER, לעיל ה"ש 54 בעמ' 144. הדוגמה שמציג Horder היא של אדם לבן הממית אדם שחור שפנה אליו, מכיוון שהוא מזדעזע מעצם הפנייה. דוגמה זו אינה מתאימה לדין שבו יש דרישה אובייקטיבית מינימלית של התגרות.

אלה במסגרת חלופה מיוחדת של עברת הרצח, שתאופיין במניע אנטי-חברתי במיוחד כאמור.

ד. הממד הסובייקטיבי של יסוד הקנטור: אפיונים אפשריים והאפיון בפרשת ביטון

בשולי פסק הדין בפרשת ביטון מוצג גם הממד הסובייקטיבי של יסוד הקנטור. הממד הסובייקטיבי לא עמד לדיון מחודש בפסק הדין, ובכל זאת נבקש להעיר כמה הערות קצרות באשר לאפיון שלו לאור תכליתה של דוקטרינת הקנטור כפי שהוצגה לעיל. כפי שמציין הנשיא ברק, אין מחלוקת באשר לחיוניותו של הממד הסובייקטיבי במסגרת הגדרת היסוד של היעדר קנטור.⁹⁰ זאת, הן ברמה האנליטית-תאורטית והן בהקשר של הדין הישראלי, המשבץ את היסוד של היעדר קנטור במסגרת הגדרת הכוונה-תחילה, וזאת תוך התייחסות מפורשת למצבו הנפשי של העושה עצמו.⁹¹

עם זאת, יש מקום לדון בתכנים שיצקה הפסיקה לממד הסובייקטיבי. הנשיא ברק מטעים כי ביסוד המבחן הסובייקטיבי עומדת ההבחנה בין המתה מתוך שיקול וישוב דעת לבין המתה פתאומית-רגעית.⁹² הקנטור הסובייקטיבי הוא מצב של אבדן שליטה עצמית, כך שהמעשה מבוצע מבלי לחשוב על תוצאותיו,⁹³ ומבלי לשקול ולהעריך מוסרית את המעשה ותוצאותיו.⁹⁴

אם כן הפסיקה מתייחסת לכמה מאפיינים: המאפיין של האפקט (שאלת קור הרוח), המאפיין הקוגניטיבי של היעדר שקילה ומאפיין הפתאומיות או המידיות. המאפיינים כרוכים זה בזה, והדיון באחד נשזר בדיון באחר.

ראשית, ממד האפקט (שאלת קור הרוח): הנשיא ברק עומד על כך שהביטוי "בדם חם", אשר נגזר מן ההתייחסות החקיקתית להמתה בכוונה תחילה כהמתה "בדם קר", פורש כמתייחס למצב המכונה בפסיקה "אובדן שליטה עצמית" (Loss of self control).⁹⁵ עוד הוא מציין כי חום הדם הוא יסוד שמהותו אינדיקטיבית להיעדרה של

⁹⁰ פרשת ביטון, לעיל ה"ש 1, פס' 21 לפסק דינו של הנשיא ברק.

⁹¹ ס' 301(א) לחוק העונשין "בנסיבות שבהן יכול לחשוב ולהבין את תוצאות מעשיו"; ראו התייחסות למשמעות של ביטוי זה במסגרת הדיון בממד האובייקטיבי בפרק ג' לעיל.

⁹² פרשת ביטון, לעיל ה"ש 1, פס' 23 לפסק דינו של הנשיא ברק.

⁹³ שם, פס' 22 לפסק דינו של הנשיא ברק.

⁹⁴ שם, פס' 24 לפסק דינו של הנשיא ברק; השופט גולדברג בע"פ 339/84 רבינוביץ נ' מדינת ישראל, פ"ד לט(4) 261, 253 (1985).

⁹⁵ פרשת ביטון, לעיל ה"ש 1, פס' 22 לפסק דינו של הנשיא ברק. הטלת האחריות על הפועל מתוך אפקט, מתבססת על ההנחה שלאדם הנתון להשפעתו של אפקט יש עדיין מידה מסוימת של שליטה על מעשיו, במובן של יכולת להימנע מהפעולה. המשפט אינו מניח שהמקונטר מאבד כליל את השליטה העצמית במובן של "היעדר רצייה" או "היעדר שליטה" כמשמעו בס' 34 לחוק העונשין, השולל לחלוטין הטלת אחריות פלילית.

כוונה תחילה.⁹⁶

ההיזקקות לממד האפקט אינה מתאימה לתפיסת הקנטור בדין הישראלי כגורם המבחין בין כוונה תחילה לכוונה ספונטנית. במסגרת בחינת היסוד הנפשי (כוונה תחילה) ההתייחסות היא לממד הקוגניטיבי, ולא לממד הרגשי. אף אם לרגשות עשויה להיות השפעה על הקוגניציה, הרי פעולה תחת השפעה מסוימת של אפקט אינה שוללת בהכרח קיומה של שקילה מוסרית, לפחות ברמה כלשהי. מעבר לכך, כוונה תחילה עשויה להישלל גם בהיעדר אפקט.⁹⁷

ראויה היא על כן ההתייחסות לחום הדם כאל יסוד שמהותו אינדיקטיבית להיעדרה של כוונה תחילה (ולא כאל יסוד מהותי); אולם מהתייחסות זו צריך היה להיגזר פירוש גמיש יחסית למושג המטפורי "חום הדם". ההיזקקות לביטוי "אובדן שליטה עצמית" – ולא לביטויים גמישים יותר דוגמת "החלשה ניכרת של השליטה העצמית" – מושכת דווקא להבנה דווקנית של מושג חום הדם. נראה שזוהי תוצאה של אימוץ מושגים בלתי מתאימים מן המשפט האנגלי, וניתן למתן אותה על ידי התייחסות גמישה למושגים אלה.

המאפיין השני של הממד הסובייקטיבי הוא זה של היעדר שקילה. פסק דינו של הנשיא ברק בפרשת **ביטון** מעמיד במרכז את הממד של היעדר שקילה, ופורט אותו למאפיינים שמהם משתקפים יפה מאפייניה ההופכיים של הכוונה-תחילה: היעדר שיקול ויישוב הדעת, חשיבה על התוצאות, הערכה מוסרית של המעשה ושל תוצאותיו.⁹⁸

המאפיין של היעדר שקילה הוא אכן המאפיין הדומיננטי של הממד הסובייקטיבי במסגרת תפיסה של קנטור כגורם מבחין בין כוונה-תחילה לכוונה ספונטנית. חשיבותו של המאפיין של היעדר שקילה, על השתלבותו בדוקטרינת הקנטור בכללותה, היא בתרומתו להבהרת ההבחנה בין כוונה תחילה לכוונה ספונטנית: על דרך ההנגדה להיעדר השקילה במסגרת פרדיגמת הקנטור הכוללת ניתן בנקל להבחין כי כוונה תחילה כוללת יסודות קוגניטיביים של מתן תשומת לב – ולו תשומת לב

⁹⁶ שם: "זהו מצב דברים שהוסב על ידי ההתגרות ואשר בו 'עקב איבוד עשתונות עולל הנאשם את התוצאה הקטלנית, מתוך החלטה פתאומית רגעית, שלא היו מאחוריה שיקול ויישוב הדעת' (השופט ד' לויין בפרשת **סבאח**, עמ' 369)."

⁹⁷ לעומת זאת, יש חשיבות לממד של אפקט במסגרת תפיסה של הגנה חלקית: החלשת השליטה העצמית מהווה מדד טוב לשקילת המגוננות המוסרית הכרוכה בפעולה – ככל שהשפעתו של האפקט חזקה יותר, הכניעה לה מובנת יותר ומעידה יותר על המיוחדות של הסיטואציה ולא על פגם בגישתו הכללית של העושה. תפיסה זו היא שעומדת ככל הנראה גם בבסיס ניסיונות לאפיין את יסוד הקנטור תוך היזקקות לעצמת האפקט דווקא. כך, ב-Model Penal Code נדרש שהמעשה ייעשה "under the influence of extreme mental or emotional disturbance". ראו American Law Institute, Section 210.3(1)(b) of the Model Penal Code, המופיע ב-, Model Penal Code and Commentaries (Official Draft and Revised Comments) (1980).

⁹⁸ פרשת **ביטון**, לעיל ה"ש 1, פס' 24 לפסק דינו של הנשיא ברק.

כלשהי – למשמעויות המוסריות של ההמתה; הפנמה של מהותו האמיתית של מעשה ההמתה, לא ברמה של ססמה או כותרת, ושל עומקן של השלכותיה.⁹⁹ היעדר השקילה הוא צדה האחד של המטבע, שצדה השני הוא האפקט. האפקט משתלט על "מנגנון הפיקוד" של העושה ולא מאפשר הערכה סדורה של מעשה ההמתה כנדרש במסגרת היסוד של כוונה תחילה. ואולם פרדיגמת הקנטור המשלבת את שני הממדים – אפקט והיעדר שקילה – אינה אלא מקרה פרטי אחד של כוונה ספונטנית. המאפיין המרכזי של דוקטרינת הקנטור – זה של היעדר שקילה – מוגבל אפוא באופן בלתי ראוי על ידי מאפיין האפקט.

ממד הפתאומיות או הרגעיות של התגובה הממיתה הוא אולי השנוי במחלוקת מבין ממדי הקנטור. בשונה משני הממדים האחרים, אין זה אפיון המתייחס רק או אפילו בעיקר להלך הנפש של הממית, כי אם בעיקר לתגובתו הממיתה. על כן אפשר שנכון יותר לדון בו במסגרת הממד האובייקטיבי של הקנטור. עם זאת, הפתאומיות של התגובה מניחה פתאומיות של אבדן העשתונות, ובמובן זה מאפיין ממד הפתאומיות גם את המצב הנפשי, ועל כן נלך בעקבות הנשיא ברק ונדון בו כאן.¹⁰⁰ הנשיא ברק אינו מרחיב בנוגע ליסוד הפתאומיות, ואנו נסתפק בהערה קצרה.

התמונה הטיפוסית הכוללת של קנטור היא של התפרצות רגשית מפתיעה ופתאומית על רקע התגרות, אשר מוצאת ביטוי בתגובה אלימה אינסטינקטיבית כמעט, ובהתאם – מידית ובלתי שקולה, לאותה התגרות. השאלה שבבסיס המחלוקת בנוגע ליסוד הפתאומיות היא: האם אין מקום לרופף תמונה זו, באופן שלא יחייב מידיות של התגובה אך ישמר גם כן – על פי הטענה – את הרציונלים שבבסיס יסוד הקנטור.

בהקשר הישראלי, שבו המהות הדומיננטית של יסוד הקנטור היא שלילתה של כוונה תחילה, אין הצדקה מהותית לדרישת הפתאומיות או המידיות. זאת, מכיוון שאין קשר הכרחי בין מידיות התגובה לבין היעדרה של כוונה תחילה. כך, למשל, אפשר שגם מי שתגובתה להתגרות אינה פתאומית ומידית תמית ללא כוונה תחילה. מי שמצויה תחת השפעה של אפקט במשך זמן, והאפקט הולך ומתעצם עד לגריעה מהותית מיכולת השליטה העצמית, לא שקלה בהכרח במשך פרק הזמן הזה את אופציית ההמתה. אפשר שהיא הייתה שקועה כל כולה במחשבות של זעם שהולך ומעצים את עצמו, במחשבות מתעצמות של ייאוש, ואולי אף במחשבות אובדניות

⁹⁹ ומכאן גם להבדל מרכזי בין כוונה ספונטנית לכוונה תחילה: במצב של קנטור מתגבשת כוונה שבסיסה רגשי – רצון בדבר רק מכיוון שהוא אטרקטיבי לעושה מבחינה רגשית. אל מול הכוונה הספונטנית שבסיסה רגשי ניצבת הכוונה-תחילה שבסיסה תמיד רציונלי. ראו John Finnis, *Intention and Side-Effects, in LIABILITY AND RESPONSIBILITY* 32 (R. G. Frey & Christopher W. Morris eds., 1991).

¹⁰⁰ ניתן להעיר כי התייחסות כזו לממד הפתאומיות מחזירה את הזרקור אל האפקט, ועל כן אין היא ראויה.

כפי שהיה בפרשת **בוחבוט**¹⁰¹ עובר להמתה, האפקט התעצם באופן דרמטי – לפעמים במקביל לשינוי מהיר במהותו (מייאוש לתוקפנות) – אז נולד גם הרצון להמית ובוצעה ההמתה ללא שקילה. מכיוון שכך, מן הראוי להתייחס גם ליסוד הפתאומיות כאל אינדיקציה ראייתית בלבד, ולא כאל יסוד מהותי.

ה. במקום סיכום: קווים כלליים לעיצוב הדין הראוי

יש להבחין בין הדין הראוי במגבלות החקיקתיות לבין הדין אשר מן הראוי לחוקק. במגבלות החקיקתיות יש להיצמד למשמעות המילולית של המושג "התגרות", וזאת מן הטעמים שהוצגו. כאמור, הפרשנות הנצמדת ללשון החוק אינה מופרכת, ויותר מכך – יש לה הצדקות מגוונות ולטעמנו אף משכנעות.

עם זאת, גם אנו סבורים, כמו הנשיא ברק, שיש מקום לתיקון הסימן העוסק בעברות המתה בכללותו. במסגרת זו ניתן גם להגדיר את דיני הקנטור מחדש. אין זה המקום לדיון ממצה בדיני ההמתה הראויים ובהשתלבות של דין הקנטור במסגרתם. נבקש, עם זאת, לשרטט קווים כלליים של דיני הקנטור הראויים, ולדון בקצרה בשתי הצעות שמעלה הנשיא ברק.

לדעתנו, יש ליצור דוקטרינת קנטור מחוץ לגדרי הגדרת הכוונה-תחילה. במסגרת דוקטרינה זו, ראוי להבחין בין מי שממית ככוונה מתוך התפרצות רגשית חסרת בסיס (שאינו לה כל עיגון במציאות החיצונית או שהעיגון שלה במציאות החיצונית אפסי); מי שממית בעקבות התפרצות רגשית שיש לה בסיס חלש במציאות; ומי שממית ככוונה מתוך התפרצות רגשית עקב התגרות כזו שהייתה מעוררת גם את זעמו של האדם הממוצע או "האדם מן היישוב".

המתה בהיעדר התגרות (לרבות מקרים של גירוי מסוים שאיננו התגרות, כמו החמצת פנים או נסיעה איטית בכביש) היא המתה ללא כוונה תחילה, לפחות ככל שזו תובעת קיומה של שקילה (ולא רק יכולת לשקול). למרות זאת, נראה שראוי להקביל בינה לבין המתה ככוונה תחילה, וזאת על ידי הרחבת ההגדרה של כוונה תחילה כך שתתייחס למצבים של היעדר מניעה להתקיימות שקילה. מי שוויתר על הליך של שקילה בעת גיבוש הרצון להמית, אף על פי שלא הייתה כל מניעה מלקיים הליך שקילה, מבטא בעצם הוויתור עמדה אנטי-חברתית מן הדרגה הגבוהה ביותר. החלטה לקפח חיים התגבשה אצלו כעניין של מה בכך, שאינו מעורר עכבות מיוחדות

¹⁰¹ ראו ע"פ 6353/94 **בוחבוט נ' מדינת ישראל**, פ"ד מט(3) 647 (1995). תיאור ההתרחשות מובא בדבריה של השופטת דורנר, שם, בעמ' 654: "בתאריך 18.2.1994 הוגדשה הסאה. הבעל הכה אותה מכות קשות במעמד שלושת בניה. היא נסוגה לחדר השינה וביקשה נפשה למות. בחדר היה רובה גלילון שבנה החייל הביא עמו. היא טענה אותו במחסנית ודרכה את הנשק. לשמע קול הדריכה התקרב הבעל לפתח חדר השינה. אזי היא כיוונה את הנשק לעברו וירתה ירי אוטומטי עד שהמחסנית התרוקנה".

ואינו מצריך אפילו שיהוי לצורכי ליבון ועיבוד.

המתה בעקבות התגרות חלשה אינה מקבילה להמתה בכוונה תחילה. זוהי המתה שלא נשקלה מטעם חיצוני שיש לו עיגון במציאות. בכל זאת ראוי לראות בה רצח: הטעם להיעדרה של שקילה אינו טעם חזק, וקשה להבין מדוע הוביל לווייתור על שקילה. כאשר ההתגרות היא חלשה בלבד, כאמור, ההימנעות משקילה היא מגונה במידה משמעותית, אף אם לא מרבית. בהתאם, אפשר לטפל בה במסגרת עברת רצח שהיא עברת בסיס, ואשר לא צמוד לה עונש חובה (ולצדה, כאפשרות, עברה של רצח בנסיבות מחמירות); או במסגרת דרגה שנייה בתוך עברת הרצח, אשר לה בלבד לא צמוד עונש חובה.

המתה בעקבות התגרות שהייתה מעוררת גם את זעמו של האדם מן היישוב היא המתה במצב של אפקט שניתן להבין אותו, ועל כן ראוי להוציא אותה אל מחוץ לתחום הרצח. הפחתת דרגת האחריות מוסכרת בהבנה של התגובה הרגשית, אם לא בהצדקה שלה. הזעם נתפס כטבעי, והוא מקשה על העושה לציית לנורמה, ולכן מפחית את אשמתו.

ההיזקקות ל"אדם מן היישוב" בהקשר זה צריכה להתייחס לתגובה הרגשית, ולא למעשה ההמתה; ועליה להיות אמפירית באופן דומיננטי – הכוונה היא למצב דברים שבו אצל רוב בני האדם הייתה מתפתחת תגובה רגשית חריפה מאוד. עם זאת, ההתייחסות לאדם מן היישוב אינה נעדרת כל יסוד נורמטיבי, מכיוון שאינה רק אינדיקציה ראייתית ליכולתו של הממית להשתלט על רגשותיו, כי אם יסוד מהותי. על עיצובו הראוי של היסוד הנורמטיבי הרחבנו לעיל, ולא נחזור על הדברים.

מעניין לציין כי הדין האנגלי עורך הבחנה דומה, אם כי לא זהה:¹⁰² המתה בכוונה ספונטנית, שלא קדם לה שום גירוי חיצוני, מכוננת את עברת הרצח; המתה בעקבות גירוי חיצוני כלשהו, אפילו קלוש, מכוננת גם היא עברה של רצח, אך בית המשפט יתחשב בקיומו של גירוי כנסיבה מקלה בענישה; והמתה בעקבות התגרות (קנטור) מכוננת עברת הריגה בלבד. כאמור, לדעתנו דרגת האשמה של מי שהמית בעקבות גירוי קל שאינו עולה כדי התגרות שקולה לדרגת האשמה של מי שהמית ללא כל

¹⁰² ההבחנה נוצרה מכוח ס' 11(d), Schedule 21, ל-Criminal Justice Act 2003, לעיל ה"ש 49 הקובע כך:

"11. Mitigating factors that may be relevant to the offence of murder include -

(a) [...]

[...]

(d) the fact that the offender was provoked (for example, by prolonged stress) in a way not amounting to a defence of provocation".

גירוי; מה גם שיש לשער שגירוי כלשהו, דוגמת "Prolonged stress"¹⁰³, ייצא בכל המקרים של המתה ספונטנית.

לאור האמור נבחן את ההצעות המועלות בפסק הדין. על פי הצעה אחת, יש להבחין בין שתי דרגות של רצח: רצח בכוונה תחילה אשר לו צמוד עונש חובה של מאסר עולם, ורצח בכוונה רגילה שצמוד לו עונש מרבי של מאסר עולם. הממית מתוך קנטור יורשע ברצח בכוונה רגילה. הנשיא ברק מצטט בהקשר זה את דבריו של השופט מצא בפרשת מליסה, שלפיהם "הרוצח בעטיו של קנטור יורשע ברצח בכוונה ועונשו ייקבע מתוך התחשבות במכלול הנסיבות, לרבות חומרת ההתגרות שבתכוף למעשה, מגבלותיו של הנאשם והגודל היחסי של כישלונו המוסרי בהשוואה למצופה מאדם שהינו בעל מזג רגיל והכרה מוסרית בסיסית בחיי אדם"¹⁰⁴.

גם במסגרת הצעה זו – המבוססת על יסוד של כוונה תחילה – הקנטור מתפקד, כפי הנראה, כגורם המבחין בין כוונה תחילה לכוונה רגילה. בתפקיד זה אין מקום כלל ליסוד של התגרות, ויש להסתפק באפיון של המצב התודעתי של היעדר שקילה או היעדר מניעה מלשקול (אם רוצים לכלול במסגרת המקרים החמורים גם המתות בעקבות אבדן עשתונות שאין לו אחיזה במציאות, ונראה שיש טעמים טובים לעשות כן). ככל שנזקקים ליסוד של התגרות, תפקידו צריך להיות אינדיקטיבי בעיקרו. זאת ועוד, ההצעה אינה מבחינה בין שני מצבים של התגרות: התגרות ממשית והתגרות חמורה. המתה בעקבות התגרות ממשית אך לא חמורה ראויה להיכנס לגדרי הדרגה השנייה של עברת הרצח – זו של המתה בכוונה ספונטנית. אשר להתגרות החמורה, מן הראוי להפחית באחריותו של המקונטר ולהוציא את המקרה מתחומי הרצח. הצעתו של בית המשפט לוקה, על כן, בהימנעות מלייחס חשיבות מספקת לדרגת האשמה הפחותה של הממית בעקבות התגרות קשה. נוסף על פגיעתו בעקרונות האשמה, לטווח רחוק עלול דין כזה להביא לשחיקת החומרה המיוחסת לעברת הרצח. שחיקה זו תנבע מהשתת עונשים קלים על המורשעים ברצח בעקבות קנטור. בכך תהא כרוכה גם שחיקה של ערך החיים שממנה חרד בית המשפט. יש לציין, עם זאת, שהקושי מתמתן על רקע הגמישות היחסית של אמת המידה, הבוחנת את הפער בין תגובת הממית לתגובה המצופה מאדם "רגיל".

הצורך להוציא את מקרי ההתגרות שאינה קלה אל מחוץ לגדרי הרצח מוצא ביטוי בהצעה השנייה של הנשיא ברק, שהיא חלופית להצעה הראשונה – "להעמיד 'הגנה חלקית' למקרים של התגרות. קיומה של 'הגנה חלקית' זו תוציא את סוגיית ההתגרות מהגדרת ה'כוונה-תחילה', ותעמיד אותה על רגליה היא, תוך הגדרת הנסיבות בהן יהא מקום להיזקק לה"¹⁰⁵. אין זה ברור כיצד רואה הנשיא ברק את

103 ש.ם.

104 עניין מליסה, לעיל ה"ש 70, בעמ' 614.

105 פרשת ביטון, לעיל ה"ש 1, פס' 68 לפסק דינו של הנשיא ברק.

עברת הרצח במסגרת דגם זה, וכיצד הוא סבור שיש להתייחס למקרים של כוונה ספונטנית שמקורה בהתגרות קלה יחסית או שאין לה סיבה חיצונית. אם גם במסגרת הצעה זו אין הבחנה בין סוגי ההתגרות, אזי הקושי המתעורר כאן הוא תמונת המראה של הקושי שמעוררת ההצעה הראשונה – התנהגויות שראויות לבוא בגדרי עברת הרצח מוצאות אל מחוצה לה.

אף אם הדיון הנוסף בפרשת **ביטון** לא סיפק מצע לשינוי הלכות הקנטור בישראל, הרי הוא סיפק מצע להערכה ולניתוח מחודשים של הלכות אלה. לצערנו, בית המשפט לא ניצל את ההזדמנות שנקרתה לו על מנת להסתייג באופן גורף מהלכות קודמות, אם כי בנושאים נקודתיים הוא עמד על שיפורים נדרשים. אין לנו אלא לקוות שהמחוקק יעשה עבודתו נאמנה ויתיר את התסבוכת שנוצרה בדין הקנטור.