

ע"פ 2132/23 - נאור ביטון נ' מדינת ישראל

בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פליליים

ע"פ 2132/23

ע"פ 2244/23

כבוד השופט עופר גרוסקופף
כבוד השופט יחיאל כשר
כבוד השופטת רות רונן
נאור ביטון

לפני:

המערער בע"פ
2132/23 והמשיב
בע"פ 2244/23:
נגד

מדינת ישראל

המשיבה בע"פ
2132/23 והמערערת
בע"פ 2244/23:

ערעור על הכרעת הדין וגזר הדין של בית המשפט
המחוזי בירושלים מיום 31.10.2022 ומיום
30.1.2023 בתפ"ח 55855-08-20 שניתנו על
ידי כבוד סגן הנשיא, השופט רפי כרמל, השופט
אריה רומנוב והשופטת מרים ליפשיץ-פריבס
כ' בטבת התשפ"ד (1.1.2024)

תאריך ישיבה:
בשם המערער בע"פ
2132/23 והמשיב בע"פ
2244/23:

עו"ד תמר בורנשטיין; עו"ד שני פוגודה

בשם המשיבה בע"פ
2132/23 והמערערת
בע"פ 2244/23:

פסק-דין

השופט עופר גרוסקופף:

ההליך שלפנינו מעורר במלוא עוזה את שאלת פרשנותו של ההסדר שנקבע בסעיף
301ב(ב)(1) לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין או החוק). הסדר זה, המהווה

חלק מהרפורמה המקיפה שנערכה בשנת 2019 בעבירות ההמתה, מאפשר, בתנאים שהוגדרו, שלא להרשיע אדם שגרם בכוונה או באדישות למותו של אחר בעבירת רצח, וחלף זאת להרשיעו בעבירת המתה בנסיבות של אחריות מופחתת, וזאת כאשר מעשה הקטילה נעשה בעקבות התגרות תכופה (להלן: המתה בעקבות התגרות. חוק העונשין (תיקון מס' 137), התשע"ט-2019 יכונה להלן: תיקון מס' 137, הרפורמה בעבירות ההמתה או הרפורמה)). מאחר שמדובר במקרה מבחן, מצאתי לנכון להרחיב את היריעה, כך שהדיון יעסוק לא רק במקרה הפרטני, אלא גם בהיבטים עקרוניים הנוגעים להיקף תחולתה של עבירת ההמתה בעקבות התגרות.

עניינם של הערעורים ההדדיים שלפנינו הוא הכרעת דינו וגזר דינו של בית המשפט המחוזי בירושלים בתפ"ח 55855-08-20 מיום 31.10.2022 ומיום 30.1.2023, בהתאמה (כבוד סגן הנשיא, השופט רפי כרמל והשופטים אריה רומנוב ו-מרים ליפשיץ-פריבס). במסגרת הכרעת הדין הורשע המערער בע"פ 2132/23 והמשיב בע"פ 2244/23 (להלן: המערער), ברוב דעות, בעבירת המתה בעקבות התגרות לפי סעיף 301ב(1) לחוק העונשין, וכן הורשע, פה אחד, בעבירת סחר בסם לפי סעיפים 13 ו-19א לפקודת הסמים המסוכנים [נוסח חדש], התשל"ג-1973 (להלן: פקודת הסמים המסוכנים). בהתאם, נגזרו עליו בגזר הדין 11 שנות מאסר (לריצוי מיום מעצרו), מאסר על תנאי ופיצויים לעיזבון המנוח.

המערער משיג על הרשעתו בעבירה של המתה בעקבות התגרות. לשיטתו, היה מקום להרשיעו רק בעבירה של המתה בקלות דעת לפי סעיף 301ג לחוק. הוא מבקש להרשיעו בעבירה זו, ולהפחית מעונשו בהתאם. אין המערער משיג על ההרשעה על פי פקודת הסמים המסוכנים. מנגד, המערער בע"פ 2244/23 והמשיבה בע"פ 2132/23 (להלן: המדינה) סבורה שיש להרשיע את המערער בעבירה של רצח לפי סעיף 301א לחוק (וזאת ביסוד נפשי של אדישות), ולגזור את עונשו בהתאם להרשעה בעבירה זו. לפיכך, לצורך הכרעה בערעורים דנן יש לבחון האם המערער פעל באדישות או בקלות דעת כשגרם למות המנוח, וככל שכן, האם התקיימו התנאים להרשעה בעבירת המתה בעקבות התגרות.

כתב האישום

1. ביום 27.8.2020 הוגש נגד המערער כתב אישום, המייחס לו עבירת רצח לפי סעיף 300א לחוק וכן עבירת סחר בסמים לפי סעיף 13 בצירוף סעיף 19א לפקודת הסמים המסוכנים. לפי כתב האישום, המערער נשא אקדח ברישיון מתוקף תפקידו כמאבטח במוסד חינוכי. במקביל, בחודשים שקדמו לאירוע, השלים המערער הכנסתו באמצעות מכירת סמים מסוכנים מסוג קנאביס דרך קבוצות ביישומון "טלגרם", יחד עם מספר שותפים ובהם מאיר מריו בוארון (להלן: היישומון ו-בוארון, בהתאמה). תפקידו של המערער היה להביא את הסמים למקום מפגש שנקבע מראש עם המזמין, להעבירם למזמין ולגבות את התשלום בגינם. ביום 13.8.2020 נכנס מחמוד אבו חדיר (להלן: המנוח) לאחת הקבוצות בהן היה פעיל בוארון,

והתעניין ברכישת קנאביס. בוהארון פנה למנוח וסיכם איתו על פרטיה של עסקת מכירת קנאביס במשקל 70 גרם (ברוטו) (להלן: הסם) בתמורה ל-2,000 ש"ח. בשעה 23:45 באותו יום נפגש המערער בחוף ים בנתניה עם בוהארון ואדם נוסף, שזהותו אינה ידועה. אותו אדם מסר למערער את הסם ואת פרטי מקום האיסוף שהוסכם עם המנוח - שכונת הגבעה הצרפתית בירושלים. בתוך כך, המערער סיכם עם בוהארון כי הוא יקבל 350 ש"ח עבור חלקו בביצוע העסקה. בשעה 00:30, יום 14.8.2020, הגיע המערער לאזור הגבעה הצרפתית בירושלים ברכבו. המערער התקשר למנוח על מנת שיכווין אותו למקום המפגש. הלה כיוון את המערער לרחוב אל-ג'ניד בשכונת שועפט, לאחר שפגש בו בתחנת אוטובוס סמוכה לכניסה לשכונה, כאשר המערער ממשיך בנסיעה ברכבו והמנוח מתקדם לצידו בהליכה לרחוב.

כשהגיע לרחוב אל-ג'ניד, החנה המערער את רכבו בשטח עפר בצד הכביש, והמתין להגעת המנוח. שתי דקות לאחר מכן, בשעה 00:39, הגיע המנוח אל רכבו של המערער. המערער יצא מהרכב, כשהוא נושא את האקדח על גופו, ומסר את הסם למנוח. המנוח שאל את המערער מספר שאלות בנוגע לאיכות הסם, ולאחר מכן הכניס את ידו השמאלית לכיס השמאלי של מכנסיו, הוציא ממנו תרסיס גז פלפל, ריסס אותו לעבר המערער, והחל נמלט בריצה לאורך הרחוב, אל תוך שכונת שועפט. המערער נרתע לאחור מריסוס הגז. כעבור שניות ספורות הוא הוציא את האקדח, דרך אותו ופתח במרדף אחרי המנוח תוך שהוא יורה ירייה אחת באוויר ומקלל את המנוח. לאחר שנוכח כי המנוח לא נעצר וממשיך במנוסתו, תוך כדי ריצה, ירה המערער שלוש יריות נוספות כשהוא מכוון את האקדח לִפְנֵיָם, לעבר גופו של המנוח, אשר רץ לפני המערער במרחק עשרות בודדות של מטרים.

אחת משלוש היריות האלו פגע בגבו של המנוח, בשכם השמאלית, וחדרה את ריאתו. המנוח המשיך בריצה, כשהוא שותת דם, עד שהתמוטט סמוך למסגד בשכונת שועפט. שם ניגשו אליו כמה מתושבי השכונה, ביניהם רופא. המנוח הוכנס לרכב, תוך שהוא מוסר כי הוא נורה, וכי הוא עומד למות. לאחר מכן איבד המנוח את הכרתו. מספר דקות לאחר מכן הועבר המנוח לניידת טיפול נמרץ של מד"א, והובהל לבית החולים הדסה הר הצופים. שם, לאחר ניסיונות החיאה שלא צלחו, נקבע מותו. המערער, מצדו, פרק את אקדחו לאחר שביצע את הירי, חזר לרכב ועזב את המקום. כשעה וחצי לאחר האירוע חזר המערער לביתו. שעה נוספת לאחר מכן, בשעה 3:00 בליל יום 14.8.2020, הוא נעצר, לאחר שמספר הרישוי של מכוניתו זוהה בסרטונים שהופקו ממצלמות שאספה המשטרה.

2. ביום 18.10.2020 הגיש המערער מענה לכתב האישום. הוא לא חלק על מרבית העובדות המתארות את הרקע לאירוע הירי, ואת תחילתו. מנגד, הוא טען כי הוא חש שמעשי המנוח מעמידים אותו "בסכנת חיים מוחשית ומידית", ושלפיכך הוא פעל "באופן שאומן להגיב במצבי קיצון של סכנת חיים עת הוא הותקף". המערער טען כי חשש להישאר באותו מקום ולאפשר למנוח, ולתוקפים אפשריים נוספים, להמשיך ולפגוע בו, ולפיכך הוא "החל לחתור למגע". המערער טען כי בשלב זה ירה "באופן אינסטינקטיבי" ירייה באוויר. במהלך ריצתו, כך מוסבר, היה המערער

משוכנע שהמנוח הסתובב לעברו, והמערער פעל תחת התחושה כי המנוח אוחז דבר מה בידו, ומשום כך ירה לעברו את היריות הנוספות (טענה זו, לפיה המנוח הסתובב במהלך מנוסתו, אל עבר המערער תכונה להלן: טענת ההסתובבות). המערער הכחיש כי היה אדיש לאפשרות מותו של המנוח. לדבריו, לפי מצב הדברים שדימה, התזת גז הפלפל הייתה תחילתה של "התקפה כוללת" שסיכנה את חייו, והוא פעל כפי שהונחה לפעול באימונים שעבר במהלך שירותו הצבאי כלוחם.

3. בהליך קמא הגישה המדינה סרטון ממצלמת אבטחה המתעד חלקים מהאירוע (סרטון המסומן "CAM3" ב-ת/16א' למוצגי המדינה. להלן: הסרטון). מצלמת האבטחה תיעדה את המפגש בין המערער למנוח, את תחילת המרדף, ואת חזרתו של המערער לרכבו. חלקים מהמרדף, שנמשך מחוץ לטווח המצלמה, לא תועדו בסרטון. מהסרטון עולה השתלשלות האירועים הבאה:

(-) בשעה 00:30:15 החל המפגש בין המערער לבין המנוח.

(-) בשעה 00:30:26 המערער נרתע לאחור באופן ניכר, וזאת כפי שמוסכם על הצדדים בשל ריסוס גז הפלפל לעברו (יצוין כי לא ניתן לראות את פעולת הריסוס עצמה בסרטון). בו ברגע מתחיל המנוח בהימלטותו לתוך שכונת שועפט, אל עבר הכיוון בו ממוקמת מצלמת האבטחה.

(-) בשעה 00:30:29, קרי שלוש שניות לאחר מכן, יורה המערער ירייה ראשונה באוויר.

(-) בשעה 00:30:31, דהיינו לאחר כשתי שניות נוספות, יורה המערער ירייה שנייה לעבר המנוח. האחרון, הממשיך במנוסתו, יוצא מהשטח המתועד בידי מצלמת האבטחה.

(-) בשעה 00:30:35 יוצא גם המערער מהשטח המצולם בידי מצלמת האבטחה.

(-) בשעה 00:31:20, כ-45 שניות לאחר מכן, חוזר המערער לשטח המצולם, והוא נראה רץ לעבר רכבו.

(-) בשעה 00:31:32 נכנס המערער לרכבו, ויושב בתוך הרכב.

(-) בשעה 00:32:08 המערער מניע את הרכב, יוצא מתוך החנייה, ועוזב את המקום.

4. בבית המשפט המחוזי הסתמכה המדינה על מספר ראיות מרכזיות: (1) תיעוד האירוע, כפי שהוא משתקף מהסרטון (יצוין כי לצד הסרטון הוגשו מספר תיעודים נוספים: ב-ת/16א' למוצגי

המדינה הובאו סרטונים ממצלמות אבטחה סמוכות. ב-ת/18 למוצגי המדינה וב-נ/9 למוצגי הנאשם הובאו סרטונים ממצלמות "מבט ירושלים". עם זאת, בתיעודים נוספים אלה נראה האירוע ממרחק רב, ולפיכך התרכזו בית המשפט קמא והצדדים בתיעוד האירוע כפי שעולה מהסרטון שתואר לעיל); (2) ממצאים פורנזיים מהזירה, ובהם ארבעה תרמילים שנורו מאקדחו של הנאשם. המרחקים בין תרמילים אלו היו: 16 מטרים בין התרמיל הראשון לשני, 32 מטרים בין התרמיל השני לשלישי; 18 מטרים בין התרמיל השלישי לרביעי; (3) חקירות המערער במשטרה, במסגרתן אישר כי הוא ירה במנוח, וכן שיחזר את האירוע. בחקירתו, וכן בעדותו בבית המשפט, הציג המערער הסברים שונים לנסיבות הירי, ובהמשך אדרש להסברים אלו; (4) חוות דעת פתולוגית, ממנה עולה כי המנוח נורה בגבו; (5) עדות בן דודו של המנוח, ראמי אבו חדיר (להלן: אבו חדיר), ולפיה הוא מצא, מספר שעות לאחר האירוע, מיכל של גז פלפל בסמוך למקום בו התמוטט המנוח. לדבריו, מיכל זה היה פג תוקף, וכאשר ניסה לרסס את שאריות הגז במיכל לא הייתה לגז כל השפעה (ראו הודעת אבו חדיר מיום 20.8.2020 ב-ת/41 למוצגי המדינה, עמ' 3, ש' 33-47). אבו חדיר הוסיף ותיאר כיצד המנוח ביקש ממנו לעשות שימוש בטלפון של אבו חדיר על מנת לרכוש סמים, וזאת כיוון שהמנוח היה מוכר כמי שתקף בעבר שליחים בעסקאות סמים. לאחר האירוע מצא אבו חדיר במכשיר הטלפון שלו תכתובת ביישומן שאותה ערך המנוח עם חשבון תחת שם בדוי, בה תואמה עסקת רכישת הסם שהסתיימה באירוע הירי. חשבון זה הופעל, כך על פי הנטען בכתב האישום, על ידי בוארון. בהמשך התכתובת, בשעה 1:51 בליל יום 14.8.2020, כשעה וחצי לאחר האירוע, נשלחה הודעה המיועדת למנוח ובה נכתב: "יש לך שבוע לארגן 8 אלף שקל אם לא אני מבטיח לך שבפעם הבאה הוא לא יפספס" (ראו ת/46א' ו-ת/47 למוצגי המדינה).

עיקרי פסק הדין

5. בתום הליך הוכחות, ניתנה ביום 31.10.2022 הכרעת הדין של בית המשפט המחוזי בירושלים (כבוד סגן הנשיא, השופט רפי כרמל והשופטים אריה רומנוב ומרים ליפשיץ-פריבס). כלל חברי ההרכב הסכימו כי יש להרשיע את המערער בעבירה של סחר בסם, לפי סעיפים 13 ו-19א לפקודת הסמים המסוכנים, אך דעותיהם נחלקו באשר לעבירת ההמתה. השופטים רומנוב וליפשיץ-פריבס, סברו, בדעת רוב, כי יש להרשיע את המערער בעבירה של המתה בנסיבות של אחריות מופחתת בחלופה שעניינה המתה בעקבות התגרות, שהעונש בצידה עד 20 שנות מאסר (להלן: שופטי הרוב). סגן הנשיא כרמל, שכתב את חוות הדעת העיקרית, סבר בדעת מיעוט כי יש להרשיע את המערער בעבירה של המתה בקלות דעת לפי סעיף 301ג לחוק, שהעונש בצידה עד 12 שנות מאסר.

6. סגן הנשיא כרמל העמיד בבסיס הכרעתו שתי קביעות עובדתיות. ראשית, גרסת המערער לפיה המפגש עם המנוח נקבע למקום "בטוח" יחסית - בסמוך לתחנת אוטובוס בשכונת הגבעה הצרפתית, ואילו המנוח ביקש להוביל את המערער לנקודה אחרת, מבודדת יותר וידידותית פחות, אשר עוררה במערער חשש מפני תחבולה - חשש אשר נמצא, בדיעבד, מוצדק. שנית,

מוסכם על הצדדים כי המנוח התיז גז פלפל לעבר פניו של המערער. ניתוח של סגן הנשיא כרמל התמקד ביריות האחרונות של המערער, תוך שהוא מקבל את טענת המערער לפיה המדינה אינה מייחסת לו עבירה פלילית בגין "פרץ היריות הראשון" של המערער (בפסקה 30 לחוות דעתו). הוא תיאר שתי דרכים אפשריות בהן התרחש אירוע הירי, כתלות במידת ההשפעה של גז הפלפל על המערער: לפי האפשרות הראשונה - הגז השפיע על המערער במידה מסוימת, אך לא פגם באופן משמעותי ביכולתו לתפקד; המערער, שכעס על התזת הגז וגניבת הסם, החליט להשיב לידיו את הסם ויהי מה; פעולות המערער מעידות על יכולת ריכוז והבנה ומכך עולה שהיסוד הנפשי שלהן היה אדישות. לפי האפשרות השנייה - התזת הגז פגעה בחייו של המערער באופן משמעותי, והוא חשש שתוקפים נוספים נמצאים סביבו ושחיו בסכנה; המערער, שחש מאוים, ירה לעבר המנוח ודלק אחריו, כשלהבנתו המרדף מתנהל על פני מרחק קצר יותר מכפי שהיה בפועל; המערער ירה את הירייה הקטלנית משום שחש לחייו, לאחר שהמנוח הסתובב לכיוונו או שהמערער דימה לחשוב שהמנוח הסתובב.

לאחר שבחן את גרסאות המערער בחקירותיו במשטרה לצד ראיות אחרות, מצא סגן הנשיא כרמל כי לא ניתן לשלול את טענת המערער לפיה חש מאוים, וחשש כי במקום עשויים להימצא גם משתפי פעולה של המנוח העלולים לסכן אותו. תחת רושם זה דלק המערער אחרי המנוח בניסיון לגרום לו לעצור ולתפוס אותו, הן על מנת להשיב את הסם שנגנב והן על מנת למנוע מהמנוח לשנות מסלול ולרוץ לכיוון הנאשם. סגן הנשיא כרמל הכיר בכך שטענת ההסתובבות, "עומדת בסימן שאלה", אך סבר שלא נשללה האפשרות כי בשל השפעת גז הפלפל, המערער תפס את מצב הדברים באופן מוטעה (בפסקה 39 לחוות דעתו). אשר על כן, סבר סגן הנשיא כרמל כי אף אם תישלל טענת ההסתובבות - לא ניתן לדחות את גרסת המערער לאירוע הירי, ולפיכך אין לומר עליו, ולו מחמת הספק, כי היה שווה נפש לאפשרות מותו של המנוח. על כן, נמצא כי מעשיו של המערער בוצעו בקלות דעת. כמתחייב מכך - נמצא כי יש להרשיעו, ולו מחמת הספק, בעבירה של המתה בקלות דעת לפי סעיף 301ג לחוק.

7. השופט רומנוב, לעומת זאת, הגיע למסקנה כי המערער פעל מתוך אדישות. לשיטתו, מבין שתי האפשרויות להתרחשות אירוע הירי שהציג סגן הנשיא כרמל בחוות דעתו - יש לאמץ את האפשרות הראשונה, לפיה גז הפלפל לא פגם באופן משמעותי ביכולתו של המערער לתפקד. השופט רומנוב סבר כי חומר הראיות אינו מבסס ספק סביר לכך שתחושת המציאות של המערער עוותה במידה לה הוא טוען בעקבות ריסוס הגז. לדבריו, מהסרטון עולה כי מיד לאחר הריסוס המערער לא אחז בפניו, או שיפשף את עיניו, אלא החל במרדף אחרי המנוח, וירה את הירייה הראשונה בתוך כ-3-4 שניות מרגע ריסוס הגז. לכך יש לצרף את העובדה שהמערער לא נמלט מיד כשהפסיק את המרדף אחרי המנוח, אלא פרק את נשקו, חזר לרכבו והשתהה ברכב במשך כ-36 שניות. השופט רומנוב הדגיש כי בניגוד לטענת המערער, לא ניתן לקבוע כי המנוח סיכן אותו באופן אובייקטיבי וכי המערער חש, סובייקטיבית, בסכנה לחייו. משכך, לא הייתה הצדקה לבצע ירי לעבר המנוח, עת זה נס האחרון על נפשו. משכך, נדרש השופט רומנוב לבחון את מצבו הנפשי של המערער בעת שביצע את הירי. הוא סבר כי מצב בו אדם

מיומן בשימוש בנשק יורה מספר כדורים לכיוונו של אחר "מצוי בליבת הגדרת האדישות" (בפסקה 19 לפסק דינו).

בשלב זה נדרש השופט רומנוב לטענת ההגנה החלופית, לפיה אף אם ימצא כי המערער פעל באדישות, יש להרשיעו בעבירה של המתה בעקבות התגרות. השופט רומנוב ציין כי הוא הגיע, לא בלי התלבטות, למסקנה שיש לקבל טענה זו, שכן לא מדובר רק במעשה שוד שנעשה תוך ריסוס גז פלפל - מעשה מקומם ומכעיס בפני עצמו - אלא שלדבריו, המערער "הוא בחור צעיר ונמרץ, לוחם ומאבטח, שניכר כי הוא בעל בטחון עצמי לא מבוטל. בנסיבות אלה, העובדה שהוא נפל בפח ו'נעקץ' על ידי צרכן סמים העצימה את תחושת העלבון שלו ואת הכעס" שלו (פסקה 27 לחוות דעתו). נסיגה מהמקום שבו נשדד, כך הסביר, הייתה מביאה לעלבון נוסף ולפגיעה בכבודו של המערער בעיניו, כמו גם בעיני סביבתו, עם היוודע הדבר. אף שזו לא הייתה הדרך בה היה על המערער לנהוג, כעסו גבר עליו והוא לא השכיל לסגת מהמקום. יתרה מזאת, השופט רומנוב הוסיף, תוך שהוא נמנע מלטעת מסמרות בעניין, כי יש מקום להפחית ברף הדרוש לצורך הוכחת תנאי עבירת ההמתה בעקבות התגרות כאשר מעשה המתה בוצע מתוך אדישות בלבד, ולא מתוך כוונה.

8. השופטת ליפשיץ-פריבס הצטרפה למסקנתו של השופט רומנוב. ראשית, היא מצאה כי המערער פעל באדישות. לדבריה, שתי היריות הראשונות הביאו להתרחקות המנוח מהמערער. אלא שאז, כשהמנוח נמצא במרחק של כ-20-30 מטר מהמערער, ירה המערער לעברו שוב. ירי זה מעיד לשיטתה כי המערער לא פעל מתוך תקווה, הנבחנת מנקודת מבט אובייקטיבית, למנוע את התוצאה האסורה, ומשכך יש לקבוע כי הוא פעל באדישות. שנית, קבעה השופטת ליפשיץ-פריבס כי השתלשלות העניינים מלמדת על קיום תנאי עבירת ההמתה בעקבות התגרות: המנוח הוביל את המערער דווקא לשכונת שועפט, "מגרשו" של המנוח, שבה חש המערער סכנה; המנוח ריסס גז פלפל לפניו של המערער כשהם עומדים זה מול זה; והמנוח נמלט מהמערער, תוך שהוא מטה את ראשו לאחור במהלך ההימלטות (הטיית ראש שהייתה עשויה להתפרש כהסתובבות, בעיני המערער). התרחשות זו, קבעה השופטת ליפשיץ-פריבס, הביאה לאובדן עשתונותו של המערער, וכתוצאה מכך, לפרץ הירי השני. בהקשר זה היא הדגישה, כי יש להתחשב גם בכך שתגובת המערער להתנהגות המנוח אירעה תוך פחות מדקה לאחר מעשה ההתגרות.

9. ביום 30.1.2023 ניתן גזר דינו של המערער. בית המשפט קמא העמיד את מתחם העונש ההולם בין 9 ל-15 שנות מאסר בפועל וזאת בהתחשב, מחד גיסא, בעובדה שקופחו חיי אדם, ומאידך גיסא בכך שמדובר במעשה שלא תוכנן מראש, ושהחל בעקבות התגרות מצידו של המנוח. בקביעת העונש בתוך המתחם התחשב בית המשפט בגילו הצעיר של המערער; בעברו הנקי; ובחרטה הכנה שהביע, תוך קבלת אחריות על מעשיו. מנגד, צוין כי יש להתחשב בתוצאה הטרגית של האירוע, אשר גרמה נזקים חמורים לבני משפחת המנוח, החווים מאז האירוע קשיים משמעותיים. בהתחשב בכל אלו השית בית המשפט קמא על המערער עונש של 11

שנות מאסר, בניכוי ימי מעצרו; מאסר על תנאי לתקופה של 6 חודשים לבל יעבור המערער עבירה מסוג פשע בתוך 3 שנים מיום שחרורו ממאסר; ופיצוי בסך 40,000 ש"ח לטובת עיזבון המנוח.

טענות הצדדים

10. ערעור המערער: ערעור זה מתמקד ביסוד הנפשי בו פעל המערער במהלך האירוע. לטענת המערער, יש לאמץ את חוות דעתו של סגן הנשיא כרמל, ולקבוע כי הוא פעל מתוך קלות דעת, ולא מתוך אדישות. לדבריו, הוא פעל במהלך האירוע לא מתוך שוויון נפש לאפשרות מותו של המנוח אלא כשהוא "משועבד למעשה אחד" - הבטחת הישרדותו אל מול האיום שבו, לפי תפיסתו, הוא היה נתון (סעיף 32 לעיקרי טיעון מטעם המערער בערעורו מיום 15.11.2023).

המערער דוחה את קביעת שופטי הרוב לפיה הוא התעשת זמן קצר לאחר ריסוס גז הפלפל. לשיטתו, לא ניתן לקבוע מעבר לכל ספק סביר כי אפשרות זו התקיימה ועל כן יש לאמץ, ולו מחמת הספק, את האפשרות האחרת אותה שרטט סגן הנשיא כרמל בחוות דעתו - ולפיה המערער פעל תחת פגיעה משמעותית בחושיו במהלך אירוע הירי. הוא מצוין כי מיכל גז הפלפל שרוסס לעברו לא נאסף על ידי המשטרה, וכי לא ניתן לדעת בוודאות כי המיכל שאליו התייחס אבו חדיר בעדותו, בטענה כי הוא פג תוקף, הוא אכן המיכל ששימש את המנוח. הוא מוסיף כי אירוע הירי התרחש בזירה "מאיימת ומפחידה" אליה פותה להגיע במרמה, וכי זירה זו אכן עוררה בו אימה (שם, בעמ' 6). עוד נטען כי לא ניתן אף לשלול את האפשרות שבתודעת המערער היו בזירה אנשים נוספים מטעמו של המנוח, אשר עמדו להצטרף למתקפה עליו.

טענה נוספת של המערער נוגעת להבחנה בין שני פרצי הירי. אשר לפרץ הירי הראשון - הירי באוויר, והירייה הראשונה לכיוונו של המנוח - מפנה המערער לחוות דעתו של סגן הנשיא כרמל, שצוין כי המדינה אינה מייחסת כל עבירה למערער בגין פרץ ירי זה. לשיטתו, אין מחלוקת כי מדובר בירי "אינסטינקטיבי" אשר היווה הגנה עצמית מוצדקת, או למצער, בוצע במצב של קרבה לסייג זה. בהתחשב בכך הוא סבור כי לא ניתן לקבוע שהוא פעל באדישות בעת שירה את פרץ הירי השני, נוכח הדמיון בין שני פרצי הירי.

המערער מוסיף כי ריסוס גז הפלפל לעברו הביא אותו למצב של קרבה לסייג של שכרות, לפי סעיף 34ט(א) לחוק, שכן הוא הוכנס למצב דמוי שכרות זה שלא מרצונו. עוד טוען המערער כי שופטי הרוב לא העניקו משקל מספק למחדלי חקירה שונים ולפגמים שנפלו בדרך בה ניהלו חוקרי המשטרה את חקירותיו. לבסוף, טוען המערער כי מעשיו חוסים תחת הסייג של טעות במצב דברים לפי סעיף 34 לחוק, בשל חוסר יכולתו להבחין בין מציאות לדמיון נוכח השפעת גז הפלפל.

11. במסגרת תגובתה לערעור המערער, טוענת המדינה שלא ניתן לייחס למערער יסוד נפשי של קלות דעת. המדינה מדגישה כי מסקנות שופטי הרוב באשר למידת ההשפעה המוגבלת של גז הפלפל על חושיו של המערער הן מסקנות עובדתיות, שעל ערכאת הערעור למעט מלהתערב בהן. בנוסף, לשיטתה, אין מקום לטענה כי המערער פעל מתוך קלות דעת ביחס לאפשרות גרימת המוות. לדבריה - כאשר אדם המיומן בשימוש בנשק יורה שלושה כדורים, ממרחק לא גדול, לעבר מרכז המאסה של אדם במנוסה - הדבר מעיד על אדישות. בהקשר זה, הובהר כי לא ניתן לייחס למערער תקווה המעוגנת במציאות להימנע מהמתת המנוח (כפי שדורש היסוד הנפשי של קלות דעת), שכן אף אם הייתה תקווה כזו, היא לא עוגנה בפעולות נלוות אלא נותרה בגדר משאלת לב בלבד.

12. ערעור המדינה: ערעורה של המדינה עוסק במסקנת שופטי הרוב כי התקיימו התנאים הדרושים להרשעה בעבירת המתה בנסיבות של אחריות מופחתת על פי החלופה של המתה בעקבות התגרות. משכך, לשיטתה, יש להרשיע את המערער בעבירת רצח לפי סעיף 300(א) לחוק (בחלופה של אדישות). לדבריה, שופטי הרוב נמנעו מלדון באופן מקיף ומעמיק בכלל היסודות הנדרשים לצורך הוכחת המתה בעקבות התגרות, והביאו בכך להרחבת גבולותיה באופן משמעותי, ובניגוד לכוונת המחוקק (פסקה 29 לנימוקי ערעור המדינה מיום 30.4.2023 (להלן: נימוקי ערעור המדינה)).

מאז הרפורמה בעבירות המתה התנאים להרשעה בהמתה בעקבות התגרות, עליהם יפורט בהרחבה בהמשך, כוללים את (1) קיומה של התגרות כלפי הנאשם; (2) מעשה ההמתה בוצע בתגובה להתגרות ובתכוף לאחריה; (3) היווצרות קושי ניכר בשליטה העצמית של הנאשם בעקבות ההתגרות (להלן: המבחן הסובייקטיבי); (4) מיתון מידת אשמתו של המערער בעקבות קושי זה (להלן: המבחן האובייקטיבי). ערעור המדינה מתמקד בשני התנאים האחרונים. לטענת המדינה, שופטי הרוב התייחסו באופן חלקי לשני תנאים אלו בפסק דינם, ובדיון שערכו נפלו טעויות משפטיות. עוד ציינה המדינה כי שופטי הרוב הניחו כי התנאי הראשון, שעניינו קיומה של התגרות, מתקיים, וזאת מבלי שדנו בכך.

13. אשר למבחן הסובייקטיבי: במישור המשפטי סבורה המדינה כי לצורך הוכחת תנאי זה לא ניתן להסתפק בהוכחת כעס או התרגשות כלשהם אלא יש צורך להראות "תגובה אמוציונלית עזה להתגרות" הפוגעת באופן קשה ביכולתו של הנאשם לשלוט בעצמו (פסקה 39 לנימוקי ערעור המדינה). למעשה, טוענת המדינה, מצבים של המתה בעקבות התגרות הם מצבים הקרובים לסייג של העדר שליטה (הקבוע בסעיף 34 לחוק).

בנסיבות העניין סבורה המדינה כי תנאי זה לא התקיים. זאת שכן מעשיו של המנוח וודאי גרמו למערער לכעס רב - אך הוא לא פעל כאחוז אמוק, ולא איבד באורח ניכר את שליטתו העצמית. חלף כך, המערער התעשת במהירות, דרך את אקדחו ופתח במרדף אחרי המנוח,

שהחל בירי אזהרה לאוויר. המדינה סבורה כי התשתית העובדתית שקבע בית המשפט קמא אינה מעידה על אובדן עשתונות אלא על עשיית דין עצמי, שכן המערער קיבל החלטה מודעת שלא לסגת מהמקום אלא לנקום במנוח על העלבון שספג ממנו. עוד מוסיפה המדינה, כי השופט רומנוב כלל לא קבע בחוות דעתו כי המערער פעל מתוך אובדן שליטה ניכר, אלא התמקד בתחושות של עלבון ופגיעה בכבוד שחוה המערער, ואשר אין בקיומן כדי לעמוד בתנאי המבחן הסובייקטיבי.

המדינה מוסיפה כי גרסתו של המערער עצמו ביחס למצבו הנפשי השתנתה והתפתחה לאורך חקירותיו במשטרה ובעדותו. בהודעתו הראשונה במשטרה מסר המערער כי ניסה לתפוס את המנוח, וכיוון לרגלי המנוח כדי למנוע ממנו לברוח עם הסם. בהודעה נוספת במשטרה טען כי רץ מתוך אינסטינקט, וכי הוא פעל מתוך חשש שהמנוח יסתובב לכיוונו ויתקוף אותו. במענה לכתב האישום טען כי המנוח הסתובב לעברו, וכי המערער היה משוכנע שהמנוח אוחז דבר מה בידו ועל כן הוא ביצע ירי נוסף, במטרה להרתיע את המנוח ולא במטרה לפגוע בו. לבסוף, בעדותו בבית המשפט טען כי המנוח הסתובב לעברו וכי פעל בהתאם לדרך בה אומן לפעול במצבים כאלו בשירותו הצבאי. המדינה סבורה כי יש להתחשב בשינויים אלו בעת ההכרעה במבחן הסובייקטיבי.

14. אשר למבחן האובייקטיבי: המדינה מטעימה כי תפקידו של בית המשפט, במסגרת מבחן זה, היא לבחון את עיצוב הנורמות החברתיות והמוסריות, ולזהות מצבים בהם ראוי, מבחינה ערכית, להפחית מהתיוג החברתי שבעבירת הרצח. המדינה טוענת כי שופטי הרוב לא ערכו דיון מקיף בשאלה כיצד להעריך, מבחינה נורמטיבית ומוסרית, את נסיבות האירוע. השופט רומנוב נדרש לסוגיה אך בקצרה, תוך שהדגיש את ההשפלה והעלבון שחש המערער. המדינה סבורה כי תחושות אלה אינן מביאות למיתון אשמת הנאשם. עמדה משפטית המכירה בתחושות אלו, לדברי המדינה, מבטאת "תפיסות של מושגי גבריות וכבוד, אשר היו בעבר נחלת הפסיקה, ואינן עוד" (פסקה 54 לנימוקי ערעור המדינה). התחשבות בפגיעה בכבוד מסוג זה, מוסבר, עלולה להעביר מסר מוטעה המצדיק את מעשה ההמתה עצמו. השופטת ליפשיץ-פריבס, בחוות דעתה, כלל לא התייחסה למבחן האובייקטיבי, כנדרש בחוק, אלא הסתפקה בקביעה כי הפגיעה ביכולת השליטה העצמית של המערער ממתנת את מידת אשמתו (תוך שהיא מפנה לחוות דעתו של השופט רומנוב). קביעה זו, לדברי המדינה, אינה מספקת, שכן היא נעדרת בחינה של המשמעות הנורמטיבית של אובדן השליטה של הנאשם.

המדינה מציינת כי בפסיקה נקבע שיש להוכיח יחס הולם בין טיב ההתגרות ומידתה ובין היקף הפגיעה בשליטה העצמית וטיב הפעולה של הנאשם בתגובה להתגרות. לפיכך, לא כל מקרה של עלבון או אלימות פיסית יצדיק מיתון באשמת הנאשם. נטען, כי בענייננו רמת האלימות בה נקט המערער, תוך שימוש בנשק חם, הינה חסרת פרופורציה ביחס לרמת האלימות הנמוכה של ההתגרות מצד המנוח, אשר אך ריסס גז פלפל, וזאת בשים לב לכך שהמערער הינו מאבטח מיומן. לשיטת המדינה, לעמדת בית המשפט המחוזי עשויות להיות השלכות רחב

שליליות משמעותיות. זאת בשל העובדה שמעשי אלימות "מהרף הנמוך", כגון מעשי גניבה ושוד, אינם נדירים, ואף שאין להקל ראש בפגיעה שהם מסבים - אין מקום לקבוע, כנורמה, כי מותנה מידת אשמתו של מי שמגיב למעשים אלו באמצעות ירי בגבו של מבצע העבירה הנמלט. המדינה סבורה כי היה על בית המשפט קמא להתחשב כנסיבה לחומרת המערער גם בכך שהאירוע התרחש במסגרת פעילות עבריינית - עסקת רכישת הסם.

לצד נימוקים פרטניים ביחס ליסודות העבירה, סבורה המדינה כי יש הצדקה לצמצם את המבחנים להוכחת המתה בעקבות התגרות גם בשל הדרך בה עיצב תיקון מס' 137 את מדרג עבירות ההמתה. היא טוענת כי משעה שנקבעו בחוק הסדרים נוספים המאפשרים להתחשב בעת גזירת העונש בנסיבות המפחיתות את מידת אשמתו של הנאשם, אין מקום להרחיב את המבחנים לעבירת המתה בעקבות התגרות ויש להותיר עבירה זו "למקרים נדירים בלבד" (פסקה 34 לנימוקי ערעור המדינה). בשונה מהמצב שקדם לרפורמה, הקביעה כי התנאים להוכחת המתה בעקבות התגרות לא התקיימו אינה מובילה להרשעה ברצח, שבצדו עונש מאסר עולם כעונש חובה (לפי סעיפים 300(א)(2) ו-301 לחוק). עתה, קביעה כי תנאים אלה לא התקיימו יכולה להוביל להרשעה בעבירת רצח לפי סעיף 300(א) לחוק, שאינו קובע עונש מאסר עולם כעונש חובה אלא כעונש מירבי בלבד. משכך, עתה ניתן להתחשב בהתנהגות המנוח לפני מותו במסגרת גזירת דינו של מי שיורשע ברצח, ואין צורך לקבוע כי התקיים קנטור על מנת להימנע מהטלת עונש מאסר עולם כעונש חובה (וראו גם סעיף 40ט(א)(7) לחוק, המאפשר התחשבות בקיומה של התגרות מצד נפגע העבירה בעת גזירת העונש).

15. בעיקרי הטיעון שהגיש המערער בתגובה לערעור המדינה הוא טוען כי ככל שערעורו יידחה, התקיימו התנאים להרשעתו בעבירת ההמתה בעקבות התגרות, וכי הדיון שערכו שופטי הרוב מספק. לשיטתו, ההתגרות של המנוח כלפיו הייתה "ברמה הגבוהה ביותר" - הוא "הותקף בנשק פוגעני על גבול נשק חם", ובתגובה ירה שני פרצי יריות בהפרש של עד שלושים שניות (בפסקאות 17 ו-20 לעיקרי הטיעון מטעם המערער בערעור המדינה מיום 24.12.2023). המערער מוסיף ומתייחס באופן פרטני לכמה מטענות המדינה, ובכלל זאת, לטענת המדינה כי הוא התעשת במהירות לאחר ריסוס גז הפלפל. לשיטתו, משמעותה של טענה זו היא כי בכל מקרה שבו ההמתה מתבצעת באמצעות אקדח בהכרח לא יתקיימו התנאים של המתה בעקבות התגרות שכן השימוש באקדח יעיד כי המערער לא איבד את עשתונותו.

16. בדיון שנערך בפנינו ביום 1.1.2024 שבו הצדדים על עיקר טענותיהם. באת-כוח המדינה הדגישה כי שופטי הרוב נמנעו מלדון באופן מספק בהיבט הנורמטיבי של עבירת ההמתה בעקבות התגרות, וכי כל אחד מהם קבע, למעשה, קביעות שונות ביחס למצבו הנפשי של המערער, תוך שהם מאמצים את עמדתו לפיה הרגיש מפוחד ומאויים - מושגים הלקוחים מ"תחום" ההגנה העצמית, ולא מתחום הקנטור. מנגד, בא-כוח המערער הטעים כי הן שופטי הרוב, הן דעת המיעוט של סגן הנשיא כרמל, הסתמכו על כלל הנסיבות הפרטניות של המקרה על מנת להכריע בהליך - וכי בחינה פרטנית כזו היא מספקת ומקיימת את העקרונות של הרפורמה בעבירות ההמתה. בנוסף, חזר בא-כוח המערער על הטענה כי המערער לא פעל

מתוך יסוד נפשי של אדישות, אלא קלות דעת בלבד.

דיון והכרעה

ערעור המערער

17. אדרש תחילה לערעור המערער, ולאחר מכן לערעור המדינה. במוקד ערעורו של המערער עומד היסוד הנפשי שיש לייחס לו - האם הוא פעל מתוך אדישותאו שמא מתוך קלות דעת? ככל שימצא כי המערער פעל מתוך קלות דעת בלבד, אזי יש להרשיעו בעבירת המתה בקלות דעת, לפי סעיף 301ג לחוק, ולא ניתן יהיה להרשיעו בעבירת המתה בנסיבות של אחריות מופחתת לפי סעיף 301ב(ב)(1) לחוק, כפי שעשו שופטי הרוב בבית המשפט המחוזי, או בעבירת רצח לפי סעיף 300(א) לחוק, כפי שטוענת המדינה בערעורה שיש לעשות.

גרימת מוות בפזיזות: האבחנה בין המתה באדישות להמתה בקלות דעת

18. אדישות וקלות דעת הן שתי הצורות של פזיזות בחוק העונשין, שהיא בתורה רכיב של המחשבה הפלילית. סעיף 20(א)(2) לחוק, המגדיר מונחים אלה, קובע כך:

(א) מחשבה פלילית - מודעות לטיב המעשה, לקיום הנסיבות ולאפשרות הגרימה לתוצאות המעשה, הנמנים עם פרטי העבירה, ולענין התוצאות גם אחת מאלה:
[...]

(2) פזיזות שבאחת מאלה:

(א) אדישות - בשוויון נפש לאפשרות גרימת התוצאות האמורות;
(ב) קלות דעת - בנטילת סיכון בלתי סביר לאפשרות גרימת התוצאות האמורות, מתוך תקווה להצליח למנען.

19. ההכרח להבחין בין צורותיה של הפזיזות לצורך הכרעת הדין בעבירות המתה התעורר בעקבות הרפורמה בעבירות ההמתה, אשר יצרה שוני בין המתה באדישות להמתה בקלות דעת לעניין סעיף האישום הרלוונטי. לפני הרפורמה, שני המצבים נפלו תחת החלופה של הריגה לפי סעיף 298 לחוק העונשין, שעונשה היה עד 20 שנות מאסר. במסגרת הרפורמה בוטלה העבירה של הריגה, ותחתיה נוצרה הבחנה חדה בין שני מצבי הפזיזות לצורך ההרשעה בעבירת המתה: המתה באדישות מסווגת, בצוותא עם המתה מכוונת, כרצח לפי סעיף 300(א) לחוק,

והעונש בגינה הוא מאסר עולם (לרוב, כעונש מירבי ולא כעונש חובה); המתה בקלות דעת נקבעה כעבירה נפרדת, שהעונש בגינה הוא עד 12 שנות מאסר בלבד (מרים גור-אריה "הרפורמה בעבירות ההמתה: על מדרג עבירות ההמתה ועל רצח מתוך אדישות" ספר יעקב וינרוט 441, 459 (גרשון גונטובניק ואח' עורכים 2021) (להלן: גור-אריה)).

20. מצבים של קלות דעת מתאפיינים בתקווה, שיש לה גם יסוד אובייקטיבי, למנוע את התממשות התוצאה האסורה. אין די במשאלת לב בלבד, אלא יש להראות כיצד תקווה זו מעוגנת במציאות (ע"פ 3328/14 אבו חאמד נ' מדינת ישראל, פסקה 20 (7.12.2017) (להלן: עניין אבו חאמד)); יורם רבין ויניב ואקי דיני עונשין כרך א 410 (מהדורה שלישית 2014) (להלן: רבין וואקי)). יתרה מזאת, "התקווה מתלווית ומתבטאת בדרך כלל גם בעשיה הולמת כדי למנוע את התממשות הסכנה. שאם לא כן, אין זו תקווה אלא הרפתקה" (ש"ז פלר יסודות בדיני העונשין כרך א 618 (1984) (להלן: פלר); כן ראו: ע"פ 9256/11 פידיניאן נ' מדינת ישראל, פסקה 23 (23.9.2014); עניין אבו חאמד, פסקאות 20-21; ע"פ 7229/20 מירזיב נ' מדינת ישראל, פסקה 35 (20.12.2021) (להלן: עניין מירזיב)). לעומת זאת, מצבים של אדישות מתאפיינים בשוויון נפש באשר לאפשרות הפגיעה בערך החברתי המוגן על ידי העבירה, ואף בהשלמה עם אפשרות פגיעה זו. האדיש מתנכר לערך החברתי המוגן ומעמיד מעליו את המטרות הפרטניות שלו. ממד זה של התנכרות מקנה למעשיו את החומרה האנטי-חברתית היתרה, המצדיקה את שיוכו לאותה קטגוריה כמו מי שמתכוון לגרום לתוצאה האסורה (מרדכי קרמניצר וחאלד גנאים הרפורמה בעבירות ההמתה (2019) לאור עקרונות היסוד של המשפט ומחקר היסטורי והשוואתי 265-268 (2020) (להלן: קרמניצר וגנאים); ע"פ 1464/21 קפוסטין נ' מדינת ישראל, פסקה 45 (11.9.2022); ע"פ 4137/22 אנאנטאפאק נ' מדינת ישראל, פסקה 8 (2.7.2023)).

21. בפסיקה נקבע לא אחת כי ניתן להסיק יסוד נפשי של אדישות מהמעשים שבגינם מיוחסת עבירת המתה לנאשם. כך, נפסק כי "דקירה עמוקה וארוכה" בפלג הגוף העליון של אדם מעידה על אדישות הדוקר (ע"פ 9232/18 טוטיקוב נ' מדינת ישראל, פסקה 7 (5.11.2020). כן ראו ע"פ 955/20 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 33 (30.9.2021) (להלן: עניין פלוני)), וכי גם הנפת קרש עץ מסיבי, הטחתו בחלק האחורי של ראש הקורבן, ועזיבת המקום מבלי לברר את מצבו מעידה על אדישות (ע"פ 5806/22 מדינת ישראל נ' גריפאת, פסקה 17 (20.11.2022) (להלן: עניין גריפאת)). כן ראו: ע"פ 11/99 ויניצקי נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(2) 145, 151 (1999) (להלן: עניין ויניצקי)). עוד נקבע כי מקרה של ירי מספר כדורים מנשק מאולתר לעבר שני בני אדם, כך שנגרם מותו של אחד מהם, מהווה מקרה חמור במיוחד של רצח באדישות (ע"פ 2079/22 חוג'יראת נ' מדינת ישראל, פסקאות 10-15 (13.8.2023) (להלן: עניין חוג'יראת)). לכך יש להוסיף כי מעשי הנאשם לאחר ההמתה עשויים ללמד על אדישות, כגון התעלמות ממצבו הקשה של הקורבן (עניין גריפאת, בפסקה 17; ע"פ 2654/22 מדינת ישראל נ' דיסלבסקי, פסקה 11 (6.12.2022); ע"פ 1938/23 בלאי נ' מדינת ישראל, פסקה 17 (13.12.2023)).

22. קביעת היסוד הנפשי של המבצע היא קביעה עובדתית בבסיסה, הנסמכת על בחינת מכלול נסיבות האירוע (עניין ויניצקי, בעמ' 151; עניין פלוני, בפסקה 32). על כן, חל בענייננו הכלל הידוע לפיו ערכאת הערעור לא תיטה להתערב בקביעות עובדתיות, מלבד בהתקיים חריגים מסוימים שנקבעו בפסיקה (ראו מיני רבים: ע"פ 2202/08 פסקו נ' מדינת ישראל, פסקה 37 (7.3.2012); ע"פ 9536/11 סרור נ' מדינת ישראל, פסקאות 54-57 (16.9.2014); ע"פ 7679/14 זהאדה נ' מדינת ישראל, פסקה 43 (15.8.2016); ע"פ 5864/19 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 46 (22.8.2021)). לא מצאתי כי נפל פגם המצדיק התערבות בדרך בה ניתחו שופטי הרוב בבית המשפט המחוזי את עובדות המקרה כדי להגיע למסקנה כי המערער פעל מתוך אדישות. השופט רומנוב הטעים כי מקרה בו אדם המיומן בשימוש בנשק יורה מספר כדורים לעבר אחר הוא מקרה "המצוי בליבת הגדרת האדישות ולא בשוליה" (פסקה 19 לחוות דעתו בהכרעת הדין). ואכן, ביצוע ירי כזה לעברו של אחר, בפרט מבלי שנלווית לו כל פעולה המיועדת להפחית את הסיכון לחיי אדם, מעידה על אדישות כלפי האפשרות שהירי יפגע באחר ויביא למותו (ראו והשוו: ע"פ 2196/10 אגבריה נ' מדינת ישראל, פסקה י"ט (8.3.2012); עניין חוג'יראת, בפסקאות 10 ו-14). כאמור, על מנת להוכיח כי נאשם פעל מתוך קלות דעת, יש להראות כי לתקוותו למנוע את התוצאה היה עיגון כלשהו במציאות, כאשר בנסיבות העניין לא נמצא בסיס כזה לתקווה למניעת התוצאה (ראו פסקה 12 לחוות דעתה של השופטת ליפשיץ-פריבס בהכרעת הדין, והשוו: ע"פ 1888/19 גרייב נ' מדינת ישראל, פסקה 15 (5.4.2020); עניין מירזייב, בפסקה 35).

23. גם טענת המערער כי האירוע התרחש בתוך זירה "מאיימת ומפחידה" אינה מעלה ואינה מורידה לעניין ההבחנה בין קלות דעת ובין אדישות. אף אם המערער חשש, כטענתו, כי שותפיו של המנוח מצויים בקרבת מקום ועשויים לתקוף אותו - הדבר אינו מעיד כי הוא פעל מתוך תקווה מעוגנת במציאות למנוע את מותו של המנוח, בעת שהוא ירה במיומנות לעבר גופו מספר פעמים ממרחק של עשרות מטרים בודדים (ואולי ההיפך הוא הנכון). מסיבה דומה אין מקום לשעות לטענת המערער כי הוא לא פעל מתוך אדישות כלפי חיי המנוח, אלא מתוך יצר הישרדות וחשש לחייו שלו עצמו. מעשי המערער אינם עומדים כלל בתנאים של סייג ההגנה העצמית הקבוע בסעיף 34 לחוק, או בתנאים הנחוצים להוכחת "קרבה לסייג" לפי סעיף 301ב(ב)(3) לחוק. כך לדוגמה, כפי שעולה בבירור מהסרטון, הירי של המערער החל לאחר שהמנוח פתח במנוסתו, ולפיכך לא התקיים התנאי שעניינו הצורך בתגובה מיידית על מנת להדוף את התקיפה (ע"פ 4191/05 אלטגאוז נ' מדינת ישראל, פסקה 13 לפסק דינה של השופטת עדנה ארבל (25.10.2006); ע"פ 4784/13 סומך נ' מדינת ישראל, פסקאות 162 ו-165 לפסק דינו של השופט נעם סולברג (18.2.2016)). אשר לטענת ההסתובבות, די בכך שאציין כי בתום ההליך בבית המשפט המחוזי, שבו נדון העניין בהרחבה, נדחתה הטענה כי המנוח אכן הסתובב לעבר המערער במהלך המרדף (ראו: בפסקה 39 לחוות דעתו של סגן הנשיא כרמל, בפסקה 2 לחוות דעתו של השופט רומנוב ובפסקה 10 לחוות דעתה של השופטת ליפשיץ-פריבס), ולא ראיתי כל מקום להתערב גם בקביעה עובדתית זו.

24. טענה נוספת של המערער מבוססת על חלוקת האירוע לשני פרצי ירי עוקבים. לשיטתו, המדינה לא ייחסה לו עבירה פלילית כלשהי בשל פרץ הירי הראשון משום שחלות על ירי זה הגנות המשפט הפלילי, ובכללן סייג ההגנה העצמית. המערער מוסיף כי מאפייניהם של פרצי הירי דומים, וכיוון שפרץ הירי הראשון אינו מקים אחריות פלילית, לא ניתן לייחס אחריות זו מכוח פרץ הירי השני, בשל הדמיון ביניהם. ואולם, דומה כי טיעון זה נשען על שתי הנחות מוצא שגויות. הנחת המוצא השגויה הראשונה היא כי הימנעות המדינה מלייחס למערער עבירה ספציפית לעניין שתי היריות הראשונות מעידה, כשלעצמה, כי המדינה מסכימה שיריות אלו הן מוצדקות (אף כעניין עובדתי, דומה כי הנחת מוצא זו מתייחסת רק לירייה הראשונה שירה המערער לאוויר, שכן לפי כתב האישום הירייה שפגעה במנוח והביאה למותו הייתה אחת משלוש היריות האחרות). הנחה זו מתעלמת מהאפשרות שהמדינה נמנעה, במסגרת שיקול דעתה, מייחוס עבירה פחותה למערער ביחס לחלק מהיריות - אף שהיא סברה כי הירי גיבש עבירה כלשהי (כגון ירי מנשק חם באזור מגורים, לפי סעיף 340א(ב)(1) לחוק העונשין). במסגרת שיקול דעת זה אין פסול בהימנעות מייחוס עבירה קלה בגין רצף מעשים שהסתיימו בעבירה חמורה יותר, כך שהמעשה הקל "נבלע" בעבירה החמורה (ע"פ 60/81 גור נ' מדינת ישראל, פ"ד לו (4) 505, 524 (1982); כן ראו: ע"פ 8574/96 מרקדו נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(5) 481, 508-509 (1997); ע"פ 1292/06 תורק נ' מדינת ישראל, פסקה 88 (20.7.2009)). לפיכך, אין בסיס להנחה כי משלא יוחסה למערער עבירה נפרדת הנוגעת לירי באוויר - יש לראות בכך הסכמה מצד המדינה כי מדובר בירי מוצדק. הנחת המוצא המוקשית השנייה היא כי הדמיון בין פרצי הירי מאפשר לגזור בעניינם גזירה שווה. הירייה הראשונה שירה המערער הייתה לאוויר, ואילו היריות האחרות כוונו לַפְּנִים מגופו של המערער, לעבר הכיוון בו נמלט המנוח. ברי כי קיים הבדל ניכר בין הדברים. ממילא (ככל שתתקבל טענת המערער כי הירי לאוויר לא היווה עבירה פלילית), אין כל מניעה להסתמך על התנהגות של הנאשם שאינה פלילית לצורך הסקת מסקנות ביחס ליסוד הנפשי שבו הוא פעל לאחר מכן, משכיוון את הירי לעבר גופו של המנוח. שהרי, כידוע, "במרבית המקרים, היסוד הנפשי מוסק ממכלול הנסיבות החיצוניות, מהגיגות של הדברים, מראיות נסיבתיות ומניסיון החיים המצטבר" (ע"פ 5150/93 סריס נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(2) 183, 187 (1994); עניין פלוני, בפסקה 32).

25. גם דינן של הטענות הנוספות שהעלה המערער להידחות. המערער מבקש לטעון כי כתוצאה מריסוס גז הפלפל הוא היה מצוי במצב של שכרות ועל כן "היה חסר יכולת של ממש, בשעת המעשה, להבין את אשר עשה או את הפסול שבמעשהו, או להימנע מעשיית המעשה" (סעיף 34ט(ד) לחוק). המערער אינו מבסס את הטענה להיותו במצב קיצוני זה על ראייה כלשהי, ולא בכדי. מחומר הראיות עולה כי המערער אמנם נרתע לאחור לאחר שרוסס בגז הפלפל, אך לא במידה שערערה כליל את חושיו, ושללה ממנו את היכולות המנטליות הבסיסיות המביאות אדם למצב של שכרות, כהגדרתו בחוק העונשין. נהפוך הוא - צפייה במעשי המערער לאחר שרוסס בגז הפלפל, כפי שהם מתועדים בסרטון, מלמדת כי הוא הצליח בתוך שניות בודדות לדלוק בריצה אחרי המנוח, לירות לכיוונו, ולאחר מכן לחזור לרכב ולנסוע מהמקום.

26. עוד טוען המערער לקיומו של הסייג שעניינו טעות במצב דברים. גם דינה של טענה זו להידחות. המערער לא השכיל לעורר ספק סביר כי הוא טעה טעות כנה במצב הדברים וכי אף אם המנוח לא הסתובב אליו, המערער דימה לחשוב כי כך אירע (ראו והשוו: ע"פ 4795/13 בזזינסקי נ' מדינת ישראל, פסקה 52 (20.1.2014); ע"פ 5184/14 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקאות 84-85 (3.8.2016)). השופט רומנוב התייחס ישירות לטענת המערער כי הלה טעה בהבנתו את המציאות, בשל פגיעת גז הפלפל בתודעתו - וסבר כי יש לדחות אותן:

כאמור, הנאשם טוען כי פגיעת הגז בו הייתה כה קשה, וכי ביחד עם האימה שלפי הטענה הנאשם חש בה ונסיבות האירוע, נוצר עיוות בתחושת המציאות שלו, ובעקבות כך הוא פעל כפי שפעל. אני סבור, כי בחומר הראיות אין כדי לבסס טענה זו, ואף אין בו כדי לעורר ספק סביר.

(שם, בפסקה 11 לחוות דעתו. כן ראו: שם, בפסקה 15)

אף השופטת ליפשיץ-פריבס סברה כי יש לדחות את טענות המערער בהקשר זה, ככל שהן נוגעות למישור היסוד הנפשי של מעשיו (שם, בפסקה 10). יתרה מזאת, ישנה חשיבות לעובדה כי המערער שינה את פרטי גרסתו מספר פעמים ביחס לטענת ההסתובבות, כגון ביחס למועד שבו אירעה ההסתובבות וכן סוג הנשק שהמערער חשב שהמנוח אחז בו. השופטת ליפשיץ-פריבס כינתה את עמדת המנוח "גרסה [מתפתחת]" והסבירה כי הגרסה שהציג בחקירותיו הראשונות במשטרה, עד שהוצג בפניו הסרטון, השתנתה לאחר מכן, כשהתברר לו כי לא ניתן לטעון שהמנוח הסתובב לפני הירי הראשון לעבר המנוח, שהרי ירי זה מתועד בסרטון, ומהסרטון עולה כי המנוח לא הסתובב לעבר המערער קודם לכן (שם, בפסקאות 8-9 לחוות דעתה). שינויים אלה מקשים לתת אמון בדבריו של המערער (בפרט כאשר טענת המערער לטעות במצב דברים נשענת על הגרסה המאוחרת שלו - ולא על הגרסה המוקדמת).

27. לפיכך, אני סבור כי הטענות שהציג המערער מצדיקות שינוי במסקנות שופטי הרוב בבית המשפט המחוזי באשר ליסוד הנפשי של מעשיו. המערער ירה מספר יריות לעבר המנוח מבלי שלמעשיו נלווית תקווה, בעלת יסוד אובייקטיבי המעוגן במציאות, למנוע את מותו של המנוח. בנסיבות אלו המסקנה המתבקשת היא שהמערער גילה אדישות לאפשרות של המתת המנוח.

ערעור המדינה

המסגרת הנורמטיבית

28. במסגרת ערעורה, מבקשת המדינה להפוך את מסקנת שופטי הרוב ביחס להתקיימות

התנאים להמתה בעקבות התגרות. המערער, מנגד, סבור כי ככל שלא יתקבל ערעורו ביחס ליסוד הנפשי בו פעל, ותיוותר הקביעה כי הוא עולה לכדי אדישות, אין מקום לשנות מהיבט זה של הכרעת הדין.

לצורך הכרעה בערעור זה אדרש תחילה להסדר הנורמטיבי שנקבע ביחס להמתה בעקבות התגרות במסגרת הרפורמה בעבירות ההמתה, ולהבדלים בינו ובין ההסדר שהתייחס לנסיבות דומות עובר לרפורמה זו, אשר יכונה להלן דוקטרינת הקנטור; בהמשך, אתייחס לתנאים שנקבעו בחוק להרשעה בעבירה של המתה בנסיבות מופחתות, לפי החלופה של המתה בעקבות התגרות; לבסוף אבחן את יישומו של הדין החל עתה על נסיבות המקרה שבפנינו.

דוקטרינת הקנטור (שנהגה לפני הרפורמה) ועבירת המתה בעקבות התגרות (לאחר הרפורמה)

29. דוקטרינת הקנטור הייתה קיימת מראשיתו של המשפט הישראלי ועד לרפורמה בעבירות המתה שנחקקה בשנת 2019 (ראו סעיף 216(ב) לפקודת החוק הפלילי, 1936; יורם שחר "כוונת המחוקק ב'כוונה-תחילה'" מחקרי משפט ב 204, 216 (1981)). מאז ומעולם עורר יישום דוקטרינה זו קשיים ו"אי [בהירות]", ואולם תחום פעולתה היה ברור (ע"פ 28/49 זרקא נ' היועץ המשפטי לממשלת ישראל, פ"ד ד 504, 522 (1950)). דוקטרינת הקנטור היוותה מאז ומעולם חלק מיסודות עבירת הרצח. סעיף 300(א)(2) לחוק, בגרסתו דאז, קבע כי אדם הגורם ב"כוונה תחילה" למותו של אחר יורשע ברצח. סעיף 301(א) לחוק הגדיר את שלושת התנאים הדרושים לצורך התקיימותה של "כוונה תחילה" זו: החלטה להמית; הכנה להמתה; והיעדר התגרות בתכוף למעשה. היעדר התגרות הוגדר כך: "[המתה] בדם קר, בלי שקדמה התגרות בתכוף למעשה בנסיבות שבהן יכול לחשוב ולהבין את תוצאות מעשיו" (ראו: גבריאל הלוי תורת דיני העונשין כרך ד 522-527 (2009); רבין וואקי, בעמ' 431-432). בנסיבות בהן התקיימו יתר התנאים להוכחת כוונה תחילה, אך נמצא כי להמתה קדמה בתכיפות התגרות, לא הורשע הנאשם ברצח, אלא בעבירת הריגה בלבד (סעיף 298 לחוק). לדוקטרינת הקנטור יועד, אם כן, מקום מרכזי בהבחנה בין עבירות הרצח לעבירות ההריגה (עבירות ההמתה בפזיזות) עובר לרפורמה בעבירות ההמתה. למעשה, "עיקר 'המעמסה' להבחנה בין כוונה 'רגילה' (או כוונה 'סתם') לבין כוונה 'תחילה' [ה]וטל על שכמו של יסוד 'היעדר ההתגרות'" (דנ"פ 1042/04 ביטון נ' מדינת ישראל, פ"ד סא(3) 646, 677 (2006) (להלן: עניין ביטון)).

30. בפסיקה התגבשו, החל מההלכה שנקבעה בע"פ 46/54 היועץ המשפטי לממשלת ישראל נ' סגל, פ"ד ט 393 (1954) (להלן: עניין סגל), שני מבחנים מצטברים לצורך הוכחת התגרות, השוללת את קיומה של כוונה תחילה (ע"פ 686/80 סימן-טוב נ' מדינת ישראל, פ"ד לו(2) 253, 263-264 (1982) (להלן: עניין סימן-טוב); ע"פ 50/64 אל-נבארי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יח(4) 73, 78 (1964); רבין וואקי, בעמ' 437-438). המבחן הראשון הוא המבחן הסובייקטיבי, ועניינו בשאלה האם ההתגרות הביאה את הנאשם בפועל לאובדן שליטתו העצמית. לכך הצטרף המבחן האובייקטיבי, הבוחן האם הקנטור שהופנה כלפי הנאשם היה קשה כל כך עד "שרוב האנשים היו מתקשים מאד שלא להיכנע להשפעתו ולפיכך היו עלולים להגיב

בצורה הקטלנית שבה הגיב הנאשם", וזאת אף אם רובם לא היו מבצעים בפועל את מעשה ההמתה, כפי שעשה הנאשם (ע"פ 396/69 בנו' נ' מדינת ישראל, פ"ד כד 561, 580 (1970) (להלן: עניין בנו); עניין סימן-טוב, בעמ' 264).

המבחן האובייקטיבי שולב בדוקטרינת הקנטור, וזאת חרף העובדה שדוקטרינה זו הייתה חלק מהגדרת המונח "כוונה תחילה" - מונח המתייחס ליסוד הנפשי של העבירה, שניתוחו נעשה באורח סובייקטיבי. כבר בעניין סגל הביע השופט משה זילברג את העמדה כי אין מקום לכלול מבחן אובייקטיבי במסגרת היסוד הנפשי, וכי המבחן הסובייקטיבי הוא המבחן הרלוונטי היחיד לדוקטרינת הקנטור (שם, בעמ' 410). ביקורת זו אומנם זכתה לתמיכה בספרות (וראו את הסקירה שנערכה בדו"ח "צוות קרמניצר", שהמלצותיו עמדו בבסיס הרפורמה בעבירות ההמתה: הצוות לבחינת יסודות עבירות ההמתה דין וחשבון נספח ב - עבירות ההמתה במשפט הישראלי - הדין הקיים, עמודים 9-10 (2011) (להלן: צוות עבירות ההמתה או הצוות ו-דו"ח צוות עבירות ההמתה, בהתאמה)), אך נותרה כדעת מיעוט בעניין סגל, ולא אומצה בפסיקה גם בהמשך הדרך (ראו: עניין ביטון, בעמ' 702-704 והאסמכתאות שם). כך, כאשר נדרש בית המשפט לטענות אלו פעם נוספת, בדיון בפני הרכב מורחב בעניין ביטון, פסק הנשיא (בדימ') אהרן ברק כי המבחן האובייקטיבי מעוגן בחוק. העיגון למבחן זה בוסס על הענקת פירוש אובייקטיבי למנוח "התגרות" בביטוי "[המתה] בלי שקדמה התגרות בתכופ למעשה" (וזאת הגם שפרשנות זו "אינה פשוטה כלל ועיקר", כדברי הנשיא (בדימ') ברק, שכן היא מעניקה למנוח "התגרות" משמעות החורגת ממשמעותו השגרתית) - לפיה רק התגרות העומדת בתנאי המבחן האובייקטיבי תיחשב התגרות, כמשמעותה בדוקטרינת הקנטור (שם, בעמ' 702).

31. המדד באמצעותו החיל בית המשפט את המבחן האובייקטיבי היה "מבחן האדם הסביר", במסגרתו נבדק "אם 'אדם מן היישוב', 'אדם סביר', 'אדם רגיל', 'אדם ממוצע', בנעליו של הממית היה עלול להגיב כמוהו" (עניין ביטון, בעמ' 686. כן ראו: רבין וואקי, בעמ' 439). כנהוג במבחנים מסוג זה, דמות האדם הסביר שהעמיד בית המשפט לנגד עיניו לא הייתה מבוססת על ממצאים אמפיריים בדבר התגובה הצפויה של רוב הישראלים. תחת זאת, שימש המבחן האובייקטיבי "בלם ערכי", שנועד לקבוע נורמות התנהגות ראויות (ע"פ 322/87 דרור נ' מדינת ישראל, פ"ד מג(3) 718, 724 (1989); ע"פ 357/95 וייצמן נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(4) 577, 587 (1997) (להלן: עניין וייצמן); ע"פ 1310/12 שוורצמן נ' מדינת ישראל, פסקה 39 (3.11.2014)). עוד הודגש כי על מנת לעמוד בתנאי המבחן האובייקטיבי אין צורך להראות כי האדם הסביר, במקומו של הנאשם, היה מבצע את פעולת ההמתה - אלא די שיוכח כי האדם הסביר היה מתקשה שלא להיכנע להשפעת ההתגרות, ועל כן היה עלול להגיב כפי שהגיב הנאשם (עניין סימן-טוב, בעמ' 264; ע"פ 4519/11 שיחרזיב נ' מדינת ישראל, פסקה 21 (4.5.2015) (להלן: עניין שיחרזיב)). במסגרת בחינה זו ערך בית המשפט השוואה יחסית של חומרת ההתגרות אל מול מידת התגובה מצד הנאשם: ככל שמעשיו של הנאשם קשים וממושכים יותר, פחתה הנטייה לראות במעשיו משום תגובה להתגרות (ע"פ 293/66 מדינת ישראל נ' גדקר, פ"ד כ(4) 322, 326 (1966) (להלן: עניין גדקר); עניין בנו, בעמ' 577; ע"פ 889/78 מוגרבי נ' מדינת ישראל,

32. סוגיה מרכזית נוספת שנדונה ביחס למבחן האובייקטיבי עובר לרפורמה בעבירות ההמתה נגעה לאפשרות לבצע "סובייקטיביזציה" של המבחן האובייקטיבי, קרי, להתאים את דמות "האדם הסביר" שבית המשפט בוחן את תגובתו במסגרת המבחן האובייקטיבי למאפיינים אישיים של הנאשם המסוים בפניו. כך, לדוגמה, בית המשפט היה נכון להתחשב בכך שהנאשם הוא קטין במסגרת המבחן האובייקטיבי, כך שבחינה זו לא תיעשה לפי התגובה האפשרית של "האדם הסביר" להתגרות, אלא לפי התגובה של "הקטין הסביר" (עניין ביטון, בעמ' 687; ע"פ 3062/06 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 20 (24.12.2009)). עם זאת, בית המשפט דחה בעקביות את האפשרות להתחשב בתכונות אישיותיות אחרות של הנאשם במסגרת המבחן האובייקטיבי, ופסק כי "המבחן האובייקטיבי אינו נושא בתוכו תת-קבוצות" (ע"פ 402/87 מדינת ישראל נ' גנדי, פ"ד מב(3) 383, 393 (1988) (להלן: עניין גנדי)). בין היתר, נדחתה האפשרות להתחשב באופיו הרע של הנאשם (שם, בעמ' 392-394); בשיוכו העדתי (ע"פ 6580/96 צ'קולה נ' מדינת ישראל, עמ' 3 (6.7.2000)); בגילו המבוגר ובמצבו הרפואי הירוד (ע"פ 101/77 רינגלשטיין נ' מדינת ישראל, פ"ד לב(1) 623, 625-626 (1978)); או בקודים תרבותיים בקהילתו, כגון ביחס ל"פגיעה בכבוד המשפחה" (ע"פ 502/10 מחאמיד נ' מדינת ישראל, פסקה 33 (22.10.2012)).

חרף הסתייגויות לא מעטות מהלכה זו בספרות ובפסיקה מאוחרת יותר (וראו, לדוגמה: פלר, בעמ' 570; ע"פ 2534/93 מליסה נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(2) 597, 614 (1997) (להלן: עניין מליסה); ע"פ 759/97 אליאבייב נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(3) 459, 476-477 (2001) (להלן: עניין אליאבייב)), בית המשפט נמנעמלעין בה מחדש (רבין וואקי, בעמ' 441). בעניין ביטון הכריע הנשיא (בדימ') ברק, בפסק דין אשר ניתן בהסכמתו של הרכב מורחב, כי הגם שמבחינת מדיניות משפטית נכונה ראוי להגמיש את המבחן האובייקטיבי, ולהכיר באפשרות להתחשב בחלק מתכונותיו הסובייקטיביות של הנאשם, הרי שכעניין של דין מצוי על שינוי זה להיעשות בידי המחוקק - ולא על ידי בתי המשפט. זאת, בשים לב לרגישותה של הסוגיה, ובשל הצורך ברפורמה כוללת בעבירות ההמתה בדין הישראלי (שם, בעמ' 721-722).

33. הרף שנקבע במסגרת המבחן האובייקטיבי, אם כן, היה גבוה במיוחד. בשל כך, ונוכח הקביעה כי אין לבצע "סובייקטיביזציה" של מבחן זה, רק פעמים מעטות ביותר בעשורים שקדמו לרפורמה בעבירות ההמתה נמצא כי דוקטרינת הקנטור חלה (יורם שחר "האדם הסביר והמשפט הפלילי" הפרקליט לט 78, 90-91 (1989)). פרופ' יורם שחר סיכם את הדברים בצורה קולעת: "ככל שנראים הדברים לעין, אין בית-המשפט העליון בישראל מתיר לאדם הסביר יציר כפיו לאבד את עשתונותיו באותן נסיבות אשר מציאות של שלושים שנה הוכיחה כי בהן בדיוק מאבדים אנשים רגילים בישראל את עשתונותיהם" (שם, בעמ' 93). מסקנה זו, במסגרת מאמר שהתפרסם בשנת 1990, עמדה בעינה עד לחקיקת הרפורמה בעבירות ההמתה (ראו: ע"פ 640/21 עאמר נ' מדינת ישראל, פסקה 7 לפסק דינו של השופט יצחק עמית (7.7.2022) (להלן: עניין עאמר)).

34. במענה לקריאתו של הנשיא (בדימ') ברק בעניין ביטון לבצע רפורמה כוללת בעבירות ההמתה, מינה שר המשפטים בשנת 2007 את צוות עבירות ההמתה, בראשות פרופ' מרדכי קרמניצר. צוות עבירות המתה המליץ על שינוי מקיף של מדרג עבירות ההמתה, ובכלל זה על שינוי מקומה של דוקטרינת הקנטור. המלצות הצוות אומצו, בעיקרן, במסגרת הרפורמה בעבירות ההמתה. בהתאם להמלצות אלה, דוקטרינת הקנטור לא שולבה עוד כרכיב ביסוד הנפשי הנדרש לצורך הרשעה בעבירת הרצח, אלא נקבע כי נסיבות של התגרות יהוו בסיס להרשעה בעבירה עצמאית. מבחינה אנליטית, שינוי זה מורכב משני מהלכים:

ראשית, נקבע כי די בקיומה של אדישות או כוונה "רגילה" לצורך הרשעה בעבירת רצח שהוגדרה "עבירת הרצח הבסיסית", אשר נושאת בצידה עונש מאסר עולם כעונש מירבי - ולא כעונש חובה, כפי שהיה בעבירת הרצח עובר לרפורמה (סעיף 300(א) לחוק). בנוסף, בין החלופות השונות של עבירת הרצח החמורה - רצח בנסיבות מחמירות - נקבעה חלופה המקבילה לקיומה של כוונה תחילה עובר לרפורמה ("המתה") לאחר תכנון או לאחר הליך ממשי של שקילה וגיבוש החלטה להמית". סעיף 301א(1) לחוק. חלופה זו לכוונה תחילה אינה דורשת הוכחה כי לא התקיים קנטור כלפי הנאשם בתכופ למעשה ההמתה. יצוין, עם זאת, כי בסעיף 301א(ב) לחוק נשמר "פתח מילוט", המאפשר לבית המשפט, אם מצא כי "מתקיימות נסיבות מיוחדות שבשלהן המעשה אינו מבטא דרגת אשמה חמורה במיוחד", להרשיע ב"עבירת הרצח הבסיסי" גם בהתקיים נסיבה מחמירה, ובכלל זה לפי חלופת ה"כוונה תחילה" שבסעיף 301א(1) לחוק. הפסיקה הבהירה כי "פתח מילוט" זה עשוי לאפשר הקלה עם נאשם בנסיבות המקבילות לדוקטרינת הקנטור (ראו ע"פ 6338/20 חיים נ' מדינת ישראל, פסקה 23 (7.7.2022) (להלן: עניין חיים); ע"פ 3551/23 היילה נ' מדינת ישראל, פסקה 43 לחוות דעתו של השופט יוסף אלרון (11.8.2024) (להלן: עניין היילה)).

שנית, לצד עבירת הרצח (בין אם ה"בסיסי", ובין אם "בנסיבות מחמירות"), נחקקה עבירה חדשה - עבירת ההמתה בנסיבות של אחרית מופחתת - שעניינה באותם "מקרים הנכנסים להגדרתה של עבירת הרצח, אך המגלמים, בשל נתונים הקשורים במעשה או בעושה, דרגת אשמה פחותה הנלווית למעשה" (דו"ח צוות עבירות ההמתה, בעמ' 30). עבירה זו כוללת מספר חלופות, שאחת מהן היא המתה בעקבות התגרות. העונש המרבי בגין המתה באחריות מופחתת הועמד ברוב החלופות (ובכלל זה בחלופת ההמתה בעקבות התגרות) על 20 שנות מאסר (חריג לכך היא החלופה של המתה בכוונה או באדישות בעקבות "מצוקה נפשית קשה, עקב התעללות חמורה ומתמשכת בו או בבן משפחתו", בגינה נקבע בסעיף 301ב(א) לחוק עונש מרבי של 15 שנות מאסר).

35. להשלמת התמונה יצוין כי צוות עבירות ההמתה בחן את הביקורת המהותית שהושמעה בשעתו נגד דוקטרינת הקנטור, הגורסת כי הכרה בקנטור כבסיס להקלה בדין מעודדת תגובות אלימות בעקבות התגריות, אך דחה ביקורת זו. עם זאת, המליצו חברי הצוות כי יש לשנות גם את הדרך בה עיצבה הפסיקה את המבחן האובייקטיבי, ולהימנע מבחינת התגובה ההיפותטית של "האדם הסביר" להתגרות שחוהה הנאשם. נקבע כי גם מודלים אחרים, שאומצו בשיטות

משפט אחרות, אינם ראויים. זאת, כיוון שקבלת טענת קנטור במסגרת מודלים אלה מביעה מסר נורמטיבי המצדיק את מעשה ההמתה (שם, בעמ' 32). הצוות הסביר כי ראוי לעצב מבחן הנמנע מהעברת מסר הרואה בקנטור כמצדיק את המתת קורבן העבירה, ותחת זאת להתמקד במידת האשמה הפחותה של הנאשם בעקבות התגרות. על כן, הוצע לקבוע מבחן שעניינו הערכת מידת אשמתו של הנאשם, על ידי "בחינה נורמטיבית-מוסרית [של] מצב הדברים שהביא את המקונטר לאיבוד ניכר של שליטה עצמית" (שם, בעמ' 33).

36. סקירת ההתפתחות בדין, מלמדת, אם כך, שהרפורמה הביאה לשינוי מהותי באופן בו מתחשב הדין בקיום "התגרות תכופה" למעשה ההמתה. על פי הדין שקדם לרפורמה, במסגרת דוקטרינת הקנטור, העדר קנטור היווה רכיב ביסוד הנפשי של "כוונה תחילה", ועל כן התגרות היוותה, במקרים מתאימים, טעם לשלילת האפשרות להרשיע בעבירת הרצח, כהגדרתה קודם לרפורמה. לעומת זאת, לפי הדין שנוצר בעקבות הרפורמה, העדר התגרות אינה חלק מהגדרת עבירת הרצח, לא לפי חלופת הכוונה ולא לפי חלופת האדישות. ממילא אין הוכחת יסוד שלילי זה נדרשת לצורך ההרשעה בעבירת הרצח. עם זאת, התגרות עשויה בכל זאת להשפיע לקולה על סיווג מעשה העבירה, וזאת משום שהיא מרככת את האשם הכרוך במעשה, ועשויה להצדיק לא רק הקלה בעונש, אלא גם המרה של סעיף ההרשעה. כך, בשתי חלופות: האחת, המרה מעבירת רצח בנסיבות מחמירות לעבירת רצח "בסיסי", במסגרת שיקול הדעת הכללי המסור לבית המשפט מכוח סעיף 301א(ב) לחוק העונשין; השנייה, המרה מעבירת רצח "בסיסי" לעבירת המתה בנסיבות מפחיתות, וזאת בהתקיים התנאים המגדירים את חלופת ההמתה בעקבות התגרות שבסעיף 301ב(ב)(1) לחוק העונשין. ודוק, בשתי החלופות הסיבה להמרת סעיף ההרשעה היא זהה: ההתגרות התכופה אינה מצדיקה את המעשה (שנותר עבירה פלילית חמורה), ואף אינה משנה את המחשבה הפלילית (Mens Rea) המיוחסת לנאשם (שנותר כוונה או אדישות לפי העניין), ואולם יש בה כדי להפחית את דרגת האשם שראוי לייחס לנאשם מנקודת מבט חברתית. לנקודה חשובה זו עוד נחזור בהמשך הדברים.

המתה בעקבות התגרות - קווים לדמות העבירה

37. חלק זה של הדיון מוקדש לבחינת התנאים שקבע המחוקק להחלת העבירה של המתה בנסיבות מופחתות, לפי החלופה של המתה בעקבות התגרות. במהלך דיון זה אתייחס מעת לעת לדוקטרינת הקנטור, וזאת בעיקר לצורך השוואה. עם זאת, לאורך הדברים יש לזכור היטב את לקחי הדיון בחלק הקודם: הגם שהנסיבה בה עסקינן - התגרות תכופה - משותפת לדוקטרינת הקנטור ולהמתה בעקבות התגרות, השימוש שנעשה בה שונה באופן מהותי, ועניין זה משליך גם על הפרשנות הראויה שיש לתת לתנאי הדין.

38. הנוסח שהציע צוות עבירות ההמתה לעיגון עבירת ההמתה בעקבות התגרות אומץ, בעיקרו, במסגרת תיקון מס' 137 (ראו ע"פ 1130/19 שוא נ' מדינת ישראל, פסקה 29

(27.12.2020) (להלן: עניין שוא). וכך קובע סעיף 301ב(ב)(1) לחוק בו הוגדרה עבירה חדשה זו:

301ב. (ב) על אף האמור בסעיפים 300 ו-301א, הגורם בכוונה או באדישות למותו של אדם באחת מהנסיבות המפורטות להלן, דינו - מאסר עשרים שנים:

(1) המעשה בוצע בתכוף לאחר התגרות כלפי הנאשם ובתגובה לאותה התגרות, ובלבד שמתקיימים שניים אלה:

(א) בעקבות ההתגרות הנאשם התקשה במידה ניכרת לשלוט בעצמו;

(ב) יש בקושי האמור בפסקת משנה (א) כדי למתן את אשמתו של הנאשם, בשים לב למכלול נסיבות העניין.

39. לפי הסדר זה, אם כן, הרשעתו של הנאשם בעבירת המתה בעקבות התגרות דורשת את התקיימות כל התנאים הבאים: (1) בוצעה כלפי הנאשם התגרות (להלן: מבחן ההתגרות); (2) מעשה ההמתה בוצע בתכוף לאחר אותה התגרות, ובתגובה אליה (להלן: מבחן העיתוי); (3) בשל ההתגרות הנאשם התקשה לשלוט בעצמו (המבחן הסובייקטיבי); (4) קושי זה ממתן את אשמת הנאשם, בהתחשב בכלל נסיבות המקרה (המבחן האובייקטיבי).

40. בטרם נבחן כל אחד מארבעת התנאים הללו לגופם, אבקש להעיר הערה מקדימה, ביחס למשמעות היסוד הנפשי שאפיין את פעולת הנאשם - כוונה או אדישות - על הפרשנות שיש לתת לתנאים השונים לתחולת העבירה של המתה בעקבות התגרות.

הערה מקדימה: השפעת היסוד הנפשי - כוונה או אדישות - על פרשנות התנאים

41. החלופה של המתה בעקבות התגרות יכולה להתקיים הן כשמעשה ההמתה בוצע באדישות, הן כשבוצע בכוונה. על עניין זה ניתן ללמוד מלשונו הברורה של סעיף 301ב(ב), המתייחס לנאשם "הגורם בכוונה או באדישות למותו של אדם". בכך יש שוני ניכר מהדין שקדם לרפורמה, בו הרלוונטיות של ההתגרות התכופה הייתה רק כשדובר באדם שפעל באופן מכוון, שהרי מי שנהג באדישות, ממילא לא היה חשוף להרשעה בעבירה של רצח בכוונה תחילה, ועל כן דוקטרינת הקנטור לא הייתה רלוונטית לגביו. ההרחבה בהיקף התחולה של ההסדר הבוחן את השלכות הקנטור על ההרשעה בעבירות המתה, מעוררת מאליה את השאלה מהו האופן, אם בכלל, בו משפיעה ההבחנה בין כוונה לאדישות על פרשנות ארבעת התנאים להתקיימות העבירה של המתה בעקבות התגרות? בשאלה זו אבקש לדון עתה, עוד בטרם הדיון בתנאים עצמם.

42. ככל שהדברים נוגעים לבחינת שלושת התנאים הראשונים, קיומה של התגרות תכופה המביאה לאובדן שליטה, סבורני כי מוטב לפרשם באופן אחיד, מבלי לייחס משקל ליסוד הנפשי

של הנאשם. שונים הדברים ביחס לתנאי הרביעי, האפשרות למתן את אשם המערער, המחייב לשיטתי אבחנה חדה בין המתה בכוונה להמתה באדישות (וראו חוות דעתי בעניין היילה, פסקאות 5-6 ו-12). אבהיר ואנמק.

43. כאמור, ביחס לשלושת התנאים הראשונים לקיומה של המתה בעקבות התגרות סבורני שאין מקום לייחס משמעות ליסוד הנפשי שאפיין את פעולת הממית - כוונה או אדישות. כך, בהינתן ששני התנאים הראשונים (התגרות תכופה) הם תנאי סף המבקשים לבחון התקיימות מערך נסיבתי העשוי להצדיק התייחסות מקלה; ואילו התנאי השלישי (אובדן שליטה) הוא תנאי הבוחן את מידת שליטתו העצמית של הנאשם, ולא את יחסו לערך המוגן. עם זאת, בבואנו לפרש את שלושת התנאים אלה, במיוחד בהשוואה לפרשנות שניתנה בעבר לדוקטרינת הקנטור, מן הראוי שניתן דעתנו לכך שפרשנות זו רלוואנטית לא רק לממית בכוונה, אלא גם לממית באדישות. תובנה זו מצדיקה, ככלל, מתן פרשנות מרחיבה יותר לתנאים הללו, בהשוואה לדוקטרינת הקנטור. כך, מאחר שקשת המצבים בהם נבקש לשמר את האפשרות שלא לסווג נאשם כרוצח לפי הדין החדש רחבה הרבה יותר, וכוללת לא רק את מי שקטל בכוונה תחילה, אלא גם מעשי המתה שנעשו ללא תכנון או באדישות. פרשנות דווקנית של שלושת מבחנים אלו עשויה להביא למצב שבו מעשה של המתה באדישות ייחשב כרוצח גם כאשר רמת האשמה המיוחסת לו (תוך שקלול היסוד הנפשי האמור) אינה גבוהה, וזאת בשל חריגה מסוימת מאחד המבחנים האחרים. מצב זה יסכל את התכלית המרכזית של המדרג שנוצר במסגרת הרפורמה בעבירות המתה - התאמה בין מידת האשמה של הנאשם ובין חומרת העבירה המיוחסת לו, מבלי לפגוע בערך העליון המיוחס לקדושת חיי אדם (ראו: דו"ח צוות עבירות ההמתה, בעמ' 4).

44. לעומת זאת, ובאופן המאפשר זאת, יש ליחס חשיבות רבה לאבחנה בין המתה בכוונה להמתה באדישות במסגרת התנאי הרביעי - המבחן האובייקטיבי. תנאי זה בוחן האם, מבחינה נורמטיבית, יש בעובדה שהנאשם פעל בעקבות התגרות תכופה, בשים לב למכלול הנסיבות, כדי "למתן את אשמתו של הנאשם". מאחר ועיקר חשיבותו של המבחן האובייקטיבי היא במישור מידת האשמה (הפגם המוסרי) שיש ליחס לנאשם, סבורני כי נכון לנקז את השלכותיו המבחינות של היסוד הנפשי - כוונה או אדישות - למסגרת הדין בתנאי זה. ודוק, השלכות ההבחנה בין כוונה לאדישות בהקשר זה הן בעיקר בכך שעוצמת הנסיבות שיידרשו על מנת להצדיק שלא לתייג אדם כרוצח במקרה שפעל בכוונה גבוהה משמעותית מזו הנדרשת על מנת להסיר את תווית הרוצח ממי שפעל באדישות. כך, משום, שמלכתחילה האשם המוסרי שדבק באדם הממית את חברו בכוונה, עולה מהותית, במקרה הרגיל, על זה של מי שפעל באדישות. ארחיב בעניין זה במסגרת פרשנות התנאי הרביעי.

מצוידים בהבהרה זו נפנה, איפוא, לבחינת ארבעת התנאים שקבע המחוקק לעבירה של המתה בעקבות התגרות בסעיף 301(ב)(1) לחוק העונשין.

45. שני התנאים הללו, שיש המאחדים אותם לתנאי אחד ("התגרות תכופה"), מעוגנים ברישא לסעיף 301ב(1) לחוק. תנאי סף אלו מבוססים על דרישות שהיו קיימות בלשון סעיף 301 לחוק עובר לרפורמה בעבירות ההמתה, והם לא היו במוקד הדיונים על שינוי דוקטרינת הקנטור במסגרתה. עם זאת, דומה כי הרפורמה חוללה שינוי במעמדם. בעבר כללה דוקטרינת הקנטור שני מבחנים בלבד - סובייקטיבי ואובייקטיבי. לפיכך, לא הייתה הפרדה מלאה בין שני מבחנים אלה ובין תנאי הסף (ע"פ 2823/10 דין נ' מדינת ישראל, פסקה 17 לחוות דעתו של השופט יורם דנציגר (בדעת מיעוט, אך לא לעניין זה) (7.2.2013) (להלן: עניין דין)). להגדרת דוקטרינת הקנטור ככוללת שני רכיבים בלבד ראו גם: עניין ביטון, בעמ' 677; ע"פ 9906/04 חלאילה נ' מדינת ישראל, פסקה 13 (13.12.2007); ע"פ 2458/11 סולוביוב נ' מדינת ישראל, פסקה כ"ט (7.1.2014); עניין שיחרזיב, בפסקה 21). גם עובר לרפורמה היה קיומה של התגרות תנאי בלעדיו אין להחלת דוקטרינת הקנטור, אך הפסיקה לא קבעה, בנפרד מהמבחן האובייקטיבי, אמת מידה עצמאית לשאלה האם מעשה מסוים נחשב התגרות. בעניין ביטון נקבע כי העיגון הלשוני למבחן האובייקטיבי הוא במונח "התגרות" - מונח אשר פורש כך שהתנהגות תיחשב התגרות אם "האדם הסביר, הרגיל או הממוצע, יראה אותה כהתגרות השוללת או מקיימת את דרישת ה'תחילה' שבכוונה" (שם, בעמ' 702). אף פסיקה שקבעה, באופן קטגורי, כי ככלל סוג מעשים מסוים - "גידופים, התגרות מילולית או תגרה" - לא יקיים את דרישות דוקטרינת קנטור, עשתה זאת, לרוב, במסגרת המבחן האובייקטיבי (ראו: ע"פ 1191/02 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 9 (30.3.2003); ע"פ 4655/12 אדרי נ' מדינת ישראל, פסקה 44 (29.9.2014); ע"פ 4523/14 חלילי נ' מדינת ישראל, פסקה 31 (20.1.2016)). גם מבחן העיתוי היה רכיב מרכזי בפסיקה שעסקה בדוקטרינת הקנטור, אך זאת כמבחן עזר במסגרת המבחן הסובייקטיבי, ולא כיסוד נפרד של הדוקטרינה (עניין אליאביב, בעמ' 471-472; עניין דין, בפסקה 17 לחוות דעתו של השופט דנציגר; מרדכי קרמניצר וליאת לבנון "על היסוד של היעדר קנטור בהגדרת ה'כוונה תחילה' בעקבות דנ"פ 1042/04 ביטון נ' מדינת ישראל" ספר דויד וינר - על משפט פלילי ואתיקה 547, 578 (דרור ארד-אילון ואח' עורכים 2009) (להלן: קרמניצר ולבנון)).

46. לפי מבחן ההתגרות יש להראות כי למעשה ההמתה קדמה "התגרות כלפי הנאשם". לפי מבחן העיתוי יש להראות כי מעשה ההמתה נעשה "בתכוף לאחר" אותה התגרות, ו-"בתגובה" אליה. במסגרת הרפורמה בעבירות ההמתה לא הוגדר המונח "התגרות" (ראו: דברי ההסבר לתיקון מס' 137, בעמ' 175). עמדתו של פרופ' פלר, אליה מפנים בהקשר זה דברי הסבר לתיקון מס' 137 היא כי יש לתת פירוש אובייקטיבי למונח התגרות כך שבגדרו לא יכללו מעשים הנעשים מכוח הדין או "התנהגות לגיטימית אחרת" - אלא רק התנהגויות המהוות, אובייקטיבית, "התנהגות בלתי צודקת, פוגעת מבחינה פיזית או מורלית, ואולי אף התנהגות בניגוד לדין" (פלר, בעמ' 560. כן ראו: ענין שוא, בפסקה 28).

47. לצד בחינת אופייה של ההתנהגות המתגרה מציעים פרופ' קרמניצר ופרופ' גנאים לבחון גם

אם "יש בה כדי לפגוע בכבודו של המקונטר (self worth) עד כדי הוצאתו מכליו, או במילים אחרות - לחולל בו אפקט" (שם, בעמ' 410-411). ויוטעם - הכוונה היא לכבוד העצמי (כאמור, self-worth או dignity), המתבטא ביחס של המנוח כלפי המערער כשווה בין שווים, ולא בכבוד במובן של "הדרת-כבוד" (honor), המבוסס על תפיסה היררכית של החברה, המצדיקה, במידה כזו או אחרת, הגנה באמצעים אלימים על שמו הטוב של האדם, ובפרט, של הגבר (ראו אורית קמיר "איך הרגה הסבירות את האשה - חום דמם של 'האדם הסביר' ו'הישראלית המצויה' בדוקטרינת הקנטור בהלכת אזולוס" פלילים ו 137, 140-141 (1995) (להלן: קמיר)).

48. אשר למבחן העיתוי: תנאי זה כולל שתי דרישות - תכיפות וקשר סיבתי. דרישת התכיפות משמעה כי אם חלף פרק זמן משמעותי בין ההתגרות ומעשה ההמתה "ההנחה היא, על-פי הגיונם של דברים, כי התגרות המנותקת מבחינת עיתויה ממעשה הקטילה מותירה בידי מבצע המעשה פסק זמן להתקרב ברוחו ולרכוש שליטה עצמית מחודשת על מעשיו" (עניין אליאבייב, בעמ' 471-472). במילים אחרות, ככל שפרק הזמן בין ההתגרות ומעשה ההמתה ארוך יותר, עולה הסבירות כי מעשה ההמתה לא התרחש בעקבות החלטה שקיבל הנאשם תחת השפעתו המערערת של הקנטור, אלא מתוך "נקמנות מחושבת גרידא" (פלר, בעמ' 562). דרישת הקשר הסיבתי, מבקשת לאבחן בין מעשי המתה שנעשו כתגובה להתגרות ובין מעשי המתה שנעשו לאחר התגרות, אך מסיבה אחרת - כדוגמת מקרה שבו גמלה מלכתחילה בליבו של הנאשם החלטה מתכוננת מראש להמית את המנוח, והוא הוציאה לפועל לאחר התגרות מצדו. עוד יוער כי בזיקה לתנאי זה מתעוררים מקרים של קנטור מצטבר, בהם לאחר מספר מעשי התגרות מצד המנוח, מהווה מעשה התגרות נוסף, אף אם פחות בעוצמתו, "טריגר" לפגיעה ניכרת בשליטה העצמית של הנאשם ולביצוע מעשה ההמתה. מקרים מסוג זה הוכרו בפסיקה קודם לרפורמה בעבירות ההמתה (ראו: ע"פ 746/14 היילו נ' מדינת ישראל, פסקה 72-73 לפסק דינו של השופט חנן מלצר (31.5.2016) (להלן: עניין היילו); עניין עאמר, בפסקאות 29-36 לחוות דעתו של השופט שטיין). סוגיות אלה ואחרות הנוגעות לפרשנות מבחן העיתוי אינן מתעוררות בעניינו, בו העובדה שמעשה ההמתה בוצע בתכיפות ובתגובה להתגרות המנוח אינה שנויה במחלוקת, ומשכך נכון להותירן לעת מצוא (לדין חלקי במבחן העיתוי ראו עניין היילה, פסקאות 7 ו-8 לחוות דעתו).

49. מבחינת תכליתם, מבחן ההתגרות ומבחן העיתוי, משמשים, אם כך, כתנאי סף להתחשבות בנאשם, תוך הקלה בסעיף העבירה שיוחס לו. עם זאת, ההיקף הרחב של מצבים אליהם מתייחסת עבירת ההמתה בעקבות התגרות לאחר הרפורמה, מחייב לשיטתי בחינה מחודשת של התוכן שיינתן לכל אחד מהתנאים הללו. ככלל, בחינה זו צריכה להביא לריכוך התנאים הללו בהשוואה לתנאים הנוקשים שנקבעו להפעלת דוקטרינת הקנטור, תוך הרחבת פרוזדור הכניסה, המאפשר לבית המשפט להגיע לטרקלין, שהוא שיקול הדעת במסגרת המבחן הנורמטיבי. עמד על כך השופט יוסף אלרון בעניין היילה, ואביא את דבריו כלשונם:

לגישתי, לא ברור לחלוטין כי אותה הפרשנות שהייתה מקובלת ביחס לטיב ההתנהגות ועיתוי מעשה ההמתה, היא שיש לאמץ גם עתה ככתבה וכלשוונה, על כלל היבטיה. [...] השינוי היסודי ביחס למהות דוקטרינת הקנטור - המעבר מסוגיה שנועדה להבחין בין כוונה תחילה לכוונה ספונטנית, להסדר שונה במהותו של נסיבה המצדיקה הקלה באחריות הפלילית ובעונש, עשוי להצריך חשיבה מחודשת ומעמיקה.
(שם, בפסקה 31. ההדגשות במקור).

50. ההרחבה הנדרשת בפרשנותם של מבחן ההתגרות ומבחן העיתוי עשויה להביא בגדרם גם מצבים שהפסיקה סירבה להכיר בהם בעבר, כאשר התנאים נבחנו כחלק מדוקטרינת הקנטור. כך, למשל, היא מחייבת דיון מחודש בשאלות כגון סוגי המעשים שיכולים להוות התגרות, או את אופיין של התכונות המצדיקות "סובייקטיביזציה" של מבחן ההתגרות (ראו: פרוטוקול ישיבה 596 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-20, עמ' 15-17, 19-20, 26, 45 (7.5.2018) (להלן: פרוטוקול ישיבה 596); פרוטוקול ישיבה 627, בעמ' 14. כן השוו את הפסיקה ביחס לגידופים ולהתגרויות מילוליות אחרות שהובאה לעיל בפסקה 45 עם עניין בנו, בעמ' 385 וע"פ 852/85 פונט נ' מדינת ישראל, פ"ד מב(2) 551, 560 (1988)). אלא שהמקרה שבפנינו, כפי שיובהר בשלב היישום, אינו מעורר, בראי מבחן ההתגרות ומבחן העיתוי, סוגיות הנוגעות ל"מקרי הגבול" של המתה בעקבות התגרות. לפיכך נטיב לעשות אם נותיר שאלות פרשניות ספציפיות אלה לעתיד, ונעבור בשלב זה לבחינת התנאים הנוספים, שבהם מתמקדת המחלוקת במקרה דנן.

המבחן הסובייקטיבי - פגיעה ניכרת ביכולת השליטה העצמית

51. הוכחה כי מעשה ההמתה בוצע בעקבות "התגרות תכופה" מהווה את תנאי הסף להחלת סעיף 301ב(ב) לחוק העונשין, אך אין בה לבדה כדי להצדיק המרת ההרשעה מרצח להרשעה בהמתה בעקבות התגרות. שני תנאים מצטברים נוספים נדרשים לשם כך: האחד סובייקטיבי-עובדתי, הבוחן את השפעת ההתגרות על הנאשם; השני אובייקטיבי-נורמטיבי, המבטא את נכונות החברה להקל עם הנאשם. ערעור המדינה מבוסס על עמדתה כי שני התנאים הללו אינם מתקיימים בעניינו של המערער, ועל כן אין הוא יכול לזכות בהקלה שהעניק לו בית המשפט המחוזי. על מנת לבחון עמדה זו, יש להתעמק במשמעותם של התנאים הללו: תחילה ברמה העיונית, ואחר כך ברמה היישומית. כך נעשה.

52. המבחן הסובייקטיבי, קבוע בסעיף 301ב(ב)(1) לחוק, בזו הלשון: "בעקבות ההתגרות הנאשם התקשה במידה ניכרת לשלוט בעצמו". לשיטת המדינה מבחן זה מעגן דרישה לאובדן קיצוני של שליטה עצמית - מצב בו הנאשם פועל "כאחוז אמוק" או מתוך קרבה לסייג העדר

השליטה הקבוע בסעיף 34 לחוק (סעיפים 39 ו-41 לנימוקי ערעור המדינה). אני סבור כי עמדה זו של המדינה היא מרחיקת לכת, ואינה הולמת את התכליות שעמדו בבסיס הרפורמה בעבירות ההמתה. אסביר.

53. ראשית, יש לדחות את טענת המדינה כי ראוי לצמצם את המבחן הסובייקטיבי בו עסקינן, למצב המתקרב לסייג של היעדר שליטה פיסית לפי סעיף 34 לחוק העונשין ("מעשה שעשה ולא היה בידו לבחור בין עשייתו לבין ההימנעות ממנו מחמת העדר שליטה על תנועותיו הגופניות, לענין אותו מעשה, כמו מעשה שנעשה עקב כפייה גופנית שהעושה לא יכול להתגבר עליה, תוך תגובה רפלקטורית או עוויתית, בשעת שינה, או במצב של אוטומטיזם או של היפנוזה"). כך הודגש גם בדברי ההסבר להצעת החוק, בהם נאמר כי במבחן הסובייקטיבי "אין הכוונה למצב של העדר שליטה לפי סעיף 34 לחוק העונשין, אלא למצב שבו נפגעה בצורה ניכרת יכולת השליטה העצמית" (הצעת חוק העונשין (תיקון מס' 124) (עבירות המתה), התשע"ו-2015, ה"ח 166, 175 (להלן: דברי ההסבר לתיקון מס' 137)).

סייג היעדר השליטה, הקבוע בסעיף 34 לחוק, מתייחס למצבים שבהם נשללה מהנאשם היכולת לשלוט על תנועותיו הגופניות, והנאשם נעדר על כן את היכולת "לבחור בין עשייתו של מעשה העבירה] לבין ההימנעות ממנו" (ע"פ 2788/96 אבליים נ' מדינת ישראל, פ"ד נב(3) 183, 189 (1998); ע"פ 2454/02 טיקמן נ' מדינת ישראל, פסקה 16 (12.12.2005). כן ראו: ע"פ 382/75 חמיס נ' מדינת ישראל, פ"ד ל(2) 729, 735 (1976)). סייג חוסר השליטה, לפיכך, נוגע למקרים בהם ניתק הקשר בין תודעת הנאשם ובין מעשיו הפיסיים (יעקב קדמי על הדין בפלילים - חוק העונשין חלק ראשון 574-575 (2012)). לעומת זאת, המבחן הסובייקטיבי בו עסקינן נוגע למצבים בהם אובדן השליטה הוא מנטלי בעיקרו, ומבלי שנפגמות בהכרח מודעותו של הנאשם לפעולה הגופנית שהוא מבצע ויכולתו להפעיל את איבריו באופן מודע ומכוון (השוו למקרה בו נשללה טענה לתחולת סעיף 34 לחוק העונשין בשל מודעותו של הנאשם לטיב פעולותיו ושליטתו הגופנית עליהן: ע"פ 2170/06 מלול נ' מדינת ישראל, פסקאות י"ז-כ"ב (8.7.2009) (להלן: עניין מלול)). כן ראו: ע"פ 3768/08 סלאמה נ' מדינת ישראל, פסקה 13 (7.11.2010)). וכך הוסבר סייג חוסר השליטה במחקרו של פרופ' קדמי:

משמעות הטענה של "היעדר רצייה" איננה: "לא שקלתי [אם לעשות את המעשה שעשיתי] ועל כן לא בחרתי"; אלא - "לא היה בידי לבחור [אם לעשות את המעשה שבו אני מואשם אם לא], משום שהייתי חסר יכולת לעשות כן.
(שם, בעמ' 572).

בעוד שהחלופה השנייה שמתאר קדמי, חוסר יכולת לבחור, נוגעת למצב של היעדר שליטה, דומה כי ניתן להקביל בין החלופה הראשונה - היעדר יכולת לשקול - ובין מצבים אליהם

54. משנמצא כי לא ניתן לאמץ, לצורך המבחן הסובייקטיבי, מבחן "מרוכך" של סייג היעדר השליטה, יש לעמוד על טיב ומידת קשיי השליטה העצמית בהם עוסק המבחן הסובייקטיבי. אכן, אין מחלוקת כי לא כל התפרצות זעם תמלא את תנאיו של המבחן הסובייקטיבי. עניינו של המבחן הסובייקטיבי ביכולתו של הנאשם לשלוט ביצריו בתגובה למעשה התגרות בלתי-מוצדק שנעשה כלפיו. יכולת השליטה העצמית שפגיעה בה מקיימת את המבחן הסובייקטיבי היא יכולתו של הנאשם לשקול מוסרית את מעשיו ולבחון את השלכותיהם. יש להבדיל בין יכולתו הפיזיולוגית של הנאשם לשלוט בפעולותיו (זו היכולת הנפגעת במצבים עליהם חל סייג אובדן השליטה), ובין יכולתו המנטאלית לשקול ולהעריך את המשמעות של מעשיו (זו היכולת הרלוונטית לבחינת השלכת ההתגרות בהקשר בו עסקינן). עניינו של המבחן הסובייקטיבי ביכולת אחרונה זו, והוא יתקיים כאשר לאותה יכולת נגרמה פגיעה ניכרת. לטעמי, מסקנה זו עולה גם מההיסטוריה החקיקתית הנלווית לתיקון מס' 137, מדוקטרינת הקנטור שקדמה לו, מהפסיקה העוסקת במבחן הסובייקטיבי, ומתכליות המבחן הסובייקטיבי כפי שאלו משתקפות בספרות. אתייחס לאלו על פי סדרם.

55. ההיסטוריה החקיקתית מדגישה את היבטה האמוציונאלי של המבחן הסובייקטיבי. בדו"ח צוות עבירות ההמתה הוסבר כי במסגרת המבחן הסובייקטיבי "הדרישה היא לתגובה **אמוציונאלית** עזה להתגרות, אשר פגעה בצורה קשה ביכולת השליטה העצמית של הנאשם" (שם, בעמ' 33. ההדגשה הוספה), וכך אף נאמר בדברי ההסבר להצעת החוק שעמדה בבסיס הרפורמה בעבירות ההמתה (דברי ההסבר לתיקון מס' 137, בעמ' 175 וכן בעמ' 12 לדברי ההסבר להצעת חוק העונשין (תיקון - עבירות המתה ורשלנות), התשע"ו-2015, שאוחדה עם הצעת החוק שהובילה לתיקון מס' 137). סוגיה זו עלתה גם בדיוני ועדת החוקה, חוק ומשפט, וגם ממנה עולה כי דרישת המבחן הסובייקטיבי היא לפגיעה מהותית ביכולת המנטאלית של הנאשם, בעקבות תגובה אמוציונלית, לשקול את פעולותיו - מצב בו הנאשם "רואה שחור מול העיניים" (פרוטוקול ישיבה 596, בעמ' 9 ו-30. כן ראו: פרוטוקול ישיבה 560 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-20, 23 (20.2.2018) (להלן: פרוטוקול ישיבה 560); פרוטוקול ישיבה 627 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-20, 9 ו-14 (11.6.2018) (להלן: פרוטוקול ישיבה 627)). דומה כי אף ההתייחסויות לזיקה בין המבחן הסובייקטיבי ובין סייג אובדן השליטה בדיונים על תיקון מס' 137 לא נועדו להקביל בין טיבו של אובדן השליטה בשני המקרים, אלא להבהיר כי המבחן הסובייקטיבי דורש, בדומה לסייג אובדן השליטה, פגיעה משמעותית ביכולת הרלוונטית - וזאת להבדיל מהסתפקות בדרישה להתפרצות זעם בלבד (ראו לדוגמה: שם, בעמ' 9, 18-20. השוו: קרמניצר וגנאים, בעמ' 396, 430-431).

56. מסקנה דומה עולה גם מסקירת הפסיקה ביחס לדוקטרינת הקנטור. אכן, כפי שהובהר לעיל, בהיבטים רבים לא ניתן לגזור גזירה שווה מהדין שקדם לרפורמה, נוכח השינויים המהותיים שחלו במסגרת הרפורמה (ראו פסקה 36 לעיל). עם זאת, ביחס למבחן

הסובייקטיבי, שלא עמד בלב המחלוקת שהובילה לרפורמה, ניתן ליחס לפסיקה זו משמעות לא מבוטלת. כך, משום שבכל הנוגע לטיב הקשר שבין "ההתגרות התכופה" לבין המעשה הממית, עניין בו עוסק המבחן הסובייקטיבי, אין שוני מהותי בין הרציונל שבבסיס דוקטרינת הקנטור לבין הרציונל שבבסיס עבירת ההמתה בעקבות התגרות - בשני המקרים ההשפעה בה נכון הדין להתחשב פועלת דרך פגיעה רגשית בשיקול דעתו של הנאשם (השפעת האמוציות על החשיבה הרציונלית); לא דרך פגיעה פיסית בשליטת מוחו על גופו.

לפי ההלכה עובר לרפורמה בעבירות ההמתה, מצב של קנטור סובייקטיבי הוא מצב בו ההחלטה להמית התגבשה "באופן ספונטני וללא שיקול ויישוב הדעת" (עניין ביטון, בעמ' 680). זהו מצב שבו "הנאשם ידע להעריך את מעשיו ואת תוצאתם הקטלנית, והוא רצה גם רצה בתוצאה זו, אלא שבסערת רוחו נחלשו מעצוריו הנפשיים, עד שלא שקל והעריך מוסרית את התוצאה הקטלנית, ולא העלה את ערך החיים של הקורבן לדרגה ראויה להם כאדם שקול ומיושב בדעתו" (ע"פ 339/84 רבינוביץ נ' מדינת ישראל, פ"ד לט(4) 253, 262 (1985) (להלן: עניין רבינוביץ)). הניגוד העומד בבסיס היסוד הסובייקטיבי של דוקטרינת הקנטור, לפיכך, הוא בין פעולה הנעשית במצב המאפשר "שיקול ויישוב הדעת" מהבחנה הרגשית והמוסרית ובין פעולה המתרחשת בתוך סערת רגשות קיצונית, כזו שבמהלכה שיקול דעת כזה אינו אפשרי (ראו: עניין אליאבייב, בעמ' 475; ע"פ 1354/03 דקר נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(2) 83, 96 (2004); עניין היילו, בפסקה 68 לפסק דינו של השופט מלצר. לביטוייה של הגדרה זו של המבחן הסובייקטיבי במסגרת ההבחנה בין יסוד הכוונה להמית ויסוד היעדר הקנטור ראו: ע"פ 266/88 בצלאל נ' מדינת ישראל, פ"ד מג(4) 103, 109-110 (1989)).

57. ולבסוף, גישה זו תואמת גם את התכלית העומדת בבסיס קיומו של המבחן הסובייקטיבי. בחינת מצבו האמוציונאלי של הנאשם מבוססת על ההנחה כי כאשר הוא נתון בסערת רגשות פעולתו אינה נעשית מתוך יכולת בחירה שקולה, שכן הנאשם אינו מסוגל לבצע הערכה מוסרית של מעשיו ושל התוצאה האפשרית שלהם. במצב כזה, הפגם החברתי הכרוך בכוונה לפגוע בערך החיים או באדישות לפגיעה זו יהיה, ככלל, מופחת, שכן הכוונה או האדישות לפגיעה לא תביע עמדה מוסרית מגובשת של העושה כנגד הערך החברתי, אלא תגובה ספונטנית אסורה למצב עניינים נתון (השוו: קרמניצר ולבנון, 577-578; קרמניצר וגנאים, בעמ' 402. כן ראו: A. (1976) 282, 306 (J. Ashworth, *The Doctrine of Provocation*, 35 *CAM. L. J.*) (להלן: Ashworth)).

58. המסקנה מהדיון היא, שעניינו של המבחן הסובייקטיבי הוא בהשפעת ה"התגרות התכופה" על יכולתו של הנאשם לבחון באופן שקול וקר רוח את מעשיו, ולקבל החלטה המשקפת בחירה מושכלת בין חלופות הפעולה הפתוחות לפניו ("לפעול באופן רציונלי"). כאשר ההתגרות גורמת לנאשם לפגיעה ניכרת ביכולת להפעיל שיקול דעת רציונלי, ומביאה אותו לכדי פעולה שאינה משקפת בחירה ערכית, אלא תגובה אמוציונלית נמהרת - אובדן הראש ולא אובדן השליטה על הגוף. ודוק, לא כל פגיעה ביכולת להפעיל שיקול דעת קר תספיק על מנת לעמוד במבחן הסובייקטיבי. המחוקק נקט במינוח "התקשה במידה ניכרת", ומשמעות הדברים היא שעל

ההתגרות לערער את שיקול דעתו של הנאשם באופן יסודי ומהותי - להביאו למצב קיצוני בו פעולותיו נשלטות על ידי יצריו, ולא על פי שכלו; על פי האיד (id), לא על ידי האגו (ego), וודאי שלא על ידי הסופר-אגו (super-ego).

טיבו של המבחן האובייקטיבי - מיתון אשמתו של הנאשם

59. אעבור עתה לניתוח המבחן האובייקטיבי, לבחינת השיקולים שיש להתחשב בהם במסגרתו והרף הראוי להפעלתו. תחילה אתייחס למהותו של המבחן האובייקטיבי שעוגן במסגרת הרפורמה בעבירות המתה, ולהבדלים בינו ובין הרכיב האובייקטיבי של דוקטרינת הקנטור עובר לרפורמה. לאחר מכן אדון בתכליות המבחן האובייקטיבי, המשמשות בסיס לזיהוי השיקולים הרלוונטיים למיתון אשמתו של הנאשם במסגרת מבחן זה. לאחר מכן אדון ביחס בין היסוד הנפשי שבו בוצע מעשה ההמתה ובין המבחן האובייקטיבי. לבסוף אדרש לרף הראוי לבחינת מיתון אשמת הנאשם, ולשאלה האם ראוי להחמיר רף זה בהשוואה לרף האובייקטיבי שנקבע במסגרת דוקטרינת הקנטור.

60. המבחן האובייקטיבי משקף שינוי מהותי שערכה הרפורמה בעיצוב עבירת ההמתה בעקבות התגרות בהשוואה לדוקטרינת הקנטור. מבחן זה עוגן בסעיף 301ב(1)(ב) לחוק והוא בוחן האם יש בקושי המשמעותי שחוזה הנאשם לשלוט בעצמו בעקבות "ההתגרות התכופה", בשם לב למכלול נסיבות העניין, "כדי למתן את אשמתו של הנאשם". המחוקק נמנע, בכוונת מכוון, מלצקת תוכן ספציפי למבחן זה, וביכר נוסחה כללית הבוחנת האם הופחתה, בנסיבות העניין, מידת אשמתו של הנאשם. כפי שהובהר בדו"ח צוות עבירות ההמתה, "לא ניתן להשיב על שאלה זו באופן מופשט, אלא רק תוך בחינה מפורטת ומדוקדקת של נסיבות המקרה" (שם, בעמ' 33. כן ראו: אוהד גורדון "נוסחת הקנטור" משפטים מד 159, 216-217 (2013) (להלן: גורדון)). עם זאת, הרפורמה בעבירות ההמתה נקטה עמדה ברורה באשר לתפקידו של המבחן האובייקטיבי.

61. כאמור לעיל, קודם לרפורמה בעבירות ההמתה, הרכיב האובייקטיבי של דוקטרינת הקנטור הומשג באמצעות מבחן "האדם הסביר". מבחן זה התבסס על מהלך כפול של הפשטה, המרחיקה את המבחן האובייקטיבי מהמקרה הקונקרטי שבפני בית המשפט. ראשית, דמותו של הנאשם נותקה מכלל המאפיינים האישיים שלה, בשל ההלכה לפיה אין לבצע "סובייקטיביזציה" של מבחן זה. שנית, תגובתו של הנאשם נבחנה תוך השוואה לרף נורמטיבי של התנהגות ראויה, שביטא את רמת הסיבולת החברתית לתגובות אלימות (עניין גנדי, בעמ' 392-393; עניין ביטון, בעמ' 693). המחוקק, במסגרת הרפורמה בעבירות ההמתה, בחר להמשיך לכלול מסגרת אובייקטיבית במסגרת עבירת ההמתה בעקבות התגרות, כך שהיא לא תחול על כל המקרים הצולחים את תנאי הסף, ומקיימים את המבחן הסובייקטיבי. עם זאת, "נקודת המבט" של המבחן האובייקטיבי השתנתה, ועתה היא אינה ממוקדת בבחינה אובייקטיבית של הטיפוס הכללי של המקרים מסוגו של הנאשם (השוו: ע"פ 8956/20 מרטינס נ' מדינת ישראל, פסקה 32 (28.6.2022) (להלן: עניין מרטינס); ע"פ 8363/19 גרנות נ' מדינת ישראל, פסקה 8

(8.6.2021); עניין עאמר, בפסקה 55 לחוות דעתו של השופט שטיין). חלף זאת, המבחן האובייקטיבי הנוכחי מתמקד בבחינה נורמטיבית של הנסיבות הפרטניות של הנאשם ומעשיו, מתוך כוונה לזהות את מאפייני המקרה הפרטני המשליכים על מידת אשמתו של הנאשם.

ויובהר, כאז גם עתה, המבחן האובייקטיבי הוא מבחן נורמטיבי, הבוחן את התנהגות הנאשם בקנה מידה שמציבה החברה, ולא על פי תפיסות העולם הסובייקטיביות של הפרט עצמו. ואולם בשונה מבעבר, סטנדרט חברתי זה אינו מעריך עוד את מידת ההבנה שהחברה יכולה לגלות כלפי התגובה בשים לב להתגרות (האם זו תגובה אלימה שהחברה יכולה להצדיק, ולו באופן חלקי, בהינתן ההתגרות התכופה), אלא את האופן בו החברה מתייחסת למידת האשם שיש לייחס לנאשם, בהינתן הקושי בשליטה עצמית שחווה בעקבות ההתגרות (האם מנקודת מבט חברתית רמת האשם המיוחסת לנאשם ממותנת בהינתן שמעשיו בוצעו בעקבות איבוד שליטה בעקבות התגרות תכופה).

62. המבחן האובייקטיבי שכוון במסגרת הרפורמה בעבירות ההמתה מתמקד, אם כך, בהערכת אשם העושה, בראי הקושי בשליטה העצמית שחווה בעקבות ההתגרות התכופה ומכלול נסיבות העניין. תפקידו לבחון האם יש בהתגרות התכופה, בשים לב למכלול הנסיבות, כדי למתן את אשמת הנאשם במידה כזו המאפשרת שלא להצמיד לו את התווית "רוצח".

עם זאת, השינוי שהביאה הרפורמה ביחס למבחן האובייקטיבי הוא רחב יותר, שכן הוא משתרע לא רק על ההן, אלא גם על הלאו. המבחן האובייקטיבי אינו עוסק כלל בשאלת צדקת המעשה, ואף לא הצדקה חלקית. מוטב לראותו כיוצא מנקודת ההנחה שמעשה התגרות כשלעצמו, פוגעני ככל שיהיה, אינו יכול להצדיק עשיית דין עצמית. לפיכך, אין הוא מתיימר לעסוק בקביעת סבירות התנהגותו של הנאשם ביחס למדיניות החברתית הרצויה (השוו לתיאור המבחן האובייקטיבי בעניין ביטון, בעמ' 692-693). ליבו של המבחן האובייקטיבי לאחר הרפורמה בבחינת טיבו של הקושי שנגרם לשליטה העצמית של הנאשם בעקבות ההתגרות, ובהשלכתו על מידת האשם שהחברה מייחסת לו. כך מסביר השופט ד"ר אוהד גורדון (שהיה אחד מחברי צוות עבירות ההמתה) את השינוי:

כשל נוסף ומקביל של [מבחן האדם הסביר] נוגע להטיית הלך החשיבה של העוסקים בו הרחק מרציונל הקנטור [...] השימוש במונח ה"סבירות" הוביל את המשפטנים העוסקים בקנטור לשאלת "הולמות" תגובתו של הנאשם והרחק מטיבה האמתית של אפשרות ההקלה: מידה של הבנה וחמלה כלפי כשל "אנושי". זאת ועוד, ההטיה האמורה הובילה גם להתמקדות במעשה ההמתה במקום בהליך הרגשי אותו מבקש רציונל הקנטור לבחון.
(גורדון, בעמ' 159)

63. שינוי זה בנקודת המבט של המבחן האובייקטיבי משליך גם על אופייה של ההקלה הכרוכה בהרשעה בעבירת המתה בעקבות התגרות, במקום בעבירת רצח. כידוע, בדין הפלילי נהוגה חלוקה בין שני סוגים של סייגים לאחריות פלילית - צידוק ו- פטור: צידוקים הם סייגים הממוקדים במעשה העבירה ונוגעים להתנהגויות אותן החברה נכונה לקבל. פטורים הם סייגים הממוקדים בעושה העבירה ובמאפיינים האישיים שלו ונוגעים למקרים בהם הטלת אחריות פלילית תהיה בלתי-הוגנת כלפי העושה (להרחבה ראו: בועז סנג'רו ביקורת דיני העונשין הישראליים 318-321 (2020); גבריאל הלוי תורת דיני העונשין כרך ג 52-53 (2009)). קודם לרפורמה בעבירות ההמתה, רווחה הגישה לפיה ביישמו את דוקטרינת הקנטור, בית המשפט קובע נורמה חברתית בעת שהוא מכריע במבחן האובייקטיבי. עמדה זו קירבה את דוקטרינת הקנטור לסיווג כצידוק חלקי, וזאת בראש ובראשונה במסגרת בחינת תגובת הנאשם לפי מבחן האדם הסביר, הבוחן, הלכה למעשה, מהן ההתנהגויות שהחברה מוכנה לקבל כלגיטימיות, ולו באופן חלקי (ראו: קמיר, בעמ' 156; גורדון, בעמ' 191-192. השוו: אלקנה לייסט המניע במשפט הפלילי 135-141 (2018) (להלן: לייסט)). הרפורמה בעבירות המתה ביקשה "לשנות את דימויו השגוי של קנטור כמעין צידוק חלקי למעשה המתה" (עניין עאמר, בפסקה 55 לחוות דעתו של השופט שטיין). כך עולה מדו"ח צוות עבירות ההמתה שהבהיר כי הרציונל של ההתחשבות בקנטור הוא "הפחתת אחריות על יסוד רמת אשמה נמוכה יותר, עקב התחשבות בחולשת הטבע האנושי, ולא על צידוק מוסרי להתנהגות הקטלנית" (שם, בעמ' 32. כן ראו את הדיון בעניין בפרוטוקול ישיבה 560, בעמ' 22-23). עמדה זו היא אחד הטעמים לנטישתו של מבחן האדם הסביר, והפניית המבט, גם במסגרת המבחן האובייקטיבי, לנסיבות הפרטניות של הנאשם ולהתגרות שחוזה (ראו: גורדון, בעמ' 212-215; קרמניצר וגנאים, בעמ' 407-408. השוו: רוני רוזנברג "בעקבות הרפורמה בעבירות ההמתה - הצעה לרציונל חדש לדוקטרינת הקנטור" מחקרי משפט לד 1, 45-46 (צפוי להתפרסם) (להלן: רוזנברג)).

64. מהן הנסיבות, אם כן, שבהן ניתן להתחשב במסגרת המבחן האובייקטיבי? נוכח גישתו של המחוקק, שביכר הכרעה פרטנית בכל מקרה על פני קביעת כללים קבועים וגורפים, ברי כי לא ניתן לספק תשובה מקיפה לשאלה זו, וכמו שאר היבטיה של הרפורמה בעבירות ההמתה, רצוי כי פיתוחו הפסיקתי של נושא זה ייעשה באופן מדוד, עקב בצד אגודל (ע"פ 3308/17 וחידי נ' מדינת ישראל, פסקה 4 לחוות דעתי (15.1.2020) (להלן: עניין וחידי); ע"פ 7722/19 זרסנאי נ' מדינת ישראל, פסקה 17 לפסק דינו של השופט יוסף אלרון (19.4.2021)). עם זאת - ניתן להצביע על מספר הבחנות ושיקולים הרלוונטיים לבחינה זו כבר עתה.

תכלית המבחן האובייקטיבי (1)- התחשבות באשם המופחת של הפועל בעקבות התגרות תכופה

65. תכלית מרכזית אחת של המבחן האובייקטיבי היא התחשבות בפגיעה באוטונומיה הנגרמת לנאשם בעקבות מעשה ההתגרות הפוגע ביכולת השליטה העצמית שלו. כתוצאה מפגיעה זו לא ניתן לומר כי הנאשם התנכר באורח מודע ומכוון לנורמה האוסרת על המתה, וכי התנכרות זו מביעה עמדה גורפת של שלילת ערך קדושת החיים. זאת כיוון שאדם הממית אחר בעקבות התגרות אינו מעיד על עצמו, במעשה זה, כי היה מוכן להרוג אחר אף ללא התגרות. יתרה

מזאת, בנסיבות אלו הציות לחוק הופך לקשה הרבה יותר, באופן אשר מפחית מאחריותו של אדם שלא הצליח לעמוד בדרישות החוק (ראו: פלר, בעמ' 687; קרמניצר וגנאים, בעמ' 396-397). במקרה של המתה בעקבות התגרות, התגבשות היסוד הנפשי היא חלקית:

כדי שהרצון יהיה אמיתי (זה הבא לידי ביטוי בכוונה תחילה) עליו לעבור תהליך של הבשלה קרה והתגבשות מרצון היולי לרצון ממשי. זהו תהליך המתקיים הן ברמה האינטלקטואלית, הן ברמה הרגשית והן ברמה החפצית. התנאים לקיומו של ההליך הם זמן, שקט נפשי ומצב נפשי כללי שהוא רגיל ורגוע. תנאים אלה אינם מתקיימים במצב של קנטור, ולכן הרצון להמית בקנטור אינו רצון אמיתי, והוא איננו כזה בשל הזעם על עוול שנגרם, שהוא טבעי וראוי. (שם, בעמ' 404. כן ראו והשוו: פלר, בעמ' 566; גורדון, בעמ' 180).

66. הן לשונו המפורשת של החוק מאז הרפורמה בעבירות המתה, והן תכליותיו של הסדר ההמתה בעקבות התגרות כולו, ממקדות את עניינו של המבחן האובייקטיבי באחד מעקרונותיו המרכזיים של המשפט הפלילי - עקרון האשמה. מידת אשמתו של הנאשם נבחנת "מנקודת מבט חברתית ומוסרית, שהיא חיצונית למקונטר" (דברי ההסבר לתיקון מס' 137, בעמ' 175). המושג "אשמה" משמש במספר הקשרים שונים ברפורמה בעבירות המתה, לצד המתה בעקבות התגרות: הוא מגדיר את "פתח המילוט", המאפשר הרשעה בעבירת הרצח הבסיסית גם בהתקיים אחת הנסיבות המצדיקות הרשעה ברצח בנסיבות מחמירות (סעיף 301א(ב) לחוק. ראו פסקה 34 לעיל, וכן עניין וחידי ועניין חיים, בפסקה 23), והוא משמש תנאי להרשעה בעבירת המתה בנסיבות של אחריות מופחתת בחלופה שעניינה חריגה במידה מעטה מהסייגים של הגנה עצמית, צורך או כורח (סעיף 301ב(ב)(3) לחוק). חרף תפקידו המרכזי של עקרון האשמה ברפורמה בעבירות המתה, המונח אינו מוגדר בתיקון מס' 137 או בסעיפיו האחרים של החוק (גור-אריה, בעמ' 449. לעניין המושג "אחריות מופחתת" השוו: אורי שהם ולי-אור שחרור "ענישה מופחתת או אחריות מופחתת בעבירת הרצח" 443, 448-450 ספר מנחם פינקלשטיין (שרון אפק ואח' עורכים 2020) (להלן: שהם ושחרור)). עם זאת, ניתן להיעזר לצורך פרשנות מונח זה במובן הכללי של עקרון האשמה (פרוטוקול ישיבה 703 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-20, עמ' 23 (13.11.2018) (להלן: פרוטוקול ישיבה 703); פרוטוקול ישיבה 747 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-20, 30 (26.12.2018) (להלן: פרוטוקול ישיבה 747)). עקרון האשמה משמיע כי אדם יורשע בעבירה רק כאשר הוא בחר, במודע, לבצעה, וכי גבול האחריות הפלילית ייקבע על סמך היסוד הנפשי של הנאשם: "אשמה נבחנת באופן מקובל כבחירה מודעת לעשות את אשר אסור, לאחר שניתנה לאדם אפשרות לבחור בין מותר לבין אסור. זהו למעשה ה'אופי הרע' של העושה המצדיק את הגינוי המוסרי החברתי על המעשה" (דנ"פ 404/13 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקאות 3-4 לחוות דעתו של השופט סלים ג'ובראן (15.4.2015)). כן ראו: ע"פ 9647/10 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 9 לפסק דינו של השופט נילהנדל (3.1.2013); ע"פ 5767/14 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 66 (16.6.2015).

ע"פ 6026/11 טמטאווי נ' מדינת ישראל, פסקאות 79-83 לחוות דעתה של השופטת דפנה ברק-ארז (24.8.2015) (להלן: עניין טמטאווי). עקרון האשמה החוקתי נידון בהרחבה בספרות. ראו, בין היתר: פלר, בעמ' 41-43; עדי פרוש "אחריות מוסרית, אחריות פלילית, וערך כבוד האדם" מחקרי משפט יג 87, 89 (1996) (להלן: פרוש); עדיאל זימרן "מגמות במשפט החוקתי פלילי בישראל לאור ניתוח מושגי של 'כבוד האדם'" משפטים מט 383, 424-432 (2019); אהרן ברק "הקונסטיטוציונליזציה של המשפט הפלילי המהותי והדיוני" ספר מרים נאור 125, 142-144 (אהרן ברק ואח' עורכים 2023).

67. עם זאת, ברי כי ישנו היבט ייחודי לבחינת מידת האשמה של הנאשם במסגרת המבחן האובייקטיבי. המבחן האובייקטיבי הוא רלוונטי בענייננו רק כאשר המבחן הסובייקטיבי מתקיים, כלומר, רק כאשר לנאשם היה קושי ניכר בשליטה העצמית בעקבות התגרות תכופה, ולפיכך יכולתו לבחור באופן מודע לבצע את מעשה ההמתה הייתה פחותה. האשמה הנבחנת במסגרת המבחן האובייקטיבי, לפיכך, היא אומנם אשמה במובן הרחב, ואולם היא מתייחסת באופן ממוקד לחומרתו, מנקודת מבט חברתית, של הפגם המוסרי בהתנהגות הנאשם בראי הפגיעה בשליטה העצמית בעקבות מעשה ההתגרות התכופה (ראו והשוו: פרוש, בעמ' 89; קרמניצר וגנאים, בעמ' 232. השוו לדין בעקרון האשמה וביחסו לעקרון המידתיות: אלעד רום טעות בחוק הפלילי 112-113 (2015)). פרופ' מרים גור-אריה הציעה בהקשר זה להיעזר במבחן הבא: "האם אפשר היה לצפות באופן הוגן מהנאשם להתגבר על הרגש שהתעורר בו עקב ההתגרות ולשלוט בעצמו" (גור-אריה, בעמ' 456, **Ashworth**, בעמ' 300). ודוק, לשיטתה של פרופ' גור-אריה יש להתייחס לשאלה זו "מנקודת מבט אישית ולא 'מנקודת מבט מוסרית חברתית'", כאמור בדברי ההסבר לתיקון מס' 137. ואולם, נוכח התפקיד שיעד המחוקק למבחן האובייקטיבי, לא ניתן לקבל באופן גורף את העמדה כי בחינתו תיעשה מנקודת מבטו האישית של הנאשם (דו"ח צוות עבירות ההמתה, בעמ' 33; פרוטוקול ישיבה 703, עמ' 30. כן השוו: קרמניצר ולבנון, בעמ' 551). יחד עם זאת, בכפוף לשינוי מהותי זה, דומה כי הגדרתה של פרופ' גור-אריה מספקת כלי עזר מועיל להחלת המבחן האובייקטיבי.

68. כך לדוגמה - נסיבות חיצוניות המקשות על נאשם לשלוט בכעסו, כאשר נסיבות אלו אינן בשליטתו, ואף לא נוצרו באשמתו, עשויות, במקרים מתאימים, לשמש כשיקול לטובת מיתון אשמתו של הנאשם, שהרי כאשר תנאים חיצוניים מקשים על נאשם להתמודד באופן מושכל עם התגרות שהופנתה כלפיו - פוחתות מידת הבחירה החופשית והאשמה, הכרוכה בנקיטת תגובה הקטלנית להתגרות(ראו: פרוטוקול ישיבה 627, בעמ' 13). ניתן לראות בקושי חיצוני להתמודד עם התגרות כמעין "אמצעי הגברה" המעלה את חומרתה של ההתגרות. בין ההצדקות להרשעה בעבירה פחותה במקרים של המתה בעקבות התגרות ניתן למנות את העובדה שמעשה ההמתה נעשה שלא מתוך אוטונומיה מלאה, ואת הקושי, הרווח במצבים כאלה, לציית לחוק (קרמניצר וגנאים, בעמ' 396-402). הצדקות אלה מתקיימות ביתר שאת מצב שבו להתגרות, המקשה, כשלעצמה, על ציות לחוק, מתווספים תנאים חיצוניים המקשים על מימוש האוטונומיה של הנאשם ועל ציות לחוק.

69. ניתן להמחיש צורת ניתוח זו באמצעות סוג התכונות של הנאשם שיהיה ראוי להתחשב בהן במסגרת המבחן האובייקטיבי. בדברי ההסבר לתיקון מס' 137 מוסבר כי בית המשפט רשאי, במסגרת המבחן האובייקטיבי, "להביא בחשבון את נתוני האישיים של הנאשם, ככל שהם משליכים על מידת האשמה שבמעשה" (שם, בעמ' 175). עם זאת, ברור שלא כל נתון אישי המאפיין את הנאשם יובא בחשבון במסגרת המבחן האובייקטיבי. יש להבחין בין נתונים אישיים שהחברה רואה בהם כממתנים את האשם, לכאלה שהחברה אינה נכונה לייחס להם משקל ממתן, או אף רואה בהם כמוסיפים משנה חומרה. כך, למשל, תפיסות עולם גזעניות או מיזוגניות. אדם שיטען כי על החברה לייחס לו אשם מופחת בשל כך שהשפעת ההתגרות התכופה עליו הוגברה בשל כך שנעשתה על ידי אדם הנתפס בעיניו כנחות בשל מוצאו, אינו צפוי לצלוח את המבחן האובייקטיבי. כך גם אדם שיטען כי האשם הגלום במעשה המתה על רקע "כבוד המשפחה" מותן בשל אמונתו הכנה שאכן נגרמה פגיעה ב"כבוד" זה (ראו: ע"פ 3768/08 סלאמה נ' מדינת ישראל, פסקה 15 לחוות דעתו של השופט אדמונדלוי ופסקה 2 לחוות דעתו של השופט עמית (7.11.2010); עניין מחאמיד, בפסקה 33; ע"פ 3647/15 אלעאס נ' מדינת ישראל, פסקה 20 (29.3.2017)).

על מנת להכריע אילו נתונים אישיים נכללים בהגדרה זו ניתן לשאול האם יהיה זה הוגן, מנקודת מבט חברתית-כללית, לדרוש מנאשם עם תכונה זו לשלוט בכעסו, בדומה לאחרים שאין להם את אותה התכונה (ראו והשוו את ההגדרה שהוצעה בפרוטוקול ישיבה 627, בעמ' 24). כך, לדוגמה, במקרה שבו אדם בעל עמדות גזעניות איבד את עשתונותיו בשל כעסו כלפי בן לקבוצת מיעוט, או כאשר גבר איבד את השליטה בגין מה שנתפס בעיניו כהתנהגות מתירנית של בת זוגו, דומה כי יהיה זה הוגן, מנקודת מבט חברתית, לצפות ממנו לשלוט בכעס, לפחות במידה בה היה מרסן את עצמו אדם שאינו בעל עמדות גזעניות או שוביניסטיות (JEREMY HORDER, PROVOCATION AND RESPONSIBILITY 144-145 (1992) (להלן: **HORDER**); גורדון, בעמ' 192). בדומה, אדם חמום-מוח במיוחד לא יוכל להצביע על תכונה זו על מנת לזכות באמפתיה חברתית, מעבר לאמפתיה לה יזכה אדם קר מזג באותן הנסיבות, וזאת נוכח אחריותו להימנע מהגעה למצבים בהם תכונותיו האישיות מסכנות את סביבתו (פרוטוקול ישיבה 560, בעמ' 29; פרוטוקול ישיבה 627, בעמ' 21; פרוטוקול ישיבה 747, בעמ' 25. להרחבה ראו: **HORDER**, בעמ' 99). לעומת זאת ככל שמדובר בנתון אישי שלאדם אין שליטה עליו, ואשר גם אין הצדקה לדרוש ממנו באופן הוגן להימנע ממצבים בהם תכונה זו תעמוד לו לרועץ, יש מקום להביאה בחשבון. כך, למשל, גילו הצעיר של הנאשם, חולשה שכלית המאפיינת אותו או חוויות בעלות השפעה טראומתית שעברו עליו, הם בגדר נתוני רקע שאין מניעה ליחס להם את המשקל הראוי, בבואנו לבחון את האפשרות לייחס לו רמת אשמה מופחתת באופן המצדיק המרה של סעיף האישום להמתה בעקבות התגרות (לדין בסוגיות אלו במסגרת דוקטרינת הקנטור השוו: ע"פ 3062/06, בפסקאות 19-20; עניין היילו, בפסקאות 101-102. כן השוו להצעות למבחני עזר נוספים לביצוע "סובייקטיביזציה" במסגרת דוקטרינת הקנטור האמריקנית, בפרט זו המעוגנת ב-Model Penal Code: Joshua Dressler, *Why Keep the Provocation-Defense: Some Reflections on a Difficult Subject*, 86 MINN. L. REV. 959, (2002) (994-997) (להלן: **Dressler**)).

תכלית המבחן האובייקטיבי (2)- הכרה בתחושת כעס לגיטימית מבחינה חברתית, מבלי להצדיק את המעשים שנעשו בעקבותיה

70. סוגיה נוספת שראוי להידרש אליה במסגרת המבחן האובייקטיבי נוגעת לאופייה של האמפתיה החברתית כלפי הנאשם. קודם לרפורמה בעבירות ההמתה עניין זה עורר קושי משמעותי. שהרי, אם המבחן האובייקטיבי בוחן את מעשיו של האדם הסביר, כפי שדמות זו עוצבה בידי בית המשפט, קביעה כי האדם הסביר היה עלול לפעול כפי שפעל הנאשם משמעה כי בית המשפט מצדיק (ולו באופן חלקי) את פעולותיו של הנאשם, ואת המתת קורבנו (דברים ברוח זו נאמרו במקרים בהם דחה בית המשפט טענות קנטור. ראו, לדוגמה: ע"פ 4574/00 רזילוב נ' מדינת ישראל, פסקה 8 (10.3.2002); ע"פ 9970/06 קאנשן נ' מדינת ישראל, פסקה 3 (9.3.2009); ע"פ 8800/07 בראשי נ' מדינת ישראל, פסקה 20 (26.5.2010)). זהו, אומנם, רושם מופרז - שהרי גם עובר לרפורמה לא הביאה דוקטרינת הקנטור לזיכוי הנאשם אלא להרשעתו בעבירת הריגה. אך המחוקק ביקש להימנע ממבחן שעשוי ליצור רושם זה (דו"ח צוות עבירות ההמתה, בעמ' 32. כן ראו: עניין שוא, בפסקה 28; גורדון, בעמ' 215).

71. יש להדגיש: האמפתיה החברתית שעליה מבוססת עבירת ההמתה בעקבות התגרות אינה נוגעת למעשה ההמתה עצמו. עניינה הוא בקושי בשליטה עצמית שקדם למעשה ההמתה. כך עולה גם מנוסח החוק. המבחן הסובייקטיבי בוחן האם ההתגרות הקשתה על הנאשם לשלוט בעצמו, והמבחן האובייקטיבי בוחן האם "יש בקושי האמור" כדי למתן את אשמת הנאשם. ודוק - מיתון האשמה נובע מהקושי של הנאשם לשלוט בעצמו, ולא במישרין מההתגרות או מאופיו ונסיבותיו של מעשה ההמתה עצמו. מהו איפוא אופייה של האמפתיה החברתית כלפי הנאשם, המביאה למיתון אשמתו? ניתן להבהיר עניין זה באמצעות הגישה המעריכה לרגשות (להרחבה ראו: Dan M. Kahan & Martha C. Nussbaum, *Two Conceptions of Emotion in Criminal Law* 96 COLUM. L. REV. 269 (1996) (להלן: **Kahan & Nussbaum**); לייסט, בעמ' 135-133; גורדון, בעמ' 185). לפי גישה זו, רגשות אינם רק דחפים לבצע או להימנע מלבצע פעולה מסוימת, ויש להם היבט קוגניטיבי נוסף: כל רגש מכווון כלפי אובייקט, אדם או מעשה מסוימים, ומבטא אמונה או עמדה נורמטיבית ספציפית כלפיהם. האמונה או העמדה הנורמטיבית הזו הם חלק אינטגרלי מהרגש עצמו. כך, לדוגמה, פחד מפני אדם מסוים הוא רגש שלילי כלפיו, הנלווה לאמונה כי אותו אדם מהווה סכנה. הרגשת כעס, לפי גישה זו, מתבטאת בעמדה נורמטיבית הרואה במושא הכעס מעוול, שראוי לגנות אותו ושיש להגיב למעשיו (**Kahan & Nussbaum**, בעמ' 282-283).

72. לפי הגישה המעריכה, באמצעות התחשבות בהתגרות מביעה החברה אמפתיה כלפי העמדה הנורמטיבית שמאחורי תחושת הכעס שחווה הנאשם, אך מבלי להצדיק את אובדן השליטה שנגרם עקב תחושת הכעס. במילים אחרות, במצב שבו מתקבלת טענת המתה בעקבות התגרות נכון המשפט להכיר בכך שתחושת הכעס של הנאשם נבעה מהערכה נורמטיבית נכונה, לפיה נגרם לנאשם עוול שיש למחות כנגדו (**Kahan & Nussbaum**, בעמ' 282-283).

313-316; **Dressler**, בעמ' 972; לייסט, בעמ' 135). דומה כי הרפורמה בעבירות ההמתה נוקטת בגישה דומה לגישה המעריכה. דו"ח צוות עבירות ההמתה הסביר כי המבחן האובייקטיבי בוחן את השאלה "האם בנסיבות המיוחדות של המקרה, איבוד העשתונות של הממית כשלעצמו (אך לא, בשום פנים, המעשה הקטלני שלו), נוכח ההתגרות שהביאה לכך, ראוי להבנה של החברה, כביטוי לחולשת הטבע האנושי" (שם, בעמ' 33). גם בדיוני הוועדה שבה ועלתה התייחסות להתחשבות בקנטור, ככזו המתייחסת למצב שבו "הכעס והזעם [שחש הנאשם] הם לחלוטין מוצדקים [...]. משום שהם תגובה לעוול, והם תגובה עדיפה לעוול מאשר מישהו שנעשה לו עוול חמור וזה לא נוגע לו" (פרוטוקול ישיבה 627, בעמ' 11. כן ראו: שם, בעמ' 20-21; פרוטוקול ישיבה 703, בעמ' 34-35).

73. הבחנה זו מסייעת גם להבנת ההיבט ההשוואתי שנותר במבחן האובייקטיבי. כאמור לעיל, דוקטרינת הקנטור חייבה את בית המשפט לבחון את היחס בין מעשי המנוח ובין מעשי הנאשם, תוך התייחסות למידתה של ההתגרות ולאופן ביצוע מעשה ההמתה. במסגרת הרפורמה הובהר כי ההיבט ההשוואתי של המבחן האובייקטיבי נוגע לעניין אחר: השוואה בין ההתגרות ובין הקושי שנגרם לשליטה העצמית של הנאשם. כך נאמר בדברי ההסבר לתיקון מס' 137: "צריך להתקיים יחס הולם בין טיב ההתגרות ומידתה לבין הפגיעה הניכרת בשליטה העצמית שגרמה ההתגרות" (שם, בעמ' 132 ובדו"ח צוות עבירות ההמתה, בעמ' 33. כן ראו: **Ashworth**, בעמ' 305. השוו לע"פ 3546/19 עודה נ' מדינת ישראל, פסקה 24 (15.1.2023) (להלן: עניין עודה)). בהקשר זה ניתן לבחון היבטים שונים של ההתגרות - למשל, אופייה העברייני של ההתגרות ומידת החומרה של אי-חוקיותה; השאלה האם מטרתה הדומיננטית של ההתגרות הייתה קנטורו של הנאשם, או שמא הייתה לה מטרה דומיננטית אחרת; קיומו של יסוד של השפלה או פגיעה בכבוד האדם הכרוכה בהתגרות; קיומו של רכיב של אלימות, או של סיכון פיסי, בהתגרות (ראו, להרחבה: קרמניצר ולבנון, בעמ' 573-574; רוזנברג, בעמ' 42). כן ניתן להתחשב באופייה של מערכת היחסים הקודמת בין הצדדים, ובהשפעה של מערכת יחסים זו על טיב ההתגרות (ראו: דו"ח צוות עבירות ההמתה, בעמ' 33). לבסוף, יש מקום לבחון גם את עוצמת אובדן השליטה, היכול לנוע על המשרעת שבין התנהלות נמהרת ופזיזה, תוך יצירת סיכון בלתי מתקבל על הדעת לנטילת חיי הזולת, לבין התנהלות חסרת כל עכבות, המתבטאת בביצוע מעשה המתה אכזרי ונתעב, שהינו בגדר אובדן צלם אנוש (והשוו עניין היילה, פסקה 12 לחוות דעתי).

מנגד, על מנת להקנות משמעות לשינויים שביקשה הרפורמה לייצר, יש להימנע מחזרה לבחינה השוואתית בדרך בה נעשתה בחינה זו בעבר (ראו: עניין גרנות, בפסקה 8). אין מקום, לפיכך, לבחון האם האדם הסביר היה פועל כפי שפעל הנאשם (השוו: עניין סימן-טוב, בעמ' 263; ע"פ 280/85 חיימוביץ' נ' מדינת ישראל, פ"ד מ(4) 763, 769 (1986); עניין ביטון, בעמ' 686-687), האם חברה מתוקנת יכולה להשלים עם הפיכת תגובת הנאשם להתגרות לנורמה כללית (השוו: עניין וייצמן, בעמ' 589; ע"פ 6819/01 גרשוני נ' מדינת ישראל, פסקאות ג(8)-(9) (15.6.2005); ע"פ 10091/09 שפירוב נ' מדינת ישראל, פסקה 31 (25.6.2012)), או האם קיים יחס סביר בין אופן ביצוע ההמתה לבין מידת ההתגרות (השוו: עניין גדקר, בעמ' 37).

326; ע"פ 418/77 ברדריאן נ' מדינת ישראל, פ"ד לב(3) 3, 11-12 (1978); ע"פ 4246/91 ג'בארה נ' מדינת ישראל, פסקה 4 (24.12.1992); גורדון, בעמ' 196-197).

74. סוגיה נוספת המתעוררת בהקשר זה נוגעת לטיב התנהגותו של הנאשם עובר להתגרות ובפרט לשאלה באילו מקרים התנהגות פסולה מצדו של הנאשם תמנע הכרה בהתגרות כמתנת את אשמת הנאשם. מקרים כאלה מקבילים למקרים של כניסה למצב בהתנהגות פסולה, השוללים את תחולתם של סייגים שונים לאחריות פלילית (לפי סעיף 34 ו-34א לחוק). ביחס לעבירה של המתה בעקבות קנטור דומה כי בשני מקרים מרכזיים קיימת הצדקה לתת משקל משמעותי להתנהגות הנאשם עובר להתגרות: ראשית, באירועים שהחלו בנקיטת אלימות מצד הנאשם, ושנית, במקרים של התגרות מצד הנאשם הנענית בהתגרות מצד המנוח. פרופ' קרמניצר ופרופ' גנאים מציעים, בספרם, ליישם את הדוקטרינה בדבר כניסה למצב בהתנהגות פסולה על עבירת המתה בעקבות התגרות בהתקיים שני תנאים: ראשית, התנהגות הנאשם עצמו יכולה להיחשב התגרות (כלומר, בהתאם לכללים בדבר הגדרת המונח "התגרות" - על התנהגות הנאשם להיות בלתי-חוקית או פסולה). שנית, מתקיימת זיקה עניינית בין התנהגות הנאשם וההתגרות, הכוללת רציפות בזמן ובמקום (קרמניצר וגנאים, 439-441, המשווים תנאים אלה למבחן של צפיות בכוח של התפתחות האירוע. כן ראו: פלר, בעמ' 561 והשוו לסקירה בעניין עאמר, בפסקה 13 לחוות דעתו של השופט עמית, בה הוצגו מקרים שונים של אירועי אלימות הדדית שהובילו להרשעה בהריגה, ולא ברצח, וזאת הגם שניתן לומר שהיה קיים קשר מסוים בין התנהגות הנאשם להתגרות). כפי שהמחשתי במקום אחר, לשיקולים אלה עשויה להיות רלוונטיות במסגרת המבחן האובייקטיבי (ראו: עניין היילה, בפסקה 13 לחוות דעתי).

75. העולה מן הדברים שלעיל הוא, אם כן, כי במסגרת המבחן האובייקטיבי יש לשאול האם ניתן להבין, מנקודת מבט חברתית-כללית, החיצונית לנאשם, הן את עצם זעמו של הנאשם והן את מידת כעסו, שהביאה אותו לסבול מקושי ניכר בשליטה עצמית. זאת יש לעשות תוך בחינת ההתגרות עצמה, ונתונים רלוונטיים אחרים - ולא על ידי השוואה בין חומרת ההתגרות ובין אופן ביצוע ההמתה.

גישה זו למבחן האובייקטיבי מעוררת את השאלה כיצד ראוי להתייחס ליסוד הנפשי שבו בוצע מעשה ההמתה - בכוונה או באדישות. לשאלה זו אדרש עתה.

המבחן האובייקטיבי והיסוד הנפשי - המתה בכוונה והמתה באדישות

76. העובדה שהמתה בעקבות התגרות יכולה להתקיים הן במצבי המתה בכוונה והן במצבי המתה באדישות מעוררת את השאלה האם יש לייחס, במסגרת פרשנות התנאים, משמעות ליסוד הנפשי שאפיין את פעולת הממית. עמדת המדינה שוללת אבחנה שכזו, וגורסת כי היא מנוגדת לתפיסה שעמדה ביסוד הרפורמה, המשווה את דינו של הרוצח באדישות לזה של

הרוצח בכוונה. בבסיס עמדת המדינה עומדת התפיסה כי "המחוקק בחר להשוות לצורך כל עניין ודבר" את עניינם של המתכוון והאדיש (פרוטוקול הדיון בערעור ביום 1.1.2024, עמ' 7, ש' 34-35. כן ראו שם, בעמ' 9, ש' 1-9 (להלן: פרוטוקול הדיון בערעור)). כפי שצינתי לעיל, בכל הנוגע למבחן האובייקטיבי - גישה זו אינה מקובלת עליי. הרפורמה בעבירות ההמתה אכן מבטאת "מגמת החמרה ערכית-נורמטיבית" של המחוקק עם הממיתים באדישות, וזאת בראש ובראשונה על ידי הכללתם בעבירת הרצח (עניין חוג'יראת, בפסקה 11. כן ראו: עניין גריפאת, בפסקה 16 (20.11.2022)). עם זאת, "מכריכת האדישות עם הכוונה אין ללמוד על כך שישנה זהות מוחלטת בין שני היסודות" (ע"פ 6063/21 מדינת ישראל נ' יאסין, פסקה 42 (26.3.2024)). הפגם המוסרי הכרוך בהמתה בכוונה הוא חמור מזה הכרוך בהמתה באדישות. במקרה הראשון הנאשם מעמיד בראש סדר העדיפויות שלו מטרה אנטי-חברתית מובהקת ביותר, נטילת חייו של אחר. זאת בעוד שבמקרה השני הנאשם מתעלם מערך החיים עליו מגנה עבירות ההמתה, תוך העמדת מטרה שאינה אנטי-חברתית או מטרה שמידת השליליות שלה פחותה בראש סדר העדיפויות. ההבדל בין הפגם המוסרי הכרוך בביצוע מעשה בכוונה ובין ביצועו באדישות רלוונטי, כמובן, במישור הענישה, אך הוא רלוונטי גם במישור האחריות הפלילית במקרים בהם המחוקק הבחין בין התנהגויות שונות על בסיס מידת האשמה (קרי, הפגם המוסרי) הכרוכה בהם. כפי שהובהר, המתה בעקבות התגרות היא אחד מאותם מקרים.

77. אכן, התפיסה שהובילה לכינון הרפורמה בעבירות ההמתה היא כי "עמדה נפשית של כוונה היא אמנם חמורה יותר, אך האדישות קרובה אליה מאוד" (דו"ח צוות עבירות ההמתה, בעמ' 21). ואולם, קרבה זו אין משמעה זהות בפרשנות והחלת הדין. עמד על כך באחרונה השופט יוסף אלרון, בצינו את הדברים הנכוחים הבאים:

המחוקק, בשילוב יסוד הכוונה עם יסוד האדישות, הן בעבירת הרצח הבסיסית הן בעבירת הרצח בנסיבות מחמירות, הבהיר כי המתה באדישות אינה אלא רצח, בדומה להמתה בכוונה. בכך התווה את הדרך להחמרה משמעותית בענישה במקרים של המתה באדישות, אשר מהווים כעת רצח באדישות; ופער את הפתח לאפשרות של גזירת עונש של מאסר עולם בגין רצח באדישות, אפשרות שטרם יושמה בפסיקה. אולם, אדישות אינה שקולה לחלוטין לכוונה, וההבדל בין רוצח החפץ להמית את הקורבן לרוצח אשר גילה שוויון נפש כלפי אפשרות גרימת המוות לא נמחק לחלוטין. (עניין היילה, בפסקה 18)

78. לעיל (פסקאות 41-44) עמדתי על כך שלמרות שהרפורמה כרכה יחדיו את המצבים של המתה בכוונה והמתה באדישות, לצורך בחינת התנאי הרביעי, דהיינו המבחן האובייקטיבי, בשונה מיתר התנאים המגבשים את ההמתה בעקבות התגרות, נותרה חשיבות רבה להבחנה

ביניהם. כך, שכן על מנת לברר האם יש בקשיי השליטה שגרמה ההתגרות התכופה, כמו גם מכלול נסיבות העניין, כדי "למתן את אשמתו של הנאשם" במידה המצדיקה המרת סעיף האישום מרצח להמתה בנסיבות של אחריות מופחתת, יש חשיבות רבה ליסוד הנפשי בו בוצע המעשה - האם היה מעשה המתה מכוון, או האם מדובר בהמתה באדישות.

79. טלו לדוגמה שני מצבים שהם לכאורה קרובים, והמתרחשים שניהם בתכיפות ובעקבות מעשה התגרות מצד הקורבן: האחד, הוא זה שבו הנאשם נועץ סכין בליבו של המקנטר וגורם למותו; השני, הוא זה בו הנאשם זורק סכין לכיוונו של המקנטר, תוך גילוי אדישות לאפשרות שיגרום למותו, ופוגע בו בליבו, באופן הגורם למותו. על פי הדין לאחר הרפורמה, בשני המצבים המעשה יסווג כרצח, אלא אם יתקיימו התנאים להקלה ולהרשעה בעבירת הריגה בעקבות התגרות. ככל שמדובר בשלושת התנאים הראשונים (קיומה של "התגרות תכופה" שהביאה לפגיעה ניכרת ביכולת השליטה העצמית), אינני סבור כי יש לייחס לשוני ביסוד הנפשי (כוונה בראשון; אדישות בשני) משמעות (וראו פסקאות 42-43 לעיל). ואולם, על מנת לקבוע כי מתקיים המבחן האובייקטיבי, דהיינו שמתקיימות נסיבות הממתנות את האשם במידה שדי בה כדי שהמעשה לא יסווג כ"רצח", סבורני שיש ליסוד הנפשי בו פעל הנאשם בכל אחד מהמצבים חשיבות רבה. אשמו של מי שדוקר אדם בליבו, בכוונה לגרום למותו, הוא רב משמעותית מזה של זה הזורק סכין לכיוונו. ממילא, מצבור הנסיבות הנדרש על מנת למתן את אשמו של הראשון לרמה הדרושה על מנת להצדיק הרשעה בהמתה בעקבות התגרות, עולה באופן משמעותי על זה שנדרש על מנת למתן את אשמתו של האחרון. לשון אחרת, קושי בשליטה העצמית בעקבות התגרות תכופה, אשר בהתחשב במכלול הנסיבות עשוי למתן את אשמתו של מי שזרק סכין לכיוון לחברו במידה כזו שנמנע מלסווג אותו כ"רוצח", עשוי שלא להספיק על מנת שנעשה כן ביחס למי שדקר את הקורבן בכוונת מכוון בליבו (והשוו לעניין היילה - אילו המערער באותו מקרה היה מגיב על זריקת הסכין לכיוונו, בכך שהיה נוטל את הסכין, וזורק אותו לכיוון הקורבן, מתוך אדישות לגורלו, יתכן שניתן היה לקבוע שאשמו אינו מצדיק סיווגו כ"רוצח"; ואולם משעה שתפס את קורבנו, הצמידו לקיר, ודקר אותו מספר פעמים במטרה לגרום למותו - שאני. כן ראו והשוו: עניין מרטינס, בפסקה 34; ע"פ 7416/22 דויט נ' מדינת ישראל, פסקה 19 (1.6.2023)).

הרף להפעלת המבחן האובייקטיבי - היקף השימוש הראוי בעבירת ההמתה בעקבות התגרות

80. סוגיה נוספת שראוי להתייחס אליה היא היקף השימוש הראוי בחלופה של המתה בעקבות התגרות, וזאת בהינתן שיקול הדעת המסור לבית המשפט במסגרת גזירת הדין (וזאת להבדיל מהשאלה, אליה התייחסתי לעיל, בדבר העניינים שראוי לשקול במסגרתו. ראו והשוו: קרמניצר וגנאים, בעמ' 389-390). כפי שהוסבר לעיל, הרפורמה בעבירות ההמתה הרחיבה באורח משמעותי את קשת המקרים עליהם חלה עבירת הרצח, ויצרה הבחנה בין עבירה זו ובין עבירת רצח בנסיבות מחמירות (דברי ההסבר לתיקון מס' 137, בעמ' 166-167). כפי שכבר צויין,

בעוד שבעבר נדרשה התביעה להוכיח כי מעשה ההמתה בוצע מתוך כוונה תחילה על מנת להרשיע אדם ברצח (מלבד בנסיבות שבהן התקיימה נסיבה מחמירה אחרת), עתה ניתן להסתפק בהוכחת אדישות או כוונה, בין אם מדובר בכוונה תחילה ובין אם לאו, לצורך הרשעה ברצח (להצגת הרציונליים למדרג זה של עבירות ההמתה ראו: דו"ח צוות עבירות ההמתה, בעמ' 21).

לצד הרחבת עבירת הרצח, ערכה הרפורמה בעבירות ההמתה שינוי מהותי גם באופן ההתחשבות בכך שההמתה נעשה בעקבות התגרות, כמפורט לעיל. בעבר, קיומו של קנטור היה מוביל להרשעה בעבירת הריגה, ומונע את הטלת עונש החובה של מאסר עולם שנקבע בצידה של עבירת הרצח. עתה, במרבית המקרים בהם מועלית טענה להמתה בעקבות התגרות (אלו שבהם לא מתקיימת אחת מהנסיבות המחמירות המנויות בסעיף 301א(א) לחוק), החלופה לכך אינה הרשעה בעבירה הנושאת עונש חובה של מאסר עולם בצידה אלא הרשעה בעבירת הרצח "הבסיסית" הקבועה בסעיף 300(א) לחוק, שהרשעה בגינה גוררת מאסר עולם כעונש מרבי בלבד (להרחבה ראו: קרמניצר וגנאים, בעמ' 379-389). לפיכך תפקידה העיקרי של עבירת ההמתה בעקבות התגרות אינו מניעת הטלת עונש חובה במקרים בהם הטלת עונש זה אינה הוגנת נוכח נסיבות המקרה. הפונקציה המרכזית של עבירה זו היא שינוי ההרשעה, על מנת למנוע מצב של חוסר-הלימה בין מידת האשמה המגולמת במעשה ההמתה ובין מידת התיג החברתי השלילי הנלווית להרשעה בעבירת רצח (דברי ההסבר לתיקון מס' 137, בעמ' 174; גורדון, בעמ' 221. עם זאת, יודגש כי שיקול זה לא נפקד גם מדוקטרינת הקנטור עובר לרפורמה בעבירות המתה. ראו: עניין רבינוביץ, בעמ' 260; עניין היילו, בפסקה 104 לחוות דעתו של השופט מלצר). בעקבות כך, העלתה המדינה טיעון, לפיו ראוי לצמצם את היקף השימוש בעבירה של המתה בעקבות התגרות, אולי אף מעבר לפרשנות המצמצמת שנהגה ביחס לדוקטרינת הקנטור, כך שתחול על "מקרים נדירים בלבד". זאת שכן ניתן להימנע מהטלת עונש מאסר עולם במסגרת שלב גזר הדין, מבלי להמיר את ההרשעה בעבירת רצח לעבירה אחרת (סעיפים 33-34 לנימוקי ערעור המדינה).

81. עמדה זו אינה מקובלת עלי. לא רק שאינני סבור שיש להקשיח את הרף הנדרש לעמידה בתנאי המבחן האובייקטיבי, בהשוואה לרף שנדרש במסגרת מבחן "האדם הסביר" בדין שקדם לרפורמה, אלא שלגישתי יש מקום להפחית במידה משמעותית מרף זה, למצער כשמדובר במצבים של המתה באדישות. כך, על מנת לאפשר לבית המשפט להתאים את האשמה לנסיבות הממתנות את אשמתו, ובכך "לבטא תחושת צדק אנושית, בלי לפגוע במסר לציבור בדבר האיסור המוחלט להמית" (דברי ההסבר לתיקון מס' 137, בעמ' 175).

טעם ראשון לכך הוא הנחת המוצא שעמדה בבסיס הרפורמה בעבירות ההמתה. לפי הנחה זו הדין שקדם לרפורמה לא הבחין באופן מספק בין דרגות שונות של אשמה בעבירות ההמתה, וישנו צורך לחדד הבחנות אלו באמצעות כינון של עבירות חדשות (פרוטוקול ישיבה 596, בעמ' 44-45. כן ראו: דו"ח צוות עבירות ההמתה, בעמ' 5; פרוטוקול ישיבה 472 של ועדת

החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-20, 20 (31.10.2017); ד"כ 1.1.2019, 113). הנחת מוצא זו מצדיקה התחשבות, גם בשלב הכרעת הדין, במידת אשמתו של הנאשם וזאת על מנת להתאים בין מידת האשמה הפרטנית ובין רמת התיג החברתי השלילית הנלווית להרשעה בעבירת רצח. לכך יש להוסיף את הביקורת שנמתחה באופן פרטני כנגד דוקטרינת הקנטור שקדמה לרפורמה בעבירות ההמתה, ולפיה הסדר זה יושם בידי בתי המשפט באורח דווקני כל כך עד שהוא הפך להיות "אות מתה" (ראו: יורם שחר "הרבה הגנות מתות והגנה הורגת אחת" משפט צדק? ההליך הפלילי בישראל - כשלים ואתגרים 487, 502 (אלון הראל עורך 2017)). דומה כי לכך התייחס גם פרופ' קרמניצר במהלך הדיונים בכנסת על הרפורמה בעבירות ההמתה:

בהסתכלות השוואתית [קנטור היא] אחת הנסיבות שהכי נפוצות בשדה של הפחתה באחריות בתחום דיני הרצח [...] ולכן זה יהיה מוזר מאוד אם המחוקק הישראלי המודרני של המאה ה-21 יחליט שאצלנו הקנטור הוא קטגוריה יוק או קטגוריה שהמשקל שלה נחות או פחות מהקטגוריות האחרות. במובן מסוים, אני לא רוצה להגיד ש[הסדר הקנטור] יותר מיוחס מאחרים, אבל הוא לא נופל מ[הסדרים מפחיתי אחריות] בשום מובן. (פרוטוקול ישיבה 627, בעמ' 14. ראו: פרוטוקול ישיבה 596, בעמ' 26).

82. שיקול זה נתמך, במידה מסוימת, גם בטעם לשוני. הרפורמה בעבירות המתה, כאמור, התייחסה להפחתה במידת האשמה שבמעשה בשתי עבירות שונות: הן בהגדרת חלק מהחלופות להרשעה בעבירת ההמתה בנסיבות של אחריות מופחתת והן כתנאי להחלת "פתח המילוט" בעבירת רצח בנסיבות מחמירות. עם זאת, בשתי העבירות נקט המחוקק בניסוח שונה לתיאור ההפחתה באשמה. סעיף 301א(ב) לחוק, המעגן את "פתח המילוט" בעבירת רצח בנסיבות מחמירות, קובע:

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

בעניין חיים קבע בית המשפט רף גבוה להכללת מקרי רצח בנסיבות מחמירות ב"פתח המילוט", וזאת, בין היתר, נוכח השימוש במונחים מצמצמים שונים בהגדרתו, המעידים כי הוא כוון

למקרים נדירים בלבד (שם, בפסקאות 26-27). בעבירת ההמתה בנסיבות של אחריות מופחתת, לעומת זאת, המחוקק לא כלל את המונחים המצמצמים הללו, והסתפק בהגדרה כי יש בנסיבות העניין "כדי למתן את אשמתו" של הנאשם. נוכח הסמיכות בין שתי ההגדרות האלה, העובדה כי המחוקק בחר להגדיר את אותו העיקרון בדרך שונה מעידה גם על הבדל במשמעות שיש לייחס להפחתה באשמה בשני ההקשרים האלו.

83. חשוב מכך, יש להתחשב בעת קביעת הרף הנחוץ לצורך עמידה בתנאי המבחן האובייקטיבי גם בהרחבה המשמעותית של עבירת הרצח במסגרת הרפורמה בעבירות ההמתה. הטעם לכך הוא שעצם השימוש בהגדרה "רצח" לעבירה מבטא הטלת סטיגמה חמורה על הנאשם (השוו: עניין עאמר, בפסקה 57 לחוות דעתו של השופט שטיין; עניין שוא, בפסקה 28). מאחורי הרפורמה בעבירות ההמתה עומדת ההנחה כי ראוי להטיל סטיגמה זו על מי שנוטלים חיים בכוונה או באדישות, גם אם לא נלווית לכך אחת הנסיבות המחמירות, המחריפות את מידת הפגיעה של המעשה בערכים חברתיים (דו"ח צוות עבירות ההמתה, בעמ' 5). בכל זאת נותרת השאלה האם ראוי להטיל סטיגמה זו על מי שנטלו חיים בנסיבות בהן מותנה אשמתם באופן משמעותי, אך לא במידה המקסימלית. אני סבור כי עם הרחבת קשת המקרים בהם מטביע החוק את אות הקין של רוצח על נאשמים, יש להתאים גם את החריגים לעבירה זו, ובהם את עבירת ההמתה בעקבות התגרות, למציאות חדשה זו. במילים אחרות, הרחבת עבירת הרצח מרחיבה גם את "השטח האפור", שבו קיים פער בין מידת האשמה האינדיבידואלית של העושה ובין הגדרת מעשיו לפי חוק העונשין. בעניין טמטאווי נדונה פרשנותו של סעיף 300(א)(4) לחוק, שהגדיר מקרים של המתה במטרה להימלט מעונש לאחר ביצוע עבירה אחרת כמעשי רצח. בפסק דינה של השופטת ברק-ארז נקבע כי יש לפרש סעיף זה בצמצום, וזאת בין היתר בשל הסטיגמה החמורה הכרוכה בהרשעה בעבירת רצח, ובצורך להתאים בין גבולות עבירת הרצח, ובין התפיסה החברתית המקובלת באשר למושג "רצח":

הדברים מקבלים משנה תוקף כאשר עסקינן בעבירת הרצח, אשר ההרשעה בה מובילה לגינוי חברתי חריף ביותר ולהטלת כתם מוסרי בלתי ניתן למירוק על העבריין-הרוצח. הטלת כתם זה מוצדקת כמובן כאשר העבריין אכן רצח את קורבנו, בהתאם להבנתו המקובלת של מושג זה בשיטה המשפטית שלנו. אולם, הרחבת יתר של האפשרות להרשיע בגין רצח - כל עוד התפיסה הנוהגת בשיטתנו היא שרצח הוא בעיקרו של דבר כזה הנעשה ב"כוונה תחילה" - עלולה להביא לפגיעה בכבוד האדם של המורשעים, שמעשיהם חמורים ביותר אך אינם עולים כדי העבירה הקשה ביותר בספר החוקים.
(שם, בפסקה 81).

אכן, וכפי שמציינת השופטת ברק-ארז, לא ניתן להחיל מסקנות אלו כפשוטן לאחר הרפורמה

בעבירות המתה (שם). מנגד - לא ניתן להתעלם כליל מהסכנה שייווצר פער ניכר בין התפיסה החברתית באשר למידת חומרתו של מעשה המתה מסוים ובין הסטיגמה המתלווה לתיג מעשה זה בתור "רצח" (באשר לחשיבות של התאמה בין מידת הסטיגמה החברתית הכרוכה במעשה ובין מידת הסטיגמה המשפטית המגולמת בעבירה בה מורשע הנאשם ראו: עניין ביטון, בעמ' 684-683; שהם ושחרור, בעמ' 473-475; חאלד גנאים "הרפורמה בעבירות ההמתה: מעבר מרצח שבצידו עונש מופחת להמתה בנסיבות של אחריות מופחתת - אך אין די בכך" מחקרי משפט לג 245, 275-277 (2021) (להלן: גנאים); קרמניצר וגנאים, בעמ' 228-229).

יתרה מזאת, הקלה מסוימת ברף הדרוש לצורך הרשעה בעבירת המתה בעקבות התגרות מונעת מצב שבו יורשעו ברצח גם נאשמים שמידת אשמתם נמוכה באופן יחסי, באופן שיביא "לדילול" התיג הנורמטיבי הנלווה לעבירת הרצח הבסיסית (השוו: גנאים, בעמ' 278 ועניין מליסה, בפסקה 2(ג) לחוות דעתו של השופט קדמי, הסבור כי יש לקבוע רף כניסה גבוה לדוקטרינת הקנטור, וזאת נוכח העובדה שקיים פער ניכר בין היסוד הנפשי של עבירת הרצח ובין היסוד הנפשי המינימלי הנחוץ להרשעה בהריגה - קלות דעת. הרפורמה בעבירות המתה, כאמור, ביטלה פער זה). ממילא, יש לחזור ולהטעים כי גם במקרים של המתה בעקבות התגרות יורשע הנאשם בעבירה, שלפי העונש המירבי הקבוע בצידה - עשרים שנות מאסר - היא מהחמורות שבספר החוקים (ש"ז פלר "הליך תמוה ומתסכל" המשפט ד 181, 187 (התשנ"ט); קרמניצר ולבנון, בעמ' 568).

מן הכלל אל הפרט

מבחני ההתגרות והעיתוי

84. קודם שאדרש בפירוט ליישום המבחן הסובייקטיבי והמבחן האובייקטיבי על עניינו של המערער, אתייחס בקצרה למבחני ההתגרות והעיתוי. כאמור, מבחן ההתגרות בודק האם קדמה התגרות למעשי הנאשם, בעוד שמבחן העיתוי בוחן את משך הזמן שחלף בין ההתגרות ובין תגובת הנאשם, ואת הקשר הסיבתי ביניהם. בטיעוניה המדינה לא התמקדה במבחנים אלה, וציינה "גם אם מעשיו של המנוח עשויים לעלות כדי 'התגרות', לא התקיימו בנסיבות העניין התנאים הנורמטיבי והסובייקטיבי" (סעיף 36 לנימוקי ערעור המדינה; כן ראו בפרוטוקול הדיון בערעור, עמ' 6, ש' 14). מכל מקום, ולו למען הסדר הטוב, אבהיר מדוע בחינת תנאים אלו מעלה כי הם מתקיימים בעניינו של המערער.

85. מעשיו של המנוח - ריסוס גז פלפל לכיוון פניו של המערער וחטיפת הסם ממנו - מהווים התגרות. שני המאפיינים העיקריים המצדיקים את ראיית התנהגות המנוח כהתגרות הם - ראשית, העובדה כי מעשיו מהווים, על פני הדברים, עבירות פליליות, ושנית, כי מעשיו עירבו שימוש באלימות פיזית.

עבירות פליליות כהתגרות: הגישה המחמירה ביחס למבחן ההתגרות רואה רק במעשים בלתי-חוקיים כבסיס אפשרי להתגרות. תפיסה זו הייתה נפוצה בעבר גם בשיטות משפט אחרות, אך היא נעשתה נדירה יותר עם השנים, וככלל, "במשפט הפלילי המודרני חלה התרחבות של מושג ההתגרות, ואין עוד דרישה למעשה שהוא לא חוקי" (קרמניצר וגנאים, בעמ' 411-413; פלר, בעמ' 560). הצעות לצמצום ברוח זו של הגדרת ההתגרות נדונו במהלך הדיונים בכנסת על הרפורמה בעבירות ההמתה, אך לא התקבלו בסופו של יום. ראו: פרוטוקול ישיבה 747, בעמ' 25-27). בענייננו, מכל מקום, אין מחלוקת כי "לאחר שמסר [המערער] את הסם למנוח, במקום לשלם לו את התמורה, ריסס המנוח לעברו גז פלפל והחל מיד להימלט בריצה" (עמ' 1 להשלמה לסיכומי המדינה בבית המשפט המחוזי מיום 28.6.2022). נראה אם כן כי מעשיו של המנוח היוו לכל הפחות תקיפה לפי סעיפים 378-379 לחוק העונשין, וגניבה לפי סעיפים 383-384 לחוק (ראו: סעיף 65 לנימוקי ערעור המדינה. כן השוו לע"פ 7655/12 פייסל נ' מדינת ישראל, פסקה 2 (4.4.2013) ולע"פ 1027/23 ששון נ' מדינת ישראל, פסקה 1 (20.6.2023), שם הורשעו הנאשמים לפי הודאתם בעבירה חמורה עוד יותר - שוד מזוין לפי סעיף 402(א) לחוק).

הפעלת אלימות כלפי המערער: מעשי המנוח - ריסוס גז פלפל לכיוונו של המערער, כשהם עומדים בסמוך זה לזה - מהווים מעשה אלימות פיסי, אף אם מעשה זה אינו כולל אלימות ברף הגבוה (השוו להגדרה המרחיבה לתקיפה בסעיף 378 לחוק, לפיו "[ה]מפעיל על גופו [של אחר] כוח [...] הרי זו תקיפה; ולענין זה, הפעלת כוח - לרבות הפעלת [...] גאז [...] אם הפעילו אותם במידה שיש בה כדי לגרום נזק או אי נוחות"). למעשה, גם המדינה הכירה בכך, כאשר ציינה כי "במהלך השוד אף הופעלה כלפי [המערער] אלימות" (סעיף 65 לנימוקי ערעור המדינה).

86. בנסיבות אלה, עצם קיומה של עבירה פלילית כלפי המערער, המצטרפת לביצועו של מעשה אלימות, מהווה "התנהגות בלתי צודקת" ו-"מעשה בלתי מקובל, שאין אדם עושה כלפי רעהו" - ולפיכך, עולה לכדי התגרות לפי סעיף 301(ב)(1) לחוק (פלר, בעמ' 560).

87. מבחן העיתוי בענייננו אף הוא אינו מעורר כל קושי (והצדדים לא הרחיבו ביחס אליו בטיעוניהם). שרשרת האירועים התרחשה כולה בפרק זמן קצר ביותר - לפי הסרטון ריסס המנוח את גז הפלפל לעבר המערער בשעה 12:30:26 ובשעה 12:31:32 כבר חזר המערער לרכבו, לאחר המרדף במנוח והירי בו. בין ריסוס גז הפלפל ובין הירי הראשון של המערער, לאוויר, חלפו לא יותר משלוש שניות. למעשה, בחקירתו הראשונה הסביר המערער כי בתחילה, ועוד לפני שירה את הירייה הראשונה הוא ניסה לתפוס את המערער "עם הידיים [...] אני לא באמת רואה אני מנסה לתפוס אותו והוא כבר ברח" (תמלול חקירתו הראשונה של המערער בבוקר יום 14.8.2020 ב-ת/ב' 1 למוצגי המדינה, עמ' 43, ש' 4-8) (להלן: תמלול החקירה הראשונה)). ברי כי פרק הזמן עד שהחל המערער לרדוף אחרי המנוח אינו מהווה "פסק זמן" שאיפשר למערער להחזיר לעצמו את שליטתו העצמית, כי הזיקה בין ההתגרות ובין מעשה המתה לא ניתקה, וכי מעשי המערער נעשו בתגובה ישירה להתגרות כלפיו.

88. משנמצא כי מבחני ההתגרות והעיתוי מתקיימים יש צורך לבחון האם התגרות זו עומדת במבחן הסובייקטיבי, המעוגן בסעיף 301ב(1)(א) לחוק, ולפיו, בשל ההתגרות, "הנאשם התקשה במידה ניכרת לשלוט בעצמו".

89. שופטי הרוב מצאו בהכרעת הדין שתנאי זה התקיים, כי מעשי המנוח הביאו "לאיבוד עשתונות אצל הנאשם שפגע, ביכולתו לשלוט בעצמו. תוצאותיו, פרץ הירי השני", כדברי השופט ליפשיץ-פריבס (שם, בפסקה 23 לחוות דעתה) וכי "ובאותן שניות גורליות, בשעת לילה מאוחרת בסביבה זרה וחשוכה, הכעס גבר על המחשבה הקרה" (שם, בפסקה 25 לחוות דעתו של השופט רומנוב. כן ראו שם בפסקה 20 לחוות דעתו). ויודגש כבר עתה - ההנמקה של שופטי הרוב בעניין זה, כמו גם ביחס למבחן האובייקטיבי, הייתה מצומצמת. עם זאת, כפי שאפרט להלן, מסקנתם של שופטי הרוב בנקודה זו - אובדן העשתונות של המערער - היא מסקנה עובדתית, ויש מקום לבחון את הערעור ביחס אליה בהתאם לאמת המידה המקובלת ביחס לקביעות עובדתיות (בהקשר זה יצוין כי אין ממש בטענת המדינה לפיה השופט רומנוב הגיע למסקנות הפוכות ביחס ליחסו הרגשי של המערער לאירוע, וזאת בשל העובדה שהוא לא קבע, ברחל ביתך הקטנה, כי למערער נגרם קושי ניכר בשליטה העצמית).

90. המבחן הסובייקטיבי, כמפורט לעיל, אינו מבוסס על אמת מידה נורמטיבית או על איזון בין שיקולי מדיניות שונים. המבחן הסובייקטיבי הוא "מבחן **עובדתי** המתייחס למצבו הנפשי של **הנאשם המסוים** והוא מעוגן בנסיבות **האירוע הספציפי**" (ע"פ 1769/14 סועאד נ' מדינת ישראל, פסקה 45 (27.1.2016) (ההדגשות אינן במקור). כן ראו: עניין דין, בפסקה 16 לחוות דעתו של השופט דנציגר ובחוות דעתה של השופטת ברק-ארז; ע"פ 9238/11 עמאש נ' מדינת ישראל, פסקאות 19-20 (9.6.2015); ע"פ 2589/15 וינקורסקי נ' מדינת ישראל, פסקה 23 (29.10.2018) (להלן: עניין וינקורסקי)). אמנם, המבחן הסובייקטיבי דורש גם הערכה משפטית של משמעות המונח "קושי במידה ניכרת", אך ברי כי התשתית להכרעה ביחס ליישום למבחן זה מצויה בשאלות עובדתיות. משכך, יש להתחשב בכלל לפיו ערכאת הערעור לא תתערב, ככלל, בממצאי עובדה שקבעה הערכאה הדיונית (ראו פסקה 20 לעיל. ליישום הכלל בהקשרים הנוגעים לדוקטרינת הקנטור ראו: ע"פ 437/13 אלחיאני נ' מדינת ישראל, פסקה 40 (24.8.2015); ע"פ 2083/22 יין נ' מדינת ישראל, פסקאות 23-24 (5.2.2023)).

91. יתרה מזאת, את המסקנה באשר לקושי הניכר שנגרם לשליטה העצמית של המערער במהלך האירוע ניתן לבסס על מספר אדנים: על הסרטון המתעד את שלביה הראשונים של התקרית, על דבריו של המערער בחקירותיו במשטרה, ועל התרשמותו הכללית של בית המשפט קמא מהלך רוחו של המערער. אמנם, הסרטון וחקירותיו של המערער במשטרה הונחו הן בפני בית המשפט המחוזי והן בפני בית משפט זה, ובנסיבות אלו נחלשת ההצדקה לכלל בדבר אי-התערבות בממצאים העובדתיים של בית המשפט המחוזי ביחס לראיות אלה (ראו

והשוו: ע"פ 1139/23 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקאות 33-35 (13.3.2024); מוחמד עלי "התערבות ערכאת הערעור בהיסקים עובדתיים: מכלל של אי-התערבות וחריגים לצידו לפרדיגמה של התערבות יחסית" ספר סלים ג'ובראן 1291, 1300 (אהרן ברק ואח' עורכים (2023)). עם זאת, גם במצבים אלה עומד לערכאה הדיונית יתרון על פני ערכאת הערעור, המתבטא בהיכרותה המידית עם מכלול הראיות עצמו; בהתרשמותה הישירה והבלתי-אמצעית מהעדים בהליך (ובכלל זאת, התרשמותה מעדות המערער עצמו); וביכולתה של הערכאה הדיונית לשלב רכיבים מגוונים אלה לכדי תמונה עובדתית כוללת של מהלך הדברים (השוו: ע"פ 9352/99 יומטוביאן נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(4) 632, 644-645 (2000); ע"פ 8146/09 אבשלום נ' מדינת ישראל, פסקאות 14-19 (8.9.2011)). כאשר הממצא העובדתי העומד על הפרק הוא מצבו המנטלי של הנאשם במהלך האירוע ("אילו רגשות עוררו בו מעשי המנוח? האם איבד את שליטתו העצמית או האם פעל בקור רוח?") להתרשמותו של בית המשפט המחוזי מעדות המערער ישנו משקל נכבד, אף כאשר בית המשפט המחוזי בוחר להסתמך רק על חלקים ממנה, כפי שיפורט להלן (והשוו לע"פ 8332/05 איסקוב נ' מדינת ישראל, פסקה 25 (26.7.2007) (להלן: עניין איסקוב)).

92. המדינה מעלה שתי טענות עיקריות ביחס למבחן הסובייקטיבי. ראשית, היא טוענת כי מעשיו של הנאשם לאחר ריסוס גז הפלפל מעידים כי הוא לא איבד את שליטתו העצמית. שנית, היא טוענת כי לא ניתן להתעלם מהגרסאות הסותרות השונות שהציג בנוגע להלך רוחו במהלך הירי (סעיפים 41-42 ו-44 לנימוקי ערעור המדינה). משנדחתה עמדת המדינה לגבי התוכן המשפטי של המבחן הסובייקטיבי, יש לבחון טענות אלה בהינתן המבחן הנכון (ראו פסקאות 51-58 לעיל), ובשים לב לאמת המידה המוגבלת להתערבות בממצאים עובדתיים של הערכאה הדיונית.

93. מעשיו של המערער מעידים כי הוא איבד את שליטתו העצמית: לא מצאתי לנכון לקבל את הטענה הראשונה של המדינה. בהקשר זה יש להדגיש את שנאמר לעיל: המבחן הסובייקטיבי אינו דורש שהנאשם יפעל "כאחוז אמוק", והוא אינו דורש הגעה למצב של מעין העדר שליטה, כמשמעותו, בסעיף 34 לחוק (ראו במיוחד פסקה 53 לעיל). המבחן בוחר את מידת הפגיעה ביכולת השליטה העצמית של הנאשם - האם הנאשם הגיע למצב "שבו נפגמת היכולת הקוגניטיבית וההנעתית (המוטיבציונלית), ובכך נפגעת היכולת להתמודד עם המצב" שבו מוצא עצמו הנאשם (קרמניצר וגנאים, בעמ' 429-430. כן ראו: שם, בעמ' 404).

94. בענייננו, דומה כי ההסבר הסביר ביותר למעשי המערער הוא כי ריסוס גז הפלפל, חטיפת הסם והבריחה עימו הביאו את המערער למצב הטיפוסי המאפיין את ההיבט הסובייקטיבי של דוקטרינת הקנטור: "התפרצות רגשית מפתיעה ופתאומית על רקע התגרות, אשר מוצאת ביטוי בתגובה אלימה אינסטינקטיבית כמעט, ובהתאם - מידית ובלתי שקולה, לאותה התגרות" (קרמניצר ולבנון, בעמ' 578). מיד עם ריסוס גז הפלפל הבין המערער כי המנוח נמלט ונטל את הסם עמו. המערער הגיב בשליפת האקדח, ביקש לתפוס את המנוח כדי למנוע ממנו להימלט, וירה

לאוויר. לאחר שהמנוח לא הפסיק את מנוסתו פתח המערער במרדף אחריו. נחישותו של המערער לתפוס את המנוח, ואדישותו לחיי המנוח, התבטאה בירי נוסף במהלך המרדף. ירי זה לא כוון לאוויר אלא לכיוונו הכללי של המנוח. ניכר כי מעשי המערער, החל במרדף בשטח העשוי להיות עוין, המשך בשליפת האקדח והירי באוויר, וכלה בירי הקטלני לכיוון המערער, הם בגדר תגובה מיידית ונמהרת, אולי אפילו חצי-אינסטינקטיבית בהינתן הכשרתו כלוחם וכמאבטח, שאינה משקפת שיקול דעת של ממש. ודוק: אין הכוונה כי מעשיו של הנאשם היו מעשים סבירים בנסיבות, או כי יש להשוות, במסגרת המבחן הסובייקטיבי, את מעשי הנאשם לרף אובייקטיבי כלשהו. כל הנדרש, בשלב זה, הוא להצביע על אובדן שליטתו העצמית של המערער - ובעניינו, השתלשלות העניינים והראיות הרלוונטיות תומכות במסקנה זאת.

טענת המדינה, כי המבחן הסובייקטיבי אינו מתקיים כיוון שמעשיו של המערער היוו "עשיית דין עצמית" מחושבת, שאינה ביטוי לאובדן עשתונות, היא טענה מוקשית (סעיף 44 לנימוקי ערעור המדינה). אכן, יתכן מאד כי כשהמערער רדף אחרי המנוח וניסה לעצור את ניסיון בריחתו עם הסם הוא פעל מתוך רצון להשיב לעצמו את הסם שנגנב ממנו, ואולי אף לנקום במערער על מעשיו. אך אין בעצם העובדה שכעסו של המערער עירב עמדה "נקמנית" כדי לשלול את האפשרות כי מעשיו של המערער נכנסים לגדרי המתה בעקבות התגרות, שהרי "גם בתגובה עקב התגרות יש משום נקמה, אך נקמה שהיא כמעט אינסטינקטיבית" (פלר, בעמ' 562). חשוב מכך, אין כל ניגוד מובנה בין "עשיית דין עצמי" לבין "קושי ניכר בשליטה עצמית" - נהפוך הוא. לעיתים קרובות, אובדן השליטה העצמית, דהיינו חוסר היכולת לפעול בשיקול דעת, מוצא את ביטויו בכך שאדם שחוהה התגרות מחליט ליטול את החוק לידיים, ופועל באופן עצמאי להשגת מטרותיו. בכך אין רבותא. השאלה איננה אם הנאשם פעל בדרך אשר סבר בסערת הרגע כי היא מקדמת את מטרותיו; השאלה היא האם פעולתו זו הייתה מעשה מושכל מבחינתו, המאפיין את בחירותיו גם אלמלא ההתגרות התכופה, או מעשה חריג מבחינתו, שהינו תוצאה של הפגיעה המשמעותית שנגרמה ליכולת השליטה העצמית שלו כתוצאה מההתגרות. בית המשפט המחוזי, שהתרשם מהנאשם, סבר שהתשובה לכך היא שהמערער איבד את יכולת השליטה העצמית שלו, כאשר רדף אחר המנוח וירה לכיוונו. לא ראיתי כל הצדקה להתערב במסקנה זו.

95. כחיזוק לדברים, ראוי להצביע על כך שבכמה מהמקרים הבודדים בהם התקבלה טענת קנטור במסגרת הדוקטרינה שקדמה לרפורמה בעבירות המתה, התנהלות הנאשמים הייתה דומה, ואף "מחושבת" יותר מהתנהלותו של המערער כאן (ראו: עניין איסקוב, בפסקה 3; עניין היילו, בפסקות 10-11 ו-106 לחוות דעתו של השופט מלצר; עניין עאמר, בפסקאות 4 ו-37-40 לחוות דעתו של השופט שטיין. עוד השוו להשתלשלות העניינים במקרים בהם התקבלה טענת הקנטור הסובייקטיבי, מבלי שנקבע כי התקיים קנטור אובייקטיבי: עניין דיין, בפסקאות 2-3 לחוות דעתו של השופט דנציגר ובפסקה 1 לחוות דעתו של השופט עמית; ע"פ 3239/14 חמאיסה נ' מדינת ישראל, פסקה 4 (8.11.2016). כן ראו תיאור השתלשלות העניינים בעניין ביטון, בעמ' 661). ודוק: ההליכים שתוארו לעיל התנהלו לפי הדין שקדם לרפורמה בעבירות

ההמתה (וראו עניין עאמר, בפסקאות 52-53 לחוות דעתו של השופט שטיין). עם זאת, כמפורט לעיל, הרפורמה לא שינתה באורח משמעותי את הגדרתו של המבחן הסובייקטיבי (ראו פסקה 56 לעיל).

מההשוואה עולה, אם כן, כי עובר לרפורמה לא הייתה מניעה להכיר בקנטור מקום בו מעשי הנאשם מעידים כי הוא לא פעל כאחוז אמוק, או כמי שמתקרב למצב של אי-שפיות זמנית. הטעם לכך הוא שדוקטרינת הקנטור, כמו גם העבירה של המתה בעקבות התגרות, אינן מיועדות לסנן מקרים של החלטה "גבולית" או חלקית להמית, או מקרים שבהם מעשה ההמתה נעשה באורח בלתי-מאורגן ונטול תכלית. ייתכנו מקרים של קנטור גם כאשר מעשי הנאשם מעידים על מודעות לפעולות שהוא מבצע, על תוכנית קוהרנטית (המתגבשת באופן ספונטני) להשגת מטרתו, ועל כך שהוא מסוגל לזהות מכשולים במימוש התוכנית ולהתגבר עליהם.

96. הגרסאות שהציג המערער אינן שוללות את תחולת המבחן הסובייקטיבי: לא מצאתי מקום לקבל גם את טענה השנייה של המדינה, ביחס לסתירות שנפלו בגרסת המערער. אכן, כטענת המדינה, הנאשם לא היה עקבי ביחס לפרטים רבים שמסר במסגרת "הגרסה המתפתחת" שלו בחקירותיו במשטרה (הכרעת הדין, בפסקה 9 לחוות דעתה של השופטת ליפשיץ-פריבס). המערער הציג הסברים שונים באשר לסיבות שהובילו אותו לבצע את הירי, באשר למועד בו ראה את המנוח מסתובב לכיוונו, ובאשר לחפץ - אקדח או סכין - שחשש כי המנוח נושא עליו. לכן, ככל שהייתה מאומצת במלואה הגרסה שהציג המערער לאירוע בחקירותיו, וביתר שאת ככל שהייתה מאומצת הגרסה שהציג בעדותו לבית המשפט, היה נוצר קושי ממשי לקבוע כי הוא ביצע את מעשה ההמתה בעקבות התגרות. עם זאת, מרגע שנמצא כי לא ניתן לתת אמון בגרסת המערער לפיה פעל בקור רוח מתוך הגנה עצמית, לא ניתן לתת משקל ממשי לגרסאותיו שביקשו לבסס טענה זו (להתייחסות לסתירות בגרסאות המערער ראו בהכרעת הדין, בפסקאות 8-10 לחוות דעתה של השופטת ליפשיץ-פריבס). אפרט.

97. בחקירותיו, ובפני בית המשפט, התייחס המערער מספר פעמים לטענה כי הוא פעל מתוך זעם, ודחה אפשרות זו מכל וכל, תוך ניסיון להציג עצמו כמי שפעל בקור רוח להדוף סכנה. כך, במהלך חקירתו הנגדית בבית המשפט, כאשר נשאל על כך שלאחר ריסוס גז הפלפל קילל את המנוח וקרא לו "בן זונה", ענה המערער:

ת. אני מצטער אבל "הבן זונה" היה כקללה על זה ששורף לי בפנים ולא על [זה ש]הוא בן זונה,
ש. אבל על זה אני מדברת. אתה חם, אתה, אין יותר חם מזה. אתה חם עליו בצורה...

מת. גברתי אני לא חם עליו ואני לא עצבני עליו ולא כועס עליו ואני מאד, מאד רגוע בשלבים האלה. באמת. הבן זונה הזה זה היה כאמירה

כללית [...]

(פרוטוקול עדות המערער מיום 17.2.2022, עמ' 318, ש' 2-5. ההדגשה הוספה. כן ראו: פרוטוקול עדות המערער מיום 9.3.2022, עמ' 373-372, ש' 31-34 ו-ש' 1-7. גם בחקירותיו הציג המערער, לעיתים, גרסה דומה, אף אם סדורה פחות. ראו, לדוגמה: תמלול חקירת המערער מיום 19.8.2022 ב-ת/4ב' למוצגי המדינה, עמ' 18, ש' 20-33 (להלן: תמלול חקירת המערער מיום 19.8.2022)).

98. עם זאת, הגרסה שהציג המערער בחקירתו הראשונה שונה במידה רבה. כבר בשלב זה התייחס המערער לחשש כי הנאשם עשוי לתקוף אותו, אך דומה כי הפחד לא עמד במרכז הגרסה שהציג בחקירה זו - אלא רצונו של המערער להיפרע מהמנוח ולהשיב לידיו את הסם. ברי כי ניתן ליישב בנקל עמדה נפשית עם המצב המאפיין פעולה בעקבות התגרות (ראו את סיכום גרסה זו בהכרעת הדין, בפסקה 34 לחוות דעתו של סגן הנשיא כרמל ובפסקה 8 לחוות דעתה של השופטת ליפשיץ-פריבס). חקירתו הראשונה של המערער החלה ביום 14.8.2020 בשעה 9:15 - כתשע שעות בלבד לאחר האירוע. כפי שנפסק לא אחת, "מן המפורסמות הוא שזכרונו של אדם נחלש עם חלוף הזמן; ומה שמועד מתן העדות קרוב יותר למועד המאורע אשר עליו נסבה העדות, הדעת נותנת שתהא העדות מהימנה יותר" (ע"פ 421/71 מימרן נ' מדינת ישראל, פ"ד כו(1) 281, 287 (1972); ע"פ 8449/17 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 28 (16.6.2019); ע"פ 3992/22 ותד נ' מדינת ישראל, פסקה 34 (7.5.2023)). כן ראו יעקב קדמי על הראיות חלק שני 1857 (2009) וע"פ 1426/12 מוזפר נ' מדינת ישראל, פסקה 2(א) לחוות דעתו של השופט נעם סולברג (16.1.2014)). כך תיאר המערער את הסיבה שירה לעבר המנוח במהלך חקירתו הראשונה:

ש. מה ציפית שיקרה אחרי הירי באוויר? [...]

ת. שייפול על הרצפה ואני אצליח לתפוס אותו. עם הפחד אצליח לתפוס אותו.

ש. ואז מה? לקחת ממנו חזרה אתה שקית?

ת. כן

ש. ולעשות עוד משהו?

ת. לא. כל מה ש(מילה לא ברורה) ללכת משמה.

ש. וכשראית שהוא לא עצר ונפל מהירי באוויר אז מה, מה הלאה?

ת. ירי לכיוון ה(מילה לא ברורה) שלו.

ש. בשביל שמה יקרה?

[...]

ת. שייפול על הרגליים.

ש. ואז?

ת. לקחת את השקית [עם הסם] ולהזמין אמבולנס. כל מה שרציתי לעשות זה לנטרל את הבן אדם. לא לנטרל, רציתי לתפוס אותו, אתה יודע רציתי שיחזור אל"י השקית, לא באמת רציתי להרוג אותו... (תמלול החקירה הראשונה, בעמ' 57, ש' 13-31. כן ראו את דבריו של המערער בחקירתו מיום 19.8.2022, בעמ' 9, ש' 13-21 וכן בעמ' 31, ש' 3-16, 21-24 ואת ההודעה מחקירת המערער מיום 19.8.2022 בת/4 למוצגי המדינה, עמ' 3).

99. לבסוף יצוין כי הגרסה לפיה המערער פעל בעקבות התגרות מצד המונח הועלתה על ידי המערער במהלך ההליך קמא והערעור בפנינו (ביחס להליך בבית המשפט המחוזי ראו: פרוטוקול הדיון מיום 28.6.2202, בעמ' 976-977 וכן סעיפים 200, 207-208 ו-213 לסיכומי המערער בהליך קמא מיום 13.9.2022. ביחס להליך הערעור ראו: סעיף 17 לעיקרי טיעון המערער בתגובה לערעור המדינה מיום 24.12.2023). לא למותר לציין כי עובר לרפורמה נקבע בפסיקה שעל בית המשפט לבחון את תחולת דוקטרינת הקנטור, גם אם זו אינה משתלבת בקו ההגנה שבחר המערער (ראו בעניין עאמר, בפסקאות 18-20 לחוות דעתו של השופט שטיין ובפסקה 3 לחוות דעתו של השופט עמית. כן ראו: ע"פ 524/86 חזקיה נ' מדינת ישראל, פ"ד מא(3) 653, 656 (1987); עניין חליאלה, בפסקה 12). אם כך עובר לרפורמה, לא כל שכן כיום.

100. עולה מהאמור כי אין מקום להתערב במסקנת שופטי הרוב, ויש לקבוע כי מעשיו של המערער נעשו מתוך קושי ניכר בשליטה העצמית, בהתאם לדרישת המבחן הסובייקטיבי.

המבחן האובייקטיבי

101. משנמצא כי המערער מקיים את המבחנים האחרים להמתה בעקבות התגרות נותר לבחון האם יש בקושי הניכר בשליטה העצמית שנגרם למערער, בשים לב למכלול הנסיבות, כדי למתן את אשמתו במידה המצדיקה שלא לתייגו כ"רוצח", אלא להרשיעו בעבירה של המתה בעקבות התגרות בלבד. בחינה אובייקטיבית זו נעשית, כאמור, בהתאם למכלול נסיבות המקרה. בהקשר זה אבקש להדגיש מספר היבטים: (1) העדר כוונה לגרום למות המנוח; (2) התחבולה של המנוח ומעשה הגניבה; (3) פגיעת גז הפלפל בחושיו של המערער; (4) הכשרתו הצבאית של המערער; (5) האפשרות כי המערער חש פחד לפני או במהלך האירוע; (6) העובדה שהאירוע התרחש כחלק מעסקה בלתי-חוקית לרכישת סם; (7) השימוש באקדח במסגרת תגובת המערער, והחשש מפני יצירת נורמה חברתית שלילית המאשררת תגובה בנשק חם בנסיבות דומות (השוו לתיאור הנסיבות הרלוונטיות לאירוע בהכרעת הדין, בפסקה 23 לחוות דעתה של השופטת ליפשיץ-פריבס).

הערה: כאמור לעיל, במסגרת המבחן האובייקטיבי ניתן להתחשב גם במאפיינים של הנאשם - למשל, קטינות, פגם קוגניטיבי או מערכת יחסים קודמת בין הנאשם למנוח. ואולם, למעט עניין אחד אליו אתייחס בהמשך (הכשרתו הצבאית של המערער), הצדדים לא הצביעו על תכונות ספציפיות נוספות של המערער שיש בהן כדי להשליך על בחינה זו. משכך ניתוח המבחן האובייקטיבי יתמקד בעיקר בהיבטים שונים של האירוע, ולא במאפייניו של המערער.

102. העדר כוונה לגרום למות המנוח: אני סבור כי שיקול זה - דהיינו שהמערער גרם למות המנוח מתוך אדישות, ולא מתוך כוונה, הוא השיקול המהותי ביותר שיש להתחשב בו במסגרת המבחן האובייקטיבי. בענייננו קל להיווכח כי המערער לא רצה להביא למות המנוח. את מידת אשמתו של המערער יש לשקול לנוכח נתון זה. כך גם את אופי האירועים המביאים למיתון אשמה זו. כפי שהובהר, קיומה של אדישות משפיע על השאלה העומדת לפתחנו במסגרת המבחן האובייקטיבי. המערער לא התכוון להרוג את המנוח, אלא פעל מתוך זעם על התחבולה של המנוח, רדף אחריו וירה לעברו "מתוך כעס ועלבון ואולי בכדי להשיב לעצמו את הסם שנשדד ממנו" (הכרעת הדין, בפסקה 20 לחוות דעתו של השופט רומנוב). כתוצאה מההתגרות של המנוח סבל המערער מקושי ניכר בשליטה העצמית. בשל קושי זה, נפגעה יכולתו לשקול את מעשיו ולהתחשב בחובה החוקית והמוסרית, להימנע מפגיעה במנוח שנמלט מפניו. המערער העמיד את החזרת הסם, ומתן "מענה הולם" להתגרות המנוח כלפיו, בראש סדר העדיפויות שלו, תוך שהוא מתנכר לערך החיים. עם זאת, מעשיו של המערער לא נועדו לפגוע בערך זה. המערער התכחש לחשיבות העליונה של ערך החיים, אך הדבר לא היה מניע עיקרי למעשיו (כפי שהיה קורה אילו היה פועל בכוונה להמית). ההתנכרות לערך החיים, לעומת הרצון לשלול אותם, היא מקור אשמתו של המערער - קרי, הפגם המוסרי שבמעשיו. נוכח מסקנות אלה יש לבחון את שאר נסיבות האירוע.

103. השפעת גז הפלפל: נסיבה נוספת המשליכה על מידת אשמתו של המערער היא הפגיעה שגרמה התזת גז הפלפל לחושיו של המערער. שופטי הרוב, כפי שפורט לעיל, דחו את מסקנתו של סגן הנשיא כרמל כי גז הפלפל גרם לפגיעה ניכרת ומקיפה ביכולתו של המערער לתפקד, באופן ששולל את הטענה כי המערער פעל מתוך אדישות בעת שירה במערער. אך גם בהתבסס על קביעה עובדתית זו, ישנו מקום לשקול את השפעת גז הפלפל על המערער, במידת מה, במסגרת המבחן האובייקטיבי. דומה כי הרגע שבו התערעה שליטתו העצמית של המערער היה מיד לאחר ריסוס גז הפלפל, וברי כי גם אם השפעתו הייתה נמוכה יחסית (אולי בשל כך שדובר במיכל גז ישן, אם מניחים רלוונטיות לעדות אבו-חדיר), השפעה זו התבטאה בעיקר בשניות הראשונות שלאחר הריסוס. גם מהסרטון עולה כי המערער התעשת במהירות לאחר ריסוס גז הפלפל, אך כי בתחילה הייתה לריסוס השפעה עליו. כפי שתיארה השופטת ליפשיץ-פריבס, בתגובה לריסוס גז הפלפל המערער "נירתע, משל נהדף, לאחור לכיוון בו נמצא הרכב" (הכרעת הדין, בפסקה 2 לחוות דעתה. מהסרטון המסומן "CAM2" ב-ת/16א' למוצגי המדינה אף עולה כי המערער זז צעד או מספר צעדים לאחור לאחר הריסוס).

להשפעה זו של גז הפלפל, אף אם היא הייתה חלקית, ואף אם היא הסתיימה במהירות, ישנה השלכה מסוימת על ניתוח מעשיו במסגרת המבחן האובייקטיבי. פגיעה בחושיו של המערער מקשה על יכולתו להעריך את התנאים בהם הוא פועל ולהתמודד עם הערעור הנפשי שגרמה לו ההתגרות באמצעים שאינם אסורים לפי דין. למעשה, פגיעה כזו היא דומה לפגיעה הסובייקטיבית שנגרמת כתוצאה מההתגרות עצמה: "פגיעה בכושר החשיבה וביכולת ההישגית וכן אובדן גמישות בפתרון בעיות, קרי פחות ביכולת הפיזית והנפשית לפעול" (קרמניצר וגנאים, בעמ' 429). במילים אחרות - לפנינו התגרות המקשה, מבחינה קוגניטיבית, על הנאשם לשלוט בעצמו, מעל ומעבר להשפעתה הרגשית של ההתגרות על הנאשם. התגרות מסוג זה מחריפה את הקושי של הנאשם לציית לנורמות החוק. כאמור לעיל, היכולת לבחור אם לציית לחוק היא ביטוי מרכזי של עקרון האשמה (שם, בעמ' 396; גור-אריה, בעמ' 449-450). כפי שצינתי, במצב שבו פגיעה זו הוחרפה על ידי גורם חיצוני, הקשור בהתגרות, יש מקום להתחשב בכך במסגרת המבחן האובייקטיבי (פסקה 68 לעיל). עם זאת, ובהינתן שהשפעתו של גז הפלפל על המערער הייתה קצרה מאד, יש להתחשב בה באופן חלקי בלבד במסגרת המבחן האובייקטיבי. כך, שכן, מחד גיסא, גם פגיעה רגעית בחושיו של המערער היא בעלת משמעות במסגרת טווח הזמן הקצר בו התרחש האירוע, אך, מאידך גיסא, צפייה באופן פעולת המערער מלמדת כי לא מדובר בפגיעה מאד משמעותית.

104. נקיטת התחבולה כלפי המערער: טעם נוסף להכרה במיתון האשמה בענייננו נוגע לעובדה שהמנוח היתל במערער, הוביל אותו למקום ממנו סבר כי יהיה ביכולתו להימלט, ולאחר מכן נטל את הסם לאחר שהטעה את המערער לגבי כוונותיו וריסס אותו בגז פלפל. בהקשר זה משיגה המדינה על הדרך בה הגדיר השופט רומנוב את המבחן האובייקטיבי. הוא מצא כי הפגיעה שנגרמה למערער כללה גם את העלבון והפגיעה בכבוד שנגרמו לו לאחר שגילה כי בניגוד לדימוי העצמי של המערער, צרכן סמים הצליח להפיל אותו בפח. הימנעות מרדיפה אחרי המנוח, "הייתה יכולה לפגוע בכבוד של [המערער], הן בעיני עצמו והן בעיני סביבתו, שדבר האירוע היה בוודאי נודע לה" - דבר שהמערער לא היה מסוגל לספוג (הכרעת הדין, בפסקה 27 לחוות דעתו של השופט רומנוב).

אכן, כעמדת המדינה, אני סבור כי יש לדחות גישה זו. דוקטרינת הקנטור, לא כל שכן עבירת ההמתה בעקבות התגרות שנקבעה לאחר הרפורמה, לא נועדה לאפשר הגנה על תפיסות מיושנות של "כבוד", בפרט כאשר כבוד זה מתבטא, כלשונו של השופט רומנוב, בתחושת העליונות של המערער, "בחור צעיר ונמרץ, לוחם ומאבטח, שניכר כי הוא בעל בטחון עצמי לא מבוטל" - בהשוואה למנוח, צרכן סמים שיתכן כי המערער תפס כנחות ממנו (שם). במהלך הדיונים על הרפורמה בעבירות ההמתה, הציגה פרופ' אורית קמיר את העמדה לפיה אין להכיר כלל בדוקטרינת קנטור וזאת כדי להתמודד עם התופעה הרווחת בישראל בה נענות התגריות, אפילו כאלו קלות ערך, בתגובות נזעמות ובלתי-מרוסנות. פרופ' קמיר טענה כי אין מקום לתת לגיטימציה כלשהי לדפוסים אלו. בניגוד לעמדתה הכריע צוות עבירות ההמתה שראוי לכלול בחוק עבירה ייחודית למי שהמיתו בעקבות התגרות ואשמתם מותנה בעקבות כך, אך לעצב

עבירה זו בשים לב לביקורת זו (דו"ח צוות עבירות ההמתה, בעמ' 31. להרחבה ראו: קמיר, בעמ' 165-166). עיקר הביקורת על דוקטרינת הקנטור נמתחה על פסקי דין בהם נמנע בית המשפט מהרשעה ברצח של מי שהמית בעקבות פגיעה בכבודו, כאשר ההתנהגות המקנטרת הייתה חשיפת בגידתה של בת זוגו של הנאשם בפניו (ע"פ 30/73 שמולביץ נ' מדינת ישראל, פ"ד כז(2) 598 (1973); ע"פ 3071/92 אזולוס נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(2) 573 (1996) (להלן: עניין אזולוס)). כן ראו: קמיר, בעמ' 172-175). ביקורת זו התבטאה גם בפסיקה, אשר הבהירה כי "ספק אם הלכה זו [בעניין אזולוס] עדיין עומדת על תילה" (עניין שפירוב, בפסקה 33. כן ראו: עניין מלול, בפסקה ל"א). דומה כי ניתן להחיל ביקורת זו גם בהקשרים אחרים, מלבד בגידה בין בני זוג, בהם ההתגרות גרמה לנאשם לחוש כי היעדר תגובה יפחית ממעמדו "בעיני סביבתו", כלשונו של השופט רומנוב (ראו והשוו: אורית קמיר כבוד אדם וחווה: פמיניזם ישראלי, משפטי וחברתי 113-111 (2007); קרמניצר וגנאים, בעמ' 391-394).

105. עם זאת, התחבולה שנקט המנוח כלפי המערער, ונטילת הסם במהלך המפגש ביניהם היא, לשיטתי, נסיבה שניתן להתחשב בה במסגרת המבחן האובייקטיבי. הטעם לכך אינו הפגיעה בכבודו של המערער אלא העובדה שהמעשה שנקט כלפי המערער מהווה עבירה פלילית הכוללת אלימות, וכי המעשה נעשה תוך הטעיית המערער. כאמור לעיל, מעשה פלילי אלים יהווה, ככלל, התגרות, גם לפי ההגדרה המצמצמת שלה. כאשר אדם נפגע מפעולה שהחברה עצמה מגדירה כאסורה, ההוגנות מחייבת כי החברה תתחשב בקביעה ערכית זו גם בעת שנבחנת מידת אשמתו של המערער. ודוק - בחינה זו אינה נוגעת למידת ההבנה שבה יש לראות את מעשי המערער, אלא למידת ההבנה שבה יש לראות את הקושי בשליטה העצמית שנגרם לו בעקבות ההתגרות. יתרה מזאת, התנהגות המנוח ביטאה גם, במידה מסוימת, פגיעה בכבודו של המערער כאדם (קרי, dignity להבדיל מ-honor) בשל העובדה שהמנוח ניסה להערים על המערער, תוך שהוא מוביל אותו למקום מפגש ספציפי, המרוחק ממקום המפגש המקורי, במטרה ליטול ממנו את הסם מבלי לשלם את תמורתו, תוך שימוש באלימות (והשוו לאמור בהכרעת הדין, בפסקאות 16-17 לחוות דעתה של השופטת ליפשיץ-פריבס). המנוח, במעשיו, ניצל את המערער, ללא ידיעתו, לצורך קידום מטרותיו האישיות, והפסולות. לצורך מסקנה זו, כאמור, אין להתחשב בזהותם של המערער והמנוח, ובשאלה האם המערער חש כי מעמדו של המנוח נחות ביחס אליו.

106. הכשרתו הצבאית של המערער: שיקול נוסף שראוי, לשיטתי, להקנות לו משקל מסוים, הוא ההכשרה הצבאית של המערער כלוחם (ולאחר מכן כמאבטח). חלק מהמענה לשאלה "מדוע תגובת המערער להתגרות כלפיו הייתה תגובה אלימה?" נעוץ בעובדה שהמערער אומן להגיב לתקיפה במהירות, ובאופן כמעט-אוטומטי. המערער סיפר בעדותו על שירותו הצבאי כלוחם וכחובש ביחידת הנדסה קרבית, ובין היתר על אירוע במהלכו נורה ונהרג חבר שעמד לצידו (ראו בהכרעת הדין, בפסקה 14 לחוות דעתו של השופט רומנוב). בשלב המבחן הסובייקטיבי יש לשאול האם הנאשם פעל לאחר ששקל את הדברים, או שמא עשה זאת מתוך סערת רגשות, כששליטתו העצמית לקויה באורח משמעותי. בשלב המבחן האובייקטיבי ניתן להתחקות אחר הסיבות שבגינן הגיב הנאשם כפי שהגיב להתגרות. בענייננו, אני סבור שחלק מהמענה לשאלה

זו נוגע לשירותו הצבאי של המערער, וזאת להבדיל ממקרה שבו תגובותיו של המערער נבעו, לדוגמה, מעבר עברייני אלים או מרקע של שימוש באלימות לצורך פתרון סכסוכים. אכן, נוכח האימונים שעבר המערער אין ספק שהוא היה מודע לסיכון החמור שבירי לעבר אדם אחר - דבר המחדד את אדישותו לאפשרות מות המנוח. אלא שבהצטרף לתחושת הכעס העזה שחוה המערער, וכשנפגעה יכולת השליטה העצמית שלו, הכשרתו הצבאית מסייעת להבין מדוע זעמו הוביל אותו לנקוט דווקא בדרך פעולה אלימה (וראו בהכרעת הדין, בפסקה 15 לחוות דעתו של השופט רומנוב). כאמור לעיל (ראו פסקה 69 לעיל), לצורך ההכרעה בשאלה באילו תכונות של המערער ניתן להתחשב במסגרת המבחן האובייקטיבי, אני סבור כי יש לשאול האם ההוגנות מחייבת את החברה לשקול את מעשיו בשים לב לאותה תכונה. גם מבלי לצלול לעומקה של בחינה זו ולעצב את הדרך בה תשמם במקרי קצה, דומני כי הכשרתו הצבאית של המערער היא שיקול שהתעלמות ממנו תהיה בלתי-הוגנת, מנקודת מבט חברתית.

107. הפעילות הבלתי-חוקית שקדמה לאירוע: המדינה סבורה כי יש להתחשב, במסגרת המבחן האובייקטיבי, בעובדה שהמערער והמנוח נפגשו לצורך ביצוע עבירה - השלמת עסקה למכירת סם מסוכן. לשיטתה, המשפט הפלילי נוטה לראות בפעולה עבריינית "שהסתבכה" והובילה לביצוע עבירה חמורה יותר כנסיבה מחמירה, ואין מקום להקל על הנאשם, ולהימנע מהרשעתו ברצח בשל העובדה שעסקת מכירת הסם בה היה מעורב הסתבכה. אף שאין מניעה לשקול את אופיו הפלילי של המפגש בין המערער למנוח, איני סבור כי שיקול זה הוא בעל משקל ניכר, ובוודאי שאינו מטה את הכף לחובת המערער. זאת, כיוון שהתנהלותו הפלילית של המערער עובר לאירוע לא הייתה אלימה או כללה אלמנט של התגרות במנוח, אלא היוותה רק נתון רקע לאינטראקציה ביניהם. כאמור לעיל, אירועים שהחלו בנקיטת אלימות מצד הנאשם, או התגרות מצד הנאשם הנענית בהתגרות מצד המנוח, הם המקרים הפרדיגמטיים בהם התנהגות הנאשם עשויה להצדיק את דחייתה של טענת ההתגרות, המקיימת את יתר התנאים להרשעה בהמתה בעקבות התגרות (ראו פסקה 74 לעיל). ההתנהגות של המערער עובר להתגרות לא נופלת בגדרי קטגוריות אלה. העובדה כי ההתגרות מצד המנוח (מעשה גניבה וריסוס גז הפלפל) בוצעה כחלק מעסקת סמים לא-חוקית מהווה רק את הרקע הנסיבתי למעשה ההמתה - אך העובדה כי העסקה בין המערער למנוח נגעה לקנאביס, ולא למוצר חוקי כלשהו, אינה הגורם שהוביל את המנוח להתגרות במערער. לא מדובר, לפיכך, במקרה שבו קיימת זיקה עניינית בין ההתנהגות הלא-חוקית של המערער להתגרות, אלא למקרה שבו פעילות לא-חוקית היא אחת מהנסיבות העומדות ברקע "סיפור המעשה" שהוביל להתגרות. לפיכך, אין מקום להכריע במבחן האובייקטיבי, לרעת המערער, על סמך נתון זה בלבד. למעשה, המקרה שלפנינו דומה לדוגמה הראשונה שהוצגה בוועדת החוקה, חוק ומשפט במהלך הדיונים בתיקון מס' 137, כמקרה שבו מתקיימת עבירת ההמתה בעקבות התגרות. במקרה שהוצג בדיוני הוועדה הנאשם היה סוחר סמים. אחד מלקוחותיו הגיע לביתו, איים עליו בסכין ודקר אותו בכתפו באופן שהביא ל-"שריטה מינורית יחסית". בתגובה חטף הנאשם את הסכין, והרג באמצעותו את הדוקר (פרוטוקול ישיבה 560, בעמ' 24-25). אף בדוגמה זו הורתו של מעשה ההמתה בביצוע עבירת סמים בידי הנאשם, אך הדבר לא מנע את החלת ההסדר בעניין המתה בעקבות התגרות (והשוו גם לעניין היילה, אשר עסק בתגרה קטלנית שהתרחשה בעקבות משחק הימורים בלתי חוקיים.

באותו מקרה איש משופטי ההרכב לא יחס משמעות לעובדה זו).

בנסיבות העניין, אם כן, איני סבור כי הפעילות העבריינית המוקדמת של המערער מבטאת פגם מוסרי חמור כל כך עד שהוא משפיע במידה משמעותית על מיתון אשמת המערער. אך הגם שאיני סבור כי ראוי לדחות את התקיימות המבחן האובייקטיבי בשל אופייה הבלתי-חוקי של עסקת הסמים, יש מקום להתחשב בכך באופן פרטני ביחס לנדבך אחד של המבחן האובייקטיבי - תחושת הפחד שחווה, לטענתו, המערער.

108. תחושת הפחד של המערער: בחוות דעתה של השופטת ליפשיץ-פריבס היא סברה כי יש לבחון את האפשרות להרשיע את המערער בעבירה של המתה בעקבות התגרות תוך התחשבות במספר היבטים שונים של האירוע, ובכללם האפשרות כי המערער חש פחד בשל איום אפשרי מכיוון המנוח (הכרעת הדין, בפסקה 23 לחוות דעתה). בעניין זה מציינת השופטת ליפשיץ-פריבס את הובלת המערער לשכונת שועפט שהייתה "מגרשו" של המנוח, דבר שגרם למערער לחוש כי הוא מובל "למקום המהווה סכנה עבורו", וכן את "הימלטות המנוח מ[המערער] והטיית ראש לאחור במנוסתו" (שם). יצוין כי הטיית הראש לאחור רלוונטית במסגרת טענת ההסתובבות שהעלה המערער. תחילה, אציין כי לא שוכנעתי כי הרגש הדומיננטי שהניע את מעשיו של המערער היה תחושת פחד, שהרי המערער רדף אחר המנוח דווקא אל תוך שכונת שועפט, שנתפסה, בעיניו כ"מגרשו" של המנוח. מנגד, אין זה מן הנמנע כי המערער חש בפחד בשלבים שקדמו לאירוע עצמו, כאשר המנוח הוביל אותו לשכונת שועפט לבצע עסקת סמים, וכאשר המערער יצא מהרכב לפגישה עם המנוח (וראו פסקאות 15, 17-18 לחוות דעתה של השופטת ליפשיץ-פריבס בהכרעת הדין. גם סגן הנשיא כרמל ציין כי לא הופרכה גרסת המערער, לפיה נקודת המפגש שנקבעה לו ולמנוח הייתה מחוץ לשכונת שועפט וכי המנוח הכווין אותו לנקודה אחרת, בתוך השכונה, שנתפסה בעיניו כ-"רחוקה יותר, מבודדת יותר, ופחות ידידותית" (שם, בפסקה 31 לחוות דעתו)).

109. אכן, רגשות של פחד וסכנה דומים, במובנים מסוימים לרגשות הכעס העומדים במוקד עבירת ההמתה בעקבות התגרות. אלה כאלה מקשים על שקילה מוסרית, מתוך יישוב הדעת, של מעשי הנאשם, ובשני מקרים רגשות אלו עשויים להביא להערכת-חסר של חומרת המעשים שמבצע הנאשם (לדין בסוגיה זו ראו *Michal Buchhandler-Raphael, Fear-Based* (2018) *Provocation*, 67 Am. L. Rev. 1719, 1772-1775, 1777-1779). מאמר זה מציג סקירה של מחקרים פסיכולוגיים בנוגע להשפעות של פחד על תהליכי קבלת החלטות, ומוצא כי פחד, בדומה לכעס, פוגע בהיבטים שונים של שיקול הדעת ויכול להוביל לתגובות בלתי-נשלטות שונות, ובהן התנהגות אגרסיבית. המאמר קורא להכיר גם במקרים של המתה בעקבות פחד במסגרת דוקטרינת הקנטור. שם, בעמ' 1783-1788. כן ראו, ביחס לזיקה בין המתה בעקבות התגרות וקרבה לסייג ההגנה העצמית: עניין עאמר, בפסקה 10 לחוות דעתו של השופט עמית). עם זאת, ישנם הבדלים בשיקולים המוסריים והחברתיים הכרוכים בבחינת מצבים של אובדן עשתונות בשל התרגזות לעומת מצבים שבהם זיהה הנאשם איום (בין אם אכן

התקיים איום כזה, ובין אם זיהויו של הנאשם היה שגוי, והדבר הוביל אותו לאובדן עשתונות. לפיכך שקילה, באותו קנה המידה, של תחושות פחד שהרגיש הנאשם במסגרת המבחן האובייקטיבי מעוררת קושי. זאת ועוד, בענייננו מתעורר קושי נוסף כיוון שתחושת הפחד של המערער נגרמה, לפחות במידה חלקית, בעקבות מעורבותו במעשים פליליים (עובדה המחמירה, מן הסתם, את החשש מפני עצם השהייה בסביבה הנתפסת כעוינת). בהינתן קושי זה והספק העובדתי שנזכר לעיל, אינני סבור כי המקרה שלפנינו הוא המקרה המתאים לדון ביחס בין פחד והמבחן האובייקטיבי בעקבות הרפורמה בעבירות ההמתה, ובאפשרות להכרה גם ברגש זה כפועל למיתון אשמתו של הנאשם.

110. הימנעות מעיגון נורמה חברתית שלילית: לשיטת המדינה, אין להכיר בתחולת המבחן האובייקטיבי מהטעם שהמערער השתמש באקדח במהלך האירוע. על אף הפגיעה הנגרמת לקורבן מ"מעשי אלימות מהרף הנמוך", כגון גניבה או שוד של חפצים אישיים, המדינה סבורה כי אין מקום "כנורמה, וכמסר לחברה הישראלית" לקבוע כי מותנה אשמתו של אדם היורה בעבריין נמלט לאחר שהלה ביצע עבירות מסוג זה (סעיף 66 לנימוקי ערעור המדינה). אני סבור כי יש קושי לקבל טענה זו, ובפרט את הנחת המוצא המגולמת בה, לפיה מסקנת בית המשפט במסגרת המבחן האובייקטיבי מכריעה, לכאן או לכאן, ביחס לקיומה של נורמה חברתית האוסרת על מעשי המתה בתגובה להתגרות מסוג מסוים. כאמור לעיל, הרפורמה בעבירות ההמתה ביקשה להבהיר את אופיו של הסדר ההמתה בעקבות התגרות בתור פטור חלקי, הממוקד במבצע העבירה האינדיבידואלי, ולא צידוק חלקי, הממוקד באופיו של המעשה. בהתאם, על המבחן האובייקטיבי להתמקד בנאשם הספציפי, בתהליך הרגשי שהוא עבר ובשאלה האם ראוי להכיר נורמטיבית בקושי שלו לשלוט בעצמו, וזאת תוך בחינה פרטנית שנעשית "בשים לב למכלול נסיבות העניין", כלשון סעיף 301ב(1)(ב) לחוק (גורדון, בעמ' 197-196 ו-219; פרוטוקול ישיבה 560, בעמ' 44). לפיכך, תהיה זו חתירה תחת כוונת המחוקק אם תאומץ גישה לפיה הכרעה לטובת המערער בענייננו מהווה גם הכרעה עקרונית-כללית - לדוגמה, הכרעה לפיה תגובה בנשק חם להתגרות שבוצעה בדרך של גניבה אינה ממתנת, בכל מקרה, את אשמת הנאשם. אמנם, אין מחלוקת כי במסגרת המבחן האובייקטיבי יש להידרש לשיקולים חברתיים, אך איני סבור כי ראוי לעשות זאת באמצעות הכרעות גורפות, המתמקדות בשיקולי הרתעת הרבים, ומתעלמות מאשם היחיד. כמובהר, לא לכך כיוון המחוקק בקבעו את עבירת ההמתה מחמת התגרות, ואל לנו להכניס בדלת האחורית את ההשוואה הנורמטיבית ממנה ביקש במפורש להימנע.

111. סוף דבר: מהאמור לעיל עולה כי הקושי של המערער לשלוט בעצמו, בעקבות התגרות המנוח, אכן מביא למיתון אשמתו, כפי שקבע בית המשפט המחוזי. לפיכך מתקיים המבחן האובייקטיבי הקבוע בסעיף 301ב(1)(ב) לחוק. משנמצא כי התקיימו יתר התנאים להרשעה בעבירת המתה בנסיבות של אחריות מופחתת בחלופה שעניינה המתה בעקבות התגרות, מסקנתי היא כי יש לדחות את ערעור המדינה על הכרעת הדין. אני סבור כי קביעה זו מתחייבת מעקרון האשמה, וממעמדו הרם של עקרון זה, שמקורו בערך החוקתי של כבוד האדם, ואשר עומד בבסיס הרפורמה בעבירות ההמתה. אך יש להטעים כי כל שנובע מכך הוא שהמערער

המית את המנוח בנסיבות של אחריות מופחתת - הא ותו לא. זוהי אינה הכרעה כי מעשי המערער היו מוצדקים, אף לא בקירוב, או כי "האדם הסביר" היה מבצע את אותם המעשים בתגובה להתגרות. דברים אלו נאמרו בבירור כבר בחוות דעתו של השופט זילברג בעניין סגל - פסק הדין הראשון שעסק בדוקטרינת הקנטור הישראלית. מאז, ועל אף השינויים והמחלוקות המרובות שעוררה דוקטרינה זו, לא נס ליחם:

גם האדם "הסביר" או "הרגיל" המגיב במעשה רצח על קנטור ממש, אינו זוכה ל"נכיון-אשמה" כל שהיא בשל קנטורו של הקרבן. ובצדק! כי אין לך קנטור בעולם אשר יצדיק מעשה רצח, ואין לך רצח בעולם שיהיה מעשה סביר, אף אם הקנטור שגרם לו עלול היה להשפיע על אדם סביר. כי קדושת חיי האדם היא חובה מוסרית החלטית, ואין שום קנטור והתגרות - כל עוד לא הולידו "צורך" במובן [של סייג הצורך] - עשויים לבטל את החובה או לגרוע הימנה. (שם, בעמ' 407).

112. ערעורם של שני הצדדים התמקד בעבירה המתאימה למעשיו של המערער, והם הודיעו כי הם אינם מערערים על גובה העונש שנגזר עליו, ככל שההרשעה בהמתה בנסיבות של אחריות מופחתת תיוותר על כנה (ראו נימוקי ערעור המערער, בעמ' 1; פרוטוקול הדיון בערעור, עמ' 8, ש' 6). בהתאם אציע לחברי וחברתי כי נימנע מלהתערב בעונש שנגזר על המערער.

113. לאור כל האמור, אם תישמע דעתי, יידחו ערעורי המערער והמדינה על הכרעת הדין ועל גזר הדין של בית המשפט המחוזי.

עופר גרוסקופף
שופט

השופטת רות רונן:

קראתי את חוות דעתו המעמיקה והמקיפה של חברי השופט ע' גרוסקופף. אני מסכימה עם מסקנותיו בכפוף למספר הערות שיפורטו להלן ביחס לערעור המדינה.

הדין בערעור המדינה מעלה את השאלה מהן הנסיבות שבהתקיימן ניתן לקבוע כי העבירה שביצע הנאשם היא עבירה של המתה באחריות מופחתת. שאלה זו מחייבת בירור בדבר קיומם של הרכיבים הסובייקטיביים והרכיבים האובייקטיביים הנדרשים לצורך הפחתת האחריות.

הרכיבים הסובייקטיביים מבטאים - כפי שהבהיר גם חברי - את עמדתו של המחוקק לפיה הפסול המוסרי בהתנהלות שנובעת מאובדן שליטה מנטלי כתוצאה מהתגרות, הוא פחות לעומת הפסול המוסרי הכרוך באותה התנהלות עצמה שאינה תולדה של התגרות תכופה קודמת. הדגש בהקשר זה הוא על נקודת מבטו של הנאשם אשר פועל לא בעקבות החלטה רציונלית אלא תוך קושי ניכר לשלוט ביצריו ולשקול את מעשיו בקור רוח.

אלא שבכך אין די וכדי שניתן יהיה לראות את מעשי הנאשם כבעלי רמת אשם פחותה, על בית המשפט להוסיף ולבחון את הרכיבים האובייקטיביים. במילים אחרות - אובדן עשתונות אינו מבטיח אחריות מופחתת, ויש לברר את מכלול הנסיבות הרלוונטיות כדי להבחין בין מי שראוי למידה מסוימת של חמלה ולהפחתת האחריות; לבין מי שאף שפעל בחום מזג וכתוצאה מהתגרות תכופה - אינו ראוי לכך. חברי הבהיר בפסק דינו כי לצורך ההבחנה האמורה, מופנה המבט לנסיבות הפרטניות של הנאשם ולהתגרות שחווה, כאשר על בית המשפט לבחון האם מדובר בנסיבות שיש בהן כדי למתן את אשמו.

ההבחנה הזו היא הבחנה דקה שנעשית בכל מקרה בהתאם למכלול נסיבותיו. לכן, וכפי שהבהיר גם חברי, אין מקום לספק תשובה מקיפה לשאלה מהן הנסיבות שיש להתחשב בהן במסגרת המבחן האובייקטיבי, והפסיקה צריכה להתפתח באופן מדוד ממקרה למקרה. לאור האמור, לא מצאתי לנכון להתייחס בפירוט לניתוח המשפטי המקיף, המעמיק והמשכנע של חברי ולכלל הנושאים שעלו בו, שחלקם יכולים להיוותר למקרה בו תידרש הכרעה קונקרטיית לגביהם.

מאחר שאני מסכימה כאמור עם מסקנתו של חברי, אסתפק בניתוח קצר של רכיבי סעיף 301(ב)(1) לחוק העונשין ויישומו על עובדות המקרה דנן על מכלול נסיבותיו, תוך הפניית תשומת הלב לאותם נושאים בהם אינני רואה עין בעין עם חברי.

הרכיב הראשון (שחברי חילק אותו לשניים), כולל את קיומה של התגרות בנאשם, שמעשה ההמתה נבע ממנה ונעשה בתכוף לאחריה. בהקשר זה מקובלת עלי המסקנה לפיה המנוח התגרה במערער כאשר התיז עליו גז פלפל ולאחר מכן גנב ממנו את הסם; כי התגובה של המערער נבעה מההתגרות הזו; וכי התגובה נעשתה בתכוף לאחר ההתגרות - מנימוקיו המפורטים של חברי. אעיר במאמר מוסגר כי ההגדרה של "התגרות" במסגרת רכיב זה, מוסיפה גם לו ממד אובייקטיבי.

הרכיב השני - נוגע לקושי הסובייקטיבי הניכר של הנאשם לשלוט בעצמו. נראה כי גם תנאי זה התקיים במקרה דנן. כך עולה מהכרעתם העובדתית של שופטי הרוב בבית המשפט המחוזי; ומהגיונם של דברים. כך, כאשר מדובר במי שהותקף באופן בלתי צפוי, בנסיבות בהן הוא נמצא לבדו במקום לא מוכר בשעת לילה מאוחרת, ונגנב ממנו סם שהוא התכוון למכור - האפשרות שהוא יפעל בצורה אינסטינקטיבית כתוצאה מכך תוך אובדן עשתונות ורצון לא רציונלי "לבוא חשבון" עם מי שתקף אותו - היא אפשרות סבירה העולה בקנה אחד עם הגיון החיים.

במסגרת הרכיב השלישי נבחנת כאמור השאלה האם מכלול הנסיבות מצדיק קביעה נורמטיבית אודות הפחתת אשמו של הנאשם. אני סבורה כי אף רכיב זה התקיים במקרה דנן.

לטעמי, הנסיבות העיקריות המצדיקות את הפחתת אחריותו של המערער במקרה דנן, הן אלה - ראשית, העובדה שהמנוח התגרה במערער תוך ביצוע עבירות פליליות - תקיפה ונקיטה באלימות (ריסוס בגז המדמיע); וגניבת הסם שהמערער ביקש למכור לו. לכן וללא צורך להגדיר באופן מפורט את מכלול המקרים בהם יש מעשי הקורבן יוגדרו כ"התגרות", אין ספק כי המקרה דנן הוא אחד מהם. מבחינה חברתית, ניתן להבין תגובה של זעם כלפי מי שנוהג באלימות ותוך הפרת החוק, וניתן לכן לחוש אמפתיה לתגובת המערער - גם אם לא לקבלה מבחינה נורמטיבית. שנית, גם לטעמי יש משקל רב לכך שהמערער לא התכוון להמית את המנוח, כאשר העבירה שבוצעה על ידיו היא של גרימת מוות באדישות. זאת מאחר שלטעמי ישנו משקל לקשר בין עוצמת ההתגרות לבין עוצמת התגובה לצורך הפחתת האחריות. כפי שאבהיר להלן, בהקשר זה יש לתת ביטוי גם לאופן בו גרם הנאשם למות הקורבן (למשל - האם נעשה שימוש בנשק חם או קר). כך או כך - תגובה של גרימת מוות באדישות היא תגובה בעלת עוצמה פחותה מזו של גרימת מוות בכוונה תחילה, ויש לתת לכך משקל. בהינתן חומרת ההתגרות של המנוח במערער, תגובה זו מצדיקה את המסקנה לפיה הרכיב האובייקטיבי התקיים כנדרש.

יחד עם זאת, לטעמי עובדת השימוש באקדח היא עובדה שיש לתת עליה את הדעת לחובתו של המערער, וכן אין מקום לגישתי לתת משקל לעברו הצבאי של המערער כנסיבה בעלת משקל לזכותו.

המתה תוך שימוש באקדח היא אכן חמורה יותר מאשר המתה באמצעות אלימות גופנית או אף שימוש בנשק קר. מאחר שאני סבורה כי נדרשת בחינה כוללת את נסיבות ההמתה - השימוש באקדח הוא רכיב רלוונטי שיש להביאו בחשבון. כן נודעת חומרה לכך שהמערער הוא מי שהיה לו ניסיון בשימוש באקדח עקב שירותו הצבאי, והוא היה מודע לכן לסכנה הרבה הכרוכה בכך. מאדם כזה יש לצפות ככלל להתנהלות שקולה יותר בשימוש בנשק, גם בשעת כעס.

אכן לאור מכלול נסיבות המקרה דנן כפי שהן תוארו על ידי חברי, אין די בכך שגרימת המוות

נעשתה באמצעות אקדח; על ידי מי שלאור עברו הצבאי הוא מיומן בירי ומודע לסכנה הרבה הנובעת מירייה באקדח. זאת לאור חומר הרבה של ההתגרות של המנוח במערער ומאחר שלא הייתה למערער כוונה להמית. אולם במקרה עתידי אחר בו יהיה מדובר בהתגרות בעלת משקל פחות - יתכן שלעובדות אלה יינתן משקל אחר, רב יותר.

בכפוף להערות אלה, אני מסכימה כאמור למסקנתו של חברי לפיה דינם של שני הערעורים להידחות.

רות רונן
שופטת

השופט יחיאל כשר:

אני מסכים לחוות דעתו של חברי, השופט ע' גרוסקופף, על נימוקיה ותוצאתה, וכן להערתה של חברתי, השופטת ר' רונן, לעניין השימוש באקדח.

יחיאל כשר
שופט

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט ע' גרוסקופף.

ניתן היום, כ"ח אב תשפ"ד (01 ספטמבר 2024).

רות רונן
שופטת

יחיאל כשר
שופט

עופר גרוסקופף
שופט