

ניסיון לרצח בראי הרפורמה בעבירות ההמתה

מאת

נועם קוזלוב*

תיקון 137 הוביל למהפכה בדיני ההמתה במשפט הישראלי. לצד שינוי עבירות ההמתה העיקריות תיקון 137 הוביל גם לשינויים מהותיים בעבירות הנגזרות, ובראשן עבירת הניסיון לרצח. עם זאת מאחר שתיקון 137 לא שינה את העבירות הנגזרות באופן ישיר, שינויים אלה לא זכו לתשומת לב מצד הפסיקה והספרות. על כן רשימה זו תבקש למלא את החסר ולהתוות את הדין הנוגע לעבירת הניסיון לרצח לאחר התיקון. יוצג כי תיקון 137 יצר מבין השורות עבירה חדשה – עבירת הניסיון לרצח בנסיבות מחמירות. עבירה עצמאית זו, אשר אינה תחומה לעבירת ניסיון הרצח הפרטיקולרית שבסעיף 305 לחוק העונשין, נוצרת משילוב דוקטרינת הניסיון הכללית עם עבירת הרצח בנסיבות מחמירות, ועונשה המרבי מאסר עולם. לאחר הצגת פרשנות פוזיטיבית זו תבחן הרשימה את הסוגיה מנקודת מבט פרשנית ונורמטיבית.

מבוא. א. התפתחות עבירת הניסיון לרצח בדין הישראלי. 1. הלכת דרעי. 2. תקופת הביניים. 3. הלכת פלוני. 4. תיקון 137 – הרפורמה בעבירות ההמתה. 5. עניין קוזלוב. **ב. עבירת הניסיון לרצח בתיקון 137.** 1. דיני הניסיון – מושכלות יסוד. 2. עבירות ההמתה – שתי עבירות רצח. **ג. תיקון 137 – כוונת המחוקק.** **ד. עבירת הניסיון לרצח בדין הישראלי – בחינה נורמטיבית.** 1. מזל מוסרי ועבירת הניסיון. 2. אימתי הניסיון לרצח חמור מהעבירה המוגמרת? 3. בין כוונה לאדישות בעבירות ההמתה. **ה. סעיף 34כא ופרשנות עבירת הניסיון לרצח.** 1. הבחנה בין עבירת הניסיון לרצח לעבירת הניסיון לרצח בנסיבות מחמירות. 2. השוואת העונש על ניסיון לרצח בנסיבות מחמירות לעבירת הרצח המוגמרת. **ו. שימוש בעבירות נלוות כדי להחמיר את העונש על הניסיון לרצח. ז. סיכום.**

מבוא

במסורת המשפט העברי מופיע כי "שפיכות דמים היא החטא הקדמון"¹, ובדומה לזה הדין הישראלי גוזר על עבירת הרצח את העונש החמור בספר החוקים – מאסר עולם חובה.² עמדה זו אינה ייחודית למשפט הישראלי והעברי, ושיטות משפט רבות אחרות מזהות את עבירת הרצח

* תלמיד תואר שני במשפטים באוניברסיטת הרווארד. בוגר תוכנית מכפ"ל באוניברסיטה העברית בירושלים. תודתי לשופט יוסף אלרון, לפרופ' דורון טייכמן ולד"ר עדי ליבוביץ על הערותיהם המועילות והחשובות. תודה מיוחדת לעורכי כתב העת משפטים דין מכבי זלצברגר ומיכל מסובי-שטיינברג ולחברי המערכת על הערותיהם ועל תרומתם למאמר.

¹ חיים כהן "שפך דם האדם באדם דמו ישפך" פרשת השבוע ברוח המשפט 48 (תשס"ב); אביעד הכהן "קול דמי אחיך צועקים אלי מן האדמה" פרשת השבוע ברוח המשפט 228 (תשס"ו).

² ס' 301א לחוק העונשין, התשל"ז-1977.

כעבירה החמורה ביותר.³ לפיכך רבים מן המיתוסים המכוננים של תרבויות מודרניות עוסקים בשפיכות דמים ובמעשי רצח כאלה ואחרים.⁴ ואולם, מה בדבר הניסיון לשפיכות דמים? או מעשים שכמעט הביאו לשפיכות דמים? לעיתים קרובות סוגיות אלה מקבלות מעמד משני – כמעט שולי – לעומת עבירת הרצח העיקרית. על כן לא מפתיע שהרפורמה בעבירות ההמתה, אשר יצרה מהפכה של ממש בדיני ההמתה בישראל, לא עסקה כלל בעבירות ההמתה הנגזרות.⁵ ברם לעומת טקסטים ספרותיים ומיתוסים מכוננים, הדין ובית המשפט אינם יכולים להימנע מלעסוק באותן עבירות נגזרות ושניוניות. ואכן, התמקדות המחוקק בעבירות ההמתה המוגמרות במסגרת הרפורמה הותירה את סוגיית התוויית עבירות ההמתה הנגזרות בראי הרפורמה לפתחו של בית המשפט. רשימה זו תראה כי בתי המשפט, הפרקליטות וכן הספרות האקדמית לא נתנו עד כה מענה מספק למקומן של עבירות ההמתה הנגזרות, ובראשן עבירת הניסיון לרצח, בראי הרפורמה בדיני ההמתה. לפיכך הרשימה תבקש להתוות את הדין החדש בנוגע לעבירת הניסיון לרצח כפי שזה חל לאחר הרפורמה.

הרשימה תראה כי אף שהרפורמה בעבירות ההמתה לא עסקה במפורש בעבירת הניסיון לרצח, המהפכה שחולל התיקון השפיעה במידה ניכרת אף על עבירה זו. כך, ייטען כי בבואו לשנות את עבירות ההמתה המוגמרות – קרי ביטול עבירת ההריגה ופיצול עבירת הרצח – השפיע התיקון אף על עבירת הניסיון לרצח. עבירה זו נגזרת מעבירות ההמתה המוגמרות. משכך, שינוי בעבירות ההמתה המוגמרות הוביל גם לתפניות מהותיות בעבירה נגזרת זו. כך יצר תיקון 137 הלכה למעשה עבירת ניסיון חדשה: עבירת הניסיון לרצח בנסיבות מחמירות. עבירה זו נוצרה משילוב של דוקטרינת הניסיון הכללית עם עבירת הרצח בנסיבות מחמירות, ועונשה המרבי מאסר עולם. ייטען כי אף ששינויים אלה עולים בבירור מעיון בחוק העונשין בנוסחו לאחר תיקון 137, הן הערכאות המשפטיות והן הספרות האקדמית כמעט התעלמו מהשפעות התיקון על עבירת הניסיון לרצח. התעלמות זו אולי מובנת, בראי העובדה שתיקון 137 לא התייחס במפורש לעבירות ההמתה הנגזרות, ואולם התוויית הדין שלאחר התיקון צריכה להתייחס למכלול ההשפעות של תיקון 137 – בין שהן עולות במפורש מהתיקון עצמו ובין שהן נלמדות מבחינת השפעת התיקון על המארג התחיקתי הקיים. על כן הרשימה תבקש להיכנס לריק זה ולהתוות את הדין הנוגע לעבירת הניסיון לרצח בראי תיקון 137.

תחילה תיבחן ההתפתחות ההיסטורית של עבירת הניסיון לרצח בדין הישראלי. לאחר מכן יוצגו השינויים בדיני ההמתה שבעקבות תיקון 137 והשפעתם האפשרית על עבירת הניסיון לרצח. ייטען כי בחינה של לשון החוק שלאחר התיקון וכן בחינת התכלית הסובייקטיבית של החוק אינן

³ מרדכי קרמניצר וחאלד גנאים *הרפורמה בעבירות ההמתה (2019) לאור עקרונות היסוד של המשפט ומחקר היסטורי והשוואתי* 113 (2020); כך למשל בית המשפט העליון של ארצות הברית קבע כי ניתן להחיל את עונש המוות רק על עבירות של המתה מכוונת. ראו Richard M. Re, *Can* Kennedy v. Louisiana, 554 U.S. 407 (2008); *Congress Overturn Kennedy v. Louisiana*, 33 HARV. J. L. & PUB. POL'Y 1031 (2010).

⁴ נעמי חנס ושרון חנס "נרטיבים משפטיים של רצח בספרות: פיקציות המאירות תהליכים משפטיים" *דין ודברים* ה (תש"ע).

⁵ ראו בכלליות להלן בפרק ב.

מספקות מענה חד-משמעי לאופן שבו יש לקרוא את עבירת ניסיון הרצח לאחר התיקון. לפיכך הרשימה תבצע ניתוח נורמטיבי של עבירת ניסיון הרצח בדין החדש. ייטען כי ניתוח נורמטיבי זה מוביל למסקנה הפרשנית כי תיקון 137 יצר עבירה חדשה של ניסיון לרצח בנסיבות מחמירות, אשר עונשה המרבי מאסר עולם.

א. התפתחות עבירת הניסיון לרצח בדין הישראלי

הדין הישראלי ירש מן המנדט הבריטי שתי עבירות שונות אשר התייחסו לניסיון להמתה: עבירת הניסיון לרצח ועבירת הניסיון להריגה.⁶ עבירת הניסיון לרצח נקבעה בסעיף 222(א) לפקודת הסדר הפלילי (שהפך מאוחר יותר לסעיף 305 לחוק העונשין),⁷ והעונש שנקבע בגינה הוא עד עשרים שנות מאסר. לצידה, עבירת הניסיון להריגה נמצאה בסעיף 29(ב) לפקודה (ומאוחר יותר סעיף 32(2) לחוק העונשין),⁸ ועונשה 14 שנות מאסר. בתקופת המנדט יחסי הגומלין בין הסעיפים היו ברורים יחסית: עבירת הניסיון להריגה דרשה את הוכחתה של כוונה להמית בלבד (קרי כוונה להשלים את העבירה),⁹ ואילו עבירת הניסיון לרצח דרשה גם את הוכחת היסוד הנפשי של עבירת הרצח המוגמרת, ומשכך נדרשה הוכחתה של כוונה תחילה, הכוללת את יסודות ההחלטה להמית, ההכנה והיעדר הקנטור.¹⁰ גישה זו אומצה בבית המשפט הישראלי בשנותיה הראשונות של המדינה.¹¹

1. הלכת דרעי

במסגרת הלכת דרעי משנת 1960 נבחן מחדש היחס בין שתי העבירות והיסוד הנפשי שנדרש להוכחת כל אחת מהן.¹² בית המשפט עמד תחילה על ההצדקה המקובלת לדין הנוהג באותה העת. עבירת הרצח בכוונה תחילה דורשת את הוכחת רכיבי ההחלטה להמית, ההכנה והיעדר הקנטור כחלק מן היסוד הנפשי.¹³ לכן מעצם היות עבירת הניסיון לרצח עבירת ניסיון פריטיקולרית של עבירת הרצח המוגמרת, עליה לכלול את כלל רכיבי היסוד הנפשי של עבירת הרצח המוגמרת.¹⁴ לאחר סקירת העמדה המסורתית דחה בית המשפט גישה זו וקבע כי עבירת הניסיון לרצח אינה

⁶ מרדכי קרמניצר "על הניסיון לרצח במשפטנו" משפטים ח 487 (תשל"ז) (להלן: קרמניצר "על הניסיון").

⁷ ס' 222(א) לפקודת סדר הדין הפלילי, 1936.

⁸ ס' 29(ב) לפקודת סדר הדין הפלילי.

⁹ שלמה יפרח "ניסיון לרצח וניסיון לגרום למיתה" הפרקליט ז 484, 485 (1950).

¹⁰ שם.

¹¹ ע"פ 272-55 היועץ המשפטי לממשלה נ' מתאנה, י 142 (1956); ע"פ 216/56 יתום נ' היועץ המשפטי לממשלה, יא 592, פס' 11 לפסק הדין (1957).

¹² ע"פ 155-59 דרעי נ' היועץ המשפטי לממשלה, יד 233 (1960) (להלן: הלכת דרעי).

¹³ ראו לשם המחשה ע"פ 728/84 חרמון נ' מדינת ישראל, מא(3) 617, פס' 11 לפסק הדין (1987); ע"פ 228/01 כלב נ' מדינת ישראל, נז(5) 365, פס' 13 לפסק הדין (2003); ע"פ 8667/10 ניג'ים נ' מדינת ישראל, פס' 20 לפסק הדין (נבו 27.12.2012).

¹⁴ הלכת דרעי, לעיל ה"ש 12, בעמ' 236.

עבירה פרטיקולרית של עבירת הרצח בכוונה תחילה, ולכן הוכחת יסוד הכוונה-תחילה אינה נדרשת. את זאת הסיק בית המשפט בין היתר מתוך פרשנות לשונית של הסעיף, אשר לא התייחס לרצח בכוונה-תחילה אלא לרצח בלבד.¹⁵ נקבע כי מטעם זה לא נדרש להוכיח את רכיבי הכוונה-תחילה כדי להוכיח את עבירת הניסיון לרצח, אלא כוונה להמית בלבד. באשר לעבירת הניסיון להריגה נקבע כי גם כאן נדרשת כוונה להמית – כבכל עבירת ניסיון אחרת, הדורשת כוונה להשלים את הניסיון.¹⁶ משכך, בית המשפט קבע למעשה כי הן עבירת ניסיון ההריגה והן עבירת ניסיון הרצח הן בעלות רכיבים זהים, כאשר ההחלטה באיזו עבירה להעמיד לדין נתונה לשיקול דעתה של התביעה, והיא תלויה בחומרת המעשים המיוחסים לנאשם.¹⁷ אם הניסיון להמית הוא בעל נסיבות חמורות יותר, ייטה בית המשפט לראות במעשים ניסיון לרצח, עבירה שכאמור העונש עליה הוא עד 20 שנות מאסר. לעומת זאת אם המעשה היה חמור פחות, תיחס לנאשם עבירת הניסיון להריגה, הנושאת עונש של עד 14 שנות מאסר.¹⁸ על הכרעה זו של בית המשפט נמתחה ביקורת מלומדים,¹⁹ בעיקר בראי שיקול הדעת הנכבד שהיא הותירה בידי התביעה באשר לקביעת סעיף העבירה שייחס לנאשם.²⁰ למרות זאת הלכת דרעי נותרה בעינה במשך עשרות שנים.

2. תקופת הביניים

השינוי הבא לעבירת ניסיון הרצח הגיע דווקא מידי המחוקק. במסגרת תיקון 39 בוטל סעיף 29 שהתווה את המסגרת הכללית לעבירות הניסיון, ותחתיו חוקק סעיף 34 אשר קבע כי – באין הוראה אחרת – העונש המרבי על הניסיון לבצע עבירה יהיה זהה לעונש המרבי על ביצוע העבירה המוגמרת.²¹ בתוך כך עבירת ניסיון ההריגה הפרטיקולרית שבסעיף 29(2) בוטלה, ומאחר שעבירת ההריגה נותרה יתומה מעבירת ניסיון פרטיקולרית, נוצרה עבירת ניסיון להריגה מכוח דוקטרינת הניסיון הכללית: שילוב של סעיף 34 עם סעיף 298 וסעיף 25 לחוק העונשין.²² כעת העונש המרבי על עבירת הניסיון להריגה הושווה לעונש על העבירה המוגמרת והיה 20 שנות מאסר.²³ משכך, לא היה עוד הבדל בין העונש על עבירת הניסיון להריגה לעבירת הניסיון לרצח, ומאחר שגם רכיבי העבירות היו זהים, למעשה שתי העבירות הפכו לזהות במהלך תקופת הביניים הזו.

¹⁵ שם, בעמ' 238; קרמניצר "על הניסיון", לעיל ה"ש 6, בעמ' 488.

¹⁶ הלכת דרעי, לעיל ה"ש 12, בעמ' 245.

¹⁷ שם; קרמניצר "על הניסיון", לעיל ה"ש 6, בעמ' 492–493.

¹⁸ הלכת דרעי, לעיל ה"ש 12, בעמ' 245.

¹⁹ קרמניצר "על הניסיון", לעיל ה"ש 6, בעמ' 492–493.

²⁰ שם.

²¹ דן ביין "העזרת לעבירת הניסיון לאור תיקון 39 לחוק העונשין" המשפט ג 297 (1996).

²² ראו ע"פ 5922/22 קוזלוב נ' מדינת ישראל, פס' 20 לפסק הדין (נבו 13.08.2023) (להלן: עניין קוזלוב).

²³ שם.

עם זאת נראה כי הלכה למעשה בית המשפט המשיך לדבוק בעמדה שלפיה עבירת הניסיון לרצח שמורה למקרים החמורים יותר.²⁴

3. הלכת פלוני

מצב עניינים זה נותר בעינו עד לשנת 2015. או אז, במסגרת הלכת פלוני,²⁵ החליט בית המשפט להפוך את הלכת דרעי וקבע כי לצורך הוכחת עבירת הרצח לפי סעיף 305 לחוק העונשין יש להוכיח את יסודות הכוונה-תחילה כנדרש להוכחת עבירת הרצח בכוונה תחילה. בקביעה זו הפך סעיף 305 מעבירה בעלת קיום עצמאי לעבירת ניסיון פרטיקולרית של עבירת הרצח בכוונה תחילה.²⁶ ככזו היא כללה כעת את כלל היסודות הנפשיים של העבירה המוגמרת. למעשה, כעת נוצר מצב הפוך למארג החוקי שבתקופת דרעי: בתקופת דרעי, הן עבירת הניסיון להריגה והן עבירת הניסיון לרצח היו בעלות רכיבים זהים, ואולם העונש בגינן היה שונה, כאשר התביעה יכלה לבחור באיזו עבירה להאשים לפי מידת החומרה שייחסה למעשי הנאשם. לעומת זאת בפלוני נקבע כי העונש המרבי על שתי העבירות יהיה זהה, כאשר ההבדל יהיה מצוי דווקא ברכיבים הנדרשים להוכחת כל אחת מן העבירות: לצורך הוכחת עבירת הניסיון להריגה יהיה אפשר להסתפק בכוונה רגילה להמית, ואילו לצורך הוכחת עבירת הניסיון לרצח נדרש להוכיח את יסודות הכוונה-תחילה. אומנם ניתן לתהות אם הכרעה זו של בית המשפט הייתה הכרחית בהתחשב בכך שממילא העונש על כל אחת מן העבירות היה זהה.²⁷

כמו כן היבט נוסף המעלה תהייה בנוגע למידת השפעה האופרטיבית של שינוי זה טמון בריכוך שחל לאורך השנים בתנאי הכוונה-תחילה שנדרש להרשעה בעבירת הרצח בכוונה תחילה.²⁸ באותה העת, עובר לרפורמה בעבירות ההמתה, הייתה דיכוטומיה חדה בין עבירת הרצח בכוונה תחילה לעבירת ההריגה – אדם שהורשע בעבירה הראשונה תוג כ"רוצח" ונידון לעונש מאסר עולם כעונש חובה. לעומת זאת אדם שהורשע בעבירת ההריגה היה נתון לעונש קל בהרבה – עד 20 שנות מאסר – וכן נמנע מהתיוג הנלווה לעבירת הרצח.²⁹ משטר זה יצר עבירת הריגה רחבה הכוללת מנעד רחב של מעשים לצד עבירת רצח מצומצמת לכאורה.³⁰ בעקבות זאת, לאורך

²⁴ ראו למשל גישה המבחינה בין שתי העבירות בע"פ 4711/03 אבו זייד נ' מדינת ישראל, פס' 47–48 לפסק הדין (נבו 15.01.2009).

²⁵ ע"פ 1474/14 פלוני נ' מדינת ישראל (נבו 15.12.2015) (להלן: הלכת פלוני).

²⁶ שם, בפס' 72.

²⁷ עניין קזלוב, לעיל ה"ש 22, בפס' 19.

²⁸ מרים גור-אריה "הרפורמה בעבירות ההמתה: על מדרג עבירות ההמתה ועל רצח מתוך אדישות" ספר יעקב וינרוט 441, 444 (גרשון גונטובניק, אבי וינרוט, חיים זיכרמן עורכים 2021) (להלן: גור-אריה "על רצח מתוך אדישות"); ש"ז פלר "ה'הכנה' כיסוד הכוונה - תחילה" הפרקליט כו 51, 57 (תש"ל).

²⁹ גור-אריה "על רצח מתוך אדישות", לעיל ה"ש 28, בעמ' 444.

³⁰ שם ("עבירת ההריגה הייתה רחבה בהיקפה ... עבירת הרצח בהתאם להגדרתה, לעומת זאת, הייתה מצומצמת בהיקפה...").

השנים צומצמו דרישות הכוונה-תחילה.³¹ כך, בין היתר נטען כי הפרשנות המרחיבה של יסוד ה"הכנה", למשל בקביעה כי מגננוני המתה מסוימים – כדוגמת רצח באמצעות חניקה – מקיימים את היסוד הפיזי הדרוש להתקיימות הרכיב,³² נועדה להקל את האפשרות להרשיע בעבירת הרצח גם את מי שביצע את העבירה באופן ספונטני.³³ בנסיבות אלה היו שטענו כי המרחק בין יסודות הכוונה-תחילה לבין המתה שבוצעה בכוונה רגילה בלבד אינם גדולים, ולמעשה די בהוכחת כוונה בלבד – או קרוב לכך – כדי להרשיע בעבירת הרצח.³⁴ בראי האמור ייתכן כי השינוי שחל בעקבות הלכת פלוני, בדמות התניית ההרשעה בעבירת ניסיון לרצח בהוכחת "כוונה תחילה", לעומת כוונה רגילה בלבד, אינו כה רב.

4. תיקון 137 – הרפורמה בעבירת ההמתה

תיקון 137 לחוק העונשין אשר נכנס לתוקף בשנת 2019 ביצע מהפכה בדין הישראלי בכל הקשור לעבירות ההמתה ולעבירות הנגזרות מהן.³⁵ חלק ניכר מן המוטיבציה שמאחורי תיקון זה נמצא באותה דיכוטומיה שהוצגה לעיל בין עבירת הרצח בכוונה תחילה לעבירת ההריגה.³⁶ בהתאם, עבירות ההריגה והרצח בכוונה תחילה הוסרו מספר החוקים והוחלפו בשלוש עבירות חדשות: עבירת ההמתה בקלות דעת,³⁷ עבירת הרצח הרגילה³⁸ ועבירת הרצח בנסיבות מחמירות.³⁹ כל אחת מהעבירות דורשת, במישור העובדתי, הוכחת המתתו של אדם, כאשר עבירת הרצח הרגילה דורשת גם, במישור היסוד הנפשי, רכיב חפצי של כוונה או של אדישות לגרום למות הקורבן, ואילו עבירת הרצח בנסיבות מחמירות דורשת, נוסף על זה, את התקיימותה של נסיבה מחמירה

³¹ שם; קרמניצר וגנאים, לעיל ה"ש 3, בעמ' 206 ("המבנה הלקוי של החקיקה דחף את בתי המשפט לפרשנות בעייתית של יסודות עבירת הרצח אגב הרחבת תחומה על חשבון עבירת ההריגה במידה שחורגת מלשון החוק ומתכליתיותו").
³² ע"פ 655-78 שמידמן נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד לד(1) 63, 71 (1979). לביקורת על פסק הדין, כמו גם ביקורת רחבה יותר על פירוש רכיב ההכנה בפסיקה הישראלית, ראו ש"ז פלר "הכנה" כמידה של 'כוונה תחילה' – גלגול איטי אך הכרחי" משפטים כו 379 (תשנ"ה).

³³ תהליכים דומים אירעו גם ביתר יסודות הכוונה-תחילה (ראו קרמניצר וגנאים, לעיל ה"ש 3, בעמ' 205–206; גור-אריה "על רצח מתוך אדישות", לעיל ה"ש 28, בעמ' 444–445).

³⁴ בועז סנג'רו ביקורת דיני העונשין הישראליים 333 (2020) ("התמונה הכוללת היא שבניגוד גמור להבחנה שקבע חוק העונשין בין כוונה תחילה שכוננה את עבירת הרצח לבין כוונה רגילה שנלכדה בעבירת ההריגה, השופטים פירשו את דרישות הכוונה תחילה באופן שרוקן אותה מתוכנה ולמעשה הכניסו (כמעט) את כל המקרי של המתה בכוונה למיטת הסדרם של עבירת הרצח").

³⁵ חוק העונשין (תיקון מס' 137), ס"ח 2779, התשע"ט–2019.

³⁶ ראו דוח ועדת קרמניצר, להלן ה"ש 84, בעמ' 5.

³⁷ ס' 3301 לחוק העונשין.

³⁸ ס' 300 לחוק העונשין.

³⁹ ס' 301א לחוק העונשין.

מתוך רשימת הנסיבות המנויות בסעיף 301א(א). העונש על עבירת הרצח הרגילה הוא עד מאסר עולם, ועל עבירת הרצח בנסיבות מחמירות נקבע עונש מאסר העולם כעונש חובה.⁴⁰ מאחר שתקון 137 הסיר את עבירת ההריגה מספר החוקים, גם עבירת הניסיון להריגה חדלה מלהתקיים.⁴¹ לצד זאת הרפורמה לא ביצעה כל שינוי מפורש בסעיף 305, ולכן על פני הדברים עבירת הניסיון לרצח לא שונתה כלל. ואכן, בשנים שחלפו מאז שנכנסה הרפורמה לתוקף ציין בית המשפט העליון כמה פעמים כי עבירת הניסיון לרצח נותרה כשהייתה.⁴² קרי, הלכת פלוני נותרה בעינה,⁴³ במובן זה שלצורך הרשעה בעבירת הניסיון לרצח נדרש להוכיח את רכיבי הכוונה-תחילה, ולא ניתן להסתפק בהוכחת כוונה רגילה.⁴⁴ גישה זו של בית המשפט יצרה אנומליה בדין, שבמסגרתה עבירת הרצח בכוונה תחילה – אשר על מרכיביה התבססה הלכת פלוני מלכתחילה – הוסרה מספר החוקים, ואולם רכיבי הכוונה התחילה של העבירה שרדו את המעבר בדמות הטמעתם בעבירת הניסיון לרצח. במובן זה, לא נדרשה התביעה להוכיח כוונה תחילה לצורך הרשעה בעבירת ההמתה המוגמרת, אולם לצורך הוכחת עבירת הניסיון לרצח – דרישה זו נותרה בעינה.

5. עניין קוזלוב

עם קושי זה התמודד בית המשפט בעניין קוזלוב, אשר בו נבחנה באופן ממוקד תוכנה של עבירת הניסיון לרצח לאחר תיקון 137. באותו המקרה נהג המערער ללוות כספים מהמתלוננת, שגרה בשכונת אליו.⁴⁵ כשבועיים עובר למועד האירוע מושא כתב האישום, שאלה המתלוננת את המערער מתי ישיב לה סכום של 230 ש"ח שלוה ממנה, והלה השיב כי יחזיר את הכסף במועד קרוב, וכי זו תהיה הפעם האחרונה שילוה ממנה. מוקדם בבוקר יום האירוע התייצב המערער בביתה של המתלוננת ודפק על הדלת. המתלוננת פתחה לו את דלת ביתה לאחר שאמר כי הגיע להשיב לה את הכסף. בשלב זה אמר המערער למתלוננת כי לא באמת הגיע להשיב את הכסף, כרך שרוך שהביא עימו סביב צווארה והתחיל לחנוק אותה. המערער הפיל את המתלוננת על רצפה בעודו חובט בה והמשיך בחניקה. המתלוננת, שהבינה כי חייה בסכנה, בעטה בדלת החדר של בנה ובשלב כלשהו איבדה את ההכרה. בנה של המתלוננת משך את המערער מאימו, והמערער

⁴⁰ כאשר אף במקרה של רצח בנסיבות מחמירות, בית המשפט מוסמך לחרוג מעונש החובה בנסיבות מיוחדות "ומנימוקים מיוחדים שירשמו" (ס' 301א(ב) לחוק העונשין). כן ראו את ס' 35א לחוק העונשין, אשר מאפשר אף הוא לחרוג מעונש החובה.

⁴¹ מאחר שהעבירה התבססה על דוקטרינת הניסיון הכללית, הנבנית על שילוב של העבירה המוגמרת עם סעיף 134 לחוק העונשין. ברגע שהעבירה המוגמרת אינה קיימת עוד, גם עבירת הניסיון הנגזרת חדלה מלהתקיים.

⁴² ע"פ 1779/22 משה נ' מדינת ישראל, פס' 54 לפסק הדין (נבו 18.06.2023); ע"פ 2377/19 אפגאני נ' מדינת ישראל, פס' 17 לפסק הדין (נבו 22.05.2022); ע"פ 3879/21 סלומון נ' מדינת ישראל, פס' 18 לפסק הדין (נבו 10.08.2022); כן ראו הפניות נוספות בעניין קוזלוב, לעיל ה"ש 22, בפס' 21.

⁴³ שם.

⁴⁴ עניין אפגני, לעיל ה"ש 42, בפס' 17.

⁴⁵ עניין קוזלוב, לעיל ה"ש 22, בפס' 2.

הסתלק מן הדירה. המתלוננת שבה להכרה בכוחות עצמה וללא צורך בהחייאה או בהתערבות רפואית אחרת.⁴⁶

השאלה העיקרית שהתעוררה בבית המשפט היא אם בראי תיקון 137, ניתן להסתפק ביסוד נפשי של כוונה רגילה לצורך הרשעה בעבירת הניסיון לרצח, או שמא הלכת פלוני עודנה עומדת בעינה, ועל התביעה להוכיח את רכיבי היסוד הנפשי של כוונה תחילה, כפי שהיה מצב הדברים עובר לרפורמה. בית המשפט קבע כי אין מקום להותיר את הלכת פלוני על כנה, ובראי תיקון 137 ניתן להסתפק בהוכחת כוונה רגילה כדי להרשיע בעבירת ניסיון הרצח.⁴⁷ בית המשפט ביסס את עמדתו בקביעה כי סעיף 305 הוא הלכה למעשה עבירת ניסיון פרטיקולרית של סעיף הרצח הבסיסי.⁴⁸ נקבע כי מאחר שעבירת הרצח הבסיסית שלאחר התיקון מסתפקת בהוכחת כוונה בלבד, הרי שאין עוד קושי להסתפק בדרישה זוהי בקשר לעבירת הניסיון לרצח.⁴⁹ כמו כן, בית המשפט הוסיף כי אם לא נראה בעבירת הניסיון לרצח עבירה פרטיקולרית לעבירת הרצח המוגמרת, הרי שעבירת הרצח המוגמרת תיוותר יתומה מעבירת ניסיון, ותחול עליה דוקטרינת הניסיון הכללית (באמצעות שילוב של סעיף 25 וסעיף 300 לחוק העונשין).⁵⁰ במקרה כזה העונש על עבירת הניסיון לרצח שבוצע בכוונה תחילה (לפי סעיף 305) יהיה 20 שנות מאסר, ואילו העונש על ניסיון לרצח רגיל (לפי סעיף 300 בשילוב עם סעיף 25) יהיה עד מאסר עולם, שהרי בהיעדר הוראה אחרת העונש המרבי על ביצוע עבירת הניסיון זהה לעונש על ביצוע העבירה המוגמרת.⁵¹ מקרה כזה נראה לבית המשפט אבסורדי, שכן ברי כי ביצוע ניסיון לרצח בכוונה תחילה הוא חמור מביצועו בכוונה רגילה.⁵² לכן, בית המשפט קבע כי ניתן להסתפק בהוכחת כוונה רגילה לצורך הרשעה בניסיון לרצח לפי סעיף 305. עם זאת, בית המשפט הוסיף כי יסוד הכוונה-תחילה אינו נעלם מן הדין לחלוטין, ויהיה לו משקל לעניין קביעת העונש.⁵³ לכן בעניינו של קזלוב, מאחר שנקבע כי המעשה בוצע שלא בכוונה תחילה, החליט בית המשפט להפחית במידת מה מעונשו.⁵⁴

ב. עבירת הניסיון לרצח בתיקון 137

בית המשפט ראה לנגד עיניו בעניין קזלוב שני סוגים שונים של ניסיונות להמית. סוג אחד נוגע לניסיון לרצח בכוונה תחילה, קרי בקיומם של יסודות ההחלטה להמית, ההכנה והיעדר הקנטור, כפי שהיה מקובל בעבירת הרצח המוגמרת עובר לתיקון 137. סוג אחר עוסק בניסיון לרצח בכוונה רגילה בלבד, קרי מבלי שהתקיימו יסודות הכוונה תחילה, ולפי הגדרת עבירת הרצח הבסיסית

46 ש.ם.

47 ש.ם, בפס' 9.

48 ש.ם, בפס' 22.

49 ש.ם.

50 ש.ם.

51 ס' 134 לחוק העונשין.

52 עניין קזלוב, לעיל ה"ש 22.

53 ש.ם, בפס' 25.

54 ש.ם, בפס' 39.

בדין החדש (סעיף 300). בית המשפט קבע כי תיקון 137 הוביל לכך ששני סוגי המקרים יחסו יחד בסעיף 305 לחוק העונשין, ולכן לצורך הרשעה בעבירת הניסיון לרצח יהיה אפשר להסתפק בהוכחה כי הנאשם ביצע את ניסיון הרצח בכוונה רגילה. בית המשפט המשיך וציין כי אם התביעה תוכיח שהניסיון לרצח בוצע בכוונה תחילה, הרי שיהיו לכך השלכות ניכרות על שאלת העונש. במובן זה ניתן לומר שבית המשפט התייחס לניסיון רצח שבוצע בכוונה תחילה כנסיבה מחמירה בשלב גזירת העונש, כאשר הן ניסיון לרצח בכוונה רגילה והן ניסיון לרצח בכוונה תחילה יובילו להרשעה בעבירה לפי סעיף 305, הנושאת עונש מרבי של 20 שנות מאסר. כפי שיוצג להלן, ניתוח זה של בית המשפט אולי תואם את המחלוקת שהתעוררה לפניו, אולם לשם התוויית הדין הנוגע לעבירת ניסיון הרצח לאחר התיקון נדרש להתייחס להיבטים נוספים של תיקון 137. מאחר שהתיקון יצר שתי עבירות רצח נפרדות – עבירת הרצח הבסיסית ועבירת הרצח בנסיבות מחמירות – בחינת הדין שלאחר התיקון נדרשת להתייחס לממשק שבין שתי העבירות וליחס שבין עבירות אלה לעבירת הניסיון לרצח הפרטיקולרית. להלן תוצג מסגרת דיונית זו כפי שהיא הותוותה בתיקון 137, ולאחר מכן ייבחן היחס שבין תיקון 137 לעבירת הניסיון לרצח.

1. דיני הניסיון – מושכלות יסוד

דיני הניסיון במתכונתם הנוכחית הוסדרו בתיקון 39.⁵⁵ מטרתו של תיקון זה, בין היתר, הייתה ליצור משנה סדורה ואחידה לתחולת עבירת הניסיון,⁵⁶ וכן להחיל את דוקטרינת הניסיון על כלל העבירות הפרטיקולריות.⁵⁷ לפיכך ברירת המחלוקת לעבירת הניסיון נקבעה בחלק הכללי של חוק העונשין, והיא קובעת כי מכל עבירה מוגמרת שאינה עבירת חטא ניתן לגזור עבירת ניסיון,⁵⁸ אם העבירה המוגמרת לא הושלמה אך הוכח כי הנאשם התכוון לעבור את העבירה, וכי מעשיו יצאו ממתחם ההכנה.⁵⁹ עוד נקבע כי אם הורשע אדם בעבירת ניסיון, עונשו יהיה העונש המרבי שנקבע לעבירה המוגמרת (כאשר עונשי חובה לא יחולו על עבירת הניסיון ויהפכו לעונשים המרביים).⁶⁰ לצד הסדר כללי זה קיימות בחוק העונשין כמה עבירות ניסיון פרטיקולריות.⁶¹ עבירות אלה הן

⁵⁵ בין, לעיל ה"ש 21; דני סטטמן "הניסיון הפלילי לאחר תיקון 39 לחוק העונשין לאור בעיית המזל המוסרי" **מגמות בפלילים: לאחר עשור לתיקון 39 לחוק העונשין** 11 (2010).

⁵⁶ הצעת חוק העונשין (תיקון מס' 39) (חלק מקדמי וכללי), התשנ"ד–1994, ה"ח 2098, בעמ' 128.
⁵⁷ שם, בעמ' 133 ("בסעיף 39 נקבע כלל משותף אחד לכל הצורות שפורטו בפרק "עבירות נגזרות"; בהעדר הוראה מפורשת או משמעות סותרת, כל דין, שחל על הביצוע העיקרי והמושלם של העבירה, חל גם על הצורות הנגזרות ממנה").

⁵⁸ ראו ס' 34 לחוק העונשין.
⁵⁹ ס' 25 לחוק העונשין; יעקב קדמי **על הדין בפלילים - חוק העונשין - חלק ראשון** 355 (מהדורה חדשה 2012) (להלן: קדמי).

⁶⁰ שם; ס' 34 לחוק העונשין.
⁶¹ הצעת חוק העונשין (תיקון מס' 39), לעיל ה"ש 56, בעמ' 133 ("בסעיף 39 נקבע כלל משותף אחד לכל הצורות שפורטו בפרק 'עבירות נגזרות'; בהעדר הוראה מפורשת או משמעות סותרת, כל דין, שחל על הביצוע העיקרי והמושלם של העבירה, חל גם על הצורות הנגזרות ממנה").

ברובן שרידים מן התקופה המנדטורית אשר ביקשו לקבוע במפורש הסדר ייחודי בנוגע לניסיון לבצע עבירות מסוימות.⁶² על דרך הכלל ניתן לזהות בנקל לאיזו עבירה מוגמרת מתייחסת עבירת הניסיון הפרטיקולרית.⁶³ כך למשל ברור כי סעיף 403 לחוק העונשין ("ניסיון לשוד") הוא עבירת ניסיון פרטיקולרית לעבירת השוד הקבועה בסעיף 402. מלאכה זו פשוטה מאחר שעל דרך הכלל לצד עבירת ניסיון פרטיקולרית אחת קיימת עבירה מוגמרת מסוימת אשר עבירת הניסיון מתייחסת אליה בבירור.⁶⁴ במקרים כאלה עבירת הניסיון הפרטיקולרית, שהיא דין ספציפי הגובר על דין כללי, תחליף את ברירת המחדל שצוינה לעיל, והניסיון לעבור את העבירה המוגמרת ייקבע לפי תנאי עבירת הניסיון הפרטיקולרית.⁶⁵ לפיכך כשהעונש הקבוע בעבירת הניסיון הפרטיקולרית שונה מהעונש שנקבע כברירת המחדל במסגרת דוקטרינת הניסיון הכללית, עונש זה יהיה העונש המרבי בגין ניסיון לעבור את העבירה המוגמרת הרלוונטית.⁶⁶

לכן, בבואנו להחיל את דיני הניסיון על סוגיית עבירות ההמתה, יש לפנות למסלול דומה. תחילה יש לבחון מהן העבירות המוגמרות שהדין יוצר, ואם יש להן עבירת ניסיון פרטיקולרית. אם יש בנמצא עבירת ניסיון פרטיקולרית, הרי שהוראותיה יגברו על הדין הכללי. אם אין בנמצא עבירת ניסיון פרטיקולרית, או אם עבירת הניסיון הפרטיקולרית תהא רלוונטית לחלק מעבירות ההמתה המוגמרות אך לא לאחרות, אזי העבירות היתומות מעבירת ניסיון פרטיקולרית יחסו בדוקטרינת הניסיון הכללית.⁶⁷ במקרה כזה העונש על הניסיון לבצע את העבירה יהיה זהה לעונש המרבי על ביצוע העבירה המוגמרת.

⁶² ולרוב אין חורגות מן הדין הכללי. ראו יורם רבין, יניב ואקי דיני עונשין – כרך א 580–581 (מהדורה שלישית, 2014); לדין כללי בהתפתחות עבירת הניסיון בדין הישראלי ראו יורם רבין "ניסיונות לבצע עבירות לעומת עבירות מושלמות" ג'ורג' פלטשר מושגי יסוד במשפט הפלילי 311 (2018) (להלן: רבין מושגי יסוד).

⁶³ כאשר עבירות הניסיון הפרטיקולריות נחשבות ככלל לירושה ארכאית ולא הכרחית כיום – מן התקופה שבה לא נהגה בישראל דוקטרינת ניסיון סדורה, ונדרש ליצור עבירות ניסיון ספציפיות במקרה שבו המחוקק רצה להפליל גם את הניסיון לבצע עבירה מסוימת.

⁶⁴ ראו בדומה לזה את סעיף 456 לחוק העונשין ("ניסיון להרוס נכס בחומר נפץ") שהוא בבירור עבירת ניסיון פרטיקולרית של סעיף 454 ("היזק בחומר נפץ"). עוד ראו את סעיף 114(ב) אשר משמש עבירת ניסיון פרטיקולרית לסעיף 114(א). כמו כן ראו עוד את סעיף 133 לחוק העונשין, הכולל בתוכו הן את העבירה המושלמת והן עבירת ניסיון עצמאית לבצע את העבירה, וכך גם בסעיפים 115, 245, 246, 253, 259 ו-327 לחוק העונשין.

⁶⁵ כאשר דוקטרינת הניסיון הכללית תוסיף לחול, בשינויים המחייבים, במקומות שבהם העבירה הפרטיקולרית אינה יוצרת במפורש הסדר שונה. ראו בהקשר של עבירת ניסיון הרצח ע"פ 295/10 פלוני נ' מדינת ישראל, פס' 62 (נבו 02.04.2012) ("הגם שמדובר בעבירת ניסיון 'מיוחדת' בהיותה עבירת ניסיון עצמאית כאמור, חלה על העבירה דגן המסגרת הנורמטיבית של עבירת הניסיון הכללי"); ע"פ 6468/13 צרפתי נ' מדינת ישראל, פס' 37–38 (נבו 03.05.2015) (פס' 38: "על אף שעבירת הניסיון לרצח מופיעה בספר החוקים כעבירה עצמאית, נקבע בפסיקתו של בית משפט זה, כי חלות עליה הוראות החלק הכללי של חוק העונשין"); ע"פ 7894/03 ג'אבר נ' מדינת ישראל, פס' 36 (נבו 18.02.2008); ע"פ 10110/03 גמליאל נ' מדינת ישראל, פס' 9 (נבו 11.12.2006); ע"פ 8449/17 פלוני נ' מדינת ישראל, פס' 36 (נבו 16.06.2019); וכן ראו את עמדת בית המשפט אף לאחר הרפורמה בעניין סלומון, לעיל ה"ש 42, בפס' 18.

⁶⁶ ראו ביין, לעיל ה"ש 21, בעמ' 302.

⁶⁷ ראו להלן ה"ש 93 והטקסט הנלווה.

2. הרפורמה בעבירות ההמתה – שתי עבירות רצח

כפי שתואר לעיל, הרפורמה בעבירות ההמתה ביטלה את עבירת הרצח בכוונה תחילה וכן את עבירת ההריגה, ויצרה תחתן שתי עבירות רצח: עבירת הרצח הרגילה, שעונשה עד מאסר עולם, ועבירת הרצח בנסיבות מחמירות, שעונשה מאסר עולם חובה.⁶⁸ לצד תיקון זה הרפורמה במסגרתה הסופית לא שינתה כלל את עבירת ניסיון הרצח.⁶⁹ לפיכך בהחלת דיני הניסיון ניתן להגיע להבחנה הזאת: לאחר תיקון 137 בחוק העונשין שתי עבירות רצח מוגמרות. לצד זאת, בחוק העונשין גם עבירת ניסיון לרצח פרטיקולרית אחת. יש אפוא לבחון אם עבירת ניסיון הרצח היא דין פרטיקולרי לשתי העבירות, לאחת מהן או שמה לאף אחת. כאמור, במקרה שבו עבירות הרצח המוגמרות, או אחת מהן, לא יחסו בעבירת הניסיון לרצח הפרטיקולרית, הרי שאז תחול עליהן דוקטרינת הניסיון הכללית, והעונש על הניסיון לבצען יהיה זהה לעונש המרבי על העבירה המוגמרת (מאסר עולם).

בדרך כלל התאמת עבירת הניסיון הפרטיקולרית לעבירה המוגמרת היא כאמור תהליך פשוט וברור יחסית. כך למשל עבירת "הניסיון להרוס נכס בחומר נפץ" (סעיף 456) היא בבירור עבירת ניסיון פרטיקולרית לעבירת "ההיזק בחומר נפץ" (סעיף 454). העבירות ממוקמות כשהן צמודות זו לזו ואין בסביבתה של עבירת הניסיון הפרטיקולרית עבירה נוספת שאליה היא יכולה להתייחס, ולשון עבירת הניסיון מעידה בבירור שהיא בבחינת הסדר ספציפי ביחס לעבירה המוגמרת.⁷⁰ עם זאת פני הדברים הופכים להיות מורכבים יותר כאשר קיימות כמה עבירות מוגמרות אשר עבירת הניסיון הפרטיקולרית יכולה להתייחס אליהן. לדוגמה, עבירת השוד – בדומה לעבירת הרצח – כוללת שתי חלופות: עבירת השוד הרגילה (סעיף 402(א)), ולצידה עבירת השוד בנסיבות מחמירות (סעיף 402(ב)). לכאורה, במקרה כזה ניתן לתהות אם עבירת הניסיון הפרטיקולרית שבסעיף 403 מתייחסת רק לעבירת השוד הרגילה או לשתי העבירות גם יחד.⁷¹ המחוקק זיהה קושי אפשרי זה ויצר שתי חלופות אף בתוך עבירת הניסיון לשוד הפרטיקולרית.⁷² כך, הרישה של סעיף 403 מתייחסת בבירור לעבירת השוד הרגילה וקובעת כי העונש על ניסיון לבצע שוד רגיל יהיה עד שבע שנות מאסר, ואילו הסיפה של סעיף 403 מתייחסת לעבירת השוד בנסיבות מחמירות וקובעת כי העונש יהיה עד עשרים שנות מאסר.⁷³ על כן, גם בעניינה של עבירת השוד מלאכת

⁶⁸ ס' 300 ו-301א לחוק העונשין, בהתאמה. כמו כן הרפורמה יצרה גם את עבירת ההמתה בקלות דעת, הקבועה בסעיף 301 לחוק העונשין, אשר אינה רלוונטית לענייננו.

⁶⁹ ראו בהרחבה להלן בפרק ג על כוונת המחוקק.

⁷⁰ עוד ראו את סעיף 114(ב) אשר משמש כעבירת ניסיון פרטיקולרית לסעיף 114(א). כמו כן, ראו עוד את סעיף 133 לחוק העונשין, הכולל בתוכו הן את העבירה המושלמת והן עבירת ניסיון עצמאית לבצע את העבירה, וכך גם בסעיפים 115, 245, 246, 253, 259 ו-327 לחוק העונשין.

⁷¹ ראו דיון בס' 403 אצל יעקב קדמי **על הדין בפלילים – חלק שני** 941 (מהדורה חדשה, 2013).

⁷² שם.

⁷³ ס' 403 לחוק העונשין; קדמי, לעיל ה"ש 59, בעמ' 941.

ההתאמה של עבירת הניסיון הפרטיקולרית לעבירה המוגמרת שאליה היא מתייחסת היא תהליך ברור ופשוט יחסית. דינן של עבירות ניסיון פרטיקולריות אחרות בחוק העונשין הוא דומה.⁷⁴ אולם פני הדברים שונים בעניינן של עבירות ההמתה. כאמור, תיקון 137 יצר שתי עבירות רצח שונות – רצח רגיל ורצח בנסיבות מחמירות. לצד זאת תיקון 137 לא שינה את עבירת הניסיון לרצח הפרטיקולרית. לפיכך עבירת הניסיון לרצח אינה מתייחסת במפורש לאף אחת מן העבירות,⁷⁵ כאשר העבירה מוגדרת בפשטות כך: "העושה אחת מאלה, דינו – מאסר עשרים שנים: מנסה שלא כדין לגרום למותו של אדם..."⁷⁶ עולה כי בניגוד לעבירת הניסיון לשוד, אין עבירת הניסיון לרצח מבחינה בין שתי עבירות הרצח המוגמרות, ואף אין היא מציינת במפורש כי שתי עבירות הרצח המוגמרות יחסו בה. לפיכך נדרש מהלך פרשני כדי לבחון את הייחוס הנכון של עבירת הניסיון לרצח לעבירות הרצח המוגמרות. כזכור, אם ייקבע כי אחת מן עבירות הרצח המוגמרות אינה חוסה בעבירת הניסיון לרצח הפרטיקולרית, הרי שתחול עליה דוקטרינת הניסיון הכללית, והעונש על הניסיון לבצע יהיה שווה לעונש על העבירה המוגמרת. במקרה כזה העונש על הניסיון לבצע עבירת רצח יעמוד על עד מאסר עולם.⁷⁷

בתחילת המהלך הפרשני יש לסקור אפוא את האפשרויות הפרשניות השונות. למעשה, קיימות שתי אפשרויות עיקריות לפירוש מקומה של עבירת הניסיון הפרטיקולרית. לפי אפשרות אחת, הן הניסיון לרצח בנסיבות מחמירות והן הניסיון לרצח הרגיל – שניהם יחסו בעבירת הניסיון לרצח הפרטיקולרית שבסעיף 305. במקרה כזה העונש המרבי על שתי העבירות יהיה עשרים שנות מאסר, ולמעשה לא יהיה הבדל ביניהן. לפי האפשרות השנייה, עבירת הניסיון לרצח הפרטיקולרית תתייחס רק לעבירת הרצח הרגיל, ואילו עבירת הרצח בנסיבות מחמירות תיוותר יתומה מעבירת ניסיון פרטיקולרית. במקרה כזה העונש על עבירת הניסיון לרצח הרגילה ייקבע לפי ההסדר הפרטיקולרי שבסעיף 305 ויהיה עד עשרים שנות מאסר, ואילו העונש על הניסיון לרצח בנסיבות מחמירות ייקבע לפי דוקטרינת הניסיון הכללית, ויהיה עד מאסר עולם.⁷⁸ לבסוף,

⁷⁴ ראו לעיל ה"ש 70.

⁷⁵ ניסוחה המלא של עבירת הניסיון לרצח שבס' 305 לחוק העונשין:

העושה אחת מאלה, דינו – מאסר עשרים שנים:

(1) מנסה שלא כדין לגרום למותו של אדם;

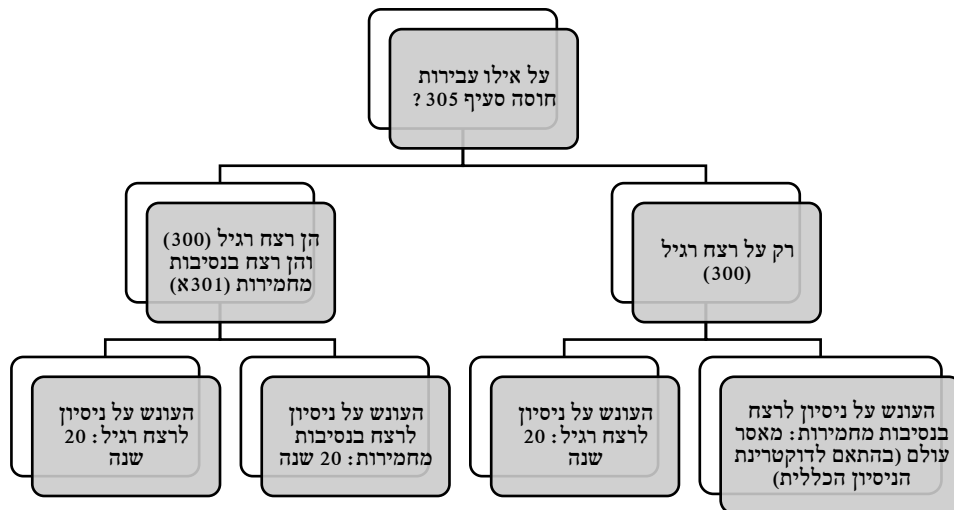
(2) עושה שלא כדין מעשה, או נמנע שלא כדין מעשות מעשה שמחובתו לעשותו, בכוונה לגרום למותו של אדם, והמעשה או המחול עלולים מטבעם לסכן חיי אדם.

⁷⁶ שם.

⁷⁷ משילוב ס' 301 וס' 34 ד; ראו ביין, לעיל ה"ש 21.

⁷⁸ שם; צוין בהקשר זה כי סעיף 41 לחוק העונשין קובע שהעונש על עבירה שעונשה מאסר עולם, כאשר עונש זה לא נקבע כעונש חובה, יהיה עד עשרים שנות מאסר. לכן אפשר היה לסבור כי לדין באשר לאכסניה המתאימה לעבירת הניסיון לרצח אין נפקות מהותית, שכן ממילא עונשה יהיה עשרים שנות מאסר. עם זאת עמדה זו לא ניתן לקבל לאחר תיקון 137, אשר יצר בסעיף 311 לחוק העונשין חריג מפורש להוראות סעיף 41, בקובעו כי במקרה של הרשעה בעבירה לפי הסימן העוסק בעבירות ההמתה, לא יחולו הוראות סעיף 41, ויהיה אפשר לגזור על הנאשם גם מאסר עולם – לעולם (וראו שניאור זלמן פלר 'מאסר' עולם חובה', מאסר 'עולם' ומאסר 'עשרים שנה' "משפט וממשל ב 507 (תשנ"ד)).

למען שלמות התמונה יצוין כי קיימת פרשנות תאורטית נוספת, ולפיה, עבירת הניסיון לרצח תיחשב עבירה עצמאית אשר אינה מהווה דין ספציפי של אף אחת מעבירות הרצח המוגמרות (בדומה לקביעת בית המשפט בהלכת דרעי).⁷⁹ במקרה כזה שתי עבירות הרצח המוגמרות ייוותרו יתומות מעבירת ניסיון פרטיקולרית, ולכן תחול עליהן דוקטרינת הניסיון הכללית, ועונשן יהיה עד מאסר עולם. אפשרות זו נראית לא סבירה בעליל, שכן נראה כי הפרדה כוללת בין עבירת הניסיון הפרטיקולרית לעבירות המוגמרות תהא מלאכותית ותתעלם מלשון העבירה. זאת ועוד, לא ברור מה יהיה הרכבה של עבירת הניסיון לרצח הפרטיקולרית במקרה זה, ובאיזה אופן יהיה הרכב זה שונה מהרכב עבירת הניסיון לרצח הרגיל (סעיף 300) או עבירת הניסיון לרצח בנסיבות מחמירות (סעיף 301א). על כן אפשרות זו נראית לא סבירה ולכן לא תיבחן.⁸⁰ למען הנוחות, מצורף להלן תרשים המתאר את שתי אפשרויות הפרשנות הרלוונטיות:



לעיל הותוותה אפוא המסגרת הדיונית לבחינת עבירת הניסיון לרצח בראי תיקון 137. מסגרת דיונית זו עוסקת בממשק שבין עבירות הרצח החדשות וביחס שביניהן לבין עבירת הניסיון לרצח הפרטיקולרית. כפי שהוצג לעיל, לשון החוק אינה מספקת מענה ברור לסוגיה זו, ולכן יש להידרש

⁷⁹ הלכת דרעי, לעיל ה"ש 12.

⁸⁰ יצוין גם כי קיימת אפשרות תאורטית נוספת, ולפיה דווקא עבירת הניסיון לרצח בנסיבות מחמירות תחסה בעבירת הניסיון הפרטיקולרית, ואילו עבירת הרצח הרגילה תיוותר יתומה מעבירת ניסיון פרטיקולרית, ולכן תחול עליה דוקטרינת הניסיון הכללית. אפשרות זו נראית אבסורדית ותוביל למצב שבו העונש על עבירת ניסיון לרצח "רגיל" הוא מאסר עולם, ואילו העונש על הניסיון לרצח בנסיבות מחמירות הוא עד עשרים שנות מאסר בלבד. לכן גם אפשרות זו לא תיבחן להלן.

לבחינה פרשנית לפי כללי הפרשנות המקובלים בשיטתנו.⁸¹ על כן, להלן תיסקר תחילה התכלית הסובייקטיבית של החוק באמצעות התחקות אחר כוונת המחוקק והאופן שבו ראתה הכנסת את תיקון 137. כפי שיוצג, סוגיית הניסיון לרצח לא נעלמה מעיני הכנסת, והיא ביקשה להסדיר גם אותה, תוך כדי החמרת הענישה על עבירת הניסיון לרצח. עם זאת, התארכות הדיונים ברפורמה ופיזור הכנסת הובילו לפיצול הרפורמה. ייטען כי כוונת המחוקק בענייננו יכולה להתפרש בדרכים סותרות, ולכן אינה נותנת תשובה חד-משמעית לסוגיה. בשלב זה תיסקר התכלית האובייקטיבית של החוק,⁸² וייטען כי גישה המאפשרת הטלה של מאסר עולם על הניסיון לרצח בנסיבות מחמירות (להלן: "הגישה המפרידה") תואמת ביתר שאת את גישת הדין הכללית, את מטרת תיקון 137 וכן את שיקולי הענישה המקובלים בשיטתנו. לעומת זאת ייטען כי גישה המבקשת לקרוא הן את עבירת הרצח הרגילה והן את עבירת הרצח בנסיבות מחמירות לתוך סעיף הניסיון לרצח הפרטיקולרי (להלן: "הגישה המאחדת") סותרת את גישת הדין הכללי, את מטרת תיקון 137, וכן נוגדת את שיקולי הענישה המקובלים. בראי זאת ייטען כי בחינה פרשנית של סוגיית הניסיון לרצח לפי תיקון 137 ראוי שתוביל לאימוץ הגישה המפרידה.

ג. תיקון 137 – כוונת המחוקק

כוונת המחוקק היא אחד משני האדנים שעליהם נשענת הבחינה התכליתית של דבר חקיקה (לצד התכלית האובייקטיבית).⁸³ עם זאת, כפי שיוצג להלן, במהלך הדיונים בכנסת על תיקון 137 הייתה ההתייחסות להשלכות הרפורמה על עבירות ההמתה הנגזרות מוגבלת ביותר, מה שלא מאפשר להגיע למסקנה חד-משמעית באשר לכוונת המחוקק בדבר הפרשנות של עבירת ניסיון הרצח לאחר התיקון. לצד התייחסות חסר זו של הכנסת עצמה זיהו הגורמים המקצועיים אשר עמלו על קידום החקיקה את הצורך להתאים אף את עבירת ניסיון הרצח לדין החדש שלאחר הרפורמה. כך, ועדת קרמניצר, אשר הוקמה לצורך ניסוחה של רפורמה מוצעת בעבירות ההמתה, ואשר המלצותיה היוו במידה רבה את הבסיס לתיקון 137, התייחסה לנושא ברוח הסופי שהגישה:⁸⁴

שאלה שנדונה בהקשר זה היא, האם יש מקום לבטל עבירה זו ולהכפיף את הניסיון לרצח לדיני הניסיון הכלליים... אשר לרמת הענישה, המשמעות של ביטול העבירה המיוחדת היא הטלת עונש מרבי של מאסר עולם על המנסה לרצוח. בצוות התגבשה, לאחר התלבטות, העמדה לפיה, בשל אופיו המיוחד, החמור והחריג של

⁸¹ דנ"פ 10987/07 מדינת ישראל נ' כהן, סג(1) 644 (2009); ע"פ 787/79 מזרחי נ' מדינת ישראל, לה(4) 421 (1980); כן ראו אף בגישתו של השופט שטיין, ע"פ 3583/20 פלוני נ' מדינת ישראל, פס' 36 (נבו 09.11.2020); אהרן ברק פרשנות במשפט – פרשנות החקיקה 84–85 (תשנ"ג) (להלן: ברק פרשנות החקיקה); אהרן ברק "על פרשנותה של הוראה פלילית" מחקרי משפט יז 347, 348–349 (תשס"ב) (להלן: ברק, פרשנות בפלילים); בועז סנג'ור "פרשנות מרחיבה בפלילים?!" עלי משפט ג 165 (תשס"ג) (להלן: סנג'ור "פרשנות מרחיבה"); אליעזר לדרמן "מטרת החיקוק, המטריה הנורמטיבית" והפרשנות בפלילים" הפרקליט לו 159, 160–162 (תשמ"ז).

⁸² ברק, לעיל ה"ש 81, בעמ' 249.

⁸³ שם, בעמ' 211.

⁸⁴ הצוות לבחינת יסודות עבירות ההמתה דין וחשבון 43 (2011) (להלן: דוח ועדת קרמניצר).

עונש מאסר עולם, אין מקום לאפשר את הטלתו כאשר התוצאה הקטלנית לא התרחשה. גם אם מבחינת אשמתו הסובייקטיבית של העושה ישנם מקרים בהם אין הניסיון נבדל מן העבירה המושלמת, מבחינת המשמעות האנטי-חברתית של האירוע בכללותו, יש משמעות מפחיתת חומרה לנתון של אי קיפוחם של חיי אדם. מכאן עלתה השאלה, האם העונש הקיים של עשרים שנות מאסר הולם את המקרים החמורים של ניסיונות לרצח. בגדר מקרים אלה יכולים לבוא מצבים שבהם ניסיון לרצח הסתיים בפגיעה חמורה המזיקה טיפולים רפואיים מתמשכים, או בנכות קשה. סוכם, לאחר דיון, כי בנסיבות אלו ניתן להאשים את המבצע, בנוסף לעבירת הניסיון לרצח, גם בעבירות הנותנות ביטוי לתוצאה, כגון חבלה חמורה או פגיעה, וכי אין מקום לשנות את העונש הקבוע היום בחוק לניסיון לרצח.⁸⁵

בהתבסס על עמדה זו, הצעת החקיקה הממשלתית⁸⁶ ביקשה להותיר את עבירת הניסיון לרצח הפרטיקולרית על כנה תוך כדי תיקונה כדי להבהיר כי הן הניסיון לרצח הרגיל והן הניסיון לרצח בנסיבות מחמירות יחסו בה. כמו כן, ובניגוד לעמדת הוועדה, הצעת החקיקה הממשלתית ביקשה להחמיר את העונש על עבירת הניסיון לרצח לעד שלושים שנות מאסר (שזה העונש המספרי הגדול ביותר שיכול בית משפט לגזור על אדם, אם לא בחר לגזור עליו עונש מאסר עולם לא תחום).⁸⁷ ההצדקה להחמרת ענישה זו הובהרה בדברי ההסבר להצעת החוק, בטענה כי העונש הקיים כיום אינו הולם את הוראות החלק הכללי של חוק העונשין (אשר משוות את העונש על הניסיון לעונש על העבירה המוגמרת), ואינו משקף סלידה מספקת מן העבירה:

אשר לעונש, לפי הדין הקיים העונש בצד עבירת הניסיון לרצח הוא מאסר עשרים שנים. עונש זה אינו עולה בקנה אחד עם הוראות הקבועות בחלק הכללי של חוק העונשין. לפי סעיף 34 לחוק, כל דין החל על הביצוע העיקרי של העבירה יחול גם על ניסיון לעבור אותה, מלבד אם נאמר בחיקוק או משתמע ממנו אחרת. כמו כן, לפי סעיף 27 לחוק, הוראה שבה נקבע לעבירה עונש חובה או עונש מזערי לא תחול על ניסיון לעבור אותה. כלומר, לפי החלק הכללי של חוק העונשין, ולולא הוראת סעיף 305 לחוק, העונש על ניסיון לרצח היה מאסר עולם כעונש מרבי. בסעיף 305 כנוסחו המוצע, מוצע לקבוע בצד העבירות של ניסיון לרצח וניסיון לרצח בנסיבות מחמירות, עונש של שלושים שנות מאסר, התואם את העונש המרבי הקצוב בשנים לעבירת הרצח, לפי סעיף 311 לחוק כנוסחו המוצע בסעיף 15 להצעת החוק. אמנם, העובדה שלא קופחו חיי אדם מפחיתה מחומרת העבירה, ואולם מבחינת אשמתו הסובייקטיבית של העושה יש מקרים שבהם הניסיון, ותוצאותיו, קרובים מאוד לעבירה המושלמת. כך הדבר למשל, במקרה שבו

⁸⁵ שם.

⁸⁶ הצעת החקיקה הממשלתית נוסחה בשנת 2012 במשרד המשפטים בהתבסס על ממצאי דוח ועדת קרמניצר, וברובה תואמת את המלצותיו. ראו תזכיר חוק העונשין (תיקון מס' ...) (עבירות המתה ורשלנות), התשע"ב-2012.

⁸⁷ ס' 311 לחוק העונשין.

הניסיון לרצח לווה בגרימת נכות קשה לקרבן. לפיכך, אין בעונש של עשרים שנות מאסר כדי לתת ביטוי מתאים לחומרת העבירה.

יצוין כי צוות קרמניצר לא המליץ להחמיר את העונש הקבוע היום בסעיף 305 לחוק בצד הניסיון לרצח. עם זאת החמרת הענישה כמוצע תואמת את מדרג הענישה בשאר העבירות הנגזרות מרצח, כפי שהציע הצוות.⁸⁸ לפיכך הוצע לנסח את עבירת הניסיון לרצח כך:

305. המנסה לעבור עבירה לפי סעיפים 300 או 301א, דינו – מאסר שלוש שנים.

ודוק, אף שוועדת קרמניצר והצעת החוק הממשלתית חלקו על שאלת החמרת העונש על עבירת הניסיון לרצח, הייתה תמימות דעים באשר לצורך לתקן את סעיף 305 כדי שיטמון בחובו את הניסיון לבצע את עבירות הרצח המוגמרות. במובן זה, הגורמים המקצועיים שעמלו על הרפורמה זיהו את האנומליה שעלולה להיווצר במצב שבו קיימת עבירת ניסיון פרטיקולרית אחת ולצידה שתי עבירות מוגמרות, ולכן ביקשו להבהיר כי שתי העבירות המוגמרות יחסו בעבירת הניסיון הפרטיקולרית.⁸⁹

את העמדה הזאת של הגורמים המקצועיים ניתן לזהות אף מהתייחסות הצעת החוק הממשלתית לעבירה נגזרת אחרת – עבירת השידול לרצח. עיון בניתוח הגורמים המקצועיים את עבירת השידול לרצח מלמד כי אלה היו מודעים לצורך ביצירת עבירות פרטיקולריות כדי למנוע את החלתן של דוקטרינות העבירות הנגזרות הכלליות על סעיפי הרפורמה. כך, בהצעת החוק הוצע ליצור עבירת שידול פרטיקולרית שהעונש בצידה יהיה עד מאסר עולם,⁹⁰ כדי למנוע מצב שבו העונש על שידול לרצח בנסיבות מחמירות יוביל להשתת עונש מאסר עולם כעונש חובה:⁹¹

על פי הצעת חוק זו, העונש שייקבע בצד עבירת הרצח (לפי סעיף 300א) לחוק (כתיקונו המוצע בסעיף 4 להצעה זו) יהיה מאסר עולם כעונש מרבי, ועל כן העונש על שידול לרצח יהיה זהה. עונש מאסר עולם כעונש מרבי מאפשר לבית המשפט לתת ביטוי הולם לחומרת המעשה ולהתחשב, במקרים המתאימים, בפער בין המבצע בפועל ובין המשדל. עם זאת, מאחר שהעונש בצד העבירה של רצח בנסיבות מחמירות הוא עונש מאסר עולם חובה, בלא קביעת עבירה מיוחדת לעניין שידול, העונש על שידול לבצע רצח בנסיבות מחמירות יהיה מאסר עולם חובה. לפיכך, מוצע לקבוע עבירה מיוחדת של שידול לרצח בנסיבות מחמירות, שהעונש בצדה יעמוד על מאסר עולם כעונש מרבי, דבר המאפשר כאמור גמישות והתאמת הענישה למקרי שידול הנבדלים זה מזה בחומרתם.⁹²

⁸⁸ דברי ההסבר לתיקון 137 בנוגע לסעיף 301א(א) (הצעת חוק העונשין (תיקון מס' 124) (עבירות המתה), התשע"ו – 2015, ה"ח 166, 170) (להלן: דברי ההסבר לחוק).

⁸⁹ שם.

⁹⁰ שם, בס' 11 להצעת החוק.

⁹¹ יצוין כי עובר לרפורמה העונש על שידול לרצח היה עונש מאסר עולם חובה. בית המשפט העליון הביע ביקורת על הסדר זה, והצעת החוק ניסתה להתאים את הדין החדש לעמדת בית המשפט שלפיה לא ראוי כי העונש על שידול לרצח יהיה מאסר עולם חובה. ראו ע"פ 7894/03 ג'אבר נ' מדינת ישראל, פס"ד (נבו) 18.02.2008.

⁹² דברי ההסבר, לעיל ה"ש 88, בעמ' 180.

לפיכך עבירת "השידול לרצח בנסיבות מחמירות" נוסחה כך :

א.305. המשדל אדם לבצע עבירה לפי סעיף 301א, דינו – מאסר עולם.

עולה אפוא כי הצעת החוק הממשלתית הייתה מודעת לכך שהותרת עבירת הרצח בנסיבות מחמירות מבלי יצירת עבירות פרטיקולרית תוביל לכך שהעבירות הנגזרות שלה – ובהן שידול וניסיון – ייקבעו לפי הדוקטרינות הכלליות של חוק העונשין. לכן במקומות שבהם הצעת החוק ביקשה לסטות מדוקטרינה כללית זו, הוצע לשנות את הדין במפורש. זאת ועוד, אשר לעבירות הנגזרות, שהצעת החוק ביקשה לא להחיל עליהן הסדר ספציפי, הבהירה הצעת החוק כי מבחינתה עבירות נגזרות אלה ייקבעו לפי החלק הכללי של חוק העונשין: "יצוין כי בעבירות ההמתה האחרות, לא מוצע לקבוע הסדר מיוחד לניסיון, סיוע וניסיון לשידול, ויחול ההסדר לפי החלק הכללי של חוק העונשין".⁹³

מהאמור עולה כי הן ועדת קרמניצר והן הגורמים המקצועיים במשרד המשפטים שניסחו את הצעת החוק הממשלתית היו מודעים לקושי שעלול להיווצר מאי-יצירתן של עבירות נגזרות פרטיקולריות לעבירות ההמתה המוגמרות שנחקקו במסגרת הרפורמה. הצעת החוק הבהירה כי במקרה שלא ייקבע שהעבירות הנגזרות הספציפיות חלות על כלל העבירות המוגמרות, הרי שאז נידרש להחיל את דוקטרינת הניסיון הכללית.⁹⁴ לכן במקומות שבהם המחוקק ביקש לסטות מן הדוקטרינה הכללית, הוא הציע לעשות זאת במפורש. עם זאת, כזכור, תיקון 137 במתכונתו הנוכחית איננו כולל כל התייחסות לעבירות נגזרות. ומנגד, כעולה מהאמור לעיל, נראה שהצעת החוק המקורית הייתה מודעת בהחלט לצורך לשנות ולהתאים את העבירות הנגזרות לדין החדש. מה השתבש אפוא בדרך? היו בחירות.

את הצוות לבחינת עבירות ההמתה מינה שר המשפטים דאז דניאל פרידמן בשנת 2007. את מסגרותיו הגיש הצוות בשנת 2011.⁹⁵ לאחר עבודת מטה נוספת במשרד המשפטים הונחה ההצעה על שולחן הכנסת לקריאה ראשונה בשנת 2015.⁹⁶ מאותה העת קיימה ועדת החוקה, חוק ומשפט לכנסת ה-20 עשרות ישיבות בנושא ושמעה מומחים משפטיים, גורמים ממשלתיים וכן את דעתם של ארגוני החברה האזרחית.⁹⁷ לקראת תום כהונת הכנסת ה-20 הבינו חברי הוועדה כי לא יספיקו לדון בכלל היבטי הרפורמה לפני תום מושב הכנסת, ולכן העדיפו להעביר את חלקי ההצעה שעליה הסכימו – אשר עסקו בעבירות ההמתה המוגמרות – ולהותיר את העברת שאר רכיבי הרפורמה למושב הבא של הכנסת.⁹⁸ מבלי שחברי הכנסת דנו בהצעות להתאמת עבירות ההמתה הנגזרות לרפורמה. יודגש כי גם במהלך הדיונים בפיצול ההצעה היה ברור לחברי הוועדה כי

⁹³ ש.ם.

⁹⁴ ש.ם.

⁹⁵ דוח ועדת קרמניצר, לעיל ה"ש 84, בעמ' 1-2.

⁹⁶ דברי ההסבר, לעיל ה"ש 88, בעמ' 165.

⁹⁷ ראו בין היתר: רותי אלדר ולרה צילמן נייר עמדה של ארגון משפחות נרצחים ונרצחות לדיון בהצעת חוק העונשין (תיקון מס' 124) (עבירות המתה), התשע"ו-2015 (2016).

⁹⁸ ישיבה 395 של הכנסת ה-20 (31.12.2018); פרוטוקול 747 של ועדת החוקה, חוק ומשפט לכנסת ה-20 (26.12.2018).

תידרש עבודה נוספת לאחר הבחירות לצורך בחינת העבירות הנגזרות.⁹⁹ ואולם, לאחר הבחירות ועם השבעת הכנסת ה-21 החל בישראל משבר פוליטי חסר תקדים,¹⁰⁰ ולאחר מכן משבר בריאותי חסר תקדים,¹⁰¹ ולאחר מכן משבר משפטי-חוקתי חסר תקדים,¹⁰² ולאחר מכן משבר ביטחוני חסר תקדים.¹⁰³ כל אלה הובילו לזניחת נושא הרפורמה בעבירות ההמתה ולמעבר לעיסוק בעניינים אחרים, וחלקה הלא גמור של הרפורמה נזנח.

בבחינת הסקירה שלעיל עולה כי הצעת החוק הממשלתית והגורמים המקצועיים שהיו אמונים על קידום התיקון היו מודעים לקשיים שהיו עלולים להיווצר מאי-התייחסות לעבירות הנגזרות במסגרת הרפורמה. כך, הצעת החוק הממשלתית ביקשה לתקן במפורש את סעיף 305 כדי להבהיר כי יתייחס הן לעבירת הרצח הרגילה והן לעבירת הרצח בנסיבות מחמירות, כאשר העונש בגינה יוחמר ויהיה עד שלושים שנות מאסר. במהלך דיונים בוועדת החוקה, חוק ומשפט הבהירה נציגת

⁹⁹ ראו למשל את דבריה של נציגת מחלקת ייעוץ וחקיקה, לילך וגנר, במהלך הדיון על הפיצול של הצעת החוק, כאשר נשאלה אילו דברים נוספים נדרש לעשות בקשר לעבירות הנגזרות (פרוטוקול 747 של ועדת החוקה, חוק ומשפט לכנסת ה-20, עמ' 46 (26.12.2018)): "לגבי הנושא של הנגזרות: אנחנו לא טיפלנו בהם במסגרת הפיצול או המצב יהיה כזה: ניסיון לרצח יש עבירה נפרדת שעונשה 20 שנה למרות שהצעת החוק הממשלתית רצתה להחמיר את הענישה ואנחנו עדיין חושבים שצריך להחמיר. נעשה את זה בכנסת הבאה. לגבי השידול, זו בעיה מאוד מרכזית, כי העונש על שידול הוא כמו העונש על המבצע העיקרי. זאת אומרת, אם זה שידול לרצח בנסיבות מחמירות אזי זה מאסר עולם חובה. אנחנו חושבים, בעקבות ביקורת של בית המשפט העליון, שזה לא ראוי שיהיה מאסר עולם חובה על עבירת השידול. בכל זאת המשדל הוא פחות מבחינת הקרבה שלו לביצוע מאשר המבצע העיקרי. אנחנו הצענו שזה לא יהיה חובה. כרגע המצב יהיה שזה יהיה חובה אבל אני מזכירה שעדיין קיים פתח המילוט. זאת אומרת שגם אחרי שיעבור הפיצול והעונש יהיה מאסר עולם חובה, אם בית המשפט יחשוב שזה נכנס לפתח המילוט אזי הוא יוכל לצאת מזה. לגבי סיוע – זה נשאר 20 שנה ושוב, אנחנו נדון בנושא של הנגזרות..."

כן ראו גם את דבריה בדיון אחר (פרוטוקול 703 של ועדת החוקה, חוק ומשפט לכנסת ה-20, עמ' 17 (13.11.2018)): "אני רק אומר לעניין הפיצול, לגבי מה שאנחנו קוראים לו הנגזרות. סיוע, ניסיון ושידול הם נושאים חשובים ביותר. מכל התיקונים הנוספים זה הנושא שמבחינתנו קשור קשר הדוק יותר ליתר הרפורמה. גם אם הוועדה תחליט לפצל, אנחנו נרצה להגיד כמה מילים על הנגזרות, כדי להסביר מה יהיה המצב ככל שלא נוגעים בנגזרות כפי שמוצע בהצעת החוק הממשלתית אלא משאירים את המצב על כנו, ומה מבחינתנו המצב הרצוי שיחייב תיקון עתידי בהקשר הזה." רבקה ווייל "על 'השילוש הקדוש': על ראש ממשלה, ממלא מקום ראש ממשלה ו'ראש ממשלה חלופי' הנאשמים בפלילים" **ICON-S-IL Blog** (5.5.2020); יוחנן פלסנר ויובל שני **שיקום האמון בפוליטיקה, חיוק האדנים החוקתיים: רפורמה חוקתית לישראל** (המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2021).

¹⁰⁰ יובל שני, עודד רון ונדיב מרדכי "האתגרים החוקתיים" **נגיף הקורונה: התמודדות עם משבר עולמי** (המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2020); רמי אמיר "משבר הקורונה: חקיקת חירום, זכות ההפגנה והביקורת השיפוטית" **75 שנות עצמאות במשפט** 653 (דפנה ברק-ארז עורכת, 2023).

¹⁰¹ אלעד גיל "ככה נראה משבר חוקתי: על בג"ץ דרעי, רפורמת לוי, והאקדח שהונח על השולחן" **ICON-S-IL Blog** (6.1.2023); רבקה ווייל "מלחמה על הבית: יחסי הגומלין בין הפרדת הרשויות לכוחה של הרשות השופטת" **ICON-S-IL Blog** (13.1.2023).

¹⁰² Noam Kozlov, *How the War in Gaza May Upend Israel's Constitutional Limbo*, VERBLOG (09.11.2023), <https://tinyurl.com/3jfhbyv8>; יוחאי רוזנר ואור קטאש "טריגר שינוי במבוי סתום פוליטי" **ICON-S-IL Blog** (1.12.2023).

משרד המשפטים את הצורך להתאים את העבירות הנגזרות לדין החדש.¹⁰⁴ אף ועדת קרמניצר, אשר סברה כי יש להותיר את העונש על הניסיון לרצח על כנו, ביקשה לתקן את סעיף 305 כדי להבהיר שיחסו בו הן עבירת הרצח והן עבירת הרצח בנסיבות מחמירות.¹⁰⁵

לצד התייחסות זו של הגורמים המקצועיים עולה כי במהלך הדיונים לא הביעו חברי הכנסת עמדה נחרצת לכאן ולכאן. אומנם כפי שהוצג לעיל, הצעת החוק הממשלתית שטחה את הצורך לעדכן את העבירות הנגזרות לצד העבירות המוגמרות, אולם סקירת כלל פרוטוקולי הוועדה לא העלתה התייחסות של ממש לכאן ולכאן בהקשר זה, והוועדה לא קיימה דיון מהותי בסוגיה בשום שלב.¹⁰⁶ בדומה לזה, אף שבעת פיצול ההצעה הדגישה מחלקת ייעוץ וחקיקה במשרד המשפטים את הצורך לבצע שינויים אף בעבירות הנגזרות, חברי הכנסת לא הביעו תמיכה או התנגדות לשינויים אלה. נראה כי ניתן לפרש שתיקה זו של המחוקק בשתי דרכים: מחד, ניתן לומר כי העובדה שעמדה זו של הממשלה הוצגה בכמה הזדמנויות בלא התנגדות או התייחסות מצד חברי הכנסת יכולה להעיד על הסכמתם שבשתיקה לשינויים אלה, ומאידך ייתכן שהיעדר תמיכתם המפורשת של חברי הכנסת בשינויים נוספים אלה, לצד העברת החוק בלא שינויים, תומכים דווקא במסקנה כי המחוקק לא התכוון לשנות את הדין בנוגע לעבירות הנגזרות. ספק אם ניתן לגזור מסקנה נחרצת לכאן ולכאן. אכן, נראה כי המחוקק נמנע מלהביע עמדה מפורשת באשר לפרשנות הראויה של עבירת הניסיון לרצח (וכן של שאר העבירות הנגזרות) לאחר התיקון. על כן עולה שהפרשנות הסובייקטיבית של החוק, כפי שזו עולה מהליך החקיקה, מדברי ההסבר לחוק ומהמלצות ועדת קרמניצר, אינה מובילה למסקנה נחרצת בנוגע לפרשנות המתאימה של התיקון. בהקשר זה רצוי להתמודד עם העובדה כי ועדת קרמניצר וכן הצעת החוק הממשלתית ביקשו לאחד את עבירת ניסיון הרצח הרגילה עם עבירת ניסיון הרצח שבוצעה בנסיבות מחמירות תוך כדי דחיית האפשרות להשית עונש מאסר עולם על הניסיון לרצח.¹⁰⁷ ראשית, נראה כאמור כי

¹⁰⁴ ראו לעיל ה"ש 99.

¹⁰⁵ ראו לעיל ה"ש 88 והטקסט הנלווה לה.

¹⁰⁶ ראו בהקשר זה התייחסות ספורדית יחידה של חבר הכנסת אורן חזן, אשר ביקש להשתמש בניסיונו מתחום חיי הלילה (פרוטוקול 703 של ועדת החוקה, חוק ומשפט לכנסת ה-20, בעמ' 32 (13.11.2018)). התייחסות זו לא זכתה לתגובת נרחבת של שאר חברי הכנסת, והדיון המשיך לסוגיות אחרות שעמדו על הפרק: "אני בא מעולם חיי הלילה. כמו עיני ראיתי אנשים הכי שלוים בעולם, סופר נורמטיביים, דוקטורים, שבערב אחד, בגלל הקנטה של החברה או מילה לא במקום, שברו בקבוק בירה ודקרו בן אדם. בשנייה אחת. איך תוכלי לעשות את ההפרדה אם אותה דקירה שהובילה בסוף למוות - - בסוף יש גם את ההגדרה של הניסיון. בסוף אם זה לא נגמר במוות, אז יש ניסיון להריגה, ניסיון לרצח."

יצוין כי באחת מן הישיבות הביע נציג הפורום הפלילי של לשכת עורכי הדין את התנגדותו הכללית להחמרה בענישה שהרפורמה הציעה, ובין היתר התייחס לניסיון לרצח. אולם עמדתו לא זכתה להתייחסות משמעותית מצד המשתתפים בישיבה, ובשום שלב לא נערך דיון מהותי בסוגיית החמרת העונש (פרוטוקול ישיבה מס' 239 לכנסת ה-20, עמ' 22 (19.7.2016)).

¹⁰⁷ דוח ועדת קרמניצר, לעיל ה"ש 84, בעמ' 43; דברי ההסבר לחוק, לעיל ה"ש 88, בעמ' 179. ועדת קרמניצר דחתה את ההצעה במפורש, ולעומתה דברי ההסבר לחוק אימצו גישה שונה, וממילא לא צידדו בהשוואת העונש המרבי על עבירת הניסיון לרצח לעונש על עבירת הרצח המוגמרת.

ההשלכות של עובדה זו על תכליתה הסובייקטיבית של החקיקה הן מוגבלות, שהרי המחוקק עצמו לא הכריע בסוגיית העונש הראוי שיש לגזור בגין עבירות ההמתה הנגזרות. במובן זה, בעת הירדות לבחינת התכלית הסובייקטיבית, המשקל שניתן לייחס לעמדת הגורמים המקצועיים שעמדו מאחורי ועדת קרמניצר והצעת החוק הוא מוגבל, להבדיל מעמדתם של חברי הכנסת עצמם, שכאמור לא הובעה בבירור.¹⁰⁸ במובן זה עולה ספק מסוים אם היעדר תיקון החוק בפועל, למרות קיומה של הצעה קונקרטית לשינוי עבירת הניסיון לרצח, אינו יכול ללמד דווקא על הסתייגות מתוכן ההצעה.¹⁰⁹

גם לגופם של דברים לא ביקשה הצעת החוק הממשלתית להותיר את העונש על הניסיון לרצח כשהיה אלא לקובעו לשלושים שנות מאסר.¹¹⁰ ואולם, בהיעדר שינוי מפורש של עבירת הניסיון לרצח, אי אפשר לפרש את החוק החדש פירוש התואם את תוכן ההצעה – כמוצג לעיל, הן הגישה המפרידה והן הגישה המאחדת, שהן הפרשנויות האפשריות של החוק לאחר התיקון, אינן מתיישבות עם הגישה שהובעה בהצעת החוק. לפני הגישה המאחדת העונש על הניסיון לרצח נותר עשרים שנות מאסר, פחות מהעונש שהוצע בהצעת החוק. לפי הגישה המפרידה, העונש על ניסיון לרצח בנסיבות מחמירות הוא מאסר עולם, והוא חמור מהעונש שהוצע בהצעת החוק. משכך, כל קריאה פרשנית של לשון החוק לאחר התיקון סוטה במידה מסוימת מהמוצע בהצעת החוק. לפיכך אף אם תתקבל העמדה כי תוכן הצעת החוק יכול להיות אינדיקציה לכוונה הסובייקטיבית של המחוקק, כוונה סובייקטיבית זו – שלפיה העונש יהיה עד 30 שנות מאסר – אינה מתיישבת באופן מוחלט עם העונש המוצע לפי אף אחת מהפרשנויות הסבירות של לשון החוק לאחר התיקון – הן הגישה המאחדת והן הגישה המפרידה.¹¹¹

לסיכום, עולה כי הן לשון החוק והן תכליתו הסובייקטיבית אין בהן תשובה ברורה לסוגיה שלפנינו. כך, אומנם לשון החוק אינה מציינת במפורש כי שתי עבירות הרצח יחסו בה, אך היא גם אינה שוללת אפשרות זו במפורש. בדומה לזה, אף שהמחוקק תכנן לאחד את שתי עבירות הרצח תחת עבירת הניסיון הפרטיקולרית, הוא גם זיהה כי עבירת ניסיון הרצח דורשת תיקון תחיקתי כדי להוביל למסקנה פרשנית זו. זאת ועוד, המחוקק התכוון לאחד את שתי העבירות תחת

¹⁰⁸ ברק פרשנות החקיקה, לעיל ה"ש 81 בעמ' 211–213. ברק מדגיש כי מקור התכלית הסובייקטיבית נמצא בדברי חברי הגוף המחוקק (על אף הקושי בהתחקות אחר תכלית אחת כזו, ראו שם, בעמ' 238).

¹⁰⁹ אומנם בהיעדר התייחסות פוזיטיבית מצד המחוקקים לתוכן הצעת החוק בשינוי עבירת הניסיון לרצח, עולה קושי ללמוד על עמדתם בנוגע להצעה זו. ועדיין נראה כי לכל הפחות, לא ניתן ללמוד מהליך החקיקה כי חברי הכנסת תמכו דווקא בחלק זה של הצעת החוק.

¹¹⁰ לעיל ה"ש 88 והטקסט הנלווה לה.

¹¹¹ במאמר מוסגר יצוין כי בסעיף 311 לחוק העונשין נקבע כי בעבירות שעונשן המרבי הוא מאסר עולם, בית המשפט יוכל להשית על הנאשם עונש המוגדר במספר השנים – עד שלושים שנות מאסר במקרים שבהם החליט לא להטיל עליו מאסר עולם. על פי זה נראה כי אף לפי הצעת הגורמים המקצועיים, העונש המרבי הראוי על עבירת הניסיון לרצח יהיה זהה לעונש המרבי המוגדר במספר השנים שיכול בית המשפט להשית על נאשם חלף מאסר עולם. אומנם עמדה זו עדיין מבקשת להקל עם הנאשם לעומת העמדה המאפשרת הטלת מאסר עולם על הניסיון לרצח, ובכל זאת נראה כי ההבדל ביניהן הוא מוגבל.

סעיף הניסיון הפרטיקולרי, אך הוא גם תכנן להעלות את רף הענישה על עבירת הניסיון הפרטיקולרית כדי שיהיה אפשר להטיל בגינה את העונש בן מספר השנים הגדול ביותר הקיים בחוק העונשין.¹¹² בנסיבות אלה אכן יש אינדיקציות מסוימות לכוונתה של הצעת החוק המקורית למנוע מצב שבו העונש על הניסיון לרצח יעמוד על מאסר עולם. כוונה זו נתמכת גם בעמדה שהביעה ועדת קרמניצר. אולם מאחר שחלק זה של הצעת החוק לא מצא, בסופו של דבר, את מקומו בלשון החוק, להיבט זה של כוונת המחוקק אפשר לתת משקל מסויג בלבד, וודאי שלא מכריע. על כן נותר לפנות לבחינה נורמטיבית של עבירת ניסיון הרצח בראי הרפורמה בעבירות ההמתה.

ד. עבירת הניסיון לרצח בדין הישראלי – בחינה נורמטיבית

עיון בתכלית הסובייקטיבית של תיקון 137 אינו מוביל למסקנה חד-משמעית בכל הנוגע לפרשנות הראויה של עבירת הניסיון לרצח לאחר התיקון.¹¹³ כך, הן הפרשנות הרואה בעבירת הניסיון לרצח בנסיבות מחמירות עבירה נפרדת מעבירת הניסיון לרצח הסטטוטורית והן פרשנות הקוראת את הניסיון לרצח בנסיבות מחמירות כחלופה הכלולה בעבירת הניסיון לרצח הסטטוטורית – שתיהן פרשנויות אפשריות העולות מהטקסט התחיקתי וכן מהמקורות המלמדים על תכליתו הסובייקטיבית של התיקון.¹¹⁴ לפיכך ההכרעה בין שתי גישות פרשניות אלה דורשת מטבעה קביעה נורמטיבית באשר למעמדה הראוי של עבירת הניסיון לרצח בדין הישראלי.¹¹⁵ כבדרך מסורת, הדיון בדין הישראלי בעונש על עבירת הניסיון לרצח היה שיקוף של הדיון הכללי בנוגע למזל מוסרי במשפט בכלל ולמזל מוסרי בנוגע לענישת עבירות הניסיון בפרט.¹¹⁶ דיון זה ייסקר להלן. אולם לאחר מכן אטען כי דיון מסורתי זה לא התייחס בהכרח לייחודה של עבירת הניסיון לרצח. כך, אראה כי בדין הישראלי שלאחר תיקון 137 קיימים היבטים שמבחינתם עבירת הניסיון לרצח היא חמורה מעבירת הרצח המוגמרת, ומכאן שהקשיים המתעוררים בענישת הניסיון במידה השווה לעבירה המוגמרת אינם בהכרח מתורגמים לעניינה של עבירת הניסיון לרצח בדין החדש.

¹¹² שם; לעיל ה"ש 88, והטקסט הנלווה לה.

¹¹³ לעיל ה"ש 106 והטקסט הנלווה לה.

¹¹⁴ שם.

¹¹⁵ לעיל ה"ש 81 והטקסט הנלווה. להרחבה על גישת הפרשנות הנהוגה במשפט הפלילי הישראלי, ראו להלן בפרק ה.

¹¹⁶ דוגמה בולטת לכך ניתן לראות בדוח ועדת קרמניצר, לעיל ה"ש 306, שבו נידונה ונשללה האפשרות להחיל על עבירת הניסיון לרצח את הדין הכללי (שם, בעמ' 43). לצורך ביסוס החלטה זו הפנתה הוועדה לדיון הכללי בסוגיית המזל המוסרי ("בצוות התגבשה, לאחר התלבטות, העמדה לפיה, בשל אופיו המיוחד, החמור והחריג של עונש מאסר עולם, אין מקום לאפשר את הטלתו כאשר התוצאה הקטלנית לא התרחשה. גם אם מבחינת אשמתו הסובייקטיבית של העושה ישנם מקרים בהם אין הניסיון נבדל מן העבירה המושלמת, מבחינת המשמעות האנטי-חברתית של האירוע בכללותו, יש משמעות מפחיתת חומרה לנתון של אי קיפוחם של חיי אדם"). להבחנה בין סוגיית המזל המוסרי הפילוסופית לתחולתה על השיח המשפטי, ראו Enoch, *Moral Luck and the Law*, להלן ה"ש 141. ע"פ 4876/15 פלוני נ' מדינת ישראל, בפס" 30 (נבו 03.12.2015).

על כן אציע כי בחינה נורמטיבית של עבירת הניסיון לרצח מובילה להעדפת הכרה בעבירת הניסיון לרצח בנסיבות מחמירות ובהחלה של העונש המרבי של מאסר עולם על העבירה.¹¹⁷

1. מזל מוסרי ועבירת הניסיון

גישה הקובעת את העונש על הניסיון בגובה הרף של העונש על העבירה המוגמרת תואמת את גישת הדין הכללי כפי שזו נקבעה בתיקון 39,¹¹⁸ ובכך תורמת להגברת ההרמוניה בדין. עובר לתיקון 39 קבע חוק העונשין כי העונש על הניסיון לבצע עבירה היה מחצית העונש על העבירה המוגמרת.¹¹⁹ גישה זו ביטאה בבירור הפנמה של מזל מוסרי¹²⁰ באמצעות הטלת עונש מופחת על מי שניסה לבצע עבירה ולא הצליח.¹²¹ תיקון 39 במתכונתו המקורית ביקש להותיר כלל זה על כנו. עם זאת ביקורת מלומדים הובילה לשינוי ההצעה,¹²² ותיקון 39 קבע בסופו של יום כי העונש

¹¹⁷ קרי, העדפת האפשרות המפרידה על פני האפשרות המאחדת.

¹¹⁸ רבין וואקי, לעיל ה"ש 62, בעמ' 556.

¹¹⁹ ס' 32(4) לחוק העונשין, התשל"ז-1977, ס"ח 864; ביין, לעיל ה"ש 21, בעמ' 301; רבין וואקי, לעיל ה"ש 62, בעמ' 569.

¹²⁰ גישה המקבלת מזל מוסרי גורסת כי ייתכן שהשיפוט המוסרי של אדם יתבסס על היבטים שאינם נתונים בשליטתו. כך למשל אם שני אנשים ירו בקורבן כדי לרצוח אותו, ויד הגורל הייתה שרק אחד מהם הצליח, אזי קיים מובן שבו הרוצח שהצליח יהיה אחראי/אשם יותר מהמנסה-שנכשל אף שהפער ביניהם לא היה נתון לשליטתם.

¹²¹ להרחבה על סוגיית המזל המוסרי, שעניינה חורג מהיקף רשימה זו, ראו לעיל סטטמן, לעיל ה"ש 55, בעמ' 23-24; הלכת פלוני, לעיל ה"ש 25, בפס' 72; ע"פ 4876/15 פלוני נ' מדינת ישראל, פס' 30 (נבו 03.12.2015); מרדכי קרמניצר "סוגיות בדין הניסיון הפלילי מנקודת-ראות השוואתית" **עיוני משפט** יב(2) 393 (1987) (להלן: קרמניצר "סוגיות בדין הניסיון"); אהרן קירשנבאום "ניסיון פלילי והמזל המוסרי (Moral Luck) במקורות היהדות" **מחקרי משפט** כ 97 (תשס"ג); Russell Christopher, *Does Attempted Murder Deserve Greater Punishment than Murder - Moral Luck and the Duty to Prevent Harm*, 18 NOTRE DAME J.L. ETHICS & PUB. POL'Y 419 (2004); David Lewis, *The Punishments That Leave Something to Chance*, 18(1) Philosophy & Public Affairs 53 (1989); Stephen J. Schulhofer, *Harm and Punishment: A Critique of Emphasis on the Results of Conduct in the Criminal Law*, 122 U. PA. L. REV. 1497 (1974); Joel Feinberg, *Equal Punishment for Failed Attempts: Some Bad but Instructive Arguments Against It*, 37 ARIZ. L. REV. 117 (1995); Martin Sand, *A Defense of the Control Principle*, 49 PHILOSOPHIA 765 (2021); Bernard Williams, MORAL LUCK (1981); Thomas Nagel, Moral luck, *Mortal Questions* 202 (1979) (להלן: ניגל); Thomas Schmidt, *How to Understand the Moral Luck Problem*, CAUSATION AND RESPONSIBILITY: CRITICAL ESSAYS 299 (2013); Markus Kneer and Edouard Machery, *No Luck for Moral Luck*, 182 COGNITION 311 (2019); Steven D. Hales, *A Problem for Moral Luck*, 172 PHIL. STUD. 2385 (2015); Mark B. Anderson, *Moral Luck as Moral Lack of Control*, 57(1) SOUTHERN J. PHIL. 5 (2019); Michael Zimmerman, *Moral Luck Reexamined*, AGENCY AND RESPONSIBILITY 136 (2015); Henna Nathan, *Moral Luck Defended*, 48(4) WILEY 683, 685 (2014) (להלן: נייתן).

¹²² ביין, לעיל ה"ש 21, בעמ' 302.

המרבי על עבירת הניסיון יהיה זהה לעונש המרבי על העבירה המוגמרת.¹²³ על כן תיקון 39 קבע כעניין עקרוני כי דין הניסיון כדין העבירה המוגמרת, והחלת גישה זו גם על דיני ההמתה תתרום ליצירת הרמוניה בדין.

ואולם, מלומדים ציינו שתיקון 39 לא הסיר לחלוטין את מקומו של המזל המוסרי בשיטה.¹²⁴ כך למשל תיקון 39 קובע כי במקרים שבהם העונש על העבירה המוגמרת הוא עונש חובה, עונש החובה יהפוך לעונש המרבי במקרה של עבירת הניסיון, כאשר בית המשפט יוכל לבחור להטיל עונש מופחת.¹²⁵ ניתן לסבור כי היבט זה של הדין הוא בגדר סטייה מהקביעה הערכית הכללית שלפיה העונש על הניסיון זהה לעונש על העבירה המוגמרת.¹²⁶ ניתן אף להרחיק ולטעון כי למעשה חריג זה מצביע על "היעדר מחויבות" של הדין לעקרון השליטה¹²⁷ באופן מוחלט, שכן הדין נמנע מלקבל את עקרון השליטה במקרי הקצה, ובוחר לצדד בהם בגישה מרוככת יותר המותירה את קביעת העונש לשיקול בית המשפט, ובכך למעשה יוצרת עונש הפחות בחומרתו מן העונש על העבירה המוגמרת.¹²⁸ ברם קריאה אחרת של היבט זה של הדין דווקא תואמת את גישת הדין הכללית, המבקשת להבחין בין ניסיון מושלם לבין ניסיון לא מושלם.¹²⁹ כך, ביצוע העבירה המוגמרת כולל קריטריונים אחידים אשר כל מי שביצע את העבירה צריך לעמוד בהם, אך המנעד במסגרת הניסיון עשוי להיות רחב יותר. כדי להרשיע בעבירת הניסיון נדרש להוכיח שמעשי הנאשם יצאו ממתחם ההכנה.¹³⁰ אולם, יציאה זו ממתחם ההכנה אינה זהה לביצוע כלל המעשים הנדרשים להוצאת המזימה העבריינית לפועל.¹³¹ קרי, לא כל ניסיון הוא ניסיון מושלם.¹³² ובמקרה שבו הניסיון אינו מושלם, הרי שקיים לעיתים פער איכותי בין פעולות המנסה לפעולות הנדרשות להשלמת העבירה, פער איכותי אשר משליך על מידת האשם של מי שביצע ניסיון לא מושלם.

¹²³ שם; ס' 34 לחוק העונשין; רבין וואקי, לעיל ה"ש 62, בעמ' 571.

¹²⁴ סטטמן, לעיל ה"ש 55, בעמ' 18; ביין, לעיל ה"ש 21; רבין וואקי, לעיל ה"ש 62; מרדכי קרמניצר "תיקון 39 – חמש שנים לחקיקתו" **מגמות בפלילים** 433 (1995).

¹²⁵ ס' 27 לחוק העונשין.

¹²⁶ לעיל ה"ש 62 וההפניות שם.

¹²⁷ בכלליות, עקרון השליטה הוא מושג פילוסופי שלפיו ניתן להטיל על אדם אחריות רק לדברים שנמצאים בשליטתו (ראו למשל נייטין, לעיל ה"ש 121, בעמ' 683). ניתן לזהות מושג זה עם עקרון יסוד בדיני העונשין שלפיו עבירה נוצרת רק כאשר האדם בוחר לבצעה, וכאשר אין נתונה לאדם הבחירה אם לבצע את העבירה, לא ניתן להענישו בגדרה. כך למשל המלומד פלר מונה כאחד מעקרונות היסוד בדיני העונשין את העיקרון שלפיו "אין עבירה ללא התנהגות מרצון", שאותו הוא מגדיר "עבירה ללא התנהגות מרצון פירושה כי תנאו מוקדה להתהוות עבירה פלילית הוא, שלהתנהגות המרכיבה את היסוד העובדתי שבעבירה צריך שתקדם אפשרות בחירה בינה לבין חלופת ההימנעות ממנה, תהא הסיבה להעדר אפשרות זו אשר תהא" (ש"ז פלר **יסודות בדיני עונשין** 74 (תשמ"ד)).

¹²⁸ סטטמן, לעיל ה"ש 55, בעמ' 18.

¹²⁹ ראו גישה דומה אצל רבין וואקי, לעיל ה"ש 62, בעמ' 572.

¹³⁰ ס' 25 לחוק העונשין; קדמי, לעיל ה"ש 59, בעמ' 355.

¹³¹ שם.

¹³² למעשה, נראה שמרבית הניסיונות אינם מושלמים, שהרי הדעת נותנת כי במרבית המקרים שבהם הנאשם יבצע את כלל הפעולות הנדרשות להשלמת העבירה, העבירה אכן תושלם.

ואם האשם בגין הניסיון הלא מושלם קטן מן האשם על ביצוע העבירה המוגמרת, הרי שהבדל זה צריך לקבל ביטוי גם בעונש.¹³³ במקרים שבהם אין עונש חובה, הבדל זה יכול לבוא בחשבון בגזירת העונש, בדמות הפחתה מן העונש שהיה מקבל מי שביצע את העבירה המוגמרת. לעומת זאת אם העונש על הניסיון היה עונש חובה היתה לעונש על העבירה המוגמרת, הרי שאז אי אפשר היה להבחין בין הניסיון המושלם לניסיון שלא הושלם. לכן נראה כי סטייה לכאורית זו מן הכלל אינה סותרת אותו, אלא היא ביטוי נוסף של הכלל: הכלל הוא שהניסיון החמור ביותר – אשר נמצא כפסע מהשלמת העבירה – אכן יכול להוביל להטלת העונש המרבי על העבירה המוגמרת. עם זאת מאחר שבמקרים רבים הניסיון לא ישתווה לעבירה המוגמרת, ולנאשם יותרו צעדים נוספים לבצע לצורך השלמת העבירה, אזי ראוי להותיר לבית המשפט את שיקול הדעת להטיל עונש מופחת על עבירת הניסיון. ביטול עונש החובה על עבירות הניסיון מאפשר לבית המשפט בדיוק את זאת, באמצעות יצירת מנעד המתיר התאמה של העונש למידת האשם של המנסה ולמרחק שלו מביצוע העבירה המוגמרת.

עם זאת, גם אם הפיכת עונשי החובה לעונשים המרביים אינה ראייה להיותו של הדין מכיר לעיתים במזל מוסרי, נראה כי קיימים חריגים אחרים בדין אשר אכן מבחינים בין ענישת הניסיון לעבירה המוגמרת אף כשמדובר בניסיון מושלם. כך למשל העונש על ביצוע ניסיון לשידול נקבע על מחצית העונש על העבירה המוגמרת,¹³⁴ כאשר העונש על עבירת השידול נקבע כזהה לעונש על העבירה המוגמרת.¹³⁵ דוגמה זו מראה כי יש מקרים שבהם הדין אכן מוותר על זהות העונש על העבירה המוגמרת עם העונש על הניסיון, ובכך למעשה מאמץ מידה מסוימת של מזל

¹³³ כזכור, סוגיית המזל המוסרי מתעוררת כאשר שני אנשים ביצעו את אותם המעשים בדיוק, אלא שתוצאת מעשיהם הייתה שונה. נטען כי הבחנה בין אנשים אלה אינה מוצדקת, שכן פער מוסרי יכול להיווצר אך ורק מן המעשים של האדם (והיבטים אחרים הנמצאים בשליטתו). לכן כשהיבט מסוים אינו נמצא בשליטת האדם, אין היבט זה יכול להשפיע על מידת אשמו. אם הניסיון לא הושלם, וכלל המעשים הנדרשים להוצאת העבירה אל הפועל לא התקיימו, ניתן לומר כי קיים פער בין מעשי שני הנאשמים, ופער זה מצדיק את ההבחנה ביניהם. יצוין כי אף במקרה כזה יהיה אפשר לומר כי מזל הוא שהוביל להבדל (למשל ראובן נתפס על ידי המשטרה רגע לפני שירה, ואילו שמעון לא נתפס). נקודה זו מעלה דיון אחר הנוגע לסוגיית המזל המוסרי הנסיבתי, החורג מהיקפה של רשימה זו. ראו נייגל, לעיל ה"ש 121; ; Victor Kumar, *Empirical Vindication of Moral luck*, 53(4) *Nous* 987 (2019); ; Robert J. Hartman, *Moral Luck and the Unfairness of Moral Luck*, 176 *PHIL. STUD.* 3179, 3181 (2019).

¹³⁴ ס' 433(4) לחוק העונשין. ההצדקה שבבסיס הפחתת העונש על ניסיון לשידול, לעומת עבירת הניסיון והעבירה המוגמרת, מוטלת בספק. הטענה העיקרית שהוצגה בהקשר זה היא כי קיים "פער" רחב בין הניסיון לשידול לבין העבירה העיקרית – הן בכך שהמשדל לא התכוון כי הוא עצמו יבצע את העבירה, והן בכך שהעבירה לא יצאה אל הפועל. מטעם זה ההצעה המקורית לתיקון 39 ביקשה לקבוע ששיעורו של העונש על ניסיון לשידול יהיה רבע מהעונש על העבירה המוגמרת. וראו רבין וואקי, לעיל ה"ש 62, בעמ' 615. ראו גם ביקורת על ההסדר, בייחוד בעניינה של עבירת הרצח, אצל ביין, לעיל ה"ש 21, בעמ' 302. אציין במאמר מוסגר כי עמדה עונשית זו אינה משוללת קושי – עולה ספק מסוים אם בעצם קיומה של "גזירה כפולה" (העובדה כי מדובר הן בעבירת ניסיון והן בעבירת שידול, שתיהן עבירות נגזרות מהעבירה העיקרית) יש כדי להצדיק הפחתה בעונש המרבי, בהתחשב בעמדת המחוקק כי העונש על עבירת השידול ועל עבירת הניסיון הוא ככלל זהה לעונש על העבירה המוגמרת.

¹³⁵ ס' 34 לחוק העונשין.

מוסרי.¹³⁶ ובדומה לזה, ועדת קרמניצר הייתה ערה לברירת המחדל שנקבעה במסגרת תיקון 39, ועדיין סברה כי יהיה לא ראוי להשית עונש מאסר עולם בגין ניסיון רצח.¹³⁷ כפי שהוצג לעיל, ודאי שמדובר בגישה נורמטיבית אפשרית, אם כי לא חסרת קשיים. אכן, ניתן להגיע למסקנה כי בהתנגשות האינטואיציות בין האשם הסובייקטיבי של המבצע שביצע את כלל המעשים הנדרשים להשלמת העבירה, לבין אי-התגשמות עקרון הנזק בשל אי-התממשות התוצאה, ידו של עקרון הנזק על העליונה ויש הבחנה מוסרית בין הרוצח למי שרק ניסה לרצוח.¹³⁸ כך, ניתן לקבוע אפוא כי במקרי הקיצון – שבהם עומדת לפנינו העבירה החמורה בספר החוקים, הנושאת עונש מהחמורים ביותר – יש לסטות מהעיקרון הכללי שלפיו דין הניסיון כדין הביצוע המוגמר, ולקבוע כי לא אי אפשר יהיה להשית עונש של מאסר עולם על ניסיון לרצח, אלא רק בגין רצח בפועל. נראה שגישה זו נובעת מכך שבמקרים שבהם הדילמה מתעוררת במלוא עוזה, האינטואיציה האנושית אינה יכולה להתעלם מהתוצאה של המעשים, ולכן גם אינה יכולה לשלול את קיומו של מזל מוסרי.¹³⁹ אולם ממבט על צידו השני של המטבע, גם עקרון השליטה מתעורר במלוא עוזו דווקא במקרים אלה. אכן, התוצאה שלפיה שני אנשים יישאו באותו אשם מוסרי, כאשר אחד המית אדם אחר והשני לא, היא תוצאה קשה, ולא ניתן להתעלם מן "הגופה שבחדר".¹⁴⁰ ואולם, באותה המידה גם התוצאה שלפיה אדם אחד יישפט למאסר עולם, ובאופן פוטנציאלי יבלה את שארית חייו בכלא, ואילו האחר יקבל עונש מופחת לאין ערוך, כאשר שני הנאשמים ביצעו בדיוק את אותם המעשים ומאותן המטרות, גם היא תוצאה קשה. העובדה שחיי הנאשם – בדמות היוותותו מאחורי סורג ובריח לשארית חייו – תלויים במזל ותו לא, היא תוצאה אשר ספק אם ניתן ליישבה עם תאוריה גמולנית של ענישה.¹⁴¹

¹³⁶ לעיל ה"ש 62, וההפניות שם.

¹³⁷ דוח ועדת קרמניצר, לעיל ה"ש 306, בעמ' 43.

¹³⁸ ראו לעיל ה"ש 121.

¹³⁹ שם.

¹⁴⁰ הערה זו מקורה בהרצאותיו של המלומד פרופ' דורון טייכמן בקורס "דיני עונשין".

¹⁴¹ בוצעו כמה ניסיונות בספרות להגן על עמדה המצדיקה מזל מוסרי אף מטעמים גמולניים. כך למשל מיכאל אוסטקה סבור כי אם אדם בחר לקחת על עצמו סיכון (למשל לנהוג ברכב בעודו שיכור), אזי הוא גם לקח את הסיכון כי אם להתנהגותו יהיו השלכות שליליות (דריסת הולך רגל), הוא יהיה אחראי מוסרית להשלכות אלה. בהקשר זה אוסטקה משווה את סוגיית המזל המוסרי לסוגיית שוויונאות מזל (egalitarianism luck) ולעיקרון שלפיו אם אדם לוקח על עצמו סיכון לאובדן כלכלי, אך הוגן יהיה שבשל התממשות הסיכון יאבד האדם ממשאביו (למשל, באמצעות הימורים בקזינו). ראו Michael Otsuka, *Moral Luck: Optional, Not Brute*, 23 PHIL. PERSP. 373 (2009). ניסיון נוסף להגן על מזל מוסרי ניתן למצוא אצל חנה נייט'ן, לעיל ה"ש 121. לצד האמור, מלומדים אחרים, ובהם הפרופסור דוד אנוך, סבורים כי לא ניתן להצדיק (או למצער לא הוצגה עד כה הצדקה ממצה של) מזל מוסרי משיקולים גמולניים בלבד, David Enoch and Andrei Marmor, *The Case Against Moral luck*, 26(4) L. & PHIL. 405 (2007); David Enoch, *Moral Luck and the Law*, 5(1) PHIL. COMPASS 42 (2010); David Enoch, *Luck Between Morality, Law, and Justice*, 9(1) THEORETICAL INQ. L. 23 (2008). רשימה זו אינה מבקשת לנקוט צד בדיון זה, שכן כפי שיוצג בפרק ב, קיימים כמה הבדלים

מטעמים אלה גישה ההופכת את עונש החובה של עבירת הרצח בנסיבות מחמירות לעונש המרבי מאפשרת מעין פתרון ביניים שנותר ער לשתי האינטואיציות הנוגדות – הן זו המגולמת בעקרון השליטה והן זו המגולמת בעקרון הנזק. באותם מקרים שבהם הניסיון הושלם לחלוטין, תהיה האפשרות להשית על הנאשם עונש הזהה לעונש על העבירה המוגמרת, כששיקול הדעת אם גם במקרי קצה אלה יש להקל במעט עם המנסה לרצוח, נותר אצל בית המשפט. משכך, פתרון זה תואם את הגישה המגולמת בעקרון השליטה – המצדדת בקירוב, ואולי אף בהשוואה, של עונש הניסיון לרצח לעונש על העבירה המוגמרת, וגם את הגישה המגולמת בעקרון הנזק – בכך שברובם המוחלט של המקרים לא יושת על המנסה לרצוח העונש המרבי, ומשכך ממילא יישמר פער מסוים בין עבירת הניסיון לעבירה המוגמרת, ואולם לא פער כה גדול כמו זה הקיים כיום (בדמות העונש המרבי של 20 שנות מאסר לעומת עונש מאסר עולם חובה). כמו כן, בכלל המקרים האחרים, שבהם הניסיון לא הושלם, וממילא קיים פער בין מעשיו של המנסה לרצוח למעשים הדרושים להשלמת העבירה, יוכל בית המשפט להשית על הנאשם עונש קל מהעונש המרבי, שיגלם את המרחק מהשלמת העבירה.

2. אימתי הניסיון לרצח חמור מהעבירה המוגמרת?

הדיון שבוצע עד לנקודה זו משקף, בכלליות, את הגישה המסורתית לבחינת העונש הראוי על עבירת הניסיון. כך, המצדדים בהשוואת העונש על הניסיון לעונש על העבירה המוגמרת טוענים כי אין לקבל מזל מוסרי במשפט, ומידת האשם של המנסה שנכשל ושל המבצע שהצליח היא זהה. לעומתם, אחרים טוענים כי לא ניתן להתעלם מ"הגופה שבחדר" כאמור,¹⁴² ומשאלת התקיימותה של התוצאה האסורה בפועל. כעת אראה כי דיון מסורתי זה אינו משקף במדויק את הסוגיה של ענישת עבירת הניסיון לרצח בראי תיקון 137, אלא שהיחס בין עבירת הניסיון לרצח בנסיבות מחמירות לעבירת הרצח המוגמרת יוצר הסדר ייחודי המחייב התייחסות שונה מזו המצויה בדיון המסורתי.

על דרך הכלל, הדיון הפילוסופי בסוגיית המזל המוסרי בנוי על הצגת טיעון המבוסס על הדוגמה הזאת (או דוגמה דומה לה):¹⁴³ שרה החליטה לרצוח את ראובן. לשם כך היא הצטיידה ברובה, הגיעה לאזור ביתו של ראובן והמתנה שיצא. כשיצא ראובן מביתו, ירתה שרה בראובן והמיתה אותו. במקרה זה תיוחס לשרה עבירת הרצח, ועונשה יהיה מאסר עולם. לעומת זאת נניח כעת כי גם לאה החליטה לרצוח את ראובן. גם היא, כמו שרה, הצטיידה ברובה והגיעה לפתח ביתו. אולם כשיצא ראובן מביתו, ולאה ירתה לעברו, הכדור שנורה פגע בדרכו בציפור, ובכך ניצלו חייו של ראובן.¹⁴⁴ נראה כי הן שרה והן לאה ביצעו בדיוק את אותם המעשים כשהן בעלות

גדולים בין הסוגיה של ענישת עבירת הניסיון לרצח בדין הישראלי לאחר תיקון 137, לבין השאלה הפילוסופית-תאורטית בדבר הכרה בקיומו של מזל מוסרי.

¹⁴² על ביטוי זה כהמחשת העמדה האינטואיטיבית אני מודה לפרופ' דורון טייכמן.

¹⁴³ לעיל, ה"ש 121.

¹⁴⁴ נייתן, לעיל ה"ש 121, בעמ' 684; זימרמן, לעיל ה"ש 121, בעמ' 565; אנוך ומרמור, לעיל ה"ש 141, בעמ' 420.

יסוד נפשי דומה ומתוך כוונות זהות. לפיכך, ייטען כי העובדה שלא לא הצליחה – בדרך של מזל – לגרום למותו של ראובן בפועל אינה צריכה להשליך על האשם המוסרי שלה, ומכאן גם לא על העונש שנטייל עליה.¹⁴⁵ מנגד, יש שיטענו כי לא ניתן להתעלם מהנזק שנגרם בפועל – אחרי הכול, שרה הביאה למותו של ראובן, ואילו לאה לא הרגה איש.

דיו רב נשפך על ניתוח סוגיה זו, ובחינת השאלה אם ראוי להכיר "במזל מוסרי",¹⁴⁶ ואם למזל מוסרי זה יש השלכות על השיפוט המשפטי של העבירה.¹⁴⁷ כך, תיקון 39 ביטא כאמור את העמדה המקדמת את עקרון השליטה לעומת הדין שקדם לו – במובן זה שהעונש על הניסיון יהיה זהה לעונש המרבי על העבירה המוגמרת.¹⁴⁸ לצד זאת, מלומדים אחרים הראו כי הדין הישראלי אינו קוהרנטי לחלוטין בסוגיה זו, וקיימים היבטים – ובהם בעניינה של עבירת הניסיון לרצח – שבהם הדין חורג מהשוואת העונש על הניסיון לעונש על העבירה המוגמרת ומשיט עונשים מופחתים על הניסיון.¹⁴⁹ הדיון הנוכחי אינו נוגע במישרין לסוגיה כבדת משקל זו. חלף כך ייטען כי עצם החלתה של סוגיית המזל המוסרי על עבירת הניסיון לרצח – כפי שזו בוצעה עד היום – אינו עוד רלוונטי בכל הנוגע לדין שלאחר תיקון 137. כך, ייטען כי הדוגמה שהוצגה לעיל, המתארת את מעשיהן של לאה ושרה, אינה אנלוגיה מדויקת לשיקוף ההבדלים בין עבירת הניסיון לרצח לעבירת הרצח המוגמרת לפי הדין החדש.¹⁵⁰

כפי שהוצג לעיל, נקודת המוצא בדיון בסוגיית המזל המוסרי היא ההנחה שבין המנסה-ההצליחה (שרה) למנסה-שנכשלה (לאה) אין כל הבדל רלוונטי מלבד השלמת העבירה.¹⁵¹ במובן זה, הן לאה והן שרה בעלות אותן יכולות, אותם מניעים ואתו יסוד נפשי – שתיהן מתכוונות לרצוח את ראובן במידה זהה.¹⁵² ניתוח זה אכן מעלה במלוא עוזה את שאלת השלכותיו של מזל מוסרי – בדמות השלמת העבירה או אי-השלמתה – על האשם המוסרי של העבריין.¹⁵³ ואולם, החלתו של טיעון פילוסופי-תאורטי זה על הסוגיה המשפטית של ענישת הניסיון אינה חפה מקשיים. כך, במסגרת האנלוגיה הפילוסופית אין כל הבדל רלוונטי בין המנסה שהצליח למנסה שנכשל, ודיני העונשין מציבים לעיתים רף גבוה יותר בהיבט היסוד הנפשי לצורך הרשעה בניסיון לעומת הרשעה בעבירה המוגמרת. אם ניקח למשל את עבירת התקיפה,¹⁵⁴ העבירה אוסרת על כל

¹⁴⁵ נייתן, לעיל ה"ש 121, בעמ' 683.

¹⁴⁶ ראו בכלליות לעיל ה"ש 121; סטטמן, לעיל ה"ש 55, בעמ' 23–24; קרמניצר "סוגיות בדין הניסיון", לעיל ה"ש 121; קירשנבאום, לעיל ה"ש 121.

¹⁴⁷ סטטמן, לעיל ה"ש 55, בעמ' 31; Enoch, *Moral Luck and the Law*, לעיל ה"ש 141.

¹⁴⁸ רבין וואקי, לעיל ה"ש 62, בעמ' 556.

¹⁴⁹ סטטמן, לעיל ה"ש 55, בעמ' 18. ראו גישה דומה אצל רבין וואקי, לעיל ה"ש 62, בעמ' 572.

¹⁵⁰ Christopher, לעיל ה"ש 121, בעמ' 424; לעניין השלכה לא מדויקת מהדיון על מזל מוסרי לדיון על מזל משפטי, ראו Enoch, *Moral Luck and the Law*, לעיל ה"ש 141, בעמ' 49.

¹⁵¹ נייתן, לעיל ה"ש 121, בעמ' 684; זימרמן, לעיל ה"ש 121, בעמ' 565; אנוך ומרמור, לעיל ה"ש 141, בעמ' 420; Christopher, לעיל ה"ש 121, בעמ' 423.

¹⁵² שם, בעמ' 425.

¹⁵³ שם, בעמ' 424; סטטמן, לעיל ה"ש 55, בעמ' 18.

¹⁵⁴ ס' 378 לחוק העונשין.

סוג של הלקאה במגע או הפעלת כוח כלפי אדם בניגוד לרצונו.¹⁵⁵ לפיכך, כדי להרשיע בעבירה די במישור היסוד הנפשי כי הנאשם יהיה מודע לכך שמעשיו יובילו להפעלת כוח כלפי אדם אחר.¹⁵⁶ עבירת התקיפה תאפשר להרשיע למשל אדם שרץ בפראות בתחנת הרכבת כדי להספיק לרכבת שעמדה לצאת לדרכה למרות האנשים הרבים שהיו בתחנה והסיכון לפגיעה בהם, עד שנתקל באדם והפעיל עליו כוח. אומנם הוא לא התכוון להפעיל כוח על איש, ולמעשה ההיתקלות עיכבה אותו ומנעה ממנו להגיע לרכבת בזמן, אך סביר כי נאמר שעבירת התקיפה הושלמה. אולם, כדי להרשיע אדם בעבירה של ניסיון תקיפה¹⁵⁷ יש להוכיח כי הייתה לו כוונה מיוחדת להשיג את מטרתו – להפעיל כוח על הקורבן¹⁵⁸ – ולהשלים את העבירה.¹⁵⁹ במובן זה נראה שלא נוכל לייחס את עבירת ניסיון התקיפה לאדם שמיהר לרכבת, אולם לא נתקל באיש, שכן הוא לא התכוון לפגוע אף לא באחד מן הנוסעים.¹⁶⁰ לפיכך, כדי לייחס לנאשם את עבירת ניסיון התקיפה נצטרך לסרטט תסריט אחר – חמור יותר – שבו הנאשם התכוון ממש להפעיל כוח על הקורבן. כך למשל, ניקח כדוגמה ויכוח שהתפתח בין שני נוכחים בבר, ואחד מהם עמד לתקוף את השני, אולם הורחק על ידי הסובבים אותם. במקרה זה נראה כי מעשיו של הנאשם יוכלו להוביל להרשעה בעבירת ניסיון התקיפה.¹⁶¹ דוגמה זו מציגה את הפער בין הדיון הפילוסופי בסוגיית המזל המוסרי לבין השלכות הסוגיה על העולם המשפטי: בדיון הראשון המנסה-שנכשל והמנסה-שהצליח מוצגים ככלל כשני גורמים שאין בינם כל פער, מלבד שאלת השלמת המעשה האסור.¹⁶² לעומת זאת במישור המשפטי קיים לעיתים פער גדול נוסף בין מי שהורשע בניסיון למי שהורשע בעבירה המוגמרת – כדי להרשיע בעבירת הניסיון תידרש הוכחת יסוד נפשי מיוחד של כוונה להשלים את העבירה, ואילו במקרה של הנאשם שהשלים את העבירה לא נדרוש כלל כי הנאשם ירצה בהשלכות של מעשיו.¹⁶³ כך, בעניינה של עבירת התקיפה הנאשם אינו נדרש להתכוון להפעיל כוח על אחר כדי

155. ש.ם.

156. קדמי, לעיל ה"ש 59, בעמ' 215.

157. על הדרישה לכוונה מיוחדת לצורך הרשעה בעבירת הניסיון לתקיפה, לעומת עבירת התקיפה המוגמרת, ראו רע"פ 6382/11 קאדריה נ' מדינת ישראל, סו(2) 584, פ"ס ע"ט לפסק דינו של השופט רובינשטיין (2013).

158. ש.ם.

159. ש.ם.

160. עולה כאן שאלה בנוגע להלכת הצפיות. לא בטוח כלל שניתן להשתמש בהלכת הצפיות בנוגע לעבירת הניסיון, ובעיקר לא בטוח שניתן לייחס לנאשם צפיות בדוגמה שהוצגה. ראו ע"פ 2103/07 הורוביץ נ' מדינת ישראל, פ"ס 65 (נבו) 31.12.2008; ע"פ 1599/08 לוינשטיין נ' מדינת ישראל (נבו) 19.2.2009; ע"פ 5492/11 מורד אלרחמן נ' מדינת ישראל (נבו) 5.8.2012.

161. בהקשר זה יצוין כי אם הנאשם במקרה זה היה שיכור, אי אפשר יהיה להרשיעו אף בעבירת הניסיון, שכן נקבע כי לא ניתן להרשיע בעבירה הדורשת כוונה מיוחדת נאשם הנהנה מסייג השכרות (ראו עניין קאדריה, לעיל ה"ש 157, בפ"ס פ"ב לפסק דינו של השופט רובינשטיין).

162. לעיל, ה"ש 151.

163. לעיל ה"ש 157 והטקסט הנלווה; רבין וואקי, לעיל ה"ש 62, בעמ' 565; עניין יתום, לעיל ה"ש 11, בפ"ס 10; קדמי, לעיל ה"ש 59, בעמ' 326 ("הכוונה היא ליבו של הניסיון"); ע"פ 61/51 אבו גוש נ' היועץ המשפטי לממשלת ישראל

שתיוחס לו העבירה.¹⁶⁴ הבחנה זו בין הניסיון לעבירה המוגמרת יכולה לספק הסבר חלקי לבחירת תיקון 39 להשוות בין העונש על שני סוגי העבירות. לנאשם שביצע את העבירה המוגמרת עומד רובד מחמיר במישור היסוד העובדתי בדמות השלמת העבירה, ואילו מעשי הנאשם שהורשע בניסיון חמורים יותר במישור היסוד הנפשי בדמות כוונה להשלמת העבירה ולהשגת השלכותיה השליליות.¹⁶⁵

להבחנה זו קיים חריג – אם העבירה המוגמרת בעצמה כוללת יסוד נפשי מיוחד של כוונה להשלמת העבירה, הרי שלא תהיה הבחנה ביסוד הנפשי בין הנאשם שעבר את העבירה לנאשם שהורשע בניסיון.¹⁶⁶ ניקח למשל את עבירת החבלה בכוונה מחמירה.¹⁶⁷ הרשעה בעבירה דורשת, לפי אחת החלופות, כי הנאשם יגרום לאדם חבלה מחמירה כשהוא מתכוון לגרום לאדם חבלה חמורה.¹⁶⁸ לצד זאת, לצורך הרשעה בניסיון לבצע את העבירה, יש להראות כי הנאשם התכוון להשלים את העבירה (קרי כוונה לגרום לחבלה מחמירה), וכך כי הנאשם היה בעל כלל רכיבי היסוד הנפשי הנדרש להרשעה בעבירה המוגמרת (גם כאן מדובר בכוונה לגרום לחבלה מחמירה).¹⁶⁹ לפיכך ניתן לראות כי היסוד הנפשי הנדרש להרשעה בעבירה המוגמרת יהיה זהה ליסוד הנפשי הנדרש להרשעה בניסיון לבצע את העבירה. חריג זה, שבו היסוד הנפשי הנדרש להרשעה המוגמרת זהה ליסוד הנפשי הנדרש להרשעה בעבירת הניסיון, מתקיים במקרים שבהם העבירה המוגמרת היא עבירת תוצאה שגם כוללת כאמור יסוד נפשי מיוחד של כוונה להשלים את העבירה.¹⁷⁰ במקרים חריגים אלה, שבהם קיימת זהות בין היסוד הנפשי של המנסה ליסוד

ה (1252, 1249) (1951) ("הדבר הראשון שיש לעמוד עליו הוא, כי בעבירות מוגמרות מעניש המחוקק את העבריין על ה-actus reus. מה שאין כן בעבירות של ניסיון, אשר בהן העונש הוא דוקא על ה-rea mens").

¹⁶⁴ לעיל ה"ש 157 והטקסט הנלווה.

¹⁶⁵ רבין וואקי, לעיל ה"ש 62, בעמ' 571.

¹⁶⁶ שם, בעמ' 566.

¹⁶⁷ ס' 329 לחוק העונשין. למען הנוחות, הניתוח יתייחס לחלופה המצויה בסעיף 329(א)(1).

¹⁶⁸ ס' 329 לחוק העונשין.

¹⁶⁹ ע"פ 11068/08 **מדינת ישראל נ' סנקר**, פס' 36 (נבו 12.7.2010); ע"פ (ירושלים) 1632/95 **משולם נ' מדינת ישראל**, מט(5) 534, פס' 25 (1996); ע"פ 9511/01 **קובקוב נ' מדינת ישראל**, נו(2) 687, 689 (2002). תשומת לב הקורא להיותה של אחת החלופות המצויות בסעיף 329 לחוק העונשין למעשה עבירת ניסיון פרטיקולרית (329(2)), אולם הדבר אינו משפיע על הדין הנוכחי.

¹⁷⁰ ויודגש כי כשהעבירה המוגמרת היא עבירת התנהגות עם כוונה מיוחדת (קרי עבירת מטרה), ייתכן שלא תתרחש זהות כאמור, משום שבמקרים אלה לצורך הרשעה בניסיון יידרשו שני רכיבים של יסוד נפשי מיוחד: כוונה להשלים את העבירה וכן הכוונה המיוחדת הנדרשת במסגרת העבירה המוגמרת. לעומת זאת לצורך הרשעה בעבירה המוגמרת לא תידרש ההוכחה כי הנאשם התכוון להשלים את העבירה. כך למשל סעיף 381(א)(3) יוצר עבירה מיוחדת של תקיפה בכוונה להתנגד למעצר. כדי להרשיע בעבירה המוגמרת נדרש להראות שמעשי הנאשם נבעו מכוונה להתנגדות למעצר (למשל, בריחה פזיזה ברחבי תחנת רכבת שבה אנשים רבים תוך כדי לקיחת סיכון כי אנשים עלולים להיפגע), ואולם אין נדרשת הוכחה של הפעלת כוח (בדומה לדיון לעיל בעבירת התקיפה). לעומת זאת לצורך הרשעה בעבירת הניסיון לתקיפה בכוונה להתנגד למעצר, יש להראות הן כי כוונת הנאשם הייתה למנוע מעצר והן כי הנאשם התכוון במעשי להפעיל כוח על אדם אחר. כמו כן יצוין כי חריג האמור לא יתרחש אף במקרה של עבירת תוצאה עם יסוד חפצי שאינו כוונה – כדוגמת פזיזות. במקרים אלה, לצורך הרשעה בעבירה המוגמרת די להוכיח פזיזות בנוגע לרכיב

הנפשי של מי שהשלים את העבירה, אכן מתרחשת התלכדות מסוימת בין הדיון הפילוסופי בסוגיית המזל המוסרי לבין הדיון המשפטי בסוגיית העונש על הניסיון.¹⁷¹ כפי שיוצג כעת, עובר לתיקון 137, עבירת הרצח ועבירת הניסיון הנגזרת ממנה נמנו עם חריגים אלה, במובן זה שלא היה הבדל במישור היסוד הנפשי בין עבירת הניסיון לרצח לבין עבירת הרצח המוגמרת.¹⁷² אולם תיקון 137 שינה את פני הדברים, וכעת היסוד הנפשי הנדרש להרשעה בעבירת הניסיון לרצח חמור מהיסוד הנפשי הנדרש להרשעה בעבירה המוגמרת. לפיכך ייטען כי לא ניתן עוד להשליך מן הדיון על סוגיית המזל המוסרי ישירות על הדיון על עבירת הניסיון לרצח, וכן כי חומרתה היתרה של עבירת הניסיון לרצח במישור הנפשי מספקת את אחת ההצדקות להחמרת העונש על העבירה ולהשוואתו לעונש המרבי על עבירת הרצח המוגמרת.

3. בין כוונה לאדישות בעבירות ההמתה

כפי שהוצג לעיל, הלכת דרעי קבעה במקור כי עבירת הניסיון לרצח תדרוש הוכחה של כוונה רגילה – להבדיל מהוכחת יסודות הכוונה-תחילה שנדרשו לצורך הרשעה בעבירת הרצח המוגמרת.¹⁷³ לפיכך, בתקופה זו היה פער נורמטיבי בין עבירת הרצח לעבירת הניסיון הן במישור היסוד העובדתי, שכן עבירת הרצח דרשה את הוכחת מותו של אדם, והן במישור היסוד הנפשי – עבירת הרצח דרשה הוכחה של כוונה תחילה, לעומת עבירת הניסיון לרצח, שדרשה הוכחה של כוונה רגילה.¹⁷⁴ כך, אף מבלי להידרש לסוגיית המזל המוסרי, היסוד הנפשי להוכחת עבירת הרצח היה חמור מהיסוד הנפשי להוכחת עבירת הניסיון לרצח, ולכן לא היה קושי להבחין בין העונשים על שתי העבירות.¹⁷⁵ פני הדברים השתנו לאחר הלכת פלוני, אשר כאמור קבעה כי אף לצורך הרשעה בעבירת הניסיון לרצח תידרש הוכחה של יסוד נפשי של כוונה תחילה באופן הזהה ליסוד הנפשי של עבירת הרצח המוגמרת.¹⁷⁶ בתקופה זו אכן הייתה זהות ביסודות הנפשיים בין שתי העבירות, כאשר ההבדל היחיד ביניהן נגע להתקיימות התוצאה האסורה – מותו של אדם.¹⁷⁷ לכן

התוצאתי, ובשום שלב אין נדרשת הוכחתה של כוונה. לעומת זאת לצורך הרשעה בניסיון לבצע את העבירה נדרשת הן הוכחה של כלל רכיבי היסוד הנפשי של העבירה המוגמרת והן הוכחת כוונה להשלמת העבירה. ראו רבין וואקי, לעיל ה"ש 62, בעמ' 571.

¹⁷¹ כמובן, עדיין קיימים שיקולים חוץ-גמוליים להענשת הניסיון בצורה זהה או פחותה לעומת הענשת העבירה המוגמרת. וראו בהקשר זה בהרחבה Enoch, *Moral Luck and the Law*, לעיל ה"ש 141, בעמ' 49.

¹⁷² במובנים מסוימים, לאחר הלכת דרעי הייתה עבירת הרצח בכוונה תחילה חמורה מעבירת הניסיון לרצח אף במישור היסוד הנפשי. ראו עניין קוזלוב, לעיל ה"ש 22, בפס' 18–19.

¹⁷³ הלכת דרעי, לעיל ה"ש 12.

¹⁷⁴ שם. ראו קרמניצר "על הניסיון", לעיל ה"ש 6. בהקשר זה יוזכר כי לאורך השנים חל צמצום בפער בין יסוד הכוונה-תחילה לבין כוונה רגילה, מה שמפחית במידה מסוימת את הפער ביסוד הנפשי בין עבירת הרצח המוגמרת לעבירת הניסיון לרצח בתקופת הלכת דרעי. ראו לעיל ה"ש 33 והטקסט הנלווה.

¹⁷⁵ שם.

¹⁷⁶ הלכת פלוני, לעיל ה"ש 25.

¹⁷⁷ שם.

בתקופה זו ההבחנה בין העונש על העבירות אכן עוררה את סוגיית המזל המוסרי,¹⁷⁸ וההסדר הפרטיקולרי שקבעה עבירת הניסיון לרצח בחר להכיר, הלכה למעשה, במזל מוסרי בהקשר של עבירה זו באמצעות ענישה מופחתת לעומת העונש על העבירה המוגמרת.¹⁷⁹ אולם תיקון 137 הוביל לשינוי נוסף בדין, וכיום די בכוונה או באדישות להרשעה בעבירת הרצח, ועבירת הרצח הבסיסית לאחר תיקון 137 מגדירה את העבירה כך: "הגורם בכוונה או באדישות למוותו של אדם".¹⁸⁰ זאת ועוד, אף לצורך הרשעה בעבירת הרצח בנסיבות מחמירות – שעונשה הוא עונש מאסר עולם חובה – יש להוכיח כי העבירה בוצעה מתוך כוונה לגרום למוות הקורבן או מאדישות לגרימת מותו, בצירוף נסיבה מחמירה מרשימת הנסיבות הקבועות בסעיף 301א(א).¹⁸¹ עולה כי עבירת הרצח המוגמרת בדין החדש אינה עוד עבירה הדורשת בהכרח הוכחת כוונה, במובן זה שניתן להרשיע בעבירת הרצח אף כשהנאשם ביצע את העבירה שלא מתוך כוונה להמית את הקורבן, אלא מתוך אדישות לאפשרות מות הקורבן.¹⁸² לעומת זאת, הן לצורך הרשעה בעבירת הניסיון לרצח הרגילה והן לצורך הרשעה בעבירת הניסיון לרצח בנסיבות מחמירות נדרשת הוכחה של כוונה להשלים את העבירה, קרי כוונה להמית.¹⁸³ על כן, עולה שלאחר תיקון 137 היסוד הנפשי הנדרש להרשעה בעבירת הניסיון לרצח הוא חמור מהיסוד הנפשי הנדרש להרשעה בעבירת הרצח המוגמרת.¹⁸⁴

השלכה מיידית של מסקנה זו נוגעת לאפשרות ללמוד מהדיון הפילוסופי על מזל מוסרי בבואנו להכריע בדבר העונש הראוי על עבירת הניסיון לרצח. כך, בעניינן של שרה ולאח שהוצג לעיל, הן המנסה-שהצליחה והן המנסה-שנכשלה, שתיהן בעלות יסוד נפשי זהה של כוונה להמית את הקורבן.¹⁸⁵ במקרה תאורטי זה אכן לא קיים כל הבדל בין שרה ללאה מלבד השלמת העבירה בפועל,¹⁸⁶ וסוגיית המזל המוסרי מתעוררת במלוא עוזה.¹⁸⁷ אולם בחינת הדין הישראלי לאחר תיקון 137 מגלה תמונה שונה: קיים הבדל רלוונטי נוסף בין המנסה לרצוח לבין הרוצח בפועל; המנסה לרצוח בהכרח התכוון להמית את הקורבן, בעוד שמי שרצח בפועל ייתכן שהיה בעל יסוד

¹⁷⁸ שם, בפס' 72.

¹⁷⁹ שם.

¹⁸⁰ ס' 300(א) לחוק העונשין.

¹⁸¹ ס' 301א(א) לחוק העונשין.

¹⁸² קרמניצר וגנאים, לעיל ה"ש 3, בעמ' 263–264; ע"פ 1464/21 קפוסטין נ' מדינת ישראל (נבו 11.9.2022).

¹⁸³ לעיל פרק ב.

¹⁸⁴ לעניין ההבחנה בין היסוד הנפשי של כוונה ליסוד הנפשי של אדישות בעבירת הרצח לאחר הרפורמה, ראו ע"פ

6063/21 מדינת ישראל נ' יאסין, פס' 42 (נבו 26.3.2024); ראו גור-אריה "על רצח מתוך אדישות", לעיל ה"ש 28,

בעמ' 441.

¹⁸⁵ מעצם זאת שאין ביניהן כל הבדל רלוונטי זולת השלמת העבירה בפועל. ניית'ן, לעיל ה"ש 121, בעמ' 684; זימרמן,

לעיל ה"ש 121, בעמ' 565; אנוך ומרמור, לעיל ה"ש 141, בעמ' 420; Christopher, לעיל ה"ש 121, בעמ' 423.

¹⁸⁶ שם.

¹⁸⁷ שם.

נפשי של אדישות בלבד.¹⁸⁸ לפיכך, בחינה נורמטיבית של ההבחנה בין העונש על הניסיון לרצח לעונש על עבירת הרצח המוגמרת אינה עוסקת בפער שבין שני מקרים זהים אשר ההבדל ביניהם הוא רק התוצאה האסורה, כמקובל בדיון הפילוסופי-תאורטי במזל מוסרי, אלא בהבחנה בין מקרה שבו הנאשם ביצע מעשה חמור יותר מבחינת היסוד העובדתי (במקרה של הרצח המושלם) לבין מקרה שבו הנאשם ביצע מעשה חמור יותר מבחינת היסוד הנפשי (במקרה של הניסיון לרצח).¹⁸⁹

דיון דומה בהבדל בין שתי העבירות התעורר בעניין *Logan* שנידון בפני בית המשפט העליון בקנדה,¹⁹⁰ שבה העונש המרבי על ניסיון לרצח הוא מאסר עולם.¹⁹¹ באותו מקרה נידון היסוד הנפשי הנדרש להרשעה בעבירת הניסיון לרצח.¹⁹² התביעה ציינה שבדין הקנדי עבירת הרצח

188 אומנם ניתן לסבור כי אחד המניעים להחלטה כי ניתן להרשיע בעבירת הרצח אף אם הוא בוצע באדישות נובע מזהות, הלכה למעשה, בין אדישות לבין כוונה להשלים את העבירה המצביעה על חומרתה של עבירה שבוצעה מתוך אדישות לתוצאה האסורה – במקרה זה, אדישות לחיי אדם. אולם לטענה זו שתי תשובות אפשריות: ראשית, לא ניתן להרשיע בעבירת ניסיון אלא אם הוכח שזו בוצעה מתוך כוונה ספציפית להשלים את העבירה. נקודה זו מראה כי אף לפי הדין הנוכחי, ליסוד הכוונה חומרה רבה משל יסוד האדישות; שנית, נראה כי הפסיקה שלאחר תיקון 137 מסרטטת הבחנה ברורה בין רצח שבוצע מתוך אדישות לרצח שבוצע מתוך כוונה. ראו עניין *יאסין*, לעיל ה"ש 184, בפס' 42; לדיון כללי במקומה של האדישות בעבירת הרצח ראו גור-אריה "על רצח מתוך אדישות", לעיל ה"ש 28, בעמ' 459.

189 כפי שיוצג להלן, קיים פער נוסף בין עבירת הניסיון לרצח בנסיבות מחמירות לעבירת הרצח הבסיסית המצדיקה את ההשוואה בין העונשים של שתי העבירות. פער זה נוגע לסוגיית התקיימותה של נסיבה מחמירה במקרה של ניסיון לרצח בנסיבות מחמירות, דרישה שאינה מתקיימת בעניינה של עבירת הרצח הבסיסית.

190 *(Can) R. v. Logan [1990] 2 SCR 731, 740–742*.

191 בהקשר זה מאלף להביט בדין הקנדי בראי עקרונות הבסיס של דיני הניסיון הישראליים שנקבעו בתיקון 39. הדין הקנדי ככלל רואה בעבירת הניסיון כנושאת עונש מופחת מהעונש על העבירה המוגמרת. אולם בעניינה של עבירת הניסיון לרצח קיימת עבירה פרטיקולרית המאפשרת לבית המשפט להשית עונש של עד מאסר עולם. בית המשפט העליון הקנדי התייחס לכך שבמקרים מסוימים מי שהורשע בעבירת הניסיון לרצח הוא למעשה "רוצח בר מזל" (lucky murderer), ולפיכך הסטיגמה שהוא נושא אינה שונה מזו של הרוצח שהצליח. עמדה זו של הדין הקנדי משקפת את העיקרון המנחה של תיקון 39, אשר אף הוא ביקש להשוות את העונש על הניסיון לעונש על העבירה המוגמרת, מתוך אותה ראייה שלפיה אי-הצלחתו של הניסיון בגלל מזל שאינו בשליטת הנאשם אינה צריכה להשפיע על העונש המושג על הנאשם. אולם דווקא בעניינה של עבירת הרצח, לעומת הדין הקנדי, המשקף כאמור עיקרון זה, הדין הישראלי בחר לחרוג ממנו. ראו *Scott Wright and Michael Noguera, 7.20 Trial Procedure – Attempts: 6 Punishment*, *THE CRIMINAL LAW EBOOK* (Brent Anderson, Joven Narwal and Tony Paisana eds. 2022) ("The Criminal Code provides that the maximum punishment for an attempt is 14 years if the person is convicted of a substantive offence where the maximum sentence is life imprisonment. An indictable attempt conviction is one-half of the longest term available to those guilty of the substantive offence, where the maximum punishment is 14 years or less for the substantive Criminal (offence)". כהערת אגב יצוין שגם בדין האנגלי העונש המרבי על ניסיון לרצח הוא מאסר עולם. *The Criminal Attempts Act 1981*, Andrew Grubb; (Eng) (a)1, 4§, Attempts Act 1981 c. 47, (L. J. 21 (1982) CAMBRIDGE (1)41.

192 עניין *Logan*, לעיל ה"ש 190, בפס' 21.

המוגמרת אינה תמיד דורשת את הוכחתה של כוונה מיוחדת להמית, אלא מאפשרת להסתפק ביסוד נפשי מדרג נמוך יותר.¹⁹³ לפיכך התביעה טענה כי אם עבור הרשעה בעבירת הרצח המוגמרת לא נדרשת כוונה, ממילא אין נדרשת הוכחתה של כוונה להמית לצורך הרשעה בעבירת הניסיון לרצח, אלא ניתן להסתפק ביסוד נפשי מדרג נמוך יותר.¹⁹⁴ בית המשפט דחה טענה זו וקבע כי מבחינת היסוד הנפשי, הדרישות להרשעה בעבירת הניסיון לרצח הן אכן חמורות מעבירת הרצח,¹⁹⁵ בדמות הדרישה לקיומה של כוונה מיוחדת להמית.¹⁹⁶ בית המשפט קבע כי במובנים רבים חומרתה הנורמטיבית של עבירת הניסיון לרצח זהה לעבירת הרצח המוגמרת – בשני המקרים הנאשם נושא בסטיגמה הציבורית "רוצח", וכן האדם חשוף לעונש המרבי של מאסר עולם.¹⁹⁷

נראה כי ניתן להשליך מדיון זה אף על הבחינה הנורמטיבית של היחס בין עבירת הניסיון לרצח לעבירת הרצח בדין הישראלי. נניח שיוסי החליט לשדוד בנק. יוסי הצטייד באקדח כדי לאיים על הבנקאי. הוא הגיע לבנק, ביצע את השוד כמתוכנן, עובדי הבנק לא התנגדו, יוסי קיבל את הכסף לידיו ונמלט מהבנק במכוניתו. ואולם, לאחר שיוסי יצא מהבנק הזעיקו העובדים את המשטרה, וניידת משטרה שהייתה באזור החלה לדלוק אחרי השודד. בניסיונו להימלט נהג יוסי בפראות. בהגיעו לפנייה חדה סטה יוסי ברגע האחרון, ביודעו כי מכונית המשטרה תתנגש במחסום שבצד הכביש. ניידת המשטרה אכן התנגשה במחסום, ולמרבה הצער השוטר שנהג בה נהרג בהתנגשות. בעקבות זאת יוחסה ליוסי עבירה של רצח באדישות בנסיבות מחמירות, שכן יוסי ביצע את מעשיו כדי להימלט מן הדין.¹⁹⁸ לפיכך נגזר על יוסי עונש של מאסר עולם חובה. כעת נבחן את המקרה של משה. אף משה החליט לשדוד בנק. אולם בניגוד ליוסי, משה חפץ בסכום כסף גדול יותר, ולכן בחר בנק גדול, והיה ידוע למשה שיש בו שמירה חמושה. משה תכנן לרצוח את השומר שבכניסה ולאחר מכן לבצע את השוד. משה הגיע לבנק כמתוכנן, ירה בשומר כמה פעמים מטווח קרוב, ולאחר מכן שדד את הבנק ונמלט מן המקום. ואולם, בדרך נס אחד מלקוחות הבנק היה רופא מומחה, והוא הצליח להציל את השומר. בזכות הטיפול הרפואי מציל החיים שקיבל השומר הוא נותר בחיים.¹⁹⁹ עם זאת, הירי הוביל לפגיעה חמורה בתפקודו של

¹⁹³ ניתן לעשות אנלוגיה ממצב זה לעבירת הרצח בדין הישראלי לאחר הרפורמה. שם, הרשעה בעבירת הרצח אינה תמיד דורשת כוונה ספציפית (intent specific), אלא שניתן להסתפק באדישות בנוגע לאפשרות גרימת המוות. ראו שם, בעמ' 742 (ii); R.S.C., 1985, c. C-46, 229(a).

¹⁹⁴ עניין Logan, בעמ' 740–742.

¹⁹⁵ שם.

¹⁹⁶ שם.

¹⁹⁷ שם.

¹⁹⁸ לפי ס' 301א(2) לחוק העונשין. ראו בהקשר זה גור-אריה "על רצח מתוך אדישות", לעיל ה"ש 28, בעמ' 469; אוהד גורדון "רצח באדישות" ספר אדמונד לוי 391 (2017).

¹⁹⁹ יצוין במאמר מוסגר כי ההתקדמות ביכולות הרפואה המודרנית, המאפשרת להותיר בחיים אף קורבנות לניסיונות הרצח הקיצוניים ביותר, אוזכרה בדין האנגלי כאחת ההצדקות להטלת עונש מאסר עולם אף על עבירת ניסיון הרצח. ראו עניין R v Spence [2015] EWCA 111 (Eng).

השומר, אשר נותר מרותק לבית החולים לשארית חייו. למשה, כמו ליוסי, יוחסה עבירת השוד. ברם חלף עבירת הרצח, משה הורשע בעבירה של ניסיון לרצח בצירוף עבירות נלוות, ונידון לעונש מאסר קל במידה ניכרת מעונשו של יוסי.

אומנם לא ניתן להקל ראש במעשיו של יוסי, אשר הובילו למותו של השוטר כחלק מניסיונו להתחמק מן הדין. אולם קיים מובן שבו מעשיו של משה חמורים ממעשיו של יוסי. כך, משה תכנן מראש להביא למותו של אדם. לתכנון זה להמית השפעה על השיפוט הגמולי של אשמו של הנאשם.²⁰⁰ בין היתר השלכה זו מבוססת על הטענה כי הממית שביצע את מעשיו שלא מתוך תכנון מראש, בלהט האירוע, יוכל לטעון כנסיבה מקילה שלא חשב עד הסוף על ההחלטה להמית, אלא נפל קורבן ללחץ המייד של האירוע.²⁰¹ נסיבה זו אינה עומדת לרוצח קר הדם, אשר החליט באופן מחושב ומתוכנן להמית את הקורבן.²⁰² מוכנות זו מגבירה את הסלידה החברתית מהרוצח קר-הדם, וייתכן שהיא מערערת על הסדר החברתי במידה יתרה: כך, חברה אולי יכולה להכיל בתוכה אנשים שעלולים, במצבי קיצון, לגרום למותו של אחר, ואולם ספק אם היא יכולה להכיל אנשים אשר אינטרסים "קרים" יובילו אותם להמתת הקורבן.²⁰³ לצד השיקולים הגמוליים, לניסיון הרצח שבוצע מתוך תכנון מוקדם השלכות גם מבחינת מסוכנות הנאשם – נאשם אשר הראה כי הוא מוכן לקחת חיים של אחר מתוך חשיבה מחושבת וקרה, הביע התנהגות אנטי-חברתית קיצונית המטילה בספק את האפשרות להשיבו לחברה. שהרי הרוצח קר-הדם היה מוכן לנסות ולקחת את חיי הקורבן אף לאחר שהייתה לו שהות לחשוב על ההשלכות האפשריות – הכוללות אפשרות לכליאה ארוכה, סטיגמה חברתית וכן ההשלכות האישיות-נפשיות מלקיחת חייו של אחר – והחליט לנסות ולבצע את הרצח למרות השלכות אלו.²⁰⁴ לכן עולה השאלה אם בשילובם של אינטרסים בעתיד לא יחליט הנאשם לחזור על מעשיו או להפר את החוק בדרכים אחרות.²⁰⁵ לעומתו, הרוצח חם-הדם לא הציג עמדה אנטי-חברתית שלפיה הוא מוכן ליטול את חייו של אחר לאחר מחשבה תחילה ותכנון.²⁰⁶ לבסוף ניתן לסבור כי אף מבחינת שיקולי הרתעה, הרוצח המחושב, אשר שוקל את המעשה מבעוד מועד, רגיש יותר לשאלת העונש שהוא עומד לקבל,

²⁰⁰ אהרון אנקר "רצח בכוונה תחילה" משפטים 478 (תשל"ה); נילי וילנסקי ומרדכי בס "לפרשנות היסודות של הכוונה תחילה" משפטים 499 (תשל"ה); ש"ז פלר 'ה'הכנה' כיסוד הכוונה – תחילה" לעיל ה"ש 28, בעמ' 64; יורם שחר "כוונת המחוקק ב'כוונה-תחילה'" מחקרי משפט ב 204, 213 (תשמ"ב); Meir Dan-Cohen, *Responsibility and the Boundaries of the Self*, 105 HARV. L. REV. 959, 960 (1992).

²⁰¹ שם, בעמ' 993.

²⁰² שם.

²⁰³ Mordechai Kremnitzer, *On Premeditation*, 1 BUFF. CRIM. L. REV. 627, 641 (1998) (להלן: קרמניצר, כוונה תחילה).

²⁰⁴ שם, בעמ' 642.

²⁰⁵ שם, ("The perpetrator's estrangement from the protected value is supreme, as if she is not deterred in these circumstances, she will never be deterred") כן ראו Michael J. Zydner, *Not the Crime but the Cover-Up: A Deterrence-Based Rationale for the Premeditation-Deliberation Formula*, 86 IND. L.J. 879 (2011).

²⁰⁶ קרמניצר, כוונה תחילה, לעיל ה"ש 203, בעמ' 643.

שכן במהלך תכנון הרצח השלכות אלה הובאו בחשבון.²⁰⁷ לעומתו, הרוצח המבצע את המעשה בלהט הרגע נמנע, לעיתים, מלהביא בחשבון את ההשלכות של מעשיו שיביאו לעונשו, ואפשר כי לו היה מביא אותן בחשבון, היה נמנע מביצוע המעשים.²⁰⁸ לכן לשיקולי הרתעה יש לכאורה השפעה רבה יותר על הרוצח קר-הדם.²⁰⁹

ניתן להסביר את החומרה היתרה שנייחס למשה לעומת יוסף בכך שמשה ביצע את ניסיון הרצח מתוך תכנון מוקדם,²¹⁰ ולא מתוך כוונה בלבד,²¹¹ במובן זה ששיקר החומרה במעשי משה מצוי בכך שהרצח תוכנן מראש ולא היה ספונטני, כאשר הפער בין המתה שבוצעה בכוונה רגילה להמתה שבוצעה באדישות בפני עצמו הוא מופחת.²¹² נראה כי העמדה שלפיה יש לייחס חומרה יתרה לרצח שבוצע בכוונה (ספונטנית), לעומת רצח שבוצע באדישות, משתמרת אף כאשר מסירים את היבט התכנון המוקדם. כך, נניח שמאיר ביצע את אותן הפעולות שביצע משה בדוגמה לעיל, אלא שמאיר לא החליט מראש – כחלק מתוכניתו המקורית – לרצוח את השומר, אלא הגיע לבנק כדי לשדוד אותו בלי לפגוע באיש. אולם בעת ביצוע השוד התערב המאבטח בבנק וניסה למנוע את השוד, ובתגובה מאיר ירה בו כמה פעמים מטווח קרוב כשהוא מכוון את האקדח לפלג גופו העליון. נניח כי גם במקרה זה חיי המאבטח ניצלו. לטעמי, לעובדה כי מאיר התכוון לקחת את חייו של הקורבן, ולא רק היה אדיש לאפשרות מותו, יש לייחס חומרה יתרה מבחינת השיקולים העונשיים השונים.²¹³ אומנם במובנים רבים קיים דמיון בין הממית באדישות לממית בכוונה:²¹⁴ שניהם היו מוכנים לקדם את האינטרסים האישיים שלהם – השלמת העבירה ובריחה מן הדין – תוך כדי התעלמות מערך קדושת החיים.²¹⁵ הדמיון בין הכוונה לאדישות להמית נקרא אף משורות

207. שם.

208. שם, בעמ' 642.

209. שם; Mannheim, לעיל ה"ש 205.

210. כהגדרתו, למשל, בס' 301א(א)(1) לחוק העונשין.

211. בהקשר זה ניתן לציין במאמר מוסגר כי לאורך השנים התעורר ספק מסוים בדבר הפער הנורמטיבי בין כוונה תחילה לכוונה רגילה. ראו למשל פלר, לעיל ה"ש 28. לצד זאת סוגיה זו חורגת מהיקפו של הדיון הנוכחי. עוד יצוין כי לפי ההצעה המובאת ברשימה זו, העונש על עבירת הניסיון לרצח יהיה מאסר עולם רק במקרים שבהם הניסיון בוצע בנסיבות מחמירות, באופן המעצים אף יותר את ההצדקה שבהשוואת העונש על עבירת הניסיון לרצח בנסיבות מחמירות לזה של עבירת הרצח הבסיסית. ראו בהרחבה להלן בפרק 2.

212. ראו למשל ע"פ 1464/21 קפוסטין נ' מדינת ישראל, פס' 45 (נבו 11.9.2022); ע"פ 2883/23 מדינת ישראל נ' פלוני, פס' 18 לפסק דינו של השופט אלרון (נבו 21.2.2024). (השופט אלרון נותר בדעת מיעוט באותו העניין כאשר להשלכות של כלילת יסוד האדישות בתוך עבירת הרצח); ע"פ 2079/22 חוגיראת נ' מדינת ישראל, פס' 11 (נבו 13.8.2023); ע"פ 1938/23 בלאי נ' מדינת ישראל, פס' 14–15 (נבו 13.12.2023).

213. בהקשר זה ראו את עמדתה של פרופ' מרים גור-אריה, אשר סברה כי אין להבחין בין חומרת האשם של הממית בקלות דעת לזו של הממית באדישות, וטענה כי הפער הנורמטיבי – בייחוד בעבירות ההמתה – נמצא בין הפזיזות על שלל צורותיה לבין הכוונה. ראו מרים גור-אריה "הרפורמה המוצעת לעבירות ההמתה במשפט הישראלי לאור עקרונות האשמה" משפטים על אחר ה 1, 7 (תשע"ג).

214. ראו עניין קפוסטין, לעיל ה"ש 212, בפס' 45.

215. שם. ראו דוח ועדת קרמניצר, לעיל ה"ש 84, בעמ' 21.

תיקון 137, אשר קבע כי אף המתה באדישות מספקת להרשעה בעבירת הרצח.²¹⁶ ועדיין, בדומה למוצג לעיל, מי שהיה אדיש לאפשרות מות הקורבן איננו חפץ בהתגשמות התוצאה האסורה, ובכך הוא לא הפגין את אותה פרוורסיה אנטי-חברתית המאופיינת בניסיון המכוון ליטול חיים.²¹⁷ על ההבחנה בין הכוונה לאדישות בעבירות המתה לאחר תיקון 137 עמד השופט ארון בעניין **יאסין**:

מכריכת האדישות עם הכוונה אין ללמוד על כך שישנה זהות מוחלטת בין שני היסודות. עונשו של רוצח אדיש אמנם יהא חמור משמעותית לאחר הרפורמה מאשר הממית באדישות עובר לרפורמה; אולם, מקום בו לבית המשפט נתון שיקול דעת, כאשר אין מדובר בעבירת רצח בנסיבות מחמירות שבצדה עונש מאסר עולם חובה, יותר לרוב פער מסוים ברף הענישה בין האדיש לרוצח בכוונה. במילים אחרות – באותן הנסיבות בדיוק של מעשה הרצח, וכאשר הנסיבות שאינן קשורות לביצוע העבירה זהות אף הן, וכאשר ההבדל בין המקרים הוא אך ורק ביסוד החפצי של הנאשם – עונשו של הרוצח בכוונה ראוי שיהא חמור מעונשו של הרוצח באדישות.²¹⁸

עולה אפוא כי קיימים שיקולים עונשיים המצדיקים דווקא החמרה עם מאיר – המנסה שלא הצליח – לעומת יוסי – הרוצח האדיש. לכן, אף אם נקבל כי לנזק שנגרם מהעבירה – בדמות השלמת העבירה – צריכה להיות השפעה מסוימת על העונש של הנאשם, ברי כי אין מדובר בשיקול היחיד. כך, בהיבטים רבים הבחנת הדין כבר כיום מייחסת ליסוד הנפשי של הנאשם משקל גדול מזה שהיא מייחסת ליסוד העובדתי, בייחוד בעניינין של עבירות ההמתה. עבירת גרימת המוות ברשלנות ועבירת הרצח שתיהן בעלות יסודות עובדתיים זהים. בשני המקרים יש להוכיח כי הנאשם גרם למותו של הקורבן. אולם העונש המרבי על גרימת מוות ברשלנות הוא שלוש שנות מאסר, ואילו העונש על רצח הוא עד מאסר עולם.²¹⁹ במקרים אחרים, מעשה שבוצע מתוך פזיזות לא ייכנס כלל לעולם הפלילי, ותידרש הוכחת כוונה – ולא פחות מכך – כדי לייחס לנאשם את ביצועה של עבירה.²²⁰ מנקודות אלה עולה כי לא ברור כלל אם בבחינת חומרתה היתרה של עבירת הרצח במישור היסוד העובדתי, לעומת חומרתה היתרה של עבירת הניסיון לרצח במישור היסוד הנפשי, יש ליתן משקל רב יותר ליסוד העובדתי בשתי העבירות. נהפוך הוא, הסקירה דלעיל מעלה כי המשפט הפלילי רגיש להבדלים ביסוד הנפשי של הנאשם יותר מלהבדלים ביסוד העובדתי.²²¹ אומנם אחד מעקרונותיו הבסיסיים של המשפט הפלילי אוסר על

²¹⁶ שם; עניין קפוסטין, לעיל ה"ש 212, בפס' 45; עניין חוגייראת, לעיל ה"ש 212, בפס' 11.

²¹⁷ פלר, לעיל ה"ש 200, בעמ' 57.

²¹⁸ עניין יאסין, לעיל ה"ש 184, בפס' 42.

²¹⁹ יעקב חבה "כוונה כחלק מהגדרת מעשה העבירה במשפט העברי ובמשפט הישראלי" מחקרי משפט כ 177, 179 (תשס"ג).

²²⁰ קדמי, לעיל ה"ש 59, בעמ' 137. ראו פלר יסודות בדיני עונשין, לעיל ה"ש 127, בעמ' 488.

²²¹ פלר יסודות בדיני עונשין, לעיל ה"ש 127, בעמ' 488; Joel Prentiss Bishop, BISHOP ON CRIMINAL LAW, S. 287 (1923) ("It is therefore a principle of our legal system, as probably it is of

ענישת מחשבות בלבד.²²² אולם נראה כי אף הצדקתו של רף בסיסי זה מבוססת, למצער חלקית, על בחינת היסוד הנפשי עצמו: כך, נטען כי הפעולה הפיזית של האדם היא ראייה למידת מחויבותו לעמדותיו המנטליות.²²³ שנית, אף אם אין חולק כי היסוד העובדתי הוא רכיב הכרחי בהתגבשותה של העבירה הפלילית, מרגע שרכיבים בסיסיים אלה התגשמו – למשל במעבר ממתחם ההכנה לניסיון – מרכז הכובד של הדין הפלילי עובר לבחינת היסוד הנפשי של הנאשם,²²⁴ ונטיותיו המנטליות הן שיקבעו אם ובאיזו מידה יהיה חשוף לסנקצייה פלילית.²²⁵

לסיכום, פרק זה הראה כי מבחינה נורמטיבית קיימים היבטים שבהם עבירת הניסיון לרצח לאחר תיקון 137 היא חמורה מהעבירה המוגמרת. כמו כן הראה הפרק כי להיבט זה השלכה מהותית על אופן החלת הדין הפילוסופי-תאורטי בסוגיית המזל המוסרי על ענייננו. עוד נטען כי

every other, that the essence of an offence is the wrongful intent, without which it cannot exist"; Francis Bowes Sayre, *Mens Rea*, 45(6) HARV. L. REV. 974 (1932); עמדה זו נגזרת מעקרונ היסוד בפלילים המבוטא בדוגמה הלטינית "rea sit mens nisi reum facit actus reus non", קרי אין עבירה בלי מחשבה פלילית (שם, בעמ' 974). יודגש אין באמור לקבוע כי היסוד הנפשי "חשוב" מהיסוד העובדתי – ספק אם יש משמעות מהותית להבחנה זו. אלא שצוין כי המשפט הפלילי רגיש במיוחד לשינויים ביסוד הנפשי בדמות ההשפעה על הסיווג הפלילי של המעשים. כך, אף מעשים שהובילו לתוצאות קשות, שנעשו בלי מחשבה פלילית, לא ייכנסו לרף הפלילי. לעומת זאת אם הייתה לנאשם מחשבה פלילית מסוג חמור (למשל: כוונה להמית), אזי גם מעשה זניח מצד הנאשם יוכל להוביל להרשעה. ראו פלר, לעיל ה"ש 127, בעמ' 503 ("האנטי-חברתיות שבעבירה הפלילית, המחייבת את האחריות המיוחדת – הפלילית – בשל עשייתה, נובעת בעיקר מכך שהיא מהווה ביטוי לעמדה האידיאולוגית השלילית של העושה כלפי האינטרסים החיוניים לחברה, המוגנים על ידי איסור העבירות הפליליות").

שם, בעמ' 31; ע"פ 5767/14 פלוני נ' מדינת ישראל, פס' 66 (נבו 16.6.2015); ע"פ 125/50 יעקובוביץ' נ' היועץ המשפטי לממשלת ישראל ו 514, פס' 5 לפסק הדין של השופט זילברג (1952); ע"פ 112/50 גד יצחק יוסיפוף נ' היועץ המשפטי לממשלת ישראל, 481, 496 (1951).

כך, פרופסור גור-אריה סבורה כי הפער בין שלב ההכנה לשלב הניסיון אינו נוגע אך לשאלת היסוד העובדתי של הנאשם ולמידת קרבתו הפיזית להשלמת העבירה. אלא שהוא גם נוגע למידת הכוונה של הנאשם להשלים את העבירה. נאשם שעבר את שלב ההכנה ונכנס לתוך מתחם הניסיון הפגין כלפי חוץ את מידת המחויבות שלו להשלים את העבירה, ובכך הפגין את התגשמות היסוד הנפשי של כוונה לבצע את העבירה. ראו מרים גור-אריה "על ההבחנה בין הכנה לבין ניסיון" משפטים לב 505, 528.

ראו בהרחבה לעיל ה"ש 163 וההפניות שם.

שם. בהקשר זה אציין כי ניתן, לכאורה, לקחת טענה זו צעד נוסף ולומר כי בהתחשב בדרישה המוגברת במישור היסוד הנפשי בעבירת הניסיון לרצח, העולה כאמור על הדרישה בעבירת הרצח המוגמרת, ייתכן שראוי כי העונש על הניסיון לרצח יהיה אף חמור יותר מהעונש על העבירה המוגמרת. אולם נראה כי בכל זאת קיים משקל נכבד להתקיימות התוצאה האסורה בעניינה של עבירת הרצח המוגמרת, השוללת את האפשרות כי עבירת הניסיון – שבה לא התקיימה תוצאה אסורה זו – תוביל לענישה חמורה יותר. כמו כן החלטת המחוקק לתחום הן את הרצח באדישות והן את הרצח בכוונה בעבירת הרצח החדשה אף היא מגלמת עמדה נורמטיבית שלפיה המרחק בין שני היסודות הנפשיים האלה, גם אם קיים, הוא אינו רב. משכך, הגם שעבירת הניסיון לרצח דורשת את הוכחתה של כוונה דווקא, להבדיל מעבירת הרצח המוגמרת, נראה כי הפער הלא גדול, לעמדת המחוקק, בין שני יסודות אלה בהקשר של עבירת ההמתה, אף הוא אינו מצדיק השתתו של עונש חמור יותר בעניינה של עבירת הניסיון לרצח. לבסוף יש לציין גם כי בחלק ניכר ממקרי הניסיון לרצח, עבירת הניסיון לא התגשמה כלל לכדי ניסיון מושלם, וגם בהיבט זה יש כדי להפחית מחומרתה של העבירה ביחס לעבירה המוגמרת.

החלת שיקולי הענישה המקובלים על עבירת הניסיון לרצח מביאה אף היא למסקנה כי מבחינות מסוימות עבירת הניסיון לרצח כוללת רכיבים המצדיקים ענישה חמורה מהעבירה המוגמרת. נטען כי רכיבים אלה מגשרים על הפער בין עבירת הניסיון לרצח לבין העבירה המוגמרת במישור עקרון הנזק, וכי הפרשנות המאחדת מאפשרת ליתן ביטוי ראוי הן לעקרון הנזק והן לעקרון השליטה בהכרעה בדבר העונש על עבירת הניסיון לרצח. כעת ניתוח נורמטיבי זה ישמש מצע לבחינה פרשנית-דוקטרינרית של עבירת הניסיון לרצח בהתבסס על הוראות סעיף 34כא לחוק העונשין.

ה. סעיף 34כא ופרשנות עבירת הניסיון לרצח

בחינה פרשנית של הסדר מחוק העונשין מחייבת התייחסות לעקרון היסוד הפרשני הקבוע בחלקו הכללי של החוק. לפי סעיף 34כא לחוק, "ניתן דין לפירושים סבירים אחדים לפי תכליתו, יוכרע העניין לפי הפירוש המקל ביותר עם מי שאמור לשאת באחריות פלילית לפי אותו דין".²²⁶ קריאה ראשונית של הסעיף יכולה להוביל למסקנה כי הוא נועד ליצור הסדר פרשני המקל עם הנאשם ומקשה עם התביעה, שהרי כשקיימים כמה פירושים אפשריים לטקסט התחיקתי, הסעיף קובע כי יש להעדיף את הפרשנות המקילה עם הנאשם.²²⁷ קריאה של הסעיף כמבכרת פרשנות לשונית, ובייחוד פרשנות המיטיבה עם הנאשם, הייתה משתלבת אף עם עקרון החוקיות.²²⁸ כך, עקרון החוקיות בדין הפלילי, הקובע כי אין עבירה ואין עונש מלבד אלה הנקבעים בחוק,²²⁹ הוא מקור נורמטיבי מסורתי להעדפתה של פרשנות לשונית או אף לשונית-דוקטרינרית, בכל הנוגע לפירושן של עבירות.²³⁰ שהרי, אם ייעשה שימוש בפרשנות תכליתית במסגרת ההליך הפלילי, ואם פרשנות תכליתית זו תרחק מלשון החוק, ייפגעו עקרונות הבסיס של המשפט הפלילי, ובהם זכותו של כל אזרח במדינה לדעת מה הם האיסורים החלים עליו בכל רגע נתון, וכנגזרת של זה החובה על המחוקק לנסח את האיסורים הפליליים באופן ברור ומפורש.²³¹

אולם לפי עמדות אחרות, כלל הפרשנות הקבוע בסעיף 34כא כולל למעשה שני שלבים: בשלב הראשון יש לבחון מהן הפרשנויות הסבירות בראי תכלית החוק, ורק לאחר מכן, אם אכן

²²⁶ ס' 34כא לחוק העונשין.

²²⁷ בועז סנג'ור "להטוטנות פרשנית בפלילים? ומיתת נשיקה לכלל הפרשנות המצמצמת?" **משפטים** כט 723, 729.

²²⁸ (תשנ"ט) (להלן: סנג'ור "להטוטנות פרשנית בפלילים"); סנג'ור "פרשנות מרחיבה", לעיל ה"ש 81, בעמ' 179. הרדוף, להלן ה"ש 232, בעמ' 787; לבחינה רחבה של התפתחות עקרון החוקיות והאינטרסים העומדים בליבו ראו רבין וואקי, לעיל ה"ש 62, בעמ' 79; ש"ז פלר "בחינות אחדות של עקרון החוקיות בפלילים" **משפטים** א 19, 22 (1969); יובל לוי "היבטים על עקרון החוקיות בדיני עונשין (חלק ראשון)" **עינוי משפט** ד 22, 23 (תשל"ה).

²²⁹ ס' 1 לחוק העונשין; ברק, להלן ה"ש 233, בעמ' 351; לדרמן, לעיל ה"ש 81, בעמ' 165; סנג'ור **ביקורת דיני העונשין הישראליים**, לעיל ה"ש 34, בעמ' 81; סנג'ור "להטוטנות פרשנית בפלילים", לעיל ה"ש 227, בעמ' 725; הרדוף, להלן ה"ש 232, בעמ' 786.

²³⁰ שם; ראו עניין **כהן**, להלן ה"ש 233, בפס' 9.

²³¹ רבין וואקי, לעיל ה"ש 62, בעמ' 97.

קיימות כמה פרשנויות כאלה, יש לבחור בזו שמקילה עם הנאשם.²³² נראה כי בית המשפט קרא את הסעיף לאורך השנים באופן המתיישב עם גרסה אחרונה זו. בית המשפט קרא את הסעיף כפותח את הדלת לשימוש בפרשנות תכליתית אף במסגרת המשפט הפלילי, מה שמאפשר לעיתים לחרוג מגבולות הטקסט התחיקתי בפירושן של עבירות ככל שהדבר נדרש לצורך הגנה על האינטרס הציבורי שבבסיס העבירה.²³³ כך, גישת בית המשפט לסעיף 34כא, כפי שזו הוצגה בדעת הרוב בעניין כהן, קובעת כי כבואו לפרש את החוק יבחן בית המשפט תחילה את המשמעות הלשונית של הטקסט התחיקתי בראי תכליתו.²³⁴ בכך יבחן בית המשפט אם קיימות כמה פרשנויות סבירות ללשון החוק,²³⁵ ומהן יבחר את הפרשנות "המגשימה במידה הרבה ביותר את תכלית החוק".²³⁶ לאחר מכן, רק אם נקבע כי אין קיימות כמה פרשנויות אפשריות המגשימות את תכלית החוק במידה דומה, יפעיל בית המשפט את הוראות סעיף 34כא ויבחר בפרשנות המקילה עם נאשמים.²³⁷ צוין כי לאורך השנים כמה עמדות בפסיקה ביקשו לאתגר גישה זו. כך למשל בדעת המיעוט בעניין כהן הזהיר השופט גרוניס מפני שימוש יתר בפרשנות תכליתית במשפט הפלילי.²³⁸ בדומה לזה, בעניין פלוני השופט שטיין ציין כי במקרים שבהם הפרשנות הלשונית של החיקוק היא ברורה, אין מקום לעבור ולבחון את הפרשנות התכליתית.²³⁹

עולה אפוא כי לפי הגישה הפרשנית המקובלת לסעיף 34כא, בטרם הפעלתו יש לקבוע אם בכלל קיימות כמה פרשנויות לשוניות סבירות לחיקוק.²⁴⁰ כפי שהוצג לעיל, עולה ספק בראי הגישה הכללית לפירושן של עבירות ניסיון פרטיקולריות, אם בכלל ניתן לומר כי לשון סעיף 305 מאפשרת לקרוא לתוכו הן את עבירת הניסיון לרצח הרגילה והן את עבירת הניסיון לרצח בנסיבות מחמירות, שהרי עבירות ניסיון פרטיקולריות מתייחסות, בדרך כלל, לעבירה מוגמרת ספציפית אחת.²⁴¹ יתרה מזאת, לעבירת הניסיון לרצח בנסיבות מחמירות אין כל זכר בלשונו של סעיף

²³² קדמי, לעיל ה"ש 59, בעמ' 707; ברק, פרשנות בפלילים, לעיל ה"ש 81, בעמ' 354; אסף הרדוף "פרשנות תכליתית או מצמצמת, או שמא תכליתית ומצמצמת?": סעיף 34כא לחוק העונשין ועמימותן של הלשון, התכלית והפגיעה" **ספר גרוניס** 779, 792 (קרוז אולאי ואח' עורכים 2023).

²³³ ראו ברק, לעיל ה"ש 232, בעמ' 354; דנ"פ 10987/07 **מדינת ישראל נ' כהן**, סג' (1) 644, פס' 9 (2009); בש"פ 4206/16 **מדינת ישראל נ' טחימר**, פס' 41 (נבו 3.11.2016); רע"פ 7446/07 **שעבי נ' מדינת ישראל**, פס' 50 (נבו 23.6.2009).

²³⁴ עניין כהן, לעיל ה"ש 233, בפס' 10.

²³⁵ שם ("בדרך שהתווה הנשיא ברק וקנתה לה שביתה בשיטתנו המשפטית נתחיל כל מסע פרשני בלשון החוק ומבין המשמעויות האפשריות מבחינה לשונית נבחר בזו המגשימה במידה הרבה ביותר את תכלית החוק."). ראו ע"פ 787-79 **מזרחי נ' מדינת ישראל** פ"ד לה (4) 421 (1980).

²³⁶ שם.

²³⁷ עניין כהן, לעיל ה"ש 233, בפס' 9-10 לפסק הדין. קדמי, לעיל ה"ש 59, בעמ' 713.

²³⁸ עניין כהן, לעיל ה"ש 233, בפס' 7 לפסק דינו של השופט גרוניס.

²³⁹ ע"פ 20-3583 **פלוני נ' מדינת ישראל**, פס' 43 לפסק דינו של השופט שטיין (נבו 9.11.2020).

²⁴⁰ בג"ץ 6824/07 **ד"ר עארל מנאע נ' רשות המסים**, סד' (2) 479, פס' 19 (2010); קדמי, לעיל ה"ש 59, בעמ' 711; עניין כהן, לעיל ה"ש 233, בפס' 10.

²⁴¹ ראו לעיל בפרק ב.

305.242 אומנם ועדת קרמניצר, וכן הצעת החוק הממשלתית, ביקשו לתקן את סעיף 305 כדי שיכלול במפורש הן את הניסיון לרצח הרגיל והן את הניסיון לרצח בנסיבות מחמירות,²⁴³ אולם שינוי זה כאמור לא היה חלק מהתיקון הסופי, ולכן **לשון** החוק במתכונתה הנוכחית אינה כוללת התייחסות כלשהי לעבירת הניסיון לרצח בנסיבות מחמירות.²⁴⁴ מטעמים אלה עולה ספק רב אם קריאת עבירת הניסיון לרצח בנסיבות מחמירות לתוך סעיף 305 היא בבחינת פרשנות לשונית סבירה.

אף אם נניח, לצורך הדיון, כי פרשנות זו היא פרשנות לשונית אפשרית, קיים שלב נוסף בטרם החלת סעיף 34 כ.א. יש לבחון אם שתי הפרשנויות האפשריות, קרי הגישה המפרידה לעומת הגישה המאחדת, מגשימות במידה סבירה את תכלית החיקוק.²⁴⁵ האינטרס המוגן בבסיס עבירות ההמתה השונות הוא ערך קדושת החיים.²⁴⁶ לצד עיקרון כללי זה ידוע כי לא כל הפגיעות באינטרס המוגן נולדו שוות זו לזו. כך, אין דינה של המתה ברשלנות כדינו של רצח בנסיבות מחמירות.²⁴⁷ לכן יש לקבוע אם הפער הנורמטיבי בין הניסיון לרצח בנסיבות מחמירות לניסיון לרצח הרגיל מצדיק הבחנה בין העונש המרבי על כל אחת מן העבירות. מנגד, יש לבחון גם אם עבירת הניסיון לרצח בנסיבות מחמירות היא קרובה מספיק – מבחינת הפגיעה באינטרס המוגן – לעבירת הרצח המוגמת במידה שתצדיק כי העונש המרבי על עבירת הרצח יהיה זהה לעונש המרבי על עבירת הניסיון לרצח בנסיבות מחמירות. שני היבטים אלה ייבחנו כעת.

1. הבחנה בין עבירת הניסיון לרצח לעבירת הניסיון לרצח בנסיבות מחמירות

נראה כי הבחנה בין העונש המרבי על עבירת הניסיון לרצח הרגילה לזה שעל עבירת הניסיון לרצח בנסיבות מחמירות משרתת את התכלית האובייקטיבית שבבסיס תיקון 137. כך, אחת המטרות העיקריות של תיקון 137 הייתה לבצע דיפרנציאציה בין רצח אשר בוצע בכוונה רגילה בלבד,²⁴⁸ אשר מבטא לעיתים קרובות מעשה ספונטני שבוצע בלהט הרגע, לבין רצח אשר בוצע לאחר תכנון ממש, או בנסיבה אחרת אשר מוסיפה למעשה נופך מחמיר נוסף.²⁴⁹ לפיכך ההבחנה בין ענישת

242 ש.ם.

243 ש.ם.

244 ש.ם.

245 קדמי, לעיל ה"ש 59, בעמ' 711; עניין כהן, לעיל ה"ש 233, בפס' 10.

246 קרמניצר וגנאים, לעיל ה"ש 3, בעמ' 23; יניב רוזנאי והלל סומר "אם כל הזכויות": הזכות החוקתית לחיים" משפט ועסקים יט 537, 541 (2016); ע"פ 6841/01 ביטון נ' מדינת ישראל, נז"כ 794 (6) (2002); ע"פ 2587/06 שקיראת נ' מדינת ישראל (נבו 17.5.2007).

247 ראו לעיל ה"ש 221 והטקסט הנלווה לה.

248 ע"פ 3546/19 עודה נ' מדינת ישראל, פס' 25 (נבו 15.01.2023); ע"פ 5995/21 אלחסנה נ' מדינת ישראל, פס' 29 (נבו 16.06.2022); ראו דיון מקיף במשמעות ההבחנה בע"פ 5363/20 פרץ נ' מדינת ישראל, פס' 24–29 (נבו 11.07.2022); ע"פ 4066/22 דירנוב נ' מדינת ישראל, פס' 20 (נבו 25.06.2023).

249 דברי ההסבר להצעת חוק העונשין (תיקון מס' 119) (עבירות ההמתה), התשע"ד–2014, ה"ח 880, 862, 886 ("הנסיבות המחמירות שמוצע לכלול בסעיף כוללות את מקרי הרצח החמורים ביותר, כאלה המבטאים חומרה מוסרית מיוחדת, וזאת בהתבסס בין השאר על החקיקה במדינות אחרות בעולם. קביעת עבירה של רצח בנסיבות

הרצח הרגיל לעונש על רצח בנסיבות מחמירות נוצרה כדי לשרת את עקרון ההלימה, עקרון היסוד בענישה לפי תיקון 113,250 הקובע כי יש להתאים את חומרת העונש לחומרת האשם הנובע מן העבירה, וכך עבירה חמורה יותר תגרור עונש חמור יותר.²⁵¹ עולה כי המחוקק הביע את עמדתו שיש ליצור דיפרנציאציה בין שני סוגי עבירות הרצח.²⁵² נראה כי בראי ההבחנה בין חומרת עבירת הרצח הבסיסית לעבירת הרצח בנסיבות מחמירות, ראוי לתרגם הבחנה זו אף לעניין ענישה על הניסיון לבצע כל אחת מן העבירות.

ניקח למשל את הנסיבה השביעית בעבירת הרצח בנסיבות מחמירות, העוסקת ברצח שבוצע "באכזריות מיוחדת, או תוך התעללות גופנית או נפשית בקורבן".²⁵³ נניח ששמואל ביצע ניסיון לרצח העונה להגדרה זו. הניסיון בוצע תוך כדי גרימת נזק פיזי ממשי וחמור לקורבן במידה שפגעה בו אנושות והובילה אותו לערש דווי. מבחינת תיקון 137, אם ניסיון זה היה מצליח, והקורבן היה מת, היה נגזר על שמואל מאסר עולם חובה. ואולם, מאחר שהניסיון נכשל, הגישה המאחדת גורסת כי שמואל יחסה באותה הקטגוריה עם קוזלוב – שניהם יורשעו באותה העבירה, ושניהם יעמדו בפני עד עשרים שנות מאסר. ואולם, השוואה זו בין מצבו של שמואל לזה של קוזלוב היא **בדיוק** מה שתקון 137 ביקש למנוע. באמצעות ההבחנה בין רצח רגיל לרצח בנסיבות מחמירות תיקון 137 מבהיר כי קיים פער נורמטיבי ניכר בין שני המעשים אשר יש ליתן לו ביטוי הן בסעיף שבו יורשע הנאשם והן בעונש שייגזר עליו.²⁵⁴ ברם הגישה המאחדת אינה נותנת ביטוי מספק לפער נורמטיבי זה, ולעומתה הגישה המפרידה כן מבחינה בין שני המקרים. בדומה לזה ניתן לחשוב על דוגמאות נוספות שבהן הניסיון לרצח מבוצע בנסיבות מחמירה שונה מן הנסיבות המנויות בסעיף 301א לחוק. למשל, תוך כדי התעללות בכך זוגו של הנאשם,²⁵⁵ או כאשר הקורבן הוא חסר ישע²⁵⁶ ועוד.

מחמירות מבטאת את משקלם המיוחד של שיקולי האשם וההוקעה בגינו במקרים אלה, הבאים לידי ביטוי הן בדרך של תיוג מיוחד של מעשה הרצח כרצח בנסיבות מחמירות והן בדרך של ענישת חובה".
 ראו ס' 40 בלחוק העונשין; קרמניצר וגנאים, לעיל ה"ש 3, בעמ' 294; אורן גזל-אייל "מתחמים לא הולמים: על עקרון ההלימה בקביעת מתחם העונש ההולם" **משפטים על אתר** 1 (תשע"ג); ע"פ 8641/12 סעד נ' מדינת ישראל, סו(2) 772, פס' י' לפסק הדין של השופט רובינשטיין (2013).
 שם. וראו בהקשר להשלכות דיון זה על עבירת הניסיון לרצח: יוסף אלרון ועומר רזין **עבירות המתה: החוק והפסיקה** 169 (2025).

באמצעות יצירת עונש חובה לעומת עונש מרבי. ראו לעיל ה"ש 249.²⁵²

ס' 301א(7) לחוק העונשין.²⁵³

דברי ההסבר לחוק, לעיל ה"ש 249.²⁵⁴

ס' 301א(6) לחוק העונשין.²⁵⁵

ס' 301א(8) לחוק העונשין.²⁵⁶

2. השוואת העונש על ניסיון לרצח בנסיבות מחמירות לזה שעל עבירת הרצח המוגמרת

כאמור, ההיבט השני של בחינת הפרשנות המתאימה להגשמת האינטרס המוגן שבבסיס עבירת הניסיון לרצח נוגע לעובדה כי הכרה בניסיון לרצח בנסיבות מחמירות כעבירה נפרדת שעונשה עד מאסר עולם מובילה למעשה להשוואת העונש המרבי על עבירת הניסיון לרצח לעונש הקבוע על עבירת הרצח המוגמרת שבסעיף 300(א) לחוק העונשין. ככל שהפגיעה באינטרס קדושת החיים היא חמורה יותר בעניינה של עבירת הרצח המוגמרת, לעומת עבירת הניסיון לרצח בנסיבות מחמירות, הרי שבחינה תכליתית של החיקוק תוביל למסקנה כי לא ראוי להשוות את העונש על הניסיון לרצח בנסיבות מחמירות לעונש על עבירת הרצח המוגמרת.²⁵⁷

היחס הנורמטיבי בין עבירת הניסיון לרצח לעבירת הרצח המוגמרת, כפי שזה חל בדין החדש, הוצג בהרחבה לעיל. בקצרה יצוין כי לצורך הרשעה בעבירת הרצח המוגמרת מסתפק תיקון 137 ביסוד נפשי של אדישות, ואילו עבירת הניסיון לרצח עודנה דורשת הוכחה של כוונה של ממש להמית את הקורבן.²⁵⁸ יחס זה מוביל למסקנה כי לעבירת הניסיון לרצח קיים חסר במישור היסוד העובדתי לעומת העבירה המוגמרת, ועבירת הניסיון לרצח מפצה על חסר זה במישור היסוד הנפשי.²⁵⁹ לפיכך נטען כי במובנים מסוימים, בעיקר בראי מעמדו של היסוד הנפשי במשפט הפלילי, עבירת הניסיון לרצח היא דווקא חמורה מעבירת הרצח המוגמרת.²⁶⁰ יתרה מזאת, יודגש כי אף לפי הגישה המפרידה, עבירת הניסיון לרצח הבסיסית עדיין תהא מוסדרת במסגרת סעיף 305 לחוק העונשין, ועונשה יהיה עד עשרים שנות מאסר.²⁶¹ תוצאה זו היא בלתי נמנעת בראי לשון החוק של סעיף 305, אשר בבירור כוללת למצער את הניסיון לבצע את עבירת הרצח הבסיסית.²⁶² לכן במסגרת בחינת האפשרות המפרידה יש להכריע אם עבירת הניסיון לרצח שבוצעה בנסיבות מחמירות היא פגיעה בערך החיים במידה דומה לזו של עבירת הרצח המוגמרת הבסיסית, באופן שיצדיק את השוואת העונש המרבי של העבירות.²⁶³ בהקשר זה יצוין כי

²⁵⁷ והשוו לניתוח שביצע בית המשפט בבואו להבחין בין הרצח באדישות לרצח בכוונה. ראו עניין יאסין, לעיל ה"ש 184, בפס' 42.

²⁵⁸ לעיל ה"ש 184 והטקסט הנלווה.

²⁵⁹ לעיל ה"ש 189 והטקסט הנלווה.

²⁶⁰ שם.

²⁶¹ לעיל בפרק 2.

²⁶² שהרי אם עבירת הרצח הבסיסית לא תחסה בעבירת הניסיון הפרטיקולרית בסעיף 305, ייווצר מצב שבו הן עבירת הניסיון לרצח הבסיסי (לפי הדין הכללי) והן עבירת ניסיון הרצח הפרטיקולרית (בסעיף 305) הן בעלות יסודות זהים, אולם הן כוללות עונשים שונים במידה ניכרת – מאסר עולם לעומת עשרים שנות מאסר כעונש מרבי. על מצב זה, הדומה לאופן שבו התאפיין הדין בתקופה שלאחר דרעי, נמתחה ביקורת חריפה, ונראה כי לא רצוי ליצור מחדש סיטואציה דומה, בעיקר בראי קיומן של חלופות פרשניות ומינות. ראו קרמניצר "על הניסיון", לעיל ה"ש 6.

²⁶³ לחלופין, מבחינת השוואת עבירת הניסיון לרצח בנסיבות מחמירות לעבירת הרצח בנסיבות מחמירות, יש לקבוע אם עבירת הניסיון לרצח קרובה מספיק מבחינה נורמטיבית – אך עדיין פחותה מחומרתה של העבירה המוגמרת – במידה שתצדיק את קביעת עונש החובה על העבירה המוגמרת כעונש המרבי על הניסיון לרצח.

ההשוואה הראויה היא בין עבירת הניסיון לרצח בנסיבות מחמירות לעבירת הרצח הבסיסית, ולא לעבירת הרצח בנסיבות מחמירות. זאת, בראי העובדה כי העונש על עבירת הרצח בנסיבות מחמירות הוא ממילא חמור, אף לפי הגישה המפרידה, מהעונש על עבירת הניסיון לרצח (מאסר עולם חובה לעומת מאסר עולם כעונש מרבי).²⁶⁴ לעומת זאת לפי הגישה המפרידה, העונש על עבירת הניסיון לרצח בנסיבות מחמירות יושווה לעונש על עבירת הרצח הבסיסית, ובשני המקרים יהיה עד מאסר עולם. לכן הבחינה ההשוואתית להלן תבדוק אם מידת הפגיעה באינטרס המוגן בעניינן של כל אחת מן העבירות דומה מספיק כדי להצדיק את השוואת העונש על כל אחת מן העבירות.

בחינה של הסוגיה מנקודת מבט זו מראה כי לעבירת הניסיון לרצח בנסיבות מחמירות קיימים שני יסודות נוספים הנעדרים מעבירת הרצח המוגמרת הבסיסית: ראשית, עבירת הניסיון לרצח דורשת כאמור הוכחת יסוד נפשי של כוונה ואינה מסתפקת באדישות;²⁶⁵ שנית, עבירת הניסיון לרצח בנסיבות מחמירות דורשת גם את הוכחתה של נסיבה מחמירה מרשימת הנסיבות המנויות בסעיף 301א(א).²⁶⁶ אף דרישה זו אינה קיימת בעניינה של עבירת הרצח הבסיסית. לצד זאת נותרת השאלה אם שני יסודות אלה מובילים למסקנה שפגיעתה של עבירת הניסיון לרצח בנסיבות מחמירות באינטרס קדושת החיים היא חמורה במידה שווה לעבירת הרצח המוגמרת אף שעבירת הניסיון לרצח לא הובילה למות הקורבן בפועל.²⁶⁷

השלכותיו של היבט היסוד הנפשי על הפער שבין עבירת הניסיון לרצח לעבירת הרצח המוגמרת נידונו לעיל, וניתן להסתפק בעמידה על החשיבות היתרה של היסוד הנפשי בדיני העונשין, שהיא ההבחנה העיקרית – לעיתים קרובות – לעניין העונש שיוטל על הנאשם.²⁶⁸ מבחינת רכיב הנסיבות המחמירות נראה כי ניתן להשליך מהדיון לעיל על היחס שבין עבירת הניסיון לרצח הרגילה לעבירת הניסיון לרצח שבוצעה בנסיבות מחמירות.²⁶⁹ כך, תיקון 137 קבע כאמור כי עבירת הרצח שבוצעה בנסיבות מחמירות היא בעלת דרגת חומרה שונה מזו של עבירת

²⁶⁴ לעיל ה"ש 78 והטקסט הנלווה.

²⁶⁵ לעיל ה"ש 184 והטקסט הנלווה.

²⁶⁶ וזאת בשל שילוב עבירת הרצח בנסיבות מחמירות עם דוקטרינת הניסיון הכללית. ראו רבין וואקי, לעיל ה"ש 62, בעמ' 566.

²⁶⁷ יצוין במאמר מוסגר כי קבלת האפשרות להרשיע אדם בניסיון לרצח בנסיבות מחמירות תפתח את הדלת גם להחלת כלל ההסדרים הנוגעים לעבירת הרצח בנסיבות מחמירות, ובהם האפשרות להרשיע את הקורבן בניסיון המתה בנסיבות של אחריות מופחתת (שילוב של ס' 25 עם ס' 301ב). אפשרות זו תוביל להפחתת העונש המרבי של המנסה לרצוח בנסיבות מסוימות. כך, אם הנאשם ניסה לרצוח את מי שהתעלל בו לאורך זמן (ס' 301ב(א)), עונשו המרבי יהיה חמש-עשרה שנות מאסר בלבד. נקודה זו מדגימה כי קבלת הגישה המפרידה אינה בהכרח חמורה בלבד עם נאשמים, אלא יש לראות בה התאמה של עבירת ניסיון הרצח לדין החדש ולרפורמות שאותן ביקש המחוקק לבצע בדיני ההמתה. זאת ועוד, אף בעניינן של החלופות האחרות של סעיף 301ב, אומנם הרשעה בעבירת ניסיון הרצח תוביל לעונש של עד עשרים שנות מאסר, ואולם היא לא תכלול את הסטיגמה של הרשעה בעבירת ניסיון הרצח (ראו קרמיצר וגנאים, לעיל ה"ש 3, בעמ' 341).

²⁶⁸ לעיל ה"ש 221 וההפניות שם.

²⁶⁹ לעיל ה"ש 249 והטקסט הנלווה.

הרצח הרגילה, במידה המצדיקה את השתת עונש מאסר העולם כעונש חובה.²⁷⁰ ביטוי לחומרה היתרה שיש לייחס לנסיבות המחמירות המנויות בסעיף 301א(א) ניתן למצוא בעניינם של משה ויוסי.²⁷¹ נראה כי היבט חשוב המוסיף נופך מחמיר למעשי משה – והופך את מעשיו, במידה מסוימת, לחמורים מאלה של יוסי – הוא העובדה שמשה ביצע את מעשיו לאחר תהליך ממשי של תכנון ושקילה, באופן המקיים את הנסיבה הקבועה בסעיף 301א(א)(1) לחוק.²⁷² במובן זה העובדה שמשה היה מוכן לפגוע באינטרס קדושת החיים לאחר שקילה ממשית של האפשרויות, בדם קר, ובלא שהדבר בוצע "בלהט הרגע", מצביעה על מידת הזילות שמה הפגין כלפי אינטרס קדושת החיים.²⁷³ אכן, נראה כי רבות מהנסיבות המחמירות המנויות בסעיף 301א(א) מסיבות לעבירת ניסיון לרצח חומרה יתרה, אשר במובנים רבים עוקפת את עבירת הרצח הבסיסית. כך למשל ניסיון לרצח שמבוצע באכזריות יתרה הוא במובן מסוים חמור מרצח מוגמר שבוצע בלא הנסיבה המחמירה,²⁷⁴ שכן פגיעתו באינטרס המוגן של קדושת החיים נראית חמורה יותר – לא זאת בלבד שהנאשם היה מוכן ליטול את חיי הקורבן, אלא שהוא עשה זאת תוך כדי גרימת סבל ובהתנהגות אכזרית כלפי הקורבן.²⁷⁵ ניתן להדגים את האינטואיציה הנראית לעין אף באמצעות בחינת נסיבות אחרות המנויות בסעיף 301א(א).²⁷⁶ בהקשר זה יצוין כי החלת העונש המרבי החמור מעשרים שנה על עבירת ניסיון הרצח לא יהיה זר לחלוטין בדין הישראלי, שכן כבר כיום קיימים הסדרים דומים בעניינם של נאשמים שהורשעו בעבירות של ניסיון לרצח בנסיבות של עבירת טרור,²⁷⁷ לפי חוק המאבק בטרור,²⁷⁸ או בניסיון לרצח בנסיבות של השתתפות בארגון פשיעה,²⁷⁹ לפי חוק המאבק בארגוני הפשיעה.²⁸⁰ במקרים אלה העונש המרבי על ביצוע העבירה עולה לעשרים וחמש שנות מאסר. לפיכך נראה כי הסדרים אלה מדגימים את הכרת הדין באפשרות שעבירת ניסיון הרצח תבצע בנסיבות חמורות במיוחד אשר יצדיקו סטייה מהעונש המרבי

²⁷⁰ ש.ם.

²⁷¹ לעיל, ה"ש 198 והטקסט הנלווה.

²⁷² ס' 301א(א)(1) לחוק העונשין.

²⁷³ ראו לעיל ה"ש 221 וההפניות שם.

²⁷⁴ ס' 301א(א)(7) לחוק העונשין.

²⁷⁵ ע"פ 578/21 אבו סרארי נ' מדינת ישראל, פס" 51 (נבו 16.2.2023); ע"פ 3992/22 ותד נ' מדינת ישראל, פס" 48 (נבו 7.5.2023).

²⁷⁶ למשל, אם הניסיון לרצח בוצע כלפי עד במשפט כדי למנוע את קיום ההליך המשפטי (ס' 301א(א)(3) לחוק העונשין), או שניסיון הרצח בוצע כלפי קורבן חסר ישע (ס' 301א(א)(8) לחוק העונשין) וכדומה.

²⁷⁷ ראו למשל ע"פ 5937/22 פלוני נ' מדינת ישראל (נבו 28.9.2023); ע"פ 7193/22 עיוויזי נ' מדינת ישראל, פס" 19 (נבו 28.1.2024); תפ"ח (מח' נצרת) 66356-06-18 מדינת ישראל נ' פלוני, פס" 229 לגזר הדין (נבו 20.6.2022); תפ"ח (מחוזי י-ם) 24418-05-17 מדינת ישראל נ' רבס (נבו 13.11.2019); תפ"ח (מחוזי מרכז) 20742-05-20 מדינת ישראל נ' רישה (נבו 19.9.2022).

²⁷⁸ ס' 37 לחוק המאבק בטרור, התשע"ו–2016.

²⁷⁹ ראו התייחסות להשלכות הנסיבה המחמירה על העונש בתפ"ח (מח' ב"ש) 20623-11-12 מדינת ישראל נ' גרימברג (נבו 30.3.2017); תפ"ח (מחוזי ב"ש) 26879-11-12 מדינת ישראל נ' בן שיטרית (נבו 4.4.2016).

²⁸⁰ ס' 3 לחוק מאבק בארגוני פשיעה, התשס"ג–2003.

הבסיסי המעוגן בסעיף 305. גישה דומה ראוי להחיל בנוגע לעבירת ניסיון הרצח שבוצעה
בנסיבות מחמירות לפי סעיף 301א(א).²⁸¹

בבחינת הפסיקה נראה כי אך לאחרונה הגיעו לבית המשפט העליון מקרים שבכוחם להדגים
את הקרבה המתקיימת, לעיתים, בין חומרת הניסיון לרצח לזו של העבירה המוגמרת. עניינו של
אביעד משה למשל עורר הדים בקרב הציבור: בין משה לבין אשתו באותה העת, שירה איסקוב,
התפתח ויכוח.²⁸² בעקבות זאת החליט משה להביא למותה של איסקוב. במסכת אלימות יוצאת
דופן, שאירעה מול עיניו של בנו, וכשהטלפון הנייד של איסקוב פועל במהלך שיחה עם אימה,²⁸³
דקר משה את איסקוב כמה פעמים בסכין וחבט בה באמצעות מערוך.²⁸⁴ בגלל פגיעות אלה הייתה
איסקוב על ערש דווי, אך ניצלה בנס.²⁸⁵ משה הורשע בעבירת ניסיון הרצח, בעבירה של חבלה
בכוונה מחמירה וכן בעבירה של התעללות בקטין.²⁸⁶ בעת דחיית הערעור ציין השופט ארון את
הדברים האלה על חומרת התיק שלפניו:

בשנותיי על כס השיפוט דנתי במאות, אם לא באלפי, תיקי אלימות קשים ופשע
חמור – ותיעוד של תקיפה כה אלימה, כה ממושכת, כה אכזרית – איני זוכר. זוועה
של ממש התחוללה באותן 7.5 דקות. זוועה ממנה המתלוננת נחלצה בדרך נס, אך
לא בלי פגיעות קשות בגוף ובנפש. אף על נפשו העדינה של בנו – המערער לא
חס.²⁸⁷

בראי דברים אלה עולה ספק אם יש מקום להבחין בין חומרת העבירה שיוחסה למשה לבין זו
שהייתה מיוחסת לו אילו הייתה איסקוב – חס ושלום – נפטרת מפצעה. עם זאת בעניין משה
העבירות הנלוות שבהן הורשע משה – ובראשן עבירת ההתעללות – אפשרו השתה של עונש
העולה על העונש המרבי הקבוע בצד עבירת ניסיון הרצח, ונגזרו אפוא על משה עשרים ושלוש
שנות מאסר בסך הכול.²⁸⁸

פני הדברים שונים במקרה אחר, דומה לקודם, מהעת האחרונה – עניין **סטרונג**: הנאשם ניהל
רומן עם המתלוננת לאורך שנים בעודו נשוי לאישה אחרת.²⁸⁹ בשלב מסוים החליטו השניים כי
הנאשם יעזוב את אשתו ויעבור לגור עם המתלוננת.²⁹⁰ אולם במקום זאת החליט הנאשם לרצוח
את המתלוננת.²⁹¹ לשם כך הוא ביצע כמה פעולות מקדימות, בין היתר הוא הותיר את הטלפון

²⁸¹ אני מודה על ההערה בהקשר זה למבקרת האנונימית.

²⁸² עניין **משה**, להלן ה"ש 307, בפס' 4.

²⁸³ שם, בפס' 6.

²⁸⁴ שם.

²⁸⁵ שם, בפס' 8.

²⁸⁶ שם, בפס' 15–16.

²⁸⁷ שם, בפס' 63.

²⁸⁸ שם, בפס' 21. על הקושי בשימוש בעבירות נלוות לצורך מיצוי הדין עם נאשמים בניסיון לרצח ראו בפרק הבא.

²⁸⁹ ע"פ 6731/23 **סטרונג נ' מדינת ישראל**, פס' 1 (נבו 16.7.2024).

²⁹⁰ שם, בפס' 1.

²⁹¹ שם.

שלו במקום עבודתו ונסע לבית המתלוננת במונית כשהוא לובש מדי צבא ועוטה מסכה.²⁹² כשהגיע לבית המתלוננת, הוא החל להכותה בראשה כשהוא עוטה כפפות. הנאשם לא שעה לתחנוני המתלוננת והמשיך לחבוט בה עד שחשב שהיא מתה. לאחר מכן שטף הנאשם את גופו, וכשתכנן לצאת מהדירה ראה שהמתלוננת עודנה בחיים. אז שב הנאשם והמשיך להכות במתלוננת עד שהיא העמידה פני מתה.²⁹³ לאחר שהנאשם עזב את דירתה, הצליחה המתלוננת בשארית כוחותיה להזעיק עזרה, והיא פונתה לבית החולים כשהיא סובלת מחבלות קשות ומדימום מסיבי הפורץ מראשה.²⁹⁴ הנאשם הורשע בעבירת ניסיון רצח.²⁹⁵ על הנאשם נגזרו 13.5 שנות מאסר.²⁹⁶ במעמד הערעור ציין בית המשפט כי במעשיו היה הנאשם קרוב להגשמת נסיבה מחמירה מנסיבות סעיף 301א(א), ובכך יש כדי להצדיק החמרה בעונשו.²⁹⁷ עם זאת קבע בית המשפט כי בשל היותו של הנאשם אב שכול טרי יש להקל בעונשו, והוא יהיה 12 שנות מאסר בסך הכול.²⁹⁸ השופט אלרון ציין כי "עבירת הניסיון לרצח, בדומה לעבירה המוגמרת, נועדה גם היא להגן על ערך קדושת החיים – ובמקרים רבים אשמתו של נאשם המנסה לרצוח דומה עד זהה לזה של רוצח שזממו יוצא מן הכוח אל הפועל".²⁹⁹ עולה אפוא כי שני פסקי דין אלה מדגימים את אותם מקרי קיצון שבהם ביצעו הנאשמים את עבירת הניסיון לרצח בנסיבות שייתכן שהיו מאפשרות את הרשעתם בעבירת הניסיון לרצח בנסיבות מחמירות. בשני המקרים הנאשמים היו חדורי מטרה – לגרום את מות הקורבן, ומרחקם מהשלמת העבירה היה כחוט השערה. לכן נראה כי מקרים אלה מציגים כי עבירת הניסיון לרצח, כאשר היא מבוצעת בנסיבות מחמירות, אינה נופלת לעיתים במישור הפגיעה באינטרס המוגן מעבירת הרצח הבסיסית.³⁰⁰

שתי דוגמאות אלה מפסיקת בית המשפט העליון מתווספות לדוגמאות ההיפותטיות שהוצגו לעיל,³⁰¹ בדבר מקרי הניסיון לרצח החמורים ביותר, ואלה הקרובים במיוחד לעבירה המוגמרת. לאורך הרשימה נטען כי במקרי קצה אלה, שבהם הניסיון לרצח מבוצע בנסיבות מחמירות, הפער הנורמטיבי בין הניסיון לרצח לעבירה המוגמרת קטן, וראוי להשוות את העונש המרבי על עבירת הניסיון לרצח בנסיבות מחמירות לעונש החובה על עבירת הרצח בנסיבות מחמירות – מאסר עולם.

292 ש.ם.

293 ש.ם.

294 ש.ם.

295 ש.ם, בפס' 2–3.

296 ש.ם, בפס' 6.

297 ש.ם, בפס' 20–21.

298 ש.ם, בפס' 24–25.

299 ש.ם, בפס' 22. באותו המקרה קבע בית המשפט כי אם התקרב הנאשם ליסוד מן הנסיבות המחמירות של ס' 301א(א), יש לשקול עובדה זו בעת גזירת הדין. מעניינת העובדה שבית המשפט הדגיש באותו העניין כי ניתוח זה רלוונטי למקרים שבהם הנאשם התקרב ליסודות ס' 301א(א), ובכך למעשה הותיר פתוחה את האפשרות לראות במי שהשלים את הנסיבה המחמירה של ס' 301א(א) כמבצע של עבירת ניסיון לרצח בנסיבות מחמירות לפי הדין הכללי.

300 ש.ם.

301 בייחוד המקרים של יוסי ומשה.

מסקנה זו נגזרת לא רק מבחינה אינטואיטיבית של מקרי הניסיון לרצח החמורים ביותר שמגיעים לפתחו של בית המשפט אלא גם מבחינה אנליטית של יסודות עבירת הניסיון לרצח והשוואתם ליסודות העבירה המוגמרת. עבירת הניסיון לרצח בנסיבות מחמירות כוללת כאמור כמה יסודות הנעדרים מעבירת הרצח הבסיסית – במישור היסוד הנפשי ובמישור קיומה של נסיבה מחמירה – מה שמשליך על מידת הפגיעה של עבירת הניסיון באינטרס המוגן. לעיל תואר כי שני יסודות אלה הופכים את עבירת הניסיון לרצח בנסיבות מחמירות לעבירה שפוגעת באינטרס קדושת החיים יותר – ולא פחות – מעבירת הרצח המוגמרת אף שעבירת הניסיון לרצח אינה כוללת את התקיימותה של התוצאה האסורה, קרי ההמתה בפועל.

על כן ניתוח פרשני זה מוביל למסקנה כי שתי הגישות הפרשניות האפשריות – הגישה המאחדת והגישה המפרידה – אינן מקיימות את תכלית החוק במידה דומה.³⁰² הגישה המאחדת סותרת את תכלית החוק בכך שהיא אינה יוצרת דיפרנציאציה בין עבירת הניסיון לרצח הרגילה לעבירת הניסיון לרצח בנסיבות מחמירות, וכן בכך שהיא אינה מכירה בחומרה היתרה של עבירת הניסיון לרצח בנסיבות מחמירות, המשתווה במובנים רבים לחומרת עבירת הרצח הבסיסית, ואשר מצדיקה את ההשוואה בין העונשים על שתי העבירות. בראי מסקנה זו עולה כי אין מקום כלל להפעיל את הוראותיו של סעיף 34 כא, שכן רק פרשנות אחת מהפרשנויות הלשוניות האפשריות מקיימת במידה מספקת את תכלית החוק.³⁰³ בהקשר זה יודגש כי מסקנה פרשנית זו מתיישבת גם עם גישות המבקרות את שיטת הפרשנות התכליתית בדין הפלילי הישראלי.³⁰⁴ כפי שהוצג לעיל, עולה ספק גדול אם ניתן לראות בגישה המאחדת פרשנות לשונית אפשרית של לשון החיקוק, בין היתר בשל העובדה שסעיף 305 איננו כולל כל התייחסות לעבירת הניסיון לרצח בנסיבות מחמירות. על כן עולה כי הגישה המפרידה תואמת הן את הגישה הפרשנית המקובלת בדין הישראלי, והן גישות פרשניות לשוניות יותר אשר מובעות לעיתים.³⁰⁵

ו. שימוש בעבירות נלוות כדי להחמיר את העונש על הניסיון לרצח

טיעון אחד אשר ניתן להשמיע נגד אימוץ עונש מאסר העולם על עבירת הניסיון לרצח הוא כי במקרים שבהם ניסיון הרצח נעשה בנסיבות חמורות, אפשר יהיה להרשיע את הנאשם הן בעבירת ניסיון הרצח והן בעבירות נוספות נלוות,³⁰⁶ ולכן אין צורך בהחמרת הענישה על עבירת הניסיון לרצח בעצמה. למשל, אם הניסיון לרצח לווה באלימות קשה כלפי הקורבן, יהיה אפשר להרשיע את הנאשם הן בעבירת הניסיון לרצח והן בעבירת החבלה בכוונה מחמירה.³⁰⁷ במקרה כזה העונש

³⁰² עניין כהן, לעיל ה"ש 233, בפס' 9–10. קדמי, לעיל ה"ש 59, בעמ' 713.

³⁰³ שם.

³⁰⁴ עניין פלוני, לעיל ה"ש 239, בפס' 43 לפסק הדין של השופט שטיין; עניין כהן, לעיל ה"ש 233, בפס' 7 לפסק הדין של השופט גרוניס.

³⁰⁵ שם.

³⁰⁶ טיעון זה הציגה הוועדה מטעם משרד המשפטים בראשות פרופ' קרמניצר, אשר עומדת מאחורי הרפורמה בעבירות ההמתה. ראו דוח ועדת קרמניצר, לעיל ה"ש 84.

³⁰⁷ ראו למשל ע"פ 1779/22 משה נ' מדינת ישראל, פס' 54 לפסק הדין (נבו 18.06.2023) (להלן: עניין משה).

המרבי שאפשר יהיה לגזור על הנאשם ממילא יעלה על 20 שנים, ובמובן זה אפשר יהיה לעקוף את תקרת העונש הזו במקרים החמורים ביותר. טיעון זה השמיעה כאמור ועדת קרמניצר.³⁰⁸ ואכן, נראה כי גישה זו של הוועדה תואמת את גישת הדין הנוהג, אשר מאפשר להרשיע, נוסף על ניסיון לרצח, גם בעבירות נלוות במקרים המתאימים, ובכך להשית על מי שניסה לרצוח אף עונש העולה על 20 שנות מאסר.³⁰⁹ עם זאת בגישה זו שני קשיים, שיפורטו כעת.

ראשית, עולה קושי מסוים בשימוש בעבירות נלוות כדי להחמיר את העונש על ניסיון לרצח. למעשה, גישה זו היא בבחינת הודאה – הלכה למעשה – בהיותו של העונש על עבירת הניסיון לרצח לא מספק במקרים מסוימים, והדבר דורש הסתמכות על עבירות נלוות כדי להתאים את העונש של החמורים שבמקרי הניסיון לרצח. אולם נראה כי אין מקום לאמץ קונסטרוקציה משפטית זו אם היא אינה הכרחית, בהנחה שניתן לפרש את הדין הנוהג פירוש שמאפשר השתת עונש מחמיר מעשרים שנים על עבירת הניסיון לרצח כשלעצמה, מבלי להידרש לעבירות נלוות. הווה אומר, אם אנו רואים סוגים מסוימים של ניסיון לרצח – אלה שהמרחק בינם לבין השלמת העבירה הוא כחוט השערה – כמצדיקים עונש העולה על עשרים שנים, שומה עלינו לנסות ולמצוא עיגון תחיקתי פנימי לעבירת הניסיון לרצח כדי לבסס עונש זה בטרם נצא לרעות בשדותיהן של עבירות אחרות כדי למצוא בהן את הביסוס הנדרש להחמרה בעונש. בהקשר זה יצוין כי בדומה לזה אפשר היה לסבור שלצד הרשעת אדם בעבירת הרצח יהיה מקום להרשיעו בעבירות נגזרות הנוגעות לפגיעה בקורבן. למשל, אם ראובן רצח את שמעון בירייה, הרי שהוא ביצע ממילא גם עבירה של חבלה בכוונה מחמירה. עם זאת ברי שראובן לא יורשע בעבירה של פגיעה בגופו של שמעון אלא בעבירת הרצח בלבד, משום שעבירת הרצח תוחמת בעצמה את כלל הפגיעה בקורבן, ואיננו נדרשים לצרף עבירות נוספות כדי להביע את עוצמת הפגיעה בנורמות החברתיות. עוצמת הפגיעה הזאת כבר מקבלת ביטוי במסגרת ההרשעה בעבירת הרצח, על העונש החמור הקבוע בצידה. ניתן לומר כי אנלוגיה זו שונה ממצבה של עבירת הניסיון לרצח, שכן יסודות עבירת הניסיון לרצח אינן דורשות פגיעה ממשית בגופו של הקורבן, ולכן ניתן לשלבה עם עבירה הנוגעת לפגיעה בגוף.³¹⁰ לעומת זאת עבירת הרצח בהכרח טומנת בחובה גם פגיעה בגוף הקורבן, ולכן היא חופפת הן את עבירת הניסיון לרצח (מבחינת זהות היסוד הנפשי) והן את עבירות הפגיעה בגוף (מבחינת זהות ביסוד העובדתי), ומסיבה זו לא ניתן לשלבה עם עבירות דומות אלה. אולם נראה כי סיבה נוספת לעמידת עבירת הרצח לעצמה טמונה גם בפגיעה החריפה – המוחלטת – בערך החיים, אשר מלווה בסנקציה עונשית מחמירה ביותר. פגיעה זו בערך החיים בולעת את הפגיעות הנלוות אליה (כדוגמת הפגיעות בגוף). גישה זו ניתנת לבסס על מקומה המרכזי

³⁰⁸ דוח ועדת קרמניצר, לעיל ה"ש 84.

³⁰⁹ ראו למשל עניין **משה**, לעיל ה"ש 307, בפס' 53–55; ראו גם ע"פ 869/81 **שניר נ' מדינת ישראל**, לח(4) 169 (1984);

כן ראו עניין **סטרוג**, לעיל ה"ש 289, שאף לו יוחסה עבירה נלווית לצד עבירת הניסיון לרצח.

³¹⁰ הרשעה בשתי עבירות שונות, אף בגין אותו מעשה, מותרת כל עוד יסודות העבירות שונים זה מזה. ראו ס' 186 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב–1982; ע"פ 132/57 **נכט נ' היועץ המשפטי לממשלה**, יא 1544 (1957);

ש"ז פלר "הכלל א' + ב' והיקף חלותרו" (ע"פ 21/63) **הפרקליט כג 427** (תשכ"ז); ע"פ 8457/15 **מדינת ישראל נ' ווווו**, פס' 84–85 (נבו 1.11.2018).

והעליון של הזכות לחיים בחברה המודרנית.³¹¹ על כן כאשר זכות זו נפגעה אנושות, די בהטלת סנקציה עונשית על עצם הפגיעה בערך החיים מבלי שנידרש לעבירות נוספות נלוות. בדומה לזה, ערך החיים הוא גם זה שמצוי בליבת עבירת הניסיון לרצח,³¹² כאשר עבירת הניסיון לרצח מהווה למעשה את הפללת המעשים המובילים לסיכון ופגיעה בחיי האדם.³¹³ על כן בראי מעמדה העליון של הזכות לחיים, נראה כי ייטב הדין אם יבטא את הסלידה החברתית מסיכון הזכות לחיים באמצעות עבירת הניסיון לרצח כשלעצמה מבלי להידרש להסתמך על עבירות נלוות, המבוססות על ערכים נלווים, כדי להגיע למידה העונשית הראויה.

שנית, נקודה זו אינה תחומה לקושי אנליטי בלבד, שכן ברי כי כשאנו מסתמכים על עבירות נלוות כדי להחמיר את עונשם של החמורים שבניסיונות הרצח, אנו גם תלויים באפשרות להוכיח עבירות נלוות אלה. אולם מהו הדין כאשר מעשי הנאשם היוו סיכון חמור מאוד על ערך החיים, וכמעט שהסתיימו בהמתת הקורבן, אך קשה למצוא עבירה נלווית שבה ניתן לסמוך את ההחמרה בעונש. ניקח כדוגמה את עניינו של לוי, אשר ניסה לירות בשמעון ורק במזל פגע כדורו בציפור. מחד מעשיו של לוי כמעט זהים למעשיו של מי שהשלים את עבירת הרצח, ומאידך תוצאת מעשיו לא הסתיימה בפגיעה בפועל בגופו של שמעון. לכן אי אפשר יהיה להרשיעו בעבירת פגיעה בגוף, אשר לעיתים קרובות משמשת כאותה עבירה נלווית הנדרשת להחמרה בעונש. עם זאת נראה כי בבחינת הפגיעה בערך החיים, מעשי שמעון אינם נופלים ממעשי ניסיון רצח דומים אשר נלוותה להם פגיעה פיזית ממשית בקורבן. אולם לפי הדין הנוהג, ניסיון לרצח שלווה באלימות פיזית כלפי הקורבן, גם אם לא הוביל לסיכון מידי וממשי לחיי האדם, יהיה בו כדי להוביל להחמרה בעונש המבצע ולהשתתף עונש העולה על עשרים שנה, ואילו מעשיו של מי שסיכן את ערך החיים באופן החמור ביותר, ורק בנס ניצל הקורבן ממוות ודאי, יזכה מן ההפקר ולא יישא בעונש העולם על עשרים שנות מאסר. יתרה מזאת, קושי פרקטי נוסף בגישה זו עולה מכך שאף אם יורשע הנאשם בכמה עבירות, הדין ככלל יטיל עליו עונש בחופף ובלא במצטבר.³¹⁴ אומנם ניתן לחרוג

³¹¹ ס' 4 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו; רוזנאי וסומר, לעיל ה"ש 246; אהרן ברק **מבחר כתבים ג – עיונים חוקתיים** 550–551 (2017); יובל שני, "הוועדה לזכויות האדם של האו"ם והזכות לחיים" **ICON-S-IL** 1 (2019); קרמניצר וגנאים, לעיל ה"ש 3, בעמ' 23; George P. Fletcher, *The Right to Life*, 13 GA. L. REV. 1371 (1979); H. J. McCloskey, *The Right to Life*, 84 MIND J. 335 (1975); European Convention on Human Rights, Article 2.

³¹² קרמניצר וגנאים, לעיל ה"ש 3, בעמ' 61–63.

³¹³ וכן במקרים שבהם ניסיונו של האדם הוא בלתי צליח, ועדיין מטרתו הייתה לסכן את ערך החיים. ראו מרים גור-אריה "אי האפשרות להשלים את העבירה והשפעתה על ענישת הניסיון" **משפטים** ח 310 (תשל"ז).

³¹⁴ ברירת המחדל בהקשר זה קבועה בס' 40 ו-45 לחוק העונשין, ומותירה את הנושא לשיקול דעתו של בית המשפט תוך כדי יצירת ברירת מחדל שלפיה בהיעדר הוראה אחרת, ירוצו העונשים בחופף. ראו יעקב קדמי **על סדר הדין בפלילים - חלק שני** 1672 (מהדורה מעודכנת 2009); ע"פ 6535/01 **קוזירוב נ' מדינת ישראל**, נז(3) 562, פס' 13 (2003); ע"פ 4910/13 **ג'אבר נ' מדינת ישראל** פס' 13 לפסק הדין של השופט דניציגר (נבו) 29.10.2014; ע"פ 1261/15 **מדינת ישראל נ' דלאל** (נבו) 3.9.2015; ע"פ 4815/13 **מדינת ישראל נ' אלעוקבי** (נבו) 01.01.2014; בפסקה נשמעות לעיתים טענות כי תיקון 113 שינה במידת-מה את פני הדברים, וכיום הטלת העונשים במצטבר היא נפוצה יותר. ראו ע"פ 7907/14 **ואזנה נ' מדינת ישראל**, פס' 16–17 (נבו) 22.02.2015.

מכלל זה בתנאים מסוימים,³¹⁵ ואולם דווקא המקרים של האישום בניסיון לרצח בליווי הרשעה בעבירה של פגיעה פיזית באותו קורבן העבירה, יהיו אלה שבהם על דרך הכלל העונש ייגזר בחופף.³¹⁶ כך, בית המשפט ככלל יבחר לגזור עונש כולל על העבירות אשר לא יחרוג מן העונש המרבי על העבירה החמורה ביותר (כאן, עבירת הניסיון לרצח). על כן נראה כי הטענה שבמקרים שבהם הנאשם הורשע בכמה עבירות באותו קורבן עבירה, יחליט בית המשפט לגזור את העונשים במצטבר, ובכך תמוצה ההחמרה הנדרשת במקרי הקיצון, היא אולי טענה בעלת אחיזה תאורטית מסוימת, ואולם אינה מגובה בגישת בית המשפט לעבירות חופפות.

לסיכום, נראה כי האפשרות להרשיע את הנאשם בעבירות נוספות על עבירת הניסיון לרצח, אין בה כדי להפחית מהמסקנה הנורמטיבית כי במקרי הניסיון לרצח החמורים ביותר, המבוצעים בנסיבות שהן "כפסע" מהעבירה המוגמרת, עונש מאסר העולם הוא אחת האפשרויות העונשיות הנתונות לבית המשפט.

ז. סיכום

הרפורמה בעבירות ההמתה הובילה למהפכה דיני העונשין בישראל. אולם קצת כמו הרפורמה החוקתית, גם הרפורמה הזאת נקטעה באיבה בטרם הותאמו העבירות הנגזרות לדין החדש. ובכל זאת, אף שתיקון 137 לא עסק במפורש בעבירות ההמתה הנגזרות, לא ניתן לומר כי אלה לא הושפעו ממנו. אכן, העבירות הנגזרות, כשמן, נגזרות מעבירות ההמתה המוגמרות. לכן רפורמה מקיפה אשר הובילה לשינויים נרחבים בעבירות ההמתה המוגמרות זעזעה את אמות הסיפים גם של העבירות הנגזרות, ובראשן עבירת הניסיון לרצח. ואולם, בשל היעדר ההתייחסות המפורשת של תיקון 137 לעבירות אלה השפעתו עליהן כמעט שלא נסקרה בפסיקה ובספרות. חמור מכך, אף כאשר הערכאות המשפטיות ניסו להתוות את הדין בנוגע לעבירות ההמתה הנגזרות לאחר התיקון, הסתמכה התוויה זו על המסגור הישן של דיני ההמתה בישראל, מסגור אשר תיקון 137 הסיר מן העולם.

רשימה זו ביקשה למלא את החסר באמצעות התוויית הדין הנוגע לעבירת ניסיון הרצח בראי תיקון 137, דרך בחינה מעמיקה של מקומה של עבירת הניסיון לרצח בדין החדש. היא הראתה כי הרפורמה יצרה שתי עבירות רצח חדשות, ולכן התוויית הדין לאחר התיקון נדרשת לבחון את היחס שבין עבירות מוגמרות אלה לבין עבירת הניסיון לרצח הקבועה בסעיף 305. הוצע כי בחינה פרשנית של תיקון 137, בראי הדיונים בכנסת על ההצעה ובראי בחינה תכליתית של דיני הניסיון

³¹⁵ כך למשל היו פני הדברים בעניין משה, לעיל ה"ש 307; ע"פ 1742/91 פופר נ' מדינת ישראל, נא(5) 289 (1997); ע"פ 2418/17 קוטינה נ' מדינת ישראל, פס' 21, 26 (נבו 25.10.2018).

³¹⁶ ראו למשל ע"פ 1639/98 דהן נ' מדינת ישראל, נה(4) 501 (2001) (בית המשפט בחן את העונש על עבירת האינוס ותחם את עצמו לעונש המרבי על אינוס – עשרים שנות מאסר – אף שאחד הנאשמים הורשע גם בניסיון לרצח, כאשר העונש על שתי העבירות הוא עד עשרים שנות מאסר); ע"פ 3250/17 פינטו נ' מדינת ישראל, פס' 24 (נבו 14.10.2018) (העונש נקבע בהתבסס על עבירת הניסיון לרצח ולא על העבירות הנלוות); ע"פ 2626/13 אל צופי נ' מדינת ישראל, פס' 14 (נבו 06.01.2015); ע"פ 3754/18 נחשון נ' מדינת ישראל (נבו 08.04.2019); דנ"פ 8086/01 איזון נ' מדינת ישראל, נט(5) 625 (2005) (הדין הנוסף עסק בנושא אחר).

ככלל ותחולתם על עבירות ההמתה בפרט, מובילה למסקנה כי עבירת הרצח בנסיבות מחמירות אינה חוסה בעבירת ניסיון הרצח הפרטיקולרית. לפיכך הניסיון לרצח בנסיבות מחמירות מבוסס על דוקטרינת הניסיון הכללית הקבועה בחלק הכללי של חוק העונשין. פועל יוצא של זה הוא שהעונש על עבירת הניסיון לרצח בנסיבות מחמירות הוא עד מאסר עולם. שינויים אלה בעבירת הניסיון לרצח בעקבות הרפורמה הם מהפכה של ממש. אף שמהפכה זו לא בוצעה בשינוי תחיקתי מפורש, לא ניתן להתעלם ממנה, ועל בית המשפט להתוות וליישם את הדין כפי שהוא נקבע לאחר התיקון. בהקשר זה לא מן הנמנע כי התוויה מחודשת זו של הדין תדרוש שהפרקליטות היא שתרים את הכפפה ותבקש להרשיע נאשמים, בחמורים שבמקרים, בעבירת ניסיון הרצח בנסיבות מחמירות.