

רצח "בנסיבות חריגות בחומרתן": האם העמימות הכניעה את עקרון החוקיות?

אריה פטר*

"For if the trumpet give an uncertain sound, who shall prepare himself to the battle? So if the law give an uncertain sound, who shall prepare to obey it? It ought therefore to warn before it strikes ... Let there be no authority to shed blood; nor let sentence be pronounced in any court upon cases, except according to a known and certain law ... Nor should a man be deprived of his life, who did not first know that he was risking it."

(Francis Bacon (English Philosopher and Jurist, 1561-1626), quoted in *R. v. Rimmington*, [2005] UKHL 63 (para. 32))

פתח דבר

לאחר שפוסט מעבודתו כמלצר במועדון "פרמייר" שבבעלות משפחת אושרנקו, החליט דמיאן קרליק להתנקם במשפחה. בליל שבת, ה-17.10.2009, התפרץ קרליק לדירה שבה התגוררה משפחת אושרנקו בראשון לציון, שם דקר למוות שישה מבני המשפחה: סבתא וסבא, שני ההורים, נכדה בת 3 שנים ונכד בן 5 חודשים ז"ל. בית המשפט המחוזי מרכז-לוד גזר על קרליק שישה מאסרי עולם מצטברים בגין מעשי הרצח, וכן עונשים נלווים.¹

בליל שבת, ה-11.3.2011, חדרו שני מחבלים פלסטינים מהכפר עורתא ליישוב היהודי הסמוך, איתמר, שם פרצו לבית משפחת פוגל ורצחו בדקירות סכין ובירי את שני ההורים ושלושה מילדיהם ז"ל. בית המשפט הצבאי בשומרון גזר על אחד המחבלים, אמג'ד עואד, חמישה מאסרי עולם מצטברים בגין מעשי הרצח, וכן שבע שנות מאסר במצטבר בגין הרשעתו בעבירות נוספות.² על שותפו לפשע ה"מצמרר ומלא [ה]פלצות"³, חכים עואד, גזר בית המשפט הצבאי חמישה מאסרי עולם מצטברים בגין מעשי הרצח, וכן חמש שנות מאסר במצטבר בגין הרשעתו בעבירות נוספות.⁴

שני מעשי הטבח המחרידים שימשו זרז עיקרי, בחלוף שנים אחדות, לחקיקת תיקון מס' 14 לחוק שחרור על תנאי מאסר, התשס"א-2001⁵ (להלן: "חוק שחרור על תנאי מאסר" או "החוק"), וזאת על דרך הוספת סעיף 330 לחוק.⁶ לפי סעיף 330 המתוקן, בית משפט המרשיע אדם ברצח "רשאי לקבוע... שאותו אדם ביצע את המעשה בנסיבות חריגות בחומרתן", ובמקרה כגון דא "ועדת שחרורים מיוחדת לא תמליץ להקל בעונשו של האסיר בטרם חלפו לפחות 15 שנים מהיום שבו החל לשאת את מאסרו, ובלבד שהתקופה שתמליץ לקצוב לא

תפחת מ-40 שנים"⁷. טרם חקיקת תיקון מס' 14, ועדת שחרורים מיוחדת הוסמכה להמליץ לפני נשיא המדינה להקל בעונשו של רוצח "באמצעות המרת עונשו בעונש מאסר קצוב... לאחר שחלפו לפחות שבע שנים מהיום שהחל לשאת את מאסרו, ובלבד שהתקופה שתמליץ לקצוב לא תפחת מ-30 שנים"⁸. באשר לאדם הנושא עונש של שני מאסרי עולם מצטברים או יותר, הוסמכה ועדת שחרורים מיוחדת "להמליץ לפני נשיא המדינה לקצוב את עונשו של האסיר לאחר שחלפו לפחות 15 שנים מהיום הקובע, ובלבד שהתקופה שתמליץ לקצוב לא תפחת מ-30 שנים..."⁹.

עינינו הרואות, אפוא, כי קביעת בית משפט כי נאשם ביצע מעשה רצח "בנסיבות חריגות בחומרתן" יש בה כדי להוסיף, הלכה למעשה, 10 שנות מאסר לעונש המאסר המינימלי שישא בו. שכן, קביעה כאמור שוללת את סמכותה של ועדת השחרורים המיוחדת להמליץ לפני נשיא המדינה על קציבת המאסר לתקופה שהיא פחותה מ-40 שנים, על אף שבמקרים שבהם לא נקבע כי מעשה רצח הוא חריג בחומרתו, רשאית הוועדה להמליץ על קציבת העונש ל-30 שנים. משכך, ולנוכח ההגדלה המשמעותית של תקופת המאסר המינימאלית במקרים שבהם ייעשה שימוש בסעיף 330 לחוק¹⁰, ניתן היה לצפות שהמחוקק יגדיר מהן אותן "נסיבות חריגות בחומרתן", או למצער יקבע אמות מידה ליישום הוראת הדין הנוקשה, אך החוק שותק לחלוטין בהקשר זה; אין בו מתווה כלשהו באשר לאופן שבו בית משפט אמור להכריע בשאלה האם אכן מתקיימות "נסיבות חריגות בחומרתן" במקרה כזה או אחר, וְחֹסֵר מהותי זה יוצר, לטעמי, מצב משפטי עמום ומעורפל שאף חותר תחת עקרון החוקיות, כמפורט להלן.

* סגן מנהל המחלקה הפלילית בפרקליטות המדינה. הדעות המובעות במאמר זה הן של המחבר בלבד, ואינן משקפות את עמדת פרקליטות המדינה או כל רשות ציבורית אחרת. תודתי נתונה לד"ר נתנאל דגן, לעו"ד איתמר גלבפיש ולחברי מערכת ה"סניגור" על הערותיהם המחכימות והמועילות שתרמו לשיפור התוצר הסופי.

1 ראו: תפ"ח (מרכז) 22918-11-09 מדינת ישראל נ' קרליק (פורסם בנבו, 27.12.2011).
2 ראו: תיק (איו"ש) 2396/11 התביעה הצבאית נ' אמג'ד עואד (לא פורסם, 16.1.2011).
3 מדברי כב' השופט סא"ל יעקב קורן במר הדין בתיק (איו"ש) 2395/11 התביעה הצבאית נ' חכים עואד (פורסם בנבו, 13.9.2011).
4 שם, עמ' 7.
5 חוק שחרור על תנאי מאסר, התשס"א-2001, ס"ח 1795.
6 ראו חוק שחרור על תנאי מאסר (תיקון מס' 14), ס"ח 2473.
7 שם, סעיף 330 [ההדגשות שלי, א' פ'].
8 שם, סעיף 29(א) [ההדגשות שלי, א' פ'].
9 שם, סעיף 29(ב) [ההדגשות שלי, א' פ'].
10 אמנם, נשיא המדינה רשאי לקצוב עונשו של רוצח גם בלא המלצה חיובית של ועדת שחרורים מיוחדת - ומשכך, אפשר לטעון כי שלילת סמכות הוועדה להמליץ על קציבת עונש מאסר משך 10 שנים נוספות (קרי, 40 שנים במקום 30 שנים) אינה מגדילה את "עונש המינימום" - אך בפועל נשיא המדינה לדורותיהם אינם חורגים מהמלצות הוועדה. ראו לעניין זה דבריה של מנכ"לית משרד המשפטים, גב' אמי פלמור, בישיבת ועדת החוקה, חוק ומשפט מיום 22.9.2014, שם התייחסה ל"אירוע חריג מאוד בנסיבותיו" שבו בן בוגר רצח את אמו ונשיא המדינה החליט לקצוב את עונש המאסר לתקופה שהיא פחותה מ-30 שנים על סמך המלצת שר המשפטים בלבד, כיוון שוועדת השחרורים המיוחדת לא היתה מוסמכת להמליץ על קציבה כאמור. כן ראו: אלון הראל "כבוד אסיר העולם וחירותו" ה"סניגור" 204 (2014) [להלן: הראל] "...באופן טיפוסי, הנשיא קוצב את עונשם של עבריינים רק לאחר קבלת המלצה של ועדת השחרורים המיוחדת' כמו גם המלצתו של שר המשפטים". משמעות הדבר היא כי הסיכוי (כמעט) אפסי לקציבת עונשו של אסיר המורשע ברצח "בנסיבות חריגות בחומרתן" לתקופה שהיא פחותה מ-40 שנים, בהיעדר המלצה חיובית של ועדת שחרורים מיוחדת, אינה בגדר "הזדמנות ממשית" ("realistic opportunity") לשחרור מאסר לפני חלוף 40 שנים (השוו: הראל, עמ' 11).

על "רצח בנסיבות מחמירות" ו"רצח בנסיבות חריגות בחומרתן"

מאסר עולם בלא אפשרות לשחרור מוקדם לבין עונש מאסר לתקופה שבין 25 שנים למאסר עולם, הכל לפי העניין¹⁶. כל יתר מעשי הרצח הם בגדר "רצח בדרגה שניה", והעונש בגין הרשעה בעבירה זו הוא מאסר לתקופה שנעה בין 15 שנים למאסר עולם¹⁷.

גם בחוק הקנדי ישנן שתי דרגות לעבירת הרצח: "רצח בדרגה ראשונה" ו"רצח בדרגה שניה"¹⁸. "רצח בדרגה ראשונה" הוא מעשה המתנה המתבצע באופן מתוכנן ומכוון¹⁹; באמצעות "רוצח שכיר" בתמורה לטובת הנאה²⁰; וכן מעשי המתה - גם בלא תכנון וכוונה מוקדמים - של שוטר, סוהר ועובדי ציבור אחרים שמקום עבודתם בתוך מתקן כליאה²¹; תוך כדי ביצוע עבירות מין, חטיפה או חטיפת מטוס²²; תוך כדי ביצוע עבירת הטרה פלילית כלפי הקרבן²³; תוך כדי ביצוע עבירת טרור²⁴; כשהמעשה מתבצע עבור ארגון פשיעה²⁵; או תוך כדי איום על בעל תפקיד במערכת המשפט או על עיתונאי המפיץ ידיעות על ארגון פשיעה²⁶. לעומת זאת, "רצח בדרגה שניה" מוגדר כמעשה המתנה שבוצע מתוך כוונה או אדישות שאינו נכנס לגדר "רצח בדרגה ראשונה"²⁷. העונש המנדטורי שיש להטיל על המורשע בעבירת רצח - הן "רצח בדרגה ראשונה", והן "רצח בדרגה שניה" - הוא מאסר עולם²⁸, והפער העונשי בין שתי דרגות החומרה נעוץ אך בחלוקף הזמן המינימלי ממועד תחילת המאסר המאפשר לאסיר להגיש בקשה לשחרור מוקדם²⁹.

לאחרונה, גם המחוקק הישראלי "עיצב" מחדש את עבירת הרצח, במסגרת תיקון מס' 137 לחוק העונשין, תשל"ז-1977³⁰ (להלן: "תיקון מס' 137" ו"חוק העונשין", לפי העניין), תוך יצירת שלוש עבירות עצמאיות ונפרדות: "רצח"³¹, "רצח בנסיבות מחמירות"³² ו"המתה

אדם נברא בצלם בוראו. קדושת חיי אדם היא ערך חברתי עליון ואוניברסלי. לא בכדי, נח ובניו הזהירו לאחר המבול, בעת יציאתם מן התיבה, כי "שופך דם האדם באדם דמו יישפך, כי בצלם אלוקים ברא את האדם"¹¹. בישראל, בית המשפט העליון העיר באחת הפרשות כי עקרון קדושת החיים משתקף הן ב"ערכי יסוד אנושיים", והן ב"ערכים שבבסיסה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית", לרבות עיגון מפורש בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו¹². אכן, כל אדם בן תרבות מבין - גם בלא אזהרה שמימית או איסור מפורש של מחוקק בשר-ודם - כי נטילת חיי הזולת שלא במסגרת הצדק או פטור המוכר בדיון (כגון הגנה עצמית, צידוק, צורך וכיוצ"ב) היא מעשה רשעות ולא מוסרי מיסודו, בבחינת malum in se¹³.

לצד האמור - ועל אף שאין זה קל להשמיע דברים אלה באזניהן של משפחות רבות שיקריהן נרצחו - ישנן דרגות חומרה שונות לעבירת הרצח בשיטות המשפט השונות¹⁴. כך למשל, במדינה המאוכלסת ביותר בארה"ב, קליפורניה, החוק מבחין בין שני סוגים שונים של רצח, והם: "רצח בדרגה ראשונה" ו"רצח בדרגה שניה". "רצח בדרגה ראשונה" הוא מעשה המתנה המתבצע באופן רצוני, מכוון ומתוכנן, או מעשה המתנה המתבצע, בין היתר, באמצעות שימוש בחומר נפץ, כלי נשק להשמדה המונית, רעל, עינויים, או תוך ביצוע פשעים מסויימים (כגון אינוס, הצתה, שוד, התפרצות וחטיפה, או ניסיון לעבור עבירה כאמור¹⁵). העונש שניתן לגזור על המורשע ב"רצח בדרגה ראשונה" תלוי בנסיבות המקרה, ולכן העונש המירבי נע בין עונש מוות לבין

11 בראשית ט: ו. הרמב"ם הוסיף בחיבורו ההלכתי "משנה תורה" כי "אף על פי שיש עוונות חמורים משפיות דמים, אין בהן השחתת יישובו של עולם כשפיות דמים. אפילו עבודה זרה, ואין צריך לומר עריות או חילול שבת, אינן כשפיות דמים: שאלו העוונות הן מעבירות שבין אדם להקדוש ברוך הוא, אבל שפיות דמים מעבירות שבינו לבין חברו. וכל מי שיש בידו עוון זה, הרי הוא רשע גמור" (משנה תורה, הלכות רצח ושמירת הנפש, פרק ד, הלכה יב). וראו בהרחבה: אביעד הכהן "מאסר עולם" שאינו לעולם ועל כבוד האסיר וחירותו: מבט מן המשפט העברי" **הסניגור** 204 (14 (2014)).

12 ראו: ע"פ 9369/07 **מיקל נ' מדינת ישראל**, פס"כ לפסק הדין המשלים של כב' השופט (כתוארו אז) א' רובינשטיין (פורסם בנבו, 4.6.2009).

13 ראו, באופן כללי: גבריאל הלוי **תורת דיני העונשין** כרך א, 252-246 (2009) (להלן: **הלוי**). כן ראו: H. C. BLACK, BLACK'S LAW DICTIONARY 861 (5th ed., 1979) הגדרת המונח "malum in se"; Hindreth v. State, 215 Ark. 808, 811 (1949); לגישה ביקורתית על ההבחנה בין עבירות mala in se לעבירות R. L. Gray, *Eliminating the (Absurd) Distinction Between Malum In Se and Malum Prohibitum Crimes*, 73 WASH. U. L. Q. 1369 (1995).

14 אכן, "רצח הוא רצח" אך ראו: יואב ספיר וישי שרון "רצח הוא רצח? כן, אבל" **עורך הדין** 16, 55 (2012). כן ראו: ע"פ 2760/14 **אוהיון נ' מדינת ישראל**, פס"כ 75 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז ופסקה ה' לפסק הדין של המשנה לנשיאה רובינשטיין (פורסם בנבו, 7.10.2015).

15 ראו: West's Ann.Cal.Penal Code § 189(a) (Effective Jan. 1, 2019).

16 שם, § 190(a).

17 שם, § 189(b). בהקשר זה, ראו גם: People v. Knoller (2007) 41 Cal. 4th 139, 151-152, שם הבהיר בית המשפט העליון בקליפורניה כי "Second degree-murder is the unlawful killing of a human being with malice aforethought but without the additional elements, such as willfulness, premeditation, and deliberation, that would support a conviction of first degree murder". כאשר קורבן העבירה הוא איש חוק או שמעשה הרצח בוצע באמצעות ירי מכלי רכב נוסע, הרף התחתון של מתחם הענישה בגין "רצח בדרגה שניה" הוא גבוה יותר (וראו שם: § 190(b); § 190(c); ו-§ 190(d)).

18 ראו: Criminal Code of Canada, R.S.C. 1985, c C-46, §231(1) (להלן: **Criminal Code**).

19 שם, § 231(2).

20 שם, סעיף 231(3).

21 שם, סעיף 231(4).

22 שם, סעיף 231(5).

23 שם, סעיף 231(6).

24 שם, סעיף 231(6.01).

25 שם, סעיף 231(6.1).

26 שם, סעיף 231(6.2) המפנה לסעיף 423.1 ל-Criminal Code.

27 שם, סעיפים 229 ו-231(7).

28 שם, סעיף 235(1).

29 לעניין זה, ראו סעיף 745(a) ל-Criminal Code. לפי סעיף 745(a), אדם שהורשע ב"רצח בדרגה ראשונה" רשאי להגיש בקשה לשחרור מוקדם בחלוף 25 שנים ממועד תחילת ריצוי עונש המאסר. לפי סעיף 745(c), אדם שהורשע ב"רצח בדרגה שניה" רשאי להגיש בקשה לשחרור מוקדם בחלוף 10 שנים, או מספר העולה על 10 שנים ואינו עולה על 25 שנים, ממועד תחילת ריצוי עונש המאסר, הכל לפי קביעת בית המשפט.

30 ראו: חוק העונשין (תיקון מס' 137), התשע"ט-2019, ס"ח 2779.

31 ראו סעיף 300(א) לחוק העונשין.

32 ראו סעיף 301 לחוק העונשין.

בנסיבות של אחריות מופחתת³³. עבירת ה"רצח" בלא נסיבות מחמירות מוגדרת כגרימת מותו של אדם "בכוונה או באדישות", והעונש המירבי (ודוקו - "מירבי" ולא "מנדטורי") שניתן לגזור על המורשע בה הוא מאסר עולם³⁴. לעומת זאת, עבירת ה"רצח בנסיבות מחמירות" עונשה מאסר עולם חובה³⁵ והיא משתכללת, בין היתר, כאשר המעשה "נעשה לאחר תכנון"³⁶ או "במטרה לאפשר ביצוע עבירה אחרת...או לאפשר הימלטות מן הדין"³⁷; כאשר הקורבן הוא "עַד במשפט פלילי...או שופט במשפט פלילי והמעשה נעשה במטרה... להכשיל...הליך משפטי"³⁸; כאשר המעשה נעשה "מתוך מניע של גזענות"³⁹ או "כפעולה עונשית במטרה...לכפות אורחות התנהגות על הציבור"⁴⁰; כאשר "הקורבן הוא בן זוגו והמעשה נעשה לאחר התעללות שיטתית"⁴¹; כאשר המעשה נעשה "באכזריות מיוחדת, או תוך התעללות גופנית או נפשית בקורבן"⁴²; כאשר הקורבן הוא "חסר ישע או קטין שטרם מלאו לו 14 שנים או קטין שעובר העבירה אחראי עליו"⁴³; כאשר המעשה בוצע "תוך יצירת סכנה ממשית לחייו של אדם אחר נוסף על הקורבן"⁴⁴; כאשר המעשה הוא "מעשה טרור"⁴⁵; וכן כאשר המעשה בוצע "במסגרת פעילותו של ארגון פשיעה או ארגון טרור ולשם קידום מטרתו אותו ארגון"⁴⁶.

לעומת זאת, סעיף 330 לחוק שחרור על תנאי ממאסר אינו מגדיר מהן "נסיבות חריגות בחומרתן", ואף אינו מונה, כאמור, רשימת מקרים שבהם מעשה רצח "רגיל" (לפי סעיף 300א) לחוק העונשין) או מעשה רצח "בנסיבות מחמירות" (לפי סעיף 330א) לחוק העונשין) הופך למעשה רצח "בנסיבות חריגות בחומרתן" (לפי סעיף 330 הנ"ל). ואם יטען הטוען כי נוכח הקרבה הלשונית בין המונחים רצח "בנסיבות מחמירות" לרצח "בנסיבות חריגות בחומרתן", יש להניח שהמחוקק

התכוון להחיל את רשימת הקריטריונים בדבר החקיקה הראשון אף על דבר החקיקה האחרון, אזי טענה זו אינה יכולה להתקבל ממספר טעמים. ראשית, לכל, חוק שחרור על תנאי ממאסר (תיקון מס' 14) התקבל בכנסת למעלה מארבע שנים לפני חוק העונשין (תיקון מס' 137)⁴⁷, ומשכך אין זה סביר כי המחוקק התכוון "להעתיק" את רשימת הקריטריונים שנקבעה בחוק מאוחר לתוך חוק מוקדם. שנית, אם המחוקק אכן התכוון לכך שמעשה רצח הנופל לתוך הקטגוריה של "רצח בנסיבות מחמירות" יש לראותו, מניה וביה, כרצח "בנסיבות חריגות בחומרתן", אזי אפשר היה "למזג" את שתי הוראות החוק כך שסעיף 330א(א) לחוק העונשין יציין הן את עונש החובה שיש לגזור על הרוצח (מאסר עולם), והן את פרק הזמן המינימאלי שעליו לשאת במתקן כליאה (40 שנים) בטרם יוכל להשתחרר בעקבות המלצה של ועדת שחרורים מיוחדת לקציבת העונש⁴⁸. שלישית - והוא עיקר - פרוטוקול הדיונים של ועדת החוקה, חוק ומשפט ודברי ההסבר להצעת החוק מלמדים באופן פוזיטיבי כי לא היתה כוונה להשוות בין רצח "בנסיבות מחמירות" לרצח "בנסיבות חריגות בחומרתן", כיוון שבמקרה האחרון "מתכוונים למעשי רצח מאוד אכזריים, יוצאי דופן...[ואין] להרחיב את סל המקרים [עקב התיקון המוצע בעבירות ההמתה, א' פ"י]⁴⁹".

השאלה חוזרת אפוא למקומה: למה התכוון המחוקק בנוקטו בבטיי "נסיבות חריגות בחומרתן" בסעיף 330 לחוק שחרור על תנאי ממאסר, ומהם השיקולים, לדעתו, שבית משפט מחויב להתחשב בהם בטרם יקבע האם נסיבות חריגות כאלו אכן מתקיימות במקרה נתון? למרבה הצער, אין תשובה לשאלה זו בלשון החוק, בדברי ההסבר להצעת החוק ו/או בדיוני ועדת החוקה, חוק ומשפט, חזאת מלבד התייחסות

33 ראו סעיף 330 לחוק העונשין. טרם תיקון מס' 137 לחוק העונשין, סעיף 330א הישן קבע כי ביצוע המתה בנסיבות של אחריות מופחתת הוא "רצח", הגם שבית המשפט הוסמך במקרה כגון דא "להפחית מעונשו של מורשע ברצח בלי לגרוע מאחריותו הפלילית" (וראו לעניין זה: ע"פ 7926/00 דיפני נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(1) 817, 823 [מול האות ו'] (2005). כן ראו: ע"פ 5622/08 משה נ' מדינת ישראל, פ"ס 36 לפסק דינו של השופט דנציגר (פורסם בנבו, 14.2.2016); ע"פ 2418/17 קוטינה נ' מדינת ישראל פ"ס 23 לפסק דינו של השופט שטיין (פורסם בנבו, 25.10.2018); ועוד).

34 אך ראו לעניין זה סעיף 331א לחוק העונשין, לפיו "מאסר עולם" (שאינו מאסר עולם חובה) משמעותו מאסר "לתקופה בלתי קצובה או מאסר לתקופה שלא תעלה על שלושים שנים".

35 סעיף 301א(א) לחוק העונשין. עם זאת, בסעיף 301א(ב) נקבע כי "על אף הוראות סעיף קטן (א)", רשאי בית משפט להורות "מנימוקים מיוחדים שיירשמו, כי מתקיימות נסיבות מיוחדות שבשלן [מעשה הרצח, א' פ"י] אינו מבטא דרגת אשמה חמורה במיוחד" ו"להרשיע את הנאשם בעבירה לפי סעיף 300". הוזה אומר, ב"נסיבות מיוחדות" כאלו מאסר עולם אינו "נכפה" על בית המשפט כעונש מנדטורי שאסור לסטות הימנו, אלא מדובר בעונש מירבי הנתון לשיקול דעת בית המשפט והוראות סעיף 311א, כאמור בהערה הקודמת.

36 שם, סעיף 330א(א)(1). לעניין הפרשנות של סעיף קטן זה, ראו פסק דין חדש: ע"פ 8328/17 ג'בר נ' מדינת ישראל, פ"ס 12 לפסק דינו של השופט הנדל (פורסם בנבו, 28.7.2019).

37 שם, סעיף 330א(א)(2).

38 שם, סעיף 330א(א)(3).

39 שם, סעיף 330א(א)(4).

40 שם, סעיף 330א(א)(5).

41 שם, סעיף 330א(א)(6).

42 שם, סעיף 330א(א)(7).

43 שם, סעיף 330א(א)(8).

44 שם, סעיף 330א(א)(9).

45 שם, סעיף 330א(א)(10).

46 שם, סעיף 330א(א)(11).

47 חוק שחרור על תנאי ממאסר (תיקון מס' 14) התקבל בכנסת ביום 3.11.2014, בעוד שחוק העונשין (תיקון מס' 137) התקבל בכנסת ביום 1.1.2019.

48 אמת, נימוק זה לכשעצמו אין בו כוח שכנוע רב במיוחד, שכן אפשר גם לטעון היפוכו של דבר, קרי, כי אין מקום לשלב בתוך חוק העונשין הוראת דין המתייחסת לסמכותה של ועדת שחרורים מיוחדת, השואבת את כוחה מהוראות חוק שחרור על תנאי ממאסר.

49 וראו דבריה של היועצת המשפטית של ועדת החוקה, חוק ומשפט, עו"ד סיגל קוגוט, בפרוטוקול ישיבה מס' 358 של הכנסת ה-20, 2 (16.7.2014) (להלן: **פרוטוקול הישיבה מיום 16.7.2014**), שם ציינה כי "אנחנו לא חושבים שכל מה שייחשב בעבירות ההמתה, רצח מדרגה ראשונה, נכנס הנה. כלל וכלל לא. מדובר על רציחות שבית המשפט מסווג אותן כחמורות בחומרתן" (פרוטוקול הישיבה, עמ' 2). כן ראו פרוטוקול ישיבה מס' 267 של הכנסת ה-19, 10 (22.9.2014) (להלן: **פרוטוקול הישיבה מיום 22.9.2014**), שם הוסיפה עו"ד קוגוט כי "בכוונה הוועדה לא רצתה לשאוב מהחוק של עבירות ההמתה[,], כי הרצח בנסיבות מחמירות שם הוא לא הרצח שמתכוונים אליו...כאן מתכוונים למעשי רצח מאוד אכזריים, יוצאי דופן. לכן דווקא לקחת את זה משם זה להרחיב את סל המקרים...". (עמ' 10). ראו גם דברי ההסבר להצעת חוק שחרור על תנאי ממאסר, התשע"ד-2014, ה"ח 566 (להלן: **הצעת חוק שחרור על תנאי**), שם הובהר כי "ההצעה אינה מתייחסת לכל רצח שהוא (ואף לא לכל רצח שמוצע לקבעו כרצח בנסיבות מחמירות בהצעת חוק העונשין (תיקון מס' 119) (עבירות המתה)...אלא למעשי רצח חריגים, אכזריים או מרובי קרבנות".

unlawful conduct, we insist that laws give the person of ordinary intelligence a reasonable opportunity to know what is prohibited, so that he may act accordingly. . . . Second, if arbitrary and discriminatory enforcement is to be prevented, laws must provide explicit standards for those who apply them. A vague law impermissibly delegates basic policy matters to policemen, judges, and juries for resolution on an ad hoc and subjective basis, with the attendant dangers of arbitrary and discriminatory application.⁵⁹

יודגש, כי עקרון החוקיות חל לא רק על חוקים המגדירים אלמנטים של עבירות פליליות (בהתאם לכלל "אין עבירה בלא חוק", או "nullum crimen sine lege"), אלא גם על חוקים הקובעים עונשים בנין ביצוע עבירות כאמור (בהתאם לכלל "אין עונש בלא חוק", או "nulla poena sine lege"). בפרשת Johnson⁶⁰, למשל, העותר - עבריין רצידיביסט - הודה בכך שהחזיק בכלי נשק שלא כדין. וכאן יוער, כי על אף שהעונש המירבי להחזקת נשק שלא כדין בחוק הפדראלי הוא על דרך הכלל 10 שנות מאסר⁶¹, הרי שלגבי "פושעים מורשעים" (convicted felons) עונש המאסר בפועל נע בין 15 שנות מאסר (כעונש מינימום) למאסר עולם⁶². עוד קובע החוק הפדראלי כי העונש המוחמר יחול על מי שהורשע בשלוש או יותר עבירות המסווגות כ"עבירת סמים חמורה" או "פשע אלים", ועבירה של "פשע אלים" מוגדרת, בין היתר, כהתנהגות המבטאת "סיכון פוטנציאלי חמור לפגיעה פיסיית בזולת"⁶³. במקרה דנא, התביעה טענה כי יש לגזור על ג'ונסון את עונש המאסר המוחמר, וזאת בשל הרשעתו בשלושה פשעים אלימים, ביניהם החזקת אקדח בעל קנה קצר. בית המשפט העליון דחה את טענת התביעה, בקבעו כי הביטוי "סיכון פוטנציאלי חמור לפגיעה פיסיית בזולת" הינו עמום, וכי גם לא ברור כיצד יש לבחון את השאלה האם החזקת אקדח עונה להגדרה זו. בהקשר זה, תהה בית המשפט, למשל, האם קיומה של אפשרות שאקדח המוחזק שלא כדין יופעל בטעות, הופכת את העבירה ל"פשע אלים"⁶⁴ בית המשפט הוסיף כי עצם העובדה שניסיונות שיפוטיים חוזרים ונשנים

כוללנית למעשי רצח מרובי קורבנות (ובפרט, למעשי הטבח הנוראיים שבוצעו במשפחות אושרנקו ופוגל ד"ל)⁵⁰, וכן למעשי רצח שבוצעו "באכזריות"⁵¹ או באופן "חריג"⁵². ועל רקע דברים אלה, קשה עד מאוד לראות כיצד סעיף 330 לחוק עומד בדרישותיו של "עקרון החוקיות בדיני העונשין, הוא עקרון היסוד הראשון בתורת דיני העונשין"⁵³, הכל כמפורט להלן.

אין עונשין אלא אם מזהירין: האם סעיף 330 נותן אזהרה סבירה מראש לגבי גבולות האיסור?

סעיף 1 לחוק העונשין קובע כי "אין עבירה ואין עונש עליה אלא אם כן נקבעו בחוק או על-פיו"⁵⁴. הוזה אומר, "כל מעשה אסור יהא נקוב בשם, או מוגדר הגדרה מספקת, ב'מגנא כרתא של העבריין'⁵⁵, ומכאן שנורמה פלילית חייבת להיות מנוסחת "בלשון ברורה וחד-משמעית", להבדיל מ"לשון גורפת וכוללנית או במושגים רחבים או מעורפלים"⁵⁶. כך, בית המשפט העליון בארה"ב הטעים כבר לפני כמעט 100 שנים כי הזכות החוקתית ל-Due Process מחייבת לתחום קו גבול ברור בין האסור למותר על מנת שאדם מן היישוב לא ייאלץ "לנחש" מהו גדרו של האיסור הפלילי⁵⁷.

לימים, הסביר בית המשפט העליון בארה"ב בפרשת *Grayned v. City of Rockford*⁵⁸, כי שני עמודי התווך המרכזיים המונחים ביסוד דוקטרינה זו הם: (1) הגשמת חופש הבחירה של הפרט, באופן זה שתינתן לאדם מן היישוב אזהרה סבירה מראש לגבי טיב האיסור ("reasonable opportunity to know what is prohibited") בטרם יבחר האם לבצע עבירה פלונית או להימנע מביצועה; ו-(2) הבטחת הפרדת הרשויות באופן זה שמלאכת החקיקה תישאר בידי המחוקק, ולא תואצל לידי הרשות השופטת תוך הגברת הסיכון ל"יישום שרירותי וחפלה" ("arbitrary and discriminatory application"). וכך בלשון השופט Thurgood Marshall: "It is a basic principle of due process that an enactment is void for vagueness if its prohibitions are not clearly defined. Vague laws offend several important values. First, because we assume that man is free to steer between lawful and

50 ראו פרוטוקול הישיבה מיום 16.7.2014, עמ' 3 (אזכור עמי פופר וירום שקולניק); עמ' 9-7 (אזכור רצחי משפחות פוגל ואושרנקו); פרוטוקול הישיבה מיום 22.9.2014, עמ' 3 (אזכור רצחי משפחות פוגל ואושרנקו, רצחה של הילדה רוז פיום, ויגאל עמיר); עמ' 8-10, 16-17 (אזכור חוזר ונשנה של רצחי משפחות פוגל ואושרנקו).
 51 ראו למשל דבריה של מנכ"לית משרד המשפטים, גב' אמי פלמור, ביחס ל"רצח שמתוכנן מראש ונעשה באכזריות נוראית" (שם, עמ' 7), וכן דבריה של היועצת המשפטית של הוועדה לפיהם "כאן מתכוונים למעשי רצח מאוד אכזריים, יוצאי דופן" (שם, עמ' 10).
 52 כך, בדברי ההסבר להצעת חוק שחרור על תנאי ציון כי "ההצעה...[מתייחסת] למעשי רצח חריגים, אכזריים או מרובי קורבנות". ההדגשה שלי, א' פ', ואף חבר הכנסת דוד צור הטעים כי "אנחנו מדברים על מקרים מיוחדים" (ראו פרוטוקול הישיבה מיום 22.9.2014, עמ' 3. ההדגשה שלי, א' פ'). בהקשר זה, ראו גם דבריה של סגנית הסניגור הראשי, ד"ר חנית לרנא, בפרוטוקול הישיבה מיום 16.7.2014, עמ' 12, שם הלינה על כך ש"הנוסח הוא מאוד כללי, רצח שהוא חריג. לכאורה, כל רצח הוא חריג".
 53 ראו הלוי, בעמ' 209.
 54 שם.
 55 מדברי כב' השופט מ' זילברג בע"פ 53/54 אש"ד, מרכז זמני לתחבורה נגד היועץ המשפטי, פ"ד ח 785, 829 (1954). כן ראו: יהודית קרפ "המשפט הפלילי - יאנוס של זכויות אדם: קונסטרוקציונליזציה לאור חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו" הפרקליט מב 64, 75-76 (תשנ"ה).
 56 אלי לדרמן ויובל לוי עיקרים באחריות פלילית (1981) 67 (להלן: לדרמן ולוי); הלוי, בעמ' 495-501.
 57 ראו דברי השופט George Sutherland בפרשת *Connally v. General Construction Co.*, 269 U.S. 385, 391 (1926) "[A] statute which either forbids or requires the doing of an act in terms so vague that men of common intelligence must necessarily guess at its meaning and differ as to (its application, violates the first essential of due process of law".
 58 *Grayned v. City of Rockford*, 408 U.S. 104 (1972) (להלן: פרשת *Grayned*).
 59 שם, בעמ' 108-109. לעניין זה, ראו גם: הלוי, בעמ' 210-209; ש"ז פלר יסודות בדיני עונשין כרך א 15-16 (1984) (להלן: פלר).
 60 ראו: *Johnson v. United States*, 135 S. Ct. 2551, 2556 (2015) (להלן: פרשת *Johnson*).
 61 ראו: 18 USCA §924(a)(2).
 62 ראו: 18 USCA §924(e)(1).
 63 ראו: 18 USCA §924(e)(2)(b).
 64 פרשת *Johnson*, בעמ' 2559. וכך בלשון השופט Antonin Scalia: "When deciding whether unlawful possession of a short-barreled shotgun is a violent felony, do we confine our attention to the risk that the shotgun will go off by accident while in someone's possession? Or do we

לניבוס סטנדרט ליישום הדין כשלו יש בה כדי להצביע על עמימות⁶⁵, וכי שימוש בהוראת חוק כה "חסרת צורה" כבסיס לגזירת עונש מאסר הנע בין 15 שנים למאסר עולם אינו מתיישב עם הזכות החוקתית ל-due process.⁶⁶

עוד יוער, כי גם בקנדה⁶⁷, בממלכה המאוחדת⁶⁸ ובאוסטרליה⁶⁹ מוכרת "דוקטרינת העמימות" כאחד מעקרונות היסוד של המשפט הפלילי, והפרת הדוקטרינה עשויה להביא לזיכוי של הנאשם.

בישראל, הטעים כב' השופט ח' כהן לפני כחמישים שנים כי - "כלל גדול הוא בדיני עונשין: 'אין עונשין מן הדין' (סנהדרין נ"ד ע"א, ועוד) - לא מקל וחומר, ולא מגזירה שווה, ולא מכל היקש או אנאלוגיה, אלא מן החוק הכתוב והחוק בלבד. החוק הוא אשר יכול לעשות מעשה פלוני, על מרכיבו המוגדרים, לעבירה פלילית; ומה שלא עשה החוק בלשון ברורה ומפורשת, אין שום פרשנות ואנאלוגיה והיגיון יכולים לעשות. דברים מן המושכלות הראשונים הם, ואין צורך להאריך."⁷⁰

השופט ויתקון חזר אף הוא על רעיון זה, באומרו: "חוק פלילי שאינו מוגדר די צרכו חוטא בעקרון המקודש של nulla poena sine lege, ובדרך זו גניעים אנו מ'שלטון החוק' לשלטון הפרשנות הפתוחה לרווחה לשיקול-דעתו של הפרשן, הכל לפי רוח הזמן וצורך השעה. ודי לחכימא ברמיזא."⁷¹

ועל רקע דברים חד-משמעיים אלה, אין מנוס מלשאול האם לשונו של סעיף 30 לחוק שחרור על תנאי ממאסר יוצרת "עבירה" המעניקה אזהרה "בלשון ברורה ומפורשת", כדברי השופט ח' כהן⁷², לאדם מן היישוב (לרבות "רוצח פוטנציאלי מן היישוב") לגבי טיב ההתנהגות ה"חריגה בחומרתה" שעלולה להביא לתוספת מינימלית של 10 שנות מאסר בעונשו? או שמא מדובר בעבירה עמומה ומעורפלת הפוגעת פגיעה משמעותית ביכולתו של אדם להעריך את התוצאות המשפטיות של מעשיו, ואף מזמינה אכיפה שרירותית ומפלה בדיעבד? לדעתי, לא יכול להיות ספק של ממש כי הביטוי "נסיבות חריגות בחומרתן" נופל בבירור בתוך הקטיגוריה האחרונה, כפי שיובהר עתה.

ראשית לכל, ברי כי תחולתו של עקרון היסוד שלפיו "אין עבירה בלא חוק" (nullum crimen sine lege) מותנית בכך שאכן עסקין ב"עבירה"; אך לדעתי קשה לחלוק על כך שסעיף 30 לחוק שחרור על תנאי אכן יוצר "עבירה" של "רוצח בנסיבות חריגות בחומרתן", שהתביעה מחויבת להוכיחה במהלך המשפט מעל לספק סביר⁷³. שכן, במישור הלשוני "עבירה" מוגדרת בסעיף 1 לפקודת הפרשנות [נוסח חדש], כ"מעשה, נסיון או מחדל, שדינם ענישה", ועצם העובדה שעבירה זו ממוקמת מחוץ לחוק העונשין אינה שוללת את מהותה כ"מעשה" ש"דיני" [ו] ענישה⁷⁴. מעבר לכך, במישור המהותי נדמה כי כל אימת שהחוק קובע כי "מעשה" המתבצע בנסיבות מחמירות מעלה את ה"תקרה" ו/או ה"רצפה" של הענישה המותרת בנין ביצוע עבירת ה"בסיס", הרי שנוקדת "עבירה" חדשה⁷⁵.

also consider the possibility that the person possessing the shotgun will later use it to commit a crime? The inclusion of burglary and extortion among the enumerated offenses suggests that a crime may qualify under the residual clause even if the physical injury is remote from the criminal act. But how remote is too remote? Once again, the residual clause yields no answers"

65 שם, בעמ' 2558.

66 שם, בעמ' 2560. וכך לדברי השופט Scalia: "Invoking so shapeless a provision to condemn someone to prison for 15 years to life does not comport with the Constitution's guarantee of due process"

67 ראו את פסק הדין של בית המשפט העליון בקנדה בפרשת 1152, 1123, 1 S.C.R. [1990] 1 S.C.R. 1123, 1152 (מול האות ד').

68 ראו את פסק הדין של בית הלורדים בפרשת [2006] 1 AC 459 [34] R. v. Rimmington, [2005] UKHL 63, [2006] 1 AC 459 [34].

"Vague laws which purport to create criminal liability are undesirable, and in extreme cases, where it occurs, their very vagueness may make it impossible to identify the conduct which is prohibited by a criminal sanction. If the court is forced to guess at the ingredients of a purported crime any conviction for it would be unsafe. That said, however, the requirement is for sufficient rather than absolute certainty"

69 ראו: Christopher Enright, *Vagueness as a Criminal Defence* (2015), מופיע באתר: <https://www.legalskills.com.au>.

70 ראו: ע"פ 205/73 רוס נ' מדינת ישראל, פ"ד כז(2) 365, 372 [מול האות ד'] (1973) (להלן: פרשת רוס). השופט ח' כהן ביטא דברים דומים גם בפסקי דין נוספים, וראו: ע"פ 77/64 ברנבלט נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יח(2) 70, 81-82 (1964); ע"פ 33/64 מימון נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יח(2) 434, 436 [מול האות ד'] (1964). באשר לכלל "אין עונשין אלא אם מזהירין" במשפט העברי, ראו מאמרו של אברהם סופר "ייניחו אותו במשמר כי לא פורש מה יעשה לו": על חובת האזהרה ועל עקרון החוקיות במשפט הפלילי "עוד על הפרשה 30 (תשע"ה), מופיע באתר: www.israelbar.org.il/UploadFiles/portion_of_the_week_issue_30_full.pdf.

71 ראו: ד"נ 7/78 זקצר נ' מדינת ישראל, פ"ד לב(2) 828, 832 [מול האותיות ה'-ז'] (1978) (להלן: פרשת זקצר). כן ראו: ע"פ 1142/11 סדיר נ' מדינת ישראל, פ"ס 29 לפסק דינו של השופט ג'ובראן (פורסם בנבו, 8.2.2012). (קביעת גבולות ברורים לכל עבירה ועבירה, בניסיון למנוע חפיפה ביניהן, הוא חלק חשוב מעקרון החוקיות, ונועד להבטיח כי הפרט יידע איזו נורמה פלילית מתייחסת למעשיו, בלא שהדבר ייחתך בידי התביעה שתוכל לבחור מבין עבירות אפשריות רבות ושונות הנוגעות לאותו אירוע עברייני); בג"צ 6358/05 ואנונו נ' אלוף פיקוד העורף (מיום 12.1.2006) (פסקה 20 לפסק הדין של כב' השופט א' פרוקצ'יה) ("דרישת הבהירות בנורמה הפלילית נגזרת מעקרון החוקיות. איסור פלילי שאינו מוגדר די צרכו, באופן שאדם ידע כיצד לכלכל את דרכו ולהימנע מהפרתו, אינו מתיישב עם עקרון היסוד לפיו אין עונשין אלא אם כן מזהירין תחילה"). מאידך גיסא, השו: ע"פ 8080/12, 4624/15 מדינת ישראל נ' אולמרט (מיום 28.9.2016) (פסקה 3 לפסק הדין של כב' השופט י' עמית) ("אכן, עבירות בעלות אופי 'עמום' עלולות לשים מכשול בפני עיוור...לטעמי, חשש זה אינו מתעורר בנוגע לעבירה של הפרת אמונים...ואיני שותף לזעקות השבר על פגיעה בעקרון החוקיות ולהצעה לבטל את העבירה"); ע"פ 3295/15, 4784 מדינת ישראל נ' נפסו (מיום 31.3.2016) (פסקה 18 לפסק הדין של כב' השופט [כתוארה אז] א' חיות) ("...אף שככלל עמימות כזו אינה רצויה בשדה הפלילי...בעניין הולילנד עמד בית המשפט על היבטים שונים המשקפים את הגישה המרחיבה של המחוקק ושל בתי המשפט בייחוס פליליות לגילויים של שחיתות שלטונית בכלל, ובכל הנוגע לעבירת השוחד בפרט"); ע"פ 7742/15 פלוני נ' מדינת ישראל (מיום 28.8.2016) (פסקאות 18-20 לפסק הדין של כב' השופט י' עמית) (דחיית טענת המערער כי התיבה "נסיבות מחמירות" בעבירת הייצוא ללא היתר עומדת בניגוד לעקרון החוקיות).

72 פרשת רוס, בעמ' 372 מול האות ד'.

73 כפועל יוצא מכך, נדמה שהתביעה גם אינה רשאית לבקש את הפעלת סעיף 30 לחוק שחרור על תנאי ממאסר רק בשלב הטיעונים לעונש, אלא עליה לציין כבר בתב האישום הוראת חוקק זו יחד עם העובדות המצדיקות את הפעלתה. וראו לעניין זה דבריו של השופט John Paul Stevens בפרשת Apprendi v. New Jersey, 530 U.S. 466, 480 (2000) (להלן: פרשת Apprendi), והאסמכתאות המובאות שם.

74 אמת, לצורך הדין הנוכחי באשר לסיווגו של סעיף 30 כ"עבירה" אני מניח מראש כי הבסיס המשפטי להנחה זו יידון בהרחבה להלן. מאסר לתקופה שהיא פחותה מ- 40 שנים מהווה "ענישה", אך הריני להתחייב כי הבסיס המשפטי להנחה זו יידון בהרחבה להלן.

75 לעניין זה ראו דבריו של השופט Antonin Scalia בפרשת Apprendi, בעמ' 501: "[A] 'crime' includes every fact that is by law a basis for imposing or increasing punishment... Thus, if the legislature defines some core crime and then provides for increasing the punishment of that crime upon a finding of some aggravating fact - of whatever sort... - the core crime and the aggravating fact together constitute an aggravated

להצמיח דילמות קשות וקביעות מנוגדות ביחס לשאלת קיומן של "נסיבות חריגות בחומרתן", וריבויין של סיטואציות כאלו תומך במסקנה כי סעיף 330 לחוק שחרור על תנאי ממאסר אינו מנוסח "בלשון ברורה וחד-משמעית" כנדרש, אלא דווקא ב"לשון גורפת וכוללת או במושגים רחבים או מעורפלים"⁸¹ החותרים תחת עיקרון החוקיות, על כל המשתמע מכך.

אין עונשין אלא אם מזהירין: האם סעיף 330 מטיל "עונש" על המורשע ברצח חריג בחומרתו?

לאחר שראינו כי סעיף 330 לחוק שחרור על תנאי ממאסר פוגע בעיקרון החוקיות בהיבט של "אין עבירה בלא חוק" (nullum crimen sine lege), יש לבחון שאלה נוספת בעלת זיקה לקביעה האמורה, והיא האם ההוראה אף פוגעת בעיקרון שלפיו "אין עונש בלא חוק" (nulla poena sine lege), זאת לנוכח החשש שלצידו של האיסור (העמום) על ביצוע רצח ב"נסיבות חריגות בחומרתן", קבוע "עונש" בגין הפרת האיסור.

כאן יודגש, כי במהלך הדיונים שהתקיימו בוועדת החוקה, חוק ומשפט לקראת חקיקת תיקון מס' 14 לחוק שחרור על תנאי ממאסר, הביעה היועצת המשפטית של הוועדה את עמדתה כי התיקון המוצע אינו יוצר "עונש", זאת מכיוון ש"זה חלק מהליך חנינה, זה לא חלק מן העונש"⁸². אלא שבכל הכבוד וההערכה, דעתי שונה. אמת, המונח

שנית, משקבענו כי סעיף 330 יוצר "עבירה", אין מנוס, לדעתי, מן המסקנה הנוספת והיא, כי עבירה זו מפרה את עקרון היסוד שלפיו "אין עבירה בלא חוק". שהרי, "חוק עמום אינו בגדר חוק כל עיקר"⁷⁶ ויסודותיה של עבירה זו - ביצוע רצח בנסיבות שהן "חמורות", ואף "חריגות" בחומרתן - שניהם כאחד עמומים וחסרי אמות-מידה בהירות ואובייקטיביות. אך טבעי הוא, איפוא, כי היישום בפועל של מבחן ה"נסיבות החריגות בחומרתן" יזכרע במידה רבה מהשקפותיו הסובייקטיביות של השופט היושב בדיון (וליתר דיוק, מעמדתם של למצער שניים משלושת חברי המתב הנושבים בדיון), ועובדה זו תוביל מן הסתם לסובייקטיביזציה מופרזת בהפעלת סעיף 330, לחוסר וודאות משפטית ולחוסר שוויון בין נאשמים⁷⁷. לשם המחשה, שופט פלוני עשוי לקבוע, למשל, כי רציחת סניגור או תובע על רקע מילוי תפקידים נכנס לגדר "נסיבות חריגות בחומרתן" - כיוון שמעבר לפגיעה שאין למעלה הימנה בערך קדושת החיים, מצטרפת פגיעה חמורה נוספת בערך שלטון החוק - בעוד שופט אחר עשוי להגיע למסקנה הפוכה ממש מכוח כללי פרשנות הדיון והרמוניה חקיקתית⁷⁸. התלבטות דומה עשויה להתעורר במקרה שבו מתבצע מעשה רצח של ילד באדישות (ולא בכוונה)⁷⁹, שכן מחד גיסא הקורבן הוא ילד - זהו ללא ספק נסיבה "חריגה בחומרתה" - אך מאידך גיסא אפשר לטעון כי מידת האשמה שבביצוע העבירה באדישות אינה כה "חריגה בחומרתה"⁸⁰. אפשר להעלות על הדעת גם תרחישים היפותטיים נוספים העשויים

76 "Consistent with this connection between crime and punishment," Alleyne v. United States, 570 U.S. 99, 109 (2013). ראו עוד: "crime" (various treatises defined 'crime' as consisting of every fact which 'is in law essential to the punishment sought to be inflicted'). אלו המילים שבהן פתח השופט Neil Gorsuch פסק דין שניתן בימים אלה ממש בהסכמת רוב שופטי בית המשפט העליון בארה"ב: **"In our constitutional order, a vague law is no law at all. Only the people's elected representatives in Congress have the power to write new federal criminal laws. And when Congress exercises that power, it has to write statutes that give ordinary people fair warning about what the law demands of them. Vague laws transgress both of those constitutional requirements"** (ההדגשה שלי, א' פ'). ראו לעניין זה: R. A. Rosen, *The Especially Heinous Aggravating Circumstance in Capital Cases – The Standardless Standard*, 64 N. C. L. Rev. 941 (1986). במאמר זה תוקף המחבר דברי חקיקה ב-24 מדינות בארה"ב המאפשרים לגזור עונש מוות על נאשמים שהורשעו ברצח "נתעב במיוחד" ("especially heinous"), "שפל בצורה יוצאת דופן" ("outrageously vile"), ו"ניצ"ב בטיימס. לאחר ניתוח מעמיק של הפסיקה בבתי המשפט במדינות השונות, מסקנתו של פרופ' רוזן היא כי חוקים מעורפלים אלה מגדילים את חוסר השוויון בין נאשמים ומגבירים שרירותיות בענישה. ובלשונו: "The problem is not only that the limitations on this aggravating circumstance are too widely sketched but also that there do not appear to be any recognizable limitations at all. Any murder can be especially heinous. It can be especially heinous because the victim is too young, too old, or because the defendant chose his victims so that they were not too young or too old. If the defendant killed for no reason, the murder is especially heinous, as is a murder committed for a reason the appellate court does not like. A killing is especially heinous if the victim is aware of the impending death, and also if the killing is done without warning. The circumstances under which a first degree murder can be committed are limitless, but so is the willingness of courts to include these circumstances within the scope of their states' especially heinous aggravating circumstances" (שם, בעמ' 989).

77 אכן, לכאורה קיים בסיס משפטי של ממש לשתי ההכרעות הפוכות בתרחיש המוצע. מחד גיסא, עצם העובדה שישנה פגיעה משולבת בערך קדושת החיים ובערך שלטון החוק וודאי מהווה נסיבה משמעותית לחומרה (וראו לעניין זה: ע"פ 728/13 **עווידה נ' מדינת ישראל**, בפס' 6 (פורסם בנבו, 20.11.2013) ("עורכי הדין הם חלק בלתי נפרד ממערכת המשפט ואינטרס הציבור הוא, כי יתאפשר להם לפעול ללא מורא וללא פחד כשהם משוחררים מלחצים חיצוניים. אימים ואלימות כלפי עורכי דין הם בגדר חציית קו אדום, שחברה החרדה לשלטון החוק אינה יכולה ואינה צריכה לעבור על כך לסדר היום"). כן ראו: רע"פ 1013/13 **אבו עזב נ' מדינת ישראל**, עמ' 4 להחלטה של השופט שהם (פורסם בנבו, 6.3.2013); רע"פ 1315/13 **סלאימה נ' מדינת ישראל**, פס' 9 להחלטה של השופט שהם (פורסם בנבו, 20.12.2013). מאידך גיסא, ישנו קושי מובנה בקביעה נורמטיבית שלפיה רצח של סניגור או תובע הוא "חריג בחומרתו" במובנו של סעיף 330 לחוק שחרור על תנאי ממאסר, כיוון שהמחוקק סבר שמעשה מסוג זה אף אינו מגיע לכדי "רצח בנסיבות מחמירות" במובנו של סעיף 330א(א) (3) לחוק העונשין (כיוון שסעיף קטן זה חל אך ורק על רצח של "ע"ד" או "שופט" במשפט פלילי).

78 ראו לעניין זה: ע"פ 60/81 **גור נ' מדינת ישראל**, פ"ד לו(4) 505 (1982), שם סתם המערער את פיו ולחץ על גרונו של הילד החטוף אורון ירדן ז"ל (שמת בעקבות המעשים) לא מתוך כוונה תחילה, אלא מתוך מטרה למנוע תשומת לב של עוברי אורח ולמנוע את יציאתו של הילד החטוף מן המכונית.

80 ואכן, בבקוה זו תקום המשפט אחרת, והיא האם מידת האשם של המבצע עבירה בכוונה עולה בהכרח על מידת האשם של המבצע עבירה באדישות. וראו לעניין זה: **פלר**, בעמ' 496, 554, 594-593 (כוונה פלילית היא הצורה החמורה ביותר של אשמה פלילית, אך צפיית תוצאה אסורה בדרגת הסתברות קרובה לוודאי שקולה כנגד כוונה לגרום לאותה תוצאה). והשוו: יצחק קוגלר **כוונה והלכת הצפיית בידי עונשין** 237-223 (1997) (במקרים שבהם המבצע פועל מתוך אדישות, אך דרגת ההסתברות להתממשות התוצאה האסורה הינה גבוהה, מידת האשם שלו עשויה לעלות על זו של המבצע עבירה בכוונה, מקום שבו דרגת ההסתברות להתממשות התוצאה האסורה הינה נמוכה).

81 ראו **לדרמן ולי**, בעמ' 495-501.

82 ראו בהרחבה דבריה של היועצת המשפטית של הוועדה, עו"ד סילג קוגנט, בפרוטוקול הישיבה מיום 22.9.2014, עמ' 21-22: "כתבתי חוות דעת מדוע לא מדובר כאן בעונש ולכן לא חל סעיף 3 לחוק העונשין... נראה לי ברור שזה לא עונש, גם מהפסיקה. זה חלק מהליך חנינה, זה לא חלק מן העונש. העונש על רצח הוא מאסר עולם חובה ועונש זה בלבד, כך כתוב בחוק העונשין... מה גם שלפי כל מה שנשמע בדיונים הקודמים מה שנקבע לגבי מקרי הרצח האלה החמורים במיוחד, המזעזעים במיוחד, די משקף מדיניות קיימת. לא קוצבים אחרי 7 שנים לרוצחים כאלה, לא קוצבים 30 שנים לרוצחים כאלה. גם לפי הפרקטיקה הנוהגת היום. כך שההצעה הזאת, גם מן הבחינה הזאת, אינה רטרואקטיבית".

"עונש" הוא "מונח חמקמק"⁸³ שאינו מוגדר בצורה מיטבית בדין⁸⁴, אך נדמה כי האלמנטים העונשיים של הוראת חוק זו הם בולטים ומובהקים עד מאוד: ראשית לכל, סעיף 330 קובע מנגנון דינוי שלפיו מועד ההכרעה בדבר התקיימות התנאים להפעלתו הוא לאחר שבית המשפט "הרשיע אדם ברצח" - דהיינו, זוהי סמכות של בית משפט⁸⁵ המופעלת בשלב גזר הדין⁸⁶. שנית, מטרת הסעיף - כעולה מדינוי ועדת החוקה, חוק ומשפט - הושתתה על שיקולי ענישה מובהקים, כגון שיקולי הלימה וגמול⁸⁷, הוקעה⁸⁸, הגנה על שלום הציבור⁸⁹, וכן זכויות נפגעי העבירה ומשפחותיהם ואמון הציבור במערכת המשפט⁹⁰; הוזהר, המחוקק התכוון לקדם בסעיף 330 יעדים פנולוגיים-ציבוריים⁹¹,

להבדיל משיקולי שיקום או חסד פרטניים. שלישי, בית המשפט מוסמך להטיל בגזר הדין תוספת מינימלית של 10 שנות מאסר בפועל על המורשע ברצח⁹², וסנקציה קיצונית כזו וודאי תומכת במסקנה כי אכן מדובר ב"עונש"⁹³ במקום ב"אי-מתן פריבילגיה" גרידא.

מסקנה זו עומדת בתוקפה על אף שסמכות החנינה וההקלה בעונש, כאמור בסעיף 11(ב) לחוק יסוד: נשיא המדינה, אינה בגדר "עונש" גם כאשר בקשת האסיר לשחרור מוקדם נדחית ע"י נשיא המדינה⁹⁴. שהרי, בהפעילו אותה סמכות "מיוחדת" ו"בעלת עוצמה ייחודית", לא זו בלבד שנשיא המדינה אינו מוגבל לשיקולי ענישה קלאסיים, אלא שהוא אף רשאי לשקול "שיקולים שאינם מתוחמים לגבולות החוק

- 83 ע"פ 5975/14 **אגבריה נ' מדינת ישראל**, פס' 65 לפסק דינו של השופט עמית (פורסם בנוב, 31.12.2015).
- 84 ראו לעניין זה סעיף 1 לפקודת הפרשנות [נוסח חדש], המגדיר "עונש" בהאי לישנא: "לעניין עבירה - קנס, מאסר או כל ענישה אחרת". לעומת זאת, ראינו לעיל כי המונח "עבירה" מוגדר כ"מעשה, נסיון או מחדל, שדינם ענישה". הוזהר אומר, "עונש" מוגדר בהקשר של "עבירה" ו"עבירה" מוגדרת בזיקה ל"ענישה". במאמר מוסגר יוער, כי גם בשירות משפט אחרות שאלת הסיווג של סנקציות או הגבלות כ"עונש" מעוררת קשיים לא מועטים. וראו למשל, בקדה: R. v. Boudreault, [2018] S.C.R. 58 Can. ("ה"תשלום הנוסף לנפגע עבירה" ["victim surcharge"] המוטל על כל עבריין מורשע למימון תכניות סיוע לנפגעי עבירה - מעבר לחיוב בתשלום קנס ו/או פיצוי למתלונן - מהוה "עונש"). באירופה: *Case of Berland v. France*, Application no. 42875/10 (3 September 2015) (צו לאשפוז כפוי של אדם הלוקה בנפשו אינו מהוה "עונש"). בארה"ב: *Does v. Snyder*, 837 F.3d 696 (6th Cir. 2016) (הטלת הגבלות קשות על מקום מגוריו ומקום עבודתו של עבריין מין משוחרר מהוה "עונש").
- 85 אכן, לא בכדי הדגיש כב' השופט י' עמית ברע"ב 3340/16 **גנאמה נ' ועדת השחרורים המיוחדת**, פס' 19 (פורסם בנוב, 22.5.2016) (להלן: פרשת **גנאמה**), כי סעיף 330 "מופנה לבית המשפט ולא לוועדת השחרורים" (ההדגשות שלי, א' פ').
- 86 כאן נוסף, כי גם אם סעיף 330 היה מופנה ישירות לוועדת שחרורים מיוחדת בעת הפעלת סמכויותיה בשלב השחרור המוקדם, במקום לבית משפט בשלב גזירת הדין, לא היה בכך כדי להביא לשינוי המסקנה כי מדובר בסעיף עונשי. שכן, בית המשפט הגבוה לצדק ציין לא פעם כי שלב השחרור המוקדם הוא חלק בלתי-נפרד מן ההליך הפלילי עצמו. וראו למשל דברי כב' הנשיא א' ברק בפרשת בג"צ 89/01 **הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ועדת השחרורים**, פ"ד נה(2) 865, 838 (2001) (להלן: פרשת **שקולניק**): "ועדת השחרורים הינה אחד המרכיבים של ההליך הפלילי. יש להשקיע על עבודתה מתוך צורך להביא להתאמה לפעילותו הכוללת של הליך זה". כן ראו דבריה של כב' הנשיאה ד' ביניש בבג"צ 2605/05 **המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' שר האוצר**, פ"ד סג(2) 545, 607-608 (2009). וראו עוד: נתנאל דגן "קריאה הרמונית של רצף הענישה בישראל" **מחקרי משפט ל** 73 (2015), שם הביע המחבר המלומד את דעתו כי מבט כולל על יחסי הגומלין שבין חוק ההבניה וחוק שחרור על תנאי ממאסר מלמד, כי "שיקולי הענישה כולם נמצאים בשני השלבים, אך עוצמתם משתנה משלב לשלב" (שם, עמ' 110); דביר יוגב ואיילת כרמלי "קבלת החלטות בוועדת שחרורים: מבט ביקורתי" **משפט צדק: ההליך הפלילי בישראל - כשלים ואתגרים** 787, 793-794 (אלון הראל עורך, 2017) ("... אין בישראל הפרדה עונשית מוחלטת בין שלב גזר הדין לשלב השחרור המוקדם").
- 87 ראו למשל דבריה של ח"כ איילת שקד בפרוטוקול הישיבה מיום 22.9.2014, עמ' 3, שם ציינה כי "הרוצחים הללו שאנחנו מדברים עליהם הם בני מוות, שמגיע להם עונש מוות, רק שאין עונש מוות" (עמ' 3); "לדמיאן קרליק שרצח את משפחת אושרנקו מגיע עונש מוות, והוא לא קיבל את זה, והוא יימק בכלא" (שם, עמ' 10).
- 88 ראו למשל דברי ח"כ דוד צור, שם: "הדעת לא סובלת שהאנשים האלה יהיו בחוץ" (עמ' 3); "רצינו שזה יהיה לנצח, שלא יראו אור יום אף פעם, והסכמנו להתפשר שזה יהיה 40 שנים" (עמ' 9); "מה הנסיבות שיכולות להיות שיום אחד יקום מישהו ויאמר כ: 'האיש [דמיאן קרליק, א' פ'] כבר הפנים את העבירה הנוראית שהוא עשה וחזר בתשובה ובטח ילך עם כיפה על הראש ויהיה צדיק שבצדיקים. הצדק המוחלט אומר שהוא צריך להיות עכשיו בחוץ כש-5 בני משפחה קבורים? או למשל הרוצח של משפחת פוגל" (עמ' 9).
- 89 ראו למשל דבריו של ח"כ דוד צור בפרוטוקול הישיבה מיום 22.9.2014, שם העיר כי על אף שאינו רואה אפשרות ריאלית להרתיע "רוצחים מתועבים כאלה" - כיוון ש"שום דבר לא ירתיע אותם" - הרי ש"יש פה בפירוש הרחקה" (עמ' 6).
- 90 ראו למשל דבריה של ח"כ איילת שקד בפרוטוקול הישיבה מיום 16.7.2014, שם ציינה כי "קרבנות עבירה [אומרים] שהחוק הזה מציל אותם מאי-שפיות. הם בטוחים שהרוצחים עומדים להשתחרר. אני מדברת על הפלייטים, לא על ביטחוניים... הם אמרו שהם חיים בפחדים ובלחצים" (עמ' 8). ח"כ שולי מועלם-רפאלי הצטרפה לדברי ח"כ שקד והוסיפה ש"הפניות מונפגעי עבירה הן בלתי-פוסקות. אולי צריך לתת לזה איהו חיזוק"... (שם, עמ' 9 למעלה). גם ח"כ דוד צור העיר בפרוטוקול הישיבה מיום 22.9.2014 כי "אני חושב שהצעת החוק הזאת בפירוש גם באה לעשות איהו צדק של החברה וגם של הקרבנות עם הקורבן שהם נתנו" (עמ' 6). לדיון רחב בסוגיית הפגיעה באמון הציבור כשיקול לדחיית בקשת אסיר לשחרור מוקדם, ראו: פרשת **שקולניק**, בעמ' 864-870; סעיף 10(א) לחוק שחרור על תנאי ממאסר (כפי שתוקן בשנת 2001); פרשת **גנאמה**, בפסקה 18; נתנאל דגן "שיקולי אינטרס הציבור בשלב השחרור המוקדם" **עלי משפט** יא 619 (תשע"ד). ראו גם: יוא אברס "שחרור על תנאי ממאסר - מי מפחד מהאינטרס הציבורי?" **משפט מפתח** 63 (2015).
- 91 השוו לסימון אג לפרך ו' לחוק העונשין (שכותרתו "דרכי ענישה"), משם עולה כי "העקרונות והשיקולים המנחים בענישה" שלאורם "קבע [בית המשפט] את העונש המתאים לנאשם בנסיבות העבירה" כוללים את עקרון הלימה, שיקום, הגנה על שלום הציבור, הרתעה אישית, והרתעת הרבים (וראו לעניין זה סעיפים 40 - 140 לחוק העונשין). הוזהר אומר, "דרכי ענישה" בכלל - ובוודאי מאסר בפועל בפרט - המוטלות על נאשם בגין ביצוע עבירה מהוה "עונש", גם אם העונש לא נקבע בחוק העונשין, אלא בדבר חקיקה אחר (כגון פסילת רישיון נהיגה, עונש המופיע בפקודת התעבורה [נוסח חדש], תשכ"א-1961). אגב, לא רק בית המשפט אלא גם ועדת שחרורים מיוחדת מחויבת לשקול שיקולים עונשיים בעת הפעלת סמכויותיה, וראו לעניין זה סעיף 29(ד) רישא לחוק שחרור על תנאי ממאסר: "לשם גיבוש המלצתה לנשיא המדינה בשאלה האם לקצוב עונש מאסר עולם של אסיר ולאירו תקופה, תשקול ועדת שחרורים מיוחדת שיקולים עונשיים המתחייבים לטיב העבירה, לנסיבות ביצועה ולתוצאותיה, וכן לנסיבותיה האישיות של האסיר" (ההדגשה שלי, א' פ').
- 92 אמת, נשיא המדינה רשאי להעניק חנינה לאסיר עולם גם בלא המלצה חיובית של ועדת השחרורים המיוחדת, ככל שיחליט בית המשפט לשלול מהוועדה את סמכותה להמליץ על שחרור מוקדם בטרם תחלוףנה 40 שנים מהיום שבו החל האסיר לשאת את מאסרו. עם זאת, כמצוין בהערה 10 לעיל, הדבר נעשה בעבר במקרה בודד ו"חריג מאוד בנסיבותיו", וזאת על סמך המלצת שר המשפטים בלבד ובלא המלצה חיובית פורמלית של ועדת השחרורים המיוחדת. היוצא מן הכלל מעיד איפוא כאלף עדים על עוצמת הכלל, והמשמעות היא כי קביעת בית משפט לפי סעיף 330 דינה, הלכה למעשה, הארכת תקופת המאסר המינימלית של האסיר ב-10 שנים נוספות. ראו בהקשר זה את דברי השופט Antonin Scalia בפרשת *Apprendi*, שם תקף חוק פדראלי עמום שמכוחו הוחמר עונש המאסר המינימלי מ-10 שנות מאסר לתקופה שנעה בין 15 שנות מאסר למאסר עולם.
- 94 אכן, דחיית בקשה של אסיר להקדמת שחרורו ממאסר אינה בגדר "עונש" כיוון שהמשמעות הנורמטיבית של עונש המאסר שנמך עליו בתחילה היא כי "אין לו, לאסיר, זכות שבדין כי יינתן לו רישיון להלך חופשי בטרם השלים את מלוא עונשו" (וראו פרשת **שקולניק**, בעמ' 865 [מול האות ה']). כן ראו: בג"צ 3959/99 **התנועה למתן איכות השלטון נ' הוועדה לעיון בעונש**, פ"ד נג(3) 721, 737-738 (1999); רע"ב 3515/16 **ריכטר נ' מדינת ישראל**, פס' 7 (פורסם בנוב, 30.6.2016); רע"ב 1513/18 **פלוני נ' מדינת ישראל**, פס' 9 (פורסם בנוב, 13.8.2018).

לסיכום: שלילת סמכותה של ועדת שחרורים מיוחדת להמליץ על קציבת עונש מאסר של רוצח ב"נסיבות חריגות בחומרתן" למשך 40 שנים אכן מהווה "עונש". המשמעות המשפטית היא כי סעיף 330 פוגע לא רק בעקרון "אין עבירה בלא חוק", כאמור לעיל, אלא גם בעיקרון "אין עונש בלא חוק".

התפתחויות בהלכה הפסוקה והנחיית פרקליט המדינה מספר 9.18

ראינו לעיל כי המחוקק לא מצא לנכון לפרט בסעיף 330 לחוק שחרור על תנאי ממאסר מהן הנסיבות שתיחשבנה חריגות בחומרתן לצורך יישומה של ההוראה. עם זאת, ביום 5.2.2017 פורסמה הנחיית פרקליט המדינה שכותרתה "רצח חריג בחומרתו"¹⁰¹ (להלן: **ההנחיה**), בה נקבעה מדיניות התביעה בסוגיה זו. כך, לפי ההנחיה (שתוקנה ביום 1.11.2018) "תנאי סף להגשת בקשה מצד התביעה לקבוע כי רצח בנסיבות 'חריגות בחומרתן' הוא כי עבירת הרצח תהיה מסוג 'רצח בנסיבות מחמירות'", אך "אף שתנאי זה הינו תנאי הכרחי, הרי שאין לראות בו תנאי מספק ורק מקרים חריגים מתוך מקרי הרצח הללו יצדיקו הגשת בקשה כאמור"¹⁰². ההנחיה מוסיפה וקובעת כי התביעה תשקול לבקש מבית המשפט "להכריז על הרצח כעל 'רצח חריג בחומרתו' בהתקיים אחת או יותר מן הנסיבות הבאות (אין מדובר ברשימה ממצה) ... 1) רצח מכוון של ילדים צעירים או חסרי ישע...¹⁰³; 2) רצח הורה שנעשה בכוונה תחילה...¹⁰⁴; 3) רצח מרובה קרבנות...¹⁰⁵; 4) רצח שבוצע בכוונה לרצוח רבים אף אם הביא למותו של קורבן בודד, במיוחד אם בוצע מתוך מניע אידיאולוגי או גזעני, ממניע של שנאה לקבוצה מסוימת או כשכל הקורבנות הפוטנציאליים או חלקם היו בני אותו 'תא משפחתי'¹⁰⁶; 5) רצח שבוצע באכזריות קשה או חריגה באופן מיוחד...¹⁰⁷; 6) רצח של גורם ממערכת אכיפת החוק... שבוצע על רקע ובקשר עם תפקידו"¹⁰⁸; 7) רצח של נבחר ציבור או עובד ציבור שבוצע על רקע ובקשר עם תפקידו"¹⁰⁹. עוד נקבע בהנחיה כי "בקשה לקבוע כי רצח בוצע בנסיבות 'חריגות בחומרתן', מחייבת קבלת אישור המשנה לפרקליט המדינה (עניינים פליליים)"¹¹⁰; וניתן להניח, איפוא, כי ריכוזן של בקשות אלו לידי גורם בכיר אחד בתוך הפרקליטות יבטיח כי ההחלטה לבקש מבית המשפט להפעיל את הוראות סעיף 330 לחוק שחרור על תנאי ממאסר תהיה פרי "גישה כללית ואחידה"¹¹¹.

החרות"⁹⁵ ו"שיקולים שרשויות המדינה השונות אינן יכולות לשקול במסגרת תפקידן, בהם שיקולי חסד ורחמים", "שיקולים שעשויים להצדיק הקלה בעונש עקב מצב בריאותי או נפשי", ואף שיקולים שיש בהם משום "תיקוף הרשעה בפלילים מקום בו ישנו חשש מפני עיוות דין או טעות משפטית"⁹⁶.

הנה כי כן, השוני המהותי בתכליותיהן של הוראות הדין הרלוונטיות (סעיף 330 לחוק שחרור על תנאי ממאסר לעומת סעיף 11(ב) לחוק יסוד: נשיא המדינה); בזהות הגורם המוסמך לקבל את ההחלטה (בית משפט הגוזר את הדין לעומת נשיא המדינה); באופי השיקולים שמתר לקחתם בחשבון (שיקולי ענישה קלאסיים לעומת שיקולים כלליים "שאינם מתוחמים לגבולות החוק החרות"), וכן באופן הפעלת הסמכות ועיתויה ברצף הענישה (מועד גזר הדין לעומת מועד המרוחק שנים רבות מתום המשפט), מצדיק סיווג שונה לשתי הפעולות; כפועל יוצא מכך, יש לראות קביעה של בית משפט לפי סעיף 330 לחוק שחרור על תנאי ממאסר משום "עונש", בעוד החלטה של נשיא המדינה שלא להעניק לאסיר חנינה היא אך בגדר דחיית בקשה לקבלת "פריבילגיה"⁹⁷.

מן הראוי להוסיף כי בפרשת Shropshire⁹⁸ הגיע בית המשפט העליון בקנדה - פה-אחד - לאותה מסקנה ממש. שם, נדונה תכליתה של שלילת האפשרות לנאשם שהורשע ב"רצח בדרגה שניה" לבקש שחרור מוקדם בחלוף תקופה בת 10 שנים בבית סוהר, בהתאם להוראה ספציפית של בית המשפט בגזר הדין. ונזכיר שוב, כי בדיון הקנדי העונש המנדטורי שיש למזור על המורשע בעבירת רצח - הן "רצח בדרגה ראשונה", והן "רצח בדרגה שניה" - הוא מאסר עולם, והפער העונשי בין שתי דרגות החומרה נעוץ אך בחלוף הזמן המינימלי ממועד תחילת המאסר המאפשר לאסיר להגיש בקשה לשחרור מוקדם⁹⁹. בפרשת Shropshire נקבע כי הסמכות לשלול את האפשרות לקבלת שחרור מוקדם הינה חלק מהעונש שמושת על הנאשם, וכי הבסיס למדיניות שיפוטית כזו נעוץ לא רק בשיקולי הוקעה (denunciation) והגנה על שלום הציבור (future dangerousness), אלא במידה רבה גם בשיקולי הרתעה אישית והרתעת הרבים, כמו גם שיקולי ענישה נוספים¹⁰⁰. דעתי היא, כאמור, כי מסקנה זו נכונה היא ועולה בקנה אחד גם עם הדין בישראל.

95 מדברי כב' הנשיאה ד' ביניש בפרשת דנג"צ 219/09 שר המשפטים נ' זוהר, פס' 23-22 (פורסם בנוב, 29.11.2010).
96 שם, פסקה 24.

97 ראו לעניין זה בג"ץ 6067/11 6096 הפרקליט הצבאי הראשי נ' הוועדה הצבאית לעיון בעונש, פס' 41 (ג) לפסק דינו של השופט מלצר (פורסם בנוב, 2.2.2012) ("השחרור המוקדם אינו זכות, כי אם פריבילגיה... כיוון שבפריבילגיה עסקינן, על האסיר מוטל הנטל לשכנע את ועדת השחרורים כי הוא ראוי לשחרור כאמור, וכן כי לא יסכן בכך את שלום הציבור" (ההדגשה במקור, א' פ').

98 R. v. Shropshire, [1995] 4 S.C.R. 227 (Can.). (להלן: פרשת Shropshire).
99 ראו הערה 29 לעיל.

100 ראו פרשת Shropshire, פס' 23-25 לפסק הדין של השופט Frank Iacobucci: "The only difference in terms of punishment between first and second degree murder is the duration of parole ineligibility. This clearly indicates that parole ineligibility is part of the 'punishment' and thereby forms an important element of sentencing policy." (ההדגשה שלי, א' פ'). ראו בהקשר זה גם פסק דין חדש של בית המשפט העליון בארה"ב בפרשת United States v. Haymond, 139 S.Ct. 2369, 2379-2380 (2019), שם נקבע בדעת הרוב כדלקמן: "[A]n accused's final sentence includes any supervised release sentence he may receive. Nor in saying that we say anything new: This Court has already recognized that supervised release punishments arise from and are 'treat[ed]... as part of the penalty for the initial offense'".

הליך השחרור המוקדם כחלק אינטגרלי מהליך הענישה המושת על הנידון בגין ביצוע העבירה המקורית.
101 "רצח חריג בחומרתו" הנחיות פרקליט המדינה 9.18 (התשע"ט), מופיע באתר: www.justice.gov.il/Units/StateAttorney/Guidelines/09.18.pdf.

- 102 שם, סעיף 7 להנחיה.
- 103 שם, סעיף 9(1) להנחיה.
- 104 שם, סעיף 9(2) להנחיה.
- 105 שם, סעיף 9(3) להנחיה.
- 106 שם, סעיף 9(4) להנחיה.
- 107 שם, סעיף 9(5) להנחיה.
- 108 שם, סעיף 9(6) להנחיה.
- 109 שם, סעיף 9(7) להנחיה.
- 110 שם, סעיף 12 להנחיה.

111 וראו לעניין זה: ע"פ 7211/13 פלוני נ' מדינת ישראל, פס' 58 לפסק דינו של השופט מלצר (פורסם בנוב, 13.12.2015) ("...מנגנון [אישור היועמ"ש עובר להעמדה

בפועל, נדמה כי הנחיית פרקליט המדינה מספר 9.18 אכן מביאה למיעוט הבקשות המוגשות לבתי המשפט המחוזיים לעשיית שימוש בסעיף 330 לחוק. שהרי, עיון בפסקי הדין שבהם נתבקש בית משפט להכריז על קיומן של "נסיבות חריגות בחומרתן" מלמד כי הדבר אכן נעשה "במשורה", כפי שהעיר כב' השופט י' עמית בפרשת **אבו חאשיה**¹¹², בה הורשע הנאשם במעשה טרור שבו דקר חייל למוות מתוך ניסיון ליטול את נשקו ולירות בעוברים ושבים. גם בפרשת **מחאמרה**¹¹³ (פיגוע הטרור במתחם "שרונה" בתל אביב, בו נרצחו שלושה ונפצעו עשרות) ובפרשת **חליל**¹¹⁴ (פיגוע הטרור בבניין "פנורמה" בתל-אביב, בו נרצחו שניים והיה ניסיון לרצוח אחרים) נקבע כי יש להפעיל את סעיף 330, בין היתר, משום שהקורבנות בשני המקרים נבחרו "אך בשל היותם יהודים"¹¹⁵. בפרשת **אמטיראת**, הנאשם - אביהן של שתי בנות רכות בשנים - הורשע ברציחתן "בחמתם של אכזריות, ביזוי, השפלה והתנהגות אלימה ואנטי-סוציאלית"¹¹⁶, ונסיבות דומות התקיימו גם בפרשת **לוי** (בה הורשע הנאשם ברציחת שני ילדיו באופן "אכזרי... [ו]תוך תכנון מוקדם ומוקפד"¹¹⁷) ובפרשת **סלע** (בה רצח הנאשם ב"אכזריות...בזה אחר זה" ארבע נפשות: אשתו, שניים מילדיו וילד נוסף¹¹⁸). בפרשת **שאכר**¹¹⁹ ובפרשת **ילמה**¹²⁰, היה מדובר במעשי רצח שבוצעו לאחר התעללות מינית וגופנית קשה בקורבן, ולאחרונה נקבע בבית המשפט המחוזי בירושלים כי יש להפעיל את הוראות סעיף 330 בפרשת **נחמני**, בה הורשע הנאשם ברצח המנוחה "בדרך מזעזעת ומצמררת...בעודה כפותה וחסרת אונים, זאת לאחר שהתעלל בה מינית וחילל את גופה במעשה סדום אכזרי"¹²¹.

הנה כי כן, על אף שהמחוקק נמנע מלקבוע גבולות ברורים בין רצח ב"נסיבות חריגות בחומרתן" לרצח שאינו כזה, נדמה כי הנחיית פרקליט המדינה מספר 9.18 משמשת "בלם" מסוים מפני הגשת בקשות מופרזות לעשיית שימוש בסעיף 330 לחוק שחרור על תנאי ממאסר. דא עקא, היוזמה המבורכת של התביעה הכללית להוצאת הנחיה כאמור אין בה כדי לרפא את הפגם המהותי שבמלאכת חקיקה המאפשרת, כדברי כב' השופט ויתקון, החלפת "שלטון החוק" [ב]שלטון הפרשנות הפתוחה לרווחה לשיקול-דעתו של הפרשן, הכל לפי רוח הזמן וצורך השעה"¹²².

סעיף 330 לחוק שחרור על תנאי ממאסר מול סעיף 40 לחוק המאבק בטרור

לקראת סיום יובהר כי כשנתיים לאחר כניסתו לתוקף של סעיף 330 לחוק שחרור על תנאי ממאסר, נכנס לתוקפו גם חוק המאבק בטרור, התשע"ו-2016 (להלן: **חוק המאבק בטרור**)¹²³, בו נקבע בסעיף 40

בדומה לקביעה שבסעיף 330 הנ"ל - כי אם "נגזר על נידון בעבירת טרור מאסר עולם, לא תגיש ועדת שחרורים מיוחדת את המלצתה לנשיא...אלא לאחר שחלפו 15 שנים לפחות מהיום שבו האסיר החל לשאת את מאסרו...והתקופה שתמליץ לקצוב לא תפחת מ-40 שנים" (ההדגשה שלי, א' פ'); הווה אומר, התוצאה העונשית בשני הסעיפים הינה זהה. ברם, דעתי היא כי סעיף 40 אינו לוקה בפגמים המהותיים שבהם לוקה סעיף 330, כיוון שחוק המאבק בטרור מגדיר בסעיף 2 שבו הן "עבירת טרור" ("עבירה לפי חוק זה או עבירה שהיא מעשה טרור"), והן "מעשה טרור" (המוגדר באופן מוקפד ומדוקדק, וראו שם בהרחבה). לכן, אין מקום להקיש בין חוקתיותו (המוטלת בספק) של סעיף 330 לחוק שחרור על תנאי ממאסר, לסעיף 40 לחוק המאבק בטרור, שלטעמי מעניק אזהרה סבירה מראש המאפשרת לפרט להבין את גבולות האיסור כנדרש.

סוף דבר

עבירת הרצח היא העבירה הקשה והחמורה שבחוק העונשין. לא בכדי, נוח ובנוי הוזהרו כי "שופך דם האדם באדם דמו יישפך, כי בצלם אלוקים ברא את האדם"¹²⁴. זאת ועוד: אם עבירת הרצח היא החמורה שבעבירות, הרי שמעשה רצח שבוצע בנסיבות שבהן קיים יסוד משפטי לסברה כי יש לסווגו כרצח ב"נסיבות חריגות בחומרתן", עלול לעורר תחושות קשות במיוחד של זעזוע וזעם אצל רבים וטובים, ואף נכונות מסוימת לחרוג עקב כך מהכללים הרגילים. עם זאת, במשטר דמוקרטי שבו מובטחות זכויות יסוד לכל אדם - לרבות כאלה שביצעו מעשים ב"אכזריות מיוחדת ומפלצתית"¹²⁵ - אסור "לעגל פינות" ואסור להשלים עם הוראת חוק עמומה ומעורפלת הפוגעת פגיעה משמעותית בעקרונות החוקיות על שני היבטיו השונים: הן בהיבט של "אין עבירה בלא חוק" (nullum crimen sine lege), והן בהיבט של "אין עונש בלא חוק" (nulla poena sine lege).

על המחוקק לתקן איפוא את סעיף 330 לחוק שחרור על תנאי ממאסר ו"לעבות" אותו, באופן זה שיעמוד בדרישות החוקתיות של עקרון החוקיות והזכות להליך הוגן. "עיבוי" זה עשוי לבוא לידי ביטוי בדרך של אימוץ מספר פריטים "חריגים בחומרתם" מתוך ה"נסיבות המחמירות" המנויות בסעיף 301א(א) לחוק העונשין¹²⁶, ובמידת הצורך "חידודם" על מנת שישודותיה של העבירה המשקפת "חריגות-יתר" יהיו בהירים יותר ויעמדו בעקרונות חוקתיים; אך אפשר גם שהמחוקק יעדיף לשקול את הכול מחדש ולהתחיל עם "לוח חלק", מבלי להשתמש בכלים שהוצבו על הלוח זה מכבר. העיקר הוא שסעיף 330 אכן יתוקן, ויפה שעה אחת קודם.

לדין, א' פ' נועד להבטיח, בין היתר, כי ההחלטה להעמיד לדין תהיה פרי גישה כללית ואחידה...").

112 ע"פ 7899/16 **אבו חאשיה נ' מדינת ישראל**, פס' 6 (פורסם בנבו, 16.10.2018).

113 ראו: תפ"ח (ת"א) 6256-07-16 **מדינת ישראל נ' מחאמרה** (פורסם בנבו, 29.11.2017).

114 ראו: תפ"ח (ת"א) 23881-12-15 **מדינת ישראל נ' חליל** (פורסם בנבו, 28.11.2016).

115 שם, פס' 17; פרשת **מחאמרה**, פס' 20.

116 ע"פ 756/16 **אמטיראת נ' מדינת ישראל**, פס' 17 לפסק דינו של השופט עמית (פורסם בנבו, 17.4.2018).

117 תפ"ח (מרכז) 9248-07-14 **מדינת ישראל נ' לוי**, פס' 16-17 (פורסם בנבו, 5.6.2016).

118 תפ"ח (נצ') 4342-03-17 **מדינת ישראל נ' סלע**, פס' 16 (פורסם בנבו, 30.5.2018).

119 תפ"ח (ב"ש) 6482-07-14 **מדינת ישראל נ' שאכר** (פורסם בנבו, 19.11.2017).

120 תפ"ח (ב"ש) 21904-01-15 **מדינת ישראל נ' ילמה** (פורסם בנבו, 22.1.2018).

121 תפ"ח (י-ם) 28279-11-14 **מדינת ישראל נ' נחמני**, פס' 6 (פורסם בנבו, 29.4.2019).

122 ראו פרשת **זקצר**.

123 ראו: חוק המאבק בטרור, התשע"ו-2016 (פורסם ס"ח 2556 תשע"ו (מיום 23.6.2016), עמ' 898). לפי סעיף 100א(א) לחוק המאבק בטרור, החוק נכנס לתוקף ביום 1.11.2016.

124 ראו הערה 11 לעיל.

125 מדברי בית המשפט המחוזי מרכז-לוד בגזר הדין בתפ"ח 36924-01-10 **מדינת ישראל נ' ליושצנקו**, פס' 11 (פורסם בנבו, 2.2.2012). ראו עוד: ע"פ 2134/12

ליושצנקו נ' מדינת ישראל, פס' 17 לפסק דינו של השופט מלצר (פורסם בנבו, 27.8.15).

126 שהרי, גם הנחיית פרקליט המדינה מספר 9.18 מכירה בכך ש"תנאי סף להגשת בקשה מצד התביעה לקבוע כי רצח בנסיבות 'חריגות בחומרתן' הוא כי עבירת הרצח תהיה מסוג 'רצח בנסיבות מחמירות'". וראו לעניין זה הערה 102 לעיל, והטקסט הצמוד לה.