

## כבוד האדם כיסוד המכונן של דוקטרינת הקנטור

רוני רוזנברג\*

דוקטרינת הקנטור קובעת כי אחריותו הפלילית של פלוני תופחת מרצח לעברת המתה קלה יותר אם הוא המית אדם כתוצאה מקנטור שהתרחש סמוך למעשה ההמתה. כך, ברוב המדינות בארצות הברית תופחת בנסיבות אלה אחריותו הפלילית של הממית מרצח להריגה. בישראל, לעומת זאת, בעקבות הרפורמה בעברות ההמתה, תופחת אחריותו הפלילית של הממית מרצח להמתה בנסיבות של אחריות מופחתת מכוח סעיף 301ב(1) לחוק העונשין. עמדה זו מעלה שתי שאלות מרכזיות – דוקטרינת ופילוסופית: באילו תנאים תופחת האחריות הפלילית? ומהו הרציונל המוסרי המצוי בתשתית ההפחתה הפלילית במקרה של קנטור? עד היום הוצעו לדוקטרינת הקנטור שני רציונלים עיקריים: רציונל ברוח הפטור ורציונל ברוח ההצדק. מאמר זה מבקש להציע רציונל אחר, הנשען על כך שאחד הערכים המוגנים המצויים בבסיסה של עברת הרצח הוא שמירה על כבוד האדם, ובמקרה של המתה עקב קנטור הפגיעה בכבוד האדם פחותה מזו שברצח רגיל. המאמר מתייחס גם לסעיף הקנטור כפי שנוסח ברפורמת עברות ההמתה, ומצביע על ההשפעה שעשויה להיות לרציונל המוצע על פרשנותו של סעיף הקנטור החדש.

מבוא

פרק א: תולדות הקנטור והמצב המשפטי הנוהג במשפט הישראלי, במשפט האמריקני ובמשפט האנגלי

1. התפתחותה של דוקטרינת הקנטור
2. שיטת המשפט הישראלית בנוגע לקנטור לפני הרפורמה בעברות ההמתה ולאחריה

---

\* מרצה בכיר בפקולטה למשפטים, הקריה האקדמית אונו, וחוקר במכון למשפט פלילי על שם טאובנשלג, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל אביב. אני מודה לרות קנאי, לשי רוזנר, לאפרת טיקטין, לחמדה גור-אריה ולאורנה אליגון-דר על הערותיהם המצוינות למאמר זה. כמו כן אני מודה למערכת משפט ועסקים על עבודת עריכה מעולה.

- (א) שיטת המשפט הישראלית לפני הרפורמה בעברות ההמתה  
 (ב) המצב המשפטי בישראל לאחר כניסת הרפורמה לתוקף
3. המצב המשפטי הנוהג בארצות הברית ובאנגליה ביחס לדוקטרינת הקנטור
- פרק ב: טענת הקנטור לאור ההבחנה שבין הגנות פטרות להגנות מצדיקות
1. הגנות פטרות והגנות מצדיקות
  2. קנטור כסייג פטר
  3. קנטור כסייג מצדיק
- פרק ג: כבוד האדם ודוקטרינת הקנטור – רציונל חדש
1. הצגת הרציונל
  2. השלכת הדיון דלעיל על ההפחתה באחריות הפלילית בהמתה עקב קנטור
  3. השלכת הרציונל על מבחן הקנטור האובייקטיבי
  4. הצורך במבחן סובייקטיבי ובמבחן אובייקטיבי לדוקטרינת הקנטור כתנאי הכרחי אך לא מספיק
  5. השפעת הרציונל המוצע על פרשנותה של דוקטרינת הקנטור במסגרת הרפורמה בעברות ההמתה
  6. פסקי דין שפוסעים מעבר לרציונל הפטר והשלכותיהם על הרציונל המוצע

סיכום

## מבוא

דוקטרינת הקנטור קובעת כי אחריותו הפלילית של פלוני תופחת מרצח לעברת המתה קלה יותר אם הוא המית אדם בכוונה כתוצאה מקנטור שהתרחש סמוך למעשה ההמתה.<sup>1</sup> כך, ברוב המדינות בארצות הברית תופחת בנסיבות אלה אחריותו הפלילית

1 ראו WAYNE R. LAFAVE, SUBSTANTIVE CRIMINAL LAW 491–494 (2003). דוקטרינת הקנטור זכתה במחקר מעמיק. ראו, למשל, JEREMY HORDER, PROVOCATION AND RESPONSIBILITY (1992); Robert B. Mison, *Homophobia in Manslaughter: The Homosexual Advance as Insufficient Provocation*, 80 CAL. L. REV. 133 (1992); Susan D. Rozelle, *Controlling Passion: Adultery and the Provocation Defense*, 37 RUTGERS L.J. 197 (2005); Joshua Dressler, *Rethinking Heat of Passion: A Defense in Search of a Rationale*, 73 J. CRIM. L. & CRIMINOLOGY 421, 427 (1982) (להלן: Dressler, *Rethinking Heat of Passion*); Joshua Dressler, *When "Heterosexual" Men Kill "Homosexual" Men: Reflections on Provocation Law, Sexual Advances, and the "Reasonable Man" Standard*, 85 J. CRIM. L. & CRIMINOLOGY 726 (1995) (להלן: Dressler, *When "Heterosexual" Men Kill "Homosexual"*).

של הממית מרצח להריגה. בישראל, לעומת זאת, בעקבות הרפורמה בעברות ההמתה, תופחת אחריותו הפלילית של הממית מרצח להמתה בנסיבות של אחריות מופחתת מכוח סעיף 301ב(1) לחוק העונשין. עמדה זו מעלה שתי שאלות מרכזיות – דוקטרינת ופילוסופית: באילו תנאים תופחת האחריות הפלילית? ומהו הרציונל המוסרי המצוי בתשתית ההפחתה הפלילית במקרה של קנטור?

עד היום הועלו שני רציונלים עיקריים לביסוס דוקטרינת הקנטור: רציונל ברוח הפטור (excuse) ורציונל ברוח ההצדק (justification).<sup>2</sup> מאמר זה מבקש להציג רציונל שונה, ולפיו הטעם להפחתה באחריות הפלילית אינו נובע מהפחתת האשמה של הנאשם עקב הקנטור או מהצדקה כלשהי למעשה ההמתה, אלא מכך שעצם מעשה ההמתה חמור פחות כאשר הוא נעשה עקב קנטור. התפיסה שאציג כאן מבוססת על הבנת הסיבות לאיסור הרצח, ובתוך כך הבנת הערכים המוגנים המצויים בבסיסה של עברת הרצח. בניגוד להנחה האינטואיטיבית הגורסת כי עברת הרצח מבקשת להגן על החיים הפיזיים בלבד, אטען כי בבסיסה של עברת הרצח מצוי ערך מוגן נוסף, המבוסס על זכותו של האדם לכבוד ולכך שלא ינהגו בו באופן משפיל ומבוזה. טענתי היא כי רצח רגיל פוגע באופן מלא בשני הערכים המוגנים: בזכותו של האדם לחיים ובזכותו שלא ינהגו בו באופן מבוזה ומשפיל. לעומת זאת, כאשר אדם מומת בעקבות קנטור, הפגיעה בכבוד האדם פחותה. מכאן שלא רק אשמתו של הממית פחותה עקב ערעור השליטה העצמית, אלא אף מעשה ההמתה עצמו חמור פחות מרצח רגיל, עקב הפגיעה הפחותה

---

Jennifer Dumin, *Superstition-Based Injustice in Africa and the United States: The Use of Provocation as a Defense for Killing Witches and Homosexuals*, 21 WIS. WOMEN'S L.J. 145 (2006); Michael. A Smyth, *Queers and Provocateurs: Hegemony, Ideology, and the "Homosexual Advance" Defense*, 40 LAW & SOC'Y REV. 903 (2006); Shachar Eldar & Elkana Laist, *The Misguided Concept of Partial Justification*, 20 LEGAL THEORY 157 (2014).

למאמרים שהתייחסו לדוקטרינת הקנטור במשפט הישראלי ראו מרדכי קרמניצר 'כוונה תחילה או כוונה רגילה – ברצח ככוונה תחילה? על מהות היסוד של 'העדר קנטור' בעבירה של רצח ככוונה תחילה" **משפט פילי, קרימינולוגיה ומשטרה** א 9 (גרשון אוריון עורך, 1986); מרדכי קרמניצר וליאת לבנון "על היסוד של היעדר קנטור בהגדרת ה'כוונה תחילה' בעקבות דנ"פ 1042/04 ביטון נ' מדינת ישראל" **ספר דיויד וינר – על משפט פילי ואתיקה** 547 (דרור ארד-אילון, יורם רבין ויניב ואקי עורכים, 2009); יורם שחר "האדם הסביר והמשפט הפלילי" **הפרקליט** לט 78 (1989); אורית קמיר "איך הרגה הסבירות את האשה – חום דם של 'האדם הסביר' והישראלית המצויה" בדוקטרינת הקנטור בהלכת אזואלוס" **פלילים** ו 137 (1997); אוהד גורדון "נוסחת הקנטור" **משפטים** מד 159 (2013); רוני רוזנברג "קנטור מתמשך, מצוקה נפשית קשה והגנה עצמית – הרהורים בפרשת היילו" **ספר ארבל** (צפוי להתפרסם ב-2021); רוני רוזנברג "בעקבות הרפורמה בעבירות ההמתה – הצעה לרציונל חדש לדוקטרינת הקנטור" **מחקרי משפט** לד (צפוי להתפרסם ב-2020). במאמר אחרון זה, שעתידי להתפרסם כאמור בכתב העת **מחקרי משפט**, אני מציע רציונל נוסף ומובחן לדוקטרינת הקנטור, המתייחס לפגיעה שונה באוטונומיה של יתר החברה במקרה של המתה בעקבות קנטור, אל מול הפגיעה באוטונומיה במקרה של רצח רגיל ללא קנטור.

2 פרשנות רחבה לרציונלים אלה מופיעה להלן בפרק ב.

בכבוד האדם. ודוק: הרציונל שאני מציע אינו מצדיק את מעשה ההמתה כלל וכלל, אף לא באופן חלקי, אלא גורס כי ההמתה חמורה פחות עקב פגיעה פחותה באחד משני הערכים המוגנים המצויים בתשתית העברה.

מטרתו של מאמר זה אינה לבקר את הרציונלים השונים שהוצעו לדוקטרינת הקנטור, אלא להציע חשיבה חדשה על דוקטרינה זו, תוך התייחסות לשני המבחנים – הסובייקטיבי והאובייקטיבי.<sup>3</sup> הרציונל המוצע, המבוסס על הפגיעה השונה בכבוד האדם במקרה של קנטור, מסביר באופן קוהרנטי ושלם מדוע יש צורך בקיומם של שני מבחנים אלה, ואף מעבר לכך,<sup>4</sup> היות שיש צורך לבחון את מידת הפגיעה בכבוד האדם אף כאשר התגבשו המבחנים הללו.

בפרק א אציג את התפתחותה ההיסטורית של דוקטרינת הקנטור במשפט המקובל, וכן את עיקרי הגדרים של דוקטרינה זו במשפט הישראלי – לפני הרפורמה בעברות ההמתה ולאחריה – וכן במשפט האמריקני ובמשפט האנגלי. בפרק ב אציג את הרציונלים האפשריים שעומדים בבסיסה של דוקטרינת הקנטור. בפרק ג אציג את הרציונל החדש לדוקטרינת הקנטור, המבוסס כאמור על הערכים המוגנים המצויים בבסיסה של עברת הרצח, הכוללים את ערך החיים ואת כבוד האדם. במסגרת פרק זה אתייחס בקצרה גם לפסיקה אמריקנית שפסעה לטעמי מעבר לרציונל הפוטר. נוסף על כך אראה כיצד הרציונל המוצע אמור להשפיע על גדריה של דוקטרינת הקנטור, וכיצד יש לפרש את יסוד הקנטור כפי שהוא בא לידי ביטוי ברפורמה החדשה של דיני ההמתה (תיקון מס' 137 לחוק העונשין),<sup>5</sup> אשר נכנסה לתוקף ביום 10.7.2019, תוך יישום הרציונל המוצע.

## **פרק א: תולדות הקנטור והמצב המשפטי הנוהג במשפט הישראלי, במשפט האמריקני ובמשפט האנגלי**

### **1. התפתחותה של דוקטרינת הקנטור**

דוקטרינת הקנטור במתכונתה המקובלת גורסת כי במקרה שבו פלוני המית אדם כתוצאה מקנטור, תופחת אחריותו הפלילית מרצח לעברת המתה קלה יותר אם הקנטור גרם לערעור שיקול הדעת של פלוני בעת מעשה ההמתה ואם גם שיקול דעתו של האדם הסביר היה מתערער כתוצאה מקנטור זה.<sup>6</sup> מבחינה היסטורית, הגנת הקנטור החלה

3 לביקורת על רציונלים אלה ראו רוזנברג, לעיל ה"ש 1.

4 ראו להלן בתת-פרק 3.

5 ראו להלן בתת-פרק 5.

6 LAFAVE, לעיל ה"ש 1, בעמ' 492–494.

לקבל הכרה משפטית במאה השבע-עשרה.<sup>7</sup> כדי לזכות בהגנה זו, היה על הנאשם להוכיח שני תנאים עיקריים: ראשית, שהוא המית אדם אחר "בדם חם", ולא ביישוב הדעת (אם הוא המית כחלק מנקמה אך בדם קר, אחריותו הפלילית לא הופחתה, אף שההמתה נעשתה בתגובה על פרובוקציה של הקורבן); שנית, שההמתה נעשתה עקב קנטור משמעותי.<sup>8</sup> עם התפתחות הדוקטרינה הכיר החוק בארבע קטגוריות המבססות קנטור: קרב הדדי, תקיפה אלימה, מעצר לא כדין ומצבים שבהם היה הנאשם עֵד לבגידת אשתו עם אדם אחר.<sup>9</sup> בכל אחד מן המקרים הללו נתפסה התנהגות הקורבן כהתנהגות הפוגעת באדם, ולפיכך ככזו שהייתה ראויה לתגובה משמעותית. תגובה הכוללת זעם מצד המקונטר שיקפה את תכונת האומץ, שהייתה מהותית בחשיבה המוסרית האריסטוטלית.<sup>10</sup> בהקשר זה יש לציין כי בגידת בן זוג הייתה הקטגוריה הקלאסית והמרקוזה של קנטור, אשר התבססה בדרך כלל על התפיסה שהאישה היא רכוש הבעל.<sup>11</sup> למרות האמור, אדם שהמית במסגרת הקטגוריות הללו לא זכה בפטור מלא, מכיוון שהמתה באותן נסיבות נחשבה לא מידתית.<sup>12</sup> כמו כן, אדם שהמית כתוצאה מקנטור שלא נכלל בארבע הקטגוריות האמורות לא זכה בכל הפחתה באחריות הפלילית, והורשע ברצח.<sup>13</sup>

לפי Horder, בתקופה זו נתפסה הגנת הקנטור כצידוק חלקי.<sup>14</sup> אומנם, אחריותו הפלילית של הנאשם לא נשללה לחלוטין כתוצאה מהקנטור, אך היא נתפסה כמוצדקת באופן חלקי, ולפיכך האחריות הפלילית הייתה פחותה מזו שברצח רגיל. לאדם אשר נבגד על ידי בת זוגו או הותקף על ידי מאן דהוא הייתה זכות – ולכן גם צידוק – להגיב בצורה אלימה כלפי הפוגע. תגובה אלימה שלא הגיעה כדי המתה זיכתה את המקונטר בפטור מלא מאחריות פלילית, שכן היא הייתה מידתית, אך המתה בנסיבות הללו זיכתה בפטור חלקי בלבד. במאה השמונה-עשרה החל לצבור תנופה ביסוס אחר להפחתה באחריות הפלילית במקרה של קנטור. במסגרת זו נטען כי יש להפחית מרצח להריגה לא בשל הצדקה מסוימת למעשה ההמתה, אלא מן הטעם שהקנטור פגם בשיקול דעתו של המקונטר וגרם לערעור שליטתו העצמית.<sup>15</sup> במצב של קנטור ייתכן שהאדם אפילו מתכוון להמית את קורבנו, אך הוא עושה כן מתוך תגובה רגשית ללא שיקול דעת

7 HORDER, לעיל ה"ש 1, בעמ' 23; Mison, לעיל ה"ש 1, בעמ' 137; Mitchell N. Berman & Ian P. Farrell, *Provocation Manslaughter as Partial Justification and Partial Excuse*, 52 WM. & MARY L. REV. 1027, 1035 (2011).

8 Berman & Farrell, שם, בעמ' 1036; HORDER, שם, בעמ' 23–24.

9 HORDER, שם, בעמ' 24; Mison, לעיל ה"ש 1, בעמ' 139; Rozelle, לעיל ה"ש 1, בעמ' 198.

10 Berman & Farrell, לעיל ה"ש 7, בעמ' 1036.

11 Victoria Nourse, *Passion's Progress: Modern Law Reform and the Provocation Defense*, 106 YALE L.J. 1331, 1341 (1997).

12 HORDER, לעיל ה"ש 1, בעמ' 52.

13 שם, בעמ' 52–53; Berman & Farrell, לעיל ה"ש 7, בעמ' 1037.

14 Nourse, לעיל ה"ש 11, בעמ' 1340–1341; Berman & Farrell, לעיל ה"ש 7, בעמ' 1037.

15 Berman & Farrell, שם, בעמ' 1037–1038; Nourse, שם, בעמ' 1339.

רציונלי.<sup>16</sup> לאור זאת הובנה ההגנה החלקית של קנטור כהגנה מסוג פטור חלקי. לפי גישה זו, ההמתה אינה חמורה פחות מהמתה רגילה, אך אשמתו של הנאשם פחותה. כך נוצר מצב שבו אדם לא שפוי שהמית זכה בפטור מלא מאחריות פלילית, ואילו אדם שפעל במסגרת קנטור זכה בפטור חלקי בעקבות מעשיו בשל ערעור שליטתו העצמית.<sup>17</sup> למרות הרציונל השונה, ארבע הקטגוריות של הקנטור נותרו בעינן, ורק מסלול הטענה שונה: מתפיסתן כמצדיקות באופן חלקי פגיעה במקנטור, נהפכו ארבע קטגוריות אלה לראיה לכך ששליטתו העצמית של הנאשם עורערה.<sup>18</sup> מכיוון שניתן לומר כי שליטתו העצמית של אדם יכולה להתערער גם כתוצאה מקנטור שאינו נכלל בקטגוריות קשיחות אלה, היו שטענו כי מדובר למעשה בפיקציה משפטית. בשל הביקורות הללו רוככו ארבע הקטגוריות הללו, והוחלפו במבחן אובייקטיבי שלפיו טענת הקנטור תתקבל רק אם הקנטור גרם לערעור שיקול הדעת והשליטה העצמית של המקנטור עצמו והיה גורם גם לערעור שיקול הדעת והשליטה העצמית של האדם הסביר.<sup>19</sup> למרות השינוי בקטגוריות הקנטור, ולמרות התפתחות הרציונל ברוח הפטור, נותרה מחלוקת מהותית בנוגע לרציונל המצוי בבסיס הדוקטרינה. לדיון על אודות הרציונלים השונים אשוב מאוחר יותר במאמר זה.

## 2. שיטת המשפט הישראלית בנוגע לקנטור לפני הרפורמה בעברות ההמתה ולאחריה

### (א) שיטת המשפט הישראלית לפני הרפורמה בעברות ההמתה

שיטת המשפט הישראלית עיגנה בעבר את דוקטרינת הקנטור במסגרת היסוד הנפשי של "כוונה תחילה", כחלק מעברת הרצח עצמה.<sup>20</sup> אף על פי שיסוד נפשי זה היה מבוסס על כוונה להמית לאחר שקילה ויישוב הדעת, אימץ גם המשפט הישראלי את המבחן הסובייקטיבי והמבחן האובייקטיבי להגדרת הקנטור.<sup>21</sup> בהקשר זה הודגש בפסיקה כי

16 Berman & Farrell, שם, בעמ' 1038.

17 השוו Nourse, לעיל ה"ש 11, בעמ' 1339.

18 Berman & Farrell, לעיל ה"ש 7, בעמ' 1038. לקביעה כי מבחן האדם הסביר היה בתחילה ראייה לכך ששליטתו העצמית של הנאשם אכן עורערה ראו Dressler, *Rethinking Heat of Passion*, לעיל ה"ש 1, בעמ' 427.

19 Berman & Farrell, לעיל ה"ש 7, בעמ' 1038; Mison, לעיל ה"ש 1, בעמ' 140–141.

20 ס' 301(א) לחוק העונשין, התשל"ז-1977, ס"ח 226, 271. ראו גם קרמניצר ולבנון, לעיל ה"ש 1, בעמ' 569. יודגש כי מכיוון שיסוד העדר הקנטור היווה בעבר חלק מעברת הרצח, המדינה הייתה צריכה להוכיח יסוד זה מעבר לכל ספק סביר.

21 ע"פ 46/54 הויעץ המשפטי לממשלת ישראל נ' סגל, פ"ד ט 393 (1955); דנ"פ 1042/04 ביטון נ' מדינת ישראל, פ"ד סא(3) 646, פס' 20 לפסק דינו של הנשיא (בדימ') ברק (2006); ע"פ 746/14 היילו ימר נ' מדינת ישראל, פס' 65 לפסק דינו של השופט מלצר (פורסם באר"ש, 31.5.2016); ע"פ 8107/10 עזר נ' מדינת ישראל, פס' 26 לפסק דינו של השופט שהם (פורסם באר"ש, 9.9.2013). ראו גם יעקב קדמי על הדין בפלילים – חוק העונשין חלק ג 1140 (2006); ע"פ 3062/06 פלוני נ' מדינת

"האדם הסביר אינו תוצר של ממוצע סטטיסטי אלא מידגם, המורכב מתכונותיהם של יצורי־אנוש, המשקפים את הערכים והתפיסות של חברתנו".<sup>22</sup> כלומר, מבחן האדם הסביר במשפט הישראלי, בניגוד לאותו מבחן במשפט האמריקני,<sup>23</sup> נשען על מבחן נורמטיבי טהור, שאינו משקף את הקיום האנושי הקונקרטי. מבחן האדם הסביר לא ביקש לבחון מה רוב האנשים היו צפויים לעשות במצב שבו נמצא הנאשם, אלא מה האדם הנורמטיבי היה צפוי לעשות במצב זה. המשמעות המעשית של מבחן זה הייתה העדר אימוץ כלשהו של מאפיינים סובייקטיביים של הנאשם במסגרת המבחן האובייקטיבי. אימוץ מבחן זה נומק כנובע מן הצורך לאזן בין ההכרה בחולשת הטבע האנושי שהביאה את הנאשם לידי המתת אדם כתוצאה מקנטור לבין שמירה על הערכים המוגנים של קדושת החיים ובטחון הציבור. המבחן האובייקטיבי נועד להיות בלם ערכי המבקש לכפות נורמות התנהגות.<sup>24</sup> נוסף על כך נטען כי מבחן זה שמר גם על עקרון השוויון, שכן הוא הבטיח כי אחריותו הפלילית של חם מזג בשל המתה לא תהא פחותה מאחריותו הפלילית של אדם בעל מזג רגיל.<sup>25</sup>

משפטנים ישראלים מתחו ביקורת על המבחן האובייקטיבי מכמה כיוונים: יש שטענו כי מבחן האדם הסביר הישראלי, המנותק מהקיום האנושי הקונקרטי, שלל כמעט לחלוטין את האפשרות להפחית אחריות פלילית בגין קנטור;<sup>26</sup> יש שיצאו נגד מבחן האדם הסביר בטענה כי הבסיס להפחתת האחריות טמון בערעור השליטה העצמית של

- 
- ישראל**, פס' 18 לפסק דינו של השופט עמית (פורסם באר"ש, 24.12.2009); ע"פ 686/80 **סימן־טוב נ' מדינת ישראל**, פ"ד לו(2) 263, 253 (1982). כמו כן, אף שמדובר בביסוד שלילי, נטל ההוכחה של הרכיב "העדר קנטור" רובץ על שכמה של התביעה, אך נקבע כי מדובר ב"מידת הוכחה פחותה". ראו ע"פ 6167/99 **בן שלוש נ' מדינת ישראל**, פ"ד נו(6) 595, 577 (2003); ע"פ 3239/14 **חמאסה נ' מדינת ישראל**, פס' 67 לפסק דינו של השופט שהם (פורסם באר"ש, 8.11.2016); ע"פ 1426/12 **מוזפר נ' מדינת ישראל**, פס' 9 לפסק דינו של השופט הנדל (פורסם באר"ש, 16.1.2014).
- 22 פרשת **סימן־טוב**, שם, בעמ' 264. ראו גם ע"פ 402/87 **מדינת ישראל נ' גנדי**, פ"ד מב(3) 383 (1988): "המבחן האובייקטיבי אינו תולדה של קביעת ממוצעים אמפיריים של חתך האוכלוסיה בתקופה נתונה" (שם, בעמ' 392); "אין להסיק, שהערכאות השיפוטיות חופשיות לחלוטין מן הנטייה הטבעית לשלב לתוך הערכת תגובתו הצפויה של האדם הסביר גם מרכיב נוסף, והוא שמץ מן הרצוי כביטוי במדיניות המשפטית המאומצת על־ידיהן" (שם, בעמ' 391). ברוח דומה הדגיש השופט גולדברג כי המבחן האובייקטיבי הוא "בעיקרו בלם ערכי, הבא לכפות נורמת התנהגות". ראו ע"פ 322/87 **דרור נ' מדינת ישראל**, פ"ד מג(3) 724, 718 (1989).
- 23 Joshua Dressler, *When "Heterosexual" Men Kill "Homosexual" Men*, לעיל ה"ש 1, בעמ' 753.
- 24 פרשת **דרור**, לעיל ה"ש 22, בעמ' 724; פרשת **ביטון**, לעיל ה"ש 21, פס' 34 לפסק דינו של הנשיא (בדימ') ברק.
- 25 פרשת **גנדי**, לעיל ה"ש 22, בעמ' 393; פרשת **ביטון**, שם, פס' 37 לפסק דינו של הנשיא (בדימ') ברק.
- 26 שחר, לעיל ה"ש 1, בעמ' 90–91.

הנאשם הקונקרטי, ללא קשר לעמדת האדם הסביר;<sup>27</sup> יש שטענו לעומתם כי יש צורך במבחן נורמטיבי, אך יש לנסחו באופן שונה ממבחן האדם הסביר, שכן מבחן זה גרם להבנה מוטעית של רציונל הקנטור ולהתקתו מרציונל פוטר לרציונל מצדיק;<sup>28</sup> ויש שביקרו את מבחן האדם הסביר בשל מיקומו של יסוד העדר הקנטור בהגדרת היסוד הנפשי של "כוונה תחילה".<sup>29</sup>

למרות ביקורות אלה נותר המבחן האובייקטיבי בעינו, וכדי לזכות בהפחתה באחריות הפלילית עקב קנטור, היה צריך להוכיח את התגבשותם של שני המבחנים. יצוין כי בניגוד לגישה הרווחת בארצות הברית שלפיה לא תינתן הגנה חלקית של קנטור במקרה שבו הקורבן לא היה המקנטר אלא צד ג חף מפשע, על פי הדין שנהג בישראל לפני הרפורמה בעברות ההמתה היה אפשר להפחית במקרה זה את האחריות הפלילית מרצח להריגה. כך עלה מפרשת **לחאם**, שם ציין בית המשפט כי על מנת להוכיח העדר קנטור, על המאשימה להוכיח "כי הנאשם לא קונטר על-ידי קורבנו, או על ידי מאן דהוא אחר, עובר לביצוע המעשה".<sup>30</sup> מכאן שאף אם צד ג שאינו הקורבן קנטור, טענת הקנטור יכולה בכל זאת להתקבל.

במשפט הישראלי הוכרה גם דוקטרינת הקנטור המתמשך.<sup>31</sup> לפי דוקטרינה זו, אפשר להביא בחשבון גם מעשים שנעשו כלפי המקונטר זמן רב לפני מעשה ההמתה, אולם אף במקרה זה המקונטר נדרש להראות כי סמוך למעשה ההמתה התרחש קנטור נוסף ("טריגר"), אשר בעטיו הוא איבד את שליטתו העצמית ועשה את מעשה ההמתה. ההבחנה העיקרית בין קנטור מתמשך לקנטור רגעי באה לידי ביטוי בעוצמת הקנטור הנדרש סמוך למעשה ההמתה: כאשר מדובר בקנטור מתמשך, עוצמת הקנטור הסמוך להמתה עשויה להיות פחותה מעוצמת הקנטור הנדרשת במקרה של קנטור רגעי.<sup>32</sup> החוק הישראלי לא נקט הגדרה דוקטרינלית למונח "התגרות". למרות זאת, ביחס לקנטור המתבטא במילים בלבד נקבעה בפרשת **חרמון** חזקה הניתנת לסתירה ולפיה "כרגיל,

27 קרמניצר, לעיל ה"ש 1, בעמ' 28; פרשת **סגל**, לעיל ה"ש 21, פס' 14 לפסק דינו של השופט זילברג; ע"פ 8332/05 **איסקוב נ' מדינת ישראל**, פס' 24 לפסק דינו של השופט לוי (פורסם באר"ש, 26.7.2007).

28 גורדון, לעיל ה"ש 1, בעמ' 212–222.

29 לשון החוק עצמה מתייחסת לנאשם בלבד, ולא לאדם הסביר. ראו ש"ז פלר **יסודות בדיני עונשין** כרך א 570 (1984); קרמניצר, לעיל ה"ש 1, בעמ' 13. יש לציין כי הנשיא (בדימ') ברק העמיד בפרשת **ביטון** את המבחן האובייקטיבי על המילה "התגרות" שהופיעה בס' 301(א) לחוק העונשין. ראו פרשת **ביטון**, לעיל ה"ש 21, פס' 46–47 לפסק דינו של הנשיא (בדימ') ברק.

30 ראו ע"פ 7707/11 **לחאם נ' מדינת ישראל**, פס' 55 לפסק דינו של השופט שהם (פורסם באר"ש, 29.7.2015) (ההדגשה הוספה). ראו גם ע"פ 502/10 **מחאמיד נ' מדינת ישראל**, פס' 31 לפסק דינו של השופט שהם (פורסם באר"ש, 22.10.2012).

31 ע"פ 759/97 **אליאבייב נ' מדינת ישראל**, פ"ד נה(3) 459, 475–476 (2001); פרשת **סימן טוב**, לעיל ה"ש 21, בעמ' 268; פרשת **היילו ימר**, לעיל ה"ש 21, פס' 72 לפסק דינו של השופט מלצר. לביקורת על פסק הדין בפרשת **היילו ימר** ראו רוזנברג, לעיל ה"ש 1.

32 פרשת **היילו ימר**, שם, פס' 72 ו-83–85 לפסק דינו של השופט מלצר.



מלים גרידא אינן בגדר קינטור".<sup>33</sup> בהמשך לקביעה זו נדחתה בפרשת **זורבליוב** טענת הנאשם לקנטור מצד שכנתו לאחר שהטיחה בו "חזירים" ו"אשתך זונה".<sup>34</sup> גם בפרשת **מוזפר**, שם לעגה המנוחה לבעלה על רקע מיני תוך נקיטת ביטויים מעליבים ופוגעניים כלפיו, נקבע כי "ככלל, הנטייה בפסיקה להכיר באמירות מילוליות כגורמות לקנטור הנה מזערית מאחר שאין בהן להצדיק התלהטות יצרים וזעם כה רב שיובילו לתגובה הקטלנית".<sup>35</sup> כך נקבע, אף ביתר שאת, גם בפרשת **זכרוב**, שם טען המערער כי המית את אשתו לאחר שחשד בה כי היא בוגדת בו ולאחר שפגעה בגבריותו בכך שהטיחה בפניו "אתה לא גבר בכלל, מה שאתה לא עשית תוך 10 שנים הוא עשה לי תוך יום אחד". בית המשפט קבע כי "ככלל אין להכיר באמירות מילוליות כמבססות את טענת הקינטור שכן עוצמת התלהטות היצרים בעקבותיהן אינן מצדיקות [כך במקור] את התוצאה הקטלנית, ונכונים הדברים ביתר שאת, כאשר האמירות מכוונות לעלוב את גבריות בן הזוג עושה העבירה".<sup>36</sup> דומה כי על פי בית המשפט, כאשר מדובר בקנטור המתבטא במילים בלבד, ייתכן שהמבחן הסובייקטיבי של קנטור מתגבש, אך המבחן האובייקטיבי אינו מתקיים. כפי שיצוין להלן, העמדה המקובלת בארצות הברית היא כי בגידת בן זוג יכולה לשמש בסיס סביר לטענת הקנטור.<sup>37</sup> לעומת זאת, המצב המשפטי שנהג בישראל לפני הרפורמה בעברות ההמתה ביחס להמתת בת זוג (או בן זוג) לא היה בהיר. בפרשת **אזואלוס** קיבל בית המשפט את טענת הקנטור ביחס לנאשם שהמית את אשתו לאחר שקיבל אישוש סופי לחשדו כי היא בוגדת בו עם שכנו.<sup>38</sup> עם זאת, בפרשת **שפירוב**, אשר עסקה אף היא בבעל שרצח את אשתו לאחר שחשד כי היא בוגדת בו, ציין בית המשפט כי "בחלוף השנים מאז פרשת **אזואלוס** השתנו העיתים, וספק אם הלכה זו עדיין עומדת על תילה".<sup>39</sup> גם בפרשת **מוזפר**, שבה דובר בנאשם שהמית את אשתו לאחר שבגדה בו

33 ע"פ 728/84 **חרמון נ' מדינת ישראל**, פ"ד מא(3) 617, 632 (1987). בפרשה זו הטיחה המנוחה בפני המערער כי הוא אבי הוולד שברחמה. התפתח ויכוח קולני בין שניהם, והמערער חבט בראשה והמיתה. בית המשפט דחה כאמור את הערעור, תוך שהוא קובע כי באופן עקרוני מילים אינן יכולות לשמש קנטור.

34 ע"פ 5413/97 **זורבליוב נ' מדינת ישראל**, פ"ד נה(2) 541, 556 (2001).

35 פרשת **מוזפר**, לעיל ה"ש 21, פס' 9 לפסק דינו של השופט הנדל.

36 ע"פ 4606/12 **זכרוב נ' מדינת ישראל**, פס' 37 לפסק דינו של השופט ג'ובראן (פורסם באר"ש, 2.7.2014).

37 Nurse, לעיל ה"ש 11, בעמ' 1341. ראו גם את המקורות בה"ש 63 להלן.

38 ע"פ 3071/92 **אזואלוס נ' מדינת ישראל**, פ"ד נ(2) 573 (1996).

39 ראו ע"פ 10091/09 **שפירוב נ' מדינת ישראל**, פס' 33 לפסק דינו של השופט עמית (פורסם באר"ש, 25.6.2012). יש לציין כי בפסק דין זה לא התקבלה טענת הקנטור גם בשל העובדה שמעשיה של המנוחה סמוך להמתה לא היו חריגים ביחס למעשיה כלפי המערער במהלך כל מערכת היחסים שלהם. ראו גם ע"פ 6819/01 **גרשוני נ' מדינת ישראל** (פורסם באר"ש, 15.6.2005). במקרה זה רצח בעל את אשתו לאחר שחיו בנפרד שלוש שנים ולאחר שהתברר לו כי בגדה בו לאורך השנים. הבעל רצח את אשתו יום לאחר שראה אותה יחד עם מאהבה בשדה התעופה. "בנידון דידן, אי אפשר לקבל, כי בנסיבות שבהן ידע המערער, גם אם התקשה לקבל, שרעייתו אינה רוצה בו עוד, וראיה לדבר מגוריהם הנפרדים מאז 1997, ואף אם קיוה לשנות את רוע הגזירה – יראו בני החברה ברובם

ולאחר שלעגה לאיבר מינו, דחה בית המשפט את טענת הקנטור. בית המשפט לא ביטל את הלכת **אזואלוס**, אך צמצם אותה למצב שבו ההמתה נעשתה מייד לאחר שהתברר לנאשם באופן סופי כי אשתו בוגדת בו. ההבחנה נעשתה על פי המצב העובדתי בפרשת **מוזפר** אל מול המצב העובדתי בפרשת **אזואלוס**: בפרשת **מוזפר** ידע הנאשם זמן רב כי אשתו בוגדת בו ולכן אי-אפשר לומר שאובדן העשתונות היה פתאומי, ואילו בפרשת **אזואלוס** נודע לנאשם באופן נחרץ כי אשתו בוגדת בו רק סמוך למעשה ההמתה, ולאחר שאשתו ושכנו התנשקו לפניו במכוון.<sup>40</sup>

### (ב) המצב המשפטי בישראל לאחר כניסת הרפורמה לתוקף

כתוצאה מהביקורת שנמתחה על המבחן האובייקטיבי בארץ, וכחלק משינוי כולל שחל בעברות ההמתה בדין הישראלי, נוסח סעיף חדש בנוגע לקנטור, אשר אינו מכליל את האדם הסביר בגדרו.<sup>41</sup> בהתאם לרפורמה בכללותה, מי שהמית באדישות או בכוונה יורשע ברצח, ועונשו המרבי יהיה מאסר עולם (סעיף 300א) לחוק העונשין), ואם נלווה למעשהו אחד מן היסודות המחמירים המנויים בסעיף, הוא יורשע ברצח בנסיבות מחמירות, ובמקרה זה העונש יהא מאסר עולם חובה (סעיף 301א) לחוק העונשין). עם זאת, בהתאם לסעיף 301ב(1) לחוק העונשין, מי שהמית בהשפעת קנטור יורשע בעברה של "המתה בנסיבות של אחריות מופחתת", ולא בעברת הרצח, ועונשו המרבי יעמוד על עשרים שנות מאסר. הפחתת האחריות הפלילית כתוצאה מקנטור תתקבל אם הנאשם המית את הקורבן בתכוף לאחר התגרות כלפיו ובתגובה על אותה התגרות, וכן אם התקיימו התנאים הבאים:

- "(א) בעקבות ההתגרות הנאשם התקשה במידה ניכרת לשלוט בעצמו;  
 (ב) יש בקושי האמור בפסקת משנה (א) כדי למתן את אשמתו של הנאשם,  
 בשים לב למכלול נסיבות העניין..."

בהקשר זה יש להדגיש כי לנוכח הרישא של סעיף 301ב לחוק העונשין, הקובע כי סעיף הקנטור חל "על אף האמור בסעיפים 300 ו-301א" לחוק העונשין, ממית בעקבות קנטור שהתקיימו לגביו התנאים האמורים יורשע בעברה של המתה בנסיבות של אחריות מופחתת, בין שההמתה נעשתה בכוונה, בין שהיא נעשתה באדישות, ובין שהתקיימו הנסיבות המחמירות הקבועות בסעיף 300א לחוק העונשין.

כסביר, כי בשעה שהוצבו בפניו העובדות הקשות בפירוש ובאורח ברור, לעומת עמימות והדחקה ממושכת שהיתה נוחה לו ושנטעה בו כנראה אשליות ותקות שווא, יעשה את המעשה הנורא. אין כל מקום, בכל אמת מידה, כי דרגה מעין זו של הכעסה תקבל גושפנקא של קנטור המזכה מעבירת רצח. שם, פס' ד לפסק דינו של השופט רובינשטיין.

40 פרשת **מוזפר**, לעיל ה"ש 21, פס' 8 לפסק דינו של השופט הנדל.

41 ס' 301ב(ב) לחוק העונשין, התשל"ז-1977, שנחקק במסגרת חוק העונשין (תיקון מס' 137), התשע"ט-2019, ס"ח 230.

מכאן שבהתאם לרפורמה בעברות ההמתה, דוקטרינת הקנטור הוסדרה באופן מפורש בעברה מובחנת של "המתה בנסיבות של אחריות מופחתת", וזאת בניגוד למצב ששרר בעבר, שבו יסוד העדר הקנטור נכלל במסגרת היסוד הנפשי של עברת הרצח. עם זאת, אף לאחר הרפורמה בעברות ההמתה, הדוקטרינה מחייבת עמידה בשני מבחנים. המבחן האחד הוא סובייקטיבי, ודומה למבחן שהיה קיים בעבר. אין מדובר בהעדר שליטה במוכחן של סעיף 134 לחוק העונשין, אלא בהתערעור משמעותית של השליטה העצמית. המבחן האחר הוא אובייקטיבי-נורמטיבי, ולפיו בית המשפט צריך לשקול אם בעובדה שהנאשם התקשה לשלוט בעצמו יש כדי למתן את מידת אשמתו באופן שמצדיק את הפחתת האחריות הפלילית מרצח (או מרצח בנסיבות מחמירות) להמתה בנסיבות של אחריות מופחתת.<sup>42</sup> בהקשר זה אציין כי במסגרת הסעיף החדש לא הוכלל אומנם מבחן האדם הסביר, אולם ברור מדברי ההסבר להצעת החוק כי כדי שטענת הקנטור תתקבל יש להוכיח יחס הולם בין עוצמת ההתגרות לבין הפגיעה המשמעותית בשליטה העצמית שהובילה למעשה ההמתה. בהמשך לכך הובהר כי המבחן הנורמטיבי הקבוע בסעיף קטן (ב) ייבחן מנקודת מבט מוסרית וחברתית שהיא חיצונית למקונטר, אם כי תוך אפשרות להביא בחשבון את נתוניו הסובייקטיביים של הנאשם, אם הם עשויים להשפיע על מידת אשמתו.<sup>43</sup> שילוב של שתי הנחות אלה – יחס הולם ובחינה מנקודת מבט מוסרית וחברתית תוך הבאה בחשבון של נתונים אישיים מסוימים – מנביע לטעמי את המסקנה כי המבחן שילווה אותנו הוא למעשה מבחן אובייקטיבי מרוכך. השאלה שתישאל אם כן היא אם אדם סביר עם נתונים סובייקטיביים דומים לנאשם, מביין אלה שרלוונטיים למידת אשמתו, היה עשוי לפעול כפי שפעל הנאשם.

עוד עולה מן הסעיף כי טענת הקנטור יכולה להתקבל רק אם ההתגרות נעשתה כלפי הנאשם באופן ישיר, ולא במקרה שבו היא נעשתה כלפי צד ג, אף אם קיים קשר ישיר בין צד ג לבין הנאשם, וזאת בשל לשון הסעיף, הקובעת כי מעשה ההמתה נעשה "לאחר התגרות כלפי הנאשם ובתגובה לאותה התגרות" (ההדגשות הוספו). נוסף על כך, נראה כי החזקה שמילים אינן יכולות לשמש בסיס לטענת הקנטור עודנה תקפה גם לאחר הרפורמה, וזאת בשל העובדה שככלל אין במילים קשות שנאמרות או מוטחות בנאשם שהמית כדי למתן את מידת אשמתו.

בהמשך המאמר אראה כיצד הרציונל המוצע, הקושר בין כבוד האדם להפחתה באחריות הפלילית במקרה של קנטור, עשוי להשפיע על הפרשנות הראויה לסעיף הקנטור כפי שנקבע ברפורמה בעברות ההמתה.

42 השוו לדברי ההסבר להצעת חוק העונשין (תיקון מס' 119) (עבירות המתה), התשע"ד-2014, ה"ח 871, 862.

43 שם.

### 3. המצב המשפטי הנוהג בארצות הברית ובאנגליה ביחס לדוקטרינת הקנטור

במשפט הנוהג בארצות הברית קיימות מחלוקות הן ביחס לתנאים הנדרשים על מנת לבסס את טענת הקנטור והן ביחס לרציונל העומד בתשתית הדוקטרינה.<sup>44</sup> שיטת המשפט האמריקנית לא הכלילה את יסוד הקנטור כחלק מהרכיבים העובדתיים או הנפשיים של עברת הרצח, וזאת בניגוד לשיטת המשפט הישראלית שנהגה לפני כניסתה לתוקף של רפורמת עברות ההמתה. כך, לפי ה־Model Penal Code (להלן: MPC), הצעת הדין הפלילי האמריקני או ההצעה, קנטור הוא אחד המקרים הכלולים בעברת ההריגה, ולא יסוד שלילי בעברת הרצח.<sup>45</sup> מיקום זה של יסוד הקנטור קיים גם במדינות אחדות בארצות הברית.<sup>46</sup> במדינות אחרות בארצות הברית יסוד הקנטור מהווה טענת הגנה כנגד אישום ברצח מדרגה ראשונה או שנייה, ולא חלק מרכיביהן של עברת הרצח או עברת ההריגה.<sup>47</sup> ה־MPC מתנגד לקטגוריות קשיחות של קנטור, ובמסגרתו הוגמשו המבחנים להכרה בהגנה זו. בכך הוא נחשב הסמן הליברלי ביחס לטענת הקנטור.<sup>48</sup> כך, לפי ה־MPC אין התייחסות למבחן האדם הסביר, אף שמבחן מסוים של סבירות מתחייב אף לפי ההצעה. הבדל זה אינו סמנטי, שכן ההצעה, כפי הנראה, מביאה בחשבון מבחנים סובייקטיביים של הנאשם.<sup>49</sup> נוסף על כך, לא נדרש לפי ההצעה כי הקנטור יעשה סמוך למעשה ההמתה,<sup>50</sup> וזאת בניגוד לעמדה הרווחת ברוב המדינות, הגורסת כי הקנטור צריך

44 Nurse, לעיל ה"ש 11, בעמ' 1341–1342.

45 § 210.3 (manslaughter): "(1) Criminal homicide constitutes manslaughter when:... (b) a homicide which would otherwise be murder is committed under the influence of extreme mental or emotional disturbance for which there is reasonable explanation or excuse. The reasonableness of such explanation or excuse shall be determined from the viewpoint of a person in the actor's situation under the circumstances as he believes them to be"

46 ראו, לדוגמה, Ala. Code 13A-6-3(a) (1975) (להלן: הקוד של אלבמה).

47 AK Stat. § 11.41.115 (2017).

48 ראו לעיל ה"ש 45. להתייחסות לעמדתה של הצעת הדין הפלילי האמריקני ראו Nurse, לעיל ה"ש

11, בעמ' 1339–1340; Mison, לעיל ה"ש 1, בעמ' 144; Rozelle, לעיל ה"ש 1, בעמ' 202.

49 Christina Pei-Lin Chen, *Provocation's Privileged Desire: The Provocation Doctrine, "Homosexual Panic," and the Non-violent Unwanted Sexual Advance Defense*, 10 CORNELL J.L. & PUB. POL'Y 195, 208–209 (2000); Antonia Elise Miller, *Inherent (Gender) Unreasonableness of the Concept of Reasonableness in the Context of Manslaughter Committed in the Heat of Passion*, 17 WM. & MARY J. WOMEN & L. 249, 259 (2010) בהתאם לכותבים אלה, במסגרת מבחן הסבירות ה־MPC מביא בחשבון גם נתונים סובייקטיביים של הנאשם.

50 ראו לעיל ה"ש 45 וכן Dressler, *Rethinking Heat of Passion*, לעיל ה"ש 1, בעמ' 431.

להיעשות סמוך למעשה ההמתה, באופן שיוכיח כי דמו של האדם הסביר לא היה מתקרב.<sup>51</sup>

רוב המדינות בארצות הברית אימצו את הדרישה הכפולה – המבחן הסובייקטיבי ומבחן האדם הסביר – אך יישומם של מבחנים אלה שונה ממדינה למדינה.<sup>52</sup> כך, יש מדינות הקובעות במפורש כי כדי לזכות בהגנה החלקית יש להראות כי ההתפרצות הרגשית שהובילה להמתה הייתה פתאומית, ויש מדינות הקובעות כי ניתן להפחית באחריות הפלילית גם במקרים שבהם ההתפרצות הרגשית התפתחה באופן איטי עד שהובילה להמתה.<sup>53</sup> כמו כן, יש מדינות שבהן נקבע כי מילים אינן יכולות להוות קנטור, ויש מדינות המאפשרות זאת.<sup>54</sup> כך, למשל, בפסק דין *Chevalier*,<sup>55</sup> שניתן במדינת אילינוי, ואשר התייחס לבעל שהמית את אשתו לאחר שהודתה כי בגדה בו ואף לעגה ליכולותיו המיניות, נקבע כי מילים אינן יכולות להיחשב קנטור. לעומת זאת, בפסק דין *Hussain*, שניתן במדינת מינסוטה, ואשר עסק גם הוא בנאשם שהמית את אשתו לאחר שהודתה לפניו כי קיימה יחסי מין עם אחר, סירב אומנם בית המשפט לקבל את טענת הקנטור, אך לא בשל העובדה שמדובר בקנטור באמצעות מילים, אלא בשל העובדה שהוכח כי הנאשם פעל בקור רוח, ולא במצב של ערעור השליטה העצמית.<sup>56</sup> עמדה זו, כי מילים יכולות להיחשב קנטור, אף צוינה בחוק עצמו של מדינת מינסוטה:

"Whoever does any of the following is guilty of manslaughter in the first degree...:

- (1) intentionally causes the death of another person in the heat of passion provoked by such *words* or acts of another as would provoke a person of ordinary self-control under like circumstances..."<sup>57</sup>

נוסף על כך קיימת השאלה אם מקונטר שהמית צד ג (חף מפשע) שאינו המקנטר יכול לזכות בהגנה חלקית של קנטור. ברוב בתי המשפט בארצות הברית, ובניגוד למצב המשפטי שהיה קיים בישראל לפני רפורמת עברות ההמתה, נקבע כי במקרה כזה לא

51 LAFAVE, לעיל ה"ש 1, בעמ' 507. במדינות מסוימות הדין הפלילי קובע זאת במפורש. ראו, למשל, הקוד של אלבמה, לעיל ה"ש 46; 28, 38 Kan. 263, State v. Follin; Alaska Stat. § 11.41.120; (1997).

52 Nourse, לעיל ה"ש 11, בעמ' 1341–1342.

53 שם, בעמ' 1342.

54 Berman & Farrell, לעיל ה"ש 7, בעמ' 1039; LAFAVE, לעיל ה"ש 1, בעמ' 499–502; Nourse, לעיל ה"ש 11, בעמ' 1342; (1992) 272, 278 N.E.2d 590, The State of Ohio v. Shane (להלן: עניין *Shane*).

55 People v. Chevalier, Nos. 66993, 67077 cons, Supreme Court of Illinois, 131 Ill. 2d 66 (1989).

56 State of Minnesota v. Hussein, Minn. App. Lexis 412 (2001).

57 Minn. Stat. § 609.20 (1965) (ההדגשה הוספה).

יזכה המקונטר בהפחתה מרצח להריגה, שכן האדם הסביר לא היה מאבד את שליטתו העצמית כלפי אדם שהוא חף מפשע.<sup>58</sup> כך, למשל, בפרשת *Follin*, שעסקה בנאשם שסבר כי אשתו בוגדת בו ובשל כך המית את שתי בנותיו הקטנות, קבע בית המשפט בקנזס כי לא תתקבל טענת הגנה של קנטור במקרה שבו המקונטר המית צד ג חף מפשע.<sup>59</sup> בניגוד לעמדה זו, נראה כי לפי ה-MPC אין מגבלה הקובעת כי הקנטור צריך להיעשות דווקא על ידי הקורבן, שכן הדגש הוא בשאלה אם עורערה שליטתו העצמית של המקונטר, ולא בשאלה מי קנטר. עמדה זו נקבעה גם בפרשת *Stewart*, אשר עסקה בנאשם שהמית את אשתו ואת בנה לאחר שאשתו סיפרה לו כי היא חולת איידס. בית המשפט קבע כי החוק במדינת מינסוטה מאפשר לקבל את טענת הקנטור גם במקרה שבו הקורבן לא היה המקנטר עצמו.<sup>60</sup>

יש לציין עוד כי רוב המדינות קבעו כי ההפחתה באחריות הפלילית תינתן גם במצב שבו הנאשם התכוון להמית את הקורבן עקב הקנטור. לעומתן, מקצת מדינות קבעו כי כדי להפחית את האחריות הפלילית מרצח להריגה, יש להוכיח כי הקנטור גרם לערעור השליטה העצמית של הנאשם עד כדי כך שהוא עשה את מעשיו ללא כוונה להמית את הקורבן.<sup>61</sup>

על אף המחלוקות האמורות, ובניגוד למצב המשפטי בישראל, שהפגין חוסר בהירות ביחס לכך, יש להדגיש כי קיימת הסכמה במשפט האמריקני כי בגידה בין בני זוג מקיימת את דרישת המבחן האובייקטיבי, ויכולה לשמש קנטור במשפט הפלילי ולהפחית את האחריות הפלילית מרצח להריגה.<sup>62</sup> כפי שמציין המלומד Broussard:

"While many American jurisdictions have moved away from the rigidity of categorical approach, sexual infidelity remains a paradigmatic approach to manslaughter mitigation."<sup>63</sup>

58 LAFAVE, לעיל ה"ש 1, בעמ' 511; עניין *Shane*, לעיל ה"ש 54, בעמ' 278.  
 59 פרשת *Follin*, לעיל ה"ש 51, בעמ' 39. ראו גם *State v. Bautista*, 193 Neb. 476, 227 N.W.2d 835 (1975).  
 60 *State v. Stewart*, 624 N.W.2d 585, 589 (Minn. 2001).  
 61 LAFAVE, לעיל ה"ש 1, בעמ' 493.  
 62 מובן שגם במקרים של המתה בעקבות בגידה יש להוכיח כי הנאשם פעל, מבחינה סובייקטיבית, במצב של ערעור השליטה העצמית, כך שלא בכל מקרה של בגידה תתקבל טענת הקנטור.  
 63 D. Barret Broussard, *Principles for Passion Killing: An Evolutionary Solution to Manslaughter Mitigation*, 62 EMORY L.J. 179, 181–182 (2012), לעיל ה"ש 49, בעמ' 260; *Davis v. State of Alabama*, 201 So.3d 573 (Ala. Crim. App. 2015); *Spencer v. State of Alabama*, 2018 U.S. Dist. Lexis 63672; *People v. McDonald*, 77 N.E.3d 26, 52 (2017); *People v. Dueñas*, 2014 Cal. App. Unpub. Lexis 3607, 15 (2014); *Gonzales v. State*, 546 S.W.2d 617 (Tex. Crim. App. 1977).

עם זאת, אף ביחס לבגידת בן זוג קיימות מחלוקות באילו תנאים היא יכולה לשמש בסיס לטענת הקנטור. כך, יש מדינות הדורשות כי בני הזוג יהיו נשואים בעת הבגידה וההמתה על מנת שיהיה אפשר לקבל את טענת הקנטור,<sup>64</sup> ואילו מדינות אחרות בארצות הברית, כמו גם הצעת הדין הפלילי האמריקני, אינן מתנות את קבלתה של טענת הקנטור בהיות בני הזוג נשואים.<sup>65</sup> נוסף על כך, ובהמשך לאמור לעיל, יש מדינות הקובעות כי הודאת בן זוג על בגידה אינה יכולה לשמש בסיס לטענת הקנטור, היות שמילים אינן מקיימות את תנאי המבחן האובייקטיבי,<sup>66</sup> ולעומת זאת מדינות אחרות מאפשרות זאת.<sup>67</sup>

מן האמור לעיל עולה כי המצב הקיים בארצות הברית יוצר למעשה שתי גישות עיקריות: הגישה האחת פועלת ברוחה של הצעת הדין הפלילי האמריקני ומגמישה את האפשרות לקבל את ההגנה החלקית של קנטור, ואילו הגישה האחרת מקשיחה את מבחן האדם הסביר ומצמצמת את האפשרות לזכות בהגנה זו.<sup>68</sup>

חרף הדרישה של רוב המדינות למבחן של האדם הסביר, נמתחה על מבחן זה ביקורת קשה מכיוונים שונים. כך, למשל, נטען כי הגנת הקנטור תורמת להפליית נשים ולדרדור מעמדן. בסיס הטענה היה שטענת הקנטור התקבלה ביתר שאת כאשר בעל המית את אשתו כי היא רצתה לעוזבו או כי הוא סבר שהיא בוגדת בו. מבחן האדם הסביר התייחס לגבר הסביר (להבדיל מהאישה הסבירה), שעלול לאבד את שליטתו העצמית כתוצאה מאירועים אלה.<sup>69</sup> נוסף על כך, טען Mison, ההגנה מנציחה הומופוביה, מכיוון שבחלק מן המקרים התקבלה הגנת הקנטור כאשר הנאשם המית אדם, שהיה הומוסקסואל, כתגובה על כך שהלה נישק או ליטף אותו.<sup>70</sup> על פי המבחן

64 People v. Sutton, 818 N.E.2d 793, 802–803 (2004).

65 State of Ohio v. Williams, 2009 Ohio 3162.

66 ראו, למשל, עניין *Chevalier*, לעיל ה"ש 55; 34–35 People v. Viramontes, 20 N.E.3d 25, 34–35 (2014).

67 ראו, למשל, עניין *Hussain*, לעיל ה"ש 56; 56 Metheny v. State, 583 N.E.2d 1202 (Ind. 1992); עניין *Shane*, לעיל ה"ש 54, בעמ' 278.

68 Nourse, לעיל ה"ש 11, בעמ' 1342; Broussard, לעיל ה"ש 63, בעמ' 184; Miller, לעיל ה"ש 49, בעמ' 263–262.

69 על פי הטענה של חלק מהכותבים, הדוקטרינה מגינה על גברים תוך הפליית נשים, רואה גברים כתוקפים טבעיים, ומעודדת כניעה של נשים לגברים אלימים. לכתובה על הגנת הקנטור בהקשר זה ראו Pei-Lin Chen, לעיל ה"ש 49; Deborah W. Denno, *Gender, Crime, and the Criminal Law*; 85 J. CRIM. L. & CRIMINOLOGY 80 (1994); Caroline Forell, *Homicide and the Unreasonable Man*, 72 GEO. WASH. L. REV. 597 (2004); Donna K. Coker, *Heat of Passion and Wife Killing: Men Who Batter/Men Who Kill*, 2 S. CAL. REV. L. & WOMEN'S STUD. 71 (1992).

70 Mison, לעיל ה"ש 1, בעמ' 167–169. למאמר תגובה על מאמרו של Mison ראו Joshua Dressler, *When "Heterosexual" Men Kill "Homosexual" Men*, לעיל ה"ש 1. למאמרים נוספים שהתייחסו לדוקטרינת הקנטור בהקשר ההומוסקסואלי ראו Dumin, לעיל ה"ש 1; Smyth, לעיל ה"ש 1; Kara

האובייקטיבי, האדם הסביר היה עלול לאבד את שליטתו העצמית כתוצאה ממעשים אלה, וזאת מכיוון שהאדם הסביר אינו הומוסקסואל, אלא הטרוסקסואל.<sup>71</sup> דוקטרינה זו נתפסה אפוא כפוגעת בזכויותיהם של נשים, הומוסקסואלים וקבוצות מיניות אחרות. דומה כי טענות אלה התקבלו יותר במדינות שאימצו את הצעת הדין הפלילי האמריקני, אשר שמה דגש בערעור השליטה העצמית הסובייקטיבית של הנאשם, ופחות במבחן אובייקטיבי של האדם הסביר, המנותק ממאפייניו של אותו נאשם.<sup>72</sup>

באנגליה עברה דוקטרינת הקנטור כמה תהפוכות. בעבר נכללה בה הדרישה הכפולה של קנטור סובייקטיבי וקנטור אובייקטיבי. הקנטור האובייקטיבי הושתת על מבחן האדם הסביר הטהור, אשר לא כלל היבטים סובייקטיביים של הנאשם.<sup>73</sup> על מבחן זה נמתחה ביקורת, בין היתר, בשל העובדה שהתעלמות ממאפייניו הייחודיים של הנאשם שהשפיעו באופן טבעי על תגובתו האמציונלית מהווה פגיעה בעקרון האשם.<sup>74</sup> נוסף על כך נטען כי מבחן האדם הסביר הטהור הציב מכשול בלתי עביר להגנת הקנטור. כך, גבר סבל מקשיי אונות ואשר המית פרוצה שלעגה לחולשתו לא זכה בהגנת הקנטור ונידון למוות.<sup>75</sup> בעקבות זאת שונה מבחן האדם הסביר הטהור למבחן מעורב, כך שרק מאפיינים סובייקטיביים הנוגעים בעוצמת ההתגרות יובאו בחשבון במסגרת המבחן האובייקטיבי, ולא מאפיינים המתייחסים לנטייתו של הנאשם לזעום או לנהוג באלימות.<sup>76</sup> עם זאת, גם מבחן זה לא צלח, ובסופו של דבר חוקק בשנת 2009 חוק המציג הגנה חלקית של Loss of Control. בהתאם להגנה זו, נדרש שערעור השליטה העצמית התעורר באחד משני מצבים: (1) פחד מאלימות קשה שהייתה עתידה להיות מופנית כלפיו או כלפי צד ג; (2) תחושה שנגרם לנאשם עוול קשה בשל דבר שנאמר או נעשה בנסיבות חמורות במיוחד. בהתאם להגנה חדשה זו, לא נדרש להוכיח שערעור השליטה העצמית היה פתאומי. מעבר למימד הסובייקטיבי נדרש כי אדם בגילו, במינו ובנסיבותיו של הנאשם ובעל דרגה נורמלית של שליטה עצמית היה עלול להגיב כמו הנאשם. לא ייכללו נסיבות המשפיעות רק על מידת השליטה של הנאשם.<sup>77</sup> נוסף על כך יש להדגיש כי לפי הדין האנגלי הנאשם לא יזכה בהפחתה באחריות הפלילית אם הפחד מאלימות של הקורבן נגרם כתוצאה מהתנהגות שהנאשם עצמו יזם.<sup>78</sup> מעבר לכך,

S. Suffredini, *Pride and Prejudice: The Homosexual Panic Defense*, 21 B.C. THIRD WORLD L.J. 279 (2001).

Mison, לעיל ה"ש 1, בעמ' 148–149. 71

Rozelle, לעיל ה"ש 1 בעמ' 203; Nourse, לעיל ה"ש 11, בעמ' 1332–1333. 72

ראו, R v. Lesbini [1914] 11 Cr App R 11, [1914] 3 KB 1116; Mancini v. DPP [1942] AC 1, [1941] 3 All ER 272. 73

GEORGE P. FLETCHER, *RETHINKING CRIMINAL LAW* 247–249 (1978). 74

Bedder v. DPP [1954] 2 All ER 801, [1954] 1 WLR 1119. 75

Reg. v. Camplin [1978] AC 705. לפי מבחן זה היה ראוי להביא בחשבון את מצבו של הנאשם בפרשת Bedder, אשר סבל מאין-אונות. 76

Coroners and Justice Act 2009, c. 25, § 54 (Eng.). 77

שם, ס' 55(6)(a). 78



בהתאם לדין האנגלי, ובניגוד לדין האמריקני, בגידת בן זוג לא תשמש בסיס להפחתה באחריות הפלילית אם אדם המית את בן זוגו כתוצאה מערעור השליטה העצמית עקב בגידה זו.<sup>79</sup>

## פרק ב: טענת הקנטור לאור ההבחנה שבין הגנות פוטורות להגנות מצדיקות

מבחינה אתית-פילוסופית השאלה המרכזית היא מהו הרציונל המוסרי המצוי בבסיסה של הגנת הקנטור. מדוע ראוי להפחית את האחריות הפלילית מרצח להריגה במקרים של קנטור? שאלה זו חשובה שכן הבנת הרציונל מסייעת בהנהרת המשפט הפלילי ובהבנת הקשרים וההבדלים שבין הסייגים השונים. נוסף על כך, הבנת הרציונל עוזרת בתחמת גדריה של דוקטרינה זו.

### 1. הגנות פוטורות והגנות מצדיקות

נהוג לחלק את הגנות המשפט הפלילי לשני סוגים: הגנות מצדיקות והגנות פוטורות. הגנות מצדיקות (justifications) מניחות כי הפגיעה באינטרס המוגן על ידי העברה שעבר הנאשם הייתה מוצדקת. המסר המועבר באמצעותן הוא כי הנאשם עשה את הדבר הנכון כאשר הפר את האיסור, משום שהוא פעל לקידום אינטרס העולה בערכו או באיכותו על האינטרס המוגן על ידי האיסור. דוגמה מובהקת להגנה מסוג הצדק היא טענת ההגנה העצמית, שכן בנסיבות ההגנה העצמית צודק יותר שהתוקפן האשם בתקיפה הוא שימות, ולא האדם שאותו תקף. הטענה היא כי ערך החיים של הקורבן-התוקפן במונחים חברתיים פחות מערך חייו של האדם המגן על עצמו.<sup>80</sup> בהקשר זה מכלול האינטרסים מצדיק אף הוא את ההגנה, שכן התוקפן יזם את ההתקפה כלפי חף מפשע, והיה יכול לא לעשות זאת, ואילו הקורבן הפוטנציאלי פעל להשבת הסדר החברתי על כנו. במונח זה המסר שהמשפט מעביר הוא שהקורבן הפוטנציאלי פעל באופן צודק כאשר המית את הקורבן האשם. הגנות פוטורות (excuses), לעומת זאת, מניחות כי לא הייתה הצדקה לפגוע באינטרס המוגן על ידי העברה, ולפיכך הפרת האיסור היא פסולה (wrong). עם זאת, בנסיבות המקרה אי-אפשר לצפות שהעושה יתנהג כדין ויימנע מהפרת האיסור,

79 ראו שם, ס' 55(6)(c), הקובע כי "[i]n determining whether a loss of self-control had a qualifying trigger... (c) the fact that a thing done or said constituted sexual infidelity is to be disregarded"

80 Dressler, *Rethinking Heat of Passion*, לעיל ה"ש 1, בעמ' 437.

ולפיכך לא יהיה זה הוגן לייחס לנאשם אשמה בגין ההתנהגות הפסולה.<sup>81</sup> דוגמה להגנה פוטרת היא אי-שפיות: התנהגותו האלימה של נאשם בלתי שפוי היא פסולה, אבל בהתקיים המבחנים המשפטיים לאי-שפיות ההנחה היא שאי-אפשר לְצפות שהבלתי-שפוי יתנהג בהתאם לדרישות הדין, ולכן לא יהיה זה ראוי לייחס לנאשם אשמה בגין התנהגותו הפסולה. בהעדר אשמה, יש לטפל במסוכנותו של הנאשם בדרכים אחרות.<sup>82</sup> מן ההבחנה דלעיל עולה כי הגנה מסוג הצדק מתמקדת במעשה העברה, ואילו הגנה מסוג פטור מתמקדת בעובר העברה (agent).<sup>83</sup> כעת אעבור לדון בשאלה היכן ההגנה החלקית של קנטור ממוקמת.

## 2. קנטור כסייג פוטר

בהתייחס להבחנה שבין הגנות פוטורות להגנות מצדיקות, מלומדים רבים סבורים כי הרציונל להפחתה הפלילית במקרה של קנטור טמון בהגנה חלקית מסוג פטור, ולא בהגנה מסוג הצדק.<sup>84</sup> לפי רציונל זה, הנימוק להפחתת האחריות הפלילית במקרה של קנטור נובע מהפגיעה ביכולת השליטה העצמית של הנאשם ומערעור שיקול דעתו, אשר הקשו עליו לפעול בהתאם לשיקולים סבירים.<sup>85</sup> לפי טענה זו, במצב של זעם שנגרם כתוצאה מן הקנטור, קשה יותר לאדם לפעול בהתאם לדרישות החוק והמוסר, וזאת להבדיל מאדם שלא קונטר ולא פעל מתוך זעם או פחד, אלא מתוך קור רוח וישוב הדעת. בהתאם לחשיבה זו, אדם שהמית כתוצאה מקנטור שערער את שליטתו העצמית נושא אשמה פחותה בהשוואה לאדם שהמית עם יכולת בחירה שלא נפגעה, בקור רוח ובדם קר, ובשל כך ראוי שהענישה שתושט עליו תהיה פחותה ושאות-הקלון העברייני שידבק בו יהיה חמור פחות.<sup>86</sup> מבחן האדם הסביר, על פי רציונל זה, מבקש לקבוע אם גם אדם סביר היה מגיב בסערת רגשות על מעשה הקנטור. מכאן עולה כי הגנה זו אינה נשענת על כך שמעשה ההמתה מוצדק באופן חלקי כתוצאה ממעשה הקורבן (הגנה חלקית מסוג הצדק), אלא שהמשפט מגלה הבנה לחולשת אנוש כאשר אדם פועל תחת זעם שנגרם כתוצאה מקנטור (הגנה חלקית מסוג פטור).<sup>87</sup>

81 לגישות שונות באשר לאופיין של הגנות פוטורות ראו Michael S. Moore, *Choice, Character, and Excuse*, 7 SOC. PHIL. & POL'Y 29 (1990); JEREMY HORDER, *EXCUSING CRIME* (2007); JOHN GARDNER, *OFFENCES AND DEFENCES: SELECTED ESSAYS IN THE PHILOSOPHY OF CRIMINAL LAW* 121–139 (2007).

82 ראו ביחס להבחנה האמורה Dressler, *Rethinking Heat of Passion*, לעיל ה"ש 1, בעמ' 436–437.

83 Dressler, *Rethinking Heat of Passion*, לעיל ה"ש 1, בעמ' 437.

84 לעמדה הרואה את הקנטור כסייג פוטר ראו, בין היתר, Dressler, *When "Heterosexual" Men Kill "Homosexual" Men*, לעיל ה"ש 1, בעמ' 745–747; LAFAVE, לעיל ה"ש 1, בעמ' 512–513.

85 Dressler, *Rethinking Heat of Passion*, לעיל ה"ש 1, בעמ' 464–465; Rozelle, לעיל ה"ש 1, בעמ' 208.

86 Rozelle, שם, בעמ' 210.

87 להשלמת התמונה ראוי להדגיש את ההבחנה ש־Dressler עורך בין ההגנה החלקית של קנטור

אחד הקשיים העיקריים ברציונל זה נוגע בדרישת האדם הסביר בהגנת הקנטור.<sup>88</sup> אם הנימוק להפחתת האחריות הפלילית של הנאשם מושתת כל כולו על הפגיעה ביכולת הבחירה שלו וערעור שיקול דעתו, אזי לשם מה יש להוכיח שאף האדם הסביר היה עלול לאבד את שליטתו העצמית? מדוע יש להוכיח שאף בחירתו החופשית של האדם הסביר הייתה נפגעת? לכאורה, כל שיש להוכיח הוא שמבחינה סובייקטיבית עורערה שליטתו העצמית של הנאשם. Dressler, שתומך כאמור ברציונל הפטור, טוען בהקשר זה כי אם מדובר במקרה שבו האדם הסביר לא היה מאבד את שליטתו העצמית, ויכולת הבחירה החופשית שלו לא הייתה נפגעת, אזי אין זה ראוי להפחית את אשמתו של הנאשם, שכן במקרה זה נטען כי הפגיעה ביכולת הבחירה שלו וערעור שליטתו העצמית נגרמו באשמתו שלו; הנאשם הוא שהוביל את עצמו למצב שבו יכולת הבחירה שלו נפגעה כתוצאה מקנטור זה. לעומת זאת, כאשר מדובר בקנטור שהיה גורם לפגיעה ביכולת הבחירה אף של אדם סביר, כי אז הטענה היא שאין זו אשמתו של המקונטר ששליטתו העצמית התערערה, ולפיכך במקרה זה אשמתו פחותה.<sup>89</sup>

גישה המבססת את ההפחתה באחריות הפלילית על רציונל פוטר עולה בקנה אחד עם גישה גמולית, הגורסת כי יש להטיל אחריות פלילית על נאשם בהתאם למידת אשמתו, ללא קשר לשיקול הרתעתי או מניעתי. לפי Dressler, דוקטרינת קנטור המבוססת על רציונל פוטר אינה מתיישבת עם גישה תועלתנית, המבוססת על הרתעת הנאשם והרתעת החברה ממעשים דומים בעתיד, שכן לפי גישה זו ראוי דווקא להחמיר בענישה ובאחריות הפלילית במקרה של קנטור. החמרה בענישה תעביר מסר מרתיע לממיתים פוטנציאליים, לבל יחשבו שיזכו בהפחתה באחריות הפלילית במקרה של קנטור. בקנטור אומנם קשה יותר לאדם לשלוט בעצמו, אולם הדבר עודדו אפשרי, ומסר מרתיע כזה אמור לחזק את מאמצי האזרחים לחנך את עצמם לשליטה עצמית גם במצבים של קנטור. עצם העובדה שיש הקלה בהמתה בעקבות קנטור מוכיחה אפוא את המתאם בין הרציונל הפוטר לבין הגישה הגמולית לענישה.

יצוין כי לפחות חלק מן הפסיקה האמריקנית הלכה בנתיב של הרציונל הפוטר. לדוגמה, בפרשת Pouncey נקבע כך:

"[I]f the act of killing, though intentional, be committed under the influence of passion or in heat of blood, produced by an adequate or reasonable provocation, and before a reasonable time has elapsed for the blood to cool and reason to resume its habitual control, and is the result of the temporary

שנובעת מההגנה המלאה של אי-שפיות לבין הגנת הכורח. בהגנת הקנטור יכולת הבחירה של הנאשם נפגעת (לא נשללת), אך אפשרויות הבחירה שלו אינן נפגעות. בהגנת הכורח, לעומת זאת, אפשרויות הבחירה של הנאשם מצטמצמות אך יכולת הבחירה שלו אינה נפגעת. Dressler, *Rethinking Heat of Passion*, לעיל ה"ש 1, בעמ' 463-464.

88 השוו Berman & Farrell, לעיל ה"ש 7, בעמ' 1051.

89 Dressler, *Rethinking Heat of Passion*, לעיל ה"ש 1, בעמ' 464.

excitement, by which the control of reason was disturbed... then the law, out of indulgence to the frailty of human nature... regards the offense as of a less heinous character than murder, and gives it the designation of manslaughter."<sup>90</sup>

ובפרשת *Luebbers* נקבע הדבר באופן ברור יותר:

"[P]rovocation is sufficient not because it affects the quality of one's thought processes but because it eclipses reflection. A person in this state [of mind] simply reacts from emotion due to the provocation, without deliberation or judgment."<sup>91</sup>

גם הפסיקה הישראלית הלכה בנתיב זה. כך נקבע, בין היתר, בפרשת **אליאבייב**:

"החלטה ספונטנית להרוג, הנובעת ממעשה התגרות שכתוצאה ממנה איבד אדם את עשתונותיו והמית אדם, עשויה להביא להפחתת עבירה מרצח להריגה מתוך התחשבות בחולשת הטבע האנושי. התרופפות המעצורים המוסריים המביאה אדם ליטול חיי אדם עקב התגרות מובנת על-ידי המחוקק בתנאים מסוימים ועד לגבול מסוים, אך אינה מוצדקת על-ידיו כדי שלילת אחריותו הפלילית לחלוטין."<sup>92</sup>

Nourse מציעה רציונל אחר לקנטור ברוח הפטור, ורציונל זה מסביר גם מדוע ההפחתה באחריות הפלילית תינתן רק במקרה של קנטור, ולא במקרים של אהבה נכזבת או ייאוש, למשל. על פי Nourse, אנו מבחינים באופן אינטואיטיבי בין טענת קנטור שבאה בעקבות המתת אנס על ידי בעלה של הנאנסת (לאחר מעשה האונס) לבין טענת קנטור שבאה בעקבות המתת אישה שבגדה בבעלה.<sup>93</sup> במקרה של המתת האנס ראוי לקבל את טענת הקנטור, בניגוד למקרה שבו בעל המית את אשתו כתוצאה מבגידתה בו.<sup>94</sup> ההבדל, לטענת Nourse, נעוץ בכך שבמקרה של המתת האנס ההתפרצות הרגשית כלפי האנס עולה בקנה אחד עם עמדת החוק עצמו, שכן החוק עצמו קובע כי יש להעניש את האנס, וקביעה זו משקפת את העובדה שהחוק נותן מקום לרגשות זעם וכעס של

90 People v. Pouncey, 437 Mich. 382, 388 (1991) (ההדגשה הוספה).

91 People v. Luebbers, 2014 Cal. App Unpub. Lexis 3219; People v. Beltran, 56 Cal.4th 935, 950 (2013).

92 פרשת **אליאבייב**, לעיל ה"ש 31, בעמ' 471. ראו גם פרשת **ביטון**, לעיל ה"ש 21, פס' 27 לפסק דינו של הנשיא (בדימ') ברק.

93 Nourse, לעיל ה"ש 11, בעמ' 1392.

94 שם.

הציבור ושל הקורבן במקרים הללו. במובן זה מתקיימת הלימה בין התחושות שנוצרו אצל בעלה של הנאנסת לבין החוק עצמו, שבו נקבע כי יש להטיל אחריות פלילית על האנס ולהענישו בחומרה. לעומת זאת, כאשר מדובר בבגידת אישה בבעלה, אין הלימה בין ההתפרצות הרגשית של הבעל לבין עמדת החוק. גם אם מבחינה חברתית אנו מבינים את תחושותיו של הבעל כאשר אשתו בוגדת בו עם אחר, החוק עצמו אינו מטיל אחריות פלילית על אישה זו, ועובדה זו מצביעה על כך שהחוק אינו מבקש להגן על הרגשות שנפגעו במקרים הספציפיים הללו.<sup>95</sup> משכך, אם נפחית באחריות הפלילית במקרים שבהם הפעולה המקנטרת לא היוותה עברה פלילית, אזי הפחתה זו תהווה סתירה אינהרנטית בחוק עצמו, שכן המשמעות של העדר אחריות פלילית של המקנטר במקרים הללו היא שהחוק עצמו אינו מעוניין לתת הגנה לרגשות הזעם והכעס של המקנטר-התוקפן, בעוד הפחתה באחריות הפלילית של המקנטר-התוקפן משמעותה הבנה לזעם ולכעס שלו.<sup>96</sup>

עם זאת, יש להדגיש כי ההפחתה באחריות הפלילית משמעותה, על פי Nourse, הכרה ברגשות הזעם והכעס, ולא הצדקה של מעשה ההמתה עצמו.<sup>97</sup> מכאן ניתן לפתור את הפרדוקס הקיים בהגנת הקנטור: אם גם אדם סביר היה ממית בסיטואציות מסוימות, מדוע ההגנה אינה מוחלטת, אלא רק חלקית? התשובה לכך היא שאדם סביר לא היה ממית בסיטואציות הללו, אך הסיטואציות הללו היו מעוררות אצלו תחושות זעם וכעס מוצדקות, שכן החוק עצמו מגן על תחושות אלה בכך שהוא קובע כי פעולות המקנטר ענישות.<sup>98</sup> ההצדקה של התחושות הללו היא המסבירה את ההפחתה באחריות הפלילית במצב של קנטור.<sup>99</sup>

גם על פי Nourse הרציונל להפחתה באחריות הפלילית נשען על ערעור השליטה העצמית של הנאשם, אלא שההפחתה תינתן רק במקרים שבהם החוק מכיר ברגשות הזעם והתסכול של הנאשם, ולא במקרים שבהם החוק אינו מכיר בהם. עולה אפוא כי ההבדל בין Nourse ל-Dressler הוא שלפי Dressler טענת הקנטור יכולה להתקבל גם כאשר מעשה הקנטור אינו עברה פלילית, ואילו לפי Nourse טענת הקנטור יכולה להתקבל רק אם הקנטור הוא עברה המחייבת ענישה, ולפיכך מבחינת Nourse מבחן האדם הסביר אינו רלוונטי לטענת הקנטור. עם זאת, יש לציין כי גם על פי Nourse עברה פלילית אינה תנאי מספיק להכרה בקנטור, שכן עברת תנועה, למשל, אינה יכולה לשמש בסיס לטענת קנטור, אף שמדובר בעברה פלילית.<sup>100</sup>

95 ש.ם.

96 ש.ם, בעמ' 1393.

97 ש.ם.

98 ש.ם, בעמ' 1392–1393.

99 ש.ם, בעמ' 1393.

100 ש.ם, בעמ' 1396 בהערת שוליים 381.

### 3. קנטור כסייג מצדיק

יש שטענו כי הרציונל של הגנת הקנטור הוא רציונל מסוג הצדק.<sup>101</sup> בניגוד לרציונל המבוסס על פטור, רציונל ההצדק גורס כי ההפחתה הפלילית במקרה של קנטור מרצח להריגה נובעת מכך שהייתה הצדקה מסוימת לפעול באלימות כלפי המקנטור. בסיס הטענה הוא שהקנטור גרם עוול בלתי מוצדק לנאשם, ועוול זה הצדיק באופן חלקי את האלימות כלפי המקנטור.<sup>102</sup> ניסוח אחר של הטענה הוא שהמתה עקב קנטור היא חמורה פחות לנוכח אשמו התורם של המקנטור. כך, אם פלוני תקף את אלמוני ובתגובה על כך המית אלמוני את פלוני, אזי בהתאם לרציונל ההצדק, רצח זה חמור פחות מרצח רגיל בשל ההצדקה החלקית שיש לתקיפה האלימה כלפי הקורבן, ועקב כך יש להפחית את האחריות הפלילית מרצח להריגה. עמדה זו מסבירה מדוע רק במקרה של קנטור תופחת האחריות הפלילית מרצח להריגה, ולא במקרים אחרים שכרוכים בערעור השליטה העצמית. כמו כן, עמדה זו מנמקת מדוע קיים צורך במבחן אובייקטיבי של האדם הסביר, שכן אם רוב החברה הייתה מגיבה באלימות מתוך סערת רגשות, משמעות הדבר היא שהפגיעה בקורבן אינה משוללת יסוד.<sup>103</sup>

אולם יש לשים לב שגם על פי רציונל זה החברה אינה מסכימה לעצם מעשה ההמתה, אלא רק לכך שהקנטור הצדיק את סערת הרגשות של המקנטור שהובילה למעשה ההמתה האסור, ולכן ההגנה היא חלקית בלבד.<sup>104</sup>

Rozelle מציעה הסבר אחר להפחתה באחריות הפלילית במקרה של קנטור, הנשען על צידוק חלקי. לטענת Rozelle, הגנת הקנטור תינתן רק במצב שבו החוק עצמו מאפשר לאדם להגן על עצמו באמצעות הפעלת כוח אך הנאשם הפעיל כוח יתר והמית את הקורבן המקנטור. במצב זה של קנטור יש צידוק לרגשות המקנטור (emotion justification) וכן צידוק חלקי לפעולתו (act justification), וזאת הסיבה להפחתה באחריותו הפלילית מרצח להריגה.<sup>105</sup> אם א עמד לחבול ב־ב ו־ב המית את א תוך התפרצות רגשית, אזי תעמוד ל־ב הגנת הקנטור, והוא לא יורשע ברצח, אלא בהריגה.<sup>106</sup> הנימוק נובע מן העובדה שהיה צידוק לרגשותיו של ב וכן צידוק חלקי למעשהו, שכן החוק מתיר לאדם להגן על עצמו באמצעות חבלת א, אך לא באמצעות המתתו, בשל העדר מידתיות. לפי Rozelle, כאשר אדם ממית את אשתו כתוצאה מבגידה, הגנת הקנטור אינה רלוונטית, שכן אף אם יש הבנה לרגשותיו של הממית, החוק עצמו אינו מתיר לאדם לפעול באלימות במצב זה.<sup>107</sup> מכאן עולה ש־Rozelle מצמצמת אף יותר את

101 ראו, בין היתר, Finbarr McAuley, *Anticipating the Past: The Defense of Provocation in Irish Law*, 50 MOD. L. REV. 133 (1987).

102 שם, בעמ' 137.

103 Rozelle, לעיל 1, בעמ' 209.

104 שם, בעמ' 209–210.

105 שם.

106 שם.

107 שם, בעמ' 228.

הגנת הקנטור מ-Nourse, שכן על פי Rozelle לא תתקבל טענת הקנטור גם כאשר אדם ממית את האנס של אשתו לאחר מעשה האונס, וכן לא תתקבל טענת הקנטור של אדם שהמית את רוצח בנו, שהרי במצבים אלה המחוקק אינו מתיר לאדם להפעיל כוח כלל, ולפיכך אין כל צידוק חלקי לפעולה. לפי Nourse, לעומת זאת, במקרים הללו תינתן הגנת הקנטור, שכן החוק קבע כי האנס והרוצח ראויים לענישה ולגמול, ולפיכך יש הצדקה לרגשותיו של המקנטר במצבים הללו.

## פרק ג: כבוד האדם ודוקטרינת הקנטור – רציונל חדש

### 1. הצגת הרציונל

בפרק זה אציע רציונל חדש לדוקטרינת הקנטור אשר יסביר מדוע במקרים מסוימים יש היגיון להפחית את האחריות הפלילית מרצח לעברת המתה קלה יותר. הרציונל שאציע אינו מבוסס על הרציונל הפוטר שהוצג לעיל, שלפיו נאשם הממית אדם אחר בעקבות קנטור נושא אשמה פחותה עקב העובדה שפעל במצב של ערעור השליטה העצמית, כפי שהציעו Dressler ו-Nourse. הרציונל המוצע גם אינו מבוסס על העובדה שהמתה מוצדקת, ולו באופן חלקי, כפי שגורס הרציונל המצדיק. הרציונל המוצע מבוסס על הבנת הסיבה לאיסור הרצח, ובהמשך לכך על הבנת הערכים המוגנים המצויים בבסיסה של עברת הרצח – ערכים שהם רחבים יותר מהגנה על ערך החיים בלבד. בתחילה אתייחס להבנת הרכיב הסובייקטיבי של דוקטרינת הקנטור, ולאחר מכן אנמק את דרישת המבחן האובייקטיבי.

אף על פי שאיסור הרצח הוא איסור מקובל לאורך כל ההיסטוריה האנושית, הרציונל העומד בבסיס האיסור אינו ברור כלל.<sup>108</sup> השאלה מדוע הרצח אסור אינה שאלה אקדמית גרידא; הבנת שורשו של איסור הרצח אמורה לעזור לנו לאפיין את התנאים שבהם המתה אסורה ואת התנאים שבהם היא מותרת. באופן ספציפי לענייננו, הבנה לעומק של האיסור אמורה להסביר לנו מדוע המתה בעקבות קנטור חמורה פחות מאשר רצח רגיל.

כך, אם לגבי המתה מסוימת הנימוקים לאיסור הרצח אינם תקפים, נטען כי המתה זו מותרת, ואילו במקרים שלגביהם הנימוקים לאיסור הרצח תקפים אך באופן חלש יותר נטען כי ההמתה הספציפית חמורה פחות מרצח רגיל.

כדי להבין זאת יש לחזור לשאלה הבסיסית מדוע רצח הוא דבר אסור. התשובה המקובלת ניתנה על ידי Marquis ו-Rachels, שטענו כי הרצח אסור בשל הפגיעה

JEFF McMAHAN, THE ETHICS OF KILLING: PROBLEMS AT THE MARGINS OF LIFE 189 108 (2002).

בקורבן. המתת אדם גורמת נזק גדול ביותר לאדם, שכן היא שוללת ממנו את כל הפעילויות וההנאות העתידיות שהיו יכולות להיות מנת חלקו אילולא נרצח.<sup>109</sup> McMahan מסכים כי בהקשרים מסוימים יש משמעות לפגיעה בהנאות העתידיות של הקורבן, אך גורס כי תפיסה זו אינה מספקת הסבר מקיף לאיסור הרצח. ניתן להבין את מורכבות הערכים המוגנים המצויים בבסיסה של עברת הרצח באמצעות דוגמה שהציג McMahan בהקשר אחר לחלוטין:

"A runaway trolley is careering down the mainline track. If it continues along this track, it will crash into the station, killing hundreds of people... Although it cannot be stopped or slowed down, it can be diverted onto one or the other of two branchline tracks. Suppose that you are a bystander who happens to have access to the switch that can divert the trolley. You see that there is an innocent bystander on each of the branchline tracks: Young is on the track to the left and Old is on the track to the right... neither will be able to get out of the way of the trolley if you divert it."<sup>110</sup>

נניח שנאמר, כפי שאנשים רבים היו טוענים, כי נכון יותר להסיט את הרכבת כלפי האדם המבוגר, ולא כלפי האדם הצעיר, האם יהיה נכון להסיק מכך כי רצח של אדם מבוגר חמור פחות מרצח של אדם צעיר? הגישה המקובלת, על פי McMahan, היא שחומרת ההמתה אינה משתנה בהתאם לרכיבים כגון גיל האנשים, המצב הכלכלי או הגופני שלהם וכן הלאה. חומרת ההמתה זהה ביחס לכל האנשים.<sup>111</sup> מכאן McMahan מסיק כי רצח אסור לא רק בשל הנזק הנגרם לקורבן כאמור, אלא אף בשל כך שהוא מבטא יחס משפיל ומבזה כלפי הסטטוס המוסרי של האדם.<sup>112</sup> רצח מבטא פגיעה בכבודו של האדם. לכן, כאשר מדובר ברצח, אין הבדל בין רצח של אדם צעיר לבין רצח של אדם מבוגר, שכן בשני המקרים מדובר בהמתה המבטאת פגיעה בכבוד האדם ובסטטוס המוסרי שלו.<sup>113</sup>

יודגש כי על פי McMahan, חובת האדם להימנע מרצח, המבטא יחס מבזה ומשפיל כלפי אדם, אינה קשורה כלל לפגיעה באינטרסים של הקורבן, אלא לאיסור החל על הפועל. ל-agent אסור להתייחס לאדם באופן מבזה ומשפיל.<sup>114</sup> מכאן שאף אילו הסכים

JAMES DON MARQUIS, *Why Abortion is Immoral*, 86 J. PHIL. 183, 189 (1989) 109  
RACHELS, *THE END OF LIFE: EUTHANASIA AND MORALITY* 6 (1986); James Rachels, *The Value of Human Life*, 24 PHIL. INQUIRY 3 (2002)

McMAHAN, לעיל ה"ש 108, בעמ' 237.

111 שם, בעמ' 235.

112 שם, בעמ' 246.

113 שם, בעמ' 242.

114 השווה Yitzhak Benbaji, *Culpable Bystanders, Innocent Threats and the Ethics of Self-Defense*, 35 CAN. J. PHIL. 585, 609 (2005)



הקורבן ליחס מבזה כזה, היה אסור לרצוח, שכן החובה מוטלת על הפועל להימנע מיחס משפיל ומבזה כלפי הסטטוס המוסרי של האדם, ללא כל קשר לאינטרסים של הקורבן.

"[K]illing is wrong because it involves a failure of respect for the worth of the victim, where the worth of the victim is entirely independent of the value – be it personal value... instrumental value (the value to others), or impersonal value – of the contents of his possible life in the future. The wrongness of killing, therefore, does not vary with the strength of the victim's time-relative interest in continuing to live or with the degree of harm the victim suffers in being killed; it varies instead with the worth of the victim. Assuming, as liberal egalitarianism does, that all persons have equal worth, this account, which I will call the *Intrinsic Worth Account*, implies that all killings of persons are equally wrong, if other things are equal."<sup>115</sup>

לעומת גישתו של McMahan, המנתקת את הפגיעה בכבוד האדם מהקורבן עצמו, קיימת גישה אחרת, שפותחה על ידי בנבג'י<sup>116</sup> וסטטמן<sup>117</sup>, הגורסת כי רצח מהווה פגיעה ישירה בכבודו של הקורבן.<sup>118</sup>

כך, סטטמן דן ברכיב ה"הצלחה" (success) החבוי במסגרת היסודות של סייג ההגנה העצמית. על פי יסוד זה, לאדם מותר להגן על עצמו ולהמית את התוקפן רק בהנחה שפעולת ההגנה אכן תצליח לשמור על חייו (בהנחה שמדובר בהגנה עצמית שמטרתה להגן על חייו הקורבן).<sup>119</sup> רכיב ה"הצלחה" טמון, לטענת סטטמן, בשני יסודות ידועים במסגרת סייג ההגנה העצמית: יסוד הנחיצות ויסוד המידתיות.<sup>120</sup> מבחינת סייג הנחיצות, יש להוכיח כי מעשיו של הקורבן הפוטנציאלי היו נחוצים לצורך הדיפת התקיפה, דהיינו, שלא עמדו לרשות הקורבן חלופות אחרות לשם הדיפת התקיפה אשר לא כללו פגיעה בתוקפן. המשמעות במקרה של המתה היא שהדרך היחידה למנוע את המתת הקורבן היא פגיעה בתוקפן, ולעיתים אף המתתו.<sup>121</sup> מבחינת דרישת המידתיות, יש להוכיח כי מתקיים יחס מידתי בין הנזק הצפוי מהתקיפה לבין הנזק הצפוי ממעשי ההגנה.<sup>122</sup> המתת אדם, למשל, על מנת למנוע נזק של שבירת יד או רגל אינה עומדת בתנאי המידתיות.

115 McMahan, לעיל ה"ש 108, בעמ' 243 (ההדגשה במקור).

116 Benbaji, לעיל ה"ש 114.

117 Daniel Statman, *On the Success Condition for Legitimate Self-Defense*, 118 ETHICS 659 (2008).

118 Benbaji, לעיל ה"ש 114, בעמ' 609.

119 Statman, לעיל ה"ש 117, בעמ' 660.

120 שם, בעמ' 663–664.

121 שם, בעמ' 663.

122 שם, בעמ' 664.

רכיב ה"הצלחה" קשור לרכיב ה"נחיצות", שכן אם הקורבן ימות בכל מקרה, כי אז מעשיו לא היו נחוצים לשם הצלתו. רכיב ה"הצלחה" טמון גם ביסוד המידתיות, שכן הרעיון בדרישת היחס המידתי הוא היתר לגרום נזק לתוקפן על מנת למנוע נזק דומה לקורבן. אם הקורבן ימות בכל מקרה, אין זה מידתי להמית את התוקפן, שכן אין למעשה על מה להגן.<sup>123</sup>

אולם סטטמן טוען כי רכיב ה"הצלחה" אינו עולה בקנה אחד עם האינטואיציות המוסריות שלנו. לדוגמה, העמדה המקובלת היא כי לאישה העומדת להיאנס עומדת הזכות להגנה עצמית.<sup>124</sup> נניח שחמישה גברים עומדים לאנוס אישה והיא יכולה להגן על עצמה רק מפני שניים מהם, שכן נותרו לה רק שני כדורים במחסנית. נניח עוד שיתר הגברים לא יירתעו אם היא תמית את שני חבריהם, ויאנסו אותה בכל מקרה. בהתאם לדרישת רכיב ה"הצלחה", הטמון כאמור הן בדרישת הנחיצות והן בדרישת המידתיות, לא רק שהמתת שני הגברים לא תעזור לה מבחינה מעשית, אלא שמבחינה מוסרית אסור לה להמית אותם, שכן המתתם לא תמנע את האונס בסופו של דבר.<sup>125</sup>

דוגמה נוספת היא מרד גטו ורשה. ביולי 1942 החלו הגרמנים להוציא את היהודים מגטו ורשה לטרבלינקה. בתוך חודשיים נרצחו כ-300,000 יהודים כתוצאה מגירוש זה. יתר היהודים שנותרו בגטו הבינו כי האקציה הבאה תוביל למותם של כל היהודים שנשארו. חלק מהיהודים החליטו למרוד בגרמנים במה שלימים ייקרא "מרד גטו ורשה", אך בתוך חודש ימים דיכאו הגרמנים את המרד והשמידו את כל הגטו. אף על פי שמבחינה אינטואיטיבית ברור שליהודים עמדה הזכות להגן על עצמם בסיטואציה זו, אם מנתחים זאת בהתאם לדרישת ה"הצלחה", מרד גטו ורשה היה בלתי מוסרי, שכן היה ברור ליהודים שנלחמו בנאצים במסגרת המרד כי כולם ימותו בסופו של דבר.

סטטמן טוען כי לאישה במקרה האונס לעיל עומדת הזכות להגן על עצמה, וכי ברור שגם ליהודים בגטו ורשה עמדה הזכות להגן על עצמם, אף שהם ידעו בוודאות שהפעולות שינקטו נגד הנאצים לא יובילו להצלתם, אלא למותם.<sup>126</sup> לגישתו, הנימוק לכך שיש זכות להגנה עצמית גם במקרים הללו נשען על העובדה המוסרית שכאשר אדם מותקף, לא רק גופו נפגע, אלא גם כבודו, ולפיכך מעבר לזכות שיש לאדם להגן על גופו, יש לו גם זכות להגן על כבודו, וזכות זו קיימת אף אם הוא יומת על ידי התוקפן. לפיכך מותר לאישה להמית כמה אנשים אף על פי שהיא תיאנס בכל מקרה על ידי יתר התוקפים, שכן במקרה זה גם אם היא לא הצליחה להגן על גופה, היא הגנה על כבודה; ובאותו אופן ברור שהיה מותר למורדים בגטו ורשה לפעול נגד הנאצים אף שהם ידעו כי הדבר לא יצילם ממוות.<sup>127</sup>

123 שם, בעמ' 663-664.

124 שם, בעמ' 664.

125 שם, 664-665.

126 שם, בעמ' 666.

127 שם, בעמ' 668.

הפגיעה בכבוד האדם יכולה להיות ישירה, כמו במקרים של העלבה ישירה של אדם מסוים. במקרה זה התוקפן מעוניין רק להשפיל ולבזות את הקורבן. אך הפגיעה בכבוד האדם יכולה להיות גם עקיפה. כאשר אנו מותקפים על ידי אנשים שרוצים להמית אותנו, לאנוס אותנו או לגנוב את רכושנו, שני אינטרסים חשובים מאוימים: האינטרס הראשון הוא חיינו, גופנו ורכושנו; האינטרס השני הוא הכבוד שלנו. כאשר אנו מותקפים, אנו מבינים שבעיני התוקפן אנחנו רק אובייקטים המשמשים אותו לסיפוק צרכיו. במונח זה, כאשר אנו מגינים על עצמנו, אנו מגינים לא רק על חיינו, גופנו ורכושנו, אלא גם על כבודנו. פעולות ההגנה הללו נועדו להראות לתוקפן, לעצמנו ולציבור הרחב המסתכל על מעשנו כי איננו יצורים סבילים הניתנים לרמיסה ולביזוי. באמצעות מעשנו אנו מגינים על כבודנו כיצורי אנוש ומבססים אותו.<sup>128</sup>

ניתן לשאול כיצד אפשר לטעון שהאישה או המורדים הגנו על כבודם אם בסופו של דבר האישה נאנסה והמורדים נרצחו. התשובה לכך היא שאומנם הצלת מלוא כבוד האדם אינה אפשרית במקרים הללו, שכן התוקפן הגשים ומימש את מזימתו, אולם פעולות ההגנה העצמית של הקורבן עזרו לשמר את כבוד האדם, ולו באופן חלקי.<sup>129</sup> יתר על כן, ניתן לראות כי באמצעות פעולות הגנה אלה, הגם שהן אינן אפקטיביות לשמירת הגוף, לא רק כבודו של הקורבן ניצל באופן חלקי, אלא גם הערך הכללי של כבוד האדם המצוי בליבת הקיום האנושי. נקודה זו נמצאת במרכז הטענות המתרכזות בכבוד האדם כחלק מהאינטרסים של ההגנה העצמית: אף שאדם אינו מגן על גופו, הוא יכול עדיין להגן באופן חלקי על כבודו ועל הערך הכללי של כבוד האדם.

גם בנבגי מגיע למסקנה דומה במסגרת דיון אחר העוסק בשאלה אם מבחינת הזכות להגנה עצמית קיימת הבחנה בין תוקפן אשם לבין תוקפן חף מפשע (כגון תוקפן שחושב בצורה סבירה כי המגן עומד לתקוף אותו, תוקפן עם התקף פסיכיאטרי או אדם שאינו תוקפן כלל אלא הופל על המגן, והלה צריך להמיתו כדי להגן על עצמו). לפי ג'ודית תומסון, אשר העלתה לראשונה סוגיה זו, אין הבחנה בין המקרים, שכן אם תוקפן אינו מחזיק בשום זכות להמית את המגן, אזי המגן רשאי להמיתו, שאם לא כן הוא עצמו ימות.<sup>130</sup> טיעון זה רלוונטי לכאורה בין שמדובר בתוקפן אשם ובין שמדובר בתוקפן חף מפשע, שכן בשני המקרים התוקפן אינו מחזיק בשום זכות להמית את המגן.<sup>131</sup> בנבגי טוען כי אף אם קיימת זכות להגנה עצמית גם כנגד תוקפן חף מפשע, הזכות להגנה עצמית כנגד תוקפן אשם חזקה יותר מהזכות להגנה עצמית כנגד תוקפן חף מפשע.<sup>132</sup> הנימוק לכך נובע מהבנת איסור הרצח. בהמשך לתפיסתו של McMahan, בנבגי טוען כי הרצח אסור לא רק משום שהרוצח גורם נזק לקורבן, אלא בשל הפגיעה בזכותו של הקורבן לכבוד ולכך שלא ינהגו בו בכוז ובזלזול. לגישתו, לכל אדם יש זכות שיתייחסו

128 שם, בעמ' 669.

129 שם, בעמ' 667-668.

130 Judith Jarvis Thomson, *Self-Defense*, 20 PHIL. & PUB. AFF. 283, 289 (1991)

131 שם, בעמ' 287-289.

132 Benbaji, לעיל ה"ש 114, בעמ' 606-607.

אליו בכבוד, והמשמעות העיקרית של זכות זו היא שהאינטרסים שלו יובאו בחשבון על ידי אחרים.<sup>133</sup> בלשונו:

"Murder is wrong, not just because of its being materially harmful, but also because the murderer does not give due weight to the victim's interest. In the murderer's eyes, the victim's most basic interests simply do not count; this attitude is the most extreme form of disrespect."<sup>134</sup>

מכוח תפיסה זו טוען בנבגי כי הזכות להגנה עצמית כנגד תוקפן אשם (בניגוד לתוקפן חף מפשע) נובעת לא רק מזכות הקורבן להגן על חייו הפיזיים, אלא גם מכוח זכות הקורבן שלא יתייחסו אליו באופן משפיל ומבוזה.<sup>135</sup> התוקפן האשם משפיל ומבוזה את הקורבן בכך שבאופן מכוון הוא אינו מביא את האינטרסים שלו בחשבון, והזכות של הקורבן הפוטנציאלי להגן על עצמו נובעת, בין היתר, מזכותו להגן על כבודו. המחשה לכך שרכיב הפגיעה בכבוד האדם משמש יסוד חשוב בזכות להגנה עצמית (ומכאן שכבוד האדם הוא גם ערך מוגן בעברת הרצח) ניתן לראות דרך המקרה הבא: Y נוהג במשאית לכיוונו של X ומעוניין להמיתו. Y נושא נשק רב עוצמה ומכוון אותו כלפי X על מנת להורגו. X נושא אף הוא נשק ויכול לירות ב-Y ולהמיתו, אך המתה זו לא תציל אותו מכיוון שהמשאית בכל מקרה תמשיך לכיוונו ותדרוס אותו למוות.<sup>136</sup> אילו הזכות להגנה עצמית נבעה רק מזכותו של האדם להגן על חייו הפיזיים, כי אז במקרה זה הייתה נשללת מ-X הזכות להגנה עצמית, מכיוון שבכל מקרה הוא ימות כתוצאה מדריסת המשאית. אולם מכיוון שהזכות להגנה עצמית כנגד תוקפן אשם נובעת מהזכות למנוע יחס משפיל ומבוזה כלפי האדם, כי אז גם במקרה זה ל-X יש זכות להמית את Y, הגם ש-X ימות מייד לאחר מכן.<sup>137</sup>

במקרה האמור דובר בתוקפן אשם, אולם אילו Y היה תוקפן חף מפשע, נראה שרוב האנשים היו סבורים כי אסור ל-X להמית את Y אם בכל מקרה X ימות כמה שניות לאחר מכן. לפי בנבגי, ההבדל בין שני המקרים נעוץ בהבחנה המוסרית הבאה:

"The right to kill an *innocent* threat in self-defense is the right to avoid the badness of death – it is a right to act in one's material self-interest, against those who violate their duties not to hurt him. In such cases, there are no moral interests involved; the falling man does not treat the victim disrespectfully. In contrast, the right to kill the villain has a broader basis; the victim has (also) a

133 שם, בעמ' 610.

134 שם.

135 שם. ראו גם בועז סנג'רו **הגנה עצמית במשפט הפלילי** 113–119 (2000).

136 Benbaji, לעיל ה"ש 114, בעמ' 597.

137 שם, בעמ' 597–598.

right not to be wronged by disrespectful treatment, a right that the culpable aggressor violated."<sup>138</sup>

לכן, אם Y הוא תוקפן חף מפשע ו-X ימות בכל מקרה, אין סיבה להתיר ל-X להמית את Y, מכיוון שעל חייו הוא אינו יכול להגן, ואילו על כבודו אין הוא צריך להגן, מכיוון שכבודו אינו נפגע על ידי Y, בשל היות האחרון חף מפשע. ניתן להצביע על העובדה שרצח מהווה פגיעה בכבוד האדם גם דרך השוואה בין שני המקרים הבאים:

- **מְפִיָּה** – עשרה חברי מְפִיָּה מכוונים את נשקם אל X על מנת להמיתו. X יכול לזרוק רימון ולהמית את כולם.
- **מעלית** – עשרה אנשים חפים מפשע יורדים במעלית, ומתברר שאם לא יפוצצו את המעלית, X ימות.

נראה שבמקרה של המְפִיָּה נטען כי ל-X יש הזכות להמית את כל חברי המְפִיָּה, ואין זה משנה מה מספרם, שכן מדובר בתוקפים בעלי אשמה המעוניינים להמיתו. לעומת זאת, במקרה של המעלית ספק אם נאמר כי מספר האנשים אינו משנה כלל. נראה שכאשר מדובר בתוקפים חפים מפשע, מספר האנשים אמור לשנות, וזאת להבדיל, כאמור, ממקרה שבו מדובר בתוקפים בעלי אשמה.

מהו הנימוק להבחנה בין שני המקרים? דומה כי ההבחנה נובעת מן העובדה שכאשר מדובר בתוקפן אשם, הפגיעה היא לא רק בחייו הפיזיים של הקורבן, אלא גם בכבודו. לעומת זאת, כאשר מדובר בתוקפן חף מפשע, הפגיעה היא רק בחיים הפיזיים של האדם, ולא בכבודו, ולפיכך יש היגיון לקבוע מגבלה למספר התוקפים החפים מפשע שניתן להמית על מנת להגן על קורבן פוטנציאלי אחד. מן הדיון דלעיל עולה כי הן לפי סטטמן והן לפי בנבגי' הזכות להגנה עצמית מבוססת על זכות האדם להגן לא רק על חייו הפיזיים, אלא גם על כבודו, ומכאן מוכח גם שאיסור הרצח מבקש להגן על שני ערכים חשובים אלה.

## 2. השלכת הדיון דלעיל על ההפחתה באחריות הפלילית בהמתה עקב קנטור

לסוגיה דלעיל יש קשר הדוק לדוקטרינת הקנטור ולרציונל המצוי בבסיסה. לטענתי, הפגיעה בכבוד האדם כאשר אדם רוצח עם כוונה, לאחר ששקל את מעשיו, גדולה מן הפגיעה בכבוד האדם כאשר מדובר בהמתה ספונטנית עקב קנטור.

במסגרת זו אני מאמץ את הגדרתו של Waldron למונח "כבוד האדם". לפי Waldron, כבוד האדם הוא סטטוס מוסרי של אדם הנשען על יכולתו לכוון את פעולותיו ואת חייו בהתאם לנורמות שהוא קובע לעצמו וכן על יכולתו להעניק משמעות לחייו בהתאם לתפיסת עולמו. משמעות הסטטוס המוסרי של כבוד האדם באה לידי ביטוי בזכותו של

138 שם, בעמ' 610 (ההדגשה במקור).

כל אדם שהחברה תתייחס ברצינות לאנושיותו ולקיומו במסגרת האופן שבו היא מתנהגת ופועלת כלפיו.<sup>139</sup>

מהגדרה זו נובע כי המתת אדם באופן מודע ומכוון פוגעת לא רק בחייו הפיזיים, אלא גם בכבודו, שכן היא מזלזלת באנושיותו ובקיומו.<sup>140</sup> כאשר אדם המית בכונה לאחר שבחן את החלטתו, הוא הבין מהם האינטרסים של הקורבן, הוא שקל אותם, ובכל זאת החליט כי אין הוא מכיר בהם, אין הם מעניינים ואין להביאם בחשבון. במצב זה ברור לרוצח שהוא שולל לא רק את הקיום הפיזיולוגי של הקורבן, אלא גם את כל מה שהקורבן היה יכול להשיג, את כל שאיפותיו ומאווייו העתידיים, וזאת כדי לספק את האינטרסים שלו. במובן זה התוקפן מבטא יחס של בוז וזלזול כלפי האדם בכללותו. הרוצח במצב זה פועל תוך זלזול והתנכרות לזכויותיו הבסיסיות של הקורבן ולסטטוס המוסרי שלו, ומכאן גם הפגיעה בכבודו. לעומת זאת, כאשר אדם המית בעקבות קנטור, במצב של ערעור השליטה העצמית, המשמעות היא שהוא לא היה מודע כלל למשמעות הבלתי-מוסרית של מעשיו, שכן הערעור הרגשי לא אפשר לו לעצור ולשקול את הדברים. כאשר הפעולה נעשית תחת קנטור, התוקפן מבין אומנם שהוא עומד להמית את הקורבן המקנטר, אך מעשיו אינם נעשים תוך התנכרות לסטטוס המוסרי של הקורבן או תוך זלזול בזכויותיו הבסיסיות, שכן הוא פועל מאחורי מסך שאינו מאפשר לו להיות רפלקטיבי ביחס למשמעות של מעשיו. במובן זה הוא אינו מעוניין לפגוע בכבודו. ייתכן שאילו פעל בשליטה עצמית מלאה, הוא היה שוקל את האינטרסים של הקורבן ובוחר לא להמיתו.

טענתי היא כי הפגיעה בכבוד האדם במצב שבו אדם ממית אדם אחר תוך שהוא מבין מהם האינטרסים הקיימים ובכל זאת בז להם גדולה יותר מאשר במצב שבו הוא ממית אדם אחר מבלי שהעביר תחת הבחינה הרפלקטיבית את האינטרסים של הקורבן, עקב ערעור שליטתו העצמית. הדבר דומה להבדל בין א שוטר ל־ב מתוך תכנון ומטרה לסטור לו, ללא שום התגרות מצד ב, לבין א שוטר ל־ב באופן ספונטני לאחר ש־ב הקניט אותו. במקרה הראשון היחס של א כלפי ב מבטא יחס של בוז וזלזול, בשל תהליך הרפלקציה הרציונלי שהוא עובר לפני כן, ואילו במקרה השני היחס של א אינו מבטא בוז וזלזול כלפי ב, מכיוון שפעולת התגובה שלו היא ספונטנית, ללא כל רפלקציה ביחס למשמעות מעשיו.

מה שאני מבקש להציע הוא שעלינו לבחון את הפגיעה בכבוד האדם לא כעניין בינרי (אם כבוד האדם נפגע או לא), אלא כעניין של דרגה, אשר קשור, בין היתר, לכוונת

139 Jeremy Waldron, *How Law Protects Dignity*, 71 CAMBRIDGE L.J. 200, 202 (2012)  
 140 Patrick Lee & Robert P. George, *The Nature and Basis of Human Dignity*, 21 RATIO JURIS 173, 174–175 (2008): "[A] human person may be treated in a way at odds with his or her personal dignity. Human beings may be enslaved, they may be killed unjustly, raped, scorned, coerced, or wrongly imprisoned. Such treatment is undignified, yet it too, like a person's low sense of dignity, does not cause a victim to personal dignity; the slave or the murder victim are wronged precisely because they are treated in a way at odds with their genuine personal dignity"

הפועל ולנסיבות שבהן אירעה הפגיעה. אם אדם מת כתוצאה מפגעי הטבע, לא נאמר כי יש פגיעה בכבודו מעצם המתתו, שכן לא הייתה כוונה להמיתו, וכפי שהראיתי לעיל, כאשר מדובר בתוקפן חף מפשע, הזכות להגנה עצמית אינה נובעת מהפגיעה בכבודו של הקורבן הפוטנציאלי, אלא רק מהפגיעה הפיזית שעלולה לקרות לקורבן. ניתן אם כן לדבר על ספקטרום של פגיעה בכבוד האדם במקרה של המתת אדם, כאשר בקצה החמור ביותר נמצא הרצח המתוכנן מראש, שבו הממית שקל את כל הפרטים והחליט להמית, ואילו בקצה האחר נמצא ממית חף מפשע שלא היה מעוניין כלל בהמתת הקורבן. במקרה של רצח מתוכנן מראש, כפי שצוין בדיון שלעיל, הפגיעה בכבוד האדם היא משמעותית, שכן במעשה זה התוקפן מצביע על התנכרות לסטטוס המוסרי של הקורבן וזלזול בו; הוא שולל את יכולת הבחירה של הקורבן לספר את סיפור חייו, והוא רואה בו אובייקט שנועד לספק את מאווייו. המתה בעקבות קנטור אומנם נמצאת קרוב לרצח בכוונה תחילה, שכן מדובר בדרך כלל בהמתה מכוונת שבה התוקפן רצה במותו של הקורבן והבין כי זה מה שהוא עושה, אך היא חמורה פחות שכן הממית לא החליט באופן מושכל שהאינטרס של הקורבן לחיים אינו מעניין אותו. ייתכן שאינטרס זה אכן חשוב בעיניו, אך הוא לא הצליח לשקול זאת עקב ערעור שיקול הדעת והשליטה העצמית.

מכאן שהן לפי גישת McMahan והן לפי גישתם של בנבגי וסטטמן, המתה בעקבות קנטור חמורה פחות מרצח רגיל בשל הפגיעה השונה בכבוד האדם בשני המקרים (להלן אסביר ביתר פירוט את הצורך במבחן האובייקטיבי בהתייחס לגישתם של סטטמן ובנבגי בנוגע לפגיעה בכבוד האדם של הקורבן עצמו).

רציונל זה שונה מהרציונל המבוסס על פטור חלקי, שצוין לעיל. בעוד הרציונל הפוטר מתמקד באשמה פחותה של התוקפן עקב העובדה שפעל מתוך סערת רגשות, ורואה בדוקטרינת הקנטור המשך ישיר של סייג "העדר השליטה", הרציונל שאני מציע אינו מתמקד בתוקפן, אלא בנוק המופחת שנגרם לקורבן במקרה של המתה בעקבות קנטור. מדובר בהסתכלות מחשבתית אחרת על משמעותה של פעולה לא רפלקטיבית מבחינה מוסרית. פעולה תחת קנטור סובייקטיבי הופכת את ההמתה לחמורה פחות, שכן כבוד האדם של הקורבן – שהוא כאמור אחד הערכים המוגנים שבבסיסה של עברת הרצח – נפגע באופן מופחת.

### 3. השלכת הרציונל על מבחן הקנטור האובייקטיבי

אני סבור כי הרציונל שאני מציע מסביר גם את הדרישה למבחן הקנטור האובייקטיבי של האדם הסביר. כאשר אדם הממית עקב קנטור תוך שהתגבש לגביו רק המבחן הסובייקטיבי, ולא המבחן האובייקטיבי, היחס של המקונטר כלפי הקורבן אומנם משפיל פחות (במובן של McMahan) והפגיעה בכבוד האדם של הקורבן אומנם פחותה (במובן של בנבגי וסטטמן), אך מבחינת החברה כולה, ואף מבחינת הקורבן, קיימת פגיעה משמעותית בכבוד האדם, שכן הקורבן מת כתוצאה מאופי שלילי של התוקפן, ללא שום סיבה הגיונית. במצב כזה, שבו ההמתה הרלוונטית עברה רק את המבחן

הסובייקטיבי, אין בכך כדי להפחית את האחריות הפלילית, על אף הפגיעה המופחתת בכבוד האדם, כמפורט לעיל. לעומת זאת, כאשר מדובר בקנטור שעבר לא רק את המבחן הסובייקטיבי, אלא אף את המבחן האובייקטיבי של האדם הסביר, הפגיעה בכבוד האדם חמורה פחות במידה המצדיקה את הפחתת האחריות הפלילית.

שני טעמים מסבירים זאת: ראשית, כפי שצוין לעיל, כאשר אדם פועל תחת קנטור, הוא אינו מתכוון לבטא יחס של בוז וזלזול כלפי האדם. הוא אינו נמצא במצב שבו הוא מבין מהם זכויותיו הבסיסיות של האדם ושולל אותם לטובת צרכיו שלו, כפי שקורה ברצח בכוונה שנעשה לאחר שקילה. מכיוון שה-agent עצמו אינו מבטא יחס של בוז וזלזול – שכן הוא פועל תחת מסך של ערפול רפלקטיבי בעקבות הקנטור וכל אדם סביר היה עלול לפעול כך – הפגיעה בכבודו של הקורבן היא פחותה. לשון אחר, עצם העובדה שאין מדובר בגחמה של אדם יחיד שהמית, אלא במצב שבו כל אדם סביר היה עלול לפעול באופן לא רציונלי ולא רפלקטיבי, כפי שפעל התוקפן הקונקרטי, גורמת לכך שכלל החברה, כמו גם הקורבן עצמו, היו מדרגים פגיעה זו בכבוד האדם כפחותה. דהיינו, היחס שמלווה את המעשה של התוקפן ושל כל אדם סביר אחר כלפי כבודו של הקורבן הוא משתנה חשוב בהכרעתנו אם הייתה פגיעה בכבוד ומה מידת הפגיעה. שנית, מנקודת מבטו של המותקף-המקנטור ומנקודת מבטה של החברה כולה ניתן לטעון שאם התקיפה אירעה לאחר קנטור מצידו של המותקף – קנטור שהיה עלול לגרום גם לאדם הסביר להתפרצות רגשית ולפעולה תחת מסך של ערפול רפלקטיבי – הן הקורבן והן החברה היו מדרגים את הפגיעה בכבודו כחמורה פחות מזו שהייתה נגרמת אילו הותקף ללא כל סיבה. דהיינו, גם עוצמת הקנטור שיזם הקורבן עצמו היא משתנה חשוב בהכרעה באיזו מידה נפגע כבוד האדם. ככל שמדובר במעשה שולי של הקורבן שגרם למותו, הפגיעה בכבודו היא משמעותית אף אם התוקפן פעל תחת מסך של ערפול רפלקטיבי. לעומת זאת, אם מדובר בהמתה שהתרחשה בעקבות קנטור משמעותי מצד הקורבן, כי אז הטענה היא שהפגיעה בכבוד האדם כתוצאה ממוות זה פחותה הן בעיניו של הקורבן הן בעיני החברה כולה.

אם כן, בהמתה בעקבות קנטור קיימים שני משתנים חשובים בהכרעה אם כבוד האדם של הקורבן נפגע ובאיזו מידה: ראשית, היחס שמלווה את מעשה ההמתה – עד כמה הוא שולל את הסטטוס המוסרי של הקורבן ומבטא בוז לזכויותיו הבסיסיות כאדם; שנית, עוצמת הקנטור – עד כמה נעשתה ההמתה עם סיבה. יש להדגיש כי איני טוען שהקנטור מהווה סיבה מוצדקת, ולו באופן חלקי, להמתה עצמה. טענתי היא שהמתה בעקבות קנטור שעבר גם את המבחן האובייקטיבי, אף שאינה מוצדקת, פוגעת באופן מופחת בכבוד האדם, שכן היחס שמלווה את מעשה התוקפן אינו שולל את הסטטוס המוסרי של הקורבן.

מן האמור לעיל עולה כי הרציונל המוצע שונה באופן מהותי מרציונל הפטור ומרציונל ההצדק. הוא שונה מרציונל הפטור שכן ההפחתה באחריות הפלילית אינה נובעת מאשמה פחותה של הנאשם עקב ערעור השליטה העצמית, אלא מהפגיעה הפחותה בכבוד האדם של הקורבן, שהינו אחד הערכים המוגנים העומדים בבסיסה של עברת הרצח. הרציונל המוצע שונה גם מרציונל ההצדק שכן אין הוא מצדיק, אף לא



באופן חלקי, את מעשה ההמתה. ליבת הרציונל מבוססת על כך שההמתה חמורה פחות מכיוון שחומרת ההמתה קשורה כאמור לשני ערכים מוגנים (הגנה על החיים והגנה על כבוד האדם), ובמקרה של המתה עקב קנטור, כפי שהראיתי, הפגיעה בכבוד האדם היא בדרגת חומרה פחותה.

#### 4. הצורך במבחן סובייקטיבי ובמבחן אובייקטיבי לדוקטרינת הקנטור כתנאי הכרחי אך לא מספיק

אחת משאלות היסוד שעולות בנוגע לשני הרציונלים שהוצעו עד היום ביחס לדוקטרינת הקנטור היא מדוע יש צורך בשני המבחנים – הסובייקטיבי והאובייקטיבי – לשם הפחתה באחריות הפלילית. בהתייחס לרציונל הפוטר השאלה היא מדוע יש צורך במבחן האובייקטיבי: אם הסיבה להפחתה באחריות הפלילית היא העדר השליטה של הנאשם, אזי מדוע יש להוכיח שגם האדם הסביר היה פועל כך? בהתייחס לרציונל המצדיק השאלה היא מדוע יש צורך במבחן הסובייקטיבי: אם הסיבה להפחתה היא שיש הצדקה מסוימת למעשה, שכן גם אדם סביר היה פועל כך, מדוע יש להוכיח שהנאשם פעל מתוך העדר שליטה עצמית?

הרציונל שאני מציע, המתייחס לפגיעה השונה בכבוד האדם, מסביר מדוע יש צורך בשני המבחנים הללו. ביחס לנחיצותו של המבחן האובייקטיבי ניתן לטעון את הדבר הבא: אם הממית עובר רק את המבחן הסובייקטיבי, אזי התקיימה עדיין פגיעה בכבוד הקורבן, שכן הממית אומנם פעל ללא שליטה, תחת מסך של ערפול רפלקטיבי, אך מדובר עדיין במצב שבו הקורבן מת כתוצאה ממעשה שולי ולא משמעותי, שכן אדם סביר לא היה נוקט אלימות במקרה זה. ביחס לנחיצותו של המבחן הסובייקטיבי ניתן לטעון את הטענה הבאה: אם הממית עובר רק את המבחן האובייקטיבי, והוא עצמו פעל תחת שליטה עצמית ללא ערפול רפלקטיבי, אזי עובדה זו מבטאת מבחינת הממית יחס של בוז וזלזול כלפי האדם במובנו של McMahan וכן פגיעה ממשית בכבוד האדם של הקורבן במובנם של בנבגי וסטטמן, בדיוק כמו במקרה שבו אדם ממית ללא קנטור כלל. בשל כך יש צורך בשני המבחנים שהוצעו.

יש לציין כי הרציונל המובע במאמר זה מנביע מתוכו את העמדה כי יש לצמצם את דוקטרינת הקנטור אף במצבים שבהם הוכחו המבחנים הסובייקטיבי והאובייקטיבי ביחס לנאשם, שכן ייתכנו מצבים שבהם כבוד האדם נפגע אף כאשר התקיימו מבחנים אלה. לשון אחר, התגבשות המבחנים הסובייקטיבי והאובייקטיבי היא תנאי הכרחי לקבלת טענת הקנטור, אך לא תנאי מספיק.

כך, למשל, ציינתי לעיל כי על פי המשפט הישראלי (שנהג לפני הרפורמה, וייתכן שגם לאחריה), טענת הקנטור יכולה להתקבל אף כאשר הקורבן לא היה המקנטר עצמו, אלא אדם חף מפשע. לפי הגישה המובעת במאמר זה, טענת הקנטור צריכה להישלל במקרה זה, שכן אף אם מנקודת מבטו של התוקף הוא פעל תחת מסך רפלקטיבי, מנקודת מבטם של המותקף והחברה הם היו מדרגים את הפגיעה בכבוד האדם של

הקורבן כחמורה ביותר, שכן מדובר בקורבן חף מפשע, היות שהוא לא עשה כל מעשה של קנטור.

נוסף על כך, כפי שצינתי לעיל, בהתאם למצב המשפטי הנוהג בארצות הברית, בגידת אישה בבעלה היא מקרה קלסי היכול לשמש בסיס לטענת הקנטור,<sup>141</sup> ואילו המצב המשפטי בארץ בסוגיה זו אינו בהיר לנוכח פסקי דין שניתנו לאחר הלכת **אזואלוס**.<sup>142</sup> טענתי היא כי אף אם המבחן הסובייקטיבי והמבחן האובייקטיבי מתקיימים במקרה של בגידה, קיימת עדיין חובה לבחון אם ההמתה פגעה בכבוד האדם של הקורבן. ניתן לטעון כי המתת בן הזוג במקרה זה תפגע בכבודו, שכן המתה זו משקפת הסתכלות על האישה כעל חפץ וכעל רכשו של הבעל.<sup>143</sup> משכך, אף אם שני המבחנים מתקיימים, לא תתקבל במקרה זה טענת הקנטור, בשל הפגיעה בכבוד האדם. צינתי לעיל כי בהתאם לדין הישראלי לאחר הרפורמה, במסגרת המבחן הנורמטיבי יש לבחון מנקודת מבט מוסרית-חברתית החיצונית למקונטר אם בקושי הרב שהיה לו בשליטה עצמית לנוכח ההתגרות יש כדי למתן את מידת אשמתו. בהקשר זה יש לטעון כי השיקול בדבר כבוד האדם במקרה של המתה בעקבות בגידה מוביל למסקנה כי לא מתגבש המבחן הנורמטיבי מבחינה חברתית-מוסרית, וזאת לנוכח הפגיעה בכבוד האדם של הקורבן, ולפיכך לא תופחת האחוריות הפלילית של המקונטר.

## 5. השפעת הרציונל המוצע על פרשנותה של דוקטרינת הקנטור במסגרת הרפורמה בעברות ההמתה

כמצוין לעיל, בהתאם לרפורמה בעברות ההמתה נוסח סעיף חדש בנוגע לקנטור – סעיף 301(ב)(1) לחוק העונשין. על פי הסעיף, הפחתת האחוריות הפלילית כתוצאה מקנטור תתקבל, כאמור, אם הנאשם המית את הקורבן סמוך לאחר התגרות כלפיו ובתגובה על אותה התגרות, וכן אם התקיימו שני התנאים הבאים: "א) בעקבות ההתגרות הנאשם התקשה במידה ניכרת לשלוט בעצמו; (ב) יש בקושי האמור בפסקת משנה (א) כדי למתן את אשמתו של הנאשם, בשים לב למכלול נסיבות העניין...". בסעיף לא נכלל אומנם מבחן האדם הסביר, אך אף על פי כן יש להוכיח יחס הולם בין עוצמת ההתגרות לבין הפגיעה הניכרת בשליטה העצמית שגרמה להתגרות ואשר הובילה למעשה ההמתה. מכאן שיש להראות שהתרחשה התגרות משמעותית. מעבר לכך, מידת אשמתו של הנאשם תיבחן מנקודת מבט מוסרית וחברתית שהיא חיצונית למקונטר. עם זאת, מן המילים "בשים לב למכלול נסיבות העניין" המופיעות בסעיף קטן (ב) משתמע כי בית המשפט רשאי להביא בחשבון במסגרת המבחן הנורמטיבי גם נתונים אישיים של

141 ראו לעיל תת-פרק א3.

142 ראו לעיל תת-פרק א2.

143 ראו Miller, לעיל ה"ש 49, בעמ' 265–266; Emily L. Miller, Comment, (Wo)manslaughter: Voluntary Manslaughter, Gender, and the Model Penal Code, 50 EMORY L.J. 665, 672 (2001).

הנאשם, אם יש בהם כדי להשליך על מידת אשמתו. דומה שסעיף זה מותיר לבית המשפט שיקול דעת נרחב בנוגע לשאלה אם מידת אשמתו של הנאשם מותנה או לא.

מכאן עולה השאלה מהם השיקולים שעל בית המשפט לשקול על מנת לברר אם אשמתו של הנאשם מותנה, בשים לב למכלול נסיבות העניין. עמדתי היא שאחד השיקולים המרכזיים שעל בית המשפט לשקול הוא באיזו מידה נפגע הערך של כבוד האדם, וזאת משני כיוונים אפשריים: מצד התוקפן, באיזו מידה מעשה ההמתה של הקורבן מבטא יחס של בוז וזלזול כלפי הקורבן; ומצד הקורבן והחברה בכללותה, מהי מידת הפגיעה בכבוד הקורבן ובערך הכללי של כבוד האדם כתוצאה ממעשה ההמתה.<sup>144</sup> פרמטרים אפשריים לפגיעה בכבוד האדם הם חומרת ההתגרות; אם ההתגרות פוונה ישירות אל הנאשם או שמא כלפי צד ג; אם מעשה ההמתה נעשה כלפי המקנטר או שמא כלפי צד ג חף מפשע; ואם מעשה ההמתה מבטא יחס משפיל כלפי המומת, כמו במקרה של המתה בעקבות בגידה, לדוגמה, שאינה ראויה להיחשב קנטור, כפי שפורט לעיל.

## 6. פסקי דין שפוסעים מעבר לרציונל הפוטר והשלכותיהם על הרציונל המוצע

בתת-פרק זה אתייחס בקצרה לשני פסקי דין שניתנו בארצות הברית ואשר הדגישו רציונל אחר להפחתה באחריות הפלילית במקרה של קנטור, מעבר לרציונל הפוטר ולרציונל ברוח ההצדק. במסגרת זו אראה כיצד יש בהם כדי להשפיע על הרציונל שהצעתי לעיל בעניין כבוד האדם.

פרשת *Paz v. State*<sup>145</sup> עסקה בבני הזוג Paz ו-Wilfredo ו-Esmeralda – אשר ערכו מסיבה בביתם. Winton Guillen ואשתו Mirta הגיעו אף הם למסיבה. לאחר שישבו ושתו, עלה Winton לקומה השנייה של בני הזוג Paz. כמה דקות לאחר מכן עלה גם Wilfredo למעלה והבחין שאשתו בוכה. Wilfredo ירד עם אשתו למטבח, ובשלב זה התעמתה Esmeralda עם Winton ואמרה לו: "Why did you do that? Why did you do

144 יש לציין כי הרציונל המוצע מסביר באופן הגיוני את מדרג העברות הקיים במסגרת הרפורמה החדשה של דיני ההמתה בישראל וכן בדיני העונשין של מדינות שונות בארצות הברית. העברה החמורה ביותר, שעונשה הוא מאסר עולם חובה, היא רצח לאחר שקילה, ובמקרה זה הפגיעה בכבוד האדם היא אכן החמורה ביותר. לאחר מכן קיימת המתה ספונטנית בכוונה ללא קנטור, ובמקרה זה העונש המרבי הוא מאסר עולם. אכן, במקרה זה הספונטניות שבמעשה ללא שקילת הזכויות הבסיסיות של הקורבן מפחיתה את עוצמת הפגיעה בכבוד האדם, ומכאן גם הקביעה כי מאסר העולם אינו חובה. לבסוף, קיימת העברה של המתה עקב קנטור, שם הפגיעה בכבוד האדם היא הפחותה ביותר, שכן הפגיעה בקורבן אינה מבטאת בוז וזלזול בזכויותיו הבסיסיות ובסטטוס המוסרי שלו, והיא נעשתה בעקבות עוול שהקורבן עצמו גרם – עובדה המפחיתה את הפגיעה בכבודו.

145 Paz v. State, 777 So.2d 983 (Fla. Dist. Ct. App. 2000).

"that to me?". ברגע זה הבין Wilfredo כי Winton תקף מינית את אשתו Esmeralda. הוא נטל סכין מן המטבח ודקר באופן מידי את Winton למוות. בערכאה הראשונה הורשע Wilfredo ברצח מדרגה שנייה. אולם בערעור קבע בית המשפט כי ההמתה נעשתה בעקבות קנטור של Winton, והרשיע את Wilfredo בהריגה בלבד.

"The law reduces the killing of a person in the heat of passion from murder to manslaughter out of recognition of the frailty of human nature... Such killing is not supposed to proceed from a bad or corrupt heart, but rather from the infirmity of passion to which even good men are subject'... As a matter of law, Paz's sudden act of stabbing the victim *immediately* after surmising that the victim had sexually assaulted his wife may not be deemed an act evincing a depraved mind regardless of human life, 'but rather from the infirmity of passion to which even good men are subject.'"<sup>146</sup>

אם בוחנים פסק דין זה לעומק, ניתן לראות כי הוא מדגיש לא רק את הרציונל הפוטר, שלפיו יש להפחית את האחריות הפלילית במקרה של קנטור בשל העובדה שהנאשם פעל במצב שבו לא היה יכול להפעיל שיקול דעת ראוי, מה שהקשה עליו לפעול ולכוון את מעשיו בהתאם לדין. פסק הדין מדגיש נקודה נוספת המכוונת לכך שבמקרה שבו הנאשם ממית כתוצאה מקנטור, פעולתו נעשית לא מתוך רוע או רשעות. יתר על כן, מעשה ההמתה בעקבות קנטור אינו מעיד על בוז וזלזול כלפי חיי אדם כמו רצח רגיל הנעשה בכוונה תחילה.

אומנם, פסק דין זה לא עשה שימוש במינוח של "כבוד האדם" כחלק מהערכים המוגנים המצויים בבסיסה של עברת הרצח. אולם ניתן לטעון, בהמשך לפסק דין זה, כי המתה עקב קנטור פוגעת פחות בכבוד האדם בכלל ובכבוד הקורבן בפרט, שכן ההמתה לא נבעה מרוע או מרשעות (such killing is not supposed to proceed from a bad or corrupt heart), ולא שיקפה, כפי שבית המשפט ציין, זלזול ובוז לערך חיי האדם. במקרה זה האדם אומנם התכוון להמית את הקורבן, אך המתתו לא שיקפה זלזול בחיי אדם, שכן היא נעשתה תחת מסך של ערפול רפלקטיבי, ומשכך גם הפגיעה בכבוד האדם בכלל, ובכבוד האדם של הקורבן הספציפי בפרט, הייתה פחותה.

נוסף על כך, פסקי דין רבים הדגישו כי ההפחתה באחריות הפלילית נובעת מן העובדה שבמקרה של קנטור לא קיים רכיב הרשעות (malice), כנדרש בהרשעה ברצח מדרגה ראשונה או שנייה. כך, למשל, צוין בפרשת *Dorsey*:

146 שם, בעמ' 984 (ההדגשה במקור).

"A defendant who acts in a sudden quarrel or heat of passion because of sufficient *provocation* is presumed to act *without the malice* necessary for murder and is therefore guilty of only voluntary manslaughter."<sup>147</sup>

ובפרשת *Ramirez* נקבע כך:

"Second degree murder may be reduced to voluntary manslaughter with evidence that *negates malice*. 'A defendant who commits an intentional and unlawful killing but who lacks malice is guilty of... voluntary manslaughter...' Generally, the intent to unlawfully kill constitutes malice.... 'But a defendant who intentionally and unlawfully kills lacks malice...'"<sup>148</sup>

דומה כי פסקי הדין הללו מדגישים נקודה חשובה, שלפיה ההפחתה באחריות הפלילית אינה נובעת מרציונל פוטר בלבד. דהיינו, ההפחתה באחריות הפלילית נובעת לא רק ממתן משקל לחולשת הטבע האנושי, המתבטאת בכך שבעקבות ערעור שיקול הדעת של הנאשם הוא התקשה לפעול בהתאם לדין, אלא גם מכך שבמקרה של קנטור היחס של הנאשם לערכים המצויים בבסיסה של עברת הרצח הוא שונה, ולפיכך ההמתה חמורה פחות. יודגש: פסקי הדין הללו אינם מבוססים כלל על רציונל ברוח ההצדק, שכן הם אינם מצדיקים את מעשהו של הנאשם, אף אם הוא נעשה בתגובה על קנטור. אם מסכימים לטענה התיאורטית שהצגתי לעיל כי עברת הרצח נועדה לשמור לא רק על החיים הפיזיים עצמם, אלא גם על כבוד האדם, אזי ניתן לטעון ביחס לפסקי הדין כי כאשר ההמתה נעשתה בכוונה אך לא מתוך רשעות, הנאשם הפגין מידה פחותה של בוז וזלזול כלפי המומת, ומשכך יש להפחית את האחריות הפלילית מרצח לעברת המתה קלה יותר.

## סיכום

דוקטרינת הקנטור מושרשת עמוק בדין הפלילי המהותי, ולמרות זאת גם כיום מלומדים שונים חלוקים באשר לרציונל העומד בבסיס הדוקטרינה, ובעקבות זאת גם ביחס לגדרים המשפטיים שלה. ההפחתה באחריות הפלילית במקרה של קנטור הובילה לעימות בין עקרון האשמה לבין ערך קדושת החיים, וכן למאבקים חברתיים בהקשרים שונים. בניגוד לרציונל ברוח הפטור ולרציונל ברוח ההצדק, הצעתי במאמר זה רציונל חדש לדוקטרינת הקנטור, המבוסס על הבנת הערכים המוגנים המצויים בבסיסה של עברת

<sup>147</sup> .Dorsey v. Price, 2017 U.S. Dist. Lexis 146761  
<sup>148</sup> .People v. Ramirez, 2016 Cal. App. Unpub. Lexis 8108

הרצח. ראשית, הוכחתי כי עברת הרצח מבקשת להגן לא רק על חייו הפיזיים של האדם, אלא גם על הערך של כבוד האדם. שנית, הראיתי כי במקרה של המתה בעקבות קנטור הפגיעה בכבוד האדם קשה פחות מהפגיעה בכבוד האדם כאשר מדובר ברצח רגיל, שכן במקרה של קנטור הנאשם פעל תחת מסך של ערפול רפלקטיבי, ולפיכך לא בחן את מעשיו באופן שקול ולא התכוון להשפיל ולבזות את הקורבן. לעומת זאת, במקרה של רצח רגיל האדם תכנן את מעשיו באופן רציונלי והחליט באופן מודע שהאינטרסים של הקורבן אינם מעניינים אותו, ולפיכך היחס של התוקפן לקורבן הוא יחס משפיל ומבזה יותר מאשר במקרה של קנטור. מעבר ליחס של התוקפן כלפי הקורבן, גם הפגיעה בפועל בכבוד האדם של הקורבן עצמו היא שונה כאשר מדובר בקנטור שעבר הן את המבחן הסובייקטיבי הן את המבחן הנורמטיבי-האובייקטיבי. ראשית, מכיוון שה-agent עצמו אינו מתכוון לבטא יחס של בוז וזלזול – שכן הוא פועל תחת מסך של ערפול רפלקטיבי בעקבות הקנטור וכל אדם סביר היה עלול לפעול כך – הפגיעה בכבודו של הקורבן היא פחותה. שנית, הן מנקודת מבטו של הקורבן והן מנקודת מבטה של החברה ניתן לטעון שאם תקיפתו של הקורבן המותקף אירעה לאחר קנטור מצידו – קנטור שהיה עלול לגרום גם לאדם הסביר להתפרצות רגשית ולפעולה תחת מסך של ערפול רפלקטיבי – הם היו מדרגים את הפגיעה בכבודו של הקורבן כחמורה פחות מזו שהייתה נגרמת אילו הותקף ללא כל סיבה.<sup>149</sup> מכאן שהן הערפול הרפלקטיבי שהתלווה למעשה המוות והן עוצמת הקנטור שהוביל להמתה מהווים משתנים חשובים באשר להכרעה אם כבוד האדם נפגע ובאיזו מידה. נוסף על כך טענתי כי מעבר להוכחת שני המבחנים הללו יש לבחון את מידת הפגיעה בכבוד האדם, כך שהתקיימותם של שני המבחנים במצטבר היא תנאי הכרחי לקבלתה של טענת הקנטור, אך לא תנאי מספיק.

לנוכח ההבחנה בפגיעה בכבוד האדם טענתי כי המתה בעקבות קנטור חמורה פחות ולפיכך ראוי להפחית באחריות הפלילית במקרה זה. מכאן עולה כי הרציונל שאני מציע, המתייחס לפגיעה פחותה בכבוד האדם במקרה של קנטור, מסביר באופן קוהרנטי ומלא את ההיגיון בדרישת שני המבחנים – הסובייקטיבי והנורמטיבי-האובייקטיבי. אני סבור כי הבנה זו של דוקטרינת הקנטור, המבוססת על תפיסה מורכבת של הערכים המוגנים המצויים בבסיסה של עברת הרצח, יכולה לפתוח פתח חדש לדיון על אודות דוקטרינה זו, ועשויה לתרום לפרשנותו של סעיף הקנטור כפי שנוסח ברפורמת עברות ההמתה.

149 כמצוין לעיל, בהתאם למשפט האמריקני, בכל מדינות ארצות הברית יש לשקול הן את המבחן הסובייקטיבי הן את המבחן האובייקטיבי של האדם הסביר. זה גם המצב המשפטי שהיה קיים בישראל לפני רפורמת עברות ההמתה. עם זאת, כפי שציינתי, גם לאחר רפורמת עברות ההמתה יש לעמוד במבחן נורמטיבי שיצדיק את הפחתת האחריות הפלילית מרצח לעברת המתה קלה יותר. במסגרת זו יש להראות כי ההתגרות הייתה משמעותית, כך שמתקיים יחס הולם בין עוצמת ההתגרות לבין הקושי שחווה הנאשם לשלוט בעצמו, באופן שמצדיק הפחתה של מידת אשמתו. המבחן הנורמטיבי יישקל מנקודת מבט מוסרית-חברתית חיצונית למקונטר, ומכאן טענתי שהמבחן הרלוונטי שילווה את בית המשפט הוא מבחן האדם הסביר תוך הבאה בחשבון של נתונים אישיים מסוימים.