

לפרשנות היסודות של הכוונה תחילה *

מאת

נילי וילנסקי ומרדכי בס **

המחלוקת סביב הכוונה תחילה כגורם מחמיר בעבירות המתת אדם ידועה היטב. למעשה, נדיק יותר בלשוננו אם נאמר, שלא מחלוקת יש כאן אלא התפתחות, שראשיתה ככל התפתחות, במחלוקת.

כיום אין כמעט מי שהולק על כך, שהכוונה תחילה כגורם מחמיר בלתי מסוייג, היא מושג מיושן. לא קשה להעלות על הדעת מקרים חמורים של המתה ספונטנית ולעומתם, מקרים של המתה בכוונה תחילה הראויים לרחמים יותר מאשר לעונש.¹ גישה זו מצאה ביטוי בתחיקות רבות בעולם, אם בדרך של השמטת דרישת הכוונה תחילה מעבירות המתת אדם² ואם על-ידי סיווג³. גישה כזו בתחיקתנו היא עדיין בחזקת משפט רצוי; ובאשר לחוק המצוי – קיימות הוראות סעיפים 214(ב) ו-216 לפ.ח.פ., 1936, המציבות את הכוונה תחילה כמאפיין בלתי מסוייג של אחת מצורות עבירת הרצח⁴.

אמנם לא ניתן להתעלם מכך שדרישת הכוונה תחילה פורשה ע"י הפסיקה המקומית פרשנות מרחיבה המשאירה מעט מאוד ממשמעותה המקורית, אך נראה שפרופ' אהרון אנקר, מחבר המאמר "הכוונה תחילה" (להלן: המחבר), מרחיק לכת אף מעבר לכך: סעיף 216 אינו מיועד על-פי גישתו להגדיר את המושג "כוונה תחילה" המופיע בסעיף 214(ב), אלא להוסיף על המקרים שיתפסו במשמעותו הרגילה של מושג זה, מקרים נוספים בהם ייחשב מעשה המתת אדם לרצח. וביתר פירוט, גירסת המחבר, אם ירדנו לסוף הכתוב, הינה כלהלן:

— הוראת סעיף 214(ב) עומדת בפני עצמה, ואת המונח "כוונה תחילה" המופיע בה יש לפרש על-פי משמעותו הרגילה. מערכת ההוראות שבשלושת הסעיפים

* השובה למאמרו של פרופ' אהרון אנקר, "הכוונה תחילה", משפטים, ו' (תשל"ו), עמ' 478.
** תלמידי השנה השלישית בפקולטה למשפטים.

1 ראה: ת"פ ת"א 455/64 חיוה"מ נ' כפרי (לא פורסם); ע"פ 219/68 פנרוכביץ נ' מר"י, פד"י כ"ב (2), 286, דברי השופט ח' כהן. וכן ראה: פרופ' פלר, אשר מפרש את מושג הכוונה תחילה באופן דווקני, המציע להמיר את הכוונה תחילה בקריטריונים אחרים. פלר, "ה'הכנה' כיסוד הכוונה תחילה", הפרקלים, כ"ו (תשל"ל), עמ' 51.

2 קודכסים רבים אינם מתייחסים כלל לכוונה תחילה, כך: הקודכס היגוסלבי משנת 1951, הקודכס הרוסי משנת 1960, הקודכס האוסטרי משנת 1952, הקודכס הגרמני משנת 1870, הקודכס האיטלקי משנת 1940, הקודכס הגרילנדי משנת 1954, היווני משנת 1950, השוודי משנת 1965, הצ'כי משנת 1951, הפולני משנת 1932.

3 הקודכס השווייצרי משנת 1942 מתייחס לכוונה תחילה כנסיבה מחמירה במקרה שמעידה על פרברטיות או סכנה מיוחדת, בעקבותיו הולך הקודכס האתיופאי משנת 1957.

4 מקרים נוספים של רצח מוגדרים בס"ק (א), (ג) ו-(ד) של סעיף 214.

הקטנים של סעיף 216 עומדים אף הם ברשות עצמם, ומטרתם להשלים את הכוונה תחילה שבהוראת סעיף 214(ב), ולא להגדיר את יסודותיה.

— כל אחד משלושת סעיפיו הקטנים של סעיף 216 מרחיב בדרך נפרדת ועצמאית את המשמעות הרגילה של הכוונה תחילה ללא התגיה הדדית או תחולה מצטברת של ההוראות.

— לכל אחד משלושת הסעיפים הקטנים של סעיף 216 פירוש מיוחד. ובלשון המחבר: "ס"ק א' [לסעיף 216] בא למנוע פירוש ל-premeditation אשר יחייב שהחלטה להרוג תתייחס לקרבן מסויים.

ס"ק (ב) מאמץ את דעת סטפן ומוציא premeditation ממובנו הרגיל כדי לכלול בו הריגה פתאומית וספונטנית שנעשתה בדם קר ללא כל קינטור לפניה.

ס"ק (ג) משמש גם הוא להרחיב את המושג premeditation כדי לכלול בו בעיקר אותם מקרים בהם לא קדם לקטילה הליך של שיקול דעת, וגם לא היה בהם דם קר, אבל ההורג עצמו גרם לכך שיאבד את שליטתו על-ידי הליך של הרגנה עצמית והתרתחות" (עמ' 495 למאמר).

להלן נבדוק האם עומדת תיוה מורכבת זו של המחבר בביקורת: הן לאור דרכי הפרשנות המקובלות בדיני העונשין, הן לאור העובדות ההיסטוריות העומדות מאחורי גיבוש הגדרת הכוונה תחילה שבסעיף 216 לפקודת החוק הפלילי והן לאור ההגיון המשפטי הפשוט. בשלב זה נסתפק בציון מסקנתנו כי פרשנות המחבר מביאה לכך שכל מעשה של המתת אדם מתוך כוונה רגילה ייחשב כרצח, ובכך נמצאת דרישת הכוונה תחילה מיותרת לחלוטין.

א. בדיקה פרשנית ועניינית

"כלל גדול הוא בדיני עונשין אין עונשין מן הדין... לא מקל וחומר ולא מגזירה שווה ולא מכל היקש או אנלוגיה, אלא מן החוק הכתוב והחרות בלבד. החוק הוא אשר יכול לעשות מעשה פלוני על מרכיביו המוגדרים לעבירה פלילית, ומה שלא עשה החוק בלשון ברורה ומפורשת אין שום פרשנות ואנלוגיה והגיון יכולים לעשות. דברים אלה, מן המושכלות הראשונים הם, ואין צורך להאריך"^{א4}.

דברים אלה של השופט ח' כהן משקפים אחד מהיבטיו של עקרון החוקיות בפלילים^{א5} המבטיח את הציבור מפני הפתעות הסוטות מן המצוי בחוק, על-פי הבנתו הרגילה של אדם סביר.

המחבר מביא להעמדת גירסתו שורה של מקורות אנגליים, ומסיק מהם ש"לאור היסטוריה ארוכה זו אין כל יסוד להנחה שהמחוקק האנגלי נקט במבחן ה-premeditation במובנו הרגיל", אולם נעלם ממנו הרקע ההיסטורי של גיבוש כללי הרצח בארץ-ישראל בתקופת המנדט. הסתמכות זו על מקורות היסטוריים ומסקנת המאמר המוציאה מגורמה

א4 ע"פ 705/73 רוס ג' מריי, פד"י כ"ו (2) 365, 372.

א5 וראה בנושא זה: יובל לוי, "היבטים על עקרון החוקיות בפלילים" (חלק א'), עיוני משפט, ד (תשל"ה), עמ' 22, 23-28.

5 את ההחלטה הנדרשת בס"ק (א) ואת ההכנה הנדרשת בס"ק (ג).

פלילית מה שיש בה⁶ ומכניסה מה שאין בה⁷, והמרחיבה את האחריות הפלילית מעבר לכל פירוש סביר, ודאי שאינה מתיישבת עם עקרון הפרשנות הנ"ל. אולם לא זו בלבד, יש לשים לב לכך שהמשפט הפוזיטיבי האנגלי מעולם לא גזק למונח premeditation. ואילו מחיבורי הסופרים והוועדות, אשר מתייחסים למושג, ועליהם מתבסס המחבר, עולה בעליל שהאנגלים חששו מאימוץ ה-premeditation דוקא מפני שפירושה הרגיל והיומיומי — כלומר פירושה הסביר — אינו משתמע לשתי פנים. ראה למשל:

"... If premeditation were made the test of murder in the first degree, it would be applied in its general and familiar sense."⁸

המחבר מסיק מקטעים כגון זה, שהאנגלים השתמשו במונח לא במשמעותו המקובלת, וכך גם אמצותו ב.פ.ח.פ. 1936, ומסקנה זו מעוררת שאלות אחדות:

אם אכן השתמשו האנגלים במונח premeditation לא במשמעותו הרגילה, אלא במשמעות רחבה ממנה, כיצד ניתן לגרוס באותה עת כי סעיף 216 הנ"ל בא להוסיף למשמעות זו מקרים נוספים בהם תיחשב ההמתה כרצח בכוונה תחילה, ולא לגרוע ממנה? וא. יתר על כן, אם באמת לא רצה המחוקק המנדטורי שהמונח יפורש כפשוטו, לשם מה השתמש בו? והרי יכול היה שלא להזקק לו כלל, אלא לפרט בהגדרת העבירה את היסודות הנדרשים להתהוותה מבלי לכנותם בשם⁹. ובכלל, האם לא סביר יותר המסקנה, שאם לאחר חששות ודיונים ארוכים בכל זאת אומץ המונח premeditation ב.פ.ח.פ. היתה הכוונה לאמצו במשמעותו הרגילה?

שאלות וטיעונים אלה מתחזקים דוקא לאור המסורת המשפטית¹⁰ והרקע החברתי¹¹ בארץ בעת חקיקת הפקודה. אולם, לאספקט ההיסטורי של הבעיה נתייחס ביתר פירוט בהמשך, ועתה נעבור לבדיקה עניינית של טיעוני המחבר.

א.1. סעיף 216 — כללי

המחבר גורס שסעיף 216 על שלושת סעיפיו הקטנים אינו קובע הגדרה מצטברת וממצה של הכוונה תחילה, אלא שלוש הגדרות נפרדות שכל אחת מהן עומדת ברשות עצמה, וכל אחת מהן מוסיפה על ההגדרה הרגילה של הכוונה תחילה. גתייחס לטענות אלה אחת אחת.

הקביעה שתלקיו השונים של הסעיף אינם מצטברים אינה מתיישבת בקלות עם העובדה שהם מחוברים על-ידי מלת החיבור "and", המלמדת בבירור על יסודות

6 את ההתרגויות עד כדי אובדן השליטה העצמית, וראה להלן א.4.

7 ראה: דריח הוועדה המלכותית מ-1953, עמ' 483 למאמר.

8 אולם נראה שהמחבר עצמו גורס גם את הגירסה ההפוכה שהאנגלים השתמשו במונח premeditation במשמעותו הרגילה וכך עשו בסעיף 214(ב) ל.פ.ח.פ., אלא שסעיף 216 בא להשלימו ולהרחיבו.

9 וראה ח"ש 29, הצעתו של השופט Corrie.

10 כידוע, היתה הכוונה תחילה דרישה קיימת במשפט הארץ לשם ביסוס רצח.

11 יושבי המזרח נחשבו תמיד ונחיים להתפרץ. מובן שההתייחסויות לעובדה מעין זו יכולות להיות נוגדות: של החמרה — לשם תיקון, או של הקלה — מתוך התחשבות. להלן נראה שבסיכום התייחסו האנגלים לעובדה זו כאל "נסיבה מקלה" דוקא. וראה להלן ב.2.

מצטברים. המחבר עומד מול קושי זה באמרו ש"כידוע המלה and מתפרשת לעיתים במובן "or" (עמ' 496). יתכן שהצדק עימו יי, אך האמנם מתירה גישה פרשנית דווקנית וסבירה פירוש כזה ? !!

המחבר מוסיף וטוען ש"אפילו נפרש המלה and במובנה הרגיל אין זה הכרחי שהוראתה מצטברת. סעיף 216 יכול להתפרש במובן שאדם יחשב כהורג בכוונה תחילה בנסיבות המיוחדות של ס"ק (א), וגם בנסיבות המיוחדות של ס"ק (ב), וגם בנסיבות המיוחדות של ס"ק (ג)" (עמ' 496). לדעתנו, אף אם יתכן שהוראתה של המלה and איננה מצטברת, לא ניתן לאמר כך במקרה שלנו, שהרי בסעיף נאמר:

216. ... a person is deemed to have killed another person with premeditation when
- (a) ... and
- (b) ... and
- (c) ...
- ולא נאמר:

216. ... a person is deemed to have killed another person with premeditation when
- (a) ... and when
- (b) ... and when
- (c) ...

לעומת הקושי שבמלה "and", נעצר המחבר בביטוי "is deemed" בקבוצה, ש"בדרך כלל משמש הביטוי [is deemed] לא להגדרה ממצית, כי אם להגדרה מיוחדת ומשלמה המתווספת לשמוש הרגיל של המלה המוגדרת". איננו מתיימרים לחלוק על פירושו הבלשני של המחבר, אולם יש לציין שבע"פ 369/69¹¹ הדגיש השופט אגרנט דווקא מלה זו בקבוצה: "בסעיף 216 קבע המחוקק הגדרה כוללת וממצה של המונח כוונה תחילה" (ראה המלה is deemed ברישא של סעיף זה) (ההדגשה שלנו). אבל גם בהתעלם מהג"ל, הרי אם אמנם בא סעיף 216 על שלושת תת-סעיפיו להוסיף על המשמעות הרגילה של המושג כוונה תחילה ולהשלים אותה בשלוש משמעויות ספציפיות נוספות, סטאטוטוריות, אזי הייבים אנו לגרוס כי בכל מקרה שבו המית אדם בכוונה תחילה במשמעות הרגילה של המושג, תצטרך ההמתה להיחשב כרצח לפי סעיף 214(ב) תוך ניתוק מוחלט מסעיף 216. ברם, כלום בני הורין אנו לעשות ניתוח אסטטי נוסף בסעיף 216, הדרוש לשם פרשנות זו של המחבר, ולעקור מן הסעיף את הרישא שלו "לצורך סעיף 214 של חוק זה ייחשב אדם כהורג אדם אחר בכוונה תחילה ? ...". האם יש מקום לספק כי מלים אלו באות להפוך את סעיף 214(ב) וסעיף 216 כולו לגוף נורמטיבי אחד בלתי ניתן לחלוקה, כאשר כל משמעותה של הכוונה תחילה שבראשון כהגדרתה בשני ? מה עוד שעקרה בלבד לא די בה. הפרשן

11 כך, במקומות מסויימים בתורה, וביניהם גם מצוות שהוראתן פלילית, פורשה ו' החיבור במשמעות "או", למשל, שמעתי, כא, 16: "מכה אביו ואמו מות יומת" ופירש רש"י: "זה או זה". אך, כמובן, לא כל מה שהותר לחז"ל כותר לפרשני החוק הפלילי.

12 נקיים בנו ב' מדי, פד"י כ"ד (1) 561, 567 מול האות ה'.

העושה מלאכתו שלמה צריך למלא את החלל הריק ולהכניס את המלים "מלבד האמור בסעיף 214(ב), ייחשב אדם כהורג אדם אחר בכוונה תחילה...". ספק בליבנו אם היה המחוקק נכון לעשות תיקון כזה, אך אין לנו ספק כי הפרשן אינו רשאי לעשות זאת. אך, אפילו גלך ע"פ שיטת המחבר ונאמר שכל אחד מתת-הסעיפים של סעיף 216 מטפל במצב עובדתי אחר, נמצא שהשחית המחוקק מלים לריק. שכן, לפי גרסת המחבר, קובע ס"ק (ב) מבחן אובייקטיבי לכוונה תחילה ומטרתו "להוציא את מושג ה-premeditation מפשוטו הצרפתי ולקרבו להשקפת העולם האנגלית, לפיה ההורג את קורבנו באופן ספוטני ללא הרהור ושיקול בתנאים בהם יכול היה לשקול ולהרהר בדבר, יורשע ברצח" (עמ' 495), וזאת בתנאי שההמתה נעשתה בקור רוח כנדרש ברישא של ס"ק זה. ס"ק (ג) לעומת זאת, מטיל, לגרסתו, אחריות על מי שהמית שלא בקור-רוח, אלא שאיבד שליטתו בהליך של הרגוה עצמית, בתנאים שאדם סביר במקומו היה חושב ושוקל (וכאשר לא התקיימו תנאי הקינטור). מובן מאליו שע"פ פירושים אלה, אם מנוע שיבוץ ההמתה כרצח מתוך כוונה תחילה מפאת דרישת קור-הרוח לפי ס"ק (ב) תשתבץ ההמתה, למרות זאת, כרצח בכוונה תחילה מכוח ס"ק (ג), שאינו מוגבל ע"י דרישה כזו. האומנם הוציא המחוקק בס"ק (ב) מקרים כאלה ממסגרת האחריות בשל רצח, רק כדי להכניסם חזרה למסגרת זו על-ידי ס"ק (ג) ?

2.4. סעיף 216(א)

כאמור, ע"פ גישת המחבר מגדיר כל אחד מחלקיו של סעיף 216 צורה עצמאית ונפרדת של כוונה תחילה. לגבי ס"ק (א) אומר המחבר, שאין ביסוד ההחלטה, כשלעצמו, כדי לאפיין את הכוונה תחילה לעומת הכוונה הספונטנית, וכל עיקרו של סעיף-קטן זה נמצא דוקא בסיפא שלו, ומטרתו ללמדנו שגם כאשר האובייקט נשוא הכוונה הקטלנית הינו גוף קיבוצי כגון גזע או שבט, מתמלאת דרישת הכוונה תחילה, כדברי השופט ח' כהן בפס"ד שניר¹³.

אולם יש לשים לב, כי השופט ח' כהן בפס"ד שניר כלל לא עסק במעמדו של הסיפא כעיקרו של הסעיף, או בבעיית ערכם היחסי של שני חלקיו. פסק-הדין עוסק רק בסיפא של הסעיף, כי במסגרת המקרה שעמד לפניו התעורר קושי, שמציב דווקא חלק זה, בהחלת תורת הכוונה המועברת על רצח בכוונה תחילה¹⁴.

ולא רק זאת: האם בכלל נכון הוא לרוקן סעיף זה מתוכנו האמיתי, ולהשאיר בו רק את הוראת הלוואי שלו ? על מעמדם הערכי של שני חלקי הסעיף ניתן ללמוד מכך שהוראה דומה מצויה גם בס"ק (ג). כמו ששם, כפי שיסכים גם המחבר, תפלה הוראה זו לעיקרו של הסעיף, ועיקרו עוסק בהכנה האופיינית לכוונה תחילה, כך עיקרו של ס"ק (א) עוסק בהחלטה האופיינית לכוונה תחילה. ואם זהו מעמדו הנכון של הסיפא, מהו בכל זאת תפקידו של סעיף-קטן (א) כולו ? גם אם נקבל את דעתו של המחבר שאין ביסוד ההחלטה הנדרשת בסעיף-קטן (א) שום חידוש לעומת ההחלטה האופיינית לכוונה הרגילה יהא בזה רק חיוזק לדעתנו שסעיף 216 על כל סעיפיו הקטנים מגדיר

13 ע"פ 406/72 שניר ב' מד"א, פד"י כ"ח (1) 234.

14 כפי שעורר אותו השופט גויטיין בע"פ 118/53 מנדלברום ב' הורח"מ, פד"י ז' 281.

באופן מצטבר את הכוונה תחילה, ואין להפריד את דרישת ההחלטה בס"ק (א) מדרישת ההכנה — הלא היא ההליך הנפשי הקודם להחלטה — בסעיף קטן (ג). כלומר, מטרת סעיף 216 כולו היא להגדיר את הכוונה תחילה, ונמנים בו כל היסודות ההכרחיים לשם קיומה, כולל יסוד ההחלטה, שבלעדיו לא תיתכן כוונה תחילה. אין בכך כלום שגם בכוונה הספונטנית נמצא את יסוד ההחלטה, שכן זהו יסוד הכרחי של כל כוונה. אך אינה דומה החלטה זו להחלטה זו. את ההחלטה הנדרשת בסעיף 216(א) יש לקרא — לאור הקשר הבלתי ניתק בין ס"ק (א) לבין ס"ק (ג) — כמרכיב של הכוונה תחילה דוקא, כלומר החלטה שקדמו לה שיקול ויישוב הדעת.

ניתן להבין, לאור מגמתו הכללית של המאמר, את הנסיון לערער ולייתר את דרישת ההחלטה שבסעיף, אך מתמיהה ביותר ההסתמכות לצורך כך על פרופ' פלר¹⁵. אין המחבר מדייק בלשונו בצטטו, שהתנאי לקיומה של הכוונה תחילה הוא ש"יתקיימו השלבים הנפרדים של הוולדות הרעיון... יישוב הדעת... והחלטה לעשותה..." ואפילו "כהרף עין". בקטע זה התייחס פרופ' פלר למרכיביה של כל כוונה, כאשר יתכן שיתרחשו גם כהרף עין. והוא מסביר מיד בהמשך, שכאשר מתקיימים שלבים אלה בסמיכות זה לזה, הרי המדובר בכוונה ספונטנית ולא בכוונה תחילה. אך אם עדים אנו לתהליך ההתגבשות של ההחלטה — זו ההחלטה הנדרשת בס"ק (א)¹⁶.

א.3. סעיף 216(ב)

לשיטת המחבר לפיה כל אחד מתת-סעיפי 216 עוסק במקרה שונה ונפרד, מגדיר גם תת-סעיף זה צורה נוספת של כוונה תחילה, ומטרתו לייחס משמעות אובייקטיבית למונח זה¹⁷. זאת אומרת, בהתמלא הדרישות הקבועות בו הרי לפנינו רצח בכוונה תחילה ובמלים אחרות, סעיף 216(ב) קובע שמי שהרג את חברו מבלי שקונטר — רוצח. אך האמנם אפשר להטיל אחריות על סמך תנאים שליליים בלבד? ¹⁸אם למשל, לא צפה הממית כלל את התוצאה הקטלנית וגם לא קונטר סמוך למעשה, האם נאמר שהיתה כאן כוונה תחילה, בשעה שאפילו כוונה רגילה חסרה כאן? ¹⁹גישה כזו

15 הקטעים ליד ה"ש 20, 38 למאמר.

16 פלר, ה"ש 1 לעיל, עמ' 57-58.

17 ניתן לחלוק גם על הקביעה שהמבחן שנקבע בסעיף זה הוא אובייקטיבי. ייתכן שבדיקה של הוראת ס"ק (ב) תוביל למסקנה שהוראת הסעיף קובעת מבחן סובייקטיבי אישי דווקא, שהרי נאמר בסעיף "הרג אותו אדם בקור רוח... ובמסיבות שהיה באסרונו לחשוב...". He has killed such person in cold blood, in circumstances in which he was able to think". כלומר, כאשר הרוצח בעצמו היה מסוגל לחשוב ולהבין את תוצאות מעשהו, הוא ולא האדם הסביר. אין אנו מתעלמים מכך שאין זו דעת הפסיקה בענין זה, אך, לדעתנו, כאשר יש לקבוע את השלכותיו המשפטיות של גורם אמציונלי — ומצב פרובוקטיבי הוא ודאי גורם אמציונלי — קשה מאוד להכריע את דינו של אדם ע"פ מדד תיצוני אובייקטיבי. וראה פסקי דינו של השופט זילברג, ע"פ 46/54 ה"ח/מ נ' פנל, פד"י ט' 393.

17א על חוסר התרעלות שבקביעת התנאי החיובי "קור רוח" כבר עמדנו לעיל. וראה א.1.

18 וראה פלר, ה"ש 1 לעיל, עמ' 59-60. יש לציין שהמחבר עצמו לא התכוון לתוצאות מרחיקות לכת כאלה לפרשנותו ובלשונו "ובמקרים חמורים ביותר, בהם לא קדם להחלטה שום מעשה

אפשרית רק בשיטה בה סולם האחריות יורד מהעבירה החמורה ביותר – רצח – לנמוכה ביותר. ואכן, הולם סעיף זה את השקפתו של המשפט האנגלי, שבו כל המתה (תוך עשיית מעשה בלתי חוקי) נחשבת לרצח, אלא אם כן היה קינטור. אך בכל שיטת משפט הדורשת מחשבה פלילית (mens rea) כדי לבסס אחריות פלילית באופן כללי, והמדרגת את האחריות הפלילית על-ידי חרמת הדרישה באשר ליסוד הנפשי, חייב סולם האחריות להיות עולה ולא יורד. כלומר, הצורה הבסיסית צריכה להיות "לא אחראי", ורק מי שהתקיימו בו תנאים חיוביים מסויימים תוטל עליו אחריות, והתנאים להגברתה של האחריות חייבים להיות חיוביים אף הם. המחבר, אשר טוען שסעיף 216 כולו השפעה אנגלית נכרת בו, לא הבחין בכך שסעיף-קטן (ב) הוא החלק היחיד בסעיף, אשר באמת משקף את רוח המשפט האנגלי. הקינטור בסעיף זה, כמו הקינטור במשפט האנגלי, תפקידו להורות לנו שאין ליישב קינטור עם רצח. ניסוחו השלילי ("העדר קינטור") במשפטנו גובע דווקא מפני שהשיטה מחייבת הגדרה חיובית של הכוונה תחילה.

4. סעיף 216(ג)

ידוע הפירוש שנותנת הפסיקה למושג 'ההכנה'¹⁹, ולעומתו הפירוש של גישת המיעוט²⁰. על אלה מוסיף המחבר פירוש חדש: לגישתו מתייחס הסעיף למקרה שבו איבוד הממית את שליטתו על-ידי הליך של הרגוה עצמית והתרחקות (עמ' 495). הוא מסכים עם גישת המיעוט שההכנה הינה מרכיב של היסוד המנטאלי, וסיבה הוא נפשי ולא פיס, אולם פוסל את הגישה הרואה בהכנה הליך רציונאלי לקראת ההחלטה לקטול ומוכן לראות בהליך אמוציונאלי טהור – אשר סופו באובדן כוח השיפוט הדרוש לקבלת החלטה כלשהי – 'הכנה' כנדרש בס"ק (ג).

כדי לבדוק פירוש זה מן הראוי לחזור ולהזכיר, שהכוונה הנדרשת בעבירות של תוצאה – פירוש שהאדם חזה את התוצאות העלולות לצמח ממעשהו, וחפץ בהן. אולם, כפי שמסביר גלגויל ויליאמס, לצורך גיבוש כוונה פלילית לא מספיק רצון סביל שתוצאה מסויימת תתרחש. כך, כשאדם מייחל למותו של אחר אין לכך ולא כלום עם הכוונה הפלילית, אם אינו מחליט על נקיטת פעולות או המנעות מפעולות לשם מימוש רצונו²¹. להחלטה כזו המהווה יסוד של כל כוונה פלילית, קודם תמיד תהליך של גמילת ההחלטה, שהוא יסוד שכלי ומודע. למעשה, לא תיתכן קבלת החלטה ללא הליך כזה, וככל תהליך דורש גם הוא משך זמן, ולו הקצר ביותר. ומכאן גם הקביעות החוזרות ונשנות בפסיקה כי, ההחלטה וההכנה – במידה שהן הולמות את המושג כוונה תחילה שלובות זו בזו, כאשר ההכנה מתבטאת בהליכי התגבשות

מקטור והנאשם היה יכול לשלוט בעצמו (הכוונה למבחן איביקטיבי – מ.ב., ג.ו.) חספיק גם כוונה ספונטנית להרוג" (עמ' 498). אולם אם נקבל גם את שאר דבריו של המחבר ונראה את סעיף 216(ב) כסעיף עצמאי, הרי יספיק יסוד נפשי של רשלות לקיומו של רצח. זאת ע"ס לשונו של הסעיף:

"216(b) ...in circumstances in which he was able to think and realise the result of his actions..."

19 נקיים בנו' מרי, ה"ש 12 לעיל.

20 סוויסה נ' הודמ, מד"י כ"ב (2) 759. דברי השופט קיסטר; פלר, ה"ש 1 לעיל.

G. Williams, *Criminal Law*, The General Part, 2nd ed., 1961, London, p. 36 21

התחלטה²². אולם בכוונה תחילה, להבדיל מהכוונה הספונטנית, מתרחש תהליך זה בפרק זמן הניתן למדידה גם בעין בלתי מוויינת, וכולל שקילת הרעיון והפיכה בו – והוא ההכנה הנדרשת בסעיף 216.

אמנם, יתכן שההכנה הנדרשת מעצם מהותה מודעות והכרה, תלויה על-ידי מגעים ותהליכים תת-הכרתיים, אמוציונליים או אחרים, אך אלה אינם רלוונטיים להגדרתה. ההתרגשות וההתרגויות כשלעצמם, שהמחבר מוכן לראותם כהכנה, אינם יסודות המוסיפים או גורעים מקיומו של תהליך הכנה, כתהליך שכלי, אלא במידה שהם שוללים הליך שכלי כלשהו כפי שקורה בהתמלא תנאי הקינטור.

לפיכך, גם על-פי גישת המחבר, אין לך מוצא אלא באחד משניים אלה: או שה"הליך של ההרגוזה העצמית וההתרחחות" הוא הכרתי וולונטרי, ואז חלקו הדומיננטי הוא השכלי דווקא, והוא אותו תהליך של התגבשות ההחלטה, המזדהה עם ההכנה הנפשית לקראת ביצוע מעשה, ורק אותו יש לשקול בבואנו לקבוע האם היתה כוונה תחילה או ספונטנית. או שהמדובר בהליך בלתי גשלת של הצטברות כמותית של אלמנט אמוציונאלי ששיאו וסופו בהתפרצות קטלנית בלתי מבוקרת, ומצב דברים זה שולל קיומה של כל החלטה להמית, גם זו הדרושה לשם גיבוש כוונה רגילה. ולכן פירושו של המחבר המזהה הכנה עם הליך של "הרגוזה עצמאית והתרחחות" שהביא את האדם לכך ש"אבד שליטתו" אינו יכול לעמוד.

לא מתקבלת על דעתנו גם התפיסה של המחבר "שמטרת (ס"ק ג) לכלול בתוכו סוגים מרובים של כוונה תחילה" (עמ' 490), ו"א כוונה ש"תחילתה" הליך אמוציונלי טהור וסופה החלטה. האמנם קיימים סוגים מרובים כאלה? היתכן שהליך אמוציונלי שאינו מרכיב של הכוונה יהפוך אותה לכוונה תחילה מ"סוג אחר", ויחשב כמרכיב שלה כדי שגסיבות מסויימות יתאמו את הדרישה ל"תחילה"?

לאור הבנתה של ההכנה, כתהליך מודע של שקילה והרהור, אין כל קושי במקרים הקשים שמביא המחבר. דוקא במקרה של רוצח שכיר (עמ' 488) מתבטאת ההכנה כיסוד שכלי בצורה הפשוטה והברורה ביותר, ויש לזהותה עם שקילת תנאי ה"שכירות". אין כל מגיעה לכך ע"פ הסעיף, שהרי לשונו אינה דורשת אינטגינטיביות מסוימת בתהליך ההכנה וקבלת ההחלטה (היא ההסכמה לביצוע). גם במקרה השניים שהלכנו להר (שם), ולכך מסכים גם המחבר, התקבלה ההחלטה להרוג לפני המעשה, ותהליך קבלת החלטה שסיומו על פיסגת ההר, היא ההכנה הנדרשת ע"פ סעיף 216(ג).

לעומת זאת יוצר קושי סיכומו של המחבר, ש"החוק הישראלי דורש שתהיה לנאשם כוונה קטילה", אך "הליך אמוציונלי עובר ליצירת כוונה הקטילה יספיק גם הוא" (עמ' 498). לכל הדעות "יספיק" הליך אמוציונלי עובר ליצירת כוונה הקטילה, במידה שיצירת הכוונה עצמה כללה גם תהליך הכנה מודע ושקול. אולם אם התכוון המחבר לומר שהליך אמוציונאלי בלבד, עובר לקבלת ההחלטה יספיק גם הוא, חוזרת השאלה למקומה: היתכן החלטה שקדם לה הליך אמוציונלי בלבד?

22 ע"פ 69/54 מרדוסיאן נ' היוה"מ, פד"י ח' 930, 932; ע"פ 95+97/65 פאנור נ' היוה"מ, פס"ע כ"ה 163, 164; ע"פ 287/65 כהנא לנסי נ' היוה"מ, פד"י י"ט (3) 525, 527; ע"פ 293/66 מרדכי נ' נדקר, פד"י כ' (4) 322, 326: "הכנת ההריגה אחרונה ושלושה בהחלטה להרוג".

א.6. סיכום

לסיכום נעלה פעם נוספת את ספקותינו אל מול הדרך בה מפרש המחבר גורמה מן החוק הפלילי.

א. לפנינו גורמה פלילית המגדירה בצורה ממצה את המושג premeditation כיסוד מחמיר, ונאמר לנו שאין זו אלא הגדרה משלימה הבאה להוסיף על ההגדרה הרגילה, וההגדרה הרגילה מרוקנת מתוכנה.

ב. למרות שהדרך הסבירה לקרוא את שלושת תת-היסודות של ההגדרה היא דרך קומולטיבית, ובכך גם מגבילה, נדרש מאתנו לקרוא כל אחד מהם בנפרד, וזאת, שוב, ביחס ליסוד הבא להחמיר את האחריות.

ג. הפירוש המוצע של כל אחד מתת-הסעיפים, מוסיף עליהם מרכיבים שאינם קיימים בהם, ומוציא דברים קיימים למרות שהדבר מביא להפללה בעבירה חמורה יותר.

המחבר עצמו קובע כי בדרך זו מוציאים את המושג premeditation מפשוטו, ופרשנות כזו היא מרחיקת-לכת ביותר, כאשר הגישה הנכונה בתחום הפלילי היא, שאין עבירה אלא על-פי לשון החוק הברורה והמובנת לאדם סביר.

אולם לא זו בלבד, פרשנות זו אף מובילה לתוצאות בלתי מתקבלות על הדעת: כך, צרופם של המקרים המתוארים כרצח בס"ק (ב) ו-(ג) ע"פ שיטת המחבר, יוצר בפנינו את התמונה הבאה: ראובן שהמית את שמעון בקור-רוח, מבלי שהתרגז, וללא כוונה תחילה במשמעותה הרגילה – רוצח מכוח סעיף 216(ב), הבא להוסיף ולהשלים כוונה תחילה במשמעות זו; ראובן שהרג את שמעון לאחר הרגזה עצמית והתרתחות, אפילו עד אובדן השליטה העצמית וכושר השיפוט אולם מבלי שקונטר – אף הוא רוצח מכוח סעיף 216(ג), העומד גם הוא ברשות עצמו. סעיף 216(ב) ודאי שאינו דורש כוונה תחילה לשם ביסוס רצח, ומכאן, שאין שום מקרה שבו נדרשת כוונה תחילה כדי לבסס רצח.

ועוד, אם נראה כפי שגורס המחבר בכל ס"ק סעיף עצמאי העומד בפני עצמו, הרי לפנינו צורות נפרדות של כוונה תחילה, כאשר כל צורה מסירה את הסייגים של קודמתה. כך ס"ק (ב) ההופך מצב של העדר קינטור לכוונה תחילה, בוודאי סותר ומסיר את מגבלת ההחלטה – אף אם אין בה כל חידוש – שבס"ק (א), ופרשנות עצמאית של ס"ק (ג) אינה מתיישבת עם ס"ק (ב), ומסירה את דרישת קור-רוח. כלומר לפנינו סולם של סוגי כוונה תחילה, כאשר כל שלב שולל את השלב שלפניו, ואז מה נשאר מן הסולם כולו, כלום לא השימד אותו היוצר עם יצירתו?

ב. בדיקה היסטורית

1. נטל פרק זה הוא להראות את כוונת המחוקק המנדטורי כפי שהיא עולה מהרקע ההיסטורי לחקיקת כללי הרצח בפקודה.

נראה לנו שבמחקרו ההיסטורי המקיף החסיר המחבר חוליה חשובה. המחבר הטוען במאמרו שגישת המיעוט מיוסדת על מבט אל הסעיף דרך אספקלריה קונטיננטלית²³,

23 האמנם קיימת גישה קונטיננטלית אחידה המייחסת ל-Premeditation כשלעצמו משמעות מחמירה בעבירות המתה? בדיקה בקודקסים של ארצות הקונטיננטל תוכיח שאין גישה אחידה

נוקט עמדה הפוכה: יש להסתכל על הסעיף דרך אספקלריה אנגלית, ובדיקת עמדת המקורות האנגליים מלמדת לדעתו, על כוונתו לאמיתית של המחוקק. כדי לאמת מסקנה זו, בחרנו לבדוק אותה חוליה חסרה במאמר, המקשרת בין המשפט האנגלי ומשפט הארץ – הלא היא המחוקק המנדטורי.²¹

2. המחלוקת סביב הגדרת הרצח במשפט הארץ, החלה בשלבים המוקדמים של הדיונים על קבלת הפ.ח.פ. 1936. לעיני הנסחים עמד כמודל הקוד הקפריסאי משנת 1928. סעיפים 194, 197 ו-198 לקוד זה²² הגדירו את עבירת הרצח, כפי שהיא מקובלת במשפט האנגלי, תוך עקיפה מודעת של המונח premeditation כיסוד של אחת הצורות של עבירת הרצח. לאימוץ הלכה זו בארץ כמו מתנגדים מן הטעם שאין היא תואמת את המסורת המשפטית, ואת דעת הציבור הרחב; כך אמר התובע הכללי בחוות-דעת מוקדמת אשר הוגשה לנציב העליון:

[The Attorney-General's remarks on these sections are as follows:]

"I share Webb's view that the introduction of the English principles

כוז. ראה ה"ש 3 לעיל, קודכסים קונטיננטלים שאינם מתייחסים כלל לכוונה תחילה. לעומתם, קודכסים אשר מתייחסים למונח כנסיבה מתמירה בין נסיבות מחמירות אחרות, או לבדה: הנורווגי משנת 1902, ההולנדי משנת 1881, הטורקי משנת 1926, הרומני משנת 1969, הבלגי משנת 1867, הפינינדי משנת 1889, האיטלקי משנת 1930, הבולגרי משנת 1951, הספרדי משנת 1944, הפורטוגזי משנת 1886 שגם מגדיר את הכוונה תחילה, הצרפתי משנת 1810 המתייחס ומגדיר, והקודכס העותמני המתייחס ומגדיר.

24 להלן נסתמך על חיקים הנמצאים בגינוך המדינה, Palestine penal Code, J/64/31, Vol. I; Criticisms and Suggestions Re the Criminal Code-Bill, J/284/33; כן ראה: Norman Abrams, "Interpreting the Criminal Code Ordinance, 1936, The Untapped Well", 7 (1972), *Isr. L. Rev.* 25. ובייחוד ה"ש 18 שם. כל ההרגשות בחומר המצוטט להלן הן שלנו.

"194. Any person who of malice aforethought causes the death of another person by an unlawful act or omission is guilty of murder.

"197. Malice aforethought shall be deemed to be established by evidence proving any one or more of the following circumstances:

- (a) an intention to cause the death of or to do grievous harm to any person whether such person is the person actually killed or not;
- (b) knowledge that the act or omission causing death will probably cause the death of or grievous harm to some person, whether such person is the person actually killed or not, although such knowledge is accompanied by indifference whether death or grievous bodily harm is caused or not, or by a wish that it may not be caused;
- (c) an intent to commit a felony;
- (d) an intention by the act or omission to facilitate the flight or escape from custody of any person who has committed or attempted to commit a felony.

"198. Any person who causes the death of another is presumed to have wilfully murdered him unless the circumstances are such as to raise a contrary presumption."

לפרשנות היסודות של הכוונה תחילה

of the law of murder without change would be entirely out of conformity both with the legal tradition and public opinion in Palestine. It would also, I think, cause great difficulty in the work of the Supreme Court if the present rule of jurisdiction were retained and any case punishable with death had to be tried by the Court of Criminal Assize."

אולם למרות התנגדות זו אומצה ההלכה האנגלית, בתמיכתם של זקן השופטים מקדונל²⁶ ושר המושבות פסילד²⁷, בהצעת חוק משנת 1933.²⁸

הצעת חוק זו חוות בסעיפים 212 עד 217 על הוראות החוק הקפריסאי בנדון, אך מושמט בה אפילו המונח malice aforethought זאת, עקב חששות שיתורגם אף הוא לכוונה תחילה ויפורש על-ידי בתי-המשפט המקומיים, שלא בהתאם למסורת האנגלית.²⁹ במקום זאת הסתפק המחוקק בהגדרה ישירה של התנאים הנדרשים בחוק הקפריסאי לביסוס ה malice aforethought, וקבע שמשמולאו תנאים אלה, הרי זה רצח, והוציא מהכלל מקרים של קנטור³⁰. מחששנות זו שחששו האנגלים אפילו מפני השימוש במונח malice aforethought, שמא יתורגם ל-premeditation קל להסיק שהיו ערים משנה ערנות למשמעותו של מושג זה.

הצעת החוק התקבלה בביקורת חריפה. ה-Haward League for Penal Reform

"I emphasize these facts so as to impress upon Your Excellency the remarkable circumstance that in a country where homicide is exceptionally common not only is the law exceptionally tender in requiring aggravating circumstances to render the crime capital .."

"In all the circumstances I have reached the conclusion, after careful consideration that it is desirable to introduce the principles of English Law, which are straightforward, simple and effective..."

.Palestine Gaz. Extraord. No. 367, June 6, 1933

בחוות-דעתו אומר זקן השופטים:

"I agree with Mr. Justice Corrie and with the Attorney General that the term 'malice aforethought' should be avoided. It must be remembered that the Code will be translated into Arabic and Hebrew, and I certainly foresee that the difficulties anticipated by Mr. Justice Corrie will occur. In my opinion, however, his proposed new section by consolidating Sections 194 and 197 would get over these difficulties."

הצ"ח משנת 1933:

"Killing on 217. When a person who unlawfully kills another in circumstances which, but for the provisions of this section, would constitute murder, does the act which causes death in the heat of passion caused by a sudden provocation, that is to say, by any wrongful act or insult or aggravation of such nature as to deprive him of self control, and before there is time for his passion to cool, he is guilty of manslaughter."

שרק אחד ממכתביה בנושא זה נמצא בתיקים יי, דחתה את הגסיון להוסיף למשפט הנוהג מקרים שיוטל בגינם עונש מוות :

"...The executive committee of the Haward League for Penal Reform, while welcoming the proposed Codification... regrets the extension of capital punishment involved in the new definition of murder."

בעקבות חוות דעת זו, וכנראה בעקבות דברי ביקורת נוספים³², נהפכה במפתיע הצעת החוק על-פיה. בנוסחה המתוקן וזה הצעת החוק בצורה כמעט מוחלטת³³ לנוסח שבידנו. עדות ברורה באשר לכוונת מנסחיה בצורתה המתוקנת, אנו מוצאים בחילופי מכתבים בין זקן השופטים (אשר השינוי נעשה ללא ידיעתו), לבין הנציב העליון, במכתב מיוני 1934 אימר זקן השופטים :

"...Clauses 212-217

We now come to the most farreaching amendment in the draft which serves completely to alter the law of murder which, in the original draft, was like that of Cyprus, upon which it was based, assimilated to that of England. The corrected draft aims at retaining the law of murder as nearly as possible as it is in the existing Ottoman Penal Code."

זכור, בדיונים המוקדמים דגל זקן השופטים באימוץ ההלכה האנגלית, ובקשר לכך הוא מעיר עכשיו :

"I may say that the views which I expressed five years ago when this matter was first under discussion have been modified as a result of my being concerned in the administration of criminal justice in Palestine for the last seven years, and I am not as much convinced, as I was five years ago, as to the expediency of introducing the English law of murder into Palestine."

ובמכתב נוסף באותו ענין מנובמבר 1934 כותב זקן השופטים :

"it would be a mistake to alter the law as to make *unpremeditated murder a capital offence*."

להשלמת התמונה נוכל להוסיף קטעים מהערות הסבר שצורפו לה"ח בצורתה המתוקנת :

31 יש בתיקים התייחסות למכתב ביקורת נוסף של ה-H.L. for P.R., וראה גם ה"ש 18 במאמרו הג"ל של Norman Abrams, ה"ש 24 לעיל.

32 יש רמזים לכך שהלורד סמואל עמד להעלות שאילתא בענין זה בפרלמנט. כן נשלח לפחות מכתב מחאה אחד (מעו"ד עבדול לטיף סאלח) שמחה על החלת ההלכה האנגלית על בני המזרח תמי-המוג.

33 סעיף 212 הכיל חוקה הקובעת שמי שהמית חוקה שהרג ע"פ סעיף זה (המקביל לסעיף 212 שלנו). הוראה זו שונתה מאוחר יותר.

Section 212

Considerable criticism has been launched against this code on the ground that it altered the offence of murder and would possibly result in the increase of capital punishment. It has been decided, therefore, to provide that there should be as little change as possible between the existing law and the new law with regard to murder and manslaughter.

Section 214

This seeks to give effect to the existing law of murder with premeditation to which the death penalty is imposed (of articles 170 and 174 O.P.C. as amended and re-issued on 6th Jemasi'ul Akhir 1329).

Section 216

This is complimentary to new section 214 and seeks to define premeditation. This is by no means easy as there are a number of decisions on the point none of which, however, can be regarded as "leading cases."³⁴

לסיכום החומר, זאת תמציתו הבאנו כאן, והמדבר בעד עצמו, אין לנו אלא להדגיש הדברים הבאים:

- (א) כאשר ניגש המחוקק המנדטורי לניסוח הגדרת הרצח אמנם היה בכוונתו לאמץ את הגישה האנגלית, אולם בעקבות ביקורת חריפה שנמתחה על הנסחים נעשה שינוי קוטבי, אבל מודע ותכליתי, בהצעת החוק. בשינוי זה אומצה הכוונה תחילה במשמעותה הרגילה.
- (ב) אין הפרשנות בפלילים וקוקה לבדיקה היסטורית, ואף אינה רשאית להסתמך עליה כאשר היא סותרת את לשונו הברורה של הכתוב. אך מאחר שהסתמך המתברר על מקורות היסטוריים לביסוס התזה שלו, ראינו צורך לבצע בדיקה זו, והעלינו שמסקנותיה תואמות את הפרשנות הפשוטה והדווקנית של סעיף 216.

34 מקטע זה ניתן ללמוד על מניעי המחוקק בפרטו את המונח Premeditation.

הערה נוספת לפרשנות היסודות של כוונה תחילה

תשובת פרופ' אנקר למאמרם של נ' וילנסקי ומ' בס

אני מודה לעורכי "משפטים" על ההזדמנות להשיב על הרשימה "לפרשנות היסודות של הכוונה תחילה" שנכתבה כתגובה למאמרי. אסתפק במספר הערות קצרות.

(1) נכון הדבר שבפסק-דין נעים בנו אמר השופט אגרנט שהמלים "is deemed" שבסעיף 216 מראות שההגדרה שבסעיף זה ממצית, ונפלא ממני איך אילן גדול זה טעה בכגון דא. עיין בספרים מן הסוג של Words and Phrases יגלה דוגמאות לכך שה- שימוש בביטוי זה הינו בדרך כלל להגדרה משלימה ופיקטיבית. במאמרי נתתי מספר דוגמאות נוספות לכך מתוך פקודת החוק הפלילי עצמה.

(2) עיקר טיעונם של המחברים היה נגד דרך הפרשנות בה נקטתי. לדעתם, סעיפים 214(ב) ו-216 ברורים וחד-משמעיים, ואין להעזר בחומר היסטורי או בכל כלי פרשנות אחר להבנתם. לאור הנאמר בסעיף (1) למעלה, ולאור המספר הרב של דפים על גבי דפים של מחלוקת שנכתבו (ומן הסתם עוד ייכתבו) על סעיפים אלה, נמנע ממני להבין איך ניתן לטעון שאין לנו כי אם לפרשם כפשוטם. על המנסה להבין ולפרש סעיפים אלה לעמוד תחילה על המטרות שהעמיד לעצמו המחוקק ורק אז יוכל לברור בצורה נכונה בין ההצעות המתחרות. לצורך זה יש להעזר בספרות הכללית מעולם משפטו של המחוקק המנדטורי העוסקת בנושא. נכון שהצעתי לפרש את החוק מתוך אספקלריה אנגלית במקום קונטיננטלית. אין פלא בכך; המחוקק שלנו היה אנגלי. (3) לא הבאתי במאמרי מתוך travaux préparatoires של החוק בשלטון המנדט כי לא מצאתי בהם חומר המאיר על כוונת המחוקק. כולנו יודעים שתחילה הוצע המחוקק להעתיק את החוק המקובל האנגלי ברצת מתוך הקוד הפלילי של קפריסין ורק תחת ביקורת חריפה נסוג מכוונה זו. אך אין בכך הוכחה שנוסחתו הגיעה עד לקצה השני – של אימוץ מלא של מבחן ה-premeditation כמשמעותו בחוק הצרפתי. מסתבר לא פחות שכוונתו היתה לפשרה בין השניים. דעה זו, המקובלת על הפסיקה, מתחזקת בהרבה לאור העובדה שבבואו להגדיר את המושג premeditation הניח המחוקק את ההגדרה הפשוטה של החוק הצרפתי וטרם ליצור הגדרה חדשה משלו, הגדרה אשר כפי שהראיתי נדלית ברובה מן הספרות האנגלית שבקרה מבחן ה-premeditation בהגדרתה הצרפתית.

(4) אין להסיק מסקנה כלשהי מכך שבמכתב אחד בחומר זה נאמר שסעיף 216 "seeks to define premeditation", גם אם מדגישים את המלים "to define" על-ידי מתיחת קו תחתיהן. כל אחד מסכים שסעיף 216 נותן הגדרה ל-premeditation. השאלה היא אינו מין הגדרה, ממצית ומצטברת או משלימה. כמו-כן אין להסיק מן ההערה בהתכתבות עם זקן השופטים שמטרת המחוקק היתה לחולל "as little change as possible" שהמחוקק נצמד לחוק שקדם לפקודה. אדרבא, מכך משתמע שהמחוקק אכן שינה משהו מן החוק הקודם, אך היקף השינוי אינו ברור. מלים אלו מגלות טפח ומכסות טפחיים, מה פירוש "as little change as possible"? הרי היה possible

לא לשנות מאומה. יש להבין את ההתכתבות, ובמיוחד ניסוח מתחמק ובלתי־מחייב זה, על רקע רוגזו של זקן השופטים שהסינויים בסעיפים הדגים ברצח נעשו ללא התייעצות עמו. (5) אין זה נכון שלפי גישתי אין כל הבדל בין כוונה רגילה לכוונה תחילה. כוונה הינה מושג הבא לתאר את עמדתו של אדם כלפי מעשיו ומידת הזדהותו והשלמתו עמם. בכך ניתן המושג כוונה להדרגה מן הכוונה הקלה ביותר כגון צפיית התוצאה כוודאית ועד להזדהות מלאה עמה, הנקראת בלשון הספרות "הפץ בה". בקבעו את ה־premeditation כמבחן לעבירת רצח, דרש המחוקק שיחקיקים יותר מן הכוונה המינימלית העולה כדי כוונה רגילה. אך תוספת זו אינה פונקציה של הכרונולוגיה אשר הובילה לביצוע העבירה כי אם של מידת הזדהותו הנפשית של הרוצח עם תוצאות מעשיו. נטל מאמרי היה להראות שתפקיד סעיף 216 היה לחולל תמורה זו בהבנת premeditation בהתאם לתפיסת העולם האנגלית אשר באה לידי ביטוי בספרות האנגלית שדנה בנושא.

במקרים מסויימים, כמפורט במאמרי, באים תת־סעיפי סעיף 216 להוציא premeditation ממשוטה ולהחמיר על הנאשם. אך לפי גישתי שאין בסעיף 216 הגדרה ממצית ל־premeditation, נשארת משמעותה הרגילה של המלה נקודת המוצא לפרשנותה וליישומה לכל מיני מקרים קונקרטיים אחרים שאינם נכללים בסעיף 216. במקרים אלה יצטרך השופט לפרש premeditation ללא הנחיית המחוקק וכאן יכול להיות שהתפתחות החשיבה המשפטית תביא לפירוש אשר יקל על הנאשם. למשל, גישתי משחררת את בית־המשפט מתלותו המוחלטת במבחנים האובייקטיביים של סעיף 216(ב) בכל מקרה אחר ומאפשרת מידה גדולה יותר של סובייקטיביות בסוגיית הקנטור מאשר זו המקובלת עד עתה. ובאותה מידה, לא תהיה סוגיית האחריות המופתחת תלויה יותר בדרישה שמקור הגורם השולל את קיום "דם קר" יהיה מחוץ לנאשם. בית־המשפט יוכל אז להתמודד ישירות עם השאלה באם אדם חלקי בנפשו במידה שאינה פוסלת אותו לחלוטין יכול ליצור אותה כוונה מעמיקה הנקראת premeditation, כפי שאמנם עשה זאת בית־המשפט העליון של קליפורניה בהצלחה רבה בענין *People v. Wolff*, 394 P. 2d 595 (1964).

ניתן להוסיף דוגמאות על אלו אבל זה נושא למאמר נפרד.

(6) הנאמר בסעיף הקודם הוא התשובה, אם יש כלל צורך בתשובה, לטענה שיש לפרש את החוק פירוש דווקני המיטיב עם הנאשם. כמעט ניתן לומר שאין כיום דוק־טרינה הדורשת פירוש דווקני. יש לפרש חוקים, כולל חוקים פליליים, בהתאם לכוונת המחוקק ובהתאם למטרה החברתית אשר המחוקק שם לפני עיניו. ראה, למשל, ע"פ 50/71 בר שלום נ' מדינת ישראל, פד"י כ"ה (1) 679. בין כה וכה, הפירוש שהצעתי במאמרי אינו מוצע כדי להחמיר עם הנאשם או כדי להקל עמו. באתי להציע הבנה חדשה של premeditation אשר תביא לתוצאות טובות יותר, לפעמים לרעת נאשם זה ולעיתים לטובת נאשם אחר. לדעתי, הבנה חדשה זו מקורה בספרות האנגלית והיא מעוגנת בסעיפי החוק.

(7) לא מצאתי כל התייחסות בתשובה לטענתי בעמ' 85-483 שהסיפא של סעיף 216 מורה במפורש שיצירת כוונה תחילה אינה פונקציה של זמן. כפי שהראיתי שם, הוראה זו מבוססת על ההתפתחות הדומה בפסיקה האמריקאית ואין לה כל יסוד בגישה הצרפתית לסוגיית premeditation.