

על הניסיון לרצח במשפטנו *

(ע"פ 155/59 זרעי נ' היוה"מ, פ"ד יד 234)

א. עובדות הפסק

ימים ספורים לפני עשיית העבירה נשוא הפסק התחתן המתלונן עם אשתו לשעבר של המערער. מעשה זה עורר את קנאתו של המערער, אשר התבטא כי מסיחים אותו "להרוג, לעשות מעשה רע". סמוך למעשה הגיע המערער, כשהוא מזוין ברובה, אל הבית שבו היה מצוי באותה שעה המתלונן וקרוב למרחק שלושה מטרים מפתח הבית. באמצעות בעל הבית הזמין המערער את המתלונן לצאת החוצה. בעת שהמתלונן קרב אל פתח דלת הבית, צעקה אשת בעל הבית צעקת אזהרה ובעל הבית דחף את המתלונן הצידה. אותו זמן ירה המערער ירייה וזו פגעה במשקוף הצמוד לפתח הבית. זמן קצר לאחר המעשה אמר המערער לאיש משטרה כי הוא יודע שעשה דבר לא טוב כשניסה לרצוח את סימי (האשה) ומרדכי גיגי (המתלונן).

בית המשפט המחוזי, שבפניו נדון עניינו של המערער, אימץ לעצמו את השקפת השופט אגרנט בע"פ 205/58, לפיה העבירה לפי סעיף 222(א) לפקודת החוק הפלילי, 1936, מתקיימת, כאשר נעשה מעשה שלא כדין שיש בו משום ניסיון לגרום למותו של אדם אחר מתוך כוונה רגילה לגרום למותו, ואין הסעיף דורש את קיומה של "כוונה תחילה" כהגדרתה בסעיף 216 לפקודת החוק הפלילי; דהיינו, די ב"כוונה רגילה" להמית אדם ואין צורך ב"כוונה תחילה", כצורה של כוונה מיוחדת. בא-כוח המערער ביקש לתקוף השקפה זו ולהעמיד לדיון את שאלת מהות היסוד הנפשי בעבירה לפי סעיף 222(א) לפקודת החוק הפלילי — כוונה לגרום מוות ותו לא, או כוונה לגרום מוות (אשר כמוה כיסוד ההחלטה בסעיף 216(א)) בצירוף שני היסודות הנוספים שבהגדרת ה"כוונה תחילה": "הכנה" ו"העדר קינטור", או כוונה לגרום מוות בצירוף הנסיבות שבסעיפים 214(א), (ג), (ד).

ב. הקביעה המשפטית ונימוקי הנגד

בית המשפט העליון, מפי השופט אגרנט, הוסיף לדבוק בהשקפה הראשונה, לפיה די בכוונת קטילה ממשית. בפתח הנמקתו מביא השופט אגרנט את הנימוקים נגד השקפתו (להלן: ההשקפה הראשונה) ובעד ההשקפה האחרת. ואלה הנימוקים, תוך שינוי סדר הופעתם:

- * חובה נעימה היא לי להביע תודה עמוקה לפרופ' ש"ז פלר ולמערכת משפטים, ובמיוחד למר ישראל גלעד, על הערותיהם המאירות עינים לגירסת הראשונה של רשימה זו.
- 1 ע"פ 205/58 זינו נ' היוה"מ, פ"ד יג 313.
- א1 לאחר כתיבת הרשימה נכנס לתוקף חוק העונשין, תשל"ז-1977, ובמקום סעיף 222 לפקודת החוק הפלילי, 1936, בא סעיף 305 לחוק העונשין.

- (א) כותרת השוליים של סעיף 222(א) היא: "נסיון לרצוח" ("attempt to murder") ועבירת הרצח לפי סעיף 214(ב) מחייבת "כוונה תחילה"².
- (ב) תוצאת ההשקפה הראשונה היא, שאין כל הבדל בין העבירה של ניסיון להריגה, לפי סעיף 212+29(ב)³, ובין העבירה של ניסיון לרצח לפי סעיף 222(א), והרי המחוקק קבע בגיגון עונשים שונים – בגין הראשונה 14 שנות מאסר ובגין השנייה 20 שנות מאסר (לפי התיקון בסעיף 2 לחוק לתיקון דיני העונשין (דרכי ענישה), תשי"ד-1954) ובכך גילה את דעתו (או ליתר דיוק: חיזק את גילוי דעתו), שמדובר בעבירות נפרדות.
- (ג) תוצאה נוספת של ההשקפה הראשונה היא, שהעבירה לפי סעיף 222(א), שמבחינת מהותה לפי השקפה זו היא ניסיון להריגה, נושאת עונש השווה לעונש שבגין העבירה המושלמת של הריגה.
- חרף הנימוקים האלה, נשאר השופט אגרנט דבק בהשקפה שביטא בע"פ 205/58⁴ והוא משתית אותה על הטעמים שיובאו להלן.

ג. הנמקה לשונית-ניסוחית

בנוסח סעיף 222(א) אין זכר ליסוד של "כוונה תחילה". יש להניח, כי המחוקק קבע לגבי שתי העבירות שבסעיף 222(א) ו-222(ב) יסוד נפשי זהה והיסוד הנפשי הזה מצוי במפורש בס"ק (ב) לאמור: "with intent unlawfully to cause the death of another". לעומת נוסח זה של היסוד הנפשי שבסעיף 222 השתמש המחוקק בסעיף 223 בלשון שונה: "attempts to commit murder", המלמדת כי בסעיף 223, ורק בו, נדרשת התקיימותם של כל היסודות שבעבירת הרצח, כולל היסוד הנפשי. מנוסח סעיף 223 ומן השוני שבנוסח הסעיפים 222 ו-223 מתבקש להסיק כי בעבירה לפי סעיף 222 הסתפק המחוקק בכוונת קטילה רגילה; אחרת אין להבין את ההבדל בניסוח הסעיפים ואף לא את הצורך בעבירה שבסעיף 223.

מן הניתוח דלעיל מסיק השופט אגרנט על-פי לשונו הברורה של סעיף 222(א) ותוך השוואתו לסעיפים 222(ב) ו-223, כי העבירה לפי סעיף 222(א) מסתפקת בכוונת קטילה רגילה, לנוכח מסקנה זו אין מקום להיעזר בכותרת הפרק ובכותרת השוליים: כאשר ניתן לעמוד על טיב העבירה מתוך הסעיף שבו נקבעה אין להיעזר בכותרות (ראה קלי נ' היוה"מ⁵).

ד. הנמקה עניינית והתייחסות לנימוקי הנגד

- התוצאה של קביעת שתי עבירות בעלות מרכיבים זהים, שבצידן עונשים שונים, תוך מתן שיקול דעת לתביעה הכללית לבור את הסעיף ההולם, היא אפשרית הן מבחינה
- 2 בפסק הדין נעשה אמנם שימוש במושג "מחשבה תחילה", אולם במשמעות של "כוונה תחילה".
 - 3 שכן "קיימא לן – בואת הודה גם נציג היועץ המשפטי – שגם העבירה הזאת מצריכה את הוכחת הכוונה הממשית להרוג" (שם, בעמ' 237).
 - 4 ראה הערה 1, לעיל.
 - 5 ע"פ 187/57 קלי נ' היוה"מ, פ"ד יב 1009, 1014.

על הניסיון לרצח במשפטנו

תיאורטית לפי הדין נ' היה"מ⁶ והן מבחינה מעשית: מחד גיסא, מגמת ההרתעה בעבירה של ניסיון לרצח מקבלת משמעות מיוחדת וחריפה נוכח הסכנה שהעבריינין ישאף להשלים את זממו לאחר שנוכח לדעת כי דרך הגשמה מסוימת שבה נקט היא בלתי צליחה, וזאת כדי למנוע את אפשרות זיהויו על-ידי הקרבן. מגמה זו מזליכה לקראת עונש חמור ואחד לכל מי שניסה לקטול חיי אדם. מאידך גיסא, יש להבדיל בין דרגות חומרה שונות שבמעשי ניסיון שונים מבחינה מוסרית (מנסה אשר הדל מניסיונו מתוך חרטה, לעומת מי שניסיונו הוכשל על-ידי התערבות זרה) ומבחינת הסכנה הטמונה בהם (בין ניסיון בלתי צליח, כאשר הכשלון הוא אינהרנטי ובלתי נמנע מראש, ובין ניסיון צליח שנכשל לאחר שהחל בביצוע זממו). שיקול זה מכתוב הבחנה בין המקרים השונים בהתאם לדרגות החומרה השונות ותוך מתן ביטוי למגמה לעודד חרטה ורתיעה מצד המנסה גם לאחר שהחל בביצוע זממו.

הפתרון של שתי עבירות זהות במרכיביהן ושונות בעונשיהם תוך הפקדת אפשרות הבחירה בידי התביעה הוא דרך של פשרה, שבה נקט המחוקק, בין שני השיקולים הסותרים האלה. מגמת החמרה שנוכרה לעיל (השיקול הראשון) היא שהולידה את הויתור על הדרישה של הוכחת כל היסודות שבעבירת הרצח: יסודות ה"כוונה תחילה" לפי סעיף 214(ב) או הנסיבות שבסעיפים 214(א), (ג) ו-(ד).

זהות העונשים בין ניסיון להריגה ובין הריגה אינה צריכה לעורר "פליאה": בעוד שבעבירת הריגה מתמלא היסוד הנפשי כאשר היה הנאשם עד לסכנה הטמונה בהתנהגותו לחייו, לבריאותו או לשלימות גופו של הקרבן ואין נדרש רצון במות הקרבן, הרי בניסיון להריגה נדרשת כוונה קטילה. זהו ההסבר לכך, שהמחוקק העמיד את חומרת העונש בגין ניסיון להרוג על מדרגה אחת עם העבירה המושלמת של הריגה.

לדעתנו, הקביעה המשפטית שבפסק טעונה בחינה ובדיקה – הן ביחס להיבט הלשוני-ניסוחי והן באשר להיבט המהותי-ענייני, אולם נקדים לבדיקה זו התייחסות למצב המשפטי שקדם להלכה זו, לערכה ההלכתי ולגפוקתה המשפטית.

ה. המצב המשפטי שקדם לפסק בעניין דרעי

השופט אגרנט מציין כי העמדה בה נקט בעניין זינו, כמוה כעמדתו בעניין הנדון, אינה עולה בקנה אחד עם פסק הדין בעניין מתאנה⁷ ועם פסק דינו של השופט חשין בעניין זינו⁸, שבהם נקבע כי הכוונה הנדרשת בעבירה לפי סעיף 222(א) לפקודת החוק הפלילי היא הכוונה הנדרשת בניסיון לרצוח, דהיינו מלוא היסוד הנפשי הנדרש לצורך הרשעה ברצח. אומר השופט אגרנט: "נוכח פסקי הדין האמורים, יתכן ולא הייתי מוצא עוון נפשי להביע בשלב כה מאוחר את דברי ההסתייגות שהוזכרו לעיל...". אולם, לדעתו, מצויה בפסיקה גם דעה סותרת, והיא שהניעתהו להסתייג מן הפסקים הנ"ל. דעה זו מופיעה, לגירסתו, בע"פ 61/51 אבו גוש נ' היה"מ⁹ ובע"פ 216/56 יתום נ' היה"מ¹⁰. לדעתנו, אין למצוא בפסקי הדין האלה אחיזה ברורה לדעה זו.

6 ע"פ 117/50 חרד נ' היה"מ, פ"ד ה' 1413, 1426.

7 ע"פ 272/55 היה"מ נ' מתאנה, פ"ד י' 142.

8 ראה הערה 1, לעיל.

9 ע"פ 61/51 אבו גוש נ' היה"מ, פ"ד ה' 1249.

10 ע"פ 216/56 יתום נ' היה"מ, פ"ד יא' 592.

1. עניין אבו גוש

בנסיבות המקרה לא עלתה כל טענה של קנטור וברור גם, שהיתה "הכנה" במובנה לפי פסיקתו של בית המשפט העליון כ"יסוד פיזי": המערער הכין פגיון זמן קצר לפני ביצוע הפשע, נשאו עמו, חיפש אחר הקרבן, ולאחר שמצאו חלד יחד עמו כברת דרך, הוציא את הפגיון מגדנו ודקר את המתלונן פעמיים. יוצא אפוא, כי השאלה היחידה שהיתה שנויה במחלוקת היתה, אם בכלל היתה כאן כוונה להמית, או שמא כל מטרתו של הנאשם היתה לגרום חבלה גופנית בלבד, כפי שאכן גרם. כלומר, השאלה לא היתה בין איזה ניסיון להמתה ולפי אינו הוראה שבדיני העונשין יש לבחור, אלא בין העבירה המושלמת של גרימת חבלה ובין ניסיון כלשהו של המתה. לא ייפלא כי כך בדיוק הציג השופט את השאלה הטעונה הכרעה¹¹, מבלי להיכנס כלל לשאלת מובנו ופירושו של סעיף 222(א).

בית המשפט המחוזי הגיע אל המסקנה ש"הנאשם החליט לרצוח את המתלונן בכוונה תחילה...".¹² ואילו השופט זוהר נמנע במפורש מלדון ולהכריע בשאלה המשפטית שנידונה בעניין דרעי. בהתייחסו לבית המשפט המחוזי הוא אומר: "ובנתחו את העובדות הוא מתייחס לאלו הדנות, לצורך או שלא לצורך, באלמנט של הכנה [...] לצורך או שלא לצורך באלמנט של קור רוח והעדר קנטור"¹³. הניתוח המפורט של השופט זוהר לעניין ההבחנה בין כוונה ממשית ובין כוונה קונסטרוקטיבית או פוזיות אינו תומך דווקא בעמדה שהשופט אגרנט מייחס לשופט זוהר, שכן זהו ניתוח מיותר — בין אם גורסים כשופט אגרנט כי סעיף 222(א) דורש כוונת קטילה רגילה ותו לא, ובין אם גורסים כי, נוסף לכוונת הקטילה, דורש סעיף 222(א) גם קיום שאר יסודות ה"כוונה תחילה". גם מדבריו של השופט חזין אין להסיק את פירושו של השופט אגרנט לסעיף 222(א). ביקורתו של השופט חזין על בית המשפט דלמטה היתה, שכלל ברשימת הנסיבות מהן למד על התקיימות היסוד הנפשי בעבירה לפי סעיף 222(א) נסיבות המתייחסות לעניינים שונים: זהות המבצע, "הכנה" וכוונה להמית ודן בהן במקובץ, לאמור: אילו היה השופט מפריד ומבחין הפרדה עניינית בין הקבוצות השונות של הנסיבות ומסיק מכל קבוצה את המסקנה הראויה, לא היה פסול במסקנותיו¹⁴. הביקורת היא אפוא על דרך ניתוח העובדות ולא על יעד הגיתות. לו גרם השופט חזין כגירסת השופט אגרנט, לא היה מבקר את הסקת המסקנות מכל הנסיבות כאחת, אלא את עצם ההתייחסות לנסיבות בלתי רלוואנטיות, כגון אלה המתייחסות ל"הכנה", ולא היה מותיר ללא הסתייגות את יעד הבירור המשפטי כפי שהציבו בית המשפט המחוזי.

2. עניין יתום: "פודינג הציעה — לומינל הגישה"

מדובר בניסיונה של חברת קיבוץ להרעיל חבר קיבוץ אחר בעזרת לומינל שהושם

11 "האם צדק השופט המלומד בהגיעו לידי המסקנה כי בפעולתו של המערער היתה כוונה להרוג את המתלונן". הערה 9 לעיל, עמ' 1251.

12 שם, עמ' 1254.

13 שם, עמ' 1255.

14 שם, עמ' 1257.

על הניסיון לרצח במשפטנו

בפודינג. ביום המעשה נטלה הנאשמת, ככל הנראה, מחדר התרופות צנצנת לומיגל — מעשה "הכנה" פיוי מובהק, שלא לדבר כבר על הפעולות הקודמות להגשת הרעל, כגון הוצאת הלומיגל מן הצנצנת והכנסתו לפודינג. ואכן, כך התייחס לכך גם בית המשפט המחוזי: "היתה [כאן] הכנה של פודינג במטרה להגישו לאכילה לבן אדם כשיש בו לומיגל בכמות המספיקה להמית בן אדם והוא הוגש במטרה להמית או בלא אכפתיות"¹⁵. ניתן גם ללמוד, כי התלוותה להכנה הפיזית — או קדמה לה — הכנה נפשית, בדבריה של הנאשמת לחברי קיבוץ במועד שקדם לניסיון הרצח: "אינכם יכולים לשער איזה כוחות אגרסיביים מתעוררים בי. הגעתי אפילו למחשבת רצח". לא היה שמץ של אחיזה לטענה של קינטור, ועל רקע זה יש להבין את ההתמקדות בבעיה: האם התכוונה המערערת לגרום למיתתו של המתלונן, נוכח קביעתו של בית המשפט קמא, כי ניתן לקיים את היסוד הנפשי, גם ביחס של "אי אכפתיות" בנוגע לתוצאה הקטלנית האפשרית. יש לזכור, כי הפסק נכתב בידי השופט חשין בין מתאנה ובין זינג, שבהם הביע את ההשקפה הנוגדת להשקפתו של השופט אגרונט. ההשקפה הנוגדת קנתה לה אחיזה כבר בתקופת המנדט לא רק בפסק הדין המאוזכר בעניין דרעי: אבן שהיה נ' היהודים¹⁶, אלא גם בפסקי דין נוספים¹⁷.

יוצא, לפיכך, שאין לגרוס כי לפני מתן פסק הדין בעניין דרעי השתקפו בפסיקה המקומית דעות סותרות בשאלה בה עסקינן, למעט השקפתו של השופט אגרונט, שהובעה בעניין זינג.

ו. ערכה ההלכתי של הקביעה ונפקותה המשפטית

בדיקת העובדות בעניין דרעי מעלה, כי גם כאן החקיימו היסודות של "הכנה" ו"העדר קנטור מידי", כפי שפורשו על-ידי בית המשפט העליון. (תנועת הנאשם אל בית המתלונן כשהוא מזוין בנשק, הזמנת המתלונן לצאת החוצה וההכנות המתלוות לכל פעולת ירי מהוות "הכנה", מה גם שהמערער התבטא לפני הירי כי מסיתים אותו להרוג; נישואי המתלונן עם אשתו לשעבר של המערער, אם בכלל ניתן לראות בהם קינטור, ודאי שאינם בגדר קינטור מידי.) במחלוקת היתה, שוב, השאלה אם בכלל היתה כאן החלטה להמית. אם אכן היתה החלטה כזאת, לא התעוררה כלל הבעיה אם ניתן להסתפק בכוונה רגילה או נדרשת כוונה תחילה דווקא, שכן, כאמור, נתקיימו שאר היסודות של ה"כוונה תחילה". לפיכך, דומה כי השאלה המשפטית שנדונה בדרעי לא היתה טעונה הכרעה באותו משפט. אם היתה בדרעי הלכה הפוכה, לא היה בכך כדי לשנות את תוצאות הפסק. ספק אם יש לראות בקביעה המשפטית בדרעי, תרף הניתוח הרחב והמעמיק שהוליד אותה, "רציו דסידנדי" במשמעות הדווקנית של המושג¹⁸.

לאור הלכתו הפסוקה של בית המשפט העליון, לפיה יסוד ה"הכנה" שב"כוונה תחילה"

15 הערה 9 לעיל, עמ' 594.

16 A.A. 86/43 Abu Shehaden v. the A.G. [1943] A.L.R. 692

17 A.A. 33/42 Ibrahim v. the A.G. [1942] S.C.J. 246; A.A. 151/42 Abu Ramadan v. the A.G. [1942] S.C.J. 710

18 J. Salmond, *On Jurisprudence* (London, 12th ed. by P. J. Fitzgerald, 1966)

הוא יסוד פיזי טהור, שהתממשותו יכולה להיות גם חלק מביצוע הרצח גופו¹⁹, שמשמעותה ביטול או כמעט ביטול של יסוד זה כיסוד עצמאי²⁰, מצטמצמת הנפקות המשפטית של הקביעה בדרען, כמובן במידה שיש לקביעה שם נפקות משפטית עקרונית וכללית, ליסוד של העדר קינטור מידי. לפי הקביעה בדרען, העבירה לפי סעיף 222(א) נעברה גם כאשר המעשה געשה מתוך קינטור מידי.

לעומת זאת, על-פי הפיסתו של פרופ' ש"ו פלר, הרואה ב"הכנה" יסוד נפשי הקודם לביצוע ושמשמעותו הרחוקה וסקילה ביישוב דעת אשר הולידו את ההחלטה לרצוח²¹, תהא לקביעה המשפטית בדרען משמעות רחבה יותר, שכן לפיה לא צריך יהיה להוכיח גם את יסוד ה"הכנה" במסגרת הוכחת היסוד הנפשי בעבירה לפי סעיף 222(א). כן עולה מן הפסק בעניין דרען, כי תהא זו עבירה לפי סעיף 222(א) גם בהעדר הנסיבות המפורטות בסעיפים 214(א), (ג) ו-(ד) — ובלבד שהיתה כוונת קטילה; כלומר, אין די בחוות אפטרות כל תוצאה קטלנית. יוצא מכאן, כי בעוד שהיסוד הנפשי הנדרש בסעיף 222(א) מופחת בהשוואה ליסוד הנפשי הנדרש בסעיף 214(ב), הוא מוגבר ביחס ליסוד הנפשי הנדרש בסעיפים 214(א), (ג) ו-(ד).

ז. תמצית הביקורת

השופט אגרונט קובע, כי סעיף 222(א) מתייחס הן לניסיון להריגה והן לניסיון לרצח וכי בשני המקרים די בכוונת קטילה רגילה²². למסקנה זו הגיע, כאמור, בעיקר תוך בדיקת לשונו של סעיף 222(א) והתייחסות השוואתית לסעיפים 222(ב) ו-223. לדעתנו, הפגם בניתוח פרשני זה נעוץ בהעדר התייחסות לעבירת הניסיון שבסעיף 222(א) כאל צורה נגזרת של עבירה עיקרית. בהתחשב בטיבו של הניסיון כצורת נגזרת, מתבקש ומתחייב לאתר תחילה את "עבירת-האם". לו זו היתה נקודת המוצא של הפסק, לא ניתן היה לקבוע כי הוראת סעיף 222(א) ברורה, שכן ההוראה דנה בניסיון, אך אין היא מגלה מהי העבירה המושלמת, שממנה נגזר הניסיון. הניתוח צריך היה להיות מוקדש לגילוי נעלם יסודי זה מאחר שכאשר הוראת חוק הדנה בניסיון אינה נוקבת ביסוד הנפשי הנדרש בה, הנתתיב למציאת היסוד הנפשי חייב לעבור דרך העבירה המושלמת. במסגרת איתור העבירה המושלמת התחייבה התייחסות לסעיף 29 ולמקורות עזר פרשניים, כגון כותרת הפרק, כותרת השוליים, מקורו ההיסטורי של הסעיף.

בסוף דרכו הפרשנית של השופט אגרונט מוזכרות שתי הוראות חוק: סעיף 29(ב) וסעיף 222(א) שהן שוות במרכיביהן, אך שונות בעונשים הקבועים בצידן. לא זו בלבד שוו תוצאה קשה, תמוהה ונגזרת את עיקרון החוקיות, אלא שהיא גם סותרת את דברו המפורש של המחוקק, אשר קבע בסעיף 29 כי הוראות אותו סעיף תעמודנה "מלבד

19 ע"פ 396/69 בנו נ' מ"י, פ"ד כד (1) 564, 565, 566.

20 שם, עמ' 572: "אכן, אם יהיה מי שישאל: האם כלל יתכן — נוכח הגישה האמורה — מקרה כלשהו, בו הוכחו יסודות 'ההחלטה' ו'העדר קנטור מידי' ואעפ"כ, לא הוכח יסוד ה'הכנה', כי אז תהא התשובה: אמנם אין לשלול אפשרות שכזאת, הגם שהיא עשויה להתגשם רק במקרים נדירים".

21 ש"ו פלר, 'ה'הכנה' כיסוד הכוונה תחילה' הפירקליט ו (תש"ל) 51.

22 פס"ד דרען, עמ' 245 מול האות ז, עמ' 246 מול האות א.

על הניסיון לרצח במשפטנו

אם נקבע בחוק זה עונש אחר". מאחר שמקביעתו של השופט אגרנט יוצא, כי בסעיף 222(א) נקבע עונש אחר לאותה עבירה שהיא נשוא סעיף 29(ב), מתבטלת הוראת סעיף 29(ב). יוצא אפוא, כי פירוש זה עושה פלסטר את הוראתו המפורשת והמיוחדת של המחוקק בסעיף 29(ב). יוצא, כי המחוקק פעל כמתעחע: קבע עונש בגין ניסיון הריגה בסעיף 29(ב), קבע עונש אחר לאותה עבירה בסעיף 222(א), כאשר ההוראה בסעיף 222(א) שוללת את תוקף ההוראה בסעיף 29(ב) ונמצא המחוקק משהח דבריו בסעיף 29(ב) לריק, בנוסח: אמרתי—לא אמרתי". האם לא מתחייבת מכאן המסקנה כי מרכיביו של סעיף 222(א) אינם זהים עם אלה של סעיף 29(ב) ?

ה. דעה אחרת

הדרך הפרשנית המוצעת על-ידינו תכליתה למצוא את העבירה המושלמת שממנה נגזר הניסיון שבסעיף 222(א). החיפוש, הנעזר, כאמור בסעיף 29, בכותרת הפרק, בכותרת השוליים ובמקורו ההיסטורי של הסעיף, מוליך למסקנה כי מדובר בסעיף 222(א) בניסיון לרצח כהוראה ספציפית הדוחה את הוראות סעיף 29. טיב היסוד הנפשי בעבירה של ניסיון לרצח שאוב מן התפיסה הכללית על אודות הניסיון והמתבקש ממנה לגבי היסוד הנפשי בניסיון. על-פי תפיסה זו, נדרש בניסיון לרצח מלוא היסוד הנפשי הנדרש בעבירה המושלמת של רצח. אין כל הצדקה ל"קצץ" ברכיב היסוד הנפשי בניסיון, כאשר לפי הגדרתו ועצם מהותו היסוד האובייקטיבי שבו חסר ובלתי שלם, ואף מקובל לומר כי עקב כך תופס היסוד הנפשי את מקומו של היסוד האובייקטיבי כבסיס העבירה²³.

אשר לסעיף 222(ב) — השופט אגרנט מלמדנו, כי סעיף 222(א) וסעיף 222(ב) נבדלים זה מזה ביסוד האובייקטיבי, אך בעוד שלפי שיטתו הם שווים ביסוד הנפשי (כוונת קטילה רגילה), מתבקשת, לדעתנו, מסקנה הפוכה: בהתחשב בשוויון העונשים ובהבדלים ביסוד האובייקטיבי מתחייב הבדל גם ביסוד הנפשי, לאמור: סעיף 222(ב) מחמיר את היסוד ההתנהגותי, בדרשו כי ההתנהגות תהיה מסוכנת מטבעה, לפיכך הוא מסתפק בכוונת קטילה רגילה. זהו מקרה מיוחד של ניסיון להריגה הדוחה את ההוראה שבסעיף 29(ב). לעומתו, סעיף 222(א), שעניינו ניסיון לרצח על-ידי התנהגות שאינה מסוכנת מטבעה, דורש את היסוד הנפשי הנדרש ברצח לסוגיה. לפי שיטתנו, סעיף 29(ב) עניינו בניסיון הריגה על-ידי מעשה שאינו מסוכן מטבעו ונדרשת בו כוונה להמית. סעיף 222(ב) דן בניסיון המתה על-ידי מעשה או מחדל המסוכנים מטבעם ואף בו נדרשת כוונה להמית. סעיף 222(א) הוא ניסיון לרצח על-ידי מעשה שאינו מסוכן מטבעו ונדרש בו היסוד הנפשי הנדרש ברצח.

ט. על לשון וניסוח

1. לשונו של סעיף 222(א)

דומה, כי מסקנתו של השופט אגרנט הלשונו הברורה של סעיף 222(א) תומכת בהשקפתו, מוטלת בספק. הנימוק, כי בלשון סעיף 222(א) אין זכר ליסוד של "מחשבה תחילה"

23 ע"פ 61/51 אבו גרה נ' היוה"פ, פ"ד ה' 1249, 1252.

הוא מדויק, אך כשלעצמו אינו אלא בבחינת קביעת עובדה שמשמעותה טעונה ניתוח קצת יותר מעמיק. סעיף 222(א) אינו מוכיר יסוד נפשי, ואילו היה מדובר בעבירה מושלמת ניתן היה לגרוס כי נדרשת בו כוונה רגילה, או ליתר דיוק: מחשבה פלילית על כל צורותיה. אולם סעיף 222(א) הוא ניסיון והניסיון מטבעו הוא צורה נגזרת. כדי לעמוד על היסוד הנפשי הנדרש בסעיף 222(א) יש לאתר את העבירה המושלמת שאליה מתייחס הניסיון. אם לשם התהוות העבירה המושלמת נדרשת כוונה מיוחדת, ו"כוונה תחילה" בכלל זה, תידרש כוונה כזו גם בניסיון לעבור אותה עבירה. יוצא אפוא, כי המפתח לשאלת היסוד הנפשי בסעיף 222(א) אינו מצוי בסעיף גופו, אלא מחוצה לו. על-כנף למוצאו יש לברר תחילה אם סעיף 222(א) הוא ניסיון להריגה או ניסיון לרצח.

2. סעיף 222(ב)

גם לימוד היסוד הנפשי בסעיף 222(א) מסעיף 222(ב) רחוק מלשכנע: לשיטתו של השופט אגרנט שניים הם ההבדלים הבולטים בין שני הסעיפים (222(א) ו-222(ב)): בעוד שהראשון מחייב היוקקות להגדרה שבסעיף 30 לפקודת החוק הפלילי, 1936, לשם פירוש המלה "המנסה", הגדרה לפיה האלמנט ההתנהגותי חייב להתבטא בעשייה דווקא²⁴, לפי הסעיף הכני אלמנט זה יכול להתבטא גם באפס מעשה, במחדל. בעוד שהמעשה על-פי הסעיף הראשון אינו חייב להיות מן הסוג העלול לסכן חיי אדם (למשל, ניסיון בלתי צליח), לפי הסעיף השני המעשה או המחדל חייבים להיות מטבעם מסוכנים לחיי אדם.

השופט אגרנט גורס, כי היסוד הנפשי הנדרש בשתי העבירות הוא אחד, זה הנזכר

24 ספק אם הפירוש שנתן השופט אגרנט למושג "overt act" שבסעיף 30(1), כאילו אינו כולל גם מחדל, הוא הפירוש היחיד הבא בחשבון. הנימוק העיקרי לטובת פירוש זה הוא הגדרת מושג ה"עבירה" ("offence") שבסעיף 5 כ"מעשה, ניסיון או מחדל ענישים ע"פ החוק" ("an act, attempt or omission punishable by law..."), דהיינו ההבחנה שעשה המחוקק בין המושגים "מעשה" (act) ל"מחדל" (omission). אולם שניים הם השיקולים נגד פירוש זה: (א) סעיף 17 לפקודת החוק הפלילי מעניק את הגנת ההכרח לפי לשונו רק למי שעשה מעשה כתוצאה מהכרח. האם יעלה על הדעת שהגנת ההכרח אינה עומדת למי שעבר עבירה בדרך של מחדל? (ב) מן הבחינה העקרונית והמהותית אין מקום להבדיל בין ניסיון על-ידי עשייה ובין ניסיון על-ידי מחדל. האם דינה של אחות, שחדלה לספק תרופות לחולה מתוך כוונה לרצוח אותו, אך ברגע האחרון נתגלה הדבר וחיי החולה ניצלו, צריך להיות שונה מדינה של אחות, אשר ניסתה לרצוח חולה על-ידי מעשה, למשל על-ידי נתינת רעל? האם במקרה הראשון לא נדרש טיפול מונע ומרתיע שיגן על הציבור, בדיוק כמו במקרה השני? כלום יעלה על הדעת שבמקרה הראשון מדובר בהתנהגות שמחזף לתחום דיני העונשין? ראה: G. Williams, *Criminal Law — The General Part* (London, 2nd ed., 1961) 621 n. 2. הביטוי "גלוי", המוצמד ל"מעשה", אין להבינו אלא כהוצאת הכוונה הפלילית מן הכוח אל הפועל, מן המחשבה הנסתרת אל המציאות הפיזית של מעשים או מחדלים. ראה גם הצעת הקודקס הפלילי האנגלי משנת 1879, סעיף 74, הקודקס הפלילי הקנדי, סעיף 1(1)24, הקודקס הפלילי הניוילנדי, סעיף 1(1)72, הקודקס הפלילי של לואיזיאנה, סעיף 21 וה- Model Penal Code 5.01(1)(b), (c); ראה עוד: J. Andenaes, *The General Part of the Criminal Law of Norway* (New York, 1965) 287.

על הניסיון לרצח במשפטנו

בסעיף 222(ב): "with intent unlawfully to cause the death of another". לגירסתנו, השוואת שני הסעיפים מובילה דווקא למסקנה הפוכה: לו כל מה שהתכוון המחוקק היה לקבוע בסעיף 222(ב) שגם אפס מעשה מתוך כוונת קטילה יכול שיהווה ניסיון — לא היה קל ופשוט מלוותר על הוראה מיוחדת זו ולשבצה בסעיף 222(א) גופא לאמור: "Any person who with intent unlawfully to cause the death of another attempts to do it by commission (or act) or omission".

אם, נוסף על התוספת בדבר המחדל, מדובר בשני סעיפים בעלי יסוד נפשי זהה, אין להבין את הטעם בתנאי הנוסף שבסעיף 222(ב), לפיו המעשה או המחדל חייב להיות מן הסוג העלול לסכן חיי אדם, שהרי אם נדרשים להגדרה שבסעיף 30 כדי לפרש את המונח "המנסה", אוי הגדרה זו כוללת ממילא קדם כל את ההתנהגות העלולה להביא מטבעה להשלמת העבירה. נשאלת השאלה, מה הועילו חכמים בתקנתם על-ידי הוספת הדרישה הנוספת בדבר טיבה המסוכן של ההתנהגות בסעיף 222(ב), כאשר התוצאה העונשית בשני הסעיפים הקטנים זהה?

אמור מעתה: נשוא ההסדר של סעיף 222(ב) הוא מעשים ומחדלים שהם מסוכנים מטבעם, בעוד שהמעשה בניסיון סתם, כמו גם בסעיף 222(א), אינו חייב לשאת בחובו את תכונת הסכנה, וסעיף 222(א) עניינו במעשים שאינם מסוכנים מטבעם. הוראת סעיף 222(ב) היא בגדר דין מיוחד המתייחס למעשים ולמחדלים מסוכנים. דין מיוחד זה דוחה את ההוראה הכללית שבסעיף 222(א) במובן זה, שהוא מצמצם את תחום ההסדר שלה למעשים שאינם מסוכנים מטבעם. לגבי מעשים ומחדלים מסוכנים, דהיינו שביסוד האובייקטיבי שבהם מצוי אלמנט נוסף ומחמיר שאינו מצוי בהכרח בניסיון סתם, בא המחוקק והפחית ביסוד המנטאלי בהשוואה לניסיון הרגיל. צד ההחמרה ביסוד האובייקטיבי מצדיק חיסור או המעטה ביסוד הנפשי. אם היסוד הנפשי של אחר הפחתה הוא כוונת קטילה ממשית, כאמור במפורש בסעיף 222(ב), מתבקש כי היסוד הנפשי הבלתי מופחת יהיה יותר מכוונה רגילה. מכיוון שבס"ק (א) אין כל התייחסות מפורשת ליסוד הנפשי הדרוש, יש ללמוד על טיבו מכותרת השוליים המדברת על "רצח", לאמור: היסוד הנפשי הנדרש בס"ק (א) הוא היסוד הנפשי הנדרש בעבירת הרצח לסוגיה, ובמקרה הרגיל, כאשר לא מתקיימות הנסיבות המיוחדות המפורטות בס"ק (א), (ג) ו-(ד) שבסעיף 214, נדרשת "כוונה תחילה" ואין להסתפק בכוונה רגילה. במלים אחרות: סעיף 222 נועד מלכתחילה לניסיון לרצח, כפי שמעידה כותרת השוליים, ואכן בכך דן ס"ק (א) שבנו. הסעיף לא פירש את היסוד הנפשי, אולם אם בניסיון לרצח עסקינו, ברור כי מקור השאיבה של היסוד הנפשי הוא עבירת הרצח. בסעיף 222(ב) ביקש המחוקק להוסיף על הניסיון לרצח שבסעיף 222(א) ניסיון להריגה (ניסיון שהיסוד הנפשי הנדרש בו הוא כוונת קטילה רגילה), שהוא מסוכן במיוחד עקב טיבה המסוכן של ההתנהגות שבו, וזאת — כדי להחמיר בעונש בגין ניסיון כזה, בהשוואה עם ניסיון הריגה סתם, ולהשוות בינו ובין הניסיון לרצח מבחינת העונש, כאשר הסכנה המוגברת הטמונה בהתנהגות המסוכנת מטבעה "מכפרת" על הדרישה הפחותה ביסוד הנפשי, ההסתפקות בכוונת קטילה רגילה. מכאן גם, שהיחס בין סעיף 222(ב) ובין סעיף 29(ב) הוא יחס שבין הוראה מיוחדת (lex specialis) ובין הוראה רגילה (lex generalis), והוראה מיוחדת דוחה הוראה רגילה: specialia generalibus derogant. התנהגות

(מעשה או מחדל) מסוכנת מטבעה מתוך כוונה להמית נתפסת בסעיף 222(ב) בלבד, ואילו סעיף 29(ב) מתייחס למעשה שאינו מסוכן מטבעו מתוך כוונה להמית. כל זאת, בהנחה שהמחוקק הודרך בנסחו את סעיף 222 על-ידי שיקולי ראציונאליזאציה והיאום קפדניים.

3. סעיף 223

הוא הדין בלימוד מסעיף 223 על סעיף 222(א): כאשר בודקים את הסעיפים בדרך של השוואה לשונית בלבד — כפי שעשה השופט אגרנט — ותוך התעלמות מכותרות השוליים, אין לשלול את הכיוון עליו הורה השופט אגרנט. אולם התמונה הפרשנית משתנה כאשר מנסים לעמוד על מהצעותו והגיונו של סעיף 223: העונש בגין העבירה לפי סעיף 223 זהה לעונש בגין העבירה לפי סעיף 222(א). מבחינת היסוד האובייקטיבי-התנהגותי אין הבדל בין שני הסעיפים, אולם בסעיף 223 מופיע יסוד אובייקטיבי-נסיבתי מחמיר שאינו מצוי בסעיף 222(א) והוא העובדה, שבעת הביצוע העבריין הוא מי שהורשע בעבירה ונגזר עליו עונש מאסר. הפירוש שגותן השופט אגרנט מוביל לתוצאה משונה: לא זו בלבד, שבהשוואה בין הסעיפים נדרש בסעיף 223 יסוד נסיבתי מחמיר שאין לו זכר בסעיף 222(א), אלא אף זאת, שנדרש גם יסוד נפשי מוגבר — קיום האלמנטים של "כוונה תחילה", והתוספת של שתי הדרישות הנוספות המחמירות מובילה לתוצאה עונשית זהה לזו שבסעיף 222(א), הנבדל מסעיף 223 בהעדרן של שתי הדרישות המחמירות האלה מהגדרתו: 222(א): $X = A + B$; 223: $X = A + B + C + D$. האם דרך פרשנות כזו מבהירה את הצורך בעבירה לפי סעיף 223, כפי שגורס השופט אגרנט בפרשנותו? דומה, כי פשר קיומו של סעיף 223 הוא אחר, והוא טמון בעונש שהיה קבוע לצידו בהצעת פקודת החוק הפלילי²⁵, לפיה היה עבריין לפי סעיף 223 צפוי, גוסף על עונש של מאסר עולם, גם לעונש של מלקות²⁶. התמרה זו באת, לדעתנו, בשל הנסיבה המחמירה שבסעיף 223 בהשוואה עם סעיף 222: כל שנידון למאסר. במהלך שנת 1934 התגבשה הצעה לבטל את עונש המלקות, אשר היה צמוד כעונש גוסף גם לעבירות אחרות, כגון עבירות לפי סעיפים 152, 154, 157, 288, וזאת עקב שיקוליים כלליים של פגיעה ברגשות האוכלוסייה. הצעה זו נתקבלה על דעת הנציב העליון הרף התנגדותו של נשיא בית המשפט העליון²⁷. אין לשלול את האפשרות, שבעת הכנסת התיקון, אשר לא נבע כאמור ממגמה ספציפית לתקן את סעיף 223 כשלעצמו, אלא ל"סלק" את עונש המלקות מפקודת החוק הפלילי, לא ניתנה הדעת לשאלת משמעותו וזכות קיומו של הסעיף לאחר התיקון ובעקבותיו.

יהא פשר קיומו של סעיף 223 אשר יהיה, השוואה מהותית בין הסעיפים אינה תומכת בפרשנותו של השופט אגרנט אלא בהיפוכה: מן היסוד הנפשי שבסעיף 223 ניתן ללמד על היסוד הנפשי שבסעיף 222(א); בשני הסעיפים מדובר בניסיון לרצח, כפי שמעידות כותרות השוליים שבצד שניהם וכפי שעולה מכותרת הפרק, והיסוד

25 הצעת פקודת החוק הפלילי שפורסמה בע"ר 367 (6.6.1933).

26 בדומה לקהדקסים של מאלאווי (סעיף 224), גמביה (סעיף 203) וקפריסין (סעיף 209).

27 ראה בגנוך המדינה, תיק מס' J/284/33.

על הניסיון לרצח במשפטנו

הנפשי הוא זה הנדרש בעבירת הרצח. זהות העבירה שלא פורשה בנוף סעיף 222(א) אלא רק בצידו, מצאה ביטוי מפורש בסעיף 223 עצמו. אם לא תאמר כן, תתייצב בפניך הקושי הבאה: מה טעם ראה המחוקק, אשר כרגיל אינו דורש "כוונה תחילה" (אלא מסתפק בכוונה רגילה להמית) בעבירה של ניסיון להמית, לפי סעיף 222, לעמוד על קיומו של יסוד נפשי מוגבר זה דווקא בסיטואציה הבלתי שכיחה של ניסיון להמית על-ידי מי שנידון למאסר? מה גם, שהסיטואציה האחרונה חמורה מקודמתה כבר בלאו הכי (בנסיבה הנוגעת לעברייך – "כל שנידון למאסר").

ולבסוף, יש לדעתנו אי עקיבות בין הנלמד מסעיף 222(ב) ובין הנלמד מסעיף 223: הנחת היסוד לגבי סעיף 223 היא, שהיסוד הנפשי הנזכר בו חייב להיות שונה מהיסוד הנפשי שלא פורש בסעיף 222(א), והנחת היסוד לגבי סעיף 222(ב) הפוכה: שוויון היסוד הנפשי בסעיף 222(ב) לזה שבסעיף 222(א). סעיפים 222(א) ו-222(ב) דרים אמנם תחת קורת גג אחת, אך מדובר בהוראות שונות זו מזו, כשם שהן שונות מהוראות סעיף 223, וכשם שעבירת הרצח לפי סעיף 214 כוללת ארבע עבירות שונות אחת מרעותה ביסודותיהן.

4. כותרת הפרק וכותרת השוליים

אם יש ממש בנייתונו עד כאן, דומה כי אין לקבל גם את מסקנת השופט אגרנט המתבססת על ניתוח לשוני של סעיף 222 ו-223, לפיה נוסח סעיף 222(א) הוא ברור עד כדי כך שאין מקום לפנות לכותרת הפרק וכותרות השוליים. וזאת מן הטעמים הבאים: ראשית, כפי שכבר נאמר קשה מאוד לגרוס כי סעיף 222(א) כשלעצמו ברור עד כדי כך שהוא מיתר פנייה למקורות עזר פרשניים, שהרי ראינו שלשונו של סעיף 222(א) יותר משהיא אומרת, היא שותקת. אין בסעיף הוראה עצמאית בנוגע לצורת האלמנט ההתנהגותי הדרוש, ומתחייבת היוקקות לסעיף 30 לפקודת החוק הפלילי, כדי ללמוד על היקפו. אין בסעיף הגדרה של יסוד נפשי ולא ניתן ללמוד מנוסח הסעיף מהי עבירת האם, או עבירת המוצא, שממנה נגזר הניסיון נשוא הסעיף: האם מדובר בניסיון להרוג, או שמא מדובר בניסיון לרצוח. והא ראייה, שהשופט אגרנט עצמו היה צריך להיעזר ב"שכנותיה" של הוראת סעיף 222(א) כדי ללמוד על פירושה הנכון.

שנית, האסמכתא שהביא השופט אגרנט לעניין אי היעדרות בכותרת הפרק ובכותרת השוליים, קלי נ' היוה"מ²⁸, מתייחסת רק לנושא הראשון, אי היעדרות בראש פרק. שם היה מדובר בעבירה לפי סעיף 113 לפקודת החוק הפלילי ונטען, כי הסעיף מתייחס רק למעשים שעשה אדם תוך מילוי תפקיד רשמי, שהרי כותרת הפרק היא "שחיתות ושימוש לרעה במשרה". גם ההנמקה שהובאה שם יפה רק לעניין כותרת של פרק, לאמור:

"הכותרת הבאה בראש פרק מטרתה רק לתת תאור כללי של העבירות הכלולות בו, ואין הכרח בכך כי תאור זה יתפשט באורח דווקני על כל אחת מהעבירות שבאותו פרק"²⁹.

28 ראה הערה 5 לעיל, וראה גם: ע"פ 40/56 היוה"מ נ' קרושים, פ"ד י (2) 972, 973.
29 שם, בעניין קלי, בעמ' 1014.

מן הבחינה העקרונית והפרשנית ראש פרק בקודקס פלילי ראוי לשמו צריך לאפיין איפיון הולם ומשקף את כל העבירות שבפרק. היחס בין ראש הפרק ובין העבירות שבפרק אינו צריך להיות שונה בהרבה מן היחס שבין עבירה ובין מרכיביה, בין משפט לחלקיו, היינו יחס של קשר ותלות הדדיים⁸⁰, כפי שהדבר בא לידי ביטוי מפורש גם בהוראת סעיף 38 לפקודת הפרשנות⁸¹. דבריו של השופט אגרנט בעניין קלי יותר משהם משקפים עיקרון פרשני, הם משקפים מציאות של מבנה לקוי של הקודקס שלנו. אולם שום אמצעי פרשני אינו נבחן בהיותו שלם ומושלם ומתאים בכל עת ולכל חפץ, ואינו נפסל משום שאינו עומד בדרישות אלה באורח מלא. העובדה, שלא תמיד כותרת של פרק מתפשטת בדווקנות על כל העבירות שבו, אינה צריכה לפסול אמצעי עור פרשני זה. ואמנם בפסק דין מאוחר יותר, בעניין צור ואח' נ' היוה"מ⁸² נקט בית המשפט העליון גישה אחרת, ולעניות דעתנו נכונה יותר⁸³. עם זאת, יש להודות כי ניתן למצוא לא מעט אסמכתאות גם לאי היוקקות לכותרת שוליים של סעיף⁸⁴, אבל אי היוקקות לכותרות השוליים נומקה בלשונן הברורה והבלתי משתמעת לשתי פנים של הוראות החוק הנדונות, או בסתירה בין לשון הסעיף ובין לשון כותרת השוליים. בדיקה ביקורתית של האסמכתאות הנ"ל חורגת מתחום דיונו, אולם בולט ההבדל בין המקרים הנדונים בהן ובין הפסק גשוא הערתנו: שם הגיע בית המשפט למסקנה, שלשון הסעיף ברורה, של מה וממזה, ואילו כאן נקודת המוצא של הדיון היא שבסעיף 222(א) אין זכר ליסוד הנפשי, אך ברור כי העבירה לפי סעיף זה כוללת גם יסוד נפשי, דהיינו הגדרת העבירה איננה שלמה. ברור גם כי מדובר בניסיון, אך לא ברור — מאיזו עבירה נגזר הניסיון? השלמת ההגדרה היא מלאכת הפרשן ובעבירה מסוג של ניסיון מתבקש לקבוע את היסוד הנפשי רק לאחר איתור עבירת המוצא. לשם איתור עבירת המוצא, מה טבעי יותר מאשר פנייה לכותרת הפרק ולכותרת השוליים? לא למותר להוכיח את פסק דינו של השופט זילברג בעניין דיאב נ' היוה"מ⁸⁵:

בהשוותו את הקודקס הפלילי שלנו עם חוקי אנגליה מציין השופט זילברג, כי להסתייגות מכותרות השוליים באנגליה, מן הנימוק שאין הן מעשה של הפרלמנט אלא תוספת הנעשית לאחר קבלת החוק שלא על-ידי המחוקק, "אין אחיזה ותפיסה כלל בעולמה השונה לגמרי של הלגיסלטורה הא"י", חוקיה של זו "לא באו לה מאולם בית המחוקקים [...] הם חוברו מאחורי דלתים ובריה על-ידי חבר מומחים מקצועיים

30 W. Hassemer, *Tatbestand und Typus* (Köln, 1967) 14

31 "חיקוק המחולק לחלקים, לפרקים, לסימנים, לכותרות או לפי כל חלוקה אחרת — עצם החלוקה ופרטיה יש ליתן את הדעת עליהם בכל בית משפט ולכל ענין, אף אם הדבר לא נזכר במפורש בחיקוק גופו".

32 ע"פ 317/63 צור ואח' נ' היוה"מ, פ"ד יח 88, 95, 96.

33 "[...] הרי מקום שעולה מהוראת החוק גופה אפשרות של פירוש על דרך הצמצום המתיישב עם המטרה שהובעה בכותרת הפרק או בכותרת השוליים, דעתי היא שמן הדין הוא לפרש את החוק על דרך הצמצום כאמור, ובמיוחד שהמדובר הוא בדיני עונשין". לפיכך, ולאור הסיפא של הסעיף, נפסק כי סעיף 211 חל רק על מעשה שנעשה תוך-כדי "סכסוך תעשייתי", אם כי הדבר לא נקבע בלשון הסעיף גופו.

34 ע"פ 168/67 חילי נ' מ"י, פ"ד כא (2) 264, 268; ע"פ 38/61 יצחק נ' היוה"מ, פ"ד טז (1) 514, 522, 523; ע"פ 132/57 נכט נ' היוה"מ, פ"ד יא (2) 1544, 1549.

35 ע"פ 44/52 דיאב נ' היוה"מ, פ"ד ר (2) 922.

על הניסיון לרצח במשפטנו

והוגשו לחתימה אל הנציב העליון [...] מותר ודאי להניח כי המסמך שהוגש לחתימה לא היה בטול שוליים וכותרת, וממילא התייחסה החתימה-החיקה הלו גם לכותרות השוליים של החוק"³⁶.

השופט זילברג מוסיף ומזכיר מעשה חקיקה שנעשה בשנת 1959: סעיף 2 לפקודת מלאכות ותעשיות (הסדרה) (תיקון), 1939, אשר שינה את כותרת הפקודה והוסיף לה מספר מלים. שואל השופט: אם אין ערך לכותרת, לשם מה טרחו לתקנה? המסקנה היא: במקום שהוראת חוק מנוסחת באורח סתום דו-משמעי, אין מניעה לבטול ולפור את האפלה הרובצת עליה בעזרת מקור אור צדדי, כגון כותרת השוליים. דומה כי הדברים הולמים להפליא את סעיף 222(א).

שלישית, אנו מעיזים לומר אף מעבר לזה; במקום שבו המשמעות הלשונית של הוראת חוק – ותהא בהירה וחד משמעית ככל שתהיה – מזליכה לתוצאות יוצאות דופן וחריגות, כפי שהצביע עליהן השופט אגרנט עצמו, אין להבין מדוע על הפרשן לעצום את עיניו מראות את המופיע בספר החוקים גופו, אמנם לא בלשון העבירה, אך מעליה ובצידה. כשם שיש להניח שהמחוקק מדבר בלשון בני אדם ומלותיו מבטאות את כוונתו, כך יש גם להניח שהמחוקק לא התכוון ליצור אבסורדים, ואם הגיע הפרשן לתוצאה שהיא אבסורד – עליו לשוב על עקביו ולהמשיך במלאכת הפרשנות. אין אנו גורסים, בשום פנים, כי כותרתו של פרק או כותרת שוליים היא מקור פרשני סופי ומכריע, אולם באותה מידה אנו מתקשים לקבל התעלמות מהן כאחד המפתחות האפשריים לפירושה של הוראת חוק. בהנמקתו העניינית בנה השופט אגרנט תיאורית מעניינת ומורכבת על אודות כוונת המחוקק, שהיא כולה הערכת או השערה ואין לה זכר בחוק עצמו. אם שואפים לרדת עד חקר כוונת המחוקק, מדוע אין להיעזר תחילה בכתוב עלי ספר החוקים?

רביעית, ההסבר הפרשני-היסטורי לכותרת, לפיו שימשו ספריו של סטפן מקור השראה למחוקק פקודת החוק הפלילי, אינו תומך כלל בהשקפת אגרנט. הן הכותרת בספרו של סטפן³⁷, "ניסיון לבצע רצח", והן התוכן – מקרים פרטיים של ניסיונות לרצח, ולבסוף כל ניסיון "לבצע רצח באמצעים כלשהם זולת אלה שהוזכרו בפיסקאות הקודמות"³⁸ – מעידים, כי אם זהו מקור ההשראה של מחוקק פקודת החוק הפלילי, כי אז מהות העבירה לפי סעיף 222(א) משתקפת יפה בכותרת הפרק שמעליה: "עבירות הקשורות ברצח ובהתאבדות" ובכותרת השוליים שבצידה: "ניסיון לרצח". בדיקה השוואתית של קודקסים פליליים שנוצרו בהשראה בריטית מחזקת מסקנה זו: בחלק מן הקודקסים, שבהם מצויה עבירה זהה לזו שבסעיף 222, בפרק בעל כותרת זהה, מופיעות לצידה ולצד העבירות האחרות הכלולות בפרק זה אצלנו גם עבירות נוספות הקשורות לרצח: כגון שותפות לאחר מעשה לרצח³⁹ וקשר לרצח⁴⁰. בכל הקודקסים

36 בעניין דיאב, שם, עמ' 928.

Sir J. F. Stephen, *A Digest of Criminal Law* (London, 8th ed. by L. F. Sturge, 1947).

J. F. Stephen, *op. cit.*, 231, 232.

39 מאלאווי (225); גמביה (202); קווינסלנד (307); ניוזילנד (190); ניגריה (322).

40 מאלאווי (227); גמביה (204); קווינסלנד (309); קפריסין (211); ניוזילנד (189); ניגריה (324).

האלה, כמו גם בפקודת החוק הפלילי, בולטת הבחנה ברורה של המחוקק בין רצח ובין הריגה ועל רקע הבחנה זו מופיעה עבירת הניסיון שבסעיף 222, בפרק של עבירות הקשורות ברצח והפלה, כשלצידה כותרת שוליים, לפיה מדובר בניסיון לרצח, ובשכנוחה עבירות קורלאטיביות לעבירת הרצח, כגון קשר לרצח ושותפות לאחר מעשה לרצח. הלימוד הנוסף שלמד השופט אגרנט מן המשפט האנגלי ביחס לטיב היסוד הנפשי בעבירת הניסיון לרצח שבו (כוונה ממשית להרוג) אינו במקום, מאחר שהגדרת עבירת הרצח אצלנו שונה מזו שבמשפט האנגלי ובשיטות המשפט האחרות שבהשראה בריטית. במלים אחרות: העבירה לפי סעיף 222 זהה במהותה לעבירה המקבילה ב"תחיקות האחרות", דהיינו היא עבירה של ניסיון לרצח, אולם תוכנה שונה עקב השוני בהגדרת עבירת הרצח בין ההגדרה המסתפקת ב"malice aforethought", כפי שמושג זה פורש באנגליה ופרשנותו זו אומצה בתחיקות האחרות, ובין עבירה הדורשת "premeditation", כמוגדר בסעיף 216 לפקודת החוק הפלילי שלנו. אין בכך כל רבותא ואין בכך כדי להפתיע: זו תוצאה והשלכה ישירה של היות הניסיון עבירה נגזרת ושל המשתמע והמתחייב מכך לגבי היסוד הנפשי בעבירה של ניסיון.⁴¹

אימוץ השקפת הפסק נחזה להיות אימוץ של המצב המשפטי באנגליה, אולם זוהי רק התמונה החיצונית והשטחית. בדיקה יסודית מעלה כי אימוץ השקפה זו נוגד את הגישה העקרונית של המשפט האנגלי בסוגיה זו. כאשר נקבע שם, כי בעבירה של ניסיון לרצח נדרשת כוונת קטילה, באה דרישה זו כדי להחמיר את דרישת היסוד הנפשי בניסיון לרצח, לעומת היסוד הנפשי הנדרש ברצח שהושלם, מאחר ש"if the charge is one of attempted murder, the intent becomes the principal ingredient of the crime".⁴² לעומת זאת, אימוץ מכאני של הלכה זו (היסוד הנפשי בניסיון לרצח – כוונת קטילה) אצלנו, יגרור תוצאה הפוכה ומנוגדת: פיתוח או היסוד ביסוד הנפשי בעבירה של ניסיון לרצח, לעומת העבירה המושלמת של רצח. זאת ועוד, השופט אגרנט עצמו גורס כי כאשר נאמר בסעיף העבירה: "attempts to commit murder" (סעיף 223 לפקודת החוק הפלילי), נדרש היסוד הנפשי בעבירת הרצח. והרי במלים אלה עצמן השתמש סטפן בהגדרת העבירה שהיתה מקור השראתו של המחוקק בנסחו את סעיף 222, והשופט אגרנט אינו הולק על כך כי מבחינת מקורה ההיסטורי הוראת סעיף 222 היא אכן עבירה של ניסיון לרצח. האם לא מתחייבת מכאן אותה מסקנה שהוסקה לגבי סעיף 223? האם יש הבדל כלשהו בין הנוסח "attempts to commit murder" שבסעיף 223 ובין הנוסח "attempts to murder", שבכותרת השוליים לסעיף 222? (כל זאת, כמובן, ביחס לסעיף 222א); טיעון זה אינו יפה לגבי סעיף 222ב), לאור נוסחו המפורש, המסדיר את עניין היסוד הנפשי באותו סעיף קטן הסדר אחר).

41 בקודקס הפלילי ההודי מצויות שתי עבירות: אחת (307) של ניסיון לרצח הדורשת יסוד נפשי וזה לזה הנדרש ברצח, ואחרת – (308) המסתפקת ביסוד הנפשי הנדרש בעבירה של culpable homicide שאינה מגיעה כדי רצח, כגון שהעבריין פעל מתוך קינטור.

42 R. v. Whybrow (1951) 35 Cr.App.R. 141, 147

י. על ההנמקה העניינית

1. ההיבט העיוני

די, לדעתנו, לנסח את התוצאה שאליה מובילה פרשנותו של השופט אגרנט, שתי עבירות בעלות אלמנטים זהים, כאשר בצידן עונשים שונים תוך השארת שיקול דעת לתביעה, כדי להיווכח בצדקת ספקותינו: "כל המנסה להרוג, דינו ארבע-עשרה שנות מאסר" (סעיף 212+ סעיף 29(ב)); "כל המנסה להרוג, דינו עשרים שנות מאסר" (סעיף 222(א)). או באופן מדויק יותר, כעבירה אחת בעלת שני עונשי מאסרים: "כל המנסה להרוג, דינו ארבע-עשרה שנות מאסר או עשרים שנות מאסר".

הייתכן? לדעתנו, תוצאה זו סותרת את עיקרון החוקיות. זכותו של האזרח לדעת לא רק מהי התנהגות אסורה, אלא גם מהי הסנקציה שהוא צפוי לה בגינה. בצידה של עבירה יכול שהיה עונש מירבי, כמקובל אצלנו בדרך כלל, או שני ספי עונש, גמור-מינימאלי וגבוה-מאקסימאלי, כאשר הקביעה המדויקת הקונקרטית בתוך המסגרת הנור-מאטיבית מופקדת בידי בית המשפט. אולם אין להצדיק הפקדת שיקול דעת בעניין ברירת עונש מירבי בידי התביעה. גישה זו הופכת במקרה הטוב, כאשר אכן מופעל שיקול דעת, ולא שרירות לב או שגרתיות, את השיקולים המדריכים את התביעה לאלמנטים נסתרים של הגדרת העבירה. שום שיקולים של מדיניות ענישה או הרתעה אינם יכולים להצדיק הסתרת אלמנטים מן האזרח או משחק מחבואים עמו. השופט אגרנט מסתמך בעניין זה על פסק הדין בעניין הרד נ' היחה"מ⁴³. מן הראוי להביא את דבריו של הנשיא זמורה באותו פסק⁴⁴:

"את הסברה של קיום שני חוקים עונשיים זה על יד זה לגבי אותה עבירה מלווים באמרה שגרתית כי הברירה היא בידי התביעה הכללית לתבוע כראות עיניה לפי החוק המחמיר או החוק המקל, אבל לאמרה זו אין יסוד אחר מלבד השגרה שבה מבטאים אותה ובעיני יש בה, כביכול, פגיעה בכלל גדול של דיני עונשין: nulla poena sine lege כי ריבוי חוקים עונשיים עם זכות ברירה לתביעה כללית, כמוהו כאפט חוק מסויים ומגדר".

ולדברים אלה הצטרף גם השופט לוי⁴⁵. השופט זוסמן, כתוארו אז, שהיה שופט המיעוט באותו תיק, ואשר עליו מסתמך השופט אגרנט, לא הסתפק בדברים המצוטטים מפיו (בעניין דרעי 514, מול האותיות ב-ג), אלא טרח ומצא הבדל בין סעיף 66(א) לפקדת החוק הפלילי ובין חוק כלי ירייה, תש"ט-1949, הטמון ביסוד "בלי עילה חוקית",

43 ראה הערה 6 לעיל.

44 שם, עמ' 1426.

45 "כמו כן נראה לנו שאלא אם גזירה מפורשת היא מטעם החוק, אין הדעת סובלת שהברירה תהא נתונה בידי התביעה הכללית: נכמרו רחמיה על הנאשם היא מביאה אותו לדין לפי חוק נוח יותר לנאשם לגבי מידת העונש, ואם נראה לה — היא כובשת רחמיה ומביאה על ראשו של הנאשם סכנה חמורה יותר. אנו סבורים, איפוא, שיש להימנע ככל האפשר מפירוש שיביא בעקבותיו את התוצאה שהנאשם יהיה נתון לשבט או לחסד בידי התביעה הכללית, ברצותה מחמירה וברצותה מקילה".

המצוי בסעיף 66(א) ואינו מצוי בחוק כלי ירייה. וזה היה הנימוק המכריע לדעתו, לפיו סעיף 66(א) נשאר על כנו ואינו מבוטל מכללא על-ידי חוק כלי ירייה.⁴⁶ התוצאה, שאליה הגיע השופט אגרנט, אפשרית מבחינה תיאורטית רק במסגרת ההנחה שהמחוקק הוא כל יכול, ואם נמצא אצל מחוקק רשע או רשלן מצב דברים כאמור, כתוב עלי ספר חוקים (באותו חוק), באופן שלא גיתן להבינו אחרת, לא יהא מנוס מלהכיר בכך. אולם, מקום שבו הותירה לשון החוק פתח, ויהא זה פתח צר כקוף המחט, לפירוש אחר, מצווה השופט לעוט על הפתח כמוצא שלל רב ולבחור בדרך של פרשנות נאותה, המניחה כי התנהגות אסורה מוגדרת ומסוימת מופיעה בעבירה אחת ולא בשתיים ותוצאות עונשיות שונות צמודות לעבירות שונות ולא לעבירות שוות — פרשנות שהיא גם נאורה ונעה יחד עם עקרונות היסוד של דיני העונשין ותפיסת שלטון החוק ולא נגדם.

2. ההיבטים המעשיים

בעקבות המלומדים וקסלר ומיכאל⁴⁷ מצביע השופט אגרנט על השיקול, לפיו,

"עברייני אשר החליט להסב את מיתחו של אחר ואף נקט צעדים מסויימים לשם כך, עשוי לתת את דעתו, בשלב מסויים, על האפשרות שבסופו של דבר מאמציו בכיוון זה לא יזכרו בהצלחה ומוזימתו תיכשל כליל. כמורכב שאז יבין הלה שאם תתגשם האפשרות הזאת במציאות, גם יודע מפי הקרבן שנתר בחיים, דבר זהותו של מי שעשה כדי להסלו".⁴⁸

המתבקש מכאן, לפי הפסק, הוא כי מראש יהיה "דין שווה", "חמור ואחיד", לכל אלה, אשר "זממו להמחיש מטרה כה נפסדת ואף החלו לממש את מזימתם זו".⁴⁹ לדעתנו, אין לייחס משקל רב לשיקול האמור. אנשים המנסים לרצוח מקווים להצלחה ומביאים אותה בחשבון יותר מאשר אפשרות של כשלון. איש אינו ניגש לבצע עבירה במטרה לבצע ניסיון בלבד, ואם זו מטרתו והניסיון אינו מהווה כשלעצמו עבירה מושלמת, אין הוא נתפס בגדר הניסיון הפלילי. לפיכך, המחשבה הנמצאת בראש דאגתו של המנסה היא התוצאה העונשית שהוא צפוי לה במקרה של הצלחת זממו, דהיינו השלמת העבירה. אם בכך אין כדי להרתיעו, קשה להעלות על הדעת כי הסיכון לעונש זהה

46 דומה, כי קשה להשתכנע מהבדל זה בין שני הסעיפים. השופט זוסמן מביא כדוגמה מקרה של אדם הנמצא בכפר נידח שאין בו משטרה, שנודע לו כי שודדים עומדים להתנפל עליו בלילה, ועל כן נטל מחברו בהשאלה אקדח להגנה עצמית. לפי גירסת השופט זוסמן לא נעברה כאן עבירה לפי סעיף 66(א) לפקודת החוק הפלילי, אך נעברה עבירה לפי חוק כלי ירייה. וזאת, בשל היסוד "בלי עילה חוקית" המופיע בסעיף 66(א) לפקודת החוק הפלילי ואינו מופיע בחוק כלי ירייה. איננו בטוחים בנכונותה של קביעה זו. האם לא תעמוד לאותו אדם "הגנה של צורך" גם באישום לפי חוק כלי ירייה? האם יש הבדל בין היסוד "בלי עילה חוקית" ובין היסוד "שלא כדין", כפי שפירשו השופט זוסמן בע"פ 2/73 סל"ג נ"י מ"י, פ"ד כח (2) 371, 374.

47 Wechsler & Michael, "A Rationale of the Law of Homicide" 37 Col.L.R. (1937) 701, 1261.

48 דרעי, עמ' 244.

49 דרעי, עמ' 245.

על הניסיון לרצח במשפטנו

או כמעט זהה במקרה של כשלון (הנמצא, כאמור, במקום משני ושולי, אם בכלל, במחשבת העבריים) יהיה בו כדי להרתיע.

שיקול זה, אשר כוחו מעט ותוקפו מזער, הוא בעל משמעות רק בשלב המקדמי, שבו באים למנוע מלכתחילה את עצם הניסיון, והוא מתקוו לחלוטין על-ידי שיקול שמקומו מבחינת הזמן מאוחר יותר: כאשר מתרחש המצב המתואר — חשש של העבריים שהצעדים שכבר נקט לא יביאו לתוצאה המצופה וחשש נוסף, שמא כשלוננו יגרום לזיהוי על-ידי הקרבן — השוואה או כמעט השוואה של העונש בגין ניסיון לעונש שבגין העבירה היא בבחינת תמריץ חיובי נוסף על שני התמריצים האחרים הקיימים (הרצון להשלים את העבירה והרצון למנוע אפשרות זיהוי) לעשות להשלמת העבירה.

בשלב זה, דווקא מדיניות עונשית בעלת מגמה הפוכה — ויתור על עונש או הקלה בענישה במקרה של חזרה — עשויה להיות יעילה במניעת השלמת העבירה⁵⁰. ואכן, זו גם המסקנה של המלומדים וקסלר ומיכאל בהמשך השיקול האמור: הדברים המצוטטים מתוך מאמרם בעמ' 243 של הפסק על אודות חזרה מניסיון הם ההמשך של דבריהם המצוטטים בעמ' 244 של הפסק⁵¹.

אולם, עיקר ביקורתנו אינו על החלק הזה בהשקפת השופט אגרנט, אלא על חלקה האחר, שבו גורס השופט אגרנט כי מאחר שהניסיון כולל סוגים שונים של מקרים מבחינת החומרה המוסרית וסיכויי ההצלחה או מידת הסכנה הטמונה בהם, הלך המחוקק בדרך של קביעת שתי עבירות בעלות מרכיבים זהים, הצמיד להן עונשים שונים והשאיר את שיקול הדעת לתביעה⁵².

לדעתנו, המסקנה הפרשנית שהגיע אליה השופט אגרנט אינה נובעת מן ההנמקה שלה. גיוון של מקרים המשקף דרגות שונות של חומרה אינו מאפיין רק את הניסיון להמית, אלא את מושג הניסיון באורח כללי בהקשר של העבירות כולן ולא דווקא בהקשר הספציפי של עבירות ההמתה. יתר על כן, כל עבירה — גם בצורתה השלמה — כוללת דרגות שונות של חומרה: רצח-מתוך-רחמים, רצח על רקע של גאולת דם או כבוד המשפחה, רצח מתוכנן (במשמעות המילולית של המושג, ולא במשמעות של מושג ה"הכנה" שבפסיקה) בידי רוצח להשכיר, או רצח מתוכנן הנעשה באכזריות רבה תוך עינוי הקרבן — כלולים כולם בהגדרת הרצח; גניבת כיכר לחם על-ידי רעב וגניבה גדולת-היקף ומתוחכמת על-ידי אדם שבע — נופלות שתיהן בגדר הגדרת הגניבה.

זאת ועוד, משיטת השופט אגרנט יוצא, כי אותו מחוקק, אשר הכיר בסוגים שונים של ניסיונות המתה מבחינת החומרה, בא וביטל את ההבחנה בין ניסיון להמית מתוך כוונה ספונטאנית (למשל, מתוך קינטור) ובין ניסיון להמית מתוך "כוונה תחילה". האם ההבדל

50 השופט אגרנט לא התעלם משיקול זה. דרעי, 245.

51 לעניין חזרה מניסיון ראה גם: א' לבנה, "חזרה מעבירה או מניסיון פלילי (תשובה פעילה)" משפטים ד (תשל"ב) 105; וכן סעיף 5.01 ב"מ.P.C.; סעיף 16 בקודקס הפלילי האוסטרי; סעיף 24 בקודקס הפלילי הגרמני; סעיף 26 בקודקס הפלילי הקוריאני; סעיף 22 בקודקס הפלילי הרומני; סעיף 3)8 בקודקס הפלילי הצ'כוסלובקי; סעיף 61 בקודקס הפלילי התורכי; סעיף 22 בקודקס הפלילי הדני; סעיף 44 בקודקס הפלילי היווני; סעיף 538 בחוק הפלילי של קווינסלנד. וראה גם: R. von Hippel, *Untersuchungen über den Rücktritt vom Versuch* (Berlin, 1966).

52 דרעי, עמ' 244.

ביניהם בולט פחות מן ההבדל בין מי שהשתמש לשם הרעלה בחומר שאינו רעיל מתוך מחשבה שמדובר בחומר רעיל, לעומת מי שהשתמש בחומר רעיל, ושוב מתוך טעות, בכמות בלתי מספקת? מה גם שלהבדל בין כוונה ספונטאנית לכוונה תחילה ביטוי גורמאטיבי מפורש, מה שאין כן לגבי המקרים האחרים. רצון להמית סתם אין בו כדי להטביע אות קין של רוצח, כאשר התרחשה התוצאה הקטלנית, אולם די בו, לפי הפסק, כדי להטביע אות קין בגין ניסיון לרצח, כאשר התוצאה לא התממשה.

ובעיקר, מדוע לא הלך המחוקק באחת משתי דרכים מקובלות: קביעת עונש מירבי כמקובל עליו, תוך השארת התאמת העונש בכל מקרה ומקרה על-פי נסיבותיו ועל-פי נסיבותיו האישיות של העבריין לשלב האינדיווידואליזציה שבתהליך הענישה, או הגדרה גורמאטיבית של סוגי הניסיונות השונים בחומרתם, תוך הצמדת עונש הולם לכל אחד מן הסוגים?

כדי לאמץ את גישת השופט אגרגט, יש להצביע על יתרון ברור של המצב יוצא הדופן שהיא יוצרת. אנו מתקשים לגלות יתרון כזה. כדי להכיר ביתרון כזה, יש להניח כי במצב של אי וודאות (שתי עבירות זהות בעלות עונשים שונים), יכוון אובייקט ההרתעה את עיניו דווקא אל האפשרות העונשית התואמת את המטרות החברתיות, לאמור: מלכתחילה ובטרם יגיש לביצוע זממו ישא את עיניו דווקא אל העונש התמור יותר שבסעיף 222 ויתעלם מן העונש שבסעיף 29(ב), ואם כבר החל בביצוע זממו, ישליך יתנו על סעיף 29(ב) ויתעלם מסעיף 222. האם יש להנחות אלה על מה לסמוך? לדעתנו, אם בפנינו פשרה, הרי זו פשרה בלתי ראויה. המגמות שמתאר השופט אגרגט כיעדיו של המחוקק בדרך שבה הלך לא רק שאינן מושגות על-ידי טכניקת החקיקה הנדונה, אלא שיש בטכניקה זו כדי לסכלן, בבחינת "תפסת מרובה — לא תפסת". מגמת התפחחה וההרתעה סופגת מהלומה ונחלשת על-ידי עצם קיומה של העבירה הקלה יותר, הנותן יסוד לתקווה ליפול דווקא בגדרה (ככל דיון במישור ההרתעה יש להתייחס אל העבריין כאל יודע דין ועונש). המגמה לעודד חרטה ורתיעה נפגעת על-ידי קיומה של העבירה החמורה יותר, ומי יתקע לידו של המנסה, השוקל להירתע מפני השלמת זממו, כי לא ייתפס ברשתה של העבירה החמורה יותר?

ושוב, מדוע להיוקק, לשם גישור בין השיקולים הנוגדים, לגורם "מתווך", בדמותה של התביעה? בעוד שאין למצוא מעלות ב"תיווך" זה, חסרונותיו בולטים לעין: מאחר שאין בפסק, וגם לא ניתן לקבוע, הנחיות ממצות לגבי השימוש בסעיפים המתחרים, הבחירה "מופקרת" לשיקול דעת במקרה הטוב, שלא לדבר על מקריות (אי הפעלה של שיקול דעת כלל), שרירות לב ושימוש לרעה. כאשר מדובר בשיקול דעת מסוג זה, אין להתעלם מן האפשרות של שיקול דעת מוטעה בתום לב: כאשר למקרה הקל נבחר מתוך טעות שבשיקול דעת דווקא הסעיף החמור, אמנם יגזור בית המשפט את העונש ההולם, אבל אין לומר שלא נגרם כל נזק: עצם האישום בעבירה החמורה יותר והסכנה להיות מורשע בה ולהיענש לפיה. ואיך יתוקן המעוות, כאשר למקרה החמור נבחר דווקא, ושוב מתוך טעות בשיקול דעת, הסעיף הקל?

השופט אגרגט מסלק את הפליאה העולה נגד השקפתו בעניין התוצאה העונשית היתה בעבירה המושלמת של הריגה ובניסיון להריגה בעודף היסוד הנפשי שיש בניסיון להריגה לעומת הריגה. אולם, הפליאה אינה מסולקת לגמרי, שכן המעשה השלם של הריגה אינו כולל רק המתה מתוך יחס נפשי של פיוזות, אלא גם המתה מתוך כוונה רגילה

על הניסיון לרצח במשפטנו

(חזות התוצאה הקטלנית – רצון בהתגשמותה), שאיננה "כוונה תחילה". וברי, כי בהשוואה למקרה כזה של הריגה, מתבקש פער כלשהו בין ההריגה המושלמת ובין ניסיון להרוג, אלא אם הניסיון להרוג מאופיין בתומרה כזו מבחינת טיב ההתנהגות, כך שאי התרחשות התוצאה הקטלנית היא כה מקרית ומפתיעה עד שאין להתחשב בה. זאת ועוד, אמת נכון כי ביחס שבין הריגה ובין ניסיון להריגה העודף ביסוד הנפשי בניסיון להרוג, לעומת הריגה, גדול יותר מאשר ביחס הרגיל שבין ניסיון לבצע עבירה ובין ביצוע שלם של עבירה, וזאת גם בהשוואה לעבירה של פזיזות: בהריגה מסתפקים ביחס של פזיזות כלפי חבלה, ואילו בניסיון להריגה נדרשת כוונה לגרום למוות דווקא. אולם יש לזכור, כי המחוקק אינו מבחין כלל מבחינת העונש בין ניסיון לבצע עבירה שהיסוד הנפשי בה הוא פזיזות ובין ניסיון לבצע עבירה שהיסוד הנפשי בה הוא כוונה. מתבקש מכאן, לדעתנו, כי גם אם רצה המחוקק ליתן ביטוי להיבט מיוחד זה בניסיון להרוג, היה מסתפק בצמצום הפער שבין העבירה המושלמת ובין הניסיון לבצע, אך לא היה מבטלו לחלוטין, וכך אמנם עשה המחוקק בסעיף 29(ב), כאשר קבע עונש של ארבע-עשרה שנות מאסר לעומת עשר שנות מאסר המוטלות בדרך כלל על ניסיון לעבור עבירה שעונשה מאסר עולם, לפי סעיף 29(ג) ⁶³. רק בסעיף 222(ב) ביטל המחוקק לחלוטין את ההבחנה העונשית בין ניסיון להרוג ובין הריגה, וזאת בהתחשב בטבעה המסוכן בשלעצמו של ההתנהגות.

יא. סיכום

ניתן לסכם בקצרה כי דרך הפרשנות האלטרנטיבית שהיצענו מאופיינת בנקודת המוצא – לדעתנו, הטבעית והמחויבת – של איתור "עבירת האם", היא העבירה שממנה נגזר סעיף 222(א), כצעד ראשון בהתייחסות פרשנית אל הנגזרת. בדרך זו אין מגיעים לתוצאה הקשה שהגיע אליה בית המשפט בפרשת דרעי, שני סעיפי עבירה בעלי תוכן זהה ועונשים שונים, דרך המחייבת גם להגיע למסקנה שבנסח את סעיפים 29(ב) ו-222(א) פעל המחוקק כמתעתע ועשה פלסטר את דברו שלו בסעיף 29(ב).

יב. סוף דבר

לא אוכל לסיים מבלי להביע את החשש המקנן בלבי שמא מייחס אני למחוקק פקודת החוק הפלילי מידה יתירה של קפידה וראציונאליות, שמא געוצים קשוי הפרשנות בעובדה, שמבלי משים ובלי לדאוג לתיאום ראציונאלי הרכיב המחוקק המנדטורי את הפרק של עבירות הקשורות ברצח ובהתאבדות – שמקורו, כאמור, בשיטות משפט שאינן מכירות ברצח "בכוונה תחילה" – בתוך הקודקס הפלילי שלנו, ואוי לו לפרשן המבקש אחר ההיגיון במקום שבו אין הוא מצוי. לדעתי, פתוחה הדרך לשינוי הקביעה המשפטית בדרעי, אולם, ובלי קשר לכך, מתבקשת בסוגיה זו התערבות של המחוקק:

53 בשל כך או משום היות העבירה מופנית כלפי חיי אדם.

מן הראוי שהוק העונשין שלנו יבדיל הבדלה ברורה ומפורטת בין גיסיון הריגה ובין גיסיון לרצח. המקור היחיד לגיסיון לרצח הוא סעיף 222(א). לאחר ביטול עונש המוות, הדרך החלופית של הרכבת סעיף 215 עם סעיף 29(ג) מוליכה לתוצאה עונשית אבסורדית – עזר שנות מאסר. מן הראוי לנסח את סעיף 222(א) באופן שלא יותיר ספק שמדובר בו בגיסיון לרצח. מוצע עוד כי הוראות סעיפים 29(ב) ו-222(א) יודרו בשכנות. כן מוצע לשקול ביטול הוראת סעיף 222(ב) ועל-ידי כך ביטול ההבחנה בין גיסיון שהוא מסוכן מטבעו ובין גיסיון שאינו מסוכן מטבעו.

מרדכי קרמניצר*

* אסיסטנט, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית.