

רצח בכוונה תחילה

מאת

אהרן אנקר

סעיף 214 לפקודת החוק הפלילי קובע:

"Any person who . . .

(b) with premeditation causes the death of any person . . . is guilty of a felony. Such felony is termed murder."

ידועה היטב המחלוקת הקלסית סביב שאלת הפירוש הנכון למושג premeditation. מחלוקת זו ממלאת דפי סדרי פסקי-הדין והספרות המשנית בארה"ב¹ כבר יותר ממאה שנה, ולאחרונה הגיעה גם לישראל. אסכולה אחת גורסת שכוונה תחילה פירושה שהנאשם שקל את מעשהו, והרהר בו לפני עשייתו, ורק לאחר מכן עשהו. האסכולה השנייה דוחה פירוש זה, ומקרבת בין כוונה תחילה לכוונה רגילה עד שלעתים קשה מאוד להבדיל ביניהם.

אין בסעיף 214(ב) הגדרה למושג premeditation, אבל בסעיף 216 לפקודה מוצאים אנו את ההוראות הבאות:

"For the purpose of section 214 of this Code a person is deemed to have killed another person with premeditation when —

- (a) he has resolved to kill such person or to kill any member of the family or of the race to which such person belongs, provided that it shall not be necessary to show that he resolved to kill any particular member of such family or race, and
- (b) he has killed such person in cold blood without immediate provocation in circumstances in which he was able to think and realize the result of his action, and
- (c) he has killed such person after having prepared himself to kill such person or any member of the family or race to which such person

1 ראה למשל: R. Perkins, W. LaFave & A. Scott, *Criminal Law*, 1972, pp. 563-66; *Crim. L.*, 2d. ed., 1969, pp. 92-93; Knudson, "Murder by the Clock", 24 (1939) *Wash. U. L. Q.* 305; Brenner, "The Impulsive Murder and the Degree Device," 22 (1953), *Fordham L. Rev.* 274; Perkins, "The Law of Homicide", 36 (1946), *J. Crim. L. & Criminology* 391; Keedy, "A Problem of First Degree Murder: Fisher v. United States", 99 (1950), *U. Penn. L. Rev.* 267

רצח בכוונה תחילה

belongs, or after having prepared the instrument, if any, with which such person was killed.

In order to prove premeditation it shall not be necessary to show that an accused person was in any state of mind for any particular period or within any particular period before the actual commission of the crime, or that the instrument, if any, with which the crime was committed was prepared at any particular time before the actual commission of the crime."

המשותף לשתי האסכולות בהתגלמותן הישראלית היא נקודת מוצאן שסעיף 216, על שלושת תת-סעיפיו והסיפא שבו, מהווה הגדרה ממצית ומצטברת למושג כוונה תחילה שבסעיף 214(ב)². שתיהן מסכימות שאין להרשיע נאשם בעבירת רצח בכוונה תחילה אלא אם הוכח לגביו שקיימים כל שלושת היסודות המנויים בסעיף 216, שהם: שגמלה בלבו החלטה להרוג כנדרש בסעיף-קטן (א), שהחלטה זו לא היתה פרי קנטור בהתאם לסעיף-קטן (ב), ושקדמה לרצח הכנה כנדרש בסעיף-קטן (ג). המחלוקת בין שתי האסכולות היא באשר לפרטי סעיף 216, ובעיקר היסוד השלישי — הכנה. במאמר זה נבדוק מחלוקת זו מחדש, ובמיוחד את היחס בין סעיף 216 לבין סעיף 214(ב), במטרה להגיע להבנת המושג כוונה תחילה כפי שהשתמש בו המחוקק המנדטורי.

1. הנחות היסוד של שתי האסכולות

אין להבין את פירוש שתי האסכולות הישראליות לפרטי סעיף 216 בלא לעמוד תחילה על הנחות היסוד של כל אחת מהן. דעה אחת, המיוצגת בעיקר על-ידי שופט בית-המשפט העליון קיסטר³ ופרופ' פלר⁴, מתייחסת למושג כוונה תחילה מתוך אספקלריה קונטיננטלית. מקורו של מושג זה בחוק הצרפתי והוא נכנס לארץ ישראל באמצעות החוק הצרפתי-עותומני. לכן, יש להניח, שהמחוקק המנדטורי, באמצעו מבחן זה בפקודה שלנו, התכוון לאמצעו במשמעות אשר יחסו לו מקורות אלה. משמעות זו יש למצוא במונח הפשוט והיומיומי של הביטוי premeditation, אשר הוא, בניסוחו של השופט קיסטר בענין סויסה, "שהנאשם חשב ושקל ולאחר שיקול ההליט להרוג"⁵. את פרטי ההגדרה שבסעיף 216 יש להבין ולפרש לאור הנחות יסוד אלה. כדברי השופט קיסטר, בבואנו לפרש את פרטי סעיף 216:

"אין לשכוח כי הפשע אשר המחוקק המנדטורי קבע לו עונש מוות אינו הריגה אשר רק בשעת בצועה התכוון הפושע לתוצאות מעשיו אלא למעשה פשע שנעשה לאחר מחשבה תחילה, כלומר: לאחר החלטה שקולה"⁶.

2 P. C. App. 66/43, *El Dabbah v. The Attorney General*, 1944 A.L.R. 465, 470

3 בע"פ 97/68 סויסה נ' היועץ המשפטי, פד"י כ"ב (2) 759.

4 ראה מאמריו של פרופ' פלר, "ה'הכנה' כיסוד הכוונה-תחילה", הפרקליט, כו (1970), עמ' 51;

"בשולי הפסיקה — הכוונה-תחילה", עמ' 465.

5 פד"י כ"ב (2) 759, 765.

6 עמ' 766.

כלומר, כאמור, תחילה יש להניח שכוונה תחילה פירושה "החלטה שקולה", או "מחשבה תחילה", שהנאשם "חשב ושקל ולאחר שיקול החליט להרוג", ואת פרטי סעיף 216 יש לפרש לאור הנחה זו.

שונה היא גישת האסכולה השנייה, המיוצגת בעיקר על-ידי נשיא בית-המשפט העליון השופט אגרנט, אשר עמדתה היא המקובלת היום בישראל. השופט אגרנט מקבל את ההגדרה המופשטת של המושג premeditation, כפי שהציע אותה השופט קיסטר, אולם בתוספת שינוי משלו. במקום לומר שהנאשם "חשב ושקל ולאחר שיקול החליט להרוג", כהגדרתו של השופט קיסטר בפסק-דין מיוססה, מגדיר השופט אגרנט את ה-premeditation ככה⁷:

"שיצירת כוונה הקטילה היתה מלפני שיקול ויישוב הדעת".

שינוי זה אינו מקרי. הוא בא לשיקף את ההבדל בתוצאות בין שתי האסכולות, כשדעת הרוב אינה מיחסת חשיבות מיוחדת לגורם הזמן ביצירת כוונה תחילה. לדעת הרוב, כנראה, החלטה ספונטנית להרוג יכולה להחשב כהחלטה מתוך כוונה תחילה אם היא נעשתה בתנאים שאיפשרו שיקול ויישוב הדעת.

נוסף על כך, וכאן ההבדל האופרטיבי בין שתי השיטות, לדעת השופט אגרנט, שלא כמו גישת השופט קיסטר בדבריו המצוטטים למעלה, אין ליחס חשיבות מיוחדת להגדרה המופשטת של premeditation בבואנו לקבוע במקרה מסויים אם היתה קיימת אצל הנאשם כוונה תחילה שעה שהרג את קרבנו. כדבריו בענין נעים בנו, פרטי סעיף 216 מהזוים "המבחנים הקונקרטיים" לקיום כוונה תחילה⁸:

"במלים אחרות, מן הדין לייחס למחוקק את הלך-המחשבה, שאם נתקיימו שני מבחנים אלה, במקרה הקונקרטי, כי אז יש להסיק שלכוונת הקטילה קדמו שיקול ויישוב הדעת".

השופט אגרנט דוחה את הנחת היסוד של דעת המיעוט באשר למשמעותו הפשוטה של premeditation, במקום להכפיף את פרטי סעיף 216 למשמעות זו ולפרשם לאורה, כדעת המיעוט, נעוץ השופט אגרנט בפרטי סעיף 216 כפי שהוא מבין אותם כדי להוציא את המושג premeditation מפשוטו.

נדמה שיש לומר, שדעתו של השופט אגרנט היא, שמטרת המחוקק המנדטורי לא היתה לאמץ את הלכות רוצח הצרפתיים-עותומניים במלואן, כי אם לפשר ביניהן לבין ההלכה האנגלית, וזאת הוא עשה על-ידי הוספת סעיף 216 לסעיף 214(ב). את קיצוניותו של החוק האנגלי, אשר כלל בעבירת רצח מקרים בהם לא היתה קיימת כוונה להרוג בכלל, מיתן המחוקק על-ידי העמדת יסוד ה-premeditation. אבל לדעת השופט אגרנט, כנגד זאת הגביל המחוקק המנדטורי את קיצוניותו של המושג premeditation באמצעות הוראות סעיף 216, וזאת כנראה מתוך התחשבות בביקורת האנגלית על כמה אספקטים של החוק הצרפתי.

נראה לי שהצדק עם גישת הרוב המקובלת היום בפסיקת בית-המשפט העליון. ראשית, כשמחוקק מעולם ומסורת משפטית אחת משתמש בביטוי הנלקח משיטה

7 ע"פ 396/69 נעים בנו נ' מדינת ישראל, פד"י כ"ד (1) 561, 567.

8 ש.ב.

רצח בכוונת תחילה

משפטית אחרת, הזרה לו, אין להגות מראש כי כוונת המחוקק לאמץ במלואה את המש-
מעות אשר אותה שיטה זרה נותנת לביטוי. דברים אלה תופסים במיוחד לגבי מחוקק
האמון על המסורת המשפטית האנגלית המרבה להשתמש בביטויים שלא במובנם היומ-
יומי. דוקא מסוגיית רצח בחוק האנגלי יש ללמוד, שאין הכרח להאמין שהמחוקק האנגלי
השתמש בביטוי premeditation במובנו הצרפתי-עותומני בהתאם למשמעותו היומיומי.
הרי בחוק האנגלי הביטוי המשמש תפקיד מקביל ל-premeditation, להבדיל בין הריגה
לרצח, הוא malice aforethought, אשר כידוע לכל בר-בירב משמעותו המשפטית
רחוקה ממובנו היומיומי. לא ייפלא, איפוא, אם יתברר שהמחוקק האנגלי לא יעד
לסעיף 216 את התפקיד לחוק את משמעותו הרגילה היומיומית של premeditation,
תפקיד שלא היה כל צורך בו⁹, ושאינו משתווה עם מבנהו וסגנונו המסובך של הסעיף.
יתכן שתפקיד סעיף 216 הוא דווקא להוציא את המושג premeditation משימוש הרגיל
ולהפכו למושג טכני, "a term of art".

חיוזק לדעה זו יש למצוא בדיונים המקיפים שנערכו באנגליה במשך יותר ממאה
השנים האחרונות בנושא המבחן הרצוי להבחנה בין רצח להריגה. עסקו בנושא זה
חוקרים וסופרים ומספר ועדות מלכותיות, והוגשו לפרלמנט האנגלי הצעות רבות
לשינוי החוק האנגלי. בכל הספרות העניפה הזאת נע הדיון בעיקר בין המושג האנגלי
malice aforethought והמושג הצרפתי premeditation. דברי הביקורת המפורסמים
של סטפן¹⁰ נגד המושג premeditation נכתבו במסגרת ויכוח זה, ומתייחסים אליו.
אחד הרעיונות המרכזיים העובר בכל הספרות הזאת הוא, שלאור הביקורת על המושג
premeditation אין לאמצו כמבחן המבדיל בין הריגה לרצח, אלא אם נייחס לו משמעות
מיוחדת החורגת ממובנו היומיומי. למשל, בספרו על ההיסטוריה של החוק הפלילי
האנגלי מביא סטפן מספר דוגמאות של מקרי רצח הנראות לו חמורות, וממשיך¹¹ :
"In none of these cases is there premeditation unless the word is used in
a sense as unnatural as 'aforethought' in 'malice aforethought'."

שנים מעטות לפני כן, ב-1877 ו-1878, הוגשו לפרלמנט האנגלי שתי הצעות חוק¹²
בהן הוצע להגביל עונש מוות לאותם מקרים בהם מצאו המושבעים שהרצח נעשה
"with premeditation". ההצעה הראשונה הגדירה ביטוי זה כך :
"the willful and unlawful design to take human life, conceived either before
or at the time of the offence."

זו שמשנת 1878 היתה דומה :
"the malicious and felonious design to take human life, manifested either
before or at the time of the preparation of the act from which death
ensues."

9 ראה הערה 56 להלן.

10 כביטוי המוצלח של פרופ' פלר, "בעצם המושג premeditation מביע את הכל", הפרקליט,
כ, בעמ' 70.

11 J. Stephen, *A History of the Criminal Law of England*, 1883, III, p. 94

12 שם. דבריו מובאים במלואם בעמ' 494 להלן בדיון אודות סעיף 216(ב) לפקודה.

13 נוסח שתי ההצעות מובא בנספח 12 לדו"ח ה-Royal Commission on Capital Punishment
(Cmnd. 8932) משנת 1953, בעמ' 471. (ההדגשה שלי).

הדמיון בין הגדרות אלו של השופט אגרנט בנתיים בנו ("שיצירת כוונת הקטילה היתה מלואה שיקול ויישוב הדעת") בולט.

שתי ההצעות האלו הוצעו במסגרת התנועה האנגלית בשנות הששים והשבעים לחלק את עבירת הרצח לדרגות, על יסוד הנסיון של מספר מדינות בארה"ב, וזאת בעקבות המלצת הוועדה המלכותית משנת 1866.¹⁴ האנגלים היו מעורים היטב בהתפתחויות בארה"ב לפיהן נתנו בתי המשפט האמריקאים פירוש מיוחד וטכני למושג premeditation שלא בהתאם למובנו הפשוט. ב-82-1881 דחה שר הפנים האנגלי הצעות אלה סופית באמרו שהצעת הוועדה:

"embraced a premeditated design in the words 'deliberate' and 'aforethought', which would be found too restrictive and would have to be explained away by the Judges, just as in Massachusetts, according to evidence before the Royal Commission, the words 'deliberately premeditated malice aforethought' in the definition of murder in the first degree had been interpreted by the courts to include all cases where the intention to take life existed before the act was committed. however short a space of time intervened between the conception and the execution of the design, and had thus been almost deprived of meaning."¹⁵

שהאנגלים נטו לעתים להשתמש במלה premeditation שלא במובנה הרגיל ניתן ללמוד גם מן הדו"ח הרביעי של ה-Criminal Law Commissioners משנת 1839:¹⁶
 "The crime of murder... is in the law of England characterized by its having been committed with premeditation, or what the English law terms malice prepense, or malice aforethought."

כאילו ה"premeditation הצרפתי זהה ל-malice aforethought האנגלי. אבל, ממשיך הדו"ח, אין להבין ביטוי זה כמשמעותו הפשוטה:

"[A]s this class comprehends... also other cases where there is no express malice, but where it is necessary on grounds of policy to punish homicide with the highest degree of severity, the term 'malice aforethought' is often applied to a state of circumstances where malice does not exist in the ordinary sense of the term, but is only malice in a legal sense by construction of law."

דברים דומים בקשר למובן המשפטי הן של הביטוי malice aforethought והן של המלה premeditation נאמרו בדו"ח הוועדה המלכותית משנת 1879,¹⁷ אשר היווה שיא המאמץ האנגלי לבסס את החוק הפלילי על חוק חרות:

14 דו"ח הוועדה משנת 1866 ופרוטוקול העדויות שהיא שמעה אינם נמצאים בישראל. תאור עבודתה וההתפתחויות בעקבות המלצותיה נמצא בדו"ח הוועדה משנת 1953, בעמ' 467-70.

15 שם, בעמ' 469.

16 עמ' xxii, דו"ח זה נדפס מחדש לאחרונה ב-"British Parliamentary Papers: Criminal Law, 1971, Irish U. Press Series, III, pp. 233, 254.

17 Royal Commission on the Law Relating to Indictable Offences, Report 23

"The common law definition of murder is 'unlawfully killing with malice aforethought'... The objection to these definitions is that the expression 'malice aforethought' is misleading. This expression taken in a popular sense would be understood to mean that in order that homicide may be murder, the act must be premeditated to a greater or lesser extent... This definition if so understood would be obviously too narrow, as without what would commonly be called premeditation, homicide might be committed which would involve public danger and moral guilt in the highest possible degree. Of course it can be pointed out that every intentional act may be said to be done aforethought, for the intention must precede the action. But even with this explanation, the expression is calculated to mislead anyone but a trained lawyer."

ולאחרונה בדו"ח הוועדה המלכותית בענין עונש מוות משנת 1953, לאחר שהוועדה נימקה את מסקנותיה שאין לאמץ את מבחן הכוונה תחילה, נאמר ¹⁸:

"The argument of the previous paragraph assumes that if 'premeditation' were made the test of murder in the first degree, it would be applied in its general and familiar sense, as implying the lapse of some appreciable time between the planning of the crime and its execution. This assumption is not necessarily valid."

לאור היסטוריה ארוכה זו, אין כל יסוד להנחה שהמחוקק האנגלי נקט במבחן premeditation ממובנו הרגיל. יותר מסתבר, שבנקטו מבחן זה, לקח המחוקק המנדטורי בחשבון את הביקורת המסורתית באנגליה, והאפשרות שהוא יתפרש בהתאם. גם מתוך הסיפא של סעיף 216 יש להסיק שכוונת המחוקק האנגלי היתה דווקא לסטיה ממובנו הרגיל של premeditation. נאמר שם:

"In order to prove premeditation it shall not be necessary to show that the accused person was in any state of mind for any particular period or within any particular period before the actual commission of the crime."

רק בדוחק ניתן ליישב הוראה זו עם הגדרת המיעוט שהנאשם "חשב וסקל ולאחר שיקול החליט להרוג". אמנם, פרופ' פלר כותב במאמרו ¹⁹:

"לפי סעיף זה, אין דורשים any particular period אולם משתמע דוקא כי דורשים איזה שהוא period של הלך מחשבה, מבלי שהוא יהיה מסוים, לגבי עשיית העבירה". לדעתו, יכול הכל להתגשם אפילו "בכרהף-עין" בתנאי שיתקיימו השלבים הנפרדים

British Parliamentary Papers: Criminal ב" נדפס מחדש ב" (Cmnd. 2345, 1879)

Law, 1971, Irish U. Press Series, VI, pp. 369, 391

Royal Commission on Capital Punishment 1949-1953, Report 175 (Cmnd. 8932, 18

1953). אמנם דברים אלה נכתבו לאחר חקיקת הפקודה שלנו, אבל דו"ח זה נאמן לדעה

ששררה באנגליה במשך כל התקופה הנדונה הן בהצעותיו המפורטות והן בגישתו הכללית

לבעיית הגדרת עבירת רצח.

19 הפרקליט, כו, בעמ' 64.

של "היוולדות הרעיון... יישוב הדעת... והחלטה לעשותה"²⁰. אבל דבריו אלה נראים מלאכותיים. אין הבדל של ממש בין כוונה רגילה לבין כוונה תחילה שכל תחילתה ארכה "כהרף עין". דבריו מזכירים לנו את הגישה האמריקאית בתאורו המפורסם של השופט קרדווי²¹:

"The difficulty arises when we try to discover what is meant by the words deliberate and premeditated. A long series of decisions, beginning many years ago, has given to these words a meaning that differs to some extent from the one revealed upon the surface. To deliberate and premeditate within the meaning of the statute, one does not have to plan the murder days and hours and even minutes in advance... The law does not say that any particular length of time must intervene between the violation and the act. The human brain, we are reminded, acts at times with extraordinary celerity. All that the statute requires is that the act must not be the result of immediate or spontaneous impulse."

אולם, קרדווי מבקר פירוש זה:

"I think the distinction is much too vague to be continued in our law. There can be no intent unless there is a choice, yet by the hypothesis, the choice without more is enough to justify the inference that the intent was deliberate and premeditated. The presence of a sudden impulse is said to mark the dividing line, but how can an impulse be anything but sudden when the time for its formation is measured by the lapse of seconds."

לסיפא של סעיף 216 אין אח ורע בחוק הצרפתי. מחוקק אשר התכוון לתת לביטוי כוונה תחילה פירוש זהה לזה שבמקורו הצרפתי לא היה מוסיף הוראה כזו. אדרבא, מקורה של ההוראה, כפי שראינו בדברי קרדווי באותם פס"ד אמריקאים אשר באמצעותה הוציאו את הכוונה תחילה ממשוטה והפכוה לכוונה רגילה²². כאמור למעלה, האנגלים

20 שם, בעמ' 57-58.

21 B. Cardozo, *Law and Literature*, 1930, pp. 95-101

22 דברי קרדווי אינם בודדים. ראה למשל: Brenner, "The Impulsive Murder and the Degree Device", 22 (1953), *Fordhan L. Rev.* 274, 280

"The states that grade murder include in the first degree category intentional homicides committed with an intent generally characterized as 'deliberate and premeditated'... To an alarming extent, however, the courts have not given these words their literal meaning. Instead, they have been construed in such a manner as to render meaningless the statutory distinction between first and second degree murder. The courts have declared that it takes time to premeditate and deliberate. But by declaring that the prerequisite mental operation may be completed in a period of time so slight as to be imperceptible, the courts have drawn within the confines of the first-degree category

היו ערים להתפתחות זו בחוק האמריקאי, ואם הם הכניסו הוראה זו לסיפא של סעיף 216 יש להבינה כבאה לאמץ את ההתפתחות האמריקאית, המטשטשת את ההבדל בין כוונה תחילה לבין כוונה רגילה, ולא את ההלכה הצרפתית.

לאור דברים אלה, נראית נכונה יותר דעת הרוב בפסיקה הישראלית מאשר זו המוצעת על-ידי פרופ' פלר במאמרו. לא רק שברוב המקרים היא מובילה אותנו לתוצאות יותר מתקבלות על הדעת מבחינת מדיניות הענישה — ולזה נדמה מסכים גם פרופ' פלר²³ — אלא, נוסף על כך, היא יורדת יותר לרוחו ולמגמתו של המחוקק האנגלי. אבל בכל זאת אין הגישה המקובלת נקייה לגמרי מקשיים. אם היא נכונה יותר בנקודת מוצאה ובתוצאותיה, נדמה כי חולשתה היא דווקא במעבר בין נקודת המוצא אל התוצאות דרך שלושת תת-סעיפי 216. טרם הצליחה אסכולה זו לפלס דרך משכנעת ביסודות החלטה, העדר קנטור, והכנה, כשחולשתה מתגלית בעיקר בסוגיית ההכנה. טרם שמענו תשובות מספיקות לטענותיו הקשות של פרופ' פלר בסוגיה זו. ננסה להציע כאן פירושים חדשים לשלושת סעיפים אלה, על יסוד מסקנתנו שמטרת סעיף 216 היא למחן את קיצוניותו של החוק הצרפתי, ולפשר בינו לבין החוק האנגלי על-ידי מתן משמעות מיוחדת למושג premeditation בהתחשב בביקורת האנגלית.

homicides the result of hasty, impulsive, spur-of-the-moment action, and not the result of real and substantial reflection.

מאמר שני המביא מספר רב של פסקי-דין אמריקאים מראה איך פסקי-דין אלה ביטלו למעשה את ההבדל בין כוונה תחילה וכוונה רגילה באמצעות הוראות זהות להוראת הסיפא של סעיף 216. נביא כאן מספר דוגמאות שהובאו במאמר זה: Knudson, "Murder by the Clock", 24 (1939), *Wash. U. Q.* 305

"But the time that elapses which shows deliberation need not be a day. It need not be a minute. It may be a second or a fraction of it." *People v. Jackson*, 196 N.Y. 357, 89 N.E. 924 (1909).

"It is not erroneous to charge [the jury] that the premeditation which the law requires to constitute murder in the first degree need not be for any particular length of time; that it is sufficient if the premeditation was but for a moment..." *Lovett v. State*, 30 Fla. 142, 11 So. 550 (1892).

"The offense may be found to be of this grade [first degree] from the mere fact and circumstances of the killing, and where there are no circumstances to prevent or rebut the presumption the law will presume that the unlawful act was intentional and malicious and was prompted and determined by ordinary and natural operations of the mind. ... The law will not, therefore, attempt to lay down a more 'specific' rule. It cannot define the length of time within which the determination to murder... must be formed." *State v. Wormack*, 150 Minn. 249, 184 N.W. 970 (1921).

"The wilful intent, premeditation or deliberation need not exist for any particular length of time before the crime is committed." *Clifford v. State*, 58 Wis. 477, 17 N.W. 304 (1883).

23 ראה מאמרו, הפרקליט, כו, בעמ' 57-55.

2. סעיף 216(ג): יסוד ההכנה

הגישה המקובלת בפסיקה לפירוש סעיף 216(ג) היא כי המדובר ביסוד פיזי טהור²⁴. אין בסעיף יסוד מנטלי. אין בו דרישה למה שנקרא בספרות הכנה נפשית; והכנה נפשית ללא פעולת הכנה פיזית לא תספק את היסוד הנדרש. למה נאלצת אסכולה זו לפרש את הסעיף פירוש כל כך בלתי מתקבל על הדעת? נראה לי כי התשובה לכך נמצאת בהנחת היסוד המשותפת לשתי האסכולות שסעיף 216 על שלושת תת-סעיפיו מהווה הגדרה ממצית ומצטברת למושג כוונה תחילה. לדעת שתיהן, כדי להשיע אדם ברצח בכוונה תחילה צריך למצוא בכל מקרה ומקרה שקיימת אצלו ההכנה הדרושה בסעיף-קטן (ג). אילו היתה הפסיקה מפרשת את סעיף-קטן (ג) כדורש קיום הכנה נפשית כיסוד ל-"premeditation", היא היתה כאמצע בכך את הפירוש הצרפתי למושג זה, וזאת, כאמור, בניגוד לעמדתה היסודית שהמחוקק התכוון לפשרה בין הפירוש הצרפתי וההלכה האנגלית. לאור הבנתה היסודית, שסעיף 216 בא להוציא premeditation ממשמעותו הפשוטה, נאלצת הפסיקה לדחות את הפירוש אשר מציע פרופ' פלר לסעיף-קטן (ג).

עם זאת, קשה לקבל את הפירוש שסעיף-קטן (ג) הוא יסוד פיזי בלבד. את רוב השגותינו נוכל להעלות בקצרה, שהרי פרופ' פלר כבר הרחיב את הדיבור בענין זה במאמרו²⁵.

ראשית, הפירוש המקובל אינו מעוגן במלות החוק ואף סותר את מלוחיו המפורשות. בחוק נאמר:

"after having prepared himself to kill... or after having prepared the instrument, if any, with which such person was killed."

המלים "prepared himself" מצביעות דווקא על הליך נפשי ולא על פעולה פיזית. נוסף על כך, אילו היה מדובר בהכנה פיזית לא היה כל צורך להוציא מן הכלל הכנת הכלי ההוראה, מיוחדת. קשה ההסבר שסיפא זו משמשת רק דוגמא אחת מני רבות²⁶; אין זו דרך מקובלת על המחוקק לנקוט דוגמא מיוחדת לאחר קביעת הכלל. נקודת חיזוק לדעת שהמדובר בהכנה נפשית, אשר טרם הודגשה בספרות, היא החזרה

ברישא של סעיף-קטן (ג) על ההוראה בקשר לקרבן הרצח –

"such person or any member of the family or race to which such person belongs"

והעדרה של הוראה מקבילה מן הסיפא הדין בהכנת כלי הרצח. נדון בפירוט במש-מעות הוראה זו להלן, בקשר לפירוש סעיף 216(א), אבל ייאמר כבר עתה שמסקנתנו,

24 פסקי-דין רבים הובאו עליידי פרופ' פלר במאמרו, שם, בעמ' 67, הערה 42, ובעמ' 72-71. לאחרונה חזר על כך השופט אגרנט בפסקי-דין נעים כנגד, פד"י כ"ד (1) 561, 571-75.

25 הפרקליט, כו, בעמ' 65-73.

26 ע"פ 396/69 נעים כנגד ג' מדינת ישראל, פד"י כ"ד (1) 561, 571; פלר, הפרקליט, כו, בעמ' 68.

רצח בכוונה תחילה

כמסקנתו של השופט כהן בפסק-דין שניר²⁷, שהוראה זו אינה עוסקת בשאלת תוצאת הרצח וסוגיית כוונה מועברת, כי אם בהגדרת הכוונה הנדרשת להתהוות כוונה תחילה, כדי לכלול בכוונה תחילה כוונה שאינה מיועדת לקרבן מסוים. אם כך הדבר, הכללת הוראה זו ברישא של סעיף 216(ג) מחייבת את המסקנה, שהרישא דנה ביסוד גפשי ולא ביסוד "פיוזי טהור". לאור זה יש להבין גם העדרה של הוראה זו מן הסיפא של סעיף 216(ג) העוסקת בהכנת הכלי שהוא באמת יסוד פיוזי, ולכן לא קיים לגביו הצורך לפרש שכוונה כללית כמוה שכוונה תחילה.

שלישית, אין להעמיד דרישת פעולת הכנה פיזית כמבחן בלעדי לקיום כוונה תחילה. אמנם קיים הגיון רב בקביעה שמקום שהיתה פעולת הכנה פיזית "יש להסיק שלכוונת הקטילה קדמו שיקול ויישוב הדעת"²⁸, אבל רחוקה הדרך למסקנה שאין premeditation אלא אם קיימת פעולה כזאת, כדברי הרוב. בסופו של דבר אין למבחן זה שום קיום אובייקטיבי. העמדת הדרישה של פעולה פיזית כמבחן חיוני לקיום premeditation, מאלצת את בתי-המשפט לחפש פעולת הכנה פיזית, ולמצאה במקומות שהיא אינה קיימת. למעשה, רוקנה הפסיקה מבחן זה מכל תכנון, והוא נתון למניפולציה. בהתאם לצרכי התיק.

יתרה מזו, דרישת פעולת הכנה פיזית יוצרת סכנה שבמקרים מסוימים יזוכה עברייני מרצח כשאין כל הצדקה עניינית לכך. דוגמא בולטת לכך הובאה על-ידי פרופ' פלר במקרה של רצח על-ידי מחדל²⁹. אותו דבר קיים ברצח על-ידי מעשה. למשל, חניקה בידיים אינה טעונה שום הכנה פיזית, ובכל זאת היא תלויה בדרך כלל premeditation³⁰. ואם ישיב המשיב שבמקרה זה נמצא את פעולת ההכנה בהפעלת הידיים המתניקות, תשובה זו רק תחוק את מסקנתנו שלמעשה אין כאן כל מבחן אובייקטיבי.

בפסק-דין נעים בנו הביא השופט אגרנט דוגמא נוספת למקרה בו אין הכנה פיזית³¹:

"ראובן החליט להרוג את שמעון בהודמנות הראשונה; יום אחד נפגשים השניים באקראי על פיסגת ההר; ראובן מנצל את ההודמנות שנקרתה לפניו, ודוחף לפתע את שמעון לתוך התהום והוא נספה".

מקור הדוגמא הוא בפסק-דין של השופט קופלנד מתקופת המנדט. שם אמר השופט קופלנד³²:

"That would be murder committed which had been resolved upon, and murder committed in cold blood. I do not think it could be said that it was committed after preparation."

27 ע"פ 406/72 שניר נ' מדינת ישראל, פד"י כ"ח (1) 234. ראה הפרק הון בפירוש סעיף 216(א) בעמ' 490-92.

28 השופט אגרנט בנעים בנו, פד"י כ"ד (1) 561, 567.

29 הפרקליט, כו, בעמ' 68.

30 שם.

31 פד"י כ"ד (1) 572, 561.

32 Cr. App. 17/38, Schwartz v. The Attorney General, 5 P.L.R. 249, 254-55, 1 Ann. S. Ct. J. 214, 219.

נדמה כי דווקא דוגמא זו מהווה, היא עצמה, פירכה לשיטה הדורשת הכנה פיזית כתנאי בלעדי לקיום premeditation, שהרי זו תוצאה כל כך לא מתקבלת על הדעת שאין להניח שהמחוקק, ובמיוחד מחוקק אנגלי, התכוון אליו. כפי שהשופט אגרנט מציין בו במקום, השופט סטפן היה בדעה שיש להרשיע את הנאשם במקרה זה ברצח ולא בהריגה. אלמלא הדרישה לפעולת הכנה פיזית, מה חסר כאן לקיום premeditation? אמנם ניתן לטעון שבעקבות מעבר הזמן אין לראות את מעשה ההריגה כנובע מן ההחלטה הקודמת. אבל קיום מעשה הכנה פיזי רגעי לא היה משנה מצב זה כל עיקר. דווקא הנחת היסוד של דעת הרוב בפסיקה, שמטרת סעיף 216 לקרב ולפשר בין דיני הרצח האנגליים והצרפתיים, מחייבת מסקנה שבדוגמתו של השופט קופלנד קיים premeditation במובן החוק שלנו.

גם גישת המיעוט אינה נקייה מקשיים. גם לדעתה מה הרבותא בסיפא של סעיף-קטן (ג) העוסקת בהכנת הכלי? מלשונו של הסעיף נראה כי הכנת הכלי מהווה מבחן סובסטנטיבי נוסף, תחליף למבחן הראשון של הכנה נפשית, וזה בהחלט יסוד פיזי. אם כן, לא הסביר לנו המיעוט איך יכול יסוד פיזי לשמש מבחן תחליף לדרישה בתחום הנפשי. המיעוט נמצא כאן בדילמה כי הרבה מקושייתיו נגד עמדת הרוב חוזרות על עצמן. כדי להחליף ממצב זה על המיעוט לפרש את הסיפא כמבחן ראייתי, כ"אלטר-נטיבה בלבד"⁶⁸, דבר שאינו מסתבר מלשונו של הסעיף. בין כה וכה, למה פירט המחוקק ראייה יחידה זו; הרי מרובים הם מעשי הכנה פיזיים המצביעים על קיום הכנה נפשית. לא נהוג שמחוקק יפרט בחוק המגדיר יסוד סובסטנטיבי את הדרכים או אחת הדרכים שבהן ניתן להוכיח קיום יסוד זה.

הביטוי אשר נקט בו המחוקק המנדטורי הוא *after having prepared himself to kill*. ביטוי זה יוצא דופן וקשה להבינו. במקרה הקלסי והברור ביותר של רצח ככוונה תחילה, רוצח מקצועי הגשכר לרצוח, לא מתרחש כל תהליך נפשי אצל הרוצח שניתן לכנותו הכנה נפשית עצמית. תופסים כאן דבריו של סטפן⁶⁹ שנאמרו בקשר לדוגמת הרצח על פסגת ההר שהביאו השופטים קופלנד ואגרנט:

"a readiness and presence of mind . . . in such a transaction are infamous."

אין בכלל צורך בהכנה נפשית במקרה כזה. קשה להשתכנע שהמחוקק נקט בביטוי *prepared himself* לשמש לסיפוק יסוד ההרהור ושיקול הדעת, שעה שהיה יכול בקלות להשתמש בביטוי המקובל והברור.

ניתוח זה מראה ששתי הגישות להבנת סעיף 216(ג) אינן מצליחות לרדת לשרשו של הסעיף. שתיהן אינן מתמודדות באפקט האלטרנטיבי של שני חלקי הסעיף, ושתיהן אינן ממצות את הייחוד שבביטוי *prepared himself*. נבחון את היישום המעשי של שתי הגישות בפסק-דין מייזבה בו יצא מהן נפקא מינה למעשה.

מסעוד סוויסה היה אדם קל לכעוס אשר, על-פי עדות חותנו, הרבה לאיים על הבריות תוך הנפת סכין. ליל שבת אחד, על רקע סכסוך משפחתי, באו חותנו וגיסו לביתו כדי להוציא משם את אשתו ולהחזירה לביתה. סוויסה התנגד ולאחר הלופי מלים קם, מיהר והוציא מן המטבח שני סכינים, והניפם לנוכח חותנו וגיסו. בקטטה שהתפתחה עקב

33 הפרקליט, כו, בעמ' 68.

34 J. Stephen, *A History of the Criminal Law of England*, 1883, III, p. 99

מעשיו אלה, דקר סוויסה את גיסו למוות. סוויסה הורשע בבית-המשפט המחוזי בעבירת רצח. בערעורו בבית-המשפט העליון עמדה לדיון השאלה האם היתה אצלו כוונה תחילה לגרום למוחו של הגיס.

השופט זוסמן, בפסק-דין קצר, אשר הצטרף אליו השופט ויתקון, מצא שהיתה כאן כוונה תחילה ודחה את הערעור. לעומתם סבר השופט קיסטר שלא קדמה לרצח כוונה תחילה, ולכן הצביע בעד הרשעת סוויסה בהריגה בלבד. עמדתו של השופט קיסטר נזמקה בחוות-דעת מפורטת, אשר חשפה את מהלך מחשבתו באשר להגדרת המושג כוונה תחילה ובעיקר באשר ליסוד ההכנה שבסעיף 216(ג).

השופט קיסטר לא ראה בעצם שליפת הסכינים, והנפתם לעבר החותן והגיס, ראייה חותכת לגמילת ההחלטה להרוג כבר באותו רגע. כאמור, הרבה סוויסה לאיים בסכינים, וכמאמר התלמודי "עביד איגש דגוים ולא עביד". לדעת השופט קיסטר נוצרה ההחלטה להרוג אצל הנאשם סוויסה רק בשלב מאוחר יותר, בשעת הדקירות עצמן. ולכן, לדעת השופט קיסטר, לא היתה כל אפשרות לקיום דרישת "ההכנה" כי, כדבריו, "אין זה מסתבר לדבר על הכנה כל עוד לא היתה החלטה להרוג"³⁵. פירוש הדבר, את ההכנה הנדרשת על-פי סעיף 216(ג) יש לחפש, לדעת השופט קיסטר, אך ורק במעשים ובמקרים שאירעו לאחר גמילת ההחלטה להרוג ובעקבותיה. את פסקי-הדין הרבים אשר מצאו הכנה בהבאת המכשיר שגרם למוות ואפילו בהנפתו דחה השופט קיסטר בטענה שבכל אותם מקרים הוסק קיומה של הכנה ממעשים אלה "לאחר שהחלטה להרוג היתה קיימת כבר בלבו של הנאשם"³⁶. לעומתם, במקרה פוויסה, כאמור, לא מצא השופט קיסטר הוכחה לקיום החלטה להרוג בעת שליפת הסכינים והנפתם.

מותר לנו לסכם את דעת השופט קיסטר באשר לתאור התהליך של כוונה תחילה להרוג כך: הרוצח מחליט להרוג את קורבנו. לאחר מכן הוא מכין את עצמו או את הכלי לבצע את החלטתו. בתקופת הכנה זו קיימת אצלו האפשרות להרהר בדעתו ולשקול החלטתו שנית. רק לאחר תקופת הכנה זו מבצע הוא את זממו. כל מקרה שאינו הולם תאור זה אינו נכלל במושג כוונה תחילה.

גישה זו מצמצמת את המושג כוונה תחילה לאותם מקרים בהם קדם למעשה התריגה תהליך אינטלקטואלי מובהק של החלטה להרוג והכנת ביצוע החלטה זו. בנקודה זו שונה דעתו של פרופ' פלר מזו של השופט קיסטר. לדעת פרופ' פלר יכולים הרהור ושקול-הדעת, שהם בלבד מספקים את דרישת ההכנה העצמית, לבוא גם קודם לגמילת ההחלטה להרוג ואף להביא את הנאשם לידי החלטה כזו³⁷. אבל גם לדעתו, תהליך ההכנה הוא בעיקרו תהליך אינטלקטואלי.

אם הסכמנו, שהביטוי בסעיף-קטן (ג) "prepared himself" אינו הולם את הפירוש שמדובר בהכנה פיזית, נדמה שהוא גם אינו הולם תהליך שהינו אינטלקטואלי בלבד. לדעתי, מטרת דרישת ההכנה העצמית שבסעיף 216(ג) היא דווקא למנוע פירוש צר למושג כוונה תחילה, כמוצע על-ידי השופט קיסטר. היא באה להרחיב את המושג כוונה תחילה מעבר ליסודותיו האינטלקטואליים, ולכלול בתוך די אמותיו את הנאשם סוויסה

35 פד"י כ"ב (2) 759, 769.

36 שם.

37 הפרקליט, כו, בעמ' 63-64.

ודוגמתו. אמנם, במקרה מיוחד, לא היתה שהות להרהור ושיקול הדעת בין ההחלטה להרוג וביצועה, אבל הרצח לא היה ספונטני. סוויסה הכין את עצמו לקראת החלטתו להרוג. קדם להחלטה זו תהליך אמוציונלי של התרגשות, ריתחה פנימית, והתכעסות, בו הרוצח, במקום לרסן את עצמו, נתן לרגשותיו הסוערים להתפתח ולפרוץ החוצה. תהליך זה, אשר דווקא לו יאה הכינוי הכנה עצמית, קדם לרצח והוביל אליו. סעיף 216(ג) מורה לנו לא לבדוד את היסוד האינטלקטואלי ממכלול התהליך אשר הוביל למעשה הרצח, כי אם להתחשב בכל מרכיביו, הן האינטלקטואליים והן הרגשיים. יסוד התחילה שבמובן כוונה תחילה ניתן למצוא הן בתהליך אינטלקטואלי של שיקול והרהור בהחלטה להרוג, בין אם לפני ההחלטה בין אם לאחריה, והן בהכנה נפשית אמוציונלית, אשר קדמה להחלטה להרוג, וביצועה המידי.

מסקנתנו, איפוא, שבדברו על ההורג אדם "after having prepared himself" לא התכוון המחוקק להערים מכשול נוסף להתהוות הכוונה תחילה כי אם להרחיב מושג זה כדי לכלול בתוכו סוגים מרובים של כוונה תחילה. גישה זו תואמת את הנחת היסוד שלנו, שמטרת המחוקק היא לפשר בין ה"premeditation הצרפתי לבין ה"malice aforethought האנגלי, כששלושת תת-סעיפי סעיף 216 הם הכלים שסיגל המחוקק למילוי מטרה זו. פירוש זה תואם גם את המדיניות הרצויה המכירה בכך שהכוונה תחילה האינטלקטואלית אינה בהכרח היסוד היחיד המאפיין את הסוג החומר ביותר של הריגת אדם והמצדיק את העונש החמור ביותר. כאמור, זו גם העמדה העיקרית של הספרות האנגלית משך תקופה של יותר ממאה שנה, וסביר להניח שדעה זו עמדה לנגד עיניו של המחוקק האנגלי שעה שניסח את סעיף 216.

אמרנו כבר שסעיף 216(ג) מתחלק לשני חלקים: רישא העוסקת בהכנה עצמית וסיפא העוסקת בהכנת הכלי. לאור הפירוש המוצע לרישא, ניתן להציע פירוש גם לסיפא. כמו הרישא אין היא באה לצמצם את מושג הכוונה תחילה; אדרבא, מטרתה להרחיבו עוד יותר וליצור אפשרות נוספת לקיום יסוד ה"תחילה". הסיפא מתייחסת כנראה למקרים בהם הכין הרוצח את כלי הרצח בטרם החליט סופית באם או מתי לבצע את הרצח. הכלי מוכן אצלו לכשיחליט להשתמש בו. גם במקרה כזה יכול להיות שההחלטה להרוג הינה רגעית לעומת ביצועה. בין החלטה לביצוע לא יהיה הרהור שני ואף לא שהות להרהר. בכל זאת, ראה המחוקק במקרה זה מקרה לא פחות חמור מאותם המקרים בהם החליט הרוצח בעוד עת להרוג את קרבנו, והכין את כליו לאחר החלטתו.

3. סעיף 216(א): יסוד ההחלטה

נעבור עתה לסעיף 216(א) ונראה מה תפקידו לפי הגישה שהצענו, ואיך הוא משתלב בתוך ההגדרה של כוונה תחילה. לפי הגישה המקובלת על שתי האסכולות גם יחד, משמש סעיף זה גרעין ראשון בהגדרה המשולשת של הכוונה תחילה. תפקידו להורות לנו שקיום כוונה תחילה מחייב קיום החלטה להרוג. אין כוונה תחילה ללא כוונה. למעשה הוא מיותר, או לפחות ניתן לומר, כדברי פרופ' פלר⁸⁸, אין בסעיף-קטן זה כל חידוש

המאפיין את המיוחד שבכוונה תחילה. לי נראה שסעיף 216(א) בא לשמש תפקיד דומה לזה של סעיף 216(ג) – וכפי שנראה להלן גם של סעיף 216(ב) – דהיינו, להרחיב את המושג כוונה תחילה מעבר למשמעותו היומיומית או, לפחות, להבטיח שבת-המשפט לא יפרשוהו פירוש צר ומצומצם.

לכאורה, עוסק סעיף 216(א) בסוגיית הכוונה המועברת. הן לפי הקומון לאו האנגלי³⁹ והן לפי החוק הצרפתי⁴⁰, ראובן שהתכוון לירות בשמעון, וסטה הכדור ופגע בלוי, יורשע ברצח למרות שלא התכוון להרוג את לוי. כוונת ראובן להרוג את שמעון מועברת לקרבנו לוי. לכאורה, כאמור, בא סעיף 216(א) ומגביל את הלכת הכוונה המועברת למקרים בהם קיים יחס של קרבה משפחתית או גזעית בין הקרבן המיועד לקרבן למעשה⁴¹. אלא שפירוש זה קשה לקבלו. הוא חסר כל הגיון חברתי. ניתן להבין את גישת הגורסים דוקטרינת הכוונה המועברת, וכמו כן יש הגיון מאחורי דעות אלה הדוחות אותה⁴². הראשונים מחמירים בנאשם שהרי היתה אצלו כוונה פלילית והתוצאה למעשה אינה פחות חמורה מזו שהתכוון אליה. והאחרונים מוכנים להקל על הנאשם ולהסתפק בעונש פחות מהמירב, שהרי הוא לא גרם לתוצאה הספציפית שהתכוון אליה, ולא היתה לו כוונה להרוג את זה שהוא אכן הרג. אולם אין כל הגיון בגישה התולה את חומרת העבירה בהזדהות המקרית בגזע או במשפחה בין הקרבן למעשה, לבין זה שהיה מיועד להיות הקרבן. לא במהרה נייחס למחוקק כוונה כל כך חסרת הגיון משפטי וחברתי.

לאחרונה הציע השופט חיים כהן פירוש חדש לסעיף 216(א), והוא הפירוש הנכון. מטרת סעיף זה לכלול במושג כוונה תחילה כוונה שאינה מכוונת לאדם אחד מסויים, כי אם מכוונת באופן יותר כללי לכל מי שיודמן מתוך משפחה מסוימת או שבט או גזע מסויים. כדברי השופט כהן⁴³:

"סעיף 216 אינו בא ללמדנו ולא כלום לענין 'העברת' החלטה להרוג מאדם אחד לאדם אחר, אלא בא הוא לקבוע דין מיוחד למשפחות ולגזעים שלמים כאוביקטים מיוחדים לכוונת ההריגה".

זו:

"הוראה מיוחדת לתופעה אשר, לפי נסיונו או לפי חששותיו [של המחוקק המגד-טורי], מיוחדת היתה לאוכלוסית הארץ הזאת או לחלקים ממנה – והיא מזימת הרצח המכוונת לא נגד אדם פלוני או מספר בני אדם מסוימים, כי אם למשפחה פלונית או לשבט פלוני או לגזע פלוני בתור ש כ א ל ה...".

שמא תאמר שכוונה כללית כזו אינה כוונה תחילה, בא סעיף 216 ומעמידך על טעותך.

³⁹ G. Williams, *Criminal Law: The General Part*, 2d. ed., 1961, pp. 126–27.

⁴⁰ ראה: E. Garçon, *Code Penal*, Annoté 28, para. 25, 1956; M. Dalloz, *Jurisprudence Generale: Les Codes Annoté*, Code Penal 407, para. 80; Goadby, *Commentary on Egyptian Criminal Law*, 1925, p. 636.

⁴¹ ראה פירוש השופט גויטיין בע"פ 118/53 מנדלברג נ' היועץ המשפטי לממשלה, פד"י י' 281, 352–53.

⁴² ראה: G. Williams, *Criminal Law: The General Part*, 2d. ed., 1961, pp. 134–38.

⁴³ ע"פ 406/72 שניר נ' מדינת ישראל, פד"י כ"ח (1) 234, 242 (ההדגשה שלי).

לחיווק פירוש זה יש לציין שהוא מייעד לסעיף 216(א) תפקיד זהה להוראה המקבילה בקוד הפלילי הצרפתי אשר, כאמור, שימש מקור לשימוש במושג premeditation לצורך הגדרת עבירת רצח. סעיף 297 של הקוד הצרפתי מגדיר premeditation :
le dessein formé, avant l'action d'attendre à la personne d'un individu déterminée, ou même de celui qui sera trouvé ou rencontré...⁴⁴

גם המחוקק הצרפתי ראה צורך להבהיר שכוונה כללית ובלתי מכוונת לקרבן מסויים — הקרויה בספרות הצרפתית intention indéterminée — תחשב premeditation. על אהת כמה וכמה שהיה צורך בהבהרה זו עבור השופטים המנדטוריים בארץ ישראל. הוראת סעיף 216(א) שבחוק הישראלי משמשת תפקיד זה⁴⁵.

ההבדל הבולט בין שתי ההוראות — החוק הצרפתי כולל כוונה אשר היא כללית לחלוטין מבחינת זהות הקרבן, כשהחוק הישראלי מתייחס רק לכוונה המיועדת לגזע או למשפחה מסויימים — נובע מן ההבדל במצב החברתי בין שתי הארצות אשר שימש רקע ובסיס להוראות הנדונות. ההוראה הצרפתית באה לכלול ב-premeditation פעולות חבלה של האנרכיסטים⁴⁶, פעולות אלה מכוונות לציבור בכלל ולא לקרבן מסויים או אפילו לגזע או משפחה מסויימים. בארץ ישראל בשנות ה-30 לא היתה קיימת תנועה אנרכיסטית, אבל תרבות בני הארץ והסכסוכים בין הקבוצות השונות אשר הרכיבו את האוכלוסייה היו הרקע, ויצרו את הצורך בהבהרה שכוונה להרוג מי שזדמן מתוך משפחה מסויימת או בני שבט או גזע מסויים נכללת גם היא ב-premeditation.

הבהרה זו, באשר לתפקיד סעיף 216(א) אין בה כשלעצמה להכריע בשאלה הכללית מה הפירוש הנכון למושג premeditation. אבל הפירוש המוצע לסעיף 216(א) מחזק את גישתנו הכללית שתת-סעיפי סעיף 216 אינם מהווים הגדרה משולשת מצטברת למושג כוונה תחילה, כי אם כל אחד משלושת תת-הסעיפים האלה בא בנפרד להבטיח פירוש רחב למושג זה, כל אחד לעובדות ולמקרים השונים שהוא עוסק בהם.

X

4. סעיף 216(ב): יסוד העדר קנטור

מה מלמדנו סעיף 216(ב) אודות משמעות הכוונה תחילה? נראה לי שפשוטו של הסעיף מצביע על כך שהוא בא לייחס משמעות אובייקטיבית למושג כוונה תחילה. ניתן אומנם

44 להלן התרגום האנגלי לסעיף זה מתוך ה-*American Series of Foreign Penal Codes* בעריכת פרופ' גרהרט מילר:

"Premeditation consists of an aforethought decision to make a homicidal attack on a certain person or anyone encountered..." (ההדגשה שלי).

45 השווה נוסח הצעת סטפן משנת 1874:

"Draft Homicide Law Amendment Bill 1874.

§25. Murder is homicide by an act done either

(i) With the intention of causing the death of or grievous bodily harm to the person killed or any other person ascertained or unascertained..."

Select Committee on Homicide Law Amendment Bill, Special Report 70 (1874), reprinted in *British Parliamentary Papers: Criminal Law*, Irish University Press Series, 1971, VI, pp. 97, 178 (Emphasis added.)

46 ראה למשל: E. Carçon: *Code Penal Annoté* 28, para. 22, 1956.

להתוכח מה מידת האובייקטיביות הזאת, האם רבה היא או מעטה? אבל קשה ליישב סעיף זה בכללותו עם גישה הגורסת שבהעדר שיקול דעת והרהור אין כוונה תחילה. לפחות שניים משלושת יסודותיו מצביעים על מבחן אובייקטיבי. ראשית, מהיסוד של העדר immediate provocation משתמע שקיימים אמנם מקרים בהם היה קנטור אשר הוציא את הנאשם משלוותו ובכל זאת תחקיים כוונה תחילה כי הקנטור לא היה מידי. צודקים כאן דברי השופט אגרנט בפרשת נעים בנו 47:

"משמעותו של התנאי הזה היא, שאם, בין הקנטור לקטילת הקרבן, הפריד משך זמן, שבו היה לנאשם שהות להתקרר, כי אז לא תעמוד לו טענת הקנטור. אין ספק שהתנאי האמור עולה בקנה אחד עם המבחן האובייקטיבי במובן זה, שאם היתה שהות להתקררות, כי אז יש להניח שהאדם הממוצע היה מנצל אותה כדי להחזיר לעצמו שליטה עצמית ולכן, היה נמנע מבצוע המעשה הקטלני הנדון. אפשר גם לומר שהמחוקק יצא, לענין זה, מתוך ההנחה, שאם הנאשם לא הרג את הקרבן בזמן סמוך לקנטור, אלא כעבור זמן, כי אז מעידה עובדה זו, שהוא החליט לעשות כן, לאחר שיקול ויישוב-הדעת ושלא פעל במצב של חוסר שליטה עצמית. ברור, כי במקרים רבים תתאים הנחה זו למציאות".

נכון הדבר ש"במקרים רבים" ניתן יהיה להסיק ממשך הזמן בין הקנטור לבין מעשה הקטילה שהנאשם שלט בעצמו ושקל והרהר עובר לקטילה. אבל אין הדבר כך בכל מקרה, והעובדה שהשופט אגרנט משתמש במלים "במקרים רבים" מוכיחה שהוא ער לכך שאין זה נכון בכל מקרה. פירוש הדבר, שדרישת המיידיות מביאה לכך שבמקרים מסויימים תחשב העבירה לרצח למרות שהנאשם לא שלט בעצמו, ולא שקל והרהר על מעשהו, עובר לקטילה. ולמה גישה כל כך מחמירה? כי עם עבור הזמן בין הקנטור לקטילה יכול היה הנאשם לשקול ולהרהר במעשיו. למחוקק האנגלי אין זה משנה שנאשם מסויים לא שקל והרהר; כדי להרשיעו ברצח די למחוקק זה שהנאשם יכול היה לעשות כן. כדברי המלומדים וקסלר ומיכאל⁴⁸, אשר השופט אגרנט מצטט אותם בענין נעים בנו מיד לפני הקטע הנ"ל:

"the slighter the provocation, the more basis there is for ascribing the actor's act to an extraordinary susceptibility to intense passion, to an unusual deficiency in those other desires which impel them to homicidal acts..."

דברים אלה נאמרו בקשר לחומרת הגורם המקנטר, אבל הם תופסים באותה מידה בקשר לגורם הזמן שעבר בין מעשה הקנטור לרצח. באותם המקרים בהם הנאשם לא נרגע עם הזמן, למרות שרוב בני האדם היו נרגעים, מצביע הדבר על רגישות מיוחדת אצלו וליקוי אופי יוצא דופן. ההבדל בינו לבין האדם הרגיל מתרחב, ומצטמצם הפער בינו לבין הרוצח בדם קר.

דברים אלה מתחזקים לאור הסיפא של סעיף 216(ב), בה נאמר:

47 פד"י כ"ד (1) 561, 581.

Wechsler & Michael, "A Rationale of the Law of Homicide", 37 (1937), 48
Colum. L. Rev. 1261, 1281.

"in circumstances in which he was able to think and realize the results of his actions."

המחוקק אינו דורש שהנאשם אכן חשב על כך למעשה. הוא מסתפק בכך שהנאשם יכול היה לחשוב ולהעריך את תוצאות מעשהו. אילו היה המחוקק דורש שהנאשם יחשוב ויהרהר במעשהו היה המושג כוונה תחילה מושג אינטלקטואלי סובייקטיבי. בהסתפקו בדרישה שהנאשם יכול היה לחשוב על תוצאות מעשהו, אימץ המחוקק מבחן אובייקטיבי למושג כוונה תחילה, וזאת שוב מאותה סיבה שהזכרנו בסעיף הקודם, דהיינו שעל-פי גישת המחוקק האנגלי נאשם שלא שקל והרהר, אבל יכול היה לשקול ולהרהר, אינו פחות אשם ופחות מסכן את הציבור מזה שאכן שקל והרהר במעשיו. זכורים היטב דברי סטפן המפורסמים⁴⁹:

"It seems to me that the French Code attaches far too much importance to premeditation in reference to the guilt of meurtre. As much cruelty, as much indifference to the life of others, a disposition at least as dangerous to society, probably even more dangerous, is shown by sudden as by premeditated murders."

לפי ההשקפה האנגלית, רצח ספונטני אינו פחות חמור מרצח מתוכנן, ואולי אף חמור יותר ממנו, כשהרוצח יכול היה לשקול ולהרהר במעשיו, ואין בנסיבות הסבר מתקבל על הדעת למעשה הקטילה.

סטפן המשיך בביקורת שלו כלפי דוקטרינת הכוונה תחילה, ונתן מספר דוגמאות של מקרים חמורים החסרים כוונה תחילה במובנה הרגיל⁵⁰:

"The following cases appear to me to set this in a clear light. A., passing along the road, sees a boy sitting on a bridge over a deep river and, out of mere wanton barbarity, pushes him into it and so drowns him. A man makes advances to a girl who repels him. He deliberately but instantly cuts her throat. A man civilly asked to pay a just debt pretends to get the money, loads a rifle and blows out his creditor's brains. In none of these cases is there premeditation unless the word is used in a sense as unnatural as 'aforethought' but each represents even more diabolical cruelty and ferocity than that which is involved in murders premeditated in the natural sense of the word."

הצד השווה שבשלושת דוגמאותיו של סטפן הוא שבכל אחת מהן הקטילה היתה ספונטנית. ההחלטה להרוג וביצוע ההחלטה כאו ביהר, ולא קדם להם הליך כלשהו של שיקול-דעת והרהור. ובכל אחד משלושת המקרים לא קדם לקטילה שום מעשה חיצוני, אשר יכול היה להוציא את ההורג משלוותו הפנימית, ולהביא אותו לידי מעשה הקטילה. צירוף נסיבות אלו, לדעת סטפן, נותן לרצח את אופיו האכזרי והברברי העולה בהרבה על זה שבקטילה שקדם לה premeditation.

עתה ברור מה מטרת סעיף 216(ב). אין הוא בא להקל על הנאשם על-ידי העמדת

J. Stephen, *A History of the Criminal Law of England*, 1883, III, p. 94 49

50 שם.

דרישה נוספת להתהוות כוונה תחילה ולהכניס את הגנת קנטור באמצעות הגדרה שלילית. אדרבא, הוא בא להחמיר עם הנאשם ולכלול במושג כוונה תחילה גם רצח ספונטני אשר נעשה בנסיבות הנראות למחוקק האנגלי מתמירות במיוחד⁵¹. בכל אחת משלושת הדוגמאות שנתן סטפן פעל הרוצח בדם קר, ללא כל קנטור מידי עובר למעשהו, ובנסיבות בהן יכול היה לחשוב ולהעריך את תוצאות מעשהו, למרות שלמעשה הוא לא עשה זאת. סעיף 216(ב) בא לאמץ את הביקורת הקלסית של סטפן נגד מושג ה־premeditation במובנו הפשוט. תפקידו להוציא מושג זה מפשוטו הצרפתי ולקרבו להשקפת העולם האנגלית לפיה, ההורג את קרבנו באופן ספונטני ללא כלרהור ושיקול, בתנאים בהם יכול היה לשיקול ולהרהר בדבר, יורשע גם הוא ברצח ולא בהריגה בלבד.

5. סיכום היחס בין סעיף 216 וסעיף 214(ב)

נוכל לסכם, עתה, את מסקנותינו באשר ליחס בין סעיף 216 למושג כוונה תחילה. אין לראות בסעיף 216 הגדרה ממצית למושג כוונה תחילה. כבר לימדנו פרופ' פלר שבדרך כלל ספרי חוקים המשתמשים במבנה כוונה תחילה "אינם רואים צורך להגדיר צורה זו של כוונה מיוחדת"⁵². תפקיד מתן תוכן מפורט ומוגדר למושג כוונה תחילה מוטל בישראל על בתי-המשפט כפי שנעשה ברוב הארצות. אלא, שהמחוקק המנדטורי, כדי לשמש מטרתו לפשר בין החוק הצרפתי לבין ההלכה האנגלית, היה צריך להתלבתי-המשפט מספר הוראות מיוחדות. כל אחד משלושת תת-סעיפי סעיף 216 מתייחס למקרה אחר ולבעיה נפרדת:

סעיף-קטן (א) בא למנוע פירוש ל־premeditation אשר יחייב שההחלטה להרוג תתייחס לקרבן מסויים.

סעיף-קטן (ב) מאמץ את דעת סטפן ומוציא premeditation ממובנו הרגיל כדי לכלול בו הריגה פתאומית וספונטנית שנעשתה בדם קר ללא כל מעשה קנטור לפניה אשר יכולה היתה להוציא את הרוצח משלוותו.

סעיף-קטן (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 שליטתו על-ידי הליך של הרגזה עצמית והתרתחות.

לכל אלה מתווספת הסיפא של סעיף 216 הבונה על תת-הסעיפים שקדמו לה ומש-

51 זו התשובה גם להשגת פרופ' פלר נגד המחוקק ש -

תורת ההגיון מלמדת כי תנאי להגדרה מוצלחת של מושג הוא להגדירו על דרך ציון סימני היכר החיוביים המאבחים אותו, ולא על-ידי התכונות החסרות בו.

....

העדר הקינטור סמוך לעשיית העבירה איננו אופייני דווקא לכוונה-תחילה בלבד; ניתן לתאר גם ביצוע עבירה בכוונה ספונטנית, מבלי שקדם לו מעשה פרובוקטיבי.

הפרקליט, כו, עמ' 59-60. לדעת המחוקק, כוונה-קטילה ספונטנית בהעדר קנטור שווה לכוונה תחילה. בנסיבות אלה העדר קנטור הוא סימן היכר חיובי לקיום כוונה תחילה במובן המיוחד של החוק שלנו.

52 הפרקליט, כו, בעמ' 61.

תלבת בהן היטב בהוראתה שאין ליחס חשיבות עצמאית כלשהי לגורם הזמן בפירוש
.premeditation

6. לשונו של סעיף 216

האם לשונו של סעיף 216 סובלת את הפירוש המוצע כאן, שהסעיף אינו הגדרה ממצית ומצטברת? ראשית, ייאמר, שאפילו אם אין זו הגישה המקובלת בפסיקה להלכה, נראה כי למעשה כך מתייחסים לסעיף 216 שופטי ישראל. גישת פסקי-הדין הישראלים היא

— ש

“ה'החלטה'... היא, כרגיל, בת לזויתתה של ה'הכנה'... וירחק מאד המקרה בו תהא קיימת הכנה שאין החלטה בצידה”⁵³.

וכן הניסח, כשקיימת החלטה ואין קנטור, בדרך כלל קיימת גם ההכנה הנדרשת על-פי סעיף-קטן (ג)⁵⁴.

כשנבוא להעביר מציאות זו להלכה, עומדת מולנו בסעיף 216 המלה “and” המחברת בין שלושת תת-סעיפיו. לכאורה, מראה השימוש במלה זו שכוונת המחוקק להגדרה מצטברת ולא למצב בו כל סעיף-קטן מתייחס למקרה שונה. אלא שכידוע המלה “and” מתפרשת לעתים במשמעות “or”⁵⁵. בין כך ובין כך אין צורך כה להרחיק לכת במקרה הנדון. אפילו אם נפרש “and” במובנה הרגיל, אין זה הכרחי שהוראתה מצטברת. סעיף 216 יכול להתפרש במובן שאדם יחשב כהורג בכוונה תחילה בנסיבות המיוחדות של סעיף-קטן (א), וגם בנסיבות המיוחדות של סעיף-קטן (ב), וגם בנסיבות המיוחדות של סעיף-קטן (ג).

לחיווק גישתנו שסעיף 216 אינו משמש הגדרה ממצית, יש להצביע על דברי הפתיחה שבסעיף:

“For the purpose of section 214 of this Code a person is deemed to have killed another person with premeditation when . . .”

53 ע"פ 75/54 מרדורסיואן ב' היועץ המשפטי לממשלת ישראל, פד"י ח' 930, 932.
54 Cr. App. 17/38 Schwartz v. The Attorney General, 5 P.L.R. 249, 254-55
:1 Ann. Sup. Ct. J. 214, 219

“If the requirements of paragraphs (a) and (b) of Section 216 are complied with, it must nearly always follow that the requirements of paragraph (c) are also present-not invariably, I agree.”

:Cr. App. 95/46 Dabit v. The Attorney General, Ann. L. Rep. 559, 565

“It is almost impossible to imagine a set of circumstances where a person who has had opportunity to think and realize the result of his actions would not at the same time have ‘prepared himself’ to kill.”

ע"פ 18/59 ברדר ב' היועץ המשפטי לממשלה, פד"י י"ג 1365, 1367:

“ואשר ליסוד ה'הכנה': כבר נקבע פעמים אין-ספור על-ידי בית-משפט זה, כי במקום שמצויים שני היסודות של החלטה להרוג והעדר קינטור יש צורך בהוכחות מועטות בלבד כדי להראות מציאותו של יסוד ההכנה.

55 C. Odgers, *Construction of Deeds and Statutes*, 5th ed., 1967, pp. 378-79;
.P. Maxwell, *Interpretation of Statutes*, 9th ed., 1946, pp. 244-45

בדרך כלל משמש הביטוי "is deemed" לא להגדרה ממצית כי אם להגדרה משלימה ומיוחדת המתווספת לשימוש הרגיל של המלה המוגדרת, ולעתים דווקא בדרך פיקטיבית, בית, המעניקה למלה המוגדרת משמעות המוציאה אותה משימושה הרגיל⁵⁶, מה שה"רטוריקנים קוראים "a stipulative definition"⁵⁷.

לשימוש זה בביטוי "is deemed" ניתן למצוא מספר דוגמאות בפקודה שלנו. דוגמא אחת היא סעיף 219 העוסק בסוגיית סיבתיות. גם שם פותח הסעיף:

"A person is deemed to have caused the death of another person . . .".

וברור הן מלשון זו והן ממבנה הסעיף שאין הכוונה להגדרה ממצית. כל אחד מת-סעיפי סעיף 219 עוסק במקרה שונה ונפרד. תת-סעיפים אלה באים להורות לשופטים איך להתייחס ליסוד הסיבתיות בכל אחד מאותם מקרים, ולהבטיח פירוש רחב ליסוד זה מעבר למשמעותו הרגילה, או לכל הפחות מעבר למשמעות אשר המחוקק חשש שמא השופטים יראו בה את משמעותו הרגילה. הפסיקה גורסת פירוש זה, ומקבלת את הגישה שסעיף 219 אינו ממצא את כל המקרים בהם יש לראות קשר גורם בין מעשה לתוצאה⁵⁸. מקרים שאינם כלולים באחד מתת-סעיפי סעיף 219 ניתנים לשיפוט השופטים ללא הנחיית המחוקק.

דוגמא נוספת לשימוש זה בביטוי "is deemed" יש למצוא בסעיף 23(1) לפקודה העוסק בסוגיית המסייע. ביטוי זה מופיע פעמיים בסעיף, בפעם הראשונה בפתיחה בה נאמר שכשנעברה עבירה:

"each of the following persons is deemed to have taken part in committing the offence."

כאן נראה השימוש בביטוי "is deemed" ממצה, אבל אין זה בגלל משמעות הביטוי, כי אם בעקבות העובדה שארבע תת-סעיפי סעיף 23(1) אכן ממצים את המבצעים במציאות. בסעיף-קטן (ג) של אותו סעיף מופיע שוב הביטוי "is deemed" ואין ספק שכאן הכוונה להגדרה סטיפולטיבית משלימה, ולא להגדרה ממצית:

"a person is deemed to aid if he is present at the place where an offence is committed for the purpose of overawing opposition or of strengthening the resolution of the actual perpetrator or of ensuring the carrying out of an intended offence . . .".

ברור שאדם יכול לסייע לביצוע עבירות בכל מיני דרכים נוספות. מטרת המחוקק כאן אינה למצות את סוגי הסיוע, כי אם להבטיח עליידי הוראה מיוחדת, שסוג זה

56 ראה: L. Fuller, *Legal Fictions*, 1967. פרופ' פולר מצביע על השימוש החופף במלים כגון "deemed" ו-"regarded as" ליצירת פיקציות וחוקות משפטיות. זה מוכיח, לדעתו, את הקשר בין שתי טכניקות משפטיות אלה. שם, בעמ' 47-48. במקום אחר בספר, בעמ' 36, בהסתמכו על דברי גריי, מבחין פולר בין השימוש בפיקציות במשפט האנגלי ובמשפט הרומי:

"The Roman fiction, in other words, carried a grammatical acknowledgment of its falsity; the English fiction appeared as a statement of fact; its fictitious character was apparent only to the initiate."

57 ראה למשל: H. Martin, R. Ohmann and J. Wheatley, *The Logic and Rhetoric of Exposition*, 3rd ed., 1969, pp. 22-23.

58 ע"פ 11/58 מנקם נ' היועץ המשפטי לממשלה, פד"י י"ב 1905, 13-1912.

של סיוע ייכלל גם הוא על-ידי השופטים בתוך ההגדרה. בצורה זו עלינו להבין גם את השימוש בביטוי –
"a person is deemed to have killed another person with premeditation."

המופיע בסעיף 216.

מסקנתנו, איפוא, שגם לשונו של סעיף 216 מצביעה על כך שהגדרותיו אינן ממצות ומצטברות, כי אם הוראות מטלימות למקרים מיוחדים.

7. סיכום

מבחן ה-premeditation בשימושו בחוק הפלילי הישראלי הינו שילוב של גישות החוק הצרפתי והאנגלי לעבירת רצח, ופשרה ביניהן. שלא כמו החוק האנגלי המקובל, דורש החוק הישראלי כתנאי מינימום שתהיה לנאשם כוונת קטילה. בנקודה זו החוק שלנו קובע מבחן סובייקטיבי ומחמיר. אבל, שלא כמו החוק הצרפתי, אין החוק הישראלי דורש שיקדם לכוונה זו שיקול דעת והרהור. הליך אמוציונלי עובר ליצירת כוונת הקטילה יספיק גם הוא. ובמקרים חמורים ביותר, בהם לא קדם להחלטה שום מעשה מקנטר, והנאשם יכול היה לשלוט בעצמו, תספיק גם כוונה ספונטנית להרוג. הוספת שני מקרים אחרונים אלה למבחן הצרפתי נראית מתאימה ביותר לתנאי הארץ וליושביה.