

תורת הכוונה המועברת ברצח בכוונה תחילה

(ע"פ 402/72 אחמד בן עלי שניר נ' מדינת ישראל, פד"י כ"ח (1) 243)

לזכר חברי לספסל הלימודים
דוד מיכאל שפר ז"ל
אשר נפל במלחמת יום הכיפורים
בקרב על החווה הסינית.

א. מבוא

בע"פ 402/72 אחמד בן עלי שניר נ' מדינת ישראל¹ פסק ביהמ"ש העליון מפי השופט ח' כהן, כי עפ"י סעיף 214(ב) לפקודת החוק הפלילי, 1936², דינו של מי שנתכוון לרצוח את זה והמית³ את זה הוא דין רוצח. בכך, הפך⁴ ביהמ"ש העליון הלכה קודמת שלו, שנפסקה מפי השופט גויטיין ז"ל, בפס"ד מנדלברום⁵, לפיה, סעיף 216 לפקודה משמעו כי מי שנתכוון לרצוח את זה והמית את זה — אין דינו כאמור. המחלוקת בין שני השופטים בסוגיא הנ"ל אינה ביחס לדין הרצוי, אלא סובבת סביב הדין המצוי. מבחינת הדין הרצוי, אין מחלוקת בין השניים, והם סבורים, כי עקרונות המשפט הפלילי מחייבים את מי שנתכוון לרצוח את זה והמית את זה בדין רוצח. אולם, הפלוגתא ביניהם נובעת מהפרשנות שהם נוקטים ביחס לסעיפים 214(ב) ו-216 לפקודה, שהם בבחינת הדין המצוי. השופט גויטיין סבור, כי סעיף 214(ב) כפוף לסעיף 216, אשר שולל את החלת "הכוונה המועברת"⁶ — כמקרה יוצא מן הכלל — בעבירת הרצח בכוונה תחילה. לעומתו גורס השופט ח' כהן, כי סעיף 216 אינו שולל את החלת הכוונה המועברת ברצח בכוונה תחילה. זו אף זו: אפילו נניח — כך גורס השופט כהן — שסעיף 216 שולל את החלת הכוונה המועברת ברצח

1 להלן: פס"ד שניר.

2 ע"ר 652, 1936, תוס' 1, עמ' (ע) 213, (א) 285 (להלן: פח"פ).

3 אנו מעדיפים להשתמש במונח "להמית" ולא במונח "להרוג". לדעתנו, המונח "להמית" הוא תרגום מילולי מדויק של המונח "to kill" אשר מופיע בפקודה, והוא מבטא את הפעולה הפיזית גרידא בצורתה הנייטרלית ללא כל רמז לסוגי ההמתה למיניהם, המוגדרים באורח ספציפי בחוק הפלילי. לעומת זאת, המונחים "להרוג", "לרצוח", "גרם מוות" וכיו"ב יש בהם משום רמז כאמור.

4 השופט מגי מצטרף לפסק-דינו של השופט כהן ללא שום הסתייגויות, ועל כן יש להניח כי אכן נחתרשה ונתהפכה ההלכה הפסוקה הקודמת של ביהמ"ש העליון. השופט ויתקון מצטרף אף הוא לשופט כהן, אלא שהוא מסייג את הסכמתו לממצאים העובדתיים בלבד.

5 ע"פ 118/53 זלמן מנדלברום נ' היועמ"ש וערעור שכנגד, פד"י י' 352.

6 באנגליה משתמשים בביטוי: transferred malice או transferred intention, לענין זה ראה: Glanville Williams, *Criminal Law, The General Part*, 2nd ed., 1961, London, p. 126.

בכוונה תחילה, הרי שסעיף 214 מחייב את החלתה, ובמקרה של סתירה בין שני הסעיפים האלה – ידו של סעיף 214 על העליונה.⁷ להלן נדון בפס"ד שניר ובקשיים שהוא מעורר לאור הלכת מגדלברוך והלכות פסי-קתיות אחרות של ביהמ"ש העליון. אך לפני כן, מוטב שנקדים ונדון על דרך הקיצור, במהותה של תורת הכוונה המועברת ובביקורת הנמתחת עליה.

ב. מהותה של תורת הכוונה המועברת

תורת הכוונה המועברת בפלילים היא קונסטרוקציה משפטית, אשר נועדה לתת פתרון לאותם מקרים ספציפיים שבהם נוצר חוסר זהות בין ביצוע העבירה, כפי שהנאשם חזת והועיד אותה, לבין ביצועה בפועל. מצב דברים זה עלול להתרחש, כאשר התוצאה הנובעת מביצוע המעשה אינה התוצאה בה הפך העבריין, למרות שכל אחת משתי התוצאות מאפיינת אותה עבירה. כך הם, למשל, המקרים הבאים:

ראובן מרים את ידו על שמעון תוך כוונה להכותו, אך סוטה בפעולת ידו ומכה את לוי. או, ראובן מצית אש מתוך כוונה שהרוח תוליך את האש לשדהו של שמעון, והנה לפתע, משנה הרוח את כיוונה ומוליכה את האש לשדהו של לוי ומציתה אותו. במקרים אלה, חוסר הזהות, בין האובייקט המיועד לאובייקט בפועל, מקורו בסטיית הפעולה ביחס לאובייקט המטריאלי של העבירה – *aberratio ictus sive impetus*.

ייתכנו גם מקרים אחרים שבהם חוסר הזהות בין שני האובייקטים נובע מזיהוי מוטעה של האובייקט – *error in obiecto sive persona*. כך למשל, כאשר, ראובן מכניס ידו לכיסו של אדם וגונב משם ארנק כסף, מתוך כוונה ואמונה שהנגנב הוא שמעון, אך בפועל מסתבר שהנגנב הוא בעצם לוי. או, מצב אחר, ראובן מאיים באקדחו על אדם ושודד ממנו את כספו – שוב מתוך כוונה לשדוד את שמעון דווקא – ובפועל מתברר שהקרבתו הוא לוי, שהוא – מבחינת העבריין – הקרבן הלא נכון.

הצד השווה לכל המקרים הנ"ל הוא, שלא חוסר זהות בגין *aberratio ictus* ולא חוסר זהות בגין *error in obiecto* מפחיתים מאחריותו הפלילית של הנאשם, ועליו לשאת באותו עונש שהיה נושא אילו היה מצליח להוציא את עבירתו לפועל, בדיוק באותה דרך שהוא חזה ותיכנן, לולא ה-*aberratio ictus* או ה-*error in obiecto*.⁸ ביסוד אחריותו הפלילית של העבריין – הסוטה בפעולתו או טועה בזהות קרבנו – מונחת הקונס-טרוקציה המשפטית של הכוונה המועברת, לפיה מעבירים את הכוונה מן הקרבן המיועד לקרבן בפועל. אם אפשר לראות בכוונה הפלילית את "האב הרוחני" של ביצוע העבירה, ניתן לתאר קונסטרוקציה זו בלשון ציורית כלשהי, ולומר, כי לפנינו: כוונה "עיריית" ותוצאה "יתומה". כוונה עיריית: כי היא לא הולידה – מבחינת העבריין – את התוצאה המיוחלת; תוצאה יתומה: כי היא נוצרה – שוב מבחינת העבריין – ללא כוונה. באמ-צעות הקונסטרוקציה המשפטית של הכוונה המועברת יוצר המשפט יחסי אימוץ, אם-בת, בין הכוונה העיריית לתוצאה היתומה – הכוונה המקורית מאמצת את התוצאה התריגה.⁹

7 פס"ד שניר, עמ' 241.

8 ראה דברי השופט כהן בפס"ד שניר, עמ' 240.

9 מן הראוי להדגיש, כי החלת הכוונה המועברת מוגבלת לאותם מקרים בהם קיימת זהות

בזאת הגענו לשאלה, מהו הטעם המשפטי העומד מאחורי תורת הכוונה המועברת. עקרונית, קיימות שתי גישות בסיסיות עליהן נשענת הדוקטרינה של הכוונה המועברת.¹⁰ עפ"י גישה אחת, יש למצוא את התשובה לשאלה הנ"ל בפונקציות של המשפט הפלילי. עלינו לזכור, כי החוק הפלילי נועד, בראש ובראשונה, להגן על ערכים חברתיים ומשפטיים אשר המחוקק מצא אותם ראויים לכך. מטרתה של הענישה, בהקשר זה, היא, להרתיע את העבריינים הפוטנציאליים הקיימים בחברה, ולמנוע הישנותה של ההתנהגות העבריינית העלולה לפגוע פגיעה נוספת בערך המוגן, ללא התחשבות באובייקט המטריאלי המסויים שנפגע בגין ביצוע העבירה או באובייקטים המטריאליים המסויימים הצפויים להפגע בעתיד. הגורם הקובע והמכריע בעניין זה הוא זהות האובייקט הנפגע עם הערך המוגן. לכן, אם ראובן ביצע עבירה נגד גופו של אדם אחר, אין כל נפקות לכך שראובן התכוון לפגוע בגופו של שמעון ולא בגופו של לוי; עצם הפגיעה בגוף אדם, מתוך כוונה לפגוע, היא הנותנת שבוצעה כאן עבירה, שכן גוף האדם מגלם ערך מוגן. מכאן, אי-הענישה על פגיעה כזו בגוף האדם עלול להעמיד בסכנה את שלימות גופו של האדם באופן כללי. מכוסם כך, אין כל חשיבות לשאלה, גופו של מי נפגע בפועל, כל עוד נפגעה שלימות גופו של אדם כל שהוא, מתוך כוונה לפגוע בשלימות זו וכאשר שלימות זו מהווה ערך מוגן. נראה לנו כי גישה זו מבוססת היטב, שכן, לא זו בלבד שהיא תואמת את הפונקציות של המשפט הפלילי, אלא היא גם בנויה יפה לתוך עקרונות היסוד של המשפט הפלילי, היינו: לאותם עקרונות האומרים כי אין מענישים על מעשה פלילי בלבד או על מחשבה פלילית בלבד. דברים אלה באו לידי ביטוי בפסק-דינו של השופט ח' כהן: "בעיני ההגיון המשפטי מתבקשת הנמקתו הקודמת של הרמב"ם, שמשעשה את המעשה שחשב לעשותו, צריך הוא להיות חייב: יש כאן מעשה פלילי ומחשבה פלילית ואף התוצאה האסורה הושגה"¹¹, והיא, פגיעה בגופו של אדם.

קיימת גם גישה אחרת הקושרת את תורת הכוונה המועברת עם התיאוריה העונשית של עבירת הניסיון.¹² עפ"י גישה זו, העונש על עבירת הניסיון צריך להיות זהה – מבחינה עיונית ועקרונית – לעונש הניתן על העבירה המושלמת, שכן העברייני מצדו עשה ככל אשר היה לאל ידו לעשות במטרה להגשים את ביצוע העבירה. אמנם, רוב

מוחלטת בין ה"actus reus של העבירה המתוכננת לבין ה"actus reus של העבירה שבוצעה בפועל. כך למשל, אם אדם, המתכוון להמית אדם אחר בכוונה תחילה, פוגע בתרגולת וממיתה – אין מעבירים את הכוונה מן האדם לתרגולת, שכן טיב העבירות שונה והערכים המוגנים אינם זהים. אותו דין יחול לגבי המקרה ההפוך.

10 ויליאמס, שם, עמ' 134–137.

11 פס"ד שניר, עמ' 240. אגב, דעתו של הרמב"ם היא כי, מי שנתכוון לרצוח את זה והמית את זה – "פטר" (הלכות רוצח ושמירת נפש, ד', א'). אך השופט כהן יגע ומצא סתירה בדברי הרמב"ם, שכן, במקום אחר פוסק הרמב"ם כי מי שנתכוון לרצוח את זה והמית את זה – "חייב", "שהרי נעשית המלאכה שחשב לעשותה" (הלכות שבת, א', י'). לדעתנו, אין כאן סתירה כלל וכלל בדברי הרמב"ם, שכן, הטעם לכך שהרמב"ם גורס "חייב" נעוץ בהלכות הקשורות לחילול שבת ואין לו כל נגיעה לדיני רצח. על כן, אין הנידון דומה לראיה: אין הנידון בהלכות רצח דומה לנידון בהלכות שבת. גם השימוש במלה "מלאכה" מצביע על כך כי החיוב מקורו באיסור ל"ט מלאכות האסורות בשבת.

12 ראה ויליאמס, שם, עמ' 136.

שיטות המשפט אינן קובעות עונש זהה לניסיון ולעבירה המושלמת, אך זהו — כך טוענים אלה הדוגלים בגישה הזאת — בבחינת לפנים משורת הדין, שהוא בגדר נסבל כל עוד לא אירעה התוצאה האסורה של נשוא הניסיון; לעומת זאת, אם התוצאה האסורה כן התרחשה — לאו דווקא אצל הקרבן המיועד — אין כל הצדקה להפחית בעונש, ולו גם לפנים משורת הדין. במלים אחרות, עפ"י גישה זו, אם ראובן ניסה לפגוע בגופו של שמעון ובפועל פגע בגופו של לוי, כי אז, יש להענישו — על הניסיון לפגוע בגופו של שמעון — באותו עונש שהיה נושא לו באמת היה פוגע בשמעון, שכן, היה כאן ניסיון לפגיעה בגוף האדם שהוליד פגיעה בגופו של אדם, אם כי לא אצל אותו אדם. נראה לנו כי גישה זו לוקה בחסר, הואיל והיא מטילה את כל כובד משקלה על הקרבן המיועד ומתעלמת — לחלוטין או כמעט לחלוטין — מן הקרבן בפועל.¹³ לעומתה, הגישה הראשונה שמה דגש שווה על שני הקרבנות. מכל מקום, עפ"י שתי ההשקפות כאחת יש כאן מעשה המתה אחד ויחיד והעונש המוטל על מבצעו זהה לעונש המוטל על מבצע מעשה רצח.

לאחר שעמדנו על הטעמים העומדים מאחורי הכוונה המועברת, מן הראוי שנקדיש מספר שורות לדיון בביקורת הנמתחת על דוקטרינה זו.

ג. הביקורת על תורת הכוונה המועברת

אחד ממבקריה החריפים ביותר של דוקטרינת הכוונה המועברת, הוא גלנויל ויליאמס, הטוען, כי תורה זו היא, במידה מסויימת, שרירותית.¹⁴ לשם המחשת הצד השרירותית של תורת הכוונה המועברת מביא ויליאמס את הדוגמה הבאה:

אם אדם יורה בברווז של שכנו ובטעות ממית אדם — הוא יואשם בהמתה אגב רשלנות; בעוד, שאם אותו אדם יורה בחברו תוך כוונה תחילה להמיתו, אך טועה וממית אדם אחר — הוא יואשם ברצח האדם האחר. בשני המקרים היחס הנפשי של העבריין כלפי הקרבן בפועל הוא יחס של רשלנות בלבד, ובשני המקרים נתלוותה ליחס האמור כוונה להמית, בהבדל אחד — בעוד שבמקרה הראשון הכוונה היתה להמית ברווז, הרי שבמקרה השני הכוונה היתה להמית אדם. וכאן מקשה ויליאמס: האם יש בהבדל זה כדי להצדיק את הפער בעונשים?¹⁵

ניתן היה אולי להסכים עם ויליאמס אילו היינו יוצאים מתוך אותה הנחה שויליאמס יוצא ממנה, היינו: אין אדם נושא באחריות על כוונה להמית באופן כללי אלא על כוונה להמית אדם מסויים.¹⁶ אולם, הנחה זו אינה מחוייבת, שכן, כפי שראינו לעיל, הפונקציה של המשפט הפלילי היא להגן על ערכים חברתיים מסויימים, ולא על אובייקטים מטריאליים ספציפיים אשר דרכם ניתן לפגוע באותם ערכים. ברגע שנקבע על-ידי המחוקק שחיי אדם הם ערך מוגן, כי אז, אין כל נפקות ל"מיהות" האדם שנפגע בפועל. דברים אלה מוצאים את ביטויים החולם בפסק-דינו של השופט כהן: "malitia greditur personam" — כלומר, הכוונה הפלילית יוצאת מעבר לאדם, או,

13 נראה לנו, כי הגישה השניה היא, במידה רבה, מלאכותית.

14 ויליאמס, שם, עמ' 134.

15 שם.

16 שם, עמ' 135.

על דרך השלילה, אין רואים כוונה פלילית כאילו מכוונת היא לאדם מסוים דוקא¹⁷. לאור דברים אלה, נדמה לנו, עם כל הכבוד, כי הדוגמא של ויליאמס אינה יכולה לעמוד בפני הביקורת, שכן ניתן להקשות: האם אדם וברווח מגלמים אותו ערך חברתי מוגן? האם כוונה להמית ברווח זהה לכוונה להמית אדם? והרי במקרה השני, המובא בדוגמא של ויליאמס, היתה כוונה להמית אדם, ואדם אכן הומת, אם כן — מה שרירות יש פה?

כנראה שויליאמס שם את עיקר הדגש על המתרחש במוחו של העבריין ואינו מייחס משמעות מספקת — בהקשר זה — לפונקציה של המשפט הפלילי. לאור גישתו האמורה סובר ויליאמס כי הקונסטרוקציה של הכוונה המועברת אינה מובנת מאליה והיא מתאפשרת הודות לפיקציה משפטית:

"His 'malice' is by a legal fiction transferred from the one object to the other."¹⁸

גם בעניין זה אין אנו תמימי דעים עם ויליאמס, אך בטרם ננמק ברצוננו לעמוד כאן על עניין נוסף.

למעשה, תורת הכוונה המועברת יותר משהיא מעבירה את הכוונה מן הקרבן המיועד לקרבן בפועל היא מעבירה את התוצאה מן הקרבן בפועל לקרבן המיועד. נמחיש את הדברים בדוגמה הבאה. ראובן, אשר קונטר על-ידי שמעון חברו, פתח עליו באש מאקדחו אך סטה בפעולתו והמית את לוי, שהוא אביו של ראובן. השאלה הנשאלת היא, האם ישא ראובן בעונש על הריגה בלבד — שכן פעל מתוך קינטור — או, שמא, ישא בעונש על רצח, שכן המית את אביו ואז אין להעדר קור-רוח כל רלוונטיות לצרכי סעיף 214(א) לפ"פ¹⁹. סביר להניח, כי גם התומכים הנלהבים ביותר של תורת הכוונה המועברת יסכימו, כי במקרה זה על ראובן לשאת בעונש בגין הריגה בלבד ולא בעונש בגין רצח, שכן, לכל הדעות, אין העבריין צריך לשאת בעונש כבד יותר מהעונש שהיה נושא, לו היה בפועל מבצע את אשר התכוון לבצע²⁰.

לאור דברים אלה, גם אם נסכים כי קיימת פיקציה, כי אז, היא מעבירה את התוצאה ולא את הכוונה, כדברי הפרופ' פלר: "אין לפרש את הבטוי 'כוונה מועברת' כאילו כוונתו של הנאשם היתה לפגוע באובייקט שנפגע בפועל. רואים את המצב כאילו נפגע האובייקט אליו התכוון הנאשם בתחילה למרות שנפגע אובייקט אחר"²¹. אולם, אין צורך בפיקציה כלל וכלל, שכן, אם שמם את הדגש על הערך החברתי המוגן גם אין מקום להעביר את המעשה הואיל ודמיו של הקרבן המיועד אינם ראויים יותר להגנת המשפט מדמיו של הקרבן בפועל. יתר על כן: שימת דגש יתירה על המתרחש במוחו

17 פס"ד שניר, עמ' 240.

18 ויליאמס, שם, עמ' 126.

19 וזו לשון סעיף 214(א):

214. רצח

"כל אדם —

(א) הגורם בזדון, ע"י מעשה או אי מעשה בלתי חוקיים, למות אביו... יאשם

בפשע — פשע זה קרוי רצח".

20 ראה: ש"ן פלר, דיני עונשין, א', ערכה לפי הרצאות רות גביוון, ירושלים, תשל"ב. תוצאת

אקדמו, עמ' 253-254.

21 שם, עמ' 254.

של העבריינין עלולה להביא לסתירה כפי שהיא קיימת אצל ויליאמס. ברצותו להקהות את עוקצה של הכוונה המועברת הציע ויליאמס, כי היא תחול רק באותם מקרים, שבהם גילה העבריינין יחס של "זדון" או "רשלנות" כלפי הקרבן בפועל, בנוסף ליחס של כוונה תחילה כלפי קרבנו המיועד.²² אולם, על הצעה זו נמתחה ביקורת מפי המחברי רים סמית והוגן²³, ובצדק רב, שכן, התוצאה המתקבלת מגישתו של ויליאמס היא, שלמעשה, יחס של זדון או רשלנות מספיק כדי להפוך המתה לרצח, בעוד שבדרך כלל דורשים כי עבירת ההמתה תיהפך לעבירת רצח, רק אם נתלוותה אליה כוונה תחילה. לעומת זאת, אם שמים את הדגש על הערך החברתי המוגן, אין חשש לסתירה מהסוג הנ"ל, שכן הכוונה המועברת הופכת לערך מוחלט ואינה מכפיפה עצמה בפני סייגים של רשלנות או זדון כלפי הקרבן בפועל, אלא, בודקת אם היתה פגיעה בערך חברתי מוגן מתוך כוונה לפגוע באותו ערך.

על אף הביקורת הנ"ל של ויליאמס על הכוונה המועברת, נוהגת היא הלכה למעשה ברוב מדינות העולם, כולל ישראל, והיא כמעט עקרון אוניברסאלי.²⁴ אלא, שהיא לא נהגה אצלנו — כמקרה יוצא מן הכלל — ברצח בכוונה תחילה עפ"י פס"ד מנדלברום, עד שבא פס"ד שניר והפך את ההלכה על פיה.

ד. פס"ד מנדלברום

ההלכה שנקבעה בפס"ד מנדלברום, לפיה אין תחולה לכוונה המועברת, במקרה של רצח בכוונה תחילה, מקורה בפירוש שניתן לסעיף 216 לפח"פ על-ידי השופט גויטיין. סעיף 216 בא להגדיר את המושג "כוונה תחילה" לצרכי סעיף 214(ב) לפח"פ.

וזו לשון סעיף 214(ב):

214. רצח

"כל אדם —

(ב) הגורם בכוונה תחילה למות כל אדם שהוא יאשם בפשע — פשע זה קרוי רצח".

לכאורה, אין כל סיבה לחשוש שסעיף 214(ב) מונע או שולל את החלת הכוונה המועברת כשמדובר בעבירת רצח בכוונה תחילה. סעיף 214(ב) נוקט לשון "כל אדם שהוא" — "any person" — ועל כן אין צורך שכוונת ההמתה תתייחס לקרבן בפועל דווקא, אלא מספיק שהיתה כוונה תחילה להמית אדם, ואדם אכן הומת, כדי להאשים ברצח בכוונה תחילה.²⁵ ולא היא: כשאתה מגיע לסעיף 216 אתה מיד מגלה קושי, שכן סעיף זה המגדיר כוונה תחילה לגבי עבירת הרצח נוקט לשון "אותו אדם" — "such person".

22 ויליאמס, שם, עמ' 133.

23 Smith and Hogan, *Criminal Law*, 2nd ed., 1969, London, Butterworths, pp. 45-46.

24 על האוניברסאליות של הכוונה המועברת ניתן לעמוד מכך, שהיא נוהגת הלכה למעשה ברוב מדינות העולם ומכך שהיא כבר הייתה נהוגה בשתי שיטות משפט עתיקות יומין — המשפט העברי והמשפט הרומי. לענין זה ראה פס"ד שניר, עמ' 239-240.

25 פס"ד שניר, עמ' 241.

וזהו לשון סעיף 216:

216. כוונה תחילה

"לצורך סעיף 214 כל חוק זה ייחשב אדם כמית אדם אחר בכוונה תחילה

אם —

(א) החליט להמית אותו אדם או להמית אחד מבני משפחתו או מבני גזעו של אותו אדם, בתנאי שלא יהא צורך להוכיח כי החליט להמית אדם מסויים מבני משפחתו או מבני גזעו של אותו אדם, וכן

(ב) המית אותו אדם בקור רוח בלא שהרגיזוהו סמוך לכך ובנסיבות שהיה באפשרותו לחשוב ולהבין את תוצאות מעשהו, וכן

(ג) המית אותו אדם לאחר שהבין עצמו להמית אותו או אחד מבני גזעו או לאחר שהבין את המכשיר, אם היה מכשיר שבו המיתו...".

בפס"ד מנדלברוט עמד השופט גויטיין על הקושי המתעורר בוכח לשונו של סעיף 216. השופט גויטיין בחר בדרך של פרשנות מצמצמת ופסק:

"לכאורה מורה תוצאה זו עד למאוד אך המילים שבהן השתמש המחוקק ברורות בהחלט, ואם כי ייתכן שכוונתו תהיה שונה מן הכוונה המשתמעת מתוך לשון הסעיף הרי מצווים אנו לבדוק את כוונתו לאור המונחים שבהם השתמש בגוף הסעיף. השימוש במלה ('אותו אדם') — הוספה שלי. ד. ת. ארבע פעמים בסעיף קטן אחד הניעני לחשוב כי הפירוש שניתן לסעיף זה ע"י ביהמ"ש המחוזי (והוא שאם ראובן יורה בשמעון אך פוגע שלא ברצונו בלוי, אין להרשיע את ראובן ברצח כי אם בהריגה בלבד) הוא הפירוש הנכון".³⁶

דבריו אלה של השופט גויטיין מצביעים על שני דברים. ראשית, סעיף 216 דורש זהות בין הקרבן המיועד לקרבן בפועל, לשם היווצרות עבירת רצח בכוונה תחילה עפ"י סעיף 214(ב) לפח"פ. שנית, בכל מקרה של סתירה בין סעיף 214(ב) לבין סעיף 216 — ידו של האחרון על העליונה. ואכן, זו היתה ההלכה עד לפס"ד שניר.

ה. פס"ד שניר

העובדות בפס"ד שניר, הצריכות לענייננו, היו כדלהלן:

ביום המעשה נמצא המערער בבית המוות, בהיה, יחד עם אשתו, פאטמה, ועוד מספר קרובי משפחתה. באותה עת החזיק הנאשם את אקדחו הטעון בכיסו, לאחר שהצטייד בו לקראת בואו לבית המוות. בדיון הדברים שהיו למערער עם אח אשתו, עבדאללה, קרא האחרון למערער: "צא החוצה כלב" ודברים מעליבים נוספים כגון אלה, אשר פגעו במערער. בעקבות מריבה זו, פנה הנאשם לחצר הפנימי של הבית ופתח שם באש מאקדחו. ביריות אלה הרג המערער את חמותו ופצע את אשתו ועוד מספר אנשים מבני משפחתה שהיו בבית בעת הירי. המערער הורשע בביהמ"ש המחוזי ברצח חמותו עפ"י סעיף 214(ב), כאשר גרם בכוונה תחילה למותה; כן הורשע על ניסיון לרצוח

26 פס"ד מנדלברוט, עמ' 352.

את אשתו ואת קרובי משפחתה, שנפצעו מן הירי הנ"ל, עפ"י סעיף 222(א). המערער ערער על הרשעתו ברצח וערעורו נדחה.

אחת משתי טענותיו החלופיות של הסניגור בערעור היתה: "אפילו התכוון המערער להרוג את פאטמה אשתו, לא התכוון להרוג את בהיה חמותו, וטעות בזהות קרבנו דייה להוריד עבירתו מרצח להריגה"²⁷.

בהבאת טענה זו הסתמך סניגורו של המערער על דבריו של השופט גויטיין בפס"ד מנדלברוט הנ"ל.

השופט ח' כהן דחה טענה זו ופסק, כי סעיף 214 מאפשר להחיל את הכוונה המועברת גם על עבירת רצח בכוונה תחילה. אליבא דידן, אין סעיף 216 יכול לשלול את החלת הכוונה המועברת ברצח בכוונה תחילה, הואיל וסעיף 216 כפוף לסעיף 214 וכל כולו אינו בא אלא לשרת את סעיף 214²⁸. זאת ועוד, אפילו נניח שסעיף 216 אינו כפוף לסעיף 214 גם אז לא תתעורר סתירה שאי אפשר ליישבה בין סעיף 214 לסעיף 216. זאת כיצד? על כך משיב השופט ח' כהן בשני פירושים.

1. הפירוש הראשון: כוונה מועברת עפ"י סעיף 214(ב)

עפ"י פירוש זה, הביטוי "כל אדם שהוא" — "any person" — המופיע בסעיף 214(ב), מורה כי אין מגיעה להחיל את הכוונה המועברת גם ברצח בכוונה תחילה. לפי גישה זו מתעורר הצורך ליישב את הסתירה בין סעיף 214(ב) לבין סעיף 216, המשתמש בביטוי "אותו אדם" — "such person" — מספר פעמים, באופן, שניתן לפרש, שאין להחיל את הכוונה המועברת ברצח בכוונה תחילה, כפי שנפסק בפס"ד מנדלברוט. אמנם, אין השופט ח' כהן נרתע מסתירה זו, שכן הוא גורס כי סעיף 216 כפוף לסעיף 214, אך יחד עם זאת בעזרת פרשנות של סעיף 216 הוא מגיע למסקנה כי לא נוצרת סתירה כלל וכלל מלכתחילה.

עפ"י פרשנות זו יש "לקרוא את הדיבור 'such person' שבסעיף 216 כבא להדגיש את ההבחנה בין האדם שאותו ההליטו או התכוונו להרוג, לבין בני משפחתו או בני גזע שלו... כאילו 'אותו אדם' שהחליטו להרוג כולל גם את בני משפחתו ובני גזעו... סעיף 216 אינו בא ללמדנו ולא כלום לעניין 'העברת' ההחלטה להרוג מאדם אחד לאדם אחר, אלא בא הוא לקבוע דין מיוחד למשפחות ולגזעים שלמים כאובייקטים מיוחדים לכוונת הריגה"²⁹.

לשון אחרת: סעיף 216 בא ללמדנו, "כי אם בדעתו של ראובן להרוג את מוצטאפה או מישוהו אחר מבני משפחתו של מוצטאפה, כי אז יורשע ראובן ברצח אם יגרמו למותו של מוצטאפה או מישוהו אחר מבני משפחתו. הוא הדין אם ראובן מתכוון להרוג את מוצטאפה או מושלמי אחר כלשהו, ולא יהא נפקא מינה בכך אם למעשה נהרג מוצטאפה או מושלמי אחר. בשני מקרים אלה כאחד יורשע ראובן ברצח"³⁰, שכן המניע היה: משפחתי — במקרה הראשון; וגזעי — במקרה השני.

27 פס"ד שניר, עמ' 239.

28 שם, עמ' 241.

29 שם, עמ' 242.

30 פס"ד מנדלברוט, עמ' 353. "מושלמי" — כנראה בתפיסה ה"גזעית" של המונח.

הרעיון הטמון בפירויכו של השופט ח' כהן הוא, כי סעיף 216 כלל לא דן בהעברת הכוונה, וחובו של ראובן ברצח נובע מכוח החוק המזהה את הקרבן המשפחתי או הגזעי בפועל עם הקרבן המשפחתי או הגזעי המיועד, בשל המניע המשפחתי או הגזעי שעמד מאחורי המעשה. אך מה יהיה הדין "אם ראובן נתכוון להרוג את מוצטאפה אך פגע באנסטס שהוא נוצרי לפי אמונתו"?³¹ על כך משיב השופט כהן, כי גם במקרה זה יואשם ראובן ברצח, שכן, על הכוונה תחילה הנדרשת לפי סעיף 214(ב) תחול התורה הכללית של הכוונה המועברת. כלומר, בעוד שבמקרה הראשון ראובן אשם ברצח בשל זיהוי הקרבן בפועל עם הקרבן המיועד מכוח החוק, הרי שבמקרה השני זיהוי יהיה מכוח הכוונה המועברת.

מדברי השופט ח' כהן ניתן להסיק שתי מסקנות נוספות אשר מן הראוי להציגם כאן. ראשית, כדי להרשיע את ראובן ברצח בכוונה תחילה, בשל מעשה רצח שביצע מתוך מניע משפחתי או גזעי, אין צורך להוכיח שהכוונה תחילה התייחסה לאדם ספציפי במשפחה או בגזע – מוצטאפה בדוגמה שלנו – אלא, מספיק אם יוכח שהיתה לו כוונה תחילה לבצע מעשה קטל בבני המשפחה או הגזע, מבלי שהוא עצמו נתן דעתו על אחד מסויים מהם דווקא. במלים אחרות: לא רק בן-אדם מהווה אובייקט לכוונה תחילה, אלא גם המשפחה והגזע מהווים כשלעצמם אובייקטים מיוחדים לכוונה תחילה. מכיון שכן, כוונה תחילה לבצע מעשה קטל במשפחה או בגזע מתוך מניע משפחתי גזעי, כמותה ככוונה תחילה לבצע מעשה קטל בבני המשפחה או הגזע באופן אישי, שכן כל אחד מהם מייצג בגופו את משפחתו וגזעו ועל כן מגלם הוא את האובייקט שאליו התייחסה הכוונה תחילה.

שנית, גם כאשר לראובן היתה כוונה תחילה לבצע מעשה קטל במשפחה א' מתוך מניע משפחתי ובפועל פגע וקטל אדם כלשהו במשפחת ב', גם אז, יורשע ראובן ברצח בכוונה תחילה מכוח העברת הכוונה מאובייקט א' לאובייקט ב', שכן, לעניין עבירת הרצח בכוונה תחילה – דין המשפחה כדין אדם.

ניתן איפוא לאמר כי, עפ"י פירוש זה, לסעיף 216 פונקציה כפולה: להגדיר את יסודות הכוונה תחילה, מחד, ולהכריז על המשפחה והגזע, באשר הם כאלה, כעל יעדי פגיעה במעשי קטל, מאידך. כלומר, ניתן לבצע רצח בכוונה תחילה גם מתוך מניע משפחתי או גזעי ולא רק מתוך מניע אישי.

נראה לנו, כי פירוש זה, על כל חידושי, הוא הוא הפירוש הרצוי לסעיף 216. כפי שראינו לעיל, תורת הכוונה המועברת איננה שרירותית והיא מופעלת, הלכה למעשה, בכל תחומי המשפט הפלילי הישראלי. אם כך הדבר, מדוע זה ייגרע חלקה במקרה של רצח בכוונה תחילה? נדמה לנו, כי אין בנמצא שום הסבר ענייני אשר בכוחו להצדיק את האפליה הקיימת בהפעלת הכוונה המועברת; דבר המתבטא, בהפעלתה לגבי כל העבירות, מחד, ובאין-הפעלתה לגבי רצח בכוונה תחילה, מאידך. אכן, באותן ארצות בהן נוהגת הכוונה המועברת אין למצוא אפליה שכזאת. יחד עם זאת, אל לנו להתעלם מכך שלשון סעיף 216 עלולה להציב מכשולים כנגד קבלת פירוש זה, מדברי השופט כהן:

"מי לנו גדול מן השופט גויטיין שהשפה האנגלית הייתה שגורה בפיו מאין כמותו, לפרש אל נכון את לשונו של המחוקק המנדטורי; ולא אבוא לחלוק עליו שאמנם

מצביעה לשון 'such' הנקוטה בידי המחוקק על הזהות שבין הנהרג בפועל לבין הקרבן המיועד³².

על כן, רצוי אולי שהמחוקק יתן דעתו על תיקון סעיף 216 – לו רק תיקון ניסוחי – כדי להסיר כליל כל ספק אפשרי בעניין הפעלת הכוונה המועברת גם ברצח בכוונה תחילה. בהקשר זה מעניין לציין, כי גם באנגליה נתעוררה בעיה דומה ביחס לפירוש הביטויים "such person" ו-"any person" אשר הופיעו בחוקים שונים³³. ולאחר שניתנו שם על-ידי בתי-המשפט האנגליים פסקי-דין מנוגדים – בעניין העברת הכוונה ברצח בכוונה תחילה על סמך הביטויים הנ"ל – תיקן המחוקק האנגלי את החוקים הנ"ל והשמיט את המלים "such person" ובמקרים מסויימים אף החליפם בביטוי "any person", וכל זאת כדי למנוע ספקות ואי-הבנות ביחס לכוונת המחוקק³⁴.

2. הפירוש השני: דין רצח על המתה עפ"י סעיף 214(ג)

עפ"י פירוש זה, ניתן לסווג את המתכוון לרצוח את זה והמית את זה, לא רק בקטגוריה של הממיתים בכוונה תחילה, כמשמעותם בסעיף 214(ב), כי אם גם בקטגוריה של הממיתים אגב ביצוע עבירה אחרת, כמשמעותם בסעיף 214(ג)³⁵. עפ"י גישה זו, לא נוצרת סתירה כלשהי בין סעיף 214(ג) לבין סעיף 216, הואיל וסעיף 216 לא חל על הממיתים הללו כל עיקר. ואלו הם דבריו של השופט ח' כהן בפס"ד שניר:

"והנה מצינו בסעיף 214 שרצח הוא, ולא הריגה בלבד, אם נהרג אדם כדי לבצע עבירה אחרת... על אף חוסר הכוונה להרוג את הנהרג, ובלבד שאפשרות התוצאה הקטלנית נחזתה מראש. והרי הדברים קל וחומר: אם באונס מזויין או בשוד מזויין, שהכוונה הפלילית מכוונת כל כולה לאונס או לשוד, רצח הוא אם נהרג אדם, בהריגה, שהכוונה הפלילית מכוונת כל כולה לרצח לא כל שכן שרצח הוא אם נהרג אדם אחר"³⁶.

32 פס"ד שניר, עמ' 241.

33 ויליאמס, שם, עמ' 127.

34 שם.

35 זו לשון סעיף 214(ג):

214. רצח

"כל אדם –

(1) הגורם בזדון למות כל אדם שהוא בהתכוונו לעבור עבירה או כדי להקל את עשיית

העבירה, או בבצעו את העבירה... יאשם בפשע – פשע זה קרוי רצח".

36 פס"ד שניר, עמ' 241–242. לעניין הקל וחומר המופיע בפסקי-דינו של השופט כהן, כאן המקום לציין, כי הוא לא דק פורחא בצטטו את המשנה בסנהדרין (משנה ט', ב'). ואלו הם דבריו: "צאו וראו: גם התנא קמא שבמשנה בסנהדרין, הגורס שהמתכוון להרוג את זה והרג את זה, חייב – אינו מגיע למסקנתו זו אלא בדרך אותו קל וחומר: אם המתכוון להרוג את הבהמה והרג את האדם, חייב – המתכוון להרוג אדם זה והרג אדם אחר לא כל שכן". ואולם, לא מצינו באף מקום שהתנא קמא אומר: נתכוון להרוג את הבהמה והרג את האדם, חייב. אדרבא, במשנה בסנהדרין נאמר בפירוש "פסור". על כן, מה קל וחומר

גם פירוש זה, עם היותו משכנע, מעורר קושי. נקבע בפסיקה, כי העבירה האחרת – אשר אגב ביצועה הומת אדם וההופכת בשל כך את מעשה ההמתה למעשה רצח – הייבת להיות לא רק אחרת אלא גם נוספת. במלים אחרות, כדי שעבירת ההמתה תיחשב לרצח, הכרחי שיהא כונו בין האלמנטים המרכיבים את עבירת ההמתה מזה, לבין האלמנטים המרכיבים את העבירה האחרת מזה. הלכה זו נקבעה על-ידי השופט לגדוי בפס"ד כדורי³⁷, ואלה הם דבריו:

"טעמו של המחוקק להחמרת העונש לפי סעיף 214(ג) הוא שבמצבי העובדות המתוארים שם מתחייב הנאשם תמיד במעשה עבירה נוסף על מעשה ההריגה, תהיה זו עבירה נוספת נגד הנהרג עצמו או נגד אדם אחר (הדגשה שלי – ד.ח.)... לפיכך דעתי היא, שהעבירה האחרת לפי סעיף 214(ג), סיפא, חייבת להיות בלתי תלויה בעבירת גרם המוות"³⁸.

במקום אחר, בפס"ד נכט³⁹, קבע השופט לגדוי מבחן אלגברי פשוט לצורך בדיקת הדומה והשונה באלמנטים המרכיבים את ה^{actus reus} של עבירות גפרדות ושונות לעניין סיכון הכפול. לפי מבחן זה, אם עבירה אחת מכילה את האלמנט א', והעבירה השניה מכילה את האלמנטים א' + ב', אזי נאמר: א' = א' + ב', ולזה ייקרא זהות מעשים. לעומת זאת, אם עבירה אחת מכילה את היסודות א' + ב', והעבירה השניה מכילה את היסודות א' + ג', כי אז: א' + ב' ≠ א' + ג', ולזה לא ייקרא זהות מעשים⁴⁰.

עכשיו, השאלה היא, האם ניסיון לרצוח את ראובן והמתה בפועל של שמעון הם שני מעשים גפרדים, או, שמא, מהווים הם – לפי המבחן הנ"ל ולצורך סעיף 214(ג) – מעשה אחד? ובמלים אחרות, האם מעשה אחד ויחיד, המביא לתוצאות לגבי אובייקט אחד ולחוסר תוצאות לגבי אובייקט אחר, יכול להיחשב כשני מעשים גפרדים לצורך סעיף 214(ג)? על שאלה זו משיב השופט לגדוי בפס"ד כדורי:

"בדיני סיכון כפול רואים שתי עבירות כזהות אף כשעבירה אחת רק מלווה תוצאות נוספות, שלא היו קיימות בעבירה האחרת, ואם בדיני סיכון כפול כך, מתקבל על הדעת לפרש פירוש דומה גם את הסעיף 214(ג), המביא להחמרת העונש עקב הצטברותם של גרם-מוות וביצוע עבירה אחרת"⁴¹.

יצוין כאן, אגב אורחא, כי בפס"ד כדורי מצביע השופט לגדוי על כך כי סעיף 214(ג) לקוח מהדין הצרפתי וגם שם ההלכה היא:

יש פה? לכל היותר מדובר ב"חומר וקל": דין אחד, קל, לזה שנתכוון להרוג בהמה והרג אדם – "פטור"; ודין אחר, חמור, לזה שנתכוון להרוג אדם זה והרג אדם אחר – "חייב". ודוק שם.

37 ע"פ 97/57 צבי כדורי נ' היועמ"ש ופרקליט נגדי, פד"י י"ב 1345.

38 שם, עמ' 1354.

39 ע"פ 132/57 צבי כדורי נ' היועמ"ש ופרקליט נגדי, פד"י י"ב 1345.

40 שם, עמ' 1354. מן הראוי להדגיש כי בבואנו לבחון את זהות העבירות עפ"י המבחן האל-גברי הנ"ל, יש לקחת בחשבון אך ורק את האלמנטים של ההיבט העובדתי ולא את אלה של ההיבט הנפשי. לעניין זה ראה פס"ד נכט, עמ' 1550.

41 פס"ד כדורי, עמ' 1354.

"ועתה הדין הצרפתי ברור לגמרי: ששתי העבירות – ההריגה והעבירה האחרת – חייבות להיות נפרדות ובלתי תלויות זו בזו; תנאי זה אינו מתקיים, כאשר המדובר במעשה אחד ויחיד"⁴².

העולה מהאמור לעיל הוא, כי גם עפ"י סעיף 214(ג) אין המתכוון לרצוח את זה והמית את זה מתחייב בעונש על רצח – רק בשל כך שאגב הניסיון לרצוח את שמעון המית את לוי – שכן, מעשה הניסיון מקורו במעשה האחד והיחיד של מעשה ההמתה ועל כן הוא נבלע בעבירת ההמתה, ואין כאן, איפוא, עבירה אחרת וגוספת לצורך 214(ג).

גוסף על כך מעניין להשוות את דינו של הממית עפ"י סעיף 214(ג) עם דינו של הממית עפ"י תורת הכוונה המועברת. מתוך השוואה זו נראה, כי אין חפיפה בין שתי הקונסטרוקציות וכי קיימים שני הבדלים מסמעותיים בין השתיים.

עפ"י סעיף 214(ג) נדרש יחס של "זדון" מצד הנאשם כלפי קרבנו בפועל, כדי להאשימו ברצח, ולא בהמתה מסוג אחר. המושג "זדון" פורש בפסיקה, כיוחס נפשי, שבו חזה הנאשם את הגולד⁴³. מכך נובע כי, עפ"י סעיף 214(ג) דינו של הממית יהיה דין רוצח רק באותם מקרים בהם גילה יחס של ראיית הגולד כלפי הקרבן בפועל; ואילו במקרים של העדר זדון כלפיו אין להרשיעו ברצח, אלא רק בהמתה בלבד. ואמנם, בפס"ד שניר מצמצם השופט ח' כהן את תחולת סעיף 214(ג) לאותם מקרים "שאפשרות החוצאה הקטלנית נחזתה מראש"⁴⁴. לעומת זאת, עפ"י הדינים החלים על הממית לפי תורת הכוונה המועברת אין כל דרישה ליחס נפשי כלשהו מצד הנאשם כלפי קרבנו בפועל. על כן, גם במקרים של חוסר זדון כלפי הקרבן בפועל ואפילו של חוסר רשלנות יורשע העברייני ברצח, ובלבד שהיתה לו כוונה תחילה ביחס לקרבן המיועד. אנו רואים, איפוא, כי מבחינת היחס הנפשי של העברייני כלפי קרבנו בפועל תורת הכוונה המועברת היא רחבה יותר מהקונסטרוקציה של סעיף 214(ג).

אך קיים הבדל גוסף בין השתיים, לפיו סעיף 214(ג) מחמיר יותר מהכוונה המועברת. עפ"י הדינים הנוהגים בכוונה המועברת יש להעביר, לא רק את הכוונה, כי אם גם את ההגנות העומדות לנאשם כלפי קרבנו המיועד⁴⁵. לפיכך, אם ראובן יורה בשמעון, לאחר שזה קינטר אותו, ופוגע וממית את לוי, יש להאשים את ראובן בהמתה בלבד, שכן הגנת הקינטור עוברת יחד עם כוונת ההמתה. לא כן, לפי הקונסטרוקציה של

42 שם.

43 ע"פ 125/50 יעקובוביץ נ' הידעמה"ש, פד"י י' 558.

44 פס"ד שניר, עמ' 241. כדאי אולי לציין כי דרישת ה"זדון" עפ"י סעיף 214(ג) מזכירה את גישתו הנזכרת לעיל של ויליאמס וכי הביקורת של סמית והוגן על גישה זו נכונה גם לגבי סעיף 214(ג). ראה לעיל. כמו כן, גישתו של השופט כהן, לפיה, המתה אדם אגב ניסיון לרצח היא בגדר מעשה רצח, מזכירה את התיאוריה העונשית של עבירת הניסיון אשר גם עליה עמדנו לעיל. ישנם כמזבן הבדלים בין שתי הגישות, שכן התיאוריה הנ"ל רק קובעת עונש השווה לעונש הניתן על מעשה רצח, אך אינה אומרת כי מעשה ההמתה כמותו כמעשה רצח; לעומת זאת, לפי גישתו של השופט כהן עצם מעשה ההמתה הוא מעשה רצח, יוצא איפוא, כי הדמיון בין שתי הגישות מתבטא בעונש הנתון אך לא במהות המעשה.

45 ויליאמס, שם, עמ' 132.

סעיף 214(ג) עפ"י גירסתו של השופט ח' כהן, אשר לפיה, ראובן יואשם ברצח, הואיל וניסיון להמתה בגין קינטור ייחשב – עפ"י שיטת השופט ח' כהן – לעבירה אחרת לצורך סעיף 214(ג).

לאור ההשוואה הנ"ל, לא נראה לנו השיקול לפיו יש לפרש את הוראות סעיף 216 בכפוף להיקף תחולתו של סעיף 214(ג). לאמיתו של דבר, סעיף 214(ג) לא יכול היה לשמש תחליף לסעיף 216, אילו היו שוללים את תחולת תורת הכוונה המועברת ברצח בכוונה תחילה בשל נוסח סעיף 216.

ו. סיכום

ניתן לסכם ולומר, כי תורת הכוונה המועברת היא תורה ראויה ורצויה במשפט הפלילי, וכפי שניסינו להראות, היא איננה שרירותית, אלא בנויה יפה לתוך עקרונות המשפט הפלילי ומסייעת במילוי הפונקציה של המשפט הפלילי להגן על ערכים חברתיים. כמו כן, נראה לנו, כי פירוכו של השופט ח' כהן לסעיף 216 הוא הפירוש הרצוי. יחד עם זאת, כדי להסיר כליל כל ספק בדבר תחולת הכוונה המועברת גם ברצח בכוונה תחילה, רצוי שהמחוקק יאמץ פירוש זה על-ידי תיקון ניסוחי של הסעיף, כפי שנעשה הדבר באנגליה.

לעומת זאת, לא נראה לנו השיקול לפיו ניתן לסווג את המתכוון לרצוח את זה והמית את זה במסגרת סעיף 214(ג), שכן, במקרה של ניסיון לרצוח את ראובן והמתה בפועל של שמעון לא מתמלא התנאי של "עבירה אחרת ונוספת" כנדרש עפ"י סעיף 214(ג).

דוד חשין*

* תלמיד השנה השלישית בפקולטה למשפטים.

הערות לחקיקה

על גיור שלא כהלכה

מאת

ד"ר פנחס שיפמן

השימוש המכוון בנוסחא מעורפלת לשם השגת פשרה בבעיה ציבורית קונטרוברסלית הוא טכניקה שהמחוקק הישראלי סיגל לעצמו ביחוד בשאלות דת ומדינה. "חטא קדמון" זה נחטא כבר בניסוחה של הכרות העצמאות שביקשה להשביע רצון מאמינים וכופרים כאחד בהבעת בטחון ב"צור ישראל", מושג שהכל ידעו על דו־המשמעות הגלומה בשימוש בו. אך הכרזות לחוד ודברי חקיקה לחוד. ניסוח מעורפל של חוק, סופו שמעמיס את ההכרעה בשאלה האידיאולוגית על שכם הרשות השופטת. בית־המשפט האנוס להכריע בשאלה לכאן או לכאן, נאלץ לפרש את החוק על־פי נטיותיו האישיות, אפילו אם מבקש הוא להסתתר מאחורי הנמקות משפטיות־טכניות. יש טוענים כי בכך עלול להיפגע מעמדו הבלתי תלוי של בית־המשפט בעיני הציבור, אך מכל מקום ברור כי ההכרעה השיפוטית עצמה גורמת לוויכוח להתלקח מחדש ולחזור למוסדות הפוליטיים והתחקיתיים.

תהליך זה, לו היינו עדים במהדורה הקודמת של "מי הוא יהודי", דהיינו פרשת שליט, עלול, כמדומה, לשוב ולחזור במהדורה הנוכחית, בשאלת ההכרה בגיור הרפורמי. חשש זה קיים במיוחד כיון שדומה כי המתווכחים בשאלת טיבו של הגיור הראוי להכרה אינם מצויידיים כהלכה בידיעת הבעייה המשפטית לאשורה.

ההגדרה המופיעה בחוק השבות (תיקון מס' 2), תש"ל-1970, קובעת כי "יהודי" הוא — "מי שנולד לאם יהודיה או שנתגייר, והוא אינו בן דת אחרת".

השאלה שניצבת היא כפולה: ראשית, האם הביטוי "נתגייר" כולל גם גיור שלא על־פי דין תורה; שנית, אם תמצא לומר כן, האם יוכר גם גיור שכזה כנערך בישראל גופה.

אך בטרם נבקש לדון בשאלות אלו, יש לסלק תחילה קושי מוקדם. ההגדרה דלעיל קובעת תנאי שלילי, לפיו אפילו מי שנולד לאם יהודיה או שנתגייר לא ייחשב כיהודי אם הוא "בן דת אחרת". נטענה הטענה כי מתגייר שדתו הקודמת ממשיכה לאתחו בו ייחשב כ"בן דת אחרת" במובן ההגדרה הנידונה, ולכן — כך ממשיכה הטענה ושואלת — "מה טעם בוויכוח אם להכיר בגיור רפורמי או רק בגיור אורתודוקסי כשקיים חשש, שכל האקט של הגיור, ותהא צורתו אשר תהא, אינו מספיק כדי שהמתגייר ישתבץ במסגרת ההגדרה של 'יהודי' בגלל היסוד השלילי שבה — 'אינו בן דת אחרת'?"¹

נראה לי כי אין ממש בטענה זו. התנאי השלילי על־פיו האיש "אינו בן דת אחרת"

1 מ' שאווה, הפרקים, כ"ו, 445, מובא על־ידי א' רובינשטיין, המשפט הקונפסימולוגי של מדינת ישראל, מהדורה שניה, 97-98.

משמעו קביעת ההשתייכות על-פי מבחן חילוני המסייג את המבחן הדתי הכלול ברישא של ההגדרה. הכוונה היא לאדם המסתייך לדת אחרת בעיני המהוקק החילוני ולא לכל מי שמסתייך אליה על-פי מבחניה הפנימיים. ההשתייכות הפנימית היא תנאי הכרחי, אך אינה תנאי מספיק. המשפט החילוני מכבד את רצונו של אדם להמיר את דתו, אפילו אם דתו הקודמת מתכחשת להמרה וממשיכה לראות את האיש קשור בעל כרחו לדתו. מבחינתו של משפט המדינה, מתנתקת עם ההמרה זיקתו של הממיר לדתו הקודמת, אפילו אם זו מוסיפה לתבוע את השתייכותו אליה. בענייני המעמד האישי בא הדבר לידי ביטוי, בין היתר, בפקודת העדה הדתית (המרה). לצורך חוק השבות יש להיזקק לעקרון רחב זה בדרך הפרשנות. עשויה אמנם להתעורר השאלה מה דינו של אדם שהמיר את דתו אך ממשיך לנהוג בפועל לפי הליכותיה של הדת הקודמת. אך בוודאי שאין ספק כי מתגביר הנוהג היהודי אינו בן דתו הקודמת, אפילו אם דת זו תובעת השתייכותו אליה. מאידך גיסא, יהודי שהמיר את דתו ונוהג כבן דת לה המיר, לא ייחשב כיהודי לפי הגדרת החוק. הוא הדין למי שהוא "כפול דת" מלידה, כגון בן לאם יהודיה ואב מוסלמי. מבחינת משפט המדינה, יש להניח כי תינתן עדיפות לדת האפקטיבית של האיש, כלומר, לאותה דת עמה אותו אדם קשור יותר מבחינה עובדתית. לפיכך בן לאב מוסלמי הנוהג כמוסלמי לכל דבר, לא יוכל לתבוע לעצמו הכרה כיהודי אפילו אם אמו יהודיה, אך, אדם כזה לא ייחשב כבן לדת אחרת, כלומר, מוסלמי, אם התנהגותו והתבטאויותיו מגלים שזיקתו ההדוקה יותר היא ליהדות.² ומכאן לבעיה גופה. נראה לי כי מוטב יהיה לפתוח דווקא בשאלה השניה, כלומר, בהנחה שגיוור ריפורמי כלול בגדר המושג "נתגייר" בחוק השבות, האם יזכר גם גיוור שכוה הנערך בישראל גופה.

בדיון בכנסת ביקשו דוברי הממשלה להאחז בפקודת העדה הדתית (המרה) כדי להבחין בין גיוור שנערך בישראל לבין גיוור שנערך מחוצה לה.³ לפי פקודה זו נפקותה החוקית של המרת-עדה מותנית ברישום ההמרה על-פי תעודת-אישור הניתנת מאת "ראש העדה הדתית" החדשה או מי שהוסמך על ידו. הטענה היתה כי הרבנות הראשית או הרבנים הראשיים הם "ראשי העדה היהודית" ומכאן סמכותם להעביר תחת שבט ביקורתם כל גיוור הנערך בישראל.

נראה לי כי פקודת העדה הדתית (המרה) אינה יכולה לשמש מחסום מפני ההכרה לצורך חוק השבות בגיוור ריפורמי שנערך בישראל. כמה טעמים יש לדבר.

ראשית, הפסיקה הבחינה ברורות בין משמעותו ההלכתית של המושג יהודי לצורך שיפוטם של בתי-הדין הרבניים לבין משמעותו האזרחית של מושג זה לצורך חוקי השבות, המרשם והאזרחות.⁴ פקודת העדה הדתית (המרה) נחקקה כדי להסדיר שאלות

2 על הבעיות הכרוכות בסכסוכים דתיים מעין אלו, ראה מאמרי: "התנגשויות דינים בקביעת ההשתייכות הדתית", משפטים, כרך ר' עמ' 91.

3 ראה דברי ראש הממשלה ג' מאיר, בתשובה לשאלתא, דברי הנספח, כרך 58, עמ' 2165-2166; דברי ח' כ' בן-מאיר בדיון על הצעת החוק, שם, כרך 57, עמ' 1141.

4 בג"צ 72/62 רפאליין נ' שר הפנים, פד"י ט"ז 2428, 2437; בג"צ 58/68 שלום נ' שר הפנים, פד"י כ"ג (2) 477, 511, 513. אם אמנם כולל הגיוור בחוק השבות גם גיוור ריפורמי, ברור שפירוש זה נשמר אף לאחר התיקון לחוק משנת תשל"ל, כיוון שלצורך חוק שיפוט בתי-דין רבניים יזכר רק גיוור שנערך על-פי ההלכה. מכל מקום, הגדרת המושג "יהודי" בתיקון לחוק השבות היא "לענין חוק זה", כלומר לענין חוק השבות וחוק מרשם האוכלוסין בלבד.

על גיור שלא כהלכה

של שיפוט בעניני המעמד האישי של אדם שהמיר את עדתו הדתית, אך לא ניתן להרכיב את הוראותיה על תחום שונה לגמרי כמו חוק השבות. בדברי ההקדמה לפקודה נאמר:

"Whereas, in order to determine questions of jurisdiction in matters of personal status of a person who changes his religious community, it is desirable to provide for the notification of such changes."

אמנם הפקודה עצמה קובעת על דרך הסתם את דרישת הרישום כתנאי לתקפותה החוקית של המרת-עדה, אך נראה כי חייבים אנו להיוזק לדברי הקדמה של פקודה לשם פירוש הוראותיה, כל עוד אין ניגוד ברור בין השניים.⁵

שנית, הפסיקה פירשה את תחולתה של הפקודה בדרך מצמצמת, בהגבילה את חובת הרישום ליציאה מעדה מוכרת והצטרפות לעדה דתית מוכרת אחרת.⁶ כך, למשל, שללו בתי-המשפט את תחולתה של חובת הרישום על פרוטסטנטי שהצטרף לעדה דתית מוכרת.⁷ מכאן שבאותם מקרים בהם המתגייר לא נמנה עם אחת העדות המוכרות, מכל מקום לא יהיה תוקפה החוקי של ההמרה מותנה בהשגת אישור מן הרבנות הראשית. שלישית, דבר המלך במועצה הכיר בקיומה של עדה יהודית אחת ואף חוק שיפוט בתי-דין רבניים וחוק הדיינים אינם גורסים אבחנה בין זרמים שונים ביהדות. חוקים אלה מזהים את "העדה היהודית" או את ההשתייכות לדת היהודית עם מושגי בית-הדין הרבני, הווה אומר עם ההלכה האורתודוקסית. אולם אם אמנם הפירוש הנכון של חוק השבות הוא שהמושג "יהודי" עשוי לכלול גם אדם שנתגייר בגיור ריפורמי שאינו תופס על-פי ההלכה, נראה כי אין מנוס מן המסקנה כי אדם שהוא יהודי בעיני הזרם הריפורמי, אך אינו יהודי בעיני ההלכה האורתודוקסית, הצטרף לדת או עדה בלתי מוכרת מבחינתה של פקודת העדה הדתית (המרה).⁸ אם כך הדבר, הרבנות הראשית אינה בבחינת "ראש העדה" לגבי אדם זה, עליו כלל לא מוטלת חובת רישום לפי הפקודה, בהעדר הצטרפות מצדו לעדה מוכרת.

עד כאן לא נכנסתי לספק שיש המעוררים אותו לגבי המשך קיומה של "העדה היהודית", לאחר שנפסק כי המסגרת החוקית בה עדה זו היתה מאורגנת, כלומר כנסת ישראל, עברה ובטלה מן העולם.⁹ אמנם אני כשלעצמי סבור כי ביטול "כנסת ישראל" החזיר ליושנו את המושג "עדה יהודית" כמשמעותו לפני תקנות כנסת ישראל. לדעת, יש לגרוס מעתה חפיפה בין החברות ב"עדה יהודית" לבין ההשתייכות לדת היהודית המוגדרת לפי מבחני ההלכה. אולם לשיטת השוללים קיומה של "עדה יהודית", כמובן, אין לפקודת העדה הדתית (המרה) תחולה על גיור אינה שהוא.

5 על השימוש במבוא לפקודה לשם פירוש הוראותיה, ראה: Maxwell, *On the Interpretation of Statutes*, 12th ed., pp. 6-9.

6 בג"צ 51/45 שיבלי נ' יו"ר הדוצלים ואח', אל"ר 1945, 651, 653; בג"צ 85/47 שיבלי נ' שיבלי ואח', פד"י ג' 142, 149; ע"א 98/47 האלו נ' האלו, פד"י ב' 16.

7 ראה פסקי-הדין הנזכרים בהערה הקודמת.

8 על תחולתה של פקודת העדה הדתית (המרה), ראה מאמרי על "התנגשויות דינים בקביעת ההשתייכות הדתית", שם.

9 ע"פ 427/64 יאיר נ' מרינת ישראל, פד"י י"ט (2) 402; פ"ש פרלס, "האם קיימת עדה יהודית במדינת ישראל", הפרקליט, כרך ט"ו, 16. ראה גם זילברג, המעמד האישי בישראל, עמ' 350-351.

כך או אחרת, נראה לי כי אין שום יסוד הגיוני להבחין בין גיור הנערך בישראל לבין גיור הנערך מחוצה לה. תקפות הגיור היא שאלה הנדונה לגופה ומקום עריכתו אינו מעלה ואינו מוריד.¹⁰

לכאורה שבים אנו בהכרח לשאלה שהיא עיקר הוויכוח, דהיינו מה טיבו של הגיור אליו התכוון המחוקק בחוק השבות. בנושא זה צצים שיקולים לכאן ולכאן המבטלים זה את זה ומשאירים, כמדומה, את הספק החוקי בעינו. יש המבליטים שהכנסת דחתה את ההסתייגות שביקשה לקבוע כי יוכר רק גיור על-פי ההלכה¹¹, אך שוכחים, לעיתים, לציין כי הכנסת דחתה אף את ההסתייגות הנגדית שביקשה לקבוע כי יוכר גיור "לפי המקובל באחד הזרמים של הדת היהודית"¹². המאבק הציבורי והפרלמנטרי בנושא זה משקף רצון להסיר ספיקות בשאלת הגיור הן מן הצד "ההלכתי" והן מן הצד האחר, אך אין בו משום הוכחה חותכת לאיזה צד שהוא.

בדומה לכך יש המדגישים את הצורך בפירוש ליברלי למושג "גיור"¹³, אך מתעלמים מן הטענה הנגדית כי גיור הוא מושג הלכתי ואילו עצם ההגדרה הדתית למושג "יהודי" אינה תואמת תפיסה ליברלית המשייכת אדם ללאום מסוים על-פי תחושתו ולא על-פי מוצאו.

שר המשפטים העלה אמנם בכנסת את הסברה ש"מי שיבוא עם תעודת גיור של קהילה יהודית כלשהי... יתקבל כיהודי"¹⁴, אך לעומת זאת ח"כ י"ש בן-מאיר, יו"ר ועדת החוקה חוק ומשפט, גרס "שלא על הכנסת לקבוע מה הן דרכי הגיור", כי "זאת המסורת מדורי דורות שאדם נהפך ליהודי על-ידי גיור"¹⁵. הווה אומר: תוספת הביטוי "כהלכה" אינה דרושה כי יסוד זה טמון ממילא בעצם המושג גיור.

למעשה נראה הוויכוח בשאלת פירוש המושג גיור כוויכוח עקר. אחת הסיבות לכך היא שמציעי החוק נקטו – ולדעתי נקטו במתכוון – נוסח מעורפל בו ראה כל צד מהר-הורי לבו. אמנם אלה שתפסו גיור כמובנו ההלכתי בלבד, סברו, כנראה, מאוחר יותר שאין זה מן התבונה מצידם לסמוך על הסיכוי שעמדתם תתקבל בבית-המשפט העליון, בבוא השאלה למבחן שיפוטי. השאלה היא שאלה שבערכים והשקפת-עולם ונטיותיו של רוב שופטי בית-המשפט העליון בנושא זה – ידועות.

רמז לפרשנות הצפויה ניתן למצוא כבר בדברים שאמר השופט ברנזון, אגב אורחא, באחד מפסקי-הדין של בית-המשפט העליון: "...ההגדרה של 'יהודי' בחוק השבות, לפי לשונה, אינה קובעת צורה מיוחדת של גיור"¹⁶.

אך הוויכוח הוא עקר גם מסיבה אחרת הנראית בעיני מכרעת. מסופק אני אם קבלת

10 השווה: א' רובינשטיין, שם, עמ' 97.

11 א' רובינשטיין, שם, עמ' 96 והערה 74, שם.

12 הסתייגות זו התענה עליה ח"כ שלום כהן ונדחתה. ראה, דברי הכנסת, כרך 57, עמ' 1142.

13 א' רובינשטיין, שם, עמ' 96.

14 דברי הכנסת, כרך 56, עמ' 781.

15 שם, כרך 57, עמ' 1141.

16 בג"צ 482/71 קלרק ג' שר הפנים, פד"י כ"ז (1) 113, 119. והשווה דברי השופט ברנזון במאמרו "חופש הדת והמצפון במדינת ישראל", עיוני משפט, כרך ג', 405, 407.

ההסתייגות שביקשה לקבוע כי יוכר רק גיור על-פי ההלכה, היתה חוסמת למעשה רישומם של גרים שנתגירו על-ידי רבנים רפורמים. שורש הבעיה אינו נעוץ בפירושו הנכון של המושג גיור כי אם במהות תפקידו של פקיד הרישום. כבר חזר בית-המשפט העליון ושנה כי פקיד הרישום אינו ערכאה שיפוטית המוסמכת לפסוק בדבר תקפותם של אקטים משפטיים שפרטיהם טעונים רישום במרשם האוכלוסין.¹⁷ חוק השבות כפי שתוקן בעקבות פרשת שליט, קובע אמנם כי לא יירשם אדם כיהודי לפי לאומו או דתו "אם הודעה לפי חוק זה או רישום אחר שבמרשם או תעודה ציבורית מראים כי הוא אינו יהודי כל עוד לא נסתרו וכך".¹⁸ אולם אם הוצגה לפני פקיד הרישום תעודה של רב רפורמי המעידה על גיורו של אדם המבקש להירשם כיהודי מבלי שהיה רשום קודם לכן רישום נוגד, לא יוכל פקיד הרישום לבדוק על דעת עצמו את ערכו החוקי או ההלכתי של הגיור. דחיית התעודה כראיה על הגיור הנטען לא תיתכן אלא אם כן רשאי פקיד הרישום לפסול מיניה וביה תעודה של רב רפורמי בתור שכזה. לשון אחרת, תעודת גיור של רב רפורמי יכולה להיות פסולה במישור המינהלי רק אם תתקבל הטענה שרב רפורמי אינו כהן-דת של הדת היהודית כמשמעותה בחוק השבות.

תשובה שלילית לטענה זו מובלטת בפסק-דינו של נשיא בית-המשפט העליון בפרשת הולצמן.¹⁹ בה נידונה שאלת סמכותו של הנשיא להיוקק לבקשה המופנית אליו לפי חוק שיפוט בעניני התרת נישואין (מקרים מיוחדים), תשכ"ט-1969, של בני-זוג שאחד מהם יהודי מלידה והאחר נתגייר על-ידי רב רפורמי. הנשיא קבע כי הביטוי יהודי לצורך קביעת השיפוט הוא כמשמעותו בדיני ישראל, בהזכירו כי לפי דינים אלו חייבת אשה בטבילה לשם גיורה בנוסף לקבלת המצוות. עם זאת, גרס הנשיא שעליו לראות בתעודת הגיור שניתנה על-ידי הרב הרפורמי משום עדות לכך שהמתגייר הוא יהודי, וזאת בלי לבחון אם הגיור נעשה לפי דקדוקי דיני ישראל.

והנשיא, השופט אגרנט, ממשיך ואומר:

"ברור שאם, למשל, הוגשה לנשיא תעודה של כהן הדת הקათולית, כי אחד מבני הזוג נתקבל לדת הזאת, מן הנמנע שהוא יפקפק בנכונות התעודה עד שיברר באופן יסודי שהלה נתקבל לדת הקათולית בהתאם לדקדוקי דיניה. הוא הדין — בשינויים המתאימים לענין — אם הוגשה לנשיא תעודה של רב רפורמי מחוץ לישראל, המעידה שאחד מבני הזוג גוייר שם על ידיו".²⁰

אמנם בסופו של דבר לא סמך הנשיא על תעודת הרב הרפורמי, כיון שההליכים שנתקיימו באותו עניין בבית-הדין הרבני העידו שבית-הדין הרבני הטיל ספק ביהדותו של המתגייר, ובזה מצא הנשיא יסוד להכשרת סמכותו לפעול בעניין כאילו היו בני הזוג זוג מעורב.

אך מכאן יש להסיק שאם ערכאה שיפוטית, דוגמת נשיא בית-המשפט העליון, אינה

17 בג"צ 143/62 שלזינגר נ' שר הפנים, פד"י י"ז 225; פרשת שליט, שם.

18 סעיף 3 לחוק השבות (תיקון מס' 2), תש"ל-1970, כפי שתיקן את חוק מרשם האוכלוסין, תשכ"ה-1965, סעיף א3.

19 בה"נ 1/72, פד"י כ"ו (2) 85. ביקורת על הלכה זו, ראה: א' שאקי, דיני ישראל, כרך ד', 161.

20 שם, עמ' 90.

גזקת לבדיקת נכונותה ההלכתית של תעודת גיור שניתנה על-ידי רב רפורמי, קל וחומר שפקיד מינהלי מנוע מלהיוק לבדיקה שכזאת, אפילו היה חוק השבות קובע במפורש שמוכר גיור על-פי ההלכה בלבד²¹. כדי לשלול ערכה של תעודת גיור שניתנה על-ידי רב רפורמי, הדרך היעילה היתה אילו היה החוק מסמך את פקיד הרישום לפנות מיזמתו לבית-דין רבני לשם קבלת החלטת על תקפותו של גיור, כאשר הפקיד חושש שגיור זה נערך שלא כהלכה. אך מנגנון זה חסר בתיקון לחוק השבות²².

קיצורו של דבר:

- (א) אם אמנם מכיר חוק השבות גם בגיור רפורמי, אין יסוד משפטי שלא להכיר בגיור שכזה שנערך בישראל גופה.
- (ב) מבחינה משפטית-טכנית יש פנים לכאן ולכאן בשאלת טיבו של הגיור אליו התכוון המחוקק בתיקון לחוק השבות, אך אין לשער כי בית-המשפט העליון יקבל את הגירסא המכירה רק בגיור על-פי ההלכה.
- (ג) אפילו היה חוק השבות קובע במפורש שמוכר גיור על-פי ההלכה בלבד, לא היה מוסמך פקיד הרישום לפסול תעודה של רב רפורמי המעידה על גיור.

21 ראה דברי ח"כ צדוק, דברי הנכבד, כרך 57, 1137.

22 פקיד הרישום רשאי לפנות מיזמתו לבית-משפט מחוזי לשם קבלת פסק-דין הצהרתי (ראה: חוק מרשם האוכלוסין (תיקון), תשכ"ז-1967, סעיף 19(ב)), אך ברישום ראשון אינו מוסמך לסרב לרשום על-פי הודעת האזרח, אלא אם כן "היה לו יסוד סביר להניח שההודעה אינה נכונה" (סעיף 19(ב) של החוק הנ"ל). לעומת זאת, שינוי רישום אינו גרשם אלא על-פי תעודה ציבורית (סעיף 19). תעודה הניתנת על-ידי רב איננה תעודה ציבורית, ולכן, המבקש לשנות את רישומו מלא-יהודי ליהודי חייב להשיג פסק-דין הצהרתי על יהדותו כדי שישמש תעודה ציבורית. אולם מסופקני אם בית-הדין הרבני מוסמך לתת תעודה שכזאת (ראה מאמרי הנזכר בהערה 2 דלעיל, שם, הערה 4).