

”הכנה” כמידה של ”כוונה-תחילה” – גילגול איטי אך הכרחי

(ת”פ (ת”א) 153/93 מ”י נ’ נועה בת חיים כהן, טרם פורסם)*

מאת

ש”ז פלר**

א. דעת-רוב חסרה. ב. עובדות הענין. ג. התעלמות שופטי-הרוב מדרישת ה”הכנה”.
ד. תמצית דעת-המיעוט. ה. החלטה הפסוקה, ”המגובשת והמושרשת”, בנדון.
ו. הנחה שאינה טעונה ביסוס עובדתי? ז. ה”הכנה”, בעלת מהות סוביקטיבית
ועיתוי טרופ-ביצועי, מחויבי המציאות. ח. דביקות בהלכה הפסוקה אף מעבר
ללשונה המקורית. ט. קולות סוטים מן ההרמוניה. י. השלכות של החזרה למציאות.

א. דעת-רוב חסרה

מונח לנגד עינינו נוסח הכרעת-הדין בת”פ (ת”א) 153/93. הנאשמת בענין זה
הועמדה לדין על עבירת רצח בכוונה-תחילה, לפי סעיף 300(א)(2) לחוק העונשין
התשל”ז-1977¹. היא הורשעה בעבירה זו ברוב-דעות, כאשר סיכום דעת-המיעוט
הוא, כי:

...לא הוכח מעבר לכל ספק סביר יסוד ה”הכנה” הדרוש להרשעה עפ”י
סעיף 300(א)(2) לחוק העונשין, התשל”ז-1977. אני מזכה את הנאשמת
מעבירת רצח ומוצאת אותה אשמה בעבירת הריגה לפי סעיף 298 לאותו
חוק.

יש לציין כי דעות שופטי-הרוב ודעת שופטת-המיעוט היו זהות לחלוטין באשר לכל

* להלן: ענין נועה כהן.

** פרופסור אמריטוס, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים.

1 ס”ח תשל”ז, 224.

הנתונים העובדתיים הרלוואנטיים של הענין – כמובן למעט משמעותם המשפטית, הכבושה או המפורשת, של אחדים מהם, הנוגעת לנושא דיונו דווקא. ועוד ראוי לציין כי אף אחד מן השופטים לא הטיל ספק כלשהו לגבי התשתית הראייתית של נתונים אלה. אילו נחלקו הדעות במישור העובדתי-ראיתי, לא היו נכתבות שורות אלה. חילוקי הדעות – אם היו כאלה – ניצבו במישור הדין המהותי; ואילו בשאלות "שבדין", להבדיל משאלות "שבעובדה", אין מקום לספקות בלבד של שופט. שופט מצווה ליישם את הדין תוך הבנה מקצועית של פירושו, ללא כל ספקות, אפילו במקרה שבו הדין ניתן לפירושים סבירים אחדים; מובן כי במקרה מסוג זה יפעיל השופט את הפירוש הנוח ביותר לנאשם², ואף הבחנה זו עצמה, היא ענין שבדין. סלע-המחלוקת היה בשאלה אם ניתן לאתר ביסוד הנפשי שהתלווה למעשה הקטלני של הנאשמת, את אותה "מידה"³, הקרויה בסעיף 301(א) לחוק העונשין "הכנה", שבה מותנה סיווגו של יסוד זה בקטיגוריה של "כוונה-תחילה", אם לאו.

לענין זה לא למותר לציין שני היבטים מוזרים של הכרעת-הדין בנדון ולהעיר את הערותנו לגביהם.

ההיבט האחד: המעיין בנימוקי דעת-המיעוט לא ימצא בהם זכר לספק כלשהו בדבר היעדרה, מבחינה מושגית-משפטית, של ה"הכנה" האמורה בסעיף 301(א) לחוק הנזכר לעיל, כהלך-נפש שבו ניגשה הנאשמת להמתת בנה. חוות-הדעת מוקדשת כל-כולה לסוגיה משפטית זו ונועדה להשתכנע ולשכנע, ללא כל ספקות, כי אכן מידה זו – "הכנה" – נפקד מקומה מן היסוד הנפשי שהיה דרוש לשם סיווג האירוע העברייני שיוחס לנאשמת כרצח בכוונה-תחילה. מכאן גם הערתנו בסגנון שאלה: מהו הבסיס לזיכוי הנאשמת מעבירת הרצח בשל כך ש"לא הוכח מעבר לכל ספק סביר יסוד ה'הכנה'..." ולהרשעתה, עקב כך, בהריגה, במקום הרשעה "נקיה" בעבירת הריגה? וזאת, מלבד העובדה שכענינים שבדין אין שופט חורץ את דינם מכוח "ספקות". בתחום זה הוא, כאמור, בעל-התפקיד שעליו לקבוע בביטחון מה הדין, אם כי, לעתים, ההכרעה יכולה ליפול גם לאחר התלבטויות; אך "התלבטות" ו"ספק" אינם שמות נרדפים.

ההיבט האחר: ההנמקה המפורטת שבחוות-הדעת של שופטת-המיעוט לא מצאה כל הר וכל התייחסות בחוות-הדעת של שופטי-הרוב, וכמובן גם לא זכתה להנמקת-נגד כלשהי בהן. עיינתי בהן שוב ושוב ולא מצאתי שם ולו אף איזכור אחד

2 ראה סעיף 34 ככא לחוק העונשין (תיקון מס' 39) (חלק מקדמי וחלק כללי), התשנ"ד-1994; ס"ח תשנ"ד, 348.

3 במשמעות "תכונה" – בלועזית אטריבוט – של קטיגוריה אחרת, מורכבת יותר; כמובן, מהות ה"מידה" נגזרת מן הקטיגוריה שאותה היא מאפיינת, כשם שמהות קטיגוריה זו היא פונקציה של "מידותיה", במשמעות האמורה.

בלבד של המלה "הכנה", כנותנת ביטוי לאחת מן הדרישות החיוניות להיווצרות יסוד ה"כוונה-תחילה". כאילו לא ישבו כל השופטים יחד באותו משפט; כאילו לא היה ביניהם שיגרושיה בנושא גורלי זה להכרעת-הדין; והעיקר, כאילו דרישת ה"הכנה" אינה רלוואנטית כלל לשם היווצרות יסוד ה"כוונה-תחילה"; וכאילו אין ולא היו לענין זה חילוקי דעות כלשהם בין השופטים, אם כי, גם אלמלא היו כאלה, היתה נותרת חובת ההנמקה של הכרעת-הדין, על כל תשתיתה המשפטית, ובמשנה תוקף כשמדובר בהשתת העונש החמור ביותר – "מאסר עולם חובה ועונש זה בלבד"; וכאילו אף הנאשמת עצמה אינה ראויה ואף אינה זכאית לדעת מדוע תוגדר עבירתה כ"רצח" דווקא, ולא כ"הריגה" בלבד, ומדוע יוטל עליה מאסר עולם כאמור, ולא עונש אחר, קל יותר.

ועיקר העיקרים: כאילו אין כוח מחייב למלותיהן ולרוחן של הוראות סעיף 80 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984, הקובע בסעיף-קטן (ג)(1) כי:

(ג) באין רוב לדעה אחת בענין פלילי –

(1) יראה בית המשפט אם יש רוב דעות לגבי כל מימצא עובדתי, יסוד מיסודות העבירה, או נושא אחר, המחייבים הכרעה לחיוב או לזיכוי, ויכריע בהתאם;

האם יסוד ה"הכנה", כדרישה חיונית להתהוות העבירה של "רצח בכוונה-תחילה" אינו בגדר "נושא" המחייב העלאה לדיון בין השופטים לשם הכרעה מנומקת לחיוב בעבירה זו? אמנם חובה זו נקבעה מפורשות למקרה שבו "אין רוב לדעה אחת", אך האם מילויה הוא פחות חיוני כאשר מסתמנת חלוקה בין דעת-רוב לבין דעת-מיעוט? הנוסח דלעיל של הוראת סעיף 80(ג)(1) לחוק בתי המשפט הוא פרי תיקון סטרוקטורלי של הסעיף כולו – תיקון שהובא זה לא מכבר⁵ – לאחר עיון ודיון מעמיקים בסוגיה המוסדרת בו עקב פסיקה שהוכיחה את הצורך בהתערבות המחוקק⁶; וזאת כדי להבטיח עבודת-צוות של גיבוש פסקי-הדין של בתי-המשפט תוך שיתוף-פעולה, עימות והפריה הדדית בין השופטים היושבים בדין, לשם בירור כל הנושאים הרלוואנטיים, העובדתיים וההלכתיים, הנוגעים לענין, כולל, במובן, אלה שלגביהם התגלו חילוקי דעות. כלום ניתן להשלים עם ההנחה שהמשמעות של חובת ההנמקה והיקפה, כפי שהיא עולה גם מהוראות סעיף 80 הנזכר לעיל לא נקלטה במלואה בתודעת השופטים? אין זו אפוא תמיהה גרידא לאור הדרך הראויה

4 ס"ח תשמ"ד, 198.

5 חוק בתי המשפט (תיקון מס' 15), התשנ"ב-1992, ס"ח תשנ"ב, 68.

6 ראה הצעת חוק בתי המשפט (תיקון מס' 4), התשמ"ח-1988, ה"ח תשמ"ח, 261 ודברי ההסבר להצעה; וכן ראה ש"ז פלר "דעת-רוב, דעת-מיעוט – מושא ודרכי גיבוש, סעיף 80 לחוק בתי המשפט (נוסח משולב), התשמ"ד-1984" עיוני משפט טו (התש"ן) 31.

והטבעית של חריצת דין במסגרת קולגיאלית, להכדיל מדרך קבלת החלטות על-ידי דן יחיד, אלא גם השתאות נוכח קיום – או ביתר דיוק אי-קיום – של הוראות החוק ורוחו.

אך אין לנו אלא להניח כי הרקע, המודע או הבלתי-מודע, לחזות-הדעת ה"כבושות" של שופטי הרוב, הוא המקשה, וכנראה גם הקשה, להתמודד עם צדקתה של שופטת-המיעוט. זהו פשר הספק שהבענו קודם – אם אכן ניצבים אנו כאן מול "חילוקי-דעות".

ומכאן לגוף הענין – מדוע "גילגול" – מטמורפוזה – לענין ה"הכנה" כמידה של "כוונה-תחילה"? אך לא לפני הצגה, בקצרה, של עובדות הענין, הבלתי-שנויות במחלוקת.

ב. עובדות הענין

במועד האירוע היתה הנאשמת נועה בת חיים כהן (להלן: נועה) אשה צעירה, בת 27, בעלת עבר טראגי, אם לשלושה ילדים קטנים, שהמבוגר ביניהם הוא בן 9, והוא קורבן העבירה המיוחסת לה; הוא נולד לה מנישואין קודמים, כאשר אביו נטש את המשפחה מיד עם היוולדו, ועזב לאחר מכן את הארץ עם אשה אחרת. נועה נישאה בשנית לבעלה הנוכחי, ומנישואין אלה נולדו שני הבנים האחרים. היא גם בעלת עבר נרקומני ואלכוהוליסטי, וסף גירוי נפשי נמוך מאוד, חשופה לדיכאונות, ובעבר ניסתה כמה פעמים להתאבד. היא סבלה מן היחס המתנכר של בעלה אליה, אשר חזר סמוך ליום האירוע מגסיעה לארצות-הברית, וסיפר לה עד כמה הוא נהנה שם מבילויים מתירניים ושונים ועד כמה טעה שלא נשאר רווק וחופשי לאורחות חיים כאלה. כליל האירוע, כשחזרה הביתה מחוג הציור שבו השתתפה, וראתה את בעלה שקוע בניירותיו שהביא מן העבודה – דבר אשר, כשלעצמו, הרגיז אותה – עלו אצלה פעם נוספת השיחות הקודמות ביניהם על טיולו בחוץ-לארץ, על בילוי שם ועל הרגשת המחנק שלו בגלל נישואיהם. לאחר שיחת-חולין עם בעלה, שעבר לחדר-האמבטיה להתקלח, נכנסה נועה לחדר-השינה, כשהיא עייפה, נעלבת, כעוסה וקנאית להרפתקאות בעלה ומלאת תיסכול. לפתע, היא הבחינה בקת האקדח של בעלה שביצבצה מבין בגדיה בארון חסרי-הדלתות. היא הוציאה את האקדח ושיחררה את הניצרה. מנקודה זו של התפתחות הדברים ניתן היה להגיע במישרין לירייה הקטלנית של כדור אחד בראשו של בנה הבכור, שאותה עת ישן על רצפת הסלון. בעלה שמע באמבטיה את קול הירייה ונזעק למקור הרעש. בינתיים הפנתה נועה את האקדח כלפי עצמה, לחצה על ההדק, אך תוכניתה להתאבד נכשלה עקב

מעצור באקדח; בדיוק בנקודת זמן זו של נסיון להתאבד, הגיע הבעל והוציא בכוח את האקדח מידה.

את שהתרחש בין הוצאת האקדח מן הארון לבין הירייה בקרבן מחלקת שופטת-המיעוט לשני שלבים, כשאין כל השגה מפורשת על חלוקה זו בחוות-הדעת של שופטי הרוב. בשלב הראשון הפנתה נועה מיד את האקדח הדרוך כלפי עצמה, אך הבחינה פתאום באחד מבניה הקטנים יותר, שישן באותה שעה, שלא כרגיל, במיטה בחדר-השינה; היא חששה פן יתעורר הילד עקב הירייה בעצמה. כדי להמשיך בכל זאת במימוש הכוונה לשלוח יד בנפשה, היא לקחה מן המיטה כרית, עטפה את האקדח ושוב הפנתה אותו כלפי עצמה; אך הפעם נכנס לטווח ראייתה בנה הבכור, שישן על רצפת הסלון הסמוך. מנקודת-זמן זו מתחיל השלב השני. נועה – שהיתה קשורה אל הבן הזה קשר נפשי מיוחד, קרוב ביותר, עקב נטישתו עליידי אביו הביולוגי – מהססת לבצע את צעד ההתאבדות ושואלת את עצמה מה יהיה גורלו של הבן הבכור, בהיעדר אמו נוסף על היעדרו של אביו; כתשובה לשאלה זו מחליטה נועה בן-רגע כי, אם היא "הולכת", גם הוא צריך "ללכת" יחד עמה. תוך כדי כך, היא עשתה כמה צעדים עם האקדח השלוף ביד לקראת גופו של הבן, התכופפה כלפי הרצפה וירתה בו ירייה אחת קטלנית. בכך הסתיימה הטרגדיה. ההמשך כבר תואר – נועה ניסתה שוב להתאבד, חל שיבוש בכלי-הנשק, והבעל שנזעק למקום נטל אותו מידיה.

וכאן ראוי להקדים ועדיין שוב לציין, כי ההבחנה בין שני השלבים אינה עוד בעלת אופי עובדתי בלבד, אלא טמונה בה גם היבט נפשי-משפטי מכוח ייעודו התכליתי הנבדל של כל אחד מהם ומעמדו המהותי הנבדל במהלך התפתחות הדברים שהסתיימו בהמתת הבן בידי אמו נועה. והרי, כמעט בלשון דברי הסיכום של שופטת-המיעוט, את התיאור של כל אחד משני השלבים הנבדלים: נטילת האקדח, דריכתו, עטיפתו בכרית ואחיזתו מוכן להפעלה, כשלב ראשון, שנועד כולו עליידי נועה להתאבדותה היא בלבד; רק לאחר מכן, עקב הבחנתה הפתאומית בבנה הישן על רצפת החדר הסמוך, באו הפנית האקדח עליידי נועה כלפי בנה, התקרבותה המהירה אליו באקדח השלוף, הירייה הקטלנית בראשו והנסיון הכושל לאבד עצמה לדעת, כשלב שני, נפרד, שנועד, הפעם, לכרוך את גורל בנה בגורלה היא. אכן, מבחינת מבנה האירוע העברייני, הבחנה זו בין שני השלבים אין ענינה עוד במישור העובדתי בלבד; גלום בה, כאמור, גם היבט נפשי-משפטי. ואולם, והוא העיקר, שלגבי ההבחנה כעובדה בפני עצמה, לא הובעה כל הסתייגות בחוות-הדעת של שופטי-הרוב. אך על כך בהמשך.

ג. התעלמות שופטי-הריב מזרישת ה"הכנה"

אין בלבנו כל פליאה על התעלמותם של שופטי-הריב מן ההבחנה בין שני השלבים שקדמו לתוצאה הקטלנית, שבהם הבחינה שופטת-המיעוט, ואף ממשמעותם של שניהם גם יחד, בכל הנוגע ל"הכנה", כדרישה חיונית להגדרת היסוד הנפשי ככוונה-תחילה. הרי לפי ההלכה הפסוקה, "הכנה" זו היא מידה פיסית גרידא, נקיה מכל נימה סוביקטיבית-תכליתית, והיא עשויה להתבטא בצעדים הנמנים אף עם עצם מהלך הביצוע; והרי הגדרה זו כבר מובנת מאליה.

אם כן, מדוע עוד להתייחס לדרישה זו, כאשר אין חולק על כך שנועה כיוונה את האקדח לראש הקורבן בטרם לחצה על הדק האקדח, שהתכופפה לכיוון הקורבן, שהתקרבה אל מקום שכיבתו ושלפני כן עטפה את האקדח בכרית לאחר שהוציאה אותו מן הארון ודרכה אותו; היא הוסיפה גם תנועות פיסיות נוספות תוך מעבר מכל צעד כאמור למשנהו. כל אלה הם צעדים פסיים, שלפי סברת ההלכה, די בהם כדי להוות את ה"הכנה" שבה מותנה גיבוש יסוד ה"כוונה-תחילה". אין עוד מה לפשפש בדבר השתייכותם של צעדים אלה אף לתהליך תכליתי נתון, וגם לא בהשתלבותם, של אחרים מהם לפחות, במהלך ביצוע גוף העבירה; בקיצור, ה"הכנה" מדברת בעד עצמה. לכן, אין גם להשחית מלים לריק ולהתמרדר, ולו אף במלה אחת, עם דעת-המיעוט. מה גם שכל שלושת השופטים שישבו בדין קבעו כי התלטה להמית היתה וקינטור לא היה; ואילו טענות ההגנה, המבוססות על "שכרות" ו"אי-שפיות הרעת", נדחו על ידי כל השופטים.

ד. תמצית דעת-המיעוט

אבל שופטת-המיעוט סברה אחרת, תוך התחשבות בקר-הגבול שבין שני השלבים שקדמו לירייה הקטלנית; התהליך של המתת הקרבן החל בשלב השני בלבד ובו גם הושלם, וספק⁷ אם ניתן כלל להבחין בו בסימני "הכנה", מלבד מהלך ביצוע העבירה גופה. אשר לשלב הראשון, כל הצעדים שנועה נקטה בהם נטולים כל תכליתיות

7 בנוגע ל"ספק" זה, כבר הבענו את דעתנו בתחילת שורות אלה, כי לענין "שאלה שבדין" אין מקום לספקות אצל שופט בדבר הבנת הדין כנימוק לחריצתו; דק לענין "שאלה שבעוברה" יכול להשתלט עליו ספק. כאן מדובר בשאלה שבדין, אם צעדים נתונים — שאין לגביהם כל ספק — גופלים, מבחינת הדין, לגדר "מעשי הכנה" או לגדר "מהלך הביצוע". ולגוף הענין, אילו הופתעה הנאשמת כבר בצעדה הראשון, כשהתחילה לנוע לקראת הקורבן והאקדח שלוף בידה במטרה לכבות את פתיל-חייו, אין ספק כי ניתן היה לראות בצעד זה תחילת מהלך

בנוגע להתפתחות המאוזרת של הדברים. יחד עם זאת, הצביעה השופטת, באופן המדויק ביותר, על שתי נקודות התורפה של ההלכה הפסוקה ככגון אלה – היא גורסת, לדעתנו בצדק, כי, לענין "כוונה-תחילה" ה"הכנה" היא מידה תכליתית במהותה, ולא "פיסית טהורה", כפי שגורסים בהלכה הפסוקה, וכי במהותה כאמור, ה"הכנה" היא טרום-ביצועית בעיתויה, ולא תוך-ביצועית. לכן, בהיעדר "הכנה" על שני תנאים אלה, אין "כוונה-תחילה", ובהיעדר "כוונה-תחילה" אין רצח לפי סעיף 300(א)(2) לחוק העונשין, אלא "הריגה" בלבד, לפי סעיף 298 לחוק זה. נוסף על כך, מתייחסת השופטת גם להסתייגויות מן ההלכה הפסוקה בנדון, ואף לקריאות לשינויה, הסתייגויות וקריאות בזמנים שונים, של שופטים אחדים מקרב בית-המשפט העליון דווקא, בפסקי-דין מפר-עטם; פירוט על כך יבוא בהמשך.

ה. ההלכה הפסוקה, "המגובשת והמושרשת", בנדון

בטרם נדון שוב⁸, אך בקצרה, בעיקרי הסוגיה, נדמה כי מתחייבת כאן הבאת נוסח ההלכה כפי שנוהגים להכריז עליה בפסיקה; ובחרנו, לגמרי שרירותית, בדוגמאות אחדות בלבד:

בע"פ 339/84⁹, קובע השופט גולדברג:

ההכנה להמית. עפ"י פסיקתו של בית משפט זה, יסוד זה הוא פיסית טהור, ודי בהוכחת הכנה פיסית, היכולה להתבצע גם במהלך ביצוע העבירה גופה¹⁰.

בע"פ 1155/87¹¹ אומר השופט א' חלימה לגבי ה"הכנה" כמידה של הכוונה-תחילה, המוגדרת בסעיף 301 לחוק העונשין:

זהו יסוד פיסית טהור. ההלכה קובעת שיסוד ה"הכנה" קיים אפילו נמשכת ה"הכנה" זמן קצר ביותר, ובלבד שתהווה חלק ממעשה הקטילה עצמו (ע"פ

הביצוע ולייחס לנאשמת נסיון להמתה, ולא סתם מעשה הכנה להמתה; וראה לענין זה את פסק-הדין המאלף של המשנה לנשיא השופט ברק, בע"פ 5150/93 סריס נ' מ"י (טרם פורסם).

8 ראה ש"ז פלר "ה'הכנה' כיסוד הכוונה תחילה" הפרקליט כו (תש"ל) 51; "הכוונה תחילה" הפרקליט כו (תש"ל) 465; "עוד על ה'הכנה' כרכיב הכוונה תחילה" הפרקליט לג (תשמ"א) 578; יסודות דיני עונשין (תשמ"ד, כרך א) 572-581.

9 ע"פ 339/84 רבינוביץ' נ' מ"י, פ"ד לט(4) 253.

10 שם, בעמ' 259 בין אותיות השוליים ב-ג.

11 ע"פ 55/87 מלכה נ' מ"י, פ"ד מג(3) 28.

563/79 בעמ' 613 מול אות שוליים א). הלכה זו מושרשת בפסיקתו של בית משפט זה במידה כזאת שאין מהרהרין אחריה¹².

ואולי כדאי להוסיף עוד נוסחה שנתקלנו בה, בע"פ 13322/87 מפדי עטו של השופט גולדברג:

אשר ליסוד ההכנה יצקה לו ההלכה תוכן בשני מישורים: מישור המהות ומישור העיתוי. דהיינו, כי במהותו הוא "יסוד פסי טהור", ובעיתויו יכול שיסוד ההכנה יוכח ע"י אותן הפעולות של הנאשם, המהות חלק ממערכת פעולות הקטילה גופן¹⁴.

ו. הנחה שאינה טעונה ביסוס עובדתי

באמצעות מימרות — כמעט סיסמאות — כאלה ניתן לצאת ידי חובת הנמקה, עד כדי הנמקות "כבושות" של פסקי דין. שכן אם דנים בעבירה של המתת אדם, הרי מעשה קטילה היה, ואם מהלך הקטילה טומן בחובו גם "הכנה", הרי תמיד מצויה גם המידה הקרויה "הכנה", כדרישה חיונית להיווצרות כוונה-תחילה. אין עוד אפוא כל צורך להתייחס לסוגיה זו ולהתמודד עמה לאור נתוניו של כל מקרה קונקרטי, כפי שאף נהגו שופטי-הרוב בענין נועה כהן; כל זאת, על-אף שאין למימרה האמורה תשתית אחרת מלבד השגרה שבה חוזרים עליה. שכן מציאות הדברים והגיגונם האינהרנטי הם ממגה והלאה, ומחייבים את המסקנה כי ה"הכנה" כמידה של "כוונה-תחילה", היא דווקא קטיגוריה טוביקטיבית — הלך-נפש — במהותה וטרומ-ביצועית בעיתויה. אין זה ענין של גישה מול גישה מנוגדת לה, אלא ענין של גישה שאין מלבדה. אין אפילו מקום להציג נימוקים לביסוסה, אלא רק לתת הסברים לממשיותה, כגישה הצומחת, כאמור, ממציאות הדברים; פשוטו כמשמעו, היא פועל-יוצא של עצמת המציאות.

12 שם, בעמ' 31 לאחר אות השוליים ז.

13 ע"פ 322/87 דרור נ' מ"י, פ"ד מג(3) 718.

14 שם, בעמ' 726 מול אות השוליים ו.

ז. ה"הכנה", בעלת מהות סוביקטיבית ועיתוי טרום-ביצועי, מחויבי המציאות

בכך חוזרים אנו פעם נוספת, בתמציתיות, על התיזות שהצגנו זה מכבר.

(א) לפי סעיף 301 לחוק העונשין, ה"הכנה" היא מידה המייחדת את ה"כוונה-תחילה" כיסוד נפשי שבו מותנית אחת מצורותיה הפרטיות של עבירת הרצח. הקטיגוריה המיוחדת על-ידי "הכנה" כאמור – ה"כוונה-תחילה" – היא, לכל הדעות, קטיגוריה סוביקטיבית במהותה ועל טהרתה, כך שה"הכנה", כמידה המייחדת אותה, אינה יכולה להיות, אף היא, אלא קטיגוריה סוביקטיבית במהותה¹⁵.

(ב) המושג "הכנה" הוא מטיבו תכליתי, ותכליתיות היא אטריבוט סוביקטיבי מובהק; גם לשון סעיף 301(א) לחוק העונשין אינה משתמעת לשתי פנים לענין זה; הרצח ב"כוונה-תחילה" מתאפיין, בין השאר, בכך שמהלך המתת הקרבן מתרחש "לאחר ש[הממית] הכין עצמו להמית אותו" (ההדגשה הוספה – שז"פ). בכך גם ההבדל בין כוונה מיוחדת זו, לבין הכוונה ה"ספונטאנית", המתבטאת בתהליך מנטלי ובמהלך אופרטיבי, השלובים זה בזה מתחילתם.

ה"הכנה העצמית" אינה יכולה להיות אפוא "פיסית", לא טהורה ולא מעורבת; נהפוך הוא, היא מתבטאת בהירהוריי-הלב, בריכוז המחשבות ובגיבוש הרעיון סביב למימוש היעד הקטלני, מטרת העושה.

(ג) מובן מאליו כי ה"הכנה העצמית" של העושה אינה שוללת, במקביל לה, נקיטת צעדים פסיים על-ידי, שנועדים לאפשר לו לממש את מטרתו או להקל על מימושה; אך היא, ה"הכנה העצמית", אינה מותנית בכך כלל. ראוי להבליט כי אף צעדים אלה, מקום שנגקטור, אינם "יסוד פיסית טהור"; הם טומנים בחיובם בהכרח היבט סוביקטיבי, כי עליהם להיות תכליתיים לגבי יעדו של הנוקט בהם. אם לא כן, רבות הן הפעולות של כל אדם, אשר, מבחינת מהותן "הפיסית הטהורה", עשויות לאפשר ביצוע מעשה קטלני או להקל על ביצוע מעשה שכזה.

כמורכב, מובן מאליו כי צעדים פסיים תכליתיים כאמור, יש בהם כדי להצביע על התהליך הסוביקטיבי הפנימי של "הכנה עצמית" לקראת עשיית המעשה הקטלני. ואכן, המחוקק אף קבע בסיפא של סעיף 301(א) לחוק העונשין כי במקרה הפרטי שבו העושה הכין קודם את המכשיר שבו המית את הקורבן – על כל המשתמע מתכליתיות המונח "הכין" – הרי זוהי ראייה להתמלאות התנאי של "הכנה

15 וכך גם שתי המידות הנוספות שבהן מותנית הכוונה-תחילה – "החלטה" להמית ו"היעדר קינטור", עובר להמתה ובשעתה.

עצמית", כמידה הכרחית של המתה בכוונה-תחילה; ואולי לא למותר לציין כי המדובר בפרזומפציה עובדתית בלבד, הניתנת לסתירה. ברור, שאין כאן ענין של תחליף פסי "טהור" ל"הכנה עצמית" סוביקטיבית, אלא של דרך להוכיחה, מלבד זה שה"תחליף" כביכול, עצמו, אף הוא הינו, כאמור, רחוק מלהיות פסי "טהור". וראה לענין זה את המשל שנתן השופט ג' כך בע"פ 16339/84 – של אותו אדם שנטל סכין כדי לתתוך בה לחם, ואז בתקרית ספונטאנית עם אחר, גרם לו פגיעה קטלנית באמצעות אותה סכין.

(ד) יתירה מזאת. ניתן לדמיין מקרים של המתת אדם שבהם מהלך הביצוע, גופו, יתממש או יהיה מלווה ביטויי התנהגות פסיים כאלה, שרק מי ש"הכין עצמו להמית" בטרם ניגש לביצוע מסוגל לנוקטם. גם הפעם מדובר בביטויי התנהגות, אמנם פסיים וכאלה המהווים חלק ממערכת פעולות הקטילה גופן, אך שיש בהם כדי להוכיח בלבד את ה"הכנה", הסוביקטיבית במהותה, והטרומית בעיתויה, כמידה של כוונה-תחילה להמית אדם, ובשום פנים ואופן לא כדי לבוא במקום "הכנה" כאמור. יחד עם זאת, מן הדין שלא לשכוח כי, כאמור, גם פעולות אלה הן רחוקות מלהיות יסוד פסי "טהור"; שכן טבוע בהן צבע סוביקטיבי-תכליתי מובהק, והעיקר הוא שהן בעלות מעמד ראיתי בלבד, שיש בהן – או שאין בהן – כדי להוכיח את התקיימותה של הדרישה המהותית, ולא תחליף לה.

עלינו לציין כי משמעות הוכחתית זו, אמיתית, של הדברים לא יכלה שלא להתבטא, במידה זו או אחרת, בלשון בית-המשפט העליון בפסקי-דין רבים, שבהם הוא דן בסוגיית ה"הכנה", כמידת ה"כוונה-תחילה"¹⁷; ואולם זאת, מבלי לנטוש את התיזה ההפוכה והמוזרה של יסוד פסי "טהור". יחד עם זאת, ראוי להבהיר הבהרה ברורה, כי כוונתנו אינה לאותה שורה ארוכה של פסקי-הדין שאליהם מתייחס – בחיוב – הנשיא המנוח של בית-המשפט העליון, השופט אגרנט, בע"פ 18396/69, ושבהם הוכרע הדין על פי התפישה כי "יכול שיסוד ההכנה יוכח ע"י אותן הפעולות של הנאשם, המהוות חלק ממערכת פעולות הקטילה גופן"¹⁹, אם כי לא נקבעה בהם זיקה הוכחתית כלשהי בין פעולות אלה לבין "הכנה" סוביקטיבית טרום-ביצועית. בין הדוגמאות המצוטטות שם²⁰ היו "דקירת הקרבן שמונה דקירות

16 ע"פ 339/84 רבינוביץ' נ' מ"י, פ"ד לט(4) 253, 264-265. משל זה מפורט להלן ליד ההפניה להערה 48.

17 ראה, למשל, את הציטוט ליד ההפניה להערת השוליים מס' 14.

18 ע"פ 396/69 בנו נ' מ"י, פ"ד כד(1) 561.

19 שם, בעמ' 571 מול אות השוליים ז.

20 שם, בעמ' 571-572.

בחלקים פגיעים שונים של גופו" (ע"פ 186/57)²¹, "הורדת כמה מהלומות בראש הקרבן, באמצעות פטיש" (ע"פ 183/58)²², ואחרות; או כפי שנאמר, ללא כל נימה רפואית, בע"פ 563/79²³, "בשלב מסוים, כשישבה המנוחה בחדרו, תפס המערער את הגרזן שהיה מונח בחדרו, הרים אותו, הניפו על ראשה של המנוחה והנחית בו חמש מכות זו אחר זו. תפיסת הגרזן, הרמתו והנפתו מעל ראשה של המנוחה והנחתת חמש המכות בראשה, די בהן כדי להוות הכנה למעשה הקטילה" (ההדגשה הוספה – שז"פ)²⁴. זהו מספר זעום בלבד²⁵ של דוגמאות שבהן סבר כנראה בית-המשפט העליון כי, בהיות המעבר מפעולה אחת למשנה במהלך הביצוע מעין תחנת-הכנה למימושה של זו האחרונה, הכנה זו טומנת בחובה בעת ובעונה אחת גם אותה "הכנה" המאפיינת את ה"כוונה-תחילה"; והכול, כאשר התיזה המשותפת והבסיסית היא כי מדובר ב"יסוד פיסי טהור".

(ה) ממהות ה"הכנה" כמידה סוביקטיבית גרידא של ה"כוונה-תחילה", לעיתויה הטרום-ביצועי, המתחייב אף הוא, מטבע הדברים וגם מכוח הוראתו המפורשת של החוק. מימוש היעד האוביקטיבי של מטרה נתונה הינו, מטבע הדברים, עתיד ביחס לתהליך גיבוש אותה מטרה כתהליך פנימי; ותהליך זה, לענין המושג "כוונה-תחילה", מתבטא ב"הכנה" הסוביקטיבית כמידה של הכוונה-תחילה שבה מותנית אחת הצורות של עבירת הרצח. וכך גם מתואר רצף התהליך בהוראה הברורה והמפורשת של סעיף 301(א) לחוק העונשין: "החליט להמיתו [את הקורבן – שז"פ], והמיתו בדם קר... לאחר שהכין עצמו להמית אותו..." (ההדגשה הוספה – שז"פ).

(ו) בסופו של חשבון, מדובר בהכנה בין כוונה "ספונטאנית" – כאשר התהליך המנטלי והמהלך האופרטיבי שזורים כאמור זה בזה מתחילתם – לבין כוונה "תחילה", וניתן לגרוס, ללא כל היסוס, כי ה"הכנה", הסוביקטיבית-תכליתית במהותה והטרום-ביצועית בעיתויה, היא אף המידה היחידה שמבדילה ביניהן; שהרי שתי הצורות הללו של כוונה טומנות בחובן, כאחת, "החלטה" לממש יעד נתון; ואם השנייה מותנית ב"היעדר קינטור" עובר לביצוע, הרי הראשונה יכולה אף היא להתגבש בהיעדר קינטור. לא נותרה אפוא אלא ה"הכנה", על מהותה ועיתויה האמורים, שיהיה בה כדי להקנות לכוונה את מידת ה"תחילה" הטמונה בשנייה,

21 ע"פ 186/57 אליהו נ' היה"מ, פ"ד יב 236.

22 ע"פ 183/58 זומרפלד נ' היה"מ, פ"ד יג 1323.

23 ע"פ 563/79 האדי נ' מ"י, פ"ד לד(2) 608.

24 שם, בעמ' 612 בין אותיות השוליים ד-ה.

25 ראה דוגמאות נוספות: ש"ז פלר "עוד על ה'הכנה' כרכיב הכוונה תחילה" הפרקליט לג (התשמ"א) 578.

בהבדל ממידת ה"ספונטאניות" האופינית לראשונה. עירטול ה"הכנה" ממהותה הטוביקטיבית או העברתה לשלב התוך-ביצועי, אין בהם אלא כדי למחוק את כל השוני שביניהן.

שני התנאים – זה של ה"מהות" וזה של ה"עיתוי" – הם כמובן מצטברים, כך שדי בהיעדרו של אחד מהם בלבד, כדי לשלול את התקיימותה של ה"הכנה". בהקשר זה, ניתן להסכים גם להנחה לפיה פעלה נועה, מבחינה תכליתית, בשלב הומוגני-אחיד; דהיינו, שכל צעדיה לאחר שעברה לחדר-השינה, החל בנטילת האקדה לידיה, בדריכתו ועטיפתו בכרית, נועדו, מלכתחילה, לניתוק פתיל חייו של בנה לפני התאבדותה. בהנחה זו, אילו הפתיע מאן-דהוא את נועה כטרם הספיקה להמית את בנה, היתה נופלת התנהגותה לגדר נסיון להמתה; וככל נסיון, מהותו אכן תכליתית היא, אך עיתויו הוא, וצריך להיות, לכל הדעות, כבר תוך-ביצועי ולא טרום-ביצועי. לכן, היה מתאפיין הביצוע בכוונה ספונטאנית בלבד, ולא בכוונה-תחילה. כי התהליך המנטאלי והמהלך הביצועי כולו, היו שזורים זה בזה, מלכתחילה, בעוד שכוונה-תחילה מותנית גם בתהליך מנטאלי-תכליתי טרום-ביצועי, ולא די במהותו התכליתית בלבד.

המהות הטוביקטיבית והעיתוי הטרום-ביצועי של ה"הכנה", כמידה של הכוונה-תחילה שבה מותנית עבירת הרצח, הם אפוא בגדר דרישה מחויבת המציאות, והבאה לידי ביטוי מפורש גם בלשון החד-משמעית של הדין החרות.

ח. דביקות בהלכה הפסוקה אף מעבר ללשונה המקורית

לפי נוסחה המקורי של ההלכה, ייתכן שיסוד ה"הכנה", כמידה של "כוונת תחילה", יתבטא ב"אותן הפעולות של הנאשם, המהוות חלק ממערכת פעולות הקטילה גופן"²⁶. כלומר, מדובר במהלך ביצוע המתה המורכב מריבוי פעולות. אז, כביכול, ניתן לראות במעבר הפיסי מפעולה לרעותה שבתוך הריבוי, "הכנה" לביצועה של זו האחרונה לאחר ביצוע קודמתה. ואכן, זה המכנה של מהלך הביצוע בהדגמה שהובאה בהמשך הציטוט דלעיל מפסק הדין שבע"פ 396/69²⁷. עם הזמן דבק בית-המשפט העליון בהלכה האמורה, והסתמך עליה גם כאשר מהלך הביצוע התבטא בפעולה אחת בלבד. ברור כי, במתכונת ביצוע כזו, אין כבר אפשרות למקם את ה"הכנה" בין כל פעולה לזו הבאה אחריה. במקרה כזה הרחיק לכת בית-המשפט

26 כדברי הנשיא המנוח, השופט אגרנט, בע"פ 396/69 בנו' מ"י, פ"ד כו(1) 561, 571 אחרי אות השוליים ג.

27 שם, בעמ' 571-572; ניתן להוסיף מספר רב של דוגמאות דומות, ראה ש"ז פלר "עוד על ה"הכנה" כרכיב הכוונה-תחילה" הפרקליט (תשמ"א) 578, 579-580, והערות השוליים 4-7.

העליון בע"פ 28655/78 וקבע שיסוד ה"הכנה" יכול לבוא לידי ביטוי ב"עוצמת" פעולת הקטיילה, היחידה והבודדת, במקום תחנות הכיניים בין פעולה לפעולה במסגרת של מהלך ביצוע רב-פעולות²⁸. במקרה אחר, בע"פ 30759/77²⁹, של מהלך ביצוע בעל פעולה אחת בלבד, נקבע כי "המשכיות" הפעולה היחידה, ולא דווקא עוצמתה, עשויה לשמש ביטוי ליסוד ה"הכנה"³¹, כמידה של "כוונה-תחילה". מכל אלה עולה כי מדובר בדביקות בהלכה שלפיה ה"הכנה" היא יסוד פיסי טהור במהותו ועשוי לבוא לידי ביטוי, לפי עיתויו, במהלך ביצוע ההמתה גופו; אך הפעם מעבר ללשונה המקורית של ההלכה, שהתייחסה למהלך ביצוע רב-פעולות, כשביניהן ניתן היה לאתר תחנות-מעבר ולייחס להן אופי לכאורי של "הכנה".

ט. קולות סוטים מן ההרמוניה

יחד עם ההלכה "המגובשת והמושרשת", שכאלו "אין עוד מהרהרין אחריה", ויחד עם הדביקות בה, אף מעבר לביטוי המקורי כאמור, בהלכה הפסוקה עצמה – ולא רק בה – דעות, רעיונות וספקות שיש בהם, לא רק כדי להרהר אחרי ההלכה "המגובשת והמושרשת", אלא אף כדי להשמיט את הקרקע מתחתה. ראשית כול, ראוי לציון דעת-המיעוט של השופט המנוח קיסטר בע"פ 3297/68³², שבה הוא קבע שאין די "כי בזמן מעשה הרצח ידע הנאשם כי הורג הוא ואף רוצה בכך, אלא כי חשב ושקל ולאחר שיקול החליט להרוג"³³ (ההדגשה הוספה – שז"פ); כלומר, המושג כוונה-תחילה, premeditation, טבועה בו המידה של הכנה סוביקטיבית – חשיבה ושקילה בטרם ההחלטה והביצוע. אף הנשיא אגרנט עצמו העמיד בספק את ההלכה שהוא הוסיף לדבוק בה; זאת, כאשר נדרש להשיב לשאלה איך מתיישבת ההלכה עם המקרים ההיפותטיים שבהם אדם המית את זולתו במחודל עקב מזימה קטלנית מחושבת מראש; הרי מהלך ביצוע מחדלי אינו בעל ריבוי פעולות אקטיביות, וגם אין בו מימד של "עוצמה" שישמש תחליף לריבוי ביטויי התנהגות; גם "המשכיותו" של מחדל פיסי

28 ע"פ 655/78 שמידמן נ' מ"י, פ"ד לד(1) 63.

29 שם, בעמ' 72-73.

30 ע"פ 759/77 גולדני נ' מ"י, פ"ד לב(3) 813.

31 שם, בעמ' 825 בתחילתו: "די בלחץ הממושך בידיים על צווארה של המנוחה, כדי להוכיח יסוד זה".

32 ע"פ 97/68 סויסה נ' היוה"מ, פ"ד כב(2) 759.

33 שם, בעמ' 765 בין אותיות השוליים ה-ו.

טהור אין בה כרי לשמש תחליף כאמור; ובכל זאת, ניתן גם ניתן לתאר מחדל *de proposito*. והרי תשובת הנשיא המנוח, בע"פ 34396/69:

אכן, עד היום לא בא בפני בית-משפט זה מקרה בו הואשם או הורשע אדם ברצח בכוונה תחילה עקב מחדל פלילי, ואם פעם יבוא בפנינו מקרה שכזה, אזי לא מן הנמנע שנהיה מצווים לבקר מחדש את ההלכה שנפסקה בגין יסוד ה"הכנה"³⁵.

עינינו הודאות כי עד היום הזה עלולים אנשים להיות מורשעים בעבירת "רצח", על כל הנובע מכך, על בסיס הלכה הטעונה בחינה מחדש, בשל היותה, לכל הפחות, מוטלת בספק.

ואין אנו אלא מצווים להזכיר שוב³⁶ את ההודאה של השופטת בן-פורת בע"פ 37553/77 – לאחר המתנה רבת-שנים לעיון החדש המתבקש, שלא בא – בזו הלשון:

אודה כי לכאורה ראוייה שאלת ה"הכנה" לחזור ולהשקל מחדש, שכן לפי ההלכה הקיימת הופכת הדרישה לפי סעיף 216(ג) [הוא סעיף 301(ג) לחוק העונשין – שז"פ] כמעט לחסרת נפקות נפרדת ועצמאית³⁸.

מאז חלפו כמעט שנות-דור, ואנשים נכלאים למאסר עולם, על בסיס הלכה, שאמנם מוכרזת מדי יום ביומו כ"מגובשת ומושרשת", אך יחד עם זאת, ובכל-זאת, מהרהרין אחריה במלים כה בוטות ובמעמד נכבד כל-כך.

נוצר בנו הרושם כי אף השופט גולדברג אינו שואב עוד נחת-רוח מלאה מן ההלכה ה"מגובשת והמושרשת". שהרי לולא כן לא היה מביא בע"פ 39339/84, את המובאה הבאה מתוך פסק דינו של השופט זילברג המנוח בע"פ 4065/49 לענין מהות ה"הכנה" ועיתויה:

...צריך שתהא הכנה קודמת למעשה... ואולם אם המעשה נעשה תוך החלטה גרעית פתאומית, ללא שיקול דעת קודם כלשהו, הרי גם אם נתמלאו כל שאר התנאים של סעיף 216 [הוא סעיף 301 לחוק העונשין – שז"פ],

34 ע"פ 396/69 בנו נ' מ"י, פ"ד כד(1) 561.

35 שם, בעמ' 575 מול אות השוליים ה.

36 ראה ש"ז פלר יסודות בדיני עונשין (תשמ"ד, כרך א) 580, וכן ש"ז פלר "עוד על ה"הכנה" כרכיב הכוונה תחילה" הפרקליט לג (התשמ"א) 578, 582.

37 ע"פ 553/77 תמא נ' מ"י, פ"ד לב(3) 141.

38 שם, בעמ' 152-153.

39 ע"פ 339/84 רבינוביץ' נ' מ"י, פ"ד לט(4) 253.

40 ע"פ 65/49 כליל נ' היוה"מ, פ"ד ד 75.

עדיין אין לפנינו רצח אלא הריגה בלבד (רק ההדגשה האחרונה הוספה – שז"פ) 41.

זוהי קביעה עקרונית, ואלה דברי השופט גולדברג מיד בהמשך למובאה זו מפסק-דינו של השופט זילברג:

אלא, שעם התפתחות הפסיקה בנושא ההכנה ועם ההכרה בו כיסוד פיסית שיכול שיתבצע... אפילו תוך ביצועו [של המעשה – שז"פ], אין עוד מקום לטענה, כי לא נתקיים יסוד ה"הכנה" 42.

כלום טועים אנו כי מלת-הפתיחה "אלא" – שבקטע זה מפסק דינו של השופט גולדברג – נותנת ביטוי למעין "צער" על כך שרק בשל "התפתחות הפסיקה" האמורה, מחויב לה השופט יותר מאשר הוא משוכנע בה? מן ההכרח לציין כי, עם הזמן ובשעתו, מצא לנכון אף השופט זילברג עצמו לשחות עם הזרם, תוך התכחשות לתפישתו בע"פ 65/49 הנזכר לעיל את ה"הכנה" כמידה של "כוונה-תחילה"; בע"פ 43/69/54, מציין השופט זילברג כי בפסק הדין בע"פ 65/49 לא התכוון לסטות מן ההלכה שלפיה יסוד ה"הכנה" הינו יסוד פיסית טהור ויכול להתבטא גם בפעולות הנמנות עם מהלך הביצוע עצמו, וכי באותו מקרה החליט כפי שהחליט בשל נסיבותיו המיוחדות; לא נדון כאן במחלוקת שבין השופט זילברג לבין עצמו 44, אך בע"פ 339/84 הביא השופט גולדברג את דבריו הראשוניים של השופט זילברג בבחינת קביעה עקרונית, מבלי להתייחס כלל לקביעתו המאוחרת; ואף צירף לה 45 גם את עמדתו של השופט קיסטר המנוח בע"פ 46/97/68, שלפיה, כידוע, ה"הכנה" צריכה להיות סובייקטיבית במהותה, וטרום-ביצועית בעיתויה. כל זאת מביא אותנו להרהר, שמא מצוי אף השופט גולדברג בחברה המכובדת של הנשיא אגרנט

41 שם, בעמ' 85.

42 ע"פ 339/84 רבינוביץ' נ' מ"י, פ"ד לט(4) 253, 263, בין אותיות השוליים ג-ד.

43 ע"פ 69/54 מרדורסאן נ' היוה"מ, פ"ד ח 930.

44 שם, בעמ' 933 בין אותיות השוליים א-ד. אשר לסברתו של השופט זילברג כי הנסיבות המיוחדות שבע"פ 65/49 שללו את יסוד ה"הכנה", וכי בע"פ 69/54 נסיבות כאלה היו חסרות, די לנו להזכיר את דעתו של הנשיא אגרנט המנוח לענין נפקותו של שוני זה בהקשר ההלכה "המגובשת והמושרשת" בנושא ה"הכנה" כיסוד הכוונה-תחילה: "היום היה בית משפט זה מגיע לאותה מסקנה במקרה דומה" למרות השוני (ע"פ 396/69 בנו נ' מ"י, פ"ד כד(1) 562, 572, מול אות השוליים ה). כלומר, די היה במהלך ביצוע המורכב משליפה פתאומית של אקדח וירייה של שלוש יריות בזו אחר זו בקורבן, כפי שהדברים קרו בע"פ 65/49, כדי למצוא במהלך זה גם את יסוד ה"הכנה", ולא להגיע למסקנה הפוכה.

45 ראה ע"פ 339/84 רבינוביץ' נ' מ"י, פ"ד לט(4) 253, 263, מול אות השוליים א.

46 ע"פ 97/68 סוויסה נ' היוה"מ, פ"ד כב(2) 759, 765.

והשופטת בן-פורת, אשר לא בהכרח ראו בהלכה "המגובשת והמושרשת" כלל נצחי ובל-יעבור.

נדמה כי אף השופט ג' כך אינו מחסידיה המושבעים של ההלכה ה"מקובלת". בעיקר ובמפורש אין הוא שלם עם טיהור ה"הכנה" ממשמעותה התכליתית-סוביקטיבית, וראייתה כ"יסוד פיסי טהור"⁴⁷. השופט כך אף ממחיש במשל את היות התכליתיות רלוואנטית ואף יותר מזה, אינהרנטית למושג ה"הכנה", והטבועה בו:

גם קשה לתאר, שאם יוכח, למשל, שנאשם נטל סכין על-מנת להשתמש בה לצורך היתוך לחם או בשר, ואז קרה משהו שגרם לתנועה ספונטנית כלפי האדם הנפגע, שאותה פעולה פיסית של נטילת הסכין תחשב במקרה כזה כ"הכנה" למעשה ההריגה⁴⁸.

ואם מדובר בתהליך סוביקטיבי-תכליתי, לקראת מימוש יעד אוביקטיבי נתון – המתת אדם – הרי אתה גורס, מניה-רוביה, באותה נשימה, בהכרח, גם תהליך בעל עיתוי טרום-ביצועי בנוגע למימוש אותו יעד; במלים אחרות, מה שמשמע ללא כל ספק גם מגיתוחו של השופט כך הוא כי תהליך תכליתי ניצב בהכרח בשלב שלפני תחילת המימוש של היעד שבתכלית. אנו מוסיפים רק, כי אם טעונה ה"הכנה" כמידה של "כוונה-תחילה" "טיהור", הרי הוא טיהור ממשמעותה הפיסית דווקא. שכן, כאמור כבר, מידה של קטיגוריה סוביקטיבית גרידא כגון "כוונה-תחילה", מהותה אינה יכולה להיות אף היא אלא בעלת אותה מהות סוביקטיבית גרידא; כלומר, הכנה פנימית כתהליך של חשיבה, שקילה וגיבוש הרעיון להמית בטרם מימוש תכליתי זו.

ומקולות אלה המושמעים מקרב שופטי הערכאה העליונה הישראלית, לקולה של שופטת-המיעוט בת"פ (ת"א) 153/93. ב"קול" זה דנו בחלק הראשון של שורות אלה. בהביעה "ספק" במישור הראייתי לגבי הוכחת ה"הכנה" בנדון, למעשה הכריזה השופטת בריש-גלי כי, במישור המהותי, ה"הכנה" כנרון, כמידה של "כוונה-תחילה" שבה מותנית עבירת הרצח שיוחסה לנאשמת, חסרה ללא כל ספק; הכול תלוי במשמעות הגלומה במידה הזו. כי "הכנה" כ"יסוד פיסי טהור", העשוי להתבטא אף בפעולה שנמנית עם מהלך הביצוע עצמו, היתה וגם היתה, החל עם הוצאת האקדה מן הארון, הכשרתו המיוחדת לשימוש בו, התקרבות אל הקורבן והכוונת האקדה לראשו, צעדים פסיים שהסתיימו בירייה הקטלנית בו. אבל, מה שחסר היה הוא ה"הכנה העצמית", הסוביקטיבית והטרום-ביצועית,

47 ראה קטע 5 מחוות-דעתו של השופט כך בע"פ 339/84 רבינוביץ' ג' מ"י, פ"ד לט(4) 253, 265-264.

48 שם, בעמ' 265 מול אות השוליים ג.

כמוכן בכל הנוגע להמתת הקרבן; כי לגביו הכול התרחש תוך הלך-נפש ומהלך אופרטיבי שלובים זה בזה באורח ספונטאני, *de impetu*, והתבטא במהלך הביצוע. קול השופטת היה של דעת-מיעוט, ואילו דעות-הרוב לא מצאו לנחוק, לראוי או שמא אף לנכון, להתייחס לדרישת ה"הכנה".

אמנם, השופטת נקטה לשון ראייתית, אך לאמיתו של דבר ניתן לגרוס כי היא – כשופטת בבית-משפט מחוזי – עשתה צעד בלתי-שגרתי של "סטייה" מתלם ההלכה הנהוגה בבית-המשפט העליון. אולם, זאת לכאורה בלבד, כי הכירסום שעליו הצבענו, שכרסמו בהלכה זו שופטים מקרב הערכאה העליונה עצמה, אינו אלא מכניס את הסטייה למרכאות ומציב אותה בקו ישר וישיר עמו. מה גם שמראית-הפנים נשמרה, כאילו מדובר ב"ספק" במישור הראייתי, אם כי, למיטב הבנתנו, במישור המהותי, היה זה ביטחון מלא.

תקוותנו היא שהענין יגיע לערכאה העליונה עקב ערעורה של הנאשמת, וערכאה זו תהיה מצווה להכריע בנדון, והפעם ללא היסוסים, הסתייגויות או הכעת משאלות-לב בלבד. למעשה, אין אנו דואים סיבה לכך, שבעת בירור הערעור לא יתייצב נציג המדינה בצד המערערת ולא יבקש שקילה מחדש, עקרונית, בשאלת ה"הכנה" כמידה של ה"כוונה-תחילה", כדי ליחד לה את המשמעות "הנפרדת והעצמאית" המתבקשת והראויה, כפי שהציעה, בזמנו השופטת בן-פורת בע"פ 49/553/77; וכפי שהופיעה, גבי מרים בן-פורת – לימים שופטת בית-המשפט העליון וממלאת מקום נשיאו – כנציגת היועץ המשפטי לממשלה בערעור לטובת הנאשם בע"פ 50/186/55 וגרמה להפיכת דעת-המיעוט של השופט אגרנט המנוח בע"פ 51/118/53 להלכה פסוקה. המדובר שם בהכרה בדרך-הפנימי-החולני-הבלתי נשלט – אי-שפיות הדעת הרצונית – כסייג לאחריות פלילית בצד אי-שפיות הדעת השכלית.

י. השלכות של החזרה למציאות

נדמה לנו כי ראיית ה"הכנה" כמידה בעלת מהות סוביקטיבית-תכליתית ועיתוי טרום-ביצועי בעת ובעונה אחת, של "כוונה-תחילה", היא המפתח ההכרחי והמספיק לזיהוי צורה מיוחדת זו של כוונה-תחילה – של ה-*dolus deliberatus* – על כל המידות המייחדות אותה, לעומת הכוונה ה"ספונטאנית", ה-*dolus repentinus*.

49 ע"פ 553/77 תומא נ' מ"י, פ"ד לב(3) 141, 152-153.

50 ע"פ 186/55 מיזאן נ' היוה"מ, פ"ד יא 769.

51 ע"פ 118/53 ממלברוט נ' היוה"מ, פ"ד י 281.

(1) תהליך "הכנה", סובייקטיבי וטרומי, לקראת המתה וכמובן עם תחילתה, כרוכה בו, כשיא, גמילת ה"החלטה" להמית. אמנם, תיתכן "החלטה" לפעול בלי תהליך קודם של "הכנה" כאמור, אך אין גם "הכנה" לקראת פעולה כאמור, בלי "החלטה" הולמת בטרם מהלך ביצועה; ודוק, לא שדרישת ה"החלטה" מתייתרת עם התמלאותה של דרישת ה"הכנה", אלא שמתיתרת בדיקתה הנפרדת עם קביעת קיומה ומהלך מימוש יעדה בעקבותיה.

(2) תהליך "הכנה" כאמור, כמידה של "כוונה-תחילה" שבעקבותיו קטל אדם את זולתו, שולל מעיקרו את הביצוע הספונטאני של ההמתה עקב "התגרות בתכופ למעשה", כלשון סעיף 301(א) לחוק העונשין. אמנם, תיתכן המתה בדם קר גם בלי תהליך קודם של "הכנה עצמית", אך תהליך כזה, שכתוצאה ממנו קיפח אדם את חייו וזולתו, מוציא מכלל אפשרות את ההנחה של ביצוע ההמתה באורח ספונטאני, עקב קינטור כאמור; גם כאן מן ההכרח לדייק: לא שדרישת "היעדר קינטור", כמידה של "כוונה-תחילה", מתבטלת עם התמלאותה של דרישת ה"הכנה", אלא מתייתרת בדיקתה הנפרדת של אותה דרישה, עם קביעת קיומה של זו האחרונה.

(3) "הכנה", בעלת המהות והעיתוי האמורים, יש בה כדי לייתר את הפולמוס גם סביב לזיקת ה"החלטה", כמידה של "כוונה-תחילה", ל"היעדר קינטור" כמידה אחרת שלה⁵². שכן, ה"הכנה", כאמור, מחייבת גמילה, במישור ההכרתי והרצוני כאחד, של ה"החלטה להמית" ושוללת בכך מגיה וביה את זיקת הביצוע לקינטור כלשהו, על שני מבחניו כאחד: האישי של העושה והכללי של האדם מן היישוב⁵³. בהקשר זה, של מערכת שני המבחנים — שלפיה אי-העמידה בראשון מיתרת את השימוש בשני, והעמידה בשני דוחה את רגליו של הראשון — לא למותר לחזור, ראשית לכול, על דעתנו המגובשת זה מכבר, כי המבחן הכללי סותר מעיקרו את כל משמעותו של המושג "כוונה-תחילה". מלבד זאת, אף אליבא דהדוגלים בגישת המבחן הכפול, תגובת "האדם מן היישוב" עדיין כפופה, אף לפי המבחן הכללי, ל"נסיבות הענין" שבהן עשה העושה את מעשהו הקטלני; בין נסיבות אלה, רלוואנטי במיוחד הוא שההמתה התרחשה בעקבות "הכנה" בעלת מהות סובייקטיבית-תכליתית ועיתוי טרום-ביצועי. גם לאדם מן היישוב לא ניתן היה לייחס את ביצוע המעשה עקב התגרות בסמוך לו, אילו הרג את זולתו כשהיה שרוי בהלך נפש כאמור. שהרי הלך נפש כזה אף אצל אדם מן היישוב, מבטל מעיקרה את ההנחה של ביצוע המעשה עקב התגרות בסמוך למעשה. כל זאת,

52 ע"פ 339/84 רבינוביץ' נ' מ"י, פ"ד לט(4) 253, 261-262.

53 ראה בעיקר שי"ז פלר יסודות בדיני עונשין (תשמ"ד, כרך א) 567-571.

מלבד הפסול מעיקרו שבמבחן כללי-חיצוני לשם קביעת "היעדר קינטור" כמידה של כוונה-תחילה אצל עושה ההמתה.

(4) עוד ראוי להוסיף מלים אחדות לגבי אותה דוגמה שבה "ראובן החליט להרוג את שמעון בהזדמנות הראשונה; יום אחד נפגשים השניים על פסגת ההר; ראובן מנצל את ההזדמנות שנקרתה לפניו, ודוחף לפתע את שמעון לתוך התהום והוא נספה"⁵⁴.

בנוגע לדוגמה זו סבר הנשיא המנוח, אגרנט, כי:

אמנם הרצון להרוג את הקרבן נוצר בלב ראובן זמן ניכר לפני שביצע את המעשה הקטלני וגם נכון הוא כי עובר לביצוע לא קונטר הלה ע"י הקרבן. אולם הוא פעל אותה שעה באופן ספונטני, הואיל ולא קדם לכך כל מעשה הכנה מצידו... במובן המבחן הפיסי [של יסוד ה"הכנה" – שז"פ]⁵⁵.

כתוצאה מכך, לדעת הנשיא, לא ניתן לראות במעשהו הקטלני של ראובן עבירה של רצח ב"כוונה-תחילה", אלא רק של הריגה.

הדוגמה דלעיל אינה אלא מחזקת את תפישת הכוונה-תחילה ואת מידת ה"הכנה" הטמונה בה, כמושגים נפשיים פנימיים טהורים. הרי תהליך גיבוש של רעיון קטילה היה כאן, גמילת "החלטה" אף היא היתה, והכול בהתאם להתרחשות המאוחרת של הדברים – קטילה תוך ניצול ההזדמנות הראשונה. מה עוד נחוץ כדי שהכוונה תהיה "תחילה"? מספר צעדים בשטח לשם התקרבות אל שמעון? עוצמת הדחיפה לכיוון התהום? או המשכיות הלחץ על גופו עד שהתדרדר לתוך התהום, היו מסמלים את ה"הכנה"?! או שמא מהותה הסוביקטיבית-תכליתית ועיתויה הטרומ-ביצועי נותנים את המשמעות האמיתית?

(5) ועוד הערה, הפעם בנוגע למהותה התכליתית של ה"כוונה תחילה" ובכללה גם של ה"הכנה" כמידה אינהרנטית שלה. מה הדין כאשר מטרתו של העושה לא היתה דווקא בעלת יעד קטלני, אך הוא היה מודע מראש לכך שהתנהגותו תצמיח, "קרוב לוודאי"⁵⁶, את התוצאה הקטלנית שנגרמה. כלום חלה גם לגבי ה"כוונה-תחילה" "הלכת הציפיות", לפיה המזימה העקיפה שקולה כנגד מזימה ישירה⁵⁷? קשה לאתר שיקול הגיוני כלשהו שינמק תשובה שלילית לשאלה זו. אם

54 הסיפור נלקח מפסק הדין של הנשיא אגרנט בע"פ 396/69 בנו"מ"י, פ"ד כד(1) 561, 572, בין אותיות השוליים ה-1.

55 שם, בעמ' 572-573.

56 לדין ב"הלכת הציפיות" ראה ש"ז פלר יסודות בדיני עונשין (תשמ"ד, כרך א) 593-615.

57 שאלה זו הועלתה בע"פ 339/84 רבינוביץ' נ' מ"י, פ"ד לט(4) 253, 258-259, תוך נטיה לשלול את תחולתה של ההלכה האמורה.

"הלכת הציפיות" ישימה לגבי כוונה ספונטאנית, אין כל סיבה לכך, שאם ה"מזימה העקיפה" היתה "תחילה", שלא תהיה שקולה אף היא כנגד כוונה "תחילה". שהרי אדם גיבש רעיון לבצע מעשה תוך מודעות לכך שיגרום קרוב לוודאי גם לתוצאה קטלנית; אמנם לא זו היחה שאיפתו, אך הוא גם לא ויתר על עשיית המעשה, הגם שצפה מראש, כאפשרות קרובה לוודאי, שיגרום תוצאה קטלנית, ואף הכין עצמו, סוביקטיבית, לכך. מבחינת דרגת החומרה, אין להבין את ההבדל בין מזימה עקיפה זו לבין המזימה הישירה, לגרום לאותה תוצאה; זאת, בין אם היא ספונטאנית ובין אם היא "תחילה"; שהרי המודעות לכך שאותו מעשה הינו מלווה ציפיות בדרגה גבוהה של הסתברות שיגרום לאותה תוצאה, היא שווה⁵⁸, ואילו האופי העקיף של המזימה אינו שונה.

*

ובחזרה לענייננו – ההכרעה בנושא מהות ה"הכנה" ועיתויה, כמידה טבועה ב"כוונה-תחילה" המוגדרת בסעיף 301 לחוק העונשין, צריכה להתבטא בשינוי פורמאלי של ההלכה הפסוקה בנדרן. זה יהיה לא יותר מאשר "גילגול", אמנם איטי אך מחוייב טבע הדברים; "גילגול" בלבד, משום שהספקות וההשגות לגבי ההלכה האמורה היכו שורשים וזכו להכרה זה מכבר אף בקרב שופטי הערכאה העליונה; ואילו התמורה תהווה רק המשך וגולת הכותרת. תמורה "מחוייבת טבע הדברים", שכן גם הקטיגוריות המשפטיות והקורלציה שביניהן כפופות לטבען, ותנאי בסיסי לכך שתוכלנה לשרת את המציאות הוא שהן גם תשקפנה אותה. אם לא כן, הן סובלות ממלאכותיות ומניתוק אף מן השכל הישר, ולא רק מליקוי בתיפקוד.

58 ראה בהרחבה שי"ז פלר יסודות דיני עונשין (תשמ"ד, כרך א) 607-609.