

נעים אברהם בנו נגד מדינת ישראל

בבית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט לערעורים פליליים  
[19.5.70, 25.3.70, 18.3.70, 16.2.70]

לפני הנשיא (אגרט), והשופטים קיסטר, י' כהן

א פקודת החוק הפלילי, 1936 [תוס"א 652, ע' 263], סעיפים 214 (ב), 216 (ב), 216 (א), 212, 214

ב המערער הורשע בעבירת רצח בכחונה תחילה, לפי סעיף 214 (ב) לפקודת החוק הפלילי, 1936. טענת פרקליטיו בערעור היתה, כי לא הוכח אף אחד מהיסודות של "החלטה להרוג", העדר קינטור מידר"ו והכנה", הם היסודות המרכיבים, לפי האמור בסעיף 216 לפקודה, את ה"כחונה תחילה", ואשר בלי שנתקיימו כולם אצל הנאשם בשעת מעשהו הקטלני, מן הנמנע להרשיעו ברצח, לפי סעיף 214 (ב).

בית-המשפט העליון פסק —

ג א. (1) יסוד ה"החלטה להרוג" מצריך שהנאשם רצח, או קבע לעצמו את המטרה, לגרום למותו של הקרבן.

ד (2) אם נתקיימו שני המבחנים של "העדר קינטור מידר"ו והכנה" במקרה הקונקרטי, כי אז יש להסיק שלכחונת הקטילה קדמו שיקול ויישוב-הדעת.

ה (3) היסוד של החלטה להרוג מצריך אך ורק כי בשעת מעשה קיננה בלב העבריין כחנת קטילה ממשית; ואילו לשם מילוי הרישה שכחנת כזאת לא תהא ספתי טנית, הסתפק המחוקק בקביעת היסודות של "העדר קינטור" ו"הכנה".

ו ב. (1) יסוד ההכנה טומן בחובו מבחן קונקרטי המשמש כדי לקבוע אם הנאשם החליט להרוג מתוך שיקול ויישוב-הדעת.

(2) יסוד ההכנה משמעו יסוד פיסי טהור.

ז (3) בקבעו את יסוד ההכנה היה בכחונת המחוקק להתוות אך מבחן מעשי-חיצוני לקביעת הלך-המחשבה של האדם המואשם ברצח בכחונה תחילה.

ח ג. (1) הכלל של הקינטור טומן בחובו גם מבחן סובייקטיבי וגם מבחן אובייקטיבי.

ט (2) המבחן הסובייקטיבי הוא: האם ההתנהגות המקנטרת השפיעה בפועל על הנאשם עד כדי לגרום לאיבוד שליטתו העצמית, כך שביצע את המעשה הקטלני בלי לחשוב על תוצאת מעשהו.

י (3) המבחן האובייקטיבי הוא: האם "אדם מן היישוב" היה עלול, בהיותו נתון במצבו של הנאשם, לאבד את השליטה העצמית ולהגיב בדרך הקטלנית בה הגיב הנאשם.

(4) השאלה אשר בית-המשפט חייב להציג לעצמו, לענין המבחן האובייקטיבי, היא רק, אם הקינטור, שהופנה כלפי הנאשם, היה כה רציני, בשנים לב לנטיבות המקרה, עד כדי כך שיש להסיק שרוכ האנשים היו מתקשים מאד שלא להיכנע להשפעתו ולפיכך היו עלולים להגיב בצורה הקטלנית שבה הגיב הנאשם.

(5) משמעות התנאי המצריך שהקינטור יהיה "מדי" היא, שאם בין הקינטור לקטילת הקרבן, העריץ משך זמן, שבו היתה לנאשם שהות "להתקרר", כי או לא תעמוד לו טענת הקינטור.

(6) השאלה אם הקינטור היה "סמוך" למעשהו הקטלני של הנאשם ואם היתה לו שהות מספקת "להתקרר" ולהחזיר לעצמו שליטה עצמית, תוא תלויה בנסיבותיו המיוחדות של המקרה הנדון.

(7) כדי שתתקבל טענת הקינטור, חייב אופן התגובה לעמוד ביחס סביר למידת הקינטור.

(8) דיבור-פה יכול שישא אופי של קינטור רק כאשר הוא בעל תוכן נפסד ופוגע עד למאד.

## פסקי-דין ישראליים שאוזכרו:

- [1] ע"פ 125/50 — דוד יעקובוביץ נגד היועץ המשפטי לממשלה; פד"י, כרך ג, ע' 514, 545, 554, 558—559; פ"מ, כרך ו, ע' 439.
- [2] ע"פ 97/68 — מסעוד טוויסו נגד היועץ המשפטי לממשלה; פד"י, כרך כב (2), ע' 759, 765, 771.
- [3] ע"פ 28/49 — סעיד חסין זרקא נגד היועץ המשפטי לממשלה; פד"י, כרך ד, ע' 504, 528; פ"מ, כרך ג, ע' 99.
- [4] ע"פ 19/62 — סעיד פאכורי נגד היועץ המשפטי לממשלה; פד"י, כרך מז, ע' 2482, 2483.
- [5] ע"פ 186/57 — זכי אליהו נגד היועץ המשפטי לממשלה; פד"י, כרך יב, ע' 236, 245; פ"מ, כרך לב, ע' 331.
- [6] ע"פ 552/68 — אברהם אילון ודאליהו אליאס נגד מדינת ישראל; פד"י, כרך כג (1), ע' 377.
- [7] ע"פ 419/68 — מדינת ישראל נגד זאב רפאל; פד"י, כרך כב (2), ע' 749, 756.
- [8] ע"פ 69/54 — זהה מדודוסיאן, ואח' נגד היועץ המשפטי לממשלה; פד"י, כרך ח, ע' 930, 933, 932; פ"מ, כרך מז, ע' 233.
- [9] ע"פ 183/58 — גינטר זומרפלד נגד היועץ המשפטי לממשלה; פד"י, כרך יג, ע' 1323, 1325; פ"מ, כרך נ, ע' 391.
- [10] ע"פ 65/49 — והיב צאלח כליל נגד היועץ המשפטי לממשלה; פד"י, כרך ד, ע' 75, 85; פ"מ, כרך ג, ע' 41.

- [11] ע"פ 232/55 — היועץ המשפטי לממשלה נגד מלכיאל גרינוולד: פד"י, כרך יב, ע' 2017, 2076—2077; פ"מ, כרך לב, ע' 3.
- [12] ע"פ 247/66 — דוד סעדה נגד היועץ המשפטי לממשלה; פד"י, כרך כ (4), ע' 32, 34.
- [13] ע"פ 293/66 — מדינת ישראל נגד טאוואל גדקר; פד"י, כרך כ (4), ע' 322, 326.
- [14] ע"פ 46/54 — היועץ המשפטי לממשלה נגד ברוך סגל: פד"י, כרך ט, ע' 393, 424, 430, 413; פ"מ, כרך יח, ע' 265.
- [15] ע"פ 50/64 — מחמד חג' מחמד עואד אל-נבארי נגד היועץ המשפטי לממשלה; פד"י, כרך יח (4), ע' 73, 78.

ב פסקי-דין של בתי-המשפט האישי שאוחרו:

- [16] *Cr. A. 17/38 — Mordechai Schwartz v. Attorney-General: (1938), P.L.R. Vol. 5, p. 249, 254-255, 256; (1938), S.C.J. (אס"ק), Vol. 1, p. 214; (1938), Ct. L.R. Vol. 3, p. 198.*

ג פסקי-דין אנגליים שאוחרו:

- [17] *Parker v. R.: (1964), 3 W.L.R. 70, 86-87, 85; (1964), A.C. 1369; 108 Sol. Jo. 459; (1964), 2 All E.R. 641.*
- [18] *R. v. Mariott: (1838), 173 E.R. 559; 8 Car. & P. 426.*
- [19] *R. v. Squire: (1799), 1 Russel on Crime, 12th ed., p. 406, 407.*
- [20] *R. v. Instan; (1893), 1 Q.B. 450.*
- [21] *R. v. Bonnyman: (1942), 28 Cr. App. R. 131; 86 Sol. Jo. 274, C.C.A.*
- [22] *R. v. Watson; (1959), 43 Cr. App. R. 111.*
- [23] *Mancini v. Director of Public Prosecutions: (1942), A.C. 1, 9; (1941), 3 All E.R. 272; 111 L.J.K.B. 84; 165 L.T. 353; 58 T.L.R. 25; 28 Cr. App. R. 65, H.L.*
- [24] *R. v. Duffy: (1949), 1 All E.R. 932, 933 n, C.C.A.*
- [25] *R. v. Church: (1965), 2 All E.R. 72, 75; (1965), 2 W.L.R. 1220; 129 J.P. 366; 109 Sol. Jo. 371; 49 Cr. App. R. 206; (1966), 1 Q.B. 59.*
- [26] *Holmes v. Director of Public Prosecutions: (1946), A.C. 588, 601; (1946), 2 All E.R. 124; 115 L.J.K.B. 417; 175 L.T. 327.*

ד פסקי-דין אמריקניים שאוחרו:

- [27] *People v. Barberi; (1896), 149 N.Y. Rep. 256, 268.*
- [28] *State v. Counagias; (1915), 153 Pacific Reporter 9; 15.*

הנשיא (אגרונט)

הערות:

1. פסקדינו של בית-המשפט המחוזי (ת"פ 438/68) מורכב ב"פ"ם מחוזיים. כ"ד טו, ע' 294.
2. (א) להרשעה ברצח, עיין ע"פ 420/65, 422/65 — פנהס צבאן נגד היועץ המשפטי לממשלה; פד"י, כרך ב (2), ע' 655.
- א (ב) להחלטה להרוג, עיין ע"פ 100/66 — ארמונד איסן נגד היועץ המשפטי לממשלה; פד"י, כרך כ (3), ע' 102.
- ב (ג) לשאלת קינטור, עיין: ע"פ 150/65 — אברהם גזרני נגד היועץ המשפטי לממשלה; פד"י, כרך יט (3), ע' 238 והערה ז שם; ע"פ 158/58 — נעים אבו עהרם נגד היועץ המשפטי לממשלה; פד"י, כרך יג, ע' 1965; פ"י"ט, כרך מב, ע' 376; ע"פ 191/58 — מחמוד מעתוק סזאעד נגד היועץ המשפטי לממשלה; פד"י, כרך יג, ע' 1325; פ"י"ט, כרך מא, ע' 37; ע"פ 230/54 — רש"י יוסף גיבארה נגד היועץ המשפטי לממשלה; פ"י"ט, כרך ט, ע' 925; פ"י"ט, כרך יט, ע' 279; R. v. Martindale; (1966), 3 All E.R. 305.
- ג (ד) להכנה, עיין ע"פ 178/65 — חיים אושה נגד היועץ המשפטי לממשלה; פ"י"ט, כרך יט (3), ע' 154.
3. למחשבה פלילית בהריגה, עיין Mens rea in manslaughter, (1970), 86 L.Q.R. 147.

ד. ערעור על פסקדינו של בית-המשפט המחוזי, חיפה (ש" קסאן, נשיא תורן, והשופטים ב' כספי, ש' דורי), מיום 15.7.69, ב"ת"פ 438/68 לפיו הורשע המערער ברצח בכונה תחילה, לפי סעיף 214 (ב) לפקודת החוק הפלילי, 1936, ונידון למאסר עולם. הערעור נדחה.

ה. א' טויסטר ורש' תוסית-כהן — בשם המערער; י' בלטמן, סגן פרקליט המדינה — בשם המשיבה

פסק-דין

ו. הנשיא (אגרונט): ערעור זה מופנה כלפי הרשעתו של המערער בעבירת רצח בכונה תחילה, לפי סעיף 214 (ב) לפקודת החוק הפלילי, 1936.

ז. עובדות המקרה, הצריכות להכרעה, נקבעו בפסק-דינו המפורט של בית-המשפט המחוזי בחיפה, שניתן מפי הנשיא התורן, השופט קסאן; והן אינן שנויות היום במחלוקת. עובדות אלו הן:



הנשיא (אגרנט)

1) בתאריך 1.10.68, שחל ערב יום הכיפורים, חזר לישראל משליחות בחוץ-לארץ, משה סגל, רב סרן בחיל הים ומי שהיה קרבן המעשה הקטלני הנדון (להלן – המנוח). בשעות שלאחרי הצהריים, נסעו במכוניתם המנוח ואשתו (מרים סגל), יחד עם בתם דורית (ילדה בגיל 11 שנה) והתינוקת שלהם, כדי לערוך ביקור אצל משפחת יוסף ליברמן ואשתו, הם הורי אשת המנוח, בדירתם הנמצאת בבית מס' 62 שבשדרות או"ם, חיפה. סמוך לבית הזה, מצד ימין, נמצא הבית מס' 60 אשר באחת מדירותיו גרים העד יצחק שכטר ואשתו, ומצד שמאל נמצא הבית מס' 64, אשר באחת מדירותיו התגוררו המערער ובני משפחתו. בין חצרות הבתים 62 ו-64 יש מעקה העשוי מבטון. בתום הביקור, יצאו המנוח ובני משפחתו מדירת ליברמן והחלו ללכת בכיוון היציאה לשדרות או"ם, במטרה להגיע למכוניתם שעמדה ברחוב צדדי, ואילו חותנו של המנוח, יוסף ליברמן, עמד אז על מרפסת דירתו (הפונה לחצר) כדי לראותם בלכתם כאמור. בזמן הזה הופיע ליד אותה מרפסת יצחק שכטר, שרצה להיודע היכן גרים הורי הילדים ששיחקו בחצר ואשר הקימו רעש והפריעו למנוחתו. לפני כן, ניסה שכטר לגרש את הילדים, ואף הצליף על אחד מהם, הוא בנו של המערער, ב"שון" שהחזיק בידו ושהיה חוט אנטנה של טלוויזיה, ולאחר-מכן, זרק את השוט על הארץ. בינתיים בא לשם המערער, שהבחין בהבאת בנו על-ידי שכטר, ובין השניים פרץ ריב שפתיים, בו השתתף גם ליברמן. לבסוף, הרים המערער את השוט הנזכר והצליף בו על שכטר וכאשר הוכיח אותו ליברמן על הכותו אדם שהוא קשיש ממנו, הנחית המערער הצלפה בשוט על ידו של ליברמן. בראותה את המעשה שעשה הלה לאביה, ניגשה אליו אשת המנוח, צעקה עליו וסטרה לו על לחיו ואז הצליף המערער בשוט גם על פניה ומשקפיה נשברו.

2) דורית, בת המנוח, ראתה את המעשה האחרון ואז היא רצה לכיוון הרחוב וצעקה לאביה כי אדם מכה את אמה, וכאשר שמע המנוח את הדברים האלה, הוא חזר בריצה למקום, בו עמד המערער, ושאלו אם הוא היכה את אשתו, ונתן לו מגיה וביה מכת אגרוף בפניו. כתוצאה מכך, התפתחה קטטה בין המנוח למערער, בה היכו אחד את השני, ותוך התאבקותם הם נפלו והתגלגלו לתוך תעלה ושם המשיכו להרביץ זה לזה. תוך כדי המאבק, תפס המערער בחולצת המנוח וכדי להשתחרר ממנו, פשט האחרון את חולצתו, שבינתיים נקרעה, והיא נשארה בידי המערער. בעת הזאת נתאספו במקום השכנים ואנשים אחרים ובקושי רב הפרידו בין הניצים. עם המפרידים נימנו דוד ברשאי ועלי אופיר, אשר בית-המשפט ראה אותם כעדים ניטרליים. אחרי הקטטה היה המערער פצוע מתחת לעין ודם זב מאפו ונראה על פניו, ואילו המנוח לא נראה פצוע, הגם שלמעשה נחבל גם הוא. יצוין, כי המנוח היה אדם גברתן ויותר חזק, מבהינה פיזית, מהמערער.

3) לאחר שהופרד בין השניים, ניגש המנוח לבתו דורית, כדי להרגיעה, ואילו המערער עמד לחזור לביתו. אז התקרב אליו המנוח, הוציא מידו את חולצתו וביקש ממנו לחכות עד שתבוא המשטרה, אשר ליברמן הועיקה בטלפון עוד בראשית הקטטה. בזמן הזה עמד המערער ליד המעקה המפריד בין החצרות והוא נאות להמתין לבוא המשטרה אך יחד עם זאת אמר למנוח כי הפעם הוא (המנוח) היכה "אותו ראשון" וגם הוא (המערער)

הנשיא (אגרות)

„יכול להכות ראשון“ והוא „יגמור אתו את החשבון“ (דברי העדות של עלי אופיר — ע' 80 לפרוטוקול).

4) בעקבות השיחה הזאת, נשאר המערער עומד ליד המעקה והוא נשען עליו. אז התקהלו סביבו אנשים שונים ובעוד שאחדים מאלה היו מנגבים את הדם מעל פניו, הטיחו אחרים כלפיו בצעקות שהוא מתנהג כמו „בג'וגל“. בינתיים החל המנוח ללכת בכיוון לשדרות אר"ם. אותה שעה נמצאה במקום גם בתו של המערער, שהיתה אז בגיל 12 שנה, והיא צעקה: „נאצים, רוצחים“. בשמעו את המלים האלו, ניגש אליה המנוח ואמר לה: „אולי תסתמי את הפה, זה לא ענייך“ ומיד תפס אותה בזרועותיה, הרימה, נשא אותה מרחק של ארבעה מטרים והעבירה אל מעבר למעקה (עדות אופיר, ע' 84). אחרי הדברים האלה, הלך המנוח במעלה השביל המקביל למעקה ונעמד ליד פחי האשפה, שנמצאו בסמוך למקום היציאה לשדרות אר"ם, ושם המתין לבוא המשטרה.

5) והרי תיאור השלב הסופי של המקרה: לפתע פתאום רץ המערער לכיוון המנוח ובהגיעו אליו תנחית בו, באמצעות הסכין שבידו, דקירה אחת בחזה, באזור הלב, ולאחר שהוציא משם את הסכין, דקר בו שנית בגבו. אז נפל המנוח אך הצליח להדוף מעליו את המערער ולאחר-מכן, קם על רגליו, רץ בכוחות עצמו לעבר הכביש, עצר שם מכונית ונסע לבית-החולים. במקום הזה הוגש לו טיפול רפואי אך כעבור שעות אחדות הוא מת מפצעיו. יצויין, כי הדקירה באזור הלב היא שגרמה למותו.

6) יש להוסיף, כי למן הפרדה בין הניצים ועד לדקירת המנוח עברו 4—5 דקות (עדות אופיר — ע' 87). לדברי העדים ברשאי, שכטר וליברמן, הם התרשמו כי בשלב-ביניים זה חלה הרגעת הרוחות ביניהם. זאת ועוד, אין חולק היום על העובדה, כי ביום המקרה לא נשא אתו המנוח סכין, דבר שנתאשר בעדותה של אשתו, מרים סגל, לה האמין בית-המשפט ואשר סיפרה כי לפני לכתם לביקור אצל הוריה, היא מסרה למנוח את הבגדים שלבש לצורך זה, וראתה או שאין לו סכין („אני בטוחה שלבעלי לא היה סכין או אולר בבגדיו“, ע' 25 לפרוטוקול). מכאן, שבערעור לא ביקשו פרקליטי המערער לשלול את קביעת בית-המשפט, לפיה כבר היתה הסכין בחזקתו בעת שהחל לרוץ לכיוון המנוח, כדי לפגוע בו. אמת, איש מהעדים לא ידע לספר כיצד תסכין הגיעה לידי המערער. אולם, בענין זה קיימות רק שתי אפשרויות, והן: (א) אחד האנשים, שהתקהלו במקום, מסר אותה למערער לפני ריצתו כאמור; (ב) המערער נשא את הסכין על גופו עוד מלפני תחילת המקרה ושלף אותה, אם בטרם יתחיל לרוץ, ואם תוך כדי ריצתו ולפני הגיעו למקום בו עמד המנוח ליד פחי האשפה.

עד כאן עובדות המקרה. במשפט התגונן המערער בשתי טענות. טענתו העיקרית היתה, כי בזמן שהנחית במנוח את שתי הדקירות האמורות, הוא היה שרוי במצב של אוטומטיזם ולפיכך פעל או ללא רציה. טענה זו נדחתה בבית-המשפט המחוזי, על-סמך ניתוח העדויות הרפואיות, ופרקליטי המערער לא חלקו על ממצא שלילי זה. טענתו

הנשיא (אגרנט)

החלופית. אותה הדגישו הפרקליטים בערעור, היתה, כי לא הוכח אף אחד מהיסודות של "החלטה להרוג", "העדר קינטור מיד" ו"הכנה", הם היסודות המרכיבים. לפי האמור בסעיף 216 לפקודה, את ה"כוונה תחילה", ואשר בלי שנתקיימו כולם אצל הנאשם בשעת מעשהו הקטלני, מן הנמנע להרשיעו ברצח. לפי סעיף 214 (ב).

אשר ליסוד של "ההחלטה להרוג", אין אני מתקשה לקבוע שהקטיגוריה יצאה ידי חובתה להוכיחו. יסוד זה כמוהו כ"כוונה להרוג" במובן זה, שהוא מצריך שהנאשם רצה או קבע לעצמו את המטרה, לגרום למותו של הקרבן (ע"פ 125/50, יעקובוביץ נגד היועץ המשפטי לממשלה, (1), ב"ע' 545, 554). לא היתי רואה לחזור על דברים אלה אלמלא הגיע לידי לאחרונה מאמרו המלומד והמעניין של פרופ' ש' ז' פלר ("ההכנה" כיסוד הכוונה תחילה" — נתפרסם ב"הפרקליט", כרך כו, ע' 51), בו חולק המחבר על הפירוש הנ"ל, מהטעם שהוא מרוקן מתכנו את המונח "תחילה" שבתוך הצירוף "כוונה תחילה" (premeditation) הנוכח בסעיף 214 (ב) לפקודה, ואת מפני שיש בו, בפירוש, משום התעלמות מההבחנה שיש להבחין בין "כוונה תחילה", המצביעה שהנאשם "חשב ושקל" במובן רציונלי את כדאיות הביצוע, אפשרויותיו ותוצאותיו, לבין כוונה "ספונטנית", שלא קדמו לה שיקול ויישוב-הדעת (שם, ע' 58). חיזוק לדבריו מצא המחבר, בין השאר, באימרה שנאמרה על-ידי חברי הנכבד, היועץ המשפטי, בפסק-דינו המסתייג ב"ע"פ 97/68 (סוויסה נגד היועץ המשפטי, (2), ב"ע' 765):

"עצם המושג premeditation (שאפשר אולי לתרגמו כצדיה' אם כי התרגום אינו מדויק) מראה שאין די שיוכח כי בזמן מעשה הרצח ידע הנאשם כי הורג הוא ואף רוצה בכך אלא כי חשב ושקל ולאחר שיקול הח' ליט להרוג."

תשובתי להשגה הנ"ל היא: בסעיף 216 לפקודה קבע המחוקק הגדרה כוללת וממצה של המונח "כוונה תחילה" (ראה המלה deemed ברישא של הסעיף הזה) וכולט מהגדרה זו, כי לשם מילוי הדרישה, שיצירת כוונה הקטילה היתה מלווה שיקול ויישוב-הדעת — דרישה שמבחינה עקרונית, יש להסכים לה וצריך להניח איפוא, כי היא עמדה לנגד עיני המחוקק — הוא קבע את המבחנים הקונקרטיים, הנוכחים בפסקות (ב) ו-(ג) לסעיף 216, הם המבחנים של "העדר קינטור מיד" וכו', ו"הכנה". במלים אחרות, מן הדין לייחס למחוקק את הלך-המחשבה, שאם נתקיימו שני מבחנים אלה במקרה הקונקרטי, כי אז יש להסיק שלכותה הקטילה קדמו שיקול ויישוב-הדעת. הנה-כ"כ, במשפט Parker v. The Queen; (1964), 3 W.L.R. 70, 86, (17) ציין לורד Morris — ודבריו מדגימים את השלכת המבחן הראשון על העקרון המצריך, שהנאשם חשב ושקל לפני שהחליט להרוג — כי,

"Something which is done 'suddenly' and 'in the heat of passion' caused by provocation is, as it were, something done automatically

הנשיא (אגרנט)

or *impulsively* and at a time when there is a temporary suspension of the reason : an act so done is not controlled or planned or pre-conceived or *deliberate*".

א באותו ענין גדונה תורת החוק האוסטרלי, לפיה נחשב המעשה הקטלני לעבירת הריגה, תחת רצח, אם הוא בוצע „בעידנא דריתחא כתוצאה מקינטור, ללא כוונה ליטול חיים”.

("in the heat of passion caused by such provocation, without intent to take life").

ב משמעותו המילולית של הדיבור „ללא כוונה ליטול חיים”, היתה מחייבת להרשיע אדם ברצח, אפילו אם קטל את הקרבן בהשפעת קינטור, ובלבד שהתכוון להרגו. אולם לא כך סבר לורד Morris באמרו, כי יש לפרש אותו דיבור כאילו לפני המלה „כוונה” (intent) בא שם התואר „תחילה” (premeditated) ועל-פי פירוש זה יש לקבוע שהמעשה הקטלני ייחשב כעבירת הריגה אך ורק אם הכוונה הקטלנית, שנתלוותה לה, לא נוצרה שלא בהשפעת קינטור (17), (1) (86—87):

"Their Lordships would therefore accept the adjective used by Dixon, C. J., namely 'premeditated' understanding that what is thereby meant is that the homicidal act was the result of the passionate impetus caused by the provocation. . . . and that it was not done pursuant to an 'intent' to take life which was either formed previously to, or was formed independently of, the provocation".

ה המסקנה, כי המחוקק יעד למבחן הנוכח בפיסקה (ב) את התפקיד לקבוע אם כוונה הקטילה של הנאשם היתה פרי שיקול וישוב-הדעת — להבדיל מכוונה קטילה ספונטנית — נובעת גם מהדברים שנאמרו ב"ע"פ 28/49, זקא נגד חיועץ המשפטי, (3) ב"ע" 528, בהם הודגש כי,

ו „..... האלמנט של העדר הרגזה משמש, לגבי יתר יסודות הפיסקה האמורה, הציר המרכזי — התנאי המוקדם. הרי רק אם קדם להריגה הנדונה מעשה קינטור כלפי הנאשם, התעורר שאלה בלשהו בדבר קיום קור רוחו, כמורכב, לא יהא צורך לדון ביכלתו לחטאב ולהעריד, עובר לביצוע הרצח, את וניצאת מעשהו, אם מוכח שחסרת אותו זמן פרובוקציה מידית.”

ז ואשר להשלכת המבחן השני על העקרון הנזכר, הוא המבחן שעליו דובר בפיסקה (ג), הרי עולה ענין זה מדברי ההדגמה, שנאמרו ב"ע"פ 125/50, (1) הנ"ל, שם, ב"ע" 558—559:

פסקי-דין, כרך כז, חלק ראשון, תשל"ח-תשל"א:1970

568



הנשיא (אגרנט)

..... אפילו אם בשעת מעשה קיננה בלב העבריין..... כוונת קטילה ממשית. עוד אין להסיק מזה קיום מחשבה תחילה; כגוף במקרה של אדם הבא לגנוב בבית שדייריו נעדרים ולפתע נתקל בבעל הבית והורגו. ללא כל הכנה מיוחדת."

א סבור אני שלא בכדי נקט המחוקק לענין ההבחנה בין כוונת קטילה שהיו עמה שיקול וישוב-הדעת לבין כוונת קטילה ספונטנית, בשיטה של קביעת המבחנים הקונקרטיים. שזכרם בא בפיסקות (ב) ו-(ג) לסעיף 216; כוונתו היתה למנוע את בית-המשפט מלהיגרר, לענין זה אחרי עשיית הבחנות דקות ומלאכותיות. כדוגמת ההבחנות שאליהן נקלע בזמנו המשפט הגרמני ואשר עליהן עמד המלומד Herbert Mannheim במאמרו Mens Rea in German and English Law (נתפרסם בכתב העת Journal of Comparative Legislation and International Law, כרך 17, ע' 82, 101-100):

"..... Überlegung in the crime of Mord (sec. 211 St.Gb)..... according to the prevailing doctrine and practice, means the careful consideration of the arguments for and against the act. The prevailing doctrine thus requires an appeal to the will — 'if or not', and not an appeal to the intellect — 'how', which latter is concerned only with the manner of performing the action. Here also, then, it is the element of will and not that of knowledge, which plays the decisive rôle. Furthermore, the Überlegung must be present at the moment of the act; killing which is planned with, but executed without Überlegung is only Totschlag, not Mord. This requirement, as a matter of course, narrows very considerably the scope of sec. 211, safeguarding from the penalty of death many cases which, from a reasonable standpoint, might deserve the maximum punishment. To avoid the latter consequence, the Reichsgericht is accustomed to emphasize that even a strong mental emotion at the moment of the action does not necessarily preclude Überlegung. The most important thing, declares the Reichsgericht, is 'whether the actor, nevertheless, always exercised control over his thinking, his volitions and his actions, so that during the act itself he was not driven solely, or at least predominantly, by his excitement and sentiments, but was able to follow, and did, in fact, follow, reasonable conceptions and considerations'."

ראה גם את דברי הבקורת שהביע סטיפן על גישת המשפט הצרפתי בסוגיה זו לענין העבירה של meurtre (בספרו "תולדות המשפט הפלילי באנגליה", כרך 3, ע' 94):

הנשיא (אגרנט)

"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. 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' in 'malice 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'.

דעתי היא איפוא, כי היסוד של "החלטה להרוג", הנוכח בפיסקה (א) לסעיף 216 מצריך אך ורק כי בשעת מעשה קיננה בלב העבריין כוונת קטילה ממשית, זאת ותו לא; ואילו לשם מילוי הדרישה שכוונה כזאת לא תהא ספונטנית, כי אם כוונה שנוצרה מתוך שיקול וישוב-הדעת. הסתפק המחוקק בקביעת היסודות של "העדר קינטור" וכו', ו"הכנה", הנזכרים בפיסקות (ב) ו-(ג). לדעתי, פירוש זה משקף אמנם את מגמתו המקורית של המחוקק אך מבחינה פנולוגית, ניתן לומר, שיש לו הצדקה נוספת מהיום שבו הוחלף עונש המוות, שנקבע בצד הפשע של רצח, בזה של מאסר עולם.

בוכה מובנו הנ"ל של יסוד "ההחלטה להרוג", איני מתקשה, כאמור, לקבוע כי בענייננו יצאה הקטיגוריה ידי חובתה להוכיחו. כזכור, גירסת המערער במשפט היתה כי בשעת מעשה הוא פעל במצב של אוטומטיזם. מכיון שבית-המשפט מצא שאין יסוד לגירסה זו וממצא זה לא נתקף בערעור, הרי יוצא מזה, כי לא היה כל הסבר בפי המערער למעשהו הקטלני פרט לדבריו, שהוא איבד את עשתונותיו. הואיל וכן, בידנו להיזקק כאן להנחה הקובעת שאדם התכוון לתוצאה שצמחה, בדרך הטבע, ממעשהו, אלא אם קיימת ראיה המספקת לסתור הנחה זו, או לפחות לעורר ספק סביר לגביה (ע"פ 19/62, פאכורי נגד היועץ המשפטי, (4), ב"ע' 2483 ואחרים). והנה, אם מצרפים אחת לרעותה את העובדות הבאות: המערער רץ למקום שבו עמד הקרבן בעת שזה חיכה לבוא המשטרה; הוא השתמש בסכין, כלי מסוכן, כדי לפגוע בו; הוא דקר את הקרבן בגופו שתי פעמים; הדקירות הללו הונחתו במקומות פגיעים, דהיינו, בבית החזה שבאזור הלב — וזו היתה הדקירה הפטלית — ובגבו של הקרבן; לדקירה השנייה קדמה הוצאת הסכין על-ידי המערער מגוף הקרבן — אזי אין מנוס מהמסקנה כי בשעת מעשה קיננה בלב המערער כוונת קטילה ומכאן, שהוכח היסוד האמור.



הנשיא (אגרום)

האם הוכח גם יסוד "ההכנה"? תשובתי לשאלה זו היא חיובית. אך בטרם אבסס אותה מבחינה עובדתית, רצוני להוסיף דברים אחדים על משמעותו של היסוד הזה. כפי שנרמז לעיל, סומן הוא בחובו מבחן קונקרטי, המשמש כדי לקבוע אם הנאשם החליט להרוג מתוך שיקול ויישוב-הדעת. בהתחשב בענין זה נתקבל הפירוש, כי "למעשה אין המדובר אלא ביסוד פסי טהור" (נ"פ 186/57, זכי אלירן נגד היועץ המשפטי, (5) ב"ע 245; נ"פ 552/68, אילח ריאליאס נגד מדינת ישראל, (6)). הרעיון הטמון בפירוש האמור הוא שאם עשה הנאשם פעולה (או פעולות) של הבנה לשם הגשמת מזימתו הקטלנית — כגון, הודיין בכלי מסוכן, ארב לקרבן במקום סתר, אסף מידע לצורך תכנון מעשהו הקטלני וכי' — משמע, שהוא חשב ושקל לפני שהחליט להרוג, יש להכין, שהמחוקק התחשב כאן בנסיגון החיים. המלמד כי בהרבה מקרים, אם לא ברובם המכריע, קשה "לחדור לפנים האדם" (כביטוי של השופט זוטמן ב"ע 9/419/68, מדינת ישראל נגד רפאל, (7) ב"ע 756) עד כדי שאפשר להיווכח אם מותת הנאשם לגרום למות הקרבן נוצרה מתוך שיקול ויישוב-הדעת. או שמא היתה זו רק החלטה רגעית-ספונטנית; כאשר העירו המלומדים וקסלר ומיכאל (ראה מאמרם A Rationale of the Law of Homicide שנתפרסם ב" Columbia Law Review, כרך 37, ע' 1261, 1283):

"... it is extremely difficult in most cases to discover in what terms the actor deliberated or what was the relationship between deliberation and act".

קושי זה גובר עוד יותר, נוכח הוראת המחוקק, האמורה בסיפא של סעיף 216 והקרה בעת כי "כדי להוכיח סתנה תחילה לא יהא צורך להוכיח שאדם נאשם היה שרוי באיזה הלך-מחשבה למשך תקופה מסוימת או בתוך תקיפה מסוימת לפני עשיית הפשע". כיון שכך, יש להסיק, כי בנקטו את הלשון "לאחר שהכין את עצמו להרוג", התכוון המחוקק להתוות מבחן מעשי-היצוני, המשמש כדי לקבוע אם רצון הקטילה נוצר מתוך שיקול ויישוב-הדעת (להבדיל מרצון שנוצר באופן ספונטני). הוא המבחן של עשיית פעולה או פעולות, שמטרתן להכשיר את ביצוע המזימה הקטלנית האשר בכוון להעיד כי אכן, שקל הנאשם מראש את תוצאת מעשהו. הרציה לכוננתו האמורה של המחוקק עולה גם מהעובי דה, כי מיד לאחר נקטו את הלשון הכללית הנ"ל ("הכין את עצמו"), הוא מזכיר את המקרה המיוחד — ואני מסכים שכוונתו בזה היתה רק להצביע על דוגמה אחת לפעילות-הכנה — בו הרג הנאשם אדם "לאחר שהכין את המכשיר... שבו הרגו"; נעל הדוגמה הזאת ראה לחזור גם בסיפא של סעיף 216. לדעתי, אין להסביר את הענין הזה אלא אם נפרש שיסוד "ההכנה" משמעו, יסוד פסי, כפי שנתבאר לעיל.

אמת, לפי ההלכה שנקבעה בשורה ארוכה של פסקי-דין, יכול שיסוד ההכנה יוכח על-ידי אותן הפעולות של הנאשם. המהות תלק ממערכת פעולות הקטילה גופן; כגון, טלטול כלי הפצירה מטרים אחדים למיטתו של הקרבן והנחתת מכות קשות ורבות בראשו, באמצעות הכלי הזה (נ"פ 69/54, מרדורשיאן נ' היועץ המשפטי, (8) ב"ע 933); דקירת הקרבן

הנשיא (אגרנט)

שמונה דקירות בחלקים פגיעים שונים של גופו (ע"פ 186/57, (5), הג"ל, שס); הורדת כמה מהלומות בראש הקרבן, באמצעות פטיש (ע"פ 183/58, (9), ב"ע 1325); הרמת גרון מהמקום בו היה מונח, גשיאתו מרחק של 12 מטרים למקום בו נמצא הקרבן, הרמת הגרון והורדתו על ראשו (ע"פ 19/62, (4), הג"ל, שס, ב"ע 2483), ואחרים. אולם, הלכה זו יסודה מונח בהוראת המחוקק בסיפא של סעיף 216, שעליה דובר לעיל, ואשר בגללה הודגש כי "הכנה זו אין צורך שתתפוס שיעור זמן מסויים והיא יכולה להיות מניח ובינה, ואפילו תוך הזמן הקצר ביותר" (ע"פ 65/49, כליל נגד היועץ המשפטי, (10), ב"ע 85; ע"פ 69/54, (8), הג"ל ב"ע 933; ע"פ 183/58, שס, (9), ב"ע 1325). מכאן גם האימרה, כי "ירחק מאד המקרה, בו תהא קיימת הכנה שאין החלטה בצדה" (ע"פ 69/54, (8), ב"ע 932).

אפשר אולי להסכים שהמקרים הללו מראים, כי בבואו ליישם את המבחן הטמון ביסוד "ההכנה", נזקק בית-המשפט העליון, מבחינתו של האדם הנאשם בביצוע הפשע הנדון, לגישה מצרה (ראה פסק-דינו המסתייג של השופט קיסטר ב"ע 97/68, (2), הג"ל; כמור כן, דברי הבקורת של פרופ' פלר במאמרו הנזכר, ע' 71–72). אשר לזאת, כבר צויין לעיל שאותה גישה מבוססת על הוראת המחוקק בסיפא של סעיף 216 (ראה לענין זה גם דברי השופט זוסמן ב"ע 97/68, (2), שס, ב"ע 771). גם אסור שנשכח כי לענין הדרישה, שהנאשם חשב ושקל לפני שהחליט להרוג, קבע המחוקק מבחן נוסף, הוא העדר קינטור מידי (פיסקה (ב)). אכן, אם יהיה מי שישאל: האם כלל ייתכן — נוכח הגישה האמורה — מקרה כלשהו, בו הוכחו יסודות "ההחלטה" והעדר קינטור מידי" ואף-על-פי-כן, לא הוכח יסוד "ההכנה", כי אז תהא התשובה: אמנם אין לשלול אפשרות שכזאת, הגם שהיא עשויה להתגשם רק במקרים נדירים. המקרה היחיד, עד כמה שידוע לי, אשר בו הוחלט על-ידי בית-המשפט העליון שלא סופקה דרישת "ההכנה", אף-על-פי שהוכחו שני היסודות האחרים של "הכוונה תחילה", הוא זה שנדון ב"ע 65/49, (10), הג"ל (כליל נגד היועץ המשפטי, כזכור, העובדות שם היו, כי הנאשם-המערער שלף לפתע פתאום את אקדחו וירה בקרבן שלוש יריות בזו אחר זו. עם זאת, עלי להעיר, שאין בלבי בטחון, נוכח הפסיקה שהובאה לעיל, כי היום היה בית-משפט זה מגיע לאותה מסקנה במקרה דומה, דוגמה לתוצאה וזה הובאה על-ידי השופט קופלנד (Copland) בפסק-דינו ב"ע 17/38, שורץ נגד היועץ המשפטי, (16), ב"ע 254–255). והיא: ראובן החליט להרוג את שמעון בהודמ-נות הראשונה; יום אחד נפגשים השניים באקראי על פסגת ההר; ראובן מנצל את ההזדמנות שנקרתה לפניו, ודוחף לפתע את שמעון לתוך התהום והוא נספת. בנוגע לדוגמה הזאת, אמר השופט קופלנד:

"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".

הנני מפרש את הדברים הללו כך: אמנם הרצון להרוג את הקרבן נוצר בלב ראובן זמן ניכר לפני שביצע את המעשה הקטלני וגם נכון הוא, כי עובר לביצוע, לא קונטר הלה על-

"פסקי-דין", כרך כד, חלק ראשון, תשל"א/תשל"ב 1970

572

הנשיא (אגרנט)

ידי הקרבן. אולם, הוא פעל אותה שעה באופן סמונטי, הואיל ולא קדם לכך, כל מעשה הכנה מצדו. יצויין, כי בספרו (כרך 3, ע' 99) הזכיר טייפן דוגמה זאת (או כמעט זאת) אך מדבריו יוצא, כי היה מקום להרשיע את ראובן ברצח, מהטעם כי —

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

א

לדעה, אין לכאר את השוני ברעה זו, לעומת דעתו של השופט קופלנד, אלא אם נאמר כי זיני הרצח ואנגליים אינם מצריכים את קיום יסוד "ההכנה" במובן המבחן הפיסי האמור לעיל, ואמנם בהמשך דבריו, הסתמך השופט קופלנד, לענין סיפוק דרישת "ההכנה" בענין שבא לפניו, על פעולת ההכנה שעשה הנאשם לשם ביצוע מוזמתו הקטלנית; והוא הוסיף:

ב

"Preparation need not necessarily consist.....of physical acts only — it may be composed partly of physical acts, partly of intention, and, further preparation.....could also be proved by acts subsequent to the actual killing".

ג

לדבריו אלה אחזור בהקשר אחר. ראה גם את האימרה שנאמרה על ידי השופט פרומן (ק" באותו ענין (טס, 16), ט' 256):

"..... clause (c) deals with purely material or physical requirements which must be proved independently of the mental requirements of the previous clauses".

ד

הנוי מדגיש, כאשר לאימרה הזאת, את שם התואר material הואיל והוא מבהיר כי המבחן הפיסי כיוצא לכל התנהגות חיצונית של הנאשם, שיש בה משום עשיית הכנה לקראת ביצוע הפשע הקטלני (כגון, איסוף מידע לצורך זה).

ה

ועוד באיתו ענין: הביטוי "having prepared himself" יש לו, מבחינה מילולית, מובן כפול, מובן אחד הוא: מעשה ההכנה, שנעשה לקראת הגשמת מטרה מסוימת, המובן האחר הוא: עצם הפעילות של הכנה נפשית או הכנה שבלי (ראה ההגדרה של הערך "prepare" ב־Shorter Oxford English Dictionary, כרך 2), בולט הוא שקיים קשר הדוק בין שני המובנים, שכן אם אדם פלוני עשה מעשה ההכנה כאמור, אזי פירוש הדבר, שהתחילל בקרבן תהליך של התכוננות נפשית או תכנון נטלי, כאמור, גירסת ההלכה הפסוקה היא, שבנקטו את הלשון "הכין את עצמו" בסעף-קטן (ג), התכוון המחוקק למובן הראשון, אכן, על גירסה זו משיג פרופ' פלד במאמרו (שם, ע' 67 ואילך) באמרו שהכרחי להסיק שכוונת המחוקק הייתה למובן השני של הביטוי הנזכר, וזאת מפני שקבע את הדרישה של "הכנה" כאלמנט מרכיב של יסוד ה"כוונה תחילה", שהיא היסוד הנפשי (mens rea),

ו

הנשיא (אגרנט)

הטמון בעבירת הרצח הגדונה, ולפיכך אין זה מתקבל על הדעת שהתכוון לצמצם את הדריי" שהוזאת למעשי-הכנה פיסיים, היכולים להתלוות או שלא להתלוות לתהליך הפעילות הנפשית של הכנה אשר קדם לביצוע הקטילה. אמנם מעשה-הכנה יכול שיעיד על התהליך המנטלי האמור, אך אין לראות במבחן זה משום תנאי-בלעדיראין לסיפוק דרישת "ההכנה", שאם לא כן, אינך אלא מעלה מבחן ראיתי או פרוצידורלי לדרגת כלל מהותי.

- א יש להודות, שמבחינה תיאורטית-סכמאטית, ניכרים דברי אמת בהנמקתו האמורה של המחבר, עליה תמך את השקפתו, כי בקבעו את יסוד "ההכנה", היו נשואות עיני המחוקק למובן השני של הביטוי הנדון (התכונות נפשיות או תכנון שכלי), להבדיל מהמובן הראי" שון (מעשה-הכנה). אף-על-פי-כן, סבור אני, שענין זה לא די בו כדי לשלול את המסקנה, כי בכונתו היה להתוות אך מבחן מעשי-היצוני לקביעת הלך-המחשבה של האדם המואשם בריצח בכונה תחילה, דבר המחייב לשוות לאותו יסוד את האופי של יסוד פיסית, כפי שמפרשת ההלכה המקומית; ולא אחזור על הטעמים שהובאו על-ידי למעלה מהענין והתומי- כים בפירוש הזה.
- ג נימוק נוסף, עליו מסתמך המחבר ואשר בו הוא רואה תשובה ניצחת לגירסה המצמצמת את יסוד ההכנה לפעולה פיסית של הכנה, הוא הנימוק, כי למבחן זה אין נפקות מציאותית באותם סוגי המקרים שבהם גרם הנאשם למות הקרבן על-ידי מחוזע לאחר שתיכנן זאת מראש. בלשון המרגימה של המחבר:

א/ שמחובתו לדאוג לכי, מחליט, לאחר שיקול קודם, להמית אותו על-ידי אי-טיפול (אי-טיפול צרכי מזון, או אי-טיפול תרופות או אי-טיפול הסקה בימי חורף, וכדומה). ההמתה מתבצעת על-ידי אי-עשייה מוחלטת ללא כל זיקה גם לפעולה פיסית כלשהי של הכנה. האם אין כאן כוונה-תחילה? בין החלופות: לשבץ את המעשה בהריגה ספונטנית לפי סעיף 212 לפקודה, או כריצח מתוך premeditation לפי סעיף 214 (ב) לפקודה, הניתן שלא לבחור בחלופה האחרונה? מן התשובה עצמה מתחזר כי קיום הכוונה תחילה אינו תלוי במעשים פיסיים כלשהם...."

- אין ספק, שנימוק זה להשגת המתכר על ההלכה המקומית הוא בעל חשיבות וראוי לתשומת לב מיוחדת. אף-על-פי-כן, אינו מתחייב ממנו בהכרח, כי המבחן של פעולת-הכנה פיסית הינהו חסר ערך מציאותי באותם המקרים, שבהם האקטוס-ריאוס הקטלני הוא מסוג מחדל. הטעם לכך הוא: גם כאן ניתן להיעזר בנסיון החיים המלמד כי יכול שלמחדל הקטלני קדמה או התלוותה פעולה של הכנה פיסית, בלי שהיא נכנסת, מבחינה משפטית, לתחום האקטוס-ריאוס. טול, למשל, את המקרה שגדון בענין, (18) (1838), R. v. Marriott; בו הואשם הנאשם בריצח בכך שלא סיפק למנוחה את צרכי האוכל שהיה חייב לספק לה. במשפט הוסכה, כי כתוצאה מהפרת החובה הזאת, מתה האשה מרעב. לעניינו חשוב, כי גם הובאה שם עדות לעובדה, כי למחדל האמור התלוותה החזקת האשה במשך ימים שלמים

"פסקידין", כרך כה, חלק ראשון, תש"ל/תשל"א-1970

574

הנשיא (אגרנט)

בתוך חדר סגור. ברור, כי המעשה האחרון, ניתן לראותו כהכנה פיסיית, שהעידה על תכנון המזימה הקטלנית מראש. בסופו של דבר זוכה הנאשם מרצח והורשע בהריגה, כנראה מפני שחבר השופטים סבר, כי הפרת חובת הנאשם לספק מזון למנוחה היתה נעוצה ברשלנות בלבד. כיוצא בזה, המקרה שנדון בענין, (19), (1799), R. v. Squire; בו הורשע הנאשם ברצח בשל הפרת חובתו לספק מזון לשוליותו, אשר כתוצאה מכך מת מחמת חוסר באכילה. במשפט הוכח, כי בנוסף למחדלו האמור, התאכזר הנאשם, כלפי הקרבן, התאכזרות פיסיית קשה, הגם שהפעמים שנגרמו, עקב כך, לזה האחרון, לא הם שתרמו למותו (פרטי המקרה מובאים בספרו של רוטל, מהדורה 12, כרך 1, ע' 407-406 והערה 39). כאן איפוא מקרה שבו נתלוותה למחדל, שהיווה את יסוד האקטוס-ריאוס של עבירת הרצח, פעולה של הכנה פיסיית, שלא נכנסה לתחום העבירה אך אשר היה בכוחה להעיד על תכנון המזימה הקטלנית מראש. יש להבין, כי למקרים מסוג זה התכוון השופט קופלנד באמרו, "כי יסוד ההכנה יכול שיהיה מורכב באופן חלקי ממצעים ובאופן חלקי מכוונה". זאת ועוד, עד כמה שידוע לי — ולא ערכתי מחקר יסודי בענין זה — המקרה של, (19), Squire הוא המקרה היחיד, שבו הורשע אדם באנגליה בעבירת רצח בשל מחדל (ראה המובאות ב-רוטל, שם, ע' 406 ואילך). יתר-על-כן, בתקופה המודרנית נוהגים שם להסתפק, לגבי עצם האישום על מחדל פלילי, שהביא בעטיו למותו של אדם, באישום על עבירת הריגה, בלבד. ראה The Queen v. Instan; (1893), (20); R. v. Bonnyman; (1942), (21); R. v. Watson; (1959), (22).

כל הדברים הללו מצביעים בכיוון המסקנה שהמחוקק התכוון, בנוגע ליסוד "ההכנה", למבחן של פעולת-הכנה פיסיית, אף אם עבירת הרצח, המיוחסת לנאשם לפי סעיף 214 (ב), סובבה על מחדל פלילי. לא זו בלבד, אלא מסקנה זו מתחזקת בלבי דוקא לגבי המקרים מסוג זה, הואיל וכידוע, קשה במיוחד לתלות על המצב הנפשי של בעל המחדל הפלילי, בלתי אם נתלוותה למחדלו התנהגות חיצונית, העשויה לגלות את הכוונה הפנימית (ראה ע"פ 232/55, היועץ המשפטי נגד גרינוולד, (11), ב"ע' 2076-2077). והלא המדובר כאן בהענשת אדם על הפשע החמור של רצח, אכן, עד היום לא בא בפני בית-משפט זה מקרה בו הוואשם או הורשע אדם ברצח בסיועה תחילה עקב מחדל פלילי, ואם פעם יבוא בפנינו מקרה שכזה, אזי לא מן הנמנע שנהיה מצויים לבקר מחדש את ההלכה שנפסקה בגין יסוד "ההכנה". אולם, לפי שעה איני רואה הצדקה לסטות מההלכה הזאת.

בגלל חשיבותם של דברי ההשגה, שהובעו במאמר הנזכר, ראיתי להרחיב את הדיבור על הנושא הנ"ל. אולם, למעשה לא היה זה דרוש לצורך ענינו. הרי אותן העובדות המורכבות את דבר החלטתו של המערער להרוג את הקרבן, ושעליהן הצבעתי לעיל, מספיקות כהוכחה לקיומו של יסוד ההכנה. עלי-כן, לא אחזור על כולן מחדש ואסתפק בהדגשת העובדות הנבואות: (1) כדי להגיע לקרבן על-מנת להרוג, רץ המערער מרחק של לפחות עשרה מטרים (ראה התרשים (ת/1), אשר פרטיו אושרו בעדותו של עלי אופיר — ע' 81 לפרוטוקול). (2) בין אם לקח המערער את הסכין (כלי מסוכן) מידי אחד הנוכחים במקום עובר לריצתו כאמור, ובין אם הוא נשא את הסכין על גופו מתחילת המריבה ושלף אותה תוך

(הגש"א (אגרנט))

כדי ריצה מכל מקום, היה כאן מעשה הכנה. (3) לאחר ביצוע הרקירה הראשונה בבית החזה של הקרבן, הוציא המערער את הסכין מגופו ותקע אותה בגבו.

הטיעון העיקרי של פרקליטי המערער היה מכון להראות, כי עובדות המקרה מוכיחות שהלה ביצע את מעללו הקטלני בהשפעת "קינטור מיד" או שלפחות בכוחן לעורר ספק סביר בנוגע לענין זה; מבאן, שלא הוכח היסוד הנזכר בפסקה (ב) לסעיף 216, דבר המחייב להמיר את הרשעת הרצח בזו של הריגה. טיעון זה מורכב מהנקודות הבאות:

(1) העובדות שיש להתחשב בהן, לענין הקינטור, הן: ראשית, בקטטה שהתפתחה בין המערער למנוח בתעלה ספג הראשון מהשני מכות רבות שגרמו לו גפיהות מתחת לעין, זרב דם מאפו וחבלות שונות בגופו, ואילו לאחר ההפרדה לא נראה המנוח פצוע והוא עצמו אמר לפד אופיר שלא קרה לו כלום (ע' 82 לפרוטוקול); ולענין האחרון מתווספת העובדה, כי המנוח היה איש גברתן ויותר חזק מבחינה פיזית, מהמערער, שאיתו בעת שעמד המערער ער (אחרי הקטטה הנ"ל) ליד המעקה שבין שתי החצרות והמתין, בהתאם למשאלת המנוח, לבואה על המשטרה, צעקו לו כמה אנשים מהנוכחים במקום, שהוא מתנהג כמו "בג'ונגל". שלישיית, באותו שלב-ביניים, הרים המנוח, בלי רשות המערער, את בתי של זה, נשא אותה מטרים אחדים והעבירה אל מעבר למעקה.

(2) ייתכן שאף אהת משלוש עובדות היסוד האמורות אינה מספקת, כשלעצמה, כדי להוות קינטור בעיני החוק. אך יש לזכור כי משך הזמן שהפריד בין גמר הקטטה בשלב הראשון לביצוע מעשה הקטילה היה רק 4-5 דקות ולכן, מן הדין לראותן כמסכת עובדתית אחת, המוכיחה שהמעשה הוא בוצע בהשפעת קינטור במובן האמור.

(3) מנקודת ראות זאת, דהיינו, כי אותן שלוש ההתרחשויות מהוות חטיבה עובדתית אחת, שאינה ניתנת להפרדה, הכרחי להסיק שקביעת בית-המשפט בדבר הרגעת הרוחות, שחלה בתקופת-הביניים האמורה, אין בינה לבין כוחן של איתן ההתרחשויות להשפיע על המערער השפעה "מקנטרת" ולא כלום. זאת משני טעמים: טעם אחד הוא, כי המצב של "עידנא דריתחא", בו היה ערוי המערער בגלל המכות והחבטות, שספג מהמנוח, לא חדל להיות קיים בזמן התוא, אלא התמשך, ללא הפסק, ואף התעצם, עקב שני הדברים האחרים שקרו אז (צעקות הנוכחים על התנהגות המערער כמו "בג'ונגל" והעברת בתו על-ידי המנוח אל מעבר למעקה), כך שלבסוף איבד הלה את השליטה העצמית ודקר את הקרבן למוות. סמוכין לטעם הזה מצא מר תוסיה'כתן בדברים שאמר השופט לנדוי בענין ע"פ 247/66, סנדה נ' דיונץ המשפטי, (12), ב"ע 34: "בדרך כלל התגובה צריכה להיות מידית כדי להוריד את חומרת המעשה להריגה לפי סעיף 212 לפקודה, אם כי אינני שולל את האפשרות שהריתחה יכולה להימשך זמן מה". עוד הסתמך על דברי לורד Morris בענין (17), (1964), Parker v. The Queen, שם, ב"ע 85):

"Though there was an interval of time between the moment when the appellant's wife and the deceased went away and the



הנשיא (אגרנט)

moment when the appellant overtook them and then caused the death of the deceased, a jury might well consider, and would be entitled to consider, that the deceased's whole conduct was such as might 'heat the blood' to a proportionable degree of resentment and keep it boiling to the moment of the fact".

הטעם האחר הוא: גם אם יש להניח, כי בעת עמדו ליד המעקה ובהמתניו שם למש- טרה, כבר הספיק המערער, במידה מסוימת, להירגע, אין בכך כלום, הואיל וסביר להסיק, כי בשלב זה טרם מש מלכו זכר הכאבים והבושה, אשר הרגיש בתום תיגרת הידיים שהת- חוללה בתעלה. כיון שכך, אסור להתעלם מהשפעתו המצטברת של הגורם האחרון על התנהגותו הקטלנית של המערער, הואיל ואפילו אם נכון הוא שהתנהגות זו באה בעקבות שני המאורעות, שקרו בשלב הכינייים ותרמו להרגותו, מכל מקום, ברור שאלה מילאו לענין איבוד שליטתו העצמית, אך תפקיד של שבירת "הקש האחרון", דבר שלא היה קורה אילו נצטרפה להם השפעתו של אותו גורם. לחיזוק טעמו זה, הסתמך מר תוסיה-כהן על דבריו של המלומד Gordon (בספרו על המשפט הפלילי בסקוטלנד, ע' 713):

"It is doubtful whether a long course of provocative conduct can found a successful plea of provocation, unless there is also some final act of provocation which, albeit because it follows on the earlier provocation and is the last straw, actually provokes a loss of control...."

וכן על דברי בית-המשפט לערעורים של מדינת ניו-יורק בענין People v. Barberi; (1896), 149 N.Y. Rep. 256, 268, (27):

"The condition of the defendant's mind was not to be ascertained solely from what took place in the saloon at the time of the homicide.... The nature of the quality of her act could not be fairly judged by separating what took place within the space of a few minutes in the saloon from the train of events which preceded it and grew out of the relation of the parties, but upon full consideration of every fact and circumstance that could reasonably be presumed to have influenced her mind".

(4) אמת, גם באנגליה וגם בישראל, קבעו הפוסקים, כי כדי שקינטור יספיק להורדת העבירה מרצח להריגה, דרוש שאינן תגובת הנאשם יעמוד ביחס סביר למידת הקינטור ויוצא מכאן לכאורה, כי תנאי זה אינו מתמלא אם כנגד מכות הידיים, שהתחית הקרבן בנאשם, הגיב זה על-ידי הריגת הראשון באמצעות כלי קטלני שנשא על גופו. בלשון לורד סימון (Simoa) בענין Mancini v. D.P.P.; (1942), A.C. 1, 9, (23):

הנשיא (אגרנט)

"..... it is of particular importance..... to take into account the instrument with which the homicide was effected, for to retort, in the heat of passion induced by provocation, by a simple blow, is a very different thing from making use of a deadly instrument like a concealed dagger. In short, the mode of resentment must bear a reasonable relationship to the provocation if the offence is to be reduced to manslaughter".

א

וכן דברי השופט דבלין בענין, (24) R. v. Duffy ; (1949), 1 All E.R. 932, 933.

"Fists must be answered with fists, but not with a deadly weapon, and that is a factor you have to bear in mind when you are considering the question of provocation".

ב

כיוצא בזה דברי השופט כהן בענין ע"פ 293/66 (מדינת ישראל נגד גדקר, 13) ב"ע (326):

ג

"בדרך כלל אין אדם מאבד עשתונותו, לא כאשר מיידים בו אבנים, ולא כאשר מאיימים בסכין, עד כדי יריות אקדה ספונטניות ורפלקטוריות; וכבר נפסק שהקניטור והתגובה צריכים לעמוד ביחס סביר זה לזה."

ד

ראה גם, ברוח זו, סעיף 12 לפסק-הדין של השופט גויטיין בענין ע"פ 46/54 (היועץ המשפטי נגד סגל, 14) ב"ע 424).

ה

אולם, האימרות הנ"ל אין להן מקום במקרה שבו נתווסף למכות-הידיים, שהונחתו בנאשם, דיבור-פה שהעליבו קשות ופגעו ברגשותיו (היילשם, כרך 9, ע' 434 והמובאות בהערה (f)). יתר-על-כן, ההשקפה, כי הקניטור והתגובה צריכים לעמוד ביחס סביר זה לזה עמדה לאחרונה תחת שבט בקורתם של חוקרי המשפט. ראה רוסל, כרך 1, ע' 548 ואילך; הספר "המשפט הפלילי" מאת Smith ו-Hogan, ע' 212 ואילך; דברי ג' ויליאמס במאמר "קניטור והאדם הסביר", שנתפרסם ב-Criminal Law Review לשנת 1954, ע' 740-747.

ו

(5) ולבסוף העובדה, כי היו אלה אנשים אחרים, להבדיל מהמנוח, שצעקו למערער שהוא מתנהג כמו "בג'ונגל", איננה שוללת את טענת הקניטור, הואיל והיום מקובל שההתנהגות הפרובוקטיבית, הדרושה להפחתת העבירה מרצח להריגה, יכול שתבוא מצד אדם שלישי, ולא דוקא מצד הקרבן (ע"פ 50/64, אל-נבארי נגד היועץ המשפטי, 15) ב"ע 78).

ז

עד כאן הטענות של פרקליטי המערער. אין בידי להסכים לטיעון מורכב זה. מהטעמים הבאים:

"פסק-דין", כרך כז, חלק ראשון, תש"ל/תשל"א-1970

578

הנשיא (אגרוט)

א. לשם גחמות, כדאי לחזור על הכלל של "קינטור", כפי שסוכם ב"ע 9/50/64, (15), הנ"ל. נאמר שם כי הגורם הזה ממלא תפקיד בהפיכת מעשהו הקטלני של הנאשם לעבירת הריגה בלבד.

«אם עובר לזמן שבו בוצע המעשה, באה התנהגות מרגיזה ופרובוקטיבית בית מצד הקרבן (או מצד אדם שלישי) אשר שללה מהנאשם, מניה וביה, את כוח השליטה העצמית, כך שבמצב נפשי זה ובטרם יהיה סיפק בידו להתקרב/ להעריך את התוצאה האפשרית של מעשהו ולהחזיר לעצמו את הכוח לשלוט ברצונו, הוא פעל את פעולתו הממיתה; כל זה בנתח לתנאי או למבחן, שאותה התנהגות מרגיזה היתה עשויה, להוציא מכלי' גם את האדם הסביר' (בהנחה, כי כשעת מעשה היה נתון במצבו של הנאשם) ולהמריצו לנהוג כלפי הקרבן כפי שנהג הנאשם. לכלל זה מצטרף הכלל ..... שחובת ההסכחה בדבר, העדר קינטור/ מוטלת על הקטיגוריה ולכן, אם מעלה חומר ההוכחה אפשרות סבירה לקיום הנסיבות האמורות, כי אז זכאי הנאשם ליהנות מהספק והוא יהיה חייב אך בדין הריגה' (שם, (15)). ב"ע 78).

ק  
א  
ב  
ג

אין צורך לומר, שסיכום זה מבוסס על ההלכה שנפסקה על-ידי שופטי הרוב בענין ע"פ 9/46/54, (14), הנ"ל (רוטנץ המשפטי נגד 210) הקובעת כי הכלל של קינטור טומן בחובו גם מבחן סובייקטיבי וגם מבחן אובייקטיבי. המבחן הראשון הוא: האם ההתנהגות המקנטרת השפיעה בפועל על הנאשם עד כדי לגרום לאיבוד שליטתו העצמית, כך שביצע את המעשה הקטלני בלי לחשוב על תוצאת מעשהו? המבחן השני הוא: האם "אדם מן היישוב" היה עשוי, בהיותו נתון במצבו של הנאשם, לאבד את השליטה העצמית ולהגיב בדרך הקטלנית בה הגיב הנאשם? רק אם התשובה לכל אחת משתי השאלות הללו היא חיובית, לא ייחרץ דינו של הנאשם לרצח והוא יורשע בהריגה (ראה דברי השופט ברנזון, שם, (14), ב"ע 430; סעיף 2 לפסק-דינו של השופט גויטיין, ב"ע 413).

ד  
ה

בקשר לשני המבחנים האמורים, רצוני להעיר את הדברים הבאים:

(1) המבחן הסובייקטיבי משמש כדי לקבוע — ועל זאת כבר רמזתי לעיל — כי עקב איבוד עשתנותו בהשפעת הקינטור הגדון, עולל הנאשם את מעללו הקטלני מתוך החלטה פתאומית-רגעית, שלא היה מאחוריה שיקול ויישוב-הדעת.

ו

(2) המבחן האובייקטיבי יסודו מונח ברעיון הבא: בדרך כלל חייב אדם לשלוט בכוח רצונו ושומת עליו שלא להיכנע לסערת הרוח שנתחוללה בקרבנו. אולם, מקום שנסער אדם ואיבד את השליטה העצמית בהשפעת קינטור וכחוצאה מכך גרם למותו של אחר, רואה החוק בענין זה משום תופעה של "חולשת הטבע האנושי", אשר יש להתחשב בה, בלי לוותר כליל על המטרה לשמור, באמצעות ענישה מרתיעה, על חיי אדם. הדרך שבה

ז

הנשיא (אגרוט)

הלך החוק כדי ליישב את הניגוד בין הצורך להכיר באותה תופעה המחייב שלא להכתיים אדם כנ"ל כרוצח. לבין המטרה הנזכרת. המחייבת שלא לפטרו מעונש. היא על-ידי הפחתת העבירה מרצח להריגה. כמה דברים אמורים? אם יש מקום למסקנה. כי האדם "הממוצע" — כלומר. מי שמאפיין את מידותיהם ואורח התנהגותם של רוב האנשים במדינה — היה עלול. אילו נמצא במצבו של הנאשם. להיכנע להשפעת הקינטור עד כדי לאבד את כוח השליטה העצמית ולגרום. הרוח לבד. למוחו של הקרוב. שאם לא תאמר כן. יתרוקן הטעם. המתחשב בחולשת הטבע האנושי. מערכו ולא יהיה מקום להבדיל בין הנאשם לבין רוצח רגיל.

בספרם Studies in Criminal Law (ע' 142) מציינים המלומדים Morris ו-Howard :

1 "The situations which the law regards as technically provocative are those in which, although the accused's lethal action is to be condemned as felonious, he yet acted under stress which might move an average man, placed as he was, to extreme rage. We mitigate guilt and punishment, because of an appreciation of the weakness of human nature, in situations where the threat of a conviction for murder seems unlikely to deter any more than the threat of a conviction for manslaughter, and because it would be contrary to the popular sense of justice to convict and punish for murder".

וכן כתב המלומד Fitzgerald בספרו Criminal Law and Punishment (ע' 128):

2 "The concession afforded by the defence of provocation must obviously be confined to such loss of control as one might reasonably expect from anyone in the accused's position. Without such an objective standard the result would be to allow hot-tempered people easily provoked by trifles to defend themselves on the grounds of provocation ; and this would be to set a premium on hot temper".

3 אכן, חשוב להבין. כי משמעותו של המבחן האובייקטיבי איננה. כי על בית-המשפט להציג לעצמו את השאלה אם רוב האנשים במדינה. בהינתן במצבו של הנאשם. היו נוהגים. בהשפעת הקינטור. בדרך הקטלנית שבה נהג תלה. שכן לפי האמת. הכרחי להניח כי רובם היו מתגברים על השפעת הקינטור ונמנעים מתגובה קטלנית. השאלה. אשר בית המשפט חייב להציג לעצמו. לענין המבחן האמור. היא רק. אם הקינטור. שתופנה כלפי הנאשם. היה כה רציני. בשים לב לנסיבות המקרה. עד כדי שיש להסיק שרוב האנשים היו מתקשים מאד שלא להיכנע להשפעתו ולפיכך היו עלולים להגיב בצורה הקטלנית שבה הגיב הנאשם. ענין זה הבהר יפה על-ידי המלומדים קסלר ומיכאל (שם. בע' 1281-1282):

הנשיא (אגרנט)

"While it is true, it is also beside the point, that most men do not kill on even the gravest provocation ; the point is that the more strongly they would be moved to kill by circumstances of the sort which provoked the actor to the homicidal act, and the more difficulty they would experience in resisting the impulse to which he yielded, the less does his succumbing serve to differentiate his character from theirs. But 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 counteract in most men the desires which impel them to homicidal acts, or to an extraordinary weakness of reason and consequent inability to bring such desires into play".

(3) לענינו חשוב גם התנאי, עליו מדובר בפיסקה (ב) לסעיף 216 והמצריך, שהקינוטור יהיה קינוטור "מידי", כלומר: הבא בזמן סמוך למעשהו הקטלני של הנאשם. משמעותו של התנאי הזה היא, שאם, בין הקינוטור לקטילת הקרבן, הפריד משך זמן, שבו היתה לנאשם שהות "להתקרר", כי אז לא תעמוד לו טענת הקינוטור. 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 מביצוע המעשה הקטלני הנדון. אפשר גם לומר שהמחוקק יצא, לענין זה, מתוך התנאה, שאם הנאשם לא הרג את הקרבן בזמן סמוך לקינוטור, אלא כעבור זמן, כי אז מעידה עובדה זו, שהוא החליט לעשות כן, לאחר שיקול וישוב-הדעת ושלא פעל במצב של חוסר בשליטה עצמית. ברור, כי במקרים רבים תנאים הנחה זו למציאות, כגון, במקרה שבו לא הגיב הנאשם מניה וביה על ההתנהגות המקנטרת והחליט להתנקם בקרבן בדרך קטלנית רק לאחר שהיראה וחשב על אותה התנהגות. ראה דברי השופט דבלין (Devlin) בענין, (24) Duffy הנ"ל (שם, ע' 932):

"... circumstances which induce a desire for revenge are inconsistent with provocation, since a conscious formulation of a desire for revenge means that a person has had time to think, to reflect, and that would negative sudden temporary loss of self-control which is of the essence of provocation."

אכן, השאלה, אם הקינוטור היה "סמוך" למעשהו הקטלני של הנאשם ואם היתה לו שהות מספקת "להתקרר" ולהחזיר לעצמו שליטה עצמית, תוא תלויה בנסיבותיו המיוחדות של המקרה הנדון, ובאור זה יש להבין את אימרת השופט לנדוי ב"ע"פ 247/66, (12), הנ"ל ואימרת הלורד מוריס בענין פרקר, (17), שעליהן הסתמך מר תוסיה-כהן (ראה לעיל).

הנשיא (אגדנט)

(4) השקפת הפוסקים, הקובעת שבדי שתקבל טענת הקינטור, חייב אופן התגובה לעמוד ביהם סביר למידת הקינטור, גם היא מתיישבת, לדעתי, עם המבחן האובייקטיבי. למשל, יחס כזה בין התגובה לקינטור לא יהיה קיים, בדרך כלל, אם מצד אחד, לבש הקינטור צורה של מכות-ידיים, שלא היתה בצדו כל תוצאה רצינית, ואילו מהצד האחר, בוצע המעשה הקטלני באמצעות כלי מסוכן; הוזה אומר, במקרה כזה יהיה מקום להסיק, שהאדם הממוצע לא היה מגיב על הקינטור בדרך זו. עם זאת, יש לומר גם כאן, כי השאלה, אם קיים יחס סביר כאמור, ובאיזה מידה יש להתחשב בגורם זה, תהיה תלויה בנסיבות המיוחדות של כל מקרה ומקרה. למשל, אם למכות-הידיים נתלווה דיבור-פה, שהוא מאד מעליב וסוגע, כי אז לא מן הנמנע, שטענת הקינטור תעמוד לנאשם. אף אם השתמש, לשם הריגת הקרבן, בכלי מסוכן.

זאת ועוד, במקרים מסויימים, יהיה הגורם של העדר יחס סביר בין התגובה לקינטור עשוי לשמש ראיה, שהנאשם נהג, כפי שנהג, במצב שבו היתה לו שליטה עצמית (כמו במשל הראשון). ואמנם חוקרי המשפט, שמתחו בקורת על השקפת הפוסקים בענין זה, דוגלים בדעה, כי אותו גורם אין לו חשיבות מעבר לתפקיד הראייתי האמור, שהוא עשוי למלא במקרה זה או אחר, אין בדעתי להיכנס כאן לענין הקורה של נימוקי בקרתם, מה עוד שאין לענין זה משקל מכריע לגבי תוצאת הערעור שלפנינו, כפי שיתבהר להלן. אציין רק, כי השקפת המבקרים ניוונה מגישתם העקרונית, שבענין הגנת הקינטור, קובע אך ורק המבחן הסובייקטיבי — לאמור: כיון שלדעתם, חשוב רק אם עקב הקינטור, איבד הנאשם בפועל את עשתונותיו ובמצב זה גרם למותו של הקרבן, הילכך נובע מזה כי, משתכחה העובדה האחרונה, שוב אין חשיבות לשאלה, באיזה אמצעים השתמש בעת היותו נטול שליטה עצמית, כדי לבצע את זממו הקטלני; שאלה זו חשובה רק במידה שהאמצעים עשויים להוכיח שאכן, הוא שלט או בעצמו, ראה דברי גורדון (ספרו, ע' 718):

"This approach cannot be justified if the only important element in provocation is loss of control, for then the relation of retaliation to provocation would be important only as a guide to credibility — a jury would be unlikely to believe that a slap on the face so provoked the accused that he could not stop himself cleaving the victim's head with a hatchet. But if loss of control is what matters, and they do believe the unlikely story, they should then be able to sustain the plea".

(ראה גם רוסל, כרך 1, ע' 551—548; סמית וזוגן, ע' 213—212). יש להוסיף, כי בענין R. v. Church; (1965), 2 All E.R. 72, 75, (25) נזקק עדיין בית-המשפט לערעורים באנגליה לכלל המצריך קיום יחס סביר בין התגובה לקינטור.

ב. אם נפנה עתה אל עובדות המקרה דנא, יהיה עלינו להסיק, נוכח הביאור הנ"ל, שהן שוללות את טענת הקינטור, הבה ואנתח את העובדות הללו.

הנשיא (אגרנט)

(1) כזכור, עבר זמן של 4—5 דקות למן הפרדת הניצים ועד לביצוע המעשה הקטלני. כפי שציין בית-המשפט, אורך הזמן, כשלעצמו, איננו כל כך חשוב אלא חשובה בעיקר, העובדה, כי בשלב האמור חלה הרגעת הרוחות. בקבעו את העובדה הזאת, הסתמך בית-המשפט על העדויות של יצחק שכטר (ע' 16), יוסף ליברמן (ע' 36) ודוד ברשאי (ע' 67). דברי שכטר הם:

אני כבר חשבתי אז שהקטטה כבר נגמרה. חשבתי כי כל הענין כבר נגמר, כך היה הרושם. פתאום ראיתי את הנאשם ליד המנוח.

ליברמן העיד:

ראיתי שהכל שקט והכל נרגע, גם המנוח נרגע וגם הנאשם נרגע ולא היו עוד בעיות להישאר שם. אז נכנסתי חזרה הביתה.

וכן העיד ברשאי:

הנאשם ישב על המעקה 4—5 דקות ואני עליתי למעלה בכיוון הכביש במחשבה להיכנס לביתי, כי הרוחות כבר שקטו וכל הענין היה פחות או יותר שקט.

ההתרשמות הנ"ל של העדים יש לה סמוכין בהתנהגותם של המערער והמנוח. שהרי ראינו לעיל, כי לאחר ההפרדה החל הראשון ללכת לביתו; שבזמן הזה ניגש אליו המנוח, לקח מידו את חולצתו, וביקש ממנו להמתין למשטרה; שהמערער נאות לבקשה ונשאר עומד ליד המעקה ונשען עליו; וכי המנוח תתרחק ממנו והלך בכיוון למקום היציאה לשדרות או"ם. אכן, עצם ההתרשמות של העדים, כי בזמן שהוא שקטו הרוחות, פחות או יותר, עד כדי ששניים מהם עמדו לחזור לדירותיהם, מראה שהם לא ציפו לכך, כי המערער יאבד לפתע את עשתונותיו ועקב כך, יהרוג את המנוח. וענין זה, כשלעצמו, משמש עדות — אינני אומר: ראיה חותכת — לעובדה, כי הלה לא ביצע את המעשה הקטלני במצב שבו לא שלט על עצמו. ראה דברי גורדון (ספרו, ע' 730):

".... the trivial nature of the provocation offered, or the unexpectedness of the accused's loss of control, may help the jury to disbelieve his story...."

(2) יהא הדבר כאשר יהא, מכל מקום מעידה עובדת הרגעת הרוחות כאמור, כי "הריתחה" של המערער, אשר נגרמה עקב החבלות שספג מהמנוח, לא התמשכה למן תום הקטטה ועד לנקודה שבה ביצע את ההתקפה הקטלנית, ויוצא מזה, שהאימרות הנזכרות של השופט לנדוי והלורד מוריס, עליהן הסתמך מר תוסיה-כהן, אין להן ענין לכאן.

(הנשיא (אגרנט)

(3) אין אני שולל את דברי הפרקליטים המלומדים, באמרם, שבשלב-הביניים האמור לא מש מלבו של המערער זכר החבלות שגרם לו המנוח ושיש לצרף לענין זה את העובדה, כי האחרון היה אדם גברתן וחזק ממנו, מבחינה פיזית. דבר שהגביר את הרגשת העוול שנגרמה לו. אולם, הדברים הללו אינן בכוחם לשכנע, שהוא ביצע את המעשה הקטלני במצב של חוסר בשליטה עצמית, וזאת גם אם מתחשבים בשני המאורעות האחרים שקרו בשלב ההוא ואשר עוד ידובר עליהם. הטעם לכך הוא: יש לזכור את הדברים שהור סיף המערער בעת שהביע את הסכמתו להמתין למשטרה. דחינו: כי הפעם המנוח "היכה אותו ראשון" וגם הוא (המערער) "יכול להכות ראשון" והוא "יגמור אתו את החשבון". אין אני אומר, כי מלים אלו של המערער מעידות שכבר בעת הזאת גמלה אצלו ההחלטה להרוג את יריבו, אך אומר אני שיש להסיק מהן שאותה שעה היה המערער מהרהר וחושב על מה שעשה לו המנוח בקטטה המתוארת, ושהגה את הרעיון ליטול נקם ממנו בהודמנות אחרת ("יגמור אתו את החשבון"); הווה אומר, ההחלטה להרוג את הקרוב, שגמלה אצלו לאחר-מכן, היתה פרי התהליך המחשבתי הלזה. כפי שאמר השופט דבלין בענין Duffy הנ"ל: העובדה שאצל אדם פלוני נוצר, מתוך הכרה, רצון של נקם, פירושה, שהיה לו זמן לחשוב ולהרהר, דבר השולל איבוד פתאומי של שליטה עצמית, שהוא מעיצומה של הגנת הקינטור. עיין גם בדברי וקסלר ומיכאל (שם, ע' 1284):

"... no difficulty is experienced in dealing with cases in which deliberation itself results in the intensification of passion, as it may when the enormity of an injury done the actor or the value of an end to be served by a homicidal act becomes apparent *only after thought*".

(4) אשר לשני המאורעות, שקרו בשלב-הביניים ושעליהם תמכו באי-כוח המערער יתדותיהם, הריני מוצא שמן הנמנע לשוות להם, על-יפי המבחן האובייקטיבי, את האופי של קינטור, אף לא במובן זה, שהם היוו — נוכח העובדה, שקדמה להם הקטטה בה גרם המנוח חבלות למערער בפניו ובגופו — את "הקש האחרון". יתר-על-כן, סבור אני, שמאורעות אלה לא השפיעו בפועל עד כדי להביא לאיבוד עשתונותיו של המערער, הגם שלא מן הנמנע, שהם מילאו תפקיד בגמילת החלטתו להרוג את המנוח.

כזכור, אחד מהם הוא, כי בזמן שהלך המנוח בכיוון למקום היציאה לשדרות א"ם, צעקה בתו של המערער "נאצים, רוצחים" ואז הוא ניגש אליה ואמר לה "אולי תסתמי את הפה, זה לא עניינד", ומיד לאחר-מכן, הרימה, נשא אותה מטרים אחדים והעבירה אל מעבר למעקה. יושם לב, כי העד אופיר ציין בדבריו, שהמנוח עשה את המעשה האמור "בעדינות רבה" (ע' 80). עדות זו טופחת על-פני טענת הפרקליטים — והיא נטענה בחצי פה — שהמנוח "זרק" את הנערה אל מעבר למעקה. אמנם לא ביקש המנוח מהמערער רשות למעשהו האמור, אך ברור, כי כל אשר התכוון בו היה להרחיק את הנערה, נוכח דברי הגינוי שיצאו מפיה, מאזור המריבה ולמנוע את התעוררות הסכסוך מחדש לפני



(דב"פ 396/69)

שתביא המשטרה, לדעתו, אותו מעשה לא היה בכוחו „להוציא מכליו” אדם מן היישוב, אילו היה במצבו של המערער. גם סבור אני, שהוא לא השפיע עד כדי כך על זה האחרון עצמו.

(5) דין זה תל גם על המאורע האחר: כי בזמן שעמד המערער ליד המעקה, הטיחו בצעקות כלפיו אחדים מהאנשים שהתקהלו סביבו, שהוא מתנהג כמו „בג'ונגל”. בהקשר זה חשוב לזכור את מעשי המערער, שקדמו לתגרת הידיים, שהתרחשה בינו למנהג, דהיינו: בתום ריב'השפתיים, שהיה לו עם שכטר וליברמן, הוא הרים שוט מן הארץ והציף ליה בו על הראשון; כאשר ליברמן הוכיח אותו על הכותו אדם שהוא קשיש ממנו, הוא הנחית הצלפה על ידו של ליברמן; וכאשר אשת המנוח מתתה בפניו על המעשה שעשה לאכזבה, זנתה לו סמירת-לחי, הוא הצליף גם על פניה וגרם לשבירת משקפיה. לאחר-מכן, באה תגובת המנוח על-ידי מתן מכת אגרוף למערער והתפתחה ביניהם הקטטה הנזכרת. על רקע מעשיו האמורים של המערער, יש לראות בהטחת ההאשמה על-ידי הנוכחים במקום, שהוא מתנהג כמו בג'ונגל, משום הבעת תוסחה על התנהגותו האלימה כלפי שלושת האנשים הנ"ל, בה ראה כך יש לתבין, את הגורם שהוליד את הקטטה הנדונה. נכון אני להניח, כי המערער ראה את עצמו נפגע על-ידי ההאשמה, שהוא מתנהג כמו „בג'ונגל”, וזאת בשום לב לעובדה, שהוא אשר ספג הבלות מהמנוח ואילו זה האחרון לא נראה פצוע אחרי הקטטה ואף אמר שלא קרה לו כלום. אולם, גם מנקודת ראות זו, אי אפשר לראות בתוכן המלים הנזכרות את אשר מהווה קינטור בעיני החוק, הטעם לדבר הוא: אם שומה עלינו להניח, כי דיבור-פה בלבד יכול שישא אופי של קינטור, כך שאדם מן היישוב היה מושפע על-ידי, אילו היה במצבו של הנאשם, עד כדי לאבד שליטה עצמית, כי אן דרוש שהדיבור יהיה בעל תוכן נפסד ופוגע עד למאד; כאשר אמר לורד טימון בענין, *Holmes v. D.P.P.*; (1946), A.C. 588, 601, (26):

“... one can imagine in these days at any rate, words of a vile character which might be calculated to deprive a reasonable man of his customary self-control even more than would an act of physical violence. But, on the other hand, as society advances, it ought to call for a higher measure of self-control in all cases”.

דין זה תל ביתר שאת, לדעתו, אם המלים המוגעות נאמרו על-ידי צד שלישי, להכריח מהקרבתו, אפשר להיווכח בכך על-יפי הדוגמה שמביא גורדון (ספרו, ע' 126) למקרה של קינטור על-ידי מלים שיצאו מפי צד שלישי; זוהי הדוגמה:

„א' פוגש את ב', שלפני שנים אחדות הרג את אמו של א', וכן את ג', אשר יש לו סינה משלו בגד ב', נניח שג' מבלה לא' את אשמתו של ב' ומכיע דעה, כי עתה צריך א' להרוג את ב'. עד כאן, אם א' הורג את ב', הוא יהיה אשם ברצח. אך נניח שג' בו לא' על אירצונו להרוג את ב', לרעב

(דגניא (אגדנט)

לו על נאמנותו לאמו, מוכיח אותו על פחדנותו וכו', עד אשר נכנע א' ללחץ הזה והורג את ב'. ברור, כי בנסיבות כאלה, אם החוק מכיר בכלל בקינטור על-ידי מלים, מן הדין לקבל את טענת הקינטור של א'.

א היוצא מזה, כי הדברים שהוטחו כלפי המערער על-ידי אחדים מהאנשים שנוכחו במקום, ואשר לא היה בהם יותר מאשר הבעת תוכחה קשה על התנהגותו האלימה לפני שהחלה הקטטה בינו למנוח, אינם מהווים קינטור בעיני החוק, באשר אין להעלות על הדעת, כי בנסיבות המקרה היה אדם מן הישוב, בשמעו את הדברים הנ"ל, מאבד שליטה עצמית, תחת גם אם נגזח שראה את עצמו נפגע על-ידיהם.

ב יתר-על-כן, בהעדר הסבר מהימן, מפי המערער, על המניע שהמריצו להרוג את המנוח, משמש כאן מכתן הסבירות גם מכתן ראיתי, דבר המחייב להסיק, שעם כל העלבון שהרגיש אולי המערער בשמעו את דברי ההאשמה, שהיא מתנגת כמו "בנינגל", לא היה בכך כדי לגרום לאיבוד עשתונותו, הנם שלא מן הנמנע שהדבר תרם להחלטתו להרוג את הקרבן, החלטה שקיבל לאחר הרחור ושיקול, סגור.

ג (6) נוכח המסקנה שאין לשוות לאף אחד משני המאורעות, שקרו בשלב-הביניים, את האופי של קינטור, נוספת הטענה האומרת, שאין להפריד ביניהם לבין השפעתו המצ-טברת של הקינטור הנערץ בחבלות שספג המערער קודם לכן מתמנוח, כך שיש לראות במאורעות ההם את "הקש האחרון". כנכור, לחיזוק הטענה הזאת, הסתמך מר תוסית-כהן על דברי גורדון (ע' 713 לספרו), מהם עולה, כי לשם הוכחת הגנת הקינטור, מותר לצרף למעשה הפרובוקטיבי, שבא בסמוך להריגת הקרבן, ואשר כשלעצמו לא היה מספיק כדי להסב איבוד שליטה עצמית אצל הנאשם, את גורם השפעתו המצטברת של מעשה קינטור קודם.

ה (some final act of provocation which, albeit because it follows on the earlier provocation and is the last straw, actually provokes a loss of control).

ו ברור, כי הדברים האלה מחייבים, כי היה מעשה קינטור חדש סמוך לביצוע המעשה הקטלני, שאם לא כן, אין מקום להתחשב בהשפעתו "המצטברת" של הקינטור הקודם. כאמור, משקבענו שאף אחד משני המאורעות האמורים לא היווה קינטור, שוב אין להביא בחשבון את אשר אירע למערער בקטטה שקדמה להם. זאת ועוד, בהמשך לדבריו הנ"ל מדגיש המחבר שאין זה מספיק, לשם הוכחת קינטור "מצטבר", כי מעשה הקינטור האחרון שימש לנאשם אך הודמנות ליטול נקמה על מעשה הקינטור הקודם של הקרבן:

"... it is not sufficient that it should merely provide an occasion for A to exact revenge for the deceased's prior provocation".

הנשיא (אגרנט), השופט קיסטר

והלא ראינו לעיל, כי לכל היותר מילאו שני המאורעות הנ"ל תפקיד בהחלטת המערער להרוג את המנוח, אליה הוא הגיע אחרי שהיררר וחשב על מה שעולל לו בקטטה הקודמת ושיסודה היה נעוץ ברצון להתנקם בו.

גם פסק-הדין של בית-המשפט לערעורים במדינת ניו-יורק, *People v. Barberi*, (27) שעליו הסתמך מר תוסיה-כהן, אין לו ענין לכאן. העובדות שם היו, כי בהשפעת הבטחות שוא נשנות של הקרבן לנאשמת שהוא יתחתן אתה, היא חיה אתו חיי אישות במשך חודש ימים. בתום התקופה הזאת, דרשה ממנו במפגיע שיערוך אתה נישואים וכאשר דחה אותה ואף העליבה קשות ולעג לה, היא לקחה לידה תער וחחכה בו את גרונו, דבר שגרם למותו. נמצא, כי סמוך למעשה הקטלני, התנהג הקרבן כלפי הנאשמת בצורה מקנטרת, וכל אשר החליט בית-המשפט הוא, שכדי להעריך את השפעת ההתנהגות הזאת על מצבה הנפשי ביום המקרה, היה מקום להתחשב בנסיבות הקשורות ביחסים שהיו ביניהם לפני-כן (שם, ע' 268). פסק-דין זה אוזכר על-ידי בית-המשפט העליון של מדינת וושינגטון בענין *State v. Counagias*; (1915), 153 Pacific Reporter 9, 15, (28) ; נאמר שם:

"This case goes much further than any other case cited, or any which we have found, but is still clearly distinguished from the case here. The final act of provocation was sufficient in itself to constitute mitigation and proceeded directly from the deceased. It was a new provocation for the first time committed, not a mere reminder by the words or acts of others of an old provocation long condoned".

מהטעמים הללו דעתי היא, שעל-פי עובדות המקרה, אין לטענת הקיסטר על מה שתסמוך וכי אין מקום לספק סביר בענין זה. מכאן, שהוכח גם היסוד הנוכח בפיסקה (ב) לסעיף 216.

על יסוד כל האמור, יש לדחות את הערעור ולאשר את ההרשעה וגזר-הדין.

השופט י' כהן: אני מסכים.

השופט קיסטר: מסכים אני לדחיית הערעור. לדעתי גם היום לאחר ביטול עונש מוות ישנה חשיבות באבחנה בין עבירה לפי סעיף 212 לבין עבירה לפי סעיף 214 ובמיוחד עבירה לפי סעיף 214 (ב) ולא בשל ההבדל בעונש בלבד.

אכן יש להתייחס בחומרה לשפיכות דמים אפילו היה המעשה בשגגה, ברם, אינו דומה הגורם למוות בשגגה להורג נפש ביודעין ושניים אלה אינם דומים לרוצח בדם קר. הרשעה לפי סעיף 214 (ב) הדנה ברצח with premeditation מטביעה על מצחו של אדם אות קין ופוגעת גם במשפחתו, וזה בלבד דורש הקפדה על אבחנה בין שתי העבירות.

הנזיפת קיסטר

אחת הבעיות המתעוררות או שמעוררים אותה במשפטים בו הואשם אדם בעבירה לפי סעיף 214 (ב) לפקודת החוק המלילי היא, האם הוכחה ה- premeditation לפי המבחן הנזכר אשר בסעיף 216 וגם כל יסוד ויסוד אשר בסעיף 216 מנסים לפרש ולקבוע לו מבחנים. לגבי דרך פירוש סעיף 214 (ב) וסעיף 216 הבעתי את דעתי ב"ע"פ 97/68, (2) (ב"ע' 759) ובא-כוח המערער הסתמך בין השאר על הדברים שאמרתני שם.

- א הנשיא הנכבד עמד בהרחבה בפסק-דינו על משמעות זכירת המבחנים אשר בסעיף 216, וזה בעיקר נוכח מאמרו של פרופסור פלר (ה"הכנה" כיסוד הבוונה תחילה, שפורסם בהפרקליט, כרך כו, ע' 5) וחיווה את דעתו. אינני רואה צורך כאן להזכיר ולעמוד על הדברים שאמרתני ב"ע"פ 97/68, (2), מכיון שמסכים אני לדברי הנשיא שבסוף בירורו העיוני כי כל הבירור הזה לא היה דרוש לענייננו, ונוכח הממצאים והמסקנות מן העובדות שאליהן הגיע הנשיא אחרי עיון ובירור מטצה ושאליהן אני מצטרף אין מקום לקבל את הערעור. מאחר שגם לפי גישתי כפי שהבעתי ב"ע"פ 97/68, (2), ישנם כאן כל היסודות לעבירה לפי סעיף 214 (ב).

ג לפיכך תחלט לדחות את הערעור ולאשר את ההרשעה וגזר-הדין.

ניתן היום, י"ג באייר תש"ל (19.5.1970).

ד

ה

ו

ז