

סטיות מהמבחן האובייקטיבי בפסקי-הדין השונים מתקופת המנדט — המבחן הסובייקטיבי האינדיבידואלי, המעלה בחשבון את תכונותיו השונות של הנאשם, הוא המבחן שיש לראותו כנוכח בתנאי ארצנו — חוסר ניגוד בין הנהגת המבחן הסובייקטיבי של הקנטור לבין הוראות סעיף 4 הנ"ל — בה בין שאלה של פירוש מונח מסוים בחוק לבין שאלה של שיטה ועמדה — בית-המשפט לערעורים אינו נזהג להתערב בממצאי העובדתיים הכשרים של בית-המשפט הדן בפשע ובפרט כאשר לפני יופטי הרוב בערכאה הראשונה היתה עדות חוקית מספקת לקביעת שיעורו ומבנהו של הקנטור. המובן סעיף 216(ב) הנ"ל.

ב

פסקי-דין ישראליים שהוזכרו:

[1] ע"פ 125/50 — דוד יעקובוביץ נגד היועץ המשפטי לממשלת ישראל: „פסקי-דין“, כרך ה' תשי"ב/תשי"ג-1952, ע' 514, 566, 567; „פסקים“, כרך ה' תשי"ב-1951/1952, ע' 439, 486.

ג

פסקי-דין א"י שהוזכרו:

- [2] *Cr. App. 52/46 — Basil Yousef Abu Yaghi v. Attorney General: (1946), P.L.R. Vol. 13, p. 249, 251; (1946), A.L.R. Vol. 2, p. 647, 648.*
- [3] *Cr. App. 95/46 — Yacoub Iskandar Dabit v. Attorney General: (1946), P.L.R. Vol. 13, p. 437, 441; (1946), A.L.R. Vol. 2, p. 559, 564.*
- [4] *Cr. App. 109/47 — Subhi Suleiman el Wazir v. Attorney General; (1947), A.L.R. Vol. 2, p. 712, 713, 714.*

ד

ה

פסקי-דין של בתי-המשפט המחוזיים הא"י שהוזכרו:

[5] תי"פ 115/48 — היועץ המשפטי נגד מחמד מסעוד עבדאלוג: „המשפט“, כרך ג', תשי"ח/תשי"ט-1948, ע' 427, 436.

ו

פסקי-דין אנגליים שהוזכרו:

- [6] *Reg. v. Welsh; (1869), 11 Cox, C.C. 336, 338.*
- [7] *Reg. v. Selten; (1871), 11 Cox, C.C. 674, 675.*
- [8] *R. v. Lesbini; (1914), 3 K.B. 1116, 1120.*
- [9] *R. v. Thomas Alexander; (1913), 9 Cr. App. Rep. 139.*
- [10] *Bedder v. Director of Public Prosecutions; (1954), 38 Cr. App. Rep. 133, 141, 142.*

ז

השופט זילברג

- [11] *Mancini v. Director of Public Prosecutions*; (1941), 28 Cr. App. Rep. 65, 74.
 [12] *Holmes v. Director of Public Prosecutions*; (1946), A.C. 588, 598, 599, 600, 601.
 [13] *R. v. Maddy*; (1671), 84 E.R. 524.
 [14] *R. v. Pearson*; (1835), 2 Lew. C.C. 216; Digest 781, 8378.
 [15] *R. v. Kelly*; (1848), 2 Car. & Kir. 814; Digest 781, 8379.
 [16] *R. v. Rothwell*; (1871), 12 Cox, C.C. 145, 147.
 [17] *Kwaku Mensah v. The King*; (1946), A.C. 83, 93, 89.
 [18] *R. v. Hayward*; (1833), 172 E.R. 1188, 1189.
 [19] *Gauthier v. Director of Public Prosecutions*; (1943), 29 Cr. App. Rep. 113, 118, 119.

פסקי-דין אמריקניים שהוזכרו:

- [20] *People v. Golsh*; 63 Cal. App. 609; 219 P. 456.
 [21] *Bishop v. United States*; 107 Federal Reporter, 2nd Series, 297, 300, 302, 303.
 [23] *Hart v. United States*; (1942), 130 Federal Reporter, 2nd Series, 456, 458.

ערעור על פסק-דינו של בית-המשפט המחוזי, ירושלים (א) זיתקון, צ. ט. בקר, נש"א איס-תורנייס, והשופט מ. גולן), מיום 25.1.54, בתי"פ 91/53, לפיו זוכה המשיב מאשמת רצח על-פי סעיף 214 (ב) לפקודת החוק הפלילי, 1936, והורשע בהריגה על-פי סעיף 212 לפקודת החוק הפלילי, 1936, ונידון לשתיים עשרה שנות מאסר. הערעור נתקבל ברוב דעות כנגד דעתו החולקת של השופט זילברג.

גלקמן ו-הדיה — בשם המערער; תוסיה-כהן — בשם המשיב

פסק-דין

השופט זילברג: עיקרו של הערעור דנו טובב הולך סחור נקודה אחת. מאד מעניינת, והיא: מה שיעורו ומבחנו של הקנטור אשר בעטיו נהפך רצח להריגה, מכוח האמור בסעיף 216 (ב) לפקודת החוק הפלילי? האם מבחן זה טובייקטיבי הוא, המעלה בחשבון את סגולותיו ותכונותיו המיוחדות של הנאשם הנדון, או דילמא הוא מבחן אובייקטיבי, הבודק את המעשה לאור סגולותיו ותכונותיו של סתם בן-אדם, או — כפי שאומרים — של אדם סביר, עד כמה שאפשר לדבר על "סבירות" במי שהרג את הנפש הנר-מנקלטורה המקובלת היא: "סובייקטיבי" ו"אובייקטיבי", אך אלמלא נשתרשו מונחים אלה, הייתי מציע להמירם ב"אינדיבידואלי" ו"כללי", ויתכן כי הדבר היה מונע כמה מויכוחי-הסרק שנתעוררו בסוגיא חמורה זו, והיה מעמיד באור יותר בהיר, או פחות מסלף.

השופט זילברג

את עצם הבעיה היא, כי המלה „אובייקטיבי“ כבר מכילה בקרבה קסם ידוע — על שום המובנים האחרים שבה — והיא משפיעה שלא מדעת בהכרעת הברירה הנ"ל.

2. ואלה הן העובדות הצריכות לגופו של ענין:

2

א) המשיב, ברוך סגל, היה ידיד ורע למנוחה, מזל לוי. נערה ירושלמית בת שמונה-עשרה, שהכיר אותה במשך שנה וחצי, והתארס אתה כשלושה חדשים לפני מותה. ירחי הידידות והאירוסין היו מלאי עמל וכעס, תוכם לא היה רצוף אהבה, ומריבות ופיוסין, פיוסין ומריבות, היו מנת חלקם של הזוג כל אותם הימים. לא אחת ניתקו הצעירים כמעט כליל את היחסים שלהם — פעם הוא ברח מפניה, פעם היא עזבה אותו — אך בסופו של דבר היו הקרעים מתאחים ביניהם, ותקופה קצרה של אושר כיפרה על רוגז ממושך.

1

ב) וכה הלכה ונמשכה אהבה מסוכסכת זו עד הגיעה, לשיא או לשפל, ביום המעשה, הוא יום ה' 26 בפברואר 1953. הפרשה האחרונה, ראשיתה מצער ואחריתה טרגי מאד, החלה להתגולל יום אחד קודם לכן, בשעה חמש אחרי-הצהריים, עת ביקרה המנוחה אצל המשיב, לאחר שלא ראו זה את זה קרוב לשבועיים ימים. ידע המשיב והאמין, כי היא נסעה לבקר את קרוביה בסביבת תל-אביב, אך השלם לא יכול עם העובדה כי שהתה שם שנים-עשר ימים רצופים! הן הבטח הבטיחה לו, לפני נסעה ולאחר קטטה מן הקטטות, כי לא תיעדר מירושלים יותר מארבעה ימים. הוא שאל אותה לפשר הדבר, חקר ודרש והוכיח, ומתוך תשובותיה הבין, או דימה להבין, כי לבה כל עמו עוד, וכי חלה תמורה עמוקה בה וברגשותיה. היא לא הודתה בכך, בינתיים התשיך היום, והיא פנתה ללכת, היתה לה אותו ערב פגישה עם חברים וחברות במרכז העיר, — עם חברים ולא עם „חבר“ כפי שהוא חשד בה, לדבריה, חינום. הוא ביקש להצטרף אליה וללוותה למקום הראיון, תחילה הניאה אותו מכך, באמרה כי הדבר לא ינעם לו, ולבסוף הסכימה. הם נסעו איפוא לכיכר ציון, ירדו מן האוטובוס, טילו קמעה שלובי זרוע בכיכר, ועמדו והמהינו כאילו לבוא החברה.

7

7

הם עומדים ומחכים, והנה באה לקראתם, מכיוון מחנה-יהודה, מכונית משא צבאית. חוצה את הכיכר ונוטה שמאלה לרחוב הסולל. בו ברגע משאירה המנוחה את ארוסה עומד על עמדו, מפטירה כלפיו „שלום“ חטוף, ורצה אל עבר המכונית. עינו עוד קלטה מרחוק את התמונה, כשהיא עולה בכבש המכונית ונכנסת לתא הנהג, וכעבור כמה רגעים הוא (המשיב) מסתלק מן המקום והילך לביתו, נהג המכונית, כפי שהתברר לאחר מכן, היה החייל אייזיק, שהמנוחה הספיקה להכיר ולהתיידד אתו תוך שנים-עשר ימי היעדרותה מירושלים כנ"ל. הוכח גם, כי המנוחה עם אותו אייזיק בילו כל שעות הערב, עד 12.30 אחרי חצות, באחד הגנים הציבוריים של העיר.

7

7

השופט זילברג

ג) ובוזה הגענו למאורעות יום המעשה גופו. כאן עלינו יהיה להיכנס לתיאור כמה פרטים טפלים ותפלים, אשר כל טרגיותם היא בזה שלא נראו תפלים כלל בעיני הנפשות הפועלות. אחרי ליל נדודים ארוך נרגש ונרגז, הוא (המשיב) קם בבוקר, וחזמו מגיע ל-38 מעלות. הוא הולך למקום עבודתו, לא לעבוד אלא לקבל משכורת. אינו מקבל, חוזר הביתה ושוכב במיטה. בצהריים חוזרת אמו ממקום עבודתה היא, והוא מבקש ממנה לקרוא לארוסתו. "הייתי במתיחות, היתה לי חידה מה היה אתמול, ורציתי לדעת ממנה, ורציתי להירגע". בשעה 2.30 מופיעה המנוחה בלוויית אמו, וכעבור חצי שעה מסתלקת האם לשוק, והם נשארים לבדם. עתה הוא פותח בשיחה אתה, ושואל אותה: מה המצב. היא אומרת שהכל נגמר ביניהם, וכי עליו להשלים עם כך. אך הוא אינו משלים עם הגורל, או אינו מאמין כי אמנם כך הוא הגורל, ומתחיל להעטיר עליה דברי פיוס ותחנונים:

"מה חטאתי לך, מה פשעתי לך שאת מתנקמת בי בצורה הזאת. האם לא יכולת להגיד לי אתמול שיש לך חבר אחר, ולא לגרום לי אי-נעימות כזאת?"

והיא אינה זעה ואינה מתרככת. תחת להרגיע אותו במידת האפשר או לפחות, שלא לזרות מרח על פצעיו, היא מבקשת להיוודע ממנו, "איך החבר שלה (הכוונה לאייר זיק) מוצא חן בעיניו". ותוך פירוט רב היא מעבירה לנגד עיניו את כל שעות קורת-הרוח שטעמה באותם שנים עשר הימים. היא היתה בתל-אביב, היתה בנתניה והיתה גם בחיפה, הכל בחברת הידיד החדש שלה אייוק. אתו היא ערכה טיולים, אתו ביקרה בקברטים, וממנו למדה גם לעשן סיגריות! אך לא כגון אלו, הפשוטות שהוא, ברוך, מציע לה כרגע, אלא מן המין המשובח ביותר. וחשבון הנפש שהגיעה אליו מתוך נסיונה העשיר כביכול הוא:

"מאחר שהייתי בתל-אביב, ונוכחתי לדעת איזה חיים אפשר לעשות שם, החלטתי שלא להיות טיפשה להינשא לך."

שיחה זו שהיתה ברובה מזנולוג, ארכה כשעה וחצי, ובראותה כי אין הוא מתרגז די הצורך, היא פצחה שיר, והחלה להפגין לפניו תנועות גוף והעויות פנים, בליווי זקצב של שירי ג'ז, ובלכסנה מבטים אליו לראות כיצד משיפע עליו הדבר.

וכאן בא הסוף הטרגי, ובצורה הברוטלית ביותר, תוך כדי "ריקודים" אלה, שהיוו לדעת שופטי הרוב את שיא פסגת הקנטור. הוא התנפל עליה והתחיל לחנקת, עוד הספיקה להוציא מפיה את המלים: "ברוך, אני אוהבת אותך, אני לא אעזוב אותך", אך הוא לא הרפה ממנה והמשיך ללחוץ על צווארה עד שנדם קולה. נראה היה לו שהיא מתה. והוא גורר אותה לתוך חדר המקלחת ועומד לנעול עליה את הדלת. והנה הוא שומע פתאום אנתה עולה מפיה — היא חיה איפוא! — והוא

השופט זילברג

בועט בה בכך בעל, הולך או רץ להדרו, מוציא פגיון מן המגירה, חוזר אליה, ודוקר אותה 13 דקות בגופה ובפניה. עתה אין ספק עוד: המעשה הושלם, הנערה מתה.

כזה הוא רקע העובדות והעובדות גופן, כפי שנקבעו בחלקן המכריע מפי המשיב גופו אשר בית-המשפט התייחס באמון לדבריו.

א

3. המשיב הובא לדין בפני בית-המשפט המחוזי, ירושלים, כשכתב-האישום מאשימו בעבירה על סעיף 214 (ב) לפקודת החוק הפלילי, הוא לא הכחיש את עצם הריגת ארוסתו — למעשה כבר הודה בכך למחרת היום, במכתבו אל המשטרה — וטענתו היחידה של סניגורו היתה, כי הוא הרג אותה עקב קנטור במובן סעיף 216 (ב) של החוק, השופטים המלומדים נחלקו בדעותיהם: הנשיא-התורן בקר סבר, כי אין ממש בטענה זו, והמעשה הוא רצח, ואילו חבריו המלומדים, הנשיא-התורן ד"ר ויתקון והשופט גולן, הגיעו לכלל דעה, כי אכן היו כאן (או: שחא היו כאן) מעשי קנטור מצד הקרבן במובן סעיף 216 (ב) הנ"ל.

ב

ג

4. חילוקי הדעות שבין השופטים המלומדים נגעו בכמה נקודות, אך מכיון שכלל גדול בדין, כי אין בית-המשפט לערעורים נוטה לסתור את ממצאיו העובדתיים של בית-המשפט אשר דן בענין, הרי הבקעה היחידה שהניחו לנו מקום להתגדר בו היא בתחומי השאלות המשפטיות — שאלות "דבר הלכה" במובן הרחב — שהיו שנויות במחלוקת ביניהם, עדיין לא אקבע מסמכות בדבר, אילו מהן נמנות עם הסוג הראשון, ואילו — עם הסוג האחר, רון, אציין רק לעת עתה כי אחת מהן, התשובה ביותר, היא ודאי שאלה משפטיות, היינו: שאלת מבחנה הסובייקטיבי או האובייקטיבי של מעשה הקנטור, הנשיא-התורן, השופט המלומד ד"ר ויתקון, הביע את דעתו בפירוש לטובת המבחן הסובייקטיבי: השופט המלומד גולן הצטרף, אם כי לא במלים מפורשות כל כך, לדעתו של ד"ר ויתקון; ואילו הנשיא-התורן, השופט המלומד בקר, הכריע במלים ברורות לטובת המבחן האובייקטיבי, העובדה כי כל שלושת השופטים המלומדים נתנו את דעתם על שאלה זו, ועשו אותה, כל אחד על-פי דרכו, יחד ופינה למסקנות שהגיעו אליהן, — עובדה זו מגלה לנו השקפה אחת משותפת לכולם, והיא: כי מבחינה אובייקטיבית לא היה במעשי המנוחה ודיבוריה משום קנטור במובן סעיף 216 (ב), דבר זה מוציא מתחומי שאלה זו כל ספק עובדתי, ועושה אותה לשאלה משפטית טהורה במלוא מובן המלה.

ד

ה

ו

5. כתוצאה מחילוקי הדעות הללו הורשע המשיב, ברוב דעות, בעבירת הריגה על-פי סעיף 212 ונדון ל-12 שנות מאסר, ועל פסק-דין זה מערער היועץ המשפטי לפנינו, בא-כוח המערער תומך עקרונית בפסק-דינו של המיעוט, ועתירותיו הן: לחזור ולהמיר הריגה ברצח, ולהרשיע את המשיב בעבירה על סעיף 214 (ב), שדינה מאסר עולם, ולא פחות מזה, או — אלטרנטיבית — להחמיר בענשו של המשיב, ולהגדיל את תקופת המאסר שלו, נוכח האכזריות הגדולה שגילה בביצוע התריגה.

ז

השופט זילברג

6. שאלת מבחנו הסובייקטיבי או האובייקטיבי של הקנטור היא שאלה עתיקה יומין. כבר התחבטו והתלבטו בה גדולי הפוסקים בדורות עברו. ועדיין מתלבטים בה הכמ"מ המשי-פט עד היום הזה. השאלה כשלעצמה אינה מסובכת ביותר, ואם הצלחנו לקלוף מעליה את הקליפות הזרות שצמחו סביבה, הרי היא מצטמצמת בסופו של דבר לשאלה של עדיפות בלבד. כל אחד משני המבחנים הללו מצטיין בסגולה שאינה מצויה אצל חברו: המבחן האובייקטיבי הוא יותר מוצק, המבחן הסובייקטיבי הוא יותר גמיש; זה יותר ברור, וזה יותר מברר. — והשאלה היא: הי מיניה עדיף?

ואם אמנם זהו ניסוחו הנכון, הרי עצם העמדת השאלה כבר מקפלת בתוכה לכאורה, את התשובה לשאלה. אין השופט המודרני חושש מפני פרובלמטיקה משפטית, ואין הוא נרתע מהיכנס, לעת הצורך, בעבי הקורה של הענין. הדבר השנוא עליו ביותר הוא סכוי מטיח ושיגרה. — אותה מיטת סדום קבועה, מוצקה, סטנדרטית, המסמלת — כידוע לנו מפי האגדה — את מושגי הצדק והיושר של אנשי סדום ושופטיה בימי אברהם אבינו עליו השלום.

בשים לב לעובדה זו מותר היה לנו להניח, כי היודיקטורה האנגלית, המצטיינת בחי-בד מיוחדת לבדיקת פרטיו האינדיבידואליים של המקרה — יעידו על כך המלים: "במסירת בות הענין הנוכחי, המצויות כמעט בכל פסק-דין אנגלי — דוקא היא, יותר מכל שיטת משפט אחרת, תדגול ברעיון המבחן הסובייקטיבי גם לגבי שאלת הקנטור. ולא כן קרה הדבר, כפי שנראה להלן. ומה גרם לכך? גרמה לכך חיבה אחרת, לא פחות עמוקה, שהשופטים האנגליים רוחשים למושג "האדם הסביר", ה"reasonable man", אשר קנה לו שביחה מכובדת למדי בכל ענפי המשפט האנגלי.

7. הבה נראה כיצד התפתחה ההלכה הזוהי ביודיקטורה האנגלית. היא התפתחה קמעא קמעא, עקב בצד אגודל, תחילה כמעין אימרת-אגב, ואחר — ביתר הדגשה ובבהירות גוברת והולכת, במשך 80—90 השנים האחרונות. לראשונה הובע הרעיון, בשמו המפורש, במשפט המלכה נגד וולש (6), Reg. v. Welsh; (1869), 11 Cox, C.C. 336.

שם דקר אדם את חברו למוות על לא דבר ממש: הנדקר (כפי שהעידו העדים) לא תקף, לא היכה, לא פגע, להיפך: הוא היה מן הנעלבים ואינן עולבין, אלא שלהותו הגדולה הוא זכה קודם לכן במשפט שהוגש נגדו ע"י הדוקר, ודבר זה העלה כנראה את חמתו של הדוקר. ובהזדמנות זו קבע השופט הדורש לפני המושבעים הלכה עקרונית בזה הלשון:

"השאלה היא, איפוא, ראשית: אם ישנה עדות על קנטור העלול להפי-חית את הפשע מרצח להריגה; ואם תמצי לומר: כן, על חבר-המושבעים יהא להחליט, אם הקנטור הגיע עד כדי כך, שאפשר לראות את המעשה כתוצאה מסערת יצרים הנובעת, בדרך הטבע, מן הקנטור, ועשויה להתעורר (עליידו) בלבו של אדם סביר ואם אמנם מכפר החוק על חולשת הטבע האנושי, אין פירושו של דבר כי אדם אשר, ללא קנטור מספיק, תר אחרי לבו הרע ואינו כובש את יצרו מעשה הרצח שנעשה בכוונה תחת השפעת היצר ההוא, נסלח לו, או יורד לדרגת הריגה בלבד. החוק משווה

השופט זילברג

לנגד עיניו את האדם הסביר, ודורש כי הקנטור יהא מן הסוג העלול להש-
פיע על אדם כזה לעשות, בעינא דריתחא, את המעשה שעשה." (ע)
338, (6).

- א עברו שנתיים ימים ושוב נתעוררה שאלת השיעור "החוקי" של הקנטור, ויחסו אל
חולשת הטבע האנושי וכפרחה. אך הפעם לא נזקקו במפורש למבחן האדם הסביר, והאב-
חנה נעשתה תוך אספקלריא שונה לכאורה, היינו: מה היתה כמוהו ומשקלו של הקנטור.
כוונתי למשפט המלכה נגד סלטן, (7) 11 Cox, C.C. 674 (1871), Reg. v. Selten.
המדובר היה שם באדם שהוכה, תוך כדי קטטה, ע"י חברו, וכעבור עשר דקות, לאחר
שהדיכויים כאילו השלימו ביניהם, רדף המוכה אחרי המכה והרגו בדקירות סכין. השאלה
ב היתה, אם המכה שהוכה הגאשם לראשונה היה בה משום קנטור או לא, וכה אמר השופט
הנן (Hannen) בסיכומו אל חברי-המושבעים:

"החוק, בהתחשבו עם חולשת הטבע האנושי, מתיר הבאת ראיה לאותו
קנטור המסוגל להוציא אדם משיווי המשקל שלו, כדי להראות כי עשה את
המעשה בעודו נתון להשפעת הרוגו הרגעי, וע"י כך לשלול את מציאות
הכוונה הרעה (malice), שהיא יסוד מוסד לעבירת הרצח. צריך שלא יהא
זה קנטור קל, הוא חייב להיות קנטור חמור." (ע) 675, (7)

- ד הביטויים "קל וכבד" או "קל וחמור" אינם אומרים, כשהם לעצמם, כלום. חייבים אנו
להוסיף עליהם את המלים: בעיני השופט או חברי-המושבעים. ואם השופט וחברי-המושבעי
עים הם, כפי שמקובל לחשוב, נציגו המובהק של האדם הסביר, הרי שמבחן אחרון זה
הוא כמעט זהה עם המבחן שנקבע במשפט וולנע, (6) הנ"ל.
- ה 8. קרנו של האדם הסביר עלתה, במודגש ובמפורש, בתחילת המאה הנוכחית, וביטוי
ברור ביותר מצא לו רעיון זה בפסק-הדין של בית-המשפט לערעורים בענין לסביני
(8) R. v. Lesbini; (1914), 3 K.B. 1116. זו היא עד כמה שידוע לי, הפעם הראשונה
בה דחה בית-המשפט, בגזירת הכתוב של עקרון "הסבירות", חוות דעת רפואית אשר
העידה על מצב נפשו המיוחד, ה"בלתי סביר", של האדם הנדון. לסביני הרג את העלמה
עליסה סטורי תוך התפרצות זעם פתאומית, ביריה מאקדח שקיבל לשם משחק קליעה
מדיה היא, לאחר שהמנוחה, כמה רגעים קודם לכן, הקניטה אותו בהערה לגלגנית, או
הערה שנראתה לו כלגלגנית ומעליבה, העידו רופאים, כי לסביני זה הוא "בעל מוג חם
ורגשני, עם מעצורי נפש לקויים וחוסר שיווי משקל רוחני", והיה מקום לשקול — וכן
נתבקש בית-המשפט — אם נוכח תכונות בלתי רגילות אלה אצל לסביני היה במעשה
העלמה ההיא משום קנטור או לא. בית-המשפט לערעורים דחה את הטענה הזאת, ואישר
א את פסק-דין המוות של הערכאה הראשונה, וכה אמר זקן השופטים, הלורד רדינג
(Reading) ב"ע' 1120, (8):

השופט זילברג

„מהות הטענה (של בא־כוח לסביני) היא, כי בית־המשפט חייב להכיר בדרגות שונות בכשרם הרוחני של הגדונים לפניו, ואם כשרו הרוחני של זה פחות מכשרו הרוחני של זה, הרי זו הגנה מספקת הראויה להתקבל, אם הקנטור כלפי ההוא (הראשון) גורם בפועל ממש לאבדן השליטה העצמית שלו, אף על פי שבמקום אחר לא תהא זו הגנה מספקת, על שאין זה קנטור הראוי להשפיע על רוחו של אדם סביר. אנו מסכימים לפסק־דינו של השופט דרלינג (Darling) במשפט המלך נגד אלכסנדר ; (1913), (9), ולעקרונות שהוזכרו במשפט המלכה נגד וולט, (6). מקום בו נאמר כי „מן הצורך שתהא מצויה שם כמות של קנטור העשויה, במסיבות הענין, להרגיז לבו של אדם סביר, עד שחבר־המושבעים יונע לייחס את המעשה אל השפעת ההתרגשות ההיא, לפיכך אין אנו רואים לחלוק אף במשהו על העקרון לפיו נדון משפט זה. אדרבא, אנו רואים אותו כנכון בהחלט. בית־משפט זה, ודאי, לא יתא נוסה לעלות על דרך המחלישה באיזו מידה שהיא את עקרון החוק, כי אדם, חוץ מבלתי שפוי, אחראי על־פי דין לתוצאות הרגילות של מעשיו.“

פסוק אחרון זה, עם כל הכבוד לשופט הגדול, מכניס קטורת זרה כל שהיא להיכל ההלכה ההיא, שהרי ה„פריבילגיה“ של קנטור אינה מתפרנסת דוקא מחוסר ראיית הנולד של העבריין.

9. מסביב לתקופה ההיא ניתנו עוד אי אלה פסקי־דין, המביעים בפירוש או מכללא את הרעיון ההוא, אך לא נתעכב במיוחד עליהם, אלא נעבור לתקופתנו אנו, 15 השנים האחרונות, בהן סמך בית־הלורדים סופית את ידו על ההלכה הנל. בתקופה זו הושלמה התפתחותו של המבחן האובייקטיבי, ואתו האדם הסביר ; הוא היה ל„אדם רגיל“, ל„אדם נורמלי“, וכסופו של דבר הפך מעין יצור „שלם ומושלם“, שלם ברוחו, שלם בגופו, בכל רמיה איבריו ושסיה גידיו, כפי שהוא מופיע. כיום לעינינו לאור פסק־הדין בענין בדר (Bedder), (10), שניתן ע"י בית־הלורדים לפני כששה חדשים, פסק־דין אחרון זה הוא תמזה ביותר, ועוד נייחד את הדיבור עליו. המסקנה הקיצונית שבו היא, לדעתנו, חרב פיפיות, העלולה להפוך על פיה את כל קצרת המבחן האובייקטיבי, שהשתרש ביודיקטורה האנגלית כנל.

10. נדון בפסקי־דין חדישים אלה כסדרם, ונפתח בפסקי־הדין הנודע, שניתן ע"י בית־הלורדים בענין Mancini v. Director of Public Prosecutions; (1941), (11), Cr. App. Rep. 65, 28. אין צורך לנו לתאר כאן את פרטי הענין, ואני אצטט רק את ההלכה העקרונית שנקבעה שם ע"י הלורד צ'נסלור, וזה לשונה :

„לא כל דבר הוא קנטור אשר יוריד את פשע הרצח לדרגת הריגת הקנטור, כדי לפעול כך, צריך שיהא קנטור השולל מאת המוקנט זמנית את כוח השליטה העצמית, וכתוצאה מכך הוא מבצע את המעשה הבלתי חוקי

הנאפט זילברג

הגורם מוות המבחן שיש לנקוט בו הוא מבחן השפעתו של הקנטור על אדם סביר, כפי שנקבע ע"י בית-הלורדים, נאמרו דברים המרימים את הלוט במקצת מעל אישיותו האנונימית של האדם הסביר, ומגלים ע"י כך את חולשת כל הבינוי הלו. בדרך כלל, הנוסחה המקובלת בעת השימוש במבחן האובייקטיבי היא בערך כך: שקלו, אתם המושבעים, או: הבה נשקול, אנחנו השופטים, כיצד היה מתנהג כאן אדם סביר, ואם אף הוא היה מגיב על הקנטור שלפנינו כדרך שהגיב עליו בעל המעשה, אין נותנים סימנים בהתנהגותו של האדם הסביר, ואין מנסים להגדיר את סוג הקנטור, אשר האדם הסביר מגיב או אינו מגיב עליו, ואילו במשפט הולמס, (12), נעשה נסיון מצידו זה, לגבי ה"סוג" של קנטור דברים, כפי שנראה להלן.

א

11. ובפסק-דין אחר, בעניין הולמס; *Holmes v. Director of Public Prosecutions*; (12), A.C. 588 (1946), אף הוא ע"י בית-הלורדים, נאמרו דברים המרימים את הלוט במקצת מעל אישיותו האנונימית של האדם הסביר, ומגלים ע"י כך את חולשת כל הבינוי הלו. בדרך כלל, הנוסחה המקובלת בעת השימוש במבחן האובייקטיבי היא בערך כך: שקלו, אתם המושבעים, או: הבה נשקול, אנחנו השופטים, כיצד היה מתנהג כאן אדם סביר, ואם אף הוא היה מגיב על הקנטור שלפנינו כדרך שהגיב עליו בעל המעשה, אין נותנים סימנים בהתנהגותו של האדם הסביר, ואין מנסים להגדיר את סוג הקנטור, אשר האדם הסביר מגיב או אינו מגיב עליו, ואילו במשפט הולמס, (12), נעשה נסיון מצידו זה, לגבי ה"סוג" של קנטור דברים, כפי שנראה להלן.

ב

ג

מעשה היה שם באדם שהרג את אשתו. הוא היכה אותה בפטיש על ראשה, אך החבלה שגרמה למותה, ה"מכה בפטיש", היתה חניקה בידים. קדמה לכך מריבה שפרצה בין הזוג באמצע הלילה, הוא חשד בה שהיא משרכת דרכיה, למעשה אף הוא לא היה נקי מעוונות כאלה, ובסופו של דבר היא הטיחה כלפיו את המלים: "ובכן, אם זה עלול להקל על רוהך, — אני בגדתי בך!". בשמעו את הודויו הזה, הוא, לטענתו, איבד את עשתונותו ועשה מה שעשה.

ד

הנה מודעת זאת, כי לפי המשפט המקובל האנגלי, מאז פסק-הדין שניתן בשנת 1671 בעניין מאדדי, (13), בעל שחפס את אשתו בקלקלתה והרג אותה, אינו "רוצח" אלא "הורג" בלבד, (15), (1848); *R. v. Kelly*; (14), (1835); *R. v. Pearson*; (13), (1671); *R. v. Maddy*. נתעוררה איפוא השאלה, אם ההלכה היא משתרעת גם על הודאה בבגידה, ואם תמצי לומר: לא, — אם הודאה זו, במסיבות הענין של הולמס, (12), היה בה משום קנטור במובן החוק, או לא. הענין הגיע לבית-הלורדים בטענה, כי ההוראות שניתנו לחבר-המושבעים לא נוסחו כהלכה, ויהלורד טיימון, לאחר שדחה את ההיקש מבגידה על הודאת בגידה, ממשיך ואומר, ב"ש" 598, 599, (12):

ה

ו

"ובזה באתי אל השאלה אם, דברים בעלמא' יכולים אי פעם להיחשב כמקנטרים אדם סביר, כדי להפחית עד לדרגת הריגה את פשע הרצח שבוצע בדובר כתוצאה מקנטור דברים שכזה התכדל לעומת קנטור ע"י תקיפה פיסית הוא גלוי לעין, מכת עלולה, לפעמים, להמריץ אדם בעל תבונה וריסון רגילים, להשיב פתע לתוקף כגמולו, אך הפתגם מלמדנו כי מלה קשה לא תשבור עצם, והחוק מצפה מאת האדם הסביר, שיהא שומע חרפתו ואינו משיב באלמות קטלנית."

ז

השופט זילברג

ולמטה מן הענין דן הלורד המלומד בשאלה, אם אין למצוא הבדל כל שהוא בין מלים ערטילאיות גרידא לבין דברים בעלי תוכן אינפורמטיבי, המודיעים לקולטם על מעשה שהיה ברוח זו — כך הוא ממשיך — יש להבין את הדברים שנאמרו ע"י השופט בלקבורן במשפט המלכה נגד רותוול, (16), 147, 145, 12 Cox C.C. (1871); Reg. v. Rothwell:

„הכלל הוא, כי אין קנטור דברים מפחית רצח להריגה, אך במסיבות מיוחדות יתכן שתהא לו השפעה שכזאת; למשל: אם בעל שומע פתאום מאשתו כי בגדה בו, ולו לא נודע הדבר מתמול שלשום, והוא קם עליה ורוצחה נפש, יתכן שתהא זו הריגה.“

אך הוא גופו, הלורד טיימון, אין דעתו נוחה מסברה זו, ואומר כי:

„הודאה פתאומית בבגידה ותו לא, לא תהווה לעולם קנטור מן הסוג העלול להפחית רצח להריגה. האימרה שיוחסה ל-בלקבורן, וכן פסקי-הדין ההולכים כגראה בעקבותיה, אין לראותם כהלכה נכונה עוד“ (שם, (12), ע' 600).

ועם סיום פסקי-הדין משמיע לנו השופט המלומד את הדברים הבאים, אשר, בהתחברם יחד עם מה שנאמר קודם לכן, מהווים כמעט „שטר ושוברו בצדו“:

„ולכסוף ברצוני להעיר שתי הערות: האחת היא, כי השימוש בעקרו-נות המשפט המקובל לגבי ענינים כאלה, חייב להיות מווסת, עד לשעור מסויים, ע"י התפתחות חיי החברה. למשל: הדוגמה שניתנה ע"י בלק-סטון היא: כי אם אדם מושך באפו של חברו, וזה חובל בתוקף חבלה שסופה מוות, לא יהא זה אלא הריגה, — דוגמה זו מביעה אולי את ההרגשה הטבעית של דורות עברו, אך מסופקני מאד אם בימינו אלה יהא מקום להשקפה שכזאת. הפגיעה בכבוד עקב תקיפה פיזית קלה, יתכן ויש-תנה ערכה עם תמורות העתים, כיוצא בזה, קל לתאר לעצמנו, לפחות בימינו אלה, מלים בעלות אופי נקלה, המסוגלות לשלול מאדם סביר את השליטה העצמית שלו, יותר אפילו מאשר אלימות פיזית. אך מאידך גיסא, ככל אשר החברה מתקדמת והולכת, כן עליה לדרוש מידת ריסון יותר גבוהה בכל מקרה ומקרה“ (שם, (12), ע' 600, 601).

מה הוא „מוסר השכל“ העולה מכל זה? הנה אומר: כי המבחן האובייקטיבי של האדם הסביר אף הוא אינו אובייקטיבי כל כך, וכי גם זה אינו מראה תמיד איהו מקומו של „הקנטור החוקי“. ואם כך הוא הדבר, אם הציווי לשופט הוא: „פוק תוי מאי עמא דבר“ — צא וראה מה העם נוהג, נוהג כיום הזה — כלום רב עודנו המרחק בין המבחן האובייקטיבי השליט לבין המבחן הסובייקטיבי של האסכולה הנוגדת? נראה לי, שלא.

השופט זילברג

זכר לדבר, כי גם התנהגותו המשוערת של האדם הסביר אינה סטנדרדית, אפילו באותן מסיבות ממש, ואפילו תוך תחומי תקופה אחת, מוצאים אנו בפסק-דין אנגלי שניתן כשמונה חדשים קודם לכן, ע"י המועצה הפרטית של המלך, בערעור שהוגש לפניו על פסק-דינו של בית-המשפט לערעורים אשר באפריקה המערבית. פסק-הדין ניתן בערעור קוואקו מנסה (17), Kwaku Mensah v. The King; (1946), A.C. 83. המערער היה בן כפר אחד, בחוף הזהב, שרצה את חברו, ובעקבות הערעור נתעוררה שאלת הקנטור. השאלה היא אמנם — כך אומרים הלורדים שם — אם הקנטור הגדון הוא "קנטור העלול לשלול מאת אדם רגיל את השליטה העצמית שלו", אך מבחן זה גופו יש להעבירו דרך המנסרה של "כפרי מערב-אפריקאי רגיל" (ראה שם, (17), ב"נ' 93 למטה). ואם "האדם הרגיל" אינו אלא גלגולו המודרני של "האדם הסביר", או השם הנרדף שלו, הרי לפנינו יחסיות ושוני תוך תוכה של ההתנהגות הסבירה.

12. ובוה הגענו אל פסק-הדין האחרון והחדש ביותר שניתן על-ידי בית-הלורדים, הלא הוא פסק-הדין בענין בדר (1954), Bedder v. Director of Public Prosecutions; (1954), 38 Cr. App. Rep. 133. זהו פסק-דין מעניין ביותר, כי אליבא דכולי עלמא נאמרה כאן מלה חדשה, העתידה עוד להדריך — או: להדריך מנוחה — את בתי-המשפט באנגליה.

מעשה שהיה כך היה:

צעיר בן 18, נטול כוח גברא — דבר שדיכא את רוחו מאד — ניסה לקיים יחסי מין עם זונה, ולא הצליח. היא לעגה לו על כשלונו ופנתה ללכת. הוא ניסה למנוע בעדה, ואז היא סטרה על לחיו ובעטה במבושיו. בתגובה על כך הוא הוציא סכין מכיסו, דקר אותה פעמיים והרג אותה.

טענתו בבית-המשפט היתה קנטור, ולא קנטור רגיל עקב מלות גנאי ופגיעה גופנית בעלמא, אלא קנטור נוקב ויורד עד תהום הנפש, כשים לב למום שלקה בו ולרגישותו המיוחדת בנקודה כאובה זו. הצעיר (בדר) נידון למוות, גור-דינו אשר בבית-המשפט לערעורים, והענין הועלה לפני בית-הלורדים, בעקבות הטענה כי חברי-המושבעים לא קיבל מן השופט את ההוראה הנאותה, והרי מה שנאמר שם, (10), מפי הלורד צ'נסלור:

"רבותי הלורדים, נוכח אסמכתה זו (הכוונה לדברים שנאמרו במשפטי מנצ'יני, (11), לסביני, (8), ו-הולמס, (12)), המחזיקים כזכור לנו בקנה המידה של האדם הסביר, הלום לא אוכל מה הוראה אחרת, שונה מזו, יכלה להינתן כאן ע"י השופט המלומד לחברי-המושבעים, טענת ב"כ המערער, כפי שתפסתי, תיה, היא כי חברי-המושבעים, בשקלו את תגובת האדם הסביר ההיפותטי על מעשי קנטור, חייב לא רק להעמיד אותו באותן המסיבות בהן מצוי היה הנאשם, אלא חייב גם להכתיר אותו בסגולותיו האישיות, הפיטיות, של הנא-

השופט זילברג

שם. הפרקליט המלומד שטען בכשרון רב לפנינו לא העז כנראה לומר, כי צריך להכתיר אותו בתכונות הנפש והחזק המפלים את הנאשם מן האדם הסביר: כי טענה זו היתה נוגדת במישרין את הפיסקה שציטטתי מתוך ההחלטה שניתנה ע"י הבית לא מכבר בענין חנצ'יני (11). ואולם הוא הפציר וטען, כי את האדם הסביר יש להלביש במחלצות התכונות הפיסיות המיוחדות של הנאשם. במקרה דנן: תכונת החולשה המינית, והשאלה לשאול (את חבר-המושבעים) היתה: כיצד היה מגיב כאן אדם סביר, שהנו נטול כוח גברא? — לטענה זו לא מצאתי כל אסמכתא; גם נבצר ממני לראות את ההגיון שבה. היא זה בלתי הגיוני בהחלט: שלא לראות במזגו הרגיש או הקוטטני הבלתי רגיל של הנאשם דבר שצריך לקחתו בחשבון, ואף על פי כן לראות דבר כזה באיזו תכונה פיסית בלתי רגילה, תהא זו חולשה מינית או משהו אחר. יתר על כן: התכונה המוצעת נראית לי מתעלמת מן העובדה היסודית, כי מזגו של אדם, אשר בעטיו הוא מגיב כך וכך על מעשי קנטור, הנו הוא גופו, או יכול להיות הוא גופו, מושפע מאיזה שהוא מום פיסית, אכן נשגב הוא מבינתו, או מבינת חבר-מושבעים, לתפוס, כי מן המזג מותר להתעלם, אך מום פיסית חייב להילקח בחשבון.

טענו לפניכם, כב' הלורדים, כי את האדם הסביר ההיפותטי יש להעמיד פנים אל פנים עם כל אותן המסיבות, מולן עמד הנאשם, וכי אין זה יכול להיעשות בהגיונות, אלא אם כן הלבשנו אותו בתכונותיו המיוחדות של הנאשם. אבל דבר זה יעשה את המבחן הבל. מטרתו (של המבחן) היא, להזמין את חבר-המושבעים לבחון את מעשה הנאשם מתוך השוואה עם אמת-מידה ידועה, או נורמה, של התנהגות, ולשם כך הזעיקו את האדם הסביר, או הבינוני, או הרגיל, ואם שוללים מן האדם הסביר את התכונה שלו, כולה או מקצתה, או מעניקים לאדם הרגיל תכונות בלתי רגילות, המבחן נעשה חסר ערך. זהו בדיוק השיקול אשר הניע את הבית במשפט חנצ'יני (11), לומר, כי אדם רגיש או קוטטני במידה בלתי רגילה, אינו זכאי להסתמך על קנטור שלא היה מניע אדם רגיל לפעול כמו שהוא פעל. דעתי היא, איפוא, כי צדק בית-המשפט לערעורים, באשרו את ההוראה שניתנה לחבר-המושבעים ע"י השופט המלומד, וערעור זה סופו להיכשל.

(10), (11), ע' 141-142.

פסק-הדין בענין בדר, (10), הוא ה- dernier cri של תורת המבחן האובייקטיבי, והוא מותח עד קצה הגבול, ועד בכלל, את השימוש בקנה-המידה הסטנדרדי של האדם הסביר או הרגיל. אבל דוקא פסק-דין זה והרברים שנאמרו בו ממציאים לנו ארגומנטים חזקים מאד נגד המבחן האובייקטיבי כולו. התוצאה שהגיעו אליה במשפט זהו היא, בכל הכבוד, וכנראה בעליל, תמוהה ומזוהה עד למאד. אם אמנם נכון הדבר כי בדר זה, עקב לעגה ובעיטותיה של הזונה, בצירוף המום הפיסי שלו, הגיע לדרגת התרגזות אשר, מבחינת האינטנסיביות העצומה, לא נמצאה חסרה, מדוע לא ייהגה מן הכפרה שהחוק מעניק

השופט זילברג

ל"הולשת הטבע האנושי", ומדוע לא יתפך אף הוא מרוצח להורג? האומנם חייב הוא לעלות לגרדום רק בשל החולשה המינית שלו? ! הגע בעצמך: נניח כי המום הפיסי של הנאשם הוא לא חולשה מינית, אלא רגל פודגריה וכואבת, והמנוח בעט לו דוקא ברגל חולה זו, — האם חייבים אנו להתעלם גם מן המום הפיסי הזה, וכלום עלינו יהיה לשקול את ערכה ה"קנטורי" של הבעיטה מתוך השוואה עם הקנטור שהיה נגרם, או לא נגרם, אילו הרגל הנפגעת היתה רגלו הבריאה של אדם בריא ו"רגיל"? ברור, שלא! ואם כן, מה לי זה מה לי זה, ובמה נבדל מומו של בדר ממומו של חולה הפודגרא הנטא? זה וזה גרמו לתחושת כאב מוגברת אצל הנאשם כלפי פגיעה מסויימת, וזה וזה ראויים להישקל, בבואנו לבדוק את עצמת הקנטור שלו.

גם אם לא נוזז אף כמלוא נימה מן הגירסה שנתחדשה ונתקדשה במשפט מוצ'יני (11), כי "אדם רגיש או קוטטני במידה בלתי רגילה, אינו זכאי להסתמך וכו'", עדיין לא נבוא בהכרח אל המסקנה שהגיעו אליה במשפט בדר (10), הנ"ל. אנשים מסוגו של בדר או חולה הפודגרא שלנו, אינם "רגישים" במידה בלתי רגילה עקב המחלה שלהם, הם כואבים במידה בלתי רגילה בנקודה מסויימת, רוחנית או גופנית, וכאשר הפגיעה פוגעת בנקודה זו דוקא, גם תגובתם הבלתי רגילה אינה אלא תוצאה "רגילה" של הכאב המוגבר שלהם.

13. ואולם ריב לנו עם המבחן האובייקטיבי של האדם הסביר, או הרגיל וכו', לא רק בשל התוצאה הקיצונית שהגיעו אליה תוך הסתמכות עליו כנ"ל. התוצאה הקיצונית שהסיקו ממנו במשפט בדר (10), ודאי אינה עשויה לקרב את הלבבות אל המבחן הנ"ל, אך מקום התורפה הוא בעצם, לא בנוף אלא בגזע, — בעיקר עיקריה של כל התורה ההיא כולה, בין הדברים שנאמרו במשפט הנ"ל שמענו ארגומנט אחד, כבד משקל, והוא: כיצד נבחין, או מדוע נבחין, בין רגישות בלתי רגילה שהנה תכונה "מזגית" של הנאשם, לבין רגישות בלתי רגילה אשר מקורה נעוץ באיזה שהוא מום פיסי שלו. הן עובדה יסודית היא זו — כלשון הלורד צ'נסלור הנכבד — "כי מזגו של אדם, אשר בעטיו הוא מגיב כך וכך על מעשי קנטור, הנו הוא גופו, או יכול להיות הוא גופו, מושפע מאיזה שהוא מום פיסי", ואם, בגזירת הכתוב של הלכת מוצ'יני (11), אין אנו מתחשבים עם הרגישות הבלתי רגילה כשהיא "מזגית", הנבוא להתחשב בה כהיותה תולדה של מום פיסי?

ואמנם האמת ניתנה להיאמר, כי כאשר הרגישות הבלתי רגילה היא כללית, ולא "מאוחרת" (localized בלע"ז) בנקודה כאובה מסויימת כמו בענין בדר (10), ודכוותיה, לא זו בלבד שאין טעם להפלות בין השתים הללו, אלא גם אין כמעט כל אפשרות להבחין ביניהן, ברוב המקרים, ואולי ברוב המקריע שבהם, לא יהיו בידינו הכלים הדרושים לקביעת הריאגנוזה הנכונה. מי המומחה אשר יצלול לנבכי נשמתו של הפושע, לדלות משם את הפקעת הפטיכו-פיסית שהסתבכה אולי בשחר ילדותו? "כלום יש תחומים במעיים", כפי שאמרו חז"ל, והאם אין ישותנו כולה פקעת שכזאת? היא אשר היא על התפיסה הפילוסופית — ה"אידיאליסטית" או ה"מטריאליסטית", ה"מוניסטית" או ה"פלורליסטית" — של החומר והרוח, הרי בעולם המציאות של התחושות והרפלקסים ודאי שיש "העבר-

השאפט זילברג

זה" או "תחבורה" ביניהם, והחזרת פניו של האדם הנבהל או הסקרציה המוגברת של בלוטת האדרינאל "בשעת חירום" יוכיחו! והתעבורה בין שני הדבקים אינה "תדר-סטריט", אלא מהכא לתתם ומתתם להכא, כידוע לכל בר בי רב.

צדק איפוא, בכל הכבוד, הלווד צינטלור המלומד, במשפט בדר, (10), באמרו כי אין לעשות פדות בין זו לזו, וכי מן הדין הוא כי דין אחד יהיה לשניהן. אך מה הוא הדין האחד הזה? נראה לי, כי הדין האחד חייב להיות: לא שלא נתחשב ברגישות האינדיבידואלית של הנאשם כאף אחד משני המקרים, אלא שחשב נתחשב בה בכל אחד מהם, וכי המבחן הסובייקטיבי, האינדיבידואלי, השוקל כל פרטי הענין הקונקרטי הנדון, יתא קובע את גורלו של הנאשם.

14. אבאר את דברי. נראה לי כי חסידי המבחן האובייקטיבי מתעלמים או מסיחים דעת ממהותו של הרעיון המשפטי המונח ביסוד הלכת הקנטור. אין החוק מצדיק, אפילו לא הצדקה יחסית כל שהיא, את מי שהרג את הנפש מתוך קנטור, ואין הוא מוריד אותו, כאילו מטעמים מוסריים, מדרגת רוצח לדרגת הורג. הוא רק מתחשב עד למידה מסויימת ב"חולשת הטבע האנושי", ומגלגל רחמיו עליה, שלא להעלות את הנאשם לגרדום, או שלא לדרונו למאסר עולם אובליגטורי לפי החוק הישראלי החדש. בזה נבדל הקנטור מן ה"צורך" (סעיף 18 לפקודת החוק הפלילי), או מ"סירוף הדעת" (סעיף 14), השוללים בתנאים מסויימים את האחריות למעשה, או את עצם העבירה שבדבר. אילו רעיון הקנטור מיוסד היה על כך שהרוצח — עקב הקנטור מצד הקרבן — איננו כל כך אשם במעשה שעשה, כי אז אפשר היה במידה מסויימת של צדק לומר, כי מכיון שהוא הפושע הבלתי סביר, לא שמר על דמת ההתנהגות הסבירה או המקובלת כלפי קנטור מסוג זה, הרי דרגת שחיתותו המוסרית שווה לזו של כל רוצח אחר, ולכן דמו בראשו, ועליו לספוג את העונש שנקבע למעשה רצח. אבל לא כך הוא הדבר, למרות אי אלו ביטויים בלתי מדויי-קים, שאנו נתקלים בהם פה ושם במקורות המשפט. גם האדם "הסביר" או "הרגיל" המגיב במעשה רצח על קנטור ממש, אינו זוכה ל"נכיון-אשמה" כל שהיא בשל קנטורו של הקר-בן, ובצדק? כי אין לך קנטור בעולם אשר יצדיק מעשה רצח, ואין לך רצח בעולם שיהיה טעשה סביר, אף אם הקנטור שגרם לו עלול היה להשפיע על אדם סביר. כי קדושת חיי האדם היא חובה מוסרית החלטית, ואין שום קנטור והתגרות — כל עוד לא הולידו "צורך" במובן סעיף 18 — עשויים לבטל את החובה או לגרוע הימנה. כל ההפחתה הלזו מרצח להריגה אינה אלא חסד, שנוטה החוק לחולשת הטבע האנושי כאמור, ואם בחולשת טבע ולא בהצדקה מוסרית הכתוב מדבר, מה טעם יש להיוקק כאן לקנה מידה של "מקובל" או "רגיל", וכיצד נעצום עין בפני חולשת הטבע של האדם הבלתי רגיל" העומד לפני כס המשפט? חייב אדם שלא לרדת למטה מן הרמה המוסרית הרגילה, אבל כלום חייב הוא, וכלום יכול הוא, גם שלא לנפול בכוחותיו מן הטיפוס האנושי הרגיל?

ישנו יתרון אחד בלבד למבחן האובייקטיבי של הקנטור: הוא יותר קל, יותר פשוט, יותר מוצק, ומניח פחות מקום להיסוסיו ופקפוקיו של השופט. אבל "יתרון" זה איננו מעלה, כפי שכבר רמזנו לעיל, אין שופט בעל מצפון שואף דוקא לפשטות ולקלות שכזאת, ואין

השופט זילברג

הוא נרתע מפני חומר הדין, כלומר: מפני הקשיים הנערמים לפניו בדרך בירור הענין. ואם המבחן הסובייקטיבי, האינדיבידואלי, ידרוש ממנו התעמקות יתר וניתוח מדויק של כל רחשי לבו של העבריין, חובה עליו וגם חזקה עליו שימצא את קובעת כוס הבריקה עד תומה.

א זאת ועוד אחרת: גם המבחן האובייקטיבי המהולל אינו משמש תריס ומגן בפני טר-
חח הבריקה הלזו. כבר ראינו כי אין סטנדרטיות מוחלטת בנדון זה, לא מבחינת הזמן ולא
מבחינת המקום. וקנטור הדברים המודרני שהצביע עליו הלורד סיימון במשפט הולמס (12),
והכפרי המערב-אפריקאי מחוף הזהב, (17), יוכיחו! חוץ מזה: הן השופט, על כל פנים, לא
יוכל להיפטר מחובת הבחינה האינדיבידואלית של תגובת הנאשם, כאשר יקרב אל החלק
ב השגי של השאלה. והוא: אם מעשהו של הנאשם העומד לפניו היה, בפועל ממש, תגובה
ישירה מיידית על מעשה הקנטור של הקרבן, ואם אמנם, בתנאים מסוימים, גם הספק
יכריע כאן את הכף לטובת הנאשם, הרי אין זה פוטר אותו לגמרי מלבחון את הדבר.

ג 15. וכעת תבה נראה, מה עמדתה של היודיקטורה הארץ-ישראלית או הישראלית כלפי
השאלה שלפנינו. שלושה פסקי-דין הם של בית-המשפט העליון, כולם מתקופת המנדט,
הדנים בשאלת שיעורו של הקנטור. פסקי-הדין הם:

1. ע"פ 52/46, משפט אבו יאג'י: (1946), אל"ר 647, (2);

2. ע"פ 95/46, משפט דאביס: (1946), אל"ר 559, (3);

3. ע"פ 109/47, משפט אל ואזיר: (1947), אל"ר 712, (4).

ד

בפסקי-הדין הראשון, אבו יאג'י, (2), נאמר:

ה «פאווי ביי טעו, כי משמעותו החוקית של שיעור הקנטור אינה כה
מתחממת (circumscribed) בא"י כמו באנגליה, יתכן כי אמנם כך הוא אך
על כל פנים העקרונות שנקבעו בפסקי-הדין שצוטט (חנצ'יני נגד ראש
התביעה הכללית, (11)), חלים גם בא"י» (שם, (2), ע' 648).

ה

היכן הוא, בכל זאת, ההבדל הגובע מן «השוני בתיהום»? סתם בית-המשפט, ולא
פירש.

ו הרבה יותר מוסבר, ובמידה מסוימת גם סותר, הוא פסקי-הדין השני, דאביס, (3).
כאן העביר בית-המשפט תחת שבת ביקרתו את מבחן שיעורו של הקנטור והשווה אותו,
תוך גילוי שוני, עם המבחן המקובל במשפט האנגלי, וכך נאמר שם, (3):

ז «בדרך כלל, עקרון המשפט האנגלי הוא כי רצח יירד לדרגת הריגה,
אם הקנטור היה די בו לשלול מאת אדם סביר את השליטה העצמית שלו
(ולא אם היה די בו כדי לשלול את השליטה העצמית מן הנאשם המיוחד
הזה)

השופט זילברג

דעתנו היא. כי סעיף 216 (ב) שלנו מכיל מבחן יותר דק מן המבחן המקובל במשפט האנגלי, כי גם אם הנאשם התכוון והחליט להרוג, לא יכולה להיות מתשבה תחילה, אלא אם כן הוכח למדי כי היתה לו ההודמנות והכר-שר לחשוב' "....." (שס, 3), ע' 564.

פסקי-הדין השלישי, אל-ואזיר, (4), מהווה מעין פשרה בין ההשקפות שהובעו בשני פסקי-הדין האחרים, והוא בא ליישב את הסתירה ולתרוץ את הפרקא שבהם. הטוענים באותו משפט ניסו לנצל, כל אחד על-פי דרכו, את הסתירה הזאת ובית-המשפט לאחר צטטו את הפסקה ב"ע"פ 95/46, דאביט, (3), שהובאה לעיל, ממשיך בזה הלשון:

"כל זה לא בא אלא לומר, כי המבחן לקיומו של רצח הוא בא"י יותר דק מאשר המבחן המקובל במשפט האנגלי, — דבר העולה ברורות מתוך השוואת סעיף 216 של החוק שלנו עם ההגדרה של רצח במשפט הפלילי האנגלי, אשר לקנטור, אין אנו סבורים כי הכוונה היתה לדחות את המבחן היסודי שהודגש מחדש ע"י בית-הלורדים בענין מנציני נגד ראש התביעה הכללית, (11), היינו, כי המבחן שיש לנקטו הוא מבחן השפעתו של הקנטור על אדם סביר. נראה לנו, כי מה שבית-המשפט רצה להדגיש ב"ע"פ 95/46, (3), הוא כי שימוש העקרונות הללו בא"י עלול להביא לידי תוצאות שונות משימושם באנגליה, הודות לשוני הנאיים השוררים בארץ-ישראל ובאנגליה, באנגליה כמעט כל התושבים שייכים לגזע אחד, וחוקה עליהם שנוקטים הם אותן השקפות ממש בנוגע לחובותיהם והתחייבויותיהם כלפי החברה. בא"י יש לנו גזעים שונים, ואפילו סוגי-משנה שונים בתוך הגזע. עים, בהחילנו את עקרון מנציני, (11), — למעשה: את עקרון לסביני, (8), — על א"י, לא יהא זה עיקום דברים אם נפרש את המונח, סביר, כרוצה לומר: סביר לגבי אותו גזע אשר אליו משתייך הנאשם." (שס, 4), ע' 713-714.

עינינו הרואות את דרך הגישושים וההיסוסים בה הלך בית-המשפט העליון המנדטורי, בבקשו לגלות את פרשת הדרכים בין הלכת הקנטור האנגלית והלכת הקנטור הארץ-ישראלית. מן ה"שוני שבתחום" שהצביעו עליו ב"ע"פ 52/46, (2), דרך "ההפרש הדק" שהרגישו בו ב"ע"פ 95/46, (3), הוא הגיע בסופו של דבר ב"ע"פ 109/47, (4), אל האדם הסביר המודרג, שסבירותו היא "פונקציה" של ההשתייכות הגזעית. אין בית-המשפט משליך אחרי גזו את המבחן שהזכרז עליו במשפטי מנציני, (11), וילסביני, (8), עדיין נאחז הוא בקרנות המזבח של המבחן האובייקטיבי הקלאסי שהוא מרכיב עליו מבחן נוסף, רלטיבי, של ההשתייכות הגזעית. אך כיצד נפעיל, הלכה למעשה, מבחן-כלאיים זה בשים לב לאותו ריבוי "גזעים ותת-גזעים" שהשופט המלומד גופו הצביע עליהם? סבורני, כי עם הכנסת אכחנה גזעית ותת-גזעית זו, לא נותר כמעט אריח על גבי לבנה מן האובייקטיביות או הכלליות של המבחן, והוא הפך למעשה מבחן סובייקטיבי במלוא מובן

השופט זילברג.

תמלה. אינני יודע מה הם בדיוק סימני ה"גזע" או "המשנה לגזע", שאליהם התכוון שם השופט המלומד; הוא ודאי העלה בחשבון גם את ארץ המוצא וסביבת התרבות של האדם; ואם כך הדבר, הרי החשבון הוא גדול מאד, ביחוד עם התנאים שחלו כאן בארץ אחרי קום המדינה.

א

גם פסקי-הדין שניתן ע"י בתי-המשפט המחוזי, חיפה: ב"תיק 97 לילי 115/48, (5) (בהרכב הנשיא ד"ר אגרנט, והשופטים אזולאי ודחנצוויג, כפי שהיו אז), מסתייג מן הדבר-רים שנאמרו ב"ע 9/95/46, (3), הנ"ל, ונוטה להעדיף את המבחן הסובייקטיבי של הקנטור.

ב

"אין זה — אומרים השופטים המלומדים, וכוונתם לסייג הגזע שנקבע ב"ע 9/95/46, (3), — קנה-המידה שנקבע בסעיף 216 (ב) המצביע על מבחן יותר סובייקטיבי ותרומו שאם האדם (צריך להיות כנראה: שהאדם) שלו נוגע המעשה — נאמר הנאשם — פעל מתוך התרגנות פתאומית, בחינת כאשר ייחם לבבו, ובמסיבות שאם כי לא נתערפלה בינתו כי הוא עומד להרוג אדם ולזאת אף התכוון, אך בהירות מחשבתו נשללה או במידה שלא ידע להעריך את תוצאת פעולתו." (המשפ"ט, 1948, ט' 436).

ג

16. העולה מכל האמור הוא, כי המבחן שיש לנקטו כאן בארץ לגבי קנטור, הוא המבחן הסובייקטיבי, האינדיבידואלי, המעלה בחשבון את כל תכונותיו האישיות של הנאשם, ואפילו ה"בלתי רגילות" שבהן, וכי צדקו שופטי הרוב של בתי-המשפט המחוזי בלנתם אחרי מבחן זה, יתכן מאד, כי בתנאי הארץ הזאת, מן הראוי היה להצר במקצת את תחומי הכפרה החלקית הגיתנת לרוצח המקונטר; לי נראה, בכל הכבוד למחוקק המנדטורי, כי הוא, בנסחו את סעיף 216 המסורבל, "לא העריך את תוצאות מעשהו", היינו: לא חזה את המסקנות המרחיקות לכת אשר עתידים להוציא מבין השיטין של הסעיף, ורצוי הדבר, כי המחוקק הישראלי, ביחוד עכשיו לאחר ביטול עונש מוות, יתקן את המעוות על-ידי מתן הגדרה יותר מדויקת ויותר מדעית לכל יסודי העבירה, ואולם כל עוד לא נעשה הדבר, כל עוד הקנטור, בגזירת הכתוב ובתחומי הכתוב בסעיף 216 (ב), פוטר את הנאשם מענשו של רצח, לא נבוא לעקוף את החוק או "לתקן" אותו ע"י התעלמות מדעת מתנאי המעשה הקונקרטיים, אשר בעטיים הובא אינדיבידואל מסויים לפני כס המשפט. השופט בדונו את זעברייך, אינו פועל in vacuo, בחלל ריק; חייב הוא להחיל את החוק על המקרה הקונקרטי שאונה לידו; ואם הוא בכוונה מעלים עין מאחת הסגולות של הנאשם, הרי הוא לא רואה את הנאשם כדבעי, והוא כאילו דן אותו שלא בפניו.

ד

ה

ו

ואשר לתוראת סעיף 4, סעיף הפרשנות הכללי של פקודת החוק הפלילי, אין אני סבור, כי תוראת זו עומדת לנו למכשול על דרך קבלתו של המבחן הסובייקטיבי, לא פגעה חס ושלום, ב"עקרונות הפרשנות המשפטית המקובלים באנגליה" (principles of legal interpretation obtaining in England). גם לא חיפשנו כאן אחרי פירושו הנכון של מונח מסויים, אפילו חסידיה המובהקים של תורת המבחן האובייקטיבי לא יטענו, כי כל

השופט זילברג

התורה היא כולה מקופלת בעצם מלת-העצם "קנטור". אדרבא: הם, ודוקא הם, רואים צורך להקיף אותה בפליאדה של כל מיני שמות תואר וכינויים. לפנינו, איפוא, שאלה של שיטה ועמדה, ולא שאלה של פירוש ופרשנות, ולכן גם הוראת סעיף 4 אינה מונעת אותנו מלקבל את המבחן הנ"ל.

17. נוכח מסקנה זו פטורים אנו, כאן בבית-משפט זה, מלבדוק את השאלה הנוספת. אם ברוך סגל זה באמת הושפע ממעשי הקנטור של המנוחה עד לדרגת ההתרגוות האמור-רה בחוק, היינו: אם הושפע מהם עד כדי כך שמעשה ההריגה נעשה על-ידו: (א) בעידנא דריתחא (ב"דס חס"); (ב) כתגובה מידית על מעשי הקנטור; (ג) במסיבות שבהן לא היתה באפשרותו לחשוב ולהעריך את תוצאות מעשהו. — כל אלה שלושת התנאים, בהם נהפך רצח להריגה מכוח האמור בסעיף 216 (ב) של החוק. שאלה זו שאלה טובדחית היא, ועלינו לסמוך על הממצאים שנקבעו ע"י בית-המשפט שדן בענין. כאן, בגיורה זו, נתון רק דבר אחד לבדיקתנו, והוא: אם לפני בית-המשפט דלמטה היתה עדות חוקית ומספקת לקביעת העובדות ההן (בתורת דאי או כספק), וגם על כך עלינו לענות בחיוב. לאחר שמעם את עדות המשיב, ועדותם של המומחים השונים שהעידו לפנינו, קבעו שופטי הרוב כי נוכח דיבוריה הציניים של המנוחה וריקודי הג'ז שלה, בנפלים על רקע המאורעות שהתרחשו תוך עשרים וארבע השעות האחרונות כפי שתוארו בפיסקה 2 לעיל, יש להניח, כדאי או כספק, כי המשיב הרג את המנוחה בהתעטף עליו רוחו, כתגובה מידית על מעשי הקנטור ההם, ובהיותו נתון במסיבות בהן לא היתה באפשרותו להבין ולהעריך את תוצאות מעשהו. מדברי הנשיא-התורן המלומד, ד"ר ויתקון:

"יוצא לדעתי, שהנאשם הרג את מזל לוי בעידנא דריתחא. בלא דם קר, עקב קנטור מידי והמור ובמצב בו לא יכול לחשוב ולהעריך את תוצאות פעולתו. אני רואה את הקנטור בדיבוריה ובהתנהגותה של הבחורה, כאשר הודיעה לנאשם שברצונה להיפרד ממנו לא ההודעה הנאת היא העי-קר אלא הצורה בה נמסרה ע"י המנוחה לנאשם, בלעג, בציניות, בצירוף עלבון ועקיצות, ולבסוף, תוך שירת ג'ז, העוויות ותנועות, שהיה בהן משום הציפות וחוסר הגינות" (ע' 3 של פסקה-הדיון).

ולמטה מן הענין, אומר הנשיא-התורן המלומד:

"אכן, לאור המסיבות הידועות לנו על המנוחה מפי עדים אחרים, אני מוכן לקבל את עדות הנאשם בדבר התנהגותה לפני המעשה כעדות אמת, וכמו-כן אני רואה בהתנהגות זו על כל פרטיה המצטברים עלבון ופגיעה ברגשי הנאשם, ששללו ממנו את השליטה על עצמו. היה זה קנטור מידי כמלוא מובן המלה." (שם, ע' 5).

השופט זילברג

בפסק-דינו של השופט המלומד גולן אנו קוראים:

א "אין אני נכון להרחיק לכת כחברי הנשיא-התורן ד"ר ויתקוף, שקיבל ללא היסוס את עדותו של הנאשם ביחס לדבריה ולהעויותיה של המנוחה שהיוו את הקנטור המידי והגורם הישיר לביצוע הפשע. הגם שאף אני נת-רשמתי שהנאשם בעמדו לפנינו נראה כאיש דובר אמת. מכל מקום יצר הנאשם בדבריו ספק מתקבל על הדעת בדבר קיומה של הקנטה מידיה, שהתבטאה בדיבורי לעג, שמחה לאידו והעויות שהיו מרגיזות בנסיבות המקרה ובהתחשב עם מצבו הנפשי של הנאשם באותה שעה.

ב חומר העדות ובכלל זה עדויות המומחים ד"ר קלי וד"ר ויניק יש בו כדי לחזק את הספק שנוצר ע"י עדות הנאשם, שלא פעל בקור רוח. אלא שכל המעשה, על שני שלביו, בוצע תוך ריתחה והתרגוזות גדולה ששלטה בו, במידה ששללה ממנו אפשרות למחשבה ולהערכה בהירה של משמעות פעולתו. פעולותיו של הנאשם והתנהגותו לפני המעשה, תוך ביצוע המעשה, וגם לאחריו ניתנות לפירוש הגיוני לזכות או לחובה כמעט במידה שווה. ולכן אין בהן כדי לפגום בספק שנוצר בדבר יסודות הכוונה תחילה".

(שם, ע' 14).

גם השאלה, אם שני שלבי ההריגה — החניקה והדקירות (ראה סוף פסקה 2 (ג) לעיל) — היוו פרשה אחידה אחת, או שהריחוק שוויה ביניהם, ברגעי הליכתו (או ריצתו) של המ-שיב אל החדר והוצאת הפגיון מן המגירה, עשה אותם לשתי פרשיות נפרדות, וניתק ע"י כך את ההריגה ממש (הדקירות) ממעשי הקנטור של המנוחה, — גם שאלה זו, שהיא במהותה עובדתית, נדונה ונשקלה בבית-המשפט דלמטה, והוכרעה ע"י שופטי הרוב לטובת המשיב. הם סמכו כנראה על דברי המומחה ד"ר ויניק כי:

ה "בחלק השני של המעשה, האפקט ששלט עליו היה עוד הרבה יותר חזק מבשלב הראשון של חניקה" (פרוטוקול, ע' 167).

ו כל אלה הם ממצאים עובדתיים שנקבעו ע"י שופטי הרוב המלומדים לאחר שראו ושמעו את העדים שהעידו לפניהם, ולדעתי אין זה מן הראוי כי נסתור את הממצאים ההם, אף אם יתכן הדבר כי אנו גופנו, או מישוהו מאתנו, היה מגיע למסקנות אחרות. אין אני מוכן לומר, כי הממצאים הללו מופרכים הם מבחינה הגיונית, או כי אין להם על מה שיסמוכו בחומר העדויות, ומכיון שכך, הרי אנו קשורים בהם, למרות דעתו החולקת של שופט המיעוט, ועלינו לאשרם כמות שהם.

ז דעתי היא איפוא, כי יש לדחות את עתירתו העיקרית של המערער, ולאשר את הרשעת-ההריגה של המשיב.

השופט גויטיין

אשר לעתירה השנייה, האלטרנטיבית: להתמיר בענשו של המשיב, ולהגדיל את תקופת המאסר שלו, רואה אני רק טעם אחד לדחות עתירה זו. גם אני סבור, כי העונש שהוטל על המשיב אינו חמור כל צרכו. הפשע בוצע על-ידו באכזריות איומה ובכרוטליות יוצאת מן הכלל, ואילו ישבתי בדין בבית-המשפט דלמטה, לא הייתי מהסס כלל להגדיל את תקופת מאסרו בעוד כמה שנים. ואולם יש לי הרשם, כי ערעורו של היועץ המשפטי, מטרתו הראשית והעיקרית היתה, להביא לידי בירור סופי את שאלת מבחנה האובייקטיבי טיבי או הסובייקטיבי של הקנטור, ולא יטא זה הוגן כלפי המשיב להענישו אגב גררא של כחינת המבחן שהוא.

א

ב לפיכך סבור אני, כי יש לדחות את הערעור, ולאשר את פסק-דינו וגור-דינו של בית-המשפט דלמטה.

ב

השופט גויטיין: היה לי היתרון של קריאת פסק-דינו של חברי המלומד כב' השופט פט ד"ר וילברג לפני שהכינותי פסק-דין זה. ואם כי אני מעריך את כוחו המשכנע של ההגיון אשר לפיו נעשה ניתוח המצב בישראל ביחס למבחן הסובייקטיבי, שלאורו, לפי דבריו, צריכים שופטים בישראל לקבוע אם היה או לא היה קנטור במקרה של רצח, אני מצטער על שאינני רואה כל אפשרות לקבל מבחן זה.

ג

2. אני סומך על העקרונות הבאים:

- (1) בישראל לא קיים חוק מיוחד בקשר לרצח.
- (2) את החוק הדין ברצח ירשנו מהמחוקק המנדטורי והוא כלול בסעיף 216 לפקודת החוק הפלילי.
- (3) החוק כתוב בשפה האנגלית ומשתמש במונחים הידועים יפה לשופטים אנגליים.
- (4) המונחים הנ"ל קיבלו את הגדרותיהם במשך למעלה ממאה שנה ע"י השופטים ההם, ובזמן האחרון – אף ע"י בית-הלורדים.
- (5) בה בשעה שמבחן האדם הסביר נתקבל באנגליה ללא יוצא מן הכלל, נפסל המבחן הסובייקטיבי.
- (6) אותו מבחן נתקבל אף ע"י בתי-המשפט בארה"ב.
- (7) סעיף 4 לפקודת החוק הפלילי מחייבנו לקבל את המבחן האובייקטיבי, וברצוני להדגיש שגם אילו לא היינו חייבים ללכת בעקבות השופטים האנגליים בבעיה זו, הייתי מקבל את המבחן האובייקטיבי.
- (8) אף ניסוחו של סעיף 216 אינו מאפשר לנו להשתמש במבחן הסובייקטיבי.
- (9) מחוץ למקרים נדירים ביותר לא ידע בית-המשפט להבדיל בין התוצאה הממשית של השפעת הקנטור על הנאשם ובין התוצאה הדמיונית.

ד

ה

ו

ז

הנאפט גויטיין

- (10) המבחן הסובייקטיבי דורש מאתנו ידיעה מלאה של נפש הנאשם. דבר זה דורש שנים של אנליזה פסיכית, ולנו אין אפשרות לעשות זאת.
- (11) ההבדל המעשי בישראל בין רצח להריגה הוא במספר שנות המאסר. אם נדמה לנאשם רגיש מאד שהוא קונטר ע"י מעשה אשר אינו נראה כקנטור בעיני האדם הסביר, אזי עליו לקבל את עגשו כרוצח כדי שרגישותו היתר שלו לא תביאהו בפעם שניה למעשה דומה.
- (12) בהסתירו את היצר הבלתי נכבש מתחת למסווה המבחן הסובייקטיבי אנו מחדירים לחוק את תורת הדחיפה שאינה ניתנת לריסון irresistible impulse. אם תורה זו מתאימה לנו, על המחוקק הישראלי לחוקק חוק מפורש בקשר לכך.
- (13) במקרה הנוכחי עושה את המבחן הסובייקטיבי להבל.
- (14) בין אם המבחן הוא סובייקטיבי ובין אם הוא אובייקטיבי, צריך שיהיה יחס מסוים בין התגובה והקנטור.
- (15) בזמן האחרון גדונה כל הבעיה הזו ע"י הועדה המלכותית לעונש מוחת. וועדה זו החליטה פה אחד לקבל את המבחן האובייקטיבי.

ועתה אטפל בכל אחת ואחת מהסיבות הנ"ל בפרוטרוט.

3. סעיף 216 לפקודת החוק הפלילי שהוא החוק ה"רן כיום ברצח הנו אותו חוק שהיה קיים בתקופת המנדט. לשון החוק נשמרה, אם כי העונש שונה. שופטי בית-המשפט העליון בתקופת המנדט ניסו לפרש את סעיפי החוק הדנים ברצח כפי שפורשו בפסקי-הדין של חברי ה"ר זילברג, אך היתה מחלוקת ביניהם בקשר לפירוש הנכון של סעיף 216 הנ"ל ומשום כך אין פסקי-הדין שלהם זורקים אור רב על הבעיה העיקרית העומדת לפנינו כיום. ולגביהם אין לי מה להוסיף.
- כשאנו קוראים את סעיף 216, אנו מוצאים בו מונחים המיוחדים למשפט האנגלי (הם: א) החליט (resolved) ב) דם קר (cold blood) ג) קנטור (provocation) ד) נסיי-בות אשר בהן יכול היה לחשוב. ה) יכול היה לחזות מראש את תוצאות מעשיו. לכל המונחים הנ"ל היסטוריה ארוכה מאחוריהם.
- ה"החלטה" במשפטים העתיקים יותר מופיעה כמחשבה זדונית (wicked mind) או מעשה שנעשה מתוך שיקול קר ותכנון מגובש (a sedate deliberate mind and formed design). אך לא רק בספרי חוק אלא גם בשפת העם אנו מוצאים בשימוש יום יומי את המונחים שבסעיף הנ"ל. באנגליה מדבר איש הרחוב על רצח בדם קר cold blooded murder, וכשאדם מקנטור את חברו אומרים עליו שהוא מרתיח את דמו .makes his blood boil.
- בספרי החוק ובפסקי-הדין נתגבשה למונת דם קר משמעות הפוכה מזו של "סערת רגשות" (transport of passion), שהיא התרגשות כה סוערת המונעת שליטה עצמית של הגרגו. מגעשה בו את דמו עד כדי איבוד העשתונות — ובמובן זה התנאים ב' ו-ד' של

השופט ג'ורג'ין

קשורים זה בזה — האדם שולט עדיין בשכלו במידה מספקת כדי לחשוב על נטילת מכשיר מסוכן ולהשתמש בו, אך אינו מסוגל לחזות אל מעבר למעשה המידי הזה. ואם כך הדבר, יכולים להיות מקרים בהם תנאי ד' נוכח ואילו תנאי ה' — נעדר. אם כי מקרים כאלה נדירים עד מאד.

4. השארתי את הדיון בתנאי ג' לסוף, היות והמערער וגם המשיב כיוונו את רוב טענותיהם לפירוש הנכון של המונח "קנטור". ואל לנו לשכוח שהקנטור מוגבל לקנטור סמוך דוקא. מלים אלו אינן מופיעות בחלל, אלא מיד לאחר המלים "בדם קר". הייתי אומר שהצד החיובי הוא דם קר ואילו הצד השלילי — העדר קנטור. אני אף מסופק אם המלים "בהעדר קנטור סמוך" מוסיפות הרבה לפירוש הסעיף. לזו היה הסעיף אומר: "הרג אותו בדם קר במסיבות שבהן יכול היה לחשוב", או "הרג אותו אדם בהעדר קנטור במסיבות שבהן יכול היה לחשוב". התוצאה בשני המקרים הייתה לדעתי אחת. המלים "בהעדר קנטור סמוך" הן כמעט מיותרות. הן נמצאות בסעיף שלנו היות ובמשך מאתיים השנים האחרונות ואולי אף יותר מזה, היה חברי-המושבעים באנגליה מקבל את ההוראה מפי השופט בצורה זו:

"The humanity of the law so far respects the infirmities of nature as not to arrange a homicide resulting from the transports of a passion excited by reasonable provocation, under the description of murder or a transport of passion excited by such a degree of provocation as will reduce homicide to the offence of manslaughter."

"In addition to provocation there must be passion and hot blood caused by that."

גם למלה סמוך immediate יש היסטוריה ארוכה. בספרו של Foster, Crown Cases, ע' 296, אנו מוצאים כתוב: "בכל מקרה של הריגה מתוך קנטור ויהיה הקנטור חזק ככל שיהיה, אם היה די זמן כדי שהרוגו יפוג זינח לתבונה לתפוס בחזרה את מקומה, ההריגה תהיה לרצח".

בשנת 1833 ביאר זקן השופטים Tindall את הענין בדרך זו. "אם המושבעים משוכ-נעים שמות הקרבן נגרם ע"י דקירת סכין של הנאשם השאלה העיקרית הנשאלת להחלטתם תהיה, אם הפציעה האנושה נעשתה על-ידי האיש בעת שסבל מקנטור כל כך סמוך וכל כך חזק שהנאסיר לא יראה כשולט באותו רגע על מחשבתו או אם היה די זמן לקירור דמו ולחזרת בינתו לפני שנעשתה הפציעה האנושה".
R. v. Hayward; (1833), 172 E.R. 1188, 1189. (18)

השופט גורלין

בסיכום זה למושבעים עליידי השופט המלומד בחלק שציטטתי ובחלק שהשמטתי מופיעים כל האלמנטים הנמצאים בסעיף 216 שלנו. ודרך אגב עלי להעיר, שהרמזים המופיעים בכמה פסקי-דין אשר ניתנו בזמן המנדט כאילו המבחן בא"י הוא "עדין יותר" מאשר באנגליה, אינם יכולים לעמוד, עם כל הכבוד, בפני הביקורת. מטרת הציטטה הנ"ל היא להראות שהמלה "סמוך" בסעיף שלנו אינה מקרית. כל מה שכתבתי מוכיח ששני המונחים "דם קר" ו"העדר קנטור סמוך" הם שני צדדים של אותה מטבע, שני אספקטים של אותו מצב נפשי. והמחוקק שלנו השתמש בשניהם מפני שהשופטים באנגליה השתמשו במשך מאות בשנים בשני המונחים האלה כשרצו להבהיר לחברי-המושבעים את המצב העובדתי והחוקי.

ועתה אנו נכונים למצוא את התשובה הנכונה לשאלה איזה הוא הקנטור כשהמלה שהתכוונו לה נמצאת בסעיף 216 לפקודה הזאת.

5. אינני רואה צורך לחזור ולדון בפה"ד האנגליים הנוגעים בענין זה מאחר שניתוח שלם של פסקי-דין אלה נמצא בפסק-דינו של חברי הד"ר זילברג. (8) (1914), R. v. Leshini; (11) (1941), Mancini v. Director of Public Prosecutions; (11) (1941), ריבדו. (10) מהווים את ציוני הדרך בשביל הסלול של משפטי רצח באנגליה. וכולם מוכיחים שקנטור הנו גורם והופך אדם סביר להורג: אך בשום פנים לא אדם בלתי סביר להורג. מפני שהאדם הבלתי סביר ודאי שייגב בדרך בלתי סבירה. מטרת החוק היא להגן בפני תגובות בלתי סבירות. ומפני תוצאות היצר הרע והוא רואה בתגובה הבלתי סבירה הוכחה לרשעותו של האדם.

בא-כוח המשיב, מר תוסיה כהן, בטענותיו המצויינות והמשכנעות, ניסה להראות לנו כי נפרצה פירצה בחומה של דעת השופטים האחידה באנגליה בענין קנטור וזאת ע"י שתיים שלוש מלים שנאמרו במשפט קוואקו מנסה. (17).

הלורד פורטר והלורד נווארד ישבו כשופטים גם בענין קוואקו מנסה. (17) וגם ב-ריבדו. (10). ואם טעו מדרכם במשפט הראשון, הרי שתשע שנים לאחר מכן חזרו בהשור-בה. אך מסופקני אם אמנם טעו מהדרך הישרה. שהרי גם במשפט קוואקו מנסה. (17) סמך כל השופטים הנ"ל על ההלכה שנקבעה במנצ'יני. (11). וכבר גאמר שהלורדים שמו את הדגש רק על המבחן האובייקטיבי. שנית, השאלה העיקרית שעמדה להכרעה בפני מועצת המלך היתה אם השופט בערכאה דלמטה הביא להכרעת חברי-המושבעים את שאלת הקנטור. מועצת המלך החליטה, כי מחמת טעות לא הפנה השופט דלמטה את תשומת לבו של חברי-המושבעים לשאלת הקנטור ומשום כך קיבלו את הערעור. והחזירו את הענין לבית-המשפט באפריקה על מנת שיוחלט שם על העונש הראוי. (לורד פורטר, ברע"י 89, (17)).

עלי לציין, כי בא-כוח המערער באותו משפט. (17), מר פוט, ובא-כוח המשיב, מר גהן, לא דיברו כלל על המבחן האובייקטיבי כיסוד לקביעת הקנטור. מר פוט השתמש במונחים של "אדם רגיל" בעל אופי רגיל, והשופטים במונח "כפרי מערב אפריקאי רגיל". אך המלה המנחה היא המלה "רגיל". ואין שום דבר בהקשר שיביא למסקנה כאילו קיים איזה הבדל בין כפרי מערב אפריקאי רגיל לבין אדם רגיל. למעשה הרי עשר שו-

השופט גויטיין

רות לפני כן מזכירים השופטים את המונח „אדם רגיל“ (ordinary person) ובאותו עמוד „אדם בעל אופי רגיל“ (a person of ordinary character). מכל זה אני מסיק כי לא נפרצה כל פירצה בתומה היציבה של פסקי-הדין באנגליה, וכי המבחן הנכון בעיני כל השופטים באנגליה הוא המבחן האובייקטיבי, ואין בוה משום דבר המיוחד לאנגליה. משום תוצאת האופי הברדלני והשמרני של תושביה.

א

6. ההלכה בארה"ב בקשר לשאלה זו, המובאת בקיצור ב־ Corpus Juris Secundum, אף היא תומכת בהלכה האנגלית.

“The provocation must be sufficient to reduce the required degree of passion in an ordinary, average or reasonable man” (C.J.S. Vol. 40, p. 907, para 46).

ב

במשפט העם נגד גולש, (20) People v. Golsh, נאמר:

ג

„על הקנטור המעורר בלב ההורג את להט יצריו להיות כזה שתהיה לו השפעה דומה גם על מותו ורגשותיו של האדם הבינוני אדם בעל שליטה עצמית רגילה.“

ובפסקי-הדין של בישוף נגד ארצות-הברית Bishop v. The United States; (21) 107 F. 2nd p. 297, 302, 303, אמר השופט בערכאה הראשונה:

ד

„בכדי להפוך את העבירה מרצח להריגה צריך שהקנטור יהיה מספיק ובעל משקל כזה אשר באופן טבעי ישפיע על אדם סביר ברגע הכעס לעשות את המעשה; על הקנטור להיות כזה שתהיה לו השפעה דומה על אדם סביר או בינוני ושתגרום לו לאבדן השליטה העצמית.“

ה

מלים אלה קיבלו את אישורן בבית-המשפט לערעורים. והשופטים גרוור, אדגינסון ורוינסון אף הוסיפו ב־ע' 300:

„המבחן למידת הקנטור הוא, שיגרום לאדם רגיל, סביר או בינוני להיות כה נסער מידת הקנטור המעוררת את, להט היצר' והמשנה מרצח להריגה שווה לכל בני-האדם אם שיכורים ואם פכחים.“

ו

(“The test of sufficiency of such provocation is that which would cause an ordinary man, a reasonable man or an average man to become so aroused The standard of the provocation that may create the ‘heat of passion’ reducing murder to manslaughter is the same for all men, whether drunk or sober.”)

ז

השופט גויטיין

אפשר לחשוב כי השופטים באנגליה וכארה"ב קיבלו את השימוש במבחן האובייקטיבי טיבי מתוך עצלות מחשבה וכלי להביא בחשבון את המבחן הסובייקטיבי, אילו כך היה הדבר היינו חפשיים לשבור את הכלים שככלו את ידי השופטים האנגליים במשך מאות בשנים, ולסלול לעצמנו דרך חדשה. אך אין הדבר כך. במשפטו של בדר (10), — משפט קיצוני עד מאד — שהקנטור בו היה למעלה מקנטור רגיל והנאשם היה רגיש במיוחד מפאת חולשתו הפיזית, נטען, ובכשרון רב, ע"י באיכות הנאשם, כי היה על השופטים לדרן לפי המבחן הסובייקטיבי. אני אומר "בכשרון רב" היות והשופט המלומד סימונדס הזכיר במיוחד כשרון טענות זה של באיכות המערער, ואף על פי כן נדחתה הטענה, וכפי שילורד סימונדס אומר, המשפט: *Bedder v. Director of Public Prosecutions*; (10), 141, (1954), ב"ע 142:

ב

"נטען בפני כבודכם כי יש להעמיד את האדם ההיפותטי בפני אותה המסיבות שהנאשם עמד בפניהן, וזאת לא יוכל להיעשות באופן הוגן אלא אם יטביעו בו את תכונותיו המיוחדות של הנאשם. אך דבר זה עושה את המבחן הבל. המטרה היא לבקש מהמושבעים להעריך את פעולת הנאשם בהשוואה עם רמה או נורמה מסיימת של התנהגות ובקשר לכך אנו נעזרים באדם הסביר, הבינוני או הרגיל. אך אם שוללים מהאדם הסביר, לגמרי או באופן חלקי, את סבירותו, ולאדם הרגיל נותנים תכונות בלתי רגילות, אזי חדל המבחן מלהיות בעל ערך כל שהוא."

ד

המבחן הסובייקטיבי הובא, נבדק ונפסל, וכפי שכבר אמרתי לעיל גם בארה"ב נפסל **המבחן**: ב"הרט נ. ארה"ב *Hart v. U.S.*; (1942), 130 Federal Reporter, 2nd Series, p. 456, 458, (23); נאמר:

ה

"יתכן והסימפטיה דורשת מבחן יותר נוח עבור אנשים בעלי התפתחות שכלית נמוכה או בעלי אופי בלתי יציב, אולם התוצאה תהיה הרסנית בגלל אי היציבות שבהפעלתו. המבחן שהוצע ע"י באיכות המערער ישמש מקלט לכל אורח נזעם או בלתי אחראי. יתן פרס לחסרי שליטה עצמית ויעניש את האדם הסביר, הזהיר, על מידת הריסון שהוא נוהג כחסיו עם בני-אדם."

ו

7. לאור סעיף 4 של פקודת החוק הפלילי הייתי סבור, שאין אנו חפשיים לפרש את המונחים שבסעיף 216 פירוש שונה מזה שניתן לאותם המונחים ע"י בית-הלורדים. כסעיף 4 כתוב:

ז

"החוק הזה יפורש בהתאם לעיקרי ביאורי המונחים המשפטיים הנתונים באנגליה, והביטויים הבאים בו ייחשבו, עד כמה שמתאים הדבר לענין הכר תוב ומלבד במקומות שבהם נאמר בפירוש אחרת, כאילו הם משמשים בביאור המיחס להם בחוק האנגלי, והם יבוארו לפי זה."

השופט גויטיין

לאור סעיף זה אינני רואה כל אפשרות לתת למלה "קנטור" – מלה שפירושה ידוע היטב באנגליה כפי שביארתי לעיל – פירוש שונה מזה שניתן לה במקרים של מנצ'יני (11), גותיאר, [19], ריבד, (10). בפסק-דין של Gauthier v. Director of Public Prosecutions; (1943), 29 Cr. App. Rep. 113, 118, 119. (19) נאמר:

א "יכולה להיות עדות על קנטור אם קיימת עדות על תקיפה נמרצת בליווי הכאות רציניות שלאחריה באה הריגה פתאומית. או אם היתה איזו קטטה, או מאסר בלתי חוקי, או אם בעל ראה את אשתו מבצעת מעשה ניאוף ועוד, דרישת החוק היא, שהמבחן יהיה: מה השפעת הקנטור, יהיה ככל שיהיה, על אדם סביר, ולא מה היתה השפעתו על הנאשם."

ב ואינני רואה כל דבר בהקשר של החוק שלנו שאינו מתאים עם החוק האנגלי, ולכן גם אינני רואה שהחוק מאפשר לנו לפרשו אחרת ממה שפורש באנגליה. מובן מאליו, שאם דעתנו בישראל היא, שהגיעה השעה להשתמש במבחן הסובייקטיבי-בי, על הכנסת לחוק חוק בענין, הכנסת שהראתה אומץ לב מספיק כדי לבטל את עונש המוות עבור רצח היתה יכולה, באותו פרק זמן או בחוק אחר, להקל על דרכם של רוצחים ע"י ביטול המבחן האובייקטיבי. היא לא עשתה כזאת.

ג 8. גם אם נעלים עין מההלכה הפסוקה, נראה שהסעיף עצמו (סעיף 216) אינו מרשה להשתמש במבחן הסובייקטיבי. סעיף זה אומר:

ד "כדי להוכיח כוונה תחילה לא יהיה צורך להוכיח שאדם נאשם היה שרוי באיזה מצב נפשי שהוא למשך תקופה מסויימת או בתוך תקופה מסויימת שלפני עשיית הפשע"

ה אם המבחן הסובייקטיבי הוא המבחן הנכון, אזי במקרה כמו שלפנינו יהיה צורך להראות באיזה מצב נפשי היה סגל שרוי במשך השעה ומחצה שלפני הרצח, וכפי שעוד אראה להלן גם בכך לא די, כי יש לדעת את מצבו הנפשי במשך שנים לפני יום הרצח, ומאחר שלפי ההלכה הפסוקה על היועץ המשפטי להוכיח את העדר הקנטור באופן חיובי, אזי בכל משפט רצח יהיה צורך להביא עדות חיובית כזאת שתשלול את אפשרות ההגנה מהנאשם שמא קנטור בכל זאת, למרות שמהאירועים בכלל לא נראה לשופט או לאדם סביר כי אירע משהו שיכול היה בכלל לגרום לקנטורו, והרי הסעיף אומר בדיוק את ההיפך.

ו 9. למרות שדיו רב נשפך בזמן האחרון על הצורך להמיר את המבחן האובייקטיבי בסובייקטיבי, נדמה לי, מבחינה מעשית, שצד הזכות של המבחן הסובייקטיבי אינו מרובה, רצח בדרך, כלל אינו נעשה לעיני עדים, במקרה שלפנינו ידועים פרטי הריב הגורלי (אם היה ריב כזה) בין שני הנאהבים לשניהם בלבד, המנוחה איננה יכולה להעיד, ואילו הנאשם

השופט גויטיין

יכול היה לרקום סיפור מתאים טרם שהופיע בבית המשפט. המבחן הסובייקטיבי נותן פרס לכשרון הסיפורי של ההורג. כי אם יהיה להורג די זמן כדי ליצור עלילה שתצלצל כנכונה באוזני חברי-המושבעים באנגליה או השופטים בארצנו, גם אם הסיפור יעורר בלבם ספק בלבד, אזי מצווה יהיה בית המשפט להרשיעו בהריגה ולא ברצח.

א

בקיצור, ההכרעה אם המעשה מהווה רצח או הריגה נתונה בידי הנאשם עצמו. זאת ועוד, המבחן הסובייקטיבי מאפשר למלים רגילות, חסרות מובן מיוחד להתפרש כקנטור בעיני אדם רגיש. אדם רגיש יוכל להיות מקונטר על ידי מלים אלו: „בוקר טוב! מה שלומך היום?” או בחורה היושבת על מיטה, מניעה בכתפיה ואמרת לחברה: „אף פעם לא אעזוב אותך יקירי” (ע' 39 מהפרוטוקול) יכולה לפי המבחן הסובייקטיבי לקנטור את הבחור עד שיהרגנה. אם אמנם רוצה המחוקק שמלים כאלה תתקבלנה כמלים העלולות לקנטור, עליו לומר זאת במפורש. אך אל לנו כשופטים לעשות זאת. אך גם אם הוטל עלינו, כשופטים, לחוקק חוק חדש אינני חושב שקיימת אחידות דעה בין השופטים בישראל בענין כדאיות המבחן.

ג

אין אנו חיים בעולם אידיאלי (אני מתאר לעצמי שבעולם אידיאלי אין רוצחים ואין בתי-משפט); בעולם בו אנו חיים פועלים אנשים לפי אפים הטבוע בהם טרם היוולדם והמושפע מכל מה שאירע להם לפני המעשה שעשו. יש מאורעות בחיי ילד בן עשר שישפיעו עליו בהגיעו לגיל עשרים או שלושים. יתכן גם כי המאורע עצמו נשתכח ממנו, אך הדבר נשאר חתום בתת ההכרה שלו. ולגלות מה מסתתר שם עלול לדרוש שנים של טיפול פסיכיאטרי. אם נאבה להשתמש במבחן הסובייקטיבי בכנות, יהיה צורך לערוך חקירה יסודית של המניעים הנסתרים שהניעו את הנאשם לעשות את מה שעשה ברגע הגורלי. נצטרך לדחות כל משפט רצח לשנה, לשלוש או אפילו לחמש שנים, עד שהרופא יגלה את המניע האמיתי לרצח. ויסביר מדוע זה מעשה שלכאורה נראה כאינו עלול לקנר

ד

טר, היווה למעשה לגבי הנאשם קנטור כה חזק שתחם את לבבו והסעיר את דמו. אינני מאמין שבתיהמשפט שלנו, כפי שתגם כיום, יכולים להסכים לדחיה כה ארוכה עד לקבלת תוצאות המחקרים היסודיים של הרופא. כן אינני חושב, שבארצנו קיימת האפשרות לטפל בצורה כזו בכל מי שנאשם ברצח וטוען כי ביצע את מעשהו בהשפעת קנטור. עם כל הכבוד לעדים המומחים שהעידו במקרה זה — ואשר לעדותם עוד אשוב להלן — אני מסופק אם לאחר מספר פגישות כה זעום עם הנאשם יכלו לתת עדות מועילה לבית המשפט.

ה

10. אני רואה נימוק נוסף נגד קבלת המבחן הסובייקטיבי. ביטודו של מבחן זה מונעת ההנחה כי בכדי להסעיר את דמו של אדם רגיש דרושה מידה פחותה של קנטור. ההנחה הדרושה כדי להסעיר את דמו של אדם סביר, אדם הרגיש לכבודו במידה מוגזמת (ורגישות זו גם היא מקורה בגורמים נסתרים בלתי ידועים לו) ימצא כי הפגיעה הקלה ביותר בכבודו דו מהווה לגביו קנטור שאינו יכול לעמוד בפניו ומכריחה אותו לקטול את חברו שפגע בו. אדם כזה יישלח לבית-כלא כאשר בהריגה ולא ברצח, וישתחרר כעבור שנים מספר.

השופט גויטיין

אם אדם זה, כמו במקרה שלפנינו, הנו צעיר לימים ולא יגיע לגיל 30 לפני עזבו את כתלי בית-הכלא, הוא עלול לפגוש בבחורה שניה, אשר, ברגע של רוגז תפליט מפיה את המלים "לא אשכח מה שעשית למזל", מלים אלו עלולות, לפי המבחן הסובייקטיבי, להסעיר את דמו עד לאיבוד עשתונותו ולהוות קנטור שלא יוכל להילחם בו. הוא ירצחנה על אתר, ויהיה לו סיפור משכנע מאד לספר לשופטים או להברי-המושבעים.

באנגליה כמו בארצות אחרות היתה תקופה שדרך הנקם היחידה על פגיעה בכבודו של אדם היתה ע"י דו-קרב בחרבות או באקדחים. אנשים רבים נפצעו ונהרגו ללא חמלה כדי שרגש הכבוד העצמי של האדם הרגיש יבוא על סיפוקו. המושבעים באנגליה, שהיו אנשים פשוטים ורגילים, שמו קץ לנהוג ברברי זה, שנים רבות לפני שהוא חוסל באירופה. בהשתמשם במבחן האובייקטיבי, הם סירבו לקבל את טענת הנאשמים כי הם היו מוכרחים לנקום את כבודם שהושפל וכי הדרך היחידה לעשות זאת היתה ע"י השימוש באקדח או בחרב. אם כי ברור הדבר שהקורא לדו-קרב היה נרגז ביותר על העלבון שעלבו בו ולא ראָה לפניו כל ברירה אחרת מזו שנקט בה, לא שעו המושבעים לטענות אלו והרשיעו ברצח כל נאשם כזה שהרבא בפניהם.

אינני חושב לנחוץ להרחיב את הדיבור על נימוק מס' 12.

11. היסוד הרעוע או יותר נכון תלישותו של המבחן הסובייקטיבי בולטת ביותר בערעור הספציפי הזה, ותמה אני על שעורכי-הדין או השופטים המעוניינים להכניס לשימוש בישראל מבחן זה בחרו לעשות זאת דוקא במשפט זה. מסכת העובדות של משפט זה ידועה לנו מפיו של הנאשם בלבד, אך גם מפיו אין אנו יודעים בדיק מה קרה, כי הנאשם מסר שלושה סיפורים בהזדמנויות שונות. סיפור אחד כתב בשבתו על ספסל בגן העירוני של באר-שבע. סיפור שני מסר במשטרה, ואילו השלישי — בשעה שנתן עדות בשבועה בבית-המשפט. הרוב בבית-המשפט דלמטה קיבל כביכול את העדות בשבועה בפניו כעדות אמת. אך כדי לקבל תמונה מלאה מסיפורו, עלי להציץ לרגע קט בהודאותי הקידמות. ודרך אגב ברצוני לציין, כי לנאשם עצמו לא היה ספק בקשר לטיב מעשהו, בהודאתו מיד לאחר המעשה כתב: "רצחתי" ולא "הרגתי".

"שאלתי אותה: מזל מה חטאתי לך שאת רוצה להחריב בפעם אחת את כל חיי. הפעם ראתה אותי בחולשתי ואמרה ברורות ובלעג אנחנו גמרנו בינינו — מה האסון כאן, זה קורה במשפחות הכי הגונות, תקפה הרגשה של יאוש איום ונורא וחשבתי לטרוף את נפשי בכפי. הרגשתי שאני מרומה, רימוני במתכוון להרוס את הרגשתי שכל כבודי נרמס לעפר תיארתי לי איך אותו ברנש שמתהלך עמה צוחק על חשבוני ושמח ליום אידי, ופתאום התנערתי מכל מחשבותי אלה והחלטתי לא! לא אאבד עצמי, אני אציל את כבודי ויהי מה. היתה לי מלחמה, הארצחנה או לא? האם היא אשמה או לא? לכסוף החלטתי בלבי שהיא אשמה בכל, לא אתן כבודי

הנוספת ג'וטיין

בעפר! תפסתי בגרונה והתחלתי לחנק. שמעתי שהיא הפליטה מפיה
ברוך אני אהבת אותך. לא אעזוב אותך."

- א ב רצוני להדגיש (א) שהקנטור לא נבע מהבחורה אלא ממתשבותיו הוא "..... תיארתי
לי איך אותו ברנש צוחק על חשבוננו" (ב) שהיה בדעתו לרצוח — בתחילה את
עצמו ואחר כך את ארוסתו. אם נסיר הצידה את הניתוח הפסיכולוגי המעניין של הרגשור
תוך נראה כי מעשה הקנטור מצד הקרבן מתבטא בבתי-הצחוק שהיתה על פני המנוחה
והמשפט האחד שאמרה: "אנחנו גמרנו בינינו. מה האסון כאן. זה קורה במשפחות הכי
הגונות". האם ממה שצוטט אפשר להסיק קנטור במובן של סעיף 216. או באיזה מובן
אחר?

בהצטרפתו למשטרה אמר:

- ג ד "נשארנו שנינו לבדנו בבית והתחלתי לגלגל עמה שיתה על אודות
עתידינו. שאלתי אותה. מה פשעתי לך שאת מתנקמת בי בצורה כזו? והיא.
לאחר שראתה בחולשת התחילה לדבר בלשון גבוהה(?) שאנחנו גמרנו
בינינו. זה לא נורא זה קורה במשפחות הכי הגונות' היתה בי מלחמה
נפשית האם היא צודקת או לא. לבסוף לאחר שיקולים רבים החלטתי שאני
צודק ממנה ובלי אימרו ודברים התגפלתי עליה והתחלתי לחנוק אותה במי-
ותי בומן שאני שכבתי והיא ירבה לידי. הספקתי עוד לשמוע מפיה את
המלים האלה. ברוך אני אהבת אותך לא אעזוב אותך."

שוב הקנטור היחיד — הוא המשפט שציטטתי למעלה. והפעם אף חסרה המלה "ובלעג".
האם יש במלים אחרונות אלו לפני מותה קנטור כל שהוא — יהיה המבחן אשר יהיה?

- ה הוא הקנטור הנזכר על-ידו.
אחד-עשר חודש אחרי הודאה זאת נתן הנאשם את עדותו בבית-המשפט המחוזי. ומה

- ז "עכשיו פתחתי בשיחה עם מזל, שאלתי מה הענינים בינינו. מה המצב.
היא אמרה לי שאנחנו גמרנו בינינו. כשהיא ראתה שאני במבוכה. היא
הוסיפה בציניות. זה לא נורא. זה קורה במשפחות הכי הגונות. שאלתי
אותה. מה חטאתי לך מה פשעתי לך שאת מתנקמת בי בצורה הזאת? האם
לא יכולת להגיד לי אתמול שיש לך חבר אחר? ולא לגרום לי אי נעימות
כזאת? במקום לענות לי תשובה על השאלה הזאת. היא שאלה אותי. איך
התברר שלה מוצא חן בעיני. גם זאת שאלה בציניות. האם הוא נחמד בעי-
ניך? שאלה. אני ניסיתי להתחמק מן התשובה. והיא הטרידה אותי וחזרה
על השאלה כמה פעמים ואילצה אותי לענות. עניתי לה שהוא בחור נחמד
בעיני. שאלתי אותה איפה הייתם אתמול בערב? היא אמרה לי שהיתה עם

השופט גויטיין

אייזיק בקולנוע. אמרתי לה: אבל את הומגת איזה חברה הביתה אליך ובסוף מתברר שאת הלכת עם בחור לקולנוע? היא לא השיבה על זאת אלא הביאה את השיחה לנושאים אחרים. בין השאר מסרה לי שיש לה פגישה עם אייזיק ביום שלישי הבא. היא אמרה לי שהכירה אותו בתל-אביב בחברה באותה תקופה שהיתה בתל-אביב. אז היא התחילה לתאר לי את כל הבני-לויים שלה בתל-אביב עם אייזיק. סיפרה לי שהיתה מבקרת יחד אהו בקברטים, עשתה טיולים אתו לנתניה ובחיפה ובזמן השיחה הזאת הוצאתי קופסת סיגריות אמבסדור אמרה בלעג: אני למדתי לעשן במשך הזמן שהייתי בתל-אביב/ היא נתנה לי דקירה בזה, קודם היא לא עיש-נה הסתכלה בסיגרה ואמרה לי: מה זה אמבסדור/ אמרתי כן, היא ענתה לי: אייזיק היה נותן לי סופרפיין/ שאלתי אותה, את השפעת עלי ולחצת עלי, את ואבא שלך, שאני אנשא לך ועכשיו פתאום את הופכת עורף מתנהגת אתי בצורה כזו? היא אמרה לי: מאחר שהייתי בתל-אביב ונוכחתי לדעת איזה חיים אפשר לעשות שם והחלטתי שלא להיות טיפשה להינשא לך.”

מזור הדבר שהסיפור על חלק זה של שיחתם לא נזכר בהודאות הקודמות. אני יכול ללמוד אחת מן השתים: או שהדברים כלל לא נאמרו בפועל אלא היוו חלק מהצגת הקנטור עבור בית-המשפט או שהדברים לגמרי לא השפיעו עליו ולא היוו חלק מהקנטור אשר כביכול השפיע עליו. יש לציין כי בהודאתו הראשונה סיפר כל מה שקרה בפרטי פרטים ואילו השיחה הזאת נשמטה לגמרי מזכרונו. הוא הוסיף בעדותו:

„כל פעם היא היתה מסתכלת עלי. איך הדברים משפיעים עלי. בסוף כשהיא רואה שאני לא מתרגז מספיק, היא התחילה לשיר כל מיני שירים לעשות כל מיני תנועות בגוף וללעוג לי ולצחוק ובתוך כדי הריקודים האלה שלה התנפלתי עליה תפסתי אותה בגרונה והתחלתי לחנוק אותה. היא הספיקה להפליט כמה מלים, ברוך אני אוהבת אותך, אני לא אעזוב אותך. מלים אלה הרגינו אותי עוד יותר.”

מהמלים האחרונות אפשר ללמוד שדברי אהבה, או דברי חרטה, יכולים להרגיז „עוד יותר” אדם המתנימד להיות רגיש כמו המשיב; מה היה במלים אלה להרגיז? השיחה הפטלית נמשכה כשעה וחצי לפחות. הנאשם היה יוזם העניין, הוא שהזמין את הנערה, הוא ששילח את אמו מן הבית כדי שיישארו לבדם, ואם תנועותיה או דבריה לא נעמו לו, יכול היה לבקש ממנה להסתלק או לצאת בעצמו מן החדר. מה בדיוק היווה לדברי הנאשם את הקנטור? הבחורה אמרה:

(א) ברצונה לשים קץ לידידותם, (ב) שהיא בילתה בנעימים עם אייזיק, (ג) שהיא למדה לעשן ומעדיפה „סופרפיין” מ-„אמבסדור”. (ד) בעת שישבה

והשופט גויטיין

על המיטה התנועעה ושרה, ה) בשעה שחנק אותה אמרה: "ברוך אני אוהבת אותך, אני לא אעזוב אותך".

האם אפשר, ולו גם לפי המבחן הסובייקטיבי, לראות בדברים אלה משום קנטור מאיזה סוג שהוא?

א

12. גם אם ניתן לפי איזו תיאוריה קיצונית ויוצאת דופן לראות בכך קנטור, האפשר לראות בו קנטור המצדיק חניקה ודקירה למוות? יכול היה לסטור על לחיה, לזרוק אותה מהמיטה ואפילו להבהילה עליידי כריכת ידיו מסביב לצווארה כאילו הוא עומד להנקה, אך לחנוק עד מוות ולדקיר 13 דקירות בסכין, נדמה לי שזו תגובה מוגזמת במקצה, ואם המבחן הסובייקטיבי מקבל תגובות כאלה כמורידות את המעשה מדרגה של רצח להריגה, אזי עם כל הכבוד, אני מעדיף את נימוקי בית-הלורדים על פסקי-הדין של הרוב בבית-המשפט דלמטה.

ב

ממאות הציטטות הקולעות שאפשר להביא כאן אתן פסוק אחד ממשפט גותיאר, 1919:

ג

"Further, the mode of resentment must bear some relation to the alleged provocation. A Bren gun which fires bullets in quick succession is one thing, but a woman showing preference for a particular lover is another."

ד

13. אולם בזאת טרם סיימתי. גם היועץ המשפטי וגם ההגנה הביאו לבית-המשפט מומרים, על מנת להוכיח — אם הבינתי אל נכון את פסקי-הדין של השופט ויתקון ואת דברי העדות — שהנאשם לא היה בעל איפי כה אנומלי עד שבעיניו יראה כקנטור מעשה שבעיני אנשים רגילים לא היה גראה כך.

ה

ואלה דברי הד"ר קלי:

"אני חושב שלא היה איש חולה, הוא ידע מה שעשה בזמן שעשה. היתה לו כיונה להרוג את המנוחה, הוא לא היה במצב התרגשות כזו שלא ידע מה הוא עושה בזמן המעשה, אני אומר שהחליט מה לעשות, ושביצע את החלטתו עשתונותיו היו עמו."

ו

לשאלות בא-כוח המשיב ענה:

ז

"לדעתי, דם קר פירושו היכולת להתכוון ולבוא להחלטה, אם הוא יכול לשלוט על עצמו למרות מצב ההתרגשות, לפיכך דעתי היא, שהוא היה במצב של דם קר מבחינה סובייקטיבית של הנאשם אני חושב שהוא פעל בדם קר מפני שהוא נשאר במצב של שליטה על עצמו."

השופט גויסיין

נא לא לשכוח שכל העדות הזאת ניתנה בתשובות לשאלות בא-כוח המשיב. יש עוד עדות כזאת (ראה ע' 77 והלאה מהפרוטוקול) שאין מקום פה להרחיב את הדיבור עליה. די אם אומר, שהעד הזה שלל לגמרי את האפשרות שבשעת מעשה היה הנאשם מקונטר על-ידי הקרבן.

כנגד עדות זו נשמעה עדותו של ד"ר ויניק, שטיפל במשיב במשך שבוע אחד ומצא אצלו "גישה לא רגילה לשאלות כבוד עצמי, פגיעה בכבוד, בעניינים האלה היה מאד רגיש. רגיש יתר על המידה המקובלת. עמדתו כלפי המעשה היתה קצת מוזרה, כמעט פתולוגית. חוסר החרטה הוא פתולוגי. הוא התבטא, כל דבר הרגיו אותי! קשה כמובן לי לדון באיזה מצב של התרגוות או אחר היה בשעת המעשה. הנאשם ידע מה שעשה, כך אני מניח. הפעולה לא היתה לפי דעתי, דבר מוכן מראש. חקרנו את הנאשם והוא אמר שלא שלט על עצמו, שהיה מרוגז. הוא בעצמו אמר שיצא מכליו. יותר מזה אינני יכול להגיד. קשה לקבוע מסמרות מתוך איזה רגש פעל הנאשם."

כתשובה לשאלות בא-כוח המערער ענה:

"הנאשם רצה לגרום לתוצאה מסויימת. התוצאה המסויימת היתה לגרום למות הבחורה. באותו רגע התחיל הרעיון להתגבש שהוא צריך להרוג אותה. יש בדבר אלמנט של רציו (ratio) אבל הדבר יותר בצד של אפקט."

כדי לקבל תמונה שלמה ונכונה מדברי הד"ר ויניק, יש לקרוא את כל העדות בעיון רב, ולאחר שקראתי את עדותו יותר מפעם אחת, עלי להודות, כי אינני מוצא בה הרבה לתמיכת הדעה שהתריגה נעשתה בהשפעת קנטור שמקורו באיזה מלים או מעשים של המנותח גם לפי המבחן הסובייקטיבי אינני מוצא בעדותו של הד"ר ויניק כי הרצח בא כתוצאה מהתפרצות הזעם שהנערה עוררה בדבריה והעוינותיה. כפי שכבר רמזתי לעיל, אני מסופק — ואני חושב שהד"ר ויניק היה מסכים אתי אילו הופנתה אליו שאלה כזו — אם יכול פסיכיאטר לדעת את פעולות חת ההכרה של חולה לאחר חקירה של שבוע אחד. כל מה שהיה לפניו ממש, כמו לפני בית-המשפט, הוא סיפורו של הנאשם. חומר אחר אין, והוא אף לא הסתיר מבית-המשפט שעדותו לא תוכל להיות בעלת ערך רב. או כפי שהוא אומר "בנוגע להתרגוות קשה לי כמובן לקבוע באיזה מצב של התרגוות היה הכל הוא בגדר השערה."

ציטטה זו מהעדות ממוטטת לדעתי את כל בנין הקלפים של המבחן הסובייקטיבי.

אני מרשה לעצמי להעיר אותה הערה לגבי עדותו של הד"ר קלי. כל אחד מממצאיו בקשר למשפט זה חייב להיות ארעי. הוא ראה את הנאשם פעמים ספורות, וברור לי שהיה מוצא סגל אחר לגמרי לו עשה את האנליזה הפסיכית במשך כמה חרשים או שנים. עדותו

השופט גויטיין

מוכיחה בעליל שלדעתו בוצע הרצח בדם קר גם לפי המבחן הסובייקטיבי. הנאשם לא קונטר על-ידי איזה דבר שהמנוחה אמרה או עשתה. נראה לי שעדות המומחים במשפט זה לא הוסיפה הרבה לידיעת בית-המשפט. אם אפשר ללמוד איזה דבר מעדות שני המומחים, הייתי למד שהמשיב לא קונטר.

- א 14. ועתה אפנה לפסק-הדין המהפכני של השופט הד"ר ויתקון, אשר תוקף ללא התבאומץ לב ראוי להערכה. את מבצר המבחן האובייקטיבי, הורס את חומותיו ומשאיר את חסידי התורה ההיא חללים בשדה הקרב.
- אחרי סקרו את פסק-הדין מתקיפת המנדט שענינם הוא קנטור. הוא מגיע לעובדות משפט זה וכותב, ובצדק: "באשר למאורעות אלה אנו חיים מפי הנאשם בלבד". מעניין לציין כי כשהוא פונה להודאת הנאשם שנכתבה בבאר-שבע הוא מתייחס אליה כאל מסמך המתאר כיצד הרג הנאשם את ארוסתו. אני מדגיש את המלה הרג בפסק-דינו, כי במסמך עצמו משתמש הנאשם כפי שכבר ציינתי לעיל במלה "רצחתי". אם אנו נוקטים במבחן הסובייקטיבי, עלינו בראש ובראשונה לראות מה אומר הסובייקט עצמו על מעשיו. והסובר ייקט כותב: "הסיבות שהניעו אותי לרצוח את ארוסתי". ואחר-כך: "היתה בלבי מלחמה נפשית. הארצחנה או לא".
- השופט המלומד ממשיך ומגיע אל עדות הד"ר קלי ואומר: "כן נחקר הנאשם על-ידי הרופא ד"ר קלי, אך לא ראיתי מקום להסתמך על תוצאות החקירה הזאת, מכיון שצור רתה אינה ערובה מספקת לדיוק הדברים".
- א 1 את הקנטור מוצא השופט המלומד בדברי העדות בשבועה שנתן הנאשם בבית-המשפט, כפי שהוא כותב בפסק-דינו: "בפרט דיבורה והתנהגותה של הבחורה". לפניי כמוכן הקושי שתיאור התנהגותה מופיע לראשונה בעדות המשיב בבית-המשפט אך נעדר מההודאות הקודמות. השופט המלומד משוכנע שהמשיב נתן את עדותו בבית-המשפט באופן כן ויש להתייחס אליה באמון. נשאלת איפוא השאלה, היאך להסביר את ההבדל בין ההודאות לעדות? ד"ר ויתקון מוצא לכך הסבר פסיכולוגי, וסמוכין להסברו זה הוא מוצא בעדותו של ד"ר ויניק, אך הוא מוסיף, שגם בלי עדות הד"ר ויניק יכול היה להגיע לאמת זאת בהסתמכו על הבנתו הפסיכולוגית.

- א 1 "קורא המכתב עלול לקבל את הרושם שהנאשם שקל בקור רוח את כל הנימוקים בעד ונגד התאבדות מזה והריגת המנוחה מזה"
- ישוב כדאי להדגיש, שהשופט נאחז במלה הריגה ולא רצח כמו שכתוב במסמך:
- א 1 "והגיע להחלטתו על-פי תהליך של שקלא וטריא לדעתי רושם זה הוא מוטעה מעיקרו. הפעולה והמצב הנפשי שקדם לה היו בשטח האפקט, ורק בשעת הכתיבה הלביש את רגשותיו האמוציונליים צורה שכלית"

השופט גריסין

זוהי מסקנה מפתיעה, שעל פסיכיאטר ולא על שופט להסיקה. מסמך היסוד במשפט זה הוא המכתב שנכתב בבאר-שבע. בו אנו מוצאים את הסיפור הראשון על קנטור ואת תיאור הלך מחשבותיו של הנאשם בשעת הרצח. השופט המלומד אינו מקבל את העדות כמו שהיא, אלא מפרשה פירוש פסיכולוגי ושומט את היסוד שעליו נבנתה ההגנה. אם אנו אומרים שמהלך מחשבותיו המתואר במכתבו הוא פרי האמוציונליות שבו, אזי הסיפור על הקנטור כביכול אינו אלא רציונליזציה של רגשותיו הרצחניים שהיו מופנים בתחילה כלפי עצמו ואחר-כך נגד המנוחה. עם כל הכבוד, אין השופט המלומד יכול להגביל את פירושו הפסיכולוגי לחלק אחד מן המכתב, דהיינו תיאור הלך מחשבותיו. אם להשתמש בדברי השופט המלומד אבטא זאת בדרך זו: אם בעת כתיבת המכתב הלביש הנאשם את רגשותיו האמוציונליים צורה שכלית, אזי הלביש גם את התנהגות הבחורה בצורה המתאימה להרגשותיו.

אף על פי שהשופט המלומד מסתמך כביכול על עדות המומחה ד"ר ויניק, קשה לי לגלות בעדות את היסוד לפירוש רש"י זה אשר נתן לטקסט המקורי. בהעדר הסבר משביע רצון למקור הפירוש הרחמני הזה, נראה לי שהמכתב שנכתב בבאר-שבע מדבר כעדר והוא הקרוב ביותר לאמת — עד כמה שאפשר לגלות את האמת במשפט הזה. אם אנו מחפשים את האמת הסובייקטיבית של הנאשם, עלינו למצוא אותה דוקא במכתבו. אם המכתב אינו מגלה את האמת, אין אנו רשאים להמציא אותה על-ידי השערות. אחרי שהשופט המלומד טיפל במכתבי המשיב, בלי להגדיר את הקנטור ובלי לתאר את אופי המשיב על-פי העדויות שנשמעו, הוא כותב:

„אני רואה בהתנהגות זו על כל פרטיה המצטברים עלבון ופגיעה ברג"י שי הנאשם ששללו ממנו את השליטה על עצמו. היה זה קנטור מידי במלא מובן המלה.“

לו היה זה ממצאו של בית-המשפט כולו, תוצאת העדות בעל-פה שהוגשה לפניו, אולי הייתי מוצא קושי מה להתערב בו, בשבתי בערעור. אבל אין זה אפילו ממצאו של הרוב כמו שיתברר לכשאגיע לפסק-דינו של השופט המלומד מר גולן. שנית אינני יכול להתעלם מהמכתב שנכתב בבאר-שבע ומההודאה שניתנה למשטרה. כבר ביארתי למה אינני מוכן ללכת בעקבות הפירוש שניתן למכתב על-ידי הנשיא-התורן. ולכן חפשי אני להתבונן מחדש בכל חומר העדות. לא נאמר בפסק-דינו של ד"ר ויתקון שהוא סמך על התנהגות העדים בהגיעו למסקנותיו, אם כי העיר שלדעתו היתה עדות המשיב עדות אמת. אף על פי כן כשאני קורא את העדות בשלמותה, איני מוצא בה כל רמז שהקנטור, אם בכלל היה, הוא שגרם להריגה.

השופט גויטמן

15. השופט המלומד גולן, לאחר שפירט את העובדות בכהירות רבה כותב:

א «אין אני נכון להרחיק לכת. כחברי הנשיא-התורן ד"ר ויתקון, שקיבל ללא היסוס את עדותו של הנאשם ביחס לדבריה ולהעויותיה של המנוחה שהיוו את הקנטור המידי והגורם הישיר לביצוע הפשע מכל מקום יצר הנאשם בדבריו ספק מתקבל על הדעת בדבר קיומו של קנטור מידי»

והוא מוסיף ואומר:

ב «דיבורים פוגעים ותנועות מעליבות יכולים להוות במסיבות מסוימות פרוקוציה בסגרת ההלכה שנתקבלה על-ידי בתי-המשפט בארץ.»

ג זתומך יתדותיו ב"ע"פ 95/46, (3), ו"ח"פ 115/48, (5) מפליא הדבר, שהשופט המלומד סומך על עדותם של הד"ר קלי והד"ר ויניק כדי «לחזק את הספק» שמא לא פעל הנאשם בדם קר. מפני שלפחות עדותו של הד"ר קלי, כפי שביארתי לעיל, מוכיחה את ההיפך, ואילו מעדות הד"ר ויניק יוצא שכל נסיון לבאר את מצבו הנפשי של הנאשם בומן המעשה אינו אלא בגדר השערה. לאור האמור אינני משוכנע שהספק של השופט היה ספק מתקבל על הדעת.

ד 16. השופט בקר אינו הולך בעקבות חבריו.

הוא מתפש פתרון הגיוני — לוגי ולא פסיכולוגי. הוא מציין, ובצדק, שהמוות נגרם לא על-ידי החניקה אלא על-ידי הדקירות. «אין כל ספק בלבי שלא היה כל קנטור ואינני רואה איך יתכן שיהיה ספק בדבר». אני מסכים בכל הכבוד לסיכום הזה.

ו השופט המלומד הולך בעקבות עדות המשיב, שאף הוא מבדיל בין שני שלבי הפשע: החניקה והדקירה, ומוכן אפילו להניח שהיה קנטור בשלב הראשון אך איזה קנטור היה לפני הדקירה? רצונו היה להרוג. חניקתו לא הצליחה להרוג את ארוסתו, לכן היה עליו להשתמש בדקירות הרבות. השופט המלומד מתאר את מה שאירע לפני הדקירות במלים אלה:

ז «(הנאשם) ירד מהספה, נעל את נעליו, גרר את המנוחה מעלייד ספה בחדר. הניחה בחדר המקלחת, סגר את הדלת פתח שוב את דלת המקלחת, נתן לה דריכה, רקיעת בעקב נעלו על ראשה, חזר לחדר, פתח את המגירה של הארון, לקח את הפגיון מתוך הנרתיק, חזר לחדר המקלחת ודקר את המנוחה»

ח יוצא באופן ברור עד מאד, שלא היה קנטור סמוך לפני הדקירות גם אם אפשר לראות לאחר אימוץ כוח הדמיון (ולא למעשה) איזה קנטור שהוא לפני החניקה.

השופט גויסרין

השופט קיבל את המבחן האובייקטיבי. והיה מחוייב לעשות כך בהתאם לפירוש הנכון של החוק שלנו. כפי שכבר ביארתי לעיל, ומסכם את כל המשפט נגד המשיב בשבע שורות קצרות אלו:

א "שקלתי היטב אם התנהגותה של המנוחה היתה כזאת, והגעתי למסקנה שהיא לא היתה כזאת, וביחוד כשים לב לכך שהמנוחה היתה בחורה צעירה, עליוזה, שאהבה לשיר ומה שאמרה לנאשם ביחס לשינוי ביחסה כלפיו לא היה דבר חדש בשביל הנאשם. . . . והשיחה נמשכה שעה וחצי והמנוחה לא נתנה לנאשם אפילו רמז שהתנהגותה עם בחור אחר היתה בלתי מוסרית."

ב

ביחס לטענה המשפטית כותב השופט בקר:

ג "במקרה זה אני משוכנע שאדם גיוני בארץ לא היה רואה בהתנהגות המנוחה לפני המקרה במסיבות שתוארו לעיל משום קנטור כפי שתואר לעיל המצב שהיה קיים מיד לפני שהנאשם דקר את המנוחה את 13 דקירות המוות, היה לו די זמן לחשוב מה הוא עומד לעשות ומה יכולות להיות תוצאות מעשיו. ולדעתי פעל אז הנאשם בדם קר ובמסיבות בהן יכול היה לחשוב ולהבין את תוצאות מעשיו ואני מגיע לאותה מסקנה אפילו לגבי המצב שהיה קיים סמוך לפני החניקה."

ד

השופט המלומד כותב שהוא מוצא חיוק למסקנותיו. על אף שאין צורך בחיוק, במה שקרה לאחר הרצח.

ז לאור העדות שהיתה לפני בית המשפט, הכוללת את המעשים שנעשו על-ידי המשיב אחרי ההריגה, אינני רואה איך אפשר היה להגיע למסקנות אחרות — תהיה מה שתהיה הגדרת המלה קנטור. התובע הוכיח העדר קנטור, הנאשם לא עורר ספק איזה שהוא.

י 17. כדאי להזכיר כאן את העובדה המעניינת שכל השאלה הזאת — לפי איזה מבחן על השופטים לדון — הוצאה מבתי המשפט ומירחונים מקצועיים והובאה לדיון פומבי בפני הועדה המלכותית שמונתה באנגליה בכדי לדון בשאלה אם יש לבטל את עונש המוות. בוועדה ישבו מומחים ידועים בכל שטחי החיים. הועדה שמעה שופטים, עורכי דין, רופאים, פסיכיאטרים וכל מיני מומחים אחרים. והחליטה פה אחד שלא להמליץ על החלפת המבחן האובייקטיבי במבחן הסובייקטיבי. נכון הדבר שהם המליצו על שינוי בחוק כדי שמלים יוכלו להיות קנטור אבל ביחס למבחן הנכון והכדאי — המליצו במפורש שלא ייעשה כל שינוי, ראה Royal Commission on Capital Punishment Report, p. 4546. וזאת על אף העובדה שבאנגליה התבדל בין המבטנים פירושו תליה או מאסר. מובן שההמלצות של הועדה אינן מחייבות אותנו, אך כל זמן שבישראל לא מונתה ועדה כזו על מנת לדון בשאלה, וכל עוד שהכנסת לא חוקקה חוק המצווה על שינוי במבחן,

השופט גורן

מותר לנו להביא בחשבון שבארץ ממנה שאבנו את החוק, שאנו דנים עליו, היחלט עתידי ועדה בעלת משקל רב שלא להמליץ על מבחן חדש בקשר לקנטור.

18.

- א לא הייתי רוצה לסכם את פסקהדין הזה בלי לומר כמה מלים על החוק המצוי ועל החוק הרצוי. רצח אינו נעשה על-ידי אנשים רגילים, בינוניים או סבירים, אם יש בכלל אנשים כאלה בעולם. רוצחים הם בדרך כלל אנשים הסובלים מאי-יציבות נפשית. אי יציבות זאת נגרמת לפעמים על-ידי ליקויים גופניים (כמו במשפט של בדר, (10)). השפעות משפחתיות, גורמים פסיכולוגיים, תורשה ועוד, בהרבה מקרים אי יציבות זאת אינה נראית לעין, ואפשר לגלות אותה רק על-ידי חקירה ובדיקה פסיכולוגית מעמיקה. לפני היתה הדרך היחידה לטפל באדם בלתי-יציב ע"י חיסולה, אלא אם אי-נורמליותו היתה כה כך בולטת לעין עד שכל אדם ראה שהוא אינו שפוי בדעתו. במקרה זה היה נשלח לביה"ח הולירוח והציבור לא דאג לו עוד. אנו בישראל התקדמנו וכיטלנו את עונש המוות. יתכן והגיעה השעה למחוקק לצעוד צעד אחד קדימה. הוא יכול להשאיר לבתי-המשפט את השאלה אם הנאשם עשה את המעשה שגרם למותו של הקרבן, וכשהנאשם נמצא "אשם" בעשיית המעשה, אזי על בית-המשפט להעביר אותו לחבר-רופאים או פסיכיאטרים ועליהם יוטל למצוא, אם אפשר, את הגורמים הנפשיים שהכריחו אותו לעשות את המעשה. היות עליהם לתחליט אם המחלה שהביאה אותו להרוג עלולה להירפא, אם התשובה חיובית, על הרופאים לרפאותו כדי שלא יהיה מסוכן לציבור, אפשר יהיה לשהררו ולהחזירו למש"פחהו. אם אין תרופה למחלתו, לפי התקדמות המדע באותו זמן, אזי על הרשות המוסמכת לתחליט מה ייעשה לו. יתכן והדורות הבאים יחשבו אותנו למפגרים על שאנו כולאים אדם למאסר עולם או לתקופה ארוכה בעד מעשה אשר יוכל להיות שנגרם על-ידי גורמים שלא היתה לו שליטה עליהם, ושאינן אפשרות לרפאו. כל עוד אין חוק כזה בישראל עלינו לפרש את החוק כמו שהוא. ולפי החוק כמו שהוא היום בישראל, איני רואה דרך אחרת אלא לקבל את ערעורו של היועץ המשפטי ולמצוא את המשיב אשם לפי כתב-האישום.

ה השופט ברנרן: אני מצטרף לדעתו של חברי הנכבד השופט גויטיין.

- ו גם אני סבור כי על-פי סעיף 4 לפקודת החוק הפלילי, 1936, עלינו לפרש את המונח חים והביטויים המופיעים בסעיף 216 (ב) לפקודה כמשמעותם בחוק האנגלי ולאור התקדימים האנגליים. המונח "קנטור" הועבר אלינו מאנגליה, ואינני מוצא שום דבר בפקודה בכללותה, או בסעיף 216 (ב), המאפשר לנו לסטות מן המובן שניתן למונח זה באנגליה, וכפי שמסביר בפרטות כב' השופט גויטיין בפסק-דינו, הביטוי "דם קר" המופיע באותו סעיף אינו אלא צד שני של אותו מטבע.

- ז במשפט יעקובוביץ, ע"פ 125/50, "פסקים", כרך ג, ע' 439, (1), עמד כב' השופט וילברג על כך שהוראות החוק הפלילי שלנו בענין הריגה ורצח מהוות לקט של רעיונות ומושגים משיטות משפט שונות (אנגלית, צרפתית ועותמאנית) כפי שהיתה קיימת בארץ עד

השופט ברנז:

שנת 1936), ולא תמיד קל לזהות את מקורה של הוראה מסוימת. כמו שאמר כב' השופט זילברג בלשונו הציורית ב"ע' 486, (1):

„לפנינו מוזאיקה של פסיפסים בעלי צבעים שונים, אשר לוקטו ולוכדו יחדיו להיותם מצטרפים לתמונה אחת אולם מה שאינו כל כך ברור הוא: זיהוי מקורה הקונקרטי של כל אחת מאבני הבנין מהן הורכבה התחיקה המקובצת' היא.“

א

חושבני כי במשפט זה, הסובב כולו על הציר של פיסקה ב' של סעיף 216, לא קיים אותו קושי של זיהוי מקור. המונח „קנטור“, שלא היה קיים בחוק הפלילי העותמאני והורבא לראשונה בפקודת החוק הפלילי משנת 1936, הועבר אלינו מהמשפט האנגלי בעניני רצה והריגה, שהוא מושרש בו מקדמת דנא. ברור, איפוא, כי הרעיונות הטמונים באותו מונח שאובים מן המעין האנגלי, ואיני רואה כל סיבה לומר שתוך הרקתם מכלי אל כלי נשתנה טעמם.

ב

מכיון שכך הוא הדבר, נראה לי כי אין אנו בני חורין לתת בארץ לביטויים של „קנטור מידל“ ו„דם קר“ משמעות אחרת, שונה מן הקצה אל הקצה, מזו שניתנה להם במרוצת הזמן במשפט האנגלי.

ג

ברצוני להדגיש כי גם אילו לא ראיתי את עצמי חייב ללכת בעקבות אסמכתאות ועקרונות החוק האנגלי, הייתי מגיע באופן בלתי תלוי לאותה תוצאה רק על סמך נוסח החוק שלנו, וגם לא הייתי רואה בתוצאה זו דבר בלתי רצוי. השופטים באנגליה ובארצות-הברית פיתחו את מושגיהם ורעיונותיהם על מהות הקנטור לא על-פי נוסחה כתובה בחוק החרות שחייבה אותם לנהוג לפיה. הם עשו זאת מרצונם ועל-פי בחירתם החפשית, ונראה לי שבחירה זו היתה לא רק הגיונית אלא גם נכונה ומציאותית. שמצאה לה תמיכה רבה בהשקפת עמיהם בעניני דין ומוסר ציבורי. ראיה לכך שגם לאחר שההלכה המשפטית בדבר מובנו ומבחנו של הקנטור נמתחה ע"י בית-הלורדים דוקא בשנים האחרונות עד קצה גבול היכולת, המליצה ועדה מלכותית רפרזנטטיבית להשאיר גם להבא את ההלכה הזאת ביסודה כמות שהיא, ולהכניס בה רק אי אלו שינויים קלים, באופן יחסי, המכוונים ליטול בעיקר את העוקץ בקשר לקנטור הנובע מדברים גרידא שאינם מלווים מעשים פוגעים, וכל זאת למרות העובדה שבאנגליה מי שנתחייב ברצח אחת דינו — מיתה. הלורד צ'נסלור, לורד טימותון, סיים את פסק-דינו במשפט הולמס נגד ראש התביעה הפלילית, (12), ב"ע' 601, בדברים אלה:

ה

ו

„במקרה של הריגה פלילית צריך החוק ליישב את הניגוד בין השמירה על קדושת חיי האדם לבין הכרת השפעת הקנטור על חולשת הטבע האנושי.“

ז

והדרך שהלכו בה בתי-המשפט באנגליה כדי להגשים פשרה זו בין שני ניגודים אלה הוא הדרך של המבחן האובייקטיבי. סבורני כי פשרה זו הוגנת ומתאימה גם בשבילנו.

הנאשם בתביעה

עלינו לומר, איפוא, כי כדי להוריד מקרה של גרימת מוות מדרגת רצח להריגה מסיבית קנטור יש לבדוק תחילה אם היה בהתנהגותו של הקרבן כלפי הנאשם, סמוך למעשהו, כדי להרתיח את דמו של אדם ישראלי רגיל — ולא דוקא של הנאשם המסויים הזה — ולהביאו לכך שיעשה את מעשהו בלי שיוכל באותו זמן לחשוב ולהבין את תוצאתו. רק לאחר שנבדק העניין לאור המבחן האובייקטיבי או הכללי הזה, מגיע תורה של הבדיקה הסובייקטיבית או האינדיבידואלית, אם למעשה קונטר הנאשם כנ"ל ע"י הקרבן, במלים אחרות, על השופטים להצמיד לעצמם את שתי השאלות הבאות בזו אחר זו: ראשית, האם בכלל היה בהתנהגותו של הקרבן כלפי הנאשם משום קנטור לפי מידותיו ומנהגיו של אדם ישראלי מן השורה, שהיה מניעה לעשיית מעשהו של הנאשם? אם התשובה לשאלה זו היא שלילית, כי אז נחרץ גורלו של המקרה לרצח. ורק אם התשובה היא חיובית, מגיע תורה של השאלה השניה: האם למעשה קונטר הנאשם ע"י הקרבן עד כדי כך שהוא עשה מה שעשה בלי לחשוב ולהבין את תוצאות מעשהו? אם התשובה לשאלה זו היא שלילית, כי אז שוב נחרץ גורלו של המקרה לרצח. ורק אם התשובה לשאלה זו — כמי לשאלה הראשונה — היא חיובית, כי אז ייחשב המעשה להריגה.

מובן מאליו, כי כאשר אנו מקבלים את המבחן האובייקטיבי באמצעות ה"אדם הסביר" או ה"אדם הרגיל" או ה"אדם מן השורה" עלינו לשוות לנגד עינינו אדם ישראלי כזה על מעלותיו וחסרונותיו, על תחלואיו ופגעייו, על מידותיו ומנהגיו, ולא להסתמך על איזה טיפוס אידיאלי של אדם בלתי מציאותי שאנשי הגות חזוהו ותיארוהו בעיני רוחם וחזונום. שום אדם על אדמות אינו כליל השלמות, לא מבחינה נפשית ולא מבחינה גופנית. גם אדם רגיל ונורמלי כביכול יש בו אי-נורמליות זאת או אחרת, גשמית או רוחנית, הנותנת בו אותותיה, מכוננת את צעדיו ומשפיעה על התנהגותו. על כן, בשקלנו את התנהגותו האפשרית של האדם הרגיל במסיבות המיוחדות המלוות כרגיל כל מקרה של מות אדם בידי חברו, על השופטים לקחת בחשבון אי-נורמליות מסויימת שיש להניח שאדם ישראלי רגיל לוקה בה בממוצע.

לא אמרתי את כל זה אלא כדי להראות כי התלכה שנפסקה לא מכבר ע"י בית-הלור-דים במשפט בדר, (10), היא אמנם מסקנה הגיונית עקבית מן המבחן האובייקטיבי, אך עם זאת איננו סבור, כי משפט זה צריך להדריך את מנותחני אנו, לדעתנו, התוצאה שהגיע אליה חברי-המושבעים והשופטים באנגליה במסיבות אותן מקרה אינה התוצאה שמוכרחים היו להגיע אליה גם שופטים בישראל אילו קרה המקרה בארץ. מכל מקום, העובדות במקרה שלפנינו שונות תכלית שינוי, ומשום כך אין אנו חייבים להביע כאן דעה סופית על משפט בדר, (10), אם אנו סומכים את ידינו עליו או לא.

כללו של דבר, אם כי אנו קשורים להלכה האנגלית בדבר המבחן האובייקטיבי של הקנטור, הרי כשאנו באים לעשות שימוש בהלכה זאת אצלנו שומה עלינו להעבירה בכל מקרה ומקרה בכור המבחן הישראלי. לשון אחרת, כדי לומר מה מהווה קנטור בישראל.

השופט ברנזון

עלינו להביט על ההלכה האנגלית דרך אספקלריה שלנו שתשקף את רקע ההוי הישראלי בלי שנהיה קשורים בשימוש שעושים באותו מבחן באנגליה בכל מקרה מסויים. אותו רעיון גלום בדבריו הבאים של הלורד צ'נסלור במשפט הולמס, (12), הנ"ל:

א. "ולבסוף ברצוני להעיר כי השימוש בעקרונות המשפט המקובל לגבי ענינים כאלה חייב להיות מווסת עד לשיעור מסויים ע"י התפתחות היי החברה. למשל הדוגמה שניתנה ע"י בלקסטון כי אם אדם מושך באפו של חברו וזה חובל בתוקף חבלה שסופה מוות לא יהא זה אלא הריי גה — דוגמה זו מביעה אולי את ההרגשה הטבעית של דורות עברו, אך מסופקני מאד אם בימינו אלה יש מקום להשקפה כזאת. הפגיעה בכבוד עקב תקיפה פיסית קלה יתכן וישתנה ערכה עם תמורות העתים. כיוצא בזה קל לתאר לעצמנו לפחות בימינו אלה, מלים בעלות אופי נקלה המסוגלות לשלול מאדם סביר את השליטה העצמית שלו יותר אפילו מאשר אלימות פירסית. אך מאידך גיסא, ככל שהחברה מתקדמת והולכת, כן עליה לדרוש מידת ריסון יותר גבוהה בכל מקרה ומקרה."

דברים אלה ודומיהם מכניסים את הגמישות הדרושה למבחן הנוקשה. גם המבחן האובייקטיבי אינו דבר קבוע ועומד בכל המקומות ובכל הזמנים. הוא משתנה עם השתנות מושגיהם. השקפותיהם ותגובותיהם של האנשים ממקום למקום ומזמן לזמן באותו מקום. אינו דומה. למשל, האדם הבינוני, הרגיל בארץ, לאנגלי הבינוני, אותו רעיון גופא מובע בהוראה שניתנה ע"י זקן השופטים הלורד גודארד במשפט קוואקו מנסה (17), שנדון במועצת המלך הפרטית בענין שהובא אליה בערעור מאפריקה המערבית. הוא אמר ב"ע" 93:

ה. "המבחן — בדבר קנטור — צריך להשתמש בו כלפי איש כפרי מערב — אפריקאי רגיל, ודוקא בשאלות אלו אין ערוך לידיעתם ולהכנתם של חברי מושבעים מקומי."

לא זו בלבד שאינני רואה כל חידוש הלכה או סטיה מן ההלכה הכללית בביטוי של "איש כפרי מערב-אפריקאי רגיל", שהשתמש בו זקן השופטים, כי אם להיפך. מובן מאליו הוא, שחבר שופטים מושבעים באפריקה המערבית אינם יכולים להפשיט את עורם מעליהם ולהפליג בדמיונם מארצם לאנגליה הרחוקה, שממנה לוקחו בשבילם הוראות החוק בעניני הריגה ורצח, ולחזות באיזה חוש נבואי כיצד היה מגיב ומתנהג אנגלי טיפוסי במסיבות המקרה שלפניהם. עליהם לחרוץ את משפטו של הנאשם על-פי התגובה וההתנהגות שהם מתארים לעצמם, כי איש העם של אותה ארץ היה מגיב אילו הועמד במצבו של הנאשם, והוא הדין אצלנו.

השופט ברנזון

פרקליט המדינה המלומד היה סבור, כי אם כי אין הברל בעקרון בין ההלכה האנגלית לבין ההלכה שלנו בענין זה, יתכן שיש הברל של מידה, ומשום כך לא ראה צורך לחלק על הדעה שהובעה ב"ערעור פלילי 109/47, (4), כי בהשתמשנו במבחן האובייקטיבי של האדם הרגיל בארץ, יש להביא בחשבון את השתייכותו הגזעית של הנאשם כדי לעמוד עליה מה שמהווה קנטור כלפיו. דעה זו, שנתחדשה בבית-הדרשם של השופטים הבריטיים בשלהי תקופת המנדט, אין לה כל סמוכין בחוק, ואני דוחה אותה בשתי ידיים. "תורת הגזע" הזאת, שאפשר להסבירה — ואולי אף להבינה — על רקע המציאות בארץ ומדינתנו, היא הרשמית של ממשלת המנדט באותו זמן, וזה היא לרוחנו, רוחה של מדינת ישראל. שראש מאווייה הוא לכנס את פזורי ישראל מתפוצות הגולה ולמוגם בארץ לעם אחד ומאוחד.

נראה לי, כי מאותו הרגע שניקח בחשבון את ארץ המוצא והתרבות של הנאשם המסוים והשתייכותו העדתית או הגזעית, אנו זונחים למעשה את המבחן הנכון. האדם הישראלי הטיפוסי החולך ונוצר בארץ, ורק הוא, צריך לשמש קנה-מידה במבחן הקנטור.

ברור, איפוא, כי כלל המבחן הסובייקטיבי שלאורו הלכו שופטי הרוב בבית-המשפט דלמטה, אינו המבחן החוקי הנכון, אין לי צל של ספק, כמו שלא היה לשופט המיעוט בבית-המשפט דלמטה, שכיוון את דעתו למבחן הנכון, כי בשום פנים אי אפשר לומר כי התנהגותה של המנוחה, סמוך למעשהו של המשיב, היה בה משום קנטור כזה שעלול היה לעורר אדם רגיל בארץ לקום עליה ולהרגה נפש ע"י חניקה ודקירה.

לפיכך אני סבור, שיש לקבל את ערעורו של היועץ המשפטי ולהרשיע את המשיב ברצח לפי סעיף 214 (ב) לפקודת החוק הפלילי.

לפיכך הוחלט ברוב דעות לקבל את הערעור, לבטל את פסק-דינו של בית-המשפט דלמטה ולהרשיע את המשיב בעבירת רצח לפי סעיף 214 (ב) לפקודת החוק הפלילי 1936.

ניתן היום, כ"ג באדר תשט"ו (17.3.1955).

ג ז ר - ד ין

לפי סעיף 1 של החוק לתיקון דיני עונשין (ביטול עונש מוות על רצח), תשי"ד-1954, אנו דנים את המשיב, ברוך סגל, למאסר עולם.
ניתן היום, כ"ג באדר תשט"ו (17.3.1955).