ערעור פלילי מס' 125/50

דוד יעקובוביץ נגד היועץ המשפטי לממשלת ישראל

א **בבית המשפט העליון כב"ש לערעורים פליליים**
(27.3.52, 28.3.52, 30.3.52, 31.3.52, 2.4.52, 12.6.52)

לפני השופטים אגרנט, אסף, זילברג

ב

פקודת החוק הפלילי, 1936, סעיפים 214(ג), 215, 212, 218, 11(2), 201(1), 235, 214(ב), 214(ד), 214(א), 216 — פקודת סדרי השלטון והמשפט, תש"ח-1948, סעיף 11 —

ג השופט אגרנט: כלל הוא, כי שלילת ה"אליבי" שטען הנאשם, עשויה להוסיף משקל למהימנות עדות הקטיגוריה — אולם כל עוד עדות זו כשלעצמה אינה מספיקה לכאורה להרשעת הנאשם, פן הנמנע הוא לייחס ערך כלשהו לשקריו ביחס ל"אליבי" שלו — לכל זה יש להעיר: 1) חשוב מאד להבחין בין אי־הצלחתו של הנאשם להוכיח את ה"אליבי" רק משום שביהמ"ש לא האמין לדבריו, לבין הפרכתה המוחלטת של טענתו זו ע"י ההוכחות הסותרות מצד הקטיגוריה — ברור שדק במקרה השני יהא ערך לשקריו של הנאשם כחיזוק לגירסת הקטיגוריה, ורק ברוח זו יש לפרש את ההלכה שנקבעה בע"פ 3/48 — 2) הערכת הכוב הצפון בטענת ה"אליבי" כנ"ל תלויה תמיד במסיבותיו המיוחדות של כל ד מקרה ומקרה, כפי שנקבע בע"פ 38/49 — כלל הוא, כי בעבירות מיניות רואים את המתלוננת בבחינת עד שהוא חשוד על השבועה ואין סומכים על דברי עדותה, אלא אם כן נתמכים הם ע"י ראיה נוספת לתי תלויה — ברם, משהוצגה הוכחה המחזקת את דברי המתלוננת לגבי עצם הכסייה שבמעשה האינוס, זוב אין להטיל חשד במהימנותה כעדה ולא דרוש סיוע לדבריה בנוגע ליתר פרטי ההאשמה, לרבות יהוי הנאשם כאדם שאנסה — בעבירות לפי הסעיף 214(ג) הנ"ל יש לשים את הדגש על עצם המעשה ה של גרימת מות בעוד שהמוטיב (הקלת ביצוע אונס) מהווה רק סיבה מחמירה — אין כל הכרח להראות שביצוע העבירה האחרת (האינוס) הושלם אלא אם קיים קשר סיבתי בין פעולות ההמתה לבין המזימה של ביצוע האנס — המושג „מחשבה פלילית" (mens rea), כיסוד הדרוש לכל עבירה שמקורה במשפט המקובל, מצריך שהקטיגוריה תוכיח לפחות: 1) כי הנאשם ביצע את המעולה, נשוא העבירה המיוחסת ו לו, ברצון (voluntarily) ולא בשגגה (accidentally); 2) כי בשעת המעשה חזה מראש את האפשרות שמהתנהגותו זו תצמח התוצאה אשר החוק אסר עליה — לגבי מרבית העבירות מהסוג ש"ל, חשוב גם להראות, כי הנאשם גם חפץ (desired) בתוצאה את שפעל כפי שפעל — כוונה (intention) פירושה, כי אדם, בשעת מעשה, לא רק שראה את הגולה, אלא שגם חפץ בגולה זה — לגבי מרבית העבירות מהסוג הנ"ל דרוש להוכיח „כוונה פלילית", כלומר נוסף למעולה רצונית, תוות־ ז ראש, המלווה גם חפץ לגרום לתולדה האסורה — מאידך גיסא, לגבי עבירות ממויימות אחרות, שמספרן משמש המקובל אינו רב, די להוכיח פזיזות (recklessness) ורשלנות (negligence), כדי שיהיה יים היסוד של „מחשבה פלילית" — בסוגיה הנדונה יש גם לקחת בחשבון: — א) הדרך להוכיח והנאשם ראה את הגולה, מהווה (נוסף לכך שפעולתו היתה פעולה רצונית), את הצד השווה שב„כוונה

פלילית" וב"פוזות פלילית", כשם שאי־חזות התולדה מראש, במקום שאדם היה צריך לחוותה, מאפיינת את המושג "רשלנות" — ב) הכלל, שחוקה על כל אדם, לרבות הנאשם במשפט פלילי, כי התבון לתוצאה אשר צמחה ממעבד הדברים ממעשהו, משמש אך מבחן מעשי, לפיו מותר להטיל מסקנה, שהנאשם ציפה מראש למעשה המזיק שקרה בפועל; ההנחה הזאת איננה סופית וניתן לנאשם לסתרה באמצעות ראיה נגדית — ג) הכלל, שמתובת הקטיגוריה להראות, כי התנהגות הנאשם היא שגרמה ל־actus reus, שיך לבעיה של סיבה ותוצאה ביחס למאורעות מסריימים, ואין בין בעית הסיבתיות לבין שאלת "המחשבה הפלילית" של העבריין ולא כלום — הדין האנגלי הארכאי השולל את הצורך בהוכחת mens rea, לא שימש דוגמה ומופת למחוקק הממשורי בשעה שהתקין את הסעיף 214(ג) הנ"ל — היסודות עליהם הושתתה ההלכה (בקשר לסעיף 214(ג)) שנקבעה בע"פ 38/47 הנם יסודות רעועים — מיתוח יסודות ההלכה הזאת מכהיר שקיימות 4 אפשרויות: — 1) פעולה רצונית שבעטייה נגרם המוות, ותו לא — 2) פעולה כנ"ל בצירוף מבחן נוסף על יסוד משפט Serné: השאלה תהא: האם אדם בר־דעת היה חזה מראש, מפאת האופי המטוכן של המעשה, את התוצאה הקטלנית שקרתה — 3) פעולה רצונית המלווה כוונה פלילית; השאלה תהא: האם הנאשם חזה מראש בשעת מעשה, כי הפעולה שאמר לבצעה, עשויה להביא למות הקרבן ואף חפץ אז בתוצאה ממין זה — 4) פעולה רצונית המלווה פזיזות פושעת; השאלה תהא: האם בשעת מעשה, היה הנאשם ער לכך, שפעולתו עלולה להסתיים בתוצאה קטלנית, אם כי אותו זמן לאו דוקא חפץ שיקרה דבר שכזה — ד ע ת ב י ת־ה מ ש פ ט ה י א, כי שומה על הקטיגוריה להוכיח, כדי לצאת ידי חובתה לגבי הדרוש בסעיף 214(ג), לא רק שהנאשם עשה ברצון את הפעולה שגרמה למות הקרבן, אלא גם, כי בשעת המעשה היתה לו "כוונה פלילית", בהתאם לאפשרות השלישית הנ"ל, או, כי היה שרוי אותו זמן במצב רוח של "פזיזות פושעת", בהתאם לאפשרות הרביעית — במלים אחרות, ראיית הגולד, כלומד תוות מראש של התוצאה הקטלנית בין כתוצאה וראית ובין כתוצאה אפשרית, מהווה את האלמנט ההכרחי של העבירה שהוגדרה בסעיף 214(ג).

השופט זילברג: אין ביהמ"ש לערעורים בודק מחדש את צדקתו או רשעתו של הנאשם, הוא בודק את: כשרותו או פסלותו של פסק־הדין — כאין ליקויים אחרים, לא יסתור ביהמ"ש לערעורים מסקנה שהוסקה מעובדות שהוכחו כחוק, אלא אם כן שוכנע, כי הסקת המסקנה ההיא על ידי ביהמ"ש דלמטה היתה מבחינה הגיונית, פסולה בתכלית — כלומר: מסקנה ח ס ר ת ש ח ר, אבסורד לכל, ולא כאשר היא רק "אינה נראית" לשופטי ביהמ"ש לערעורים — מקום שנפסקה הלכה טופית על ידי ביהמ"ש העליון של מדינת ישראל, אין חלקין כמה לתקדימים אנגליים — ההלכה ה י ש ר א ל י ת היא: א) אין להרשיע אדם בעבירה מינית, אף אם שוכנע השופט באשמתו, אלא אם כן עדותה, הישירה והיחידה, של המתלוננת, מצאה לה סיוע ממקום אחר; ב) חובה זו אינה מצטמצמת בתחומי שאלת ה כ פ י ה המינית בלבד — מכאן כי חובת סיוע זו משתרעת גם על הוכחת ז ה ו ת ו של האונס — המלים "כדי להקל על עשיית עבירה", פירושן: כוונה, ותו לא — לא מעשה ממש, לא נסיון מעשה, ואף לא הכנה לעשייתו, די אם מ ט ר ת גרימת המות, ה מ נ י ע לכך, היה: להקל על עשיית עבירה אחרת — מכאן כי עבירה על סעיף 214(ג) א י נ נ ה עבירה מינית, גם אם מטרת המעשה היתה, למעשה, יחסי מין, ולכן אין צורך בסיוע גם במקרה שכזה — אין צורך בסיוע, גם כאשר הכוונה לאנוס מוסקת ממעשה האונס גופו — ס פ ק ג ד ו ל, א ם ב ת י־ה מ ש פ ט ה י ש ר א ל י י ם מחוייבים ללכת אחרי חידושי הלכה, ש נ ת ח ד ש ו א ח ר י ק ו ם ה מ ד י נ ה ב ב ת י ה מ ש פ ט ה א נ ג ל י י ם — שקרי הנאשם אינם עשויים לשמש סיוע, מקום שהסיוע

א

ב

ג

ד

ה

ו

ז

זדרש מטעם החוק — הם יכולים לשמש סיוע, כאשר המדובר הוא לא בסיוע הכרחי הנדרש מטעם החוק, אלא בסתם סיוע, שהשופט נזקק לו, כדי למלא את סאת שיכנועו — סעיף 214, ס"ק (ג) — שלושת המקרים אשר בסעיף קטן זה — מה הם המקורות, מהם שאב המחוקק הארצישראלי את תכנו של ס"ק זה? — השוואת הנוסח הארצישראלי עם הנוסח הצרפתי והנוסח העותומני — קיים דמיון וחיצוני רב, אך שוני מהותי עוד יותר רב, בין שתי הגירסאות: הארצישראלית מזה, והצרפתית־עותומנית מזה — לפי הנוסח הצרפתי והעותומני, ה"תכליתיות" של המעשה היא תנאי שווה ומשותף לכל שלושת המקרים, ואילו הנוסח הארצישראלי מצמיד תנאי זה רק אל המקרה האמצעי (הקלת עשיית עבירה) מאשר בס"ק זה — ניתוח המלים: "גורם למות אדם כדי להקל על עשיית עבירה" — מה הוא כאן הדבר שנועד לסבב את הקלת העבירה: מעשה ההריגה, או מותו של הקרבן — ההכרע הלשוני המשום הוא לצד המירוש השני — לא כתוב: עושה מעשה, הגורם למות אדם, כדי להקל וכו', אלא כתוב: גורם למות אדם כדי להקל וכר — הפירוש הוא, איפוא: כי לא מעשה גרימת המות, אלא המות גופו, הוא הוא שנועד לשמש סיבה מסבבת להקלת העבירה — מכאן יוצא, כי במקרה האמצעי אשר בס"ק (ג), רצונו של המרב בכתן לתוצאת מעשהו, ולא רק לעצם המעשה בלבד — מסקנה: כאשר העבירה היחידה המיוחסת לעבריין היא העבירה האמצעית של ס"ק (ג), לא ייחשב העבריין כרוצח, אלא אם כן רצה במותו של הקרבן — השוואת הוראת ס"ק (ג) עם הוראת ס"ק (ד), אשר בו הושמטה המלה "ברצון" — אין ערך להשמטה זו — הראיה ההגיונית לכך — גם בס"ק (ג) לא נכתבה המלה "ברצון" אלא למען שני המקרים האחרים, הלא־קואוליים, האמורים שם, כי בשביל המקרה הקאוזלי האמצעי, לא היה צורך במלה זו — מסקנה: גם במקרה עבירה על ס"ק (ד), לא ייחשב העבריין כרוצח, אלא אם כן רצה במותו של הקרבן, שהרי גם כאן משתמש החוק במלים: גורם למות אדם כדי להתחמק וכר — אימתי נחשב העבריין כ"חפץ במות המת"? — הרצון בתוצאת המעשה, הכוונה לתוצאת המעשה, צריך שימצלו במותו ולבו של העבריין הקונקרטי גופו — אפשר אולי לכלול בכלל זה גם את "הפזיזות הפושעת", אך לא ייתכן להעמיד במקומה את האפשרות האובייקטיבית, מצד כל אדם בר־דעת, לצפיית התוצאה — שאם לא תאמר כן, יהא חסר כאן הקשר הסיבתי, התכליתי, בין תוצאת המעשה (המות) והקלת העבירה, תהרי לקשר סיבתי זה התכוון המחוקק בהגדירו את העבירה הנ"ל.

א. לויצקי — בשם המערער; א. ש. שמרון — בשם המשיב;
ש. שצ'ופק — בשם התובעות האזרחיות

פסקי־דין אנגליים שהוזכרו:

[1] *Watt or Thomas v. Thomas; (1947), A.C. 484.*
[2] *Noor Mohamed v. R.; (1949), 1 All E.R. 365, 371.*
[3] *Credland v. Knowler; (1952), 35 Cr. App. R. 48.*
[4] *Moriarty and wife v. The London, Chatham, and Dover Railway Company; (1869-70), L.R. 5 Q.B. 314, 319.*
[5] *R. v. Henry Ross; (1924-25), 18 Cr. App. R. 141.*
[6] *R. v. Charles Francis Evans; (1924-25), 18 Cr. App. R. 123.*
[7] *R. v. Thomas James Jones; (1925-26), 19 Cr. App. R. 40.*

[8] *The Queen v. Martin; (1881-82), 8 Q.B.D. 54.*
[9] *R. v. Steane; (1947), 1 All E.R. 813, 816.*
[10] *R. v. Meade; (1909), 1 K.B. 895.*
[11] *R. v. Plumer: (1701), Kel. 109; 12 Mod. Rep. 627; Fast. 352; 84 E.R. 1103.*
[12] *R. v. Horsey: (1862), 3 F. and F.; 287 Kenny's Cases, p. 109.* א
[13] *R. v. Greenwood: (1857), 7 Cox C.C. 404; 15 Digest 789, 8513.*
[14] *R. v. Serné: (1887), 16 Cox C.C. 311, 313; 15 Digest 788, 8502.*
[15] *R. v. Larkin; (1943), 1 All E.R. 217, 219.*
[16] *R. v. Lumley: (1911), 76 J.P. 208; 22 Cox C.C. 635; 15 Digest. 789, 8505.*
[17] *Public Prosecutions Director v. Beard: (1920), A.C. 479; 14 Digest 65, 306;* ב
sub nom. R. v. Beard 89 L.J.K.B. 437; 84 J.P. 129; 36 T.L.R. 379; 64 Sol. Jo. 340; 122 L.T. 625; 26 Cox C.C. 573; 14 Cr. App. R. 110, 116, 159, 187.
[18] *R. v. Stone; (1937), 53 T.L.R. 1046.*
[19] *R. v. Jarmain; (1945), 2 All E.R. 613.*
[20] *Rudd v. Elder Dempster and Co.; (1933), 1 K.B. 566, 602.* ג
[21] *Wheeler v. New Merton Board Mills, Ltd.; (1933), 2 K.B. 669, 677.*
[22] *Lewis v. The Great Western Railway Co.; (1877-78), 8 Q.B.D. 195, 206.*
[23] *R. v. John Alexander Graham; (1910), 4 Cr. App. R. 218.*
[24] *R. v. Benjamin Brown; (1910-11), 6 Cr. App. R. 24.*
[25] *R. v. Peter Quinn; (1910-11), 6 Cr. App. R. 269.* ד
[26] *R. v. William Pitts; (1912-13), 8 Cr. App. R. 126.*
[27] *R. v. Dossi: (1918),34 T.L.R. 498; 87, L.J.K.B. 1024; 13 Cr. App. R. 158, C.C.A.*
[28] *R. v. William Crocker; (1922-23), 17 Cr. App. R. 46.*
[29] *R. v. Lovell: (1923), 129 L.T. 638; 17 Cr. App. R. 163 C.C.A.* ה
[30] *R. v. Arthur Salman; (1924-25), 18 Cr. App. R. 50.*
[31] *R. v. William George Berry; (1924-25), 18 Cr. App. R. 65.*
[32] *R. v. James Phillips; (1924-25), 18 Cr. App. R. 115.*
[33] *R. v. William John Killick; (1924-25), 18 Cr. App. R. 120.*
[34] *R. v. George Coulthread; (1932-34), 24 Cr. App. R. 44.* ו
[35] *Jones v. Thomas; (1934), 1 K.B. 331, 332, 323, 327.*
[36] *Mash v. Dorley; (1914), 3 K.B. 1226, 1231, 1237.*

פסקי־דין א"י שהוזכרו:

[37] *Cr. App. 54/38 — Shafiq George Halaby v. The Attorney-General: (1938), P.L.R. Vol. 5, p. 338; (1938), S.C.J. Vol. 1, p. 340; (1938), Ct. L.R. Vol. 3, p. 284.* ז
[38] *Cr. App. 138/40 — Mohammad Nimer Obeid v. The Attorney-General; (1941), S.C.J. Vol. 1, p. 48.*

[39] *Cr. App. 122/43 — Muhammad Hassan Agha v. Attorney-General: (1943), P.L.R. Vol. 10, p. 590; (1943), A.L.R. Vol. 2, p. 770.*

[40] *Cr. App. 38/47 — Muhammad Zayed Abu Ghanem v. Attorney-General: (1947), P.L.R. Vol. 1, p. 236; (1947), A.L.R. Vol. 2, p. 662.*

א [41] *Cr. App. 14/38 — George Simaan Marma v. The Attorney-General: (1938), P.L.R. Vol. 5, p. 129; (1938), S.C.J. Vol. 1, p. 121; (1938), Ct. L.R. Vol. 2, p. 246.*

פסקי־דין ישראליים שהוזכרו:

ב (42) ע"פ 20־21/49 — עלי מוחמד חוסין עבדול רחמן ואחי ואח' נגד היועץ המשפטי לממשלת ישראל; "פסקי־דין", כרך ג', תש"ט/תש"י־1949/50, עמ' 13, 52.

(43) ע"פ 3/48 — מיכאל כ"ץ כהן נגד היועץ המשפטי; "פסקים", כרך ב', תש"ט־1949, עמ' 216, 220.

(44) ע"פ 54/51 — שאול בן יהושע פריברג נגד היועץ המשפטי לממשלת ישראל; "פסקי־דין", כרך ה', תשי"א/תשי"ב־1951 עמ' 1353, 1357, 1354.

ג (45) ע"פ 38/49 — מוחמד אחמד קנדיל ואחי נגד היועץ המשפטי לממשלת ישראל; "פסקים", כרך ב', תש"ט־1949, עמ' 341, 348, 359.

(46) ע"פ 56/51 — יעקב בן עובדיה מזרחי ואח' נגד היועץ המשפטי לממשלת ישראל; "פסקי־דין", כרך ה', תשי"א/תשי"ב־1951, עמ' 1504, 1529, 1533, 1528.

ד (47) ע"פ 107/51 — ב. ממדרסמן נגד היועץ המשפטי לממשלת ישראל; "פסקי־דין", כרך ו', תשי"ב/תשי"ג־1952, עמ' 273, 275.

(48) ע"פ 95/50 — חיים בן זכריה אריכא נגד היועץ המשפטי לממשלת ישראל; "פסקי־דין", כרך ה', תשי"א/תשי"ב־1951, עמ' 1200, 1207.

(49) ע"פ 119/51 — יוסף פל נגד היועץ המשפטי; "פסקי־דין", כרך ו', תשי"ב/תשי"ג־1952, עמוד 498. ח

פסקי־דין אמריקניים שהוזכרו:

[50] *Com. v. Webster; (1850), 5 Cush. 295, 316.*

ראה גם
ו A Treatise on the Anglo-American System of Evidence by J. H. Wigmore, Boston, 1923, second edition, Vol. 1, p. 567.

מקורות המשפט העברי שהוזכרו:

ברכות, י' ע"א.

ז **עריכה על פסק־דינו של בית המשפט המחוזי בתל־אביב** (ד"ר נ. בר זכאי, נשיא; ד"ר ש. גינוסר, י. גביזון), **שניתן ביום** 28.11.50, **לפיו הורשע המערער ברצח על פי הסעיף** 214(ג) **לפקודת החוק הפלילי ונידון למיתה. העירעור נתקבל, וההרשעה ברצח הוחלפה להרשעה בהריגה.**

פסק־דין

השופט אגרנט: המערער נמצא אשם, על ידי בית־המשפט המחוזי בתל־אביב, באשמת ריצה לפי ס' 214(ג) לפקודת החוק הפלילי, 1936, באשר, בתאריך 21.8.49, קרוב לחצות הלילה, בגן מאיר, אשר בעיר הנ"ל, גרם בזדון למותו של דניאל פסטורי, כדי להקל עשיית עבירה, היינו אינוסה של נעמי ששיק. המערער נידון, בהתאם לס' 215, למיתה.

בטרם נדון בפרוטרוט בנימוקי הערעור, רואים אנו צורך להעיר הערות כלליות אחדות:

א

ב

הערתנו הראשונה נוגעת לתפקידו של בית־משפט זה בשבתו בערעור פלילי. בבעיה זו, בה הרחיבו את דיבורם הפרקליטים המלומדים מטעם שני הצדדים, דש בית־משפט זה פעמים רבות גם בתקופת המנדט, גם אחרי הקמת המדינה. רובם המכריע של פסקי־הדין שדנו בשאלה זו נלקטו ב־ע"פ 21/49, 20־(42), בו סיכם השופט חשין את ההלכה במלים אלו: —

ג

ד

„בית־משפט לערעורים לא יתערב במקום שיש להן, למסקנותיו של בית־המשפט אשר דן בענין, יסוד ושורש בחומר הראיות, ואפילו הוא משער, כי אילו ישב הוא — בית־המשפט לערעורים — בערכאה ראשונה, היה בא לכלל מסקנה שונה. לעומת זה יתערב, וגם יסתור את מסקנתו של בית־המשפט של מטה, במקום שמסקנה זו אין לה סמוכין בחומר הראיות, או נובעת משימוש בלתי נכון בחוק, או הרשפעה משיקולים אשר אין בינם לבין השאלות השנויות במחלוקת ולא כלום, או אינה מוצדקת לאור המסיבות אשר הוכחו (שם, ע' 52).

להגדרה זו יש להוסיף את דברי השופט אלוף ב"ע"9 3/48, (43): —

ה

ו

„כלל גדול הוא... שמידת האמון בעדים נתונה, בדרך כלל, בידי אותו בית־משפט המקבל את עדותם, חוקר ודורש אותם, שומע ומאזין לדבריהם, ועל סמך כל זה הוא מכריע אם ניתנים דברי אמת או לא, מלבד במקרה שהסיבה הניתנת לאי־אמון לעד הנה בלתי חוקית או בלתי מתקבלת על הדעת..."

ז

באי־כוח הצדדים הפנו את תשומת לבנו לשלושת הכללים שקבע בענין זה הלורד תנקרטון (Thankerton) במשפט וום (או טומס) נגד טומס, (1). ברם, לא מצאנו לא בכללים אלה — אשר תורגמו לעברית על ידי השופט זהר בפסק־דינו ב־ע"פ 54/51 (פסקי־דין, ה', ע' 1357), (44), — ולא בפסקי־הדין החדישים האחרים שצויינו לפנינו, משום תוספת הלכה לדברים שהובעו על ידינו לעיל. אולי ראויים להדגשה מיוחדת — ורק משום נימת הסיכום שבהם — הדברים שצוטטו במשפט וום, (1), הנ"ל מפי לורד Shaw בדבר הגישה הכללית, ששומה עליה, על בית־משפט לערעורים, לנקוט בנדון הערכת העדויות, והיינו: —

„...כל שופט בבית־משפט לערעורים חייב להציג לעצמו את השאלה: האם נמצא אני — היושב כאן בלי אותם היתרונות, מהם רחבים, מהם בלתי נראים לעין, שהיו נתונים בידי השופט ששמע ובירר את המשפט — במצב בו אוכל לבוא למסקנה ברורה כי השופט שגה בצורה בולטת (was plainly wrong). אם לא אוכל להשתכנע כי השופט, שהיו לו אותם היתרונות, שגה בצורה בולטת, אזי... מחובתי לקבל את דעתו הוא."

א

הערתנו הנוכחית נוגעת אף היא לתפקידו של בית־המשפט היושב לערעור פלילי, אפילו ימצא זה כי כמה ממסקנות השופטים, שישבו בערכאת ראשונה, אין להן יסוד, בכל זאת בכוחו יהיה, ואף מחובתו, לאשר את ההרשעה, בהיווכחו לדעת שקיימת עדות מספקת, אשר השופטים הנ"ל האמינו לה, והמקשרת את הנאשם, במידה הנצלה מכל ספק הגיוני, אל העבירה בה הורשע (ע"פ 38/49, פסקים ב' עע' 341, 348). (45).

ב

הערתנו השלישית היא: במשפט מסוג זה, בו מעמידים אדם לדין פלילי על שביצע משע כה מתועב כעבירת רצח לשם עשיית מעשה אונס — עלולה, לעתים הבות, להיוצר אוירה לטובת הקרבן או הקרבנות ונגד הנאשם, וחשוב הוא ביותר כי בית־המשפט היושב בערעור — לא פחות מבית־המשפט שישב בדרגה ראשונה — יזהיר את עצמו אזהרה כבדה ויישמר שמירה קפדנית מכל אפשרות של נטיה או דעה קדומה לכאן או לכאן.

ג

הבאנו, עוד בפתח דברינו, שלוש הערות אלו כדי למנוע את הצורך להבחר לאחר מכן — עת נדון בטענות הנוגעות לעצם הענין — את הכללים המנחירים את תחומי התפקיד שהיה עלינו למלא בבירורן של אותן הטענות.

ד

והנה הערה כללית אחרונה, הטומנת בחובה נימה של ביקורת על פסק־הדין נשוא הערעור. נדמה לנו כי פסק־הדין מגלה, זעיר פה זעיר שם, נסיון לחרץ ולהסביר, לגבי המקרה הנדון, מה שלאו דוקא ניתן לחירוץ ולהסברה, במשפט רצח, בו העדים שנוכחו במעשת מעשה, הם, לעתים, במספר מועט או אינם בנמצא כלל, עלול תומר ההוכחה מטעם הקטי־גוריה להכיל, לפעמים, חלל ריק ופרשיות סתומות. ברור בי במצב דברים כזה אין מתפ־קידו של בית־המשפט למלא את החלל או לפרש את הסתום ובודאי חלילה לו לעשות כן בדרך מלאכותית. עליו, על בית־המשפט, להביא בחשבון כי בחומר העדות שהציגה הקטיגוריה ישנם דברים אחדים אשר אמנם לא בא עליהם פתרון משביע רצון ולשקול אם, אף־על־פי־כן, קיימת הוכחה מספקת המקשרת את הנאשם אל מעשה הרצח בו הואשם, במלים אחרות, תפקידו של בית־המשפט הוא לדון בהאשמה, המתבררת לפניו, על סמך החומר שהוצג במשפט, ולאו דוקא לצייר תמונה המגלה את פרטי המקרה בשלמותם.

ה

ו

ברצוננו למנוע אי הבנה בדבריבו אלה: איננו שוללים כלל ועיקר את הנסיון לעשות את אשר נוהגים לכנות בשם „רקונסטרוקציה" של כל המסיבות אשר אפפו את מעשה הרצח. יתרה מזו: הננו סבורים כי הצלחתו של נסיון שכזה, או כשלונו, עשויים לשמש, במקרים רבים, אמת־מבחן יעילה למהימנות העדויות מטעם הקטיגוריה או לנכונות הגירסה העולה מהן. ברם, מה שחפצנו להטעים הוא, כי אין הרשעתו של הנאשם תלויה תמיד בתוצאת נסיון כנ"ל — כשם שאיננה תלויה תמיד, במשפט בו נדונה, למשל, האשמת

ז

ח

ט

רצח רגילה, בהנחת המוטיב שהמריץ את הפושע לבצע את מעשהו — וכי, משום כך, מוטב לו, לבית המשפט, להטיל שאין אנחנו שלמות לסיפור המעשה ושגירסת הקטיגוריה מכילה דברים שאינם מוסברים זה־צרכם, מאשר לקבל מוצא או להעלות פתרון אשר אין לו כל סימן או אחיזה בחומר העדות.

א אכן, אמרנו כי בהערתנו זו אמונה רק נימה של ביקורת, החפיל ומצאנו, כפי שמצא בית־משפט זה ב־ערעור פלילי מס' 56/51, (46), לגבי פסק־הדין הנדון שם, כי במידה שנסיונם הכ־ל של השופטים המלומדים לא עלה יפה, הרי נבשלו רק לגבי הטפל ולא לגבי העיקר שבמסקנותיהם. לעומת הערה זו, מן הראוי שנציין את הצורה המלאה והבהירה בה הרצה בית־המשפט של מטה, בפסק־דינו, את תוכן העדויות וניסח את מסקנותיו — ב דבר שהקל עלינו בהרבה את מילוי תפקידנו בערעור זה.

העובדות העולות מקביעותיו של בית־המשפט של מטה הן כדלקמן: —

ביום 21.8.49, בשעה 8.30 בערב, נפגשה נעמי שטיין, העדה הראשית במשפט, עם המנוח דני פקטורי, כדי לטייל אתו בתוך העיר תל־אביב, ללא תכנית קבועה מראש. ג המנוח ונעמי שטיין, שהיתה אז כבת 21 שנה ובלתי נשואה, היו אז ואחת מן השב בלבד, והם עשו היכרות ראשונה זה עם זו רק כשלושה שבועות לפני היום האמור — עת דני, חבר קיבוץ, בא לתל־אביב כדי לבלות שם את חופשתו. מאותו זמן ועד לליל המקרה נפגשו כמעט ערב ערב וערכו יחד, פעמים מספר, טיולים בתוך העיר. בפרק זמן זה היה דני נפרד מאשתו (או חברתו) שדשנה קמינצקי, ממנה נולדה לו, שנים אחדות קודם לכן, ילדה בקיבוץ. ד

בתאריך הנזכר הגיעו נעמי ואחיה המנוח, תוך כדי טיולם, לגן מאיר ונכנסו לתוכו, שם התהלכו כשעה קלה ואז התיישבו על הדשא, סמוך לעץ אורן אחד. כאן ישבו כשעה־שעה וחצי, ולאחר מכן קמו וטיילו נוספות בגן — הפעם כחצי שעה — וחזרו לשבת במקום הראשון, אחד מול השני. אחרי שישבו שם כ־½ שעה, התחילו ה פתאום מכות לרדת על ראשם. אלו היו מכות שניתנו במקל עבה — ת/11 — ותחזקה היה המערער. תחילה קיבלה נעמי שטיין שתי מכות חזקות בראשה ותיכף לאחר זאת — עת שניסתה להגן על ראשה — ניחתו שתי מכות נוספות על זרועה השמאלית. המכות שניתנו על ראשה גרמו לגב' שטיין שני פצעים עמוקים: לאורך הגולגולת ובאיזור הקדקוד, וכן לזיבת דם. העדות הרפואית קבעה, כי למנוח, דני פקטורי, נגרמו שבר ו שקע ברקה השמאלית ושפך דם במוח, אשר הביא למותו למחרת היום, היינו ב־22.8.49, בשעה 10.30 בערב. בזמן ההתקפה שמעה העדה את דני מוציא מפיו את הקריאה „אוי", ואותה שעה סחבה התוקף — כלומר המערער — מרחק של 5—7 מטרים, בכיוון לרחוב המלך ג'ורג', למקום אחד בין שתי שורות של עצי אורן, שם נאבקה נעמי עם המערער כרבע שעה ולפתע התרחק ממנה לזמן מה. גב' שטיין ניסתה אז לברוח, אך המערער ז רדף אחריה והשיגה על יד אחד מבתי הדשא. במקום הזה, לאחר היאבקות ממושכת, שהיתה מלווה מכות אגרוף שספגה על פניה וכן איומים לחנקה ולהרגה, הצליח המערער — נגד רצונה של נעמי ועל אף מאמציה להרחיקו ממנה — לאנסה.

בערב המקרה היתה נעמי שטיין לבושה חולצה ומכנסים קצרים. מתחת למכנסים לבשה תחתונים ומתחת לחולצה — גופיה וחזיה. בעת שישבה עם דני על הדשא הסירה, שעה שזה הפנה את פניו, את החזיה ושמה אותה בכיסה. זאת עשתה מפני שנפרם הכפתור של החזיה. את הגופיה לא הצליחה ללבוש בחזרה ושמה אותה על הדשא על יד המקום בו ישבה עם דני.

א מיד אחרי שביצע את מעשה האונס, עזב המערער את המקום וכעבור 10 דקות חזר לשם והביא עמו חלוק (ת/3) אשר הלבישו על נעמי שטיין מאחר שמכנסיה נקרעו. כמו כן ניסה להרימה ולהעבירה למקום אחר במטרה — כך אמר — שלא ימצאו אותה אחרים. אולם, נעמי שטיין התנגדה לכך ודרשה מאת המערער לקרוא למגן־דוד־אדום, וזה עזב אז את המקום שנית כדי למלא אחרי דרישתה. בצאתו מן הגן, שם המערער את פעמיו ב בכיוון למרפסת מוארת של אחד הבתים שברחוב בוקי בן יגלי, עליה ישבה העדה גב' רזניק. בבואו לשם יעצה לו גב' רזניק ללכת לבית החלוצות, הנמצא ברחוב המלך ג'ורג', הואיל ושם יש טלפון. המערער שמע בעצתה ובהגיעו לבית החלוצות, צלצל בפעמון ויצא אליו העד גולדהבר, פועל בנין, ששימש אותו לילה שומר תורני בבית זה. המערער סיפר לו, לגולדהבר, כי מצא אשה פצועה בגן מאיר וברצונו להוציא את עזרת מגן־דוד־אדום, ג אך גולדהבר יעץ לו לטלפן, תחת זה, למשטרה, וכן עשה. לאחר מכן הוביל המערער את גולדהבר למקום בו שכבה נעמי שטיין, ואחרי שהותם שם דקות ספורות יצאו שניהם לרחוב טשרניחובסקי כדי לחכות לבוא המשטרה.

בשעה 2.20 אחרי חצות הגיעה הניידת של המשטרה למקום בקרבת השער של גן־ מאיר. הפוגה לרחוב טשרניחובסקי. עם חברי הניידת נמנו אז קצין המשטרה קצנלבוגן ד והשוטר גרינבלט. אלה השנים ניגשו, בלוויית המערער שהובילם, וגולדהבר, שהאיר להם את הדרך בפנסו, למקום בו שכבה נעמי שטיין כשמכנסיה הקרועים היו תלויים על קרסוליה. גם תחתוניה היו קרועים וחולצתה היתה מגואלת, מאחור ומפנים, בכתמי דם. העדים קצנלבוגן וגרינבלט הרימו את נעמי שטיין, הכניסוה למכונית של הניידת והסיעוה ה לתחנת מגן־דוד־אדום, משם הועברה לבית־חולים „הדסה". לפני עזבו את גן־מאיר, רשם השוטר גרינבלט, מפי המערער, את שמו וכתבתו, הייגו, כשם האיש שהודיע למשטרה על המקרה. המערער, ושום אדם אחר, לא נעצר אותו לילה.

בליל המקרה, סמוך לחצות, חזר דני פקטורי לבית אמו ברחוב בוגרשוב מס' 62, כשהוא מגואל בדם, נטול כוח הדיבור ומקיא דם. בהשתדלות הרופא שנקרא לטפל בו (העד ד"ר גינצבורג), שקבע אז מציאות פצע בחלק השמאלי של רקתו, הועבר המנוח ל„הדסה". גם שם קבע ד"ר יעקבי, רופא בית־החולים, את קיום החבורה במקום הנזכר וכן מצא שהמנוח סבל אותה שעה מגטילת כוח הדיבור והקאת כיח דמי. כאמור, נפטר דני פקטורי בלילה שלמחרתו. בן 25 שנה היה במותו.

ביום 22.8.49 גבה הקצין קצנלבוגן מפי נעמי שטיין, שעה שזו שכבה בבית־החולים ן „הדסה" וראשה וחלק מפניה היו חבושים, עדות בכתב (מוצג נ/15). כתוצאה מהדברים ששמעם מפיה, סר הקצין הנ"ל לגן־מאיר ומצא שם, בקרבת המקום שתואר על ידה, את המקל (ת/11) והגופיה שלה (ת/12) וכן — במרחק של כ־15 מטרים מאותו מקום —

מקל שני (ת/10) שעליו נמצאה שערה אחת או שתים. ביום 24.8.49 עצר קצין המשטרה קפלן את המערער בדירתו ברח' תחכמוני, וב־25.8.49 נערך מסדר־זיהוי בבית־החולים „הדסה". בו הצביעה נעמי שטיין על המערער, כשהיא שכובה על אלונקה ולאחר שהס־ תכלה בו ומישהו בשערותיו, כעל האדם שהוא „דומה מאד" לאיש שהתקיף את דני פקטורי, אנס אותה והביא לה את החלוק.

א

באשר הובא המערער, ביום 24.8.49, לתחנת המשטרה טען שם, לפני הקצין קפלן, טענת אליבי (Alibi), עליה חזר, בעיקר הפרטים, בהודעה שנתן לקצין ורדי ב־28.8.49 (ת/15), ובעדות שמסר במשפט. לפי טענה זו, הודה אמנם המערער בכל אותם הפרטים שהזכירו לעיל והמשתרעים על פרק הזמן למן הימצאו בקרבתה של נעמי שטיין, בזמן שזו ביקשתו לקרוא למכון־דוד־אדום, ועד להילקחה מגן־מאיר על ידי המשטרה. אך הוסיף כי כל אותו יום של 21 באוגוסט 1949 היה מחוץ לתל־אביב, וחזר לשם רק אחרי חצות; כי בשעה שעבר על יד גן־מאיר, בדרכו הביתה, שמע אנחות אשה שבאו מתוך הגן, וכי הלך בכיוון האנחות האלה וכך הגיע למקום בו שכבה נעמי שטיין, אשר, לשאלתו מה קרה, אמרה „מגן־דוד". אין אנו רואים צורך לחזור כאן על כל פרטי סיפור האליבי, הואיל ובית־המשפט של מטה קבע, על סמך העדויות מטעם הקטיגוריה שהאמין להן, כי הוכח באופן חיובי שסיפור האליבי היה בדוי: למשל הוכח, מצד אחד, שביום 21.8.49 לא ביקר המערער כלל, כפי שטען, במחנה הצבאי מס' 21 שבבית־ליד, ומצד שני, שבאותו יום היה הוא בקפה „רענן" בתל־אביב ובילה שם עד שעה 11 בערב. למעשה לא ניסה בא־ כוח המערער, עת שהרצה את טענותיו לפנינו, לסתור את מסקנת בית־המשפט בדבר הפרכת טענת האליבי של מרשהו.

ב

ג

ד

השופטים המלומדים סמכו את מסקנתם בנדון אשמת המערער בעבירה המיוחסת לו, בראש וראשונה על עדות הראיה של נעמי שטיין, אשר נתנו בה אמון מלא, ושנית, על שלילת טענת האליבי האמורה. אכן, מצאו השופטים חיזוק לדעתם גם בגורמים אחרים, אך מתוך פסק־דינם נראה בעליל, כי גם בלעדי אלה היו הם מרשיעים את המערער על יסוד העדות העזכרת, בצירוף הפרכת דברי האליבי. בסעיף 11 לפסק־הדין נאמר: —

ה

„אשמתו של הנאשם הוכחה, איפוא, על ידי שתי מערכות של הוכחות, אשר כל אחת מהן אינה משאירה מקום לספק; דהיינו, עדותה של נעמי שטיין, שאנו סומכים עליה לגמרי, מצד אחד; ושקריו של הנאשם, בטענו טענת האליבי, ההופכת להוכחה נגדו, ומשאירה אותו ללא הגנה, מצד שני."

ו

מר לויצקי טען, נגד מסקנה סופית זו, שלוש טענות עיקריות, שהן גם טענות חלופיות, כדלקמן: —

(א) לא קיימת עדות מספקת המזהה את המערער עם האדם שתקף את המנוח דני פקטורי, או שאנס את נעמי שטיין; ואפילו הוכח, כי המערער הוא שביצע את מעשה האונס, הרי אין להסיק מזה בהכרח כי הוא, ולא אדם אחר, גרם להריגתו של דני או כי היה קשר כלשהו בין המערער לבין האדם שתקף את המנוח.

ז

(ב) בכלל לא הוכח, כי באותו לילה של 21/22 באוגוסט 1949, בוצעה בנעמי שטיין ביאה בכפייה.

(ג) מכל מקום, העבירה המיוחסת למערער משתייכת לסוג של עבירות מיניות, הדורשות סיוע-של-ממש לדברי עדותה של האשה שנפגעה, ואילו בהפרכת דברי האליבי של הנאשם (המערער) בלבד, אין כדי למלא, כלל ועיקר, אחרי דרישה זו.

א

באי-כוח המערער שילב, עם הטענות (א) ו-(ב) הנ"ל, עוד שתי טענות משנה, ראשית, העלה את הגירסה כי — בניגוד לקביעת בית-המשפט של מטה — לא הצטמצמו היחסים, בין נעמי שטיין והמנוח, ביחסים אחותיים, כי אם היוו גם יחסי אהבה ויחסים מיניים; כי בליל המקרה בוצעה בנעמי שטיין, על ידי דני פקטורי, ביאה מרצונה; כי אלה שתקפו אותם — ומספרם עלה על יותר מאדם אחד — היו אנשים שנשלחו על ידי שושנה, אשתו או חברתו לשעבר של דני, כדי לעקוב אחרי הליכותיו של המנוח בתל-אביב; וכי הם הלמו בו ובנעמי שטיין, בשעה שתפסו את השנים בקלקלתם ומתוך מגמה לבצע כלפיהם ענשים בלבד. שנית, טען מר לויצקי, קיימות מסיבות אובייקטיביות מסויימות, עליהן הצביע, השוללות מעדות נעמי שטיין את עוכה והופכות אותה לעדות בלתי מהימנה.

ב

ג

נדון תחילה בטענה השניה מבין שלוש הטענות העיקריות האמורות. דעתנו היא כי אין לה, לטענה זו, שחר.

ד

(א) ראשית, קיימים דברי עדותה הנוגדים של נעמי שטיין, אשר בית-המשפט האמין להם גם בנקודה זו. הפרטים העולים מאותם דברי העדות תוארו על ידינו לעיל ומעידים ברורות, כפי שראינו, על היאבקות ממושכת, בליל המקרה, בין העדה לבין המערער ועל ביצוע ביאה עליה בכפייה ובניגוד לרצונה. מן הראוי שנביא כאן מדברי השופטים המלומדים בפסק-דינם, בדבר מידת האמון שרחשו בדרך כלל לעדותה של נעמי שטיין, הואיל וענין זה עובר כחוט השני דרך כל דברי פסק-הדין, ומוובתנו, בשים לב לכללים האמורים בפתח דברינו, לתת לגורם זה את ערכו המתאים. וכך אמרו השופטים בסעיף 4 לפסק-דינם: —

ה

ו

„ייאמר... בגלוי כי נעמי שטיין, בתורת עדה עשתה עלינו רושם מצויין. היא בחורה חכמה, בעלת זכרון למעלה מהרגיל, בעלת ידיעות מדעיות וגם — וזה חשוב עוד יותר — בעלת כשרון לחשוב בצורה הגיונית, שוקלת את דבריה יפה יפה ומתאמצת לדייק. התרשמנו, כמו כן, לא מעט מהאובייקטיביות ומהצורה המשכנעת שבהן מסרה את עדותה. למרות הנסיונות המרים שעברו על גופה ועל נפשה, התבלטו בעדותה אותות ברורים למאמציה לא להגזים ולא להפריז בשום דבר, ולא

ז

לתת פרטים שאינה בטוחה בהם בטחון מלא... מסקנתנו הסופית לגבי מהימנותה של נעמי שטיין היא, איפוא, כי היא ראויה לאמון מלא ואנו מאמינים לדבריה."

א (ב) המצב בו היו נתונים מלבושי נעמי שטיין, עת הגיעה המשטרה למקום בו שכבה בגן־מאיר, משמש, בנקודה זו, חיזוק של ממש לדברי עדותה. כותבנו לקרעים הגדולים שנתגלו במכנסיה ובתחתוניה והמצביעים בכיוון ההנחה של ביאה באונס דוקא. מר לויצקי הציע הסבר, כי המכנסים נקרעו על ידי שפשוף, שעה שהתוקף סחב את נעמי שטיין על האדמה. אך אין בהשערה זו כדי לבאר לא את גודל הקרע שבמכנסים ולא את עצם עובדת הקרע שבתחתונים.

ב (ג) ברם, מה שתומך, גם כן במידה ניכרת, בגירסת נעמי שטיין, היא עדותו של ד"ר קויאט, רופא גניקולוג ב„הדסה", שבדק אותה עוד בליל המקרה, זמן קצר לאחר שהובאה לבית החולים, וכן בפעם שניה, למחרת בבוקר. ד"ר קויאט מצא בה: (א) קרע טרי בבתולים (Hymen); (ב) קרע בעור של „קומיסורה פוסטיריור" — שהוא מקום הנמצא מחוץ לוגינה; (ג) לכלוך על כל שטח אברי המין החיצוניים; (ד) נוזל הדומה לזרע, בכמות גדולה בוגינה, על סמך סימנים אלה הביע ד"ר קויאט את דעתו — ובצדק זה האמין לו בית־המשפט של מטה — כי „קרוב לודאי שהיה קשר מיני בכפיה", והוא הדגיש את דעתו זו במלים הלועזיות "violent intercourse". כמו כן, קבע כי היה זה קשר מיני ראשון לנעמי שטיין — דבר העולה בקנה אחד עם דברי עדותה של זו, כי עד לביצוע מעשה האונס כלפיה בליל המקרה, לא ידע אותה איש.

ג

(ד) באי־כוח המערער ניסה לשלול את ערך ההוכחות הנ"ל על־ידי הטענות הבאות: —

ד

1) ד"ר קויאט לא הביע את דעתו, בדבר ביאה מתוך כפיה, בצורה בטוחה, שהרי נקט אך לשון „קרוב לודאי";

2) כל קשר מיני ראשון שיש לאשה הנהוג בבחינת ביאה באונס, משום שהאשה מתנגדת אז באופן טבעי, מחמת צניעותה, לביאה מצד הגבר;

ה

3) המוצג נ/5, המכיל את דברי העדות שגבה הקצין קצנלבוגן מפי נעמי שטיין ביום 22.8.49, מעיד על קשר מיני „רצוני" דוקא שהיה לה לנעמי, עם המנוח דני פקטורי, בליל המקרה.

ו

4) בשעה שנעמי שטיין ואחיה ישבו יחדיו על הדשא, הסירה היא מעליה את החזיה והגופיה באופן שאותה שעה נמצאה, כפי ביטויו של באי־כוח המערער, כמעט במערומיה — דבר המעיד, שוב, לטובת ההנחה האמורה של קשר מיני בין השנים.

ז

5) המצב בו ישבו אלה על הדשא בטרם שניחתו המכות על ראשיהם, — היינו, אחד מול השני — בצירוף המצב בו נמצאו שוכבים, לפי דברי

עדותה של נעמי עצמה, מיד לאחר מכן — כאשר ראשה היה מונח על יד ראשו — כל זה מראה כי המנוח שכב על אחותו בעת ששניהם הותקפו.

6) ולבסוף: הדרך הטבעית בה מתגוננת אשה נגד מי שמנסה לאנסה היא (בין השאר) על ידי שריטה בצפרניה; ואולם, לא נתגלו כל סימני שריטות כנ"ל בפניו של המערער. בטענה זו השתמש בא־כוח המערער גם בבואו לשלול את המסקנה הנוגעת לזיהוי מרשהו כאדם שהשתתף במעשי התקיפה והאינוס.

א

ב

הננו סבורים כי אין בטענות הנ"ל כדי לערער את קביעתו של בית־המשפט דלמטה, כי בליל המקרה בוצע כלפי נעמי שטיין מעשה של אונס דוקא.

ג

ראשית, אין לתכות מרופא גניקולוג, המופיע בבית־המשפט כעד מומחה, כי ינטה את דעתו, כי הביאה נעשתה בכפייה, בלשון יותר ודאית מאשר זו שנקטה ד"ר קויאט. הניסוח „קרוב לודאי", אשר רופא זה בחר להשתמש בו, מעיד על זהירותו כעד, אך אין בו, בניסוח זה, כדי להחליש את ערך עדותו של ד"ר קויאט בתורת סיוע על כל פנים, לגורסה שהעלתה נעמי שטיין עצמה, בנקודה זו, בעדות שמסרה במשפט. אכן, יש הגיון רב בדעה אשר הביע הרופא הנ"ל — ומשום כך יש בה משום סיוע ואשב לאותה גירסה — לאשר הסימן החיצוני שעליו הצביע כתמיכה לדבריו, היינו, הפצע שגילה, מיד לאחר המקרה, במקום הנקרא „קומיסורה פוסטיריור".*

ד

שנית, האפשרות, כי בכל קשר מיני ראשון שיש לאשה ניכרים סימני התנגדות מצדה, אין לה חשיבות נוכח התשובה — והפעם בצורה ודאית — שהשיב ד"ר קויאט לשאלת בית־המשפט של מטה, באמרו: —

ה

„לא ייתכן שהפצעים באבר המין נגרמו על ידי ביאה מרצון."

שלישית, גם המוצג נ/5 אין בו כדי לשמש עזר לטענת המערער. לשם הבנת טיבה של טענה זו, נביא כאן את המלים שבמוצג נ/5, עליהן שם מר לויצקי את כובד דבריו, מלים אלו הן: —

ו

„נהגנו (הכוונה לנעמי שטיין והמנוח) לבלות ביחד באופן רומנטי... ישבנו שעתיים ובמשך זמן זה התעלסנו באהבים... דני שכב עלי וייחכן שקצת לכלך אותי בזרעו."

ז

לאחר המלים האחרונות באות המלים הנוספות, עליהן לא הסתמך בא־כוח המערער: — „אך אני בטוחה שלא הכניס את אבר מינו באבר מיני..."

* השליבה האחורית — Commissura posterior.

כל המלים, המדגשות (בדפוס שונה), הן מחוקות, ולא עוד, אלא שנמחקו על ידי הקצין קצנלבוגן — כך העיד — אם מיד לאחר שרשם אותן ואם — אך עדיין באותו מעמד — תיכף לאחר שהקריא את תכנן לנעמי שטיין; ואת עשה לפי דרישתה היא. אף־על־פי־כן, טען מר לויצקי כי עצם מציאותן של המלים הנ"ל בגוף המסמך נ/5, ואפילו בצורתן המחוקה, מעידה על אחת מן השתיים; או כי ניכרים בהן דברי אמת ואם כך הוא המקרה, הרי שיש בהן, במלים אלו, כדי לרמז על ביאה על־ידי דני פקטורי ברצונה של נעמי שטיין; או שעצם אמירת אותן המלים על ידי נעמי שטיין לפני הקצין קצנלבוגן מהווה תופעה הפועלת כדי לשלול מערך דבריה על ביאה בבמיה, ועל כן גם מחלישה את מהימנותה של עדות זו לכל אורך החזית. א

השופטים המלומדים, בתתם את דעתם על מציאות המלים הנזכרות במוצג נ/5, קבעו שאין לייחס להן ערך כלשהו, באמרם: — ב

„... לאור עדותם בפנינו של הקצין הנ"ל (קצנלבוגן) ושל נעמי שטיין עצמה, אנו מאמינים ללא כל היסוס, כי המלים המחוקות במוצג נ/5 אינן מתאימות לאמת, ועל כל פנים לא נאמרו על ידי העדה. לפיכך, אין בדעתנו להתחשב כלל ועיקר במלים הללו, ותייחס אליהם כאילו לא היו כתובות כלל." ג

כפי שכבר נרמז, הננו תמימי דעים עם גישה זו — וזאת מהטעמים הבאים. ד

נעמי שטיין עצמה, הכחישה, בעדות שמסרה במשפט, כי המלים המחוקות, או תמציתן, יצאו אי־פעם מפיה. מכאן, שאין במסמך האמור, אשר אינו מכיל אלא עדות שמיעה, כדי לשמש תוכחה כלשהי לנכונות הדברים העולים מתוכן המלים הנזכרות.

כמו כן, הודה הקצין קצנלבוגן בעדותו, כי הדברים הנ"ל לא נאמרו על ידי גב' שטיין בצורת סיפור דברים חפשי, אלא שהסיקם מתוך תשובותיה שניתנו בצורת „ייתכן" ו„שמא" ועל ידי תגודות ראש לשאלות שהוצגו לה על ידו. וכך העיד הקצין הנ"ל במשפט: — ה

„המלים האלה שנמחקו אחר כך לא היו דברי נעמי, אלא דברי אני, שעליהן קיבלתי את אישורה על ידי המלה „ייתכן", „שמא" או ע"י תגודות ראש, לפי מה שהבנתי; הן תוצאות שאלותי. אמנם כתוב „שו"ת" בעמוד ג' רק; אך... הרי בהתחלת הודעתה הפסקתי את דבריה על ידי שאלות ותשובות..." ו

ובאופן יותר מפורש הוסיף העד: —

„קדם למלים האלה דו־שיח: אמרתי: ‚אתם שני אנשים מבוגרים, בשעה כזו ובמקום כזה, ייתכן שבהמשך הודעת החזית וכו' הוא שכב ולכלך בזרעו וכו'.' תגובתה היתה: ‚דברים אלה... אינם נוגעים לעניין. ולהפצרתי: ‚ייתכן או לא ייתכן; מאחר שהדברים האלה ממילא יתגלו, הגיבה על ידי המלה ‚יתכן' ‚אולי', או ע"י בענוע ראש. כשאמרתי ‚אישרה', התכוונתי לצורת אישור זו." ז

אם בצדק לצורה מפוקפקת זו של גביית דברי עדותה של נעמי שטיין, ורישומם, את העובדה, כי הקצין קצנלבוגן היה, באותו פרק זמן, בלתי מנוסה בעבודת חקירה משטרתית — הוא הצמרף למשטרה רק ב־1.6.49, וזו היתה הפעם הראשונה שגבה עדות מפי מאן דהוא — וכן, שהעדות נגבתה מפי נעמי שטיין בבית חולים "הדסה", בחדר בו שכבו חולים אחרים ובעת שהעדה סבלה מכאבים ומהתלשות חוש השמיעה באזנה השמאלית, הרי יהיה לא רק קשה, אלא אף בלתי אפשרי — נוכח המחשתה הנמרצת של נעמי שטיין במהלך מסירת עדותה במשפט ולאור דרישתה הנמרצת למחוק את המלים הנזכרות מיד לאחר שנקראו לפניה — לייחס להן, למלינו אלו, משקל כלשהו לאיזו מטרה שהיא, וצדק, איפוא, בית־המשפט באמרו, שיש להאותן כאילו לא נכתבו כלל, כאמור. ברצוננו רק להוסיף — כדי למנוע הישנות תופעה דומה בעתיד ובלי לגרוע מהמרץ הרב שהשקיעו אנשי המשטרה, לרבות הקצין קצנלבוגן, בחקירה המשטרתית שקדמה להגשת המשפט — כי אין להביט בעין יפה על העובדה שהמשטרה לא מצאה לנכון, בשים לב לרצינות המקרה, להטיל את גביית העדות הנ"ל, אף בשלב המוקדם האמור של החקירה, בידי קצין משטרה יותר מנוסה.

רביעית, הננו סבורים, כי הצורה בה היתה לבושה נעמי שטיין עובר לביצוע תקיפתה ותקיפת המנוח — היינו בלי חזיה ובלי גופיה — אמנם יש בה כדי לעורר חשד־מה בכיוון ההנחה, כי בערב ההוא שרדו בין השנים יותר מיחסים אחוותיים. ברם, בחשד זה — והרי אין זה יותר מחשד — עוד אין כדי להכריע לטובת אותה הנחה. לעומתו עלינו לשקול, כי השופטים המלומדים התחשבו בדברי גב' איטה פקטורי, אמו של המנוח, אשר נקראה על ידי הסניגוריה העידה, כי היחסים בין בנה לבין נעמי היו מטיב אחותי, במובן המעולה ביותר ושאינו נותן מקום למחשבה כלשהי על יחסים מסוג אחר. על־כל־פנים, אין במסיבות החשודות הנ"ל כדי להביא בהכרח — גם נוכח עדותה הנוגדת של נעמי שטיין בצירוף דעתו המומחית של ד"ר קויאט והמצב הקרוע של דברי הלבוש האמורים — למסקנה של ביאה ברצון דוקא. נביע את השקפתנו ברורות: אפילו ננית כי בליל המקרה היתה התקרבות בין דני ונעמי, אשר עברה על התחום האחותי והגיעה לכך שהמנוח שכב על אחותו, עוד אין בכך משום ראיה סופית לקיום קשר מיני ביניהם. זו היתה גם עמדת השופטים המלומדים, כאשר אמרו בסעיף 4 לפסק־דינם: —

> „אפילו אם ננית שהיה בין נעמי שטיין לבין אחיה יותר מאשר רגש אחוה בלבד, והסתירה זאת מפנינו — ואין אנו גורסים זאת — הרי, גם אז, משוכנעים אנו כי דבריה לגבי כל יתר פרטי עדותה היו בנים ונכונים."

לזאת יש להוסיף: אנו שללנו את ערכו של המוצג נ/5 כהוכחה במשפט, אך אפילו נקבל שהיה מקום להתחשב בתכנו של מסמך זה, הרי לא היה אז טעם להתעלם, כפי שהתעלם בא־כוח המערער, מהמלים המחוקות הנוספות: „אני בטוחה שלא הכניס את אבר מינו באבר מיני..."

חמישית, גם מצבי הישיבה והשכיבה בו היו המנוח ואחותו נתונים. אחד לגבי השני, בשעה שהותקפו ומיד לאחר מכן אינם מעלים ואינם מורידים בעיניהם. הרי בחומר העדות, שהיה בפני בית־המשפט, חסרים הנתונים היכולים לשמש יסוד לקבלת מסקנה כלשהי בענין זה, כגון: הזווית או הזוויות מהן באו המכות וכן התגובה הרפלכסית הראשונית, בה הגיבו שני הנתקפים על המכות שירדו עליהם. יתר על כן, העובדה, כי נעמי שטיין נפצעה פצע גדול בחלק האחורי של הגולגולת, מרמזת גם היא במידת־מה כי בעת שבאה ההתקפה לא היה המנוח כלל במצב של שכיבה עליה.

ולבסוף, אילו נמצאו סימני סריטות על פני המערער, אין ספק כי היה בכך משום הוכחה חיובית המקשרת את המערער אל האינוס. אולם, מאידך גיסא, גם אין להסיק בהכרח את ההיפך — כלומר, כי נעמי שטיין כלל לא נאנסה או כי לא המערער הוא שכפה ביאה עליה — מהעדר סימנים כנ"ל על פניו של זה, אם גם אין להתעלם כליל מעובדה זו. הרי הכל תלוי בצורה בה התנגדה נעמי שטיין בפועל למאמצי התוקף לאנסה. בנדון זה העידה היא: —

> "כאן היתה התאבקות" — המדובר בשלב האחרון שקדם לאינוס — "שנמשכה כשעה לערך. שכבתי וכיוצתי את שרירי כך שלא יוכל לאנסני... בשעת ההתאבקות דחיתיו מפני בידי בכתפיו, בפניו, בדרך הגב שלו, ואף נגעתי בשערותיו."

צורה זו של התנגדות, המתבטאת בדחיפת הגבר, ותוך כדי כך בנגיעה בפניו ובשערותיו, וכן בכיוון השרירים של האשה, עוד אינה מגעת בהכרח עד לידי סריטות בצפרנים, המשאירות סימנים בולטים על פניו.

עד כאן הטענה השניה של באי־כוח המערער, אשר, כאמור, נדחית על ידינו. מצאנו לנכון לדון דוקא בה בראשונה, הואיל וסבורים אנו, שאם שומה עלינו להחליט, כי המערער, הוא שאנס את נעמי שטיין, הרי לא תהא חשיבות למענת מר לויצקי, שהמערער והמתקיף של דני פקטורי אינם זהים, ושלא קיים יסוד לקשר ביחד את האינוס של האשה וגרימת המוות של אחיה. אם, כפי שקבענו, נעשתה בנעמי שטיין ביאה בכפייה, בליל המקרה, אין מנוס מהמסקנה, כי האנס והאיש (או האנשים) שגרמו למותו של המנוח פעלו בצוותא וכי קיים קשר אמיץ בין שני המעשים. אין מנוס ממסקנה זו נוכח העובדות, כי דני פקטורי, עת שניהתו עליו המכות, היה בחברתה של נעמי שטיין, שספגה אז, אף היא, מכות בראשה, וכי מיד לאחר מכן נסחבה זו הצידה על ידי האיש אשר, בסופו של דבר, אנסה. מכאן נובע שהאנס היה שותף לאיש או לאנשים שהתקיפו את דני פקטורי, כי הוא והם פעלו מתוך מזימה משותפת ושאותו אנס נושא לא פחות באחריות להמתתו של המנוח מאשר נושאים האחרים לאינוסה של נעמי שטיין.

כאן המקום לשלול את הטענה, כי המתקיפים של הזוג הם אנשי שושנה קמינצקי, אשר פעלו מתוך מגמה לבצע „מסע ענשים", שעה שתפשו כביכול את דני ואחותו בקלקלתם. טענה זו לוקה בשתים:

(1) אין להבין, בשום פנים, איך קרה הדבר, כי אדם, שביצע מעשה ענשים כנ"ל — היינו, כדי לנקום את נקמתה של אשת אחרת — נתן את ידו, מיד לאחר מכן, לעשיית מעשה אונס כלפי האשה שזה עתה הענישה. במלים אחרות, שתי הגירסאות של ביצוע מעשה עונשין מזה ומעשה אינוס מזה עומדות בסתירה אחת כלפי חברתה נוכח הקרבה, מבחינת הזמן והמקום, בין התקיפה והאינוס. על כן, משקבענו כי נעמי שטיין נאנסה בליל המקרה, הרי, נשמטת הקרקע מתחת לטענתו הנ"ל של בא־כוח המערער.

(2) מר לויצקי ביקש לה, למענה זו, תמיכה בעדויות של אם המנוח ושלמה אילן, מזכיר הקיבוץ, אשר המנוח השתייך לו. גב' פקטורי העידה, כי בחזור בנה, בליל המקרה, במצב פצוע וכשכושר הדיבור נטול ממנו, הציגה לו את השאלה: „שושנה"? משום שרצתה לדעת אם מה שקרה למנוח אירע בשעה שהיה בחברתה של אשתו או חברתו לשעבר. הסיבה להצגת שאלה זו — כך הסבירה העדה — היתה נעוצה ביחסים המתחים ששררו בין המנוח לשושנה אותו זמן ובאינצידנט שקרה ביניהם קודם לכן, באשר נשלל ממנו כוח הדיבור במשך עשרים רגע. לשאלה הנ"ל ענה דני, כך הוסיפה גב' פקטורי והעידה, „בתנועה לא ברורה לי", ועוד אמרה: —

„היה לי הרושם שהתשובה היתה בחיוב, אבל לא הייתי בטוחה. חזרתי על השאלה ‚שושנה'? פעמים מספר. שאלתיו אם ראה אותה. היה לי הרושם שראה אותה. נדמה לי ששאלתיו אם היתה שושנה יחידה, היה לי הרושם שהתשובה היתה ‚לא'."

ברור כי אין כאן עדות שבכוחה לשמש לאיזו מסקנה עובדתית שהיא. בכך הרגיש גם בא־כוח המערער, אשר הודיענו כי במשטרה נתנה העדה הנ"ל הודעה בצורה יותר ודאית, ועל כן ביקש להשמיע את עדותה בשנית — היינו לפני בית משפט זה — וגם להציג, באמצעותה, אותה הודעה. דחינו שתי בקשות אלו. לא מצאנו כי דברי עדותה של גב' פקטורי, אשר נקראה במשפט על ידי הסניגוריה, דורשים הבהרה נוספת לגבי איזו נקודה שהיא. כמו כן, ההודעה שמסרה במשטרה מהווה, כשהיא לעצמה, עדות על פי שמועה והיה בה כדי לשמש לסניגוריה אך אמצעי לשם חקירת העדה חקירת שתי וערב. ברם, לסניגוריה לא היתה רשות לחקור עדת הגנה זו חקירת שתי וערב, אלא אם כן היה בית־המשפט של ממה קובע שהיא עדה עוינת; וזאת סירבו השופטים המלומדים לעשות. הואיל והשופטים הם שיכלו לראות את התנהגות העדה בשעה שעמדה על דוכן העדים ולהתבונן בצורה בה השמיעה את דבריה, לא מצאנו כי בידינו להתערב בשיקול דעתם הנ"ל. מן הדין להוסיף, כי גם בבית־המשפט של ממה התעוררה השאלה על השמעת

העדות של הגב' פקטורי בפעם שניה וכי עוה"ד בנימיני ז"ל, פרקליטו של המערער באותו זמן, ויתר במפורש על בקשתו בנדון זה.

אשר לדברי עדותו של שלמה אילן, הרי כל מה שהעיד אדם זה הוא, כי בשעת קיום הלוויה של המנוח שררה מתיחות־מה בין האם לבין שושנה קמינצקי, וכי, משום כך, סודר הדבר, שאף אחת מהן לא תסע במכונית בה הובאה גופת דני פקטורי לקבורה. אכן, מעובדה זו ועד למסקנה כי בליל המקרה בוצע מסע עונשין על ידי שליחיה של שושנה הנ"ל יש מרחק רב עד מאד.

אנו עוברים לדון עתה בטענתו הראשונה מטענותיו העיקריות של בא־כוח המערער. בנדון זה נתרכז, מהטעם שכבר הוזכר על ידינו, רק באספקט אחד של אותה טענה, דהיינו, כי מסקנת בית־המשפט, שהמערער והאיש שאנס את נעמי שטיין הם זהים, במעות יסודה. מן הדין שנציין במקום הזה כי גם בית־המשפט של מטה, אשר קבע אמנם כי רק אדם אחד ביצע את פעולות התקיפה והאינוס גם יחד, הסיק, בסעיף 7 לפסק־דינו, כי אפילו השתתפו אנשים אחדים בשלב התקיפה, הרי לא תופחת אשמותו הפלילית של האנס — הוא המערער — כשותף למעשה של המתת המנוח. כאמור, מה ששימש עמוד התווך לקביעת השופטים גם בנדון זיהויו של המערער כאדם שאנס את נעמי שטיין היא העדות שמסרה זו במשפט, כדלקמן: —

> „האיש שהתנפל עלינו, שאנס אותי, שהביא לי את החלוק ואשר לו אמרתי ללכת לקרוא למגן־דוד־אדום זהו האדם היושב כאן — הנאשם. אני בטוחה בזה."

בטענו לפנינו, שאין לייחס ערך כל שהוא לעדות זו, תמך מר ליצקי את יתדותיו בשלושת הנימוקים הבאים: —

(1) שנעמי שטיין לא זיהתה את המערער, בצורה בטוחה, במסדר־הזיהוי שהתקיים בבית־החולים „הדסה" ביום 25.8.49, ומסדר זה גם לא נערך כראוי;

(2) כי לא נתגלו שום כתמי דם בבגדיו של המערער — דבר שלא ייתכן אם זה הנהו באמת האדם שאנס את נעמי שטיין, מאחר שחולצתה של זו היתה מגואלת בדם מאחור ומפנים והאנס נאבק עמה זמן ממושך;

(3) כי התנהגות המערער למן הזמן שנעמי שטיין ביקשה אותו לקרוא למגן־דוד־אדום ועד שנלקחה ממקום המקרה על ידי המשטרה אינה עולה בקנה אחד עם התנהגותו של אדם שזה עתה ביצע מעשׂ כה חמור ומתועב.

נדון בשלושת הנימוקים האלה לפי סדרם הנ"ל.

(1) זיהוי המערער על ידי נעמי שטיין. אין ספק, כי העדות, העמסרת על ידי עד ראייה בבית־המשפט והמקשרת את הנאשם אל המעשה הפלילי נשוא האשמה, היא היא

המשמשת — אם השופט רק נותן בה אמון — הוכחה בנדון זה. ברם, בתנאים ידועים, לא יהא ביד השופט לבחון את מהימנות העדות הזאת, ועל כן תהיה משוללת ערך, אלא אם כן קדמה למשפט עריכת מסדר זיהוי בו זיהה העד את הנאשם כאדם שביצע את העבירה המיוחסת לו. אין לנו צורך להרחיב את הדיבור בנקודה זו, מאחר שכבר נדונה על ידי בית־משפט זה ב־ערעור פלילי 107/51, (47), בו אמר השופט חשין: — א

„כל ערכו של זיהוי מונח בכך, שבוחנים באופן אובייקטיבי את מידת התרשמותו ואת כוח זכרונו החזותי של האדם אשר מבקשים להביאו כעד ראייה. לצורך כך, עורכים מסדר־זיהוי, ומשתפים מספר אנשים — וביניהם החשוד בביצוע מעשה העבירה — הדומים ול"ג במידת האפשר, בגילם, בגבהם, במשקלם, בלבושם, ובמראם החיצוני, ולא זו בלבד, אלא שעורכי הזיהוי נותנים בידו של החשוד לבחור לו את המקום בו יעמוד בשורת המסדר, והמזהה אינו יודע מראש שום פרט מפרטי המסדר... הרשעה המבוססת על זיהוי הנאשם בתוך כתלי בית־המשפט במסיבות שבהן זה דרוש לערוך מסדר־זיהוי, הרשעה כזאת תבוטל על ידי בית־המשפט לערעורים, בהעדר הוכחות של ממש אחרות לתמיכתה." ב ג

אנו מדגישים את המלים האחרונות „בהעדר הוכחות של ממש אחרות לתמיכתה". אף אם נניח שהצורה בה נערך מסדר־הזיהוי האמור היתה לקויה, או שנעמי שטיין לא ידעה לזהות בו, באותו מסדר, את המערער, לא יהא בכך כדי לסייע בידו של זה, מכיון שלזיהוי המערער כאדם שביצע את האונס קיימת הוכחה נוספת, הנעדצה בחלקה בדברי העדות של נעמי שטיין ובחלקה בדברי העדות של המערער גופו. בעדותה במשפט מסרה גב' שטיין, שהיא היתה בהכרה מלאה מתחילתו של המקרה ועד סופו, ושהאיש אשר אנסה הוא הוא האדם שהביא לה את החלוק ואשר ביקשה אותו להזעיק את מגן־דוד־א"ום. אפילו נקבל כי אחרי המקרה — כגון בשעת עריכת מסדר הזיהוי ביום 25.8.49 — לא ידעה העדה לזהות במישרין את המערער בתורת האיש שהתגבר עליה, באותו לילה, וכפה עליה ביאה, הרי ברור כי לא דרושה עריכת מסדר־זיהוי כדי להוכיח שידעה, בשעת מעשה, כי אותו אדם שדרשה ממנו לקרוא למגן־דוד־אדום הוא הוא האיש שזה עתה אנסה והביא לה חלוק כדי לכסותה. והנה, אף המערער הודה, כפי שראינו, כי הוא האיש שנתבקש על ידי נעמי שטיין ללכת ולקרוא למגן־דוד־אדום. במידה שאפשר לתת אמון בכלל בעדה הזאת — והרי השופטים האמינו לה לכל אורך החזית — הרי צפונה בחלק האמור של דבריה, בצירוף דבריו הנ"ל של המערער, הוכחה חיובית, המקשרת אותו למעשה האינוס. ד ה ו

מסקנתנו זו פוטרת אותנו, איפוא, מהצורך לדון בטענות הנוגעות בליקויים אשר חלו כביכול בתהליך הזיהוי שהתקיים ביום 25.8.49. אבן, נוסיף כאן, כי גם לא התרשמנו ממשקלן של טענות אלו. העובדה שהעדה, שעה שהצביעה על המערער בעכרו בשורת המסדר, נקטה לשון „דומה מאד" או „דומה ביותר" אין לפרשה דוקא כסימן לחוסר בטחון פנימי מצדה בדבר זהותו של האיש. ברור כי השימוש בביטוי הנדון לא היה אלא תגובה ז

טבעית מצד העדה, אשר זיהתה אז, בפעם הראשונה, אדם שראתה אותו קודם לכן רק
בליל המקרה, ומה גם שהסבירה בעדותה שהמלה „דומה" נחשב על ידה „הביטוי הנכון
לזיהוי לפי מראית העין" ושבזמן הזיהוי השתמשה במלה זו מפני „שרציתי לדייק". אשר
לטענה, כי אחדים מבין אלה, אשר עמדו במסדר־הזיהוי יחד עם המערער, היו בעלי שפם,
א בו בזמן שהוא היה מגולח לגמרי, הרי אין פרט זה מהווה חסרון כה יסודי עד כדי לפסול
את תהליך הזיהוי בכללו. בא־כוח המערער גם הצביע על כשלון הנסיון לעריכת זיהוי־
קול אשר הופסק באמצע על ידי נעמי שטיין. ברם, ענין זה לא נעלם מהשופטים המלומ־
דים, אשר הביאו בחשבון כי הסיבה לכך נעוצה בליקוי שחל בחוש שמיעתה של הגב'
שטיין בזמן ההוא, מאחר שנפגעה, בשעת ההתקפה בליל המקרה, גם באזנה השמאלית.
ב עובדה זו, עליה העידה נעמי שטיין, אושרה גם על ידי רופא־אוזן שבדקה ביום 26.8.49,
ולבסוף, הטעים מר לויצקי כי אשה זו לא הצביעה על המערער בין־מאיר, בעת שניגש
אליה ביחד עם העד גולדהבר, ולאחר מכן — בחברת הקצין קצנלבוגן והשוטר גרינבלט.
ואולם, אין חומר ההוכחה מכיל כל סימן, המעיד כי בשתי ההזדמנויות הנ"ל, או באחת
מהן, הסתכלה העדה, עת ששכבה על האדמה, בכיוון פני המערער או שזה הרכין אז את
ג ראשו אליה.

(2) פרשת כתמי הדם. מהעדויות שהקטיגוריה גופה הציגה, נראה בעליל, כי על
החולצה (ת/6) שלבשה נעמי שטיין בליל המקרה נמצאו כתמי דם רבים, שבחלקם היו
מסוג „אפס" — הוא סוג דמו של המנוח — ובחלקם היו תערובת של סוגי דם שונים.
הכתמים מהסוג הראשון היו מצויים בחלק הקדמי של החולצה ואילו כתמי התערובת היו
ד על יד הצווארון. הקטיגוריה טענה, שהבתמים על החלק הקדמי מקורם בהקאת דם על
ידי המנוח ואילו התערובת מקורה (בין השאר) בדם שזב מפצעי הראש של נעמי שטיין,
שדמה הוא מסוג „א". גם על יד הקרעים שבמכנסים ובתחתונים של נעמי שטיין נמצא
דם מסוג „אפס". לפי העדות של המומחה מטעם הקטיגוריה, ד"ר נוסבאום, קיימת האפ־
שרות, שמי שקרע את המכנסים ואת התחתונים ידו היתה מגואלת בדם. במסיבות אלו,
ה טען מר לויצקי, כי מן הנמנע הוא, אם מרשהו היה האדם שנאבק עם גב' שטיין במשך
זמן ממושך, שלא יתגלו סימני דם כלשהם, על בגדיו, לעיני האנשים אשר בא אתם במגע
קרוב מיד לאחר המקרה, כגון העדים גב' רוניק, מר גולדהבר, השוטר גרינבלט והקצין
קצנלבוגן, ומה גם שזה האחרון נתלכלך בדם בשרוולו, בשעה שהרים את נעמי שטיין
והעבירה למכונית המשטרה.

ו על טענה זו, שנראתה לנו כטענה הרצינית מבין טענותיו של בא־כוח המערער, ניסו
השופטים להתגבר בדרך הבאה:

ראשית, הסתמכו על העובדה, כי ביום 24.8.49 מצא הקצין קצנלבוגן, בדירת המערער,
את חולצתו של זה (ת/37), שעליה נתגלו שני כתמי דם; והשופטים הסיקו, כי כתמים
אלה יש בהם כדי לקשר את המערער אל העבירה המיוחסת לו. נימוק זה של השופטים
ז אינו נראה לנו. לא היתה כל עדות שהמערער לבש חולצה זו בליל הפשע — פרט לדבריו,
כי היה לבוש אז חולצה מצבע חאקי־ירוק. בסך הכל נמצאו שני כתמי דם קטנטנים על
החולצה ולא הוכח מה סוגם. אכן, הקטיגוריה הסבירה — ודבר זה אמנם הוכח — כי
אשת המערער הספיקה לכבס את החולצה בשעה שזו נתגלתה על ידי הקצין קפלן. ברם,

הסבר זה, אף על פי שיש בו כדי למנוע את שלילת האפשרות שהמערער לבש את החולצה הזאת באותו לילה, אין בכוחו לשמש הוכחה חיובית בכיוון זה.

שנית, ביארו השופטים — וכאן מוטב שנביא את לשונם — כי „אנו יודעים מפי נעמי שטיין שבמשך כל ההיאבקות נשאר הנאשם במרחק־מה מצדה האחד, על ארבע, כך שהדם שנספג בחולצתה התייבש במידה רבה לפני שהנאשם שכב עליה בזמן האונס". א
גם ביאור זה אינו מניח את דעתנו.

(1) נעמי שטיין לא העידה — וזהו גם דבר שאין הדעת סובלתו — שבמשך כל שלבי ההיאבקות שקדמו לאינוס נמצא המערער על ארבע. מה שאמרה העדה הוא: „בשעת המעשה הוא שכב עלי, הוא היה קודם על ארבע מצד שמאלי". ב
ברור כי בדבריה אלה התכוונה לשלב הסופי עובר לביצוע האונס. האמת היא — ועובדה זו עולה ברורות מדברי העדה — כי בשלבים ידועים של ההיאבקות לא היתה נעמי שטיין כלל במצב של שכיבה, ועל כן גם לא עמד, על ארבע, האדם שניסה אז לאנסה. למשל, העדה קבעה, כי לאחר שברחה והתוקף רדף אחריה והשיגה, „הוא תפס אותי... ואח"כ הפילני...". מתקבל איפוא על ג
הדעת, כי, לפחות בפרק זמן זה, היו בגדי המערער צריכים להוולכלך מהדם שהיה מצוי על חולצתה.

(2) הבאנו בחשבון את חוות הדעת של הד"ר לוינטל — כי הדגש שנשפך על חולצתה של גב' שטיין היה עשוי להתייבש במשך דקות ספורות — אך באנו לידי מסקנה, כי אין בעדות מומחית זו כדי להרחיק, במידה מספקת, את ד
הסברה, שהאנס נתלכלך במלבושיו, או בחלק מהם, אם מהדם שהקיא המנוח קודם לכן על נעמי שטיין ואם מהדם אשר זב או טפטף מפצעי ראשה. אותה עדות גם אינה מתרצת כיצד קרה הדבר, שידו של האנס תהיה מגואלת בדם של המנוח בשעה שהלה קרע את המכנסים והתחתונים של גב' שטיין.

ה

לפי דעתנו, אילו נערכה בדיקה בבגדי המערער, זמן קצר לאחר המקרה, ולא נמצאו בהם אז סימנים של דם, היה בכך כדי להטיל ספק רציני בנכונות עדותה של גב' שטיין בנוגע לזיהויו של המערער. ברם, בדיקה כנ"ל למעשה לא נערכה, ובא־כוח המערער היה נאלץ, איפוא, להסתמך על דברי עדות־הראייה הנ"ל — דהיינו של ארבעת האנשים אשר המערער היה בחברתם לאחר שעזב את נעמי שטיין והלך לקרוא למגן־דוד־אדום. השופטים ו
המלומדים לא העלימו עינם מעדויות אלה, אך מצאו כי אין בהן כדי לשנות את פני מסקנתם הסופית האמורה, אם משום שהתנאים החיצוניים ששררו בליל המקרה השפיעו לרעה על כושר הסתכלותם של עדים אלה ואם משום שאותו זמן לא שמו לב, באופן מיוחד, למצב מלבושיו של המערער. גם אנחנו שקלנו אותן העדויות ובאנו לידי מסקנה, כי אין בידינו להתערב בהערכת שניתנה להן על ידי השופטים. ז

(א) אשר לאנשי המשטרה, הרי בפרק זמן זה לא נפל, מצדם, כל חשד על המערער, ותשומת לבם רוכזה או, בעיקרה, אל האשה הפצועה ששכבה במקום האמור.

הסבר זה, אף על פי שיש בו כדי למנוע את שלילת האפשרות שהמערער לבש את החולצה הזאת באותו לילה, אין בכוחו לשמש הוכחה חיובית בכיוון זה.

שנית, ביארנו השופטים — ובאן מוטב שנביא את לשונם — כי „אנו יודעים מפי נעמי שטיין שבמשך כל ההיאבקות נשאר הנאשם במרחק־מה מצדה האחד, על ארבע, כך שהדם שנספג בחולצתה התייבש במידה רבה לפני שהנאשם שכב עליה בזמן האונס". א
גם ביאור זה אינו מניח את דעתנו.

(1) נעמי שטיין לא העידה — וזהו גם דבר שאין הדעת סובלתו — שבמשך כל שלבי ההיאבקות שקדמו לאינוס נמצא המערער על ארבע. מה שאמרה העדה הוא: „בשעת המעשה הוא שכב עלי, הוא היה קודם על ארבע מצד שמאלי". ברור כי בדבריה אלה התכוונה לשלב הסופי עובר לביצוע האונס. האמת היא — ועובדה זו עולה ברורות מדברי העדה — כי בשלבים ידועים של ההיאבקות לא היתה נעמי שטיין כלל במצב של שכיבה, ועל כן גם לא עמד, על ארבע, האדם שניסה או לאנסה. למשל, העדה קבעה, כי לאחר שברחה והתוקף רדף אחריה והשיגה, „הוא תפס אותי... ואח"כ הפילני...". מתקבל איפוא על הדעת, כי, לפחות בפרק זמן זה, היו בגדי המערער צריכים להתלכלך מהדם שהיה מצוי על חולצתה. ב ג

(2) הבאנו בחשבון את חוות הדעת של הד"ר לוינטל — כי הדם שנשפך על חולצתה של גב' שטיין היה עשוי להתייבש במשך דקות ספורות — אך באנו לידי מסקנה, כי אין בעדות מומחית זו כדי להרחיק, במידה מספקת, את הסברה, שהאנס נתלכלך במלבושיו, או בחלק מהם, אם מהדם שהקיא המנוח קודם לכן על נעמי שטיין ואם מהדם אשר זב או טפטף מפצעי ראשה. אותה עדות גם אינה מתרצת כיצד קרה הדבר, שידו של האנס תהיה מגואלת בדם של המנוח בשעה שהלה קרע את המכנסים והתחתונים של גב' שטיין. ד

לפי דעתנו, אילו נערכה בדיקה בבגדי המערער, זמן קצר לאחר המקרה, ולא נמצאו בהם אז סימנים של דם, היה בכך כדי להטיל ספק רציני בנכונות עדותה של גב' שטיין בנוגע לזיהויו של המערער. ברם, בדיקה כנ"ל למעשה לא נערכה, ובא־כוח המערער היה נאלץ, איפוא, להסתמך על דברי עדות־הראיה הנ"ל — דהיינו של ארבעת האנשים אשר המערער היה בחברתם לאחר שעזב את נעמי שטיין והלך לקרוא למגן־דוד־אדום. השופטים המלומדים לא העלימו עינם מעדויות אלו, אך מצאו כי אין בהן כדי לשנות את פני מסקנתם הסופית האמורה, אם משום שהתנאים החיצוניים ששררו בליל המקרה השפיעו לרעה על כושר הסתכלותם של עדים אלה ואם משום שאותו זמן לא שמו לב, באופן מיוחד, למצב מלבושיו של המערער. גם אנחנו שקלנו אותן העדויות ובאנו לידי מסקנה, כי אין בידינו להתערב בהערכה שניתנה להן על ידי השופטים. ה ו ז

(א) אשר לאנשי המשטרה, הרי בפרק זמן זה לא נפל, מצדם, כל חשד על המערער, ותשומת לבם רוכזה אז, בעיקרה, אל האשה הפצועה ששכבה במקום האמור.

הקצין קצנלבוגן לא סח כלל עם המערער בליל המקרה, והשוטר גרינבלט העיד, כי בעת שפנה למערער, כאל מודיע הענין למשטרה, ורשם מפיו את שמו וכתבתו, נפל אור פנסו של העד על הפנקס שהחזיק צמוד לגופו ולא על המערער.

א (ב) התנאים שבהם ניתן לגב' רזניק להסתכל אל מלבושי המערער היו קשים עוד יותר. עדה זו ישבה אותה שעה על מרפסת מוארת ואילו המערער, עת ששוחח אתה, עמד בחשכה ולאחר מכן, בחזרו לגן־מאיר יחד עם העד גולדהבר, עבר על ידה בריצה.

ב (ג) מר לויצקי כיוון את עיקר מעייניו, בנקודה זו, אל דברי עדותו של אותו שומר בית־החלוצות, מר גולדהבר. אין ספק כי לאדם זה היתה, בשלב אחד, הזדמנות טובה לראות את מצב בגדי המערער, דהיינו, לאור החשמל שהדליק העד במשרד בית החלוצות לאחר שהבנים לשם את המערער כדי שזה יוכל להשתמש בטלפון הנמצא שם. השופטים המלומדים היו סבורים, כי באותו זמן לא שם העד לבו אל המערער, אך בא־כוחו הפנה אותנו לדברים שהעיד

ג גולדהבר לגבי שלב ראשוני זה של הפגישה, בינו לבין המערער והיינו: „ראיתי את הנאשם טוב. לא שמתי לב אם היו כתמי דם על בגדיו". כן הטעים מר לויצקי את הזמן הממושך שהיה גולדהבר בחברת המערער למן לכתם יחדיו למקום בו שכבה נעמי שטיין ועד לבוא אנשי המשטרה וחזירת השנים, ביחד עם אלה, לאותו מקום. לזאת יש להוסיף את תחשד שבודאי נתעורר

ד בלב גולדהבר, עת שהוא והמערער חיכו לבוא המשטרה וזה — כך העיד הראשון — „רצה להסתלק", באמרו כי „אף פעם לא היה לו עסק עם המשטרה וכי אינו רוצה שיהיה לו עסק אתה".

נתנו את דעתנו על דברי הטענה הנ"ל, ואם כי ניכר בהם טעם־מה, אף על פי כן

ה סבורים אנחנו שגם עדותו של מר גולדהבר אינה מעלה ואינה מורידה לגבי השאלה הנדונה. עד זה הגיע פועל בנין, אשר, אחרי יום עבודה של שמונה שעות ושינה במשך שעתים או שלוש שעות בלבד, שימש אותו לילה שומר תורני בבית החלוצות וישב שם, בטרם בא המערער, בחשיכה. במסיבות אלו אין לסמוך, יתר על המידה, על כושר הסתכלותו של העד בפרק זמן זה, ומה גם שהעיד במפורש: —

ו „הנאשם הפנה את צדו אלי כשדיבר בטלפון. לא ראיתי את פניו יותר מאשר פרופיל — מהצד. ראיתי רק חלק מחולצתו."

אשר לשלבים האחרים, בהם נמצא העד בנוכחות המערער, הרי שרדו אז תנאים

ז חיצוניים — כגון, חשכה וחוסר ירח ולבוש חולצה מצבע חאקי־ירוק — השוללים כל אפשרות להסיק מהעובדה, שגולדהבר לא הבחין בסימני דם על בגדי המערער, כי אמנם לא היו בהם כאלה. ולבסוף, גם החשד האמור לא היה כה חזק עד כדי להאיץ בגולדהבר לספר עליו לאנשי המשטרה כאשר הגיעו אלה למקום, ומאידך, הזמן למן הבעת המשאלה, מטעם המערער, להסתלק ועד לבואה של נידית המשטרה היה קצר עד מאד.

פרשה זו של כתמי הדם איננה מהווה אמנם פרשה ברורה למדי במשפט זה, אך דעתנו היא כי אין בה כדי לערער, במידה מספקת, את המהימנות שייחסו השופטים לדברי עדותה של נעמי שטיין בענין זיהויו של המערער, ביחוד בשעה שמביאים בחשבון את מידת כושר הסתכלותם של ארבעת עדי הראיה האמורים, אשר לא שמו להם כל מטרה מיוחדת להתבונן למצב מלבושיו של המערער אותו לילה ואשר התנאים החיצוניים ששררו אז היה בהם כדי למעט בהרבה את כשרם זה.

(3) התנהגות המערער אחרי מעשה האונס. בטענתו זו הדגיש מר לויצקי את הפרטים הבאים: כי מרשהו הלך, לפי בקשת נעמי שטיין, כדי להוציא את מגן־דוד־אדום; כי המשטרה באה למקום הפשע, לפי הזמנתו והדרכתו; כי המערער חזר לאותו מקום פעמיים — היינו בלוויית גולדהבר בשלב אחד ובחברת קצנלבוגן וגרינבלט בשלב אחר — ללא פחד שגב' שטיין תצביע עליו כעל האדם שאנסה והשתתף בתקיפת המנוח; וכי עוד בליל המקרה מסר את שמו וכתבתו לשוטר גרינבלט. כל הדברים הנ"ל, טען בא־כוח המערער, מתיישבים רק עם התנהגותו של אדם שהוא חף מפשע.

לית מאן דפליג, שמן הדין להביא בחשבון מסיבות הכרוכות בהתנהגות הנאשם אחרי שנעשה המעשה הפלילי המיוחס אליו, והפועלות לזכותו במשפט, לא פחות מאשר את אלו — כגון, בריחתו ממקום הפשע — הפועלות לחובתו. ברם ברור, כי לא באלה ולא באלה יש כדי להוות, בהכרח או תמיד, ראיה סופית, החותכת את הדין, נגד הפרטים האמורים, עומדים גם אחרים, אשר השופטים התחשבו בהם, והשוללים בהרבה מהתנהגותו „החיובית" של המערער, לאחר המעשה, את ערכה כראיה לטובתו. כוונתנו לדברים הבאים:

(א) בראשונה היה אמנם בדעת המערער רק לעשות את רצונה של נעמי שטיין ולקרוא למגן־דוד־אדום ואמנם ראינו כי, תחת זה, הודיע למשטרה על דבר הימצאה של אשה פצועה בגן־מאיר. ברם, הוא פנה למשטרה, במקום למלא את דרישת נעמי שטיין, משום שהעד גולדהבר האיץ בו לנהוג כך. מצד אחד, אין לראות ניגוד בין כוונת המערער לנקוט צעדים לשם הגשת עזרה ראשונה לנעמי שטיין לבין העובדה שזה עתה אנסה והשתתף בהתקפת המנוח, הואיל וביצוע שני המעשים האלה אין בו כדי להעיד על יחס של איבה דוקא כלפי האשה, קרבן האינוס. מצד שני, השינוי בתכנית זו — היינו, הפנייה הטלפונית למשטרה — לא באה ביוזמת המערער, כי אם בעקבות העצה שקיבל מאדם שני ואשר ייתכן שהמערער ראה את עצמו נאלץ — לשם הרחקת כל חשד — לנהוג לפיה.

(ב) העובדה, שהמערער הביע בפני גולדהבר את רצונו לעזוב את סביבת גן־מאיר, כדי שלא יהיה לו „עסק עם המשטרה" — וזאת לפני שהגיעו אנשי המשטרה לאותו מקום — מעוררת שוב חשד־מה לרעת עמדתו במשפט.

(ג) חזירתו של המערער פעמיים למקום בו שכבה האשה, קרבן האינוס, מתיישבת, שוב, עם ההנחה שחפץ להרחיק כל חשד מעצמו; כלומר, לאחר שנלווה אליו גולדהבר, וכן בשעה שהגיעו למקום אנשי המשטרה, כמעט ולא היתה ברירה

בידי המערער לפעול אחרת. מאידך גיסא, מתקבל על הדעת שהמערער קיווה — מה שאמנם אירע — כי נעמי שטיין לא תבחין בו בתנאים שבהם היתה נתונה אותה שעה — היינו שכיבה על האדמה בחשכה — אם רק לא ירכין הלה את ראשו אליה. אכן, בגשת המערער אל האשה הבי"ל בלווייתו של גולד־
א הבר בלבד, היה זה האחרון אשר פנה אליה ושאל לשלומה; כמו כן, כאשר הוביל המערער את אנשי המשטרה למקום בו שכבה, היה הקצין קצנלבוגן מי שדיבר אליה ולאחר מכן הרימה, ביחד עם השוטר גרינבלט, כדי להעבירה למכונית המשטרה.

(ד) ולבסוף, הנסיון מטעם המערער ליצור „אליבי", במטרה להראות שבזמן עריכת
ב ההתקפה היה הוא מחוץ לעיר ושהגיע משם אל גן־מאיר רק לאחר שהושלם מעשה האינוס — נסיון שנכשל כליל — יש בו כדי להקטין, במידה ניכרת, את משקלם של אותם הפרטים שבהתנהגותו לאחר המעשה, העולים בקנה אחד עם חפותו. עוד נשוב ונדון בענין הפרכת האליבי כהוכחה במשפט, אך כאן
ג אנו מטעימים את כובד משקלו של גורם זה לעומת ערכם של הפרטים החיוביים, עליהם הצביע באי־כוח המערער.

כל ארבעת הדברים שזה עתה צויינו על ידינו די בהם כדי למנוע את ערעור מהימנות העדות של נעמי שטיין, בנוגע לזיהויו של המערער. על סמך הטענה הנעוצה בהתנה־
ד גותו החיובית של זה לאחר המקרה. ברם, בבקשם הסבר „פסיכולוגי" לאותה התנהגות, הסתמכו השופטים המלומדים גם על עדותו של שמעון בכר; ובכך, כפי שטען באי־כוח המערער, שגו הם.

שמעון בכר, שהופיע כעד מטעם הקטיגוריה, מסר בעדותו כי באפריל 1949, ישב בגן־מאיר, סמוך לחצות, בחברת בחורה אחת שהתחבק עמה; כי לפתע פתאום קיבל בראשו חבלה, שהונחתה על ידי אדם אחד במקל; וכי העד נאבק עם אותו אדם עד
ה שהצליח להגיסו. הוא תוכיח והעיד, שלא ראה את פני המתקיף וכי במסדר־הזיהוי שנערך במשטרה זיהה את המערער בתורת האדם שלפי מבנה גופו וכוח שדיריו דומה לאיש שהתקיפו בלילה ההוא.

לאור העדות הזאת מצאו השופטים שיטתיות בהתנהגות הנאשם, באמרם:

ו

„ייתכן שהנאשם רגיל למעשים מסוג זה, או על כל פנים היה לו נסיון בשטח זה. השיטה בה נקט היא לכאורה פשוטה: הוא נכנס בשעות הלילה לגן ציבורי בו נמצאים כרגיל זוגות... כשנשאר במקום זוג אחד בלבד, מתגנב הוא עליו לפתע בבול עץ ואם ישחק לו המזל יניס את הגבר, וישאר
ז פנים אל פנים עם העלמה. לאחר שישיג את מטרתו, יעזוב בשלום את שדה הקרב ולא יהיה לו מה לפחד, כי שני הנפגעים, וביחוד הבחורה, יהיו מעוניינים עוד יותר ממנו, לא לפרסם דבר. מבחינה זו, אופייני המקרה של שמעון בכר..."

במקום אחר בפסק־דינם אמרו השופטים: —

„מחשיבים אנו את עדותו של שמעון בכר אשר הותקף, אף הוא, כחצי שנה לפני כן, עת ישב בגן־מאיר עם בחורה, והתגושש עם אדם (הנ.) שועליו הצביע במסדר־הזיהוי ביום 29.8.49, כעל אדם שדומה מאד במבנה גופו, בשרירי החזה ובשרירי הזרוע לבן האדם שהתקיף אותו את."

א

פרקליט המדינה המלומד הרצה לפנינו ארוכות על התפתחות ההלכה, לפיה מותר לקטיגוריה להביא עדות בדבר „שיטה". אולם, ברוד הדבר, כי עדותו של שמעון בכר לא תוכל לשמש לאיזו מטרה שהיא במשפט זה מהטעם הפשוט, שעד זה למעשה לא זיהה את המערער בתורת האדם שהתקיפו. במשפט Noor Mohammed v. R. (1949) (2), (All E.R. 365, 371), שלל לורד Du Parcq את העדות בדבר שיטה, שהוצגה על ידי הקטיגוריה באותו ענין, באמרו: —

ב

„אילו הוכח, שהמערער השקה ברעל את האשה ‚עאישה' במסיבות שדמזו על תאונה (accident), אזי אפשר מאד כי היה מותר להציג עדות, שלפני כן נתן רעל, במסיבות דומות, לאשה המכונה ‚גודיה'. ברם, לא היתה כל עדות ישירה כי השקה את שתי הנשים ברעל, באף אחת משתי ההזדמנויות הנ"ל."

ג

ד

פרשה זו של עדות שמעון בכר מדגימה את מה שתיארנו, בחלק הראשון של פסק־דינו, כנסיון מטעם בית המשפט לעשות ריקונסטרוקציה שלמה של סיפור המעשה — נסיון אשר לא עלה יפה, באשר יסודו בראיה פסולה. אילו סברנו, כי בלעדי העדות של שמעון בכר לא היו השופטים נותנים — או כי לא היה מקום לתת — אמון בעדותה של נעמי שטיין, לא היה בידינו לתמוך בהרשעה. ברם, לאחר שעיינו, עיין היטב בתוכן פסק־דינם, באנו לידי מסקנה כי אין המצב כך. הרי מצד אחד, שללו השופטים את ערכם של הפרטים שבהתנהגות המערער לאחר המעשה, עליהם הצביע בא־כוחו, לאור המסיבות הנוגדות שצויינו על ידינו לעיל; ומצד שני קבעו שהם מאמינים לעדותה של נעמי שטיין לאחר שבחנו את מידת מהימנותה על פי (בין השאר) הנתונים הבאים: —

ה

ו

(1) הרושם החיובי שעשתה העדה והצורה העקבית בה מסרה את עדותה במשפט; (2) העובדה כי תיאור מקום המקרה, שמסרה למשטרה ביום 22.8.49, הביא למציאת המקל ת/11, עליו נתגלו סימני דם מסוגו של המנוח, וכן הגופיה (ת/6) השייכת לעדה; (3) הכושר שהיה לה, לעדה, לזהות את המערער, מאחר שהיתה לה הזדמנות, בשעת ההיאבקות הממושכת, להסתכל אל תווי פניו ולמשש את שערותיו. למעשה, הדברים שהביעו השופטים, על סמך עדותו של שמעון בכר, באים רק בעמודים 31 ו־33 לפסק־דינם, בעוד שכבר בעמוד 28 קובעים הם, לאחר שציינו את נימוקיהם לכך, כי אשמתו של המערער הוכחה על ידי „עדותה של נעמי שטיין, שאנו סומכים עליה לגמרי, מצד אחד; — ושקריו של

ז

הנאשם, בטענו טענת האליבי, ... מצד שני" במסיבות אלו דעתנו היא, כי אין בה, בפרשה הנזכרת, כדי לפסול את המסקנה הסופית אליה הגיעו השופטים במשפט.

עד כאן טענתו העיקרית הראשונה של בא־כוח המערער, אשר, אף היא, נדחית על ידינו. בטרם נעבור לדון בטענתו השלישית, מחובתנו לנגוע בעוד ענין אחד — ענין ה"זרע" — בו גילו השופטים המלומדים ראיה בלתי תלויה ליהויו של המערער כאיש שאנס את נעמי שטיין, העדות הרפואית, שהביאה הקטיגוריה, קבעה כי גם בנוזל אשר נמצא בוגינה (vagina) של נעמי שטיין מיד לאחר המקרה, גם בזרע שנתגלה אז על תחתוניה, נעדרו חיות־זרע * (ספרמטוזואונים — spermatozoa); כמו כן, כי הבדיקה שנערכה ביום 29.8.49 בזרע שנתקבל אז מאת המערער הוכיחה קיום מצב של מיעוט חיות־זרע. בצרפם את העובדות האמורות אחת לשניה, הסיקו השופטים, ש"הנוזל הנדון בא מהנאשם בעת שאנס את נעמי שטיין".

הננו תמימי דעים עם מר לויצקי, כי לא היה בכך צעד בטוח להסיק, על סמך העדות הנ"ל בלבד, כי הזרע שנמצא בוגינה של נעמי שטיין בליל המקרה, הוא זרעו של המערער.

פרופיסור קלופשטוק, המומחה מטעם הסניגוריה, העיד, כי בבדקו את המערער ביום 19.5.50, מצא שזרעו היה במצב נורמלי. מכאן, שהמערער אינו שייך לסוג של עקרים תמידיים. ממצא זה, כפי שהכל מודים, אינו עומד בסתירה לקיום מצב של מיעוט חיי־זרע במערער שמונה חדשים קודם לכן — היינו, בעת שנערכה הבדיקה מיום 29.8.49; ועל כן גם אין להוציא מכלל אפשרות שבליל המקרה היה הזרע של המערער מחוסר ספרמטוזואונים. ברם, מאידך גיסא, אם נביא בחשבון ראשית, את העובדה שביום 29.8.49 — תאריך הבדיקה הנ"ל — היה המערער עצור כבר חמשה ימים על האשמה של רצח; שנית את חוות הדעת של אחדים מהרופאים המומחים שמסרו עדות במשפט — דהיינו, כי המצב של העדר חיות־זרע בגבר נעוץ בסיבות שונות (דברי ד"ר נוסבאום בע' 139), ביניהן עצבנות (עדות ד"ר לוינטל בע' 94), ודפרסיה (דברי פרופ' קלופשטוק בע' 264); ושלישית את הממצא שהמערער אינו עקר תמידי, — אם נביא בחשבון את כל הדברים הנ"ל, הרי בעל כרחנו נסיק, שאין העדות הרפואית משמשת יסוד בטוח לקביעה, שהנוזל אשר נתגלה בוגינה של נעמי שטיין בליל המקרה זהה עם הזרע של המערער. מן הראוי להוסיף כאן, כי ד"ר נוסבאום, המומחה העיקרי מטעם הקטיגוריה בענין זה, סירב בפירוש לקבוע כי הזרע אשר נתקבל מאת המערער ביום 29.8.49, הוא הזרע שנתגלה על התחתונים של נעמי שטיין (ע' 141). אכן, העדות המומחית שהביאה הקטיגוריה בענין הזרע, מרמזת על האפשרות שהנוזל שנמצא בוגינה של נעמי שטיין בליל המקרה מקורו בזרע של המערער, כאמור. אולם ברור הדבר, כי אין בה, בעדות הנ"ל, כדי ליצור קשר ודאי בין המערער לבין האדם שביצע אז את מעשה האונס. הואיל וכך, הרי שאין בפרשה זו של הוכחת הזרע משום ראיה בלתי תלויה, המסייעת לזהות את המערער כאיש שעבר את העבירה בה הורשע במשפט זה.

ושוב עלינו להטעים — כפי שעשינו בדוננו בפרשת העדות של שמעון בכר — כי העובדה, שביטלנו את קביעת השופטים לגבי זיהוי המערער באמצעות ההוכחות הנוגעות

* חית־זרע — spermatozoon; חיות־זרע — spermatozoa

לענין הזרע, אין בה כדי לערער את המסקנה הסופית אליה הגיעו הם בלאו הכי, בהסתמכם על העדות של נעמי שטיין ושקריו של המערער בנדון טענת האליבי, הרי כל הפרשה הנוגעת להוכחת הזרע נדונה על ידי השופטים אך מתוך ההנחה — הנחה אשר אמנם ראוה כמוטעית מעיקרה — ששתי המערכות של הוכחות שהזכרנו אותן באחרונה אינן מספיקות כדי לסבך את המערער בעבירה נשוא האשמה, בלי שיחזוקו על ידי ראיה נוספת. מאידך גיסא, משביטלנו את קביעתם בדבר זיהוי המערער על יסוד העדות הנוגעת לענין הזרע, הרי שמתעוררת — ובכל חריפותה — השאלה, אם אמנם צדק בא־כוח המערער בטענתו העיקרית השלישית, היא הטענה, שהעבירה המיוחסת למרשהו שייכת לסוג העבירות המיניות המעונות, לשם הוכחתן, ראיה המהווה סיוע לעדות המתלוננת, ולא עוד, אלא סיוע לגבי כל פרטי ההאשמה, לרבות זיהויו של הנאשם. במקרה דידן, הדגיש מר לויצקי, חסרה ראיה המסייעת לדברי העדות של נעמי שטיין, כי המערער הוא שאנס אותה בליל המקרה.

כדי לשלול טענה זו, הסתמך פרקליט המדינה על שלושה נימוקים אלה:

(א) כי הפרכת האליבי של המערער מהווה, כשהיא לעצמה, הוכחה המחזקת את דברי העדה הנ"ל בנדון זיהויו של המערער;

(ב) כי לגבי עבירה מינית מהסוג של איטוס, אין החוק דורש סיוע אלא לגבי יסוד אחד, הוא היסוד של כפייה, והלא בנקודה זו הביאה הקטיגוריה — כפי שגם אנחנו קבענו לעיל — הוכחות מסייעות למדי.

(ג) כי העבירה נשוא האשמה אינה שייכת, כלל ועיקר, לסוג של עבירות מיניות. הטענות הוכחה של סיוע לדברי העדות של המתלוננת.

אדון בשלושת הנימוקים הנ"ל אחד אחד.

(א) הנימוק הראשון. השאלה, מה מקומה של הפרכת הטענה של אליבי, כהוכחה במשפט, נדונה פעמים מספר על ידי בית־משפט זה, אשר פסק הלכה ברורה כי שלילת האליבי, שטען הנאשם, עשויה להוסיף משקל למהימנות העדות שהציגה הקטיגוריה. במה דברים אמורים? כאשר אותה עדות, כשהיא לעצמה, מספיקה לכאורה לשם הרשעת הנאשם. כל עוד לא נתמלא תנאי זה, מן הנמנע לייחס ערך כלשהו לעובדה שהנאשם בזמנו שיקר בדבר המקום שבו נמצא כאשר בוצעה העבירה המיוחסת לו. ראה בנדון זה:—

(1) ע"פ 3/48, פסקים ב', תשי"ט, בעמוד 220, (43);

(2) ע"פ 38/49, שם, בעמוד 359, (45);

(3) ע"פ 95/50, פסקי־דין, כרך ה', בעמוד 1207, (48);

(4) ע"פ 56/51, פסקי־דין, כרך ה', בעמודים 1529 ו־1533, (46).

אין אני רואה יסוד כלשהו לסטות מהלכה פסוקה זו, ורק אציין כי הדברים שהביאם מר שמרון, מתוך פסק־הדין האנגלי החדיש, Credland v. Knowler, (3), לא היו צריכים לגופו של הענין שנדון באותו משפט.

ברצוני להוסיף, בקשר לנושא זה, עוד שתי הערות. ראשית, הכלל, כי במקום שטענת האליבי יסודה באי־אמת עשויה להתחזק העדות שהביאה הקטיגוריה — צידוקו נעוץ

בתופעת המרמה העולה מהתנהגות הנאשם בטענו את הטענה הכחבת האמורה. כלומר: מה שעלול לעוהר חשד בכיוון אשמתו היא המגמה מצדו ליצור רושם מטעה בדבר מהלכיו בזמן שבוצע המעשה הפלילי הנדון. משום כך, חשוב מאד להבחין בין אי־הצלחתו של הנאשם להוכיח את האליבי שטען — היינו, רק משום שבית־המשפט לא האמין לדבריו — לבין הפרכתה המוחלטת של טענה זו על ידי ההוכחות הסותרות שהציגה הקטיגוריה. ברור, כי רק במקרה השני יהא ערך לשקריו של הנאשם כחיזוק לגירסת הקטיגוריה. ברוח זו יש לפרש את ההלכה שנקבעה ב־ע"פ 3/48, (43), הנ"ל, בו הוכח אמנם — ובדרך חיובית — כי הנאשם לא נמצא בחברתו של אדם מסויים אחד בזמן אשר נקבע על ידי הראשון באליבי שטען במשטרה ובבית־המשפט.

כפי שנאמר על ידי בית משפט זה ב־ע"פ 38/49, (45), הנ"ל: —

„לא כל דבר שקר, היוצא מפיו של הנאשם נהפך לו לרועץ בעת מתן פסק־הדין, — רק הכחשות כוזבות ושקרים פוזיטיביים כאלה, אשר במסיבות הענין, ומטבע הדברים, עשויים להגביר עוד יותר את החשדות הכבדים, שהיו מוטלים בלאו הכי על שכמו של הנאשם...".

אני מדגיש את המלים „הכחשות כוזבות ושקרים פוזיטיביים".

הערתי השניה היא: הערכת הכוב הצפון בטענת אליבי בלתי נכונה כדבר המטיל חשד בנאשם ונותן, בשל כך, משקל נוסף לעדות מטעם הקטיגוריה, תלויה תמיד במסיבותיו המיוחדות של כל מקרה ומקרה, ואין לקבוע מסמרות בנדון זה. יחר על כן, אין להפריז בערכו של חשד זה כהוכחה לרעת הנאשם, ומן הדין לשקול, לעומתו, את האפשרות, כי אדם, שהנהו חף מפשע, עלול לפעמים לנקוט אמצעי נפסד זה — כלומר, לטענן טענת אליבי כוזבת — רק מפני שהוא מאמין כי לא יצליח להתגונן בדרך אחרת נגד ההאשמה אשר טפלו או עומדים לטפול עליו (ראה דברי זקן השופטים Cockburn במשפט Moriarty v. Rwy. Co. (5 Q.B. 319), (4); וכן דברי זקן השופטים Shaw במשפט האמריקני, Com. v. Webster (50), — הובא בויגמור, מהדורה שניה, ס' 278, ע' 567). ולבסוף, ייתכן כי מן הדין לתת משקל שונה — כפי שרמז חברי הנכבד, השופט זילברג, ב־ע"פ 56/51, (46), הנ"ל — לדברי שקר שאמרם הנאשם סמוך למקרה נשוא ההאשמה, מאשר לטענה כוזבת, אשר אדם טען לראשונה בשעה שעמד בדין פלילי ומסר בו עדות, כגון במשפט רצח, בו מתגונן זה על חייו. אכן, כל הערתי השניה, כמו הראשונה, לא באה כדי לחדש הלכה בענין זה, אלא לשם הדגשה בלבד, וכבר קדמו לה, לא תה הערה, הדברים שנאמרו ע"י השופט זילברג ב־ע"פ 38/49, (45), הנ"ל כדלקמן: —

„הכל תלוי במסיבות הענין, ובמשקל ההגיוני המצטבר, אשר יש לייחס לעובדות שהוכחו ושקרי הנאשם... גם יחד."

היוצא מזה: אין אני מוצא כל פגם בכך, שהשופטים הסתמכו על הכוב שבאליבי אשר טען המערער, הן במשטרה והן בבית־המשפט — כדבר המעורר חשד בכיוון אשמתו

של זה והמוסיף חיזוק בשל כך, לדברי עדותה של נעמי שטיין. מאידך גיסא, אין בה, בהפרכת האליבי האמור, כדי לקיים את הדרישה של „סיוע", בהגדרה שדרישה כזאת קיימת בחוק.

א (ב) הנימוק השני. מן המפורסמות הוא כי במקום שנדונה האשמה של עבירה מינית, רואים את המתלוננת, קרבן העבירה, בבחינת אדם שהוא חשוד על השבועה ואין סומכים, איפוא, על דברי עדותה, אלא אם כן נתמכים הם על ידי ראיה נוספת, בלתי תלויה. הטעם לכך הוא: חוקה עליה, על המתלוננת, שבראש וראשונה התרה להגן על כבודה, ומן הדין, איפוא, לנקוט זהירות יתרה לגבי דבריה ולא לראותם כאמת, בלי שתהא קיימת בצדם הוכחה מסייעת. בא־כוח המשיב טען, כי טעם זה כוחו יפה — כאשר המדובר בעבירה ב מינית מהסוג של אינוס — רק לגבי שאלה אחת, היא השאלה, אם הביאה בוצעה בכפייה. ברם, הוסיף הוא וטען, משהוצגה הוכחה המחזקת את דברי המתלוננת לגבי עצם מעשה האונס שנעשה עליה, שוב אין להטיל חשד במהימנותה כעדה ולא דרוש אז סיוע לדבריה בנוגע ליתר פרטי ההאשמה, לרבות זיהוי הנאשם כאדם שאנסה.

ג אין ספק כי הנמקה זו של בא־כוח המשיב היא בעלת הגיון רב. דברי האמון, אשר שוללים מהמתלוננת כעדה, אינו דבר הניתן להפרדה כלשהי, ואם משמעותה של הראיה המסייעת היא החזרת אמון זה לבית־המשפט בנדון עובדת הכפייה, שוב אין מקום להטיל חשד במהימנות המתלוננת גם לגבי עובדת זיהויו של הנאשם, או עובדות חשובות אחרות (ראה ויגמור, מהדורה שניה, כרך A ע' 362). סימן־מת לנכונות ההנמקה הנ"ל משמשת ד אולי גם התופעה, שכמה מן החוקים החרותים האנגליים, אשר קבעו עבירות מיניות שונות, אינם דורשים סיוע לגבי כל הפרטים אלא אך „עדות מסייעת אחרת כלשהי" (some material evidence), או עדות מסייעת לגבי „פרט חשוב אחד" (a material particular).

ה מאידך גיסא, צדק גם בא־כוח המערער בטענתו, כי — מקום שלא הורה המחוקק במפורש אחרת — דרשה היודיקטורה האנגלית — גם כאשר המדובר בעבירות מיניות מהסוג של אינוס — הבאת ראיה בלתי תלויה, שבכוחה לחזק את דברי המתלוננת בדבר, בין פרטים חשובים אחרים, זיהויו של הנאשם, (R. v. Evans (6); R. v. Ross (5); R. v. Jones (7); וזהו גם הדין שנקבע על ידי בית־המשפט העליון בתקופת המנדט (ע"פ 54/38 (37), ע"פ 138/40 (38), ע"פ 122/43 (39)).

ו במצב דברים זה לא אפסוק הלכה בשאלה זו, הואיל והנני תמים דעים עם פרקליט המדינה שקיים יסוד מוצדק לנימוקו האחרון.

ז (ג) הנימוק השלישי. נימוק זה נוגע במישרין לטיבה של העבירה האמורה בס' 214(ג) לפקודת החוק הפלילי, הטומנת בחובה — נוסף למעשה של המתת הקרבן — את היסוד של קיום מוטיב, מצד העבריין, לעבור עבירה אחרת. עוד ארחיב את הדיבור על ענין זה בחלק האחרון של פסק־דין זה, ולכן אקצר כאן ואסתפק בציון דעתי, ראשית, כי יש לשים את הדגש על עצם המעשה של גרימת המוות, בעוד שהמוטיב — במקרה שלפנינו: הקלת ביצוע אונס — מהווה רק מסיבה מחמירה, הגוררת בעטיה עונש של

מיתה; ושנית, כי אין כל הכרח להראות שביצוע העבירה האחרת — האינוס — ממש הושלם, אם רק קיים קשר סיבתי בין פעולת ההמתה לבין המזימה של ביצוע מעשה אונס.

זאת ועוד. המלומד ויגמור מלמדנו, כי במקום שהמשפט המקובל דורש הבאת שני עדים או עד אחד וסיוע, הרי הוא עושה כן אם בגלל טיבה של ההאשמה השנויה במחלוקת
א — כגון, האשמת בגד או מתן עדות שקר — ואם מחמת טיבו של העד — כגון, שותף למעשה או מתלוננת במשפט אונס. ההצדקה לדרישה כנ"ל מטעם החוק, מבאר הוא, נעוצה ביחס הקיים בין שני תנאים הכרחיים, אשר האחד מהם יסודו באפשרות הגדולה — בשים לב לטיב העבירה הנדונה — כי ההאשמה היא האשמת שוא, ואילו התנאי השני יסודו בנזק הקטן העלול להיגרם למדינה — ושוב, קטן בשים לב לטיב העבירה — אם
ב אדם, שאינו חף מפשע, יימלט ולא יבוא על ענשו. רק בתנאים אלה, אומר ויגמור, „אפשרי להצדיק את הכלל של שני עדים בתורת כלל העשוי להיות, לעתים קרובות, יעיל ורק לעתים רחוקות מזיק, אפילו יהא אז בלתי יעיל" (ויגמור על עדות, כרך 4, ס' 2037, ע' 317). אשר לעבירות מיניות, סבור מלומד זה, כי הדרישה החוקית לסיוע היא מוצדקת מבחינת התנאי הראשון, אך לא מבחינת התנאי השני, הואיל ולגבי עבירות כאלה אין
ג להתכחש כלל לתוצאות המזיקות, העשויות לצמוח, אם לא יענישו עליהן (שם, ס' 2061, ע' 378).

אין בלבי ספק כלשהו כי שני התנאים האלה, גם יחד, חסרים במקום שההאשמה מיוסדת על סעיף 214(ג) הנ"ל, ואפילו המוטיב הנדון הוא מהמין של הקלת אינוס. ראשית, אין להניח מראש, בשום פנים, כי נאשה אשר העבריין אנסה, או אמר לאנסה, לא תהא
ד עדה מהימנה — כי, למען הגן על כבודה, תרחיק לכת עד כדי לטפול האשמת שוא על הנאשם, בידעה היטב, כי דברי עדותה עלולים להוביל להרשעתו בדין רצח ולהטלת עונש מוות עליו. על כל פנים, אין מקום להנחה מוקדמת כזאת, כאשר — וכאן תופסת התנמקה אשר שימשה למר שמרון לגבי נימוקו השני — הובאה תוספת ראיה לדברי העדה בנדון עובדת הכפייה.

ה אשר לתנאי השני, הרי ברור לכל — ובכך אין צורך להאריך כלל — מה רב הנזק העלול להיגרם לציבור אם אדם, שאינו חף מהפשע הנ"ל, יימלט ולא יבוא על ענשו.

מכאן, שלא מן הדין לראות את העבירה, נשוא ההאשמה, כשייכת לסוג של עבירות מיניות, המעוררות „סיוע" לדברי העדה העיקרית, ונופלת, איפוא, גם טענתו השלישית של בא־כוח המערער. למסקנה זו הגעתי בהנחה, שהעבירה הנדונה מתבססת על סעיף
ו 214(ג) הנ"ל; כל שכן, אם נמצא כי לא היה מקום להרשיע את המערער בעבירה זו אלא אך בעבירת הריגה לפי סעיף 212. אכן, אל שאלה זו — אם החיוב ברצח לפי סעיף 214(ג), במקום הריגה לפי הסעיף 212, בדין יסודו — ארכז את תשומת לבי בחלק הבא של פסק־דין זה.

ז השאלה האחרונה אשר שומה עלינו להשיב עליה בערעור זה היא, איפוא, בתכלית הפשטות, מהו ה־ mens rea הדרוש לשם הוכחת העבירה האמורה בסעיף 214(ג), אשר לשונו היא: —

„הגורם בזדון (wilfully) למות כל אדם שהוא בהתכוננו לעבור עבירה או

כדי להקל את עשיית העבירה או בבצעו את העבירה... יאשם בפשע. פשע זה קרוי רצח."

בסעיף 18 לפסק־הדין, נשוא הערעור, נאמר: —

א

„אנו מאמינים שהנאשם לא התכוון להרוג את דני פקטורי, אלא רק לסלקו מהמקום, כדי שלא יפריע בעדו מביצוע האונס."

למרות קביעה זו, מצאו השופטים המלומדים שהמערער אשם ברצח, הואיל ודעתם היתה כי „סעיף האשמה יחול, אפילו לא התכוון מנחית המכות להרוג את המנוח" וכי „הנחתת המכות בבול העץ ת/11, על ראשם של המנוח ושל נעמי שטיק, היתה בזדון" (קרי: ברצון); „ובעל־כן היה בזה משום גרימת מוות בזדון, ברוח הסעיף 214(ג)". למסקנה זו הגיעו השופטים, בהסתמכם על ההלכה שנקבעה ב־ע"פ 38/47, (40), ואשר תמציתה היא: אדם יהא חייב ברצח, לפי ס' 214(ג), אם רק התכוון לעשות את הפעולה שגרמה להמתת הקרבן, אף על פי שלא היה בדעתו כלל להביא לתוצאה שכזאת.

ב

ג

עוד בתחילת הדיון, נתעוררו אצלנו ספקות רציניים בדבר נכונות ההלכה הנ"ל, ולא עוד, אלא שכבר אז היה נראה לנו, שקיימת סתירה עמוקה ביניה לבין הדברים שהובעו על ידי שופטי הרוב (מגינג וכיאט) ב־ע"פ 14/38, (41), למרות מה שהשופטים הנכבדים אשר ישבו בדין ב־ע"פ 38/47, (40), (פיצג'רלד, ד'קמרמונד ועבדול האדי), — כמו השופטים המלומדים במשפט זה — מצאו סמוכין להשקפתם גם בדברי פסק־הדין האחר. משום כך, הזכרנו במהלך הבירור את ספקותינו אלה לבאי־כוח בעלי־הדין, למען תת להם — וביחוד לפרקליט המדינה המלומד — הזדמנות להביע את דעתם בענין זה. נהגנו כן, בשים לב לחומרת העבירה שנדונה לפנינו, ואף על פי שקיבלנו רושם מדברי ב"כ המערער, עת שהחל בהרצאת טענותיו, שאין בכוונתו לסתור את ההלכה במשמעותה הנ"ל. אמנם במהלך טענותיו הודיענו מר לויצקי שהיה זה רושם מוטעה מצדנו ושנמילא התבוון לתמוך יתדותיו בנימוק הנוסף, כי השקפת השופטים בשאלת ה־ mens rea עומדת על יסוד רעוע. אולם בלאו הכי ראינו את עצמנו — מהטעם הנזכר — מוסמכים, ואף מחויבים, לדון בבעיה סבוכה זו, וגם מר שמרון, שהיה לנו לעזר רב במאמצנו לרדת לעמקה, לא רמז לפנינו אחרת.

ד

ה

ו

ניטיב לעשות — כצעד ראשון לקידום הפתרון בבעיה הנדונה — אם נעמוד כראוי על הסתירה הנזכרת, שבין שני פסקי־הדין מתקופת המנדט. לשם כך, הנרחיב שמקודם נבאר לעצמנו, בקיצור, את המושגים הנושנים: „מחשבה פלילית" (mens rea), „כוונה" (intention), „פזיזות" (recklessness) ו„רשלנות" (negligence), במשמעותם במשפט המקובל. למטרה זו אזקק להגדרותיו של המלומד Turner שהביאן במאמרו, Mental Element in Crimes at Common Law (הנכלל בספר "The Modern Approach to Criminal Law" בעריכת רדזינוביץ וטורנר; עיין שם בע' 199 ואילך).

ז

פסקי־דין, כרך ו', תשי"ב/תשי"ג־1952 השופט אגרנט

המושג „מחשבה פלילית" (mens rea) — כיסוד הדרוש לכל עבירה שמקורה במשפט המקובל — מצריך שהקטיגוריה תוכית לפחות שני דברים אלה: — (1) כי הנאשם ביצע את הפעולה, נשוא העבירה המיוחסת לו, ברצון (voluntarily) ולא בשגגה (accidentally); (2) וכי בשעת מעשה חזה מראש את האפשרות שמהתנהגותו זו תצמח התוצאה אשר החוק אסר עליה. לגבי מרבית העבירות מהסוג הנ"ל חשוב להראות — וחזו אלמנט נוסף של mens rea — כי הנאשם גם חפץ (desired), עת שפעל כפי שפעל, בתוצאה הנ"ל. „כוונה" מירושה כי אדם, בשעת מעשה, לא רק שראה את הנולד, אלא שגם חפץ בו, בנולד זה. אמור מעתה: לגבי רוב העבירות דרוש להוכיח כוונה פלילית, כלומר נוסף לפעולה רצונית — חזות מראש, המלווה גם חפץ לגרום לתולדה האסורה.

א

מאידך גיסא, לגבי עבירות מסויימות אחרות — ומספרן במשפט המקובל הוא פחות — די בכך — כדי שיהיה קיים היסוד של „מחשבה פלילית" — כי הנאשם, בשעת מעשה, היה פזיז (reckless), הווה אומר, שלא התעלם אמנם מהאפשרות, כי התנהגותו תגרום את הנזק אשר החוק חתר למנעו וכי התנהג, כפי שהתנהג, אם מתוך יחס של אדישות לגבי אפשרות זו ואם בתקוה — כגון, במקרה של אותו אדם הנוהג מכונית במהירות מופרזת במקום שבו מתהלכים אנשים רבים — שלא תבוא כל תוצאה מזיקה ממעשהו. ולבסוף, „רשלנות" משמעותה, העדר ראיית הנולד במסיבות שבהן היה אדם בר־דעת רואה זאת ואף נוקט, לפני המעשה, אמצעי זהירות הגיוניים כדי שלא יקרה מה שקרה. הדברים שאמרם השופט זהר ב־ע"פ 54/51 (פסקי־דין, כרך ה', ע' 1354), (44), עת שדן במושג „חוסר זהירות" כרעיון מקביל ל„רשלנות", מביעים, בנדון זה, גם את דעתי וכך אמר: —

ב

ג

ד

> „המושג חוסר זהירות צופן בחובו ראשית כל חובה מסויימת לראות את הנולד, ושנית חובה מסויימת לנקוט אמצעי זהירות כדי לקדם את פני הרעה העלולה לצמוח מנולד זה... קנה־המידה שיש לאחוז בו הוא תבונתו ואורח התנהגותו של אדם בר־דעת רגיל."

ה

לא אעשה מלאכתי שלמה, אם לא אציין כאן עוד אי־אלה דברים הנוגעים לסוגיה זו. ראשית, ההגדרות האמורות כולן מבליטות את הרעיון של ראיית הנולד. הרי הצורך להוכיח שהנאשם ראה את הנולד מהוה — נוסף לכך שפעולתו היתה פעולה רצונית — את הצד השווה שב„כוונה פלילית" ו„פזיזות פלילית"; כשם שאי חזות התולדה מראש, במקום שאדם היה צריך לחזותה, מאפיינת את המושג „רשלנות".

ו

שנית, חשוב לרדת לסוף מובנו של הכלל האומר, שחזקה על כל אדם, לרבות הנאשם במשפט פלילי, כי התכוון לתוצאה אשר צמחה, מטבע הדברים, ממעשהו (Queen v. Martin (8)). כלל זה משמש אך מבחן מעשי, לפיו מותר להסיק מסקנה, שהנאשם ציפה מראש למעשה המזיק שקרה בפועל. ברם, אין זו הנחה סופית וניתן לו, לנאשם, לסתרה באמצעות ראיה נוגדת, במלים אחרות, מן העובדה, שאדם בר־דעת, אילו היה נתון במצבו של הנאשם, היה רואה את הנולד, רשאי בית המשפט ללמוד, שגם הנאשם, בשעת מעשה, ראה נולד זה ואף חפץ בו; ואולם זה זכאי להביא הוכחה המכוונת

ז

להראות כי ההיפך הוא הנכון, כפי שהודגש על ידי המלומד Holdsworth במימרתו המפורסמת, „עלינו להשתמש בקנה־מידה חיצוני כאשר אנו באים לשפוט ונדבר משקל העדות שהובאה כדי להוכיח — או לשלול — קיום mens rea. אין זה אומר, כמובן, שהחוק תולה את האחריות הפלילית באי־מילוי אחרי קנה־מידה חיצוני. הטוען כך מערבב את העדות לטובת פרופוזיציה מסויימת עם עצם הפרופוזיציה אשר יש באותה עדות כדי להוכיחה" (Hist. Of English Law, כרך ווו, ע' 374). ראה גם את דברי הלורד גודרד במשפט (9), R. v. Steane (1947) 1 All Eng. R. 813, 816; כמו כן עיין ב־(10) R. v. Meade, ברוח זו נפסקה הלכה גם ע"י השופט אולשן ב־ע"פ 119/51, (49).

א

ב

שלישית, הכלל הידוע — שמחובת הקטיגוריה להראות כי התנהגות הנאשם היא שגרמה לתוצאה האסורה, ל־actus reus — שיש לבעיה אחת ויחידה, היינו הבעיה של סיבה ותוצאה ביחס למאורעות מסויימים, ואין בין בעיה זו, בעית הסיבתיות, לבין שאלת „המחשבה הפלילית" של העבריין ולא כלום (טורנר, ע' 194). כפי שנראה להלן, חלק מן ההנמקה עליה הסתמך בית־המשפט ב־ע"פ 38/47, (40), הנ"ל יסודו בערגובן של שתי הפרשיות הללו.

ג

כאן המקום להביא את הדברים אשר אמרם זקן השופטים פיצ'גרלד ב־ע"פ 38/47, (40) : —

ד

„... לפי דעתנו היתה מטרתו של ס"ק (ג) לסעיף 214 להטיל את העקרון, אשר השתרש במשפט האנגלי, שאם אדם, כדי להקל עשיית פשע, הורג אדם אחר, הרי הוא אשם ברצח, אף על פי שייתכן ולא התכוון למותו של אותו אדם אחר. השופט סמית הזכיר את ע"פ 14 (משנת 1938), אך לפי דעתנו, פסק־הדין במשפט ההוא רחוק מלתמוך בהשקפתו של השופט סמית" (כאן מביא זקן השופטים לשעבר פסקא אחת מתוך דברי פסק־הדין שניתן ב־ע"פ 14/38, (41), וממשיך:). „לפי דעתנו, אם הפעולה נעשתה בזדון (wilfully) והמוות בא כתוצאה מאותה פעולה, הרי מצויה הפעולה בתוך תחומו של ס"ק (ג) ואנו מתחזקים בדעתנו זו לאחר עיון בס' 219. כאן לא נתעוררה כל שאלה בדבר פעולה רשלנית. הימום המנוח על ידי המערער נעשה בזדון ועקב הימום זה נגרם המוות. לפי דעתנו, היה זה בלתי חשוב שהמערער אולי לא התכוון למותו של המנוח."

ה

ו

כבר סיכמתי במקום אחר את המציתה של ההלכה המבצבצת מפסק־דין זה ואסתפק כאן בהטעמת שני דברים אלה: (א) כי בקבעו הלכה זו, התחשב זקן השופטים לשעבר אך באחד האלמנטים הצפונים במושג mens rea — שפעולת העבריין (במקרה זה, פעולת ההימום) צריכה להיות, כשלעצמה, פעולה „רצונית" — והתכחש כליל לאלמנט השני — ראיית הנולד; (ב) כי הלה תמך יתדותיו בשלוש אסמכתאות והן: — (1) דברי פסק־הדין ב־ע"פ 14/38, (41), הנ"ל; (2) ההוראות האמורות בס' 219 לפקודת החוק הפלילי; (3) הדין התופס במשפט האנגלי.

ז

להראות כי ההיפך הוא הנכון, כפי שהודגש על ידי המלומד Holdsworth במימרתו המפורסמת, „עלינו להשתמש בקנה־מידה חיצוני כאשר אנו באים לשפוט בדבר משקל העדות שהובאה כדי להוכיח — או לשלול — קיום mens rea. אין זה אומר, כמובן, שהחוק תולה את האחריות הפלילית באי־מילוי אחרי קנה־מידה חיצוני. הטוען כך מערבב את העדות לטובת פרופחיציה מסויימת עם עצם הפרופחויציה אשר יש באותה עדות כדי להוכיחה' (Hist. Of English Law, כרך III, ע' 374). ראה גם את דברי הלורד גודרד במשפט, (9) R. v. Steane (1947) 1 All Eng. R. 813, 816; כמו כן עיין ב־ R. v. Meade, (10) ברוח זו נפסקה הלכה גם ע"י השופט אולשן ב־ע"פ 119/51, (49).

א

ב

שלישית, הכלל הידוע — שמחובת הקטיגוריה להראות כי התנהגות הנאשם היא שגרמה לתוצאה האסורה, ל־ actus reus — שייך לבעיה אחת ויחידה, היא הבעיה של סיבה ותוצאה ביחס למאורעות מסויימים, ואין בין בעיה זו, בעית הסיבתיות, לבין שאלת „המחשבה הפלילית" של העבריין ולא כלום (טורנר, ע' 194). כפי שנראה להלן, חלק מן ההנמקה עליה הסתמך בית־המשפט ב־ע"פ 38/47, (40), הנ"ל יסודו בערבובן של שתי הפרשיות הללו.

ג

כאן המקום להביא את הדברים אשר אמרם זקן השופטים פיצ'גרלד ב־ע"פ 38/47, (40) : —

ד

„... לפי דעתנו היתה מטרתו של ס"ק (ג) לסעיף 214 להטיל את העקרון, אשר השתרש במשפט האנגלי, שאם אדם, כדי להקל עשיית פשע, הורג אדם אחר, הרי הוא אשם ברצח, אף על פי שייתכן ולא התכוון למותו של אותו אדם אחר. השופט סמית הזכיר את ע"פ 14 משנת 1938, אך לפי דעתנו, פסק־הדין במשפט ההוא רחוק מלתמוך בהשקפתו של השופט סמית" (כאן מביא זקן השופטים לשעבר פסקא אחת מתוך דברי פסק־הדין שניתן ב־ע"פ 14/38, (41), וממשיך:). „לפי דעתנו, אם הפעולה נעשתה בזדון (wilfully) והמוות בא כתוצאה מאותה פעולה, הרי מצויה הפעולה בתוך תחומו של ס"ק (ג) ואנו מתחזקים בדעתנו זו לאחר עיון בס' 219. כאן לא נתעוררה כל שאלה בדבר פעולה רשלנית. הימום המנוח על ידי המערער נעשה בזדון ועקב הימום זה נגרם המוות. לפי דעתנו, היה זה בלתי חשוב שהמערער אולי לא התכוון למותו של המנוח."

ה

ו

כבר סיכמתי במקום אחר את תמציתה של ההלכה המבצבצת מפסק־דין זה ואסתפק כאן בהטעמת שני דברים אלה: (א) כי בקבעו הלכה זו, התחשב זקן השופטים לשעבר אך באחד האלמנטים הצפונים במושג mens rea — שפעולת העבריין (במקרה זה, פעולת ההימום) צריכה להיות, כשלעצמה, פעולה „רצונית" — והתכחש כליל לאלמנט השני — ראיית הנולד; (ב) כי הלה תמך יתדותיו בשלוש אסמכתאות והן: — (1) דברי פסק־הדין ב־ע"פ 14/38, (41), הנ"ל; (2) ההוראות האמורות בס' 219 לפקודת החוק הפלילי; (3) הדין התופס במשפט האנגלי.

ז

פסק־דין, כרך ו, תשי"ב/תשי"ג־1952 השופט אגרנט

1. האם סמוכין לה, לאותה הלכה, בדברים אשר באו בפסק־הדין שניתן ב־ע"פ 14/38, (41) 2 במשפט זה הוכח שהנאשם (המערער) זרק נחל, מהמין המתלקח, מעל האש שעל ידה עמדה אותה שעה אמו, ושדבר זה גרם להצתת בגדיה של זו ובסופו של דבר — למותה. השופט מנינג — אשר לדעתו הצטרף השופט כיאם — אמר: —

א

„אין אנו מוצאים סימן כלשהו, בפסק־הדין של הרוב, כי השופטים אי־פעם נתנו את דעתם על הנקודה שהמוות נגרם בזדון, הם דחו את ההנחה של שגגה (accident), אך מזה עוד לא נובע כי רצח היות את האלטרנטיבה היחידה. המסיבות היו בלתי רגילות: נטען כי מותו של אדם אשר עמד בקרבת אש נגרם כתוצאה מזריקת נחל, הניתן להתלקחות, מעל האש. אפשרי כי תבוצע פעולה כזאת ואף על פי כן איש לא יגיד שהמוות נגרם בזדון."

ב

אם נתעכב פה כדי לשאול מה פירושם של דברים אלה, אין ספק כי יהיה שומה עלינו לפרשם כך: העובדה, שהנחל נזרק, כפי שנזרק, ברצונו של הנאשם — כלומר, שהמדובר במעשה „רצוני" — איננה מספיקה כדי להוות mens rea בהתאם לדרוש בס"י ס' 214(ג), אם פירוש זה נכון, הרי שמרמזים הדברים הנ"ל, כשלעצמם, על ניגוד בין השקפת השופט מנינג לבין זו של זקן השופטים פיצ'גרלד. אכן, ניגוד זה בולט עוד יותר לאור הדברים הנוספים שהביעם הראשון, כדלקמן: —

ג

ד

„מלבד שגגה היו אפשרויות שונות: (א) מידת רשלנות שאין בה כדי להוות אחריות פלילית; (ב) מידת רשלנות, ההופכת את העבירה לעוון בהתאם לס' 218 לפקודת החוק הפלילי; (ג) מידת רשלנות ההופכת את העבירה להריגה; (ד) מידת רשלנות ההופכת את העבירה לרצח; (ה) כוונה שקולה לגרום חבלה" (כאן באה הפסקא עליה חזר בית־המשפט ב־ע"פ 38/47 ואשר תכנה עוד יובא להלן, ואחרי כן מסיים השופט מנינג:)

ה

„האפשרויות (א) עד (ג) הנ"ל לא נחקרו על ידי שופטי הרוב בבית־המשפט של מטה, ייתכן מחמת המסקנה העובדתית אליה הגיעו — אשר אמנם לא היתה לה אחיזה בעדות כי המערער השליך את הנחל על אמו."

ו

לפי דעתי, כאשר ב־ע"פ 14/38, (41), הדגישו שופטי הרוב את שלוש האפשרויות הראשונות, הרי שהתחשבו בראיית הנולד כאלמנט הכרחי של העבירה המוגדרת בס' 214(ג), ולא הם ביקרו את שופטי הערכאה הראשונה על כך, שאלה לא נתנו את דעתם כלל בשאלה אם הנאשם, עת שהשליך את הנחל, פעל מתוך רשלנות; כלומר, אם חזה מראש שמעשהו זה עלול להביא בעטיו למות האשה שעמדה אותו זמן בקרבת האש הבוערת. אף האפשרות הרביעית — אשר משמעה, כנראה מצב נפשי של פזיזות — מרמזת על חובת הקטיגוריה להוכיח קיום אלמנט זה של חזות התולדה מראש. סתומים הם במקצת

ז

דברי השופט מנינג לגבי האפשרות החמישית אשר הזכירה בלי שהרחיב אמנם את הדיבור עליה, יתכן שבדבריו אלה לא חפץ יותר מאשר לרמוז לכלל שהובא לעיל: כי נוהגים לייחס לנאשם — בהעדר ראיה סותרת — את הכוונה לגרום לתוצאה אשר, מטבע הדברים, צמחה ממעשהו, מכל מקום, הדברים שהביעם בקשר לשלוש האפשרויות הראשונות די בהם כדי לשמש עדות בעיני להבדל הגדול הקיים בין גישתו היסודית לבין זו של זקן השופטים פיצ'גרלד ב־ע"פ 38/47, (40), בו לא עמד האחרון, כלל ועיקר, על הצורך בהוכחת היסוד הנזכר כתנאי מוקדם לחיוב ברצח על פי ס' 214(ג). לא נעלמו ממני דבריו של זה, כי במשפט אשר נדון לפניו „לא נתעוררה כל שאלה בדבר פעולה רשלנית". ברם — סבורני כי בנקטו לשון זו לא חתר אלא לומר שפעולת ההימום היתה, כשלעצמה, משום פעולה „רצונית", ואילו השאלה, אם הנאשם ציפה מראש למות האדם אשר הממו, נראתה, בעיני זקן השופטים לשעבר, כמחוסרת חשיבות כלשהי.

ולבסוף, גולת הכותרת לסתירה הקיימת בין שתי הדעות האמורות היא דוקא אותה פסקא שהובאה על ידי זקן השופטים פיצ'גרלד מתוך דברי השופט מנינג ושבה גילה הראשון — כפי שגילו השופטים המלומדים כאן — סמוכין להלכה שנקבעה ב־ע"פ 38/47, (40). פסקא זו אומרת וזה לשונה: —

> „המלה בזדון אין פירושה אך ורק שלא בשוגגה (non-accidental); כאשר משתמשים במלה זו לגבי פעולות, הכוונה לאותן הפעולות אשר הרצון הוא צד להן, להוציא מכלל זה פעולות רשלניות, פרט לאלה הנעשות על ידי אדם מתוך פזיזות (reckless carelessness), כאשר לא איכפת לו מה יהיו התוצאות העלולות לצמוח מפזיזותו."

הגדרה זו של „בזדון" — כאשר מלה זו משמשת תואר ל„פעולות" — מה משמעה אם לא, כי אמנם הכרחי שהפעולה תיעשה ברצונו של המבצע, אך שלא די בכך; כי במקום שהפעולה היתה רשלנית — והוה אומר שבשעת מעשה לא ראה המבצע את הנולד — היה חסר „זדון"; וכי התואר האמור יתאים לכל פעולה שנעשתה מתוך ראיית הנולד, אפילו לא היתה למבצע אותה שעה תשוקה מיוחדת לנולד זה ואף היה אדיש לגביו.

מכאן, שהגדרה זו, בהיותה סובבת על הציר של חזות התולדה מראש, שוב לא תוכל לשמש אסמכתא להלכה שנקבעה ב־ע"פ 38/47, (40). זאת ועוד: הסתירה שנתגלתה בין שני פסקי־הדין מתקופת המנדט מחייבת אותנו להיכנס מחדש בעבי־הקורה של בעית ה־mens rea במידה שזו נוגעת לפירושו של הסעיף 214(ג).

2. האם הסעיף 219 לפקודת החוק הפלילי בכוחו לחזק את הדעה שנתקבלה ב־ע"פ 38/47, (40)? התשובה הקצרה לשאלה זו היא: לא ולא. הרי בסעיף זה לא עסק המחוקק אלא בבעיה הנזכרת של סיבתיות, וכל אשר עשה בו הוא שמיין קבוצות שונות של עובדות שבהן ראה קשר סיבתי בין פעולתו של אדם אחד לבין מותו של אדם שני. ברור כי אין בהוראות שבסעיף הזה כדי לתרום פתרון לשאלה שלפנינו או לשאלת mens rea כלשהי.

3. האם העתיק המחוקק המנדטורי אל סעיף 214(ג) את הדין האנגלי אשר חל בנדון? כדי לרדת לעמקו של דין זה, הבה ונסקור תחילה את הגלגולים השונים אשר עבר, בטרם קיבל את דמותו הנוכחית.

א (א) תחילתו של הדין היא בהגדרה שבה הגדירו לורד קוק (Coke) והייתו: „אם המעשה" (אשר גרם למותו של אחר) „היה בלתי חוקי, הרי זה רצח" (מתוך האינסטיטוט השלישי — הובא ע"י סטפן בספרו, „תולדות המשפט הפלילי באנגליה", כרך ד' ע' 57). הגדרה זו, כפי שמבואר בדוגמא הבאה אחריה, אינה מתחשבת בחוסר כוונה קטלנית מצד העבריין, ובלבד שגרם למותו של אדם אחר, תוך ביצוע מעשה בלתי חוקי איזה שהוא.

ב (ב) בתקופה יותר מאוחרת ריכך סיר מיכאל פוסטר הלכה קשה זו ריכוך־מה. בהסתמכו על דברי „אגב" מסויימים שיצאו מפי זקן השופטים הולט במשפט R. v. Plumer, (11), צמצם פוסטר את תחולתה למקרים שבהם היתה לעבריין, בשעת מעשה, כוונה לבצע עבירת פשע (felony). רק לגבי סוג זה — כך קבע — יחול דין רצח, ואילו באותם המקרים שבהם היה המעשה מלווה כוונה לבצע עבירה בעלת אופי פחות חמור, יחוייב העבריין בהריגה בלבד, שימו לב: גם הלכה זו אינה פוטרת את־העבריין מדין רצח, בשל חוסר כוונה מצדו להמית (שם, ע' 68, 75).

ג (ג) בספרו הנזכר השיג סטפן על ההלכה של קוק, אף לאחר תיקונה ע"י פוסטר, בקבעו כי היא אכזרית מדי. אף על פי כן, הודה בצער כי הוא ושופטים אחרים נאלצו לפסוק על פיה — הלכה למעשה. במשפט אחד שנתברר לפניו בשנת 1880 הוכח כי שלושת הנאשמים קשרו קשר לבצע שוד נגד אדם רביעי, לאחר שזה שודל על ידי אחד מהם לבוא למקום המיועד, הפילוהו השנים האחרים לארץ ושדדו ממנו את כספו. לקרבן היה לב חלש והוא מת. כל שלושת הנאשמים חוייבו ברצח ונידונו למיתה, ואילו גזר־הדין לא בוצע.

ד במשפט, R. v. Horsey, (1862), Kenny's Cases — 109 (12), נתן השופט ברמוול (Bramwell) לחבר המושבעים את ההוראה הבאה: „במקום שהנאשם גרם למותו של אדם, תוך ביצוע פשע, הרי זה רצח, אף על פי שלא התכוון לתוצאת כזאת". השופט הוסיף ואמר: „אם כי הלכה זו תיראה כבלתי מתקבלת על הדעת, מחובתנו לנהוג על פיה, הואיל וכן נקבע בחוק".

ה (ד) ההכרה בחומרתו היתרה של דין הרצח „הקונסטרוקטיבי" הפכה, ברבות הימים, לנחלת רבים, והיא העלתה במציאות שתי תופעות. ראשית, בסוג אחד של מקרים, שהיה להם רקע עובדתי מסויים, היו השופטים המושבעים מסרבים לחייב ברצח והורשה להם, איפוא, לחייב בהריגה, המדובר, שוב, במצב דברים שבו היתה חסרה הוכחה על קיום כוונת קטילה מצד הנאשם (ראה R. v. Greenwood,(13). שנית, גם הכתר היה מתערב, לעתים, ומחליף את עונש המוות שהוטל על הנאשם במאסר (עיין ב־ Kenny's Outlines of Crim. Law מהדורה 13, ע' 139).

ו

ז

(ה) בשנת 1887 ההליט השופט סטפן להצר, הצרה נוספת את ההלכה של קוק ופוסטר, (14).(R. v. Serné, 16 Cox C.C. 311, 313). לא כל „מעשה שנעשה בכוונה לבצע פשע ואשר גרם למוות, מהווה רצח" — כך הורה — אלא רק מעשה כנ"ל אשר „מן המפורסמות שהוא מסוכן לחיים ועלול מטבעו לגרום למוות" (known to be dangerous to life and likely in itself to cause death). הוא הוסיף להגדרה זו את הדוגמה הבאה: — א

„נניח כי אדם, תוך כוונה לבצע אונס על אשה אך בלי כל רצון להרגה, לחץ על צוארה על מנת להתגבר עליה וע"י כך הרגה, זה ייחשב רצח." ב

יהא זה נוח אם אזכיר במקום הזה, כי גם בערעור שלפנינו הציע פרקליט המדינה לצרף להלכה, כפי שנוסחה ב־ע"פ 38/47, (40), הנ"ל, את הסייג שקבע השופט סטפן במשפט Serné. לפי תפיסה מיוחדת זו, אדם יחוייב ברצח לפי ס' 214(ג), בשל גרימת מותו של הקרבן על ידי פעולה אשר עשה לשם הקלת הביצוע של עבירה אחרת, רק בתנאים אלה: (1) זאת היתה פעולה רצונית; (2) כל אדם בר־דעת היה מסיק, מחמת אפיית המסוכן של אותה פעולה, כי היא עלולה להסתיים בתוצאה קטלנית. ג

אין ספק כי הגישה שנקט השופט סטפן במשפט Serné היוותה בזמנו התקדמות ניכרת בשטח הבעיה הנדונה. ברם, גם הנוסח שקבע הוא מכיל אך מבחן אובייקטיבי, אשר אינו זהה עם הרעיון המרכזי של mens rea הדורש מהקטיגוריה להוכיח שהנאשם, דווקא הוא, חזה מראש כי פעולתו היתה עשויה לגרום למותו של הקרבן. נכון הדבר, שבמקרים רבים יחייב השכל הפשוט לפסוק, בשים לב למסיבות שהוכחו (כגון, מידת הכוח שהפעיל העבריין, סוג הכלי שהשתמש בו, וכו'), כי אמנם הבחין הנאשם, בשעת מעשה, אותה תוצאה קטלנית שגרם לה. ברם — וזאת כבר הערנו וחזרנו והערנו — אין זו אלא הנחה מעשית, שמותר לערערה על ידי הוכחה נוגדת; ובל לנו לערבב אותה הנחה, המשמשת עזות לקיום mens rea עם עצם המושג הסובסטנ־טיבי הזה. ד ה

ולבסוף, פסק־הדין הנ"ל הוא חשוב גם משום שהוא מבאר את הרציונאלה העומדת מאחורי הדין האנגלי, על כל גלגוליו, המשפט המקובל מורה — וזהו החוק החל באנגליה עד היום הזה — כי כל אדם שגרם למותו של אחר יורשע ברצח גם במקום שהיתה לראשון אך כוונה לגרום חבלה גופנית חמורה לשני, (15), (Rex v. Larkin, (1943) 1 All Eng. R. 217, 219). מהדוקטרינה המיוחדת הזאת ועד לטעם שהזכירו השופט סטפן במשפט, (14), Serné, — שאם אדם מבצע מעשה העלול, על פי טבעו, לסכן את חייו של אחר, הרי בנפשו הדבר — לא קיים מרחק רב. ואלה הם הדברים שהוסיפם השופט הזה לאחר שהביא את הדוגמא הנזכרת: — ו ז

„סבורני, שכל אחד היה אומר במקרה כנ"ל, כי משהתחיל אדם
א בביצוע מעשים רעים לשם מטרותיו השפלות, הרי שסיכן בכך
את חייו הוא ולא רק את חייהם של אחרים. עבירה ממין זה אינה
נבדלת, במידה ניכרת, מעבירה המבוצעת באמצעות מוט, אקדח
או סכין. אם פעם מתחיל אחד להתקיף את גופו של בן אדם
שני, עליו לשאת בתוצאות, גם אם הוא מרחיק לכת יותר מאשר
התכוון כשהתחיל."

ב (ו) בעקבות ההלכה, נוסח סטפן, פסקו אחדים מהשופטים ששפטו באנגליה אחריו (ראה דברי ההוראה של השופט Avory במשפט Rex v. Lumley (16)). ואולם, בשנת 1920 החזיר בית המשפט לערעורים פלילים, באישורו של בית הלורדים, את הגלגל אחורה. במשפטו של Beard (17), התגשמו במציאות העובדות אשר שימשו לסטפן בדוגמא הנזכרת. הנאשם, בזמן שאמר לבצע אונס על ילדה בת שלוש־עשרה, שם את ידו על פיה ולחץ על צווארה כדי
ג להתגבר על התנגדותה ולהפסיק את צעקותיה. לבסוף נחנקה הנערה ומתה. הנאשם טען (בין השאר) כי פעל — במה שנוגע למידת הלחץ שהפעיל — בשגגה, ועוד טען שלא ציפה, בשעת מעשה, למותה של הנערה. בית המשפט לערעורים אישר את סירוב השופט, בערכאה ראשונה, להורות למושבעים שעליהם לשקול שתי טענות אלו. וכך אמר לורד רידינג (שם, ע' 116):

ד „... כדי להתגבר עליה ולשים קץ להתנגדותה ולצעקותיה, הוא
עשה, בסופו של דבר, את המעשה שהביא למותה, לפי החוק החל
באנגליה זהו מעשה אלימות שנעשה תוך הביצוע, או לשם הקי־
דום, של פשע הכרוך באלימות..."

ה (act of violence done in the course or in furtherance of a felony involving violence)

בבית הלורדים אמר לורד בירקנהיד (Birkenhead):—

ו „העדות קבעה, שהנאשם הרג את הילדה על ידי מעשה אלימות
שנעשה תוך הביצוע, או לשם הקידום, של עבירת אונס, המהווה
פשע שהוא כרוך באלימות, בית המשפט פסק כי לפי החוק החל
באנגליה מעשה כזה מהווה רצח. שום נסיון לא נעשה בבית
הלורדים כדי לסתור השקפה זו על החוק, ונכונותה אינה מוטלת
ז בספק..." (שם, ע' 187).

משמעותה של הלכה זו היא ברורה: מצד אחד, צומצמה תחולתה למקרים שבהם העבירה שחפץ העבריין לבצעה מהווה פשע הכרוך באלימות, להבדיל

מפשע המחוסר תכונה זו. מהצד השני הוחזר תקפו של הדין, נוסח קוק ופוסטר, כבתחילה. על כן, להבא חלילה להם, לשופטים, לשקול אם הפעולה שגרמה למוות נעשתה בשגגה; אסור להם להביא בחשבון אם הנאשם, בשעת מעשה, הבחין מראש את התוצאה הקטלנית; ואין להם להטריח את עצמם בשאלה, אם, בתודת אדם בר־דעת, היה הוא "חייב" להבחין או אותה תוצאה. מר Kean בעל הרשימה ב־ Law Quarterly Review, כרך 54, ע' 23, עמד גם על משמעות המלים "in furtherance of", המתפשטות, לדעתו, אף על המקרים שבהם עדיין קיים ריחוק ידוע בין גרימת המוות לבין המטרה הסופית של ביצוע הפשע, כגון המקרה בו נגרם המוות בעת שהנאשם עדיין היה נתון בשלב ראשוני של הכנה לקראת הגשמת זממו. אם אדם נהג במכונית כדי להגיע לבית שבו אמר לבצע גניבה ובדרך דרס על הולך רגל והרגו, יחול עליו דין רצח קונסטרוקטיבי. ואולם, הטעים Kean, "בלתי משביע הדבר, כי האחריות הפלילית לרצח תהא תלויה בכך, אם המטרה הסופית, כאשר הינה כה רחוקה, מהווה פשע או עוון".

המלומד טורנר מטיח, אף הוא, דברים כדרבנות נגד ההלכה, נוסח רידינג־בירקנהיד, באמרו: —

> „כלל זה, שנתקבל על דעת בית הלורדים הנו ארכאי, משום שהוא מבטל את היסוד השכלי... (של רצח) במשמעותו המודרנית. לנאשם רק מחשבה לבצע פשע ובכל זאת, לפי הדין שנקבע במשפט Beard, נידון הוא למוות, אף־על־פי שמעולם לא התכוון להרוג את מי שהוא וגם לא הבחין שהוא עלול להרוג את מי שהוא. זוהי פרופוויציה כה בלתי מותאמת לרעיונות האתיים של בני אדם רגילים עד שקשה לשער שחבר מושבעים, שאין לו דעה קדומה, יסכים להוציא פסק־דין של חיוב, כאשר, למשל, העדות קבעה שהנאשם תפס באדם כדי לשדדו, אך בלי כוונה להזיק לו, ושגרם למותו עקב היותו בעל לב חלש עד כדי שהוצוע הקטן ביותר היה מסוכן בשבילו" (ע' 257).

(ז) למרות דברים חריפים ועוקצים אלה נשאר בעינו הדין, כפי שנקבע במשפט Beard, (17), והוא אשר שימש נר לרגלי השופטים במשפטים שנתבררו באנגליה לאחר מכן. ראה:

R. v. Stone, 53 T.L.R. 1046, (18);

R. v. Larkin (1943) 1 All Eng. R. 211, 219, (15);

R. v. Jarmain (1945) 2 All Eng. R. 613, (19).

במשפט Jarmain (19), הנ"ל, בו הוכח שהנאשם גרם למות הקרבן עקב ביצוע שוד ובית־המשפט לערעורים פליליים סירב להתחשב בטענה, כי הלה

פעל אך בשגגה בלחצו על הדק האקדח שבו התזיק בשעת מעשה, וטסיף השופט Wrottesley את הדברים הבאים: —

א „הננו סבורים כי המטרה מאחורי... החוק היא לפחות זאת: כל המשתמש באמצעי אלימות, תוך ביצוע עבירת פשע הכרוכה באלימות לגוף, עושה כן על סיכונו הוא וחייב ברצח, אם אמצעי אלימות אלה מובילים, אפילו שלא ברצונו, למותו של אדם."

ב סקירה זו על הדין האנגלי האמור, מה היא מלמדת אותנו? לפי דעתי, רק זאת: לא זהו הדין אשר שימש לו, למחוקק המנדטורי, דוגמא ומופת בשעה שהתקין את הסעיף 214(ג) הנ"ל. זה לא ייתכן: —

ג (א) משום שאותו דין אנגלי, השולל את הצורך בהוכחת mens rea, תחולתו מוגבלת למקרים שבהם נגרם המוות בקשר לביצוע עבירת פשע הכרוכה באלימות, כאמור, בו בזמן שההוראה המקומית חלה כאשר המוטיב להמתת אדם היה ביצוע איזו עבירה שהיא, אם קלה אם חמורה;

(ב) משום שהכל מודים כי ההגדרה הבאה בס' 214(ג) כוחה יפה רק אם הפעולה אשר בעטייה נגרם המוות היתה פעולה רצונית (ע"פ 14/38, [41]; ע"פ 38/47, [40]), ואילו הדין האנגלי דוחה כל טענה שיסודה בשגגה;

ד (ג) משום שהטעם הרציונאלי המשמש לדין האחרון — כי העבריין, בשעת מעשה, קיבל על עצמו את הסיכון — מקורו בעקרון התופס באנגליה עד היום הזה, שאדם יחוייב ברצח גם במקום שהיתה לו כוונה לגרום חבלה גופנית חמורה ותו לא — עקרון שאין לו אח ורע במשפט הפלילי המקומי;

ה (ד) ולבסוף, משום שאין להעלות על הדעת, בשום פנים, כי המחוקק המנדטורי, אשר ב־1936 שאף להעניק לתושבי הארץ הזאת קודכס פלילי מודרני, בחר ואימץ להם אז דין „ארכאי" זה דוקא — דין שהנהו מנוגד למושגי מוסר ואתיקה מקובלים.

ו היוצא מזה, כי גם אסמכתא אחרונה זו — אשר יסודה במשפט האנגלי — אין בה כדי לתמוך בהלכה שנקבעה ב־ע"פ 38/47, [40], ומכאן, שכל שלושת היסודות, עליהם הושתתה אותה הלכה, הנם יסודות רעועים.

ז בשלב זה רצוי שאתן את תשובתי אני לשאלה, מהי מידת ה־mens rea אשר דרוש להוכיחה לפי ס' 214(ג) הנ"ל, הניתוח הנ"ל ביסודות ההלכה שנקבעה ב־ע"פ 38/47, [40], הבחיר שקיימות ארבע אפשרויות אלו: —

(1) פעולה רצונית, שבעטייה נגרם המוות, ותו לא;

(2) פעולה כנ"ל בצירוף המבחן שהציע פרקליט המדינה על יסוד האמור במשפט Sernè. לפי מבחן זה, השאלה תהא בכל מקרה: האם אדם בר־דעת היה

חוזה מראש, מפאת האופי המסוכן של המעשה, את התוצאה הקטלנית שקרתה;

(3) פעולה רצונית, המלווה כוונה פלילית. לפיכך השאלה תהא: האם הנאשם חזה מראש, בשעת מעשה, כי הפעולה שאמר לבצעה, עשויה להוביל למות הקרבן ואף חפץ או בתוצאה ממין זה;

(4) פעולה רצונית המלווה פזיזות פושעת. כאן השאלה תהא: האם, בשעת מעשה, היה הנאשם ער לכך, שפעולתו עלולה להסתיים בתוצאה קטלנית, אם כי אותו זמן לאו דוקא חפץ שיקרה דבר שכזה.

א

דעתי היא, כי שומה על הקטיגוריה להוכיח — לשם יציאת ידי חובתה לגבי הדרוש בס' 214(ג) — לא רק שהנאשם עשה ברצון את המעולה שגרמה למות הקרבן, אלא גם כי, בשעת מעשה, היתה לו "כוונה פלילית" בהתאם לאפשרות השלישית האמורה, או כי היה שרוי אותו זמן במצב רוח של "פזיזות פושעת", בהתאם לאפשרות הרביעית. במלים אחרות, ראיית הנולד — כלומר, חזות התוצאה הקטלנית — מהווה אלמנט הכרחי של העבירה שהוגדרה בס"ק (ג) הנ"ל. אנמק את דעתי.

ב

ג

(א) בפסק דינם ציינו השופטים המלומדים, אגב אורחא, כי — וזו לשונם — "נוסח סימן (ג) הנ"ל, המודהה עם הכלל האנגלי, עוקב מקרוב אחרי החלק השני של הסעיף 174 של החוק הפלילי העותומני — שהיה בתוקף בארצנו עד 1936 — ושהועתק כמעט מלה במלה, מהסעיף 304 של חוק העונשין הצרפתי (משנת 1832)". ראינו לעיל כי הדעה בדבר הזדהות ההוראה המקומית עם הדין האנגלי האמור בטעות יסודה. אולם, מאידך גיסא, הדמיון הרב — אם כי לא עד כדי העתק מלולי — בין האמור בס' 214(ג) הנ"ל לבין נוסח הסעיפים העותומני והצרפתי אינו מוטל בספק. מה שבולט לעין, אחרי השוואת תכנם של שלושת הסעיפים הוא, כי בעת שקבעו המחוקקים השונים, כל אחד בסעיפו, את המוטיב של ביצוע עבירה אחרת כיסוד מחמיר הגורר דין מוות, לא הבחינו בין עבירה קלה לבין עבירה חמורה; כלומר, בניגוד גמור לגישה שנקטה היודיקטורה האנגלית גבי ענין זה. אכן את ההסבר לכך יש למצוא באותה מערכת של משפט, אשר הולידה לראשונה את הנוסח הנזכר, דהיינו, במשפט הצרפתי; והסבר זה יש לו חשיבות רבה, הואיל והוא מפיץ אור על תכונה חיונית אחת של העבירה המקומית, שנרמז עליה מקודם ואשר כדאי עתה לעמוד כראוי על טיבה, אם רוצים אנו לפתור אל נכון אותה בעיה של mens rea, המעסיקה אותנו. כוונתי לתכונה של קיום קשר סיבתי בין גרימת המוות לבין המוטיב של עשיית מעשה פלילי אחר. אסביר את דברי.

ד

ה

ו

העבירה הצרפתית של meurtre איננה גוררת, כידוע, עונש מוות, אלא אם כן סבבו את המתת הקרבן מסיבות מחמירות, הנכללות באחד הסוגים אשר המחוקק הגדירן ב־ Code Pénal, במפורש. לסוג אחד, למשל, שייכות המסיבות הנעוצות ב"מחשבה תחילה" (la préméditation), וסוג אחר כולל את אלה המתוארות בפסקאות הראשונה והשניה, הבאות בס' 304 לחוק הנ"ל. לפי

ז

ניסוחו המקורי — היינו, לפני התיקון שחל בו בשנת 1832 — הכיל סעיף זה אך את ההוראה, כי עבירת meurtre גוררת עונש מוות כאשר הרצח בוצע לפני, בזמן או אחרי עשיית פשע או עוון אחר (lorsqu'il aura précédé accompagné ou suivi un autre crime ou délit). בזמנו גרם ניסוח זה למחלוקת בין המשפטנים הצרפתים בדבר היקפו ומשמעו. מהם שטענו כי אין זה דרוש להצביע — כדי חיוב אדם לפי ס' 304 בנוסח זה — על קיום יחס כלשהו בין גרימת המוות לבין עשיית המעשה הפלילי האחר, ובלבד ששני המעשים היו קרובים בזמן ובמקום; ואולם מהם שטענו כי פירוש זה עשוי להביא לתוצאה חמורה מדי והכרחי להראות, משום כך, שאמנם המית הנאשם את הקרבן במטרה לבצע את העבירה האחרת. בשנת 1832 „פישר" המחוקק בין הדעות החלוקות על ידי תיקון הסעיף 304, באופן שהמבחן הראשון ישמש במקום שהעבירה האחרת מהווה פשע (crime) והמבחן השני ישמש כאשר אותה עבירה מהווה עוון (délit). תיקון זה הוגשם על ידי השמטת המלה délit מההוראה המקורית — וזו מהווה היום את הפסקא הראשונה לס' 304 — והוספת הוראה חדשה — וזו הפסקא השניה — הקובעת לאמור, כי עבירת meurtre גוררת עונש מוות במקום שהיא בוצעה במטרה להכין, להקל או להגשים ביצוע עוון. (lorsqu'il aura eu pour objet, soit de préparer, faciliter ou exécuter un délit). וכך מסביר הפרשן הצרפתי Garçon, Code Pénal, 1901-1906, כרך ו', ע' 722) את משמעות ההוראה שבפסקא השניה: —

> „כאשר עבירת ה־meurtre בוצעה בעת ובעונה אחת עם העוון (délit), אזי ההזדהות הזאת ביניהם לא תספיק, כשהיא לעצמה, כדי לשמש מסיבה מחמירה. מאז 1832 דורש החוק שיהא קיים יחס (corrélation) בין הפשע (של meurtre) לבין העוון, דהיינו, יחס של סיבה ותוצאה... החוק מביא בחשבון כאן את המוטיב של הרוצח, ונחוץ להוכיח כי הנאשם הרג במטרה ברורה לבצע את העוון..."
>
> ("La loi tient compte du mobile du meurtrier, et il faut prouver que le coupable a tué dans le but précis de commettre le délit...")

כדי למנוע אי־הבנה, מן הדין שאבהיר כי בפסקא השניה לס' 304 השתמש המחוקק במונח délit — להבדיל מלשון crime אותה נקט בפסקא הראשונה — רק כדי להדגיש את הדרישה האמורה של סיבתיות לגבי המקרה שבו הומת הקרבן, במטרה לבצע עבירה שהיא פחותה מ־crime. ברם, אין ספק כי חל דין „רבותא" באשר העבירה האחרת, המשמשת מוטיב לרצח, נושאת אמנם אופי של crime. כלומר, כפי שמציין הפרשן R. Garraud, 1922

(Traité du Droit Pénal Français, כרך 4, ע' 607). כוונתו הברורה של המחוקק הצרפתי היתה, כי הפסקא השניה לס' 304 תחול על אחת כמה וכמה על המקרה שבו בוצע הרצח במטרה להקל עשיית מעשה פלילי המהווה פשע (Crime). ולכך התבוננתי, איפוא, כאשר אמרתי לעיל כי המחוקק הצרפתי לא הבחין, שעה שקבע בס' 304, פסקא 2, את המוטיב של הקלת ביצוע עבירה אחרת, בין עבירות קלות לבין עבירות חמורות. א

בזמנו העתיק המחוקק העותומני אל סעיפו, ס' 174 לחוק העונשין מ־1858, רק את ההוראה שבפסקא השניה לס' 304 הצרפתי, ומשום שלא כלל בו, בסעיף האמור, את ההוראה שבפסקא הראשונה, לא הבחין בין המוטיב של ביצוע עבירת פשע לבין זה של ביצוע עבירת עוון, כי אם נקט לשון "עבירה" סתם, ואף המחוקק המנדטורי כך: היינו, גם זה השתמש, בס' 214(ג), במונח הכללי "עבירה" בשל — הדעת נותנת — סיבה דומה. ב

אם הסבר זה לחוסר ההבחנה בין סוגי העבירות, אשר גילינו בהוראה המקומית, הוא נכון, הרי פירוש הדבר, כי גם היא מחייבת — כדי שתבוא הרשעה לפי ס' 214(ג) — קיום קשר אמיץ בין המתת הקרבן לבין המטרה של ביצוע מעשה פלילי אחר; שאם לא תאמר כן, לא יהא מנוס מהמסקנה, שהמחוקק המנדטורי קבע, בסעיפו, הלכה אשר, מנקודת ראות הנאשם, הנה חמורה יותר מזו שנקבעה במשפט האנגלי והצרפתי גם יחד, ולא היא. מאידך גיסא, אם נכיר אמנם בצורך להוכיח שקיים יחס בין המוטיב האמור לבין התוצאה הקטלנית, כי אז יהיה עלינו להסיק — וזו תהא, לדעתי, מסקנה נכונה — כי אותו מחוקק חתר לדרוש, שעה שקבע את היסוד המחמיר האמור, משהוא יותר מפעולה רצונית שבעטייה נגרם המוות ואף משהו יותר מאשר קנה־המידה של השקפת אדם בר־דעת רגיל בדבר אפיו המסוכן של המעשה הממית. ג

זאת ועוד אחרת. בשים לב לאותה תכונה חיונית, המאפיינת את העבירה האמורה, גילה המחוקק הצרפתי רק גישה עקבית כאשר בשנה הנזכרת (1832) תיקן את חוק העונשין שלו — הפעם ס' 309 — תיקון נוסף, אשר משמעותו היא, שכל עבירת meurtre חייבת להכיל בקרבה את האלמנט של כוונת קטילה (volonté de tuer). פירושו של תיקון זה הוא, שאם אדם, כדי להקל על עצמו את הביצוע של עבירה אחרת, הנחית בקרבן מכות או פצע בו פציעות, אשר בעטיין נגרם מותו של זה, אזי לא יוטל על הראשון — אם בשעת מעשה לא היתה קיימת בלבו כוונת קטילה — עונש מוות, אלא מאסר עולם בלבד (ראה ס' 309 בצירוף ס' 304; כמו כן עיין ב־Garraud, כרך ו', ע' 546, המבחין הגיונית בין הכוונה הפלילית הקיימת לגבי המכות והפציעות לבין זו החסרה, בשל העדר ראיית הנולד, לגבי עצם המתת הקרבן; ולבסוף עיין בסטפן, כרך 3, ע' 95, המשווה את ההלכה הצרפתית עם האנגלית לאור הדרישה בדבר כוונת קטילה). ד ה ו ז

בהפנותי את תשומת הלב להוראה הצרפתית שהזכרתיה באחרונה, הרי לא עשיתי כן — למותר הוא להגיד זאת — מתוך מגמה לפרש על פיה את ההוראה המקומית, כי אם רק משום שהייתי סבור כי יש בה, בהוראה הצרפתית, כדי לשמש לנו מדריך ומורה דרך בבקשנו אות וסימן לכוונתו של המחוקק המנדטורי. כלומר, האם לא נצפה למצוא — לאור הדמיון הרב שבין ההוראה של המשפט המקומי לזו של המשפט הצרפתי — כי גם המחוקק המנדטורי גילה בסעיפו, ס' 214(ג), גישה עקבית כנ"ל ושאף הוא נקט באותו סעיף לשון הקובעת — אם לא כוונה פלילית ממש — לפחות את חזות התוצאה הקטלנית, כאלמנט הכרחי של העבירה הנדונה.

(ב) הנני סבור, כי אמנם גלום הוא יסוד אחרון זה בצירוף המלים, "הגורם בזדון למות". בנדון זה חשוב הוא להבדיל בין "בזדון" כאשר הוא משמש תואר לעצם המעשה (wilful act) לבין "בזדון" כאשר הוא משמש — כמו בס' 214(ג) — תואר למושג המורכב "גורם למוות" (wilfully causes death), אשר מכיל בקרבו גם תוצאת המעשה, היא התוצאה של מיתה. במקרה הראשון המובן הוא, בדרך כלל, רק פעולה שנעשתה במתכוון — כלומר, ברצון ולא בשגגה; כדברי השופט Greer במשפט Rudd v. Elder Dempster and Co. (1933) 1 K.B. 566, 602, (20), כי "wilful act" פירושו "intentional act". (להגדרה זו הסכים גם השופט Talbot במשפט Wheeler v. New Merton Board Mills, Ltd. (1933) 2 K.B. 669, 677, (21). במקרה השני, משמש התואר "בזדון", לעתים, כדי להבליט לא רק שאדם ביצע במתכוון את הפעולה שבעטיה נגרם מות הקרבן, אלא שגם היה, בשעת מעשה, ער לכך, שאותה פעולה עלולה להביא לתוצאה הקטלנית, ואף על פי כן עשה מה שעשה ללא התחשבות כלשהי באפשרות זו. כאן נוכל להסתייע, בדרך של היקש, בדברי השופט ברמוול במשפט, Lewis v. Great Western Rwy. Co. (1877) 8 Q.B.D. 195, (22), 206, בו הגדיר את הביטוי "wilful misconduct", מחד גיסא, כמושג המנוגד להתנהגות בשגגה או ברשלנות ומאידך, כמוש: חזהה עם התנהגות בידיעה שיצמח ממנה עוול או בהנחה שעלול לצמוח ממנה עוול, הווה אומר, פזיזות. אותו רעיון הובע במשפט הנ"ל על ידי השופט קוטון, באמרו: —

> "הביטוי 'wilful misconduct'. פירושו משהו השונה תכלית שינוי מרשלנות, בין רשלנות פושעת ובין מופרזת... הכרחית היא עשיית דבר־מה אשר העושה יודע שיגרום נזק, או עשיית דבר־מה בלתי רגיל... תוך אדישות אם זה יגרום או לא יגרום נזק לסחורות שהובלו או לדבר האחר המשמש נשוא העסקה."

כפי שנרמז, בס' 214(ג) נאמר "הגורם בזדון למוות"; לא נאמר בו: "העושה בזדון פעולה הגורמת למוות", ללמדך שאת התואר "בזדון" יש לייחס לתוצאה

הספציפית של גרימת המוות ולא רק למעשה הרצוני שבעטיו באה תוצאה זו. מכיון שכך, ובשים לב להגדרות האמורות, מן הדין להסיק, כי „בזדון" בהדבק הדברים שבסעיף 214(ג) צופן בחובו את האלמנט האמור של חזות התולדה הקטלנית מראש; הוה אומר, „פזיזות פושעת" כמשמעותה במשפט המקובל.

ג) קנה־המידה האובייקטיבי, בו דגל פרקליט המדינה והתולה את אחריותו הפלילית של הנאשם באפייה המסוכן של הפעולה אשר בגללה מת הקרבן, מתאים הוא אך כמבחן לרשלנות. ברם, ראינו לעיל כי המונח „בזדון" — כאשר הוא מהוה תואר להתנהגות העלולה לגרום עול, וכל שכן לתוצאה קטלנית ספציפית — שולל לחלוטין את המושג רשלנות. אכן, כפי שבואר, אין במסקנתי זו כדי למנוע את השימוש בקנה־המידה האמור, לפי המסיבות, כמבחן מעשי — היינו, במובן הכלל האומר, שחזקה על אדם — כל עוד שלא הוכח ההיפך — כי התכוון לתוצאה שצמחה, בדרך הטבע, ממעשהו.

ד) ההגדרה שנתתי למלה „בזדון" — דהיינו כמונח הטומן בחובו גם כוונה פלילית, גם פזיזות פושעת בלבד — מרוקנת מערכן שתי טענות נוספות שטען אותן מר שמרון. הטענה הראשונה, אשר יסודה בס' 11(2), אומרת, כי במקום שהמחוקק רצה שהכוונה לגרום לתוצאה־מיוחדת תהוה יסוד מיסודות העבירה, נקט לשון מפורשת כגון, „מתוך כוונה להוציא שם רע" (ס' 201(1)), „מתוך כוונה לגרום חבלה חמורה" (ס' 235); וכי מכיון שחסרות בס' 214(ג) מלים בנוסח דומה, משמע שאין נפקא מינה אם הפעולה הקטלנית היתה מלוה mens rea אם לא. התשובה לטענה זו היא: המחוקק השתמש במונח „בזדון" דוקא, משום שחפץ לרמוז, באמצעות מושג מורכב זה, גם על כוונה פלילית, גם על פזיזות פושעת, כאמור. לשון אחרת, המחוקק רצה להבליט כי הוא מסתפק, לשם מילוי הדרישה של mens rea, בהוכחה שהנאשם היה ער לתוצאה הקטלנית שצמחה ממעשהו, ואילו השימוש במלים „מתוך כוונה להרוג", או דוגמתן, היה מחייב את הקטיגוריה להראות בכל מקרה, כי הלה ממש חפץ באותה תוצאה קטלנית.

הטענה האחרת, שטען מר שמרון היא, כי כל הגדרה, הצופנת בתוכה את הדרישה של mens rea (במשמעותו של מושג זה במשפט המקובל), עשויה לבטל את ההבדל בין רצח לפי ס' 214(ג) לבין רצח (במחשבה תחילה) לפי ס' 214(ב) ובדרך זו תרוקן העבירה הראשונה מתכנה. התשובה לטענה זו היא כפולה. ראשית, אותו מבחן של פזיזות פושעת, המספיק, לפי דעתי, כדי חיוב בעבירת רצח לפי ס' 214(ג), אין לו מקום, לכל הדעות, כאשר המדובר בחיוב בעבירת רצח שבמחשבה תחילה. מבחינה זו, איפוא, מוסיפות שתי העבירות הנ"ל להיות נבדלות זו מזו. שנית, אפילו אם בשעת מעשה קיננה בלב העבריין, אשר גרם למות הקרבן כדי להקל על עצמו עשיית מעשה פלילי אחר, כוונת

קטילה ממשית, עוד אין להסיק מזה קיום „מחשבה תחילה"; כגון, במקרה של אדם הבא לגנוב בבית שדיריו נעדרים ולפתע נתקל בבעל הבית והורגו, ללא כל „הכנה" מיוחדת. מאידך גיסא, עלולות המסיבות בהרבה מקרים להיות כאלה המצדיקות את הבאתו של הנאשם בפלילים — וחיובו — אם לפי ס' 214(ב) אם לפי ס' 214(ג).

(ה) ולבסוף, הנני מביא כלשונם — משום שהם הולמים את מחשבתי — את הדברים המאלפים שהביעו עוד ב־1839 חברי הועדה שנתמנתה אותו זמן באנגליה כדי להציע הצעות לתיקון המשפט הפלילי דאז. וכך אמרו: —

"And so in all cases it is essential to the criminality of the act, both in law and morals, not only that the act should in its own nature under the circumstances be attended with peril to life, but that the offender should be aware of such peril. Where the offender does an act attended with manifest danger to life wilfully, that is, with knowledge of the consequences, he may properly be said to have the '*mens mala*, or heart bent upon mischief'; but if he does an act, however dangerous it be in its own nature, without any knowledge or suspicion of its tendency, that is, if he does not wilfully place life in peril, he cannot be said to show the *mens mala* or heart bent on mischief. In such cases therefore, it is plain that implied malice, or malice in law . . . means nothing more than the state or disposition of the offender's mind when he wilfully does an act likely to kill or wilfully intends to put life in peril; . . . No facts or symptoms evidencing brutality or malignity of mind could possibly be material to the inquiry, except so far as they tended to show the wilful intention to occasion the risk; and when that was proved the offence would be complete."

(הובא מתוך רוסל, מהדורה עשירית, ע' 535).

מתוך הקטע הנ"ל מסתפק אני, לשם הדגשה ותרגום, במלים "wilfully, that is, with knowledge of the consequences" כלומר: „בזדון, הווה אומר, בידיעת התוצאות".

מכל הטעמים האמורים, דעתי היא, כי זהו יסוד מיסודות העבירה שהוגדרה בס' 214(ג), לא רק שהנאשם עשה ברצון את המעשה שבעטיו נגרם המוות, אלא שגם חזה מראש את התוצאה הקטלנית שצמחה ממעשהו זה, בין כתוצאה ודאית בין כתוצאה אפשרית.

קראתי עתה את הערותיו המענינות של חברי הנכבד, השופט זילברג, בנדון הבעיה הנ"ל, ומוצא אני לנכון — לשם מניעת אי־הבנה — להוסיף את הדברים הבאים:

בהדגישי את הדמיון הרב בין סעיף 214(ג) לבין נוסח ההוראות הצרפתית והעותומנית, ברור כי כוונתי היתה לחוסר ההבחנה הנזכרות — במה שנוגע למוטיב הנדון — בין ביצוע עבירות חמורות וביצוע עבירות קלות, וכן לטריולוגיה האמורה של „התכוננות", „הקלה" ו„ביצוע". ברם, לא התכוונתי — וזאת אמרתי לעיל — להעתק מלולי של ההוראות הלועזיות, ועד הייתי לכך, שההדגשה המיוחדת של המלים "lorsqu'il aura eu pour objet" שבסעיף 304 הצרפתי, חסרות בסעיף המקומי, וכן שהמחוקק המנדטורי נקט לשון *for* preparing במקום המלים "*in* the commission of" ו־ *in* preparing for ו־ "*for* carrying out", הבאות בס' 174 העותומני. אני מסביר סטייה זו מלשון הסעיפים הלועזיים בזה, שהמחוקק המנדטורי חתר לרמוז שאין הוא מרחיק לכת עד כדי לדרוש, בכל מקרה, ממש כוונה להמית, ושבשבילו מספיק כי הקטיגוריה תוכיח קיום קשר סיבתי בין מזימת העבריין לבצע עבירה אחרת לבין כוונתו לקבל על עצמו את הסיכון, שפעולתו בכיוון זה עלולה להביא בעטייה למותו של הקרבן. שנית, גם לא נעלם ממני כי המלים הבאות בסיפא של הפסקאות הצרפתית והעותומנית — בדבר המוטיב של הבטחת מנוס העבריין או התחמקותו מעונש בשל עבירה שכבר נעשתה — חסרות אף הן בסעיף 214(ג) הנ"ל, ולא עוד אלא שהפכו להוראה מיוחדת בסעיף 214(ד). אולם, נמנע אני מלהביע כל דעה — בערעור זה — על מדת ה־ mens rea אשר שומה על הקטיגוריה להוכיחה, כדי להביא לחיוב אדם ברצח לפי ס' 214(ד).

מסקנתי הסופית היא, איפוא, כי יש להחליף את החיוב של רצח לפי ס' 214(ג) בחיוב של הריגה לפי ס' 212, הואיל וכזכור, קבעו השופטים המלומדים בפסק־דינם, שהמערער (או האדם האחר שהנחית את המהלומות) „לא התכוון להרוג את דני פקטורי, אלא רק לסלקו מהמקום כדי שלא יפריע בעדו מביצוע האונס", וכן מפני שלא נתנו השופטים את דעתם, לאור השקפתם בדבר משמעותו של הסעיף 214(ג), על השאלה אם המערער (או שותפו למעשה) חזה מראש את התוצאה הקטלנית שגרם לה.

השופט זילברג: המסקנה הסופית שהגעתי אליה לגבי ערעור זה, היא: שוה לדין ושונה לטעם מן המסקנה שהגיע אליה חברי הנכבד, השופט אגרנט.

2. טעותו היסודית של בא־כוח המערער — הטעות שעברה כחוט השני ברוב טענותיו — היא, כי ביקש לשוות לנו סמכות ואופי של „בית־דין־קובע־עובדות". ולא היא! לא זה התפקיד, ולא זו הסמכות שניתנה לבית־משפט זה. אין בית־המשפט לערעורים בודק מחדש את צדקתו או רשעתו של הנאשם, הוא בודק את — כשרותו או פסלותו של פסק־הדין! ואין זה משחק מלים בעלמא, כי רב ההבדל וגדול השוני: בין בחינת אמיתות המעשים שיוחסו לנאשם, לבין בחינת נכונות הדרכים בהם הלך בית־המשפט דלמטה, בדונו את המעשים ההם. אך מאידך גיסא קיימת גם הקבלה מסויימת ביניהם, והיא: כשם

שבית־המשפט הדן בענין לא ירשיע את הנאשם, אלא אם כן שוכנע, ללא ספק המתקבל על הדעת, כי אמנם אשם האיש בעבירה שיוחסה לו, כך גם בית־המשפט לערעורים לא יסתור מסקנה שהוסקה מעובדות שהוכחו כחוק — לא „ירשיע" את פסק־הדין, אם ניתן להיאמר כך, באין ליקויי סמכות, דיון, פסולי עדות, טעות דבר הלכה ודומיהם — אלא אם כן שוכנע, כי הסקת המסקנה ההיא על ידי בית־המשפט דלמטה היתה, מבחינה הגיונית, פסולה בתכלית. „פסולה בתכלית" מבחינה הגיונית, פירושה: מסקנה חסרת שחר, אבסורד לכל, ולא כאשר היא רק „אינה נראית" לשופטי בית־המשפט לערעורים.

ג

3. כבר מבחינה פשוטה, „פורמלית", זו, נסתרות במקרה דנן רובי טענותיו של בא־כוח המערער, כי הוא ודאי לא שכנע אותנו באבסורדיות המסקנות שהגיע אליהן בית־המשפט המחוזי. אך למען האמת, וכדי שלא להניח מקום לרינון ולעז, ביחוד לאור הפרסום הרב, הרב מדי, שקנה לו מאורע עגום זה בציבור, רואה אני חובה לציין, כי במקרה דנן המסקנה העובדתית העיקרית שהגיע אליה בית־המשפט דלמטה — והיא: הריגתו של דני פקטורי ואינוסה של נעמי שטיין על ידי הנאשם — לא זו בלבד שאינה: בהחלט בלתי הגיונית, אלא היא — להיפך — בהחלט הגיונית, ולא היה מנוס הימנה, לאחר שבית המשפט האמין, כפי שרשאי היה, לדברי העדים שהעידו על פרטיו השונים של המקרה. בא־כוח המערער התריע לפנינו על „תמימותם" הרבה של השופטים המלומדים, אך תמימות אינה תמיד ראויה לגנאי, ביחוד כאשר האלטרנטיבה היחידה האחרת היא: שינונות יתר, והקמת מגדלים הפורחים באויר. האומנם מחוייב היה בית־המשפט ליצור בהבל פיו כנופיה של מתקיפים, ומחברי הקיבוץ דוקא, או שמא חייב היה „לפצל פצלות" במקלות, ולבנות הרדים התלויים בשערה שנמצאה בראשו של מקל (ת/10), אשר לא הוכח כל קשר בינו לבין המעשה, ואף לא בינו לבין מקום המעשה? ואותה קופה של שרצים אשר נתלתה, לאחר מיתה, על דני המנוח, ועל אחותו נעמי שטיין; האשמתם־על־בלימה לא בעילוסי אתבים גרידא, אלא בגילוי עריות ממש; האשמת חברתו שושנה וחבריה „המתקיפים" מן הקיבוץ — כל אלה השערות וניחושים שהועלו בציציות ראשם, ואשר אין להם לא רק אחיזה של ממש, אלא אף לא אחיזה כל שהיא, בחומר הראיות שהיה לעיני בית־המשפט. מן הראוי לציין כאן, כי עורך־הדין בנימיני ז"ל גופו, סניגורו של הנאשם בבית־המשפט דלמטה, כלל לא הציע את הגירסה הקיצונית הלזו — הוא לא כפר בעצם מעשה האונס, לא ייחס את היחסים לדני, ולא סיבך את שושנה בענין — ואין לתמוה כלל, על שהשופטים המלומדים לא צפו באיצטגנינון את התיאוריה שתיוולד כשנתיים וחצי לאחר המעשה. אין קץ לתמימות ולחוסר הבנת הדברים שהיה לוקה בהם בית־המשפט דלמטה, אילו נגרר, מאליו או בהמרצת מי שהוא, אחרי אותן הגירסאות, תלושות המציאות, שהוצעו לפנינו על ידי בא־כוח המערער.

ד

ה

ו

ז

4. ומכאן לבעיות המשפטיות של הערעור.

אשר לשאלת הצורך בטיוע לעדותה של נעמי שטיין על האנסה על ידי הנאשם, ייאמר מיד, כי אין אני גורס כלל את השקפתו של פרקליט המדינה, הבאה לצמצם את חובת־

הסיוע (או את הצורך בו) להוכחת הכפייה בלבד — ולזה ודאי היה כאן סיוע: במצב בו נמצאה הנערה, פריעת בגדיה, קביעת הרופאים וכו' — אך פוטרת מהובה זו, או מצורך זה, את הוכחת זהותו של האונס, היינו: את הוכחת הקשר שבין הנאשם והמעשה. לא אטרוד קולמוסי בבדיקת האסמכתאות האנגליות שהובאו על ידי פרקליט המדינה המלומד, כי אין כל ערך להן וכל חשיבות. מקום שנפסקה הלכה סופית על ידי בית־המשפט העליון של מדינת ישראל, אין חולקין כבוד לתקדימים אנגליים. וההלכה הישר־אלית בנדון זה ברורה עד למאד: הרי היא לפנינו בפסק־הדין שניתן על ידי בית־משפט זה ב"ע"פ 95/50 (ערעור אריכא), [48]. שם נענה בית המשפט למערער, וביטל את הרשעתו בעבירה על סעיף 155 לפקודת החוק הפלילי, על „שעדותה של המתלוננת — היינו בתו של הנאשם — לא נסתייעה באיזו הוכחה חוקית אחרת" (שם, ע' 1207). והלא לגבי ההרשעה בעבירה הנ"ל — והיא: הבועל שלא כחוק נערה פנויה, יוצאת חלציו, שהיא למעלה מ־16 ולמטה מ־21 שנה — אין כלל חשיבות לשאלת הרצון והאונס, ומדוע נדרש לה סיוע בערעור הפלילי הנ"ל? מכאן אתה למד שני דברים: (א) כי פה בארץ, שלא כמו באנגליה, אף על פי — ואולי: דוקא מפני — שאין כאן שיטת שופטים מושבעים, קיימת „חובת־סיוע" ממש בהוכחת עבירות מיניות, והדין הוא: כי אין להרשיע אדם בעבירה כזו, אף אם שוכנע השופט באשמתו, אלא אם כן עדותה, הישירה והיחידה, של המתלוננת, מצאה לה סיוע ממקום אחר; (ב) וגם זה השוב מאד: כי חובת זו אינה מצטמ־צמת בתחומי שאלת הכפייה המינית בלבד. ומכיון שכך, מאחר שאין היא מוגבלת רק לשאלת רצון ואונס, הרי ממילא משתרעת חובת סיוע זו גם על הוכחת זהותו של האונס, שהיא הראשונה במעלה בין כל פרטי הדיון.

אמרתי: „שלא כמו באנגליה", יען כי באנגליה גופה, מולדת הלכת הסיוע, אין רואים את הדבר כחובה חוקית, אלא כנוהג של פרקטיקה גרידא — למעשה, אין זה „חייב" אלא „רצוי", רצוי מאד: מטעמי בטחון ההרשעה — והחובה היא רק: להזהיר את המושבעים על כך (עיין בפסקי־הדין שהובאו להלן בפסקא הששית).

5. ועדיין לא הוכרעה בזה לחיוב חובת הסיוע במקרה שלפנינו. צדק פרקליט המדינה המלומד בטענתו האחרת, כי העבירה הנדונה אינה כלל „עבירה מינית", וממילא לא חל כאן כל עיקר הכלל שנקבע בדבר חובת הסיוע הנ"ל. המערער דנן הובא לדין והורשע עפ"י סעיף 214(ג) לפקודת החוק הפלילי, ועבירה על סעיף זה איננה עבירה מינית, גם אם מטרת המעשה היתה, למעשה, יחסי מין. יסודי העבירה לפי ס"ק (ג) הם: הגורם ברצון (wilfully) למות אדם... כדי להקל על עשיית עבירה וכו'. נאמר כאן: „בדי", זאת אומרת: כוונה, ותו לא! לא מעשה ממש, לא נסיון מעשה, ואף לא הכנה לעשייתו, — די אם מטרת גרימת המוות, המניע לכך היה: להקל על עשיית עבירה אחרת, גם אם עשיית עבירה זו למעשה לא „הצליחה", ואף לא הוחל בה כלל ועיקר. אמנם בספרות הפלילית הצרפתית (המטפלת בנושא דומה) נטושה מחלוקת בשאלה זו, אך ההכרעה היא, כנראה, לצד הדעה שהובעה כאן, וסמוכין לכך אנו מוצאים אצל המפרשים החדישים ביותר (ראה, למשל, Dalloz, Nouveau Répertoire de Droit, 1948, p. 721 Rousselet—Patin, Précis de Droit Pénal Spécial, 1950, p. 243-244; השווה לעומת זה

(Garraud, Code Pénal Français, 1900, t. 4, p. 612-613). גם בספרות המשפטית האנגלית אנו מוצאים מהלכים לדעה זו במאמרו של הסופר דין (Dean) 54 Law Quarterly Review (p. 22-24), שצוטט בפסק־דינו של חברי הנכבד, השופט אגרנט. ותנה המושגים "מטרה" ו"מניע" הם תמיד דברים שבלב, ודברים שבלב, כידוע, אין נענשין עליהם. מכאן, כי
א העבירה עליה נענש כאן העבריין אינה — ואינה גם — אותה עבירה אחרת שהוא התכוין לעשותה, אלא אך ורק: עבירת גרימת המוות שהוא עבר עליה בפועל ממש, ומטרת המעשה אינה אלא "מסיבה מהמירה", ומסיבה חיצונית, מסיבה שמעבר למעשה. ואם כך הדבר, אם גרימת המוות היא, במקרה זה, תכנו הפלילי היחיד של המעשה, כיצד אפשר
ב לכנותה בשם "עבירה מינית", והיכן כאן הצביון "המיני" של העבירה? כלום גונב חפץ, בבקרו בבית זונות, לעבריין מיני ייחשב, והאם יידרש כאן סיוע לעדותה של הזונה? אילו, לפחות, בתנאי העבירה היה קבוע יסוד מיני מיוחד, והמחוקק, למשל, היה מגדיר כעבירה מיוחדת: "הריגת אדם כדי להקל על עשיית מעשה אונס", אז אולי אפשר היה, בקצת דוחק, ולמרות המלה "כדי", לראות גם את זה כראות עבירה מינית; אבל,
ג הן הגדרת העבירה איננה כך: סעיף 214(ג) הוא לגמרי נייטרלי לגבי מהותה של העבירה האחרת, ואף אינו מעמיד כתנאי את ביצוע העבירה, ואם כן מה לי זה, מה לי זה? מה לי הורג נפש לשם ביצוע גניבה שלא הוחל בה, מה לי הורג נפש לשם ביצוע אונס שלא הוחל בו, ועל שום־מה ולמה תהא העדות במקרה השני יותר זקוקה לסיוע מאשר במקרה הראשון? נראה לי, כי אין אפשרות הגיונית כל שהיא להבחין בין שני המקרים.

ד 6. וכאן בא מר לויצקי וטוען: הא תינח, אילו הקטיגוריה הוכיחה כאן, בנפרד, את כוונת האונס; אבל הן היא הוכיחה, לפי טענתה, את מעשה האונס, והסיקה מ"סוף מעשה" את ה"מחשבה תחילה", וכלום לא מחוייבת היתה להוכיח את המעשה גופו בעדות שנסתייעה ממקום אחר?

גם טענה חריפה זו אינה טענה, ותשובתה כבר כלולה בעצם בדברים שנאמרו לעיל.
ה נתחלף לו, לסניגור המלומד, בין "עבירה" ל"מעשה". לא נאמר בשום מקום, כי כל דבר שבינו לבינה, כל מעשה מיני, חייבים להוכיחו, או רצוי להוכיחו, בעדות שיש סיוע בצדה — הדבר נאמר, עד כמה שנאמר, בנוגע לעבירה מינית. ומכיון שלגבי ההרשעה עפ"י סעיף 214(ג), ביצוע העבירה "האחרת" אינו לא חלק ולא תנאי של העבירה, וגרימת המוות היא כאן העבירה היחידה שבמעשה, הרי שהעבירה על סעיף 214(ג) איננה "עבירה
ו מינית", אף אם בוצע האונס למענו נהרג האיש, ולכן אין צורך בסיוע, גם כאשר הכוונה לאנוס מוסקת ממעשה האונס גופו. פסקי־הדין האנגליים הנודעים, בהם נדונה שאלת סיוע זו, הם (לפי סדרם הכרונולוגי):

[23] R. v. Graham, (1910), 4 Cr. App. R. 218,
ז [24] R. v. Brown, (1910) 6 Cr. App. R. 24,
[25] R. v. Quinn, (1911), 6 Cr. App. R. 269,
[26] R. v. Pitts, (1912), 8 Cr. App. R. 126,
[27] R. v. Dossi, (1918), 34 T.L.R. 498,

(28) R. v. Crocker, (1922), 17 Cr. App. R. 46
(29) R. v. Lovell, (1923), 129 L.T. 638
(30) R. v. Salman, (1924), 18 Cr. App. R. 50
(31) R. v. Berry, (1924), 18 Cr. App. R. 65
(32) R. v. Phillips, (1924), 18 Cr. App. R. 115
(33) R. v. Killick, (1924), 18 Cr. App. R. 120
(5) R. v. Ross, (1924), 18 Cr. App. R. 141
(7) R. v. Jones, (1925), 19 Cr. App. R. 40
(34) R. v. Coulthread, (1933), 24 Cr. App. R. 4

עברתי על כולם, ובכל אלה אף אחד לא מצאתי, שהעבירה הנדונה בו לא תהא עבירה מינית ממש. כל פסקי־הדין הללו דנים בהוכחת מעשי אונס, מעשים מגונים בילדים או עבירות מין אחרות, ואף לא אחד מהם בהוכחת מעשה מיני הכרוך בעבירה שאיננה מינית. דעתי היא, איפוא, כי כל מקום שהעבירה בה הורשע האיש איננה עבירה מינית — כלומר: אין נענשין עליה בשל יחסי המין שבה — אין צורך בסיוע אפילו לגבי פרטיו המיניים של המעשה.

7. מטעם זה, ומטעם זה בלבד, סבור אני כי יש לדחות את טענת חסרון הסיוע הנ"ל. אילו לא באתי לכלל דעה זו — כי אין צורך בסיוע — הייתי נוטה מאד לזכות את המערער. צדק בא־כוח המערער באחת מטענותיו, והיא כי לגבי זיהויו של האונס, היינו: לגבי הוכחת הקשר שבין הנאשם והמעשה, לא היה סיוע הראוי לשמו לעדותה של נעמי שטיין. בית־המשפט דלמטה, אשר ראה — כפי שהעליתי: בטעות — צורך חוקי במציאת סיוע לעדותה של נעמי שטיין, ייחס כנראה בעליל, מבחינה זו, חשיבות מרובה ומכרעת לשקריו של הנאשם, לסיפור האליבי הכוזב שלו (ראה ע' 28 של פסק־הדין, פסקא 16), והשקפה זו, כך נראה לי, בטעות יסודה. פרקליט המדינה שהגן על השקפת השופטים המלומדים, לא מצא לה אסמכתא אחרת, חוץ מן ההלכה החדשה, שנקבעה על ידי בית המשפט האנגלי הדיוויזיונלי במשפט קרדלנד נגד נולר, (3), (Credland v. Knowler), והאומרת, כי שקרי נאשם עשויים לתעות את הסיוע הנדרש מטעם החוק, כגון: הסיוע הדרוש לעדותה שלא בשבועה של המתלוננת הקטנה. הלכה זו, אשר איננה מצמצמת עצמה לשקרים שיש בהם משום „התנהגות" (conduct בלע"ז), עומדת — אף על פי שאין מחבריה מודים בכך — בניגוד גמור להשקפה שהיתה מקובלת עד כה (השווה זה לזה את שני פסקי־הדין: — (35), Jones v. Thomas (1934), 1 K.B. 323, at pp. 327, 331, 332 (36), Mash v. Darley (1914), 3 K.B. 1226, at pp. 1231, 1237 ודוק היטב), ואין היא ראויה לשמש אסמכתא בבתי המשפט שלנו, משני טעמים:

(א) מסופקני מאד, אם בתי המשפט הישראליים מחוייבים ללכת אחרי חידושי הלכה, שנתחדשו אחרי קום המדינה בבתי המשפט האנגליים. שאם כך קבעת — נמצא אתה משעבד כביכול את היודיקטורה הישראלית לרוחות המנשבות,

חדשות לבקרים, בבתי־המשפט של אנגליה. ולא לכך — סבורני — התכוון המחוקק הישראלי, בכתבו את סעיף 11 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, — לא לכפיפות מתמידה ושוטפת לאמרי פיהם של טריבונלים זרים. כי לא הרי זה כהרי זה: לא הרי נכריותו החד־פעמית של חומר משפטי זר, קבוע ומוגבל, אשר „תוקפא" ואומץ בנקודת־זמן־מסויימת, כדי לפתחו ולשכללו, על ידי בתי משפט מקומיים, תוך גבולות המדינה, כהרי נכריותו הכפולה והמכופלת של חומר משפטי זר, בלתי קבוע ובלתי מסוים, המוסיף להיווצר ולהשתנות, על ידי בתי־משפט זרים, מחוץ לגבולות המדינה. חוששני כי רצפציה מורחבת כזאת, נוסח ב', לא תהא הולמת ביותר את סיפוק צרכיהם המיוחדים של תושבי המדינה, והיא עלולה לשמש בלם מסוכן להתפתחותה של יצירה משפטית עצמאית מקורית. לא באתי לקבוע כאן מסמרות בדבר זה, באתי רק לעורר את הספק ואת המחשבה, כי השאלה היא בעלת חשיבות עצומה, ועוד חזון למועד בירורה וליבונה היסודי.

(ב) ההלכה האנגלית הנ"ל היא בניגוד להלכה שנפסקה ב־ע"פ 95/50, (48), הנ"ל (עיין שם בפסקא 10), והיא גם אינה עולה בקנה אחד עם הכלל שהוגדר בבהירות מרובה על ידי השופט אולשן ב־ע"פ 56/51, (46). בערעור פלילי זה אמר השופט אולשן — ולא היו כל הילוקי דעות בנקודה זו — כי „שקר של נאשם אינו יכול לשמש תחליף להוכחה, אשר החובה להביאה מוטלת על הקטיגוריה" (שם, ע' 1528). ואם אינו יכול לשמש תחליף להוכחה העיקרית, אינו יכול לשמש תחליף — אפילו להוכחה המסייעת; יען כי הסיוע, מקום שהוא נדרש מטעם החוק, הוא מקור הוכחה עצמאי, אשר מבחינת אפיו (בניגוד לכמותו ולמשקלו) אינו נבדל במאומה מן ההוכחה העיקרית.

לשם מניעת אי־הבנה וטעות, ברצוני להדגיש ולומר: אין אני מתעלם מן ההלכה שנפסקה על ידי בית משפט זה ב־ע"פ 38/49, (45), ואחרים זולתו, כי שקרי נאשם עלולים להכריע את הכף לחובתו, בהצטרפם אל המשקל המצטבר של כל ההוכחות כולן. אך במה דברים אמורים? כאשר ההוכחות האחרות הן, כשלעצמן, כשרות לראיה, אלא שלא הושלמה מידת השכנוע שבהן, ובא שקרו של הנאשם וממלא את הסאה; אבל לא כאשר שאר ההוכחות, בלעדי שקרי הנאשם, הן „פסולות" לראיה — כלומר: אינן יכולות בשום אופן להביא לידי הרשעה — בשל הסיוע הנדרש בגזירת הכתוב של החוק („החוק" במובן הרחב של המלה). כל המתיר כאן „להסתייע" בשקריו של הנאשם, הרי הוא מעלה את השקר לדרגת „תחליף" של הוכחה ועובר, לדעתי, על ההלכה שנפסקה ב־ע"פ 56/51, (46), הנ"ל.

זאת ועוד: אם נתייחס לשקריו של הנאשם כאל כל ראיה מסיבתית אחרת, ונרשה להם לשמש סיוע חוקי לעדות, אין לראות מדוע לא יוכלו, בתנאים מסויימים, וכאשר אין צורך בסיוע, לעשות שקרים אלה עיקר, ולתוכיח על ידם בלבד את אשמת הנאשם. והרי

לית מאן דפליג, כי אין לנהוג כך. מכאן כי לא הרי ראיה מסיבתית זו — שקרי הנאשם — כהרי ראיה מסיבתית אחרת, ואין לראותה כ„סיוע" במובנה הטכני של זמלה, היינו: כאשר המדובר הוא ב„סיוע" הכרחי הנדרש מטעם החוק, ולא בסתם סיוע, שהשופט נזקק לו, כדי למלא את סאת שכנועו.

א

הוא אשר אמרתי, כי אילו סבור הייתי, כי היה כאן צורך בסיוע לעדותה של נעמי שטיין, הייתי נוטה מאד לזיכוי המערער. מבחינה הגיונית, היה כאן השקר סיוע יחיד לקשר, ולאחר שזה נפסל, לא נותר מן הסיוע כלום. יען כי כל שאר הדברים שזוויינו בפסקא 16 של פסק־הדין, ובתוכם פרשת בכר הסתומה והתמוהה, לא הועילו ממשית לזיהוי העבריין. אך כפי שכבר בארתי לעיל, לא היה כאן מעיקרו צורך בסיוע, ולבית המשפט מותר היה לקבוע את זיהותו של עושה המעשה על פי עדותה של נעמי שטיין בלבד. ומכיון שכך, ולאחר שמבחינת השכנוע במהימנות העדה, לא היה כאן כל „חסר" בלבם של השופטים המלומדים — הם לא נזקקו לסיוע כדי לחזק את אמונתם בדברי נעמי שטיין, כפי שיוצא ברורות מן האמור בריש פסקא 16 של פסק־הדין — הרי שקביעת הקשר אשר בין הנאשם והמעשה היה לה על מה שתסמוך בחומר־ראיות כשר.

ב

ג

הרחבתי כאן במקצת את הדיבור על הסוגיא המשפטית הקשה של: השקר כראיה, יען כי בזמן האחרון החלו לתלות בוקי סריקי בדברים שנאמרו ב־ע"פ 38/49, (45), ומנסים לגלות פנים שלא כהלכה בהלכה שנפסקה שם לגבי שקרי הנאשם.

8. ומכאן לשאלה המשפטית האחרונה, המטריאלית, שנתעוררה בערעור זה, והיא: שאלת פירושה של המלה wilfully בסעיף 214(ג) של החוק. תרגומה הנכון של מלה זו בעברית הוא: „ברצון", והשאלה היא:

ד

(א) מה תכנו של „רצון" זה, ואימתי נחשב העבריין כ„רוצה" לגרום מוות?

(ב) למה מכוון כאן הרצון: לפעולה או לתוצאה? למעשה הגורם את המוות, או למוות הנגרם ע"י המעשה?

ה

נפתח בשאלה השנית, כי היא החשובה שבשתיהן לגבי הכרעת הערעור. קראתי את הדברים המעניינים שנכתבו בנדון זה ע"י חברי הנכבד, השופט אגרנט, וברצוני להוסיף את הדברים הבאים, שיש בהם משום הסתייגות־מה כלפי אי אלה מן הרעיונות שהועלו ע"י חברי הנכבד.

ו

הכל מודים, כי הוראות החוק הפלילי הא"י בעניני הריגה ורצח, לא מקורקע אחד חוצבו, אלא מכילות בקרבן רעיונות ושברי רעיונות אשר נלקטו, זעיר שם זעיר שם, מעל שולחנן של שיטות משפט שונות, — אנגלית, צרפתית, עותומנית, או: צרפתית בלבושה העותומני, כפי שקיים היה כאן בארץ עד שנת 1936. לפנינו מוזאיקה של פסיפסים בעלי צבעים שונים, אשר לוקטו ולובדו יחד, להיותם מצטרפים לתמונה אחת. עד כאן לית מאן דפליג, ואין צורך להרחיב עוד את הדיבור על כך. ואולם מה שאינו כל כך ברור,

ז

ואינו כל כך ודאי הוא: זיהוי מקורה הקונקריטי של כל אחת מאבני הבנין, מהן הורכבה התחיקה "המקובצת" ההיא, וזה הוא חסרון לא יוכל להימנות, המשבש ומטשטש במידה ניכרת את תחומי המושגים והמונחים, אשר "נשאלו" מן החוץ ע"י המחוקק המנדטורי.

א אודה ולא אבוש, כי אני כשלעצמי התקשיתי מאד לגלות את המקור, ממנו שאב המחוקק הא"י את תכנו של סעיף 214(ג) לפקודת החוק הפלילי. ברור כי הוראת ס"ק (ג) בכללה אינה עולה בקנה אחד עם ההוראות המקבילות של תורת המשפט האנגלי, וחברי הנכבד, השופט אגרנט, כבר עמד בהרחבה על כך. העובדה כי הוראת סעיף קטן זה אין תחולתה מוגבלת למקרים בהם העבירה "האחרת" היא פשע הכרוך במעשה אלימות —
ב כי כתוב בה "עבירה" סתם, ו"עבירה" היא: כל מעשה שנענשין עליו — עובדה זו בלבד מרחיקה כרחוק מזרח ממערב את עצם ההוראה ההיא מחברתה, הלכת רדינג־בירקנהד, המושלת בכיפה ביודיקטורה האנגלית. ואולם, מאידך גיסא, מסופק אני מאד, אם צדקו השופטים המלומדים של ביהמ"ש דלמטה, באמרם כי "נוסח סימן (ג) הנ"ל... עוקב מקרוב
ג אחרי החלק השני של הסעיף 174 של החוק הפלילי העותומני... שהועתק כמעט מלה במלה מהסעיף 304 של חוק העונשין הצרפתי (משנת 1832)". לי נראה, עם כל הכבוד, כי הדמיון בין שני הסעיפים הללו הוא חיצוני בלבד, כי הוא — יתר על כן — מטעה מאד, וכי ייתכן כי המחוקק שלנו, בטעות, דימה כאן ללכת בעקבות המחוקק הצרפתי או העותומני.

ד הבה נשוה זה לזה את שלושת הסעיפים הנדונים, ככתבם וכלשונם, עד כמה שהם דנים באותה המטריה.

(א) הנוסח הא"י:

סעיף 214(ג) מגדיר כ"רוצח" כל אדם אשר:

ה "(c) Wilfully causes the death of any person *in preparing* for or *to facilitate* the commission of an offence or *in the commission* of an offence."

(ב) הנוסח הצרפתי:

ו Art. 304.

. . . . . .

"Le meurtre emportera également la peine de mort, lorsqu'il aura eu pour objet . . . . . de *préparer, faciliter* ou *exécuter* un délit . . . . "

(ג) הנוסח העותומני (בתרגומו האנגלי):

ז Art. 174.

. . . . . .

"The perpetrator of an act of killing committed *for preparing* or *facilitating* or *carrying out* an offence . . . . is put to death".

פסקי־דין, כרך ו', תשי"ב/תשי"ג־1952 השופט זילברג

ובכן עינינו הרואות: דמיון חיצוני רב, אך שוני מהותי עוד יותר רב, בין שתי הגירסאות: הארץ־ישראלית מזה, והצרפתית־עותומנית מזה, שתיהן מטפלות בשלישיית־מקרים אחת, ובאותו סדר ממש — הכנה, הקלה, ביצוע (של עבירה אחרת) — אך מה רב ההבדל בהגדרת שני המקרים הקיצוניים, הראשון והשלישי, של השלישייה הנ"ל, בעוד אשר לפי הנוסח הצרפתי והעותומני, ה„תכליתיות" של המעשה היא תנאי שווה ומשותף לכל שלושת המקרים — אין מטילין עונש מיתה, אלא אם כן מעשה ההריגה נעשה מלכתחילה לתכלית מסויימת: הכנה, הקלה או ביצוע של עוון לפי הנוסח הצרפתי, או עבירה לפי הנוסח העותומני (ועוד שני מקרים שאינם נוגעים כאן לענייננו, ועוד ידובר בהם להלן) — הרי הנוסח הא"י, כנראה בעליל, מצמיד תנאי זה אל המקרה האמצעי, הקלת עשיית עבירה, ומותר עליו משום־מה לגבי שני המקרים האחרים. לא נאמר: כדי להכין או כדי לבצע, נאמר: תוך הכנה, תוך ביצוע, ללא יחס נזיבתי, תכליתי, בין גרימת המוות והכנתה או ביצועה של העבירה האחרת. אין אני יודע כרגע, ואין אני מוכן להתעמק כאן בשאלה, מה הן המסקנות האחרונות הנובעות משינויי גירסאות אלה, — אך ברור כי יש דברים בגו! לפנינו שני הפכים בגושא אחד, שתי הגדרות שונות בחלקי פסוק אחד, ואין די לתרצם כ„שגגה שיוצא מלפני השליט". ייתכן מאד, וזאת תהא מסקנה הרת תוצאות חשובות, כי בתוך השורותיים ומחצה של הוראת ס"ק (ג), כינס המחוקק הא"י רעיונות משפטיים שנעקרו משלוש שיטות משפט שונות: הצרפתית (כדי להקל וכו'), האנגלית (תוך ביצוע וכו'), והעותומנית („עבירה" סתם, ולאו דוקא עוון או פשע), עם הוספת נופך משלו (תוך הכנה וכו'), וכל היסודות ההיתי־רוגניים הללו נועדו להתמזג יחד לחטיבה אחת, ולהוות את הנורמה הפלילית החדשה, אשר המחוקק הא"י חפץ ביקרה.

מה הוא הלקח העולה לנו מכל האמור לגבי השאלה המעניינת אותנו כאן? הלקח הוא, כי בגבולות ההוראה הנדונה, היינו: בגבולות הוראת ס"ק (ג), מסוכן מאד יהא לקבוע את תכנו של כל מונח ומונח עפ"י ערכו ומשקלו הנכון ב„מקום מושבו" התמידי. עצם כינוסם לאכסניה אחת של יסודות משפטיים כל כך זרים וכל כך רחוקים זה מזה, מחייב בהכרח את שינוי מזגו האינדיווידואלי של כל אחד מהם, שאם לא כן — לא יתאחו הקרעים, ולא יצטרפו יחד לאחדה אחת. לכן, סבור אני, עלינו יהיה, במקרה זה, להתרחק מן השימוש באנלוגיות והשוואת מונחים, ולנסות להגיע אל כוונתו האמיתית של החוק מניה וביה, תוך מתן פירוש הגיוני, מתקבל על הדעת, לדברים שנאמרו על ידו.

ובזה הגענו אל נקודה אחת, בה אפשר יהיה לנו לנסח מחדש את השאלה שהוצגה בראשית פסקא זו. השאלה תהא: מה פירושה של הוראת ס"ק (ג) לגבי המקרה האמצעי האמור בו, ואימתי ייחשב כ„רוצח" מי שגרם למות חברו כדי להקל על עשיית עבירה? צמצמתי כאן בכוונה את תחומי השאלה, והעמדתיה על פירוש מובנו של המקרה האמצעי בלבד, משני טעמים: (א) מפני שזו היא השאלה היחידה החשובה לנו כאן מבחינה מעשית; (ב) מפני שעם צמצומה בדרך זו ייקל עלינו, כפי שנראה מיד, להגיע אל פתרונה, ללא זיקה כל שהיא אל פירוש המלה „ברצון".

המקרה האמצעי האמור בס"ק (ג) הוא:

„כל אדם אשר — וכאן אני משמיט בכוונה את המלה „ברצון" — גורם למות אדם כדי להקל על עשיית עבירה."

א והשאלה העומדת בפתח עיונים היא: על מה מוסב כאן הדיבור: „כדי להקל"? המדובר הוא, כנראה בעליל, באדם ההורג „שלא לשמו", כלומר: לא הריגה לשם הריגה, אלא: ההריגה כאמצעי להשגת מטרה אחרת. מה היא המטרה — ברור לנו: הקלת עשיית עבירה. אך מה הוא הדבר שנועד לסבב כאן את הקלת העבירה: ה„מעלל" או ה„פרי"? מעשה ההריגה, או מותו של הקרבן? נראה לי, כי ההכרע הלשוני הפשוט הוא לצד

ב הפירוש השני. אילו דייק המחוקק בלשונו וכתב: עושה מעשה, הגורם למות אדם, כדי להקל וכו' (באנגלית: does an act causing the death of any person to facilitate etc.), כי אז אפשר היה לייחס את הביטוי „כדי להקל" (to facilitate) אל המלה „מעשה" (act). אבל לא כך כתוב בחוק! כתוב: גורם למות אדם כדי להקל וכו' (causes the death of any person to facilitate etc.) — כאדם האומר: פלוני

ג גרם למות חברו, כדי שעל ידי כך ייקל לו לבצע עבירה — והאם אין ההרגשה הלשונית האלמנטרית לוחשת לנו, מדי שמענו דיבור זה, כי לא מעשה גרימת המוות, אלא המוות גופו, הוא ששימש סיבה מסבבת להקלת העבירה? ואמנם זו היא, כך נראה לי, גזירת הכתוב והאמור בפסוק הנ"ל, גם (או: דוקא) אם אנו מוחקים מכאן לגמרי את המלה

ד „ברצון". ואם כך הוא הדבר, אם במקרה האמצעי שהוגדר בס"ק (ג), מות הקרבן הוא הוא שנועד לשמש אמצעי להשגת המטרה, הרי ברור, כי רצונו של ההורג היה מכוון כאן לתוצאת מעשהו, ולא רק לעצם המעשה בלבד.

העולה מן האמור, כי ללא זיקת כל שהיא אל המלה „ברצון", ויהא אשר יהא פירושה הנכון של מלה זו — שאלת שכבודה במקומה מונח לגבי שתי העבירות האחרות האמורות

ה בס"ק (ג), וכן לגבי העבירה האמורה בס"ק (א) — הרי על כל פנים, כאשר העבירה היחידה המיוחסת לעבריין היא העבירה השלישית (האמצעית) של ס"ק (ג) — היינו: גרימת מוות לשם הקלת עבירה אחרת — לא ייחשב העבריין כרוצח, אלא אם כן רצה במותו של הקרבן.

ו ובזה תתיישב לנו פליאה־תמיהה אחת, אשר כל קורא נתקל בה מדי קראו את דברי הסעיף הנ"ל. כוונתי לאמור בס"ק (ד) של הסעיף, ס"ק (ד) מטיל דין „רוצח" על:

> כל אדם אשר, לאחר שנעשתה עבירה, גורם למות אדם, כדי להבטיח, לעצמו או לשותפו לדבר העבירה, מנוס או התחמקות מעונש בשל אותה עבירה.

ז כאן, בהגדרת עבירה זו, אין אנו מוצאים את המלה „ברצון", — היא נעדרת. לא כתוב: ברצון גורם למות אדם, אלא: גורם למות אדם, ותו לא. ומיד מתעוררת השאלה:

היש משמעות כל שהיא לחסרון מלה זו, והאומנם התכוון המחוקק להחמיר בדינו של העובר על ס"ק (ד)? השאלה־התמיהה היא: יהא אשר יהא תכנו של ה„רצון" האמור בס"ק (ג), הייתכן הדבר, כי שני המעשים האמורים בס"ק (ד): גרימת מוות לשם הבטחת מנוס, וגרימת מוות לשם התחמקות מעונש, ייחשבו ככל כך יותר חמורים מן המעשה (האמצעי) האמור בס"ק (ג): מגרימת מוות לשם הקלת ביצוע עבירה, עד כדי ויתורו של החוק, במקרי ס"ק (ד), על דרישת קיום ה„רצון" הנ"ל? נראה לי, כי התשובה לכך יכולה להיות אך ורק שלילית, כי לא ייתכן הדבר, ולא יעלה על דעת אדם בר־דעת להגיע למסקנה אבסורדית שכזאת. גם המחוקק הצרפתי וגם המחוקק העותומני העמידו את מקרי ס"ק (ד) בדרגה אחת עם מקרי ס"ק (ג), ושנו את כל חמשת המקרים בזה אחר זה באותו פסוק גופו:

Art. 304 du Code Pénal: "... soit de préparer, faciliter ou exécuter un délit, soit de favoriser la fuite ou d'assurer l'impunité des auteurs ou complices de ce délit."

Art. 174 of the Ottoman Penal Code: ". . . killing committed for preparing or facilitating or carrying out an offence or for securing the plight or the avoidance from punishment of the principal or secondary perpetrator of the said act..."

מבחינה מוסרית ודאי אין טעם להחמיר דוקא במקרי ס"ק (ד). אדרבא! להקל או לאפשר ביצוע עבירה הוא — ללא ספק — מטרה יותר פושעת מאשר: לבקש מנוס או התחמקות מעונש בשל עבירה שכבר נעשתה. הן כל עיקר תכליתו של העונש הוא: למנוע את עשיית העבירה, וכיצד תיחשב ההתחמקות מעונש למעשה יותר חמור מביצוע העבירה? „יתמו חטאים" ולא „חוטאים", דייקה ברוריה אשת ר' מאיר, ור' מאיר כידוע הסכים לכך (ברכות י' ע"א); משמע, כי ביטול החטא הוא מטרה יותר נשגבה מהענשת החוטא. דומני כי אין מי שירצה לחלוק על השקפה זו. ברור, איפוא, כי העובר על ס"ק (ד) אינו יכול להיות נידון ביתר חומרה, מאשר העובר על ס"ק (ג) — כוונתי למקרה האמצעי, הקאוזלי, שבו — וכי אם במקרה זה אין העבריין נחשב כ„רוצח", אלא אם כן: ברצון עבר את העבירה, קל וחומר שיהא הדין כן בשני המקרים האמורים בס"ק (ד).

כך נראים לי פני ההלכה הנבונה בנדון זה, אך מה היא האסמכתא בחוק לכך, ישאל השואל. כלום אפשר להתעלם משינויי הנוסחאות הללו, מן החסרון הבולט של המלה „ברצון"? התשובה לכך היא בפירוש שיחסנו זה עתה לדיבור: „גורם למות אדם כדי להקל על עשיית עבירה". גם כאן לא מפי המלה „ברצון" אנו חיים! הסקנו כאן את הצורך ברצון לתוצאת המעשה מעצם מבנהו הסינטקטי של פסוק זה, ומסקנה זו כוחה והגיונה יפה גם לגבי שתי העבירות, „התכליתיות", האמורות בס"ק (ד). כי המחוקק השתמש באותו נוסח ממש — „גורם למות אדם כדי וכו'" — בכל שלושת המקרים: המקרה האמצעי של ס"ק (ג) ושני המקרים של ס"ק (ד), ולכן שווה דינם גם מבחינת

יסוד הרצון. לא תהיה לנו ברירה אלא להניח, כי המלה „ברצון", בס"ק (ג), לא נכתבה אלא למען שני המקרים האחרים, הלא־קאוזליים, האמורים שם, ומכיון ששני מקרים אלה אינם עומדים לדיון בערעור זה — המערער דנן הואשם והורשע בגרימת מוות כדי להקל על ביצוע עבירה, ולא: בגרימת מוות תוך הכנה או תוך ביצוע עבירה — לכן אין צורך לנו לקבוע כאן את מובנו של המונח הנ"ל.

סוף דבר: הגורם למות אדם כדי להקל על עשיית עבירה, אינו נחשב כ„רוצח" במובן סעיף 214(ג), אלא אם כן רצה או התכוון להמית את הקרבן, שתי השיטות — האנגלית והארץ־ישראלית — כאילו „משלימות" זו את זו: בכל אחת מהן חומרא מכאן וקולא מכאן. השיטה האנגלית מסתפקת ברצון המעשה בלבד, אך דורשת כי המטרה, למענה נעשה המעשה, תהא בדרגת פשע הכרוך במעשה אלימות. השיטה הארץ־ישראלית, לעומת זה, מסתפקת כמטרה בכל עבירה שהיא, אך דורשת כי העבריין ירצה או יתכוון לתוצאת המעשה. למותר להדגיש, כי „כוונה" זו אינה זהה עם ה„כוונה תחילה" האמורה בסעיף 214(ב), שכן לא מן ההכרח הוא, כי יתקיימו כאן היסודות שנתפרשו בסעיף 216. לא כל כוונה היא „כוונת תחילה", והדברים עתיקים.

9. ועכשיו שהגענו לכך, הבה נראה מה תהיינה התוצאות לגבי המקרה שלפנינו. עדיין נותר לנו לבדוק בקצרה, מה סייגיו של רצון זה, של כוונה זו, ואימתי ייחשב העבריין כ„חפץ במות המת". פרקליט המדינה המלומד, בטענתו האלטרנטיבית, ביקש לקבוע קנה־מידה אובייקטיבי לבחינת הרצון והכוונה, היינו: לא נחוץ, כי העבריין ירצה בפועל ממש בתוצאת המעשה; לא נחוץ גם שיוכח, כי הוא גופו יכול היה לחזות מראש את התוצאה; די אם הוכח, כי במסיבות הענין, ובשל אפיו המסוכן של המעשה, כל אדם בר־דעת מסוגל היה לשער מראש את התוצאה הקטלנית של המעשה. גם זה „רצון לתוצאה" שמו, וגם זו „כוונת רציחה" מתקריא.

נראה לי, כי כוונה זו — „כוונה" תרתי משמע — אינה הולמת את דברי החוק כפי שנתפרשו לעיל. המחוקק מטפל כאן, כפי שראינו, במקרה יחיד ומיוחד: באדם שגרם למות חברו, כדי שע"י כך, ע"י תוצאת המוות, ייקל לו, לעבריין, לבצע את העבירה. אם כן ברור הדבר, כי הרצון בתוצאת המעשה, הכוונה לתוצאת המעשה, צריך שיפעלו במוחו ולבו של העבריין הקונקרטי גופו. אפשר היה אולי לכלול בכלל זה (כפי שסבור חברי הנכבד, השופט אגרנט), גם את „הפזיזות הפושעת" — יחס של זלזול ו„לא־איכפתיות" מצדו של העבריין לתוצאה הקטלנית — אך לא ייתכן בשום אופן להעמיד במקומה את האפשרות האובייקטיבית, מצד כל אדם בר־דעת, לצפיית התוצאה; שאם לא תאמר כן — יהא העיקר חסר כאן מן הספר, היינו: הקשר הסיבתי, התכליתי, בין תוצאת המעשה (המוות) והקלת העבירה, והלא לקשר סיבתי זה, למעשה „תכליתי" שכזה, התכוון המחוקק בהגדירו את העבירה הנ"ל.

10. ומכיון שכך, הרי אין לה במקרה דנן להרשעת־הרצח על מה שתסמוך. השופטים המלומדים קבעו, כי הנאשם לא התכוון להרוג את דני פקטורי, אלא רק לסלקו מן

המקום וכו', וקביעה עובדתית זו שוללת מציאותו של יסוד אחד, הכרחי, בפשעו של הנאשם, עד כמה שאנו מודדים אותו בקנה־המידה של סעיף 214 (ג). מאידך גיסא ברור, ואין צורך להרבות מלים על כך, כי הקביעה העובדתית ההיא אינה גורעת כלום מפליליותו של המעשה, מדי הסתכלנו בו דרך האספקלריא של סעיף 212, סעיף ההריגה. כאן יש צורך בתנאי אחד ויחיד: גרימת מות אדם ע"י מעשה (או אפס מעשה) בלתי חוקי, וברור כי תנאי זה נתקיים. א

11. על יסוד כל האמור, סבור אני, כי יש לבטל את הרשעתו של המערער ברצח, ולהעמיד תחתיה את הרשעתו בהריגה ע"פ סעיף 212 לפקודת החוק הפלילי. ב

השופט אסף: אני מצטרף לדעת חברי הנכבדים, שיש לבטל את ההרשעה ברצח לפי סעיף 214 (ג) ולהרשיע את המערער בהריגה לפי סעיף 212.

על סמך כל האמור, הננו מבטלים את ההרשעה ואת גזר־הדין ומחייבים את המערער בהריגה לפי ס' 212 לפקודת החוק הפלילי, 1936. ג

ניתן בפומבי היום, י"ט בסיון, תשי"ב (12.6.1952).

גזר־דין

ד

שקלנו את כל הדברים שנאמרו על ידי בא־כוח המערער בדבר מידת העונש, אך לא נוכל להתעלם מזאופי המתועב של מעשה העבירה בו הורשע המערער.

הננו דנים את המערער למאסר של חמש־עשרה שנה החל מיום היעצרו, היינו מיום 24.8.1949.

חיוב המערער על ידי בית־המשפט של מטה בתשלום לירה אחת כפיצויים לטובת אלמנת המנוח דניאל פקטורי וילדתו ארנה מתאשר בזה. ה

ניתן בפומבי היום, י"ט בסיון, תשי"ב (12.6.1952).

ו

בג"צ מס' 261/51

ד"ר מ. בוקסבוים ואח' נגד שר־הבטחון ו־6 אחרים ז

בבית המשפט העליון כבימ"ש גבוה לצדק (5.11.51, 16.12.51, 10.3.52, 20.3.52)

לפני השופטים אולשן, חשין, אגרנט