

היועץ המשפטי לממשלה נגד פל פחניאב

בבית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט לערעורים סליליים
[26.5.49, 28.4.49]

לפני השופטים אולשן, חשין, זילברג

מקודת החוק הסלילי, 1936 [תוס"א 652, ע' 263], סעיפים 212, 18, 14, 11 (ב), 221, 249, 250, 5, 19, 17, 8, 13, 214 — הצעת מקודת החוק הסלילי, 1933 [ע"ר 367, מיום 6.6.33, ע' 3], סעיפים 18, 216. הריגה — הגנה עצמית — טענת „צורך” — חובת ההוכחה — הגנה מספק.

כתביעה שענינה הריגה לפי סעיף 212 למקודה הנ"ל על התביעה הכללית להוכיח מציאותם של שני יסודות: (א) הנאשם גרם למיתחו של אדם אחר על-ידי מעשה או אי-מעשה; (ב) המעשה או אי-המעשה היו בלתי-חוקיים — לפי סעיף 18 לאותה מקודה על הנאשם לשכנע את בית-המשפט כי המעשה נעשה על-ידי חוק הגנה עצמית ואין חובה על המאשים להוכיח העדר צידוק — משהוכיחה התביעה הוכחה לכאורה את יסודות האשמה, יצאה ידי חובתה ומבאן ואילך על הנאשם להגיד דבר, אם טוען הוא טענת „צורך” — הנאשם יהנה מהספק ויזוכה אם לאור כל חומר הרעיוות ספק הוא אם הוכחו היסודות המהימים את העבירה המיוחסת לו — נתעורר ספק אם הוכיח הנאשם את טענת ה„צורך”, יחייב ברין — בכל משפטי הריגה מוטל על התביעה הכללית לקשר את סיבת הסתה לפעולת הנאשם — מקום שפעולת הנאשם מתבססת בשורה של מעשים, שקצתם באו לשם הגנה עצמית וקצתם שלא לצורך זה, והסתה נגרם לא כתוצאה מכל שורת המעשים יחד אלא מאחד מהם בלבד, אין בית-המשפט חייב לשקול אם הנאשם שכנע אותו בטענת ה„צורך”, אלא אם יש בהוכחתיה של התביעה כדי לקשר את סיבת המחת למעשה ממרים משורת מעשי הנאשם.

פסקי-דין ישראלים שאווכרו:

[1] ע"פ 2/48 — מחמד מסטוד עבד אל-לוג' נגד היועץ המשפטי לממשלת ישראל: „פסקי-דין”, כרך א, תשי"ח/תשי"ט-1948, ע' 92, 100; „פסקים”, כרך א, תשי"ח/תשי"ט-1948/49, ע' 276, 283.

השופט חשין

פסקי-דין אנגליים שאוּכרוּ:

- [2] *Woolmington v. Director of Public Prosecutions*; (1935), A.C. 462: (1934-36), 25 Cr. App. R. 72.
- [3] *Mancini v. Director of Public Prosecutions*; (1941), 3 All E.R. 272, 280, 279.
- [4] *R. v. Prince*; (1941), 3 All E.R. 37.
- [5] *Daniel M'Naghten's Case*: (1843), 8 E.R. 718; 14 Digest 56, 229.
- [6] *R. v. Stokes*: (1848), 3 Car & Kir 185; 14 Digest 59, 253.
- [7] *Coppen v. Moore (No. 2)*; (1898), 2 Q.B. 306, 313.
- [8] *R. v. Goddard*: (1846), 10 J.P. 553; 15 Digest 772, 8269.
- [9] *R. v. Martin*: (1832), 5 C. & P. 128; 15 Digest 773, 8279.
- [10] *R. v. Squire*; (1799), 14 Digest 71, 364.
 צוטט ב' Russel on Crime, 1936, London, 9th ed. Vol. 1, p. 353
- [11] *The King v. Dyson*; (1908), 2 K.B. 454.

חוקים גרמניים שאוּכרוּ:

Das Bürgerliche Gesetzbuch (B.G.B.), 1896, §. 1588.

ערעור על פסקי-דינו של בית-המשפט המחוזי, חיפה (השופטים י. אזולאי, ה. רחנצווייג, מ. לנדוי), מיום 31.1.49. בתיק פלילי 125/48. לפיו זוכה המשיב מאשמת הריגת אדם. עבירה לפי סעיף 212 לפקודת החוק הפלילי, 1936. הערעור נדחה.

ה. ה. כהן ו'גב' פורטוגה — בשם המערער; שפירא — בשם המשיב

פסק-דין

השופט חשין: זהו ערעור מטעם היוצץ המשפטי על פסקי-דינו של בית-המשפט המחוזי, חיפה, אשר על-פיו זוכה המשיב מאשמת הריגה, בה נתבע לדין לפי סעיף 212 לפקודת החוק הפלילי, 1936.

2. המשיב, פבל פתניאב, המנוח, ארם גבריאלי, שניהם פליטים רוסים, התגוררו בשכונת בבניק אחד אשר בחצר המנור הרוסי שעל תר-הכרמל, חיפה. המשיב ובני-משפחתו החזיקו בדירה בת שני חדרים, אשר האחד מהם, חדר המגורים, מצוי בקומת הקרקע, והשני, המשמש חדר שינה, בקומה השניה ממעל לו. סמוך לחדר זה, אשר בקומה השניה, מצוי חדר מגוריו של המנוח, ולחדר זה מרפסת, או גוזזטרה, הנשקפת על פני החצר. בכל הגנע לאספקת מים ומאור היה המשיב נתון לחסדו של המנוח, שכן המים חחרמו לדירתו

השופט חז"ן

של המשיב על-ידי צינור שמוצאו בחדר המנוח, חרם החשמל אף הוא היה מחובר למערכת הקווים אשר בחדר המנוח ולשעון החשמל אשר בו. בקומה השניה של הבנין, סמוך לחדר-ריהם של המשיב והמנוח, מצויים עוד כמה חדרים, ובאחד מהם התגוררו שתי נשים ערביות. המנוח היה מבקר לעתים קרובות בחדרן של הערביות האלה, ובתו הקטנה של המשיב, ילדה כבת עשר, היתה נהגת להציץ מתוך סקרנות דרך סדקי הדלת וחור המנעול של חדר זה, שעה שהמנוח היה מזדמן אצל הנשים הערביות. דרכה זו של הילדה העלתה את חרונו של המנוח, ושימשה נושא לחיכוכים בינו לבין אשת המשיב. ביום 8 באוגוסט 1948, בשעות הערב, עלתה הילדה לחדר השינה אשר בקומה השניה, ובעברה ליד חדרן של הערביות הציצה לתוכו, כהרגלה מאז. המנוח, שנמצא אותה שעה בחדר, התקצף, רדף אחריה, נזף בה והנחית עליה מספר מכות, אשר השאירו סימני חבטה בבשרה. אשת המשיב, משגילתה אותו ערב את עקבות המכות על גוף בתה, באה בטענות אל המנוח ויסרה אותו באמרי פיה על אכזריות לבו כלפי ילדה רכה בשנים. המשיב שנזדמן למקום לא נטל חלק במריבה, ויש הוכחות, שהוא גם הצדיק את הדין על בתו. למחרת היום, ב-9 באוגוסט, הלך המשיב לעבודתו כדרכו מדי בוקר, ובהעדרו מהבית ניתק המנוח את צינור המים וקו החשמל, על אף דרישותיה של אשת המשיב, חרפותיה וגיורופיה, עמד הלה בסירובו להחזיר את המצב לקדמתו, ודירת המשיב נשארה אותו יום ללא מים וללא מאור. בשעות הערב, כאשר חזר המשיב לביתו ושמע מפי אשתו את כל הקורות, עלה לחדרו של המנוח, ובדבריו כיבושן ביקש להשטיע עליו שיחבר את צינור המים כשהיה. המנוח ישב אותה שעה על מרפסת ביתו, ולפניו בקבוק יי"ש. היו הוכחות, כי המנוח היה כרוך אחרי השתיה מטבעו, וכי כל אותו יום, וגם ביום שלפניו, לא פסקה לגימה מפיו. אין הוכחות, כי בעת ביקורו של המשיב בחדרו של המנוח נתגלע ריב כלשהו ביניהם. אדרבה, יש הוכחה לכך, כי המשיב הראה מידה רבה של הבלגה וכבש את כעסו. משום שלא ראה טעם בוויכוח עם אדם שתוי, דברי הסבר אלה נתן לאשתו מיד לאחר זה, כשראה המשיב שהמנוח עומד במרדו, פנה לו והלך אל הארכימנדריט אברמי בלקוף, הוא ראש המנזר, וביקש ממנו רשות לקחת מים מברזיו הוא. הארכימנדריט נאות לכך, והמשיב הביא בידיו שני דליים, ותחל לשאת בהם מים ולהריקם אל תוך דוד, או גיגית, אשר ליד חדרו שבקומת הקרקע. המנוח הוסיף לשחות על מרפסת חדרו. זגראה שאו נתלקחה שוב מלחמת שפתיים בין אשת המשיב לבין המנוח, כשעלתה האשה מיד לאחר זה לקומה השניה, כדי להציע את מיטתו לידה. ניגשה אליה ידידתו של המנוח, לזניה שמה, כנראה אחת הערביות שגרו בחדרים אשר בקומה השניה, ולחשה באזנה, כי המנוח ירד אל המשיב וסכין בכיסו. אותה שעה עסק המשיב בהרקת הדליים אל תוך הדוד ואמר לחזור אל הברז ולמלא את דליו שוב מים. האשה ירדה כהרדה אל החצר כדי להזהיר את בעלה על הסכנה הנשקפת לו, ותרא והנה המנוח מתקרב לעבר המשיב ובידו סכין. אין חולק על כך, כי לפני המשיב נסתם כל פתח של בריחה, וכי חייו נתונים בסכנה. יתר-על-כן, דעת הכל היא, כי אף אילו הצליח המשיב להתחמק מיד מתקיפו היה חשש רציני, כי המנוח יכלה את זעמו באשתו של המשיב ובילדיו הקטנים. במסיבות אלה, ומתוך כוונה לקדם את פני הסכנה, אשר ריחפה על ראשו ועל ראש בני-משפחתו, ולהדוף את מתקיפו, הגיף המשיב את הדליים אשר בידו וחיט בהם, או באחד מהם, בראשו של המנוח. לא ברור כמה חבטות דליים ספג

השופט חשין

המנוח, אם כי אחד השופטים בבית המשפט שלמטה קובע לא פחות ממש חבטות במספר; אולם אין חולק על כך, כי גם לאחר שמעדו רגליו של המנוח, הוא נפל ארצה, המשיך המשיב להכותו באחד הדליים, וכשכלי זה הוצא מידי על-ידי אשתו, אגב צעקה: "פבל, פבל מה אתה עושה?". הרים המשיב מקל עץ והוסיף להכות בו במנוח, עד אשר השמטה הסכיך מידי של הלה. מיד לאחר שהתאבקות נפסקה, גנה המשיב למשטרה בדברי תלונה על המנוח, אותה שעה בא גם המנוח, בלוחית הגב' לזניה ידידתו, למשטרה, החלונן על המשיב. יש הוכחות על כך, כי בהיותם בבית המשטרה ביקש המנוח להשלים עם המשיב, אך הלה מיאן לקבל דברי פיוט, בהצהירו, כי מוטב שהענין יובא לבית המשפט, מאחר שהמנוח הוא איש מדינים, ומן הראוי להביאו על ענשו. למחרת היום, ב-10 באוגוסט, נפל המנוח למשכב, וב-14 בו נפח נשמתו.

ב על סמך עובדות אלה נתבע המשיב לדין באשמת הריגה, לפי הסעיף 212 לפקודת החוק הפלילי, 1936.

3. 'כל שלושת השופטים אשר ישבו לדין הגיעו לידי מסקנה, כי יש לזכות את המשיב ולשחררו. אולם כל אחד מהם הגיע לידי מסקנה זו מתוך שיקולים שונים, ובדרכי גישה נפרדים. בטרם אעמוד במפורט על שיקוליו של כל אחד מהשופטים, ועל דרך גישתו אל הבעיות המשפטיות המתעוררות מתוך מסכת העובדות, אציין עוד מספר עובדות יסודיות, אשר חתמו את פרשת ההיאבקות, ואשר עליהן, על עובדות יסודיות אלה, באה הסכמת הכל, ואשתדל לקבוע, מבחינה משפטית, את תחומיה של אדמת המריבה.

4. דעת הכל היתה, כי מותו של המנוח נגרם על-ידי המשיב. כמובן לא חלק איש מהשופטים על כך, כי המוות נגרם לא כתוצאה מצטברת של כל המהלומות גם יחד, אלא היתה פרי חלק, או אחת, המהלומות שהנחית המשיב על ראשו של המנוח. הכל קיבלו את דעתם של חרופאים המומחים, כי סיבתו הישירה של המוות היתה דלקת אשר התפתחה בקרום הרך של המוח, וכי דלקת זו באה בעטייה של אינפקציה, שחדרה למוח דרך סדק, שנתגלה בעת האוטופסיה. בעצם אשר כשטח המצח. סדק זה, קבעו הכל, נגרם על-ידי חבטות הדליים, או הדלי, של המשיב בגולגולתו של המנוח.

5. מן המפורסמות הוא, כי בכל תביעה, שענינה אשמת הריגה לפי הסעיף 212 של הפקודה, יצאה התביעה הכללית ידי חובתה משהוכיחה מציאותם של שני יסודות, והם: (א) הנאשם גרם למיתתו של אדם אחר על-ידי מעשה או אי-מעשה; ו-(ב) המעשה או אי-המעשה היו בלתי-חוקיים.

שזנע בית המשפט על-ידי הוכחות אלה באשמתו של הנאשם, במידה שאין בה ספק מתקבל על הדעת, הרי בהעדר הוכחות, או דברי הסבר כלשהם, מטעם הנאשם, חייב בית הדין להרשיעו בפשע הקרוי "הריגה". בא הסעיף 18 של הפקודה ומשמיע, כי מעשהו או אי-מעשהו "ייסלחו לנאשם אם יוכל להראות שהמעשה נעשה או לא נעשה רק כדי

השופט השני

להימנע בתוצאות אשר אי-אפשר היה להימנע מהן באופן אחר, ואשר, אילו באו אותן התוצאות היו גורמות נזק או חבלה רצינית לגופו או לכבודו או לנכסיו הוא או לגופם או לכבודם של אנשים אחרים שהיה חייב להגן עליהם או לנכסיהם שנמסרו להשגחתו.

6. משמעותו של סעיף זה ומידת השפעתו לגבי אשמה הכלולה במסגרת הסעיף 212, שימשו דיון במשפט ערעור פלילי 2/48, וחמד חסוד עבד אל-לוג'י נגד היועץ המשפטי, פסק-דין, כרך א, ע' 92; פסקים, כרך א, ע' 276, (1). בדברו על חובת ההוכחה בענין פלילי, ועל השיקולים אשר בית-משפט חייב להביא בחשבון, בבואו להעריך את חומר הראיות שהובא לסניו, לפי ההלכה האנגלית, כפי שבאה לידי ביטוי במשפט, Woolmington v. Director of Public Prosecutions; (1934-36), (2). הארץ הזאת, כפי שנקבעו בסעיף 18 של הפקודה, אומר בית-המשפט הזה, פסק-דין, כרך א, ע' 100, פסקים, כרך א, ע' 283, (1). חו לשונו: "סעיף זה (סעיף 18 של הפקודה) קובע בלשון שאינה משתמעת לשתי פנים, כי משהוכח שאדם עשה מעשה שיש בו משום עבירה אין סולחים לו על מעשה זה, אלא אם-כן יוכל להראות שהמעשה נעשה על-ידו מתוך כוונה להגן על עצמו, על כבודו, על נכסיו וכו'". ועוד אומר בית-המשפט באותו מקום: "נתעוררה שאלה בדבר משמעותה בלשון המשפט של המלה, להר-אות' המופיעה בסעיף 18. לרעתנו פירושה של המלה, להראות' רחב מן המושג, להוכיח', ומתייחס גם להוכחותיו של הנאשם וגם לניתוח הוכחותיה של הקטיגוריה. מכל מקום ברור, שלפי סעיף 18 על הנאשם לשכנע את בית-המשפט, אם על-ידי בחינת חומר ההוכחות שהוגש על-ידי הקטיגוריה, או על-ידי הוכחותיו הוא, כי המעשה נעשה על-ידו אנב הגנה עצמית, ואין החובה מוטלת על המאשים להוכיח העדר צידוק". על כלל זה אין חולקים גם השוטטים הנכבדים של בית-המשפט שלמטה במקרה דנן, אך מכאן ואילך נפרדות דרכיהם.

7. כאמור, יש לחלק את החפתחות הענינים לשני שלבים: לפני נפילתו של המנח ארצה, ולאחר מכן, חלוקה זו גוררת אחריה בהכרח גם חלוקת הסניעות לשתי כתות או קבוצות. השופט אשר ישב ראש במשפט, הוא השופט אזולאי, קבע כעובדה, בין שאר עובדות, כי המשיב פעל במהלך כל הקטטה מתוך התגוננות בלבד. גם כאשר המהלומות הונחתו על ראש המנח בדלי וגם במקל; גם בשעה שהוא עמד על רגליו וגם לאחר שהיה שכוב על הקרקע — כל המהלומות האלה לא באו אלא שעה שהסכין היתה נתונה בידי המנח וסכנה נשקפה לחייו של המשיב או לחייהם של בני-משפחתו. מכיון שכך, כלומר, הואיל והמשיב "הראה", לדעת השופט אזולאי, כי הוא נהג מתוך הגנה עצמית מראשיתה של ההתנגשות ועד סופה, אין חשיבות יתר לשאלה: איזו פגיעה היתה רעה עד כדי גרימת המוות. המסקנה שאליה הגיע השופט אזולאי מבוססת, איפוא, כהלכה, לאור העובדות שנקבעו על-ידו; כי בין אם פגיעת המוות מקומה בקבוצת המהלומות שקדמה לנפילה, ובין בקבוצה שלאחריה, הרי מכיון ששתיהן לא באו אלא לצורך התגוננות, מן הדין להעניק למשיב את הסליחה על מעשה ההריגה, כאמור בסעיף 18 של הפקודה.

השופט חשין

8. מר כהן, פרקליט המדינה, אינו מוצא פסול במסקנה זו, ובמידת התנגות המציינת את תופעותיו בבית-משפט זה הוא מצהיר, כי אילו היו גם השופטים האחרים באים לידי המסקנה שאליה הגיעו, על סמך העובדות, כפי שראה אותן השופט אזולאי, לא היה הוא, מר כהן, מחטט בהחלטת הויכוי על-מנת לגלות בה טגמים. הוא מתנגד רק לשיקולים המשפטיים אשר הניעו את יתר שני השופטים להגיע למסקנת הויכוי, ומתוך חשש להש-תבשות ההלכה, ורק מתוך חשש זה, הוא מתקיף שיקולים אלה.

9. שני השופטים האחרים, השופט רחנצווייג והשופט לגדוי, קבעו שניהם, כי קבוצת המכות אשר הונחתה על ראשו של המנוח לפני נפילתו, באה לשם הגנה עצמית, וכי את המכות שבקבוצה השניה אין לראות אלא כתקיפה לשמה, גם אם מניחים שאותה שעה היתה הסכין עוד נתונה בידו של המנוח, בהיות המנוח רבוץ על הקרקע במצב של אין-אונים, כך סברו שופטים מלומדים אלה, געלמה הסכנה אשר אימה קודם לכן על המשיב, ושוב לא היה לו "צורך" בשלב זה להמשיך בהכאות. לשון אחרת: במעשיו של המשיב ראו התנהגות שתחילתה באונס וסופה בפשיעה, ועוד אמרו שניהם, כי לא הוכח באיזו קבוצה משתי הקבוצות יש לקבוע את הפגיעה הקטלנית, מכאן ואילך שוב חלוקות הדעות גם בין שני השופטים האלה, באשר למסקנה המשפטית אשר עובדות אלה מחייבות: השופט רחנצווייג היה סבור, כי מכיון שאין אפשרות לייחד בבטחון מקום למכה הקטלנית אף באחת הקבוצות, ומכיון שהוברר, כי קבוצה אחת באה לשם התגוננות והקבוצה השניה לשם תקיפה, מתעורר הספק אם המכה הקטלנית באה תוך כדי מאמץ ההתגוננות להדוף את פני הסכנה, או אנב התקיפה לשמה; כלומר, קיים ספק אם המשיב "הראה" לבית-המשפט, כאמור בסעיף 18, כי היקף "צורך" בעשיית המעשה אשר גרם למיתתו של המנוח, ועל סמך ספק זה — כך קובע השופט רחנצווייג — יש לזכות את המשיב, השופט לגדוי: ספק, לעומתו, כי על היועץ המשפטי היה להוכיח בראש וראשונה, כי מכה מסוימת בשורת המכות היא אשר גרמה למותו של המנוח; על-ידי כך היה אפשר לקבוע במדויק, בסופו של דבר, אם מכה זו הונחתה אנב הגנה עצמית או אנב תקיפה גרידא, כל עוד לא הוכחה עובדה זו — כך פסק השופט לגדוי — אין "השאלה המעניינת הזאת בדבר חובת ההוכחה של ... צידוק במשפט הריגה ... קיימת בשבילי במשפט זה". נבחון עכשיו את שתי ההשקפות האלה לאור הדינים הנהוגים בארץ.

10. במשפט ע"פ 2/48, עבד אל-לוגי, (1), הנ"ל, לא נדונה השאלה העומדת לפנינו כאן, משום שבמקרה ההוא דחה בית-המשפט שלמטה לחלוטין את טענת הנאשם בדבר הגנה עצמית, אין חולק על כך, כי במקום שבית-המשפט אינו מאמין לגירסת הנאשם ומקבל את הוכחות התביעה הכללית, יש לחייבו בדיון, כמור"כ דעת הכל היא, כי מקום שבית-המשפט מאמין לגירסתו של הנאשם ומקבל את טענת ההגנה העצמית, יש לסלוח לו על מעשה ההריגה, לפי הסעיף 18; זאת אומרת, לזכותו מכל אשמה, זהו, כאמור, היסוד אשר עליו בנויה מסקנתו של השופט אזולאי, אולם מה הדין, כאשר יעלה בידו של הנאשם רק לעורר ספק אם מעשה ההריגה נעשה על-ידו אנב הגנה עצמית? האם מן הדין ליתן לו את זכות הספק, או יש לחייבו בדיון, באשר לא מילא את החובה המוטלת עליו לפי הסעיף 18?

השופט חשין

11. השופט רחנצווייג, כאמור, תסס לשון ראשון. בדברו על ערעור פליגי 2/48, (1), הביא, אומר השופט המלומד, בין השאר: "בית-הדין העליון שלנו לא ספק הלכה... כי עצם העובדה שעל הנאשם לשכנע את בית-המשפט בדבר טענת הצידוק הורסת ושמה לאל את העקרון היסודי הכללי האחר, כי במקרה של ספק המתקבל על הדעת יש ליהנות את הנאשם מזכות הספק... אין אני יכול להעלות על הדעת כי בית-הדין העליון התכוון לשלול את זכות הספק מהנאשם, ועל-ידי כך להעמיס על מצפנו של השופט את המועקה המחרידה שתעיק עליו בלי הרף שמא דן אדם חף מפשע לגרדום או למאסר למרות אשר היה לו בשעת המשפט ספק רציני ומתקבל על הדעת כי טענת הצידוק שלו היא נכונה אם כי לא עלה בירי הנאשם להוכיח זאת בכל מאת האוחזים". דברים אלה, ובמיוחד הלשון שבסיסקה האחרונה, מקורם ברגש. אך אין לתם אחיזה בחוק. ב"ערעור פליגי 2/48, (1), תג"ל — כמו במקרה שלפנינו — דן בית-המשפט בסירוש שיש לפרש הלכה כתובה, היא ההלכה האמורה בסעיף 18 של הפקודה; וכלל גדול הוא, כי במקום שהמדובר הוא בחוק כתוב, שליחותו של בית-המשפט היא לפרש את כוונתו של המחוקק, כפי שבאה לידי ביטוי בחוק הכתוב, ואין הוא בן-חורין לתלות בו, במחוקק, כוונה מתוך שיקולים שבלב בלבד. אין חולק על כך, כי הנאשם נהנה מזכות הספק; אולם יש ספק יש ספק, ולא הרי ספק באשמתו של הנאשם, כהרי ספק בנכונות טענותיו שבהגנה, מקום שחובת ההוכחה של טענות אלה הוטלה עליו במפורש מטעם החוק, ונתחלק לו, לשופט המלומד, ספק בספק, כפי שמוכיחים דבריו, וכפי שיבואר להלן.
12. ראשית, בדבר "המועקה המחרידה שתעיק עליו (על השופט) בלי הרף שמא דן אדם חף מפשע לגרדום", כאן לא דק פורתא השופט המלומד, ונתפס לכלל טעות, למעשה לא תעיק על השופט המועקה של שליחת אדם לגרדום, מהטעם הפשוט, שמקרה כזה לא יקרה לעולם. דין מוחת גזור על אדם רק משחוייב בדין על מעשה רצח. אחד היסודות העיקריים בעבירת רצח הוא כוונה תחילה, חובת ההוכחה של מציאות יסוד זה במעשהו של הנאשם, חלה על התביעה הכללית עד תומו של המשפט, והנה, בין שהנאשם משמיע דברי הוכחה ובין שאינו משמיע, אם בסופו של דבר יחזור ספק למוחו של השופט אם מעשה הפשע נעשה על-ידי הנאשם מתוך כוונה תחילה, הרי ספק זה משמיט את הקרקע מתחת לרגליה של התביעה הכללית. מטפס זה נהנה הנאשם, וממילא לא יהא גידון לגרדום.
13. נקח, לדוגמה, תביעה על אשמת רצח, שבה טוען הנאשם טענת קינטור (פרובוקציה, בלע"ז), חובת ההוכחה של טענה זו לא הוטלה במפורש מטעם החוק על הנאשם; אולם אם מתוך בחינת ראייתיה של התביעה הכללית, או אגב השמעת דברי הוכחותיו הוא על מעשה קינטור, עלה בידו של הנאשם להחדיר ספק במוחו של השופט אם אמנם היה קינטור כזה, הרי לא רק על טענת והגנה חל הספק, אלא הוא מוסב גם על "כוונה תחילה", שהוכחת קיומה חלה עד הסוף על התביעה הכללית, על סמך ספק זה, המתעורר לאור סקירת כל חומר הראיות, מזכין את הנאשם ממעשה הרצח, ומחייבין אותו רק בדין הריגה.

השופט חשין

14. הוא הדין בטוען טענת „אליבין“ אף טענה זו חובת הוכחה לא הוטלה במפורש עלידי החוק על הנאשם. ולכן, מוכיחה — מזכין אותו ללא ספקוס; אך גם אם אין בהוכחותיו אלא לעורר ספק בנכונות דבריו — יש לזכותו. שהרי התביעה הכללית זייבת להוכיח ללא ספק, כי הנאשם עשה את הפשע, ומשקיים ספק מתקבל על הדעת אם הנאשם נכח בשעת מעשה, חזר ספק זה ומקפקע את הבטחון במציאות היסודות אשר על התביעה הכללית היה להוכיחה. בזכות ספק זה קונה לו הנאשם את זיכוי המוחלט בדין.

15. זהו הרעיון אשר הובע ברורות במשפט האנגלי *Mancini v. Director of Public Prosecutions*; (1941), 3 All E.R. 272 (3), בהסבירו את העקרון שהונה ביסודו של משפט וולמינגטון (2). הנ"ל, אומר בית-הלורדים במשפט מנצ'יני (שם, (3) ב"ע 280): „מקום שקיים ספק מתקבל על הדעת במוחו של חבר המושבעים אם המעשה נעשה, שלא בכונה — כלומר: מקרה טהור הוא בלא רשלנות פלילית — עליו להשיב: לא אשם. מקום שקיים ספק מתקבל על הדעת במוחו אם המעשה נבע מתוך „קינטור“ יש לחייב את הנאשם בדין הריגה“. עקרון זה הונה גם ביסודו של המשפט *R. v. Prince* (4), (1941), 3 All E.R. 37: במשפט זה אומר בית-המשפט לערעורים פליליים, בלכתו בעקבות משפט וולמינגטון, (2), כי במשפט רצח אשר בו טוען הנאשם טענת קינטור, על השופט לכלול בדבריו לחבר המושבעים את ההוראה, כי „אם לאחר חקירת כל חומר ההוכחה מתעורר במוחם ספק מתקבל על הדעת אם המעשה נעשה שלא בכונה או מתוך קינטור, הרי גם אם אין הם מקבלים את גירסתו של הנאשם, עליהם לזכותו — כלומר: לזכותו מאשמת רצח“. ומכיון שבמשפט ההוא לא נכללו דברי הוראה ברוח זו — החליט בית-המשפט לערעורים פליליים לבטל את ספק הרצח ולהחליטו בספק הריגה.

16. ומכאן לשיבוש השני בהנחתו של השופט רונצווייג, כי אם לא תינתן לנאשם בכל משפט פלילי זכות הספק תועמס על השופט „המועקה המחרידה שמא דן אדם חף מפשע למאסר למרות אשר היה לו בשעת המשפט ספק רציני ומתקבל על הדעת, כי טענת הצידוק שלו היא נכונה אם כי לא עלה בידי הנאשם להוכיח זאת בכל מאת האחוזים“. כאן הוא מקור הטעות. ספק בהראיית הצידוק או „הצורך“, כלומר: ספק במציאותם של גורמים אשר חובת הוכחתה, או הראייתה, הוטלה במפורש על הנאשם, ספק כזה אין כמהו כספק באשמה. ועם כל הכבוד אני מצרף דעתי לדעתו של השופט אולאי, שאמר בענין זה, בע' 12 של פסק-דינו, חו לשונו: „אני סבור שאין אפילו מקום לעורר את המושג „ספק“ ואת העקרון של „הנאה מהספק“, כלומר שאין הנאשם יכול להסתפק בהגשת ראיות שבכוחן לעורר ספק בלב בית-המשפט ביחס לטענה של הגנה עצמית, כי אם עליו לדאוג לכך שראיותיו תשכנענה את בית-המשפט או שתשביע את רצונו שפעל אגב ומתוך הגנה עצמית, כי ממה-נמשך או שהקטיגוריה לא הוכיחה את תביעתה או ממילא הנאשם יצא זכאי בדינו או שהקטיגוריה הוכיחה את תביעתה לפי החוק, ואז על הנאשם להוכיח שהשתמש בזכות הוו (זכות ההגנה העצמית) בזמן הצורך ובמידת הצורך“. והיי דעתי, ההשקפה הנכונה, טעות היא להניח, כפי שהניח השופט רונצווייג, כי אדם שהרג את חברו, ולו גם מתוך הגנה עצמית, הוא — בעיני החוק לפחות — „חף

השופט חשין

ומה גם ששאלה זו (היינו, שאלת הספק המתעורר במשפטים סליליים), כפי שמעיר בצדק השופט רחנצווייג, לא היתה אקטואליה בפני בית-הדין העליון במשפט עבד אל-לוג' (1).

20. בית-הלורדים במשפט וולמינגטון (2), מקדיש את רובי דבריו לביקורת קשה על דברי סיר מיכאל פוסטר, אשר לאורם הלך השופט סוּיפּט (Swift) בבית-המשפט שלמטה בדברי הוראתו לחבר המושבעים באותו ענין. וזו לשונו של פוסטר, אשר שימשה אסמכתה לכל פרשני החוק האנגלי לפני 1935 (השנה שבה ניתן פסק-הדין במשפט וולמינגטון) (2): והנה גם ביסודם של פסקי-דין ספורים: „בכל תביעה על אשמת רצח, הרי לאחר שהעובדה בדבר ההמתה הוכחה, על האסיר להוכיח בדרך מניחה את הדעת את כל המסיבות של מקריות, צורך או חולי, אלא אם-כן גובעים אלה מתוך הרציות שהובאו נגדו; משום שהחוק מניח שהעובדה היא תוצאת זדון, אלא אם-כן יוכח ההפך מכך. על ניסוח זה של החוק משיג בית-הלורדים ושואל: „האם הצהרה זו נכונה היא מבחינת החוק? האם נכון להגיד, האם התכוון סיר מיכאל פוסטר לקבוע, כי במהלך תביעה סלילית יוצר מצב אשר בו יהא על הגאשם להוכיח את זכותו?“. לאחר שבית-הלורדים סוקר את שדה המשפט הפלילי הרחב באנגליה לפני זמנו של פוסטר ואחריו, ומבקש להראות, כי דבריו הוטבעו על אדני שוא, הוא מציין כמה נימוקים על שום מה אין להצדיק את דברי הוראתו של השופט סוּיפּט לחבר המושבעים, ואלה הם הנימוקים: ראשית, „אילו היה השופט רשאי באיזה שלב משלבי המשפט לפסוק, כי התביעה הכללית הוכיחה את אשר עליה להוכיח, וכי החובה העוברת לשכמו של האסיר להוכיח שאין הוא אשם, וכי יש לחתוך את הדין לטובת התביעה הכללית, אלא אם-כן מילא האסיר חובה זו, יהא בזה משום מתן כוח לשופט, ולא לחבר המושבעים לקבוע את גודלה של התביעה; ודבר זה אינו בהתאמה למשפט המקובל“. שנית, „בכל מסכת המשפט הפלילי האנגלי עובר כחוט השני העקרון, כי חובת התביעה הכללית היא להוכיח את אשמתו של האסיר, מתוך כפיפות לטענות סירוף-הדעת ומתוך כפיפות גם לכל יוצא מן הכלל אשר נקבע בחוק לחברים מושבעים נאמר תמיד, כי לצורך הרשעה על התביעה הכללית להוכיח את התביעה למעלה מכל ספק. הצהרה זאת אין משמעה, כי לצורך זיכור על האסיר, לשכנע את חבר המושבעים“.

21. דברים אלה הוסברו ביתר בהירות על-ידי בית-הלורדים במשפט מנצ'סטר (3), הנ"ל. במשפט אהרון זה אומר הלורד סיימון (Simon) (בי"ע 279): „משפט וולמינגטון (2), עוסק בביאורו ובחיווקו של הכלל, כי על התביעה הכללית להוכיח ללא ספקות את האשמה אשר היא טופלת, ומשום כך, במקום שמתעורר ספק מתקבל על הדעת אצל חבר המושבעים לאור חומר ההוכחות, הנאשם נהנה מספק זה. הכלל חל לגבי כל אשמה שבחוק הפלילי. במאמר מוסגר מוסיף הלורד סיימון, וזו לשונו: „היוצאים מן הכלל היחידים מתעוררים, כפי שהוסבר במשפט וולמינגטון (2), בטענת הגנה של סירוף-הדעת ובעבירות אשר בהן דין המוסק במפורש בשאלת חובת ההוכחה“.

השופט חשין

22. והנה אשר לסירוף־הדעת, כבר נמנו וגמרו באנגליה, לאחד משפט מקנוסון, (5) M'Naghten's Case, מובא ב־דייג'סט, כרך 14, ע' 56, סימן 229, כי זהו אחד היוצאים מן הכלל, וכי נאשם, התומך הגנתו בטענת אי־שמיות הדעת, וזיב להוכיח טענה זו ללא כל ספק; ואם העובדה של צלילות דעתו מוטלת בספק, והאשמה הוכחה, מחובת חבר המושבעים להרשיע את הנאשם. (ראה גם משפט, (6) R. v. Stokes, מובא בספר „רוסל אן קריים“, מהדורה 9, כרך א ע' 25—26; דייג'סט, כרך 14, ע' 59, סימן 253).

23. ואשר לשאר היוצאים מן הכלל הנזכרים עליידי הלורד טיימון במשפט מנצ'יני, (3), היינו: מקרים אשר בהם מטיל החוק במפורש על הנאשם את התובה להוכיח את טענת הגנתו, משמש המשפט, (7) 2 Q.B. 306, (1898), Coppen v. Moore (No. 2); דוגמה מאלפת, היה זה משפט פילי לפי חוק אשר הטיל על הנאשם להוכיח דברי הגנה מסויימים. בית־המשפט אומר, ב־ע' 313, (7) חו לשונו: „לדעתנו ברור, כי בזנות המחוקק היתה לחייב את המעביד (המערער) על פעולות אלה, אלא אם־כן יש בידו לסתור את ההנחה לכאורה בדבר אשמתו בדרכים האמורות בחוק. קיימות הוכחות לביסוס תביעה על־פי מושכל ראשון, כי המערער עבר על דברי החוק, אולם אין זו אלא תביעה על־פי מושכל ראשון, חובת ההוכחה העברה לשכמו של המערער, ובידו לסתור בהצלחה את התביעה על־פי מושכל ראשון אם יוכיח.“

24. נשוב לענייננו, אין חולק על כך, כי גם לפי דיני הארץ הזאת אין מחייבין אדם בדין, אלא אם־כן הוכיחה התביעה הכללית את אשמתו למעלה מכל ספק, וכי משמתעורר ספק מתקבל על הדעת בסופו של דבר מזכין את הנאשם. אך מה, בעצם, חייבת התביעה הכללית להוכיח? ומהו טיבו של הספק העשוי להקנות לנאשם את חירותו? הנימוק הראשון, אשר בו נוגה בית־הלורדים במשפט וולמינגטון, (2) את דברי סוסטר, אינו עשוי לשמש נימוק במשפט הארץ הזאת, לפי עיקרי הריון הגהגים בו, באשר השופט הוא הוא הקובע גם את העובדות, ואינו משתף משהו זר במלאכת חריצת המשפט. בפני שופט כזה אין מניעה, בכראו לסקור את כל חומר ההוכחות, לאמור: „התביעה הכללית הוכיחה את אשר היה עליה להוכיח; עכשיו, הבה נראה אם גם הנאשם מילא את חובת ההוכחה המוטלת עליו“.

25. ואשר לנימוק השני אשר עליו מדבר בית־הלורדים במשפט וולמינגטון, (2), דוקא דברי ההסבר הניתנים בנימוק זה, מחייבים את המסקנה, כי בארץ הזאת אין לעשות שימוש בכלל שהוגה ביסודו של משפט וולמינגטון, (2), בכל הנוגע לטענה של הגנת עצמית, הכלל בדבר חובת ההוכחה, אשר היא חלה על התביעה הכללית, כלל זה נהג אף כאן, אך בהסתייגות אחת: הסתייגות תנובעת מתוך ח־כפיפות לכל יוצא מן הכלל, אשר עליה מדובר בנימוק הנ"ל. משפט וולמינגטון, (2), וחלורד טיימון במשפט מנצ'יני, (3), רואים אמנם, את היוצאים מן הכלל רק במקרים של עבירות מיוחדות, (נוסף על מקרה של סירוף־הדעת), שבהן הטיל המחוקק במפורש על הנאשם את חובת ההוכחה; אך המחוקק בארץ הזאת הסך את היוצא מן הכלל האנגלי לכלל גדול בדיני הארץ הזאת, שכן קבע

השופט חשין

את הסעיפים 14 ו'18 (הזניט בטענות הגנה של טירוף־הדעת ו"צורך") בפרק הנושא עליו את השם "תקנות כלליות בנוגע לאחריות פלילית"; זאת אומרת, שההלכה שנקבעה בסעיף פים אלה חלה לגבי כל העבירות האמורות בקובץ החוקים הפליליים. וכל זה אומר: משתו־כיצה התביעה הכללית הוכחה לכאורה, את היסודות של אשמה מסוימת, יסודות אשר עליה היה להוכיחם לפי החוק החל לגבי אשמה זו, יצאה ידי חובתה; מכאן אילך על הנאשם להגיד דבריו, אם הוא מבקש להסיר מעל עצמו את האשמה בטענת טירוף־הדעת, עליו להוכיח את טענתו לפי הסעיף 14; ואם טענתו היא טענת "צורך", כלומר: הגנה עצמית, עליו להראות כי מעשהו נבע אמנם מחוץ "צורך" זה, ואשר לספק? נתעורר ספק במחזו של השופט בסופו של משפט, ולאור כל חומר הראיות, אם הוכחו היסודות המהווים את העבירה המיוחסת לנאשם — מוכחו השופט; מטיל הוא רק ספק אם הנאשם הוכיח את את ה"צורך" (ואנו מדגישים מלה זו, כי למטרת המשפט הזה יש לדון רק בסעיף 18, ולא בטענות הגנה אחרות) מחיבו בדין, פירוש זה, שיש בו משום הרחבת היריעה, מפיץ אולי אור יתר על מסקנת בית־המשפט הזה במשפט ע"פ 2/48, עבד אל־לונג, (1), כי העקרון שבמשפט וולמינגטון, (2), אינו עולה בקנה אחד עם הסעיף 18 של הפקודה.

26. בשלב זה מן הראוי להשיב על אחת מהשגותיו של השופט לנדוי בפסק־דינו, במשפט ע"פ 2/48, עבד אל־לונג, (1), הגיל, דן בית־המשפט הזה בחידוש שנתחדש במשפט הפלילי האנגלי על־ידי העקרון שהונח ביסודו של משפט וולמינגטון, (2), ובא לידי מסקנה, כאמור, כי העקרון הזה, אינו עולה בקנה אחד עם הסעיף 18 של הפקודה (הכוונה היא לפקודת החוק הפלילי, 1936), וכי סעיף זה, אשר אינו אלא, העתק מדויק של הסעיף המקביל בהצעת החוק (משנת 1933) נוסח לאור ההשקפה בענין חובת ההוכחה שהיתה ריווחת באנגליה לפני 1935 (השנה שבה ניתן פסק־הדין במשפט וולמינגטון, (2)), מתוך כך הביע בית־המשפט הזה את הסברה, כי "משפט וולמינגטון, (2) לא היה לנגד עיניו של מחוקק הפקודה", על דברים אחרונים אלה משיג השופט לנדוי ואומר בפסק־דינו הנפרד, חזו לשוני: "בהצעת החוק הפלילי שלנו משנת 1933 היה סעיף 216 בזה הלשון: אדם הנודם למותו של אדם אחר, חזקה עליו שרצח אותו, אלא אם־כן המסיבות יוצרות את ההנחה ההסוכת, חוכת ההוכחה בדבר המסיבות למחילת המעשה, להצדקתו או להקלתו היא על האדם שביחס אליו הראו כי גרם למות האחר". סעיף זה נמחק מן החוק בנוסח הסופי אשר פורסם בשנת 1936, ולא במקרה נעשתה מחיקה זו, אלא מפני שמשפט וולמינגטון, (2), היה לנגד עיני המחוקק לפני פרסום החוק". להלן אומר אותו שופט, כי "עוד בספטמבר 1936 הערתי את תשומת לב היועץ המשפטי של אז לפסק־הדין של וולמינגטון, (2), הצעתי למחוקק את הסעיף 216 מן ההצעה, על מכתבי קיבלתי את חשבת היועץ המשפטי בה כתב בין השאר שכבר שם לב לענין הנדון ושהצעת החוק תוקנה בהתאם לכך". נאמנים עלי דבריו של השופט לנדוי, אך אין בהם כדי לסתור אף כמלוא נימה את המסקנה שאליה הגיע בית־המשפט הזה במשפט ע"פ 2/48, עבד אל־לונג, (1), הסעיף 216 הנ"ל, אשר היה בהצעת החוק הפלילי משנת 1933, מביא את עיקרי ההלכה כפי שנוסחה בומנו על־ידי סיר מיכאל פוסטר (כאשר ראינו לעיל), והוא העתק מילולי כמעט מלשונו של כותב הערך על החוק והפרוצדורה הפליליים בהולסברי (מהדורת היילשאם, כרך 9,

השופט זאין

ע' 426, סימן 731), אשר אף לו, לכותב זה, שימשו דברי פוסטר אסמכתה (ראה שם, שם, הערה ה'). אולם בהשמיט המחוקק שלנו מהנוסח הסופי של הפקודה את הסעיף 216 של הצעת הפקודה, ובהסתפק בהשמטה זו בלבד, לא עשה מלאכתו שלמה. סעיף זה, כפי שמוכח מתוכו, נועד לשם קביעת ההלכה בדבר חובת התובחה בעבירה המיוחדת של רצח. בא המחוקק ומתקו, אך בהשאירו, במתכוון או מתוך שיכחה גרידא, את הסעיף 18 בנוסחו המקורי שבהצעת הפקודה, שוב לא היה בכוחה של השמטת הסעיף 216 כדי לשנות את פני החוק; שכן הסעיף 18, כאמור לעיל, הוא סעיף כללי, וחל על כל המשמעות הצפונה בו, על כל סוגי העבירות האמורות בפקודה, ועבירות רצח הריגה בכלל זה. הקורא את הסעיף 18 עם הסעיפים 11 (ב) ו-212, כאחד, שוב אינו מטיל ספק, כי במשפט על אשמת הריגה יצאה התביעה הכללית ידי חובתה משתוכחה את מציאותם של היסודות הדרושים ליצירת עבירה זו; כי כל טענה שענינה הגנה עצמית חובת הוכחה מוטלת על הנאשם, וכי אין הלה יוצא ידי חובתו עד שהוכיח את טענתו ללא ספקות.

27. נראה עכשיו מה היתה השקפתו של השופט השלישי, השופט לנדוי, ומה הניע אותו להגיע אל המסקנה אשר אליה הגיע. אף לשופט זה, כאמור, לא היה "כל ספק שיש קשר סיבתי בין המכות בדלי ובין הולקת אשר התפתחה בקרום הרך של המוח". וכי המנח "לא מת עקב פעולתן המצטברת של כל המכות אשר הצכה". כמו־כן קבע אף הוא, כשופט רונצווייג, כי ההכאות היו תחילתן באונס וסופן בפשיעה, וכי לא ברור מתוך ההוכחות באיזו קבוצה משתי קבוצות אלה יש לקבוע את המכה אשר הכריעה את המנח למותו, והבעיה אשר עמדה לפניו — בלשונו הוא — היתה: "מכיון שהוכח כי היו מכות מוצדקות ומכות בלתי־חוקיות, על מי חובת ההוכחה לאיזה סוג היתה שייכת המכה הקטלנית (או המכות הקטלניות)?"

28. לבעיה זו יש, לדעתו של השופט לנדוי, חשיבות מיוחדת, כאשר התשובה עליה היא היא הקובעת אם השופט, לאחר סקרו את כל חומר הראיות אשר לפניו, חייב להתחיל אם הנאשם הוכיח, או לא הוכיח, את טענתו על הגנה עצמית, או שעליו, על השופט, לקבוע, כי במסיבות הענין לא חלה על הנאשם כלל החובה להוכיח את טענת הגנתו. תשובתו של השופט המלומד הזה היתה, כי "קודם כל על התביעה להוכיח מה גרם למות . . . עליה . . . להצביע על מכה מסוימת בתור מכת המוח". ורק לאחר זה חייב הנאשם להוכיח "שאותה מכה היתה מוצדקת". מסקנתו הסופית היתה, איפוא, כי "במשפט זה צריך הנאשם לצאת וזאי היות התביעה לא הוכיחה את זהות המכה הקטלנית, לא בנוגע למקום בגופו של המנח בו פגעה מכה זו, ולא במה שנוגע לרבע בו ניתנה מכה זו בין יתר המכות אשר המנח הוכה".

29. מר כהן חולק על השקפה זו וטוען, כי חובתה של התביעה הכללית מצטמצמת בהמצאת ראיות, כי מיתתו של הקרבן נגרמה על־ידי מעשהו או אי־מעשהו הבלתי־חוקיים של הנאשם. מכאן ואילך, וזה החובה ועוברת לשכמו של הנאשם, ועל הלה להוכיח לא רק שהוא פעל מתוך הגנה עצמית, אלא גם איזו מכה ממכות ידיו גרמה למותו, וכי מכה זו

השופט השני

ניתנה אגב הגנה עצמית. חיזוק לטענתו זו מוצא מר כהן במשפט האנגלי במקרה של אשמת רצח, שההגנה בה היא אי־שפיות הדעת. חובת ההוכחה על אי־שפיות דעת מוטלת, כאמור, על שכמו של הנאשם, ומשאין הלה מצליח להוכיח את טענתו לשביעות רצונו הגמור של חבר המושבעים — יש להרשיעו בדין.

30. על טענותיו אלה של מר כהן יש להשיב תשובה כפולה: ראשית, מדברי השופט לנדוי מסתבר, כי אף הוא אינו חולק על כך, כי אילו היו הוכחות שמותו של המנח נגרם מהכאה אחת, או ממספר הכאות בקבוצה אחת, או כתוצאה מצטברת של שתי קבוצות של הכאות, או יותר, היה המשיב חייב להוכיח, כי הוא פעל מתוך התגוננות מהחל ועד כלה, ומשלא היה מוכיח זאת היו מוציאים דינו לחובה. כפי שנקבע במשפט ע"פ 2/48, עבד אל־לוג'י, (1). הקושי כאן יסודו בעובדה שהיו שתי קבוצות נפרדות של הכאות, האחת מתוך התגוננות השניה לשם תקיפה, ואין לקבוע את הכאת המוות בבטחון כלשהו אם בקבוצה האחת או בשניה.

31. המשל, שהובא על־ידי מר כהן, בטוען טענת הגנה של אי־שפיות הדעת, משל זה אין המקרה דגן נמשל לו, שם נגרם המוות כתוצאה ממכה אחת, או ממספר מכות בקבוצה אחת, ולכן אין השאלה, העומדת כאן לדין, מתעוררת שם כלל. אולם לשם התאמת המסרי בות נרצה את המשל ההוא בשינוי לשון, ונניח מקרה כזה: ראובן התקיף את שמעון בבלי אשר מוח בן שמעון, אגב הגנה עצמית, חבט בכטנו של ראובן, והשמיט את הכלי מידו של זה. ימים ספורים לאחר מעשה זה נטרפה דעתו של שמעון עליו, הוא פרץ לחוך דירתו של ראובן והכה באגרופיו על חזהו של הלה. לא יצאו ימים מועטים וראובן נפטר. רופאים מומחים מחזוים דעה, כי המוות נגרם על־ידי מכותיו של שמעון, אך אין בידם לקבוע במדויק אם ראובן מת ממכת הבטן או ממכת החזה, כלומר: אם המכה הקטלנית הונחתה על־ידי שמעון מתוך צלילות דעת, או לאחר שדעתו נטרפה עליו. משל זה ועובדות אלה יצריכו מתן פתרון לשאלה דומה לשאלה העומדת לפנינו בזה. והיינו: האם חייב שמעון להוכיח איזוהי המכה אשר ממנה נהרג ראובן, וכי מכת מוח זו הונחתה על־ידו, על־ידי שמעון, שעה שדעתו כבר הייתה טרופה עליו, או שאין עליו, על שמעון, להוכיח דבר (חוץ מהעובדה שבשלב אחד התקיף מתוך טירוף־דעת), מאחר שהתביעה הכללית לא הוכיחה איזוהי המכה שגרמה למותו של ראובן? על השאלה בצורתה זו לא מציגו תשובה במשפט האנגלי, אם במפורש או בדרך ההיקש.

32. והתשובה השניה על טענתו של מר כהן היא זו: נכון הדבר שהתביעה הכללית הוכיחה ללא ספק המתקבל על הדעת, כי המנוח במקרה דגן מת מידו של המשיב, אלא לא הביא המשיב שום הוכחות על הגנה עצמית, או שבית־המשפט לא היה מקבל את ההוכחה שהובאו על־ידו, כי באיזה שלב שהוא משלבי התיאבקות פעל מתוך התגוננות — במסיבות אלה מן הדין היה להרשיעו, אך לא כן הם פני הדברים כאן. השופטים מר רחנצווייג ומר לנדוי קבעו שניהם, כי לפחות המכות שהונחתו על ראשו של המנוח בטרם כשלו רגליו של הלה, באו לשם הגנה עצמית; השופט השלישי, מר אוולאי, אף הרחיק לכת מהם, וקבע,

השופט חשין

כי המכות שהוכה המנוח גם לאחר מכן צורך השעה היו. האם חייב היה המשיב להוכיח. במסיבות אלה, איך מקומה של המכה הקטלנית ולשכנע את בית-המשפט כי היא לא באה אלא לשם הצורך?

א 33. לדעתי יש להשיב על שאלה זו בשלילה גמורה, ואני מצרף את דעתי לדעתו של השופט לנדוי, כי במסיבות המקרה אשר לפנינו לא היה על המשיב לשכנע את בית-המשפט שבנוע אשר עליו מדובר בסעיף 18, באשר סעיף זה טרם בא המועד לעשות שימוש בו.

ב 34. אין אנו רשאים להתעלם אף רגע אחד מן העובדה, כי אין שום קשר סיבתי בין ההכאות שהוכה המנוח לפני שנפל ארצה לבין אלה שלאחר מכן; ואם היה קשר כלשהו ביניהן מבחינת השתלשלותה של עצם תזאבקות, הרי ניתן קשר זה מבחינת התוצאה הסופית, שהיא המיתה, כלל גדול הוא, כי בכל משפט הריגה מוטל על התביעה הכללית לקשר את סיבת המוות לפעולתו של האסיר" (המלך נגד גודרד (R. v. Goddard) מובא ב"דייג'סט, כרך 15, ע' 772, סימן 8269, (8)). אל הכלל הזה הייתי מוסיף כי בכל מקרה שהפעולה מתבטאת בשורה של מעשים, שקצתם באו לשם הגנה עצמית, וקצתם שלא לצורך זה, המוות נגרם לא כתוצאה מכל שורת המעשים גם יחד, אלא מאחד מהם בלבד, אין בית-המשפט, בסופו של דבר, חייב לשקול אם הנאשם שכנע אותו שבנוע אשר עליו מדובר בסעיף 18 של הפקודה, אלא אמ"כ יש בהוכחותיה של התביעה הכללית כדי לקשר את סיבת המוות למעשה מסוים משורת מעשיו של הנאשם. במקרה דנן הוכח, כי בפעולתו של המשיב היו שני שלבי מעשים, את מעשיו בשלב הראשון הצדיק, לדעת הכל, בהוכחת "צורך". מכאן אילך שוב אין לנו ענין כלל בשלב זה ובמעשים שנעשו בו, ועלינו לבדוק את המעשים אשר בשלב השני, אילו היה בית-המשפט משוכנע מהוכחותיה של התביעה הכללית, כי אחד המעשים בשלב זה גרם למוות, היה אומר לעצמו: "הגה הוכחו יסודות העבירה של הריגה, כדרוש לפי הסעיף 212, הבה נראה אם יש בהוכחותיו של הנאשם כדי שכנוע בצורך". אולם בהוכחותיה של התביעה הכללית אין תחומר הררוש לקביעת עבירה של הריגה, ולו גם לכאורה, בנמצא כלל. על מקרה כגון זה, ובהתעלמות משלב המעשים הראשון, היו אומרים בבית-משפט אנגלי: "There is no evidence to go to the jury". בדיני הארץ הזאת יש לאמור על מקרה במסיבות אלה: "אין תביעה המצריכה מתן תשובה"; לשון אחרת: אין הוכחות על מעשה או אי-מעשה שהיו נחשבים באופן אחר לעבירה" (בעבירת "הריגה" הכתוב מדבר לפי שעה), ומשום כך טרם בא המועד לקבוע אם הנאשם הצליח להראות שהמעשה נעשה (על ידו) כדי להימנע מתוצאות — זכו", בלשון הסעיף 18, וכי מעשהו זה ראוי לסליחתו.

א 35. לא עלה בידי למצוא במשפט הפלילי תאנגלי העניף אסמכתה ישירה לדברים אשר נאמרו בו; אך זכר להשקפה אשר הובעה בהם, וזמזוכין, קלשים אולי, בדרך ההיקש ומן הישר אל התפוך, מן הראוי לתת בזה, הן מהמשפט התאנגלי והן מדיני הארץ הזאת:

השופט השני

(א) במשפט, (9) R. v. Martin (מובא ב.דייג'סט, כרך 15, ע' 773, סימן 8279) הואשם א. בגרימת מותו של ב. על-ידי מכת פטיש. היו הוכחות על תגרת ידיים שפרצה ביניהם, והטעם אשר בגוף ב. מראהו היה כעין חבלה הבאה אם ממכת פטיש, או ממגע עם מפתח או מגעול של דלת. בית-המשפט הורה את חבר המושבעים לקבוע אם המוות נגרם כתוצאה ממכת פטיש או מכשיר קהה אשר החזיק ביד, או אינו אלא תוצאה מדחיפה אל הדלת. במקרה הראשון — כך קבע בית-המשפט — יש כדי הוכחת האשמה, מה שאין כן במקרה השני.

א

(ב) במשפט, (10) R. v. Squire, מובא בספרו של רוסל הנ"ל, ע' 353, הערה 2 הוברר, כי הנאשם נהג באכזריות-לב כלפי נער שניתן לפיקוחו, ולא סיפק לו חזונה ראויה. הנער מת, ובריקת גופו הוכיחה, כי המוות נגרם לא מהפעעים שנגרמו לו על-ידי מעשיו של הנאשם, אלא ממזון בלתי-מספיק. הנאשם חוייב באשמת רצח. עכשיו נניח, כי הנאשם היה מצליח להוכיח הגנה מספקת לאחת ההאשמות האלה; ונניח, שהמומחים היו קובעים שהמוות נגרם אמנם מאחד ממעשיו של הנאשם, אך לא ברור מאיזה מהם; האם היה גם אז מן הדין להרשיעו? האם היו שומעין גם אז את הטענה, שמר כהן משמיעה כאן, שעל הנאשם להוכיח איזה מעשה ממעשיו היה גרם המוות, וכי מעשה זה יש לו צידוק ברין? נראה לי, כי כאן אין לחלוק, שכל עוד לא הצליחה התביעה הכללית לקשר את סיבת המוות למעשה מסויים ממעשיו של הנאשם, אין לדרוש ממנו להראות, כי הוא ראוי לכפרה. את מעשיו של הנאשם יש לראות — כשם שיש לראות גם את שתי קבוצות ההכאות במקרה שלפנינו — כמעשי משע שנעשו על-ידי שני בני-אדם, שאינם שותפים לפשעים, לאדם אחר, ואדם זה מת, או על-ידי אדם אחד לשני בני-אדם שונים, שהאחד מהם מת. כאן בוודאי אין להטיל ספק, כי התביעה הכללית לא יצאה ידי חובתה. אלא משהו-כחה את הקשר הסיבתי שבין המוות לפגיעה.

ב

ג

ד

ה

(ג) רוסל בספרו הנ"ל, ע' 507, דברו על עבירות רצח תריגה, אומר, וזו לשונו: „הדין הוא, כנראה, שאם המכה, אשר כתוצאה ממנה נפטר המנוח, הונחתה תוך הגנה עצמית בלבד, בהבדל מרצון להתאבק, סולחין אותה; ועל חבר המושבעים להחליט אם האסיר הנחית את המכה מתוך התגוננות, או אם לאמיתו של דבר ביקש להתאבק“. נראה לי, כי בפיסקה זו יש להרגיש את המלים „המכה אשר כתוצאה ממנה נפטר המנוח“; שאם לא כן, הרי נעדרת הטבעת המקשרת את המיתה למעשה מסויים ממעשי הנאשם.

(ד) הסעיף 221 של סקודת החוק הטלילי, 1936, קובע, כי „לא ייחשב אדם כאילו הרג אדם אחר אם לא מת אותו האדם האחר בתוך שנה ויום אחד מיום גרם המוות“. נניח עכשיו מקרה שבו הוכח המנוח על-ידי הנאשם ימים אחדים בזה אחר זה; ונניח, שהמנוח, נפטר שנה ושני ימים אחרי המכות הראשונות, אך

ו

השופט חשין

תוך תקופה של שנה ויום אחד מעת הנחתת המכות האחרונות. התביעה נתייחס למכות הראשונות; אך האם יש לאמור במקרה כזה שהתביעה הכללית יצאה ידי חובתה משהביאה רציית שהמנוח מת ממכותיו של הנאשם, וכי על הנאשם להראות, כי המכות הקטלניות מקומן דוקא בין הראשונות? שאלה זו עצמה נתעוררה באנגליה (שאף לפי דיניה נקבעה תקופת ההתיישנות לגבי עבירות מסוג זה לשנה ויום אחד), ובמשפט The King v. Dyson; (11), (1908) נפסק, כי מאחר שהמכות הראשונות נתיישנו, אין ליתן עליהן את הרעת, ויש רק לקבוע אם יש קשר סיבתי בין המוח לבין הפצעים שנגרמו לאחרונה.

(ה) ושוב נפנה לסעיף 18 של הפקודה. התנאי בסעיף זה קובע, כי הנאשם, בעשותו זאת (כלומר, בעשותו את המעשה שעליו מדובר בפתיתת הסעיף) לא עשה יותר משהיה הצורך לעשות למטרה זו (כלומר, למטרת ההימנעות מתוצאות אשר אי אפשר היה להימנע מהן באופן אחר), ובתנאי שהחבלה שנגרמה על-ידי המעשה לא תהיה גדולה מן החבלה או הנזק שביקש למנעם. ונשיאלת השאלה: אם אמנם אין התביעה הכללית חייבת להוכיח את מידת תקפה של החבלה שנגרמה על-ידי הנאשם, כיצד יוכל הלה להוכיח כי הוא לא עשה יותר משהיה הצורך לעשות, וכי החבלה או הנזק שביקש למנעם גדולים מן החבלה שנגרמה על-ידו או שווים לה במידת תקפם? אם נקבל את גירסתו של מר כהן יצא, כי על הנאשם להראות לא זו בלבד, כי סכנה נשקפת לו, מה היתה מידת סכנה זו, וכי הוא פעל מתוך התגוננות עצמית כדי לקדם פני סכנה זו, אלא גם את פרטי המעשים שנעשו על-ידו (כדי שאפשר יהיה לעמוד על כך אם, לא עשה יותר משהיה הצורך לעשות), וגם את מידת תקפה וחומרתה של החבלה שנגרמה על-ידו (כדי שאפשר יהיה למוד בה את החבלה או הנזק שביקש למנעם). סברה כזאת אין הדעת סובלתה.

36. בטרם אכלה את דבריו, עלי להגיד רק עוד מלים מספר בענין הנובע מתוך מסכת העובדות. חומר ההוכחות אשר היה לפני בית-המשפט שלמטה הצריך, מכל מקום, גם לפי הגירסה שנראתה לו לשופט רחנצווייג וגם לפי זו של השופט לנדוי, את השיקול בשאלה, אם יש בו, בחומר זה, כדי הרשעת המשיב בעבירה לפי הסעיפים 249 או 250 של הפקודה. דבר זה לא נעלם מעיניהם של שני השופטים המלומדים האלה, אך מטעמים שציינו על-ידם לא השיבו על שאלה זו לא בחיוב ולא בשלילה. מאחר כהן אינו מערער על טעמים אלה ועל המסקנה המבוססת עליהם, אין לאמור עוד דבר בזה.

37. קיצורו של דבר: בין אם נקבל את גירסתו של השופט אולאמי מבחינת העובדות, ובין את השקפתו של השופט לנדוי מבחינת החוק, זיכוי של המשיב בדין יסודו.