

הליך תמוה ומתסכל

פרופ' ש"ז פלר*

הדיון בע"פ 6551/93¹ היה אמור להתקיים לפני הרכב מיוחד של שבעה שופטים, בתאריך 28 במאי 1996. המערערת הורשעה, ברוב דעות, בבית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו בעבירת "רצח בכוונה תחילה" ונגזר לה עונש מאסר עולם². בערעורה³ ביקשה המערערת, שהרשעה זו תומר להרשעה בעבירה של "הריגה" ושעונשה ייגזר בהתאם לעונש שנקצב לעבירה זו בסעיף 298 לחוק העונשין⁴. כשבוע ימים לפני שמיעת הערעור שיגרה פרקליטת המדינה לבית המשפט העליון "הודעה מטעם המשיבה"⁵ כי הושגה הסכמה בין הצדדים שההרשעה תומר כאמור לעיל. הערעור הוחזר לדיון בפני הרכב רגיל של שלושה שופטים והתקיים בתאריך שנקבע לכך.

חובה לציין כי נדרשו לפרקליטות המדינה לא פחות משנתיים וחצי מאז הוגש הערעור כדי לבחון נסיבות שהיו ידועות לה אף מאז הועמדה המערערת לדיון על עבירת "רצח בכוונה תחילה", להגיע, על בסיס אותה מערכת נסיבות, למסקנה האמורה ולשחרר את הנאשמת מסיוט הרשעה מופרכת על ידי אשמתה האמיתית. אבל זוהי רק הערת אגב, אם כי מחרידה מאד; ולכותב שורות אלה ישנם טעם ואף זכות מיוחדים להעיר הערה זו, בלי כל היסוס ונקיפות מצפון⁶. ועתה על דרך הטיפול בנדון בבית המשפט העליון. לא ידוע לנו מה היו שיקולי בית המשפט העליון שהביאוהו, תחילה, להעמיד את הדיון בערעור לפני הרכב מיוחד של שבעה שופטים — אף לא של חמישה שופטים. אך לפי הבנתנו ובהתחשב בהחזרת הדיון בערעור לפני הרכב רגיל, לא היו אלה נימוקי הערעור

* פרופסור בגמלאות, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים.

1 ע"פ 6551/93 כהן נ' מ"י (טרם פורסם), (להלן: פרשת כהן).

2 זה היה בפסק הדין מיום 2.11.1993, בח"פ (ת"א) 153/93 מ"י נ' כהן (טרם פורסם).

3 הערעור הוגש ביום 13.12.1993 והוספה השלמה לנימוקיו ביום 17.3.1994.

4 חוק העונשין, תשל"ז — 1977.

5 התאריך הנקוב על מכתב "ההודעה" הוא 19.5.1995.

6 ראו מאמרנו "הכנה" כמידה של 'כוונה תחילה', גילגול איטי אך הכרחי" משפטים כו (תשנ"ו)

379-398, שנכתב אגב פסק הדין של הערכאה הראשונה בעניינה של המערערת, ומיד לאחר

נתינתו.

דווקא שהביאוהו לכך; שאם לא כן, היה מובן מאליו ששמיעת הערעור תקרים לפני ההרכב המיוחד דווקא. השיקול היחידי שנותר היה בוודאי זה שבית המשפט העליון סבר כי בהנחה שההרשעה עצמה תושאר על כנה, תועלה השאלה של הפעלת הוראה מהוראות סעיף 300א לחוק העונשין⁷ בנוגע ל"עונש מופחת" על עבירת רצח. בהנחה מורכבת זו ובהתחשב גם בעובדה שתהיה זו ההזדמנות הראשונה לערכאה העליונה לדון בסוגיה החשובה האמורה⁸, מן הראוי היה — כך מניחים — שהרכב מיוחד ונכבד של ערכאה זו יסלול את הדרך להבנתה וליישומה הראוי. אבל, במסירת ההודעה האמורה מטעם פרקליטות המדינה לבית המשפט לערעורים, לא הוסרה אלא לכאורה, בנושא לביורר, ההרשעה בעבירת "רצח בכוונה תחילה" והמרתה להרשעה בעבירת "הריגה", על כל הנוגע גם לעניין העונש הכרוך בעבירות אלה; כי "חזרה מערעור", כאמור בסעיף 206 לחוק סדר הדין הפלילי⁹, לא הייתה כאן; וגם איש לא יטען כי היה בכוחה של הודעת הפרקליטות לבטל את ערעורה של המערערת. אדרבא, בלי הערעור לא ניתן היה לערוך דיון, להכריע את הדין וליתן פסק דין בנדון¹⁰, כפי שאכן התרחשו הדברים. בית המשפט העליון בעצמו מתייחס לערעור המערערת כאל ה"ערעור שלפנינו", בהוסיפו בהמשך כי "במהלך שמיעת הערעור הודיענו..."¹¹. בקיצור, הערעור נגד ההרשעה בעבירת הרצח והעונש שנגזר עבורה נותר על כנו, למרות ההודעה מטעם פרקליטת המדינה וחרף "ההסכמה שהושגה בין הצדדים להמיר את ההרשעה כאמור", כפי שדווח בהודעה זו.

ואז מה עשה בית המשפט העליון בפסק דינו בן השש-שבע השורות האופרטיביות שבו? הלכה למעשה הוא נתן תוקף של פסק דין להודעת פרקליטת המדינה על כל הנמקתה — המצוטטת מילולית בפסק הדין — שהפכה להנמקתו הוא; והרי ההנמקה עצמה בת אחת-עשרה המילים: "לאחר שיקול דעת נוסף ובחינת כל הנסיבות המיוחדות והחריגות של המערערת", הנמקה שאומצה על ידי בית המשפט ושעליה הוא ביסס את החלטתו לאמץ גם את ההסכמה בין הצדדים כהחלטה שלו. אבל מהו אותו "שיקול דעת נוסף", הבלתי נגלה, ומהן "הנסיבות המיוחדות והחריגות" הבלתי מזוהות שהביאו להחלטתו, לא סופר לנו, לא במקור — בהודעת הפרקליטות — ולא בפסק הדין של בית המשפט, אף במילה אחת או חצי ממנה! והכול כשמדובר בהמרת אישום מ"רצח בכוונה תחילה" ל"הריגה", המרה שמתנית בתנאים שבדין, לא פשוטים וכל כך כבדי משקל. סתם כך נהפכו "שיקול דעת" נסתר ו"נסיבות" אנונימיות, שניהם של הפרקליטות, לנימוקים של פסק דין של בית המשפט העליון. אמנם בית המשפט הוסיף גם נימוק משלו,

7 כפי שתוקן בס"ח תשנ"ה 1535.

8 שבוודאי תעטיק את הרשות השופטת בעתיד בשכיחות יחסית לא מבוטלת.

9 חוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב — 1982, סעיף 206, ס"ח 1043.

10 ראו לעיל, הערה 1.

11 שם.

מקורי תרתי משמע, המובע באלה המילים: "לאחר בחינת העניין לגופו", ממש לפני מתן ביטוי להכרעתו: "נעתיים אנו לבקשה"¹²; אך איזה "גוף" חדש נתגלה לבית המשפט וכיצד הוא נראה, שוב אין כל פירוט! לפחות היה נדרש בית המשפט לנימוקי "הודעת הערעור"¹³ של המערערות ודן בהם, באשר — הודעה זו — היא, בכל זאת, זו ששימשה בסיס פרוצדורלי לדיון בפניו; שם נמצא פירוט טענות, ששוללות את התקיימות היסוד הנפשי המיוחד של "כוונת תחילה", הנדרש לשם הגדרת המתת אדם כ"רצח בכוונה תחילה" לפי הוראות סעיף 300(א)(2) לחוק העונשין בצירוף הוראות סעיף 301 לחוק זה. בייחוד הושם שם הדגש על דרישת "ההכנה" כאיפיון חיוני של ה"כוונה תחילה", דרישה שצוינה גם ב"השלמת נימוקי הערעור" שהוגשה על ידי המערערות.

אולי יכול היה בית המשפט העליון לצאת ידי חובה לפחות תוך הפניה — גלובלית או בהסתייגות או בתוספת השלמות, אם ראה צורך בכך — לדעת המיעוט בערכאה הקודמת, דעה מפורטת ומנומקת בהרחבה מבחינה עובדתית ומשפטית כאחת על פני כעשרים ואחד עמודים מודפסים של הכרעת הדין, דעה שמהווה גם חלק מהכרעת דין של רשות שופטת מוסמכת לכך, ודעה שדוגלת אף במסקנה זוהי לזו המוכרזת על ידי בית המשפט העליון אך תוך ציטוט, במקום הנמקה ראויה ולו אף מזערית בלבד, של מספר מילים סתמיות מתוך הודעה של הרשות התובעת, ואימוצן כתשתית לפסק דין של הערכאה העליונה. כלום ניתן להעלות על הדעת שבית המשפט העליון עצמו יראה את דרך ההנמקה של פסק דינו, אותה נקט בע"פ 6551/93, כמודל שניתן או אף שיותר לבתי המשפט לאמצו? וזאת אף בעניינים פחות טעונים בעייתיות משפטית ועובדתית, מן העניין הסבוך של ההבחנה בין "כוונה תחילה", הנדרשת לעבירת ההמתה לפי סעיף 300(א)(2) לחוק העונשין, לבין "מחשבה פלילית", כולל "כוונה רגילה", המספיקה לעבירת ההריגה לפי סעיף 298 לחוק זה. מה גם שבבית המשפט קמא נחלקו הדעות בסוגיה זו והחלטת בית המשפט העליון בנדון הולמת את מסקנת דעת המיעוט דווקא! מה יבינו שופטי הרוכ ואף שופטת המיעוט, שישובו בדין בערכאה הקודמת, מן "ההנמקה" הסתמית והעמומה "לאחר שיקול דעת נוסף ובחינת כל הנסיבות המיוחדות והחריגות של העניין לגופו", שעליה השתיחה הערכאה העליונה את החלטתה? הֲצָדָקָה שופטת המיעוט וטעו שופטי הרוכ? או שמא ההיפך, כי ניתן לטעון גם להיפוכו של דבר? "הנמקה" כזאת דינה להישאר בין גרשיים גם כאשר מדובר בהבעת דעה בידי פרקליטות המדינה, אך קשה להשלים עמה כשמדובר בפסק דין של הערכאה השיפוטית העליונה במדינה.

הערכאה העליונה חייבת למערכת בתי המשפט כולה וכן לרשות החוקרת, לרשות התובעת ובכלל לקהל המשפטנים, הדרכה בעניין הבנת החוק ויישומו ואת

12 שם.

13 כולל, כמובן, אלה המפורטים ב"השלמת נימוקי הערעור" שהוגשה בתאריך 17.3.1994.

תפקידה זה היא מקיימת, ראשית לכול, בפסקי דין מפורטים, ובייחוד מנומקים ומשכנעים.

נדמה לנו כי במקרה הנדון כאן, הייתה זו פרקליטות המדינה הראשונה המעוניינת לבקש דיון נוסף כדי להסיר את הערפל הסמיך, אם לא החושך המלא, האופף את פסק הדין שניתן בדיון הרגיל.

עתה נמצא לנגד עינינו גם גזר הדין החדש, מיום ה-14 ביולי 1996, של בית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו, שניתן לאחר שהתיק הוחזר אליו על ידי בית המשפט העליון כדי שיגזור את דינה של המערערת, הפעם בהתאם לסיווגה הנכון של העבירה המיוחסת למערערת ולעונש שנקצב לעבירה זו בחוק. נגזר למערערת, פה אחד, עונש מאסר לתקופה של שבע שנים. אמנם פסק הדין של בית המשפט העליון חייב גם את שופטי הרוב בסיבוב הראשון לפעול בהתאם להכרעתו בערעור; אך קשה לנו להבין מדוע קרה שבהכרעות הדין המקוריות שלהם, לא מצאו שופטי הרוב צורך וחובה אף להתמודד עם הנמקתה של שופטת המיעוט, שהובילה כבר אז לאותה מסקנה אליה הגיע בית המשפט העליון כשדן בערעורה של הנאשמת, לאחר קרוב לשלוש שנים; והכול, כאמור, על בסיס אותה מערכת נתונים. אולי ניתן היה כבר אז לחסוך את עיוות הדין שנגרם בינתיים לנאשמת! אך על דרך קבלת ההחלטות בידי חבר שופטים, שיושבים יחד בדיון, כבר דנו בהזדמנות אחרת; ודרך זו היא אף מוסדרת בהוראתו המפורשת של סעיף 80 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד – 1984.¹⁴

והליך דומה לנ"ל

מעשה שהיה כך היה, והכול בהתאם לעובדות הבלתי שנויות במחלוקת בין בית המשפט העליון לבין פרקליטות המדינה: בבית המשפט המחוזי בנצרת¹⁵, הואשם והורשע מוריס אזואלוס בעבירת "רצח בכוונה תחילה" לפי סעיף 300(א)(2) לחוק העונשין. בית המשפט העליון¹⁶ קיבל את ערעורו של הנידון – בו נטען כי ההמתה נעשתה עקב "התגרות בתכופ למעשה" כאמור בסעיף 301(א) לחוק העונשין – המיר את ההרשעה בעבירת "הריגה" לפי סעיף 298 לחוק זה, והחזיר את התיק לבית המשפט המחוזי לדיון בעונש ולמתן גזר דין. פרקליטות המדינה הגישה עתירה לדיון נוסף¹⁷, שנדחתה.

ידוע שלפי ההלכה הקיימת, הקנטור – בלשון החוק "התגרות בתכופ למעשה" – שעשוי לשלול את "הכוונה תחילה" הנדרשת לשם גיבוש עבירת הרצח לפי

14 ס"ח 46.

15 ת"פ (נצ') 195/91 מ"י נ' אזואלוס (טרם פורסם).

16 ע"פ 3071/92 אזואלוס נ' מ"י, פ"ד נ(2) 573.

17 ד"נ 3196/96 מ"י נ' אזואלוס (טרם פורסם).

סעיף 300(א)(2) לחוק העונשין, צריך לעמוד בשני מבחנים: אחד אישי — הקרוי מבחן "סובייקטיבי" ואחר כללי — וקרוי "אובייקטיבי". באמצעות המבחן האישי בודקים אם אכן קדמה למעשה הקטלני ובתוכו לר התנהגות פרוכוקטיבית, שהביאה את העושה, אישית, לתגובה הקטלנית תוך זעזוע נפשי עמוק, שהתבטא באובדן עשתונות, השתלטות יצר הנקמה ואובדן ניכר של כוח הריסון העצמי להימנע מן התגובה. אם התגובה עמדה במבחן זה, משמש המבחן הכללי כלי לכדוק אם, באותן נסיבות, עלול היה להשתלט מצב נפשי כאמור גם על אדם מן היישוב וגם זה עלול היה להגיב עקב כך כפי שהגיב העושה. המבחן האישי, בתמציתו, עניינו בנתונים הקונקרטיים של האירוע הקטלני העומד לדיון, שנוגעים ליחס שבין התגרות ותגובה לה, והוא מספק, בהקשר עבירת הרצח "בכוונה תחילה", את התשובה לשאלה — הן אם היא נוחה לנו והן אם לאו — אם האירוע היה ספונטני או לאו; זאת, כמובן, רק אם העמידה במבחן הייתה חיובית, כי ניתן לבצע מעשה ספונטני גם בהיעדר התגרות בסמוך לו.

אשר למבחן הכללי, עניינו הוא, אליבא דדוגלים בנחיצותו, ערכי־נורמטיבי, ובעל שתי פונקציות: האחת — שהיא שנויה במחלוקת — לשוות נפקות מותנית בלבד למשמעות העמידה של הקנטור במבחן האישי; נפקות זו עשויה להתבטל כליל אם ההתגרות, למרות שאושרה במישור האישי, לא עמדה גם במבחן הכללי; כלומר מהות האירוע תהיה של רצח "בכוונה תחילה", למרות הספונטניות הדבוקה בו, ודי בנפקות זו בלבד כדי לשלול את הנחיצות ואף את הלגליות של המבחן הכללי; שכן מבחן הנועד לאתר מציאות אך מעוות אותה הנו פסול; הפונקציה האחרת — שהיא מיותרת מעיקרה — היא לשרר לציבור המורכב ברובו מאנשים מן היישוב, את המסר שעליו להימנע מתגובה קטלנית שעלול היה לנקוט עקב התגרות בו, על־אף הזעזוע הנפשי שעלול היה להשתלט עליו בעקבות ההתגרות, ציווי שבעל האירוע הקטלני, בהפרו, התחייב בעבירה החמורה של "הריגה".

השאלה אינה אפוא מה קרה בפועל במישור הנפשי לאדם מן היישוב עקב ההתגרות ההיפותטית בו, ומה הוא היה עושה בפועל בעקבות כך, אלא מה עלול היה לקרות לו, ומה הוא עלול היה לעשות בעקבות כך; זאת, כדי להבהיר כי מצפים ודורשים מן הציבור כולו לשלוט בעצמו, שאם לא יעשה כך הוא יתחייב בפלילים. מובן מאליו כי, אם האירוע אינו עומד במבחן האישי, מתייתר כל צורך להעמידו עוד במבחן הכללי.

יודגש שוב ויובחן שאם המבחן האישי מופעל על נתונים קונקרטיים, האופפים אירוע קטלני נתון, השימוש במבחן הכללי כולל המסקנה אליה הוא מוביל, הינו עניין שבהערכה מופשטת, על בסיס נתונים היפותטיים, לפי השכל הישר וניסיון החיים; בוודאי לא עניין שבסטטיסטיקה.

הנשיא ברק, שניסח את פסק הדין בערעור, בהסתמכו על ההלכה הפסוקה הקיימת — אם כי אף הוא הסתייג ממנה אגב אורחא — העמיד את התנהגותו של המערער בשני מבחני הקנטור הנטען, כל אחד על משמעותו הייחודית והמלאה,

והגיע למסקנה כי אכן פעל המערער תוך תגובה "שקדמה לה התגרות בסמוך למעשה" לאור כל אחד משני מבחני הקנטור.

אשר לעמידת התגובה במבחן האישי, כלומר להגדרת תגובתו של המערער כספונטנית עקב התגרות בו בסמוך למעשה, לא באה כל השגה מטעם פרקליטות המדינה. ואולם, לעניין עמידת התגובה במבחן הכללי, הצביעה פרקליטות המדינה בעתירתה לדיון נוסף, על הגדרה לוקה בחסר של תפקיד המבחן בפסק דינו של הנשיא ברק, לעומת הגישה המקובלת של ההלכה הפסוקה בנדון. לדעת הפרקליטות, לא די לגרוס כי המבחן "בא למנוע אות קין של רוצח מנאשם אשר הגיב כפי שרוב האנשים עלולים היו להגיב", אלא שבית המשפט העליון צריך היה לקבוע כי המבחן הכללי מחייב להעריך אם "תגובתו של הפרט נעשית גם על פי נורמות מוסריות וערכיות", המשודרות בכך לציבור כולו. חסר זה בתיאור תפקידו המורכב – המוסרי-ערכי והנורמטיבי-מחייב – של המבחן הכללי נותן ביטוי, כך נטען, לשינוי לעומת ההלכה הקיימת, ולכן הוא מצריך דיון נוסף בנושא; כך, כאמור, בעתירת הפרקליטות. לנו נראית כחמורה במיוחד ההערה של המשנה לנשיא, השופט ש' לוין, בהחלטתו לדחות את העתירה, לפיה ביקורת הפרקליטות מבוססת על פסקה מפסק דינו של הנשיא ברק ש"הוצאה מן ההקשר". הרי יש להניח שמנסח העתירה ידע לקרוא את ההתייחסויות שבפסק הדין למבחן האובייקטיבי כמבוסס על "הערכה ערכית", ולא סטטיסטית, של תגובת רוב הציבור בנסיבות העניין, כ"משרת מטרה חברתית" וכמבחן ש"יש בו, אפוא תשלובת [לא 'תערובת'!] לבין הרצוי והמצוי"¹⁸. אף אותה פסקה, המצוטטת בעתירת הפרקליטות, שבה צמצם כביכול הנשיא את תפקידו של המבחן הכללי, פותחת באלה המלים הברורות:

"ודוק: המבחן האובייקטיבי לא מאפיין את התנהגות הנאשם או הנאשמת כהתנהגות ראויה. הוא אף לא נועד להצביע על כך כי רוב האנשים במדינה היו נוהגים כפי שהנאשם נהג".

אם אין זו גישה ערכית-מוסרית, המשדרת נורמה פוזיטיבית של התנהגות לציבור כולו, יחד עם גינוי התנהגותו של הנאשם, מה יכולה היא כן להיות? וכיצד ניתן להפריד בין הרישא לבין הסיפא של אותה פסקה ממש¹⁹? על כל אלה וביתר הרחבה ביסס השופט ש' לוין את החלטתו לדחות את העתירה.

ועתה מלים אחדות לגבי הערכתנו הנחרצת, לפיה הפונקציה של המבחן הכללי לשדר מסר ערכי-נורמטיבי לציבור בדבר התנהגותו המתחייבת מול התגרויות, שעלולות להוליך לחגובות קטלניות, הינה "מיותרת מעיקרה"; זאת, למרות שהנשיא ברק התייחס גם לפונקציה זו ואף בהרחבה. אף אלמלא דן הנשיא גם

18 לעיל הערה 16, בע' 578.

19 שם, בע' 579.

בסוגיה זו כלל, לא היה לטענת הפרקליטות שהגדרת הפונקציה האמורה של המבחן הכללי על ידי הנשיא לוקה בחסר, על מה שתסמוך.

ללא כל הרגשה של הרחקת לכת היינו גורסים כי כל התיאורים, הביאורים, ההסברים וההבהרות התיאורטיים הנוגעים לתפקיד הנועד למבחן הכללי, שבו צריך לעמוד הקנטור כדי לשלול "כוונה תחילה", כולם מתגמדים מפני הנפקות הישירה והפשוטה מכוח החוק החרות, של עמידת אירוע גם במבחני הקנטור — נפקות שלפיה עדיין מתחייב העושה בעבירה שהיא בגדר פשע ושדינה הוא מאסר עשרים שנה. הנשיא ברוק אכן פסק שיש להמיר את ההרשעה בעבירת "רצח בכוונה תחילה" להרשעה בעבירת "הריגה" ולגזור את העונש בהתאם לדין עבירה זו — מאסר עשרים שנה — לפי סעיף 298 לחוק העונשין. מה יכול להיות מסר מוסרי-ערכי בעל אופי ממשי ומחייב יותר — תתאפקו למרות ההתגרות בתכופ למעשה, ואל תיכנעו ליצר הנקמה אפילו כאשר התגובה עלולה לעמוד גם במבחן הכללי של ההתגרות? אין ולא היה צורך בשום פילפול וקומנטר אקרובטי מן הסוג שפותח בעתירת פרקליטות המדינה. החוק הכתוב אומר את דברו הברור והפשוט: שב ואל תעשה, כי זה פשע. ואין כל רע בכך שהמעשה יוגדר כ"הריגה" בלבד, עם עונש מאסר לעשרים שנה, ולא "רצח" שדינו מאסר עולם שלעולם אינו כזה; כלום אין, ולא צריך שלא יהא, הבדל בין ההתנגשות הקטלנית של הרוצח יגאל עמיר בראש הממשלה יצחק רבין המנוח, לבין פלוני המזדמן במקום, שהיה שולף את אקדחו ויורה למוות ברוצח תוך אובדן עשתונות עקב הפשע המקומם של הרוצח?! והרי גם מעשהו של פלוני עדיין נופל בגדר הפשע "הריגה"! או שמא אף הוא צריך להיקרא "רוצח"? וכדי לא לגלוש למשלים טראומטיים במיוחד — האם אין הבדל בין מעשהו של א' שהביא למות קורבנו בהרעלה מכוונת מראש ובדם קר, לבין מעשהו של ב', אשר, לאחר שהופתע בהתפרעות המינית של הקורבן בכתו, הרים אבן תוך אובדן עשתונות, זרק אותה לעבר החוליגן וגרם למותו עקב פגיעה בראשו? הרי גם זו המתה פלילית וגם ההיא המתה פלילית היא! כלום אין הבדל בין מי שרצח בכוונה תחילה לבין מי שהרג עקב התגרות בו בתכופ להמתה? ההבחנה היא מתחייבת מהאנטי-חברתיות הנבדלת, הגלומה בסוג העבירה ודבוקה באישיות העברייני; ואם החוק מבחין בין עבירת "רצח בכוונה תחילה" לבין עבירת "הריגה", הוא נותן ביטוי בכך גם להתייחסות הערכית הנבדלת של הציבור למידת החומרה של כל אחד משני סוגי עבירות אלה ולמידת השלילה שבתדמיתם הייחודית של אלה העלולים לעבור אותן. לכן הרשות השופטת, שהיא מופקדת על יישום החוק באורח ערכי מובדל, מצווה למלא את תפקידה תוך התאמת הכרעותיה להוראותיה הנבדלות של החוק, בנוגע לכל אירוע עברייני לפי נתוניו הרלוואנטיים ונסיבות התרחשותו, טיבו הייחודי, משקלו האנטי-חברתי הסגולי ותדמית אישיותו של בעל האירוע. אשר לאות-קין, היא עלולה להיטבע עם כל ההבחנות הראויות, גם במצחו של המתחייב בעבירה מסוג אחר — כולל של "הריגה" — ולא רק בעבירה של "רצח בכוונה תחילה"; ואילו הנשיא ברוק התייחס בפסק דינו בפרשת אזואלוס לאות-קין מיוחדת של

רוצה בלבד, ובוודאי לא בהבדל מ"אות-כבוד" המגיעה למי שמתחייב בעבירת "הריגה", הגוררת אחריה שנים רבות של שלילת חופש התנועה ושל מעמד של בעל עבר פלילי כבד! בעצם כל הטיעון דלעיל נראה כמיותר לגמרי בעיני מי שפוסל כליל את המבחן הכללי האובייקטיבי של הקנטור, לאחר שהוא, הקנטור, עמד במבחן הסובייקטיבי; הוא נטע זר וצורם כמבחן ליסוד נפשי סובייקטיבי מובהק. זהו הדבר והיפוכו, ופסול מעיקרו. ובנוסף על כל האמור יורשה לנו ליתן ביטוי לניחושינו, ולו אף ליותר מניחושים, לגבי הרקע האמיתי של עתירת הפרקליטות לדין נוסף בפרשת אזואלוס. נדמה לנו כי הפרקליטות התרשמה — אם אף לא נרתעה — במיוחד מן הקטע הבא שבפסק דינו של הנשיא ברק, הנותן ביטוי למעין "אני מאמין" שלו בדבר מקומו של מבחן כללי, אובייקטיבי, לבדיקת התקיימות הקטגוריה הסובייקטיבית המובהקת של "כוונה תחילה":

"כשלעצמי, מוכן אני לעיין בהלכה הקיימת, תוך צמצום המבחן האובייקטיבי או אף ביטולו. עם זאת, שינוי כזה מרחיק לכת בהלכה הפסוקה, מן הראוי לו שיעשה רק במקרה המתאים לכך. המקרה שלפנינו אינו מקרה מתאים, שכן נחה דעתי כי גם על פי הגישה המקובלת, נתקיים בעניין שלפנינו הן המבחן הסובייקטיבי והן המבחן האובייקטיבי..."²⁰

לא מובן לנו רק הנימוק שבפסק הדין, לפיו פרשת אזואלוס אינה המקרה המתאים ל"ביטול המבחן האובייקטיבי" שבו צריכה לעמוד ה"התגרות בתכופ המעשה"; כלום זקוק הנשיא דווקא למקרה שבו התגובה אינה עומדת גם במבחן הכללי, כדי לפסוק כי מבחן זה הנו מיותר לעניין בדיקת התקיימות "כוונה תחילה", לאחר שהקנטור עמד במבחן האישי? כלום עשוי המבחן הכללי להפוך "כוונה ספונטנית" ל"כוונה תחילה" למרות היעדרה? וזאת, כאשר, הלכה למעשה, הספיקה לנשיא הקביעה כי תגובתו של המערער הייתה תוך "כוונה ספונטנית", השוללת, מטיבה ומטבעה, "כוונה תחילה". זהו ניצחון של רעיון — לעולם אין להפוך "כוונה ספונטנית" ל"כוונה תחילה", וכל דעה סותרת היא בבחינת שימוש לרעה בסבלנות הנייר עליו מעלים אותה, או בסבלנות האוזן הקולטת אותה. אין גם לשכוח שהנשיא לא נמנע מלהכריז על ספונטניות הכוונה שהתלוותה אל מעשה הנאשם, למרות שהיו גם צעדי הכנה פיזיים בטרם לחיצה על ההדק — שליפת האקדח, דריכתו והכוונתו אל תוך הרכב בו ישבו הקרבנות; ואילו פעולות פיזיות אף תוך-ביצועיות, נחשבות כ"הכנה" המאפיינת דווקא "כוונה תחילה"; כך, כמובן, לפי ההלכה הפסוקה הקיימת, המאוד שנויה במחלוקת. במילים אחרות, כאשר העמידה במבחן האישי בלבד, מייתרת מינה וביה כל בדיקה נוספת לאור המבחן הכללי. בדיקה כאמור מתייתרת תמיד — הן אם העמידה במבחן האישי מתכחשת, כי עמידה זו הכרחית היא, והן אם העמידה במבחן האישי מתאששת, כי העמידה

מספיקה היא. בקיצור, הכרחיות המבחן האישי ודיותו, כאחת ולבדן, שוללות מטיבן ומטבען "כוונה תחילה".

לגופו של העניין, פרקליטות המדינה, הדוגלת כנראה בהשקפת עולם לפיה תפקידה הוא שלא לסגת משטחי האשמה כבושים, למרות שה"ריבונות" עליהן היא מפוקפקת ניה, ראתה, שוב כנראה, שאחד מן השטחים הללו — שנכבש רק בידי ההלכה הפסוקה ואף שלא בהתאם לחוק — הוא האשמה "בעבירה של כוונה תחילה" גם בהיעדר(!) כוונה תחילה. מכאן המרץ המושקע בעתירת פרקליטות המדינה — כ"הליך דומה לנ"ל" — לחזק, ואולי ביתר דיוק לחשק, את המבחן האובייקטיבי לבדיקת "ההתגרות בסמוך למעשה", מבחן המאפשר האשמה בעבירה של רצח בכוונה תחילה, גם בהיעדרה. אין ספק כי הפרקליטות יודעת לקרוא פסק דין וידעה בדיוק מה שכתב הנשיא ברק בפסק דינו; אך פסול שענינה תהיינה חסומות על ידי השקפת עולם מוטעית. תפקידה הוא לשמור בחרדה על היישום הנכון של החוק; וזאת, גם לטובת העבריים.