

הרבה הגנות מתות והגנה הורגת אחת

בשנים האחרונות, כחלק ממגמת ההחמרה באחריות הפלילית, שחקה ההלכה השיפוטית כמעט את כל ההגנות שנקבעו בחוק לטובת מבצעי עברה. מגמה זו מתוארת בהרחבה במאמר בהקשר של הגנת הכורח, והיא נסקרת גם בהקשר של הגנות מלאות אחרות כגון אי־שפיות ושל הגנות חלקיות כגון קנטור וההגנות החלקיות בעברת הרצח. החריג היחיד למגמה זו הוא ההגנה העצמית, הזוכה להרחבה ניכרת במאפייניה העיקריים – בעיקר בסוגיית ההגנה המדומה ובהגנה על מתחמי מגורים. לטענתי, שני פניה של מגמה זו נגזרים משיקולים פוליטיים: ההרחבה של ההגנה העצמית נעשית לטובתם של מבצעי עברה המשתייכים לקהילת הרוב ההגמונית, אך בכל ההגנות האחרות, הנשחקות, נוטים מבצעי העברה להשתייך לקבוצות זרות, מאיימות או מוחלשות.

א. רקע

ברשימה הנוכחית אני טוען כי בד בבד עם מגמת ההחמרה בכל רכיבי האחריות הפלילית המהותית,¹ הן בחקיקה והן בפסיקה, בעשורים האחרונים מתחולל בישראל תהליך עקבי של כרסום ההגנות המהותיות, הכלליות והספציפיות. חריגה למגמה זו ההגנה העצמית: זו מורחבת באופן שיטתי ומאיימת לאבד את אופייה כהגנה פרטית ולהיהפך לרישיון הריגה בחסות החוק. אני מזהה בתהליך זה מאפיינים מובהקים של דחיית הזר והעדפת הקבוצה ההגמונית: הגנות שהטוענים הטיפוסיים להן הם זרים ומוחלשים הולכות ונהפכות לאות מתה ואילו בני הקבוצה ההגמונית הפוגעים בזרים נהנים מהגנה נדיבה. אני מציג תהליך זה בעיקר באמצעות השוואה בין הגנת הכורח להגנה העצמית, אך כדי להצביע על כלליותה של המגמה אני סוקר בקצרה גם הגנות אחרות, כלליות וספציפיות.

מגמת ההחמרה בדיני העונשין מזוהה ומוכרת היטב מצדה ה"חיובי" של האחריות הפלילית (להבדיל מהגנות השוללות אחריות פלילית), על כל היבטיה. המוכר בהיבטים אלה הוא גובה העונש והולך ומתעצם כמעט בכל זירות הפלילים, אך קל לזהות את מגמת ההחמרה גם בהרחבת מצודתן של עברות קיימות בחקיקה ובפסיקה ובהוספה של עברות חדשות.² בה בעת הוחמרו – בעיקר בפסיקה – המתווים הכלליים של האחריות הפלילית

* פרופסור, בית ספר רדזינר למשפטים, המרכז הבינתחומי, הרצליה

1 ראו, למשל, מרים גור אריה "המשפט הפלילי בפסיקת בית המשפט העליון בשנת תשע"א – מגמה של הרחבת האחריות הפלילית ושל החמרת הענישה" דין ודברים 59 (2013).

2 ראו, למשל, סעיף 332 לחוק העונשין, תשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין), שחוקק במסגרת תיקון מס' 119 לחוק העונשין (תשע"ה-2015) (להלן: תיקון מס' 119), שכותרתו "יידוי או ירי

כגון היסוד העובדתי הנפשי, צדדים לעברה וניסיון), והוספו – בעיקר בחקיקה אך בתמיכת הפסיקה – בסיסי אחריות חדשים (כגון אחריות קבוצתית לסוגיה ואחריות של בעלי שליטה למיניהם). בצד החמרות אלה בדין הפלילי המהותי הוחמרו מאוד בעידן הנוכחי כל מתווי סדר הדין הפלילי וכללי הראיות. למיקוד תיקופה של מגמה כללית זו אומר כי למרות עניינה המוצהר של מערכת המשפט הישראלית בהחלה של המהפכה החוקתית על דיני העונשין המהותיים והדיוניים,³ אין היבט אחד של זכויות האדם בישראל הקשור לפלילים שלא חלה בו נסיגה מאז החלה אותה מהפכה. בהקשר חברתי ופוליטי רחב יותר, המקביל לטענות העיקרית ברשימה זו, אני מאמין כי גם ההחמרה בצד ה"חיובי" של המשפט הפלילי נגזרת מהתמורה העיקרית שעברה החברה הישראלית מאז הקמת המדינה – התייצבותם ועיבויים של קווי הפרדה בין הקבוצה ההגמונית המעצבת את הדין לבין שאר הקבוצות שהדין חל עליהן. גם בעת הקמת המדינה השתייכו המחוקקים והשופטים לקבוצת הרוב היהודית (בעיקר האשכנזית והחילונית), אך חבריה של קבוצה זו עדיין נשאו זיכרון אישי וקבוצתי של מחסור ורדיפה; באותם ימים מציאות חייהם הישראלית של המחוקקים והשופטים עדיין לא הייתה מנותקת לחלוטין ממחסור כלכלי, מקשיי קיום ומהעבריינות הנלווית להם.⁴ גם אם היו מוכנים להציץ מעבר למסך הבערות כדי להתאים את המשפט הפלילי להעדפותיהם המגזריות, לא היו יודעים לסווג את עצמם בביטחון כקרבנותיו של הפשע ולא כעבריינים. בעידן הנוכחי הם יודעים: קבוצת הרוב התבצרה מאחורי חומות של ביטחון כלכלי, טריטוריאלי ותרבותי, והיא הולכת ומעצימה משם את איומיה נגד המנסים לעלות באותן חומות. ברשימה הנוכחית אני טוען כי אם כך ברכיביה ה"חיוביים" של האחריות הפלילית אזי כך גם ברכיביה ה"שליליים", כלומר: בהגנות. בעשור הראשון לקום מדינה זכו יעקובוביץ,⁵ מנדלברוט⁶ ופורמסקי⁷ למידה של חסד ואמפתיה שיורשיהם לפשע לא יזכו לה בעשור השישי.

אינני מתקף את המגמות המתוארות במאמר בחקך כמותני מקיף. דבקותו של בית המשפט העליון בהלכותיו וריכוזיותו של מערכות השיפוט שתחתיו מביטחים כי המגמות הברורות המסתמנות בפסקיו המנומקים של בית המשפט העליון מייצגות היטב את המציאות

של אבן או חפץ אחר לעבר כלי תחבורה"; סעיף 275א לחוק העונשין שחוקק במסגרת תיקון מס' 119 שכותרתו "הפרעה לשוטר בנסיבות מחמירות" – "המיידה או יורה אבן או חפץ אחר לעבר שוטר או לעבר כלי רכב משטרתי, במטרה להפריע לשוטר כשהוא ממלא את תפקידו כחוק או להכשילו בכך, דינו – מאסר חמש שנים"; סעיף 347ב לחוק העונשין שחוקק במסגרת תיקון מס' 122 לחוק העונשין (תשע"ו-2016), שכותרתו "יחסי מין בין כהן דת לאדם שקיבל ממנו ייעוץ או הדרכה".

3 ע"פ 4424/98 סילגורו נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(5) 529 (2002); אהרן ברק "הקונסטרוקציונליזציה של מערכת המשפט בעקבות חוקי-היסוד והשלכותיה על המשפט הפלילי" מחקרי משפט יג 1 (1996); יורם שחר "סדר דין פלילי" ספר השנה של המשפט בישראל 375 (אריאל רוזן-צבי עורך, 1993).

4 רון חריס המשפט הישראלי – השנים המעצבות: 1977-1948 60-57, 73-72 (2014).

5 ע"פ 125/50 דוד יעקובוביץ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד ו 514 (1952).

6 ע"פ 118/53 מנדלברוט נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד י 281 (1956).

7 ע"פ 99/51 פורמסקי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד ו 341 (1952).

המשפטית כולה, ולכן אני מסתפק בסקירה של פסקים אלה. אני מודע לאפשרות התאורטית שמגמות הפוכות לאלה המתוארות מסתתרות בשגרת פעולתם ובשיקול דעתם של גופי חקירה ואישום⁸ העומדים בשעריו של ההליך הפלילי, אך אני מעריך בביטחון כי גופים אלה מעצימים בפועל את מתווי עמדותיו של בית המשפט העליון. הסיכויים של תופס מקרקעין שירה בפורץ להינקות מלכתחילה מכל הליך פלילי טובים לפחות כמו סיכויי לצאת זכאי בסופו של הליך מלא, ואילו הסיכויים של אשה שאולצה להוביל סמים להישלח לביתה בלא אישום רעים להערכתי לפחות כמו סיכוייה לזכות בערעורה לבית המשפט העליון. בנייתוח ההגנות במאמר הנוכחי אינני משתמש בהבחנה המוצעת לעתים בין הגנות פוטרות להגנות מצדיקות. מעבר לספק המוכר בדבר חלותה של הבחנה זו במשפט הישראלי,⁹ אני מאמין כי אימוצה היה מחייב עמדות הפוכות מאלה המתוארות במאמר. כך, למשל, דווקא העובדה שההגנה העצמית עוצבה מלכתחילה על ידי המחוקק במתווה נוח-יחסית למתגונן מחייבת, לדידי, הקפדה יתרה על גבולותיו של מתווה זה. צדה השני של טענה זו הוא שבמקרי שוליים (כגון הגנה עצמית מדומה) – שביט המשפט העליון הולך ומותח עליהם את ההגנה העצמית – הגנה זו ממילא מאבדת את אופייה המצדיק.

ב. הגנות מתות

בחלק זה של הרשימה אני סוקר כמה הגנות כלליות, שבכוחן לחול על כל עברה פלילית, והגנות ספציפיות, החלות בקשר לעברה מסוימת או לקבוצת עברות מסוג מסוים. לבד מהמלל הרב שהוקדש לרוב ההגנות הללו בכתיבה האקדמית, בהליכי החקיקה ובעיקר בפסיקת בית המשפט העליון – השפעתן על המשפט הפלילי בישראל קטנה מאוד. מעצם טיבה, הסקירה שלהן מאפשרת נגיעות קצרות וכוללניות בהגנות הנסקרות, אך אני מבקש להקדים לה התייחסות קצרה אף יותר לשני סוגים של הגנות הנסטרות מהעין מסיבות הפוכות – אלה החיות מאלהן ואלה המתות מאלהן. לשתייהן משותפת העובדה שאין בהן מעלות או מורדות ואין בהן משתנים משמעותיים הכפופים לפירוש דינמי – ועל כן אין לי בהן עניין ברשימה הנוכחית, לבד משתי דוגמאות שאביא לכל אחת מהן.

1. מותן של הגנת הצורך והגנת היעדר השליטה

ההישענות של הרכיב היחידי בהגנת הקטינות¹⁰ על גיל ביולוגי יחיד וחד¹¹ בעת ביצוע העברה, בין שהישענות זו צודקת ובין שלא, נותנת להגנה זו כשלעצמה (להבדיל משפע ההיבטים

8 ראו Miriam Gur Aryeh, *Justifying the Distinction Between Justifications and Excuses*, 5 J. CRIM. L. & PHILOSOPHY, 293 (2011).

9 ראו ע"פ 1109/09 שיבלי נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 4.1.2010); מרים גור-אריה "חשיבות ההבחנה בין הגנות מצדיקות לבין הגנות פוטרות ככלי פרשני" *מגמות בפלילים לאחר עשור לתיקון 39 לחוק העונשין* 401 (אליעזר לדרמן ואח' עורכים, 2010).

10 סעיף 134 לחוק העונשין.

11 בגרסתה הראשונה בחוק הפלילי הישראלי הותנתה ההגנה במרווח גילים ובהתפתחותו האישית של מבצע העברה; ראו סקירה בעניין זה בע"פ 9828/06 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 10.6.2007).

הדיוניים של הקטינות) חיים מלאים מעבר להישג ידה של מערכת האכיפה. בריונים, נוכלים וגנבים מכל עדה ומגדר פטורים מכוחה מאחריות בשתיים-עשרה השנים הראשונות לחייהם, ו"עברותיהם" אינן נכפפות לטעמים המשתנים של שופטי בית המשפט העליון משום שהן אינן מגיעות אליהם.¹² רשת הגנה דומה פרושה מאליה על מכלול פעולותיהם העצום של עובדי ציבור, בעלי מקצוע וספורטאים שפעילותם מכשירה מעשים שהיו עשויים להיחשב עברה. סעיף 34 לחוק העונשין מאמץ רשת זו כמות שהיא; אילו היה בית המשפט העליון מחמיר בפירושו כפי שהוא מחמיר בהגנות אחרות היה הדבר פוגע במרקמי חיים חיוניים. דוגמה מובהקת להגנה שמתה מחוסר שימוש טרם לידתה היא הגנת הצורך.¹³ צורה מזוקקת זו של "הרע במיעוטו", המצדיק ביצועה עברה לשם הצלתם של אינטרסים ראויים המאוימים על ידי "מצב דברים", מעסיקה לעתים תאורטיקנים והיסטוריונים של המשפט הפלילי אך אין לה השלכה מעשית.¹⁴ בין שכך ראוי ובין שלא, המדינה הטוטאלית המודרנית – גם (ואולי בעיקר) בתצורתה הדמוקרטית – אינה סובלת מרקמים נורמטיביים פתוחים בתווך שבין ענייני שגרה פעוטים למצבי חירום נדירים, ושניהם אינם מצריכים נגיעה חקיקתית.¹⁵ מערכת משפט חריגה בשאפתנותה הייתה יכולה להשתמש בהגנת הצורך כדי לשבש סדר זה, אך בית המשפט העליון לא גילה נכונות לעשות כן בנוסחה הקודם¹⁶ (והנוח יותר) של ההגנה¹⁷

12 בלא שאפרט נקודה זו אני מניח כי אילו הוסמך בית המשפט העליון להחיל את עמדותיו המחמירות בתחומים הדיוניים או המנהליים הנוגעים לעבריינות ילדים, הוא היה מחמיר גם באחריותם המהותית. סימנים מסימנים שונים מראים כי גם החמרה זו הייתה עשויה להיות מוטה מגזרית באופנים המתוארים בהמשך הרשימה.

13 סעיף 34 לחוק העונשין.

14 אני כותב דברים אלה למרות הודעתו של היועץ המשפטי לממשלה אליקים רובינשטיין מ-1999, שלפיה ישקול להפעיל את ס' 34 בעניינם של חוקרי שב"כ שהפעילו כוח בחקירה ("חקירות שב"כ והגנת הצורך – מסגרת לשיקול דעת היועץ המשפטי לממשל, בעקבות פס"ד בג"צ", פורסם כנספח לאליקים רובינשטיין "הביטחון והמשפט: מגמות" הפרקליט מד 409, 419, 421 (תש"ס)). אני רואה סתירה עמוקה בין הודעה זו לבין הספק שציין רובינשטיין עצמו בשם "רבים" אלמונים, בדבר החוקתיות של חקיקה שתסמיך את חוקרי השב"כ לפעול כך; שם, בעמ' 418. גם ספק בעיניי אם הגנת הצורך נועדה ל"מצב דברים" שמקורו אנושי. בעת כתיבתם של דברים אלה פתוחה ועומדת עתירה בעניין זה בבית המשפט העליון, בג"צ 5722/12 אבו גוש נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 11.02.2014).

15 ראו, למשל, את הנסיבות המתוארות בעקיפין בבג"צ 2888/99 הולנדר נ' היועמ"ש (פורסם בנבו, 13.6.1999).

16 לשון סעיף 22 לחוק העונשין, דאז: "ניתן לפטור אדם מאחריות פלילית למעשה או למחדל אם יש בידו להראות שלא נהג כפי שנהג אלא כדי למנוע תוצאות שלא ניתן למנוען בדרך אחרת ושהיו גורמות חבלה חמורה או פגיעה בגופו, בכבוד או ברכושו, או בגופם או בכבודם של אחרים שהגנתם עליו, או ברכוש שהופקד בידי; ובלבד שלא עשה יותר משהיה צורך סביר לעשות לאותה מטרה ושהרעה שגרם איננה בלתי שקולה כנגד הרעה שזמנע". לנוסח במקור ראו בקישור: fs.knesset.gov.il/9/law/9_lsr_311018.PDF.

17 כך, למשל, נדחתה כמעט בלא דיון טענתו של חייל שסירב לשרת מעבר לקו הירוק מן הטעם שהנוק שגרם בסירובו גדול מהנוק שהיה נגרם משירותו. בג"ץ 470/80 אלגזי נ' שר הביטחון (לא פורסם).

ואין מי שיאתגר אותו לעשות כן בנוסחה הנוכחי.¹⁸ מאז נחקקה הגנת הצורך בנוסחה הנוכחי היא צצה מעת לעת בפסיקת בית המשפט העליון כמשל, כטענת סרק שולית או במסגרת הערה ערטילאית כלשהי, בלא שתניב הלכה מעשית ומשמעותית להגנתם של נאשמים.

דברים דומים ראוי לומר על הגנת היעדר השליטה לפי סעיף 134 לחוק העונשין. סעיף זה מונה רשימה לדוגמה של מצבים שבהם אין אדם יכול הימנע ממעשה עברה מחמת "היעדר שליטה על תנועותיו הגופניות". פירוש פשוט ומדויק של רכיב ה"מעשה" הנדרש ממילא בכל עברה היה מיותר סעיף זה לחלוטין, ואני מעריך שהוא הוכנס לספר החוקים רק כדי להבטיח את החרגתו (המוצדקת לדעתי) במקרים של "כניסה למצב בהתנהגות פסולה" לפי סעיף 34 יד. אם אני צודק בהערכה זו, אזי אין לראות את "היעדר השליטה" כהגנה כלל אלא כחלק מטכניקה חקיקתית לעידונו ולהעשרתו של היסוד העובדתי בעברה. כך או כך, כמו הגנת הצורך, גם סעיף 134 אינו מניב זיכויים ותרומתו למאגר ההגנות – אפסית. הרשימה המפורטת בה כוללת מצבים שאירועם שכיח יותר בסיפורת אנקדוטלית מאשר במציאות (כגון עברות המבוצעות מתוך שינה או היפנוזה); הנגיעות המעטות שנגע בית המשפט העליון בהגנה זו מתמקדות בהדיפת ניסיונות סרק להשתמש בה כדי לעקוף את ההגבלות שהטילו החקיקה והפסיקה על ההגנות הנפשיות המובהקות (אי־שפיות ושכרות). גם בהקשר זה אני אומר את שאמרתי למעלה ואחזור להגיד למטה: תמונת מצב זו אינה גזרת־כתוב שאין בלתה. אילו רצה בית המשפט העליון למרוד במחוקק – כפי שעשה לכל דורותיו וכפי שהוא עושה תכופות כשהוא מאמין שעליו לעשות כך – היה יכול להפוך את הביטוי העמום "אוטומטיזם" שבסעיף 134 למפלטם האופטימלי¹⁹ של כל חמומי המוח וקצרי השליטה, שתסמיניהם מקשטים את רשימת ה"הפרעות" שבתפריט הפסיכיאטרי והפסיכולוגי. מאחר שבחר שלא לעשות זאת, אין בישראל הגנה של היעדר שליטה.

את יתר הפרק הנוכחי אני מקדיש לתיאור הגנות שמתווהן החוקים פתחו בהן מרחבי מחיה אפשריים וזמינים לתחולה נרחבת במצבים שכיחים, אך בית המשפט העליון סגר אותם בשגרת פרשנותו. אני ממעט לעסוק בפרק זה בביקורת ערכית של פרשנות זו ואינני מרגיש כלל היבטים מגזריים שיודגשו בפרק הבא. מטרת היחידה בפרק זה היא לפרוש תמונה כללית ורחבה של שממת ההגנות בישראל, כדי לשכך לתיכּה מאוחר יותר את שתי ההגנות העיקריות שאני משווה ברשימה זו.

2. מותה של הגנת אי־השפיות

במרכז של שממת ההגנות בישראל יש להציב את מותה של הגנת אי־השפיות. המחוקק החליף את הביטוי "מחלה שפגעה בשפיותו" של הנאשם בביטוי "מחלה שפגעה ברוחו".²⁰

18 לשון סעיף 34 יב לחוק העונשין: "לא יישא אדם באחריות פלילית למעשה שנצטווה לעשותו תוך איום שנשקפה ממנו סכנה מוחשית של פגיעה בחמורה בחייו, בחירותו, בגופו או ברכושו, שלו או של זולתו, ושאנוס היה לעשותו עקב כך".

19 זיכוי (תאורטי) מכוחו של סעיף 134 לחוק העונשין אינו מחייב או מאפשר אשפוז או טיפול גמילה כפוי.

20 ראו, למשל, ע"פ 3795/97 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(3) 97 (2000). בפסק דין זה השאיר הנשיא ברק בצריך עיון (בהסכמת השופטים זמיר וזועבי) את האפשרות ש"מחלה שפגעה ברוחו"

בית המשפט העליון דחה השערות באשר לכוונתו האפשרית של המחוקק במעשה זה – להקל בתנאי הכניסה העיקרי של הגנה זו – והיבטים שונים של תנאי זה הוחמרו משמעותית. כך, למשל, רמזה השופטת ארבל על האפשרות לפתוח את תנאי ה"מחלה" לתצורות של פגמים נפשיים חמורות פחות מאלה שסווגו בעבר כ"מחלת נפש", במקום התמקדות מחמירה בתסמינים של פגמים אלה, אך בפועל הניבה נכונותה רק את הצד המחמיר של נוסחה זו. הסכיוזופרניה הפרנואידית הייתה ונשארה המחלה היחידה המקנה ללוקים בה סיכוי אמתי להיפטר מאחריות פלילית,²¹ אך הגדרתה הוקשחה²² וגם הלוקים בה מאבדים את הגנתם אם לא היו נתונים ב"התקף פסיכוטי" בעת ביצוע העברה.²³ בחלון התאורטי הצר שנותר למעטים שצלחו תנאי כניסה חמור זה הפסיקה מקפידה לבחון את יכולותיהם הקוגניטיביות, המוסריות והרצוניות הקונקרטיות בעת העברה, ולמרות הצהרתו של בית המשפט העליון כי לא ידרוש שלילה מוחלטת של יכולות אלה, אני מעריך כי גם במבחן זה הוא מחמיר יותר מבעבר. אותה הצהרה ניתנה בשנת 2006, לאחר כעשור של התלבטות,²⁴ במוטב שבו חברו השופטים לוי, ג'ובראן ורובינשטיין²⁵, אך מלבד אותו מקרה לא הניבה ההצהרה ולו זיכוי אחד בעשרות המקרים שבהם דן בית המשפט העליון בהגנת אי-השפיות בעשר השנים האחרונות. שופטי אותו מותב עצמם קבעו פעם אחר פעם – בתקופה שלאחר אותה הצהרה ובשנים שאחריה, בין בהחלטה מובילה ובין בהסכמה – כי יכולותיו של הנאשם לא

של הנאשם כוללת יותר מ"מחלה שפגעה בשפיותו" וש"היה חסר יכולת של ממש" רחב יותר מ"לא היה מסוגל".

21 בע"פ 7010/09 אבשלומוב נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 5.7.2012) (להלן: עניין אבשלומוב) התייחס השופט עמית לאמרת אגב שדנה באפשרות חריגה שבה גם "דלוויית קנאה" תיחשב מחלת נפש, אם היא פוגמת בבוהן המציאות של הנאשם גם מעבר למחשבת השווא עצמה. השופט עמית דחה את יישומה של אפשרות זו במקרה שלפניו וקשה להבין מדוע הסמיך את אמרתו על ע"פ 8220/02 ברוכים נ' מדינת ישראל, פ"ד (נח) 724 (2004), שבו אוכחנה מחלתו של הנאשם כסכיוזופרניה פרנואידית. להשלמת התמיהה יש להדגיש כי לכל אורך פסק הדין בעניינו של ברוכים אוזכרו (ותורצו) ראיות המעידות על כך שמחלתו לא פגעה בבוהן המציאות שלו מעבר למושא של מחשבת השווא. בעניין אבשלומוב אזכר השופט עמית גם פסק דין מחוזי, שבו הוא עצמו זיכה נאשם שהאפשרות האמורה התקיימה בו, אך מקרה זה נשאר היחיד מסוגו בפסיקת בתי המשפט לכל ערכאותיהם (ראו ת"פ (חי') 126/03 מדינת ישראל נ' בן דוד סקורצ'רו (פורסם בנבו, 21.3.2004)).

22 ראו, למשל, בע"פ 6318/12 פהים נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 20.1.2016). במקרה זה אומצה עמדתו של מומחה פסיכיאטרי, שלפיה אין להגדיר את מחלתו של אדם כסכיוזופרניה פרנואידית גם אם הוא נתון להתקפים פסיכוטיים חוזרים (ומטופל בתרופות פסיכוטיות), אלא אם התמשכותו של אחד מהתקפים אלה עולה על חודש. יש להפריד מבחן זה מהתנאי הנוסף שיוזכר מיד, שלפיו ההגנה חלה רק על חולה שהיה נתון בהתקף פסיכוטי בעת ביצוע העברה.

23 ראו, למשל, ע"פ 10193/07 הרוש נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 18.4.2012), שבו נקבע כי הנאשם היה חולה בסכיוזופרניה פרנואידית אך לא היה נתון ב"התקף פסיכוטי" בעת ביצועה של העברה.

24 הצהרה ברוח זו ניתנה לראשונה בע"פ 2788/96 אבליים נ' מדינת ישראל, פ"ד (נב) 183 (1998) על ידי השופט קדמי, אך הושארה בצריך עיון בכמה פסקי דין.

25 ע"פ 549/06 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 15.5.2006).

נפגעו במידה הדרושה לזיכוי,²⁶ ובכך תרמו תרומה מכרעת לריקונה של הצהרתם מתוכן ממשי. הגדיל עשות בכך השופט אליקים רובינשטיין בעניינו של ראד אבו חאמד שניסה לרצוח שוטר.²⁷ אבו חאמד סבל "מסכיוזופרניה פרנואידית עם דלוזיות, הלוצינציות-פוקדות והתנהגות אגרסיבית", אושפז בשל מחלתו חודשים רבים כשנה לפני האירוע וטופל לאחר מכן בתרופות פסיכיאטריות חריפות. בשבועות שלפני האירוע שב מצבו הנפשי והחמיר וביום האירוע היה נתון להתקף פסיכוטי. בהינתן תנאים אלה נתלתה הרשעתו כולה בשאלת ההשפעה של המחלה על יכולותיו הנפשיות של אבו חאמד בעת האירוע. השופט רובינשטיין תרם להכרעה קשה זו פסקה הצהרתית ארוכה בחלק הראשון של פסק דינו, שבה תיאר את ה"שקלא וטריא" בסוגיה זו. הוא חזר והסביר, בניסוחים שונים, כי די ב"שלילה חלקית" של יכולות אלה וכי "יכולת מסוימת" אינה "יכולת של ממש, יכולת אמיתית, יכולת שיש בה תובנה". השופט רובינשטיין סיים פסקה מורכבת זו בקריאה נרגשת למתינות שיפוטית בעניינם של חולי נפש:

מחלת נפש, כשם שמחייבת היא זהירות במתן הפטור מאחריות, גם מצדיקה רגישות גבוהה מצד בית המשפט, לנסיבות הנאשם כדי שלא יענש אדם באופן שהוא "אבסורדי".

כדי להבין כיצד אושרה הרשעת הנאשם למרות קריאות מופשטות אלה לקולא, יש לקרוא את רוחם השונה מאוד של הדברים שאמר השופט רובינשטיין במעין-סיכום לקראת ההתייחסות לראד אבו-חאמד עצמו:

כללם של דברים: עלינו להידרש לשאלה, האם התקיים במקרה דנא מצב שבו לא היתה למערער – חולה נפש מוכח – "יכולת של ממש", כלומר, נפגעה יכולתו באופן מסיבי ועמוק, כאמור, להבין את אשר הוא עושה ואת פסולו.

אני מאמין שהניסוח כלל אינו חוזר על ה"אמור" אך הוא מבטא במדויק את רוחה האמתית של הפסיקה. "מסיבי ועמוק" הוא כימות מחמיר מאוד של "חלקי", והוא קרוב דיו ל"מוחלט" כדי לעקר גם את השקלא וגם את הטריא שעליהם דיבר השופט רובינשטיין. מאחר שעיסוק עקר זה במשמעות של "יכולת של ממש" הובנה במתכונת של תיקון לקולא של העת הנוכחית, אומר כי אין ספק בעיניי שזלמן מנדלברוט²⁸ וויקטור מיזאן,²⁹ שזוכו בשנות החמישים על פי נוסחה הקודם של ההגנה ועניינם נחרת כאחד מהישגיה הליברליים החשובים של שיטת המשפט הישראלית, היו מורשעים היום באותה דרך שבה הורשע בפועל אבו-חאמד. השופט

26 ראו, למשל, ע"פ 1526/02 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 22.11.2006), ע"פ 5570/01 מיכאלי נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 5.2.2007), ע"פ 5266/05 זלנצקי נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 22.2.2007), ע"פ 2965/06 אבו חאמד נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 19.9.2007), ע"פ 10669/05 מטטוב נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 7.2.2008), ע"פ 7924/07 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 5.5.2008), ע"פ 7492/07 חג'ג' נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 28.10.2009), ע"פ 2092/05 נזרי נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 11.11.2009) וע"פ 7747/08 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 5.8.2010).

27 ע"פ 2965/06 אבו חאמד נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 19.9.2007).

28 ע"פ 118/53 מנדלברוט נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד י 281 (1956).

29 ע"פ 186/55 מיזאן נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יא(1) 769 (1957).

רובינשטיין סירב להאמין שמחלתו של זה פגעה ביכולותיו "באופן מסיבי ועמוק", משום שבאו לפניו גם ראיות על מניע (לאומני) שפוי חלופי שדחף אותו לתור אחר אנשי ביטחון ישראלים כדי לרוצחם. גם את מעשיהם של מנדלברוט ומיזאן אפשר היה להבנות במסגרת של מניעים בזויים המאכלסים את שגרת העבריינות האלימה ומאיימים של שלומה וביטחונה של קהילת ישרים. מנדלברוט רצה על רקע של "אהבה" נכזבת ומיזאן היה פדופיל אלים שאנס ורצח ילדה, אך שופטיהם בחרו לראות את הצד החולה של נפשם וזיכו אותם.

הגנת אי-השפיות נשחקה בעת הנוכחית בשל מגמת ההחמרה הכללית הפוקדת את מערכת המשפט ואת קהילה הפוליטית שמאחוריה, אך אני מאמין כי גורלה נחרץ ומותה הוחש דווקא בשל הכוונות הטובות מאחורי חקיקתו של סעיף 300א(1).³⁰ כשנה לאחר תיקון 39 וסמוך לכניסתו לתוקף. סעיף חדש זה נחקק כדי לתת לשופטיו של רוצח סמכות שלא לשולחו למאסר עולם במקרים שבהם נפל מצבו הנפשי אך במעט ממצב שהיה מקנה לו זיכוי מלא מכוחו של סעיף 34 המחודש. מעת חקיקתו הופעל הסעיף במקרים נדירים, רק מעט פחות מאלה שבהם הופעל ס' 34 כמתואר למעלה, ועל כן ראוי היה לפטור אותו במילים ספורות ברשימה הנוכחית; אולם, אני מאמין כי המהלכים הפרשניים שהכתיב בית המשפט העליון כדי לצמצם את תחולתו דחקו מעלה את גבולה התחתון של הגנת אי-השפיות וגזרו עליה כליה. אני בוחר להבהיר נקודה זו ולהראות את דרכו של בית המשפט העליון בממשק בין שני הסעיפים באמצעות פסק דין אחד שניתן לאחרונה. אני בוחר בפסק דין זה דווקא משום שאין בו כל חידוש, אך הוא מדגים היטב את הנטייה שעליה רמזתי למעלה ושאליה אתיחס בהמשך – נטייתו הגוברת של בית המשפט העליון למחזר את מסכת ההנמקה ולהאריך אותה כדי להעמיד תמונה גדולה והדורה של חיבוטי הלכה כנים בצדה המקל של האחריות הפלילית.

פהים עאסלה רצה את אשתו ההרה. ערעורו על הרשעתו ועל מאסר העולם שנגזר עליו נדחה על ידי השופטים רובינשטיין, סולברג וברון.³¹ עאסלה אושפז בכפייה במחלקה סגורה של בית חולים לחולי נפש ארבע שנים לפני הרצח. בשנה שלפני האירוע הוא טופל בתרופות פסיכיאטריות ושבויעים לפניו הוגבר מינון. השופטת ענת ברון נטתה להסכים עם הערכאה הדיונית כי עאסלה היה ראוי ממילא למאסר עולם גם אם היה נכנס בגדרו של סעיף 300א(1),³² המאפשר להטיל עונש מופחת על מורשע ברצח, משום "שנטל את חייה של רעייתו ההרה באכזריות מזוועה וגזר על ארבע ילדיהם חיי יתמות בצלו של הרצח הנתעב שביצע" – ועל כן יכולה הייתה לוותר על מסכת ארוכה של אמרות אגב שבהן ירדה במדרג השאלות המשפטיות, הרפואיות והעובדתיות מקצהו העליון של סעיף 34 ועד קצהו התחתון של סעיף 300א(1). בפועל לא פסחה השופטת ברון על שלב מיותר אחד במדרג זה. למרות העובדה שהערעור נסב רק על גזר הדין ולא על ההרשעה, הקפידה השופטת

30 חוק העונשין (תיקון מס' 44) התשנ"ה-1995, ס"ח 1537 מיום 7.8.1995.

31 6318/12 פהים נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 20.1.2016) (להלן: עניין פהים).

32 לשון סעיף 300א(1) לחוק העונשין, שכותרתו "עונש מופחת": "על אף האמור בסעיף 300, ניתן להטיל עונש קל מהקבוע בו, אם נעברה העבירה באחד מאלה: (א) במצב שבו, בשל הפרעה נפשית חמורה או בשל ליקוי בכושרו השכלי, הוגבלה יכולתו של הנאשם במידה ניכרת, אך לא עד כדי חוסר יכולת של ממש כאמור בסעיף 34 – (1) להבין את אשר הוא עושה את הפסול שבמעשהו".

ברון לתאר את מהלכו של בית המשפט המחוזי: זה דחה את סיווג מצבו הנפשי של הנאשם כסכיזופרניה פרנואידיית, אך הוסיף כי גם לו היה הנאשם חולה במחלה זו הוא לא היה שרוי בהתקף פסיכוטי בעת ביצוע העברה ועל כן לא היה בר-יזכוי מכוחו של סעיף 34ח. אך אם לא היה חולה ב"מחלה שפגעה ברוחו" כדרישת סעיף 34ח – האם לא לקה ב"הפרעה נפשית חמורה" שבה מסתפק סעיף 300א(1)? בעיניי, הנקודה החשובה ביותר בפסק דין זה כולו היא שהחומרים הרפואיים הנוגעים לעאסלה טופלו על ידי השופטת ברון בהקשרה של "תמונת הראי המרוככת"³³ שבסעיף 300א(1) בדיוק כשם שהם מטופלים בתמונת המקור שבהגנה המלאה. גם כאן, המלל הרפואי שהוטח בנאשם התמקד רובו ככולו בדקויות סיווגה ואבחונה של הסכיזופרניה הפרנואידיית על פי תסמיניה המפורטים, על פי משכם המדויק של ההתקפים הפסיכוטיים ועל פי דקויות תגובתו של החולה לתרופות שניתנו לו – וכך צנח אבחוננו של עאסלה, בלא לעצור בפתחה של התמונה המרוככת, מ"ספק סכיזופרניה פרנואידיית" ל"הפרעת אישיות" קלה. ומה אם בכל זאת הייתה נפשו של עאסלה זוכה לסיווג המרוכך שביניהם, דהיינו ל"הפרעה נפשית חמורה"? על אפשרות זו ענתה השופטת ברון כי גם כך לא היה נכנס לתמונת הראי המרוככת, משום שאותו מומחה שהחמיר באבחון מצבו הכללי קבע כי עאסלה לא היה נתון בעת האירוע בהתקף פסיכוטי שהגביל את יכולותיו, ומשום שבחקירותיו המוקדמות במשטרה תיאר הנאשם את מעשהו (והסביר אותו בסכסוך של מה בכך בינו לבין אשתו). מאחר שנימוקים אלה בדיוק תופסים דרך קבע את מרכזה של תמונת המקור שבהגנה המלאה, שוב קשה לדעת מהו אותו "מעט"³⁴ שהיה מקנה לפהים עאסלה את הזכות לעונש מופחת. אין זאת אלא כי תמונת הראי היא כתמונת המקור, והמעט שביניהן ריק כמותן.

אין בעיניי ראייה סמלית טובה יותר לטענה קשה זו מהמהלך האחרון שאליו הוליכה השופטת ברון את הכרעתה, הראוי לציטוט חוזר. לאחר שקבעה כי לא התקיים אף אחד מתנאיו של סעיף 300א(1), הוסיפה:

גם אם התנאים כולם היו מתקיימים – ספק רב בעיני אם בנסיבות המקרה היתה הצדקה להפחית מעונש מאסר העולם שנגזר על המערער. המערער נטל את חייה של רעייתו ההרה באכזריות מזויעה וגזר על ארבע ילדיהם חיי יתמות בצלו של הרצח הנתעב שביצע. על כן הוא נדון כדין למאסר עולם.

מילים אלו של השופטת ברון מעוררים קושי ואף אבסורד. אילו התקיימו התנאים פירוש הדבר שהנאשם חולה נפש; ככזה – איך אפשר לטעון באופן קוהרנטי על אכזריות מצדו, שהרי אין הוא אחראי על מעשיו? הטענה שמעשהו אכזרי תהא הגיונית רק אם העושה אחראי למעשיו, אחרת אין הברל של ממש בין העושה לבין חיית טרף שאינו מייחס לה אכזריות. תגובתו של השופט נועם סולברג להצהרה עזת-מבע זו פשוטה וברורה כל כך עד שהייתה צריכה להיות מובנת מאליה, אלא שהוא יודע שהיא אינה כזו ועל כן הוא שותל בה סימני הדגשה וצעקה כדרכם של קולות בודדים במדבר:

33 מטפורה זו נטבעה בפסיקה על ידי השופט רובינשטיין בע"פ 5570/01 מיכאלי נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 5.2.2007). השופטת ברון חזרה עליה במקרה בעניין פהים, לעיל ה"ש 31.

34 "מידתה של ההגבלה הנדרשת לצורך הפחתה בעונש נמוכה אך כמעט מחוסר היכולת הנדרשת כתנאי לאחריות פלילית". ראו עניין פהים, לעיל ה"ש 31.

גבי דידי אילו הוכח קיומה של "הפרעה נפשית חמורה" אצל המערער, קרי, הפרעה הפוגעת בצורה משמעותית ברוב תפקודי הנפש וההתנהגות; אילו שוכנענו כי זו הגבילה "במידה ניכרת" את יכולתו של המערער להבין את אשר עשה, או את הפסול במעשהו, או להימנע מעשייתו; אילו התקיים קשר סיבתי בין זו לזו; כי אז – שומה היה להתחשב באלה, וחרף הזוועה והאכזריות, היתה הצדקה להפחתה בעונש.

הכרעתו של המשנה לנשיאה בין עמדות אלה טמונה במילה קצרה אחת בסופה של החלטתו, ואני גם מאמין כי היא מבטאת את רוח התקופה ואת רוחו של בית המשפט העליון טוב יותר מכל נהרות המלים הנשפכים בו על הגנות הנפש המלאות והחלקיות ועל כלל ההגנות. לאחר שצייר את העברה ("קם אדם לפנות בוקר ורוצח את רעייתו ההרה באכזריות בשעה שארבעת ילדיהם המשותפים נמצאים בסמוך") והרגיע את חיבוטי הנפש של פשוטי עם ("לאדם מן היישוב קשה אולי האמירה כי אדם זה בריא בנפשו, שכן איזה אדם 'נורמלי' יעשה מעשה מתועב מעין זה. אולם בריאות הנפש, כתחומים רפואיים אחרים, משתרעת על פני סקאלה [...]"), תיאר השופט רובינשטיין את מצוות המחוקק ("אין דינו של אדם הסובל מהפרעת אישיות [...] כדינו של אדם הסובל מהפרעה נפשית חמורה") והכריע כך:

מצטרף אני איפוא לחוות דעתה של חברתי כי אין לקבל את הערעור. המערער יישא בעונש של מאסר עולם; כך גם ראוי מוסרית בנסיבות המהירות של תיק זה.

"גם" אחרון זה הוא ראי נפשה של ההלכה השיפוטית בעת הנוכחית, דווקא ובעיקר משום שלכאורה אינו הכרחי להכרעה. לא מצוות המחוקק מעצבת הלכה זו וגם לא מצוות המדע אלא מצוות לבם של השופטים, ומצווה זו מתמלאת בעיקרה מאימתו המועצמת של הפשע ולא מפגמיו של הפושע. ההגנות נועדו לרוצחים, לאנסים ולמחבלים, ומעצם טבען הן מחייבות את השופטים להשעות את תחושות החרדה והזעם שהם חשים בשם החברה כולה נוכח מעשיהם של אלה, ולפתוח את לבם להגנתם ולו לרגע. השופטת ברוך אמרה בגלוי כבר בתחילת דרכה בבית המשפט העליון שלבה לא היה מניח לה לעשות כן, אפילו חלקית ואפילו לטובת אדם הסובל מהפרעה נפשית קשה; ואם המשנה לנשיא לא הרחיק את עצמו מאמרתה – אות היא שהיא מבטאת היטב את רוחם של הפוסקים ושרוח זו תלך ותתעצם. רוח זו מתגלמת באותה עוצמה, ואולי אף בעוצמה מוגברת, בהגנת השכרות שבסעיף 34 לחוק העונשין. עיקרו של סעיף זה הוא חרב ולא מגן,³⁵ שכן אף על פי שאין לאדם מחשבה פלילית בעת שכרותו – אם נכנס למצב זה מדעת, אפשר לייחס לו כל יסוד נפשי של מחשבה פלילית עד אדישות. עם זאת, לשון הסעיף מותירה בו פינות אחדות שהיו יכולות לפעול לטובת נאשמים, אך גם הן נסגרו על ידי בית המשפט העליון בלא להותיר להם מפלט משמעותי.

35 ע"פ 7164/10 ג'אן נ' מדינת ישראל, פסקה ז' לפסק דינו של השופט רובינשטיין (פורסם בנבו, 1.12.2011).

3. הגנת השכרות

פינת החסד העיקרית שהותיר המחוקק לשיכורים שביצעו עברה טמונה בהוראה שעיקרה חומרה. בסעיף 34ט(ב) המחוקק מטיל על שיכור שביצע עברה חזקה פיקטיבית של מחשבה פלילית, אך הוא עוצר חזקה זו ברכיב התודעתי ואינו מרחיב אותה לרכיב הרצוני. שיכור (מדעת) שביצע עברה תוצאתית הדורשת כוונה אינו מורשע מכוחה של חזקה זו אלא בעברה הדורשת אדישות לתוצאה, אם יש כזו.³⁶ מה דינו של שיכור שביצע עברת מטרה, דהיינו: עברת התנהגות הדורשת יחס רצוני חיובי כלפי תוצאה שלא התקיימה בפועל? התשובה ההכרחית בעיניי לשאלה זו היא שהמטרה זהה לכוונה באפיונה כרכיב רצוני, ושוויתורו של המחוקק על הפעלת החזקה שבסעיף 34ט(ב) על הרכיב הרצוני חל מאליה על עברות מטרה. תשובה זו מתבקשת מאליה גם מלשונו של הסעיף, הקובע בפשטות כי יש לראות את השיכור רק כ"מי שעשה את המעשה במחשבה פלילית" (כלומר: מתוך מודעות לפרטי היסוד העובדת) ותו לא. קשה בעיניי להלום את העובדה שבית המשפט העליון אימץ עמדה ברורה זו רק לאחר שפרקליטות המדינה חזרה בה מעמדה הפוכה "לאחר הערכה מקצועית נוספת שנעשתה בפרקליטות";³⁷ קשה בעיניי אף יותר להלום את העובדה שבית המשפט נעתר לררישת הפרקליטות לשחוק היבט חשוב של אותה עמדה עצמה. בפרשת קאדריה³⁸ קבע השופט רובינשטיין, בהסכמת השופטים סולברג ושוהם, שעל בסיס אותה חזקה פיקטיבית אפשר להרשיע שיכור בניסיון לבצע עברה התנהגותית רגילה (שאינה דורשת מטרה). בכך דחה השופט רובינשטיין את העמדה – שגם היא נראית מובנת מאליה בעיניי – שכל עברת ניסיון היא מעצם טיבה והגדרתה עברת מטרה. כך בדיוק נמרץ מוגדר הניסיון בחוק העונשין ("אדם מנסה לעבור עבירה אם, במטרה לבצעה, עשה מעשה שאין בו הכנה בלבד והעבירה לא הושלמה"). זה בסיסה של דוקטרינת הניסיון כולה וזה הטעם להחמרה הניכרת ביחסו של המשפט המודרני לניסיון. שאיפתו הפסולה של אדם להשלים מהלך פלילי מחליפה את השלמתו בפועל כדי למנוע מגורל אקראי להכריע את אשמו. צדו השני של אותו טעם עצמו הוא שבאין השלמה של העברה וגם אין מטרה – אין ניסיון, ולכן (בהיעדר עברה ספציפית אחרת) גם אין אשם. נימוקו העיקרי של השופט רובינשטיין נגד יישומה של תוכנה בסיסית זו הופך את הגיונה על ראשו ומניח את המבוקש (לחומרה):

גישה זו עלולה להוביל לסיטואציה, בה ניתן יהיה להרשיע מבצע שיכור בעבירה מוגמרת הדורשת יסוד נפשי של מחשבה פלילית, אך לא יהיה ניתן להרשיעו בניסיון לעבור עבירה זו, והוא יהיה פטור מאחריות פלילית בשל התוצאה המקרית של אי-השלמת העבירה. לכך אין בידינו להסכים. במלים אחרות, דינו של מבצע העבירה אינו יכול להיחרץ על פי מקריות, ואם נרצה, על פי מזלו של קרבן העבירה.

36 אלא אם השתכר מתוך כוונה לבצע את העברה בשכרותו, כאמור בס' 34ט(ג) לחוק העונשין.

37 ראו רע"פ 3480/09 מלכה נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 14.3.2010). במקרה זה חזרה בה המדינה מהאישומים בעבירות המטרה ולכן אין לו תוקף הלכתי, אך ברע"פ 6328/11 קאדריה נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 9.6.2013), מוצא השופט רובינשטיין לנכון לאזכר "הערכה מקצועית" זו, כשהוא נותן לה תוקף הלכתי בהערת אגב.

38 רע"פ 6328/11 פלונית נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 26.2.2013).

אין לי אלא לשוב ולומר כי המטרה אמורה לחרוץ את דינו של מבצע הניסיון – בדיוק כדי שלא ייחרץ על פי מקריות, ובהיעדרה (ובהיעדרם של מעשה מושלם ותוצאה) נשמט אשמו. אם אין מקום להרחיב את חזקת המודעות המוטלת על שיכורים גם על הצד הרצוני של נפשם, יש להניח להם ליהנות מתוצאתו של ויתור זה. אני מניח, לכן, כי גם כאן נגזרה עמדתו של בית המשפט מעומק לבם של שופטיו ולא מהגיונם הצרוף. העברות ההתנהגותיות הולכות ומשתלטות על מרבית אגפיו של המשפט הפלילי ודוקטרינת הניסיון הולכת ומתרחבת. החיבור ביניהן מניב למערכות השלטון כלי אכיפה חדשים ורבי-עוצמה, המאפשרים להן להגן על אינטרסים לגיטימיים בטרם נפגעו בפועל. דרישת המטרה שתולה במרכזם של רבים מכלים אלה והוויתור על חזקת מטרה לטובתם של שיכורים עלול לפגוע פגיעה ניכרת בכוחם של אותם כלים. ככל שאני מאמין בצדקתה של פגיעה זו, אני מאמין שלכם של שופטי ישראל מצווה עליהם למזער אותה והם עושים כך כמיטב יכולתם. פינת החסד שהותיר המחוקק לשיכורים בסעיף 34ט נועדה לשיכורים, גם אלה המנסים לתקוף את בנות זוגם כפי שעשה נאיף קאדריה וגם אלה שיבואו אחריהם וינסו לאנוס בשכרותם. אם נסגרת להם פינה זו, לא יישאר בה הרבה.

פינה אחרת הנסגרת לשיכורים נוגעת לתסמיני שכרותם. "שיכור" אינו כל מי שצרך גורם מסמם אלא רק מי שהדבר הביא לפגיעה ביכולות המנוויות בהגנת אי-השפיות. על יישומה הכללי של דרישה זו ועל דקויות ההבדל בין שיכור כלוט לבין שיכור קלות אעמוד למטה, אך אני מעדיף לפתוח בטענה שסיכוייה להצליח היו קלושים עד כדי כך שהיא עשויה להישמע כשנינה אירונית ריקה. אני בוחר לפתוח דווקא בה משום שאני סבור שהתגובה שהגיב לה בית המשפט העליון מסמלת היטב את משקלו הדל של המגן בלבם של שופטיו לעומת משקלה של החרב. אדם שצרך כמות גדולה של אלכוהול יורשע בעברה אם ינהג במכוניתו משום שהוא מוחזק אוטומטית כמי שיכולותיו הנפשיות נפגעו פגיעה ניכרת. אם אותו אדם עצמו יצרוך כמות גדולה פי ארבעה של אלכוהול – האם יוחזק כמי שיכולותיו הנפשיות נפגעו פגיעה ניכרת ולכן יזוכה מעברה אחרת שעבר בשכרותו (אם יתקיימו בו שאר התנאים להגנת השכרות)? המחוקק קבע חזקה חלוטה לחומרה בעברות תעבורה³⁹ ולא קבע חזקה לקולא בהגנת השכרות, אך בית המשפט העליון היה יכול להרחיב את הגיונה בהלכה שיפוטית. בית המשפט בחר שלא לעשות כן בפרשת טיקמן,⁴⁰ שבה הוכיח הנאשם כי צרך כמות גדולה פי ארבעה של אלכוהול מהמותר בתקנות התעבורה בטרם יצא למסע ירי ברחובות חיפה,⁴¹ אך נכשל בהוכחת השפעתו הקונקרטי של האלכוהול על יכולותיו הנפשיות. השופט אדמונד לוי כתב, בהסכמת השופטים נאור ורובינשטיין, כי החזקה שבדיני התעבורה אינה משליכה כלל על הגדרת השכרות בסעיף 34ט. הנימוק המהותי היחידי (מעבר ללשון החוק) שהוא הביא לקביעה זו הוא שסעיף 34ט נוגע לכל העברות ואילו תקנת התעבורה "מטילה על המבצע איסור מוחלט לנהוג במהלך שכרותו, מחמת הסכנה הרבה הנשקפת לציבור כתוצאה מהתנהגות זו".

39 תקנה 169ב(ג) לתקנות התעבורה, תשכ"א-1961.

40 ראו ע"פ 2454/02 טיקמן נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 12.12.2005).

41 הנאשם התכוון לפגוע בערבים אך רוב קרבנותיו היו יהודים.

נימוק זה אינו נוגע כלל בשורשי הטענה, משום ש"הסכנה הנשקפת לציבור" מנהג שיכור נגזרת ממידת הפגיעה ביכולותיו הקוגניטיביות והרצוניות, והחזקה שקבע המחוקק לעניין זה אומדת את מידת ההשפעה של כמויות אלכוהול מוגדרות על אדם ממוצע. טעמים של נוחות אכיפה, הפועלים נגד אינדיבידואציה של השפעה זו, עשויים להיות יפים הגיונית ומעשית באותה מידה לצד המרשיע של האחריות הפלילית ולצדה המזכה, ואם הם אינם כאלה – אין זאת משום שהדבר מתחייב על פי מידת ההיגיון או על פי עולם המעשה, אלא משום שמעצבי הדין עיצבו כך את תפיסת העולם העונשית. כדי להמחיש הטיה זו אצביע על העובדה שהשופט לוי מצטט יפה מפסיקת התעבורה את הכלל שלפיו "מי שאחוז האלכוהול אצלו עולה על המידה הקבועה, אינו יכול לטעון, כי אינו מושפע מהמשקה המשכר, וכי הלכה למעשה אין למשקה שליטה כלשהי על נהיגתו או על התנהגותו".⁴² אולם, במשפט הנפרד של שותפו של טיקמן לשתייה ולפשע,⁴³ שנהג במכונית שממנה בוצע הירי, אזכר בית המשפט העליון בלא ביקורת את קביעתה של הערכאה הדיונית ש"התנהלות המערער במהלך הנסיעה, דרך נהיגתו את הרכב ושליטתו בכל אלה, שללו את הגדרת המערער [...]. כמי ש'היה חסר יכולת של ממש בשעת מעשה להבין את אשר עשה'". במשפטו של טיקמן עצמו הבהיר השופט לוי את שהיה צריך להיות מונח על שתי כפות המאזניים או מסולק משתייהן: "השפעתם של המשקאות המשכרים היא אינדיבידואלית לכל אדם [והיא] תלויה במגוון של משתנים, בהם גם הרגלו בצריכתם של חומרים אלה, נתונים גנטיים אישיים, ועוד", וטיקמן עצמו "היה רגיל בשתייה מרובה של אלכוהול, ומותר להניח כי אף למנהג זה היה קשר למידת השפעתו של האלכוהול עליו בעת האירוע". למה "מותר להניח" כי אדם המרבה בשתייה מושפע ממנה פחות מאדם אחר, אבל אסור להניח כי אדם ששתה כמות גדולה פי ארבעה של אלכוהול מהכמות שהייתה הופכת אותו לנהג מסוכן – משום שבוחן המציאות שלו נפגע ומשום שמעצוריו נחלשים – נפגע באותה מידה באותן יכולות עצמן? אין זאת כי הנחות שרואים משם לא רואים מכאן וכי אין דין קולא כדין חומרא.

השאלה הכללית יותר הנוגעת לתסמיני השכרות חוזרת למשמעותו של הביטוי "יכולת של ממש", השולט בפועל על תחולתה של ההגנה כולה. להבדיל מהגנת אי-השפיות, שבה עדיין יש חשיבות גדולה להגדרה של תנאי הכניסה העיקרי ("מחלה שפגעה ברוחו"), בעת הנוכחית אין חשיבות מעשית לתנאי הכניסה הבסיסי להגנת השכרות ("חומר אלכוהולי, סם מסוכן או גורם מסמם אחר")⁴⁴ ולכן ההגנה כולה תלויה בתסמיניו של הגורם המסמם. למעלה טענתי כי חיבוטיו של בית המשפט העליון בהפרש שבין שלילה מוחלטת של יכולות קוגניטיביות, מוסריות ורצוניות לבין השלילה החלקית הנרמזת לכאורה ב"חוסר יכולת של ממש" בסעיף 34 הייתה ונשארה ריקה מתוכן, משום שהכרעתם לקולא לא הניבה תוצאות של ממש. עקרום של חיבוטים אלה מודגשת בעיניי אף יותר במופע המקביל

42 הציטוט לקוח מתוך בר"ע 666/86 עודה נ' מדינת ישראל, פ"ד (4) 463 (1986).

43 ראו ע"פ 8439/03 מילנר נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 7.5.2007).

44 אפיון זה משקף את הפסיקה הקיימת. להערכת יעלו בעתיד שאלות סבוכות ומרתקות באשר למשמעות של "סם מסוכן" ושל "גורם מסמם אחר", כגון שאלות הנוגעות לתרופות ולהשפעות רוחניות שונות (להוציא היפנוזה, הממוקמת משום מה בסעיף 134 לחוק העונשין).

בהגנת השכרות שבסעיף 34ט. בפרשת ג'אן⁴⁵ העלה השופט עמית שלא לצורך את השאלה אם מי שהשתכרו מדעת ראויים לאותו "פירוש מקל" שניתן לחולי הנפש שאינם אשמים במחלתם. השופט עמית השאיר שאלה זו בצריך עיון, אך השופט רובינשטיין – אחד מבעלי של "הפירוש המקל"⁴⁶ המקורי – מיהר להגיב לאתגר זה ממש באותו פסק דין ופסל את ההשוואה מכול וכול. השופט רובינשטיין פתח בדימוי ציורי אחד ("שיכור כלוט") והוביל לדימוי יהודי מסורתי אחר:

התשובה ל"צריך עיון" שנקט חברי [...] בשאלת תחולתה של הגישה המקלה עם הנאשם בתחום אי השפיות (שהיא מידי שמים) [...] גם על שכרות – אינה בחיוב. סבורני, כי כדי שתחול ההגנה על השיכור, עליו להיות במצב של "חוסר יכולת של ממש להבין את המעשה", שלילה מוחלטת של היכולת במובן מהותי; הביטוי "של ממש" אמנם טעון פרשנות, אך משמעו הלשוני והענייני הוא, על פי תכליתו "חוסר יכולת אמיתי", "עד דלא ידע בין ארור המן לברוך מרדכי".

השופט ג'ובראן – גם הוא שותף ל"פירוש המקל" המקורי – בחר שלא להשתתף במשתה הפורים שזימן לו חברו רובינשטיין, אך השופט עמית אימץ את מבחן ה"דלא ידע" הטעון⁴⁷ בפסק דין מאוחר⁴⁸ ומאז נכנס מבחן זה לשגרת פסיקתו.⁴⁹ כך או כך, בלשון ציורית או בניתוח ערכי, מה שהיה מובן מאליו לפני עניין ג'אן וחיבוטיו מובן באותה מידה אחריו: חולי נפש אינם מזוכים וגם שיכורים אינם מזוכים, והבדלי האשם ביניהם אינם מעלים ואינם מורידים דבר בעולם שמחוץ לפסוקי החיבוט. גם לפני פרשת ג'אן נסגרו אותם סדקי פינות שנתרו, תאורטית, להגנתם החלקית של שיכורים, וגם אחריה הם נסגרים משום ששופטים של שיכורים מרשיעים את כולם מאחר שהם חוזרים ומגלים בהם את אותם רמזים לדפוסי שליטה שהם מייבאים מעולם הפיכחים המוכר להם. אין ספק בעיניי שאילו היו הם עצמם כופפים לאותם מבחנים מחמירים את לוט המקראי ("שיכור כלוט") ששכב עם בנותיו, ורבה המשנאי ("דלא ידע") שקם לשחוט את חברו, היו מרשיעים אותם ומסלקים אותם לעד מספר הדימויים היהודי. רבה המבוסס לא ידע להבחין בין פסוק אחד ("ארור המן") לפסוק אחר ("ברוך מרדכי"), אך לא נאמר עליו שלא ידע להבחין בין רב לארנב או בין סכין לתופין, וגם לוט לא איבד כנראה את יכולתו להבחין בין שמיטה ותשמיש מיטה. מאחר שהיו גם הם מורשיעים, טוב היה עושה המשפט הישראלי אילו סילק סופית את "הגנת" השכרות מפרק הסייגים לאחריות פלילית או למצער מחליף את דימויו.

דווקא בסופו של הדיון בסעיף 34ט אחזור לתחילתו של הסעיף ולסוגיה שהייתה צריכה לתפוס, לדעתי, את מרכז הדיון בכל נושא השכרות בישראל והרבה מעבר לו. כוונתי להשלכת ההתמכרות על פעולת הצריכה הקודמת לעברה. האם שכרותו של אדם ששתה

45 ראו 7164/10 ג'אן נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 1.12.2011).

46 לעיל ה"ש 27 והטקסט שלידה.

47 בסיפור המשנאי שממנו לקח השופט רובינשטיין את הדימוי קם רב אחד לרצוח רב אחר משום ששכרותו פגמה ביכולתו להבחין בין עונו וקללתו של צורר נכרי לבין טהרתו של מנהיג יהודי.

48 ראו ע"פ 5417/07 בונר נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 30.5.2013).

49 ראו ע"פ 3255/14 ביטון נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 16.3.2015), המצוטט כלשונו בע"פ 6044/13 אבו שוב נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 18.3.2015).

כמות גדולה של אלכוהול נגרמה "בשליטתו" אם עשה זאת משום שהוא מכור לסם זה? תשובה שלילית לשאלה זו הייתה עשויה להניב השלכות דרמטיות על תחולתה של הגנת השכרות ועל מערכת האכיפה והשפיטה, משום שהייתה פותחת למכורים סיכויים ניכרים להגנה מלאה – וחלקם אולי היו צולחים גם את שאר תנאיו של סעיף 34.ט.50⁵⁰ בשנת 2011 היו בישראל יותר מ-15 אלף⁵¹ מכורים לסמים קשים ולא־לכוהול. סיכויים ניכרים לזיכוי מלא לא ישנו את המציאות העבריינית עצמה (משום שבאין שליטה אין הרתעה), אך יטילו עומס כבד מאוד על מערכות התביעה והשפיטה. עם זאת – ואולי דווקא משום כך – שאלת ההשפעה של ההתמכרות על הגנת השכרות הייתה חייבת להיפתר במלואה בעת הנוכחית, עשרים שנה ויותר ממאה פסקי דין הלכתיים לאחר תיקונו הגדול של החוק הפלילי הישראלי. בפועל נדונה שאלה זו, אגב שאלה אחרת, בפסק דין אחד שניתן לפני יותר משלוש שנים, ומרבית היבטיה נשארו פתוחים גם אחריו ואין להם דורש בשממת ההגנות. בפסק הדין בעניין קאדריה⁵² חוברו טענותיהם של שני נאשמים כי פעלו בהשפעתו של התקף פסיכטי שנגרם עקב ניסיון גמילה מסמים. אגב הדיון בהיבטים שונים של שאלה חשובה זו⁵³ אזכר השופט רובינשטיין מאמר⁵⁴ המציע להבחין בין "אלכוהוליסטים שלא יוכלו להיגמל בגלל המטען הגנטי שלהם" לבין "אלכוהוליסטים המסוגלים להיגמל, והסיבות להיעדר גמילה אצלם יהיו חוסר רצון מספיק או השפעה סביבתית שלילית". בהיעדר ראיות לשיכום של הנאשמים לקבוצה הראשונה הוא נמנע שלא כדרכו מלרמוז לעמדתו. בהקשר קרוב העלה השופט רובינשטיין טענה שלפיה תחילתה של ההתמכרות הטיפוסית היא בחטא רצוני המחייב גישה מתרעיה ומחמירה (לעומת גמילה, המצדיקה עידוד והקלה), אך גם טענה זו הוא העלה בשםם של אחרים ("יטען הטוען") בלי לרמוז לעמדה משלו. השופטים שוהם וסולברג, שידם רבה בעיצוב ההלכה הפסוקה במשפט הפלילי הישראלי, הצטרפו בשתיקה לפסק דינו של השופט רובינשטיין בלא להוסיף דבר. כך, בעת כתיבתה של רשימה זו, אנו עומדים בלא מענה אל מול האפשרות שיושבים בבתי הכלא בישראל אומללים שהמבנה הגנטי שטבע בהם האל גזל מהם את עיקר אנושיותם בשל חטא שחטאו מרצון ומדעת בנעוריהם, והם נענשים פעם אחר פעם על שהם פוגעים באומללים אחרים (או מקמטים את מכסה מכוניתם).⁵⁵ אפשרות אחרת שאנחנו ניצבים מולה בשתיקה היא שיש בישראל אחרים שגם הם אינם יכולים להימלט מהתמכרותם, אך לא משום שהם עצמם אינם רוצים בכך

50 כך, למשל, אם הטעם האמתי לשלילת "הפירוש המקל" שנותח לעיל הוא שהשיכור (להבדיל מחולה הנפש) אשם בשכרותו, אזי טעם זה חל רק על שכרות נשלטת וייתכן שהיה מרוכך לטובתם של מכורים.

51 הכנסת – מרכז המחקר והמידע "הטיפול במכורים לסמים קשים ולא־לכוהול בישראל" (20.12.2011), www.knesset.gov.il/mmm/data/pdf/m03064.pdf.

52 ראן ע"פ 6382/11 קאדריה נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 9.6.2013).

53 גם היבטים אלה נשארו פתוחים בעיקרם.

54 ראו דנה פוגין' ומוטי פינדלר "בקרה גנטית על התנהגות והשלכותה על המשפט הפלילי: דוגמת האלכוהוליות" משפט חברה ותרבות: טכנולוגיות של צדק – משפט מדע וחברה 13 (שי לביא עורך, 2003).

55 זה, בעיקרו, חטאו של אנטולי צבישב שערערו צורף לערעורו של קאדריה. צבישב קפץ על המכונית בהתקף פסיכטי מקומתו הראשונה של בניין כשהוא אוחז שני סכינים.

אלא משום שהם "מושפעים השפעה סביבתית שלילית". בין אלה ובין אלה – היינו צריכים להפוך את עניינם של אנשים אלה למרכז המחשבה על האחריות הפלילית כולה, ולהקדיש להם את מאות העמודים שהוקדשו לשאלות הריקות שתוארו למעלה. את המכורים השמחים בהתמכרותם ואינם רוצים להיגמל ממנה, אם יש כאלה, נשאיר לעת אחרת.

הבאתי עד כאן את סיפורן של הגנות הנפש העיקריות – אי-השפיות, השכרות והיעדר השליטה – כדי לאפיין את מותן של ההגנות הכלליות. אפיון זה יפה גם למרבית המכרעת של ההגנות החלקיות והספציפיות הטמונות כרכיב שלילי בהגדרתן של עברות או נלוות להן, דוגמת סעיף 300א שנדרון למעלה, או כלולות בהגדרתם של עקרונות אחריות כלליים. כעת אצביע בקצרה על שתי הגנות מסוג זה, המגלות בעת האחרונה סימני חיים לאחר שנים רבות של חידלון: הגנת הקנטור, הטמונה במרכזה של עברת הרצח בכוונה תחילה, והגנת החרטה, הממתנת את עקרונות הניסיון והצדדים לעברה.

4. הגנת הקנטור והגנת החרטה

הגנת הקנטור שהוכנסה לנוסח המקורי של עברת הרצח העיקרית⁵⁶ לפני שמונים שנה הניבה, להערכת, במשך השנים האלה, את הכמות הגדולה ביותר של מלל שיפוטי עקר בפסיקה הפלילית ואולי בפסיקה הישראלית כולה. מרביתם המכרעת של מקרי הרצח הניבו אישום והרשעה, ורובם הסתיימו בפסק דין ארוך ומנומק באחת משתי הערכאות הגבוהות או בשתייהן טרם שליחתו של הנאשם למאסר עולם מנדטורי. מרבית הרוצחים במכוון הרגו את קרבנם בסערת רגשות שמקורה ביחסי גומלין ארוכים או מזדמנים בין השניים ועל כן טענו להגנת הקנטור. לאחר העמסתו של מבחן אובייקטיבי על הנוסח החקוק של הגנה זו בתחילת שנות החמישים, באחד ממהלכי האקטיביזם השיפוטי הגדולים בתולדות המשפט הישראלי,⁵⁷ התפתחה שגרת פסיקה⁵⁸ שבה טענתו של הנאשם לקנטור נדחת תוך חזרה פולחנית הולכת ומתארכת על מסכת הדחיות שקדמה לה, ועל סדרת פסוקים מונוטוניים המבחינים את הנאשם מישראלי דמיוני שאינו מאבד את עשתונותיו לעולם ואינו רוצח. המקרה העיקרי⁵⁹ וכמעט היחיד⁶⁰ שבו נפגמה שגרה זו בעידן הנוכחי הוליד מהלכים מורכבים של סיעור מוחות וחזרה בתשובה, שסופם בהרמת ידיים שיפוטית ובקריאה למחוקק לעצב מחדש את סוגיית הקנטור.⁶¹ לאחר שנים ארוכות הניבה קריאה זו הצעת חקיקה⁶² שסיכוייה להתקבל טובים, אך השפעתה הממשית על סוגיית הקנטור תתברר רק עם יישומה בפסיקתו

56 סעיף 300(א)(2) לחוק העונשין ("גורם בכוונה תחילה למותו של אדם") וסעיף 301(א), המגדיר כוונה תחילה (בין היתר "המיתו ברם קר, בלי שקדמה התגרות בתכוף למעשה").

57 ראו ע"פ 46/54 היועץ המשפטי לממשלה נ' ברוך סגל, פ"ד ט 393 (1955).

58 לסקירה מוקדמת של שגרה זו ראו יורם שחר "הארם הסביר והמשפט הפלילי" הפרקליט לט 78 (1990).

59 ראו ע"פ 3071/92 מוריס אזואלס נ' מדינת ישראל, פ"ד (2) 573 (1996).

60 מקרה אחר (ע"פ 30/73 שמולביץ) נסקר אצל שחר, לעיל ה"ש 58, בעמ' 91. שני מקרים אחרים (ע"פ 50/64 אלנברי וע"פ 95/82 לוביוב), המוזכרים אצל שחר, שם בעמ' 90, הם למעשה מקרים מוקדמים של הגנה חלקית לנאשם שחרג כמעט מתנאי ההגנה העצמית.

61 ראו דנ"פ 1042/04 דוד ביטון נ' מדינת ישראל, פ"ד סא(3) 646 (2006).

62 הצעת חוק העונשין (תיקון מס' 124) (עבירות המתה), התשע"ד-2015, ה"ח 972.

של בית המשפט העליון. אולם, קודם שגמרה הכנסת בדעתה באשר להצעה זו, חרג בית המשפט העליון שוב משגרת פסיקתו וקיבל⁶³ טענת קנטור של אדם שהרג אדם אחר בעקבות התגרות ממושכת, שקדמה להתגרות קלה, מעט לפני האירוע עצמו. רעיון ה"קנטור המתמשך" הועלה אגב פסיקה קודמת,⁶⁴ אך אפשר היה להניח כי ייוותר במקום שבו נותרו רמזי-קולא רבים אחרים שנרמזו בשמונים שנותיו של הקנטור בישראל ולא הניבו זיכויים של ממש. אימוצו של רעיון זה בעת הנוכחית לשם זיכוי בפועל של נאשם מסמן, להערכתו, אפשרות למהפך של ממש בעמדתו של בית המשפט העליון.

עם זאת, אומר כאן לראשונה את שאני טוען במהלך הרשימה כולה, במובלע או במפורש: הכרעותיה של מערכת השפיטה נגזרות מעוצמתה וממובהקותה של האמפתיה שהנאשם זוכה לה בקהילה ההגמונית שאליה משתייכים מעצבי הדין. יונתן בן היילו ימר זכה למה שלא זכו מאות רבות של רוצחים לפניו משום שלא היה פרט אחד בזוהתו ובמסכת חייו שיכול היה להדירו מהקונצנוס הישראלי, וגם לא היה דבר במעשיו שהיה עלול לאיים על שגרת חייו של מגזר או מגדר כלשהו בקהילה ההגמונית. הוא סבל כל ימיו כילד וכנער ממסכת ארוכה של השפלה והתעללות בשל אופיו ("ילד טוב", "לא עושה צרות") ומגבלות גופו (אובחן כחולה אפילפסיה), והאדם שהרג היה עבריין שהתעלל בו מינית ואחרת במשך תקופה ארוכה. אם אני צודק בהערכתו שהקשר זה והוא בלבד מבדילו מכל קודמיו, אני טועה בהערכתו כי זיכוי מסמן מהפך של ממש.

באותה רוח עצמה אני מאפיין מהפך אפשרי אחר בהלכה הפלילית בישראל. במשך חמש-עשרה שנים שלטה בדין הישראלי הלכה שהגבילה את הפטור החקוק⁶⁵ לאדם שחזר בו מניסיונו מרצון ובלא אילוץ חיצוני ("מחפץ נפשו בלבד") למקרים שבהם הונע משיקולי מוסר טהורים ולא ממניעים תועלתניים. בנגיעתו ההלכתית הראשונה בסוגיה זו קבע בית המשפט העליון אחרת, בעניינה של חברת מעליות גדולה שמנהלה מנע השלמה של ניסיון לערבה בעברה כלכלית,⁶⁶ אך משבא לפניו כשנה לאחר מכן עאמר מצארווה הברואי, שחדל מניסיונו לאנוס נערה (יהודייה) משום שהייתה חזקה לטעמו – הרשיע אותו בקול גדול משום שחדל מהניסיון משיקולי כדאיות ולא הגיע למעלתו הגבוהה של "בעל תשובה".⁶⁷ הלכת מצארווה גברה על ההלכה הקודמת והתקבעה בפסיקה למרות ההנחה המוכנת מאליה שהיא תרוקן את הוראת החוק מתוכן מעשי. עבריינים מצויים שכוונתם נחושה דיה כדי לחצות את

63 ראו ע"פ 746/14 בן היילו ימר נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 31.5.2016).

64 ראו ע"פ 759/97 אליאבייב נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(3) 459 (2001).

65 סעיף 28 לחוק העונשין.

66 ראו ע"פ 7399/95 נחושטן תעשיות מעליות בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד נב(2) 105 (1998). המנהל מנע ניסיון להסדר כובל עם מתחרה חלש משום שהאמין שיוכל לסלקו מהשוק בעלות נמוכה יותר. השופט קדמי אימץ את הטענה שלפיה "חרטה [...] אינה חייבת להיות חרטה 'מוסרית' הנעוצה בשינוי ערכי, שחל אצל המתחרט, ודי בכך שהמנסה חוזר בו מכוונתו לבצע את העבירה, גם אם הטעם לכך נעוץ בסיבות כלכליות, חברתיות או אחרות, ולאוו דווקא 'מוסריות-ערכיות'".

67 ראו ע"פ 401/99 מצארווה נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(3) 561 (1999). ההחלטה העיקרית נכתבה על ידי השופט מנחם אילן. השופט קדמי הצטרף להלכה זו בלא הסתייגות אף שהיא סותרת את הלכת נחושטן שהוזכרה לעיל.

גבול ההכנה ולהתחיל בניסיון אינם מושיבים את עצמם בשלב מאוחר זה להרהורי תשובה עמוקים, אך שיקוליהם משתנים תדיר נוכח שינויים במציאות ובמידע. אם שלומו של קרבן העברה הקונקרטי חשוב לחברה יותר משלום המופשט של קרבנות אפשריים עתידיים, היא חייבת לעודד את העבריין להימנע מהשלמת עברתו מכל טעם מעשי שיגרום לו לעשות כן.⁶⁸ לפני כשנה שבו שלושה שופטים של בית המשפט העליון⁶⁹ וגילו טעמים פשוטים אלה שנעלמו מקודמיהם וכתבו, מי באריכות רבה ומי בקצרה, דברים ברורים בזכותו של פירוש מקל להגנת החרטה. הנאשם שבעניינו תלו תוכנות אלה לא היה בדואי אלים שקם לאנוס נערה יהודייה, אך גם לא היה צעיר תמים וביישן שהרג את נוגשו, ולכן אולי זכה לארח את אותן תוכנות כאמרת אגב בלבד בדרכו למאסר. אני מעריך כי הגנת החרטה תצטרך להמתין לנאשם שיגרור אליו אותה מידה של אמפתיה שזכתה לה חברת מעליות כדי שתצא לחיי אמת טובים ומלאים בשממת ההגנות הישראלית.

קעת ארחיב במעט הערה שרמזתי לה למעלה, ואומר כי מספרם ואורכם של פסקי הדין שבהם דנו שופטי בית המשפט העליון לדורותיהם בטענות ההגנה חשוב לא פחות מתוכנם. מכלול ההלכה השיפוטית בצדה ה"שלילי" של האחריות הפלילית שווה בעיקרו בגודלו ובעמקו לזה שבצדה ה"חיובי", וזהות זו יוצרת רושם מטעה של איזון בין כפות המאזניים הפליליות – בין חובה וזכות ובין חומרא וקולא. אני מניח כי מאמץ הלכתי עצום זה המושקע בהגנות נובע מתחושת כנה של מעצבי הדין באשר לחובתם לשקול באחריות ולהקדיש מאמץ זהה לשתי הכפות, אך ספק בעיניי אם הם מתכוונים בתמונת עבודתם הכוללת ורואים כי הכף האחת מלאה מאוד והשנייה כמעט ריקה.

5. הגנת הכורח: עוד הגנה מתה אחת

בתיקון 39 לחוק העונשין נתן המחוקק תנופה חדשה להגנת הכורח בהגדרה נדיבה של תנאיה, הן יחסית לנוסחה הקודם והן יחסית לשיטות משפט רבות אחרות. השינוי המעשי והמשמעותי ביותר שנעשה בתיקון זה הוא הסרה של תנאי קודם, שמנע את תחולת ההגנה במקרים של רצח, אך גם מאפיינים אחרים של ההגנה הורחבו או הוכהרו במפורש לקולא כגון האפשרות לפעול לטובת אחר. להלן אראה כי תנופה זו נבלמה לחלוטין על ידי בית המשפט העליון בסדרה של הלכות שפירשו את לשון החוק לחומרא. תוצאתן המצטברת של הלכות אלה היא שאין להגנת הכורח החקוקה נוכחות משמעותית במערכת האכיפה הפלילית בישראל. אני שב ומניח תאורטית את קיומו של רובד נסתר מהעין, שבו המערכת מושכת ידיה מלכתחילה מאזרחים ישרי דרך שנקלעו בלא כל אשם קודם לאיום חמור והם מבצעים בהשפעתו עברות קלות, אך מקרים אלה היו נפתרים ממילא באמצעות שיקול דעת תביעתי והם אינם מצריכים חקיקה. די לראות את דיוני הכנסת בסעיף 34 כדי להיווכח כי המחוקקים הבינו היטב שהם קוראים למחילה במקרים קשים מוסרית שפתרונם אינו מובן

68 לניתוח שיקולים אלה ראו Yoram Shachar, *Wrestling Control from Luck: The Secular Case for Aborted Attempts*, 9 THEORETICAL INQUIRIES L. 139 (2008).

69 ראו ע"פ 5767/14 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 16.6.2015). ההחלטה העיקרית נכתבה על ידי השופט ג'ובראן והוסיפו לה דברים בהסכמה השופטים שהם ודניצ'גר. רמז מוקדם לעמדה זו נכתב על ידי השופט מלצר בע"פ 297/11 סעיד נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 22.7.2013).

מאליו.⁷⁰ אני מאמין כי בית המשפט העליון לא נענה לקריאה זו ושילב את הגנת הכורח במגמת ההחמרה הכללית. אני גם מאמין שאין מקריות בעובדה שמהלכיו העיקריים של בית המשפט בדרך זו נעשו בעניינם של נאשמים שאינם משתייכים לרוב ההגמוני בישראל. פאטמה בשיר סייעה לדודה לרצוח ארבעה מבני משפחתה במאהל בדואי מבודד שבו התגוררה אתם. דודה ואביה איימו להורגה אם לא תעשה כן. שופטי בית המשפט העליון קבעו כי איום זה היה מוחשי, אך הרשיעו אותה ברצח משום שסברו שהיה עליה להסתלק מהמאהל ו"למנוע את מימוש האיום על-ידי פנייה לגורמים המופקדים על שלום הציבור".⁷¹ חשוב לא פחות להיבט ההשוואתי ברשימה הנוכחית: שופטיה אמרו פגם אחרון זה בהתנהגותה של בשיר כ"חריגה רבתני" מדרישות ההגנה, ולמצער סירבו לראותה כ"חריגה מועטה" שהייתה מאפשרת להם להימנע מלשלוח אותה לארבעה מאסרי עולם. לכך מהערת אגב של השופט יעקב קדמי, שלא נתמכה על ידי חבריו להרכב, לכאורה אין בפסק הדין בעניינה של בשיר עניין מהותי, אך הקו הנוקשה שהכתיב ליישום של תנאי הנחיצות, בהזדמנות המשמעותית הראשונה לאחר כניסתו לתוקף של תיקון 39,⁷² קבע את מגמת הפסיקה בהמשך דרכה ועל כן הוא מהווה בעיניי תקדים מכריע.

חובתו של אדם לחמוק מאיום בלא להיכנע לו ברורה מאליה, אך ברורה גם תלותה המוחלטת בשלל נסיבותיו המדויקות של כל אירוע. קשה להעלות על הדעת פער גדול יותר בין אפשרויותיו הממשיות והמדומות של צעיר ישראלי עירוני מצוי, הנדרש על ידי אביו ודודו לסייע ברצח של כמה מבני משפחתו, לבין האפשרויות שהיו פתוחות לפני פאטמה בשיר, הן במציאות חייה הכוללת, הן במציאות הממשית שבה הייתה נתונה סמוך לאירוע והן (ולטעמי בעיקר) בהבנייתה של אותה מציאות בתודעתה. שופטיה הקפידו לספר פרטים רבים וחשובים על מציאות זו בחלקים שונים של פסק דינם, אך כוחה ההלכתי העיקרי של פסיקתם מתמקד בעובדה שלא מצאו לנכון להזכיר פרט כלשהו מפרטים אלה בחלק האופרטיבי של הכרעתם – ובכך למעשה הפכו את "חובת הפנייה לרשויות" לחזקה חלוטה ואת הגנת הכורח לאות מתה. הגנת הכורח מצוירת תכופות בספרות האקדמית בצמידות זמנים הדוקה בין האיום לבין מימושו הצפוי (כגון מקרה שבו אדם מצמיד אקדה לרקתו של אחר ומצווה עליו לבחור בין ביצוע של עברה לבין מוות מיידי). המציאות שאתה מערכות האכיפה מתמודדות מורכבת יותר, ובדרך כלל היא פוערת פער זמנים ניכר בין איום למימושו – ועל כן המתווה המדויק של חובת הפנייה לרשויות נהפך לשאלת המפתח בהגנת הכורח. אביה של פאטמה בשיר דמיונית לא כיוון אקדה לרקתה וגם דודה לא איים עליה במוות מיידי, ועל כן רגליה היו יכולות לשאתה למקום מחיה כלשהו שבו לא ביקרה כנראה מעולם, ובו היו רשויות עלומות מספקות לה מחסה ותחליף ארוך-טווח ובטוח לזכרים האלימים ששלטו בחייה מילדותה. פאטמה בשיר האמתית חיה במאהל שתואר כך בפסק הדין ששלח אותה לארבעה מאסרי עולם:

70 ראו, למשל, בד"כ כרך 124, 2297 (התשנ"ד).

71 ע"פ 2130/95 בשיר נ' מדינת ישראל. פ"ד נא(3) 456 (1997).

72 הרצה בוצע בשנת 1991. נוסחו החדש של סעיף 34 לחוק העונשין, לאחר תיקונו ב-1994, הוחל רטרואקטיבית על עניינה של בשיר מכוח ס' 5(א) לחוק לאחר תיקונו.

המאהל רחוק ממקום יישוב כלשהו, אין אליו דרכי גישה סלולות, ואין הוא מחובר לרשת המים, החשמל או הטלפון. המערערת שהתה במאהל עד לאירוע נושא האישום כחמש-עשרה שנים כשהיא חיה שם בנייתו כמעט מוחלט מן העולם החיצון וכאשר חייה מתנהלים על-פי הוראותיהם של האב ושל הרוד.

בשיר רעתה עזים כל חייה ועל כן אפשר להניח בביטחון את שאינו מפורש בפסק הדין: היא הייתה בורה גמורה ולא ידעה דבר על העולם שמעבר למאהל שבו ישנה ולגבעות שבהן הוליכה את צאנה. אמה הביולוגית ואביה חיו דרך קבע במקום אחר, וביקוריו האקראיים של האב במאהל היו מלווים בסכסוכים קשים בינו לבין אשתו האחרת, שהוחזקה שם עם ילדיה. גם בלא שאזכיר פרטים אחרים הפזורים בפסק הדין, די באלה כדי להצביע על המובן מאליו והוא שעולמה האמתי של בשיר היה צר כעולם נמלה, והבררה התאורטית שעליה דיבר השופט קדמי בשמו של הרכב השופטים שדן בעניינה כלל לא הייתה אמיתית. רגליה של פאטמה בשיר היו יכולות לשאת אותה למקומות יישוב שמעבר לגבעות שהכירה, אך אנושיותה – ועל כן גם אחריותה הפלילית – שוכנת בתודעתה ולא ברגליה, ובתודעתה שכנו גם הבררות האמתיות שהיו פתוחות לפניו. אילו היו שופטיה מחברים עצמם לתודעה רחוקה זו של צעירה בדואית שבויה ובורה, באותה מידה של קרבה ואמפתיה שגילו חבריהם למצוקתו ולחזיונותיו של השוטר יחזקאל שסיפורו יסופר בהרחבה בפרק הבא, ספק אם היו מוצאים בה את סיפור הגאולה שכתבו לתוכה ממרום כיסאם בירושלים. בסיפור דמיוני זה פאטמה בשיר צועדת ביוזמתה ולבדה דרך גבעות ריקות מאדם, נכנסת למקום יישוב מסתורי בלא שתלווה על ידי זכר בוגר מבני משפחתה (הוא, כזכור, אותו דוד שאיים לרוצחה), מספרת שם לאנשים אלמונים בשפה המוכנת להם כי אביה דרש ממנה על-פה לרצוח את אמה החורגת, זוכה לאמונם ולהגנתם של אלמונים אלה, נמסרת לשמירתם הבטוחה של רשויות שעל שמען לא שמעה ופותחת בחיים חדשים בממלכת האור שמעבר להרי החושך. השוטר יחזקאל השכיל להניח לפני חוקריו ושופטיו תסריט ביעותים שאילו שמן ממנו היה חודר לתודעתה המדומינת של פאטמה בשיר הברואית, היא הייתה נשחטת בו כעו בכל אחת מהנקודות שבין המאהל שבו הייתה שבויה לבין המקלט הממלכתי שאליו לא הייתה מגיעה לעולם. התסריט המורכב ועתיר הדמיון של יחזקאל זכה להיהפך כולו לפסק דינו, כמות שהוא ובלא שתשונה בו מלה; סיפורה של פאטמה בשיר שוכנת עבודה על ידי יעקב קדמי ולא ניתנה לה בו מלה אחת משלה, כך בחייה וכך במשפטה.

שש שנים לאחר מכן הכתיב בית המשפט העליון גם לחאלד עשור מיפו את תמונת המציאות שאותה היה אמור לראות ברגע קשה של הכרעה⁷³. גם כאן, אף יותר מבעניינה של בשיר, התמקד לקחו של פסק הדין ביישומה המחמיר של הוראה חקוקה ולא בשאלה הלכתית מהותית, אך הקשריו האתניים של יישום זה ונסיבותיו חשובים לטענה המרכזית שברשימה הנוכחית.

חאלד עשור היפואי הוזמן טלפונית לאום אל-פחם כדי להסיע משם במוניתו שני נוסעים לאזור תל-אביב. עשור נענה להזמנה והסיע את השניים אף שהבין כי הם שוהים בישראל שלא כדין ואף התחמק לבקשתם מניידת משטרתית. בקרבת היעד הזדהו השניים כמחבלים מתאבדים ודרשו מעשור להוביל אותם למקום הומה אדם והוא נכנע לאיומם – שיתפוצצו

73 ע"פ 1285/03 עשור נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 29.9.2013).

עמו במוניתו אם לא יעשה כדבריהם. לא היה חולק על העובדה שבשלב אחרון זה לא הייתה לעשור בררה שלישית, אך הוא נשלח לשנות מאסר רבות משום שמלכתחילה היה צריך להימנע מהכנסתם למוניתו. עשור הודה באשמתו בעסקת טיעון בערכאה הדיונית וערעורו נסב רק על גזר דינו, אך בית המשפט העליון התייחס באריכות יחסית להיבטים שונים של אשמתו ולמעשה אישר את ההרשעה (אך הקל בעונשו במידה ניכרת). בחלק החשוב לענייננו הוחלה על עשור הוראתו של סעיף 34 ל^ד לחוק העונשין, השוללת הגנה ממי שיכול היה להימנע מהכורח בטרם נוצר. התנאי העיקרי להפעלתו של סעיף זה בהקשר הנוכחי הוא שהנאשם "היה מודע או אם אדם מן הישוב במקומו יכול היה, בנסיבות הענין, להיות מודע, לפני היווצרות המצב שבו עשה את מעשהו, כי הוא עלול לעשותו במצב זה". מה הבין עשור ומה היה מבין אדם מן היישוב במקומו באותו רגע אחרון ברחוב באום אל פחם שבו היה חופשי להסתלק בלא שיכניס את השניים למוניתו? הודאתו של עשור באשמתו מנעה משופטיו עדות אמת מפורטת על עובדותיו של אותו רגע ועל האופן שבו השתקפו בעיניו של עשור, אך דווקא העובדות שמצאו את דרכן לפסק הדין הולידו את ההנחות הסטראטיפיות החשובות לרשימה הנוכחית. כמו בעניינה של פאטמה בשיר, גם עניינו של חאלד עשור הוכרע על פי הדרך שבה נתפסת תודעתו של נאשם ערבי בעיניו של שופט יהודי.

אין בעיניי קושי כלשהו בהנחה של בית המשפט העליון שנהג מונית יפואי יודע שהוא מוזמן להסיע שוהים בלתי־חוקיים בנסיבות שבהן המזמין מטלפן אליו מג'נין, האיסוף מתבצע באום אל־פחם ושכר הנסיעה המוסכם עולה על המקובל. אין ספק גם שנכונותו של עשור לחמוק מניידת משטרה לבקשת הנוסעים, הרבה לפני שהזדהו כמחבלים, מעידה על העובדה שהבין מלכתחילה שהם שוהים בלתי־חוקיים, בדיוק כפי שהיה מבין גם כל נהג יהודי. אולם, אם פרטים אלה ממצים כך את המידע הגלום בהם ואינם אומרים כשלעצמם יותר, מנין אמור היה חאלד עשור לדעת שהשניים המבקשים להיכנס למוניתו אינם כאלפי הפלסטינים האחרים הנדחקים בגבולותיה של ישראל בלא היתר מטעמים אלה ואחרים, ונעזרים באלפי ישראלים, יהודים כערבים, המשתפים אתם פעולה (שלא כדיון) מטעמים של תועלת הדדית? כדי לענות על שאלה זו יש להתמקד בפרטים הספורים שאינם מתיישבים אלא עם הנורא שבכל הטעמים האפשריים לחצייתו של הקו הירוק – פיגוע טרור. ככל שהפכתי בפסק הדין לא מצאתי אלא שלושה כאלה, והם העובדה שההסעה התבצעה בערב תשעה באב, העובדה שהנוסעים היו לבושים "בגדי יציאה" והעובדה שהם נשאו תיקי צד. כדי למקד אף יותר את השאלה שאני מעלה, אני מבקש להצביע על דרך משפטית אפשרית שאותה דחה בית המשפט העליון בשתיקה. בדיוק כפי שקבע במקרים אחרים שבהם הופעל סעיף 34 נגד נאשמים שנכנסו לתחומם של עבריינים,⁷⁴ יכול היה בית המשפט לקבוע עמדה עקרונית שלפיה תישלל הגנת הכורח (והגנות קרובות אחרות) מכל מי ששיתף פעולה במודע עם שוהה פלסטיני בלתי־חוקי ומצא את עצמו לכוד באיום חמור בהרבה. עמדה קיצונית כזו – הרבה מעבר לעונשים הישירים המוטלים על משתפי פעולה שנתפסו – הייתה מטלטלת עמודי תווך בחברה ובכלכלה הישראלית וצלה היה מעיב על יהודים וערבים כאחד.

74 ראו סיפורה של מריה חסוס, שיסופר להלן, טקסט לה"ש 78 והלאה.

מצדו ההפוך של אותו מטבע, לא הייתי מוצא דבר להגיד דבר בעניינו של חאלד עשור אילו היה בית המשפט קובע ולו ברמז כי סייע למחבלים בכוונה או ביודעין מתוך הזדהות עם מטרתם הרצחנית. ראיות לתמיכה בטרור מוצגות בדרך כלל לבתי המשפט בחשאי והן ממילא אינן פתוחות לביקורת. אני מניח כמובן מאליו שאם היו ראיות כאלה לפני בית המשפט בשלבים הנדונים כאן הייתה מסקנתם חורצת את תוצאת המשפט בלא כל דיון נוסף. בפועל כתבה השופטת דליה דורנר בשמו של הרכב השופטות כי עשור "לא רצה לסייע למחבלים", כי "לא רצה בביצוע העבירות אותם בצעו" וכי אכן היה "מאויים בחייו איום ממשי ומייד" בשלב האחרון של האירוע.

בהינתן כל אלה – מה המידע הגלום בתאריך, בבגדים ובתיק, שבגללו נכלא נהג מונית יפואי לעשר שנים תמימות?⁷⁵ בית המשפט אינו מפרט מידע זה אך הוא מתבקש מההכרעה כמובן מאליו. הנחת המוצא העובדתית שבבסיסו היא שערכים החוצים את הקו הירוק בלא היתר עושים זאת לשתי מטרות אפשריות בלבד: לעבוד מיד בטיט ובלבנים או למות מיד על קידוש שמם. אם היו באים לעבודת כפיים קשה, היו יודעים שלא תזדמן להם כזו בערב, ודאי לא בערב תשעה באב, ואם לא היו יודעים זאת (אולי משום שרזי לוח השנה היהודי אינם יודעים להמוני ג'נין) – היו לבושים בגדי עבודה ישנים ולא "בגדי יציאה", ובכל מקרה לא היו נושאים "תיקי צד" אלא צרורות בד דלים שבהם פת חרבה וציוד עבודה כלשהו. מאחר שלא קיימו אף אחת ממצוות אלה, חזקה שהם באים מוכנים לפגישה עם בוראם ועם המנעמים שהוא מזמן להם בעולם שכולו טוב, וחזקה שנהג יפואי מכיר חזקה זו. "בגדי היציאה", כך הבין חאלד עשור דרך עיניהם של שופטיו, נועדו ליציאה מפוארת ורצחנית מעולם החיים ולא (למשל) לביקור קרובים בלוד, לפגישה עם אהובה ישנה ברמלה, או אפילו לפגישה עם מעביד יהודי מבתים (לשם ביקשו תחילה מעשור שיסיע אותם) שיעסיק אותם בשטיפת כלים בעשרה באב.

בהיעדר תימוכין ראיתיים ישירים לקביעתו של בית המשפט כי עשור "התעלם" עד כדי עצימת עיניים מן ההתנהגות המחשודה של שני נוסעיו, יש להניח כי הפעיל לשם כך אחת מהחזקות הראיתיות שבהן הוא משתמש תכופות כדי לייחס לנאשם שלפניו את מודעותו המסתברת של "האדם מן היישוב". בטרם אשאל את השאלה המתבקשת על זהותו ודמותו של אותו אדם, אדגיש כי סעיף 34ד⁷⁶ מסתפק באדם דמיוני זה עצמו כדי לשלול את הגנתו של הנאשם האמתי, ושופטיו של עשור היו יכולים להגיע לאותה תוצאה גם בלא שייחסו לחאלד עשור מודעות סובייקטיבית לאפשרות הקשה מכול, דהיינו: שהוא עומד לסייע לרוצחים להרוג אנשים רבים. מאחר שבחרו דווקא בחלופה זו, עולות בהכרח שאלות קשות על כישוריו הקוגניטיביים ועל השקפת עולמו הערכית של אותו "אדם מן היישוב" שעצם את עיניו של חאלד עשור. האם, כמו עשור, הוא ערבי שדמם של יהודים סמוק בעיניו פחות

75 לפי החלטות שיפוטיות ומנהליות שפורסמו בעניינו של עשור, הוא מיצה את מלוא תקופת מאסרו משנת 2002 ועד שנת 2012.

76 סעיף 34ד לחוק העונשין שכותרתו "כניסה למצב בהתנהגות פסולה", שלפיו התחולה של הגנות הצורך והכרח וההגנה העצמית תלויות בשאלה אם העושה הכניס את עצמו מרצון, תוך התנהגות פסולה, למצב דברים שכדי להיחלץ ממנו עליו לבצע "עברה" בתנאים של אחת ההגנות. ראו דוד רונן "שליטת הגנות בשל התנהגות פסולה" הפרקליט 342 (2003).

מדמם של בני עמו? ואם אינו ערבי – האם גם יהודי מן היישוב יודע להבדיל בין "בגדי יציאה" ו"תיקי צד" של ערבים לבין פריטים אחרים שהם לובשים ונושאים? ואם אינו ערבי – האם כמו עשור אינו אלא נהג מונית תאב בצע המסיע במודע ספקרועחים מאויבי עמו כדי שירצחו יהודים בתשעה באב?⁷⁷ ואולי, מכל מקום, נהגי מוניות ותיקים רוכשים מיומנויות אנתרופולוגיות המאפשרות להם לזהות סימני סכנה בכל נוסעיהם, בלא הבדל דת וגזע? אם שאלות אלה נראות מופרכות או קנטרניות יש לשוב ולאפיין את האלד עשור, בדיוק כפי שאפיינו אותו שופטיו. אדם זה, נהג מונית עירוני בן 41 חשד – אולי כבר כשיצא מביתו וודאי לאחר שראה את נוסעיו ברחוב כשעה לאחר מכן – כי הם מחבלים מתאבדים העומדים לבצע פיגוע המוני. האפשרות שנהג ישראלי מן היישוב יכניס ספק-מחבלים כאלה במודע למוניתו רק כדי להרוויח מעט יותר משהיה מרוויח אילו עבד באותן שעות במרחב מחייתו הרגיל, אינה מתיישבת עם שום אפיון אנושי סביר. אם לא מטעמים אוניברסליים או פריטיקולריים של חמלה אנושית וכבוד בסיסי לחיי אדם, הרי מטעמים אנוכיים של חשש אישי להיפגע או להיענש, אדם שפוי מן היישוב – גם (ואולי במיוחד) אם הוא חמדן ותאוותן – אינו "עוצם את עיניו" ומכניס במודע למכוניתו שתי פצצות אנושיות כדי להגניב אותן בחשאי ליעדן, רק כדי לקבל על כך כמה מאות שקלים. אין שום טעם שיפר תחשיב אנושי פשוט זה לבד מהטעם הלאומני, ועל כן אין ספק בעיניי כי האלד עשור הורשע משום שהוא ערבי ומשום ששופטיו הניחו את ערביותו בתחשיב שייחסו לו. האלד עשור יכול היה להסתכן במודע בהסעתם של מחבלים מתאבדים רק משום שהוא ערבי מן היישוב ורק משום שחיי יהודים אינם שקולים בעיניו כחיי אחרים; משום שהוא ממילא ערבי הוא גם יודע להבדיל בין שב"ח סתם לבין מחבל על פי לבושו ועל פי סימנים אחרים.

למעלה אמרתי על פאטמה בשיר כי היא נענשה משום ששופטיה לא היו מוכנים להכיר בשונותה. כאן אני אומר כי האלד עשור נענש משום ששופטיו טבעו בו יותר מדי משונותו. על שניהם אני אומר שנענשו משום שלא זכו לאמפתיה הטבעית שיש לבני קבוצה אחת לבני קבוצתם. דברים דומים אני אומר על המקרה הבא, שבו סתם בית המשפט העליון סופית את הגולל על הגנת הכורח.

מריה חסוס ואשה נוספת, שתיהן אזרחיות קולומביה, הובילו סמים קשים מארצן לישראל⁷⁸. הן עשו כן משום שהיו זקוקות להלוואה בשל מצבן הכלכלי הקשה, ועבריינים קולומביאנים התנו את מתן ההלוואה בהובלת סמים. טרם טיסתן לישראל הן התחרטו, אך העבריינים איימו עליהן כי יפגעו בבני משפחותיהם הקרובים והן נכנעו לאיום. במשפטן טענו להגנת הכורח אך זו נמנעה מהן בשתי הערכאות משלוש סיבות: ראשית, כי האיום שהופנה כלפיהן לא היה מוחשי דיו; שנית, כי היו יכולות להימנע מהאיום על ידי פנייה למשטרה; ושלישית, כי נכנסו למצב הכורח בהתנהגות נשלטת ופסולה כמשמעותה בסעיף 34ד. חידושו העיקרי

77 בהיסט אירוני המאפיין אירועים מסוג זה, מרבית נפגעי הפיצוץ לא היו יהודים משום שמרבית מרכזי הבידור והעסקים היו סגורים אותו ערב במצוות החוק, והמחבלים פוצצו את עצמם במסעדה הומה אדם שהפרה את אותו חוק ומרבית השהיהם בה היו עובדים זרים.

78 ע"פ 3920/00 פלונית נ' מדינת ישראל, פ"ד נו (2) 1 (2003). אני משתמש בטקסט במטעמי נוחות בשמה של המערערת בע"פ 3964/00 חסוס נ' מדינת ישראל שאוחד עם ע"פ 3920/00 הנוכחי וניתן בו פסק-דין משותף.

של פסק הדין בעניינין מתגלם בסירובו של בית המשפט העליון לקבל את טענתן כי סעיף 34ד אינו חל עליהן משום שפעלו להצלת אחרים ולא להצלת עצמן. אתמקד בנקודה זו בהמשך, אך ראוי להקדים לה הערה על שני הטעמים הראשוניים לשלילת הגנתן, ברוח ההערות שהערתי בעניינם של בשיר ועשור.

מימוש של איומים ודרכים חלופיות לנטרולם ישכנו לעולם במחוזות הדמיון, הן של מי שנכנעו להם והן של שופטיהם, מהסיבה הפשוטה שלא התרחשו ולא נבחנו במציאות. הערכת ממשותם תלויה במשתנים רבים הנטועים בנסיבות האמת שסביבם, אך גם זו תישאר לעולם ספקולטיבית ותישען על הערכות הסתברותיות שאינן ניתנות לתיקוף. טענתי העיקרית לכל אורך הרשימה היא שמידת הקרבה בין הערכותיהם של נאשמים להערכותיהם של שופטיהם נגזרת כנראה ממידת הקרבה האנושית ביניהם. שופטיהם של מריה חסוס וחברתה היו יכולים להכריע בעניינן במילים ספורות אילו היו מסרבים להאמין להן כי נתקפו חרטת-אמת בשדה תעופה רחוק מעבר לים והיו מוכנות להיוותר בעוניין ולא להוביל סמים קשים לישראל. מאחר ששופטיהן בחרו להניח כי הן התחרטו באמת וכי באמת נענו באיום על בני משפחתן, שומה היה עליהם לשים את עצמם במקומן – ככל שבני תמותה יכולים לשים עצמם במקומם של אחרים, במקום אחר ובזמן אחר – ולנסות להעריך שם ואז את כוחם של האיומים ואת הסתברותן של הדרכים לחמוק מהם בשלום ובכטחה. אם עברייני סמים קולומביאניים – גדולים דיים כדי להפעיל רשת הברחה בינלאומית – אכן אימו על שתי אמהות קשות יום לפגוע בילדיהן אם לא יעשו כדבריהם, מה היה עושה איום זה "מוחשי במידה הדרושה"? בשנה שבה התרחש האירוע המדובר נרצחו בקולומביה כ-27 אלף אנשים, כלומר: 76 מדי יום, פי 33 יותר מבישראל (ביחס לאוכלוסייה).⁷⁹ מערך הפצת הסמים נשען על בלדרים תמימי מראה ולכן הוא תלוי לחלוטין באמינות איומיו. האם העברייני שאיים על חסוס וחברתה היה חייב להציג להן תכנית פעולה מפורטת לרצח ילדיהן ושאר משפחתן כדי שאיומו לא יהיה "כללי ומעורפל"⁸⁰? ובאותה רוח: מה היו צריכות הנשים לעשות או לטעון כדי שטענתן שלא סמכו על המשטרה – לא זו שבקולומביה מוכת השחיתות וגם לא זו שבישראל – שתציל את ילדיהן מנקמתם של עבריינים אלימים, לא תיפסל כ"השערה ספקולטיבית נעדרת בסיס ראיתי"? אם הייתי צריך להצביע על מידה אחת שתעיד על גודל המרחק ששמו שופטיהן של נשים קולומביאניות פשוטות אלה בינם לבינן, הריהי גלומה בביקורתה של הערכאה הדינית על כך שבהגיען לישראל "הן לא בדקו את האפשרות שמשטרת ישראל, בסיוע גורמים דוגמת נציגי משרד החוץ בקולומביה או האינטרפול, תבטיח את שלומן ואת שלום בני משפחותיהן" וגם "לא עשו מאמץ כלשהו כדי לברר אם הנחתן כי גם בישראל יש בפנייה למשטרה משום הסתכנות, נכונה". כשלעצמי, אינני יודע מה הייתה תוצאתם של "בדיקה" זו ו"ברור" זה אילו הייתי אני עצמי עורך אותם, אך ההנחה – ששתי נשים קולומביאניות מבוהלות, שאינן דוברות עברית וספק אם הכירו אי-פעם עולם אחר מהעולם האלים והמושחת סביבן, המוצאות עצמן בישראל בנסיבות שבהן נקלעו אליה,

79 לנתונים אלה ראו: <http://data.worldbank.org/indicator/VC.IHR.PSRC.P5?page=3> וכך https://en.wikipedia.org/wiki/Demographics_of_Colombia.

80 במקור נכתב "עתידי, כללי ומעורפל", אך כאמור בפסק הדין עצמו, הגנת הכורח אינה דורשת מיידיות ועל כן אין פגם בעצם היותו של האיום "עתידי" ולא מידי.

יכולות היו לזהות את טוהר ידיה ואת יכולותיה חובקות העולם של משטרת ישראל – הנחה זו אינה מתיישבת בעיניי אלא עם הזרה מוחלטת של הנשים האמתיות שעל דוכן הנאשמים. לא זה שיאו של פסק הדין. שיאו נעוץ בפירוש שנתן בית המשפט העליון למילותיו של סעיף 34, והוא נוגד לחלוטין את לשונו ורוחו של הסעיף, ובכך הוא משיא לדעתי את גישתו המחמירה הגורפת לכל ההגנות בפלילים. כפי שכתבה השופטת טובה שטרסברג-כהן עצמה בשם חבריה, בשנת 1994 החליט המחוקק, לאחר התחבטויות רבות, להסיר את גזירתה של ההוראה שבסעיף זה ממי שביצע את העברה שביצע "להצלת אינטרס הזולת", וכך כתב במילים מפורשות בנוסח הסופי של החוק (ההדגשה הוספה):

[הגנת הכורח] לא [ת]חול [...] אם העושה היה מודע או אם אדם מן הישוב במקומו יכול היה, בנסיבות הענין, להיות מודע, לפני היווצרות המצב שבו עשה את מעשהו, כי הוא עלול לעשותו במצב זה, ואם העמיד את עצמו בהתנהגות נשלטת ופסולה באותו מצב; ובלבד שענינו של המעשה שנעשה במצב [הכורח], לא היה הצלת אינטרס הזולת.

אפשר להניח בביטחון כי מריה חסוס וחברתה היו מודעות, בעת שרקמו עסקה בלתי-חוקית עם עברייני סמים, כי הן עלולות להסתבך במצבים כגון זה שאליו נקלעו, ואין ספק כי התנהגותן באותה עת הייתה נשלטת למרות מצוקתן הכלכלית. גם אין ספק שהתנהגותן זו הייתה פסולה מכל פסול. אם היו נכנעות אחר כך לאיום על חייהן שלהן בלבד הן היו נענשות בצדק על חטאן האישי, לא על שנכנעו לאיום אלא על שהביאו אותו על עצמן בהתנהגותן הפסולה. אולם, גם אם הן חטאו, ילדיהן לא חטאו, ואין ספק שכוונת המחוקק הייתה לתמרץ אותן להציל ילדים תמים אלה גם במחיר הכבוד שהייתה החברה (במקרה זה: קרבנות הסמים הקשים בישראל) צריכה לשלם על כך. אני מאמין כי עמדה זו היא העמדה הראויה, אך לא הייתי רואה פסול ברור ובוטה בהכרעה הפוכה של המחוקק, ולכן אני ממקד את עיקר טענתי באפיונו של המהלך הפרשני שנקט בית המשפט במקרה זה כמהלך אקטיביסטי עז ומובהק ולא בטעמיו הערכיים. מוסד שאיננו מהסס להעדיף טעמים ערכיים חדים וברורים על ציות פורמלי להלכה חקוקה, מקבל על עצמו שותפות מלאה ואף למעלה ממנה בעיצובו של הדין, והוא חייב להעמיד טעמים ערכיים מעמיקים ומשכנעים לא פחות כשעמדתו זהה לעמדת המחוקק בשאלות עקרוניות. השופטת טובה שטרסברג כהן הרשיעה את מריה חסוס ואת חברתה, בהסכמתם של השופטים שלמה לוין ואליעזר גולדברג, משום שהאמינה כי פירוש מקל של סעיף 34 יעקר את העיקרון המחמיר הגלום בו, ועל כן עשתה בסעיף קסם לשוני שהקדים את סופו לתחילתו. חשוב יותר: היא עשתה זאת משום שמגמת פסיקתו של בית המשפט העליון בכל הקשור למתוויהן של ההגנות מחמירה מאוד. להלן אצביע על העובדה שבית המשפט העליון "הרשה" ליישום מקל של הגנת הטעות (במצב דברים) שבסעיף 34⁸¹ לעקר כמה עקרונות מחמירים בהגנה העצמית שבסעיף 34.

81 זו לשון סעיף 34 לחוק העונשין: "(א) העושה מעשה בדמותו מצב דברים שאינו קיים, לא יישא באחריות פלילית אלא במידה שהיה נושא בה אילו היה המצב לאמיתו כפי שדימה אותו. (ב) סעיף קטן (א) יחול גם על עבירת רשלנות, ובלבד שהטעות הייתה סבירה, ועל עבירה של אחריות קפידה בכפוף לאמור בסעיף 22(ב)".

6. טעות במצב דברים

לשונו המפורשת של ס' 34 וההיסטוריה החקיקתית שלו מתיישבת יפה עם יישום זה, אך בהמשך אטען כי "הרכבתו" על ההגנה העצמית והפריצה שהוא פורץ בגבולותיה של ההגנה העצמית המדומה עלולים לעלות לחברה הישראלית במחיר כבד לא פחות, ועל כן אין השופטים יוצאים ידי חובתם בעצם יישומו של החוק. אם היו מאמינים כי דמם של אנשים, ערכים כיהודים, שמתו משום שהורגם הפריז בסכנתם, חשוב כדמם של אחרים, היו משכילים למצוא בסעיף 34, בסעיף 34 או בתווך שביניהם את אותה מלה עצמה ("סבירה") שהשמיט המחוקק בכוונת מכוון בתיקון 39. אם היו עושים זאת היו זקוקים לנימוקים כבדי משקל ואולי גם למעשי קסם לשוניים, אלא שאלה ואלה לא היו צריכים להיות טובים יותר מאלה שהוצעו בעניינן של חסוס מריה וחברתה. אם ההגנה העצמית מלבלבת ופורחת בישראל במקום שבו כל ההגנות האחרות מתות, אין זאת משום שזו מצוותו של המחוקק אלא משום שזו אמונתם של השופטים.

לסיכומה של טענה השוואתית זו אשוב להצביע על מגמה אקטיביסטית מובהקת בפירושה המחמיר של הגנת הכורח. בתיאור פרשת באשיר נגעתי בחטף בשאלת מיידיותה של הסכנה והנחתי כי דרישה זו אינה חלה בהגנת הכורח. הנחה זו אינה מובנת מאליה כלל ועיקר, ועל חשיבותה של המיידיות בהגנות המצוקה יעיד חלקה הדומיננטי בשיח הציבורי והמשפטי סביב מתווה ההגנה העצמית, כתיאורו בפרק הבא. המיידיות אינה נדרשת בהגנת הכורח משום שהמחוקק הסיר דרישה זו בתיקון 39, ובאותו תיקון הסיר גם הגבלה חמורה אף יותר שרצצה על הגנת הכורח בנוסחה הקודם⁸² ואפשר להחילה על מקרים של רצח. שילובם של מהלכי חקיקה מקלים אלה קומם את השופט קדמי עד כדי כך שכתב בהערת אגב (שלה רמזתי למעלה) דברים בגנותו של שילוב זה, וקרא להפר בריש גלי את כוונתו המפורשת של המחוקק. לאחר שהציע לדרוש מיידיות במקרים של רצח, הוסיף:

לא נעלם הימני, כי בכך הנני משיב ליושנה – במידה רבה – את עטרת דרישת ה"מיידיות" של מימוש האיום, שבוטלה עם חקיקתו של סעיף 34 לחוק. ברם, לטעמי, מתחייב הדבר מעקרון קדושת החיים, ומגבלת הסבירות מאפשרת זאת. כאשר מדובר בהמתתו של אחר, יש לדרוש מן המאויים נטילת סיכונים של מימוש האיום, שאפשר שאין לדרוש את נטילתם כאשר מדובר במעשים אחרים.

חבריו של השופט קדמי להרכב דחו את ההכרעה בנקודה זו, מי במילים פשוטות ומי בלשון פיוטית, אך לא באו אתו חשבון על עצם נכונותו להחזיר עטרה שהמחוקק הסירה משום שאיזן אחרת בין קדושת חייו של המאויים לקדושת חייו של קרבנו. בפרשת חסוס הצטרפו שלושה שופטים נוספים של בית המשפט העליון לתיגר שקרא השופט קדמי על המחוקק, קצת על דרך ההקצנה וקצת על דרך הריכוך. הם ריככו את אמירתם משום שהם הסתפקו

82 זו לשון סעיף 21 לחוק העונשין, התשל"ז-1977: "מעשה, למעט רצח ועבירה כלפי המדינה שנעשה מוות, שאדם היה אנוס לעשותו מחמת איומים שהעלו אותה עשה חשש סביר שאם לא ייכנע ימות מיד או ייחבל מיד חבלה חמורה – אינה עבירה, ובלבד שלא העמיד עצמו מרצונו במצב שהביאהו לידי האונס". ראו את המקור בקישור: fs.knesset.gov.il/9/law/9_Isr_311018.PDF

באזכורה הלקוני של הלכת באשיר וברמו לספק שבה ("לכאורה אין סעיף 34 לחוק מכיל את רכיב המיידיות. שאלה היא אם נעלמה דרישה זו כליל"), אך הם הרחיבו מאוד את מצודתו של הספק בעצם אזכורו בפרשה העוסקת בעברת סמים, קשה ומרה ככל שתהיה, ולא ברצח. כך או כך, שאלת המיידיות שציווה המחוקק להסיר מהגנת הכורח מרחפת בעקשנות מעל הכרעתם של השופטים שטרסברג-כהן, לוין וריבלין, ואף מוצאת ביטוי מפורש לגנאי באפיונו של האיום שהופנה כלפי חסוס וחברתה כאיום "עתידי" בצד אפיונו כ"כללי ומעורפל". המחוקק ציווה להקל, השופטים פועלים להחמיר והדין עשוי בדברם: הוא עשוי בדברם לחומרה במרבית זירות ההגנה, אך דווקא משום כך הוא עשוי בדברם שלהם גם בזירה הבודדת והמתוחמת שבה בחרו להקל.

ג. הגנה עצמית: הגנה חיה אחת⁸³

1. מיידיות כמשל 1987–1995

בשנת 1991 הגישו חמישה חברי כנסת מסיעות הימין הצעת חוק פרטית⁸⁴ להחלפתו של סעיף 22 לחוק העונשין, התשל"ז-1977, שכונה אז "צורך", בשני סייגים שכונו "הגנת הפרט" ו"כורח נסיבות". היו טעמים משפטיים ראויים לעיקרה של החלפה זו, אך מניעיהם האמתיים של המציעים היו פוליטיים במובהק. סעיף 22 היה נוסח עברי של תקלה חקיקתית בת כמאה שנים, אך תיקון ראוי של תקלה זו הוצע כחלק מרפורמה רחבה שעמדה באותה עת במרכזו של שיח ציבורי ומקצועי ולא הייתה בו דחיפות מיוחדת. במשך השנים השכילו בתי המשפט לחלץ מעמימותו של ס' 22 מתווה סביר של הסייג העיקרי שהושתת עליו הוא סייג ההגנה העצמית, ושגרת הצדק הפלילי לא הייתה נפגעת אם היה ממתין עם רכיבים רבים אחרים של האחריות הפלילית לחקיקתו של תיקון 39 הגדול שלוש שנים אחר כך. אולם, תיקון מס' 37 לא הוצע ב-1991 כדי לתקן את שגרת הצדק הפלילי. החברה הישראלית התמודדה באותה עת עם התקוממות עממית אלימה ועם גילויים קשים בדבר התנהלותם של שירותי הביטחון, ותומכי הגישה הכוחנית בהתמודדות זו ביקשו לגייס את סייג ההגנה העצמית לעמדתם. בהמשך אטען כי הקשר פוליטי-ביטחוני זה מלווה מאותה עת את מהלכי עיצובה של ההגנה העצמית בישראל, הן בחקיקה והן בפסיקה, והוא מכתוב מגמה מרחיבה הפוכה לחלוטין למגמה המצמצמת את מתוויהן של כל ההגנות האחרות. ההגנה העצמית מורחבת במהלכים אלה בנפש חפצה מתוך אמפתיה סמלית עמוקה לדמותו הטיפוסית של מתגונן יהודי נורמטיבי, המתעמת עם ערבי המאיים על הסדר הציוני ההגמוני. המתגונן בהגנה העצמית הוא ה"אני" המגן על שלום האומה ונפשה אל מול ה"זר" הקס לאבדה. המהלך הראשון ואולי המכריע בפריצתו של סייג ההגנה העצמית לשיח הביטחוני התרחש ב-1987, סמוך לתחילתה של האנתפאדה הראשונה. ועדה בראשותו של השופט

83 להרחבה על יסודותיה של ההגנה העצמית ראו יורם רבין ויובל ואקי דיני עונשין ב 728-827 (מהדורה שלישית, 2014).

84 חוק העונשין (תיקון מס' 37), התשנ"א-1991, ה"ח 2057, 21.5.1991.

משה לנדוי, שמונתה לחקור את שיטות החקירה של שירות הביטחון הכללי,⁸⁵ פטרה את חוקרי השירות מאחריות פלילית עקרונית בגין שימוש בכוח לחילוצו של מידע על סכנה עתידית והסמיכה אותם להשתמש בכוח כזה. הוועדה הסמיכה את הפטור על סעיף 22 שהוזכר למעלה, תוך שהיא מייחסת לו את הפירוש המקל ביותר מכל פירוש אפשרי בסוגיה המרכזית המתבקשת בהקשרו של אותו דוח – שאלת המיידיות. כעשר שנים לאחר מכן פסל בית המשפט העליון חלק זה של הדוח בנימוק הברור סמכויותיהם של עובדי ציבור אינן יכולות להיות מושתתות על סייגים לאחריות פלילית,⁸⁶ אך בעשור שבין הדוח לפסילתו תפסה סוגיית המיידיות מקום מרכזי בשיח המשפטי והציבורי. לא היה מי שיחלוק, אז או היום, על זכותו של אדם כלשהו להיפטר מאחריות פלילית לפעולה שעשה כדי למנוע פגיעה מיידית בו או באחרים⁸⁷ כגון פצצה מתקתקת העומדת להתפוצץ מיד בסביבה הומה אדם. אולם, ועדת לנדוי הרחיבה את דימוי "הפצצה המתקתקת" גם לסכנות עתידיות, בין כאלה נדירות במיוחד שמיעתן (להבדיל ממימושן) דורשת פעולה מיידית ובין כאלה שאין בהן מיידיות כלל. הוועדה תמכה הרחבה זו על תמיכה עקרונית באפיונו של הסייג שבס' 22 כ"מבחן [...] גמיש של תפישת רע במיעוט", אך היא ביססה אותה גם על היעדרה של התייחסות מפורשת למיידיות בלשונו של הסעיף.⁸⁸ מרבית מבקריו של דוח הוועדה טענו כי יש טעמים עקרוניים המחייבים לקרוא את דרישת המיידיות אל תוך הסעיף גם טרם תיקונו, אך מעת שהוצפה שאלה זו ברור היה כי כל ניסוח מחדש שיעשה המחוקק באותה עת בסייג הנוגע להדפחה של סכנה יכריע את הסוגיה. אם ידרוש מיידיות – וודאי אם ייחס אותה לסכנה עצמה – יישמט הבסיס תחת דוח לנדוי; אם ימשיך לשתוק כשם ששתק קודמו הבריטי, קשה יהיה לקרואו מכלילא ותאושרר עמדתה העקרונית של הוועדה.

בעת שנכתב דוח לנדוי עמדה הקהילה המשפטית בישראל בעיצומו של דיון בהצעה שגובשה ביוזמתו של משרד המשפטים להחלפה של החלק הכללי של חוק העונשין. גרסה ראשונה של הצעה זו, שניסחה ועדה רבת-משתתפים בראשותו של הנשיא שמעון אגרנט, פורסמה⁸⁹ כבר בשנת 1980; גרסה שנייה שלה, כתובה על ידי שניים מגדולי המומחים למשפט פלילי בישראל,⁹⁰ פורסמה⁹¹ בשנת 1984. דוח הוועדה מתייחס מפורשות⁹² לגרסה שנייה זו בהקשר קרוב מאוד לענייננו, אך בוחר להתעלם לחלוטין מהעובדה שבשתי הגרסאות נכללה

- 85 ועדת החקירה לעניין שיטות החקירה של שירות הביטחון הכללי בנושא פעילות חבלנית עוינת דו"ח הוועדה חלק ראשון (1987) (להלן: "דוח לנדוי").
- 86 בג"ץ 5100/94 הועד הציבורי נגד עינויים נ' ממשלת ישראל, פ"ד נגד (4) 817 (1999).
- 87 אינני מתייחס בחלק זה לאפיונים אחרים של פעולת ההתגוננות אף שלחלקם קשר ישיר לנשוא הדיון.
- 88 דוח לנדוי, לעיל ה"ש 85, בעמ' 49-50.
- 89 הצעת חלק כללי לחוק עונשין חדש ודברי הסבר, משפטים י 203 (תש"ם) (להלן: "הגרסה הראשונה").
- 90 פרופ' ש"ז פלר וד"ר (כתוארו אז) מרדכי קרמניצר מהאוניברסיטה העברית.
- 91 הצעת חלק מקדמי וחלק כללי לחוק עונשין חדש ודברי הסבר תמציתיים, משפטים יד 127 (תשמ"ד) (להלן: "הגרסה השנייה").
- 92 דוח לנדוי, ה"ש 85 לעיל, בעמ' 51.

דרישה מפורשת ודווקנית למיידיות הסכנה בכל אחד מהסייגים שיועדו להחליף את שעטנז הסייגים שבס' 22 לחוק העונשין.

זה היה נוסחו המוצע של הסייג שכונה בגרסה השנייה "הגנה פרטית"⁹³:

לא יישא אדם באחריות פלילית בגין מעשה שעשה כדי להרוף תקיפה מיידית ושלא כדין כלפי חייו, חירותו, גופו או רכושו, שלו או של זולתו, או כלפי אינטרס בטחוני של המדינה.

וזוה נוסחו של "כורח נסיבות"⁹⁴ באותה הצעה:

לא יישא אדם באחריות פלילית בגין מעשה שעשה כדי להציל את חייו, חירותו, גופו או רכושו, שלו או של זולתו, או אינטרס בטחוני של המדינה, מסכנת פגיעה חמורה ומיידית הנובעת מנסיבות להן נקלעו

פרופסור ש"ז פלר, שנשא אותה עת בעיקר האחריות לגיבוש ההצעה, עמד על דרישת המיידיות בכתיבתו האקדמית.⁹⁵ עמדתו אוזכרה על ידי הוועדה לשלילה, כדוגמה לדעתם של "סופרים ומלומדים", אך אותה דרישה פורטה במילים זהות ובצורתה הדווקנית (מיידיות הסכנה ולא מיידיות התגובה) גם בגרסה הראשונה של ההצעה,⁹⁶ שמאחוריה עמדו גם⁹⁷ חמישה מבכירי השופטים בישראל לערכאותיהם,⁹⁸ שניים מבכירי משרד המשפטים למחלקותיו⁹⁹ ושניים מבכירי עורכי-הדין הפליליים.¹⁰⁰ דרישת המיידיות נתפסה באותה עת על ידי כל קשת העמדות המשפטיות – הן במגזר הממלכתי והן במגזר הפרטי, הן בסנגוריה והן בתביעה, הן ביעוץ והן בביצוע, הן באקדמיה והן בפרקטיקה – כמאפיין מהותי וחיוני של כל הסייגים הנוגעים להדיפתה של סכנה.¹⁰¹ חשוב לא פחות לענייננו הנוכחי: עם פרסומו של הרוח

93 סעיף 43 לגרסה השנייה, ה"ש 91 לעיל, בעמ' 145. סמוך למינוי של ועדת לנדוי פורסם נוסח שונה במעט של סעיף זה, אך גם הוא דיבר על "סכנת פגיעה מיידית"; ראו "הצעת חלק מקדמי וחלק כללי לחוק עונשין חדש – שינויים מוצעים על ידי המחברים" משפטים יז 392, 404 (תשמ"ח).

94 סעיף 45 לגרסה השנייה, שם, שם.

95 ש"ז פלר יסודות בדיני עונשין ב 389, 400 (1987).

96 סעיפים 35 ו-37 לגרסה הראשונה, ה"ש 89 לעיל, בעמ' 209.

97 מלבד פרופ' אהרון אנקר מאוניברסיטת בר-אילן, ד"ר (כתוארו אז) יובל לוי מאוניברסיטת תל-אביב ופרופ' ש"ז פלר עצמו מאוניברסיטה העברית.

98 הנשיא שמעון אגרנט והשופטים חיים כהן ויהודה כהן מבית המשפט העליון והשופטים שמואל קווארט וד"ר משה שלגי מבתי המשפט המחוזיים.

99 פרקליט המדינה גבריאל כץ ופרופ' אורי ידין ממחלקת החקיקה.

100 עו"ד ארווין שמרון, שכינה בעבר כפרקליט המדינה, ועו"ד שלמה תוסיה-כהן.

101 מלומד מוביל שצוטט לחיוב ברוח לנדוי (לעיל ה"ש 85, בעמ' 49) חזר לאחר פרסום הרוח על עמדתו שדרישת המיידיות חייבת לחול על פעולת ההתגוננות ולא בהכרח על הסכנה, אך דווקא הבהרה זו מדגישה את היעדרה של תמיכה כלשהי לעמדת הוועדה, שלפיה אפשר לוותר על המיידיות לחלוטין. ראו Paul Robinson, *Letter to the Editor*, 23 *ISR. LAW REV.* (1989) 189. יש להסכים גם להערותם של קרמניצר ושגב, שהמקרים שבהם נדרשת בוודאות פעולה מיידית כאמצעי הולם ויחיד להדיפה של סכנה עתידית, ודאית וקונקרטית הם נדירים,

זוהתה שאלת המיידיות כאחת השאלות המרכזיות בשיח המשפטי על תוקפן של ההנחות המשפטיות שבבסיס מסקנותיו.¹⁰²

בעת שנכתב דוח לנדאו הייתה הצעתה של הוועדה לתיקון החלק הכללי של חוק העונשין בגדר טיוטה בלבד. ככל שביטאה – לפני הדוח ואחריו – הסכמה מקצועית רחבה בשאלת המיידיות, לא היה לעמדתה תוקף חקיקתי ועל כן לא היה פגם פורמלי בעמדתה הנוגדת של ועדת לנדאו. אולם, בתקופה שלאחר פרסום הדוח זורזו מהלכי הגיבוש של ההצעה במשרד המשפטים והסתמנה תמיכתו העקרונית של שר המשפטים דאז דן מרידור במתווה העקרונית שהציעו מנסחיה, ובהם הסייגים לאחריות פלילית. בתחילת שנת 1991 עמדה הצעה זו בשלבים האחרונים של תהליך אימוצה על ידי הממשלה ושל הנחתה על שולחן הכנסת בנוסח זהה בעיקרו לנוסח שצוטט למעלה, כולל דרישה ברורה ודווקנית של מיידיות. אין ספק כי זה ההקשר המשפטי שבו מיהרו חברי הכנסת מסיעות הימין, בהם חברים בסיעתו של השר מרידור, לתלוש את סייגי "הגנת הפרט" (ככינויו של הסייג בשלב זה) ו"כורח נסיבות" מההצעה הכללית ולהציע אותם לכנסת בנוסח מדולל ("להדוף [...] תקיפה שלא כדין"), שאינו דורש מיידיות. אין ספק גם שהקשרה הפוליטי של הצעה זו, שמוספרה כתיקון מס' 37 לחוק העונשין, הוא ההתקוממות הפלסטינית שנכנסה אז לשנתה הרביעית. התקוממות זו דעכה זמן קצר לאחר מכן בעקבות מלחמת המפרץ הראשונה שהתרחשה סמוך לאותה עת, אך השפעתה המיידית של המלחמה העצימה את החרדה הציבורית ואת התחושה שהדין כובל את יריהם של אזרחים ושליחי ציבור אל מול אירועים אלימים.

הצעת תיקון מס' 37 שהונחה על שולחן הכנסת בחודש מאי 1991 הניבה חודש לאחר מכן הצעת חוק נגדית של חה"כ דוד ליבאי¹⁰³ ועיקרה (לענייננו) השבתה של דרישת מיידיות מפורשת ("להדוף [...] תקיפה מיידית ושלא כדין") לנוסח הסייגים. הצעות אלה אוחדו בהמשך בשל היבט מסוים שלהן שהיה מקובל על מציעיהן, אך דרישת המיידיות נעדרה מהתיקון המאוחד ועל כן הגישו חה"כ ליבאי ושר המשפטים מרידור הסתייגות הנוגעת כולה לדרישה זו, ומיקדו בה את עיקר הדיון הפרלמנטרי בהצעה כולה. חה"כ ליבאי, פרופסור למשפט פלילי שיישר תוך שנה את תפקידו של השר מרידור, אמר דברים גלויים באשר למשמעותה הפוליטית של שאלת המיידיות:¹⁰⁴

ושהתמקדות בהם מעלה את החשש שהוועדה הייתה מוכנה לדלל כמה מאפיינים חשובים אף יותר של הסייג הנדון כגון דרישה לוודאות או לקונקרטיות של הסכנה. ראו מרדכי קרמניצר וראם שגב "הפעלת כוח בחקירות שירות הביטחון הכללי – הרע במיעוטו?" משפט וממשל ד 667, 717 (1998).

102 חשובה במיוחד בהקשר זה עמדתו הברורה של ד"ר (כתוארו אז) מרדכי קרמניצר, שותפו של פרופ' פלר לניסוח ההצעה לתיקון החלק הכללי של חוק העונשין. ראו Mordechai Kermnitzer, *The Landau Commission Report – Was the Security Service Subordinated to the Law, or the Law to the "Needs" of the Security Service*, 23 *ISR. LAW REV.* 216, 244 (1989) ראו גם עודד גבעון "שימוש באלימות בחקירות השב"כ או אלמנט המיידיות בהגנת הצורך" משפט וצבא 10, 93, 96 (1989).

103 חוק העונשין (תיקון מס' 38), התשנ"א-1991, ה"ח 2060, 24.6.1991.

104 ד"כ התשנ"ב, 3742.

[...] השמטת היסוד של המידיות, שהוא חיוני כיום על פי הפסיקה כדי ליהנות מהגנה זו, היא שעוררה אצל חברי במפלגת העבודה את החשש, שיש חברים בסיעות הליכוד והתחיה שיזמו אחת משתי הצעות החוק הפרטיות וביקשו לתקן את החוק בהשראת האינתיפאדה. אם יהיה כך, תשבש האינתיפאדה לא רק את החיים הסדירים במדינה, אלא גם את עקרונות היסוד של חוקי העונשין החלים במדינה, אם חס ושלום בית המשפט העליון, מפרש החוק ומורה ההלכה, לא יעמוד לנו גם במקרה זה בפרץ.

שר המשפטים מרידור, ככל שניסה להכחיש את ההקשר הפוליטי של התיקון ("אין כל קשר בין החקיקה הנעשית כאן לבין בעיות ההגנה העצמית המתעוררות בין יהודים לערבים ביהודה, בשומרון ובעזה"), הוכיח קשר זה בנימוקיו טוב יותר מכל המשתתפים בדיון. אם אכן, כדבריו, "המידיות של סכנת הפגיעה הנשקפת לאדם מפני מי שתוקף אותו שלא כדין יורדת לשורש הסייג של הגנה עצמית", מה יכול היה להניע חמישה חברי קואליציה המורדים במרותו כשר הממונה על החקיקה להתעקש על נוסח המתעלם מדרישה זו? מה יכול היה להיות טעמו של חה"כ יואש צידון, תעשיין ולוחם עטור תהילה מסיעת "צומת", להתנגד לדרישת המידיות – אם צודק שר המשפטים המסביר לו שהחוק יחול בעיקר על "אלפי ועשרות אלפי מקרים יום יום, בין האדם ובין הפוגעים בו – גנבים, רוצחים, פושעים אחרים וסוחרים סמים"? דבריו של חברו להצעה, חה"כ עוזי לנדאו, מבהירים את המובן מאליו. לנדאו הזכיר הצעת חוק דומה שהגיש הוא עצמו שנתיים קודם לכן, בתחילת האנתיפאדה, והסביר במילים מפורשות:

הגשתי את הצעת החוק נבעה מכך שהציבור, בעיקר בתקופה זו של האינתיפאדה, קצת מבולבב [...] אני מבקש לאפשר לאזרח הפשוט להגן על אינטרס של המדינה. לדוגמה, תוקפים [...] מחנה של צה"ל, פוגעים במתקן בטחוני [...] ההצעה שלי נועדה לעודד את הציבור שלא לנקוט גישה של "ראש קטן", אדרבה צא וסייע בידי כוחות הביטחון להגן על המדינה ועל האינטרסים שלה [...] אם יפעל היחיד כדי לתרום לכך, לא תוטל עליו אחריות פלילית אוטומטית, כפי שהדבר נעשה היום [...]

חה"כ לנדאו אמר דברים אלה בתמיכה לתוספת שביקש להוסיף להצעה הנוכחית – הוספת "בטחון המדינה" לרשימת הערכים ברי ההגנה. אולם, כשטען כי העתיק את הצעתו "כמעט מילה במילה" מהצעת התיקון הגדולה של משרד המשפטים הוא ניסה למזער את משמעותה המכרעת של השמטת המידיות בתיקון הנוכחי. לא היה מעולם מי שחלק על זכותם של אזרחים (וכמובן בעלי תפקיד) לפעול להדיפה של סכנה ביטחונית מיידית וממשית מהסוג שחה"כ לנדאו דיבר עליה, ולא היה אזרח או בעל תפקיד שהוטלה עליו אי פעם אחריות פלילית, אוטומטית או אחרת, על שעזר להדוף התקפה על מחנה צבאי בעת התרחשותה. הוויכוח הציבורי העיקרי נגע לכוחם של אזרחים ובעלי תפקיד להשתמש בכוח כדי למזער סכנות עתידיות, בין מול תוקף שנפגע או נמלט ובין מול בעלי מידע על תקיפות עתידיות, והוא התייחס כולו למחבלים מחוץ ולא לגנבים מבית. כל בהילותם של מציעי תיקון מס' 37 לקבע את דין סייגי ההגנה לא באה אלא להסיר מהם את צלה של דרישת המידיות ולעצב אותם מחדש כרישיון גורף לשימוש שגרתי בכוח במקום כהגנה מיוחדת למצבי חירום חריגים.

אם נחוצה עוד ראייה לזיקה הפוליטית של שאלת המיידיות באותו מהלך חקיקתי, הרי זו העובדה שהסתייגותם של שר המשפטים מרידור וחה"כ ליבאי נדחתה בשוויון קולות,¹⁰⁵ אך תיקון מס' 37 היה לחוק ונוסחו הפגום נהפך לדין מדינת ישראל לארבע השנים הבאות, עד כניסתו לתוקף של תיקון מס' 39 הגדול ב-1995. בדיוני הכנסת על תיקון מס' 39 חזרה שאלת המיידיות ועלתה על המדוכה, אך בעוצמה פחותה ובהקשר עמום יותר. דן מרידור, ששב לכהן כשר המשפטים¹⁰⁶ והציג לכנסת את התיקון כולו, התייחס בקצרה להוספתה המפורשת של דרישת המיידיות.¹⁰⁷ דווקא חה"כ יוסף עזרן מש"ס ואברהם רביץ מיהדות התורה הסתייגו מדרישה זו והציעו למחוק אותה מטעמים לא ברורים,¹⁰⁸ אך הצעתם נדחתה ברוב גדול וחה"כ דדי צוקר ממר"ץ ביטא כך את עמדתה של ועדת החוקה, חוק ומשפט בסוגיה מרכזית זו:¹⁰⁹

המציעים [...] מציעים לוותר על מרכיב חיוני בסעיף הזה, חיוני למדי, לדעת רוב הוועדה, והוא מרכיב המיידיות. ברגע שמבקשים להוריד את דרישת המיידיות, נדמה לי שאנחנו פותחים שוב פתח רחב מדי, מסוכן מדי, לכך שאנשים ינקטו מעשים שהם אקסלוסיביים, בלעדיים, לשלטון, שהם בתחום אחריותו של השלטון בלבד ולא של האזרח היחיד.

שלושה מהיוזמים של תיקון מס' 37 כיהנו כחברי כנסת בעת הדיון בתיקון מס' 39 (ובהם חה"כ לנדאו, שעניינו המיוחד בדקויותיה של ההגנה העצמית הלאומי בשנות האנתפאדה תואר למעלה), אולם ככל שאפשר ללמוד מפרטי כל הדיונים, לא היה בהם אחד שגילה עניין בנוסחו החדש של הסייג בשנת 1994 ולא היה בהם מי שקם להזהיר את הבית מהשלכותיה הרוות האסון של דרישת המיידיות על החוסן הלאומי. קשה להניח ששינוי את עמדותיהם הפוליטיות או את עניינם הכללי ברזי המשפט הפלילי, וקשה גם להניח שגילו ב-1994 נאמנות קואליציונית גדולה יותר לאותו שר משפטים שבו מרדו ב-1991. סביר יותר להניח שנהגו אחרת ב-1994 משום שהמצב הביטחוני השתנה בינתיים לחלוטין ועל כן איבדו עניין בהגנה העצמית ובתועלתה למאמץ הביטחוני. האנתפאדה (הראשונה) ומלחמת המפרץ (הראשונה) התחלפו (זמנית) בהסדרי שלום. מספרם הכולל של האירועים האלימים פחת מאוד במחצית הראשונה של 1994, ומספר הנפגעים הפלסטינים עלה בהם לראשונה על מספר הנפגעים היהודים. חשוב לא פחות לתמונה הרחבה המוצגת כאן: מוסדות פלסטיניים החלו באותה עת להחליף את שירותי הביטחון הישראליים בסיכולו של הטרור המאורגן. הארץ שקטה לתקופה קצרה, ותיקון מס' 39 זכה בזכותו של שקט זה לדיון ענייני על גבולותיה הראויים

105 ד"כ התשנ"ב, 3745. קבלתה של הסתייגות מחייבת רוב קולות.

106 בתקופה שבין התיקונים כיהן דוד ליבאי כשר המשפטים.

107 ד"כ התשנ"ד, 9828 ("קבענו פה את דרישת המיידיות"). מהמשך הפסיקה הקצרה משתמע תמיכה בפירוש המצמצם את דרישת המיידיות הרוקנית לפעולת ההתנגונות עצמה. תזמון הסכנה מוגדר לדידו בתוך "זמן קצר". ראו בעניין זה ה"ש 18 לעיל.

108 חה"כ עזרן תומך הצעה זו בנימוק הסתמי הבא: "הנושא הזה של המיידיות [...] לא נראה לי [...] כאשר אדם נתון בסכנה [מיידית] זכותו להגן על עצמו [...] אבל האמת היא שגם מניעת סכנה [עתידית] היא בגדר סכנה עצמית", ד"כ התשנ"ד, 9841-9840.

109 ד"כ התשנ"ד, 9850.

של האחריות הפלילית ועל המתווה הראוי לסייגיה. כך נחקק סייג ההגנה העצמית (ככינויו החקוק מאותה עת), כשלראשונה בתולדותיו במשפט הישראלי הוא דורש במפורש מיידיות (לפחות של מעשה ההדיפה):

43 הגנה עצמית

לא יישא אדם באחריות פלילית למעשה שהיה דרוש באופן מידי כדי להרוף תקיפה שלא כדין שנשקפה ממנה סכנה מוחשית של פגיעה בחייו, בחירותו, בגופו או ברכושו, שלו או של זולתו.

כשנה לאחר מכן נרצח ראש הממשלה יצחק רבין ומגמת ההסדר והפיוס נעצרה, אך ההתקוממות הפלסטינית העממית שככה לשנים אחדות והאלימות הבין-אישית בישראל חזרה לזירות הפשע הפנימיות. חשוב לא פחות: שירותי הביטחון של האוטונומיה הפלסטינית החלו למלא את תפקידי הסיכול שאותם מילא בעבר שירות הביטחון הכללי, וכך שוחררה ההגנה העצמית סופית מחדרי החקירות שאליהם גויסה בדוח לנדוי.¹¹⁰

כפי שאראה בהמשך, הוויכוח המשפטי והציבורי על גבולות ההגנה העצמית יחזור וילבש אופי פוליטי עם התחדשות המאבק הפלסטיני האלים בעשורים העוקבים, אך עוקצו של הוויכוח יוסט מסוגיית המיידיות לסוגיות אחרות במתווה הסייג כגון ממשות הסכנה, נחיצות התגובה והשקילות שביניהן. בעיניי אין משמעות להסטה זו. בסיסו של הוויכוח על ההגנה העצמית היה ונשאר המחלוקת בין המבקשים להפיק ממנה סמכות מעין-צבאית גמישה ורחבה, לשימוש בכוח כאמצעי ענישה והרתעה שגרתית במאבק הלאומי, לבין המבקשים להשיבה למקומה הנכון במשפט הפלילי, ככלי תגובה אישי ומוגבל למצבי חירום נקודתיים שבהם אין דרך אחרת לסלק איום מייד. תנאי המיידיות נשא בעיקר עולו של ויכוח זה בגל האלימות שנסקר עד כאן, כנראה משום שזכה להבלטה בשלב מוקדם מעצם טבעו של ההקשר הראשון שבו נזרק הסייג לראשונה לזירה הציבורית – דוח לנדוי. שאלת תזמונה של "פצצה מתקתקת" היא השאלה הנוחה ביותר להמשגה בהקשרו של כוח המופעל על נחקר מנוטרל בחדר חקירות סגור, אך גם בהקשר זה (וודאי באירועים אלימים בהתהוותם) קשה להפריד בין רכיב הזמן לבין הרכיבים האחרים של ההגנה העצמית המסורתית. מיידיות, ממשות, נחיצות, שקילות ורכיבים מרכזיים נוספים מעורבים אלה באלה ומגלמים פנים שונות של אותה שאלה עקרונית.

2. משל כממשות 1995–2008

בתאריך 9.11.2005 ביצע כוח של משמר הגבול פעולת שיטור בכפר עסאווייה הסמוך לירושלים. שמואל יחזקאל היה שוטר במשמר הגבול וסמיר דארי היה תושב הכפר. דארי נטל חלק בתקרית אלימה שבה ניסה עם חבריו לחלץ את אחיו ממעצר משטרתי בפאתי הכפר. משנכשל, פנה לברוח כשהוא תלוי על דלתו של כלי-רכב מתרחק, נהוג בידי אחר, אך נורה בגבו למוות על ידי יחזקאל בלא שסיכן בפועל איש. יחזקאל הואשם בהריגה אך זוכה על ידי השופט נעם סולברג בבית המשפט המחוזי בירושלים. בית המשפט העליון

דחה את ערעור המדינה על זיכוי זה ברוב דעות בחודש אפריל 2008.¹¹¹ השופטים אליקים רובינשטיין וארמונד לוי האמינו ליחזקאל כי הוא האמין שדארי עמד לדורסו ועל כן פעל להצלת חייו. השופט סלים ג'ובראן, שכתב את דעת המיעוט, תמצת את עמדתו במונחים של מיידיות, אך גם הוא וגם חבריו המשיגו את עיקר המחלוקת ביניהם סביב השאלה החשובה ביותר במפגש בין עובדות, אמונות ומשפט פלילי – שאלת ההגנה המדומה.

להלן אמשג גם אני את צדו הפוליטי של הוויכוח על גבולות ההגנה העצמית במונחים של הגנה מדומה, אך תחילה אני מבקש למקם את זיכוי של השוטר יחזקאל בתמונה הרחבה יותר של גישת בית המשפט העליון לסייג ההגנה העצמית, לאחר ניסוחו מחדש בתיקון מס' 39. בין שנת 1995 שבה נכנס התיקון לתוקף לשנת 2008 שבה פסק בעניינו של יחזקאל, דן בית המשפט העליון בשמונה עשר מקרים שבהם טענו המערערים לפטור מאחריות פלילית בשל הגנה עצמית ובכולם דחה את הטענה פה אחד. באותן שנים חישקו השופטים את ההגנה העצמית ברשת צפופה של תנאים מחמירים שאומצו בהסכמה מלאה מצד הכתיבה האקדמית.¹¹² התמונה הברורה המסורטטת בפסקים אלה זהה לתמונה המסתמנת באותה תקופה לגבי כל עילות הפטור וההקלה האחרות, ובמרכזה – הזדהות גמורה עם הסדר החברתי התקין ורתיעה ברורה מנאשמים המבקשים להיפטר מעונש בגין פגיעה אלימה שפגעו בחייו או בגופו של אדם אחר. מרבית המקרים המבנים את דין ההגנה העצמית באותה עת מתרחשים בשולי החברה המהוגנת – בתגרות של שיכורים ועבריינים, בקרבות בין חמולות או בהתקפי קנאה זכריים. קרבנותיהם של הנאשמים באותם מקרים הם ברובם יהודים המומתים בסכין או באבן על ידי יהודים אחרים או ערבים ישראלים המומתים בידי אחיהם. למרות המלל המשפטי הפורמלי הממלא את פסקי הדין בעניינם, ניכרת בהם רמת קשב וסובלנות נמוכה מאוד לסיפוריהם של הנאשמים והם נדחים במילים קצרות ותקיפות, בין משום שהביאו על עצמם את הסכנה בהתנהגותם הפסולה, בין משום שלא נסוגו, בין משום שחרגו בפועל מהנחוץ להגנתם ובין משום שאיבדו בדרך אחרת את זכותם להתגונן בלא להיענש.

דווקא על רקע הומוגני זה, המאפיין את רוח החומרה הכללית שהתגברה באותה תקופה, בולטת התלבטותם של שופטי בית המשפט העליון במקרים המעטים שבהם הגיעו לפתחו של בית המשפט הדיו האמתיים או המדומים של הסכסוך הלאומי ששב והתעצם בתחילת שנות האלפיים.¹¹³ מקרים אלה חשובים במיוחד בהקשרו של מאמר זה, משום שהתגבשה בהם התשתית הרעיונית להכרעתו של בית המשפט העליון בשאלה החשובה ביותר בהקשר

111 ע"פ 6392/07 מדינת ישראל נ' יחזקאל (פורסם בנבו, 30.4.2008).

112 ראו, למשל, ע"פ 4191/05 אלטגאוז נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 25.10.2006) (להלן: עניין אלטגאוז), שבו פירטה השופטת ארבל בפסקה 13 לפסק דינה: "שישה [...] תנאים שבהתקיימם עומדת לנאשם ההגנה העצמית, כפי שהוגדרו בחוק, ופורשו בפסיקה ובספרות"; המקורות האקדמיים העיקריים שעליהם הסתמכו השופטים באותן שנים הם כדלהלן: בועז סנג'ור הגנה עצמית במשפט הפלילי (2000), ש"ז פלר יסודות דיני עונשין ב 414 (1987) ואהרון אנקר הכרח וצורך דיני עונשין (1977). אפשר למנות את התנאים ואת מספרם אחרת, בין משום שאחרים מהם ניתנים לחלוקה פנימית ובין משום שאחרים רלוונטיים פחות לשגרת הפסיקה, אך תבנית "שישה התנאים" מייצגת נאמנה את ריבוי התנאים, את חומרתם ואת מורכבותם.

113 חריג לאפיון זה הוא ע"פ 2598/94 דנינו נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 25.12.1995) (להלן: עניין דנינו), שניתן בתחילת התקופה הנסקרת כאן (1995-2008). פסק הדין נוגע בעיקרו

זה – שאלת ההגנה המדומה ותנאיה.¹¹⁴ שאלה זו חשובה במיוחד בהקשר של סכסוכים לאומיים שמעורבים בהם אזרחים, משום שיש קשר הדוק בין עמדות ערכיות לבין תפיסת המציאות הסובייקטיבית. מי שמאמין לחלוטין בצדקת קבוצתו ייטה לחשוך בכוונותיו של בן הקבוצה היריבה וייטה לאפיין את פגישתם במונחים של סכנה, בין שיש כזו ובין שלא. חשוב לא פחות: אופיים האזרחי והאקראי של המפגשים האלימים בסכסוכים מסוג זה פוגע בפועל ביכולתם של המעורבים בסכסוך להפריד דמיון ממציאות, וכך מוחרפת אף יותר השפעת ההטיה הערכית. היבטים אלה של שאלת ההגנה המדומה יחריפו מאוד את אופייה הפוליטי של פרשת יחזקאל שבמרכז הפרק הנוכחי, אך אני מבקש להצביע על הדיהם המוקדמים בשלוש פרשות משפטיות שקדמו לה באותו עשור.

ב־2.12.2001 הגיע לקוח ערבי לסניף של בנק במזרח ירושלים וביקש להיכנס. המאבטח היהודי ששמר על הבנק סירב לבקשתו משום שהסניף נסגר לקהל זמן קצר קודם לכן. הלקוח, מאזן נבלסי, ניסה להתפרץ לבנק ונורה למוות על ידי המאבטח אדם טרסה.¹¹⁵ השופט מרים נאור הרשיעה את טרסה בבית המשפט המחוזי בהריגה וגזרה עליו שתי שנות מאסר בפועל. השופטת אסתר חיות דחתה את ערעורו לבית המשפט העליון בהסכמת השופטים אדמונד לוי ואשר גרוניס. טענתו העיקרית של טרסה הייתה כי חשש לחייו ("או הוא או אני"), משום שבתגרה שהתפתחה ביניהם אחז נבלסי בנשקו של טרסה ומשך אותו. טרסה זיהה את נבלסי כלקוח הבנק ולא טען בחקירותיו או בבית המשפט כי סבר שהלה התכוון לבצע פיגוע, אך שני פסקי הדין בעניינו שבים ומזכירים את העובדה שהאווירה ביום האירוע הייתה מתוחה מאוד בשל אירועי טרור קשים שהתרחשו אותה עת בירושלים ובמקומות אחרים.¹¹⁶ הרשעתו של טרסה התמקדה בגזרה שבין הסכנה (המדומה) עצמה לבין התגובה הראויה לה. שתי הערכאות היו מוכנות להניח מחמת הספק, לטובתו של טרסה שעלה בילדותו מאתיופיה, כי ירה בנבלסי הערבי למוות משום שהאמין בטעות שהוא מסכן את חייו ולא משום שכעס על שהמרה את פיו או משום שהטיח בו גידוף גזעני על

לאירועים שהתרחשו בתחילת שנות התשעים ולקשר שביניהם לבין אירועים קודמים שהתרחשו בשיאה של האינתיפאדה הראשונה.

114 הגנה עצמית מדומה עניינה שילוב של סייג ההגנה העצמית עם סייג הטעות במצב דברים. הגנה זו מתקיימת במקרה שבו הנאשם פועל באמונה סובייקטיבית שגויה שבה מתקיימים תנאי ההגנה העצמית. במצב כזה יש לבחון את המקרה בהתאם למציאות המדומה שדימה הנאשם, והוא יישא באחריות פלילית רק במידה שבה היה נושא אם המצב לאמתו היה כפי שדימה אותו. להרחבה ראו רבין ואקי דיני עונשין לעיל ה"ש 83, בעמ' 841-842.

115 ראו ע"פ 6454/03 טרסה נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 23.6.2004) (להלן: עניין טרסה).

116 טרסה עצמו הצביע בחקירותיו על קשר מדומיין בין האירוע בבנק לאירועי הטרור רק בחלק מגרסתו, כגון הגרסה שלפיה חשש כי יבצע בו "לינין". הוא דיבר על קשר רחב וכללי יותר בכתבה עיתונאית אוהדת שהתפרסמה שלושה ימים לאחר שנגזר דינו בבית המשפט המחוזי: "המצב היה מתוח [...] כל תנועה חשודה לכדה את עינינו. הייתה באוויר תחושה שהולך לקרות משהו. בתוך כל המתח הזה נאלצתי להתמודד עם המקומי הזה". ראו מאיר סויסה "דילמת המאבטח" מעריב – NRG 4.6.2003 www.nrg.co.il/online/archive/ART/489/442.html

צבע עורו,¹¹⁷ אך קבעו כי הירייה שירה בצווארו מטווח קצר לא הייתה "סבירה" בנסיבות העניין לשם מניעת הפגיעה" משום שיכול היה להסתפק באזהרה או בירייה קטלנית פחות. הסוגיה החשובה לענייננו הנוכחי נוגעת למיקום המדויק של הנקודה בספור האירוע שבה נבלם דמיונם הסובייקטיבי של הטוענים להגנה עצמית ומתחלף בכוחן מציאות אובייקטיבי. שתי הערכאות שדנו בענייננו של טרסה הניחו כמובן מאליו כי טעותו באשר לעצם קיומה של סכנה לחייו אינה כפופה מהותית (להבדיל מראייתית) למבחני סבירות אובייקטיביים. הנחה מקלה זו – אף שהיא מגובה בפסיקה¹¹⁸ ובעמדת מלומדים¹¹⁹ ואינה נסתרת בלשונו של החוק לאחר תיקון מס' 39¹²⁰ – אינה מובנת מאליה בעיני כלל ועיקר;¹²¹ למצער יש בה חריגה גדולה מגישתו המחמירה הכללית של בית המשפט העליון. למרות זאת, בשלב זה אתייחס אליה גם אני כדין נתון שאינו שנוי במחלוקת. הנקודה החשובה יותר נוגעת לשאלת תחולתם של מבחני הסבירות על תפיסת העובדות הנוגעות להדיפת הסכנה, להבדיל מעצם קיומה. הדיפת הסכנה נבחנת במבחנים אובייקטיביים הנוגעים לנחיצות איכותית וכמותית ואולי גם למשקל, אך השאלה המורגשת כאן אינה נוגעת להם עצמם אלא לעובדות שהם בוחנים. מסיבה שתובהר מיד, שאלה זו לא נדונה ישירות בפסק הדין, אך אני משתמש בנסיבותיו כדי להקדים את הבאות ולהדגים את השלכותיה. אדם שתפיסת המציאות שלו לקויה עלול לדמות עובדות שאינן נוגעות רק לעצם קיומה של סכנה אלא גם לפרטים רבים בה, בסביבתה ואפילו במתגונן עצמו, שיש להם רלוונטיות ברורה לדרכי ההתמודדות אתה. אם יותר לנאשמים להחליף גם עובדות אלה בעובדות מדומות, כל תנאי ההגנה העצמית עלולים לקרוס לעולמם של נרדפים מדומים המעצימים את סכנותיו של העולם האמיתי ומערערים את סדריו בשמו של ביטחון אישי מדומה.

אדם טרסה ידע לטעון כי האמין בעת האירוע שנשקפת לו סכנת חיים מידי של מאזן נבלסי משום שהלה שלח ידו לנשקו (של טרסה), אך פירוט חקירתו במשטרה מראה כי דמיונו לא היה עשיר דיו כדי לתרץ את העובדה שדרך את הנשק וירה בצווארו של נבלסי לאחר שהדף אותו מעליו והשתחרר מהסכנה.¹²² גם במשפטו לא ידע טרסה לטעון כי חשש שנבלסי ישוב וינסה לתקוף אותו או אחרים, שהוא חמוש בנשק נסתר, או כי האמין בעובדות מופרכות אחרות שחייבו אותו להמית את נבלסי מיידית, וכך חשף את הגנתו לבדיקת סבירות

-
- 117 טרסה עלה לישראל מאתיופיה ולדבריו כינה אותו המנוח "כושי".
- 118 ראו עניין דנינו, לעיל ה"ש 411.
- 119 כגון פלר, סנג'רו ואנקר שהוזכרו לעיל.
- 120 תיקון מס' 39 הסיר מסייג הטעות במצב דברים (ס' 34 לחוק העונשין) את דרישת הסבירות שנכללה בנוסח המקורי של הסייג.
- 121 אני סבור שהגנות מדומות אינן ראויות להיכלל אוטומטית בסייגים המובנים במתכונת של צידוק (Justification) והן מחייבות הבניה נפרדת.
- 122 קטעים מחקירתו של טרסה מצוטטים בפסק דינו של בית המשפט המחוזי ת"פ (י-02) 3059/02 מדינת ישראל נ' טרסה (פורסם בנבו 7.4.2003). לדוגמה: "חוקר: הנשק עוד היה ביד שלו או שהצלחת להדוף אותו עם הנשק? אדם: הצלחתי להדוף אותו. חוקר: הצלחת להדוף אותו עם הנשק, זאת אומרת ירית בו בלי שהוא נגע בנשק? אדם: (לא משיב)" (שם, בעמ' 4).

אובייקטיבית.¹²³ יש לציין כי נשיא המדינה דאז משה קצב קיבל את בקשת החנינה של טרסה¹²⁴ זמן קצר לאחר שנדחה ערעורו¹²⁵ בבית המשפט העליון. בשנים הבאות ילך דמיונם של הטוענים להגנה עצמית בנסיבות דומות ויתעשר, או אולי תלך ותשתפר איכותו של הייעוץ המשפטי והמוסדי שיקבלו, וכך תגיע שאלת גבולותיה של ההגנה המדומה לכלל הכרעה. המאבטח ארנולד אלטגאוז ירה למוות באלון נקר ביום 29.10.2004 בחצר בית הספר לבנות בבני ברק.¹²⁶ כמו נבלסי הערבי בירושלים, גם נקר היהודי הגיע למקום האירוע כדי לעסוק בענייני חולין ונכנס לוויכוח כוחני ומיותר עם המאבטח. גם אלטגאוז, שעלה לישראל מאוקראינה, הרג כנראה את קרבנו בשל שילוב קטלני של פער תרבויות¹²⁷ ויוהרה זכרית. נקר בא לבית הספר כדי לתקן בו מזגנים; סביר להניח שחשב כי חזותו מדברת בעד עצמה, וייתכן שנפגע משום שהיא לא דיברה כך לאלטגאוז שדרש ממנו להזדהות. סביר גם להניח שאלטגאוז, כמו טרסה, ירה למוות בקרבנו משום שלא הבין את כוונותיו האמתיות וכעס על שכפר בסמכותו,¹²⁸ אולם השופטת עדנה ארבל הייתה מוכנה להניח לטובתו של אלטגאוז, ולו מחמת הספק, כי "על רקע המצב הביטחוני [...] והפיגועים בתקופת] האירוע" הוא חשש כי "מדובר במחבל שבא לפגוע בילדות". עם זאת, כמו טרסה, גם אלטגאוז הורשע משום שירה בפלג גופו העליון של קרבנו (ואחר כך גם בראשו), ולכן עשה יותר משהיה נחוץ באורח סביר כדי לנטרל את הסכנה המדומה. כמו בענייניו של טרסה, גם כאן הוכרעה שאלת הנחיצות התגובה על פי המציאות האמתית, אך כאן השכיל אלטגאוז לשרדג את בריון דמיונו זמן קצר לאחר האירוע וכך הציף לראשונה את ההיבטים המשפטיים של שאלת הנחיצות המדומה. אם – כפי שרמז כשעה לאחר תחילת חקירתו – אכן חשש כי נקר אינו מחבל "סתם" אלא הוא נושא על גופו מטען נפץ מוכן להפעלה,¹²⁹ לא הייתה דרך לנטרלו אלא בירי קטלני ועל כן לא חרג מהנחוץ. השופטת ארבל לא האמינה שאלטגאוז אכן חשש בפועל בעת האירוע כי לפניו מחבל מתאבד, אך אמרת האגב הקצרה שכתבה בסוגיית הנחיצות המדומה מסמנת את כיוון התפתחותה של ההלכה בנושא מכריע זה¹³⁰:

123 טרסה זכה כנראה לחנינה מלאה מיד עם תחילת מאסרו. הנשיא שחנן אותו היה משה קצב. ראו פרסום ברשומות של ארגון "חננו – ארגון להגנה משפטית לאומית", בקישור: goo.gl/4IvI7r.

124 ראו אפרת פורשר ומרואן עת'אמנה "לא לחון מאבטח שירה בערבי" מעריב – NRG 18.1.2005 www.nrg.co.il/online/1/ART/856/001.html

125 ראו עניין טרסה, לעיל ה"ש 611.

126 עניין אלטגאוז, לעיל ה"ש 113.

127 אחד הנימוקים לקבלת ההנחה שאלטגאוז טעה בזהותו של נקר היהודי והניח כי הוא מחבל ערבי, אף שדיבר אתו לפני שירה בו, היה שאלטגאוז עלה עשר שנים קודם לאירוע מאוקראינה ועל כן "סביר כי מנהגי הארץ וההבחנה בין האוכלוסיות השונות אינם נהירים לו" שם, בעמ' 27. אלטגאוז הסביר בחקירתו כי זיהה את נקש על פי מבטאו כ"לא אשכנזי" וכי "יש בישראל המון ישראלים שדומים לערבים".

128 "הוא דוחף אותי כמו מה שאני [...] מיותר כאן", שם בעמ' 28.

129 "אם [...] בתוך החולצה יש לו [...] חגורה [...] אז [...] יתפוצץ כל הבית ספר [...] 500 [...] בנות [...] "שם בעמ' 29.

130 שם, בעמ' 14.

כשלעצמי, אינני רואה סיבה להבחנה בין טעותו של נאשם ביחס לקיומה של סכנה לבין טעותו ביחס לנחיצות התגובה – זו כזו הן טעויות ביחס ליסוד עובדתי, והתשובה לשאלה האם נדרוש טעות סבירה או נסתפק בטעות כנה, אמורה להיות דומה לגבי שתייהן. אולם, בנסיבות המקרה סבורני כי ניתן להשאיר את השאלה לעת מצוא, מאחר, וכפי שאפרט בהמשך, לא מצאתי שהמערער טעה טעות כנה ביחס ליסוד הנחיצות, וממילא השאלה אינה מתעוררת.

להבהרה של עמדה זו יש לשוב ולהזכיר כי בית המשפט העליון הסיר את דרישת האובייקטיביות המהותית מטעותו של נאשם באשר לעצם קיומה של סכנה. אם דינה של טעות באשר לנחיצות התגובה וזהה, המשפט הישראלי גוזר על עצמו להפליג לכל מחזות דמיונם המסוייט של המסוכנים באזרחים הכפופים למרותו. דווקא אלה יצליחו לשכנע את שופטיהם כי ראו בדמיונם חגורות נפץ במקום שבו ישראלי סביר לא היה רואה אותן. ככל שייראה הדבר משונה, ארנולד אלטגאוז נשלח לחמש שנות מאסר משום שלא ניחן בשום סטייה אישית או קבוצתית זולת העובדה שהגשים את החלום הציוני בשלב מאוחר בחייו ולא הספיק להכיר, או לא רצה להכיר, את מגוון זהויותיהם של יושבי הארץ. עובדה זו הספיקה לו כנראה כדי לשכנע את שופטיו באפשרות שהחליף בין מתקן מזגנים יהודי למחבל ערבי, אך לא היה בה – או בעובדה אחרת הנוגעת לזהותו, לניסיונו או לתמונת עולמו הערכית – כדי לשכנע אותם באפשרות ש"ראה" בפועל חגורת נפץ מתחת לחולצה הדקה והקצרה שלבש אלון נקר. אני מאמין שסוגיית ההיקף של ההגנה המדומה הייתה ראויה לדיון ערכי מעמיק בהרבה מזה שקיבלה בפרשת אלטגאוז, משום שיותר מכל סוגיה של אחריות פלילית היא עלולה לסחוף את מערכת המשפט לפלגנות ומבוכה רעיונית המאפיינות חברה מסוכסכת ומפולגת בעתות משבר. בשוליה של אמרת האגב שצוטטה למעלה כתבה השופטת ארבל כי הוא משאירה דיון כזה "לעת מצוא", אך כדרכן של סוגיות רבות אחרות בהלכה השיפוטית הקזואיסטית, גם עיתויו של המצוא כפוף להערכה סובייקטיבית. תעיד על כך טוב יותר מכל עדות התנהלותו של בית המשפט העליון בפרשה העומדת במרכזו של הפרק הנוכחי – פרשת יחזקאל. אקדים לתיאורה של התנהלות זו את ההערכה שהשופט סלים ג'ובראן, שהסכים לפסק דינה של השופטת ארבל בפרשת אלטגאוז בלא כל הערה, היה מעמיק חשוב יותר בהשלכותיה של סוגיה זו אילו היה צופה את העמדה המיוחדת שאליה נקלע בפרשת יחזקאל. בהיעדר נשק כלשהו בידיו של דארי, כמו במקרה של מאזן טבלסי, הושתת כל מערך הבריון של ההגנה המדומה בפרשת יחזקאל על המכשיר היחיד שאפשר היה להעמיס עליו איום פיזי ניכר באותו אירוע – כלי-רכב המסחרי שבו הגיעו דארי וחבריו למקום האירוע. דלתו של כלי-הרכב פגעה בפועל בשוטר יחזקאל בשלב מוקדם של האירוע, אך בעת הירייה נסע כלי-הרכב או התדרדר במורדה של גבעה והתרחק מהשוטרים. חשוב יותר: דארי לא נהג בו בעת שנורה ואף לא היה בתוכו, אלא נתלה על מדרגה חיצונית בסמוך לדלת הנהג. יחזקאל טען כי חשש שדארי ידרוס אותו בנסיעה אחורית, אך לשם כך היה דארי עצמו צריך לבצע תוך שניות ספורות מהלך מורכב של כניסה לכלי-הרכב בעת נסיעתו, החלפה של הנהג, עצירה של כלי-הרכב, שילובו למהלך אחורי והכוונתו המדויקת לפגיעה ביחזקאל, שהיה נייד דיו בעת הירייה כדי להתקדם לעבר כלי-הרכב – ולכן עשוי היה להיות בעולם הדמיון גם נייד דיו כדי להתחמק ממנו. אין ספק בעיניי כי מהלך דמיוני זה מופרך הרבה יותר מכל קודמיו בהגנות המדומות שתוארו למעלה, וכנראה גם באלה שנידונו ונדרחו אי-

פעם במערכת המשפט הישראלית, אך דווקא הוא התקבל על ידי שתי הערכאות ששפטו אותו והוביל לזיכוי המלא מכל אשמה. על כל ניסיון היפותטי של התביעה להצביע על דרכים אלטרנטיביות למניעת הסכנה המדומה (כגון פציעתו של דארי או פגיעה בגלגלים של כלי-הרכב) הגיב השופט יחזקאל בהפלגה למחוזות דמיון רחוקים אף יותר (כגון שדארי היה מצליח לבצע תוך שניות את המהלך המורכב שתואר למעלה כשגופו פצוע מירי או כשהגלגלים של כלי-הרכב מנוקבים), וגם אותם אימץ בית המשפט בהסכמה כדי להעביר דרכם את כל מערך התנאים המורכב של ההגנה העצמית.

אינני יודע מדוע הסכימו שופטיו של יחזקאל ללכת עמו למחוזות דמיונו רחוק בהרבה משהיו מוכנים לעשות שופטיהם של קודמיו. לכאורה אפשר היה לסבור כי עשו זאת משום שבניגוד למרבית קודמיו הוא היה שוטר, אולם אז יש להניח שהם האמינו כי דמיונם של שוטרים עשיר מדמיונם של מאבטחים פרטיים. לכאורה גם אפשר היה לשער שבגולות הדמיון של השופטים עצמם, ואולי גם של הציבור כולו, התרופפו ונמתחו במשך השנים בהצטברותם של אירועי טרור ממשיים ואמתיים לכל מגוון מעלליהם, אלא שהשנים שבהן דנו הערכאות בעניינו של יחזקאל (2007-2008) היו מהשקטות בתולדות ההתנגדות הפלסטינית האלימה, ופעולת השיטור בעסאווייה נגעה לעבריינות רכוש והיבטיה הלאומיים היו משניים. הנחה סבירה לא פחות היא ההנחה שהשוטר יחזקאל זכה להישפט על ידי שופטים פתוחים ורגישים יותר מקודמיהם. הנחה זו נסתרת במקצת על ידי העובדה שהשופט אדמונד לוי, שהצטרף לזיכוי של השוטר יחזקאל, הוביל או הצטרף להרשעתם של כל קודמיו שבאו לפניו בבית המשפט העליון בטענה של הגנה עצמית, כולל אדם טרסה שנזכר למעלה. גם השופט רובינשטיין, שהוביל את זיכוי של יחזקאל, היה שותף להרשעתו של מי שטען להגנה עצמית באירוע קודם בעל היבטים לאומניים.¹³¹ רק השופט ג'ובראן, שביקש בדעת מיעוט להרשיע את יחזקאל, גילה עמדה עקבית במשך כל התקופה הנסקרת בהקשר הנוכחי. אם מיוחדותו של הזיכוי הנדיר של שמואל יחזקאל אכן קשורה בדרך כלשהי למיוחדות של שופטיו, נראה כי יש לחפשה בתמונתם הקבוצתית. השופט ששפט את יחזקאל בערכאה הדיונית היה השופט נועם סולברג והוא שלח אותו לבית המשפט העליון בחזקת זכאי. חברו אליו השופטים אליקים רובינשטיין ואדמונד לוי, וכך נגלו להם – אולי בהשראה ובתמיכה הדדית – תובנות רגשיות ותודעתיות שנסרתו מהרכבים אחרים. סולברג, רובינשטיין ולוי נזכרו מעת לעת בתקשורת בהקשרן של עמדות לאומיות מובהקות,¹³² וייתכן שאלה עזרו להם לייחס לסמיר דארי כוונות נפשיות ויכולות גופניות מופלגות שלא היו מיוחסות לו על ידי אחרים. אם יש ממש בהשערה זו, היא מסבירה יפה גם את עמדתו ההפוכה של השופט סלים ג'ובראן.

131 ע"פ 3214/06 פינר נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 10.9.2006).

132 ראו, למשל, תומר זרחין "סולברג אחראי לשורה של פסקי דין שעוררו מחלוקת ציבורית" **הארץ** 27.10.2011; www.haaretz.co.il/news/law/1.1532378; איל גרוס "השופט אדמונד לוי: אקטיביסט משמאל, אקטיביסט מימין", **הארץ** 13.3.2014; www.haaretz.co.il/news/; דוד שליט "רובינשטיין על אנטישמיות" **גלובס** 24.4.2003; www.globes.co.il/news/article.aspx?did=683021; www.premium-1.2269750.

משהאמינו שופטיו של שמואל יחזקאל, לראשונה בתולדות הפסיקה בישראל לאחר תיקון מס' 39, כי הוא טעה טעות עובדתית כנה כאשר לדרכים האפשריות להדיפת הסכנה ולא רק כאשר לעצם קיומה, הגיעה אותה "עת מצוא" שעליה דיברה השופטת ארבל בפרשת אלטגאוז. אם גם הם סברו כפי שסברה השופטת ארבל, ועמה השופטת נאור והשופט ג'ובראן, כי "אין" סיבה להבחנה בין טעותו של נאשם ביחס לקיומה של סכנה לבין טעותו ביחס לנחיצות התגובה"¹³³ וכי גם זו האחרונה פטורה ממבחן הסבירות המהותית – חייבים היו לנמק עמדה זו בנימוקים טובים בהרבה מהנימוק הלקוני והפורמלי שהעלתה השופטת ארבל, כי זו גם זו הן "טעויות ביחס ליסוד עובדתי". בפועל שתקו השופטים רובינשטיין ולוי ולא העלו אפילו נימוק זה, אך משדחו את ערעורה של המדינה ואישרו את זיכוי של יחזקאל, הם הפכו את אמרת האגב להלכה מחייבת, בין שהיו מודעים לכך ובין שלא. אם לא הייתה לשופטי הרוב מלה נחרצת להגיד על סבירותו המהותית של האחרון בפרטיו של חזון הביעותים שחזה יחזקאל, אין זאת אלא שהלכה היא בישראל שגם טעות עובדתית כאשר לאפשרות הדיפת הסכנה פטורה ממבחן הסבירות המהותית. אני מאמין כי טעו בכך טעות קשה, הן בשל תוכן ההלכה והן בשל האופן הסתמי שבו התקבלה.

טענתי למעלה, ואני חוזר על טענתי, כי שאלת הגבולות של ההגנה המדומה היא אחת השאלות החשובות שמערכת המשפט חייבת לפתור בחברה מפולגת בעתות משבר. המציאות היא אחת, אך בוחן המציאות מגוון כמספרם של הפרטים בחברה ותלוי במידה מכרעת בהשקפת עולמו הערכית של כל פרט. ידו של פרט חרד קלה יותר על ההדק מידו של פרט בוטח וידיים אלה ניזונות ישירות מתודעתם של בעליהם. מי שבוטח בכני קהילתו הקרובה בלבד חרד חרדת-אמת מזרים החודרים למרחב מחייתו ומייחס להם בכנות מלאה כוונות זדון ויכולות מופלגות; מי שחרד מעט ייטה לראות בזר מחבל; מי שחרד יותר ייטה לראות בו מחבל מתאבד; מי שחרד אף יותר יראה חגורת נפץ תחת חולצתו; החרד ככולם יראה אותה גם על גוף עירום. הבדלים אישיותיים אלה מועצמים על ידי התניות אמוניות וקהילתיות ותוצרם הוא חברה שדרכי תגובתה למצבי מתח מפולגות ומסוכסכות. בהיעדר מדדים משותפים ואובייקטיביים לגבולות החרדה הנסבלים בחברה כזו, תיהפך השקפת עולמו של כל פרט לרישיון חיסול פתוח. ככל שיראה לשופטיו כי שנאתו לזר ולשונה עזה יותר ועל כן חרדתו גדולה יותר, יקבל מידם הגנה גדולה יותר.

לכאורה אפשר לתלות מצב משפטי זה בהסרתו של תנאי הסבירות מהגנת ה"טעות במצב דברים" שבסעיף 34 יח. קודמו של סעיף זה בחוק העונשין¹³⁴ המקורי דרש כי הטעות העובדתית תהיה סבירה, אך דרישה זו הוסרה בתיקון מס' 39. הרכבתו המכנית של סעיף 34 יח על ההגנה העצמית שבסעיף 34 יוצרת את ההגנה העצמית המדומה הנדונה כאן, ואפיון הפשוט והמדויק של הטעויות הנדונות בפסקי הדין הנסקרים כ"טעויות ביחס ליסוד עובדתי"¹³⁵ אכן מוביל לכאורה למסקנה המתוארת. מהלך פרשני פשוט זה מוביל את פסיקתו של בית המשפט העליון בתקופה הנדונה – החל בשלבים המוקדמים שבהם נגע לסכנה המדומה עצמה ולא להדיפתה, המשך בשלבים שבהם נגע להדיפת הסכנה באמרת

133 ראו הציטוט ליד ה"ש 131 לעיל.

134 סעיף 17 לחוק העונשין, התשל"ז-1977.

135 ראו את אמרת האגב של השופטת ארבל ליד ה"ש 131 לעיל.

אגב וכלה פסק הדין בפרשת **יחזקאל**. טענתי העיקרית נגד מהלך זה היא שסגנונו הפורמלי הפשטני רחוק מאוד מהסגנון המקובל על בית המשפט העליון בעידן הנוכחי, וכי ניגוד זה בולט במיוחד בתחום ההגנות. בית המשפט העליון מבצע בתחום זה מהלכים אקטיביסטיים מובהקים, ואינו נכנע ללשונו הפשוטה של החוק אם תוצאתו הערכית אינה מקובלת עליו;¹³⁶ למצער, בית המשפט העליון נוהג לחשוף את ההיבטים הערכיים של הסוגיה ולערוך בה דיון מעמיק. אינני מכיר מקרה אחד בתחום ההגנות זולת המקרה הנוכחי שבו הוכרעה סוגיה חשובה כזו בלא דיון ערכי כלשהו.

אני מעריך בביטחון גמור כי אילולא היה הקרבן ערבי, תושב כפר סורר המתעמת תכופות עם רשויות החוק; ואילולא היה היורה שוטר-חייל יהודי בשירות המדינה, לא היה המשפט מוכרע כפי שהוכרע – לא במישור העובדתי וודאי לא במישור ההלכתי. אין לי ספק כי אילו התרחש המקרה הראשון – שבו נטו השופטים להאמין לסיפור דמיוני רב מהלכים ומהלכי-נגד – סביב אחת התגרות האלימות ה"רגילות" המעסיקות את מערכת המשפט, היה עיקרו נסב על המתח החריג שבין צדק אישי לנאשם לסדרי חברה תקינים. אותם שיקולים ערכיים שביסוד הגבלתן החמורה של הגנות מלאות וחלקיות כגון אי-שפיות, היעדר שליטה וקנטור היו מועילים גם כאן, בשינויים המתאימים, ומולידים שינוי מגמה בפירושו וביישומו של סעיף 34 כולו על ההגנות. כך, למשל, אדם שבוחן המציאות שלו לקוי והוא רואה סביבו רודפים דמיוניים, ומייחס להם כוונות וכוחות שאין להם קשר עם המציאות, לא היה מקבל הגנה מכוחו של סעיף 34' לחוק העונשין אלא במקרים הנדירים ביותר שבהם הוא חולה במחלת נפש, וגם בהם הוא נכלא במוסד סגור ואינו מורשה להלך בין הבריות. קשה להלום את העובדה שאותו אדם עצמו ייהנה מהגנתו המלאה של סעיף 34, וקשה אף יותר להלום את העובדה שדמיונותיו יותנו על ידי השפעות קבוצתיות וילובו בנסיבות של מתח אתני ולאומי במצבי משבר.

אם הערה אחרונה זו אינה ברורה דיה, אחזור לתוכנה חשובה שביטא בית המשפט העליון, כמעט דרך אגב, בפרשה אחרת של ירי מיותר על ידי בעל תפקיד חמוש.¹³⁷ באותה פרשה ירה אדם שהופקד לשמור על היישוב בית-אל לעבר תושב ערבי מקומי שעבר לעת לילה סמוך לגדר היישוב, בדרכו לכפרו הסמוך. גם כאן טען היורה במשפטו כי ראה בקרבנו מקור סכנה וביקש כי תחול עליו הלכת ההגנה המדומה. האירוע התרחש בקיץ 2002, שבו הגיעו לשיאם פיגועי האנתפאדה השנייה¹³⁸ ותגובות הנגד של שירותי הביטחון.¹³⁹ רמת המתח הביטחוני באותו לילה בפאתי בית-אל עלתה בהרבה על המתח ששרר כמה שנים אחר כך בפאתי ירושלים, באירוע של פרשת **יחזקאל**. דווקא בוחן מציאות אובייקטיבי היה

136 לצד הדוגמאות המובאות במאמר הנוכחי, למשל ליד ה"ש 82 לעיל, ראו גם את אכיפת תנאיה המחמירים של חרסת המנסה על חרסת המשדל למרות ניסוחה השונה בחוק בע"פ 5268/04 מינין נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו 7.11.2005).

137 ע"פ 5242/04 עבדאללה נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 16.5.2005).

138 בפסק דין מאותה תקופה (בג"צ 7015/02 עג'ורי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, נון (6) 352 (2002)) מתוארת המציאות הביטחונית באזור כ"סכסוך מזוין [...] במסגרתו בוצעו כ-14,000 פיגועים [...] למעלה מ-600 אזרחים ותושבים של מדינת ישראל נהרגו [...] למעלה מ-4,500 נפצעו".

139 באותה עת התנהל בשטחי יהודה ושומרון מבצע "דרך נחושה".

מגלה כי חששו של שומר חמוש מבית-אל – שמקומי המתקרב בעת לילה באותה תקופה קשה לגדר היישוב הוא מחבל מתאבד – לא היה מופרך יותר¹⁴⁰ מחששו של השוטר יחזקאל להידרס לאור יום על ידי עבריין נמלט שיפליא לנהוג לאחור בכלי-הרכב שבו נאחו בעת שנורה. אף על פי כן הורשע השומר מבית-אל ונשלח למאסר משמעותי בפועל אף שקרבנו ניצל ממוות, ואילו השוטר יחזקאל נשלח חופשי לביתו. לכאורה אפשר לתלות הברדל זה בעובדה שהשומר הסתבך בכדיונו ולא השכיל לבנות בחקירותיו סיפור חרדה שיתקבל על דעתם של שופטיו,¹⁴¹ אך אין ספק בעיניי כי גם עובדה זו עצמה וגם פתיחותם של שופטים שונים לסיפורי חרדה נגזרים ממשתנים חיצוניים לאירוע עצמו ונסיבותיו. השוטר שמואל יחזקאל היה יהודי ואפשר להניח כי ניחן בניסיון רב יותר וזכה לגיבוי ממסדי גדול יותר ממהדי עבדאללה, שנשכר לאבטח את בית-אל על ידי חברת שמירה פרטית. חשוב כנראה לא פחות: השומר עבדאללה נשפט על ידי שופטים אחרים משופטיו של יחזקאל. לכתחילה הורשע בבית המשפט המחוזי בירושלים על ידי השופט יונתן עדיאל ואחר כך הוצב בפני מותב של בית המשפט העליון בראשותו של אהרן ברק. בנמקו את החלטת המותב להחמיר בעונשו של עבדאללה נשען השופט ברק על עמדת המדינה, שלפיה:

המציאות הביטחונית הקשה בה מצויה מדינת ישראל מחייבת הענשה מחמירה ומרתיעה בגין מעשים של "אצבע קלה על ההדק", המעידים על תופעה של זילות ערך חיי אדם.

משפט זה מגלם את תמצית הדילמה שבבסיס ההגנה המדומה, אך הוא נוגע גם לשאלה המרחפת מעל המשפט הפלילי כולו בחברות מפולגות במצבי משבר – שאלת היחס בין הקרוב לזר ובין האני לבין האחר. "מציאות ביטחונית קשה" אכן נבדלת בפועל ממציאות פלילית רגילה, משום שהיא אלימה יותר אך גם משום שמטבעה היא מעמתת זרים עם קרובים. מדינה הבוחרת להפעיל את משפטה הפלילי הרגיל גם על מציאות ביטחונית כזו חייבת להתמודד עם המתח העצום שבין שני ההבדלים. התקוממות מאורגנת שרקעה לאומי מגדילה מאוד את נפח האלימות במציאות האמתית, אך מעצם טבעה היא מגדילה אף יותר את נפח האלימות המדומינת בין קהילות עוינות. הכרעתה של הקהילה השלטת – לחייב את כל חבריה לרסן את חרדתם מפני הזר ולנצור את נשקם – תעלה לבני אותה קהילה במחיר דמים, אך תחסוך את דמם של חפים מפשע מבני הקהילה האחרת. הכרעה כזו יכולה להיגזר רק מהנחה ערכית, שאינה מובנת מאליה, שלפיה דמם של בני הקהילה השלטת ובני בריתם אינו סמוק מדמם של זרים. חשוב אף יותר להקשר הנוכחי: הכרעה כזו מניחה מעצם קיומה סף חרדה קהילתי מותר אחד, שאחריו נגבה מחיר עונשי ממי שאצבעו "קלה על ההדק" בלא קשר למקור חרדתו, בין בתכונות אישיות חריגות ובין בתפיסת עולם הנוטה לזהות את הזר כרודף באשר הוא זר. אני מאמין כי השופט אהרן ברק הרשיע את מהדי

140 בתיאור המציאות הביטחונית בעניין עגזרי, לעיל ה"ש 140 נכתב "הצד הפלסטיני משתמש, בין השאר, בפצצות-אדם מונחות. מתאבדים אלה מגיעים לכל מקום בו מצויים ישראלים. הם זורעים הרג ודם בערים ובישובים [...] הכוחות הנלחמים בישראל [...] אינם לובשים מדים [...] הם מסתתרים בתוך האוכלוסייה הפלסטינית האזרחית באזור".

141 השומר ברה שקרים מיותרים וקלים להפרכה על המציאות שהייתה (למשל יריות שנורו על ידי הקרבן) במקום על המציאות שעלולה הייתה להיות.

עבדאללה בשל טעם עקרוני זה ולא בשל שיוכו האתני, ולכן היה מרשיע גם את שמואל יחזקאל לו שפט בענייננו.

פרשת יחזקאל הייתה צריכה לעורר חשבון נפש נוקב בשאלת ההגנה העצמית המדומה כולה. ההרכבה של הגנת הטעות (במצב הדברים) על ההגנה העצמית אינה הבררה המשפטית או המוסרית היחידה שעמדה לפני מערכת המשפט הישראלית, לפני או אחרי תיקון מס' 39. דור קודם של שופטי בית המשפט העליון, אקטיביסטי הרבה פחות מדורו של הנשיא ברק, לא היסס לעצב את מתווה ההגנה העצמית אפילו בניגוד ללשונו המפורשת של החוק¹⁴² כדי לאזן כראוי את הערכים המתנגשים בו, ואני מאמין כי היה צריך לעשות כן גם בסוגיה הנוכחית. אין ספק שהרשעת אדם בעברה של מחשבה פלילית במקרה שבו טעה טעות (עובדתית) בלתי-סבירה מעוררת קושי גדול ומובן, אך המחוקק עצמו עשה כך במקומות אחרים בתיקון מס' 39, ובית המשפט העליון הגדיל כל כך בחשיבותו של קושי עקרוני זה עד שערך סביבו את הדיון החוקתי המשמעותי הראשון לאחר כניסתו של התיקון לתוקף.¹⁴³ המסקנה שאליה הגיע הנשיא ברק במקרה שבו נורו שני סוחרים תל-אביביים במהלך ניסיון לשוד הייתה ש"אינטרס הציבור והקורבנות הפוטנציאליים" גובר על זכות היסוד של הנאשם לחירות ולכבוד, ועל כן אפשר להרשיעו בעברה של מחשבה פלילית אף שלא הייתה לו מחשבה כזו. חשוב בעיניי, להדגשת הטענה העיקרית שביסוד הרשימה הנוכחית, כי השופט אדמונד לוי הצטרף באותו מקרה בהתלהבות לעמדתו זו השופט ברק ואף הוסיף עליה דברי חיזוק יפים. ייתכן שהיה חוזר על עמדה זו בפרשת יחזקאל וייתכן שהיה בוחר להבחין בין עניינה של ההגנה העצמית המדומה לבין עניינם של שותפים לעברה, אך ספק אם היה מתעלם לחלוטין מהיבטיה העקרוניים של השאלה אילו סבר שזכותם לחיים של שני עבריינים בדואים שווה לזכותם של סוחרים תכשיטים מרחוב לוינסקי בתל-אביב.

3. המלחמה על הבית 2007–2009: על אי-נחיצותו של תיקון מס' 98 לחוק העונשין

ב-13.1.2007 ניסו חאלד אבו טארש ואיוב אלהוושלה, שניהם בדואים משבט אל אלאטארש שבנגב, לפרוץ ל"חוות שם" באישון לילה כדי לגנוב ממנה ככשים.¹⁴⁴ בעל החווה שי דרומי גילה אותם וירה בהם חמישה כדורים במנוסתם, הרג את אבו טארש ופצע קשה את אלהוושלה. מקרה זה עורר עניין גדול בשל היבטיו הפוליטיים וכך שבו לקדמת השיח הציבורי והמשפטי שאלות דומות לאלה שנשאלו בהקשרו של דו"ח ועדת לנדאו. תומכיו של דרומי, שהועמד לדין בבית המשפט המחוזי בבאר שבע באשמת הריגה, חששו כי פעולתו לא תעמוד בכמה מהיבטיה העיקריים של דרישת הסבירות שבסעיף 34טז לחוק העונשין כפי שפורשו ויושמו בפסיקה, ואולי אף תניב פירוש מחמיר בכמה שאלות קשות שנשאלו פתוחות כגון דרישת השקילות וחובת הנסיגה. כדי להסיר חשש להרשעתו של דרומי –

142 ראו, למשל, ע"פ 89/78 אפנג'ר נ' מדינת ישראל, פ"ד לג(3) 141 (1979), שבו קבע השופט מנחם אלון כי אדם המגן על אחרים כלשהם פטור מאחריות פלילית, אף שהנוסח המפורש של החוק באותה עת ייחד פטור זה למי שהגן על אחרים "שהגנתם עליו".

143 ע"פ 4424/98 סילגרו נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(5) 529 (2002).

144 ת"פ (ב"ש) 1010/07 מדינת ישראל נ' דרומי (פורסם בנבו, 15.7.2009) (להלן: עניין דרומי).

ולביסוס של הלכה שיפוטית מחמירה בסוגיות בעלות השלכה ישירה על המאבק ליישוב של ארץ ישראל ועל הסכסוך היהודי-ערבי – שוב יזמו חברי כנסת ממפלגות הימין תיקון פרטני לחוק, המדלל את דרישת הסכירות במקרים שבהם הופעל כוח "להגנת בית מגורים, בית עסק ומשק חקלאי מגודר".¹⁴⁵ תיקון זה הופעל רטרואקטיבית לטובת דרומי, אך גם הוא הניב לו זיכוי דחוק מאוד, ברוב קולות ומחמת הספק. אני מעריך גם כי סיכויו של זיכוי זה לעמוד בבית המשפט העליון היו קטנים אילו הייתה התביעה מערערת עליו כדרכה במקרים דומים ואילו היה נקי מהיבטים פוליטיים מובהקים. מרבית ההיבטים המשפטיים המובהקים של "תיקון דרומי" ושל פסק הדין בעניינו נדונו בעמקות בכתיבה קודמת¹⁴⁶ ועל כן אדגיש בנייתוח הנוכחי את צבעיהם הפוליטיים. טענתי העיקרית היא שתיקון החוק היה מיותר לחלוטין בהקשר שהוליד אותו, משום שלא היה נחוץ כלל לזיכוי של אדם המגן על נחלתו ולא היה אמור להועיל ממילא למי שירה בגבו של תוקף נמלט. תיקון דרומי כולו ניזון מתחילתו, ולאורך כל דרכו המפותלת בבית המחוקקים, מאיבה למערכת המשפט ומחששות-יתר באשר לעמדוהיה בשאלות העקרוניות הנוגעות להגנתן של נחלות לסוגיהן. אין להערכתו שופט בישראל שהיה דורש מאדם כלשהו לברוח מביתו, ממשדו, מחנותו או מחוותו ולהפקיר בהם את רכושו לגנב או את משפחתו לבריון. לא היה גם שופט בישראל שהיה מרשיע אדם כלשהו על שירה למוות, אפילו ברחוב, במי שאיים לגזול ממנו את מיטב רכושו, אם לא הייתה כל דרך אחרת למנוע את הגזילה. אך אילו לא היה דרומי יהודי עתיר זכויות ואבן טארש לא היה גנב ברואי נקלה, לא היה שופט בישראל שהיה מזכה אדם שירה במכוון בגבו של גנב שנמלט בידיים ריקות.

אני מעריך בביטחון כי שי דרומי ירה באבן טארש ובאלהוושלה מתוך כוונה להורגם כדי להענישם על שניסו לפרוץ לחוותו וכדי לשלוח מסר מרתיע לגנבי הצאן שבשבטי הברואים שבסביבתו. אני מעריך גם שירי זה נעשה כתגובת נקם על מקרים דומים רבים בעבר שבהם פגעו בני אותם שבטים בגופם, בחירותם וברכושם של חוואים יהודים, של משפחותיהם ושל כלביהם. אני מעריך גם שרקעו הרחב יותר של ניסיון הפריצה והגנבה – וגם של התגובה הקטלנית לו – הוא האיבה בין מפעל ההתיישבות הציוני בחוות בודדים גדולות בנגב לבין שבטי הברואים הרואים במפעל זה גזילה של אדמותיהם ומחייטם. אני מעריך כי אפיונים אלה היו ידועים ומקובלים על כל המעורבים בתיקון החוק וזיכויו של דרומי. אני גם מעריך כי גם הקיצוניים בתומכיו של דרומי ושל מפעל ההתיישבות שבשמו פעל העריכו כי לא יוכלו לעצב את החוק הישראלי כך שיאמר בגלוי ובמפורש את מה שהאמינו בו באמונה שלמה, דהיינו: שמותר ליהודי לרדוף ולהרוג ערבי שהרים ידו על מפעל ההתיישבות הציוני, כדרך שחייל רשאי להרוג חייל סדיר של צבא אויב. בה במידה אני מעריך כי גם הקיצוניים

145 חוק העונשין (תיקון מס' 98), התשס"ח-2008, ס"ח התשס"ח 540.

146 שי וזנר "הגנה עצמית, דרישת הנחיצות וחובת הנסיגה, בשולי פרשת שי דרומי" מחקר משפט כז 315 (2011); בועז סג'רו "הייהפך הצידוק לפטור של חסד? הגנת בית המגורים ('חוק דרומי' ופסק-הדין בפרשת דרומי) כמקרה-מבחן לרציונל המצדיק הגנה עצמית ולהלכה הישראלית" משפט וממשל יג 93 (2011); מרים גור-אריה וגליה דאור "הגנה מיוחדת לבית מגורים, לבית עסק ולמשק חקלאי: סכנותיה ותחומיה גבולותיה בעקבות פרשת דרומי" משפט וממשל יג 141 (2011). ראו גם דבריה של מרים גור-אריה בישיבת ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת מיום 11.7.2007, פרוטוקול הוועדה, בעמ' 14.

שבהם הניחו כי לא יוכלו לעגן עמדה זו בחוק גלוי ומפורש – לא מפני שלא יזכו לאהדה עממית רחבה בקהילה היהודית, לא מפני שלא יוכלו לגייס לה תמיכה פוליטית מוצקה וגם לא מפני שחוק כזה ייפסל על ידי מערכת המשפט, אלא משום שחוק גלוי ומפורש כזה יפגע בתדמית המוסרית של מדינת ישראל הן בעיניהם עצמם והן בעיני אחרים. אני מאמין גם שבשל הסתירה העמוקה הטמונה בעמדה המורכבת שתיארתי במשפט הקודם התגייסו מערכות הממשל למהלכים מפותלים, המגלים טפח ומסתירים טפחיים, שמטרתם למתוח את ההגדרות המשפטיות העקרוניות ואת הקביעות העובדתיות במקרה הקונקרטי אל הנקודה הרחוקה ביותר המתיישבת עם מראית עין מוסרית.

חקיקתן של 93 המלים שב"חוק דרומי"¹⁴⁷ גזלה להערכתי יותר שעות שיח במשרדי הממשלה, בוועדות הכנסת ובמליאתה מהזמן שהקדישו מערכות הממשל בישראל למספר דומה של מילים בקוד הפלילי מאז חקיקתו לפני שמונים שנה, כולל אלה שבליבת העברות החמורות ועקרונות היסוד של האחריות הפלילית. נוסחו הסופי של תיקון החוק התגבש בשנת 2008, יותר משנה אחרי האירוע ב"חוות שם" ושנה לפני הכרעת הדין בעניינו של דרומי; להדגשת אופיו הפוליטי אני בוחר להתמקד במהומה השלטונית שהתחוללה בשבועות שלאחר האירוע מיום 13 בינואר 2007. ב-22 באותו חודש, תשעה ימים בלבד לאחר האירוע, מיהרה התביעה להגיש נגד דרומי כתב אישום על הריגה, ובאותו יום עצמו הובהלו לכנסת ארבע הצעות חוק פרטיות להגנתם של הודפי פורצים. הקשר בין מהלכים אלה, תזמונם ותוכנם – ברור. בהארכת מעצרו של דרומי, יום לאחר האירוע, הצהירה התביעה – עדיין בבית משפט השלום – כי יש בידה ראיות להעמידו לדין בגין רצח, וסנגור פלילי מוביל הסביר עדיין לציבור כי גורל משפטו של דרומי תלוי במשתנים עובדתיים רבים כגון השאלה "האם [...] התגלו ריות בגבו של ההרוג".¹⁴⁸ דרומי נעצר כדין, אך שמונה ימים לאחר מכן החליטה שופטת השלום שעצרה אותו לשחררו והפרקליטות מיהרה כאמור להגיש כתב אישום¹⁴⁹ באשמת הריגה (ולא רצח) לבית המשפט המחוזי. אני מניח שהפרקליטות פעלה כך גם כדי להעביר את שאלת מעצרו של דרומי לזירה שיפוטית אחרת¹⁵⁰ וגם כדי לתמרן בין נחישות ופשרה לבין לחץ ציבורי ופוליטי מתגבר. כתב האישום עצמו דיבר על ירי מכוון לעבר נמלטים במנוסתם, ולמרות הודעת התביעה לעיתונות שלפיה "הפרקליטות אינה עוסקת [...] במצבם של חקלאים וחואים בנגב, אלא בנסיבות האירוע הספציפי כפי

147 זה כינויו של התיקון בתקשורת ההמונים; ראו אלי אשכנזי ושחר אילן "הכנסת אישרה 'חוק

דרומי' המתיר לפגוע בפורץ" **הארץ** 25.6.2008 www.haaretz.co.il/misc/1.1332913.

148 לריאיון בנושא עם עו"ד ששי גז ראו עידן דורנר "מה מותר לי לעשות לפרוץ?" **וואלה! חדשות** (14.1.2007) news.walla.co.il/item/1040625.

149 הנוהג המקובל יותר במקרים דומים הוא להגיש לבית המשפט "הצהרת תובע" המאפשרת להחזיק חשוד במעצר מעבר לתקופה המותרת טרם אישומו. בדרך כלל תקופה זו נדרשת לתביעה כדי לגבש כתב אישום במקרים מורכבים.

150 השופט זלוצ'ובר מבית המשפט המחוזי אכן החליט תחילה להשאיר את דרומי במעצר, אך ימים אחדים אחר כך שחרר אותו למעצר בית בערובה כספית מזערית, ובשלב מאוחר יותר אף התיר לו לצאת מהארץ כדי להשתטח על קבר צדיק באומן שבאוקראינה.

שמשקפות בעיני החוק ובפסיקת בית המשפט בישראל¹⁵¹, לא הייתה עילה משפטית מובהקת ומספקת כשלעצמה כדי לפטור את דרומי מלכתחילה מאשמת רצח ולהאשימו בהריגה בלבד. ספקות אפשריים באשר למצב נפשו המדויק (למשל, בשל העובדה שמיהר לטפל בנפגעים מיד לאחר הירי) היו יכולים להישאר – במקרים דומים – לשיקול דעתו של בית המשפט, וגם הרשעה ברצח הייתה מאפשרת שיקול דעת שיפוטי באשר לעונשו מכוח סעיף 300א(ב) לחוק העונשין. סעיף זה מדבר על "מצב שבו מעשהו של הנאשם חרג במידה מועטה [...] מתחום הסבירות הנדרשת [...] לשם תחולת הסייג של הגנה עצמית", והוא נועד במדויק למצבים דומים לאלה שהתרחשו בחוותו של דרומי. אין ספק ששיקולי התביעה, שהחליטה להעמיד את דרומי לדין פלילי למרות דרישה ציבורית גוברת לשחררו אך בחרה להגביל את האישום להריגה בלבד, הונעו לפחות חלקית מאותם שיקולים פוליטיים שהביאו להגשתן של ארבע הצעות חוק באותו יום עצמו.

על ארבע הצעות החוק הפרטיות¹⁵² היו חתומים ארבעה-עשר חברי כנסת, בקבוצות או כחידים. שלושה מהם (אורי אריאל, צבי הנדל ואליהו גבאי) היו חתומים על שלוש הצעות שונות אף שהשתייכו לסיעה פרלמנטרית אחת (האיחוד הלאומי – מפד"ל). שלוש מההצעות הובלו על ידי חברי כנסת מסיעות האופוזיציה (ישראל כץ מסיעת הליכוד וצבי הנדל ואליהו גבאי מהאיחוד הלאומי – מפד"ל), אך אחת מהן הוגשה על ידי חמישה חברי כנסת (יצחק אהרונוביץ', ישראל חסון, סופה לנדבר, אלכס מילר וסטס מיסד'ניקוב) מסיעת ישראל ביתנו, שהייתה אז שותפה לקואליציה; להצעה אחרת הצטרפו ארבעה חברי כנסת נוספים מסיעות הקואליציה (אביגדור יצחקי מסיעת קדימה, יורם מרציאנו מסיעת העבודה, יעקב מרגי מסיעת ש"ס ומשה שרוני מסיעת גיל). יום לאחר מכן (23.1.2007) מיהרה ועדת הכנסת לאשר מהלך שאפשר לזרז את הדיון בהצעות, ושלושה שבועות אחר כך (14.2.2007) אישרה מליאת הכנסת ברוב גדול את העברת ההצעות לוועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת, חרף התנגדותו המפורשת של שר המשפטים פרופ' דניאל פרידמן, שנכנס שבוע קודם לתפקידו וזו הייתה הופעתו הראשונה בכנסת. קשה להעריך אם שעטנו מנהלתי ופוליטי זה שטלטל את מהלכי חקיקתו של חוק דרומי לכל אורכם היה מתרחש אילו עמד בראש משרד המשפטים שר מנוסה ומגובה פוליטית כבר בתחילתם של מהלכים

151 ענת ברשקובסקי "כתב אישום על הריגה הוגש נגד שי דרומי" www.ynet.net (22.1.2007) Ynet

co.il/articles/0,7340,L-3355516,00.html

152 הצעת חוק העונשין (תיקון – הגנה כנגד כניסה והתפרצות), התשס"ז-2007 (פ/17/1996) הוגשה על ידי זה"כ יצחק אהרונוביץ' וארבעה חברי נכנסת נוספים, כולם מסיעת ישראל ביתנו. הצעת חוק העונשין (תיקון – הגנה עצמית מפני פורץ), התשס"ז-2007 (פ/17/1997) הוגשה על ידי זה"כ ישראל כץ מסיעת הליכוד ושישה חברי כנסת נוספים מסיעות אחרות. הצעת חוק העונשין (תיקון – הגנת בית מגורים ומשק חקלאי), התשס"ז-2007 (פ/17/2016) הוגשה על ידי זה"כ צבי הנדל מסיעת האיחוד הלאומי – מפד"ל. הצעת חוק העונשין (תיקון – הגנת בית מגורים ומשק חקלאי), תשס"ז-2007 (פ/17/2051) הוגשה על ידי זה"כ אליהו גבאי, גם הוא מסיעת האיחוד הלאומי – מפד"ל. ההצעה האחרונה טופלה רשמית על ידי נשיאות הכנסת והונחה על שולחנה רק ב-29.1.2007, אך מגיש ההצעה טען בדיון בוועדת הכנסת ביום 23.1.2007 כי הגיש אותה קודם לאותו דיון.

אלה,¹⁵³ אך אין ספק כי השעטנו האמור ניוזן גם מלחצים צולבים וממבוכה ערכית עמוקה בקואליציה, בממשלה ובציבור כולו, ואף בתוך סיעות הכנסת עצמן. מה מביא שלושה חברי כנסת מסיעה אחת, שהשקפת עולמם אמורה להיות דומה, ליוזם או להצטרף לשלוש הצעות חקיקה שונות? אם בחפזונם לפעול למטרה הקרובה ללבם וללב בוחריהם לא הספיקו לגבש נוסח משותף, או החמיצו את השלכותיהן המשפטיות של הצעותיהם, היו יכולים לבחור בדרך אחרת עם שוך המהומה הראשונית. מאחר שלא עשו כן במשך חודשים רבים וכמה מהלכי חקיקה, יש להניח כי ההבדלים בין שלוש ההצעות ייצגו נאמנה שלוש השקפות עולם שונות מאוד ועל כן שלושתן חשובות להקשר הכללי של הרשימה הנוכחית, גם אם רק אחת מהן השפיעה על הנוסח הסופי של חוק דרומי.

המתונה שבשלוש ההצעות היא הצעתו של חה"כ ישראל כץ, והיא מוזכרת בהקשר הנוכחי משום שהצטרף אליה חה"כ אורי אריאל מסיעת האיחוד הלאומי – מפד"ל.¹⁵⁴ כץ הציע לכנסת הצעה זהה כמעט שבע שנים קודם לכן,¹⁵⁵ ולכן אפשר לייחס לה היבט כללי ולהרחיקה מעט מעניינו הפרטיקולרי של שי דרומי; אך דווקא היסטוריה מיוחדת זו מאפשרת התייחסות מעניינת לפרכה עובדתית המועלית תכופות בתמיכה להצעות דומות. בשנת 2000 הציע חה"כ כץ לראות "פריצה לבית מגורים כתקיפה שלא כדין שמשקפת ממנה סכנה מוחשית" ונימק את הצעתו ב"ריבוי המקרים של חדירה בלתי חוקית לבתי אזרחים בישראל והיעדר מדיניות הרתעה הולמת". בשנת 2007 הוא הוסיף "משק חקלאי" ל"בית מגורים"¹⁵⁶ ושב לנמק את הצעתו באותן מילים ממש, אך בתיקוף מחודד עוד יותר: "בשנים האחרונות", הסביר, "קיים ריבוי מקרים של חדירה בלתי חוקית לבתי אזרחים ומשקים חקלאיים בישראל [...] בשל היעדר מדיניות התרעה הולמת". הנתונים הרשמיים של מדינת ישראל מעידים על מציאות הפוכה. בין בשל מדיניות אכיפה הולמת ובין מסיבות אחרות, המספר הכולל של עברות הפריצה למיניהן ירד בין 2001 ל-2007 ביותר מ-18%¹⁵⁷ ושיעורן ביחס לאוכלוסייה ירד הרבה יותר. מהתיאור בפסק הדין לרקע העובדתי של פרשת דרומי אפשר להניח בוודאות כי שיעור הפריצות לחוות וגנבות של צאן ושל ציוד כנגב הצפוני עלה בהרבה על ממוצע

153 השר חיים רמון התפטר מתפקידו ב-20.8.2006, ועד מינויו של פרופ' פרידמן ב-7.2.2007 לא מונה לו מחליף קבוע.

154 המצטרפים האחרים היו אביגדור יצחקי מסיעת קדימה, יורם מרציאנו מסיעת העבודה, יעקב מרגי מסיעת ש"ס ומשה שרוני מסיעת גיל.

155 הצעת חוק הגנה מפני פורץ (תיקוני חקיקה), התש"ס-2000, פ/2019. גם להצעה זו הצטרפו שני חברי כנסת מהמפד"ל ומהאיחוד הלאומי (שהיו אז סיעות נפרדות), ארבעה חברי כנסת מסיעות חרדיות, שניים מסיעת הליכוד, אחד מסיעת ישראל ביתנו ואחד מסיעת האיחוד הלאומי – ישראל ביתנו.

156 הנוסח המלא של ההצעה הוא: "בסעיף 34 לחוק העונשין, התשל"ז-1977, האמור בו יסומן '(א)' ואחריו יבוא: '(ב) לעניין סעיף קטן (א), תחשב פריצה לבית מגורים או למשק חקלאי כתקיפה שלא כדין שמשקפת ממנה סכנה מוחשית, ולא יישא אדם באחריות פלילית בשל מעשה שעשה נגד פורץ כאמור".

157 לפירוט הנתונים, המופיעים באתר של המשרד לביטחון פנים ושמקורם בשנתון הסטטיסטי של משטרת ישראל לשנת 2010, ראו "עבירות רכוש ועברות פער" (עבירה פשיעה ורכוש) 2010-2001 " mops.gov.il/CrimeAndSociety/CrimeData/Pages/CrimeProperty2010.aspx

הפריצות הכולל ואולי גם התגבר בתקופה הסמוכה לפרשה, אך דווקא עובדה זו מבליטה את האופי הפרטיקולרי של ההצעה. דברי ההסבר להצעה מציגים את התקרית ב"חוות שם" כדוגמה בלבד ("דוגמת המקרה הטרגי שהוביל חקלאי לירות בחבורת פורצים ואף להרוג אחד מהם"), אך הנתונים הכלליים מפריכים את תוקפה כדוגמה לכלל. המקומות שבהם גרו אנשים בישראל, שבהם ניהלו את עסקיהם ושבהם גידלו את מקניהם בשנת 2007 לא היו מסוכנים יותר מאשר בשנת 1994, שבה נחקק סעיף 34 המקורי. אם חברי הכנסת כן ואוריאל קראו ב-2007 "לשנות את החוק על מנת ליצור הרתעה ולהפחית בצורה ניכרת את [...] עבירות [הפריצה]", הם עשו זאת מטעמים אמוניים ולא מטעמים עובדתיים.

המקור ההיסטורי של הצעה זו חושף גם את המשמעות המדויקת של ההרתעה שאליה היא מכוונת. בהצעתו המקורית משנת 2000 הציע חה"כ כן לתקן את חוק מס ערך מוסף כדי "לעודד אזרחים שהוכשרו לכך לרכוש כלי ירייה להגנה עצמית תוך הענקת פטור ממס". הוא לא חזר על הצעה זו ב-2007, אך היא מעידה היטב על החזון שמאחורי התיקון העיקרי המבוקש. ההרתעה שעליה דיבר חה"כ כן היא הרתעה חמושה וקטלנית, ומאחר שהיא מיועדת ל"אזרחים שהוכשרו לכך" ורכשו את נשקם בגלוי, היא מוגבלת בעיקר ליהודים יוצאי צבא. הצד האירוני של חזון זה הוא שבאותו "מקרה טרגי שהוביל חקלאי לירות בחבורת פורצים ואף להרוג אחד מהם", שעליו דיבר חה"כ כן ב-2007 בלי לציין את שמו של דרומי, ירה החקלאי בפורצים ברובה שהחזיק בלא רישיון. אילו היה כן נאמן לדרכו, בשל כך בלבד היה צריך להסיר את תמיכתו בדרומי, גם אם היה מאבד בכך את שותפיו להצעה ומחמיץ את ההזדמנות לממש את חזונו הגדול. דרומי לא יכול היה לקנות בגלוי רובה להגנת חוותו גם אם היה משלם עליו מע"מ מלא, בדיוק משום שבכל מהפכיה השלטוניים לא הייתה מדינת ישראל מוכנה מעולם לחמש את אזרחיה ברובים. הרובים שבהם השתמשו הנאשמים בכל המקרים הקודמים שנסקרו לעיל נמסרו לשימוש כדין על ידי גופים מאורגנים ממלכתיים או יישוביים, או על ידי ארגוני אבטחה מוסדרים, ולא נקנו על ידיהם כאזרחים פרטיים, משום שהנשק היחיד שהותר אי-פעם בישראל להגנה פרטית היה אקדח שעוצמתו וטווח הירי שלו מוגבלים. דרומי הורשע ונענש במשפטו על עצם החזקת הרובה שבו השתמש, אך גלגולה הקודם של ההצעה הנוכחית מדגיש את העובדה שגודלו של הנשק והשליטה הממלכתית ברישוי יורדים לשורשי ההגנה העצמית וההקשר האמתי שבו היא מעוצבת. בהיסט אירוני נוסף שיפורט בהמשך, דווקא המצב העלוב של הרובה האסור שדרומי לא יכול היה למסור לתיקון ראוי הוא שהביא בסופו של יום לזיכוי מאשמת הריגה. הנקודה שאני מבקש להדגיש בהערה זו היא שהרשעתו הפורמלית של דרומי בשל פגם ברישוי מכסה על אמת גדולה הרבה יותר: המלחמה על הבית, שבשמה דיברו חה"כ כן ושותפיו, אינה באמת מלחמה על בית פרטי או על מקביליו החקלאיים, התעשייתיים והמסחריים: זו מלחמה על הבית הלאומי והיא לא תיעצר באקדחים.

אם זהו אכן ההקשר הכללי של ההצעה, מדוע אני מאפיין אותה כמתונה יחסית? התשובה לשאלה זו מצריכה עיון בדקות הנוגעת להבניה של רכיבי ההגנה העצמית בחוק העונשין. ההגנה עצמה מפורטת בסעיף 34, והגדרתה כוללת במפורש כמה מתנאיה החשובים כגון מיידיות; תנאים נוספים של הגנה זו (ושל הגנות נוספות) נדחסו לדרישת הסבירות העמומה שבסעיף 34טז. הצעתם של חה"כ כן ואוריאל מתייחסת לסעיף 34 בלבד ומציעה בו שינוי קטן יחסית – ואינה נוגעת כלל לסעיף 34טז. כך, הצעתם חושפת את המבקשים הגנה זו

לכל התנאים שיישמו בתי המשפט עד אותה עת ולתנאים נוספים שהפסיקה עשויה לדלות מדרישת הסבירות. שינוי זה קטן כל כך עד שקשה להבין מה ציפו מציעיו להשיג באמצעותו, בין להגנתם של בתים בגרסה המקורית של הצעה ובין לטובתו של שי דרומי במופעה החדש ביום העמדתו לדין. כמו משרד ואולם קונצרטים, בית ומשק חקלאי הם רכוש ככל רכוש אחר, והפורצים לתוכם או נכנסים אליהם בדרך אחרת שלא כדין פוגעים בייחודם כרכוש. הרכוש נכלל מלכתחילה ברשימת הערכים המוגנים בסעיף 34, ופריצה היא עברה פלילית. על כן, קשה להניח כי שופט כלשהו בישראל היה מהסס לראות פריצה לבית מגורים או למשק חקלאי כ"תקיפה שלא כדין" כמשמעותה באותו סעיף במקורו. קשה לדעת גם מה ציפו מציעי הצעה לדלות מהמילים "שנשקפת ממנה סכנה מוחשית" שהוסיפו לאפיונה של פריצה כזו. אם כיוונו לסיכונם של ערכים נוספים המוגנים בסעיף 34 כגון החיים והגוף, לא הוסיפו להערכתו דבר משמעותי על המובן מאליו במקום המשמש למגורים ולמחיה; אם כיוונו לרכוש עצמו וחששו שהריגתו של תוקף המאיים על רכוש בלבד לא תעמוד במבחן שקילות כלשהו, לא הועילו בתיקונם משום שהשקילות נגזרת, אם בכלל, מדרישת הסבירות שבסעיף 34טו שבו לא הציעו לגעת. קריאה קפדנית של הצעתם גם מעלה שהיא אינה מתערבת בדרישת המיידיות שבסעיף 34 עצמו, ועל כן ממילא לא הייתה מועילה למי שירה בגבם של תוקפים שנכשלו בפריצתם או בפורצים שנמלטו בידיים ריקות. אינני יודע מה ידעו חה"כ כן ואוריאל ביום העמדתו של דרומי לדין על מצבו המדויק של הרובה הישן והפגום שבו ירה, וגם אינני יודע אם ניחשו בהצלחה את הדרך המפותלת שבה יובילו קלקוליו של רובה זה לזיכויו של דרומי, אך אם הבינו כי העובדה שאבו־טארש נורה בגבו ממרחק משמעותי לאחר שהחל לנוס תהיה המכשול העיקרי לזיכויו של ה"חקלאי" הקונקרטי באותו "מקרה טרגי" שעליו דיברו, ולא כיוונו את עיקר הצעתם לסילוקו של מכשול זה – אפשר להאמין ביתר שאת כי פעלו מטעמים עקרוניים וכלליים.

הצעתו של חה"כ אליהו גבאי אינה עונה על אף אחד ממאפיינים אלה. גבאי הציע להוסיף סעיף לחוק העונשין שלשונו:

לא יישא אדם באחריות פלילית למעשה שהיה דרוש כדי להדוף כניסה או התפרצות לבית מגורים או משק חקלאי בכוונה לבצע עבירה; "מעשה" – לרבות שימוש בכוח קטלני.

לבד מהתנאים העשויים להיגזר מהמילה "דרוש", הצעתו של גבאי שומטת את כל תנאי המקובלים והאפשריים של ההגנה העצמית ועל כן היא הקיצונית בכל ההצעות הנבחנות כאן.¹⁵⁸ השוואתה של הצעה זו לנוסח של סעיף 34 מלמדת כי גבאי ביקש מהכנסת לפטור מי שהורג פורץ לא רק מתנאי המיידיות אלא אפילו מהתנאי החמור שלא הביא על עצמו את התקיפה בהתנהגות פסולה. כך, תאורתית, גם מי שהרג פורץ שנכשל היום מחשש שיצליח מחרתיים, וגם מי שהרג אדם לאחר שפיתה אותו לגנוב מביתו בכוונת מכוון להורגו, יזוכו מכל אשמה. חשוב הרבה יותר: מאחר שסעיף 34טו לא יחול לפי הצעה זו על הסעיף החדש המוצע בה, הורגו של פורץ פטור מכל התנאים הנגזרים מדרישת הסבירות, כולל גרסה

158 הוספתה של "כניסה [...] בכוונה לבצע עבירה" ל"פריצה" שבהצעה הקודמת מכסה רק מקרים נדירים שבהם החרירה למתחם מתבצעת דרך פתח פתוח, ותרומתה לחומרתה היחסית של הצעה הנוכחית זעירה.

כלשהי – מתונה ככל שתהיה – של שקילות או של חובת נסיגה. הצעה זו, המקימה בלבד של חברה בת-ימינו מתחמים מבוצרים שאדוניהם פטורים מכל חובה אנושית כלפי מסיגי גבול ומורשים להורגם כחיית השדה, כל כך פסולה בעיניי עד שאיני רואה טעם להאריך בה. קשה להאמין שחה"כ גבאי כיוון את הצעתו ללב החברה הישראלית שבה (גם) יהודים טובים פורצים לבתיהם של יהודים טובים ועשירים קצת יותר, ודי שאומר שתהום ערכית ורעיונית¹⁵⁹ פעורה בינה לבין ההצעה הקודמת שאליה הצטרף חברו לסיעה, חה"כ אורי אוריאל. הצעתו של חבר שלישי לאותה סיעה, חה"כ צבי הנדל, ממוקמת בכל מובן רלוונטי בתווך שבין שתי ההצעות שפורטו עד כאן. הנדל, שהיה חתום בשנת 2000 על הצעתו המקורית של חה"כ כץ, הציע בשנת 2007 להוסיף סעיף לחוק העונשין שזו לשונו:

- (א) לא יישא אדם באחריות פלילית למעשה שהיה דרוש באופן מיידי כדי להרוץ כניסה או התפרצות לבית מגורים או משק חקלאי בכוונה לבצע עבירה.
 (ב) סעיף זה לא יחול כאשר המעשה לא היה סביר בעליל בנסיבות הענין לשם הדיפת הנכנס או הפורץ כאמור.

קל לראות כי למרות העובדה שחה"כ הנדל, כמו חה"כ גבאי, הציע לייחד סעיף מיוחד להגנת בתי מגורים ומשק חקלאי, הוא לא נטרל אותו מדרישת המיידיות והוא אף החיל עליו במפורש גרסה מרוככת של דרישת הסבירות. "סבירות מרוככת" זו היא לוז ההצעה כולה, והיא ממקדת בהצלחה את השאלות האמתיות הראויות לדיון בהקשרה של ההגנה העצמית על גבולו של מתחם מחיה. אקדים ואומר כי ריכוכה של דרישת הסבירות היה מיותר בעיניי, הן משום שאינו נחוץ למי שפעל אל מול איום בעת שהאיום התקיים והן משום שאינו אמור להועיל למי שהמשיך לפעול לאחר הסרתו של האיום. עם זאת, יש הבדל אמתי בין המרחב הציבורי למרחב הפרטי והוא רלוונטי ללא ספק למאפייני ההגנה העצמית. כך, למשל, אפילו בשיטות המשפט שבהן הונהגה חובת נסיגה כחלופה עדיפה לשימוש בכוח, היא אינה חלה על תופס מקרקעין כנגד משיג גבולו. שאלת הנסיגה לא הוכרעה בישראל סופית, אך אין ספק בעיניי שהיא לא הייתה מוחלטת ולא תוחל בכל מקרה על עימות בין בעלים לפורץ, ודאי לא במקרה שבו בריחתו של הבעלים תחשוף ערכים מוגנים אחרים במרחב מחייתו מלבד שלומו האישי. עם זאת, אם ריכוכה של דרישת הסבירות נועד להסיר שאריתו של חשש שמא אייפעם יחויב חוואי בישראל לנוס על נפשו ולנטוש את חוותו וכל אשר בה לזדים חורשי רעה – אין בה כל רע. בהקשר קרוב, מעצם טיבו של משטר הזכויות בנדל"ן, זרים אינם נעים בגבולותיה של נחלת מחיה באותה תכיפות שבה הם מתקרבים ונוגעים דרך שגרה באדם וברכוש במרחב הציבורי, ועל כן יש הצדקה מלאה להנחה העובדתית של תופס מקרקעין מצוי שמי שמנסה להשיג את גבולו חורש רעה. עוצמתה של הנחה זו והבהלה הטבעית הנגזרת ממנה עשויים להשתנות מאוד בהקשרים אובייקטיביים שונים של זמן ומקום, אך אם המטרה של ריכוך דרישת הסבירות הייתה להסיר שארית של חשש שמא יקום בישראל שופט שלא יבין כי מצבו הרגשי של חוואי במתחם מבודד, הנתקל בפורצים באישון לילה, אינו כמצבו של מי שנעים לידו אנשים לאור יום ברחוב עירוני הומה – אין רע בריכוך

159 אליהו גבאי הוציא לאור בשיתוף עם מרכז אריאל למחקרי מדיניות את ספרו של פרופ' רפאל ישראלי, **הערכים בישראל: הלנו אם לצרינו?** (2002). מסקנתו של הספר היא שהערכים בישראל הם לצרינו.

זה. חה"כ הנדל אכן ביסס את הצעתו למתן את דרישת הסבירות בהקשר הנוכחי בעיקר על מצבו הרגשי המיוחד של הבעלים, אך גווייה המדויקים של טענתו מעלים מחדש את שאלת המפתח שנדונה בחלקה הקודם של הרשימה – שאלת תנאיה של ההגנה המדומה.¹⁶⁰ ניסוח של דבריו הנכונים של חה"כ הנדל, ובמיוחד חלקם האחרון, מדגיש מאוד את העובדה שהבעיה המיוחדת במקרים טיפוסיים של התמודדות עם פורץ היא הערכת סיכונים עובדתית ("לשער [...] את רמת המסוכנות הנשקפת מהפורץ"). לפתרון העקרוני של בעיה זו בדיוק נועדה הלכת ההגנה המדומה, וככל שאני עצמי הייתי מברך על כבילתה של הלכה זו בכבלים נוקשים של אובייקטיביות – הן באשר לעצם קיומה של סכנה והן באשר לפרטיה המדויקים – היא הייתה משוחררת מעיקרם של כבלים אלה כבר ב־2007 והשתחררה מיתרם מיד אחר כך. הלכת יחזקאל נפסקה יותר משנה אחרי כתיבתם של הדברים הנדונים כאן, אך הלכת אלטגאוז נפסקה יותר משנה לפנייהם ואפשר היה לאתר ללא קושי את מגמת פסיקתו של בית המשפט העליון. השאלה הברורה שהסתמנה כבר אז בפסיקה זו מתמקדת בפחדיו של המתגונן ולא בצדקתם של פחדים אלה. ברוח הדברים שכתבתי למעלה בהקשר דומה, אינני יודע מה ידע חה"כ הנדל על הרגע המדויק שבו השכיל שי דרומי לספר לראשונה לחוקריו כי היה מבוהל מאוד משום שטעה בהערכת יכולותיהם וכוונותיהם המלאות של אבו טראש ואלהוושלה,¹⁶¹ אך אם האמין (הנדל) ששופטיו (של דרומי) יאימו לו – משום שחוואי אמין וישר אינו משקר כשהוא אומר שהוא מפחד – לא היה צריך לתקן את החוק למענו. פחדיו של דרומי היו מצילים אותו מעונש, בין שהיו מוצדקים ובין שלא.

מאוחר יותר אראה כי הצלתו של דרומי באה לו בפועל ממקום אחר, וכי אפילו התיקון הסופי שהתבסס בעיקר על הצעתו של חה"כ הנדל היה מיותר בעניינו. בשלב הנוכחי ביקשתי להראות כי גם בזירה הרעיונית שנזעקה להושיעו מידי מערכת משפט הנחשדת באטימות לעניין הלאומי, סיפקו תנאיה של ההגנה העצמית מגוון רחב של אפשרויות לביטויים של גוני אמונה עזים. עם זאת, יש בעיניי חשיבות גדולה לשפה הפוליטית הגלויה המלווה את שפע ההצעות המוגשות בלהטו של אותו יום שבו הוגש האישום נגד דרומי, משום שיש בה גם מכנה משותף חשוב לענייננו: המציעים – ומן הסתם גם הציבור הגדול שמאחוריהם – ראו את הרובה שבדידו של דרומי ככלי הרתעה ולא ככלי הגנה. האופק שאליו הם כיוונו לא היה הזיכוי המובן מאליו של מתיישבים ישרי דרך, אלא גיוסם למלחמה שהממשל הקיים – גם כשהם שותפים לו – אינו משכיל להכריע. ההקשר הרחב יותר של טענה זו מסמל את טענתה העיקרית של הרשימה הנוכחית: ההגנה היחידה ששרדה בישראל בין שפע ההגנות הכתובות עלי ספר, ואף זכתה לעדנה גדולה, כלל אינה הגנה אלא תוספת חומרה למנגנון אכיפה מחמיר שאינו יודע שובעה.

160 הנדל כתב כך: "[...] מקרים של כניסה והתפרצות לבתי מגורים ומשק קלאי [...] מאופיינים בכך שהקרבת מופתע מהתקיפה וחששותיו מפני הצפוי לו גדולים. יתרה מזאת, אין בידי האדם לשער את כוונתו של הפורץ לביתו ולמשקו ולעתים קרובות אין סיפק בידו להעריך את רמת המסוכנות הנשקפת מהפורץ. משכך, מתעורר קושי להחיל את ההגנה, על חמשת היסודות שבה, ובייחוד תנאי הסבירות, על המותקף בביתו ובמשקו. קשה לצפות מאדם בסיטואציה שכזו להפעיל שיקול דעת אשר יעמוד בכחינה הקפדנית, האובייקטיבית, הרטרואקטיבית תמיד, של התנהגותו".

161 דרומי עשה זאת רק בחקירתו הרביעית ורק לאחר שנפגש עם עורך־דין.

כדי להצביע על מכנה משותף זה אוסיף את הצעתם (הרביעית במניין הנוכחי) של המישה חברי כנסת מסיעת ישראל ביתנו, שאותה הוביל חה"כ יצחק אהרונוביץ', מפקד משמר הגבול לשעבר והשר לביטחון פנים בהמשך דרכו. הצעה זו מסורבלת מאוד מבחינה משפטית ולשונית ופרטיה אינם חשובים לגופם, אך חשוב בעיניי להקשר הנוכחי סדר הטיעון במשפט המפתח בו הציג אהרונוביץ' לכנסת את חשיבות התיקון:

חשיבות הצעת החוק בהרתעת הגנבים והפולשים ובמתן בטחון אישי למתגוננים, ובמניעת פגיעה במתגונן ע"י מעצרו והעמדתו בפני הליכים משפטיים ארוכים¹⁶².

ניכר מסופם של דברים אלה כי אהרונוביץ' ידע מניסיונו, כבר בינואר 2007, כי דרומי ממילא יזוכה בסופו של משפט שיתמשך זמן רב, ולכן רק ביקש לחסוך לו ולבאים אחריו מעצר מיותר ו"הליכים משפטיים ארוכים" – וכך הבלטי אף יותר את הטעם העיקרי שבו פתח. העבריינים שאליהם כיוון אינם היורים אלא הגנבים והפולשים. כך, וביתר שאת, הסביר גם חה"כ גבאי את הצעתו:

ריבוי מיקרי הפריצה שמגיעים למצב של סכנת נפשות, מחייבים מציאת פתרון על מנת להחזיר את כושר ההרתעה. יצירת הרתעה תקל גם על המשטרה וכמובן תסייע בצמצום הפשיעה. הצעת חוק זו מטרתה לחזק את תחושת הביטחון האישי של האזרח ולהגדיל את כושר ההרתעה ובכך לצמצם את הפשיעה¹⁶³.

בדיוני ועדת הכנסת שהתקיימו בבהילות ב-23.1.2007, יום אחד בלבד אחר הגשתה של הצעה זו (ושלוש האחרות שתוארו למעלה), אמר חה"כ גבאי דברים ברורים אף יותר באשר להקשר המלא של התיקון שהוא מבקש להעביר:

מה שקורה בדרום זה מערב פרוע. אין דין ואין דיין. החוק של מדינת ישראל לא מגיע לשם. אם החוק הזה יקבל דחיפות ועדיפות, הוא יאותת לציבור שכנסת ישראל מתייחסת למה שקורה שם. מה שקורה שם, הוא חמור ביותר.¹⁶⁴

ברוח הדברים שאמרתי למעלה לגופה של הצעתו, אין רבותא בעובדה של חה"כ גבאי מסור לשאלות של אדמה ולאום ולא לדקויות של משפט פלילי, אך דווקא משום כך חשוב לחזור להסבריו של חה"כ כץ בתמיכה להצעתו המתונה יותר:

בשנים האחרונות קיים ריבוי מקרים של חדירה בלתי חוקית לבתי אזרחים ומשקים חקלאיים בישראל [...] בשל היעדר מדיניות התרעה הולמת ואי יכולתה של המשטרה להתמודד עם תופעות אלה בשל היעדר כלים מתאימים. יש לשנות את החוק על מנת ליצור הרתעה ולהפחית בצורה ניכרת את העברות הללו.¹⁶⁵

162 דברי ההסבר להצעת חוק העונשין (תיקון-הגנה כנגד כניסה והתפרצות), התשס"ז-2007, פ/17/1966.

163 דברי ההסבר להצעת חוק העונשין (תיקון-הגנת בית מגורים ומשק חקלאי), התשס"ז-2007, פ/17/2051.

164 פרוטוקול ישיבה מס' 81 של ועדת הכנסת, הכנסת ה-17, 12 (23.1.2007).

165 דברי ההסבר להצעת חוק העונשין (תיקון-הגנה עצמית מפני פורץ), התשס"ז-2007, פ/17/1997.

על דברים אלה חתומים, מלבד חברי כנסת מסיעות הליכוד והאיחוד הלאומי, גם חברי כנסת מסיעות העבודה, קדימה, ש"ס וגיל, שכולן היו אותה עת חברות בקואליציה ועל כן הדברים מייצגים מרחב ערכי גדול בהרבה. לכן אני מאמין כי ככל שהקשרן הספציפי של הרחבות ההגנה העצמית כאן ובהקשרים הקודמים שנסקרו הוא המתח האתני והלאומי בישראל, הן משתלבות גם במגמה הכללית יותר – נהייה גוברת אחר פתרונות כוחניים לבעיות חברתיות. אחר כל אלה, אני חוזר על עמדתי שחוק דרומי הועיל לשי דרומי רק ברוחו אך לא בגופו. עיתויו ותוכנו רמזו למערכת המשפט רמז ברור באשר לרצונם של נבחרי הציבור ולרצונו של הרוב שבחר בהם, אך את זיכוי¹⁶⁶ חייב דרומי לקביעות עובדתיות חריגות בנדירותן שקבעו לטובתו שניים משופטיו, ולדחיפה נוספת שדחפו לטובתו, כמעט כלאחר יד, את הלכת ההגנה המדומה.

הקביעות העובדתיות נוגעות לנסיבות המדויקות שבהן ירה דרומי את חמשת הקליעים שחדרו לגופם של אבו טראש ואלהוושלה מאחור, גרמו למותו של הראשון ולפציעתו הקשה של השני. אין ספק בעיני כי אילו קבעו שופטיו בפשטות שדרומי ירה כל אחד מקליעים אלה ביריות רצוניות נפרדות לאחר שהניס את השניים מגבול חוותו, תוך שהוא רודף אחריהם וממרחק ניכר, לא היו יכולים לזכותו גם במסגרת התיקון שנועד לו. קטילתו של פורץ נמלט אינה "דרושה באופן מיידי כדי להדוף" אותו, וחוסר סבירותה חוצה ללא ספק גם את הגבול החדש שנקבע לה בתיקון ("המעשה לא היה סביר בעליל"). אם נחוצה לכך ראייה כלשהי, הריהי נגזרת בכירור מהעובדה ששני שופטי הרוב יצאו מגדרם ובנו לטובת דרומי את אחד המבנים העובדתיים המפותלים והמורכבים ביותר שנבנו אי פעם בישראל לזיכוי של נאשם, כדי ליצור מהלך עובדתי משונה שבו יריות נורות ברצף מהיר אחד, תחילתו בניסיון ירייה כושל באוויר בעת שפני הפורצים עדיין לחווה, המשכו בניסיון לשחרר את המעצור תוך כיוון הרובה לקרקע וסופו בקנה מתרומם ובחמש יריות הפוגעות כולן בדרך פלא במדויק באחורי גופם של הפורצים – כל אלה בפחות משתי שניות כשהיורה כמעט אינו זז ממקומו. ראיות סותרות למכביר – על פיזורם הנרחב של התרמילים ועל כיווני ירי שאינם מתיישבים עם קנה אופקי – מתורצות בהשערות סתמיות על תרמילים קופצים ועל תנחות גוף משונות, וכל שפע התמיהות הנוגעות לרובה עצמו מתורצות בפגמים וקלקולים שונים הסוחטים ממנו ביצועים בלתי אפשריים.

להבנת התרומה של שופטיו של דרומי להרחבה של הלכת ההגנה המדומה יש לשוב לפסק הדין בעניין אלטגאוז. כזכור, אלטגאוז איבד את הגנתו בשל דקות של חוט השערה בעוצמת טעות העובדתית באשר לפרטי כוונותיו ויכולותיו של האדם שבו ירה בשנייה שבה ירה בו את הירייה האחרונה. אדם זה היה מתקין מזגנים ישר דרך, אך אלטגאוז טען שהאמין בטעות כי הוא מחבל מסוכן, ושופטיו הניחו לטובתו שכך האמין והעמידו אמונה מוטעית זו בגדר עובדה. אולם, גם בהינתן "עובדה" ובהינתן ההנחה המתבקשת שאלטגאוז חשש לחייו ולחיי אחרים שעל ביטחונם הופקד, הוא לא היה רשאי להרוג את ה"מחבל" לאחר שפצע ונטרל אותו – ולכן נסבה כל אשמתו של אלטגאוז על אפיונו של ה"מחבל" המדומה כ"מחבל מתאבד" הנושא על גופו חבילת נפץ. אלטגאוז הורשע משום שהעלה את דרגת הסיכון המדומה ("מ"מחבל סתם" ל"מחבל מתאבד") רק בחצי פה בחקירתו, ולא שכנע

166 עניין דרומי, לעיל ה"ש 146.

את שופטיו כי בעת שירה את הירייה הקטלנית שכנה בהכרתו בפועל תמונה קונקרטיית של ה"מחבל" מפעיל בשארית כוחותיו חגורת נפץ. "חלל תודעתי",¹⁶⁷ קבעה השופטת ארבל, אינו מוליד הגנה עצמית מדומה.

שי דרומי זכה לאותה הנחה שנשללה מארנולד אלטגאוז. אילו היה במקומו היה נדרש גם הוא לשכנע את שופטיו כי בעת שירה את היריות הקטלניות הגה בפועל תמונה דמינית קונקרטיית כלשהי שבה אבו-טראש ואלהוושלה ממשיכים להוות סכנה מיידית לאינטרס מוגן כלשהו כשהם בורחים וגבם לרובה היורה בהם.¹⁶⁸ במקום לדרוש ממנו תמונה כזו הסתפקה השופטת ברקאי במפלטם הנפוץ ביותר של נאשמים הנדרשים לתת את הדין על שפתחו במותר וסיימו באסור, הוא "השיתוק המחשבתי":

קשה [...] לקבוע [...] מהו הרגע הנכון בו היה על הנאשם המותקף לעצור את מעשה ההדיפה שלו [...] בשים לב [...] לתחושות האימה והפחד המשתק אשר [...] גרמו לו לשיתוק מחשבתי באותו הרף [...] בה בוצע הירי [...]

אינני יודע מה ההבדל הרלוונטי בין "שיתוק מחשבתי" ל"חלל תודעתי". הראשון מטמיע בתוכו סיבה (כגון פחד) והשני מתמקד בתיאור תוצאתו של הראשון, אך לענייננו הנוכחי משותף לשניהם היעדרה של תמונה מדומיינת, שתתרגם את תחושת החרדה הכללית לעובדות קונקרטיות שיצריכו את הפעולה הספציפית בעת ביצועה. אילו דבקה השופטת ברקאי לחלוטין בתאוריית הלחיצה האחת שתיארת למעלה, היה עליה להימנע לחלוטין מתאוריית השיתוק המחשבתי הנדונה כאן, משום שלא הייתה מחלוקת משמעותית על הסכנה (האמתית או המדומיינת) שלפניה עמד דרומי בעת שלחץ לראשונה על ההדק. השופטת עצמה הצביעה על נקודה זו כששבה – מיד אחרי הפסקה שצוטטה למעלה – והעלתה את האפשרות ש"הנאשם לחץ חמש פעמים על ההדק כדי לשחרר את חמשת היריות". אכן, רק כך יש משמעות לעיסוק בקשיי איתורו של "הרגע הנכון לעצור את מעשה ההדיפה", ורק אז יש טעם בגיוסו של "שיתוק מחשבתי" כדי לתרץ חלל תודעתי. דרומי שמר על חווה ובה (מלבדו) ארבעה אנשים ומאות כבשים. אלטגאוז שמר על בית ספר ובו מאות ילדות. ייתכן ששניהם פעלו בעיקר מתוך כעס וכדי לענוש זדים פורעי חוק (או מי שנראו להם בטעות כאלה), אך סביר להניח ששניהם פעלו גם מתוך חרדה עמוקה. הנקודה שאני מבקש להדגיש היא שאלטגאוז נדרש לחשוב בליבה של מהומה נפשית זו כדי לטעות ואילו דרומי שוחרר מחובה זו. לכאורה מבדיל ביניהם הביטוי "בעליל" שהוסיפה הכנסת לטובת השומרים על בתי מגורים, בתי עסקים וחוות, אך משום מה לא על בתי הספר שבהם לומדות בנותיהם; מכל מקום אני מאמין שההבדל האמתי בין אלטגאוז לדרומי נעוץ בזהותם שלהם ובהיותם של האנשים שהרגו.

167 ראו ע"פ 5612/92 מדינת ישראל נ' בארי, פ"ד מח(1) 302 (1993), ובמיוחד פס' 4 לפסק דינו של השופט גולדברג: "חלל תודעתי" כזה [...] כמוהו כמצב נפשי של הימנעות מכוונת מבדיקת

168 המצב לאשורו ומבירוורו [...] מכאן שניתן לראות גם 'חלל תודעתי' כנמנה עם 'עצימת עיניים'. דרומי מסר לחוקריו כמה גרסאות שבהן הפורצים הנמלטים היו עלולים לחזור בכוחות מתוגברים ולתקוף את החווה ואת יושביה, אך ספק אם אחת מהן עמדה בדרישת המיידיות; מכל מקום אף אחת מהן לא שימשה יסוד להכרעתו של בית המשפט.

אדם מן היישוב המתמודד עם תקיפה בלתי-חוקית אינו הורג את תוקפיו בקור רוח. הוא פועל בסערת רוח המשלבת מנות גדולות של פחד וכעס, ואלה משבשים תמיד בהכרח את מיטב יכולותיו הקוגניטיביות והאנליטיות. היחס המדויק בין פחד לכעס בשיבוש זה ועוצמתו הכוללת של השיבוש אינם מדידים אובייקטיבית,¹⁶⁹ לא בעת מעשה וודאי לא לאחר מעשה. עצם נכונותה של מערכת משפט לאפיין שיבוש כזה כ"שיתוק מחשבתי", לטובת נאשם שאינו סובל מחולשה נפשית מיוחדת, היא מהלך נורמטיבי מובהק ולא ממצא עובדתי. האם יש ערך תקדימי כללי למהלך זה כשהוא נעשה על ידי בית משפט מחוזי? תשובתי לשאלה זו היא שדווקא ייחודו הפוליטי של עניין דרומי כופה עליה תשובה עמומה. דרומי זוכה על קצהו של ספק, ברוב דעות, על בסיסים ראייתיים שאינם נוגעים כלל למהימנות עדים. אם אין טעמים פוליטיים פסולים מאחורי החלטתה של התביעה לחרוג מדרכה במקרים כאלה ולהימנע מערעור לבית המשפט העליון, אין זאת אלא שסברה בדרגיה הגבוהים ביותר כי בית המשפט העליון עלול לרחות את הערעור. פסק דינה של השופטת ברקאי הוא מהמעמיקים והמנומקים שנכתבו בישראל בסוגיית ההגנה העצמית, וככל שאני חולק על תוצאתו, ספק אם בית המשפט העליון היה כותב יפה ממנו. עניינו של דרומי העמיד לפני מערכת המשפט הישראלית את אחד האתגרים הערכיים הגדולים בתולדותיה, ואם פסק דינה של השופטת ברקאי מבית המשפט המחוזי בבאר שבע הוא הכרעתה הסופית של המערכת באתגר זה – יש לראות בו הלכה עקרונית הרבה מעבר למתבקש ממעמדה הפורמלי של הערכאה שפסקה אותו. אם "שיתוק מחשבתי" הוא סיפור מסגרת קביל במלחמתם של בני ברית על הבית, תוכל ההגנה המדומה לפרוץ גם את גבולות דמיונם.

כדי להבין נקודה אחרונה זו ולסגור את המעגל שפתחתי קודם, אחזור לזיכוי של השוטר שמואל יחזקאל שאושר בבית המשפט העליון באותה עת עצמה שבה דנה הכנסת בגרסה הסופית של תיקון דרומי. יחזקאל, כזכור, נזקק למתוח את גבולות דמיונו רחוק ככל שאפשר למתוח את גבולות הדמיון האנושי כדי לצייר תמונה שבה נמלט שהיה תלוי על כלי-רכב מתרחק במורדה של גבעה חוזר ודורס אותו (את יחזקאל) באמצעות אותו כלי-רכב. אילו היה זוכה משופטיו למעלה הגבוהה יותר של "שיתוק מחשבתי", היה פטור גם ממאמץ זה. הימים שבהם נכתב המאמר הנוכחי שבים להיות ימים קשים לבני ברית: ימים יגידו אם תטריח מערכת המשפט את גבולות דמיונם כשהם הורגים את מי שאין הכרח מוצדק להורגו או תניח להם ליהנות מחסותו של ה"שיתוק המחשבתי" שאחז בשי דרומי.

לסיכומי של פרק זה ולקראת סיכומה של הרשימה כולה אני מבקש לשוב בקצרה לזווית ההשוואתית שדרכה בחנתי את מכלול ההגנות בישראל – ההשוואה בין הגנת הכורח להגנה עצמית. במקום לחזור על המובן מאליו אציג צד אחד בלבד של השוואה זו והוא תחולתה השונה של ההגנה המדומה. די לי שאחזור ואומר כי אין הכרח תאורטי חד-משמעי להרכיב את הגנת הטעות שבסעיף 34 יח על ההגנה העצמית שבסעיף 34 ולהדירה מהגנת הכורח

169 להדגמה של נקודה זו יש להדגיש כי אפילו תכיפותם של האירועים האלימים שאתם התמודד דרומי במישרין ובעקיפין במשך השנים הייתה יכולה להניב ממצא עובדתי על חוסן נפשי מוגבר, תקף לא פחות מהממצא ההפוך שמצא לזכותו בית המשפט. אין סיבה להניח שחריגותו של האירוע (המדומה) שבו נתקל אלטגאוז, כנראה לראשונה בחייו, לא הוליד מעצם נדירותו "שיתוק מחשבתי" עז לפחות כמו זה שיוחס לדרומי.

שבסעיף 34.כ.ב. אילו היו שופטיהם של פאטמה בשיר, מריה חסוס וחאלד עשור מאמינים כי ראוי לשחררם ממגבלות הסבירות ולדון אותם רק בראי חרדותיהם הכנות, הם היו מוצאים דרכים פרשניות לעשות זאת בלא לכפוף את מילות החוק ואת עקרונות המשפט הפלילי יותר משכופפו אותם שופטים אחרים לכף זכות, כשהאמינו שכך יעשו צדק ממלכתי עם שי דרומי.

ד. במקום סיכום: על כשפים ומילות

לפני שנים רבות נשלח למאסר ארוך יוסף גראמה, פועל קשה יום, משום שהרג את קרובו שעמד לדעתו לרוצחו בפסוקי קסם רבי עוצמה כגון "אל תאכל לחם חם"¹⁷⁰. אותו קרוב ניצל את אמונותיו הטפלות של גראמה וסחט ממנו כספים במשך שנים רבות. משנשאל מדוע לא פנה לעזרת המשטרה כדי להימלט מהאיומים הסביר גראמה כי האמין שקרובו יוכל לצאת בעד חור המנעול בדלת הכלא ולשוב לרוצחו. הגנת הטעות (במצב דברים) עדיין כללה אז דרישת סבירות וההגנה המדומה טרם גויסה לעזרתם של ישראלים ישרי דרך דוגמת גראמה, ולכן הוא נאלץ להסתפק במשפטו בטענה שהיה בלתי־שפוי בעת המעשה. עיקר המשפט נסב על היחס בין שכחותה של האמונה בשדים ורוחות בקהילת יוצאי תימן שאליה השתייך גראמה לבין אפיונו הרפואי של מצבו הנפשי. בית המשפט העליון העדיף את עמדתם של המומחים, שראו את ההשפעה התרבותית כמשנית להפרעותיו האישיות, ועל כן דחו את אפיונו כחולה נפש והרשיעו אותו בהריגה. במאמר¹⁷¹ שכתבתי עשרים וחמש שנים לאחר משפט זה הערכתי כי אילו הגיע גראמה לישראל מאירופה ולא מתימן, אין ספק שהיה מסווג כחולה נפש ונשלח לבית חולים ולא לבית כלא.¹⁷²

אני מביא סיפור כשפים עתיק זה לקראת סיומה של הרשימה הנוכחית לא כדי לחזור לנבכי הגנות הנפש אלא כדי להדגיש את סכנת פריצתה של ההגנה העצמית. ככל שהדבר נשמע דמיוני, יוסף גראמה היה חייב להיות מזוכה מכל אשמה לאחר זיכויו של השוטר שמואל יחזקאל ואי־אפשר היה לסגור אותו בתא סגור, לא בבית חולים לחולי נפש ולא בבית סוהר. מביתו שברחובות היה גראמה ממשיך להרוג במכות מעדר מכשפים שאיימו על חייו, על חיי משפחתו או על שלום בית הכנסת שבו התפלל. לא כל בני העדה התימנית האמינו אז בכוחם של כשפים ומכשפים במידה שבה האמין בהם גראמה, אך היה לאמונתם עיגון תרבותי. גראמה היה תימני מופרע, אך הוא היה תימני. עולמות הדמיון והסכנות האורבות בו לישראלים היושבים בטח בביתם מעוצבים על ידי תרבות קהילתית ועל ידי הערכים המקובלים עליה ולא רק על ידי נטיותיהם האישיות של חברי הקהילה. קהילה המאמינה בשכחותם של רודפים מטמיעה את אמונתה בחבריה, ואם הם זכאים לחיות באמונתם ולהרוג את רודפיהם המדומיינים – תצטרך מערכת המשפט הישראלית להתאים את סדריה לתמונת עולמן של הקהילות שמהן יוצאים ההורגים.

170 ע"פ 172/62 גראמה נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יז 925 (1963).

171 Yoram Shachar, *Culture, Insanity and the Right to be Wrong*, 15 ISRAEL YEARBOOK ON HUMAN RIGHTS 204 (1984).

172 בריאיון שערכתי שנים אחדות לאחר מכן עם פרופ' פיליס פלגי, שהייתה ממונה אז על בריאות הנפש, הוברר כי גראמה אושפז כחולה נפש במשך כל מאסרו.

אם תמונת משפט מסויטת זו מעלה דימויים המסווגים בשיח המשפטי הרווח כמונחים של "הגנה תרבותית", אסיים רשימה זו על ההגנות בישראל בטענה שבניגוד לאמונות מקובלות, טמונה במשפט הפלילי הישראלי הגנה תרבותית והיא חיה חיים מלאים וטובים בהרבה ממרבית ההגנות המנויות עלי חוק, אך היא נסתרת מן העין משום שהיא מגנה על אמונותיו של הרוב ההגמוני. כדי להדגים נקודה זו אצביע על העובדה שמילת ילדים פולחנית אינה מעלה דרישה לתגובה עונשית ואילו מילת ילדות נתפסת כעברה פלילית חמורה. אין שום הגנה במשפט הפלילי על הורים החותכים בגוף ילדיהם שלא כדי לרפאם ממחלה, וגודל המום שהם מטילים בחיתוכם אמור להשפיע כפשוטו של דין על עונשם ולא על אשמתם. אבל הדין אינו פשוט; ההגנות המתות בו מתות להגנתו של הרוב השולט וגם אלה החיות בו חיות להגנתו של אותו רוב.

