

## חריגה מגבולות החוק: שלושה מודלים לגישור בין הדין לבין הצדק\*

אבי לובין\*\*

א. מבוא. ב. מסלול ראשון: צדק למקרה הספציפי; 1. פרשנות;  
2. הרשעה בעברה מקלה; 3. סיכום ביניים. ג. מסלול שני: שינוי הדין;  
1. שינוי ההלכה; 2. שינוי החוק. ד. מסלול שלישי: יישום החוק עד כדי  
אבסורד. ה. סיכום.

### א. מבוא

"מטרת המשפט היא הצדק", כך פתח הנשיא אהרן ברק את דבריו בטקס השבעת שופטים חדשים בבית הנשיא ב־29.8.1995<sup>1</sup>. אולם, המשפט אינו מבוסס על הגישה כי "צדק ייעשה, ולו גם ייחרב העולם"<sup>2</sup>. כדברי השופט חיים כהן, "השופט אינו מחוקק והוא עושה צדק על פי החוק, ולא בניגוד לחוק"<sup>3</sup>. כאשר נתקל בית המשפט בחוסר התאמה בין הדין לבין

\* בעקבות שני פסקי דין של המשנה לנשיא (בדימי) מרים בן-פורת.  
\*\* אבי לובין כתב תזה בפקולטה למשפטים באוניברסיטת תל-אביב (בהנחיית פרופ' ליאורה בילסקי) שכותרתה: From Political Action to Depoliticizing Politics: Hannah Arendt, Tali Fahima and the Encounter between Politics and Israeli Criminal Law. הוא משמש עוזר משפטי למשנה לנשיא (בדימי) מרים בן-פורת. דוקטורנט בבית הספר לפילוסופיה באוניברסיטת תל אביב. ברצוני להודות לליאורה בילסקי, לאתי כהן, לשלי קרייצר-לוי, לטל לוי ולתומר ספיר על הערותיהם המועילות. כמו כן, ברצוני להודות למערכת "המשפט" על עזרתם והערותיהם.

1 אהרן ברק "על משפט, שיפוט ואמת" **מבחר כתבים** א 747 (2000).

2 ברק, שם, בעמ' 751: "Fiat justitia et pereat mundus" – ברק מנסח משפט זה באופן מעט שונה. בלשונו: "תתגלה האמת, גם אם יחרב העולם". אמירה זו מיוחסת לפרדיננד הראשון, הקיסרות הרומית הקדושה, והיא מבוססת על ההשקפה שיש לעשות צדק בכל מחיר.

3 ריאיון של עורכי הדין רחמים כהן, זיוה פוקס ושמואל קאופמן עם השופט חיים כהן, שופט בית המשפט העליון (יוני 2000) **עלי משפט** א 225, 230–231 (2001) (להלן: "הריאיון עם חיים כהן").

הצדק, הוא מנסה לגשר על פער זה, ככל הניתן, ובלבד שלא ייאלץ לפסוק בניגוד למה שנתפס על ידו כצודק. במקרים אלה המשפט שואף למצוא פתרון כולל, שיתאים לכל המקרים, אולם מאחר שניסיון כזה עלול לעלות במחיר כבד למאבקייהם המשפטיים של נאשמים ספציפיים, לעתים מסתפק בית המשפט בעשיית צדק במקרה הספציפי שלפניו, תוך ויתור על שינוי הכללי<sup>4</sup>.

בחלק הראשון של מאמר זה אסביר את הבעייתיות של העדפת פתרון למקרה הקונקרטי במסגרת המשפט הפלילי. לאחר מכן אנסה לבסס שני מודלים המחפשים אחר פתרון כולל, בהשראת התאוריה של הפילוסוף הצרפתי ז'יל דלז. בחיבורו *Coldness and Cruelty*<sup>5</sup> מציע דלז שתי דרכים של מחאה, המאפשרות לחרוג מגבולותיו של החוק, לאתגר אותו, לתת תחתיו ולפתח אותו. הדרך האחת פועלת מן הגבול העליון של החוק: זהו ניסיון להציע חוק גבוה יותר, עיקרון נעלה, שגובר על החוק שממנו מבקשים לחרוג. הדרך השנייה פועלת מן הגבול התחתון של החוק, על ידי יישומו הקפדני והמדוקדק, מה שדלז מכנה "עודף מסירות". יישום כזה, לפי דלז, מעורר במקרים מסוימים דווקא את האבסורדיות של החוק, ולכן בכוחו להוביל דווקא לשינוי<sup>6</sup>.

בטיעון הפילוסופי בחיבוריו השונים של דלז שזורים טקסטים ספרותיים, כמו אלה של הרמן מלוויל, פרנץ קפקא ולואיס קרול. טקסטים אלה אינם משמשים אותו כאילוטרציה או כאנקדוטה, אלא נמצאים בלב לבו של הטיעון הפילוסופי עצמו. בדומה, אני סבור כי השימוש ברעיונותיו של דלז יכול לתרום רבות לשיח המשפטי, ולא כאנקדוטה או כאילוטרציה, אלא דרך שזירתם בלב לבו של הטיעון המשפטי.

את הדיון ילוו שני פסקי דין של השופטת (בדימ') מרים בן-פורת שיהוו חלק בלתי נפרד ממנו<sup>7</sup>: ע"פ 91/80 כהן נ' מדינת ישראל<sup>8</sup> וע"פ 228/76 בוטל נ' מדינת ישראל<sup>9</sup>. בכל

- 4 מרגרט ראדין מציגה טיעון דומה בנוגע למאבקייהן של נשים. היא מפרטת את סיבותיה להעדפת פתרונות פרגמטיים זמניים על פני האפשרות למצוא פתרון כולל. ראו: Margaret J. Radin, *The Pragmatist and the Feminist*, 63 S. CAL. L. REV. 1699, 1700 (1990).
- 5 Gilles Deleuze, *Coldness and Cruelty, in MASOCHISM* 88 (1991); לנוסח עברי, ראו ז'יל דלז "הצגת זאכר-מזוך – שני פרקים נבחרים: 'אב ואם' / 'החוק, ההומור והאירוניה' " **עבד, התענגות, אדון, על סאדיזם ומזוכיזם בפסיכואנליזה ובביקורת התרבות** 38, 47 (אריאלה אזולאי מתרגמת, יצחק בנימיני ועידן צבעוני עורכים, התשס"ב).
- 6 דלז מכנה את שתי האפשרויות האלה של ערעור על החוק בצורתו המודרנית ואי-ההיקבעות של התוכן שלו כ"הומור" ו"אירוניה". שם, בעמ' 47. לניתוח ניסוחיו של ז'יל דלז על המודוס הקומי כמערער חוק ולהחלתו על אמנות חזותית, ראו רועי רוזן "המרות של ארוס הרוס: על אלימות והשפלה באמנות של ברוס נאומן וויטו אקונצ'י". שם, בעמ' 236.
- 7 חשוב לציין כי הבחירה בשתי פרשות שבהן **הגיבורות** הן נשים אינה מקרית, אולם קצרה היריעה, ולא אוכל להרחיב בדיון המורכב על האישה כגיבורה. נושא זה נדון בפילוסופיה, בספרות, במשפט, באמנות, בפסיכואנליזה וכו'. לדיונים מעניינים ומגוונים בעברית על מקומה

חריגה מגבולות החוק: שלושה מודלים לגישור בין הדין לבין הצדק

אחת משתי פרשות אלה נשקלו שלוש החלופות שבהן אבקש לדון: מתן פתרון לנאשם הקונקרטי, שינוי הדין ויישום של הדין הקיים עד כדי אבסורד, על אף חוסר הצדק למקרה הספציפי.

## ב. מסלול ראשון: צדק למקרה הספציפי

בחלק זה אנסה לעמוד על הבעייתיות הטמונה במציאת פתרונות למקרים ספציפיים, להבדיל מהתעמתות כללית עם הדין שנתפס על ידי בית המשפט כבלתי צודק ולהבדיל מהניסיון למצוא פתרון מקיף שיחול על כל המקרים. רק לאחר מכן אדון בשני המודלים המציעים פתרון כללי בהשראת התאוריה הדלזיאנית.

### 1. פרשנות

בפרשת כהן אדם בעל את אשתו נגד רצונה, תוך שימוש בכוח. הוא הורשע בבית המשפט המחוזי באינוס, לפי סעיף 345 לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: "חוק העונשין"). על הרשעתו ערער לבית המשפט העליון בפני הרכב שכלל את הנשיא משה לנדוי ואת השופטים מרים בן-פורת ודוד בכור. באותה עת, שנת 1979, הייתה עברת האינוס מותנית לא רק בבעילת אשה נגד רצונה ובשימוש בכוח הזרוע, אלא גם בכך שהמעשה היה "שלא כדין". טענתו העיקרית של הבעל הייתה שמשמעותן של מילים אלה היא כי בעל אינו יכול להיות מואשם באונס אשתו, כיוון שאונס כזה הוא תמיד "כדין"<sup>10</sup>.

של ה"גיבורה" ראו לדוגמה: סימון דה בובואר **המין השני** כרך ראשון (יסמין הלוי עורכת, שרון פרמינגר מתרגמת, 2001); מרתה רסלר "דמות האמן, דמות האישה" בתוך: מרתה רסלר **בתוך ומחוץ לתמונה: על צילום, אמנות ועולם האמנות** 51 (אסתר דותן מתרגמת, 2006); סלבוזי ז'יז'ק "מדוע האישה היא הסימפטום של הגבר?" **תיהנו מהסימפטומים: הוליווד על ספת הפסיכולוג** 43-80 (ניר ברעם עורך, רוני ידור מתרגמת, 2004); ג'ודית באטלר **טענת אנטיגונה: יחסי שארות בין חיים למוות** (יצחק בנימיני ועידן צבעוני עורכים, דפנה רו מתרגמת, 2004).

8 פ"ד לה (3) 281 (1980).

9 פ"ד לא (2) 141 (1977).

10 העובדה שאינוס על ידי בן זוג לא הוכר כעברה פלילית במדינות מתקדמות מפתיעה, בעיקר לאור העובדה שהוא טראומטי לא פחות (ואולי אפילו יותר) מאינוס על ידי זר. הסבירה זאת פרופ' רוד: "Contrary to popular assumption, spousal rape is not less harmful than violent sexual assaults. Indeed, marital rape victims report more long-term injuries than women raped by strangers". DEBORAH L. RHODE, JUSTICE AND GENDER: SEX

עיקר המחלוקת נסב אפוא על פירוש המילים "שלא כדין" המופיעות בסעיף עברת האינוס. מן הצד האחד, עמדה לנגד עיני השופטים כוונתו המקורית של המחוקק המנדטורי: המילים "שלא כדין" הן תרגום המילה unlawful, שהופיעה בפקודה המנדטורית. מקורן בדין שהיה קיים באנגליה, שלפיו אדם אינו מבצע אונס אם הוא בועל את אשתו נגד רצונה<sup>11</sup>. זאת, עקב עצם סטטוס הנישואין, או כמשתמע מהסכמה כללית, בלתי הדירה, שהאישה נתנה לבעלה במעמד הנישואין<sup>12</sup>. בית המשפט העליון שנדרש לסוגיה זו עוד בשנות החמישים נצמד לפרשנות האנגלית, שלפיה הבעל היה חסין מפני אחריות פלילית בגין בעילה ללא הסכמה, גם אם האישה התנגדה למעשה<sup>13</sup>; מנגד, פירוש כזה, לפי בית המשפט, אינו צודק<sup>14</sup>. ברוח זו, בפסיקה שקדמה לפרשת כהן הובע חוסר נחת מכלל זה, שפוגע באוטונומיה של האישה ובעלותה על גופה<sup>15</sup>. גם השופט בכור קבע בהקשר זה בפרשת כהן כי אימוץ גישת המחוקק האנגלי אינו הולם את כבוד האדם ואת כבוד הנישואין<sup>16</sup>.

ואולם, על אף התפיסה שהצדק מחייב איסור אינוס על כל הבעלים, שניים מבין שלושת שופטי ההרכב – הנשיא לנדוי והשופט בכור – התקשו לוותר על המילים "שלא כדין", זאת בהתבסס על הכלל שהמחוקק אינו משחית מילים לריק.

- 11 דורנר בע"פ 3004/98 מדינת ישראל נ' שבתאי, פ"ד נה(3) 577, 584–587 (1998).
- 12 ארז, דפנה ברק ארז, שלומית ינסקי רביד, יפעת ביטון ודנה פוגין' עורכות, (2007).
- 13 ע"פ 181/57 בקי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יב 143, 146 (1958).
- 14 ואכן, זמן לא רב לאחר מכן עמד גם המחוקק הישראלי על חוסר הצדק שבבסיס גישה זו במסגרת דברי הסבר להצעת תיקון חוק העונשין. בלשונו: "[בהשמטת המילים 'שלא כדין'] יש גילוי דעת מכלל לא כי בעבירת האינוס אין הגנה מיוחדת לבעל, העומדת לו בשל קשר הנישואין. השמטה זו מביאה לידי ביטוי את העקרון שאין להשלים עם אלימות גם בתוך התא המשפחתי ואין אשה שבוייה בידי בעלה להיבעל לו בעל כרחיה". ראו דברי הסבר לסעיף 346 בהצעת חוק העונשין (תיקון מס' 14), התש"ם-1980, ה"ח 1476; בסופו של דבר הושמטו המילים "שלא כדין" רק בשנת 1988 במסגרת חוק העונשין (תיקון מס' 22), התשמ"ח-1988, ס"ח 62. הצעת החוק ודברי הסבר פורסמו בה"ח 1797, התשמ"ו, עמ' 303.
- 15 הראשון שהביע ביקורת היה השופט בנימין הלוי, שכתב כי "אישה אינה 'כשבוית חרב' אצל בעלה והיא זכאית לחירות גופה כמו בעלה". ע"פ 354/64 כטיב נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד כ(2) 136, 139 (1966). אך ביקורת זו, לגישתו של השופט הלוי, נסוגה מפני רצונו של המחוקק.
- 16 פרשת כהן, לעיל ה"ש 8, בעמ' 286.

חריגה מגבולות החוק: שלושה מודלים לגישור בין הדין לבין הצדק

ודוק, הקצנה של גישה זו אף מכירה בכך שעל בית המשפט לעשות במקרים מסוימים גם מה שנתפס על ידו כאי־צדק, אם זו הדרך היחידה שבה יוכל לקיים את מצוות המחוקק, שהרי, כאמור, "השופט אינו מחוקק והוא עושה צדק על פי החוק, ולא בניגוד לחוק"<sup>17</sup>. השופטים בפרשת כהן הלכו בדרך ביניים ולא נצמדו לכוונה המקורית של המחוקק האנגלי. לשון החוק ניתנת כרגיל לפירושים שונים. כוונתו המקורית של המחוקק אמנם עומדת לנגד עיני בית המשפט, אך הוא אינו כבול בכוונה זו, ופרשנותו של סעיף חוק יכולה להשתנות עם העתים<sup>18</sup>. כפי שטוען חיים כהן במסגרת ריאיון שנערך עמו, אם נפתח ולו הפתח הצר ביותר לפירוש החוק כך שתימנע עשיית אי־צדק, על בית המשפט לבחור בפירוש שיעשה צדק<sup>19</sup>, גם אם פרשנות כזו נראית מלאכותית, שהרי תפקידו הראשוני של השופט הוא לעשות צדק<sup>20</sup>.

ואכן, שופטי הרוב בערעור בפרשת כהן ניסו לפרש את המילים "שלא כדין" באופן שיתאים לרוח התקופה וימנע עשיית אי־צדק במקרה שניצב לפניהם, תוך ויתור על כוונתו המקורית של המחוקק המנדטורי. הם קבעו שמילים אלה מתייחסות לדין האישי החל על בני הזוג. במקרה שלפנינו שני בני הזוג הם יהודים, ולכן יש לפנות לדין העברי, שלפיו בעילה בכפייה היא אסורה, חרף הסנקציות שסירובה של האשה עשוי להקים<sup>21</sup>. לכן במקרה הקונקרטי שהונח לפני בית המשפט, הורשע הבעל באונס.

פתרון זה הביא אמנם לתוצאה צודקת באשר לחלק מהמקרים, ובוודאי בכל הנוגע למקרה הספציפי שנדון בפני בית המשפט בפרשת כהן, אך שופטי הרוב היו ערים לכך שהמצב המשפטי עשוי להיות שונה כאשר הדיון יעסוק בבני דתות אחרות. כלומר, לכך שתוצאתו של הדיון הפלילי עלולה להיות שונה בין נאשם לנאשם. דומה שאת השופטים הנחתה השאיפה להשיג פתרון ראוי (לפחות) במקרה הקונקרטי, גם אם פתרון זה לא יחול על כל המקרים.

עיקרון כזה עומד בניגוד לכלל בסיסי במשפט הפלילי, שלפיו הדין הפלילי בטריטוריה מסוימת חל באופן אחיד על כל יושביה<sup>22</sup>. זו, בין היתר, הסיבה לכך שהשופטת בן־פורת

17 הריאיון עם חיים כהן, לעיל ה"ש 3, בעמ' 230–231.  
18 אהרן ברק **פרשנות במשפט** כרך שני – פרשנות החקיקה 272 (1994): "על הפרשן ליתן לחוק אותו פירוש המתאים אותו לשינויים הנגרמים בשל הזמנים".  
19 הריאיון עם חיים כהן, לעיל ה"ש 3, בעמ' 231.  
20 שם, בעמ' 231.  
21 לתיאור יחס הדין העברי לסוגיה זו ראו: נחום רקובר "יחסי אישות בכפייה בין בעל לאשתו" **סדרת מחקרים וסקירות במשפט העברי** נה (1980).  
22 שחר, לעיל ה"ש 11, בעמ' 650; המחבר טוען שאמנם מרבית שיטות המשפט בעולם אפשרו באותה תקופה לבעל לכפות על אשתו יחסי מין בניגוד לרצונה, אך הן עשו זאת באופן אחיד, בהתאם לעקרון הטריטוריאלי. לטענתו, עקרון הטריטוריאלי עמד גם לעיני המחוקק

הרחיבה את הדיון בשאלה מדוע מן הראוי לקבוע שאונס אישה על ידי בעלה לעולם אסור. היא הציגה ארבעה נימוקים עיקריים לאימוצה של עמדה זו: (1) אין זה רצוי שבחוק הפלילי יוכר הכוח לאכוף בעין ביצועה של התחייבות; (2) יש טעם לפגם בכך שכוח כאמור יוכר במשפט הישראלי, כאשר אפילו הדין האישי של רוב תושביה אינו מכיר בכך; (3) קביעה שלפיה גברים שונים לא יישאו שווה בשווה בעונש בגין מעשים דומים היא קשה ובעייתית; (4) במקרים של נישואי תערובת יהיה קשה לקבוע מה הדין האישי החל<sup>23</sup>.

התוצאה של עמדת הרוב בפרשה כהן הייתה אמנם שהנאשם הורשע באיננו אשתו, אך בד בבד פסק הדין מקבע לגבי חלק מהנאשמים העתידיים דין שנתפס על ידי בית המשפט כבלתי צודק. במקום לשנות את הדין, או לפחות להעלות לתודעת הציבור והמחוקק את חוסר הצדק שבו, מסייע בית המשפט דווקא לקבעו. הוא אמנם מגן על הנאנסת הניצבת מולו, אך בד בבד נותן לגיטימציה חוקית לאונס של נשים אחרות בידי בעליהן החוקיים. ההגנה על האישה הספציפית במקרה הנדון עלולה לעלות במחיר הפקרתן של נשים אחרות שהדין האישי שלהן אינו מגן עליהן.

## 2. הרשעה בעברה מקלה

אסתר בוטל שפכה על בעלה חומר דליק והציתה אותו. הכוויות הקשות שנגרמו לו הובילו למותו. היא הואשמה על ידי התביעה ברצח. מחומר הראיות שהתקבל בבית המשפט עלה כי לפי הדין יש לכאורה להרשיעה, שכן מרכיבי עברת הרצח נתקיימו. בית המשפט אף קבע כי לא עומדים לה סייגים לאחריות פלילית<sup>24</sup>. לכן הורשעה בוטל ברצח, וכמתחייב בחוק, הוטל עליה מאסר עולם.

פסק הדין שהרשיע את אסתר בוטל ברצח בעלה היה אנונימי, וניתן בקול אחד ובכתיבה קולקטיבית. זו אמנם לא הפעם הראשונה שבית המשפט נוקט דרך כזו, אולם דומה שהבחירה לעשות כך בפרשת בוטל מעוררת שאלות ייחודיות שראוי לעמוד עליהן. פסקי דין קולקטיביים שקדמו לפרשת בוטל ניתנו בדרך כלל ברגעים קריטיים בהיסטוריה של ישראל, שבהם הייתה לבית המשפט השפעה משמעותית על גיבושה

המנדטורי, שהנחיל את נוסחת עברת האיננו בחוק הישראלי. גם השופט בנימין הלוי כיוון אל עיקרון זה באמרת אגב בע"פ 353/62 אל-פקיר נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יח(4) 200, 219 (1964).

23 ראו דברי השופטת בן-פורת בפרשת כהן, לעיל ה"ש 8, בעמ' 293–294; על החלוקה לארבע הטענות הללו ראו שחר, לעיל ה"ש 11, בעמ' 653–654.

24 לעניין ההגנות ארחיב את הדיון בהמשך.

חריגה מגבולות החוק: שלושה מודלים לגישור בין הדין לבין הצדק

המחודש של הזהות הישראלית הקולקטיבית<sup>25</sup>. פסקי דין אלה כללו, למשל, את ע"פ 336/61 **אייכמן נ' מדינת ישראל**<sup>26</sup>, שאין צורך להרחיב את הדיון בחשיבותו ההיסטורית-פוליטית<sup>27</sup>, ואת "פסק המגורשים", שעסק בגירוש חמש מאות אנשי מאס ללבנון<sup>28</sup>. הלשון הקולקטיבית שנקטה בפרשה אחרונה זו אף גררה ביקורת קשה מאת מ"מ נשיא בית המשפט העליון בדימוס, השופט חיים כהן:

"רק לעתים רחוקות – אם בכלל – פסק בית המשפט העליון בהרכב מורחב פסק-דין אנונימי. עצם התופעה הזאת, כפי שקרתה עתה בפרשת הגירושים, אומרת דרשני. ניתן להבין שאיפת הנשיא והשופטים להכריע בעניין כה מרעיש, המפלג את העם ומקומם את העולם, בפסק-דין אחיד שבית המשפט מדבר בו בקול אחד. זכורני מקרים שבהם דרש הנשיא מן השופטים שיעברו על מידותיהם ויסמכו ידיהם על פסיקה מוסכמת ואחידה; ולא זכור לי מקרה אשר בו דרישה זו אמנם נתקבלה על דעתו"<sup>29</sup>.

ביקורת זו תקפה בוודאי אף ביתר שאת כאשר מדובר בפרשה כמו פרשת **בוטל**, שאינה מרעישה או מפלגת כמו שתי הפרשות האחרות שהזכרתי.

ברגיל, בשיטת המשפט הישראלית נשמר קולו המובחן של כל שופט, ומתן נימוקים אינדיבידואליים במסגרת פסק הדין מהווה כלי חשוב לעשיית צדק אינדיבידואלי בכל מקרה ומקרה. ובכל זאת, כאמור, בחר בית המשפט בפרשת **בוטל** לנקוט לשון קולקטיבית ולכתוב פסק דין משותף ואחיד. מה מייחד את פרשת **בוטל** שהוביל למעשה חריג כזה? בספרה **מבעד לגלימה**<sup>30</sup>, מספרת השופטת מרים בן-פורת על הנסיבות שבהן נכתב פסק הדין. בטיטה הראשונה כתבה השופטת בן-פורת, שהייתה בימיה הראשונים בבית המשפט

25 ליאורה בילסקי "משפט ופוליטיקה: משפטו של יגאל עמיר" פלילים ח 13, 47–48 (1999); אכן, היו גם מקרים בהם פסק דין שאינו בעל חשיבות פוליטית-היסטורית נכתב בקול אחד ראו למשל: בר"ע 384/88 **מרגלית נ' כהן**, פ"ד מז(2) 617 (1993), אך אין בכך כדי להפחית מחריגותה של פעולה כזו ומסימני השאלה שהיא עשויה להעלות.

26 ע"פ 336/61 **אייכמן נ' מדינת ישראל**, פ"ד טז(3) 2033 (1962); על משמעות ההחלטה לכתוב את פסק הדין במשותף ראו גם: פנינה להב **ישראל במשפט: שמעון אגרנט והמאה הציונית** 219 (1999).

27 פנינה להב מתארת את המשפט כ"מלחמה על דעת הקהל העולמית": שם, בעמ' 203–225; לדיון במשמעות הפוליטית של המשפט ראו למשל: חנה ארנדט **אייכמן בירושלים: דו"ח על הבנאליות של הרוע** 11–30 (2000); LEORA BILSKY, TRANSFORMATIVE JUSTICE: ISRAELI IDENTITY ON TRIAL 85-144 (2004).

28 בג"ץ 5973/92 **האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' שר הביטחון**, פ"ד מז(1) 267 (1993).

29 חיים כהן "גירוש כהלכה" **משפט וממשל** א 471 (1992).

30 מרים בן-פורת **מבעד לגלימה** 127–131 (שחר אלטרמן עורך, 2010).

העליון, שיש לזכות את הנאשמת בטענה שפעלה מתוך "דחף לאו בר כיבוש", בעקבות מחלת נפש. אולם לאחר ששוכנעה על ידי שני השופטים הנוותרים שקביעה זו אינה מתיישבת עם החוק הקיים, גם אם היא תוביל לתוצאה צודקת יותר, היא החליטה להצטרף לעמדה המרשיעה. פסק הדין נכתב כחטיבה אחת, בקול קולקטיבי. במקום שאחד משופטי ההרכב יכתוב פסק דין חדש, הוא כלל חלק ניכר מחוות הדעת המקורית של השופטת בן-פורת, אך עם מסקנות שונות, שנכתבו בידי חברי ההרכב האחרים.

סיבה אפשרית לכך היא הפער המובהק בין הדין לבין מה שנתפס על ידי השופטים כצדק לנאשמת האינדיבידואלית. הרשעתה של אסתר בוטל בעברת הרצח, שמאסר עולם מחייב בצדה, אמנם נסמכה היטב על הדין הקיים, אך עוררה חוסר נוחות ברור:<sup>31</sup> סימונה של בוטל כרוצחת והטלת עונש כל כך כבד, פירושם התעלמות מהעובדה שהיא הייתה קרבן להתעללות ממושכת מצד בעלה, המנוח. בחוות הדעת הפסיכולוגיות שהוגשו הן מטעם ההגנה והן מטעם המדינה תוארו יחסים עכורים ביותר בין בני הזוג. המומחים הציגו שורה של דוגמאות שהעידו על התעללות נפשית ורגשית רבת שנים שעברה הנאשמת. היא נישאה בשידוך בגיל חמש-עשרה לבעל המבוגר ממנה בעשור. בעלה הדגיש תמיד את עליונותו כלפיה, נהג בה ביד קשה, עשה יד אחת עם אחיו כדי לפעול לדיכוייה בכל הזדמנות, פגע בה בנקודות הרגישות שלה, זנח אותה בחגים ונסע לבד לחופשות, זלזל בה, נהג בה בקמצנות קיצונית, ובאחת הלידות אף סירב לקחת אותה לבית החולים.<sup>32</sup>

קשה להתעלם מכך שלפי הדין יש להטיל עונש של מאסר עולם על הנאשמת, עונש כבד שקשה להשלים אתו בנסיבות המקרה. ואכן, כעשרים שנה לאחר שניתן פסק הדין בפרשת **בוטל** נמצאה לכאורה נוסחת האיזון בין הדין לבין הצדק בפרשה שעובדותיה מזכירות במידה רבה את אלה של פרשת **בוטל**. זה היה במסגרת פרשת **בוטל**<sup>33</sup>. כרמלה בוחבוט הרגה את בעלה לאחר שנים של התעללות. אלא שהפעם בחר היועץ המשפטי לממשלה להעמיד את הנאשמת לדין בגין הריגה בלבד, ולא בגין רצח. זאת, אף שלפי הדין, ניתן היה, לכאורה, להעמידה לדין בגין רצח<sup>34</sup>. היועץ המשפטי לממשלה עשה כן כדי לצמצם את הפער שבין הדין לבין הצדק, כפי שזה נתגלה (למשל) בפרשת **בוטל**.

31 כך, לדעתי, עולה הן מהפסקה המסיימת את פסק דינו של בית המשפט העליון והן מתוכן גור הדין של בית המשפט המחוזי. ראו בעניין זה להלן ה"ש 94 והטקסט הנלווה לה. ראו גם בן-פורת, שם, בעמ' 129. השופטת בן-פורת מספרת על הנסיבות שהובילו להוספת הפסקה האמורה, וכותבת כי ההוספה באה לתת ביטוי לתחושה כי ראוי לשנות את החוק על ידי הוספת הגנה חלקית לאנשים במצבה של בוטל.

32 כך בחוות דעתם של ד"ר א' הקר וד"ר ה' ורניה מטעם התביעה (מוצג ת/9) וכן בחוות דעתו של ד"ר ראובן מאיר מטעם ההגנה (מוצג נ/1).

33 ע"פ 6353/94 **בוחבוט נ' מדינת ישראל**, פ"ד מט(3) 647 (1995).

34 על הקושי להרחיב את סעיף הקנטור, ראו להלן הטקסט הנלווה לה"ש 54-64.



חריגה מגבולות החוק: שלושה מודלים לגישור בין הדין לבין הצדק

אכן, אין להתעלם מן ההבדל שקיים בין שתי הפרשות: בפרשת בוטל הוצגו טענות על התעללות נפשית בלבד, ואילו בפרשת בוחבוט דובר על אלימות פיזית קשה. אולם דומה שלענייננו אין צורך להבדיל בין שני סוגי ההתעללות, שכן השפעתה של התעללות נפשית קשה וממושכת אינה פחותה מאשר זו של התעללות פיזית, ולעתים אף חמורה יותר<sup>35</sup>. ברוח זו מסביר שנדור פרנצי, פסיכואנליטיקאי ידוע שטיפל בנשים שעברו התעללות מתמשכת, וממבשרי התאוריה המודרנית של הטראומה, כי אנשים שעברו התעללות נפשית ממושכת מגיעים למצב של ניתוק רגשי ואיבוד עצמי, ובעקבות זאת להכנעה עצמית ולהתנהגות רובוטית-אוטומטית<sup>36</sup>. ניתוק כזה מן הרגשות הוא שעומד בבסיס ההצדקה להקל עם נשים במצבן של בוטל ובוחבוט, ללא הבדל בין סוג ההתעללות<sup>37</sup>. כך או אחרת, העמדתה לדין של כרמלה בוחבוט בגין חריגה בלבד אפשרה לבית המשפט להתייחס להתעללות הקשה שעברה לאורך השנים, להקל בעונשה ולהעמידו בסופו של דבר על שלוש שנות מאסר (בשעה שהרשעה ברצח מחייבת כידוע להטיל מאסר עולם). מצבה של אסתר בוטל היה כאמור שונה, שכן בית המשפט ניצב בפני כתב אישום המאשים אותה בעברת רצח. השאלה המתבקשת היא אם בית המשפט יכול היה לזכותה, או לפחות להרשיעה בעברה פחותה, וגם להתחשב בניכונותה האישיות בקביעת העונש, וזאת,

- 35 ראו, למשל, Marti Tamm Loring & D.L. Myers, *Differentiating Emotional Abuse*, in EMOTIONAL ABUSE: AN OVERVIEW 15 (Marti T. Loring ed., 1994). המחברים מציגים מחקר אמפירי, שלפיו אלימות רגשית מזיקה לקרבת לא פחות, ואולי יותר, מאלימות פיזית; לדיון נרחב במצבן הנפשי של נשים העוברות התעללות נפשית במסגרת חיי הנישואין ראו: VALERIE NASH CHANG, I JUST LOST MYSELF: PSYCHOLOGICAL ABUSE OF WOMEN IN MARRIAGE (1996). צ'אנג מדברת על כך שנשים שעוברות התעללות נפשית במסגרת הנישואין הופכות נחותות בעיני הבעל ומאבדות את זהותן.
- 36 בלשונו של פרנצי: "a mechanical, obedient automaton", ראו: Sándor Ferenczi, *Confusion of Tongues Between Adults and the Child – The Language of Tenderness and of Passion*, in FINAL CONTRIBUTIONS TO THE PROBLEMS AND METHODS OF PSYCHO-ANALYSIS 156, 163 (Michael Balint ed., Eric Mosbacher trans., 1933); מאמרו של פרנצי מתייחס להתעללות נפשית שהחלה בילדות ונמשכה בבגרות, לאו דווקא על ידי אותו תוקף. ההתעללות הקשה ביותר שאליה הוא מתייחס בהקשר זה היא נטישה בילדות; ראו גם: Jay Frankel, *Exploring Ferenczi's Concept of Identification with the Aggressor: Its Role in Trauma, Everyday Life, and the Therapeutic Relationship*, in 12 PSYCHOANALYTIC DIALOGUES 101, 139 (2002); בענייננו חשוב לציין כי בוטל ננטשה על ידי אמה כאשר הייתה בת שנה וחצי, ולאחר מכן הוזנחה על ידי אמה החורגת, עד אשר נישאה בשידוך בגיל 15; ראו חוות דעתו של ד"ר מאיר, לעיל ה"ש 32.
- 37 ראוי לציין שבס' 300 לחוק העונשין, התשל"ז-1977 המחוקק הישראלי לא הבחין בין התעללות פיזית להתעללות נפשית, ושם את הדגש על כך שהאדם שעבר התעללות נמצא במצוקה נפשית קשה.

אף על פי שהיועץ המשפטי לממשלה החליט על הגשת כתב אישום חמור המעמיד אותה לדין בגין רצח ואף שהשופטים סברו שלפי הדין הקיים ההרשעה ברצח מבוססת. עד לחקיקת חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו נטה בית המשפט העליון להכיר בריבונות התביעה על כתב האישום ולאמץ מדיניות כמעט מוחלטת של אי־התערבות. בהתאם, קבע בית המשפט כי אם הוכחו יסודותיהן של שתי עבירות אשר ניתן לייחס למעשה שביצע הנאשם, הבחירה ביניהן תהא נתונה בידי התביעה, ובית המשפט לא יתערב בה<sup>38</sup>. אלא שבגישה זו התעוררו בקיעים מסוימים. הנשיא מאיר שמגר קבע אמנם אף הוא כי בחירת האישום מסורה בידי רשויות התביעה, אך הוסיף וקבע כי בית המשפט רשאי להתערב בשיקול דעת זה בנסיבות קיצוניות, שבהן גלוי וברור שנפל משגה היורד לשורשו של עניין, או שנתגלה עיוות מהותי אחר הדורש את תיקונו<sup>39</sup>. הבקיעים אף התחזקו לאחר חקיקת חוק־היסוד. הנשיא אהרן ברק, למשל, נטה לדעה, שקיימת סמכות בידי בית המשפט להתערב בכתב האישום, כאשר אין באפשרותו להעניק לנאשם משפט הוגן או שיש בניהול המשפט משום פגיעה בחוש הצדק וההגינות<sup>40</sup>. עמדה זו הלכה והשתרשה בבית המשפט והובילה להכרה בדוקטרינה של "הגנה מן הצדק"<sup>41</sup>. לאחרונה אף עוגנה הגנה זו בתיקון מס' 51 לחוק סדר הדין הפלילי<sup>42</sup>.

לפי דוקטרינה זו, רשאי בית משפט הדין בעניין פלילי לבטל כתב אישום או לעכב הליך פלילי מקום שהוא סבור כי אין זה צודק, בנסיבות העניין, לנהל את ההליך הפלילי כנגד

- 38 ראו, למשל, ע"פ 836/79 מיכאלי נ' מדינת ישראל, פ"ד לד(4) 800 (1980); בג"ץ 724/83 מדינת ישראל נ' זפט, שופט בית משפט השלום בנתניה, פ"ד לח(3) 701, 713–717 (1984); ראו גם דניאל פרידמן "שיקול דעת שיפוטי בהעמדה לדין פלילי" הפרקליט לה 155, 161 (1983). פרידמן טוען כי אם הוכחו יסודות העברה, מוטל על בית המשפט להרשיע את העבריין, וזאת אף אם הוא משוכנע שלא הייתה הצדקה להגשת כתב האישום כפי שהוגש; בניגוד לכך, ראו ע"פ 117/50 חדר נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד ה 1413 (1951), שם סברו חלק מן השופטים כי מצב שבו הנאשם תלוי לשבט או לחסד בעצם מעשה בחירתה של התביעה בסעיף החוק בגינו יואשם, אינו תקין ואף אינו חוקי.
- 39 מקרה זה אמנם עסק בתביעה הצבאית, אולם הנשיא שמגר מדבר על רשויות התביעה באשר הן. ראו בג"ץ 372/88 פוקס נ' הפרקליט הצבאי הראשי, פ"ד מב(3) 154, 155 (1988).
- 40 בג"ץ 1607/97 בר טוב נ' הפרקליט הצבאי הראשי (פורסם בנבו, 12.3.1997).
- 41 בתחילה הוכרה ההגנה במתכונת מצומצמת. ראו למשל ע"פ 2910/94 יפת נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(2) 221, 372 (1996); לאחרונה הורחבה ההכרה בדוקטרינה בע"פ 4855/02 מדינת ישראל נ' בורוביץ', פ"ד נט(6) 776, 805–807 (2005).
- 42 ראו ס' 149(10) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982, שלפיו "הגשת כתב האישום או ניהול ההליך הפלילי עומדים בסתירה מהותית לעקרונות של צדק והגינות משפטית". לניתוח הליך החקיקה והצעת קווים מנחים לפרשנות החוק ראו: זאב סגל ואבי זמיר "הגנה מן הצדק באור חוק סדר הדין הפלילי – סדר חדש של הגינות משפטית" ספר דיויד וינר על המשפט הפלילי 231 (2009).

חריגה מגבולות החוק: שלושה מודלים לגישור בין הדין לבין הצדק

הנאשם, או מקום שהנאשם עלול שלא לזכות למשפט הוגן. בלשונו של בית המשפט העליון: "לבית המשפט במדינת ישראל שיקול דעת לעכב הליכים משאין באפשרותו להעניק לנאשם משפט הוגן ו/או משיש בניהול המשפט משום פגיעה בחוש הצדק וההגינות, כפי שבית המשפט רואה אותו"<sup>43</sup>.

בספרות ובפסיקה הישראלית והזרה הוכרו שלושה ערוצים עיקריים להפעלת דוקטרינת ההגנה מן הצדק:

(א) הגנה מן הצדק מטעם של השתק פלילי (Estoppel). לערוץ זה שלושה היבטים: דוקטרינת "הפח היקוש" (Entrapment), דוקטרינת ההתנהגות הבלתי נסבלת של הרשות (Outrageous Conduct) ודוקטרינת ההסתמכות (Reliance); (ב) הגנה מן הצדק בשל שיקולים של צדק (Abuse of Process). ערוץ זה כולל, למשל, ליקוי בפעולת התביעה, או פגיעה פרוצדורלית משמעותית ובלתי סבירה בנאשם; (ג) הגנה מן הצדק בשל העמדת הנאשם ב"סיכון כפול" (Double Jeopardy)<sup>44</sup>.

דומה כי צעד קיצוני כמו ביטול אשמה פלילית או המרת סעיף האישום לסעיף מקל, ראוי שיעשה רק כאשר כתב האישום נגוע בחוסר צדק או בחוסר הגינות קיצוני של הרשות – ובמילים אחרות, רק כשברור לבית המשפט כי הותרת סעיף האישום המקורי על כנו תהיה בגדר פגיעה מיותרת בנאשם, העולה על הנדרש, ומהווה התעמרות בלתי צודקת בו<sup>45</sup>. המקרה של אסתר בוטל אמנם מעורר תחושה של אי-צדק, אך אין להתעלם מהעובדה שהיא נטלה חיים. האיזון בין הרצון להגן על חייו של אדם, גם אם התעלל נפשית בכת זוגו, לבין הרצון לעשות צדק עם בת הזוג שפעלה לאחר שנים של דיכוי, אינו פשוט. כך או כך, קשה לומר כי במסגרת השדה המשפטי בישראל הכרעה לטובת ההגנה על חיי הבעל המתעלל היא כה בלתי סבירה עד שהיא מצדיקה התערבות קיצונית בשיקול דעתו של היועץ המשפטי לממשלה<sup>46</sup>.

43 פרשת יפת, לעיל ה"ש 41, בעמ' 370.

44 להרחבה ראו אסף פורת "הגנה מן הצדק בעידן החוקתי" **קרית המשפט** א 381, 393–408 (2001); מרדכי קרמניצר "האם המשפט הפלילי – ידו בכול?" **ספר דניאל** 935, 945–955 (2008); לדיון נרחב בקליטת הדוקטרינה של הגנה מן הצדק בישראל ראו ישגב נקדימון **הגנה מן הצדק** 47–62 (מהדורה שנייה, 2009).

45 אבי לוי "סמכות בית דין צבאי להמיר סעיפי אישום מטעמים של צדק" **משפט וצבא** 16, 505, 558 (2003).

46 ראו אריאלה אזולאי "האזרחית כרמלה בוחבוט" אריאלה אזולאי ועדי אופיר **ימים רעים** 63, 80 (2002). אזולאי מתארת את התגבשותם של שני מחנות בעקבות מעשה ההריגה שביצעה כרמלה בוחבוט: אלה שקיוו שיוטל על בוחבוט עונש קל שירתיע גברים מלהכות נשים ואלה שטענו כי גם עברייני אלים ונתעב זכאי לכך שעונשו ייגזר בבית משפט. גם כרמלה בוחבוט עצמה לא הסכימה עם ההנחה שמתו של בעלה היה מוצדק (שם, בעמ' 82).

בהקשר זה חשוב גם לזכור, כי הפרשנות המצרה את סמכות בית המשפט נובעת בראש ובראשונה מעקרון הפרדת הרשויות ומכיבוד הרשות המחוקקת. כמו כן, דומה שמתן הרשאה לבית המשפט לבטל אישומים בניגוד לדין, או להרשיע בעברה קלה יותר מזו שבכתב האישום, רק מאחר שהדבר צודק יותר לנאשם הספציפי, אינו עולה בקנה אחד עם השאיפה לשמור על אחדות בהפעלת המשפט הפלילי, ויש בו לפגוע בעקרון השוויון ולגרום לחוסר ודאות. אם בידי בתי המשפט יונח שיקול דעת רחב בשאלה, באיזו עברה להרשיע, עלולות להיווצר אנרכיה וחוסר אחדות, עד כי ההפליה שמבקשים למנוע, תיגרם הלכה למעשה באקט שיפוטי דווקא<sup>47</sup>.

בנסיבות אלה ניתן לכאורה לטעון כי כדי להקל עם נאשמות מסוגן של בוטל ובוטלות, במצב החוקי שהיה קיים אז, היה על היועץ המשפטי לממשלה לכלול בכתב האישום עברה קלה יחסית שמאפשרת להתחשב בנסיבות המיוחדות של המקרה. ובכל זאת, דומה שגם גישה זו, שיושמה בפרשת **בוטל**, אינה חפה מבעיות: הן ככל שהדבר נוגע לעצם סמכותו של היועץ המשפטי לממשלה להפחית את חומרת העברה והן ככל שהדבר נוגע לרטוריקה של בית המשפט, שלפיה יש להקל בעונשה של הנאשמת.

אפתח בשאלת סמכותו של היועץ המשפטי לממשלה להכריע באיזו עברה יש להעמיד את הנאשם לדין. סמכות זו אינה מוטלת בספק<sup>48</sup>. אולם התייחסות למקרה הקונקרטי בלבד יוצרת בעיה חברתית-פוליטית, ולא רק בעיה של הנאשם הספציפי. בהחלטת היועץ אין הגנה עתידית לנשים במצב דומה, למשל – אם יוחלט להעמיד לדין דווקא בגין עברת הרצח. היועץ נתן אמנם מענה למצוקתה האישית של בוטל, אך אין בהכרעתו כדי להציע פתרון כולל או לקדם את הצורך לאתר פתרון שיתאים לכלל הנשים שעברו התעללות נפשית או פיזית. פתרון טוב יותר, גם אם לא בהכרח מספק, ייתכן שהיה נמצא אילו היועץ המשפטי היה מחליט, באופן גורף ומנומק, כי לעולם אין להעמיד במקרים כאלה לדין על רצח<sup>49</sup>. אולם החלטה גורפת כזו של היועץ הופכת דבר חקיקה לאות מתה ולא בטוח שהענקת סמכות כזו ליועץ (במקום למחוקק או לבית המשפט) היא רצויה. כך או אחרת, בפרשת **בוטל** ממילא לא ניתן היה לנהוג באופן דומה, כיוון שהנאשמת הועמדה לדין בגין רצח, דבר שלא אפשר לבית המשפט להתייחס לנסיבות הקונקרטיות כמצדיקות הקלה בעונש, שהנו מאסר עולם מנדטורי.

47 לוי, **לעיל** ה"ש 45, בעמ' 521–522. לוי מזכיר שיקול נוסף, שעליו לא ארחיב: חשש לסרבול ופגיעה ביעילות המערכת השיפוטית.

48 ראו האסמכתאות המובאות לעיל בה"ש 38.

49 בדרך דומה נהג למשל, חיים כהן בעת שכיהן בתפקיד היועץ המשפטי לממשלה: הוא הורה למשטרה ולפרקליטות שלא לאכוף את החוק האוסר על קיום משכב זכר.

חריגה מגבולות החוק: שלושה מודלים לגישור בין הדין לבין הצדק

ומה באשר לרטוריקה של בית המשפט? אחד משופטי הרוב בפרשת **בוחבוט**, השופט גבריאלי בן, הדגיש בפסק דינו את החומרה המיוחדת של ההתעללות שממנה סבלה הנאשמת כגורם שהפך את המעשה שלה למעשה חריג שמצדיק מתן יחס מיוחד לפנים משורת הדין. מסיבות דומות, כאמור, העמידה התביעה את בוחבוט לדין באשמת הריגה בלבד, ואף תיארה את הסבל הרב שהיה מנת חלקה במסגרת כתב האישום. השופט בן תיאר את ההתעללות בבוחבוט, ובעיקר את הרגעים האחרונים שקדמו למעשה ההריגה, בפירוט רב. כך, מושגים כמו אמפטיה ורחמים כלפי בוחבוט, מאפשרים לשופט להקל מאוד בעונשה ולהפחיתו לכדי מחצית מהעונש שנקבע בבית המשפט המחוזי.

בכך, לכאורה, הצליח השופט בן לגשר על הפער שבין הדין לבין הצדק. אולם רעיון כזה של צדק המושג במקרה ספציפי מעורר כמה בעיות. כפי שטוענת פרופ' ליאורה בילסקי, רטוריקה כזו של הצגת המקרה של כרמלה בוחבוט כחריג, במנותק מהקשר חברתי, משפטי או פוליטי, תורמת לחיזוק מנגנוני הכחשה חברתיים ולהתנערות מלקיחת אחריות ציבורית<sup>50</sup>. הצגת האישה הספציפית כלא רציונלית, פסיבית וחסרת ישע אמנם עשויה לעזור לה ולהקל בעונשה, אך עלולה לעלות במחיר חיזוק סטריאוטיפים מזיקים לנשים אחרות. יתרה מכך, בפסק דינו של השופט בן הוצגה הבעיה כבעיה פרטית של כרמלה בוחבוט, פרי מערכת יחסים פתולוגית בין בני זוג ספציפיים, אשר פתרונה דורש יצירת חריג לכלל הרצוי של ענישה מחמירה. במילים אחרות, התוצאה במקרה של בוחבוט אמנם מקלה, אך השופט נתן לגיטימציה לטיפול משפטי מחמיר במקרים אחרים של הריגת בן זוג מתעלל, בעיקר מקרים כמו אלה של בוטל, שבהם ההתעללות הנפשית לא לוותה באלימות פיזית קשה<sup>51</sup>. השופטת דורנר נקטה בפרשת **בוחבוט** גישה אחרת. באמצעות טשטוש הגבולות בין הפרטי לציבורי, הצליחה השופטת דורנר לשנות בהדרגה את הנרטיב המשפטי על אלימות במשפחה. היא הציגה את הסיפור הפרטי של כרמלה בוחבוט כדוגמה המלמדת על חולי השיטה בכללותה, ולא כחריג. לפי גישה זו, היחס של החברה ושל הרשויות לנשים מוכות מהווה חלק מהבעיה עצמה. השופטת דורנר הכירה באחריות הקולקטיבית ובצורך לנקוט דרכי פעולה שאינן נקודתיות על מנת להתמודד עם בעיית האלימות נגד נשים. אולם, כפי שטוענת בילסקי, גם תמונה זו היא תמונה מונוליטית של קרבניות האישה. למרות המתודה של העלאת מודעות, גם השופטת דורנר הציגה תמונה של קרבניות כמעט מושלמת של נשים, ואינה מאפשרת לאלמנטים של בחירה וכוח בחייהן להתבלט. בילסקי מציעה אפוא לחשוב על תפיסה חדשה של נשים מוכות שאינה נופלת להגדרה הבינרית של

50 ליאורה בילסקי "נשים מוכות: מהגנה עצמית להגנת העצמיות" פלילים 5, 12–15 (1997).  
51 שם, בעמ' 15.

קרוב, מן הצד האחד, וייצור אוטונומי, חופשי לעזוב תמיד, מן הצד האחר. אבחן אפשרות זו בהמשך, במסגרת המסלול השני של שינוי הדין.

### 3. סיכום ביניים

עד כה בחנתי פתרונות המאפשרים (אולי) לעשות צדק במקרים הקונקרטיים המובאים בפני בית המשפט, אך הנמנעים ממתן פתרון מקיף וכולל. פתרונות אלה פוגעים באחידות המשפט הפלילי. הסתכלות על הנאשם הקונקרטי במחיר של פגיעה באחידות הדין ובצדק המשפטי ה"אובייקטיבי", חוטאת לעקרונות המשפט הפלילי. בלשונו של חיים כהן: "שיקול-דעת שיפוטי הוא בהפעלת חוש-הצדק הסובייקטיבי במטרה מודעת להגיע לידי צדק אובייקטיבי, או, לפחות, להגיע לצדק אשר אינו רק סובייקטיבי, אלא עשוי גם להיות אובייקטיבי"<sup>52</sup>. כפי שראינו בהרחבה, פתרונות כאלה גם פוגעים בנאשמים שנסיבותיהם דומות, ועלולים "לבוא על חשבון" נאשמים אחרים בסיטואציות דומות.

## ג. מסלול שני: שינוי הדין

לאחר שעמדתי על הבעיות הגלומות בניסיון לעשות צדק במקרה הספציפי, אנסה לבחון את האפשרות של פעולה כללית לשינוי הדין. במבוא הזכרתי שתי דרכים לפי התאוריה הדלזיאנית המאפשרות לחרוג מגבולותיו של החוק, לאתגר אותו, לחתור תחתיו ולפתח אותו. דרכים אלה יכולות לשמש השראה בבואנו לבחון מסלולים שמאפשרים שינוי ופיתוח כלליים של הדין על ידי בית המשפט. הדרך הראשונה, שבה יתרכז חלק זה, פועלת מן הגבול העליון של החוק: זהו ניסיון להציג חוק גבוה יותר, שגובר על החוק שממנו מבקשים לחרוג<sup>53</sup>.

### 1. שינוי ההלכה

בפרשת **בוטל** שקל בית המשפט שתי דרכים לעשות צדק עם הנאשמת על ידי שינוי ההלכה הפסוקה, כך שההגנה על אנשים במצבה תורחב: הרחבת ההגדרה של רכיב הקנטור בחוק העונשין והרחבת ההגנה של אי-שפיות הדעת. בפסקאות הבאות אבחן את הבעיות שהעלו שני הפתרונות הללו ואוסיף דיון ברעיון שלישי שלא נשקל בפרשת **בוטל**: הרחבת ההגדרה של ההגנה העצמית.

52 חיים ה' כהן **צדק במשפט** 61 (1992).

53 הדרך השנייה שמציע דלז, מימוש של החוק עד כדי אבסורד, תידון בחלק הבא של המאמר.

חריגה מגבולות החוק: שלושה מודלים לגישור בין הדין לבין הצדק

## קנטור

הדרך הראשונה שנשקלה הייתה לקבוע שבוטל פעלה בתגובה ל"קנטור" מצד בעלה, ולכן לא מתמלאים התנאים של עברת הרצח שבסעיף 301 לחוק העונשין. באמצעות פרשנות חדשה ורחבה של רכיב הקנטור ניתן היה אולי להרשיע את בוטל רק בהריגה, וכך גם להקל בעונשה. אולם הרחבה כזו עמדה בניגוד לפסיקה שנטתה לצמצם את השימוש בטענת הקנטור כמעט לאפס<sup>54</sup>.

לא זו בלבד אלא שבית המשפט ניצב בפני קושי עובדתי משמעותי בעניין זה. המערערת בפרשת **בוטל** כלל לא העידה במשפט, הריב בינה לבין בעלה תואר ללא פירוט מספק, וגם לא עלתה גרסה בדבר קנטור מפי עד מטעמה של הנאשמת, או לפחות על דרך חקירתם של עדי התביעה. בהקשר זה חשוב לציין, כי בשונה מן החוק הקיים היום, בימים ההם השופט לא יכול היה ליזום הבאת עדים שעשויים לשפוך לדעתו אור על סוגיה שראוי שתידון<sup>55</sup>. במצב זה, לא היה לבית המשפט בסיס עובדתי שעליו יכול היה לפתח הלכה חדשנית, שעומדת בניגוד להלכה המורשת רבת-השנים.

בנוסף, לפי העובדות שנקבעו בבית המשפט, עבר זמן בין המעשה "המקנטור" לבין נטילת חיי הבעל, ואילו החוק מכיר בקנטור כ"התגרות בתכוף למעשה"<sup>56</sup>. כזכור, בוטל הלכה להכין אוכל לבעלה לאחר הריב ביניהם, ורק לאחר מכן הציתה אותו וגרמה למותו. עובדה זו מהווה, לפי בית המשפט, ניתוק הקשר בין הריב לבין מעשה ההריגה. לפי תפיסה זו, פער הזמנים נתן לה שהות "להתקרר", אם אכן קנטור אותה בעלה.

בעיה אחרת נעוצה בכך שהקנטור שעלה על הפרק לא היה רגעי או חד-פעמי, אלא "מצטבר", תוצאה של התעללות מרובת שנים. מצב דברים זה מעלה את השאלה אם מן הראוי להכיר ברעיון של "קנטור מצטבר". בהלכה הפסוקה נדחה רעיון כזה, והודגש כי התגרות המנותקת ממעשה הקטילה, מבחינת העיתוי, מותרת למבצע זמן "להתקרר"

54 יורם שחר טוען כי באמצעות שימוש במושג "האדם הסביר" בית המשפט אינו מכיר כמעט בטענת הקנטור, וכי למעשה בארבעים שנות הפסיקה הראשונות של מדינת ישראל הוא הפך למיותר. ראו יורם שחר "האדם הסביר והמשפט הפלילי" הפרקליט לט' 78 (1989); ראו גם אורית קמיר "איך הרגה הסבירות את האשה: חום דמם של 'האדם הסביר' והישראלית המצויה" בדוקטרינת הקנטור בהלכת אוואלוס "פלילים" ו' 137 (1997).

55 כיום החוק מאפשר לשופט פעילות אקטיבית יותר; ס' 167 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982 קובע כך: "סיימו בעלי הדין הבאת ראיותיהם, רשאי בית המשפט, אם ראה צורך בכך, להורות על הזמנת עד – ואפילו כבר נשמעה עדותו בפני בית המשפט – ועל הבאת ראיות אחרות, אם לבקשת בעלי דין ואם מיזמת בית המשפט".

56 על הצורך להוכיח "תכיפות" נמתחה ביקורת בספרות, בטענה שהיא מותאמת לחשיבה גברית ונועדה לשרת פלח אוכלוסייה גברי בלבד. לכן מציעה אורית קמיר להגמיש את מושג התכיפות שבחוק: קמיר, לעיל ה"ש 54, בה"ש 78.

ולרכוש שליטה עצמית מחדשת במעשיו<sup>57</sup>. ברוח דומה פרופ' ש"ז פלר סבור שאין להכיר ב"קנטור מצטבר" אם להצטברותו התלווה תהליך התגבשות של התגובה שאירעה מאוחר יותר בפועל. פלר אמנם מכיר בכך שלעתים יש למעשי התקיפה הקודמים והמתמשכים משמעות כחלק מהקנטור, אך זאת כרקע פסיכולוגי, ובתנאי שהקנטור מתייחס למעשה אחד, אחרון, שהוציא את הנאשם מכליו בתכוף לפני תגובתו<sup>58</sup>. מנגד, נטען לא פעם שגישה זו מזוהה עם צרכים וחשיבה גבריים, ואינה מספקת מענה למקרים שבהם נשים "מקונטרות", ודאי לא נשים שעברו התעללות מתמשכת<sup>59</sup>. כמו כן, כפי שנכתב במאמר מהעת האחרונה, דומה שהתעלמות מן ההשפעה המצטברת של מעשי התעללות וסירוב להתחשב בהשפעה זו על ההתפרצות היא התנכרות למציאות, ויש בה משום גרימת עוול נוסף לקרבן הנאשם ועיוות של הדין<sup>60</sup>.

לסיים, דומה שהרחבת דוקטרינת הקנטור במסגרת החוק הפלילי הקיים היא בעייתית מסיבה עקרונית נוספת. במשפט הישראלי מוגדר הקנטור כחלק מהיסוד הנפשי של "רצח בכוונה תחילה", במסגרת סעיף 301(א) לחוק העונשין. לפי סעיף זה, כדי שתתקיים "כוונה תחילה", על התביעה להוכיח כי לפעולת ההמתה לא "קדמה התגרות בתכוף למעשה", קרי שלא קדם לה קנטור. ניתן לטעון שהימצאותה של דוקטרינת הקנטור בחוק הישראלי כחלק מהיסוד הנפשי של עברת הרצח, ולא כסעיף הגנה נפרד, היא בעייתית כשלעצמה, גם אם הקנטור במסגרתה הוא מצומצם<sup>61</sup>. זאת, מאחר שבכך אנו "מכניסים" את הקרבן לתוך היסוד הנפשי של הנאשם ומחייבים את התביעה להוכיח שלא היה לו "אשם תורם". לעומת השיטה הישראלית, במשפט המקובל האנגלי הוגדר הקנטור כחקיקה מיוחדת, כנסיבה מקלה לעניין העונש, ולא כיסוד שלילי של עברת הרצח<sup>62</sup>. אף על פי שהחוק הישראלי הלך בדרך אחרת, נטתה הפסיקה הישראלית אף היא לראות ביסוד הקנטור נסיבה מקלה, ללא כל

57 ראו למשל ע"פ 396/69 בנו נ' מדינת ישראל, פ"ד כד (1) 561 (1970); ע"פ 686/80 סימן-טוב נ' מדינת ישראל, פ"ד לו (2) 253 (1982); ע"פ 357/95 וייצמן נ' מדינת ישראל, פ"ד נא (4) 577 (1997).

58 ש"ז פלר יסודות בדיני עונשין א 565 (1984).

59 קמיר, לעיל ה"ש 54.

60 מרדכי קרמניצר, חאלד גנאים ואלון יפה "קווים לדמותה של דליה דורנר" ספר דליה דורנר 444, 415 (שולמית אלמוג, דורית ביניש ויעד רותם עורכים, 2009).

61 קרמניצר ולבנון, למשל, מציעים ליצור דוקטרינת קנטור מחוץ לגדרי הכוונה תחילה. ראו מרדכי קרמניצר וליאת לבנון "על היסוד של היעדר קנטור בהגדרת ה'כוונה תחילה': בעקבות דנ"פ 1042/04 ביטון נ' מדינת ישראל" ספר דיויד וינר על המשפט הפלילי 547, 579 (2009).

62 Homicide Act, 1957, 5 & 6 Eliz. 2, c. 3 (Eng.); לדיון בהתפתחות דוקטרינת הקנטור במשפט המקובל האנגלי ראו: JEREMY HORDER, PROVOCATION AND RESPONSIBILITY (1992); ראו גם קמיר לעיל ה"ש 54.



חריגה מגבולות החוק: שלושה מודלים לגישור בין הדין לבין הצדק

שייכות להגדרת עברת הרצח (ובייחוד ליסוד של כוונה תחילה)<sup>63</sup>. עם זאת, כאמור, היא מיעטה לקבוע שקנטור אכן התקיים. לא מן הנמנע שצמצום זה של השימוש בקנטור נובע מן המצב האנומלי והבלתי רצוי שבו היעדר הקנטור מופיע כחלק מעברת הרצח, ולא כסעיף נפרד ואוטונומי. במצב כזה, קל להבין מדוע נמנע בית המשפט מהרחבתו של היעדר הקנטור בפרשת בוטל. דומה שאם מכירים בצורך להרחיב את תחולת "היעדר הקנטור", ראוי לעשות זאת במסגרת חקיקה שתתווה את גבולות הקנטור במנותק מסעיף הרצח, בין כהגנה המסייגת את האחריות הפלילית ובין כהצדקה להקלה בעונש.

אגב, כידוע, כעשרים שנה לאחר פרשת בוטל (בין היתר, בעקבות פרשת בוחבוט) הוסף לחוק העונשין סעיף 300א המכיר בצורך להקל (בין היתר) בעונשם של אנשים במצבה של בוטל, שביצעו רצח בעקבות מצוקה נפשית. בסעיף קטן (ג) נקבע, כי ניתן להקל בעונש, "כשהנאשם היה נתון במצב של מצוקה נפשית קשה, עקב התעללות חמורה ומתמשכת בו או בכך משפחתו, בידי מי שהנאשם גרם למותו". סעיף זה, שמתייחס לעברת הרצח בלבד, הוא מעין סעיף קנטור נפרד, אך לא כזה שמפחית את אחריותו של המבצע, אלא מאפשר לבית המשפט להרשיע ברצח, בלי להיות כבול בעונש של מאסר העולם<sup>64</sup>. לא אתעכב כאן על השאלה אם פתרון זה ראוי, או שמא היה על המחוקק להקל עם הנאשם דווקא באמצעות הפחתת האחריות<sup>65</sup>. כך או כך, לענייננו חשוב שבפרשת בוטל לא היה סעיף נפרד שעסק בקנטור ושממילא לא הונחה תשתית עובדתית מספקת להוכחת קיומו של קנטור.

#### אי שפיות

הדרך השנייה ששקל בית המשפט בפרשת בוטל היא הרחבת ההגנה של אי־שפיות הדעת, כך שתחול גם על מקרים מעין אלה. גם כאן נתקל בית המשפט בקושי עובדתי להחיל את ההגנה, שכן בבית המשפט המחוזי נקבע שהנאשמת לא סבלה ממחלת נפש, אלא רק מהפרעות נפשיות, וכן שהחזיקה באמונות תפלות<sup>66</sup>. בכך השמיט בית המשפט המחוזי את הקרקע תחת השימוש בטענת הגנה זו, שכן אחד התנאים המפורשים להגנת אי־שפיות

63 גישה זו נתמכה גם על ידי פלר, לעיל ה"ש 58, בעמ' 560, 572.

64 ע"פ 4419/95 חדר נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(2) 752, 767 (1996); לדיון נרחב בתהליך חקיקתו של סעיף 300א ובהבדל בין רעיון של אחריות מופחתת לעונש מופחת, ראו אסף טויב "ענישה מופחתת ברצח – סעיף 300א(א) לחוק העונשין, התשל"ז-1977" הפרקליט מח 214 (2005).

65 לביקורת על מתכונתו של סעיף 300א ראו למשל: נויה רימלט "כאשר נשים נעשות אלימות" פלילים י 277, 320 (2001); גם אריאלה אזולאי מצביעה על הבעייתיות של סעיף זה וטוענת שמה שניצב כאן על הפרק הוא ההטמעה של הסובייקט המשפטי בתור הסובייקט הפסיכולוגי, נושא של פתולוגיה אישיותית וחברתית: אזולאי, לעיל ה"ש 46, בעמ' 76, ה"ש 22.

66 המונח "אמונות תפלות" לקוח מפסק הדין.

הדעת הוא קיומה של מחלת נפש,<sup>67</sup> וכידוע, ערכאת הערעור אינה נוטה להתערב בממצאים העובדתיים שנקבעו בערכאה הדיונית. בנוסף, בתי המשפט ביקשו באותה עת לצמצם את השימוש בדוקטרינה של דחף לאו בר כיבוש, מאחר שדוקטרינה זו לא הייתה כתובה בספר החוקים, ובהתאם לכך הגבילה ההלכה הפסוקה את תחולתה לאפיקים צרים<sup>68</sup>.

כך או אחרת, דומה שסיווג נשים במצבה של בוטל כלוקות באי־שפיות הדעת יכול לפעול דווקא לרעתן. אף שפרשנות רחבה של ההגדרה עשויה להקל בעונשן של נאשמות במצבה, הכנסתן של עדויות מומחה של פסיכולוגים על חוסר ישע או על מחלת נפש עלולה לקבע תפיסה של חוסר רציונליות ופסיביות של נשים, ובפרט נשים שעברו התעללות ממושכת, ובכך תפעל לרעתן במישורים רחבים יותר. ההסתכלות על נשים כאלה כלא שפיות תוכל אמנם להקל עמן במישור הפלילי, אך תפעל לרעתן במישור הפוליטי והחברתי. בנוסף, כפי שמציינת נוי רימלט, ייחוס חוסר רציונליות לפעילות העבריינית של אותן נשים שוללת גם את האפשרות להחיל הגנות שהמשפט הפלילי מספק למעשים פליליים המסווגים כרציונליים וסבירים<sup>69</sup>.

### הגנה עצמית

בעיה דומה גלומה באפשרות אחרת, שלא נשקלה בפרשת בוטל, ולפיה יש להרחיב את סייג ההגנה העצמית, בדומה למצב הדברים בארצות־הברית, שם הצליחו פמיניסטיות לשכנע את בית המשפט לקבל עדויות מומחה על סינדרום האישה המוכה<sup>70</sup>. אולם כפי שמראה ליאורה בילסקי, השינוי ההדרגתי בפרשנות שניתנה במשפט האמריקני לדוקטרינת ההגנה העצמית,

67 לביקורת על האופן המצומצם שבו מפרש בית המשפט מחלות נפש ראו עדי פרוש "אי־שפיות, היעדר שליטה וסעיף 34 ח של חוק העונשין (תיקון מס' 39) (חלק מקדמי וחלק כללי), תשנ"ד-1994 "עיוני משפט כא 139 (1997).

68 ראו ע"פ 299/58 ברזאני נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יג(2), 1409, 1411 (1959).

69 רימלט, לעיל ה"ש 65, בעמ' 320.

70 ראו, למשל, את פסק הדין *People v. Diaz* (N.Y. Super. Ct. 1983); מקובל לחשוב שפסק הדין המנחה בעניין זה הוא: *State v. Kelly*, 478 A.2d 364 (N.J. Super. Ct. 1984); אליזבט שניידר מציינת שהטענות המרכזיות של פמיניסטיות התקבלו על ידי בתי המשפט ובעיקר הטענות כי: (1) נשים נזקקות להגנה עצמית בסיטואציות שונות מאשר גברים, ופועלות להגשמתה בדרכים שונות מהם; (2) הפרשנות שניתנה לדוקטרינת ההגנה העצמית בבתי המשפט משקפת את ניסיון החיים של גברים; (3) סטריאוטיפים ומיתוסים חברתיים על נשים בכלל ועל נשים מוכות בפרט מפריעים לבית המשפט להכיר במצב של הגנה עצמית לגבי נשים מוכות שהורגות את בני זוגן. ראו: Elizabeth M. Schneider, *Describing and Changing: Women's Self-Defense Work and the Problem of Expert Testimony on Battering*, 14 *WOMEN'S RTS. L. REP.* 213, 231 (1992); כן ראו, Elizabeth M. Schneider, *Battered Women and Feminist Lawmaking* (2000).

חריגה מגבולות החוק: שלושה מודלים לגישור בין הדין לבין הצדק

כך שתתאים יותר למקרים של נשים מוכות, הוכיח עצמו כניצחון שמחיר כבד בצדו<sup>71</sup>. הרחבת הדוקטרינה למקרים שבהם נשים מוכות הורגות את הבעל המתעלל גררה בעקבותיה גם שינוי בתוכן הבסיסי של הדוקטרינה מצידוק (Justification) לפטור (Excuse)<sup>72</sup>, ובכך שיחקה לחיזוקם של מיתוסים חברתיים המייחסים חוסר רציונליות וחוסר ישע לנשים מוכות<sup>73</sup>. זאת, בין היתר לאור התפיסה שצידוק קשור יותר למעשה (Act) ואילו הפטור קשור למבצע (Actor)<sup>74</sup>. על הבעייתיות בשימת דגש במקרים כאלה על המבצע הקונקרטי כבר עמדתי לעיל, ולא אחזור עליה.

כל הניסיונות הללו מעוררים קושי מיוחד במסגרת המשפט הפלילי, שכן הסוגיה של נשים מוכות (או כאלה שעברו התעללות ממושכת) מתקשה להיכנס תחת המשבצות המסורתיות של "קרבתן" ו"אדם אוטונומי"<sup>75</sup>. לכן מציעה ליאורה בילסקי שבמקום להתאים את סיפוריהן אל המשבצות המשפטיות הקיימות, יש אולי צורך להתאים את המשבצות לסיפורים המורכבים של אוטונומיה חלקית, שנמצאים במקומות שונים בספקטרום שבין

71 בילסקי, לעיל ה"ש 50, בעמ' 38–39; כפי שציינתי, איני רואה הברדל משמעותי לעניין זה בין נשים מוכות לכאלה שעברו התעללות נפשית ממושכת.

72 לדיון מקיף בהבחנה בין "צידוק" ל"פטור" ראו: GEORGE P. FLETCHER, RETHINKING CRIMINAL LAW (1978); ש"ז פלר יסודות דיני עונשין ב 506–511 (1987); לתיאור בסיסי של ההבחנה נהוג להביא את דבריו של HERBERT L.A. HART, PUNISHMENT AND RESPONSIBILITY 13–14 (1968): "במקרה של 'צידוק' מה שנעשה נחשב למשהו שהחוק לא מגנה, או אפילו מקדם בברכה. אך כשהמתה [...] פטורה, האחריות הפלילית מבוטלת על בסיס אחר. מה שנעשה זה משהו מצער, אך מצבו הנפשי של העושה כשעשה זאת מדגים אחד או יותר ממגוון תנאים המשמשים לביטול הגינוי הציבורי וענישת הפרטים. זוהי דרישה של הגינות או של צדק לפרטים"; לנוסה העברי ראו: בועז סנג'רו הגנה עצמית במשפט הפלילי 30 (2000).

73 Kathryn Abrams, *Songs of Innocence and Experience: Dominance Feminism in the* University, 103 YALE L.J. 1533, 1556 (1994); לעומת זאת, רוזן טוענת שהאופי הרצוי של "הגנת האישה המוכה" הוא דווקא של פטור ולא של צידוק, שהרי התנאים של פטור נוחים יותר (מטבע הדברים) בהשוואה לתנאיו של הצידוק – Cathryn Jo Rosen, *The Excuse of Self-Defense: Correcting A Historical Accident on Behalf of Battered Women Who Kill*, 36 AM. U. L. REV. 11 (1986); סנג'רו מביע תמיכה בעמדתה של רוזן, שם, בעמ' 402–403.

74 ליאון שלף "בין חריגה פלילית לבין הגנה משפטית" פלילים ו 89, 101 (1997); George P. Fletcher, *The Individualization of Excusing Conditions, in Justification and Excuse, in CRIMINAL LAW: A COLLECTION OF ESSAYS* 53 (Michael Louis Corrado ed., 1994).

75 נוייה רימלט סבורה שקושי זה מאפיין באופן כללי את דמות האישה האלימה, שאינה מתאימה לתמונה הבינרית של קרבן מוחלט או אוטונומיה מוחלטת. רימלט, לעיל ה"ש 65, בעמ' 319.

אדם אוטונומי לבין קרבן<sup>76</sup>. בילסקי סבורה כי רצוי להתחיל להפעיל שינוי מורכב כזה דווקא מחוץ למסגרת המשפט הפלילי, אשר החשיבה הבינארית חזקה בו במיוחד. בכך, לטעמי, היא צודקת: שינוי כזה מחייב דיון נרחב, חברתי ופוליטי, שאינו יכול להתקיים במסגרתו של המשפט הפלילי. כך, כנראה, חשב גם בית המשפט העליון בפרשת בוטל, כאשר העביר את הנושא לטיפולו של המחוקק, כפי שאפרט במסגרת הדיון במסלול השלישי. כפי שניסיתי להראות בחלק זה, שינוי ההלכה יכול אולי לפתור את חוסר הצדק בטווח הקצר, אך הוא מעלה לדיון שאלות עמוקות בעלות השלכות משמעותיות שמחייבות דיון מעמיק. לעתים החברה בשלה לשינויים כאלה ולעתים מדובר בשאלות שמצויות במחלוקת חברתית, מוסרית או פוליטית שהופכת את הדיון למורכב יותר. לא מן הנמנע שבעתיד נכיר במסלול של "משפטים פוליטיים"<sup>77</sup>, שיאפשר דיונים מורכבים כאלה, לצד הכרעה פלילית, בבית המשפט ולא מחוץ להליך המשפטי. אולם חשיבה על מסלול כזה מצריכה דיון נפרד ומחקר מעמיק שחורגים מרשימה זו.

## 2. שינוי החוק

בשונה מן הדוגמה הקודמת, ישנם מקרים שבהם ניתן וראוי להפעיל שינוי משמעותי של הכללים המנחים ושל הדין דווקא במסגרת המשפט הפלילי. פרשת כהן הנ"ל, העוסקת באינוס אישה בידי בעלה, היא דוגמה טובה לכך. בפרשה זו, כאמור, היו שניים מבין שלושת שופטי ההרכב בדעה שיש להעניק למילים "שלא כדין" משמעות, שכן המחוקק אינו משחית מילים לריק. השופטת בן-פורת, לעומתם, נרתעה מאימוץ הלכה שלפיה הדין הפלילי יתייחס באופן שונה לנאשמים רק מכיוון שהדין האישי שלהם שונה. היא אמנם הסכימה לפסק הדין, אך בד בבד הבהירה, בדעת יחיד, כי רצוי פתרון שיאסור על כל הבעלים לאנוס את נשותיהם, ללא קשר לדין האישי שחל עליהם. השופטת בן-פורת הייתה ערה לכך שהמחוקק המנדטורי היה מושפע מהגישה המיושנת באנגליה, שלפיה מותרת האישה לבעלה גם בכפייה, אולם היא סברה כי גישה זו אינה הכרחית בישראל ואינה מתאימה להשקפות הרווחות בה. מדינת ישראל, היא טענה, היא מדינה עצמאית, והמשפט

76 בילסקי, לעיל ה"ש 50, בעמ' 59–62.

77 משפטים פוליטיים, לגישתי, הם משפטים המתמודדים עם מעשה שמערער על חלוקת בינאריות שעליהן מושתת הסדר החברתי, כגון: טוב/רע, אויב/ידיד, גבר/אישה וכן הלאה. מאחר שהמשפט הפלילי מושתת על אותן קטגוריות (או לפחות על חלק מהן) הוא אינו יכול להתמודד כראוי עם מעשים מסוג זה. לעומת זאת, ניתן לנסות לחשוב על משפט פוליטי שלא יהיה כבול בקטגוריות ויהיה פתוח לבחון אותן מחדש, תוך שמירה על אפשרות של ענישה. בכך עוסקת התזה שכתבתי בנושא משפטים פוליטיים במסגרת המכון ללימודים מתקדמים בפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל-אביב.

חריגה מגבולות החוק: שלושה מודלים לגישור בין הדין לבין הצדק

הישראלי כבר איבד את הזיקה שלו למשפט האנגלי. לפיכך היא הציעה לפרש את המילים "שלא כדין" כחסרות משמעות<sup>78</sup>.

גישה זו ראויה, לדעתי, אף שהיא מבוססת על השמטת מילים של המחוקק. פרשנות מחייבת התחשבות בשיקולים הנעוצים באופי השיטה בכללותה, מבלי לנתק את החוק המתפרש כיחידה אוטונומית ונפרדת בלבד<sup>79</sup>. כמו כן, כידוע, בית המשפט (הפרשן) מנסה להגשים את תכלית החקיקה. התכלית (האובייקטיבית) של כל דבר חקיקה היא לקדם זכויות אדם ולהגן עליהן<sup>80</sup>. התכלית במקרה שלנו, באופן ספציפי וכחלק מן השיטה, היא להגן על נשים מפני אינוס. פירוש אשר משאיר נשים מסוימות ללא הגנה רק בשל הדין האישי החל עליהן, מסכל במידה רבה תכלית זו. לו התכוון המחוקק לעשות כן ולפגוע בזכותן של חלק מהנשים להגנה על גופן, היה עליו לעשות זאת במפורש, ובאופן חד-משמעי<sup>81</sup>.

בנוסף, ראוי לזכור כי הפרשן אמנם אינו רשאי להגשים מטרה שאין לה עיגון כלשהו בחוק, ולא מן הנמנע שמילות החוק יגבילו את אפשרויות הפירוש<sup>82</sup>, אך כאשר האפשרויות העולות מן הלשון מובילות לתוצאה אבסורדית, "מותר לפרשן לסטות מלשון החוק, אם בדרך של גריעה ואם בדרך של תוספת, כדי למנוע את האבסורד" (ההדגשה שלי – א.ל.)<sup>83</sup>. במקרה שלפנינו פירוש של החוק ככפוף לדין האישי מוביל לתוצאה אבסורדית, שכן הוא חותר תחת חוק העונשין שמבוסס על היותו שוויוני ואחיד. תחושת האבסורד אף מתחזקת

78 היסוד "שלא כדין" הופיע במספר סעיפי חוק נוספים. עוד לפני פרשת כהן הביעה השופטת בן-פורת את עמדתה שבאופן כללי אין להקנות משמעות למילים "שלא כדין", פרט למקרים שבהם כוונתו המשוערת של המחוקק מחייבת אחרת. ע"פ 257/79 סוויירי נ' מדינת ישראל, פ"ד לד(3) 757 (1980).

79 ראו דברי השופט אהרן ברק, בג"ץ 693/91 אפרת נ' הממונה על מרשם האוכלוסין במשרד הפנים, פ"ד מז(1) 749, 765–766 (1993); מרים בן-פורת חוק יסוד: מבקר המדינה 287 (2005).

80 ברק, לעיל ה"ש 18, בעמ' 791–792; בן-פורת, שם, בעמ' 107.

81 ראו דברי השופט אהרן ברק בע"א 425/88 פרי העמק – אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' שדה יעקב – מושב עובדים של הפועל המזרחי להתיישבות חקלאית שיתופית בע"מ, פ"ד מה(4) 529, 561 (1991); אגב, גם במצב כזה היה על בית המשפט לשאול עצמו אם חוק כזה אינו נוגד את חוקי-היסוד.

82 Felix Frankfurter, *Some Reflections on the Reading of Statutes*, 47 COL. L. REV. 527, 544 (1947).

83 בן-פורת, לעיל ה"ש 79, בעמ' 309, 405; ראו גם ע"א 753/77 אשדוד זיקוק מתכות בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד לד(2) 182, 186 (1979); ע"א 403/72 המרץ – מרכבי מכונות ועבודות מתכת בע"מ נ' גרייב, פ"ד כז(1) 423, 433 (1973); ב"ש 67/84 חדר נ' פז, פ"ד לט(1) 667, 670 (1985).

נוכח העובדה שפרשנות כזו עומדת בניגוד לעקרון החוקיות, ויש בה ליצור חוסר ודאות וחוסר בהירות, למשל לגבי זוגות מעורבים. דומה אפוא שהצעתה של השופטת בן-פורת לפרש את המילים "שלא כדין" כחסרות משמעות אינה רק ראויה מבחינה מוסרית או פוליטית, אלא מוצדקת מבחינה משפטית<sup>84</sup>. לאור האבסורד הגלום במילים אלה, השמטתן אף מחויבת המציאות. כך סבר גם מ"מ הנשיא חיים כהן, שדן בבקשה לדיון נוסף בפרשה זו. הוא אמנם דחה את הבקשה לדיון נוסף, אך הביע תמיכה בעמדתה של השופטת בן-פורת, וקבע כמותה כי הדיבור "שלא כדין" בסעיף האיננוס הנו חסר משמעות ושההישענות על הדין האישי אינה ראויה<sup>85</sup>.

#### ד. מסלול שלישי: יישום החוק עד כדי אבסורד

כפי שראינו, ישנם מקרים שבהם מגיע בית המשפט למסקנה שאין בכוחו לשנות את הדין. במקרים כאלה, על אף הפער שבין הדין לבין הצדק, על בית המשפט לבחור בדין. בלשונו של השופט יצחק זמיר:

"בית המשפט מבקש, בכל נפשו ובכל מאודו, לעשות צדק [...] אולם קורה לשופט שהדין והצדק מתרוצצים בקרבו, זה לכאן וזה לשם, והוא אינו יכול להביא אותם זה אל זה. במקרה כזה, ככל שהדבר קשה עליו, אסור לו לתת ליצרו [הצדק] שיגבר על יוצרו [הדין] [...] לכן, חלילה לשופט לעבור בקפיצה מהעובדות אל הצדק, כאילו אין דין חוצץ ביניהם. כבודו של הצדק במקומו מונח. אך הוא חייב להיות מונח על תשתית של דין"<sup>86</sup>.

האם במצב כזה יישום הדין הוא סופו של פסוק? התשובה, כך אנסה להראות, מורכבת. בנקודה זו רלוונטי המודל השני שמציע דלז לערעור החוק. מודל זה פועל, כאמור, מן הגבול התחתון של החוק, על ידי יישומו הקפדני והמדוקדק, ובאמצעות חשיפת האבסורדיות של החוק.

סיפור הרקע של תרגום עברת האיננוס, כפי שהוא מתואר על ידי מ"מ הנשיא חיים כהן במסגרת הדיון הנוסף בפרשת כהן, רלוונטי למודל זה. זאת, בשונה מהגישות של השופטים

84 כל זאת לא רק לעניין החוק הספציפי, אלא לגבי כל חוק (פרט למקרים שבהם כוונתו המשוערת של המחוקק מחייבת אחרת).

85 ד"נ 37/80 כהן נ' מדינת ישראל, פ"ד לה(1) 371, 373 (1980); שחר, לעיל ה"ש 11, בעמ' 691, תומך בעמדה זו.

86 דנ"א 2401/95 נחמני נ' נחמני, פ"ד נ(4) 661, 767-768 (1996).

חריגה מגבולות החוק: שלושה מודלים לגישור בין הדין לבין הצדק

במסגרת הערעור והבקשה לדיון נוסף: חלקם ניסו לעשות צדק עם הנאשם הספציפי (הנשיא לנדוי והשופט בכור), וחלקם ביקשו לפעול בדומה למודל הראשון של דלו ולשנות את הדין על ידי הצגת חוק גבוה יותר (השופטים בן-פורת וכהן).

כאמור, המונח "שלא כדין", שהופיע באותם ימים בלשון הסעיף האוסר על אינוס, הנו תרגום מילולי של המונח Unlawful, שמקורו בפקודה המנדטורית. לפי המשפט המקובל האנגלי, בעילת איש את אשתו הייתה תמיד "כדין", והמילה Unlawful באה להוציא בעילה כזו מכלל תחולתו של הסעיף. כאשר תורגם סעיף החוק לראשונה לעברית, ישב חיים כהן בראש הוועדה שהכינה את נוסח התרגום. את הביטוי Unlawful בעברת האינוס החליט לתרגם כ"שאינה אשתו". בדיון הנוסף הוא גם הסביר מדוע בחר בתרגום זה. בלשונו:

"אמרנו בלבנו, למה נסתיר מעיני המחוקק ומעיני העם את האמת במערומיה, שמאחורי המילים הטכניות הללו, 'שלא כדין', מסתתרת להלכה ולמעשה זכות הבעל לאנוס את אשתו: **נחשוף נא בנוסח החדש את האמת לאמיתה, שמא יעשה המחוקק מעשה לתקן את אשר טעון תיקון, כשיראה כמו עיניו את המצב החוקי כמות שהוא**" (ההדגשה שלי – א.ל.)<sup>87</sup>.

במילים אחרות, כהן סבר שפירוש זה הנו גילום מדויק של כוונת המחוקק האנגלי, אך האמין כי בשל היותו מופרך ובלתי צודק באופן מובהק, יזדרז המחוקק לתקן את החוק ולמחוק את המילים "שאינה אשתו", לשם מתן ביטוי להשקפות המתקדמות בישראל. בכך, פעל השופט כהן לפי המודל השני שמציע דלו: במלאכת התרגום הוא שיקף את כוונת החוק באופן מוחלט, עד שהפך אותו לאבסורד.

ואכן, המחוקק לא השלים עם המילים "שאינה אשתו" כחלק מלשון החוק. עד מהרה ביקש שר המשפטים להתנער מן התרגום האמור. אולם במקום למחוק את המילים "שאינה אשתו", כפי שקיווה כהן שיקרה, החליט השר לשנות את התרגום ולכתוב במקומן את המילים "שלא כדין"<sup>88</sup>. זה היה, כזכור, התרגום התקף בשעה שנדונה פרשת כהן.

87 פרשת כהן, לעיל ה"ש 85, בעמ' 375–376.

88 השר פעל בתוקף סמכותו לפי סעיף 16(ח) לפקודת סדרי השלטון והמשפט, התש"ח-1948. התיקון לחוק נתקבל בוועדת החוקה חוק ומשפט של הכנסת, ראו תיקון טעויות, ס"ח התשל"ח 113. אולם ראוי לציין כי לפני ההחלטה על השינוי, דנה בנושא ועדת החוקה, חוק ומשפט. בין חברי הוועדה היו מי שביקשו להשמיט את המילים הללו, ולא להסתפק בשינוי. את המהלך הובילה ח"כ שולמית אלוני, שסברה כי השכל הישר אינו מאפשר להשאיר חוק המתיר אינוס במקרים מסוימים. אולם בסופו של דבר קיבלה הוועדה ברוב דעות את עמדת משרד המשפטים, שלפיה מחיקת המילים הללו (להבדיל משינוי הנוסח, כך שיתאים למקור האנגלי) אינה נתונה בסמכותה, שכן מדובר בשינוי מהותי של החוק, ושינוי כזה יכול להיעשות

ניסיונו של כהן אפוא נכשל. אולם ברצוני לציין עניין נוסף. כבר הזכרתי במבוא, שהניסיון למצוא פתרון כולל לעשיית צדק עשוי לבוא על חשבון מתדיינים קונקרטיים. החשש הוא שהחלה אבסורדית של החוק לא תובן בהקשר הביקורתי שלה, אלא תובן כפשוטה. כך, למשל, התרגום שהציע כהן כדי לגרום למחוקק לשנות את החוק, סיכן נשים נשואות, שלדבריו היו מותרות לאונס בידי בעליהן. גישה כזו אינה מסכנת רק את גורלן של אותן נשים, אלא גם את מעמדו של בית המשפט, שעשוי להצטייר כמעוול, ואת האמון שהציבור רוכש לו. ובאופן כללי יותר, הניסיון להצביע על קיומו של אבסורד לא תמיד מובן ככזה (כך היה בדוגמה שהזכרנו בפרשת כהן), והעוול לנאשם הקונקרטי עשוי להתפרש כפשוטו.

קושי זה בא לידי ביטוי בפרשה אמריקנית ידועה: שפחה בשם לידיה ברחה מהאדון שלה. בזמן הבריחה ירה בה האחרון בגבה. המקרה נדון בפני השופט תומס רופין (Thomas Ruffin) בבית המשפט העליון של מדינת צפון קרוליינה<sup>89</sup>. השופט רופין קבע, שלפי ההיגיון של מוסד העבדות, על מנת שכפיפותו של העבד לאדון תהיה שלמה, סמכותו של האדון צריכה להיות מושלמת<sup>90</sup>. לכן זיכה את היורה.

מקרה זה הציג, לדעת רבים, את החובה המוסרית של אנשים הפועלים במסגרתה של שיטה משפטית, לאתגר נורמות בלתי צודקות ולהתריס נגדן<sup>91</sup>. אולם היה גם מי שסבר כי השופט רופין התנגד למעשה לעבדות, ושפסיקתו הייתה יישום של ההיגיון שבבסיס העבדות "עד לקצה", וכי בכך היא חשפה את זוועות העבדות. כלומר, גישה דומה לזו המוצגת במודל שמציע דלו. כיצד אפוא ניתן לוודא שיישום מוחלט של החוק יובן בהקשר ביקורתי?

לכאורה, יכול בית המשפט לציין במפורש כי הוא מיישם את דבר המחוקק מחוסר בררה, אף שיישום זה אינו צודק, ואף אבסורדי. אולם פעולה כזו עלולה לשמש כחרב פיפיות: בית המשפט עלול להצטייר בעיני הציבור כמי שאין בידיו הכלים לעשיית צדק,

על ידי המחוקק בלבד. פרוטוקול ישיבת ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-9, 6-10 (22.3.1978).

89 State v. Mann, 13 N.C. (1 Dev.) 263 (1829).

90 כלשונו של השופט Ruffin: "The power of the master must be absolute, to render the submission of the slave perfect" שם, בעמ' 266.

91 ראו דיון אצל Ariela Gross, *Beyond Black and White: Cultural Approaches to Race and Slavery*, 101 COLUM. L. REV. 640, 642 (2001) Stanley N. Katz, *Opening Address; Bondage, Freedom & The Constitution: The New Slavery Scholarship and its Impact on Law and Legal Historiography*, 17 CARDOZO L. REV. 1689, 1690 (1996) אגב, חמש שנים לאחר מקרה זה פסק שופט אחר כי לחברה ולמדינה יש כוח להגביל את כוחו וסמכותו של האדון. ראו: State v. Will, 18 N.C. 121 (1834).



חריגה מגבולות החוק: שלושה מודלים לגישור בין הדין לבין הצדק

וכפועל יוצא הלגיטימיות שלו תיפגע. בנוסף, עלולים להיפגע כבודם ומעמדם של המחוקק ושל החוק, כמי שעושים אי־צדק.

כיצד בכל זאת ניתן לאזן בין הרצון לאותת למחוקק על חוסר הצדק שבחוק לבין השאיפה לשמור על מעמדם של הרשות השופטת, הרשות המחוקקת והחוק? דוגמה טובה לניסיון כזה ניתן אולי למצוא בפסק דינו של בית המשפט העליון בפרשת **בוטל**. כאמור, בפסק הדין בפרשת **בוטל** אין התייחסות משמעותית לסבל שעברה הנאשמת ולהתעללות הממושכת מצד בעלה. חוסר זה מקשה להוכיח כי מקרה זה הוא מקרה של מימוש החוק עד כדי אבסורד, בדומה למודל הדלזיאני. כאמור, פסק הדין נכתב בלשון משפטית מקצועית וצרה. בית המשפט ביקש להציג עמדה שלפיה רצח הוא רצח, ולשם כך כמעט העלים את הדיון במניע שהוביל את **בוטל** ליטול את חיי בעלה, ובהתעללות הנפשית הקשה שעברה לאורך שנים<sup>92</sup>. הדיון הצטמצם לשאלה אם המעשה של **בוטל** נכנס לקטגוריה הרגילה של רצח ואם הוא אינו עומד בהגדרות של "היעדר קנטור" ושל "אי־שפיות הדעת". בית המשפט הסתפק, כמעט לכל אורכו של פסק הדין, באזכור ריב שהיה בין הנאשמת לבין בעלה, ורק בהזדמנות אחת גם ציין, כי "במקרה שבפנינו היתה העילה, לפי הודעתה של המערערת (11/נ) – ריב עם בעלה בשל **זניחתה המתמדת, חשדותיה כי הוא בוגד בה ויחסו המעליב**" (ההדגשה שלי – א.ל.)<sup>93</sup>. ל"העלמת" השאלות העקרוניות תרמה גם

92 כידוע, המניע אינו מעלה ואינו מוריד לעניין האחריות הפלילית: ראו פלר, לעיל ה"ש 58, בעמ' 507–508; כן ראו דיון דומה בפער שבין ה"משפטי" לבין ה"פוליטי" במשפטו של יגאל עמיר אצל בילסקי, לעיל ה"ש 25, בעמ' 36.

93 פרשת **בוטל**, לעיל ה"ש 9, בעמ' 148; השוו למשל עם פסק דינו של בית המשפט העליון מהתקופה האחרונה: ע"פ 1855/05 **פרישקין נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 24.3.2008), שם נסיבות ההתעללות ותיאור חייה של הנאשמת מופיעים בהרחבה, תוך ציטוטים רבים מן החקירה, אך אלה הובילו את השופטים למסקנות לא אחידות; מעניין לציין כי כאשר שופט המיעוט בפרשת **בוטל**, השופט יעקב קדמי, סירב להקל במסגרת הערעור בעונשה של **בוטל** (שמראש עמד על שבע שנים), הוא נקט גישה דומה – אם כי לא זהה – לזו שנקט בית המשפט בפרשת **בוטל**. בפסק דינו, צמצם השופט קדמי את הדיון בהתעללות רבת השנים, ושם את הדגש דווקא על הפרת הדין, על העובדה שב**בוטל** "לקחה את החוק לידיה" וקיפדה את חייו של בעלה. לניתוח ביקורתי על גישתו של קדמי ראו בילסקי, לעיל ה"ש 50. לדיון נרחב בבעייתיות של הניסיון לדון במקרים מעין אלה לפי כללי המשפט הרגילים, ראו: Catharine A. MacKinnon, *Toward Feminist Jurisprudence*, 34 STAN. L. REV. 703, 735 (1982). עם זאת, בשונה מפסק הדין בפרשת **בוטל**, השופט קדמי עומד בכל זאת במפורש על המתח הקיים בין הרקע של המעשה לבין החוק הפלילי. ברוח זו הוא חותם את פסק דינו בפרשת **בוטל** כך: "במקרה דנן, דורש הדין רמת ענישה שלא תיטול ממעשה ההמתה שבצעה המערערת את אופיו החמור, ולא תעמידנו בשורה אחת עם עבירות קלות יחסית, על כל המתחייב מכך לעניין ההוקעה וההרתעה; ואילו הלב מכתוב הבנה, התחשבות ומניעת סבל נוסף מן המערערת אשר סאת סבלה מלאה מהתעללותו של בעלה. בנסיבות כאלה, על בית

העובדה שפסק הדין נכתב באופן אנונימי, בלי להצמיד את הכתוב לשופט קונקרטי, וממילא בלי במה להבעת דעות נגדיות וחולקות. לעומת זאת, הפסקה החותמת את פסק הדין מציגה תמונה שונה. הלשון המשפטית שננקטה והתיאור ה"כמעט סטריילי" של נסיבות המקרה, לאורך פסק הדין, עומדים בניגוד כמעט מוחלט לפסקה זו. נקבע בה כך:

"יתכן, שלו היה המחוקק הישראלי מכיר באחריות פלילית מופחתת, ואין אנו נוקטים כאן עמדה בשאלה, אם עליו לעשות כן, ניתן היה להחיל עקרון זה על המערערת ולהקל בדינה, אך לפי המצב המשפטי הקיים אצלנו, יש לדחות את הגנת המערערת ולקבוע שהיא נושאת במלוא האחריות הפלילית"<sup>94</sup>.

במילים אחרות, בית המשפט פונה למחוקק בהצעה לשקול קטגוריה של אחריות מופחתת במקרים מעין אלה. הוא אינו נוקט אמנם עמדה בשאלה אם ראוי לעשות כן ואינו קובע כי הכרעה לפי החוק הקיים מובילה לאי־צדק<sup>95</sup>. אך עצם הוספתה של פסקה זו לאחר פסק דין אנונימי ופורמליסטי, מציבה לכל הפחות סימני שאלה. הפער בין הרטוריקה המשפטית הצרה לבין הפנייה למחוקק בפסקה האחרונה בולט לעין. זאת, במיוחד לאור העובדה, שהבסיס לפנייה זו כמעט שלא מוצא ביטוי לאורך פסק הדין. קל להבחין שהאמור בפסקה זו חורג מן הפורמליזם והצמצום שבהם נהג בית המשפט לאורך פסק הדין. איזו סיבה יש לבית המשפט להעלות מיזמתו את האפשרות של שינוי החוק אם הוא אינו חושש שהחוק אינו צודק? איזו סיבה יש לו לכתוב את פסק הדין בקול אחד ואנונימי? למעשה, בית המשפט יכול היה לכתוב פסק דין מפורט ומנומק, שאינו בקול אחד ואנונימי, ובכל זאת להפנות את תשומת לבו של המחוקק לאפשרות של שינוי החוק. אולם הוא בחר בדרך אחרת: בדרך של אנונימיות ופורמליזם. כך, נותר הקורא תוהה למקרא פסק הדין, על שום מה יש לשקול אחריות מופחתת במקרה כזה? מדוע מקרה כזה מצדיק מחשבה על שינוי החקיקה? דומה, שבהיעדר פירוט של ההתעללות שעברה בוטל, ובהיעדר הבהרה על אודות נסיבותיו של המקרה, נותרת הפסקה האחרונה כנטע זר בפסק הדין.

המשפט למלא אחר דרישת הדין, ולהותיר את שמכתיב הלב לרשות המופקדת על כך". פרשת **בוחבוט**, לעיל ה"ש 33, בעמ' 654.

94 פרשת **בוטל**, לעיל ה"ש 9, בעמ' 148; אגב, בגזר הדין של המחוזי מופיעה פסקה דומה, ואף פחות מסויגת. ראו תפ"ח (מחוזי ת"א) 540/75 **מדינת ישראל נ' בוטל** 17 (לא פורסם, 15.3.1976).

95 מעניין לציין כי המילים "אין אנו נוקטים כאן עמדה" לא הופיעו בטיוטת פסק הדין והוספו בכתב יד לפני החתימה על הנוסח הסופי.

חריגה מגבולות החוק: שלושה מודלים לגישור בין הדין לבין הצדק

באופן זה הפורמליזם שנוקט בית המשפט אינו נראה ענייני, כי אם מכוון. לטעמי יש בכך ניסיון להסוות את האבסורד הטמון בגזירת מאסר עולם על מי שפעלה לאחר התעללות של שנים, ובעת ובעונה אחת להפנות זרקור לאבסורד זה.

בדומה לפרשה האמריקנית שהזכרנו, גם בפרשת בוטל יישם בית המשפט את הדין באופן דקדקני. אולם להבדיל מהמקרה האמריקני, בית המשפט רמז בפרשת בוטל לחוסר הצדק של פסיקתו, ואף שלח איתות מפורש למחוקק לשקול את שינויו של החוק. הוא אמנם הרשיע את בוטל ברצח, שכן כך חייב אותו (לגישתו) הדין, אך לא הסתפק בהכרעה על פי הדין, ואף נתן ביטוי לתחושה כי ההרשעה ברצח אינה צודקת. כך, הצליח לדעת בית המשפט ליישם את החוק בצורה שאמורה לצרום ובה בעת, לא לפגוע במוסד השיפוט. במילים אחרות, בית המשפט בחר שלא להבליט את האבסורד שביישום מדוקדק של החוק, כפי שיכול היה לעשות אילו היה מתאר בהרחבה את ההתעללות שעברה בוטל ומצביע במפורש על הפער שבין הנסיבות לבין גבולות הדין. אולם, כאמור, בכך לדעתי ביקש בית המשפט להצביע על אי-הצדק שבחוק, מבלי לפגוע באמון שרווח לו הציבור. לכן במקום להמחיש את האבסורד על ידי מתן פרטים עובדתיים רבים שעשויים לצרום לציבור, נוצר האבסורד על ידי הפער הבולט שבין השפה המשפטית ה"רוזה" לבין הפנייה החריגה למחוקק. גם הכתיבה האנונימית של פסק הדין תרמה לכך, שכן היא מעוררת מיד תשומת לב לכך שמדובר בפרשה חריגה, ושהשמטת הפרטים אינה מלמדת דווקא על התעלמות מהם.

ואולם המחוקק לא הזדרז להרים את הכפפה, וכאמור, עברו כמעט עשרים שנה עד שנכללה בחקיקה הגנה מסוימת לאנשים במצבה של בוטל. ייתכן שאחד הטעמים לכך הוא שעקב הבלעת העובדות במקרה בוטל, רק מעטים עמדו על האבסורד שבגזירת מאסר עולם על בוטל, ועל חוסר שביעות הרצון של ההרכב מתוצאה זו. את החלל ניסה למלא היועץ המשפטי לממשלה, כאשר העמיד (למשל) את כרמלה בוחבוט לדין בגין הריגה ולא בגין רצח, ואף לא דרש עונש מחמיר<sup>96</sup>. פתרון זה אמנם לא השפיע ישירות על בוטל, בין משום שהוא לא חל רטרואקטיבית ובין בשל השוני בין המקרים, אך את חוסר הצדק הקונקרטי במקרה שלה ניתן היה לפתור לפני משורת הדין בעזרת סמכותו של נשיא המדינה לחון אותה או לקצוב את עונשה. בין שפתרון זה רצוי ובין שלא, דומה שלענייננו קיימת חשיבות לעובדה שפעולת בית המשפט לערעור החוק, בדומה למודל הדלזיאני, הייתה בסופו של דבר אפקטיבית.

96 השופט בך ציין במשפט כי 90% מכתב האישום מהווים נאום הגנה על בוחבוט ועל התנהגותה למופת כאם וכרעיה. ראו אזולאי, לעיל ה"ש 46, בעמ' 77, ה"ש 26.

## ה. סיכום

ברשימה זו נבחנו שלוש אפשרויות לגישור בין הדין לבין הצדק. הדרך הראשונה היא להותיר את הדין על כנו, אך לעשות צדק אינדיבידואלי לנאשם הקונקרטי שניצב בפני בית המשפט. עמדתי בהרחבה על הבעייתיות הנעוצה בגישה זו ועל הסכנה שהיא יוצרת, הן לאנשים אחרים במצבים דומים והן למשפט הפלילי.

שתי האפשרויות האחרות שהצגתי ביקשו לעשות צדק כולל, וליישב בין הדין לבין הצדק באופן לא פרטני. בהשראת התאוריה של הפילוסוף הצרפתי ז'יל דלוז, ובאמצעות שני פסקי דין של השופט מרים בן-פורת (אחד מהם בדעת יחיד), הצגתי שני מודלים שבכוחם לערער על הדין הבלתי צודק בצורה אפקטיבית: המודל הראשון עסק בשינוי הדין, ואילו השני ביישום קפדני שלו עד כדי אבסורד. מודלים אלה יכולים לפתור את הסתירה בין הדין לבין הצדק במסגרת עקרונית המשפט הפלילי.

עם זאת, כל אחד משני המודלים הללו מותיר בעייתיות שממשיכה להדהד. שינוי של הדין, מאפשר לבית המשפט לפעול בניגוד לחקיקה מפורשת של המחוקק, ובכך מאתגר את הרעיון של הפרדת רשויות. לדעתי, השימוש במודל זה ראוי כאשר ברור, שהחוק הקיים כבר אינו מתאים לרוח התקופה ולנורמות התקפות. אולם גישה זו מותירה שאלה לא פשוטה – האם באמת יכול בית המשפט לקבוע מהן הנורמות התקפות? האם ראוי להפקיד בידי הרכב שרירותי של בית המשפט את הסמכות להכריע מתי דברי המחוקק עומדים בניגוד להן?

המודל השלישי מציג בעייתיות מסוג אחר. מימוש החוק עד כדי אבסורד טומן בחובו שתי סכנות: הראשונה, היא הסכנה שבטווח הקצר ייעשה חוסר צדק עם הנאשמים הקונקרטיים שעניינם נדון. השנייה, היא החשש שפסק דין שמעיד על האבסורד הטמון בו עצמו יפגע בלגיטימיות של המערכת השיפוטית ובמעמדו של החוק.

שני פסקי הדין של השופטת בן-פורת, שבהם עסקה רשימה זו, שקלו ליישם בדרכים שונות כל אחד משלושת המודלים הללו. דוגמאות אלה ממחישות בצורה מעניינת את היתרונות והפוטנציאל של שלושת המודלים, אך גם את הבעייתיות והמגבלות הקיימות בכל אחד מהם.