

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי, צפויים שינויים בהמשך

”תני את בנך ונאכלנו היום”¹ / על לקרוא משפטים בתנ”ך מאת דפנה ברק-ארז

יורם רבין*

ספרה של השופטת פרופ' דפנה ברק-ארז "לקרוא משפטים בתנ"ך"² פונה אל התנ"ך כאל מקור השראה לחשיבה על המשפט. עיונה בתנ"ך, שנעשה מתוך חיבה עמוקה למקורות, אינו עיון דתי אלא היסטורי, ספרותי, מוסרי ומעל לכל, משפטי. בכתיבתה דולה ברק-ארז מן התנ"ך את מערכת הכללים והנורמות העולות מהפרשות התנכיות, לעיתים במפורש ולעיתים במשתמע, ומשווה אותה למערכת הכללים המודרניים, פעמים תוך קבלה ופעמים תוך ביקורת. ובלשונה: "הספר הוא אפוא הזמנה לחשוב מחדש על דילמות משפטיות, שעמדתו של הטקסט התנ"כי לגביהן מאירה את ההסדר המשפטי בן זממנו בעניינן ולהפך"³. עיסוקה של ברק-ארז בסיפורים התנכיים ובהיבטים המשפטיים שלהם, מדגיש שוב, ומזווית נוספת, את על הזמניות והרלוונטיות של סיפורים אלו גם לחיים במאה העשרים ואחת. בספר דיון בהיבטים המשפטיים של עשרות רבות של פרשיות וסיפורים, תוך מיונם לכמה תחומי משפט – סדרי שלטון; שפיטה ושופטים; זכויות אדם וצדק חברתי; דיני עונשין; משפט אזרחי; ודיני משפחה וירושה.

מתוך הים הגדול של הסיפורים התנכיים בהם דנה ברק-ארז אתמקד בקשר לפרשה אחת העוסקת בקניבליזם שנעשה בשל כורח של רעב. וזו לשון התנ"ך:

”ויהי אחר-כן ויקבץ בן-הדד מלך-ארם את-כל-מחנהו ויעל ויצר על-שמרון. ויהי רעב גדול בשמרון והנה צרים עליה עד היות ראש-חמור בשמונים כסף ורבע הקב דביונים בחמישה כסף. ויהי מלך ישראל עבר על-החמה ואשה צעקה אליו לאמר הושיעה אדני המלך. ויאמר אל-יושיעך יהוה מאין אושיעך המן-הגורן או מן-היקב. ויאמר לה המלך מה-לך ותאמר האשה הזאת אמרה אלי תני את-בנך ונאכלנו היום ואת-בני נאכל מחר. ונבשל את-בני ונאכלהו ואמר אליה ביום האחר תני את-בנך ונאכלהו ותחבא את-בנה. ויהי כשמע המלך את-דברי האשה ויקרא את-בגדיו והוא עבר על-החומה וירא העם והנה השק על בשרו מבית.”⁴

בקטע הקצר, המזעזע, מתוארת המלחמה בין ארם לישראל, שבה הטיל בן-הדד, מלך ארם, מצור קשה על שומרון. לפי המתואר, המצור הקשה גרם לרעב כבד בשטח הישראלי הנצור ומחירי המזון האמירו. המצב הנואש הביא לכך, שעצמים דחויים שאינם ראויים למאכל אדם נמכרו כמוצרי מזון יקרים. ראש חמור, שערכו הרגיל נמוך מאוד בשל כך שאינו כשר ובשרו גרוע נמכר בשמונים שקלי כסף, ואילו כמות של "רבע הקב"⁵ "דביונים" – צואת יונים בהתאם לתרגום השבעים – נמכר בחמישה שקלי כסף.⁶ בעת המצור סייר יהורם מלך ישראל על חומת העיר, ואשה אחת קראה לעזרתו – "הושיעה אדוני המלך!" המלך, אשר סבר כנראה כי האישה מבקשת

* פרופ' יורם רבין הוא נשיא המסלול האקדמי המכללה למינהל.

¹ מלכים ב', ו' 28.

² דפנה ברק-ארז לקרוא משפטים בתנ"ך – על צדק תנ"כי ומשפט ישראלי (2019).

³ שם, בעמ' 15.

⁴ מלכים ב', ו' 24-30.

⁵ מידת נפח שגודלה המדויק אינו ידוע.

⁶ פנינה גלפז-פלר ויולד – יחסי הורים וילדים בסיפור ובחוק המקראי 184 (2006).

מזון השיב לה, שאין בידו לסייע שכן מחסני התבואה ויקבי היין ריקים.⁷ אך האישה לא ביקשה אוכל אלא הלינה על דבר מה אחר. היא מספרת למלך שערכה הסכם עם אישה אחרת, שלפיו הן יאכלו את בנה של האישה ביום אחד ואת הבן של האישה האחרת למחרת. לאחר שרצחו, בישלו ואכלו את בנה של האישה, ולאחר שהגיעה תורה של האישה השנייה, הפרה האחרונה את ההסכמה האכזרית והחביאה את בנה. דברי האישה והלנתה על "הפרת החוזה" מחרידים את המלך ושוברים את ליבו. לאחר ששמע את הדברים קרע המלך את בגדי מלכותו, ואז ראו כולם כי תחתיהם עטה המלך שק של אבל.

בסיפור אין כל אזכור להליך משפטי בגין הרצח והקניבליזם מצד שתי הנשים ובוודאי שלא נערך דיון בהסכמה הלא-חוקית בין השתיים (דיון מתחום דיני החוזים). המשפט "נדחק" במקרה זה בשל המאורעות הקשים. עם זאת, הסיפור מהווה עבור ברק-ארז קרש קפיצה לדיון פלילי בנטילת חיים במצבי קיצון ובשאלה האם מצבים כאלו יכולים לבסס טענת הגנה של צורך. עיקר דיונה של ברק-ארז נוגע בפרשת *Dudley and Stephens* האנגלית שלגביה אבקש להרחיב.

פסק הדין הקלאסי בפרשה זו, שנדון באנגליה בשנת 1884, הינו אחד מפסקי הדין הנודעים ביותר בהקשר לסייג הצורך, וגם הוא עוסק בקניבליזם בשל רעב.⁸ הסיפור המרתק שמגולל פסק הדין מעורר סוגיות מעניינות וסבוכות מתחום הפילוסופיה של המוסר, אך גם מעורר את הדיון בשאלה של תחולת סייג הצורך במקרה של רצח.⁹ סיפור שהיה כך היה: בשנת 1884 הפליגו דאדלי, סטיבנס, ברוקס, ופארקר ביאכטה מאנגליה לאוסטרליה, במטרה להביאה לשם בעבור עורך-דין אוסטרלי שרכש אותה. דאדלי היה הקברניט, סטיבנס וברוקס – חברי צוות, ופארקר, כבן 17, היה נער הסיפון. במהלך ההפלגה נפגעה היאכטה ודאדלי הורה על נטישה מהירה לטובת סירת הצלה קטנה. זמן קצר לאחר מכן טבעה היאכטה. בסירה לא היו מים ומזון למעט כמה פחיות לפת. במהלך הימים שלאחר מכן אכלו אנשי הצוות את הלפת ושתו מעט מי גשם, שאותם התקשו מאוד לאסוף. ביום הרביעי תפסו צב ואכלו אותו ואת עצמותיו. ביום ה-18 לשהייתם על סירת הצלה, שבוע לאחר שאכלו בפעם האחרונה, החלו דאדלי וסטיבנס לשוחח עם ברוקס על האפשרות שפארקר, נער הסיפון, יוקרב לצורך הצלת היתר. ברוקס דחה את הרעיון. ביום ה-24 הציע דאדלי לסטיבנס וברוקס לערוך הגרלה לגבי זהות הקרבן, אך ברוקס סירב. דאדלי הציע שאם עד למחרת לא תגיע ספינה להצלתם, יהרגו את הנער כדי להציל את חיי היתר. למחרת, משלא הופיעה ספינה, הציע דאדלי לברוקס שיילך לישון, ורמו שבכוונתו להרוג את הנער. סטיבנס הסכים לביצוע ההריגה, אך ברוקס עמד עדיין בסירובו. דאדלי פנה אל הנער, שהיה חלש, רעב וחולה משתיית מי ים, אמר לו שהגיעה שעתו, הצמיד סכין לגרונו והרגו. שלושת הגברים הנותרים ניזונו מבשרו ומדמו של הנער משך ארבעה ימים עד אשר עברה במקום ספינה שהעלתה אותם לסיפונה. בשל המעשה של אכילת הנער ניצלו השלושה אך עם הגיעם לאנגליה הועמדו דאדלי וסטיבנס לדין באשמת רצח. השניים העלו טענת הגנה של צורך: במצב החירום שבו נמצאו היה מותר להם להרוג את חברם, שאם לא כן היו כולם מתים.

בית המשפט קבע מצע עובדתי אשר חידד את השאלות המשפטיות: נקבע, שאלמלא אכלו הגברים את גופת הנער, כנראה היו מתים מרעב בטרם ההצלה. כמו כן נקבע שסביר להניח שנער הסיפון היה מת ראשון, וכן שבעת

⁷ הביטוי "המן הגורן ומן היקב", היינו מחסני התבואה והיין, שמקורו בפרשה זו, הפך בעברית המודרנית לביטוי שלפיו אדם ממצא את כל האפשרויות העומדות בפניו, מכל הבא ליד. ראו למשל אצל עגנון: "מהיכן אקח לשלם, המן הגורן ומן היקב?" (ש"י עגנון "בנערינו ובזקנינו" מספר עמוד על כפות המנועול (הוצאת שוקן, 1998).

⁸ R. v. Dudley and Stephens, (1884) 14 Q.B.D. 273 (D.C.).

⁹ המאמר המפורסם ביותר שנכתב על פרשה זו הינו: Lon Fuller, *The Case of the Speluncean Explorers*, 62 HARV. L. REV. 616 (1949). המאמר מציג, מפי מספר שופטים, התייחסות של מגוון תורות משפט לסוגיה.

המעשה לא היה מפרש באופן או תחזית סבירה של ישועה. השופט Coleridge, שכתב את פסק הדין, עסק בשאלות שונות, לרבות בשאלה החשובה אם עמדה לנאשמים, בנסיבות המקרה, הגנת הצורך. השופט קבע כי, חרף הפיתוי הגדול לביצוע המעשה, לא ניתן להכיר בטענת הצורך בנסיבות העניין. Coleridge כתב על החובה למות במקרים המתאימים ועל חובתו של קברניט כלפי צוותו, והבהיר כי אין צורך מוחלט של אדם לשמור על חייו. הוא תהה מי מסוגל להיות השופט שישפוט "צורך" כזה. על פי איזה מדד יימדד הערך היחסי של חי אדם? במקרה דנן, נבחר למות החלש והצעיר ביותר. האם היה צורך רב יותר להרוג אותו מאשר את אחד המבוגרים? השופט השיב בשלילה, אך לא התעלם מכך שהפיתוי היה נוראי והסבל היה איום, ומכך שבנסיבות המקרה קשה היה לצפות מהמעורבים לשמור על שיקול דעת ישר ועל התנהגות טהורה. בסופו של דבר, הרשיע השופט את שני הנאשמים בעבירת הרצח, וגזר עליהם עונש של מיתה.¹⁰ נדמה כי הגנת הצורך בהקשר של רצח נדחתה בשל החשש שהכרה בהגנת הצורך במקרה כזה עלולה לפגוע קשות במוסר הציבורי. בכל זאת, ולמרות הדחייה המשפטית של טענת הצורך, המליץ בית הלורדים לפני המלכה ויקטוריה לחון את הנאשמים בשל נסיבותיו המיוחדות של המקרה, וכך עשתה המלכה. בפועל, עד שחרורם מכוח חנינה, הספיקו הנאשמים לרצות שישה חדשי מאסר.

שאלה היא כיצד היה על בית המשפט להכריע במקרה הדומה בנסיבותיו לזה המתואר בפסק הדין האנגלי, לו נדונה טענת הצורך של הנאשמים בהתאם לסעיף 34 לא לחוק העונשין הישראלי.¹¹ לדעתי, חרף הנסיבות הקשות מאוד של המקרה – צורך אמיתי הגובל בסכנת חיים – נראה כי, גם בהתאם לסעיף 34 לא לחוק הישראלי, ראוי היה לדחות את טענת הצורך. אמנם, אין חולק שאכילת נער הסיפון הייתה דרושה לצורך הצלת חייהם של אנשי הצוות האחרים, ואולם בחירתו של נער הסיפון, הצעיר, הזוטר והחלש מבין השלושה, לא הייתה האפשרות היחידה. השאלה שהעלה השופט האנגלי לגבי זהותו של הקרבן הייתה ראויה. ניתן היה, לדוגמה, לערוך הגרלה כדי לבחור את הקרבן.¹² קיומה של דרך זו – שהינה מוסרית יותר – מאפשרת לקבוע כי לא התקיים היסוד "שהיה דרוש", שהינו רכיב של נחיצות, הכולל היבט איכותי, של היעדר חלופה למניעת הפגיעה. כמו-כן לא התקיים היסוד "ולא הייתה דרך אחרת אלא לעשותו". ניתן לומר – תוך יציקת תוכן ערכי ליסודות אלה שבסעיף – כי קיומה של חלופה אמור להיבחן על רקע קיומה של חלופה מוסרית יותר, גם אם זו גורמת נזק פיסי זהה – מוות של אדם. עוד יש לציין את העובדה החשובה כי דאדלי, אשר תכנן את מעשה הרצח וביצע אותו, היה הקברניט של כלי השיט. עובדה זו חשובה לעניין סעיף 34 לחוק, אשר לפיו לא תעמוד לקברניט הגנת הצורך אם הייתה מוטלת עליו חובה מכוח תפקידו לעמוד בסכנה או באיום – חובה אשר נובעת, בין השאר,¹³ מהאחריות שיש לקפטן כלפי אנשי צוותו וכלפי האנשים אשר הוא אחראי לשלומם.¹⁴

¹⁰ על פי המשפט הפלילי האנגלי של אותם ימים, שופט שמצא אדם אשם ברצח היה חייב לגזור עליו עונש מוות.

¹¹ סעיף 34 לא לחוק העונשין, התשל"ז-1977 קובע כך: "לא יישא אדם באחריות פלילית למעשה שהיה דרוש באופן מיידי להצלת חייו, חירותו, גופו או רכושו, שלו או של זולתו, מסכנה מוחשית של פגיעה חמורה הנובעת ממצב דברים נתון בשעת המעשה, ולא היתה לו דרך אחרת אלא לעשותו."

¹² בית הלורדים, בעניין *Dudley and Stephens*, דחה את הרעיון של הטלת הגורל ככזו העשויה להכשיר את המעשה. עם זאת, ההגדרה ככלי העשוי להכשיר את המעשה אושרה בפסק דין אמריקני, שדן במקרה שבו אנשי צוות הורידו בכוח כמה נוסעים מסירת הצלה בשל עומס-יתר שסיכן את חייהם של שאר הנוסעים. בית המשפט הרשיע את אנשי הצוות בהריגה, לאחר שקבע כי, מבחינה עקרונית, היה מותר להוריד נוסעים מן הסירה במצב זה, אך אנשי הצוות של הספינה היו חייבים להעדיף את חיי הנוסעים על פני חייהם של אנשי הסגל, והם לא עשו כן במקרה ההוא. בית המשפט המליץ, בנסיבות העניין, על הטלת גורל כדי לבחור מי מבין אנשי הצוות יורד מן הסירה. ראו *U.S. v. Holmes*, 26 F. Cas. 360 (C.C.E.D. Pa, 1842).

¹³ ראו, לדוגמה, את חובתו של הקברניט להושיט עזרה לכל אדם שנמצא בים ונתון לסכנת מוות, הקבועה בסעיף 39 לחוק הספנות (ימאים), התשל"ג-1973.

¹⁴ והשוו לחובה המוגברת שהוטלה על אנשי הצוות בעניין *Holmes*, לעיל ה"ש 12.

דעה מקובלת היא כי פסק הדין בעניין *Dudley and Stephens* ביטא את ההלכה שנהגה במשך שנים רבות באנגליה, שלפיה יש לדחות דחייה מוחלטת את הרעיון שמותר להרוג אדם חף מפשע כדי שלא ימותו אחרים עימו.¹⁵ ואכן, פסק דין זה המשיך להוות תקדים, והכלל – שאין סייג הצורך יכול להוות הגנה לעבירה של רצח – יושם גם בשנת 1987 על ידי בית הלורדים בפסק הדין בעניין *Howe*.¹⁶ אולם, ההלכה הבלתי מתפשרת צומצמה, כך נראה, בשנת 2001 בפסק הדין בעניין **התאומות הסיאמיים**.¹⁷ במקרה זה, דובר על זוג של תאומות סיאמיים – מרי וג'ודי – שהיו מחוברות זו לזו בחלק התחתון של הבטן. לכל אחת מהשתיים היו מוח, לב, ריאות וגפיים משלה וכן האיברים הפנימיים החיוניים. אולם, הלב והריאות של האחת (ג'ודי) היו בריאים ומפותחים כראוי, ואילו הלב והריאות של השנייה (מרי) היו חלשים מכדי לספק לה חמצן כנדרש להחזיקה בחיים. לפי הערכת המומחים, אילו נולדה מרי לבדה היא לא הייתה שורדת והייתה נפטרת מיד לאחר הלידה. למעשה, היא חיה אך ורק בזכות העורק המשותף שלה עם ג'ודי אשר סיפק לה דם מלב אחותה. רוב המומחים אף העריכו כי ללא ניתוח שיפריד בין השתיים, תמותנה שתי התאומות בתוך כמה חודשים. ג'ודי תמות מאחר שליבה לא יוכל לשאת במאמץ של אספקת דם לשתי תינוקות מתפתחות, ואילו מרי תמות מאחר שאינה בעלת יכולת פיסית, כאמור, לשרוד בכוחות עצמה. אולם, כפי שהתברר מחוות הדעת הרפואיות, ניתוח ההפרדה כרוך בחיתוך העורק המזרים את הדם מג'ודי למרי. לכן, התוצאה הבלתי נמנעת של ההפרדה תהיה מותה של מרי דקות ספורות לאחר כריתת העורק המשותף. תוצאתו של ניתוח הפרדה הייתה על כן אחת: על הרופאים לנתח את השתיים, להרוג את מרי, כדי לנסות להציל את ג'ודי. ההורים של שתי התאומות התנגדו לניתוח מטעמי דת, ולכן ביקשו הרופאים אישור מבית המשפט לבצעו. בית המשפט האנגלי נתן את הצו המבוקש שאפשר לרופאים לבצע את ניתוח ההפרדה, שבעקבותיו שרדה ג'ודי ומרי מצאה את מותה. פסק הדין אינו פסק דין פלילי, אך אחד משלושת שופטי ההרכב, הלורד Brooke, סמך את חוות דעתו על סייג הצורך, שהרי העובדה שהמניע של הרופאים שביצעו את הניתוח היה טובתה של ג'ודי (חיתוך העורק המשותף שהרג את מרי) אינה פוטרת אותם מאחריות פלילית ללא דיון אמיתי בסייג הצורך.¹⁸ בית המשפט קבע כי כל תאומה היא אדם לכל דבר, ועל-כן זכאית להגנתו של המשפט הפלילי. נפקות חוות דעתו של הלורד Brooke הינה כי גרימת מוות במטרה להציל חיים של אדם אחר מעניקה לרופאים – אשר קיבלו את ההחלטה מתוך אמונה שהם פועלים ממניעים מוסריים לחלוטין – את הגנת הצורך.¹⁹ לדעתו של Brooke, בבסיס פסק הדין של בית הלורדים בעניין *Dudley and Stephens* עמד החשש שמא אנשים עלולים לתת היתר לעצמם ליצור חריגים לעבירת הרצח. העובדות המיוחדות של פסק הדין בעניין

¹⁵ ראו אהרן אנקר **עיקרים במשפט הפלילי העברי** 392 (2007). סינקלר ציין כי המשפט האנגלי הכיר בהגנת הצורך בעת גרימה ישירה למותו של אדם חף מפשע על ידי אדם אחר הפועל למען הצלת חייו או חיי אחרים. אולם, לאחר מלחמת האזרחים האנגלית ועליית הפרוטסטנטים האדוקים לשלטון שבאה בעקבותיה, נשמטה הגנה זו מספרי המשפט המקובל ונקבע שאסור לאדם לשרוד על חשבון חיי אחר החף מפשע, אלא עליו לקבל את מותו ולא להרוג את האחר כדי להציל את חייו. על כך ראו דניאל סינקלר "דוחין נפש מפני נפש: היבטים משפטיים והלכתיים בסוגיית הפרדת תאומים סיאמיים" **המשפט** ז' 133, 142 (2002).

¹⁶ R. v. Howe, [1987] 1 A. C. 417. בפסק הדין הובעה הדעה כי הפתרון נובע מהעיקרון בדבר קדושת חיי האדם, וכל הקלה ברצח והריגה עלולה לפגוע בערך חברתי בסיסי זה. גם במקרה זה, נקבע כי במקרים בעייתיים יש לפנות לפתרון החוץ-משפטי של חנינה. ראו סינקלר, שם, בעמ' 143.

¹⁷ Re A (Children), [2001] 2 W.L.R. 480.

¹⁸ שופט אחר בהרכב ראה במקרה סוג של הגנה עצמית. לדעתו, האחיות החלשה, מרי, הורגת את ג'ודי החזקה. היא משתמשת בריאות ובלב של אחותה החזקה כדי לקבל דם וחמצן. עם הזמן יגרום הדבר למותה של החזקה, ומותר אפוא לבצע את הניתוח כדי להציל את חייה.

¹⁹ ראו דיון אצל סינקלר, לעיל ה"ש 15, בעמ' 141 ואילך.

התאומות הסיאמיות אינן מעוררות חשש דומה, ולכן לא הייתה מניעה מלהכיר בעובדות שבבסיס הפסק כמקימות הגנת צורך.²⁰

ובחזרה לפרשת *Dudley and Stephens* ופרשת נשות שומרון. ברק-ארז ציינה נכון בספרה, כי החנינה שקיבלו דדלי וסטיבן מהמלכה, בשל הנסיבות המיוחדות של המקרה, מרמזת על קוצר ידו של המשפט במצבי קיצון,²¹ או ב"מצב הטבע" במונחי הוגי האמנה החברתית. במצב זה גם המלך יהורם אינו יכול לפעול כשופט בשומעו את האישה שפנתה אליו; כל שנותר לו לעשות הוא לקרוע את בגדיו.

אני מודה לפרופ' ברק-ארז שספרה החזיר אותי לחשוב שוב על פרשה זו, ורבות אחרות. אני משוכנע כי כל המעיין בספר וחושב ולו על מקצת משפע הסיפורים הרוחשים בין דפיו, יחלוק עמי הרגשה זו.

²⁰ בדרך למסקנה זו הצביע השופט Brooke על כמה הצעות של ה-Law Commission להכיר בסייג הצורך במשפט המקובל גם במקרים של הריגת אדם. המקרה העיקרי שציטט בית המשפט התייחס למקרה של מעבורת שטבעה בים הצפוני ב-1987. באותו מקרה, הצליחו כמה נוסעים לשרוד במים הקרים של הים הצפוני וחיכו לעלות בסולם כדי להגיע למקום בטוח. אלא שדרכם נחסמה על ידי צעיר אחד, אשר עמד על הסולם משותק מקור ומפחד ללא יכולת לזוז. לבסוף, נדחף הצעיר לים על ידי אחד הנוסעים האחרים. הצעיר שנפל לים טבע ומת. הקבוצה ניצלה הודות למעשה זה של דחיפת הצעיר, שכן שהייה נוספת של הנוסעים האחרים במים הקפואים סיכנה את חייהם. שני נימוקים ניתנו כדי להבחין בין מקרה זה לבין עניין *Dudley and Stephens*. האחד, במקרה זה, הייתה סיבה לגרום למותו של צעיר זה ולא של אדם אחר מהקבוצה; השני, ללא שהתכוון לכך, היווה הצעיר שזרק למים איום ישיר על הקבוצה כולה. לאור כך, הובעה הדעה כי במקרה זה ראוי היה ליישם את סייג הצורך לטובת האדם שדחף את הצעיר למים וגרם למותו. ראו עניין **התאומות הסיאמיות**, לעיל ה"ש 17, בעמ' 562.

²¹ ברק-ארז, לעיל ה"ש 2, בעמ' 175.