

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

החוק יורד על ברכיו, המשפט מרים ידיים: כיצד הוצאה להורג הופכת, לכל היותר, להמתה בקלות דעת

אסף הרדוף*

תקציר

בבוקר 30.11.2023 שני מחבלים רצחו שלושה ישראלים בירושלים. דיווחים ראשוניים העלו שלאזור חתרו באומץ אזרח וחיילי מילואים וקטלו את המחבלים; אלא שלאחר "ירי דו־צדדי" או "ירי בשוגג", האזרח מת מירי חיילינו. בהמשך הבוקר פורסם ריאיון רדיו עם אחד מהחיילים, שאמר שכל חיילי צה"ל מתים לעשות "איקס" (= קטילת מחבל) והשיב בחיוב לשאלה אם עשו וידוא הריגה. עוד דווח שהמשטרה אינה מתכוונת לחקור את האירוע.

במהרה הופץ בתקשורת סרטון שבו נראה סיום האירוע. החלו לזרום פרטים, תחילה על האזרח שנורה למוות, יובל קסטלמן, שעצר את המחבלים ואז הבין שהחיילים חושדים שהוא עצמו מחבל. לפי הסרטון והדיווחים, קסטלמן עשה כל שביכולתו להסרת החשד שהוא מסוכן: ירד על ברכיו, זרק את האקדח, הרים את חולצתו, הוציא תעודת זהות, הרים ידיו וזעק שהוא ישראלי. כל זאת – ללא הועיל. לפי החשד, החייל ירה בו בעודו על ברכיו, פגע בלסתו באופן ששלל את יכולתו לדבר ופצעו באופן אנוש. קסטלמן מת מפצעיו תוך זמן קצר.

בחלוף ימים המשטרה הצבאית עצרה את החייל לחקירה. התביעה הצבאית ביקשה מבית הדין הצבאי להאריך את מעצרו ביומיים בחשד להמתה בקלות דעת לפי סעיף 301ג לחוק העונשין. המאמר יצא מפרשה זו כדי לבחון באופן ביקורתי הווייה אנושית של ירי מקרוב לעבר ראשו של אדם שנכנע. המאמר יטען כי בין במסגרת מלחמה ובין שלא, לא ניתן לכנות הווייה כזו "המתה בקלות דעת", וכי לא ראוי לעשות כן. במובן דוקטרינרי, מבחינת יסודות העבירה ירי בראש נכנע אינו יכול להיחשב "המתה בקלות דעת", בשום תרחיש; תחת הדין הנוכחי, לכל הפחות מדובר ב"רצח". הסייג הפסיקתי המכונה "הגנה עצמית מדומה", אם יחול, אומנם עשוי לחלץ את היורה מאחריות לחלוטין; אך בשום אופן אינו יכול להציבו באחריות ביניים, המתה בקלות דעת. מבחינה נורמטיבית המאמר יטען כי ירי בראש נכנע ראוי להשתקף בעבירת המתה ברף המרבי, בניגוד למה שחוק העונשין עושה במפורש או בכלל, וניתן לתיאור בכותרת "הוצאה להורג". המאמר ישער כי הרשויות בהקשרנו פנו להמתה בקלות דעת כבחירה לא נוחה בין קצוות מאוד לא נוחים. המאמר מסיים בהדגשה שהמלחמה אינה משנה את דיני העונשין, אך כן משנה דבר חשוב בהרבה: המוטיבציה של הרשויות לאכוף את הדין.

מבוא

ביום 7.10.2023 פתח חמאס במתקפת טרור יוצאת דופן באכזריותה כנגד ישראל, מעבר לתחזית ודמיון של רבים: טבח אזרחים שיטתי והמוני בבתיהם, במסיבה, בכבישים ובשדות, פגיעות מיניות, הצתות בתים ומכוניות, שוד, הטלות מום והוצאות להורג. מדינת ישראל הגיבה בהכרזה על מלחמת חרבות ברזל, שסיומה רחוק מהאופק גם בעת כתיבת שורות אלו. צה"ל פעל בכוחות רבים בזירות קשות ומגוונות, ובראשן חבל עזה.

* דוקטור, מרצה בכיר, המכללה האקדמית צפת; יוצר ומנהל הערוץ "משפטים בקטנה" ביוטיוב; לשעבר תובע וסגור בפרקליטות הצבאית. האחריות לכל טעות שנפלה במסגרת המאמר – עליי בלבד. תודה לחבריי שי אוצרי ואלקנה לייסט על שיח בנושא הפרשה. תודה גדולה למערכת המשפט ולקוראת החיצונית על הערות והצעות מצוינות. המאמר מוקדש בלב חם ושבור לזכרו של יובל קסטלמן, שלא זכיתי לפגוש או להכיר, ולכבוד משפחתו ואוהביו. לתגובות: asafhardoof@gmail.com

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

הטרור לא חדל: ירי מרגמות, רקטות וטילים ומתקפות חמושים כלפי מוקדים אזרחיים. בבוקר 30.11.2023 שני מחבלים רצחו שלושה ישראלים בירושלים. דיווחים ראשוניים העלו שלאזור חתרו באומץ אזרח וחיילי מילואים וקטלו את המחבלים; אלא שלאחר "ירי דו־צדדי" או "ירי בשוגג", האזרח מת מירי חיילינו. בהמשך הבוקר פורסם ריאיון רדיו עם אחד מהחיילים, פריגיה, שאמר שכל חיילי צה"ל מתים לעשות "איִקס" (= קטילת מחבל) והשיב בחיוב לשאלה אם עשו וידוא הריגה.¹ עוד דווח שהמשטרה אינה מתכוונת לחקור את האירוע.²

במהרה הופץ בתקשורת סרטון שבו נראה סיום האירוע. החלו לזרום פרטים, תחילה על האזרח שנורה למוות, יובל קסטלמן, שעצר את המחבלים ואז הבין שהחיילים חושדים שהוא עצמו מחבל. לפי הסרטון והדיווחים, יובל עשה כל שביכולתו להסרת החשד שהוא מסוכן: ירד על ברכיו, זרק את האקדח, הרים את חולצתו, הוציא תעודת זהות, הרים ידיו וזעק שהוא ישראלי. כל זאת – ללא הועיל. לפי החשד, פריגיה ירה בו בעודו על ברכיו, פגע בלסתו באופן ששלל את יכולתו לדבר ופצעו באופן אנוש. יובל מת מפצעיו תוך זמן קצר.³

בחלוף ימים המשטרה הצבאית עצרה את פריגיה לחקירה. התביעה הצבאית ביקשה מבית הדין הצבאי להאריך את מעצרו ביומיים בחשד להמתה בקלות דעת לפי סעיף 301ג לחוק העונשין.⁴ בהחלטה בת שלושה עמודים כתב השופט שמחומר הראיות עולה שהחשוד טעה טעות כנה שמדובר במחבל, ייתכן שטעות סבירה; אולם אפילו דובר במחבל, "החשוד ביצע ירי שלא כדין, לא מתוך צורך מבצעי אלא מתוך קלות דעת ביחס לאפשרות מותו של מי שכבר אין נשקפת ממנו סכנה". השופט לא ראה מסוכנות בחשוד, הסתפק בהארכת מעצר של יום אחד לצורכי חקירה וסיים בהבעת תנחומים למשפחת קסטלמן.⁵ למוחרת ביקשה התביעה הצבאית להאריך את מעצרו של החשוד ביומיים נוספים. השופט שב וכתב שקיימות ראיות ל"ירי שלא כדין" בסיום האירוע. הוא ציין שאין לבצע ירי לעבר מי שאינו מסוכן עוד ושהרמת ידיים היא סימן מקובל להצהרה שלא נשקפת סכנה, אך מייד הדגיש, בלי פירוט או סימוכין, כי "כבר היו מקרים מעולם" בהם אדם הרים ידיו ולאחר מכן ניסה לסכן אחרים. במקרה דנן קיים יסוד סביר לחשד שהירי "בוצע מתוך קלות דעת לאפשרות שהירי אינו נדרש, שכן לא נשקפת סכנה מהמנוח". לבסוף הוא הורה על שחרור החשוד למעצר בית.⁶ בחלוף שבוע ביקשה התביעה להאריך את מעצר הבית להשלמות חקירה בחשד להמתה בקלות דעת ולעבירת התנהגות שאינה הולמת לפי סעיף 130 לחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו–1955 (להלן: החש"ץ). מעצר הבית הוארך בשבוע,⁷ ואז הודיעה התביעה שלא תבקש עוד הארכת מעצר ותסתפק באיסור לשאת נשק, הפקדת דרכון והפקדת ערובה כספית.⁸ מאז חלפו חודשים רבים, אך נכון לאוגוסט 2024 הפרקליטות הצבאית טרם קיבלה הכרעה בתיק.⁹

¹ עכשיו 14 (@Now14Israel) טוויטר X (10: 20, 30.11.2023) twitter.com/Now14Israel/status/1730320912870724091

² יובל יועז "המשטרה החליטה לטיח גם את מחדליה בחקירת פרשת הריגת יובל קסטלמן" **זמן ישראל** (11.12.2023) www.zman.co.il/446605/popup

³ Daniel amram live (@danielamram2) "יובל קסטלמן כל מה שקרה שם מהתחלה ועד הסוף **יוטיוב** (3.12.2023) <https://www.youtube.com/watch?v=km0vyrkbQVI>; יואב זיתון "גם אם קסטלמן היה מחבל – הירי לא היה מוצדק": הפער בין הירויות של סמ"ר במילי אביעד פריגיה, וההחלטה לשחררו הערב" **Ynet** (5.12.2023) www.ynet.co.il/news/article/by2lucib6

⁴ חוק העונשין, התשל"ז–1977.

⁵ מ' 128/23 (דרום) **התובע הצבאי נ' פריגיה** (4.12.2023).

⁶ מ' 128/23 (דרום) **התובע הצבאי נ' פריגיה** (5.12.2023).

⁷ מ' 128/23 (דרום) **התובע הצבאי נ' פריגיה** (12.12.2023). עבירת ההתנהגות שאינה הולמת מיוחסת כסטנדרט לנאשם בדרגת סמל ומעלה בגין כמעט כל עבירה עצמאית בה נאשם, כתוספת תביעתית לניפוח כתב האישום.

⁸ מ' 128/23 (דרום) **התובע הצבאי נ' פריגיה** (2.1.2024).

⁹ בחודשים הראשונים של 2024 עלו תהיות קשות באשר לטיפול המשטרה בפרשה, עד כדי עירוב המחלקה לחקירות שוטרים. זו בדקה והחליטה לא לחקור את המשטרה, בטענה שהמשטרה "טעתה בתום לבי". לירן תמרי "המשטרה טעתה בתום לבי: מח"ש לא תחקור את פרשת יובל קסטלמן" **Ynet** (10.4.2024) www.ynet.co.il/news/article/r1vz2gvgr

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

אף שמעתה אשען על חלקי סיפור מדווחים כבסיס עובדתי היפותטי לדיון משפטי, מאמרי לא יתמקד בתיק, שטרם נשפך אור ממשי על עובדותיו. המאמר יבחן באופן ביקורתי הווייה אנושית של ירי מקרוב לעבר ראשו של אדם שנכנע (להלן: ירי בראש נכנע); אטען כי בין במסגרת מלחמה ובין שלא, לא ניתן לכנותה "המתה בקלות דעת" וכי לא ראוי לעשות כן. במובן דוקטרינרי, מבחינת יסודות העבירה ירי בראש נכנע אינו יכול להיחשב "המתה בקלות דעת", בשום תרחיש; תחת הדין הנוכחי, לכל הפחות מדובר ב"רצח". הסייג הפסיקתי המכונה "הגנה עצמית מדומה", אם יחול, אומנם עשוי לחלץ את היורה מאחריות לחלוטין; אך בשום אופן אינו יכול להציבו באחריות ביניים, המתה בקלות דעת. מבחינה נורמטיבית אטען כי ירי בראש נכנע ראוי להשתקף בעבירת המתה ברף המרבי, בניגוד למה שחוק העונשין עושה במפורש או בכלל, וניתן לתיאור בכותרת "הוצאה להורג". אשער כי הרשויות בהקשרנו פנו להמתה בקלות דעת כבחירה לא נוחה בין קצוות מאוד לא נוחים.

המאמר יכלול שישה פרקים קצרים, אשר ישלבו בין הצגת הדין המהותי לבין דיון בירי בראש נכנע. ארבעת הראשונים יבססו את הטענה הדוקטרינרית; החמישי יבסס את הטענה הנורמטיבית; והשישי ישער מדוע למרות האמור הרשויות פנו לכיוון של המתה בקלות דעת. **פרק א** יסקור את עבירות ההמתה ויזכיר את תפקידם הכללי של יסודות העבירה כמסננת נורמטיבית. **פרק ב** ידון ביסוד העובדתי הסדרתי בעבירות ההמתה, יזכיר את רוחבו ועמימותו ויציין כי ירי קטלני בראש נכנע עונה עליו בבירור. **פרק ג** יסביר שגסותן העובדתית של עבירות ההמתה מחייבת כלים לחידוד, אם אומנם אנו מעוניינים בתוצר משפטי חד: יסוד נפשי מזה, וסייגים מזה. הפרק יזכיר מושכלות יסוד כלליות בנושא היסוד הנפשי; יכתוב שכלי זה אינו מחדד מאוד את עבירות ההמתה, אלא אך מחלק תוצר גס קיצוני לקטגוריות גסות למדי; ויסביר מדוע ירי בראש נכנע אינו יכול להוות "המתה בקלות דעת", אלא מהווה לכל הפחות "רצח". **פרק ד** ידון בסייגים ויבאר שבאופן כללי נחיצותו של רעיון הסייגים נובעת מהכללה גסה כלשהי של המשפט הפלילי המהותי, ובענייננו גסותן של עבירות ההמתה. אסביר בקצרה שסייג הצידוק אינו מתאים, בהיעדר הסמכה לפעולה. אסביר בהרחבה שהגנה עצמית מתאימה ברגיל להשיק לעבירות המתה ברף גבוה, ובהתאם עשויה לשמש ככלי חילוץ מלא אפילו לעבירת הרצח; ושסייג ההגנה העצמית המדומה, יציר הפסיקה, מחייב מודעות, וחיבורו לעבירות ההמתה הולך ומתחזק ככל שעולים בסולם החומרה שלהן. סייג פיקטיבי זה עשוי לשמש ככלי חילוץ מלא או חלקי, ועשוי שלא, אך בכל אופן אינו יכול להוביל לאחריות בגין המתה בקלות דעת באשר לירי בראש נכנע. **פרק ה** יגרוס כי מבחינה נורמטיבית ירי בראשו של נכנע ראוי להיחשב כעבירת המתה ברף העליון, נוכח פגיעה חסרת אמון בחסר אונים, באטימות רגשית ובאפס חמלה. **פרק ו** ישער כי למרות כל זאת, רשויות האכיפה בענייננו פנו לכיוון ההמתה בקלות דעת כפשרה בין קצה שברור להן שאינו מתקיים מבחינה עובדתית, לבין קצה שאינו נוח להן מבחינה ציבורית. אולם בחירה זו אינה אפשרית מבחינה דוקטרינרית ואינה ראויה מבחינה נורמטיבית. לבסוף אסכם ואטעים את השחיקה במשפט ובערכיו בעת מלחמה.

א. עבירות ההמתה, יסודות העבירה ותפקידם

עבירות ההמתה נושאות ייחוד משפטי וחברתי מבחינת חומרתן והסטיגמה הציבורית שהן נושאות, ויותר מכולן עבירת הרצח (עד 2019, המדרגה העליונה),¹⁰ עבירה גלובלית המשקפת תפיסת אנטי-חברתיות

¹⁰ ע"פ 6026/11 טמטאווי נ' מדינת ישראל, פס' 42, 62, 66, 81 לפסק הדין של השופטת ברק-אריז (נבו 2015.8.24).

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

מיוחדת.¹¹ לאחר קריאות חוזרות של בית המשפט העליון לרפורמה,¹² ושמונה שנים לאחר הגשת דו"ח צוות קרמניצר,¹³ התקבלה בכנסת הרפורמה בעבירות ההמתה החמורות בשנת 2019,¹⁴ תיקון 137.¹⁵ קצרה היריעה מלהציג תיאור מפורט שלה.¹⁶ עבירת ההריגה בוטלה,¹⁷ ועבירת הרצח שונתה,¹⁸ כאשר לאחר הרפורמה קיימות בחוק העונשין חמש עבירות המתה עיקריות. החמורה שבהן, רצח בנסיבות מחמירות, דינה ככלל מאסר עולם חובה, מהלך חריג בישראל, בה נדיר אפילו עונש מזערי כלשהו;¹⁹ דינה של עבירת הרצח מאסר עולם, כאשר ניתן להטיל בגינה מאסר לתקופה בלתי קצובה או לתקופה שלא תעלה על שלושים שנה;²⁰ המתה בנסיבות של אחריות מופחתת היא רצח או רצח בנסיבות מחמירות, בנסיבות המובילות לפיחות בתווית ובעונש, ל־20 או 15 שנה; המתה בקלות דעת דינה 12 שנות מאסר; והעבירה שלא השתנתה כלל, גרימת מוות ברשלנות, דינה 3 שנות מאסר.

עבירות ההמתה, ככל עבירה, מורכבות מיסודות. כל יסוד ואף כל רכיב בתוכו הם מסננת דוקטרינרית בעלת תפקיד נורמטיבי מכריע: להבחין בין האסור לבין המותר, בין הפלילי לבין החירות, ובמקרים מעטים יותר בין החמור לבין הקל.²¹ באמצעות שילוב מסננות מעביר המחוקק מסרים חשובים בדבר האסור והפלילי. גם הנגזרת מכך חשובה ביותר: החירות האנושית, חירות הפעולה, האוטונומיה והבחירה. במובן ציורי, כל עבירה משרטטת שטח הווייתו אנושי מופלל באמצעות הצטברות של יסודות ורכיבים; כל הווייה אנושית שמחוץ לגבולותיה – מותרת מבחינתה. הואיל והשטח המופלל תלוי ניסוח, חשיבות הניסוח מכרעת. ניסוח מוצלח אינו מופשט מדי: קונקרטיזציה מינימלית הכרחית כדי שאפשר יהיה להבין מה קובע האיסור, ולא להזדקק לפרשנות מורכבת. בד בבד, ניסוח מוצלח אינו קונקרטי מדי, משום שנדרשת הפשטה והכללה מינימלית כדי שהעבירה תוכל להשיג את מטרתה ולכלול סוגים שונים של הווייה אנושית פוגענית. מלאכת החקיקה קשה ומורכבת ביותר: על העבירה לכסות במדויק את מלוא ההווייה האנושית שראויה לכיסוי, ולא שום הווייה אנושית אחרת. כיסוי רחב מדי, הבולע גם הווייה אנושית שאיננו מעוניינים להפליל, פירושו הפללת יתר, ואילו כיסוי צר מדי, המותיר מחוץ לעבירה הווייה אנושית שאנו מעוניינים להפליל, פירושו הפללת חסר.²² הרמוניה מלאה בין משמעותו הלשונית המקובלת של איסור לבין תכליתו היא האידיאל; אך זו קשה ביותר להשגה, אולי בלתי אפשרית, נוכח מוגבלות השפה ונוכח חוסר יכולתנו לדייק בניסוח התכלית, או אפילו לנסות להמשיגה מעבר לאמירה אינטואיטיבית סתמית.²³

ב. היסוד העובדתי ועבירות ההמתה

H. L. A. Hart, *Prolegomenon to the Principles of Punishment*, in PUNISHMENT AND RESPONSIBILITY: ESSAYS IN THE PHILOSOPHY OF LAW 1, 8 (2nd ed. 2008).

¹² ד"פ 1042/04 ביטון נ' מדינת ישראל, פ"ד סא(3) 646 (2006); עניין מטטאווי, לעיל ה"ש 10.

¹³ הצוות לבחינת יסודות עבירות ההמתה דין-וחשבון (2011).

¹⁴ חוק העונשין (תיקון מס' 137), התשע"ט–2019, ס"ח 230.

¹⁵ הצעת חוק העונשין (תיקון מס' 124) (עבירות המתה), התשע"ו–2015, ה"ח הממשלה 166 (להלן: ה"ח הממשלה 166).

¹⁶ מרדכי קרמניצר וחאלד גנאים *הרפורמה בעבירות ההמתה (2019) לאור עקרונות היסוד של המשפט ומחקר היסטורי והשוואתי* (2020) (להלן: קרמניצר וגנאים *הרפורמה בעבירות ההמתה*).

¹⁷ ס' 298 לחוק העונשין.

¹⁸ ס' 300 לחוק העונשין.

¹⁹ ס' 373(ב) לחוק העונשין קובע שהוצאת קטין או אדם בלתי שפוי ממשמורת כדי לרצוח או להעמיד בסכנת רצח "דינו מאסר עולם ועונש זה בלבד". סעיפים 97–99 לחוק העונשין, "פגיעה בריבונות המדינה או בשלמותה", "גרם למלחמה", ו"סיוע למלחמה", בהתאמה, מטילים עונשי מאסר שמתאפיינים במיתה ומאסר עולם; בפועל התביעה אינה עותרת לעונש מוות, ואפילו מאסר עולם אינו מוטל בגין עבירות אלו. אפילו גינוי ציבורי יוצא דופן הוביל "רק" ל־18 שנות מאסר על ועונו: ע"פ 172/88 ועונו נ' מדינת ישראל, פ"ד מד(3) 265 (1990).

²⁰ לשיקול הדעת השיפוטי בעבירה זו: ע"פ 3223/21 מדינת ישראל נ' שפק (נבו 2.3.2022).

²¹ אסף הרדוף *אשמים: טרילוגיה של משפט פלילי – כרך א: דיני עונשין* שער ד (עתיד להתפרסם, 2025) (להלן: הרדוף *אשמים*).

²² אסף הרדוף "דיני העונשין גולשים באינטרנט: היסוד הפיזי הווירטואלי" *הפרקליט* נב 67, 71 (2013).

²³ אסף הרדוף "שיעור מהדוד סם: משפט פונקציונלי, אנלוגיה מפלילה ועקרון יסוד מוכה" *משפטים על אתר* יז 17, 34 (2021) (להלן: הרדוף "שיעור מהדוד סם"); אסף הרדוף "פרשנות תכליתית או מצמצמת, או שמא תכליתית ומצמצמת? סעיף 34כא לחוק העונשין ועמיתות של הלשון, התכלית והפגיעה" *ספר אשר גרוניס* 779, 806–811 (קרן אזולאי ואח' עורכים 2022).

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

מבין שני סוגי היסודות בדיני העונשין, היסוד העובדתי עוסק בתיאור מערך העובדות שצריכות להתקיים במצטבר, בתור המסננת העיקרית של המשפט הפלילי המהותי. כעולה מסעיף 18(א) לחוק העונשין, מקובל לתאר את היסוד העובדתי ככולל שלושה סוגי רכיבים: "התנהגות", "נסיבה" ו"תוצאה". הראשון מכוון לפועל שהנאשם חייב לבצע, בניגוד לסטטוס גרידא; השני מוסיף פרטים הכרחיים כדי לייצר קונקרטיזציה מינימלית לתרחיש, באמצעות צביעתו בגווניו, משום ששפת הפועל כשלעצמה היא לעולם מופשטת מדי; והשלישי והנדיר יחסית בחקיקה מצביע על תוצר סיבתי של המעשה.²⁴

הן לפני הרפורמה והן אחריה, כל עבירות ההמתה סובבות סביב הביטוי העובדתי "הגורם מוות", ולצידו יסוד נפשי בדרגה המשתנה לצד חומרת העבירה.²⁵ גרימת המוות מתארת קשר בין פעולת הנאשם לבין מותו של אדם אחר, סיבתיות הנבחנת באופן עובדתי ומשפטי,²⁶ וכוללת לעיתים גם ממד נורמטיבי.²⁷ בהיעדר כל קונקרטיזציה לרכיב ההתנהגותי,²⁸ היסוד העובדתי בעבירה רחב באופן קיצוני.²⁹ סעיף 309 לחוק העונשין מרחיב את עבירות ההמתה הגסות אפילו יותר, בבלימת טענות הגנה אפשריות הנוגעות לקשר הסיבתי.³⁰ חרף זאת, אין בנמצא ביקורתיות שיפוטית על רוחבן של עבירות ההמתה ועמימותן, ואפילו ביקורתיות אקדמית קשה לאתר.³¹ הדבר מטעים את הקונסנזוס הכמעט מוחלט בבסיסן של עבירות ההמתה, על רוחבן ועמימותן. העמימות נראית מכוונת, מפני שהמחוקק לא דמיין דרך עדיפה להתמודד עם פגיעות קשות בערך החיים.³² ניסיון לפרט הוויות אנושיות פוגעניות המסתיימות במוות אנושי יוביל לקודקס עצום; אך אפילו קודקס כזה לא יתאר שביר מהתרחישים שהאיסורים העמומים יכולים לכסות כיום. השפה אינה חדה דיה כדי לנסח עבירות המתה שהן גם בהירות וגם כלליות, ומערכת המשפט מבכרת את הכלליות על הבהירות, את השגת האינטרס הציבורי באמצעות עמימות על חשבון חדות המסר לאזרחים ולרשויות.³³

גסותן הקיצונית של עבירות ההמתה פירושה חופש קיצוני לרשויות האכיפה להתייחס לתרחישים שונים כעבירה ולהתעלם מאחרים.³⁴ מובן מאליו ככל שהדבר יהיה, ירי קטלני בראשו של נכנע – מקיים את היסוד

²⁴ הרדוף אשמים, לעיל ה"ש 21, בשער ד.

²⁵ ע"פ 1100/93 סובאח נ' מדינת ישראל פ"ד מז(3) 648, 635 (1993); שאול כהן "היסוד ההתנהגותי-נסיבתי בעברת הריגה" משפט ועסקים טו 145, 151–153 (2012); בועז סנגירו **ביקורת דיני העונשין הישראליים** 101, 188 (2020).

²⁶ ע"פ 47/56 מלכה נ' היועץ המשפטי, פ"ד י 1543 (1956); סנגירו **ביקורת דיני העונשין הישראליים**, לעיל ה"ש 25, בעמ' 104–109; יצחק קוגלר **תאוריה ומעשה בדיני עונשין: מבוא והיסוד העובדתי** 41, 44 (2020).

²⁷ כהן, לעיל ה"ש 25, בעמ' 168 ואילך; סנגירו **ביקורת דיני העונשין הישראליים**, לעיל ה"ש 25, בעמ' 182–185.

²⁸ עבירת הרצח במשפט המקובל הייתה קונקרטיט ומוחשית ודרשה מכה פיזית שגרמה למוות, פעולת הריגה, מה שהבטיח קשר קרוב בזמן ומקום בין ההתנהגות לפגיעה. במאה התשע עשרה תפיסת המשפט הפלילי כהגנת הסדר הציבורי התחלפה בתפיסתו כהגנה על זכויות, ורעיון הסיבתיות תפס בכורה. העבירה התרחבה להכיל פגיעות מרוחקות, ללא הבחנה גורפת בין תנאים חיוניים מוקדמים לבין רכיבים סיבתיים מאוחרים. כיום הדרישה ההתנהגותית היחידה במשפט האנגלו-אמריקאי מתקשרת לסיבתיות. *Guyora Binder & Luis Chiesa, The Puzzle of Inciting Suicide*, 56 AM. CRIM. L. REV. 65, 70, 86–87 (2019). תחת הדוקטרינה המקובלת במשפט האמריקאי, בוחנים אם מעשי הנאשם מהווים הן את הגורם המוחשי (actual cause) למוות, באמצעות מבחן האלמלא, והן את הגורם הקרוב (proximate cause), המזהה קשר סיבתי כללי בין סוג מעשה לסוג תוצאה. *Carla Zavala, Manslaughter by Text: Is Encouraging Suicide Manslaughter?*, 47 SETON HALL L. REV. 297, 313 (2016); *Nicholas LaPalme, Michelle Carter and the Curious Case of Causation: How to Respond to a Newly* (2018); *Kaitlin M. Phillips, Sticks and Emerging Class of Suicide-Related Proceedings*, 98 B.U.L. REV. 1443, 1447 (2018); *Stones May Break Your Bones, but Words Can Also Kill: Limiting Criminal Liability for Words*, 2019 U. ILL. L. REV. 1741, 1753 (2019).

²⁹ לא בכדי כתב השופט זילברג בתיק המתה כי אם נסתפק בגרימה גרידא, נגיע "לאדם הראשון כעילת העילות לכל פשעי האנושות": עניין **מלכה**, לעיל ה"ש 26, בעמ' 1548.

³⁰ סנגירו **ביקורת דיני העונשין הישראליים**, לעיל ה"ש 25, בעמ' 195.

³¹ קרמניצר לא רק שלא ביקר את רוחבן ועמימותן של עבירות ההמתה, אלא הציע נוסח מרחיב אף יותר לעבירת ההריגה הישנה והרחבה והסתפק ביסודות הדלים והעמומים "הגורם למוותו של אדם": מרדכי קרמניצר "על עבירת ההריגה במשפטנו" **הפרקליט** לו 201, 213 (התשמ"ז–התשמ"ו). בחיבורם העדכני כתבו קרמניצר וגנאים, ללא ביקורת, שעבירות ההמתה אינן כוללות רכיב התנהגות ספציפי: קרמניצר וגנאים, **הרפורמה בעבירות ההמתה**, לעיל ה"ש 16, בעמ' 242. לביקורת: כהן, לעיל ה"ש 25, בעמ' 152–213.

³² השו: חאלד גנאים "כמה ביקורות על תחולתם, הצדקתם והיקפם של הסייגים לאחריות פלילית (על הספר "דיני עונשין" של יורם רבין ויניב ואקלי) **המשפט** יז 567, 572–573 (2014) (להלן: גנאים "כמה ביקורות").

³³ אסף הרדוף "עקרון החוקיות: חזק על חלשים" **משפט ועסקים** 229, 242, 244 (2022).

³⁴ אסף הרדוף ועופר סיטבון "על תעשיות קטלניות ומשפט פלילי אדיש: המקרה של תאגידי הטבק" (טרם פורסם, עותק זמין ב-SSRN).

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

העובדתי היחיד במרבית עבירות ההמתה: גרימת מוות ברשלנות, המתה בקלות דעת, רצח, ובמרבית המופעים של רצח בנסיבות מחמירות.

ג. היסוד הנפשי ועבירות ההמתה

כאמור, רוחבן ועמימותן העובדתיים של עבירות ההמתה משקפים כלים גסים באופן קיצוני. ברגיל גסות זו פועלת לטובת האינטרס הציבורי והמדינה התובעת, ולרעת הפרט הנאשם וזכויותיו. אם אומנם מערכת המשפט מעוניינת בתוצר מדויק, נדרשים כלים אחרים למלאכה. בדיני העונשין קיימים שני סוגי כלים פוטנציאליים לכך: היסוד הנפשי, שיידון בפרק זה, והסייגים לעבירה, שיידונו בפרק הבא.

היסוד הנפשי מוסיף לשולחן מסננת חיונית, מסוג שכמעט ואינו קיים בענפי משפט אחרים, לרבות סדר הדין הפלילי ודיני הראיות. מסננת זו מתמקדת במוחו של המבצע ובוחנת ככלל מה ידע ומה לא, ולעיתים גם מה רצה ומה לא. בניגוד ליסוד העובדתי, ככלל היסוד הנפשי אינו מתיימר להיות אובייקטיבי, אלא להפך: ברגיל הוא מתיימר להיות סובייקטיבי לחלוטין ולעסוק במוחו של המבצע ובמה שהיה טמון בו בזמן ביצוע ההתנהגות הפלילית.³⁵ בחירתה של מערכת המשפט להציב יסוד כזה כברירת מחדל פירושה סירוב להסתפק בתיאורה של מציאות עובדתית להגדרת עבירה.³⁶ חלף זאת, דיני העונשין תובעים ממערכת המשפט לצלול למוחו של אדם, הנאשם, בזמן ההווה האנושית, וביתר דיוק בזמן מעשהו.³⁷

ברירת המחדל המוכרת היטב בישראל, כעולה מסעיף 19 לחוק העונשין, היא "מחשבה פלילית". סעיף 20 לחוק העונשין מגדיר אותה ומתאר את הזיקה הנדרשת בין היסוד הנפשי לבין היסוד העובדתי.³⁸ כדי להרשיע אדם בעבירת תוצאה הכוללת מחשבה פלילית יש להראות כי היה מודע לכל רכיב ביסוד העובדתי, קרי: מודע למעשיו; מודע לנסיבות; ומודע לאפשרות הגרימה לתוצאה.³⁹ באשר לתוצאה, המחשבה הפלילית הסטנדרטית מחייבת "כוונה" או "פזיזות", שבתורה, מתפצלת לשתי אפשרויות: "אדישות" ו"קלות דעת", כל אחת מוגדרת באופן ברור למדי. כסטנדרט, ולמעט מקרי "כוונה מיוחדת", היסוד הנפשי מתאפיין בכך שככלל הוא מתקשר ליסוד העובדתי ונמדד ביחס אליו, ורק ביחס אליו. כך מבקשת מערכת המשפט לחדד את גסותם של התרחישים העובדתיים באמצעות מסננת נורמטיבית נוספת, שתותיר מחוץ למעגל האחריות הפלילית את מי שאיננו מעוניינים להטיל אותה עליו.⁴⁰ בהגדרה, אין חפיפה והכלה בין סוגי הרכיב הנפשי החפצי. כוונה אינה כוללת אדישות, משום שמי שרוצה להוביל לתוצאה – אינו יכול להיות מי שלא אכפת לו מהתקיימותה; אדישות אינה כוללת קלות דעת, משום שמי שלא אכפת לו מהתקיימות התוצאה – אינו יכול להיות מי שמקווה למנוע אותה.⁴¹

במבט ביקורתי, בעבירות ההמתה היסוד הנפשי אינו מצמצם הרבה מגסותן העובדתית הקיצונית, משום שעדיין קיימים אין-סוף סוגי תרחישים של המתה אנושית, אין-סוף מעשים המסתיימים במוות אנושי, באין-סוף הקשרים. היסוד הנפשי בסך הכול מבצע קטגוריאליזציה גסה למדי לכל התרחישים של גרימת מוות אנושית. זוהי חלוקה של אין-סוף לכדי שש קטגוריות בסך הכול: מי לרצח בנסיבות מחמירות, מי לרצח, מי להמתה בנסיבות של אחריות מופחתת, מי להמתה בקלות דעת, מי לגרם מוות ברשלנות ומי לניקוי מלא מאחריות. היסוד הנפשי בעבירות ההמתה בוחן אם הנאשם במעשיו התכוון להמית אדם אחר, מה שהדין הנוכחי מכנה "רצח" עד "רצח בנסיבות מחמירות"; אם היה חסר אכפתיות לאפשרות מותו, תחת אותו

³⁵ ש"ז פלר יסודות בדיני עונשין כרך א 485–486 (1984).

³⁶ יורם רבין ויניב ואקי דיני עונשין כרך א 383–385 (מהדורה שלישית, 2014); הרדוף אשמים, לעיל ה"ש 21, בפרק 21.

³⁷ פלר, לעיל ה"ש 35, בעמ' 490; סנג'רו ביקורת דיני העונשין הישראליים, לעיל ה"ש 25, בעמ' 128.

³⁸ יצחק קוגלר כוונה והלכת הצפיות בדיני העונשין 132–133 (1997) (להלן: קוגלר כוונה והלכת הצפיות); שחר אלדר "סייגים לאחריות פלילית והחלפת אובייקט העברה" משפט וממשל יח 417, 419 (2017) (להלן: אלדר "סייגים לאחריות פלילית").

³⁹ פלר, לעיל ה"ש 35, בעמ' 491–492; סנג'רו ביקורת דיני העונשין הישראליים, לעיל ה"ש 25, בעמ' 130–133.

⁴⁰ הרדוף אשמים, לעיל ה"ש 21, בפרק 21.

⁴¹ במילותיו של פלר: המשותף והשונה בין שלושת הסוגים מובחן מאליו. פלר, לעיל ה"ש 35, בעמ' 495–496.

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

כינוי; אם קיווה שהאחר לא ימות, אך עדיין בחר לפעול כפי שפעל, "המתה בקלות דעת"; או אם לא העלה על דעתו שהאחר ימות בגין מעשיו בשעה שאדם מן היישוב היה מודע לאפשרות זו, שגם לא הייתה בגדר סיכון סביר, "גרימת מוות ברשלנות".

לצד סדר חומרה ברור למדי בעבירות ההמתה, חשוב להדגיש כי אין חפיפה והכלה ביניהן, בדיוק מאותה סיבה שתוארה לעיל: היעדר חפיפה בין רכיבי הציר החפצי. המתה בכוונה או אדישות אינה מכילה המתה בקלות דעת, שבתורה אינה מכילה גרימת מוות ברשלנות. כלומר, אף שהציר החפצי כולל מדרגות מטפוריות שונות בחומרתן, לא ניתן למקם את מי שעומד במדרגה אחת על מדרגה אחרת.⁴² במילים אחרות וחשובות לענייננו, מבחינת יסודות העבירה לא ניתן להרשיע בהמתה בקלות דעת את מי שהמית אחר באדישות או בכוונה. אין זה "מרובה המכיל את המעט" או "גבוה המכיל את הנמוך"; זהו חמור שאינו מכיל את הקל.⁴³ מי שרצה להמית אחר אינו יכול להיחשב כאדיש למותו, ומי שהיה אדיש למותו אינו יכול להיחשב כקל דעת למותו. לכן, מוזר ככל שיישמע הדבר, ההגנה יכולה לטעון כי נאשם אינו אשם בגרימת מוות ברשלנות משום שהיה קל דעת, או אינו אשם בהמתה בקלות דעת משום שהתכוון להמית. ברגיל זו טענת הגנה עגומה, משום שבית המשפט מוסמך להרשיע את הנאשם בעבירה החמורה יותר, אף שאינו מוסמך לגזור עליו עונש כבד יותר.⁴⁴ לא כן בבית דין צבאי, שמשום מה אינו מוסמך להרשיע בעבירה חמורה יותר.⁴⁵

איזו מהחלופות הקוגניטיביות משקפת ירי בראש נכנע? התשובה פשוטה שבפשוטות: כוונה. שתי אפשרויות מסבירות זאת: הראשונה היא שהיורה ביקש להמית את הנכנע פשוטו כמשמעו, כאשר כמוסבר מייד, סיבת ההמתה זרה ליסוד הנפשי בעבירות ההמתה; והשנייה נשענת על עמדתו המפורשת של המחוקק, חוק הצפיות העולה מסעיף 20(ב) לחוק העונשין, כאשר ברור שירי מדויק לראשו של אדם מוביל באפשרות הקרובה לוודאי למותו.⁴⁶

חרף פשטות השאלה, נראה שהמערכת הצבאית השיבה אחרת: חשד ל"קלות דעת". מדוע? בשלב זה ניתן רק לשער. ייתכן שהתשובה מגלמת את קו המחשבה המופשט, שלפיו "היורה היה קל דעת באשר לאפשרות שהירי אינו נחוץ"; או הקו הקונקרטי שלפיו "היורה חשב שהנכנע הוא מחבל, תוך שהיה קל דעת באשר לאפשרות שהנכנע איננו מחבל, במובן שנטל סיכון בלתי סביר לאפשרות שהנכנע אינו מחבל, וקיווה שאינו כזה". קווי מחשבה אלו עשויים לחבר שני מטבעות לשון: "אצבע קלה על ההדק" ו"קלות דעת". אולם מטבעות לשון אינם יכולים להכריע דין, ואם אומנם אלו קווי המחשבה, הם בבירור שגויים מבחינה דוקטרינרית, בהתעלם ממבנה היסוד הנפשי, ממה שיש בו ומה שאין בו.

מבחינת מה שאין ביסוד הנפשי, באופן כללי, מחשבות על פרטים כאלו ואחרים בהווה האנושית, שאינם ממרכיבי היסוד העובדתי או כוונה מיוחדת, אינן רלוונטיות. באופן כללי מעט, פחות, מחשבות הנאשם על מיהות הנפגע: מאפיין מתמשך של הנפגע, כמו זהותו הלאומית; או מאפיין נקודתי, כמו הסיכון האפשרי שנובע ממנו כעת, או כמעשיו רגע לפני – כל אלו עשויות אולי לקבל חשיבות מהותית מרעיון הסייגים, אולם הן זרות ליסוד הנפשי במרבית עבירות ההמתה. באופן קונקרטי אף יותר, המחשבה שמא האדם הנפגע הוא מחבל בכלל או מחבל שעדיין נובע ממנו סיכון בפרט – עשויה לשאת חשיבות מכרעת במישור הסייגים, אך

⁴² אמירה זו נראית לי בנלית לחלוטין, אך לא איתרתיה בפסיקה או בספרות, באופן כללי באשר לציר החפצי, או באופן קונקרטי באשר לעבירות ההמתה.

⁴³ כך גם בעבירות מסוגים אחרים. למשל עבירת האונס בסעיף 345 לחוק העונשין אינה מכילה את עבירת הבעילה האסורה בסעיף 346 לחוק; ובניגוד לתפיסה המקובלת, עבירת השוד בסעיף 402 לחוק העונשין אינה מכילה את עבירת הגנבה בסעיף 383 לחוק. ראו אסף הרדוף **עבירת הגנבה** 134, ה"ש 94 (2014).

⁴⁴ ס' 184 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב–1982.

⁴⁵ ס' 378 לחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו–1955 מתיר לבית הדין להמיר את האישום רק לקל יותר מזה שבחרה התביעה. אולם אפילו הייתה זו אסטרטגיה הגנתית משפטית תקפה, היא אינה תקפה חברתית. כפי שיוטעם בסיכום, התפיסה המשפטית על אירוע לעיתים חלשה מהתפיסה החברתית עליו, אפילו בעיני הצדדים למשפט.

⁴⁶ כך גם פעולות קטלניות פחות בפרוטנציה. למשל דקירה יחידה בצד שמאל של החזה: ע"פ 2760/14 אוהיון נ' **מדינת ישראל** (נבו) 7.10.2015. כך גם שפיכת דלק על ראש אדם והצתתו: ע"פ 6679/04 **סטקלר נ' מדינת ישראל** (נבו) 11.5.2006.

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

נותרת זרה לסיווגו של היסוד הנפשי. באופן מופשט, מחשבות על הסיבה או ההצדקה למעשה, בענייננו המתה, אינן רלוונטיות ליסוד הנפשי במרבית עבירות ההמתה.⁴⁷ בשפה מקובלת ומוכרת בדין הפלילי, שאלת המניע לפעולת הנאשם היא ככלל לא רלוונטית, למעט בעבירות שבהן המחוקק הפנה אליה.⁴⁸ מנגד, מה שיש ביסוד הנפשי הוא היחס הקוגניטיבי למעשה, לנסיבות ולתוצאה, במצטרב ליחס חפצי באשר לתוצאה,⁴⁹ שבענייננו היא מוות אנושי.⁵⁰ אף מי שסבר שהוא מגן על עצמו או על אחרים, כמוסבר בהמשך, ופעל כדי להדוף תקיפה שלא כדין שנשקפה ממנה סכנה מוחשית של פגיעה בחיים, באמצעות פעולה קטלנית מחושבת – התיאור המדויק של מצבו הקוגניטיבי בעת הקטל הוא "כוונה", ובשום אופן לא "קלות דעת". המניע למעשיו של הקוטל אינו משליך כלל על כוונתו, משום שכוונה זו נמדדת ביחס לרכיב התוצאתי, ביחס למוות, ואינה נמדדת כעניין חברתי או ערכי הבוחן את הצידוק של הקטילה. לאן מכוונת המתה "בקלות דעת"? עבור מי שנוהג בכביש, למשל, פעולה מסוכנת בתקווה שלא תקטול תכוון לבחירה מחושבת להפר את כללי הנהיגה.⁵¹ עבור מי שיורה בנשק היא נראית מתאימה פחות, אך עשויה אולי לשקף משחק בנשק ופליטת כדור קטלנית;⁵² נקירה בנשק לעבר גוף כבדיחה אווילה של מי שסבר שאין כדור בקנה;⁵³ ירי באוויר להפגנת שמחה, כאשר הקליע נחת וקטל אדם; או ירי לשם הפחדה או פגיעה קלה של אחר, שהתברר בדיעבד כפגיעה קטלנית. אם הירי אינו לעבר הראש, אלא לעבר מרכז הגוף, כדור יחיד שבדיעבד התברר כקטלני, ניתן לטעון שהמצב הקוגניטיבי המשתקף מכך הוא "אדישות"; ואם הירי לעבר הרגל מסתבר בדיעבד כקטלני, אולי "קלות דעת". לא כן באשר לירי לראש, שמטיבו מסתבר להיות קטלני. אם היורה בחר להגן על עצמו או אחרים באמצעות קטילת האדם שאותו תפס כמסוכן, בין שדייק בתפיסתו זו ובין ששגה, ברור שלפנינו כוונה להמית. גם אם כוונת היורה הייתה חיובית במוחו, ואפילו במוחו, הרי שכוונה לאיין את הסיכון שנובע מהאדם האחר באמצעות קטילתו אינה רלוונטית כלל ליסוד הנפשי של העבירה. ירי על מנת להמית בכלל וירי מכוון לפניו של אדם בפרט – אינם יכולים להיחשב "המתה בקלות דעת".⁵⁴ לא ניתן להכתיר ירי מכוון לראש אדם ב"קלות דעת" באשר לאפשרות המוות.⁵⁵ משהוברר כי לפנינו המתה בכוונה, המלאכה הפשוטה הבאה היא לחברה לעבירה הרלוונטית. מבחינה דוקטרינרית, המתה אדם בכוונה עד שנת 2019 נעה בין "הריגה" לבין "רצח" (בכוונה תחילה), כאשר ההבחנה המהותית נעשתה על פי שאלת הקנטור.⁵⁶ לעומת זאת, תחת החוק הנוכחי המתה אדם בכוונה אינה יכולה להיחשב "המתה בקלות דעת"; לכל הפחות מדובר ב"רצח".⁵⁷

⁴⁷ למחשבות אלו יש חשיבות פוטנציאלית בארבעה תרחישים של רצח בנסיבות מחמירות, בסי 30(א)(2)–(5) לחוק העונשין. ⁴⁸ להבחנה בין מניע לכוונה ראו ע"פ **וענונו**, לעיל הי"ש 19, בעמ' 278–280; רע"פ 9818/01 **ביטון נ' סולטן**, פ"ד נט(6) 554, 571–574 (2005); בועז סגניר "ההיפכו המטורף למניעים? ומה צפוי להלכת הצפיות? (עוד על 'בכוונה לפגוע' כסימן ייחוד של עבירת לשון-הרע ועל פרשנות המשפט הפלילי" **משפטים** יח 337 (1988); קוגלר **כוונה והלכת הצפיות**, לעיל הי"ש 38, בעמ' 150, 154, 458–459; אלקנה לייסט **המניע במשפט הפלילי** פרק 1 (2018). ⁴⁹ מרים גור-אריה "היסוד הנפשי והרציה בעבירות ההמתה (ת"פ 585/70 מדינת ישראל נ. נתן, פ"מ עו, 13) **משפטים** ה 181, 182 (התשל"ג–התשל"ד); שחר אלדר "גיוון היסוד הנפשי בעברה" **עיוני משפט** מא 455, 460–461 (2019). ⁵⁰ מרים גור-אריה "הרפורמה המוצעת לעבירות ההמתה במשפט הישראלי לאור עקרון האשמה" **משפטים על אתר** ה 1, 6 (התשע"ג); מרים גור-אריה "הרפורמה בעבירות ההמתה: על מדרג עבירות ההמתה ועל רצח מתוך אדישות" **ספר יעקב וינרוט** 460, 441 (גרשון גונטובניק, אבי וינרוט וחיים זיכרמן עורכים) (2021). ⁵¹ ע"פ 1888/19 **גרייב נ' מדינת ישראל** (נבו) 5.4.2020; ע"פ 2014/20 **אנקרי נ' מדינת ישראל** (נבו) 19.1.2021; ע"פ 6193/20 **בר זכאי נ' מדינת ישראל** (נבו) 5.3.2021. ⁵² רע"פ 1510/23 **מזרחי נ' בית הדין הצבאי לערעורים** (נבו) 20.4.2023; תפ"ח (חיפה) 37780-03-22 **מדינת ישראל נ' עוז** (נבו) 20.11.2023; תפ"ח (חיפה) 22962-03-21 **מדינת ישראל נ' טויב** (נבו) 26.11.2023. ⁵³ ע"פ 1982/98 **מדינת ישראל נ' מיר, פ"ד נב(5) 145** (1998). ⁵⁴ אפילו בחירות אנושיות כמו הליכה לישון של רופאה מרדמה במהלך ניתוח וכמו מתן אגרוף יחיד למצח של אדם הובילו להעמדה לדין ולהרשעה בהריגה באדישות. ראו בהתאמה: ע"פ 4512/09 **רוסו-לופו נ' מדינת ישראל** (31.8.2010); ע"פ 11/99 **ויניצקי נ' מדינת ישראל**, פ"ד נג(2) 145 (1999). ⁵⁵ למעט, אולי, צלף מיומן המבקש לשרוט את ראשו של אדם בלי להמיתו, רעיון שנראה מתאים יותר לסרט הוליוודי מאשר למציאות. ⁵⁶ ע"פ 396/69 **בנו נ' מדינת ישראל**, פ"ד כד(1) 561 (1970); ע"פ 3071/92 **אזולוס נ' מדינת ישראל**, פ"ד נד(2) 573 (1996); דני"פ 1042/04 **ביטון נ' מדינת ישראל**, פ"ד סא(3) 646 (2006). ⁵⁷ רצח ואף רצח בנסיבות מחמירות עשויים להפוך ל"המתה בנסיבות של אחריות מופחתת" לפי ס' 3301 לחוק העונשין.

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

האם החוק הקיים מחשיב ירי בראש נכנע לא רק "רצח", אלא "רצח בנסיבות מחמירות"? התשובה שלילית. סעיף 3א01 לחוק העונשין קובע אחד עשר סוגי מקרים שהופכים "רצח" ל"רצח בנסיבות מחמירות", רובם אינם רלוונטיים לירי בראש נכנע. באירוע קצרצר קשה להוכיח שהירי נעשה "לאחר תכנון או לאחר הליך ממשי של שקילה וגיבוש החלטה להמית", האפשרות הראשונה והשכיחה של רצח בנסיבות מחמירות.⁵⁸ ניתן לרגע לסבור שהאפשרות השמינית תקפה, רצח "חסר ישע", שהרי ברור שמי שנכנע אינו מסוגל להגן על עצמו מפני הפוגע; אך העבירה מפנה להגדרה שבסעיף 3א68 לחוק העונשין, שאינה מתאימה לענייננו. מאותה סיבה קשה לגרוס שהאפשרות השביעית תקפה, רצח באכזריות מיוחדת או תוך התעללות. לעומת תיקים של רצח באכזריות או התעללות,⁵⁹ אין כל "התעללות" בירי מידי לראש נכנע. טיעון שמעשה ההמתה אכזרי במיוחד משום שהנרצח נכנע – אינו תקף נוכח חתירתו תחת הגבול הדוקטרינרי של חוסר הישע בחלופה הקודמת, גבול שאתקוף מבחינה נורמטיבית בהמשך. לסיכום הפרק אטעים כי מבחינת יסודות העבירה ירי בראש נכנע – בשום אופן אינו מהווה "המתה בקלות". הוא מהווה רצח, ואף שהוא מתקרב לרצח בנסיבות מחמירות – הוא אינו מגיע לשם כאשר הוא נעשה באופן מידי וספונטני כמו ירי מרובה שכבר נשלף לפני כן.

ד. הסייגים למול עבירות ההמתה

צורם ומוזר ככל שיהיה הדבר מבחינה תרבותית, מבחינה דוקטרינרית אין תמה בכך שפעולה צבאית מהווה את עבירת הרצח. העולם הצבאי מטיבו מייצר מוות במודע ובכוונה.⁶⁰ פעולות לוחמתיות רבות של כל צבא בכל מדינה מגבשות את יסודות עבירת הרצח, שהרי זו אינה כוללת החרגה מפורשת, או למצער רכיב סינון עמום כמו הרכיב "שלא כדין".⁶¹ כלי נשק קטלניים מיוצרים כדי להגיע לידי חיילים; חיילים מאומנים כדי לקטול אנשים, וחלקם אומנם קוטלים אנשים. מבחינת דיני העונשין, לא היסודות הגסים של עבירות ההמתה מונעים הרשעה של חייל שקטל, אלא סייגי הדין המהותי.

באופן כללי, גם כאשר כל יסודותיה של עבירה התקיימו במצטבר, המשפט המהותי עשוי להימנע מהטלת אחריות פלילית באמצעות החלת סייג לאחריות הפלילית. תפיסה אקדמית רווחת מחלקת את הסייגים ל"צידוק" או "הצדק" מול "פטור" או "הפטר", ללמדנו כי הראשונים משקפים הווייה אנושית חברתית רצויה חרף התקיימות יסודות העבירה, בעוד האחרונים משקפים הווייה אנושית נסבלת גרידא.⁶² מקובל לכתוב כי סייגים כצורך, כורח, אי־שפיות, שכרות וקטינות משקפים בחירה ברע במיעוט מצד הקוטל, או איזשהו ליקוי או חסר יסודי בו.⁶³ מנגד נטען שההגנה העצמית היא מסוג הצדק, כי עבירה

⁵⁸ למשל ע"פ 8328/17 ג'בר נ' מדינת ישראל (נבו 28.7.2019); ע"פ 7722/19 זרסנאי נ' מדינת ישראל (נבו 19.4.2021); ע"פ 7388/20 בן אוליאל נ' מדינת ישראל (נבו 1.9.2022).

⁵⁹ ע"פ 1130/19 שוא נ' מדינת ישראל (נבו 27.12.2020); ע"פ 8363/19 גרנות נ' מדינת ישראל (נבו 8.6.2021); ע"פ 3168/19 אדלאו נ' מדינת ישראל (נבו 26.1.2022).

⁶⁰ אסף פורת אחריות מפקדים בשל כשל צבאי 11, 13 (חיבור לשם קבלת תואר "דוקטור לפילוסופיה", אוניברסיטת תל אביב 2011).

⁶¹ על רכיב זה ראו ע"פ 106/64 היועץ המשפטי לממשלה נ' אלוש, פ"ד יט(1) 505, 509 (1965); עדי אזור "דין היסוד 'שלא כדין' בדין הפלילי" עיוני משפט ח 561 (1981); אסף הרדוף "עבירה מאיימת – מבט ביקורתי בעבירת האימים" משפטים על אתר יג 33, 41–48 (2019) (להלן: הרדוף "עבירה מאיימת").

⁶² של סייג מצדיק ושל סייג פוטר "משפט וממשל יז 519, 521–525 (2016); שי אוצרי הפטרים רציונאליים – כיצד הם בגדר האפשר? פרק 2 (חיבור לשם קבלת תואר "דוקטור למשפטים", אוניברסיטת חיפה 2018) (להלן: אוצרי הפטרים רציונאליים); מרים גור-אריה "הגנה עצמית, טעות בעובדה ומה שביניהן: בעקבות פסק הדין בפרשת אלטגאוז" ספר עדנה ארבל 153, 158–159 (שלי אביב ייני ואחי עורכים 2022) (להלן: גור-אריה "הגנה עצמית, טעות בעובדה"); אלדר "סייגים לאחריות פלילית", לעיל ה"ש 38, בעמ' 431–432.

⁶³ ראו למשל אהרן אנקר הכרח וצורך בדיני עונשין 58–60 (1977); מרים בן-פורת "על הגנת הצורך והכרח" עיוני משפט יד 211, 218–219 (1989); אהרן אנקר ורות קנאי "הגנה עצמית וצורך לאחר תיקון מספר 37 לחוק העונשין" פלילים ג 5, 24 (1992); מרדכי

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

שמבוצעת בהגנה עצמית, לרבות עבירת המתה, היא תגובה אנושית רצויה לתרחיש לא רצוי, משום שכאשר המדינה כשלה בתפקידה להגן על הפרט,⁶⁴ זו הדרך היחידה של אדם להגן על עצמו או על אחרים מפני פגיעה.⁶⁵

לעומת התפיסה של סייגים כהצדק או הפטר, כחיוביים או שליליים, אני מבכר את התפיסה שלהם ככלים משניים, ללא כל קיום עצמאי, כלים שכל תפקידם הוא לתקן את הכלים הראשיים: ללטש ולדייק כלים גסים והכללות גסות בדין המהותי.⁶⁶ לא אנסה לבסס את תפיסתי זו פה, מפאת רוחב יריעתה.⁶⁷ אני אך מפנה אליה כהארה חשובה לענייננו. כאמור, עבירות המתה הן כלי גס, הכללה גסה; אילו נוסחו במדויק, לא היו נדרשים סייגים כדי לחלץ מתוכן את מי שמערכת המשפט סבורה שהעבירות אינן צריכות לחול על ההווה שבה נטל חלק.⁶⁸ אולם בהיעדר החרגה קונקרטי בעבירות המתה, הכתובת לבחינת הסייגים היא החלק המקדמי בחוק העונשין.

כתובת אחת שנראית אפשרית היא סייג הצידוק בסעיף 34(1)–(2) לחוק העונשין. דא עקא, שסעיפי משנה אלו עוסקים בפעולה לפי סמכות. נוכח עקרון חוקיות המנהל, לפיו רשות רשאית לפגוע בזכויות הפרט רק לפי הסמכה מפורשת,⁶⁹ ובהיעדר הסמכה חקיקתית מפורשת להרוג בישראל אפילו באשר לכוחות הביטחון,⁷⁰ סייג הצידוק אינו בא בחשבון. הוראות הפתיחה באש, למשל, אינן מקור הסמכה; נדרשת הסמכה בחוק מפורש.

כתובת מעשית יותר לחילוץ בעבירות המתה היא סייג ההגנה העצמית בסעיף 34 לחוק העונשין, תוך השלמת התמונה בסעיף 34טז לחוק העונשין, דרישת הסבירות. כאשר אדם מגן על עצמו מפני סכנה שאינה קיימת, נהוג להפנות לסייג "טעות במצב דברים" בסעיף 34 ביח לחוק העונשין, סייג שתואר בעולם המשפט כמיותר כשלעצמו, משום שתחת הדוקטרינה הנוכחית של היסוד הנפשי הוא ממילא אינו נחוץ כדי לחלץ את מי שנעדר מחשבה פלילית.⁷¹ חיותו המעשית של הסייג הלכה לכיוון שאינו עולה ממנו במפורש: הרכבתו על סייגים מעטים, בעיקר ההגנה העצמית.⁷²

יודגש: בחוק העונשין אין "הגנה עצמית מדומה", לא כחלק מסייג ההגנה העצמית, ולא כסייג עצמאי. מדובר בהרכבה פסיקתית פרשנית של סייג ההגנה העצמית והסייג "טעות במצב דברים", בעבר ובהווה. כך עשתה פסיקה ישנה, למשל בעניין **עסלה**, נאשמת שירתה למוות בבעלה ששב הביתה וניסה להיכנס דרך החלון, וטענה שחששה שזהו אדם זר שמנסה לפרוץ לבית ולאנוס אותה.⁷³ זיכוי כזה לא התבסס על סייג מפורש ועצמאי של "הגנה עצמית מדומה", שמעולם לא נכנס לספר החוקים בישראל כסייג עצמאי.⁷⁴ גם לאחר

קרמניצר וראם שגב "הפעלת כוח בחקירות שירות-הביטחון הכללי – הרע במיעוטו?" **משפט וממשל** ד 667, 692–694 (1998); אהרן אנקר "דין האנוס לעבור עבירה מסוג 'יהרג ואל יעבר' בפסיקת הרמב"ם" **מחקרי משפט** טו 197, 198–199 (1999).

⁶⁴ מרים גור-אריה וגליה דאור "הגנה מיוחדת לבית מגורים, לבית עסק ולמשק חקלאי: סכנותיה ותחומיה גבולותיה בעקבות פרשת שי דרומי" **משפט וממשל** יג 141, 145–146 (2010).

⁶⁵ בועז סנג'רו **הגנה עצמית** 32–34, 58–60, 63 (2000); בועז סנג'רו "היהפוך הצידוק לפטור של חסד? - הגנת בית המגורים (יחוק דרומי" ופסק-הדין בפרשת דרומי) כמקרה-מבחן לרציונל המצדיק הגנה עצמית ולהלכה" **משפט וממשל** יג 93, 96–99 (2010); גור-אריה "הגנה עצמית, טעות בעובדה", לעיל ה"ש 62, בעמ' 159–160.

⁶⁶ הרדוף "עבירה מאיימת", לעיל ה"ש 61, בעמ' 47.

⁶⁷ לביסוס ראו הרדוף **אשמים**, לעיל ה"ש 21, בפרק 43.

⁶⁸ שם, בפרק 45.

⁶⁹ ברוך ברכה **משפט מינהלי** כרך א 35–36, 39 (1987); יואב דותן **הנחיות מינהליות** 303–307 (1996); דפנה ברק-ארז **משפט מינהלי** כרך א 97, 106 (2010); אהרן ברק **מידתיות במשפט – הפגיעה בזכות החוקתית והגבולותיה** 143 (2010).

⁷⁰ ע"פ 486/88 **אנקונינה נ' מדינת ישראל**, פ"ד מד(2) 353 (1990); חאלד גנאים, דורון מנשה ומרדכי קרמניצר "גבולות השימוש בכוח קטלני בעת מעצר" **מחקרי משפט** כה 703, 706–710 (2009).

⁷¹ רות רבין "ההגיוניות של טעות בעובדה, וטעות בדין" **משפטים** ב 373, 375–376 (1970); רות קנאי "המחשבה הפלילית הנדרשת לנסיבות העבירה" **מחקרי משפט** יא 147, 159 (1994); אלקנה לייסט **על הדיוק כפתרון לסוגיית הטעות במצב דברים במשפט הפלילי – על עלייתו ונפילתו של האלמנט החמישי** 13 (עבודת גמר לקראת התואר "מוסמך במשפטים", אוניברסיטת תל אביב 2003).

⁷² שם, בעמ' 15.

⁷³ ע"פ 54/49 **היועץ המשפטי לממשלה נ' עסלה**, פ"ד ד 496 (1950).

⁷⁴ ראו הצעת חוק העונשין (חלק מקדמי וחלק כללי), התשנ"ב–1992, ה"ח 115 (להלן: ה"ח 115) 113, 140 (6.1.1992) (דברי ההסבר לסעיף לא הזכירו במאום את עניין זה).

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

תיקון 39 הזיכויים נמשכים בלי סייג עצמאי, למשל בעניין **יחזקאל**, שוטר מג"ב שירה למוות במי שניסה לשחרר את אחיו ממעצר במהלך הפרות סדר;⁷⁵ ובעניין **שמבה**, באשר ללוחם בגולני וקצין שירות בתי הסוהר שהשתתפו בהתנפלות המונית והכאה למוות של נתן זר שחשבו שביצע פיגוע.⁷⁶ בעלי תפקידים ואזרחים פגעו ולעיתים אף קטלו אדם אשר לא תקף או לא ניסה לתקוף אותם; אך המשפט גילה כלפיהם סלחנות, מסיבה כזו ואחרת.

במובן כללי, רחוק ממובן מאליו שניתן להרכיב סייג על סייג כפי שנעשה בפסיקה באופן שיוצר הלכה למעשה סייג כללי חדש, ללא מנדט חקיקתי מפורש.⁷⁷ במובן קונקרטי, עלתה ביקורת חריפה על פריצתה של ההגנה העצמית באמצעות הרכבתו עליה של סייג הטעות.⁷⁸ זהו לא "סייג מדומה", כפי שנהוג לכנות; זהו סייג פיקטיבי.⁷⁹ אפשר גם אחרת: ניתן לחבר בחקיקה במפורש בין הגנה עצמית לבין טעות, כפי שנעשה למשל בקוד הפלילי לדוגמה בארצות הברית,⁸⁰ וניתן אף לקבוע שההגנה העצמית תחול בהתאם לתפיסת המבצע שהפעולה נחוצה, ולא בהתאם לנחיצותה האובייקטיבית.⁸¹

בהיעדר הכרה חקיקתית מפורשת בהגנה עצמית בטעות, קשה במיוחד לזהות את גבולותיה של ההגנה העצמית הפיקטיבית,⁸² אף שהעדפות פוליטיות מוסוות ניתן לזהות הן בחוק מפורש והן בלעדיו. כך למשל בארצות הברית קטילות אנושיות רבות נעשו באמתלה של הגנה עצמית מתוך טעות, הן על ידי שוטרים והן על ידי אזרחים פרטיים. ההגנה עליהן ניתנת להבנה ונוכח העדפה פוליטית מוסווית.⁸³ העדפה פוליטית מוסווית כזו זוהתה גם בישראל באשר להגנה העצמית הפיקטיבית.⁸⁴ אין פלא שהחוק, הנכתב על ידי החזקים, מגן עליהם ועל נציגיהם.

בין התנאים המצטברים בסייג ההגנה העצמית, אף אחד אינו נוקב במפורש ביסוד נפשי.⁸⁵ עם זאת, תרחיש של אדם שפגע באחר שלא במחשבה של הגנה עצמית אינו מתחבר היטב להגנה עצמית ולהצדקותיה.⁸⁶ ביתר שאת אין דרך לפנות להגנה עצמית פיקטיבית בלי מחשבה כזו. הרי העבירה נסבלת, אם בכלל, רק בגין אמפתיה למי שחש סכנה לעצמו או לאחרים ופעל כדי למנוע אותה, אף אם בדיעבד התגלה כי לא רק שהוא לא מנע את הסכנה, במעשיו, הוא הוא היה הסכנה, ואף היה מימוש הסכנה. גם אם אנו סבורים שראוי למחול על הפגיעה, תהא זו קלה או אפילו קטלנית, אין טיעון תקף לסבול פעולה כזו מצד מי שבזמן אמת אפילו לא חשב שהוא מגן על עצמו או על אחרים. יתרה מכך, אף מי שמצדד בזיכוי, בתפיסה כי ה"מתכוון"

⁷⁵ ע"פ 6392/07 **מדינת ישראל נ' יחזקאל** (נבו 30.4.2008).

⁷⁶ ע"פ 6168/20 **מדינת ישראל נ' שמבה** (נבו 9.6.2022).

⁷⁷ לפולמוס בדבר סמכות הרשות השופטת לייצר סייגים: רבין וואקי, לעיל ה"ש 36, בעמ' 1032–1033; גנאים "כמה ביקורות", לעיל ה"ש 32, בעמ' 573–579; אסף הרדוף "דין פלילי בלתי-מוסמך: עקרון חוקיות המנהל פוגש את המשפט הפלילי" **ספר יורם דנציגר** 389, 419 (2019).

⁷⁸ יורם שחר "הרבה הגנות מתות והגנה הורגת אחת" **משפט צדק? ההליך הפלילי בישראל – כשלים ואתגרים** 487, 512, 542 (אלון הראל עורך 2017).

⁷⁹ הרדוף **אשמים**, לעיל ה"ש 21, בפרק 45.

⁸⁰ Model Penal Code § 3.09.

⁸¹ פול רובינסון "גניבת הפצצה - למהותן של הגנות ההצדק" **עיוני משפט** כב 65, 68 (1999); גוראריה "הגנה עצמית, טעות בעובדה", לעיל ה"ש 62, בעמ' 160.

⁸² שחר, לעיל ה"ש 78, בעמ' 526; גוראריה "הגנה עצמית, טעות בעובדה", לעיל ה"ש 62, בעמ' 168.

⁸³ Addie C. Rolnick, *Defending White Space*, 40 CARDOZO L. REV. 1639, 1645–48 (2019).

⁸⁴ שחר, לעיל ה"ש 78, בעמ' 520–528. העדפה כזו זוהתה אף באשר לרכיב הקנטור בעבירת הרצח: אורית קמיר "איך הרגה הסבירות את האישה: חום דמם של 'האדם הסביר' והישראלית המצויה" בדוקטרינת הקנטור בהלכת אזואלוס" **פלילים** ו 137, 163–166, 173 (1997).

⁸⁵ בארצות הברית הקוד הפלילי לדוגמה מגדיר הגנה עצמית באופן שמתלה אותה בתפיסה סובייקטיבית של המבצע, לא כתנאי נוסף לדרישה האובייקטיבית, אלא כתנאי שמחליף אותה; Model Penal Code § 3.04 (2022).

⁸⁶ סנגירו **הגנה עצמית**, לעיל ה"ש 65, בעמ' 326–327; בווע סנגירו "הפעלת כוח שאינה במטרה להתגונן או להגן אינה הגנה עצמית מוצדקת – תשובה לחאלד גנאים" **משפט וממשל** יז 551 (2016); רוני רוזנברג "קנטור מתמשך, מצוקה נפשית קשה והגנה עצמית – הרהורים בפרשת הייל" **ספר עדנה ארבל** 289, 304–305 (שלי אביב ייני ואחי' עורכים 2022). מנגד ל"תאוריית הטעמים", ראו את "תאוריית המעשים": רובינסון, לעיל ה"ש 81, בעמ' 67–71.

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

הכללי עדיין רצוי, אינו יכול עוד לטעון שמדובר בהווה אנושית קונקרטי רצויה. הצדקה למעשיו אינה אפשרית עוד, ולכל היותר ניתן להציע מחילה.⁸⁷

לאור ההכרחיות הנורמטיבית של מחשבת הגנה בבסיס פעולת הפגיעה, הגנה עצמית בכלל והגנה עצמית פיקטיבית מתחברות בקלות יחסית לעבירות המתה ברף נפשי גבוה, והחיבור הולך ונפרם ככל שיוורדים בסולם הנפשי. בתחתית הסולם, קשה מאוד לדמיין הגנה עצמית בקשר לגרימת מוות ברשלנות. בהגדרה, הרשן לא היה מודע למעשהו או לאפשרות שיוביל למוות; אם לא היה מודע, לא ברור כיצד ומדוע הגיב לסכנת מתקפה באמצעות עבירה; ואם היה מודע, ופעל כדי להדוף את הסכנה, לא ברור כיצד הוא "רשן" ביחס לאפשרות המתה. מנגד, המתה בקלות דעת עשויה, אולי, להתחבר להגנה עצמית בכלל ולהגנה עצמית פיקטיבית בפרט, בתרחיש שבו טעה אדם לסבור שהוא בסיכון, פעל להדיפת הסיכון, אך סבר וקיווה שפעולתו לא תהיה קטלנית. כך למשל ירי לעבר רגליו של תוקף דמיוני, כאשר בדיעבד התוקף הדמיוני נקטל בגין פספוס של הכדור או פגיעה לא מחושבת בעורק הירך. מנגד, בתרחיש שבו אדם דמיין סכנה ובחר להדפה באמצעות פעולה קטלנית מטיבה, הרי שכמוסבר לעיל פעולה כזו מגבשת לפחות את יסודות עבירת הרצח. לא בכדי טענות של הגנה עצמית מועלות בעיקר בתיקי רצח ומאבדות מהגיון הדוקטרינרי והנורמטיבי ככל שיוורדים בסולם הנפשי.

בהנחה עובדתית שבזמן אמת סבר הקוטל שהוא הודף סכנה חמורה, לפי סעיף 34 לחוק העונשין יש לבחון את תחולת תנאי ההגנה העצמית תחת משקפי המציאות הפיקטיבית של הממית בזמן אמת. האם ניתן לקבוע כי ירי בנכנע הוא מעשה אשר "... היה דרוש באופן מיידי כדי להדוף תקיפה שלא כדין שנשקפה ממנה סכנה מוחשית של פגיעה בחייו...?" אם לפנינו מתחזה לנכנע, השולח יד לנשק או למטען נפץ, זהו ניסיון שלו לבצע תקיפה שלא כדין שנשקפה ממנה סכנה חמורה; ואם כך סבור הקוטל, גם בטעות – הוא מוגן. אולם אפילו בהגנה עצמית פיקטיבית, בין שנדרוש סבירות של הטעות באופן עקרוני ובין שלא,⁸⁸ המשפט אינו אמור להסתפק בהיפותזה דמיונית מצד ההגנה גרידא, שאחרת כל אדם שהמית אחר עשוי לטעון באופן סתמי כי חשש לחייו.⁸⁹ במובן קונקרטי, ללא ראיות לסכנה ממשית מצד המומת, ולמול ראיות הפוכות שלפיהן הוא היה בלתי מסוכן – למשל ירידה על ברכיו, הרמת ידיו, הסרת בגדיו וכדומה – קשה יותר ויותר לקבל טענה כזו. לא פחות קשה לקבל גם את הטענה שבדמיונו של היורה המעשה היה סביר לשם מניעת הפגיעה, כעולה מסעיף טז לחוק העונשין. האומנם לא ניתן לעצור את התקיפה הדמיונית בדרך אחרת? ביום 10.7.2001, בתקופת אינתיפאדת אל-אקצא הרוויה בפיוגעים בכלל ובפיוגעי התאבדות בפרט, ניסה מחבל פלסטיני שחדר לעפולה להפעיל מטען חבלה. כוח משטרה של פקד אבישי מועלם, רס"ר יורם כהן ורס"מ אפרים מוסאי חתר למגע והם אף קפצו על המחבל. המחבל הספיק ללחוץ על ההדק, אך המטען לא התפוצץ.⁹⁰ השלושה קיבלו את אות הגבורה.⁹¹ הם לא רק סיכנו את חייהם, אלא עצרו את המחבל חי וללא פגע ואפשרו הן את השגת המודיעין האפשרי מכך, מודיעין שלעיתים מציל חיי חיילים וחיי אזרחים, והן את תגובתה של מערכת המשפט למעשיו.⁹²

גם ללא ציפייה מחייל או אזרח חמוש לאומץ לב קיצוני כמו של הגיבורים שלעיל, האומנם לא ניתן להתמודד באופן מתון יותר עם הסכנה (הפיקטיבית) מאדם בודד על ברכיו שמרים את ידיו בזירה של אירוע נקודתי

⁸⁷ Fontaine, לעיל ה"ש 62, בעמ' 72, 83.

⁸⁸ סג"ר הגנה עצמית, לעיל ה"ש 65, בעמ' 330–333; גור-אריה "הגנה עצמית, טעות בעובדה", לעיל ה"ש 62, בעמ' 163–164.
⁸⁹ לטיעון חריף לפיו הנטייה השיפוטית בישראל לקבל את דמיונו של היורה כעובדה גוברת כשמדובר באיש כוחות הביטחון בכלל ובחייל בפרט, על רקע לאומי ובמיוחד כשהנורה הוא ערבי: שחר, לעיל ה"ש 78, בעמ' 527–528; לטענה לפיה דווקא באשר לבעלי תפקידי ביטחון נדרש סטנדרט גבוה יותר, בגין המקצועיות המיוחדת להם: גור-אריה "הגנה עצמית, טעות בעובדה", לעיל ה"ש 62, בעמ' 166–167.

⁹⁰ עמיקם חורש ושרון רופא "נעצר מחבל עם מטען נפץ במרכז עפולה" Ynet (11.7.2001).

⁹¹ פקד אבישי מועלם אתר הגבורה <https://did.li/B5PCN> www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-902529,00.html

⁹² הח"מ היה התובע שהעמיד לדין את המחבל.

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

אשר נראה כי הסתיים, כאשר אין שום סכנה נחזית מצד אדם אחר? האומנם לא ניתן להסתפק בבידודו של החשוד ובשמירה עליו ממרחק עד להגעת כוחות נוספים? האומנם לא ניתן להקשיב למילותיו ולעצור? אם אכן לא ניתן, האומנם נדרש לירות בגופו? אם אכן נדרש לירות, האומנם לא ניתן לכוון לרגלו או לידו? אם בסופה של שורת התהיות, התשובה (שנראית קלושה למדי) היא שאכן הדרך היחידה להדוף את הסיכון המדומיין מאדם היא בירי לראשו, ירי קטלני מטיבו, הרי שהיורה זכאי; זכאי מעבירת רצח, וזכאי מכל עבירת המתה. הועלתה בפניי הטענה כי אף שהמתה בקלות דעת אינה באה בחשבון, גרימת מוות ברשלנות דווקא עשויה להתאים, בתנאי שנקבל שהיורה דמיין באופן סובייקטיבי סכנה שלא הייתה. זאת לפי הטענה משום שסעיף 34 לחוק העונשין קובע שלא תוטל עליו אחריות פלילית מעבר למידה שהיה נושא בה לו דמיונו היה מדויק, וחל גם על עבירות רשלנות כאשר הטעות סבירה. אולם זו תזה מוטעית המערבת בין שאלת סבירות הטעות כתנאי להגנה לבין היסוד הנפשי בעבירה. סעיף 34(ב) לחוק העונשין חל בפוטנצייה על עבירת רשלנות, אך אינו יכול לחול על "רשלנות" במובן חברתי גרידא של מי שפעל שלא כמצופה או של מי שטעה בזהותו של יעד הקטל. כאמור, אין דרך דוקטרינרית (לא כל שכן נורמטיבית) לכנות ירי מכוון בראש אדם "גרימת מוות ברשלנות" ולגרוס שהקוטל הבגיר והשפוי לא היה מודע ליסוד העובדתי, ומשום כך סעיף 34(ב) לחוק העונשין אינו רלוונטי. סף הכניסה לסעיף 34(ב) לחוק העונשין הוא שמדובר בעבירת רשלנות, ואת סף זה איננו חוצים ואף איננו קרובים אליו.⁹³ בהמשך לכך, אם היורה זכאי מעבירות ההמתה, הוא זכאי גם מכל עבירה קשורה המבקשת להכתיר את האירוע בכותרת מקטינה, ברוח "ירי שלא כדין" אליבא דבית הדין הצבאי. כך למשל העבירה "ירי מנשק חם" בסעיף 340 לחוק העונשין, או העבירה הצבאית "שימוש בלתי חוקי בנשק" לפי סעיף 85 לחש"ץ. אם אנו מקבלים שהיורה דימה סכנת חיים, ברור שעבירות אלו אינן מתקיימות נוכח ההגנה העצמית הפיקטיבית.

מנגד, אם דווקא הייתה דרך אחרת להדוף את הסיכון המדומיין, אפילו הסייג הפיקטיבי אינו יכול להושיע את הקוטל מעבירת הרצח. בקצרה אטעים שגם אם היורה סבר שהמשפט מתיר לו לקטול, ואפילו מעודד אותו לכך, המסגרת המתאימה לטענה כזו היא "טעות במצב משפטי", בסעיף 34 לחוק העונשין; אך סייג צר במיוחד זה אינו יכול לחלץ יורה בראש נכנע מעבירת המתה.⁹⁴

ה. מבט נורמטיבי בירי בראש נכנע

הראיתי לעיל כי ירי בראשו של נכנע מגבש את היסוד העובדתי במרבית עבירות ההמתה. הסברתי כי כאשר הירי הוא ספונטני הוא כולל יסוד נפשי של כוונה וכך מגבש את עבירת הרצח. ביארתי כי הסייגים לעבירה נדרשים ככלי חילוץ מגסותו של הדין הפלילי ומרוחב היתר שלו. אולם הטעמתי כי אין סייג בחוק להמתה בטעות, וכל שנעשה בפסיקה הוא הרכבתם הבעייתית של שני סייגים כדי לייצר סייג חדש, סייג פיקטיבי, הגנה עצמית פיקטיבית. סייג פיקטיבי זה עשוי להוביל אותנו למסקנה הדרמטית של זיכוי גם בקטילה מחושבת של אדם אחר, אם נקבל שתנאי ההגנה העצמית התקיימו תחת דמיונו של היורה. אולם סייג זה אינו יכול להוביל אותנו למסקנה דרמטית פחות, אינו מסוגל להוריד את ההמתה מרצח להמתה בקלות דעת. ירי מכוון בראשו של נכנע אינו יכול להיחשב המתה בקלות דעת, בשום תרחיש: זהו אוקסימורון דוקטרינרי.

⁹³ ה"ח 115, לעיל ה"ש 74, בעמ' 140. אזכיר עוד שדברי ההסבר לסעיף בתיקון 39 לא העלו כלל אפשרות של הפיכת עבירת כוונה לעבירת רשלנות באמצעות סעיף משנה זה, אלא הסבירו שהתנאי של סבירות הטעות רלוונטי בעבירות רשלנות בלבד, "שכן אין תנאי זה מתיישב עם עבירות של מחשבה פלילית, בהן נדרשת מודעות בפועל לרכיבי היסוד העובדתי של העבירה: ואילו בעבירות שמוותנות ברשלנות יש חשיבות לסבירות הטעות, משום שרק בטעות כזאת יש כדי לשלול את הרשלנות".
⁹⁴ על סייג צר זה ראו בפסיקה: ע"פ 389/91 מדינת ישראל נ' ויסמרק, פ"ד מט(5) 705 (1996); ע"פ 845/02 מדינת ישראל נ' תנובה (נבו) 10.10.2007; ובספרות: רות קנאי "העדר מודעות ליסודות העבירה או טעות במצב משפטי - העבירה של הפרת אמונים כדוגמה" מגמות בפלילים: עיונים בתורת האחריות הפלילית 203 (אלי לדרמן עורך התשס"א); דורון מנשה ושי אוצרי "ההבחנה בין טעות במצב משפטי לבין טעות במצב דברים" דין ודברים ז 341 (2014); אוצרי הפטרים רציונאליים, לעיל ה"ש 63, בפרק 2.

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

בפרק זה אראה כי הכשל אינו דוקטרינרי גרידא; הוא גם נורמטיבי, במובן שירי כזה אינו צריך להיחשב "רצח" גרידא, כפי שעולה מהחוק הקיים, אלא צריך להיחשב "רצח בנסיבות מחמירות".

כתבתי בעבר באופן כללי על חוסר השיטתיות וחוסר האחידות של הרשימה הקזואליסטית בעבירת הרצח בנסיבות מחמירות, ובאופן קונקרטי על המחסור בתרחישי המתה שונים, שלכאורה נדרשים לפי ההיגיון הפנימי של הרשימה.⁹⁵ בין אלו לא התייחסתי לירי בנכנע משום שלא העליתי על דעתי תרחיש כזה בישראל בכלל ובצה"ל בפרט. המתתו של יובל ניפצה בועה שרסיסה שוברי לב, הבועה שאיש בצה"ל אינו שותף לתרחישים כאלו.

אף שלא אנסה במסגרת כזו לזקק את התוצר שהרפורמה כשלה לזקק, קרי: מכנה משותף נורמטיבי מופשט לכותרת "רצח בנסיבות מחמירות", אסביר בקצרה את מה שלצערי אולי אינו בקונסנזוס: ירי בראש נכנע, אפילו ירי ספונטני, משקף שיא נורמטיבי של עבירת ההמתה.

אשוב לרצח חסר ישע בסעיף 301א(8) לחוק העונשין. איזו חומרה יתרה עולה ברצח חסר ישע לעומת רצח אחר? מדוע רצח של אדם ש"אינו יכול לדאוג לצרכי מחייתו, לבריאותו או לשלומו", "מחמת גילו, מחלתו או מוגבלותו הגופנית או הנפשית, ליקויו השכלי או מכל סיבה אחרת", חמור מרצח אדם אחר?

תיקון 137 שילב בין שני סעיפים בהצעת החוק משנת 2015, המתת קטין על ידי האחראי עליו והיות הנרצח חסר ישע כהגדרתו בסעיף 368א לחוק העונשין. דברי ההסבר באשר להמתת הקטין היו כי החומרה המיוחדת "נובעת לא רק מעובדת היותו של הקרבן חלש, אלא גם מהפרת האמון והמעילה בתפקיד מצד הפוגע". באשר להמתת חסר ישע נכתב שהיא מבטאת "זלזול חמור במיוחד בערכים בסיסיים של אנושיות, מקום שבו לאור היחס האנושי המצופה הוא דווקא יחס של חמלה".⁹⁶ במילים אחרות, דברי ההסבר תיארו המתת קטין בידי האחראי עליו כחמורה נוכח מיהותו של הנרצח והיותו פגיע מזה, ונוכח מיהותו של העבריין ומעילתו באמון מזה; ותיארו המתתו של חסר ישע כחמורה בגין חוסר החמלה הכרוכה בה.⁹⁷

אף שזהו בסיס נורמטיבי משכנע להחמרה, חולשתו הברורה עולה מצרותו של הנוסח, המבנה השרירותי הרעוע שנבחר להגשמתו. באופן כללי, פגיעות אינה רק נחלתם של חסרי ישע, אלא מצב פיזי או מנטלי-רגשי שבו לעיתים מצוי כל אדם, אפילו החזק מכול. מצב פיזי כזה עשוי לכלול למשל שינה ועירום, כאשר האדם אינו מסוגל להגן על עצמו או מתקשה בכך מאוד; מצב מנטלי-רגשי עשוי לכלול קירבה בזמן לאירוע טראומטי, כמו מותו של אדם קרוב, פיטורין, נשירה ממסגרת לימודית ואפילו פרידה רומנטית או סיום קשר עם חבר נפש.⁹⁸ באופן כללי גם מתן אמון באחרים עשוי להציב את האדם בעמדת פגיעות.⁹⁹

בקשר לרצח, מצב פיזי של פגיעות עשוי להיות חוסר אונים מגוון, כמו חוסר הכרה של פצוע.¹⁰⁰ בענייננו, הפגיעות עולה מהרמת ידיים, פשוטה כמשמעה, ומגיעה לשיא כאשר הרמת הידיים נובעת מבחירה להשליך נשק, לא בגין הבנה של נחיתות בכוח וחוסר טעם בלחימה, אלא מתוך תפיסת אמון במי שלעברו מונפות הידיים. הנטייה לראות סכנה גם היכן שאינה קיימת קשורה לחוסר אמון באחר בכלל, בזר ובשונה בפרט.¹⁰¹ ציניקן חמוש יילחם בחמוש אחר עד המוות. נדרשים אמון ואמונה גבוהים כדי לבטוח במי שמכוון לעברו נשק, לוותר על נשקו ולהיכנע. אמון ואמונה אלו אינם מבטלים את תחושת האימה מהסכנה; הם אך מנתבים את הנכנע להתמודד עימה באומץ יוצא דופן, באמצעות הפגנת ההפך ממסוכנות: בכניעה ובמחוות הרגעה ואמון, במגמה לצמצם את חרדת האחר ולרכוש את אמונו. מחוות אמון עשויות לכלול התפרקות

⁹⁵ אסף הרדוף "רצח סתם או סתם רצח?" עורך הדין 47, 66, 69 (2021) (להלן: הרדוף "רצח סתם").

⁹⁶ ה"ח הממשלה 166, לעיל ה"ש 15.

⁹⁷ ראו גם קרמניצר וגנאים הרפורמה בעבירות ההמתה, לעיל ה"ש 16, בעמ' 305.

⁹⁸ הרדוף "שיעור מהדוד סם", לעיל ה"ש 23, בעמ' 50–51.

⁹⁹ ע"פ 3583/20 פלוני נ' מדינת ישראל, פסי' 53 לפסק הדין של השופט שטיין (נבו) 9.11.2020.

¹⁰⁰ לדיון ביקורתי ראו אסף הרדוף "קוטלו של אויבנו הוא בנו: פערי הרזולוציה בין המשפט הפלילי והחברה, בין חיים ומוות ובין קרבן לעבריין" עלי משפט טו 41, 71 (2020) (להלן: הרדוף "קוטלו של אויבנו הוא בנו").

¹⁰¹ שחר, לעיל ה"ש 78, בעמ' 526.

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

מהנשק מצד אדם המיומן להשתמש בו; ירידה על הברכיים; הסרת המעיל; הרמת ידיים לאוויר; השלכת תעודת זהות לקרקע; ודיבור על היותו של הנכנע לא מסוכן, בהקשר ביטחוני מקומי היותו ישראלי או יהודי למשל. מחוות אלו מבקשות לנסוך בצד האחר אמון ואמונה שהאירוע יסתיים בשלום. הן מבקשות לנסוך בו אומץ: האומץ לא לירות, משום שירי הוא האפשרות הקלה המבטיחה את תום האירוע, במיוחד ירי קטלני.

כאשר אף מחוות אמון אינה יכולה לרכוש אמון ולעצור את הירי, לפנינו יורה שהוא חסר אמון באחר, חסר אמונה בסיום האירוע בשלום. לפנינו קטלן אטום: אטום למחוות אמון, אטום לזעקת האחר, אטום למציאות, אטום לחמלה, אטום למשפט האוסר על המתה שאינה להגנה עצמית ואוסר על נקמות. לפנינו המתה ששום תחנן ומחוות אמון אינם יכולים לעוצרה, המתה ללא אמונה ואמון, המתה מפירת אמון. לפנינו הוצאה להורג.

תרחישים שבהם תחנונים ומחוות אמון והרגעה אינם עוצרים המתה אנושית הם מציאות שהמשפט אינו יכול לגמד. אין זאת שתחנונים כנים צריכים להוביל למחילה על פשעי המתחנן, ככל שהיו כאלו, אלא שאטימות אנושית לתחנונים כנים מצד מי שזועק שלא נמית אותו היא סכנה שעליה משלמים לא רק טרוריסטים רצחניים. המימרה "מי שמרחם על אכזרים – סופו שיתאכזר לרחמנים" נשלפת לעיתים כהצדקה לענישה ולנקמה. מימרה זו אינה אלא קריאה לאטימות הנרתמת בידי מי שאינו רחמן ואף אינו מודאג לשלומם של רחמנים. מי שאטום לחלוטין לתחנוני האכזר הוא מי שחמלתו הולכת ונמוגה, נדרסת בפני הדחף לגמול. בדרכו לנקמה המיידית, על הסיפוק שהיא עשויה להוביל לחוש הצדק או הגמול, מי שאטום לתחנוני אכזרים – סופו שייאטם גם לתחנוני גיבורים. בעולם שבו דל כוחה של החמלה למנוע המתה אנושית של נבל חסר אונים שעליה איננו מצטערים, נראה גם המתה אנושית שעליה נצטער. ראינו.

מבט נורמטיבי ביקורתי בהוצאה פרטית להורג מתקשר בנקל למבט כזה בהוצאה להורג במסגרת המשפט הפלילי ומציב סיבה להתנגד למוות כעונש משפטי,¹⁰² רעיון ששב לפולמוס הציבורי בישראל לאחר מתקפת הטרור האכזרית. אומנם, הצימאון הציבורי למוות האויב בפרט ולמות הנבל בכלל מטופח בנו מילדות על ידי כוחות מגוונים.¹⁰³ מות הנבל מקנה תחושת סופיות, סגירת הסיפור והמעגל,¹⁰⁴ ומרווה את הצימאון הציבורי לנקם¹⁰⁵ בתחושה שהושג הגמול ההולם, בעיקר לרוצחים, עין תחת עין וחיים תחת חיים,¹⁰⁶ אף שחלקים במשפט באים למנוע נקמה פרטית.¹⁰⁷ אולם אפילו אם נשים בצד את שאלת היעילות של ההמתה המדינתית במימוש מטרות הענישה ואפילו אם נשים בצד את החשש הקיצוני שנוציא להורג חף מפשע,¹⁰⁸ מוות כעונש פורמלי ממומש בהליך שבו המדינה

¹⁰² בארצות הברית, שבה העונש עדיין ממומש במדינות מסוימות, השיח הביקורתי עשיר ונוקב. למשל: Carol S. Steiker, *No, Capital Punishment Is Not Morally Required: Deterrence, Deontology, and the Death Penalty*, 58 STAN. L. REV. James R. Acker, *Be Careful What You Ask For: Lessons From New York's Recent Experience With* ; 751 (2005) Michael Mello, *Certain Blood for Uncertain Reasons: A Love ; Capital Punishment*, 32 VT. L. REV. 683 (2008) Letter to the Vermont Legislature on Not Reinstating Capital Punishment, 32 VT. L. REV. 765 (2008) ה"ש, בישראל, שבה העונש אינו ממומש, דיונים נורמטיביים בנושא באקדמיה למשפט אינם רבים, ורובם ישנים: חיים הרמן כהן "עונש המוות - ערך יהודי" **תרבות דמוקרטית** 1, 37 (1999); יאיר לורברבוים "על רצח, עונש מוות והאדם כצלם אלוהים בספרות חז"ל" **פלילים** 223 (התשנ"ט); בועז סנגיר "על עונש המוות בכלל ועל עונש המוות בגין רצח בפעולת טרור בפרט" **עלי משפט** ב 127 (2002) (להלן: סנגיר "על עונש המוות").

¹⁰³ הרדוף "קוטלו של אויבנו הוא בננו", לעיל ה"ש 100, בעמ' 75.
¹⁰⁴ סגירת מעגל היא מהטיעונים בעד עונש מוות. לחוזקת הטיעון ולחולשתו ראו ירון אונגר **עונש המוות – רקע תיאורטי וסקירה משווה** 10–11 (הכנסת, הלשכה המשפטית, תחום חקיקה ומחקר משפטי 2013).

<https://main.knesset.gov.il/Activity/Info/LegalDepartmentSurveys/Survey251113.pdf>
¹⁰⁵ אסף טבקה "דם, צדק, נקמה ודמעות: על 'מיכאל קולהאס' להינרדך פון קלייסט" **המשפט** ח 711, 723–724 (2003).

¹⁰⁶ סנגיר "על עונש המוות", לעיל ה"ש 102, בעמ' 146–147, 178; אונגר, לעיל ה"ש 104, בעמ' 13–14.
¹⁰⁷ דרישת המיידיות בסייג ההגנה העצמית באה גם כדי להבדיל בין הגנה לבין פעולת תגמול אלימה וסגירת חשבון. סנגיר **הגנה עצמית**, לעיל ה"ש 65, בעמ' 189, 397; גור-אריה ודאור, לעיל ה"ש 64, בעמ' 147–148, 154–159; טבקה, לעיל ה"ש 105, בעמ' 722.

¹⁰⁸ סנגיר "על עונש המוות", לעיל ה"ש 102, בעמ' 156–177.

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

ומערכת המשפט מבצעות בעצמן ובאופן יזום רצח.¹⁰⁹ מבחינה דוקטרינרית, הוצאה להורג מטעם מישהו, לרבות מטעם נציג המדינה – עונה בבירור על יסודות עבירת הרצח בנסיבות מחמירות, לכל הפחות סעיף 301א(1) לחוק העונשין. אין צורך להתנגד למלחמות כדי להתנגד לעונש זה,¹¹⁰ אין צורך לנופף בקדושת החיים כמעצור בדרך¹¹¹ ואין צורך לסבור שאפילו מבצעי פשעים איומים ראויים לחיות בעולמנו או שראוי שנגן על חייהם בגין זכותם המוחלטת לחיים.¹¹² באופן קונקרטי איני חש כי מחבלי הנוחבה ראויים להמשיך לחיות, איני סבור כי זכותם לחיים עומדת להם לאחר מעשיהם ואיני סבור שהדין הפלילי חמוש בעונש חמור מספיק עבורם. אולם עדיין די בחמלה מינימלית כמדינה וכמערכת כדי להתנגד תמיד לעונש המוות.¹¹³ חמלה זו אין פירושה בשום אופן סלחנות והכלה של הטרור בפרט ושל הפשע בכלל, למול תחוננים או בכלל, שאחרת הענישה המשפטית הייתה בלתי אפשרית. החמלה היא אך יסוד חיוני בחברה האנושית בכלל ובישראל בפרט למנוע את הצד השני והנורא שלה: קהות חושים ואכזריות.¹¹⁴ מחויבותנו לחמלה אינה עבור אויבינו, עבור תדמיתנו או עבור קשרי החוץ שלנו; היא עבורנו, עבור נפשנו, עבור רגישותנו ואפילו עבור חיינו.¹¹⁵

ו. מדיני העונשין לסדר הדין הפלילי, ומהמשפט לציבור

במובן נורמטיבי, רצח של נכנע משקף אטימות קיצונית כלפי חוסר אונים, אך חרף זאת אינו מכוסה בעבירת הרצח בנסיבות מחמירות, שמסתברת להיות צרה מכדי להשיג את ערכיה. במובן דוקטרינרי, ירי בראש נכנע אינו "המתה בקלות דעת", אלא רצח. הגנה עצמית פיקטיבית עשויה לחלץ יורה שבדמיונו עמד בכל תנאי ההגנה העצמית הממשית. קשה לדמיין זאת בתרחיש שבו המומת ביצע מחוות אמון ברורות. אם חל הסייג הפיקטיבי, היורה זכאי מכל עבירה; אם לא – הוא אשם ברצח. על רקע זה, מדוע כיוונה המערכת להמתה בקלות דעת? נשוב לעבר הלא רחוק. בשנת 2008 האשימה הפרקליטות הצבאית בעבירה "התנהגות שאינה הולמת" חייל שירה בעציר פלסטיני כפות ואת מפקדו שאמר לו לעשות כן. הכתובת היחידה האפשרית לתיקון עבור נפגע העבירה בתרחיש כזה היא בג"ץ. זה ברגיל דוחה עתירות להתערבות בהכרעת התביעה בכלל,¹¹⁶ ולהחמרת

Michael Mello, *In the Years When Murder Wore the Mask of Law: Diary of a Capital Appeals Lawyer*, 24 VT. 109 (2000); Alexandra L. Klein, *When Police Volunteer to Kill*, 74 FLA. L. REV. 205, 235, 252 (2022); L. REV. 583, 616 (2000); Mello, לעיל ה"ש 102, בעמ' 873, 865, 790.

Mello, לעיל ה"ש 102, בעמ' 789–788.
Joseph Boyle, *Sanctity of Life and Authorization to Kill: Tensions and Developments in the Catholic Ethics of Killing*, 1 U. ST. THOMAS L.J. 217, 226–33 (2003).

SpearIt, *Reimagining the Death Penalty: Targeting Christians, Conservatives*, 68 BUFF. L. REV. 93, 121–23 (2020).

CESARE BECCARIA, ON CRIMES AND PUNISHMENTS AND OTHER WRITINGS 55 (Richard Bellamy ed., Richard 113 (Davies trans., 1995), כמופנה אצל John D. Bessler, *Revisiting Beccaria's Vision: The Enlightenment, America's Death Penalty, and the Abolition Movement*, 4 NW. J. L. & SOC. POL'Y 195, 196 (2009); Steiker, לעיל ה"ש 102, בעמ' 773–74.

Joanna M. Shepherd, *Deterrence Versus Brutalization: Capital Punishment's Differing Impacts Among States*, 114 (2005); Steiker, לעיל ה"ש 102, בעמ' 786–787; הקשר בין צידי המטבע עלה גם בישראל בקשר לעבירת ההתעללות בבעלי חיים, שבה המשיג בית המשפט העליון שתי תכליות. הראשונה הייתה חמלה, הגינות כלפי החלש, רגישות אנושית; והשנייה הייתה תועלתית, מניעת קהות חושים ואטימות, פן ייהפך האדם אכזר. רע"א 1684/96 עמותת "תנו לחיות לחיות" נ' מפעלי נופש חמת גדר בע"מ, פ"ד נא(3) 832, 858, 861 (1997).

115 חרף חשיבותו העצומה, שדה המשפט אינו נוטה להמשיג או לחקור את החמלה. יופי תירוש ואדם שנער "אמפתיה מתקנת" עבודה חברה ומשפט טו 36, 44–45 (2018); לדיון בחשיבותו בכלל: אבי שגיא "בין אתיקה של חמלה לאתיקה של צדק" **צדק שלי, צדק שלך: צדק בין תרבויות** 173, 176–184 (2010); לדיון בחשיבות בקשר לבעלי חיים בפרט, שחוסר הישע שלהם למול האדם זועק: יוסי וולפסון "מעמד בעלי-החיים במוסר ובמשפט" **משפט וממשל** ה' 551, 556 (2000); אסף הרדוף "התעללות ראווה? בין צער בעלי חיים לעונג האדם" **דין ודברים** י' 141, 197–198 (2017).

116 למשל: בג"ץ 5699/07 פלוגית (א) נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסי' 30 לפסק הדין של השופטת פרוקצ'יה, פסי' 10 לפסק דין המשנה ריבלין (נבו) 26.2.3008; בג"ץ 88/10 שוורץ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסי' 12–13 לפסק הדין של השופט גיבוראן (נבו) 12.7.2010; בג"ץ 2684/12 י"ב בחשוון התנועה לחיזוק הסובלנות בחינוך הדתי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסי' פג לפסק הדין של המשנה רובינשטיין (נבו) 9.12.2015.

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

האישום באמתלה של כיבוד שיקול דעתה של הפרקליטות בפרט.¹¹⁷ באותו מקרה דווקא קיבל בג"ץ את העתירה פה אחד וקבע שאישום כאמור הוא בלתי סביר באופן קיצוני והכותרת מגמדת את המעשים שמתוארים בכתב האישום.¹¹⁸ לא חלף עשור, והפרקליטות הצבאית העמידה לדין חייל בעבירת הריגה בגין ירי לראשו של מחבל פצוע, תוך דחייה של טענות סייגים ממשיים ופיקטיביים. העובדות שנקבעו בסיום הליך הוכחות ארוך, תחילה בבית הדין הצבאי האזורי¹¹⁹ ובהמשך בבית הדין הצבאי לערעורים,¹²⁰ גיבשו את עבירת הרצח בכוונה תחילה.¹²¹ חרף זאת איש מהשופטים לא תהה לפשר המסגרת שבחרה הפרקליטות, ועתירה לבג"ץ בנושא לא הוגשה או לא נדונה.

רב המשותף המשפטי לשתי הפרשות הללו ולפרשה שעל הפרק: עבירה חמורה ואלימה של חייל באמצעות נשקו; כלפי מי שאינו יכול להגן על עצמו באותה עת, נקטל שהוא פלסטיני ממש או פלסטיני במוח של החייל; כותרת מקטינה של הפרקליטות הצבאית; ושיתוף פעולה כזה ואחר של בית הדין הצבאי. מכנה משותף לא פחות חשוב הוא עובדתי: כל האירועים צולמו.¹²² אלמלא הסרטון בענייננו, ניתן לשער שכציבור היינו נותרים עם הדיווח הראשוני על "ירי דרצדדי", גם בשעה שברור לרשויות שצד אחד בלבד בחר לירות בעוד צד אחר בחר להיכנע; ועם הדיווח הראשוני על "ירי בשוגג", גם בשעה שברור לרשויות שהנקירה הקטלנית לא נעשתה ללא בחירה: ירי בשוגג אינו ירי + שוגג. סרטון ההמתה מנע מהרשויות אפשרות לסלף ולהעלים את המקרה מהעין הציבורית והמשפטית. אולם העין אינה יכולה להיעצם לנוכח העובדות: יובל מיהר באומץ להתעמת עם מחבלים רצחניים, הצליח במשימתו, אך נורה בראשו למוות על ידי חייל, שמהר אף הוא באומץ להתעמת עם מחבלים רצחניים. התביעה הצבאית בחרה להתייחס לסיפור במסגרת שאינה מתאימה ואינה יכולה להכילו בהצלחה; בית הדין פקפק באשמת הנאשם, אך לא במסגרת.

בחירתה של התביעה הצבאית לצעוד באפיק והערות בית הדין מלמדת, אולי, על חוסר הבנה משפטית; על חוסר אומץ לב ציבורי; או על תפיסה ערכית המבקשת לגמד את האירוע באמצעות התעלמות מהדוקטרינה. זהו קו המשך תביעתי צבאי להקטנתם של אירועים חמורים, שנראה שמערכת המשפט הייתה מעדיפה לעצום עיניים מולם, אך נאלצה להתעמת עימם בלית ברירה, בגין חשיפת צילומים לציבור. קו זה צפוי להיות מגובה בבית הדין הצבאי, שייתכן שחרד יותר למעמדו הצבאי או הציבורי מאשר לזעוק את זעקת הנקטל.

עבירת ההריגה בדין הישן לא התאימה להתייחס לירי מכוון בראשו של אדם חסר הכרה, אף שהיה מחבל; עבירת ההמתה בקלות דעת בדין הנוכחי מתאימה עוד פחות לתאר ירי בראשו של אדם שנכנע ומתחנן לחייו.¹²³ התביעה הצבאית בשלה: בוחרת להיות באמצע שני קצוות.¹²⁴ בקצה האחד ניצבת עבירת הרצח, שמצטיירת כרעיון קשה לעיכול חברתי עבור חייל שנכנס לאירוע טרור כדי להתעמת עם מחבל, סיפור שנפתח בגבורה ומסתיים ברצח, מוגן או לא. בקצה האחר ניצבת החפות, שמצטיירת כרעיון קשה לעיכול חברתי עבור ירי מקרוב לראשו של אדם שהרים ידיים, לא כל שכן אדם שהתברר כחייל מילואים בעצמו, שלחם בעזה, השתחרר וכאזרח פעל בגבורה ובהצלחה לעצור מחבלים רצחניים בזמן אמת. התביעה בחרה בקלות

¹¹⁷ בג"ץ 8265/11 אסידו נ' היועץ המשפטי לממשלה, פס' 9–12 לפסק דין השופט ג'ובראן (נבו 19.1.2012).

¹¹⁸ בג"ץ 7195/08 אבו-רחמה נ' הפרקליט הצבאי הראשי (נבו 1.7.2009).

¹¹⁹ צבאי (מרכז) 182/16 התובע הצבאי נ' אזריה (נבו 4.1.2017).

¹²⁰ ע/18/17 אזריה נ' התובע הצבאי הראשי (נבו 30.7.2017).

¹²¹ הרדוף "קוטלו של אויבנו הוא בננו", לעיל ה"ש 100, בעמ' 47.

¹²² כך גם נכון באשר לאירוע קטל במרץ 2024 של פלסטיני שהתגייס ונורה במחסום בלי שעלתה ממנו סכנה כלשהי.

ראו אלישע בן קימון, יואב זיתון "פלסטיני שהתגייס נורה למוות בידי לוחמי מילואים בגוש עזיון" Ynet (21.3.2024).

www.ynet.co.il/news/article/hym4dpy0t

¹²³ הרדוף "רצח סתם", לעיל ה"ש 95, בעמ' 68 (הרפורמה הפכה המתה באדישות מ"הריגה" ל"רצח"; אולם נוכח קיצונית המסגרת עשויה התביעה לרדת באופן מלאכותי ל"המתה בקלות דעת", וכך ההחמרה של הרפורמה מובילה דווקא להקלה).

¹²⁴ הרדוף "קוטלו של אויבנו הוא בננו", לעיל ה"ש 100, בעמ' 58.

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

דעת.¹²⁵ לעומת החשוד, שחתר באומץ לעבר אירוע מסוכן ומלחיץ ביותר, ולכאורה קיבל בשבריר שנייה החלטה אומללה להמית ללא צורך וללא הגנה, המשטרה הצבאית והתביעה הצבאית בפרשה לא בחרו להיכנס לאירוע, אלא נקלעו אליו בליט ברירה, אירוע מלחיץ גם עבורן, אך מובן שלא מסכן חיים. היה להן שפע זמן להרהר ולפנות לכלי הדוקטרינרי המדויק, אך זאת טרם עשו. מדוע?

"רצח" ו"רוצח" הם מושגים משפטיים, אך גם חברתיים, ועכבות תרבותיות מונעות פנייה אליהם גם כאשר תחולת החוק ברורה. רשויות האכיפה הן השחקן החזק ביותר במערכת המשפט הפלילי, הנהנה משיקול הדעת הרחב עד בלתי מעורער כמעט בשפע הקשרים,¹²⁶ לרבות ההכרעה שלא להעמיד לדין או להקל באישום.¹²⁷ אולם אפילו להן, על כל כוחותיהן העצומים, אין סמכות לשכתב את הדוקטרינה לשם כך. הדוקטרינה היא בינרית, תלוית יסודות, ולא תלוית ערכים או סולם חומרה. אף שהמשטרה והתביעה ברגיל נהנות מהגסות של עבירות ושל מכשירים פליליים מהותיים אחרים,¹²⁸ הפעם הגסות היא בעוכריהן מבחינה ציבורית. "רצח" ו"רוצח" הם מושגים משפטיים אומנם, אך גם מושגים חברתיים. להבדיל מהמשפט, הציבור נוטה להתעניין מאוד בפרמטרים כמו זהות הקוטל, זהות הנקטל, מערכת יחסיהם, אופן הקטילה ופעולות מאוחרות.¹²⁹ בהתאם, הציבור אף נוטה או מוטה מבחינה תקשורתית, פוליטית ותרבותית להצדיק קטילת חיי אדם בהקשרים מסוימים,¹³⁰ בגין פרטי אירוע שאינם עולים מהחוק, חוק אשר לעומת החברה בהכרח מוגבל מאוד ביכולתו לפרט.¹³¹ במקרים מסוימים רשויות האכיפה אינן רוצות ואפילו אינן מסוגלות לפנות למושגים אלו הרחק מעבר לבסיס החברתי.¹³² אומנם, המשטרה והתביעה חיות בעולם המשפט, אך השוטר והתובעת חיים בעולם החברה, ויכולתם להתרחק מתפיסות חברתיות – מוגבלת, וכך גם רצונם. כך גם הרשות השופטת, שניתן לשער שהייתה שמחה שלא לפגוש בתיק כזה ושאלה היא צפויה להעלים עין מדיסוננסים כדי לשים עוד מחלוקת מאחורינו.¹³³ בפשטות ובבוטות, לא נעים להחשיד, להעמיד לדין, להרשיע ולהעניש לוחם ישראלי בגין רצח של לוחם ישראלי אחר לאחר אירוע טרור קטלני שאליו קרב באומץ בשעה שסבר שהוא קוטל מחבל. בד בבד, לא נעים גם להתעלם מכך. אלמלא הצילום ניתן היה להעמיד פנים שהטרגדיה היא פחותה, לטאטא את האמת הקשה תחת שטיח ירוק (צבא) או כחול (משטרה). לאור הצילום, על המערכת לבחור.

את הטרגדיה המערכתית פותרת המערכת בפשרה, לא שמיים ולא ארץ. אימוצה משקף את ירידתו של המשפט על הברכיים והרמת ידיים של החוק, עצימת עיניים למול הכשל הדוקטרינרי. יסודותיה של ההמתה

¹²⁵ ת"פ (מחוזי ירושלים) 40172-06-21 **מדינת ישראל נ' פלוני** (נבו 6.7.2023) (אף בהתעלם מפרשת **אזריה**, בחירת ביניים אינה חסרת תקדים, לרבות בהמתה בקלות דעת. כך למשל הואשם שוטר שירה לעבר צד שמאל של בית החזה של אוטיסט שהוא סבר בטעות שהוא מחבל, בשעה שזה היה פצוע על הקרקע מירי שוטרים לפני כך. הנאשם, שמערכת המשפט בחרה להסתיר את שמו, זוכה באופן מלא בגין טעות במצב דברים).

¹²⁶ Erik Luna, ; Henry M. Hart, Jr., *The Aims of the Criminal Law*, 23 LAW & CONTEMP. PROBS. 401, 428 (1958) ; IOWA L. REV. 1107, 1140–41 (2000) ; *Principled Enforcement of Penal Codes*, ; *Transparent Policing*, 85 ; ¹²⁷ William J. Stuntz, *The Pathological Politics of Criminal Law*, 100 MICH. ; 4 BUFF. CRIM. L. R. 515, 544–545 (2000) ; Douglas Husak, *Is the Criminal Law Important?*, 1 OHIO ST. J. CRIM. L. ; L. REV. 505, 506–507, 519, 598–599 (2001) ; ANDREW ASHWORTH, *PRINCIPLES OF CRIMINAL LAW* 7–8 (5th ed. 2006) ; 261, 266 (2003) ; התובע בהליך פלילי "**פלילים**" ה 173, 174–173, 184–184 (1996) ; אסף הרדוף "ויתור, הידברות, בג"ץ: שחרור חסמים בסדר הדין הפלילי, צמצום הכוח המנהלי והגברת הביקורת השיפוטית" **ספר אליקים רובינשטיין** 1817, 1843–1844 (מרים ביטון עורכת 2020).

¹²⁷ לעיל ה"ש 116, 117.

¹²⁸ למשל: הנגזרות לעבירה. הרדוף **אשמים**, לעיל ה"ש 21, בפרקים 41–42.

¹²⁹ הרדוף "קוטלו של אויבנו הוא בננו", לעיל ה"ש 100, בעמ' 66–72.

¹³⁰ גיורא (גיורג) פ' פלציר "הגנה עצמית של נשים מוכות" **פלילים** 1 ו 65, 69–70 (1997).

¹³¹ שחר אלדר **על הרזולוציה של המשפט הפלילי** 3 (חיבור לשם קבלת תואר "דוקטור לפילוסופיה", אוניברסיטת בר אילן 2003).

¹³² אין מדובר רק במערכת הצבאית. באשר לפרקליטות הפלילית. ראו למשל ע"פ 373/10 **בוריסוב נ' מדינת ישראל**, פס"ו, ח לפסק הדין של השופט רובינשטיין (נבו 3.4.2011).

¹³³ ראו פרשה שבה התביעה והסנגוריה הגיעו לפשרה עובדתית שסתרה את תזת התביעה ותזת ההגנה ויצרה הכלאה עובדתית. בית המשפט ידע זאת, אך שיתף פעולה עם הסדר הטיעון, כנראה כדי לסיים את המחלוקת. ע"פ 5734/10 **קאשור נ' מדינת ישראל** (נבו 25.1.2012). כפרפרזה על המונח המקובל "אמת משפטית", כיניתי זאת בעבר "שקר משפטי". אסף הרדוף "פסיביזם שיפוטי ומשפט פלילי פיקטיבי: על הרשעות בלתי-יסודיות ובעיית השקר המשפטי" **המשפט** כד 39, 48–49 (2018).

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

בקלות דעת אינם מתקיימים, ואפילו כותרתה נראית תמוהה ותלושה בהקשרנו.¹³⁴ לעומת האמון והאומץ שהובילו את יובל להרים ידיים ולהיכנע, וחוסר האמון וחוסר האומץ שאפשר שהובילו את היורה להמיתו לאחר חתירתו באומץ לזירת האירוע, הרי שרשויות האכיפה מורידות את המשפט על ברכיו ללא כל אומץ וללא כל אמון. לא מאוחר לתקן, שהרי ברור שקו ההגנה לא ייפגע ואפילו לא ישתנה: הגנה עצמית פיקטיבית. אבל למערכת המשפט קל יותר להעמיד פנים שהמשפט מוגשם גם כאשר היא עצמה דורסת אותו. לבד מהכשל הדוקטרינרי, מסתמן גם כשל נורמטיבי גדול, הפעם לא של מערכת הדין הצבאי הנישתית, אלא של החוק הישראלי הכללי. בעוד הטיעון הדוקטרינרי כי ירי מכוון בראש נכנע מהווה רצח בנסיבות מחמירות הוא קשה לביסוס, הרי שמבחינה נורמטיבית אפיונו זועק לשמיים: פסגת עבירות ההמתה. המחשבה על נכנע הזועק בכנות לרחמים בטרם נורה מקרוב למוות היא קשה, לפחות לחלקים בציבור, אפילו בהנחה שמדובר במחבל. כאשר מדובר באזרח שהגיע למקום כמעשה הרואי, עצר מחבלים ממש ונתן אמון לשווא בקוטלו, הלב נשבר. הרפורמה העדכנית והלא מצטיינת בעבירות ההמתה, אף לאחר שנים של מחקר והתלבטויות, לא הצליחה להכתיר אירוע כזה בתו החמור הנדרש לו. מערכת המשפט הצבאית הצליחה אפילו פחות.

סיום

ההסבר הציבורי ההתחלתי למותו של יובל קסטלמן, "ירי דו־צדדי" ו"ירי בשוגג" – לא עמד במבחן המצלמה. יובל חתר באומץ להילחם במחבלים, עצר אותם בהצלחה ואז גילה לחרדתו שחיילי צה"ל שממול, שגם הם חתרו באומץ להילחם במחבלים, סבורים שהוא מחבל. באומץ רב זרק יובל את נשקו וניסה לדבר אל ליבם ולרכוש את אמונם במחוות מגוונות שבשיאן ירד על ברכיו והניף את ידיו לכניעה. כל מחוות האמון וההרגעה שלו – כשלו. מדוע? רק הקוטל יודע. לעומתו, אנו יכולים רק לשער. ניתן לשער שהקוטל חשש לחייו של מישהו בגין ה"מחבל" שמולו, עד כדי ירי מקרוב בראשו, קו ההגנה המסתמן בדיעבד; או לשער שהקוטל סבר, כמו רבים בחברה, שעל המחבל הנכנע למות בגין מעשיו, וסבר שעליו למות מידו, כאן ועכשיו, בדרך לסימון איקס. אפילו אם אנו נוטים לקבל את גרסת ההגנה המאוחרת של הקוטל, עלינו לבחון את סייג ההגנה העצמית הפיקטיבית, לבחון מה בתרחיש זה הוביל לחשש לחייו של מישהו ולבחון במצטבר מדוע הדרך שנבחרה לפרוק את החשש הייתה ירי לראשו של נכנע. אם אומנם הסקנו בסיומה של הדרך כי הקוטל עומד בתנאי הסייג הפיקטיבי – הרי שהוא זכאי מכל עבירה. לעומת זאת, אם דחינו את המסקנה – הרי שהקוטל אשם בעבירת רצח. כך או כך, אין דרך לכנות את האירוע "המתה בקלות דעת".

באופן כללי, כך נכון באשר לכל פעולה קטלנית שנועדה לקטול, לרבות קטל הנעשה ממניע שאנו תופסים כמוצדק, כאשר הסתבר לבסוף שהנקטל אינו מי שחשבנו. ירי מכוון מקרוב בראשו או בחזהו של אדם אשר בסוף הסתבר שאינו מחבל, אלא הוא פלסטיני שהתגייר; ירי במי שמניפים דגל לבן ומסתבר שהם חטופים שברחו משביים; ירי טיל על רכב מחבלים שהסתבר להיות רכב סיוע שבו אזרחים זרים ממדינות ידידותיות; ושאר צורות של "סיכול ממוקד" שגוי – כל אלו אינם "המתה בקלות דעת" ואינם יכולים להיחשב כך, אף אם היינו מדמיינים במערכת המשפט מי שמעוניין בהעמדה לדין פלילי בגינם.¹³⁵ טעות ביעד הקטל – אינה

¹³⁴ הכותרת "המתה בנסיבות של אחריות מופחתת" בס' 301 לחוק העונשין נראית מתאימה יותר כפשרה, אך גם היא אינה מתאימה ביסודותיה לתאר תרחיש שאינו קרוב להגנה עצמית. ספק אפילו אם קרוב להגנה עצמית פיקטיבית או לקנטור פיקטיבי. ¹³⁵ לא אפתח דיון עצמאי, אך אציין שסיכול ממוקד ממלא בבירור את יסודותיה של החלופה הראשונה של עבירת הרצח בנסיבות מחמירות, ואינו מחולף בסייג הצידוק, משום שפעולה זו אינה מתבססת על הסמכה. בדיון מפורסם לפני כשני עשורים דחה בג"ץ עתירה נגד מדיניות הסיכולים הממוקדים. פסק הדין הכולל עשרות עמודים, אך נערך באופן כמעט מוחלט בהקשר של משפט מנהלי ומשפט בין-לאומי, הזכיר את סייג הצידוק פעם יחידה ובאופן סתמי, וזה היה גם האזכור היחיד של חוק העונשין. עקרון חוקיות המנהל, שכזכור מחייב הסמכה מפורשת לפגיעה מדינתית בזכות יסוד, לא הוזכר כלל בפסק הדין; בג"ץ 769/02 הוועד הציבורי נגד העינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד סב(1) 507 (2006).

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

הופכת קטל מחושב להמתה בקלות דעת. במסר לא נוח זה אשם אחד ויחיד: המחוקק, ששרטט עבירות המתה גסות במיוחד, כאלו שאין להן הקשר או מניע מחלף. בד בבד, כלי החילוץ שאותו המחוקק דווקא בנה – הגנה עצמית – אינו מתאים לתאר קטל של יעד מוטעה. לפיכך, בנתה הפסיקה הישראלית כלי לא אלגנטי ולא מובן מאליו, ההגנה העצמית הפיקטיבית. בהנחה שזהו כלי תקף, הרי שמי שעומד בו – זכאי מכל עבירת המתה ומכל עבירה אחרת קשורה.

כמו טעות ביעד הקטל, גם טעות בהצדקת הקטל אינה הופכת קטל מחושב להמתה בקלות דעת. למשל הפרקטיקה הנפסדת המכונה "נוהל חניבעל", קטל מכוון של חטופים או בני ערובה לצד המחבלים המחזיקים בהם במגמה למנוע את הצלחת החטיפה כדי שלא לשלם בעתיד מחיר מדיני כזה ואחר – מגבשת בבירור את עבירת הרצח בנסיבות מחמירות, בלי לעמוד בסייג ההגנה העצמית או לעמוד בתנאים של סייג כלשהו. גם פעולות כאלו לא הובילו לתגובה של מערכת המשפט הפלילי. היכן בית הדין הצבאי? היכן הפרקליטות הצבאית? היכן המשטרה הצבאית?

דיני העונשין בישראל כוללים לא מעט עבירות גסות, לעומת כלי חילוץ בודדים וצרים. בין האחרונים אין סייג הנקרא "מלחמה". אין בחוק אמירה מפורשת או משתמעת שלפיה דיני העונשין מפסיקים לחול במצב חירום בכלל או בעת מלחמה בפרט. אף קשה לבסס כזו מבחינה נורמטיבית או ציבורית, כאילו לכל חייל קיים רישיון לפעול בכל אופן שנראה לו נכון, לרבות באמצעות ביצוע עבירות. הרי אפילו בכעסנו הרב, ואף אם השלמנו ונשלים עם הרס והרג מחוץ לחוק בהקשר כלשהו להגנה על חיילינו, לא נשלים עם עבירות שברור שאין להן הקשר כזה, דוגמת ביזה או תקיפות מיניות אשר נועדו לנקום באויב על הזוועות שהוא חולל.¹³⁶ אף בשם הנקמה, איננו שואפים ואיננו מוכנים לרדת לרמת האויב השפל.

דיני העונשין אינם משתנים במלחמה. לעומתם, אחד השחקנים החשובים ביותר בדין הפלילי, חרף היותו שחקן סמוי, עובר מטמורפוזה אדירה במלחמה, וביתר שאת במלחמה מתמשכת וקשה. שחקן זה הוא ההניעה. ההניעה של המשטרה והמשטרה הצבאית, ההניעה של התביעה והתביעה הצבאית, ההניעה של בית המשפט ובית הדין הצבאי – מיישרות כולן קו עם רוח הלחימה, רוח הפוליטיקה ורוח הציבור. יישור קו זה פירושו כי מעת לעת נשמע אזהרות סרק ציבוריות ספורדיות מצד יועצים משפטיים על הצורך להיצמד לחוק גם בעת לחימה, ולעומת זאת נראה רפיון מחושב ומתמשך באכיפה כלפי מי שפגע באויבים, אף מחוץ לחוק, ואפילו כלפי מי שפגע במי שהיו אויבים במוחו בלבד. בשעת מלחמה האמפתיה לחיילינו בכלל וללוחמינו בפרט, אמפתיה מבורכת כשלעצמה, מובילה לסלחנות ולסובלנות, לעיתים הרחק מעבר לגבולות הדין, מובילה לעצימת עינינו ולאיטום ליבנו, שהם מבורכים פחות. מחויבותנו כלפי חיילינו או כלפי ביטחוננו, כך מסתבר, גבוהה ממחויבותנו לחוק, חוק שהולך ונהיה פחות חשוב ואף פחות מעניין. מלחמות מוכיחות כי כאשר התותחים רועמים, לא רק המוזות שותקות, אלא גם המשפט בכלל והמשפט הפלילי בפרט, על שחקניו ועל מלומדיו. כל אלו נוטים לעצום עיניים ולשתוק, לא לראות או לא להצביע על החיבור בין מציאות מתמשכת של מוות והמתה לבין עבירות המתה גסות ורחבות, על רקע סייגים צרים.

כך נשחק שלטון החוק, ולא רק הוא, אלא גם הערכים שהמשפט מתיימר לקדם, לרבות ערך מפתח בחברה המודרנית, החמלה. החמלה למתים שאינם יקירינו נדרסת תחת חששנו לחיינו ולביטחוננו, וכך אף החמלה למתים שהם יקירינו ונהרגו על ידי יקירינו. החמלה, כמו הסולידריות, הנדיבות, האומץ ועוד ערכים נפלאים – כולם תוצרים של מין פרווילגלי, עשיר, חזק ובטוח. כאשר הפריווילגיות שלנו נסוגות, בין בשעת מלחמה ובין בשעת מגפה קשה, נדיבותנו כלפי האחר מצטמצמת ואצילותנו נסוגה. אולם אפילו מי שחמלתו נשחקה,

¹³⁶ ייתכן כי קו המחשבה האמור היה אופטימי מדי. המאמר נשלח לשיפוט באמצע ינואר 2024. בשלהי יולי 2024 פורסם בתקשורת על התפרצות המונית לקריה המשפטית, על רקע זעם ציבורי כנגד חקירה אשר נפתחה בחשד נגד חיילים בהתעללות מינית במחבלי נוח'בה. רענן בן צור ואחי "מתפרעים פרצו לבתי הדין הצבאיים. חשד נגד חיילי המילואים: מעשה סדום בנסיבות אינוס" Ynet <https://www.ynet.co.il/news/article/rkmvjsbt0> (29.7.2024)

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

או שהיא שמורה רק למי שדומים לו ; מי שמחזיק בהשקפה שדינם של מחבלים מוות מהיר, לרבות בשעת כניעה אמיתית שלהם ; ומי שמוכן למחול ללוחמים המוציאים להורג אנשים על ברכיהם ואפילו לשבחם, כל עוד הם בצד שלנו – כל אלו צריכים לזכור שיש ויהיה לכך מחיר כבד. המחיר הוא לשלטון החוק. המחיר הוא לערכינו. לעיתים, המחיר הוא אף לחיי לוחמינו וגיבורינו. אסור לנו לשכוח את המחיר, ואסור שניתן לפחד לדרוס את ערכינו. אנו צריכים לנסות להיות אמיצים. אמיצים כמו יובל קסטלמן.