

עליו משפט



כתב העת של המרכז האקדמי למשפט ולעסקים

כרך טו	סיוון תש"ף, יוני 2020
דבר העורך	
אבישולם וסטרייך.....	5
מנת הסרטנים וקוקטייל הצרפות שהכריעו במשפט על כתיבת עובדות בכתבי טענות	
מיכל אהרוני.....	7
קוטלו של אויבנו הוא בנגו: פערי הרזולוציה בין המשפט הפלילי לחברה, בין חיים למוות, בין קורבן לעבריין ובין גמול לנקמה	
אסף הרדוף.....	41
עונש מאסר – אפשר גם אחרת: מודל חדש של ריצוי מאסר בבית	
יובל ליבדרו.....	83
הזכות לייצוג עצמי בהליך משפטי בעקבות ספרו של רביע עאסי: INJUSTICE IN PERSON: THE RIGHT TO SELF-REPRESENTATION	
דורון מנשה ואיל גרונר.....	129
לקראת רגולציה משפטית של תופעת קבוצת הרכישה מנאל תותרייג'ובראן ושמעון דיין.....	157

עליו משפט



כתב העת של המרכז האקדמי למשפט ולעסקים

כרך טו

סיוון תש"ף, יוני 2020

עורך

פרופ' אבישלוס וסטרייך

מערכת אקדמית

פרופ' משה כהן-אליה, פרופ' שלי קרייצר-לוי, פרופ' גילה שטופלר

רכזות המערכת – תשע"ח

רחל פאלק, שיר שטרית

חברי המערכת תשע"ח

שרון אלטבך, מירי בוחניק, צחי הוק, משה זילברמן, אסף יהודה חרלופסקי, עדה יעקבי,

דניאל כהן, לידר לוגסי, עומר לוי, אליהו קראוזה

רכז המערכת – תש"ף

שגיב ברהום

מזכירת המערכת

מאיה שפירא

עריכה לשונית

יהודית ידלין

הפקה

ענת זקון

ISSN (Print): 2707-4331

ISSN (Online): 2707-434X

הוצאה לאור



רשימת המשתתפים בכרך

עו"ד מיכל אהרוני, המרכז האקדמי למשפט ולעסקים, מכללת ספיר ואוניברסיטת תל-אביב
איל גרונר, תלמיד מחקר לתואר שלישי, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה
עו"ד שמעון דיין, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת בר אילן (בוגר)
ד"ר אסף הרדוף, מרצה בכיר, הפקולטה למשפטים, המכללה האקדמית צפת
פרופ' אבישלום וסטרייך, פרופ' חבר, הפקולטה למשפטים, המרכז האקדמי למשפט ולעסקים
ד"ר יובל ליברדו, שופט בית-המשפט המחוזי, באר-שבע; מרצה מן החוץ, בית הספר
למשפטים, המכללה האקדמית ספיר
פרופ' דורון מנשה, פרופ' חבר, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה
ד"ר מנאל תותרי-גו'בראן, מרצה, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת בר-אילן

כתב העת עלי משפט עוסק בכל ענפי המשפט ובתחומי ידע במדעי הרוח והחברה
המשיקים למשפט. מאמרי כתב העת עוברים בחינה של מערכת כתב העת
ושיפוט-עמיתים אנונימי. כתב העת יוצא לאור אחת לשנה.

להגשת מאמרים ופניות בנושא כתב העת נא לפנות לעורך כתב העת,
פרופ' אבישלום וסטרייך, בדוא"ל : avishalomw@clb.ac.il

דבר העורך

קוראות וקוראים יקרים,

אני שמח להעמיד בפניכם את הכרך הטו של כתב העת עלי משפט. מאמרי הכרך הושלמו זה מכבר, אולם אילוצי השעה – ובין השאר מגפת הקורונה בעולם ובישראל – דחו את פרסומם זמן מה. דווקא מתוך כך, המשך היצירה, המחקר והפרסום חשובים ביותר לחברה הישראלית, ובהוצאתם לאור יש שמחה רבה.

בכרך זה חמישה מאמרים.

מיכל אהרוני פותחת את הכרך במאמרה "מנת הסרטנים וקוקטייל הצדפות שהכריעו את הטעוץ המשפטי: על כתיבת עובדות בכתבי טענות". המאמר בוחן את השפעת דרכי סיפור העובדות בכתבי טענות על הכרעת בית המשפט. בכך, הוא מעמיק את הבנתנו באשר לחשיבות החיבור בין משפט לספרות, נושא בו עסק כתב העת גם בכרך הקודם, כרך יד (משפט ומדעי הרוח).

שלושת המאמרים הבאים עוסקים בהיבטים מגוונים של המשפט הפלילי, תחום שאף לו הקדיש כתב העת מקום נכבד בעבר (בכרך מיוחד, כרך יא, ובהזדמנויות רבות נוספות) ותרם לא מעט לשיח המשפטי בנושא זה.

אסף הרדוף במאמרו "קוטלו של אויבנו הוא בנו: פערי הרזולוציה בין המשפט הפלילי והחברה, בין חיים ומוות ובין קורבן לעבריין" מנתח את פרשת אלעזר אזריה, ומתוכה מצביע על כך שהמשפט הפלילי, במספר מובנים, אינו משקף את ערכי החברה במדויק, בשל פערי רזולוציה, פערי פירוט או פערי פוקוס, המובילים להתנגשות בין המשפט לחברה. יובל ליבדרו במאמרו "עונש מאסר – אפשר גם אחרת: מודל חדש של ריצוי מאסר בבית" בוחן את יתרונותיו של מאסר הבית בליווי פיקוח אנושי וניטור אלקטרוני כתחליף לעונש מאסר בבית סוהר.

חתימתו של החלק הפלילי עוסקת בטיעונים של דורון מנשה ואיל גרונר, שלפיו הזכות לאוטונומיה איננה גוררת בהכרח זכות לליטיגציה אישית, לא רק במשפט האזרחי, אלא גם במשפט הפלילי. טיעון זה מוצג במסגרת מאמר הביקורת על ספרו של רביע עאסי: "הזכות לייצוג עצמי בהליך משפטי – בעקבות ספרו של רביע עאסי: INJUSTICE IN PERSON: THE RIGHT TO SELF-REPRESENTATION".

את הכרך חותם מאמרם של מנאל תותרי-גו'בראן ושמעון דיין "לקראת רגולציה משפטית של תופעת קבוצות הרכישה". המאמר מבקש לסייע בגיבוש קווים כלליים לאסדרת תופעת קבוצות הרכישה, על רקע התנאים החברתיים והכלכליים של ישראל ועל רקע הצעות החוק שמונחות בפני המחוקק בימים אלה.

מאמרי הכרך משלימים יחד דיון במכלול תחומים משפטיים, הנמצאים בליבת השיח המשפטי, העיוני והמעשי. הם פורשים בפני הקוראים ניתוח עומק תאורטי של מגוון תופעות

משפטיות לצד מכלול הצעות נורמטיביות לקידום המשפט והחברה בישראל. אני מקווה אפוא כי בקריאתם תמצאו תועלת ועניין.
בסיום הדברים, אני מבקש להודות מעומק הלב להוצאת נבו, על הירתמותה, בנדיבות לב ראויה לציון, לסייע להוצאתו לאור של הכרך הנוכחי.

בברכת בריאות לכול
וקריאה נעימה ומועילה,
פרופ' אבישלום וסטרייך
המרכז האקדמי למשפט ולעסקים
סיוון תש"ף – יוני 2020

קוטלו של אויבנו הוא בננו: פערי הרזולוציה בין המשפט הפלילי לחברה, בין חיים למוות, בין קורבן לעבריין ובין גמול לנקמה

מאת

אסף הרדוף*

בתחילת 2017 הורשע החייל אלמור אוריה בבית הדין הצבאי המחוזי בהריגת מחבל שתקף חיילים, נורה ונפצע. לפי האישום, אוריה הגיע לאחר המתקפה, סייע לחבר חייל, ובהמשך קרב אל המחבל הפצוע וירה מנשקו כדור אחד בראשו. משפט אוריה הוביל לסערה חסרת תקדים בישראל, מבחינה חברתית ותקשורתית. באמצעות הפרשה מצביע המאמר על פערים גדולים בין עולמות שונים, על נתק בין המשפט הפלילי המהותי הפורמלי לבין המציאות החברתית בישראל. פרשת אוריה מעידה שהמשפט הפלילי, במובנים חשובים, אינו משקף את ערכי החברה במדויק, בשל פערי רזולוציה, פערי פירוט או פערי פוקוס בין המשפט לחברה בחשיבותם של פרמטרים. פערים אלו מובילים לאישום שאינו משקף את מעשי הנאשם ולתגובה חברתית שתומכת במי שמעשיו מגבשים את העבירה החמורה ביותר בחוק העונשין.

הפער הראשון שעליו מצביע המאמר הוא בין דיני העונשין לבין סדר הדין הפלילי. מה שבמידה מובהקת נחשב מבחינת דיני העונשין רצח זכה לכותרת מתונה של הריגה בהחלטת התביעה הפלילית. החלטה זו קשורה לפער השני שעליו מצביע המאמר, בין המשפט הפלילי המהותי הפורמלי לבין עמדה חברתית רווחת, פער שנובע מהבדלי רזולוציה בין המשפט הפלילי לחברה. פערים אלו עמוקים ומשקפים תפיסות לא-אחידות של עבירות ההמתה, של הסייגים לעבירה, של מיהות הקורבנות והעבריינים ואפילו של ערכי החיים והשוויון. לעומת המשפט הפורמלי, האדיש לגמרי לפרמטרים מסוימים, כוהות העבריין וזהות הקורבן, החברה מתעניינת בהם לעיתים יותר מכול. לעומת החברה, האדישה למדי לפרמטרים מסוימים, כמו עיתוי הפגיעה בתוקף, המשפט מדקדק בהם בחרדת קודש. הפער באשר לעבירות ההמתה מתקשר לפער הנוגע לקורבנות המוגנים משפטית לעומת הקורבנות המוגנים חברתית. ערך השוויון דוחף לומר שכל בני האדם שווים, אך לא כל החיים יקרים לציבור באותה מידה.

* דוקטור, מרצה בכיר, המכללה האקדמית צפת; מלמד וחוקר את כל ענפי המשפט הפלילי זה עשור; לשעבר תובע וסנגור בפרקליטות הצבאית; מפעיל ערוץ היוטיוב "משפטים בקטנה". תודה לקורא החיצוני ולמערכת עלי משפט על הערות מצוינות שהובילו לשיפור המאמר. המאמר נשלח לפרסום בדצמבר 2017, ועודכן לאחר הרפורמה בעבירות ההמתה. האחריות לכל טעות שנפלה במסגרתו – עליי בלבד. מחכה לתגובות: asafhardoof@gmail.com.

התולדה של פערי הפוקוס הללו היא התנגשות בין המשפט לחברה. התנגשות זו עשויה להיות קלה או חמורה לפי מידת ההזדהות החברתית עם הנאשם והסלידה מקורבנו. פרשת אזריה הובילה את ההתנגשות לשיא, כיאה לזירה הביטחונית שמייצרת ומשקפת תחושות ציבוריות חזקות במיוחד, חיוביות ושליליות, תלוי כלפי מי. התנגשויות כאמור עולות גם בשדה הפלילי ה"רגיל" ומתחברות לתפיסה חברתית התומכת בנקמה במקרים רבים, תהא זו נקמה ציבורית מוסדרת ותהא זו נקמה פרטית וספונטנית. בזירה הביטחונית הצמא לנקם רחב, עמוק ועז במיוחד.

משפט פלילי שדבק בתפיסת הצדק המשותפת של הקהילה משרד אמינות מוסרית, שבתורה חיונית לשליטה יעילה בפשע ולעיצוב נורמות חברתיות דרך כוחות נורמטיביים. דין פלילי שמתנגש באינטואיציות חברתיות פשוטות ובנורמות חברתיות רווחות בדבר צדק מאבד מכוחו המוסרי והאקספרסיבי.

פערים גדולים בין החברה למשפט אינם רצויים אך גם אינם הרי אסון. הם אפילו הכרחיים בחברה רב־תרבותית ומשתנה. מוטב להכיר בהם ולהתמודד עימם מאשר לעצום עיניים בפניהם ולהמשיך קדימה לתיק הבא. פסק דין המלמד על פער מהותי בין המשפט לחברה חושף אמת כאובה. חשיפה לא נעימה זו מגלמת הזדמנות לשינוי, לאשר מחדש את אופייה המדויק של הנורמה או לאותת על הצורך בשינויה או חידודה. הכרה בחוזקת הפוקוס החברתי היא תנאי להתמודדות אמיתית עימו חלף הדחקה ורומנטיזציה משפטית ואקדמית של החברה וערכיה. בכוחו של המשפט להשוות מושגית בין אנשים, חיים ועבירות, אך לא להשוותם חברתית; בכוחו להעמיד לדין את הנוקמים ולחנן אותם, אך לא לאייץ את יצר הנקמה.

- א. מבוא: פרשת אזריה. ב. הפער בין דיני העונשין לסדר הדין הפלילי; 1. דיני עונשין: הריגה או רצח?; 2. סדר דין פלילי: שיקול הדעת התביעתי. ג. פערי רזולוציה בין המשפט הפלילי לחברה; 1. על התמיכה החברתית באזריה; 2. פערי רזולוציה במשפט הפלילי הרגיל; 3. הקורבן כנאשם פוטנציאלי: פערי משפט-חברה בראי היקום המקביל. ד. סיכום: סגירת פערים.

א. מבוא: פרשת אזריה

במרץ 2016 הותקף כוח צה"ל בצומת ג'ילבר, הסמוך לשכונת תל-רומיידה בחברון. התוקפים נורו: האחד (קצראוי) למוות, והשני (אלשריף) ספג שישה כדורים ונפל לקרקע. בתחילת 2017 הורשע החייל אלאור אזריה בבית הדין הצבאי המחוזי בהריגת השני.¹ לפי האישום, אזריה הגיע לזירה לאחר האירוע, סייע לחבר חייל, שהה במקום דקות ספורות, מסר לחברו את קסדתו, קרב אל אלשריף וירה מנשקו כדור אחד בראשו. בפסק דין, הנושא קרוב למאה עמוד, ניתח בית הדין סוגיות שונות, קיבל את גרסת התביעה ודחה את טענות ההגנה. טענת ההגנה העובדתית שהנאשם ירה באלשריף לאחר שזה כבר מת נדחתה על רקע חוות דעת מתחום הפתולוגיה.² טענת הגנה מרכזית נוספת הייתה הגנה עצמית מדומה, ולפיה הנאשם ביקש

1 צבאי (מרכז) 182/16 התובע הצבאי נ' סמל אזריה (פורסם בנבו, 4.1.2017) (להלן: עניין אזריה).
2 שם, פס' 40–66.

במעשיו להגן על הסובבים אותו מפני המשך המתקפה מחשש שמא אלשריף יתפוס חזקה בסכין וימשיך במסע הדקירה. טענה זו נדחתה מבחינה עובדתית, באריכות וביסודיות שיפוטית, בקביעה המבוססת על עדים רבים לפני האירוע ובסמוך לו, שאזריה לא חשש כאמור אלא ביקש להרוג את מי שתקף את חבריו.³ הטענה נדחתה גם מבחינה משפטית, בקביעה שירי לראש אינו עונה על דרישות הסייגים להגנה עצמית,⁴ להגנת הצורך⁵ ולהגנת הציודוק.⁶ טענה נוספת שנדונה בהרחבה הייתה הגנה מן הצדק, בראשי טיעון מגוונים: אכיפה סלקטיבית והשפעות פיקודיות, פוליטיות ותקשורתיות על ההליך. בית הדין דחה את הטענות כולן וקבע שלא בוססו בידי ההגנה.⁷ הוא סיכם והרשיע את אזריה בעבירת ההריגה.⁸ בהמשך גזר את דינו לשנה וחצי מאסר.

על פסק הדין הוגש ערעור הדדי. בית הדין הצבאי לערעורים, בהרכב של חמישה, דחה את שני הערעורים.⁹ השופטים לא ראו לנכון להתערב בקביעות העובדתיות, בהטעמים את דברי אזריה סמוך לאירוע, שלדוקר שפגע בחברו מגיע למות, ובדחתם את טענת אזריה בדבר תחושת סכנה שעלתה מהדוקר והצריכה את הריגתו.¹⁰ נקבע בהרחבה שאזריה אינו נהנה מאיזה סיג שהוא לאחריית הפלילית¹¹ או מהגנה מן הצדק בגין אכיפה בררנית.¹² אזריה נשלח לכלא. פנייתו לרמטכ"ל להתקת עונשו לעבודות שירות – נדחתה, וכך גם בקשות חנינה שהגיש. במאי 2018 השתחרר מהכלא לאחר שוועדת השחרורים ניכתה שליש מעונשו. פרשת אזריה הייתה מהמסוקרות ביותר בתולדות המדינה, ואזריה עצמו זכה לתמיכה ציבורית גדולה.¹³ הכינויים "החייל של כולנו" ו"הבן של כולנו" הוצעו ללמד הגנה עליו ולחברו לליבה הישראלית.¹⁴ מנגד, הושמעו גינויים ואף איומים כלפי גורמים בתביעה וכנגד בכירים במערכת הביטחון שתמכו באישום.¹⁵

- | | |
|----|--|
| 3 | שם, פס' 71–166. |
| 4 | שם, פס' 167–176. |
| 5 | שם, פס' 177–179. |
| 6 | שם, פס' 180–187. |
| 7 | שם, פס' 188–291. |
| 8 | שם, פס' 292–299. בהמשך נימק בית הדין מדוע הרשיע גם בעבירת ההתנהגות שאינה הולמת: שם, פס' 300–308. |
| 9 | ע/18/17 סמל אזריה נ' התובע הצבאי הראשי (פורסם בנוב, 30.7.2017) (להלן: ערעור אזריה). |
| 10 | שם, פס' 78–106. |
| 11 | שם, פס' 107–118. |
| 12 | שם, פס' 119–141. |
| 13 | בשנת 2016 המילה "החייל" הולידה תוצאות חיפוש שמתמקדות בחייל שירה במחבל המנוטרל. במנועי החיפוש הפופולריים, גם בשלהי שנת 2017, אחרי סיום הפרשה, מילה זו עדיין כללה השלמה אוטומטית המקשרת את המילה לאזריה. בשנת 2018 לא היה עוד אזריה בין תוצאות ההשלמה האוטומטית. |
| 14 | ידוענים שונים דיברו בזכות אזריה ואף נערכו הפגנות תמיכה בו. ראו news.walla.co.il/item/2953834. |
| 15 | למשל news.walla.co.il/item/2971393 ; news.walla.co.il/item/2971711. |

המאמר יאפשר מבט מעמיק בשתי סוגיות מרכזיות בפרשה, המאירות פערים גדולים בין עולמות שונים והחושפות נתק בין המשפט הפלילי המהותי הפורמלי לבין המציאות החברתית בישראל. פרשת אזריה מעידה שהמשפט הפלילי, במובנים חשובים, אינו משקף את ערכי החברה במדויק בשל פערי רזולוציה,¹⁶ קרי: פערי פירוט או פערי פוקוס בנוגע לחשיבותם של פרמטרים מסוימים בעיני המשפט והחברה. פערים אלו מובילים לאישום שאינו משקף את מעשי הנאשם ולתגובה חברתית שתומכת באדם שמעשיו מגבשים את העבירה החמורה ביותר בחוק העונשין, התשל"ז-1977.

הסוגיה הראשונה שתידון במאמר תתמקד בפער שבין דיני העונשין לבין סדר הדין הפלילי והתוצאות השונות שהפיקו בעניין אזריה. אפתח במבט מכיוון דיני העונשין ואציע את האפשרות שהעובדות, כפי שנקבעו בבתי הדין הצבאיים, מלמדות על עבירת רצח ולא על עבירת הריגה גרידא. אמשיך במבט מכיוון סדר הדין הפלילי, בהתמקדות בשיקול הדעת התביעתי ובהסתפקות התביעה באישום ההריגה. אקשר את בחירתה זו לסוגיה השנייה, לפער השני שאזהה בעניין אזריה, בין המשפט הפלילי המהותי הפורמלי לבין עמדה חברתית רווחת. אציע את האפשרות שפער זה מתחבר לפערי רזולוציה בין המשפט הפלילי לחברה: לעיתים העדשה של המשפט הפלילי חדה מזו של החברה ולעיתים להפך, והדבר צפוי להוליד התנגדות ציבורית להעמדת הנאשם לדין, כפי שאומנם קרה בעניין אזריה. פער כזה מגיע לשיא באירוע ביטחוני של מתקפה נגד צה"ל, אך קיים גם באירועים פליליים, לרבות כאלו שנדונו במשפט ובתקשורת בישראל. פערים אלו רחבים ומשקפים תפיסות לא אחידות של עבירות ההמתה, של הסייגים לעבירה, של מיהות הקורבנות והעבריינים ואפילו של ערכי החיים והשוויון. הפערים משקפים נתק בין המשפט לחברה, שראוי להכיר בו בדרך לחיבורם מחדש.

ב. הפער בין דיני העונשין לסדר הדין הפלילי

1. דיני עונשין: הריגה או רצח?

אף שפרשת אזריה החלה מהחשדה בעבירת רצח, האישום וההרשעה היו בעבירת הריגה. טענתי הראשונה היא שהעובדות כפי שנקבעו בבית הדין בעניין אזריה אינן מבססות עבירת הריגה גרידא אלא עבירת רצח. יודגש שלעת עתה מגמתי היא להציג אמירה משרה משפטי פורמלי, בשונה מנורמטיבי, פוליטי או חברתי, שדות שיידונו בהמשך. בזמן מעשיו של אזריה, בעת משפטו ועד יולי 2019, היו בישראל שלוש עבירות המתה מרכזיות בחוק העונשין: רצח בסעיף 300, הריגה בסעיף 298 וגרימת מוות ברשלנות בסעיף 17.304. היסוד העובדתי בשלוש העברות היה זהה: גרימת מותו של אדם.¹⁸ ההבדל בין

16 אלדר הגדיר רזולוציה כפרטנות, מידת היכולת של מכשיר לשקף תמונה חדה ומפורטת. ראו שחר אלדר על הרזולוציה של המשפט הפלילי 1 (חיבור לשם קבלת תואר דוקטור לפילוסופיה, אוניברסיטת בר אילן, 2003).

17 צוות בראשות פרופ' קרמיצר הגיש את המלצותיו בנושא תיקון עבירות ההמתה בשנת 2011: משרד המשפטים דין וחשבון הצוות לבחינת יסודות עבירת ההמתה (2011). רק בינואר 2019

העבירות היה שעון על היסוד הנפשי. עבירות ההריגה והרצח כמובן הצריכו מודעות. מלבד זאת, היסוד הנפשי בעבירת ההריגה נע בין פזיזות לכוונה, ואילו היסוד הנפשי בעבירת הרצח – שלא בנסיבות מיוחדות – היה כוונה תחילה.

יסוד הכוונה תחילה הוגדר בסעיף 301 לחוק העונשין. בפסיקה פירקוהו לשלושה רכיבים: הכנה, החלטה להמית והיעדר קנטור. רכיב ההכנה פורש לא כהכנה מנטלית ממושכת למעשה הקטל אלא כעניין פיזי טהור, דוגמת התחמשות בנשק, מארב לקורבן, איסוף מידע וכדומה.¹⁹ רכיב החלטה להמית פורש ככוונת קטילה ממשית.²⁰ ניתן להסיקו בין היתר מכלי הנשק שנעשה בו שימוש ומהאיבר שאליו כוון.²¹ רכיב היעדר ההתגרות פורש בפסיקה ככולל שני מבחנים, סובייקטיבי ואובייקטיבי; כדי להפחית מאחריות הנאשם מרצח להריגה נדרש ששניהם יתקיימו. המבחן הסובייקטיבי בוחן את הנאשם הקונקרטי, אם ההתגרות השפיעה עליו בפועל והביאה אותו לאבד את שליטתו העצמית, לפעול בספונטניות וללא יישוב דעת.²² המבחן האובייקטיבי בוחן שאלה דומה, אך במקום לעסוק בנאשם הקונקרטי הוא מתמקד באדם מן היישוב בנעלי הנאשם ובודק אם גם הוא היה עלול לאבד את השליטה העצמית ולהגיב בדרך הקטלנית שבה הגיב הנאשם, ובכך מתחשב בחולשת האדם, על בסיס הערכה ערכית המשלבת את הרצוי עם המצוי.²³ בתיקים הרבים שבהם הואשם אדם בישראל ברצח וטען לקנטור, דחיית הטענה היא התגובה השיפוטית השגרתית.²⁴

- קיבלה הכנסת רפורמה בעבירות ההמתה, בתיקון 137 לחוק העונשין, שנכנס לתוקפו ביולי 2019. ברפורמה החדשה השתנתה עבירת הרצח, הסתעפה מאוד והתרחבה, בהבחינה בין "רצח" לבין "רצח בנסיבות מחמירות". עבירת ההריגה בוטלה, ובמקומה תחול עבירת הרצח במקרים מסוימים, ואילו במקרים קלים יותר תחול העבירה של "המתה בנסיבות של אחריות מופחתת". ראו חוק העונשין (תיקון מס' 137), התשע"ט–2019, ס"ח 230; הצעת חוק העונשין (תיקון מס' 124) (עבירות המתה), התשע"ו–2015, ה"ח הממשלה 166.
- 18 לאחר התיקון, במקרים מסוימים של עבירת הרצח החמורה נוספו גם רכיבים נסיבתיים מגוונים. ראו למשל ס' 301א(3), 301א(6)–(11) לחוק העונשין המתוקן.
- 19 ע"פ 396/69 בנו נ' מדינת ישראל, פ"ד כד(1) 561, 570 (1970); דנ"פ 1042/04 ביטון נ' מדינת ישראל, פס' 15–16 לפסק דינו של הנשיא ברק (פורסם בנבו, 27.11.2006).
- 20 עניין בנו, לעיל ה"ש 19, בעמ' 571; עניין ביטון, לעיל ה"ש 19, פס' 17–19 לפסק דינו של הנשיא ברק.
- 21 ע"פ 2550/15 שאפא נ' מדינת ישראל, פס' 35 (פורסם בנבו, 7.4.2017).
- 22 למשל עניין בנו, לעיל ה"ש 19, בעמ' 579; ע"פ 3071/92 אזואלוס נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(2) 573 פס' 8 לפסק דינו של הנשיא ברק (1996); עניין ביטון, לעיל ה"ש 19, פס' 21–24 לפסק דינו של הנשיא ברק.
- 23 למשל עניין בנו, לעיל ה"ש 19, בעמ' 579; עניין אזואלוס, לעיל ה"ש 22, פס' 8 לפסק דינו של הנשיא ברק; עניין ביטון, לעיל ה"ש 19, פס' 29–37 לפסק דינו של הנשיא ברק.
- 24 דוגמאות מבית המשפט העליון משנת 2016, שנת המעשה של אזריה: ע"פ 4523/14 חלילי נ' מדינת ישראל, פס' 28–29 לפסק דינו של השופט שהם (פורסם בנבו, 20.1.2016); ע"פ 1769/14 סועאד נ' מדינת ישראל, פס' 43–47 לפסק דינו של השופט דנציגר (פורסם בנבו, 27.1.2016); ע"פ 4226/11 אבו חדיר נ' מדינת ישראל, פס' 30 לפסק דינו של המשנה רובינשטיין (פורסם בנבו, 15.2.2016); ע"פ 3239/14 חמאייסה נ' מדינת ישראל, פס' 62–67 לפסק דינו של השופט שהם (פורסם בנבו, 8.11.2016); ע"פ 3916/15 אלישקוב נ' מדינת ישראל, פס' 30 לפסק דין השופט זילברטל (פורסם בנבו, 13.11.2016). המקרה המפורסם ביותר שבו נתקבלה טענת קנטור היה

האם לפי ממצאי בית הדין הצבאי המחוזי התקיימו שלושת הרכיבים של הכוונה תחילה בעניין אזריה? אין קושי לטעון שרכיב ההחלטה להמית התקיים: נקבע שאזריה סבר שמגיע למחבל שדקר את חבריו למות.²⁵ רכיב זה קל במיוחד לביסוס, שכן בית הדין המחוזי קבע כאמור בעצמו. רכיב הכוונה הוא בסיס אפשרי, גם אם נדיר יחסית,²⁶ לעבירת ההריגה: 'הסיבה ליירי נעוצה בכך שהמחבל תקף בסכין את חבריו של הנאשם ליחידה ואף פצע אחד מהם, ולפיכך 'הגיע למחבל למות'. הראינו כי הנאשם היה מודע לכך שירי לראש גורם בסבירות גבוהה למוות. אשר על כן, אנו קובעים כי הוכח במידת הוודאות הדרושה בפלילים, כי הירי שביצע הנאשם לראשו של המחבל מקיים יחס חפצי של כוונה".²⁷ מאוחר יותר גם בית הדין לערעורים הדגיש שאזריה צפה את מות המחבל ואף רצה בכך.²⁸

באשר לרכיב ההכנה, קשה לדמיין נאשם שיקיים את שני הרכיבים האחרים של הכוונה תחילה ויזוכה דווקא ברכיב זה. הדמיון הופך מקשה לבלתי אפשרי לנוכח קביעות בית הדין המחוזי על התנהלות אזריה, שהפנה גבו למחבל, התרחק ממנו כדי ליטול את קסדתו, מסר את קסדתו לחברו, דרך את הנשק, שיפר את זווית עמידתו וירה.²⁹ גם בית הדין לערעורים הדגיש שהחזקת הנשק ודריכתו לפני הירי מוכיחות את היסוד הזה.³⁰

לבסוף, רכיב היעדר ההתגרות עולה במשתמע מקביעות בית הדין המחוזי. באשר למבחן הסובייקטיבי, איש לא תיאר את התנהלות אזריה כאדם שאיבד את עשתונותו: לא התביעה, לא בית הדין ואף לא ההגנה. קו ההגנה באשר ליסוד הנפשי, הגנה עצמית מדומה, אינו מתיישב עם טיעון ההתגרות. המניע המסתמן להמתה, חיסול מי שתקף את חבריו ושרד, אינו מבסס כשלעצמו התגרות במובן הסובייקטיבי, ודאי לא כשהנאשם לא הותקף כלל בעצמו בידי מי שאת חייו קטל לאחר מכן, ואפילו לא נכח בזירת המתקפה נגד חבריו. גם בהגיעו לזירת

עניין אזואלוס, לעיל ה"ש 22, שבו לפי המסופר הרג גבר את פרודתו ואת שכנו לאחר שהתריסו בפניו על יחסיהם. בספרות נמתחה ביקורת חריפה ומשכנעת על הפסיקה הישראלית בנושא הקנטור, בעיקר באשר למבחן האובייקטיבי: אורית קמיר "איך הרגה הסבירות את האישה – חום דמם של 'האדם הסביר' והישראלית המצויה" בדוקטרינת הקנטור בהלכת אזואלוס" פלילים ו 137, 139–142, 163–166 (1997). למתקפה נורמטיבית עדכנית על רכיב היעדר ההתגרות: אסף הרדוף "טרילוגיה של רצח א: על הקנטור – בין הסובייקטיבי, האובייקטיבי והנורמטיבי" משפט מפתח 5, 155 (2019) (להלן: הרדוף "טרילוגיה של רצח א").

- 25 עניין אזריה, לעיל ה"ש 1, פס' 71–94.
- 26 כיתר עבירות התוצאה, כעולה מס' 20(א) לחוק העונשין, מצריכה ההריגה יסוד חפצי של כוונה או פזיזות, וברגיל אין הבחנה חקיקתית בין הרשעה בהריגה בכוונה להרשעה בהריגה בפזיזות. תיקי ההריגה הטיפוסיים מתקשרים לפזיזות: החמורים שבהם לאדישות, והחמורים פחות לקלות דעת. "הריגה בכוונה" נשמעת כאוקסימורון או פשוט כרצח, הגם שמבחינה עיונית היא אפשרית.
- 27 עניין אזריה, לעיל ה"ש 1, 298.
- 28 ערעור אזריה, לעיל ה"ש 9, פס' 192.
- 29 עניין אזריה, לעיל ה"ש 1, פס' 136.
- 30 ערעור אזריה, לעיל ה"ש 9, פס' 192.

האירוע לא ביצע את המעשה מייד, מה שמחליש עוד יותר כל טענה אפשרית בנושא בשל קיומו של "זמן התקררות".³¹

אפילו אם יתקבל טיעון שההגנה לא העלתה כלל, שלפיו הנאשם עצמו חווה התגרות סובייקטיבית, הרי שבכך לא די לפי בית המשפט העליון, באשר יש לעמוד גם בדרישה האובייקטיבית.³² הוראות הפתיחה באש, שנדונו בפסק הדין בהרחבה,³³ מציבות עבור החיילים סטנדרט ברור יחסית, שממנו יש להבין לא רק מתי לפתוח באש, אלא גם ואולי בעיקר מתי לא. בהמשך לכך, במסגרת הדיון בטענת ההגנה בדבר טעות הנאשם במצב הדברים, נדרש בית הדין בהרחבה לסבירות הטעות וקבע בנחרצות שלא היה ניתן לסבור שסכנה עולה מהמחבל.³⁴ הבסיס הנורמטיבי לעמדת התביעה ולקביעת בית הדין הוא שאין לבצע ירי במצב שכזה. קשה להעלות על הדעת שבית הדין היה קובע שדמו של החייל הממוצע, בהגיעו לזירת פיגוע שבה חבריו בחיים, אחד התוקפים נהרג והשני נפגע משישה כדורים ושוכב על הקרקע – היה עלול לרתוח עד איבוד יישוב דעתו, משום שזו "חולשת החייל הישראלי".³⁵ יתרה מזאת: בניגוד למקרים טיפוסיים שבהם עולה טענת קנטור, בעניין אזריה לא ניצב הנאשם במבחן ההתגרות לבדו אלא היה לצד רבים שקדמו לו והתווספו לו, לרבות כאלו שהותקפו במישרין. איש בסביבתו לא הגיב כמוהו, מה שהופך טענת קנטור אובייקטיבית למפוקפקת מאוד. גם במבט רחב יותר, סוג המבחן שבו כשל אזריה, הימנעות מלנקום בתוקף שנוטרל, אינו בהכרח מבחן נדיר במציאות הישראלית, ורבים הם העומדים בו בהצלחה, חיילים מקצועיים ואפילו אזרחים.³⁶ אומנם בית הדין לערעורים ציין שאף שהעניין לא נדון למטה הוכח שלא היה קנטור במובן האובייקטיבי.³⁷

רכיבי עבירת הרצח, כעולה מממצאי בית הדין המחוזי, מתקיימים. בית הדין לערעורים הרהיב עוז וכתב במפורש, גם אם אגב אורחא, שהרכיבים מתקיימים, אך זאת ציין רק כחיזוק לדחיית ערעור אזריה על חומרת עונשו. נכתב שהעבירה קרובה לרצח או למצער משיקה לה.³⁸ לצד זאת נמנע בית הדין לערעורים מלבקר את התביעה הצבאית על הסתפקותה בעבירת ההריגה ונמנע אפילו מלהחמיר בעונש שהוטל, שכה רחוק מהעונש המוטל בגין עבירת הרצח שלכאורה התקיימה לדידו.

31 דיין ראה את אחיו מותקף ומופל בידי שני אחים, רדף אחריהם והרגם. טענותיו בדבר דם חם נדחו בבית המשפט. שניים משלושת השופטים קבעו שהוא קונטר סובייקטיבית, שלושת השופטים הסכימו שלא התקיים הרכיב האובייקטיבי. ראו ע"פ 2823/10 דיין נ' מדינת ישראל, פס' 16–26 לפסק דין השופט דנציגר למול פסקי הדין הקצרים של ברק-ארו ועמית (פורסם בנבו, 7.2.2013).
 32 עניין ביטון, לעיל ה"ש 19, פס' 62–65 לפסק דינו של הנשיא ברק.
 33 עניין אזריה, לעיל ה"ש 1, פס' 144–147.
 34 שם, פס' 148–162.
 35 כפרפרזה על דברי הנשיא בעניין אזולוס, לעיל ה"ש 22, פס' 11.
 36 חיפוש במנועי החיפוש אחר המילים "המחבל נוטרל" והמילים "המחבל פונה" יגלה שפע מקרים שבהם מחבלים תקפו, נוטרלו ופוננו בחיים לבית החולים.
 37 ערעור אזריה, לעיל ה"ש 9, פס' 192.
 38 שם.

למעשה אין תמה רבה בכך שמעשי אזריה, כפי שנקבעו, מהווים את עבירת הרצח. העולם הצבאי מטיבו מייצר מוות במודע ובכוונה, "מתמקד בגרעין של חיים ומוות".³⁹ פעולות לוחמתיות רבות ואפילו שגרתיות של כל צבא בכל מדינה – מגבשות את יסודות עבירות הרצח וההריגה. כלי נשק קטלניים מיוצרים כדי להגיע לידי חיילים; חיילים מאומנים כדי להרוג ואומנם הורגים. לא היסודות של עבירות ההמתה מפרידים בין מעשיהם לבין ספסל הנאשמים אלא סייגי הדין המהותי מצד אחד, ושיקול הדעת התביעתי מצד אחר, כמתואר בפרק הבא. כעולה מהכרעות הדין, סייגי ההגנה העצמית, הצורך והצידוק – אינם מתקיימים בעניין אזריה ואינם מונעים הרשעה בעבירת הרצח. אילו הועמד לדין בגין רצח, האם היה ניתן לטעון לתחולת סעיף 300א. לחוק העונשין, חריגה "במידה מועטה, בנסיבות העניין, מתחום הסבירות הנדרשת לפי סעיף 34טז לשם תחולת הסייג של הגנה עצמית, צורך או כורח"? אם כן, עדיין מדובר ברצח, אך אין חובה לגזור על המורשע מאסר עולם. אולם דומה שאין תחולה לסעיף. החריגה מתחום הסבירות רחוקה למדי כשידוע שהנאשם הגיע למקום לאחר רבים אחרים, כשידוע שקורבנו שכב פצוע, כשידוע שהירי כוון לראשו וכדומה. דומה שאליבא דבית הדין הצבאי המחוזי, בממצאיו אך לא במילותיו, אזריה ביצע עבירת רצח, וכך גם לפי מילותיו המפורשות, גם אם אגביות, של בית הדין לערעורים. מדוע הסתפקה התביעה באישום פחות ומדוע לא הוטחה בה ביקורת על כך?

2. סדר דין פלילי: שיקול הדעת התביעתי

(א) התביעה: השחקן החזק של מערכת המשפט

המחוקק מייצר את החוק הפלילי, בית המשפט מפרש אותו, ורשויות האכיפה מתווכות ביניהם. הן חלק מכריע במשפט הפלילי בחיותו, בשונה מכתבו גרידא. ככל שרבים האיסורים הפליליים, לתביעה ולמשטרה אין מנוס אלא לסנן עבירות סינון מסיבי ולהפוך אותן עוד ועוד לאות מתה.⁴⁰ סטאנטז (Stuntz) כתב שרוחב הדין הפלילי מביא לכך שאין הוא משרת אמצעי להפריד בין אלו שצריכים להיענש לבין אלו שלא אלא אישור לתביעה לערוך את ההבחנה. הדין הפלילי אינו דין כלל אלא מסך שמסתיר מערכת שמייעדת את הענישה הפלילית להיות בשיקול דעת. במערכת משפט שכוללת חוק פלילי רחב, החוק שייאכף שונה מהחוק הכתוב, והחוק שייאכף יוגדר בידי האוכפים, השוטרים העוצרים והתובעים המעמידים לדין. פירוש הדבר שהחוק הפלילי, בכל מובן חשוב, אינו חוק כלל.⁴¹ לונה (Luna) כתב שציבור הבוחרים והמחוקק הנבחר אינם יכולים לצפות כל יישום פוטנציאלי של חוק ואת כל תסריטי אכיפתו, וחלף זאת המחוקק צובע במכחול רחב יחסית ומותיר לרשות המבצעת למלא בפרטים ומותיר לה שיקול דעת. כעניין היסטורי וכצורך מעשי, למשטרה ולתביעה תמיד היה חבל ארוך ביישום

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

40 דליה אבן-להב "מנהגה של הרשות שלא לאכוף חוק" משפט וממשל ב 477, 489 (1994).

41 William J. Stuntz, *The Pathological Politics of Criminal Law*, 100 MICH. L. REV. 505, 506–507, 519, 598–599 (2001).

הקוד הפלילי: לעכב, לחקור, לעצור ולהעמיד לדין. שיקול הדעת הוא בלתי נמנע.⁴² בדומה לזה כתב אשוורת' (Ashworth) שטיפשי לחשוב שהדין הפלילי כמופיע בספרי החוק משקף את הדרך שבה הוא נאכף הלכה למעשה. המפתח לשאלת קיום הדין הפלילי מונח בשיקול דעת המשטרה ורשויות האכיפה: הן אינן מחויבות לצאת ולחפש עבריינים כל אימת שהן חוששות שפשע מבוצע ואינן מחויבות לתבוע כל מי שיש ראיות מספיקות נגדו.⁴³ גם הוסאק (Husak) גרס שהדין הפלילי האמיתי מצוי אצל המשטרה והתביעה, שכמעט שאינן מוגבלות בביצוע עבורתן; מה שמתרחש בזירה הפלילית המעשית אינו תלוי במהות הדין הפלילי ובתוכנו, ובכך מעוקרת חשיבותה של התאוריה הפלילית, וחוקים רבים הופכים לא רלוונטיים.⁴⁴

רוח הדברים אינה נוחה, אך תוכנם משכנע. מבט בדין המהותי במנותק מהדין הדיוני מחמיץ חלקים חשובים, ולעיתים מכריעים, במשפט הפלילי, וחשוב מאוד להביט בתמונה הכוללת.⁴⁵ במבט בדין המהותי מול הדיוני ניכר שהאחרון משפיע בהרבה מהראשון.⁴⁶ השוטר והתובע חזקים מהשופט, בהחליטם מה להגיש לשולחנו, וחזקים מהמחוקק, בהחליטם אילו מיצירותיו הרבות מספור לגבות באמצעות אכיפה ואילו לזנוח על דפים מצהיבים.⁴⁷ לאחר שהמחוקק אסר התנהגות מסוימת, ובתי המשפט לא יצאו נגד העבירה ונגד נוהלי האכיפה, המשטרה והתביעה מפעילות שיקול דעת כמעט בלתי מוגבל ביישום האיסורים. למשל, לשוטרי מקוף יש מרווח רחב בפעולתם ברחוב: להתעמת עם מי שחצה מעבר חציה באור אדום או להעלים עין, לעצור יצאנית או לתת לה ללכת, לערוך חיפוש על נווד או להמשיך ללכת. בדומה לזה, לתביעה יש שיקול דעת כמעט מלא בהחלטה להעמיד לדין ולהגיע להסדרי טיעון. היא קובעת את נוסח האישום ובהכרח גם חלק גדול מתוצאתו.⁴⁸

בקרב רשויות האכיפה התביעה היא אולי השחקן החזק ביותר במשפט הפלילי, "המחוקק האמיתי של מערכת המשפט".⁴⁹ היא שקובעת כיצד ייראה שולחנו של בית המשפט: מי יואשם, אילו עובדות יבססו את האישום, אילו כותרת פלילית תיבחר לתאר את האירוע, אילו עדים יוזמנו, אם כתב האישום יאחד נאשמים אחדים וכדומה. התביעה מנסחת את כתב

Erik Luna, *Transparent Policing*, 85 IOWA L. REV. 1107, 1108, 1132 (2000) 42

ANDREW ASHWORTH, *PRINCIPLES OF CRIMINAL LAW* 7–8 (5th ed. 2006) 43

Douglas Husak, *Is the Criminal Law Important?*, 1 OHIO ST. J. CRIM. L. 261, 266 (2003) 44

ראו גרשון גונטובניק "הסדרי טיעון בערעור המבטלים את הקביעות הנורמטיביות של הערכאה הדיונית: לעצור את פוטנציאל הסחף" חוקים 11, 43–45 (2014); אסף הרדוף "פסיכיום שיפוטי ומשפט פלילי פיקטיבי: על הרשעות בלתי-יסודיות ובעיית השקר המשפטי" המשפט כד 39–73 (2018).

ראו אסף הרדוף "ההליך הוא הביוש: השיימינג של הפרוצדורה הפלילית" משפט ועסקים כג 1 (עתיד להתפרסם, 2020).

הארט כתב ששיקול דעת שמופקד אצל המשטרה והתביעה רחב בהרבה מכל שיקול דעת ציבורי. ראו Henry M. Hart, Jr., *The Aims of the Criminal Law*, 23 LAW AND CONTEMP. PROBS. 401, 428 (1958).

Erik Luna, *Principled Enforcement of Penal Codes*, ; 1141–1140 בעמ' 42, Luna לעיל ה"ש 42 (2000) 48
4 BUFF. CRIM. L. R. 515, 544–545; מרדכי קרמניצר "תפקידו של התובע בהליך פלילי" פלילים ה' 173, 174–173, 184–186 (1996).

Stuntz, *The Pathological Politics of Criminal Law*, לעיל ה"ש 41, בעמ' 506. 49

האישום, ממלאת אותו תוכן ומדירה ממנו תוכן. היא מחליטה למי להאמין ולמי לא, את מי להאשים ואת מי לא. היא אחראית לנראטיב המרכזי בהליך הפלילי. שיקול דעתה בדבר העמדה לדין גדול במיוחד במקום שבו הדין הפלילי המהותי רחב,⁵⁰ תופעה ותיקה ורווחת מאוד,⁵¹ שקיימת גם בישראל.⁵² שיקול הדעת גדל אף יותר כשהדין הפלילי לא רק רחב אלא גם עמום.⁵³ הואיל והדין הפלילי כה רחב, ומפירי החוק כה רבים, תובעים אינם יכולים לאכוף את החוק ככתבו וכלשונו.⁵⁴ אין לרשויות משאבים מספיקים להשקיע באכיפה מלאה של החוק או

50 שם, בעמ' 507–509, Luna ; 512, לעיל ה"ש 48, בעמ' 546–547, Husak ; לעיל ה"ש 44, בעמ' 269.

51 תופעת הפללת היתר זכתה לדיון אקדמי נרחב. ראו Sanford H. Kadish, *The Crisis of Overcriminalization*, in BLAME AND PUNISHMENT – ESSAYS IN THE CRIMINAL LAW 21, 33 (1987); Sanford H. Kadish, *More on Overcriminalization*, in BLAME AND PUNISHMENT – ESSAYS IN THE CRIMINAL LAW 36, 38 (1987); Geraldine Szott Moohr, *Defining Overcriminalization through Cost-Benefit Analysis: The Example of Criminal Copyright Laws*, 54 AM. U. L. REV. 783, 784–785 (2005); Erik Luna, *The Overcriminalization Phenomenon*, 54 AM. U. L. REV. 703, 718–729 (2005); Paul Rosenzweig, *OverCriminalization: An Agenda for Change*, 54 AM. U. L. REV. 809, 809 (2005); NINA PERŠAK, CRIMINALISING HARMFUL CONDUCT: THE HARM PRINCIPLE, ITS LIMITS AND CONTINENTAL COUNTERPARTS 135 (2007); Paul Rosenzweig, *OverCriminalization: An Agenda for Change*, 54 AM. U. L. REV. 809, 809–820 (2005); DOUGLAS HUSAK, OVERCRIMINALIZATION – THE LIMITS OF THE CRIMINAL LAW 3–14 (2008); Darryl Brown, *History's Challenge to Criminal Law Theory*, 3 CRIM LAW AND PHIL. 271 (2009); DENNIS J. BAKER, THE RIGHT NOT TO BE CRIMINALIZED: DEMARCATING CRIMINAL LAW'S AUTHORITY 6–7 (2011).

52 לפני 35 שנה כתב פרידמן שדיני העונשין התפשטו התפשטות נרחבת ולא מבוקרת, והם משתרעים כיום כמעט על כל תחומי הפעילות האנושית בחברה המודרנית. המשפט הפלילי התפשט לממדים המחייבים לרסן את השימוש בו ולבחון מחדש את המשפט הפלילי בכללותו. ראו דניאל פרידמן "שיקול דעת שיפוטי בהעמדה לדין פלילי" הפרקליט לה 155, 156–158, 167–168 (1983). לפני עשור כתב קרמניצר מאמר תגובה והצביע על ריסון מסוים של השימוש במשפט הפלילי בשנות התשעים אך המשך התפשטותו. ראו מרדכי קרמניצר "האם המשפט הפלילי – ידו בכל?" ספר דניאל 935, 937, 958 (נילי כהן ועופר גרוסקופף עורכים, 2008). הוסאק הגיע למסקנה דומה בארצות הברית. ראו Husak, לעיל ה"ש 44, בעמ' 270.

53 Andrew E. Goldsmith, *The Void-for-Vagueness Doctrine in the Supreme Court, Revisited*, 30 AM. J. CRIM. L. 279, 285–9 (2003); Michael C. Steel, *Case Note: Constitutional Law – The Vagueness Doctrine: Two-Part Test, or Two Conflicting Tests? City of Chicago v. Stuntz, The ; Morales*, 119 S. Ct. 1849 (1999), 35 LAND & WATER L. REV. 255, 258 (2000) *Pathological Politics of Criminal Law*, לעיל ה"ש 41, בעמ' 557, Luna ; לעיל ה"ש 42, בעמ' 1109–1108.

54 William J. Stuntz, *Self-Defeating Crimes*, 86 VA. L. REV. 1871, 1875, 1893, 1897 (2000); Matt Caretto, *Selective Enforcement of the Immigration Laws: Is There Any Possible External Constraint on the Exercise of Prosecutorial Discretion?*, 18 GEO. J. LEGAL ETHICS 639, 639 (2005); Evan Fox-Decent, *Limiting Arbitrary Power: The Vagueness Doctrine in Canadian Constitutional Law*, 9 QUEEN'S L.J. 923, 927–928 (2005).

אפילו קרוב לכך.⁵⁵ יצירת המשפט עוברת למשטרה ולתביעה. נקודת הסוף של המגמה היא קודים פליליים שמכסים כל דבר ואינם מחליטים דבר, שמשרתים רק כדי להאציל כוח לתובע המחוזי ולמחלקות המשטרה. מצב זה מועיל לתביעה ולמשטרה ומחזק את הברית ביניהן ובין המחוקק, ברית של הרחבת הדין הפלילי והענישה: המחוקק שולט בהגדרת הפשע, והתובע מחליט מי עומד לדין ועל מה.⁵⁶

כמובן, החופש התביעתי אינו בלתי מוגבל, ואף הולך ומצטמצם בהתקדם ההליך. עדיין מדובר בשחקן המרכזי במערכת המשפט הפלילי: בהחליטו – יאשים, בהחליטו – יסגור, בהחליטו – יחמיר, בהחליטו – יקל, בהחליטו – ישנה את הנראטיב. אלו מההחלטות החשובות ביותר שפקיד יכול לערוך, וככלל הן אינן מבוקרות או שאינן ניתנות לביקורת, ובכך יוצרות פוטנציאל אדיר לטעות לניצול לרעה.⁵⁷ כוח ההחלטה התביעתי מצטמצם בשיטת משפט שבה התובע עצמו עומד לבחירת הציבור.⁵⁸ בשיטתנו התובע אינו נציג ציבור לא בפרקליטות ובוודאי לא בפרקליטות הצבאית.⁵⁹ אולם בין שהוא עומד לבחירה ובין שלא, הוא אוהד ניצחונות והרשעות, ודין פלילי רחב מסייע בכך.⁶⁰ דין רחב מחייב שיקול דעת רחב, ושיקול דעת רחב גורר דווקא ביקורת מצומצמת.⁶¹ התביעה מלאה אנשים מצוינים, ישרים וערכיים, אך גם לכאלו אין לתת כוח רב מדי.⁶²

שיקול הדעת הרחב אינו מתאר גחמה או שרירות אלא תוצר בלתי נמנע של שיטת המשפט, תוצר שמופעל דרך קריטריונים שונים.⁶³ אלו אינם חדים במיוחד ובוודאי אינם זוכים לבקרה רחבה.

למשל, ההחלטה אם לסגור תיק או להעמיד לדין, החלטה מכוננת בזירה הפלילית,⁶⁴ נעשית לפי סעיף 62(א) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב–1982 (להלן: החסד"פ): "ראה תובע שהועבר אליו חומר החקירה שהראיות מספיקות לאישום אדם פלוני, יעמידו לדין,

Darryl K. Brown, *Cost-Benefit Analysis in Criminal Law*, 92 CALIF. L. REV. 323, 343 55
(2004); Nils Jareborg, *Criminalization as Last Resort (Ultima Ratio)*, 2 OHIO ST. J. CRIM. L.
(2005) 521, 530; קרמניצר, לעיל ה"ש 52, בעמ' 937.

Stuntz, *The Pathological Politics of Criminal Law*, לעיל ה"ש 41, בעמ' 509–510, 519, 547, 579. 56

Luna, לעיל ה"ש 42, בעמ' 1108. 57

שם, בעמ' 1110. 58

דומני שטוב שכך; תובע שדואג מבחירות מחדש הוא אומנם תובע שהאחריות שלו רבה יותר, אך התנהלותו עשויה לנטות אחר פופולריות במקום שיקולים ענייניים. 59

Stuntz, *The Pathological Politics of Criminal Law*, לעיל ה"ש 41, בעמ' 533–539. 60

William J. Stuntz, *Reply: Criminal Law's Pathology*, 101 MICH. L. REV. 828, 833 (2002) 61

Stuntz, *The Pathological Politics of Criminal Law*, לעיל ה"ש 41, בעמ' 599. גם למשטרה 62

כוח רב שעלול להביא לפגיעה בזכויות הפרט: מרדכי קרמניצר "המשטרה וזכויות אדם" משפט וממשל ב 159, 160 (1994); Alfred Hill, *Vagueness and Police Discretion: The Supreme* 63

Court in a Bog, 51 RUTGERS L. REV. 1289, 1307 (1999) 64

Luna, לעיל ה"ש 48, בעמ' 545. 63

קנת מן "זכות הטעון והביקורת על שיקול הדעת של התביעה בדבר העמדה לדין" פלילים ה 189, 190 (1996). 64

זולת אם היה סבור שנסיונות העניין בכללותן אינן מתאימות להעמדה לדין.⁶⁵ החלטה זו יוצרת שיקול דעת עצום לתביעה בשני ממדים מצטברים: העניין לציבור והראיות המספיקות לאישום.⁶⁶

הקביעה בדבר "נסיונות העניין בכללותן" רחוקה מלשקף סטנדרט ברור ומגלמת כוח תביעתי עצום. הריסון השיפוטי בתחום הביקורת על החלטת התביעה להעמיד לדין – רב.⁶⁷ כשהתביעה מחליטה שנסיונות העניין מתאימות להעמדה לדין, איש לא יתפוך את ההחלטה, ואין גורם שיפוטי המוסמך לקבל טענה שלפיה "הנסיונות אינן מתאימות להעמדה לדין", משום שטענת הגנה כזו אינה בנמצא.⁶⁸ כאשר התביעה מחליטה שנסיונות העניין אינן מתאימות להעמדה לדין, רק בג"ץ יכול לאלצה לשנות את עמדתה, וזאת נעשה בישראל בעבר כאשר ל"חוסר עניין לציבור" לעיתים נדירות מאוד.⁶⁹ המחוקק מייצר חוק; התביעה מייצרת מדיניות שמשכתבת אותו. חלקה שקוף וחלקה לא.⁷⁰

גם ההחלטה אם יש ראיות המספיקות לאישום רחוקה מלשקף סטנדרט ברור⁷¹ ומגלמת כוח תביעתי גדול אפילו יותר. כשהתביעה מחליטה שיש ראיות המספיקות לאישום, איש לא יתפוך את ההחלטה, ובמקרה הטוב ביותר מבחינת הנאשם – טיעונו יישמע בבג"ץ לפני שיידחה.⁷² במקרה שהתביעה מחליטה שאין ראיות המספיקות לאישום, בג"ץ נוהג לשוב על המימרה שמעולם בתולדות ישראל לא אילץ את התביעה להעמיד לדין במקום שבו סברה שאין

65 עד שנת 2018 זה היה הנוסח: "זולת אם היה סבור שאין במשפט עניין לציבור". ראו חוק סדר הדין הפלילי (תיקון מס' 82), התשע"ח–2018, ס"ח 192.

66 סטאנטז כתב שלתובעים יש שלוש סיבות עיקריות להימנע מהעמדה לא מוצדקת לדין: מצפון, פוליטיקה וליטיגציה (אם צפויה הרשעה). ראו Stuntz, *The Pathological Politics of Criminal Law*, לעיל ה"ש 41, בעמ' 569. במקום אחר כתב שלתובעים שיקול דעת לסרב להעמיד לדין מכל סיבה שהיא. כוח זה נתפס כהכרחי ולעיתים אף כדבר טוב: הוא מתיר רחמים ומונע הצפת המערכת בפשעים מדרג נמוך. אבל שיקול דעת שלא להעמיד לדין פירושו בהכרח שיקול דעת להגדיר מחדש פשעים: Stuntz, *Self-Defeating Crimes*, לעיל ה"ש 54, בעמ' 1892.

67 משה בייסקי, רות גביון, מרדכי קרמניצר ודניאל פרידמן "רב שיח: פיקוח שיפוטי על ההליך הפלילי – החלטות בדבר העמדה לדין וחנינות" המשפט ג 15, 16–20 (1996).

68 השוו למצב בעבר לגבי "עניין לציבור". הודגש שסייג "זוטי דברים" אינו חופף לשאלת ה"עניין לציבור". ראו שם, בעמ' 28–29.

69 בג"ץ 935/89 גנור נ' היועץ המשפטי לממשלה פ"ד מד(2) 485 פס' 24–29 לפסק דינו של השופט ברק (1990). פרידמן הדגיש שבקונטיננט אחד מהיבטי עקרון החוקיות הוא שהתביעה מחויבת להעמיד לדין את כל מי שלדעתה ביצע עבירה פלילית. ראו פרידמן, לעיל ה"ש 52, בעמ' 165.

70 מיכאל ברנע "ההחלטה להעמיד לדין" פלילים ד 141, 153–154 (1994).

71 בג"ץ 2534/97 ח"כ יהב נ' פרקליטת המדינה, פ"ד נא(3) 1, פס' 6–1, 21–22 לפסק דינו של השופט גולדברג (1997).

72 בג"ץ 6781/96 אולמרט נ' היועץ המשפטי לממשלה פ"ד נ(4) 793, פס' 7–13 לפסק דינו של השופט גולדברג (1996).

ראיות המספיקות לכך.⁷³ עתירות לאלץ את התביעה להעמיד לדין נדחות ברגיל ברוח זו,⁷⁴ ואילו ברגיל ההחלטה שלא להעמיד לדין אינה מעוררת ביקורת שיפוטית כלל.⁷⁵ התערבות בהיבט הראייתי היא נדירה ביותר.⁷⁶ למעשה, ההתערבות הברורה והרחבה הראשונה הגיעה רק בשלהי אוקטובר 2019, בקבלת עתירה להעמדה לדין של שוטר אשר ירה למוות באזרח ישראלי שהתפרע והחזיק בסכין, אף שהאזרח היה בגבו אליו. תיעוד הירי במצלמה הקשה על בג"ץ לאמץ את עמדת המדינה, וכמוהו גם ראיות נוספות. אגב ניתוח רחב של חומר הראיות בתיק, בפסק דין ארוך ומפורט, הורה בג"ץ ברוב דעות להפוך את החלטת פרקליט המדינה והיועץ המשפטי לממשלה בקובעו כי היא שגויה הן בהיבט שנוגע לאינטרס הציבורי בבירור האמת והן בהיבט של ניתוח הראיות.⁷⁷ אולם כאמור זהו מקרה נדיר וחרגי, וכמו בעניין אזריה – צילום האירוע צמצם מהאפקטיביות של יכולת התביעה לטעון שהראיות אינן מספיקות, ולצפות מבג"ץ שיסמוך על שיקול דעתה לעניין זה. מה שנכון לעצם ההעמדה לדין נכון ביתר שאת לבחירת האישומים וניסוחם. בג"ץ דחה על הסף עתירה מטעם הקורבן להחמרת סעיף האישום⁷⁸ ודחה על הסף אפילו עתירה מטעם הקורבן לעיין בחומרי חקירה כדי לנסות ולשכנע את התביעה להחמיר את סעיף האישום.⁷⁹ מעניין שהמקרה הכמעט יחיד שבו קיבל בג"ץ עתירת קורבן נגד קולת האישום היה גם הוא בקשר לצה"ל, שוב באישום חייל בגין פגיעה בפלסטיני. בעניין אבר-רחמה העמידה הפרקליטות הצבאית לדין חייל שירה בעציר פלסטיני כפות ואת מפקדו בעבירה קלה במיוחד, "התנהגות שאינה הולמת", שאינה נושאת לצידה רישום פלילי. אותה עבירה שאזריה הועמד לדין גם בגינה כספיח לעבירת ההריגה הייתה הפעם העבירה העיקרית בכתב האישום. העציר שנורה עתר לבג"ץ נגד החלטת הפרקליטות להסתפק בעבירה כה קלה. בג"ץ, שברגיל דוחה עתירות כאלו באמתלה של כיבוד שיקול דעתה של הפרקליטות, קיבל הפעם את העתירה פה אחד וקבע שאישום כאמור הוא לא סביר במידה קיצונית, והכותרת מגמדת את המעשים שמתוארים בכתב האישום.⁸⁰ ניתן לשער שיש סיבה יחידה לכך, שגם היא נקודת דמיון לעניין אזריה (ולעניין חמדאן): האירוע הפלילי צולם ושוודר בתקשורת, והדבר לא אפשר לבג"ץ

73 בג"ץ 5699/07 פלונית (א) נ' היועץ המשפטי לממשלה פס' 30 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה, פס' 10 לפסק דין המשנה ריבלין (פורסם בנבו, 26.2.3008); בג"ץ 2684/12 י"ב בחשון התנועה לחיזוק הסובלנות בחינוך הדתי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פס' פג לפסק דינו של המשנה רובינשטיין (פורסם בנבו, 9.12.2015).

74 בג"ץ 88/10 שוורץ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פס' 12–13 (פורסם בנבו, 12.7.2010).

75 Stuntz, *The Pathological Politics of Criminal Law*, לעיל ה"ש 41, בעמ' 581.

76 התקדים הראשון כה קצר ומצטנע, עד כי קשה היה לאתרו בזמן אמת. ראו בג"ץ 869/12 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה, פס' 3 (פורסם בנבו, 28.2.2017).

77 ראו בג"ץ 4845/17 חמדאן נ' היועץ המשפטי לממשלה, פס' 12, 23–24 לפסק דינו של השופט גרוסקופף (פורסם בנבו, 28.10.2019).

78 לדוגמה בג"ץ 8265/11 אסידו נ' היועץ המשפטי לממשלה, פס' 9–12 לפסק דינו של השופט ג'ובראן (פורסם בנבו, 19.1.2012).

79 בג"ץ 4993/12 נתיב נ' פרקליט המדינה פס' 5 לפסק דינה של השופטת חיות (פורסם בנבו, 12.7.2012).

80 בג"ץ 7195/08 אבר-רחמה נ' הפרקליט הצבאי הראשי (פורסם בנבו, 1.7.2009).

להתעלם מזעקת העותר בשם עצמאות התביעה ושיקול דעתה, משום שברור בעליל ששיקול דעתה אינו סביר. אולם הכלל ברור: אי-התערבות כמעט מוחלטת בשיקול הדעת התביעתי.⁸¹

(ב) פרשת אזריה: אי-הסתפקות בדין משמעתי

כבכל תיק, גם בעניין אזריה השתמשה התביעה הצבאית בשיקול דעתה. מצד אחד בחרה להאשים את אזריה בהריגה ולא להסתפק בדין משמעתי או בעבירה פלילית קלה, ומצד אחר בחרה להאשים את אזריה בהריגה ולא ברצח. מדוע בחרה כפי שבחרה?

ניתן לשער, בהמשך לעניין אברורחמה, שאלמלא תיעוד המעשה לא הייתה מתפרסמת הפרשה ואולי אף לא הייתה פרשה כלל. במדינת ישראל, וכנראה בכל מדינה, במצב שבו הרשויות הצבאיות נקראות לחקור קטל של טרוריסט בידי חייל, כעניין ריאליסטי קשה לשער שיש להן מוטיבציה עצומה להאשים בעבירה כה חמורה. סביר יותר לשער שבמקרים אלו דעתן נוחה לקבל את גרסאות ההגנה ולהסתפק בתחקיר מבצעי או בדין משמעתי. המשטרה הצבאית החוקרת (מצ"ח) והפרקליטות הצבאית אינן גופים המנותקים מהצבא, ובכריהן הם קצינים לובשי מדים, המייעצים לבכירי צה"ל ומשתפים עימם פעולה במישורים רבים: הצבא חוקר, תובע ושופט את עצמו.⁸²

במבט ריאליסטי ניתן לדמיין מדרגות של קושי תביעתי משתנה להאשים חיילים,⁸³ קושי תפיסתי, חברתי ומערכתי. במדרגת הקושי הנמוכה ביותר, מדרגה 0, קל וטבעי לרשויות הצבא לחקור ולהאשים את מי שפגע באינטרסים צבאיים מובהקים. חיילים אלו, הנאשמים הרגילים בבית הדין הצבאי, לא יזכו בגיבוי ציבורי או תקשורתי, ורחוק מכך. איש מהם לא יוכתר בתארים "החייל של כולנו" או "הבן של כולנו". כך באשר למי שנעדר מהשירות, באשר למי שהשתמש בסמים מסוכנים במהלך שירותו או באשר למי שגנב מהצבא, לרבות המעטים שהצליחו להגיע לבית המשפט העליון.⁸⁴

במדרגת הקושי הבאה, מדרגה 1, מצויים אישומי חיילים במות חיילים אחרים בנסיבות מבצעיות. מבחינה תפיסתית, חברתית ומערכתית, הנאשמים במקרים אלו נוטים להיות חיילים שמשתפים פעולה עם הצבא, הפנימו את מרבית כלליו והתקדמו בדרגותיו, ורובם גם משתייכים למערך הלחימה, הזוכה באהדה חברתית בגין נכונותו לסכן את חייו בעבור ביטחון

81 להצעה לשינוי ראו אסף הרדוף "ויתור, הידברות, בג"ץ: שחרור חסמים בסדר הדין הפלילי, צמצום הכוח המנהלי והגברת הביקורת השיפוטית" ספר רובינשטיין (עתיד להתפרסם, 2020).
 82 גם השופטים הם קצינים לובשי מדים. למבנה ולטיפול הצבאי בחשד לעבירה, בהעמדה לדין ובשפיטה ראו פורת, לעיל ה"ש 39, בעמ' 46-54.
 83 בתי הדין הצבאיים שופטים חיילים; בתי המשפט הצבאיים שופטים פלסטינים. הקושי שמתואר בגוף הטקסט מתייחס למערכת בתי הדין בלבד.
 84 למשל תיקי סמים: בג"ץ 249/82 ועקנין נ' בית הדין הצבאי לערעורים, פ"ד (2) 393 (1983); בג"ץ 4723/96 עטייה נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נא(3) 714 (1997); ע"פ 5121/98 יששכרוכ נ' התובע הצבאי הראשי, פ"ד סא(1) 461 (2006); רע"פ 4142/04 מילשטיין נ' התובע הצבאי הראשי (פורסם בנבו, 14.12.2006). תיק גנבה: בג"ץ 8808/02 טורי אבגי נ' אל"מ אילן כץ סגן הפרקליט הצבאי הראשי (פורסם בנבו, 13.4.2003).

המדינה. אישומים אלו נדירים בהרבה מתיקי סמים בצבא ומתמקדים לא בהריגה אלא בגרימת מוות ברשלנות, עבירת ההמתה הקלה מכול, עוון ותו לא.⁸⁵ לעיתים הפרקליטות הצבאית אפילו מסתפקת בדין משמעתי בלבד, שאז היא עשויה להיות מבוקרת בגין אי-מיצוי הליכים.⁸⁶ מדרגת הקושי הבאה, מדרגה 2, גבוהה בהרבה: מצ"ח והפרקליטות הצבאית אינן להוטות לחקור ולהאשים חיילים לוחמים במותם (לא כל שכן בפציעתם)⁸⁷ של פלסטינים, ולא בכדי מדובר בתופעה נדירה מאוד.⁸⁸ ציבור גדול, שממנו באים אנשי הפרקליטות הצבאית ושאליו הם חוזרים, לא יתמוך באישום כזה אלא דווקא בנאשם.

מדרגת הקושי הגבוהה מכול, מדרגה 3, היא כמעט בלתי אפשרי ציבורית, כפי שחושפת פרשת אזריה: חקירת חיילים והאשמתם במותם של פלסטינים שאינם אזרחים תמימים אלא חשודים בטרור, ולא רק זאת, הם תוקפים שנבלמו בזמן המתקפה ממש ובאמצעות ירי. במצב שכזה הנאשם צפוי לזכות בתמיכה ציבורית רבה. הוא "משלנו" וקורבנו "משלהם", ואינו פלסטיני גרידא – אלא פלסטיני מחבל.

כיצד התחולל ה"נס" או לחלופין ה"אסון" של ההעמדה לדין הפעם? האם כל מחבל שנהרג בשעת פעולת הטרור נהרג במהלך נטרולו? קשה לדעת. האם תחקיר מבצעי יבשיל לחקירה פלילית, שתבשיל לכתב אישום בגין הרג מחבל? דומני שתהא זו הערכה בנאלית, גם אם לא נעימה לאוזן, שאלמלא הסרטון של "בצלם" ספק אם היינו שומעים על הפרשה ועל אזריה. בהיעדר הסרטון, המניח לפנינו אמת לא נוחה, שבלתי אפשרי לטאטאה אל מתחת השטיח הענק של מרחב שיקול הדעת התביעתי, היה קל בהרבה לאמץ נראטיב תקשורתי שונה מאוד: "מחבל תקף וחוסל". גורמים שונים היו מבקשים להשמיע נראטיב של חיסול מחבל (או אפילו "לוחם חופש")⁸⁹ מנוטרל, אך ספק אם היו זוכים לאוזן קשבת, משום שמבחינה

85 לדוגמאות ולסימוכין ראו פורת, לעיל ה"ש 39, בעמ' 1–2, 72.

86 למשל בג"ץ 4461/95 בר-נתן נ' היועץ המשפטי לממשלה (לא פורסם, 4.2.1996); עניין שוורץ, לעיל ה"ש 74, פס' 1–6, 18–28 לפסק דינו של השופט ג'ובראן. פורת סקר ביקורת ציבורית בדבר אי-מיצוי משפטי של כשלי פיקוד שהובילו למוות. ראו פורת, לעיל ה"ש 39, בעמ' 67–71, 79–107. בהמשך סקר את המצב במדינות אחרות והראה שגם שם אין נטייה חזקה להעמדה לדין של חיילים בגין אחריותם הפיקודית למות חיילים אחרים, וגם במקרי אישום קיימים לא מעט זיכויים (שם, בעמ' 193–220). לבסוף הציע תזה נורמטיבית שלפיה ככלל אחריותם של מפקדים שכשלו פיקודית צריכה להיות משמעתית ולא פלילית (שם, פרק 10).

87 ביולי 2017 נדחתה עתירה לבג"ץ שדרשה לפתוח בחקירה פלילית בגין פציעה קשה שלפי הטענה גרם צה"ל לפלסטיני כתגובה ליידוי אבנים. ראו בג"ץ 1971/15 אלמסרי נ' הפרקליט הצבאי הראשי (פורסם בנבו, 18.7.2017).

88 פורת כתב שבשנים 2000–2007 נהרגו יותר מאלפיים אזרחים פלסטינים במהלך פעילות מבצעית של צה"ל. הדבר הוביל ל-73 תיקי חקירה ול-13 כתבי אישום בלבד. ראו פורת, לעיל ה"ש 39, בעמ' 112–113. למאבקים משפטיים בנושא, עתירות בדרישה להעמדה לדין שרובן נדחו, ראו שם, בעמ' 114–122.

89 על הדיון המושגי, טורויסט (מחבל) או לוחם חופש ראו בועז סנג'רו "על עונש המוות בכלל ועל עונש המוות בגין רצח בפעולת טרור בפרט" עלי משפט ב 127, 189 (2002).

ישראלית זעקתם אינה זעקת הקורבנות אלא זעקת המחבלים, וכמודגש בפרק הבא, לזו איננו נוטים להקשיב, וייתכן שאפילו איננו מסוגלים לקבל. כך בחברה ולעיתים גם במשפט.⁹⁰ עניין הסרטון מזכיר מאוד את פרשת קו 300. גם שם דובר בפעולת טרור ובהשתלטות צה"ל על המחבלים, שניים מהם נהרגו ושניים נלכדו בחיים. דיווחי החדשות היו סותרים, ובהמשך דווח שכל המחבלים נהרגו במהלך ההשתלטות. תמונה של אחד המחבלים שבוי ומוכה פורסמה ועוררה סערה ציבורית ופוליטית. אף שמעשה ההמתה לא צולם, מחקירת האירוע התברר שדובר במעשה המתה מכוון. נשיא המדינה החליט לחון את המעורבים השונים בשב"כ עוד לפני כתב אישום. עתירה שהוגשה לבג"ץ נגד החלטת החנינה נדחתה בפסק דין ארוך, בהיעדר עילה להתערבות.⁹¹ האם הדברים היו מסתיימים אחרת אילו חזינו לא בתמונה שמוכיחה שבהמשך בוצע קטל מכוון אלא בסרטון הקטל המכוון?

בחזרה לתיק אזריה. את בחירת התביעה שלא להסתפק בדין משמעתי תקפה ההגנה באחד מראשי הטענות של הגנה מן הצדק, וגרסה שהבחירה לחקור את אזריה ובהמשך להעמידו לדין היו לא ענייניות ולא סבירות. הטענה נדחתה על רקע היעדר תשתית עובדתית הולמת.⁹² בדיעבד, בלתי אפשרי להצדיק מבחינה משפטית כיצד חשד מבוסס לפחות בעבירת הריגה מתיישב עם הסתפקות בדין משמעתי.

(ג) פרשת אזריה: הסתפקות בעבירת ההריגה

הצד השני מעניין יותר: הבחירה להאשים את אזריה בהריגה ולא ברצח.⁹³ היבט זה לא זכה בדין שיפוטי כלל ועיקר. המילה "רצח" עולה בפסק הדין המחוזי בהקשר יחיד: מתקפת ההגנה על ההחשדה ברצח מלכתחילה כראיה להתנהלות לא עניינית מצד רשויות האכיפה.⁹⁴ חרף החשד הראשוני לא האשימה התביעה ברצח, ומכאן שזירת המחלוקת בבית הדין לא עסקה בעבירת הרצח כלל. הדבר מתקשר לכוחה של התביעה להציב את הרף העליון בפני בית המשפט ולנטייתו של בית המשפט שלא להרים ראשו מעל רף זה, ולו כדי להציץ, אף שבית המשפט האזרחי מוסמך לעשות כן.⁹⁵

90 השוו ליאורה בילסקי "תפקידו של המשפט במאבק בטרור" המשפט ט 195, 197 (2004).

91 בג"ץ 428/86 ברזילי נ' ממשלת ישראל פ"ד מ(3) 505 (1986). כן ראו בייסקי, גביוון, קרמניצר ופרידמן, לעיל ה"ש 67, בעמ' 24–26.

92 עניין אזריה, לעיל ה"ש 1, פס' 189, 204–229.

93 דומה שלאחר הרפורמה בעבירות ההמתה היה קשה יותר להאשים את אזריה בעבירה הפחותה מרצח. עבירת ההריגה שבה הואשם לא הבחינה בין הריגה בכוונה, הריגה בפזיזות והריגה בקלות דעת. לאחר הרפורמה העבירה של "המתה בקלות דעת" היא התחליף הקל לעומת רצח. עבירה זו מתבססת על הרכיב "קלות דעת", המוגדר בס' 20(א)(2)(ב): "בנטילת סיכון בלתי סביר לאפשרות גרימת התוצאות האמורות, מתוך תקווה להצליח למנען". בלתי אפשרי לומר שמעשי אזריה כפי שפסקו בתי הדין משקפים איזושהי תקווה למניעת התוצאות – להפך.

94 שם, פס' 215.

95 ס' 184 לחסד"פ, "הרשעה בעבירה על פי עובדות שלא נטענו בכתב האישום", קובע שבית המשפט "רשאי להרשיע נאשם בעבירה שאשמתו בה נתגלתה מן העובדות שהוכחו לפניו, אף אם עובדות אלה לא נטענו בכתב האישום, ובלבד שניתנה לנאשם הזדמנות סבירה להתגונן; אולם לא

מדוע בחרה התביעה להאשים את אזריה בהריגה בלבד ולא ברצח? לבד מבמקרים מיוחדים, כאמור לעיל, שבהם הקורבן עותר לבג"ץ, וזה אינו דוחה את העתירה על הסף, התביעה אינה מתבקשת כלל לנמק מדוע היא בוחרת בסעיף האישום שאינו החמור מכול. במקרה הטיפוסי והשכיח מאוד, הקלה והפחתה בסעיף האישום הן חלק מהסדר טיעון שבמסגרתו הנאשם מודה במיוחד לו.⁹⁶ הקלה כאמור עשויה להתקשר לצעדת הנאשם לעבר התביעה, לחיסכון משאבים ציבוריים ניכרים ולנטילת אחריות על מעשיו. לעומת זאת במצב שבו ההגנה אינה רק כופרת אלא גם תוקפת את רשויות האכיפה בחריפות ובשיטתיות – קשה להבין מהצד מדוע בחרה התביעה ברף המהותי החמור פחות. ייתכן שהדבר מתקשר לקושי שטיפוסי שהועלו בשלב החקירה ובמסגרת הליכי המעצר. אולם ברגיל התביעה אינה מפעילה סטנדרט של "מעבר לספק סביר" בהגישה את כתב האישום אלא מסתפקת ברף ראייתי נמוך יותר.⁹⁷

מדוע אפוא כיוונה התביעה נמוך יחסית? תהא התשובה אשר תהא, השאלה לא נשאלה כלל בזירה המשפטית. ייתכן שהכותרת "רצח" היא דרמטית מדי עבור הפרקליטות לתיאור הרג מחבל בידי חייל זמן קצר לאחר מתקפת הטרור. ייתכן שהלך הרוח התקשורתי, שנגדו יצאה ההגנה במתקפה ממושכת שבית הדין דחה,⁹⁸ דווקא הביא את התביעה לירידת מדרגה חשובה, אולי הירידה הדרמטית מכול במשפט הפלילי הישראלי,⁹⁹ בסולם האישומים. הסערה התקשורתית והציבורית חסרת התקדים תפסה את המערכת כולה, לרבות הפרקליטות, לא מוכנה. ייתכן שבהיעדר גיבוי ציבורי חזק לאישום החמור מכול בספר החוקים, ובהתחשב בהתנגדות הציבורית החזקה לעצם ההעמדה לדין – בחרה התביעה להסתפק בהריגה. אפשר שהדבר נובע מדיסוננס קוגניטיבי שחוותה התביעה או מצפי של דיסוננס כאמור בבית המשפט. הדיסוננס, קיום של יחסים לא מתאימים בין קוגניציות, הוא מצב לא נוח מבחינה פסיכולוגית. דיסוננס יכול להיווצר מאי-עקיבות לוגית, ממוסר תרבותי, מכך שדעה ספציפית נכללת בדעה כללית יותר או בגין התנסויות קודמות. קיומו של דיסוננס מביא ללחצים לצמצומו או לחיסולו ולהימנע ממצבים ומידע שיגבירו את הדיסוננס. חוזק הלחצים תלוי בעוצמת הדיסוננס.¹⁰⁰

כלומר, נציגי התביעה, קצינים ישראלים, חשים דיסוננס: מחד עליהם לאכוף את המשפט הפלילי הליברלי, שאותו הפנימו בלימודים ובפרקטיקה, ומאידך, בהנחה שהפנימו את ערכי החברה, הם חשים לא בנוח מתפקידם הפעם, ואפשר שהם גם חוששים מהתנגשות עם החברה

96 וטל עליו בשל כך עונש חמור מזה שאפשר היה להטיל עליו אילו הוכחו העובדות כפי שנטענו בכתב האישום". על יישומו של הסעיף ראו ע"פ 347/88 דמיאניוק נ' מדינת ישראל, פ"ד מז (4) 221 (1993). מנגד, בחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו–1955 (להלן: החש"ץ) הסעיף המקביל (378) מתיר לבית הדין להמיר רק לאישום קל מזה שבחרה התביעה.

97 לניתוח מוסד הסדרי הטיעון ראו ע"פ 1958/98 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד נז (1) 577 (2002).

98 עניין יהב, לעיל ה"ש 71.

99 עניין אזריה, לעיל ה"ש 1, פס' 270–278.

100 הרדוף "טרילוגיה של רצח א", לעיל ה"ש 24, פרק 1.

100 LEON FESTINGER, A THEORY OF COGNITIVE DISSONANCE 2–4, 6, 14, 18 (1957).

ועם המערכת הפוליטית. אם קודם הוצע שאולי בהפנימה את ערכי הציבור לא סברה התביעה שראוי להאשים את אזריה ברצח, כעת מוצע כי חרף הפנמת ערכי המשפט חששה התביעה מהפגיעה המוסדית באמון הציבור, שעלולה להגיע בעקבות האשמת אזריה ברצח ואפילו בעקבות התעקשות על עונש חמור בגין הריגה. התביעה מורגלת בשיקוף האינטרס הציבורי וברצון הציבור בד בבד, ואינה מורגלת בהתמודדות עם ציבור המתנגד להעמדה לדין של מי שעברו עבירות חמורות. אומנם אפילו באישום בגין הריגה התביעה מצאה עצמה בעמדה נדירה שבה הדיון הציבורי מלא במתקפות על בחירותיה ואפילו עליה.

בכל זאת הדיסוננס צומצם באמצעות הימנעות מהעמדה לדין בגין רצח. עבירת ההריגה חמורה פחות מעבירת הרצח לא רק מבחינת התפיסה החברתית אלא גם מבחינת אפשרויות התמרון העונשיות שלה בהמשך הדרך. לעומת הרשעה ברצח, המסתיימת במאסר עולם כמעט בהכרח,¹⁰¹ עבירת ההריגה אינה מחייבת עונש מינימום כלל. ייתכן מאוד שהתביעה סברה שהתיק אינו משקף חומרה של מאסר עולם, והיות שאין לה אפשרות לעתור לפחות ממאסר עולם, הורידה את רף האישום.¹⁰²

אין זה צעד חסר תקדים מבחינת התביעה. בעניין בוריסוב למשל שיקפו עובדות המעשה שבהן הודתה הנאשמת מעשה רצח מובהק, שכלל הכנה, החלטה להמית ואף לא שמץ של קנטור: premeditated murder. באחת בלילה בקיץ 2008 נסעה בוריסוב עם בנה בן החמש, בעודו ישן, לחוף בעיר בת-ים כדי לשים קץ לחייהם. בנה סבל מעיכוב התפתחותי, ולדבריה ביקשה להצילו מחיי סבל. היא נטלה את בנה ונכנסה עימו למים עמוקים עד שהחלו לטבוע. בוריסוב עצמה יצאה מהמים. בנה נמשה וניסיונות להחייאתו כשלו. התביעה האשימה אותה ברצח, אך בהסדר טיעון הומר האישום להריגה, ונגזרו עליה שמונה שנות מאסר, אגב ציון שיפוטי שהעובדות שבהן הודתה משקפות מעשה רצח, אלא שהתביעה המירה את סעיף האישום כדי לאפשר הקלה בעונשה, הקלה שאפשרית בעבירת ההריגה אך לא ברצח, וביקשה להימנע גם מהטלת סטיגמה של רוצחת על בוריסוב.¹⁰³

101 קיימים חריגים שונים בחוק העונשין. סעיף 300א מאפשר להרשיע ברצח ולגזור פחות ממאסר עולם במקרים מגוונים. לדוגמה בולטת למורשע ברצח שנגזרו עליו 20 שנות מאסר ראו ע"פ 3962/99 עוקב נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 14.5.2003). ס' 34א מאפשר במקרים מסוימים להרשיע שותף לעבירה במעשה של שותפו בלי להטיל עליו את עונש החובה. דוגמה בולטת למורשעים ברצח ובשוד שנגזרו עליהם עשרים שנות מאסר. ראו ע"פ 4424/98 סילגדו נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(5) 529 (2002). ס' 25(ב) לחוק הנוער (שפיטה, ענישה ודרכי טיפול), התשל"א-1971 קובע ככלל שעונשי חובה לא יחולו על מי שביצע את העבירה בהיותו קטין. דוגמה בולטת לקטינים שהורשעו ברצח ונגזרו עליהם 10 ו-15 שנות מאסר. ראו ע"פ 2796/95 פלונים נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(3) 388 (1997).

102 השוו לטיעון שעונש המוות עשוי להביא תובע להימנע מאישום ברצח מדרגה ראשונה ומהמושבעים להימנע מהרשעה כדי למנוע תוצאה עונשית שאינה מקובלת עליהם: סנג'רו, לעיל ה"ש 89, בעמ' 178.

103 ע"פ 373/10 בוריסוב נ' מדינת ישראל, פס' ו, ח לפסק דין השופט רובינשטיין (פורסם בנבו, 3.4.2011).

גילוי חמלה כלפי אימו של ילד שכזה, שסבלה מדיכאונות, הוא עניין חברתי, שאין לו בסיס בדין המהותי. הדין המהותי מכיר בתופעת דיכאון לאחר לידה ויצר בסעיף 303 לחוק העונשין אחריות מופחתת לאם שהורגת את ולדה שטרם מלאה לו שנה. תחת הכותרת "המתת תינוק" גילה המחוקק התחשבות באם שמבצעת רצח או הריגה והסיר את אחריותה, בתנאי הסעיף.¹⁰⁴ מכלל ההן נשמע הלאו: לאחר גיל שנה התחשבותו החריגה של החוק יורדת מהפרק, והחמלה החוקית עוצרת ביום הולדת שנה לתינוק. לא כן בהכרח החמלה החברתית, ההבנה התרבותית לתופעה, שמכיוון שאינה יכולה להתבטא בבירור דרך הדין המהותי, היא מוצאת ביטוי דרך שיקול הדעת התביעתי.

עבירת ההריגה עשויה להסתיים בעונש קל למדי.¹⁰⁵ על אוריה הוטלה שנה וחצי בגין הריגה. לא דובר בהריגה בקלות דעת ואף לא בהריגה באדישות אלא בהריגה בכוונה (שלא לומר הריגה בכוונה תחילה). אומנם התביעה עתרה ליותר, אך גם בקשתה להטיל על הנאשם עד חמש שנות מאסר רחוקה מאוד מהרף המרבי בגין הריגה, עשרים שנות מאסר. עמדת התביעה קרובה יותר לרף המרבי בגין גרימת מוות ברשלנות (שלוש שנות מאסר). כל זאת, יודגש, לא בהסדר טיעון או בהתחשב בהודאת הנאשם או במצבו הנפשי המורכב, כמו בעניין בוריסוב, אלא לאחר הרשעה כה נחרצת, בתום משפט הוכחות מפורך, וכשהנאשם מראה בעקיבות ובהתמדה חוסר חרטה וחוסר נכונות מוחלט לקבל אחריות על מעשהו. הבחירה התביעית להאשים בהריגה בלבד, כמו הבחירה התביעית לעתור לעונש קל ביחס להריגה, ולבסוף הבחירה השיפוטית להטיל עונש קל – כולן יחד ולחוד מלמדות שהמשפט המהותי הפורמלי אינו מצליח לספר כיאות את מלוא הסיפור של הפרשה. כל אלו מתקשרות ודאי לתמיכה הציבורית הגדולה באזריה, שמאירה את הסיפור ואת המשפט באור שונה וחשוב, או שמא מטילה עליו צל כבד – תלוי בנקודת המבט.

ג. פערי רזולוציה בין המשפט הפלילי לחברה

1. על התמיכה החברתית באזריה

(א) אמת וערכים

עבירת הרצח היא גלובלית ומשקפת תפיסת אנטי-חברתיות מיוחדת.¹⁰⁶ כיצד ייתכן שאדם שביצע את העבירה, כעולה מקביעות בית הדין, זוכה בתמיכה ציבורית עצומה? כאמור, פרשת אזריה זכתה לסיקור ולהתעניינות ציבורית ותקשורתית יוצאי דופן. אין זה נדיר שהמשפט הפלילי, שעוסק בחלק מהתופעות החברתיות שנחשבות לקשות ביותר, דוגמת

104 לעבירה זו ראו יעקב בשן "על העבירה של המתת תינוקות" עיוני משפט ג 352 (1973).

105 למשל ע"פ 1982/98 מדינת ישראל נ' מירו, פ"ד נב(5) 145 (1998) (שנתיים מאסר בפועל למי שירה בחברו הטוב בצחוק באקדח שמצא בסלון); ע"פ 11/99 ויניצקי נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(2) 145 (1999) (שנתיים וחצי מאסר בפועל למי שהרג שכן באגרוף במהלך סכסוך על חנייה).

106 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).

רצח והריגה, מושך תשומת לב ציבורית רבה; פשע ואללימות עומדים במרכז הבמה החדשותית והבידורית.¹⁰⁷ לרוב תשומת הלב הזו אינה כרוכה באהדה רבה לחשוד ולנאשם אלא להפך. ברגיל הציבור מזדהה עם גרסת המאשימה ועם האינטרס הציבורי ונוטה לפקפק בגרסת ההגנה.¹⁰⁸ בעניין אזריה המגמה הייתה הפוכה באופן בולט: חלק גדול בציבור צידד באזריה והוסיף לצדד בו אף לאחר ההרשעה, ופוליטיקאים בולטים ובכירים במיוחד, לרבות ראש הממשלה, התבטאו בעד חנינתו מייד עם הישמע דבר הרשעתו.¹⁰⁹ גם במובן נדיר זה, הפרשה מזכירה תיק מפורסם שהסתיים כשנה לפני כן: עניין זדורוב.¹¹⁰ גם תיק זה עסק בעבירת המתה והתאפיין בתמיכה ציבורית גדולה, ממושכת ומתמדת בנאשם, אפילו לאחר ערעורו. חרף דמיון זה רב השוני בין הפרשות. נדמיין מצב קיצוני של חשיפת אמת עובדתית באמצעות סרטון המתעד את מלוא האירוע. בעניין זדורוב, לו היה סרטון שמראה את ראדה מותקפת ונדקרת בידי זדורוב, היו תאוריות הקנוניה קורסות מייד. התמיכה הציבורית הייתה נעלמת לחלוטין ומתחלפת במבוכה גדולה. לעומת זאת בעניין אזריה כבר קיים סרטון של מעשה העבירה. לו היה סרטון מלא אף יותר, שמראה את אזריה לפני האירוע, מספר לחבר שבדעתו לירות במחבל ולהשיב לו כגמולו, ואחרי האירוע מסביר שעשה את שעשה כדי לגמול למחבל, ספק אם התמיכה הציבורית בו הייתה קורסת ואפילו מצטמצמת, משום שדומה שבסיסה אינו ספק ראייתי אלא אנטיזתה נורמטיבית.

פרשת זדורוב היא מקרה נדיר, שמתקיימת בו שאלה עובדתית שהציבור לא השתכנע בעניינה: מי עשה לתאיר ראדה את מה שנעשה לה. אין בנמצא דילמה משפטית או נורמטיבית בדבר הכינוי הראוי למעשה זה: "רצח". התמיכה הציבורית בזדורוב אינה תמיכה במעשה קטל של ילדה אלא ביטוי לספק בראיות התביעה במקרה הקונקרטי, מצב נדיר שבו הציבור דוחה את ראיות המדינה שהוצגו. גם במצבים אחרים ההתנגדות הציבורית לאישום והרשעה, ככל שיש כזו, מתקשרת לראיות, אך לא בהכרח רק לראיות שעל הפרק אלא גם לסוגן, למשל זיכרון מודחק.¹¹¹

לעומת זאת בפרשת אזריה לא העובדות מצויות בלב המחלוקת הציבורית (בשונה מזו המשפטית) אלא הערכים והנורמות. חלק גדול בציבור סבור שהרג מחבל בזמן מתקפה מצידו הוא לא רק דבר שיש לעשותו אם אין אפשרות לנטרלו בדרך פוגענית פחות, אלא אף תוצאה רצויה כשלעצמה, אולי אפילו "מצווה".¹¹² מבחינה ציבורית במדינה מאותגרת ביטחונית

Sara Sun Beale, *The Political, Social, Psychological and Other Non-Legal Factors* 107
Influencing the Development of (Federal) Criminal Law, 1 BUFF. CRIM. L. R. 23, 45 (1997)

108 אסף הרדוף "הרומן שאינו נגמר והנראטיב שאינו מוכר: צללים של ספק ציבורי" מאזני משפט יא 1, 18-19 (2017) (להלן: הרדוף "הרומן שאינו נגמר").

109 www.kikar.co.il/218077.html; www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4903147,00.html

110 ע"פ 7939/10 זדורוב נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 23.12.2015).

111 אורנה אליגון דר "זכרונות מודחקים": ראייה משפטית במחלוקת חברתית" משפט וממשל יח 1 (2017).

112 www.haaretz.co.il/news/politics/premium-; www.inn.co.il/News/News.aspx/317991; www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1001079172; 1.3005054

ומוכת טרור תחושת הגמול הראוי למחבל אינה חזקה פחות מנוהלי פתיחה באש; כאשר מי שנפגע מהפרת הנהלים הוא מחבל שיצא למתקפת טרור זה מקרוב, רבים בציבור סבורים שיש לגבות את החייל, ודאי שלא להעמידו לדין פלילי. הרי אין ספק באשמת המחבל ואין חמלה כלפיו, ודאי לא בדקות שלאחר המתקפה שביצע. טיעונים בדבר היות המתקפה "תגובה לכיבוש" אינם כאלו שהשיח הציבורי הרחב מוכן לקבל בהקשר שכזה.

לעומת זאת מבחינה משפטית פורמלית, עבירות ההמתה אינן שוקלות אם בעיני רבים בחברה הגיע למנוח למות. מעת שהושלמו יסודות העבירה בבירור, שני גורמים פוטנציאליים עשויים למנוע מההורג אישום בהריגה: האחד בדין המהותי, הסייגים לעבירה; האחר בדין הדיוני, שיקול הדעת התביעתי אם להעמיד לדין או לסגור את התיק. במצב של המתה ברורה ואף מצולמת של מחבל מנוטרל לא יכלה הפרקליטות לחתום על סגירת תיק בגין חוסר עניין לציבור. למודת ניסיון העבר היא גם לא יכלה להעמיד לדין בגין עבירת משמעת קלה בשעה שהמעשה שצולם הוא חמור יותר בעליל מכותרת משמעתית גרידא.¹¹³

העובדות הזועקות ובעיקר המצולמות מפרשת אזריה אינן כאלו שמערכת המשפט הייתה מסוגלת לעצום עיניים למולן, אפילו רצתה בכך. מנגד, גם התגובה הציבורית הזועקת לפרשה, ההתנגדות העצומה להעמדה לדין של מי שצולם מבצע עבירת המתה חמורה, אינה כזו שעל מערכת המשפט לעצום עיניים למולה.

קל להתפתות להבחנות שבסיסן פוליטי ולהציע שהימין תומך באזריה ואילו השמאל תומך בהעמדתו לדין. אף אם יש משהו בהבחנה זו, היא אינה כל הסיפור, ודי להזכיר את התפטרותו של שר ביטחון שזוהה עם ימין מובהק על רקע הפרשה ותמיכתו החד-משמעית בהעמדת אזריה לדין ובחיזוק הערכים שבבסיס נוהלי הפתיחה באש.¹¹⁴

(ב) פער רזולוציה: מיהו "קורבן"?

סבורני שהמסגרת הרחבה לתמיכה באזריה או לחלופין בהעמדתו לדין אינה ימין מול שמאל או ביטחון מול כיבוש אלא משפט מול ערכים חברתיים.

מבט בקורבן העבירה ממחיש פער רזולוציה: החברה אינה מוכנה לתפוס אנשים מסוימים כסיטואציות נתונות כקורבנות, ואילו המשפט הפורמלי דווקא מוכן ותופס. החברה משתמשת בעדשה חדה מזו של המשפט, מודדת את הקורבן ומיהותו ומסננת החוצה את מי שלטעמה אינו קורבן כלל אלא דווקא פושע. לעיתים התפקידים נהפכים בראי החברה והמשפט: העבריין בעיני החברה הוא הקורבן בעיני המשפט, ולהפך.¹¹⁵

הדוגמה במשפט אזריה ובהקשרים ביטחוניים אחרים קשורה לביטחון וטרור. מי שפועל אקטיבית כדי לפגוע בחיי ישראלים ומי שתומך בו, לעיתים תמיכה מינורית, נתפסים בחברה הישראלית כאויבים. אויבים אחרים להרג חיילי צה"ל, להרג אזרחי ישראל, לפגיעות בחיים ובגוף, ברכוש ובתחושת חוסר הביטחון. אויבים יש להרוג, ודאי כשהם מחזיקים בנשקם,

113 עניין אבר-רחמה, לעיל ה"ש 80.

114 www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4805557,00.html

115 השוואה ליאון שלף בין הריגה פלילית לבין הגנה משפטית פלילית ו 89, 94-95 (1998).

ובמיוחד כשהם משתמשים בו נגד ישראל. המשפט הפלילי מגן על ערכים.¹¹⁶ לפי תפיסה פופולרית זו, אויבים אינם ישות מוגנת וערך מוגן אלא פושעים הפוגעים בערך מוגן, והשימוש במשפט הפלילי צריך להיות לחובתם ולא לטובתם.

מנגד, מבחינת המשפט הפורמלי, כל אדם כשר להיחשב קורבן למרבית העבירות, לבד מעבירות מיוחדות, השעונות על גיל הקורבן,¹¹⁷ על מגדרו,¹¹⁸ על מעמדו¹¹⁹ ועל פרמטרים נוספים. הפרמטרים האמורים אינם כוללים, מבחינה פורמלית לפחות, את יחס האדם למדינה ולאזרחיה, את מעשיו, את ההיסטוריה שלו וחלקים נוספים שהופכים אותו למי שהוא בעיניו ובעיני חלקים בחברה. כשם שעצמים ניתנים לכינוי בכינויים רבים, לפי רמת ההפשטה של הקטגוריה שאליה בוחרים לשייכם,¹²⁰ כך גם אנשים. אדם ביצע מתקפה, נורה בראשו בעודו שוכב פצוע ומוקף באויביו. העובדה שניתן לקרוא לאדם כזה "מחבל", "טרוריסט", "פלסטיני" או בתמונת מראה "חייל", "ישראלי" ו"יהודי" אינה חשובה כלל במשפט הפורמלי. מנגד, היא לא רק חשובה עבור החברה; היא לעיתים מכרעת. הרזולוציה החברתית חדה מזו המשפטית, ולכן נוצר פער קשה וכואב בין התוצאות שהפיקה כל זירה.

עבור חלק גדול בחברה הישראלית תפיסת פלסטיני כקורבן היא זרה, ותפיסת פלסטיני מחבל כקורבן לא רק זרה אלא אף מקוממת. העמדה לדין של פלסטיני על רקע הרג פלסטיני אחר אינה דבר נדיר, למשל כשהרג הוא על רקע החשדת הקורבן בשיתוף פעולה עם ישראל. במצב שכזה דומה שהמוטיבציה התביעתית אינה ההגנה על קדושת החיים אלא בעיקר הגנה על אינטרסים ביטחוניים ישראלים מובהקים. מנגד, מצב שבו הקורבן פלסטיני אך הנאשם חייל צה"ל – מחדד מאוד את הפער בין המשפט הפורמלי לבין החברה.

על הנייר כל אדם מעל גיל 12 כשר לעמוד לדין פלילי כמעט בכל עבירה.¹²¹ הגם שחיילי צה"ל, ככל אדם, כשרים לעמוד לדין ואומנם עומדים לדין בשפע הקשרים, הרי שכאשר הם עומדים לדין בגין פגיעה במחבל פלסטיני, הדבר נתפס בעיני חלקים בציבור כעוול כפול. השימוש במשפט הפלילי ככלי להגנת הפושע הוא העוול הראשון. האשמת מי שהוא בצד

116 מרדכי קרמניצר עיקרי מבנה וארגון של העבירות הספציפיות פרק ו (חיבור לשם קבלת תואר דוקטור למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים, 1980); מרדכי קרמניצר "האם חסרי עבירות אנחנו?" משפטים יג 159, 160 (1983); יובל קרניאל הפרת אמונים בתאגיד 338–339 (2001); חאלד גנאים, מרדכי קרמניצר ובוועד שנור לשון הרע – הדין המצוי והרצוי 25, 27–28 (2005); מרדכי קרמניצר המרמה הפלילית 39 (2008).

117 למשל עבירות שונות נגד קורבן ילדה או נערה: האינוס בס' 345(א)(3) לחוק העונשין והבעילה האסורה בהסכמה בס' 346(א)(1) הן מגדריות, והקורבן שבהן יכול להיות אישה בלבד. עבירות שונות הקשורות לתועבה מתייחסות לקטינים בלבד: ס' 214(ב) + (ב) + (ב) + (ב). עבירות זנות מתייחסות לקטינים בלבד: ס' 201ג, 205א, 205ב, 208.

118 למשל עברות האינוס בס' 345 לחוק העונשין והבעילה האסורה בהסכמה בס' 346 הן מגדריות והקורבן שבהן יכול להיות אישה בלבד.

119 למשל עבירה של העלבת עובד ציבור בס' 288 לחוק העונשין.

120 אלדר, לעיל ה"ש 16, בעמ' 36–38.

121 ס' 134 לחוק העונשין.

הקורבן היא העוול השני והמצטבר: האשמת חייל צה"ל, צבא העם הפופולרי, סמל האתוס התרבותי הישראלי וליבת הקונצנזוס של ישראל.¹²²

(ג) פער רזולוציה: על עיתוי ההמתה של תוקף

הפער בין המשפט לחברה שתואר לעיל גדל כשמוסיפים פרמטר לדיון שמציג היפוך רזולוציה: לא התמקדות בקורבן אלא מבט בעיתוי הפגיעה בו. עבור המשפט, הרזולוציה של העיתוי, מתי ניתן לפגוע במחבל ואף להורגו, היא קריטית: זמן המתקפה, לפניה או מעט אחריה. מבחינה משפטית אין לומר כלל וכלל שעיתוי ההרג אינו חשוב. הרג בזמן ניסיון למתקפה קטלנית שביצע המנוח הוא פשוט יחסית להצדקה, כמוכן בכפוף להיעדר אפשרות לנטרול קל יותר.¹²³ הרג לקראת מתקפה, "סיכול ממוקד", מצריך דיונים מורכבים יותר.¹²⁴ הרג לאחר סיום המתקפה לעולם אינו ניתן להצדקה משפטית. מנגד, הרזולוציה של העיתוי אינה מטרידה חלק גדול בחברה, שאף שאינו קונצנזוס מוחלט הוא רחוק מלהיות שוליים בימינו.

נראה שלא במקרה נולדה סערת אזריה בהקשר הביטחוני, שבו פערים בין המשפט הפלילי הפורמלי לבין ערכי הציבור אינם נדירים. כאשר הקורבנות שבהם עוסק המשפט הם מחבלים, הפער הוא כמעט תמידי: "מחבל-קורבן" הוא סוג של אוקסימורון בחברה בישראל, וכנראה לא רק בה. גם כשהקורבנות הם אזרחים חפים, אך לא אזרחים ישראלים, הנטייה הציבורית במדינה היא לגבות את חייליה ולהציג את התוצאה ככורח המציאות וכאשמת הצד השני. ודאי לא תקום במהרה דרישה להעמיד את חיילי צה"ל לדין פלילי ישראלי. אולם הביטחון אינו כל הסיפור.

2. פערי רזולוציה במשפט הפלילי הרגיל

(א) מתי מוצדק להרוג אדם?

אף שהפער הרזולוציוני בולט מאוד בזירה הביטחונית, הוא מתקיים גם מחוץ לה, וחשוב לזהותו גם שם. כדי לאתרו עלינו לעלות ברמת ההפשטה ולשאול מתי הרג אדם אחר הוא מוצדק או פטור מבחינה חברתית אף שאינו מוצדק מבחינה משפטית. זהו תרגיל סבוך עבור משפטן שהפנים את כללי השיטה וערכיה, וסבוך פחות עבור מי שמוכן להודות שלעיתים לא רחוקות המשפט והצדק אינם חופפים.¹²⁵

122 פורת, לעיל ה"ש 39, בעמ' 16-17, 21-24.

123 עודד מודריק "ביטחון ומשפט: שאלה של איוון סביר" משפט וצבא 37, 39 (1991).

124 שם, בעמ' 46-48. שאלת הסיכול הממוקד נדונה בהרחבה בבג"ץ 769/02 הוועד הציבורי נגד העינויים בישראל נ' ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 14.12.2006). ראו גם עמנואל גרוס "סיכול פעולות טרור על-ידי פגיעה במבצעה או במפקדיהן כאקט של הגנה עצמית – האם הוא מותר?" קרית המשפט ב 189 (2002).

125 את ההשקפה שהמשפט הפלילי והצדק אינם חופפים הבעתי במקרים רבים. כתבתי שלעיתים לא רחוקות מתמודד המשפט עם דיילמה זו, כשלשון החוק מובילה לצמצום האחזיות הפלילית, אך חוש הצדק מוביל להרחבתה. ראו אסף הרדוף "דיני העונשין גולשים באינטרנט: היסוד הפיזי

כדי לעמוד על הפער בין ההצדקה והפטור המשפטיים להרג אדם לבין ההצדקה והפטור החברתיים לכך, עלינו להתחיל מאיתור המקרים שבהם ההרג מוצדק או פטור מבחינה משפטית. הואיל ועבירות ההמתה מנוסחות בצורה רחבה במיוחד, ואינן כוללות חריגים, הכתובת לבחינת ההצדקה היא הסייגים הכלליים שמצויים בחוק העונשין. הם שמשכיבים מתי אנו מצדיקים גנבה, שוד, תקיפה וגם הריגה ורצח או פוטרים מהם. מבחינה משפטית מוצדק להמית אדם בתנאים של הגנה עצמית. בתנאים מצטברים אלו, שלא קל לקיימם כלל, הנראטיב המאשים נסוג ואף מתהפך. במקום לבוא בטענות אל ההורג אנו מתייצבים לימינו ובאים בטענות אל תוקפו־קורבנו, שאילצו להגיב כאמור. ההגנה העצמית מגוללת לפנינו סיפור שנתפס כלא פלילי ואפילו כמשקף גבורה,¹²⁶ חריג למונופול השימוש בכוח של המדינה, במצבים שהמדינה אינה מסוגלת להגן על הפרט מפני אחר.¹²⁷ מובן שלא כל מי שמעלה טענה כזו מצליח לשכנע את המשטרה, את התביעה או את בית המשפט שתנאי הסייג התקיימו כולם. זיכויים מהריגה בגין הגנה עצמית אינם דבר נדיר אך גם אינם אורח שבשגרה.¹²⁸

סייגים כלליים נוספים מאפשרים לפטור את ההורג מאחריותו המשפטית: צורך, כורח, אי־שפיות, שכרות וקטינות. הקשרים אלו ברובם אינם משקפים גבורה אלא בחירה ברע במיעוטו

הווירטואלי" הפרקליט נב 67 (2013); אסף הרדוף "חזות של זכויות, מהות של צדק: סיפורת המהותי והרטורי של ההכרעה הפלילית" דין ודברים ח 33 (2014); אסף הרדוף "בשם הילד: שינויים בהרגלי ההפלה – על תיקון 118 לחוק העונשין והאיסור לצפות בחומר תועבה" מאזני משפט י 209 (2015); אסף הרדוף "אינוס מרחוק או רחוק מאינוס? על מחוקק אדיש, על תביעה יצירתית ועל דיני האונס, מטרתם וגבולותיהם" עלי משפט יג 65 (2016). קראתי לריסונו של חוש הצדק ולהימנעות מהכרעה שיפוטית המנוגדת ללשון החוק הברורה, בין שהכרעה כאמור היא לחובת הנאשם (המקרה הטיפוסי) ובין שהיא לטובתו (המקרה הנדיר): אסף הרדוף "חיסיון מרחוק או רחוק מחיסיון? חיסיון עורך דין וירטואלי: על חיסיון עורך דין, תכליתו וגבולותיו" משפט ועסקים יט 305 (2015); אסף הרדוף "אי־חקיקה, משפט־יתר וחירות־חסר: על פסיביזם חקיקתי ואקטיביזם ליטיגטורי־שיפוטי, גבולות המשפט וגבולות האי־משפט" מאזני משפט יב 55, 71–87 (2019).

126 סנג'רו גרס שאין כמעט עוררין שההגנה העצמית הקלאסית היא מעשה מוצדק ונטול רבב מוסרי והבהיר שהספקות חלים רק על קבוצת מקרים שאינם בגדר הגנה עצמית, כמו הגנה עצמית מדומה, ססיווגה הנכון הוא פטור בשל טעות בעובדה. קיים קונצנזוס רחב בקרב שיטות המשפט העיקריות, מלומדים משפטיים ופילוסופים בנוגע לסיווג ההגנה העצמית כצידוק, וסיווגה כפטור אינו מקובל, נוגד אינטואיציות חזקות של האזרח שומר החוק ועוצר במכנה משותף נמוך עם צורך וכורח ומתעלם מאשמת התוקף ומהתקיפה עצמה. ההגנה העצמית אינה רע או רע במיעוטו אלא "הטוב ביותר האפשרי", מעשה ראוי וצודק ולא מעשה מותר גרידא שהוא פרי חישוב תועלת צר בלבד. ראו בועז סנג'רו הגנה עצמית במשפט הפלילי 32–34, 58–60, 63 (2000); בועז סנג'רו "היהפוך הצידוק לפטור של חסד? – הגנת בית המגורים ('חוק דרומי' ופסק־הדין בפרשת דרומי) כמקרה־מבחן לרציונאל המצדיק הגנה עצמית ולהלכה" משפט וממשל יג 93, 96–99 (2010).

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

128 למשל ע"פ 4784/13 סומך נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 18.2.2016).

עלי משפט טו תשי"ף קוטלו של אויבנו הוא בנו: פערי הרזולוציה בין המשפט הפלילי לחברה, בין חיים למוות, בין קורבן לעבריין ובין גמול לנקמה

מצד ההורג או ליקוי כלשהו או מחסור יסודי בו.¹²⁹ קבלת טענות בדבר תחולת הסייגים הללו אינה דבר שבשגרה.

מתי מוצדק להרוג אדם אחר מבחינה חברתית אך לא מבחינה משפטית? דומני שלא כמשפט הפורמלי, שמדקדק בכל אחד מרכיבי הסייגים, הציבור קשוב יותר לתחושת הצדק. זו קשורה לעיתים לעבריין או לקורבן. פורמלית, כאמור, במרבית העבירות המשפט אינו מתעניין בזהות הנאשם או הקורבן: זהותם אינה רלוונטית ולרוב אינה מרכיב ביסודות העבירה. המשפט הפורמלי אינו זקוק לרזולוציה חדה מאוד כדי להתייחס להמתת אדם: יש לו שלוש מדרגות חומרה עיקריות בלבד, שלוש עדשות מפלילות כלליות – רצח, הריגה, גרימת מוות ברשלנות, עבירות רחבות ביותר – ויש לו גם עדשות כלליות מזכות, סייגים לאחריות הפלילית. אולם האספקלריה החברתית שונה למדי.

(ב) עדשות חברתיות: נראטיב וסכמה

שלא כמדרגות החומרה של המשפט הפלילי בעניין המתה, המשמעות החברתית של המתת אדם אחר מגוונת בהרבה ותובעת רזולוציה חדה יותר. ייתכן שהדבר מתקשר לנראטיב, סיפור שמוצג על דבר שקרה, דרך לתפוס את חוויותינו ולסדרן; או לסכמה, מבנה קוגניטיבי הקובע את אופן ההסתכלות על העולם, יצירת ציפיות לאור חוויות והתנסויות.

הנראטיב הוא גשר תרבותי בין הפרט לקהילה בספקן דרך לספר אירועים, להסביר כיצד העולם פועל, בהתבסס על הבנות קיימות. משמעותו אינה תלויה במספר בלבד אלא גם בשומע ובהיזון החוזר שביניהם.¹³⁰ לפי תאוריית הנראטיב, רכיבים בסיפור באים בהידוד באופן שמשנה את משמעותם האינדיווידואלית ויש להעריך את כולם ביחד, ואילו הסיפור בכללותו דומה למודלים קיימים מוכרים של התנהגות אנושית.¹³¹ החוויה התרבותית של אדם מקנה לו אוסף תבניות לקליטת המתרחש בעולם ולהבנתו, ובכך מעצבת את חשיבתו ואת מה שאנו מכנים "השכל הישר" שלו, שממלא תפקיד חשוב ביצירת המשפט ובהפעלתו.¹³² לכל אדם

129 ראו למשל אהרן אנקר הכרח וצורך בדיני עונשין 58–60 (1977); מרים בן-פורת "על הגנת הצורך והכורח" 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 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).

130 Susan Bandes, *Empathy, Narrative, and Victim Impact Statements*, 63 U. CHI. L. REV. 361, 385 (1996); Lynne Henderson, *Without Narrative: Child Sexual Abuse*, 4 VA. J. SOC. POL'Y & L. 479, 483 (1997); Martha Merrill Umphrey, *The Dialogics of Legal Meaning: Spectacular Trials, the Unwritten Law, and Narratives of Criminal Responsibility*, 33 LAW & SOC'Y REV. 393, 402–3 (1999); נעמי חנס ושרון חנס "נרטיבים משפטיים של רצח בספרות: פיקציות המאירות תהליכים משפטיים" דין ודברים ה 47, 53 (2000).

131 Lisa Kern Griffin, *Narrative, Truth, and Trial*, 101 GEO. L.J. 281, 286 (2013)

132 מנחם מאוטנר "שכל-ישר, לגיטימציה, כפייה: על שופטים כמספרי סיפורים" פלילים ז 11, 17, 21–25 (1999).

מאגר נראטיבים פנימיים שנבנים במהלך חייו, לפי ניסיונו והרקע שלו, נראטיבים בלתי נשלטים ובלתי נבחרים.¹³³

הנראטיב מוערך לעיתים לאור הסכמה: מסגרת לחשיבה על מידע חדש, אוסף מידע שמוחזק בראשו על סוגיה ומשפיע על תפיסותינו, על הנחותינו ועל עיבוד המידע שלנו. מידע חדש שאנו מקבלים מושווה למידע הצבור, והסכמה הקיימת ממלאת את החורים במידע. הסכמה משפיעה לא רק על מהות המידע הזוכה לתשומת לבנו אלא גם כיצד אנו מקטלגים אותו ומה אנו זוכרים ממנו.¹³⁴ הסכמה היא קיצור דרך קוגניטיבי המאפשר לפרש במהירות מידע רב, להתמודד עם מידע מבלבל או מידע חסר. בניית הסכמה היא תהליך ארוך שנים המערב מידע, האמנה והתנסות. קיימות סכמות מגוונות: סכמה עצמית, איך אדם רואה את עצמו; סכמה אישיותית, המארגנת את הידע שלנו על אחרים; סכמה תפקידית, הנוגעת לתפקידים, למקצועות ועוד; סכמה אירועית, או תסריט, שעניינה רצף התרחשותי במצבים מוכרים.¹³⁵

(ג) שוויון החיים ושוויון ההמתות באספקלריה חברתית

במחשבה על הנראטיב והסכמה נשוב לזירה הביטחונית. הביטוי בארבע כותרות:

1. "פלסטיני הרג חייל צה"ל";
2. "פלסטיני הרג פלסטיני";
3. "חייל צה"ל הרג פלסטיני";
4. "חייל צה"ל הרג חייל צה"ל".

איזו סכמה עולה בראשכם בקריאת הכותרת? הדבר יספר הרבה על התרבות ועל החוויה שלכם. בהמשך לכך: אמרו לי איזו כותרת מקוממת אתכם יותר מכול, ואומר לכם מי אתם ומה השקפתכם. ניתן לשער שחלק גדול בציבור בישראל יחווה כעס מכותרת 1, אדישות ל-2, מגננה ל-3 וחשדנות ל-4. סיפורו של אזריה כמובן משקף את כותרת 3, שבתורה מייצרת מגננה קוגניטיבית, משום שאזרח מן היישוב אינו רוצה, או אפילו מסוגל, להיות ניטרלי למציאות חייו, והזדהות עם החייל קלה לו בהרבה מהזדהות עם מי שנתפס כחלק מהאויב. בשונה מזה, חלק קטן ואולי קטנטן בציבור הישראלי יתקומם במיוחד מכותרת 3 דווקא, בתפיסתו שההרג אינו רק רע כשלעצמו אלא גם משקף רוע מתמשך – הכיבוש.¹³⁶

133 שולמית אלמוג משפט וספרות 60 (2000).

134 Craig R. Callen, *Second-Order Considerations, Weight, Sufficiency and Schema Theory: A Comment on Professor Brilmayer's Theory*, 66 B.U. L. REV. 715, 718–720 (1986); Leah M. Christensen, *The Psychology Behind Case Briefing: A Powerful Cognitive Schema* 29 CAMPBELL L. REV. 5, 11–12 (2006).

135 Sara Gordon, *Through the Eyes of Jurors: The Use of Schemas in the Application of "Plain-Language" Jury Instructions*, 64 HASTINGS L.J. 643, 649–653 (2013).

136 ראו התקוממות כנגד השימוש במונח "מחבל" לתיאור ההרוג בפרשת אזריה, המתבססת על היעדר הרשעה (כאילו בישראל מרשיעים את המתים) ועל עמדה פוליטית שלפיה פגיעה בחייל האוכף משטר צבאי אינה מעשה טרור: <https://tinyurl.com/y7t8c3t5>.

מי שבחר בכותרת 1, 2, 3 או 4, בשונה מכותרת 5 שתוסף כעת – "כל הכותרות מקוממות באותה מידה" – ייאלץ להסכים שעבורו לא כל החיים שווים או למצער שלא כל ההריגות שוות. בחירתנו משקפת כנראה את ערכינו האישיים, את משפחתנו וסביבתנו, את חינוכנו, את חוויותינו ותובנותינו. הואיל ואנו שונים באלו, העדפותינו שונות, ואנו מבחינים בין חיים לחיים ובין המתה להמתה. הודאה בכך אינה נוחה משום שפירושה המשתמע הוא כפירה בערך השוויון החשוב לנו, מבסיסי הדמוקרטיה, וכפירה משתמעת בערך החיים, שלעיתים הוא היקר ביותר בעינינו ולעיתים הוא יקר הרבה פחות בעינינו.

גם במשטרה, בתביעה ובבתי המשפט יושבים אנשים כמונו, אזרחים ישראלים בעלי חוש צדק המושפע בהכרח מההוויה הישראלית. נניח שההורג נתפס חי. אף שכל אחת מהכותרות שלעיל מתארת, לפחות לכאורה, חשד לעבירת הריגה, סביר שהן לא יזכו ביחס דומה, מבחינה ציבורית, תקשורתית, פוליטית ואף משפטית. ניתן לשער שמקרה 1 יוצג וייתפס כמקומם וכמאיים ביותר, וכתב האישום ילמד כנראה על רצח או על רצח בנסיבות מחמירות. מקרה 2 כנראה לא יידון כלל בישראל, אלא אם ההרג קשור לישראל באופן כלשהו, דוגמת הרג משתף פעולה. מקרה 3 יסתיים ברגיל בתחקיר מבצעי; אם תימצא בעיה בהרג, אולי יגיע התיק אף למצ"ח, לקראת סגירתו הצפויה מחוסר ראיות (או שמא מחוסר מוטיבציה).¹³⁷ מקרה 4 ידוות, ייחקר וכנראה יסתיים בהעמדה לדין בגין הריגה או סיום טיפוס – גרימת מוות ברשלנות.

ההבחנה בין המקרים אינה תולדה של משפט מהותי גרידא אלא גם, ולעיתים בעיקר, של סדר הדין הפלילי. לשון אחר, היא אינה תולדה של יסודות העבירה והסייגים בלבד, אלא גם, ולעיתים בעיקר, של שיקול הדעת התביעתי שעורך את הרזולוציה שהמשפט המהותי לא ערך, או אפילו רזולוציה המנוגדת לזו שמכונן המשפט המהותי.

מנקודת מבט ישראלית טיפוסית, אזריה הינו חייל, ואילו אלשריף הינו מחבל. באספקלריה כזו, אזריה אינו מתאים לסכמת אישיות של עבריין, ואילו אלשריף אינו מתאים לסכמת אישיות של קורבן. תחילת האירוע, מתקפה על חיילים, וסיום האירוע – הדיפת המתקפה בהצלחה בתוך כדי המתת התוקפים – מתיישבים היטב עם סכמת האירוע המוכרת בישראל, אך אופן ההגעה לסיום אינו מתיישב כאמור. אולם במבט כללי, הסכמה עדיין נקלטת ומושויית לסכמות אחרות, לרבות כאלו שהסתיימו במות החיילים, והתוצאה של חיילים חיים ומחבלים מתים נקלטת כתוצאה צודקת ורצויה, המשליכה על תפיסת המקרה על רקע הסכמות המקובלות.

(ד) מהביטחוני אל הפלילי

האמור בפן הביטחוני-פוליטי אינו בלעדי: גם במשפט הפלילי הפוליטי פחות הרזולוציה של ההרג תבחין בין הרג רע במיוחד לבין הרג רע, בין הרג רע ולהרג טוב ולהרג לא נורא. הביטו בארבע הכותרות האלה:

1. "בעל בית הרג פורץ/אנס שניסה להימלט";

137 מי שנחקר והואשם עשוי להיות מזוכה. ראו ע"פ 486/88 אנקונינה נ' מדינת ישראל, פ"ד מד(2) 353 (1990).

2. "לאחר מארב משטרתי שלא צלח הרג שוטר גנב רכב שניסה להימלט";
3. "קורבן התעללות מינית הרגה את האנס שנה לאחר האונס";
4. "קורבן אלימות מתמשכת במשפחה הרגה את המתעלל בשנתו".

כל הכותרות מתארות עבירות פליליות חמורות שנעות בין הרצח בטרמינולוגיה הישנה, ובית המתה בקלות דעת לבין רצח בנסיבות מחמירות לאחר הרפורמה. לעומת זאת מבחינה חברתית רבים בחברה יברכו על ההרג בכל המקרים ויגנו דווקא את המנוח, שכן בעיניהם מעשיו הם "הפשע האמיתי". לעומת המשפט הפלילי, המתמקד בהידוד קצר זמן בין אנשים ולא בהערכה כוללת של מערכות יחסים, הציבור מתעניין מאוד בהיסטוריה שבין הצדדים, ולאורה מצדיק במקרים מסוימים אפילו קטילת חיי אדם.¹³⁸ היסטוריה זו אינה חלק מהנראטיב ומהסכמה של המשפט הפלילי, אבל היא חלק קריטי בנראטיב ובסכמה החברתיים. אין פלא שהפרטנות החברתית עולה על זו המשפטית, שעצרה בשלב הפשטה גבוה: לעומת המציאות המשפט, ובמיוחד החוק, מוגבלים מטיבם ביכולת הפירוט שלהם.¹³⁹ החוק אינו מבחין פורמלית בין דם לדם, לפחות כשכדום אדם עסקינן.¹⁴⁰ אולם החברה דווקא מבחינה. הקביעה המשפטית שלחיי האדם ערך אחיד עומדת בהצלחה במבחן החברתי רק כשעסקינן בעדשה גסה מאוד, ברובד הפשטה שבו אנו מדמיינים אנשים ששווים בעינינו בערכם, יקר אחד מול יקר אחר, או לחלופין זר מוחלט מול זר מוחלט אחר. חיי מחבל אינם יקרים לחברה. אפילו מי שתומך בהעמדה לדין של מי שהוציא להורג מחבל לאו דווקא משעין זאת על ערך החיים אלא גם ואולי בעיקר על "טוהר הנשק"; תפיסת נשק כטהור היא מטפורה אוקסימורון שמתארת ערך שונה למדי שאינו מתקשר לזכויות הפרט במישרין. מה שנכון למחבל הנקטל נכון גם לחיי הפושע הנקטל. מבחינה חברתית חיים אינם קדושים כחיי החף, ובעיני חלקים בחברה חיים אינם רצויים כלל.¹⁴¹ דוגמאות אינן במחסור. סוג הדוגמאות האחד עניינו המתת מתעללים משפחתיים, המתה שחלק גדול בציבור אינו סולד ממנה.¹⁴² בשנת 1993 ירה שוקי בסו, חייל ביחידת הצנחנים, למוות באביו 29 כדורים

138 גיורא (ג'ורג') פ' פלצ'ר "הגנה עצמית של נשים מוכות" פלילים ו 65, 69–70 (1997).

139 אלדר, לעיל ה"ש 16, בעמ' 3.

140 גם כשמדובר בדם לא אנושי, החוק אינו מבחין בין בעל חיים אהוד לבעל חיים אחר. חוק צער בעלי חיים (הגנה על בעלי חיים), התשנ"ד–1994 מכונן הגנות שונות על בעלי חיים. הוא מגדיר בסעיף 1 "בעל חיים" בעל חוליות למעט אדם, ועל הנייר הוא מספק הגנה זהה לבעלי חיים שמעמדם של חלקם שונה מאוד בקרב האדם ממעמדם של אחרים, דוגמת כלב וחתול מצד אחד, פרה ותרנגולת מצד אחר. בפועל ההגנה שונה מאוד, מה שמתקשר לסינון נוסף שאינו עולה מהחוק, רזולוציה על מידת החיבה האנושית שבעל החיים זוכה לה. ראו בג"ץ 4884/00 עמותת "תנו לחיות לחיות" נ' מנהל השירותים הוטרינריים בשדה במשרד החקלאות פס' 7 לפסק דינה של השופט דורנר (פורסם בנבו, 2.6.2004); אסף הרדוף "התעללות ראווה? בין צער בעלי חיים לעונג האדם" דין ודברים י 141, 201–203 (2017).

141 גם יתר זכויות הפרט שלהם אינן נתפסות כשוות. למשל דיון פסילת ראיות שהושגו שלא כחוק מתקשר לזכויות פרט שונות, כמו הזכות לפרטיות, אולם כאשר בשם הזכות לפרטיות מבקש הנאשם לפסול ראיות המלמדות על אשמתו, בקשתו נתפסת כצינית, ככזו שאינה משרתת את הערכים באמת.

לאחר שהתעלל באימו, הורשע בהריגה ונדרן לעשר שנות מאסר.¹⁴³ בשנת 1994 ירתה כרמלה בוחבוט, שסבלה מהתעללות ממושכת, בבעלה המתעלל 31 כדורים, הורשעה בהריגה ונדונה לשבע שנות מאסר בבית המשפט המחוזי, ולאחר מכן הופחת עונשה בבית המשפט העליון לשלוש שנות מאסר.¹⁴⁴

סוג דוגמאות נוסף עניינו הגנה עצמית מאוחרת. שי דרומי, בעל משק חקלאי, ירה בשנת 2007 בשני פורצים והרג אחד מהם. הדוח הפתולוגי לימד שהפורץ היה בגבו אל החקלאי, ופירוש הדבר שהירי לא נבע מהגנה עצמית אלא לכל היותר מהגנה עצמית מדומה. דרומי הועמד לדין באשמת הריגה ולבסוף זוכה ברוב דעות מחמת הספק ולאחר שנכנס לתוקף תיקון לחוק העונשין,¹⁴⁵ שנחקק בעקבות הסערה הציבורית בעניינו.¹⁴⁶

בשנת 2016 הוכרעו בבית המשפט העליון שני אישומי המתה שהסתיימו בזיכוי או זיכוי חלקי בשל התנהגות הנקטל. ניר סומך ירה בראשו של בן טל בטענה שטל קרב לתוקפו במנעול הגה. טל היה ביחסי חברות ממושכים ועמוקים עם סומך ואשתו טלי, ובשלב מסוים פיתח רגשות כלפי טלי, שהפכו לאובססיה. סומך זוכה מחמת הספק מרצח והורשע בהריגה בבית המשפט המחוזי. בית המשפט העליון, בלב כבוד, קיבל את ערעורו וזיכהו מהרצח ולא חסך ביקורתו מהתנהלות הקורבן.¹⁴⁷

באותה שנה הוכרע עניינו של יונתן ימר. הלה רוצץ את גולגולתו של האדם שלדבריו אנס אותו וטען להגנה עצמית. בית המשפט המחוזי דחה את טענתו, הרשיעו ברצח בנסיבות המצדיקות עונש מופחת וגזר דינו לעשרים שנות מאסר. בית המשפט העליון דחה את סייג ההגנה העצמית אך זיכה את ימר מרצח והרשיעו בהריגה, ואף הפחית בעונשו ל-12 שנות מאסר.¹⁴⁸

מקרה בולט בדמיונו לעניין אזריה הוא של שחר מזרחי. בשנת 2006 השתתף מזרחי, בלש במשטרת חדרה, במארב לגנבי רכב. הוא זיהה אדם שניסה לפרוץ לרכב, ניסה לתופסו וקפץ על רכבו ולבסוף ירה כדור יחיד בראשו והרגו. מזרחי הציג גרסאות סותרות למעשהו, האחת עניינה פליטת כדור והאחרת עניינה חשש לחייו. בית המשפט קבע שמעשהו לא נבע מהסיבות

142 ענת פלג "דמעה אחת שווה אלף מילים" – הזיקה בין התנהלותם התקשורתית של נפגעי עברות למעמדם בהליך המשפטי" קרית המשפט י 185, 193 (2014).

143 ת"פ (מחוזי ת"א) 416/93 מדינת ישראל נ' בסו, פ"מ התשנ"ד(3) 281 (1994).

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

145 ת"פ (מחוזי ב"ש) 1010/07 מדינת ישראל נ' דרומי (פורסם בנבו, 15.7.2009).

146 גור-אריה ודאור, לעיל ה"ש 127, בעמ' 153. באמצע מרץ 2017 פורסם בתקשורת שקשיש ישראלי הבריח פורצים באמצעות ירי, והמשטרה החרימה בתגובה את נשקו וחקרה אותו באזהרה. התקשורת פרסמה את המקרה וגילתה אהדה כלפיו. כך גם התגובות, שהביעו עוינות למשטרה. ראו רועי ינובסקי "בן 75 הבריח פורצים - ונשקו הוחסם: 'לא מוכן לחיות בהרגשה שאני אפס'" Ynet (19.3.2017) www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4937493,00.html.

147 עניין סומך, לעיל ה"ש 128, פס' 107, 155-156, 173 לפסק דינו של השופט סולברג, פס' 3 לפסק דינו של השופט עמית, פסק דינה של השופטת ברון (פורסם בנבו, 18.2.2016).

148 ע"פ 746/14 ימר נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 31.5.2016); גלי גינת "העליון הפחית בעונשו של יונתן היילו, שהרג את האיש שאנס אותו" וואלה! News (31.5.2016) news.walla.co.il/item/2966075. היילו זכה לתמיכה ברשת החברתית ובהפגנות בטרם ההכרעה בערעורו.

הללו אלא כדי למנוע את בריחת הפורץ. הוא הורשע בהריגה, ונגזרו עליו 15 חודשי מאסר בבית המשפט המחוזי, עונש שהוחמר ל-30 חודשי מאסר בבית המשפט העליון, בפסק דין קצר למדי.¹⁴⁹

הדמיון לעניין אזריה רב: ירי של איש ביטחון יהודי בראשו של עבריין פלסטיני שביצע עבירה זה מקרוב; העלאת טענת הגנה עצמית מדומה שנדחתה עובדתית בבית המשפט; תמיכה ציבורית בנאשם; הרשעה בעבירת הריגה; עונש כמעט זהה בערכאה הראשונה. לצד זאת קיימות נקודות שוני חשובות. האחת לטובת הנאשם אזריה: עניינו סבב סביב מחבל חמוש שתקף חיילים, בשונה מפורץ לרכב, שככלל מייצג סכנה לקניין אך לא לחיים ולגוף. מרבית נקודות השוני הן לטובת הנאשם מזרחי: הלה היה חלק מהאירוע הממשי, הירי היה בסיטואציה סוערת בהרבה, לא היו אחרים במצבו, הנורה היה בתנועה והיה שלם בגופו. בכל זאת התמיכה הציבורית במזרחי לא התקרבה לממדי התמיכה הציבורית באזריה. ניתן לשער שהדבר קשור הן לעבריו והן לקורבן: האהדה לחיילים גדולה מהאהדה לשוטרים,¹⁵⁰ ואולי חשוב מכך, הסלידה הרבה מפורצי רכב אינה מתקרבת לסלידה ממחבלים.

ברגיל, לציבור קל להתחבר לקורבן הפשע הרבה יותר משקל לו להתחבר לחשוד ולנאשם¹⁵¹ שאינם מעוררים בו חמלה ותחושת שותפות גורל פוטנציאלית,¹⁵² משום שהציבור מתקשה לדמיון עצמו בנעליהם. למשל מי שמתעלל בבן משפחתו ונורה בידיו אינו מעורר בנו אהדה; אהדתנו פונה דווקא ליורה ששם קץ להתעללות.¹⁵³ גם בעידן מודרני ומתקדם לכאורה עדיין קיימים לא מעט מצבים שבהם הרג אדם נתפס בחברה כרצוי, הולם או פשוט לא נורא, משום שצלמו של הנקטל אינו נתפס כצלם אלוהים אלא כצלם הרשע. למשל רצח בין עבריינים, כל עוד לא היה כרוך בפגיעה בחפים, נתפס בעיני אנשים שונים בחברה כדבר טוב: "ברוך שפטרנו". ניתן לסבור באשר להרג משתף פעולה בידי פלסטיני העמדה לדין של "רצח פנימי" בעולם הפשע המאורגן אינה באה בשם ערך החיים של הנקטל אלא דווקא בשם אינטרס אחר: הזדמנות לסלק פושעים מהרחוב.

אפילו באשר לחפים שנרצחו יש פער גדול בין החברה למשפט. התפיסה המשפטית המקובלת היא שחיי פלוני שווים לחיי אלמוני, יהיו אשר יהיו.¹⁵⁴ ברגיל, לפחות לפני הרפורמה בעבירות ההמתה, המשפט הפורמלי השווה לחלוטין רצח של תינוק לרצח של ילד,

149 ע"פ 8133/09 מזרחי נ' מדינת ישראל, פס' 11–12 לפסק דינה של הנשיאה ביניש (פורסם באר"ש, 21.07.2010).

150 פורת, לעיל ה"ש 39, בעמ' 11.

151 ענת פלג "דמעה אחת שווה אלף מילים – הזיקה בין התנהלותם התקשורתית של נפגעי עבירות למעמדם בהליך המשפטי" קריית המשפט י 185, 193–194 (2014).

152 אבי שגיב "בין אתיקה של חמלה לאתיקה של צדק", בתוך צדק שלי, צדק שלך – צדק בין תרבויות 173, 176–182 (ידידיה שטרן עורך, 2010).

153 פלצר, לעיל ה"ש 138, בעמ' 66.

154 סנג'רו, לעיל ה"ש 89, בעמ' 148.

רצח של בגיר לרצח של קשיש; רצח משנאה, רצח מקנאה, רצח מכעס ורצח לשם כסף, ואפילו רצח מחמלה (המתת חסד כדוגמה בולטת) – ברצח כולם שווים.¹⁵⁵ אולם בחברה מקובלות הבחנות כלליות שונות בדבר חומרת המעשה, שאינן מקובלות במשפט המהותי. לדוגמה, ההבחנה בין קורבנות ילדים לקורבנות מבוגרים או ההבחנה בין רצח ילד זר לבין רצח הורה את ילדו. מבחינה חברתית לרצח יש דרגות מגוונות, כפי שיש גם לשוד, לאונס ולגנבה. מימרות בסגנון "רצח הוא רצח" או "אונס הוא אונס" באות לא לשקף אמת אוניברסלית אלא דווקא לסתור תחושה חברתית רווחת שלא כל רצח, אונס וכדומה – חמורים באותה מידה. המימרות הללו באות לעמעם את הרזולוציה החברתית הרווחת לטובת נקודת מבט מופשטת ורחוקה יותר. לעומת זאת מבחינה משפטית הרצח שווה לא רק מבחינת הכותרת, אלא גם מבחינת התוצאה העונשית ההכרחית, מאסר עולם חובה, תוצאה שאינה מאפשרת לבית המשפט לבטא את הרזולוציה החברתית החדה יותר (גם אם לא תמיד קל להצדיקה ערכית) בסנקציה שיטל, עניין שמתאפשר לו במרבית העבירות החמורות, דוגמת הריגה, אונס ושוד.

עבירת הרצח, כמרבית העבירות,¹⁵⁶ אינה כוללת יסוד של מניע לעבירה.¹⁵⁷ הכנסת דקויות אינדיווידואליסטיות למשפט, ובכללן הבחנה בין מניע למניע, מחייבת הכרעה בעניין כשרות המניעים וחידוד מרכיבים ערכיים שהמשפט ככלל אינו מעוניין להיכנס אליהם.¹⁵⁸ לעומת זאת כעניין חברתי המניע דווקא דרוש כדי למצוא היגיון ועקיבות אנושית בסיפור שברגיל הוא מהחמורים ביותר בחברה – המתת אדם. המניע מתחבר לנראטיב ולסכמה. ככל שהדבר מטריד ומעציב, במקרים רבים הרצח הוא רציונלי, וזהו המצב כנראה משחר

155 לאחר הרפורמה, ס' 301א(א) קובע שורת מקרים של רצח בנסיבות מחמירות. סעיף קטן (8) מתאר המתה בכוונה או באדישות של חסר ישע (כהגדרתו בס' 368 לחוק העונשין, כך שמחבל פצוע וחסר הכרה אינו נכנס לגדר המונח) או קטין בן למטה מ-14. בהמשך לתת-פרק ב.2, המשפט מפעיל מדדים באשר לחומרת המעשים, מבחינת מי יועמד לדין ומי לא, מתוך הנחה שלא כל הפושעים אשמים באותה רמה נורמטיבית. ראו Luna, לעיל ה"ש 48, בעמ' 548.

156 יצחק קוגלר כוונה והלכת הצפיות בדיני עונשין 493 (1997). חריג בולט בישראל: ס' 1144 לחוק העונשין: עבירות ממניע גזענות או עוינות כלפי ציבור – נסיבה מחמירה. גם בשיטות משפט אחרות המניע על פי רוב אינו יסוד בעבירה. ראו David P. Leonard, *Character and Motive in Evidence Law*, 34 LOY. L.A. L. REV. 439, 439, 468 (2001); Michael T. Rosenberg, *The Continued Relevance of the Irrelevance-of-Motive Maxim*, 57 DUKE L.J. 1143, 1143–1144 (2008); Carissa Byrne Hessick, *Motive's Role in Criminal Punishment*, 80 S. CAL. L. REV. 89, 89–90, 95 (2006); Joshua S. Geller, *A Dangerous Mix: Mandatory Sentence, Chiu; Enhancements and the Use of Motive*, 32 FORDHAM URB. L.J. 623, 628–629 (2005) לעיל ה"ש 157, בעמ' 663. אמירה זו אף מוזכרת במפורש בעניין זדורוב, לעיל ה"ש 110, פס' 18 לפסק דינו של השופט עמית. הרפורמה בעבירות ההמתה הובילה להכרזה על כמה מניעים לרצח ככאלו שהופכים אותו לרצח בנסיבות מחמירות: ס' 301א(א)–(2)–(5).

157 מניע אינו מוגדר בחוק הישראלי. הכוונה היא לסיבה שהנאשם עשה את שעשה, בשונה ממצבו הנפשי בזמן המעשה, היסוד הנפשי, אך ניתן גם להעמיק ולהציע משמעויות נוספות לרעיון המניע. ראו Elaine M. Chiu, *The Challenge of Motive in the Criminal Law*, 8 BUFF. CRIM. L. 653, 664–666 (2005).

158 לכך מתווספים גם שיקולים היסטוריים מעמדיים. ראו אלדר, לעיל ה"ש 16, בעמ' 47–49.

ההיסטוריה האנושית.¹⁵⁹ כאשר המתת אדם אינה רק רציונלית אלא גם נעשית בידי מי שככלל אהוד על החברה ושחלק מהותי מתפקודו מערב המתת אחרים מסוימים, וכאשר ההמתה מתבצעת בהקשר שקרוב מאוד לנראטיב ולסכמה שאינם רק מקובלים גרידא, אלא הם חלק מהאתוס החברתי ממש, הגישה הציבורית להמתה מתרחקת מרצח פלילי ומתקרבת לתפיסת גבורה.¹⁶⁰ לא חדש שאנשים נוטים פחות לראות התנהגות כבעייתית מבחינה נורמטיבית כשהם וחבריהם לקבוצת ההזדהות עוסקים בה בעצמם.¹⁶¹ רזולוציה חדה יותר מהמשפט מאפשרת מה שנתפס בעיני רבים כצדק אינדיווידואלי.¹⁶²

אם כך כשמדובר בפושע רגיל, מקל וחומר כשמדובר בפושע מחבל שמאיים לא רק על חי האזרחים אלא גם על תחושת הפטריוטיות שלהם, בעיקר מחבל שנתפס על חם ואין ספק באשמתו.¹⁶³ הצד שעימו אנו מזדהים הוא הצד שבעמדתו נצדד.¹⁶⁴ מרבית הציבור אינו מזדהה עם האויב, אינו מסוגל להזדהות עימו ואינו מעוניין בכך. גם בית המשפט העליון, שנתפס בעיני חלקים בחברה כמי שדואג לזכויות האויב והמחבל, משתמש בעתירות העוסקות בהתנהלות זה"ל בנראטיב המציג את זה"ל ואת המדינה כמי ששואפים לעשות טוב ולמזער את הרע למול האויב, שאינו בוחל באמצעים.¹⁶⁵ תחום הביטחון בכלל וזה"ל בפרט זוכים לביקורת שיפוטית מרוסנת ביותר.¹⁶⁶

3. הקורבן כנאשם פוטנציאלי: פערי משפט-חברה בראי היקום המקביל

(א) אילו אלשריף היה חי

פרשת אזריה מלמדת אותנו על המשפט הפלילי ומגבולותיו הציבוריות נוכח פערים בין עמדת המשפט המהותי הפורמלי באשר לנאשם ולקורבנו לבין עמדות ציבוריות רווחות ואף לבין עמדת התביעה. ייתכן שאת הפערים הללו ניתן להבין בחדות רבה אף יותר במבט ביקומים מקבילים, של מציאות חלופית, אילו דברים קרו אחרת.

ביקום שני אזריה הגיע לזירה, טיפל בחבריו ועזב את הזירה כמו יתר חבריו כלעומת שבא. אלשריף הועבר לטיפול רפואי ישראלי אינטנסיבי, שבסיומו הוצלו חייו. הוא נחקר בשירות הביטחון הכללי ובמשטרה והודה במעשהו. לאחר מכן הועמד לדין בבית משפט צבאי או בבית משפט מחוזי באישומים שונים, שהחמור שבהם הוא ניסיון לרצח. הוא ניהל לפחות חלק

159 הרדוף "הרומן שאינו נגמר", לעיל ה"ש 108, בעמ' 33–35.

160 הזמר אריאל זילבר חיבר שיר גבורה לאזריה: www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4925001,00.html. יותר מ-85,000 איש חתמו בשעתם על עצומה לשחרור "גיבור ישראל": www.atzuma.co.il/freeelorzaria.

161 Douglas Husak, *What Moral Philosophers might Learn from Criminal Theorists*, 36 RUTGERS L.J. 191, 193 (2004).

162 אלדר, לעיל ה"ש 16, בעמ' 48.

163 השו סנג'רו, לעיל ה"ש 89, בעמ' 197–198.

164 Husak, לעיל ה"ש 161, בעמ' 195.

165 בילסקי, לעיל ה"ש 90, בעמ' 200–201.

166 פורת, לעיל ה"ש 39, בעמ' 26.

ממשפטו בטרם הודה או שהורשע לבסוף במשפט הוכחות. נגזרו עליו עשרים שנות מאסר. הוא ריצה חלק מעונשו, ובחלוף כמה שנים שוחרר בעסקת שבויים כזו או אחרת. עם שחרורו התקבל כגיבור בסביבתו.¹⁶⁷ תמונות השמחה והתרועה התפרסמו בהבלטה בתקשורת הישראלית והתקבלו בכאב בציבור הישראלי. לאחר שחרורו שב אלשריף לפעול נגד ישראל.¹⁶⁸

ביקום שלישי אלשריף אף הצליח להרוג חייל בטרם נוטרל. הוא נעצר, הואשם, הורשע ונכלא. עם שחרורו, אפילו אחרי עשרות שנים, הביעה משפחת החייל ההרוג כאב גדול.¹⁶⁹ לאחר שחרור הרוצח ושיבתו לביתו חוסל בידי ישראל בטענה שהוא עוסק בטרור. החיסול נתקבל באהדה רבה בציבור הישראלי.¹⁷⁰

יקומים אלו הם מציאות מקבילה עבור אלשריף, ומציאות ישראלית בת עשרות שנים לרבים אחרים. מבט באותם אחרים מציע שתי תובנות אפשריות על התמיכה הציבורית באזריה. תובנות אלו מלמדות כי לא אזריה הוא המפתח לסיפור אלא דווקא אלשריף. שתי התובנות שבות ומלמדות על פער גדול בין המשפט לחברה שחשוב להבינו בראי הנראטיבים המקובלים בישראל להעמדה לדין של טרוריסטים.

(ב) ניהול הליך ארוך כשהאמת ברורה לכול

התובנה הראשונה נוגעת לעצם ניהולו של הליך מדוקדק והוגן בקשר למי שלדעת חלקים בחברה ודאי אינו ראוי לו, מצד אחד, ולניהולו של מה שהוא למעשה הליך סרק בשעה שאשמת הנאשם כה ברורה, מצד אחר. כוונתי כעת אינה לאזריה אלא לאלשריף, שנתפס בידי קורבנותיו במצב שאשמתו המשפטית ברורה כשמש. ככלל המשפט הדיוני הפורמלי אינו מבחין בין נאשמים בעבירות ביטחוניות לבין נאשמים בעבירות פליליות רגילות, בין נאשמים שהראיות נגדם כבדות ומרובות לבין נאשמים שהראיות נגדם דלות ומועטות: הזכות להליך הוגן נוגעת לכולם.¹⁷¹

לעומת זאת לפחות חלקים בציבור ודאי יסברו שבמצבים מסוימים הליך ממושך ומדוקדק אינו תעודת כבוד לשיטת המשפט אלא דווקא בזבוז זמן ומשאבים יקרים והגנחת המשפט והצדק. כשם שחזקת החפות אינה מלהיבה ציבורית כשהפשע בחוץ גואה, כך גם רעיון ההליך

167 במרץ 2017 שוחרר החייל הירדני שרצח שבע נערות בנהריים, עשרים שנה לאחר המעשה, והתקבל כגיבור: www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4934352,00.html.

168 לדיון תוצאתי בנושא עונש מוות לטרוריסטים לאור האפשרות לשחרור בעסקת שבויים ראו סנג'ור, לעיל ה"ש 89, בעמ' 193–194, 199–200.

169 שחרור החייל הירדני, שכאמור התקבל כגיבור בירדן, התקבל ככעס וככאב בקרב בני משפחות ההרוגות. ראו news.walla.co.il/item/3047706; www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4933992; www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4741487,00.html.

170 השוו לפרשת סמיר קונטאר: www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4741487,00.html.

171 על זו ראו למשל דוד וינר "בעקבות פרשת עמוס ברנס: הזכות החוקתית להליך פלילי הוגן" קריית המשפט ד 169, 185–187 (2004); אהרן ברק כבוד האדם – הזכות החוקתית ובנותיה 863 (2014); בע"מ 9447/16 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה – משרד הרווחה, פס' 12 לפסק דין השופט מלצר (פורסם בנבו, 28.2.2017).

ההוגן לטרוריסט אינו מלהיב ציבורית בתחושת חוסר ביטחון מתמדת. פער זה מתקשר גם לתקשורת, שלעיתים קרובות מציגה לציבור מוצר בידורי דרמטי¹⁷² ומשפיעה מאוד על ההליך הפלילי.¹⁷³ כשזו מכריעה בבירור באשמתו של חשוד בשלב מוקדם מאוד, זמן קצר לאחר מעשה העבירה הנטען, למשל בפרסום סרטון המעשה, הרי שכפירה הגנתית עלולה להתפס כצינית מאוד,¹⁷⁴ וניהול הליך ממושך עלול לקומם את הציבור.¹⁷⁵ כך באשר לטרור וכך באשר לפשעים רבים שהאשמה בהם ברורה לציבור בשל מה שפורסם בתקשורת. ניהול משפט במצב שהאשמה ברורה ומתועדת מייצר ציניות ואנטגוניזם להליך ולמערכת המשפט בכללותה.

(ג) עונש מוות, סגירת מעגל והרוויית הצימאון לנקם

התובנה השנייה נוגעת לעונש ההולם על מעשים שהחברה תופסת אותם כחמורים במיוחד, ולתוצאה המשפטית שלפיה טרוריסטים אינם מקבלים את העונש הראוי להם בעיני רבים.¹⁷⁶ תנאי הכליאה לאסירים ביטחוניים בישראל, גם אם ניתנים לשיפור,¹⁷⁷ טובים לאין שיעור מתנאי הכליאה לחיילים ישראלים שבויים, והדבר אינו מצריך סימוכין. בשונה מהפגיעה הכלכלית בחיי המשפחה של האסיר הפלילי, משפחתו של האסיר הביטחוני זוכה בתקצוב עשיר.¹⁷⁸ תקופת המאסר המוטלת אינה מיושמת במלואה עבור נאשמים לא מעטים בגין עסקאות שבויים.¹⁷⁹ בשונה מאסירים פליליים החוזרים לחייהם בבושה, האסירים הביטחוניים זוכים לכבוד רב מסביבתם. חלק מהאסירים אף חוזר לפעול נגד המדינה,¹⁸⁰ לעומת המתת הטרוריסט המונעת הרמטית את אפשרות לחזרתו לפשע.¹⁸¹ אומנם שיטת המשפט הישראלית

- 172 ענת פלג ורינה בוגוש "הפרקליט כדובר": השינוי ביחסם של עורכי-הדין הפליליים לתקשורת בישראל" המשפט טו 111, 115, 125–127, 153 (2010).
- 173 משום כך נולד ס' 71 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד–1984. ראו גם בג"ץ 223/88 שפטל נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מג(4) 356, 364 (1989); מרדכי קרמניצר "המשטרה וזכויות אדם" משפט וממשל ב 159, 160–162 (1994); מרדכי קרמניצר "תפקידו של התובע בהליך פלילי" פלילים ה 173, 177–186 (1996).
- 174 Nancy S. Marder, *The Banality of Evil: A Portrayal in 12 Angry Men*, 82 CHI.-KENT. L. REV. 887, 890–893 (2007).
- 175 הציבור מסיק מסקנות מוקדמות מהסיקור התקשורתי בתחילת ההליך, גם אם רדוד ולא מקצועי, ואינו מקבל קביעות נוגדות בהמשך. ראו אורנית קרביץ "שאלה של אמון: תפיסת תרומתה של התקשורת לירידת אמון הציבור במערכת המשפט בישראל" מסגרות מדיה 7, 87, 98, 101 (2011).
- 176 סנג'ר, לעיל ה"ש 89, בעמ' 191–193.
- 177 בג"ץ 7867/04 קעואר נ' שירות בתי הסוהר (פורסם בנבו, 1.9.2004); דנג"ץ 204/13 צלאח נ' שירות בתי הסוהר (פורסם בנבו, 14.4.2015).
- 178 שחר אילן "תשלומי הרשות למפגעים ומשפחותיהם – 1.2 מיליארד שקל; מחבל בכלא מקבל עד 10,000 שקל" כלכליסט (9.1.2018) www.calcalist.co.il/local/articles/0,7340,L-3729194,00.html.
- 179 סנג'ר, לעיל ה"ש 89, בעמ' 193–194.
- 180 רע"ב 328/15 זלום נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 3.12.2015); דנ"מ 16-329 זלום נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 4.5.2016).
- 181 סנג'ר, לעיל ה"ש 89, בעמ' 196.

עלי משפט טו תשי"ף קוטלו של אויבנו הוא בנו: פערי הרזולוציה בין המשפט הפלילי לחברה, בין חיים למוות, בין קורבן לעבריין ובין גמול לנקמה

מאפשרת עונש מוות במצבים מסוימים, אלא שלמעט מקרה יחיד, היא אינה מיישמת אותו כלל.¹⁸²

יוצא שהמשפט הפלילי אינו מספק את הסחורה החברתית המבוקשת, או למצער אינו מדברר כראוי את הסחורה שהוא מספק.

שילוב התובנות שלעיל, ההליך שנדמה מיותר והעונש שנראה קל, מייצר הסבר מדוע וידוא הריגה של טרוריסט בשטח – לפני המעשה, במהלכו או בסמוך לאחריו – זוכה לתמיכה חברתית חזקה.

בשונה מבחירותינו, שאנו חשים אחראים להן, העדפותינו ככלל אינן מעוצבות בידינו; במקום שנבחר בהעדפותינו מעצבות את בחירותינו.¹⁸³ מי מעצב אותן? כוחות חברתיים וכלכליים עושים כן,¹⁸⁴ כנראה הרבה יותר מהמשפט.¹⁸⁵ את הצימאון הציבורי למוות האויבים מטפחת המדינה, אולי כל מדינה, והוא חלק מצימאון חברתי למוותם של רשעים, צימאון שנולד וגדל בשפע של סיפורים, סרטים וסדרות, לרבות תכנים הפונים לילדים. סרטים מצוירים פופולריים רבים שפונים לילדים כקהל יעד עיקרי, מציגים סכמה שבסיומה הנבל מוצא את מותו מיד הגיבור, מיד עוזריו או בנסיבות אחרות.¹⁸⁶ הדבר משקף את יצר הנקם

182 שם, בעמ' 181. שני חוקים מיוחדים מטילים עונש מוות: החוק לעשיית דין בנאצים ובעוזריהם, התשי"א–1950 והחוק בדבר מניעתו וענישתו של הפשע השמדת עם, התשי"א–1950. עונש מוות מכוחם הוטל ובוצע על אייכמן בלבד. ראו ע"פ 336/61 אייכמן נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד טז(3) 2033, ס' 10–11 (1962). האחרון שהוטל עליו עונש מוות בבית המשפט המחוזי זוכה לבסוף בבית המשפט העליון מחמת הספק. ראו עניין דמיאניוק, לעיל ה"ש 95. ס' 97–99 לחוק העונשין, "פגיעה בריבונות המדינה או בשלמותה", "גם למלחמה" ו"סיוע למלחמה" בהתאמה, מטילים עונשים שמתאפיינים במיתה ובמאסר עולם. תקנות ההגנה (שעת חירום), 1945, שמוחלות בשטחים בבית המשפט הצבאי, מאפשרות הטלת עונש מוות בקשר לפצצות ולחפצים מבעירים, למשל זריקת בקבוק תבערה (תק' 58). החש"ן מאפשר להטיל עונש מוות על חייל שביצע עבירת בגידה, לפי ס' 43.

183 על פי רוב אנו מניחים שיש לנו חירות להחליט אחרת, אך למעשה אנחנו חסרים שליטה על רצונותינו. עיצוב הרצון נראה פסיבי ולא אקטיבי, ואפשר אף לטעון שאין חירות רצון. ראו THOMAS PINK, THE PSYCHOLOGY OF FREEDOM 15–16, 33–34 (1996).

184 למשל, עולם השיווק והפרסום פועל גם ברובד זה. ראו Tanya L. Chartrand, Gavan J. Fitzsimons, *Nonconscious Consumer Psychology*, 21 JOURNAL OF CONSUMER PSYCHOLOGY 1, 1 (2011). ילדים רגישים ופגיעים יותר ברובד זה, ולכן המשפט מטיל מגבלות מיוחדות על שיווק לגביהם. ראו Rita-Marie Cain Reid, *Embedded Advertising to Children: A Tactic that Requires a New Regulatory Approach*, 51 AM. BUS. L.J. 721, 740–768 (2014).

185 קופי כתב שהדין הפלילי מתקשר לעיצוב בחירה יותר מלעיצוב הערפה. ראו John C. Coffee, Jr. *Does "Unlawful" Mean "Criminal"?: Reflections on the Disappearing Tort/Crime Distinction in American Law*, 71 B.U. L. REV. 193, 223 (1991). קטיאל דווקא הציע שהדין הפלילי תורם לעיצוב העדפות. ראו Neal Kumar Katyal, *Deterrence's Difficulty*, 95 MICH. L. REV. 2385, 2442–2247 (1997).

186 רשימה חלקית: מולאן, מלך האריות, בת היס, שרק 1–2–3, היפה והחיה, עידן הקרח, כוכב המטמון, טרזן, באגס לייף, אנטו, קונג-פו פנדה 1–2–3, ראלף ההורס. כמובן, יש גם דוגמאות שבהן הנבל זוכה לעונש אחר, דוגמת מאסר ממושך: צעצוע של סיפור 3, אלדין, פרוזן, מפלצות בע"מ, מגה מינד, גנוב על הירח, שרק 4, הדרקון הראשון שלי 2, זוטרופוליס. סרטים מעטים

שלנו, ואולי אף מייצרו ומחזקו. הגם שאין מדובר ביצר מתקדם במיוחד,¹⁸⁷ יש להכיר בכך שמותו של הרע הוא סכמה חברתית רצויה ומזככת, אולי אפילו אתוס אנושי, וכל זאת במשטר המרבה לדבר על ערך החיים וקדושתם. רעיון הנקמה טבוע באדם לאורך ההיסטוריה, וקשה להשתחרר ממנו. הנראטיב המושרש של עין תחת עין רחב ועמוק ומקובל ברחבי העולם, ויש לו שורשים גם במדינת ישראל. למשל, מבצע "זעם האל" שנועד להרוג את חברי ארגון "ספטמבר השחור", שהיו אחראים לטבח הספורטאים במינכן, ממחיש אתוס של עין תחת עין. במשטר שאין בו עונש מוות וידוא הריגה מגשים דחף ציבורי חזק, שדווקא קיומו של עונש מוות היה עשוי לשמוט את הקרקע מתחתיו, ולו מבחינת ההליך הראוי בדרך לתוצאה זהה.¹⁸⁸ מות הנבל מקנה תחושת סופיות, סגירת הסיפור והמעגל,¹⁸⁹ הרוויית הצימאון לנקם.¹⁹⁰ השומע אינו מזדעק על אובדן חיים אלא דווקא מזדכך, בתחושה שהושג הגמול ההולם, בעיקר לרוצחים, עין תחת עין וחיים תחת חיים,¹⁹¹ או בלשון אזריה: "מגיע למחבל למות". התפיסה הפשטנית של "מוות לרעים" ילדים רבים בתרבויות רבות לומדים אותה לימוד פסיבי באי-ספור תכנים. יודגש שהתחושה שלאדם מסוים מגיע למות בגין מעשיו אינה משיכת לרצח בלבד אלא גם לפגיעות קשות ומתמשכות.¹⁹² עוד יודגש שהנקם נתפס כמוצדק לא רק כשהוא קטל לאחר קטל, אלא גם כשהוא תקיפה לאחר תקיפה.¹⁹³ רעיון הנקמה זר למשפט הפורמלי המודרני, אולם רעיון הגמול אינו זר לו כלל,¹⁹⁴ ואילו רעיון ההלימה מושרש היטב במשפט הפלילי הישראלי.¹⁹⁵ ניתן לתפוס שיקולי גמול והלימה

- מציגים את הרעיון שאין נבל כלל, שתפיסת העולם תלויה נסיבות ונקודת מבט: אחי הדוב, מואנה, האמיצה, פרדיננד, הדרקון הראשון שלי. הסרט סינבד אף מציע ביקורת משתמעת קשה על עונש המוות, בגין אכזריותו ואף בגין האפשרות להטלתו על חפים.
- 187 אסף טבקה "דם, צדק, נקמה ודמעות: על 'מיכאל קולהאס' להינרץ פון קלייסט" המשפט ח 711, 722 (2003).
- 188 סנג'רו, לעיל ה"ש 89, בעמ' 197.
- 189 סגירת מעגל היא מהטיעונים בעד עונש מוות. לחוזקת הטיעון ולחולשתו ראו אונגר "עונש המוות" 10–11 אתר הכנסת – הלשכה המשפטית (25 בנובמבר 2013).
- 190 טבקה, לעיל ה"ש 187, בעמ' 723–724.
- 191 סנג'רו, לעיל ה"ש 89, בעמ' 146–147, 178; אונגר, לעיל ה"ש 189, בעמ' 13–14.
- 192 בארצות הברית התעלל ג'ון נורמן באשתו ג'ודי במשך שנים, תקף אותה, כיבה עליה סיגריות, שבר זכוכית על פניה, כפה עליה לעסוק בזנות ולעג לה, הכריח אותה לאכול מזון חיות מקערה לחיות, ואילצה לישון על הרצפה. ג'ודי פנתה לרשויות בבקשת עזרה ולא נענתה, ולבסוף ירתה בעורפו בעודו ישן והרגה אותו. טענת ההגנה העצמית נדחתה והיא הורשעה בהריגה ונדונה לשש שנות מאסר. ראו *State v. Norman*, 378 S.E.2d (N.C. 1989). היא שוחררה מקץ שלושה חודשים בידי המושל. פלצ'ר, לעיל ה"ש 138, בעמ' 67–68, כתב שייתכן שלג'ון הגיע למות, אבל אי-תגובת הרשויות לא התירה לג'ודי לתפקד כשופט ותליין.
- 193 ראו למשל אב שהסתער לתקוף בבית המשפט רופא ספורט שנאשם בפגיעות מיניות מרובות במטופלות שלו, שלוש מהן בנותיו של התוקף: sports.walla.co.il/item/3132438.
- 194 מור תיאר גמולנות (Retributivism) השקפה שיש להעניש עבריינים משום שמגיע להם להיענש, ורק משום כך: העונש מוצדק משום היותו הולם. השלכותיו האפשריות כהרתעה, שלילת יכולת וחינוך הן רק בונוסים חיוביים, אך העונש מוצדק גם בלעדיהן. ראו MICHAEL MOORE, PLACING BLAME 153 (1997).

כטוענים שעשיית עבירה שהסבה סבל לקורבן מצדיקה הסבת סבל לעבריין, ואם כך, ייתכן שהגבול בין נקם לבין גמול והלימה עניינו ניואנסים פילוסופיים. מנגד, קיימות ראיות להתרחקות המשפט הפלילי המודרני מרעיון הנקם. למשל, דרישת המיידיות בסייג ההגנה העצמית באה גם כדי להבחין בין הגנה לבין פעולת תגמול אלימה וסגירת חשבון.¹⁹⁶ המשפט לא רק שאינו תומך בסגירת חשבונות אלימה ואינו מצדיקה; הוא גם מסתייג מהנקמה, מוקיע אותה כלא לגיטימית¹⁹⁷ ואף מבקש לדכאה.¹⁹⁸ כך ודאי כשמדובר בפעולת קטל. לעומת זאת בציבור הרחב פעולת תגמול דווקא עשויה לעורר אהדה,¹⁹⁹ כיאה לרעיון היסטורי מושרש, עמוק ורחב, יצר בסיסי רב-כוח, דחף אנושי עז שמימושו מביא סיפוק או למצער מפיג חלק מהכעס על העוול שנעשה.²⁰⁰

אין מדובר רק בפער בין המשפט לבין החברה אלא גם בדרך הצגתן ותפיסתן של פעולות פוגעניות. הגבול בין פעולת נקם גרידא לבין פעולת הרתעה ומניעה אינו בהכרח חד. ניתן להציג את הראשונה כאחרונה, לתאר פעולות נקם מדיניות כנחוצות מבחינת הרתעה או מניעה, ובכך להמשיגן באופן שהמשפט יוכל לקבלן ביתר קלות או למצער יוכל להעלים מהן עין. כמוכן, גם ההפך נכון: ניתן להציג פעולת הרתעה או מניעה כפעולת נקם כדי לתקוף את הלגיטימיות שלה. הדבר תלוי באספקלריה הערכית. למשל, אשר להרס בתים בשטחים כתגובה לטרור ניתן לטעון כי "תכליתה של הריסת הבתים אינה להעניש כי אם להרתיע",²⁰¹ או לחלופין שההרס משקף "אלימות חסרת טעם, נקמה צרופה ובהחלט מזיקה".²⁰² נקודת המבט והנראטיב מכריעים.

עונש מוות לטרוריסטים זוכה לתמיכה ציבורית בישראל ובמדינות אחרות שאינן מטילות עונש מוות.²⁰³ חרף זאת עונש המוות בישראל אינו מיושם כלל במערכת המשפט.²⁰⁴ בשנת 1967 הנחתה ממשלת ישראל את רשויות התביעה שלא לדרוש עונש מוות בבתי המשפט ובבתי

- 195 תיקון 113 לחוק העונשין, הבניית הענישה, מכריז בס' 40 שהעיקרון המנחה בענישה הוא הלימה בין חומרת המעשה לבין העונש.
- 196 סנג'ור, הגנה עצמית, לעיל ה"ש 126, בעמ' 189, 397.
- 197 רע"פ 5877/99 יאנוס נ' פלונית נט(2) 97, 125–126 (2004).
- 198 גור-אריה ודאור, לעיל ה"ש 127, בעמ' 147–148, 154–159; טבקה, לעיל ה"ש 187, בעמ' 722.
- 199 פלצ'ר, לעיל ה"ש 138, בעמ' 71–72.
- 200 טבקה, לעיל ה"ש 187, בעמ' 720–721. כמוכן, הציבור אינו מתייצב אוטומטית מאחורי כל פעולת נקם, ולא כל כותרת "נקמה" תתיישב עם הנראטיב המקובל. למשל, רעיון מודרני שזכה בכותרת "פורנוגרפיית נקם", הפצת חומר ויזואלי מיני כדי לפגוע בבת זוג לשעבר אינה צורת נקמה שהחברה מברכת עליה, אולי משום שאין מקובל חברתית להצדיק נקמה באדם רק בגין בחירתו לסיים זוגיות. על תופעה פוגענית זו ראו הדר דנציג-רוזנברג ורוני רוזנברג "פורנוגרפיית נקם כהטרדה מינית" חוקים ט 265, 289, 305 (2017).
- 201 בג"ץ 4597/14 עואודה נ' המפקד הצבאי, פס' 19 לפסק דין המשנה נאור (פורסם בנוב, 1.7.2014).
- 202 ג'ף הלפר "נקמה נטולת תכלית: על הריסת בתי פלסטינים למטרות ענישה" המשפט ברשת 25 31 (2014).
- 203 סנג'ור, לעיל ה"ש 89, בעמ' 154; אונגר, לעיל ה"ש 189, בעמ' 18–19.
- 204 שם, בעמ' 31–34.

הדין הצבאיים,²⁰⁵ ומדיניות זו נותרה עומדת בחלוף חמישים שנה. שלטון ימין ממושך בשנים האחרונות לא הוביל לשינוי בנושא, והצעת חוק העונשין (תיקון – גזר דין עונש מוות למורשע ברצח בנסיבות טרור), התשע"ה–2015 נדחתה ברוב עצום של 94 מול 6, בהתנגדות של כל המפלגות כמעט ובמשמעת קואליציונית.²⁰⁶

זה עשרות שנים, לבד מההקשר של נאצים בכירים, מדינת ישראל אינה מוכנה לעמוד מאחורי עונש המוות באמצעות בקשה ליישמו בסיומו של הליך משפטי בהוצאה להורג, הוצאה להורג שעוד יותר ממעשיו של אזריה, מגבשת בבירור את יסודות עבירת הרצח.²⁰⁷ תוצאה של מוות מהיר למפגע עדיין משרתת את המדינה במקרים שאין צפוי ממנו מודיעין, למשל משום שאינו חלק מארגון גדול או משום היותו נמוך בהיררכיית הארגון וממודר. המוות חוסך בהוצאות המשפט והכליאה²⁰⁸ ואף מבטיח שהמפגע לא ישוחרר וישוב לתקוף בעתיד. תוצאה כזו מאפשרת למדינה להיות עם ולשדר בלי: להביא למותו המייד של חשוד במקום להוציא להורג נאשם. האם יש הבדל נורמטיבי? סבורני שכן, ודאי בחוויית הקוטל ובחוויית הנקטל. בכל זאת מבחינה תועלתנית במצב כזה הרווח שבהמתה מושג ללא חלק מהמחיר המדיני שכרוך ביישום משפטי של עונש המוות ובתוך עקיפת הפולמוס המוסרי שלו.²⁰⁹ "מוות למחבלים", "מוות לפושעים", "מוות לרעים" – כותרות שהמשפט הפורמלי דוחה לגמרי, אך חלק גדול בציבור דווקא מאמץ, מטפח, מעודד ומגבה, וחלק קטנטן מממש.

ד. סיכום: סגירת פערים

מבחינה משפטית אקדמית, פסק דין אזריה אינו מרתק ואינו מחדש. זהו תיק פשוט למדי מבחינה עובדתית ומשפטית. מי שהפנים את נקודת המבט המשפטית הפלילית במלוואה לא יתקשה להתרשם שפסק הדין מגלה בבירור לא עבירת הריגה גרידא אלא עבירת רצח. לעומת זאת מי שמביט בפרשה בעיניים חברתיות, ובמקום לראות יסודות עבירה והיעדר סייגים רואה סיפור אנושי, מציאות ישראלית, פוליטיקה, תקשורת וביטחון, עשוי לחוש שנעשה פה עוול בהצגת מחבל כקורבן ובהתייחסות לחייל כאל עבריין.

במאמרי ביקשתי לבחון את הפער שבין נקודות המבט והצעתו שהוא משקף פערי פוקוס. בעוד המשפט הפורמלי אדיש לגמרי לפרמטרים מסוימים, כזהות העבריין וזהות הקורבן, החברה מתעניינת בהם לעתים יותר מכל. בעוד החברה אדישה למדי לפרמטרים מסוימים, כמו

205 שם, בעמ' 30–31; סנג'ור, לעיל ה"ש 89, בעמ' 181–186.
 206 main.knesset.gov.il/News/PressReleases/Pages/press150715-ko.aspx. לסקירת הצעות חוק לא רבות שהוגשו בנושא לאורך השנים. ראו אונגר, לעיל ה"ש 189, בעמ' 26–27.
 207 לעונש המוות כרצח שהמדינה מבצעת ראו חיים כהן שיחות עם מכאל ששר 163–164 (1989), כמופנה אצל סנג'ור, לעיל ה"ש 89, בעמ' 143.
 208 שם, בעמ' 165; אונגר, לעיל ה"ש 189, בעמ' 14.
 209 כמובן, ניתן להציג גם טיעונים בשפת התועלתנות נגד התנהלות כזו ולהדגיש את מחירה מבחינת מדיניות, תדמית, אפקטיביות והרתעה: סנג'ור, לעיל ה"ש 89, בעמ' 155–163, 178–179, 199–206; אונגר, לעיל ה"ש 189, בעמ' 20–24.

עיתוי הפגיעה בתוקף, המשפט מדקדק בהם בחרדת קודש. התולדה של פערי הפוקוס הללו היא התנגשות בין המשפט והחברה. התנגשות זו עשויה להיות קלה או חמורה, בהתאם למידת ההזדהות החברתית עם הנאשם והסלידה מקורבנו.

פרשת אזריה הובילה את ההתנגשות לשיא, כיאה לזירה הביטחונית שמייצרת ומשקפת תחושות ציבוריות חזקות במיוחד, חיוביות ושליליות, תלוי כלפי מי. כמודגש במאמרי, התנגשויות כאמור עולות גם בשדה הפלילי "הרגיל", ומתחברות לתפיסה חברתית התומכת בנקמה במקרים רבים, תהא זו נקמה ציבורית מוסדרת ותהא זו נקמה פרטית וספונטנית. בזירה הביטחונית הצימאון לנקם, כמדומני, רחב, עמוק ועז במיוחד.

אף שפערי פוקוס בין החברה למשפט הפלילי אינם משתקים את המשפט, ההתנגשויות שנוולדות בגינם עלולות לתת מהלומה קשה לרשויות. אמון הציבור, משאב שחיוני לשימור הלגיטימציה²¹⁰ של המערכת,²¹¹ נפגע מסתירות חדות ומתוקשרות בין מה שהציבור רוצה ומצפה לבין מה שמערכת המשפט הפלילי מפיקה.

משפט פלילי מהותי, המתנגש בערכי החברה, יוצר בעיה. משפט פלילי שנראה דבק בתפיסת הצדק המשותפת של הקהילה משדר אמינות מוסרית, שבתורה חיונית לשליטה יעילה בפשע ולעיצוב נורמות חברתיות דרך כוחות נורמטיביים. דין פלילי שמתנגש באינטואיציות חברתיות פשוטות ובנורמות חברתיות רווחות בדבר צדק מאבד מכוחו.²¹² לחוק פונקציה סמלית ויומרה להביע את ערכי החברה, להכריז מה טוב ורע, נכון או שגוי. כך בכלל וכך במיוחד בחוק הפלילי, שמבקש לא רק לשרטט את הגבול בין המקובל לאסור אלא גם להביעו²¹³ – תפקיד אקספרסיבי.²¹⁴ הדין הפלילי נושא עימו משמעות חברתית, קהילתית ומוסרית מיוחדת, והרשעה פלילית, ודאי בעבירת ליבה,²¹⁵ נוטה לקבל יחס כמשהו ייחודי.²¹⁶

210 פאלון הבחין בין סוגי לגיטימציה וכתב שלגיטימציה חברתית במובן החזק מתקשרת לתפיסה של משטר חוקתי, מוסד ממשלתי או החלטה ציבורית כמוצדקים, הולמים או ראויים לתמיכה בגין סיבות שאינן חשש מסנקציות או תקווה לגמול אישי. ראו Richard H. Fallon, Jr., *Legitimacy and the Constitution*, 118 HARV. L. REV. 1787, 1794–1796 (2005).

211 למשל אהרן ברק שופט בחברה דמוקרטית 51–49 (2004); James L. Gibson, *Milton Lodge and Benjamin Woodson Losing, but Accepting: Legitimacy, Positivity Theory, and the Symbols of Judicial Authority*, 48 LAW & SOC'Y REV. 837 (2014); מיכאל בירנהק "הנרסה חוקתית: המתודולוגיה של בית המשפט העליון בהכרעות ערכיות" מחקרי משפט יט 591, 611, 620–622 (2003).

212 Paul H. Robinson & John M. Darley, *The Utility of*; 194–193 בעמ' 185, Coffee, *Why does the Criminal Law Care what the Layperson Thinks is Just? Coercive versus Normative Crime Control*, 86 VA. L. REV. 1840, 1850, 1862–1864 (2000).

213 Luna, לעיל ה"ש 48, בעמ' 537–538.
214 Michael C. Harper, *Comment on the Tort/Crime Distinction: A Generation Later*, 76 B.U. L. REV. 23, 26 (1996).

215 Douglas Husak, *Crimes outside the Core*, 39 TULSA L. REV. 755, 774 (2004).

216 S.E. Marshall & R.A. Duff, *Criminalization and Sharing Wrongs*, 11 CAN. J.L. & JURIS. 7, 13 (1998); Andrew Ashworth, *Conceptions of Overcriminalization*. 5 OHIO ST. J. CRIM.

כוח החוק להנחות התנהגות נשען, לפחות במידת מה, על אמינותו המוסרית.²¹⁷ התפקיד האקספרסיבי-חינוכי קשה, מורכב ואולי אף בלתי אפשרי: לשלוח איתות עקיב בשיטת משפט שהדין הפלילי בה רחב מאוד, וכה רבים המתווכים.²¹⁸ פערים גדולים בין החברה למשפט אינם רצויים, אך גם אינם הרי אסון. הם אפילו הכרחיים בחברה רבת-תרבותית ומשתנה.²¹⁹ מוטב להכיר בהם ולהתמודד עימם ולא לעצום עיניים בפניהם ולהמשיך קדימה לתיק הבא. למשל מבחינת הצבא, נוהלי הפתיחה באש ראויים לשינוי או לגיבוי. בהנחה שהם ראויים לגיבוי, על הצבא להעביר לחייליו ולציבור מסר שלפיו נוהלי הפתיחה באש הם לא רק מחייבים אלא גם נכונים ומשקפים איזון ערכי הולם שנחוץ לשמירה על ערך החיים. אתגר סבוך אף יותר הוא להעביר לחיילים ולציבור את המסר שהדין הפלילי אינו עוצר בירוק, שגיבוי חייל בשטח אין פירושו שכל דבר שהחייל יעשה יזכה בגיבוי מערכת. נאמנות המדינה לאזרחיה ולחייליה אינה צריכה ואינה יכולה להתבטא בסלחנות על כל מעשה שיעשו, כפי שלמדו אלפי חיילים נאשמים לאורך ההיסטוריה הישראלית במערכת בתי הדין הצבאיים.

מבחינת המשפט כולו, האתגר הוא לייצר דין אחיד והולם שמשקף איזון ערכי שמקובל לפחות על חלק גדול בציבור ושמערכת המשפט עומדת מאחוריו באמת ובתמים. המסר הפלילי מצריך גיבוי בשביל קיום, ואם איננו מגובה – אינו קיים. ליתר קונקרטיות, יש לעמול כדי לסגור את הפערים בין הציבור למשפט לטובת הראשון או האחרון. יש לבחון ברצינות אם מקרי המתה שונים מצדיקים סייגים רחבים יותר, כעולה מתפיסה ציבורית רחבה. לחלופין, אם אינם מצדיקים כאמור, יש להגביר את המאמץ להנחיל ציבורית את ערכי המשפט ואת הצורך וההצדקה להחילם גם במקרים שתחושת הגמול והנקם מושכת דווקא לכיוון המנוגד. הפער בעניין עבירות ההמתה מתקשר לפער בעניין הקורבנות המוגנים משפטית לעומת הקורבנות המוגנים חברתית. ערך השוויון דוחפנו לומר שכל בני האדם שווים. אולם אפילו בהנחה שמרביתנו, לפחות בעולם המשפטי והאקדמי, מחזיקים בתפיסה פורמלית כזו, אין פירושה שכל החיים יקרים לנו באותה מידה. חיי הקרובים לנו יקרים לנו מחיי הרחוקים מאיתנו, וחיי האהובים עלינו יקרים לנו מחיי השנואים עלינו. אמת חברתית בנאלית זו אולי אינה נעימה אקדמית או משפטית, אך ההתכחשות לה לא תחזק את ערך השוויון אלא אך תעצום עיניים בפני עוד מסננת, עוד עדשה, רוזלוציה חדה יותר, שמבחינה בין אדם לאדם, בין סיטואציה לסיטואציה ובין המתה להמתה.

- L. 407, 408 (2008); R.A. Duff, *Perversions and Subversions of Criminal Law*, in THE BOUNDARIES OF THE CRIMINAL LAW 88, 88 (R.A. Duff et al. eds, 2010)
- Dan M. Kahan, *Between Economics and Sociology: The New Path of Deterrence*, 95 MICH. L. REV. 2477, 2481 (1997) 217
- Stuntz, ; 520–519 'בעמ' 41, לעיל ה"ש 41, Stuntz, *The Pathological Politics of Criminal Law* 218
Self-Defeating Crimes, לעיל ה"ש 54, בעמ' 1894–1897.
- השוו ש"ז פלר יסודות בדיני עונשין כרך א 117–119 (1984); יורם שחר "משפט פלילי ותרבות בישראל" פלילים ז 77, 118–120 (1999). 219

פסק דין המלמד על פער מהותי בין המשפט לחברה חושף אמת כאובה. חשיפה לא נעימה זו מגלמת הזדמנות לשינוי, לאשר מחדש את אופייה המדויק של הנורמה או לאותת על הצורך בשינויה או בחידודה. הפרסום שאופף את הפסיקה יכול ללמד אנשים על ההשלכות של התנהגויות מסוימות ועל הכדאיות להימנע מהן.²²⁰ המשפט יכול לבקש לשנות נורמות חברתיות,²²¹ דבר סבוך²²² אך אפשרי בהקשרים מסוימים²²³ ובצורות שונות.²²⁴

פסק הדין בעניין אזריה והשיח בעקבותיו מבקשים שינוי, מי לכאן ומי לשם. הכרה בפער גדול בין המשפט לחברה היא צעד הכרחי בדרך לשינוי שיקרה, אם בכלל, בחברה, במשפט או בשני השדות גם יחד. שני כיווני הצמצום סבוכים מאוד. צמצום הפער לטובת החברה כרוך בתיקון חקיקתי, והוא לכאורה פשוט יותר.²²⁵ סתירות בין החוק לחברה אומנם הובילו בעבר לעדכוני חוק כדי שישקף את ערכי החברה שיקוף הולם. חקיקת סעיף 300א(ג) לחוק העונשין אפשרה לבית המשפט, בין היתר להרשיע ברצח את מי שהיה במצוקה נפשית קשה "עקב התעללות חמורה ומתמשכת בו או בכך משפחתו, בידי מי שהנאשם גרם למותו", להרשיע בלי לשלוח למאסר עולם.²²⁶ התיקון סגר פער בין החברה למשפט.²²⁷ חקיקת סעיף 134 לחוק

220 ראו Robinson, לעיל ה"ש 212, בעמ' 1867.

221 Robinson & Darley, לעיל ה"ש 212, בעמ' 472–474; Robert C. Ellickson, *The Evolution of Social Norms: A Perspective from the Legal Academy*, in SOCIAL NORMS 35, 36 (Michael Hechter and Karl-Dieter Opp eds., 2001).

222 Stuntz, *Self-Defeating Crimes Alternative Sanctions and the Federal Tax Law: Symbols, Shaming, and Social Norm Management as a Substitute for Effective Tax Policy*, 89 IOWA L. REV. 863, 913 (2004); Michael S. Kirsch, ; 1872–1871, בעמ' 54, לעיל ה"ש 54, בעמ' 1872–1871.

223 Richard H. McAdams, *The Origin, Development, and Regulation of Norms*, 96 MICH. L. REV. 338, 355–363 (1997); Eric A. Posner, *Law and Social Norms: The Case of Tax Compliance*, 86 VA. L. REV. 1781, 1788–1790 (2000); Cass R. Sunstein, *On the Expressive Function of Law*, 144 U. PA. L. REV. 2021, 2035 (1996); Robert C. Ellickson, *Law and Economics Discovers Social Norms*, 27 J. LEGAL STUD. 537, 550 (1998); Robert E. Scott, *The Limits of Behavioral Theories of Law and Social Norms*, 86 VA. L. REV. 1603, 1625 (2000); Richard H. McAdams, *An Attitudinal Theory of Expressive Law*, 79 OR. L. REV. 339, 342, 349–350 (2000).

224 P. Wesley Schultz, Jessica M. Nolan, Robert B. Cialdini, Noah J. Goldstein & Vladas Griskevicius, *The Constructive, Destructive, and Reconstructive Power of Social Norms*, 18 PSYCHOLOGICAL SCIENCE 429, 429–430 (2007).

225 תיקון החוק הוא מכשיר לשינוי הרזולוציה של המשפט הפלילי, אולם ללא לובי חברתי חזק, דוגמת זה שהיה בנושא עבירות מין ועבירות רכב, קשה להניעו. ראו אלדר, לעיל ה"ש 16, בעמ' 57–58.

226 חוק העונשין (תיקון מס' 44), התשנ"ה–1995, ס"ח 391. לאחר הרפורמה ראו כיום את ס' 301 לחוק העונשין.

227 מגמת התיקון הייתה לשקף תפיסה חברתית עדכנית ולהבדיל את המצב של הרג בידי מי שעבר התעללות ובין מצבים נוספים לבין רצח ואף לכנותם בשם אחר, "המתה במצב של אחריות מופחתת". ראו הצעת חוק העונשין (תיקון מס' 41) (אחריות מופחתת), התשנ"ה–1995, ה"ח 475.

העונשין ריככה את הסטנדרטים הנוקשים של ההגנה העצמית בבית המגורים ובעסק חקלאי,²²⁸ ביקשה והצליחה לסגור כך פער חברתי-משפטי בזמן אמת במשפטו של דרומי שהוזכר לעיל, ובתקשורת נודע התיקון כ"חוק דרומי".²²⁹ כמובן, הרפורמה בעבירות ההמתה הובילה לשינויים משפטיים המשקפים ערכים שונים.

צמצום הפער לטובת המשפט סבוך במיוחד, שכן בין המשפט לחברה קיימים מתווכים מגוונים, והדברור המשטרתי, התביעתי, השיפוטי, וכמובן האקדמי²³⁰ מהדהד למרחק קטן מזה של הדהוד זעקותיהם של פוליטיקאים בתקשורת וברשתות החברתיות. שקיפות היא צעד חשוב בדרך לדין פלילי – מהותי, דינוני וראייתי – מוצלח ולגיטימי יותר.²³¹ היא אורכה של הדרך אשר יהא, צעד ראשון הוא הכרה בחשיבות הפוקוס החברתי לקראת התמודדות אמיתית עימו חלף הדחקה ורומנטיזציה משפטית ואקדמית של החברה וערכיה. בכוחו של המשפט להשוות מושגית בין אנשים, חיים ועבירות, אך לא להשוותם חברתית. בכוחו להעמיד לדין את הנוקמים ולחנן אותם אך לא לאיינן את יצר הנקמה.

- 228 חוק העונשין (תיקון מס' 98) התשס"ח–2008, ס"ח 608. בסיס התיקון: הצעת חוק העונשין (תיקון מס' 99) (הגנה עצמית), התשס"ח–2008, ה"ח הכנסת 196.
- 229 למשל: www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-3559858,00.html. לביקורת על התיקון ראו רועי קונפינו ומרדכי קרמיניצר "הערת חקיקה – הצעות החוק בעניין הרפורמה בהגנה עצמית (חוק שי דרומי)" אתר המכון הישראלי לדמוקרטיה (10.3.2008) www.idi.org.il/articles/9302.
- 230 סטנאטז כתב שמלומדים של הדין הפלילי מדברים זה אל זה (ולעיתים אל כמה שופטים), אך דומה שאינם מדברים לאף אחד אחר. ראו Stuntz, *The Pathological Politics of Criminal Law*, לעיל ה"ש 41, בעמ' 508.
- 231 Luna, לעיל ה"ש 42, בעמ' 1120, 1141, 1162–1163, Luna; לעיל ה"ש 48, בעמ' 590.

ALEI MISHPAT



THE LAWREVIEW OF THE COLLEGE OF LAW& BUSINESS

Volume 15

June 2020

Editor Introduction

Avishalom Westreich 5

The Crab and Oyster Cocktail that Won the Legal Argument:

On the Statement of Facts in Lawyers' Briefs

Michal Aharoni 7

*The Slayer of Our Enemy is Our Son: Resolution Gaps between Criminal Law
and Society, Life and Death, and Victim and Offender*

Asaf Hardoof 41

Alternative Prison Sentences: A New Model of House Arrest

Yuval Livadaro 83

The Right to Self-Representation in Legal Proceedings

(Following Rabeea Assy's: INJUSTICE IN PERSON:

THE RIGHT TO SELF-REPRESENTATION)

Eyal Gruner & Doron Menashe 129

Towards the Regulation of Acquisition Groups

Manal Totry-Jubran and Shimon Dayan 157

ABSTRACTS

Michal Aharoni, *The Crab and Oyster Cocktail that Won the Legal Argument: On the Statement of Facts in Lawyers' Briefs*

What is the best way for lawyers to outline the facts of their cases in order to influence the court decision? This is the main question I discuss in my article. Surprisingly, lawyers' narratives are rarely discussed in Israeli legal literature, while the narratives of judges in their judgments are extensively addressed.

In the US and the UK, however, a movement called Applied Legal Storytelling deals with lawyers' writings from a practical angle - the desire to improve legal representation. In this article, I discuss the main principles of the "winning story" that this movement recommends.

In doing so, I rely on a re-trial application, filed by the Clinic of Rights in Criminal Law at Tel Aviv University in the case of a man convicted of murder and robbery. This article focuses on the Attorney General's response to this application, demonstrating how his writing perfectly follows the winning story principles and how, ultimately, he indeed wins.

Asaf Harduf, *The Slayer of Our Enemy is Our Son: Resolution Gaps between Criminal Law and Society, Life and Death, and Victim and Offender*

In 2017, IDF soldier Elor Azaria was found guilty of manslaughter by the District Military Court. He was indicted for killing an injured terrorist by shooting him in the head after his attack was thwarted. The Azaria case sparked an unprecedented public debate in Israel. This article refers on that debate, pointing out major gaps between formal criminal law and social realities. Criminal law, in substantive aspects, does not accurately reflect social values due to gaps regarding the importance of certain parameters. These wide gaps reflect diverse views on manslaughter, victims' and offenders' personalities, and even the values of life and equality. While formal law is indifferent to certain parameters such the identities of the offender and the victim,

society finds them crucial. While society is indifferent to certain parameters of self defense, such as the timing of the injury inflicted upon the attacker, the law looks at them as central.

A criminal code that adheres to the community's notion of justice expresses moral fiber, which is essential when combatting crime and designing social norms. A criminal law that contradicts social intuitions and prevalent norms loses its moral and expressive power.

Though undesired, large gaps between law and society are not disastrous. They are inherent to multicultural and dynamic societies. When a gap is exposed, it reveals painful truth. This unpleasant exposure reflects an opportunity to make a change, to reevaluate or revise the specifics of the norm. Acknowledging the importance of the social focus is crucial to challenging social conceptions, instead of ignoring them in favor of academic and legal romanticism. The law can conceptually equate people, lives, and offenses, but cannot make them socially even.

Yuval Livadaro, *Alternative Prison Sentences: A New Model of House Arrest*

In recent years, calls in the Israeli criminal field of law have been increasing for alternative incarceration sentences that do not include actual imprisonment. These calls reflect the public's awareness of the prices associated with this punishment, including the impact of imprisonment on convicts and their families, its high economic costs, and the huge overcrowding in Israeli prisons that led to widespread violations of prisoners' and detainees' rights.

As part of this article, I sought to test a new prison sentence model: Convicts serve their time not behind prison bars, but at home, subject to human supervision and electronic monitoring. This model is known and implemented in many countries, but has not yet been accepted as a type of punishment in Israel, and is only applied to supervision measures during detention or early release from prison

In this article, I examine the current legal climate in the Israeli-criminal justice field, and I argue that against this background - which includes legislative amendments, Supreme Court rulings, and the establishment of public committees - and since most of those recommendations have even been adopted by the government, it would be appropriate to accept the new model proposed in Israel. As part of the article, I discuss the shortcomings of imprisonment and the only alternative that currently exists in Israel (community service), highlighting the advantages of the new model

proposed, outlining a new penal model for Israel, and considering similar practices overseas.

For the first time in Israel, this paper proposes a neat and detailed plan for the assimilation of the new model, a plan that takes into account the characteristics of the criminal justice system in Israel, its needs, types of cases where the proposed punishment may be used, problems that might arise from the proposed model, and solutions to these problems. The article concludes that the proposed house-arrest model is not only possible and worthy of absorption in Israel, but should be applied as soon as possible.

Eyal Gruner & Doron Menashe, *The Right to Self-Representation in Legal Proceedings (Following Rabeea Assy's: INJUSTICE IN PERSON: THE RIGHT TO SELF-REPRESENTATION)*

In his book *INJUSTICE IN PERSON: THE RIGHT TO SELF-REPRESENTATION*, Rabeea Assy argues that a right to litigate in one's own defense, without legal representation, ought not be recognized in civil law. According to his approach, which argues that the right to litigate in person emerges from the right of personal autonomy, the principle is applicable only in criminal law, but not in civil law.

This article contends that the duty of representation applies to civil law, but also to criminal law, and that the argument for autonomy does not invalidate the argument for a representation duty. The article argues that autonomy does not provide the basis for in-person litigation in criminal law because the allocation of risks of error in criminal law dictates that an erroneous conviction is worse than an erroneous exoneration, and in-person litigation increases the risk of erroneous conviction. Similarly, the duty of representation in criminal law is consistent with the theories of rules of evidence in criminal law as proposed by Stein, Laudan, and Shohat.

The article contends with and rejects the argument that the representation duty increases the risk of erroneous exonerations. We further argue that increasing the risk of erroneous conviction impinges on autonomy, excluding situations in which the argument for the autonomy to litigate in person is based on freedom of conscience, and when potential penalty is mild, moderate, or other than incarceration.

In addition, the article takes issue with and rejects three critical approaches: a) the claim that the representation duty inevitably impinges on autonomy; b) the argument

whereby in criminal law, defendants do not subject themselves to this peril, but rather the state compels them to undergo the proceeding; and c) and the argument that the lack of cooperation between the defendant and the defendant's counsel might harm the defendants' case.

Finally, the article contends that the argument re the risks of error constitutes another justification for the duty of representation in civil law, in addition to the arguments propounded by Assy in his book. The article rejects the argument of consent, which states that the defendant who waives representation consents, by the power of dispositive justice, to undertake and assume the risk of error.

Manal Totry-Jubran & Shimon Dayan, *Towards the Regulation of Acquisition Groups*

This article examines the development of the acquisition groups phenomenon, its key motivating actors, and the groups' modus operandi. Listing its advantages and disadvantages, the article reviews the unique characteristics of those groups and the Israeli housing market as a whole. The Acquisition Groups phenomenon started out as a way for private individuals to organize in order to bring down independent construction costs of residential buildings by saving on taxes and developers' fees. Over the past decade, this phenomenon expanded and grown into a brand, marketed by private real-estate companies specializing in the formation of Acquisition Groups in various cities.

The main assertion made in this article is that various relevant Israeli laws in this area do not embody comprehensive systemic thinking concerning this tool, nor do they form an ordered policy in relation to housing in general and Acquisition Groups in particular, and mainly do not address its social aspects. Regulation enacted to date or currently considered merely deals with ad-hoc issues and problems as they arise, putting out occasional fires that give rise to additional problems requiring solutions, including social implications to Israeli society and space as a whole. Therefore, the ensuing conclusion is that, in order to exploit this phenomenon's potential and for it to continue evolving properly, there is a need for comprehensive regulation that accounts not only for its economic aspects, but also for the associated consumer, social, and community ones.