

"כמעט כורח"? – סייגים לאחריות פלילית כטיעונים לעונש

הדר אבירם*

- א. מבוא
- ב. רקע – הצגת הבעיה באמצעות פרשת אתי אלון
 1. רקע עובדתי
 2. החלטת בית המשפט המחוזי
 3. הטענות בערעור
- ג. ההלכה
 1. מצבים של "כמעט סייג" כטיעונים להקלה בעונש
 2. הדרישה: חריגה במידה מועטה מתחום ההתנהגות הסבירה
 3. מדוע יש להבחין בין חריגה מועטה מתחום הסבירות, לחריגה מועטה מתנאים אחרים של הסייג?
- ד. המשמעויות הרחבות של טענת "כמעט סייג"
 1. קלאסיציזם, פוזיטיביזם ו"פיצול האישיות" של ההכרעה במשפט פלילי
 2. טענת "כמעט סייג" כמסגרת נורמטיבית לשיקולים של פלורליזם תרבותי
 3. מונוצנטריזם ופוליצנטריזם: איזון טענת "כמעט סייג" עם שיקולים אחרים לעונש
- ה. העלאת סייגים לאחריות פלילית כטיעונים לעונש: היבטים אסטרטגיים וטקטיים
 1. שיקולים מהותיים: התבססות על סיפור הגנה אחד בשני שלבי ההכרעה הפלילית
 2. שיקולים אסטרטגיים של פסיכולוגיה שיפוטית
 3. שיקולים טקטיים: הגשת ערעור בעל שני ראשים, על הכרעת הדין ועל גזר הדין
- ו. סיכום ומסקנות

* Associate Professor, בית הספר למשפטים הייסטינגס, אוניברסיטת קליפורניה. תודתי מקרב לב לחיים אבירם, ליעל אבירם, לרוזלין אטיס, לענת הורוויץ, לחגית לרנאו, לנעם פינגר ולירם רבין על הערותיהם המועילות לטיוטת מאמר זה. תודתי גם לתלמידיי בישראל ובסן פרנסיסקו על השיעורים שלנו יחד, שתרמו לעניין שלי בנושא המאמר.

א. מבוא

הכתיבה האקדמית וההוראה האקדמית בתחום דיני העונשין בישראל כדוקטרינה עוסקות בהיבטים רבים ומגוונים של שאלת האחריות הפלילית, אך נוטות להזניח את כל הקשור בשלב השני של ההכרעה השיפוטית במשפט הפלילי: שלב גזירת העונש.¹ במידה רבה, יש להניח, הדבר נובע מההתייחסות למתרחש בשלב גזירת העונש כאל עניין "משפטי פחות" מן המתרחש בשלב הכרעת הדין: לעומת השלב הראשון, שבו מתקבלת ההחלטה על פי הכללים המותווים בחלק המקדמי והכללי לחוק העונשין, התשל"ז–1977,² בשלב השני נשקלים שיקולים אישיים וטיפוליים,³ הכפופים אך לציוויים ה"דיוניים" לכאורה של פרק ו' לחוק העונשין.⁴ ייתכן מאוד שהדבר נובע גם

¹ ספרי הלימוד בתחום דיני העונשין, המתייחסים אך לתחום האחריות הפלילית, נכתבו על ידי משפטינים (ש"ז פלר **יסודות בידיני עונשין** (1984); יובל לוי ואליעזר לדרמן **עיקרים באחריות פלילית** (1981)). הענישה נותרת תחומם של שופטים וקרימינולוגים (יעקב בזק **הענישה הפלילית – דרכיה ועקרונותיה** (1998); אהרון מלמד **ענישה או שיקום?** (2001)). מספר מצומצם של חוקרים עוסק בענישה כתחום עניין מחקרי. ראו למשל מאמריה הרבים של רות קנא: "שמירה על מידתיות בענישה: סוגיה חוקתית או פלילית" **משפטים** לה 147 (2005); "צו מבחן: מחלופה לעונש לעונש חילופי" **מחקרי משפט** טז 353 (2001); ראו גם בועז סנג'רו "מי מעוניין במאסרים מרובים ומושכים יותר? על הצעת חוק העונשין (תיקון): הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה", תשס"ה–2005 **עלי משפט** ה 247 (2006); ענת הורוויץ **הליך גזירת הדין: היבטים דיוניים וראתיים** (חיבור לשם קבלת תואר דוקטור, האוניברסיטה העברית בירושלים – הפקולטה למשפטים, 2003). כל האוניברסיטאות מציעות קורסי בחירה בנושא ענישה, אך עיון בסילבוסים של הקורס הבסיסי בידיני עונשין בכל האוניברסיטאות מעלה שכמעט באף פקולטה אין כוללים את נושא הענישה במסגרת הקורס הבסיסי. ההתייחסות שלנו אל נושא הענישה כאל "בן חורג" של דיני העונשין היא בעייתית במיוחד לאור העובדה כי ברובם המוחלט של התיקים הפליליים, אין מתנהל משפט הוכחות, כך שלשליטה ברזי האחריות הפלילית נפקות פרקטית מועטה בהרבה מאשר לשליטה בכללי הענישה. למשל, בין ה-1.5.2006 ל-1.3.2007, התנהלו בבתי משפט השלום במחוזות ת"א והמרכז 21,247 תיקים פליליים, שמתוכם רק כ-3,048 תיקים (14%) התנהלו הוכחות (תודתי לעו"ד עמי קובו על מידע זה, שקיבל מהנהלת בתי המשפט). בשנת הלימודים תשס"ז, כללה מחברת מאמר זה את נושא הענישה במסגרת הקורס הבסיסי בידיני עונשין שלימדה באוניברסיטת תל אביב ובמכללה למינהל.

² להלן: "חוק העונשין".

³ מחקרים אמפיריים על בתי משפט פליליים מצביעים על תסכולם של עורכי הדין מן ההיבטים ה"סוציאליים" לרוב של עבודתם: MALCOLM M. FEELEY, *THE PROCESS IS THE PUNISHMENT: HANDLING CASES IN A LOWER CRIMINAL COURT* (1979); DEBRA S. EMMELMAN, *JUSTICE FOR THE POOR: A STUDY OF CRIMINAL DEFENCE WORK* (2003).

⁴ גם לימודי סדר הדין הפלילי באוניברסיטה אינם עוסקים בדרך כלל בדרכי ענישה. עם זאת, כיוון שהקורס בסדר דין פלילי בישראל בנוי בדרך כלל באופן כרונולוגי, ניתן היה לשקול לעבור באופן טבעי בסוף הדיון מהשאלה "כיצד מנהלים את המשפט" לשאלה "כיצד קובעים את העונש". ספרי הלימוד האמריקנים בנושא סדר דין פלילי כוללים ברובם את נושא הקווים

מן העובדה כי גזירת העונש בישראל אינה מוסדרת כיום על ידי כללים מובנים, אלא מסורה לשיקול דעתו של השופט.⁵ אולם שלב גזירת העונש מעורר שאלות אנליטיות קשות ומרתקות לא פחות משלב הכרעת הדין, לא רק מבחינה דיונית וראייתית, אלא אף במישור המהותי. הראשונה והחשובה שבשאלות אלה לדעתי נוגעת להבדל העקרוני הנובע מעצם חלוקת ההליך הפלילי לשני השלבים.

במאמרו הקלאסי *The Forms and Limits of Adjudication*,⁶ מבחין Lon Fuller בין בעיות מונוצנטריות (בעלות מרכז אחד) לבעיות פוליצנטריות (מבוזרות, בעלות מרכזים רבים). בעיות מן הסוג הראשון הן בעיות שבהן עומד הגוף המכריע בפני שאלה שהתשובה עליה ניתנת על סמך מתן מענה עקבי ורציונלי למערכת של כללים קבועים. בעיות מן הסוג השני, לעומת זאת, הן בעיות שהפתרון להן מורכב יותר ודורש התחשבות בסדרת גורמים ובכמה מערכות כללים. על פי Fuller, בעיות מן הסוג השני מתאימות הרבה פחות להכרעה שיפוטית. מאמרו של Fuller אינו נוגע להליך הפלילי דווקא, אך ההבחנה שלו שימושית מאוד להבנת תהליכי ההכרעה במשפט הפלילי. משהורשע הנאשם, משתנה מוקד הדיון מן העיסוק בשאלה המונוצנטרית – אחראי או לא אחראי בפלילים, ובעקבות זאת הרשעה או זיכוי

המנחים בענישה ואת הדיון בביטולם במסגרת חומר הלימוד, ועוסקים בנושא לאחר הדיון במשפט ולפני הדיון בערעור ובצווי הביאס קורפוס. ראו למשל: JOSHUA DRESSLER & GEORGE C. THOMAS III, *CRIMINAL PROCEDURE: PRINCIPLES, POLICIES AND PERSPECTIVES* (3rd ed. 2006); YALE KAMISAR, WAYNE R. LAFAVE, JEROLD H. ISRAEL & NANCY J. KING, *MODERN CRIMINAL PROCEDURE: CASES, COMMENTS AND QUESTIONS* (11th ed. 2005).

⁵ טענה זו נתמכת בעניין האקדמי שמעורר נושא הקווים המנחים בענישה ובעניין האקדמי הרב שמעוררת ההבניה בענישה (רות קנאי "הבניית שיקול הדעת של השופט בקביעת העונש – בעקבות דו"ח וועדת גולדברג" **מחקרי משפט** טו 147 (1999); סנג'רו, לעיל ה"ש 1). השוו לדיון האקדמי המעמיק בארצות-הברית בנושא הקווים המנחים: DEAN J. CHAMPION, *THE U.S.: SENTENCING GUIDELINES: IMPLICATIONS FOR CRIMINAL JUSTICE* (1989); KATE STITH AND JOSE A. CABRANES, *FEAR OF JUDGING: SENTENCING GUIDELINES IN THE DOUGLAS FEDERAL COURTS* (1998), ולאחרונה לגבי ביטול כוחם המחייב במערכת הפדרלית: A. Berman, *Rita, Reasoned Sentencing, and Resistance to Change*, 85(1) DEN. U. L. REV. 7 (2007); Jacob Loshin, *Beyond the Clash of Disparities: Cocaine Sentencing after Booker*, 29 W. NEW ENG. L. REV. 619 (2007); Kevin J. Doyle, *Criminal Sentencing in the Second Circuit after Booker: Theoretical and Practical Considerations*, 21 ST. JOHN'S J. LEGAL COMMENT., 653 (2007) William Twining, *How to Do Things with Rules: A Primer of Interpretation* (4th ed. 1999).

⁶ Lon L. Fuller, *The Forms and Limits of Adjudication*, 92 HARVARD L. REV. 353 (1978).

(שאלה בדידה, 7(0/1) – ובית המשפט עובר לעסוק בשאלה הפוליצינטרית: איזה סוג עונש ואיזו רמה של חומרת עונש מתאימים לנאשם. בשאלה זו תלוי בית המשפט בסדרת גורמים שבינם לבין עצמם מתקיימים יחסי תלות סבוכים. למשל, אם משפחת הנאשם תלויה בו לפרנסתה, הדבר עשוי להשפיע על השאלה אם עונש מאסר הוא עונש מתאים; אם אין מיטה פנויה בקהילה הטיפולית, ייתכן שיש לשקול עונש מתאים פחות. התשובה הניתנת בסופו של דבר לשאלת העונש היא תשובה רציפה – בחירה בסוג ובחומרה של עונש כלשהו על פני רצף העונשים.⁸ עם השינוי במוקד הדיון, משתנים גם כללי המשחק המשפטי. בעת הדיון המונוצנטרי, הכריע בית המשפט בשאלה אם מעשי הנאשם מקיימים את יסודותיה של עברה פלילית. אישיותו של הנאשם, הרקע למעשה, היחסים שבין הנפשות הפועלות, וכדומה, לא היו רלוונטיים לצורך ההכרעה אלא אם כן התייחסו ישירות ליסודות העברה.⁹ במעבר לדיון בבעיה הפוליצינטרית של מידת העונש הופכים כל הנושאים הללו לרלוונטיים ונשקלים זה מול זה. מבחינה פרוצדורלית, המעבר לשלב זה מתבטא בשינוי דרמטי בסדרי הדין ובדיני הראיות: הדיון הופך חופשי יותר ומרובה משתתפים, ושאלת הקבילות הראייתית מאבדת בפועל הרבה מחשיבותה.¹⁰ השינוי במוקד ובכללי המשחק משקף גם שינוי עמוק יותר: המעבר מן ההתמקדות בעברה להתמקדות בעברייני. בשלב הכרעת הדין מהותו של הדיון יונקת מעקרונות היסוד של הקרימינולוגיה הקלאסית של עידן הנאורות, ממש כפי שהותוו על ידי Cesare Beccaria בשנת 1764;¹¹ עקרון החוקיות שולט בכיפה, ואנו מתעניינים לא

⁷ אין חפיפה בין שאלת הבינאריות/רציפות ובין ההבחנה מונוצנטרית/פוליצינטריות, אבל כדאי לשים לב שלפי תאוריות מסוימות, כמו תורת המערכות של LUHMANN, ההכרעה השיפוטית ה"אמיתית" היא תמיד בינארית (legal/illegal). כלומר, LUHMANN לא היה רואה את קביעת העונש כהחלטה שיפוטית, אלא יותר כהחלטה אדמיניסטרטיבית של מדיניות: NIKLAS LUHMANN, LAW AS A SOCIAL SYSTEM (2004). ניתוחו של LUHMANN את אופן החשיבה של המערכת המשפטית הוא כמובן תאורטי בעיקרו, והוא אינו חופף את המוכר לנו מתחומי משפט פרקטיים (למשל החלטות על קביעת גובה הפיצוי בנוזקין או בחוזים, שאנו רגילים לחשוב עליהן כעל החלטות משפטיות).

⁸ מובן שהרצף הזה עשוי להיות מוגבל לפעמים: עונש מוות אינו עונש "רציף" באמת, וגם בין סוגים שונים של עונשים לא תמיד יש רצף שאינו נקטע. אבל גם במעבר בין סוגי עונשים יש מדרג חומרה, וזאת כמובן משאלת האשמה שהיא שאלה בינארית.

⁹ מובן שכל הנושאים האלה רלוונטיים בערכאה ראשונה לשאלות הוכחתיות, אבל הם מוגבלים לנסיבות המקרה וצמודים ליסודות העברה המופיעה בכתב האישום.

¹⁰ הרוויץ, לעיל ה"ש" 1.

¹¹ BECCARIA, CESARE, ON CRIMES AND PUNISHMENTS (1764). נחשב לדעת רבים לאבי הקרימינולוגיה המודרנית, אך לדעתי נכון יותר להגדירו כאבי המשפט הפלילי המודרני. בספרו הדגיש BECCARIA בין היתר את עקרון החוקיות, את חשיבותה של פרופורציה בענישה, ואת הצורך להימנע מעינויים ומענישה דרקונית, ויש הרואים בו מבשר חשוב של שיטות המשפט שלאחר המאה ה-18.

במיהותו של העבריין, אלא אך ורק בשאלה אם הפר כלל מן הכללים הנהוגים בחברה.¹² בשלב גזר הדין המוקד הופך להיות ברור פחות. שאלות של חומרת העברה וענישה פרופורציונלית, המהוות שאלות יסוד בקרימינולוגיה הקלאסית, ממשיכות להיות חשובות, אך בצדן מתחיל העיסוק בשאלות מתחום הקרימינולוגיה הפוזיטיביסטית, העוסקות באישיותו וברקעו של האדם המסוים ובאופן המתאים ביותר לטפל בו.¹³

לנוכח ההבדלים הדרמטיים בין העקרונות והכללים המתייחסים לשני השלבים, מעניין במיוחד לבחון את המקרים שבהם מתעוררות בשני השלבים שאלות דומות. כפי שייטען ברשימה זו, נושאים דומים עשויים לעלות בשלב הכרעת הדין ובשלב גזירת העונש, אך תוכנם ואופיים המהותי שונה בשני השלבים. ברשימה זו מטרתי לחדד את ההבדלים בין שני שלבי ההליך הפלילי באמצעות דוגמה אחת מני רבות לשאלה מסוג זה: העלאת סייגים לאחריות פלילית כטיעונים להקלה בעונש או, כפי שאני מכנה אותם, "כמעט סייגים". הדיון במאמר זה מתרכז בשאלה כשאלה אנליטית כללית, אך לשם הדגמה אשתמש בהרחבה בכמה גזרי דין שניתנו לאחרונה בבית המשפט העליון, ובייחוד בדחיית ערעורה של אתי אלון על עונשי המאסר והקנס שהושתו עליה בגין גנבות בהיקפים כספיים ניכרים מן הבנק למסחר.¹⁴ בערעורה של אלון על גזר דינה טענו באי כוחה כי יש להקל בעונשה, כיוון שמעשי הגנבה שלה בוצעו מתוך "כמעט כורח": רצונה להציל את אחיה שנקלע להימורים, וכפיפותה לסדרת מניפולציות שביצע האח על רקע מערכת היחסים הפטריארכלית ביניהם. במקביל לדיון בפרשת אלון, יידונו ברשימה זו פסקי דין שבהם נדונו טענות דומות של "כמעט כורח" בעניין עברת הרצח, שעונש החובה שבצדה אינו מאפשר להיזקק לטענות אלה כטיעון חופשי לעונש, אלא רק במסגרתו המצומצמת של סעיף 300א(ב) לחוק העונשין.

פרקי המאמר מאירים היבטים שונים (דוקטרינריים, קרימינולוגיים ופרקטיים) של ההבדל בין הכרעת הדין וגזירת העונש כפי שהם מתבטאים בשאלת "כמעט

¹² לכלל זה חריגים מעטים בדמותם של כמה סייגים לאחריות פלילית מסוג פטור: קטינות ואי-שפיות.

¹³ הקרימינולוגיה הפוזיטיביסטית התחילה את דרכה על בסיס של דטרמיניזם ביולוגי: CESARE LOMBROSO, CRIMINAL MAN (Mary Gibson and Nicole Hahn Rafter trans., 2006); DAVID G. HORN, THE CRIMINAL BODY: LOMBROSO AND THE ANATOMY OF DEVIANCE (2003). עם זאת, בתחילת המאה ה-20 נוספו תאוריות פוזיטיביסטיות אחרות, "רוכות" יותר, המייחסות לעבריין נטייה לעבור עברות על סמך רקעו הפסיכולוגי והחברתי. לסיכום ממצא של ההבחנה בין קרימינולוגיה קלאסית לפוזיטיביסטית ראו: Jock Young, *Thinking Seriously About Crime: Some Models of Criminology*, in CRIME & SOCIETY: READINGS IN HISTORY AND THEORY 248 (Mike Fitzgerald, Gregor McLennan and Jennie Pawson eds., 1981). המושגים הללו יידונו ביתר פירוט בהמשך המאמר.

¹⁴ ע"פ 7075/03 אלון נ' מדינת ישראל, תק-על 306 (3) 1245 (2006) (להלן: פרשת אלון).

סייגים". כפי שייטען, אופי הדיון משתנה במידה כה משמעותית בין שני השלבים, עד שהוא מחולל טרנספורמציה של ממש באופן שבו אנו מבינים ומנתחים טענות בעלות בסיס עובדתי זהה, וגם באופן שבו אנו משתמשים בהן הלכה למעשה בבית המשפט. פרק ב' של המאמר מציג את טענת "כמעט סייג", ואת ההבדל בינה ובין טענת סייג ממש, תוך שימוש בעובדות בפרשת אלון ובטענותיה בערעור. בפרק ג' מוצגת ההלכה: סייגים לאחרייות פלילית יפים כטיעונים לעונש, לא רק במסגרת סעיף "הענישה המופחתת" בעברת הרצח, אלא בכל העברות, אולם כדי להשתמש בהם בעברת הרצח נדרש כי החריגה מתחום הסבירות תהיה מועטה. הפרק עוסק בנייתוח אנליטי של השפעת שלב הדיון על אופיין ועל היקפן של טענות "כמעט סייג" ומציע תיקון לסעיף 300א(ב) לחוק העונשין שירחיב את תחולתו על מקרים שבהם חרג הנאשם במעט מתנאי הסייג בכלל, ולא רק מתחום הסבירות. פרק ד' מרחיב את היריעה מעבר לדיון האנליטי-משפטי ודן באופן שבו תפיסות שונות של ההליך הפלילי ושל דמות העבריין מעצבות את הדיון בטענת סייג בשלב הכרעת הדין ובטענת "כמעט סייג" בשלב גזר הדין. כפי שנטען בפרק זה, דמות העבריין וכללי המשחק הפליליים בשני השלבים הם תוצאה של ההבדל בין התפיסה הקרימינולוגית הקלאסית של העבריין כיצור רציונלי בעל בחירה חופשית, ובין השקפת הקרימינולוגיה הפוזיטיביסטית של העבריין המורשע כמי שמעשיו הם תולדה של נסיבות. תפיסות אלה משפיעות במידה רבה על מידת הנכונות של בית המשפט להיענות לטענות סייג ו"כמעט סייג" בשני השלבים. כמו כן, בפרק ד' נטען כי הפוטנציאל של טענת "כמעט סייג" לשמש מסגרת נורמטיבית להעלאת שאלות של רקע משפחתי ופלורליזם תרבותי שמקומן בשלב הכרעת הדין, מצומצם בהרבה. נוסף לכך, נדון המעבר מן השאלה המונוצנטרית ("האם המעשה הוא עברה?") לשאלות פוליצנטריות של איזון שיקולים רבים ("איזה עונש מגיע לנאשם?"). פרק ה' מתבונן על ההבדלים בין טענת סייג לטענת "כמעט סייג" בראי הפרקטיקה, ומציע כמה דרכים לבחון את יעילותה האסטרטגית (מנקודת המבט של ההגנה) של העלאת טענת "כמעט סייג" בערעור על גזר הדין, על יתרונותיה ועל הסכנות הטמונות בה. סיכום המאמר, בפרק ו', מקשר בין שאלת "כמעט סייג" לשאלות הרחבות יותר שמעוררת ההצעה להבנות את שיקול הדעת השיפוטי. בסיכום אנקוט עמדה בזכות הגמישות השיפוטית המאפשרת לרפא באמצעות טענות בגזר הדין, את המגבלות האנליטיות של שלב הכרעת הדין.

ב. רקע – הצגת הבעיה באמצעות פרשת אתי אלון

1. רקע עובדתי

פרשת מעילתה של אתי אלון בכספי הבנק למסחר זכתה לסיקור תקשורתי רחב כל כך, עד שכמעט אין צורך להזכיר את עובדותיה. בתקופה הרלוונטית שימשה אלון סגנית מנהלת מחלקת ההשקעות של הבנק. אחיה של אלון, עופר מקסימוב, עסק בהימורים בהיקפים כספיים אדירים, שלצורך מימונם נטל הלוואות בשוק האפור. אורח חייו של מקסימוב הכניסו למצוקה כלכלית קשה, והוא ביקש מאלון לסייע לו. כך פתחה אלון במסכת נרחבת וממושכת של גנבות מחשבונותיהם של לקוחות הבנק שאליהם הייתה לה גישה מכוח תפקידה. בתחילה, לא ידע מקסימוב כי הכספים מושגים באמצעות מעילה בבנק, אך עד מהרה נתבררו לו מעשיה של אלון, והוא המשיך ללחוץ עליה כי תסייע לו. כדברי פסק הדין, "התברר, כי לכל אורך תקופת המעילה, עופר ביצע כלפי אתי מניפולציות רגשיות שונות, כאשר הציג כלפיה מצגי-שווא וגרם לה להאמין שהוא נסחט ומאיים על-ידי נושיו, וכי אי הזרמתם של כספים נוספים לידי תוביל לפגיעה בו ובמשפחתו בידי הנושים"¹⁵. בהשפעת הלחץ שהפעיל עליה מקסימוב המשיכה אלון במעשי הגנבה, תחילה תוך העברת כספים מחשבונות הלקוחות לחשבונה הפרטי, ולאחר שהעירו לה על התנועות בחשבונה, תוך משיכת שיקים מחשבונות הלקוחות והסבתם על שם נושיו של מקסימוב. אלון אף פיצלה את סכומי הגנבה, כדי להימנע מדיווח על פי חוק איסור הלבנת הון, והעבירה כספים בין חשבונותיהם של לקוחות שונים כדי שלא יחשפו מעשיה. לבסוף, כשנערכה ביקורת בבנק למסחר מטעם בנק ישראל, גנבה אלון סכום אחרון לשם מימון הגנתה המשפטית, ואז הסגירה עצמה לידי המשטרה.

2. החלטת בית המשפט המחוזי

בבית המשפט המחוזי הורשעו אלון ואביה בסדרת עבירות הנובעות ממעשיהם¹⁶. במשפט טענה אלון, בין יתר טענותיה, טענת כורח.¹⁷ לגרסת ההגנה, פעלה אלון בהשפעת הלחצים הכבדים והמניפולציות הקשות שהפעיל עליה אחיה, שיצרו אצלה את הרושם כי נשקפת סכנה לחייו אם לא ישיב את הכספים שלוהו לצורך הימורים. הטענה נדחתה, ואלון הורשעה. בית המשפט גזר עליה שבע-עשרה שנות מאסר בפועל, שלוש שנות מאסר על תנאי וקנס בסך חמישה מיליון ש"ח.

¹⁵ שם, פס' 7 לפסק הדין.

¹⁶ ת"פ (מחוזי ת"א) 40182/02 מדינת ישראל נ' אלון, תק-מח (2)03 (2003) 5947. עניינו של מקסימוב נדון בנפרד.

¹⁷ ס' 34 לחוק העונשין.

3. הטענות בערעור

ערעורה של אלון הופנה תחילה נגד הכרעת הדין וגזר הדין כאחד. בהמשך, חזרה בה ההגנה מהערעור נגד הכרעת הדין והותירה על כנו רק את הערעור על העונש. בערעור הועלו טענות שונות, אך המרכזית שבהן נגעה לנסיבות ביצוע העברה, נסיבות של "כמעט כורח". כדאי לציין כי הסייג שממנו הייתה אלון נהנית לו הייתה מתקבלת טענתה בהקשר זה אינו אך סייג כורח, אלא שילוב של סייג הכורח עם סייג הטעות במצב דברים.¹⁸ על פי תיאור בית המשפט את עובדות המקרה, לא היה מקסימום נתון הלכה למעשה לאימים מצד נושיו; ואולם הוא יצר כלפי אלון מצג שלפיו נשקפה סכנה לחייו ולחיי בני משפחתו, והיא פעלה על סמך מצג זה. לפיכך, לו הכיר בית המשפט בסייג הכורח – בין כסייג לאחריית פלילית ובין כ"כמעט סייג" לעניין הקלה בעונש – היה הדבר נעשה על סמך המצב כפי שדימתה אותו אלון, ולא כפי שהיה המצב לאשורו.

ג. ההלכה

1. מצבים של "כמעט סייג" כטיעונים להקלה בעונש

גזר הדין בפרשת אלון מעניין במיוחד, כיוון שנוסח ההחלטה אינו מתחמק מהדין בשאלה האנליטית שהועלתה בכתב הערעור. השופט אדמונד לוי, מחבר פסק הדין, מאמץ את האנלוגיה המוצעת על ידי ההגנה: מצבים של "כמעט סייג" יכולים לשמש טענה להקלה בעונש, לא רק ברצח, כי אם גם בעברות אחרות. כדברי פסק הדין:

"כלל בסיסי בתורת הענישה הוא כי העונש שנגזר למי שחטא בביצועה של עבירה, צריך לבטא את מידת האשמה המוסרית שדבקה בו נוכח מעשיו. טול לעצמך תרחיש שבו, במהלך סכסוך, נוטל א' את חייו של ב', תוך שהוא צופה את התממשותה של תוצאה זו. במקרה אחר פורץ סכסוך דומה, אולם אז מעשיו של א' באים כדי להדוף את תקיפתו הפתאומית בידי ב'. במקרה אחרון זה נמצא כי הכוח שהופעל על ידי א' חרג ממה שהיה דרוש באופן סביר על מנת להדוף את התקיפה, ועל כן הוא אינו זוכה להגנה עצמית. בשני התרחישים א' יורשע בביצועה של עבירת ההריגה. אולם לא יכול ספק, כי מידת האשמה הרובצת על כתפיו של א' בתרחיש הראשון גדולה מזו

¹⁸ ס' 34 לחוק העונשין. השופט לוי רומז לכך פרשת אלון, לעיל ה"ש 14, פס' 19 לפסק הדין, אם כי הוא אינו מזכיר את הדוקטרינה מפורשות.

שרובצת לחובתו בתרחיש השני, ולעניין זה יהיה נכון לייחס חשיבות במסגרת שיקולי הענישה"¹⁹.

כאשר תמונת המצב מזכירה מצב של כורח, צורך או הגנה עצמית, אך התנהגותו של הנאשם חורגת מתחום הסבירות, זהו טיעון לגיטימי להפחתת העונש. באשר לעברת הרצח, הנושאת עונש מאסר עולם חובה, הדבר מצוין מפורשות בסעיף 300א(ב) לחוק העונשין, המאפשר לחרוג לקולא מדרישת מאסר עולם:

"במצב שבו מעשהו של הנאשם חרג במידה מועטה, בנסיבות הענין, מתחום הסבירות הנדרשת לפי סעיף 34טז לשם תחולת הסייג של הגנה עצמית, צורך או כורח, לפי סעיפים 34, 34א, 34ב".

בדומה לסעיף זה, הצעת חוק העונשין (תיקון – הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה), התשס"ה–2005²⁰, המבקשת לקבוע "עונשי מוצא" לעברות לשם הגברת אחידות הענישה, מכירה במצבים של "כמעט סייג" כמצבים מתאימים להקלה בעונש. סעיף 140(ד)(1) המוצע, שהוא הד מדויק של סעיף 300א(ב) לחוק העונשין, מבקש לחייב את השופטים להתחשב, כ"נסיבת חובה" בשאלה אם:

"העבירה בוצעה במצב שבו מעשהו של הנאשם חרג במידה מועטה, בנסיבות העניין, מתחום הסבירות הנדרשת לפי סעיף 34טז לשם תחולת הסייג של הגנה עצמית, צורך או כורח, לפי סעיפים 34, 34א או 34ב".

לשני המצבים דלעיל – עברת הרצח והמצב המוצע בהצעת הבניית שיקול הדעת השיפוטי – מכנה משותף. בשניהם ישנה מגבלה מסוימת על שיקול הדעת השיפוטי בענישה, ההופכת את תחום שיקול הדעת של השופט מרציף לחלוטין לבדיד. בעברת הרצח בלא נסיבות מקילות, על השופט להשית על הנאשם עונש מאסר עולם. על פי המצב המוצע בהצעת הבניית שיקול הדעת השיפוטי, כשאין מתקיימות נסיבות החובה, על השופט להיצמד ככל האפשר לעונש המוצא. סעיפים 300א(ב) לחוק העונשין ו-140(ד)(1) בהצעת הבניית שיקול הדעת השיפוטי נועדו "לשבור" את מגבלת הבדידות ולאפשר לשופטים להתחשב במצבים של "כמעט סייג" (כלומר, להפוך הכרעה בדידה להכרעה רציפה). לעומתם, במצב המתואר בפרשת אלון (עברה ללא עונש חובה ושיקול הדעת השיפוטי בענישה אינו מובנה), שיקול דעתם של

¹⁹ פרשת אלון, לעיל ה"ש 14, פס' 17 לפסק הדין.

²⁰ להלן: "הצעת הבניית שיקול הדעת השיפוטי". דיון מעמיק יותר בהצעה להבניית שיקול הדעת השיפוטי ובמשמעותה חורג ממסגרת רשימה מצומצמת זו.

השופטים אינו מוגבל. בנסיבות אלה, החוק הקיים אינו צריך לפרט כי ניתן להקל בעונש במצבים שבהם כמעט חל סייג לאחריות פלילית. אין הוראה חוקית המתירה לשופטים מפורשות לעשות כן – פרט ללשונו הכללית של סעיף 35 לחוק העונשין (הקובעת כי במרבית המקרים העונשים בישראל הם עונשי מקסימום, ולפיכך מתירה השתת עונשים קלים יותר מהעונש המקסימלי) – אולם הם רשאים לשקול מגוון שיקולים לקולא, ובהם כמובן מידת הקרבה בין נסיבות האירוע ובין נסיבותיו של סייג לאחריות פלילית, כפי שקובע השופט לוי בפסק הדין.

2. הדרישה: חריגה במידה מועטה מתחום ההתנהגות הסבירה

הגם שפסק הדין בפרשת אלון מכיר באפשרות להתייחס למצב של חריגה מסייג כמצב המצדיק התחשבות בגזירת הדין, הוא מציין כי תנאי להקלה בעונש הוא כי החריגה מתנאי הסייג היא "מועטה"; כלומר המצב שעל פיו מבקש הנאשם לטעון להקלה בעונש צריך לחרוג אך במעט מן המצב שעשוי היה להקנות לו סייג לאחריות פלילית:

"יחד עם זאת, ראוי לסייג את שנאמר עד כה ולהדגיש כי לא כל טענה כאמור בדבר דמיון כלשהו בין מעשיו של המבצע לתנאיו של סייג לאחריות הפלילית תהא כזו שתצדיק הקלה בעונש. מן הראוי לייחד הקלה זו למקרים גבוליים, בהם המבצע ניצב על סיפה של ההגנה, וככל שהפער שבין ההתנהגות ליסודותיה של ההגנה גדולים – כך תקטן הנטייה להתחשב בנאשם במסגרת גזר-הדין שיושת עליו".²¹

לתמיכת טענה זו נסמך השופט לוי על פרשת אבו סרור,²² שעובדותיה אינן מפורטות בפסק הדין. כיוון שעובדות אלה חשובות ומעניינות, נידרש להן כאן. המערער בפרשת אבו סרור גויס על ידי בן דודו, מודיע של שירות הביטחון הכללי, לרצוח את מפעילו, איש השב"כ. בחקירתו ובעדותו אמר המערער כי "אולץ להסכים לרעיון שהועלה על-ידי חמזה, 'להרוג חייל', וזאת מפני שחמזה איים עליו, כי אם לא ישתתף בכך יפיץ עליו שמועה כי הוא משתף פעולה עם שלטונות ישראל".²³ בעקבות הרשתתו ברצח, ערערה הסנגוריה הן על הכרעת הדין והן על גזר הדין, תוך העלאת סוגיית הכורח כשני הקשרים:

"ראשית, כי למערער עמדה הגנת כורח; שנית, כי על-פי חלקו בעשייה הפלילית, אין המערער נושא באחריות לעבירת הרצח כמבצע

21 פרשת אלון, לעיל ה"ש 14.

22 ע"פ 3596/93 אבו סרור נ' מדינת ישראל, פ"ד נב(2) 481 (1998).

23 שם, בעמ' 484 לפסק הדין.

בצוותא אלא כמסייע בלבד ושלישית, כי מכל מקום יש להחיל על מקרהו של המערער את הוראת סעיף 300א(ב) לחוק העונשין, תשל"ז–1977, לבטל את מאסר העולם שנגזר עליו ולהטיל עליו עונש קל יותר".²⁴

בית המשפט העליון דחה את טענת הכורח כסייג לאחריות פלילית; על פי עובדות המקרה, קובע פסק הדין, לא התקיים סייג הכורח, שכן למן גיוסו של המערער לביצוע התכנית ועד לביצועה למעשה חלפו כמה ימים שבהם יכול היה המערער לפנות למשטרה, ולפיכך אין לומר שהיה "אנוס" לבצע את העברה מפאת האימים.²⁵ אף הערעור על גזר הדין נדחה. בית המשפט מסביר, מפי השופט מצא, כי:

"ההכרעה בשאלה, אם מעשהו של נאשם חרג רק במידה מועטה מתחום הסבירות, חייבת להתגדר במסגרתו של סעיף 34טז. משמע, כי רק במקרים גבוליים, שבהם קיומו של סייג לאחריות הפלילית, לפי אחד הסעיפים 34 ('הגנה עצמית'), 34יא ('צורך') ו-34יב ('כורח'), נשללת אך ורק בשל חריגת מעשהו של נאשם ברצח מתחום הסבירות, יהיה מקום לשקול, לעניין העונש שיוטל עליו, אם חריגתו של המעשה מתחום הסבירות הייתה אך מועטה. לא כן כאשר נמצא – כמו בענייננו – שהתנאים הראשוניים לתחולת הסייג לאחריות הפלילית אינם מתקיימים. כאשר אלה הם פני הדברים, השאלה מה מידת חריגתו של המעשה מתחום הסבירות, כלל אינה מתעוררת. הלא עניינו של סעיף 300א(ב) הוא במעשה שבו גרם העושה, בכוונה תחילה, למותו של הקורבן. במעשה כזה טבועה חומרה רבה וכלל לא יעלה על הדעת לתארו כחריגה מועטה מתחום הסבירות. כזה הוא, כאמור, גם מקרהו של המערער".²⁶

²⁴ שם, בעמ' 484–485 לפסק הדין.

²⁵ תיקון 39 לחוק העונשין ביטל את דרישת המידיות שהייתה נחוצה בעברת הכורח, אך עיון בפסיקה שלאחר התיקון מעיד כי דרישה זו נכנסת פעמים רבות "בדלת האחורית" דרך המונח "אנוס". המקרה התאורטי הקלאסי של הגנת הכורח הוא פקיד הבנק שהשווד מצמיד אקדה לראשו ומורה לו למסור לידיו את תוכן הכספת; במקרים האמיתיים המתעוררים בפסיקה, חולף לעתים קרובות זמן מה למן האיום ועד ביצוע המעשה. בית המשפט העליון נוטה, אפילו במקרים קיצוניים, לטעון כי בכל מצב שבו יכול אדם להתקשר למשטרה ולהודיע על ביצועה העתידי של העברה אין לומר כי היה "אנוס" לבצעה, וכך לשלול את סייג הכורח. למקרה קיצוני במיוחד שבו נדחתה טענת כורח, ראו: ע"פ 2130/95 **בשיר נ' מדינת ישראל**, פ"ד נא(3) 456 (1997). פרשה זו תידון ביתר פירוט בפרק ד' להלן. ראו גם פלר, לעיל ה"ש 1.

²⁶ פרשת **אבו סרור**, לעיל ה"ש 22, בעמ' 492.

השופט מצא כולל בהנמקתו כמה מצבים אפשריים שמן הראוי להבחין ביניהם. המצב הראשון הוא זה המתואר מפורשות בסעיף 300א(ב) לחוק העונשין, המאפשר עונש מופחת רק כאשר הפער בין נסיבות האירוע ובין נסיבות הסייג נעוץ בחריגה מועטה ממתחם הסבירות. כלומר כדי לבחון אם ניתן לחרוג מעונש מאסר עולם חובה, השופט עורך "משוואת סבירות" בין חומרת המעשה שהמאויס נצטווה לעשות (נסמן אותו כ-Sd) ובין חומרת הסכנה שנשקפה לו אם לא יציית לאיום (נסמן אותה כ-St):²⁷

$$Sd \leq St \leftarrow \text{מכירים בסייג};$$

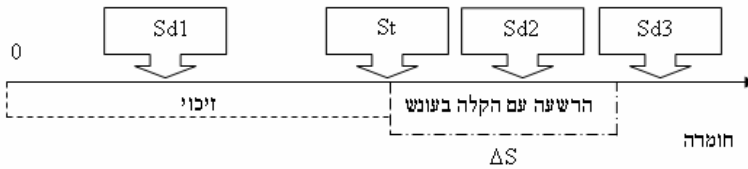
$$Sd > St \leftarrow \text{אין מכירים בסייג.}^{28}$$

אשר להפרש בין St ל-Sd, נראה כי על פי השופט מצא חבוי בניסוחו של סעיף 300א(ב) לחוק העונשין ערך מקסימלי כלשהו, שמעבר לו לא התכוון המחוקק לאפשר הקלה בעונש מחמת מצב של "כמעט סייג". בגישה מתמטית, אם נסמן ב- ΔS את ההפרש שבין Sd לבין St, הרי כל עוד הפרש זה שלילי ($Sd \leq St$) – מכירים בסייג לעניין ההרשעה. כאשר ההפרש חיובי אך קטן, אין הוא מובא בחשבון לענין ההרשעה, אך יש לו חשיבות לעניין הענישה (אולי – "כמעט סייג סביר"). כאשר ההפרש גדול מערך מסוים, אין הסייג רלוונטי בשום שלב. כלומר, במצבים המתוארים בתרשים 1, במצב Sd1 יזוכה הנאשם מחמת תחולתו המלאה של הסייג; במצב Sd2 יורשע הנאשם, אך יוכל ליהנות מעונש קל יותר מעונש החובה בהתאם לתחולת סעיף 300א(ב) לחוק העונשין; ובמצב Sd3, לא יוכל הנאשם ליהנות מהקלה בעונש, כיוון שהפער בין מעשהו לבין הסכנה שנשקפה לו עולה על הערך המקסימלי המגולם במילים "במידה מועטה".

²⁷ החומרה, לכשעצמה, היא פונקציה של הסבל שעלול לגרום האיום/העברה, הנזק שהם עלולים לגרום, וכיוצא בזה.

²⁸ יצוין, כי לפני תיקון 39 לחוק העונשין, קבע החוק במפורש כי אם מדובר בעברה של גרימת מוות תחת איום מוות אין הגנת הכורח עומדת. כיום נראה כי במצב מיוחד זה של $Sd=St$ מכירים בסייג. ש"ז פלר ומ' קרמניצר "הצעת חלק מקדמי וחלק כללי לחוק עונשין חדש ודברי הסבר תמציתיים" משפטים יד 127 (1984), ש"ז פלר ומ' קרמניצר "הצעת חלק מקדמי וחלק כללי לחוק עונשין חדש – שינויים מוצעים על-ידי המחברים" משפטים יז 392 (1987). לעניין דרישת הפרופורציה בסייגים ראו גם: אהרן אנקר הכרח וצורך ביני העונשין (1977), וכן בועז סנג'רו הגנה עצמית במשפט הפלילי (2000).

תרשים 1: הכרה בטענת "כמעט סייג" במצבים של מגבלה על שיקול הדעת השיפוטי



חשוב להבחין בין מצב זה ובין המצב האחר שמזכיר השופט מצא, שבו אי-המילוי אחר תנאי סייג הכורח אינו נובע מחוסר סבירות, אלא מאי-קיומה של דרישה אחרת כלשהי של הסעיף. במצב זה, מלכתחילה אין תחולה לסעיף 300א(ב) לחוק העונשין, כיוון שהפער בין נסיבות האירוע ובין הסייג אינו פער של סבירות ואינו נמדד ב"יחידות חומרה" כמו המשתנים St ו-Sd. ואמנם, בפרשת **אבו סרור** השופט מצא קובע כי המערער לא היה "אנוס" לנהוג כפי שנהג. כלומר הבעיה שמנעה מאבו סרור ליהנות מהסייג המלא הייתה קשורה אולי לחוסר הרצינות של האיום (איום שאין ניתן לומר ש"אנס" את הנאשם לפעול), או לחוסר המידיות שלו (שכן במצב זה יכול היה הנאשם לחמוק מהמצב הבעייתי בדרך אחרת, ולכן לא היה "אנוס" להשתתף בביצוע העברה דווקא), אך לא למידת הסבירות שבפעולתו של אבו סרור. במצב דברים זה נשללה מאבו סרור האפשרות – מבחינה אנליטית – להשתמש בטענת "כמעט סייג".

הגם שנימוקיו של השופט מצא מבקשים להבחין בין שני המצבים, בפועל הוא משתמש בהם בערבובייה. מחד גיסא, הוא עוסק כאמור באי-מילוי התיבה "אנוס" (כלומר קובע כי אבו סרור אינו יכול ליהנות מההקלה בסעיף 300א(ב) לחוק העונשין כיוון שזהו המצב השני). מאידך גיסא, הוא מציין כי מצב של רצח בכוונה תחילה הוא מלכתחילה חמור ולפיכך אינו יכול להוות בסיס לטענת חריגה מתחום הסבירות.²⁹ זוהי טענה בעייתית משתי סיבות. ראשית, סעיף 300א(ב) עוסק מעצם קיומו בעברות רצח, כך שקביעה שהוא אינו מתאים לעברות רצח בשל החומרה שבהן היא קביעה שאינה במקומה. שנית, העיסוק בשאלת החריגה מתחום הסבירות הוא לכאורה מיותר מרגע שנקבע כי דרישות אחרות של סייג הכורח אינן מתקיימות כלל.

הנמקתו של השופט לוי בפרשת **אלון** דומה לזו של השופט מצא, אם כי מופיעים בה הדים לגישה גמישה יותר. מחד גיסא, דחיית טענתה של אלון להקלה בשל מצב

²⁹ "הלוא עניינו של סעיף 300 א(ב) הוא במעשה בו גרם העושה, בכוונה תחילה, למותו של הקורבן. במעשה כזה טבועה חומרה רבה וכלל לא יעלה על הדעת לתארו כחריגה מועטה מתחום הסבירות". פרשת **אבו סרור**, לעיל ה"ש 22.

של "כמעט כורח" מבוססת על כך שרכיב האיום, הדרוש לשם הכרה במצב כורח, לא התרחש; כלומר, הבעיה שבפנינו אינה בעיה של ההפרש בין St ל-Sd, אלא בעיה מסוג אחר:

"במהלך המשפט אמנם התברר כי מה שנחזה להיות כ'איומים' שהושתו על עופר לא היו איומים כלל, כי אם מצגי שווא שעופר הציג בפני אתי. אולם בעניין זה כשלעצמו, יובהר, לא היה כדי למנוע מאתי את הגנת הכורח, שהרי היא סברה באמת ובתמים כי עופר נתון לאיומים מצד נושיו. יחד עם זאת, הגנת הכורח נועדה להעניק פטור אישי למי שהיה נתון לאיומים באופן ישיר, בין אם האיומים כווננו להביא לפגיעה בו ובין אם כווננו להביא לפגיעה בזולתו. במקרה שלפנינו האיומים לא הופנו כלל לאתי, אלא כווננו, כביכול, לעופר. לא לנסיבות כאלה נועדה ההגנה"³⁰.

מאידך, מדברים אחרים המובאים בפסק הדין, ניתן ללמוד כי לשופט לוי גישה קשיחה פחות ל"משוואת הסבירות" של השופט מצא. הגם שהוא קובע כי מעשיה של אלון "אינם דומים כלל" למצב של כורח, הוא מוכן לבחון את הקושי שבו היא נמצאת כשיקול כללי לעניין העונש:

"חרף דחייתה של טענה זו – בדבר הדמיון הנטען בין נסיבותיה של אתי לנסיבות של כורח – הנני סבור כי בין יתר שיקולי הענישה ראוי להביא בחשבון, כפי שעושות הערכאות בכל מקרה אחר, גם את הרקע האישי של מבצע העבירה ונסיבות חייו. ואכן, במקרה הנוכחי נחשף בית-משפט קמא למצוקה הקשה אליה נקלעה אתי, אולם הוא סבר כי שיקול זה מתגמד נוכח חומרתן המופלגת של העבירות, והנזקים האדירים שנגרמו בעטיין (ראו עמ' 19 לגזר-הדין)"³¹.

אשר להפרש בין St ל-Sd, מחד גיסא, קובע השופט לוי כי "מן הראוי לייחד הקלה זו למקרים גבוליים, בהם המבצע ניצב על סיפה של ההגנה"³²; מאידך גיסא, הוא מציין כי "ככל שהפער שבין ההתנהגות ליסודותיה של ההגנה גדולים – כך תקטן הנטייה להתחשב בנאשם במסגרת גזר-הדין שיושת עליו"³³. כלומר, "ערך המקסימום" הקשיח של השופט מצא (שהוא הגבול העליון הרלוונטי של ΔS לעניין הענישה),

³⁰ פרשת אלון, לעיל ה"ש 14, פס' 19 לפסק הדין.

³¹ שם, פס' 20 לפסק הדין.

³² שם, פס' 17 לפסק הדין.

³³ שם.

הוא אך נקודה על פני רצף, שבו ככל שהפער בין ההתנהגות לבין (כל) דרישות הסייג גדל, קטנה הנכונות להכיר בהגנה.³⁴

את ההבדל בין הניסוח ה"בדיד" של השופט מצא ובין הניסוח ה"רציף" של השופט לוי ניתן לתלות בעובדה כי בשונה מפרשת אלון, בפרשת אבו סרור הואשם המערער בעברת רצח. כאמור לעיל, ההקלה בעונש בגין רצח מתאפשרת אך מכוח סעיף 300א(ב) לחוק העונשין, הקובע, כתנאי להקלה, את ΔS ("חריגה במידה מועטה... מתחום הסבירות"). בפרשת אלון, לעומת זאת, ההרשעה הייתה בעברות ממשפחת עברות הגנבה, הנושאות על פי המצב החוקי כיום עונש מקסימום רגיל, ולכן ניתן להתחשב במצב שבו הייתה אלון גם מחוץ לגדריה הקשיחים של טענת "כמעט סייג". כלומר מידת ההגבלה על שיקול הדעת השיפוטי במקרה של עברת רצח, שבה העונש הוא במקרה הרגיל בדיד – זיכוי או מאסר עולם במקרה של הרשעה – מחייבת קריטריון "חזק" יותר לסטייה מן העונש הבדיד, ולכן בפרשת אבו סרור יש חשיבות רבה ל- ΔS . כאשר מידת העונש אינה מוגבלת, והיא נתונה לשיקול דעת – כלומר, במקרה של הרשעה יש לשופט רצף של אפשרויות ענישה – משמעותו של ΔS היא בעיקר סמלית, כי גם במצב Sd3 אפשר תאורטית להתחשב במצוקתו של הנאשם כשיקול ענישה כללי, אף בלא טענת "כמעט כורח".

לאור הבדל זה, מעניין לשים לב לעובדה שגם בפרשת אלון השופט לוי, שאינו כבול לכאורה ב"סד" של סעיף 300א(ב) לחוק העונשין, נוהג איפוק רב ביישומה של טענת "כמעט סייג". חרף העובדה שבעברת הגנבה משמעותו של ΔS היא סמלית בלבד (בניגוד לעברת הרצח, שבה מוגדר ΔS כתנאי מפורש ומוגבל לחריגה מעונש החובה), השופט לוי בוחן את הנסיבות בזהירות, מייחס חשיבות למידת החריגה, ובסופו של דבר דוחה את הערעור על גזר הדין. חשוב לשים לב לאיפוק שיפוטי זה לאור הרטוריקה המלווה את הצעת החוק להבניית שיקול הדעת השיפוטי.³⁵ מתקבל הרושם כי במקרה זה, כמו במקרים אחרים שייסקרו להלן, החשש ששופטים בעלי שיקול דעת גמיש "יתירו את הרסן" בשלב העונש בלא מגבלות פורמליות, דוגמת המגבלות בסעיף 300א(ב) לחוק העונשין ובסעיף 140(ד)(1) המוצע בהצעה להבניית

³⁴ אפשר לפרש את דברי השופט לוי בפרשת אלון כמתייחסים למידה שבה תשפיע הטענה על העונש, או כמתייחסים למידה שבה תהיה לבית המשפט נטייה להתייחס באופן כללי לשיקול דני.

³⁵ "בהיעדר חקיקה שקובעת את מטרות ושיקולי הענישה ואת דרכי האיזון ביניהם, יש יסוד לחשש שהעונש שמוטל על נאשם אינו מדין המחוקק אלא מדינו של השופט, שהכרעתו מושפעת גם מהשקפותיו האישיות. כתוצאה, נגרם לא פעם חוסר אחידות בענישה. אמנם אין שני מקרים זהים לחלוטין, אך יש מקרים רבים שנסיבותיהם דומות. פערים משמעותיים בין עונשיהם של מי שהורשעו, על ידי שופטים שונים באותה עברה ובנסיבות דומות, פוגעים בתחושת הצדק ובאמון הציבור במערכת המשפט." אליהו מצא "רגם לענישה הולמת" הארץ 18.9.2006, ניתן לצפייה בכתובת הבאה: www.haaretz.co.il/hasite/spages/764055.html (נבדק לאחרונה 31.10.2008).

שיקול הדעת השיפוטי, הוא חשש שווא; להפך, נראה כי יש מקום לחשש שללא הכרה מפורשת ב"כמעט סייג" השופטים יימנעו מלתת לנסיבה זו את המשקל הראוי לה.³⁶

3. מדוע יש להבחין בין חריגה מועטה מתחום הסבירות, לחריגה מועטה מתנאים אחרים של הסייג?

בטרם נדון במשמעויות הרחבות של גדר ההכרה בטענת "כמעט סייג", יש להעיר הערה דוקטרינרית אחרונה, הנוגעת למיקודו של סעיף 300א(ב) לחוק העונשין בפערי הסבירות דווקא, ולא בהבדלים אחרים בין נסיבות האירוע לבין הנסיבות הדרושות להכרה בסייג הכורת. עושה רושם כי שני השופטים מתייחסים לשאלת הסבירות כאל שאלה **רציפה** בטבעה (ייתכנו חריגות גדולות או קטנות ממתחם הסבירות), ולשאלות אחרות הקשורות לתנאי תחולת הסייג כאל שאלות **בדידות** (הנאשם יכול שיהיה "אנוס" לבצע את המעשה ויכול שלא, אך אין "אנוס" יותר ו"אנוס" פחות). נראה כי להבחנה זו בין שני סוגי השאלות אין הצדקה, וכי אין סיבה ממשית להבחין בין מצב שבו המעשה חורג במעט מתחום הסבירות ובין מצב שבו המעשה חורג במעט מתחום כל תנאי אחר הדרוש לתחולת הסייג. נתבונן בשני המצבים הבאים:

(1) א' מכוון אקדח אל רקתו של ב', ומאיים עליו כי יהרגו אלא אם כן יהרוג ב' את ג', ד' וה'. ב' מציית.

(2) א' מאיים על ב' כי יהרגו, אלא אם כן יהרוג ב' את ג' למחרת. ב' מציית. כפי שראינו בתרשים מס' 1 לעיל, השאלה אם תוכר טענת "כמעט סייג" במקרה הראשון תלויה בשאלה אם הפער בין St (מותו הצפוי של ב') ל-Sd (מותם הצפוי של ג', ד' וה') קרוב במידה מספקת לפער המקסימלי המגולם בערך המקסימלי של ΔS . בדומה לכך, ניתן להציע משוואה הנוגעת למקרה השני ולמידת המידיות של האיום. נכנה את מועד האיום Tt ואת המועד שבו מתבקש המאיים לעבור את העברה Td. גם לאחר השמטת דרישת המידיות המפורשת מסעיף הכורח, נראה כי דרישה זו מגולמת במילה "אנוס" שבהגדרת הסייג.³⁷ לפיכך נטייתנו להכיר בסייג גדלה ככל שהפער בין Tt ל-Td קטן יותר, כלומר אנחנו שואפים למצב של $\min(\Delta T)$. ככל ש- ΔT גדל, יש לנאשם זמן רב יותר לקרוא לרשויות או למנוע את ביצוע האיום (והעברה) בדרך אחרת, ועל כן קשה יותר ויותר לומר כי הוא "אנוס" לבצע את העברה. כפי שניתן

³⁶ מובן שיש להיזהר מהסקת מסקנות כלליות מדי מפסקי דין של שני שופטים בשני מקרים, ויש לזכור גם כי מדובר בערכאת ערעור שבה נוהגים השופטים ריסון טבעי ונמנעים מלהתערב בגזרי הדין של הערכאה קמא למעט כשאלה חורגים מן הסביר במידה המצדיקה זאת.

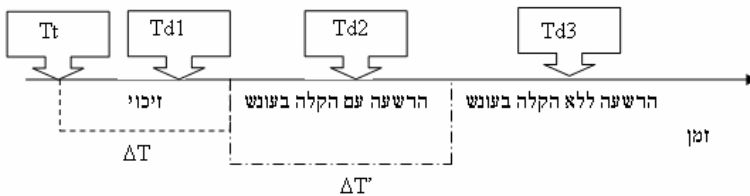
³⁷ ראו עניין **בשיר**, לעיל ה"ש 25, וכן ההסברים בפרק ג(2) לעיל לגבי פרשת **אבו סרור** ופרשת **אלון**.

לראות בתרשים 2, אפשר לדמיין ΔT מקסימלי כלשהו, שמעבר לו לא יוכר הסייג; כלומר, על פי התרשים, במצב Td1 יזכה הנאשם, כיוון שהיה "אנוס" לבצע את המעשה, ובמצבים Td2 ו-Td3 הנאשם יורשע. אך כיוון ששאלת פרק הזמן החולף בין האיום ובין המועד שבו נדרש הנאשם לבצע את העברה היא שאלה רציפה, נוכל לדמיין הפרש אחר, ΔT , שמעבר לו לא נהיה מוכנים להקל בעונש גם מחמת טענת "כמעט סייג". חשובו, למשל, על הניסוח החלופי האפשרי הבא לסעיף 300א(ב) לחוק העונשין, או לסעיף 140(ד)(1) להצעת הבניית שיקול הדעת השיפוטי:

"נסיבות ביצוע מעשהו של הנאשם חרגו במידה מועטה, בנסיבות הענין, מתחום תחולת התנאים הנדרשים לשם תחולת הסייג של הגנה עצמית, צורך או כורח, לפי סעיפים 34, 34א או 34יב".³⁸

אם תתקבל הצעה זו לניסוח חלופי, הרי במצב Td2 יורשע הנאשם אך יזכה בהקלה בעונש מכוח טענת "כמעט סייג", כיוון שהיה "כמעט אנוס" לבצע את המעשה; ובמצב Td3, יורשע הנאשם ולא ייהנה מהקלה, כיוון שהחריגה מתנאי ה"אנוס" כפי שהוא משתקף במידיות אינה מועטה דיה.

תרשים 2: הכרה אפשרית בטענת "כמעט סייג" מחמת חריגה מועטה מדרישת המידיות



ההיגיון שבהצעה להכיר בחריגה מועטה ממכלול תנאי הסייג (ולא רק מתחום הסבירות) לעניין העונש נובע מכך שבבסיס סייג הכורח, כמו בבסיס עקרונות כה רבים בדיני העונשין, מצוי רעיון הבחירה החופשית. כמו סייגים אחרים בחוק, סייג הכורח פוטר מאחריות פלילית, כיוון שזהו מצב שבו הבחירה החופשית מוגבלת במידה כה רבה, עד שאין זה מוצדק לבוא חשבון עם הנאשם בגין בחירתו המצומצמת.³⁹ כל תנאיו קשורים לשאלת הבחירה החופשית: האופן שבו בוצע

³⁸ השוו: סנג'רו הגנה עצמית במשפט הפלילי, לעיל ה"ש 28, בעמ' 451.

³⁹ זאת חרף העובדה שהמעשה לכשעצמו אינו רצוי או מוצדק. סייג הכורח מסווג על ידי רוב

המעשה נשוא האיום, הזמן שעמד לרשות המאויים לסיכול המעשה בדרכים חוקיות ומידת הכפייה שבאיוס. לגבי כל אחד מן התנאים האלה, אפשר לדבר על ספקטרום של מצבים שבהם הנאשם עשוי "לחרוג" במידה מועטה מן התנאים שבהם אנו מוכנים להכיר בסייג. בניגוד למצב המשפטי הקיים, שבו המשתנה היחיד שבו אנו מוכנים להתחשב ב"חריגה מועטה" זו הוא משתנה הסבירות, אפשר להציע למדוד את "החריגה המועטה" כווקטור המורכב מן החריגות שחרג הנאשם ממכלול תנאי הסעיף. הצעה זו מבטאת באופן מלא יותר את התחשבותנו באופן ובמידה שבהם מנצל הנאשם את חופש הבחירה שלו, כאשר חופש זה אינו נשלל מחמת תחולתו המושלמת של הסייג.⁴⁰

עד כה עסקנו בשאלת ההכרה ב"כמעט סייג" מנקודת המבט המשפטית-דוקטרינרית. ואולם, כפי שייטען בפרק הבא, להכרה במצב זה משמעויות רחבות ומרתקות בהרבה, המאירות באור מעניין את ההבחנה שאנו עושים בלי משים בין דמות הנאשם וכללי המשחק בשלב הכרעת הדין, שבו נבחנים הסייגים לאחריות פלילית, לבין דמותו וכללי המשחק בשלב גזירת העונש, שבו נבחנים בין היתר מצבי "כמעט סייג". נפנה עתה לבחינת משמעויות אלה.

ד. המשמעויות הרחבות של טענת "כמעט סייג"

1. קלאסיציזם, פוזיטיביזם ו"פיצול האישיות" של ההכרעה במשפט פלילי

טענה של "כמעט סייג" להקלה בעונש מתאפשרת, כפי שראינו, בשל כללי המשחק השונים בשלב הכרעת הדין ובשלב גזירת העונש. כפי שהוסבר בפרק א' לעיל, המעבר מהכרעה בדידה (אשם/זכאי) להכרעה רציפה (איזה עונש יש להשית על הנאשם) כרוך בשינוי של כללי המשחק ובשמיעת ראיות הפורשות יריעה רחבה יותר בפני השופט, שיש בה "אפורים" רבים על הרצף שבין ה"שחור" (אשמה) ל"לבן" (זיכוי).⁴¹ ואולם יש לשים לב לשינוי עמוק יותר המתחולל בין שני השלבים: השינוי באופן שבו נתפסת דמות העבריין.

הכותבים כסייג מסוג "פטור"; ראו למשל Paul H. Robinson, *Criminal Law Defenses: A Systematic Analysis*, 82 COLUM. L. REV. 199 (1982); אנקר הכרח וצורך בדיני העונשין, לעיל ה"ש 28; סנג'רו הגנה עצמית במשפט הפלילי, לעיל ה"ש 28. עם זאת, יש הסבורים שניתן לסווגו כסייג מסוג הצדק, כיוון שהמחוקק מעוניין לעודד אנשים לציית לאיום בו הם נתונים ובכך למנוע רעה גדולה יותר: Peter Westen and James Mangiafico, *The Criminal Defense of Duress: A Justification, Not an Excuse – And Why It Matters*, 6 BUFF. CRIM. L. REV. 833 (2003).

⁴⁰ לעמדה דומה ראו: סנג'רו הגנה עצמית במשפט הפלילי, לעיל ה"ש 28, בעמ' 356.

⁴¹ הורוויץ, לעיל ה"ש 1, בעמ' 36.

שאלת אחריותו הפלילית של הנאשם, שהיא השאלה הנדונה בשלב הכרעת הדין, מוכרעת על סמך דמותו כאדם רציונלי, אוטונומי, בעל בחירה חופשית – דמות שהיא במידה רבה תוצר של החשיבה הפילוסופית של עידן הנאורות. פילוסופיה זו שמה דגש על כוחו של המשפט ככלי המייצר תמריצים להכוונה אופטימלית של התנהגות, וההנחה היא שבהינתן תמריצים מתאימים, אנשים רציונלים ינהגו על פיהם. הגם שכל תחומי המשפט הושפעו במידה זו או אחרת מפילוסופיה זו, שאלת האחריות הפלילית שימרה אותה באופן הבולט ביותר.⁴² עניין הרציונליות והבחירה החופשית בולטים במיוחד בהגותו של Bentham, המציג את האיסור הפלילי כמנגנון שנועד להגדיל את ה"עלויות" של מעשים אנטי-חברתיים, וכך להניא אנשים רציונלים מלבצע עברות.⁴³ עקרונות אלה נוסחו מוקדם יותר ובאופן מפורש יותר לגבי מערכת המשפט הפלילי, בהשראת Montesquieu, ועל ידי Cesare Beccaria⁴⁴ המוכר בעולם הקרימינולוגי כאבי התאוריה הקלאסית. Beccaria מתייחס למנגנון הענישה הפלילית כמנגנון הכרחי לשם ריסון רדיפת התועלת הרציונלית של הפרט:

"The sum of all these portions of the liberty of each individual constituted the sovereignty of a nation; and was deposited in the hands of the sovereign, as the lawful administrator. But it was not sufficient only to establish this deposit; it was also necessary to defend it from the usurpation of each individual, who will always endeavour to take away from the mass, not only his own portion, but to encroach on that of others. Some motives, therefore, that strike the senses, were necessary to prevent the despotism of each individual from plunging society into its former chaos. Such motives are the punishments established against the infractors of the laws. I say that motives of this kind are necessary; because experience shows, that the multitude

⁴² חשוב לציין כמובן כי לאסכולה זו השלכות רבות נוספות, פליליות ואחרות, למשל, לעניין יצירת תמריצים הולמים לשם ניהולם התקין של מוסדות שלטון בכלל ומוסדות אכיפת החוק בפרט: JAMES MILL, ESSAYS ON I. GOVERNMENT, II. JURISPRUDENCE, III. LIBERTY OF THE PRESS, IV. PRISONS AND PRISON DISCIPLINE, V. COLONIES, VI. LAW OF THE NATIONS, VII. EDUCATION (1824).

⁴³ THE COLLECTED WORK OF JEREMY BENTHAM: AN INTRODUCTION TO THE PRINCIPLES .OF MORALS AND LEGISLATION 143–173 (J. H. Burns and H. L. A. Hart eds., 1996)

⁴⁴ CESARE BECCARIA AND M. DE VOLTAIRE, AN ESSAY ON CRIMES AND PUNISHMENTS (1872).

adopt no established principle of conduct; and because, society is prevented from approaching to that dissolution (to which, as well as all other parts of the physical and moral world, it naturally tends) only by motives that are the immediate objects of sense, and which being continually presented to the mind, are sufficient to counterbalance the effects of the passions of the individual which oppose the general good".⁴⁵

על סמך הנחת מוצא זו, שלפיה כל בני האדם הם יצורים רציונלים שיש לכוון את התנהגותם באמצעות המשפט, מתמקד Beccaria בעברה ולא בעבריו. בין הצעותיו לשינוי החוק האיטלקי הוא כלל את העיקרון המוכר לנו כיום כעיקרון החוקיות – היינו הצורך לקבוע בחוק, מראש ובבהירות, את העברות – כעיקרון המתחייב, מבחינה לוגית, מן הרציונליות של העבריינים ומן הבחירה החופשית שלהם. על פי Beccaria, לא ניתן לצפות מנאשמים פוטנציאליים לכוון את התנהגותם על פי חקיקה בלתי ברורה:

"If the power of interpreting laws be an evil, obscurity in them must be another, as the former is the consequence of the latter. This evil will be still greater if the laws be written in a language unknown to the people; who, being ignorant of the consequences of their own actions, become necessarily dependent on a few, who are interpreters of the laws, which, instead of being public and general, are thus rendered private and particular. What must we think of mankind when we reflect, that such is the established custom of the greatest part of our polished and enlightened Europe? Crimes will be less frequent in proportion as the code of laws is more universally read and understood; for there is no doubt but that the eloquence of the passions is greatly assisted by the ignorance and uncertainty of punishments".⁴⁶

לשם השגת הרתעה אופטימלית, מצדד Beccaria בעיקרון של יצירת מערכת ענישה

45 שם, בעמ' 15, פרק 1.

46 שם, בעמ' 26, פרק 5.

פרופורציונלית לחומרת העברות; כלומר, העונש מותאם לעברה ולא לעבריין הספציפי:

"The necessity of uniting in society being granted, together with the conventions, which the opposite interests of individuals must necessarily require, a scale of crimes may be formed, of which the first degree should consist of those which immediately tend to the dissolution of society, and the last, of the smallest possible injustice done to a private member of that society. Between these extremes will be comprehended, all actions contrary to the public good, which are called criminal, and which descend by insensible degrees, decreasing from the highest to the lowest. If mathematical calculation could be applied to the obscure and infinite combinations of human actions, there might be a corresponding scale of punishments, descending from the greatest to the least; but it will be sufficient that the wise legislator mark the principal divisions, without disturbing the order, lest to crimes of the *first* degree be assigned punishments of the *last*. If there were an exact and universal scale of crimes and punishments, we should then have a common measure of the degree of liberty and slavery, humanity and cruelty, of different nations".⁴⁷

תפיסת הבחירה החופשית וההתמקדות בעברה נדחקה הצדה בעולם הקרימינולוגי מפני האסכולה הפוזיטיביסטית, שחלשה על התחום למן סוף המאה התשע-עשרה ועד לשנות השבעים המאוחרות של המאה העשרים. עם זאת, היא זכתה לעדנה מחודשת בתאוריות נאו-קלאסיות, כמו זו של Gottfredson & Hirschi⁴⁸ אשר

⁴⁷ שם, בעמ' 28, פרק 6.

⁴⁸ ראו: MICHAEL R. GOTTFREDSON AND TRAVIS HIRSCHI, A GENERAL THEORY OF CRIME (1990). ישנם זרמים נוספים, בעיקר בקרימינולוגיה הפרקטית, המדגישים מניעת פשיעה באמצעות מניפולציה של הסביבה (הגברת תאורה ברחוב, מיקום הסחורה בחנות וכדומה) על סמך ההנחה שהעבריינים הם אנשים רציונליים, ולשם הגדלת העלות או הקטנת התועלת של העברה. Ronald V. Clarke, *Situational Crime Prevention*, in: BUILDING A SAFER SOCIETY: STRATEGIC APPROACHES TO CRIME PREVENTION (Michael Tonry, David P. Farrington, eds., 1995).

בעבודתם מייחסים חשיבות רבה למושג השליטה העצמית, שהוא גלגולו של מושג הבחירה החופשית בתאוריה הקלאסית.⁴⁹

הגלגולים השונים בתאוריות הקרימינולוגיות פסחו על תחום הכרעת הדין במשפט הפלילי, שנותר לאורך כל התקופה למן המאה השמונה-עשרה צאצא ישיר, במידה רבה מאוד, של ההגות הבקריינית, וממשיך גם כעת לשקף את עקרונות הרציונליות, הבחירה החופשית וההתמקדות בעברה ובמאפייניה. הדרישה ליסוד נפשי למשל, נובעת ישירות מן העובדה כי בהיעדר "אשם" – מודעות למעשה האסור – קשה לדבר על בחירה חופשית. רבים מן הסייגים לאחריות פלילית – בין מסוג הצדק ובין מסוג פטור – מבוססים על הרעיון שאין זה הוגן להשית אחריות פלילית במקום שבו נשללה מן העברין יכולת הבחירה החופשית, בין מטעמים הקשורים לתכונותיו האישיות (כמו בסייגי הקטניות, אי-השפיות, היעדר השליטה והשכרות) או לסיטואציה שאפפה אותו (כמו בסייגי ההגנה העצמית, הכורח והצורך), וכמה מהם, כמו סייג היעדר השליטה,⁵⁰ אף מתייחסים מפורשות לחשיבותה של הבחירה החופשית לצורך ההכרה בסייג. בכל המצבים האחרים שבהם לא נשללה הבחירה החופשית, תלויה הלגיטימציה של ההכרעה השיפוטית אשם/זכאי בהנחה כי הנאשם יכול היה לבחור בין שתי דרכי פעולה: ציות לחוק או ביצוע העברה.⁵¹ ההכרה במצבי ביניים של בחירה מצומצמת היא אפוא בעייתית במיוחד בשלב הכרעת הדין, כיוון שהם אינם ניתנים לסיווג "נקי" כמצבי בחירה חופשית (שבהם יש אחריות פלילית) או חוסר יכולת בחירה (שבהם אין אחריות פלילית).

במובחן משלב הכרעת הדין, שלב גזר הדין חושף תמונה צבעונית ועשירה יותר של דמותו של הנאשם. את הדמות הקלאסית, הרציונלית ובעלת הבחירה החופשית, מחליפה דמות שפעולתה מוכתבת לא רק על ידי רצונותיה, אלא גם על ידי רקעה ונסיבות חייה. להבדל זה סיבות היסטוריות חשובות. שלב גזר הדין, כשלב נפרד בהליך הפלילי, התפתח רק בסוף המאה ה-18 והתבסס בתחילת המאה ה-19, ולפיכך היה פתוח יותר לשינויים בתפיסות עונשיות בכלל, ולהתפתחויות בכיוון הפוזיטיביסטי-טיפול-שיקומי בפרט.⁵² הקרימינולוגיה שבבסיס שלב גזירת הדין

⁴⁹ גישות מודרניות נוספות המאמצות את דמות העברין הרציונלי ובעל הבחירה החופשית ניתן למצוא בכתביה הסטנדרטית בתחום המשפט והכלכלה: ROBERT COOTER & THOMAS ULEN, *LAW AND ECONOMICS* (5th ed. 2008).

⁵⁰ ס' 34 לחוק העונשין.

⁵¹ עם זאת יצוין, כי יש הסבורים שהעובדה שאדם "יכול" היה לבחור בין שתי אופציות ובחר באחת מהן אינה מחייבת, במובן הפילוסופי הרחב, מסקנה שהוא בעל בחירה חופשית מלאה: Francis V. Raab, *Free Will and the Ambiguity of 'Could'*, 64(1) *THE PHILOSOPHICAL REVIEW* (1955) 60. דיון מעמיק במשמעותה הפילוסופית של שאלת הבחירה החופשית חורג ממסגרתה של רשימה זו.

⁵² להסבר מפורט יותר על השורשים ההיסטוריים של שלב הדין בגזר הדין ראו: Anat Horowitz, *The Emergence of Sentencing Hearings*, 9(3) *PUNISHMENT AND SOCIETY* 271 (2007).

אינה קרימינולוגיה קלאסית, בקריינית; יש בה יסודות חזקים יותר של האסכולה הפוזיטיביסטית בקרימינולוגיה, פרי החשיבה הרפואית-טיפולית-שיקומית של המאה ה-19, שעל פיה מאפייניו של "האדם העבריין" שונים ממאפייני האדם שומר החוק ומעצבים את פעילותו העבריינית. הדיון מפסיק להתמקד בעברה, כבשלב הכרעת הדין ובתאוריה הקלאסית, ותחת זאת מתמקד בעבריין ובנסיבותיו.⁵³ עם זאת, חשוב לציין כי גם בשלב זה אין יכולת הבחירה נשללת לחלוטין, שאם לא כן הייתה מוסרת הלגיטימציה מהכרעת הדין המרשיעה. בשלב גזר הדין אין דמות הנאשם הופכת לבובה הנשלטת על ידי נסיבות דטרמיניסטיות שמחוץ לשליטתה, אלא לדמות ביניים שהעברה שביצעה היא תולדה הן של נסיבות חייה ומצב הדברים בעת ביצוע העברה והן מבחירותיה היא.⁵⁴ גמישות זו לגבי דמותו של העבריין מאפשרת מתן תשומת לב רבה יותר לדקויות ומחייבת התחשבות בשלב גזר הדין בראיות ובשיקולים שאינם יכולים להיכלל במסגרת הדיון הקלאסי, הנוקשה, המתחייב ממסגרת הערכת הדין.

מן ההבדל הזה בין דמות העבריין בשני שלביו של המשפט הפלילי עולה גם הבנה טובה יותר של המתרחש בטענות "כמעט סייג". כשטענת סייג לאחריות פלילית נטענת בשלב הכרעת הדין, התאוריה הקלאסית שבבסיס הדיון אינה מאפשרת הכרה ב"מצבי הביניים" שבין בחירה חופשית ובין היעדרה המוחלט. העמידה על התקיימותם המלאה של כל התנאים להתקיימות הסייג, ודחייתו במקרה שהתנאים לא התקיימו, משקפת הכרעה בינארית, נוקשה, לטובת תאוריית אישיות של בחירה חופשית מוחלטת. לעומת זאת, בשלב גזירת הדין פתוח בית המשפט ל"גוונים של אפור": משהורשע הנאשם ונקבע כי אין מדובר במקרה של דטרמיניזם קיצוני, יכולים

במאמר מסבירה הורוויץ את התפתחות שלב גזר הדין כתוצאה של שינויים משמעותיים בטיבו של ההליך האדברסרי בתקופה זו. הגם ששינוי זה באופן ניהול ההליך הפלילי התרחש מוקדם מכפי ששערו חוקרים אחרים, שייחסו אותו לסוף המאה ה-19, בכל זאת ניתן לומר כי בעת התפתחות התאוריות הפוזיטיביסטיות-שיקומיות היה שלב זה פתוח יותר לשקף את האידיאולוגיה שבבסיסן מאשר שלב הכרעת הדין.

⁵³ מיקוד מחודש זה של הדיון מתאפשר במידה רבה בשל מרכזיותו של שירות המבחן בכלל, ושל תסקיר קצין המבחן בפרט, בשלב גזירת העונש.

⁵⁴ המחפשים "דמות ביניים" כזו בתאוריות בקרימינולוגיה ימצאו דוגמה בתאוריה של הקרימינולוג דיוויד מצא, הסבור כי עבריין נוער "נסחפים" לתוך הפעילות העבריינית, אך עדיין מגלים מידה מסוימת של שליטה בנסיבות חייהם: DAVID MATZA, DELINQUENCY AND DRIFT (1964). תאוריות אחרות בוחנות את "סיפורי החיים" המובלים לפשיעה כשילוב של בחירה ושל גורמים סביבתיים או גאוגרפיים: CLIFFORD R. SHAW & HENRY D. MCKAY, SOCIAL FACTORS IN JUVENILE DELINQUENCY: A STUDY OF THE COMMUNITY, THE FAMILY, AND THE GANG IN RELATION TO DELINQUENT BEHAVIOR (1930); RICHARD A. CLOWARD AND LLOYD E. OHLIN, DELINQUENCY AND OPPORTUNITY: A THEORY OF DELINQUENT GANGS (1960).

אנו להידרש לדמותו המורכבת, המצויה אי שם על הציר שבין הדטרמיניזם הקיצוני לבין הרציונליות המוחלטת, ולדון במצבו ובנסיבות שאפפו אותו באופן עשיר ומעמיק יותר.

2. טענת "כמעט סייג" כמסגרת נורמטיבית לשיקולים של פלורליזם תרבותי

מרכיב נוסף ומעניין של ההבדל בין הדיון בסייגים בשלב הכרעת הדין לבין הדיון בשלב גזירת העונש נוגע לתכנים שאליהם מוכן בית המשפט להיזקק בבחנו את הטענה, ובפרט לרקע התרבותי של הנאשם. במקרים רבים המוכרים בספרות המשפטית כמצבים המתאימים להכרה ב"הגנה תרבותית",⁵⁵ מפרשים אנשים את הסיטואציות שבהן הם נמצאים כסיטואציות של "אין ברירה" כאשר מערכת הערכים והתרבות שבה הם חיים מגבילה את טווח הבחירות שלהם. אישה הכפופה למשטר פטריארכלי מדכא עשויה לחוש כורח לפעול בדרך מסוימת, ולעומת זאת אישה החיה במסגרת פתוחה ושוויונית יותר תיהנה מאפשרויות תרבותיות רבות יותר. יכולתו של בית המשפט לתת משקל לשאלת הרקע התרבותי של הנאשם או הנאשמת, מוגבלת ביותר בשלב הכרעת הדין. אחת הדוגמאות המובהקות ביותר לקוצר ידו של המשפט בתחום זה היא פרשת **בשיר**.⁵⁶ המערערת בפרשה זו חייתה במאהל מבודד תחת מרותם של אביה ודודה, שפקדו עליה, תוך איום על חייה, לסייע לדודה לרצוח את אשתו השנייה של אביה ואת ילדיה. נסיבות חייה של המערערת מתוארות בפסק הדין כדלהלן:

"המאהל רחוק ממקום יישוב כלשהו, אין אליו דרכי גישה סלולות, ואין הוא מחובר לרשת המים, החשמל או הטלפון. המערערת שהתה במאהל עד לאירוע נשוא האישום כחמש-עשרה שנים כשהיא חיה שם בניתוק מוחלט כמעט מן העולם החיצון וכאשר חייה מתנהלים על פי הוראותיהם של האב ושל הדוד".⁵⁷

הנאשמת טענה לסייג הכורח, וטענתה נדחתה על ידי השופט קדמי, שקבע:

"בנסיבות העניין, היה בידי המערערת 'להפתיע' את דודה, להסתלק מן המקום אל מרחבי המרעה שבסביבה, המוכרים לה היטב, להגיע

⁵⁵ ראו הדוגמאות הרבות המובאות ב: ALISON DUNDES RENTELN, THE CULTURAL DEFENSE (2004). כמו כן ראו: Martin P. Golding, *The Cultural Defense*, 15 *RATIO JURIS* 146 (2002); Bruce G. Miller, *Culture as Cultural Defense: An American Indian Sacred Site in Court*, 22 *AMERICAN INDIAN QUARTERLY* 83 (1998).

⁵⁶ פרשת **בשיר**, לעיל ה"ש 25.

⁵⁷ שם, בעמ' 459.

למקום יישוב ולהזעיק עזרה, ומשלא עשתה כן והעדיפה כניעה מיידית לאיום – שהוא, כשלעצמו, היה אומנם 'מוחשי' אך לא בר מימוש מייד. כאמור לעיל – אין לדאוגה כמי שהייתה 'אנוסה' לעשות את אשר עשתה מכוח האיום. לסיכום: 'אנוס' הוא רק מי שלא הייתה לו – בעת עשיית המעשה – ברירה אחרת, ובמקרה דנן, הייתה פתוחה בפני המערערת 'ברירת ההסתלקות' מן המקום והזעקת העזרה".⁵⁸

אף במצב חריג זה, שבו התנאים הפיזיים והתרבותיים שללו את יכולת הבחירה של המערערת, ראה בית המשפט לנכון לקבוע כי היא לא הייתה "אנוסה" לבצע את הרצח, כיוון שעמדו לרשותה כמה ימים לקרוא למשטרה. קביעה זו בעייתית ונראית מנותקת כליל ממציאיות חייה של המערערת.

על סמך ניתוחנו את האופי השונה של שלב הכרעת הדין ושלב גזירת העונש, ניתן היה לשער שבנסיבות פרשת **בשיר** יהיה סיכוי רב יותר לטענת "כמעט כורח" (לעניין גזר הדין), וכי היא עשויה להצליח במקום שטענת הכורח (לעניין הכרעת הדין) נכשלה בו. ואולם השופט קדמי דוחה את הטענה בנימוקים שאינם מייחסים כל משקל לרקע התרבותי המיוחד של המערערת:

"חטאה' של המערערת בקשר לזה נעוץ בכך שבמקום לעשות מאמץ לעזוב את המקום – או, לפחות, להסתפק ב'סיוע' למראית עין בלבד – השלימה ביעילות את מעשה ההמתה שהחל בו הדוד; ולבסוף, אף וידאה את מותם של הקרבנות בשריפת הגופות, כאשר, לגבי דידה, ילדי המנוחה לפחות היו עדיין בחיים. בנסיבות אלו, החריגה מן הסבירות הינה חריגה רבתי, ומכל מקום, לא אותה חריגה מועטה שסעיף 300א(ב) האמור מדבר בה".⁵⁹

בנימוקים אלה ניכר רמז מטרים גם לפסק הדין בפרשת **אלון**. הן בפרשת **בשיר** והן בפרשת **אלון** נדחות הטענות המתייחסות לפטריארכיה כאל גורם המעצים תחושות של כורח מפני שיקולים אחרים המייחסים חומרה לעברה.⁶⁰ לבית המשפט הוגשה חוות דעתה של ד"ר נעמי כהן, פסיכולוגית קלינית, המקשרת בין מצב ה"כמעט כורח" של אלון ובין רקעה המשפחתי, ובה נכתבו בין היתר הדברים הבאים המצוטטים בפסק הדין:

58 שם, בעמ' 467.

59 שם, בעמ' 470–471.

60 עוד על עניין זה בפרק ד(3) להלן.

"אתי גדלה במשפחה פטריארכאלית מובהקת. האב – סוחר אמיד, ניהל את המשפחה ביד רמה. האם היתה תמיד דמות מוצנעת, נטולת השפעה, נעדרת נוכחות. הבן עופר היה נסיך בלתי מעורער בתוך הבית [...] עופר היה הילד הנבחר. המשפחה העריצה אותו וסגדה לו [...] מול הנוכחות המרשימה של עופר והכריזמה הרבה שלו, אתי היתה נערה אפורה, נטולת ברק, צייתנית מאוד. אף פעם לא מרדה [...] [אתי] נטולת שיקול דעת ויכולת להביע את רצונותיה, מתוכנתת בתיכנות ראשוני הטבוע באישיותה לנאמנות טוטלית, לויתור ולציות מוחלט לקוד משפחתי מחייב. הקוד מחייב לכידות משפחתית בלתי מתפשרת, לכל עשייה נדרשת לטובת המשפחה או מי מחבריה (עמ' 9–5 לנ/2)."⁶¹

השופט לוי מסכים, אמנם, כי "במטרה לשפוך אור על המניעים והדחפים שהנחו את אתי בפרשה זו, קיימת רלוונטיות גם לנתונים אודות נסיבות חייה והרקע האישי שלה"⁶² וכי "לכל אלה יש להוסיף את הדינאמיקה המשפחתית הקשה והמורכבת שבצילה גדלה אתי וחונכה, ושבעטיה האפשרות להמרות את פיו של עופר הייתה כרוכה בקושי רב"⁶³. עם זאת, שיקולים אלה אינם נדונים ביתר העמקה במהלך הדיון בטענת "כמעט כורח", והטענה כזכור נדחית משיקולים משפטיים אחרים. נראה אפוא כי הן בפרשת **בשיר** והן בפרשת **אלון**, המסגרת הפתוחה והגמישה יותר של הטיעונים לעונש לא הביאה לקבלתן של טענות תרבותיות שנדחו בשלב הכרעת הדין. תפנית מסוימת בגישה זו ניתן לראות בפסק דין שניתן לאחרונה בפרשת **פלונית**,⁶⁴ שנסייבותיו התרבותיות דומות במקצת לנסיבות פרשת **בשיר**:

"המערערת, צעירה רווקה, ממוצא בדואי, הרתה מיחסים שקיימה עם בן-דודה, ובתום חודשי הריון ממושכים ילדה בן זכר שעם לידתו הציב בפניה דילמה אנושית קורעת לב. המערערת, שכל השכלתה הצטמצמה לארבע שנות למוד בלבד, היתה מודעת להשקפתם של הסובבים אותה ולפיה אישה המקיימת יחסים מסוג זה עם מי שאינה נשואה לו, פוגעת בגיעה אנושה לא רק בכבודה שלה (לו ספק אם יש תקנה), אלא גם בכבודם של בני משפחתה. נוכח זאת, ידעה המערערת כי אם לא תמצא פתרון מהיר למבוך אליו נקלעה, היא עלולה לשלם על כך אף בחייה. וכך נקלעה אישה צעירה זו, שאינה

61 פרשת **אלון**, לעיל ה"ש 14, פס' 14 לפסק הדין.

62 שם, פס' 16 לפסק הדין.

63 שם.

64 ע"פ 4147/06 פלונית נ' מדינת ישראל, תק-על (2)07 4494 (2007).

מצוידת בכלים המוכרים בחברה מודרנית כדי להתמודד עם הריון לא רצוי, לצורך לבחור בין חייה שלה לחייו של בנה שאך זה בא לעולם. בנסיבות קשות אלו גבר במערערת יצר החיים, והוא שהובילה להחלטה הנוראה לקפד את פתיל חייו של פרי בטנה במו ידיה".⁶⁵

בפרשת פלונית הוסכם בין הצדדים על "עסקת טווח", שבמסגרתה הסכימה התיבה לעונש מופחת מכוח סעיף 300א(ב) לחוק העונשין, וטענה לעונש של שבע שנות מאסר. ההגנה טענה לעונש קל יותר, ובית המשפט המחוזי פסק למערערת שבע שנות מאסר, כלומר את "הגבול העליון" של עסקת הטווח. ערעור ההגנה על העונש הניב דעת רוב ודעת מיעוט. השופט לוי, בעל דעת הרוב, דחה את הערעור, אך בנימוקיו דן בהרחבה בבעיית הרקע התרבותי ובזיקתו לטענת ה"כמעט כורח":

"מחד, מדובר בספק-אשה ספק-נערה שביצעה עבירת רצח לכל דבר ועניין. מאידך, אתה תוהה כיצד היו נוהגים רוב הבריות באותן נסיבות, ואם החלטתם היתה שונה מזו שגמלה בלבה של המערערת. שני שיקולים קוטביים אלה חייבו את בית המשפט המחוזי למצוא את נוסחת האיזון הראויה למקרה המיוחד שהובא בפניו. אותה נוסחה היתה חייבת לתת ביטוי לכלל האוניברסאלי בדבר קדושת החיים, ולסלידה העמוקה שחש כל בר דעת מהמתתו של עולל בידי הורה שעקב החולשה האנושית בעט במוסכמות הנהוגות בקרב בני עדתו. מנגד, לא ניתן ואסור להתעלם מן המצוקה האנושית אליה נקלעה המערערת, שעקב הנסיבות בהן גדלה ובהן חונכה לא היתה מצוידת בידע ובכלים העומדים לרשותו של כל מי שחי בחברה מודרנית כדי להתמודד עם מצבים מסוג זה".⁶⁶

גמישות רבה אף יותר ניתן למצוא בפסק הדין של המיעוט. השופט ריבלין, שלו נשמעה דעתו היה מפחית את העונש לחמש שנות מאסר, מתייחס מפורשות לטענות התרבותיות בתוך מסגרת טענת ה"כמעט כורח":

"סבורני כי לא ניתן לשפוט את המערערת, שפעלה מתוך האופק המצומצם של עולמה ומתוך הדלות והבורות בהן גדלה, על פי נורמות החיים המערביים המודרניים, על האפשרויות והידע הקיימים בהם. המערערת היתה נתונה לחשש ממשי ומיידי לפגיעה בחייה בידי אביה והגברים במשפחה, אם וכאשר ייודע להם דבר הריונה [...] מצוקתה

⁶⁵ שם, פס' 3 לפסק דינו של השופט לוי.

⁶⁶ שם, פס' 4 לפסק דינו של השופט לוי.

האישית של המערערת ואימת המוות בה היתה נתונה אינן משקפות תחושות סובייקטיביות בעלמא. יש להן אחיזה ממשית במציאות בה גדלה המערערת, בדלות המכאיבה, בבדידות הקשה ובהעדר כל גורם תומך – הכל במסגרת חברה מסורתית".⁶⁷ (ההדגשה במקור)

ייתכן כי פסק דינו של השופט ריבלין הוא סנונית ראשונה המבשרת על מגמה של פתיחות רבה יותר לטענות סובייקטיביות, הנוגעות לרקעם התרבותי של הנאשמים. אם כך הוא, ברי כי לטענות אלה סיכוי רב יותר להתקבל בעתיד לעניין גזר הדין (במסגרת טענות "כמעט סייג") מאשר לעניין הכרעת הדין.⁶⁸

3. מונוצנטריזם ופוליצנטריזם: איזון טענת "כמעט סייג" עם שיקולים אחרים לעונש

הדיון הפתוח והמעניין יותר בטענות "כמעט סייג" מתאפשר לא רק הודות לתפיסת העברין הגמישה יותר, אלא גם הודות לביזור מוקד הדיון. אם ניזכר במאמרו של Fuller על מגבלות ההכרעה השיפוטית, הרי שאלת הכרעת הדיון היא שאלה מונוצנטרית, הסובבת סביב מרכז אחד ("האם הנאשם ביצע עבירה?"). לעומתה, תהליך גזירת הדין הוא פוליצנטרי ומורכב משקלול של מערכת שאלות שכל אחת מהן חגה סביב מרכז שונה. כמה מן המרכזים הללו עוסקים בשיקולים חיצוניים ("האם יש מספיק מיטות במרכז הגמילה?") "מה הסיכוי שהקורבן ייתקל בנאשם ברחוב?"), ואילו אחרים נוגעים למטרות הענישה הנראות רלוונטיות בעיני השופט: גמול ("איזה עונש מגיע לנאשם?") "האם ועד כמה יש להביא בחשבון את סבלו של הקורבן?") "כמה נזק נגרם?"), שיקום ("האם תקופת כליאה ממושכת מתאימה לנאשם?") "האם יש קהילה טיפולית לגמילה מסמים המתאימה לנאשם?") "מה מנבא תסקיר שירות המבחן לגבי סיכויי הנאשם להשתקם?"), הרתעה ("איזו מידת חומרה תרתיע את הנאשם?") "איזה סוג עונש ירתיע את הנאשם?") "האם הנאשם יבין את משמעותו של מאסר על תנאי?") "האם המדובר במכת מדינה?") "האם תהיה לפסק הדין השפעה על עבריינים פוטנציאליים אחרים?") והרחקה מן החברה או נטילת כושר ("האם הנאשם מסוכן?") "לכמה זמן צריך להגן על החברה מפניו?").

כפי שמדגימות פרשת **בשיר** ופרשת **אלון**, הביזור של מוקד הדיון בשלב גזר הדין עשוי לפעול כחרב פיפיות במצבים של "כמעט סייג". בשלב הכרעת הדין, שאלת הסייג היא השאלה שבמוקד הדיון, שהרי אם מתקיימים תנאי הסייג אין אחריות פלילית. לעומת זאת, בשלב גזר הדין עשוי בית המשפט לאזן את הנסיבות המניבות

⁶⁷ שם, פס' 2 לפסק דינו של השופט ריבלין.

⁶⁸ עם זאת, חשוב לציין כי בפרשת **פלונית** מוצג אלמנט הכורח בפסק הדין כבולט הרבה פחות מבפרשת **בשיר** או בפרשת **אלון**.

טענת "כמעט סייג" עם נסיבות אחרות, ובסופו של דבר להימנע מהקלה בעונש. דבריו של השופט קדמי בפרשת **בשיר** מעידים על כך שהחומרה והברוטליות שבמעשה הרצח הובאו בחשבון גם בעת הדיון בטענת "כמעט סייג". באופן דומה, אף השופט לוי בפרשת **אלון** מזכיר את הנזק הרב שגרמה עברת הגנבה בדחותו את הטענה. הגם שבשני המקרים חומרת העברה יכולה להיות אינדיקטור לחוסר הסבירות שבמעשה, נראה כי ההתחשבות בחומרת העברה נוגעת גם לשיקולים עונשיים אחרים הנוגעים לגמול, להרתעה ולכיבוד קרבן העברה. גמישותם של סדרי הדין, דיני הראיות והתכנים בשלב גזירת העונש עשוי איפוא להקל על קבלתה של טענת "כמעט סייג", אך גם להכביד עליה כאשר שיקולים חיצוניים לחומרא זוכים למשקל שלא זכו לו בשלב הכרעת הדין.

ה. העלאת סייגים לאחריות פלילית כטיעונים לעונש: היבטים אסטרטגיים וטקטיים

הניתוח בשני הפרקים הקודמים מביא למסקנה הלכאורית שמבחינה אנליטית אין למעשה צורך להיזקק לתווית "סייג לאחריות פלילית" בשלב הטיעונים לעונש. כמוסבר בדיוננו לעיל בעניין ענישה בדידה ורציפה,⁶⁹ כאשר עסקינן בעברת רצח, כמו בפרשות **אבו סרוור**, **בשיר** ו**פלונית**, אין לסנגור ברה בשלב גזירת הדין, אלא להיצמד להגדרות הסייג ולנסות להוכיח כי החריגה מתנאיו הייתה מועטה. לעומת זאת, במקרים אחרים, כמו בפרשת **אלון**, אין הסנגור כבול לסייג בטיעונו לעונש, והוא יכול לטעון טיעונים כלליים לקולא הקשורים למצוקת הנאשם. ניזכר בדברי השופט לוי, שדחה את טענת "כמעט סייג" בפרשת **אלון**:

"חרף דחייתה של טענה זו – בדבר הדמיון הנטען בין נסיבותיה של אתי לנסיבות של כורח – הנני סבור כי בין יתר שיקולי הענישה ראוי להביא בחשבון, כפי שעושות הערכאות בכל מקרה אחר, גם את הרקע האישי של מבצע העברה ונסיבות חייו".⁷⁰

אם זהו המצב כשאינן מדובר בעברת רצח, מדוע ניסו הסנגורים בפרשת **אלון** להשתמש בתווית ה"סייג" כשביקשו להקל בעונשה? מדוע על הסנגור להציג את מצבה של אתי אלון כ"מצב של כמעט כורח" כשביכלתו לטעון, כנסיבה מקילה באופן כללי, שאתי "היתה תחת השפעת אחיה והוא הנבל האמיתי בפרשה"? מדוע להיזקק לאסטרטגיה המגבילה, כשאותה טענה מהותית יכולה להיטען באופן מגביל פחות? ניתן להצדיק את האסטרטגיה שנקטה ההגנה בשאלת אלון בשלושה אופנים:

⁶⁹ ראו פרק ג(2) לעיל.

⁷⁰ פרשת **אלון**, לעיל ה"ש 14, פס' 20 לפסק הדין.

(1) קיומו המהותי של סיפור הגנה אחד וההתבססות על אותו סיפור בכל שלבי הדיון; (2) שיקול אסטרטגי הנסמך על פסיכולוגיה שיפוטית; ו- (3) שיקול טקטי של הגשת ערעור בעל שני ראשים. כפי שייטען להלן, לכל אחד מן ההסברים הללו עשויים להיות יתרונות וחסרונות מבחינת ההגנה. נקדיש דיון כל עניין בנפרד.

1. שיקולים מהותיים: ההתבססות על סיפור הגנה אחד בשני שלבי הכרעה הפלילית

כדי להבין את הצורך בסיפור הגנה קוהרנטי, חשוב להבין כי ההפרדה בין שלב הכרעת הדיון ושלב גזר הדין היא במידה רבה מלאכותית. כאשר מתנהל תיק הוכחות, עובדות המקרה מובאות בפני השופט בעת הדיון על ההרשעה. העובדות הללו וההיבטים המשפטיים שהדגישו הצדדים, עומדים לנגד עיניו גם לאחר ההחלטה על ההרשעה, בדיון על העונש. בסופו של דבר מדובר באותה מערכת עובדתית; השאלה אם עסקינן בסייג או ב"כמעט סייג" היא שאלה משפטית של דרגה. אמנם לעתים קרובות מובאים בטיעונים לעונש נושאים נוספים ה"צובעים" את האירוע המשפטי בצבעים עזים יותר, אך הבסיס להכנת האירוע נשוא התיק מונח בשלב הכרעת הדיון. במצב דברים זה מעוניין הסנגור להישאר בתוך מסגרת הסיפור ששימשה בסיס לדיון בדבר הכרעת הדיון, ולא להציג נרטיב חדש לחלוטין בשלב העונש. אם בשלב ההוכחות התרכז הסנגור במאמצים (שכשלו) להציג את האירוע כ"אירוע של כורח", בשלב הטיעונים לעונש אפשר לספר את סיפורו של אותו אירוע כ"אירוע של כמעט כורח". באופן זה נותרת המסגרת הנרטיבית של הדיון שלמה, והסנגור מקדם את פני החשש להרגיז את השופט בהצגת תמונה עובדתית ומשפטית שונה לחלוטין מזו שעמדה בפניו אך בישיבה הקודמת.

יתר על כן, הסנגור עשוי להעדיף להעלות סוגיה עובדתית לדיון כבר בשלב הכרעת הדיון, שבו בית המשפט ערוך טוב יותר להאזין לה ולדון בה. כעולה מן הדיון לעיל, שלב הטיעונים לעונש אינו מובנה ומאורגן כמו שלב הכרעת הדיון. קיים קושי של ממש לדון לעומק בטענות שבסיסן עובדתי בשלב זה. לפיכך גם אם אין סיכוי רב לקבלת טענת הסייג בשלב הראשון של המשפט, לעתים קרובות יעלה אותה הסנגור כבר בשלב זה ולו על מנת שיוכל להציג את סיפור ההגנה הקוהרנטי במקום שבו תזכנה ראיותיו לתשומת הלב המרבית של בית המשפט, וזאת על מנת לבסס את הטענה של "כמעט סייג" בשלב השני של המשפט.

חשוב גם לזכור, כי בסופו של דבר, הן הטענה לסייג והן טענת "כמעט סייג" חולקות בסיס מוסרי ולוגי דומה. בשני המקרים מתבקש בית המשפט לגלות הבנה למצבו של נאשם שיכולת הבחירה שלו נשללה או הוגבלה בשל נסיבות שמחוץ לשליטתו. בפרשת אלון, למשל, הסיטואציה הבסיסית של אחות השבויה בקודים משפחתיים נוקשים והעושה כל שביכלתה להגן על אח מניפולטיבי ותובעני מעוררת

הבנה יותר מהסיטואציה של אישה עצמאית הפועלת לשם קידום טובתה האישית ללא נקיפות מצפון. הדבר נכון הן לגבי שלב הכרעת הדין (שאם לא כן, לשם מה נוצר סייג הכורח?) והן לגבי שלב גזר הדין. רגשות האהדה שמקווה הסנגור לעורר אצל השופט נובעים ממקור דומה, הגם שתוצאתם עשויה להיות שונה בהתאם לשלב בו מועלית הטענה. לפיכך הרצון לספר סיפור קוהרנטי עשוי לנבוע לא רק מן הצורך להשאיר את הדיון בתוך אותה מסגרת נרטיבית, אלא גם מן העובדה שמסגרת נרטיבית זו, היא "לבושה" המשפטי אשר יהא, מגלמת בחובה את השיקולים העשויים להטות את לב השופט לטובת הנאשם, תהא נפקותה של הטיית לב זו אשר תהא.

2. שיקולים אסטרטגיים של פסיכולוגיה שיפוטית

השימוש בטענות הגנה כטיעונים לעונש עשוי להיות שיקול אסטרטגי, המבוסס על הערכת הסנגור בדבר פסיכולוגיה שיפוטית. בפני הסנגור עומדות בשלב העונש שתי ברורות: הוא יכול לטעון טענת "כמעט סייג" מפורשת, והוא יכול להציג אותה מערכת נסיבות כשיקול כללי לקולא. ישנם מצבים מסוימים שבהם הסנגור עשוי להעריך, על סמך התפתחות המשפט והתגובה השיפוטית לטענותיו בשלב הכרעת הדין, כי לקוחו עשוי להרוויח מהבניית הטענה כטענת "כמעט סייג".

כידוע, ההרשעה בפלילים מותנית בהוכחת האשמה מעבר לכל ספק סביר, וכאשר הנאשם טוען לסייג לאחריות פלילית, עליו להעלות לפחות ספק סביר בדבר התקיימות הסייג.⁷¹ חשבו על מצב שבו נטענה טענת סייג לאחריות פלילית בשלב הכרעת הדין. כאשר השופט דוחה את הטענה, הוא עשוי לדחות אותה מכול וכול (למשל, כשהטענה מתגלה כשקרית). מאידך, השופט עשוי לדחות טענת סייג גם כאשר יש ספק בלבו שמה סייג מתקיים, אך ספק זה אינו עולה כדי הספק הסביר. במצב שני זה, כאשר הסנגור מכין את טיעונו לשלב העונש לאחר דחיית טענת סייג בשלב הכרעת הדין, הוא עשוי לנצל את אי-הנחת שהוא משער כי השופט חש לאחר דחיית הטענה. "הלבשת" הטענה שנדחתה בלבוש משפטי חדש של "כמעט סייג" מעניקה לשופט, למעשה, הזדמנות נוספת לקבל את הטענה (או, לפחות, לקבלה למחצה), ולהשקיט את ההתלבטות השיפוטית שאולי רוחשת עדיין בלבו לאור דחיית הטענה לעניין הכרעת הדין. בהציגו את הטענה כטענת "כמעט סייג" הסנגור מאפשר לשופט "לפצות" את הנאשם, במישור המוסרי, על אי-קבלת הטענה בשלב הכרעת הדין. יתר על כן, הגמישות הרבה יותר שיש לשופט במצב של "כמעט סייג" מאפשרת לו לסגת מהכרעת הדין שדחתה את טענת הסייג המקורית באופן מכובד, כאשר פסיקתו נותרת עקבית: נסיבות האירוע לא עלו כדי הכרה מלאה בסייג, אך הן עלו

⁷¹ ס' 34 ככח לחוק העונשין.

כדי הכרה במצב הקרוב לסייג.

השיקולים הללו עשויים להתעצם כאשר בדין יושב מותב ולא דן יחיד. מחקרים על התנהגות שיפוטית מאשרים כי החלטות שופטים במותב מושפעות מדעותיהם של השופטים האחרים היושבים בדין.⁷² ייתכן מצב שבו הנאשם הורשע בדעת רוב תוך דחיית טענת סייג, וכדי לרכך את הקונפליקט שנוצר בין חברי המותב יצטרף לפחות אחד משופטי הרוב לשופט המיעוט בהכרה ב"כמעט סייג". ייתכן גם מצב שבו ההחלטה המרשיעה התקבלה פה אחד, אך בדיונים בין השופטים הועלתה ונדחתה האפשרות להכיר בסייג. גם במצב זה, ההכרה ב"כמעט סייג" בשלב גזר הדין עשויה לשקף את ההתלבטות החבויה משלב הכרעת הדין. בכל המצבים האלה, העלאת הטענה תוך אזכור מפורש של הקרבה לסייג, ולא כנסיבה רגילה לקולא, מאותתת לשופטים כי מדובר בהזדמנות "לפצות" על שאירע בהכרעת הדין.

שיקול פסיכולוגי זה עלול כמובן לפעול כחרב פיפיות נגד הנאשם. ראשית, ייתכן מצב שבו השופט דחה את טענת הסייג מכול וכול ואף ראה בה טענה מקוממת. במקרה כזה יש כמובן סכנה שה"שידור החוזר" של טענות הסייג מן הדיון בהכרעת הדין יעורר אנטגוניזם אצל השופט והטענה תידחה, מקום שבו טענה "חלשה" יותר לעונש, בלי לעורר את הדמיון לסייג, הייתה מצליחה. לעתים גם אם השופט התלבט במתן גזר הדין, הוא עלול לחשוש כי קבלת טענה של "כמעט סייג" מחלישה את הכרעת הדין. מיומנות הסנגור תלויה, בין היתר, ביכולתו לזהות נכונה את "מזג האוויר השיפוטי" לאחר הכרעת הדין, ולנסח את הטענות לעונש באופן שבו אוזנו של השופט תהיה קשובה להם.

יתר על כן, לפחות במצב המוסדר בסעיף 300א לחוק העונשין לגבי עברת רצח, עלול הנאשם למצוא עצמו במצב בעייתי לא רק מבחינה פסיכולוגית, אלא גם מבחינת הדרישות הפורמליות של נטל ההוכחה. כידוע, קובע ס' 34כב לחוק העונשין כי באשר לסייגים לאחריית פלילית, מוטל על הנאשם רק לעורר ספק סביר בדבר התקיימותם. מאידך, לגבי סעיף 300א לחוק העונשין נפסק מפורשות כי נטל ההוכחה כי תנאי "כמעט סייג" מתקיימים רובץ על הנאשם ברמה של מאזן הסתברויות.⁷³ נוצר אפוא מצב אבסורדי שבו קשה יותר, מבחינה ראייתית, לקבל טענה של "כמעט סייג" בשלב השני של המשפט מאשר לקבל טענת התקיימות הסייג עצמו בשלב הראשון של המשפט (טענה שהשלכותיה, כמובן, גדולות בהרבה, שכן היא עשויה להוביל לזיכוי).⁷⁴

⁷² יורם שחר, מירון גרוס ורון חריס "אנטומיה של שיח ומחלוקת בבית-המשפט העליון – ניתוחים כמותיים" **עיוני משפט** כ 749 (1997).

⁷³ ע"פ 3243/95 **צאלח נ' מדינת ישראל**, פ"ד נב(1) 769 (1998). זהו ככל הנראה נטל ההוכחה גם לגבי טיעונים "רגילים" לעונש.

⁷⁴ נפקויותיו המעשיות של פער זה במידת ההוכחה תלויות כמובן במידה שבה ההכרעה השיפוטית מושפעת בפועל מנטלי ההוכחה השונים. לא מצאתי פסק דין שבו נאמר מפורשות כי לו היה

3. שיקולים טקטיים: הגשת ערעור בעל שני ראשים, על הכרעת הדין ועל גזר הדין

שיקול נוסף בבסיס ההחלטה להשתמש בטענה של "כמעט סייג" הוא שיקול טקטי. ערעורים פליליים מטעם הנאשם מוגשים מסיבות שונות ומגוונות, ולא תמיד יש ביכולתו של הסנגור לצפות מראש את שיתרחש בתיק עד למועד הדיון בערעור. לעתים מוגש הערעור בימים האחרונים לפני חלוף המועד להגשתו, והנימוקים מוגשים מאוחר יותר ברשות בית המשפט; במצב דברים זה, ייתכן בהחלט שהסנגוריה תערער על הכרעת הדין וגם על גזר הדין, ובסופו של דבר תחליט שסיכויי הערעור על הכרעת הדין קלושים ותתרכז בעתירה להקלה בעונש. לעתים מוגשים ערעורים על מנת לקדם פניו של מצב שבו עשוי להיות מוגש ערעור תביעה; הערעור הנגדי נתפס כאסטרטגיה "מאזנת", העשויה להשפיע פסיכולוגית על השופט שלא לקבל את ערעור התביעה. במצב זה, אפשר שבעת הגשת הערעור מוגשת גרסה כללית ו"מנופחת" שלו, הכוללת ערעור על הכרעת הדין, כדי לצמצמה ולמקדה מאוחר יותר. במצבים אלה ואחרים, הערעור המקורי מתייחס הן להכרעת הדין והן לגזר הדין; כשמתקרב מועד הדיון בערעור חוזרת בה ההגנה מן הערעור על הכרעת הדין ומתרכזת בערעור על גזר הדין. במצב כזה, טענות שהתכוונה ההגנה לטעון נגד ההרשעה עוברות "הסבה" ונטענות כטענות להקלה בעונש. אפשר לומר גם כי בשלב הערעור, שבו הנטייה השיפוטית היא שלא להתערב בגזר הדין למעט במצבים של חריגה משמעותית מרמת הענישה המקובלת, השימוש בטענת "כמעט סייג" הוא בבחינת איתות לשופטים שמדובר במקרה חריג במיוחד, ה"קרוב" למקרים שבהם אין מוטלת אחריות כלל. ברגיל נקודת ההתייחסות של ערכאת הערעור היא לגזר הדין של הערכאה ששמעה את התיק. בעצם השימוש בטענת "כמעט סייג" מוסיף הסנגור נקודת התייחסות נוספת: המצב החלופי האפשרי של זיכוי. רטוריקה זו באה לאפשר לשופטים מבחינה מנטלית להצדיק את שינוי העונש בערעור.

1. סיכום ומסקנות

כאמור ברשימה זו, במצב המשפטי הקיים, שבו שיקול הדעת השיפוטי אינו מובנה למעט בעברת הרצח, עומדים לרשות הסנגוריה כמה כלים רטוריים ומשפטיים. כמו בעברת הרצח, הסנגור רשאי כמובן לטעון טענה מפורשת של "כמעט סייג" כאשר

נטל הוכחת סעיף 300 לחוק העונשין על התביעה היה הנאשם זוכה להקלה בעונש. לעומת זאת, בע"פ 2457/98 **שמן נ' מדינת ישראל**, פ"ד נו(4) 289, 297 (2002), מצייין בית המשפט העליון בשם בית המשפט המחוזי כי "שגם אילו יצא מנקודת הנחה כי די בקיומו של ספק סביר באשר לכושרו הנפשי של המערער כדי להפעיל את סעיף 300, הרי שלאור כל החומר שלפניו אין מתעורר בלבו ספק כזה".

הוא סבור שהבניית הטענה באופן זה תסייע להדגשת המצב המיוחד שבו היה נתון הנאשם; לחלופין הוא רשאי לתאר את מצבו של הנאשם על סמך אותה מערכת עובדתית אך ללא הלבוש של "כמעט סייג", כאשר הוא חושש כי טענה פורמלית יותר תזיק לנאשם. בעברת הרצח כפופה הסנגוריה להוראות סעיף 300א(ב) לחוק העונשין, הדורשות כיום לשם הכרה בסייג "חריגה במידה מועטה" מתחום הסבירות. הרשימה הציעה תיקון הגיוני לסעיף זה, שיאפשר החלתו על חריגה מועטה גם מתנאים אחרים של הסייגים השונים.

שאלת הכורח, וההצדקים הדומים לו, היא רק אחד מן המקומות הלימינאליים שבהם נפגשים הכרעת הדין וגזר הדין. סוגיות נוספות שלא נדונו לעומק ברשימה זו קשורות לסייגים מסוג פטור, ובפרט מחלות נפש. סעיף 300א(א) לחוק העונשין, למשל, מייצר מנגנון של "כמעט סייג" עבור הפרעות נפשיות שאינן עולות כדי מחלת הנפש הנדרשת לשם קביעה כי הנאשם אינו בר עונשין.⁷⁵ ישנם מקומות נוספים שבהם מסתמך המשפט הפלילי על גזר הדין כאמצעי לתקן ולרכך את הקשיחות של שלב הכרעת הדין; אחת הדוגמאות האפשריות לכך היא עברת המתת תינוק, המשתמשת במנגנון של עברה חמורה פחות ועונש קל יותר כדי "לתקן" מצב שבו על פי עקרונות הבחירה החופשית הקלאסיים, הייתה אישה שהמיתה את תינוקה במצב הנפשי המיוחד של דיכאון לאחר לידה נאשמת ברצח או בהריגה.⁷⁶

לגמישות המתאפשרת בשלב גזר הדין יש יתרונות רבים, ויש לה פוטנציאל "לרפא" פגמים שנובעים מהמוגבלות של הכלים המשפטיים של שלב הכרעת הדין להכיר בטענות של דטרמיניזם ובחירה חופשית מוגבלת. כפי שראינו ברשימה זו, הגם שהשימוש בטענת "כמעט סייג" לצורך התחשבות רגישה יותר בשאלות תרבותיות היה מצומצם עד כה, ייתכן שדעת המיעוט בפרשת פלונית מסמנת התפתחות חיובית, שבהמשכה ישמש גזר הדין מקום לדיון בשאלות תרבותיות רגישות וחשובות שהדיון בהן אינו אפשרי במגבלות הקיימות על שלב הכרעת הדין.

אפשר להבין את המבוכה השיפוטית סביב העיסוק בבעיה פוליטנטרית, בלתי ממוקדת ובלתי מובנית בשלב גזר הדין, ואת ההיצמדות לנוסחאות התואמות את

⁷⁵ ראו למשל: Yuval Melamed, Roberto Mester, Jacob Margolin & Gal Levertuv, *The Concept of Severe Mental Disorder and the Amended Law of Reduced Punishment for Murder*, 22 MED. & L. 259 (2003).

⁷⁶ נכון אמנם כי המנגנון הטכני שבו עושה חוק העונשין שימוש לשם הבחנה זו הוא יצירת אישום נפרד להמתת תינוק, ולא קביעת עונש מופחת לעברת הרצח או ההריגה; עם זאת, לדעתי האמצעי הפורמלי שבו משתמש החוק חשוב פחות מן התוצאה שהוא משיג. כידוע ישנם מקרים שבהם החוק מבחין בין דרגות חומרה שונות על ידי הוספת נסיבות מחמירות ומקלות בגוף סעיף האישום (כמו בעברת האינזוס) וישנם מקרים שבהם הוא יוצר סעיפי אישום נפרדים לשם השגת אותה תוצאה (כמו בעברות הגנבה). שאלת המשמעויות המהותיות של הבדלים טכניים אלה חורגת ממסגרת רשימה זו.

הנוסחה בסעיף 300א(ב) לחוק העונשין גם במקרים שבהם אין לו תחולה ואין בו צורך בשל האפשרות לטעון את הטענות באופן חפשי יותר. עם זאת, התבוננות בפסיקה מן השנים האחרונות מעוררת את התחושה שגמישות שיפוטית בשלב גזר הדין היא הכרחית. בלתי אפשרי לנתק את ההכרעות בגזר הדין ממה שקדם להן בהכרעת הדין, ולפיכך הבניית שיקול הדעת השיפוטי עלולה להכניס את השופטים לסד דומה לזה הקיים כיום בעברת הרצח ולמנוע את ההזדמנויות הללו לתיקון המגבלות של שיטת ההרשעה/זיכוי הבינארית ולריפויין. לפיכך הלקח הרחב החשוב ביותר שניתן ללמוד בנקודת הזמן הנוכחית מן ההתמודדות השיפוטית עם שאלות "כמעט סייג" הוא עד כמה חשוב לאפשר לשופטים גמישות בשיקול הדעת בשלב גזר הדין. ומפרשת פלזנית ניתן ללמוד גם כי הם נוהגים באיפוק רב כשהם בוחנים טענה מסוג זה.

הערה אחרונה זו חשובה במיוחד בעת שבה תלויה ועומדת כאמור, הצעת חוק להבניית שיקול הדעת השיפוטי. לפחות בתחום המצומצם של טענת "כמעט סייג", נראה כי הצעת החוק במתכונתה הנוכחית, היא בעייתית. ההלכה המשפטית מלמדת, כי השופטים ממילא נוטים "להבנות" את שיקול דעתם באופן בלתי פורמלי במצבי "כמעט סייג", ולפיכך אינם נדרשים להבניה נוספת; הסכנה שבהבניה שיפוטית חיצונית היא שזו עלולה להגביל את החופש השיפוטי לחרוג ממסגרתה של תבנית "כמעט סייג" במקרים המתאימים, כמו למשל במקרים שבהם שלובים בטענת "כמעט סייג" אלמנטים תרבותיים. אם נדרשת הבניה של שיקול הדעת השיפוטי לגבי מצבי "כמעט סייג", נראה שיש לנסח את ההיתר לחרוג לקולא באופן גמיש ככל האפשר, כך שהוא יתפרש לא כהגבלה על שיקול הדעת השיפוטי, אלא כמתן רשות לחשוב "מחוץ לקופסה" ולהתייחס לנסיבות ביצוע העברה גם בשלב גזירת הדין. מובן כי הדיון בהצעת החוק חורג בהרבה ממסגרתו של הדיון ברשימה זו; תקוותי היא כי הקוראים ישתמשו בדיון בטענת "כמעט סייג" לא רק לשם הבנתה של הסוגיה המצומצמת עצמה, אלא גם כצוהר להבנת ההבדלים בין שלב הכרעת הדין לשלב גזירת הדין, ולהבנת חשיבותה של גמישות ויצירתיות שיפוטית לפחות בשלב גזירת הדין.

מאמר זה נכתב לכבודו ולזכרו של ד"ר דיוויד וינר, עמו היה לי הכבוד והעונג לעבוד בתקופת שירותי בסנגוריה הצבאית. אני תקווה כי המאמר יקדם את הדיון בזכויות נאשמים ובפתיחות שיפוטית לממד האנושי שבהליך הפלילי, אידאליים שהיו נר לרגליו של ד"ר וינר בעבודתו הקדושה והחשובה. יהי זכרו ברוך.