

אלמלא מוראה של מלכות¹ - re-engineering בשולי פרשת שחר מזרחי²

מאת: אריה רוטר, עו"ד³

מזרחי הועמד לדין והורשע בהריגה. בית המשפט המחוזי גזר עליו 15 חודשי מאסר בפועל וכן מאסר על תנאי. מזרחי ערער על ההרשעה ועל חומרת העונש לבית המשפט העליון. מנגד, המדינה ערערה על קולת העונש.

בערעורו טען מזרחי כי חלה עליו "הגנה עצמית מדומה", כיוון שטעה טעות כנה בנוגע למידת הסכנה שנסקפה לו מהמנוח. לחלופין, טען שיש להמיר את עונש המאסר בפועל שנגזר עליו בעונש מאסר שירוצה בעבודות שירות.

כאמור, בית המשפט העליון דחה את ערעורו של מזרחי וקיבל את ערעור המדינה על קולת העונש. בית המשפט קבע כי לא הוכח שמזרחי חש סובייקטיבית סכנה מוחשית לחייו, וכן, לא הוכחה נחיצות הירי אל עבר ראשו של המנוח. על כן, משלא התקיימו שני יסודות אלה, לא ניתן לקבל את טענת ההגנה העצמית המדומה. נוכח שיקולי ההרתעה וערך חיי האדם, ראה בית המשפט העליון להחמיר בעונשו של מזרחי במידה משמעותית ולהעמידו על 30 חודשי מאסר בפועל.

ההחמצה

גם אם מבחינה משפטית צרופה פסיקת העליון הינה בגדר סוף פסוק - בחלל האוויר נותרה תחושה של החמצה. פסק הדין עורר פולמוס תקשורתי נדיר באופיו ובמימדיו. קברניטי המשטרה, שריה, ראשיה ויועציה, נתפסו כלוקחים צד מובהק בוויכוח הציבורי שהתפתח מתוך איזו מחויבות קולגיאלית לתת גיבוי ולחזק את תחושת אחדות השורות; ומנגד, בית המשפט, בצעד נדיר, יצא להגן על פסיקתו, בניגוד למנהג הרווח שהגנה או ביקורת על פסקי דין - צריכות לעולם להיעשות על ידי אחרים. הציבור הרחב, זה שאינו בקיא בפרטים וגם לא מתאמץ במיוחד לבררם קודם לגיבוש עמדתו, נותר נבוך נוכח ההתנצחות המתקשרת בין העומדים המרכזיים של בניין שלטון החוק. בתחושתו הפנימית אהד הציבור, מטבע הדברים, את עניינו של 'השוטר הטוב' שנתפס כמשלם מחיר אישי יקר

הטיפול המשפטי בעניינו של השוטר שחר מזרחי, כך ניתן להניח, הסתיים לעת עתה. בית המשפט העליון אמר את דברו, דחה את ערעורו על ההרשעה, קיבל את ערעור המדינה על קולת העונש והכפיל אותו לכדי 30 חודשי מאסר. משהוגשה בקשת חנינה, כפי שנתבשרנו בתקשורת, יהיה על משרד המשפטים לגבש המלצה לנשיא המדינה ועל זה יהיה להכריע בגורלו. שיקולי הרשות החוננת רחבים הם ולא נעסוק בהם כאן.

הרקע

להלן תמצית העובדות כפי שנקבעו בסופו של דבר על ידי בית המשפט: בליל האירוע נטל שחר מזרחי, יחד עם שוטרים נוספים, חלק בפעילות יזומה לחשיפה ומניעה של פריצות לכלי רכב. לאחר שאחד השוטרים הבחין באחד (להלן: "המנוח") בעת שניסה לפרוץ לרכב, הגיעו מזרחי ושני שוטרים נוספים למקום האירוע. רכבם המשטרתי חסם את הרכב שנפרץ, שבתוכו ישב המנוח. לאחר שמזרחי הזדהה כאיש משטרה וצעק למנוח לעצור, יצא האחרון מהרכב שנפרץ ורץ לכיוון רכב אחר שבו הגיע למקום, יחד עם חברו. מזרחי רדף אחר המנוח והשיגו כאשר זה הגיע בסמוך לרכב האחר. בין מזרחי לבין המנוח התפתח עימות, שבמהלכו ניסה המנוח לדקור את מזרחי באמצעות מברג. לאחר ניסיון התקיפה - שאין טענה כי מזרחי נפגע בו - נכנס המנוח לרכב והתיישב במושב הנהג. בשלב זה שלף מזרחי את אקדחו, ניפץ באמצעותו את שמשות דלת הנהג וקרא למנוח לעצור. המנוח, שניסה להימלט ממקום האירוע, התניע את הרכב והחל בנסיעה שמאלה כדי לצאת ממקום החנייה בו חנה הרכב. תוך כדי התזוזה הראשונית של הרכב, שהיה במהירות מינימאלית, פגע הרכב במזרחי פגיעה קלה בעת שעמד בסמוך לדלת השמאלית של הרכב. בשלב זה ירה מזרחי ירייה אחת לכיוונו של המנוח. הקליע חדר לראשו של המנוח וגרם למותו. לאחר הירי נפל מזרחי לאחור וקם מיד לאחר מכן.

1 "רבי חנינא סגן הכהנים אומר: הווי מתפלל בשלומה של מלכות שאלמלא מוראה, איש את אחיו חיים בלעו". אבות, ג, ב.

2 ת"פ 6088/07 (מחוזי חיפה); ע"פ 8133/09 (עליון, ניתן ביום 21.7.10) (להלן: "פרשת שחר מזרחי").

3 מרצה במרכז האקדמי למשפט ועסקים ברמת גן ובמרכז האוניברסיטאי אריאל בשומרון; לשעבר היועץ המשפטי של שירות הביטחון הכללי (2006-1999) וסגן

הינה מופרזת. הדברים מסובכים במיוחד כשעל הפרק נבחנת פעולה בנסיבות של דחיפות - כמו הפעלת נשק קטלני בתוך חלקי שנייה כפועל יוצא של החלטת חירום - פעולה שלעולם נתונה לפרשנות ולספקנות, לרבות בניתוח העצמי בדיעבד של מפעיל הנשק עצמו. אדם נורמטיבי הגון חפץ, מעבר להצלתו המשפטית, גם באמונה שפעל כדין, ולו רק למען שלווה הנפש שלו. אמונה כזו עלולה לשבש את תפיסת המציאות שלו בעת מתן גרסאותיו לאירוע בו נטל חלק מרכזי, וכן את עקביותו. להבנת מצבו המשפטי המדויק יש חלק לא מבוטל - במודע או בתת מודע - בהקשר זה. ייעוץ משפטי אודות המצב המשפטי, כשהן המרכיב העובדתי והן המרכיב המשפטי נמצאים עדיין בשלבי עיצוב - הינו בגדר משימה כמעט בלתי אפשרית, ככל שהימורה הינה לסייע לחשוד במצוקתו באורח מהותי מעבר להסתפקות באמירות אקדמיות וכלליות.

הערכה המשפטית (The legal kit) להפעלת כוח בידי איש החוק - תזכורת קצרה

לכאורה מצויים 'בארגז כליו' של איש החוק בצאתו למלאכת יומו שלושה מרכיבים לעיגון חוקי של פעולותיו הכוחניות: **המרכיב הראשון** הוא מרכיב הסמכות, שבא לביטוי במסגרת הסעיפים 3 עד 5 לפקודת המשטרה: **"משטרת ישראל תעסוק במניעת עבירות ובגילוי, בתפיסת עבריינים ובתביעתם לדן... ובקיום הסדר הציבורי ובטחון הנפש והרכוש"; "לכל שוטר יהיו כל סמכות, חיסיון וחסינות הכרוכים במשרת שוטר לפי כל דין, ויטול על עצמו כל תפקיד ואחריות הכרוכים בה".** תפקיד מרכזי של שוטר באשר הוא: **"לעצור כל אדם שיש לו יסוד סביר לחשוד בו כי הוא מחזיק או מעביר, בכל אופן שהוא, רכוש גנוב או כל דבר שהחזקתו אינה חוקית, ולחפש בכליו ובגופו של אדם כאמור".**

בעניין סמכות השימוש בכוח לשם מימוש המעצר, מוסיפה פקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) [נוסח חדש], תשכ"ט-1969, בסעיף 19, מימד מעשי: **"מי שהוסמך לעצור אדם חב-מעצר רשאי להשתמש בכל אמצעי סביר הדרוש לביצוע המעצר, אם האדם מתנגד למעצר או מנסה להתחמק ממנו".** ברי - וקולמוסים הרבה נשברו בסוגיה זו - כי בלית ברירה אחרת רשאי שוטר להפעיל כוח - סביר, מידתי וענייני - לשם מימוש חובתו הציבורית, עד כדי, בנסיבות קיצוניות, שימוש קטלני בנשק. מערכות הביטחון השונות, והמשטרה בכללן, תרגמו את הפרקטיקה של השימוש "בכל אמצעי סביר", ככל שנוגע לשימוש בנשק, למיומנות מעשית ולמסגרת כתובה של הוראות פתיחה באש, שגם חוקיותן עברה לא פעם - בהקשרים שונים - תחת שבט ביקורתו של בית המשפט⁵.

מדי בגין מאבקו 'בעברייני הרע' אותו ניסה - בשם אותו ציבור - לעצור ולהביא לדין. האהדה הציבורית הזו לצד השוטר, שנתמכה על ידי גורמי אכיפת החוק עצמם, באה ללא ספק על חשבון כיבוד תבונת הפסיקה, ונראה בעליל שנבעה יותר "מן הבטן" ופחות מעיון בנימוקים המלומדים של בית המשפט על שתי ערכאותיו. כך או אחרת ניתן לומר כי הוויכוח הפומבי לא תרם להעשרת הידע של הציבור, לא קידם דיון ערכי משמעותי ולא חיזק, בלשון המעטה, את מידת האמון שלו במערכות אכיפת החוק בכללותן.

במבט לאחור השאלה שראוי לברר הינה מה פשר הפער הזה שבין הפסיקה המנומקת של בית המשפט לבין תחושות הציבור הרחב. האם זה רק עניין של מגבלות ההסברה וההבנה או שמא יש גם מקום לדיון מקצועי ולהפקת לקחים במישור המשפטי. ברי כי בתי המשפט אינם פוסקים - וחלילה שיפסקו - לפי טעם הקהל. עם זאת, החוק צריך להיות באופן בסיסי נהיר ומקובל על נתיניו ומקום שהתוצאה נתפסת כצורמת - נדרש בירור רציני של הסיבות לכך.

ננסה לעשות מה שבדרך כלל עלול להיחשב כלא לגיטימי או למיצער לא הוגן: לנתח את הדברים בחוכמה שלאחר מעשה. לעשות פירוק והרכבה מחדש - או מה שנקרא בלשון המהנדסים - reverse engineering. השאלות שיש לשאול בתחקיר הפקת לקחים מעין זה הן: מהם קווי ההגנה הבאים בחשבון בנסיבות העניין? האם נבחנו אמות המידה המשפטיות מול אחרות-מקבילות באותו תחום? ומה באשר להיבט הציבורי-הסברתי של הנושא, אשר גם אם אינו בליבת העניין המשפטי, בעידן הנוכחי ברי כי יש לו משקל לא מבוטל? לתחקיר כזה עשויה להיות תועלת לסנגורים של אנשי חוק אם יועמדו לדין בעתיד, כמו גם לתביעה השוקלת הגשת אישומים נגדם, ולבתי המשפט הזנים באישומים כאלה⁶.

סנגוריה מלאכה קשה

ייאמר מיד: הנחת הדיון היא שמזרחי זכה במקרה הקונקרטי לייעוץ ולהגנה הטובים ביותר בנסיבות העניין. ייעוץ הולם בשלב החקירה והגנה טובה בשלב המשפט הינם רבי אחריות ואינם פשוטים. בהקשר זה קשים חייו של הסנגור המעניק ייעוץ משפטי במהלך החקירה, מאלו של זה שמנהל את המערכה בבית המשפט. היכולת לתת לחשוד בשלבי החקירה הראשוניים והמכריעים הבהרה מדויקת והגונה - ובה בעת מתוך מחויבות מלאה לאתיקה המקצועית - אודות מצבו המשפטי, על מנת שיוכל לכלכל את עניינו באורח מושכל, הינה מוגבלת ביותר. יומרת המיתאם שבינה לבין קו ההגנה שיינקט לאחר הגשת כתב האישום ולאחר עיון בכל ראיות התביעה ובחווות דעת המומחים,

בכיר לפרקליט מחוז המרכז. תודה לעו"ד דנה שני, עורכת כתב העת "הסניגור", על סיועה בסקירת פסקי הדין בגוף המאמר, ולעורכי הדין ד"ר אלקנה לייסט ורענן גלעד, עורכי המאמרים של "הסניגור", על הערותיהם המועילות, הסיוע וההכוונה. 4 בשנים האחרונות הזדמן לבית המשפט העליון לעסוק במקרים נוספים שבהם הופעל כוח קטלני על ידי אנשי ביטחון. מפאת קוצר היריעה לא ניתן להרחיב בניתוח

המשך מעמ' 5

התמזגות שתי ההגנות האחת עם חברתה, עד כדי עמעום ושחיקת הגנת הצידוק, הייחודית והפחות 'טבעית', רצויה היא אם לאו, היא שאלה נכבדה שטעונה ליבון ודין.

הרוצה להעמיק רובד נוסף של ניתוח יבחן את מעמדן של שתי ההגנות הללו ביחס להגנה השלישית מאותה 'משפחה', **הגנת הצורך** - שעניינה בחינת חוקיות הבחירה בין שתי רעות אפשריות²². ובהקשרנו: מה דינו של שוטר שחטא ביישום 'חובת הצידוק' שסבר בטעות שחלה עליו, או ביישום זכות ההגנה העצמית ששגה לסבור שעומדת לו, והכל מתוך מתן עדיפות לתחושת האחריות שלו כלפי הציבור, בסברה שגויה שבמאזן הרעות - עדיף חטא זה על פני מחדל אי מימוש שליחותו באכיפת הדין.

המרכיב השלישי עליו לכאורה יכול איש החוק לסמוך בפעילותו עתירת הסיכונים, הוא מרכיב החסינות. פקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחילופים) מעניקה לשוטר, בסעיף 44, פטור מאחריות, בקובעה כי "**שוטר לא ישא באחריות אזרחית או פלילית בשל מעצר או עיכוב שלדעת בית המשפט ביצע אותו בתום-לב ולמען שלום הציבור, אולם האמור בסעיף זה לא יגרע מכוחם של הממונים עליו לנקוט אמצעים משמעותיים כפי שיראו לנחוץ**" (כל ההדגשות הוספו- א.ר.).

נהה כי כן, איש החוק בצאתו למשימה מצויד, לפחות להלכה, בערכה משפטית (legal kit) שכוללת 'חרב' (=מקור חובה וסמכות), שני 'מגינים' אפשריים²³ (=צידוק והגנה עצמית) וחליפת הצלה כללית (=החסינות), שבהצטרפם יחדיו יש בהם כדי להעניק לו לכאורה מידה סבירה של ביטחון ודאיות בביצוע תפקידו. להלן ננסה בקצרה לבחון אם כלל המרכיבים הללו עמדו לדין ראוי, שקול ומאוזן בפרשת שחר מזרחי.

הדילמה - איזו הגנה עדיפה

למרות הזיקה שביניהן והמגמה שהתפתחה כאמור בפסיקה להתנות את תחולתן בתנאים דומים, קשה מעצם טיבן וטבען, לקיים את שתי ההגנות הללו - הגנה עצמית והגנת הצידוק - במקביל, ולרוב אף לא לחילופין.

טיעון של צידוק מחייב הסכמה שפעולת איש החוק נעשתה מתוקף תפקידו בכוונת מכוון וכפועל יוצא של הכרעה שקולה כי הצעד הכוחני היה הכרחי, מידתי וסביר לביצוע המשימה של קיום החוק. זאת, בהתחשב בחשיבות הערך הכללי של כיבוד החוק, בחומרת העבירה הקונקרטית שהחשוד נחשד בביצועה וביאנטרס לממש את מעצרו - לעיתים אף 'בכל מחיר' - בגין

המרכיב השני, לצד מרכיב הסמכות העומד לשוטר - הינו מרכיב **ההגנות** בדין הפלילי, שמכיל שתי הגנות הנוגעות לעניין:

הגנת הצידוק - שמעניקה לגיטימציה למי שהיה חייב או מוסמך על פי דין, להפעיל מתוקף תפקידו הציבורי המיוחד כוח בביצוע הדין²⁴; **והגנה עצמית** - שנותנת לו, כלכל אזרח מן השורה, זכות להתגונן ולהגיב על תקיפה כלפיו וכלפי אחרים בכוח נגדי²⁵. הכוח המופעל על פי שתי ההגנות הנפרדות הללו צריך להיות בכל מקרה מידתי, סביר וענייני בנסיבות המשתנות על מנת שהפועל יזכה לתחולתן.

יודגש כי הרציונאל הבסיסי לשתי ההגנות הללו הינו שונה בתכלית: הגנה עצמית באה ליתן בסיס בחוק הכתוב לאינסטינקט הספונטני הטבעי הקיים אצל כל אדם באשר הוא להציל את עצמו ולממש את הכלל הקדמון של 'הבא להרגך - השכם להרגו'. לעומתה, הגנת הצידוק איננה 'טבעית' ומונבת מאלוה. הוראת החוק נדרשת בעניינה על מנת לתת כיסוי חוקי לפעולה של בעל סמכות גם כששאלת החוקיות - בזמן אמת - לעיתים אינה בהירה לחלוטין. לכן נקבע בהקשרה הכלל בעל שני הפנים: מחד גיסא - **החובה** של איש רשות על פי דין לציית לצו של הרשות המוסמכת; בלעדי חובת הציות הזו אין סיכוי לקיים משטר פיקודי או מינהל ציבורי תקין. ומאידך גיסא - האיסור לעשות זאת כשהצו הינו בעליל שלא כדין²⁶. ודוק: **האיסור** אינו קיים כשהצו **אינו** בעליל שלא כדין, משמע, כשאינו ממלא, לפי לשון בית המשפט, את התנאי של דגל שחור המתנוסס על "אי חוקיות הדוקרת את העין ומקוממת את הלב, אם העין אינה עיוורת והלב אינו אטום או מושחת"²⁷. לא היתר שלא לקיים את הצו או את הפקודה יש כאן, כי אם איסור חמור לקיים אותם, שבא ממקום עמוק של מוסר חברתי. ובין החובה לבין האיסור - במרכז הזירה, בריחוק ממקרי הקצה הברורים יחסית - קיים מרחב נורמטיבי עמום למדי ונתון לפרשנות שלעולם באה בדיעבד. כבר כעת ברור: לאיש החוק אין פריבילגיה של "nice to have" - רוצה, פועל, לא רוצה - לא פועל. חובה עליו לפעול גם בתוך המרחב העמום הנ"ל. החברה מצפה ממנו להיות מקצועי, שקול ומוסרי דיו על מנת שפעולתו תהיה בצד החוקי של קו פרשת המים. מנגד, הוא מצפה ממנה, מן החברה, כי תיתן לו את הגיבוי המתאים במקרים בהם בתום לב 'טעה בניווט' ושגה בזיהוי מדוייק של תוואי השטח המבחינים בין המותר לאסור.

בפסיקה של השנים האחרונות הלכה והתפתחה חפיפה במבחיני שתי ההגנות הללו - **הצידוק וההגנה העצמית** - עד שלעיתים קשה לראות את ההבדל המעשי ביניהן, למרות הרציונאל השונה בעליל שבבסיסן²⁸. השאלה אם מגמה זו של

מקרים אלה במסגרת הנוכחית. ראה למשל: ע"פ 6392/07 מ"י נ' יחזקאל (2008); ע"פ 44191/05 אלטגאוז נ' מ"י (2006). יצוין כי בשני מקרים אלה הועלתה טענה של הגנה עצמית מדומה.

5 ראה: ע"פ 57/53 גולד נ' הי"מ, פ"ד 1126; ע"פ 486/88 אקונינה נ' התצ"ר, פ"ד (2) 353; בג"צ 873/89 הס נ' שר הבטחון (פורסם בנבו).

"משולש ברמודה" - סמכות/חובה, הגנות וחסינות

דומה כי דיון בכל אחד ממרכיבי 'משולש הכוחות' בנפרד, בלי בדיקת הזיקה וההשפעה ההדדית ביניהם ("השדה המגנטי"), לוקה בחסר. הציבור מצפה משליחיו, אנשי החוק, למלא את ייעודם, תוך נטילת סיכונים פיזיים ומשפטיים לא מבוטלים. אכן החוק קובע כי שוטר נמצא בתפקיד בכל עת¹⁴ וחב בחובת קיום החוק והגנה על הציבור שמשלם לו את שכרו. כבר ציינו כי לשוטר, להבדיל מלאזרח מן השורה¹⁵, לא נתונה הפריבילגיה לסובב את ראשו ולהביט הצידה כשמעשה עבירה מתרחש לנגד עיניו.

עומס הציפיות הזה מטיל על איש החוק אתגר קשה, כמעט בלתי אפשרי, המשלב את שני המרכיבים הראשונים של "משולש הכוחות": מחד גיסא, סמכות וחובה לפעול לקיום החוק, לרבות על ידי שימוש בכוח רב שבאופן רגיל אסור לפי החוק. מאידך גיסא - לעשות זאת אך ורק במסגרת הגבולות הצרים של ההגנות הקבועות בחוק. פעולה למימוש החוק הכרוכה בהפעלת כוח, למשל בדרך של מעצר חשוד, כמעט לעולם מצוייה בעת ביצועה בתחום של אי בהירות זמנית. התמונה המלאה מתבהרת בדרך כלל רק בדיעבד, בחדר ממוזג ולעיתים מתוך תלות תודעתית במבחן התוצאה. אי הבהירות הטבעה הזו היא מקור ההצדקה החברתית למרכיב השלישי במשולש - החסינות הרחבה יחסית שמוענקת בחוק לשוטר בנוגע למעצר שביצע "בתום לב ולמען שלום הציבור". כמו רצה המחוקק לומר לשוטר: אתה לא מעל לחוק וחובה עליך לפעול במסגרתו בלבד, אלא שבסימון המסגרת הזו אנחנו מעניקים לך מרחב ביטחון מסויים לטעות אפשרית בשיקול דעתך - כמו כל נושא משרה המועד לטעות - בהפעלה של סמכויותיך. שאחרת, חוששים אנו שתקרה אחת משתי תוצאות שליליות אפשריות שעשויות להקרין זו על זו: האחת, זהירות יתר תגרום לך להימנע מלעשות את שחובה עליך לעשות ובכך למעול בשליחותך הציבורית; השנייה, העברייני שעימו חובה עליך להתמודד - תוך מתן עדיפות למוח על פני הכוח - יימנע מלציית להוראותיך המילוליות כדי לדחוף אותך לאותו תחום שבו זהירותך תמנע ממך מלפעול באופן כוחני. שתי התוצאות האפשריות הללו רעות. הן אינן הולמות את המגמה הרמונית הכוללת של החוק. הן גורעות ממרכיב חיוני בכל פעילות של סיכול, אשר אין לו בסיס ברור בחוק הכתוב, אך בלעדיו אי אפשר: מרכיב ההרתעה.

מובן שהמונחים 'תום לב' ו'למען שלום הציבור' אין בכוחם להעניק לשוטר חסינות מוחלטת לשגיאותיו ולא כסות לכל גחמה שלטונית. הפעלה קיצונית של סמכויות תשלול ממילא את תום הלב, ותתפרש כחורגת מן הייעוד של שלום הציבור. אך יש בהם

חיוניות כיבוד החוק והסיכון העתידי הנשקף מפניו.

טיעון של הגנה עצמית, לעומת זאת, מצריך הוכחת מצבו של הנאשם כאדם פרטי שהותקף ושפעל, בליט ברירה, מכוח הנסיבות, מכוח האינסטינקט הטבעי כלפי התוקף - "עם הגב לקיר" - להצלת נפשו או נפשם של אחרים. מוקד הטיעון לתחולת שתי ההגנות הינו אפוא שונה: בעוד שבראשונה המוקד טמון באינטרס הציבורי החיוני שבמימוש הדין עד כדי הצדקת המעשה הכוחני, הרי שבשנייה המוקד הינו במצבו של הנאשם הפרטי ובמידת תחושת הסכנה הסובייקטיבית - האמיתית או המדומה - לחייו.

בעניין מזרחי היה בית המשפט מוכן עקרונית להכיר בתחושה סובייקטיבית כמקימה את ההגנה העצמית - גם כזו שנמצאה במבט לאחור שגויה - אלא שלא נתן אמון בגרסתו של מזרחי בהקשר זה. ניכר בבירור שבית המשפט המחוזי ראה את המיקוד הנכון בנסיבות העניין בבחינת הגנת הצידיק על פני ההגנה העצמית. אף שלא קיבל אותה - כמו גם את טענת ההגנה עצמית - נוכח דחיית גרסתו העובדתית של הנאשם, התחשב בה לעניין העונש; כמו רצה לומר: מעשה ההריגה לא היה מוצדק, וראוי לגינוי ולעונש - אך בסיסו הוא בטעות בשיקול הדעת של איש החוק. בנסיבות קלות יותר, פחות קיצוניות, ובמבחן תוצאה אחר - לא קטלני - די היה אולי בהסתפקות בדין המשמעותי או בהחלטה במישור הניהולי/פיקודי - כדין כל עובד ציבור או חייל ששווגה בדרך הפעלת סמכויותיו.

בערעור לבית המשפט העליון כמעט נזנחה טענת הצידיק - זו שהמחוזי ראה בה את זירת הדין המתאימה - והמערער השתית את עיקר טיעונו על ההגנה העצמית. אפשר לשער שעשה כן נוכח הסברה - הסבירה כשלעצמה - שיקל עליו לשכנע בדבר מצוקתו האישית כאדם פרטי במצב החירום אליו נקלע לעומת הצדקת מעשהו במסגרת תחום סמכויות תפקידו.

אלא שבבחירה זו נעשה ויתור על דיון חיוני, מעניין וערכי בדבר היקף סמכותו של שוטר במצבי חירום, ומידת תחולת החסינות שלו כנציג החוק בנסיבות כאלה. מטבע הדברים, משנזנחה טענת הצידיק - לא ראה בית המשפט העליון, בניגוד לקודמו, המחוזי, להאריך בה ועסק בעיקר נימוקי פסק דינו בשאלת תחולת ההגנה העצמית. הביקורת שבאה במסגרת הפולמוס הציבורי שבעקבות פסק הדין, התעלמה מנתון זה, מה שעשה להחלטה עוול מסויים. עדיין עומדת השאלה אם לא ראוי היה לבית המשפט העליון, למרות צמצום השאלות שבמחלוקת, לדון ולנתח באופן יסודי את היקף הגנת הצידיק, ולו רק למען הבהרת הסוגיה, שהיא בגדר קרקע בתולה שטרם נ'חרשה' כראוי.

6 סעיף 34 לחוק העונשין.

7 סעיף 34 לחוק העונשין.

8 במדבר רבה, כ"א, ד'; מדרש תנחומא, פנחס, ג'.

המשך מעמ' 7

בית המשפט המחוזי זיכה את דרומי ברוב דעות מעבירת הריגה ומעבירת חבלה מחמירה והרשיעו רק בעבירה של אחזקת נשק ללא רשיון. נקבע כי פעולת הירי אותה ביצע, שארכה פחות משניה וחצי, שהיה בה כדי לשחרר 5 קליעים, אינה מעשה בלתי סביר בעליל בסיטואציה הקשה אליה נקלע בעל כורחו.

המעין בשתי הפרשיות הללו לא יכול שלא להרהר אחר מידת הדמיון בנסיבותיהן או לחילופין השוני בתוצאתן, כמו גם בשאלה אם שתיהן באו לעולם מבית יוצר נורמטיבי זהה. שתיהן 'תפסו' כותרות' והתניעו דיון ציבורי רגשני וסוער. אלא בעוד שפרשת שי דרומי עשתה זאת מתחילת התהליך - מה שהוליד כאמור את חקיקת 'חוק דרומי', הרי שבפרשת שחר מזרחי הנושא עלה רק לאחר הפסיקה שחתמה אותה, וממילא לא הוליד, לפחות לעת הזאת, כל שינוי מעשי.

הבדל נוסף, לכאורה טכני אך יתכן שמכריע: על הזיכוי של דרומי לא הוגש משום מה ערעור לבית המשפט העליון, למרות חילוקי הדעות שבין השופטים בערכאה הראשונה. בזהירות רבה ניתן להעריך כי פסיקת בית המשפט המחוזי לא בהכרח הייתה זוכה לאישור בית המשפט עליון. מכל מקום נראה כי אילו זכתה פסיקה זו לאישור, הייתה נודעת לכך השפעה על הפסיקה בעניין מזרחי.

לכאורה המשותף בין המקרים - שאלת ההגנה העצמית - הוא גם המבחין ביניהם: כאן, במקרה דרומי, נתקבלה, לפחות בדעת הרוב, טענתו העובדתית של הנאשם כבסיס לתחולת ההגנה. וכאן, במקרה מזרחי - נדחתה.

אלא שמעבר לכך ניכר שבפרשת שי דרומי לקח בית המשפט בחשבון נימוקיו, באורח משמעותי ביותר, את האווירה הציבורית ביחס למכת המדינה העבריינית בתחומי הפגיעה בזכות הקניין והחדירה לרשות היחיד. השיקול של תחושת האזרח הקטן את אזלת ידי המשטרה בהתמודדות עם הפשיעה המטרדה, ואבדן האמון בממסד בטחון הפנים עד כדי לקיחת החוק לידיים - עמד באופן בולט לנגד עיני בית המשפט. שיקול זה בא לביטוי - גם אם לא במצורה - בשינוי מערך האיזונים במסגרת חוק דרומי בהגנה על בית משק, להבדיל מההגנה העצמית הקלאסית. בחוק החדש נעשה ויתור על מרכיב ה"תקיפה שלא כדין" מצד הקרבן וכן מרכיב "הסכנה המוחשית". גם חובת הנסיגה קיבלה משמעות אחרת. דרומי זוכה משום שמעשהו לא נתפס - על

כדי לשקף את מעמדו הציבורי המיוחד בבחינת היקף סמכויותיו וההגנות הנתונות לו במילוי תפקידו. יש בהם כדי ליצור את המתח הנורמטיבי הראוי בהכרעה כיצד לנהוג בו: שגיאה גסה וחריגה בשיקול הדעת, תטה את הכף מקו פרשת המים הנורמטיבי אל תחומי ההליך הפלילי, ולמיצוב הנורמה הציבורית; שגיאה מתונה יותר - תטה אותה לכיוון המסלול הפיקודי - משמעת, לטיוב הנורמה הארגונית. כך או אחרת, יש למערכת האיזונים המורכבת הזו השפעה גם על מידת העונש. דומה שהצדקת קולת העונש בעניין שחר מזרחי בערכאה הראשונה נבעה מתפיסה כזו של בית המשפט המחוזי את הדברים.

שחר מזרחי מול שי דרומי¹⁶ - קצת מזל לא מזיק

שאלת היחס שבין קיומן של זכות וסמכות, ומיצייה של כל אחת מהן בנסיבותיה המיוחדות, עולה תדיר בהקשרים שונים, על מצע נורמטיבי שונה, אך מעוררת תופעות דומות של בלבול ואי הבנה. הציבור הרחב, זה שאמת המידה הבסיסית שלו היא בדרך כלל 'תחושת הבטן', מתקשה לעמוד על הבדלים שנובעים ממה שנתפס לעיתים כדקדוקי עניות או פלפולי פרקליטים.

קדמה לפרשת שחר מזרחי פרשה מתוקשרת דומה - זו של שי דרומי.

גם סיפורו של דרומי, חוואי שיצא להגן על אחוזתו מפני מי שסבר שהם חורשי רעתו ומצא את עצמו מואשם בעבירת המתה, נגע ללב הציבור, עד כדי כך שהתניע תיקון מיוחד בחוק¹⁷, תיקון שבאורח נדיר יושם במשפטו שלו - מה שהולך לזיכוי מעבירת ההמתה.

תזכורת קצרה: על פי המפורט בכתב האישום שהוגש כנגדו, דרומי התעורר משנתו למשמע נביחות כלבו. הוא יצא מחדרו כשהוא מצויד ברובה טעון ודרוך, אותו החזיק ללא רשיון, ואז הבחין שאחד מכלביו הורעל והומת. דרומי סרק את המקום והבחין במספרי ברזל גדולים שנועדו לחיתוך גדר החווה. הוא הסתתר מאחורי מכולה ואז הבחין בדמויותיהם של מספר אנשים בסמוך לשער הכניסה למתחם הדיר. או אז פנה לעברם והחל לירות לכיוונם באמצעות הרובה שהחזיק ברשותו. הדמויות החלו להימלט לכיוון הוואדי והוא המשיך לירות לעברן. אחד הפורצים שבהם ירה דרומי נהרג מהירי ואחר נפצע באורח קשה.

9 ראה: ביד"צ מר/3/57 התוב"צ נ' מלינק, פס"מ י"ז 90 (פרשת כפר קאסם).

10 שם, בעמ' 214-213.

11 ראה למשל: פרשת אנקונינה, ה"ש 5 לעיל; פרשת שחר מזרחי, פסקה 122 לפסק הדין של בית המשפט המחוזי.

12 סעיף 34 לחוק העונשין.

13 אולי אף שלושה, אם שוקלים גם את הגנת הצורך.

14 סעיף 15 לפקודת המשטרה (נוסח חדש).

גם את שאלת חובת הזהירות של איש החוק בפעילות סיכול מן הסוג הנדון.

אז מה בעצם רצינו לומר?

פרשת שחר מזרחי יכולה היתה לשמש כר לדיון חשוב במתחם נורמטיבי שמושפע מארבעה כיוונים: אחריות, סמכות, הגנה, חסינות. דיון מבודד ומובחן באחת מצלעות המרובע, בלי לבחון את המשמעות וההשפעה ההדדית שלה על חברותיה, איננו דיון שלם. ברור כזה, מכל מקום, הינו חיוני, הן לשוטרים והן לציבור שלמענו פועלים אנשי החוק, ושעם חלק ממנו, העברייני, עליהם להתמודד. השוטר זכאי להכיר את מרחב התמרון שלו, לרבות זכותו לשגות בשיקול דעתו. גם האזרח שומר החוק נזקק לקווי המתאר של מרחב החוקיות, על מנת שלא לאפשר לאיש החוק לעשות שימוש מופרז ובלתי מידתי כלפיו בסמכויות אכיפת החוק. מנגד, העברייני צריך להיות מורתע מאנשי החוק באופן שיימנע עד כמה שניתן הצורך בהתנגשות כוחנית שתוצאותיה עלולות להיות קטלניות.

'שלומה של מלכות', כדברי רבי חנינא סגן הכהנים¹⁵, תלוי במידה רבה גם ב'מוראה' על הציבור הנתון לאחריותה. המורא הינו מונח מורכב: כבוד המהול בפחד. קשה לדבר על כיבוד החוק כחלק בלתי נפרד משלטון, בלא לברר את מרכיבי היראה המשלים שלו.

ניתוח הדברים ברוח זו בכוחו לטייב את איכות הדיון הציבורי, להבהיר את גבולות המתחם הנורמטיבי האמור ולאפשר הסקת המסקנות המתאימות. כאמור, הוא גם עשוי לסייע, בין היתר, לסנגוריהם של אנשי חוק, אם יואשמו בעבירות דומות בעתיד, וכן לתביעה ולבתי המשפט.

ידי המחוקק ובעקבות זאת על ידי בית המשפט - כבלתי סביר בעליל בנסיבות העניין. אילו עמד בנסיבות של הגנה עצמית רגילה זה לא היה אמור להספיק על מנת לאפשר את זיכוי. בית המשפט לקח בחשבון גם את נסיבות החירום שבהן נמצא באותן שניות מכריעות, לרבות הקושי המעשי לשים קו מפריד מדויק בין תחילתה של פעולה חוקית ושקולה לבין התמשכותה אל מעבר לגבולות החוקיות.

מקרה מזרחי יכול להיחשב כתמונת ראי לסיטואציית דרומי: שוטר שמפגין נחישות - למעשה נחישות יתר - על מנת להתמודד עם 'הבטן הרכה' של אכיפת החוק והגנת האזרח הבלתי מסויים אך חסר האונים. עליו לא חלה זכות הנסיגה אלא להפך - חובת העימות וההתמודדות. פעולתו באה מכוח סמכותו לקבוע שינוי סטטוס של אזרח בנסיבות המתאימות, עליה לא היה חולק, באמירה או במעשה: ממצב של אדם חופשי למעמד של עצור, שאי ציות שלו הופך אותו, מיניה וביה, לעברייני שנמלט ממשמורת. חובת פעולתו, בתוך המסגרת החוקית, הייתה לו לרועץ, להבדיל מדרומי, אזרח נטול סמכויות, שאף הנשק בו עשה שימוש לא הוחזק על ידו כדוין.

האם נמדדה התנהגותו של מזרחי לפי אותן אמות מידה? נדמה שאם נניח את מקרה דרומי על גבי מקרה מזרחי כמו שקף על מפה - נבחין על נקלה בפערים. דומה שהקוהרנטיות הנדרשת ממארג החקיקה והפסיקה לא עמדה כאן במבחן. הדברים לפחות טעונים הבהרה, דבר שנכון היה להיעשות בפסקי הדין.

בסמוך לאחר הפסיקה בעניין מזרחי שמענו על מקרה נוסף של שוטר שגרם למותו של אדם בנסיבות דומות של ניסיון מעצר - אלא שעל פי הטענה הכדור נפלט מנשקו תוך כדי מאבק בפורץ שלא במתכוון¹⁶. זו סיטואציה נוספת בה מוקד הבירור יהיה מן הסתם עובדתי בעיקרו - אך הוא יכניס לתוך המרחב הנורמטיבי

15 בחריגים מעטים: סעיף 262 לחוק העונשין (אי מניעת פשע), וחוק לא תעמוד על דם רעך, התשנ"ח-1998.

16 ת"פ (מחוזי ב"ש) 1010/07 מ"י נ' דרומי (להלן: "פרשת שי דרומי").

17 חוק העונשין (תיקון מס' 98), התשס"ח-2008, אשר הוסיף את סעיף 134 לחוק העונשין (הגנת בית מגורים).

18 ראו: איילה חנגאל ואריאל נוי, "שוטר פלט כדור וירה למות בגנב רכב בת"א", אתר וואלה, 14.9.10, <http://news.walla.co.il/?w=/1/1732508>.

19 ה"ש 1 לעיל.