

נוסחת הקנטור

מאת

אוהד גורדון*

המאמר עוסק במאמץ לעצב את נוסחת הקנטור כיסוד לתזה על אודות עיצובן של פורמולות משפטיות. תזה זו מחדדת, לצד הרצון להגשים את הרעיון המהותי שבבסיס הנוסחה, את הפן ה"אקוסטי" שלה: השפעת העיצוב על האופן שבו הנוסחה מובנת ומיושמת. הדבר מאפשר מבט אל מודל קנטור חדש אשר הוצע לאחרונה במשפטנו כחלק ממהלך לרפורמה כוללת של עבירות ההמתה, ואשר נבדל מן המודלים המקובלים במשפט המשווה.

הכותב, ממעצבי הרפורמה, מנתח את החיפוש הממושך ברחבי העולם אחר נוסחה הולמת לקנטור ומראה כי כישלוננו של חיפוש זה אינו תוצר של פערים רעיוניים אלא של שילוב של שני אלמנטים יחד: הראשון הוא רגישות ערכית ייחודית הנלווית לפעילות הדוקטרינה בשל טיפולה בסיטואציה של קוטל זועם לנוכח התגרות ובשל נגיעתה במאבקים טעונים של קבוצות בחברה לשוויון זכויות והגנה. הדבר יוצר פוטנציאל לפירוש שגוי של הקנטור כמצדיק את הקוטל ומניעיו וכמתריס נגד ערכים חברתיים. אולם אין הקנטור מבקש את אלה והעיסוק הוא במקרים שבהם בשל כשל אנושי שעניינו בהשפעת הרגש על יכולת השליטה, נגרע נתח מסוים מן האשם; האלמנט השני הוא כשלים בניסוח הפורמולה, ובראשם השימוש ב"אדם הסביר", אשר במקום לעמעם את הפוטנציאל האמור, מלבים אותו. המאמר ממחיש כיצד שילובם של השניים משבש את תפיסת הקנטור בקרב מבקריו, מעצביו ומיישמו.

על יסוד התזה האמורה מוצעים קווים מנחים לעיצובה של נוסחה משופרת, שתגשים את הרציונל המהותי תוך מודעות לפן "האקוסטי". על עיצוב נוסחת הקנטור להדגיש את אופייה האמתי של הדוקטרינה, תוך המעטה ביצירת "מסרי צידוק" שגויים. המאמר מציג את הדרך שבה באים קווים מנחים אלה לידי ביטוי במודל המוצע במסגרת הרפורמה. בנוסף, נערכת בחינה ביקורתית של המודל תוך עמידה על עימות אפשרי בינו לבין עקרון החוקיות.

* ד"ר למשפטים. שופט בית משפט השלום בירושלים ומרצה מן החוץ בקולטה למשפטים של האוניברסיטה העברית בירושלים. שימש חבר צוות משרד המשפטים לבחינת יסודות עבירות ההמתה, שעל המלצותיו מבוססת הרפורמה המוצעת. במאמר זה מובעות דעות המחבר בלבד. הוא אינו מבקש לבטא את עמדתו של גוף כלשהו או את תפיסותיהם של יתר חברי הצוות. ראו "הצוות לבחינת יסודות עבירות ההמתה דין וחשבון [2011]" www.justice.gov.il/NR/rdonlyres/CE45FD96-17EB-4955-8EDF-25A1F6FD6D4A/29605/Dochkremnitzer.pdf.

מבוא א. מדוע לא לאמץ את אחת הנוסחאות השכיחות? 1. שיטת המשפט האנגלית; 2. מדינות נוספות; ב. קשיי הקנטור כתוצר של מחלוקת רעיונית. 1. רכיב ההתגרות; 2. התגובה האמוציונלית: רעיון חולשת האנוש; 3. התגובה האמוציונלית: סיוג נורמטיבי של ההתחשבות בחולשת האנוש; 4. סיכום ביניים: ההסכמה על הרציונל והפער בינה לבין הדיון הסוער; ג. קשיי הקנטור כתוצר של השילוב שבין רגישות ייחודית לאלמנטים "מצדיקים". 1. הקנטור כפטור או כצידוק; 2. על הרגישות הייחודית המלווה את קיום הדוקטרינה ופעולתה; 3. האדם הסביר; 4. המחשה: הפסיקה בישראל; 5. אדם רגיל, ממוצע או מן היישוב; 6. המשך המחשה: הביקורת על הקנטור בהקשרים "חברתיים"; 7. "המתות אינטימיות"; 8. הטיית הלך החשיבה בסוגיית "המתות האינטימיות"; 9. הגבר הסביר; ד. עקרונות לעיצובה של נוסחת הקנטור. 1. הליקוי האקוסטי של דוקטרינת הקנטור; 2. המחשת יעילות העקרונות בעיצובו הנוכחי של רכיב ההתגרות; ה. המודל המוצע. 1. נוסחת הקנטור; 2. מיקומו של הסדר הקנטור במתווה הכללי; ו. ניצני ביקורת. 1. עקרון החוקיות; 2. "סובייקטיביות" של ההסדר או שמא "אובייקטיביות" שלו?; ז. מילות סיכום.

מבוא

דוקטרינת הקנטור מגלה דיסוננס מרתק. מחד מדובר בדוקטרינה הזוכה לאורך מאות שנות קיומה בהכרה נרחבת.¹ התפיסה לפיה המתה בהשפעת פרובוקציה עשויה לגלם אשמה מופחתת, והאפשרות להרשיע את מבצעה בעבירה פחותה מעבירת הרצח, הן חלק בלתי נפרד מן הדין² ברחבי העולם.³ מאידך, ובניגוד משווע לאימוצו הנרחב,

1 ניצניה מצויים במשפט המקובל של המאות הארבע-עשרה עד השש-עשרה, שבהן הפך מונח ה"דם החם" לקריטריון מרכזי להחרגת מעשי המתה מגדר עבירת הרצח ומעונש המוות שנלווה לה. במהלך זה התפתחו, בהדרגה, הן הקנטור והן עבירת ההריגה. ראו Livingston Hall, *Strict Liberal Construction of Penal Statutes*, 48 HARV. L. REV. 748, 749-751 (1935); JEREMY HORDER, GLANVILLE; (HORDER (1992) PROVOCATION AND RESPONSIBILITY 11-18 (1992) WILLIAMS, CRIMINAL LAW – THE GENERAL PART 75-76 (2d ed. 1961); (להלן: WILLIAMS, 1961).

2 מדינות בודדות כיטלו את הסדרי הקנטור שלהן. ראו את הטקסט שבין ה"ש 149 לה"ש 157 להלן. יצוין כי קיימות גישות נגד קיום הדוקטרינה (למשל המקורות המפורטים להלן בה"ש 152). עמדה מוסרית שלפיה לעולם אין להקל על מקונטרים היא אפשרית, אך העיסוק בה חורג ממסגרתו של מאמר זה. מטרתנו היא להבין מדוע ההכרה הרחבה בעמדה ההפוכה אינה "מתורגמת" להסדר מוסכם ויעיל. נקודת המוצא היא אפוא כי קיים צורך בהסדר הקנטור.

3 המאמר יתמקד בשיטת המשפט האנגלו-אמריקאית ולא בקונטיננטליות. זאת, בעיקר משום שמטרתו להפיק לקחים מהדיון הפרובלמטי בקנטור שהתפתח בשיטות הראשונות. בנוסף, ההתייחסות במדינות הקונטיננטל נבדלת, דוקטרינלית ומושגית, מזו האנגלו-אמריקאית. רבות מהן הותירו את הקנטור כשיקול לעונש, למשל בצרפת, אוסטרליה, דנמרק, יוון, פולין ואיסלנד. גם שיטות כגון גרמניה, בהן הקנטור משפיע על האחריות הפלילית, מציגות שוני תפיסתי מאחיותיהן

הקנטור הוא אחד הנושאים השנויים ביותר במחלוקת במשפט הפלילי. הניסיון לעצבו לכדי נוסחה מוסכמת התגלה כאגוז קשה במיוחד, שעל פיצוחו עמלים משפטנים לאורך דורות. הוא מעורר מחלוקות עזות, המשתרעות על פני ספרים, מאמרים ופסקי דין לרוב. דינוי הביקורת עוסקים בשלל סוגיות, ובהן השלכות השימוש בדמות "האדם הסביר" לצורך תיחום ההסדר, ההתלבטות אם לייחס לדמות זו ממאפייניו של המקונטר, שאלת אפלייתם של "טובי המזג" בהשוואה למקונטרים "חמי המזג" ועוד.⁴ בישראל, שבה עוגן (היעדר) הקנטור כחלק מהגדרת היסוד הנפשי של עבירת הרצח, יצאו המבקרים גם נגד שילובם של אלמנטים נורמטיביים ביסוד זה, בדרך של הלכה פסוקה.⁵ על רקע הביקורת, עקב קריאתו של בית המשפט העליון לחשיבה מחודשת,⁶ הוצע לאחרונה כיוון חדש במשפטנו כחלק מהצעה לרפורמה כוללת של עבירות ההמתה.⁷ לפי ההצעה, מי שהמית באדישות או בכוונה יורשע ברצח, ואם נלווה למעשהו אחד היסודות המחמירים המנויים בסעיף – בעבירה של רצח בנסיבות מחמירות.⁸ עם זאת הממית בהשפעת קנטור יורשע בעבירה פחותה של "המתה באחריות מופחתת", שלצדה עונש מרבי מופחת. זאת, אם ביצע את ההמתה "בתכוף לאחר התגרות כלפי הנאשם ובתגובה לאותה התגרות, והתקיימו כל אלה:

- (א) בעקבות ההתגרות הנאשם התקשה קושי רב לשלוט בעצמו ;
 (ב) יש בקושי כאמור בפסקה (א) כדי למתן את אשמתו, בשים לב למכלול נסיבות המקרה."

האנגלו-אמריקאיות. הסדרה למשל אינם מתפקדים כ"סייג חלקי" או נעדרים מבחן ערכי מפורש הנוגע להליך הרגשי של המקונטר. מאפיינים אלה יעמדו במוקד הדיון במאמר זה. לכן רלוונטיות הדין האירופי לדיונו מועטה. לסקירה השוואתית רחבה ראו UK LAW COMMISSION, THE LAW OF MURDER: OVERSEAS COMPARATIVE STUDIES, 2005, http://lawcommission.justice.gov.uk/docs/Murder__Manslaughter_and_Infanticide_comparative_studies.pdf

- 4 לסקירה תמציתית של סוגיות אלה ראו להלן פרק ב.4.
 5 ראו למשל ש"ז פלר יסודות דיני עונשין כרך א 570 (1992); מרדכי קרמניצר "כוונה תחילה או כוונה רגילה – ברצח ככוונה תחילה? על מהות היסוד של 'העדר קנטור' בעבירה של רצח ככוונה תחילה" משפט פלילי, קרימינולוגיה ומשטרה א 9 (גרשון אוריון עורך, 1986) (להלן: קרמניצר "בכוונה תחילה"); מרדכי קרמניצר וליאת לבנון "על היסוד של היעדר קנטור בהגדרת הכוונה תחילה" בעקבות דנ"פ 1042/04 ביטון נ' מדינת ישראל" ספר דיוד וינר: על משפט פלילי ואתיקה 547 (דרור ארד-אילון, יורם רבין וניב ואקי עורכים, 2009); יורם שחר "האדם הסביר והמשפט הפלילי" הפרקליט לט 78 (1989) (להלן: שחר "האדם הסביר"); דנ"פ 1042/04 ביטון נ' מדינת ישראל, פ"ד סא(3) 646, פס' 38–47, 63 לפסק דינו של הנשיא ברק (2006) (להלן: דנ"פ ביטון). מאפיין זה טופל בהרחבה בספרות ובפסיקה הישראלית, ולא נרחיב בו. נציין כי הוא אינו שכוח, שכן בעולם המשפט נהוג לעגן את הקנטור כ"סייג חלקי" נפרד או כחלק מהגדרת עבירה פחותה, וכי הרפורמה המוצעת זונחת אותו (ראו להלן בפרק ה.2).
 6 שם, פס' 68 לפסק דינו של הנשיא ברק. תיאור מפורט יותר של הדיון הביקורתי בקנטור בישראל יובא להלן בפרק א.2.
 7 תזכיר חוק העונשין (עבירות המתה ורשלנות), התשע"ב–2012.
 8 לפירוט מלא של המבנה המוצע ראו שם וכן להלן בפרק ה.2.

התר אחר מודל זה במשפט המשווה יתקשה במלאכתו. זהו מודל מקורי. מדוע יש צורך בחדשנות זו, ומהי מהותה? בכך יעסוק מאמר זה, במסגרתו אציע ביסוס וביאור למודל המוצע.

התזה שתוצג מציעה נקודת מבט חדשה על אודות עיצובן של פורמולות משפטיות. היא מחדדת, לצד הרצון להגשים רעיונות מהותיים באמצעות הנוסחה, את הפן ה"אקוסטי" שלה, פן שעניינו במסרים שגויים ומזיקים אשר עלולים להיווצר בשל עיצוב לקוי של הנוסחה. מסרים אלה עלולים, כפי שהתרחש בסוגיית הקנטור, לשבש את הבנת הנוסחה ויישומה ולהרחיק את העוסקים בה מן הרעיון המהותי אותו היא מבקשת להגשים. בדרך זו עלולים פגמים בעיצובה של פורמולה משפטית להכשילה. מנגד, התוויה זהירה של הנוסחה עשויה למנוע את היווצרות המסרים המזיקים ולתרום להגשמת המהות הרעיונית. זהו מפתח חיוני לעיצובו של הסדר משפטי שיפעל בצורה יעילה וצודקת. זהו גם המפתח, לשיטתי, להבנתו של מודל הקנטור המוצע.

המסע לביסוס התזה יחל בהיכרות עם החיפוש ארוך השנים ברחבי העולם אחר נוסחה הולמת לקנטור. אוסיף ואבחן אם כישלון החיפוש הוא תוצר של מחלוקת רעיונית. במסגרת זו יחודדו הרציונלים שבבסיס הדוקטרינה ויומחש הקונצוזוס הקיים בעניינם, שאינו מאפשר לתלות את הכישלון האמור בפערים רעיוניים. בהמשך תוצג ותומחש תזה חלופית, לפיה קשיי הקנטור נובעים משילוב של רגישות ערכית ייחודית המלווה את פעולתו, עם אלמנטים בעייתיים המשולבים בנוסחאות השכיחות. השילוב יוצר מסרים מזיקים מן הסוג הנזכר לעיל ובכך משבש את הבנת הקנטור, את יישומו ואת הדיון בו. על יסוד המסקנות שתתקבלנה יוצעו קווים מנחים לעיצובה של נוסחה משופרת. קווים אלה יאפשרו לבחון ולהסביר את הרפורמה המוצעת כיום בישראל.

א. מדוע לא לאמץ את אחת הנוסחאות השכיחות?

למאמץ לעגן את דוקטרינת הקנטור בנוסחה משפטית יש כאמור "זקן ארוך". לאורך תקופה ממושכת עוסקים בה מחוקקים, שופטים ואנשי אקדמיה ברחבי העולם. הניסיון שנצבר במישור זה מהווה נדבך ראשון וחשוב בהבנתה של ההמלצה הנוכחית לאמץ טיפוס שונה של נוסחה.

הניסיון האמור אינו מוצלח. העיסוק הממושך בקנטור מלווה בתחושה מתמדת של חוסר נחת. הפורמולות שנוסו במדינות השונות הניבו, כל אחת בתורה, ביקורת עזה, חריגה בעצמתה, על "אי-צדק" לו גרמה הנוסחה התורנית. עוד הציבו הן קשיים בדרכם של שופטים אשר, במקרים פרטניים, חשו כי הנוסחאות הקשו עליהם להגיע להכרעה הצודקת בעיניהם. לבסוף, עוררו הנוסחאות קריאות ומהלכים להחלפתן בפורמולות חדשות, שהניבו תגובות דומות, וחזרו חלילה.

פן נוסף של הביקורת יצא נגד אופיו ה"טהור" של המבחן. התעלמותו ממאפיינים ייחודיים של הנאשם, שהשפיעו על תגובתו הרגשית בסיטואציה הנדונה, נתפסה בידי הביקורת כמדידת אחריותו לפי רף המצוי מעל ליכולותיו, תוך סתירת עקרון האשם.¹² טיעון משיק הוא כי כאשר ההתגרות כוונה למאפיין מסוים של המקונטר, אי-יחוסה לאדם הסביר יוצר חוסר צדק. "מקרה הדגל" שהמחיש טיעון זה, הוא פסק הדין בעניין *Bedder* (1954).¹³ צעיר בעל קשיי אונות המית פרוצה לאחר שזו לעגה לחולשתו ובעטה במבושיו. ברוח המבחן הטהור סירב בית המשפט לייחס לאדם הסביר קשיי גברא, דחה את טענת הקנטור ודן את הצעיר למוות. הביקורת ראתה בכך משום ריקון הסיטואציה מתוכנה הפרובוקטיבי והפיכת ההסדר המשפטי לאבסורד.¹⁴

לצד הביקורת העזה שהוטחה במבחן, מצאו ההסתייגויות ממנו ביטוי פרקטי. המחקר הראה כי במקרים שבהם חשו בתי המשפט האנגליים כי הרשעתו של נאשם ברצח תהא מופרזת, בחרו הם להגיע לתוצאה הצודקת בעיניהם, תוך התעלמות מהמבחן המשפטי או יישום "גמיש" שלו.¹⁵

באחד מן המקרים הללו בשנת 1978 נפל דבר. *Camplin* בן-העשרה המית אדם בוגר לאחר שזה כפה עצמו על הנער ואף לעג לו. בית הלורדים התקשה להתעלם, כמצוות המבחן הטהור, מגילו של הנאשם והחליט לשנות את הדין.¹⁶ המבחן החדש וה"מעורב" הותיר על כנו את קריטריון האדם הסביר, אך הוסיף למשוואה נכונות לייחס לרמות זו ממאפייני הנאשם. עם זאת, המבחן מסייג נכונות זו באמצעות הבחנה בין סוגי מאפיינים: רק מאפיינים הרלוונטיים לאומדן של עצמת ההתגרות יזכו בהתחשבות. מאפיין של הנאשם שהוא רלוונטי לשאלת יכולת השליטה העצמית לא ייחוס לאדם הסביר.¹⁷ נוסחת *Camplin* פותרת קושי של המבחן ה"טהור" הנוגע למקרים דוגמת עניין *Bedder*, שבהם ההתגרות מכוונת למאפיין של הנאשם, שאז התעלמות מן המאפיין

- RICHARD CARD, CARD, CROSS & JONES: CRIMINAL LAW 211 (12th ed. 1992); GEORGE P. A.J. ; (FLETCHER (1978) (להלן): FLETCHER, RETHINKING CRIMINAL LAW 247–249 (1978) 12
 Ashworth, *The Doctrine of Provocation*, 35 CAMBRIDGE L.J. 292, 293 (1976) (להלן: (1976) Ashworth); שחר "האדם הסביר", לעיל ה"ש 5, בעמ' 79–84, 94; קרמניצר "בכונה תחילה", לעיל ה"ש 5, בעמ' 28.
 Bedder v. DPP, [1954] 2 All E.R. 801 (Eng.) 13
 Ashworth ; CARD, לעיל ה"ש 12, בעמ' 211; FLETCHER (1978), לעיל ה"ש 12, בעמ' 249–247; (1976), לעיל ה"ש 12.
 Report of the Royal Commission, לעיל ה"ש 10, פס' 134; Review of Report of the Royal Commission, לעיל ה"ש 10, בעמ' 60. 15
 Reg. v. Camplin, [1978] A.C. 705 (Eng.) 16
 ומינו של הנאשם גם לאדם הסביר ה"טהור".
 Bedder של הגברא של Bedder, מושא ההתגרות, ייחוסו לאדם הסביר, אך נטייה לזעום ולהגיב 17
 באלימות לא תיחוס.

יוצרת תחושה שרירותית. ברי כי אדם סביר שאינו חולק את אותו מאפיין ימצא את ההתגרות פרובוקטיבית פחות משימצא אותה הנאשם. ועם זאת זו נוסחה מרובת קשיים שלא הביאה את הקנטור לחוף מבטחים. אף היא עוררה דיון ביקורתי סוער באנגליה ובמדינות נוספות שהתנסו בה ואשר תיסקרנה בהמשך.¹⁸ מבקריה טענו כי חרף הניסיון להימנע מכך באמצעות ההבחנה הנזכרת לעיל, ייחוס מאפייני נאשמים לאדם הסביר מביא בפועל לדרישות שונות של ריסון מאנשים שונים תוך "הנמכת" הדרישה דווקא בעניינם של חמי מזוג, שבשל תכונותיהם מצויים בסיכון גבוה להתרתח ולהמית. כך נפגמות הרתעתם של חמי המזוג, ההגנה על הציבור מפניהם וההגנה על ערך החיים ככלל. הדבר אף מפלה לרעה אחרים, "טובי מזוג", שאינם בעלי תכונות דומות ועל כן לא יזכו בהקלה אם ימיתו.¹⁹

עוד בוקרה ההבחנה עצמה שבבסיס הנוסחה. היא לא אפשרה, כך טענו המבקרים, למנוע התחשבות במאפיינים ובתפיסות עולם בעייתיות כגון הומופוביה או שנאת זרים,²⁰ כל עוד השפיעו מאפיינים אלה על תפיסתו של הנאשם את ההתגרות. כך "שידר" הדין, בעיני מבקריו, מסר ה"מקבל" מאפיינים אנטי-חברתיים כסיבה להקלה באחריות בגין קטל, במקום להוקיעם.

הפסיקה האנגלית, שנאלצה להתמודד עם קושי זה, הפכה בלתי קוהרנטית. פעמים הוכרע כי מאפיינים כגון התמכרות לאלכוהול לא יובאו בחשבון,²¹ ופעמים כי האדם הסביר עשוי ללקות בהתמכרות להרחת דבק, בפדופיליה, בתימהונות ובאובססיה כלפי

18 ראו לדוגמה קרמניצר "בכוונה תחילה", לעיל ה"ש 5, בעמ' 37; HORDER (1992), לעיל ה"ש 1, בעמ' 144-145; Kevin Jon Heller, *Beyond the Reasonable Man? A Sympathetic But Critical Assessment of the Use of Subjective Standards of Reasonableness in Self-Defense and Provocation Cases*, 26 AM. J. CRIM. L. 1, 65 (1998); Jeremy Horder, *Between Provocation and Diminished Responsibility*, 10 K.C.L.J. 143 (1999); Michael J. Allen, *Provocation's Reasonable Man: A Plea for Self-Control*, 64 J. CRIM. L. 216 (2000); Allan Norrie, *From Criminal Law to Legal Theory: The Mysterious Case of the Reasonable Glue Sniffer*, 65 MOD. L. REV. 538, 548-549 (2002); STANLEY YEO, UNRESTRAINED KILLINGS AND THE LAW 61 (1998); Timothy Macklem, *Provocation and the Ordinary Person*, 11 DALHOUSIE L.J. 126, 140, 144-145 (1987).

19 Eric Colvin, *Ordinary and Reasonable People: The Design of Objective Tests of Criminal Responsibility*, 27 MONASH U. L. REV. 197, 201 (2001). להרחבת הדיון בסוגיית האפליה ראו להלן ה"ש 106.

20 להמחשה, אם הומופוב נפגע משום שחוזר על ידי הומוסקסואל, והמית את המחזר, ואם שונא-זרים מתרתח למראה מהגר המשוחח בשפת אמו וקוטלו, תחייב הנוסחה לייחס לאדם הסביר הומופוביה או שנאת-זרים.

21 ראו למשל R v. Egan, [1992] 4 All E.R. 470 (Eng.); R v. Newell, [1980] 71 Cr. App. R. 331 (Eng.); Luc Thiet Thuan v. R., [1996] 2 All E.R. 1033 (Eng.).

זר, בליקוי נפשי עקב התעללות מצד בן הזוג או באופי תלתי וילדותי.²² מהלכים אלה נתפסו כשחיקה של מטרותיו הנורמטיביות של המבחן, והבאתו של האדם הסביר לכדי אבסורד.

חולשתה של ההבחנה האמורה בלטה בפן נוסף. היא פעלה היטב ב"מקרי הקצה": כשהתגרות כוונה למאפיין הנדון, או כשנבחן מזוג הסוער של נאשם, שאז רלוונטיות המאפיין לשאלת עצמת ההתגרות או לסוגיית השליטה העצמית היא ממוקדת. הקושי התעורר בנוגע למאפיינים שעשויים להיות רלוונטיים לשתי הסוגיות: פסיכולוגיים, שכליים ואישיותיים, וכן צריכת חומרים כגון אלכוהול וסמים. כל אלה עשויים להפוך אדם לרגיש במיוחד לפרובוקציה וכך בדרך להשפיע על יכולתו לשלוט בזעמו. מחקרי התנהגות מראים כי זהו מצב שכיח, שכן התגובה היא נגזרת של תפיסת עצמת ההתגרות.²³ השתיים כרוכות זו בזו. מכאן טבעה המלאכותי והקשה-ליישום של הבחנת *Camplin*, אותו חשו בתי המשפט על בשרם.²⁴ הדבר יצר חשש מפני פריצת גבולות ההבחנה וייחוס הולך גובר של מאפיינים לאדם הסביר, תוך פגיעה באופיו הנורמטיבי.²⁵ קשיים אלה מצאו ביטוי בשנת 2000 בפרשת *Smith*.²⁶ הנאשם, אלכוהוליסט כרוני, סבל מדיכאון קליני שהשפיע הן על האופן שבו תפס את סירוב הקרבן להודות כי גנב ממנו כלי עבודה, והן על יכולתו לשלוט בעצמו לנוכח הסירוב. שופטי הרוב בבית הלורדים לא הסתירו את תחושת חוסר הצדק שעוררה בהם התוצאה הצפויה מהחלת

22 ראו Reg v. Morhall, [1996] A.C. 90 (Eng.); R v. Dryden, [1995] 4 All E.R. 987 (Eng.); R v. Thornton, [1996] 1 W.L.R. 1023 (Eng.); R v. Humphreys, [1995] 4 All E.R. 1008 (Eng.).

23 Stanley Yeo, *Partial Defences to Murder in Australia and India: Provocation, Diminished Responsibility and Excessive Defence*, in UK LAW COMMISSION, PARTIAL DEFENCES TO MURDER: OVERSEAS STUDIES, 2003, 1, 13 (U.K), available at www.lawcom.gov.uk (להלן: Yeo (2003)). ראו בנוסף Stanley Yeo, *Ethnicity and the Objective Test in Provocation*, 16 MEL. U. L. REV. 67, 79 (1987).

24 שופטים שונים ביטאו קושי זה. ראו R v. Smith (Morgan), [2001] 1 A.C. 146 (Eng.). באנגליה, בעניין זה נאמר שההבחנה בלתי ישימה ונוגעת לשני אספקטים של אותה שאלה. בפרשת *Holley* צוין כי ההבחנה "cannot readily be made comprehensible to a jury"; ראו Attorney General for Jersey v. Holley, [2005] UKPC 56 (Appeal taken from Eng.). בעניין *Rongonui* היא תוארה "mental gymnastics" ובעלת "incomprehensible nature and potential for injustice"; ראו R v. Rongonui (2000) 2 NZLR 385 (Ca.). ה- New Zealand Law Commission ציינה כי בשל הקושי האמור הצלחת הטענה תלויה רבות בסמנטיקה של תיאור המאפיין. ראו ב- *The Partial Defence of Provocation* (NZLC New Zealand Law Commission) at 23, available at http://www.lawcom.govt.nz/sites/default/files/publications/R98_2007/10/Publication_138_366_R98.pdf (להלן: *The Partial Defence of Provocation*).

25 Heller, לעיל ה"ש 18, בעמ' 33; (David Ormerod); SMITH AND HOGAN'S CRIMINAL LAW 454 (11th ed. 2005).

26 עניין *Smith*, לעיל ה"ש 24.

נוסחת *Camplin* על המקרה.²⁷ הם בחרו להחליף את הנוסחה במבחן המאפשר לייחס לאדם הסביר ממאפייני הנאשם גם באומדן יכולת השליטה העצמית.²⁸ אף מודל זה הפך למטרה לחצי הביקורת. זו טענה כי ייחוס גורף של מאפיינים לאדם הסביר קירב אותו מאוד לנאשם עצמו.²⁹ לא נותר הבדל של ממש בין תגובתו של הנאשם, לבין תגובתו האפשרית של האדם הסביר. הדבר, כך נטען, רוקן מתוכן את הבחינה הנורמטיבית, הרחיב את ההסדר יתר על המידה ופגע בפן הערכי-חברתי שלו: הדרישה לריסון עצמי והרצון לגמול ולהרתיע בפני קטל.

לצד הביקורת, גם מאפיין נוסף של התגובה לנוסחאות הקודמות נמצא בתגובות להלכת *Smith*: בשנים שלאחר פסק הדין הרבו שופטי אנגליה להנחות את המושבעים, בניגוד להלכה האמורה, להתעלם ממאפיינים "קיצוניים" של נאשמים, כגון נטייה להתרתח והפרעות נפשיות, בשקלם את הגנת הקנטור.³⁰

ולבסוף, חמש שנים בלבד לאחר שנוצר, "חוסל" גם מודל *Smith*. בפרשת *Holley* (2005) קבעה דעת הרוב של ה-Privy Council כי המודל שגוי, וחזרה ואימצה את מבחן *Camplin*.³¹

כפי שניתן לנחש, גם בכך לא תמו ייסוריו של הקנטור האנגלי. כבר בפרשת *Holley* הביעו השופטים חוסר נחת מן המבחן שאימצו, והמליצו על רפורמה נוספת. כעבור שנה, הציעה ה-*Law Commission* שינוי נוסף של המבחן.³² ב-2008 פורסמה הצעה לחקיקה³³

27 לורד קלייד התייחס לדרישת הנוסחה כ"בלתי מציאותית" וקבע כי "לא ניתן לעשות צדק ללא התחשבות בחולשות הייחודיות של אינדיבידואלים" (ציטוט בעברית ממקורות לועזיים במאמר זה מובאות בתרגום המחבר). ראו שם, בעמ' 177.

28 גם לפי מבחן זה לא ייוחסו פגמים אנטי-חברתיים באישיות או תכונות שליליות שהנאשם אחראי להן (כהתמכרויות).

29 UK Law Commission, *Partial Defences to Murder*, 2004, 70–71, available at http://lawcommission.justice.gov.uk/docs/lc290_Partial_Defences_to_Murder.pdf; UK Law Commission *Murder, Manslaughter and Infanticide*, 2006, 76–78, available at http://lawcommission.justice.gov.uk/docs/lc304_Murder_Manslaughter_and_Infanticide_Report.pdf (להלן: (UK Law Commission (2006) eport.pdf); UK Law Commission, *Partial Defences to Murder: Consultation Paper No. 173*, 2003, 74–84 (U.K.).

30 SMITH AND HOGAN'S, לעיל ה"ש 25, בעמ' 457–454.
31 עניין *Holley*, לעיל ה"ש 24. להכרעות ה-Privy Council, הגם שאינן מחייבות באנגליה, ניתן בה משקל רב. ההכרעה בעניין *Holley* אומצה בהמשך כדין מחייב במשפט האנגלי: R v. Moses, [2006] EWCA (Crim) 1721; R. v. James, [2006] EWCA (Crim) 14.

32 UK Consultation Paper, לעיל ה"ש 29, בעמ' 78–76.
33 Ministry of Justice, *Murder, Manslaughter and Infanticide – Proposals for Reform of the Law: Consultation Paper* (2008), <http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20110218135832/http://justice.gov.uk/consultations/docs/murder-manslaughter-infanticide-consultation.pdf>.

וב-2009, ארבע שנים בלבד לאחר פסק הדין, חוקק הסדר חדש ומפורט המחליף את הלכת Holley.³⁴ המשפט האנגלי מציג אפוא תמונה מטרידה של תנודה תכופה בין נוסחאות שונות, בניסיון לאתר פורמולה הולמת לקנטור. תמונה זו ממחישה את כישלוננו של הניסיון האמור. כל אחת מן הנוסחאות שנוסו הניבה ביקורת קשה, מהלכים ל"עקיפתה" במקרים פרטניים שבהם התנגשה עם חוש הצדק, ולבסוף נטישתה לטובת נוסחה חלופית, וחוזר חלילה.

2. מדינות נוספות

תמונה עגומה זו של חוסר יכולת לעצב משכן הולם לדוקטרינה מרכזית איננה נחלתה של אנגליה בלבד. בשל הדומיננטיות של המשפט האנגלי, ניסו שיטות משפט אחרות רבות לפתור את קשיי הקנטור באמצעות טיפוס הנוסחאות שגובשו באי הבריטי – אך ללא הצלחה. כישלוננו של ניסיון זה יומחש באמצעות מספר דוגמאות, בחלוקה לקבוצות. קבוצה ראשונה של מדינות ניסתה "לעדן" את מבחן האדם הסביר ה"טהור" דרך אפשרות התחשבות במאפיינים של הנאשם, ברוח מבחן Camplin. קנדה, למשל, אימצה תחילה את המבחן הטהור;³⁵ עברה ב-1986³⁶ למבחן המאפשר לייחס לאדם ה"רגיל"³⁷ מאפיינים של הנאשם שהם רלוונטיים להתגרות הנדונה; וכעבור עשור נקטה הרחבה נוספת, לפיה אפשר להתחשב בכל מאפיין ייחודי של הנאשם, למעט מאפיינים כגון נטייה לאלימות או לזעם.³⁸

לצד התנודה בין נוסחאות, ניכר כישלוננו של הניסיון הקנדי בביקורת נרחבת שעוררו הנוסחאות אשר נוסו במדינה זו. המבחנים הנוהגים הקימו עליהם התנגדות הדומה במהותה לביקורת שהוטחה בהלכת Smith האנגלית. עיקרה בחשש מפני פיחות ברף השליטה העצמית הנדרש מבני החברה ומפני "עידוד" של אלימות קטלנית. בקנדה

34 Coroners and Justice Act, 2009, c. 25, § 54–56 (Eng.). Loss of Control מציג הגנה חלקית של Loss of Control. נדרש ש"אבדן השליטה" של הנאשם התעורר בשל פחד מאלימות קשה, בשל משהו שנאמר או נעשה בנסיבות חמורות במיוחד וגרם לנאשם לחוש, בצדק, כי נגרם לו עוול קשה, או בשל שילוב בין השניים. עוד נדרש כי אדם בגילו, מינו ונסיבותיו של הנאשם, בעל דרגה "נורמלית" של שליטה עצמית, היה עלול להגיב כמותו. לא תיכללנה נסיבות המשפיעות רק על יכולת השליטה (בדומה למבחן Camplin).

35 Criminal Code of Canada, R.S.C. 1985, c. C-46 §232 (Can.). לפרשנותו כמעגן מבחן טהור ראו Parnerkar v. R, [1974] S.C.R. 449 (Can.); Wright v. The Queen, [1969] S.C.R. 335 (Can.); Salamon v. R, [1959] S.C.R. 404 (Can.); Taylor v. The King, [1947] S.C.R. 462 (Can.).

36 R v. Hill, [1986] 1 S.C.R. 313 (Can.)

37 בקנדה ובמדינות נוספות הוחלף האדם "הסביר" באדם "רגיל" או "מן היישוב". נעסוק בכך להלן בפרק ג.5.

38 R. v. Thibert, [1996] 1 S.C.R. 37 (Can.)

קיימת הסכמה רחבה בדבר הצורך להחליף מבחנים אלה, הגם שהדרך שבה ראוי לצעוד מצויה במחלוקת ערה.³⁹ ואילו בתי המשפט, בדומה לעמיתיהם האנגליים, נוטים לעקוף את הנוסחה במקרים "בעייתיים" ופיתחו לצורך זה טכניקה של התמקדות בדרישת מידיית התגובה.⁴⁰

דוגמה נוספת היא ניו זילנד. גם זו אימצה תחילה מבחן טהור שעוגן בחקיקה בסוף המאה התשע-עשרה ובתחילת המאה העשרים.⁴¹ הביקורת לא איחרה לבוא ודמתה במהותה לזו שהושמעה באנגליה.⁴² בתגובה נחקק בסעיף 169 ל-Crimes Act 1961 הסדר המקביל לנוסחת *Camplin* האנגלית.

מבחן זה שרר שנה אחת בלבד. בפרשת *McGregor*⁴³ מוטט בית המשפט את ההבחנה שבבסיס הנוסחה וקבע כי אפשר להתחשב במאפייני הנאשם לא רק באומדן עצמת ההתגרות אלא גם בהערכת מידת השליטה העצמית של האדם ה"רגיל".⁴⁴ לאורך השנים שבהן פעל מבחן *McGregor* הוא לווה בביקורת עזה שעיקרה בחשש מפני הרחבת יתר של ההסדר.⁴⁵ בשנת 1992 נפסק בעניין *McCarthy*⁴⁶ כי מבחני *McGregor* "הלכו רחוק מדי". צוין כי הניסיון שנצבר הצביע על בלבול ביישום המבחנים ועל התעלמות מהם במקרים "רגילים" (מאפיין המוכר לנו משיטות המשפט הקודמות). בית המשפט חזר ואימץ מבחן ברוח *Camplin*, המנתק את יכולת השליטה העצמית של האדם ה"רגיל" ממאפייניו של הנאשם הספציפי.

39 Dale E. Ives, *Partial Defences to Murder in Canadian Criminal Provocation*, ראו *Excessive Force in Self-Defence and Diminished Responsibility*, in UK LAW COMMISSION, PARTIAL DEFENCES TO MURDER: OVERSEAS STUDIES, 2003, 76–84 (U.K.) הכיוונים המוצעים נעים בין הצעה לבטל את ההגנה, לצמצמה רק להתגרויות בלתי חוקיות, לאמץ את מבחן *Camplin*, להחריג מאפיינים גזעניים, שובניסטיים וסקסיסטיים מרשימת המאפיינים הניתנים לייחוס לאדם ה"רגיל" ועוד.

40 Don Stuart, *Annotation: R. v. Parent*, 41 CRIM. REP. 200 (2001); Wayne Gorman, ראו *Comment, R. v. Parent*, 45 CRIM. L.Q. 412 (2001–2002).

41 Criminal Code 1893, §165 (N.Z.); Crimes Act 1908, §§184–185 (N.Z.); Warren ראו Broobanks, *Status in New Zealand of Defences Provocation, Diminished Responsibility and Excessive Self-Defence with Regard to Domestic Violence*, in UK LAW COMMISSION, PARTIAL DEFENCES TO MURDER: OVERSEAS STUDIES, 2003, 125, 126–133; Partial Defence of Provocation, לעיל ה"ש 24.

42 Broobanks, לעיל ה"ש 41, בעמ' 127–128; *The Partial Defence of Provocation*, לעיל ה"ש 24; Matthew Goode, *The Abolition of Provocation*, in PARTIAL EXCUSES TO MURDER 43; 24 (Stanley Yeo ed., 1990).

43 *R. v. McGregor*, (1962) NZLR 1069 (CA)

44 ובלבד שבמאפיין הנדון יש מידה של קביעות ושהוא מהותי דיו כדי לבדל בין הנאשם לבין האדם ה"רגיל".

45 Brookbanks, לעיל ה"ש 41, בעמ' 131, ובפרט ביקורתו של פרנסיס אדאמס המוזכרת שם.

46 *R. v. McCarthy*, (1992) 2 NZLR 550, 558 (CA)

אלא שגם יישומו של מבחן זה היה רווי קשיים, ביקורת⁴⁷ וקריאות של גופי רפורמה לשנותו.⁴⁸ ב-2009 נענה המחוקק לחלק מן הקריאות וביטל כליל את הסדר הקנטור בניו זילנד. יצוין כי דינמיקה דומה של תגובות לניסיון "לעדן" את המבחן הטהור התעוררה גם באוסטרליה.⁴⁹

קבוצה שנייה של מדינות שימרה, לאורך זמן, את השימוש במבחן הטהור. לכאורה מצביע הדבר על הצלחת המאמץ הפורמולטיבי במדינות אלה. אלא שבפועל שימוש זה מלווה בחוסר נחת בולט, בדיוק כמו בקבוצת המדינות הקודמת.

רוב מדינות ארצות הברית אימצו מן המשפט המקובל את המבחן האמור. ברבות מהן הוא עודנו נוהג.⁵⁰ אלא שגם במדינות אלה הופיעו סממני התגובה המוכרים, המצביעים על חוסר יציבותו של המבחן. הכתיבה האמריקאית מציגה ביקורת קשה על המבחן וקריאות להחלפתו.⁵¹ בד בבד מתמודדת הפרקטיקה השיפוטית עם קשיי המבחן באמצעות יישומו תוך הבעת ביקורת עליו, ולחלופין, כפי שראינו במדינות קודמות, דרך חריגה מתנאיו כשאלה מובילים לתוצאות לא רצויות. הדבר ניכר, למשל, במגמה של התחשבות במאפייני הנאשם במסגרת הבחינה הערכית.⁵²

47 Broobanks, לעיל ה"ש 41, בעמ' 131–133. המבחן שרד, בקושי, את ההתקפות עליו בעניין *Rongonui*, לעיל ה"ש 24, וב-*R v. Makoare*, (2001) 1 NZLR 318 (CA). במקרה הראשון סבלה הנאשמת מנוק מוחי, הפרעות נפשיות וגיל מנטלי של נערה בת 15. בנסיבות המקרה תפסת ההתגרות ויכולת השליטה היו שלובות זו בזו כחלק מההליך המנטלי שלה. ברוב דחוק של שלושה שופטים מול שניים שרד מבחן *McCarthy*. שופטי המיעוט הציעו להתחשב בכל מאפייני של הנאשם.

48 *The Partial Defence of Provocation*, לעיל ה"ש 24; New Zealand Law Commission, *Some Criminal Defences with Particular Reference to Battered Defendants* (2001) http://www.law.govt.nz/sites/default/files/publications/2001/05/Publication_80_194_R73.pdf

49 הטריטוריות השונות באוסטרליה חוו את הביקורת המוכרת על המבחן הטהור שנהג בהן, המירוהו במבחן "מעורב", ומתמודדות עם ביקורת סוערת עליו ויזמות להחלפתו. שתיים מהן, טסמניה וויקטוריה, אף ביטלו את הסדרי הקנטור שלהן בשל הביקורת. ראו *Singel v. The Queen*, (1990) 171 CLR 312 (Austl.); Law Reform Commission of Victoria, *Homicide*, 1991, §§187–191, 23; *Yeo* (2003), לעיל ה"ש 23; *Colvin*, לעיל ה"ש 19; <http://www.austlii.edu.au/cgi-bin/sinodisp/au/other/lawreform/VicLRComm/1991/40.html?stem=0&synonyms=0&query=law%20reform%20commission%20of%20Victoria,%20Homicide>; Victorian Law Reform Commission, *Defences to Homicide Options Paper*, 2003, <http://www.lawreform.vic.gov.au/sites/default/files/OptionsPaperFINALsmallsize.pdf>

50 WAYNE R. LAFAVE, *SUBSTANTIVE CRIMINAL LAW* §15.2(b)(6) (2nd ed. 2003); FLETCHER (1978), לעיל ה"ש 12, בעמ' 244; Heller, לעיל ה"ש 18, בעמ' 69. נכון ל-1998 נהג מבחן טהור בכ-40 מדינות בארצות הברית ובמחוז קולומביה.

51 Fletcher למשל רואה במבחן "דוגמא טובה לדרך בה דוקטרינה משפטית הופכת מנוכרת לחלוטין לעקרונות המוסריים שבבסיסה" (FLETCHER (1978), לעיל ה"ש 12, בעמ' 249). ראו גם LAFAVE, לעיל ה"ש 50, §7.10(b)(10).

52 *DPP v. Helen Wu*, 286 Cal. Rptr. 868 (1991); *State v. Reeves*, 670 N.W. 2d 199 (Iowa 2003); LAFAVE, לעיל ה"ש 50.

אחת האינדיקציות המשמעותיות ביותר לסדקים במעמדו של המבחן הטהור נמצאת בהצעת הרפורמה של ה-MPC (Model Penal Code). מנסחי הקוד הצטרפו למבקר המבחן באמרם כי הוא קפדני מדי ומניב תוצאות לא צודקות. הם הציעו להחליפו בנוסחה העוסקת במקרי "Extreme Mental or Emotional Disturbance" ודורשת בין היתר "הסבר סביר" למצבו של המקונטר. שאלה זו תיבחן מנקודת מבטו של "אדם" שאיננו הנאשם אך מצוי במצבו ובנסיבות שבהן האמין.⁵³

קיומה של הצעה זו במסמך משפטי מכונן ממחיש את קשיי המבחן הטהור בארצות הברית. ועם זאת, גם הצעת ה-MPC לא נחלה הצלחה. היא ספגה ביקורת רחבה שטענה בין היתר להרחבת יתר של ההסדר בשל מיעוט חסמים נורמטיביים.⁵⁴ רק חמש מדינות, מתוך שלושים וארבע שתיקנו את חוקיהן לאחר פרסום ה-MPC, אימצו את מודל הקנטור שהוצע, בשינויים קלים. כתריסר מדינות נוספות אימצו אלמנטים מן המודל, אך בשינויים ניכרים, כגון השבת רכיבי ההתגרות הקשה והאדם הסביר אל הנוסחה.⁵⁵ יתר על כן, המדינות שבחרו לאמץ את נוסחת ה-MPC או נגזרות שלה לא ראו בה ברכה. חלקן זנח אותה במהירות.⁵⁶ באחרות פיתחו בתי המשפט כלים לצמצום היקפה. כך ניעורה, למשל, הקפדה יתרה בשאלה אילו תגובות תיחשבנה לנובעות מן המצב הרגשי הסוער. במדינות מסוימות עוצבה דרישה להוכחת "טריגר" הולם להתפרצות הקטלנית. וגם כאן, במקרים שבהם הובילה הנוסחה לתוצאה לא הולמת בעיניהם, בחרו בתי המשפט ליישמה בצורה גמישה.⁵⁷

- 53 The American Law Institute, *Model Penal Code and Commentaries* § 210.3(1)(b)(1980).
 54 ראו למשל Joshua Dressler, *Rethinking Heat of Passion: A Defense in Search of a Rationale*, 73 J. CRIM. L. & CRIMINOLOGY 421, 453 (1982); Dan M. Kahn & Martha C. Nussbaum, *Two Conceptions of Emotion in Criminal Law*, 96 COLUM. L. REV. 269 (1996); Victoria Nourse, *Passion's Progress: Modern Law Reform and the Provocation Defense*, 106 YALE L.J. 1331 (1997); Kenneth W. Simons, *Should the Model Penal Code's Mens Rea Provisions be Amended?* 1 OHIO ST. J. OF CRIM. L. 179 (2003); Sanford Kadish, *The Model Penal Code's Provocation Proposal*, in UK Law Commission, *Partial Defences to Murder: Consultation Paper No. 173*, 2003, 274–277 (U.K.); Joshua Dressler, *Why Keep the Provocation Defense?: Some Reflection on a Difficult Subject*, 86 MINN. L. REV. 959, 985–992 (2002). (Dressler (2002): להלן);
 55 Stephen P. Garvey, *Passion's Puzzle*, 90 IOWA L. REV. 1677, 1690 (2005); Susan D. Rozelle, *Controlling Passion: Adultery and the Provocation Defense*, 37 RUTGERS L.J. 197, 209 (2005); Caroline Forell, *Homicide and the Unreasonable Man*, 72 GEO. WASH. L. J. LAFAYE; 273–272 בעמ' 54, Kadish; (Forell (2004): להלן); REV. 597, 604 (2004). לעיל ה"ש 50, §7.10(b)(10), Nourse; לעיל ה"ש 54, בעמ' 134.
 56 Kadish, לעיל ה"ש 54.
 57 שם, בעמ' 274; Eric. Y. Drogin, *To the Brink of Insanity: Extreme Emotional Disturbance in Kentucky Law*, 26 N. KY. L. REV. 99 (1999).

קשה לומר אפוא כי אותר בארצות הברית פתרון לקושיה הפורמולטיבית, אם דרך המודל הטהור או במודל ה-MPC.

אף שיטת המשפט שלנו משתייכת לקבוצה זו של מדינות, הדבקות לאורך זמן במבחן הטהור. מאז אומץ למשפט הישראלי בפרשת סגל (1955),⁵⁸ חזר בית המשפט ואשרר את המבחן תוך דחייה עקיבה של ניסיונות לכרסם בו ולייחס לאדם הסביר ממאפייני הנאשם.⁵⁹ ההנמקה השיפוטית הדגישה את היבטיו הערכיים-נורמטיביים של המבחן, ובראשם קידוש חיי האדם והחשיבות שבעיצוב נורמות התנהגות חברתיות המוקיעות אלימות קטלנית.⁶⁰

הדבר אינו מלמד על שביעות רצון מן המבחן. הלה, כדברי הנשיא ברק, "נתקל בביקורת מיום היווצרותו"⁶¹ בספרות ובפסיקה. הביקורת עליו מאחדת את רוב מלומדי ישראל.⁶² היא מבוססת הן על הטיעונים שהועלו מעבר לים, אותם סקרנו לעיל, והן על טענות נוספות הנובעות מעיגון הקנטור בחוק העונשין כחלק מהגדרת היסוד הנפשי של

58 ע"פ 46/54 היועץ המשפטי לממשלת ישראל נ' סגל, פ"ד ט 393 (1955). גם עובר לפרשה זו יושם הקנטור בישראל.

59 ראו למשל ע"פ 191/58 סואעד נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יג 1325, 1327 (1959); ע"פ 552/68 אילוז נ' מדינת ישראל, פ"ד כג(1) 377, 383 (1969); ע"פ 101/77 רינגלשטיין נ' מדינת ישראל, פ"ד לב(1) 623, 627 (1978); ע"פ 553/77 תומא נ' מדינת ישראל, פ"ד לב(3) 141, 151 (1978); ע"פ 280/85 חיימוביץ נ' מדינת ישראל, פ"ד מ(4) 778, 763 (1986); ע"פ 139/86 עזאם נ' מדינת ישראל, פ"ד מא(3) 343, 349 (1987); ע"פ 392/91 שץ נ' מדינת ישראל, פ"ד מז(2) 299, 309 (1993); ע"פ 759/97 אליאבייב נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(3) 474, 459 (2001); ע"פ 402/87 מדינת ישראל נ' גנדי, פ"ד מב(3) 383, 393 (1988); ע"פ 6580/96 צ'קולה נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 6.7.2000).

60 ראו למשל ע"פ 686/80 סימן-טוב נ' מדינת ישראל, פ"ד לו(2) 264, 253 (1982); עניין גנדי, לעיל ה"ש 59, בעמ' 393; ע"פ 322/87 דרור נ' מדינת ישראל, פ"ד מג(3) 718, 724 (1989); ע"פ 2534/93 מליסה נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(2) 597, 612-613 (1997); ע"פ 357/95 וייצמן נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(4) 577, 589 (1997); ע"פ 5413/97 זורבליוב נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(2) 541, 554 (2001); עניין אליאבייב, לעיל ה"ש 59, בעמ' 472; ע"פ 6819/01 גרשוני נ' מדינת ישראל פס"ג לפסק דינו של השופט רובינשטיין (פורסם בנבו, 15.6.2005); ע"פ 10828/03 נג'אר נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 28.7.2005).

61 דנ"פ ביטון, לעיל ה"ש 5, פס' 38 לפסק דינו של הנשיא ברק.

62 קרמניצר "בכוונה תחילה", לעיל ה"ש 5, בעמ' 14-15; עדי אור אשמה, פזיזות ורשלנות במשפט הפלילי 229-235 (1999); מרים גור-אריה "המשפט והאדם הסביר" מחשבות 50, 58 (1992); אורית קמיר "איך הרגה הסבירות את האשה: חום דמם של 'האדם הסביר' וה'הישראלית המצויה' בדוקטרינת הקינטור בהלכת אוואלוס" פלילים ו 137 (1997) (להלן: קמיר "איך הרגה הסבירות"); שחר "האדם הסביר", לעיל ה"ש 5, בעמ' 90-93; יורם שחר "כוונת המחוקק ב'כוונה תחילה'" מחקרי משפט ב Orit Kamir, *Responsibility Determination as a Smokescreen: Provocation and the Reasonable Person in the Israeli Supreme Court*, 2 OHIO ST. J. OF CRIM. L. 547 (2005). יוצא דופן הוא פרופ' אנקר, התומך במבחן האובייקטיבי. ראו אהרון אנקר "רצח בכוונה תחילה" משפטים ו 478 (1976).

עבירת הרצח.⁶³ גם בתי המשפט הציגו, לאורך השנים, גישה דואלית למבחן. מחד, כאמור לעיל, הודגשה חשיבותו להגנה על ערך חיי האדם והשיקולים הנגזרים ממנו. מאידך, במקרים שחידדו את קשיי המבחן נשמעו הסתייגויות ממנו⁶⁴ וקריאות לרפורמה. אמירתו של השופט (כתוארו אז) ברק בפרשת אזואלוס (1996), לפיה נכון היה לעיין בהלכה "תוך צמצום המבחן האובייקטיבי או אף ביטולו", וקריאתו לרפורמה חקיקתית⁶⁵ פתחו את הסכר בפני שלל התבטאויות בנושא.⁶⁶ מהלך זה הגיע לשיא בדיון הנוסף בעניין ביטון (2006), עת נדרש בית המשפט העליון, בהרכב מורחב, לעתירה לבטל את המבחן. אף על פי שהעתירה נדחתה הצטרף הנשיא ברק אל המבקרים בקבעו כי המבחן הטהור "קיצוני מדי".⁶⁷ לאחר התלבטות בחר הנשיא להותיר את המבחן על כנו, והסתפק בקריאה לביצועה של רפורמה חקיקתית. קריאתו הובילה ליזמת החקיקה שבנוסחת הקנטור שלה עוסק מאמר זה.

תמונה זו מציבה את ישראל בשורה אחת עם יתר המדינות שבהן עסקנו. אף כאן, למרות הדבקות בנוסחה ה"טהורה", סיפורה איננו סיפור הצלחה.⁶⁸

- 63 הביקורת מלינה על החדרת יסודות נורמטיביים ליסוד הנפשי, ועל אימוץ פסיקתי של "האדם הסביר", שאינו נזכר בנוסח החוק. ראו לעיל ה"ש 5.
- 64 דוגמה לכך הוא עניין תומא, לעיל ה"ש 59, בעמ' 150–151. השופט ש' לוי ציין כי הלכת סגל "עשויה להיות חשופה לביקורת חריפה" והביע חוסר נחת לנוכח תוצאתה "המחייבת לאשר למערער גורדין של מאסר עולם [...] קדמה למעשה הקטילה פרובוקציה חמורה שעשויה היתה להוציא מגדרו את המערער [...] אם כי לא הגיעה לדרגת הקינטור הדרושה לפי החוק [...] אילו הוחלה בישראל הלכת האחריות המופחתת, הייתי מקל עם המערער בהרבה [...]". שאר חברי ההרכב קבעו כי לא הוכחה החלטה להמית באזכרם את השינוי שחל במבחן הטהור באנגליה, בפרשת *Camplin*, לעיל ה"ש 16, והמליצו על רפורמה בעבירות ההמתה (שם, בעמ' 154, 155).
- 65 ע"פ 3071/92 אזואלוס נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(2) 573, 578–579 (1996).
- 66 עניין מליסה, לעיל ה"ש 60, בעמ' 608, 612, 614; עניין אליאבייב, לעיל ה"ש 59, בעמ' 473, 475, 479; דנ"פ 4661/98 מליסה נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 25.2.1999); ע"פ 4914/95 אסף נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(1) 337, 348 (2000); עניין זורבליוב, לעיל ה"ש 60, בעמ' 555; ע"פ 9258/00 נטרלשווילי נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(2) 673, 685 (2002); ע"פ 10082/04 אברמוב נ' מדינת ישראל, פ"ד 29 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) חשין (פורסם בנבו 25.10.2006); ע"פ 11578/05 טלה נ' מדינת ישראל, פ"ד 19–20 לפסק דינו של השופט חשין (פורסם בנבו, 18.6.2007); ע"פ 8332/05 איסקוב נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 26.7.2007).
- 67 דנ"פ ביטון, לעיל ה"ש 5, פ"ד 29–43, 49–50, 63, 65 ר-68 לפסק דינו של הנשיא ברק.
- 68 דוגמה נוספת לקבוצת המדינות הנדונה היא סקוטלנד. זו אימצה מודל קנטור טהור, הנכון להכיר רק במעשי אלימות או בגידה בכך זוג כהתגרות. התגובות לו אינן שונות מיתר המדינות. הביקורת הנוקבת שהושמעה הציגה את הטענות המוכרים כנגד קשיחות המודל. בתי המשפט מצאו ערוצים עוקפים להענקת הקלה במקרים מתאימים. בראשם דוקטרינת ה-Diminished Responsibility העוסקת במקרים שעל גבול אי-השפיות ופוחתה בפסיקה לכלול מקרי קנטור. לאורך השנים נשמעו קריאות לשינוי המבחן, בהן הצעת ה-Law Commission הסקוטית לעצב את ההגנה ברוח נוסחת *Camplin*. ראו James Chalmers, Christopher Gane & Fiona Leverick, *Partial Defences to Homicide in the Law of Scotland*, in UK LAW COMMISSION, PARTIAL DEFENCES TO

דרך שלישית אשר נוסתה מעבר לים כדי לאתר פתרון לקושיה היא זניחתו המוחלטת של המבחן הנורמטיבי. כפי שראינו, ניסיונו של המשפט האנגלי לבצע מהלך דומה, בפרשת *Smith*, לא צלח. מהלכים דומים כשלו במדינות אחרות, למשל באירלנד שבה נהג בעבר מבחן טהור. בשנת 1978, בעניין *MacEoin*, מצאה הביקורת נגד המבחן ביטוי מעשי. בית המשפט האירי, במקום לצעוד בעקבות הכרעת בית הלורדים בעניין *Camplin*, אימץ נוסחה חלופית.⁶⁹ זו תרה אחר "התגרות אשר, בהתחשב במזגו, אופיו ונסיבותיו של הנאשם, עלולה הייתה לגרום לאבדן שליטה".⁷⁰

נוסחה זו, הנעדרת מחסום נורמטיבי של ממש, פתחה את דלתות אולם בית המשפט לטענות הגנה לא פשוטות, מבלי לספק לשופטים כלים לדחותן. כך הועלו טענות לקנטור בשל "Clicking of Fingers" או על בסיס שכרות.⁷¹ בעל שהמית את רעייתו בתגובה להערת ביקורת מצדה טען שהיה במתח נפשי, זכה בהגנה החלקית ונשפט לשמונה שנות מאסר בלבד.⁷²

הביקורת העזה לא בוששה לבוא. המבקרים טענו, שלא במפתיע, ל"הזנחת" ערך החיים והצורך בהרתעת חמי מזג מפני אלימות קטלנית. ה-Law Reform Commission האירית הצטרפה לביקורת על המבחן והמליצה להחליפו.⁷³ גם מקומו של מאפיין מוכר אחר לא נפקד: שופטים, שבמקרים פרטניים חשו כי יישום הנוסחה יקל מדי עם הנאשם, בחרו להנחות את המושבעים תוך שימוש באלמנטים נורמטיביים השאולים מן הפסיקה האנגלית.⁷⁴

לבסוף חלחלה הביקורת גם לפסיקתו של בית המשפט לערעורים, שבשנת 2001 קבע כי המבחן הנוהג הוא בגדר "סובייקטיביזציה קיצונית", וכי שיקולי מדיניות "עשויים להכתיב סירוב להגנה במקרים שבהם היא תעודד זעם מוסרי". הוצגו דוגמאות שתצדקנה

MURDER: OVERSEAS STUDIES, 2003, 151; GERALD H. GORDON, THE CRIMINAL LAW OF SCOTLAND 348 (3rd ed. 2001); *Drury v. HM Advocate*, (2001) S.C.C.R. 583 (Scot.); Pamela R. Ferguson, *Codifying Criminal Law: A Critique of Scots Common Law*, CRIM. L. REV. 49, 54-57 (2004); C.H.W. GANE & C.N. STODDART, A CASEBOOK ON SCOTTISH CRIMINAL LAW 421-426 (3rd ed. 2001); Juliette Casey, *Legal Defences and Expert Testimony on the Battered Woman Syndrome: A Focus on Self Defence*, 31 S.L.T. 247-252 (2003); LAW COMMISSION OF SCOTLAND, A DRAFT CRIMINAL CODE FOR SCOTLAND 88 (2003), available at www.scotlawcom.gov.uk.

69 אולי משום שכאשר הכריע, ביום 17.4.1978, לא ידע בית המשפט האירי על פסק הדין האנגלי, שניתן ב-6.4.1978.

70 *DPP v. Sean MacEoin*, [1978] I.R. 27, 34.

71 בהתאמה: *James McDonagh v. DPP*, [2001] 3 IR 201; *DPP v. Kelly*, [2000] 2 IR 1.

72 *DPP v. Hennessy* (Unpublished, 2000); ראו גם Law Reform Commission of Ireland, *Consultation Paper: Homicide – The Plea of Provocation*, 63 (2003).

73 שם. הנוסחה שהוצעה מבוססת על "האדם הרגיל" ומוכנה לייחס לו ממאפייני הנאשם, בסייגים.

74 שם, בעמ' 71.

את דחיית ההגנה: אלימות על רקע גזעני, אלימות בין נהגים ('road rage') וצורות אחרות של "socially repugnant violent reaction".⁷⁵

ניסיון דומה נצבר בדרום-אפריקה. המבחן הנורמטיבי הטהור שנהג במדינה זו⁷⁶ הומר, במהלך הדרגתי בשנים 1971–1997, בהלכה פסוקה לפיה השפעת ההתגרות עשויה לשלול את היכולת הקוגניטיבית של הממית להבין את חומרת המעשה ולבחור בדרך התנהגותו.⁷⁷ לכן, הוכחת קנטור יכולה לזכות את הנאשם בהגנה מלאה. מבחן זה נעדר כל חסם נורמטיבי.

בדומה לאירלנד, גם מהלך זה עורר ביקורת עזה והצעות רפורמה ממינים שונים.⁷⁸ אף הפעם בתי המשפט, שהסתייגו מן התוצאה של זיכוי מלא במצבי קנטור, הגיבו בפיתוח דרכים להימנע ממנה במקרים שבהם סתרה את חוש הצדק,⁷⁹ וגם הפעם לא האריך המבחן שנים.

המפנה המרכזי חל ב־2002, עת קבע בית המשפט העליון בדרום-אפריקה כי יש להתייחס להגנה הסובייקטיבית "בזהירות". עוד נפסק כי היא לא תחול מקום שבו מדובר ב־Loss of Temper (דוגמת ריב נהגים), להבדיל מ־Loss of Control. על בית המשפט לבחון את טענת הקנטור נגד "ניסיונו בנוגע להתנהגות אנושית ואינטראקציה חברתית. המבקרים עשויים לתאר זאת כעקרון המונחה בידי מדיניות [...]". ברי כי החלטה זו ביקשה לשלב אלמנטים נורמטיביים בהגנת הקנטור ולהצר אותה. עם זאת, משמעותה ופרשנותה עדיין נתונות במחלוקת.⁸⁰

75 DPP v. Davis, [2001] 1 IR 146, 156–160.

76 Johnathan Burchell, *Paper on Provocation, Diminished Responsibility and the Use of Excessive Force in Self-Defence in South African Law*, in UK LAW COMMISSION, PARTIAL JOHNATAN ; (Bruchell (2003) (להלן): DEFENCES TO MURDER: OVERSEAS STUDIES, 2003 BURCHELL & JOHN MILTON, PRINCIPLES OF CRIMINAL LAW 427–429 (3rd ed. 2005); C.R. SNYMAN, CRIMINAL LAW 92–93 (4th ed. 2002).

77 S v. Mokonto, 1971 (2) SA 319 (S. Afr.); S v. Bailey, 1982 (3) SA 772 (S. Afr.); S v. Moses, 1996 (1) SACR 701 (S. Afr.); S v. Gesualdo, 1997 (2) SACR 68 (S. Afr.).

78 Johnathan Burchell, *A Provocative Response to Subjectivity in the Criminal Law*, in CRIMINAL JUSTICE IN A NEW SOCIETY 23–47 (2003); Johnathan Burchell, *Unravelling Compulsion Draws Provocation and Intoxication Into Focus*, 14 S. AFR. J. CRIM. JUST. 363, 370 (2001); HALLIE LUDSIN, SOUTH AFRICAN CRIMINAL LAW AND BATTERED WOMEN WHO KILL §8.3 (2003); Pather Savakalay, *Provocation: Acquittals Provoke a Rethink*, 15 AFR. J. CRIM. JUST. 337 (2002).

79 נקבע למשל כי כשעדות הנאשם אינה מהימנה, נשלל משקל עדויות המומחים לעניין יכולתו הקוגניטיבית.

80 S v. Eadie, 2001 (1) SACR 172 at para. 64 (S. Afr.); Burchell (2003); לעיל ה"ש 76, בעמ' 451–430; BURCHELL & MILTON; 201–189, לעיל ה"ש 76, בעמ' 451–430.

סקירה זו ממחישה את מצבו העגום של העיסוק בקנטור במשפט האנגלו-אמריקאי. הלה הניב חוסר שקט וביקורת. קשה לומר כי מי מטיפוסי הנוסחאות שנוסו במדינות השונות נחל הצלחה. יש בכך משום תחילת הסבר למודל המקורי המוצע כיום במשפטנו. על רקע כישלון הנוסחאות אשר נוסו מעבר לים, האפשרות לבסס את הדין הישראלי העתידי על אחת מהן אינה קוסמת. זו גם נקודה למחשבה אשר תלווה אותנו בהמשך החיפוש אחר נוסחה משופרת. התמונה של דוקטרינה מרכזית, אשר למרות העיסוק הממושך והאינטנסיבי בה אינה מוצאת מנוחה ונחלה, מעלה סימני שאלה. אלה ילכו ויתרבו כאשר נעמת תמונה זו עם המישור הרעיוני. לכך ניגש כעת.

ב. קשיי הקנטור כתוצר של מחלוקת רעיונית

ייתכן כי משימת איתורה של נוסחה הולמת נדונה לכישלון. זאת, אם ההסבר לתמונה שתוארה לעיל מצוי בפערים רעיוניים. הטוען לתפיסה זו יצביע על עצמתו ומשכו של הדין המשפטי בנושאי הקנטור, לרבות הביקורת העזה שהוטחה בנוסחאות התורניות ברחבי העולם אותה סקרנו לעיל. עוד יצביע הוא על הוויכוחים הערים שהתעוררו בספרות במגוון סוגיות הכרוכות בקנטור, שבחלקן ניגע בהמשך. למשל, העיסוק בהשלכות השימוש באדם הסביר, ההתלבטות אם לייחס לאותה דמות ממאפייניו של המקונטר או הטענה לאפליית "טובי המזג" בהשוואה למקונטרים "חמי מזג". סוגיות אלה הן מושא לפולמוס נרחב.

היקף הדין הביקורתי ועצמתו עשויים, כך הטענה, להצביע על קיומה של מחלוקת עמוקה וקשה לגישור באשר למהותה של הדוקטרינה. מעברו האחד של המתרגם מצויים, לפי תפיסה זו, משפטים "אובייקטיביסטים", המקדשים את ערך החיים, את דרישת החברה מבניה לרסן את התנהגותם ואת השאיפה להרתיע מפני קטל מכוון ולהבטיח גמול נאות בגינה. עוד מדגישים הם את האמירה לפיה אלימות איננה תגובה מקובלת לעלבון ואת הרצון להוקיע תפיסות עולם פסולות, שעשויות לבוא לידי ביטוי בתחושת המקונטר כי כבודו נפגע, ובתגובתו לפגיעה. זרם זה מצדד בצמצום הסדר הקנטור למינימום באמצעות שילוב חסמים נורמטיביים נוקשים בהכרעה אם להעניק לנאשמים את הקלת הקנטור.

מנגד ניצבים משפטים "סובייקטיביסטים". אלה מקדשים את "עקרון האשם" האומד את אחריות הנאשם לפי בחירתו החופשית והמודעת לפעול. אין זה הוגן לדידם להרשיע בעבירת הרצח נאשם שיכולתו לשלוט בעצמו הוגבלה בשל השפעת ההתגרות והרגש שניעור ולענשו בהתאם. אין לעשות כן בשמם של שיקולים נורמטיביים-חברתיים חיצוניים. הדבר הופכו ל"שעיר לעזאזל" אשר מתויג ונענש מעבר למידת אשמו.

הפער הרעיוני שבין "אובייקטיביזם" ל"סובייקטיביזם" הינו, כך ניתן לחשוב, תהומי, והקושי לגשר עליו הוא שניצב בבסיס חוסר היכולת להגיע להסכמה על אודות נוסחה הולמת לקנטור. ה"סובייקטיביסטים" מסרבים להסכין עם נוסחאות נורמטיביות מצמצמות דוגמת המבחן הטהור, ומתנגדיהם מסתייגים מנוסחאות נדיבות יותר דוגמת נוסחת *Camplin* או מבחן "סובייקטיבי" לחלוטין. תוכני הביקורת שנסקרה לעיל ואשר הושמעה בשיטות המשפט השונות נגד הנוסחאות שנוסו בהן, עשויים לתמוך בתזה זו. בתיאור זה גרעין של אמת. אין ספק כי הקנטור מעלה דילמה המעמתת את השיקולים שהוצגו לעיל אלה עם אלה. חלק מן הכותבים, השופטים והמחוקקים העוסקים בסוגיות השונות שמעוררים דיוני הקנטור קרובים יותר בדעותיהם לצד זה של הדילמה, ואחרים לצד הנגדי.

אלא, שאין בפערים אלה כדי להסביר את מצבה הפורמולטיבי העגום של דוקטרינת הקנטור. טענתי היא כי בחינתו של הדיון בדוקטרינה מראה, כי בנושאי הליבה הרעיוניים קיימת מידה רבה של קונצנזוס.⁸¹ הדברים אמורים במיוחד ברצינול המהותי אותו נועדה הנוסחה המשפטית להגשים. קשה לומר אפוא כי תהום רעיונית היא אשר ניצבת בבסיס הקושי לעצב נוסחה הולמת.

הנמקתה של טענה זו תבוצע במהלך הבא: היות שמטרתנו היא לבחון את היקף המחלוקת בנוגע לרצינול המהותי, "נפשיט" את הדיון הביקורתי מן הסוגיות הספציפיות הנדונות במסגרתו. בשלב זה לא נעסוק אפוא בשאלות כגון השלכות השימוש באדם הסביר. בהמשך נראה, כי המחלוקת בסוגיות אלה אינה מבטאת פערים בנוגע לרצינול ונובעת מאלמנטים אחרים.

אנו נאמן נקודת מבט שונה, שנועדה לחדד את הרעיון המהותי אשר בבסיס הדוקטרינה, ולבחון את יחסם של המשפטנים העוסקים בדיוני הקנטור לרעיון זה. לשם כך, נתמקד בסיטואציה הבסיסית של המתה בהשפעת קנטור ונבחן את טיפולם של ה"סובייקטיביסטים" מחד וה"אובייקטיביסטים" מאידך בסיטואציה זו. המתודה שתאומץ היא "פירוק" הסיטואציה לשני שלבים: תחילה ההתגרות, ולמולה התגובה הרגשית והאלימה של המקונטר. שלב אחר שלב, ותוך המשך חלוקת השלבים האמורים לרכיביהם הרעיוניים, נתור אחר פערים מהותיים בין המשפטנים הניצים בנוגע לרכיבים אלה.

1. רכיב ההתגרות

תחילתה של המתה בהשפעת קנטור בהתרחשותה של התגרות. האם במישור זה קיימת מחלוקת? ובכן, הגם שרכיב ההתגרות עורר דיון שבתאוריה,⁸² הוא איננו מושא לדילמות

81 הקונצנזוס הוא במסגרת העמדה הרווחת, המצדדת בקיומו של הסדר קנטור. כפי שציניתי בה"ש 2, יש דעות החולקות על תקפות הדוקטרינה. הדיון בסוגיה זו חורג ממסגרת המאמר.

82 הספרות דנה בשאלה אם לייחס להתגרות משקל בהערכתו המוסרית של אירוע המתה. המצדדים בתשובה חיובית טוענים שהמתגרה במעשיו הסתכן ויותר על נתח מזכויותיו להגנה ולשלמות

פורמולטיביות של ממש. נהוג לנסחו באמצעות המונח "התגרות"⁸³, ולעתים בצירוף התארים "הולמת" או "פסולה"⁸⁴. זהו הנוסח המקובל, והוא אינו מעורר ביקורת או תרעומת מיוחדת.

מצב זה מעיד לא רק על סטטוס קוו ניסוחי, אלא גם על הסכמה רעיונית. זו, כפי שנראה מיד, מפרשת את הנוסח האמור כמקפל בתוכו אלמנט של הערכה נורמטיבית של חומרת ההתגרות ושל פוטנציאל ההשפעה על המקונטר. הנוסח מגלם עמדה לפיה לא כל פרובוקציה תשמש בסיס להענקת הקלה. התגרות שלא תעמוד במבחן הערכי תיוותר מחוץ להסדר, גם אם גרמה לנאשם הספציפי להתרתח. עמדה זו, כפי העולה מן הקונצנזוס העיצובי ומן הספרות, זוכה בתמיכה גורפת.

תמיכתם של ה"אובייקטיביסטים", המייחסים משקל מיוחד לפן הערכי של דילמת הקנטור, בחסם הנורמטיבי אינה מפתיעה.⁸⁵ חמי המזג מהם חרד האובייקטיביסט עלולים לזעום לנוכח התנהגות תמימה של הקרבן בשל מאפיינים של האחרון שאינם בשליטתו, או לנוכח פרובוקציה קלה בלבד. בנוסף, הזעם עלול לנבוע מתפיסות עולם או מדעות קדומות של הזועם, כגזענות או הומופוביה, אותן מבקשת החברה להוקיע. האובייקטיביסט לא יקבל אפוא את נקודת המבט של הזועם כבסיס לאומדן חומרת ההתגרות. כדי להותיר מקרים מעין אלה מחוץ לגדרי ההסדר ולגונן על הערכים היקרים ללב, הוא זקוק למדרד חיצוני ונורמטיבי.

מנגד, ניתן היה לצפות כי ה"סובייקטיביסטים" יתנגדו לעמדה זו. בהקשר שבו אנו הנים, עוסק עקרון האשם ביכולת השליטה העצמית כבסיס לאחריות הפלילית. סובייקטיביזם דווקא יגרוס כי אם יכולת זו נפגעה בשל זעם שחש המקונטר לנוכח הפרובוקציה, פוחת האשם הגלום בתגובתו. זאת, גם אם ההתגרות היא בעיני הנאשם, ואילו החברה אינה מוצאת פסול במעשה.

עצמית. החברה אינה מחויבת לגונן עליו באותה מידה שנפגע תמים זוכה לה. בנוסף, למקונטר קמה זכות לשקם את פגיעת ההתגרות בו, בתגובה מידתית. זו גורעת מאשמו אם הגיב תגובה מופרזת וקטל. המתנגדים טוענים כי אי אפשר לוותר על הזכויות האמורות, וכי החברה מחויבת לגונן עליהן בכל מקרה; כי ייחוס משקל להתגרות מאשים את הקרבן במותו ולכן "צורם" מוסרית; כי גם כשהמתגרה ביצע דבר פסול אין לעודד את המקונטר לקחת את החוק לידי ו לענשו. ראו למשל FLETCHER (1978), לעיל ה"ש 12, בעמ' 245–246; Dressler (2002), לעיל ה"ש 54, בעמ' 970–969.

83 כך ברוב המקומות. דוגמאות כוללות את ישראל, ווילס (New South Wales (Crimes Act 1900,) וילס (Homicide Act, 1957, 6 Eliz. 2, c. 11, §3 (Eng.)) שבוטל ב-2009).

84 "הולמת" (למשל §939.44 (Wisconsin Code 2011,) או "פסולה" (למשל Criminal Code of Canada (R.S.C. 1985, C-232); Criminal Code of Queensland 1899 (Qld) s. 268, 304 (Astl.)).

85 Finbarr McAuley, *Anticipating the Past the Defence of Provocation in Irish Law*, 50 MOD. 137–143 (1987) L. REV. 133, (להלן: (McAuley (1987); FLETCHER (1978), לעיל ה"ש 12, בעמ' 245.

למרות זאת, עיון בכתביהם של משפטנים מובילים הנחשבים לסובייקטיביסטים מעלה כי גם הם מצדדים בפרספקטיבה נורמטיבית, שתסייג את היקף הפרובוקציות אשר תיכללנה בהסדר.⁸⁶ גם לדידם נדרש פסול מוסרי בהתנהגות המתגרה. מעשה תמים או לגיטימי לא ייחשב ל"התגרות" המזכה בהקלה אף אם גרם לנאשם להתרתח והקשה עליו לשלוט בעצמו. נאשמים שונים שיכולתם לכלכל את צעדיהם נפגעה ייוותרו אפוא מחוץ לגדרי ההסדר מטעמים ערכיים. כך, עמדת הסובייקטיביזם הנוהג בשאלת ההתגרות איננה דווקנית. זוהי נקודה ראשונה של הסכמה במישור הרעיוני.

הדבר איננו בגדר הפתעה. כל גישה, סובייקטיבית או אובייקטיבית, המבקשת לקיים את דוקטרינת הקנטור חייבת להסכיין עם שילובו של מבחן נורמטיבי ברכיב ההתגרות. ההסבר לכך מורכב משלושה שלבים:

תחילה, אין מנוס מייחוס משקל להתגרות בהערכתו המוסרית של אירוע הקטל שאם לא כן תיוותר תגובתו האמוציונלית של הקוטל בסיס יחיד לפיחות באחריותו, ואילו המשפט הנוהג (והראוי) אינו נכון להקל באחריותו של רוצח רק משום שפעל בחמת זעם.⁸⁷ הזעם עשוי להתעורר למשל מתוך תאוות נקם או דחף סדיסטי: מצבים שכאלה אין בהם משום פיחות באשם. בעיצובה של הדוקטרינה יש אפוא הכרח לתור אחר תרומתה של ההתגרות להערכתו המוסרית של האירוע.

צעד נוסף מצוי באפיונה של התרומה. היות שהיא מביאה לגריעה מאשמת המקונטר, חייב להיות בה פסול מוסרי. מעשה תמים שלא נלווה אליו פגם ערכי ושלא גרם עוול למקונטר, אינו כזה שתגובה קטלנית זועמת אליו תיתפס "אשמה" פחות. אפשר אף כי נראה בה מעשה אכזרי וסתמי במיוחד ונבקש להחמיר עם מבצעה.

ולבסוף, הבחינה אם קיים פסול בהתגרות חייבת להיעשות מנקודת מבט ערכית-חברתית חיצונית למקונטר. זאת, משום שעצם התעוררות הזעם אצל המקונטר משמעותה כי לדידו מדובר בפרובוקציה שגרמה לו עוול.⁸⁸ לכן אם נסתפק בשיפוטו

86 קרמניצר "בכוונה תחילה", לעיל ה"ש 5, בעמ' 29; קרמניצר ולבנון, לעיל ה"ש 5, בעמ' 551; Dressler (2002), לעיל ה"ש 54, בעמ' 972, 984; Garvey, לעיל ה"ש 55, בעמ' 1732, 1736. כך כותב פלר על אודות רכיב ההתגרות: "אשר למהות מעשה ההקנטה צריך הוא מטבעו להתבטא, מבחינה אובייקטיבית, בהתנהגות בלתי צודקת, פוגעת מבחינה פיזית או מורלית, ואולי אף התנהגות בניגוד דין. כלומר, מעשה בלתי מקובל, שאין אדם עושה כלפי רעהו, כשם שאין הוא מוכן לקבלו מרעהו. המושג 'התגרות', בו נוקטת הוראת ס' 301(א) לחוק העונשין, מקפל בתוכו את חוסר הלגיטימיות של ההתנהגות המקנטרת, כמאפיין חיוני שלה מכוח החוק. לעומת זאת, התנהגות לגיטימית, ולא כל שכן התנהגות מכוח הדין או בהסכמתו, כלומר התנהגות שניתן להצדיקה מבחינת סדרי החיים התקינים בחברה, אינה יכולה להחשב כהתגרות, אפילו כשהיא למורת רוחו של אדם; היא יכולה לגרום להתרגשות, אפילו לכעס ולרוגז או אף לריתחה או לפגיעה, אבל אין היא יכולה ועשויה להיחשב כהתגרות" (פלר, לעיל ה"ש 5, בעמ' 560).

87 למחלוקת התאורטיקנים ראו לעיל ה"ש 82. מעשית, כמוסבר בגוף המאמר כאן, מדובר בוויכוח עקרי. 88 כך לפי הגישה, שתוצג בהמשך, הרואה ברגש פרי שיפוט קוגנטיבי. גם לפי הגישה המתחרה, שתוצג בהערת השוליים הבאה, אי אפשר להסתמך על שיפוטו הפנימי של המקונטר שכן הלה אינו מופעל כלל.

הפנימי את ההתגרות, נחזור למצב שבו התעוררות הרגש לבדה מספיקה לצורך הענקת ההקלה. זאת כאמור אי אפשר לקבל. לכן אין זה מפתיע שהמשפטים השונים, בין שדעותיהם נוטות ל"סובייקטיביזם" או ל"אובייקטיביזם", מקבלים את ההכרח שבשילוב בחינה נורמטיבית ברכיב ההתגרות. בסוגיה זו, כמו בשאלת ניסוח רכיב ההתגרות, אין "תהום" רעיונית שעשויה להסביר את קשיי הדוקטרינה. נמשיך אפוא לתור אחר פערים רעיוניים, והפעם בנוגע לצלע השנייה של סיטואציית הקנטור.

2. התגובה האמוציונלית: רעיון חולשת האנוש

אל מול ההתגרות מתעוררת, במקרי הקנטור, תגובה רגשית זועמת של המקונטר. הגם שבעבר נתפסה בצורה שונה, כיום מקובל להבין התרחשות זו בנפשו של המקונטר כביטוי של חולשה, המאפיינת את טבע האדם ואשר כרוכה במפגש שבין רגש להיגיון.⁸⁹ תפיסה זו, שגובשה מאמצע המאה התשע-עשרה ואילך, מושתתת על ראיית הרגש כאלמנט "משתלט". לפיה, ברוב המקרים מובילנו ההיגיון לגבור על דחפים רגשיים לביצוע מעשים פסולים. אלא שבמצבי קיצון, שבהם "הדם רותח", עלול רגש עז להאפיל על ההיגיון ולפגום ביכולת לעצור בעד התשוקה להגיב. לפי גישה זו, הזועם יודע שעליו להתנגד לדחף שהתעורר בקרבו אלא שהרגש אשר מציפו לנוכח ההתגרות מחליש מאוד את כוח השליטה שלו, והוא כושל לגבור על תשוקתו ולהימנע מן הקטל.⁹⁰ אשמתו מבוססת, לפי גישה זו, על חולשת הרצון: הגם שיכולתו להתנגד לדחף פחתה, היא לא אוינה. אשמו טמון בכישלונו להפעילה ובבחירתו להיכנע לתשוקה ולקטול. עם זאת בחירה זו מגלמת אשם מופחת, משום שהיא מתבצעת בתנאים לא שגרתיים, שבהם הופך להט הרגש את משימת הריסון העצמי לקשה במיוחד. פעולתו של הממית איננה ביטוי של החלטה קרה ומחושבת לפגוע בערך המוגן, אלא של כישלון הכרוך בטבע האנוש. על כן, במידה מסוימת והגם שאנו מחזיקים את הממית אחראי למעשיו ולתוצאותיהם, אנו מסוגלים להבין כיצד ומדוע כשל לשלוט בעצמו. אנו חשים מידה של אמפתיה כלפיו היות שמעד במקום שבו אחרים עלולים למעוד. מכאן התחושה המוסרית לפיה הממית בהשפעת קנטור נבדל מרוצח "בדם קר". רעיון "חולשת האנוש" הוא הנדבך הראשון ביחסה של דוקטרינת הקנטור לתגובתו הרגשית של הממית. האם כאן מצויה מחלוקת בין "סובייקטיביזם" ל"אובייקטיביזם"? התשובה היא בשלילה. התפיסה לפיה אפשרות הפיחות באשמו של האחרון כרוכה ברעיון האמור זוכה כיום להסכמה רחבה, בדומה לזו המאפיינת את רכיב ההתגרות.

89 במאות השמונה-עשרה והתשע-עשרה בוססה תפיסת הקנטור על הראייה בזעם ובדחף להגיב תופעות המשתלטות עלינו בתהליך אינסטינקטיבי בשל גירוי חושי (ההתגרות). לשיפוט הפנימי אין תפקיד במהלך זה. ראו (HORDER (1992), לעיל ה"ש 1, בעמ' 78-83.

90 שם, בעמ' 97-109.

קבלתם של הסובייקטיביסטים את הרעיון אינה זקוקה להסבר מפורט.⁹¹ לדידם, היכולת לבחור אם לבצע את הקטל היא שורש האחריות הפלילית. אך טבעי הוא כי גריעה מיכולת זו תפחית, בעיניהם, מן האשם. במיוחד אמורים הדברים היות שה"טריגר" למהלך – ההתגרות – הוא גורם חיצוני שאינו ביזמת המקונטר, וכשהפגיעה ביכולתו של האחרון היא תוצר של הליך "טבעי" ו"אנושי": מונחים המבטאים את שליטתו החלקית בהליך. גם הרעיון הגוזר את אשמו מבחירתו שלא לנצל את יכולתו (הפחותה) לרסן את עצמו הולם את החשיבה הסובייקטיביסטית.

מנגד, עשויים היו מצדדי האובייקטיביזם לסבור אחרת. גישה זו מקדשת את עיצובו של רף התנהגות ושליטה עצמית נוקשה ואחיד לכול. זאת כדי למנוע שיפוט מקל של מהירי-חזמה, העשוי לפגום בהגנה על הערכים הקרובים לליבה. רעיון "חולשת האנוש" מסכן שאיפה זו. תפיסת ההתגרות, התעוררות הזעם בעקבותיה והשלכותיה על תגובתו של הזועם עשויות להשתנות מאדם לאדם. זאת, משום שהן מושפעות מנתונים פרטניים כגון מערכת הערכים, מידת הביטחון וההערכה העצמית, חינוך וניסיון חיים.⁹² רעיון "חולשת האנוש" משתלב אפוא בהכרה במנעד של תגובות אנושיות להתגרות ולא בשאיפה האובייקטיבית ה"נוקשה" לשיפוט התנהגותי אחיד.

למרות זאת ברי כי המשפטנים העוסקים בקנטור, לרבות אלה הנחשבים "אובייקטיביסטים", מקבלים את הרעיון האמור כאבן היסוד להקלה באחריותו של הממית.⁹³ כך עושים גם בתי המשפט, לרבות במדינות שאימצו מודל קפדני ברוח האובייקטיביזם.⁹⁴ הקונצנזוס ניבט גם מנוסחאות הקנטור השכיחות: המבחן שנהוג

91 ראו Williams (1954), לעיל ה"ש 10, בעמ' 742; Dressler (2002), לעיל ה"ש 54, בעמ' 962–963, 974–975; Garvey, לעיל ה"ש 55, בעמ' 6; Colvin, לעיל ה"ש 19, בעמ' 227; קרמניצר "בכוננה תחילה", לעיל ה"ש 5, בעמ' 33; פלר, לעיל ה"ש 5, בעמ' 6.

92 Ashworth (1976), לעיל ה"ש 12, בעמ' 304.

93 לדוגמה, הן Ashworth (שם) והן McAuley, המסווגים את הקנטור כצידוק חלקי, מכירים ברעיון "חולשת האנוש": "The attitude of the law [...] seems to be that since legal standards are designed to regulate human conduct, they must take account of normal human failings or weaknesses, even if this has sometimes to be achieved by means of adjusting the quantum of punishment meted out to the defendant [...] Moreover, this strategy is perfectly consistent with the principles of criminal liability [...] Notwithstanding its origin in the early modern law of homicide, the modern defence of provocation plainly functions as a concession to human frailty [...] there are natural limits to an individual's capacity for self-control which the law cannot afford to ignore" (MacAuley (1987), לעיל ה"ש 85, בעמ' 136.

94 הפסיקה בישראל, כך ראינו, חזרה והדגישה את חשיבות המבחן הטהור להגנה על ערך החיים ודרישת הריסון מבני החברה, ונתפסת בעיני הביקורת כאובייקטיביסטית. במקביל חזר בית המשפט וניתח את הקנטור על יסוד רעיון "חולשת הטבע האנושי" ו"החלשות מעצוריו הנפשיים של הנאשם". ראו לדוגמה ע"פ 396/69 בנו נ' מדינת ישראל, פ"ד כד (1) 561, 579 (1970); ע"פ 339/84 רבינוביץ נ' מדינת ישראל, פ"ד לט (4) 253, 260 (1985); עניין אליאבייב, לעיל ה"ש 59, בעמ' 471;

לכנותו "סובייקטיבי" ואשר דורש "דם חם", "אבדן שליטה" וכיוצא באלה מונחים המכוונים לרעיון חולשת האנוש, הוא חלק בלתי נפרד מנוסחאות הקנטור ברחבי העולם.⁹⁵

גם באשר לנדבך מרכזי זה של רציונל הקנטור קיימת אפוא קרבה רעיונית. כיצד ניתן להסבירה?

לצורך זה אחדד את המונח "התגרות". הלה מקפל בתוכו שלושה אלמנטים: האקט הפיזי או המילולי של המתגרה; גילום של פגיעה מסוימת בכבודו או בזכויותיו של אובייקט ההתגרות; ופוטנציאל פרובוקטיבי ל"גירווי" רגשותיו וזעמו של האחרון. עבור גישה אובייקטיביסטית דווקנית הרכיב האחרון איננו מכונן. היא אינה מבססת את הגריעה מאשמו של המקונטר על התעוררות רגשותיו והשפעתם על שליטתו העצמית. היא מתמקדת בעוול המוסרי שנגרם באקט חיצוני – ההתגרות – ואשר הקים למקונטר, לדידה, זכות להגיב. זו הסיבה להקלה עם המקונטר, גם אם הוא נותר קר כקרח לנוכח ההתגרות.

אלא שגישה זו אינה מספקת בסיס הולם לדוקטרינת הקנטור המודרנית. היא נשענת על תפיסה אנכרוניסטית שאפיינה את המשפט המקובל הקדום ואשר ראתה בתגובה אלימה דרך לגיטימית ל"שיקום" פגיעה בכבוד.⁹⁶ המוסר העדכני, הליברלי, רומם את ערכי החיים והשלמות הגופנית ואינו מצדד עוד בקיומה של "זכות" לפגוע פיזית במי שהעליב. תגובה שכזו איננה אלא אקט של נקם שהחברה של ימינו מסרבת לקבל אותו. על רקע זה בולטת חשיבותו של רעיון "חולשת האנוש". הוא משמש לאיתור מעשים שקיים בהם אלמנט רגשי וספונטני דומיננטי, המבחין בינם לבין מעשי נקם פסולים. לדירוי, הבסיס לגריעה מן האשם אינו "זכות" התגובה אלא הגריעה מיכולת הבחירה בהשפעת הזעם וכן אמפתיה מסוימת שאותה אנו עשויים לחוש כלפי כישלוננו ה"אנושי" של המקונטר. אין זה מפתיע כי רעיון זה, המושתת על תפיסות מוסר מודרניות, ולא

דנ"פ ביטון, לעיל ה"ש 5, פס' 27–28 לפסק הדין; עניין איסקוב, לעיל ה"ש 66, פס' 24 לפסק הדין; עניין דרור, לעיל ה"ש 60, בעמ' 723. דוגמה נוספת מספקת הפסיקה האנגלית, אשר גם לפני פרשת *Camplin* הציגה תמונה דומה. לניתוח ראו Ashworth (1976), לעיל ה"ש 12, בעמ' 315.
 95 ראו למשל: Coroners and Justice Act, 2009, §§ 54–56 (Eng.); Model Penal Code, §210.3; Criminal Code of Canada, R.S.C., c. C-46 §232 (1985); Criminal Code of Western Australia 1914 (WA) s 245; Crimes Act of the Australian Capital Territory 1900 (ACT) s 232 (Austl.); New South Wales Crimes Act 1900 (NSW) s 23 (Austl.); Criminal Code Act of the Northern Territory 1983 (NT) s 34 (Austl.); New Zealand Crimes Act 1961, §162 (abolished) (N.Z).
 96 העלבון נתפס כפגיעה בכבוד, ותגובה זוועמת נחשבה לדרכו הראויה של "איש כבוד" לשיקום כבודו. עם זאת הציפייה הייתה שירסן את זעמו ויגיב באופן מידתי. אם חרג מגדר התגובה המידתית והמית, נענש חלקית. HORDER (1992), לעיל ה"ש 1, בעמ' 25–29, 40–41; Ashworth (1976), לעיל ה"ש 12, בעמ' 293–294; GEORGE MOUSOURAKIS, CRIMINAL RESPONSIBILITY AND PARTIAL EXCUSES ; 61 (1998).

עמדתה של הגישה הדווקנית, הוא שמקובל על העוסקים בקנטור כבסיס להקלה באחריותו של המקונטר. זאת, גם בהתייחס לנוטים לאובייקטיביזם. כך, גם בסוגיה זו אין בנמצא עימות רעיוני עז אשר עשוי להסביר את כישלוננו המתמשך של המאמץ לאתר נוסחה הולמת לקנטור.

3. התגובה האמוציונלית: סיוג נורמטיבי של ההתחשבות בחולשת האנוש

רציונל הקנטור, כשהוא נוגע לתגובת המקונטר, כולל נדבך נוסף. עניינו בשאלה אם ראוי להעביר את הנאשמים שהתנהלותם הולמת את רעיון "חולשת האנוש" דרך מסגרת נוספת, ערכית במהותה, אשר תברור מתוכם את אלה שיזכו בהקלה. כדי לענות לשאלה זו עלינו להבחין תחילה בין השאלה הראשית, של עצם השימוש בסייג נורמטיבי, לבין שאלה משנית העוסקת בנוסחה שתשמש לשם כך. רוב ההתנצחויות המשפטניות במסגרת דיוני הקנטור נוגעות לשאלה המשנית. "אובייקטיביסטים" מסבירים את ההכרח שבמבחנים נוקשים ויוצאים נגד נוסחאות "מרוככות", ואילו "סובייקטיביסטים" משמיעים ביקורת הפוכה.

טענתי היא כי מחלוקת אלה אינן מבטאות דילמה באשר לרעיון השורשי אשר בבסיס הדוקטרינה. בשלב זה אנו שוקדים על זיהויים של הרעיון ושל עמדות הגישות ה"יריבות" כלפיו. לכן נתמקד בשאלה הראשית: האם ראוי לסייג את ההתחשבות ב"חולשת האנוש", באמצעי נורמטיבי? כפי שאפשר לנחש, גם התשובה השכיחה לשאלה זו חיובית. בניגוד להתנצחויות בשאלת הדרך ליישומן, גם רעיון הסייג הערכי זוכה בתמיכה רחבה.

תמיכתו של האובייקטיביזם ברעיון זה אינה מפתיעה, אך סובייקטיביזם דווקני היה אמור להתנגד לו.⁹⁷ שהרי, יש בו סטייה לכאורה מ"עקרון האשם" בשמם של שיקולים נורמטיביים תוך הותרת חלק מן הנאשמים, שהתקשו לשלוט בעצמם בהשפעת הרגש, מחוץ לגדרי ההסדר. אלא שגם בהקשר זה הגישות הנוהגות אינן דווקניות. המלומדים הנחשבים לסובייקטיביסטים מגלים בכתביהם נכונות לבחינה ערכית-חיזונית של קבוצת הנאשמים המקיימת את רעיון "חולשת האנוש", ול"שלילת" הקלת הקנטור מחלק מהם.⁹⁸

97 כוונתי לאובייקטיביזם הנוהג המקבל, כך ראינו, את רעיון "חולשת האנוש". ראו המקורות הנזכרים לעיל בה"ש 93.

98 פרופ' קרמניצר למשל מדגיש כי מבחני הקנטור דורשים ריסון עצמי (ראו קרמניצר "בכוונה תחילה", לעיל ה"ש 5, בעמ' 28-29); ד"ר לבנון מצטרפת אליו באמירה שלפיה הערכת האשם לפי מבחנים אלה כוללת ממד נורמטיבי, חיזוני להליך הנפשי של המקונטר. עוד מציגים הם את הדין הראוי ככולל את מבחן "האדם מן היישוב" ומאפיינים אותו כמבחן נורמטיבי מהותי. לדידם, יש ליישמו כ"קריטריון נורמטיבי רך". ראו קרמניצר ולבנון, לעיל ה"ש 5, בעמ' 558, 574, 580. אף דרסלר מכיר בצורך במבחן זה לאומדן התגובה הרגשית ומציע נוסחה הכוללת אותו. באמצעותו הוא שולל למשל התחשבות במי שזעמו נובע מאמונות אנטי-נורמטיביות כגון גזענות. ראו (Dressler 2002), לעיל

קיימים כמובן הבדלים בין המשפטנים השונים באשר לגובה ה"רף" הנורמטיבי שיגולם במבחן. ה"סובייקטיביסטים" נוטים, כך בהכללה, לבחון אם תגובתו הרגשית של המקונטר הולמת קנה מידה "ממוצע", ולהותיר מחוץ לגדרי ההגנה רק את מי שמזגו חם במיוחד או שזעמו לנוכח ההתגרות מבטא אמונות פסולות במובהק, כגזענות או הומופוביה.⁹⁹ מצדדי ה"אובייקטיביזם" תרים, ככלל, אחר תגובה "סבירה" המגלמת סטנדרטים קפדניים יותר של התנהגות ונורמה.¹⁰⁰

פערים אלה מבטאים הבדלי גישה באשר למשקלם של הרכיבים השונים המרכיבים את אשמו של המקונטר. חלק מן המשפטנים מעניק משקל רב יותר לצד הסובייקטיבי של משוואת האשם: לפגיעה, בהשפעת הרגש, ביכולת הריסון העצמי של המקונטר. אחרים מדגישים את השיקולים הערכיים-חברתיים, ובראשם השאיפה לגמול על הקטל ולהרתיע אחרים מלהיכנע לרגש ולהמית.

ועם זאת מדובר בהבדלים של מידה ולא של דרך. אלה ואלה מסכימים על הרעיון ועל גדר השיקולים. להסכמה עליה עמדנו לעיל, על רעיון "חולשת האנוש" כבסיס לפיחות באשם, נלווית אפוא גם הכרה בצורך לתחום את ההתחשבות ברעיון זה באמצעות בחינה נורמטיבית.

קרבה רעיונית זו עולה לא רק מכתבי המלומדים, אלא גם מנוסחאות הקנטור השכיחות. ברובן המכריע¹⁰¹ שלוב רכיב הבוחן את ההליך הרגשי של המקונטר בכלים נורמטיביים. כך מבחן האדם הסביר במודל הטהור ובמודל *Camplin*, וכך חיפוש של מודל ה-MPC אחר "הסבר סביר" להליך הרגשי, מנקודת מבטה של דמות חיצונית.¹⁰² מקום הקבע אותו קיבל המבחן הנורמטיבי כפורמולות השכיחות מוסיף ומחזק את המסקנה בדבר הקונצנזוס בדבר ההכרח במבחן ממין זה.

כיצד ניתן להסביר את השלמתו של ה"סובייקטיביזם" עם סנן נורמטיבי, השולל את ההקלה מחלק מן המקונטרים העומדים בקריטריון "חולשת האנוש"?

ה"ש" 54, בעמ' 973, 997-999. הסובייקטיביסט המושבע ביותר שאיתרתי הוא סטיבן גרווי. הלה נכון למשל להקל גם עם מי שזעמו נבע משנאת הומוסקסואלים. גם גרווי מכיר בדרישת "אבדן השליטה הסביר". בעיניו היא מספקת הסבר לאשמו החלקי של המקונטר ומוסיפה ומאפשרת להבחין בינו לבין מי שמפעולתו ניבטת התרסה נגד החוק ועל כן אינו זכאי להקלה. בעיניו הסטנדרט המגולם במבחן הסבירות עוסק בכשל אנושי "רגיל". ראו Garvey, לעיל ה"ש 55, בעמ' 1732. יצוין שהכותבים אינם דנים בנפרד בכל אחד משלבי הקנטור: ההתגרות והתגובה. הבחנה זו אומצה במאמרי כמתודה אנליטית, ואילו הכותבים השונים (שלא חזו את הנולד) דנו באירוע הקנטור כמכלול. ועדיין עולה מכתביהם הכרה בצורך בבחינה נורמטיבית, שחלה גם על תגובת המקונטר, ומשמעותה מניעת ההקלה מחלק מאלה ש"איבדו שליטה". זהו הדגש.

99 שם.

100 להמחשה ראו להלן את סקירת הפסיקה בפרק 4.ג.

101 החריגים, כך ראינו, הן אירלנד ודרום-אפריקה, שבהן אומצו מבחנים סובייקטיביים לחלוטין.

102 רכיב שכיח נוסף הוא דרישה, מהותית או ראייתית, של יחס סביר בין ההתגרות לבין התגובה.

ההסבר לעמדה זו נובע, תחילה, מן הקשר ההדוק עליו עמדנו לעיל, בין ההתגרות לבין התגובה הרגשית. השתיים כרוכות זו בזו באירוע הקנטור ומרכיבות יחד את הערכת אשמו של המקונטר.¹⁰³ במיוחד, התגובה הרגשית היא מהלך ספונטני הניעור לנוכח ההתגרות ושואב ממנה. קיימת אפוא קרבה רבה בין השאלה הערכית האומדת את טיב ההתגרות לבין השאלה המקבילה בשלב השני: האם התגובה להתגרות זו היא "סבירה" או "רגילה". קשה לדמיין מצב שבו ייקבע שמעשי הקרבן היו לגיטימיים ואינם עולים כדי "התגרות", אך תגובתו הזועמת והאלימה של המקונטר להם תיחשב לסבירה. מסיבה זו, הנכונות הסובייקטיבית עליה עמדנו לעיל, לקבל מבחן ערכי המסייג את רכיב ההתגרות, מאפשרת להבין גם את הנכונות המקבילה לחרוג מן העמדה הדווקנית בשאלת בחינתה של התגובה הרגשית, ולהשלים עם בחינה נורמטיבית הסוטה משאלת היכולת האישית.

הסבר נוסף, שבמהות, מצוי בהתפתחויות אשר חלו בהבנת תגובתו הרגשית של המקונטר. ראינו כי במחצית המאה התשע-עשרה התגבשה הבנה של הרגש כתגובה "טבעית" מעין-רפלקסיבית להתגרות, המשתלטת על כוח ההיגיון ומקשה על המקונטר להתנגד לרחף הקטלני. בהמשך, עם התפתחות מדעי ההתנהגות, איבדה גישה זו מזוהרה לטובת גישה "הערכתית".¹⁰⁴ לפיה, רגשות הם ביטוי של תהליך קוגניטיבי פנימי. הם משקפים אמונות, מטרות וכוונות של המרגיש. הפחד למשל משקף אמונה כי נזק כבד עומד להתרחש. אכזבה משקפת אמונה לפיה ציפייה כלשהי נגוזה. ואילו הזעם, מוקד דיוננו, משקף אמונה של הזועם כי עוול התרחש והערכה של האלמנט הנפגע כבעל משקל (כבוד, ביטחון וכו'). התפתחות הרגש מושפעת אף מיחסנו אל המתגרה: עלבון המושמע מפי אדם בוגר יתפס דרך כלל כחמור מעלבון זהה הנשמע מפי ילד. כך גם כאשר המעליב הוא אדם הקרוב לנו. עוד מושפעת היווצרות הרגש מתפיסת ה"עצמי" ומן המשקל המשתנה אותו מעניק האדם הספציפי לערכים כגון כבוד אישי, כבוד המשפחה ועוד.

גישה זו פתחה את הצוהר בפני הערכה מוסרית של עצם התעוררות הזעם אצל המקונטר. לפיה, ניתן לעמוד על הסיבות שהובילוהו לחשוב כי נגרם לו עוול ולבחון את אמונתו זו אל מול העמדות המוסריות-חברתיות. גם התגבשות הדחף להמית ניתנת, לפי גישה זו, לשיפוט. היא מבטאת הערכה של המקונטר כי נגרם לו עוול חריף במיוחד, וכי "מגיע" לקרבן למות. הערכה זו ניתנת לבחינה נורמטיבית. כך הופכים רכיביו של המהלך

103 כאמור בה"ש 98 סיפא, ההבחנה בין השתיים היא מתודה שאומצה במאמר זה. בדרך כלל הספרות דנה בשתייהן כמכלול, והדבר ממחיש את הטיועון הנוכחי. הקשר בין השתיים מעוגן גם בנטיית הפסיקה להגדיר את מבחן האדם הסביר תוך הישענות על טיב ההתגרות. לדוגמה: "אם הקינטור שהופנה כלפי המערער היה כה רציני, בשים לב לנסיבות המקרה, עד שיש להסיק, שרוב האנשים במדינה, בהיותם בני אדם מן היישוב, היו מתקשים מאוד שלא להיכנע להשפעתו" (ע"פ 2325/02 ביטון נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(2) 448, פס' 16 (2004) (להלן: ע"פ ביטון)).

104 Kahn & Nussbaum, לעיל ה"ש 54, בעמ' 269; Nourse, לעיל ה"ש 54, בעמ' 1390-1392.

הרגשי לאלמנטים המעידים על אישיותו ועל מערכת ערכיו של המקונטר, ואשר ניתנים לשיפוט ערכי המשליך על אומדן האשם.¹⁰⁵ התפתחות זו מאפשרת להבין מדוע גם ה"סובייקטיביסטים" מקבלים את רעיון השיפוט החיצוני של המהלך הרגשי, וזאת גם במחיר של הותרת חלק מן הנאשמים שהמיתו בהשפעת "חולשת האנוש", מחוץ לגדרי ההסדר. בעשותם כן הם אינם זונחים את הרעיונות הליברליים שבבסיס עקרון האשם אלא מפתחים אותם מעיקרון, המבוסס על ראייה מכנית של האמוציה. זאת, במבט עדכני המכיר בתרומת השיפוט הקוגניטיבי של המקונטר להיווצרות הזעם והדחף לקטול, וכך גם למידת אשמתו. בכך מצויה נקודת מפגש חשובה ומרכזית נוספת בין "אובייקטיביזם" ל"סובייקטיביזם".

4. סיכום ביניים: ההסכמה על הרציונל והפער בינה לבין הדיון הסוער

הדיון שערכנו עד כה מעיד על מידה רבה של הסכמה רעיונית באשר למהותה של הקלת הקנטור. הרציונל, לו שותפים המשפטנים השונים, מבטא אמירה ערכית משולשת. תחילה דורשת החברה מבניה לרסן דחפים אלימים המתעוררים בקרבם ולשמור על חיי הזולת. היא חייבת לעשות כן כדי שלא להפוך לחברה אלימה וכאוטית וכדי להגן על החברים בה.

עם זאת, וכאן הנדבך השני, החברה מכירה באפשרות בה, בדיעבד, ייחס לאדם שכשל לעמוד בדרישה האמורה אשם "פחות". זאת, בשל חולשת אנוש שהובילה אותו, לנוכח פרובוקציה, לזעום מאוד ולהתקשות בריסון העצמי. חולשה שכזו עשויה להביא לתחושת חמלה מסוימת, ספק אמפתיה, כלפי מי שכישלונו נעוץ בתכונה אנושית. תחושה זו עשויה לגרוע במידת-מה מאשמתו בגין המעשה הפסול שביצע בהשפעת הרגש.

אלא, וזהו השלב השלישי, שתחושה ממין זה לא תתעורר בכל מקרה. אל מול רעיון "חולשת האנוש" ניצבים שיקולים ערכיים שעשויים למנוע הערכה "פחותה" של האשם. חשיבותם מחייבת בחינה קפדנית של המקרים שבהם תוענך הקלה למי שחרג מדרישת הריסון, מושא הנדבך הראשון. עיקרם בהבנה כי תפיסת המקונטר את ההתגרות, היווצרות הזעם והדחף לקטול בקרבו והכניעה לדחף הם אלמנטים המבטאים בין היתר

105 כתיבה מאוחרת הוסיפה ופיתחה את הבנת הרגש תוך שילוב הגישה ה"הערכית" וגישה "הרגש המשתלט". לפי כתיבה זו, היווצרות הרגש כוללת היבט קוגניטיבי, ולצדו חלק "טבעי" ואולטרה-רציונלי של הנפש. תשוקות, תאוות ורגישויות – חלקן תוצר היותנו בני אנוש וחלקן תוצר גורמים סביבתיים כגון חינוך – משפיעות אף הן על התהוות האמוציה. גישה זו חושפת את הרגש לשיפוט מוסרי אך מכירה גם באלמנטים שאינם בשליטת הזועם. ראו R.D Mackay & B.J. Mitchell, *But Is This Provocation? Some Thoughts on the Law Commission's Report on Garvey; Partial Defences to Murder*, CRIM. L. REV. 44, 49–50 (2005), לעיל ה"ש 55, בעמ' 1720–1722. להכרה מוקדמת יותר של רעיונות דומים ראו Ashworth (1976), לעיל ה"ש 12, בעמ' 305.

מהלך קוגנטיבי פנימי, שהוא מושא לבחינה מוסרית. הם עלולים לגלם תפיסות של המקונטר שאינן עולות בקנה אחד עם ערכי החברה. במקרים כאלה לא תפתח אמפתיה כלפי הממית, או הצדקה להקל באחריותו, וזאת גם אם פעל בהשפעת הרגש והתקשה לרסן את עצמו.

להמחשה ניטול דוגמה של אדם לבן שתפיסותיו הגזעניות הובילוהו, למראה אחותו האוחזת בידו של גבר כהה-עור, לחשוב שנגרם לו עוול מיוחד, לזעום ולהמית את הגבר. המוסר החברתי יסרב להזדהות עם שיפוט ערכי שכזה, ועל כן לא יוביל לתחושת אמפתיה חברתית כלפי כישלוננו של הגזען לשלוט בעצמו. המשפט ימנע, לכן, את מתן ההקלה באמצעות הסננים הנורמטיביים.

שלושת הנדבכים הללו מבטאים תפיסה מהותית של הדוקטרינה, הזוכה כאמור להסכמה רחבה. הדבר מחזיר אותנו למוקד המאמר: חוסר השקט המלווה את המאמץ הכושל והממושך לעצב את פורמולת הקנטור. הניסיון להסביר כישלון זה כתוצר בלעדי של "תהום רעיונית" בין דעותיהם של "סובייקטיביסטים" לאלה של "אובייקטיביסטים" אינו מוצלח, משום שתהום כזו אינה בנמצא. הרעיון המהותי הניצב בבסיס הסדר הקנטור נמצא ככלל בקונצנזוס.

מסקנה זו מעלה סימן שאלה: אם קיימת קרבה רעיונית שכזו, כיצד אפשר להסביר את עצמתם של דיוני הקנטור ואת המחלוקות הקשות המלוות אותם? שמא בכל זאת קיימים פערים רעיוניים ניכרים שעשויים להסביר את הכישלון הפורמולטיבי?

התשובה לשאלה זו נחלקת לשניים: ראשית, אינני טוען לזהות בין הגישות המובעות בדיוני הקנטור. אמנם, רכיבי ה"התגרות" ו"חולשת האנוש" נמצאים ככלל בקונצנזוס, הן בדבר הרעיון שמאחוריהם והן בדבר אופן עיצובם. עם זאת, סוגיית הבחינה הערכית של המהלך הרגשי מורכבת יותר. הגם שעצם הצורך בבחינה שכזו זוכה בהכרה רחבה, השאלה היישומית מעוררת התלבטויות. כפי שצוין לעיל, במסגרת זו קיימים הבדלי גישות באשר למשקל שיש לתת לשיקולי האשם השונים ולנורמות המגולמות בבחינה הערכית. כאן באים לידי ביטוי נטייתו הסובייקטיביסטית או האובייקטיביסטית של המשפטן.

מבלי להפחית מחשיבותה, מדובר בשאלה של דרך ומידה: כיצד לאתר את המקרים שבהם שיקולים שבנורמה גוברים על רעיון "חולשת האנוש" כגורם מפחית-אשם? עד כמה "גבוה" יוצב הרף הערכי? אלה סוגיות נכבדות, אך אין בהן כדי לגרוע מן ההסכמה באשר לרעיון הבסיסי אותו נועדה הנוסחה להגשים. אין בהן אפוא כדי להסביר את הכישלון הפורמולטיבי.

שנית, ההסבר להיקפם של דיוני הקנטור מצוי במידה רבה באלמנטים דלהלן, שאינם נוגעים ישירות ברציונל המהותי ואשר הובילו להעצמה לא הכרחית של הדיון: חלק מרכזי של המחלוקות שבהן עוסקים מבקרי הקנטור הוא תוצר של דינמיקה אשר התפתחה לנוכח בחירתו של המשפטן המקובל שהשתרשה ברחבי העולם – לערוך את הבחינה הנורמטיבית הנדונה באמצעות קריטריון "האדם הסביר". כפי שראינו בפרק א,

הדבר עורר ביקורת נוקבת נגד השימוש בדמות האמורה, בטענה שהיא מציבה רף נורמטיבי מופרז שכן "אדם סביר אינו הורג", ובכך מרוקנת את ההסדר מתוכן. הניסיונות לעדן את הקריטריון באמצעות ייחוס מאפיינים של הנאשם לאדם הסביר, כפי שנעשה בעניין *Camplin*, הובילו לדיונים סוערים לא פחות בשאלה אילו מאפיינים ייוחסו לדמות זו, ומהן השלכות ההתחשבות במאפיין מסוים או הסירוב להתחשב בו. במסגרות אלה התעוררו אף ויכוחים ממושכים בסוגיות משנה, כגון בשאלה אם המבחן האמור דרוש למניעת הפלייתם לרעה של "טובי מזג", בהשוואה למקונטרים "חמי המזג".¹⁰⁶

באופן זה התפתח טיפול ביקורתי נרחב בשורת סוגיות, שהמחלוקות בעניין נובעות מן הכלי אשר נבחר ליישום הבחינה הנורמטיבית. הדיון הער והממושך בסוגיות אלה, שאפשר לפקפק בחיוניותו, אינו עוסק ברציונל המוסכם וממילא אינו גורע מן ההסכמה עליו.¹⁰⁷

אלמנט נוסף, שנעסוק בו בהרחבה בהמשך המאמר, תרם להעצמת הביקורת נגד הקנטור. מדובר בדינמיקה שהתפתחה במשפט האנגלו-אמריקאי ואשר כשלה להתאים את נוסחאות הקנטור לרגישות הערכית והחברתית הייחודית הנלווית לפעילות הדוקטרינה, רגישות היוצרת פוטנציאל להבנה שגויה של מהות הקנטור ואופן פעילותו. במקום להתמודד עמו גרם העיצוב הכושל של טיפוס הפורמולה השכיחים להתממשותו של אותו פוטנציאל. האינטראקציה שבין השניים שיוותה לקנטור תדמית שגויה של הסדר המצדיק את מניעי הקטל ואף את מעשיו ובכך קורא תיגר על ערכי יסוד, ובראשם קדושת חיי האדם. תדמית זו עוררה אמוציות והלהיטה את הדיון הביקורתי בסוגיות שהוזכרו לעיל. בנוסף, בהשפעתה נתפס הקנטור כאויבם של מאבקים חברתיים חשובים, דוגמת המאבק הפמיניסטי, ולכן עורר מחלוקות נוספות.

אלמנטים אלה העצימו את הביקורת והמחלוקות בסוגיות הספציפיות עד כדי הסתרת הקרבה הקיימת באשר למהותה הרעיונית של הדוקטרינה. לכן כאשר "התנתקנו"

106 זו תמצית הדיון: האובייקטיביסטים טוענים שרף נורמטיבי מרוכך מפלה לטובה את חמי המזג. אלה יזכו בהקלה אם התרתחו והמיתו במצב נתון, ואילו טוב המזג שימית בנסיבות אלה לא יזכה להקלה דומה בהיעדר התגובה הרגשית. מכאן חתירתם למבחן הטהור, המציב לדידם רף אחיד לכול. הסובייקטיביסטים משיבים כי להשגת שוויון מהותי נדרשת התחשבות במאפיינים. טוב המזג הזה אינו מופלה לרעה, שכן אשמו כבד יותר משום שיכולת השליטה שלו לא הוגבלה. לכך עונים האובייקטיביסטים כי ההתחשבות במקנטור חם המזג מפלה גם חמי מזג אחרים שהצליחו, במאמץ, לשלוט במזגם. אלה יחושו חוסר צדק לנוכח ההקלה שניתנה למי שלא התאמץ כמותם. עוד נטען כי הפליית חם המזג מעדיפה את רגשותיו על פני רגשות ומניעים אחרים שעלולים להוביל את טוב המזג לקטול, כגון ייאוש או מצוקה, ושאינם מזכים בהקלה. ראו Ashworth (1976), לעיל ה"ש 12, בעמ' 310-309; Colvin; לעיל ה"ש 19, בעמ' 228-227; Williams (1954), לעיל ה"ש 10, בעמ' 752; קרמניצר "בכוונה תחילה", לעיל ה"ש 5, בעמ' 21-20; קרמניצר ולבנון, לעיל ה"ש 5, בעמ' 560. 107 שהרי אין הכרח לבצע את הבחינה הנורמטיבית באמצעות האדם הסביר דווקא. להרחבה ראו להלן ה"ש 114.

במסגרת הדיון שנערך עד כה מן הוויכוחים בסוגיות האמורות וניתחנו את העמדות בנוגע לסיטואציית הקנטור הבסיסית, חזר הקונצנזוס ונגלה. מסקנות אלה מחדדות את סימן השאלה העולה מן הקושי הפורמולטיבי. קשה להבין כיצד עולם המשפט מתקשה לגבש נוסחה שתגשים רעיון אשר מצוי בקונצנזוס. עוד תמוה כיצד למרות ההסכמה הרחבה מיטלטלות שיטות המשפט לאורך שנים בין נוסחאות שונות המעוררות, כל אחת בתורה, ביקורת סוערת, תחושת חוסר צדק ומהלכים ל"עקיפתה" של הנוסחה או להחלפתה. הגורמים למצב עגום זה אינם מצויים אפוא במגרש הרעיוני. הם תוצר של הדינמיקה הנזכרת לעיל, אשר שיוותה לקנטור תדמית לא-לו ופגמה בהבנת מהותו, ביישומו ובמאמץ לעצבו. הבנתה של דינמיקה זו, שלה יוקדש הפרק הבא, היא נדבך חשוב נוסף בדרך להסבר הרפורמה המוצעת כיום בישראל. זו, על סמך לקחי העבר, מבקשת לצעוד בדרך אחרת.

ג. קשיי הקנטור כתוצר של השילוב שבין רגישות ייחודית לאלמנטים "מצדיקים"

1. הקנטור כפטור או כצידוק

בטרם נצלול לעומקו של הפרק השלישי, אבקש להבהיר את טיבו של השימוש שייעשה בפרק זה במונחים שבכותרת. מקורם כידוע בתאוריה המבקשת לסווג את הסייגים לאחריות פלילית להסדרים מסוג של פטור או צידוק. הצידוק מבוסס על מהות המעשה וחל על התנהגויות שהחברה מעודדת או נכונה לקבל. זאת, לפי ההנמקה השכיחה, משום שהנזק הנגרם מן המעשה הוא פחות-משקל מנזק אחר שנמנע, או משום שהמעשה נדרש לקידום אינטרס עדיף, חברתי או אישי. הפטורים, מנגד, חלים על מעשים שהחברה מסתייגת מהם אך נכונה שלא להחזיק את מבצעם אחראי. זאת, בשל תנאים, פנימיים או חיצוניים, שגרעו מיכולתו לבצע בחירה חופשית ומן "ההזדמנות ההוגנת" שניתנה לו לציית לאיסור הפלילי.¹⁰⁸

108 תאוריה נוספת המבססת אחריות בפלילים על הפגם המוסרי הנשקף ממעשי הנאשם סבורה כי במצבי פטור לא ניתן להסיק את הפגם מעצם ביצוע המעשה. לפי הנמקה נוספת ותועלתנית, במצבים אלה אי אפשר להרתיע את המבצע, ולכן אין טעם בענישתו. זו אף גורעת מן התועלת הכללית בשל הסבל לנענש. על ההבחנה שבין פטור לצידוק, יתרונותיה וקשייה ראו Jeremy Horder, *On the Irrelevance of Motive in Criminal Law*, in 4 OXFORD ESSAYS IN JURISPRUDENCE 173 (2000); John Garden, *The Gist of Excuses*, BUFFALO CRIM. L. REV. 575 (1997); John Garden, *Justifications and Reasons*, in HARM AND CULPABILITY 103 (Andrew P Simester & Tony H. Smith eds., 1996); Glanville Williams, *The Theory of Excuses*, CRIM. L. REV. George P. Fletcher, *The Individualization of Excusing Conditions*, 47 CAL. L. 732 (1982);

להבחנה שבין פטור לצידוק מעלות שונות, אך היא אינה מושלמת. היא כושלת בין היתר בסיווגו של הקנטור.¹⁰⁹ לכן, השימוש שנעשה בהמשך במונחים האמורים אינו

REV. 1269 (1974); GEORGE P. FLETCHER, JUSTIFICATION AND EXCUSE IN CRIMINAL LAW (1989); George P. Fletcher, *The Nature of Justification*, in ACTION AND VALUE IN CRIMINAL LAW 175 (1994); JOHN C. SMITH, JUSTIFICATION AND EXCUSE IN CRIMINAL LAW (1989); Joshua Dressler, *Justification and Excuses: A Brief Review of the Concepts and the Literature*, 33 WAYNE L. REV. 1155, 1161 (1987); Paul H. Robinson, *Criminal Law Defenses: A Systematic Analysis*, 82 COLUM. L. REV. 199 (1982); Sanford H. Kadish, *Excusing Crime*, 75 CAL. L. REV. 257 (1987); Kent Greenawalt, *The Preplexing Borders of Justification and Excuse*, 84 COLUM. L. REV. 1897 (1984); Nicola Lacey, *Partial Defences to Homicide*, in RETHINKING ENGLISH HOMICIDE LAW 107, 115–123 (Andrew Ashworth & Barry Mitchell eds., 2000); Brent Fisse, *Partial Excuses and Critical Assumptions: The Judgement of Hindsight AJ in Rex v. DPP*, in PARTIAL EXCUSES TO MURDER 258 (Stanley Yeo ed., 1990) ; FLETCHER (1978) , לעיל ה"ש 12, בעמ' 813–875.

109 סיווג זה נתון במחלוקת אקדמית: הטוענים שהקנטור הוא פטור חלקי מדגישים את הפגיעה ביכולת המקונטר לציית לאיסור, בהשפעת הרגש. הסבורים שמדובר בצידוק חלקי מתמקדים בפסול שבמעשי המתגרה, הגורם עוול למקונטר ומקים לו זכות להיפרע מן המתגרה. תגובה קטלנית היא מופרזת, אך נתח מן האשם בגינה נגרע בשל הזכות שעמדה למקונטר. שתי הגישות הללו, לטעמי, חסרות. הקנטור איננו פטור חלקי, משום שאינו חל בכל מצב של צמצום יכולת הבחירה בהשפעת זעם. כפי שראינו, תחולתו מסויגת בכלים נורמטיביים המונעים את ההקלה מחלק מן הנאשמים שיכולתם זו נפגעה. זאת, לא תוך התמקדות במקונטר אלא בשיקולים ערכיים וחברתיים שהם הבסיס לפיחות באשם. הדבר בולט בסוגיית תרומתה של ההתגרות להערכה המוסרית של הקטל. זו נוגעת לעול שהיא גרמה למקונטר, לתפיסת המקנטור כמי שוויתר על נתח מזכויותיו להגנה ולנכונות חברתית מוגבלת לגונן על מי שיוצר בהתגרותו סיכון לאלימות. אלה הנמקות הלוקחות מעולם הצידוק (ראו לעיל ה"ש 82). הקנטור גם אינו צידוק חלקי, שכן הקטל, וכישלונו האנושי-רגשי של הממית, אינם נתפסים כיום כראויים לעידוד או כמוצדקים, ולו במידת-מה. לעיל ראינו כי הקלת הקנטור נשענת על שילוב שבין צמצום חופש הבחירה בהשפעת האמוציה לבין שאלת קיומה של נכונות חברתית לשייך מהלך זה לכשל "אנושי" המעורר מידה של אמפתיה. נכונות זו היא תוצר של בחינה ערכית רחבה, של מכלול נסיבות האירוע הקטלני, לרבות ענינם של המעורבים בו והסיבות שהובילו להתעוררות הזעם. סוגיה מורכבת זו חורגת מגדר ההבחנה הדוגמטית שבין מעשה "מוצדק" ובין עושה "פטור". מכאן כישלונה של ההבחנה הנדונה לאפיין את הקנטור. לסיווג הקנטור כפטור ראו קרמניצר ולבנון, לעיל ה"ש 5, בעמ' 567; Dressler (2002), לעיל ה"ש 54, בעמ' 962, 973; Williams (1954), לעיל ה"ש 10, בעמ' 750; Fletcher (1978), לעיל ה"ש 12, בעמ' 246; Joshua Dressler, *Provocation: Partial Justification or Partial Excuse?*, 51 MOD. L. REV. 467, 472 (1988). לסיווג הקנטור כצידוק ראו דברי השופט זילברג בפרשת סגל, לעיל ה"ש 58, בעמ' 407; קרמניצר ולבנון, לעיל ה"ש 5; McAuley (1987), לעיל ה"ש 85, בעמ' 139–142; Rozelle Finbarr McAuley, *Provocation: Partial Justification, Not* ; 208 בעמ' 208; Alan Norrie, *The Structure of Provocation*, 54 CURRENT LEGAL PROBS. 307, 338 (2001) על כישלון ההבחנה אפשר ללמוד גם מכתביהם של מלומדים שניסו לסווג את הקנטור והגיעו למסקנה כי הלה מערב יסודות של פטור עם יסודות של צידוק. ראו למשל HORDER (1992), לעיל ה"ש 1, בעמ' 156; Ashworth (1976), לעיל ה"ש 12, בעמ' 307–309; SAMUEL H. PILLSBURY, JUDGING

מבקש לצדד בסיווג הדוקטרינה כצידוק או כפטור. עם זאת להבחנה הנדונה תהא תועלת טרמינולוגית חשובה להבהרת התזה הנטענת. התיבה "צידוק" תסייע לתאר לגיטימציה למעשה מסוים או נכונות לקבלו, ואילו ה"פטור" ישמש לצורך התייחסות לרעיונות של פייחות באחריות בשל פגיעה ביכולת השליטה של המבצע. ניגש לגופם של דברים – המשך החיפוש אחר הגורמים לקושי המאפיין את המאמץ הפורמולטיבי של דוקטרינת הקנטור.

2. על הרגישות הייחודית המלווה את קיום הדוקטרינה ופעולתה

דוקטרינת הקנטור פועלת בתוך סביבה טעונה ביותר, המערבת חיים, אמוציה וכבוד. היא מטפלת במעשים של גזילת חיים מכוונת, פעמים רבות אכזרית במיוחד,¹¹⁰ המונעת על ידי תחושת עלבון. היא דנה באפשרות להקל עם מבצעייהם של מעשים אלה ולהוציאם מגדר עבירת הרצח, בעלת התיוג והענישה הייחודיים. לכן נלווה ליישומה סיכון אינהרנטי כי הוא יתפרש כפייחות במשקל הניתן לערך חשוב ורגיש במיוחד: ערך החיים. מכך נגזרות סכנות נוספות: באשר לקרבן, מתן הקלה לתוקפו עלול להשתמע כגורע מן ההגנה שהחוק מעניק לו ומן המשמעות של אבדן חייו. עוד עלול הדבר להתפרש כהאשמה, ולו חלקית, של הקרבן במוותו שלו ו"התרת דמם" של אחרים במצבו. חשש זה מתעצם היות שהכרעת הקנטור שוקלת גם את הפסול שבהתנהגות הקרבן.¹¹¹ בנוסף, במצבים שבהם תגובתו הרגשית של המקונטר הושפעה מתפיסות פסולות, כגון שוביניזם או גזענות, עלולה ההקלה להתפרש כאימוץ של תפיסות אלה. עוד עלולה היא להידמות כמאשרת קטל בתגובה לפגיעה בכבוד, ובכך לעודד אלימות כדרך "ראויה" להיפרע בגין פגיעה שכזו ולהפוך את החברה מסוכנת יותר.

על רקע זה עלולה הפעלת הסדר הקנטור והענקת ההקלה למקונטר להתדרדר בנקל לכדי עימות עם ערך החיים ועם נגזרותיו השונות. כפי שנראה בהמשך, הרגישות היא כה רבה עד שגם בהיעדר הקלה בפועל, ולנוכח עצם קיומו של ההסדר, עלול להתפתח עימות שכזה. מסרים המוסקים מדרך עיצובו והפעלתו נדמים בשוגג כמעניקים לגיטימציה למעשה הקטל ולסיבות שהניעו את מבצעו. פוטנציאל העימות הוא רב. חשוב להדגיש כי הדוקטרינה אינה מבקשת עימות מעין זה. הרעיונות שבבסיסה אינם מנסים לגרוע מחשיבותו המקודשת של ערך החיים, לאשרר את הקטל ומניעיו או לפגום בביטחון הציבור. היא איננה מבוססת על חשיבה ברוח הצידוק, הרואה בהתנהלות המקונטר תגובה הולמת לפרובוקציה. הרציונל אותו היא מבקשת להגשים, כך ראינו, קרוב יותר לרעיונות של פטור: הכרה בדיעבד, בחלק מן המקרים שבהם אדם כשל וקטל

EVIL: RETHINKING THE LAW OF MURDER AND MANSLAUGHTER 141 (1998); Timothy

.Macklem & John Gardner, *Provocation and Pluralism*, 64 MOD L. REV. 815, 819 (2001).

110 "אבדן השליטה" הזועם מביא לעתים לאופני המתה חריגים, כגון דקירת הקרבן מספר רב של פעמים.

111 ראו לעיל ה"ש 82. חידודו של אלמנט זה עלול ליצור השלכות מזיקות, המתוארות כאן.

בהשפעת הרגש, בתרומתה של חולשת האנוש לכשל בריסון העצמי, ומתן ביטוי לכך בהפחתת-מה של מידת התיוג והעונש. ועם זאת בשל הרגישות הייחודית האמורה עלול הקנטור להתפרש בקרב העוסקים בו, בנקל ובשוגג, כביטוי של רעיונות אחרים. המרחק שבין הקלה (או אפשרות הקלה) באחריותו של המקנטור, לבין פרשנות "ברוח הצידוק" אשר גוזרת מן ההקלה האמורה מסרים המתעמתים עם ערך החיים והשיקולים הנגזרים ממנו, הוא קצר מאוד. הדבר מצריך זהירות רבה בעיצוב ההסדר וביישומו. על אלה להתבצע תוך מודעות לפוטנציאל של הדוקטרינה לשרר במשתמע מסרי צידוק בעייתיים. לטענתי, עד כה הזניחו מעצבי הנוסחאות השונות צורך זה ובכך הכשילו את הדוקטרינה. האלמנטים הניסוחיים שבהם בחרו לא רק שלא נתנו מענה לפוטנציאל האמור אלא אף גרמו להטיית השיבתם של העוסקים בקנטור לעבר מחוזות הצידוק והרחק מן הרציונל עליו עמדנו לעיל. בעקבות זאת הובנה הדוקטרינה, באופן שגוי, כ"אויבתם" של ערכי מוסר חשובים. תפיסה זו הובילה להתפתחותם של דיונים סוערים ומיותרים, שיבשה את אופן החשיבה על הקנטור ופגמה במהלך עיצובו ויישומו. נפנה להמחשתו של טיעון זה. נעמוד תחילה על השפעת הכשלים הניסוחיים על תפקוד הדוקטרינה.

3. האדם הסביר

הבחירה לבצע את הבחינה הנורמטיבית של ההליך הרגשי של המקנטור דרך השוואתה לתגובתו האפשרית של "האדם הסביר" ודומיו משותפת לכל טיפוס הנוסחאות שגובשו במשפט האנגלו-אמריקאי.¹¹² בחירה זו ניצבת במוקד הכשל הניסוחי אשר הניב, באינטראקציה שבינו לבין הרגישות הסובבת את הקנטור, את מצבה הפרובלמטי של הדוקטרינה.

כיצד אפשר להסביר בחירה זו? נראה כי השימוש בדמות המנותקת מן הנאשם הספציפי להתוויית מודל של התנהגות נורמטיבית נועד להמחיש את הרצון לבחון את תגובת המקנטור שלא על פי מערכת ערכיו, אלא על פי נורמות חברתיות כלליות, שהן אחידות לכול. בנוסף, המבחן נדמה, על פני הדברים, נוח להבנה וליישום ולכן כמספק ודאות. כל שנדרש הוא לאמוד את התנהגותה האפשרית של דמות זו ולהשוותה לתגובת המקנטור. אלא שמדובר ביתרונות מדומים. בפועל המבחן לוקה בליקויים קשים. על חלקם עמדנו בפרק הראשון, במהלך סקירת הביקורת שהוטחה במבחן "הטהור". עיקרם בתוכנו הנורמטיבי: השימוש בדמות המייצגת התנהגות "ראויה" הביא, לדעת המבקרים, להצבת רף נורמטיבי מופרז. ממצאינו עד כה מאפשרים לחדד קושי זה, שעיקרו איננו

112 למעט שני החריגים הנזכרים לעיל בה"ש 101.

בהכרח בגובה הרף אלא בחוסר התאמה בין הכלי הפורמולטיבי לבין הרעיון אותו הוא נועד להגשים.

פן אחד של חוסר ההתאמה עולה מן המתודה החולשת על המבחן, שאינה הולמת את מטרתו. הסיוג הנורמטיבי מבקש, כזכור, לברור מתוך המקונטרים שהתקשו לשלוט בעצמם בהשפעת הזעם את אלה שאשמתם פחותה. מבחן האדם הסביר מציע, ככלי ליישום רעיון זה, השוואה בין תגובת הדמות הסבירה לבין זו של המקונטר. אלא שאם תגובת המקונטר עומדת בהשוואה זו, היינו שהיא "סבירה", ספק רב אם היא מגלה אשמה כלשהי, ולו אשמה "פחותה".

זאת ועוד, המתודה אינה מכילה את הסיבה לפיחות באשם לפי הרציונל המוסכם שעליו עמדנו לעיל. זו נעוצה בקיומה של אמפתיה חברתית מסוימת לכישלוננו האנושי של המקונטר. ואילו ההשוואה בין התנהגותו האפשרית של המקונטר לבין זו של האדם הסביר מספקת אחת משתיים: מסקנה שלפיה תגובת המקונטר סבירה, ולחלופין תשובה שלילית אשר תמנע את החלת הסייג החלקי. במסגרת דיכוטומית זו קשה עד מאוד, אם בכלל, לשלב אלמנטים של חמלה ואמפתיה, השייכים לעולם הפטור ואשר מנחים את הרציונל המוסכם. המבחן אינו מותיר פתח להתחשבות במצבים שבהם תגובת המקונטר אינה עומדת באמות המידה של האדם הסביר, אך כישלוננו מבטא פיחות מסוים באשמו, בשל תרומתה של חולשת האנוש להיווצרותו.

כשל נוסף ומקביל של המבחן נוגע להטיית הלך החשיבה של העוסקים בו הרחק מרציונל הקנטור. כפי שיומחש בהמשך, השימוש במונח ה"סבירות" הוביל את המשפטנים העוסקים בקנטור לשאלת "הולמות" תגובתו של הנאשם והרחק מטיבה האמתי של אפשרות ההקלה: מידה של הבנה וחמלה כלפי כשל "אנושי". זאת ועוד, ההטיה האמורה הובילה גם להתמקדות במעשה ההמתה במקום בהליך הרגשי אותו מבקש רציונל הקנטור לבחון. בהשפעת הרגישות המלווה את הקנטור, היוצרת חשש לעימות בינו לבין ערך החיים ונגזרותיו, נוטים העוסקים במבחן להתמקד באקט הקטלני ולשאול אם הדמות הפיקטיבית הייתה עלולה לנהוג באופן דומה. זאת, במקום לשאול עצמם אם הדמות הייתה עלולה לפתח זעם עז לנוכח ההתגרות, ובהשפעתו להתקשות לשלוט בעצמה. הגם שמהלך זה אינו הכרחי, שהרי ניתן היה למקד את יישום המבחן בהליך האמוציונלי, הוא מבוצע בפועל בהשפעת הרגישות האמורה.

היבטים אלה מטים את העוסקים במבחן האדם הסביר, בשוגג, לטפל בשאלת צידוק תגובתו של המקונטר, בדגש על מעשה הקטל.¹¹³ לדבר השפעה ניכרת על האופן שבו נתפס הקנטור בעיני כותבים, שופטים ומחוקקים כאחד. הוא הסיט את הדיון בקנטור, לרבות את המאמץ הפורמולטיבי, ממסלולם הענייני. משפטנים הוטעו, על ידי הדינמיקה האמורה, לדמות את הקנטור לזירת עימות בין ערך החיים ונגזרותיו לבין עקרון האשם. אלה הנוטים ל"אובייקטיביזם" הקשיחו את עמדותיהם והדגישו את המסר החברתי

113 בהיבט נוסף, שעניינו עיסוק בהצדקת מניעיו של הקוטל ותפיסות עולמו, נעסוק בהמשך.

העולה מן הדוקטרינה, לנוכח מה שנדמה בעיניהם כלגיטימציה של הקטל ומניעיו. בתגובה, נזעקו עמיתיהם ה"סובייקטיביסטים" למנוע את מה שנדמה להם כהקרבה של עקרון האשם על המזבח הערכי-חברתי. מהלך זה תרם להפיכת הקונצנזוס הרעיוני שתואר לעיל, להתגוששות בין "יריבים רעיוניים". כך התרחקו הבנת הדוקטרינה, דרכי עיצובה, יישומה ואף הביקורת עליה מן הרציונל החמלתי והאנושי שבבסיסה, שאינו מבקש להצדיק את הקטל או את המהלך הרגשי.

דינמיקה פרובלמטית זו ניבטת מהיבטים רבים ושונים של הטיפול בקנטור ברחבי העולם. מטעמי קוצר היריעה, אסתפק בדוגמאות הממחישות את השפעתה של הדינמיקה האמורה על תפיסת בתי המשפט והאקדמיה את הדוקטרינה.¹¹⁴

4. המחשה: הפסיקה בישראל

הפסיקה הישראלית מספקת המחשה למגמה האמורה, שכאמור אינה ייחודית למקומותינו.¹¹⁵ הצורך לאמוד את תגובתו האפשרית של האדם הסביר בנסיבות שבהן עמד הנאשם נועד כאמור להקל על בית המשפט ליישם את רעיונות הקנטור. אלא שמכלי-עזר הפכה הקביעה לגורם עצמאי ובעל משקל בהכרעה. בפסיקתנו ניכרת התממשותו של פוטנציאל העימות הלא הכרחי בין הקנטור לבין ערך החיים ונגזרותיו, עימות הנובע מן השילוב שבין הרגישות הערכית הכרוכה בקנטור לבין השימוש בדמות הפיקטיבית. על רקע זה קיבלה הערכת תגובתו האפשרית של האדם הסביר משקל

114 אזכיר בקצרה הקשר נוסף: התנצחויות רעיוניות בין "סובייקטיביסטים" למתנגדיהם בסוגיות שלכאורה עולות מן הקנטור. בפועל אלה דיונים עקרים הנובעים מן הדינמיקה הבעייתית האמורה. כך למשל הוויכוח אם לדרוש פסול נורמטיבי בהתגרות. כפי שהוסבר לעיל (ראו לעיל ה"ש 82 ו-87), זהו דיון מיותר. אם יסתפק ההסדר בכל מעשה שהרתיח את המקנטור עצמו, לא יהא לדוקטרינה קיום. הוויכוח המיותר נוצר בשל תפיסת הצידוק השגויה של הקנטור, המקימה חשש כי דרישת הפסול תתפרש כ"האשמת" הקרבן במותו. דוגמה נוספת היא הוויכוח, מהמרכזיים בדיוני הקנטור, אם לייחס לאדם הסביר ממאפייני הנאשם. אף זה ויכוח עקר. לצד המאפיינים קיימים נתונים אחרים רבים שעשויים להשפיע על הערכת אשמו של המקנטור, כגון טיב היחסים שבינו לבין המקנטור, נתוני סביבה המשפיעים על הלחץ שבו היה שרוי עובר להתגרות ודרישות ריסון מיוחדות החלות על מקנטורים ספציפיים (דוגמת שוטרים המפזרים הפגנה). רציונל הקנטור שואף להערכה מלאה של האשם, לפי מלוא הנתונים הרלוונטיים. לכן התמקדות במאפייני הנאשם דווקא והגבלת ההתחשבות להם בלבד, מחטיאה את הרציונל. כך גם ההכרעה שלא להתחשב בהם כלל (בשיטה הטהורה), או להתחשב בחלקם (בשיטת *Camplin*). דומה כי ויכוח זה נובע מן הבחירה להשתמש באדם הסביר. הדבר יצר את שאלת אפיון הדמות לצד חשש מפשרות במהלך האפיון ש"תסכנה" את ערך החיים ונגזרותיו. כך ניעור ויכוח סוער נוסף בסוגיה מיותרת. דוגמאות אלה מוסיפות וממחישות כיצד הפך העיסוק המשפטי בקנטור לסבוך וסוער בשל השילוב שבין רגישות יתרה לבין כשלים פורמולטיביים.

115 ביקורת דומה יצאה למשל נגד התמקדות הפסיקה האנגלית בשאלות של צידוק התגובה הקטלנית תוך משקל ליחס שבין התנהגות הנאשם לבין ההתגרות. (Ashworth (1976), לעיל ה"ש 12, בעמ' 305-306.

מיוחד. לקביעה שלפיה הדמות הייתה עלולה להיכשל ולהמית יוחס נופך של לגיטימציה למעשי המקונטר, ואילו קביעה נגטיבית קיבלה תפקיד של הדגשתם ושימורם של שיקולי ההוקעה וההרתעה, המגוונים על ערך החיים ועל הדרישה החברתית לשליטה עצמית. לכן, כך נראה, הושם משקל רב על המסר החברתי הנשקף מן ההכרעה תוך התמקדות באפשרות להצדקת הקטל ומניעיו. נושא זה תפס את קדמת הבמה, ובמידת מה האפיל על רציונל הקנטור.

מגמה זו ניכרת תחילה באפיונו של מבחן האדם הסביר כבעל תפקיד הכוונתי-חברתי.¹¹⁶ האמירות הרווחות בהקשר זה רואות באדם הסביר "בלם ערכי, הבא לכפות נורמת התנהגות" ו"שומר על נורמה התנהגותית של חברה בת תרבות".¹¹⁷ עוד נהוג להתייחס למבחן כ"אבן בוחן מוסרית".¹¹⁸ הגוף המופקד על הגשמת המטרה הערכית הוא בית המשפט, אשר "בעזרתו ובסיועו של מבחן זה, קובע [...] נורמות התנהגות כופות, שבהן הוא מעצב את דמותו של האדם מן הישוב ואת תגובתו הצפויה".¹¹⁹ קיומו של תוכן נורמטיבי למבחן איננו בגדר סטייה מן הרציונל המוסכם, שהרי גם האחרון חפץ בבחינה ערכית. אלא שהפסיקה חזרה והבהירה כי המבחן אינו עוסק באיתורה של חמלה כלפי כשל "ממוצע".¹²⁰ מטרתו לגלם נורמות ראויות של שליטה עצמית לנוכח התגררות. "קנטור, מעצם טבעו, הוא מצב רגעי חולף, שלאחריו 'אדם מן הישוב' (או: 'האדם הסביר') מתעשת, שולט על רגשותיו ואינו ממשיך להכנע לסערת

116 ראו למשל עניין סימן-טוב, לעיל ה"ש 60, בעמ' 264; עניין גנדי, לעיל ה"ש 59, בעמ' 393; עניין דרור, לעיל ה"ש 60, בעמ' 724; עניין מליסה, לעיל ה"ש 60, בעמ' 612-613; עניין וייצמן, לעיל ה"ש 60, בעמ' 589; עניין זורבליוב, לעיל ה"ש 60, בעמ' 554; עניין אליאבייב, לעיל ה"ש 59, בעמ' 472; עניין גרשוני, לעיל ה"ש 60, פס' ג; דנ"פ ביטון, לעיל ה"ש 5, פס' 35; עניין נג'אר, לעיל ה"ש 60.

117 עניין גנדי, לעיל ה"ש 59, בעמ' 393. הנשיא שמגר הוסיף שם כי "זו הסיבה לעצם קיומו של המבחן האובייקטיבי". ראו בנוסף עניין דרור, לעיל ה"ש 60, בעמ' 724; עניין זורבליוב, לעיל ה"ש 60, בעמ' 554; ע"פ 9906/04 חלאילה נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 13.12.2007); עניין מליסה, לעיל ה"ש 60; ע"פ 6917/06 חרמאן נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 1.9.2008).

118 שם.

119 ע"פ ביטון, לעיל ה"ש 103, בעמ' 461.

120 בעבר נשמעו קולות שונים. עם אימוץ המבחן נפסק ש"עלינו לשוות לנגד עינינו אדם ישראלי כזה על מעליותיו וחסרונותיו, על תחלואיו ופגעי, על מידותיו ומנהגיו, ולא להסתמך על איזה טיפוס אידיאלי של אדם בלתי מציאותי [...] על השופטים לקחת בחשבון אי-נורמליות מסויימת שיש להניח שאדם ישראלי רגיל לוקה בה בממוצע" (פרשת סגל, לעיל ה"ש 58, בעמ' 432). עוד תואר המבחן כ"מאפיין את מידותיהם ואורח התנהגותם של רוב האנשים במדינה" (עניין בנו, לעיל ה"ש 94, בעמ' 580). המפנה חל בקביעתו של הנשיא שמגר שלפיה דמות האדם הסביר עוסקת בהתנהגות רצויה ולא דווקא ב"רמת ההתנהגות המקובלת בקבוצה או חבורה זו או אחרת"; ראו עניין גנדי, לעיל ה"ש 59, בעמ' 390-392; עניין סימן-טוב, לעיל ה"ש 60, בעמ' 264; עניין חיימוביץ, לעיל ה"ש 59, בעמ' 768-769. מאז משולבות האמירות הוותיקות הללו בתוך הנמקה עקיבה המדגישה את הפן הנורמטיבי של המבחן.

הרוח שנתחוללה בקרבו. אכן, לא כל אדם נחן בתכונה זו, אולם כך ראוי שינהג כל אדם [...] זה המסר הנורמטיבי שעל בית-המשפט להציב בפני מי שמותקף, על דרך ייחוס התנהגות מרוסנת כזאת ל'אדם מן הישוב'.¹²¹

אחת האמירות המאוזכרות ביותר בהקשר זה, בנוגע למהות תוכנו הנורמטיבי של המבחן, עומדת על קיומה של "נטיה טבעית [...] לשלב לתוך הערכת תגובתו הצפויה של האדם הסביר גם מרכיב נוסף, והוא שמץ מן הרצוי כביטוי במדיניות המשפטית".¹²² יש בכך אפוא משום עיצוב של סטנדרט התנהגותי הולם. במלאכה זו רשאי בית המשפט "לכלול לתוך התכונות של יצורי רוחו, יסודות של נורמה תרבותית רצויה".¹²³ ובמקום אחר: "המבחן האובייקטיבי משקף מדיניות משפטית, הנקבעת על ידי בית המשפט. הוא מבוסס על תפיסה ערכית באשר לראוי ולרצוי בחברה הישראלית בהתפתחותה [...] תפיסה ערכית באשר לראוי ולרצוי בהתנהגות הבינאישית".¹²⁴

בפרק הקודם ראינו, כי השפעתה המשבשת של הדינמיקה הנדונה עלולה להוביל אף למיקוד מוטעה של הבחינה במעשה הקטל במקום במהלך הרגשי של המקונטר. גם אלמנט זה ניכר במקומותינו. לעיתים קרובות כוללת ההנמקה, הדוחה במקרים פרטניים את התקיימותו של המבחן הערכי, אמירות המסרבות לאשרר את ההמתה, להפכה ל"נורמת התנהגות שלעתים יהיה מקום להשלים עמה".¹²⁵ או ל"תגובה המקובלת לפי המבחן האובייקטיבי", ו"יכולה מידת הרוגו או הרגזנות של הנאשם להיות ככל שתהיה". מובהר כי מדובר ב"תגובה שחברה מתוקנת, המכירה בצורך להגן על ערך קדושת חיי האדם, אינה יכולה להשלים עימה".¹²⁶ במגמה זו ניכרת "רוח הצידוק" המלווה את תפיסת המבחן. באחד המקרים פורש כי "מלים עולבות אינן בבחינת קנטור [...] ומכל מקום הן אינן מצדיקות תגובה נזעמת כה קיצונית כמו קיפוד פתיל חייו של אדם".¹²⁷ ההתמקדות במעשה הקטל כמושא הבחינה מומחשת גם בדרישתו של "יחס סביר" בין אופן ביצוע ההמתה לבין ההתגרות. הגם שמדובר במבחן עזר, הוא זכה למשקל רב בפסיקה בישראל ובעולם.¹²⁸ בהיעדר יחס שכזה ייטה בית המשפט לפסוק כי מבחן האדם הסביר אינו מתקיים.

121 עניין וייצמן, לעיל ה"ש 60, בעמ' 589.

122 עניין סימן-טוב, לעיל ה"ש 60, בעמ' 264.

123 עניין גנדי, לעיל ה"ש 59, בעמ' 393.

124 דנ"פ ביטון, לעיל ה"ש 5, פס' 35 לפסק דינו של הנשיא ברק.

125 ע"פ 4574/00 רזילוב נ' מדינת ישראל פס' 8 לפסק הדין (פורסם בבנו, 10.3.2002); עניין זורבליוב, לעיל ה"ש 60, בעמ' 554-555.

126 ראו בהתאמה: עניין שץ, לעיל ה"ש 59, בעמ' 309; עניין חרמאן, לעיל ה"ש 117, פס' 23 לפסק הדין.

127 ע"פ 1493/98 סטפ נ' מדינת ישראל, פ"ד נו (4) 679, 686-687 (2002).

128 לסקירה וביקורת ראו Ashworth (1976), לעיל ה"ש 12, בעמ' 297. בישראל ראו למשל ע"פ 293/66 מדינת ישראל נ' גדקר, פ"ד כ(4) 322 (1966); עניין תומא, לעיל ה"ש 59, בעמ' 150-151; ע"פ 418/77 ברדריאן נ' מדינת ישראל, פ"ד לב(3) 3, 12-13 (1978); ע"פ 68/79 מוגרבי נ' מדינת

קיים פער בולט בין דרישה זו, המתמקדת באופן ההמתה, לבין האלמנט שבמוקד הסיוג הנורמטיבי לפי רציונל הקנטור: היחלשות מעצוריו של המקונטר בהשפעת זעמו. ניתן לסבור כי בחלק מן המקרים תבוא היחלשות זו לידי ביטוי דווקא בדרכי המתה קשות, דוגמת פגיעה חוזרת ונשנית בקרבן, בריבוי דקירות או חבטות. בנוסף, גם בהקשר זה משולב קריטריון "מצדיק" של סבירות היחס שבין ההתגררות לבין דרך הקטל, וזאת בניגוד לרעיונות הפטור המתווים את רציונל הקנטור.

באופן זה ממחישה הפסיקה בישראל, כדוגמה למגמה עולמית, כיצד שיבשה הפורמולה את הדיון המשפטי. כשלי הנוסחה העצימו את הרגישות הערכית הייחודית הנלווית לקנטור דרך חיובו של בית המשפט לאמוד את התגובה הסבירה להתגררות. כך הוסט הדיון המשפטי לעסוק בצדקת אקט ההמתה, מהלך שעורר חשש כן וכבד מפני פגיעה בהגנה על ערך החיים והגברת האלימות בחברה. הדיון התמקד בחשש זה וביקש לסתור אותו בעיצובם של מסרים נחרצים המעודדים ריסון עצמי. מהלך זה גרע מן הטיפול במושגי האמפתיה והחמלה לכשל האנושי, אותם מבקשת דוקטרינת הקנטור להגשים.¹²⁹

5. אדם רגיל, ממוצע או מן היישוב

פסיקת בית המשפט העליון מאפשרת להבחין בהיבט נוסף של הכשל הנוסחאי: לצד מונח ה"סבירות", אף השימוש בדמות פיקטיבית ונפרדת מהנאשם תורם לדינמיקה הבעייתית.

הדמויות שבכותרת משמשות בפסיקה לצד האדם הסביר. על פני הדברים הן מציעות קנה מידה גמיש העוסק בגילום של המצוי, של תכונות ומאפיינים טיפוסיים ו"ממוצעים". מלומדים שונים רואים אותן באור זה.¹³⁰ בישראל התחדדה האפשרות להשתמש בהן בצורה זו בעניינו של "האדם מן היישוב". הלה, בהשראת המשפט

ישראל, פ"ד לד(1) 576, 582 (1979); עניין דרור, לעיל ה"ש 60, בעמ' 726; עניין גנדי, לעיל ה"ש 59, בעמ' 393; ע"פ 4246/91 ג'בארה נ' מדינת ישראל, פס' 4 לפסק הדין (פורסם בנבו, 24.12.1992); ע"פ 10091/09 שפירוב נ' מדינת ישראל, פס' 31 לפסק הדין (פורסם בנבו, 25.6.2012).

129 איני טוען כי הרציונל נזנח. "חולשת האנוש" וסיוגה הערכי נזכרים בפסיקה (ראו לעיל ה"ש 94), אך הקו הדומיננטי, לרבות בפסקי הדין שבהם נזכרים הרעיונות האמורים, הוא התמקדות באקט הקטל וברוח הצידוק. למרות אזכוריו נדחק הרציונל לאחור. חריגים מצויים בחלק מן הפרשות שבהן התקבלו טענות קנטור. לדוגמה ראו עניין איסקוב, לעיל ה"ש 66, פס' 24 לפסק הדין.

130 אור, לעיל ה"ש 62, בעמ' 247; שחר "האדם הסביר", לעיל ה"ש 5, בעמ' 84; Williams (1954), לעיל ה"ש 10, בעמ' 742; Colvin, לעיל ה"ש 19, בעמ' 10-11.

האנגלי, שימש בפסיקתנו בשנותיה הראשונות¹³¹ ואומץ בשנות התשעים, בתיקון 39 לחוק העונשין, כתחליף לאדם הסביר בהגדרת הרשלנות.¹³² אלא שבית המשפט בחר לצעוד בכיוון אחר. הגם שבחלק מהכרעותיו קיים שימוש בדמויות החלופיות, הן משמשות כסינונימים לאדם הסביר ונתפסות כמגלמות את אותה אמת מידה.

הדבר ניכר בפסקי הדין שלפני תיקון 39.¹³³ אלה השתמשו בדמויות האנושיות זו אחר זו, או זו לצד זו, מבלי לייחס לאדם "מן היישוב" או לזה "הרגיל" מובן שונה מזה של עמיתם "הסביר", ותוך קביעתה של אמת מידה נורמטיבית נחרצת ליישום המבחן. בפרשת גנדי נדונה הסוגיה ישירות: בית המשפט המחוזי הכריע שם כי האדם מן היישוב מייצג מבחן מרוכך בהשוואה לקודמו. הנשיא שמגר קיבל את ערעור המדינה על הכרעה זו, פסל את הפרשנות האמורה וקבע כי היא סוטה מן המבחן שהותווה בפסיקת בית המשפט העליון.¹³⁴

סמוך לאחר כניסת התיקון לתוקף ניתן היה לחשוב כי חל שינוי. בפרשת אזואלוס השתמש הנשיא ברק ב"אדם מן היישוב", ולצדו ב"אדם הממוצע", ב"ישראלי המצוי" ואף ב"ישראלית המצויה". קביעתו הידועה, שלפיה כשדמויות אלה חוזות בבגידת בן או בת זוג, עלולות הן להתקשות לשלוט בעצמן, ניתנת לפירוש כהגמשה של המבחן המשפטי. מנגד אפשר לחלוק על פרשנות זו, שכן ברק אזכר גם את האדם הסביר מבלי לאבחן מן הדמויות האמורות, ואף ציין כי למרות קשייה הוא אינו מבקש לשנות מן ההלכה הנוהגת.¹³⁵

אף אם ניסה ברק לרכך את המבחן, הרי שהדבר נזנח בהמשך. הפסיקה שלאחר אזואלוס חזרה לשימוש בדמויות האמורות כמילים נרדפות לאדם הסביר תוך הדגשת אופיו הנורמטיבי של המבחן.¹³⁶ באחת הפרשות בואר כי האדם "מן היישוב" "עניינו ביצירת ערך נורמטיבי המתבסס על מושג הסבירות".¹³⁷ בפסק הדין המרכזי בסוגיית הקנטור, הדיון הנוסף בעניין ביטון, בלט השימוש הסינונימי בדמויות, שהוזכרו בנשימה

131 כך לפי השופט גולדברג בעניין רבינוביץ, לעיל ה"ש 94, פס' 8 לפסק דינו.

132 ס' 21 לחוק העונשין, התשל"ז-1977.

133 לשימוש נרדף של הנשיא שמגר במונחים אלה ראו עניין סימן-טוב, לעיל ה"ש 60, בעמ' 263-264; עניין גנדי, לעיל ה"ש 59, בעמ' 391-395; עניין חיימוביץ, לעיל ה"ש 59, פס' 6 לפסק הדין; עניין שץ, לעיל ה"ש 59, פס' 14 לפסק הדין. עוד ראו פסק דינו של השופט גולדברג בעניין רבינוביץ, לעיל ה"ש 94, פס' 8, 9 לפסק הדין.

134 עניין גנדי, לעיל ה"ש 59, בעמ' 392-393.

135 עניין אזואלוס, לעיל ה"ש 65, פס' 8, 9, 11 לפסק הדין.

136 ראו עניין וייצמן, לעיל ה"ש 60, פס' 13 לפסק הדין; עניין אליאבייב, לעיל ה"ש 59, פס' 10 (האדם הסביר) ופס' 4, 8, 9 (מן היישוב); ע"פ ביטון, לעיל ה"ש 103, פס' 5, 16 (האדם הסביר), ופס' 14, 15, 16, 17 (מן היישוב); עניין גרשוני, לעיל ה"ש 60; עניין איסקוב, לעיל ה"ש 66, פס' 7, 24, 25 (האדם הסביר) ופס' 10 (מן היישוב).

137 עניין אליאבייב, לעיל ה"ש 59, פס' 9 לפסק הדין.

אחת: "המבחן האובייקטיבי שואל אם 'אדם מן היישוב', 'אדם סביר', 'אדם רגיל', 'אדם ממוצע', בנעליו של הממית היה עלול להגיב כמוהו [...] אם התשובה הינה, כי גם 'האדם מן היישוב' או 'אדם סביר', הפועל מתוך כוונה והכנה עלול היה שלא להתגבר על סערת רוחו, ושלא לשלוט בעצמו [...] אך אם התשובה הינה, כי 'אדם מן היישוב' או 'אדם סביר' הפועל מתוך כוונה והכנה היה מתגבר על סערת רוחו, שולט ברגשותיו [...]".¹³⁸

ניכר בפסק הדין כי בית המשפט לא ראה הבדל מהותי בתוכן הנורמטיבי אותו מגלמות הדמויות השונות.

מגמה זו מאפיינת פסקי דין נוספים שבהם מוזכרת רק אחת הדמויות. בין שזהו האדם הסביר או חברו "מן היישוב", ניכר כי בית המשפט אינו מייחס לכל אחד מהם משמעות משלו ואינו סבור כי התיקון שינה מן התוכן הנורמטיבי של המבחן.¹³⁹

הניסיון הישראלי מראה אפוא כי השפעתו הבעייתית של רכיב האדם הסביר אינה מתמצה במונח הסבירות. הדמויות החלופיות, הנמנעות ממונח זה, אינן פותרות את הקושי. גם עמן מטה הנוסחה את הלך החשיבה לעבר שאלת צידוק ההמתה והרחק מרציונל הקנטור. עצם השימוש בדמות "אנושית" חיצונית, המנותקת מן הנאשם הספציפי, מדגיש את הממד הנורמטיבי של ההכרעה ומתפרש כמייצג התנהגות "מקובלת" או ראויה. הרגישות הערכית העזה המלווה את הקנטור פוגמת ביכולת להשתמש בדמות שכזו במבחני הקנטור מבלי להיגרר לחשש מלגיטימציה חברתית של הקטל, הטמונה באמירה לפיה אנשים "אחרים" ו"רגילים" היו עלולים לפעול כמו הנאשם. הניתוק מן המקונטר מוסיף ומרחיק את מיישם הנוסחה מן המהלך הרגשי שעבר הראשון, ובכך תורם לבחינתו הנורמטיבית השגויה של אקט ההמתה במקום של המהלך האמור. לכן נותרים קשיי הקנטור על כנם גם כשמדובר במודלים ה"אנושיים" החלופיים. יצוין כי גם בהקשר זה מוצג הדין הישראלי כדוגמה בלבד. אלמנט זה של הדינמיקה הבעייתית המכשילה את הקנטור משותף גם לשיטות המשפט אשר עיצבו את מבחניהן בעזרת המונח Ordinary Person ודומיו, ולא בעזרת מקבילו ה"סביר". רוב השיטות¹⁴⁰

138 דנ"פ ביטון, לעיל ה"ש 5, פס' 31 לפסק הדין. לשימוש דומה ראו פס' 21, 33, 46 לפסק הדין.
139 ראו למשל עניין טלה, לעיל ה"ש 66, פס' 18–20 לפסק הדין. גישה זו מאפיינת גם את הפסיקה שלאחר התיקון, הנוגעת למבחני הרשלנות. ראו דנ"פ 983/02 יעקובוב נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(4) 385, 393–394 (2002); דנ"פ 5496/10 אברהם נ' מדינת ישראל, פס' 6 לפסק הדין (פורסם בנבו, 16.2.2011).

140 קנדה (1985) §232 (Criminal Code of Canada R.S.C. c. C-46); ניו זילנד (Crimes Act §169); (abolished by Crimes (Abolition of Defence of Provocation) Amendment Bill 2009 (N.Z.); סקוטלנד (פרשת Drury, לעיל ה"ש 68); דרום-אפריקה (Burchell (2003), לעיל ה"ש 76, בעמ' 187–186); וטריטוריות רבות באוסטרליה (Colvin, לעיל ה"ש 19, בעמ' 205) אימצו את האדם "הרגיל". אנגליה החלה באדם "סביר" (Homicide Act 1957, §3), עברה לשימוש באדם "רגיל" (למשל פרשת Morhall, לעיל ה"ש 22) והחליפה לאדם בעל שליטה עצמית "נורמלית" (ראו לעיל ה"ש 34). בארצות הברית עוסקות חלק מהערכאות באדם "סביר", ואחרות ב"רגיל", מבלי שתהא

שתוארו בראשית המאמר עשו זאת. הדבר, כפי שראינו, לא הביא מזור לחוליי הקנטור במדינות אלה. חוסר שביעות הרצון מהנוסחאות שנוסו, על ביטויי השונים, לא הושפע מהותית מזניחתו של מונח הסבירות.

6. המשך ההמחשה: הביקורת על הקנטור בהקשרים "חברתיים"

אנו עוסקים כזכור בהמחשת ההטיה המחשבתית שאותה גורמת האינטראקציה שבין רגישות ייחודית לפורמולה לקויה. ראינו את השפעתה על מיישמי הנוסחה, וכעת נעבור לדיון הביקורתי בה. הלה, בהשפעת הדינמיקה האמורה, הפך לזהט וסבוך. הוא משתרע על פני מאמרים וספרים לרוב והשפיע השפעה מהותית, לשלילה, על גורל הקנטור.

כדוגמה נעסוק באחד מתחומי הביקורת: נקודות ההשקה שבין הדוקטרינה לבין מאבקים חברתיים של קבוצות שונות לשוויון זכויות, להגנה וקבלה ונגד דעות קדומות.¹⁴¹ ברחבי העולם הועלו טענות קנטור על ידי גברים שקטלו את בנות זוגם בשל חשד לבגידה או בשל רצונן לשים קץ למערכת היחסים; נשים שהמיתו בני זוג שהתעללו בהן; הטרסקסואלים שהמיתו הומוסקסואל משום שחזרו אחריהם; ובני מיעוטים אשר טענו כי המיתו בהשפעת נורמות הקבוצה אליה השתייכו.

מקרים אלה העלו אל פני השטח, לצד החשש הקבוע מעימות בין הקנטור לבין ערך החיים ונגזרותיו, סוגיות טעונות של המתח הפטריארכלי שבין גברים לנשים, זכויות הומוסקסואלים ומעמדן של קבוצות מיעוט תרבותיות בחברה הטרזוגנית. המפגש בין לבין מקרי הקנטור יצר מגע "נפיץ" בין מאבקים חברתיים נעלים לבין שאלות של חיי אדם, רגש וכבוד. בתנאים אלה גברה הנטייה השגויה, הקיימת-ממילא, לראות בקנטור ביטוי של גיטימציה לפעולותיו, וחשוב מכך – לתפיסות עולמו של הממית. כתוצאה, מייחסים הפרשנים לדוקטרינה הזדהות עם תפיסות כגון שוביניזם, הומופוביה או גזענות, ואשרור של המתת הקרבן בשל השתייכותו לקבוצה המופלית לרעה. כך נוצר עימות מדומה לא רק בין הקנטור לבין ערך החיים אלא גם בינו לבין המאבקים החברתיים. הדוקטרינה נתפסה כ"אויבתה" של ההגנה על זכויות נשים, הומוסקסואלים או קבוצות מיעוט, והתעורר טיפול ביקורתי נרחב בהשלכותיה הנורמטיביות-חברתיות המדומות. במהלך זה נדחק לאחור רציונל הקנטור, שאיננו מבקש כלל להצדיק את תפיסותיו של המקנטור, וממילא אינו מבקש לצאת נגד השאיפות החברתיות החשובות האמורות. הלך חשיבה זה השפיע, דרמטית, על האופן שבו נותחה הדוקטרינה ועל דרכי עיצובה.

לכך נפקות של ממש; Dressler (2002), לעיל ה"ש 54, בעמ' 973. ה-MPC משתמש בדמות אנושית לצד דרישת "הסבר סביר" למצב הרגשי של המקנטור.

141 דוגמאות נוספות הנוגעות בעיקר לסוגיות אשר "צמחו" מתוך הבחירה הלא הכרחית להשתמש באדם הסביר לביצוע הבחינה הנורמטיבית, ובהשפעת הדינמיקה הנדונה הפכו למחלוקות ערות, הוזכרו לעיל בפרק ב.4 ובה"ש 114.

מדובר בדיונים רחבי היקף. לשם המחשת ההשפעה המזיקה במישור זה אסתפק באחד ההקשרים: היחס שבין המאבק למען זכויות נשים והגנה עליהן לבין דוקטרינת הקנטור.¹⁴²

חשוב להדגיש כי הרעיונות המניעים את גלגלי הביקורת הם ראויים ביותר. כך השאיפה למשטר שוויוני מבחינת מגדר, תרבות או העדפה מינית; הרצון לגנות ולמנוע אלימות, בעיקר קטלנית, המונעת על ידי תפיסות אנכרוניסטיות הנוגעות לבת הזוג, גזענות או הומופוביה; והחתירה לפתרון משפטי הולם לנשים הממיתות בן זוג מתעלל. הטיעון המוצג כאן אינו מבקש לגרוע מחשיבותן של שאיפות אלה. הטיעון הוא כי הגם שהקנטור אינו אויב להן, בהשפעת הדינמיקה המזיקה הוא נדמה ככזה.

7. "המתות אינטימיות"

מונח לא מוצלח זה משמש בספרות לציון מעשי המתה על רקע בגידה או סיום יחסים ועל רקע התעללות. באופן טיפוסי, מבוצעים המעשים מן הסוג הראשון על ידי בן הזוג, והמעשים מהסוג השני על ידי בת הזוג, קרבן ההתעללות. הספרות הביקורתית עוסקת בהרחבה בטיפולו של הקנטור במקרים אלה ומבקשת "לקרוע" מסכה מעל פניו.¹⁴³ במסווה של הסדר המעוצב כנטול פניות, כך הטענה, מגלם

142 להלן דוגמאות לכתיבה הנוגעת להקשרים האחרים. בנוגע למאבק ההומוסקסואלי ראו Michael A. Smyth, *Queers and Provocateurs Hegemony, Ideology, and the "Homosexual Advance" Defense*, 40 LAW & SOC'Y REV. 903 (2006); Kara S. Saffredini, *Pride and Prejudice: The Homosexual Panic Defense*, 21 B.C. THIRD WORLD L.J. 279 (2001); Ray C. Cliett, *How a Note or a Grope can be Justification for the Killing of a Homosexual: An Analysis of the Effects of the Supreme Court's Views on Homosexuals, African-Americans and Women*, 29 NEW ENG. J. ON CRIM. & CIV. CONFINEMENT 219 (2003); Santo De Pasquale, *Provocation and the Homosexual Advance Defence: The Deployment of Culture as a Defence Strategy*, 26 MELB. U.L. REV. 110 (2002); Sarah Oliver, *Provocation and Non-Violent Homosexual* Camille A. Nelson, *Advances*, 63 J. CRIM. L. 586 (1999) (En)Raged or (En)gaged: *The Implications of Racial Context to the Canadian Provocation Defence*, 35 U. RICH. L. REV. 1007 (2002); Bernard Brown, *The "Ordinary Man" in Provocation: Anglo-Saxon Attitudes and "Unreasonable Non-Englishmen"*, 13 INT'L & COMP. L.Q. 203 (1964); Camille A. Nelson, *Multicultural Feminism: Assessing Systemic Fault in a Provocative Context*, 17 U. FLA. L.J. & PUB. POL'Y 263 (2006); Leti Volpp, *(Mis)Identifying Culture: Asian Women and the "Cultural Defense"*, 17 HARV. WOMEN'S L.J. 57 (1994); James J. Sing, *Culture as Sameness: Toward a Synthetic View of Provocation and Culture in the Criminal Law*, 108 YALE L.J. 1845 (1999); Daina C. Chiu, *The Cultural Defense: Beyond Exclusion, Assimilation, and Guilty Liberalism*, 82 CAL. L. REV. 1053 (1994); Stanley Yeo, *Sex, Ethnicity, Power of Self-Control and Provocation Revisited*, 18 SYD. L. REV. 304 (1996) (להלן: Yeo (1996)); Yeo (2003); לעיל ה"ש 23.

הקנטור ומעורר נורמות פסולות, סקסיסטיות ו אלימות. הוא מבוסס על תפיסות "גבריות" של זעם וכוח ועל סטראוטיפים שוביניסטיים. לפיכך, כך ממשיכה הטענה, הדוקטרינה מגוננת על גברים תוך הפלייתן לרעה של נשים; מנציחה גברים כתוקפים "טבעיים" תוך "עידוד" נאמנות נשית לגברים אלימים והרתעתן מלסיים יחסים המלווים בהתעללות; מוחלת על המתה בהשפעת זעם תוך האשמת הקרבן ש"סרחה"; ומבטאת ומשרישה תפיסות פטריארכליות.

נדבך חשוב בכתיבה זו הוא "חשיפתו" של יחס לא שוויוני של הדוקטרינה כלפי קטל "גברי" מחד והמתה "נשית" מאידך. לפי הביקורת, גברים המבצעים המתות "אינטימיות" נהנים תכופות מהקלת הקנטור, ואילו נשים שממיתות את המתעלל בהן אינן זוכות בה ככלל. מבסיס עובדתי זה נגזרת הביקורת המהותית שהוצגה לעיל, ה"חושפת" את טבעו ה"אמתי" של ההסדר.

מאפיין דומיננטי נוסף של הביקורת הנדונה הוא העצמה שבה היא מוצגת. כתבי הביקורת אינם חוסכים בסופרלטיבים כדי להמחיש את תפיסותיהם על אודות טיב הקנטור והשלכותיו. במישור זה בולטת השפעתן המזיקה של הנוסחאות. השימוש באדם הסביר מוביל את הביקורת לראות בדוקטרינה הסדר המצדיק ומעורר שוביניזם וקטל נשים. מכאן העצמה שבה היא מגיבה ל"מתקפה" זו.

עצמה זו באה לידי ביטוי בתיאור "אופיה" המוטה-מגדרית של הדוקטרינה. היא נתפסת כ"נגועה בסקסיזם". "מטרתה והאפקט שלה, הם לשמר את ההטרסקסואליות הגברית כמין המועדף [...] היא סקסיסטית והטרסקסיסטית". תיאורים חריפים נוגעים אף למסרים הניבטים מפעילותה. יישומה "המפלה חושף את מעורבותו הסמויה של

143 מתוך הכתיבה הענפה בנושא ייסקרו הכתבים האלה: קמיר "איך הרגה הסבירות", לעיל ה"ש 62; Kamir, לעיל ה"ש 62; Nurse, לעיל ה"ש 54; Rozelle, לעיל ה"ש 55; Forell (2004), לעיל ה"ש 55; Christina Pei-Lin Chen, *Provocation's Privileged Desire: The Provocation Doctrine, Homosexual Panic, and the Non-Violent Unwanted Sexual Advance Defense*, 10 CORNELL J.L. & PUB. POL'Y 195 (2000); Deborah W. Denno, *Gender, Crime and the Criminal Law Defenses*, 85 J. CRIM. L. & CRIMINOLOGY 80 (1994); Donna K. Coker, *Heat of Passion and Wife Killing Men Who Batter/Men Who Kill*, 2 S. CAL. REV. L. & WOMEN'S STUD. 71 (1992); Dorothy Appelbe, *The Theory of Justification and Excuse and its Implications for the Battered Woman*, 4 COLR (2005); Laurie J. Taylor, *Provoked Reason in Men and Women: Heat-of-Passion Manslaughter and Imperfect Self-Defense*, 33 UCLA L. REV. 1679 (1986); Celia Wells, *Provocation: The Case for Abolition*, in RETHINKING ENGLISH HOMICIDE LAW 85 (2000); Laura E. Reece, *Women's Defences to Criminal Homicide and The Right to Effective Assistance of Counsel: The Need for Relocation of Difference*, 1 UCLA W.L.J. 53 (1991); Emily L. Miller, *(Wo)Manslaughter: Voluntary Manslaughter, Gender and The Model Penal Code*, 50 EMORY L.J. 665 (2001); Caroline Forell, *Gender Equality, Social Values and Provocation Law in the United States, Canada and Australia*, (Forell (2006): 14 AM. U.J. GENDER SOC. POL'Y & L. 27 (2006).

החוק [...] בלגיטימיזציה של סקסזום נגד נשים"¹⁴⁴ כך מבטא החוק, לפי הביקורת, "אשרור" של אלימות גברית ומעניק לה מעמד "מיוחס", מבצע "דה-קרימינליזציה" של קטל נשים, ומוסיף ומאשים את הקרבן בהמתתה שלה דרך "דה-ויקטימיזציה" שלה, גינוי בוגדנותה ו"הענשתה" על ניסיונה להיפרד מבן הזוג. החוק אף מרתיע נשים שעוברות התעללות מפני עזיבת בן הזוג ומחייבן לעמדות הרגשיות שלו.¹⁴⁵

כתבי הביקורת מוסיפים וקושרים את הדוקטרינה למאבק בין-מיני חברתי כולל. במסגרתו נשים ממיתות ומומתות "כנשים, יותר מאשר כאינדיבידואלים". על רקע זה נתפס הקנטור כאמירה תרבותית "אנטי-נשית". הוא תורם ל"ביצור סטראוטיפים מגדריים מסוכנים" דרך שדר לנאשמים שלפיו קטל הנשים "מובן וחוקי" ובכך מביע "הזדהות חברתית" עם הקטל ו"לגיטימציה לתגובות אלימות לחוסר-נאמנות". בצורה זו, ממשיכה הביקורת, "מונצח שיעבוד אלים של נשים". יש הטוענות אף כי מדובר ב"טרנד של שנאת נשים, קונספירציה בין החוק והתרבות".¹⁴⁶

הביקורת עוסקת גם במיישמי הדוקטרינה. הכרעותיהם נתפסות כתוצר של עמדות שוביניסטיות. הן מאשררות את מעשי הממית ומשקפות "פיחות בערך חייהן של נשים".¹⁴⁷ תפיסות אלה מוסוות, כך נטען, על ידי בית המשפט. הוא "משתמש אמנם בשפה רפה וכיוצא ידי חובה בטרמינולוגיה של 'אבדן עשתונות' ו'רתיחת הדם'", נכתב בהתייחס לאחת מהכרעות בית המשפט העליון בישראל, "אך הגיון דבריו הוא הגיונה של תרבות-הכבוד, אשר במסגרתה קנטור חמור כמו ניאוף מהווה הצדקה להריגה, ולא סתם תירוץ [...] 'רתיחת הדם' כאן אינה אלא כיסוי לשוני דק להצדקה מלאה של התנהגות הנאשם מתוך מושגים של בעלות וכבוד".¹⁴⁸ גם בית המשפט העליון בקנדה לא חמק משבט הביקורת, שלפיה בית המשפט "העלה את הבעלים הקנאים לדרגה של מעמד מיוחד [...] לערך השוויון החוקתי אין כל השפעה על יישום דין הקנטור".¹⁴⁹

הדין הביקורתי ב"המתות האינטימיות" אינו מתמצה בעצמת הרטוריקה. הוא שינה את דרכו של הקנטור שינוי של ממש. תחילתו של המהלך בהצעות לרפורמה. חלק מן המבקרות ביקשו לעצב את תנאי הדוקטרינה באופן שתיחסם האפשרות להחילה על בני

144 Forell (2004), לעיל ה"ש 55, בעמ' 600; Chen; לעיל ה"ש 143, בעמ' 224, 228, 235.

145 Taylor, לעיל ה"ש 143, בעמ' 1720-1721, 1732-1733; Rozelle, לעיל ה"ש 55, בעמ' 205; Nourse, לעיל ה"ש 54, בעמ' 1334, 1355, 1364, 1378; Miller, לעיל ה"ש 143, בעמ' 685.

146 Taylor, לעיל ה"ש 143, בעמ' 1696, 1728, 1730; Miller, לעיל ה"ש 143, בעמ' 668, 686, 691; Forell (2004), לעיל ה"ש 55, בעמ' 606, 609; Nourse, לעיל ה"ש 54, בעמ' 1368-1369.

147 Miller, לעיל ה"ש 143, בעמ' 686, 690.

148 קמיר "איך הרגה הסבירות", לעיל ה"ש 62, בעמ' 165-166. בעמ' 142 מוסיפה היא כי קבלת טענת קנטור מאשרת שהנאשם פעל "כאיש-כבוד ונפרע בצדק על פגיעה חמורה", המוסווית דרך "התבטאות במושגים של אובדן שליטה עצמית בלבד". ראו גם התייחסותה ל"עמדתו השוביניסטית" של בית המשפט בעניין אזואלוס, לעיל ה"ש 65, בעמ' 172.

149 Forell (2006), לעיל ה"ש 143, בעמ' 49.

זוג שממיתים.¹⁵⁰ אחרות חתרו לעיצוב שיאפשר את ההקלה לנשים הקוטלות את המתעלל בהן. אלה בדרך כלל אינן ממיתות בתגובה מידית וזועמת להתגרות אלא בשעת כושר שבה המתעלל ישן או שיכור, ומתוך פחד וייאוש הנצברים לאורך זמן.¹⁵¹ הצעות נוספות ביקשו לבטל כליל את הסדר הקנטור כדי למנוע את פגיעתו הרעה והמפלה במאבק הנשי ולחזק את ההגנה על נשים במערכות יחסים.¹⁵²

גישות אלה לא נותרו עלי נייר. בהשפעת הביקורת פיתחו בתי המשפט במדינות רבות את הקנטור באופן המשפר את נגישותו לנשים הממיתות על רקע התעללות.¹⁵³ זאת דרך התחשבות ברגשות פחד וייאוש לצד הזעם, הגמשת דרישת המידיות תוך הכרה ב"קנטור מתמשך", ונכונות לאפשר את הוכחת "תסמונת האישה המוכה"¹⁵⁴ ואת ייחוסה לאדם הסביר כמאפיין רלוונטי.

שלוש מדינות צעדו צעד נוסף. על רקע הביקורת ומתוך ראיית הקנטור כמפלה נשים לרעה¹⁵⁵ החליטו ניו זילנד (ב-2009) ושתי טריטוריות אוסטרליות: ויקטוריה (ב-2003)

150 הוצע להגביל את ההסדר להתגרויות האסורות בחוק או בנורמה חברתית, או למצבים שבהם החוק מתיר תגובה אלימה כלשהי להתגרות; לשלב שאלה פרלימינרית, אם בנסיבות העניין ראוי לאפשר את ההגנה מבחינה ערכית; להחליף את האדם הסביר ב"אישה סבירה"; או להעניק את ההגנה רק מקום שבו הקרבן, בתרחיש היפותטי שבו הנאשם-הממית היה מתגרה בו, היה זכאי להקלה לו המית את המתגרה. כל ההצעות מבוססות על סברה שלפיה הגבר הנבגד-ממית אינו עומד בתנאים המוצעים. ראו Rozelle, לעיל ה"ש 55, בעמ' 227-233; Nourse, לעיל ה"ש 54, בעמ' 1396-1397; Chen, לעיל ה"ש 143, בעמ' 231; Forell (2004), לעיל ה"ש 55, בעמ' 608, 612; Forell (2006), לעיל ה"ש 143, בעמ' 30; Kamir, לעיל ה"ש 62, בעמ' 569; קמיר "איך הרגה הסבירות", לעיל ה"ש 62, בעמ' 173; Forell. CYNTHIA LEE, MURDER AND THE UNREASONABLE MAN (2003); 173; Forell מציעה להעניק פטור מלא לנשים אלו; ראו Forell (2006), לעיל ה"ש 143, בעמ' 30.

151 Chen, לעיל ה"ש 143, בעמ' 233; קמיר "איך הרגה הסבירות", לעיל ה"ש 62, בעמ' 75; Kamir, לעיל ה"ש 62, בעמ' 568-570; Taylor, לעיל ה"ש 143, בעמ' 1711-1715, 1720-1719, 1731-1733. Forell מציעה להעניק פטור מלא לנשים אלו; ראו Forell (2006), לעיל ה"ש 143, בעמ' 30.

152 Miller, לעיל ה"ש 143, בעמ' 671, 688-693; Wells, לעיל ה"ש 143, בעמ' 85, 95; Kamir, לעיל ה"ש 62, בעמ' 552; HORDER (1992), לעיל ה"ש 1, פרקים 9-10.

153 בהן ארצות הברית, אוסטרליה, קנדה, אנגליה, אוסטרליה, אירלנד וניו זילנד (לפני הרפורמה ב-2009). גם בישראל נכון המשפט להכיר בקנטור מצטבר, אך הדבר לא לובן במלואו בהקשר של נשים מוכות. ראו עניין וייצמן, לעיל ה"ש 60, בעמ' 589; Forell (2006), לעיל ה"ש 143, בעמ' 32-33; Yeo (1996), לעיל ה"ש 142, בעמ' 313-314; UK Consultation Paper, לעיל ה"ש 29, בעמ' 190-198.

154 דפוס תגובות של קרבנות התעללות, המבוסס על מחקרה של לאונורה וולקר. הדפוס מאופיין בין היתר במצב נפשי של "חוסר אונים נרכש" שבשלו חשה הקרבן כי אין בכוחה לסיים את ההתעללות. Consultation Paper, לעיל ה"ש 29, בעמ' 183.

155 זו ניכרת בדברי מציגי הרפורמה במדינות אלה. פרקליט המדינה בויקטוריה הציגה כ" "Aimed at removing entrenched bias and misogynist assumptions from the law". שר המשפטים הטסמני קבע שהקנטור הוא "unjust [...] gender biased and it is better to abolish the defence than to

וטסמניה (ב-2005), לבטל את ההסדר. ויקטוריה חוקקה, במקביל, הסדר ייעודי לנשים הממיתות בן-זוג מתעלל.¹⁵⁶

ביטויי הדיון הביקורתי ניכרים גם באנגליה. גופי הרפורמה הצטרפו לביקורת על דוקטרינה המעודדת אלימות "גברית" והביעו רצון להקל עם נשים הממיתות בנסיבות האמורות.¹⁵⁷ בעקבות המלצותיהם אומצה ב-2009 חקיקה אשר מיישמת רצון זה דרך החלת ההסדר על מצבי "פחד מאלימות קשה" וביטול דרישת מידות התגובה.¹⁵⁸ בד בבד צומצם הפן ה"גברי" של הסייג החלקי דרך דרישת פרובוקציה ב"נסיבות בעלות אופי חמור במיוחד" וקביעה קטגורית לפיה בגידה מינית לא תהווה בסיס להקלה עם הממית בתגובה לה.

הדיון הביקורתי ב"המתה האינטימית" הוא אפוא מן המשפיעים ביותר בדיוני הקנטור. הקריאות הנחרצות, המייחסות לדוקטרינה השרשה של נורמות אלימות ופסולות ופגיעה במאבק החברתי-נשי, נפלו על אוזניים קשובות והותירו את חותמן בעולם המעשה.

8. הטיית הלך החשיבה בסוגיית ה"המתות האינטימיות"

לשילוב המזיק שבו אנו עוסקים, בין רגישות ייחודית ובין כשלים פורמולטיביים, הייתה תרומה ניכרת למהלך זה. בהשפעתו הועצמו דיוני הביקורת בסוגיה שבכותרת, באופן המשווה לדוקטרינה תדמית לא לה ומשכיח מלב את הרעיון המהותי אשר בבסיסה. יש לחדד תחילה את הפוטנציאל המזיק הנלווה לפעולת הקנטור בהקשר דנן. מבקרות ההסדר טוענות, בצדק, כי הוא "נתפר" לפי מידותיו של תרחיש המתה המבוצע, באופן טיפוסי, על ידי גברים, בעוד שנשים אינן ממיתות דרך כלל בתגובה ספונטנית וזועמת לעלבון.¹⁵⁹ לכך מצטרפת הרגישות, המוכרת לנו, בשלה עלול מתן הקלת

try to make a fictitious attempt to distort its operation to accommodate the "gender-behavioural differences", הציטוט הובאו על ידי Yeo (2003), לעיל ה"ש 23, בעמ' 22 וכן Forell (2006), לעיל ה"ש 143, בעמ' 56. בניו זילנד הגיע ביטול הדוקטרינה על רקע המלצות ה-LAW COMMISSION, שהובעו בין היתר בדוח אשר עסק בנשים הממיתות על רקע התעללות. הוועדה הצטרפה לביקורת על "ההטיה המגדרית" שבקנטור וקראה לביטול. ראו New Zealand Law Commission, *Some Criminal Defences with Particular Reference to Battered Defendants* (NZLC R73, 2001), lawcom.govt.nz. הוועדה חזרה על הצעתה בדוח 2007, *Partial Defence of Provocation*, לעיל ה"ש 24.

156 העבירה קרויה Defensive Homicide, ועוסקת במקרי הגנה עצמית מדומה.

157 Ministry of Justice, לעיל ה"ש 33, בעמ' 8; UK Law Commission (2006), לעיל ה"ש 29, בעמ' 81, 12.

158 לפירוט ההסדר ראו לעיל ה"ש 34.

159 לעיל ה"ש 151 והטקסט לידה. אזכיר כי מאמר זה אינו עוסק בשאלת תקפותה של הדוקטרינה (לעיל ה"ש 2 ו-152). אינני מבקש לחלוק על הטיעון שלפיו המתה בהשפעת קנטור (ומן הפרספקטיבה

הקנטור להתפרש בשוגג כהצדקה של הממית ומניעיו. השילוב יוצר סכנה כי במקרי ה"המתה האינטימית" יתפרש הקנטור כמצדיק את קטל בת הזוג כתגובה לבגידתה או רצונה לשים קץ ליחסים. אופיו ה"גברי" יוצר סכנה נוספת – כי אי-התאמתו לנשים הממיתות בני זוג מתעללים תתפרש כמגננה על האחרונים.

מדובר בפוטנציאל בלבד, ולכן התממשותו אינה הכרח. כזכור, הרציונל שזיהינו אינו מבקש להצדיק את מניעי הממית או את תפיסותיו. הוא נוגע יותר להתחשבות בכשל אנושי שמקורו בהיחלשות השליטה העצמית בהשפעת הרגש. אלא שבהשפעת הנוסחאות הכושלות הפך הפוטנציאל, בעיני הביקורת, למציאות. כמו בהקשרים אחרים, גם בסוגיה זו הובלו המשפטים לייחס לקנטור משמעות של צידוק ולדמות מסרים העולים ממנו, של לגיטימציה להרג נשים ולהתעללות בהן. הביקורת עברה, לכן, לתגובת מגננה. כך נוצר דיון טעון, המונע מרצון ראוי וחשוב לקדם את הסוגיה הנשית, אך עושה זאת ב"זירה" הלא נכונה תוך החטאת הרציונל אותו מבקש הקנטור להגשים.

ביטוי מרכזי של הטיה מחשבתית זו ניכר בביסוס שמציעה הביקורת לטיעוניה. כפי שראינו, הכתיבה הביקורתית מתבססת על טיעון עובדתי אמפירי שלפיו הקנטור מוענק ברגיל לגברים, ונשלל מנשים. בכך מוכחים, לדידה, האפליה והסקסזם המובנים בו.¹⁶⁰ על מה מבוסס טיעון עובדתי זה? במפתיע, המאמרים אינם מציגים נתון מתבקש: שיעור המקרים – מתוך כלל ההליכים שבהם טענו גברים שביצעו "המתה אינטימית" לקנטור – שבהם התקבלה הטענה. זאת, לעומת השיעור המקביל אצל נאשמות שהמיתו מתעללים. הנתונים המוצעים לביסוס הטיעון הם אחרים: כתיבי ביקורת רבים מראים כי רוב מעשי הפשע מבוצע בידי גברים, להבדיל מנשים.¹⁶¹ אחרים מציגים עלייה, לאורך זמן, בשיעור הנשים מבין קרבנות ההמתה. עוד נטען כי שיעור זה גובר כשמדובר ב"המתות אינטימיות", וכי רוב מבצעי ההמתות הללו הם גברים.¹⁶² הקושי הוא שנתונים אלה אינם ממין העניין, ולו משום שהם עוסקים במגדרם של הפוגע והנפגע ולא בשאלה הרלוונטית: האם הצליח הפוגע, בהליך המשפטי, בטענת קנטור.

הנדונה: תרחיש הקטל ה"גברי" אינה נימוק להקלה באחריות. מאמר זה יוצא מן ההנחה הרווחת שלפיה יש מקום להסדר קנטור כלשהו, היינו כי סיטואציית הקנטור עשויה לגרוע מן האשמה.

160 הטיעון שזור בכתבי הביקורת. לפי טיעון זה, טענת הקנטור "מצליחה לעיתים תכופות" ו"באופן שכיח" במקרים שבהם גבר המית את זוגתו שבגדה או ביקשה להביא סוף ליחסים עמו. מנגד ההסדר חסום בפני נשים הממיתות מתעלל. הקנטור, לפי הביקורת, לוקה באפליה "גלויה", שכן הוא "מיושם ומוגדר כך שנשים, כקבוצה, נטבחות באופן תדיר בידי גברים שזוכים לסייג הקנטור, אך לא יכולות לקבלו כשהן ממיתות גבר". זהו ביטוי ל"לגיטימציה של סקסזם כלפי נשים". הציטוט מתוך Denno, לעיל ה"ש 143, בעמ' 150; Forell (2004), לעיל ה"ש 55, בעמ' 606; Reece, לעיל ה"ש 143, בעמ' 222, 235.

161 Forell (2004), לעיל ה"ש 55, בעמ' 601; Wells, לעיל ה"ש 143, בעמ' 93; Taylor, לעיל ה"ש 143, בעמ' 1680–1681; Chen, לעיל ה"ש 143, בעמ' 218; Denno, לעיל ה"ש 143, בעמ' 81, 159.

162 Forell (2004), לעיל ה"ש 55, בעמ' 601; Forell (2006), לעיל ה"ש 143, בעמ' 34; Taylor, לעיל ה"ש 143, פרק 3, בעמ' 1680; Wells, לעיל ה"ש 143, בעמ' 93.

בדיקה ממוקדת יותר בוצעה על ידי ויקטוריה נורס. זו בחנה את תוצאותיהן של טענות קנטור שהועלו בארצות הברית לאורך כ-15 שנים על ידי נאשמים שהמיתו בנות זוג במקרי "המתה אינטימית". נורס הצביעה על אחוזי הצלחה שבין 39% ל-67%, תלוי-קטגוריה.¹⁶³ לכאורה מדובר בהוכחה לטענת הביקורת. ואכן, ממצאיה מאוזכרים תדיר במאמרים המציגים את התזה העובדתית בדבר פעילותו ה"מפלה" של הקנטור. אלא שקריטריון ה"הצלחה" שאותו בחנה נורס, הנוגע לשיטה האמריקאית, הוא אם התיר בית המשפט למושבעים לשקול את טענת הקנטור. השאלה אם האחרונים קיבלו את הטענה לא נבחנה. נורס אף מזכירה הכרעות של מושבעים לדחות את הטענה ומתייחסת אליהם כמקרים "מוצלחים".¹⁶⁴ לכן ממצאיה אינם מאפשרים לגזור מסקנות בדבר שיעורי ההצלחה האמיתיים של הטענה ולבסס את טיעוניה ה"עובדתיים" של הביקורת. כאמור, לא מוצע ביסוס אחר לטיעונים אלה.

מתברר כי המצע העובדתי המוצע בכתבי הביקורת לתמיכה בטענות נחרצות על אודות אופייה המפלה של הדוקטרינה, אינו משכנע. הבחירה לגזור ממצע זה מצג שלפיו גברים הממיתים בנסיבות הנדונות מצליחים לעתים תכופות בטענת הקנטור ואילו נשים נכשלות בה, ועל סמך מצג זה לבקר את ההסדר והעוסקים בו, ממחישה את ההטיה המחשבתית שבה אנו עוסקים. הרגישות המלווה את הקנטור ומתעצמת בהקשר המאבק החברתי-הנשי יוצרת עימות מדומה בין האחרון לבין הדוקטרינה. כה רב הוא פוטנציאל החיכוך, עד שגם ללא נתונים מתאימים די בעצם קיומו של ההסדר כדי להוביל את הביקורת לסבור כי הוא גורם בפועל לאפליה.¹⁶⁵

האם קיימים נתונים סותרים? המחקר בתחום חסר מאוד ואינו מאפשר לבסס מסקנה שלמה. הנתונים החלקיים הקיימים נוטים להפריך את הטענה העובדתית האמורה. מחקר במבט היסטורי למשל מצא בפסיקה האמריקאית של תחילת המאה העשרים דפוס של נקיטת יד קשה כלפי גברים אשר המיתו בנות זוג. רבים מהם נשלחו אל הגרדום. מנגד אותרה נטייה לזכות או להקל באחריותן ובעונשיהן של נשים שהמיתו בן זוג אשר התעלל בהן, בגד בהן או עזב אותן.¹⁶⁶

163 Nourse, לעיל ה"ש 54, השוואה בין מדינות שאימצו מודלים שונים בחלוקה לפי עילת ההתגרות הנטענת. כשדובר בבגידה או בחוסר נאמנות היא איתרה "הצלחה" ב-45% מהמקרים שנדונו במדינות שאימצו מודל "טהור", ב-54% במדינות שאימצו את ה-MPC וב-49% במדינות שהחדירו יסודות נורמטיביים לנוסחת ה-MPC. כשהעילה הייתה פרדה, סיום היחסים, עזיבת הבית וכיוצא באלה, "אחוזי ההצלחה" נעו בין 39% בשיטות "טהורות" ל-67% במדינות MPC.

164 שם, בעמ' 1346, 1355.

165 למסקנה זוהי הגיעה קרולין רמזי. לדבריה, נתוני המחקר בנושא המתות אינטימיות הם מעטים מאוד, ולכן נוצרו "דעות בלתי שלמות ואף שגויות" בקרב מבקרות הקנטור כאשר ליחס המשפטי להתמות אלה. לצדן הונחו "הנחות חפוזות", שלפיהן נאשמות שהמיתו בן זוג נענשות בחומרה, ואילו גברים מקבלים "רישיון וירטואלי להרוג". ראו Carolyn B. Ramsey, *Intimate Homicide: Gender and Crime Control, 1880-1920*, 77 U. COLO. L. REV. 101, 103-105 (2006).

166 שם.

באשר למצב כיום, הנתונים החלקיים הקיימים מציגים מגמה דומה. נראה כי קרבנות התעללות אשר ממיתות זוכות, בצדק, ליחס מתחשב. הקנטור הוא רק אחד הכלים המשמשים לשם כך. אמצעי ראשון הוא שיקול דעתה של התביעה הבוחרת פעמים רבות שלא לייחס להן את עבירת הרצח ולהתקשר עמן בהסדרי טיעון מקלים. מגמה שכזו קיימת בארצות הברית, באנגליה ובסקוטלנד.¹⁶⁷ מאפיינים דומים מצויים בדוגמאות המייצגות את טיפול התביעה הישראלית בנשים אלה.¹⁶⁸

לצד התביעה הרימו בתי המשפט ברחבי העולם תרומתם בפיתוח פרשני של סייגים כדי להפכם זמינים לאותן נשים. כך פותחו למשל ההגנה העצמית או הסייג החלקי של "אחריות מופחתת".¹⁶⁹

דרך נוספת להתחשבות בנשים האמורות, שהיא המוצלחת ביותר לטעמי, היא יצירת הסדר ייעודי להן. דוגמאות מצויות בסעיף 300א(ג) לחוק העונשין, המאפשר עונש מופחת, ובהסדרים שהוזכרו לעיל: עבירה שחוקקה למטרה זו בויקטוריה, והגנה חלקית שעוגנה בחקיקה האנגלית מ-2009, שעניינה במצבי "פחד מאלימות קשה".¹⁷⁰

לצד הסדרים אלה, כפי שראינו, פותח גם הקנטור בפסיקה ברחבי העולם באופן המשפר את נגישותו לנשים האמורות. זאת, דרך הכרה ברגשות פחד וייאוש, הגמשת דרישת מידיית התגובה ונכונות להכיר בהתעללות ממושכת כ"קנטור מצטבר". להתפתחויות אלה אפקט בולט. אחד המחקרים הראה למשל כי בכל המקרים שנדונו באוסטרליה בשנים 1980–2000, 22 במספר, שבהם טענו נשים שקטלו בני זוג מתעללים

167 ראו Forell (2006), לעיל ה"ש 143, בעמ' 60; UK Consultation Paper, לעיל ה"ש 29, בעמ' 192, 200.

168 לכרמלה בוחבוט, שירתה בבעלה 31 כדורים, ייחסה התביעה עבירת הריגה, ובאופן חריג ציינה בכתב האישום את ההתעללות בה. היא נדונה לשלוש שנות מאסר (ע"פ 6353/94 בוחבוט נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(3) 647, 650–651 (1995)). גם לאנה דוקולסקי, שלאחר שנות התעללות המיתה את בעלה, ייחסה הריגה. באותה עת כבר תוקן החוק כך שהיה אפשר להאשימה ברצח ולטעון לעונש מופחת. בית המשפט הרשיעה בעבירת רשלנות וגזר עליה מאסר בעבודות שירות (ת"פ 6055/07 (מחוזי חי' מדינת ישראל נ' דוקולסקי (פורסם בנבו, 24.3.2008)). ראו גם תפ"ח (מחוזי ב"ש) 8056/02 מדינת ישראל נ' אלידה (פורסם בנבו, 1.12.2002). השוו ע"פ 1855/05 פרישקין נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 24.3.2008), שם צוין כי נהוג לייחס לנשים אלה עבירת הריגה. ראו פס' 2 לפסק דינה של השופטת ארבל, המפנה לדברי שר המשפטים. ראו גם דנ"פ 3220/08 פרישקין נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 7.9.2008).

169 ירון אונגר "סייג ההגנה העצמית במקרה של פגיעה חוזרת על ידי רמות קבועה" (הכנסת, מרכז המחקר והמידע, 2010). "האחריות המופחתת" משמשת ערוץ מרכזי למקרים הנדונים באנגליה לאחר שהורחבה לקלוט לתוכה את "תסמונת האישה המוכה" כמצב נפשי "גבולי" (UK Consultation Paper, לעיל ה"ש 29, בעמ' 200).

170 ראו לעיל ה"ש 34.

לקנטור, הטענה הצליחה.¹⁷¹ גם במישור העונשי, לפי המחקר הקיים והלא ממצה, נשים אינן מקופחות.¹⁷²

הנתונים על גברים המבצעים "המתות אינטימיות" מעטים עוד יותר. טרם איתרתי מידע התומך בטענת הביקורת שלפיה הם זוכים בסייג הקנטור בתכיפות. המחקרים החלקיים הקיימים בנוגע למידת העונש מציגים כאמור תמונה הפוכה. זו גם התמונה העולה מפסיקת בית המשפט העליון בישראל. לפי בדיקתי, נכון למועד כתיבת שורות אלה, מתוך 28 נאשמים ב"המתות אינטימיות" שטענו לקנטור הורשעו 26 ברצח.¹⁷³ בית המשפט אינו ממהר לקבל את הטענה ומוסיף ומקפיד על אמירה ערכית המגנה קטל בנסיבות אלה. במסגרת זו נפסק לאחרונה כי "לא תשמע במחוזותינו הטענה כי בגידה של בן זוג מגעת כדי קינטור [...] המסר הערכי-נורמטיבי שבית המשפט אמון עליו, שולל מכל וכל הכרה בתחושות של קנאה ורכושנות כבסיס הכרה בקנטור".¹⁷⁴

171 תוצאות המחקר מובאות במאמרה של Forell (2006), לעיל ה"ש 143, בעמ' 36.

172 מחקר על נאשמים ונאשמות שהמיתו בת/בן זוג וזכו בסייג הקנטור הראה כי באוסטרליה שליש מהנשים הללו אינן נאסרות והיתר יושבות במאסר בין שלוש לחמש שנים. רק 10% מהגברים, מנגד, אינם נכלאים, והיתר נאסרים לתקופות שבין 6 ל-8 שנים. בקנדה ענישת הגברים נעה בין 6 ל-12 שנים, וזו של נשים בין שנתיים במאסר לבין מאסר על תנאי (שם, בעמ' 59-60). הגם שהנתונים אינם ממוקדים בהמתות אינטימיות, הם שוללים קיפוח נשים במישור העונשי.

173 פסקי דין שדחו את הטענה תוך שימוש במבחן האובייקטיבי: פרשת סגל, לעיל ה"ש 58, בעמ' 435; ע"פ 655/78 שמידמן נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד לד(1) 63, פס' 5 (ה) (1979); עניין סימן-טוב, לעיל ה"ש 60, פס' 11 לפסק הדין; עניין רבינוביץ, לעיל ה"ש 94, פס' 5, 20 לפסק הדין; ע"פ 852/85 פונט נ' מדינת ישראל, פ"ד מב(2) 551, פס' 9 לפסק הדין (1988); ע"פ 55/87 מלכה נ' מדינת ישראל, פ"ד מג(3) 28, פס' 6 לפסק הדין (1989); ע"פ 597/88 אנג'ל נ' מדינת ישראל, פ"ד מו(5) 221, פס' 8, 26 לפסק הדין (1992); עניין שיץ, לעיל ה"ש 59, פס' 14 לפסק הדין; ע"פ 1788/92 רחמיאן נ' מדינת ישראל, פס' 7 (ב) לפסק הדין (פורסם בנבו, 4.7.1994); עניין מליסה, לעיל ה"ש 60, פס' 17 לפסק הדין; עניין צ'קולה, לעיל ה"ש 59, בעמ' 3 לפסק הדין; ע"פ 367/04 אמסלם נ' מדינת ישראל, פס' 3 (ח) לפסק הדין (פורסם בנבו, 23.12.2004); עניין גרשוני, לעיל ה"ש 60, פס' ג(1), ג(8), ד, ה לפסק דינו של השופט רובינשטיין; ע"פ 5317/03 זריאן נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 21.3.2005); ע"פ 2170/06 מלול נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 8.7.2009); עניין שפירוב, לעיל ה"ש 128, פס' 30-33 לפסק הדין. פסקי דין שדחו את הטענה ללא הזקקות למבחן האמור: עניין רינגלשטיין, לעיל ה"ש 59; ע"פ 105/89 גולן נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 22.5.1990); ע"פ 2802/90 עמר נ' מדינת ישראל, (פורסם בנבו, 15.4.1992); עניין אסרף, לעיל ה"ש 66; עניין אליאבייב, לעיל ה"ש 59; ע"פ 8535/00 חדאד נ' מדינת ישראל, פס' 5 ו-6 סיפא לפסק הדין (פורסם בנבו, 13.3.2003); ע"פ 9970/06 קאנשן נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 9.3.2009); ע"פ 2092/05 נזרי נ' מדינת ישראל, פס' ז לפסק הדין (פורסם בנבו, 11.11.2009); ע"פ 5718/06 אפשטיין נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 15.11.2009); ע"פ 2202/08 פסקו נ' מדינת ישראל, פס' 19, 42 לפסק הדין (פורסם בנבו, 7.3.2012). הטענה התקבלה בע"פ 30/73 שמולבין נ' מדינת ישראל, פ"ד כז(2) 598 (1973) ובפרשת אזואלוס, לעיל ה"ש 65.

174 עניין שפירוב, לעיל ה"ש 128, פס' 33-34 לפסק הדין. לדוגמה נוספת ראו עניין גרשוני, לעיל ה"ש 60.

הנתונים אינם ייחודיים לישראל. גם בתי המשפט באוסטרליה נרתעים מלהעניק את סייג הקנטור לגברים שהמיתו בנסיבות הנדונות.¹⁷⁵ זאת, כזכור, בניגוד להענקתו על ידיהם לכל הנשים שטענו לו בתקופה שצוינה לעיל. עובר לביטול ההסדר בה, הראה מחקר אמפירי בויקטוריה כי גברים שהעלו את הטענה נדחו "במקרים רבים", ולעומת זאת נשים הצליחו בה "ברוב המקרים".¹⁷⁶

כך, לטיעון החולש על דברי הביקורת, שלפיו הקנטור מפלה בפועל על בסיס מגדרי, אין על מה לסמוך. אמנם הדוקטרינה עוצבה להתמודדות עם מעשי קטל שרובם מבוצע בידי גברים, והולמת אפוא דפוסי אלימות "גבריים". עם זאת היא איננה מגלמת רצון להקלה גורפת עם גברים שממיתים נשים. היא מציגה חסמים שתפקידם למנוע את מתן ההקלה למי שאינו ראוי לה. נראה כי האופן שבו מופעל הקנטור מבטא דווקא יד קשוחה עם גברים שקוטלים בנות זוג והתחשבות של ממש במצוקתן של נשים שסבלו מהתעללות. אם ניתן לגזור מכך מסקנות נורמטיביות, הרי שמערכות המשפט משדרות מסר של חוסר סובלנות לאלימות ביחסים זוגיים, ושל אשורר הערכים שבבסיס המאבק החברתי-נשי. הדבר מחדד את עצמת השפעתה של ההטיה המחשבתית בסוגיה שבה אנו עוסקים. על לא עוול בכפו הפכה הביקורת את הקנטור ליריבו של המאבק האמור.

פן נוסף של ההטיה המחשבתית ושל ההתרחקות מרציונל הקנטור ניכר בניסיון להשתמש בדוקטרינה לטיפול בעניינין של קרבנות ההתעללות. כפי שראינו לעיל, הדוקטרינה לא נתפרה לצורכיהן. היא מבוססת על רעיון שלפיו קשיי שליטה עצמית, בשל זעם ספונטני לנוכח התגרות, עשויים לגרוע מאשמתו של הממית. הקטל ה"נשי", המבוצע כאמור בצורה מחושבת יותר ומתוך פחד וייאוש, הוא סיטואציה שונה בתכלית. האשם הפחות הנלווה לו נוגע למצוקתה של הממיתה ולתחושתה כי המתת המתעלל היא אפשרות המוצא היחידה.

הביקורת אינה מדייקת כאשר היא מפרשת את חוסר ההתאמה של הדוקטרינה להמתות ה"נשיות" כביטוי של אג'נדה מגדרית. ראשית זו החטאה של מהות הקנטור, שאינו מבקש להצדיק את ההמתה ה"גברית" או לאשרר את מניעי הקוטל. שנית, זו נדמית כהחמצה של מקומו של הקנטור כחלק מתוך מכלול הסדרים שמציע הדין הפלילי. אין להסיק אג'נדה של הדין מבלי לבחון אותו בכללותו. כפי שראינו, הסדרים אחרים, בייחוד הייעודיים שבהם, מספקים מענה הולם ומתאים יותר לנשים האמורות. הניסיון לאלץ את הקנטור להכילן אינו שלם.

יתר על כן, זהו מהלך אשר מזיק לרעיונות החשובים והראויים שבבסיס המאבק הנשי. הביקורת הובילה, כך ראינו, להגמשת תנאי ההסדר כדי לאפשרו לנשים הממיתות. אלא שהגמשה זו פתחה פתח להקלה פוטנציאלית גם עם הגברים הקוטלים. להמחשה, הנכונות להכיל רגשות של ייאוש ופחד, הנבנים לאורך זמן, עלולה לאפשר הקלה לא רק

175 Forell (2006), לעיל ה"ש 143, בעמ' 51–52.

176 כפי שמצוטט על ידי Law Reform Commission of Victoria (2003), לעיל ה"ש 49, בעמ' 65–66.

לקרבנות התעללות אלא גם לגבר שיודע זה תקופת־מה על רומן של רעייתו עם גבר זר וממית אותה ברגע שבו הוא חש מצוקה ויאוש לנוכח האפשרות שתעזוב אותו. כך הובילה הביקורת, שאילצה לגדרי הקנטור את סיטואציית קטל המתעלל, לעיוות ההסדר ולנוק אפשרי למטרות שבשמן היא טוענת.

נזק נוסף נוגע למקונטרים שביצעו המתות שאינן "אינטימיות". אלה רוב מקרי הקטל.¹⁷⁷ הביקורת בסוגיית ה"המתות האינטימיות" הובילה שיטות משפט שונות, כפי שראינו, לצמצם את הקנטור ואף לבטלו כליל. זאת, על רקע תפיסתו כהסדר מפלה המתריס נגד המאבק הנשי. בשיטות אלה נותרו המקונטרים הרבים, שעניינם אינו נוגע כלל למאבק האמור, ללא פתח להקלה. לגבי חלקם, אלה שאשמש פחות משום שהם עונים על רציונל הקנטור, יש בכך משום עוול קשה. הם יורשעו ברצח וייענשו מעבר למידת אשמתם. גם במישור זה גובה ההטיה המחשבתית, מושא דיונו, מחיר ממשי.

9. הגבר הסביר

עד כה הומחשה השפעתה המזיקה של ההטיה הנדונה על הדיון הביקורתי. עתה נקדיש כמה מילים לחידוד תרומתו של הכשל הנוסחאי למהלך זה. גם בסוגיה זו מוקד הכשל הוא האדם הסביר. על מרכזיותו ניתן ללמוד מהיותו מטרה עיקרית לחצי הביקורת. כמו בהקשרים קודמים שנדונו, גם בסוגיית ה"המתות האינטימיות" נוטה השימוש במבחן זה להתפרש כהצדקה של ההמתה ומניעיה. לאורו מציגים חלק מכתבי הביקורת, במפורש, את הקנטור כסייג מצדיק.¹⁷⁸ אחרים רואים בקיומו ובהפעלתו של המבחן משום אשרור של תפיסות סקסיסטיות ושוביניסטיות כ"סבירות".

יתר על כן, האדם הסביר נתפס בעיני הביקורת כאמצעי מסוה. טכניקת ה"האנשה" והצגת הדמות הפיקטיבית כחסרת זהות נדמות בעיניה ככסות לדמות גברית ש"זוקקה" לאורך הדורות ומאפשרת למשפטן לבטא, במסווה ניטרלי, את הזדהותו עם בן הזוג אשר "ממשמע" את האישה שסרחה. בד בבד משמשת הדמות לשלילת ההקלה מנשים שקוטלות.¹⁷⁹ דפוסי פעולתן אינם הולמים את אופייה הגברי של הדמות, ולכן הן לא תיתפסנה כ"סבירות". כך מוסויות אפלייתן.

האדם הסביר מוקע אפוא בעיני הביקורת כלא פחות מ"אויב עבור נשים מוכות". דמותו מביאה, כך הטענה, לראיית אלימות גברית כנורמלית ואף רצויה, מקבלת בגידה

177 בין 75% ל-83% מקרבנות ההמתה, וכ-90% מן הממיתים הם גברים (למקורות ראו לעיל ה"ש 162). ברוב המקרים אפוא גבר ממית גבר. ברגיל אין מדובר בהמתות "אינטימיות" (הגם שתיתכן המתת מאהב בידי גבר).

178 קמיר "איך הרגה הסבירות", לעיל ה"ש 62, בעמ' 173-174; Taylor, לעיל ה"ש 143, בעמ' 1714; Coker, לעיל ה"ש 143, בעמ' 75-76.

179 התרגום המילולי של "Reasonable Man" ל"הגבר הסביר" מחזקת את תחושות הביקורת בדבר טיבה של דמות זו.

נשית כ"הסבר סביר" להמתה, ובכך "מאמצת" גברים שקוטלים בנות זוג ומאפשרת להם להתחמק מאחריות.¹⁸⁰ עוד קושרים דברי הביקורת את הדמות ל"מסר" של הטלת האשם בקרבן. הקביעה ה"רווחת" לפיהם כי דמות זו הייתה עלולה להמית אישה בוגדנית, מבטאת אמונה שלפיה הקרבן "ביקשה את זה" או ש"הגיע לה" למות.¹⁸¹

טעימה זו מן הדיון הביקורתי ב"המתות האינטימיות" ממחישה כיצד הסיטה האינטראקציה שבין רגישות ערכית חריגה לבין נוסחאות כושלות את מהלך הדיון לעבר טיפול שגוי בצדקת הקטל ובאשרור תפיסותיו של הממית. לשימוש באדם הסביר תרומה מכרעת ל"עיונות" המיותר אותו יצרה דינמיקה זו בין הקנטור לבין המאבק הנשי. רציונל הקנטור, העוסק ברעיונות של אמפתיה כלפי חולשת אנוש, כמו נפקד מדיון זה. הדבר עיוות לא רק את תפיסת הקנטור ואת הטיפול התאורטי בו אלא גם את עיצובו בשיטות משפט שונות, את אופן הפעלתו ואף את עצם קיומו. כפי שצוין לעיל, מדובר בדוגמה. דינמיקה זו מאפיינת גם את האינטראקציה שבין הקנטור לבין מאבקים חברתיים אחרים.¹⁸²

ד. עקרונות לעיצובה של נוסחת הקנטור

את המהלך שביצענו עד כה אפשר לסכם בשתי אמירות: הראשונה מציגה הכרה רחבה ברציונל אשר בבסיס דוקטרינת הקנטור. לפי רציונל זה ייתכן שקטל המבוצע בזעם ספונטני לנוכח פרובוקציה, בהשפעת קושי עז בשליטה העצמית, יגלם אשם מופחת. אלא שהדבר יתרחש רק בהינתן ממד של פסול ערכי בפרובוקציה ועמידה של המהלך הרגשי בבחינה נורמטיבית. זו, בהתחשב בנסיבות העניין ובדגש על הסיבות להיווצרות הרגש, תתור אחר מידה של אמפתיה חברתית כלפי הכשל האנושי שחווה המקנטור. התקיימות הדרישות הללו תביא לפיחות-מה באחריות הפלילית.

האמירה השנייה עוסקת בכישלון לגלם את הקונצנוס הרעיוני בנוסחה הולמת.¹⁸³ הסיבה לכך נעוצה בהתעלמותם של מעצבי הנוסחאות השכיחות מן הרגישות הייחודית הנלווית לפעילותו של הקנטור בתוך שדה של כבוד, רגש, מוות ואפליה. לרגישות זו ממד כללי שעניינו בשמירה על ערך החיים ונגזרותיו, וממד חברתי של נגיעה במאבקהן החברתיים של קבוצות שונות לשוויון זכויות ולהגנה. שני אלה יוצרים פוטנציאל נפיץ לפירוש שגוי של ההסדר כמצדיק את הקטל. רכיבי הנוסחאות, ובפרט האדם הסביר,

180 Taylor, לעיל ה"ש 143, בעמ' 1691–1692; Appelbe, לעיל ה"ש 143, בעמ' 10; Nourse, לעיל ה"ש 54, בעמ' 1334, 1387; Wells, לעיל ה"ש 143, בעמ' 90; Lee, לעיל ה"ש 150, בעמ' 5; Forell (2004), לעיל ה"ש 55, בעמ' 5980; קמיר "איך הרגה הסבירות", לעיל ה"ש 62, בעמ' 163.

181 Rozelle, לעיל ה"ש 55, בעמ' 208–209; Coker, לעיל ה"ש 143, בעמ' 75–76, 105–106.

182 ראו לעיל ה"ש 142.

183 המאמר הצביע על פערים מסוימים שאינם נוגעים לגרעין הרעיוני אלא לשאלת הדרך והמידה.

גרמו למימושו של פוטנציאל זה וכך הובילו את העוסקים בקנטור לתפיסה שגויה שלו כאובים של הערכים והמאבקים האמורים. עקב כך הוסט העיסוק בדוקטרינה לעבר עימותים מיותרים, והרחק ממטרתו העניינית: יישום הרציונל המוסכם. אמירות אלה מאפשרות לנו להתקדם בהצעת קווים לעיצובה של נוסחה אשר תנסה להימנע מכשליהן של קודמותיה. עם זאת אזהיר: לסוגיה הפורמולטיבית אין פתרון מושלם. הגם שעסקו בה רבים לאורך דורות, היא לא הניבה אלא סבך של דילמות ומחלוקות. אינני סבור כי ישנה נוסחה נטולת חסרונות שתתיר את הסבך. הכיוונים שיוצגו שואפים לפשט ולייעל את השימוש בקנטור, אך הם מצריכים גם פשרות מסוימות תוך מודעות למחירים הנלווים להן. להבנת הכשלים עמם יבקשו הקווים העיצוביים להתמודד, ניעזר בתאוריית "ההפרדה האקוסטית" של מאיר דן-כהן. נעבור להיכרות עם תאוריה זו.

1. הליקוי האקוסטי של דוקטרינת הקנטור

התאוריה האמורה מבחינה בין "כללי התנהגות" לבין "כללי הכרעה"¹⁸⁴ כללי ההתנהגות מופנים לציבור ומכוונים את התנהגותו. כללי הכרעה מופנים לשופטים ומנחים אותם כיצד לשפוט את מי שהפר כלל התנהגות. תוכניהם הנורמטיביים של שני סוגי הכללים אינם חופפים בהכרח, וזאת משיקולי מדיניות.¹⁸⁵ התאוריה מציגה תרחיש של יקום דמיוני שבו הציבור אינו מודע לתוכן כללי ההכרעה. הוא פועל רק לפי כללי ההתנהגות, ובכך מושגת הכוונה מיטבית. אלא שבמציאות הציבור חשוף גם לכללי ההכרעה ועלול לכלכל התנהגותו לפיהם באופן שיתנגש עם כללי ההתנהגות. דן-כהן מכנה זאת "השפעות לוואי נורמטיביות".¹⁸⁶ בנוסף, בית המשפט, החושש מהסתמכות הציבור על כללי ההכרעה, עלול להירתע משימוש בהם.¹⁸⁷ כדי למנוע זאת, כך התאוריה, משדר הדין לשופטים "שדרים סלקטיביים" המעוצבים באופן שלא יובנו בציבור. הדבר נעשה בין היתר באמצעות שימוש במונחים עמומים או מקצועיים.

184 Meir Dan-Cohen, *Decision Rules and Conduct Rules: On Acoustic Separation in Criminal Law*, 97 HARV. L. REV. 625 (1984) (להלן: דן-כהן). ראו גם Paul H. Robinson, *Rules of Conduct and Principles of Adjudication*, 57 U. CHI. L. REV. 729 (1990).

185 כדוגמה מציג דן-כהן את כלל ההתנהגות שלפיו אי-ידיעת החוק אינה פוטרת מאחריות. הלה מוצג לציבור כדי לתמצו ללמוד את הדין ולנהוג לפיו. עם זאת בתי המשפט פוטרים לעתים אנשים שלא היו מודעים לאיסור החוקי או מקלים עמם, ממגוון שיקולים המבטאים תחושת צדק רטרופוסקטיבית. דן-כהן, לעיל ה"ש 184, בעמ' 647-658.

186 דוגמה לכך הן הגנות הצורך והכורח. דן-כהן מסווגן ככללי הכרעה. הידיעה על זמינותן עלולה לגרום לציבור להיזהר פחות מלהיקלע למצבים שעלולים להתדרדר עד למצבים שיחייבו ביצוע עבירה. כך פוגמת הידיעה עליהן בהכוונת ההתנהגות, המעוניינת לתמרץ זהירות שכזו. שם, בעמ' 632-633.

187 שם, בעמ' 639-640.

תאוריה זו אינה הולמת לחלוטין את קשיי הקנטור, כפי שאלה אופיינו על ידינו. הם אינם נובעים מהיחשפות הציבור לקנטור, שהוא כלל הכרעה, או מגריעה מכלל ההתנהגות האוסר להמית. עוד ראינו, באחד ההקשרים, כי הדוקטרינה מיושמת בצמצום. הדבר לא רק שאינו גורע מן האיסור להמית אלא אף מדגישו. זאת ועוד, מדובר בסייג חלקי: הענקתו אינה פוטרת אלא מביאה להרשעה ולענישה מרתיעה. קשה אפוא להניח כי האפשרות ליהנות ממנו פוגמת בהרתעת הציבור מפני קטל מכוון. אפשרות זו מוסיפה ונחלשת בשל אופייה הספונטני והרגשי של פעולת המקונטר. לא סביר כי עתותיו של מי שמצוי במצב זה תהיינה נתונות לאפשרות לזכות, בדיעבד, בהקלה מסוימת. ולבסוף, הבעיה שעליה עמדנו, של נטייה לייחס לקנטור מהות לא לו, נוגעת פחות לציבור הרחב שבו עוסק דן-כהן, ויותר לציבור המשפטנים אשר עמלים על פרשנותו, עיצובו ויישומו של ההסדר.

למרות הבדלים אלה, תאוריית "ההפרדה האקוסטית" חשובה לתזה שבה עוסק מאמר זה. נעשה בה פרפרזה מסוימת תוך שימוש בהלך החשיבה המנחה אותה ובחלק מהמונחים והטכניקות המוצעים במסגרתה. זאת, כדי לחדד את מושא הדיון.

ברוחה של התאוריה יוצע המונח "הליקוי האקוסטי" של הקנטור: נטייתו, בהשפעת השילוב שבין הרגישות הערכית המלווה אותו לבין הפגמים הניסוחיים, להתפרש בשוגג על ידי העוסקים בו כמסדר מסרי צידוק של הקטל ומניעיו, מסרים הנדמים כמתעמתים עם האיסור להמית ועם המאבקים החברתיים שהוזכרו לעיל. זאת, שעה שרציונל הקנטור אינו חפץ בעימות מעין זה, והאופן שבו מופעל ההסדר בפועל מבטא, אם בכלל, כבוד לערכים האמורים. הליקוי האקוסטי משווה לפעילותו התקינה ככלל של הקנטור מראה בעייתי של הסדר היוצר, בלשונו של דן-כהן, "השפעות לוואי נורמטיביות" על כלל ההתנהגות. תדמית לעומתית זו פוגעת קשות, כך ראינו, בתפיסת הדוקטרינה וביישומה. על עיצובה של נוסחת הקנטור להתמודד עם ליקוי זה. עליה למנוע, בשים לב ל"חבית חומר הנפץ" הערכי עליה ניצבת הדוקטרינה, את שידורם של מסרים מצדיקים, המשווים לקנטור כסות מטעה ומכשילה. עד כה במקום לגרוע מסכנה זו הנוסחאות השכיחות אך הגבירו אותה, וכל רמז ל"השפעת לוואי" הצית דיון סוער. מטעויות אלה יש להימנע בעיצובה של נוסחה חלופית. על נוסחה זו להשיב את הקנטור למסלולו הענייני: לרציונל שבמוקד הקונצנזוס, והרחק מן העימות המדומה עם ערכים חברתיים טעונים.

גם את הדרך לעשות זאת ניתן לשאוב מתאוריית "ההפרדה האקוסטית". זו עוסקת ב"שדר סלקטיבי", שמטרתו להסוות את פעילות כלל ההכרעה מעיני הציבור. בענייננו אין צורך להסוות את הכלל אלא דווקא לחשוף את טיבו האמתי, תוך נטרול השדרים המשווים לו תדמית שגויה. עם זאת, עצם הרעיון של ייזום מסרים כדי להשפיע על האופן שבו נתפס ההסדר ובכך להפכו יעיל יותר עשוי לסייע גם בענייננו. השדר הסלקטיבי שבו נחפז יתמקד בתיקון הליקוי האקוסטי, דרך קירוב המתבונן להבנה נכונה של מהות

הדוקטרינה ושל תפקודה בפועל. על בסיס זה אציע כמה קווים מנחים לעיצובה של הנוסחה:

חזרה לרציונל הקנטור: השאיפה המהותית המנחה את העיצוב המחודש היא הרצון לבטא בנוסחה את הרעיונות המוסכמים. עיקר הקושי בביצוע משימה זו אינו נוגע, כפי שראינו, לשאלות ניסוחם של רכיבי ההתגרות או של דרישת ההליך האמוציונלי ("המבחן הסובייקטיבי"). עיקר המשימה הוא לעצב את הבחינה הנורמטיבית של ההליך האמור. בכך נתמקד.

במישור זה חשוב להתנער ממשקעי עבר: סוגיות אשר, בהשפעת הדינמיקה המזיקה שבה עסקנו, קיבלו משקל יתר בדיוני הקנטור ובנוסחאות השכיחות. למשל, הנטייה להתמקד בתגובה הקטלנית או שאלת ההתחשבות במאפייני הנאשם. על הנוסחה לכוון את העוסק בה אל מושא הבחינה לפי הרציונל: קשיי השליטה שחווה המקונטר בהשפעת הרגש. בד בבד ועל רקע הנטייה השגויה בנושא, יש להבהיר כי הפיחות באשמו של המקונטר אינו נובע מהצדקת מעשיו או תפיסות עולמו אלא ממידה של אמפתיה חברתית כלפי כשל אנושי, שעשויה להתעורר בניסבות מסוימות.

שדר סלקטיבי נגטיבי: פְּרָדָה ממונחי הסבירות ומן הדמות הפיקטיבית: כיצד מכווינים את העוסקים בנוסחה לכיוונים הרצויים לפי העיקרון המנחה הקודם? בשל הליקוי האקוסטי העצמתי פרי הרגישות הנלווית לקנטור, מצריך הדבר מאמץ נכבד בדמות שני מעגלים של שדרים סלקטיביים. הראשון ינטרל אלמנטים שעלולים ליצור שדרי צידוק שגויים. הוא יכונה "שדר סלקטיבי נגטיבי". השני יעסוק בייזום במפגיע של מסרים "ברוח הפטור", אשר יקרבו את השומע להבנתו הראויה של הרציונל. אלה יכוננו "שדרים פוזיטיביים".

במישור השדר הנגטיבי, המלצתי היא להימנע מן השימוש במונחים אשר על סמך הניסיון שנצבר והניתוח שערכנו תורמים לתדמיתו ה"מצדיקה" השגויה של הקנטור. כך תאזין השפעתם המזיקה, המסיטה את תשומת הלב מן הרציונל לעבר שאלות של אשור מעשה הקטל ותפיסותיו של הקוטל.

תחילה, על ניסוח הבחינה הנורמטיבית לזנוח את מושג הסבירות. מנקודת המבט של הליקוי האקוסטי, המושג הוא בבחינת סדין אדום בפניו של שור מועד. הוא זר להתנהגותו של מי שקונטר להמית. יתר על כן, קיומו ויישומו מתפרשים כאימוץ של המעשה לתוך מתחם התנהגויות "ראויות" או "מקובלות". בכך גלום ממד דומיננטי של לגיטימציה כלפי הקטל וכלפי הקוטל.

על פי מסקנות המאמר, יש להיזהר גם בשימוש בתיבות מובהקות פחות מן הסבירות, כגון "רגיל", "ממוצע" או "מן היישוב". בשל הרגישות העזה המלווה את הקנטור נוגעות גם תיבות אלה באמירה, לפיה התנהגות המקונטר תואמת נורמה חברתית חיצונית. זאת ועוד, ראינו כי עצם השימוש בהשוואה שבין תגובת המקונטר לבין זו של דמות אנושית-בדיונית, ככלי לביצוע המבחן, אינו מוצלח. הוא מתפרש כאמירה לפיה התגובה הקטלנית ומניעה אינם חריגים או מגונים. הדמות האמורה נוטה להצטייר כייצוג של

מכנה התנהגותי משותף. במובן זה היא "משלבת זרועות" עם מונח הסבירות ודומיו, בעידוד הנטייה הפרשנית לגזור מן השימוש במבחן הנורמטיבי אמירה ברוח של צידוק. על עיצוב ההסדר להיעשות אפוא ללא האדם הסביר ובוהירות, שלא לאמץ חלופות אשר עלולות להתפרש כמבטאות לגיטימציה להמתה או לתפיסות העולם של הממית.¹⁸⁸ שדר סלקטיבי אקטיבי – "רוח פטור": הימנעות מרכיביהן המזיקים של הנוסחאות השכיחות אינה מספקת. הם אינם הגורמים הבלעדיים לליקוי האקוסטי. הם אך "טריגר" למימושה של סכנה, שהיא אינהרנטית לסביבה הערכית הטעונה שבה פועל ההסדר. סביבה זו, וסכנותיה, ייותרו בעינן גם בהיעדרו של האדם הסביר.

מכאן הצורך, לצד השרד הנגטיבי, להתמודד במפגיע עם הסכנה לפירוש הדוקטרינה כמאשררת את ההרג ומניעיו, באמצעות יצירת מסרים "מרגיעים" שיקרבו את השומע לטיבו האמתי של ההסדר דרך הדגשה מודעת של הרעיונות אשר בבסיסו. מסרים אלה ידגישו כי ההקלה עם המקונטר איננה כרוכה בהצדקת מעשיו או מניעיו, אלא ברעיון ובו ממד דומיננטי של "רוח פטור".¹⁸⁹ רעיון של פחות באשם מתוך מידה של חמלה חברתית כלפי כשל אנושי.

מידה של עמימות: דן-כהן מצביע על השימוש בניסוח עמום כדרך להפחתת השפעות הלוואי הנוצרות מחשיפתו של כלל ההכרעה לציבור. ערפול בניסוחם של סייגים למשל יפחית את החשש כי הציבור יסתמך מראש, בהחלטותיו ההתנהגותיות, על האפשרות להתחמק מאחריות.¹⁹⁰

רעיון זה ישים לענייננו באופן מוגבל בלבד. כפי שראינו, הקנטור אינו גורע מכלל ההתנהגות האוסר להמית. ממילא אין צורך להסוותו כדי למנוע השפעות שכאלה. בנוסף, הליקוי האקוסטי הנדון נוגע בעיקר למשפטנים, הבקיאים ברזי הדין. מונחים משפטיים סבוכים או עמומים לא יסתירו מעיניהם את מהותו של כלל ההכרעה. מה עוד, שמטרתנו איננה לעמעם מהות זו אלא דווקא לעצב את הנוסחה באופן שיחדד ויחשוף לעיני כול את הרציונל שבבסיסה.

למרות זאת, מידה מסוימת של עמימות בעיצוב עשויה לסייע, וזאת לא כדי לטשטש את טיב ההסדר אלא דווקא על מנת למנוע טשטוש שכזה. טכניקה זו עשויה לאפשר את ביצוע הבחינה הערכית תוך הימנעות מהיווצרותם של מסרי צידוק פגומים, אשר מאפילים כיום על הרציונל המהותי ומשבשים את הבנת הנוסחה. באופן זה, השימוש המדוד בעמימות כדי למנוע את היווצרות המסרים הללו מתיישב עם הרצון להתוות נוסחה עניינית ועילה.

188 נזכיר כי "תרומתו" השלילית של האדם הסביר כוללת גם את יצירתם של דיונים עקרים בסוגיות לא הכרחיות, המוסיפים ומלהיטים את העיסוק בקנטור תוך הכשלת יישום הרציונל. לדוגמאות ראו הדיון לעיל בפרק ב.4 ובה"ש 114.

189 אשוב ואזכיר כי אינני טוען שהקנטור הוא פטור או צידוק. השימוש בהבחנה הוא מינוחי בלבד.

190 דן-כהן, לעיל ה"ש 184, בעמ' 639–640.

כיצד ניתן לעשות זאת? ראינו כי הניסיון להתוות את הבחינה הערכית באמצעות מבחנים מפורטים וקטגוריים – כשל. הצורך להכריע במפורש בשאלות כגון אומדן תגובתו של האדם הסביר הטה את הלך החשיבה השיפוטי משאלת אשמו של המקונטר אל מחוזות הצידוק. הוא הניב חשש דומיננטי מפני עימות עם ערכים חברתיים מהותיים. הוא פגם גם בדיון הביקורתי, שהראה רגישות רבה למבחני האדם הסביר ודומיו, עד שדי היה לו בעצם קיומם כדי לדמות לגיטימציה לקטל ולמניעיו. במובנים אלה, ההתוויה המפורטת של המבחן הנורמטיבי מגבירה את הליקוי האקוסטי. ואילו מינוח גמיש-משהו עשוי לאפשר לבית המשפט להגיע לתוצאה הרצויה מבלי לסטות מרציונל הקנטור ומבלי לדרוך על יבלות הביקורת.

טכניקה זו עשויה אף לתרום, אקטיבית, להגשמת הרציונל. הלה שואף לאומדן שלם של אשמו של המקונטר. נתונים שונים, מתוך נתוני המעשה והעושה, עשויים להיות רלוונטיים לאומדן זה. למשל: טיב היחסים שבין המקונטר לבין המקנטר, נתונים סביבתיים המשפיעים על הלחץ שבו שרוי המקונטר עובר להתגרות או דרישות ריסון מיוחדות החלות על מקונטרים מסוימים, כגון שוטרים המפזרים הפגנה. אלה ואחרים עשויים להיות רלוונטיים לשאלה אם מתעוררת אמפתיה חברתית לכשל האנושי שחוהה המקונטר.

קשה לצפות מראש אילו נתונים יתעוררו במקרים ספציפיים, ומכאן הצורך בשיקול דעת רחב להגשמת הרציונל. מונחים גמישים, עמומים במידה, עשויים לספקו. מנגד, מינוח קטגורי עלול לחסום את האפשרות להתחשב בסוג כזה או אחר של נתונים רלוונטיים.¹⁹¹

עם זאת איני טוען אלא לקורטוב של עמימות. להבדיל מן השימוש בערפול אליו מתייחס דן-כהן, להסוואת פעולה "בעייתית"¹⁹² של כלל ההכרעה, הקנטור אינו זקוק להסוואה. מטרתנו הפוכה: לשרש ליקוי המדמה פעולה בעייתית שאיננה בנמצא וכך לחשוף את אופיו האמתי של ההסדר. בנוסף, כפי שנראה בהמשך, טכניקת העמימות אינה נקייה מקשיים. לכן אין צורך או הצדקה לנסח הסדר אפוף בענני סוד.

2. המחשת יעילות העקרונות בעיצובו הנוכחי של רכיב ההתגרות

דווקא נוסחאות הקנטור הקיימות מציעות, בפן אחד שלהן, המחשה כיצד יש בעקרונות המוצעים כדי להועיל. הכוונה לרכיב ההתגרות שניסוחו מצליח, כך ראינו, לתפקד ביעילות תוך הגשמת הרעיון של בחינת הפרובוקציה מנקודת מבט מוסרית וחברתית,

191 להמחשה אזכיר את הדיון בשאלת מאפייני הנאשם שייחוסו לאדם הסביר, המביא להימנעות מהתחשבות בכל המאפיינים (במודל הטהור) או בחלקם (במודל Camplin) ובמה שאינו בגדר מאפיין. להרחבה ראו לעיל ה"ש 114.

192 כזו שאינה חופפת את כלל ההתנהגות, ולכן עשויה לפגום בו.

חיצונית למקונטר. הוא איננו מעורר מחלוקות עזות, בניגוד לאלה המאפיינות את המבכנים העוסקים בתגובה האמוציונלית. אין הדבר אומר כי לא קיים פוטנציאל ליצירתן של מחלוקות. קיימות גישות הסולדות מהערכה נורמטיבית של ההתגרות ורואות בה משום גינוי ערכי של הקרבן.¹⁹³ על רקע זה עלול היה הניסוח השכיח של רכיב ההתגרות, הכולל הערכה שכזו, לעורר ביקורת ומחלוקות. אלא שהוויכוח בין מצדדי הגישות האמורות לבין מתנגדיהן נותר על "אש קטנה".

הדבר מושג בהצנעת ההערכה הנורמטיבית שברכיב ההתגרות. שדר סלקטיבי מפחית את שידורן של אמירות ה"מאשימות" את הקרבן במותו, מייחסות לו "ויתור" חלקי על זכותו לחיים או מכירות ב"זכות" המקונטר להגיב באלמות להתגרות. הדין משתמש לצורך זה במידה של עמימות. הוא איננו מעגן במבחן מפורט או מפורש את השאלה שהיא מושא ההערכה הערכית – קיומו של פגם מוסרי או חברתי במעשה ההתגרות. הוא מעדיף תיבה בודדת ורחבה: "התגרות", ולעתים מצרף לה שם תואר מעגלי (כגון "הולמת"). כך מותיר המשפט מרווח של שיקול דעת לבית המשפט לבצע את הבחינה הנורמטיבית ללא צורך להידרש במפורש לסוגיה הצורמת מבחינה "אקוסטית" של "אשמו" של הקרבן המנוח ועם מינימום של חשש מפני השלכות ערכיות של ההכרעה. זו המחשה לאופן שבו אפשר לבצע סיוג נורמטיבי עדין והולם בטכניקה של שדר סלקטיבי מבלי ליצור "השפעות לוואי" חריפות. יש בו פשרה מסוימת באשר לשאיפה לדין בהיר ותבנית. קשה לדעת מראש אם פרובוקציה גבולית תיתפס כ"התגרות". למרות זאת התוצאה מוצלחת למדי.

ה. המודל המוצע

1. נוסחת הקנטור

כיצד מממשת פורמולת הקנטור הנכללת ברפורמה המוצעת כיום בישראל את העקרונות שהותוו לעיל? זו הנוסחה:

ההמתה בוצעה בתכוף לאחר התגרות כלפי הנאשם ובתגובה לאותה התגרות, והתקיימו כל אלה:
 (א) בעקבות ההתגרות הנאשם התקשה קושי רב לשלוט בעצמו;
 (ב) יש בקושי כאמור בפסקה (א) כדי למתן את אשמתו, בשים לב למכלול נסיבות המקרה.

193 ראו לעיל ה"ש 82 והטקסט לידה. לדין זה ביטוי מסוים בהתנצחויות הקנטור. לדוגמה, ראינו כי בהקשר ההמתות האינטימיות מיוחסת לדוקטרינה "האשמה" של הקרבן במותה, ועם זאת הסוגיה איננה בחזית הדין.

המבוא לנוסחה שומר על ניסוחו המוצלח של רכיב ההתגרות לצד יסוד המידיות. המשכה עוסק בסוגיה הבעייתית יותר: ניסוח המבחנים הנוגעים להליך האמוציונלי. בכך נתמקד.

סעיף קטן (א) מגלם את "המבחן הסובייקטיבי", העוסק בהשפעה על המקונטר עצמו. הוא דורש "קושי רב", פגיעה ניכרת ביכולת לרסן את הדחף הקטלני. ס"ק (ב) מציג את המבחן הנורמטיבי.

במסגרת זו מגולם העיקרון הניסוחי הראשון שהוצע לעיל: התמקדות ברציונל הקנטור תוך התנערות מן העיסוק בסוגיות המעוותות את הדיון, דוגמת שאלת מאפייני הנאשם או הנטייה להתמקד בקטל כמושא הבחינה. הנוסחה המוצעת עושה זאת, ברוח העקרונות שהוצגו לעיל, דרך הפניה ישירה בשני המבחנים לקושי האמוציונלי בשליטה העצמית כאובייקט הבחינה.

כך מושגים שני יתרונות: מבחינה מהותית, מופנה העוסק בנוסחה לעבר המוקד ההולם. הדבר משפר את הסיכוי ליישומו של הרציונל. בנוסף, להפניה זו יתרון "אקוסטי". היא מבהירה כי הגריעה האפשרית מן האחריות היא תוצר של רעיון "חולשת האנוש", ולא של הצדקת מעשיו או תפיסות עולמו של המקונטר. המוקד הוא כישלונו האנושי, מקום שבו בהשפעת הרגש נפגעה מאוד יכולתו לשלוט בעצמו. כישלון זה, בכפוף לבחינה נוספת ונורמטיבית, עשוי להקים מידה של אמפתיה חברתית, ספק חמלה, ממנה נגזר הפיחות באשם. הדבר מפחית את הסיכון לפירוש הנוסחה בידי מיישמייה ומבקריה כמצדיקה את הקטל ומניעו.

המבחן הנורמטיבי מגולם כאמור בס"ק (ב) ובווחן אם יש בקשיי הנאשם "למתן את אשמתו". השימוש במונח נורמטיבי מובהק, מונח האשמה, מבהיר כי הבחינה נעשית מנקודת מבט חברתית וערכית ולא מנקודת מבטו או לפי תפיסותיו של הנאשם. הבהרה זו נעשית, ברוח עקרון "השדר הנגטיבי" שהוצע לעיל, מבלי להידרש למונחי הסבירות או לדמות האנושית הפיקטיבית. אין מדובר במהלך של מה בכך. האדם הסביר, וכפילו – "הרגיל", "הממוצע" ו"מן הישוב" – מלווים את הקנטור שנים רבות וטובעים היטב בחשיבה המשפטית.¹⁹⁴ עם זאת, כפי שראינו, דמויות אלה הסבו לדוקטרינה נזק כבד. הבחירה להיפרד מהן, הגם שהיא עשויה להיראות דרמטית, היא צעד נכון לשם התרחקות ממחוזות הצידוק המכשילים את הדוקטרינה, והחזרת ההבנה והיישום שלה לפסים ענייניים וצודקים.

לצד זניחת המונחים ה"מצדיקים" משדר הביטוי "מיתון אשמה" שדר הפוך, סלקטיבי-אקטיבי, ברוח הפטור. כך מובהר כי המקונטר עשוי לזכות בהקלה לא בשל הצדקה של מעשיו, הזדהות עם תפיסת עולמו או גינוי של התנהגות המקונטר. המקונטר היה, ונותר, אשם בגין ביצוע הקטל. הדין מוקיע את מעשיו. אלא שבנסיבות לא שגרתיות וברוח רעיון האמפתיה החברתית לכשל האנושי אפשר כי ייגרע נתח מסוים מאשמתו.

194 מאז פרשת *Welsh* (1869), לעיל ה"ש 9.

הביטוי הנדון מגלם עיקרון נוסף שהוצע לעיל: הוא אינו מציג נוסחה מפורטת שתענה על השאלה מתי יתרחש "מיתון האשמה". הוא נוקט במידה של עמימות, ובכך מבטא את ההעדפה למנוע עיסוק נפרד במבחנים ערכיים תבניתיים, בשל נטייתם להתפרש כעוסקים בהתנהגות "מקובלת" ולתרום לתפיסתו וליישומו השגויים של הקנטור ברוח הצידוק. בית המשפט יוכל, במקרים המתאימים, להוקיע את המעשה הקטלני וכך בכך להעניק הקלה הכרוכה בקשיי השליטה. באופן זה מפחית המודל המוצע את הסיכון להיווצרות "השלכות לוואי" שיפגמו בפעולת הדוקטרינה.

עוד מבטא המונח האמור, בצירוף המונח "נסיבות המקרה", את הצורך בשיקול דעת שיפוטי רחב לצורך אומדן מלא וצודק של מידת האשם. על רקע לקחי העבר נמנע ההסדר מהחרגה פרלימינרית של סוגי נתונים העשויים, במקרים פרטניים, להתברר כרלוונטיים לאומדן זה. המונחים מציעים גמישות, שתאפשר את שקילתם של נתונים שונים שיצוצו במקרים עתידיים ויהיו, בעיני השופט, רלוונטיים להערכת האשם באותם מקרים.

עם זאת מדובר רק בנסיבות הקשורות ל"מקרה". רציונל הקנטור שואב את אפשרות הפיחות באשם מנתוני האירוע הקטלני. האמפתיה והחמלה שבמוקד הרציונל עוסקים בתגובה הרגשית הספונטנית להתגרות. בכך מתמקד שיקול הדעת שמעניקה הנוסחה. נתונים חיצוניים, אישיים ואחרים שאינם נוגעים לאירוע ייוותרו מחוץ למסגרת ההסדר וישקלו בשלב העונש.¹⁹⁵

2. מיקומו של הסדר הקנטור במתווה הכללי

לצד הנוסחה עצמה יש חשיבות גם למיקומה במסגרת המבנה המוצע לעבירות ההמתה. הלה מבקש להציב את מעשי ההמתה השונים במדרג חדש של עבירות. במסגרת זו מוצעות בין היתר שתי עבירות רצח: הממית באדישות או בכוונה יורשע ברצח ויהא צפוי לעונש מרבי של מאסר עולם.¹⁹⁶ מי שלמעשהו נלווה גם יסוד מחמיר מן המפורטים בסעיף, יורשע ברצח בנסיבות מחמירות ויהא צפוי למאסר עולם כעונש חובה.¹⁹⁷ לפי ההצעה תבוטל עבירת ההריגה, והמתה בקלות דעת תטופל במסגרת עבירה נפרדת.

195 למשל, נאשם שגדל בשכונת מצוקה או סובל מקשיים כלכליים ומשפחתיים לא יוכל לעתור להתחשבות בנתונים אלה אלא אם בנתוני המקרה הנדון הם הפכו קשורים באירוע ההמתה.

196 אינני מתיימר להציג את מכלול ההצעה אלא את עיקרי הדברים ככל שהם רלוונטיים לענייננו. לפירוט נוסף ראו תזכיר חוק העונשין (עבירות המתה ורשלנות), לעיל ה"ש 7. בתזכיר מוצגות גם הסתייגויות מן המבנה המוצע, דעות מיעוט והצעות חלופיות. סקירה זו תתייחס להצעה המרכזית בלבד.

197 בכפוף לשיקול דעת המסור לבית המשפט להימנע מהרשעה בעבירה החמורה יותר במקרים חריגים שבהם למרות הנסיבה המחמירה "התקיימו נסיבות מיוחדות שבגינן המעשה אינו מבטא דרגה גבוהה במיוחד של אשמה".

הסדר הקנטור המוצע הוא אחת החלופות בעבירה של "המתה באחריות מופחתת", החובקת שורת סיטואציות שבהן יימנע הדין מהרשעה באחת מעבירות הרצח לטובת העבירה ה"מופחתת". העונש המרבי המוצע לעבירה זו הוא עשרים שנות מאסר.

יתרון ראשון של מבנה זה, מבחינת הקנטור, הוא שימת קץ להתייחסות הנוכחית אליו כאל יסוד שלילי של היסוד הנפשי הנדרש להרשעה בעבירת הרצח ואימוץ המודל המקובל בעולם של הסדר חיצוני לעבירה זו, אשר בהתקיימו מורשע המקונטר בעבירה פחותה. בתמורה זו וכן בהכללת המבחן הערכי במפורש בלשון החוק ניתן המענה לביקורת שנמתחה בהקשר זה על הקנטור בדין הישראלי.¹⁹⁸

יתרון נוסף מצוי במיקומו של הקנטור בסעיף עבירה נפרד של "אחריות מופחתת", החובק כמה מקרים שבהם, בשל קיומן של נסיבות ייחודיות, נכון הדין להימנע מהרשעה ברצח. הדבר עשוי לתרום להבנה נכונה יותר של הקנטור, כהסדר העוסק במצב דברים חריג הגורע במידת מה מאחריותו של הממית. זאת, לעומת הדין הנוכחי שבו יורשע המקונטר ב"הריגה": כותרת שאין בה את אלמנט ה"פיחות" באשם, ושעיקר עיסוקה בהמתות המבוצעות בפזיזות. במובן זה יש בהצעה פן נוסף של "שדר סלקטיבי אקטיבי", שעשוי לשפר את תפיסת הקנטור ויישומו.

בנוסף, מיקום ההסדר כאחת מתוך מספר חלופות של "אחריות מופחתת" עשוי לתרום למאמץ להשיב את הדוקטרינה לממדיה הטבעיים. ההצעה מציבה את הקנטור לצד הסדר המיועד לקרבנות התעללות; הסדרים העוסקים במצבים שעל גבול אי-השפיות, ההגנה העצמית וסייגים נוספים; והסדר שנועד לנאשמים המוחזקים מכוח הדין כאדישים.¹⁹⁹ סעיף האחריות המופחתת מטפל אפוא במגוון מקרים. ראינו כי הביקורת הנוכחית נגד הקנטור נוטה להחטיא את היותו חלק ממכלול הסדרים שמציע הדין ואשר עוסקים בסיטואציות שונות של פיחות באשמה. המבנה המוצע עשוי לצמצם נטייה זו ובכך להפחית את עצמת הביקורת.

ועם זאת, הניסוח המוצע אינו אופטימלי. כותרת העבירה מצמידה את מונח האחריות לאקט ההמתה באופן שעלול להתפרש כקושר בין הפיחות באחריות לבין גריעה מחומרתו של הקטל. הדבר עלול להחזיר אל התמונה את הנטייה הפסולה ליישם את הסדר הקנטור תוך בחינת מעשה ההמתה ולגזור מיישום ההסדר אמירות ערכיות המצדיקות את הקוטל. לטעמי, הכותרת שהופיעה בהמלצות שהובילו לתזכיר החוק – "המתה בנסיבות של אחריות מופחתת" – עדיפה.²⁰⁰ היא מבהירה כי הפיחות באחריות נובע מנתונים אשר סבבו את הקטל ולא מן המעשה עצמו.

למודל המוצע יש אפוא יתרונות. הוא הולם את העקרונות העיצוביים שהותוו לעיל ולפיכך עשוי לקרב את העוסקים בקנטור לרציונל שבבסיסו. בד בבד חותר הוא למנוע

198 לעיל ה"ש 5 והטקסט לידה.

199 גם אם אינם מודעים כלל, למשל בשל שכרות מדעת.

200 דוח צוות משרד המשפטים לבחינת יסודות עבירות ההמתה דין וחשבון 30 (2011).

את התממשות "הליקוי האקוסטי" של הדוקטרינה וכך למנוע הטיה של תפיסתה, של הביקורת עליה ושל יישומה למחוזות זרים ומכשילים. השילוב של השניים יחד עשוי לתרום למלאכת עשיית הצדק.

1. ניצני ביקורת

1. עקרון החוקיות

ההצעה אינה נקייה מקשיים. מבקריה עשויים לטעון לפגיעה בעקרון החוקיות, הדורש את ניסוחו הבהיר, המפורט והפומבי של הדין. הבחירה שלא לעצב את המבחן הנורמטיבי באמצעות נוסחאות מפורטות, ולהותיר מידה נדיבה של שיקול דעת לבית המשפט דרך מינוח המתובל בקורט של עמימות, עשויה להיתפס כפגיעה בעיקרון האמור.

אינני סבור כי מדובר בקושי של ממש. בפתח הדברים יש להשוות בין המודלים הקיימים לבין זה המוצע. המודל המוצע שומר על כמה רכיבים קיימים ובייחוד על רכיב ההתגרות. במובן זה אין שינוי של ממש. עיקר השינוי מתמקד ברכיב התגובה הרגשית של המקונטר. במישור זה המודל המוצע איננו בהיר פחות או מפורט פחות מקודמיו. אלה נסמכו בעיצוב המבחן הנורמטיבי על האדם הסביר, שאף הוא נתפס, בעיני מבקרים, כעמום ופוגע בעקרון החוקיות.²⁰¹ אינני סבור כי מונח "מיתון האשמה", בצירוף האפשרות לשקול את נתוני המקרה, הוא עמום יותר או בהיר פחות. בנוסף מציג המודל המוצע הכוונה מפורשת אל קשיי השליטה העצמית כמושא המבחנים ה"סובייקטיבי" והנורמטיבי. בכך הוא אינו נופל מן הדין הקיים, וייתכן שאף עולה עליו.

עם זאת אוסיף ואתמודד עם טיעון אפשרי, שלפיו הנוסחה המוצעת מתריסה נגד רעיון בהירות הדין. במיוחד עשוי המבקר למצוא את מונח ה"אשם", שאינו מוגדר בחוק, רחב ועמום. להלן נראה כי היקף העימות שבין הנוסחה המוצעת לבין עקרון החוקיות אינו ניכר. רבים מהיבטיו הרעיוניים של העיקרון אינם נפגעים כלל. במישורים אחרים

201 ראו למשל קרמניצר ולבנון, לעיל ה"ש 5, בעמ' 554-556.

נדרשת פשרה מסוימת, אך זו מדודה ומוצדקת, לאור יתרונותיו של ההסדר המוצע. כדי להמחיש זאת נחזור לתמצית הרציונלים עליהם מגונן עקרון החוקיות.²⁰² תחילה מבקש הוא לספק לאזרחים אזהרה נאותה באשר להיקפו של האיסור הפלילי. כך תישמר ודאות, והאזרח ידע לכלכל את צעדיו ולא יופתע, בדיעבד, לגלות שפעולותיו אסורות ומניבות גינוי פלילי. בדרך זו מבטא עקרון החוקיות רעיונות של הוגנות ושל שמירה על כבוד האדם.

המודל המוצע והעקרונות העיצוביים שנדונו לעיל אינם מעוררים קושי במישור זה. הקנטור הוא, כזכור, "כלל הכרעה", העוסק במצבים שבהם, לאחר שהופר "כלל ההתנהגות" האוסר להמית, בבחינה בדיעבד של נסיבות הפרתו, מתעוררת תחושה מוסרית המצדיקה הקלת־מה בענישתו ובתיוגו של הממית. הקנטור אינו מבקש להכווין את התנהגות הציבור, לחנכו, לבטא לגיטימציה למעשי המקונטר או להיות שיקול בהחלטתו של מאן דהוא אם להמית. המסר המופנה לציבור מגולם בכלל ההתנהגות האמור ומספק לו אזהרה ברורה לפיה המתה מכוונת תניב סנקציה קשה. באופן זה נשמרים כבוד האדם וההגיונות כלפיו, כמו גם יכולתו לכלכל את התנהגותו. יתר על כן, אין כל עניין כי הציבור ייסמך על קיומו של ההסדר²⁰³ בכניסה למצבי עימות, בתקווה ליהנות מן ההקלה. הדבר יעודד קטל. קשה אף לומר כי היסמכות שכזו היא לגיטימית וראויה להגנת הדין, או כי יש לתמרצה משיקולי הוגנות. ממילא ספק אם היא אפשרית במצבי הקנטור, המאופיינים בתנאי לחץ, אמוציה ובהילות. עוד אין זה סביר כי אדם שהמית במתכוון בקוותו ליהנות מהקלה, יעורר את האמפתיה החברתית שהיא מוקד הפיחות באשם לפי רציונל הקנטור.

202 לדיון בעקרון החוקיות ובנגזרותיו ראו פלר, לעיל ה"ש 5, בעמ' 6; אהרן ברק "על פרשנות של הוראה פלילית" מחקרי משפט יז 347 (2002). כן ראו Andrew Ashworth, *Interpreting Criminal Statutes: a Crisis of legality?*, 107 L.Q. REV. 419 (1991); ANDREW ASHWORTH, *PRINCIPLES OF CRIMINAL LAW* 81–82 (5th ed. 2006); John F. Decker, *Addressing Vagueness, Ambiguity, and Other Uncertainty in American Criminal Laws*, 80 DENV. U. L. REV. 241 (2002); Richard H. Fallon, *Making Sense of Overbreadth*, 100 YALE L.J. 853 (1991); John C. Jeffries, *Legality, Vagueness, and the Construction of Penal Statutes*, 71 VA. L. REV. 189 (1985); Dan M. Kahan, *Lenity and Federal Common Law Crimes*, 1994 SUP. CT. REV. 345 (1994); Zachary Price, *The Rule of Lenity as a Rule of Structure*, 72 FORDHAM. L. REV. 885 (2004); David M. Prentiss, *The First Amendment Overbreadth Doctrine and the Nature of the Judicial Review Power*, 25 NEW ENG. L. REV. 989 (1991); WILLIAMS (1961), לעיל ה"ש 1, בעמ' 75–76; Hall, לעיל ה"ש 1.

203 לעניין זה, והגם שראינו כי הקנטור איננו בדיוק סייג מסוג של פטור, יפה הסברו של ד"ר קוגלר בדבר יתרונות הערפול בניסוח הגנות פטור. ראו יצחק קוגלר "סרבות מצפון כהגנה במשפט הפלילי" חירות המצפון והדת – אסופת מאמרים לזכרו של חמן פ' שלח 207, 215 (רות גביוון עורכת, 1990); Itzhak Kugler, *On the Possibility of a Criminal Law Defence for Conscientious Objection*, 10 CAN. J.L. & JURIS. 387, 397–398 (1997). לעיל ה"ש 184.

זאת ועוד, פעולת הקנטור מקלה באחריות לעומת כלל ההתנהגות. תחולתו מספקת לקוטל הפתעה "חיובית" של מיתון אחריותו ועונשו בהשוואה למה שהיה יכול לצפות לו. זאת, להבדיל מן ההפתעה ה"שלילית" עליה אוסר עקרון החוקיות, של הטלת אחריות בגין התנהגות שהאזרח חשב שהיא מותרת. אי אפשר אפוא לטעון לגיבושה של ציפייה לגיטימית של הממית, שנכזבה.

מסיבות אלה אינני סבור שהרפורמה המוצעת, שמטרתה לחדד את אופיו של הקנטור ככלל הכרעה, פוגמת ברעיון האזהרה.

עקרון החוקיות מגונן אף על רעיון יעילות הדין. לפי פן אחד של רעיון זה, חוק בהיר ופומבי מספק לבית המשפט כלי עבודה ברורים, ובכך מקל את מלאכתו. פן שני עוסק באזרח, לרשותו מועמד הידע הרלוונטי לצורך קבלת החלטות מושכלות. כך מושגת, לפי הטענה, הכוונת התנהגות אפקטיבית יותר. החוק הבהיר מאפשר לפרט לתכנן את פעולותיו ללא חשש כי ייענש בהפתעה. חוק מעורפל, מנגד, יוצר זהירות-יתר של הפרטים המבכרים שלא לעסוק בהתנהגויות שעלולות להיתפס, בדיעבד, על ידי האיסור. הדבר פוגם בתועלת החברתית ובחירויות הפרט.

הבנת סיווגו של הקנטור ככלל הכרעה מראה כי המודל המוצע אינו פוגע ברעיון התועלת, בכל הנוגע לפן השני של רעיון זה, של הכוונת התנהגות. כפי שצוין בדיון בנוגע לרעיון האזהרה, אין זה הוגן או רצוי כי הציבור ינהג לפי אפשרות הזכייה בהקלת הקנטור. הכלל ההתנהגותי האוסר להמית היה, ונותר, חד וברור. הפרט צריך ויכול לקבל לפיו החלטות מושכלות. ניסוח עמום-משהו של כלל ההכרעה אינו גורע אפוא מן התועלת. אפשר שהוא מוסיף לה, אם יגרום לאנשים להימנע מלהסתמך עליו ולהתרחק ממצבים שעלולים להסלים לכדי פרובוקציה ועימות.

נותר הפן הראשון של רעיון התועלת. לפי פן זה, דין בהיר ומפורט הוא כלי יעיל לבית המשפט. האם המודל המוצע פוגם בכך? אינני סבור כך. בהקשר הנדון ניתן לחלוק על האמירה העקרונית ולטעון כי יעילות הדין מצריכה מידה של עמימות. ה"ליקוי האקוסטי" שבו נגוע הקנטור נובע במידה רבה מן הניסיון לספק מבחנים מפורטים ותבניתיים לביצוע הבחינה הערכית. קיומם והצורך הנלווה בעיסוק מפורש שבהם תרמו תרומה מכרעת לקשיי הדוקטרינה. תשומת הלב של העוסקים בקנטור התמקדה בתבנית הנורמטיבית ובמסרי הצידוק ה"עולים" ממנה, והדבר הלהיט וסיבך את תפיסת ההסדר ואת יישומו תוך הרחקתם מן הרציונל המהותי. אף בתי המשפט, כך ראינו, סבלו מדינמיקה זו.

המודל המוצע מנסה לשפר מצב זה, בין היתר באמצעות פשרה הכוללת הימנעות ממונחים קטגוריים. כך הנוסחה מתאימה את עצמה לרגישות הערכית העזה המלווה את פעילות הקנטור. מידה של עמימות תפחית את העימות הערכי, ובכך תחזיר את העיסוק בדוקטרינה לממדיו ההולמים ותקל על מיישמי ההסדר. זאת ועוד, ראינו כי ביצוע ראוי של הבחינה הנורמטיבית לפי הרציונל המוסכם מצריך שיקול דעת. בית המשפט זקוק לו בתורו אחר מידה של אמפתיה לכשל האנושי. במישור זה מינוח גמיש לא רק שאינו מזיק

אלא אף מועיל להשגת הערכה הולמת של אשמה.²⁰⁴ כך עשויה הנוסחה להפוך מאבן נגף, המקשה על השופטים, לכלי עזר.

פגיעה אפשרית נוספת בפן זה של יעילות הדין מבחינת בתי המשפט עניינה בזניחת מבחן האדם הסביר לטובת "מיתון האשם". אפשר כי זו תפחית את מידת ההנחיה לה זוכה השופט. כאמור לעיל, אינני סבור שהמבחן הקיים ברור מזה המוצע, אך גם אם כך הדבר, הרי שמדובר לטעמי במחיר מוגבל, אפשרי וסביר לאור יתרונותיו של המודל. זאת, ראשית, משום שיישום המבחן המוצע אינו חורג מגדרי התפקיד השיפוטי. החלטות השופט אינן מוכוונות במאת האחוזים בידי החוק. הוא מפעיל שיקול דעת במגוון מישורים, לרבות בהכרעותיו הערכיות. המשימה הנדונה אינה שונה מן הצורך ליצוק תוכן נורמטיבי במונח ההתגרות, שאף הוא מסתפק בהכוונה כללית. כפי שראינו, בתי המשפט ביצעו זאת בהצלחה, ואין סיבה לחשוב כי יתקשו במשימה דומה הנוגעת לבחינת ההליך הרגשי.

עוד אפשר לפקפק באשר למידת הקושי שביציקת תוכן במונח האשם. כפי שמראה הקונצנזוס במישור המהותי, רעיון הקנטור הוא ביטוי של תחושות מוסריות מקובלות ובסיסיות. התחושה, בתנאים מסוימים, של אמפתיה לכשל בשליטה העצמית בהשפעת הרגש היא שיקוף של תחושת צדק אנושית שיישומה אינו דורש הסברים או "הוראות הפעלה" מדוקדקות.²⁰⁵

בנוסף חשוב שלא להפריז במידת העמימות המיוחסת להצעה. היא משמרת יסודות מוצלחים של הדין הקיים, לרבות יסוד ההתגרות. עוד מכווניה היא את בית המשפט למוקד הבחינה הנורמטיבית – קשיי השליטה העצמית בהשפעת הזעם. היא משלבת מידה של עמימות רק בניסוח המבחן הערכי, כדי לאפשר מרווח של גמישות ושיקול דעת שיפוטי. גם כאן יש הפניה לקשיי השליטה העצמית, וכך מיתון האשם נשקל בהקשר ספציפי. לכן מידת הפגיעה בשאיפה לדין בהיר ומנחה ומידת ההכבדה על בית המשפט, אם אלה תיוצרה, הן מינימליות.

ולבסוף, השיקול המהותי ביותר הוא מטרתה של הרפורמה: להסיר אלמנטים המעוותים את תפיסת הקנטור וכך להחזירו לרעיון שבבסיסו, המבטא, בראש ובראשונה, תפיסה חברתית של צדק. השאיפה לעשיית צדק חולשת על עקרונות המשפט ועל המלאכה השיפוטית. גם הדרישה לדין מפורט ובהיר נוצרה לאורה כאמצעי להגשמתה. לכן, אם מתן משקל מופרז לדרישה זו יפגע בהשגת הצדק, יש למתן את הדרישה. מסיבה

204 ברוח זו טוען רובינסון כי בהירות ודיוק בכללי הכרעה עלולים לעוות את הערכת האשם בעת הפעלתם. שם.

205 בהקשר זה תוזכר אמירת בית המשפט העליון של קנטקי, שדן בנוסחת הקנטור אשר ב-MPC. זו אינה מגדירה את הדרישה המרכזית, מונח ה-Extreme Emotional Disturbance. "אנו מוצאים שאין צורך להגדירו", קבע בית המשפט. "מספיק לומר, שאנו מזהים אותו כאשר אנו רואים אותו" (Albert C. Edmonds v. Commonwealth of Kentucky, 586 S.W.2d 24, 27 (Ky. 1979)).

זו, בהקשר דנן על רעיון יעילות הדין לסגת קמעא בפני הרצון להגשים את רעיונות הקנטור ובכך לתרום למלאכת עשיית הצדק.

נדבך רעיוני אחרון של עקרון החוקיות רואה בדין המפורט משום אמצעי לריסון הכוח הפוגעני הניתן לרשויות האכיפה, ובהקשר דנן – לבית המשפט. השאיפה היא למנוע הכרעות שרירותיות המבוססות על דעות, הטיות וגחמות אישיות. מטרה נוספת היא מניעת תוצאות שונות במקרים דומים הנדונים על ידי שופטים שונים. עוד שלובה ברעיון זה תפיסה דמוקרטית, לפיה ראוי שהכרעות נורמטיביות תבוצענה על ידי המחוקק ולא בדרך של פרשנות שיפוטית.²⁰⁶

השימוש במידה של עמימות במודל המוצע עשוי להיראות מרחיב את שיקול הדעת השיפוטי לעומת מודל האדם הסביר ובכך כגורע מריסונו של בית המשפט ומן הפיקוח עליו.

מדובר לטעמי במחיר מדוד וסביר. רעיון הריסון איננו, ולא יכול להיות, אבסולוטי. הפעלתו של שיקול דעת היא חלק חיוני מפעולת השיפוט במדינה ליברלית, שהרי המשפט מתמודד עם תרחישים אנושיים מורכבים ומשתנים ולא עם קושיות מתמטיות. אי אפשר לחזות את מורכבותם של מקרים עתידיים ולהתוות מראש פתרונות מלאים בחוק. לכן הסתפקות ביישום טכני של כללים קטגוריים שנקבעו מראש תניב תוצאות שרירותיות ולא צודקות.²⁰⁷

הצורך בשיקול דעת שיפוטי מתחדד בהקשר דנן. הגשמת רציונל הקנטור מחייבת בחינה נורמטיבית עדינה של מכלול מאפייניו ונסיבותיו הייחודיים של המקרה בחיפוש אחר מידה של אמפתיה חברתית. ביצועה של מלאכה זו מצריך אדם ולא רק נוסחה. גם השאיפה לשמור הכרעות שבנורמה למחוקק אינה יכולה להיות מוחלטת. בתי המשפט מבצעים הכרעות בעלות השלכות נורמטיביות מדי יום. קביעת הלכות ואיזון בין שיקולים ערכיים הם חלק מתפקידם. הם עושים זאת גם במסגרת מבחני הקנטור הנוכחיים.

נדרש אפוא איזון בין רעיון הריסון לבין הצורך בשיקול דעת. אינני סבור כי ההצעה מפרה איזון זה. כפי שפורט לעיל בסוגיית "יעילות הדין", היא מספקת לבתי המשפט הכוונה והגבלה של ממש. במיוחד היא תוחמת את שיקול דעתו של השופט, התר אחר "מיתון אשם". עליו להתמקד בקשיי השליטה העצמית ובנסיבות הסובבות אותם, ולהימנע מעיסוק בנסיבות שאינן קשורות למקרה.

"מחיר" אפשרי נוסף של הרפורמה המוצעת נוגע לאפשרות כי להכרעה תזלוגנה נטיות אישיות של המכריע. ייתכן גם כי במקרים דומים שופטים שונים יגיעו לתוצאות שונות.

Miriam Gur-Aryeh, *Should a Criminal Code Distinguish Between Justification and Excuse?*, 5 CAN. J.L. & JURIS. 215, 233 (1992).

207 WILLIAMS (1961), לעיל ה"ש 1, בעמ' 589.

אין להפריז בחשש זה. הוא נלווה לכל קביעה שיפוטית בעלת גוון נורמטיבי. ההכוונה המשמעותית שמציעה הנוסחה לבית המשפט, כמפורט לעיל, מפחיתה אותו. המערכת אף בנויה להתמודד עמו, דרך הצבת מספר שופטים על המדוכה בתיקי רצח ובאמצעות מנגנוני ערעור. בדרך זו בישראל עיניהם של שישה שופטים לפחות שזופות את התיק.²⁰⁸ לאחידות תורם גם מנגנון התקדים המחייב וכן שיקול דעתה של התביעה, שאף הוא כפוף לערוצי ביקורת שונים. כל אלה גורעים מן הסכנה כי הטיה אישית תעוות את תוצאת ההליך או תיצור פער בין הכרעות במקרים דומים. ולבסוף, גם במישור זה יש להזכיר את מטרתה של הרפורמה: הסרת אלמנטים המעוותים את תפיסת הדוקטרינה ויישומה, והתאמת הנוסחה לרגישות הערכית המלווה אותה, וכל זאת כדי לתרום להגשמת רעיונות הצדק שבבסיסה. חשיבותה של שאיפה זו עולה בהרבה, כך לטעמי, על הפגיעה המדודה ברעיונות של ריסון בית המשפט והכוונתו. לסיכום, דומה כי הרפורמה המוצעת אינה מתריסה נגד עקרון החוקיות. שאיפתו של עיקרון זה – לספק לציבור אזהרה נאותה – אינה נפגעת כלל. זו גם תמונת המצב בשאלת יעילות הדין. לכל היותר יגדיל המודל המוצע את מרווח שיקול הדעת השיפוטי. הסיכון להכבדה על מלאכת יישום הנוסחה ולהחלשת ריסונו של בית המשפט הוא סיכון מצומצם שאפשר להתמודד עמו באמצעות המנגנונים שמציע הדין. כבר צוין כי לסוגיית הקנטור אין פתרון מושלם ונטול פגמים. בשקלול הכולל סבורני כי יתרונות הרפורמה עולים על ה"מחיר" הנלווה לה.

2. "סובייקטיביזציה" של ההסדר או שמא "אובייקטיביזציה" שלו?

ההסדר המוצע מוותר על מבחן האדם הסביר. מבקריו ה"אובייקטיביסטים" עשויים לטעון כי הדבר גורע מן הממד הנורמטיבי של הנוסחה. לפי גישה זו, ללא האדם הסביר עלולים גבולות ההסדר להיפרץ תוך התחשבות בתפיסות עולם פסולות והענקת הקלות לחמי מזג שמיהרו לקטול. הדבר יפגע בשיקולי הגמול וכן בהגנה על ערך חיי האדם ועל ביטחון הציבור. בנוסף, הענקה "נדיבה" של הקלות תעודד אלימות כביטוי לזעם ולפגיעה בכבוד ותבטא אשרור של תפיסות עולם פגומות תוך פגיעה במאבקים ערכיים וחברתיים דוגמת המאבק הנשי, הרב-תרבותי או ההומוסקסואלי. לטעמי, אין זו טענה משכנעת. הנוסחה המוצעת שומרת על השיפוט הנורמטיבי, הן ברכיב ההתגרות והן ברכיב קשיי השליטה. בהקשר האחרון מעוגן המבחן מפורשות תוך שימוש בתיבת ה"אשם" המבטאת בחינה ערכית, מנקודת מבט חברתית וחיצונית לנאשם. היא איננה נורמטיבית פחות מקודמתה. היא מחייבת לשקלל, במסגרת בחינת הסיבות שהובילו להתעוררות הרגש, את עמדתה הערכית של החברה. כך ניתן לבית המשפט כלי הולם לסרב להעניק את ההקלה למקונטרים שהונעו על ידי תפיסות פסולות.

208 אם מוגש ערעור. זאת, מבלי למנות את מנגנוני הדיון הנוסף והמשפט החוזר.

בנוסף, משום שערכי החברה נותרו בעינם, אין סיבה להניח כי ההסדר המוצע ייושם "בנדיבות" דווקא, בהשוואה לקודמו.

גם אפשרות יצירתם של מסרים התנהגותיים "בעייתיים" אינה סיבה לדאגה. ראינו כי המודל הנוכחי של האדם הסביר אינו מצליח למנוע מסרים שכאלה. גם כאשר הוא מופעל בצמצום, ליקוייו מניבים פרשנות המדמה פגיעה בקדושת החיים ובמאבקים הנזכרים לעיל. במידה רבה שואב טיעון הביקורת מליקוי אקוסטי זה. המודל המוצע, כפי שהוסבר לעיל, יעוצב בצורה שנועדה למנוע את ההתייחסות להכרעת הקנטור כאל הצדקה של ההמתה ומניעה. הדבר ירחיק את העימות המדומה עם הערכים הנדונים, ובכך יפחית את החשש ליצירת מסרים מזיקים.

עם זאת איני טוען שהמודל המוצע לא ייצור שינוי. זו מטרתו. הוא מבקש למקד את הבחינה הנורמטיבית במושאה הראוי: ההליך הרגשי וקשיי השליטה, להבדיל מ"סבירות" ההמתה. הדבר אינו מרחיב את ההסדר או מצמצמו אלא משיב אותו אל הרציונל שבבסיסו ומסיר אלמנטים ששיבשו את הבנתו ויישומו. אין בכך סובייקטיביזציה כשם שאין בכך אובייקטיביזציה. אין בכך אלא שאיפה להסדר יעיל וצודק.

המודל המוצע עשוי לעורר גם ביקורת הפוכה ו"סובייקטיביסטית". זו תחשוש כי בהיעדר תיחום מדוקדק יישם בית המשפט נורמות התנהגות קפדניות מדי, שיובילו לצמצום יתר של ההסדר.

בטיעון זה נחבאת גישה לפיה בית המשפט אינו מבטא את ערכי החברה שבתוכה הוא יושב. קשה לקבל גישה זו. עוד אינני סבור כי יש מקום לחשש סובייקטיביסטי משינוי לרעה מן המצב הקיים. המודל המוצע אינו מציע פתח רחב יותר ליישום נורמטיבי בהשוואה לאדם הסביר. הנוסחה אף שואפת להפחית את התמריץ להשתמש בה ככלי לשידור מסרים התנהגותיים, באמצעות מיקוד החשיבה בקשיי השליטה העצמית ולא בצדקת ההמתה, ובאמצעות אלמנטים ניסוחיים המשדרים "רוח פטור". לכן אין סיבה לחשש הנדון.

הקשיים הצפויים בדרכו של המודל העיצובי המוצע הם, כך נראה, נסבלים. ההסדר אינו יוצר נזקים כבדים מנשוא, והגם שהוא מצריך פשרות-מה בנדבכים מסוימים של עקרון החוקיות, אלה פשרות מוצדקות וסבירות לנוכח יתרונותיו.

מילות סיכום

הדין הישראלי מצטרף, באמצעות הרפורמה המוצעת, לניסיונות העולמיים לפצח את משימת הפורמולציה של הקנטור. המודל המוצע משלב לצד הפן הרעיוני גם חדשנות שעיקרה במודעות לחשיבות השלכותיו ה"אקוסטיות" של עיצוב הנוסחה למימוש של הרעיון המהותי. במקביל נשענת הנוסחה על הניסיון העשיר שנצבר במקומותינו ומעבר לים ועל קונצנזוס רעיוני רחב ומבוסס. על רקע כל אלה יש לקוות כי דרכה של הנוסחה המוצעת תהא מוצלחת מזו של קודמותיה.