

האם חמלה היא מידה טובה? ואם היא מידה טובה, האם יש לה מקום במשפט? מאמר זה מבקש להציג את הוויכוח על מעמדה המוסרי והמשפטי של חמלה ולהציע דרכים שבהן היא עשויה להשתלב בשיקול הדעת השיפוטי. חלקו הראשון של המאמר מוקדש לדיון במעמדה המוסרי. חלק זה סוקר את העמדות המרכזיות בהגות המערבית – אלה השוללות את מעמדה המוסרי ואלה הרואות בה את היסוד להתנהגות מוסרית – ומנתח את מושג החמלה כהשתקפותו בכל אחת מהן. בעקבות זאת מוצג ניתוח מעודכן של חמלה המבסס את מעמדה המוסרי. חלקו השני של המאמר עוסק במעמד החמלה במשפט. ההתנגדות העיקרית להתחשבות בה בהליך השיפוטי נובעת מכך שהתחשבות כזו נתפסת ככניעה לרגש וכסטייה מן הדין ומן הצדק. המאמר מציע לראות בחמלה כלי מנטלי העשוי לסייע לשופט בהבנת הסכסוך והנפשות הפועלות. חמלה אינה בהכרח שיקול להקלה בדין אלא דרך להתבוננות ולהערכה של המקרה. על רקע זה המאמר דן במקומה של חמלה במשפט העברי ובמשפט הישראלי, בענישה ובעניינים אזרחיים. בתחום הענישה, רבים סבורים שיש ניגוד בין תורת ענישה שמבוססת על גמול צודק לבין חמלה שמהווה סטייה ממנו; מנקודת מבט זו חמלה היא שיקול פסול בענישה. המאמר מציע שאין לראות בחמלה חריגה מן הגמול הצודק אלא שכלול שלו: היא מאפשרת להעריך את הנסיבות המיוחדות והאישיות של האדם העומד לדין ולקבוע לו את הגמול הצודק. בדומה יש לראות את ההתחשבות בחמלה בעניינים אזרחיים: גם כאן אין לראות בה שיקול חיצוני להקלה בחובו של אדם או הענקת זכות שאינה מגיעה לו. חמלה היא דרך התבוננות שיכולה לסייע לשופט להעריך את האינטרסים ואת הזכויות של אדם ולהגיע להחלטה צודקת בעניינו.

הקדמה

חמלה נחשבת בעינינו בדרך כלל לרגש חיובי ואף למידה טובה. אדם שאינו חש חמלה כלפי אדם אחר הנתון במצוקה נחשב חסר לב; אדם הגון ומוסרי חש חמלה כלפי זולתו ונחלץ לעזרתו ככלל יכולתו. חמלה נחשבת לא רק למידה אישית טובה אלא גם לערך ולעיקרון ציבורי. לא פעם נשמעת הדרישה מהמדינה לנהוג בחמלה כלפי אזרחיה ובמיוחד כלפי אזרחיה החלשים והנזקקים. דרישה זו מכוונת לכך שעל רשויות המדינה ופקידיה לאמץ מדיניות של תמיכה וסיוע לאזרחים נזקקים כגון עניים, נכים וקשישים. האם חמלה היא

* הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת בראיילן.

מידה טובה גם במשפט? האם שופט רשאי לנהוג בחמלה? האם חמלה יכולה לתרום לשיקול הדעת של השופט?

המוסכמה שבה פתחתי, שלפיה חמלה נחשבת למידה טובה, אינה מקובלת על הכול. לאמתו של דבר, המעמד המוסרי של חמלה שנוי במחלוקת חריפה בהגות המערבית. המסורת הדתית מעלה את החמלה על נס ורואה בה מידה טובה. האל מתואר במקרא כרחום וחנון¹ ובעקבות זאת הדתות המונותאיסטיות קוראות למאמיניהן ללכת בדרכי האל ולהיות רחומים וחנונים כמותו: "מה הוא רחום וחנון אף אתה רחום וחנון"². לעומת זאת, במסורת הפילוסופית הדבר שנוי במחלוקת: יש הרואים בחמלה תגובה רגשית וחסרת ערך ויש הרואים בה את הרכיב היסודי של אישיות מוסרית ושל התנהגות מוסרית.³

שאלת המעמד של חמלה במשפט מעוררת בעיות מיוחדות. ראשית, מה היחס בין חמלה, צדק וזכויות? האם חמלה מתיישבת עם מושגים אלה או מתחרה בהם? נניח שאנחנו מאמצים תורת ענישה גמולנית, שלפיה יש להטיל על הנאשם עונש שהוא גמול צודק (just desert) על מעשיו. האם חמלה משתלבת עם תפיסה של גמול צודק או חורגת ממנו? ואם היא חורגת ממנו – האם שופט רשאי לסטות מעקרון הגמול הצודק מטעמי חמלה? שאלה דומה אפשר לשאול במישור הזכויות האזרחיות: האם חמלה על חייב היא שיקול שיכול להתחרות בזכותו של תובע? האם שופט רשאי לפגוע בזכותו של תובע מתוך חמלה על חייב? בעיה יסודית אחרת נוגעת ליחס שבין חמלה לבין שלטון החוק. מעקרון שלטון החוק מתחייב ששופטים ינהגו בהתאם לחוק ולא מתוך שרירות או העדפות אישיות.⁴ החלטות שיפוטיות צריכות להיות אחידות, שוויוניות וצפויות ככל האפשר, ואילו חמלה היא תחושה סובייקטיבית המבטאת העדפה אישית – ולפיכך נראה שהיא עומדת בניגוד לעקרון שלטון החוק.

באופן כללי יותר, ההסתייגות מחמלה במשפט קשורה לכך שהיא אינה מתיישבת עם האידאל של החלטות שיפוטיות, כפי שהתגבש במסורת המערבית כהחלטות רציונליות ואובייקטיביות.⁵ ביסוס החלטה שיפוטית על נימוקים רגשיים וסובייקטיביים כגון חמלה

- 1 ראו למשל שמות לד 6; במדבר יד 18; תהילים קמה 8.
- 2 מכילתא דרבי ישמעאל, שירה פג (מהדורת הורוביץ-רבין 127); ספרי דברים, מט (מהדורת פינקשלטיין 114). לעקרון דומה במסורת הנוצרית ראו הברית החדשה, מתי ה פס' 43-48. באסלאם מקובל עיקרון דומה; ראו למשל פרשת המקנה המופיעה בקוראן. אלקראן כרך 1, 123-124 (יוסף יואל ריבלין מתרגם, 1987) (להלן: אלקראן, תרגום ריבלין).
- 3 ראו למשל Martha Nussbaum, *Upheavals of Thoughts* 354-399 (2001) (להלן: נוסבאום מחשבות); אבי שגיא "בין אתיקה של חמלה לאתיקה של צדק" *צדק שלי צדק שלך* 173-219, (ידידיה שטרן עורך, התש"ע); אבי שגיא *מול אחרים ואחרות* 15-67 (2012). הדעות השונות הללו יידונו בפירוט בהמשך.
- 4 אהרן ברק "שלטון החוק ועליונות החוקה" *משפט וממשל* ה 375, 379-380 (2000); Joseph Raz, *The Rule of Law and its Virtue*, in *The Authority of Law* 210, 214-219 (1979); Brian Z. Tamanaha, *On the Rule of Law: History, Politics, Theory* 122-126 (2004).
- 5 ראו את הדיון הקלאסי של מקס ובר על *הכאריזמה וכניית המוסדות* 49-79 (אהרן אמיר מתרגם, 1979). לשאלת האובייקטיביות ראו למשל (1992) Kent Greenawalt, *Law and Objectivity*; אהרן ברק *שיקול דעת שיפוטי* 189-198 (1987).

נראה מנוגד לאידאל זה. ביטוי אופייני לכך אפשר למצוא כבר בדבריו של תומס הובס, שתיאר את תכונותיו של השופט הטוב וציין שהוא צריך "להסיר מעצמו בשיפוט כל פחד, כעס, שנאה, אהבה וחמלה"⁶.

אולם, בתקופה האחרונה אפשר להבחין בהתייחסות חדשה לרגשות. חוקרים של רגשות בתחומי הפסיכולוגיה, הפילוסופיה והכלכלה מערערים על ההנחה המקובלת שרגשות הם אי-רציונליים, ואף עומדים על כך שרגשות הם רכיב חשוב בתפיסת המציאות ומסייעים בבחירת התנהגות נכונה. חוקרים גם מראים שרגשות אינם מנותקים ממחשבות אלא פועלים בזיקה אליהן.⁷ המסקנה המתבקשת מגישה זו היא שאין להתכחש לרגשות או להתעלם מהם בקבלת החלטות. לגישה זו עשויות להיות השלכות על מקומם של רגשות, ובכלל זאת חמלה, בהחלטות שיפוטיות.⁸

מאמר זה מבקש להציג את הוויכוח על מעמדה המוסרי והמשפטי של חמלה ולהציע דרכים שבהן היא עשויה להשתלב בשיקול הדעת השיפוטי. שני הפרקים הראשונים של המאמר יוקדשו למעמד המוסרי של חמלה. הפרק הראשון יעסוק בשאלה אם חמלה היא מידה טובה (virtue), ובמסגרת זו אסקור את העמדות המרכזיות בהגות המערבית בשאלה זו ואדון בטיב החמלה המשתקף בעמדות השונות. בפרק השני אציג, בעקבות כותבים בני זמננו, ניתוח מעורכן של חמלה המבסס את מעמדה המוסרי. הפרק השלישי יפתח את הדיון במעמד החמלה במשפט ובו אעמוד על התפקידים שחמלה יכולה למלא בהליך השיפוטי. אבחין בין שיקולי חמלה שתפקידם להביא להקלה בדין (כגון הקלה בעונשו של נאשם או בחובו של חייב) לבין יחס של חמלה שאינו מביא אתו בהכרח הקלה בדין. בפרק הרביעי אציג את מעמד החמלה במשפט העברי. כפי שנראה, המשפט העברי רואה בחמלה מידה טובה במישור המוסרי אך מסתייג מהתחשבות בה במישור המשפטי. עם זאת, הוא מחייב יחס של חמלה בנסיבות מסוימות. בפרק החמישי אדון במקום החמלה כשיקול בענישה. במוקד הפרק יעמוד הניגוד בין חמלה לבין תורת ענישה המבוססת על גמול צודק. אדון בגישות השונות ואציע דגם המצדיק התחשבות בחמלה במסגרת ענישה גמולנית. בפרק השישי אבחן את השילוב של שיקולי חמלה עם שיקולי צדק גמולי בדין הישראלי. חוק העונשין קובע את עקרון ההלימה בין מעשה העברה לבין העונש כעיקרון המנחה בענישה, אולם בצדו הקצה המחוקק מקום גם לשיקולים אחרים ובהם כאלה שאפשר לסווגם כשיקולי חמלה. משקלם המדויק של שיקולים אלה נבחן מחדש בפסיקה. אטען שאפשר לראות בכך ביטוי לשילוב של שיקולי חמלה עם שיקולי גמול צודק. בפרק השביעי והאחרון אדון בתפקיד השני של חמלה – כיחס שאינו מביא בהכרח להקלה בדין. אראה כי בתפקיד זה חמלה יכולה לשמש כלי מנטלי בידי השופט להבנה ולהערכה של המציאות; אדגים זאת באמצעות פרשה אחת מתחום המשפט האזרחי.

6 תומס הובס לוינתן 196 (אהרן אמיר מתרגם, 2009).

7 ראו למשל דניאל גולמן אינטליגנציה רגשית (1997); מרתה ק' נוסבאום צדק פואטי: הדמיון הספרותי והחיים הציבוריים 71-95 (מיכאל שקורניקוב מתרגם, 2003); נוסבאום מחשבות, לעיל ה"ש 3, בעמ' 354-364; אייל וינטר רגשות רציונליים (2013).

8 נוסבאום מחשבות, לעיל ה"ש 3, בעמ' 441-454; Eric A. Posner, *Law and the Emotions*, 89 GEO. L.J. 1977 (2001); Terry A. Maroney, *The Persistent Cultural Script of Judicial Dispassion*, 99 CAL. L. REV. 629, 652-664 (2011).

לפני שניגש לגופם של דברים נדרשת הבהרה הנוגעת למינוח. אני משתמש במונח "חמלה" כמציין רגש של השתתפות בסבלו או בצערו של הזולת (compassion).⁹ בספרות העוסקת ברגשות מקובל להבחין בין חמלה (compassion) לרחמים (pity).¹⁰ שני הרגשות מבטאים כאב או צער נוכח סבלו של הזולת אולם אין הם זהים. רחמים הוא רגש שמשקף יחס מרוחק ואף היררכי בין המרחם לאדם שמרחמים עליו. המרחם רואה באדם הסובל אדם חסר אונים שמוכרע על ידי הנסיבות הקשות של חייו בלי יכולת להיחלץ מהן; הוא מתבונן בו כצופה מן הצד ולעיתים אף מתוך עליונות ולא תמיד נחלץ לסייע לו. לעומת זאת, רגש של חמלה מבטא השתתפות בסבלו של הזולת והזדהות עמו. האדם שחש חמלה אינו חש עליונות אלא קרבה והזדהות. תחושת חמלה מניעה את החומל בדרך כלל לסייע ולהקל על סבלו של הזולת.

הבחנה זו, שהתפתחה בספרות המודרנית, לא באה לידי ביטוי במקורות הקלאסיים בעברית ובלשונות אחרות. במקרא ובלשון חכמים המונח "רחמים" אינו נושא בהכרח אופי היררכי או מתנשא; הוא עשוי לציין אפוא רגש דומה לזה שמתאר המונח "חמלה" בעברית החדשה.¹¹ גם המונח האנגלי pity (ודומיו בלשונות אחרות) מציין לעתים רגש דומה לחמלה.¹² אם כן, ההבחנה המושגית בין חמלה לרחמים אינה באה לידי ביטוי בטרימינולוגיה של מקורות קדומים. לכן, כאשר אעסוק במקורות עבריים קלאסיים או בתרגומים של טקסטים מלשונות אחרות, אשמור על המינוח המקורי – רחמים או pity – ככל שהוא משמש במובן של חמלה. למונח "רחמים" בעברית הוראה נוספת שראוי להזכירה: יחס מקל וסלחני מצדו של בעל שררה, שליט או שופט, כלפי אדם הנתון למרותו. רחמים במובן זה הם mercy.¹³ יש

- 9 זה מובנו המילולי של המונח האנגלי com-*passion* וכן בגרמנית *mitleiden*. בעברית המקראית המונחים חמלה ורחמים משמשים במשמעות קרובה. ראו שורש ח.מ.ל, אליעזר בן יהודה מילון הלשון העברית (1952); אברהם אבן שושן המילון החדש (התשכ"ט); מנחם צבי קרדי מילון העברית המקראית (2006); בעברית החדשה הולכת ומתייחדת לחמלה משמעות נבדלת מרחמים והיא משמשת תרגום של *compassion*, ראו את המקורות בה"ש 10 להלן.
- 10 112–106 (2001); נוסבאום מחשבות, לעיל ה"ש 3, בעמ' 301–304; שגי'א "בין אתיקה של חמלה לאתיקה של צדק", לעיל ה"ש 3, בעמ' 181–185.
- 11 להגדרת הערך "רחמים", ראו אליעזר בן יהודה, לעיל ה"ש 9; ראו גם אבן שושן, לעיל ה"ש 9; לדוגמאות ראו להלן בפרק ד' על המשפט העברי.
- 12 נוסבאום מחשבות, לעיל ה"ש 3, בעמ' 301–304.
- 13 רחמים משמשים במובן זה במקרא בהקשר של רחמי האל וסליחתו אך גם בהקשר של רחמי האדם (ראו "רחמים", אנציקלופדיה מקראית כרך ז 364 (1976)). התרגום של *Mercy* לרחמים שכיח בספרות ובמילונים. ראו למשל ראובן אלקלעי מילון אנגלי-עברי שלם (1965). אמנם יש המפקקים אם ראוי לתרגם את המונח *Mercy* לרחמים ומציעים במקומו חסד; ראו משה סוקולוב "רחמים אינם *Mercy*: קפידה אטימולוגית ולימוד תורה" לשון רבים: העברית כשפת תרבות 194, 195–194 (2013). התלבטות זו משתקפת גם בפסיקה: לעתים שופטים מעדיפים את השימוש במונח "חסד". ראו את דברי השופט מנחם אלון בע"פ 156/80 בנימין נ' מדינת ישראל פ"ד לה 744, 747 (1981) ואת דברי השופטים אלון וברק בע"פ 10/86 זגל נ' מדינת ישראל, פ"ד מ 769, 771–773 (1986).

כמובן קשר בין רחמים במובן של רגש לרחמים במובן של יחס מקל: יחס מקל הוא בדרך כלל תוצאה של רגש רחמים או חמלה. אכן, אחד הביטויים של חמלה במשפט הוא הענקת יחס מקל לנאשם או לבעל דין. ביטוי זה יידון להלן.

א. האם חמלה היא מידה טובה?

בחיבורו על הרטוריקה ניתח אריסטו את אמנות הנאום הציבורי שמטרתו לשכנע שופטים או חברי מועצה עירונית. הנואם, סבר אריסטו, אינו צריך להסתפק בהצעת טיעונים רציונליים ועליו להשפיע גם על הרגשות של השומעים. אריסטו הניח אפוא שלרגשות יש תפקיד בשיקול הדעת השיפוטי. על בסיס הנחה זו הוא ניגש לרון בטיבים של הרגשות השונים. כך הגדיר אריסטו חמלה: "מעין כאב המתעורר נוכח רעה הרסנית או מכאיבה הנופלת בחלקו של מי שאינו ראוי לה, רעה שהחומל עצמו עשוי לחשוב שהוא או מישהו קרוב לו עלול לסבול".¹⁴ לפי הגדרה זו, חמלה היא תחושה של כאב או צער שמתעוררת בעקבות מפגש עם סבל של הזולת. לא כל סבל מעורר חמלה; רק סבל שבא על אדם שאינו ראוי לסבול מעורר חמלה. סבל שבא על אדם שראוי לסבול – כגון עונש המוטל על עבריין בעקבות פשע שביצע – אינו מעורר תחושה של חמלה. ברם, לפי אריסטו מקורה של החמלה אינו בתחושת אי-הצדק: מקורה בחשש של החומל שהוא עצמו או מישהו מקרוביו יסבול סבל דומה. הגורם שמקרב את סבלו של הזולת לרגשותיו של החומל הוא הפחד מפני סכנה דומה שתיפול עליו.

לשיטת אריסטו, חמלה אינה משקפת דאגה לזולת. היא נובעת מהפחד שסבל דומה ייפול על החומל או על מי מקרוביו. טיבה האנוכי בא לידי ביטוי בכך שהיא אינה כוללת רכיב של הנעה או נכונות לסייע לזולת. אם חמלה היא רגש אנוכי, קשה לראות כיצד היא יכולה להיות מידה טובה – ואריסטו אכן אינו מזכיר את החמלה כמידה טובה.¹⁵ לאמתו של דבר, בספרו על הרטוריקה אריסטו כלל לא עסק במעמדה הנורמטיבי של חמלה. הוא התייחס אליה באופן אינסטרומנטלי כאמצעי שנאם יכול להשתמש בו כדי לשכנע את שומעיו, בלי שצייין אם בעיניו היא רגש חיובי או שלילי. דבר זה נכון גם לדיונו הקצר בפואטיקה.¹⁶ אריסטו דן במעמדה הנורמטיבי של חמלה באתיקה הניקומאכית במסגרת דיונו במידות הטובות. כדי להגדיר מהי מידה טובה (*arete*) הוא הבחין בין רגשות לבין תכונות אופי. רגשות הן תגובות נפשיות שאינן מונעות מכוח התבונה והרצון ולכן אין לתייג רגשות

14 אריסטו רטוריקה 113 (גבריאל צורן מתרגם, 2002); ראו גם אריסטו פואטיקה 75 (יואב רינון מתרגם, 2003). המונח היווני שבו השתמש אריסטו הוא *eleos*. התרגומים האנגליים תרגמו אותו בדרך כלל ל-*pity* ואילו התרגומים העבריים בחרו ב"חמלה". מרתה נוסבאום תרגמה אף היא בקטע זה *compassion* (ראו נוסבאום *מחשבות*, לעיל ה"ש 3, בעמ' 306). נראה ששני התרגומים לגיטימיים, שכן אין ביוונית הבחנה מקבילה לזו שבאנגלית (ובשפות אחרות). אריסטו, על כל פנים, לא הבחין בין שני המונחים.

15 אני מפרש את אריסטו בדרך שונה מזו של מרתה נוסבאום, שגייסה אותו למחנה התומכים בחמלה (ראו נוסבאום *מחשבות*, לעיל ה"ש 3, בעמ' 297-327). לביקורת ראו Brian Car, *Pity and Compassion as Social Virtues*, 74 *Phil* 411, 411-429 (1999).

16 אריסטו פואטיקה, לעיל ה"ש 14, בעמ' 32-35.

כטובים או רעים. איננו מגנים אדם בשל רגש מסוים שמציף אותו כשם שאיננו משבחים אדם בשל רגש אחר שעולה בו. לעומת זאת, תכונות אופי ניתנות לשליטה של התכונה והרצון וניתנות גם לרכישה וטיפוח, ולכן אפשר לקבוע שתכונת אופי מסוימת היא מידה טובה ומידה אחרת היא מידה רעה. אריסטו סיווג את החמלה כרגש ולא כתכונת אופי ובכך קבע שהיא אינה נחשבת בעיניו מידה טובה.¹⁷ התנגדותו לראות בחמלה מידה טובה היא אפוא יסודית. בעיניו חמלה אינה מידה טובה לא רק משום שהיא רגש אנוכי אלא משום שהיא רגש ולא תכונת אופי.¹⁸ מצד אחר, אריסטו דחה את תפיסתו של אפלטון, שראה בחמלה רגש כוזב ומגונה (להלן). תפיסתו של אריסטו את החמלה היא אפוא ניטרלית: הוא ראה בה רגש טבעי שאין לתייג אותו כטוב או רע. טיבה של החמלה, כמו טיבם של רגשות אחרים, תלוי באופן ובמידה שבהם חשים אותה ופועלים על פיה.

1. ביקורת החמלה

סוקרטס התנגד לחמלה משום שראה בה רגש המאשר את ערכם של דברים חסרי ערך. אדם שחומל על זולתו מאשר בכך את ערכם של הדברים שאובדנם, או הפגיעה בהם, גרמו לו צער. אולם, לדידו של סוקרטס, אושרו של אדם תלוי בו בלבד. צרות שנופלות על אדם בלי שגרם להן אינן צריכות להסב לו צער או סבל ולכן הן גם לא צריכות לעורר חמלה. אפלטון החזיק בעמדה דומה לשל מורו וראה בחמלה רגש כוזב ומגונה.¹⁹ המחשבה הסטואית אימצה גישה זו ופיתחה אותה. הסטואיקנים התנגדו לא רק לחמלה אלא להשפעתם של רגשות ככלל על החלטות מוסריות. בעיניהם החלטות מוסריות צריכות להתבסס על שיקולים רציונליים ולא על "היפעלויות" רגשיות.²⁰

גישה ביקורתית כלפי חמלה מאפיינת אסכולה חשובה של הוגים מודרניים. שפינוזה הגדיר חמלה כ"עצב הנולד מתוך צרתו של הזולת".²¹ מה מביא אדם לחוש עצב בשל צרה של חברו? בניגוד לאריסטו, שהסביר זאת באמצעות הפחד, הציע שפינוזה מנגנון אחר: "רחמים הם עצב בלוויית אידיאה של דבר רע שאירע למישהו אחר, שאנו מדמים לדומה

17 אריסטו אתיקה: מהדורת ניקומאכוס 47 (יוסף ג' ליבס מתרגם, 1985). אריסטו לא טען שרגשות אינם ניתנים לשליטה כלל. רגשות וחמלה בכללם ניתנים לשליטה ואפשר לחוש אותם במידות שונות (שם, בעמ' 49). ברם, השליטה בהם נעשית באמצעות כוחות נפש אחרים.

18 אולם נראה שההחלטה לסווג חמלה כרגש קשורה גם לטיבה האנוכי. ראו Brian Car, לעיל ה"ש 15, בעמ' 418; על היחס בין המידה הטובה לרגשות ראו L.A. Kosman, *Being Properly Affected: Virtues and Feelings in Aristotle's Ethics*, in *ESSAYS ON ARISTOTLE'S ETHICS* 103-116 (Amélie Oksenberg Rorty ed., 1980).

19 אפלטון "פוליטיאה (המדינה)" כתבי אפלטון כרך ב 551-556, פס' י 604 (יוסף ג' ליבס מתרגם, 1959).

20 נוסבאום *מחשבות, לעיל ה"ש 3*; Tad Brennan, *Stoic Moral Psychology*, in *THE CAMBRIDGE COMPANION TO THE STOICS* 257, 269-279 (Brad Inwood ed., 2003); נתן שפיגל *מארוס אורליוס* 109-92 (התש"ס).

21 ברוך שפינוזה אתיקה 217, משפט 22 (ירמיהו יובל מתרגם, 2003).

לנו".²² תחושת הדמיון וההזדהות עם הזולת היא שמביאה אדם לחוש כאילו הדבר הרע אירע לו.²³ שפינוזה ראה בחמלה רגש שלילי שגורם צער מיותר: "באדם החי בהדרגת התבונה הרחמים הם רעים וחסרי תועלת".²⁴ אדם שחי על פי התבונה אינו זקוק לתחושת חמלה כדי לעשות טוב עם זולתו ולכן אצל אדם כזה חמלה היא חסרת תועלת ומביאה צער מיותר. הביקורת של שפינוזה על החמלה כוללת אפוא שני יסודות. ראשית, מעשה מוסרי צריך להיעשות על יסוד עקרונות תבוניים. חמלה אינה עיקרון תבוני ולכן אינה מניעה ראויה להתנהגות מוסרית. שנית, חמלה היא רגש מזיק משום שהיא גורמת צער מיותר. קאנט אימץ את הניתוח של שפינוזה. לשיטתו, המעשה המוסרי צריך לנבוע מתוך תודעה של חובה שנקבעת על ידי עקרונות רציונליים ואובייקטיביים. הוא שלל מעשים הנובעים מנטיית נפשיות וסובייקטיביות:

המידות עצמן צפויות לכל מיני קלקלות, כל עוד חסרים אנו אותו מורה-הדרך וקנה המידה העליון להערכתן הנכונה. מפני שהפעולה, כדי שתהיה טובה במובן המוסרי, לא דיה שתהיה מתאימה עם החוק המוסרי אלא צריכה היא להיעשות עוד לשם החוק. אם לא כן תהיה התאמה זו רק מקרית מאד ומפוקפקת מפני שהטעם שאינו מוסרי יביא מדי פעם לפעולות המתאימות עם החוק אך על פי רוב לאלה שמנוגדות לו.²⁵

נטיות נפשיות אינן יכולות לשמש קנה-מידה להתנהגות המוסרית הראויה משום שהן אינן עקביות. אדם עשוי לחוש חמלה בעקבות מקרה אחד אך לא בעקבות מקרה אחר. לעתים נטיות נפשיות מובילות למעשים שמתאימים לחוק המוסרי אך לעתים אחרות ("על פי רוב") הן מביאות למעשים המנוגדים לו. רק פעולה שנובעת ומורכבת לפי החוק המוסרי – כלומר לפי עקרונות רציונליים ואובייקטיביים – תהיה תמיד פעולה נכונה. בעיני קאנט, מעשה מוסרי הוא מעשה שנעשה מתוך מניע מוסרי, כלומר מתוך היענות לחובה המוסרית. בני אדם הפועלים מתוך נטייה טבעית אינם פועלים מתוך מניע מוסרי. נוסף על הביקורת הכללית כלפי מעשים הנובעים מתוך רגשות ומתוך נטיות נפשיות הייתה לקאנט ביקורת ספציפית על רגש החמלה:

כאשר הזולת סובל, ולמרות שאיני יכול לעזור לו, אני מושפע מכאבו (באמצעות דמיוני) אזי שנינו סובלים למרות שהצרה באמת (בטבע) משפיעה רק על אחד.

- 22 שם, בעמ' 263, משפט 59. בהסבר למשפט זה ציין שפינוזה שאין הברל בין Commiseration (שמתורגם ל"רחמים") לבין Misericordia (שמתורגם ל"השתתפות בצער", כלומר "חמלה").
- 23 באמצעות תוכנה זו הסביר רוסו את העובדה שמלכים או אצילים אינם חשים חמלה כלפי בני המעמדות הנמוכים: "מדוע אין בלבם של מלכים חמלה כלפי נתיניהם? מפני שהם סמוכים ובטוחים שלעולם לא יהיו בני אדם פשוטים [...] מדוע האצולה כה בזה לעם הארץ? מפני שהאציל לא יימנה לעולם עם פשוטי העם". ז'אן-ז'אק רוסו אמיל, או על החינוך 388 (ארוזה טיר-אפלרויט מתרגמת, 2009).
- 24 שפינוזה אתיקה, לעיל ה"ש 21, בעמ' 327, משפט 50.
- 25 עמנואל קאנט הנחת יסוד למטפיזיקה של המידות 11 (חנן אלשטיין עורך ומתרגם, 2010); לניתוח הגישה הקאנטיאנית לחמלה ראו אבי שגיא "שיח החמלה והלכות צדקה" דעת 35, 47 (התשס"א).

אבל מן הנמנע שתהא חובה להרבות את המצוקה בעולם וכך לעשות טובה מהחמלה.²⁶

ביקורת זו חוזרת לדבריו של שפינוזה. חמלה מכפילה את הצער בעולם. הצרה שאירעה במציאות גרמה סבל לאדם אחד. האדם שחש באמצעות דמיונו את סבלו של הזולת מכפיל את הצער ועתה שניים סובלים במקום אחד. אם רבים חומלים, הצער מוכפל במספר גדול יותר. לטענת קאנט, אין להעלות על הדעת חובה מוסרית "להרבות את המצוקה בעולם". ניטשה סיכם גישה זו בצורה חריפה כדרכו:²⁷

השתתפות בצער (חמלה)²⁸ היא בזבוז רגשות, טפילות המזיקה לכריאות המוסרית, "מן הנמנע שתהא חובה להרבות את המצוקה בעולם". מי שעושה מעשה טוב אך ורק מתוך רחמים, הלא רק עם עצמו הוא מטיב ולא עם הזולת. השתתפות בצער אינה מיוסדת על עקרונות כי אם על היפעלויות, היא פתלוגית. צערו של הזולת מדביק אותנו. השתתפות בצער היא הידבקות.

הביקורת נגד החמלה מתמצית בנקודות הבאות: חמלה היא רגש אנוכי, שנובע מתוך פחד או מתוך הזדהות מדומיינת של החומל עם האדם הסובל. מעשה טוב הבא מכוחה של חמלה הוא מעשה אנוכי שנועד להשקיט את צערו ופחדו של האדם. מעשה מוסרי צריך להיעשות מכוחם של עקרונות רציונליים ואובייקטיביים ולא מכוחן של "היפעלויות". לכן, ההשתתפות המדומה בצערו של הזולת היא "בזבוז רגשות"; זהו רגש מיותר וחסר תועלת. ניטשה אף ראה בה עניין פתולוגי, מחלה מידבקת שגורמת אך נזק.

2. בעד חמלה

המסורת הדתית ובמיוחד המסורת המקראית והמונותיאיסטית ראתה בחמלה את היסוד להתנהגות מוסרית. במקרא האל מתואר "רחום וחנון ארך אפים ורב חסד".²⁹ בני אדם נדרשים ללכת בדרכי האל ולהיות רחומים וחנונים אף הם.³⁰ מסורת זו אינה מתנגדת לרגשות ואף רואה בהם את הבסיס להתנהגות מוסרית. הצו המקראי "ואהבת לרעך כמוך" נחשב עיקרון מרכזי במסורת היהודית והנוצרית.³¹ גם במסורת המוסלמית מודגשים מקומם של אהבה ורחמים;

IMMANUEL KANT, THE METAPHYSICS OF MORALS 205 (Mary gregor ed. & trans., Cambridge University Press, 1996)

27 פרידריך ניטשה **הרצון לעוצמה** 210 (ישראל אלדר מתרגם, 1978).

28 בגרמנית mitleiden (השתתפות בצער), כלומר חמלה.

29 שמות לד 6; במדבר יד 18; יואל ב 13; יונה ד 2; תהילים פו 15, קג 8, קיא 4, קיב 4, קמה 8; נחמיה ט 31; דברי הימים ב, ל 9; ראו גם **אנציקלופדיה מקראית**, לעיל ה"ש 13, בעמ' 367-364.

30 לעיל ה"ש 2.

31 ויקרא יט 18; ראו הברית החדשה מתי כב 37, מרקוס יב 30; במסורת היהודית ידועים דברי ר' עקיבא על הפסוק "ואהבת לרעך כמוך" – "זה כלל גדול בתורה" (ספרא, קדושים, ב, יב). בהקשר זה יש לציין את הקרבה שבין אהבה לבין חמלה ורחמים. קרבה זו היא גם עניינית וגם סמנטית. במקרא נזכרים לעתים רחמים במשמעות של אהבה (ראו "רחם", אברהם אבן שושן

די אם נזכיר את הפסוק הפותח כל אחד מפרקי הקוראן: "בשם אללה הרחמן והרחום"³². אהבה, חסד ורחמים הם אפוא עקרונות יסוד מוסריים במסורות המקראית והמונותריאסטית. בתקופת הנאורות התפתחה בצד הגישה הביקורתית שהוזכרה למעלה גישה אחרת, שהמשיכה את המסורת המקראית וראתה בחמלה את היסוד הרגשי והטבעי להתנהגות מוסרית. בניגוד לתפיסה הפסימית שאפיינה חלק מההוגים של המאה הי"ז (כגון הובס), שראו באדם יצור בעל דחפים ויצרים שדורש ריסון ושליטה, הצביעו הוגי המאה הי"ח על היסודות החיוביים באדם ובראשם רגשות הסימפתיה והחמלה. לדעתם, האדם נדרש לפעול בהתאם לרגשות הטבעיים החיוביים הללו.³³ בין ההוגים שהחזיקו בתפיסה זו אפשר למנות את אדם סמית, ז'אן ז'אק רוסו ורתור שופנהאואר. בעיני אדם סמית המושג המרכזי הוא "סימפתיה", שעניינה הבנה של הזולת והזדהות עמו. סמית עמד על כך שבאופן טבעי בני אדם מזדהים עם רגשות של הזולת וחשים רגשות תואמים לאלה של הזולת. חמלה, המבטאת השתתפות של אדם בצערו של הזולת, היא דוגמה בולטת לכך. ההזדהות הזו מביאה אדם להכיר בצורכי הזולת ומניעה אותו להתנהגות מוסרית.³⁴ רוסו ראה בחמלה את הרגש החשוב ביותר והיסודי ביותר לפיתוח של אישיות מוסרית. בספרו "אמיל, או על החינוך" הוא פירט כיצד יש לחנך אדם לפתח רגשות של חמלה כלפי הזולת. הוא היה מודע לכך שחמלה היא רגש מוטה: אדם נוטה להרגיש הזדהות וחמלה כלפי הקרובים לו. לכן סבר רוסו שהאתגר של החינוך הוא להביא אדם לחוש חמלה כלפי כל בני האדם.³⁵ שופנהאואר טען שמוסר אינו יכול להתבסס על עקרונות מופשטים ועליו להתבסס על יחס אישי. כשם שהיכרות עם עקרונות האסתטיקה אינה הופכת אדם לאמן, כך היכרות עם עקרונות המוסר אינה הופכת אדם למוסרי. מה שעושה אדם למוסרי הוא יחס של חמלה. חמלה, לפי שופנהאואר, היא השתוקקות לרווחתו של הזולת.³⁶ בניגוד גמור לקאנט הוא טען: "לפעולה יש ערך מוסרי רק במידה שנבעה מחמלה. אם היא נבעה ממניע אחר אין לה ערך מוסרי"³⁷. כל ההוגים הללו הבינו את החמלה באופן שונה לגמרי משפינוזה וקאנט. הם לא ראו בה רגש אנוכי שמכוון כלפי האני אלא רגש אלטרואיסטי שמכוון כלפי הזולת.

בראשית המאה העשרים מתח הפילוסוף היהודי הרמן כהן ביקורת חריפה על גישתם של שפינוזה וקאנט:

- קונקורדנציה חדשה לתנ"ך ג, 107, 1994-1995 (התש"ם). בארמית ההוראה העיקרית של רח"ם היא אהבה.
- 32 אלקראן, תרגום ריבלין, לעיל ה"ש 2, בעמ' 1; יש המתרגמים זאת "בשם האל הרחמן והאהוב", למשל הקוראן הקדוש 1 (אהרן בן שמש מתרגם, 1971); חשיבותם של הרחמים נזכרת ככמה פרקים בקוראן; ראו למשל "פרשת המקנה" באלקראן, תרגום ריבלין, בעמ' 123.
- 33 ראו למשל Norman S. Fiering, *Irresistible Compassion: An Aspect of Eighteenth-Century Sympathy and Humanitarianism* J. HIST. IDEA 37, 195-218 (1976).
- 34 ADAM SMITH, A THEORY OF MORAL SENTIMENTS 47-57 (D. D. Raphael & A. L. Macfie eds., 1976)
- 35 רוסו אמיל, או על החינוך, לעיל ה"ש 23, בעמ' 389-369.
- 36 ARTHUR SCHOPENHAUER, ON THE BASIS OF MORALITY 145 (E.F.J. Payne trans., 1965)
- 37 שם, בעמ' 144.

כל אי ההבנה המיטאפיסית והמוסרית של החמלה נובעת מתוך הטעות שהחמלה אינה אלא פעולה חוזרת בלבד ויוצאת ממני ומומרצת על ידי. כנגד זה אנו מכירים כאן את הקשר בין החמלה ובעיית הריע. לפי זה החמלה אינה פעולה חוזרת כלפי עצמי כל עיקר. אלא אדרבא, האחר שהוא עשוי כביכול רק להחזיר אותי כלפי עצמי אינו עד כאן אלא בחינת עמית. ואילו בחינת ריע עדיין אינו בנמצא כלל ורק על ידי פועלת החמלה עומד הוא להיווצר.³⁸

כהן טוען שהטעות של שפינוזה ושל קאנט הייתה שהם ראו בחמלה רגש אנוכי, שרק למראית עין מופנה לאחר אבל בעצם חוזר אל האני. בניגוד לכך, הוא סבור, חמלה היא אכן רגש שמופנה לאחר. אין זה רגש פסיבי, שרק מגיב למצב עניינים חיצוני, אלא פעולה אקטיבית שבה אדם פונה כלפי זולתו. חמלה היא ביטוי לרגישות לצרכיו ולמצוקתו של הזולת ותחושת הזדהות עמה. כהן מוסיף כאן טענה חריפה ומעניינת. ההתייחסות לזולת מנקודת המבט של חובה בלבד, כפי שתבע קאנט, רואה באדם אובייקט, מושא למילוי החובה המוסרית שלי. החובה המוסרית היא כללית והאדם שלפני הוא מקרה פרטי. מנקודת מבט זו האדם נתפס כיצור גנרי, "זולת". אינני רואה בו אינדיבידואל עם צרכים משלו; ודאי אינני רואה בו אדם שיש לי זיקה רגשית כלפיו. לעומת זאת, התייחסות לזולת מתוך חמלה רואה בו אדם בעל אישיות וצרכים משלו. האדם החומל אינו פועל לשם מילוי חובתו אלא לשם מילוי צרכיו של הזולת. לפי כהן, הפנייה אל הזולת מתוך חמלה ואהבה היא זו שעושה אותו ל"ריע".³⁹

ב. חמלה: לקראת ניתוח מעודכן

על רקע זה, ובעקבות כמה מהכותבים המרכזיים בני זמננו, אני מבקש להציע ניתוח בסיסי וערכני של חמלה.⁴⁰ אפשר להצביע על שלושה רכיבים המעורבים בתחושה של חמלה: רכיב קוגניטיבי, רכיב רגשי ורכיב קונטיבי של הנעה לפעולה. הרכיב הראשון, הקוגניטיבי, כולל את הבנת מצבו של הזולת, את זיהוי מחשבותיו ותחושותיו וכן הערכה שלהם. זיהוי מחשבותיו ותחושותיו של הזולת הוא למעשה יחס של אמפתיה.⁴¹ יש המתארים יחס זה באמצעות המטפורה של "להיכנס לנעליו של הזולת". אחרים מתארים זאת כהבנה של

38 הרמן כהן דת התבונה ממקורות היהדות 179 (1971).

39 ראו שגיא "בין אתיקה של צדק לאתיקה של חמלה", לעיל ה"ש 3, בעמ' 175-182.

40 הלכתי בעיקר בעקבות הכותבים הבאים: – Lawrence Blum, *Compassion, in THE VIRTUE: CONTEMPORARY ESSAYS ON MORAL CHARACTER* 230 (1987); Nancy E. Snow, *Compassion*, *Am. Phil. Q.* 195 (1991); Adrian Piper, *Impartiality, Compassion and Moral Imagination*, *Ethics* 726-757 (1991); שגיא "שיח החמלה והלכות צדקה", לעיל ה"ש 25; שגיא "בין אתיקה של חמלה לאתיקה של צדק", לעיל ה"ש 3. יש כמה הברלים בין הכותבים, ואפילו ויכוחים, שאינם מענייני כאן. יש לציין שלצד הכתיבה הפילוסופית התפתח בשנים האחרונות חקר הרגשות בתחום הפסיכולוגיה ומדעי המוח (neuroscience). יש על כך ספרות רבה אך זו אינה בתחום מומחיותי, ולכן אסתפק בהערות המפנות לתחום זה.

41 פייפר, לעיל ה"ש 40, בעמ' 734.

הזולת "מבפנים"⁴². המטפורות הללו מבקשות להביע שתי נקודות עיקריות: ראשית, מדובר בהבנה של הזולת מנקודת מבטו-שלו ולא מנקודת מבטו של המתבונן; שנית, מדובר לא רק באינטרסים של הזולת אלא גם במחשבותיו וברגשותיו.

רוב הכותבים סבורים שהבנה זו מחייבת שימוש בדמיון. לדידם, בלי דמיון אדם אינו מסוגל לחוש את תחושותיו של הזולת;⁴³ אולם אחרים הצביעו על כך שאין מדובר בדמיון אלא בהבנה של הזולת.⁴⁴ למעשה מדובר ביכולת קוגניטיבית בסיסית של אדם להבין את זולתו. במחקר הפסיכולוגי אמפתיה במונח זה קשורה במה שמכונה "תאוריה של התודעה" (theory of mind). זוהי היכולת להכיר בזולת כאישיות נפרדת, בעלת תודעה משלה, השונה מזו של המתבונן. התודעה כוללת מגוון של מצבים נפשיים ובהם מחשבות, רגשות, כוונות, שאיפות וכיוצא באלה. היכולת להבין את התודעה של הזולת היא אחד הכישורים האנושיים הבסיסיים, שנרכש בשנות הילדות הראשונות וממשיך להתפתח בשנות ההתבגרות. אמפתיה במונח זה היא בעיקר יכולת קוגניטיבית.⁴⁵ לעתים היא כמו באה מאליה במסגרת ההבנה שלנו את זולתנו ואת הסיטואציות שבהן הזולת נתון ולעתים היא דורשת התבוננות, תשומת לב ורגישות למצב הזולת ובעיקר לאופן שבו הוא מבין וחש את הסיטואציה.

נוסף על זיהוי מחשבותיו ורגשותיו של הזולת, הרכיב הקוגניטיבי כולל גם הערכה של הזולת. ההבנה של הזולת נעשית מנקודת המבט של הזולת, אבל אין זאת אומרת שכל תחושה סובייקטיבית של צער תעורר תחושת הזדהות או חמלה. אדם שמצטער על דברים של מה בכך אינו מעורר תחושת הזדהות וחמלה. תחושת צער של הזולת תעורר הזדהות רק אם היא רצינית דיה ומצדיקה (בעיני המתבונן) צער ובעקבות זאת גם הזדהות וחמלה.⁴⁶ הערכה של

42 המטפורות הללו שכיחות בהקשר זה. ראו למשל נוסכאום מחשבות, לעיל ה"ש 3, בעמ' 327; וכן במילון איגוד הפסיכולוגים האמריקני: <https://dictionary.apa.org/empathy>.

43 הדמיון הוזכר בדבריהם של שפינוזה וקאנט למעלה וברוך זו הולכים גם כותבים בני זמננו ובהם בלום לעיל ה"ש 40, בעמ' 230; פייפר, לעיל ה"ש 40, בעמ' 729; וכן שגיא "שיח החמלה והלכות צדקה", לעיל ה"ש 25, בעמ' 39). מעניין להזכיר שגם הרמב"ם קשר בין רחמים לכוח המרדמה (מורה הנבוכים, ג מח).

44 הצביעה על כך סנאו, לעיל ה"ש 40, בעמ' 195-198. גישה זו מתחזקת בעקבות המחקרים הפסיכולוגיים החדשים.

45 גולמן, לעיל ה"ש 7, בעמ' 115-129; Michael Franz Basch, *Empathic Understanding: A Review of the Concept and Some Theoretical Considerations*, 31 J. AM. PSYCHOL. 101 (1983). בפסיכולוגיה, ובמיוחד בחקר המוח (neuroscience), מקובל להבחין בין אמפתיה קוגניטיבית לאמפתיה רגשית. אמפתיה קוגניטיבית היא כאמור היכולת לזהות את מחשבותיו ורגשותיו של הזולת, ואילו אמפתיה רגשית היא החוויה של רגש דומה לזה שהזולת חש. התגובה הרגשית קודמת לתהליכים הקוגניטיביים ומתרחשת באופן מעין-אוטומטי. מבחינת מבנה המוח, המרכזים ששולטים ברגש זה נמצאים בשכבה נמוכה מתחת לקליפת המוח (subcortical). מיקום זה משקף את העובדה שמדובר בתגובה שאינה תלויה בתהליכים קוגניטיביים (שמתבצעים בקליפת המוח). ראו JAAK PANSKEPP, *AFFECTIVE NEUROSCIENCE: THE FOUNDATIONS OF HUMAN AND ANIMAL EMOTIONS* 59-80 (1998); ג'וזף לדרו המוח הרגשי (2006). 153-90.

46 בלום, לעיל ה"ש 40, בעמ' 230; פייפר, לעיל ה"ש 40, בעמ' 743.

הצער כוללת גם את שאלת ההוגנות. תחושת החמלה מועצמת ככל שאדם רואה את הסבל של הזולת כבלתי-הוגן. לעומת זאת, אם אדם רואה את סבלו של הזולת כראוי, תחושת החמלה נחלשת ואף מתפוגגת. לדוגמה, כאשר אדם מתבונן בעברייני שמרצה עונש מאסר, הוא מזהה מיד שהוא חווה סבל. אף על פי כן הסיטואציה אינה בהכרח מעוררת חמלה. אם המתבונן מביא בחשבון שאותו אדם ביצע פשע חמור שמצדיק את סבלו ייתכן שלא יחוש חמלה כלפיו. ככל שיתברר שהסבל הוא לא ראוי או לא הוגן כך תגבר תחושת החמלה.

הרכיב השני הוא רכיב רגשי. הוא כולל את התגובה הרגשית שבאה בעקבות ההבנה את מצבו של הזולת. מדובר בחוויה של רגש דומה לזה שחש הזולת. האדם הסובל חש כאב או צער ואף האדם החומל ירגיש כאב או צער. אמנם, הרגש שחש החומל אינו נחווה באותה עוצמה כמו הרגש של מושא החמלה, אבל הוא דומה לו. את הרכיב הרגשי אפשר לתאר באמצעות המונח סימפטיה. בעוד שאמפטיה היא ניטרלית – המתבונן אינו קובע עמדה בנוגע לרגשות הזולת – סימפטיה מבטאת הזדהות עם רגשותיו. סימפטיה מתאפשרת לאחר הערכה ושיפוט של רגשות הזולת בהתאם למצבו ולסיטואציה שבה הוא נתון.⁴⁷

הרכיב השלישי, הקונטיבי, הוא הדאגה לזולת וההנעה לפעול כדי להקל על סבלו. חמלה היא רגש שלא רק משתתף בצערו של הזולת אלא מגלה דאגה כלפיו.⁴⁸ הפעולה להקלת סבלו של הזולת יכולה ללבוש צורות מצורות שונות: מעשה ישיר שסייע לו, נכונות להקשיב ולשוחח עמו, פעולה עקיפה או סמלית שתסייע לו. תחושה של השתתפות בצער הזולת שאינה מלווה בנכונות לסייע לו אינה חמלה. רכיב זה הוא אחד הקריטריונים שמבחינים בין חמלה לרחמים (pity): רחמים הם תחושת צער מרוחקת שאינה מלווה בנכונות לסייע לזולת או להקל על סבלו. עם זאת, רגש של חמלה אינו מוליך בהכרח לפעולה מעשית. לעתים הפעולה דורשת מאמץ רב מדי או שהיא יקרה מדי, ואף על פי שיש הנעה לפעולה אין היא גוברת על גורמים מעכבים אחרים ואינה יוצאת לפועל. לעתים פעולה מעשית אינה ניתנת לכיצוע בגלל סיבות מעשיות כגון ריחוק גאוגרפי וכיוצא בזה. חשבו לדוגמה על צפייה בתכנית טלוויזיה שמתארת רעב באפריקה. הצפייה עשויה לעורר תחושת חמלה כלפי הילדים הרעבים, אבל אין לצופה אפשרות מעשית לפעול. אף על פי כן, הדאגה לזולת וההנעה לפעולה היא רכיב מרכזי של חמלה. רגש של צער גרדא, שרכיב זה חסר בו, איננו ביטוי של חמלה.⁴⁹

לניתוח זה יש השלכות נורמטיביות. הטעמים העיקריים שהועלו נגד חמלה כמניע מוסרי הם שמדובר בתגובה נפשית פסיבית, לא רציונלית ואנוכית. אדם שפועל מתוך חמלה עושה זאת כדי להשקיט את רגשותיו ולא בשל דאגה אמיתית לזולת ומשום כך אין בכוחה של חמלה להביא את החומל לעשות את המעשים הנכונים ולהתגבר על אינטרסים אישיים. לפי ניתוח זה מתברר שחמלה היא רגש שמבוסס על הבנת הזולת, זיהוי מחשבותיו ורגשותיו, קשב לצרכיו, הזדהות עמו ונכונות לסייע לו. כאשר אדם פועל מתוך חמלה הוא אינו נכנע לנטייה אנוכית; להפך: הוא פועל למען הזולת ונדרש לעתים להתגבר על אינטרסים

47 פייפר, לעיל ה"ש 46, בעמ' 743.

48 בלום, לעיל ה"ש 40, בעמ' 231; שגיא "בין אתיקה של חמלה לאתיקה של צדק", לעיל ה"ש 3, בעמ' 175-182.

49 בלום, לעיל ה"ש 40, בעמ' 233.

אנוכיים (כגון נוחות, כסף, כבוד ועוד). ניתוח זה מאפשר גם להצביע על יתרונות החמלה. מבחינה מוסרית וראי טוב יותר שאדם יתייחס לזולתו מתוך דאגה למצבו ולגורלו מאשר מתוך אדישות. כלומר, עדיף שיתייחס לזולתו בחמלה מאשר שלא מתוך חמלה. העובדה שחמלה היא רגש טבעי, ולא חובה שמוטלת על אדם, מהווה יתרון ונראה שביכולתה רק להוסיף על כוח המשיכה שלה ולא לגרוע ממנו.⁵⁰

מהצד האחר אפשר להצביע גם על מגבלות החמלה. המגבלה העיקרית היא שתחושת החמלה חשופה להטיות. באופן טבעי אדם חש חמלה רבה יותר כלפי הקרובים לו – בני משפחתו, חבריו, בני עמו וכדומה. אפשר וראוי לחנך בני אדם לחוש חמלה באופן שווה כלפי כל בני האדם, אבל קשה לומר שהצלחתו של פרויקט כזה מובטחת. לכן קשה לחשוב על תורת מוסר המבוססת על חמלה לכדה. אכן, כמה מהכותבים העלו הצעות המבקשות לשלב בין אתיקה של חמלה לאתיקה של צדק, כלומר אתיקה שמבוססת על עקרונות כלליים ואובייקטיביים. אבי שגיא הציע לראות בשתי האתיקות שתי נקודות מבט משלימות שאדם חייב לנקוט בעת ובעונה אחת. מצד אחד אדם צריך להתבונן מנקודת מבט חומלת שמגיבה לאדם הקונקרטי ולצרכיו המיוחדים, ומצד אחר עליו להיות מחויב לעקרונות מוסריים כלליים שאינם מותנים בתגובה אישית וסובייקטיבית.⁵¹

ג. חמלה במשפט: פתיחה

נפנה עתה לשאלה העיקרית שאנחנו מבקשים לבחון: האם חמלה היא מידה טובה גם במשפט? האם שופט ראוי לנהוג בחמלה והאם ראוי שיעשה כן? מובן שיש דמיון בין שאלת מעמדה של חמלה במישור המוסרי לשאלת מעמדה במישור המשפטי. בשני המקרים מדובר בשאלה איך אפשר ליישב בין מערכת נורמות כללית ואובייקטיבית לבין יחס אישי. השאלה היא אם סוג הפתרון שהוצע בנוגע למעמד המוסרי של חמלה אפשרי גם בנוגע למעמדה המשפטי. האם חמלה יכולה להיות נקודת מבט שנקטת בעת ובעונה אחת עם נקודת מבט משפטית, כלומר עם המחויבות לעקרונות המשפט? כדי לענות על שאלה זו יש לעמוד תחילה על תפקידיה האפשריים של חמלה במשפט.

אפשר להבחין בין שני תפקידים עיקריים שחמלה יכולה למלא במשפט. תפקיד אחד הוא כשיקול קונקרטי המשפיע על ההחלטה השיפוטית. בתפקיד זה חמלה פועלת בכיוון של הקלה בדין. לדוגמה, חמלה על נאשם בדין פלילי – כגון בשל מצבו הבריאותי הקשה או משום שביצע את העבירה כתוצאה מנסיבות חיים קשות – היא שיקול שעשוי להביא לזיכוי או להקלה בעונשו. חמלה על חייב במשפט אזרחי כגון בשל מצבו הכלכלי הקשה עשויה להביא לפטור מהחוב או להקלה בו. חמלה בתפקיד זה באה אפוא לידי ביטוי ביחס מקל (mercy) כלפי נאשמים ובעלי דין.⁵² התפקיד האחר שחמלה עשויה למלא הוא של

50 ראו סנואו, לעיל ה"ש 40, בעמ' 199-200; שגיא "בין אתיקה של חמלה לאתיקה של צדק", לעיל ה"ש 3, בעמ' 173-181.

51 שם, בעמ' 206-208; ראו גם נוסבאום **מחשבות**, לעיל ה"ש 3, בעמ' 386-392; סנואו, לעיל ה"ש 40, בעמ' 200-204.

52 נוסבאום **מחשבות**, לעיל ה"ש 3, בעמ' 393-400, 446, מניחה שזה התפקיד הטבעי והעיקרי שחמלה ממלאת במשפט; הדיון הרחב בספרות במעמדם של רחמים (mercy) מתקשר לתפקיד

יחס אמפטי ואוהד לנאשמים ולבעלי דין בלי שיהיה בה בהכרח שיקול להקלה בדין. חמלה בתפקיד זה היא נקודת מבט שיכולה לשמש כלי בידי השופט להבנה והערכה של המציאות ובעיקר של בעלי הדין שלפניו. כוחה המיוחד של חמלה הוא בזיהוי מצוקה וסבל. יחס חומל יכול לאפשר לשופט להעריך את חומרת העברה ואת מידת הפגיעה בקרבנות עברה. מצד אחר, יחס אמפטי וחומל יכול לאפשר לו לזהות את המניעים של נאשמים בביצוע עברה ולהעריך את מידת אחריותם. כמו כן, יחס חומל יכול לסייע בהערכת התגובה המשפטית או הענישה ההולמת.⁵³

התחשבות בשיקולי חמלה מעוררת כמה בעיות שעליהן עמדנו בקצרה בהקדמה. בעיה יסודית אחת היא מידת ההשתלבות של שיקולי חמלה עם עקרונות משפטיים ועם מושגים של זכויות וחובות. נניח שאנחנו מאמצים תורת ענישה גמולנית, המחייבת לקבוע לנאשם עונש שמהווה גמול צודק למעשה העברה. האם חמלה על הנאשם משתלבת עם מושג הגמול הצודק? אם היא אינה משתלבת אתו, האם רשאי שופט לחרוג מעקרון הגמול ולהקל בעונשו של נאשם בשל שיקולי חמלה? שאלה דומה מתעוררת אם אנחנו בוחרים בתורת ענישה הרתעתית, שלפיה יש להטיל על נאשם עונש מרתיע (הרתעה אישית וכללית) מפני ביצוע עברה דומה. האם שיקולי חמלה משתלבים עם עקרון העונש המרתיע? אם הם אינם משתלבים, האם רשאי שופט לקבוע עונש שאינו מרתיע מטעמים של חמלה? מי שמבקש להצדיק התחשבות בשיקולי חמלה בענישה יצטרך להסביר כיצד הם משתלבים בתורת הענישה שאותה הוא מאמץ או מדוע מוצדק לסטות מעקרונות הענישה משיקולי חמלה. בעיה דומה מתעוררת בהקשרים אחרים. נניח שיש לאדם זכות כלפי חברו בגין חוב או בגין נזק שנגרם לו. האם חמלה על החייב – נאמר בשל מצבו הכלכלי הקשה – משתלבת עם מערכת הזכויות והחובות של הצדדים? ואם היא אינה משתלבת, האם שופט רשאי לפגוע בזכותו של התובע מטעמי חמלה על החייב?

בעיה יסודית אחרת קשורה כאמור ליחס שבין חמלה לבין עקרון שלטון החוק. שלטון החוק נועד, בין השאר, להבטיח שהחלטות של שופטים לא תהיינה שרירותיות או מבוססות על העדפות אישיות. הוא נועד להבטיח שהחלטות שיפוטיות תהיינה אחידות ושוויוניות עד כמה שאפשר, כדי שכל אדם יזכה להגנה שווה של החוק, וכן שתהיינה צפויות עד כמה שאפשר, כך שפרטים יידעו את תוצאות מעשיהם. חמלה משקפת תחושה סובייקטיבית או העדפה אישית של השופט ולכן היא עלולה להוביל להחלטות שתהיינה בלתי-אחידות, בלתי-שוויוניות ובלתי-צפויות.⁵⁴ מי שמבקש להצדיק התחשבות בשיקולי חמלה צריך להציע דרך שבה ההתחשבות בשיקולים הללו תהיה אחידה ושוויונית ככל האפשר.

חמלה בתפקיד השני – כיחס המאפשר לשופט לגלות הבנה טובה יותר של המציאות – אינה מעוררת בעיה של אי-התאמה לעקרונות משפטיים. היא יכולה להשתלב עם עקרונות הדין ומאפשרת לשופט להחזיק בנקודת מבט חומלת עם מחויבות לדין. עם זאת, גם תפקיד זה

זה. ראו להלן פרק ה.

53 Susan Bandes, *Compassion and the Rule of Law*, 13 Int. J. Law 184–196 (2017); Eric L. Muller, *The Virtue of Mercy in Criminal Sentencing*, 24 SETON HALL L. REV. 288 (1993-1994).

54 ראו ה"ש 4, וכן Bandes, לעיל ה"ש 53, בעמ' 184–188.

מעורר את הבעיה של הסתמכות על נקודת מבט אישית ורגשית. האם פתיחת הלב לאמפטיה וחמלה נעשית באופן שווה לכל נפש? האין היא חשופה להטיות ששופט צריך להימנע מהן? בפרק הבא נדון בגישתו של המשפט העברי לסוגיית החמלה. נראה שהמשפט העברי מתנגד להתחשבות בשיקולי חמלה כהקלה בדין. עם זאת, הוא מכיר בחמלה כמידה טובה ותומך באימוץ יחס של חמלה המשתלב עם עקרונות הדין.

ד. המשפט העברי: בין מוסר למשפט

כפי שראינו קודם לכן, במסורת היהודית חמלה נחשבת למידה טובה, אולם יחסו של המשפט העברי לחמלה מסויג. המשפט העברי מציג אפוא דגם של הבחנה בין מוסר למשפט. במישור המוסרי חמלה היא מידה טובה אבל במישור המשפטי אין לה מקום. למעשה, התמונה מורכבת יותר: המשפט העברי מטיל על צדדים לסכסוך חובה דתית-מוסרית לנהוג "לפנים משורת הדין". חובה זו עשויה לדרוש מהם להתחשב בשיקולי חמלה. השאלה שמתעוררת היא אם שופט רשאי אף הוא לשקול שיקולים שלפנים משורת הדין ובכלל זאת שיקולי חמלה. כפי שנראה, התפתחו בעניין זה גישות שונות והן משפיעות על מקומם של שיקולי חמלה במשפט.

1. חמלה ורחמים כמידות טובות

כאמור למעלה, המקרא רואה בחמלה וברחמים מידות טובות. האל מתואר במקרא "אל רחום וחנון ארך אפים ורב חסד"⁵⁵. בני אדם מצווים ללכת בדרכי האל ולחקות את מידותיו ולכן נדרשים אף הם לנהוג ברחמים. וכך דרשו חכמים:

"ללכת בכל דרכיו" (דברים יא 22) – אלו הן דרכי המקום "ה' אל רחום וחנון" (שמות לד 6). ואומר: "והיה כל אשר יקרא בשם ה' ימלט" (יואל ג 5), וכי היאך אפשר לו לאדם לקרוא בשמו של מקום? אלא נקרא המקום רחום אף אתה היה רחום, הקרוש ברוך הוא נקרא חנון אף אתה היה חנון שנאמר "חנון ורחום ה'" (תהילים קמה 8).⁵⁶

במדרש נאמר שהאל ברא את העולם בשיתוף של מידת הדין ומידת הרחמים:

אמר הקב"ה אם בורא אני את העולם במידת רחמים – הוי חיטויא סגיא (יהיו חוטאים רבים), במידת הדין – אין העולם מתקיים. אלא הריני בוראו במידת הדין ובמידת רחמים והלוואי יעמוד.⁵⁷

רעיון דומה מובא בפירושו של רש"י לפסוק "בראשית ברא אלהים":

55 שמות לד 6; במדבר יד 18; יואל ב 13; יונה ד 2; תהילים פו 15, קג 8, קיא 4, קיב 4, קמה 8; נחמיה ט 31; דברי הימים ב, ל 9. ראו גם אנציקלופדיה מקראית, לעיל ה"ש 13, בעמ' 364-367.

56 ספרי דברים, מט (מהדורת פינקלשטיין 114).

57 מדרש בראשית רבה יב, טו (מהדורות תיאודור-אלבק 112-113).

שבתחלה עלה במחשבה לבראו במדת הדין, ראה שאין העולם מתקיים הקדים
 מדת רחמים ושתפה למדת הרחמים, היינו דכתיב: ביום עשות ה' אלהים ארץ
 ושמים.⁵⁸

יש להניח שתיאורים אלה לא רק על האל באו ללמד. בתמונת העולם שהם מציבים דין
 ורחמים צריכים לשמש יחדיו. עולם שיהיה מיוסד על דין לא יוכל להתקיים כי "מי יעמוד
 לפניך בדין"; עולם שיהיה מיוסד על רחמים לא יוכל אף הוא להתקיים כי עבריינים לא
 יתנו דין על מעשיהם; אולם אין לומר שהדין היושב בדין צריך לנהוג ברחמים. השיתוף
 של מידת הרחמים ומידת הדין יכול להיעשות בתחומים שמעבר לדין וכהשלמה לו. נדמה
 שברוח זו יש לקרוא את הדברים שאמר הנביא: "משפט אמת שפוטו וחסד ורחמים עשו
 איש את אחיו."⁵⁹ חלקו הראשון של הפסוק מדבר על החובה המוטלת על השופטים לשפוט
 "משפט אמת" וחלקו השני מדבר על החובה לנהוג ב"חסד ורחמים" ביחסים הפרטיים בין
 איש לאחיו.

מידת הרחמים תופסת מקום מרכזי בתורת המוסר של הרמב"ם.⁶⁰ הרמב"ם החזיק באתיקה
 של מידות טובות (virtue ethics). אתיקה זו אינה מטילה על אדם כללים של עשה ולא-תעשה
 אלא דורשת ממנו לסגל מידות טובות שיביאו אותו לעשות את המעשה הנכון בנסיבות
 שלפניהן הוא ניצב. בעקבות זאת הרגיש הרמב"ם שעניינה של התורה אינו רק במצוות עשה
 ולא-תעשה אלא היא מצווה גם על אימוץ מידות טובות. כך כתב בספר המצוות: "וכן ציינו
 להתנהג במידה מהמידות כמו שצינו בחמלה ורחמנות והצדקה והחסד, והוא אמרו 'ואהבת
 לרעך כמוך'."⁶¹ מצוות "ואהבת לרעך כמוך" אינה מורה על ביצוע פעולה מסוימת אלא על
 אימוץ יחס כללי של אהבה לזולת, שבא לידי ביטוי באימוץ מידות טובות. אפשר להבחין
 ששתי המידות הראשונות שמזכיר הרמב"ם – חמלה ורחמנות – משקפות את ההיבט הרגשי
 ואילו שתי האחרונות – צדקה וחסד – מציינות את המעשים הנובעים מכך. הרמב"ם ראה
 אפוא חמלה כרגש אלטראיסטי שעניינו אהבה ודאגה לזולת ומידה טובה.⁶²

58 רש"י, בראשית א 1. פירושו בנוי על כך שהשם "אלהים" מייצג את מידת הדין ואילו שם "הויה"
 (ה') מייצג את מידת הרחמים. בבראשית א 1 נאמר "בראשית ברא אלהים", מכאן שבתחילה
 עלה במחשבה לבראו במידת הדין, ואילו בבראשית ב 4 נאמר "ביום עשות ה' אלהים ארץ
 ושמים", ומכאן ששיתף מידת הרחמים עם מידת הדין.

59 זכריה ז 9 וראו בפירושו של רד"ק על אתר.

60 ראו חיים שפירא "מידת הרחמים במשנת הרמב"ם: אתיקה, משפט ותיאולוגיה" הלכה ומשפט
 – ספר הזיכרון למנחם אלון 333, 333-358 (אריה אדרעי ואח' עורכים, 2018).

61 ספר המצוות לרמב"ם, שורש תשיעי (בתחילתו); ראו גם ספר המצוות, מצוות עשה ח; ראו
 הלכות דעות, א, ה-ו.

62 יש להרגיש את הניגוד בין הרמב"ם לאריסטו בעניין זה. כידוע, הרמב"ם אימץ יסודות מרכזיים
 מתפיסתו המוסרית של אריסטו ובהם האתיקה של המידות הטובות והעיקרון בדבר דרך האמצע
 (ראו שפירא, לעיל ה"ש 60, בעמ' 335 והספרות הנזכרת שם), אבל בנוגע לחמלה המשיך את
 המסורת המקראית והתלמודית.

2. דיני עונשין

אף על פי שבמישור המוסרי חמלה נחשבת למידה טובה, במישור המשפטי היחס אליה מוסיג. דיני העונשין של המשפט העברי מבוססים על עונשי חובה.⁶³ לכל עברה עונש משלה ולבית הדין אין שיקול דעת בבחירת העונש המתאים. התורה מחייבת את ביצועם של העונשים הקבועים בדין ואוסרת על הקלה בהם. בעניינו של רוצח במזיד נאמר: "לא תחוס עינך עליו ובערת דם הנקי מישראל וטוב לך" (דברים יט 13); בנוגע לעדים זוממים התורה קובעת: "ולא תחוס עינך נפש בנפש עין בעין שן בשן יד ביד רגל ברגל" (דברים יט 19-21); איסור מפורט יותר מופיע בעניינו של מסית לעבודה זרה: "ולא תחוס עינך עליו ולא תחמל ולא תכסה עליו" (דברים יג 9).⁶⁴ ממכלול האזהרות הללו עולה עיקרון כללי המחייב את השופטים למצות את הדין עם העבריין ואוסר עליהם להקל בעונשו, ואיסור זה כולל גם גילוי רחמים על הנאשם.⁶⁵ בעקבות זאת פסק הרמב"ם:

אסור לבית דין לחוס על ההורג שלא יאמרו כבר נהרג זה ומה תועלת יש בהריגת האחר ונמצאו מתרשלין בהריגתו, שנאמר ולא תחוס עינך ובערת דם הנקי, וכן אסור לבית דין לחוס על מי שנתחייב קנס שלא יאמרו עני הוא זה שלא בכוונה עשה אלא מגבין ממנו כל שיש לו בלא חנינה שנאמר ולא תחוס עינך.⁶⁶

נמצא שהמשפט העברי שולל יחס של חמלה בדיני עונשין ככל שהוא בא לידי ביטוי בהקלה בעונש המחויב לפי הדין.⁶⁷ ברם, באופן מפתיע משהו, בצד עיקרון זה קבע המשפט העברי שדיין הדין ענייני נפשות חייב להיות "רחמן". נעניין בהלכה זו כפי שנפסקה על ידי הרמב"ם:

63 אני מתייחס לדיני העונשין של המשפט העברי הקלאסי או הרשמי. בצד דיני העונשין הרשמיים התפתחה במשפט העברי מערכת ענישה יישומית שפועלת על פי עקרונות אחרים לגמרי. על ההבחנה בין שתי מערכות המשפט ראו אהרן קירשנבאום בית דין מכין ועונשין: הענישה הפלילית בעם ישראל – תורתה ותולדותיה 42-83 (2013).

64 לפי פשוטו של מקרא, האיסור לחמול על המסית הוא חלק מהאיסור הכללי ואינו מיוחד לעברה זו. הפירוט בעניינו בא על רקע האפשרות שהמסית יבוא מתוך המשפחה או מהסביבה הקרובה שעלולה לחמול ולכסות עליו (ראו רמב"ן על אתר). ברם, חכמים הרחיבו את גדרו של האיסור בעניינו של המסית ויצרו איסור מיוחד שחל בעניינו.

65 העיקרון אומץ כמוכן על ידי חכמי המדרש והתלמוד. ראו למשל ספרי דברים, קפז (מהדורת פינקשליטיין 227) וכן מדרש תנאים על ספר דברים יט 13 (מהדורת הופמן 115).

66 משנה תורה, סנהדרין, פרק כ, הלכות ה-ו.

67 השוו דורות מנשה ויחיאל קפלן "רחמים בשיפוט ובענישה" עיוני משפט לב 583, 591-594, 617-626 (2011). מחברים אלה טוענים שהמשפט העברי תומך בשיקולי חמלה. כפי שהם ציינו, דבריהם יפים בעיקר למה שהם מכנים "רחמים כמוכן החלש", כלומר יחס של חמלה שאינו מלווה בהקלה בדין (ראו שם). ברם, הם לא הזכירו את המקורות שהוזכרו כאן השוללים "רחמים כמוכן החזק", כלומר רחמים שמביאים להקלה בעונש.

אין מעמידין בכל הסנהדרין לא זקן מופלג בשנים ולא סריס מפני שיש בהם אכזריות, ולא מי שאין לו בנים כדי שיהא רחמן.⁶⁸

הלכה זו קובעת שאנשים הנחשבים לאכזריים או שאין בהם מידת רחמנות אינם רשאים להיות דיינים בסנהדרין שדנה דיני נפשות. לכאורה, הלכה זו מוקשית: אם יש איסור מוחלט על רחמים בדין, מדוע נדרש הדיין להיות רחמן? נראה כי הלכה זו מיוסדת על הבחנה בין רחמנות כתכונה אישית לבין רחמים כהקלה בדין. הרמב"ם שולל הקלה בדין מטעמי רחמים אך דורש מהדיין להיות בעל תכונת אופי של רחמנות או חמלה. תכונות אלה נחוצות לדיין כדי שידון דין אמת (ולא כדי שיקל בדין). חמלה ורחמנות מרסנות את הדיין מלפעול מתוך כעס ונקמה. הן מעניקות לו את הרגישות והזהירות הנדרשות שעה שהוא דן דיני נפשות. גישה של חמלה נחוצה במיוחד בהקשר של הגנה על הנאשם. לפי המשפט העברי, הגנת הנאשם נעשית על ידי בית הדין: הדיינים הם שממונים על בחינה קפדנית של העדויות ועל "לימוד זכות" על הנאשם.⁶⁹ כדי למלא את תפקידם זה הם צריכים לאמץ גישה חומלת במידת מה. מתברר אפוא שבצד ההתנגדות של המשפט העברי להתחשבות בשיקולי חמלה לצורך הקלה בדין, הוא מחייב יחס של חמלה שאינו מביא להקלה בדין אלא להבנה טובה של המציאות ולפסיקת דין אמת.⁷⁰

בהקשר זה יש להזכיר את העובדה הידועה שדיני העונשין של המשפט העברי, הן במישור של הדין המהותי והן במישור של דיני הראיות והפרוצדורה, מעמידים מחסומים כמעט בלתי-עבירים על יישומו של הדין.⁷¹ נוקשותו של הדין הפלילי העברי משמשת אפוא כעין חרב פיפיות: מצד אחד היא אוסרת על גילוי של רחמים בדין ומצד אחר מקשה על יישומו של הדין החמור. מקומה של חמלה במערכת מסוג זה אינו בא לידי ביטוי בהקלה בדין אלא בגישה מתונה וזהירה של בית הדין, שתכליתה הגנה על הנאשם מפני הרשעת שווא.

3. דיני ממונות

המשפט העברי אוסר על רחמים בדין גם בתחום דיני הממונות. התורה מצווה: "ודל לא תהדר בריבו" (שמות כג 3) וכן: "לא תשא פני דל ולא תהדר פני גדול בצדק תשפט עמיתך"

68 משנה תורה, סנהדרין, פרק ב, הלכה ג; מקורה של ההלכה בתוספתא, סנהדרין ז, ה; ובבלי, סנהדרין לו, ע"ב.

69 ראו משנה, סנהדרין א, ו "ושפטו העדה" והצילו העדה" – עדה שופטת ועדה מצלת". וכן משנה, סנהדרין ד, א; משנה תורה, סנהדרין, פרק יא, הלכה א; "לימוד זכות" הם הטיעונים המשפטיים לזכותו של הנאשם. בית הדין מופקד עליהם אבל כל אדם רשאי להעלותם. ראו משנה תורה, סנהדרין, פרק יא, הלכה ח.

70 ראו מנשה וקפלן, לעיל ה"ש 67, בעמ' 600-602, 617-626.

71 ראו את המשנה הידועה "סנהדרין ההורגת אחד בשבוע נקראת חובלנית, ר' אלעזר בן עזריה אומר: אחד לשבעים שנה. ר' טרפון ור' עקיבא אומרים: אלו היינו בסנהדרין לא נהרג אדם מעולם" (משנה, מכות א, י). בתלמוד הסבירו שהימנעות מעונש מוות נעשתה תוך שימוש בדיני ראיות קפדניים (בבלי, מכות ז, ע"א). לדיון בעניין זה ראו אהרן קירשנבאום "מקומה של הענישה במשפט הפלילי העברי" עיוני משפט יב 253, 253-273 (1987); אהרן אנקר עיקרים במשפט הפלילי העברי 23-74 (2006).

(ויקרא יט 15). המניעים לשאת "פני דל" עשויים להיות מניעים של חמלה או של צדקה, ואף על פי כן התורה אוסרת זאת וקובעת שהעיקרון המנחה הוא "בצדק תשפט עמיתך". העקרונות הללו אומצו על ידי חכמים שקבעו במשנה את הכלל "אין מרחמין בדין"⁷². ברוח זו מפרש המדרש את הפסוק "שפטו דל ויתום עני ורש הצדיקו" (תהילים פב 3). המדרש מדייק בלשון הכתוב: "תרחמו אין כתיב כאן אלא הצדיקו. הצדיקו עליו את הדין, לא בשביל שהוא יתום או עני לומר ליתן לו משל עשיר"⁷³. הכתוב בתהילים דורש לעשות עם העניים צדק ולא רחמים. נטילת ממון מן העשיר שלא כדין, רק מפני שיריבו הוא יתום או עני – אסורה. בעקבות זאת פסק הרמב"ם:

וכן בדיני ממונות אין מרחמין על הדל, שלא תאמר עני הוא זה ובעל דינו עשיר, הואיל ואני והעשיר חייבין לפרנסו, אזכנו בדין ונמצא מתפרס בכבוד. על זה הזהירה תורה ודל לא תהדר בריבו, ונאמר לא תשא פני דל.⁷⁴

ועוד פסק:

כשיתבע המלוה הלואתו אף על פי שהוא עשיר והלוה דחוק וטרוד במזונות אין מרחמין בדין אלא גובין לו חובו עד פרוטה אחרונה מכל מטלטלין שימצאו לו, ואם לא הספיקו המטלטלין גובין לו מן הקרקע.⁷⁵

עמדתו העקרונית של המשפט העברי היא אפוא ששיקולי רחמים אינם יכולים להתחרות עם זכויות רכושיות של אדם ואינם מצדיקים פגיעה בהן. דיין חייב לפסוק בהתאם לדין תוך כיבוד זכויותיו של אדם, ואין הוא רשאי להקל בחובו של החייב גם אם הוא נמצא במצוקה כלכלית או אחרת. ככל שחמלה באה לידי ביטוי בויתור או בהקלה על חוב, אין הדין רשאי להפגין חמלה.

4. לפנים משורת הדין

המסלול שבו חמלה יכולה לבוא לידי ביטוי מעשי בדין הוא המסלול של "לפנים משורת הדין". ההלכה קבעה חובה עקרונית לנהוג לפנים משורת הדין במקום שהדבר מתחייב.⁷⁶ חמלה על אדם בשל מצבו הכלכלי או האישי עשויה להיות שיקול שבגיניו צד לסכסוך נדרש לוותר על זכותו לפי הדין. ברם, חובה זו היא בעיקרה חובה דתית או מוסרית ואינה חובה מן הדין. בתלמוד נזכר מעשה שבו הורה דיין לבעל דין לנהוג לפנים משורת הדין. מקרה

72 משנה, כתובות ט, ב-ג ודברי ר' עקיבא שם.

73 מדרש תהילים, מזמור פב (מהדורת בובר, התשכ"ו). כלומר, לא בשביל שהוא יתום נאמר שיש לתת לו משל העשיר.

74 משנה תורה, סנהדרין, פרק כ, הלכה ז. הלכה זו היא המשכה של ההלכה שנזכרה למעלה בעניין ענישה.

75 משנה תורה, הלכות מלוה ולוה, פרק א, הלכה ד; וכן נפסק בטור ובשולחן ערוך, חושן משפט, סימן צו סעיף ח.

76 מנחם אלון המשפט העברי: תולדותיו, מקורותיו, עקרונותיו 137-138 (מהדורה שלישית, התשל"ג).

זה עורר דיון בין הפוסקים בנוגע לשאלה אם דיין רשאי להורות על מעשה לפנים משורת הדין ואם החובה עשויה להיחפך לחובה משפטית.⁷⁷ המעשה המדובר מופיע בתלמוד בבלי, בבא מציעא פג ע"א:⁷⁸

רבה בר בר חנן, שכרו לו סבלים חבית של יין. עיכב (בידו) את גלימותיהם. באו ואמרו לרב. אמר לו: השב להם את גלימותיהם. אמר לו כך הדין? אמר לו: כן,⁷⁹ "למען תלך בדרך טובים" (משלי ב 20). השיב להם את הגלימות. אמרו לו: עניים אנחנו, עובדים כל היום, ועכשיו רעבים אנחנו ואין לנו מה לאכול. אמר לו: תן להם את שכרם. אמר לו: כך הדין? אמר לו: כן,⁸⁰ "וארחות צדיקים תשמור" (שם).

הסיפור מניח שהסבלים התרשלו בנשיאת חבית היין ולכן הם אחראים על שבירתה.⁸¹ כמו כן הוא מניח שלפי הדין התובע רשאי לעכב את בגדיהם של הסבלים ואף להימנע מלשלם את שכרם עד שישלמו לו את חובם. אף על פי כן הורה רב לרבה בר בר חנן להשיב את הגלימות ולשלם את השכר. בתגובה לתמיהתו "כך הדין?" נימק רב את החלטתו בפסוק מספר משלי: "למען תלך בדרך טובים וארחות צדיק תשמור". הווה אומר: ההחלטה אינה נובעת מכך שלפי דיני הנזיקין אין הם נושאים באחריות או מכך שאין הוא רשאי לעכב את שכרם ורכושם; ההחלטה מבוססת על עיקרון מוסרי של "למען תלך בדרך טובים". הסבלים הם שכירי יום שאין להם מה ללבוש מלבד גלימתם שהפקידו אצל בעל הבית ואין להם מה לאכול מלבד השכר היומי שציפו לו. לעומתם, התובע הוא בעל יכולת כלכלית, וגם אם נגרם לו הפסד לא יפגע הדבר במזונותיו. הפסיקה של רב אינה נובעת מן הדין; היא מבוססת על חמלה כלפי הסבלים ועשיית חסד אתם. הנימוק "למען תלך בדרך טובים וארחות צדיקים תשמור" מטיל חובה מוסרית לפעול מתוך רחמים גם בהיעדר חובה משפטית לנהוג כך. השאלה שמתעוררת היא כיצד יש לראות את ההוראה של רב: האם מדובר בהוראה דתית-מוסרית או בפסק דין מחייב של דיין? אם מדובר בפסק דין של דיין אפשר ללמוד מכאן ששופט רשאי לפסוק מתוך שיקולי רחמים; לעומת זאת, אם מדובר בהוראה דתית-מוסרית, הרי היא מופנית ככלות הכול לרצונו הטוב של בעל הדין. רב סעדיה גאון אמר:

77 שאלה דומה עלתה גם בהקשר של המשפט הישראלי. ראו רון ש' קליינמן "כפיית נורמות של 'לפנים משורת הדין' על גופים ציבוריים" ספר שמגר 469 (אהרן ברק עורך, 2003).

78 הטקסט מובא בתרגום לעברית. הנה המקור הארמי: רבה בר בר חנן תברו ליה הנהו שקולאי חבייתא דחמרא. שקל לגלימיהו, אתו אמרו לרב. אמר ליה: הב להו גלימיהו. – אמר ליה: דינא הכי? – אמר ליה: אין, למען תלך בדרך טובים (משלי ב 20). יהיב להו גלימיהו. אמרו ליה: עניי אנן, וטרחינן כולה יומא, וכפינן, ולית לן מידי. אמר ליה: זיל הב אגרייהו. – אמר ליה: דינא הכי? – אמר ליה: אין, וארחות צדיקים תשמר (שם).

79 כך לפי הרפוס וכתבי היד מינכן, פירנצה, ותיקן 115, ותיקן 116-117. עם זאת, הרי"ף לא גרס כן וציין בפירושו "ולא אמר ליה אין (כן)". ראו על חשיבות העניין להלן אפרים א' אורבך חז"ל: פרקי אמונות ודעות 291 (1982).

80 חסר בכ"י מינכן ובעדי נוסח נוספים וראו בדיון להלן.

81 רש"י ומפרשים אחרים. לדיון מפורט במעשה ובפרשנות שעליו ראו Shmuel Shilo, *On One Aspect of Law and Morals: Lifnim Mishurat Hadin*, 13 *ISR. L. REV.* 359, 359-390 (1978).

ומה שכינוהו החכמים "דרך טובים וארחות צדיקים" צריך ללכת בעקבותיו, אלא שזאת מצווה על הבעלים ולא על הדיין. אבל הדיין לא יוסיף בדין ולא יחסיר ולא ירחם, כמאמרו: "לא תעשו עול במשפט לא תשא פני דל".⁸²

לפי רס"ג, העיקרון של "דרך טובים" מופנה לבעלי הדין כהוראה דתית ומוסרית ואין הוא מבטא החלטה שיפוטית. גם הרי"ף הלך בדרך זו והדגיש כי במענה לשאלתו של רבה בר בר חנן "כך הדין?" רב לא אמר "כן"⁸³ – ומכאן שאין זה הדין. לכן רב "בא עליו בדרך אחרת" (כלשון הרי"ף), כלומר הטיל עליו חובה מוסרית-דתית מכוח העיקרון "למען תלך בדרך טובים". גם הרמב"ם החזיק בעמדה עקרונית שלפיה המושג של "לפנים משורת הדין" מופנה לבעלי הדין ואי-אפשר לכפותם לנהוג כן.⁸⁴ בעקבות זאת הוא לא פסק להלכה את המעשה הנזכר בעניין הסבלים.⁸⁵ הטור הביא את המסקנה העולה מן המעשה אבל הדגיש שאין מדובר בחובה משפטית:

המעביר חבית ממקום למקום ונתקל בדרך ישרה ונשבר החבית הוי פשיעה וחייב אפילו אם הוא שומר חנם. מכל מקום מצוה הוא לעשות לו לפנים משורת הדין וליתן לו שכרו אם אין לו מה יאכל.⁸⁶

הטור הבחין בין "החובה" המשפטית המוטלת על מזיק שהתרשל לשלם את הנזק שגרם לבין "המצווה" הדתית המוטלת על הניזוק לפעול לפנים משורת הדין וליתן לו את שכרו. לעומת גישה זו, פוסקים אחרים למדו מן המעשה שהדיין רשאי לפסוק לפנים משורת הדין. כך כתב רבי מרדכי בן הלל הכהן:

וכיון שאנו רואים (שחכמי התלמוד) היו כופים אותם לעשות כך, גם אנחנו כופים לעשות לפנים משורת הדין, אם היכולת בידו (של הנתבע) לעמוד בחובה זו, כלומר שהוא עשיר.⁸⁷

ר' יואל סירקיס בפירושו "בית חדש" על הטור קבע: "וכן נוהגים בכל בית דין בישראל לכוף עשיר בדבר ראוי ונכון, ואף על פי שאין הדין כך".⁸⁸ פוסקים אלה סבורים שדיין רשאי

82 ירחמיאל ברודי החיבורים ההלכתיים של רב סעדיה גאון 225 (התשע"ה).
 83 כאמור למעלה, נוסח התלמוד שבידי הרי"ף לא כלל כאן את התיבה "אין" (כן) שנמצאת בנוסח שלפנינו. ראו אורבך, לעיל ה"ש 79.
 84 ואכן כך פסק בפירוש בנוגע למקום שהרבים מצויים שם, משנה תורה, הלכות גזילה ואבידה, פרק יא, הלכה ז': "הרוצה לילך בדרך הטוב והישר ועושה לפנים משורת הדין מחזיר את האבידה לישראל כשיתן את סימניה".
 85 משנה תורה הלכות שכירות, פרק ג, הלכה ב. הרמב"ם ציין את החובה של אדם שנשכר להעביר חבית יין ונשברה לשלם את הנזק אך לא הזכיר את המקרה החרגי הזה.
 86 טור חושן משפט, הלכות שומר שכר, סימן שד. כך פסק גם הרא"ש, בבא מציעא כד, ע"ב. דבריו הובאו גם בבית יוסף חו"מ יב, ו.
 87 בלשון המקור: "וכיון דחזינן דהוה כייפי להו הכי, כדאיתא סוף פרק האומנין (ב"מ פג ע"א), גם אנן כייפינן למיעבד לפנים משורת הדין, אם היכולת בידו לעשות, רוצה לומר שהוא עשיר". מרדכי, בבא מציעא פרק ב, רנו.
 88 בית חדש על טור, חושן משפט, יב, ד; על כל העניין ראו אלון, לעיל ה"ש 76, בעמ' 137-148.

לעתים לפסוק לפני משורת הדין, אולם גם הם הגבילו זאת למקרים שבהם מדובר בנתבע עשיר שיש ביכולתו לעמוד בחובה זו.

נמצא כי לאחר התלמוד התפתחו שתי גישות עקרוניות בנוגע לפסיקה לפני משורת הדין. לפי מסורת אחת, שהיא בעיקרה מסורת הגאונים וחכמי ספרד, הדין רשאי לפסוק ולחייב רק מה שהוא חובה על פי דין; לכל היותר הוא רשאי להמליץ על התנהגות לפני משורת הדין אך אין הוא רשאי להורות על כך והדבר מסור בידיו של הפרט. לעומת זאת, לפי גישה אחרת, בעיקרה אשכנזית, הדין רשאי לפסוק גם לפני משורת הדין. מעמד של שיקולי חמלה תלוי ביחס לפסיקה לפני משורת הדין: מי שסבור שהשופט אינו רשאי לפסוק לפני משורת הדין סבור גם שאין שהוא רשאי לפסוק מתוך חמלה, ומי שסבור שהשופט רשאי להורות לנהוג לפני משורת הדין סבור שהוא רשאי גם לפסוק מתוך חמלה. אף על פי שלדעת רבים מהפוסקים דין רשאי לפסוק לפני משורת הדין, פוסקים בני זמננו – ובכלל זאת בתי הדין הרבניים בישראל – נמנעים מלפסוק "לפנים משורת הדין" ומקפידים על ההבחנה בין "הדין" לבין "לפנים משורת הדין".⁸⁹

ה. חמלה כשיקול בענישה

1. חמלה וגמול צודק

בשיטות משפט מודרניות יש לבתי משפט שיקול דעת בקביעת העונש הראוי לנאשם בשל עברה שביצע. השאלה היא אם ראוי שבמסגרת שיקול דעתו יתחשב בית המשפט בשיקולי חמלה. מקומה של חמלה בתחום זה נדון בספרות בהרחבה.⁹⁰ במוקד הדיון ניצבת הבעיה של הניגוד בין חמלה למטרות הענישה ובמיוחד לעקרון הגמול הצודק. אם מאמצים תורת ענישה גמולנית, השופט מחויב להטיל על הנאשם עונש שמהווה גמול צודק על מעשה העברה. גמול צודק הוא הגמול הראוי לעברה לפי מידת חומרתה בנסיבות הקונקרטיות שבהן היא בוצעה.⁹¹ כדי להעריך את חומרת העברה השופט נדרש להעריך את מידת הנזק שגרמה העברה וכן את מידת אחריותו של הנאשם. במסגרת ההערכה של אחריות הנאשם נשקלים

89 קליינמן, לעיל ה"ש 77, בעמ' 484-485.

90 A. Smart, *Mercy*, Phil. 43, 345 (1968) JEFFREY MURPHY & JEAN HAMPTON, *MERCY AND FORGIVENESS* (להלן: סמארט); מולר, לעיל ה"ש 53; R. G. Fox, *When Justice Sheds a Tear: The Place of Mercy in Sentencing*, 25 MONASH U. L. REV. 1 (1999); Dan Merkel, *Against Mercy*, 88 MINN. L. REV. 1421 (2003-2004); דניאל סטטמן "המעמד המוסרי והמשפטי של רחמים (mercy) – מגמות בפלילים – עיונים בתורת האחריות הפלילית (אליעזר דרמן עורך, 2001); מנשה וקפלן, לעיל ה"ש 67.

91 דובר מרכזי של תורת הגמול הוא הפילוסוף עמנואל קאנט. ראו IMMANUEL KANT, *PHILOSOPHY OF LAW* 194-204 (W. Hastie trans., 1974); H.L.A HART, *PUNISHMENT AND RESPONSIBILITY* 210-237 (1968); ANDREW VON HIRSCH, *DOING JUSTICE* (1976); LEO ZEIBERT, *PUNISHMENT AND RETRIBUTION* (2006); ראו גם את מגוון המאמרים בקובץ: RETRIBUTIVISM: ESSAYS ON THEORY AND POLICY (M. D. White ed., 2011); לדין בעברית ראו רות קנאי "היחס בין מטרות הענישה ושיקולי הענישה לשיקול הדעת של השופט בקביעת העונש" מחקרי משפט י 39, 92-93 (1993).

גם שיקולים הנוגעים לרקע ולמניעים לביצוע העברה. לדוגמה, אחריותה של אשה שתקפה את בעלה בעקבות התעללותו בה חמורה פחות מאחריותו של אדם שתקף את חברו על רקע סכסוך שכנים. התחשבות ברקע העברה אינה אפוא עניין של חמלה אלא שיקול של צדק גמולי. כאשר מדובר על התחשבות בשיקולי חמלה מדובר על שיקולים שחורגים משיקולי הגמול הצודק. החריגה יכולה להיות בטיב הנסיבות המובאות בחשבון או במידת השפעתן. לדוגמה, מקובל להניח שלצורך הגמול הצודק מתחשבים בנסיבות הקשורות בביצוע העברה בלבד.⁹² התחשבות בנסיבות שאינן נוגעות לביצוע העברה היא חריגה משיקולי הגמול הצודק. כמו כן, התחשבות בנסיבות הנוגעות לביצוע העברה באופן שמעניק להן משקל רב מכפי שנדרש במסגרת שיקולי הגמול, גם היא חריגה משיקולי הגמול הצודק. המונח המקובל בספרות לשיקול מסוג זה הוא "רחמים של ממש" (true mercy) או "רחמים במונח החזק", להבדיל מ"גישה של רחמים" (mercy as attitude) או "רחמים במונח החלש", שמשמעותם יחס חומל שאינו מביא לחריגה מהגמול הצודק.⁹³

אם חמלה היא שיקול עצמאי, שאינו נכלל בשיקולי הגמול הצודק, היא תביא בהכרח לסטייה מן העונש הצודק. יש אפוא סתירה עקרונית בין חמלה לצדק גמולי. בעקבות זאת סבורה סיעה של משפטנים ופילוסופים של המשפט ששופט אינו רשאי לנהוג בחמלה במסגרת שיקולי ענישה. כך לדוגמה כתב ג'פרי מרפי (Jeffrey Murphy): "שופטים בעניינים פליליים מחויבים לצדק [...] אין מקום לרחמים כעיקרון אוטונומי שתפקידו להמתיק את הצדק."⁹⁴ ברומה קבע דניאל סטטמן: "אין מקום למושג 'חסד' בתיאוריה גמולנית של ענישה התובעת כי אדם יקבל את שמגיע לו – לא פחות ולא יותר."⁹⁵

יש לציין שגם מנקודת מבט תועלתנית שיקולים של חמלה הם בעייתיים. אם מאמצים תורת ענישה הרתעתית, העונש הראוי הוא העונש שמרתיע את העבריין ועבריינים פוטנציאליים אחרים מלבצע עברה דומה. הקלה בעונש המרתיע פוגעת במטרת הענישה ולכן אינה מוצדקת. בנתהאם, מהדוברים הבולטים של תורת ההרתעה, ראה את הסכנה הגדולה בהקלה בעונש: "הסכנה הגדולה נמצאת בטעות בצד של המינימום משום שבמקרה כזה העונש אינו אפקטיבי."⁹⁶ לשיטתו, הקלה בעונש מטעמים של חמלה אסורה משום שהיא פוגעת באפקטיביות של העונש.⁹⁷

92 שם, בעמ' 42-56. זו גם הכרעתו של המחוקק בישראל, ראו ס' 40 לחוק העונשין, התשל"ז-1977 וראו בדיון להלן.

93 פוקס, לעיל ה"ש 90, בעמ' 13-15; מולר, לעיל ה"ש 53, בעמ' 313; מנשה וקפלן, לעיל ה"ש 67, בעמ' 589-595.

94 מרפי, לעיל ה"ש 90, בעמ' 173-174.

95 סטטמן, לעיל ה"ש 90, בעמ' 16; ראו גם סמארט, לעיל ה"ש 90.

96 1 KEREMY BENTHAM, PRINCIPLES OF PENAL LAW 2, CH 4 (1840)

97 מעניין להזכיר בהקשר זה את דבריו של הרמב"ם, שהחזיק אף הוא בתורת ענישה הרתעתית: "התועלת של זה (ענישה) ברורה ומחזורת כי אם לא ייענש העבריין לא יסולק שום נזק כלל ולא יירדע מי שמתכוון לעבור עבירה. איך הדבר כאיולתו של מי שטוען שהימנעות מעונשים מהווה חמלה כלפי הבריות. אדרבא זו עצם האכזריות כלפיהם ושיבוש סדר המדינה" (מורה הנבוכים, חלק ג, פרק לה, 546-547 (מהדורת מיכאל שוורץ, 2002).

עיקרו של דבר: מנקודת מבט של תורת ענישה עקבית, גמולנית או הרתעתית, קשה לכאורה להצדיק הקלה בדין הבאה מתוך חמלה. כדי להצדיק זאת נדרש להחזיק בתורת ענישה מעורבת שמשלבת מטרות נוספות. כך לדוגמה כותבים דורון מנשה ויחיאל קפלן:

לרחמים במובן החזק, כאקט שיורי החורג מעקן ההלימה, אין לכאורה מקום בשיטת משפט גמולנית טהורה. כדי להצדיק שימוש בהם נדרשת טענה נוספת והיא כי בצד ההכרה בחשיבותו של שיקול הגמול יש להכיר בעובדה שהוא אינו חזות הכול, אלא רק אחד ממכלול של שיקולים הפועלים יחדיו בענישה. [...] הרחמים במובן החזק מסייגים את תפיסת הצדק הפורמליסטית. הם מזכירים לנו שתכלית העל של המשפט אינה הגמול לבדו אלא גם הגשמת ערכים נעלים כגון שימור טיפוח של קשרים קהילתיים תקינים ומועילים, וטיפוח מציאות נורמטיבית של כבוד הדדי ותקווה.⁹⁸

אכן, אם מאמצים תורת ענישה מעורבת, שלפיה מטרות הענישה כוללות – בצד עקרון הגמול – גם עקרונות נוספים, אפשר להצדיק יחס של חמלה ורחמים במידה שהם מקדמים את העקרונות הללו. אולם, אם רואים בעקרון הגמול את העיקרון השליט, הקובע לכל הפחות את מתחם הענישה הראוי, קשה לכאורה להצדיק יחס של חמלה. הדעה הרווחת כיום רואה בעקרון הגמול את העיקרון השליט בענישה.⁹⁹ מחוקקים רבים ובהם גם המחוקק הישראלי אימצו את עקרון הגמול כעיקרון המנחה בענישה.¹⁰⁰ לפיכך יש אתגר מיוחד בבחינה של מקום החמלה במסגרת תורת ענישה גמולנית.

2. חמלה ויושר

אחד הניסיונות להתמודד עם בעיית היחס שבין חמלה לצדק נעשה באמצעות עקרון היושר, הידוע מכתביו של אריסטו.¹⁰¹ אריסטו עמד על כך שהחוק מטבעו כללי ואינו יכול להיות רגיש למקרים מיוחדים ויוצאי-דופן. יישום הדין במקרים יוצאי-דופן עלול להביא לתוצאה לא צודקת. הפתרון לבעיה זו הוא שימוש בעיקרון משלים שאותו כינה הגינות או יושר (ביוונית: *epieikia*)

98 מנשה וקפלן, לעיל ה"ש 67, בעמ' 605-606; ראו גם פוקס, לעיל ה"ש 90, בעמ' 13-15.

99 ראו ה"ש 91 לעיל.

100 ס' 40 לחוק העונשין (תיקון 113 קובע שהעיקרון המנחה בענישה הוא עקרון ההלימה, שמשקף את עקרון הגמול). לדיון בדין הישראלי ראו להלן פרק ו'; על השיטה האמריקנית ראו למשל Albert Alshuler, *The Changing Purposes of Criminal Punishment: A Retrospective on the Last Century and Some Thoughts about the Next 70* U. CHI. L. REV. 1 (2003) עם זאת, שיטות רבות לא אימצו בפירוש עיקרון מנחה בענישה. לסקירה של מטרות הענישה בשיטות שונות ראו ליאור בן רוד, אורלי פישמן ודינה צדוק הבניית שיקול הרעת השיפוטי בענישה – סקירה משווה (הכנסת, מחלקת מידע ומחקר, 2006).

101 Martha Nussbaum, *Equity and Mercy*, 22 PHIL. & PUB AFF 83, 83-125 (1993); נוסבאום מחשבות, לעיל ה"ש 3, בעמ' 441-453; ראו גם שגיא "בין אתיקה של חמלה לאתיקה של צדק", לעיל ה"ש 3.

כשהחוק מדבר, אפוא, על תחום מסוים בקביעות כלליות, ולמעשה יקרה דבר מה החורג מקביעות אלו אזי יהיה נכון – במקרים שהמחוקק לא לקח אותם בחשבון ושגה בקביעות פשוטות למדי – לתקן את אשר חיסר הלה, ולומר את אשר המחוקק עצמו היה אומר אילו היה נמצא באותו מעמד, והיה שם לחוק, אילו ידע שמקרה כזה עשוי לקרות.¹⁰²

אפשר לראות קרבה בין חמלה ליושר. שופט שמגלה חמלה עושה זאת משום שהוא מוצא את המקרה הקונקרטי שלפניו חריג בהשוואה לכלל ומחייב הקלה בדין. אכן, מרתה נוסבאום הראתה שבספרות היוונית והרומית חמלה ורחמים בדין נתפסו במסגרת מושג היושר.¹⁰³ הצדק נתפס כקשה ומחמיר ואילו היושר נתפס כמקל ומתחשב בנסיבות המיוחדות של כל מקרה. היא ביקשה להמשיך מסורת זו ולהצדיק את החמלה במסגרת היושר. לפי זה, יש לראות בחמלה עיקרון משלים לעקרון הגמול הצודק.

הקשר בין חמלה ליושר טעון הסבר. עקרון היושר דורש בחינה של הפרטים והנסיבות המיוחדות של כל מקרה לצורך גזר הדין. בחינה כזו היא ניטרלית מבחינת תוצאותיה – הקלה או החמרה בדין. יהיו מקרים שבהם בחינה של הנסיבות המיוחדות תביא לחמלה ולהקלה בעונשו של הנאשם, ויהיו מקרים אחרים שבהם בחינה של הנסיבות תביא דווקא להחמרה בעונשו של הנאשם. כך יהיה לדוגמה בפשעים חמורים שבוצעו בדם קר לשם בצע כסף או לשם כוונת זדון אחרת. מדוע להניח אפוא שיש קשר בין יושר לחמלה? זו תשובתה של נוסבאום: תנאי החיים מעמידים מכשולים המקשים על בני אדם לעמוד בסטנדרט המוסרי והחוקי הנדרש מהם. בני אדם רבים גדלים בתנאים קשים שמביאים אותם לפשע. בני אדם אחרים מסתבכים בכעיות אישיות וכלכליות שמכשילות אותם. רק מעטים באמת פועלים מתוך רוע. התבוננות בנסיבות המיוחדות של כל עבריין ובתנאי החיים שבהם גדל ופעל תביא בדרך כלל לגישה חומלת ומקלה. עקרון היושר מביא בדרך כלל ליחס של חמלה.

הפתרון של נוסבאום לבעיית הניגוד בין חמלה לצדק גמולי הוא אפוא זה: חמלה אינה פוגעת בצדק אלא משלימה אותו. חמלה אינה מיותרת שכן בלי חמלה מושג הצדק נותר סימטרי וקשה. חמלה מרככת אותו ומתאימה אותו לנסיבות המיוחדות של המקרה ושל העבריין האינדיבידואלי.

דניאל סטטמן טען שאימוץ גישה של נוסבאום מוביל לערעור מושג האחריות של אדם למעשיו.¹⁰⁴ הוא טען שככל שאנחנו מעמיקים להתבונן בנסיבות חייו של העבריין מתוך רצון

102 אריסטו, לעיל ה"ש 17, בעמ' 133-134; ליבס תרגם את המונח היווני *epieikeia* "הגינות", אבל מונח זה נהפך בעברית המודרנית כתרגום של *fairness* ולכן אינו הולם את המונח היווני. המונח העברי הולם מושג זה הוא "יושר", שמשמש גם כתרגומו של המונח האנגלי המקביל *equity* (דיני היושר במשפט האנגלי שימשו גם כמנגנון משלים למשפט, אלא שהם התגבשו למערכת כללים פורמלית ולא שמרו על המסגרת המופשטת של עקרון היושר היווני). ראו בכלליות (Sarah Wothington, *Equity* (2006).

103 Nussbaum, *Equity and Mercy*, לעיל ה"ש 101.

104 סטטמן, לעיל ה"ש 90, בעמ' 21-31; ראו גם דניאל סטטמן "ספרות משפט ורחמים" מחקר משפט יח 53, 54 (2002); לביקורת נוספת על נוסבאום ראו Michael Weber, *Compassion and Pity: An Evaluation of Nussbaum's Analysis and Defense*, 7 *ETHICAL THEORY & MORAL PRACT.* 487, 487-511 (2004).

לעמוד על מניעיו ומעשיו, כן אנחנו מאבדים את היכולת לראותו אחראי למעשיו. הדבר בולט במיוחד בנוגע לעבריינים שבמבצעים עברות של אלימות חמורה, התעללות ופגיעה מינית. עברות כאלה מעוררות זעם מיוחד ודורשות ענישה חמורה. והנה, כפי שמראים מחקרים, רבים מהעבריינים שמבצעים עברות כאלה סבלו בצעירותם מדברים דומים. אם מאמצים תפיסה דטרמיניסטית שלפיה נסיבות חייהם הובילו אותם לבצע את העברות, כי אז לא רק שאין בסיס להטיל עליהם את העונש הראוי אלא אין בסיס להטיל עליהם כל אשמה.¹⁰⁵ ביקורת זו גורפת מדי. נוסבאום אינה מחזיקה בדטרמיניזם קשה שלפיו בני אדם אינם אחראים למעשיהם; היא סבורה שבני אדם אחראים למעשיהם ונדרשים לתת עליהם דין וחשבון. עם זאת, הם ראויים לחמלה כשיש נסיבות המצדיקות הקלה בדינם.

הוויכוח בין נוסבאום וסטטמן מתקשר לשאלת השיקולים שצריכים להיכלל במסגרת הגמול הצודק. האם במסגרת תורת ענישה גמולנית ראוי להתחשב ברקע של העברייני ובנסיבותיו האישיות שאינן קשורות בביצוע העבירה? לפי התפיסה הגמולנית המקובלת, עקרון הגמול דורש התחשבות במעשה העבירה בלבד. העונש צריך להיות גמול צודק על העבירה לפי חומרתה. הערכה של חומרת העבירה צריכה להיעשות לפי שני קריטריונים עיקריים: מידת הנזק שנגרם לחברה ומידת אשמתו של העברייני. היבטים אישיים שאינם קשורים למעשה העבירה אינם צריכים להישקל במסגרת זו.¹⁰⁶ הטעם העיקרי לכך הוא שעקרון הגמול דורש גמול על המעשה שפגע בחברה ואין הוא בא לגמול לאדם על כלל מעשיו או על אישיותו. נוסף על כך, עמדה זו מניחה שבני אדם הם אוטונומיים ואחראים למעשיהם. גם אם אדם חווה נסיבות אישיות קשות הוא מסוגל ונדרש לעמוד בסטנדרט מוסרי ומשפטי. אם אינו עומד בכך, עליו לתת את הדין. לעומת גישה זו, יש גישה הסבורה שבמסגרת עקרון הגמול יש לשקול גם את הרקע של העברייני ואת נסיבותיו האישיות. עמדה זו מבוססת על ההנחה שהרקע של העברייני והנסיבות האישיות הם מהגורמים שהשפיעו, גם אם בדרך עקיפה, על ביצוע העבירה. מידת אחריותו של העברייני מושפעת מהנסיבות הללו ולכן הערכה של הגמול הצודק חייבת להביא אותן בחשבון.¹⁰⁷ גם לפי גישה זו של נוסבאום יש להתחשב ברקע ובנסיבות האישיות של העברייני בעת קביעת העונש: הנסיבות הללו הן ביטוי של חמלה המשמשת גורם המשלים ומשכלל את שיקולי הגמול הצודק.

105 צריך לומר שוויתור על מושג האשמה אינו מחייב ויתור על ענישה; הוא מחייב שינוי של תורת הענישה. ללא מושג של אשמה אי-אפשר להחזיק בתורת ענישה גמולנית אבל אפשר לאמץ תורת ענישה אחרת כגון תועלתנית, שבמרכזה מטרות של מניעה והרתעה. סטטמן עצמו כמובן מסתייג מכך. הוא מחזיק בתפיסה של אחריות ושל אשמה ולכן תומך בתורת ענישה גמולנית. ראו גם סטטמן, לעיל ה"ש 104.

106 RICHARD G. SINGER, JUST DESERT: SENTENCING BASED ON EQUALITY AND DESERT 1979, 75-95; קנאי, לעיל ה"ש 91, בעמ' 46-52. קנאי מתייחסת בעיקר למצב הסוציו-אקונומי של העברייני אבל למעשה מדובר במכלול של נסיבות אישיות וחברתיות שאינן חלק ממעשה העבירה ובכל זאת יש להן השפעה על העברייני.

107 שם. לפי קנאי, הטעמים העיקריים להעדפת הגישה הראשונה הם בעיקר מעשיים. לשופט קשה מאוד להעריך את מידת ההשפעה של נסיבות עקיפות כגון מצבו החברתי-כלכלי של העברייני. נוסף על כך, התחשבות בגורמים כגון אלה תביא לענישה לא שוויונית.

נוסבאום מציגה גישה התומכת בחמלה באופן רחב וכמעט גורף ולכן עוררה גישה הסתייגויות; אולם הדגם הבסיסי שהציעה – שלפיו יש לראות שיקולי חמלה כשיקולים משלימים לשיקולי צדק גמולי – נכון בעיני. בפרק הבא אדון במשפט הישראלי ואראה שהניסיונות להגדיר צדק גמולי באופן מדויק, כפי שנעשה דרך משל בחקיקת תיקון 113 לחוק העונשין, נדונו לכישלון ועל כל פנים טעונים השלמה ותיקון. פסיקת בתי המשפט בערכאות השונות משקפת ניסיונות חוזרים ונשנים לתקן או להשלים את ההגדרה החוקית של הצדק הגמולי. למעשה, מדובר בשילוב של שיקולי חמלה במסגרת שיקולי הצדק הגמולי. הדרך הטובה ביותר להסביר את השילוב בין שיקולי חמלה לשיקולי צדק היא באמצעות דגם של חמלה כמנגנון המשלים ומשכלל את הצדק הגמולי.

1. שיקולי חמלה בדין הישראלי

1. עקרונות ושיקולי ענישה

בפרק ו' סימן א' 1 של חוק העונשין, שנחקק במסגרת תיקון 113, נקבעו העקרונות והשיקולים המנחים בענישה, המשקל שיש לתת להם והיחס ביניהם.¹⁰⁸ כפי שנראה מיד, בין שאר העניינים הסדיר המחוקק גם את מקומם של שיקולי חמלה בענישה אף שלא השתמש במונח זה. כדי לעמוד על כך עלינו לסקור בקצרה את עקרונות הענישה שנקבעו בחוק.¹⁰⁹ ראשית נקבע שהעיקרון המנחה בענישה הוא עקרון ההלימה, שעניינו הוא "יחס הולם בין חומרת מעשה העבירה בנסיבותיו ומידת אשמו של הנאשם ובין סוג ומידת העונש המוטל עליו".¹¹⁰ כפי שנאמר בדברי ההסבר לחוק וכפי שפירשה הפסיקה, עקרון ההלימה משקף את עקרון הגמול הצודק.¹¹¹ עם זאת, החוק הקצה מקום גם לשיקולים אחרים ובהם, כפי שנראה מיד, גם שיקולי חמלה. תחילה עלינו לעמוד על היחס בין העיקרון המנחה לשיקולים האחרים. לפי החוק, גזירת העונש מורכבת משתי קביעות עיקריות: הראשונה היא של "מתחם העונש ההולם", שבמסגרתו יש לקבוע את העונש שיוטל על הנאשם; הקביעה השנייה היא של "העונש המתאים", כלומר העונש שיוטל על הנאשם בסופו של דבר.¹¹² מתחם העונש ההולם נקבע לפי עקרון ההלימה. החוק מתיר לחרוג ממתחם העונש ההולם בשני מקרים בלבד:

108 חוק העונשין (תיקון מס' 113), התשע"ב-2012.

109 לפירוש של תיקון 113 ולהשלכותיו ראו יניב ואקי ויורם רבין "הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה: תמונת מצב והרהורים על העתיד לבוא" הפרקליט נב 413, 413-417 (התשע"ג); עמי קובו "פירוש לתיקון מס' 113 לחוק העונשין בעניין הבניית שיקול הדעת בענישה" הסגור 4, 183 (2012).

110 ס' 40 לחוק העונשין.

111 הצעת חוק העונשין (תיקון מס' 92) (הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה), התשס"ו-2006, ה"ח ממשלה 446, 447. ע"פ 1523/10 פלונית נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 18.4.2012) פס' יז לפסק דינו של השופט רובינשטיין; ע"פ 8641/12 סעד נ' מדינת ישראל (פורסם באר"ש, 5.8.2013) פסקה 21 לפסק דינו של השופט סולברג ופסקאות ו-ז לפסק דינו של השופט רובינשטיין.

112 ס' 40 לחוק העונשין.

חריגה לקולה בשל שיקולי שיקום¹¹³ וחריגה לחומרה בשל שיקולי הגנה על שלום הציבור.¹¹⁴ גם כאשר בית המשפט חורג ממתחם העונש ההולם אין הוא רשאי להתעלם ממנו. במילים אחרות, מדובר בחריגה תוך התחשבות בעקרון ההלימה.

החוק קובע שלצורך הקביעה של מתחם העונש ההולם יתחשב בית המשפט בערך החברתי שנפגע עקב ביצוע העבירה, במידת הפגיעה בו, במדיניות הענישה הנהוגה ובנסיבות הקשורות בביצוע העבירה.¹¹⁵ נסיבות שאינן קשורות בביצוע העבירה לא ייכללו בחישוב מתחם העונש ההולם. עם זאת, החוק מורה להתחשב בהן לקביעת העונש המתאים.¹¹⁶ כמו כן, בקביעת העונש המתאים בית המשפט רשאי להתחשב בשיקולי הרתעה (אישית וכללית).¹¹⁷ רשימת הנסיבות שאינן קשורות בביצוע העבירה כוללת מגוון עניינים ובהם קבוצה של

נסיבות שאפשר לראותן כשיקולים של חמלה:¹¹⁸

(1) הפגיעה של העונש בנאשם, לרבות בשל גילו;

(2) הפגיעה של העונש במשפחת הנאשם;

(3) הנזקים שנגרמו לנאשם עקב ביצוע העבירה ועקב הרשעתו;

(8) נסיבות חיים קשות של הנאשם שהייתה להן השפעה על ביצוע העבירה.

הנסיבה הראשונה עוסקת בפגיעה של העונש בנאשם. לדוגמה, אם הוטל על הנאשם מאסר והדבר יפגע בו באופן חמור בשל מצב בריאותו או בשל גילו, בית המשפט רשאי להקל בעונשו (בתוך מתחם העונש ההולם). הנסיבה השנייה מדברת על פגיעה של העונש במשפחת הנאשם. לדוגמה, אם העונש פוגע בתמיכה של הנאשם בבני משפחתו, בית המשפט רשאי להקל בעונשו (בתוך מתחם העונש ההולם). הנסיבה השלישית מדברת על נזקים שנגרמו לנאשם עקב ביצוע העבירה ועקב הרשעתו. לדוגמה, אדם שגרם לתאונת דרכים שבה נפגע קשות, בית המשפט רשאי להקל בעונשו (בתוך מתחם העונש ההולם). הנסיבה הרביעית מדברת על נסיבות חיים קשות שהייתה להן השפעה על ביצוע העבירה. גם בשל נסיבה זו רשאי בית המשפט להקל בעונשו של הנאשם בתוך מתחם העונש ההולם בלבד.

113 ס' 40 לחוק העונשין: אם מצא בית המשפט "כי הנאשם השתקם או כי יש סיכוי של ממש שישתקם רשאי הוא לחרוג ממתחם העונש ההולם ולקבוע את עונשו של הנאשם לפי שיקולי שיקומו".

114 ס' 40 לחוק העונשין: אם מצא בית המשפט "כי יש חשש ממשי שהעבריינין יחזור ויבצע עבירות ולשם הגנה על שלום הציבור נדרשת הרחקתו רשאי הוא לחרוג ממתחם העונש ההולם, ובלבד שלא יהיה בעונש שיקבע משום החמרה ניכרת מעבר למתחם העונש ההולם". גם כאשר בית המשפט חורג ממתחם העונש ההולם אין הוא רשאי להתעלם ממנו. כלומר, מדובר בחריגה תוך התחשבות בעקרון ההלימה.

115 ס' 40(א) לחוק העונשין והנסיבות המפורטות בס' 40 לחוק העונשין.

116 ס' 40(ב) לחוק העונשין והנסיבות המפורטות בס' 40א לחוק העונשין.

117 ס' 140 ו-140 לחוק העונשין.

118 ס' 40א לחוק העונשין. ראו גם ואקי ורביץ, לעיל ה"ש 109, בעמ' 452. משתמשים במונח "חסד ורחמים". מונח זה הוזכר על ידי שופטים אחדים (ראו במקרים שמובאים להלן); השימוש במונח הכפול "חסד ורחמים" הוא כנראה תוצאה של התלבטות מהו התרגום הנכון של mercy – רחמים או חסד? לדיון לעיל ה"ש 13.

הנסיבות הללו אינן רלוונטיות לקביעת מתחם העונש ההולם. הן חורגות מעקרון ההלימה ולפי טיבן אפשר לראות בהן שיקולי חמלה. המחוקק נקט אפוא עמדה ביניים בשאלות שעמדנו עליהן למעלה: מצד אחד הוא קבע ששיקולי הגמול או ההלימה מוגבלים לנסיבות של ביצוע העברה ושנסיבות שאינן קשורות בביצוע העברה אינן רלוונטיות לצורך זה; מצד אחר הוא קבע שנסיבות שאינן קשורות בביצוע העברה, ובכלל זאת שיקולי חמלה, רלוונטיות לקביעת העונש המתאים.

2. חריגה ממתחם העונש ההולם

קביעת המחוקק ששיקולי חמלה אינם מאפשרים חריגה ממתחם העונש ההולם עוררה קשיים. בתי המשפט נתקלו במקרים רבים שבהם סברו כי שיקולים מסוג זה מצדיקים חריגה ממתחם העונש ההולם ונאלצו למצוא דרכים להצדיק זאת.¹¹⁹ הנה דוגמה. בבית משפט השלום בבאר שבע נדון אדם שהסתנן לישראל מרצועת עזה. דובר בהסתננות של אדם ללא עבר פלילי או ביטחוני, שעשה זאת מטעמים כלכליים. השופט קבע את מתחם העונש ההולם אבל סבר שיש להטיל על הנאשם עונש קל יותר.¹²⁰ הוא הצדיק את החלטתו על בסיס החריג להקלה – מטעמי שיקום – וציין כי "שיקול הדעת של בית המשפט במסגרת שיקולי שיקום הינו רחב". בית המשפט ציין כי כלל בשיקולי השיקום את "מידת החסד השלובה בדין" וכך אמר: "מידת החסד אינה יכולה להתנתק ממידת הדין ויש להפעילה באופן הראוי בכל מקרה ותוך הפעלת שיקול דעת זהיר, על מנת שלא לפגוע בשיקולי ענישה ובעקרונות ענישה אחרים".¹²¹ דוגמה נוספת: נאשם צעיר נהג ברשלנות חמורה וגרם לתאונת דרכים שבה נפגע ונעשה נכה המרותק לכיסא גלגלים לכל ימיו. התביעה ביקשה עונש מאסר בפועל בהתאם לענישה המקובלת בעברה מסוג זה. לפי הוראות החוק בית המשפט רשאי להתחשב במצבו של הנאשם¹²² אבל אינו רשאי לחרוג ממתחם העונש ההולם, כלומר: הוא חייב להטיל עליו מאסר בפועל. הדבר לא נראה בעיני בית המשפט. השופט קבע כי במקרה כזה הנאשם כבר קיבל את העונש המגיע לו. הדבר גם אינו נצרך מטעמים של הרתעה שכן הפגיעה החמורה שספג הנאשם מהווה הרתעה ברורה אישית וכללית. בית המשפט ביטל את כתב האישום בנימוק של הגנה מן הצדק.¹²³ שאלה דומה עלתה במקרים של נאשם עיוור, נכה או סובל מבעיות קשות אחרות. בכל המקרים הללו ברור שעונש מאסר שיוטל על נאשם כזה הוא חמור בהרבה מעונש המוטל על נאשם רגיל. לפיכך, הנסיבה של השפעת העונש על הנאשם

119 ראו יובל ליברדו "חריגה ממתחם העונש ההולם מטעמי צדק" הסניגור 197, 4-9 (2013); אורן גזל-אייל "חריגה ממתחם העונש ההולם" ספר דורית בייניש 539 (קן אזולאי, איתי בר סימן טוב, אהרן ברק ושחר ליפשיץ עורכים, 2018).

120 ת"פ (שלום ב"ש) 12-09-36886 מדינת ישראל נ' נבאהין (פורסם בנבו, 6.1.2013). השופט קבע כי מתחם העונש ההולם על עברה זו הוא בין תשעה ל-18 חודשי מאסר בפועל, אך סבר שבנסיבות המקרה ראוי להטיל על הנאשם עונש של שישה חודשים בלבד.

121 שם, בעמ' 14. השופט הפנה לדבריו של השופט ברק בפרשת זגל, לעיל ה"ש 13, בעמ' 772-773. שם קבע השופט ברק כי "מידת החסד שלובה במידת הדין" והזכיר את שיקולי השיקום בין שיקולי החסד.

122 ס' 40א לחוק העונשין, ובמיוחד סעיף קטן (1) ו(3).

123 ת"ד (שלום צפת) 12-12-2192 מדינת ישראל נ' נדר (פורסם בנבו, 20.2.2013).

אינה יכולה להיות מוגבלת לתוך מתחם העונש ההולם וצריכה לאפשר חריגה ממנו. במקרים כאלה הוצע שבית המשפט יגזור את מתחם העונש ההולם עבור נאשמים מסוגו של הנאשם,¹²⁴ ברם זהו פתרון לבעיות מסוג זה בלבד – ואף הוא אינו הולם את לשון החוק.

אפשר למנות ארבע דרכים עיקריות שבהן התמודדו בתי משפט עם מצבים שבהם חשבו כי יש הצדקה לחריגה ממתחם העונש ההולם. הדרך הראשונה היא הרחבה של מתחם העונש ההולם כך שבית המשפט יוכל להטיל על הנאשם עונש קל שמתאים לדעתו לנסיבות העניין. הדרך השנייה היא שימוש בחריגה המותרת משיקולי שיקום. הדרך השלישית היא קביעה של מתחם ענישה לנאשמים מיוחדים (כגון נכים). הדרך הרביעית היא פיתוח חריגה מותרת נוספת מטעמי צדק.¹²⁵ כל אחת משלש הדרכים הראשונות מעוררת קושי משלה. הדרך הראשונה – קביעה של מתחם ענישה רחב – מטשטשת את מושג העונש ההולם וחותרת תחת תכליתו של החוק. הדרך השנייה – שימוש בחריגה מטעמי שיקום – מפרשת את מושג השיקום באופן רחב מדי ואף מלאכותי. הדרך השלישית – קביעה של מתחם ענישה נפרד לנאשמים מיוחדים – מתאימה למקרים מסוימים בלבד.¹²⁶ אכן, בהדרגה התפתחה ההבנה שעל בתי המשפט להכיר בחריגה ממתחם העונש ההולם מטעמים של צדק.¹²⁷ הלכה בעניין זה נקבעה בפסיקת בית המשפט העליון בפרשת הולילנד, כגור הדין של אורי לופוליאנסקי.¹²⁸ אורי לופוליאנסקי מילא תפקידים בכירים בעיריית ירושלים ובהם סגן ראש העירייה וראש העירייה. הוא נאשם בכך שקיבל כספי שוחד מאנשים שהיו מעורבים בפרויקט הולילנד בצורת תרומה לאגודת יד-שרה שאותה יסד וכן בצורת תרומה לישיבה שניהל בנו. בית המשפט העליון קבע כי מתחם העונש ההולם עברה מסוג זה הוא מאסר בפועל של בין שנתיים לחמש שנים.¹²⁹ מתוך התחשבות במכלול הנסיבות, שאינן קשורות בביצוע העברה, הוא סבר שיש לקבוע את העונש בסמוך לרף התחתון; אולם לאור מצבו הבריאותי הקשה של לופוליאנסקי, שאובחן כחולה במחלה קשה, ולאור חוות הדעת הרפואית שהוגשה בעניינו, סבר בית המשפט שאין ראוי לגזור עליו מאסר בפועל. הקושי היה שקביעה זו מנוגדת להוראות החוק, המתיר להתחשב בהשפעת העונש על הנאשם רק בתוך מתחם העונש ההולם. בית המשפט קבע כי אף על פי שהדבר אינו נאמר בחוק, במקרים

124 ת"פ (שלום ק"ג) 1392-08 מדינת ישראל נ' פרידריך (פורסם באר"ש, 13.2.2013); רות קנאי "לקראת יישום ראוי של תיקון 113: הערות ראשוניות" הסניגור 4, 9, 196 (2013).

125 ליברדו, לעיל ה"ש 119, בעמ' 5-6.

126 עמד על כך בית המשפט העליון בפרשת לופוליאנסקי: ע"פ 4456/14 קלנר נגד מדינת ישראל (פורסם בנבו, 29.12.2015), פס' 212-214.

127 ליברדו, לעיל ה"ש 119, בעמ' 5-6; גזל-אייל, לעיל ה"ש 119, בעמ' 561-564. מלבד הצורך בחריגה משיקולי צדק הצביע גזל-אייל על כך שחייבים להכיר בחריגה נוספת ממתחם העונש ההולם שאינה נזכרת בחוק – חריגה במקרים של הסדר טיעון. בהסדרי טיעון לעתים בית המשפט גוזר על הנאשם עונש חורג ממתחם העונש ההולם. לאור הפסיקה של בית המשפט העליון, שהצדיקה הסדרי טיעון מטעמים של אינטרס ציבורי גם כשהעונש אינו ראוי, צריך להניח שחריגה זו מותרת.

128 ע"פ 5669/14 לופוליאנסקי נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 29.12.2015); הערעור הוגש עם ערעורים נוספים באותה פרשה והוא מופיע בפסק הדין בעניין קלנר, לעיל ה"ש 126.

129 שם, פס' 188.

מיוחדים אפשר לחרוג ממתחם העונש ההולם מטעמי צדק. הוא ביסס זאת על החובה לעמוד בעקרונות של מידתיות בענישה ושל כבוד האדם.¹³⁰ מתברר שהגדרה צרה של עקרון ההלימה אינה עומדת במבחן המציאות. קביעת העונש ההולם אינה יכולה להיות מוגבלת למעשה העברה והיא מחייבת לעתים התחשבות בנסיבות שאינן קשורות בביצוע העברה. בית המשפט העליון כינה זאת חריגה "מטעמי צדק", אבל השתמש גם במונח "חמלה" וכן דיבר על "מידת החסד השלובה בדיון".¹³¹ אכן, מדובר בשילוב בין חמלה לצדק. תחושת החמלה כלפי נאשמים הביאה את השופטים לראות את חוסר הצדק בתוצאה שהייתה מתקבלת אילו היו שוקלים את השיקולים במתכונת המדויקת שנקבעה בחוק. ממכלול המקרים הללו עולה כי ההבחנה בין שיקולי חמלה לשיקולי גמול צודק אינה חדה; לעתים שיקולי חמלה נדרשים כדי להביא לתוצאה של גמול צודק. התכונה היסודית שמאפיינת את החמלה ומתגלה גם בעניין זה היא הגמשה של השיקולים והמדדים להגדרת הגמול הצודק. חמלה פועלת כעין "עקרון יושר" שאינו חורג ממושג הצדק אלא משכלל אותו ומתאים אותו לנסיבות המיוחדות של כל מקרה.

ז. חמלה כיחס וככלי להבנת המציאות

בפרק האחרון אני מבקש לעסוק בתפקיד השני של חמלה – כלי המאפשר לשופט להבין ולהעריך את המציאות ובעיקר את עמדותיהם ואת האינטרסים של הצדדים. חמלה יכולה למלא תפקיד זה בענפים שונים של המשפט אבל נדמה שיש לה תפקיד מיוחד בהקשר של עניינים אזרחיים. בעניינים אזרחיים הסכסוך הוא בין שני פרטים. התחשבות בשיקולי חמלה לצורך הקלה בדיון – כגון בחוב המוטל על צד אחד – עלולה לפגוע בזכותו של צד אחר ולכן קשה להצדיקה. עם זאת, חמלה יכולה כאמור לשמש כלי מנטלי בידי השופט. אפרט. כאמור, רכיב יסודי של חמלה הוא אמפתיה, שעניינה היכולת לזהות את מחשבותיו ורגשותיו של האחר ולהבין את נקודת מבטו. אמפתיה היא גישה מועילה ובעניינים מסוימים אף הכרחית להכרעה השיפוטית.¹³² כדי להבין מה האינטרסים המנוגדים של צדדים לסכסוך יש לראותם מנקודת המבט של הצדדים. יתרון חשוב של יחס אמפטי נעוץ ביכולתו להתקיים ברוזמנית כלפי שני צדדים בסכסוך. שופט אינו צריך להזדהות עם צד מסוים כדי להיות מסוגל להבין את נקודת מבטו; הוא יכול להיות אמפטי כלפי שני הצדדים ולהבין את נקודת המבט של כל אחד מהם. בשונה מאמפתיה, חמלה משקפת הזדהות רגשית עם סבלו של אדם ואף נכונות לסייע לו. כוחה המיוחד טמון בזיהוי מצבים של מצוקה וסבל. אמפתיה וחמלה אינן מהוות כשלעצמן שיקול משפטי ואינן מכריעות את הסכסוך, אך הן מאפשרות לשופט להבין את הסכסוך, לעמוד על האינטרסים של הצדדים ולראות מה מונח על הכף.

130 שם, פס' 196-220.

131 "חמלה" נזכרת שם, פס' 177. "מידת החסד השלובה בדיון" נזכרה לראשונה בפרשת זגל, לעיל הש"ש 13, ולאחר מכן מצוטטת בפסקי דין רבים כנזכר לעיל.

132 Susan A. Bandes, *Empathy, Narrative, and Victim Impact Statements*, 63 U. Chi. L. Rev. 361 (1996); Susan A. Bandes, *Empathic Judging and the Rule of Law*, 2009 CARDOZO L. Rev. De Novo 133 (2009).

אדגים את תפקידה זה של חמלה באמצעות הפרשה הידועה של בני הזוג נחמני.¹³³ בני הזוג נחמני החלו בתהליך של הפריה מלאכותית שבו הופרו ביציות של האם רותי בזרעו של האב דני. הביציות נשמרו בבית החולים עד לשלב הבא, שבו הן יושתלו ברחמה של אם פונדקאית. בינתיים נפרדו בני הזוג ודני התנגד לכך שייעשה שימוש בביציות המופרות בזרעו. השאלה שהתעוררה הייתה אם תוכל רותי להשתמש בביציות המופרות למרות התנגדותו של בעלה-לשעבר. כדי להכריע בשאלה זו נדרש היה להכריע בסדרה של שאלות ובהן: האם נדרשת הסכמתו של דני לכל שלב בתהליך ובמיוחד לשלב של השתלת הביציות ברחמה של הפונדקאית? מה מעמד ההסכמה של בני הזוג בשלב הראשון לכצע את תהליך ההפריה – והאם היא מחייבת את דני גם להשלימו? מה היחס בין זכותה של רותי להיות אם לבין זכותו של דני שלא להיות אב? כדי לדון בשאלות הללו, ובמיוחד בשאלת היחס בין הזכויות הנוגדות של בני הזוג, נדרש היה להבין כראוי את עמדותיהם של בני הזוג. צריך היה להבין את הציפייה של רותי להיות אם, להעריך את המאמצים שהיו כרוכים בתהליך ההפריה שעברה, ולהכיר בכך שבשל התמשכות התהליך ובשל גילה – זו האפשרות האחרונה שלה להיות אם. מהצד האחר צריך היה להבין גם את נקודת מבטו של דני ואת סירובו להיות אב. היו שופטים שלא העריכו כראוי את עמדתו וסברו כי לא נדרש ממנו הרבה מלבד להסיר את התנגדותו לשימוש בביציות, אבל מנקודת מבטו דובר בכפייה של אבהות שלא היה מעוניין בה. הילדים שייוולדו מתהליך ההפריה הזה יהיו ילדיו על כל המשמעויות האישיות, הרגשיות והכלכליות של הדבר.

כדי להבין את עמדותיהם של שני הצדדים נדרשו השופטים אפוא לגלות יחס אמפתי כלפיהם. הנה דברי השופטת שטרסברג-כהן, משופטי המיעוט (בדיון הנוסף) שהתנגדו לבקשתה של רותי:

ערה אני למצוקתה ולתסכולה של רותי, אותה שיוויתי לנגד עיני לכל אורך הדרך. ערה אני לכך שנוקה של רותי מאי מימוש הורותה גדול מנזקו של דני אם יכפו עליו הורות. תרומתה של רותי להפריה היתה כרוכה בסבל ובמאמץ העולים על אלה של שהיו כרוכים בתרומתו של דני. דני עזב את הבית הקים משפחה חדשה מימש את הורותו ואילו בשבילו רותי זוהי ככל הנראה ההזדמנות האחרונה לממש אימהות ביולוגית.¹³⁴

השופטת שטרסברג-כהן לא רק מבינה את רותי; היא מזדהה עם סבלה. היא מעריכה שהיא סבלה יותר מבעלה בתהליך ההפריה וכי מצוקתה בשל כישלון תקוותה להיות אם גדולה מזו של בעלה. אף על פי שאין היא משתמשת במונח "חמלה" ברור שהיא חשה חמלה כלפי רותי. בצד זאת, היא התאמצה להבין גם את האינטרס של דני שלא להיות אב. היא הבינה שהוא אינו מעוניין להיות אב לילדים שייוולדו מרותי ולשאת באחריות המלאה שתוטל עליו לגידולם. כאשר היא נדרשת להעריך מי נושא בסבל קשה יותר ומי יישא בתוצאות קשות יותר אם בקשתו לא תיענה – תשובתה הייתה ברורה. רותי היא זו שסבלה יותר מבעלה ואם לא תזכה לממש את תקוותה להיות אם גורלה יהיה קשה יותר מזה של דני אם יהיה

133 ע"א 5587/93 נחמני נ' נחמני, פ"ד מט 485 (1995); ד"נ 2401/95 נחמני נ' נחמני פ"ד נד (4) 661 (1996).

134 שם, בפס' 33 לחוות דעתה של השופטת שטרסברג-כהן.

אב בעל כורחו. אף על פי כן, לרומי אין זכות משפטית המאפשרת לה לכפות הורות על דני אם הוא אינו מעוניין בה. במקרה זה אין בכוחה של חמלה להכריע את הסכסוך. השופט שטרסברג-כהן הדגישה שהכרעתה היא הכרעה של "צדק במשפט". בנימה ביקורתית כלפי שופטי הרוב ציינה: "אין זו הכרעה אינטואיטיבית המתבססת על תחושות סובייקטיביות ורחשי לב בלבד".¹³⁵

ברעה דומה החזיק גם הנשיא אהרן ברק:

אכן, סבור אני כי לא שיקולים של צדק תומכים בתביעתה של רות נחמני, אלא שיקולים של חמלה. מקובל עליי כי חמלה והתחשבות בצער הם ערכים חשובים, שיש להתחשב בהם. אך הצדק אינו במתן כוח הכרעה לאחד מבני הזוג, אלא בהכרה בכוחם המשותף של בני הזוג להכריע בגורל הביצית המופרית. ההולדה היא עניין רציני מדי, עניין קיומי מדי, עניין הווייתי מדי, כדי להשאירו בשלב מן השלבים לאחד הצדדים בלבד.¹³⁶

לעומת זאת, שופטי הרוב (בדיון הנוסף) סברו שיש להתיר לרומי להשתמש בכיציות המופרות. התוצאה של היתר כזה עשויה להיות שדני יהיה הורה לילד בעל כורחו. מובן ששופטי הרוב שתמכו בתביעתה של רומי גילו אמפתיה וחמלה כלפיה. רגשות אלה סייעו בידם להבין את האינטרס שלה ובוודאי תמכו בהכרעה לטובתה. עם זאת, ההכרעה לטובתה לא התבססה על החמלה אלא על שיקולים משפטיים או מוסריים מכריעים לזכותה. רוב השופטים שדגלו בעמדה זו ביססו זאת על ה"צדק", כלומר על איזון צודק בין האינטרס של רומי להיות לאם לאינטרס של דני שלא להיות אב.¹³⁷ שופטים אחדים ביססו זאת על עדיפותה העקרונית של הזכות או האינטרס להיות הורה על פני הזכות או האינטרס שלא להיות הורה;¹³⁸ אחדים צירפו לכך טעמים משפטיים קונקרטיים כגון ההסכמה של דני לתחילת התהליך או טענת "השתק" נגדו לאחר שהסכים לתחילת התהליך ורומי הסתמכה על כך.¹³⁹

135 שם, פס' 32 לחוות דעתה של השופטת שטרסברג-כהן.

136 שם, פס' 3 לחוות דעתו של הנשיא ברק.

137 בעמדה זו החזיקו השופטים טל (שם, בעמ' 701-703), דורנר (שם, בעמ' 716-722), גולדברג (שם, בעמ' 728-734) וכך (שם, בעמ' 742-744). השופטת דורנר התמודדה עם הטענה שעולה מדבריה של השופטת שטרסברג-כהן, שהחובה של דני כלפי רומי היא מוסרית בלבד ואין לה זכות משפטית, וציינה שלדעתה עקרון היושר מחייב להכניס את החובה המוסרית למסגרת הדין (שם, בעמ' 713).

138 בלט בעניין זה השופט טירקל, שצייין כי הזכות להיות הורה משקפת את "הזכות לחיים" (ראו בצייטוט מדבריו להלן ובפס' 5 לחוות דעתו) אך גם שופטים אחרים הזכירו זאת (למשל, השופט טל בחוות דעתו שם, בעמ' 702).

139 השופט קדמי ראה את ההסכמה הראשונה כמחייבת ואילו השופט טל סבר שמכוחה ומכוח ההסתמכות של רומי עליה דני "מושתק" מלהביע התנגדות לשימוש בכיציות (שם, בעמ' 704-705). בכלליות אפשר לומר ששופטי הרוב הסתמכו על עקרונות מופשטים ומוסריים ואילו שופטי המיעוט הסתמכו על הדין. אכן, מלבד הוויכוח בשאלות המשפטיות התפתח בפסק הדין ויכוח מסדר שני על הפנייה ל"צדק" כעיקרון מופשט. לניתוח היחס בין הטענות המשפטיות והמוסריים בפרשה זו ראו דוד הד "משפט צדק וצדק מוסרי – עיון נוסף בפרשת נחמני" משפטים כט 507, 507-528 (2018).

מעניין לציין ששופטי הרוב נמנעו מלהזכיר את רגשות החמלה שוודאי חשו כלפי רותי. שופטים אחדים הזכירו זאת רק ברמוז. כך ציטט השופט צבי טל את קריאתה הנואשת של רחל: "הבה לי בנים ואם אין מתה אנוכי" (בראשית ל א);¹⁴⁰ השופט י' טירקל ציין בסיום דבריו:

פתחתי את דבריי באמירה שאני בוחר בחיים, בכך התכוונתי לרמוז גם לעניין נוסף. לפי תפיסתי, הצדק שעושה ומקריין בית המשפט צריך להיות צדק אנושי, שאינו רק תוצאה של ניתוח הגיוני אלא גם נובע ממעמקי הלב. ההכרעה לזכותה של רות נחמני היא בעיניי הכרעה כזאת.¹⁴¹

צדק אנושי ש"נובע ממעמקי הלב" הוא צדק שנובע מחמלה על רותי נחמני. הטעמים שהשופט שטרסברג-כהן תיארה בשלילה כ"תחושות סובייקטיביות ורחשי לב" נראים בעיני השופט טירקל כביטוי לצדק אנושי ש"נובע ממעמקי הלב". אין ספק שהדיון וההכרעה בפרשת נחמני הייתה שלובה לא רק בניתוח הגיוני אלא גם בהתבוננות רגשית. השופטים נדרשו להתבוננות אמפטית בתביעות הצדדים ויש להניח שהתעוררו בהם גם רגשות חמלה, בעיקר כלפי רותי. עם זאת, חשוב היה לשופטים להראות שלא רגשות החמלה הכריעו את הסכסוך. השופט שטרסברג-כהן, שכתבה את פסק הדין המרכזי של דעת המיעוט, אמרה זאת בפירושו. עם זאת, דווקא היא הרגישה צורך לבטא את רגשות החמלה שלה כלפי רותי כדי לומר שלא התעלמה ממצוקתה. לעומת זאת, שופטי הרוב שפסקו לצדה של רותי נמנעו מלבטא את רגשות החמלה כלפיה, כדי לומר שפסק הדין מבוסס על צדק ולא על חמלה.

פרשת נחמני מדגימה יפה את תפקידה של חמלה בהבנת האינטרסים של הצדדים בסכסוך קשה ומורכב וגם את ההסתייגות של שופטים מלהסתמך עליה בהכרעת הדין. נרמה שכל השופטים, גם אלה שאמרו זאת בפירושו וגם אלה שהצניעו זאת, התבוננו בצדדים באמפתיה ובחמלה. הדבר אפשר להם להבין טוב יותר את האינטרסים שלהם. עם זאת, חשוב היה להם להדגיש שלא חמלה הכריעה את הסכסוך: הסכסוך הוכרע על ידי שיקולים נורמטיביים שנגעו לאיזון בין הזכויות והאינטרסים של הצדדים. שופטי המיעוט אמרו זאת בפירושו. הנשיא ברק והשופט שטרסברג-כהן הביעו חמלה לרותי אבל סברו שאין בכוחה של חמלה זו לחייב את דני להיות אב בעל כורחו. שופטי הרוב סברו שמאזן האינטרסים נוטה לזכותה של רותי ועל כן הכריעו לטובתה. מבחינתם לא הייתה התנגשות בין החמלה לדין; תחושת החמלה עלתה בקנה אחד עם הזכויות שבדין. פרשת נחמני עוסקת בסכסוך שמזמין במיוחד יחס אמפתי וחומל אך היא יכולה לשמש דוגמה לתפקיד שחמלה יכולה למלא גם בסכסוכים משפטיים אחרים.

סיכום

פתחתי את המאמר בשאלה אם חמלה היא מידה טובה במשפט. האם היא יכולה לסייע לשופט בהחלטותיו והאם הוא רשאי לנהוג בחמלה? ניגשתי לשאלה מתוך בחינה מקיפה של מעמד

140 ד"נ נחמני נ' נחמני, לעיל ה"ש 133. ציטוט זה לא הובא כדי לתאר את רגשותיה של רותי אלא כדי לתמוך בדעה שהאינטרס להיות הורה גדול מזה שלא להיות הורה. עם זאת, הדברים כמובן מהדהדים את רגשותיה של רותי.

141 שם, פס' 13 לחוות דעתו של השופט טירקל.

החמלה במוסר ובמשפט. בפרק הראשון דנתי במעמד החמלה במישור המוסרי. העמדתו זו לעומת זו שתי תפיסות עיקריות: לפי התפיסה האחת חמלה היא רגש אנוכי שמקורו בפחד קמאי. כאשר אדם רואה את זולתו במצוקה הוא חש כאב שמקורו בפחד שמא הוא יסבול מצרה דומה. לפי גישה זו חמלה היא רגש חסר ערך מוסרי; אדם נכון צריך להתעלם מחמלה וודאי לא לפעול על פיה. לפי התפיסה האחרת חמלה היא רגש אלטרואיסטי שמשקף דאגה לזולת. היא מאפשרת לעמוד על מצוקתו וצרכיו של הזולת ומניעה אדם לפעול כדי לסייע לו. בפרק השני הצגתי ניתוח של חמלה שמבוסס על ההנחה שחמלה היא רגש אלטרואיסטי שעניינו הזדהות עם הזולת ודאגה לו. המסקנה המתבקשת מניתוח זה היא שחמלה יכולה למלא תפקיד חיובי במישור המוסרי. עם זאת, היא אינה יכולה להיות השיקול היחיד בהכרעות מוסריות והיא צריכה להשתלב עם עקרונות מוסריים כלליים.

השאלה עתה היא אם חמלה היא מידה טובה גם במשפט ואם היא יכולה להשתלב עם עקרונות משפטיים כלליים. כדי לברר את העניין הבחנתי בין שני תפקידים עיקריים שחמלה יכולה למלא בהליך השיפוטי. תפקיד אחד הוא כשיקול קונקרטי להקלה בדין. חמלה בתפקיד זה פועלת כשיקול עצמאי בצד עקרונות משפטיים כגון עקרונות של גמול צודק בענישה וזכויות במשפט הפרטי. התפקיד השני הוא של יחס שאינו בהכרח שיקול להקלה בדין. יחס של חמלה יכול לסייע לשופט להבין טוב יותר את המניעים והאינטרסים של בעלי דין שלפניו. התפקיד הראשון מעורר קושי, שכן לפיו שיקולי חמלה חורגים ממה שמתחייב על פי הדין ועל פי מושגים של צדק וזכויות. כמו כן, הוא מחייב הסתמכות על תחושה סובייקטיבית ועל העדפה אישית שמנוגדת לכאורה לעקרון שלטון החוק. חמלה בתפקיד השני אינה מחייבת חריגה מהדין ומבחינה זו אינה מעוררת קושי דומה. עם זאת, גם בתפקיד זה היא מעוררת קושי של הסתמכות על תחושה סובייקטיבית. על רקע זה ביקשתי לבחון כמה דרכים שבהן חמלה יכולה לתרום למשפט.

המשפט העברי מציג דגם של הבחנה בין מוסר למשפט. הוא רואה בחמלה מידה טובה במישור המוסרי אבל מתנגד להתחשבות בה במישור המשפטי. עם זאת, המשפט העברי מכיר בתפקיד החמלה כיחס שאינו מביא להקלה בדין. כמו כן, הוא מכיר בשיקולי חמלה כשיקולים שצריכים להשפיע על הצדדים בסכסוכים אזרחיים במסגרת של "לפנים משורת הדין".

מעמד החמלה במשפט הכללי שנוי במחלוקת. בפרק החמישי בחנתי את תרומתם האפשרית של שיקולי חמלה בהחלטות הנוגעות לענישה. לפי תורת ענישה גמולנית יש להטיל על הנאשם עונש שמהווה גמול צודק על מעשיו. לפי הגישה המקובלת, לשם כך יש להתחשב במעשה העברה, במידת הפגיעה שלו בחברה ובמידת האחריות של העבריין למעשיו. לצורך זה יש להביא בחשבון נסיבות הקשורות בביצוע העברה בלבד, אולם מתברר שקשה להגדיר את עקרון הגמול במסגרת צרה כזו. יש מצבים המחייבים לבחון גם נסיבות שאינן קשורות בביצוע העברה, ובכלל זאת נסיבות הקשורות לשיקולי חמלה. שיקולי חמלה יכולים לשמש אפוא שיקולים שמגמישים את השיקולים הנוקשים של גמול צודק. למעשה, גישה זו עולה בקנה אחד עם גישתו של המחוקק הישראלי. המחוקק הכיר בכך שעקרון ההלימה יכול לספק רק "מתחם" של עונש הולם ולא עונש הולם מדויק. בתוך המתחם הזה התיר המחוקק לשקול שיקולים נוספים ובהם שיקולי חמלה. אמנם, המחוקק הגביל את כוחם של שיקולי חמלה בתוך "מתחם העונש ההולם" ולא התיר להם להשפיע

על קביעת המתחם גופו, וקביעה זו של המחוקק התבררה כבעייתית. התעוררו מקרים לא מעטים שבהם היה צורך לחרוג מהגבולות שקבע המחוקק. בעקבות זאת הגיעו בתי המשפט, ובכלל זה בית המשפט העליון, למסקנה שיש להתיר חריגה מעקרון נוקשה זה במקרים שהצדק מחייב זאת. ככל המקרים שבהם דנו בתי המשפט היו מעורבים שיקולי צדק עם שיקולי חמלה. התברר אפוא ששיקולי חמלה אינה חורגים בהכרח משיקולי גמול צדק אלא משתלבים בהם ומשכללים אותם.

בפרק האחרון דנתי בתפקיד השני של חמלה – כיחס וככלי להבנת המציאות ולהערכת האינטרסים של בעלי הדין. השתמשתי בפרשת נחמני כדוגמה הממחישה תפקיד זה. בתפקיד זה חמלה אינה חורגת מהדין אבל יש המסתייגים מכל פנייה או הסתמכות של שופט על רגשות. רגשות נחשבים כעניין סובייקטיבי ולא רציונלי. כפי שהראו לאחרונה חוקרי רגשות מתחומים שונים, רגשות אינם "אירציונליים". על יסוד הניתוח שהצעתי לחמלה ביקשתי להראות שגם חמלה אינה רגש לא רציונלי. היא מבוססת על הערכה מסוימת של המציאות ויכולה לסייע לשופט להבין טוב יותר את הצדדים לסכסוך. חמלה אינה צריכה להכריע סכסוכים אבל היא יכולה לספק לשופט תובנות על אינטרסים ועל זכויות, על נסיבות מקלות בענישה ועל עניינים נוספים בין במשפט הפלילי ובין במשפט האזרחי.