כבוד מזרחי – טענות בדבר שיקולים ועניינים של כבוד במשפט הישראלי המוקדם

עומר אלוני*

שנות החמישים של המאה העשרים מהוות תקופת מחקר מרכזית ומסקרנת בנוגע לבנייתה ולגיבושה של החברה הישראלית ככלל, ובאשר למקומן של קבוצות־השוליים בקרבה בפרט. שנים אלו תוארו על־ידי חוקרי התקופה והיסטוריונים כעשור המעצב (הפורמטיבי) של ישראל. עשור מכונן זה מאפשר לבחון בצורה חדה יותר את יחסה של החברה בישראל לקבוצות־השוליים על רקע תהליכי בינוי האומה שהתרחשו בתקופה זו. קבוצות אלו, שעימן נמנו מהגרים יהודים מארצות צפון אפריקה והמזרח התיכון – או פשוט "מזרחים" – לצד תושבים פלסטינים ילידי הארץ (ערבים־מוסלמים וערבים־נוצרים, ולצידם קבוצות אתניות נוספות) שנותרו בתחומי הריבונות הישראלית החדשה לאחר מלחמת העצמאות, לא היו שותפות להגמוניה ולמרכזי הכוח בחברה הישראלית בעשורים הראשונים להקמתה. יתרה מזו, שתי קבוצות אלו שיקפו פעמים רבות, בעיני האליטות הישראליות ומוסדות השלטון והממשל, עולם שלם של תבניות, דימויים וסטריאוטיפים בעניינן. ייצוגים אלו עיצבו ושימרו

---

* דוקטור למשפטים, בר סגל בבית־הספר למשפטים במרכז האקדמי פרס, עמית־מחקר בפקולטה למדעי החברה באוניברסיטת בר־אילן ובבית־הספר למשפטים במכללה האקדמית צפת.
המאמר מתבסס על חלק ממחקר שנערך במסגרת עבודת תזה לתואר מוסמך במשפטים בפקולטה למשפטים באוניברסיטת תל־אביב. בראש ובראשונה אני חב חוב של ממש לרון חריס על הנחייתו המעשירה ומרחיבת הגבולות בכל שלבי המחקר. כמו־כן, תודתי נתונה לקרן צבי מיתר ולמרכז מיתר ללימודי משפט מתקדמים בפקולטה למשפטים באוניברסיטת תל־אביב על תמיכתם הנדיבה בתקופת המחקר. אבקש להודות גם למרכז־על ע"ש צגלה למחקר בינתחומי של המשפט, לקרן קונרד אדנאואר, למכון וולטר ליבך ולקרן יד טבנקין על סיועם, ובמיוחד למכון למשפט והיסטוריה ע"ש קרן דיויד ברג על סיועו האיתן והנמשך. נוסף על כך, ברצוני להודות לחברי מערכת כתב־העת **משפט וממשל** על ליווי המאמר ועריכתו לפרסום. אודה גם לחוקרות ולחוקרים שסייעו לי בשלל עצות: איריס אגמון, אריה אדרעי, עינבל בלאו־מימון, דבורה (דבי) ברנשטיין, דוד גורביץ', נח גרבר, אייל גרוס, חנה הרצוג, אייל זיסר, שהנז חאן, אהרן ליש, נאנדיני צ'טרג'ה, ליאת קוזמא, רועי קרייטנר, אורית רוזין, טימו רוסקולה, דוד שור, לינא שלאימה ויהודה שנהב. לבסוף, תודה לחוקרים בכנס השביעי של הארגון הישראלי להיסטוריה ומשפט על הערותיהם התורמות, וכן למשתתפי סדנת התזה במרכז צבי מיתר ולמשתתפי סדנת החוקרים הצעירים מטעם קרן קונרד אדנאואר על עיונם והצעותיהם.

לעיתים מדיניות חברתית ומשפטית מדירה, אשר פגעה לא פעם בחברי הקבוצות הללו או ייחסה להם מאפיינים תרבותיים ואישיותיים מסוימים. השתייכותם של בני שתי הקבוצות האלה למרחב התרבותי של ״האוריינטי״, למרות הרקע הלאומי־הזהותי ה״מהופך״ שלהם, ״משדכת״ אותם, כמעט בעל־כורחם, אלה לאלה. לשתי הקבוצות האלה משותפת סדרה של התייחסויות מצד סוכנים מדינתיים ותרבותיים הגמוניים בתקופת יציקת הריבונות ובניין החברה. מאמר זה יבחן את מקומו המיוחד של המשפט במערך ההקשרים החברתי ביחס למזרח ולתושביו על רקע שאלות ייחודיות וייעודיות של כבוד, ואת התפקיד שהוא ממלא במערך זה – במתכוון או לא במתכוון – על רקע השתקפותה של התופעה האתנית־החברתית הזאת בטקסט המשפטי. ההתמקדות במושג הכבוד כפי שהתבטא בדיונים שהתנהלו בין כתליו של בית־המשפט העליון בשנותיה המוקדמות של המדינה, וניתוח הדילמות המשפטיות, התרבותיות, הדתיות והחברתיות הכרוכות במושג זה, הופכים את ההתחקות אחר הציר החמקמק והמרתק של יחסי מזרח–מערב למורכבת ולרבת ממדים.

החיבור בין שתי הקבוצות נחוץ ורלוונטי בהקשר שמחקר זה נטוע בו, וההתמקדות במרכיב הכבוד מאפשרת לדון בדרך שבה המשפט משתתף בעיצוב המבנה הסוציו־פוליטי של ישראל. יהודים מזרחים ממוקמים, בוודאי בתקופה הנבחנת, בעמדה דו־ערכית: מחד גיסא, הם דומים ומשתייכים כמובן לקולקטיב היהודי במדינה הישראלית החדשה, הנאבקת על קוממיותה ויציבותה; ומאידך גיסא, חלק מזהותם האתנית־התרבותית משויכת ללוונטיניות, על רקע מסורותיהם המזרחיות.

הדיון בנושא הכבוד והמכנה המשותף (המסוים) שהוא יוצר בין יהודים מזרחים לבין ערבים, המייצגים יחדיו את הלוונטיניות שישראל המודרנית מבקשת להתבדל ממנה, ממחישים את אחת הדרכים שבהן המזרח מתגלה במשפט. אמת, מרבית הפסיקה שנדונה במאמר עוסקת בנאשמים ממוצא ערבי. בתוך כך, ההשוואה המוצעת בין שתי הקבוצות שמשתייכות למרחב המזרח התיכון או שמקורן בו מתבססים על משקלם הסגולי של מרכיבי השיח המשפטי והפוליטי־התרבותי אשר נעים בין פסקי־הדין השונים וממקפים בין יהודים מזרחים לבין ערבים בני המזרח. בדומה לערבים, שגם ענייני הכבוד ״שלהם״ נדונים במשפט הישראלי של שנות החמישים באמצעות שיח שעוסק בכבוד כמושג בעל נפקות משפטית, הערביות של יהודים מזרחים מתבטאת במקום שהם – והמשפט – נותנים למושג הכבוד בפרקטיקות שלהם. יתרה מזו, הערביות של מזרחים (ושל ערבים, כמובן) משתקפת ביחסו של המשפט לדמויות בשר־ודם: פעם יהיה זה פואז כיר, גבר דרוזי צעיר שהואשם בהריגת אחותו על רקע מה שמכונה ״חילול״ כבוד המשפחה; ופעם יהיו אלה מתאנה בן משה אהרן ונעים יוסף, יהודים מזרחים שהערה או מחווה פיזית מצד בעלים של בית־קפה לוונטיני ברמלה פגעו בכבודם והובילו לתקרית אלימה רבת משתתפים ויצרים. וכך,

הבינריות שביחסי יהודים–ערבים על רקע הציר הלאומי נהפכת למימד מורכב יותר, המאפשר מכנה משותף בין שתי הקבוצות האלה (למרות השונות ביניהן) על רקע בסיס אתני.

מבוא. א. על אוריינטליזם ועל כבוד בלימודי משפט בישראל: רקע עיוני והיסטוריוגרפי בראשי־פרקים: 1. חשיבותן של שנות החמישים כ״עשור המכונן״ בהיסטוריה הישראלית; 2. אוריינטליזם משפטי – ההקשר הישראלי; 3. כבוד, משפט ולימודי משפט – רקע תיאורטי ומושגי. **ב. משחקים של כבוד – טענות, טיעונים והגנות מכוח טעמי כבוד בפסיקת בית־המשפט בשנות החמישים**: 1. הערות מתודולוגיות מקדימות; 2. השתקפויות של יסוד הכבוד בפסיקה בתקופה הנחקרת. **ג. סיכום**.

מבוא

שנות החמישים של המאה העשרים מהוות תקופת מחקר מרכזית ומסקרנת בנוגע לבנייתה ולגיבושה של החברה הישראלית ככלל, ובאשר למקומן של קבוצות־השוליים בקרבה בפרט. שנים אלו תוארו על־ידי חוקרי התקופה והיסטוריונים כעשור המעצב (הפורמטיבי) של ישראל. עשור מכונן זה מאפשר לבחון בצורה חדה יותר את יחסה של החברה בישראל לקבוצות־השוליים על רקע תהליכי בינוי האומה שהתרחשו בתקופה זו. קבוצות אלו, שעימן נמנו מהגרים יהודים מארצות צפון אפריקה והמזרח התיכון – או פשוט ״מזרחים״[1] – לצד תושבים פלסטינים ילידי הארץ (ערבים־מוסלמים וערבים־נוצרים, ולצידם קבוצות אתניות נוספות) שנותרו בתחומי הריבונות הישראלית החדשה לאחר מלחמת העצמאות, לא היו שותפות להגמוניה ולמרכזי הכוח בחברה הישראלית בעשורים הראשונים להקמתה. יתרה מזו, שתי קבוצות אלו שיקפו פעמים רבות, בעיני האליטות הישראליות ומוסדות השלטון והממשל, עולם שלם של תבניות, דימויים וסטריאוטיפים בעניינן. ייצוגים אלו עיצבו ושימרו לעיתים מדיניות חברתית ומשפטית מדירה, אשר פגעה לא פעם בחברי הקבוצות הללו או ייחסה להם מאפיינים תרבותיים ואישיותיים מסוימים. כל זאת בשעה שמעצבי המדיניות – ובכלל זה המדיניות המשפטית – ביקשו גם לקדם את השתלבותם (לפחות של העולים היהודים המזרחים) בתוך חברת־המופת החדשה, בין באמצעות ״תיקון״ אורחות חייהם ומנהגיהם המסורתיים, ובין על־ידי ניסיון להגן עליהם, לכאורה, מפני השוויון הפורמלי בממלכתו של החוק. השתייכותם של בני שתי הקבוצות האלה למרחב התרבותי של ״האוריינט״, למרות הרקע הלאומי־הזהותי ה״מהופך״ שלהם, ״משדכת״ אותם, כמעט בעל־כורחם, אלה לאלה.[2] לשתי הקבוצות האלה משותפת סדרה של התייחסויות מצד סוכנים מדינתיים ותרבותיים

1 כלומר, יהודים שמוצאם מארצות ערב והמזרח התיכון, כפי שאזור זה מוגדר בדרך־כלל מבחינה תרבותית־פוליטית וגיאוגרפית בתפיסות מערביות. במאמר זה, כאשר אתייחס ליהודים מזרחים, כוונתי תהיה ליהודים שהמוצא שלהם או של משפחתם הוא בארצות ערב, צפון אפריקה ו/או האסלאם (לרבות טורקיה, חלק מארצות הבלקן והרפובליקות המרכז־אסייתיות שנכללו בימי האימפריה הסובייטית בתחומי ברית־המועצות).

2 ראו יהודה שנהב **היהודים־הערבים – לאומיות, דת ואתניות** (2004).

הגמוניים בתקופת יציקת הריבונות ובניין החברה. מאמר זה יבחן את מקומו המיוחד של המשפט במערך ההקשרים החברתי ביחס למזרח ולתושביו על רקע שאלות ייחודיות וייעודיות של כבוד, ואת התפקיד שהוא ממלא במערך זה – במתכוון או לא במתכוון – על רקע השתקפותה של התופעה האתנית־החברתית הזאת בטקסט המשפטי. ההתמקדות במושג הכבוד כפי שהתבטא בדיונים שהתנהלו בין כתליו של בית־המשפט העליון בשנותיה המוקדמות של המדינה, וניתוח הדילמות המשפטיות, התרבותיות, הדתיות והחברתיות הכרוכות במושג זה, הופכים את ההתחקות אחר הציר החמקמק והמרתק של יחסי מזרח–מערב למורכבת ולרבת ממדים, כפי שיראה המאמר בהמשך.

יש להדגיש, כמובן, כי ההשתלבות העתידית בתוך החברה הישראלית בוודאי לא תוכננה, לפחות לא בעשור המכונן, באופן שווה לשתי הקבוצות. המאמר משדך שתי קבוצות שונות אלו – יהודים מזרחים מזה וערביי ארץ־ישראל או פלשתינה המנדטורית ילידי הארץ מזה – בנימוק ששתיהן נתפסו כזרות או כשונות על־ידי האליטה הממסדית, שהייתה בעיקרה אשכנזית. עם זאת, הגם שאין להתעלם משותפות הגורל של שתי הקבוצות, והגם שמאמר זה עוסק בהשתקפות מסוימת של המכנה המשותף הניצב בין שתיהן, ברי כי אין להתעלם גם מהמורכבויות הכרוכות בחיבור זה. בתקופה האמורה, ועד לביטולו של הממשל הצבאי בשנת 1966, הוכפפו ערביי ישראל לשלטון צבאי, נחשדו כמי שעלולים לסייע לאויב כ״גיס חמישי״, ונתפסו בעצמם כמְסַכנים את עצם קיומה של המדינה היהודית החדשה. לא כך הדבר ביחס ליהודים המזרחים, שעלייתם ארצה נתפסה כחיונית לבניית המדינה ולביסוסה – הן כחלק מהמאבק הדמוגרפי, הן כחלק משיקולי הביטחון והבטחת הגבולות (הקמת מושבי העולים ועיירות־הפיתוח נועדו להבטיח פיזור אוכלוסין יהודי במרחב ולגבור על סכנות הסְפר) והן כחלק מהשאיפה לקלוט את כל יהודי התפוצות למדינה החדשה, על אחת כמה וכמה לאחר קטסטרופת השואה.

חלק מהביטויים המשפטיים האוריינטליסטיים ייחסו, כך נראה, תפיסה מסוימת של ״מסוכנות תרבותית״ ליהודים עולי ארצות ערב. אליטות אשכנזיות ומערביות שפעלו לעצב את המדינה והחברה הישראליות זיהו מאפיינים סטריאוטיפיים מזרחיים מסוימים כאיום על התרבות ההגמונית שהן ביקשו להנחיל ולשמר במודל של חברת כור ההיתוך. החפיפה החלקית בדימויים הסטריאוטיפיים (השליליים בעיקרם, אך גם החיוביים לעיתים) של שתי הקבוצות תעמוד במרכז הניתוח שהמאמר יציע. אולם מובן שאי־אפשר לגזור גזֵרה שווה מעמדת הפסיקה ביחס לערביי ישראל לעמדת הפסיקה ביחס ליהודים המזרחים עולי ארצות ערב והמזרח התיכון.

החיבור בין שתי הקבוצות נחוץ ורלוונטי בהקשר שמחקר זה נטוע בו, וחוקרים שונים כבר עמדו על הדומה והשונה בין הקבוצות גם על רקע מלאכת המשפט. כך, יפעת ביטון ניתחה את ההפליה דה־פקטו שממנה סובלים יהודים ממוצא מזרחי, אשר מקוטלגים בדרך־כלל בשיח הזהויות הישראלי כמשתייכים לקולקטיב הישראלי אל מול **האחר** האולטימטיבי הפלסטיני.[3]

---

3 ראו Yifat Bitton, *Discrimination Based on "Sameness," Not "Difference": Re-defining the Limits of Equality Through an Israeli Case for Discrimination*, 12 J. HATE STUD. 177 (2014) (להלן: Bitton, *Discrimination Based on Sameness*); Yifat Bitton, *The Dream and Its*

אכן, כדי להיאבק בהפליה, ביטון קוראת להם לאמץ את המרכיב הערבי בזהותם. יש להדגיש כי להבדיל מעבודות מעין אלה של ביטון, של סמי שלום שטרית[4] או של יהודה שנהב,[5] עיקר מטרתו של המחקר אינה ביקורתית או נורמטיבית, כי אם אנליטית, על רקע דיון היסטורי־משפטי הקשרי. תכליתו של מאמר זה היא אם כן לחשוף זהות או זהויות מזרחיות במשפט – על מורכבותן ופניהן השונות – ולהדגימן. כפי שיספרו המקרים המתוארים בתיקים שינותחו בהמשך, מושג הכבוד, אשר חוזר ונשמע בין כותלי בית־המשפט, יחבר בין זהויות אלו – הן של יהודים ממוצא מזרחי והן של ערבים בני הארץ, המייצגים את הלוונט או האוריינט. כפי שהמאמר יראה, נושא הכבוד היווה מכנה משותף זהותי, תרבותי, פוליטי – וגם משפטי – המזוהה על־ידי בית־המשפט כסוגיה מזרחית. המכנה המשותף שישורטט באמצעות המקרים המשפטיים ילמד על אפשרות לפרש את השיח המשפטי שהופגן בפסיקה בת התקופה כלפי מזרחים וערבים. כאשר מדובר בסוגיית הכבוד, היחס ליהודים מזרחים ולערבים בני המקום משייך לשתי הקבוצות מאפיינים ודפוסי פעולה ומחשבה **אתניים** – ולא **לאומיים** – משותפים. האם גלומה בכך הפליה, כפי שביטון טוענת?[6] דומה, כאמור, כי זו שאלה נורמטיבית ביקורתית. בין כך ובין כך, מדובר בזיהוי ובייחוס של תכונות מסוימות למזרחים ולערבים, וזאת על רקע השתייכותם למרחב המזרח־תיכוני. בכך, כפי שביטון קובעת, ההתמקדות במרכיב הכבוד מאפשרת לדון בדרך שבה המשפט משתתף בעיצוב המבנה הסוציו־פוליטי של ישראל. יהודים מזרחים ממוקמים, בוודאי בתקופה הנבחנת, בעמדה דו־ערכית: מחד גיסא, הם דומים ומשתייכים כמובן לקולקטיב היהודי במדינה הישראלית החדשה, הנאבקת על קוממיותה ויציבותה; ומאידך גיסא, חלק מזהותם האתנית־התרבותית משויכת ללוונטיניות, על רקע מסורותיהם המזרחיות.[7]

Construction: Mizrahi-Arab Cooperation to Combat Discrimination, 4 J. LEVANTINE STUD. 174 (2014).

4 סמי שלום שטרית **המאבק המזרחי בישראל – בין דיכוי לשחרור, בין הזדהות לאלטרנטיבה: 1948–2003** (2004).

5 שנהב, לעיל ה״ש 2.

6 Bitton, *Discrimination Based on Sameness*, לעיל ה״ש 3, בעמ׳ 178.

7 ניתן לטעון כי היהודים המזרחים היוו בהקשר זה את האוריינט בעבור ישראל, אשר מוצאה או דמותה התרבותית כוננו על מודל אירופי ומערבי, בדומה לאופן שבו היוו יהודי מזרח אירופה – ה־Östjuden, כפי שכונו – את המזרח בעבור היהדות האירופית האשכנזית (בעיקר בגרמניה ובמרכז אירופה). תיאור שגור יחסית זה במפנה המאה העשרים נועד לתאר את הריכוז הגדול של יהודים במזרח אירופה ובסביבותיה (רוסיה, פולין, גליציה, בוקובינה, צפון־מזרח הונגריה ורומניה), אשר לא עברו תהליכי מודרניזציה של ממש. הכינוי נשא משמעות שלילית של נחיתות, פרימיטיביות פוליטית־תרבותית ופיגור, ושימש בעיקר בהקשר (וכתיאור שלילי או ביקורתי) של תנועת ההגירה ההמונית של יהודים ממזרח אירופה לארצות דוברות הגרמנית. הגירה זו עוררה חשש ניכר בקרב קהילות יהודיות במערב אירופה, והיא ייחסה ל״יהודי המזרח״ הללו תכונות נבדלות ושליליות לרוב. ראו, למשל, STEVEN E. ASCHHEIM, BROTHERS AND STRANGERS: THE EAST EUROPEAN JEW IN GERMAN AND GERMAN-JEWISH CONSCIOUSNESS, 1880–1923 (1982); JACK WERTHEIMER, UNWELCOME STRANGERS: EAST EUROPEAN JEWS IN IMPERIAL GERMANY (1987).

הדיון בנושא הכבוד והמכנה המשותף (המסוים) שהוא יוצר בין יהודים מזרחים לבין ערבים, המייצגים יחדיו את הלוונטיניות שישראל המודרנית מבקשת להתבדל ממנה, ממחישים את אחת הדרכים שבהן המזרח מתגלה במשפט. אמת, מרבית הפסיקה שנדונה במאמר עוסקת בנאשמים ממוצא ערבי.[8] בתוך כך – ובהינתן שמחקר זה נשען על מתודולוגיות איכותניות, ולא כמותניות – ההשוואה המוצעת בין שתי הקבוצות שמשתייכות למרחב המזרח התיכון או שמקורן בו מתבססת על משקלם הסגולי של מרכיבי השיח המשפטי והפוליטי־התרבותי אשר נעים בין פסקי־הדין השונים וממקפים בין יהודים מזרחים לבין ערבים בני המזרח. בדומה לערבים, שגם ענייני הכבוד ״שלהם״ נדונים במשפט הישראלי של שנות החמישים באמצעות שיח שעוסק בכבוד כמושג בעל נפקות משפטית, הערביות של יהודים מזרחים מתבטאת במקום שהם – והמשפט – נותנים למושג הכבוד בפרקטיקות שלהם. יתרה מזו, הערביות של מזרחים (ושל ערבים, כמובן) משתקפת ביחסו של המשפט לדמויות בשר־ודם: פעם יהיה זה פואז כיר, גבר דרוזי צעיר שהואשם בהריגת אחותו על רקע מה שמכונה ״חילול״ כבוד המשפחה; ופעם יהיו אלה מתאנה בן משה אהרן ונעים יוסף, יהודים מזרחים שהערה או מחווה פיזית מצד בעלים של בית־קפה לוונטיני ברמלה פגעו בכבודם והובילו לתקרית אלימה רבת משתתפים ויצרים. וכך, הבינריות שביחסי יהודים–ערבים על רקע הציר הלאומי[9] נהפכת למימד מורכב יותר, המאפשר מכנה משותף בין שתי הקבוצות האלה (למרות השונות ביניהן) על רקע בסיס אתני.

המאמר ינתח כמה פסקי־דין באמצעות גישות המתבססות על מתודולוגיות שנהוגות בלימוד ההיסטוריה של המשפט ומקובלות בניתוח היסטורי־חברתי ביקורתי של המשפט. ניתן אומנם להצביע על מחקרים אחדים שעסקו בהיסטוריה של המשפט הישראלי, אך עד ל״גל החדש״, שהחל בסוף שנות השמונים ובתחילת שנות התשעים, דובר ביוצאים מן הכלל המעידים על הכלל. לאחר עשורים ממושכים שבהם לא נערך כמעט מחקר בהיסטוריה של המשפט הישראלי, בשלושת העשורים האחרונים ניכרת פריחה יחסית בתחום ההיסטוריוגרפיה של המשפט הישראלי.[10] עם זאת, אף שגוף הכתיבה הזה הולך ומתפתח כתת־דיסציפלינה, הוא עודנו חסר (באופן יחסי) לימוד שיטתי של מערך היחסים שבין המשפט הישראלי לבין המזרח ופרספקטיבות המזוהות כמזרחיות.[11]

---

8 חמישה מתוך תשעת פסקי־הדין שיוצגו להלן עוסקים בנאשמים ממוצא ערבי.

9 Bitton, *Discrimination Based on Sameness*, לעיל ה״ש 3, בעמ׳ 180.

10 לרשימה עדכנית יחסית הממפה את הנעשה בתחום זה ראו, למשל, ניר קידר ״המשפט ומקומו המרכזי בהיסטוריה הישראלית – על ההיסטוריוגרפיה של המשפט הישראלי ותרומתה לחקר ישראל״ **קתדרה** 150, 155 (2013).

11 גם כאשר התפרסמה כתיבה חלוצית העוסקת בתפר מורכב זה, דומה כי רק חלק קטן ממנה (באופן יחסי) מאמצת מתודולוגיות של מחקר היסטורי. לאישוש הבחנה זו ראו, בין היתר, יפעת ביטון ״מזרחים במשפט: ה׳אין׳ כ׳יש׳״ **משפטים** מא 455 (2011) (להלן: ביטון ״מזרחים במשפט״); קלריס חרבון ״על תבונה ורגישות: מסע גיבוש של זהות מזרחית בייצוג משפטי״ **לאחותי, פוליטיקה פמיניסטית מזרחית** 155 (שלומית ליר עורכת 2007); עינבל מימון־בלאו ״זהות אבודה: בין משפט לחברה בקבוצת נפגעי הטיפול בגזזת״ **מעשי משפט** ה 59 (2013); גד ברזילי ״אחרים בתוכנו: משפט וגבולות פוליטיים לקהילה החרדית״ **עיוני משפט** כז 587 (2003); אביעד הכהן ״מיהו אשכנזי? מיהו ספרדי? מיהו חרדי? הלכה, משפט ובית המשפט כְּמְשַׁקֵּף זהות ומכוננה״

בראש ובראשונה יתמקד המחקר בניתוח שיח – השיח המשפטי. המאמר יטען כי חלק ניכר מעבודתו של המשפט נעשית בדרכו אל התוצאה המשפטית המסוימת, וכי לעיתים ערכם של הטקסט המשפטי ושל הדיון המשפטי אינו פוחת מחשיבותם של הכרעת־הדין וגזר־הדין. באמצעות ניתוח שיח משפטי, המחקר שמאמר זה מתבסס עליו מבקש להציע פרשנות נוספת לאופן שבו ניתן לנתח כיצד מוסדות הגמוניים, דוגמת בית־המשפט, מתייחסים לקבוצות־שוליים, וכיצד תהליכים חברתיים ותרבותיים פועלים ביחסי־גומלין עם המשפט ומשפיעים על הטקסט המשפטי ועל המשפט עצמו.

המחקר שמאמר זה מבוסס עליו מציג את המגמות האלה – כלומר, את יחסו הנבדל (לעיתים) של המשפט כלפי קבוצות ויחידים ממגזרים אתניים לא־מערביים – על רקע התיאוריה של אדוארד סעיד. הקריאה שתוצע בטקסטים המשפטיים היא קריאה ״מכוּונת״: היא מבקשת לזהות את הסמנטיקה – את השימוש בתבניות ובסמלים חוזרים ונשנים, גם אם אין הם עקיבים – על רקע החיבור **אוריינטליזם**[12] וקו פרשת המים שהוא סימל בתחום מדעי הרוח ומדעי החברה והכתיבה המחקרית שנכתבה בעקבותיו. כל זאת, יש לציין, גם תוך עימות או אתגור של התיאוריה אל מול הממצאים והנסיבות ההיסטוריות המשתקפות מן המחקר. בדרך זו יהיה אפשר להצביע על המקומות שבהם תיאוריות סעידיאניות[13] לא רק שאינן מספיקות לצורך ניתוח הביטויים המשפטיים, כי אם אינן עולות עימם בקנה אחד. במחקר השלם שממנו נגזר ופוּתח מאמר זה נאספה שורת פסקי־דין והחלטות משפטיות במגוון נושאים, מפרק־הזמן של קום המדינה וסוף שנות הארבעים ולאורך העשורים המעצבים של שנות החמישים והשישים.[14] כאשר פסיקה זו דנה בנושאים דוגמת הנחיצות (והמחיר) של ״השכנת השלום״ (כפי שבית־המשפט מכנה זאת) בקרב קהילות כפריות ערביות (והכרה במנגנון הסוּלחה) או בהשלכות המשפטיות שיש לעיתים למקרים של התכעסות, התקנטרות או אובדן־עשתונות בעקבות סערת־יצרים, נחשף לטענתי שיח שאפשר להבינו גם בעזרת מאפיינים שחוקרים שהושפעו מעבודתו של סעיד הגדירו ״מאפיינים אוריינטליסטיים״. מאמר זה יתמקד אם כן בטענות מסוגים שונים ביחס למושג הכבוד ולמקום שמושג זה קיבל במשפט הישראלי המוקדם, וזאת תוך מיקום הדיון שאני מציע, העוסק בהשתקפות של מושג הכבוד בראי

זהות יהודית 127 (אשר מעוז ואביעד הכהן עורכים 2014); Omer Aloni, *Orientalist Reflections in Early Israeli Law: (New) Perspectives on the Issue of Polygamy*, 4 COMP. LEGAL HIST. 181 (2016).

12 אדוארד סעיד **אוריינטליזם** 66 (עתליה זילבר מתרגמת 2000).

13 הכוללות גם חיבורים של תלמידיו וממשיכי־דרכו של סעיד, שהושפעו מספרו המהפכני **אוריינטליזם** משנת 1978 ומחיבוריו הנוספים. לעיון בכתיבה ובמחקרים שהושפעו מעבודתו של סעיד ראו DANIEL MARTIN VARISCO, READING ORIENTALISM: SAID AND THE UNSAID (2007).

14 מאמר זה מתבסס על עבודת תזה שעסקה בהשתקפויות של גישות אוריינטליסטיות בשורה של נושאים שנדונו במשפט הישראלי המוקדם, החל בכישוף ורפואת אלילים וכלה בסוגיית גיל הנישואים בקרב קהילות מזרחיות של יהודים־ערבים ושל ערבים בני הארץ כאחד. לעיון נוסף ראו עומר אלוני **״למען ישכון שלום בכפר״ – השתקפויות של גישות אוריינטליסטיות במשפט הישראלי המוקדם** (עבודת־גמר לתואר ״מוסמך במשפטים״, אוניברסיטת תל־אביב – הפקולטה למשפטים 2012).

המשפט הישראלי, על רקע הציר המתפתח שאותו מובילה שורה של חוקרות וחוקרים העוסקים בתיאורטיזציה של עקרון הכבוד בהקשרים עכשוויים ומאוחרים יותר.

תפיסת האחר והשיח האוריינטליסטי, מהסוג שנגלה בחלק מהדיונים העוסקים במקרים המתיכים יחדיו בערבוביה ישראלית ומזרח־תיכונית יסודות המתקראים לעיתים בפי השחקנים המשפטיים (ובכלל זה בית־המשפט, כמובן) ״ביטויי כבוד״, אינם נותרים בסמנטיקה ובאופן כתיבתם והצדקתם של פסקי־הדין והכרעות־הדין. יתרה מזו, אני אף טוען כי הם אינם רק ״עוד״ מאפיין של תופעה תרבותית־פוליטית שמחשבות פוסט־מודרניסטיות (דוגמת זו מבית־מדרשו של סעיד) טענו לזיהויה לאורך ההיסטוריה (ובאופן מובהק בתקופה המודרנית), אלא יש להם משמעויות פוליטיות ממשיות, המשפיעות על החברה. בכוחו של השיח המשפטי להשפיע הן על הגורמים המשפטיים המשתתפים בו (שופטים, עורכי־דין, בעלי־דין המעורבים בהליך), הן על הסוכנים המדינתיים המשתתפים בהליך (כגון שוטרים, עובדים סוציאליים ובעלי תפקידים אחרים), והן על משתתפים אשר אינם נוטלים חלק בהליך ממש אך עשויים להיות מושפעים ממנו ומהשלכותיו בעתיד (למשל, בעלי־דין שעניינם כרוך בשאלות דומות). נוסף על כך, יחידים וקבוצות מושפעים מהשיח המשפטי גם אם הם נמצאים במעגלים מרוחקים יותר ממוקד ההליך המשפטי, כגון בני משפחותיהם של המעורבים (של הקורבנות, מחד גיסא, ושל עוברי העבירות, מאידך גיסא), וכן הקהילה שהעבריינים מורחקים ממנה באות־קלון (או במאסר) או מושבים אליה בתום תקופת מאסר קצרה יחסית. אם כן, העיון מחדש בפסיקה מאפשר לזהות שימוש בשיח המזוהה לעיתים כשיח על אנשי המזרח. שיח משפטי זה נחשף בטקסטים בעיקר מהדין הפלילי, אך ניתן לזהותם גם בטקסטים הלקוחים מדיני משפחה וממשפט מנהלי, ואפשר להבינו ולפרשו גם על רקע תבניות וייצוגים אוריינטליסטיים.

השיח המשפטי שאיתרתי וניתחתי מבטא, מחד גיסא, תחושות של שונות או מאוימות לנוכח מי שנתפסו כקבוצות־שוליים. מאידך גיסא, פסיקה של בית־המשפט העליון הדנה בדמויות מרקע יהודי־מזרחי או ערבי־מזרחי ובשאלות המערבות מרכיבים תרבותיים, כגון סוגיית הכבוד, מלמדת גם על ניסיון לא־מבוטל לשלבן בצורה כזו או אחרת בחברה החדשה[15] (ובהסדריה המשפטיים הליברל־דמוקרטיים) ולקבל אחריות משפטית־ריבונית ביחס אליהן – בין באמצעות הכרה מפורשת או משתמעת בשונותם ובין על־ידי ניסיון ״לתקן״ את אורחות חייהם בכלים משפטיים. דרך קריאה מחדש ועיון מחדש בפסיקה הדנה במרכיבים של כבוד – במקום, במשקל ובחשיבות שהמשפט הישראלי המוקדם מעניק לערך הכבוד בהופיעו בקונסטלציות **מזרחיות** – עולים ממדים המלמדים על שניוּת מעניינת זו.

נוסף על החלק העיקרי של המחקר – קרי, תיאור וניתוח של פסקי־הדין – ענף משני של המחקר בוחן את המהלכים שהתרחשו במשפט מנקודת־מבט ביקורתית. כלומר, לאחר חשיפתו של שיח אוריינטליסטי כביכול, יתמקד המאמר גם בהשפעה המסתמנת, השלילית והרגרסיבית להשקפתי, של הפסיקה שהמאמר דן בה. בדרך זו יהיה אפשר לעמוד על משמעותן האפשרית של ה״הבנה״ ושל ה״התחשבות״ לכאורה במניעיהם, באישיותם ובמאפייניהם של נידונים מסוימים המגיעים לבית־המשפט העליון, כמוסד המשתתף בהבנייתה ובעיצובה של הקהילה

15 בוודאי ביחס ליהודים ממוצא מזרחי בחברת כור ההיתוך.

החדשה. ההבנה וההתחשבות הללו, יטען המאמר, ממשיכות – ואולי אף מקבעות – עולם מוּטה של ייצוגים, של תובנות סטריאוטיפיות ושל תפיסת המזרח והבנת **האחר** בחברה הישראלית.

מאמר זה יתמקד אפוא במורכבותו של ערך הכבוד כפי שהוא משתקף בראי המשפט הישראלי בתקופה הנבחנת וביחס לדמויות בעלות רקע מזרחי – יהודיות וערביות כאחד. נושא הכבוד כבר שימש במערכות המשפט של האימפריות הקודמות שמשלו בחלק זה של המזרח התיכון, ולפחות חלק מההסדרים, מהדינים ומהפרשנויות באשר לנושא זה נותרו על כנם גם בשנות החמישים והשישים.[16] אולם משנעשתה השיטה המשפטית הישראלית לריבון, היא בחרה אסטרטגיות חברתיות, פוליטיות ותרבותיות אחרות. ניתוח המשפט הישראלי מנקודת־מבט סעידיאנית מציע אם כן דרך נוספת ומאתגרת להבנת פעולותיו של המשפט ויחסי־הגומלין שבינו לבין מושאיו, במיוחד על רקע הסדרי החקיקה המשתנים (לצד אלה הנבחנים מחדש) במעבר מתקופת המנדט לביסוס הריבונות בעשורים הראשונים.

ערך הכבוד אינו ההקשר היחיד שבו הזדמנו שאלות של מסורות ״מזרחיות״ לעיונו של בית־המשפט ולהכרעתו. לאמיתו של דבר, בעשורים הראשונים לקיומו היה המשפט הישראלי במה להשתקפויות אוריינטליסטיות ולתֵמות מרכזיות שאותן ניתן לזהות מהתיאוריה הסעידיאנית. למשל, דמותו של המזרח ומאפייניהם האלימים, נטולי הדין והפראיים של תושביו־ילידיו מתוארים בכמה פסקי־דין באמצעות מוטיב ״השכנת השלום בכפר״.[17] משטר הצדקות זה משמש מוטיב חוזר בדיוניו של בית־המשפט במסגרת תיאור השבתו של הסדר על כנו בכפר וביישוב הערביים הלא־יהודיים (בין אחרי אירוע פלילי אלים, ולעיתים קרובות אף קטלני, ובין על רקע פוליטי־מנהלי). בית־המשפט מכיר באופן רשמי במשקלה – המשפטי – של ה״סולחה״, בהיותה מנגנון פנימי ליישוב סכסוכים. באמצעותה הכפר הערבי מתואר כ״בועה״ פוליטית־תרבותית,[18] וכך מתאפשרת הסגתו לאחור של המשפט הפלילי על

---

16 באדי חסייסי ודבורה ברנשטיין פענחו את המנגנונים והתבניות שהסוו, לטענתם, את המסורת הקטלנית של מה שמכונה ״רצח על רקע חילול כבוד המשפחה״. במחקרם הם חשפו את המכנה המשותף של רוב התיקים שבהם התמקד מחקרם ההיסטורי־המשפטי: רובם נשענו על תבניות משפחתיות, דומסטיות, לוקליות, כפריות וקהילתיות, וככאלה הם אפשרו את ״הרחקתה״ של המדינה (בראש ובראשונה באמצעות שלטון החוק) ומנעו אותה מלהפעיל את מכשירי האכיפה שלה כנגד האלימות הרצחנית. מכל מקום, מחקרם של חסייסי וברנשטיין עוסק בתקופה המנדטורית בארץ־ישראל, בעוד אני בוחן את השתקפותו של עקרון הכבוד תחת הריבונות הישראלית החדשה. ראו Badi Hasisi & Deborah Bernstein, *Echoes of Domestic Silence: Mechanisms of Concealment in Cases of 'Family Honour Killings' in Mandate Palestine*, 55 MIDDLE E. STUD. 60 (2019).

17 ע״פ 206/54 **היועץ המשפטי לממשלת ישראל נ׳ עתאמנה**, פ״ד ח 1502, פסק־דינו של הנשיא אולשן (1954).

18 אחת מהערותיו המפורסמות והשנויות במחלוקת של סעיד היא גיחוכו הסרקסטי על עבודתם של האוריינטליסטים, הנמנעים מהחלת הידע המערבי ביחס לקדמה ולהתפתחות הדטרמיניסטית על האוריינטל, בהיותו ״ידע שאבד עליו הכלח״. סעיד מציין כי גם ב״לימודים האזוריים״ – גלגולם המחודש והפוסט־מודרני, לשיטתו, של ״לימודי האוריינט״ – אין מיישמים על האוריינט את המומחיות שנצברה במערב ביחס לתהליכי השינוי הפוליטי־המדיני. סעיד מצטט מדבריו של סר גיב: ״להחיל את הפסיכולוגיה ואת המכניקה של המוסדות הפוליטיים המערביים על מצבים

תכליותיו.[19] במילים אחרות, כאשר מדובר בקהילות כפריות ערביות מסורתיות מזרח־תיכוניות המשמרות דפוסים **משלהן** לפתרון סכסוכים, בית־המשפט העליון נוטה לבכר את ההסדר הקהילתי על־חשבון עקרונות דוגמת גמול והרתעה.[20] כמו־כן, המזרח ותכונותיו מתוארים גם בדיונים משפטיים שבהם מיוחסים למושאי הדיון – לנידונים ולמערערים כאחד – תכונות חברתיות, אישיות ופסיכולוגיות מסוימות המשעתקות את עצמן, כגון התכעסות, התקנטרות ורתחת־דם, אי־רציונליות, סערת־יצרים ואובדן־עשתונות.[21] נוסף על כך, בשורה של פסקי־דין העוסקים במקרי כישוף, ברופאי אלילים ובידעונים[22] אפשר לזהות מרכיבים אוריינטליסטיים, ויסודות דומים מהדהדים גם בחטיבה של פסקי־דין שבה דן בית־המשפט בדילמה סביב סוגיית ריבוי הנשים ובשאלה אם להותיר דפוס זה על כנו ולאפשר ביגמיה ופוליגמיה בקרב קהילות מסורתיות מזרחיות – יהודיות ומוסלמיות כאחד.[23] כמו־כן, אפשר להציע קריאה סעידיאנית של התבטאויות משפטיות שבהן עסק בית־המשפט העליון ברלוונטיות של בקשת הסליחה בהליך הפלילי בשעה שעמדו לפניו נאשמים ובעלי־דין מזרחים, והם בלבד.[24] נוסף על כך, כאשר דן בית־המשפט העליון בערעורים בעברות מין, הוא שילב לעיתים בשיח מרכיבים המהדהדים טיעונים כגון ״פתיינות אקזוטית״ וילדותיות, שאפשר לנסות לזהות בהם רמז לזהותם האתנית של המשתתפים.[25] וכך, באמצעות עדויות ופרוטוקולים, שרטט המשפט בסיפוריו דמות משפטית **אחרת** ושונה, ובהמשך לכך ניסח לעיתים בעניינה החלטות שיפוטיות מיוחדות. באמצעות המתודה המתחקה אחר ניתוח השיח המשפטי במגוון הליכים ובפרשות נפרדות, אפשר לקבץ זהות אתנית, מעין ״קטלוג אוריינטליסטי״.[26]

אסיאתיים או ערביים – הרי זה וולט דיסני ממש״. ראו HAMILTON GIBB, AREA STUDIES RECONSIDERED 12, 13 (1963); סעיד, לעיל ה״ש 12, בעמ׳ 100.

19 ראו, למשל, פרשת **עתאמנה**, לעיל ה״ש 17; ע״פ 173/54 **אל־חאואשלה נ׳ היועץ המשפטי לממשלת ישראל**, פ״ד ט 83 (1955); ע״פ 24/57 **ג׳רעבאט נ׳ היועץ המשפטי לממשלה**, פ״ד יא 507 (1957); ע״פ 571/62 **אל־אפיניש נ׳ היועץ המשפטי לממשלה**, פ״ד יז 2735 (1963).

20 בהקשר זה ראו את הבחנותיה של ביטון בנוגע לאופן שבו בית־המשפט עודנו מציע לעיתים שימוש שיכול להתפרש כמעין מנגנון או פתרון של ״סולחה״, כאשר הוא מציע הסדרי פשרה לתובעים שהופלו לכאורה בכניסה לבתי־עסק ולמועדונים על רקע מוצאם המזרחי. כפיצוי על הפגיעה והעוול שנגרמו להם, בית־המשפט מזמין את התובעים לבלות במועדון שהפלה אותם. ראו ביטון ״מזרחים במשפט״, לעיל ה״ש 11, בעמ׳ 504.

21 ראו, בין היתר, ע״פ 272/55 **היועץ המשפטי לממשלה נ׳ מתאנה**, פ״ד י 142 (1956); ע״פ 122/57 **שלמה נ׳ היועץ המשפטי לממשלה**, פ״ד יא 1206 (1957); ע״פ 194/62 **לבנאוי נ׳ היועץ המשפטי לממשלה**, פ״ד יז 1401 (1963).

22 ראו, למשל, ע״פ 216/62 **אל־ראזק גרה נ׳ היועץ המשפטי לממשלה**, פ״ד טז 2673 (1962); ע״פ 2/58 **ברטי נ׳ היועץ המשפטי לממשלה**, פ״ד יב 735 (1958).

23 ראו עומר אלוני ״שאלת ריבוי הנשים: התמודדותו של המשפט הישראלי המוקדם עם שאלת הביגמיה בקהילות מזרחיות״ **מעמד אישי ומגדר – נשים פלסטיניות בישראל** 163 (היבא יזבק וליאת קוזמא עורכות 2017) (להלן: אלוני ״שאלת ריבוי הנשים״).

24 ראו ע״פ 100/59 **היועץ המשפטי לממשלה נ׳ אל־יתים**, פ״ד יג 925 (1959); ע״פ 2/60 **מנצור נ׳ היועץ המשפטי לממשלה**, פ״ד יד 399 (1960).

25 ראו, בין היתר, ע״פ 339/61 **ברזלאי נ׳ היועץ המשפטי לממשלה**, פ״ד טז 548 (1962).

26 דונה הרוויי (Haraway), למשל, טוענת כי הקולנוע הוא חלק מתרבות ״מוזיאולוגית״, מקטלגת וממיינת, אימפריאליסטית־מערבית בהכרח, העוסקת באיסוף האובייקטים התלת־ממדיים

בטרם ניגש לדיון עצמו דומה כי יש להוסיף הערת־ביניים מקדימה, ואולי אף מעין הערת־אזהרה, באשר לטענת המחקר המרכזית. ההצבעה על האפשרות למצוא השתקפויות של גישות אוריינטליסטיות במשפט הישראלי המוקדם מציעה קריאה מחדש בשורה של פסקי־דין שבהם נעשה לכאורה שימוש בשיח אוריינטליסטי בעל משמעות. איני מבקש לטעון כי המשפט הישראלי הוא שיצר ייצוגים מובחנים, נפרדים – ובעיקר אחרים – של שותפים ומשתתפים בחברה הישראלית המתגבשת בעשור המכונן של שנות החמישים ובעשורים שלאחריו, וגם איני מתיימר לטעון כי המשפט הישראלי בפרק־הזמן הזה היה ״אך ורק״ אוריינטליסטי. עם זאת, אפשר שהמשפט בן התקופה היה שותף סמוי או גלוי להמשכם, ואולי אף להיקבעותם, של ייצוגים אוריינטליסטיים בחברה הישראלית בעשורים מאוחרים יותר.

סעיד מסיר לטענתו את המסכה מעל הצגת האוריינט ביצירות האומנות, בסיפורים מן המזרח, בספרי המסעות וביומנים, בהרפתקותיו ובחוויותיו של האדם הלבן בכל מה שהוא מחוץ לאירופה ולעולם החדש של האמריקות. **אוריינטליזם** – ולצידו חיבורים אחרים רבים עד־מאוד שהמשיכו את כתב האישום הפוסט־מודרניסטי בשדות שונים של התרבות – הוא מסמך ביקורתי חריף, הקובע כי כל מה שזוהה עם ה״מזרח״ אינו באמת המזרח כמות שהוא, אלא האופן שבו אירופה דמיינה אותו לעצמה, במעין ״מערברבנות״ בעלת אינטרסים מוחשיים, עיקשים ונחושים. אין זו, כמובן, התבוננות תמימה או רומנטית בלבד, כי אם המשגה שהיא דרך להבניית יחסי הכוח ואמצעי השליטה של המערב באתרים החדשים שהוא ניכס לעצמו, או ביקש לנכס לעצמו ולתועלותיו, ולהצדקת שליטתו בהם. לטענתו של סעיד, ביטוייו של האוריינטליזם נוטים להיעשות מוחלטים יותר ויותר, עד שבסקירה של האוריינטליזם במאות התשע־עשרה והעשרים הרושם המכריע הוא שהאוריינטליזם מציג את האוריינט כולו ב״סכמטיות חסרת רגישות״.[27]

המהלך שאני מציע אינו מוחלט ונחרץ כל־כך; מהדהדות בו גם הביקורות שהופנו כלפי סעיד ותלמידיו משנת 1978 ועד עצם היום הזה, והוא אף משתדל ליישם כמה מהן. אך בה־בעת הוא מנסה להרחיב את היריעה של העיסוק והמחקר בתגובה על **אוריינטליזם**, ולהביאם גם לתחום חקר המשפט הישראלי. דומה אם כן שדבריו של פרד הלידיי (Halliday) משנת 1993 יפים גם עתה: ״איני מתיימר להיות הכותב הראשון המגיב על הוויכוח הזה, וודאי לא אהיה האחרון״.[28]

המאמר יעסוק בקבוצה של החלטות משפטיות שדרכן משתקף ערך הכבוד ובהן מתבטא המשקל שבו זכה במהלך הדיונים המשפטיים. כפי שהמאמר יראה, ערך זה היווה חלק מסוים ממאפייני המשפט הישראלי בתקופה הנחקרת בכלל, וביטוי מרתק וייחודי למתח שבין מזרח למערב בפרט. בחלק הראשון של המאמר, מייד לאחר מבוא זה, יוצג ההקשר העיוני

ובהבאתם אל ערי המרכז, אל התודעה המשותפת. הספארי נעשה מעין מיקרוקוסמוס של מסע: המומיה במוזיאון, האינדיאני בקרקס, צמחיית הג׳ונגל בתערוכה, הפיל בספארי – כל אלה אפשרו תענוגות נטולי חרדות מסע. האם גם פסקי־הדין ״מביאים״ את המזרח אל ערי המערב, מייצגים אותו ומציגים אותו? Donna Haraway, *Teddy Bear Patriarchy: Taxidermy in the Garden of Eden, New York City, 1908–1936*, 11 SOC. TEXT 20 (1984).

27 סעיד, לעיל ה״ש 12, בעמ׳ 66.

28 פרד האלידיי ״ה׳אוריינטליזם׳ ומבקריו״ **ג׳מאעה ב** 63, 63 (התשנ״ח).

וההיסטוריוגרפי של האוריינטליזם והכבוד בלימודי המשפט בישראל. הסעיף הראשון של החלק ידגיש את החשיבות המחקרית של אוריינטליזם משפטי בהקשר הישראלי, ועוד יותר מכך את חסרונה היחסי של כתיבה בנושא זה עד כה. בהמשך לכך, בסעיף השני של החלק הראשון, ייפרשׂ בקצרה ההקשר התיאורטי של השימוש במושגי כבוד בניתוח המשפט הישראלי, ויוצגו הנושאים הבולטים בכתיבה המחקרית עד כה. באופן זה תמוקם תרומתו של המאמר בהקשר עיוני ותיאורטי זה. לאחר־מכן יעבור המוקד אל לוז המאמר, הוא חלק ב, שבו תוצג ותנותח אגודה של פסקי־דין הדנים – במתכונות כאלה ואחרות – בנושא הכבוד כפי שהשתקף בראי המשפט הישראלי בעשורים המוקדמים. המאמר ייחתם בסיכום ובקריאה למחקר ופיתוח נוספים של חלק מהרעיונות, הממצאים והטענות שיוצגו ויידונו בהמשך.

א. על אוריינטליזם ועל כבוד בלימודי משפט בישראל: רקע עיוני והיסטוריוגרפי בראשי־פרקים

חלק זה, המשמש פתיח תיאורטי למחקר המוצע במאמר זה, יציג את ההקשר העיוני, התקופתי וההיסטוריוגרפי של הדיון באוריינטליזם ובכבוד בלימודי משפט בישראל. תחילה, בסעיף הראשון, יוצגו חשיבותה של התקופה הנחקרת ומאפייניה של מערכת המשפט הישראלית בתקופה זו. לאחר־מכן, בסעיף השני, יתואר בקצרה הרקע התיאורטי של ״המפץ הגדול״, לטוב ולרע, שהתרחש עם הופעת ביקורתו של אדוארד סעיד והאדוות שהסעירו את עולם מדעי הרוח ומדעי החברה ועוררו מחלוקת עזה בין תומכיו למתנגדיו החריפים, ואשר לאורו אותרה הפסיקה הישראלית הרלוונטית ונותחה. בהמשך לכך יציג המאמר את החשיבות המחקרית של דיון באוריינטליזם משפטי בהקשר הישראלי, ועוד יותר מכך את חסרונה היחסי של כתיבה בנושא זה עד כה. הסעיף השלישי, שיחתום את הפרק, יערוך דיון במושג הכבוד בישראל בהקשר התרבותי והמשפטי.

1. חשיבותן של שנות החמישים כ״עשור המכונן״ בהיסטוריה הישראלית

ליבו של מחקר זה נטוע בשנות החמישים של המאה העשרים, וזאת לנוכח חשיבותו של עשור זה לביסוס מסלול התפתחותן של המדינה והחברה בישראל. חלק זה יעמוד בקצרה על האופן שבו תוארו שנים אלו על־ידי חוקרי התקופה והיסטוריונים כעשור המעצב של ישראל. כמו־כן, ומאחר שהדיון חג סביב פסיקתו של בית־המשפט העליון, תוקדש התייחסות נוספת למאפייניה של מערכת המשפט הישראלית בתקופה זו ולרלוונטיות האפשרית של מאפיינים אלו לתחומי הדיון.

והנה, דומה כי רשימת המחקרים שתורמים לתפיסתו של העשור הראשון כחשוב וכמכריע בכינונה של ישראל רק הולכת ומתארכת.[29] המעבר מתקופת היישוב אל הגשמתה של הריבונות

---

29 ראו, בין היתר, **מדינה בדרך – החברה הישראלית בעשורים הראשונים** (אניטה שפירא עורכת 2001); **חמישים לארבעים ושמונה – מומנטים ביקורתיים בתולדות מדינת ישראל** (עדי אופיר עורך 1999); **העשור הראשון – תש״ח–תשי״ח** (צבי צמרת וחנה יבלונקה עורכים 1997); יפעת

הישראלית, דרך מלחמת הקוממיות והאתגרים המורכבים שבפניהם ניצבה המדינה החדשה, מספק כר רחב למחקר בנושאים שונים: קריאת הנסיבות של סיום המנדט הבריטי בפלשתינה המנדטורית כפתחה של מלחמה פוסט־קולוניאלית; השפעתם של מוראות השואה ולקחיה על גיבושה ותפקידה של המדינה הצעירה; עיצוב יחסי יהודים–ערבים בישות המדינית החדשה; השפעתו המונומנטלית של דוד בן־גוריון כאב המייסד של האומה; הקמתם של מוסדות המדינה והתאמתם של אלה שהוקמו בתקופה המנדטורית לתקופת הריבונות הממלכתית; עיסוק בשאלות של מדיניות עלייה, קליטה, פיזור אוכלוסין ומיזוג אוכלוסין; דילמות ביחס למעמד ולעדתיות; דרכי עיצובה של התרבות ההגמונית השלטת; מאפייני קולקטיביזם לצד מגמות של ליברליזם וחברה אזרחית, והרשימה אינה כלה.

מאמר זה יציע אם כן זווית נוספת להבנת הפרגמנטציה של החברה הישראלית ונקודת־מבט שטרם נעשה בה שימוש באשר לניתוח אפשרי של אופן עיצובם של החברה ושל המשפט בעשור זה. כשם שהמבנה הכלכלי, המערכתי והמעמדי של ישראל עוצב במהלכם של העשורים המוקדמים,[30] כך אפשר שהתקבעו או התפשטו במהלכם תבניות וייצוגים סטריאוטיפיים מסוימים במערכת המשפט. במילים אחרות, וכפיתוח ביקורתה פורצת־הדרך של אלה שוחט, ייתכן שבית־המשפט העליון שימש גם הוא, לפחות לעיתים, מוסד שחתר תחת האידיאה

וייס **ואדי סאליב: הנוכח והנפקד** (2007); שלמה סבירסקי ודבורה ברנשטיין ״מי עבד במה, עבור מי, ותמורת מה? הפיתוח הכלכלי של ישראל והתהוות חלוקת העבודה העדתית״ **מחברות למחקר ולביקורת** 4, 5 (1980) (פורסם גם בספר **החברה הישראלית: היבטים ביקורתיים** 120 (אורי רם עורך 1993)); יונה הדרי **משיח רכוב על טנק – המחשבה הציבורית בישראל בין מבצע סיני למלחמת יום הכיפורים 1955–1975** (2002); ש״נ אייזנשטדט **החברה הישראלית בתמורותיה** (שולמית הרן מתרגמת 1989); ש״נ אייזנשטדט **החברה הישראלית – רקע, התפתחות ובעיות** (1973); שמואל נ׳ אייזנשטדט ״תהליכים ומגמות בעיצובה של החברה הישראלית״ **אנשים ומדינה – החברה הישראלית** 41 (שמואל סטמפלר עורך 1989); עמוס אילון **הישראלים – מייסדים ובנים** (1971); אסתר אלכסנדר ״כלכלת הקליטה בעשור הראשון למדינת ישראל״ **עיונים בתקומת ישראל** 2, 79 (1992); דבורה הכהן **תכנית המיליון – תכניתו של דוד בן־גוריון לעלייה המונית בשנים 1942–1954** (1994); דבורה הכהן **עולים בסערה – העלייה הגדולה וקליטתה בישראל 1948–1953** (1994); **העשור השני – תשי״ח–תשכ״ח** (צבי צמרת וחנה יבלונקה עורכים 2000); פנינה להב **ישראל במשפט – שמעון אגרנט והמאה הציונית** (1999) (להלן: להב **ישראל במשפט**); פנינה להב ״העוז והמשרה: בית־המשפט העליון בעשור הראשון לקיומו״ **עיוני משפט** יד 479 (1989) (להלן: להב ״העוז והמשרה״); מיכאל מ׳ לסקר ״היבטים פוליטיים וארגוניים של העלייה ממרוקו בשנים 1949–1956״ **הציונות – מאסף לתולדות התנועה הציונית והישוב היהודי בארץ־ישראל** יב 333 (1987); מנחם מאוטנר **ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי** (1993); **מגמות בחברה הישראלית** (אפרים יער וזאב שביט עורכים 2003); עמנואל סיון **דור תש״ח – מיתוס, דיוקן וזיכרון** (1991); **עידן הציונות** (אניטה שפירא, יהודה ריינהרץ ויעקב הריס עורכים 2000); **עצמאות: 50 השנים הראשונות – קובץ מחקרים בין־תחומי** (אניטה שפירא עורכת 1998); שמחה פלפן **לידת ישראל – מיתוס ומציאות** (1990); תום שגב **1949 – הישראלים הראשונים** (1984); **שני עברי הגשר – דת ומדינה בראשית דרכה של ישראל** (מרדכי בר־און וצבי צמרת עורכים 2002); דוד שחם **ישראל – 40 השנים** (1991); עוזיאל שמלץ ״העלייה ההמונית מאסיה ומצפון־אפריקה: הבטים דמוגראפיים״ **פעמים** 39, 15 (1989); אניטה שפירא **יהודים, ציונים ומה שביניהם** (2007); אורית רוזין **חובת האהבה הקשה – יחיד וקולקטיב בישראל בשנות החמישים** (2008).

30 סבירסקי וברנשטיין, לעיל ה״ש 29.

האגליטרית שבאמצעותה הוצגה מלאכת הקמתה של האומה הישראלית, וסתר אותה.[31] בדומה למהלך שהציע שלמה סבירסקי בנוגע למערכת החינוך,[32] אפשר שגם המשפט היווה מנגנון שסייע ב״הטבעת תוויות״ וביצירת ״אפקט הנמכה״ ביחס להישגיהם ולדימוייהם של ערבים ויהודים שזוהו עם המזרח וביחס לציפיות מהם.

למאפייניה של מערכת המשפט הישראלית בתקופה הנדונה יש בוודאי קשר לחלק ניכר מהטענות שבהן יעסוק המאמר, וזאת משום ההטיה העדתית המובהקת של אנשי המשפט, בוודאי בקצה הפירמידה המוסדית, קרי, בבית־המשפט העליון. כך, למשל, לחיזוקו של טיעון זה תתרום העובדה ששופטי בית־המשפט העליון היו רובם ככולם אנשים ממוצא אשכנזי שרכשו את השכלתם המשפטית באירופה.[33] מכאן שהשופטים השתייכו לקבוצות שאינן נמנות עם היהודים עולי ארצות ערב והמזרח התיכון, וגם לא עם ערביי ישראל, ולכן אפשר שהם תפסו אותם כאחרים וכזרים.[34] בהקשר זה, ולנוכח ההרכב האתני המובהק למדי של בית־המשפט העליון באותם ימים, ניתן לשאול אם המשפט היה זר תרבותי, כפי שטענה רקפת סלע־שפי. לפי טענה זו, דווקא שדה המשפט, בהינתן משקלם היחסי של העולים מגרמניה במסגרתו, היה מרחב מקצועי ומוסדי מובחן, אשר שימש במידה רבה בית־גידול לאתוס הבורגני הדמוי־אירופי. לעומת ״זרותם״ של ה״יֶקים״ בחוויה הישראלית ובאתוס הישראלי המתעצב של היישוב בדרכו לקהילה לאומית־מדינית, דיוקנה הנבדל יחסית של קבוצה זו נתפס בזירת הפעולה החברתית של המשפט דווקא כיתרון וכנכס.[35] מחקר מרכזי אחר חשף את סיפורה של חטיבת משפטנים שהתחנכה במוסדות אקדמיים בגרמניה, ואת המשקל הסגולי יוצא־הדופן והלא־מידתי שבו זכתה במהלך ייסודה ופיתוחה של מערכת המשפט הישראלית,[36] ובמיוחד

---

31 Ella Shohat, *Sephardim in Israel: Zionism from the Standpoint of Its Jewish Victims*, 19/20 (להלן: Shohat, *Sephardim in Israel*) Soc. Text 1, 16 (1988).

32 Shlomo Swirski, *The Oriental Jews in Israel*, 31 Dissent 77 (1984).

33 להב ״העוז והמשרה״, לעיל ה״ש 29.

34 זרות ואחרות אלו לא הומצאו בתקופת הריבונות הישראלית. חוקרות שונות שהתמקדו בנושאים של זהות מזרחית וקשריה עם המשפט עמדו על האופן המיוחד שבו התייחסה לעיתים המערכת המשפטית בחלק הזה של המזרח התיכון, גם במהלך תקופות מוקדמות יותר, לסוגיות שנתפסו ככרוכות בזהות זו. ראו, למשל, את עבודתה של תמי רזי, שבחנה את אופי הקשרים שבין החברה היהודית לחברה הערבית בארץ־ישראל בשלהי התקופה העות׳מאנית ותחת שלטון המנדט הבריטי. ההמשגה הסוציאלית־המשפטית מלמדת כיצד השתקפו קשרים בין נערות יהודיות ממוצא מזרחי לגברים ערבים בתל־אביב של ימי המנדט בעיניה של המערכת הממסדית. לטענתה של רזי, יישום הקטגוריות של יהודים־ערבים ושל מגדר מסייע בניתוח מקרה־מבחן זה של יחסי־הגומלין בין יהודים מזרחים לבין ערבים ויחסן של הרשויות. תמי רזי ״יהודיות־ערביות? אתניות, לאומיות ומגדר בתל־אביב המנדטורית״ **תיאוריה וביקורת** 38–39, 137 (2011). אורנה אליגון־דר חקרה את הקשר בין זהויות מזרחיות לבין פשעי מין, שנתפסו כמסוכנים במיוחד למרקם החברתי. Orna Alyagon Darr, Plausible Crime Stories: The Legal History of Sexual Offences in Mandate Palestine (2018).

35 רקפת סלע־שפי ״ה׳יֶקים׳ בשדה המשפט ודפוסים של תרבות בורגנית בתקופת המנדט״ **עיונים בתקומת ישראל** 13, 295 (2003).

36 עובדה זו בולטת במיוחד לעיני מי שבוחן את הרכבו האישי של בית־המשפט העליון בשנותיו המוקדמות המעצבות, בהינתן שאי־אפשר שלא להבחין בנוכחות הגרמנית־היהודית בשורותיו, שמסתכמת לעיתים במחצית מכלל השופטים, ואשר באה לידי ביטוי הן במספר השופטים ילידי

בעיצובו של בית־המשפט העליון כמוסד מרכזי בעל השפעה רבה על קורותיה של החברה הישראלית.[37] מינוים של שופטים מזרחים ספורים לתפקידים שונים במערכת המשפט באותם עשורים נעשה, לטענתם של חוקרים שהתעמקו בסוגיה זו, כדי למלא מעין מכסה מדודה ומחויבת, ולא על־מנת לתת ביטוי לשילובם של מזרחים באליטות המוסדיות בישראל ובעמדות ההשפעה.[38]

במאמר מוסגר ראוי לציין כי התקופה הנדונה קדמה לחקיקת חוק יסודות המשפט, התש״ם–1980, ומכאן שבתקופה זו היה המשפט הישראלי קשור עדיין בעבותות למשפט הבריטי. ייבוא המשפט הבריטי ייתכן שכלל באופן אינהרנטי יחס מזלזל וסטריאוטיפי כלפי כל מי שאינו חלק מתרבות המערב. עבודות שונות, דוגמת זו של באדי חסייסי ודבורה ברנשטיין על תבניות אתניות־משפטיות בסוגיה המכונה ״רצח על רקע חילול כבוד המשפחה״,[39] מזמנות את השאלה אם המשפט הישראלי בשנותיו הראשונות היה ממשיך דרכם של מוסדות המשפט הבריטי בפלשתינה מבחינת יחסם אל ה״ילידים״, אולם מפאת קוצר היריעה אין זה המקום לעסוק בכך בהרחבה.

2. אוריינטליזם משפטי – ההקשר הישראלי

המאמר נשען על התיאוריה הביקורתית והשנויה במחלוקת של אדוארד סעיד, שהניצוץ להתפתחותה ולאדוות הסוערות שהיא יצרה בעולם מדעי החברה ומדעי הרוח ובשיח הפוליטי הפוסט־קולוניאלי הופיע עם פרסום ספרו **אוריינטליזם** בשנת 1978.[40] קשה לחשוב על ספרים רבים שהשפיעו על המחקר ההיסטורי, התרבותי והסוציולוגי כמו המפץ הגדול של **אוריינטליזם**. בין שמקבלים את רעיונותיו ומסקנותיו של הספר ובין שמתנגדים להם ודוחים אותם בתוקף, למן צאתו לאור הוא משפיע יותר מכל ספר אחר על עיצוב לימודי המזרח התיכון, ובהחלט לא רק עליהם.

מדוע וכיצד זוכה **אוריינטליזם**, כספר יחיד, בתהודה כה מתמשכת? אם נבחן את הרשימות הביבליוגרפיות של טקסטים ביקורתיים בדיסציפלינות המתקשרות לפוסט־קולוניאליזם בשנות השמונים, בסוף המאה העשרים ובראשית המאה העשרים ואחת, ניתקל בהישענות כמעט־

גרמניה והן במספרם של חניכי האוניברסיטאות הגרמניות. ראו עלי זלצברגר ופניה עוז־זלצברגר ״המסורת הגרמנית של בית־המשפט העליון בישראל״ **עיוני משפט** כא 259, 261–262 (1998).

37 שם, בעמ׳ 260.

38 ניר קידר ״בן־גוריון והמאבק למינוי שופט ממוצא ספרדי לבית־המשפט העליון״ **מחקרי משפט** יט 515 (2003). רון חריס עסק במתח העדתי בפרשת מינויו והשתקתו של השופט הספרדי הראשון אליהו מני. ראו רון חריס **המשפט הישראלי – השנים המעצבות: 1948–1977** 171 (2014). מחקר נוסף בנושא תפקידם של שופטים ממוצא מזרחי בתיאור התפתחותו של המשפט הישראלי יוכל להתחקות, בין היתר, אחר השאלה מדוע הם נמנעו מלאתגר את תפיסותיה של המערכת – האם הם ביקשו להבדיל את עצמם מהקבוצות שאליהן הם השתייכו מבחינה עדתית, האם הם רצו להיתפס בדרך זו כחלק מהאליטה או ליהפך לחלק ממנה, או שמא הייתה סיבה אחרת לכך? דיונים עתידיים מעין אלה יאפשרו להבין פנים נוספים ביחסה של מערכת המשפט למזרחים ולתפקיד שאותו מילאו במסגרתה באותה עת.

39 Hasisi & Bernstein, לעיל ה״ש 16.

40 EDWARD W. SAID, ORIENTALISM (1978).

גורפת על סעיד. אחד החוקרים הכריז כי עמיתיו הביקורתיים החלו את ״חייהם הפוסט־קולוניאליים החדשים עם ביקורתו של סעיד״.[41] מדוע אם כן החיבור הזה נקרא בצורה כה אינטנסיבית, סוערת, רבת פרשנויות ומעוררת מחלוקת בעת ובעונה אחת?

חיים גרבר מציין כי לא קשה למצוא את הסיבה להשפעה רבה זו. ״אף כי לכאורה הספר מיועד לעוסקים במזרח התיכון, איתרע מזלו של סעיד, והוא פגע בעצב חשוף למדי במספר גדול של דיסציפלינות מדעיות: ממדעי המזרח במובן הרחב של המלה, היינו לימודי הודו, סין ויפן (בנוסף כמובן ללימודי האסלאם), ועד מדעי החברה, ובראש ובראשונה האנתרופולוגיה, שבה גרם סעיד למהפכה של ממש...״.[42] לא נפקד גם מקומם של הפילוסופיה ושל תחום חדש יחסית – לימודי תרבות. סעיד, כך נראה, פגע בעצב רגיש של היחסים בין חוקר המגיע מחברה דומיננטית לבין נחקר או נחקרים המשתייכים לחברה נשלטת או לפחות חלשה ביחס לחוקר ולחברה שהוא משתייך אליה.

הספר – שנכתב על־ידי פרופסור לספרות השוואתית, ולא על־ידי פרופסור להיסטוריה – פוּוין ויועד בבסיסו למזרחנים, אך חרג והתפשט הרבה מעבר ללימודי המזרח התיכון, האסלאם ולימודי התרבות, ואף העניק לשדות המחקר שלאחר פוקו מושגים חדשים לחשוב באמצעותם על יחסי כוח, על מסמן ומסומן, על שולט ונשלט, על אינטרסים מגמתיים בין־יבשתיים ובין־תרבותיים, ועל שיח מוסתר ונגלה. אל סעיד הצטרפו הומי באבא (Bhabha) וגיאטרי ספיבק (Spivak), ונעשו למעין קבוצה פוסט־קולוניאליסטית ביקורתית, ל״טרויקה מקודשת״, לטריניטי.[43] בעקבות תפוצתו הרחבה חולל הספר שינויים של ממש (ויש שיטענו סחף של ממש) במשטר הרוחות האינטלקטואלי הפוסט־מודרני של מדעי הרוח ומדעי החברה בשלהי המאה העשרים, ונהפך לאחד הטקסטים המצוטטים ביותר בכל הדיסציפלינות המעורבות בלימודי המזרח התיכון או הקשורות אליהם.[44]

מהו אוריינטליזם? בתמצית, סעיד מבקש לזהות ולהמחיש אופן התייחסות מתמשך ומתגבר של המערב המנצח מול המזרח הכנוע. לטענתו, הייצוג הדידקטי של האוריינט ושל אנשיו באופן חד־ממדי, קבוע ונטול גוונים כמעט משרת גם תכלית וגם אינטרסים פוליטיים, תרבותיים וכלכליים: הצדקת הכנעתו של המזרח וניצול משאביו. למן ראשית המפגשים בין מה שנתפס כעולם המערבי לבין האימפריות של המזרח יישם המערב, באמצעות סוכניו ונציגיו (אנשי אקדמיה וחוקרים, אנשי ממשל ובירוקרטים של האימפריות והמעצמות, סוחרים, אומנים ואנשי ספר), אופן ייצוג שיטתי ומגמתי ביחס למזרח, לאנשיו ולתרבותו. באמצעותם של ייצוגים חוזרים ונשנים כפה המערב (ולטענתם של רבים מתלמידיו של סעיד – מוסיף לכפות גם במאה העשרים ואחת) סדר המבוסס על ידע־לכאורה ותבניות פוליטיות בנוגע למרחב שבו פעלו סוכניו השונים. הקורא המערבי, שאינו מגיע למזרח התיכון, מוזכר שוב ושוב כי אם

---

41 ROBERT J.C. YOUNG, POSTCOLONIALISM: AN HISTORICAL INTRODUCTION 384–385 (2001).

42 חיים גרבר ״עוד על פולמוס המזרחנות: עשרים שנה לספרו של סעיד״ **תיאוריה וביקורת** 14, 133, 133 (1999) (להלן: גרבר ״עוד על פולמוס המזרחנות״).

43 רוברט יאנג טבע לראשונה את הכינוי ״טריניטי״ ביחס למשולש של סעיד, גיאטרי ובאבא, כהורים המייסדים של הלימודים הפוסט־קולוניאליים. להרחבה בדבר מהלך זה ראו ROBERT YOUNG, WHITE MYTHOLOGIES: WRITING HISTORY AND THE WEST (1990).

44 James P. Rice, *In the Wake of Orientalism*, 37 COMP. LITERATURE STUD. 223 (2000).

ברצונו להגיע לאוריינט או להכירו, עליו לעבור דרך הרשתות והקורים האינטלקטואליים והייצוגים המוכרים והשגורים.[45] וכך, כפי שטענה שוחט, הדיסקורסיבים הקולוניאליסטיים, האימפריאליסטיים והגזעניים מצדיקים במפורש את מעשיהם ומוסדותיהם, בעוד השיח האנתרופוצנטרי מעגן ומנרמל את יחסי הכוחות המַדרגיים שיצרו הקולוניאליזם והאימפריאליזם הגזעניים.[46]

ביסוד חיבורו של סעיד קבועה הבחנה דיכוטומית בין מזרח למערב. לטענתו, בהיסטוריה של המערב טבועה מסורת ארוכה של דימויים וייצוגים שגויים ורומנטיים של צפון אפריקה, אסיה ובעיקר המזרח התיכון. באמצעות מסורת זו משתקף המזרח בתרבות המערב בצורה פרימיטיבית, א־היסטורית, אי־רציונלית וקבועה בזמן. שורשיה של מסורת זו מגיעים עד לדימוי העצמי של יוון הקלסית במערכתה הצבאית והתרבותית מול האימפריה הפרסית, ונמשכת במסעות־הצלב נגד הכופרים המוסלמים בימי־הביניים ובפחדן של מדינות אירופה מפני האימפריה העות׳מאנית בעת החדשה המוקדמת. אולם עיקר גיבושה ומיסודה של הבחנה היסטורית, פוליטית ותרבותית זו נמצאים בימי התפשטותן הקולוניאלית של המעצמות המערביות בארצות האסלאם. התיאוריה מעוררת המחלוקת של סעיד קנתה לו פרסום עולמי כבהרף־עין, והציבה אותו בליבו של פולמוס – הנמשך למן העשורים האחרונים של המאה העשרים אל תוך ראשית המאה החדשה – ביחס לתזה שפיתח ולרעיונות ששוכללו לאחריו על־ידי תלמידים וחוקרים אין־ספור הרואים את עצמם כממשיכי דרכו וכמיישמי הבחנותיו הביקורתיות.

אוריינטליזם, ולאחריו כל או רוב החיבורים שנטלו את רעיונותיו ופיתחו אותם בשדות ובהקשרים נוספים, גורסים כי ״המערב״ – כמעין ישות תרבותית אחידה מתקופת יוון ורומא ועד העידן המודרני – מגדיר את עצמו ביחס ל״מזרח״. בתחילה היו אלה היוונים, שזיהו את המזרח עם הפרסים, ולאחר־מכן על ציר הזמן ההיסטורי זוהה המזרח על־ידי המערב עם העולם הערבי ועליית האסלאם. ההבחנה בין ״הם״ לבין ״אנחנו״ גורמת ומאפשרת למערב ולנציגיו להטות את יחסם למזרח ולאנשיו בדרכים שונות, שביטוין הפוליטי הוא סטריאוטיפים המשמשים באופנים שונים בספרות, באומנות, בקולנוע, בתקשורת ועוד. מאמר זה יראה כיצד ביטויים סטריאוטיפיים מעין אלה, שעליהם מושתות ביקורות מבית־מדרשו של סעיד, באים לידי ביטוי גם במלאכתו של המשפט. סטריאוטיפים, פרשנויות, ייצוגים ותבניות אלו, כמכלול שלם אחד, מוגדרים על־ידי סעיד ״אוריינטליזם״.

היחס האוריינטליסטי בא לידי ביטוי, לטענתם של סעיד ותלמידיו, **בכל** אינטראקציה של העולם המערבי עם המזרח ועם אנשיו. היה זה תמיד יחס שלילי שיטתי, מזלזל, מגנה ומתנשא. האימה שזרעה עליית האסלאם כוננה חוויה ותודעה בהיסטוריה החדשה של אירופה. בן המזרח התיכון, בין שהוא ערבי ובין שהוא עות׳מאני, נהפך ל**אחר** הפרדיגמטי במחשבת

---

45 SAID, ORIENTALISM, לעיל ה״ש 40, בעמ׳ 65.

46 אלה שוחט **זיכרונות אסורים – לקראת מחשבה רב־תרבותית** 16 (2001) (להלן: שוחט **זיכרונות אסורים**).

המערב: זר, מוזר ומסוכן.[47] מנקודת־מבט זו, חוקרי המזרח – אותם אוריינטליסטים – פעלו לא כדי לקדם את הידע, אלא כדי להשתמש בידע הלכאורי הזה על המזרח ועל ״אורחותיו״ ו״מאפייניו״ באופן שיוביל לדיכוי המזרח על־ידי המערב ולהצדקת השליטה הפוליטית בו, וזאת גם – ואולי אף במיוחד – בתקופות שבהן התפשטה והתבססה התפיסה הדמוקרטית. מאמר זה יטען כי גם הטקסטים המשפטיים של פסקי־הדין משנות החמישים בישראל, כמו טקסטים אוריינטליסטיים אחרים שנותחו על־ידי סעיד ותלמידיו, לא הכילו ידע, במובנו כידע מדעי או משפטי. טקסטים אלו מיצקו את דמותו ומאפייניו של המזרח ושל המזרחים (הן של ערבים בני הארץ והן של יהודים מזרחים) בראי המשפט באופן שהצדיק הן את ההחלטות המשפטיות המיוחדות (לעיתים) בעניינם והן את האופן שבו התודעה המערבית מקיפה ומגדירה את המזרח ואת מאפייניו הפסיכולוגיים והתרבותיים של אנשיו, בצורה שמקדמת או מאפשרת את דיכוי המזרח על־ידי המערב. בנקודה זו ניתן לזהות כמובן את הבסיס האינטלקטואלי שבו צמחה התיאוריה של סעיד מתוך גישתו של מישל פוקו, ובמיוחד מעקרון הבניית הידע כמשלב כוח בעולם המערבי,[48] בכל הנוגע בתחומי ידע על־אודות תרבות המזרח והאסלאם. פוקו, וגם סעיד, שהמשיכו בהקשר הייחודי של מערך היחסים הנמשך בין המערב לבין המזרח (והמזרח התיכון באופן מיוחד), שללו את התפיסה של ידע ומחקר לשמם. ידע קשור תמיד למערכות כוח פוליטיות, חברתיות, כלכליות ואחרות. הוא מעוצב במידה רבה על־ידי קשרי־הגומלין עם כוח פוליטי (כגון ממסד קולוניאלי או אימפריאלי) ועם כוח אינטלקטואלי (כגון מדעים ובלשנות משווה).

דומה כי הניסיון לקריאה סעידיאנית של טקסטים משפטיים מהעשורים המוקדמים משתלב יפה גם במגמה ההיסטוריוגרפית המתחזקת, השבה אל העָבָר של שנות החמישים. במסגרת תחייתם של העשורים המוקדמים והמכוננים במחקר, ואולי אף בזכותה, התחזקה בשליש האחרון של המאה העשרים – ובאופן ניכר בשני העשורים האחרונים – מגמת ההיסטוריזציה של ניתוח המשפט הישראלי. מגמה זו פעלה באמצעות מתודולוגיות שונות כדי לקרוא ולנתח את המשפט ואת מעשיו באמצעות התמקדות ברקעים החברתי, ההיסטורי, הפוליטי, הכלכלי והתרבותי שבתוכם הוא ממוקם, נוצר, מתפתח ומגיב. הלימוד החדשני הזה מאתגר את תחום לימודי המשפט, בבקשו להבין את רשתות המשמעות, תבניות הזהות והתרבות שנוצרו.

בטרם נולדה והתעצבה מגמה בין־תחומית זו, לא נכתבו כמעט עבודות בהיסטוריה של המשפט בישראל.[49] חוקרים מתחומי מדעי החברה והיסטוריונים של לימודי ישראל פנו כמובן

---

47 נח גרבר **הגילוי התרבותי של יהדות תימן: בין אתנוגרפיה לפילולוגיה** 136 (חיבור לשם קבלת התואר ״דוקטור לפילוסופיה״, האוניברסיטה העברית בירושלים – החוג להיסטוריה של עם ישראל 2009).

48 גרבר ״עוד על פולמוס המזרחנות״, לעיל ה״ש 42, בעמ׳ 134. התייחסות ישירה ומפורטת של סעיד להגותו של פוקו ויישומה באופן מיוחד וייעודי בהקשר של ייצוג המזרח התיכון נמצאים בחיבור מאוחר יותר שלו, בשם **כיסוי המזרח**, שנכתב כהשלמה ל**אוריינטליזם**. ספר זה עוסק בדרך שבה התקשורת המערבית ״מכסה״ את המזרח, כלומר, עוטפת ומסתירה אותו באמצעות דימויים חוזרים ונשנים. ראו EDWARD W. SAID, COVERING ISLAM: HOW THE MEDIA AND THE EXPERTS DETERMINE HOW WE SEE THE REST OF THE WORLD (1981).

49 יוצאים מן הכלל, המעידים על הכלל, הם ספרו המסקרן מראשית שנות החמישים של השופט אליעזר מלחי **תולדות המשפט בארץ ישראל – מבוא היסטורי למשפט במדינת ישראל** (1953),

לתכנים, לשינויים ולמהלכים משפטיים בעת עריכת מחקריהם, אך העיסוק בהיסטוריה של המשפט כהתמחות אינטלקטואלית לא זכה במעמד אקדמי עצמאי, באסכולות, בחוגים או בקתדרות.[50] למן ראשית שנות השמונים של המאה העשרים ניכר ״גל חדש״ של חוקרים והיסטוריונים של המשפט, השבים אל עברה של החברה הישראלית ובוחנים את יחסי־הגומלין שבין המשפט, החברה והתהליכים ההיסטוריים המתרחשים בקרבה. גל זה זוכה בפריחה מרשימה למן אמצע שנות התשעים,[51] ונסמך על היסטוריונים משפטיים העוסקים בניתוח העשורים המוקדמים על־פי גישות שונות.

בזרם המחקרי החדש לא נפקד מקומם של המוסדות השיפוטיים ושל הדמויות המשפטיות. פנינה להב, למשל, שניתן להחשיבה כאחת החוקרות הראשונות שבישרו את לידתה של ההיסטוריוגרפיה הדוקטרינרית של המשפט הישראלי, הקדימה לתאר את המשפט הישראלי ונקודות־ציון מרכזיות בהתפתחותו מנקודת־מבט היסטורית מובהקת,[52] וכן חקרה חלקים מוקדמים של המשפט הישראלי לאור הביוגרפיה של נשיא בית־המשפט העליון לשעבר שמעון אגרנט.[53] לצידה יש להזכיר את עבודתו החלוצית של יורם שחר ואת גישתו ההיסטורית לחקר מקורותיה של פקודת החוק הפלילי המנדטורית.[54]

בהקשר היסטוריוגרפי זה, המחקר הנוכחי מצטרף לשאלות הבאות: האם גם חקר המשפט מצביע על חשיבותם של העשורים הראשונים בעיצובה של מדינת־ישראל?[55] האם כשם שהמבנה הכלכלי והמוסדי של המדינה עוצב במהלך שנות החמישים והשישים אפשר

ולצידו חיבורו של אליקים רובינשטיין **שופטי־ארץ – לראשיתו ולדמותו של בית־המשפט העליון בישראל** (1980).

50 ראו, בין היתר, רון חריס, אסף לחובסקי ואלכסנדר (סנדי) קדר ״בין משפט להיסטוריה: על ההיסטוריוגרפיה של המשפט הישראלי״ **עיוני משפט** כו 351, 389 ה״ש 36 (2002).

51 לא מעט בעקבות שובם של חוקרים צעירים אשר התחנכו בארצות הים ו״ייבאו״ לקהילת החוקרים בישראל כלים, פרספקטיבות ומתודולוגיות של מחקר היסטורי בתולדות המשפט.

52 Pnina Lahav, *Governmental Regulation of the Press: A Study of Israel's Press Ordinance*, 13 ISR. L. REV. 230 (1978). לחלקו השני של המאמר ראו Pnina Lahav, *Governmental Regulation of the Press: A Study of Israel's Press Ordinance – Part II*, 13 ISR. L. REV. 489 (1978).

53 להב **ישראל במשפט**, לעיל ה״ש 29; וראו גם להב ״העוז והמשרה״, לעיל ה״ש 29.

54 יורם שחר ״מקורותיה של פקודת החוק הפלילי, 1936״ **עיוני משפט** ז 75 (1979). בהקשרים מחקריים שונים ודומים כאחד עסקו, בין היתר, גם מאוטנר, לעיל ה״ש 29; רון חריס ״המשפט הישראלי״ **העשור הראשון – תש״ח–תשי״ח** 243 (צבי צמרת וחנה יבלונקה עורכים 1997); אסף לחובסקי ״בין 'מנדט' ל'מדינה': על חלוקת ההיסטוריה של המשפט הישראלי לתקופות״ **משפטים** כט 689 (1998); **משפטים ראשונים – שיחות בעקבות פסקי־דין של בית־המשפט העליון בשנה הראשונה להיווסדו** (דפנה ברק־ארז עורכת 1999); דפנה ברק־ארז **משפטי מפתח – ציוני דרך בבית המשפט העליון** (2003). לתיאור מערכת המשפט בתקופה הקדם־ישראלית, הן תחת שלטון העות'מאנים והן לאורך תקופת המנדט, ראו, בין היתר, נתן ברון **שופטים ומשפטנים בארץ ישראל – בין קושטא לירושלים, 1900–1930** (2008); וכן נתן ברון **משפט, יצרים ופוליטיקה – שופטים ומשפטנים בסוף המנדט ובראשית המדינה** (2014).

55 ראו, למשל, את הפרקים המרכזיים שאורית רוזין מקדישה לבחינת ציר היחסים שבין השלטון לבין הציבור בישראל הצעירה על רקע אכיפתה המשפטית והמנהלית של מדיניות הצנע, מדיניות הציות האזרחי, תפקידה של מערכת המשפט ויחסיה עם הממשלה ועם הכנסת: רוזין, לעיל ה״ש 29, פרקים א–ג.

שהתקבעו באותן שנים גם תבניות חברתיות ודינמיקות פנימיות בישראל? האם כשם שההתפתחות הכלכלית־המשקית של ישראל בעשורים המוקדמים התאפיינה באי־שוויון ובפיזור לא־שוויוני של מכשירים ושל יתרונות חברתיים – כפי שחוקרים ביקורתיים טוענים[56] – כך הופצו ועוצבו בשנים האלה גם פרקטיקות חברתיות ודימויים רווחים, בין היתר באמצעות מוסדות בעלי תפקיד חברתי ומעצב דוגמת בית־המשפט? והאם גם בית־המשפט מספק לעיתים הוכחה לפעולות החותרות תחת ״המיתוס השוויוני״ ובשׂורת השוויון במוסדותיה ובפועלה של החברה הישראלית בראשיתה?[57] ובהשראת דבריו של שלמה סבירסקי, האם המשפט – בהיותו מנגנון של ״הטבעת תוויות״ ומערכת שיוצרת ״אפקט הנמכה״ ביחס להישגים, לציפיות ולדימויים – סייע ״להנמיך את הציפיות״ מערבים ומיהודים מזרחים כאחד, ונתלה לשם כך, בין היתר, באמתלת הכבוד?[58] לבית־המשפט, כמו למוסדות חברתיים אחרים בעשורים המכוננים, הייתה הזדמנות לתקן את הטעון תיקון. אולם לא פעם, הן כלפי ערבים והן כלפי יהודים מזרחים, הוא העדיף להיצמד ל״אמיתות״ קיימות ולתלות את מסקנותיו בהן.

אם כן, מחקר זה מבקש לתרום זווית נוספת להבנת המורכבות המקוטעת לעיתים של החברה הישראלית, באמצעות פנייה לניתוח היסטורי־חברתי של המשפט, והפעם מכיוון אחר, שטרם נבחן בהקשר הישראלי. דומה שבכך הוא עשוי להציע מבט חדש – גם אם חלקי ותָחוּם – על דרכי עיצובם של החברה והמשפט בעשורים האלה. כפי שאטען להלן, לעיתים המשפט עצמו מציב בפני החברה ״אוריינט ייצוגי״,[59] כפי שטען סעיד, שבמסגרתו המזרח ותושביו ״מבוימים״ בדרך לכידה כלשהי לפני המערב כ״גרסה שגויה״ של העולם המערבי, ולא במקרה.

במבט רחב יותר יש לציין כי אין זה, כמובן, החיבור הראשון העוסק בניתוח סעידיאני של ההיסטוריה של החברה הישראלית ושל מוסדותיה.[60] ההיסטוריוגרפיה הישראלית, במיוחד

---

56 Shohat, *Sephardim in Israel*, לעיל ה״ש 31, בעמ׳ 1.

57 כפי שטענה שוחט, ״המבנה החברתי־הכלכלי [של ישראל היה] מנוגד למיתוס השוויוני שאפיין את הייצוג ואת הדימוי העצמי של ישראל עד לעשור האחרון [כלומר, עד שנות השמונים של המאה העשרים]״. שם, בעמ׳ 16 (התרגום שלי).

58 ראו את המהלך שסבירסקי מציע ביחס למערכת החינוך: Swirski, לעיל ה״ש 32. יש לציין כי הוכחה של טענה מעין זו באשר להשפעות (שליליות) אפשריות של הכרעות שהתקבלו על־ידי בית־המשפט על החברה כולה, ובפרט על אנשים ממוצא מזרחי, הינה מעבר להישג־ידו של מחקר משפטי מעין זה, ומתאימה למחקר נוסף שיעשה שימוש, לצורך העניין, במתודולוגיות הנהוגות בתחום הסוציולוגיה ומדעי החברה. מובן שהקבוצה שנחשפה להכרעות־הדין מהווה קומץ קטן מתוך כלל האוכלוסייה (כל־שכן בתקופה האמורה, שבה ניכרו פערי שפה והעדר גישה נוחה למידע, בוודאי למידע משפטי של החלטות דוגמת אלה שמחקר זה מתמקד בהן ואשר לא הגיעו לדיון תקשורתי או ציבורי). על כל פנים, לצורך הוכחת הטיעון העיקרי של המאמר (ובאשר להשתקפויות של גישות אוריינטליסטיות במשפט הישראלי המוקדם) דומה כי אין הכרח בהוכחתן של טענות מעין אלה. בין כך ובין כך, ברי כי נקודת־ההנחה היא שקיימים קשרי־גומלין בין המשפט לחברה, וכי ניתן להניח שלפסיקה מעין זו שהמאמר מתמקד בה הייתה השפעה שלילית.

59 סעיד, לעיל ה״ש 12, בעמ׳ 60.

60 מראי־מקום ראשוניים הם, למשל, **קיבוץ גלויות: עלייה לארץ ישראל – מיתוס ומציאות** (דבורה הכהן עורכת התשנ״ח); **מזרחים בישראל: עיון ביקורתי מחודש** (חנן חבר, יהודה שנהב ופנינה מוצפי־האלר עורכים 2002); **גזענות בישראל** (יהודה שנהב ויוסי יונה עורכים 2008); עזיזה כזום

בענף ההיסטורי־הסוציולוגי שלה, אינה זרה לנקודות־המבט ולניתוחים המושפעים מעבודתו של סעיד. הנרייט דהאן־כלב, למשל, מציינת כי ״אבות הציונות והמנהיגות הפוליטית והאינטלקטואלית זיהו את היהודים שמוצאם מארצות ערב והאסלאם כ׳בני עדות המזרח׳ וייחסו להם תכונות שליליות ונחיתות מוסרית ואינטלקטואלית, כלכל בני המזרח התיכון״.[61] גם מחקרה של דהאן־כלב, המדגים את אופן הייצוג או התפקיד של בני המזרח מנקודת־מבט היסטורית־חברתית, מתמקד בעמדותיהם ובביטוייהם של מומחים מתחומי האנתרופולוגיה, הפוליטיקה, המִנהל הבירוקרטי, הסוציולוגיה, הפסיכולוגיה, הרפואה והחינוך, ש״דיברו בשמם, הגדירו אותם ותיארו אותם״,[62] אך מקומם של נציגי המשפט נפקד מן התיעוד. חלק ניכר מהתיאורים האוריינטליסטיים המוכרים מן הספרות על אנשי המזרח[63] – כגון ״ביישנים״, ״נחמדים״ ו״חרוצים״ או לחלופין ״עצלנים״, ״מלוכלכים״ ו״רעשניים״ – היו פונקציונליים, ונועדו ללמוד ולהכיר אותם למען מטרות אחרות, ולא להכירם כשלעצמם. חבילת תכונות זו (ובמיוחד זו השלילית הנמנית בעבודתה של דהאן־כלב) נוגדת לכאורה את כל מה שנחשב התנהגות ראויה ותקינה במערב. אולם דהאן־כלב אינה עוסקת כאמור בביטויים האפשריים של ה״אחרוּת״ במשפט ובפסיקה. כמו בספרות, בקולנוע ובתרבות, גם במשפט כללו הסטריאוטיפים האלה לעיתים תכונות כגון בערות, רדיפת בצע, בטלנות, וולגריות ואלימות. דוגמה נוספת לשימוש במושגיו של סעיד ניתן לראות, בין היתר, בעבודתה של דפנה הירש, המתארת את נסיונה של הציונות האשכנזית להבנות את עצמה כתנועת קִדמה אל מול הלוונט תוך כדי תיאור והמשגה של יהודֵי ארצות המזרח כקולקטיב הזקוק נואשות לחינוך לגֵהות (היגיינה) ולתברואה (סניטציה) תקינה מהדגם המערבי.[64]

בתוך פרץ הכתיבה המחקרית והביקורתית על החברה הישראלית למן סוף שנות השמונים, ובהשוואה אליה ולמידת היקפה, דומה כי חסרים עדיין יישומים של התפיסה הסעידיאנית בתחום המשפט בשיעור ובעושר דומים. אמנון רז־קרקוצקין עומד על חשיבות הופעתו של האוריינטליזם במחקר האקדמי הישראלי. בפתח סקירתו הביקורתית על המיתרים המתוחים בין האוריינטליזם לבין החברה הישראלית הוא כותב כי ״היחס מערב–מזרח הוא אחד הצירים החשובים המכוננים את התרבות הישראלית ומעצבים את גבולותיה התרבותיים והפוליטיים״.[65] אולם גם בשעה שהוא מפרט את ״התחנות האוריינטליסטיות־המחקריות״ לאורכו של ציר זה, וגם כאשר הוא מציין כי ״היבטים שונים שלו [של ציר מערב–מזרח] נבחנו בסדרה של מחקרים [בישראל]״,[66] מתברר כי מקומם של המחקר המשפטי ושל הזווית

״אוריינטליזם ופמיניזם בישראל״ **קולות מזרחיים – לקראת שיח מזרחי חדש על החברה והתרבות הישראלית** 165 (גיא אבוטבול, לב גרינברג ופנינה מוצפי־האלר עורכים 2005).

61 הנרייט דהאן־כלב ״פמיניזם בין מזרחיות לאשכנזיות״ דפנה יזרעאלי ואח׳ **מין, מיגדר, פוליטיקה** 217, 221 (1999).

62 שם.

63 בין שמדובר ביהודים מזרחים ובין שמדובר בערבים פלסטינים.

64 דפנה הירש **׳באנו הנה להביא את המערב׳ – הנחלת היגיינה ובניית תרבות בחברה היהודית בתקופת המנדט** (2014).

65 אמנון רז־קרקוצקין ״אוריינטליזם, מדעי היהדות והחברה הישראלית: מספר הערות״ **ג׳מאעה** ג 34, 36 (התשנ״ט).

66 שם.

המשפטית נפקד.[67] זהו גם המקרה, למשל, באשר לדיון המעניין שעורך גיל אייל בחיבורו ״הסרת הקסם מן המזרח״,[68] שבו הוא בוחן את מקומו של האוריינטליזם בחברה הישראלית ובתרבות הישראלית בתקופות שונות בהיסטוריה הארץ־ישראלית והישראלית. אולם גם ניתוח מאוחר (למדי) זה, המתכתב במישרין ובמפורש עם סעיד, אינו עוסק במרכיבים משפטיים או בטקסטים משפטיים.[69]

יש לדייק: כתיבה מחקרית מנקודות־מבט סעידיאניות אכן עסקה ביחסי מערב–מזרח או ביחסי ״אשכנזים–מזרחים״ כפי שבאו לידי ביטוי גם במשפט הישראלי.[70] אולם חלק ניכר מכתיבה זו חוברה בהתייחס לשעות משבר ולקונפליקטים חברתיים, ובהקשר של התפרצות ״השד העדתי״ במרחב הציבורי. רק אז ״התגייסו מערכות השלטון על כל זרועותיו: המשפט, המשטרה, התקשורת, הממשל ובית המחוקקים״ להשיב את הדברים לקדמותם.[71] מחקרים

---

67 אלה שוחט, למשל, המשיכה את הקו של סעיד, ובסדרה של חיבורים בחנה היבטים שונים של התודעה הציונית, לצד דיון מקביל בפלסטינים וביהודים מזרחים. דרך אגב, שוחט הייתה הראשונה שעמדה על חשיבותה של הפרספקטיבה הסעידיאנית לניתוח מגוון היבטים בחברה הישראלית – ניתוח המאפשר לשלב (לטענתו של רז־קרקוצקין) את הדיון בפלסטינים עם הדיון ביהודים שעלו ארצה מארצות ערב. ראו Shohat, *Sephardim in Israel*, לעיל ה״ש 31; ובמיוחד Ella Shohat, *Antinomies of Exile: Said at the Frontiers of National Narrations*, EDWARD SAID: A CRITICAL READER 121 (Michael Sprinker ed., 1993). ראו גם אלה שוחט **הקולנוע הישראלי – היסטוריה ואידיאולוגיה** (ענת גליקמן מתרגמת 1991). מיכאל קרייני עוסק במערכת היחסים בין המשטר הישראלי לבין קבוצות מיעוט דתיות לא־יהודיות, הן לנוכח הגדרתה של ישראל כמדינה יהודית והן אל מול שאיפות פוליטיות, ומתאר את המחיר שנשים וילדים מקבוצות מיעוט דתיות אלו משלמים על כך: Michael Karayanni, *Tainted Liberalism: Israel's Palestinian-Arab Millets*, 23 CONSTELLATIONS 71 (2016). באמצע שנות התשעים עמד גבריאל פיטרברג על המימד האוריינטליסטי שהתודעה ההיסטורית ולימודי ההיסטוריה בישראל נשענים עליו: גבריאל פיטרברג ״האומה ומספריה: היסטוריוגרפיה לאומית ואוריינטליזם״ **תיאוריה וביקורת** 6, 81 (1995). כמו־כן הוא בחן במשקפיים סעידיאניים את פרשת התיישבותם של החלוצים התימנים בקבוצת כנרת בשנים 1912–1930 ואת עקירתם משם: Gabriel Piterberg, *Domestic Orientalism: The Representation of 'Oriental' Jews in Zionist/Israeli Historiography*, 23 BR. J. MIDDLE E. STUD. 125 (1996). יש להדגיש כי זו רשימה חלקית בלבד של מחקרים שעסקו באוריינטליזם בלימודי ישראל.

68 גיל אייל **הסרת הקסם מן המזרח – תולדות המזרחנות בעידן המזרחיות** (2005).

69 מחקרו של אייל מורכב יותר. כאן, יותר מאשר בכל המחקרים שנסקרו, בא לידי ביטוי ״המקרה המיוחד״ של האוריינטליזם בישראל ובהקשר הישראלי. לעומת ה״אוריינטליזמים״ האחרים, לא רק שהמקרה של האוריינטליזם הישראלי בכללותו הוא ישיר יותר ובלתי־אמצעי, אלא שהוא גם פונה כלפי עצמו. הציונות, כפי שמציין גם אייל, הגשימה את עצמה במזרח, ובשלבים הראשונים אף זיהתה את עצמה במובנים רבים עם ״החזרה למזרח״ או עם ״השיבה לארץ קדם״ (שם, בעמ׳ 10). בהמשך, ולנוכח הנסיבות ההיסטוריות של תחילת התגלעותו של הסכסוך היהודי–ערבי (ובהמשך, הישראלי–פלסטיני), חל שינוי עמוק – הן באוריינטליזם עצמו (בעיקרו, שינוי מיחס חיובי ומתרפק על הכנעניזם ליחס של חשדנות ואיבה הולכת ומתגברת) והן במקום שהוא תופס בתרבות הישראלית ובחברה הישראליות.

70 ראו, למשל, את השימוש שעושה מנאר חסן ביסודות סעידיאניים בדונה בסוגיה של רצח נשים בחברה הערבית בגין מה שמכונה ״חילול כבוד המשפחה״: מנאר חסן ״הפוליטיקה של הכבוד: הפטריארכיה, המדינה ורצח נשים בשם כבוד המשפחה״ דפנה יזרעאלי ואח׳ **מין, מיגדר, פוליטיקה** 267, 267–268 (1999).

71 דהאן־כלב, לעיל ה״ש 61, בעמ׳ 227.

מעין אלה התחקו אחר ״שעות־אפס״ היסטוריות־סוציולוגיות בתולדות האומה, ולא ביקשו לערוך מעקב שגרתי וסדור יותר אחריהן[72] או לנסות לזהות את שגרת הפעילות,[73] אם אכן הייתה כזאת.[74] הדיון האקדמי על־אודות אוריינטליזם הוא עשיר כאמור בהקשרו הסוציולוגי, אולם מצומצם יחסית בהקשרו המשפטי. נוסף על כך, הכתיבה שנגעה בממשקים שבין משפט למזרחיות הוקדשה ברובה ליחסו של המשפט למזרחים בהקשר של הפליה.[75] פרט לעבודות ספורות,[76] ה״שתיקה״ הזאת נמשכת גם בחיבורים מאוחרים,[77] וכאשר התפרסם בשנת 2012 חיבור בולט העוסק כולו במקומם של המזרחים במשפט, הוא מזכיר את סעיד בהערת־שוליים אחת.[78]

---

72 על נקודת המוצא הפוליטית הבעייתית של ביקורת פוסט־קולוניאלית סעידיאנית בישראל ראו גרבר ״עוד על פולמוס המזרחנות״, לעיל ה״ש 42, בעמ׳ 134.

73 יש להדגיש, כמובן, כי אין מדובר בטענה כללית שכל הפסיקה הישראלית המוקדמת מתאפיינת בשיח אוריינטליסטי, אלא בטענה שאפשר למצוא יסודות של שיח אוריינטליסטי בנושאי פסיקה מסוימים. כמו־כן, מאמר זה אינו טוען כי יש מעין זרם תת־קרקעי, חבוי או קונספירטיבי, הנוקט שיח אוריינטליסטי כל אימת שמגיעה לפני בית־המשפט דמות של יהודי או ערבי ממוצא מזרחי. אולם בכוונתי להדגים במחקר זה את פעולתם של דפוסים אוריינטליסטיים במשפט הישראלי המוקדם, גם אם לא באורח קבוע.

74 ספרו של אסף לחובסקי העוסק בחקר יחסי הכוחות שבין המשפט לבין הזהויות החברתיות של הקבוצות הלאומיות המתחרות בארץ־ישראל המנדטורית מסיים את דיונו בשנת 1948: Assaf Likhovski, Law and Identity in Mandate Palestine (2006). בהקשר זה, וכאשר האוריינטליזם – כפי שביקש לחובסקי להאירו בהקשר הרב־תרבותי המנדטורי – בא לידי ביטוי בטקסטים משפטיים ובהכרעות שיפוטיות, הוא אינו רק ״עוד״ דוקטרינה פוזיטיבית על האוריינט הקיימת בכל זמן נתון (סעיד, לעיל ה״ש 12, בעמ׳ 181); ואף לא מסורת אקדמית רבת השפעה ותו לא; וגם לא ״עוד״ תחום עניין המוגדר על־ידי נוסעים, יוזמות מסחריות, ממשלות, משלחות צבאיות, קוראי רומנים ותיאורי הרפתקאות אקזוטיות, חוקרי טבע וצליינים. החוויה של האוריינטליזם במשפט, כאשר היא נבנית על ״אופי אוריינטלי״, על ״עריצות אוריינטלית״, על ״תאוותנות אוריינטלית״ ועל ״חוסר מוסר אוריינטלי״, נעשית למערכת אמיתות מסוג נוקשה יותר, מדינתי יותר ורשמי יותר, באשר היא מייצרת הכרעות בעלות כוח שיפוטי ומעשי, ו״חורגת״ מהעולם הטקסטואלי למציאות של ממש.

75 ראו ביטון ״מזרחים במשפט״, לעיל ה״ש 11.

76 קארין כרמית יפת חקרה במאמרה ביטויים סוציו־משפטיים ואתניים מסוג מקטלג ומסמן ביחס לנשים יהודיות ממוצא מזרחי במסגרת הליך החקיקה של הסעיף המתיר הפלות בישראל. קארין כרמית יפת ״מזרחיות, מגדר ומשפט: על אזרחות אימהית ואימהות מזרחית בדיני ההפל(י)ה **עיוני משפט** מא 689 (2019). בהקשר זה ראו גם, בין היתר, מימון־בלאו, לעיל ה״ש 11; רביע אגבריה ״מאבק עכוב מזעתר: על צמחי המאכל מהמטבח הפלסטיני וחוקי הגנת הצומח בדין הישראלי״ **לחם חוק: עיונים במשפט ואוכל** 497 (יופי תירוש ואייל גרוס עורכים 2017); טל שטיינר ״כרם נבות בנגב: על פסק הדין בעניין אום אל חיראן״ **המשפט ברשת: זכויות אדם – מבזקי הארות פסיקה** 55, 5 (2016); Bitton, *Discrimination Based on Sameness*, לעיל ה״ש 3.

77 גם יונתן יובל אינו מזכיר כלל את סעיד כאשר הוא עוסק בהבניית השיח המשפטי ביחס למיעוטים אתניים בישראל. ראו יונתן יובֶל ״צדק נרטיבי״ **מחקרי משפט** יח 283 (2002).

78 ראו ביטון ״מזרחים במשפט״, לעיל ה״ש 11, בעמ׳ 504, ה״ש 190. דיון מבואי זה בהיסטוריוגרפיה של ניתוח לימודי המשפט בישראל בהקשרים שמחקר זה עוסק בהם מופיע במתכונת דומה במאמרי הקודם אלוני ״שאלת ריבוי הנשים״, לעיל ה״ש 23, בעמ׳ 169–174.

3. כבוד, משפט ולימודי משפט – רקע תיאורטי ומושגי

הכתיבה בנושא כבוד בלימודי משפט וחברה בישראל הינה רבה וענפה, והמהלך שמאמר זה מציע מצטרף לגוף הכתיבה המפותח בנושא. מאז נחקק חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו, בשנת 1992, נהפך המושג ״כבוד האדם״ למושג מרכזי – ואולי אף למושג המרכזי ביותר[79] – במערכת המשפט הישראלית. הדבר נכון במיוחד באשר למשמעות החוקתית של מושג זה. בית־המשפט העליון אזכר אותו ועשה בו שימוש פעמים אין־ספור, ואילו חוקרי משפט הרחיבו את היריעה בשאלות שמושג מופשט זה מלבה. בתוך כך, ולמרות (או שמא מכוח) מרכזיותו של המושג, דומה כי מתחם הפרשנות אשר מוענק או נוצר לגבי טבעו ותחומי היקפו של עקרון הכבוד עודנו ניכר במיוחד. לפי דבריו של הנשיא ברק בעניין **ויכסלבאום**, שבו נדונה שאלת זכותם של הורים להוסיף מילים משלהם על מצבת בנם שנפל במהלך שירותו הצבאי, ניתן לטעון כי ערפל זה לא נוצר אגב אורחא, אלא כרוך, מראשיתו, בעצם מהותו של החוק ותכליותיו:

> כבוד האדם הוא עיקרון מורכב. בגיבושו יש להתרחק מהניסיון לאמץ השקפות מוסריות של פלוני או תפיסות פילוסופיות של אלמוני. אין להפוך את כבוד האדם למושג קנטיאני, ואין לראות בו ביטוי לתפיסות אלו ואחרות של המשפט הטבעי. תוכנו של ״כבוד האדם״ ייקבע על־פי ההשקפות של הציבור הנאור בישראל על רקע תכליתו של חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו. בבסיסו של מושג זה עומדת ההכרה, כי האדם הוא יצור חופשי, המפתח את גופו ורוחו על־פי רצונו, וזאת במסגרת החברתית שעמה הוא קשור ושבה הוא תלוי.[80]

נראה אפוא כי העיון המשפטי, התרבותי והחברתי־הפוליטי במושג זה רק הולך ומתגבר. בראש ובראשונה, וכפי שיורחב מייד, אורית קמיר הציעה מבט מורכב על עצם המושג ״כבוד״, ובכלל זה שורה של מובנים שונים שלו.[81] בהקשר זה, ועל רקע הבשורה המשפטית־התרבותית של חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו, בחן דני סטטמן, למשל, את היחס שבין חופש הביטוי לבין כבוד האדם.[82] חוקרים נוספים, דוגמת אייל כתבן ובועז שנור,[83] התמקדו אף הם בנקודות ההשקה וההשפעה שבין עקרונות הכבוד לבין מושגים משפטיים. הממשקים המשותפים האלה

---

79 דני סטטמן ״שני מושגים של כבוד״ **עיוני משפט** כד 541, 542 (2001).

80 בג״ץ 5688/92 **ויכסלבאום נ׳ שר הביטחון**, פ״ד מז(2) 812, 827 (1993).

81 ראו להלן הטקסט ליד ה״ש 86–93.

82 סטטמן, לעיל ה״ש 79, בעמ׳ 576–579.

83 למקבץ מעבודותיהם בנושא ראו, למשל, אייל כתבן ובועז שנור ״׳שרוי עובד ברוגז׳: כבוד, כעס ורגשות העובדים במשפט הלא פורמלי בתקופת המנדט״ **משפט, חברה ותרבות** ג 191 (2020); אייל כתבן ובועז שנור ״׳דברים לא נכונים ועובדות לא אמתיות, הפוגעות בכבודי בתור רופאה ואיש׳: על כבודם ומעמדם של רופאים טרם קום המדינה״ **קורות: שנתון לתולדות הרפואה ומדעי הטבע** כה, ז (2019–2020); ״׳פחיתות כבוד׳: יובל של מגמות בדיני לשון הרע – כרוניקה של איזון דינמי״ **מאזני משפט** יד 65 (2021).

אף נבחנו באמצעות המנסרה המשיקה לעיתים קרובות של לשון הרע והפגיעה בכבוד.[84] יתרה מזו, ובהקשר דומה של כבודם המקצועי של השופטים ושל בית־המשפט, צוין כי השמירה על הכבוד במשפט הישראלי צריכה להתבטא בהקפדה על כבוד בית־המשפט, ולא בשמירה על כבוד המקצוע כפרקטיקה.[85]

קמיר מזהה במחקרה ארבעה ממדים שונים המתייחסים כולם למושג הכבוד: הדרת־כבוד (honor), כבוד סגולי (dignity), הילת כבוד (glory) וכבוד־מחיה (respect).[86] קמיר אף מציעה שימושים ״מעשיים״ או ניתוחיים־משפטיים ואופרטיביים[87] המתבססים על המבנה המרובע והמורכב שהיא מציעה ביחס למופעיו השונים של ה״כבוד״ במשפט הישראלי, בין היתר בשעה שהיא דנה בהבחנות משוות ביחס לעברת האינוס. בהקשר זה היא טוענת כי יש להתמקד בערך כבוד האדם (dignity), שאותו היא מכנה ״כבוד סגולי״, ולהבחין אותו מבחינה מושגית מ״הדרת־כבוד״ (honor) – הבחנה שהיא חיונית לצורך הניתוח המשפטי העושה שימוש במושג הכבוד.[88]

המהלך שמאמר זה מציע לא יעמיק חקר אל תוך נבכי המושג ״כבוד״ ומשמעויותיו השונות – וה״מתנגשות זו בזו חזיתית״ לעיתים[89] – במתכונת החדשנית שסללה קמיר, ואשר חוקרות וחוקרים נוספים המשיכו לעסוק בה בעקבותיה. חלף זאת, ולצד הדיון במשמעויות החוקתיות של המושג, יבקש מהלך זה להאיר משמעות משפטית, היסטורית ופוליטית־תרבותית אחרת שלו בתרחישים שעלו בתקופת העשור המעצב. הכבוד הנדון בפסיקה שהמאמר מתחקה אחריה

---

84 אייל כתבן ובועז שנור ״בין תרבות הדיון ובין השם הטוב של האדם – בעקבות רע״א 1104/07 חיר נ׳ גיל״ **המשפט** טו 71 (2010).

85 ראו, למשל, לימור זר־גוטמן, אייל כתבן ובועז שנור ״על הפרטי והמקצועי אצל עורכי דין ועל הכבוד שביניהם״ **דין ודברים** יא 457, 496 (2018). במאמר קודם זר־גוטמן עוסקת בניתוח החלטות בענייני משמעת של ועדות האתיקה של לשכת עורכי־הדין, בשעה שהן מבקשות לכרוך או לאזן בין כבוד האדם לבין כבוד המקצוע: לימור זר־גוטמן ״הנאמנויות של עורך הדין״ **חובות אמון בדין הישראלי** 245 (רות פלאטו־שנער ויהושע (שוקי) שגב עורכים 2016).

86 לניתוח והבחנות מבית־מדרשה של קמיר בהקשר זה ראו, למשל, אורית קמיר ״על פרשת דרכי כבוד – ישראל בין מגמות של הדרת־כבוד (honor), כבוד סגולי (dignity), הילת־כבוד (glory) וכבוד־מחיה (respect)״ **תרבות דמוקרטית** 9, 169 (2005) (להלן: קמיר ״על פרשת דרכי כבוד״). ההבחנה המרובעת שקמיר זיהתה והוסיפה לפתח צמחה לשיטתה מתוך בחינה שיטתית של כל מופעי השורש כ-ב-ד בספרי המקרא והשוואתם לתרגומיהם בספרי המקרא המתורגמים לשפה האנגלית. לטענתה, השוואה זו הניבה את ההכרה כי המילים העבריות שנגזרות מן השורש העברי ואשר קשורות למושג ״כבוד״ מכילות משמעויות שהשפה האנגלית מאפשרת לחלקן לארבע קבוצות מובחנות. ראו שם, בעמ׳ 171.

87 כלומר, כאלה הבאים לפעול על המשפט ובתוכו ביחס לדילמות ממשיות. בהקשר זה ניתן לציין את ההבחנה בין law on the books לבין law in action. ראו, בין היתר, Jean-Louis Halpérin, *Law in Books and Law in Action: The Problem of Legal Change*, 64 ME. L. REV. 45 (2011).

88 אורית קמיר ״׳יש סקס אחר – הביאוהו לכאן׳: עברת האינוס בין הדרת כבוד (honor), שוויון וכבודו הסגולי של האדם (dignity), והצעה לחקיקה חדשה ברוח ערך כבוד האדם״ **משפט וממשל** ז 669 (2004).

89 קמיר ״על פרשת דרכי כבוד״, לעיל ה״ש 86, בעמ׳ 172.

הוא מסוג honor, כלומר, כבוד שאדם מקבל מסביבתו או כבוד במובן המִדרגי.[90] להבדיל מדיוניהם של חוקרים אחרים המתמקדים בממדים החוקתיים של המושג, הכבוד העומד לדיון הפעם אינו מצוי ביחסים שבין הפרט למדינה, אלא ביחסים שבין הפרטים בחברה. כפי שהמאמר יראה, המשגה זו של הכבוד, על רקע זהותם של המעורבים בסיפור המשפטי בכל פסק־דין, עשויה ללמד על האופן שבו הן בית־המשפט והן השחקנים המשפטיים עצמם (כולל הנאשמים והמערערים) מייחסים מאפיינים מסוימים לזהות המזרחית. זאת ועוד, דיון זה במושג הכבוד רלוונטי הן לביטויו בחברה הערבית והן לביטויו בתרבותם של עולי ארצות ערב והמזרח התיכון (הגם שביטויים אלו מגוּונים ומרובדים כשלעצמם).[91] בצורה זו, אם כן, הארת מושג זה בראי המשפט הישראלי – ועל רקע שאלות המתמקדות בזהות מזרחית ובניתוח היסטורי־ביקורתי – תורמת אף היא להעמקת הדיון בממדיו השונים והמורכבים של הכבוד.

משכך, מורכבותו הרב־ממדית של מושג הכבוד אינה צריכה להתגדר או להיות ״כלואה״ בדיון סביב המפץ המשפטי־התרבותי הגדול של חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו והמהפכה החוקתית של שנות התשעים והשפעותיה. קמיר עצמה, למשל, טוענת כי יש לזהות מורכבות ייחודית זו ולהגדירה לצד בחינה מקפת, יסודית ורבת פנים של המשמעויות השונות של כל אחד מהיבטיו השונים של המושג רב הפנים של הכבוד **בהקשר** החברתי־התרבותי הישראלי, וכל זאת תוך כדי ניתוח של יחסי־הגומלין בין ההיבטים השונים והמתחרים (לעיתים) הללו.[92]

אם כך, ובאמצעות הצוהר החדשני ומעורר המחשבה שפתחו קמיר וחוקרים נוספים בעקבותיה ולצידה, מחקר זה מבקש להשיג שתי מטרות. **ראשית**, הוא מבקש לחשוף את **מקומו** של יסוד הכבוד על ציר הזמן של תולדות המשפט הישראלי, ובכך להרחיב את המנסרה המקובלת בדיון על־אודות מושג הכבוד הרבה מעבר לקו פרשת המים של המהפכה החוקתית ובשורתו של חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו. באמצעות הפניית הזרקור אל מורכבותו של ערך הכבוד, יוצב הפעם יסוד זה בהקשר של משימות בינוי האומה ואתגריו של כור ההיתוך והאחריות שהמדינה הישראלית החדשה רכשה בנוגע לתושבים הערבים ילידי הארץ.

שנית, תוך כדי מסגור הדיון במושג הכבוד מסוג honor בתקופה ההיסטורית רבת התהפוכות והקשיים של שנות החמישים כעשור המכונן של החברה הישראלית, עבודה זו ממלאת, ולוּ במעט, את החלל ביחס לריבוד או למשמעויות האתניות והעדתיות השונות של מושג זה. בראש ובראשונה, מחקר זה מציע מימד או שכבת פרשנות מסוימת – שעודם חסרים בניתוח החברתי־המשפטי והתרבותי־הפוליטי הקיים– באשר לקשר בין גישות ותֵמות אוריינטליסטיות לבין מושג הכבוד. כפי שקמיר עצמה מעידה:

---

90 ניסים מזרחי ״מעבר לגן ולג׳ונגל: על גבולותיו החברתיים של שיח זכויות־האדם בישראל״ **מעשי משפט** ד 51, 64 (2011).

91 ראו בעניין זה, למשל, ליהי יונה ״מעבר ל׳מעבר לגן ולג׳ונגל׳: על עלייתו של שיח ההבדל בתיאוריה המזרחית״ **מעשי משפט** יא 77 (2020); איתן בלום **השכפול של המודל ״מזרחי״ בשדה החברתי הישראלי – שנות החמישים והעלייה המהירה** (עבודה לשם קבלת תואר מוסמך, אוניברסיטת תל־אביב – הפקולטה למדעי הרוח 2003).

92 קמיר ״על פרשת דרכי כבוד״, לעיל ה״ש 86, בעמ׳ 172.

> רשימה זו... מתייחסת רק לתפיסות הכבוד של התרבות היהודית לדורותיה, היהודית הציונית האירופית והישראלית היהודית, ואינה נוגעת כלל במשמעויות הכבוד, תרבויות הכבוד ומגמות של כבוד **בחברה הישראלית הלא־יהודית או באלה שהן ייחודיות למורשתם של ישראלים יהודיים יוצאי מדינות ערב**. כמו־כן, הטיפול בכבוד ברשימה זו אינו נוגע כלל במשמעויות העמוקות של תפיסות הכבוד השונות לגבי נשים וגברים.... מובן כי נושאים אלה חשובים ביותר לפרויקט הרחב, ומן ההכרח לפתחם בהמשך.[93]

ב. משחקים של כבוד – טענות, טיעונים והגנות מכוח טעמי כבוד בפסיקת בית־המשפט בשנות החמישים

חלק זה יציג וינתח אגודה של פסקי־דין הדנים – במתכונות כאלה ואחרות – בנושא הכבוד כפי שהשתקף בראי המשפט הישראלי בעשורים המוקדמים. כפי שחלק זה יראה, תיאוריהם של המקרים המשפטיים שונים זה מזה: פעם הם עוסקים בגילויים של חולשות אנושיות, דוגמת התכעסות וסערת־יצרים; לעיתים הם דנים בגורמים שמביאים אדם לידי אובדן־עשתונות ואלימות קשה, לעיתים אף רצחנית וקטלנית; ובפעמים אחרות הם עוסקים ברלוונטיות של בקשת הסליחה במהלך ההליך הפלילי. בין כך ובין כך, וכפי שמחקר זה חושף, המכנה המשותף המקבץ את המקרים השונים האלה יחדיו הוא השתקפותו וגלגוליו של עקרון הכבוד.

1. הערות מתודולוגיות מקדימות

מבחינה מתודולוגית יתמקד חלק זה בפסיקה פלילית. ההסתכלות מבעד למנסרת המשפט הפלילי חושפת מסקנות בעלות ערך מיוחד. בין ההסברים האפשריים לכך ניתן למנות את עיסוקו של המשפט הפלילי בסובייקטיביות של הפרט[94] וכן בתרחישים של אלימות, אשר מעוררים מטבעם שאלות של כבוד, של קודים סוציולוגיים־תרבותיים ושל שיפוט חברתי כולל שלהם, שהמחקר מבקש להאירם. זה המקום לציין, בהערה מקדימה ומבארת, כי חלק נכבד מהסקירה עוסקת בפסיקה בסוגיית הקנטור, ובפרט באופן שבו בית־המשפט הישראלי והשחקנים המשפטיים בוחרים לדון בה על רקע זהותם המזרחית של בעלי־הדין והפגיעה כביכול בכבוד. השאלה איזה סוג של מבחן יחול לעניין הקנטור היא קרדינלית לצורך מתן מענה לשאלה האתנו־תרבותית, הפוליטית והמשפטית אם יש להתחשב במוצאו ובתרבותו של

---

93 שם, בעמ׳ 174 (ההדגשה הוספה). דיון בהשלכותיה של התֶזה שקמיר מציעה על השיח על נשים ונשיות בחברה הישראלית מופיע במאמר אורית קמיר ״רצון בת המלך – כבודה: הזמנה לפמיניזם ישראלי״ **תרבות דמוקרטית** 10, 409 (2006). מפאת קוצר היריעה לא אעמיק בחיבורי זה בניתוח מהסוג שמציעה קמיר, למשל, או בפרשנות מהסוג שמעלים כתבן, שנור וזר־גוטמן. ייתכן שעבודות נוספות, שירחיבו את הדיון ההולך ומתפתח בסוגיות אלו, יוכלו להציע ניתוחים נוספים בהתאם לדגמים האלה.

94 ובפרט בדילמה שהתפתחה במשפט הפלילי (הן באנגליה וכמובן בישראל) בעניין מקרי הקנטור, כפי שאדון להלן.

נאשם כדי לקבוע אם הוא זכאי ליהנות מטענת הקנטור ומהגנתה. בעבר, כפי שחלק מהפסיקה תראה, קבלתה של טענת הקנטור על־ידי בית־המשפט הקימה הגנה לנאשם, בהמירה הרשעה ברצח בהרשעה בעברת הריגה.[95]

הפסיקה הישראלית עברה תהפוכות רבות בסוגיית הקנטור. פרשת **סגל**, מאמצע שנות החמישים, שבה נדון עניינו של בחור צעיר שרצח את בת־זוגו משום ש״הרגיזה״ או קנטרה אותו בשעה שעדכנה אותו בדבר החלטתה להיפרד ממנו, הציפה את המחלוקת שניטשה בדין הפלילי בין המבחנים הרלוונטיים שבית־המשפט צריך לברור ביניהם בעת עמידתו על מבחן הגנת הקנטור.[96] הגם שאין זה המקום מן הסתם לערוך דיון מעמיק בתיאור קורותיה ונפתוליה המשפטיים והאתנו־תרבותיים של סוגיית הקנטור בהתפתחותו של המשפט הישראלי, ברי כי מסקנותיה העיקריות הן מעניינו, באשר הן מפיצות אור נוסף על השאלות העומדות בליבם של המקרים שמחקר זה עוסק בהם.

השאלה של מבחן הקנטור הסובייקטיבי העסיקה את בית־המשפט הישראלי כבר משנותיו המוקדמות, בשעה שפסע בעקבותיו של המשפט האנגלי.[97] ״דיו רב נשפך בזמן האחרון על הצורך להמיר את המבחן האובייקטיבי בסובייקטיבי״, ציין השופט דוד גויטיין בנוגע לדילמה בין החלת מבחן אובייקטיבי וכללי יותר כביכול לבין הפעלתו של מבחן סובייקטיבי, פרטני, ״פסיכולוגי״ ואישי־נסיבתי יותר.[98] היה ברור כי אם יחליט המשפט הישראלי לנטות לטובת מבחן סובייקטיבי בשאלת הקנטור, או־אז יהא בכוחו למלט מן הדין אנשים מסוימים שאינם מסוגלים לשלוט ברגשותיהם, במזגם ובעשתונותיהם.

> אני רואה נימוק נוסף נגד קבלת המבחן הסובייקטיבי. ביסודו של מבחן זה מונחת ההנחה כי בכדי להסעיר את דמו של **אדם רגיש** דרושה מידה פחותה של קנטור מזו הדרושה כדי להסעיר את דמו של אדם סביר. אדם הרגיש לכבודו בצורה מוגזמת... ימצא כי הפגיעה הקלה ביותר בכבודו מהווה לגביו קנטור

---

95 כיום, לעומת זאת, הכרה וקבלה של טענת קנטור (או ״התגרות״) יובילו להרשעת הנאשם בהמתה בנסיבות של אחריות מופחתת לפי ס׳ 301ב(ב) לחוק העונשין, התשל״ז–1977.

96 ע״פ 46/54 **היועץ המשפטי לממשלת ישראל נ׳ סגל**, פ״ד ט 393 (1955). ראו גם ע״פ 50/64 **אל־נבארי נ׳ היועץ המשפטי לממשלה**, פ״ד יח(4) 73 (1964).

97 ולאחר־מכן בתקופת המעבר מהשלטון המנדטורי לביסוסה של הריבונות הישראלית ופיתוחה של שיטת המשפט המורכבת שלה. פסק־הדין בעניין **סגל**, לעיל ה״ש 96, מאיר את מוקד הדילמה של סוגיית המבחנים האובייקטיבי והסובייקטיבי עוד מהתקופה המנדטורית, ועל רקע תנאיה הסבוכים של ארץ־ישראל המנדטורית רבת העדות והמנהגים.

98 פרשת **סגל**, לעיל ה״ש 96, בעמ׳ 408. יש לציין כי לפי סעיף 4 לפקודת החוק הפלילי, המשפט הישראלי היה מחויב למעשה בתקופה זו להיצמד לפרשנות האנגלית ולאופן שבו המשפט האנגלי מפתח, למשל, את שאלת המבחנים האובייקטיבי והסובייקטיבי לעניין הגנת הקנטור ומכריע בה. ״היודיקטורה הארץ־ישראלית״ התחבטה בעצמה בדילמה זו בשלושה פסקי־דין מרכזיים מתקופת המנדט, שניתנו כולם על־ידי בית־המשפט העליון: Cr. App. 52/46 Abu Yaghi v. Attorney-General, [1946] 2 A.L.R. 647; Cr. App. 95/46 Dabit v. Attorney-General, [1946] 2 A.L.R. 559; Cr. App. 109/47 El Wazir v. Attorney-General, [1947] 2 A.L.R. 712. מחקר עתידי נוסף יוכל, למשל, לערוך השוואה בין הדיון במבחן הקנטור בתקופת המנדט לבין הדיון בו בתקופת כינון הריבונות ולאחריה.

> שאינו יכול לעמוד בפניו ומכריחה אותו לקטול את חברו שפגע בו. אדם כזה יישלח לבית־כלא כאשם בהריגה ולא ברצח, וישתחרר כעבור שנים מספר.[99]

בתחילה, אם כן, וכפי שפסק־דין **סגל** מלמד, דן בית־המשפט העליון באפשרות או בצורך המשפטי (לאור היסודות ועקרונות הפרשנות של הדין הפלילי הישראלי שלאחר הקמת המדינה) לקלוט את המבחן האובייקטיבי מהדין האנגלי. אולם בהמשך הוחלט לאמץ מבחן סובייקטיבי ואובייקטיבי גם־יחד.[100] בפסק־דין מאוחר יותר, מסוף שנות השמונים, בעניין **גנדי**, הדגיש הנשיא שמגר כי יסוד הקנטור במשפט הישראלי התפתח ככזה הכולל גם מבחן סובייקטיבי וגם מבחן אובייקטיבי.[101] האזהרות שנשמעו בדיון המרתק שנערך בעניין **סגל**, מאמצע שנות החמישים, מפני המשמעויות הכרוכות בהעדפתו של מבחן סובייקטיבי בנסיבות המקומיות בישראל התריעו מפני הנמכת הרף הפלילי בעניינם של אלה שאינם מסוגלים למשול באותה ״דחיפה שאינה ניתנת לריסון״.[102] מבחן הקנטור, כפי שמחקר זה טוען, היה עלול להוביל את ניתוחו של בית־המשפט דרך מנסרה אוריינטליסטית של ״כפרי מערב־אפריקאי רגיל״[103] בנסיבותיה האתניות והעדתיות המקומיות של הארץ. מנסרה זו עושה לעיתים שימוש בהקשר מזרחי אשר מייחס או מצדיק תבניות סטריאוטיפיות של מזג חם, נטייה להתרתח, אובדן־עשתונות, העדר משילות עצמית והעדר רציונליות של נאשמים מסוימים. כפי שילמדו חלק מהמקרים שינותחו להלן, הסכנה החברתית־המשפטית הכרוכה בהתמסרות למבחן הסובייקטיבי, שהאזהרה בעניינה נשמעה בפסק־דין **סגל**, כמו מתממשת ומהדהדת בחלק מהסיפורים הסוערים ורבי היצרים שמגיעים לפני **אותו** בית־משפט עליון על רקע זהות מזרחית והשתקפות של עקרון הכבוד למתכונותיו ותצורותיו האנושיות. ״נראה לי״, מתריע השופט צבי ברנזון לקראת חתימת הדיון בפרשת **סגל** ועל רקע משימות כור ההיתוך, ״כי מאותו הרגע שניקח בחשבון את ארץ המוצא והתרבות של הנאשם המסויים והשתייכותו העדתית או הגזעית, אנו זונחים למעשה את המבחן הנכון. **האדם הישראלי הטיפוסי ההולך ונוצר בארץ**, ורק הוא, צריך לשמש קנה־מידה במבחן הקנטור״.[104]

הנקודה המשמעותית היא שכל פסקי־הדין העוסקים בסוגיית הקנטור שייסקרו בחלק זה ניתנו לאחר שנפסקה הלכת **סגל**. מכאן שניתן לטעון כי חרף אימוץ הסטנדרט האובייקטיבי כמצוות המשפט האנגלי, במלאכת המשפט בפועל, ואל מול הדילמות האנושיות והסיפורים שדרכם מתגלה זהות מזרחית מסוימת, נתן בית־המשפט משקל רב למאפיינים הסובייקטיביים, **המזרחיים**, של חלק מהנאשמים ככל שהדבר נוגע במוצאם העדתי או האתני.

---

99 פרשת **סגל**, לעיל ה״ש 96, בעמ׳ 420 (ההדגשה הוספה).

100 ראו גם פרשת **אל־נבארי**, לעיל ה״ש 96. ראוי לציין כי ביקורת רבה הושמעה בספרות המשפטית על השימוש במבחן האדם הסביר במסגרת ניתוח היסוד הנפשי בעברה הפלילית, שהוא יסוד סובייקטיבי מטבעו. ביקורת זו אף הובילה, בין היתר, לריכוך המבחן האובייקטיבי במסגרת תיקון מס׳ 137 לחוק העונשין. ראו את דברי ההסבר להצעת חוק העונשין (תיקון מס׳ 124) (עבירות המתה), התשע״ו–2015, ה״ח הממשלה 166, 174–175.

101 ע״פ 402/87 **מדינת ישראל נ׳ גנדי**, פ״ד מב(3) 383, 390 (1988).

102 פרשת **סגל**, לעיל ה״ש 96, בעמ׳ 414.

103 שם, בעמ׳ 404.

104 שם, בעמ׳ 434 (ההדגשה הוספה).

בחתימתו של דיון־רקע היסטורי־משפטי מקדמי ותמציתי זה, ראוי עוד לציין בקצרה (ולשם ההשוואה) כי הפסיקה הישראלית המאוחרת הבהירה שמאפיינים הקשורים למוצא אינם יכולים להוות שיקול לקבלת טיעון בדבר קנטור.[105] פסיקה זו מלמדת על הטיות אפשריות מסוימות שניתן להצביע עליהן בגישה המוקדמת של בית־המשפט, כפי שתוצג במקרים הבאים, ועל הבעייתיות הכרוכה בהן.

עוד יש לציין בשלב זה כי גם מיישמי גישתו של סעיד בניתוח הביקורתי של המשפט מודים כי המהלך של שאילת המודל האוריינטליסטי טומן בחובו סכנות תיאורטיות ויישומיות מסוימות, במיוחד בהקשר של העתקתו החוצה מהסביבה של יחסי הכוח הקולוניאליים והצבתו בנסיבות אחרות. בהקשר של קבוצות־שוליים, דוגמת המורמונים באמריקה[106] או מהגרים סינים שביקשו להגיע למערב ארצות־הברית בתקופת ״הבהלה לזהב״,[107] הפרספקטיבה האוריינטליסטית כביכול של המשפט האמריקאי לא התרחשה על רקע של קולוניאליזם, מה־גם שעלינו לזכור כי המורמונים עצמם השתתפו בקולוניזציה של המערב והסְפר האמריקאי. משכך יש להיזהר מ״אינפלציה״ בשימוש בפרדיגמות סעידיאניות. כמו־כן, הצבתה של התיאוריה ועשיית שימוש בה בהקשר הישראלי, אשר יש הטוענים כי הוא הקשר בעל מאפיינים קולוניאליסטיים (ביחס לערבים ילידי הארץ), עלולות לעורר קיתונות של ביקורת. בתוך כך, בין ההסברים השונים שאפשר להציע למהלכים שבית־המשפט נוקט במקרים שונים, ובכלל זה בפסקי־הדין השונים שיובאו בחלק זה, ניתן גם להצביע, לשיטתי, על הסבר אפשרי (אולי אחד מני כמה) המתבסס על ניתוח ביקורתי מבית־מדרשו של סעיד (או ממשנתם של תלמידיו).

בטרם ניגש לפסקי־הדין שהניתוח המוצע נשען עליהם, נדרש הסבר מקדים על־אודות האופן שבו אותרו ונבחרו פסקי־הדין האלה. מציאת פסקי־דין שיענו על מטרות המחקר המוצע כאן אינה יכולה להישען על מנועי חיפוש או על חיפוש במאגרי מידע משפטיים באמצעות הקלדת מונחים ומושגים כגון ״אוריינטליזם״, ״מזרחים״, ״ערבים״, ״דרוזים״ או ״בדווים״, והיא אינה דרה בכפיפה אחת עם האפשרויות הנוכחיות המקובלות והזמינות במאגרי המידע המשפטיים. על כן עיקר איתורם של פסקי־הדין מהעשור הראשון של מדינת־ישראל העונים על

---

105 ראו, בין היתר, ע״פ 139/86 **עאזם נ׳ מדינת ישראל**, פ״ד מא(3) 343, 348–349 (1987); פרשת **גנדי**, לעיל ה״ש 101, בעמ׳ 391–392; וכן ע״פ 6580/96 **צ׳קולה נ׳ מדינת ישראל**, 2 (פורסם בנבו, 6.7.2000).

106 למחקר העוסק בביטויים אוריינטליסטיים שהופגנו במהלך דיונים פוליטיים והליכי חקיקה שנועדו להצר את רגליה של הקהילה המורמונית ביוטה במהלך המחצית השנייה של המאה התשע־עשרה, תוך זיהוים של המורמונים כ״מזרח־תיכונים״, ראו Christine Talbot, *"Turkey Is in Our Midst": Orientalism and Contagion in Nineteenth Century Anti-Mormonism*, 8 J.L. & FAM. STUD. 363 (2006).

107 טימו רוסקולה (Ruskola) התמקד בניתוח היחס ההיסטורי־המשפטי והאינטלקטואלי של גורמים משפטיים באמריקה אל המשפט הסיני ודרכי התפתחותו (או אי־התפתחותו, לטענתם) על ציר הזמן. לטענתו של רוסקולה, הקונסטרוקציה הפוליטית־המשפטית הזו נשענה על גישות אוריינטליסטיות ביחס לסין ולתרבותה, השפיעה על חקר ההיסטוריה של המשפט הסיני ועיצבה אותו בעיניים אמריקאיות (ואירופיות), והיו לה השלכות וביטויים גם בהליכי חקיקה שביקשו להצר את רגליהם (ואת זכויותיהם המשפטיות ומעמדם) של מהגרים סינים בדרכם לארצות־הברית. ראו Teemu Ruskola, *Legal Orientalism*, 101 MICH. L. REV. 179 (2002).

חלק מהמאפיינים שזוהו לאורך השנים על־ידי אסכולות סעידיאניות נעשה באמצעות קריאה שיטתית ועקיבה של מאות פסקי־דין של בית־המשפט העליון שפורסמו משנת 1948 ועד סוף שנות החמישים. באלה פעלתי למצוא תחילה את סממניו של אותו שיח אוריינטליסטי או שיח שעשוי להתפרש ולהיקרא על־ידינו כשיח בעל תבניות ומוטיבים המופרים מהכתיבה הסעידיאנית. לאחר־מכן ביקשתי לסדר מאפיינים אלו באופן לכיד, מגובש ובעל מכנה משותף יציב ומבוסס דיו.

קריאה זו של פסקי־הדין נעשתה הן באופן ״כרונולוגי״, כלומר תוך כדי התקדמות על ציר הזמן של פסיקת בית־המשפט, והן באופן ״מודע״ ושיטתי, כלומר תוך שימוש ברעיונות המרכזיים בכתיבתו של סעיד כמאגר מונחים וכארגז־כלים מתודולוגי ורעיוני־ביקורתי, וחיפוש ביטוי להם בפסיקה הישראלית הרלוונטית מהתקופה האמורה. מטבעו, המחקר מחבר בין תיאוריה במדעי הרוח ובמדעי החברה לבין לימודי המשפט. משכך, לוז המחקר יהיה כמובן טקסטים משפטיים, כאלה שנלקחו מתוך הליכים משפטיים שונים שהתנהלו במערכת המשפט הישראלית במהלך תקופה מכוננת בתולדותיה ובעיצובה. טקסטים אלו, והסיפורים, הדמויות והתרחישים המשמשים בהם בערבוביה, ייקראו באמצעות כלי־העבודה שסעיד ותלמידיו הציגו לפנינו, וישתקפו לאורם. אני סבור כי הן העיון הישיר והן העיון הפרשני בטקסטים – בעדויות המצוטטות, בהחלטות בית־המשפט, בנימוקים השונים המגויסים על־ידי שני צידי המתרס, ובאופן שרטוטם של האירועים והדמויות כפי שנתפסו על־ידי בית־המשפט **ומפיו** – מאפשרים ראייה דסקריפטיבית וביקורתית כאחד.

הקריאה הכפולה שתיפרשׂ בחלק זה בנויה משני שלבים, המתבצעים באופן בו־זמני כמעט. ראשית, הדיון יתחקה אחר האופן שבו בית־המשפט בוחר לתאר בפסק־הדין את עובדות המקרה ואת העדויות. בתהליך התחקות זה יאותרו ויזוהו השתקפויות או מרכיבים אוריינטליסטיים או אוריינטליסטיים־לכאורה. שנית, הדיון יצביע על האופן שבו בית־המשפט מייצר – באמצעות הטקסט המשפטי והסיפור הנגלה מתוך מלאכת המשפט – דמות משפטית אחרת, שונה, וכיצד הוא מנסח לעיתים בעבורה ולעניינה החלטות והכרעות שיפוטיות מיוחדות. באמצעות מתודולוגיה זו, הבנויה על הצגת מקבץ של תבניות ודימויים כפי שהם מופיעים ב״קטעי״ משפט שונים בשנים שונות ובמקרים משפטיים המנותקים זה מזה, נפרשׂ לפנינו מעין ״קטלוג אוריינטליסטי״,[108] המחבר את ההשתקפויות השונות האלה למכלול אחד.

שורת פסקי־הדין שדנים בערך הכבוד, ואשר מרכיבים את מאגר הממצאים המשפטי שהמחקר וטענותיו נשענים עליו, מאפשרת להצביע על מערך של נימוקים המנפיקים הסבר ביקורתי מסוג חדש כלפי אופן פעילותו של המשפט כסוכן חברתי. בתוך כך יש להדגיש כמובן, ובטרם נעבור לדיון במקרים המשפטיים עצמם, כי אין מדובר בטענה כללית וכוללת ביחס לפסיקה הישראלית. אין ספק שלא בכל מקרה ומקרה שבו בא לפני בית־המשפט אדם ממוצא מזרחי, נקט בית־המשפט שיח או תגובה שיכולים להתפרש על רקע ביקורת סעידיאנית. בניגוד לכתיבתו של סעיד, שדימתה למצוא יחס קבוע, על־זמני, כולל ומתמשך בכל מפגש תרבותי בין נציגי המערב לתושבי האוריינט, מחקר זה אינו טוען כי יש מעין זרם תת־קרקעי כמו־

108 ראו את הדיון של Haraway, לעיל ה״ש 26, באיסוף האובייקטים הלא־מערביים ובהבאתם אל המערב ואל התודעה המערבית.

קונספירטיבי הנוקט שיח אוריינטליסטי או תגובות אוריינטליסטיות **כל** אימת שמגיעה לפניו דמות ממוצא מזרחי – עולה יהודי מארצות המזרח התיכון וצפון אפריקה או בן לאחד המיעוטים הלאומיים והאתניים בישראל. מה שהמחקר גורס, באחת מטענותיו המרכזיות, הוא שנושא הכבוד הוא אחד הנושאים שבהם הפסיקה הישראלית בת התקופה מביאה **לעיתים** לידי ביטוי תבניות או מרכיבים העשויים להיקרא כאוריינטליסטיים. יתרה מזו, דומה כי לפחות בחלק מהמקרים ניתן להציע ניתוח אוריינטליסטי כדרך נוספת להבנה או לפרשנות של האופן שבו בית־המשפט דן בהשתקפויות של נושא הכבוד בתקופה הנחקרת.[109]

2. השתקפויות של יסוד הכבוד בפסיקה בתקופה הנחקרת

בדיון הקצר והטעון שנערך בערעור הפלילי (ובערעור שכנגד) בעניין **כיר**,[110] דנו שופטי בית־המשפט העליון שמעון אגרנט, דוד גויטיין ומשה לנדוי בהרשעתו של כיר בהריגת אחותו (״עלמה דרוזית״, בלשון בית־המשפט[111]) על רקע של ״גאולת״ כבוד המשפחה, וכל זאת עקב הריונה מחוץ לנישואים. הפרשה כולה עוסקת באורחותיה ובמנהגיה של העדה הדרוזית, ובאופן שבו אלה משתקפים בעיני השופטים.

---

109 מתודולוגיה זו, בוודאי בכל הקשור לעיסוק במשנתו של סעיד ובפיתוחה, אינה חפה מן הסתם מביקורת. אחת הטענות הביקורתיות ביחס למתודולוגיה שמחקר זה מתבסס עליה יכולה לטעון כי כדי לבסס בצורה מוצקה את הטענה שאוריינטליזם מופנה כלפי ערבים ויהודים־ערבים או יהודים ממוצא מזרחי, אין די בניתוח פסיקה שעושה כן כלפי מזרחי, אלא יש מקום לנתח בצורה השוואתית פסיקה שמראה כי בנסיבות דומות היחס לאשכנזים שונה. על כך אשיב, ראשית, כי למיטב בדיקתי, כאשר הפסיקה הישראלית בת התקופה עוסקת בדיונים על רקע כבוד (ועל אחת כמה וכמה בשאלת הקנטור), היא עושה כן, באופן מובהק למדי, בהתייחס לנידונים ממוצא מזרחי. כמו־כן, ובאשר לביקורת או לשאלות כלליות ״חיצוניות״ שעשויות להישמע ביחס לשיטה ולתכליתו של המחקר (למשל, כאלה המבקשות ללמוד נתונים מספריים או סטטיסטיים על היקף הפסיקה שעושה שימוש במרכיבים אוריינטליסטיים לכאורה בהשוואה לפסיקה ש״מתעלמת״ ממרכיבים אתניים זהותיים מעין אלה), יש להדגיש כי מדובר במחקר איכותני, ולא כמותני. נוסף על כך, ניתן לטעון כי הופעתם של מרכיבים שעשויים להיקרא ככאלה שבהם או דרכם משתקפת גישה אוריינטליסטית בשלב שבו ההליך המשפטי מגיע לקיצו ולחתימתו לפני בית־המשפט העליון, כערכאת ערעור אחרונה, דווקא ומכפילה ומחזקת את כוחם ומשקלם; שהרי ההליך המשפטי, מטבעו, נוטה ככלל לצמצם את מקומם של עדויות וביטויים דיסקורסיביים לטובת לוז השאלות המשפטיות שבמחלוקת, ואפשר להניח שבמהלך התקופה האמורה – הנתפסת על־ידי רוב חוקרי המשפט בישראל כתקופה פורמליסטית באופני הכרעתן של השאלות והדילמות המשפטיות שהעסיקו את בני התקופה – נטייה זו בולטת שבעתיים (בוודאי בהשוואה לתקופות מאוחרות יותר בתולדות המשפט הישראלי, שבהן נכנסו מרכיבים הנתפסים כמרכיבים ערכיים ו״פוליטיים״ או ״סובייקטיביים״ יותר). משכך, העובדה שפסקי־הדין המובאים בהמשך חלק זה מעמידים לעיתים קרובות בלב הדיון שאלות עובדתיות וציטוטים רחבים ומפורטים מעדויותיהם של הנידונים, אף שמדובר בשלב הערעור, מלמדת כי תבניות או דפוסים אוריינטליסטיים או אוריינטליסטיים־לכאורה חצו מסננות קשיחות למדי במעלה נתיב ההליך המשפטי, על ערכאותיו השונות, ומצאו את מקומם בליבו של הליך דיוני שאמור להיות תמציתי, חד ומזוקק. ראו בהקשר זה מאוטנר, לעיל ה״ש 29.

110 ע״פ 203/57 **כיר נ׳ היועץ המשפטי לממשלה**, פ״ד יב 1227 (1958).

111 שם.

אל מול ערעורו של פואז מזיד כיר על הרשעתו הגיש גם היועץ המשפטי לממשלה ערעור משלו, בדרישה שסעיף העברה המתאים בפקודת החוק הפלילי (להלן: הפח״פ) – שהיא ההסדר המשפטי שחל באותה תקופה על דיני העונשין[112] – יוחלף מ־212, שהוא הסעיף המגדיר את עברת ההריגה, ל־214(ב), שהוא אחד הסעיפים המגדירים את עברת הרצח, כפי שפורט ונומק בכתב האישום. אולם בית־המשפט מסרב בעקשנות לשנות את סעיף ההרשעה, אף שביכולתו לעשות זאת. ״על בית־המשפט לראות במקרה כגון זה שלפנינו את מעשה ההריגה על רקעו״,[113] מדגיש בית־המשפט, וממקם את המעשה (ואולי אף את עצמו ואת פרשנותו שלו להשתלשלות העניינים, לנסיבותיהם ובעיקר לגורמיהם) בהקשר האתני־התרבותי של החברה המסורתית הדרוזית: ״מנהגם של בני־המשפחה הקרובים בעדה הדרוזית לנקוט **בכל הצעדים** לשם שימת קץ למה שנראה **בעיניהם** שערוריה שיש בה משום **חילול כבוד המשפחה**״.[114]

בית־המשפט נתקל בדילמה סביב החשד מי בדיוק אחז בסכין: ההייתה זו פאטמה (הקורבן) או שמא היה זה פואז? אולם אופן בנייתו של פסק־הדין והשיח הנגלה בו רומזים כי לצד השאלות הראייתיות הפליליות לגופו של עניין, בית־המשפט עוסק באופן ניכר ברקע ובנסיבות של המעשה, ובמיוחד במקומו של עקרון הכבוד בקרב החברה הדרוזית המסורתית ובאופן שבו עיקרון זה או ערך זה משתקפים באורחות חייה. דומה כי כל שלושת השופטים יחדיו מבקשים למצוא נימוקים מסוגים שונים, ואולי אפילו יסודות, פרטים או אזכורים עובדתיים כאלה ואחרים, שיוכלו לשמש בידיהם לאחר־מכן מעין בסיס למשטר של הצדקות לקראת הקביעה והניסוח של החלטתם בערעור הכפול. עקרון הכבוד משתקף אם כן לא בקרב חוגים מסורתיים, מזרחיים, כי אם בתוך אולם בית־המשפט ומפי השופטים עצמם במילותיהם החוזרות ונשנות. ״המסיבות כולן״, אומר השופט גויטיין, ״מצביעות על כך שרקען של הדקירות וגורמיהן היו **מעשיה** הנ״ל של פאטמה, ורישומן בקרב בני־משפחתה ובני־עדתה הדרוזים שבכפר פקיעין, דהיינו, **ענין של הכתמת כבוד המשפחה**, הוא **שהניע** את גלגל האירועים שהובילו **אל ההריגה**״[115] – הנה כי כן, ״הריגה״, ולא ״רצח״.

בשלב זה הסיפור הטרגי הולך ומסתבך, וחושף דמויות נוספות שהיו מעורבות בפרשה: ראשית, הדוד יוסף כיר, שאליו פנה האח פואז בבהילות בשעה שאחותו שכבה בחדרה, מתבוססת בדמה; ושנית, השֵׁיח׳ צאלח כניפס משפרעם, נכבד דרוזי שאליו פנו פואז ודודו לאחר האירוע. בבוקר, מייד לאחר ספק־מותה־ספק־הירצחה של פאטמה, מתדפק פואז על דלת ביתו של דודו ומספר לו על שאירע, והשניים יוצאים בבהילות למעונו של השֵׁיח׳ כניפס ומתייעצים עימו באשר לצעדיהם מעתה ואילך.

בית־המשפט מצטט מדברי הדוד יוסף, המתאר גם הוא את השתלשלות העניינים באותו בוקר:

---

112 פקודת החוק הפלילי הייתה הפקודה המנדטורית שהסדירה את יסודותיו של המשפט הפלילי, והיא נותרה בתוקף עד שהוחלפה בשנת 1977 על־ידי חוק העונשין. לעיון נוסף במקורותיה של הפקודה המנדטורית ראו שחר, לעיל ה״ש 54.

113 פרשת **כיר**, לעיל ה״ש 110, בעמ׳ 1227.

114 שם (ההדגשות הוספו).

115 שם, בעמ׳ 1228 (ההדגשות הוספו).

> הבוקר בשעה שש בערך הייתי ישן בבית. שמעתי דפיקות בדלת, והנה בן אחי בשם פואז מזיד כיר עומד בדלת. פנה אלי ואמר לי שהבוקר קם... ומצא כי פאטמה לבדה בחדר ואמר לה, ״זונה שכמותך מלוכלכת, **ביישת את משפחתנו ואת שמנו**, אני אשחוט את זה שעשה לך את הדבר״.[116]

בערך באותם ימים, לדבריו של השֵׁיח׳ כניפס, המלווה את הפרשה בהתגלגלותה בין חדרי החקירות של המשטרה לבין בתי־המשפט, החלו להגיע לידיו של האח פואז מכתבים שהאשימו את אחותו פאטמה בזנות:

> שאלתיו, מה הביא אותך למעשה זה וענה לי שזה ענין של זנות **וכבוד המשפחה**. אמר לי שהוא משרת בצה״ל וקיבל מכתבים אנונימיים שבהם השמיצו אותו ואת משפחתו והאשימו את אחותו במעשי זנות ותועבה. והזכירו שאחותו הרתה והפילה בבית־חולים. מכתבים אלה **הוציאו אותו... מהכלים**, ולא היתה לו כל מנוחה, הן בהיותו בתפקיד והן בבואו לכפר הרגיש שכולם **בזים** לו.

> הוא סיפר לי שבאותו יום... מצא רק את אחותו יחידה בחדר. **ברגע זה התעורר בו רגש הכבוד** והחל לנזוף בה ולקלל אותה בכל מיני קללות בזויות כגון זונה, ושהוא יהרוג את האיש שבא אתה במגע.[117]

גם המורשע עצמו, האח פואז, מסר הודעה מקבילה במשטרת עכו יומיים לאחר האירוע, ובה פירט את האירועים שקדמו ל״מעשה ההריגה״ (כפי שבית־המשפט מכנה זאת) ואת פרטי המקרה באותו בוקר גורלי:

> בחדר מצאתי את אחותי פאטמה לבדה. היתה ערה ומסדרת את החפצים שלי. אמרתי לה, ״**בושה עליך ! הורדת ראשו של אביך וראשי אחיך ומשפחתך !** איך את רוצה להיות בין אנשים **מחוסרת כבוד** ? ספרי לי מיהו האיש שעשה לך את המעשה, מוכרח להרוג אותו !״ היא אמרה לי, ״אתה לא יכול להרוג אותו !״ עניתי לה, ״בוגדת ! רעה !״.[118]

דומה כי בניגוד לבית־המשפט, שמזכיר לאורך פסק־הדין שבערעור את ענייני הכבוד חזור ושוב ובמתכונות שונות (וכל זאת בטקסט קצר באופן יחסי[119]), דווקא נציגי המשטרה בשטח הם שנוקטים לשון אחרת, שלפיה אפשר כי על רקע השתלשלות העניינים מה שאירע לא היה ״מעשה הריגה״ ותו לא. השוטר ש׳ שגיא, עוזר־מפקד המחוז, שדבריו מובאים בפסק־הדין

---

116 שם, בעמ׳ 1228 (ההדגשה הוספה).

117 שם, בעמ׳ 1229 (ההדגשות הוספו).

118 שם (ההדגשות הוספו).

119 פסק־דין **כיר** אף מזמֵן, לשיטתי, גישה כמותנית מסוימת (או לכל־הפחות שימוש במתודולוגיה המקובלת בגישות כמותניות בחקר המשפט) כדי לתמוך בניתוח המוצע. כך, פסק־הדין כולו נפרש על־פני שישה עמודים בלבד, ומזכיר מילים ומושגים המתקשרים לעקרון הכבוד (כגון ״כבוד״, ״בושה״, ״בוז״ ו״עלבונות״) לא פחות מחמש־עשרה פעמים.

ואשר נחזה כשוטר החוקר שליווה את הפרשה וגבה את העדויות השונות, קובע כי מה שאירע אינו ״הריגה״ סתם כך. ״השיך [כך במקור] מספר על הופעתם של הנאשם ודודו בביתו ביום המקרה, ועל סיפורו של הנאשם כי ׳קרה מקרה בינו ובין אחותו. שאלתיו... מה המקרה וענה לי, הריגה (או **שחיטה**)׳״.[120]

אמת, אי־אפשר לפסול את אופן הכרעתו של בית־המשפט העליון משעה שנגלה ספק מסוים בדבר התקיימות היסוד של ״העדר קנטור״. ספק זה הוביל את בית־המשפט להרשעת פואז בעברת הריגה, במקום בעברת רצח. בין כך ובין כך, העובדה היא שבעדותו הסביר פואז כי הוא אינו זוכר מה בדיוק אירע ברגע שבו נשלפה הסכין מנדנה, וכי לא ברור לו מי דקר את מי: אם הייתה זו פאטמה, שהחליטה בלהט הרגע והוויכוח העז להתאבד, או שמא הוא עצמו, פואז, עשה את המעשה, ובלהט הרגע, הרגשות והיצרים אף דקר ופצע את עצמו בזרועו. בתוך כך, וכפי שבית־המשפט מציין בגילוי־לב, גם אם גרסתו זו מתקבלת (קרי, שפאטמה התאבדה, והוא גילה אצילות ואבירות וניסה להצילה מגורלה חסר הכבוד), נסיונו־כביכול להניאה מכך אינו מתיישב לגמרי עם עובדות המקרה בשטח, כפי שנחשפו בראיות שהוגשו מטעם המשטרה והתביעה. כך, מן הנתיחה שלאחר המוות התברר שאחותו שכבה מתבוססת בדמה במשך שעה ארוכה בטרם מתה מפציעיה, בעוד פואז ממהר לפנות מעליה, ואינו יוצר קשר עם איש או מזעיק עזרה. במקום זאת הוא עוזב במהירות, מסתלק מן הכפר וממהר לדודו יוסף. בית־המשפט העליון אף מדגיש את התנהגותו של פואז כדי לבסס את אשמתו, ומפנה לדבריו שלו עצמו בעדותו, שעל־פיהם הוא עזב את החדר בשעה שאחותו הייתה עדיין בחיים. יתרה מזו, כאשר הגיע לדודו, הוא לא ביקש ממנו כל עזרה רפואית לפאטמה, אלא ביקש ממנו שיסיע אותו לשֵׁיח׳ כניפס. נוסף על כך, אצל השֵׁיח׳ ״הוא דיבר על עצמו, לא הזכיר בכלל באיזה מצב הוא עזב את אחותו, ולא ביקש כל עזרה עבורה״.[121]

בעיית הראיות מכריעה לבסוף את הכף, והשופטים מסרבים כאמור לקבוע העדר קנטור:

> נכון הוא שההלכה קובעת, שדי לה לתביעה הכללית במידה קטנה של העדר קינטור למילוי חובת ההוכחה המוטלת עליה בשלב ראשון... האם במקרה שלפנינו, לאחר דחותו את גירסת ההתאבדות או הנסיון להתאבד מצד המנוחה, ולאחר קבעו מציאותם של החלטה והכנה – ניתן היה בידי בית־המשפט [המחוזי] לקבוע שהאלמנט של העדר קינטור לא הוכח? בית־המשפט קבע חיובית ש״לפי מסיבות המקרה, קיים ספק אם באותו בוקר... ברגע שהנאשם נכנס לחדר שבו היתה אחותו, כבר גמלה בלבו ההחלטה להרוג אותה״ וספק זה אין בידינו לעקרו.[122]

בסופו של יום בית־המשפט דוחה ערעורו של היועץ המשפטי לממשלה (כמו־גם את ערעורו המקביל של כיר): הן סעיף ההרשעה (כזכור, עברת הריגה, ולא עברת רצח) והן הענישה הקלה באופן יחסי (עשר שנות מאסר) נותרים על כנם. לא אובדן הזיכרון הפתאומי של הנאשם ולא

---

120 פרשת **כיר**, לעיל ה״ש 110, בעמ׳ 1229 (ההדגשה הוספה).
121 שם, בעמ׳ 1230.
122 שם, בעמ׳ 1232.

העובדה שפואז נמלט מזירת הפשע משכנעים את בית־המשפט לקבל את טענותיו של היועץ המשפטי לממשלה בנוגע לדרישות של מבחן הקנטור ולהרשיע את פואז במעשה רצח.

ערך הכבוד מצטייר כמכלול רב פנים במשפט הישראלי של אותה תקופה. הוא לובש פנים וצורות שונים, בין שמדובר במתח רגשי כלשהו בין בני־זוג (בדרך־כלל ממוצא מזרחי), במעטפת משפחתית או בין בני קהילה. אולם המכנה המשותף למתכונותיו השונות של ערך זה, ולאופנים שבהם הוא משתקף בראי המשפט והמעשים הפליליים (ברובם) שהוא מבקש להתחקות אחריהם, לשפוט ולהעניש בגינם במידת הצורך, הוא האופן שבו ערך זה מוביל את הדמויות הכרוכות בו לפעולות ומעשים שכמו יוצאים משליטתם. כאשר בית־המשפט הישראלי דן בתקופה זו בענייני כבוד, דומה כי הוא **מבין** שערך זה מוביל אנשים שונים בחברה הישראלית למצבים שבהם הם אינם מושלים ברוחם, ואף מעניק לגיטימיות לכך. משעה שכבודם נפגע, יסודות אחרים, קמאיים או כמעט־ארכיטיפיים, משתלטים על רצונם וגוזרים את מעשיהם, המתאפיינים לרוב בפרצי אלימות, שחלקם קטלניים וחמורים. מקרים אלו מערבים, ובאופן מובהק למדי, דמויות ממוצא מזרחי.

בעניין **מתאנה**[123] ישב ממלא־מקום הנשיא, השופט ש״ז חשין, בראש הרכב[124] שדן בערעור שהגישה המדינה על פסק־דינו של בית־המשפט המחוזי בתל־אביב,[125] שבו זוכו שלושה מאשמת ניסיון לרצח לפי סעיפים 222(א) ו־23 לפח״פ.

חלק חשוב מהדיון בערעור הפלילי שלפנינו עושה שימוש בשיח ״צבעוני״, הכולל גינונים וקישוטים ססגוניים, באופן שעשוי לקשור בינם לבין דימויים והמְחזָה הלקוחים מ״סיפורי אלף לילה ולילה״.[126] האם היו שופטי המותב נוקטים לשון ציורית וסיפורית מעין זו אילו דובר בקטטה, לצורך העניין, שלא הייתה ממוקמת בבית־קפה הפונה בעיקר ללקוחות ממוצא מזרחי בעיירת־פיתוח?

מבחינת השתלשלות ההליכים המשפטיים, הערכאה הקודמת, זו של בית־המשפט המחוזי, לא השתכנעה כלל כי הנאשם השלישי בפרשה היה מעורב בקטטה, וקבעה כי התביעה לא הצליחה להוכיח כל עברה בנוגע אליו. כמו־כן בחר בית־המשפט המחוזי לְזַפות את שני הנאשמים הנוספים מן העברה שתוארה בסעיפי האישום, מכיוון שלא הוכחו היסודות הדרושים להרשעה בה. אותה ערכאה מחוזית הרשיעה בכל־זאת את שני הנאשמים הללו, לאחר **שהחליפה מיוזמתה**[127] את סעיפי האישום לעברה של גרימת חבלה חמורה, אך הטילה עליהם רק עונש מאסר על־תנאי של שנתיים למשך שלוש שנים.

---

123 פרשת **מתאנה**, לעיל ה״ש 21.

124 כשלצידו השופטים משה זילברג ומשה לנדוי.

125 אזכור פסק־דינו של בית־המשפט המחוזי, תי״פ 354/54, מופיע בפתיח של פסק־הדין בפרשת **מתאנה**, לעיל ה״ש 21, בעמ׳ 142.

126 האם האוריינטליזם המסוים החבוי בכינויים שבהם זכו העליות הגדולות של הקהילות היהודיות מארצות המזרח התיכון – דוגמת ״מרבד הקסמים״ (עליית קהילות תימן, 1949–1950) או ״עלי באבא״ (אחד השמות שנשקלו לעליית קהילות עיראק בשנים 1950–1951, בטרם זכתה זו בשם ״מבצע עזרא ונחמיה״) (ראו שלמה הלל **רוח קדים – בשליחות מחתרתית לארצות ערב** (1985)) – מתגלגל לביטויים טקסטואליים ודיסקורסיביים גם במשפט?

127 השוו, למשל, לדרישה מקבילה מטעמו של היועץ המשפטי לממשלה בפרשת **כיר**, לעיל ה״ש 110, בעמ׳ 1228.

עתה, בערעור לבית־המשפט העליון, היועץ המשפטי לממשלה משיג מצידו הן על החלפת סעיפי האישום והן על קולת העונש. אולם השופט חשין כמו נשבה בחיזיון – או שמא **בדמיון ובדמיון**, כפי שסעיד טוען – של בית־קפה מזרחי ״טיפוסי״, שכמו נלקח מהמעשיות ב״סיפורי אלף לילה ולילה״. בפסק־דינו, בספרו את סיפור המעשה, הוא עושה שימוש בתיאור גרפי חי, נושם ומלא קסם כביכול של בית־קפה לוונטיני עמוס, תוסס וגדוש באנרגיות יצריות ומבעבעות, שבו די בהערה אחת או במחווה פיזית לא־נכונה להקים המולה ומהומה רבה, לעורר את הרגשות ולהקדיח את התבשיל הרגשני. כל לקוחותיו של בית־הקפה הזה הינם גברים, אך הדבר אינו מונע את תיאורו המשפטי של חשין ואת דימוייו הציוריים מלהתכתב, באופן בלתי־מודע מן הסתם, עם מרכיבים נשיים כביכול המאפיינים אף הם את המזרח בתיאוריה של סעיד.

כשם שסעיד טען כי ״הישות האחרת״ שהמערב מייצר מן המזרח נועדה בכלל לצורך (פוליטי) מסוים שלו, כך ניתן לראות בשיח של פסק־דין **מתאנה** שיח משפטי שמגדיר או מתאר (בין היתר על רקע הדיון במבחן הקנטור) את ה״אחר״ כניגוד – אקזוטי, נשי, רגשני וממהר להיפגע, ובעיקר לא־מערבי ולא־רציונלי – של האדם הסביר (המערבי) במשפט. מסר זה לא נותר במימד הציורי לבדו, אלא מתכתב אף עם ההפנמה של ״המסר המזרחני״, ובא לידי יישום עצמי (או מה שסעיד מכנה ״אוטו־אוריינטליזם״) של בני המזרח – ובמקרה זה, של בני עדות המזרח – במציאות חייהם ובמציאות המשפטית הנגלית בעניינם, בעיקר סביב המרכזיות שערך הכבוד זוכה בחייהם, במעשיהם ובגורמים למעשיהם. התדמית השמרנית, הפרימיטיבית והמפגרת שלהם מתבטאת בפרקטיקות שבהן הם מציגים את עצמם מול גורמי החברה, ויותר מכך – באופן שבו הם **מיוצגים** במשפט.

״בליל שבת אחד, בקיץ 1953״, פותח השופט חשין באופן ציורי, ״נכנסו שלושת הנאשמים לבית־הקפה של עזיז עבוד רפאל, והסבו, **כמנהג אנשי המזרח**, על שרפרפים ליד אחד השולחנות״.[128] תיאור אוריינטליסטי זה משרת את אופן ההצגה וההמחשה, במסגרת השיח המשפטי, של מעשה העברה הפלילית. בדרך זו, ובאמצעות שימוש במוטיבים ובכלים אוריינליסטיים, פסק־הדין מדגיש, בתיאור בָּרוֹקי ורב פרטים, את מקומו ומשקלו של מרכיב הכבוד, אשר בעוד רגע קט ייכנס למרכז התמונה. לפי המשך התיאור, החבורה המזרחית ממשיכה את הריטואל הכמעט־טקסי שלה: ״לאחר חילופי ברכות עם בעל בית־הקפה הזמינוהו הנאשמים להסב עמם״. הצגה זו מדמה את בית־הקפה כנטוע בתוך סצנה תבניתית מזרח־תיכונית שבה אנשי המזרח נוהגים לארח ולנהוג בצורה משפחתית. או־אז מתגלע שורש הוויכוח, אשר מהווה המשך ישיר, כך נראה, לתיאורה של סצנת האוריינט: חרף הפמיליאריות, החום והקִרבה, המארח מסרב ודוחה את ההזמנה, ״בהשיבו כי הוא יושב בחברתם של ידידים אחרים״. מהלך זה, מדגיש פסק־הדין, פגע בכבודם של בני הפמליה. אכן, בהמשך דבריו, ללא כל שהות, מציין חשין בתיאור העובדות כי ״נראה הדבר, שסירוב זה פגע בנאשמים, ואחד מהם בא בטרוניה עמו, ושאלהו אם אין הם טובים בעיניו״. כל זאת, יש לציין, נועד לבסס טיעון בדבר *mens rea*[129] – שסביבו, בין היתר, נסבה עלילת סיפור המקרה – לנוכח הדרישות

128 פרשת **מתאנה**, לעיל ה״ש 21, בעמ׳ 143 (ההדגשה הוספה).

129 מחשבה פלילית – היסוד הנפשי הנדרש לשם התקיימותה של העברה הפלילית.

המורכבות של מבחן הקנטור, כפי שתואר בקצרה לעיל. ״על כך השיב בעל בית־הקפה בפתגם ערבי, כי ׳הטוב טוב לעצמו, והרע רע לעצמו׳. דברים אלו שנאמרו... דרך לעג... **העלו את חמתם עוד יותר**״.[130] בין ההערה שפגעה בכבודם של בני החבורה (כדרכם של בני המזרח, אשר מתרגשים מכיבודים וממחוות ורגישים להם) לבין המחוות הפטריארכליות – לפחות כפי שבית־המשפט מתאר זאת – נקשר חוט עובדתי **ומשפטי** של סיבה ומסובב, וכהרף עין מתלקחת תקרית מחוץ לבית־הקפה: אקדח נשלף מנדנו, ופוצע אנושות את בעל בית־הקפה שפגע בכבודם של המעורבים.

לא רק בית־המשפט עוסק ביסוד הכבוד בפסיקתו. גם התביעה, כבר בשלב הערכאה הדיונית בבית־המשפט קמא, התמקדה במוטיב הכבוד ובשאלת הקנטור. גרסתה הייתה כי ״שלושת הנאשמים באו למקום במחשבה תחילה לתבוע את עלבונם מבעל בית־הקפה בגלל מעשה שהיה ולנקום בו בשל הטינה שהיתה בלבם עליו״.[131] האם ייתכן שיש קשר בין ההתלבטות בשאלת מבחן הקנטור לבין מוצאם האתני של הנאשמים? בין כך ובין כך, מקומו של עניין הכבוד מרכזי. נראה כי **כל** השחקנים המשפטיים – הן התביעה, הן בית־המשפט המחוזי והן בית־המשפט העליון – עוסקים בדיון מהותני ומפורט בנושא זה ועל רקע שאלת הקנטור: מתייחסים **אליו**, נשענים **עליו** ומכריעים **בעניינו**.

הדיון בין בית־המשפט קמא לבין בית־המשפט העליון משרטט, הלכה למעשה, את המחלוקת הפרשנית סביב המבחן הסובייקטיבי. דיון זה נסב סביב זהותם של המעורבים, שברור כי היא זהות מזרחית בעיני בית־המשפט (בוודאי בית־המשפט קמא), גם אם היא אינה מכוּונה כך במפורש. לטענת בית־המשפט המחוזי, יש קשר בין הפגיעה בכבוד לבין מה שאירע. השופט חשין חוזר על תיאורו של בית־המשפט קמא: ״אף אם נניח שסירובו של בעל בית־הקפה להסב עמהם גרם מורת רוח לנאשמים, ואף אם נכונה הגירסה שהם נפגעו מחיצי לעגו ויצאו אחריו בצוותא חדא, כדי לברר עמו את הדבר״.[132] חשין אף חוזר על ניתוחה המשפטי של הערכאה הדיונית באשר ליסודות הנדרשים לעברת הניסיון לרצח לפי סעיף 222(א) לפח״פ: (א) החלטה להרוג; (ב) התכוננות להרוג; (ג) עשיית מעשה במטרה ליישם את ההחלטה מבלי שקדמה למעשה כל הרגזה. לפי החלטתו של בית־המשפט קמא, הפגיעה־כביכול בכבודם של אנשי החבורה מהווה קנטור, ומשכך יש למלט אותם מהדין המחמיר. בית־המשפט העליון מזהה את הסכנה הרבה שהמבחן הסובייקטיבי יוצר, במיוחד במקרה מעין זה. ״עם כל הכבוד לשופט המלומד אין אנו יכולים לקבל לא את הנחתו ולא את מסקנתו. סירובו של אדם לקבל את הזמנת חברו לבוא ולהסב עמו לסעודה... אינו עשוי להוציא אדם סביר מן הכלים עד כדי כך שיתבלבלו עליו חושיו והוא יאמר לרצחו נפש״.[133] המבחן הסובייקטיבי של שאלת הקנטור, שבו השתמש בית־המשפט המחוזי, מסוכן דווקא על רקע השוני בין הקבוצות האתניות השונות המרכיבות את אוכלוסיית הארץ. מבחן סובייקטיבי זה מזמֵן בעניינם של מהגרים מן המזרח, לפי בית־המשפט המחוזי (ואולי אף לדעת המעורבים בפרשה האלימה), מסקנה בעייתית

130 פרשת **מתאנה**, לעיל ה״ש 21, בעמ׳ 143 (ההדגשה הוספה).
131 שם.
132 שם.
133 שם, בעמ׳ 144.

ומדרון חלקלק. זאת, מכיוון שהם עלולים להיראות כבעלי סף סבילות רגשי ואישי נמוך מזה של בני הארץ (לפחות של אלה שאינם ממוצא מזרחי, כך נראה), וכמי שאינם מסוגלים למשול במזגם ולנהוג באיפוק משעה שנפגע כבודם והופר. בית־המשפט העליון מצטט את דברי השופט עמנואל ידיד־הלוי מהערכאה הקודמת:

> בקשר ליסוד העדר ההרגזה יש לנתח את הדברים על־פי **המבחן הסובייקטיבי המקובל אצל אנשים מסוג הנאשמים** ולקבוע אם אמנם חילופי הדברים שקדמו ליריות מהווים קנטור... בהתחשב **באָפיים** של הנאשמים, **באורח חייהם ובמנהגיהם**, אני מוצא שלפחות מתעורר ספק מתקבל על הדעת באם התביעה הוכיחה את יסוד העדר ההרגזה שהנו **הציר המרכזי** בהוכחת העבירה המיוחסת לנאשמים.[134]

בתוך כך, ואף־על־פי שבית־המשפט העליון ער לסכנה הטמונה בהתייחסות זו ליסוד ההרגזה על רקע המציאות החברתית והאתנית בישראל, הבחנות מסוימות אינן נעלמות גם מן הטקסט שלו עצמו. כך, למשל, השופט חשין מציין כי ״העובדה שהמשיב מתאנה הוא **רגזן מטבעו ומתרתח בנקל** אין בה כדי להוריד את העבירה החמורה שבה הואשם לעבירה נחותת־דרגה״.[135]

הנה כי כן, גם בית־המשפט, כפי שטענה שוחט בנוגע לסוכני תרבות אחרים, משתתף בעצמו בהבניה, בתיאור או בשעתוק מסוים של דמויות בעלות גוון וזהות מזרחיים:

> דווקא כאשר נראה היה שתרבות האימפריה כבר שקעה, החלה הוליווד להחיות את הרומנטיקה האימפריאלית... בעולמו של אינדיאנה ג׳ונס מתומצתות תרבויות העולם השלישי לכדי קלישאות שנלקחו מהרפרטואר האוריינטליסטי: הודו כולה רוחניות חלומית; שנגחאי כולה גונגים וריקשות. נופי העולם השלישי הופכים לחומר ממנו נוצרות הרפתקאות חלומיות, דמויות המבוגרים כהי העור הן רעות... בעוד שהילדים כהי העור... תמימים ופרו־מערביים לחלוטין. העולם השלישי מוצג כדמוני ואינפנטילי גם יחד, בשעה שהמערב התרבותי מאוים על־ידי המזרח הפראי.[136]

דומה כי שיח מעין זה, העושה שימוש ביסוד הכבוד על רקע זהותם המזרחית של המעורבים (והמעורבות, קרי נשים, לרוב ממוצא מזרחי, אשר סובלות בדרך־כלל – אם לא דרך קבע – מתוצאותיה של אותה ״הטיה״ או ״הבנה״ אתנו־תרבותית באשר להופעתו של עקרון הכבוד בדיון המשפטי), מאפיין גם את הטקסט המשפטי בעניין **שלמה**.[137] בדיון זה בית־המשפט עוסק בהרשעתו של גבר יהודי ממוצא מזרחי[138] בעברת הריגה לפי סעיף 212 לפח״פ, לאחר

---

134 שם (ההדגשות הוספו).
135 שם (ההדגשה הוספה).
136 שוחט **זיכרונות אסורים**, לעיל ה״ש 46, בעמ׳ 16.
137 פרשת **שלמה**, לעיל ה״ש 21.
138 בית־המשפט אומנם אינו מתייחס במפורש למוצאו של הנאשם, אולם מסקנה זו נשענת הן על שמו הפרטי והן על שם משפחתו.

שספק־הרג־ספק־רצח את אשתו. הוא נידון בערכאת הדיון לעונש של ארבע־עשרה שנות מאסר בפועל, ומערער על חומרת העונש בלבד.

בית־המשפט המחוזי שלל את האפשרות שהיה כאן רצח מתוכנן, ושהיתד – שבאמצעותה הרג הבעל את האישה – הוכנה בעוד מועד במטרה שתשמש לקטילתה.[139] בית־המשפט העליון בוחר לא לבחון מחדש את השאלה אם מדובר ברצח או בהריגה, אלא מחליט לערוך דיון בשאלת מידת הענישה ההולמת, וזאת על רקע הרושם לפגיעה של האישה בכבודו של הבעל. ״בית־משפט זה אינו נוהג בדרך כלל להתערב בשיעור העונש הנפסק בבית־המשפט הדן בענין״, הוא מציין בפתח הדיון, אולם מוסיף כי ״לעולם אין להתעלם ממסיבותיו של כל מקרה ומקרה״.[140]

מול היתד שננעצה מעמיד ממלא־מקום הנשיא חשין הן את גילו של הנאשם (שהיה בן חמישים ושש) והן את הפגיעה בכבודו כגבר (מזרחי) נשוי. ״לא הרי עול־ימים כהרי בא בימים.״ חשין אף מתפלא כיצד גזר בית־המשפט קמא את הדין ״ללא כל נימוקים״.[141]

יתרה מזו, המרכיבים האוריינטליסטיים הנרמזים הולכים ומתחזקים בתיאורה הפתייני המזרחי של האישה, שכמעט הביאה על עצמה במו ידיה – אם נישען על פרשנות מסוימת של התרשמותו וניתוחו של השופט חשין – את מר גורלה, על רקע השתלשלות העניינים בעיני בית־המשפט: ״המניע יכול היה להיות בגידותיה התכופות של האשה בחיי האישות המשותפים וסטיותיה מדרך הישר״.[142] לנוכח הפגיעה בכבודו של בעלה, דומה כי האישה (שהייתה ככל הנראה ממוצא מזרחי)[143] ״הפכה את חייו בדרכיה הנלוזות לגהינום עלי אדמות״, ולכן השופט חשין ממליץ על המתקת העונש לעשר שנות מאסר בלבד. השופט צבי ברנזון מצטרף לדעתו של חשין, כך שפסק־דינו של השופט יואל זוסמן – היחיד המתנגד נחרצות להבחנה זו[144] – נותר בגדר דעת מיעוט.

פגיעה בכבוד נתפסת כיסוד מרכזי ברקע לפרוץ אלימות לוונטינית גם במקרה אחר, העוסק הפעם לאו דווקא באישה בוגדנית או פתיינית לכאורה הפוגעת בכבוד בעלה, כי אם בבן הנזעק להגן על כבוד אמו ומשפחתו באמצעות שימוש בסכין. בדומה לדיון (או שמא העדר הדיון לגופו של עניין) בערעורו של שלמה, גם השופט משה זילברג, בע״פ **לבנאוי**,[145] ממאן לעסוק בפרטי המקרה העובדתיים, ועוסק בפרשנות מוטה משלו על ״תרבות הסכינים״, שבעטייה הרשיע בית־המשפט המחוזי את לבנאוי בהריגה מתוך ריב ומדון ועל רקע פגיעה נוספת בכבודו ובכבוד המשפחה (ואמו בראש ובראשונה).

---

139 פרשת **שלמה**, לעיל ה״ש 21, בעמ׳ 1206.
140 שם, בעמ׳ 1207.
141 שם.
142 שם.
143 בית־המשפט העליון אומנם אינו מספק פרטים נוספים באשר לזהותה של אשתו של שלמה. אולם ניתן להניח ברמה גבוהה למדי של ודאות או סבירות כי אף היא הייתה ממוצא מזרחי, וזאת משום שנישואים בין־עדתיים היו נדירים יחסית באותה תקופה.
144 לנוכח ביצוע המעשה ״בברוטליות רבה״. פרשת **שלמה**, לעיל ה״ש 21, בעמ׳ 1208.
145 פרשת **לבנאוי**, לעיל ה״ש 21.

לכאורה, אין מקום להתערבות בהרשעתו של לבנאוי בהריגת קורבן המעשה. אולם הנסיבות **בכפר**[146] משפיעות על שיקול־דעתו של זילברג ביחס לערעור על מידת העונש, ובעיקר על הכרעתו. התחבטותו של זילברג בשאלה ניכרת, והוא מציין במפורש כי ״ובזה אנו מגיעים לחלק הקשה ביותר... והוא הערעור כלפי העונש״.[147]

בית־המשפט קמא דן את לבנאוי לארבע שנות מאסר בגין ההרשעה לפי סעיף 212 לפח״פ. בית־המשפט העליון מציין כי מן האירוע ועד להרשעה חלפו שנתיים וחצי, וכי מיום ההרשעה חלפו ארבעה־עשר חודשים נוספים. משכך, דומה כי פרק־הזמן שחלף כמו מטשטש את שאירע. יתרה מזו, יש גם נסיבות נוספות, מיוחדות, הקשורות ומבעבעות סביב יסוד הכבוד, המהדק את אחיזתו במשפט הישראלי המוקדם על פרקיו השונים, ובית־המשפט אף מזכיר כי ״המעשה גופו״, כלומר ההמתה בסכין, ״בוצע תוך תנאים מיוחדים במינם״:[148]

> הסיבה לכל הקטטה... היתה מריבה גדולה ועמוקה בין שני פלגי משפחה אחת, הללו רוצים שאחותו של המנוח תינשא לאדם מסויים לאחר שהתארסה לו, והללו מבקשים בכל מיני אמצעים לבטל את השידוך... האמת ניתנה להיאָמר, כי אנו מרגישים את עצמנו תוך דילמה קשה מאד. מצד אחד ערים אנו לכך... כי יש לעקור מן השורש את **תרבות הסכינים**. מאידך גיסא, עדים אנו גם לזה שהמערער... התעללו לנגד עיניו באמו בצורה... **מעליבה** ביותר.[149]

כך מודגשת הפגיעה בכבודו של לבנאוי, כערבי מזרחי, ככזו שהובילה אותו לביצוע המעשה.

אומנם יש גם נסיבות מקילות,[150] אך דומה שזהותו האתנית של לבנאוי הצעיר ומקומו של עקרון הכבוד בהקשר זה משפיעים אף הם על החלטתו של בית־המשפט, שאם לא כן קשה למצוא הסבר לקבלת ערעורו על גזר־הדין, גם אם תוך ״היסוסים כבדים״,[151] שכן בסופו של יום בית־המשפט מחליט לשמוט את **כל** פרק המאסר בפועל מהעונש שנגזר על מי שדקר אדם אחר בסכין והרגו.

עד כה ראינו כי בכוחם של טיב העלבון ומסיבות המקרה, במיוחד על רקע פגיעה בכבודם של אנשים ממוצא מזרחי, לשנות את עיקרם ותוצאתם המהותית של הליכים משפטיים. בהקשר זה משקלה של בקשת הסליחה נעשה רלוונטי לשיקולי הענישה הן על רקע מרכיב הכבוד (באופן מפורש) והן על רקע מוצאם האתני־העדתי של המעורבים (באופן סמוי). יחסו של בית־המשפט העליון לסוגיה והתמודדותו עימה בעשור הנבחן אינם אחידים. בפסק־הדין בעניין **מדהלה** בית־המשפט שולל התחשבות במרכיב הסליחה בעת גזירת העונש:

---

146 והפעם באקה אל־גרבייה.

147 פרשת **לבנאוי**, לעיל ה״ש 21, בעמ׳ 1403.

148 שם.

149 שם (ההדגשות הוספו).

150 למשל, העובדה שגילו של הנאשם בעת המקרה היה פחות מחמש־עשרה, בצירוף העובדה שכבר חלפו מאז ארבע שנים, כך שאפשר ש״מוסד לעבריינים צעירים״ כבר אינו מהווה חלופה רלוונטית.

151 פרשת **לבנאוי**, לעיל ה״ש 21, בעמ׳ 1403.

> במסיבות אלו אין מקום להצדיק את העונש הקל ביותר שהטיל עליו השופט המלומד. ייתכן שהשופט עשה כן בהתחשב בעובדה כי המתלוננת הצהירה, בפרק זמן מסויים לאחר הגשת תלונתה למשטרה, כי סלחה למשיב על מעשהו האמור, אולם דעתנו היא כי אין לראות בעובדה זו צידוק להקלה בדינו של המשיב, שכן לציבור ענין בהטלת ענשים, לגבי סוג זה של מעשים,[152] אשר ישמשו אזהרה לאחרים וירתיעו אותם מלבצעם. מן הראוי להזכיר כי העבירה הנדונה היא מהסוג של פשע הגורר עונש מכסימלי של חמש שנות מאסר.[153]

מאידך גיסא, ניכר מקומם של פסקי־דין שבהם בית־המשפט משלב את חשיבותה של הסליחה במערך שיקוליו. בעניין **אל־יתים** נבחנת השאלה אם סליחתה של המתלוננת לאחיה, שהורשע בגרימת חבלה חמורה בעקבות מה שנחזה כפגיעה בכבודו, יכולה להוות נסיבה להקלה בעונש.[154]

במקרה זה, למשל, המדינה מערערת על קולת העונש שנגזר על הנאשם, אשר הורשע בבית־המשפט המחוזי בתל־אביב בגרימת חבלה חמורה לפי סעיף 238 לפח״פ,[155] לאחר שתקף בברוטליות קשה את אחותו וגרם לה חבלה חמורה משום שפגעה במה שהוא מכנה להגנתו ״כבוד המשפחה״, אך אף־על־פי־כן לא הוטל עליו העונש המרבי. ״לפי חומר הראָיות, בעיקר העדות הרפואית״, מציין הנשיא יצחק אולשן, ״בוצעה החבלה באופן האכזרי ביותר״.[156] אל־יתים ״רגז על המתלוננת, שהיא אחותו, על שמסרה למשטרה ידיעות בקשר עם החזקת חשיש על־ידי בעלה. עקב זה הוא התנפל על אחותו, בעט ברגליו בראשה״, מה שגרם לה לפגיעה ברקמת המוח, ״ולא זו בלבד שהמתלוננת נשארה שבר־כלי, אלא שלפי דעת המומחה הרפואי אפשריים גם סיבוכים נוספים בעתיד״.[157] אולם, לאחר תיאור החבלה הקשה ובירור העובדות, החליטה הערכאה הקודמת להביא בחשבון את העובדה שהמתלוננת הודיעה באולם בית־המשפט כי סלחה לאחיה. בגזר־הדין הדגיש השופט המחוזי כי גזר את דינו של הנאשם ״בשים לב לעברו של הנאשם ולאָפיה של החבלה, ואחרי שאני מתחשב עם כך שאחותו סלחה לו״,[158] והעמיד את העונש על שנת מאסר אחת, החופפת את תקופת שהייתו במעצר.

עתה, בשלב הערעור לבית־המשפט העליון, מתגייס היועץ המשפטי לממשלה בנחרצות כדי להביא לידי החמרת העונש, ״בהצביעו על האכזריות בה בוצעה החבלה, ובהצביעו על העובדה כי למשיב 16 הרשעות קודמות, שמהן 10 כרוכות במישרין או בעקיפין בענייני אלימות״.[159] הפער בין חומרת המעשה לבין גזר־הדין המקל בולט במיוחד לנוכח העובדה שהעונש המרבי שהיה קבוע בחוק עמד על שבע שנות מאסר.

---

152 עשיית מעשה מגונה בכוח.
153 ע״פ 314/58 **היועץ המשפטי לממשלה נ׳ מדהלה**, פ״ד יג 327, 328 (1959).
154 פרשת **אל־יתים**, לעיל ה״ש 24.
155 אזכור פסק־דינו של בית־המשפט המחוזי, תי״פ 422/58, מופיע שם, בעמ׳ 925.
156 שם.
157 שם.
158 שם, בעמ׳ 926.
159 שם.

בית־המשפט שלערעור אומנם מחמיר את הענישה, אך מוסיף לנקוט ״מינימליזם״, שמעורר אי־אלו סימני־שאלה. מצד אחד, הוא מתבטא בנחרצות נגד הנטייה להקל בעונשם של נאשמים שפעלו באלימות:

> בהזדמנויות קודמות הצביע בית־המשפט הזה על הצורך לעקור מן השורש עשיית דין לעצמו על־ידי מעשה אלימות, והצביע על כך שיש ובתי־המשפט, מתוך כניעה לרגש הרחמים, מסיחים את דעתם מחובתם כלפי הציבור... בא־כוח היועץ המשפטי בטענותיו עמד נמרצות על הדעה שכאן הוא המקרה שלא צריך היה להתחשב בשום נסיבות, והיה צורך בהטלת העונש המכסימלי.[160]

אולם גם בית־המשפט העליון אינו מוכן להחמיר עם המתאכזרים, ומאותן סיבות שהנחו את בית־המשפט קמא: ״איננו מסכימים לעמדה קיצונית זו [=ההחמרה המקסימלית שביקש היועץ המשפטי לממשלה], והשופט המלומד ודאי שהיה רשאי להתחשב עם **הרקע המשפחתי** ועם העובדה שהמתלוננת **סלחה** למשיב״.[161] גם כאשר מוזכרת האפשרות – הסבירה בהחלט לנוכח הנסיבות – שמה שהוצג לפני בית־המשפט לא היה סליחה כנה כלל, כי אם סליחה ש״באה עקב פחדה של המתלוננת מאחיה״,[162] והגם שהעונש מוחמר במעט לעומת גזר־הדין שיצא מתחת ידיו של בית־המשפט המחוזי, התוצאה המשפטית וההתבטאויות בפסק־דינו של בית־המשפט העליון רחוקות מלשקף החמרה של ממש.

ניתן להצביע על מהלך דומה אף בפסק־דין פלילי אחר, בעניין **מנצור**,[163] שבו ניתנת לגיטימציה משפטית־חברתית מסוימת – או לפחות התייחסות ״מבינה״ – לתקיפת צעירה בסכין ולפציעתה משום שסירבה להצעתו של גבר צעיר להינשא לו ובכך פגעה בכבודו. בית־המשפט העליון דן במקרה זה בערעור על גזר־דינו של בית־המשפט המחוזי בחיפה,[164] שבו נידון מנצור לשישה חודשי מאסר בפועל בעברה לפי סעיף 241(א) לפח״פ. לפי תפיסתו של בית־המשפט, התקיפה היא תוצאה של ״**התרגזות אימפולסיבית**״,[165] ונעשתה לא בתכנון, אלא מתוך שלטון הרגשות, ומשום שמנצור חש ״רגשי אהבה כלפיה״.[166] באמצעות סמנטיקה ומכבסת־מילים האלימות הקשה מוחלפת באוסף של מיטונומיות מרוגשות יותר, חמות יותר ורציונליות פחות. התקיפה הברוטלית מוצנעת מאחורי שאיפות רומנטיות לכאורה, דוגמת ״שאיפתו... לשאת אותה לאשה״, ומניעים אלימים ומסוכנים מוחלפים – אולי מתוך פרספקטיבה אוריינטליסטית – באכזבה או במפח־נפש מובנים כמעט, בהינתן ש״הצעירה השיבה כנראה את פניו ריקם״.[167]

---

160 שם.
161 שם (ההדגשות הוספו).
162 הגם שבית־המשפט מציין באותה נשימה כי ״על כך [שהמתלוננת פחדה] לא הובאה לפני השופט המלומד כל הוכחה״. שם.
163 פרשת **מנצור**, לעיל ה״ש 24.
164 אזכור פסק־דינו של בית־המשפט המחוזי, תי״פ 34/59, מופיע שם, בעמ׳ 399.
165 שם, בעמ׳ 400 (ההדגשה הוספה).
166 שם, בעמ׳ 399.
167 שם.

כיצד יש להכריע, אם כן? גם בית־המשפט העליון מתלבט בסוגיה, ומחרה־מחזיק אחרי בית־המשפט קמא. אביא את הדברים בשם אומרם, באשר הם מדברים בעד עצמם:

> בבית־המשפט המחוזי נחלקו הדעות. הנשיא־התורן המלומד היה בדעה שיש במקרה מיוחד זה – בהתחשב עם כל הנסיבות... וגם עם העובדה שהצעירה עצמה הופיעה בבית־המשפט **והודיעה שהיא מחלה לו ושהשלום הוקם** גם בין שתי המשפחות אליהם [כך במקור] משתייכים המערער והצעירה – להסתפק במתן עונש מאסר־על־תנאי; אולם שני חבריו גם הם לא התעלמו מכל הנסיבות הנ״ל, אבל היו בדעה שלפחות תקופה קצרה של מאסר ממש יש להטיל על המערער.
>
> מבינים אנו היטב להתלבטויות שבין השופטים בבית־המשפט המחוזי כי התלבטויות היו גם לנו בשבתנו כאן לערעור, שהרי מצד אחד אין להתעלם מ**חומרת העבירה ומהשפעת ענשים קלים על אותם החוגים אשר לפי אָפיים אינם נרתעים מלקחת את החוק בידיהם**. אולם מהצד השני סבורים אנו כי כאן היה **מקרה אומלל**... תוצאה של **התרגזות אימפולסיבית**, אשר אמנם איננה יכולה להיראות כהצדקה למעשה.[168]

הנה כי כן, חרף הנימוק המפורש השולל לכאורה מתן ״הקלה״ לנאשם ממוצא מזרחי, הכרעתו הסופית של בית־המשפט מבטאת גישה הפוכה, שמקבלת אפשרות להקלה בעונש בשל מאפיינים (אוריינטליסטיים) כגון התרגזות אימפולסיבית ומחילה.

נוסף על כך, אולשן וחברי המותב[169] מציינים, בדרכם לעבר מסקנתם, גם את ״אָפיו הטוב״ של מנצור, שאפשר ללמוד עליו גם מתעודת אישור שהתקבלה מהנהלת בית־הספר התיכון שבו למד. בית־המשפט העליון אף מוכן לשקול ברצינות את הקשר בין רצונו של מנצור להיות סטודנט לרפואה לבין הפגיעה הלא־חמורה בדיעבד שנגרמה לאישה הצעירה, חרף התקיפה והדקירה בסכין. כך, הוא תוהה לעיני כל אם ״מגמתו להירשם כתלמיד באוניברסיטה כדי ללמוד רפואה״ היא נתון־רקע מקרי בלבד או שמא יש בה כדי להסביר את העובדה שהצעירה התאוששה מפציעה במהירות. ״אף סימנים מהדקירות לא נשארו״, מדגיש הנשיא אולשן בפליאה, ומציין כמו בהתרשמות את העובדה המנחמת שהצעירה, ״למזלו״ של המחזר העיקש מנצור, ״על־אף החומרה שבמעשה של שימוש בסכין... הבריאה לחלוטין״. ספק זה הוא חותמת ההכשר האחרונה בדרך לקבלת הערעור ואף לביטולו(!) של גזר־הדין. במקומו נפסק למנצור עונש של שנה וחצי מאסר על־תנאי.[170]

---

168 שם, בעמ׳ 400 (ההדגשות הוספו).

169 השופטים לנדוי וברנזון.

170 ניתן לנסות ללמוד מעט יותר על שיקולי הענישה באמצעות מבט משווה (וזהיר) על פסק־הדין בע״פ 306/59 **היועץ המשפטי לממשלה נ׳ ערוסי**, פ״ד יד 477 (1960), שניתן על־ידי מותב זהה כמעט לזה שישב בדין בעניין **מנצור** (עם הנשיא אולשן ועימו השופט ברנזון, כשלצידם משמש הפעם השופט זילברג). בדיון המקורי הורשע עבריין מועד בפריצה ובגנבה, ולאחר ערעור של המדינה על קולת העונש (חמש שנות מאסר, מתוכן שנת מאסר אחת בפועל וארבע על־תנאי)

שיקולים דומים, ומפורשים למדי, באשר למשקלה של בקשת הסליחה נמצאים בעניין **כליל־זבידאת**.[171] גם כאן הנשיא אולשן[172] מוכן לשקול לדון לא לחומרה קבוצת עבריינים בני מיעוטים שהורשעו בבית־המשפט קמא בגרימת חבלה חמורה. כל אחד מהם נידון לשישה חודשי מאסר על־תנאי ונדרש לשלם קנס בסך 200 לירות.

המדינה מערערת על קולת העונש ביחס לחומרת העברה שנעברה, אולם אולשן מעדיף למשוך את ידיו מהנושא, וזאת בעקבות העובדה החשובה, כך נראה, מבחינה משפטית והרתעתית, ש״המשיבים **השלימו עם המתלונן**״.[173] הודות לכך המשפט הפלילי – על עקרונותיו, כלליו ותכליותיו – יכול לסגת לאחור, וזאת בשל ההתחשבות בנסיבות המיוחדות. ״אנו סבורים כי אין למצוא דופי בסברתו של השופט המלומד״, מציין אולשן את הסיבות לאי־התערבותו בגזר־הדין, ״כי **במקרה הנדון** יהיה [כך במקור] **למאסר־על־תנאי** השפעה מרתיעה, ומבחינה זו יהיה הרבה יותר יעיל ממאסר ממש. לכן איננו מוצאים עילה להתערבות, ואנו דוחים את הערעור של היועץ המשפטי״.[174]

לסיכום חלק זה, מניתוח הפסיקה הדנה בנושא בקשת הסליחה מסתמן כי המרכיב האוריינטליסטי הוא המכנה המשותף של המקרים שבהם בקשת הסליחה נכללת בפסק־דינו של בית־המשפט. במקרים שבהם השופטים אכן מוכנים לשקול את רכיב הסליחה מעורבים, באופן מובהק, נאשמים ממוצא מזרחי. במבט מדויק יותר ניתן אף לראות כיצד יש הטיה ברורה למדי כאשר מי שמבקש את הסליחה הוא בן מיעוטים לא־יהודי (ערבי־מוסלמי או בדווי), במיוחד אם גם בני משפחתו (הגרעינית או הרחבה יותר) שותפים לבקשת הסליחה.

כאמור, עקרון הכבוד נגלה במשפט גם כאשר הוא מתעורר על רקע סוגיית הקנטור ומגיח מתוכה. או־אז הפגיעה בכבוד נעשית באופן מובהק על רקע ובתוך ההקשר של המשפט הפלילי, והיא נדונה באופן מפורש על־ידי בית־המשפט באמצעות מבחן הקנטור. כפי שפסקי־דין שונים מלמדים, דומה כי כאשר הדמות שעומדת מאחורי מבחן הקנטור הינה דמות מזרחית, כלומר ממוצא ערבי או יהודי־מזרחי, בית־המשפט נוטה לעֵרב שיקולים נוספים, ולהתייחס למרכיבים של רתחת־דם או אובדן־עשתונות אמוציונלי שאירעו על רקע פגיעה בכבודו של הנפגע (שנהפך לתוקף).

יש כמובן גם מקרים מובהקים פחות, אך משקלם עולה כאשר מצרפים אותם לשורת פסקי־הדין שטענה זו מתבססת עליהם. בעניין **אל־כאזן**,[175] למשל, דנים השופטים אגרנט, לנדוי וברנזון במקרים שבהם יוכל בית־המשפט להכיר במצב עובדתי שקדם לעברה כמצב של קנטור, וכל זאת על רקע פגיעה בכבוד. אל־כאזן הורשע בבית־המשפט קמא ברצח במחשבה

התקבלה טענת התביעה ועונשו הוחמר לשבע שנות מאסר. באותו הקשר, ולו׳ ענייני בלבד, בפסק־דין ע״פ 259/59 **חמיד נ׳ היועץ המשפטי לממשלה**, פ״ד יד 562 (1960), שניתן סמוך למקרים שלעיל, נדחה ערעורו של חמיד, שהורשע בהתפרצות ובגנבה, והוא נשלח לבית־הסוהר לשלוש שנים.

171 ע״פ 181/58 **היועץ המשפטי לממשלה נ׳ כליל־זבידאת**, פ״ד יג 533 (1959).

172 לצד השופטים זילברג וגויטיין.

173 שם, בעמ׳ 533 (ההדגשה הוספה).

174 שם, בעמ׳ 534 (ההדגשות הוספו).

175 ע״פ 93/59 **אל־כאזן נ׳ היועץ המשפטי לממשלה**, פ״ד יג 1998 (1959).

תחילה, ונידון למאסר־עולם. הנרצח היה מעבידו של אל־כאזן בבית־מלון בעספיא. בין השניים שררה מתיחות עקב אי־שביעות־רצונו של המנהל מתפקודו של אל־כאזן, וזו התלקחה לכלל סכסוך כאשר האחרון ביקש להתפטר אך המנהל סירב לשלם לו את שכרו. לחדר שבו התנהל הוויכוח הסוער נכנסה הממונה הישירה על אל־כאזן והשמיעה טענות בנוגע לאופן ביצוע המשימות המוטלות עליו, אולם אל־כאזן הכחיש את הטענות. ״הכחשה זו העלתה את חמת המנוח, שהיה אדם נוח לכעוס״, מתאר בית־המשפט את המהומה הלוונטינית שפרצה בבית־המלון, ״והוא צעק למערער: ׳כלב בן כלב׳. לשמע הדברים הללו הגיב המערער עצמו בדברי קללה כלפי המנוח״.[176]

המהומה המתוארת לא הסתיימה בחילופי מילים בלבד, אלא הגיעה למחווה פיזית מזרח־תיכונית המזוהה בנקל על־ידי בית־המשפט: ״ואזי השליך זה האחרון [=המנהל] נעל מול המערער, שלא פגעה בו״.[177] בית־המשפט העליון נצמד ברגישות ובהבנה לקודים התרבותיים של בני הכפר, ומזהה, באופן סובייקטיבי, את המחווה הפיזית האחרונה כאקט פוגעני, שיכול להצדיק – בנסיבות מסוימות – את הגנתו של הקנטור במשפט הפלילי: ״**הכל** מודים כי המעשה הזה מהווה צורה של **עלבון גס**״,[178] מציין בית־המשפט, וברקע נותרת ללא מענה השאלה אם גם בית־המשפט עצמו נכלל במסגרת אותם ״הכל״. מכל מקום, וכיאה לדרכם של בני הלוונט, העלבון הגס והפגיעה באותו מוסד כבוד, שכוחו חזק מכוחם של מוסדות חברתיים, מוסריים ונורמטיביים אחרים בקהילה, אינם מאפשרים מעבר לסדר־היום, כי אם מחייבים את חזרתו לחדר של אל־כאזן כשהוא מזוין בסכין. באמצעותה הוא דוקר את המנהל המעליב שלוש דקירות – שתיים בבטנו והשלישית בכתפו הימנית. זו, על כל פנים, השתלשלות העניינים כפי שבית־המשפט בוחר לתארה.

בית־המשפט דן, באופן ממוקד למדי, באפשרות להכיר בתרחיש הקנטור לאור הנסיבות שצוירו לעיל תרחיש שיש בכוחו להצדיק את הפחתת חומרת העברה מרצח להריגה. גם כאשר הם דוחים את האפשרות האמורה בנסיבות הקונקרטיות של המקרה שלפניהם, שופטי המותב כמו מדגישים את הכרתם בקרבתו של המקרה למודל ההתקנטרות, ואולי אף כמעט ״מתנצלים״ על אי־הפעלתו בנסיבות הנוכחיות: ״יהא זה ברור כי בהביענו מסקנה זו [שהתנהגות המנהל אינה עולה כדי קנטור המצדיק את הפחתת חומרת העברה של אל־כאזן מרצח להריגה] **לא התכוונו לרמוז** כי לא יתואר מקרה... שבו לא יהיה בהתנהגות מעליבה, המתבטאת במלים... כדי להוות קינטור בעיני החוק״. לסיכום הנקודה מוסיף עוד בית־המשפט כי ״ענין זה תלוי בטיב העלבון ובמסיבות המקרה ולא ניתן לקבוע בסוגיה זו כלל נוקשה״.[179]

שימוש במתודולוגיות השוואתיות בניתוח המשפט אין משמעותו מדע מדויק. אי־אפשר, כמובן, ליצור השוואה מדויקת בין מקרה משפטי א לבין סיפור המתגלגל לכלל הכרעה שיפוטית ופסק־דין מסוג ב. עם זאת, אם ננסה לבודד את המרכיבים המרכזיים של קנטור

176 שם, בעמ׳ 1999.
177 שם.
178 שם (ההדגשות הוספו).
179 שם, בעמ׳ 2000.

ופגיעה בכבוד ולזהות סיפורים משפטיים בעלי מכנה משותף מסוים, נוכל להצביע על הבדלים מסוימים המתגלים לכאורה בשיח המשפטי ובמסקנותיו.

גם מבלי לערוך השוואה מקיפה לאורכה של כלל הפסיקה הישראלית בשנים הנבחנות, ניכר – ולא בפעמים אחדות בלבד – כי לעומת המקרים מהסוג שתוארו כאן, במקרים שבהם הדמות העומדת מאחורי סוגיית הקנטור והפגיעה בכבוד **אינה** דמות מזרחית (כלומר, אינה ערבית או יהודית־מזרחית), בית־המשפט נוטה פחות לערֵב שיקולים נוספים. זאת ועוד, במקרים מעין אלה בית־המשפט אף אינו ממהר כלל להתייחס למרכיבים של רתחת־דם או של אובדן־עשתונות אמוציונלי. ראו, למשל, ועל רקע השוואה (זהירה) זו, את הדיון בפסק־הדין בעניין **מהרינג**,[180] שבו נדון ערעורו של בעל שהחליט להרוג את מאהבה של אשתו. בערעורו תוקף מהרינג את הרשעתו בעברת רצח על־פי סעיף 214(ב) לפח״פ[181] – הרשעה שבגינה הוא נידון למאסר־עולם.

בדומה למקרים אחרים שעירבו או התיכו יחדיו שאלות של יצרים, כבוד וקנטור, גם כאן בית־המשפט העליון דן במרכיבים דומים למדי של ״דם קר״ ו״העדר קנטור״. אולם **בניגוד** למקרים אחרים – שבהם מעורבים עולים חדשים מן המזרח, ערבים ובני מיעוטים מקרב האוכלוסייה הילידית המזרחית של הארץ – הפעם בית־המשפט מסרב לשנות את סעיפי האישום וההרשעה.

מהרינג גילה כי אשתו מנהלת רומן עם הגבר שמתגורר עימם בדירתם שבשכונת אחוזה, על הר הכרמל. ״לשמע דברים אלה, ציווה עליה המערער להפסיק את קשריה עם מאהבה ולזאת הסכימה״.[182] האישה דיברה על ליבו של המאהב, ושכנעה אותו כי עליו לעשות כמצוות בעלה ולעזוב את הדירה לאלתר. גם הבעל הנבגד נכנס לחדר, התערב בשיחה ודרש ממנו לעזוב מייד את הדירה, ״לבלי שוב אליה עוד״. המאהב עזב את הדירה, אך נותר בקרבתה של האישה, שכן מתברר שהוא לן אצל אחיה.

למהרינג, הבעל שכבודו נפגע, נודע כי המאהב העקשן טרם עזב את העיר, ו״נולד בלבו החשד, שמא הסכימו אשתו ורזי [=המאהב] על המשכת יחסיהם הקודמים, ותיכננו שבעתיד ייפגשו״. משעלה והתעורר אצלו חשד זה, יצא מדירתם המשותפת ונטל עימו מקל עץ, שהיה חלק מצעצוע של בנו הקטן, ושם פעמיו אל דירת הגיס. ״לאחר נסיעה באוטובוס ובמונית, הלך המערער את שארית הדרך ברגל ובהגיעו למקום שבקרבת הבית, בו גר גיסו, ניגש למכונית טנדר, שחנתה שם, חיפש בה ומצא מוט ברזל... שהיה מונח מתחת למושב הנהג. הוא לקח לידו את המכשיר הזה והשליך לרחוב את המקל״.[183] מצויד במוט, נכנס מהרינג למרפסת, הרים את מוט הברזל ״בלי אומר ודברים״, והנחית על ראשו של המאהב שתי מהלומות, אשר גרמו למותו בו־במקום.

גם כאן עולות טענות הגנה מוכרות בדבר העדר כוונה מוקדמת, מתוכננת ורציונלית. מהרינג אומנם אינו ממוצא מזרחי, אך המצלול ובעיקר הביטויים המופיעים בשיח המשפטי הפלילי

---

180 ע״פ 292/58 **מהרינג נ׳ היועץ המשפטי לממשלה**, פ״ד טו 632 (1961).

181 אזכור פסק־דינו של בית־המשפט המחוזי, ת״פ 230/58, מופיע שם, בעמ׳ 633.

182 שם, בעמ׳ 634.

183 שם.

בעניינו מהדהדים בדמיון תרחישים בעלי מאפיינים דומים של רגשות, כבוד ועלבונות שהפסיקה הישראלית עוסקת בהם לא מעט – כפי שתואר כאן – בהקשר של נידונים ממוצא מזרחי.[184] אולם כאן, בניגוד למקרים האחרים, בית־המשפט **מסרב** לדון בטענת הקנטור,[185] וממאן להפעיל או לאשר מחדש את השיח הזה – כפי שהוא עושה שוב ושוב במקרים המערבים נידונים ממוצא מזרחי. כל זאת אף שמהרינג עצמו משתמש בעדותו **בתבניות** המהדהדות רמזים אוריינטליסטיים:

> כאשר נכנסתי למרפסת רזי... ישב והיה שקוע במחשבות... מיד כאשר ראיתיו **נהיה לי חם ותקף אותי רגש של פחד וענן עשן חם עלה מצווארי**. תקף אותי **רגש של אימה**... זה לקח שניה ו**לא היה לי זמן לנתח את הרגש**. אינני יודע כמה זמן זה נמשך. באותו הרגע ש**תפס אותי הרגש הזה של חום ואימה** הנחתתי לו את המהלומה. אחר־כך שמעתי מרחוק איזה קול המתקרב אלי כמו שמעירים אדם משינה.[186]

אולם הפעם בית־המשפט מסרב לאשש או לאשר את השיח הכמו־אוריינטליסטי הרגשני שמהרינג משתמש בו. האם מהרינג ״זכה״ בטיפול מעין זה בשל מוצאו? המרכיבים התסכיתיים דומים מאוד למתרחש בפסקי־דין אחרים,[187] אך כאן, להבדיל מאותם פסקי־דין אחרים, בית־המשפט קובע כי ״הנאשם פעל **בדעה צלולה ובקור רוח** וכי היה באפשרותו **לחשוב ולהבין** את תוצאות מעשהו״,[188] ומסרב לראות בנסיבות אלו התנהגות מקנטרת סמוכה מצד קורבנו של מהרינג.

ד. סיכום

מניתוח הפסיקה בעשור הראשון של מדינת־ישראל עולה, אם כן, שדווקא תהליכי ההתגבשות וההתחדשות החברתית הלאומית ויציקתה של הריבונות הישראלית שאפיינו את העשור המכונן הזה יצרו תמונה דו־ערכית, המשתקפת בצורה מיוחדת במשפט הישראלי בן התקופה כאשר הוא עוסק בסוגיית הכבוד על רקע שאלות או דמויות מזרחיות. תמונה זו אף מאירה בחזרה, באור מסקרן ומאתגר, את השימוש בתיאוריות סעידיאניות ובפיתוחיהן: את ״הצדקת״ השימוש בהן לצד אי־התאמתן בחלק מהתרחישים המצטיירים. בהקשר זה אפשר שדווקא ניתוח מעין זה שאני מציע מרמז, בעת ובעונה אחת, גם על ״היקסמותם״ של חוקרים מתיאוריות רחבות־היקף ואוניוורסליות אך גם על זהירות ודיוק שיש לגייס במחקר הנאמן לעובדות. דו־ערכיות זו

---

184 דוגמת ״עורפלה מחשבתו״ (שם, בעמ׳ 635), ״פעל... ללא שליטה עצמית״ (שם, בעמ׳ 638) או ״איבד את השליטה על עצמו״ (שם, בעמ׳ 635).

185 שם, בעמ׳ 637.

186 שם, בעמ׳ 638 (ההדגשות הוספו).

187 ראו, למשל, ע״פ 3071/92 **אזואלוס נ׳ מדינת ישראל**, פ״ד נ(2) 573 (1996).

188 פרשת **מהרינג**, לעיל ה״ש 180, בעמ׳ 639 (ההדגשות הוספו).

מתארת, באופן מסוים, את הפער שבין הלכה למעשה במבחן המציאות ההיסטורית והמשפטית.

מטבעות־הלשון שנקשרו לאוריינט, המוזרוּת שלו, פראותו, שונותו, חושניותו האקזוטית ואי־כפיפותו לחוקים, למוסר, לדיאלקטיקה היסטורית ולַרציונליזם שמיסד המערב – הם כולם הצהרתיים, ויוצרים רושם של חזרה ושל כוח, של סימון ושל מסומן, כאשר הם ״זוכים״ בגושפנקה ובשיפוט של בית־המשפט הישראלי הרשמי. כפי שסעיד מגדיר אותם, כאשר הם נאמרים וכאשר הם מרכיבים את השיח ויוצרים אותו, הם תמיד סימטריים למקבילה אירופית־מערבית לבנה, ועם זאת נחותים ממנה בתכלית. אף באשר להתכעסות ולהתקנטרות **המזרחיות**, הללו חוזרות, מופיעות ונשנות במקרים לא־מעטים במשפט הישראלי המוקדם בשעה שהן פורצות ומגיחות על רקע ענייני כבוד ופגיעה בעיקרון חברתי־תרבותי זה. שמותיהם של המעורבים בכל אחת מהפרשיות (רובן אלימות, וחלקן אף קטלניות) משתנים, והדמויות שמוצגות בשורת פסקי־הדין מתחלפות ואינן חוזרות: פעם זהו פואז מזיד כיר, ואילו בפעם אחרת מדובר במתאנה בן משה אהרן. אולם דומה כי לפחות חלק מהאמירות ומהדימויים שבים ונאמרים באופן דומה למדי, מזהה למדי, מסמן למדי:

> גם אין צורך כמדומה לומר שמוחמד היה מתחזה, ואף לא לשקול ולוּ לרגע שאולי לא צריך לחזור על האמירה הזאת. היא **שבה ונאמרת**, ״הוא מתחזה״, **וכל אימת שמישהו אומר זאת**, מוחמד נעשה **יותר מתחזה**, ואומר האמירה קונה לו עוד קצת סמכות בעצם אמירתה. וכך, הביוגרפיה המפורסמת של מוחמד מאת האמפרי פרידו במאה ה־17, כותרת־המשנה שלה היא ״טבעו האמיתי של מתחזה״. לבסוף, כמובן, קטגוריות כמו מתחזה (או אוריינטלי, בעצם), משתמע מהן, ואף מתחייב מהן, ניגוד שאינו מבקש להיות משהו אחר בדרכי מרמה וגם אינו זקוק בלי הרף לזיהוי מפורש.[189]

כפי שהדגימו פסקי־הדין שהוצגו, יסוד הכבוד הקדים להדק את אחיזתו במשפט הישראלי, על פרקיו השונים, עוד בשלביו המוקדמים, ולא היה ״זקוק״ (לפחות לא באופן מכונן) לעידן החדש שאותו בישר כביכול (לפחות בהקשר זה) חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו. ייתכן כמובן שחוק־היסוד, שהיווה מעין ״מפץ גדול״ בתולדות המשפט הישראלי, הוביל ל״אתחול״ או לשלב חדש (ואולי אף מורכב יותר) באופן שבו עקרון הכבוד תופס ממדים – ותפקידים – במאבקי התרבות הניטשים בתפיסות השונות המתרוצצות ומתחרות בקרבה של החברה הישראלית. לכל אלה יידרש, מן הסתם, דיון המשכי מפותח.

דיון המשכי נוסף באשר לשאלות הנדונות במחקר זה יוכל אף לעסוק, בין היתר, בהיבט המגדרי הבולט בנקודות המפגש האלימות שבין עקרון הכבוד, מזרחיוּת והמשפט הישראלי

---

189 סעיד, לעיל ה״ש 12, בעמ׳ 69 (ההדגשות הוספו). זה גם המקום לציין מאפיין ייחודי, ובעל עוצמה לשיטתי, בכל הנוגע בעצם הופעתו של אוריינטליזם או הופעתן של גישות אוריינטליסטיות במשפט. לעומת השיח הספרותי והאומנותי, השיח המשפטי פועל בחלל אחר. הוא כפוף למוסדות כוח אחרים, לפרוצדורות ולסדרי דין שמצמצמים את מרווח ״הביטוי הספרותי״ וההבעתי של הטקסט. לכן, כאשר ניתן לזהות אוריינטליזם (ולוּ לכאורה, לצורך העניין) בתוך הפרסומים והקבצים הרשמיים ו״החופשיים״ פחות, כוחו יפה שבעתיים.

המוקדם. שישה מבין שמונת פסקי־הדין המנותחים במאמר עוסקים במעשי אלימות שאירעו על רקע יסוד הכבוד ואשר יש בהם היבט מגדרי.[190] פסיקה מעין זו מרחיבה את המבט אל מעבר לממשק שבין מזרחיות לבין כבוד, ולמעשה עוסקת במשולש שבין מזרחיות, כבוד ומגדר. פרט ליחס המקל המשתקף לעיתים (או לעיתים קרובות מדי) מצידו של המשפט הישראלי של אותה תקופה כלפי אי־שליטה ביצרים והתכעסות של נאשמים ממוצא מזרחי, נשאלת השאלה אם התייחסות מקילה מעין זו אינה מלמדת למעשה על סלחנות ביחס לאלימות כלפי נשים בכלל, ואולי אף כלפי נשים ממוצא מזרחי או ערבי בפרט.[191]

אפשר גם שלאגד פסקי־הדין שממחיש ומדגים את הימצאותו הלא־מקרית והלא־ספורדית של עקרון הכבוד כיסוד בעל משקל, נוכחות והשפעה היה תפקיד חברתי, כלפי פְּנים, לנוכח האתגרים החברתיים ונקודות המגע והחיכוך שבין התרבויות השונות שנקבצו להן יחדיו בתרבות הישראלית החדשה ובעולם המשפט שלה. במובן זה, הן האוריינטליזם האנטי־מורמוני באמריקה, כפי שתואר על־ידי טלבוט, הן האוריינטליזם שביקש להדיר את המהגרים הסינים מהזכויות הפוליטיות והמשפטיות באמריקה של המאה התשע־עשרה והבהלה לזהב, כפי שהציע רוסקולה, ואולי גם האוריינטליזם המשפטי הישראלי ביחס לשאלת הכבוד יכולים להיעשות להגיוניים או לקוהרנטיים אם נקרא ונבין אותם בהקשר של כינון ה**אחר** במסגרת הפקעת הסבוכה של יחסי מערב–מזרח: "Orientalism served not only to define and codify the Orient, but also to refine and delineate an essential identity of the West".[192]

האוריינטליזציה של ״הבעיה המורמונית״ נועדה, לטענת טלבוט, לסמן ולהדגיש את הסכנה מבית שנשקפה ממנה לחברה ולאומה האמריקאיות, ולעמוד על חוסר ההתאמה הבסיסי הפעור בין המורמוניזם לבין החוויה האמריקאית. ייתכן שהציור הנבדל וההמשגה השונה לעיתים של ערבים ושל יהודים מזרחים – בעיקר לעניין עקרון הכבוד – נועדו ללמד כי הם מאיימים על דפוסי ההתנהגות והמודלים הראויים של החברה הישראלית בראשית דרכה. כפי שמקבץ הפסיקה שנותח במאמר זה מלמד, נושא הכבוד הוא שזימן לדיון מרכיבים או מאפיינים אוריינטליסטיים לכאורה, דוגמת כעסנות, סוּלחה כפרית מסורתית, אובדן־עשתונות ורגשנות. במהלך דיונים מעין אלה, מושג הכבוד הוא שחיבר בין ״תרבות ערבית״ או ״ערביוּת״ לבין בני המזרח התיכון, יהודים וערבים כאחד. ״ערביוּת״ זו שימשה יסוד שהן יהודים מזרחים והן ערבים נשאו באותה מידה בעת ההיא מבחינתה ובעיניה של ההגמוניה השלטת בבתי־המשפט, בהקשר של זהות, קודים של התנהגות ומאפייני תרבות.

---

190 פרשת **כיר**, לעיל ה״ש 110; פרשת **שלמה**, לעיל ה״ש 21; פרשת **לבנאוי**, לעיל ה״ש 21; פרשת **אל־יתים**, לעיל ה״ש 24; פרשת **מנצור**, לעיל ה״ש 24; ופרשת **מהרינג**, לעיל ה״ש 180.

191 דיון זה קשור בעבותות לדיון בתחולתה של טענת הקנטור על רקע מגדר ותרבות, שהינו חלק מהשיח הכללי על־אודות המשקל של תרבות ומוצא בעת הכרעה באשר להגנות ולענישה במשפט הפלילי. ראו, בין היתר, ליאורה בילסקי ״נשים מוכות: מהגנה עצמית להגנת העצמיות״ **פלילים** ו 5 (1997); שרון דותן ״על מקומה של ׳ההגנה התרבותית׳ במשפט הפלילי בישראל״ **הסניגור** 86, 5 (2004); חוה דיין ״׳אם לא תהיי שלי – לא תהיי׳: רצח נשים ותיקון מוצע לסעיף 301 לחוק העונשין״ **חוקים** ו 205 (2014); גיא בן דוד ״רקע תרבותי כשיקול בענישה״ **מחקרי משפט** כו 835 (2010).

192 Talbot, לעיל ה״ש 106, בעמ׳ 370.

בין כך ובין כך, המאפיינים, המניעים והרציונלים (או שמא העדרם) בהקשר של מוטיב הכבוד בשפתו של המשפט מתבססים על מכנה משותף שניתן לזהותו באמצעות סקירה וניתוח השוואתיים מהסוג שמאמר זה פורש. בחלק ניכר מהמקרים מאפיינים אלו מתוארים באמצעות שיח בעל תבניות וסממנים אוריינטליסטיים או לפחות אוריינטליסטיים־לכאורה. מקרים אלו מספקים חיזוק לגישות סוציולוגיות ביקורתיות כלפי ביטויים מסוימים מצידם של נציגי המדינה ומוסדותיה בעשורים הראשונים. המשמעות וההשלכות של השימוש של השיח המשפטי בתכונות ובדפוסים שנדמים כאוריינטליסטיים באשר לעקרון הכבוד חורגות אל מעבר לרטוריקה. כאשר בית־המשפט קובע את מה שהוא חושב עליו באמצעות מילה או דימוי, אלה נחשבים לאחר־מכן כדבר שקיבל ממשות, או ביתר פשטות – כממשות עצמה: ״גישה חלופית, פרודוקטיבית יותר ובעלת יכולת הסבר מוצלחת יותר, תציע לחקור את האופן שרעיונות, אמונות, סוגי ידע ופרקטיקות אשר מייצרות הבדלים אתניים וביולוגיים מתורגמים אל השיח... לשימושים שונים. לצורך ניתוח כזה, ההיסטוריון נדרש **להקשיב** למושאי מחקרו, אם הם מזרחים או אשכנזים״.[193]

אלה לא רק ״חלקים נוחים לטיפול״[194] שנוצרים בעבור המשתמש והמעיין באוצר־המילים ובחלוקתן של הסיטואציות למשבצות אוריינטליסטיות, מחד גיסא; וזו גם אינה פרנויה,[195] מאידך גיסא. ובתוך כך, זהו אכן ידע מסוג שונה. זהו ידע ששונה, למשל, מיֶדע היסטורי או מחקרי רגיל; וזהו ידע ששונה גם מאופן הצטברותן של הידיעות הפופולריות ״של״ הציבור, ולוּ רק משום שהפעם – להבדיל מהדימויים הספרותיים, האומנותיים והתרבותיים שסעיד כה מתמקד בהם בתזה מעוררת המחלוקת (והבלתי־ניתנת להתעלמות) שלו – מדובר באמירות ובקביעות של טריבונלים משפטיים, אורגנים רשמיים של המדינה הישראלית החדשה.

---

193 אריה קרמפף ״אהבת האשכנזי: על שיח קולוניאליסטי מהופך״ **עיונים בתקומת ישראל** 14, 565, 572 (2004).

194 סעיד, לעיל ה״ש 12, בעמ׳ 69–70.

195 שם.