

הייהפך הצידוק לפטור של חסד? הגנת בית המגורים ("חוק דרומי" ופסק-הדין בפרשת דרומי) כמקרה-מבחן לרציונל המצדיק הגנה עצמית ולהלכה הישראלית

בועז סנג'ר*

המקרה של שי דרומי מספק לנו הזדמנות לבחון מחדש את הרציונל להצדקתה של ההגנה העצמית, את הגדרתה ותנאיה הקבועים בחוק, ואת יחסה של הפסיקה אליה. אילו אומצה בפסיקה תפיסה נכונה של הרציונל להצדקתה של ההגנה העצמית, המבוסס על האוטונומיה של הנתקף, על אשמתו של התוקף ועל הסדר החברתי-המשפטי, אזי היה אפשר להסתפק בהגדרה שנקבעה לסייג ההגנה העצמית, בסעיף 34 לחוק העונשין, במסגרת התיקון המקיף (מס' 39) לחוק זה. אולם לנוכח פסיקה לא-אוהדת כלפי ההגנה העצמית, נראה שלא היה די בדרישה כללית של סבירות בהגדרת הסייג בחוק, ונוצר צורך במבחן גמיש יותר של פרופורציה, אשר ישקף טוב יותר את רציונל ההגנה העצמית (שלילת כוח-מגן בלתי-סביר בעליל). זהו הרקע הרחב לחקיקת סעיף 134 לחוק העונשין – "הגנת בית מגורים, בית עסק ומשק חקלאי מגודר" – המכונה לעיתים "חוק דרומי". מבחן גמיש זה של פרופורציה עשוי להתאים לא רק להגנת בית המגורים, אלא גם להגנה העצמית בכללותה, אך הכרחי להבהיר כי גם במסגרתו אין להצדיק כוח קטלני להגנת רכוש גרידא, באשר הוא בלתי-סביר בעליל.

מבוא. א. הרציונל המצדיק הגנה עצמית. ב. דרישת הפרופורציה ותנאים נוספים להתגבשותו של סייג ההגנה העצמית. ג. ההגנה העצמית בפסיקה הישראלית – הייהפך הצידוק לפטור של חסד? ד. ההגנה על בית המגורים. ה. החוק החדש. ו. פסק-הדין בפרשת דרומי: 1. כללי; 2. עובדות המקרה; 3. צידוק של הגנה עצמית – פסק-הדין של

* פרופסור, ראש החטיבה למשפט פלילי ולקרימינולוגיה, המרכז האקדמי למשפט ולעסקים (רמת-גן). תודתי נתונה לד"ר רינת קיטאי-סנג'רו ולחברי מערכת כתב-העת משפט וממשל על הערותיהם לטיוטת המאמר.

השופטת ברקאי (עמדת הרוב); 4. פטור של הגנה עצמית מדומה – חוות-הדעת של השופט פלפל; 5. הרשעה בעברת ההריגה ובעברה של חבלה בכוונה מחמירה – חוות-הדעת של השופט ואגו. ז. אחרית-דבר. ח. נספח – הצעה לניסוח סייג ההגנה העצמית בחוק העונשין.

מבוא

עם צאתם מארץ-ישראל, לפני יותר משישים שנה, הותירו לנו הבריטים ירושה רעה ושמה "פקודת החוק הפלילי, 1936".¹ זהו חוק מיושן ובעייתי, שכבר עם חקיקתו לא שיקף את המשפט הפלילי המודרני. אף-על-פי-כן שרד חוק זה במתכונתו המקורית כמעט – למעט תרגום רשמי ומחייב לעברית במסגרת חוק העונשין, התשל"ז-1977² – עד לשנת 1994, שבה הוחלף חלקו הכללי של החוק בחלק כללי חדש ומודרני.³ עם החלק הספציפי של החוק, שבו כמה מאות עבירות המנוסחות באופן גרוע, אנו חיים עד היום.

הניסוח האנגלי הישן להגנה העצמית, אשר כרך אותה יחד עם סייג אחר – "צורך", הוא אחת הסיבות ההיסטוריות לתפיסתה המוטעית בפסיקה הישראלית, כביכול מדובר בפטור (excuse), ולא בצידוק (justification); בחסד שהשופטים רשאים לעשות עם חלק מהנאשמים, ולא בזכותה של הנתקפת להגן על עצמה. כפי שניווכח בהמשך, התפיסה הנכונה של ההגנה העצמית היא שמדובר בצידוק (justification) המבוסס על האוטונומיה של הנתקף, על אשמתו של התוקף ועל הסדר החברתי-המשפטי.

בשנת 1992 החליף המחוקק את סעיף החוק האנגלי הישן בהסדר חדש, שהבחין כראוי בין סייג ההגנה העצמית לבין סייג הצורך.⁴ כעבור שנתיים הוחלפו הוראות אלה בהוראות שנקבעו בחלקו הכללי החדש של החוק. ההסדרים שניתנו להגנה העצמית בדברי החקיקה הנ"ל משנות התשעים היו אומנם מודרניים ונטו לאפיון נכון של ההגנה העצמית כצידוק, אך עקב נטייתם החזקה של השופטים להתבסס על תקדימים של בית-המשפט העליון – גם כאשר אחריהם נחקק חוק חדש – המשיכה להתקיים בפסיקה אותה גישה מוטעית כלפי ההגנה העצמית, שאינה מכירה בה כצידוק, אלא רואה בה מעשה רע אשר במקרים נדירים מבצעו עשוי לזכות בפטור של חסד מיד השופטים.

אחת מדרישות-היסוד של ההגנה העצמית, המוכרת בכל חברה תרבותית, היא פרופורציה (מתאם) בין הסכנה הצפויה למתגונן אם יימנע מלהפעיל כוח-מגן מסוים נגד התוקף לבין הסכנה הצפויה לתוקף אם יופעל כוח-המגן. זוהי דרישה הכרחית וחשובה

1 פקודת החוק הפלילי, 1936, ע"ר תוס' 1, 263.

2 חוק העונשין, התשל"ז-1977.

3 חוק העונשין (תיקון מס' 39) (חלק מקדמי וחלק כללי), התשנ"ד-1994, ס"ח 348.

4 חוק העונשין (תיקון מס' 37), התשנ"ב-1992, ס"ח 142.

מאוד, אך היא אינה מוחלטת. לא נדרש שוויון בין הסכנות. לנוכח הרציונל המצדיק את ההגנה העצמית, המבוסס על אשמתו של התוקף, על האוטונומיה של הנתקף ועל הסדר החברתי-המשפטי, מוצדק, למשל, שנתקפת המצויה בסכנת אונס תפעיל כוח קטלני נגד התוקף.

כפי שיודגם להלן, הפסיקה הישראלית נטתה לקשיחות-יתר כלפי המתגוננים כאשר בחנה את תנאי ההגנה העצמית, ובמיוחד את דרישות הנחיצות והפרופורציה. על רקע זה חששו רבים, וביניהם גם חברי-כנסת שהצדיקו את מעשהו של שי דרומי, כי בית-המשפט לא יקבל את טענת ההגנה העצמית שלו. דרומי הוא בעל חווה מבודדת בדרום הארץ, אשר סבל ממעשי ביזה חוזרים ונשנים שביצעו פורצים בחוותו ובחנות שכנות. באחד הלילות התייצב לבדו מול ארבעה פורצים, ירה למוות באחד מהם ופצע שני.⁵ תוך כדי משפטו נחקק תיקון מס' 98 לחוק העונשין, אשר הוסיף, לצד סייג ההגנה העצמית, סייג חדש – גמיש יותר – של "הגנת בית מגורים, בית עסק ומשק חקלאי מגודר".⁶ ההבדל המרכזי בין סעיפי החוק הוא שבעוד דרישת הפרופורציה בסעיף המוקדם מנוסחת באופן המאפשר פרשנות קשוחה, שכן נדרש שהמעשה היה "סביר בנסיבות הענין לשם מניעת הפגיעה",⁷ לפי הסעיף החדש תישלל ההגנה רק אם "המעשה היה לא סביר בעליל, בנסיבות הענין, לשם הדיפת המתפרץ או הנכנס".⁸ כבר במבוא יובהר כי הגם שלהערכת מבחן גמיש לפרופורציה – השולל רק כוח-מגן שהוא בלתי-סביר בעליל – מתיישב היטב עם רציונל ההגנה העצמית, הכרחי להוסיף למבחן הגמיש את ההבהרה החשובה שלפיה כוח-מגן קטלני להגנת רכוש בלבד הוא בלתי-סביר בעליל.⁹

פסק-הדין בפרשת דרומי ניתן על בסיס החוק החדש. הן החוק החדש והן פסק-הדין מעניקים לנו הזדמנות לזרות מעט אור הן על הרציונל המצדיק את ההגנה העצמית והן על הפסיקה הישראלית.¹⁰

-
- 5 ת"פ (מחוזי ב"ש) 1010/07 מדינת ישראל נ' דרומי, פס' 1 לפסק-דינה של השופטת ברקאי (טרם פורסם, 15.7.2009) (להלן: פרשת דרומי).
- 6 חוק העונשין (תיקון מס' 98), התשס"ח-2008, ס"ח 608.
- 7 לציטוט ס' 34 ו-34 לחוק העונשין ראו להלן ה"ש 25 והטקסט המפנה אליה.
- 8 לציטוט ס' 134 לחוק העונשין ראו להלן תחילת פרק ה.
- 9 אמירה זו היא כללית, ואינה מתאימה בהכרח לעובדות המקרה של שי דרומי, אשר יידון בהמשך.
- 10 Boaz Sangero, *Self-Defence in Criminal Law* (Hart Publishing, Oxford 2006); Boaz Sangero, *A New Defense for Self-Defense*, 9 BUFFALO CRIM. L. REV. 475 (2000); Boaz Sangero, *In Defence of Self-Defence in Criminal Law and on Killing in Self-Defence – A Reply to Fiona Leverick*, 44 CRIM. L. BULL. 3 (2008); Boaz Sangero, *Heller's Self-Defense*, 13 NEW CRIM. L. REV. 449 (2010).

א. הרציונל המצדיק הגנה עצמית

ההגנה העצמית,¹¹ לצד ה"צורך" וה"כורח", היא אחד משלושת הסייגים לאחריות פלילית המכונים "אילווצים". הסיטואציה המשותפת להם היא סכנה מיידית לאינטרס לגיטימי, המאלצת את העושה לפגוע באינטרס אחר כדי להציל את הראשון. ההגנה העצמית היא הפעלת כוח-מגן נחוץ וסביר נגד תוקף המבצע תקיפה בלתי-חוקית, במטרה להדוף את התקיפה ולהציל אינטרס לגיטימי מסכנת פגיעה הנשקפת מן התקיפה. המאפיין הייחודי של ההגנה העצמית הוא שפגיעת העושה היא במקור הסכנה, שהוא אדם המבצע תקיפה בלתי-חוקית. ב"צורך", לעומת זאת, אין מדובר בדרך-כלל במקור סכנה אנושי, אלא הסכנה נובעת מנסיבות שאליהן נקלע העושה, ופגיעת העושה אינה מוגבלת לאינטרס של תוקף.¹² כאשר מדובר ב"כורח" מקור הסכנה הוא שוב אנושי – המאיים – אך פגיעת העושה אינה במאיים (שאו הייתה זו הגנה עצמית), אלא באינטרס הלגיטימי של צד שלישי.¹³

אחת ההבחנות המרכזיות במשפט הפלילי המודרני היא בין צידוקים (justifications) לבין פטורים (excuses).¹⁴ בשני המקרים מדובר בסייגים לאחריות פלילית: מעשה שבמצב

11 במאמר מוסגר יצוין כי המונח המדויק יותר הוא "הגנה פרטית", שכן הוא מכיל, מלבד הגנה עצמית, גם הגנה על אדם אחר, הגנה על רכוש, הגנה על רכוש של אחר והגנה על בית המגורים – מושגים שהמשותף להם הוא הגנה על-ידי הפרט, להבדיל מההגנה הממוסדת שמספקת המדינה. ראו סנג'ור, לעיל ה"ש 10, בעמ' 19–20, 279–320.

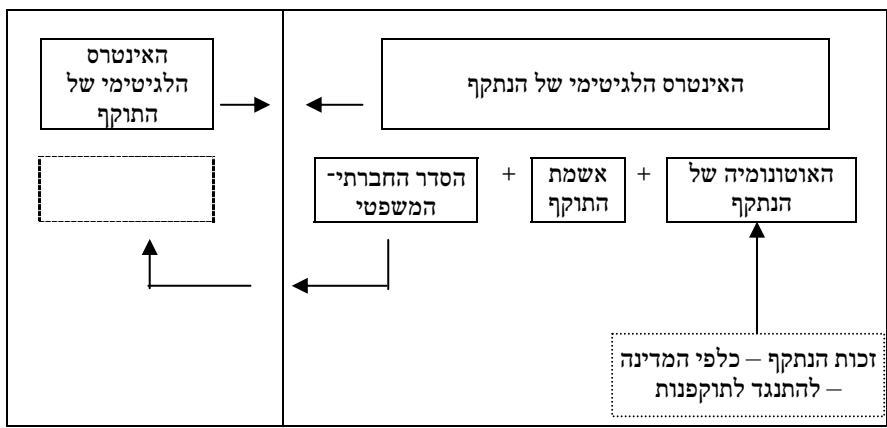
12 כך, למשל, בדוגמה המפורסמת של עמנואל קנט: שני ניצולים מאונייה טובעת מבקשים להיאחזו בקורת עץ קטנה, המספיקה להצפתו ולהצלתו של אחד מהם בלבד – מצב שבו כל אחד מהם, על-מנת להציל את עצמו, חייב לאלץ את האחר להרפות מאחיזתו בקרש ההצלה. סנג'ור, לעיל ה"ש 10, בעמ' 19–21.

13 ראו בהרחבה שם, בעמ' 29–38. ההבחנה בין צידוק לבין פטור אינה קבועה אומנם במפורש בחוק העונשין, אך היא מקובלת מאוד בעולם בתחום המשפט הפלילי – הן בספרות המשפטית והן בפסיקה, ולעיתים גם בחקיקה. גם במקומותינו השתמש לאחרונה בית-המשפט העליון בהבחנה חשובה זו – בע"פ 1109/09 שיבלי נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 4.1.2010) (להלן: פרשת שיבלי) – כדי להגיע לתוצאה של פסיקת פיצויים לפי ס' 80 לחוק העונשין לאדם שפעל באופן מוצדק במסגרת ההגנה העצמית כדי להדוף תקיפה של שלושה גברים רעולי-פנים שתקפוהו באלות, ובכל-זאת מצא את עצמו במעצר ממושך של שלושה שבועות ונאלץ להתגונן במשפט פלילי מפני אישום בעברות של הריגה וחבלה בכוונה מחמירה – ראו את דבריו של השופט אדמונד לוי בפרשת שיבלי לעיל, שאליהם הצטרפו גם השופטים האחרים. בפסק-דין מוקדם יותר השתמש השופט רובינשטיין בהבחנה בין צידוק של הגנה עצמית לבין פטור של הגנה עצמית מדומה כבסיס לזיכוי של המערער, אשר טעה בהערכת הסכנה והפעיל כוח קטלני נגד תוקף מדומה – ע"פ 6392/07 מדינת ישראל נ' יחזקאל, פס' כו לפסק-דינו של השופט רובינשטיין (פורסם בנבו, 30.4.2008) ("השאלה המונחת לפתחנו היא, האם חוסה התנהגותו של המשיב תחת כנפי 'ההגנה הפרטית המדומה' – קרי, השילוב בין סייג הטעות (שבסעיף 34) ובין סייג ההגנה העצמית (שבסעיף 34). תשובה חיובית לשאלה, אין משמעה כי צדק המשיב בכך שירה במנוח; משמעותה היא כי בנסיבות אין זה ראוי להטיל עליו אחריות פלילית בגין התנהגותו").

הייהפך הצידוק לפטור של חסד? הגנת בית המגורים
 ("חוק דרומי" ופסק-הדין בפרשת דרומי) כמקרה-מבחן
 לרציונל המצדיק הגנה עצמית ולהלכה הישראלית

רגיל היה נחשב לעברה אינו מוביל לאחריות פלילית. כאשר מדובר בפטור, המעשה נחשב לבלתי-חוקי, והפטור מבוסס על הבנה של החולשה האנושית של העושה ו/או של המצב הקשה שאליו נקלע, ולא על הצדקה מוסרית של המעשה. במצב כזה אין אשמה מספקת לשם הטלת אחריות פלילית.¹⁵ מאחורי הצידוק, לעומת זאת, עומדת הכרעה ערכית-מוסרית שלפיה בנסיבות המיוחדות שבהן נעברה העברה כהגדרתה בחוק המעשה אינו רע, אלא טוב וראוי – הן מוסרית הן משפטית. במצב כזה לא מתקיימת "אי-חוקיות" ולא הופך הסדר החברתי-המשפטי. כך, למשל, אנו פוטרים מאחריות את הבלתי-שפוי, משום שאנו מבינים את מצבו וסולחים לו ומשום שאין טעם להטיל עליו אחריות פלילית, אך איננו מצדיקים את מעשהו, המהווה עברה פלילית, והיינו מעדיפים מאוד שהוא לא יבצע אותו. לעומת זאת, כאשר שוטר ממלא את תפקידו ועוצר עברייני בהתאם לעילה הקבועה בחוק, אנו לא רק פוטרים אותו מאחריות פלילית לעברה של כליאת-שווא, אלא אף מצדיקים את מעשהו. מקובל מאוד לסווג את ההגנה העצמית כצידוק, ולא כפטור – הן בשיטות המשפט השונות, הן בכתבים של מלומדי המשפט והן בכתבי הפילוסופים.¹⁶ מהו הרציונל של הצדקה זו? מדוע החברה – באמצעות המשפט – מצדיקה (ובכך מעודדת) מעשים מסוימים חרף העובדה שהם מפרים איסורים פליליים הקבועים בחוק? תמצית ההסבר היא שמלבד האינטרסים הלגיטימיים של התוקף ושל הנתקף לא להיפגע פיזית, יש להביא בחשבון גם שלושה אינטרסים מופשטים חשובים מאוד, אשר פועלים לצידו של המתגונן ומצדיקים את מעשהו, והם האוטונומיה של הנתקף, אשמתו של התוקף והסדר החברתי-המשפטי.¹⁷

להלן תיאור סכמטי של הרציונל להצדקה ההגנה העצמית:



15 אין הכוונה לאשמה במובן הצר של היסוד הנפשי הנדרש בהגדרת העברה, כגון מודעות, אלא לאשמה במובן רחב יותר.
 16 ראו סנג'רו, לעיל ה"ש 10, בעמ' 63 וההפניות המופיעות שם.
 17 ראו בהרחבה שם, בעמ' 29–133; ובקצרה שם, בעמ' 120–133.

באשר לגורם האוטונומיה שברציונל להצדקת ההגנה העצמית, מדובר בזכותו של קורבן התקיפה להגן על האינטרסים האישיים הלגיטימיים שלו מפני התקפה, כלומר, בזכותו למנוע פלישה וחדירה לספֵרה של האוטונומיה שלו, המהווה את מרחב המחיה של האדם. מרחב זה כולל את חייו, את שלמות גופו, את חירותו ואת רכושו (בסדר הזה), ואולי גם אינטרסים אישיים נוספים, כגון כבודו. הבסיס המוסרי והמשפטי לכך הוא שזכות טבעית או מוסכמת של האדם לאוטונומיה היא המינימום הנדרש לקיום חיים בעלי משמעות ערכית. גורם האוטונומיה אינו פועל בכל המקרים בעוצמה שווה להצדקת ההגנה העצמית, אלא עוצמתו עומדת ביחס ישר למשקל האינטרס הלגיטימי המצוי בסכנה. לצד גורם האוטונומיה ניתן להוסיף גם את זכותו של הפרט – כלפי המדינה – להתנגד לתוקפנות. זכות זו שוללת את הטענה שלפיה עם היווצרות המדינה נשללה או נחלשה מאוד זכותו של הפרט להגן בעצמו על האוטונומיה שלו.¹⁸

אשמת התוקף מתייחסת, כמובן, לתקיפה המסוימת, ולא לכל פעולותיו של התוקף מאז ומעולם. היא מהווה בסיס מוסרי לפיחות בהגנת החוק על האינטרסים שלו – פיחות המאפשר הפעלת כוח־מגן מוצדק כלפיו. אך הפיחות מלמד לא רק על ה"אין", אלא גם על ה"יש". גם לתוקף נותרות זכויות – בעיקר לחיים ולשלמות הגוף – ויש להביא בחשבון גם אותן, דבר אשר בא לידי ביטוי בדרישות הבסיסיות של נחיצות כוח־המגן ושל הפרופורציה. להגנת הסדר החברתי־המשפטי, הכרוכה בפעולת ההגנה העצמית, יש תפקיד מרכזי בהצדקתה. ההגנה העצמית מונעת, בין היתר, ביצוע עברה על־ידי התוקף, ומהווה גורם מרתיע כלפי תוקפים פוטנציאליים, אשר ידעו כי ייתכן שתקיפתם תסוכל גם אם המשטרה אינה במקום האירוע, אם על־ידי הנתקף עצמו ואם על־ידי אדם אחר הנחלץ להגנתו. ההגנה העצמית אף שומרת על התקפות (האמפירית) של הנורמה ה"מותקפת" על־ידי התוקף ושל כלל הנורמות הפליליות. בכך היא משרתת את החברה, בספקה הגנה יעילה מאוד על הסדר החברתי־המשפטי. גורם הסדר החברתי־המשפטי הוא גם המסביר את ההצדקה המקובלת לא רק של התגוננות, אלא גם של הגנה על אדם אחר – אפילו זר.¹⁹ המעניין הוא שאף־על־פי שברוב המקרים הסדר החברתי־המשפטי הוא גורם הפועל להצדקת ההגנה העצמית, הוא עשוי גם לקבוע לה גבולות. כך, כאשר תגובת הנתקף חורגת באופן משמעותי מדרישת הפרופורציה, והוא מסב לתוקף פגיעה העולה לאין שיעור על הפגיעה הצפויה לו מתקיפת התוקף, תגובת הנתקף דווקא פוגעת בסדר החברתי־המשפטי, ובוודאי אינה מגוננת עליו. איש לא יחלוק על כך שהדיפה בכוח קטלני של תוקף הדוחף את הנתקף בתור לאוטובוס אינה שומרת על הסדר החברתי־המשפטי, אלא פוגעת בו פגיעה קשה. במקרים כאלה הסדר

18 ראו בהרחבה אצל קדיש, אשר הציע את הזכות הזו (the right – against the state – to resist aggression) כרציונל להצדקת ההגנה העצמית: Sanford H. Kadish, *Respect for Life and*

Regard for Rights in the Criminal Law, 64 CALIF. L. REV. 871 (1976)

19 ראו סנג'ור, לעיל ה"ש 10, בעמ' 281–293 (הפרק "ההגנה על אדם אחר").

החברתי-המשפטי הוא גורם הפועל נגד תגובתו המופרזת בעליל של הנתקף (דבר אשר בא לידי ביטוי במלבן עם הקו המרוסק שבאגף השמאלי של התיאור הסכמטי שלעיל). חשוב להדגיש את הכרחיותם של כל שלושת הגורמים יחדיו לשם הצדקת ההגנה העצמית: ההגנה העצמית היא הגנה בזמנית הן על האוטונומיה של הפרט הנתקף והן על הסדר החברתי-המשפטי, וזאת בדרך המסוימת מאוד של פגיעה בתוקף הנושא באחריות פלילית לתקיפה.

ב. דרישת הפרופורציה ותנאים נוספים להתגבשות של סייג ההגנה העצמית

על רקע הרציונל להצדקתה של ההגנה העצמית נקל להבין מדוע שתי דרישות-היסוד בהגדרת הסייג לאחריות פלילית בכל שיטת משפט תרבותית הן הנחיצות והפרופורציה. משמעותה של דרישת הנחיצות²⁰ היא שעל המעשה להיות הכרחי לשם השגת המטרה הלגיטימית של הגנה עצמית. כך, למשל, אם ניתן להדוף תוקף חלש תוך שימוש בידיים בלבד (לדוחפו או להכותו קלות), אין זה מוצדק לירות בו ולהמיתו; יש להשתמש בכוח המזערי הדרוש.

אלא שאין די בעמידה בדרישת הנחיצות. לא כל כוח נחוץ יהיה מוצדק. כאשר תוקף מבצע תקיפה קטלנית תוך ניסיון לרצוח את הנתקף, אין ספק שמוצדק להפעיל כוח-מגן גדול – אפילו קטלני – לשם הדיפתו. כך גם כאשר התקיפה אינה קטלנית אך יוצרת סכנה של אונס: מוצדק שהנתקפת תפעיל כוח-מגן קטלני אם הכוח נחוץ לשם הדיפת האנס. אך בתקיפה שבה ברור כי לא נשקפת סכנה לחיי הנתקף או לשלמות גופו, אלא אך ורק לרכושו, אין להצדיק הפעלת כוח-מגן קטלני. זוהי דרישת הפרופורציה,²¹ שמשמעותה התקיימות מתאם כלשהו – יחס סביר כלשהו – בין התקיפה לבין ההתגוננות, בין הפגיעה הצפויה לנתקף אם יימנע מלהתגונן לבין הפגיעה הצפויה לתוקף אם יופעל כוח-המגן. הדרישה נראית אולי מובנת מאליה, אך בשנת 1920 אישר בית-המשפט העליון של גרמניה זיכוי שבוסס על הצדקת פעולתו של בעל גן אשר ירה בנערים נמלטים שגנבו תפוחים ופצע אחד מהם באורח קשה.²² המקרה מדגים את ההבחנה בין דרישת הנחיצות לבין דרישת הפרופורציה, שכן בעל הגן היה מבוגר ואיטי מהנערים, ולא הייתה לו דרך אפקטיבית אחרת לעצור אותם ולהציל את התפוחים מלבד לירות בהם. לפיכך התקיימה הנחיצות הנדרשת. אלא שלעיתים הנתקף נדרש לא להתגונן, ולוותר על האינטרס הלגיטימי שלו, משום שמחיר

20 ראו שם, בעמ' 177–184 (הפרק "דרישת הנחיצות").

21 ראו שם, בעמ' 203–229 (הפרק "דרישת הפרופורציה").

22 לדין בפסק-דין מדהים זה ראו שם, בעמ' 86.

ההתגוננות הוא יקר מדי מנקודת-ראותה של החברה. זו משמעותה של דרישת הפרופורציה. במאמר מוסגר יצוין כי התיאוריה שהובילה את בית-המשפט הגרמני לתוצאה הלא-ראויה של הצדקת הירי הקטלני לעבר הנערים לשם הצלת התפוחים (קרי, להגדרת המעשה כראוי גם מבחינה מוסרית) היא התיאוריה המוטעית שלפיה הצדקת ההגנה העצמית מבוססת אך ורק על האוטונומיה של הנתקף, ולפיכך "Right must never yield to wrong".²³

התיאוריה המסבירה טוב בהרבה את ההצדקה להגנה העצמית מבוססת לא רק על האוטונומיה של הנתקף, אלא גם על אשמתו של התוקף ועל הסדר החברתי-המשפטי. תיאוריה זו, מצד אחד, מוליכה ישירות לדרישה של פרופורציה, כפי שהומחש לעיל תוך התייחסות לגורם הסדר החברתי-המשפטי, אך מצד אחר, היא מוליכה לגמישותה של דרישת הפרופורציה. אילו נבעה ההצדקה להגנה העצמית אך ורק מההשוואה בין הרעות הפיזיות הצפויות לתוקף ולנתקף, אזי הייתה דרישת הפרופורציה קשיחה מאוד: הפגיעה הצפויה בנתקף חייבת הייתה להיות גדולה מהפגיעה הצפויה בתוקף (או לפחות שווה לה) כדי להצדיק הגנה עצמית. זה המצב באשר לסייג ה"צורך" כצידוק, המבוסס על בחירה ב"רע במיעוטו". אך בהגנה העצמית מדובר בתוקף שאחראי פלילית לתקיפתו, הפוגע הן באוטונומיה של הנתקף והן בסדר החברתי-המשפטי. לפיכך על כפות המאזניים ניצבים לא רק האינטרסים הלגיטימיים של הצדדים, אלא גם שלושה גורמים חשובים ביותר הנוספים לצידו של הנתקף: האוטונומיה של הנתקף, אשמת התוקף (המספקת בסיס מוסרי ומשפטי לפיחות מסוים בערך האינטרסים שלו) והסדר החברתי-המשפטי.

כיצד ניתן להסדיר בחקיקה דרישה גמישה של פרופורציה אשר תהלום את הרציונל להצדקת ההגנה העצמית? אפשרות אחת היא לדרוש פרופורציה של ממש – איזון גמור בין כפות המאזניים – תוך הבאה בחשבון גם של האינטרסים המופשטים: האוטונומיה של הנתקף, אשמת התוקף והסדר החברתי-המשפטי. במצב כזה על השופט עצמו לשקול גם את הגורמים המופשטים – שקילה שהינה מסובכת למדי. אפשרות שנייה, שבאמצעותה יעניק המחוקק הדרכה טובה יותר לשופט, היא להסתפק בדרישה גמישה ופשוטה יותר של פרופורציה, שבמסגרתה יישקלו הרעות הפיזיות בלבד. ניסוח אפשרי בדרך השלילה הוא שלילת כוח-מגן שהוא מחוץ לכל פרופורציה, וניסוח אפשרי שאינו בדרך השלילה הוא דרישה של מתאם נאות, להבדיל ממתאם מלא.²⁴

בהגדרת סייג ההגנה העצמית שנקבעה במסגרת תיקון מס' 39 לחוק העונשין בחר המחוקק, כך נראה, באפשרות הראשונה. סעיף 34טז – "חריגה מן הסביר" – קובע שהוראת סעיף 34 ("הגנה עצמית")²⁵ לא תחול "כאשר המעשה לא היה סביר בנסיבות הענין לשם

23 על תיאוריה זו ראו בהרחבה שם, בעמ' 84–90.

24 להצעות אלה ראו שם, בעמ' 205.

25 ס' 34 לחוק העונשין: "לא יישא אדם באחריות פלילית למעשה שהיה דרוש באופן מיידית כדי להדוף תקיפה שלא כדין שנשקפה ממנה סכנה מוחשית של פגיעה בחייו, בחירותו, בגופו או

מניעת הפגיעה". הגדרה זו מניחה כנראה שהשופטים יביאו בחשבון לא רק את הרעות הפיזיות, אלא גם את הגורמים המופשטים הפועלים לזכותו של הנתקף המתגונן. כפי שנראה להלן תוך כדי עיון בפסיקה, ספק רב אם השופטים השכילו לעשות כן. קשה להשתחרר מן הרושם שעקב תפיסה לא-נכונה של מהות ההגנה העצמית ושל אופייה – כביכול מדובר בפטור, ולא בציודוק – נטו השופטים להתמקד בנוזקים הפיזיים ולדרוש פרופורציה מלאה: חיים תחת חיים, עין תחת עין, שן תחת שן, דקירה עמוקה תחת דקירה עמוקה (ולא תחת דקירה שטחית, חלילה).

לפיכך מוצע לפרש את החוק ("חוק דרומי") שבו עבר המחוקק לנוסחה גמישה יותר, שלפיה סייג ההגנה העצמית יישלל רק אם "המעשה היה לא סביר בעליל, בניסבות העניין, לשם הדיפת המתפרץ או הנכנס", כמעבר לאפשרות השנייה, שבה המחוקק כבר שקל את הגורמים המופשטים הפועלים לזכותו של המתגונן (האוטונומיה, האשמה והסדר), ועל בסיסם הוא מכוון כעת את השופט באופן ברור יותר לא לדרוש פרופורציה מלאה בין הנוזקים הפיזיים הצפויים לנתקף (אם לא יתגונן) ולתוקף (כתוצאה מההתגוננות).

מלבד דרישות הנחיצות והפרופורציה קיימות כמה דרישות נוספות להתגבשות סייג ההגנה העצמית באופן שיצדיק את המעשה: על התקיפה להיות שלא כדין;²⁶ נדרשת סכנה מוחשית לפגיעה בחיים, בגוף, בחירות או ברכוש של המתגונן או של אדם אחר;²⁷ על הסכנה להיות מיידית (דרישה אשר נגזרת מדרישת הנחיצות ומהווה את לב-ליבה);²⁸ במקרים מסוימים קיימת חובה מסוימת של נסיגה (אם היא אפשרית בבטחה) לפני הפעלת כוח-מגן מסוים (בעיקר לפני הפעלת כוח קטלני);²⁹ ונדרש שהעושה היה מודע לסיטואציה ופעל במטרה להתגונן או להגן.³⁰ סייג ההגנה העצמית נשלל גם אם העושה גרם באשמתו להיווצרות המצב.³¹ לבסוף, גם אם מבחינה אובייקטיבית לא מתקיים תנאי התנאי ההגנה העצמית, אך העושה סבר בטעות שהוא ניצב מול סכנה משמעותית, ייתכן עדיין שהוא יהיה פטור מאחריות פלילית במסגרת ההגנה העצמית המדומה,³² אם כי מעשהו לא יוצדק.

ברכוש, שלו או של זולתו; ואולם, אין אדם פועל תוך הגנה עצמית מקום שהביא בהתנהגותו הפסולה לתקיפה תוך שהוא צופה מראש את אפשרות התפתחות הדברים.
 26 ראו סנג'רו, לעיל ה"ש 10, בעמ' 160–172 (הפרק "מקור הסכנה ואופי התקיפה").
 27 ראו שם, בעמ' 152–159 (הפרק "הערכים שההגנה עליהם היא מוצדקת"); שם, בעמ' 173–176 (הפרק "חומרת הסכנה").
 28 ראו שם, בעמ' 185–202 (הפרק "דרישת המיידיות").
 29 ראו שם, בעמ' 230–256 (הפרק "חובת הנסיגה"). יצוין כי בניגוד לסברה הרווחת כי חובת הנסיגה נגזרת מדרישת הנחיצות, למעשה היא נגזרת מדרישת הפרופורציה – ראו שם.
 30 ראו שם, בעמ' 257–277 (הפרק "היסוד הנפשי").
 31 ראו שם, בעמ' 357–391 (הפרק "גרימה באשמת העושה להיווצרות מצב של הגנה פרטית").
 32 ראו שם, בעמ' 325–339 (הפרק "ההגנה הפרטית המדומה").

ג. ההגנה העצמית בפסיקה הישראלית – הייהפך הצידוק לפטור של חסד?

דומה כי אין בפסיקת בתי-המשפט כוח שמרני חזק יותר מכוח המשיכה אל התקדימים ואל ההלכות הישנות. מכיוון ששופטים נוהגים לצטט בפסקי-הדין שלהם פסקי-דין מוקדמים יותר, אנו מוצאים בפסיקה תופעה של הסתגלות איטית לחקיקה חדשה, הגורמת לפער זמן ממושך בין השינוי בחוק לבין השינוי המתבקש בהלכה.³³ כך באשר לתנאים מפורשים הקבועים בחוק, וכך ביתר שאת באשר לתיאוריה ולרציונל אשר עומדים מאחורי החוק אך אינם קבועים בו במפורש.

סעיף 18 לפקודת החוק הפלילי, שבו הוסדרו סייג הצורך וסייג ההגנה העצמית יחדיו חרף ההבדלים המשמעותיים שביניהם, פתח במילים: "An act or omission which would otherwise be an offence may be excused if..."³⁴ הנוסח העברי המקובל של משפט זה היה "מעשה או מחדל שהיו נחשבים באופן אחר לעברה ייסלחו לנאשם אם..."³⁵ מצד אחד, מדובר במעשה או במחדל שאינם עברה, אך מצד אחר – באותה נשימה – מדובר בסליחה בלבד, אשר לפי הנוסח האנגלי אף כפופה לשיקול-דעתו של בית-המשפט. ניסוח זה גרם לכך שהפסיקה, מראשית דרכה, לא רק לא עמדה על הרציונל המדויק להצדקת ההגנה העצמית, אלא אף התחבטה פעמים רבות בשאלה אם מדובר בצידוק או שמא רק בפטור. כך, למשל, בפסק-הדין בפרשת פתניאב כתב השופט ש"ז חשין: "אם חטא אין בו [הן בעושה הן במעשה – ב' ס'], אבק של חטא יש בו."³⁶ באופן דומה, בפסק-הדין בעניין סעד כתב בית-המשפט כי "מגמתו של סעיף זה היא לפתוח שערי מחילה", ובהמשך דיבר על "מתן כפרה".³⁷ אומנם, בפסקי-דין אחרים מאותה תקופה הובהר כי אין מדובר בסמכות ששיקול-דעת, אלא בסייג של ממש לאחריות פלילית,³⁸ אך לנוכח נוסחו של הסעיף, נטו השופטים לאפיין את ההגנה העצמית כפטור, במקום כצידוק. מגמה זו משנות החמישים נמשכה גם עשרות שנים מאוחר יותר. כך, למשל, בפסק-הדין המנחה הידוע כהלכת הורוביץ

33 ראו אלי לדרמן "תיקון 39: בין אימוץ להתלבטות" מגמות בפלילים לאחר עשור לתיקון 39 לחוק העונשין 431 (אלי לדרמן, קרן שפירא-אטינגר ושי לביא עורכים, 2010).

34 פקודת החוק הפלילי, 1936, ע"ר תוס' 1 263 (ההדגשה הוספה).

35 ראו, למשל, ע"פ 2/48 אל-לוג' נ' היועץ המשפטי לממשלת ישראל, פ"ד א 92, 99 (1948) (ההדגשה הוספה).

36 ע"פ 10/49 היועץ המשפטי לממשלה נ' פתניאב, פ"ד ב 424, 431–432 (1949) (להלן: פרשת פתניאב) (ההדגשה הוספה).

37 ע"פ 134/56 סעד נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד י 1615, 1616–1617 (1956) (ההדגשות הוספו).

38 ראו, למשל, בג"ץ 177/50 ראובן נ' יו"ר וחברי המועצה המשפטית, פ"ד ה 737, 747 (1950); פרשת פתניאב, לעיל ה"ש 36, בעמ' 443 (פסק-דינו של השופט אולשן) ובעמ' 446–448 (פסק-דינו של השופט זילברג).

הביע השופט לנדוי את דעתו כי "הטעם שעליו מיוסדת כל טענה של התגוננות מותרת: שאדם הנקלע על לא עוול בכפו אל תוך מצב של צורך לעמוד על נפשו..."³⁹, בלוויית ציטוט דבריו של השופט זילברג בעניין פתניאב, שנאמרו שני עשורים מוקדם יותר, בדבר "גושפנקא משפטית או היתר חוקי להעדפת ענייני עצמו"³⁹. ייתכן מאוד שתפיסה לא-נכונה זו של מהות ההגנה העצמית הייתה המקור לכלל שקבע השופט לנדוי מייד לאחר-מכן, שלפיו "ויתור זה אין לעשותו לטובת מי שהכניס ראשו ביודעין ושלא כדין אל תוך המצב שגרם להתקפה עליו"⁴⁰. גם סעיף 22 לחוק העונשין, התשל"ז-1977, אשר החליף את סעיף 18 לפקודת החוק הפלילי, פתח בניסוח הלא-הולם "ניתן לפטור אדם מאחריות פלילית...". בחוק העונשין (תיקון מס' 37), התשנ"ב-1992, נקבע הנוסח ההולם יותר "אין אדם נושא באחריות פלילית למעשה או למחדל אם...". אולם גם שינוי זה לא מנע את השופט קדמי, בפסק-דינו משנות התשעים בפרשת ג'בארין, מלהתייחס להגנה העצמית שוב ושוב במונחים של פטור, במקום של צידוק.⁴¹

לכאורה, משנחקק תיקון מס' 39 לחוק העונשין, ובו הוגדרה ההגנה העצמית, בסעיף 34, במכוונות (מצד המנסחים לפחות) של צידוק, היה אפשר לצפות ליחס שונה, אוהד יותר, של השופטים כלפי ההגנה העצמית. הסעיף פותח במילים "לא יישא אדם באחריות פלילית". אומנם, נוסח זה (בדומה לקודמו שנקבע שנתיים קודם לכן בתיקון מס' 37 הנ"ל) אינו עוד של סליחה ושל פטור, אך היה עדיף אילו הבהיר המחוקק באופן מפורש יותר את אופייה המוצדק של ההגנה העצמית – למשל, על-ידי קביעה כי "אין כלל עברה" או כי "אין כלל אי-חוקיות" או כי "המעשה מוצדק".

נוסף על כך, כאמור, נקט המחוקק דרך של דרישה כללית ולא מפורטת של פרופורציה, המותירה לשופט לקבוע את גמישותה בהתחשב בגורמים המופשטים הניצבים לצד הנתקף: האוטונומיה של הנתקף, אשמת התוקף והסדר החברתי-המשפטי. סעיף 34 טז קובע, תחת הכותרת "חריגה מן הסביר", כי "הוראות סעיפים 34, 34 ו-34 יב [הסעיפים המסדירים את ההגנה העצמית, הצורך והכורח – ב' ס'] לא יחולו כאשר המעשה לא היה סביר בנסיבות הענין לשם מניעת הפגיעה".

במאמר מוסגר יצוין כי לנוכח חשיבותה העצומה של דרישת הפרופורציה, היה עדיף לקבוע אותה בסעיף 34 גופא, המגדיר את ההגנה העצמית, ולא בסעיף נפרד ומרוחק המסדיר את דרישת הסבירות – באופן חסכוני לכאורה – לגבי שלושת סייגי האילוץ יחדיו.

39 ע"פ 410/71 הורוביץ נ' מדינת ישראל, פ"ד כו(1) 624, 629 (1972).

40 שם (ההדגשה הוספה).

41 ע"פ 4785/90 ג'בארין נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(5) 221, 231–232 (1995) (להלן: פרשת ג'בארין). השוו להתייחסותה הנכונה יותר (והחריגה בנוף הפסיקה) של השופט דורנר באתו פסק-דין: "המערער לא זו בלבד שלא עבר מעשה עבירה בכך שגרם למות אבו מידג'ם, אלא שעשה הוא מעשה מותר וראוי בכך שהגן על חייו, והאשם האמיתי במעשה הוא התוקף, אבו מידג'ם". שם, בעמ' 230 (ההדגשה הוספה).

להפרדה זו של דרישת הפרופורציה יש שני חסרונות בולטים: האחד – היא חסרה מאוד בהגדרת ההגנה העצמית; והשני – המחוקק נמנע מלהעניק לדרישת הפרופורציה את האפיון הנבדל והמדויק המתאים לכל אחד משלושת הסייגים. כך, למשל, אין ספק שבסייג הצורך – במיוחד אם רואים בו צידוק המבוסס על "הרע במיעוטו"⁴², אך גם אם רואים בו פטור⁴³ – נדרשת פרופורציה קשוחה, בעוד את ההגנה העצמית הולמת דרישה גמישה יותר של פרופורציה, לנוכח אשמתו של התוקף, לנוכח האוטונומיה של הנתקף ולנוכח הסדר החברתי-המשפטי. כפי שנראה מייד, תוך עיון בפסיקה, ייתכן שהיה עדיף לנקוט בחוק את האפשרות השנייה – של דרישת פרופורציה גמישה, כגון שלילת כוח-מגן שהוא מחוץ לכל פרופורציה – וזאת על בסיס התחשבות מוקדמת של המחוקק בשלושת הגורמים המצדיקים את ההגנה העצמית (האוטונומיה, האשמה והסדר), ותוך הבהרה כי השימוש בכוח קטלני להגנת רכוש הוא מחוץ לכל פרופורציה.

להלן יובאו דוגמאות אחדות ליחסה של הפסיקה הישראלית להגנה העצמית בכלל ולדרישת הפרופורציה בפרט. יצוין כי אף שמהבחינה הלוגית והתיאורטית ההבחנה שבין דרישת הנחיצות לבין דרישת הפרופורציה היא חדה וברורה (להמחשתה מוצע להיזכר בדוגמה של בעל גן התפוחים שירה בנערים כדי להציל תפוחים – הירי היה אומנם נחוץ לשם הצלת התפוחים, אך מחוץ לכל פרופורציה), בפסיקה הישראלית נוטים לערבב בין שתי הדרישות היסודיות האלה, ולכרוך אותן יחדיו במושג "סבירות" הקבוע בחוק (בסעיף 34טז). לדידי, חשוב מאוד להפריד ביניהן, ומוצע לפרש את סעיף 34טז כמתייחס רק לדרישת הפרופורציה, שהרי דרישת הנחיצות מופיעה במפורש בהגדרה של סייג ההגנה העצמית בסעיף 34 לחוק ("מעשה שהיה דרוש באופן מידי כדי להדוף תקיפה"). בחרתי כמה דוגמאות שלפחות בחלקן ברור למדי שהדיון הוא בדרישת הפרופורציה, ולא בדרישת הנחיצות, משום שאין ספק שכוח-המגן היה נחוץ לשם הדיפת התקיפה. מכל מקום, כפי שניזכר תוך עיון בדוגמאות, בין שכוונת השופטים היא להעדר נחיצות של כוח-המגן שהופעל לשם הדיפת התקיפה ובין שכוונתם להעדר פרופורציה, בולטים יחסם המחמיר כלפי המתגוננים, חוסר האהדה שלהם כלפי ההגנה העצמית, פרשנותם הנוקשה לדרישת הסבירות ותפיסתם הלא-נכונה לגבי הרציונל להצדקתה של ההגנה העצמית. להלן הדוגמאות.⁴⁴

42 כאן דרישת הפרופורציה הקשוחה היא מתוך הגדרה ממש, שאם לא כן אין זה הרע במיעוטו. זאת, נוסף על הנימוק שבהערה הבאה.

43 כאן דרישת הפרופורציה הקשוחה נובעת מכך שהעושה פוגע באינטרס לגיטימי של אדם תמים.

44 יובהר כי אין לייחס חשיבות משפטית לכותרות הדוגמאות – הן נקבעו משיקולים ספרותיים, ולא משיקולים משפטיים.

1. פרשת פרידמן – התגוננות מפני תקיפה עם סכין – בפסק-הדין בע"פ 1713/95 פרידמן נ' מדינת ישראל, אשר ניתן לאחר קבלת תיקון מס' 39 לחוק העונשין, מתוארות העובדות העצובות כך:

לדברי המערער – שהוא העד היחיד לאשר התרחש בינו לבין המנוחה עובר לדקירתה – המנוחה ניסתה לדקור אותו בסכין שהחזיקה בידה; ואז – אחז בידה על-מנת למנוע את הדקירה ותוך כדי כך הופנתה הסכין לעבר המנוחה, חדרה לירכה וגרמה לחתך שלם של העורק המרכזי.⁴⁵

התייחסותו של בית-המשפט המחוזי לעובדות אלה מתוארת על-ידי בית-המשפט העליון כך:

לאחר שבחן את חומר הראיות שהובא לפניו, פיצל בית המשפט המחוזי את תגובתו של המערער לסיכון הדקירה שבו הועמד על-ידי המנוחה לשני חלקים. החלק הראשון התמצה בהטיית ידה של המנוחה, אשר החזיקה בסכין, ממנו והלאה, על מנת למנוע ממנה מלדקור אותו, ובתור שכזה – בא בגדר של "הגנה עצמית". ואילו החלק השני בא לכלל ביטוי בדקירת המנוחה בבית החזה ובירך; הדקירה בירך לפחות אינה חוסה בצלה של ההגנה העצמית, הן משום שניתן היה לסלק את הסכין מאחיזתה של המנוחה בלי לדקור אותה, הן משום שעוצמת הדקירה – שהחדירה את הסכין לעומק של 10 ס"מ – חרגה מן המידה הסבירה שהייתה דרושה להשלמת איונו של הסיכון.⁴⁶

אף שהשופט קדמי קובע כי "המנוחה הייתה בעת המקרה בגילופין... המנוחה נהגה להשתכר, ובשעה שהייתה נתונה להשפעת האלכוהול הייתה אלימה",⁴⁷ ואף שהשופט ער להלכה קודמת – הלכת ולדמן – וקובע ש"אכן, יש נסיבות שבהן אין מקום לפצל למרכיביה 'סדרת מעשים' שעושה אדם במסגרת 'הגנה עצמית' והסדרה נבחנת כ'מכלול אחד', גם אם ניתן באופן מלאכותי לפצלה", בכל-זאת הוא מקבל את הפיצול המלאכותי של בית-המשפט המחוזי בין סיבוב ידה של התוקפת השיכורה והאלימה לבין דקירתה בעודה אוחזת בסכין, ושני השופטים הנוספים הנוספים מסכימים עימו.⁴⁸

ודוק: מכיוון שהתוקפת והנתקף החזיקו יחדיו בסכין, נראה בבירור כי פעולת התגוננות מסוימת הייתה חייבת להינקט, ובוודאי אי-אפשר להתייחס אל מלוא הפעולה של הנתקף

45 ע"פ 1713/95 פרידמן נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(1) 265, 269 (1996).

46 שם, בעמ' 271.

47 שם, בעמ' 273.

48 שם, בעמ' 274, 277, 278.

כאל פעולה מיותרת, החורגת מדרישת הנחיצות. לפיכך בחר בית-המשפט לפצל פעולת התגוננות אחת לשתיים – סיבוב היד מול תנועת הדקירה – חרף העובדה שחלק התנועה האחרון היה כנראה המשכו הישיר של חלק התנועה הראשון. מכיוון שהנתקף ניצב בסכנת חיים, אי-אפשר לקבוע שלא התקיימה הפרופורציה הנדרשת. לכן, במקום לדבר על הפרופורציה (הקיימת) שבין סכנת חיים לבין דקירה עמוקה, בית-המשפט מדבר על העדר הנחיצות של דקירה עמוקה דווקא, כביכול היה הנתקף יכול לדייק ולהסתפק בדקירה לא-עמוקה. לבסוף, אף אם מגיעים למסקנה שהדקירה לא הייתה נחוצה או שכוח-המגן לא היה פרופורציוני לסכנה, היה מקום לראות את המקרה כמקרה של התגוננות בחריגה מן התנאים ("excessive self-defense"),⁴⁹ אשר גם אם מצריך ענישה, מחייב הקלה בעונש בהשוואה למקרה אחר, בעל אופי פלילי לחלוטין, שבו אין מדובר בהתגוננות כלל.

להעשרת התמונה יובאו כאן גם דבריו היפים של השופט זילברג שלושים וחמש שנים קודם לכן בפרשת ולדמן: "אין אנו מוכנים להיכנס כאן לכל אותן ההבחנות הדקות, עם המידות והשיעורין: מכה זו מותרת, מכה זו אסורה, כפי שטען בפנינו בא-כוח היועץ המשפטי. כל הקטטה כולה, על שני חלקיה גם יחד, ארכה כרגע וחצי, ב'נוכחות' האקדח וכמעט מול הלוע שלו, ואין לדרוש מאדם לכלכל מעשיו בפלס ולמדדם בשעל בשעת סכנה שכזאת."⁵⁰

2. פרשת שרעבי – התגוננות מפני חבורת תוקפים המקיפים את הנתקף ומכים בו באגרופים ובכעיסות – בע"פ 4590/98 שרעבי נ' מדינת ישראל מתוארות העובדות על-ידי בית-המשפט העליון כך:

המערער, בעליו של פאב ברחובות... לפי כתב-האישום... דקר המערער בסכין... את אופיר גהלי שתי דקירות, וגרם לו לחבלה חמורה. המקרה אירע ברחבת הכניסה לפאב, וזאת בעקבות קטטה שהתפתחה בשל סירובו של השומר בפתח הפאב לאפשר את כניסתו של גהלי לפאב... בית-המשפט המחוזי מצא כי לאחר שגהלי הורחק מן הפאב על-ידי השומר, התפתחה תגרה בין המערער והשומר לבין גהלי וכפי הנראה אנשים נוספים. תגרה זו שככה, אך כעבור זמן מה שב גהלי אל הפאב בלוויית חבריו והתפתחה מחדש תגרה בין המערער לבין גהלי וחבורתו. במהלך תגרה זו הוקף המערער על-ידי גהלי וחבריו, והוכה על-ידי החבורה באגרופים ובכעיסות. הערכאה הראשונה קיבלה מחמת הספק את הגירסה שלפיה הסכין לא נמסרה למערער על-ידי בן-אהרון, אלא התגלגלה ברחבה והמערער דקר בה את גהלי. בן-אהרון זוכתה איפוא מהעבירה שיוחסה לה. לעומת זאת,

49 ראו סנג'רו, לעיל ה"ש 10, בעמ' 340–356 (הפרק "חריגה מתנאי ההגנה הפרטית").
50 ע"פ 95/60 ולדמן נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד טו 53, 55 (1961) (להלן: פרשת ולדמן).

נדחתה טענתו של המערער כי עומד לו הסייג של הגנה עצמית. בעניין זה קבע בית-המשפט המחוזי כי המערער יכול היה לסלק את החבורה האלימה על-ידי הזמנת משטרה, וכי, על-כל-פנים, הדקירה בסכין הייתה בלתי-שקולה לאיום שבפניו עמד.⁵¹

יובהר כי האפשרות להזמין את המשטרה נוגעת אומנם בדרישת הנחיצות, אך בעת הסכנה מובן שהיא כבר לא הייתה רלוונטית, וכי ההתייחסות להעדר השקילות שבין האיום לבין הדקירה היא לפחות על פניה התייחסות לדרישת הפרופורציה. בערעור השופטת דורנר קובעת נכונה כך: "גהלי הוא ששב לפאב של המערער כשהוא מלווה בחבורה לאחר שהקטטה שקדמה לכך שככה. בנסיבות אלה, ספק בעיניי אם הזמנת משטרה, שאין לדעת אימתי ואם בכלל הייתה מגיעה למקום, יכולה למנוע את תקיפתו של המערער על-ידי גהלי וחבורתו. מכאן, שהמערער היה זכאי להשתמש בכוח על-מנת להדוף את תוקפיו."⁵² כלומר, התקיימה הנחיצות הנדרשת. אך מה קובעת השופטת באשר לדרישת הפרופורציה לנוכח סיטואציה שבה המתגונן היה נתון לבדו בלב חבורת תוקפים שהקיפוהו והכוהו בצוותא-חדא באגרופים ובבעיטות – תקיפה שהייתה עלולה להסב לו נזקים גופניים קשים?

הוראת סעיף 34טז לחוק העונשין, תשל"ז-1977, שוללת הגנה עצמית כאשר המעשה שעשה הנתקף לא היה סביר לשם מניעת הפגיעה. סבירות במהותה נקבעת על-פי מבחן אובייקטיבי [עד כאן הכל נכון גם לטעמו של המחבר]... במקרה שלפנינו תוקפיו של המערער לא היו מצויידיים בנשק. הגם שעמד יחיד מול חבורה שהקיפה אותו, די היה באיום בסכין כדי להדוף את תקיפתו בבעיטות ובאגרופים. בנסיבות אלה, אף אם מתחשבים בלחץ שבו היה המערער נתון, הדקירות שדקף את גהלי לא עמדו בדרישת הסבירות. מעשה זה, שחרג במובהק מן המידה הדרושה להגנה מפני מכות, איבד את אופיו ההגנתי – שהוא אשר מקנה לתוקף פטור מאחריות פלילית...⁵³

לכאורה הדברים מנוסחים במונחים של נחיצות. אך ברור למדי שבסיטואציה קשה כזו, כאשר אדם יחיד מותקף על-ידי חבורה שלמה וסופג בעיטות ואגרופים (וידועים מקרים דומים שהסתיימו במותו של הנתקף), קיימת סכנה מיידית לחיים או לפחות לשלמות הגוף, ולפיכך ההתגוננות נחוצה מאוד, ואיום בסכין (להבדיל מאיום באקדח) אינו יעיל. אך נראה שבית-המשפט מחפש גם כאן איזון מלא בין הנזק הצפוי לנתקף אם לא יתגונן (לאו דווקא

51 ע"פ 4590/98 שרעבי נ' מדינת ישראל, פס' 1-2 לפסק-דינה של השופטת דורנר (פורסם בנבו, 14.3.1999).

52 שם, פס' 4.

53 שם, פס' 4-5 (ההדגשה הוספה).

מוות, אפשרית "רק" פגיעה גופנית) לבין הנזק הצפוי לתוקף אם יתגונן. הוא אינו מביא בחשבון כראוי את האוטונומיה של הנתקף, את אשמת התוקף ואת הסדר החברתי-המשפטי, ההופכים את ההגנה העצמית לצידוק, וטועה בהתייחסות אליה כאל טענה של פטור.

3. פרשת פארס – התגוננות מפני דקירות רבות באמצעות דוקרן – בפסק-הדין בעניין פארס מתואר עימות בין שני אסירים: התוקף התנפל על הנאשם, סגר אותו במטבחון קטן ודקר אותו דקירות רבות – גם בראשו – תוך שימוש בדוקרן. הנאשם נטל דוקרן אחר, שנפל מבגדיו של התוקף, והשתמש בו לשם התגוננות, שכתוצאה ממנה נפצע התוקף פצעים אנושים ומת. במהלך העימות הנאשם אף ברח מפני תוקפו, אך התוקף רדף אחריו ודקרו שוב בבטנו. השופט ישעיה אומנם הסביר נכונה כי הנאשם היה בסכנת חיים והתגונן, וכי יש לקבוע לפיכך כי הוא פעל בהגנה עצמית ולזכותו.⁵⁴ אך הדבר לא הניח את דעתם של שופטי הרוב סוקולוב ומשאל, אשר סייגו את פסק-הדין לזיכוי מחמת הספק בלבד. וכל-כך למה? השופט סוקולוב סוקרת את עומק הדקירות שנדקר כל אחד מן השניים, ומגיעה למסקנה האנטומית-הפתולוגית-המשפטית הבאה: "העובדה שפצעי הדקירה שנמצאו בגופו של הנאשם הם שטחיים ואילו פצעי הדקירה שנמצאו בגופת המנוח היו עמוקים ורבים וכ-6 מהם היו קטלניים, תומכת לכאורה בטענת המאשימה לפיה הנאשם עשה יותר מן הדרוש על מנת להשיג את מטרת ההתגוננות דהיינו – הנאשם התגונן 'ברוח לחימה' ולא דווקא 'בדרך הגנה'". השופט משאל החרה-החזיק אחריה: "ריבוי הדקירות, עומקן ואופיין הקטלני מצביע לכאורה על כך שהנאשם הפריז במעשיו ובשלב כלשהו נהג בהתגוננותו ב'רוח לחימה'".⁵⁵

ודוק: בגופת המנוח נמצאו 12 פצעי דקירה, ואילו בגוף הנאשם נמצאו 14 פצעים. לא הייתה מחלוקת שהמנוח הוא שתקף, וכי הנאשם התגונן. יתרה מזו, כפי שציין השופט שבמיעוט ישעיה:

הנאשם ביקש, מן הסתם, לוודא כי המנוח אינו מסוגל יותר לתקוף או לדקור אותו ועל כן לא "קימץ" במספר הדקירות. עובדה היא כי גם לאחר שפתח את הדלת והחל בנסיגה לתוך המועדון, לאחר שנעץ את הדוקרן 12 פעמים בגופו, עדיין רדף אחריו המנוח ואף הצליח לדקור אותו. נסיבות כאלה אינן מצביעות בשום פנים ואופן על "התגוננות ברוח לחימה". נהפוך הוא: התנהגותו של הנאשם לרבות נסיגתו לתוך המועדון וקריאתו לעזרה עבור המנוח ("תצילו את המצב, תביאו חובש מהר") כפי ששמע אותה הסוהר... מצביעים, לדעתי, כי מדובר ב"התגוננות בדרך הגנה".⁵⁶

54 תפ"ח (מחוזי ת"א) 3041/97 מדינת ישראל נ' פארס (פורסם בנבו, 7.3.2000).
 55 ש.ם.
 56 ש.ם.

ניתן להפנות קושיות אחדות לשופטי הרוב בפרשת פארס: האחת – האם העובדה שלאחר כל 12 הדקירות, שחלקן עמוקות, הצליח עדיין התוקף לרדוף אחר הנאשם, ואף לדוקרו דקירה נוספת בבטנו, אינה מוכיחה כי הנאשם לא הפריז כלל בכוח-המגן שהפעיל, וכי גם אחרונת הדקירות הייתה נחוצה?⁵⁷ בהינתן שכוח-המגן היה נחוץ, מתקיימת גם הפרופורציה הנדרשת, שהרי הנתקף ניצב בסכנת חיים. אכן, הדיון שבפסק-הדין מתנהל לכאורה במונחים של נחיצות, אך עצם התעמקותם של השופטים בעומק הדקירות שספג הנתקף מול עומק הדקירות שספג התוקף מלמדת כי הם חשבו ככל הנראה במונחים של פרופורציה. הרי לצורך התקיימות הנחיצות לא נדרשת אפילו דקירה אחת לא-עמוקה בגופו של הנתקף: נתקף המצוי בסכנת הידקרות רשאי להקדים ולהפעיל כוח קטלני נגד התוקף, מבלי להמתין לדקירות בגופו שאותן יוכל להציג אחר-כך לפני בית-המשפט ולאפשר את מדידתן. הקושיה השנייה – האם הלוגיקה אינה מלמדת שכמעט תמיד יימצאו הדקירות העמוקות בגופו של המנוח ואילו הדקירות הפחות-עמוקות יימצאו בגופו של בר-המזל שנותר בחיים? האם כדי להיחשב למתגונן הכרחי להיות בצד של המתים? והשלישית – מדוע בכלל לחפש פרופורציה מושלמת בין הכוח שמפעיל התוקף לבין הכוח שמפעיל המתגונן, עד כדי מדידה פתולוגית ואנטומית של עומק הדקירות, כביכול אין כל משמעות לאשמתו של התוקף, לאוטונומיה של הנתקף ולסדר החברתי-המשפטי?

4. פרשת רובין – התגוננות מפני תוקף האוחז בפטיש – בפסק-הדין בעניין רובין⁵⁸ דובר בסכסוך שכנים שהתדרדר לאלימות: המתלונן הרס באופן בלתי-חוקי קיר שהקים הנאשם (המערער) לפי אישורו של בורר. המערער הזמין ניידת משטרה. וכך נאמר בפסק-הדין בערעור: "לצורך קביעת הגירסה הנכונה לאירוע אימץ בימ"ש קמא את עדות המערער בביהמ"ש: 'לפיה כאשר הוא יצא מהבית לעבר המתלונן, החזיק המתלונן בידו פטיש ובא לקראת הנאשם, הנאשם הצמיד את יד המתלונן שהחזיקה בפטיש לעמוד התוספת וכתוצאה מכך נשמט הפטיש, אך לאחר מכן נתן לו מכת אגרוף בפניו שכתוצאה ממנו נשברו משקפיו של המתלונן, והנאשם הפיל את המתלונן ארצה, וכתוצאה מכך נפצע המתלונן'."⁵⁹ בית-

57 גישה מוטעית דומה נקט השופט שלמה לוין בפרשת ג'בארין, לעיל ה"ש 41. המערער ותוקפו היו אסירים. התוקף נכנס לתאו של המערער עם דוקרן וניסה לדוקרו. המערער הצליח להוציא מידו את הדוקרן ודקר אותו כמה דקירות קטלניות. לדעת השופט, רק הראשונה יכולה להיחשב הגנה עצמית, ויתר הדקירות לא היו נחוצות – שם, בעמ' 226. אלא שכפי שציינה נכונה השופטת דורנר: "המערער הגן על חייו מפני אבו מידג'ם, שבא להורגו, וכל עוד לא נסוג הלה או לא נפל, הסכנה לחייו לא חלפה... לאחר שנדקר בתוך התא עדיין עמד בו כוחו להמלט מן התא בריצה. בנסיבות אלה אין זה סביר לדרוש מן המערער כי יעצור לבדוק לאחר הדקירה הראשונה אם אבו מידג'ם עדיין מסוגל להמשיך לתקוף אותו, ולא היה זה בלתי סביר להניח כי אבו מידג'ם יוכל להחזיר לעצמו את הדוקרן שהמערער הוציא מידו." שם, בעמ' 229.

58 ע"פ (מחוזי חי') 2158/01 רובין נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 14.5.2001).

59 שם, פס' ד.

המשפט קמא קבע – בלשון פסק־הדין בערער – כך: "לאחר שהצמיד המערער את ידו של המתלונן לעמוד ולאחר שהפטיש נשמט מידו של המתלונן, לא נשקפה כל סכנה למערער מן המתלונן, לפיכך קבע בימ"ש קמא כי המערער תקף את המתלונן על ידי המכה הנ"ל שהנחית עליו בפניו... אפילו היתה מכה זו בגדר הגנה עצמית, עדיין המשיך המערער בתקיפת המתלונן והפילו ארצה, וכתוצאה מן הנפילה נפצע המתלונן מחמרי הבנין שהיו במקום".⁶⁰ טענה אחת של בא-כוחו של המערער הייתה כי "היה מרשו נתון בסיכון מידי לחייו וגופו, כשהמתלונן בא לעברו בריצה עם פטיש, זכותו של המערער הייתה להגן על עצמו כשהוא מותקף בחצר ביתו ע"י פטיש, שעה שהמתלונן מבצע הסגת גבול בחצר בית המערער ופוגע ברכושו, ודי בכך שיתקיים ספק סביר לגבי קיום סייג לאחריות פלילית"; וטענה שנייה הייתה כי "בימ"ש קמא פיצל באופן מלאכותי בין הפעולה של הצמדת ידו של המתלונן לעמוד והישמטות הפטיש המאיים מידו של המתלונן (ואזי פסקה הסכנה), לבין השלב שבו הנחית המערער אגרוף בפניו של המתלונן, ולאחר מכן המשיך בתקיפתו והפילו ארצה". אלא שגם הפעם לא הועילו טענותיו של המתגונן, ובית־המשפט שדן בערער אישר את פסיקתו של בית־המשפט קמא.

מעבר לפיצול המלאכותי, החוזר ונשנה בפסקי־הדין דלעיל, בין התגוננות עדינה בכפפות של משי לבין התגוננות תקיפה יותר, יש לשאול כך: אם כל מה שמוצדק במסגרת ההגנה העצמית זה להצמיד את ידו של התוקף האוחזת בפטיש לעמוד, וכל מכה נוספת היא כבר מעבר לנחוץ ואולי אף מעבר לסביר, אזי מה בצע לנו בסייג של הגנה עצמית? הרי איש לא היה מעלה על הדעת לייחס עברה בגין הצמדת היד לעמוד, ואפילו החליטה הפרקליטות להגיש במקרה כזה כתב אישום על תקיפה, היה מתבקש – גם ללא סייג ההגנה העצמית – להחיל על המקרה את הסייג "זוטי דברים".⁶¹

5. פרשת קליינר – התגוננות מפני תקיפה עם סכין – בע"פ 20/04 קליינר נ' מדינת ישראל מתוארים הרקע לאירוע והאירוע עצמו כך: "המערער עובד לפרנסתו כנהג מונית בחולון, ובתחנה שבה עבד הכיר את המנוח... בשנת 2000 החל המנוח חושד במערער כמי שמנהל פרשיית אהבים עם אשתו, וחרף הכחשותיו הנמרצות של המערער המשיך המנוח להטרירו ואף איים לפגוע בו, בבני משפחתו וברכושו... המערער ניסה דרכים שונות כדי לשכנע את המנוח שלחשדו אין שחר." לבקשת המנוח אף ניגש המערער לבדיקת פוליגרף, שבה נקבע כי דיבר אמת. בכך סברו הכל כי הפרשה הגיעה לקיצה. לאחר שלושה חודשים

60 שם, פס' ה. אומנם נראה כי בית־המשפט קמא נטה לא להאמין לגרסתו של הנאשם כי התגונן (שם, פס' ח), אך משבחר בית־המשפט להנותו מן הספק ולדון באירוע כבאירוע של הגנה עצמית, יש טעם בבחינת התייחסותו לסייג ההגנה העצמית, ויש טעם רב עוד יותר בבחינת התייחסותה של ערכאת הערער לסייג ההגנה העצמית.

61 ס' 34' לחוק העונשין – "זוטי דברים" – "לא יישא אדם באחריות פלילית למעשה, אם, לאור טיבו של המעשה, נסיבותיו, תוצאותיו והאינטרס הציבורי, המעשה הוא קל ערך" (de minimis).

ביקש המנוח להיפגש עם המערער. הפגישה התקיימה במונית של המערער, כאשר המערער נוהג והמנוח יושב לידו. "תוך כדי צעקות ואיומים שלף המנוח סכין ואיים באמצעותה על הנאשם. הנאשם שלף את האקדח, שיחרר את הנצרה וירה במנוח שתי יריות שפגעו בתקרת המונית ושלוש יריות שפגעו במנוח."⁶²

בבית-המשפט המחוזי נדחתה טענת ההגנה העצמית, חרף הסבריו של הנאשם כי משמצא את עצמו מאוים באמצעות סכין, הסתפק תחילה ביריות-אזהרה אל תקרת המונית, ורק בלית ברירה ירה לעבר התוקף. זאת, משום שבית-המשפט קיבל את טענת הפרקליטות כי הנאשם גרם באשמתו למצב שנוצר, ולכן יש לשלול ממנו את סייג ההגנה העצמית, בהתאם לסעיף 34 סיפא לחוק העונשין, שלפיו "אין אדם פועל תוך הגנה עצמית מקום שהביא להתנהגותו הפסולה לתקיפה תוך שהוא צופה מראש את אפשרות התפתחות הדברים". הנאשם הורשע בעבירת ההריגה, ונגזרו עליו שבע שנות מאסר, מהן חמש בפועל. בערעור הבהיר השופט לוי נכונה כי אין להחיל הוראה זו, משום שהמערער לא הסכים להשתתף בדו-קרב או בתגרה, ואין לראות בהסכמתו לקיום הפגישה התנהגות פסולה. אך האם בית-המשפט העליון מקבל את טענת ההגנה העצמית? כך הוא דן בדרישת "סבירות התגובה": "כדי להרתיע אדם אינך נדרש לירות שלושה כדורים לעבר פלג גופו העליון תוך ידיעה, וברמת ודאות גבוהה, כי ירי זה עלול להיות קטלני. להשגתה של מטרת ההרתעה היה די לירות כדור אחד, ולאבר קריטי פחות, כדי להביא לנטרולו של המנוח, דבר שהיה מאפשר למערער לצאת מהרכב ולהזעיק עזרה."⁶³

ידמיין נא השופט לוי את עצמו יושב בתוך מכונית, במרחק של כעשרים סנטימטרים מתוקף זועם אשר צועק עליו ומאיים לדקור אותו בסכין. נניח שהיה מצליח בקור-רוח לירות תחילה יריות-אזהרה לעבר תקרת המכונית, והדבר לא היה מועיל. האם סביר עתה לדרוש ממנו להסתפק בכדור יחיד לעבר התוקף, ולכוונו היטב, כחוט השערה, לעבר "איבר קריטי פחות", וזאת כאשר המרחק בין השניים אפסי? מפאת כבודו של השופט, נניח שאם הוא הנתקף, אזי התשובה חיובית. אך האין זה סביר כי בן-תמותה רגיל הניצב לנוכח סכנה מיידית של דקירה באמצעות סכין יירה שלוש יריות לעבר התוקף? שמה מקורה של פסיקה זו בתפיסה מוטעית של רציונל ההגנה העצמית, הבאה לידי ביטוי בפסק-דין זה כך: "נדרש בית-המשפט לאזן בין הרצון להגן על קורבנה של תקיפה, מחד, לבין אינטרס הציבור להשליט חוק וסדר ולמנוע 'חיסול חשבונות' בדרך אלימה?"⁶⁴ להיכן נעלמו מניתוח זה האוטונומיה של הנתקף ואשמתו של התוקף?

62 ע"פ 20/04 קליינר נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(6) 80, פס' 2-3 לפסק-דינו של השופט לוי (2004).

63 שם, פס' 11.

64 שם, פס' 9.

זאת ועוד, השופט לוי דורש למעשה מהנתקף לבצע נסיגה מורכבת ומסוכנת: מורכבת – משום שכדי לאפשר אותה, עליו "לירות כדור אחד, ולא יכר קריטי פחות, כדי להביא לנטרולו של המנוח"; ומסוכנת – משום שברגע היציאה מהמונית על הנתקף לחשוף עצמו לסכנה של דקירה. ודוק: בשיטות משפט שונות קיימת מחלוקת בקרב המחוקקים, השופטים והמלומדים בשאלה אם יש להטיל על הנתקף חובה של נסיגה בטוחה ממקום האירוע. אך מוסכם על הכל – גם על תומכיה של חובת הנסיגה – כי אם הנסיגה אינה בטוחה, אלא מסכנת את הנתקף, אין להטיל עליו חובה כזו.⁶⁵

6. פרשת הוארי – התגוננות מפני תקיפה עם סכין – דוגמה אחרונה זו לקוחה מן הזמן האחרון. עובדות המקרה מתוארות על-ידי בית-המשפט העליון כך:

חרף המחלוקת שנתגלעה בין שופטי המותב של בית משפט קמא, נדמה כי הכל הסכימו שהמנוח ירד מבית הוריו כדי להתעמת עם המערערים, ואותה שעה נשא עמו סכין. אולם, בעוד שסגן הנשיא ממך סבר כי הופעת המנוח לא התפרשה על ידי אדהם כאיום, גרס השופט אברהם כי "חזרתו של המנוח לזירת העימות המילולי הראשוני, לאחר שהצטייד בסכין שהביא מבית הוריו, והחל צועד לעבר [אדהם], עשויה היתה להיות מהלך מאיים בעיניו של [אדהם], וזאת כאשר אנו יודעים, כי המנוח היה אדם גדל גוף, וכאשר חודשים אחדים קודם לכן הותקף ונדקר [אדהם] בידי משפחת המנוח, על רקע סכסוך ביניהם".⁶⁶

בהמשך קובע בית-המשפט העליון כך:

עינינו הרואות, כי גם על פי הגרסה המיטיבה עם המערערים, ממנה לא ראינו מקום לשנות, תגובתו של אדהם לאיום ששידר המנוח בהופעתו, חרגה מן הסביר בנסיבות העניין (ראו לעניין זה סעיף 34ט"ז לחוק העונשין). ואם כך הוא המצב בעניינו של אדהם, מקל וחומר שכך הוא המצב בעניינו של בילאל, שהחל דוקר את המנוח רק לאחר שאדהם כבר ירה לעברו.⁶⁷

מהמשך פסק-הדין מתברר – כבדרך אגב, כביכול אין לדבר חשיבות רבה – כי אחד מהמערערים נפצע, וזאת כפי הנראה מסכימו של התוקף: "תוצאות העימות הקשות נתגלו במנוח דווקא, בעוד שאדהם יצא ללא פגע, ובילאל עם חתך בכף ידו".⁶⁸

65 ראו סנג'ור, לעיל ה"ש 10, בעמ' 230 והאסמכתות המובאות שם.
 66 ע"פ 5548/08 מדינת ישראל נ' הוארי, פס' 4 לפסק-דינו של השופט לוי (פורסם בנבו, 10.12.2009).
 67 ש.ם.
 68 ש.ם.

האומנם כאשר שני אחים מותקפים תוך שימוש בסכין, ואחד מהם אף נפצע, אין זה סביר שיתגוננו בכוח-מגן קטלני? כאשר מדובר בתקיפה בכוח קטלני, והמתגונן נאלץ להשתמש בכוח קטלני ומצליח להדוף את התקיפה, האם לא כמעט תמיד ייפגע התוקף יותר מן המתגונן? ואף אם סברו השופטים כי המותקפים התגוננו תוך שימוש בכוח מופרז, האם לא היה נכון להקל מאוד בעונשם? אלא שבמקום לתת נפקות ראויה לכך שהסיטואציה הייתה – בבסיסה לפחות – סיטואציה של הגנה עצמית, השופטים ממקדים את עיסוקם בענישה הראויה בשיקולים שונים לחלוטין, ובמקום להקל באופן משמעותי מאוד בעונשים המופרזים שגזר בית-המשפט המחוזי (ארבע-עשרה שנות מאסר לאח האחד, ועשר לאחר), בחרו שופטי בית-המשפט העליון דווקא להחמיר עוד יותר (שש-עשרה שנים ועשר שנים בהתאמה):

באשר לערעור כנגד העונש – האירועים שהביאו למותו של המנוח, חמורים הם מאין כמותם. על רקע של מה-בכך נשלפו סכינים ואקדח, והתוצאה הייתה שפתיל חייו של אדם צעיר, משכיל, ששימש כעמוד התווך של משפחתו וכל עתידו לפניו, קופד בחטף. זו התנהגות קשה ותוצאה מקוממת שהדעת אינה סובלת, במיוחד כאשר תופעת האלימות בחברה הישראלית הפכה לנגע... אכן, נראה כי לאירועים הנוכחיים תרם גם המנוח בהחלטות לצאת ולהתעמת עם יריביו כשהוא אוחז בסכין, אולם עובדה היא שהמערערים יצאו מהעימות ללא פגע, בעוד שהמנוח נותר מוטל דקור וירוי על הקרקע.⁶⁹

קושיות אחדות בשולי פסק-הדין: מעבר לצער – שתמיד יש לו מקום – על מותו של אדם (בין צעיר בין מבוגר, בין משכיל בין מי שלא שפר עליו גורלו ולא הצליח לרכוש השכלה), האין חשיבות לאשמתו של התוקף (הצעיר והמשכיל), אשר תקף את האחים "על רקע של מה-בכך" תוך שימוש בסכין, וכנראה אף פצע אחד מהם? האין חשיבות לאוטונומיה של כל אחד מהאחים שהותקפו? האין גורם הסדר החברתי-המשפטי פועל לצידם של המתגוננים? והרי תמצית מהותה של ההגנה העצמית היא שאל לנו להתייחס לאירוע של התגוננות בראייה הרגילה והשטחית של שחור (האלימות בחברה הישראלית) מול לבן (העדר כל אלימות – מי ייתן). זאת ועוד, להיכן נעלמה מהתיאור הנ"ל – אשר שימש בסיס להחמרה נוספת של ענישה מופרזת – פציעתו של אחד האחים?

לבסוף, בעזרת המונח "סבירות" הקבוע בסעיף 34 לחוק העונשין, שולל בית-המשפט את טענת ההגנה העצמית, וזאת אף מבלי להבהיר אם התנאי שלא התקיים לדעתו הוא הנחיצות או הפרופורציה. כך או אחרת, גם פסק-דין זה ממחיש את יחסו הלא-אוהד של בית-המשפט להגנה העצמית ואת הרציונל הלא-נכון שהוא מייחס לה.

המשותף לחצי תריסר הדוגמאות שהבאתי מן הפסיקה הישראלית הוא תפיסה לא-נכונה של מהות ההגנה העצמית (כביכול מדובר בפטור, ולא בצידוק), של הרציונל להצדקתה, ובעקבות זאת – בדרך כלל – גם של דרישת הסבירות.⁷⁰ ודוק: איני טוען כי אין גם פסקי-דין אחרים שבהם משתקפת תפיסה נכונה יותר של ההגנה העצמית.⁷¹ אלא שדי בדוגמאות שהובאו להבהיר את הקושי שיוצרת דרישת הסבירות המעורפלת בניסוחה המקורי שבסעיף 34 לחוק העונשין.⁷² זהו חלק מן הרקע לחקיקתו של "חוק דרומי", שבו קבע המחוקק

70 כאמור, טעות נפוצה בפסיקה היא הערוב בין דרישות הנחיצות והפרופורציה. הטעות ניזונה מהשימוש של המחוקק בס' 34 בביטוי "סבירות" לשם קביעת הדרישה של פרופורציה, ומפרשנות של סעיף זה כקובע לא רק את דרישת הפרופורציה, אלא גם את דרישת הנחיצות, אף שזו כבר קבועה במפורש בהגדרת סייג ההגנה העצמית שבס' 34 לחוק העונשין. מכאן קצרה הדרך לחוסר ההבחנה בין הדרישה העובדתית לנחיצותו של כוח-המגן לשם הדיפת הסכנה לבין הדרישה הנורמטיבית למתאם סביר בין כוח-המגן לבין הסכנה. להבחנה הנכונה ראו לעיל פרק ב וההפניות המופיעות שם. כדוגמה לבלבול בין דרישות הנחיצות והפרופורציה ראו, למשל, את דבריה של השופטת דורנר בפרשת ג'באריץ, לעיל ה"ש 41, בעמ' 228 (פס' אשד משום-מה מרבים לצטט בפסיקה מאוחרת יותר, כגון בע"פ 1520/97 חרד נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(2) 337, 353 (2000)). הטעות המרכזית היא שאם הסכנה חלפה אך העושה המתגונן סובר בטעות כי היא עודנה קיימת, הדרישה שאינה מתקיימת אינה הפרופורציה, אלא הנחיצות, ולכן יש מקום לפטור של הגנה עצמית מדומה. דוגמה נוספת ואחרונה מני רבות: בע"פ 6147/07 אביסידריס נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 2.7.2009) מצוטטת התייחסותו של בית-המשפט המחוזי לדרישת הפרופורציה כך: "6. פרופורציה או מידתיות. דקירת המנוח שלוש פעמים היתה מיותרת לחלוטין משהחזיק הנאשם בסכין ולא היתה לה הצדקה" (שם, פס' 9). זוהי, כמובן, התייחסות לדרישת הנחיצות, ולא לדרישת הפרופורציה. בשולי פסק-דין זה יצוין כי הוא ניתן לאחר שכבר נחקק הסייג החדש של הגנת בית מגורים, וכי התוקף תקף את המערער בחדר-המדרגות, סמוך מאוד לדירתו של המערער. לפיכך נראה שהיה ראוי להתייחס לסעיף החוק החדש 34 לחוק העונשין, אך הוא כנראה נעלם מעיניו של בית-המשפט העליון. גם בפסק-דין זה בא לידי ביטוי יחסו הלא-אוהד של בית-המשפט להגנה העצמית.

71 ראו, למשל, פרשת שיבל, לעיל ה"ש 14, שם הודגשה נכונה העובדה שלהגנה העצמית יש אופי של צידוק, ולא של פטור.

72 יצוין כי דרך נוספת שהפסיקה משתמשת בה לעיתים קרובות כדי לשלול טענות של הגנה עצמית היא התבססות על הסיפא של ס' 34 לחוק העונשין, שלפיו "אין אדם פועל תוך הגנה עצמית מקום שהביא בהתנהגותו הפסולה לתקיפה תוך שהוא צופה מראש את אפשרות התפתחות הדברים". מכיוון שהמחוקק השתמש כאן בביטוי המעורפל "התנהגותו הפסולה" (אשר אינו רצוי בתחום דיני העונשין, לנוכח עקרון החוקיות והשאיפה למתן אוהרה הוגנת לפרט), במקום לקבוע כראוי "התנהגותו הבלתי-חוקית", נוצר מצב שבו אם המתגונן אינו מוצא חן בעיני בית-המשפט – וכך במיוחד כאשר מדובר בעימות בין אנשים עם אורח חיים או עבר עברייניים – בית-המשפט שולל את סייג ההגנה העצמית ומרשיע את המתגונן. כך, למשל, נשלל סייג ההגנה העצמית מאדם שהמית את תוקפו באמצעות מכות (תחילה באמצעות פטיש ולאחר-מכן באמצעות הידית, המוט והקב) שהנחית על גופו. רק לאחר שלילת סייג ההגנה העצמית התייחס בית-המשפט לעובדה שהמנוח דקק את הנאשם באמצעות סכין משוננת ופצע אותו, ומשום-מה ראה בכך רק קנטורן(?), ובית-המשפט העליון מקבל

הייהפך הצידוק לפטור של חסד? הגנת בית המגורים
 ("חוק דרומי" ופסק-הדין בפרשת דרומי) כמקרה-מבחן
 לרציונל המצדיק הגנה עצמית ולהלכה הישראלית

מבחן גמיש יותר לפרופורציה, שלפיו סייג ההגנה העצמית נשלל רק כאשר כוח-המגן הוא בלתי-סביר בעליל.⁷³ מכיוון שהחוק החדש מתמקד בהגנת בית מגורים, בית עסק ומשק חקלאי מגודר, אקדים לדיון בו דיון במשמעותה המיוחדת של ההגנה על בית המגורים.

ד. ההגנה על בית המגורים

לאור עקרון הפרופורציה יש להבחין בין תקיפה המסכנת את דיירי הבית לבין תקיפה המסכנת את בית המגורים או את הזכויות הקנייניות בו. עם זאת, לבית מגוריו של אדם יש חשיבות רבה, החורגת מערכו הרכושי. האדם זקוק למקום שבו ימצא שלוה, מנוחה וביטחון, ומטבע הדברים מקום זה הוא ביתו. קיימת זיקה נפשית מיוחדת בין האדם לבין ביתו, וקשה לתאר חיים תקינים בהעדר "חוף-מבטחים" כזה, המהווה תנאי הכרחי כמעט למתן מענה לצרכים בסיסיים ביותר (כגון מנוחה, שינה, פרטיות וחיי משפחה) וכן לצרכים

זאת: "בית-משפט קמא דחה אפוא את טענותיו של המערער בדבר קיומם של סייגים לאחריותו הפלילית בשל אי-שפיות ובשל הגנה עצמית. עם זאת זיכה בית-המשפט את המערער מעבירת הרצח שהואשם בה, ותחתיה הרשיע אותו בעבירה של הריגה בקובעו כי העובדה שנמצאה סכין משוננת בסמוך לגופתו של שלמה, כמו גם פציעותיו של המערער, מעידות על מאבק כלשהו שהתנהל בין השניים, ומאבק זה מעורר ספק סביר לכך שהיה קנטור מצדו של שלמה כלפי המערער." ע"פ 8562/99 וענונו נ' מדינת ישראל, פ"ד נז(4) 759, 763 (2003). ניתן לשאול את שלושת שופטי בית-המשפט המחוזי ואת שלוש שופטות בית-המשפט העליון: האומנם דקירות בסכין משוננת יוצרות אך קנטור, המעבירנו מעברת הרצח אל עברת ההריגה, ואינן רלוונטיות לסייג ההגנה העצמית, עד כדי כך שהן אינן מצריכות דיון של ממש? במקרה אחר אנו מוצאים את התיאור הבא: "בית-המשפט המחוזי היה נכון להניח כי המערער פגע במנוח בסכיניו רק לאחר שהלה שלף את אקדחו וניסה לירות בו מטווח קרוב. לגירסת המערער כי המנוח ניסה לירות בו, אף נמצאו תימוכין בעובדה שליד גופת המנוח, שכאמור נפטר בביתו, נמצא אקדחו, כשבקנה האקדח תקוע כדור." אף-על-פי-כן נשלל מהמתגונן סייג ההגנה העצמית, משום שלהערכת בית-המשפט המתגונן צפה עימות עם התוקף, ובכל-זאת – ובהיותו מצויד בסכין – העז להיפגש עם התוקף: "בנסיבות שתוארו די בעצם כניסתו של המערער למכוניתו של המנוח כדי להעיד עליו כי הביא בהתנהגותו הפסולה לתקיפה." ע"פ 8554/00 זרבאילוב נ' מדינת ישראל, פ"ד נז(4) 913, 916–917 (2001). על הנאשם נגזר עונש כבד של עשר שנות מאסר, מהן שמונה בפועל. בית-המשפט העליון התייחס לחומרת העונש כך: "נראה כי בקביעת עונשו היה על בית-המשפט לייחס משקל לעובדה כי המערער פגע במנוח במטרה להיחלץ מניסיון המנוח להורגו... עונשו של המערער יועמד על שמונה שנות מאסר, שש מתוכן מאסר בפועל" – הרי לנו הגנה עצמית כנסיבה מקילה בלבד. אפשרות פרשנית נוספת: אם מפרשים את דרישת הסבירות הקבועה בס' 134 לחוק כמתייחסת לא רק לפרופורציה, אלא גם לנחיצות, ניתן להגיע למסקנה הפרשנית כי המבחן החדש שנקבע בס' 134, שלפיו ההגנה תישלל רק אם "המעשה היה לא סביר בעליל", נועד לרכז לא רק את דרישת הפרופורציה, אלא גם את דרישת הנחיצות.

73

בסיסיים פחות. לכן יש צורך בהגנה חזקה – גם בדרך של הגנה עצמית מוצדקת – על חסינות המעון, מעבר להגנה עליו כעל רכוש גרידא.

בחינה לאור רציונל ההגנה העצמית מלמדת כי כאשר התקיפה נעשית בבית המגורים, נוסף משקל משמעותי להצדקת ההגנה העצמית. ראשית, החדירה למעונו של אדם מהווה פלישה חמורה למרחב המחיה שלו, וככזו פוגעת כשלעצמה באוטונומיה שלו. שנית, יש גם אינטרס חברתי כללי בשמירת חסינותם של המגורים מפני חדירה, כדי שבני החברה ירגישו בטוחים לפחות בבתיהם.

בעבר ייחסו קדושה מיוחדת לבית המגורים. הבית נחשב ל"מבצרו" ("castle") של האדם, וההגנה עליו נתפסה כחשובה כהגנת החיים עצמם: "The house of every one is to him his castle and fortress" ⁷⁴ כיום מוצעים הסברים אחרים ליחס המיוחד אל בית המגורים, ⁷⁵ שניתן לקשור אותם אל רציונל ההגנה העצמית. שאלה נכבדה היא מהו היחס הראוי להגנה על בית המגורים. אין הכרח שיחס זה יבוא לידי ביטוי מפורש בחוק, אלא הוא עשוי לפעול להגמשת תנאי ההגנה העצמית בפסיקה במקרים קונקרטיים. כך מקובל בשיטות משפט רבות. ⁷⁶ במשפט האנגלו-אמריקאי יחס מיוחד זה בא לידי ביטוי בתנאי הפרופורציה והנסיגה. כך, מקובל – גם על התומכים בחובת נסיגה לפני הפעלת כוח-מגן קטלני – כי אין אדם חייב לסגת מביתו. ⁷⁷ ידועה בעניין זה אמרתו של השופט Cardozo שלפיה האדם "is under no duty to take to the fields and the highways, a fugitive from his own home" ⁷⁸. ניתן לבסס זאת הן על הפגיעה החמורה במיוחד באוטונומיה של אדם הנתקף בביתו שלו והן על הפגיעות הקשות במיוחד בסדר החברתי-המשפטי שיש בתקיפת אדם בביתו, מחד גיסא, ובחיוב הנתקף לסגת מביתו, מאידך גיסא.

ביטוי חשוב נוסף ליחס המיוחד אל בית המגורים הוא הגמשה מסוימת של דרישת הפרופורציה. עקרון הפרופורציה מחייב הגבלה משמעותית יותר של הכוח המוצדק להגנת רכוש בהשוואה לזה המוצדק להגנת הגוף, ובמיוחד הוא שולל שימוש בכוח-מגן קטלני במקרה של הגנת רכוש. אין לזנוח הבחנה חשובה זו כאשר התקיפה מתרחשת במגורי הנתקף. אומנם, הן אם התקיפה מכוונת נגד הגוף והן אם היא מכוונת נגד רכוש גרידא, בשני המקרים נוסף גם גורם משמעותי של הגנה על עצם חסינותו של המעון. כמו-כן, לעיתים קשה באופן מעשי להבחין בין תקיפת הגוף במגורים לבין תקיפת רכוש במגורים. אף-על-פי-כן נותרת בעינה החשיבות הרבה של הבחנה זו, שכן כאשר ההגנה על חסינות המעון נוספת על הגנת הרכוש, ההצדקה לכוח-המגן קטלני מזו הקיימת כאשר ההגנה על חסינות

74 סנג'רו, לעיל ה"ש 10, בעמ' 309.

75 שם.

76 שם, בעמ' 310.

77 החרגים לחריג זה לחובת הנסיגה הם המקרה שבו לנתקף יש אשמה קודמת בהיווצרות מצב האילוצין, והמקרה של עימות בין דרים במשותף.

78 *People v. Tomlins*, 213 N.Y. 240, 107 N.E. 496 (1914).

המעון נוספת על ההגנה על גופו של אדם. כך, אף שיש מקום להגמיש את דרישת הפרופורציה בשני המקרים – דהיינו, כל אימת שהתקיפה מתרחשת במגורים – ולהצדיק כוח-מגן גדול יותר בהשוואה לזה המוצדק כאשר בהגנה העצמית לא כרוכה גם הגנה על חסינות המעון, אין מקום להגמשה גדולה מדי, שתרוקן את דרישת הפרופורציה מתוכנה, ובמיוחד אין מקום להגמשה שתבוא לידי ביטוי בהצדקת כוח-מגן קטלני להגנת המגורים והרכוש שלא כרוכה בה גם הגנה על גופו של אדם.

במשפט האנגלו-אמריקאי לא אומצה גישה זו, וכוח-מגן קטלני להדיפת תקיפה במגורי הנתקף נחשב מוצדק גם בהעדר סכנה לגופו של אדם. גישה זו של המשפט האנגלו-אמריקאי קיימת הן במשפט המקובל,⁷⁹ הן בהצעות חוק⁸⁰ והן בכתבי המלומדים.⁸¹ כנגד זה ניתן למצוא גישת מיעוט שלפיה אין חשיבות של ממש למיקום התקיפה במגורי הנתקף, ואמת-המידה הבלעדית היא הסיווג להגנת הגוף מול הגנת רכוש.⁸² בתווך קיימת גישה נוספת, שלפיה את העובדה שהתקיפה נעשתה במגורי הנתקף יש להביא בחשבון בעת הערכת סבירות פעולתו של העושה.⁸³ גישה זו נכונה ורצויה, לדעתי, שכן שימוש בכוח-מגן קטלני אינו סביר בהעדר סכנה לגוף האדם.

שאלה נוספת, שיש לה חשיבות רבה גם לניתוח "חוק דרומי" שלנו, היא כיצד יש להגדיר את "בית המגורים". בהקשר זה יש להתייחס לשתי שאלות-משנה. הראשונה נוגעת בזכויותיו של הנתקף בבית מגוריו. מכיוון שהרציונל של היחס המיוחד לבית המגורים אינו רכוש-קנייני, אלא מבוסס על ראיית הבית כמקום מפלטו של האדם, ברור שאין חשיבות לטיב זכויותיו הרכושיות-הקנייניות של הנתקף בביתו. הוא עשוי להיות הבעלים, השוכר

79 ראו, למשל: GLANVILLE WILLIAMS, TEXTBOOK OF CRIMINAL LAW 519–520 (2nd ed. 1983); 1 WAYNE R. LA FAVE & A.W. SCOTT, SUBSTANTIVE CRIMINAL LAW 669 (St. Paul, Minn. 1986); ROLLIN M. PERKINS & RONALD N. BOYCE, CRIMINAL LAW 1150 (Mineola, N.Y., 3rd ed. 1982).

80 ראו ס' 3.06(3)(d)(I) להצעת החוק: The American Law Institute, *Model Penal Code* (Proposed Official Draft, Phil. 1962) (להלן: M.P.C.). כן ראו ס' 607(2)(c) להצעת החוק הפדרלית האמריקאית: The National Commission on Reform of Federal Criminal Laws, *Study Draft of a New Federal Criminal Code* (1970) (להלן: הצעת החוק הפדרלית האמריקאית) ואת דברי ההסבר לסעיף – שם, בעמ' 44. הסדר זה מהווה חריגה גסה מעקרון הפרופורציה.

81 ראו, למשל, PERKINS & BOYCE, לעיל ה"ש 79, בעמ' 1148 ואילך.

82 Andrew J. Ashworth, *Self-Defence and the Right to Life*, 32 CAMB. L.J. 282, 294 (1975).

83 ראו את דברי ההסבר לס' 3(12) שבעמ' 38 להצעת החוק הקנדית: LAW REFORM COMMISSION OF CANADA, REPORT ON RECODIFYING CRIMINAL LAW (rev. & enl. ed. 1987). המנסחים מבהירים שם כי הם לא קבעו כלל נפרד לבית המגורים, אלא יש לשקלל לדעתם גורם זה בהערכת סבירותו של כוח-המגן. מכיוון שס' 3(12) להצעה זו, העוסק בהגנת מקרקעין, שולל במפורש כוח קטלני, נשלל השימוש בכוח קטלני שלא להגנת גוף האדם. שלילה זו רצויה מאוד, לדעתי.

ואפילו אורח נטה ללון, ובלבד שהבית אכן משמש לו מעון מגוריו.⁸⁴ ברוח זו הוגדר ב- Model Penal Code האמריקאי המונח "dwelling" בהגדרה רחבה, המקיפה גם מבנה נייד או זמני המשמש באותו זמן כביתו או כמקום התאכסנותו של העושה, ובדברי ההסבר ניתנת אפילו הדוגמה של אורח במלון.⁸⁵

שאלה שנייה נוגעת בהרחבות החורגות מתחום בית המגורים גופא. הרחבה אחת היא לסביבותיו הקרובות של הבית, כגון הגן או החצר. ביין הביע את דעתו כי הרחבה כזו הינה הגיונית, "מאחר והרגשת הביטחון המיוחדת שיש לאדם בביתו, ושהחברה מוכנה להתחשב בה, מתפשטת גם על הסביבות המיידיות של הבית".⁸⁶ במשפט האנגלו-אמריקאי מקובלת מאוד הרחבה כזו.⁸⁷ לדעתי, יש להבחין בין בית המגורים עצמו לבין סביבותיו הקרובות: למיקום התקיפה בסביבת הבית יש לייחס חשיבות קטנה יחסית, ואילו למיקום התקיפה בתוככי בית המגורים עצמו יש לייחס חשיבות גדולה יחסית. הבחנה זו מבוססת הן על ההערכה כי סביבותיו של הבית אינן ממלאות בדרך-כלל, לפחות לא באותה מידה, את הפונקציה החשובה שבית המגורים ממלא בדרך-כלל – חוץ-מבטחים המעניק ביטחון, שלוה ופרטיות – והן על האפשרות לסגת אל תוך בית המגורים.

הרחבה מקובלת אחרת מתייחסת למקום עבודתו של הנתקף. הרחבה כזו מקובלת מאוד בארצות-הברית – הן במשפט האמריקאי המצוי והן בהצעות החוק האמריקאיות.⁸⁸ סבורני כי בעוד היחס המיוחד לבית המגורים הוא מובן ורצוי, בהיותו נגזר משיפוט ערכי המלווה סנטימנטים חזקים מאוד, הבסיס למתן יחס זהה או דומה למקום העבודה הוא מפוקפק למדי, שהרי מקום העבודה אינו ממלא אותה פונקציה מיוחדת שמקום המגורים ממלא. אפילו נקבל שיש להביא בחשבון מיקום כזה של התקיפה (מקום עבודתו של הנתקף), אין

84 דן ביין "חובת הנסיגה בהגנה בפני התקפה" הפרקליט כג 221, 234 (1966) (להלן: ביין "חובת הנסיגה בהגנה בפני התקפה"); דן ביין "ההגנה על חסינות המעון במשפטנו הפלילי" משפטים א 519, 520 (1968).

85 ראו ס' 3.11(3) ודברי ההסבר שבעמ' 40 ל-M.P.C., לעיל ה"ש 80. הגדרה דומה מצויה בס' 619(d) להצעת החוק הפדרלית האמריקאית, לעיל ה"ש 80. ראו גם ס' 619(c) להצעה זו (הגדרת "premises").

86 ביין "חובת הנסיגה בהגנה בפני התקפה", לעיל ה"ש 84, בעמ' 234.

87 ראו, למשל, PERKINS & BOYCE, לעיל ה"ש 79, בעמ' 1134 ואילך; 40 AMERICAN JURISPRUDENCE 638 ff. (Rochester, N.Y., San Francisco, Calif., 2nd ed. 1999).

88 AMERICAN JURISPRUDENCE, שם, בעמ' 639; JEROME HALL, R. FORCE & B.J. GEORGE, CRIMINAL LAW: CASES AND READINGS 441 (Charlottesville, Virginia, 4th ed. 1983); 3.04(2)(b)(II)(1) ודברי ההסבר שבעמ' 25 ל-M.P.C., לעיל ה"ש 80; ס' 607(2)(b)(II) ודברי ההסבר שבעמ' 44 להצעת החוק הפדרלית האמריקאית, לעיל ה"ש 80, וכן ס' 619(c) להצעה זו (הגדרת "premises").

כוחו של נתון זה ככוחו של נתון בדבר מיקום התקיפה בבית מגוריו של הנתקף.⁸⁹ בסופו של דבר, אם נידרש לביטוי המובהק של היחס המיוחד לבית המגורים – שלילת חובת הנסיגה (בעיקר לפני הפעלת כוח-מגן קטלני) – אזי הרחבות-יתר של חריג זה, הכוללות גם את מקום העבודה, ולעיתים אפילו כל מקום שיש לנתקף זכות חוקית להימצא בו (!), מובילות לריקון חובת הנסיגה מתוכנה, ומותירות רק מס-שפתיים לחובה זו.

ה. החוק החדש

בתיקון מס' 98 לחוק העונשין, אשר נחקק בשנת תשס"ח, הוסף לצד סעיף 34, המסדיר את סייג ההגנה העצמית, סעיף חדש המגדיר סייג חדש לאחריות פלילית:

134. הגנת בית מגורים, בית עסק ומשק חקלאי מגודר

(א) לא יישא אדם באחריות פלילית למעשה שהיה דרוש באופן מיידי כדי להדוף מי שמתפרץ או נכנס לבית המגורים, בית העסק או המשק החקלאי המגודר, שלו או של זולתו, בכוונה לבצע עבירה, או מי שמנסה להתפרץ או להיכנס כאמור.

(ב) הוראת סעיף קטן (א) לא תחול אם –

(1) המעשה היה לא סביר בעליל, בנסיבות העניין, לשם הדיפת המתפרץ או הנכנס;

(2) האדם הביא בהתנהגותו הפסולה להתפרצות או לכניסה תוך שהוא צופה מראש את אפשרות התפתחות הדברים.

(ג) לעניין סעיף זה, "משק חקלאי" – לרבות שטח מרעה ושטח המשמש לאחסון ציוד וכלי רכב במשק חקלאי.

אין חולק שהיוזמה של כמה חברי-כנסת, אשר טרחו והכינו כמה הצעות חוק שונות בעניין זה, באה בעקבות המקרה של שי דרומי – החקלאי שהדף פריצה לילית של חבורה אל חוותו באמצעות ירי קטלני. האם החקיקה החדשה הייתה נחוצה כדי לאפשר זיכוי של חקלאי המגן על רכושו ותוך כדי כך מוצא את עצמו בסכנה לגופו? אם מתעלמים מיחסה הלא-אוהד של הפסיקה הישראלית כלפי סייג ההגנה העצמית, כפי שהודגם לעיל, נראה כי ניתן

89 לעמדות דומות ראו LA FAVE & SCOTT, לעיל ה"ש 79, בעמ' 639; P.D.W. Heberling, *Justification: The Impact of the Model Penal Code on Statutory Reform*, 75 COLUM. L. REV. 914, 939 (1975); ביין "חובת הנסיגה בהגנה בפני התקפה", לעיל ה"ש 84, בעמ' 234.

להגיע לתוצאות צודקות במקרים של חקלאי המפעיל כוח נחוץ וסביר על-מנת להדוף פורצים גם על בסיס ההסדר הבסיסי של ההגנה העצמית, הקבוע בסעיף 34 לחוק העונשין: ראשית, אם החקלאי מצוי בסכנה לחייו או לגופו, גם כוח-מגן קטלני יהיה מוצדק. שנית, גם אם האירוע מתחיל כהגנה על רכוש בכוח סביר (לא קטלני), ובמהלכו נוצרת סכנה לחייו או לגופו של החקלאי המתגונן (כגון אם הפורץ מפעיל כוח קטלני), מותר לחקלאי להפעיל כוח-מגן קטלני גם לפי הדין הקיים, ואין לראות בפעולתו הראשונה "התנהגות פסולה", כלשון סעיף 34 סיפא לחוק העונשין. שלישית, גם אם החקלאי אינו מצוי מבחינה אובייקטיבית בסכנה משמעותית, אך סובר בטעות שהוא בסכנה, כוח-המגן שיפעיל לא יהיה אומנם מוצדק (justified), אך החקלאי יהיה פטור (excused) ולא יישא באחריות פלילית (סעיף 34 לחוק העונשין – "טעות במצב דברים"⁹⁰).

רביעית, גם אם החקלאי חרג מתנאיו של סייג ההגנה העצמית והפעיל כוח-מגן מופרז ("excessive self-defense"),⁹¹ יש להקל בעונשו (אם כי הדבר אינו קבוע במפורש בחוק).⁹² ובכל-זאת, לנוכח יחסה העוין של הפסיקה הישראלית להגנה העצמית, ייתכן מאוד שהמגמה של החקיקה החדשה הייתה דווקא רצויה – אם כי לא בהכרח גם הביצוע. החוק החדש אינו מסתפק בפתרון המשפטי שמציע הסעיף הראשי המסדיר את ההגנה העצמית – 34 – אלא מרחיב את סייג ההגנה העצמית ומקל בתנאים להפעלת כוח-מגן כאשר מדובר בבית מגורים או במשק חקלאי או בבית עסק. כריכתם יחדיו של בית המגורים עם המשק

90 "העושה מעשה בדמותו מצב דברים שאינו קיים, לא יישא באחריות פלילית אלא במידה שהיה נושא בה אילו היה המצב לאמיתו כפי שדימה אותו."

91 סנג'ור, לעיל ה"ש 10, בעמ' 340 ואילך.

92 יצוין כי הוראה המסמיכה את השופט – אפילו לנוכח עברה עם עונש-חובה – להקל בעונשו של מי שפעל במטרה להתגונן או להגן, אך חרג מתנאיו של סייג ההגנה העצמית הקבועים בחוק, הופיעה בזמנו בהגדרה של סייג ההגנה העצמית שנקבעה בתיקון מס' 37 לחוק העונשין: "22ג. עונש מופחת – עבר אדם עבירה שדינה עונש חובה, רשאי בית המשפט להטיל עליו עונש קל ממנו בכל אחת מאלה: (1) אם נהג כפי שנהג בתנאים האמורים בסעיף 22, אולם חרג מן הסביר בנסיבות הענין לשם מניעת הפגיעה". הוראה זו הייתה בתוקף במשך כשנתיים בלבד, עד לחקיקתו של תיקון מס' 39 המקיף לחוק העונשין. באופן דומה, ס' 300א לחוק העונשין קובע (גם כיום) "עונש מופחת" לעברת הרצח בהקשר של הגנה עצמית: "על אף האמור בסעיף 300, ניתן להטיל עונש קל מהקבוע בו, אם נעברה העבירה באחד מאלה: ... (ב) במצב שבו מעשהו של הנאשם חרג במידה מועטה, בנסיבות הענין, מתחום הסבירות הנדרשת לפי סעיף 34טו לשם תחולת הסייג של הגנה עצמית, צורך או כורח לפי סעיפים 34, 34א, 34ב." היה ראוי לקבוע הוראה כללית יותר, שתחול לא רק על עברת הרצח ולא רק על עונש-חובה, אלא תנחה את השופטים להקל בעונש לנוכח הגנה עצמית תוך חריגה מהתנאים, שהרי אין זה מוצדק לנהוג כמי שפעל במטרה להתגונן או להגן כבמי שעבר את העברה ללא מטרה כזו, קרי, כבפושע מן השורה. נוסף על כך, לא רצוי להגביל את החריגה הרלוונטית לחריגה מתנאי הסבירות (פרופורציה); גם חריגה מתנאים אחרים של ההגנה העצמית – כגון הנחיצות, המיידיות והנסיגה – היא רלוונטית מאוד.

החקלאי ובית העסק אינה רצויה, משום שלבית המגורים יש מעמד מיוחד. שם אין מדובר ברכוש בלבד, אלא בחוף-המבטחים של האדם, וההגנה היא ספק על רכוש ספק על הגוף. החשיבות המיוחדת של ההגנה על חסינותו של מעון המגורים אינה קיימת ביחס למשק חקלאי או לבית עסק.⁹³ למעשה, מקורה של חקיקה זו הוא בניסיון של כמה חברי-כנסת למצוא פתרון למקרה של שי דרומי. בהתאם לכך התייחסו הצעות החוק הראשונות לבית המגורים ולמשק החקלאי בנשימה אחת. בעת הדיון בהן בוועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת הצעתי לא לכרוך את המשק החקלאי עם בית המגורים. ראשית, הרציונל הנוסף של חוף-המבטחים של האדם קיים ביחס לבית המגורים, אך לא ביחס למשק חקלאי.⁹⁴ שנית, זוהי חקיקה קזואליסטית מאוד: מדוע למקד את ההגנה דווקא במשק חקלאי? מהו ההבדל הרלוונטי בין משק חקלאי לבין מפעל או חנות או קיוסק? קו פרשת-המים אינו עובר בין משק חקלאי לבין מפעל, חנות או קיוסק, אלא בין חיים וגוף לבין רכוש בלבד. נוסף על כך, שלוש מארבע הצעות החוק הפרטיות שנדונו בוועדה ויתרו לחלוטין על עקרון הפרופורציה, שעליו אסור לחברה תרבותית לוותר.⁹⁵

הצעת החוק הממשלתית,⁹⁶ שבאה לאחר-מכן ובעקבות לקחי אותו דיון, כללה שני נוסחים חלופיים. גרסה א – שלא נחקקה – הסתפקה בקביעת חזקה של סכנה מוחשית לפגיעה בחיים או בגוף לנוכח התפרצות לבית מגורים; בקביעה מפורשת שאין חובה לסגת מן הבית; ובחיוב בית-המשפט להקל בעונשו של מי שחרג מעט מתחום הסבירות ובהסמכתו לפוטרו מאחריות. גרסה ב – שנבחרה – כללה שתי הגנות חדשות, עם הוראות נבדלות: "הגנת בית מגורים" ו"הגנת בית עסק ומשק חקלאי". בסופו של דבר אוחדו שתי ההגנות לכלל הגנה אחת – "הגנת בית מגורים, בית עסק ומשק חקלאי מגודר", הקבועה כיום בחוק כסעיף 134.

התוספת של התייחסות גם לבית עסק מקהה אומנם את הביקורת על הקזואליסטיקה הבלתי-מוצדקת שבהתייחסות למשק חקלאי, אך אינה מתמודדת עם הביקורת על כריכת בית המגורים עם המשק החקלאי (ועם בית העסק). כאמור, קו פרשת-המים צריך לעבור בין החיים והגוף לבין הרכוש. אם מעוניינים לקבוע הגנה מיוחדת על בית המגורים – חקיקה שיש בה טעם לנוכח הרציונל להצדקת ההגנה העצמית⁹⁷ – אזי הוספת בית העסק והמשק

93 ראו את הדיון המפורט בהגנה על בית המגורים לעיל בפרק ד.

94 באשר למקרה המיוחד של שי דרומי – מכיוון שהוא לן בדיר שבחווותו, יש אולי טעם לראות בפריצה אל המשק החקלאי פריצה אל חצר בית מגורים.

95 ראו פרוטוקול מס' 256 משיבת ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-17, 1, 21–26 (11.7.2007).

96 הצעת חוק העונשין (תיקון מס' 99) (הגנה עצמית), התשס"ח-2008, ה"ח 208.

97 ראו פרק ד לעיל.

החקלאי⁹⁸ המגודר היא בבחינת "תפסת מרובה – לא תפסת". כאשר מגדילים מדי את קבוצת-ההתייחסות, המכנה המשותף יורד פלאים. למעשה, לנוכח הרחבה זו נראה שמה שנחקק כיוצא-מן-הכלל צפוי להיות בעתיד הכלל: ייתכן מאוד שסעיף החוק הראשי המסדיר את ההגנה העצמית – 34 – ייהפך במציאות למשני, ואת הבכורה יתפוס הסעיף החדש – 134 – שהרי רבות מהתקיפות, ואולי אף רובן, מתרחשות בבית המגורים או בבית העסק או במשק החקלאי המגודר.

החוק החדש משמר את דרישות-היסוד של נחיצות, מיידיות ומטרה להתגונן, אך ממתן את דרישת הפרופורציה, בקובעו שסייג ההגנה העצמית לא יחול רק אם "המעשה היה לא סביר בעליל, בנסיבות העניין, לשם הדיפת המתפרץ או הנכנס". ניסוח זה רצוי לדעתי באשר לסייג ההגנה העצמית בכללותו, והיה אפשר לשלבו בסעיף 34. כיום שופטים רבים סוברים בטעות כי הפעלת סייג ההגנה העצמית היא בגדר חסד שהם עושים עם הנאשם, ולפיכך הם דורשים שקילות בין הסכנה שבה הוא נתון (הנזק הצפוי לו אם לא יתגונן, אשר לעיתים קרובות אינו ידוע ולכן נוטים למעט בהערכתו) לבין כוח-המגן ותוצאותיו הצפויות (אשר לעיתים קרובות מזוהות עם הנזק שנגרם בפועל לתוקף, משום שהוא ידוע, וזאת גם אם נזק זה לא היה צפוי). אך חשוב להדגיש שאין כאן שוויון. התוקף הוא האשם במצב שנוצר. תקיפתו, המלווה אשמה, פוגעת הן באוטונומיה של הנתקף והן בסדר החברתי-המשפטי. לכן ניתן וצריך להצדיק כוח-מגן גדול מזה שהפעיל התוקף, ולא נדרשת שקילות מוחלטת. כך, למשל, מובן שמוצדק להפעיל כוח-מגן קטלני נגד אנס לשם מניעת אונס. עם זאת, בחברה תרבותית מוכרחים לדרוש פרופורציה כלשהי, יחס הולם כלשהו. לכן, במיוחד אם קובעים בחוק נוסחה גמישה השוללת רק כוח שהוא מחוץ לכל פרופורציה ("המעשה היה לא סביר בעליל"), הכרחי להוסיף ולקבוע בחוק במפורש כי כוח-מגן קטלני עשוי להיות מוצדק רק להגנת החיים, להגנת שלמות הגוף, להגנת החירות ולמניעת אונס, וכי הוא אינו מוצדק לשם הגנת רכוש גרידא. העדר הבהרה קטגורית כזו הוא ליקוי יסודי בחוק החדש, באשר פרשנות מוטעית של החוק עלולה לכרסם בדרישת הפרופורציה עד כדי איונה.

להשלמת התמונה אתייחס בקצרה לאפשרות פרשנית נוספת: אם מפרשים את דרישת הסבירות הקבועה בסעיף 34 לחוק כמתייחסת לא רק לפרופורציה, אלא גם לנחיצות (פרשנות שאיני תומך בה, אך קיימת כאמור בפסיקה), ניתן להגיע למסקנה הפרשנית הנוספת כי המבחן החדש שנקבע בסעיף 134, שלפיו ההגנה תישלל רק אם "המעשה היה לא סביר בעליל", נועד לרכז לא רק את דרישת הפרופורציה, אלא גם את דרישת הנחיצות (שהרי גם המחוקק בוודאי ידע ששופטים כוללים לעיתים במונח "סבירות" לא רק

98 במאמר מוסגר יצוין כי ההרחבה שבהגדרת "משק חקלאי" בחוק – "לרבות שטח מרעה ושטח המשמש לאחסון ציוד וכלי רכב במשק חקלאי" גובלת בגיחוך לנוכח התרחקותה מהרציונל למתן הגנה מיוחדת על הבית.

פרופורציה, אלא גם נחיצות). מבחינה תיאורטית צרופה אין להתלהב מפרשנות כזו. המקומות להגמשת התנאי האובייקטיבי בדבר נחיצותו של כוח-המגן הם במסגרת הפטור של ההגנה העצמית המדומה במקרה של טעות בהערכת המצב או במסגרת הסדר של הקלה משמעותית בעונש במקרה של הגנה עצמית בחריגה מהתנאים ("excessive self-defense"). אלא שלנוכח יחסה ה"קמציני" בעליל של הפסיקה הישראלית להגנה העצמית, לא בהכרח תהיה התוצאה הסופית של פרשנות כזו רעה. הצעה מפורטת להסדרת ההגנה העצמית בחוק תובא להלן בנספח למאמר. קודם לכן נעייין בפסק-הדין בפרשת דרומי – פרשה אשר לא רק הניעה את גלגלי החקיקה, אלא שבה גם הופעל החוק החדש לראשונה.

1. פסק-הדין בפרשת דרומי

1. כללי

כפי שניווכח מייד, כל אחד משלושת השופטים שישבו בדיון ראה את הדברים אחרת וכתב פסק-דין שונה: השופטת רחל ברקאי סברה כי דרומי פעל בהתאם לתנאיו של סייג ההגנה העצמית במתכונתו החדשה – "הגנת בית מגורים, בית עסק ומשק חקלאי מגודר"; השופט פלפל הצטרף אומנם למסקנתה של השופטת, אך למעשה – כפי שניווכח להלן – הנמקתו אינה במונחים של צידוק של הגנה עצמית, אלא במונחים של פטור של הגנה עצמית מדומה; ואילו השופט אריאל ואגו סבר כי חרף חקיקתו של הסייג החדש, יש להרשיע את הנאשם בעברת ההריגה ובעבירה של חבלה בכוונה מחמירה (נוסף על הרשעתו בהחזקת נשק שלא כדין – המשותפת לכל השופטים). תוך כדי עיון בשלושת פסקי-הדין השונים כל-כך, נוכל אולי להעריך את הצורך בחוק החדש ואת השינוי שהוא יצר. תחילה יובאו עובדות המקרה.

2. עובדות המקרה

בפתח פסק-הדין מתוארות עובדות המקרה הבסיסיות כך:

הרקע

כנגד הנאשם הוגש כתב אישום המייחס לו עבירת הריגה, לפי סעיף 298 לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: "חוק העונשין"), עבירה של חבלה בכוונה מחמירה, לפי סעיף 329(א)(1) לחוק העונשין ועבירות בנשק (החזקה ונשיאה), לפי סעיף 144(א)(ב) לחוק העונשין...

...כתב האישום מיחס לנאשם, כי בתאריך 13.1.07, בשעה 03:00 או בסמוך לכך, התעורר הוא משנתו, בעת שישן בחדר שבדיר הכבשים הנמצא בתוך

מתחם מגודר שבחווה, לשמע נביחות כלבו. או אז, יצא מחדרו הסתכל סביב, כשהוא נעזר בפנס שהיה עימו ומשלא מצא דבר חזר לחדרו. דקות ספורות לאחר מכן, לשמע נביחות חוזרות של כלבו, יצא שוב הנאשם מחדרו כשהוא מצויד ברובה שהיה טעון ודרוך.

בחדר הדיר, הבחין בכלבו המתנהג בצורה מוזרה כשהוא נופל לאחור ומיד לאחר מכן, פנה הנאשם אל מעבר לגדר המקיפה את המתחם והחל בסריקת המתחם מסביב עד שהגיע לשער הכניסה לחווה. על גבי שער הכניסה הבחין הנאשם במספרי ברזל התלויים על המנעול והדבר עורר את חשדו כי באזור נמצאים אנשים המבקשים לפרוץ לדיר. הנאשם החליט להסתתר מאחורי מכולה, בה ישנו באותה עת נערים שעבדו עימו בחווה, הממוקמת בצמוד לשער הכניסה ולהמתין לבאות.⁹⁹

כפי שלמד בית-המשפט מכתב האיטום שהוגש נגד אחד הפורצים:

מרבית העובדות בפרשה זו אינן שנויות במחלוקת. כך אין חולק כי במקביל להגשת כתב האיטום הנדון הוגש כתב איטום כנגד איוב הואשלה (תפ 1493/07 (שלום באר שבע) – 1/נ [פורסם בנבו]), בגין עבירה של קשירת קשר לביצוע פשע, ניסיון לגנוב בקר ומקנה, החזקת מכשיר לביצוע פשע והריגה או היזק לבעל חיים. על פי עובדות כתב האיטום יוחס לאיוב כי יחד עם המנוח ועוד שניים אחרים קשרו הם קשר להתגנב לחוותו של הנאשם כאן (להלן: "דרומי"), להרעיל את כלב השמירה ולגנוב את עדר הצאן שבחווה. בהתאם, יוחס להם כי כדי לקדם את הקשר האמור הצטיידו הם בכלי פריצה לחיתוך מנעולים וכן ברעל וכאשר הגיעו לחווה הרעילו את הכלב שהיה במקום, שברו את המנעול בשער הכניסה לדיר שבחווה, באמצעות כלי פריצה, בניסיון לגנוב את עדר הצאן שבדיר. מזימתם זו נקטעה עת הגיע דרומי למקום וירה מספר יריות אשר גרמו לפציעתו של איוב ולמותו של המנוח.¹⁰⁰

בהמשך פסק-הדין נאמר כך:

סיכום ממצאים וקביעות עובדתיות

אציין כי עדותו של הנאשם בכללותה נמצאה מהימנה עלי. המדובר בחקלאי חרוץ ונחוש אשר בחר להתיישב בחבל ארץ מדברי יפה זה אך, קשה הן

99 פרשת דרומי, לעיל ה"ש 5, בעמ' 2–3.

100 שם, בעמ' 4.

מבחינה גיאוגרפית אקלימית והן מבחינת הסביבה האנושית המקיפה חבל ארץ זה. כך מצא עצמו הנאשם, כמו גם שכניו החוואים באזור, חשופים למכת אלימות של פורעים – פורצים ושוודדים – המנצלים את חשכת הליל ואת בדידותן וריחוקן של החוות החקלאיות ממרכזי אוכלוסין ובוזזים את רכושם של אותם חקלאים המבקשים לקיים עצמם בכבוד מעמל כפיהם, מכת אלימות עמה נדרש הנאשם להתמודד לאורך השנים.

הנאשם נדרש להתמודד אפוא לא רק עם פגעי הטבע כי אם גם עם יצרו הרע של טבע האדם, של אותם פורעים אשר ביקשו לגזול ולבזוז את רכושו. אין ספק כי חוסנו הנפשי וחזונו ההתיישבותי הם אלה אשר החזיקו אותו וממשיכים להחזיק אותו במקום. אחרים, כדוגמת אותו רועה צאן שעבד עימו ואשר עזב את החווה לאחר שנחשף לאירוע אלימות, היו מוותרים ונוטשים את המקום.

ואכן, כעולה מן העדויות והממצאים אשר נמצאו בזירת האירוע סבל הנאשם מאירועי ביזה וגניבות קשים. אירועים בהם לא בחלו הפורצים אף לפגוע בחיי כלביו, אשר הוחזקו כאמצעי הרתעה, בדרך אכזרית ביותר והיא הרעלתם למוות והכול כדי להשתיקם ולקדם את מטרתם הנלווה והיא גניבת רכושו. כך, כחודש עובר לאירוע הנדון הורעלו למוות חמשת כלביו של הנאשם וכך גם בליל האירוע הנדון בו הורעל למוות כלבו יחידו, על מנת לקדם את הפריצה לחצריו ללא מפריע.

אלא, שהפעם חיכה להם הנאשם, אשר צפה את הגעתם, לאור ניסיונות הפריצה לחווה ימים ספורים קודם לכן, כשהוא ערוך ומוכן להתמודד עימם בניסיון להגן על רכושו.

לכל אלה התווספה תחושת אוזלת ידה של הרשות האוכפת והצורך המיידית הטבעי והקיומי שגילה הנאשם כדי להגן על רכושו-קניינו. כאן, באותו חסר בנוכחותה ויכולתה של המדינה להגן על רכושו נדרש הוא לעשות מעשה ולהגן על קניינו.

משהתעורר לשמע קולות נביחה מוזרים של כלבו, אשר התנהגותו המוזרה עוררה את חשדו כי הורעל ומשיצא ונוכח במספרי הברזל התלויים על מנעול שער הדיר והבין כי הפורצים בסביבה וכי סביר להניח כי יחזור להשלים את מלאכתם, התחבא הנאשם מאחורי הטרקטור שעמד בסמוך למכולה, ליד שער הדיר וכאשר שמע את קול ניפוץ המנעול יצא ממקום מחבואו, רץ לכיוון השער ועמד עם רובה בידו אל מול ארבעת הדמויות – רעולות הפנים – כשהוא צועק לעברם ומנסה לבצע ירי באוויר, על מנת להבריחם.

גרסת הנאשם כי לא הצליח לבצע את הירי באוויר, כפי שביקש לעשות, עקב מעצור בנשק וכי רק לאחר שהוריד את נשקו וכיוון את הקנה ארצה בניסיון לבצע ירי נפלט כדור אחד, נמצאה מהימנה עלי. כך גם באשר לגרסתו כי לשמע קריאתו הסתובבו כל הארבעה בצעקה לעברו כשאחד מהם אחז בידיו את מספרי הברזל. חיזוק לדברי הנאשם בנקודה זו נמצא בעובדה שמספרים אלו נמצאו בזירה מונחים על הקרקע בסמוך לשער, במסלול הימלטות הפורצים.

כך גם סבורה אני כי ברגע זה של עימות עם הפורצים נשקפה סכנה ממשית ומוחשית לחייו של הנאשם. אמנם, לא נמצא הנאשם במצב של תקיפה ישירה כלפיו אך בנסיבות בהן נוכח לדעת כי הוא נדרש להתמודד לבדו אל מול ארבעה פורצים, כשאחד מהם אוחז במספרי הברזל בידיו ומבלי לדעת במה אוחזים האחרים באמתחתם, כששניים מהם עוטים כאפיות לראשם וצועקים לעברו ובהתחשב באירועים אלימים קודמים שחווה ואשר אירעו בסביבתו, הרי שהן ברמה הסובייקטיבית והן ברמה האובייקטיבית יש לקבוע כי אכן היה הוא במצב של סכנה מיידית אפשרית לחייו. אפשרות ממשית אותה המאשימה לא סתרה.¹⁰¹

עובדות רלוונטיות נוספות – לרבות האפשרות שבעת הירי כבר היו הפורצים בנסיגה – יובאו מייד תוך דיון בפסק-הדין של השופטת ברקאי.

3. צידוק של הגנה עצמית – פסק-הדין של השופטת ברקאי (עמדת הרוב)

השופטת ברקאי, אשר כתבה את חוות-הדעת הראשונה והמרכזית, שנהפכה להכרעת הרוב בעקבות הסכמתו של השופט פלפל, מנתחת באופן מפורט את תנאיו השונים של סייג ההגנה העצמית החדש – סעיף 134 "הגנת בית מגורים, בית עסק ומשק חקלאי מגודר" – ומגיעה למסקנה כי הסייג התגבש ולפיכך יש לזכות את הנאשם מעבדות ההריגה והחבלה בכוונה מחמירה. עם זאת, בתיאור העובדות שהיא מביאה יש גם חלקים המתיישבים טוב יותר עם פטור של הגנה עצמית מדומה מאשר עם צידוק של הגנה עצמית:

לאור כל האמור לעיל, ראיתי לנכון לקבוע כי ירי ראשון ביצע הנאשם לכיוון הקרקע והמשכו של הירי, של כל חמשת הקליעים הנוספים בוצע לא בניצב לשער, אל עבר הפורצים אשר פנו אליו, כפי שטען תחילה, כי אם במקביל לקו השער והגדר, לכיוון דרום, כיוון בריחתם של הפורצים, כשהנפגעים

101 שם, בעמ' 46–47 (פס' 16) (ההדגשה במקור).

החלו במנוסה ואף תוך כדי תנועה קלה, של צעד שניים, אחריהם. כן נמצא כי הנאשם ירה ששה כדורים מתוכם חמישה קליעים פגעו בנפגעים – פגיעה אחת בירך של המנוח וכל השאר בפלג גופם העליון של הנפגעים, מאמצע הגב ועד מעל לישבן כשהירי בוצע ממרחק של לפחות מעל 2 מטר...

אשר לרצף הירי מהימנה עלי גרסתו של הנאשם כי ביצע ירי רציף של ששת הקליעים, האחד אל הקרקע ויתר החמישה לעברם של הפורצים וכי בלחץ האירוע והאימה שאחזה בו הכל היה מבחינתו כהרף עין...

מן האמור לעיל, ניתן להסיק כי משך האירוע, מרגע המפגש של הנאשם עם חבורת הפורצים, ליד שער החצר, ועד סיום הירי ארך שניות בודדות. היו אלה שניות בהן היה הנאשם אחוז אימה ופחד כשהוא מבין, לאחר שכשל לירות באויר, כי חייו בסכנה מיידית לנוכח ארבעת הפורצים הניצבים מולו, כשבידי לפחות אחד מהם מצוי כלי נשק – מספרי ברזל – וכי לשמע קריאתו פנו אליו כולם, ולנוכח ניסיון העבר שלו עם פריצות אלימות שארעו בחווה ובסביבתה.

או אז, הפנה את הרובה שלו אל הקרקע, נפלטה יריה ובהמשכה, באותו רצף ירי, הרים את הרובה וכשהוא סבור שהסכנה עוד קיימת, המשיך בירי רציף של עוד 5 קליעים, ירי אשר אין לפסול לגביו את האפשרות כי נעשה "בצרור" וגם אם נעשה ב"בודדות" ארך פחות משניה וחצי, כ-1.38 שניות בלבד.¹⁰²

נראה כי השופט נעה בין צידוק של הגנה עצמית לבין פטור של הגנה עצמית מדומה, המבוסס על טעות של העושה, ובוחרת בצידוק. ברור שהשופט סבורה כי בשלב מסוים (לרבות בעת הירייה הראשונה) אכן ניצב דרומי בפני סכנה מיידית לחייו או לגופו, אולם קשה להעריך על-סמך התיאורים העובדתיים שבפסק-הדין אם הייתה עדיין סכנה בשלב הירי בפורצים או שמא היה רק דמיון של סכנה. אפשרות שלישית – אף אם כבר לא הייתה סכנה אובייקטיבית (המוליכה לצידוק) וגם לא היה דמיון שגוי של סכנה (המוליך לפטור), מדובר עדיין בהגנה עצמית, אם כי בחריגה מן התנאים ("excessive self-defense"), וזו מחייבת הקלה משמעותית בעונש.¹⁰³

להתלבטות בין צידוק של הגנה עצמית ממשית לבין פטור של הגנה עצמית מדומה נשוב כאשר נעיין בפסק-הדין של השופט פלפל. קודם לכן ברצוני להתייחס לכמה קביעות נוספות

102 שם, בעמ' 49–50 (פס' 16) (ההדגשות במקור).

103 ראו לעיל ה"ש 91 והטקסט המפנה אליה.

בפסק־הדין של השופטת ברקאי. מכיוון שמדובר בפסק־הדין הראשון שניתן בהתאם לחוק החדש, חשוב להעמיד דברים על דיוקם בטרם ישתרשו טעויות בפסיקה. אמירה מעניינת אחת היא הפרשנות הניתנת לחוק החדש:

על פי ההגנה החדשה החלה בנדון, עת הורד רף "מבחן הסבירות" לרף נמוך יותר והוא מבחן ה"בלתי סביר בעליל", גילה בכך המחוקק דעתו כי יש להעביר את נקודת האיזון במדד האיזונים לטובת נסיבותיו הסובייקטיביות של המתגונן בעת האירוע.

במילים אחרות, אם גבולותיה של "הסבירות הרגילה" נקבעים על סמך המבחן האובייקטיבי אותו מתווה בית המשפט תוך התחשבות בנסיבות הקונקרטיות של המקרה, שבגדרן נותן הוא את הדעת למצב הלחץ והמצוקה שבו נתון המותקף, אך מבלי להתחשב בתחושות הסובייקטיביות של המותקף כפי שתרגם את הסכנה בפניה עמד (ראה ע"פ 4785/90 ג'ברין נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(5) 221, 228), הרי שמבחן "הבלתי סביר בעליל", הגם שאף הוא גבולותיו נקבעים בכלים אובייקטיביים, על ידי בית המשפט, תוסט נקודת האיזון וינתן משקל משמעותי יותר לנסיבות הסובייקטיביות בהן מצא עצמו המותקף במהלך האירוע.

כך, יכול שימצא כי על פי מבחן הסבירות הרגיל לא תוכר פעולת ההגנה של המותקף כפעולה סבירה אולם, על פי המבחן החדש לא יראו בה כבלתי סבירה בעליל.¹⁰⁴

פרשנות זו לחוק החדש אינה נכונה. דרישת הפרופורציה הייתה ונותרה דרישה אובייקטיבית לחלוטין, ולמעשה – דרישה נורמטיבית. השינוי הוא בנקודת האיזון: בעוד על־פי סעיף 34טז לחוק העונשין, החל על סייג ההגנה העצמית הקבוע בסעיף 34, הסייג נשלל אם "המעשה לא היה סביר בנסיבות הענין לשם מניעת הפגיעה", כלומר נדרשת סבירות, על־פי סעיף החוק החדש – 134 – הסייג של "הגנת בית מגורים, בית עסק ומשק חקלאי מגודר" נשלל רק אם "המעשה היה לא סביר בעליל, בנסיבות הענין, לשם הדיפת המתפרץ או הנכנס", כלומר, דרישת הפרופורציה גמישה יותר, ודי בכך שהמעשה לא היה מחוץ לכל פרופורציה ("לא סביר בעליל"). אין קשר בין דרישת הפרופורציה – שהיא סטנדרט אובייקטיבי ונורמטיבי, שאת מתכונתו הכללית קובע המחוקק ואת אמירתו המדויקת באשר לכל אירוע מסוים המתרחש במציאות קובע בית־המשפט – לבין תחושותיו הסובייקטיביות של המתגונן. מקומן של התחושות הסובייקטיביות של המתגונן הוא במסגרת הפטור של ההגנה העצמית המדומה (וכן במסגרת ההקלה בעונש לנוכח הגנה עצמית מופרזת, בחריגה

104 פרשת דרומי, לעיל ה"ש 5, בעמ' 54 (פס' 17).

מהתנאים הקבועים (בחוק), ולא במסגרת צידוק ההגנה העצמית – בוודאי לא ביחס לדרישה האובייקטיבית לחלוטין (אף אם מרוככת) של הפרופורציה. ודוק: כפי שראינו לעיל, ריכוכה של דרישת הפרופורציה אינו מבוסס על תחושותיו הסובייקטיביות של המתגונן, וגם לא על הכרה בטעות כלשהי מצידו, אלא על אשמתו של התוקף, על האוטונומיה של הנתקף ועל הסדר החברתי-המשפטי. למעשה, השופטת לא הייתה זקוקה לפרשנות סובייקטיבית מוטעית לדרישת הפרופורציה, שהרי מייד לאחר-מכן היא קובעת כי "הנאשם לא רק נמצא בסכנה ממשית לרכושו... אלא נמצא הוא בסכנה ממשית גם לגופו וחייו בעת המפגש עם ארבעת הפורצים, אשר לפחות אחד מהם החזיק כלי נשק בידיו, זוג מספרי הברזל, במובן בו על פי המבחן האובייקטיבי קמה סכנה ממשית ומוחשית לגופו וחייו של הנאשם."¹⁰⁵

אכן, שימוש בכוח-מגן קטלני לשם הגנת רכוש בלבד אינו עומד בדרישת הפרופורציה, ובחברה תרבותית יש לאסור אותו בחקיקה. גם הנוסחה הגמישה יותר של דרישת הפרופורציה, שלפיה די בכך שכוח-המגן לא יהיה בלתי-סביר בעליל, אינה מצדיקה כוח קטלני להגנת רכוש. אלא שהשופטת קובעת כי דרומי ניצב בפני "סכנה ממשית גם לגופו וחייו בעת המפגש עם ארבעת הפורצים", ולפיכך היה נכון לקבוע, לשיטתה, כי הוא עמד בדרישת הפרופורציה – בוודאי בהתאם למבחן הגמיש החדש, ואולי אף בהתאם למבחן הסבירות הישן (אם כי אולי לא לפי פרשנותו הדווקנית בפסיקה הישראלית).

עם זאת, ייתכן שמקורה של פרשנות זו של השופטת הוא בפרשנות (הלא-נכונה, לדעתי, אך המצויה כאמור בפסיקה) של דרישת הסבירות כמתייחסת לא רק לפרופורציה, אלא גם לנחיצות. באשר לנחיצות אכן יש מקום להתייחס גם לתחושותיו הסובייקטיביות של הנאשם, אך לא במסגרת צידוק ההגנה העצמית (המבוסס על נחיצות אובייקטיבית), אלא במסגרת הפטור של ההגנה העצמית המדומה (שבו יש מקום לטעות של העושה, שלפיה כוח-המגן נחוץ לשם ההתגוננות).

אפשרות פרשנית נוספת: אם הגמשת דרישת הסבירות שבחוק נועדה לחול לא רק על דרישת הפרופורציה, אלא גם על דרישת הנחיצות, אזי ההגמשה של דרישת הנחיצות בכלל, ושל הדרישה-הבת שלה – המיידיות – בפרט, תומכת בראיית השופטת את כל ששת הכדורים שנורו כרצף מוצדק אחד שתחילתו במצב של סכנה מיידית לחיים או לגוף, שבו נחוץ ירי קטלני לשם התגוננות, מבלי לדון באופן קפדני בנחיצותו של כל כדור וכדור (בשים לב לעובדה שמשך הזמן הכולל של הירי הוא שניות ספורות).

אמירה מעניינת נוספת בפסק-הדין היא כדלקמן:

גם אם יאמר כי אין מעשיו עומדים במבחן הסבירות הרגיל הקבוע בסייג ההגנה העצמית הרגילה הרי שבוודאי הצליח הנאשם, כך סבורה אנכי, לעורר את הספק הסביר בדבר קיומו של סייג לאחריות פלילית לשם תחולת

הסייג, במבחן החדש שנקבע בהגנת בית מגורים, מבחן ה"בלתי סביר בעליל", עת ביצע ירי רציף אשר ארך פחות משניה וחצי אל עבר הפורצים שהחלו בה בעת להימלט... כאמור, הנאשם הצליח לעורר את הספק הסביר הנדרש לקיומם של יסודות הסייג לאחזיות פלילית והתביעה לא השכילה להסיר ספק זה, כשהספק הסביר נותר מכרסם בליבי.¹⁰⁶

הגם שהשופט ברקאי נקטה בפסק-דינה (בכללותו) גישה הולמת יחסית לסייג ההגנה העצמית, המביאה בחשבון גם את הגורמים המופשטים המצדיקים את ההתגוננות (האוטונומיה, האשמה והסדר), פסקה זו משמרת בכל-זאת משהו מיחסה הלא-אוהד של הפסיקה כלפי ההגנה העצמית, או מהווה אולי דיאלוג וניסיון הידברות עם פסיקה זו. כך, בהינתן שההגנה העצמית אינה פופולרית בפסיקה הישראלית, גם השופט ברקאי מתקדמת לעבר הזיכוי בזהירות רבה, כמהלכת על ביצים שבירות במיוחד: הרי היה אפשר לקבוע – על בסיס הניתוח העובדתי של השופטת בנוגע לסכנה שבפניה ניצב המתגונן – כי התקיימה אפילו הסבירות הנדרשת בסעיף 34; קל וחומר שהתקיימה דרישת הסבירות המרוככת שנקבעה בסעיף 134 באשר להגנת בית המגורים. מדוע אם כן יש צורך בזהירות-היתר שבקביעה כי הנאשם רק עורר ספק סביר באשר לעמידתו בתנאי המרוכך של התגוננות שאינה בלתי-סבירה בעליל?

נוסף על כך, עצם השימוש במכשיר של זיכוי מחמת הספק – אשר אינו קבוע כלל בחוק אך משמש את השופטים בחלק משמעותי מפסקי-הדין הנדירים במקומותינו¹⁰⁷ שבהם הם מזכים נאשם – אינו רצוי. מדוע להותיר מעל ראשו של המזוכה עננה שתלווה אותו כל חייו?¹⁰⁸

לבסוף, הצמדת הספק הסביר דווקא לדרישת הפרופורציה היא מעט מוזרה. הרי ברור לחלוטין מפסק-הדין מה היה כוח-המגן, וברור למדי מה הייתה הסכנה שבפניה ניצב הנאשם. באשר לסכנה, שהיא קביעה עובדתית, יש טעם לדבר על ספק סביר. כך, למשל, השופט ואגו, אשר העריך את הסכנה כקטנה יותר בהשוואה לשופט ברקאי, היה יכול לזכות את הנאשם מחמת הספק (אם כי, כפי שניווכח מייד, הוא לא עשה כן). אך דרישת הפרופורציה היא דרישה נורמטיבית, שנקבעת על-ידי בית-המשפט (במסגרת הנוסחה הכללית שבחוק) על בסיס ההשוואה בין כוח-המגן לבין הסכנה הצפויה לנתקף. מהו אם כן הטעם לקבוע ספק סביר באשר לדרישת הפרופורציה שהיא נורמטיבית? אם יש לבית-

106 שם, בעמ' 56.

107 שיעור ההרשעות ב"עבירות רציניות" כבר הגיע – על-פי נתוני הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה – ל-99.9%, כלומר, זיכוי אחד ויחיד לכל אלף מקרים. ראו הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה שנתון סטטיסטי לישראל 2007 לוח 11.3 (2007) www1.cbs.gov.il/shnaton58/st11_03.pdf

108 ראו בועז סנג'רו ואיתי ליפשיץ "הרשעה: רק פה אחד" עלי משפט ח 337, 352–353 (וה"ש 56 (שם) (2010)).

הייהפך הציודוק לפטור של חסד? הגנת בית המגורים
 ("חוק דרומי" ופסק-הדין בפרשת דרומי) כמקרה-מבחן
 לרציונל המצדיק הגנה עצמית ולהלכה הישראלית

המשפט ספק, אין זה ספק עובדתי, אלא ספק באשר לנורמה הראויה. מה עליו לעשות?
 לשוב אל הרציונל להצדקת ההגנה העצמית – האוטונומיה של הנתקף, אשמת התוקף
 והסדר החברתי-המשפטי; לשקול היטב, ואם צריך – לשקול עוד ועוד; ולבסוף לקבוע
 באופן חד-משמעי וחד כתער אם התקיימה דרישת הפרופורציה (תחילה במתכונתה
 המקורית ולאחר-מכן במתכונתה המרוככת). זאת, הן כדי לאפיין נכונה את פעולת
 ההתגוננות (האם מדובר במעשה מוצדק) והן כדי להודיע קבל עם ועדה מהו סטנדרט
 הפרופורציה הנוהג במשפט הישראלי. לספקות אין מקום בתחום הצהרתי-נורמטיבי זה.
 להשלמת התמונה אתייחס בקצרה לדרך נוספת להבנת פסק-הדין של השופטת ברקאי:
 ייתכן שגם מקור פרשנות זו של השופטת הוא בפרשנות (המוטעית, אך המצויה בפסיקה)
 של דרישת הסבירות כמתייחסת לא רק לפרופורציה, אלא גם לנחיצות. הנחיצות – להבדיל
 מהקביעה הנורמטיבית של הפרופורציה – היא אכן קביעה עובדתית, שביחס אליה ייתכן
 ספק סביר.

לבסוף, קביעה נוספת המצריכה תיקון היא כי "נעדרת ההגנה החדשה שני יסודות
 בסיסיים המצויים ב'הגנה העצמית' הקלאסית והם: יסוד 'התקיפה שלא כדין' ויסוד 'הסכנה
 המוחשית' לחייו, לגופו או לרכושו של אדם".¹⁰⁹ ראשית, הגדרת הסייג החדש אינה כוללת
 אומנם את המילה "תקיפה", אך מכיוון שהיקף המונח "תקיפה" לצורך סייג ההגנה העצמית
 רחב כמובן מהיקף המונח "תקיפה" לצורך עברת התקיפה, וכולל כל פעולה של התוקף
 העלולה לפגוע באינטרס לגיטימי של הנתקף,¹¹⁰ הדרישה בסייג החדש שנקבע בסעיף 134
 – "מי שמתפרץ או נכנס לבית המגורים, בית העסק או המשק החקלאי המגודר" – היא
 בהחלט דרישה להתקיימותה של תקיפה. שנית, הדרישה ל"סכנה מוחשית" אינה קבועה
 אומנם בסייג החדש במילים אלה ממש, אך מכיוון שמדובר בתוקף ה"מתפרץ או נכנס לבית
 המגורים, בית העסק או המשק החקלאי המגודר... בכוונה לבצע עבירה, או מי שמנסה
 להתפרץ או להיכנס כאמור", די ברור שנדרשת סכנה מוחשית לפגיעה באינטרס לגיטימי של
 הנתקף – גופו או רכושו.

4. פטור של הגנה עצמית מדומה – חוות-הדעת של השופט פלפל

הכותרת עלולה להטעות. השופט פלפל מצטרף למסקנתה של השופטת ברקאי, שלפיה
 דרומי פעל במסגרת סייג ההגנה העצמית ולפיכך יש לזכותו, ובמסקנתו הסופית הוא אינו

109 פרשת דרומי, לעיל ה"ש 5, בעמ' 12–13 (ההדגשות במקור).

110 לפיכך ניתן להצדיק גם הגנה על רכוש, למשל, חרף העובדה שהתקיפה אשר באה לידי ביטוי
 בניסיון של התוקף לפגוע ברכושו של הנתקף או לגנוב אותו אינה נכנסת להגדרה של עברת
 התקיפה (ס' 378 לחוק העונשין), המוגבלת להפעלת כוח כלפי גופו של אדם – ראו סנג'רו,
 לעיל ה"ש 10, בעמ' 163–165.

מתבסס על הפטור של הגנה עצמית מדומה. אך עיון מעמיק בחוות-דעתו מלמד שמבחינה מהותית היא מכוונת למעשה לפטור של טעות, ולא לצידוק של הגנה עצמית.¹¹¹ השופט פותח אומנם באמירה "מסכים אני עם פסק דינה של חברתי... שהחליטה לזכות את הנאשם מביצוע העבירות המיוחסות לו בכתב האישום",¹¹² וקובע כי התקיימה סכנה לחייו או לגופו של דרומי: "אין לי ספק שמספריים אלו¹¹³ יכולות [צ"ל יכולים] היו לשמש ככלי רצח או פציעה כאשר היו בידי אחד הפולשים ועל כן כאשר הנאשם ירה, עמד לפניו לפחות פולש אחד כשבידו כלי היכול לקטול חיי אדם. חשוב לציין, כי כל הפולשים היו רעולי פנים."¹¹⁴ עד כאן הדברים מתאימים לצידוק של הגנה עצמית. אך מכאן ואילך מופיעה סדרה של קביעות המתאימות יותר לפטור של הגנה עצמית מדומה, המבוסס על טעות של העושה באשר למידת הסכנה או באשר למיידיותה או באשר לאמצעים הנחוצים לשם הדיפתה:

נראה לי שבלחצים שבהם היה נתון הנאשם כפי שיבואר להלן בהרחבה יש מקום לקבוע, וכך אני מחליט כי יש מקום לזכות את הנאשם, מחמת הספק, מעבירה של הריגת המנוח ופציעת הפצוע.¹¹⁵

כל מילה נוספת מיותרת כדי להמחיש את מצבו הנפשי של הנאשם לפני הירי.¹¹⁶

לפיכך אני סבור שהרצח הזה [של החוואי הר סיני ז"ל בחוותו על-ידי פורצים – ב' ס'], יחד עם הרושם שעוררו אצל הנאשם יתר המעשים המתוארים לעיל, גרמו לו לתחושה של נרדפות ופחד.¹¹⁷

כדי להמחיש את תחושותיו, רגשותיו והמעמסה הנפשית הקשה שהיה הנאשם נתון בה בשעת הירי, אני רואה לנכון לחזור בקצרה על האירועים שציינתי לעיל. אירועים אלה מתחלקים לשני סוגים, הראשון – אירועים

111 על ההגנה העצמית המדומה ראו סנג'רו, לעיל ה"ש 10, בעמ' 325–339; ע"פ 54/49 היועץ המשפטי לממשלה נ' עסלה, פ"ד (1) 496 (1950); ע"פ 4191/05 אלטגאוז נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 25.10.2006).
112 פרשת דרומי, לעיל ה"ש 5, בעמ' 66.
113 מספרי ברזל גדולים, ששימשו לחיתוך הגדר – שם, בעמ' 68.
114 שם, בעמ' 69.
115 שם, בעמ' 70.
116 שם, בעמ' 71.
117 שם, בעמ' 72.

שקדמו למועד הירי ביום שבו נורו היריות, והשני – אירועים ותחושות שהתרחשו ממש לפני הירי.¹¹⁸

...ואין ספק כי ידיעות אלו... השפיעו על המערער ועל מעשיו... הנאשם תפס בחושיו את הסיטואציה שהתרחשה מולו כנסיון להרוג אותו ולכן היה רשאי לירות במנוח ובפצוע גם על מנת לפגוע בו.¹¹⁹

ויוזכר, כי סייג הטעות חל גם במקרים בהם הטעות מתייחסת ליסודות ההגנה... כדי לבחון את מעשיו של הנאשם בעת הירי, עלי לקבוע מה היתה תחושתו בשעת הירי ומה חשב. יתכן שהתחושות הסובייקטיביות שלו, עובדתית, לא היו נכונות, אך עלי לקבוע שהוא טעה טעות כנה וסבר שהוא לא יכול להימנע מיריות שבסופו של דבר פגעו הן במנוח והן בפצוע.¹²⁰

אלא שמייד לאחר הנמקה זו לזיכוי, המבוססת על הפטור של הגנה עצמית מדומה, השופט מגיע בכל-זאת למסקנה אחרת, של הגנה עצמית ממשית (אולי רק מחמת הספק):

על מנת שנבין את הלך רוחו, מחשבתו ותחושותיו של הנאשם, יש להביא בחשבון שתי מערכות של עובדות. הראשונה – כל האירועים מהשנים האחרונות שקדמו לירי... והשנייה – כל האירועים, השיקולים והמחשבות בזמן הירי... כשמצרפים את שתי המערכות הללו, חייבים להגיע למסקנה שהירי היה בבחינת הגנה עצמית... מכל מקום, אם הנאשם טעה, הרי "משניצב בית המשפט בפני שתי גרסאות עובדתיות אפשריות, הדין הוא, כי למען עשיית הצדק, יש לאמץ את הגרסה הנוחה יותר לנאשם" (ע"פ 26/89 שם בעמ' 641). ובענייננו, הגירסה הנוחה יותר לנאשם הינה הגירסה שהוא חש בסכנת חיים והיה צריך לירות בפולשים וזאת על מנת למנוע שהם יפגעו בו או בבני חסותו אשר ישנו באותה עת בחווה.¹²¹

בסיום חוות-דעתו מגיע השופט למסקנה ש"מעשהו של הנאשם... לא היה 'בלתי סביר בעליל' ולכן הוא נהנה מהגנת סעיף 134 לחוק הנ"ל".¹²²

אפשרות אחת להבנת חוות-הדעת היא שהשופט סבור שהתקיים סייג הצידוק של ההגנה העצמית הקבוע בסעיף 134 לחוק העונשין (זהו טעם הפסק), וכי ההנמקה המבוססת רק פטור של הגנה עצמית מדומה, המבוססת על טעות של העושה, היא רק חלופית. כלומר,

118 שם, בעמ' 73.

119 שם, בעמ' 74 (ההדגשה במקור).

120 שם, בעמ' 76.

121 שם, בעמ' 76–77 (ההדגשה במקור).

122 שם, בעמ' 80.

מדובר אך בדרך אפשרית נוספת לתמיכה במסקנה של זיכוי (זוהי אמרת-אגב). אפשרות שנייה להבנת חוות-הדעת היא שהשופט מתכוון להגנה עצמית מדומה, אך משייך אותה בטעות לסייג ההגנה העצמית (הממשית), כביכול הייתה חלק בלתי-נפרד ממנו. ודוק: לנוכח הרציונל השונה של סייג ההגנה המדומה – המהווה פטור בלבד, המבוסס על חולשה של העושה שטעה, והמשקף הבנה וסליחה, אך לא הצדקה של מעשהו, וזאת בניגוד לרציונל ההגנה העצמית (הממשית), המהווה הצדקה של כוח-המגן על בסיס האוטונומיה של הנתקף, אשמתו של התוקף והסדר החברתי-המשפטי – היה רצוי שהשופט יבהיר על מה הזיכוי מבוסס, על-מנת שבעתיד יהיה אפשר לדעת אם מוצדק להפעיל כוח-מגן קטלני בסיטואציה כמו זו שאליה נקלע שי דרומי. קשה עד בלתי-אפשרי להבין מפסק-הדין של השופט פלפל אם הוא מצדיק את מעשהו של דרומי או רק מכיר בטעות שטעה דרומי בהערכת הסכנה ברגע הירי ולפיכך פוטר אותו מאחריות פלילית.¹²³

5. הרשעה בעברת ההריגה ובעברה של חבלה בכוונה מחמירה – חוות-הדעת של השופט ואגו

השופט ואגו, בהבדל בולט משני השופטים האחרים, סבר בחוות-דעתו¹²⁴ כי הירי של דרומי לא היה נחוץ כלל לשם התגוננות, משום שהפורצים כבר החלו לסגת, ולפיכך הסיק שמעשיו של הנאשם "היו בלתי סבירים בעליל, בנסיבות העניין, לשם הדיפת המתפרץ או הנכנס".¹²⁵ ניתן לראות במסקנתו זו תשובה ניצחת לכל מי שחשש כי מבחן ה"בלתי-סביר בעליל" החדש שנקבע בסעיף 134 מהווה ויתור של המחוקק על דרישת הסבירות. הנה הוכח כי גם במסגרת המבחן החדש שופטים עשויים לקבוע כי מדובר בחריגה גסה מדרישת הסבירות – חריגה אשר אינה מאפשרת את הצדקתו של כוח-המגן.

123 לכאורה ניתן להפנות טענה דומה גם כלפי מאמר זה. אכן, אחת מהערותיהם היפות של חברי מערכת כתב-העת הייתה שגם מחבר המאמר (כפי שהקוראים ייווכחו בהמשך) נמנע מלהכריע בין צידוק של הגנה עצמית ממשית לבין פטור של הגנה עצמית מדומה, אלא מסתפק בקביעה שאם נשקפה סכנה לחייו או לגופו של דרומי, אזי הירי היה מוצדק, בעוד אם התוקפים כבר היו בנסיגה וניתן להפריד את הירי לעברם מהירי המוצדק שקדם לו, אזי הירי לא היה מוצדק ומתאים רק פטור של הגנה עצמית מדומה. אלא שלכל אחד יש תפקיד מוגדר: על התיאורטיקאי להציב תיאוריה ראויה שתאפשר (אם רק יאמצו אותה) חקיקה רצויה ופסיקה צודקת, ועל השופט להכריע באשר למקרה הנדון לפניו. הפכתי והפכתי בפסק-הדין ולא הצלחתי ללמוד ממנו את עובדות המקרה המדויקות (מה-גם שכל אחד משלושת השופטים מתארן אחרת). אילו נאלצתי להכריע במקרה זה כשופט, הייתי פועל להבהרת העובדות, ורק לאחר-מכן הייתי מפעיל עליהן את החוק. כשם שאיני מצפה לתיאוריה מקורית בין דפי הפסיקה, כך לא אחטא בהתיימרות לקביעת ממצאים עובדתיים אגב מאמר אקדמי.

124 פרשת דרומי, לעיל ה"ש 5, בעמ' 59–64.

125 שם, בעמ' 59.

אילו נדרשתי להכריע בשאלת הפרופורציה, הייתי מציע ניתוח כדלקמן: ראשית, יש לקבוע אם שי דרומי ניצב בפני סכנה לחייו או לגופו או שמא הגן אך ורק על רכושו. לעניין זה חשוב להבין כי גם אם החל לפעול לשם הגנה על רכושו בלבד, אך תוך כדי כך נוצרה סכנה לחייו או לגופו, הסכנה הרלוונטית לסייג ההגנה העצמית היא הסכנה לחיים או לגוף. אם נשקפה סכנה לגופו של דרומי וכוח-המגן היה נחוץ, אזי כוח-מגן קטלני עומד בדרישת הפרופורציה. זאת, אפילו בהתאם למבחן הסבירות הישן, הקבוע בסעיף 34טז באשר לסעיף 34; קל וחומר שכוח-מגן קטלני עומד בדרישה הגמישה יותר שנקבעה בחוק החדש, השוללת רק כוח-מגן בלתי-סביר בעליל.

יצוין ויודגש כי אם העושה מגן על רכושו בכוח סביר (לא קטלני) והפורץ מפעיל כלפיו כוח המסכן את חייו או את גופו, יש להצדיק גם כוח-מגן קטלני, ובשום פנים ואופן אין לראות בהפעלת כוח-מגן סביר (לא קטלני) להגנת רכושו משום גרימה בהתנהגות פסולה ובאשמת העושה להיווצרות מצב ההגנה העצמית המאוחר יותר, שבו העושה ניצב בפני סכנה לגופו מצד הפורץ.¹²⁶

לעומת זאת, אם מבחינה עובדתית לא נשקפה סכנה לגופו של דרומי, אלא אך ורק לרכושו, אזי כוח-מגן קטלני להגנת רכושו גרידא חורג לא רק מדרישת הפרופורציה הרגילה (שלילת כוח-מגן בלתי-סביר), אלא אף מדרישת הפרופורציה המרוככת (שלילת כוח-מגן שהוא בלתי-סביר בעליל). שהרי אם יש השלכה הכרחית כלשהי לדרישה כלשהי של פרופורציה, הריהי שלילת כוח קטלני להגנת רכושו גרידא. אין כל מקום בחברה תרבותית להצדקת הצלה של רכושו במחיר של חיי אדם, אפילו לא במחיר של חיי תוקף.¹²⁷

כדי להעריך בפני איזו סכנה ניצב דרומי, מוצע לקוראים לחזור ולקרוא בעיון את תיאוריהם השונים של השופטים, ורק אז לגבש עמדה שקולה. עוד יובהר כי גם אם מגיעים למסקנה שלא נשקפה סכנה לחייו של דרומי, אך נשקפה סכנה משמעותית לגופו, הדבר מצדיק כוח-מגן קטלני. שהרי לאור רציונל ההגנה העצמית (האוטונומיה, האשמה והסדר) לא נדרש שוויון בין הפגיעה הצפויה לנתקף (אם לא יתגונן) לבין הפגיעה הצפויה לתוקף (אם יתגונן).

התוצאה המרשיעה שאליה הגיע השופט ואגו מהווה התעלמות לא-מוסברת מהפטור של הגנה עצמית מדומה, שהיא פרי שילובם של סעיפים 134 ו-34 לחוק העונשין. השופט כותב: "אולם, רקע זה, ומצוקתו של דרומי, מצוקת אמת של אדם מרשים, מלח הארץ ממש, שהביאה להשתלשלות הקשה והטראגית באותו רגע קשה, יכולים להילקח בחשבון ולהוות שיקול חשוב, לעת גזירת עונשו, בבוא העת, אך אין בהם להשליך על קביעת אחריותו הפלילית למעשים, ועל עצם ההרשעה, בהינתן שיסודות העבירות שהואשם בהן התגבשו, ואין הוא חוסה תחת אחת ההגנות הפוטורות מאחריות פלילית, אף לא זו

126 ס' 34 סיפא לחוק העונשין; ס' 134 (ב) לחוק העונשין.
 127 סג'נר, לעיל ה"ש 10, בעמ' 216-224.

הספציפית, בה עסקינן, נשוא 'חוק דרומי'.¹²⁸ ודוק: ההגנה העצמית המדומה אינה מתגבשת אם – ורק אם – הבין דרומי כי כל ארבעת הפורצים מצויים כבר בנסיגה ואינם מסכנים אותו עוד, ובכל-זאת בחר לירות לעברם בעת מנוסתם.

זאת ועוד, אף אם סבר השופט ואגו כי לא זו בלבד שלא התקיימו תנאיו של צידוק ההגנה העצמית (באשר בזמן הירי כבר לא נשקפה סכנה לחייו או לגופו של דרומי), לא התקיימו גם תנאיו של הפטור של הגנה עצמית מדומה (זאת, אם בזמן הירי הבין דרומי שהפורצים מתחילים לסגת ולא סבר בטעות שהם עודם מסכנים אותו – הנחה שהשופטים האחרים לא קיבלו אותה), עדיין – בשים לב להפרש הזמנים של שניות ספורות שבין השלב שבו נשקפה לחייו או לגופו של דרומי סכנה מהפורצים לבין השלב שבו כבר לא נשקפה לכאורה סכנה כזו – יש להשקיף על האירוע כעל הגנה עצמית בחריגה מהתנאים ("excessive self-defense"), ולא כעל אירוע עברייני רגיל.

מסקנתו הקשה של השופט ואגו – הרשעה בעבירת ההריגה ובעבירה של חבלה בכוונה מחמירה – אף אינה מתיישבת עם דבריו הבאים: "אין לי ספק, שהירי הקריטי לא נעשה על ידי דרומי מתוך כוונה, או חלילה תכנון, להרוג או לפצוע את זולתו, ואף לא בכך הואשם. מדובר באירוע קשה, שבו עמד דרומי, שניות ספורות לפני כן, בסכנה ממשית, כאשר הוא מפוחד, זועם, ומתוסכל על רקע פגיעות חוזרות ונשנות בקניינו, בידי החפצים לחמוס את עמל חייו, וכאשר הוא חש חוסר אונים בניסיונותיו לנהל אורח חיים שליו ויצרני, כפי אופיו והתנהלותו בדרך כלל, וכאשר הוא מרגיש, לשיטתו, שרשויות האכיפה ושלטונות החוק אינם מצליחים לספק לו את ההגנה המגיעה לכל אורח.¹²⁹ מעבר להתעלמות הבלתי-מוסברת מהפטור המתבקש של הגנה עצמית מדומה, יש כאן גם סתירה חזיתית בין הקביעה שלפיה דרומי לא פעל בכוונה להרוג או לפצוע, לבין ההרשעה בעבירה של חבלה בכוונה מחמירה – ס' 329(א)(1) לחוק העונשין – הדורשת "כוונה להטיל באדם נכות או מום, או לגרום לו חבלה חמורה".

לבסוף, באשר לדרישת הנחיצות ולדרישת המיידיות – כל שלושת השופטים היו תמימי-דעים שבשלב מסוים נשקפה סכנה לחייו או לגופו של שי דרומי, עת ניצב מול ארבעת הפורצים, כשאחד מהם נושא מספריים לחיתוך תיל. בשלב שבו ירה את הירייה הראשונה התקיימו, לדעת כולם, הדרישות בדבר נחיצותו של כוח-המגן ומיידיותה של הסכנה. לדעת שופטי הרוב, תוך שנייה וחצי כבר ירה המתגונן חמש יריות נוספות, ובזמן ירי זה נראה שהפורצים כבר פנו לסגת. בפסק-הדין מדובר על "מרחק של לפחות מעל 2 מטר" בין המתגונן לבין תוקפיו. זהו מרחק קצר ביותר. גם משך הירי שנקבע בפסק-הדין – שנייה וחצי – הוא קצר מאוד. להערכתו, אם העובדות היו כפי שקבעו שופטי הרוב (בהבדל בולט ממצב שבו כבר ברור שהתוקפים התרחקו במגמה ברורה של נסיגה – שאז אסור בשום פנים

128 פרשת דרומי, לעיל ה"ש 5, בעמ' 65.

129 שם, בעמ' 64–65.

הייהפך הצידוק לפטור של חסד? הגנת בית המגורים
 ("חוק דרומי" ופסק-הדין בפרשת דרומי) כמקרה-מבחן
 לרציונל המצדיק הגנה עצמית ולהלכה הישראלית

ואופן לירות לעברם, וזאת אפילו אם הם נוטלים עימם רכוש, באשר הירי אינו נחוץ להגנת הגוף ואינו פרופורציוני להגנת הרכוש), אזי סביר להתייחס אל כל שש הירות כאל רצף נחוץ אחד – כפי שעשתה השופטת ברקאי, כפי הנראה בהסכמת השופט פלפל. מסקנה זו מתחזקת אם מפרשים את ריכוכה של דרישת הסבירות שבחוק כמשליך לא רק על דרישת הפרופורציה, אלא גם על דרישת הנחיצות. אם אין מאמצים פרשנות כזו, ניתן להסתייע בדבריו המאלפים של השופט זילברג:

אין אנו מוכנים להיכנס כאן לכל אותן ההבחנות הדקות, עם המידות והשיעורים: מכה זו מותרת, מכה זו אסורה, כפי שטען בפנינו בא-כוח היועץ המשפטי. כל הקטטה כולה, על שני חלקיה גם יחד, ארכה כרגע וחצי, ב'נוכחות' האקדח וכמעט מול הלוע שלו, ואין לדרוש מאדם לכלכל מעשיו בפלס ולמדדם בשעל בשעת סכנה שכזאת.¹³⁰

אולם אם אכן היו התוקפים בנסיגה בשלב הירי לעברם, ואם מגיעים למסקנה שהפרדה בין הירייה הראשונה לבין הירות שאחריה אינה מלאכותית, אזי לפנינו ירי בתוקפים נסוגים, אשר אינו נחוץ מעצם הגדרתו (בהעדר סכנה מיידית), ולפיכך אינו יכול להיות מוצדק. אכן, גם אפשרות כזו מתיישבת עם תיאורי העובדות של השופטים. במקרה כזה – לנוכח מכלול העובדות שקבעו השופטים – היה מקום לקבוע כי התקיימה הגנה עצמית מדומה, ולפטור את דרומי מאחריות פלילית מבלי להצדיק את מעשהו. כך או אחרת, התייחסות אליו כאל עבריין שירה לעבר אחרים לא בסיטואציה של התגוננות אינה הוגנת ואינה סבירה.

ז. אחרית-דבר

המקרה של שי דרומי מספק לנו הזדמנות לבחון מחדש את הרציונל להצדקתה של ההגנה העצמית, את הגדרתה ותנאיה הקבועים בחוק, ואת יחסה של הפסיקה אליה. אילו אומצה בפסיקה תפיסה נכונה של הרציונל להצדקתה של ההגנה העצמית, המבוסס על האוטונומיה של הנתקף, על אשמתו של התוקף ועל הסדר החברתי-המשפטי, אזי היה אפשר להסתפק בהגדרה שנקבעה לסייג ההגנה העצמית, בסעיף 34 לחוק העונשין, במסגרת התיקון המקיף (מס' 39) לחוק זה. אולם לנוכח פסיקה לא-אוהדת כלפי ההגנה העצמית, נראה שלא היה די בדרישה כללית של סבירות בהגדרת הסייג בחוק, ונוצר צורך במבחן גמיש יותר של פרופורציה, אשר ישקף טוב יותר את רציונל ההגנה העצמית (שלילת כוח-מגן בלתי-סביר

130 פרשת ולדמן, לעיל ה"ש 50, בעמ' 55.

בעליל). זהו הרקע הרחב יותר¹³¹ לחקיקת סעיף 134 לחוק העונשין – "הגנת בית מגורים, בית עסק ומשק חקלאי מגודר", המכונה לעיתים "חוק דרומי". מבחן גמיש זה של פרופורציה עשוי להתאים לא רק להגנת בית המגורים, אלא גם להגנה העצמית בכללותה, אך הכרחי להבהיר כי גם במסגרתו אין להצדיק כוח קטלני להגנת רכוש גרידא, באשר הוא בלתי-סביר בעליל.

יש הרואים בחקיקה החדשה תנועה מופרזת של המטוטלת בהשוואה לדרישת הסבירות הקפדנית מאוד העולה מהפסיקה הישראלית. להערכתי, הפסיקה העוינת כלפי ההגנה העצמית הזמינה והצדיקה חקיקה זו. מכיוון שאותם שופטים שפירשו את דרישת הסבירות באופן כה דווקני הם אלה אשר יפרשו גם את דרישת הסבירות המרוככת, קטן החשש מפרשנות שתרוקן את דרישת הפרופורציה מתוכנה המרכזי: כוח קטלני להגנת רכוש היה ויישאר אסור באופן קטגורי. ימים יגידו אם ההגדרה החדשה שבחוק תוליך לתפיסה נכונה יותר בפסיקה הישראלית של מהות ההגנה העצמית.

ח. נספח – הצעה לניסוח סייג ההגנה העצמית בחוק העונשין

1. הגנה פרטית

- א. מעשה¹³² נחוץ וסביר שעשה העושה נגד תוקף אשר אחראי פלילית לתקיפה, במטרה להרוף או למנוע תקיפה שנשקפה ממנה סכנת פגיעה מיידית בחייו, בחירותו, בגופו, ברכושו או בערך אחר המוכר משפטית של העושה או של זולתו, הינו מעשה מוצדק.
- ב. הערכת נחיצות מעשהו של העושה תיעשה באופן אובייקטיבי, ובמסגרתה יתחשב בית-המשפט בכל נסיבות האירוע, ובין היתר בשיקולים הבאים:
 - (1) דרכי פעולה סבירות ומזיקות פחות שהיו פתוחות לפני העושה לשם הדיפת התקיפה או מניעתה, לרבות נסיגה בבטחה ממקום האירוע או ויתור על הרכוש המאויים או ניתוק מגע מן התוקף בדרך אחרת (או – בהגנה על אדם אחר – שכנוע הנתקף לעשות כן); דרישה מן התוקף כי יחדל מתקיפתו או הזהרתו; הימנעות מהתנגדות למעצר בלתי-חוקי שהעושה יודע כי הוא מבוצע על-ידי איש הרשות, ובלבד שהמעצר אינו מסכן את גופו של הנתקף; הסתפקות בכוח-מגן קטן יותר.

131 הרקע הצר יותר הוא כישלונה הבוטה של משטרת ישראל בטיפול בתופעה של פריצות לחוות חקלאיות.

132 ההנחה היא שבחוק הפלילי קבועה ההוראה הכללית המקובלת, שלפיה "מעשה" – לרבות מחדל, אם לא נאמר אחרת" – ראו ס' 18 (ב) לחוק העונשין. בהעדר הוראה כללית כזו בקודקס הפלילי, יש להתייחס בהגדרת ההגנה הפרטית גם למחדל ("מעשה או מחדל נחוץ וסביר של העושה...").

הייהפך הציודוק לפטור של חסד? הגנת בית המגורים
("חוק דרומי" ופסק-הדין בפרשת דרומי) כמקרה-מבחן
לרציונל המצדיק הגנה עצמית ולהלכה הישראלית

(2) התגוננותו של העושה הייתה בבית מגוריו (לרבות הזמני) שאינו בית מגוריו (לרבות הזמני) של התוקף.

(3) יחסי הכוחות שבין העושה לבין התוקף, לרבות כוחם הפיזי, עמדותיהם, ציודם, כישוריהם ומימונויותיהם.

ג. סבירות מעשהו של העושה תוערך באופן אובייקטיבי, ותישאל אם הנזק הצפוי ממנו הינו מחוץ לכל פרופורציה בהשוואה לנזק הצפוי מן התקיפה שאותה נועד המעשה להדוף או למנוע. שימוש של העושה בכוח קטלני (כוח היוצר סכנה ממשית של מוות או נזק גופני חמור) ייחשב בלתי-סביר אלא אם כן הוא נעשה לשם הגנה על חיי הנתקף או על שלמותם ובריאותם של גופו ונפשו, או לשם מניעת אינוס הנתקף או פגיעה משמעותית בחירותו. בהערכת סבירות מעשהו של העושה יתחשב בית-המשפט בכל נסיבות האירוע, ובין היתר בשיקולים הבאים:

(1) התגוננותו של העושה הייתה בבית מגוריו (לרבות הזמני) שאינו בית מגוריו (לרבות הזמני) של התוקף.

(2) כאשר הסכנה היא לרכוש גרידא –

(א) האפשרות לקבלת פיצוי מאוחר יותר בסיוען של הרשויות;

(ב) טענה כנה בדבר זכות חוקית בנכס שיש לתוקף.

(3) ההסתברות של היווצרות הנזקים – הן של הנזק הצפוי מן התקיפה והן של הנזק הצפוי מפעולת העושה.

(4) האפשרות של הקטנת הנזק הצפוי מן התקיפה באמצעות נסיגה בבטחה ממקום האירוע או ניתוק מגע מן התוקף בדרך אחרת.

ד. מיידיות הסכנה תוערך באופן אובייקטיבי, ותישאל הן אם הסכנה לא הייתה קרובה דייה בעת מעשהו של העושה והן אם התקיפה כבר הסתיימה לפני מעשהו של העושה. בהערכת מיידיותה של הסכנה יתחשב בית-המשפט בכל נסיבות האירוע, ובין היתר בשיקולים הבאים:

(1) קיומה של אפשרות סבירה לדחות את המעשה למועד מאוחר יותר.

(2) המשכת התקיפה בדרך של המשך החזקה בנכס סמוך לאחר תפיסתו על-ידי התוקף, ואם מדובר בבית מגוריו של העושה – סמוך לאחר שנודע לו על התפיסה.

2. חריגה מתנאי ההגנה הפרטית או מתנאי ההגנה הפרטית המדומה

א. אם עבר אדם עברה כשמטרתו הגנה פרטית, אך חרג מן התנאים הקבועים בסעיף 1 (הגנה פרטית) ובסעיף 4 (הגנה פרטית מדומה), יקל בית-המשפט בעונשו, וזאת אף אם דינה של העברה עונש-חובה.

ב. בגזירת הדין יתחשב בית-המשפט גם במצב נפשי מיוחד שבו היה העושה שרוי כתוצאה מן התקיפה, כגון פחד, אימה, מבוכה, בלבול או התרגשות.

ג. בנסיבות מיוחדות מסוג זה, או לנוכח חריגות שאינן גדולות מתנאי ההגנה הפרטית, בית-המשפט רשאי אף לפטור את העושה כליל מאחריות פלילית למעשהו, ובלבד שיפרט בהחלטתו את הטעמים המיוחדים למתן הפטור.

3. גרימה להיווצרותו של מצב ההגנה הפרטית

א. למרות הוראת סעיף 1 (הגנה פרטית), תוטל על העושה אחריות פלילית כדלקמן במקרים הבאים:

(1) לעברה המותנית בכוונה – אם גרם העושה להיווצרות המצב שבו עבר את העברה, וזאת כדי לעבור את העברה.

(2) לעברה המותנית במחשבה פלילית – אם גרם העושה להיווצרות המצב שבו עבר את העברה, וזאת בהתנהגות בלתי-חוקית ותוך שהוא צופה מראש את אפשרות התפתחותם של הדברים.

ב. למרות האמור בסעיף קטן (א)(2), יהא בית-המשפט רשאי להקל בעונשו של העושה. אם פעל העושה להגנה על אינטרס של הזולת, ישתמש בית-המשפט בסמכותו זו ויקל בעונשו באופן משמעותי.

אם הפגין העושה בבירור רצון כן להפסקת העימות, ולמרות זאת התמיד התוקף בעימות, יקל בית-המשפט בעונשו באופן משמעותי (לחלופין: לא יחול עליו סעיף קטן (א)(2)).

ג. אין באמור בסעיף זה כדי לשלול את האפשרות של אחריות פלילית של העושה לעברה שהתגבשה בשלב גרימת היווצרותו של מצב ההגנה הפרטית, ובלבד שלא ייענש פעמיים בשל אותו מעשה.

4. הגנה פרטית מדומה

את ההסדר הזה של הגנה פרטית יש להשלים בהסדר ראוי לסוגיית ההגנה הפרטית המדומה. באשר לטעות בעובדה ניתן לאמץ את ההסדר הכללי לסייגים המדומים שנקבע בסעיף 34 יח ("טעות במצב דברים") לחוק העונשין; ובאשר לטעות בחוק ניתן לאמץ את ההסדר הכללי שנקבע בסעיף 34 יט ("טעות במצב משפטי").