

ד"ר בועז סנג'רו, הגנה עצמית במשפט הפלילי

y:\misrad-2003\books\sangero\00-07-16\sanj-01.doc
8/17/2000 10:54:00 AM

הגנה עצמית במשפט הפלילי

ד"ר בועז סנג'רו

נבו הוצאה לאור

SELF DEFENCE

IN CRIMINAL LAW

Dr. Boaz Sangero

©

כל הזכויות שמורות למחבר

תש"ס 2000

ירושלים

נבו הוצאה לאור

לאמי מלכה
לילדי, נמרוד ויפתח
לרינת

y:\misrad-2003\books\sangero\00-07-16\sanj-01.doc
8/17/2000 10:54:00 AM

תודתי נתונה לפרופ' מרדכי קרמניצר, אשר הדריכני בכתיבת עבודת הדוקטורט שקדמה לספר.

שש השנים שחלפו מאז שהגשתי את עבודת הדוקטורט לסינט האוניברסיטה העברית (1993) ועד לכתיבת הספר (1999-2000) חייבו עבודה לא מעטה של התעדכנות ועדכון. הנני מודה לעורכת-הדין אלינה ברגר וכן לעורך-הדין אבנר לוישי על עזרתם בשלב המעבר מעבודת הדוקטורט לספר.

תודה מיוחדת לתומר רוזן על הדפסת אינ-ספור התוספות, העדכונים והתיקונים בדיוקנות יוצאת-דופן ועל רעיונותיה לשיפור הספר.

תודה גם לידידי המו"ל אלי נבו ולעורכת הלשון יהודית ידלין.

ירושלים, קיץ תש"ס (2000)

המחבר

y:\misrad-2003\books\sangero\00-07-16\sanj-01.doc
8/17/2000 10:54:00 AM

הבהרה בדבר שם הספר

כפי שמובהר בהמשך (ראו הערת השוליים הראשונה והפיסקה הראשונה של הספר), בעוד שהמונח המדויק יותר לדעת המחבר הוא "הגנה פרטית", הרי שהמונח המוכר – הן לציבור הרחב והן בקרב המשפטנים – הוא "הגנה עצמית".

לפיכך נבחר כשם הספר המונח האחרון, אף שבגוף הספר משתמש המחבר במונח הראשון.

הבהרה בדבר ההפניות שבספר

ההפניות לאסמכתאות השונות אשר בגוף הספר הן לאזכוריהן המפורטים אשר בביבליוגרפיה שבסוף הספר.

כך, למשל, כשמופנים הקוראים בהערת השוליים מספר 58 לעמוד 232 לספרו ח15 / של Hall, הכוונה היא לפריט מספר 15 שבחלק ח' של הביבליוגרפיה.

y:\misrad-2003\books\sangero\00-07-16\sanj-01.doc
8/17/2000 10:54:00 AM

תוכן העניינים המקוצר

19	א. מבוא
29	ב. רציונאל ההגנה הפרטית
29	1. ההבחנה בין צידוק (justification) לבין פטור (excuse)
39	2. ההבחנה בין עבירה לבין הגנה
50	3. רציונאל ההגנה הפרטית בפרספקטיבה היסטורית
56	4. ההגנה הפרטית כפטור
63	5. ההגנה הפרטית כצידוק
117	6. הרציונאל המוצע
135	ג. ההגנה הפרטית – ניתוח משווה
135	1. כללי
136	2. מאפיינים עיקריים של ההגנה הפרטית בשיטות משפט זרות
145	ד. יסודות ההגנה הפרטית
145	1. כללי
146	2. היקף התחולה של הסייג
152	3. הערכים שההגנה עליהם היא מוצדקת
160	4. מקור הסכנה ואופי התקיפה
173	5. חומרת הסכנה
177	6. דרישת הנחיצות
185	7. דרישת המיידיות
203	8. דרישת הפרופורציה
230	9. חובת הנסיגה
257	10. היסוד הנפשי
279	ה. ההבחנות הפנימיות
279	1. כללי (וההגנה העצמית)
281	2. ההגנה על אדם אחר
294	3. ההגנה על רכוש
305	4. ההגנה על רכושו של אדם אחר

308	5. ההגנה על בית המגורים
321	ו. סוגיות נוספות
321	1. כללי
325	2. ההגנה הפרטית המדומה
340	3. חריגה מתנאי ההגנה הפרטית
357	4. גרימה באשמת העושה להיווצרות מצב של הגנה פרטית
392	5. התגוננותן של נשים מוכות
407	ז. עוד על ההגנה הפרטית במשפט הישראלי
407	1. כללי
409	2. ההלכה הישראלית
425	3. החקיקה הישראלית החדשה
440	4. מאפיינים עיקריים של הצעות החוק הישראליות המרכזיות
447	ח. אחרית דבר – הדין המוצע
453	ביבליוגרפיה

תוכן העניינים המפורט

19	א. מבוא.....
29	ב. רציונאל ההגנה הפרטית
29	1. ההבחנה בין צידוק (justification) לבין פטור (excuse).....
39	2. ההבחנה בין עבירה לבין הגנה.....
50	3. רציונאל ההגנה הפרטית בפרספקטיבה היסטורית.....
56	4. ההגנה הפרטית כפטור.....
63	5. ההגנה הפרטית כצידוק.....
63	(א) כללי
66	(ב) אשמת התוקף כגורם המכריע.....
73	(ג) מקרה-המבחן של התוקף חסר האשמה.....
84	(ד) האוטונומיה של הנתקף כגורם המכריע.....
	(ה) הגנת הסדר החברתי-משפטי (בנוסף להגנת האינטרס הלגיטימי של הנתקף).....
91	(ו) עריכת מאזן אינטרסים ובחירה ב"רע במיעוטו".....
103	(ז) זכות הנתקף – כלפי המדינה – להתנגד לתוקפנות.....
107	(ח) גישות נוספות.....
107	(1) כללי
108	(2) ענישת התוקף.....
109	(3) חובה של הנתקף כלפי החברה.....
110	(4) הטלת גורל
112	(5) התקיפה כגורם מספיק.....
113	(6) צידוק אישי ומוגבל.....
114	(7) הסכמת התוקף
115	(8) "פירוט מוסרי" ו"פירוט עובדתי".....
115	(9) תאוריות כלליות של צידוקים בכלל ו"תאוריית המטרה" בפרט

6. הרציונאל המוצע 117
- (א) כללי 117
- (ב) מקרים שאין לכלול במסגרת סייג ההגנה הפרטית מסוג צידוק 117
- (ג) הרציונאל המוצע 120
- ג. ההגנה הפרטית – ניתוח משווה 135
1. כללי 135
2. מאפיינים עיקריים של ההגנה הפרטית בשיטות משפט זרות 136
- (א) המשפט האנגלי 136
- (ב) המשפט האמריקני 140
- ד. יסודות ההגנה הפרטית 145
1. כללי 145
2. היקף התחולה של הסייג 146
3. הערכים שההגנה עליהם היא מוצדקת 152
4. מקור הסכנה ואופי התקיפה 160
- (א) כללי 160
- (ב) היקף המונח "תקיפה" 163
- (ג) התנגדות למעצר בלתי חוקי 165
- (ד) הסכמת הקרבן 169
- (ה) מחזיק ברכוש בחזקת יד בטענת-זכות בתום-לב 171
- (ו) תקיפה במחדל 172
5. חומרת הסכנה 173
- (א) כללי 173
- (ב) הסתברות התמשות הסכנה 175
6. דרישת הנחיצות 177
- (א) כללי 177
- (ב) שיקולים בהערכת הנחיצות ודרישות משנה הנגזרות ממנה 181
- (ג) הדין הרצוי 184

7. דרישת המיידיות..... 185
- (א) כללי 185
- (ב) תוכן דרישת המיידיות 187
- (ג) ההתנגדות לדרישת המיידיות..... 192
- (ד) סוגיית מלכודות האדם 198
8. דרישת הפרופורציה 203
- (א) כללי 203
- (ב) תוכן דרישת הפרופורציה 210
- (ג) טיבה ומשמעותה של דרישת הפרופורציה במשפט האנגלו-אמריקני..... 213
- (ד) כח מגן קטלני..... 216
- (ה) איום בהפעלת כח מצד הנתקף 224
- (ו) השפעות הדדיות בין שיעור הכח המגן לענישה – האומנם ? 226
9. חובת הנסיגה 230
- (א) כללי 230
- (ב) בחינה תאורטית לאור רציונאל ההגנה הפרטית 231
- (ג) חובת הנסיגה במשפט האנגלו-אמריקני 236
- (ד) מקרים מיוחדים 241
- (ה) הצעות לרפורמה..... 244
- (ו) ההסדר הראוי לסוגיית הנסיגה (לאור רציונאל ההגנה הפרטית בכלל ועקרון הפרופורציה בפרט)..... 246
- (ז) חובות נוספות לחובת הנסיגה 254
10. היסוד הנפשי..... 257
- (א) כללי 257
- (ב) היסוד הנפשי הנדרש לאור ההבחנה בין צידוק לפטור ולאור ההבחנה בין הגדרת העבירה לצידוק..... 258
- (ג) היסוד הנפשי הנדרש לאור רציונאל ההגנה הפרטית..... 264
- (ד) היסוד הנפשי בראי המשפט המשווה 266
- (ה) תוכנה של דרישת היסוד הנפשי: מודעות מול מטרה..... 270
- (ו) ניסיון בלתי צליח? 275

279	ה. ההבחנות הפנימיות
279	1. כללי (וההגנה העצמית)
281	2. ההגנה על אדם אחר
281	(א) כללי
282	(ב) ההגנה על אדם אחר וסיווג ההגנה הפרטית כצידוק
284	(ג) ההגנה על אדם אחר ורציונאל ההגנה הפרטית
286	(ד) ההגנה על אדם אחר במשפט האנגלו-אמריקני
292	(ה) סיכום
292	(ו) חובת הצלה
294	3. ההגנה על רכוש
294	(א) כללי
299	(ב) תפיסה מחדש של רכוש
305	4. ההגנה על רכושו של אדם אחר
308	5. ההגנה על בית המגורים
308	(א) כללי
315	(ב) הגדרת "בית המגורים"
	(ג) התנגדות לנישול מבית המגורים;
317	תפיסה מחדש של בית המגורים לאחר הנישול ממנו
319	(ד) הגנה מדומה על בית המגורים
319	(ה) סיכום ההשלכות
321	ו. סוגיות נוספות
321	1. כללי
321	(א) סוגיות זרות
322	(ב) סוגיות כלליות
323	(ג) סוגיות מיוחדות
325	2. ההגנה הפרטית המדומה
325	(א) כללי
326	(ב) השילוב המוטעה של ההגנה המדומה בהגנה הממשית
329	(ג) דרישת הסבירות
337	(ד) טעות הנובעת ממצב שכרות

- 338 (ה) טעות בחוק
- 339 (ו) טעויות בלתי סבירות – אחריות פלילית מלאה?
3. חריגה מתנאי ההגנה הפרטית 340
- (א) כללי 340
- (ב) הפסיקה האוסטרלית 342
- (ג) הפסיקה האנגלית 347
- (ד) הפסיקה האמריקנית 349
- (ה) החקיקה הקיימת והחקיקה המוצעת 351
- (ו) ההסדר המוצע 354
4. גרימה באשמת העושה להיווצרות מצב של הגנה פרטית 357
- (א) כללי 357
- (ב) בחינה לאור רציונאל ההגנה הפרטית 359
- (ג) "פתרונות" שאינם פותרים את הבעיה 363
- (ד) מקרה "המזימה הגדולה" 364
- (ה) הסדרים שנקבעו לסוגיה בשיטות משפט שונות 366
- (ו) ההלכה הישראלית 372
- (ז) הדוקטרינה של התנהגות חופשית במקור (actio libera in causa) 376
- (ח) ההסדר החדש שבחוק הישראלי והשוואתו להלכה ולדוקטרינה 386
- (ט) קביעת עבירה ספציפית כהסדר אלטרנטיבי לסוגיה? 389
5. התגוננותן של נשים מוכות 392
- (א) כללי 392
- (ב) תנאיו של סייג ההגנה הפרטית וסוגיית האישה המוכה 394
- (ג) עדויות המומחים בדבר "תסמונת האישה המוכה" 398
- (ד) רציונאל ההגנה הפרטית וסוגיית האישה המוכה 401
- (ה) הפתרון הראוי לסוגיית האישה המוכה 403
- ז. עוד על ההגנה הפרטית במשפט הישראלי 407
1. כללי 407
2. ההלכה הישראלית 409
- (א) כללי 409

411	(ב) רציונאל ההגנה הפרטית
414	(ג) נחיצות; מיידיות; ונסיגה
418	(ד) עקרון הפרופורציה
420	(ה) היסוד הנפשי
421	(ו) הלכות נוספות
425	3. החקיקה הישראלית החדשה
425	(א) שלב הביניים החקיקתי (1994-1992) – תיקון מס' 37 לחוק העונשין
430	(ב) החוק הישראלי הקיים – תיקון מס' 39 לחוק העונשין (ותיקון מס' 44)
440	4. מאפיינים עיקריים של הצעות החוק הישראליות המרכזיות
440	(א) כללי
440	(ב) מאפיינים משותפים
441	(ג) הצעת הוועדה בראשות השופט אגרנט
442	(ד) הצעת המלומדים פלר וקרמניצר
444	(ה) הצעת המלומדים אנקר וקרפ
447	ח. אחרית דבר – הדין המוצע
ביבליוגרפיה		
453	א. חקיקה ישראלית (ודיונים בכנסת שקדמו לה)
455	ב. פסיקה ישראלית
458	ג. הצעות חוק ישראליות
459	ד. ספרות משפטית ישראלית – ספרים
460	ה. ספרות משפטית ישראלית – מאמרים
464	ו. משפט עברי
465	ז. ספרות פילוסופית
466	ח. ספרים
468	ט. מאמרים
473	י. פסיקה אנגלית
474	יא. פסיקה אמריקנית
475	יב. קודקסים פליליים של מדינות שונות
477	יג. הצעות חוק זרות
478	יד. פסיקה זרה נוספת

א. מבוא

המונח "הגנה פרטית"¹ כולל מושגים שונים מן המשפט האנגלו-אמריקני: "ההגנה

1 המונח המקובל באופן מסורתי הוא "הגנה עצמית" ("self-defence"), וזהו המונח השכיח גם בקודקסים הפליליים בני-זמננו. ראו, למשל (ההפניות המלאות – בחלק יב' של הביבליוגרפיה שבסוף הספר), סעיף 33 לחוק הפלילי השווייצרי; סעיף 21 לחוק הפלילי הקוריאני; סעיף 48 לחוק הפלילי הנורווגי; סעיף 5 לחוק הפלילי הגרינלנדי; סעיף 24 לחוק הפלילי השוודי; סעיף 22 לחוק הפלילי היווני; סעיף 44 לחוק הפלילי הרומני; סעיף 6 לחוק הפלילי הפיני וסעיף 34 לחוק העונשין הישראלי (א/1).

ברם, המונח "הגנה עצמית" הוא מונח צר מדי, שכן אינו מקיף את "ההגנה על אחר" ואת "ההגנה על רכושו של אחר" וספק אם הוא מקיף את "ההגנה על רכוש" ואת "ההגנה על בית המגורים". לפיכך, עדיף המונח "הגנה פרטית" ("private defence"). זאת, במיוחד לנוכח ההכרה המקובלת כיום, כפי שניווכח בהמשך, גם ביתר גיזרותיה של ההגנה הפרטית – שמעבר להגנה העצמית של האדם על גופו שלו. כך סבורים גם Silving; Williams; אנקר; פלר וביין (ראו ע' 501 לספרו ח/2 של Williams וע' 738 למאמרו ט/3; ע' 587 לספרו ח/20 של Silving; ע' 98 לספרו ד/1 של אנקר; ע' 414 לספרו ד/2(ב) של פלר וע' 5 למאמרו ט/3; ע' 2 למאמרו ה/11 של ביין).

יצוין כי השימוש במונח "הגנה פרטית", שאותו, אנב, מייחס ל-Winfield (ראו ע' 738 למאמרו ט/3), מקובל גם במשפט האזרחי – בתחום דיני הנזיקין (ראו ע' 281 לספרו ד/10 של טדסקי).

מונחים אחרים – מקובלים פחות – שהוצעו הם "הגנה לגיטימית" ("legitimate defence") (מונח שבו נעשה שימוש בסעיף 8 לקודקס הפלילי הספרדי יב/17). החסרונות העיקריים של מונח זה הם שגם ההגנה הממוסדת – הגנת הרשות – היא לגיטימית, וכן הצורך להשתמש במונח לועזי ("הגנה נחוצה" ("necessary defence") (מונח שאותו מציע Fletcher – ראו ע' 856-855 לספרו ח/13 וע' 367 למאמרו ט/22 – ונעשה בו שימוש בסעיף 22 לקודקס הפלילי הפולני יב/6). יצוין כי Fletcher עצמו מציין בצדק כי המונח "הגנה עצמית" צר מדי, אך טוען כי אין מונח רחב יותר בעולם המשפט האנגלו-אמריקני, תוך התעלמות גמורה מן המונח "הגנה פרטית").

לבחירה במונח "הגנה פרטית" יתרון נוסף והוא מניעת הבלבול הקיים – לפחות אצל הדיוטות – נוכח שגירות הביטוי "הגנה עצמית". שהרי, יש להבחין בין תיאור עובדתי גרידא של מעשה ההתגוננות עצמו לבין ההכרעה המשפטית אם אכן התגבש הסייג לפליליות המעשה – ראו והשוו לע' 750 לספרו ח/31 של Gordon ולע' 13 לספרם ח/23 של Baum & Baum. לדיון נוסף בשאלת המינוח ראו ע' 12-14 לפרוטוקול א/24 של ישיבת ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת (דיון בהצעת חוק העונשין (חלק מקדמי וחלק כללי), תשנ"ב-1992).

y:\misrad-2003\books\sangero\00-07-16\sanj-02.doc

8/28/2000 10:56:00 AM

העצמית², "ההגנה על אחר"³, "ההגנה על רכוש"⁴, "ההגנה על רכושו של אחר"⁵ ו"ההגנה על בית המגורים"⁶ – מושגים שהמכנה המשותף שלהם הוא הגנה על-ידי הפרט, בהבדל מן ההגנה הממוסדת שמספקת הרשות.

ההגנה הפרטית היא סייג לפליליות המעשה⁷. אילו נעשה המעשה בתנאים רגילים הייתה מתגבשת עבירה פלילית⁸. לצדם של סייגי ה"כורח"⁹ וה"צורך"¹⁰ (stricto

- 2 ב"הגנה העצמית" מדובר בהפעלת כח על-ידי הנתקף עצמו כנגד התוקף לשם הגנת חייו, גופו או חירותו של הנתקף. ראו פרק ה(1) שלהלן.
- 3 ב"הגנה על אחר" מדובר בהפעלת כח על-ידי אדם אחד כנגד התוקף אדם אחר, וזאת לשם הגנת חייו, גופו או חירותו של האדם האחר הנתקף. ראו פרק ה(2) שלהלן.
- 4 ב"הגנה על רכוש" מדובר בהפעלת כח על-ידי בעל רכוש או המחזיק בו, כנגד תוקף אשר מסכן רכוש, לשם הצלת הרכוש ומניעת הפגיעה בו. ראו פרק ה(3) שלהלן.
- 5 ב"הגנה על רכושו של אחר" מדובר בגיזרה אפשרית של ההגנה הפרטית, המהווה בת-כלאיים של שתי גזרות מקובלות אחרות שלה: ההגנה על אדם אחר וההגנה על רכוש – ראו פרק ה(4) שלהלן.
- 6 ב"הגנה על בית המגורים" מדובר בהפעלת כח על-ידי המתגורר בו, כנגד תוקף המבצע את תקיפתו בתחום בית המגורים. מדובר בהגנה שהיא לעתים על רכוש, לעתים על הגוף, אך גם (ואולי בעיקר) על עצם חסינותו המיוחדת של המעון כחוף המבטחים של המתגורר בו – ראו פרק ה(5) שלהלן.
- 7 מונח מקובל אחר הוא "הגנה". להלן ייעשה שימוש בשני הביטויים לסירוגין, לשם העשרת השפה בלבד וללא כל מטרה מהותית בהעדפת ביטוי אחד על משנהו. כל זאת – אלא אם יצוין במפורש אחרת. ראו והשוו לע' 372 לספרו ד(ב) של פלר.
- 8 כלומר: הנחת המוצא היא שהתקיימו כל יסודות העבירה, לרבות, כמובן, היסוד העובדתי והיסוד הנפשי – ראו ע' 1-2 לספרו ד' של אנקר. לאמירה מוטעית, לדעתי, שלפיה "אין לאדם כזה (הפועל במצב של סייג – ההבהרה הוספה) כוונה פלילית", ראו ע' 6 לעבודת הדוקטורט 11/ של בן-זמרה.
- 9 בסייג ה"כורח" מדובר במעשה שהעושה נאלץ לעשותו תחת איום של פגיעה חמורה בחייו, בגופו, בחירותו או ברכושו. לדוגמה: המן מאיים על וייתא כי אם לא יכה מיד את איוב, יתז המן את ראשו של וייתא במכת חרב. וייתא בוחר להכות את איוב ולהינצל.
- 10 בסייג ה"צורך" מדובר במעשה שנועד להצלת חייו, גופו, חירותו או רכושו של העושה או של אחר מסכנה הנובעת מנסיבות שאליהן נקלע העושה. דוגמה לכך היא המצב שאליו נקלעים שני ניצולים מאנייה טובעת, המבקשים להאחז בקורת עץ קטנה המספיקה להצלת חייו של אחד מהם בלבד; מצב המאלץ את האחד לגרום לשני להרפות מאחיזתו בקרש ההצלה כדי להציל את עצמו (מקור דוגמה קלאסית זו, שזכתה להתייחסות רבה בספרות המשפטית ובספרות הפילוסופית, הוא, כפי הנראה, בכתביו של Kant – ראו ע' 232 למאמרו של Fletcher).

(¹¹sensu) מהווה ההגנה הפרטית אחד משלושת הסייגים לאחריות פלילית המכונים "אילווצים". מקובל שהסיטואציה המשותפת לסייגי האילוץ היא סכנה מיידית לאינטרס לגיטימי מסוים, המאלצת את העושה לפגוע באינטרס אחר כדי להציל את הראשון¹². אך מעבר לסיטואציה הבסיסית המשותפת לסייגי האילוץ, העשויה לעתים תכופות להיות כרוכה באינסטינקט ההישרדות¹³, יש להגנה הפרטית מאפיינים ייחודיים חשובים מאד. בהגנה הפרטית מדובר בהפעלת כח מגן ובפגיעה (נחוצה וסבירה) בתוקף המבצע תקיפה בלתי חוקית, כדי להדוף תקיפה זו ולהציל אינטרס לגיטימי מסכנת פגיעה הנשקפת מהתקיפה. המאפיין הייחודי של ההגנה הפרטית מול סייגי האילוץ האחרים הוא אפוא זה, שפגיעת העושה היא במקור הסכנה, שהוא אדם המבצע תקיפה בלתי חוקית. לעומת זאת, כשמדובר ב"צורך", בדרך-כלל אין מקור הסכנה אנושי¹⁴ אלא הסכנה נובעת מנסיבות שאליהן נקלע העושה, וממילא אין פגיעת העושה מוגבלת לאינטרס של תוקף. גם כשמדובר בסייג ה"כורח", מקור הסכנה הוא אנושי (המאיים), אך פגיעת העושה אינה במאיים אלא באינטרס הלגיטימי של צד שלישי¹⁵.

בחיי היום-יום שכיחים המקרים שבהם מתעורר הדיון בסייג ההגנה הפרטית¹⁶. הסוגיות ותת-הסוגיות שבהן דנים במסגרת זו, הן ברובן המכריע התנאים השונים שבהם על המעשה, המהווה לכאורה עבירה פלילית, לעמוד כדי שייחשב למוצדק.

11 בעבר, כשסעיף 22 לחוק העונשין, תשל"ז 1977 - כרך יחדיו את סייג ההגנה העצמית עם סייג הצורך, מקובל היה לדבר על הצורך במובן הצר - *stricto sensu* - כדי להבחין בינו לבין ההגנה העצמית. כיום, כשחוק העונשין מבחין היטב בין שני סייגים כה שונים אלה ומסדיר כל אחד מהם בסעיף נפרד, הפך הדיוק "*stricto sensu*" למיותר ולפיכך כמעט שלא יוזכר עוד בהמשך הספר. על ההבחנה בין ההגנה הפרטית לבין ה"צורך" במובן הצר (*stricto sensu*) ראו, למשל, מאמרו ה' 3/ של פלר.

12 ראו והשוו לע' 1 לספרו ד' 1/ של אנקר. יש להבהיר כי מצב של אילוץ אינו שולל התקיימותה של רצייה, שמובנה הוא, כידוע, אפשרות בחירה בין קווי התנהגות חלופיים - ראו, למשל, ע' 416 לספרו ד' 2/ (ב) של פלר. על קבוצת סייגי האילוץ ראו ע' 1-20, 98, 212-213 לספרו ד' 1/ של אנקר; ע' 372, 414, 416, 479 ואילך, 507 ואילך לספרו ד' 2/ (ב) של פלר; ע' 190, 196-199 לספרו ד' 1/ של קרמניצר.

13 על סיטואציית ההישרדות ראו גם ע' 201 למאמרו ה' 1/ של קרמניצר, וראו להלן הטקסט שלאחר ההפניה לה"ש 164.

14 כפי שנראה בהמשך, כשמדובר בתוקף נטול אחריות פלילית - כגון תוקף בלתי שפוי - הרי אף שמקור הסכנה הוא אדם, יש - לדעתי - לשייך את המקרה לסייג ה"צורך" ולא להגנה הפרטית.

15 על קווי הגבול בין ההגנה הפרטית לסייגי האילוץ האחרים - ה"צורך וה"כורח" - ראו ע' 436-434 לספרו ח' 15/ של Hall; ע' 217-218, 226-227 למאמרה ה' 7/ של גור-אריה, והשוו לע' 733-732 לספרו ח' 1/ של Williams.

16 ראו דבריו של אנקר בע' 98 לספרו ד' 1/, ודבריו של פלר בע' 414 לספרו ד' 2/ (ב), שם כתב כך:

ראשית, קיימת דרישה בסיסית של נחיצות¹⁷ הפעלת הכח המגן: על המעשה להיות נחוץ לשם השגת המטרה הלגיטימית של ההגנה הפרטית. כך, למשל, אם ניתן להדוף תוקף חלש תוך שימוש בידים בלבד (לדוחפו, להכותו קלות) אין זה מוצדק לירות בו ולהמיתו. יש להשתמש בכח המינימלי הדרוש. השאלות המרכזיות הן כיצד בדיוק להגדיר את דרישת הנחיצות ומהו תוכנה הראוי. אלא שאין די בעמידה בדרישת הנחיצות, שכן לא כל כח נחוץ הוא גם מוצדק. כשהתוקף מבצע תקיפה קטלנית, תוך ניסיון לרצוח את הנתקף, אין ספק שמוצדקת הפעלתו של כח מגן גדול להדיפתו, אפילו כח קטלני. אך מה כשהתקיפה אינה קטלנית? נניח שאנס תוקף אישה במטרה לאנוס אותה. האם מוצדק שהנתקפת תמית אותו? ומה תהא התשובה נוכח תקיפה אחרת, שבה ברור כי כל מטרתו של התוקף היא לנשק את ידו של הנתקף? האם גם כאן מוצדק כח מגן קטלני? בשיטות משפט מודרניות, בחברות מתורבתות, הכרחי להוסיף – מעבר לדרישת הנחיצות – גם דרישה מסוימת של פרופורציה¹⁸: התקיימות מתאם כלשהו; יחס סביר כלשהו, בין התקיפה לבין ההתגוננות; בין הפגיעה הצפויה לנתקף אם יימנע מלהתגונן לבין הפגיעה הצפויה לתוקף אם יופעל הכח המגן. דרישה זו אולי נראית כמובנת מאליה, אך בשנת 1920 אישר בית-המשפט העליון של גרמניה זיכוי שהיה מבוסס על הצדקת פעולתו של בעל בוסתן תפוחים, אשר ירה בנערים נמלטים שגנבו פירות ופצע אחד מהם באורח קשה¹⁹.

שתי דרישות היסוד – הנחיצות והפרופורציה – מובילות לשאלה מרכזית שלישית – חובת הנסיגה²⁰ של הנתקף. נניח שאדם תוקף אותך במטרה לדקור אותך בסכין. התוקף נמצא במרחק של עשרים מטרים ממך, ופתוחות בפניך שתי דרכים: האחת – לעצור באמצעות ירי קטלני והשנייה – לסגת בבטחה ממקום האירוע (נניח שריצתך מהירה בהרבה משל התוקף, ושאינך כל חשש שהנסיגה תסכן אותך). האם חלה עליך חובה לסגת

“נדמה כי מבין כל הסייגים, סייג ההגנה הפרטית הוא זה שהטענה לו היא השגורה ביותר בפי הנאשמים בעבירה פלילית. יש להניח כי המציאות האובייקטיבית תורמת לכך את תרומתה – המצב בו אדם נאלץ להתמודד עם תקיפה מטעם אחר, כדי להדפה בכח, הוא שכיון יותר מאשר מצב של כורח או של צורך. מלבד זאת, אם מצבים של כורח גם הם די שכוחים, הרי הם, בדרך כלל, חד-משמעיים וברורים יותר, ואינם מצריכים העמדה לדין כדי שהרשות השופטת תברר את העניין, ואילו המצבים בהם טוענים להגנה פרטית הם, בדרך כלל, מסובכים יותר וטעונים בירור לפני ערכאות המשפט, כדי לקבוע אם אכן מתקיימים התנאים להתהוות הסייג, אם לאו. מכאן גם הריבוי היחסי של ההלכות בנוגע להגנה הפרטית” (ההדגשות הוספו).

17 לדיון הרחב בדרישת הנחיצות, ראו פרק ד (6) שלהלן.

18 לדיון הרחב בדרישת הפרופורציה, ראו פרק ד (8) שלהלן.

19 לדיון הרחב בפסק-דין מדהים זה, ראו פרק ד (8) שלהלן.

20 לדיון הרחב בחובת הנסיגה, ראו פרק ד (9) שלהלן.

ממקום האירוע לפני פנייתך לשימוש בכח מגן? ואולי רק לפני השימוש בכח מגן קטלני?

רסקולניקוב מאיים על סמרדיאקוב שימית אותו בפעם הבאה שבה ייפגשו. הרשאי סמרדיאקוב להקדים ולהמית את רסקולניקוב לאלתר, או שמא קיימת גם דרישה של מיידיות הסכנה²¹, כך שאם אין הוא נתון במצב של אילוץ, לא חל סייג ההגנה הפרטית? ואם כן – מהו התוכן המדויק שיש לתת לדרישה זו?

מקבת מבחין בריצ'ארד שנוא נפשו ויורה בו למוות. בדיעבד, מתברר שריצ'ארד – שגם הוא לא שפע אהבה למקבת – הגיע למקום האירוע כשהוא נחוש בדעתו לרצוח את מקבת, והיה מצויד באקדח לשם כך. מן הבחינה האובייקטיבית התקיימו כל תנאי ההגנה הפרטית: הירי של מקבת בריצ'ארד היה נחוץ, פרופורציונלי וכו', אך מבחינה סובייקטיבית, כלל לא היה מקבת מודע לכך שריצ'ארד תוקף אותו בכוונה לרצוחו, ומטרתו של מקבת לא הייתה התגוננות אלא ביצוע רצח. האם סייג ההגנה הפרטית חל גם על מקרה שכזה? הדי בהתקיימות הנסיבות האובייקטיביות כדי להצדיק את המעשה, או שמא יש לדרוש גם יסוד נפשי²² מסוים, כגון מודעות של העושה לאותן נסיבות אובייקטיביות – לכך שתוקפים אותו תקיפה מסוכנת? ואולי אפילו בכך לא די, ויש לדרוש שפעולתו הייתה במטרה (חיובית) להתגונן?

הטעות של העושה עשויה להיות גם בכיוון ההפוך. כזה היה המקרה שנדון בפסק-הדין שניתן על-ידי בית-המשפט העליון בפרשת עסלה²³. אדם יצא את ביתו בערב ועם צאתו מסר לרעייתו את הרובה שלו לצורך התגוננות מפני זרים. בחצות הלילה ניעורה האישה משנתה לקול דפיקות על הדלת. שאלותיה "מי שם?" לא נענו, אלא האלמוני ניגש לחלון והחל לטפל בפתיחת התריס. האישה דימתה כי גבר זר מנסה לפרוץ לביתה ולאנוס אותה, נבהלה מאד, נטלה את הרובה וירתה שלוש יריות קטלניות דרך התריס. התברר שהמנוח היה לא אחר מאשר בעלה, אשר שב לביתו שתוי אך לא מסוכן. היש לפטור מאחריות פלילית גם "מתגונן", הטועה לחשוב שתוקפים אותו ומבצע מה שקרוי "הגנה מדומה"²⁴? ואם כן – היש לדרוש שטעותו תהיה סבירה, או שדי בכל טעות אמיתית?

21 לדיון הרחב בדרישת המיידיות, ראו פרק ד(7) שלהלן.

22 לדיון הרחב ביסוד הנפשי, ראו פרק ד(10) שלהלן.

23 ראו פסק-הדין ב3/.

24 לדיון הרחב בהגנה המדומה, ראו פרק ו(2) שלהלן.

אדם נתקף על-ידי תוקף פסיכוטי, שאינו אחראי למעשיו. האם מוצדקת ההגנה הפרטית מפני התוקף חסר האשמה²⁵ באותה מידה שבה היא מוצדקת מפני התוקף האחראי למעשיו או שמא ראוי להטיל על הנתקף חובות גדולות יותר, כגון נסיגה בטוחה ממקום האירוע, שמטרתן הגנה על התוקף התמים?

א' הולך לתומו ברחוב ומותקף על-ידי ב' המצויד בסכין ומנסה לדקור אותו. נניח שאין בכוחו של א' להתגונן בעצמו. האם מותר לאדם שלישי להיחלץ לעזרת הנתקף ולפגוע בתוקף? האם מוצדקת ההגנה על אדם אחר²⁶ גם כשהמגן הוא עובר-אורח שכלל אינו מכיר את הצדדים לעימות? ומה הם התנאים שיש לדרוש כדי להצדיק התערבות כזו?

בעזרת המקרים והדוגמאות שהובאו עמדתנו, על קצה המזלג, על חלק מן התנאים הנדרשים להתגבשות סייג ההגנה הפרטית. קיימים, כמובן, תנאים רבים נוספים, וכולם כאחד מעוררים שאלות קשות, הן באשר לעצם הדרישה של כל תנאי ותנאי והן באשר לתוכן שיש לתת לו. כיצד יש להשיב על שאלות רבות אלה, הכורכות הכרעות ערכיות כבדות משקל עם שיקולים מעשיים? דרך אחת היא להתייחס לכל סוגיה לגופה בלבד, ולתת לה פתרון עצמאי. כפי שניווכח בהמשך, כך נעשה בפועל במרבית שיטות המשפט. דרך אחרת – עדיפה, לדעתי – היא לקבוע תחילה מהו הרציונאל העומד מאחורי הצדקתה של ההגנה הפרטית (מדוע מצדיקה החברה מעשים המהווים בעצם עבירות על איסורים הקבועים בחוק?), ולאחר מכן להיעזר בו לפתרון כל אחת ואחת מהסוגיות הספציפיות.

ההבדלים שעליהם עמדנו לעיל, בראשית המבוא, המייחדים את סייג ההגנה הפרטית מיתר סייגי האילוץ, העמידו סייג זה על קרקע מוצקה יחסית, והביאו לכך שלמרות המתח החריף שבין סמכות מרכזית של רשויות המדינה לבין היתר לעשיית-דין עצמית²⁷, הרי שהן בעבר והן בהווה הוכר סייג ההגנה הפרטית כמעט ללא עוררין²⁸.

25 לדיון הרחב בסוגיית התוקף חסר האשמה, ראו פרק ב(5)(ג) שלהלן.

26 לדיון הרחב בהגנה על אדם אחר, ראו פרק ה(2) שלהלן.

27 ראו ע' 583 למאמרו של Brown; ע' 1287 למאמרה של Finkelman, ובהרחבה רבה יותר פרק ב(3) שלהלן. לעמדה מסויגת כלפי ההגנה הפרטית, הרואה את הנאשם כמי שלקח לידי את תפקידי המושבעים, השופט והמוציא-לפועל-התליין, ראו פסק-הדין האמריקני בעניין Hickory (1893), שעליו עמדו המחברים Baum & Baum בע' 14 לספרם ח23.

28 ראו, למשל, ע' 631 למאמרו של Eser.

כך, למשל, ידוע בהלכה היהודית מקדמת דנא הכלל: "הבא להרגך השכם להרגו"²⁹. לעתים תכופות אף התייחסו אל ההגנה הפרטית כאל דבר המובן מאליה. כך, למשל, נכתב כי "ההגנה העצמית איננה חוק שהעלו בני האדם, כי אם נחקק על ידי הטבע בעצמו" (קיקרו, הנאום בעד מילון)³⁰, וכי:

"Self-defence is the clearest of all laws: and for this reason –
the lawyers didn't make it" (Douglas Jerrold)³¹.

והנה מסתבר כי אף שהעניין נדמה כמובן מאליה, ואולי דווקא בשל כך, לא תמיד ניתנה הדעת לרציונאל העומד מאחורי ההגנה הפרטית³². כפי שניווכח בהמשך, הוצעו תאוריות אחדות לצורך הסבר הרציונאל של ההגנה הפרטית, אולם בכל שיטות המשפט אשר נבחנו במסגרת מחקר זה נמנעו מלהכריע מהי התאוריה הרצויה והשלטת. כתוצאה ישירה מכך, ההסדרים הקיימים בכל אחת משיטות משפט אלה לסוגיות ולתת-הסוגיות הרבות המתעוררות בנוגע להגנה הפרטית אינם עקביים. יתרה מזו: לעתים קרובות מצויים באותה שיטת משפט הסדרים הסותרים זה את זה. יודגש, כי מעבר להסכמה הבסיסית המקובלת על עצם קיומה של זכות להגנה פרטית, ישנן מחלוקות רבות וקשות בנוגע לתנאיה של זכות זו³³. בהיעדר קריטריון מוסכם להכרעה בהן, המצב החוקי הקיים בשיטות משפט שונות הוא מעורפל ורצוף סתירות פנימיות.

התזה המרכזית במחקר זה היא, כי נקודת המוצא של כל עיסוק רציני בנושא ההגנה הפרטית חייבת להיות הגדרת הרציונאל העומד מאחוריה, וכי לאור רציונאל זה יש לגשת לפתרון כל אחת מהסוגיות שמעורר הנושא. כפי שנראה בהמשך, שאלת הרציונאל אינה תאורטית בלבד, אלא לכל תאוריה שהוצעה השלכות מעשיות חשובות על היקף זכות ההגנה הפרטית ותנאיה³⁴. Dressler כתב כך³⁵:

29 מסכת ברכות ס"ה, ע"ב. את הביטוי טבע, כפי הנראה, רבא – סנהדרין ע"ב, א' – "אם בא להורגך השכם להורגו".

30 ראו ע' 769 לספרו ד' / של דייקן.

31 ראו ע' 501 לספרו ח' / של Williams והסתייגותו מן הציטוט שהביא.

32 ראו ע' 48 למאמרה ז' / של Thomson.

33 "The justification of self-defense is an ancient, yet unsettled, area of criminal law" – ראו ע' 673 למאמרו ט' / של Diamond.

34 על חשיבות איתור הרציונאל ראו ע' 1 לספרו ד' / של אנקר וע' 56 למאמרו ה' / 4; ע' 1465, 1469-1468 למאמרה ט' / של Omichinski; ע' 855, 874 לספרו ח' / של Fletcher.

35 ראו ע' 86 למאמרו ט' / 38.

“Which deontological theory explains, or ought to explain, self-defense? The question is important. Too few modern lawyers and criminal law scholars seem interested in such a fundamental question”.

בהתאם לדברים אלה, שעמם מסכים המחבר, נפנה גם לספרות הפילוסופית וניעזר בה לצורך איתור רציונאל ההגנה הפרטית והגדרתו. יצוין כי בשנות השמונים של המאה הזו זכינו לעיסוק רב יחסית של פילוסופים בנושא – עיסוק שעליו נעמוד בהרחבה להלן.

התזה של הספר מכתובה הן את מטרותיו והן את מבנהו הפנימי הכללי: תחילה יידונו התאוריות השונות המתמודדות על הבכורה כמסבירות את ההגנה הפרטית ובעזרתן יגובש הרציונאל הראוי. לאחר מכן יידונו הסוגיות השונות שמעורר נושא ההגנה הפרטית ויוצע להן פתרון לאור הרציונאל הנבחר ותוך שאיבת השראה מהפירושים השונים שניתנו ושהוצעו לכל סוגיה בשיטות משפט שונות. ההתייחסות לפתרונות אלה תהיה ביקורתית. לבסוף יוצע – בבחינת דין רצוי – הסדר כולל וראוי לסוגיית ההגנה הפרטית – הסדר שיתבסס על הרציונאל הנבחר.

כבר בשלב זה מן הראוי לעמוד על כך שהרציונאל הנבחר לא יוכל לספק תשובה ישירה לכל אחת ואחת מן הסוגיות ותת-הסוגיות שמעורר הנושא, בין היתר משום שלגבי חלקן פועלים גם שיקולי מדיניות המחייבים הכרעה הסוטה מהפתרון שלכאורה מתחייב מהרציונאל האמור³⁶. אולם, מכאן ועד למסקנה שלפיה יש לזנוח כל ניסיון לאתר רציונאל ולקבוע הסדרים על-פיו³⁷, ארוכה הדרך. ראשית, הרציונאל יכתוב תשובות עקביות למרבית הסוגיות. שנית, לגבי חלק נוסף מן הסוגיות ישלול הרציונאל תשובות מסוימות הסותרות אותו. ולבסוף, גם כשנוטים לסטות בסוגיה מסוימת מן הרציונאל, חשוב מאד לשוות לנגד עינינו את הרציונאל על-מנת להעריך – לאור גודל הסטייה ממנו – את עוצמת שיקולי המדיניות הפועלים לביסוס הסטייה וכדי לקבוע אם די בהם.

36 דוגמה מובהקת לסוגיה כזו היא ההתנגדות למעצר בלתי חוקי – סוגיה שתידון להלן בפרק ד(4)ג).

37 להרהורי “כפירה” ברוח זו ראו ע’ 874 לספרו ח13/ של Fletcher; ע’ 888 למאמרו ט31/ של Kadish. יצוין כי הן Fletcher והן Kadish אינם מציעים לוותר על איתור הרציונאל – נהפוך הוא. אלא שהם מטילים ספק אם ניתן לתת הסבר מלא לכל הסוגיות וההסדרים על בסיס רציונאל בודד.

תפקיד חשוב נוסף של הרציונאל – מלבד כבסיס להסדר הרצוי – הוא כבסיס וככלי עזר לפרשנות הדין המצוי בכלל, והדין הישראלי המצוי בפרט. כידוע, ההגנה הפרטית היא נורמה כללית, החלה על מספר רב של נורמות ספציפיות – העבירות השונות. מעצם טבעה של נורמה כללית כזו, לא ניתן לנסחה על בסיס יסודות ספציפיים ובעלי תוכן נוקשה בלבד, אלא נדרשים גם יסודות כלליים ובעלי תוכן גמיש, כגון – לגבי סייגי האילוץ – מושגי הנחיצות, הפרופורציה והסבירות³⁸. מושגים כאלה מותירים שיקול-דעת לא מבוטל לבית-המשפט בבואו לדון בכל מקרה לגופו. לכן, ודווקא לגבי נורמה שמיקומה הטבעי הוא בחלק הכללי של הקודקס הפלילי, יש חשיבות לא רק לניסוח אותה נורמה בחוק, אלא גם לדיון מפורט ביסודותיה, העשוי לשמש ככלי עזר בידי בית-המשפט בבואו ליצוק תוכן לתוך נורמה כזו על רקע עובדותיו של מקרה ספציפי הנדון בפניו. דיון כזה, במתכונת של "קומנטר" מפורט, עשוי לשרת לא רק את בית-המשפט אלא גם את כלל המשפטנים ואולי אף את הציבור הרחב.

בפרקיו הראשונים של הספר – עוד בטרם נבחן את התאוריות המסבירות את ההגנה הפרטית ונגבש בעזרתן את הרציונאל הראוי – נדון בשתי הבחנות כלליות וחשובות מאד, אשר תשמנה אותנו רבות בהמשך. האחת היא ההבחנה בין "צידוק" (justification) ל"פטור" (excuse), והאחרת היא ההבחנה בין יסודות הקבועים בהגדרת העבירה לבין יסודות הקבועים בהגנה בכלל וב-justification בפרט. לגבי ההבחנה הראשונה תהיינה השאלות אם יש בכלל לקבל אותה, ואם כן, עד כמה, ומה הן השלכותיה על ההגנה הפרטית. לעומת זאת, ההבחנה השנייה אינה מוטלת בספק, שכן היא עובדה קיימת – ולו רק מבחינה טכנית – בכל קודקס פלילי מודרני. השאלה לגביה היא, אם יש הבדל מהותי בין יסוד שאותו קבע המחוקק בהגדרת העבירה לבין יסוד שאותו קבע בהגנה. לתשובה על שאלה זו חשיבות רבה בתחומים מספר, והעיקריים שבהם: הדרישה של מודעות לנסיבות ההגנה; הדרישה של סבירות הטעות בהגנה מדומה; נטל ומידת ההוכחה ותחולת עקרון החוקיות על הגנות. לסוגיה אחרונה זו חשיבות רבה, שכן יש לה השלכות מרחיקות לכת על סמכות בית-המשפט בפרשנות ובהנהגת הגנות חדשות ועל התאמת מושגים מעורפלים, כגון "סבירות", להגנות פליליות.

בטרם נסיים מבוא זה ונפנה לפרישת המחקר, יש לתחום מעט את גבולותיו. ישנן סוגיות אחדות שאינן מיוחדות להגנה הפרטית אלא נוגעות לכלל הסייגים לאחריות

38 אין זאת אומרת שלא ניתן ליצוק תוכן מפורט יותר לנורמה הכללית. במהלך הספר נעמוד על ניסיונות שנעשו בהצעות שונות – גם בארצנו – ליצור פירוט מסוים שכזה, אלא שפירוט הנורמה הכללית הוא, אינהרנטית, מוגבל.

פלילית: הוכחת ההגנה; ההגנה המדומה וגרימה של העושה עצמו באשמתו להיקלעותו למצב ההגנה. פתרון ראוי לסוגיות אלה מצריך דיון בכל ההגנות (יצוין כי ישנם יתרונות ברורים לגיבוש הסדרים משפטיים, ביחס לשתי הסוגיות הראשונות מבין השלוש, שיחולו על כל הסייגים לאחריות פלילית ואולי גם על העבירות)³⁹ – דיון החורג בהרבה מגבולות מחקר זה. אולם, פטור בלא כלום אי אפשר, ולפיכך תהיה התייחסות גם לסוגיות אלה ויוצע להן פתרון ראוי – במידת האפשר – לאור רציונאל ההגנה הפרטית.

לבסוף, יש לציין כי הצמצום, הרווח בספרות, של הדיון בהגנה הפרטית לעבירות ההמתה בלבד הוא מוטעה ומטעה. מוטעה, משום שסייג ההגנה הפרטית חל גם על עבירות אחרות, כגון תקיפה; ומטעה, משום שהתמקדות במצבים של "חיים מול חיים" בלבד מעוותת את התמונה – למרות חשיבותם של מצבים אלה – ומקשה הן על איתור הרציונאל הראוי והן על קביעת ההסדר החקיקתי הראוי. לפיכך, יתייחס המחקר לסייג ההגנה הפרטית על מלוא היקפו במשפט הפלילי המהותי.

ב. רציונאל ההגנה הפרטית

1. ההבחנה בין צידוק (justification) לבין פטור (excuse)

הבחנה בעלת חשיבות רבה לנושא דיונו היא ההבחנה בין הגנות מצדיקות (justifications; להלן תיקראנה גם "צידוקים") לבין הגנות פוטורות (excuses; להלן תיקראנה גם "פטורים")⁴⁰. זהו, כמובן, נושא למחקר שלם ומקיף⁴¹, ולא ניתן במסגרת המוגבלת של ספר זה לכלול גם אותו. לפיכך, נעמוד אך בקצרה על מהות ההבחנה ועל השלכותיה על ההגנה הפרטית.

לתיאור בסיסי של ההבחנה נוהגים להביא את דבריו הבאים של Hart⁴²:

40 כאן מתחייבת הבהרה מסוימת לגבי השימוש שיעשה בהמשך בביטויים לועזיים בכלל ובביטויים justification ו-*excuse* בפרט. אף שיש לשאוף לשימוש מרבי בביטויים הקבועים בשפה העברית, אין מנוס מלהכיר בכך שישנם ביטויים – במיוחד כאלה שעדיין אינם נחלת הכלל בשיטתנו המשפטית, כגון justification ו-*excuse* – שטרם זכו למקבילות עבריות מקובלות. בענייננו, הוצע על-ידי אנקר המינוח "צידוק" ל-*justification* מול "פטור" ל-*excuse* – ראו, למשל, ע' 5 לספרו ד/1. מינוח זה – פרט לבלבול שעלול הוא ליצור בין "צידוק" כמנוח כולל לבין ההגנה הספציפית של "צידוק" הקבועה בסעיף 34 לחוק העונשין, תשל"ז 1977 – הוא המינוח הנראה לי רצוי, ולפיכך הוא אשר ישמש להלן.

יצוין, כי עמדת האקדמיה ללשון העברית, הבאה לידי ביטוי במילון "מונחי-משפט" (תשי"ז 1957-) וכן בבדיקה שנערכה עמה לאחרונה, היא כי תרגומה לעברית של המילה "excuse" הוא "הַצְדָּק". כך תורגמה המילה גם ב"מילון מונחי-משפט אנגלי-עברי" של מאיר שלי (1982). אלא שלענייננו – הבחנה בין justification ל-*excuse* תוך מתן ביטוי לשוני להבדל המהותי שבין המושגים – אין צמד המונחים "צידוק" ו"הצדק" מתאים, בהיותם (או לפחות בהשמעם) קרובים מדי מבחינה לשונית. אפשרות נוספת היא להשתמש במילה "תירוץ", המופיעה גם היא כתרגום המילה *excuse* במילון הנ"ל.

41 לדיונים מקיפים בהבחנה ראו ע' 759-875 לספרו של Fletcher; ספרו ח/12 של Robinson; מאמרו ט/38 של Dressler; מאמרו ט/39 של Greenawalt; מאמרו ט/61 של Eser; מאמרו ט/33 של Hall; מאמרו ט/28 של Robinson; מאמרו ט/26 של Fletcher; מאמריה ט/8, 7/ של גור-אריה; ספרו ד/1 של אנקר; מאמרה ט/40 של Rosen.

42 ראו ע' 13-14 לספרו ח/33 של Hart וראו גם, למשל, ע' 274 למאמרו ט/28 של Robinson. להלן הציטוט המקורי (בטקסט שלמעלה מובא תרגומו לעברית):

"In the case of 'justification' what is done is regarded as something which the law does not condemn, or even welcomes. But where the killing...is excused criminal

y:\misrad-2003\books\sangero\00-07-16\sanj-03.doc

8/17/2000 10:55:00 AM

"במקרה של 'צידוק' מה שנעשה נחשב למשהו שהחוק לא מגנה, או אפילו מקדם בברכה. אך כשהמתה... פטורה, האחריות הפלילית מבוטלת על בסיס אחר. מה שנעשה זה משהו מצער, אך מצבו הנפשי של העושה כשעשה זאת מדגים אחד או יותר ממגוון תנאים המשמשים לביטול הגינוי הציבורי וענישת הפרטים. זוהי דרישה של הגינות או של צדק לפרטים..."

כך, למשל, אנו פוטרים מאחריות פלילית את הבלתי שפוי, משום שאנו מבינים את מצבו וסולחים לו, אך איננו מצדיקים את מעשהו המהווה עבירה פלילית. בהחלט מעדיפים היינו שלא יעבור את העבירה שעבר. לעומת זאת, כאשר שוטר ממלא את תפקידו ועוצר עבריין, אנו לא רק פוטרים אותו מאחריות לעבירה של כליאת שווא, אלא אף מצדיקים את מעשהו. בצידוק מדובר בהשלכה משפטית של הכרעה ערכית-מוסרית, שלפיה בנסיבות המיוחדות שבהן נעברה העבירה (בהתאם להגדרתה בחוק), המעשה אינו עוד רע, אלא דווקא טוב. לעומת זאת, כשמדובר בפטור, המעשה עדיין נתפש בעיני החברה כרע, גם באותן נסיבות מיוחדות המביאות למתן הפטור (המבוסס על הבנה וסליחה ושאיננו מהווה הצדקה מוסרית).

Fletcher, הניצב בראש הקוראים להנהגת ההבחנה במשפט האנגלו-אמריקני, מתאר את ההבחנה כך⁴³:

"טענות של צידוק מניחות שהעבירה כהגדרתה התגבשה, אך מערערות על כך שהמעשה הוא בלתי-חוקי; טענות של פטור מניחות שהמעשה הוא בלתי-חוקי, אך מבקשות למנוע את הייחוס של המעשה לעושה. צידוק עוסק בצדקת המעשה; פטור עוסק בשאלה האם העושה אחראי למעשה שהנחה היא שהוא בלתי-חוקי..."

responsibility is excluded on a different footing. What has been done is something which is deplored, but the psychological state of the agent when he did it exemplified one or more of a variety of conditions which are held to rule out the public condemnation and punishment of individuals. This is a requirement of fairness or of justice to individuals..."

43 ראו ע' 759 לספרו ח13. להלן הציטוט המקורי (התרגום לעברית מובא בטקסט שלמעלה):

"Claims of justification concede that the definition of the offense is satisfied, but challenge whether the act is wrongful; claims of excuse concede that the act is wrongful, but seek to avoid the attribution of the act to the actor. A justification speaks to the rightness of the act; an excuse, to whether the actor is accountable for a concededly wrongful act..."

y:\misrad-2003\books\sangero\00-07-16\sanj-03.doc

8/17/2000 10:55:00 AM

אמנם במשפט המקובל האנגלי הקדום הייתה קיימת הבחנה בין המתה שהייתה justified לבין המתה שהייתה excused⁴⁴, אולם הבחנה זו לא הייתה זהה להבחנה המקובלת בימינו⁴⁵, וזנחה זה מכבר במשפט האנגלו-אמריקני. מקובל, כי קביעתו של Stephen⁴⁶, שלפיה הבחנת המשפט המקובל בין ל-justification, excuse, involves no “legal consequences”, עודנה נכונה גם בימינו⁴⁷. כפי שמבהיר Fletcher⁴⁸, שימוש רב במושג “האדם הסביר” מחליף במשפט האנגלו-אמריקני את ההבחנה המדויקת שבין excuse ל-justification.

שיטת משפט שבה ההבחנה מקובלת מאד היא השיטה הגרמנית. התפתחותה ההיסטורית⁴⁹ של ההבחנה שם הייתה בעלת קשר הדוק למבנה האחריות הפלילית במשפט הגרמני⁵⁰. מבנה זה כולל שלושה נדבכים נפרדים, עם היררכיית בדיקה ברורה. ראשית, נבדקת התקיימות היסודות הקבועים בהגדרת העבירה. בשלב השני נבדק האופי הבלתי חוקי של המעשה. אופי (בלתי חוקי) זה נשלל אם מתקיים צידוק. בשלב השלישי והאחרון נבדקת אשמת העושה, הנשללת אם מתקיים פטור.

המחלוקת בנוגע לעצם ההבחנה התאורטית היא, כפי שנראה בהמשך, קטנה יחסית. המחלוקות הקשות נטושות סביב השלכות ההבחנה. Radbruch⁵¹, שקדם ל-Fletcher בעמידתו על ההבחנה והשלכותיה, מנה ארבע השלכות חשובות של ההבחנה: 1. אין זכות להגנה עצמית כנגד מעשה “מוצדק” (שחלה עליו הגנה מסוג justification), אך יש זכות כזו כנגד מעשה “פטור” (שחלה עליו הגנה מסוג excuse); 2. טעות בעובדה לגבי

44 ראו, למשל, ע' 178 ואילך לכרך IV של ספרו ח9 של Blackstone; ע' 573 למאמרו ט34 של Beale; ע' 454 לספרו ח6 של Russell; ע' 141 ואילך למאמרו ט32 של Perkins.

45 מאפיין מרכזי של ה-justification היה המאפיין השלטוני-ציבורי. ראו, למשל, ע' 66 ואילך למאמרו ט38 של Dressler.

46 ע' 11 לכרך III של ספרו ח34 של Stephen; וראו ע' 621 למאמרו ט61 של Eser.

47 אימוץ חלקי של ההבחנה נעשה ב-Model Penal Code האמריקני יג4; בהצעה הפדראלית האמריקנית יג6; ובהצעת החוק של ניו-זילנד יג7. באנגליה נדחתה ההבחנה על-ידי כמה ועדות חקיקה – ראו ע' 75 למאמרה ח8 של גור-אריה. תופעה שעדיין קיימת במשפט האנגלו-אמריקני היא שימוש במונחים justification ו-excuse כבמילים נרדפות – ללא כל הבחנה מהותית ביניהם. ראו, למשל, פרק 5 – “Justification and Excuse” – לספרם ח18 של La Fave & Scott.

48 ראו ע' 76 ואילך למאמרו ט26.

49 ראו, למשל, ע' 382 ואילך לספרה ח21 של Silving וע' 621 ואילך למאמרו ט61 של Eser.

50 ראו, למשל, ע' 627 ואילך למאמרו ט61 של Eser; ע' 468 ואילך למאמרו ח24 של קרמניצר וע' 329 ואילך למאמרו ח23.

51 ראו ע' 219-218 למאמרו ט62 וראו גם ע' 234-233 לספרו ח15 של Hall.

צידוק היא הגנה, אך טעות בעובדה לגבי פטור אינה הגנה; 3. מעשהו של שותף לעבירה הוא עניש למרות קיומו של פטור למעשהו של המבצע העיקרי, אך אינו עניש אם מעשהו של המבצע העיקרי הוא מוצדק (במילים אחרות מתארים זאת כך: פטור הוא פרסונלי וצידוק הוא אוניברסלי); 4. פיצויים (אזרחיים) בגין נזק ניתן לתבוע ממי שיש פטור למעשהו, אך לא ממי שיש צידוק למעשהו.

מלומדים אחרים הציעו לאמץ השלכות נוספות או אחרות, שהעיקריות שבהן:
 5. לצד ג' מותר להגן על מי שיש צידוק למעשהו (ואפילו מעודדים אותו לעשות כן) ומעשהו של צד ג' יהיה מוצדק, אך אסור לו להגן על מי שלמעשהו יש פטור בלבד⁵²;
 6. אשמה קודמת של העושה שוללת ממנו פטור, אך איננה שוללת ממנו צידוק⁵³;
 7. קיים הבדל בנטל ההוכחה⁵⁴; 8. פטור, בשונה מצידוק, מצריך בדרך-כלל טיפול כלשהו של החברה בעושה^{55:56}.

הביקורת וההתנגדות להבחנה או להשלכותיה מתמקדות בשני ראשים. האחד הוא קשיי הסיווג. כפי שמציינים מבקרים רבים, ישנן הגנות שקשה לסווגן כצידוק או כפטור, משום שאופיין מעורב דווקא⁵⁷. השני – והמרכזי יותר – הוא ערעור נכונותן של ההשלכות שמייחסים להבחנה וערעור ההנחה כי הן רצויות. בראש "צבא המתנגדים" ניצב Hall, שכבר בספרו משנת 1960 "עשה שפטים" בחלק מהשלכות ההבחנה שעליהן

52 ראו, למשל, ע' 279 ואילך למאמרו של Robinson.

53 ראו, למשל, ע' 76 ואילך למאמרה של גור-אריה.

54 ראו, למשל, ה"ש 2 בע' 61-62 למאמרו של Dressler. יש המציעים לסייג את הכלל הבסיסי, שלפיו נטל ההוכחה בפלילים הוא על התביעה, מעל ומעבר לספק סביר, כך שיחול (מלבד על רכיבי העבירה, כמובן) רק על (שלילת) justification, בעוד ש-excuse יהא על הנאשם להוכיח, במאזן הסתברויות. ראו, למשל, ע' 256 ואילך למאמרו של Robinson; ומאמריו ט' 72 ו-ט' 73 של שטיין. וראו – לעניין סוגיית ההוכחה – ה"ש 85; 121-122 (והטקסט המפנה אליהן); 1136 שלהלן.

55 ראו, למשל, ה"ש 52 בע' 279 למאמרו של Robinson.

56 בפרק הבא אציע שתי השלכות נוספות להבחנה שבין צידוק לפטור, באשר לכלל ה"פרשנות לטובת הנאשם" ובאשר לכלל השולל איסור מעורפל – ראו (בהתאמה) הפסקה שלהלן המפנה לה"ש 94; והפסקה שלהלן שלאחר הפסקה המפנה לה"ש 106.

57 המאמר המאלף ביותר ברוח זו הוא מאמרו של Greenawalt. יש לציין כי הוא מצליח – תוך הישענות על דמיון פורה ביותר – להמציא דוגמאות שאכן מביאות את הקורא לידי מבוכה מסוימת... (ככותרת המאמר – "The Perplexing Borders of Justification and Excuse"). וראו גם ע' 196 ואילך למאמרו של Fletcher לטיעוניו של Greenawalt, בע' 241 למאמרו של 71. על קשיי הסיווג במשפט הגרמני – שם מיושמת ההבחנה – ראו ע' 622 למאמרו של Eser.

עמד Radbruch⁵⁸. ביקורת נוקבת מתחו מלומדים נוספים⁵⁹, תוך התמקדות בתוצאות הלא רצויות הנובעות מאימוץ "אוטומטי" של השלכות שונות המיוחסות להבחנה.

אשר לסיווג ההגנה הפרטית, הרי שאין כמעט עוררין על כך שההגנה הפרטית הקלאסית היא צידוק⁶⁰. הספקות, כפי שנראה בהמשך, הם ביחס לקבוצת מקרים שאינם בגדר הגנה פרטית. כך, למשל: המקרה של הגנה פרטית מדומה, שסיווגה הנכון הוא פטור בשל טעות בעובדה; מקרים שבהם התוקף הוא נטול אחריות פלילית, ואותם יש לכלול במסגרת סייג ה"צורך" ומקרים של חריגה מתנאי ההגנה הפרטית.

לדעתי, יש בהחלט מקום להבחנה בין צידוק לבין פטור, ולהגנה הפרטית אופי מובהק של צידוק. לצורכי העיסוק בהגנה הפרטית אין צורך להתמודד עם כל הטענות הנכבדות המועלות כנגד ההבחנה והשלכותיה, אלא די בהנחות שלהלן:

ראשית, גם גדולי המבקרים של ההבחנה והשלכותיה מסכימים בפה מלא כי להבחנה חשיבות מוסרית וערכית ראשונה במעלה. יתרה מזו: רובם כלל אינם מבקרים את ההבחנה עצמה, אלא את הגדרתה ואת השלכות המיוחסות לה על-ידי תומכיה. כך, למשל, מסיים Dressler את ביקורתו הנוקבת על תורתו של Fletcher בנוגע להבחנה, בכותבו⁶¹:

"The lines between justified... and ... excused... behavior are morally significant. If morally significant distinctions exist, it should matter to those concerned with the criminal law to find and draw those lines..."

גם Greenawalt מסיים את מאמרו המאלף על "הגבולות המביכים" שבין צידוק

58 ראו ע' 232 ואילך לספרו ח15/ של Hall. וראו גם מאמרו ט33/ וספרו ח16/.

59 ראו במיוחד מאמרו ט38/ של Dressler; מאמרו ט39/ של Greenawalt; מאמריה ח8/, ה7/ של גור-אריה; מאמרו ה24/ של קרמניצר.

60 ראו, למשל, ע' 76 למאמרו ט26/ של Fletcher; ע' 284 למאמרו ט28/ של Robinson; ע' 470 למאמרו ה24/ של קרמניצר; ע' 508 לספרו ד2/ (ב) של פלר; ע' 330 למאמרו ה23/ של קרמניצר. Hart, בעומדו על חשיבות ההבחנה, כתב כך:

"Killing in self-defence is an exception to a general rule making killing punishable; it is admitted because the policy or aims which in general justify the punishment of killing... do not include cases such as this".

(ראו ע' 13-14 לספרו ח33/). כנרמז לעיל, היו שהטילו ספק באופי המוצדק של ההגנה הפרטית ונעמדו על דעות חריגות אלה בהמשך.

61 ע' 99 למאמרו ט38/.

לפטור בקביעה כי ההבחנה "...is very important for moral and legal thought...".⁶²
בגישה זו נוקטים, בדרך-כלל, גם יתר המבקרים.⁶³

שנית, יש להבחין בין שתי שאלות נפרדות (למרות זיקות הגומלין שביניהן): האחת – האם יש לעשות את ההבחנה בין צידוק לפטור, והשנייה – אם התשובה לשאלה הראשונה היא בחיוב – האם יש לאמץ השלכות שונות של הבחנה זו. אשר לשאלה הראשונה, הרי שדומני כי קיים כמעט-קונצנזוס שלפיו יש, ראוי ורצוי לעשות את ההבחנה. אמנם הן במקרה של צידוק והן במקרה של פטור מזוכה הנאשם, אולם יש להבחין בין זיכוי לזיכוי ולתת מסר מורכב יותר מאשר אשם או חף מאשמה; יש להבחין בין חף משום שמעשהו רצוי ומוצדק מוסרית (justification) לבין חף משום "סולחים" לו על מעשהו בשל היעדר אשמה (excuse).⁶⁴ ההבחנה נותנת תשובה ברורה יותר לציבור הרחב כיצד יש להתייחס לזיכוי; דבר הכרוך בחינוך, הכוונת התנהגות ובהירות רבים יותר.⁶⁵ להיעדר הבחנה תוצאות לא רצויות: הנטייה היא להתייחס אל כל הסייגים לאחריות פלילית לפי המכנה המשותף שלהם (שהוא נמוך יחסית – פטור מאחריות בלבד), כך שלעתים תכופות מוטל קלון על אדם שמבחינה ערכית אין כל הצדקה להטיל בו דופי.⁶⁶ תוצאה מרחיקת לכת עוד יותר שעלולה לנבוע מהיעדר הבחנה – חוסר רצון של בית-המשפט לתת מסר מוטעה, שלפיו מעשה הנאשם היה נאות, עלול להניעו להרשיע את הנאשם כשנכון יותר לזכותו על בסיס excuse.⁶⁷

שאיפת המשפט הפלילי המודרני צריכה להיות עשיית כל הבחנה שניתן באופן סביר לעשותה ושיש לה משמעות חברתית-ערכית-מוסרית. על החשיבות החברתית-ערכית-מוסרית של ההבחנה בין צידוק לפטור דומה כי אין, בענייננו, מחלוקת. אשר לקושי בסיווג הגנות מסוימות לצד זה או אחר של ההבחנה, אציע דרכים אפשריות לפתרונן – לכל הפחות לצורכי הדיון בהגנה הפרטית: ראשית, עצם קיומם של קשיי סיווג והבחנה אינו, כשלעצמו, צריך לשלול את ההבחנה, כשם שקיום מצב של דמדומים אינו שולל את ההבחנה הבסיסית שבין יום ללילה. המשפט הפלילי המודרני עושה

62 ראו ע' 312 למאמרו ט39.

63 ראו, למשל, ע' 216, 229 למאמרה ה7/ של גור-אריה.

64 מעניינת כאן ההשוואה שעליה עמד אנקר, למושג "פטור אבל אסור" שבמשפט העברי – ראו ע' 8 לספרו ד1/.

65 ראו, ברוח דומה, ע' 270 ואילך למאמרו ט39/ של Greenawalt וע' 331 ואילך למאמרו ה23/ של קרמניצר.

66 ראו ע' 350-351 למאמרו ה36/ של מחבר ספר זה.

67 ראו ע' 277, ה"ש 45 למאמרו ט28/ של Robinsom. וראו דעה דומה בע' 921 למאמרו ט36/ של Heberling.

הבחנות קשות נוספות, כגון ההבחנה בין מעשה למחדל, ולא מקובל לוותר עליהן רק בשל הקושי בהתווייתן. יתרה מזו: די לנו, למטרות הדיון בהגנה הפרטית, אם ניווכח שלהגנה הפרטית עצמה אופי מובהק של justification: מעשה מוצדק ונטול רבב מוסרי. כדי לבסס מסקנה זו יש, כמובן, "לנקות" את ההגנה הפרטית מן המקרים שנוהגים לעתים לכלול בה בטעות. "ניקוי" כזה – תוך הגדרה מדויקת של גבולות ההגנה הפרטית הקלאסית, בעלת האופי המובהק של צידוק – אשר ייעשה להלן, אינו שולל, כמובן, אפשרות של פטור מאחריות פלילית על בסיס אחר, ובמיוחד על בסיס ה-excuses המקובלים של "טעות בעובדה" ושל "צורך". התועלת מאפיון כזה של ההגנה הפרטית – אשר יבוסס בהמשך – תהיה רבה, שכן אפיון כזה יאמר לנו על הסייג הרבה יותר מאשר עצם היותו סייג לאחריות פלילית. לבסוף – לעניין קשיי הסיווג – הרי שגם את הבעיה הכוללת (שמעבר לנושא דיונונו – ההגנה הפרטית) ניתן לפתור בדרך של הגדרות כאלה של "צידוק" ו"פטור" שלא תחייבנה – בבחינת ייקוב הדין את ההר – לסווג הגנות שאינן מאפשרות זאת לאחת משתי הקטגוריות, ובמילים אחרות: להותיר אפשרות – תאורטית לפחות – של קיום הגנות שאופיין מעורב⁶⁸. אמנם עליהן לא תאמר לנו ההבחנה הרבה, אך – בהנחה שהן מיעוט – נוכל לעשות את ההבחנה לגבי כל יתר ההגנות, בלי שניאלץ להרים ידיים ולזנוח אותה לחלוטין.

כפי שצוין לעיל, עיקר הביקורת מופנה לא כלפי עצם ההבחנה אלא כלפי השלכות שונות שייחסו לה תומכיה. ישנן השלכות שאכן יש לשלול. כך, למשל, ההשלכה הנדונה תכופות, המקובלת במשפט הגרמני⁶⁹ ושאומצה ב-Model Penal Code האמריקני⁷⁰, שלפיה הגנה פרטית מותרת גם כנגד מעשה "excused" ואינה מותרת רק כנגד מעשה "justified", אינה רצויה. כפי שניווכח בהמשך, הדיפת תוקף שמעשהו פטור, כגון מטורף, מקומה – לפי המקרה – בהגנות הצורך או הטעות (הגנה מדומה) ולא בתחומי ההגנה הפרטית. בשלב זה חשוב להדגיש כי שלילת השלכה זו של ההבחנה, כמו גם שלילת השלכות אחרות שלה, אינה מחייבת את זניחת ההבחנה.

68 לרעיון דומה ראו ע' 290 ואילך למאמרו ט39/ של Greenawalt. וראו שם בע' 269 דיון באפשרות נוספת – של גישה המורכבת מלמעלה משתי קטגוריות ("צידוק" ו"פטור"). לרעיון נוסף בענין זה – של ראיית הגנות מסוימות, כאי-שפיות וקטינות, כתנאים מקדמיים לאחריות פלילית, שאותם כלל אין מקום לנסות ולסווג על-פי ההבחנה בין justification ל-excuse, ראו ע' 197 ואילך למאמרו ה'1/ של קרמניצר.

69 ראו, למשל, ע' 330 למאמרו ה'23/ של קרמניצר וע' 73 למאמרה ה'8/ של גור-אריה.
70 ראו הגדרת "unlawful force" שבסעיף 3.11(1) ל-M.P.C. יג'4/.

השאלה שצריך לשאול לגבי כל השלכה היא כלום אכן מתחייבת אותה השלכה מן ההבחנה. והרי ברור לחלוטין שלא לגבי כל שאלה ושאלה (כגון זכות ההתנגדות למעשה "מוצדק" מול זכות ההתנגדות למעשה "פטור") יש להפריד בין "צידוק" ל"פטור", ממש כשם שלגבי התוצאה המרכזית של שני סוגי ההגנות – שלילת האחריות הפלילית – אין מבחינים ביניהם.

אשר להשלכות אחרות, דומה שהקושי הגדול עמן הוא בהנחה – הלא מבוססת – שלפיה ניתן להחילן באורח גורף ו"אוטומטי", בלי לבחון פרטים רלוונטיים נוספים. כך, למשל, ההשלכה הנטענת, שלפיה היחלצות לעזרת בעל צידוק היא תמיד מוצדקת (justified), היא השלכה מוטעית. ייתכן בהחלט – כפי שניווכח בהמשך – שלגבי העוזר אין מתקיימות דרישות הכרחיות של ההגנה, ולפיכך אין מעשהו "מוצדק", וזאת אף שלאדם שלו הוא עוזר עומד צידוק⁷¹.

כאן יש להבהיר כי אין כוונה להציע פתרון לסוגיה כלשהי מסוגיות ההגנה הפרטית תוך גזירתו ה"אוטומטית-מכאנית" מהסיווג של ההגנה הפרטית כ"צידוק". אמנם, האופי המוסרי והמוצדק של מעשה ההגנה הפרטית הוא בעל חשיבות ראשונה במעלה וניתן ללמוד ממנו רבות לצורך פתרון הסוגיות השונות, אך יש – וכך ייעשה בהמשך – לבחון כל סוגיה לא רק לאור היות ההגנה הפרטית צידוק אלא, ובעיקר, לאור הרציונאל הספציפי המתאים להגנה הפרטית ושעליו היא נשענת.

בהנחה שמגיעים למסקנה האפשרית, שלפיה אין להבחנה השלכה מעשית מחייבת כלשהי, עולה השאלה – הלכאורית לפחות – אם עדיין יש מקום לעשות הבחנה זו. התשובה – שהובאה לעיל – היא חיובית. אלא שעולה כאן שאלה נוספת, והיא אם יש מקום לכלול את ההבחנה בקודקס הפלילי עצמו⁷². כאן מעניין להביא את הבהרתו של Greenawalt⁷³, ולפיה, אף שהמשפט הגרמני משמש כמודל ליישום ההבחנה, הרי שהקודקס הפלילי הגרמני עצמו – באופן כללי – אינו שיטתי יותר מה- Penal Model Code האמריקני⁷⁴, למשל, בהבחנה בין צידוק לפטור. כפי שמציין הכותב, ההבדל

71 כך, למשל, ייתכן שא' עוזר לב' בעל ה"צידוק" ללא מודעות לנסיבות המצדיקות. בהמשך תבוסס הגישה שלפיה תנאי ל"צידוק" הוא מודעות לנסיבות המצדיקות – ראו פרק ד(10) שלהלן.

72 לדיונים מקיפים בשאלה זו ממש, ראו מאמריה ה'7/ ו-8/ של גור-אריה.

73 ראו ע' 273 למאמרו ט'39/.

74 על העמדה הבאה לידי ביטוי ב-M.P.C. ראו ע' 89 למאמרו ט'26/ של Fletcher. דוגמה טובה מאד לתפישה הלא נכונה של ההבחנה ב-M.P.C. היא סיווג ההגנה המדומה כ-justification; סיווג שעליו נעמוד בהמשך.

הגדול ביחס להבחנה בין המשפט הגרמני למשפט האנגלו-אמריקני אינו דווקא בחוק, אלא מצוי הוא אצל המלומדים. במשפט הגרמני פיתחו המלומדים את ההבחנה ונוכח מעמדם האיתן בשיטת משפט זו, השפעתם על המשפט הפוזיטיבי באמצעות פסיקת בתי-המשפט היא גדולה מאד. יתרה מזו: Greenawalt אף מביע את הדעה כי זהו המקום הנכון לפיתוח תאוריה ראויה בנוגע להבחנה – בבתי מדרשיהם של המלומדים ולא על-ידי השופטים, ואפילו לא בחקיקה. הנה-כי-כן, יש להבחנה – אף אם אין לה ביטוי מפורש בקודקס הפלילי – מקום של כבוד בתאוריה ותפקיד חשוב מאד בעיצוב ההגנות. זאת הן בשלב של רפורמה חקיקתית והן ככלי עזר פרשני לבית-המשפט⁷⁵.

כאמור, לצורך מחקר זה חשוב בעיקר האופי המוצדק של ההגנה הפרטית. וכאן יש לתת את הדעת על וריאציות אחדות בתפישת אופי זה (של justification). מחלוקת עיקרית אחת קיימת בין Robinson⁷⁶ הרואה את ה"צידוק" כמעשה שהחברה רוצה שיעשה, בשם לב לשיקולים תועלתניים גרידא: היעדר "societal harm" נוכח נסיבות הצידוק; לבין Fletcher⁷⁷, שלשיטתו על המעשה ה-justified להיות מוצדק מוסרית מעבר להצדקה התועלתנית, בבחינת התנהגות צודקת, טובה ונכונה. מחלוקת עיקרית שנייה, שבחלקה חופפת לראשונה, קיימת בין שיטתו ה"ל של Fletcher לבין עמדתו של Dressler⁷⁸. לדעת האחרון, תפישת Fletcher את הצידוק היא צרה מדי, ויש לכלול בגדר מונח זה לא רק את הטוב מוסרית אלא גם את הניטרלי – התנהגות מותרת (tolerable). Fletcher – לאחר לבטים בכתיבתו⁷⁹ – בחר חד-משמעית בראייה של ההתנהגות ה-justified כ-right⁸⁰, בעוד ש-Dressler חולק ומציע לכלול בה גם את ה-permissible.

תקצר היריעה מלרדת – במסגרת מחקר זה – לעומק המחלוקות המעניינות הללו. מוצע לאפיין את הצידוק לפי שיטתו של Fletcher – כמוצדק גם מוסרית, וזאת על-מנת שאכן ניתן יהיה להפיק תועלת של ממש מן ההבחנה וללמוד ממנה דברים משמעותיים.

לסיום הדיון בהבחנה זו, יצוין כי אפיון ההגנה הפרטית כצידוק חשוב לשתי מטרות: האחת – לצורך אפיונה הכללי כמעשה מוצדק וטוב מוסרית, והאחרת – כדי שניתן יהיה להפיק תועלת מן הדיונים הרבים שנערכו בשנים האחרונות במושג ה-"justification"; דיונים שלהערכת ניהול ללמוד מהם רבות גם על ההגנה הפרטית, ולו

75 לעמדה דומה ראו מאמריה 7/ ו-8/ של גור-אריה.

76 ראו, בעיקר, מאמרו ט28/.

77 ראו, למשל, מאמריו ט24/ ו-ט26/.

78 ראו מאמרו ט38/.

79 ראו מאמרו ט27/ של Fletcher וכן ע' 71 ואילך למאמרו ט38/ של Dressler.

80 ראו מאמרו ט25/ של Fletcher וכן ע' 74 ואילך למאמרו ט38/ של Dressler.

רק משום שמחבריהם ראו לנגד עיניהם גם את ההגנה הפרטית, בתחומי ה-justifications. כאמור, לא ייעשה להלן שימוש מרחיק לכת בסיווג ההגנה הפרטית כצידוק, לצורך גזירת השלכות חד-משמעיות מעצם הסיווג. כל סוגיה וסוגיה תיבחן בעיקר לאור הרציונאל המתאים ביותר להגנה הפרטית, והסיווג כ-"justification" ישמש בעיקר לשם האפיון הכללי כמעשה מוצדק וטוב מוסרית, ולכל היותר גם לשם שלילה-לכאורה של הנחות מוטעות-על-פניהן.

2. ההבחנה בין עבירה לבין הגנה

לא פחות מן ההבחנה בין צידוק לפטור שעליה עמדנו חשובה לנושא דיונו ההבחנה בין הגדרת העבירה לבין הגנה בכלל וצידוק בפרט. גם הבחנה זו ראויה למחקר שלם ומקיף⁸¹, אך לא ניתן לשלבו במסגרת המוגבלת של ספר זה. אלא שיש לעמוד על עיקריה של הבחנה זו בשל חשיבותה הרבה לנושא ההגנה הפרטית. מטבע הדברים – נוכח סיווג ההגנה הפרטית כצידוק – נתעניין במיוחד בהבחנה שבין הגדרת העבירה לבין מגזר מסוים של ההגנות – הצידוקים.

בעיית הסיווג, המהווה קושי גדול כשמדובר בהבחנה בין צידוק לפטור, קטנה יותר, להערכתה, כשמדובר בהבחנה בין הגדרת העבירה להגנות בכלל (והצידוקים בפרט). הסיבה המרכזית לכך היא, שבעוד שההבחנה הראשונה אינה קבועה בדרך-כלל בחוק, אלא על הפרשנים לשרטט אותה בעצמם, הרי שההבחנה השנייה נקבעת באופן די ברור על-ידי המחוקק עצמו. אמנם גם למחוקק קושי רב בהחלטה היכן לכלול רכיבים מסוימים – בהגדרת העבירה או בהגנה – אולם מרגע שנחקק הקודקס הפלילי, משורטטים מרבית גבולותיה של ההבחנה בקודקס עצמו, אשר – לפחות מבחינה נורמטיבית פורמאלית – מבחין בבירור בין עבירות להגנות.

קשיי סיווג ספציפיים מעוררים ביטויים הקבועים בהגדרות של עבירות מסוימות – ביטויים כגון: "שלא כדין"; "שלא כחוק"; "unlawfully" וכדומה. גישה אפשרית אחת היא לא לייחס משמעות רבה לביטויים ארכאיים אלה, עד כדי אפילו התעלמות מעשית מהם⁸². לתוצאה דומה מגיעים גם כאשר קובעים כי דרך נסיבה כזו שבהגדרת העבירה יש לשאוב אל תוך העבירה את ההגנה הרלוונטית, על כל יסודותיה (לרבות היסוד הנפשי הנדרש – אם נדרש – להתגבשות ההגנה)⁸³. אולם, אם מעניקים לנסיבה "unlawfully"

81 ראו, למשל, ע' 579-552 לספרו ח 13/ של Fletcher וע' 1388-1383 למאמרו ט 27/; מאמרו ט 28/ של Robison; מאמר התגובה ט 24/ של Fletcher; מאמרה ט 16/ של Giles; מאמרו ט 56/ של Yeo; המאמר ט 12/ של Reville; ע' 103 ואילך, 128 ואילך, 144, 171 ואילך 187- לספרו 1/ של אנקר ומאמרו ט 65/ של Christopher.

82 ראו, למשל, ע' 27 ואילך לספרו ח 1/ של Williams.
83 ראו, למשל, עמדתו של Leigh, המתוארת, ללא הפניה כלשהי, בה"ש 63 שבע' 194 למאמרה ט 16/ של Giles. וראו, ברוח דומה, דברי השופט אגרנט בע' 818 לפסק-הדין ב 14/ בעניין יצחק – הלכה שעליה חזר בית-המשפט העליון בע' 725 לפסק-הדין ב 34/ בעניין רמתי. וראו גם ההלכה האנגלית שנקבעה בפסק-הדין י 1/ בעניין Albert v. Lavin.

תוכן, ולפיו באמצעותה הופכת ההגנה לחלק אינטגרלי מהגדרת העבירה עצמה, אזי מתעמעמת מאד ההבחנה בין עבירה להגנה, והשלכות הדבר אינן תאורטיות בלבד⁸⁴.

בארבעה הקשרים עיקריים נודעת להבחנה נושא דיונו חשיבות רבה: תחולת עקרון החוקיות על הגנות; נטל ההוכחה של הגנות ומידתה; היסוד הנפשי הנדרש להתגבשות ההגנה וסבירות הטעות היוצרת הגנה מדומה. מעניין לציין, כי אף שקיימות זיקות גומלין בין העמדות לגבי כל אחת מארבע הסוגיות דלעיל, הרי שאין כל הכרח תאורטי לנקוט עמדה זהה – של שלילת השלכות או גזירת השלכות מההבחנה בין יסוד בהגדרת העבירה לבין יסוד בהגנה – לכל אורך הדרך. ואכן, למרבית המלומדים עמדות מורכבות לגבי ההבחנה. כך, למשל, בעוד שקיים כמעט-קונצנזוס-מלומדים שלפיו אין להבחין הבחנה משמעותית לעניין ההוכחה בין הגדרת העבירה לבין צידוק⁸⁵, קיים בו בעת כמעט-קונצנזוס-מלומדים שלפיו יש להבחין ביניהם לעניין היסוד הנפשי הנדרש בכלל ולעניין הדרושה של מודעות לנסיבות המצדיקות בפרט⁸⁶.

דומה הדבר למצב, שתואר לעיל, לגבי ההבחנה בין צידוק לפטור: נראה כי איש לא יחלוק על כך שההבחנה נושא דיונו היא בעלת חשיבות תאורטית רבה, אם כי, כשם שמעבר לתמימות הדעים לגבי חשיבות ההבחנה בין צידוק לפטור נחלקות הדעות באשר להשלכות שניתן לגזור ממנה, כך גם לגבי ההבחנה בין עבירה להגנה נפרדות דרכי המלומדים. נעבור אפוא לדון בהשלכות השונות שניתן לגזור מהבחנה זו.

84 ראו, למשל, הילכת Gladstone Williams (2) ו-Beckford (1) (3), שלפיה טעות לגבי הגנה אינה כפופה לדרישת הסבירות – ממש כמו טעות לגבי רכיב בהגדרת העבירה עצמה – הלכה שאמנם ניתן להצדיקה מטעמים עקרוניים, אך בתי-המשפט באנגליה ביססוה על המילה "unlawfulness" דווקא. לדיון מפורט בהלכות אלה ראו, למשל, המאמר ט 12/ של Renville ומאמרה ט 16/ של Giles.

85 ראו, למשל, ע' 170-187 לספרו ד 1/ של אנקר; ע' 545 ואילך לספרו ח 13/ של Fletcher. אמנם מקובל שלגבי הגנה מוטל על הנאשם נטל מסוים – להצביע על אפשרות התקיימותה – אולם נטל זה אינו יוצר הבחנה משמעותית, שכן הדעה המקובלת היא כי מרגע שהורים הנאשם נטל קל זה, חל הכלל שלפיו על התביעה לשלול התקיימות ההגנה מעל ומעבר לספק סביר. וראו להלן ה"ש 1136; ה"ש 121-122 והטקסט המפנה אליהן. והשוו לה"ש 54 דלעיל. וראו גם מאמרו ה 18/ של ידין ומאמרו ה 24/ של קרמניצר.

86 דומה, שעדיף לעניין זה, מטעמי יעילות, להפנות דווקא לכתביהם של המלומדים בעלי העמדה החריגה והלא מקובלת, שלפיה די בנסיבות המצדיקות האובייקטיביות לצורך התגבשות ה-justification – ראו ע' 741 למאמרו ט 3/ של Williams וע' 7-29 לכרך II של ספרו ח 12/ של Robinson. וראו פרק ד (10) שלהלן.

עקרון יסוד בתחום דיני העונשין, אשר יקשה להפריז בחשיבותו, הוא עקרון החוקיות, ולפיו "אין עבירה ואין עונש עליה אלא אם כן נקבעו בחוק או על-פיו"⁸⁷ ו"אין עונשין למפרע"⁸⁸. לעקרון החוקיות כמה הסברים עיקריים, המבוססים על ידיעה בזמן מתן אזהרה הוגנת לפרט – כרוך בחירות הפעולה של היחיד, המבוססת על ידיעה בזמן הפעולה של התחום האסור. שהרי, תפקיד מרכזי של דיני העונשין הוא מניעת עבירות. הסברים עיקריים אחרים נוגעים ליציבות ההסדרים החברתיים, לאכיפה שווה של החוק ולהפרדה שבין רשיות המדינה וחלוקת הסמכויות ביניהן. לעקרון החוקיות השלכות חשובות אחדות, והעיקריות שבהן: הדרישות של פומביות החוק הפלילי ושל הגדרה מפורטת ובהירה של האיסור, והכללים בדבר פרשנות דווקנית, המצמצמת את היקף האיסור, ובדבר שלילת תחולה רטרואקטיבית של הנורמה הפלילית.

במשפט הפלילי המודרני אין כיום חולק כי עקרון החוקיות שולט בכיפה, לפחות בכל הנוגע לעבירות. שאלה נכבדה היא אם יש להחילו גם על ההגנות. השאלה מתמקדת בשני היבטים עיקריים: בהירות הנורמה הפלילית וסמכות בית-המשפט. נפתח בהיבט של סמכות בית-המשפט. השאלות המרכזיות במסגרת היבט זה הן כיצד על בית-המשפט לפרש הגנה קיימת, הקבועה בחוק, ואם מוסמך הוא להנהיג הגנות חדשות בעצמו. אשר לפרשנות הגנה קיימת, יש לתת את הדעת על הכלל, המקובל בדיני העונשין המודרניים, ושלפיו כאשר מפרשים נורמה פלילית יש לנקוט פרשנות דווקנית, המצמצמת את היקף האיסור⁸⁹. ודוק: אין הכוונה לבחירה בפרשנויות דחוקות, פרי להטוטים פרשניים, העושות ללעג ולקלס את האיסור הקבוע בחוק, אלא מדובר בכלל שלפיו, מבין שני פירושים סבירים לנורמה יש להעדיף את זה המצמצם יותר את היקף העבירה, ובניסוח כולל יותר (שעשוי להקיף גם את ההגנות) – המצמצם יותר את היקף האחריות הפלילית (וממילא מצמצם פחות את חירות הפרט).

כפי שהבהיר Robinson, שהציע להחיל את "כלל הפרשנות המצמצמת" גם על הגנות, לגבי הגנות מדובר בעצם בפרשנות מרחיבה (שהרי פרשנות מרחיבה של ההגנה – השוללת אחריות פלילית – היא היא המצמצמת את היקף האיסור הפלילי), ולכן הציע לדבר על "פרשנות לטובת הנאשם". לדעתו, ביטול הגנה או פרשנות מצמצמת שלה

87 כלשון סעיף 1 לחוק העונשין, תשל"ז 1977 - (1א) כפי שנקבע בתיקון מס. 39 (17א). ראו הדיון בעיקרון זה בע' 3-30 לספרו ד/2(א) של פלר.

88 ככותרת השוליים של סעיף 3 לחוק העונשין, תשל"ז 1977 - (1א) כפי שנקבע בתיקון מס' 39 (17א).

89 על ההיגיון הרב שבכלל יסוד זה של המשפט הפלילי, ראו: מאמרו ה/46 של מחבר ספר זה וע' 339-343 למאמרו ה/36; ע' 370-373 למאמרו ה/40 של קרמניצר.

(המרחיבה את היקף האיסור) מהווים פגיעה ברורה ואסורה בזכות הפרט – הבאה לידי ביטוי בעקרון החוקיות – לאזהרה הוגנת; בבחינת ענישה ללא כל אזהרה⁹⁰.

זוהי, למעשה, הדעה הרווחת בקרב המלומדים⁹¹. כך, למשל, התבטא בית-המשפט העליון הישראלי בפסק-הדין בעניין אפנג'ר⁹²: "המדובר אמנם בהוראה פלילית, אך הפירוש המרחיב והליברלי בא להרחיב היקף תחולתה של ההגנה הפרטית ולהגדיל אפשרויות זיכוי של אדם שנחלץ להגנתו של הזולת".

גישה אחרת, שהיא נחלת מעטים בלבד, מסייגת את תחולתו של עקרון החוקיות כך שאינו חל על פרשנות הגנות⁹³. לפי שיטה זו, ההגנות בפרט והנורמות הכלליות שבקודקס הפלילי בכלל, אינן חלק מהמסר ההדרכתי של דיני העונשין, ולא נועדו להכוונת התנהגותו של הפרט, אלא להכוונת פסיקתו של בית-המשפט בלבד.

אפשרות שלישית, המוצעת בזה, היא להבחין, לעניין תחולתו של עקרון החוקיות על הגנות, בין הגנות מסוג justification לבין הגנות מסוג excuse. הבחנה כזו ניתן לבסס על כך שבעוד שהפטורים אינם חלק מהמסר ההדרכתי של המחוקק, הרי שהצידוקים מהווים חלק ממסר זה, לצד העבירות הפליליות. כך, כשם שבקובעו עבירה מדריך המחוקק את הפרט להימנע מהתנהגות מסוימת, בקובעו צידוק מדריך הוא את הפרט כי בנסיבות מיוחדות אלה רצוי דווקא שיעשה את המעשה הלכאורה אסור. לדוגמה: כשם שבאמצעות העבירה של כליאת שווא מדריך המחוקק את הפרט להימנע מלשלול את חירותו של הזולת, כך באמצעות הסייג "צידוק" (במובן הצר), המבוסס על חובה או סמכות הקבועות בחוק⁹⁴, מדריך המחוקק את השוטר לעצור את העבריין בהתאם לדין. לעומת זאת, הגנות מסוג פטור אינן מיועדות להכוונת התנהגות, אלא חלות רק בדיעבד ומדריכות את השופט שלא להרשיע. לדוגמה: אין לייחס למחוקק כוונה להדריך באמצעות סייג ה"כורח" (duress) את המאויים למלא אחר דרישתו של המאיים ולפגוע באדם שלישי תמים, אלא מדובר רק בהדרכה של המחוקק לשופט, שלא להרשיע את המאויים שעבר עבירה תוך כניעה לאיום, וזאת משום שהחברה מבינה את המצב הקשה שבו היה נתון וסולחת לו. בהתאם להבחנה זו שבין צידוק לפטור, נראה כי הפתרון

90 ראו ע' 159 ואילך לכרך I של ספרו ח12/.

91 ראו, למשל, ע' 347 למאמרו ח16/ של פלר; ע' 1143 לספרם ח17/ של Perkins & Boyce; ע' 161 למאמרו ח32/ של Perkins.

92 ראו ע' 156 לפסק-הדין ח36/ בעניין אפנג'ר. שאלה נפרדת היא אם פירושו של השופט אלון, שאילו מתייחס הציטוט דלעיל מדבריו, מהווה פרשנות משפטית לגיטימית.

93 ראו הגישה הקיימת במשפט הגרמני והמתוארת בע' 574 ואילך לספרו ח13/ של Fletcher.

94 ראו סעיף 34ג(1) לחוק העונשין, תשל"ז1977- (א1/).

הראוי למחלוקת דלעיל הוא להחיל את כלל ה"פרשנות לטובת הנאשם" על הצידוקים, המדריכים התנהגות, וזאת כדי שלא לפגוע בזכותו של הפרט לאזהרה הוגנת, אך לא להחיל את הכלל על הפטורים, שהרי כלל לא נועדו להכוונת התנהגות.

אשר להנהגת הגנות חדשות על-ידי בית-המשפט, כאן כבר רבה המחלוקת. גישה אחת מובאת על-ידי אג'ק בספרו⁹⁵, ולפיה:

"...יש מקום וצורך להבחין בין קביעת עבירות חדשות לבין קביעת הגנות שאינן נזכרות בפקודה. מתן סמכות לשופטים לחדש עבירות היה פוגע בעקרון החוקיות. לאזרח העומד בסכנת שלילת חירותו הזכות שהבסיס לשלילה זו יוגדר בחוק מראש, אך מתן סמכות לשופטים לחדש הגנות... לא היה פוגע בעקרון יסוד זה. חידוש כזה אינו פוגע בנאשם; אדרבא, הוא מיטיב עמו".

כך, Robinson, אשר כאמור מחיל את עקרון החוקיות גם על הגנות בכל הנוגע לפרשנותן וגזור מעיקרון זה את הכלל בדבר פרשנות מרחיבה של הגנות, הביע את הדעה כי בניגוד לעבירות אין הכלל האוסר יצירה שיפוטית חל על הגנות, שכן הרציונאל של אזהרה הוגנת אינו מכתוב כאן איסור⁹⁶. דעות דומות הביעו מלומדים נוספים⁹⁷.

מנגד, קיימת גישה של החלה נטולת פשרות של עקרון החוקיות גם לשם שלילת חידוש הגנות על-ידי בית-המשפט. כך, למשל, כתב פלר⁹⁸:

"נדמה לנו כי עקרון החוקיות בפלילים, אשר דורש לא רק איסור ועונש על-פי חוק, אלא, באותה מידה, שגם סייג לפליליות המעשה יהא על-פי חוק בלבד, מחייב ליתן להגבלה דלעיל משמעות של ממש...".

ובמקום אחר מכנה זאת פלר "[ה]פן השני של עקרון החוקיות בדיני העונשין"⁹⁹.

גישה זו מצאה ביטוי גם בהצעת חוק העונשין (חלק מקדמי וחלק כללי), תשנ"ב-1992¹⁰⁰. סעיף 40 להצעה, שכותרתו "סייגים לפי חוק", קובע את ההוראה

95 הציטוט לקוח מע' 103 לספרו ד1. וראו גם ע' 102.

96 ראו ע' 159 ואילך לפרק I של ספרו ח12.

97 ראו, למשל, ע' 778, 796 לספרו ד7 של דייקן; ע' 126 לספרו ח4 של Smith.

98 ע' 422 לספרו ד2/ב.

99 ע' 351 למאמרו ה28. וראו גם ע' 146 למאמרו ה29.

100 ראו ע' 134 להצעת החוק ג4. גם מאחורי הצעת חוק זו עומד פלר (יחד עם קרמיניצר).

y:\misrad-2003\books\sangero\00-07-16\sanj-03.doc

הבאה: "אין סייג לאחריות פלילית אלא במקרים ובתנאים הקבועים בחיקוק". בדברי ההסבר לסעיף נכתב כך:

"מצב הסייגים במשפט הפלילי המודרני, בהבדל מימים עברו, הגיע לשלב של בשלות וגיבוש הדומה לזה של האיסורים הפליליים; מוצע על כן שלא לאפשר פיתוח סייגים על ידי ההלכה הפסוקה. סעיף 40 מבטא את ההכרה במצב זה. הקביעה שאין סייגים אלא לפי חוק מעניקה לאיסורים הפליליים מידה של ודאות ומוחלטות היא להם".

ובדברי ההסבר לסעיף 38 לנוסח הקודם של ההצעה¹⁰¹ ניתנה גם ההנמקה הבאה: "ביחוד מוצדק הדבר לאור הסייג בסעיף 50 להצעה..." (מדובר בסייג של *de minimis*, זוטי הדברים, שכותרתו דאז הייתה "אין אחריות על זוטות"). יצוין כי הוראה זו שבהצעה הושמטה מהחלק הכללי החדש של חוק העונשין כפי שהתקבל על-ידי הכנסת בתיקון מס' 39.

עמידה על תחולת עקרון החוקיות לשם שלילת סמכות בית-המשפט לחדש הגנות, אינה נובעת מן ההסבר לעקרון החוקיות המבוסס על אזהרה הוגנת לפרט (שהרי בחדשו הגנה מצמצם בית-המשפט את האחריות הפלילית ואינו מרחיב אותה), אלא מן ההסברים הנוגעים ליציבות ההסדרים החברתיים, לחלוקת הסמכויות בין רשויות המדינה, ואולי גם לחוסר משוא פנים באכיפת החוק. לפיכך, להערכתי, עוצמת עקרון החוקיות באשר לשלילת חידוש הגנות בפסיקה נמוכה מעוצמתו באשר לשלילת חידוש עבירות בפסיקה¹⁰².

Fletcher¹⁰³ הציע הסבר לשתי הגישות השונות הנ"ל, תוך השוואה בין המשפט האנגלו-אמריקני למשפט הגרמני. בראשון, הנטייה היא לראות את המחוקק כסמכות העליונה ואת בתי-המשפט כנטולי סמכות – הן ליצירת עבירות והן ליצירת הגנות. לעומת זאת, בשני, למרות המחויבות הכללית הקיימת בו לעקרון החוקיות (הקבוע בחוקה עצמה), רואה בית-המשפט עצמו כמסומך לחדש הגנות, ואף עושה זאת בפועל תוך התבססות על הדרישה של הוכחת אלמנט כללי של "illegality" או "wrongdoing"

101 ראו ע' 144, 209 להצעת החוק ג1/.

102 Silving עמדה על הסכנה של שימוש לרעה על-ידי בית-המשפט בסמכות לחדש הגנות – שימוש שיסכל את מצוות המחוקק – ראו ע' 386 ואילך לספרה ח21/.

103 ראו ע' 316 ואילך למאמרו ט24/; ע' 945 ואילך לכרך 3 של האנציקלופדיה ח26/, Encyclopedia of Crime and Justice (יצוין כי הערך "justification-theory" שבעמודים אלה נכתב על-ידי Fletcher); ע' 573 ואילך לספרו ח13/ של Fletcher.

– דרישה הקיימת במשפט הגרמני אך לא במשפט האנגלו-אמריקני. לדעת Fletcher, מדובר בעצם בהבדל שבין קונספציה פוזיטיביסטית (במשפט המקובל) לקונספציה לא-פוזיטיביסטית (בקונטיננט). כפי שהוא מציין, ההבדל אינו כה קוטבי, שכן במשפט האמריקני קיים – בעקבות ה-Model Penal Code – עיקרון כללי שקבעו מחוקקים במדינות שונות של ארצות-הברית, של "הרע במיעוטו" (בעקבות סעיף 3.02 ל-M.P.C – "lesser evils"), ובית-המשפט הוא היוצק לתוכו תוכן.

כאמור, לשאלת תחולתו של עקרון החוקיות על הגנות היבט נוסף – בהירות הנורמה הפלילית. אחת ההשלכות של עקרון החוקיות היא הדרישה של הגדרה מפורטת ובהירה של האיסור – דרישה שנועדה להבטיח אזהרה הוגנת לפרט. לדרישה זו משקל רב בשיטות משפט שבהן קיימת חוקה המאפשרת לבית-המשפט לפסול חיקוק אשר אינו מקיים דרישה זו. שיטה שבה קיימת סמכות כזו היא השיטה האמריקנית, ובהתייחסו אליה מציע Robinsan להחיל את הכלל השולל איסור מעורפל גם על ניסוח ההגנות¹⁰⁴.

לעומתו, מציע Fletcher¹⁰⁵ להבחין לעניין זה בין עבירה להגנה, ולהתיר ערפול רב יותר של ההגנה בהשוואה לזה המותר לגבי עבירה. ההנמקה המקובלת לעמדה כזו נשענת, ראשית לכל, על כורח המציאות: ההגנות הן, בדרך-כלל¹⁰⁶, כלליות, ולפיכך מעורפלות בהשוואה לעבירות, שכן אין אפשרות מעשית סבירה לצפות מראש את כל סוגי המקרים שיגבשו אותן. כן נשענת עמדה זו על נדירות התופעה של התקיימות נסיבות ההגנה ועל כך שניתן לצמצם את עקרון האזהרה ההוגנת למקרים הטיפוסיים שבתחום האסור. אכן, דומה כי מושגים מעורפלים מטבעם, כגון "סבירות" ו"נחיצות", ממוקמים בהגנות ולא בעבירות דווקא בשל כך, וכי מצב זה עדיף על פני קביעה בהגדרת העבירה של מושגים כגון "חוסר סבירות" ו"חוסר נחיצות".

אם נשוב להבחנה שהוצעה לעיל, שבין הצידוקים – המדריכים התנהגות, לבין הפטורים – שכלל לא נועדו להכוונת התנהגות, מוצע שלא לאמץ אף אחת מגישותיהם הנ"ל של Robinsan ו-Fletcher, אלא להחיל את הכלל השולל איסור מעורפל על הצידוקים, אך לא על הפטורים. בצידוקים, המדריכים התנהגות, ורק בהם, חשוב שלא לפגוע בזכותו של הפרט לאזהרה הוגנת.

104 ראו ע' 159 ואילך לכרך I של ספרו ח12/.

105 ראו ע' 561 ואילך לספרו ח13/ וע' 312 ואילך למאמרו ט24/.

106 "בדרך-כלל" – משום שיש הגנות, כגון הגנת ה"צידוק" (במובן של ביצוע הדין או ציות לצו של רשות מוסמכת) שניתן להגדירן במדויק, ממש כמו עבירות.

מחלוקת זו בין Fletcher ל-Robinson היא רחבה יותר, ומביאה אותנו לשאלה חשובה מאד: האם קיים הבדל ערכי-מהותי בין יסוד הממוקם בעבירה לבין יסוד הממוקם בצידוק. לשאלה חשובה זו השלכות משמעותיות בתחום המשפט המהותי על שתי סוגיות מרכזיות: היסוד הנפשי הנדרש לשם התגבשות צידוק ודרישת סבירות הטעות בהגנה המדומה.

לפי הגישה שאינה מבחינה הבחנה מהותית בין העבירה לצידוק (גישה Robinson), אין לדרוש יסוד נפשי כלשהו לצורך התקיימות הצידוק, ודי בנסיבות המצדיקות האובייקטיביות כשלעצמן (שהרי התקיימות הנסיבות המוצדקות כמוה כאי-התקיימות יסוד עובדתי [שלילי] שבעבירה). לעומת זאת, לפי הגישה המבחינה כאמור (גישה Fletcher), נדרשת לפחות מודעות של העושה לנסיבות המצדיקות (על-מנת שנוכל לומר כי פעל על בסיסן), ואולי גם מטרה מסוימת (כגון – בעניינו – מטרה להתגונן או להגן). לפי גישה זו, העובדות (נסיבות הצידוק) הן בעלות משמעות ערכית ומשפטית אך ורק כשהעושה מודע להן.

אשר לשאלת ההגנה המדומה, הרי שלפי הגישה שאינה מבחינה בין העבירה לצידוק אין לדרוש סבירות של הטעות, ממש כשם שאין דורשים סבירות של טעות בנוגע לרכיב עובדתי בהגדרת העבירה לצורך שלילת האחריות¹⁰⁷. הגישה האחרת – שלפיה קיים הבדל מהותי בין עבירה לצידוק – אינה מכתיבה את התשובה לסוגיית ההגנה המדומה: אמנם אין הכרח לדרישה או אי-דרישה של סבירות הטעות, אך ניתן לדרוש סבירות, למשל משיקולי מדיניות¹⁰⁸. אלו הן, "על רגל אחת", השלכות הגישות השונות לעניין היסוד הנפשי וסבירות הטעות – סוגיות אשר תידונה בהרחבה בהמשך. לעת עתה די לנו בהצגתן הבסיסית, על-מנת שנוכל לבחון את המחלוקת היסודית הניצבת מאחוריהן.

Robinson הציג את גישתו בהרחבה, בעיקר במאמר שכותרתו "A Theory of Justification: Societal Harm as a Prerequisite for Criminal Liability".¹⁰⁹ לשיטתו,

107 הכוונה היא, כמובן, לאחריות הפלילית הבסיסית, המבוססת על מחשבה פלילית, דהיינו: מודעות בפועל לרכיבי היסוד העובדתי של העבירה (מלבד הנורמה האוסרת) וצפיית התוצאה – אם נדרשת כזו בהגדרת העבירה. לעניין אחריות לעבירת רשלנות די, כידוע, במודעות בכח, ולפיכך יש מקום לייחס במסגרתה אחריות לעושה שטעה טעות לא סבירה (דהיינו רשלנית) בנוגע להתקיימות הגנה.

108 ראו הדיון הרחב בסוגיית ההגנה הפרטית המדומה אשר בפרק ו(2) שלהלן, ובמיוחד הדיון בסוגיה זו לאור ההבחנה בין עבירה להגנה, אשר בטקסט שלהלן שתחילתו בהפניה לה"ש 1151.

109 ראו המאמר ט 28/ וכן ע' 7 ואילך לכרך II של ספרו ח 12/.

מכיוון שהמשפט הפלילי מבקש למנוע תוצאות מזיקות, יותר מאשר להעניש בגין כוונה רעה שאינה גורמת נזק, יש לדרוש נזק כתנאי הכרחי. המחוקק הוא שקובע – באופן כללי – מהו "נזק", ובתי-המשפט משלימים את המלאכה. מכיוון שהקודקס הפלילי אינו יכול – ולו רק מבחינה מעשית – לקבוע מהי ההתנהגות הנכונה בכל הסיטואציות (הן משום שהוא חייב להכליל והן משום שהכרעות אנושיות-מוסריות עשויות להיות מסובכות מדי), מגדיר החוק הפלילי התנהגויות שבדרך-כלל גורמות נזק (העבירות) והצידוקים מסננים החוצה את אלו שבמאזן הכולל אינן גורמות נזק. לדעת Robinson, אף שמכנים את הצידוק בשם "הגנה", עדיף – מבחינה מהותית – לראות בו אלמנט בעבירה (אלמנט שלילי – של אי-התקיימות נסיבות הצידוק). שאלתו הרטורית היא: אם במצב של "צידוק" מכח ההגדרה לא נגרם נזק כלשהו – על מה נעניש? לבסוף, לפתרון הבעיה של עושה שאינו מודע לנסיבות המצדיקות, הוא מציע ייחוס ניסיון בלתי צליח ועניש או עבירה ספציפית של ניסיון לפעול unjustifiably.¹¹⁰

גם Stratenwerth¹¹¹ גורס כי אין הבדל מהותי בין עבירה לצידוק, ומצייין כי מיקום רכיב מסוים בהגדרת העבירה או בצידוק תלוי לעתים בשרירות טכנית-חקיקתית של המחוקק. לדעתו, כשם שמעשים שאינם בגדר עבירה עשויים בכל זאת להיות מנוגדים לכללים חברתיים מקובלים, כך גם מעשים שהינם בגדר עבירה עשויים להיות נורמליים. נימוקיו של Stratenwerth מהווים בעצם תשובה לנימוקיו של Fletcher וניסיון לשלול אותם באמצעות דוגמאות נגדיות (וחרירות). נעבור אפוא לנימוקיו של האחרון.

Fletcher¹¹² מעדיף להתרכז ב-"wrongdoing" במקום ב-"harm"¹¹³. לשיטתו, ההבדל הקריטי לענייננו הוא בין נזק שכלל אינו מעניין את המשפט הפלילי (כקטילת זרוב שהיא מחוץ לכל איסור) לבין נזק שהוא חריג מוצדק (justified) לעבירה מסוימת (כחריג של הגנה פרטית לעבירה של המתה). לדעתו, טענות של צידוק – שלא כרכיבי הגדרת העבירה – מניחות מטרה ראויה לשבח. Fletcher מציע להבחין בין שתי שאלות נפרדות: עצם ההבחנה בין עבירה לצידוק, מול הגדרת קווי הגבול. ייתכנו בעיות של סיווג – כגון המיקום הנכון לרכיב ה"הסכמה" (של הקרבן), אך אין בהן כדי לשלול את

110 כבר בשלב זה אבקש להפנות את תשומת-הלב למלאכותיות הרבה הקיימת, לדעתי, בייחוס ניסיון בלבד במצב שבו התקיימו כל יסודות העבירה, לרבות העובדתי והנפשי, קרי: נעברה העבירה.

111 ראו מאמרו ט 50/.

112 ראו בעיקר מאמריו ט 24/ ו-ט 27/ (ע' 1383 ואילך); ספרו ח 13/ וכן דבריו בע' 945 ואילך לכרך 3 של האנציקלופדיה ח 26/.

113 ראו במיוחד מאמרו ט 24/, שכותרתו "The Right Deed for the Wrong Reason: A Reply to Mr. Robinson".

ההבחנה עצמה¹¹⁴. הרעיון הבסיסי הוא שבחינו החברתיים והמוסריים אנו חשים הבדל בין התנהגות שיגרתי, רוטינית ומקובלת (שאינה מצויה כלל בתחומו של איסור), לבין התנהגות שהיא לכאורה או מלכתחילה "wrong", ואמנם עשויה להיות "right", אך נחשבת "right" רק כשנלוות אליה "good reasons". זהו בעצם ההבדל שבין אגרוף בכדור לאגרוף בלסת. דוגמה נוספת להבחנה ערכית זו היא ההפלה המלאכותית. ההכרעה בין הקביעה שההפלה כלל אינה עבירה לבין הקביעה שאפשרי צידוק מבטאת את עמדתנו הערכית. זניחת ההבחנה בין עבירה לצידוק מביאה להתייחסות להפלה כאל קטילת זכוב.

שיקול נוסף בקביעת קו הגבול בין העבירה לצידוקים (קביעה הנעשית על-ידי המחוקק, כמובן) הוא ההסתברות. כך, למשל, כשניגשים לאסור נהיגה לא-סבירה, מכתובה תורת ההסתברות (ההנחה העובדתית היא כי מרבית ההתנהגויות של נהיגה הן סבירות) את מיקום דרישת אי-הסבירות בהגדרת העבירה עצמה, שכן דומה כי תמוה (לפחות) יהיה לאסור נהיגה ולקבוע צידוק של נהיגה סבירה. בהתייחסו להגנה הפרטית מציין Fletcher כי הציוויים נגד תקיפה והמתה חזקים דיים כדי לשלול את הצורך בסיוג העבירה עצמה, בהגדרתה, בתנאי שלפיו לא התקיים מצב של הגנה פרטית. ההשלכה היא שאין די בגילויים האובייקטיביים של ההגנה הפרטית לשם חסימת ההרשעה. Fletcher מציע הבחנה, ש-Robinson נמנע מלעשותה, בין "just events" (כגון: צודק שהתוקף ימות) לבין "justified act" (שאו נדרש גם יסוד נפשי של המתגונן – מודעות לנסיבות ההגנה הפרטית לפחות, ואולי גם מטרת התגוננות – לצורך התגבשות הצידוק). כפי שכותב Fletcher¹¹⁵:

"There appears to be a teleological element in justified
conduct".

אמירה אחרונה זו של Fletcher מחזירה אותנו אל התפישות השונות של מהות הצידוק, שעליהן עמדנו בפרק הקודם: תפישת Robinson את ה"צידוק" כמעשה שהחברה רוצה שיעשה, בשים לב לשיקולים תועלתניים (היעדר "societal harm"); מול תפישת Fletcher, שלפיה על המעשה ה-"justified" להיות מוצדק גם מוסרית – בבחינת התנהגות צודקת, טובה ונכונה. במחלוקת יסודית זו מבכר אני, כאמור, את גישתו של

114 עמדתי באשר לבעיות סיווג הובאה לעיל, בפרק הקודם, בנוגע להבחנה שבין "צידוק" ל"פטור" (ראו הטקסט שלעיל שלאחר ההפניה לה"ש 67), והיא עומדת בעינה גם לגבי ההבחנה נושא דיונו הנכחי – שבין עבירה ל"צידוק".

115 ע' 320 למאמרו ט24/.

Fletcher. יצוין כי, כפי שנראה בהמשך, אופייה הכללי של ההגנה הפרטית תואם את תפישת ה"צידוק" כמוצדק מוסרית, יותר מאשר את תפישתו כמעשה שהחברה רוצה שייעשה מבחינה תועלתנית גרידא. דומה, כי Robinson ניצב כמעט בבדידות עם גישתו הקיצונית שלפיה אין כל הבדל מהותי בין עבירה לצידוק¹¹⁶.

הגישה – הנראית לי נכונה – שלפיה קיים הבדל מהותי בין רכיבים שבעבירה לרכיבים שבהגנה, נתמכת על-ידי הרוב המכריע של המלומדים. כך, למשל, מבסס Greenawalt את התנגדותו לשיטת Robinson, שלפיה אין נדרשת מודעות לנסיבות הצידוק, על התחושה החזקה ש"צידוק" במשפט צריך להיות תואם יותר את ההערכה המוסרית¹¹⁷, ואפילו Dressler, המתנגד, כאמור, לתפישת הצידוק של Fletcher¹¹⁸, מביע דעתו כי ההבחנה בין עבירה להגנה חשובה מאד מבחינה מוסרית וכי יש להתחשב בה במשפט הפלילי¹¹⁹.

עדות ניצחת לכך שקיים כמעט-קונצנזוס-מלומדים-ומחוקקים באשר לקיומו של הבדל מהותי בין עבירה לצידוק, היא העובדה, שעליה נעמוד בהרחבה בהמשך, כי נדירים מאד הם החוקים והצעות החוק שבהם אין נדרשת מודעות לנסיבות האובייקטיביות של הצידוק כתנאי הכרחי להתגבשות¹²⁰.

לבסוף, באשר לסוגיית ההוכחה, נראית לי נכונה השיטה המקובלת כיום על מרבית המלומדים, שלפיה אין להבחין לעניין זה בין עבירה להגנה¹²¹. גם הגורסים כי קיימת הבחנה מהותית ביניהן¹²², מסכימים כי חזקת החפות והכלל הבסיסי שלפיו על התביעה להוכיח את האשמה מעל ומעבר לכל ספק סביר, מן הראוי שישתרעו גם על הרכיבים הקבועים בהגנה.

116 לצדו יש להזכיר גם את Williams, אם כי לא זכינו לפיתוח – בכתובים – של עמדתו הלאקונית, שלפיה "אין תהום תאורטית" בין אלמנטים שבעבירה ושהגנה – ראו ע' 734 למאמרו ט/3.

117 ראו ע' 294 למאמרו ט/39.

118 ראו הטקסט שלעיל המפנה לה"ש 78.

119 ראו ע' 98 למאמרו ט/38.

120 ראו פרק ד(10) שלהלן.

121 לדין מקיף בסוגיה ראו ע' 170-187 לספרו ד/1 של אנקר וכן – בדומה – מאמרו ה/5. גישתו היא, בתמצית, כי באשר לנטל השכנוע, "אין בסיס עיוני להבחנה פורמאלית ונוקשה בין יסודות בהגדרת העבירה ליסודות של הגנה" (ראו ב"פתח דבר" שבראשית ספרו הנ"ל). כמו כן ראו ה"ש 85 שלעיל והטקסט המפנה אליה; וה"ש 1136 שלהלן. והשוו לה"ש 54 שלעיל.

122 כך מציע Fletcher עצמו שלא להבחין בין עבירה להגנה באשר לסוגיית ההוכחה – ראו ע' 545 ואילך לספרו ח/13.

3. רציונאל ההגנה הפרטית בפרספקטיבה היסטורית

הפרספקטיבה ההיסטורית, שנודעת לה חשיבות רבה לצורך הבנת המשפט בן ימינו, לא תתמצה בפרק הנוכחי. לפרספקטיבה זו חשיבות ניכרת באשר לרבות מסוגיות ההגנה הפרטית, ולפיכך נזדקק לה גם בהמשך. בפרק זה נעמוד אפוא בקצרה על התפישה הכוללת של ההגנה הפרטית בשיטות משפט קדומות.

תהליך היסטורי כללי (בשיטות משפט אחדות) שעליו מעניין לעמוד, הוא המעבר מענישה על מעשים שנעשו תוך הגנה פרטית – דרך הענקת פטור בלבד – ועד לקביעת צידוק. מקובל להניח, שלפני התגבשות החברה האנושית שלטה בכיפה ההישרדות האישית. כל דאלים גבר. לפיכך, אחת מפעולותיו הראשונות של כל מחוקק עם ההתאגדות לחברה הייתה דיכוי כל צורותיה של עשיית-הדין-העצמית, לרבות ההגנה הפרטית, כשהדרך הקלאסית להשגת מטרה זו הייתה הטלת אחריות מוחלטת. בזמנים קדומים חששו מאד להכיר בהגנות פן ייחלש תוקפן של הנורמות האוסרות. רק בתקופות מאוחרות יותר – עם התחזקות השלטון המרכזי – ניתן היה לבטל את האחריות המוחלטת ולהכיר בהגנה הפרטית, תחילה כפטור ולאחר מכן כצידוק¹²³.

על רקע המודל ההיסטורי המקובל שלעיל, אשר כפי שנראה להלן, מהווה הסבר מסוים להתפתחות ההגנה הפרטית במשפט האנגלי הקדום בפרט ובמשפט המקובל בכלל, מעניין מאד להיווכח כי במשפט העברי הקדום הוכרה הגנה פרטית בעלת מאפיינים חזקים של צידוק¹²⁴. כפי שכותב אנקר במאמרו "שלש שיטות להסברת הרציונאל של ההגנה העצמית במשפט העברי"¹²⁵:

“גם במשפט העברי התלבטו חכמים בשאלות עקרוניות אלו (של רציונאל

123 על תהליך היסטורי זה ראו והשוו: המאמר של Brown /20; ע' 26 למאמרו של Rosen /40; ע' 1287 למאמרו של Finkelman /81; ה"ש 1 בע' 673 למאמר של Diamond.

124 מכיוון שההגנה הפרטית במשפט העברי זכתה למחקר ולכתיבה רבים, במיוחד בשנים האחרונות; כתיבה שחלקה הארי מצוי במקורות ובכתבי-עת ישראלים נגישים, ומסיבה נוספת – מהותית יותר – שעליה נעמוד מיד, לא תובא סקירה מקיפה של הנושא. ראו מאמרו של אנקר /1; של אנקר [ובמיוחד פרקים 5 ("ההורג מתוך טעות בלתי הגיונית בהגנה עצמית"); 7 ("רצח מתוך הכרח וצורך במשפט העברי"); 8 ("הגבול בין צורך והגנה פרטית במשפט העברי")]; מאמרו של Finkelman /81; מאמרו של Fletcher /23; מאמרו של ורהפטיג; מאמריו 51; 61 של בן-זמרה ועבודתו 11; ע' 779 ואילך לספרו ד'77 של דייקן; ע' 150 ואילך לפסק-הדין 363/ בעניין אפנג'ר; מאמריו 91, 101, 111 של פרימר. ע' 57-56 למאמרו ה'4.

ההגנה הפרטית – הבהרת המחבר). ההלכה קובעת שאין דוחים נפש מפני נפש. לכן, צצה מיד ומאליה השאלה, למה מותר לנתקף להרוג את התוקפן כדי להציל את עצמו".

ולאחר סקירתו המקיפה של שלוש שיטות שונות¹²⁶ הקיימות במשפט העברי, מסכם הוא כך¹²⁷:

"לא מצאנו בספרות ההלכתית ביטוי לתפישה שמופיעה בספרות המודרנית המבססת את ההגנה העצמית על זכותו של האדם לחיים ולאוטונומיה משלו... בצד השיקול המוסרי, לפיו ניתנת עדיפות לחיי הנרדף על פני חיי הרודף בגלל העבירה שבמעשה הרדיפה, עומדת המטרה התועלתנית של הצלת חיי הנרדף. ניתן היתר להרוג את הרודף כאשר משתלבים יחד שני הגורמים" (מדובר בשיטת המאירי – הבהרת המחבר).

מאפיין בולט של צידוק, הקיים בהגנה הפרטית שבמשפט העברי, הוא יחסו של המשפט העברי להגנה על אחר¹²⁸. צד ג' נדרש להתערב להצלת הנרדף מידי הרודף – דרישה המניחה, כמובן, קיומה של זכות התערבות, האופיינית לצידוק.

יחסו זה של המשפט העברי להגנה על אחר מביאנו אל הקושי שבלימוד פשוט וישיר מן המשפט העברי על המשפט בן ימינו. כפי שציינו מלומדים רבים¹²⁹, "המשפט העברי, בהיותו משפט דתי, דן לא רק בהגנות... אלא גם בחובות. לא זו בלבד שאף זר רשאי להרוג את הרודף, אלא שהוא חייב לעשות כן. זוהי מצוה המוטלת על כל מי שיכול, שיציל את הנרדף אף על חשבון חייו של הרודף"¹³⁰.

חובה כללית וגורפת כזו אינה מקובלת במשפט המודרני¹³¹. יתרה מזו: קיימים

126 מדובר בשיטת רש"י המדגישה את העונש המגיע לעבריין, שיטת הרמב"ם המדגישה את הצלת הנרדף ושיטת המאירי המשלבת בין שתי קודמותיה – ראו שם, ע' 59 ואילך.

127 שם, ע' 90-91.

128 ראו ע' 1263 ואילך למאמרה 81 של Finkelman.

129 ראו, למשל, דבריו של השופט אלון בע' 151 לפסק-הדין 366/ בעניין אפנג'ר.

130 הציטוט הוא מע' מח (ממוספר גם כע' 1) למאמרו 71/ של ורהפטיג. וראו גם ע' 327 ואילך למאמרו 111/ של פרימר.

131 אם כי במקומותינו הלך לאחורונה המחוקק כברת דרך מסוימת בכיוון זה – ראו חוק לא תעמוד על דם רעך, תשנ"ח-1998 (א18). לדיון בחובה אפשרית להציל ראו הטקסט שלהלן המפנה לה"ש 1032-1031 וההפניות המופיעות שם.

פירושים למשנת הרודף (המהווה את העוגן המרכזי¹³² להגנה הפרטית במשפט העברי) אשר מעוררים ספקות לגבי יכולתנו ללמוד רבות מדין הרודף לענייננו. אומרת המשנה במסכת סנהדרין: "ואלו הן שמצילין אותן בנפשן: הרודף אחר חבירו להרגו, ואחר הזכר, ואחר הנערה המאורסה"¹³³. לכאורה – וזהו אכן הפירוש המקובל – מדובר בהצלת הנרדף. אולם קיימים פירושים שלפיהם מדובר בעצם בהצלת הרודף(!). לפי אחד מהם – פירושו של רש"י¹³⁴ – מדובר בהצלת הרודף מביצוע עבירה; בבחינת "ימות זכאי ואל ימות חייב" (בהשאלה מדרשת חז"ל לגבי בן סורר ומורה)¹³⁵. סממן אחר שייתכן שקיים בדין ההגנה הפרטית שבמשפט העברי – יסוד מסוים של ענישת התוקף כבר בפעולת ההגנה הפרטית עצמה – יידון בהמשך¹³⁶.

מעניין לציין כי כבר במשפט העברי הקדום אנו מוצאים רבים מהתנאים הנדרשים להתגבשות ההגנה הפרטית שבמשפט הפלילי המודרני. כך, למשל, ניתן לאתר במשפט העברי דרישות של נחיצות¹³⁷, מיידיות¹³⁸ ופרופורציה¹³⁹. במיוחד יש לציין כי מצויים בו הסדרים מורכבים ומעניינים לסוגיות שבהן מתחבטים עד היום במשפט המודרני, כגון סוגיית ההגנה המדומה¹⁴⁰.

לסיום מסע קצרצר זה אל עולם המשפט העברי, יש להדגיש כי אין התיאור דלעיל מתיימר לתת לקורא תמונה נאמנה של ההגנה הפרטית במשפט העברי, אלא נועד למטרה צנועה הרבה יותר: לנסות וללמוד ממנה לענייננו. כאמור, בהמשך נשוב אליה כפעם בפעם ונשאב ממנה השראה נוספת. המעוניין בדיון מעמיק יותר בה מופנה אפוא אל המקורות שהוזכרו לעיל¹⁴¹.

132 ל"עוגנים" נוספים כאלה, כגון "מחותר" ("אם במחותרת ימצא הגנב והוכה ומת אין לו דמים אם זרחה השמש עליו דמים לו" – שמות כב, א) (אספקלריה של התגוננות על-ידי בעל הבית) ראו, למשל, ע' 151 לספרו ד' / של אנקר; ע' 779 ואילך לספרו ד' / של דייקן.

133 משנה, סנהדרין ח, ז. וראו גם ע' 59 ואילך למאמרו ה' / של אנקר.

134 לדיון נרחב בפירוש זה ראו שם, ע' 59 ואילך. לרעיון של הצלת הרודף עצמו ראו גם ע' 1273 ואילך למאמרה ה' / של Finkelman.

135 קושי נוסף הוא התנאי ההכרחי שהרודף מנסה לבצע עבירה שרינה מוות. על קושי זה ראו שם, ע' 1244 ואילך.

136 ראו להלן פרק ב(5)(ח)(2).

137 ראו, למשל, ע' 163 לספרו ד' / של אנקר.

138 ראו, למשל, ע' 150 ואילך לפסק-הדין 36 / בעניין אפנג'ר.

139 ראו, למשל, ע' 142 ואילך למאמרו ה' / של בן-זמרה.

140 ראו ע' 151-163 לספרו ד' / של אנקר, ובמיוחד ע' 163.

141 ראו ה"ש 124 שלעיל.

המשפט האנגלי¹⁴² מהווה, כאמור, במידה מסוימת, דוגמה להתפתחות ההגנה הפרטית מענישה דרך פטור¹⁴³ בואכה צידוק. בתחילה, כפי הנראה, הייתה כל המתת אדם ענישה – לרבות המתה במצב של הגנה פרטית – תחת הכלל העתיק של אחריות מוחלטת, והעונש היה דרסטי ביותר: עונש מוות¹⁴⁴. מאוחר יותר, בימי הביניים, הושם הדגש על הסייג לאחריות פלילית "מניעת פשע", וההגנה העצמית הייתה מצומצמת מאד, ונועדה בעיקר למי אשר בשל אשמתו לא זכאי היה ליהנות מן ההיתר של שימוש בכח למניעת פשע¹⁴⁵. כפי שצוין לעיל, בדיון בהבחנה בין "צידוק" ל"פטור"¹⁴⁶, הייתה קיימת אז הבחנה דומה לזו המקובלת בימינו – הבחנה שחשיבותה הייתה רבה: המתה במצב של צידוק גררה זיכוי מלא בעוד שהמתה במצב של פטור גררה אבדן חייו ורכושו של העושה. אמנם, צפוי היה העושה לחנינה, אולם גם נזקק לה מאד, שכן ההליך השיפוטי עצמו הסתיים בהרשעתו. החנינה לא מנעה את אבדן הרכוש אלא התייחסה לאבדן חייו של העושה בלבד. בעניין זה ידועה האימרה שלפיה מי שהמית בהגנה עצמית "deserved but needed a pardon"¹⁴⁷.

על-פי החלוקה ששרטט Blackstone בסקירה ההיסטורית שבספרו¹⁴⁸, נכללו בקטגוריה של "justifiable homicide" שלושה מקרים: א. "unavoidable necessity"; ב. "advancement of public justice"; ג. "prevention of any forcible and atrocious crime" ובקטגוריה של "excusable homicide" נכללו שני מקרים: א. "homicide per infortunium, or misadventure". ב. "homicide in self-defence, or se defendendo". כינוי אחר למצב אחרון זה היה "chance-medley".

142 לסקירות היסטוריות נרחבות יחסית של המשפט האנגלי ראו ע' 567 ואילך למאמרו ט 34/ של Beale; ע' 1112, 1120 ואילך לספרם ח 17/ של Perkins & Boyce; ע' 751 ואילך לספרו ח 31/ של Gordon; ע' 434 ואילך לספרו ח 6/ של Russell; ע' 141 ואילך לספרו ח 7/ של Kenny; ע' 3 ואילך לספרם ח 23/ של Baum & Baum; המאמר ט 20/ של Brown; ע' 176 ואילך לכרך IV לספרו ח 9/ של Blackstone; ע' 137 ואילך למאמרו ט 32/ של Perkins; ע' 5-10 לספרם ח 28/ של Aiyar & Anad; ע' 25 ואילך למאמרה ט 40/ של Rosen.

143 על קיומו של שלב בהתפתחות ההגנה הפרטית, שבו היוותה היא excuse בלבד, מלבד במשפט האנגלי גם במשפט הצרפתי והגרמני, ראו ע' 857 לספרו ח 13/ של Fletcher.

144 לגירסה אחרת בעניין זה ראו ע' 188 של כרך IV לספרו ח 9/ של Blackstone.

145 ראו, למשל, ע' 1112 לספרם ח 17/ של Perkins & Boyce.

146 ראו ה"ש 44 שלעיל והטקסט המפנה אליה.

147 ראו, למשל, ע' 584 למאמר ט 20/ של Brown וראו גם דברי השופט אגרוט המובאים בה"ש 158 שלהלן.

148 ע' 176 ואילך לכרך IV של ספרו ח 9/.

הטיפול האנליטי הראשון בהגנה הפרטית ניתן, כפי הנראה, על-ידי Foster¹⁴⁹. Foster הפריד הפרדה חדה בין המתה, בהתגוננות, של תוקף שכוונתו לרצוח לבין המתה, בהתגוננות, שנעשתה נחוצה במהלך תגרה מסוג "chance-medley". את העושה הראשון סיווג כ-"perfectly innocent and justifiable" ואת השני כ-"in some measure blameable and barely excusable". על בסיס הניתוח של Foster, תוך השלמה על-פי מקורות נוספים, מקובל לחשוב¹⁵⁰ שהייתה אז הבחנה בין שלושה מצבים עיקריים: א. תמים שנתקף תקיפה רצחנית – הלה אינו חייב לסגת ורשאי להפעיל כח מגן קטלני; ב. תוקף בתגרת ידיים או משתתף באשמתו בקרב כזה, המופתע לגלות שיריבו פנה להפעלת כח קטלני – הלה חייב לסגת "נסיגה עד לקיר" אלא אם מצוי הוא ב"מבצרו", ואם ממית הוא – כאמצעי אחרון – מדובר בפטור ולא בצידוק; ג. התוקף תקיפה רצחנית או משתתף בתגרה עם כוונה תחילה להמית – האחרון מאבד כל זכות להגנה עצמית באותו אירוע, אפילו אם נקלע במהלך התגרה למצב קשה מאד¹⁵¹.

כאמור, ההגנה העצמית – ה-"se defendendo" – סווגה כ-"excuse בלבד ולא כ-justification. אלא שיש לתת את הדעת לכך שחלק מן המצבים, שמקומם הראוי הוא בתחומי סייג ההגנה הפרטית, טופלו במשפט האנגלי במסגרת הסייג "מניעת פשע" וכך זכו בעצם למעמד הראוי של צידוק. Blackstone¹⁵² השתדל מאד להצדיק את סיווגה של ההגנה הפרטית במשפט האנגלי כפטור בלבד, לצד ה-"misadventure". לדעתו, המשותף לשתי הקטגוריות הוא האשמה והענישה. ערך חיי האדם הוא כה חשוב עד כי אפילו באדם הממית תוך הגנה עצמית מזהה המשפט אשמה מסוימת, בין היתר כדי להשניא את ההמתות על האזרחים. לביסוס עמדתו זו "מגייס" Blackstone את Lord Bacon, שדיבר על "se defendendo" כעל "necessitas culpabilis", ומפנה אל שיטות משפט קדומות שבהן הוטלו סנקציות שונות על הממית במהלך התגוננותו. ברם, כפי שמציין Russell בספרו הנודע¹⁵³, הסבריו של Blackstone הם מאולצים ולמעשה מקור דין ה-"se defendendo" היה הכלל העתיק של אחריות מוחלטת. ההנחה לגבי ה-"se defendendo" הייתה שלמתגונן לא הייתה בחירה אמיתית בשל אינסטינקט

149 ראו, למשל, ע' 1120 ואילך לספרם Perkins & Boyce /17 של

150 ראו, למשל, ע' 138 ואילך למאמרו Perkins של

151 על מיון זה ועל השלכותיו על חובת הנסיגה חלק בתקופה מאוחרת יותר Beale – בדעת מיעוט. עמדתו המעניינת מאד בעניין זה תובא בהמשך, במסגרת הדין בחובת הנסיגה – ראו הטקסט שלהלן שתחילתו בהפניה לה"ש 828.

152 ע' 186 ואילך לכרך IV של ספרו ח'9.

153 ראו ע' 435 ואילך לספרו Russell on Crime /6

ההישרדות¹⁵⁴; הנחה המהווה רציונאל אפשרי ל-*excuse* של ממש – הפוטר מעונש. אך משום שעשיית-דין-עצמית הייתה מנוגדת לצורכי החברה בימי-הביניים, או, לפחות, נתפשה כמנוגדת להם, נקבע שהמעשה רק ניתן לחנינה.

במאה הי"ד הפכה החנינה לעניין פורמאלי גרידא, ניתנה כדבר שבשיגרה, והיא מתוארת כ-*"pardon of course"* שניתנה גם ללא מעורבות כלשהי של המלך עצמו¹⁵⁵. חשוב לציין, כי החנינה לא השתרעה על אבדן רכושו של הממית וכן חשוף היה הממית לתביעה לתשלום פיצויים לקרובי התוקף-המנוח. רק בשנת 1532, בעקבות מאבק ממושך בעניין זה בין אנשי ה-Bar (שדרשו פטור מלא) לבין אנשי ה-Bench, נחקק החוק המפורסם הידוע כ-*"Statute 24 Henry VIII"*. חוק זה ביטל את שלילת רכושו של המתגונן (ה-*"forfeiture"*), אמנם רק כשהמית תוקף שניסה לשדוד או לרצוח אותו, אולם נוכח הפרשנות הנדיבה שלה זכה החוק, מתה החנינה הפורמאלית מוות טבעי בין המאות ט"ו-ט"ז¹⁵⁶.

מאוחר יותר הוחלף החוק הנ"ל בחוק אחר – *"9 George IV"* – אשר קבע הסדר דומה¹⁵⁷. בסופו של דבר התאינו ההבדלים שבין *"justified homicide"* לבין *"excusable homicide"*, למעט הבדל קטן שנתר בעניין חובת הנסיגה¹⁵⁸. התפישה המקובלת בימינו,

154 ראו לעניין זה ע' 3 ואילך לכרך III של ספרו ח9 של Blackstone וע' 26 למאמרה של Rosen.
155 ראו, למשל, ע' 587 ואילך למאמרו של Brown.
156 כך, Coke כבר לא טרח להתייחס אליה ו-Hale הסתפק בהזכרתה בלבד – ראו ע' 589 למאמרו של Brown.
157 ראו, למשל, ע' 144 לספרו ח7 של Kenny.
158 ראו, למשל, שם. הברל זה יידון בהמשך במסגרת הדיון בחובת הנסיגה – ראו הטקסט שלאחר ההפניה לה"ש 844. מעניין לציין כי הדי ההבחנה נותרו – גם במשפטנו – עד לתקופה מאוחרת מאד. כך, למשל, כתב השופט אגונט בע' 747 לפסק-דינו ב4/ בעניין ראובן: "בזמנים קדומים לא היה המשפט האנגלי מבחין בין מעשים מזיקים שבוצעו במתכוון ושלא במתכוון, וחבר המושבעים היה נאלץ להרשיע, והשופט – לדון לעונש, גם עבריינים שעשו מעשים מהסוג האחרון. במקרים האלה היה נוהג המלך, על פי המלצת חבר המושבעים, לחון את העברייין. 'האיש שביצע מעשה הריגה תוך כדי קטטה מקרית או הגנה עצמית', אומרים פוללוק ומיטלנד (Hist. of Engl. Law, הוצאה שנייה, כרך 2, ע' 479) 'היה ראוי כי תינתן לו חנינה אך גם היה זקוק לה'. (כשריד שנשאר מתופעה זו, ראו לשון סעיף 18 לפקודת החוק הפלילי, 1936: 'מעשה או אי מעשה שהיו נחשבים באופן אחר לעבירה יסלחו לנאשם וכו'...)" (ההדגשה במקור).

של ההגנה הפרטית כצידוק, התגבשה במשפט האנגלי רק בתקופה המודרנית¹⁵⁹.

159 ניצנים לכך ניתן למצוא אצל Foster, שכתב במאה הי"ח – ראו ע' 590 למאמרו ט 20 / של Brown. על ההתפתחות ההיסטורית במשפט הקונטיננטלי ראו, למשל, ע' 385, 392 לספרה פ 21 / של Silving.

4. ההגנה הפרטית כפטור

אפשרות עיקרית אחת למתן הסבר להגנה הפרטית היא להתייחס אליה כאל פטור. כפי שראינו בפרק הקודם, בעברון של שיטות משפט רבות אכן אלה היו מעמדה ואופייה של ההגנה הפרטית – לכל היותר פטור, לעתים אפשרות של חנינה בלבד, אך בהחלט לא צידוק. הדוגמה הקלאסית לכך היא ה-"se defendendo" מן המשפט האנגלי של ימי הביניים¹⁶⁰.

על מאפייניה העיקריים של הקטגוריה הכללית של "פטור" כבר עמדנו לעיל¹⁶¹. מעניין להביא בעניין זה גם את הדברים שנאמרו בדברי ההסבר להצעת חוק העונשין (חלק מקדמי וחלק כללי), תשנ"ב 1992-162:

"העיקרון מאחורי כל הסייגים לאחירות פלילית הוא, שדיני העונשין יכולים וחייבים להתערב בחיי האדם רק במידה שהם יכולים להיות גורם משפיע על דרכי התנהגותו; באותם המצבים שבהם אין סיכוי להשפעה כאמור, התערבותם של דיני הנפשות תגרום רק ליצירת עבריינים ולא תתרום למניעת עבריינות".

כלומר: זהו המכנה המשותף לכל ההגנות. כבר בשלב זה ברצוני לעמוד על כך, שגם אם נמצא להלן שלהגנה הפרטית מאפיינים מסוימים של פטור, אין בכך כדי לשלול את האפשרות של סיווג ההגנה הפרטית כצידוק. המסקנה האפשרית, כי ניתן לראות בהגנה הפרטית פטור, אינה מצדיקה "ישיבה על זרי הדפנה" והסתפקות בכך, אלא יש להמשיך בבדיקה כדי לנסות ולבחון אם אין היא צידוק. מטרת התאורטיקאים והמחוקקים חייבת להיות אפיון מדויק ככל האפשר של כל תופעה רלוונטית, על-מנת לקבוע את ההסדרים המתאימים לה ביותר. אשר לאפשרות של צדד ההגנה הפרטית מסוג צידוק תהיה גם הגנה פרטית מסוג פטור – אפשרות שאליה אתייחס בהרחבה בהמשך – יש לציין כי בתחומי החפיפה שבין הפטור לצידוק סביר מאד להניח כי הצידוק יגבר על הפטור¹⁶³.

160 ראו ה"ש 152-154 שלעיל והטקסט המפנה אליהן, לרבות הנמקתו של Blackstone למעמד זה של ה-"se defendendo".

161 ראו, למשל, הטקסטים שלעיל המפנים לה"ש 42 (דבריו של Hart) ולה"ש 43 (דבריו של Fletcher).

162 ראו ע' 133 להצעת החוק ג4.

163 ראו – לעניין ה"בליעה" הנ"ל – דבריו של Williams בע' 738 ואילך למאמרו ט3.

לפי השיטה, הבלתי מקובלת בימינו, הרואה את ההגנה הפרטית כפטור בלבד¹⁶⁴, אין מעשה ההתגוננות מוצדק, אלא החברה "סולחת" למתגונן ואינה מענישה אותו בגין מעשה העבירה שביצע, מתוך התחשבות במצב המיוחד שבו היה נתון. בסיס גישה זו, השמה את הדגש על הנתקף ולא על התוקף, הוא בהשקפה המקובלת שלפיה לעתים אין לאדם כל בררה אלא להתגונן, ואפילו בכח קטלני. אמנם אין המדובר במצב שבו אין מתקיימת דרישת ה"רצייה" ("שליטה"), שכן אפשרות בחירה (אובייקטיבית) בהתנהגות חלופית עומדת לעושה, אך חופש הבחירה של העושה מצומצם, ולנוכח הסיטואציה הקשה שבה הוא נתון, פועל בעוצמה רבה אינסטינקט ההישרדות. כאימרתו הידועה של הלל הזקן: "אם אין אני לי מי לי?". זהו הטבע האנושי.

"סליחה" של החוק לנאשם שהיה נתון בסיטואציה קשה שכזו, מקבילה לסייג ה"צורך" כפטור (שהרי קיים גם – לפחות בתאוריה – "צורך" כצידוק) וקרובה אף לסייג של "כורח" (איומים). לפי גישה זו, קיים פגם מוסרי במעשהו של הנאשם, אך אין טעם להענישו. בלשון המשפט העברי: "אונס רחמנא פטריה"¹⁶⁵. חוסר הטעם שבענישה מנומק בעיקר¹⁶⁶ בחוסר האפקטיביות שלה. כך, למשל, הציג ההוגה¹⁶⁷ Hobbes את עניין ההרתעה במקרים של אילוץ מנקודת ראותו של העושה הנתון במצב האילוץ, כך: אם לא אפעל – אמות מיד; אם אפעל – אמות אחר כך. ומכאן, שיש לפחות רווח של זמן חיים בכיצוע העבירה. הייתי אף מרחיק לכת ומוסיף על דברי Hobbes כי מנקודת ראותו (הסובייקטיבית) של העושה הדילמה היא לעתים תכופות קלה עוד יותר: אם לא אפעל אמות או אפגע מיד; אם אפעל – אולי אומת אחר כך (ובימינו – ברוב שיטות המשפט – קרוב לוודאי שהשאלה היא: אולי אאסר אחר כך). כפי שציינו, למשל, משפטני המשפט המקובל Holmes ו-Bentham, האדם תמיד יבחר לחיות, אפילו יאלץ לקטול אדם תמים לשם כך, ולכן אין טעם להענישו¹⁶⁸. גם Kant לא חלק על כך, אך גרס כי על העושה לסבול גינוי מוסרי¹⁶⁹. מעניינת מאד בעניין זה היא גישתה של הפילוסופית Levine,

164 על גישה זו ראו, בעיקר, ע' 376 ואילך למאמרו של Fletcher /222; ע' 2 ואילך למאמרו ה11/ של ביין; ע' 856 ואילך לספרו ח13/ של Fletcher; ע' 881 ואילך למאמרו ט31/ של Kadish; ע' 738 ואילך למאמרו ט3/ של Williams; ע' 109 ואילך לכרך I של ספרו ח12/ של Robinson; ע' 435 ואילך לספרו ח6/ של Russell; מאמרה ח111/ של Levine; ע' 186 ואילך לספרו ח9/ של Blackstone; המאמר ט49/ של Shuchman; מאמרה ח40/ של Rosen.
165 הביטוי הוא תלמודי: בבלי בבא קמא, כח, ב; בבלי נדרים, כז, א; בבלי עבודה זרה, נד, א; בבלי זבחים, קח, ב (ראו ע' 119(3) למאמרו של בן-זמרה).
166 גם מטרת שיקום העבריין אינה רלוונטית – ראו והשוו לע' 6 לספרו ח1/ של אנקר.
167 ראו ע' 293 למאמר ט49/.
168 שם.
169 שם.

שלפיה רציונאל ההגנה הפרטית בפרט וה"צורך" בכלל הוא קיומה של זכות מוסרית של האדם להעדיף את שחשוב לו יותר – דהיינו: הישרדותו שלו¹⁷⁰. אך הגישה המקובלת היא שהענקת הפטור מהווה התנתקות מודעת של המשפט מן המוסר הצרף, ואינה נובעת ממנו. כך, למשל, כתב השופט זילברג, בלשונו הציורית, בפסק-הדין בעניין פתניאב¹⁷¹, בהתייחסו לסעיף 18 לפקודת החוק הפלילי, 1936, שבו הוסדרו אז סייגי ה"צורך" וההגנה הפרטית:

"הוראת סעיף 18 היא, בסופו של דבר, מתן גושפנקא משפטית או היתר חוקי, להעדפת עניני עצמו, מעין 'חייך קודמים לחיי חברך', – אמנם רק: לגבי חברך הפושע, חברך המתקיף – ואין המוסר הטהור מזדהה תמיד, ובכל התנאים, עם 'זכות בכורה' זו... שאיפתו של החוק היא להיות מעשי, מציאותי, מצליח; נושאו הוא: האדם הבינוני, בעל הטבע הבינוני, בעל המוסר הבינוני; לכן אין החוק אוסר דבר שלא ניתן להיאסר, ואינו גוזר גזרה, 'אלא אם כן רוב הציבור יכולים לעמוד בה';... זו [נקיטת המחוקק בלשון "יסלחו" – הבהרת המחבר] היא מעין החוויית קידה של הנורמה החוקית כלפי האידיאה המוסרית...".

מה הן ההשלכות העיקריות של ראיית ההגנה הפרטית כפטור? ראשית, מופנה הקורא לדיון הכללי שלעיל בהשלכות הסיווג של הגנה כ"פטור"¹⁷². שנית, תאוריה כזו תגביל את ההגנה הפרטית לאינטרסים החשובים ביותר בלבד – כחיי האדם ושלמותו הגופנית – שעליהם "מוכרחים" הפרטים להגן¹⁷³. היא תדרוש מהמתגונן "נסיגה עד לקיר" בטרם יתגונן, שכן רק אז נוכל לומר שאין לו בררה (בהנחה המקובלת שאין לדרוש ממנו "התמסרות" לתקיפת התוקף)¹⁷⁴. השלכה מרכזית של תאוריה זו, אשר מלומדים רבים רואים בה את חסרונה המרכזי והמכריע¹⁷⁵, היא שאל לו לצד שלישי להתערב לעזרת הנתקף. התאוריה אינה מספקת אפוא הסבר לגיזרה רחבה של ההגנה הפרטית – ההגנה על אדם אחר. אמנם ניתן להסביר באמצעותה מקרים מסוימים של הגנה על אחר, אולם כדי שיתקיימו הטעמים לפטור, ובמיוחד היעדר האפקטיביות של הענישה, גם לגבי הגנה על אדם אחר, יש צורך בהגבלה חזקה של חוג האחרים שעליהם

170 ראו מאמרה 111/.

171 ראו ע' 448 לפסק-הדין ב2/ בעניין פתניאב.

172 ראו פרק ב(4) שלעיל וכן פרק ב(1) שלעיל.

173 ראו, למשל, ע' 376 למאמרו של Fletcher.

174 ראו, למשל, ע' 3 למאמרו ה11/ של ביין וע' 857 לספרו ה13/ של Fletcher.

175 ראו, למשל, ע' 881 ואילך למאמרו ה31/ של Kadish וע' 377 למאמרו ה22/ של Fletcher.

תחול ההגנה, כפי הנראה לחוג מצומצם של קרובי העושה. הגבלה כזו, שהייתה מקובלת בשיטות משפט שונות בעבר, תהא בלתי קבילה לחלוטין במשפט הפלילי המודרני¹⁷⁶. השלכה נוספת של התאוריה הרואה את ההגנה הפרטית כפטור היא שבדומה לסייג הפטור של "צורך", ההתמקדות היא בעושה ואין זה הכרחי שהתוקף יהיה אשם בתקיפתו. לפיכך, מספקת תאוריה זו הסבר גם למקרה-המבחן השכיח מאד במסגרת דיוני המלומדים – פילוסופים כמשפטנים – ברציונאל ההגנה הפרטית, הלא הוא המקרה של תוקף פסיכוטי בפרט ותוקף נטול אחריות פלילית בכלל¹⁷⁷.

יש לציין, כי גם המלומדים שעמדו על קיומה של האפשרות לאפיין את ההגנה הפרטית כפטור, בחרו רובם ככולם באפיונה המדויק יותר – כצידוק¹⁷⁸, וכי Rosen, אשר מציעה לאפיין את ההגנה הפרטית כפטור¹⁷⁹, ניצבת בעניין זה לבדה. המאמר שבמסגרתו פרשה Rosen גישתה זו ונימקה אותה, נושא את הכותרת: "The Excuse of Self-Defense: Correcting a Historical Accident On Behalf of Battered Women Who Kill". העיסוק העיקרי במאמר, כמשתקף בכותרתו, הוא בסוגיה הזכורה לכתובה ולפסיקה רבה מאד במשפט האמריקני בשנים האחרונות, ושעליה אעמוד בהרחבה הראויה בהמשך¹⁸⁰, הלא היא סוגיית האישה המוכה הממיתה את בעלה. אלא ש-Rosen – בגישתה המקורית – אינה מנסה לעוות את דין ההגנה הפרטית כצידוק על-מנת לכלול בו את המקרה המיוחד של אישה מוכה, ואף אינה מסתפקת באפיון מקרה זה כפטור, אלא מבקשת לאפיין את ההגנה הפרטית כולה – על כל גיזרותיה, לרבות זו של התגוננות האישה המוכה – כפטור בלבד. בפרק החמישי של מאמרה "The Case for Excused Self-Defense", היא מביעה דעתה כי אפיון ההגנה הפרטית כפטור יענה טוב יותר לא רק על צורכיהן של הנשים המוכות, אלא גם על צורכיהם של המשפט הפלילי והחברה. Rosen מתמודדת בהרחבה עם אחת (בלבד) מהתאוריות המציעות רציונאל של צידוק להגנה הפרטית – התאוריה המבוססת על "forfeiture", אבדן זכויותיו של התוקף – ולאחר העמידה על חסרונותיה (הלא מעטים) של תאוריה זו, היא עוברת למסקנה

176 ראו על כך בהרחבה בפרק ה(2) שלהלן.

177 סוגיה זו תידון בהרחבה בהמשך (בפרק ב(5)(ג)), אולם כבר בשלב זה יצוין כי לדעתי אין לעוות את ההגנה הפרטית, על כל המקרים בעלי האופי ה"מוצדק" שבה, להגנה בעלת אופי של "פטור" בלבד, אך ורק בשל חוסר ההסבר שהיא מספקת – במרבית גירסותיה כצידוק – למקרה של תוקף נטול אחריות פלילית. כפי שניווכח בהמשך, למקרה זה יש פתרון מלא במסגרת הסייגים הקיימים של "צורך" כפטור ושל "הגנה מדומה".

178 עמדה על כך Omichinski – ראו ע' 1468 למאמרה ט'37/.

179 ראו מאמרה ט'40/.

180 ראו פרק ו(5) שלהלן.

החפזוה שלפיה אין בנמצא רציונאל מספק להגנה פרטית כצידוק, וכי סיווגה כצידוק מהווה "תאונה היסטורית" (שהרי בעבר הרחוק סווגה ההגנה הפרטית כפטור). ברם, כפי שאראה בהמשך, ה-"forfeiture" הוא רק אחד מהרציונאלים שהוצעו ל"צידוק" של הגנה פרטית, ובהחלט לא הטוב והמועדף שבהם. Rosen, מצדה, מתעלמת לחלוטין מתאוריות מקובלות אחרות, כגון ההתבססות על הסדר החברתי-משפטי להצדקת ההגנה הפרטית. להערכתה, ישרת סיווג ההגנה הפרטית כפטור מטרות חשובות של החברה בכלל ושל המשפט הפלילי בפרט: שמירת קדושת חיי האדם ואי-עידוד עשיית דין עצמית. אין ספק שהתאוריות של הגנה פרטית כצידוק צריכות לתת מענה לשני שיקולים אחרונים אלה, ובמסגרת הדיון בתאוריות אלה נדון גם בהם¹⁸¹.

טיעון נכבד של Rosen הוא כי אפילו במקרים ה"מסורתיים" (דהיינו: כשאין מדובר באישה מוכה כנתקף), ההגנה העצמית אינה רצויה לחברה, אלא היא "permissible and tolerated" והחברה ניטרלית כלפיה. לצורך ביסוס טיעון זה, היא מתעלמת מכך שההגנה הפרטית חלה גם כסייג מפני עבירות שאינן המתה, ומתייחסת אך ורק להתגוננות קטלנית¹⁸². טיעון זה של Rosen מחזירנו אל המחלוקת שעליה עמדנו לעיל¹⁸³, בדבר מהותו של הצידוק: המחלוקת בין Fletcher לבין Dressler, הגורס כי יש לכלול בגדר הצידוק לא רק את הטוב מוסרית אלא גם את הניטרלי – התנהגות מותרת (permissible / tolerable). כפי שצוין, עדיף לאפיין את הצידוק לפי שיטתו של Fletcher – כמוצדק גם מוסרית¹⁸⁴. לענייננו, דומה, כי כפי שניווכח בהמשך, מרבית – אם לא כל – הלבטים בדבר אופייה של ההגנה הפרטית¹⁸⁵ אינם מתייחסים למקרים ה"קלאסיים" המרכזיים שלה, כי אם למקרים מיוחדים, שחלק ניכר מהם יש לסנן מן ההגנה הפרטית ולטפל בו במסגרות המתאימות לו יותר, כגון סייגי ה"צורך" וה"טעות". ייתכן גם שהטיפול

181 שיקולים אלה באים לידי ביטוי גם בדרישות הנחיצות, המיידיות והפרופורציה – שיידונו להלן – וביחס המיוחד שניתן לכח מגן קטלני.

182 נטילת חיי אדם היא אכן בעייתית מאד. אולם, בעייתיות זו אינה מכתיבה את שלילת האופי ה"מוצדק" של ההגנה הפרטית, וניתן לתת לה פתרונות מספקים, להערכתנו, כגון דרישת נסיגה בטוחה לפני הפניה לכח קטלני. הדיון הרחב בסוגיה זו מובא להלן, בפרק ד(9).

183 ראו ה"ש 78-80 שלעיל והטקסט המפנה אליהן.

184 להסרת הספק יובהר, כי אפיון ה-justification כמוצדק מוסרית אין פירושו הענקה מלאכותית של הצדקה מוסרית למעשים שאינם ראויים לכך, אלא "ניקוי" ה-justification תוך צמצומו והוצאה מד' אמותיו את המעשים הבלתי מוצדקים שלעתים מבקשים לספחם אליו.

185 ראו ע' 110-109 לכרך I של ספרו ח12/ של Robinson; ע' 68, 80, 84 למאמרו ח38/ של Dressler; ע' 275, 284 למאמרו ח28/ של Robinson; ע' 1285 למאמרה ח81/ של Finkelman; ע' 767 לספרו ח13/ של Fletcher.

במקרים מיוחדים אלה צריך להיעשות במסגרת של סייג נפרד של הגנה פרטית כפטור, אשר ידור לצד הסייג של הגנה פרטית כצידוק.

כאמור, הגישה הרואה בהגנה הפרטית פטור בלבד אינה מקובלת. היא נוגדת את האינטואיציות החזקות של האזרח שומר החוק¹⁸⁶ ואת תפישתה של ההגנה הפרטית במשפט המודרני¹⁸⁷. להגנה הפרטית אופי מובהק של צידוק, וסיווגה כפטור אומר לנו מעט מדי, בכורכו אותה עם יתר סייגי האילוף – ה"צורך" וה"כורח" (איומים), תוך היעצרות במכנה המשותף (הלא גבוה) של שלושתם, ותוך התעלמות מאשמת התוקף ואפילו מהתקיפה עצמה. למעשה, נוכח קיומו של סייג ה"צורך", הרי שפטור של הגנה פרטית לא זו בלבד שאינו מבטא את אופייה האמיתי, אלא הוא אף מיותר לחלוטין. כן נכשלת גישה זו במתן הסבר מספק לזכות – המקובלת מאד במשפט הפלילי המודרני – של הגנה על אדם אחר: כל אחר.

בכך ניתן היה לסיים פרק זה, אך יש עוד לעמוד על כך שבפסיקה הישראלית הודגש דווקא האופי של פטור בהתייחסויות המעטות הקיימות בה לרציונאל ההגנה הפרטית. הדיון המפורט בתפישת ההגנה הפרטית במשפט הישראלי ייערך בהמשך¹⁸⁸, אך כבר עתה יוזכרו, מלבד דבריו של השופט זילברג שכבר הובאו בראשית פרק זה, גם ביטויים כגון: "אם חטא אין בו, אבק של חטא יש בו"¹⁸⁹; "לפתוח שערי מחילה" ו"מתן-כפרה"¹⁹⁰. ביטויים אלה נבעו, בין היתר, מלשונו הקודמת של החוק¹⁹¹, ולאור נוסחו החדש יש מקום לתקווה כי בעתיד לא נמצא בפסיקתנו התייחסות להגנה הפרטית כאל "פטור" גרידא; "סליחה" של החברה ושל המשפט לעושה על מעשה רע כביכול שעשה.

186 ראו ע' 881 למאמרו ט'31 של Kadish וה"ש 106 בע' 1468 למאמרה ט'37 של Omichinski.
187 לעניין המשפט האמריקני ראו ע' 881 למאמרו ט'31 של Kadish; לעניין המשפט האנגלי ראו ע' 739 למאמרו ט'3 של Williams ולעניין המשפט הגרמני ראו ע' 392 לספרה ח'21 של Silving.

188 ראו פרק ז(2) שלהלן.

189 דברי השופט חשין בע' 432 לפסק-הדין ב'2/ בעניין פתניאב.

190 דברי בית-המשפט בע' 1617-1616 לפסק-הדין ב'12/ בעניין סעד.

191 ראו הדיון ברציונאל ההגנה הפרטית בפסיקה הישראלית אשר בפרק ז(2) שלהלן.

5. ההגנה הפרטית כצידוק

(א) כללי

בפרקים הקודמים¹⁹² הועמדה ההגנה הפרטית כצידוק מול האלטרנטיבה של הגנה פרטית כפטור. בפרק זה ננסה לבסס את האופי ה"מוצדק" שלה לא בצורה השלילית – כעדיף על פני האופי של פטור – אלא בצורה חיובית – על בסיס רציונאל משכנע בעל עיגון מוסרי איתן. כאמור, הן שיטות המשפט העיקריות¹⁹³, הן המלומדים שמקרב המשפטנים¹⁹⁴ והן הפילוסופים¹⁹⁵, רובם ככולם רואים בימינו את ההגנה הפרטית כצידוק. אלא שכפי שציין מתנגד חשוב של ההבחנה בין צידוק לפטור – Hall¹⁹⁶ – "We must ask, why justified?". מדוע "למרות שבדרך כלל מעשהו אסור, בנסיבות המיוחדות מעשהו רצוי ומותר... ולכן, לא רק שאין להענישו על מעשהו, יש לתיתו פרס עבורו"¹⁹⁷? שאלה נכבדה זו, שאליה מתייחס פרק זה, היא להערכתי השאלה המרכזית של סוגיית ההגנה הפרטית כולה.

מהלך הפרק יהיה כדלקמן: תחילה נדון בהרחבה בגישות העיקריות והמקובלות באשר לרציונאל של ההגנה הפרטית כצידוק. תוך כדי הדיון בהן נתייחס גם למקרה-

192 ראו פרקים ב(1); ב(3); (4) שלעיל.

193 ראו, למשל, דבריו של Williams על המצב במשפט האנגלי; דבריו של Kadish על המצב במשפט האמריקני ודבריה של Silving על המצב במשפט הגרמני (ההפניות לכתביהם מופיעות בה"ש 187 שלעיל).

194 עמדו על כך, בין היתר, Williams בע' 739 למאמרו ט' 3 / Omichinski בע' 1447 למאמרה ט' 37. וראו גם, למשל, ע' 624 לספרם ח' 5 של Card, Cross & Jones. מעניין לציין בעניין זה, כי גם מלומדים שאינם מקבלים את ההבחנה בין justification ל-excuse, מכירים באופייה ה"מוצדק" של ההגנה הפרטית. כך, למשל, כתב פלר כי לגבי ההגנה הפרטית – כמו גם לגבי סייג ה"צידוק" (במובן של ביצוע הדין או הוראות של רשות מוסמכת) – אין מחלוקת שמתקיימות ההשלכות שנוהגים לייחס ל-justification – ראו ה"ש 315 בע' 508 לספרו ד' 2/ (ב). בדומה, כתב פלר במקום אחר כי להגנה הפרטית "אופי לגיטימי מוחלט" – ראו ע' 6 למאמרו ה' 3.

195 ראו, למשל, ע' 356 למאמרו ו' 61 של Wasserman; ע' 31 ואילך למאמרו ז' 5 של Montague וע' 185 למאמרו ז' 12 של Nino.

196 ראו ע' 645 למאמרו ט' 33.

197 הציטוט נלקח מע' 7 לספרו ד' 1 של אנקר, תוך השמטת התשובה המוצעת שם לשאלה – "מפני שהוא מנע בכך עבירה". גם תשובה זו תידון, כמובן, בהמשך.

המבחן המקובל, הידוע כשאלת התוקף הפסיכוטי (בפרט, והתוקף נטול האחריות הפלילית בכלל). לאחר מכן נעמוד בקצרה על רעיונות נוספים שהועלו לצורך הצדקת ההגנה הפרטית, ולבסוף יוצע הרציונאל הראוי לה. אך בטרם נצא לדרך, עלינו לתת את הדעת על שאלה שעשויה להתפשט – ולו רק על-ידי בודדים – כשאלה מקדמית: מהי השלכתה של הזכות לחיים – במיוחד אם רואים בה זכות מוחלטת – על השימוש בכח מגן קטלני?

אין מחלוקת על כך שהזכות לחיים נמנית עם זכויות האדם הבסיסיות ביותר. הדבר נקבע בדברי חקיקה ובמסמכים רבים, לאומיים ובין-לאומיים¹⁹⁸, וחשוב לא פחות – מקובל על כל ההוגים בדורנו¹⁹⁹. האם ניתן אפוא להצדיק הגנה פרטית בכח המוליך לתוצאות קטלניות? טבעם של זכויות ושל ערכים שהם לעתים מתנגשים ביניהם, ואז יש לסייג אותם, או לפחות את חלקם. אולם, לעתים מועלה הטענה כי הזכות לחיים היא זכות מוחלטת. כך, למשל, העלה השופט חיים כהן את הטענה שלפיה הזכות לחיים אינה סובלת סייגים, שכן אחרת איש לא יוכל לטעון לזכותו לחיים²⁰⁰.

מהי זכות מוחלטת? במאמרו "Are There Any Absolute Rights?"²⁰¹ מגדיר Gewirth "זכות מוחלטת" כזכות שאינה נסוגה מפני שום זכות אחרת בהתנגשות ביניהן. ואולם, דעתי היא כי זכויות מוחלטות כלל אינן קיימות. ולענייננו, הקביעה כי הזכות לחיים היא מוחלטת פירושה שאסור לפגוע בזכות זו בכל הנסיבות ומכל סיבה שהיא. הדבר מוביל, בין היתר, לשלילת הלגיטימיות של נטילת חיי אחר במלחמה (לרבות מלחמת מגן!), במהפכה (לרבות מהפכה כנגד משטר עריץ ומדכא), כמו גם בהגנה פרטית. כפי שמציין Primorac²⁰², סוג זה של פציפיזם הוא אמנם עקבי, אך בלתי מתקבל על הדעת.

198 ראו, למשל, סעיף ג' להכרזה הבין-לאומית על זכויות האדם משנת 1948; סעיף 6 להצהרת האו"ם משנת 1976 וסעיף 2 לאמנה האירופאית על זכויות האדם (יצוין כי סעיף זה מכיר במפורש בזכות להגנה פרטית – אפילו בכח קטלני – אם כי מסייג אותה – ראו ע' 288 למאמרו ט/1 של Ashworth).

199 עמדו על כך, למשל, Ashworth – ע' 282 למאמרו ט/1; Fletcher – ע' 1372 למאמרו ט/27; Kadish – ע' 871 למאמרו ט/31. וראו בהרחבה, למשל, מאמרו ט/63 של Bedau.

200 הטענה הועלתה בע' 2 לעותק שבידי של מאמרו ה/41 (שטרם פורסם).

201 ראו מאמרו ז/161.

202 ראו ע' 141 למאמרו ה/42.

Kadish דן בהרחבה בסוגיה זו²⁰³. לאחר שהוא עומד על חשיבותה הרבה של הזכות לחיים, מציין הוא כי קיימות התנגשויות בין זכויות וכי כל חברה חייבת להתמודד עם ההכרעה הקשה מתי על חייהם של אחדים לסגת מפני אינטרסים חשובים של אחרים. כן מציין הוא כי קיימים חריגים המבוססים על שיפוט ערכי, שלפיו קטילות מכוונת הן "right" בסיטואציות מסוימות: עונש מוות; אכיפת חוק על-ידי אנשי הרשות והגנה פרטית. עמדתו של Kadish היא אפוא כי קדושת החיים אינה תמיד הגורם המכריע, והוא עומד על מובן אפשרי חלש יותר של עקרון קדושת החיים – לא עדיפות מוחלטת לחיים ולא איסור מוחלט על קטילה מכוונת, אלא הנחה הקיימת לטובת החיים ונגד הקטילה. דומה, כי איש לא יחלוק על הנחה זו, אלא שכפי שמציין Kadish עצמו, לא ניתן ללמוד ממנה הרבה.

דיון חשוב נוסף בסוגיה נושא דיונו תרם Ashworth²⁰⁴. לשיטתו, הזכות לחיים לא רק שאינה שוללת את זכות ההגנה הפרטית, אלא היא דווקא מחזקת אותה, שכן:

"If a legal system is to uphold the right to life there must be a liberty to use force for the purpose of self-defence"²⁰⁵.

בספרות הפילוסופית מקובל דווקא לשלול את הרעיון שלפיו הזכות לחיים יוצרת באופן ישיר זכות להגנה פרטית²⁰⁶. דעה מעניינת הביע Gorr²⁰⁷ ולפיה המצב אינו שמהזכות לחיים נגזרות זכויות אחרות, כגון זכות ההגנה הפרטית, אלא הזכויות האחרות הללו הן היוצרות, יחדיו, את הזכות לחיים.

מן הספרות הפילוסופית יש לציין גם את עיסוקה של Thomson בנושא דיונו²⁰⁸. היא שוללת את הטענה שלפיה הזכות לחיים היא זכות מוחלטת, תוך עמידה בעיקר על קיומם של מקרים שבהם "a right may be infringed without being violated"²⁰⁹. Fletcher עומד גם הוא על הבחנה אפשרית זו, ומציע מצדו הבחנה בין פגיעה בזכות

203 ראו בעיקר ע' 871-881 למאמרו המאלף ט31/, שכותרתו "Respect for Life and Regard for Rights in the Criminal Law".

204 ראו בעיקר ע' 282-283, 288 למאמרו ט1/, שכותרתו "Self-Defence and the Right to Life".
205 שם, ע' 283. רעיון זה הובע גם בדברי ההסבר להצעת החוק הקנדית משנת 1987 – ראו ע' 37 להצעת החוק יג8/.

206 ראו, למשל, ע' 362 למאמרו ז61/ של Wasserman.

207 ראו, בעיקר, ע' 268 למאמרו ז131/.

208 ראו מאמרה ז31/ (בעיקר ע' 40 ואילך), שכותרתו "Self-Defense and Rights".

209 שם, ע' 41. וראו גם הדיון ב"תאוריה של פירוט" שבפרק ב(5)(ח)(8) שלהלן.

y:\misrad-2003\books\sangero\00-07-16\sanj-04.doc

עצמה – פגיעה שהיא אפשרית על-ידי המדינה, למשל – לבין פגיעה באינטרס (בלבד) של אדם פלוני תוך כדי פעולתו של אדם אחר וכתוצאה ממנה²¹⁰.

בסופו של דבר, כפי שצוין בספרות הפילוסופית על-ידי Gorr²¹¹:

“Extreme pacifists aside, virtually everyone agrees that it is sometimes morally permissible to engage in... ‘private defense’...”.

מעניין לציין, כי גם Ryan²¹², המעיד על עצמו כי הוא פציפיסט, מביע דעתו כי טיעוני הפציפיסטים אינם שוללים את אפשרות קיומה של הצדקה להגנה הפרטית (בכח קטלני) אלא רק מערערים על תקפות הצדקות מסוימות²¹³ שהוצעו לה, ובכך תורמים את תרומתם להעלאת ערך חיי האדם.

לסיום דיון זה, עמדתי היא כי בעוד שהזכות לחיים אינה זכות מוחלטת ואינה שוללת את האפשרות של כח מגן קטלני מוצדק במסגרת של הגנה פרטית, הרי שהיא חזקה דייה כדי לצמצם מאד את השימוש המוצדק בכח קטלני, פועלת לחיזוק דרישות הפרופורציה והנחיצות, ומחייבת התייחסות נפרדת לקטגוריה של כח מגן קטלני²¹⁴.

(ב) אשמת התוקף כגורם המכריע

ראיית אשמתו של התוקף כבסיס להצדקת ההגנה הפרטית היא התאוריה הקלאסית והשכיחה ביותר בעולם המשפט האנגלו-אמריקני²¹⁵. בתיאור בסיסי של גישה זו זיכה

210 ראו (בהתאמה) ע' 1385 ואילך 13731- ואילך למאמרו 27ט', שכותרתו "The Right to Life". כן שולל Fletcher את הטענה – המוטעית גם לדעתי – כי הזכות לחיים היא זכות לכאורה בלבד (ראו שם, ע' 1371).

211 ראו, בעיקר, ע' 241 למאמרו 13ז'.

212 ראו (בהתאמה) ע' 508 ו-520 למאמרו 10ז', שכותרתו: "Self-Defense, Pacifism, and the Possibility of Killing".

213 בעניין זה יצוין כי ניתוחו של Ryan לוקה באי-התייחסות לתאוריות מרכזיות, המצדיקות את ההגנה הפרטית, כגון זו המצדיקה את ההגנה הפרטית תוך התבססות על הסדר החברתי-משפטי. 214 עניינים אלה יידונו, כמובן, להלן, במסגרת ההתייחסות לדרישות ולקטגוריה הנ"ל. יש לתת את הדעת גם על המשטנים שאותם הציע Gewirth (במאמרו הנ"ל 16ז') להביא בחשבון בעת התנגשות בין זכויות: א. החשיבות היחסית של הזכות; ב. עוצמת הפגיעה בזכות; ג. הסתברות התממשות הסכנה; ד. אמצעים חלופיים למניעת הסכנה או לצמצומה.

215 כפי שמצייץ Fletcher, תאוריה זו קיבלה תמיכה בגרמניה, באנגליה ובארצות-הברית, אך הפכה לדומיננטית רק במסורת המשפט המקובל ולא במשפט הקונטיננטלי. ראו ע' 377 למאמרו 22ט'. מבחינה היסטורית ידועה שיטתו של Blackstone, שלפיה הזכות להגנה פרטית בכח

אותנו Kadish²¹⁶. הגישה מתמקדת בזכויותיו של התוקף. נקודת המוצא שלה היא הזכות הכללית לחיים הנתונה לכל בני-האדם. הטיעון המרכזי שלה הוא שהתוקף, במעשהו בר-האשמה, מאבד את זכותו לחיים, או, לפחות, את זכותו לתבוע זכות זו. Omichinski מתארת תאוריה זו בתיאור המקובל של "moral forfeiture of the right to life"²¹⁷, ועומדת על כך שאף שבאופן מסורתי מתייחסים לזכות לחיים כאל זכות שאינה ניתנת להעברה, בכל זאת מקובל לחשוב שניתן לאבד אותה – כפי שציינו ההוגה Locke והמשפטינים Blackstone ו-Feinberg²¹⁸.

זהו, כאמור, התיאור הבסיסי של התאוריה – תיאור שקל לבקרו. כך, למשל, עמד Kadish על כך שאם התאוריה מניחה כי התוקף – במעשהו – מסכים שחיי יינטלו בפעולת ההתגוננות, הרי שמדובר בפיקציה, שכן התוקף כפי הנראה כלל לא העלה זאת על דעתו²¹⁹. Fletcher, בביקורתו על תאוריה זו²²⁰, עמד על הקשר ההדוק שבין מושג האבדן ("forfeiture") לקונספציה המקורית של "outlaw" (אדם הניצב מחוץ לחוק). ה-"outlaw" מאבד את זכויותיו ביחס לכל – גם ביחס לאנשים שכלל אינם יודעים על אבדן זה. כל אדם רשאי לקטול אותו, וזאת ללא דרישה של מטרה חיובית כלשהי ואפילו ללא דרישה של מודעות למעמדו הנ"ל. כפי שנראה בהמשך, מקובל כי לצורך התגבשות ההגנה הפרטית נדרשת לפחות מודעות לנסיבות המצדיקות, אם לא גם מטרה להתגונן או להגן²²¹. מכאן, שאין הקבלה מלאה בין התוקף לבין ה-"outlaw". אין מנוס אפוא מן המסקנה, כי זכותו לחיים של התוקף בעינה עומדת – גם סמוך לתקיפתו, גם במהלכה וגם לאחריה – וכי אין למצוא את ההצדקה להגנה הפרטית ב"אבדן" שכזה²²².

וריאציה אחרת, חזקה יותר, של התאוריה נושא דיוננו, היא זו שלפיה התוקף אינו מאבד כליל את זכויותיו, אלא שבשל אשמתו אנו מפחיתים במידה מסוימת את ערך

קטלני מותנית בכך שהתוקף עבר, בתקיפתו, עבירה שדינה מוות. ראו שם, ע' 377-378 ובדומה ע' 1450 למאמרו של Omichinski.

216 ראו ע' 883 ואילך למאמרו ט 311/.

217 ראו ע' 1449 ואילך למאמרו ט 377/.

218 ראו שם, ההפניות שבה"ש 20 191- (בהתאמה).

219 ראו ע' 883 למאמרו ט 311/.

220 ראו ע' 1380 ואילך למאמרו ט 277/.

221 ראו פרק ד(10) שלהלן.

222 להתבטאויות בנוסח זה דווקא ראו, למשל, ע' 26 לספרו ח 1/ של Williams (המעלה את האפשרות שלפיה אם מטרת החוק היא הרתעה אזי אשמת התוקף מוציאה אותו מחוץ להגנת החוק); ע' 283 למאמרו ט 1/ של Ashworth (אבדן הזכות לחיים) ואצלנו – רמזים מספר לגישה זו בהתבטאויותיו של פלר ("אנטרס בלתי לגיטימי של התוקף" – ע' 415 לספרו ד 2/2); אנטרס "בלתי מוגן באורח משפטי ... מפקיר התוקף ... את הערכים שלו..." – שם, ע' 418).

האינטרסים שלו בעת שאנו עורכים את מאזן האינטרסים שבעימות. זוהי, בעצם, וריאציה של סייג הצידוק של "צורך", הידוע כ-"lesser evils"²²³, הרע במיעוטו. הבוחר לפתוח בעימות זכאי להגנה פחותה בהשוואה לזו שזכאי לה הקרבן התמים. Fletcher מתאר זאת אחרת – כוויתור חלקי של התוקף על האינטרסים שלו, כאשר גודל הוויתור עומד ביחס ישר למידת אשמתו²²⁴. אלא שאפילו אם הוויתור הוא חלקי, עדיין סבורני כי הוא פיקטיבי ולפיכך אין להשתית עליו את פחות האינטרסים של התוקף, אלא יש להשתיתו ישירות על אשמתו. כמו כן חשוב להדגיש, כי הפחות באינטרסים של התוקף אינו כלפי כולי עלמא ("in rem") אלא אך ורק ביחס לאלו של הנתקף²²⁵.

מהו הגורם הדומיננטי – אשמת התוקף, עצם תקיפתו או שניהם? בספרות המשפטית מדברים לעתים על האשמה בלבד, ולעתים על האשמה בצירוף ה-"wrongful act" של התוקף²²⁶. מעניין, כי בספרות הפילוסופית קיימת מחלוקת בעניין זה, ששיאה בחילופי המאמרים שבין Montague לבין Wasserman²²⁷. תמצית הוויכוח היא שבעוד שהראשון ביסס את הרציונאל של ההגנה הפרטית על כך שבעצם תקיפתו כופה התוקף בחירה בין חיים, בצירוף הגורם רב-החשיבות, לדעתו, של אשמת התוקף²²⁸; הרי שלדעת השני מדגיש הראשון יתר על המידה את אשמת התוקף, ואינו עומד על חשיבותה הרבה של עצם התקיפה מבחינה מוסרית. למחלוקת זו נידרש עוד בהמשך – במסגרת הדיון ברציונאל המתבסס על כך שהתוקף כופה בחירה בין חיים²²⁹.

223 ראו בהרחבה בפרק ב(5) (1) שלהלן וראו ע' 70 לכרך II של ספרו 12/ של Robinson.

224 ראו ע' 377-378 למאמרו 222/.

225 כך, למשל, תיאר אנקר גישה זו: "אחרים מתנים את הזכות להעדפה עצמית בקיום יתרון מוסרי אצל המתגונן. הם מוצאים יתרון זה, בדרך כלל, בעובדה שהתוקפן עובר עבירה בתקיפתו, שעה שהנתקף הינו חף מפשע" (ע' 56 למאמרו 4/4. ההדגשה הוספה).

226 ראו והשוו: ע' 883 למאמרו 31/ של Kadish ("by his culpable act"); ע' 26 לספרו 1/ של Williams (אשמת התוקף); ע' 305 למאמרו 24/ של Fletcher ("wrongful conduct"); ע' 944 לכרך 3 של האנציקלופדיה 26/ (מפי Fletcher) (שני גורמים – אשמת התוקף וה-wrongdoing); ע' 1450 למאמרה 37/ של Omichinski ("fault or misconduct").

227 ראו מאמרו 41/ של Montague; מאמר התגובה 61/ של Wasserman ומאמר "התגובה שכנגד" 71/ של Montague וכן מאמרו 51/ של Montague; מאמרו 101/ של Ryan ומאמרו 131/ של Gorr.

228 למעשה, התאוריה של Montague (המכונה על-ידי "distribution thesis" – ראו ע' 82 למאמרו 71/) רחבה יותר וקובעת כי אם אנשים נתונים במצב שבו חייבת להתרחש רעה כלשהי, אזי החפים מפשע רשאים לבחור באשמים כמי שייפגעו וצד ג' חייב לבחור כך.

229 ראו פרק ב(5)(ח)(5) שלהלן.

הן לתקיפה של התוקף והן לאשמתו חשיבות ערכית ומוסרית ראשונה במעלה. למעשה, זהו הייחוד העיקרי של ההגנה הפרטית – ייחוד המורכב הן מן התקיפה עצמה והן מאשמת התוקף. משמעות מוסרית גדולה יש לייחס הן לכך שהכח המגן מופנה כלפי התוקף עצמו (דבר המביא לידי ביטוי משמעותי את הגורם החשוב של אשמת התוקף) והן לכך שהתוקף יכול לחדול מתקיפתו ולהפוך את ההתגוננות לבלתי נחוצה (דבר המביא לידי ביטוי משמעותי את הגורם החשוב של התקיפה עצמה). למעשה, גורם התקיפה הוא כה מובן מאליו בספרות המשפטית, בהיות התקיפה, בעצם, חלק אינטגרלי מהגדרת מצב ההגנה הפרטית עצמה, עד כי לא תמיד טורחים לעמוד עליו ומכאן ההתמקדות, לעתים, באשמת התוקף לבדה²³⁰.

מעניין מאד לעיין בדברים שכתב Locke, שבהם ניתן לאתר את הרציונאל נושא דיוננו²³¹:

“...puts himself in a state of war with him against whom he has declared such an intention, and so has exposed his life to the other's power to be taken away by him... For by the fundamental law of nature, man being to be preserved as much as possible, when all cannot be preserved, the safety of the innocent is to be preferred; and one may destroy a man who makes war upon him, or has discovered an enmity to his being, for the same reason that he may kill a wolf or a lion; because they are not under the ties of the common law of reason, have no other rule but that of force and violence...”.

בניתוח מעניין של דבריו אלה של Locke מצביע Montague על שלוש הצדקות, קשורות אך נפרדות, להגנה הפרטית: א. חובות מוסריות הן הדדיות ואינן קיימות כלפי המוציא עצמו מן התרבות; ב. התוקף גורם לפיחות בערך האינטרסים שלו; ג. אם מישהו חייב לסבול – על האשם לסבול ולא על החף מפשע. הצדקות אלה נוגעות לשתי הווריאציות העיקריות של התאוריה נושא דיוננו אשר הוצגו לעיל – הן לאבדן זכויותיו של התוקף והן לפיחות בהן. כאמור, הווריאציה השנייה היא המוצקה יותר מבין

230 מקובל מאד לדבר על “תקיפה בלתי חוקית”, והתבטאות זו היא מדויקת.

231 ראו, למשל, ע' 213 למאמרו /41 של Montague.

השתיים²³². מעניין כי דבריו של Locke מכילים – בכריכה אחת – רעיונות אחדים שונים בתכלית, ולפיכך הם מצוטטים גם לתמיכה בתאוריה שונה לחלוטין – שתידון בהמשך – ולפיה הגורם המכריע הוא האוטונומיה של הנתקף.

מה הן ההשלכות המרכזיות²³³ של תאוריה זו, המתמקדת באשמת התוקף? שתי ההשלכות המרכזיות הן: א. קיימת דרישה חזקה יחסית של פרופורציה בין הפגיעה הצפויה לנתקף אם לא תתבצע הגנה פרטית לבין הכח המופעל במסגרתה (או – בווריאציה אחרת – לבין הפגיעה בתוקף במסגרת ההתגוננות), שכן פיחות באינטרסים של התוקף בהחלט אינו מאפס אותם. ב. אין הגנה פרטית מפני תוקף חסר אשמה. לדעת Dressler²³⁴, השלכה חשובה של תאוריה זו היא היעדר בסיס לקביעה שהתנהגות הפועל בהגנה פרטית היא "right" – כלומר: שיש לו זכות חזקה להפעיל כח מגן – שכן תאוריה זו מהווה אך ורק בסיס לקביעה שהתנהגותו היא "tolerable". זאת מפני שמרשים לנתקף להתגונן – נוכח אבדן זכותו של התוקף – אך אין קובעים דבר לגבי זכותו לעשות כן. ברם, אפיון זה שמציע Dressler הוא אמנם נכון, אם מתייחסים לווריאציה ה"אבדן" של התאוריה נושא דיונו, אך הוא נחלש מאד אם מתבססים על הווריאציה האחרת שלעיל – זו העורכת איזון אינטרסים, במתכונת ה-"lesser evils".

כמה טענות עיקריות²³⁵ הועלו על-ידי מלומדים שונים שדחו תאוריה זו. טענת נגד אחת היא, שהתאוריה אינה מסבירה מדוע אף שהתוקף מאבד במהלך תקיפתו את זכותו לחיות, בכל זאת אסור להפעיל כח מגן לאחר שהתקיפה כבר הסתיימה, וזאת נוכח

232 ראו והשוו לעמדתו של Gordon (ע' 754-757 לספרו 1971), החולק על Hume בהביעו דעתו כי הרציונאל אינו שהמבצע פשע מאבד את הגנת החוק (כפי שגרס Hume), אלא שבמצב של הגנה פרטית – בהבדל ממצב של "צורך" – יש לחוק פתרון המבוסס על האשמה ועל החפות המשפטיות של הצדדים המעורבים.

233 יצוין כי אין אני עומד כאן על ההשלכות האופייניות לכל תאוריית ה-justification של ההגנה הפרטית, כגון אלה הנוגעות למעורבותו של צד ג' – השלכות שאינן מייחדות תאוריה זו לעומתן. Omichinski עומדת על השלכות נוספות של התאוריה בהשוואה לאלה שבהן אדון. לדעתה, בין היתר, אין נדרשת נחיצות ואין נדרשת נסיגה (ראו, בהתאמה, ע' 1456 ו-1457-למאמרה 1977). שתי קביעותיה אלה אינן מקובלות עליי, אך בהיעדר הנמקה להן יקשה כאן להתמודד אתן. יצוין רק, בשלב זה, כי חובת נסיגה ניתן וצריך – כפי שנראה בהמשך – לגזור לא רק מדרישת הנחיצות אלא גם ובעיקר מדרישת הפרופורציה – דרישה שאף Omichinski אינה חולקת על קיומה גם במסגרת תאוריה זו (שם, ע' 1454).

234 ראו ע' 85 ואילך למאמרו 1978.
235 לטענות נגד נוספות – משניות, להערכתי – ראו ע' 1465 ואילך למאמרה 1977 של Omichinski; ע' 884 למאמרו 1971 של Kadish; ע' 358-359 למאמרו 1971 של Wasserman; ע' 266 למאמרו 1971 של Gorr; ע' 511 למאמרו 1971 של Ryan.

הדרישות המקובלות של נחיצות הכח המגן ושל קיומה (העכשווי) של סכנה. Thomson²³⁶ מציעה לכך שלושה פתרונות עצמאיים אפשריים: א. בשל שיקולי תועלת אוסרת החברה על הנתקף לקטול את התוקף לאחר שתמה תקיפתו; ב. סיום התקיפה מלמד – בדיעבד – כי, במקרה הספציפי, בשום שלב לא היה זה נחוץ לקטול את התוקף; ג. לאחר שהוא חדל מתקיפתו, זוכה התוקף מחדש בזכות שאיבד קודם לכן. בעניין אחרון זה עומדת Thomson על האפשרות לומר כי התוקף רק מפסיק להחזיק בזכותו במהלך התקיפה, בהבדל מן האמירה כי הוא מאבד אותה. פתרון אפשרי דומה אחר הוא לומר שזכותו של התוקף נסוגה מפני זכות הנתקף – נוכח אשמת התוקף – רק בהתמלא כמה תנאים מצטברים, שאחד מהם הוא קיומה (העכשווי) של נחיצות.

טענת נגד עיקרית נוספת, שאותה הזכרנו לעיל, היא שהתאוריה – המתמקדת בתוקף ובאשמתו – עוסקת אך ורק בחירות הנתקף לקטול את התוקף ואינה עוסקת בזכות כלשהי שלו לעשות כן. לפיכך גורס Kadish²³⁷ כי אילו אסר החוק על קטילה במהלך התגוננות, היה אמנם הדבר בלתי צודק, אך לא היה נסתר על-ידי תאוריית האבדן. שתי טענות הנגד שלעיל הן, להערכתנו, חלשות יחסית נוכח הווריאציה של תאוריה זו, שלפיה אין המדובר באבדן אלא בפחות בערך האינטרסים של התוקף – פחות המתבצע תחת מסגרת הדומה לזו של ה-“lesser evils”.

טענת הנגד המרכזית שהועלתה בספרות – הן המשפטית והן הפילוסופית – היא כי כל התאוריה נושא דיוננו מתמוטטת נוכח המקרה של תוקף חסר אשמה. שהרי, ברור כי במצב כזה אין אפשרות להתבסס על אשמת התוקף (שאינה קיימת) לצורך הצדקת ההגנה הפרטית. מעניין לציין כי מלומדים רבים רואים זאת כחיסרון המרכזי והמכריע של התאוריה – חיסרון שבשלו, ולעתים רק בשלו, יש לשלול אותה. כך, למשל, כתב Fletcher²³⁸ (בביטוי “self-defence II” כוונתו היא לתאוריה נושא דיוננו):

“Thus it seems that self-defence II may provide a perfectly sound rationale of self-defence in the typical case, but it fails to give an account of our intuition in the case in which the

236 ראו ע' 34 ואילך למאמרה ז'.

237 ראו ע' 884 למאמרו ט'31.

238 ראו ע' 378 למאמרו ט'22 וראו גם ע' 305 למאמרו ט'24 וע' 1379 למאמרו ט'27. להתבטאויות דומות של מלומדים אחרים, הרואים גם הם את המקרה של תוקף נטול אחריות פלילית כמפריך את התאוריה המבוססת על אשמת התוקף, ראו, למשל, ע' 884 למאמרו ט'31 של Kadish; ע' 321 למאמרו ט'51 של Moore; ע' 36 למאמרה ז'31 של Thomson; ע' 511 למאמרו ט'10 של Ryan.

aggressor's conduct is excused by reason of insanity or by other acknowledged excusing conditions".

אולם לדעתי, אין המקרה של תוקף נטול אחריות פלילית מפרץ כהוא זה את התאוריה המתמקדת באשמת התוקף, וזאת מהטעם הפשוט שמקרה זה כלל אינו נופל בגדרה של ההגנה הפרטית. נוכח העוצמה הרבה המיוחסת למקרה זה, המשמש בספרות כמקרה-מבחן (test-case) כללי לרציונאל ההגנה הפרטית, נעמוד עליו בהרחבה בפרק הבא, שייוחד לו. בשלב זה אתייחס דווקא לפן האחר של אמירתו של Fletcher המצוטט לעיל. מדבריו של Fletcher משתמע, כי אלמלא הקושי שמציב מקרה התוקף נטול האחריות, התאוריה המבוססת על אשמת התוקף הייתה טובה כרציונאל מספק להגנה הפרטית. עמדתי, אשר תוצג בהרחבה בהמשך, היא כי למרות חשיבותו הרבה – ערכית, מוסרית ומשפטית – של גורם האשמה של התוקף²³⁹, תהיה השתתת רציונאל ההגנה הפרטית עליו בלבד בבחינת החמצת חלק ניכר מן העיקר. קיימים גורמים נוספים, משמעותיים מאד, שבהם יש להתחשב, וכוונתי היא בעיקר לסדר החברתי-משפטי²⁴⁰, שפעולתו להצדקת ההגנה הפרטית היא חזקה. לפיכך, אשמת התוקף – נושא דיונו – היא גורם הכרחי בהצדקת ההגנה הפרטית, אך אין היא גורם מספיק לשם כך²⁴¹.

239 דעה דומה הביע – במסגרת הספרות הפילוסופית – Montague :

"...Special moral significance does attach, however, to the fact that a life threatening situation is created by someone's *culpable* behavior, whether intentional, reckless, or negligent".

(ע' 211 למאמרו 4ז). לבד מהסתייגותי מן ההסתפקות ברשלנות אשר בסוף דבריו של Montague, אין לי אלא להצטרף אליהם.

240 ראו פרק ב(5)(ה) שלהלן.

241 להסרת הספק יצוין, כי אף שהדיון בתאוריה זו התנהל – בעקבות הספרות המשפטית והספרות הפילוסופית העוסקות באותו נושא – תוך התייחסות, בעיקר, לכח מגן קטלני מפני תקיפה קטלנית, הרי שהתאוריה המתבססת על אשמת התוקף ישימה גם במקרים של תקיפה וכח מגן מתונים יותר. ככלל, דומה כי התייחסות – במסגרת הדיון ברציונאל ההגנה הפרטית – לכח מגן קטלני מהווה תמיד מעבר של המשוכה הגבוהה ביותר האפשרית. במילים אחרות: רציונאל שיצדיק כח מגן קטלני, יצדיק גם – על דרך קל וחומר – כח מגן מתון יותר. ברם, כפי שצוין לעיל, התייחסות לכח מגן קטלני ואילו בלבד לכל אורך הדרך עלולה לעוות את התמונה. לפיכך, יש לשוות תמיד לנגד העיניים גם מקרים של כח מגן מתון. דברים אלה נכונים במיוחד באשר לשלב הבא – שלאחר קביעת הרציונאל – השלב של קביעת ההסדר הראוי להגנה הפרטית. הסדר כזה חייב להיות מותאם לא רק לכח מגן קטלני (כפי שנוטים מלומדים רבים לעשות) אלא גם לכח מגן מתון.

y:\misrad-2003\books\sangero\00-07-16\sanj-04.doc

8/30/2000 9:52:00 AM

(ג) מקרה-המבחן של התוקף חסר האשמה

מקרה-המבחן המרכזי²⁴², המשמש בספרות לבחינתן של תאוריות שונות להצדקת ההגנה הפרטית, הוא המקרה שבו התוקף הינו חסר אשמה. כך, למשל, כשהתוקף אינו שפוי בדעתו. כפי שצוין בפרק הקודם, השימוש העיקרי הנעשה במקרה-מבחן זה הוא לשלילת התאוריה, שלפיה הרציונאל להצדקת ההגנה הפרטית נעוץ בעיקר בגורם של אשמת התוקף. כפי שנרמז לעיל, עמדתי היא כי לאשמת התוקף חשיבות רבה, החורגת מן התפקיד של מקרה-מבחן גרידא, שכן ויתור על הדרישה של אשמת התוקף חוטא למהותה של ההגנה הפרטית ומהווה ויתור על חלק ניכר מן הייחוד שלה בהשוואה לסייגי אילוף אחרים, דהיינו: התקיפה שמבצע התוקף, אשמתו בתקיפה והפניית הכח המגן כלפי התוקף בר-האשמה עצמו.

הדעה שלפיה גם הדיפת תוקף נטול אשמה נופלת בגדר סייג הצידוק של הגנה פרטית, היא כה מושרשת, עד כי מקובל בקרב רבים מן המצדדים בהבחנה שבין צידוק לפטור, כי אחת מן ההשלכות המרכזיות של הבחנה זו היא כדלקמן: בעוד שמפני תקיפה "מוצדקת" אין זכות להגנה פרטית, הרי שמפני תקיפה "פטורה" בלבד "מוצדק" להפעיל הגנה פרטית²⁴³. כך, למשל, בעוד שאין לנתקף זכות להגנה פרטית מפני שוטר העוצר אותו כדין במסגרת הסייג "צידוק" (במובן הצר), המבוסס על ביצוע הדין, הרי שלפי גישה זו יש לנתקף זכות להגנה פרטית מפני התוקף הפסיכוטי, שאין צידוק למעשהו אלא הוא פטור בלבד במסגרת הסייג של אי-שפיות. גישה זו באה לידי ביטוי, בין היתר²⁴⁴, בקודקס הפלילי

242 מעניין לציין, כי זוהי אחת מהסוגיות היחידות הנוגעות להגנה הפרטית אשר יקשה למצוא מלומדים שכתבו על ההגנה הפרטית ושכלל לא התייחסו אליה.

243 ראו, למשל, ע' 62 למאמרו של Dressler וע' 165-167 לכרך I של ספרו 12/ של Robinson. גם Fletcher גרס כך, כפי שיפורט בהרחבה בהמשך, ומעניין לציין ש-Robinson משום מה – מציין בעמודים הנ"ל של ספרו שלדעת Fletcher צד ג' אינו רשאי לעזור למתגונן מפני תוקף חסר אשמה (ראו – בעיקר – ה"ש 7-81, שם). לאמיתו של דבר, עמדתו של Fletcher בסוגיה זו היא כשל Robinson, וכך גם כתב Fletcher, בין היתר, בכתביו שאליהם מפנה Robinson עצמו.

244 הגנת ה"רודף" שבמשפט העברי חלה גם כשהתוקף (ה"רודף") הוא קטין – ראו, למשל, ע' 1279 ואילך למאמרה של Finkelman. ראו והשוו למאמרו 10/ של פרימר "הרודף ללא אשמה". לעניין הפתרונות שניתנו במשפט העברי לבעיה נושא דיונו, ושעיקרם בהילכת "כל דאלים גבר", ראו בהרחבה ע' 212-234 לספרו ד' של אנקר. עמדות דומות, שלפיהן נכללת גם הדיפת התוקף חסר האשמה בגדרה של ההגנה הפרטית, נקטו גם בית-המשפט האוסטרלי (ראו ע' 492-493 למאמרו של Yeo וע' 246 למאמרו של Lanham) והמלומדים Card,

הגרמני²⁴⁵, ב-Model Penal Code האמריקני²⁴⁶ ובהצעה האנגלית לחוק פלילי חדש²⁴⁷, ויש הרואים בה את ההשלכה החשובה ביותר של ההבחנה שבין צידוק לפטור²⁴⁸.

בטרם נפנה למחלוקת עצמה, יש להבהיר כי לגבי שני עניינים ישנה תמימות דעים כמעט מוחלטת בקרב המלומדים: האחד – כאשר התוקף פועל במסגרת סייג מסוג צידוק, אין לנתקף סייג של הגנה פרטית "מוצדקת", והשני – גם השוללים הגנה פרטית מפני תוקף חסר אשמה אינם, בדרך-כלל, גורסים כי הנתקף חייב "להתמסר" לתוקף, אלא ייתכן בהחלט שיזוכה על בסיס סייג אחר, מסוג פטור, כגון הגנה מדומה (אם לא היה מודע לבסיס העובדתי של הסייג של התוקף) או "צורך"²⁴⁹. לפיכך, גם כשאנו מוצאים התבטאות שלפיה הנתקף הפוגע בתוקף חסר אשמה יזוכה, אין להסתפק בעצם הזיכוי, אלא יש להמשיך ולבדוק מהו בסיס הזיכוי: צידוק של הגנה פרטית או פטור בלבד²⁵⁰.

ראויה לציון במיוחד במסגרת דיון זה היא גישתו של Fletcher, הבאה לידי ביטוי בעיקר במאמרו הידוע, אשר ראה אור בארצנו תחת הכותרת: "Proportionality and the

Cross & Jones (ראו ע' 625 לספרם ח'5); Williams (ראו ע' 733 לספרו ח'1 וע' 735 למאמרו Stephen ר'35) (ראו הדוגמה הראשונה וה"ש 6 שבע' 254 – המתייחסות לסעיף 305 שב-Digest ח'10).

245 סעיף 32 לחוק הפלילי הגרמני מתיר הגנה פרטית מפני תקיפה שהיא "wrongful", ותקיפה במצב של excuse הינה "wrongful". ראו על המצב במשפט הגרמני, למשל, ע' 96 ואילך למאמרו של Fletcher ע' 268; ע' 330 למאמרו ח'23 של קרמניצר וע' 79 למאמרה ח'8 של גור-אריה.

246 הגדרת "unlawful force", שבס' 3.11(1) ל-M.P.C. יג'4, שמפניו מותרת ההגנה הפרטית, כוללת גם מקרים שונים שבהם התוקף הוא חסר אשמה, שכן עומד לו סייג מסוג excuse. כפי שמציין Fletcher (ראו ה"ש 83 בע' 96 למאמרו ח'26), הגדרה זו היא ארוכה ולא יעילה, משום שהמנסחים נמנעו מלהשתמש במונח "excuse".

247 סעיף 27(3) להצעה האנגלית יג'10 מגדיר מעשה "פלילי" – שמפניו מותרת ההגנה הפרטית – הגדרה רחבה, הכוללת גם מקרים שונים שבהם התוקף הוא חסר אשמה נוכח excuse. מעניין לציין כי בהקשרים אחרים אין ההצעה האנגלית מבחינה בין justification לבין excuse – ראו ע' 228 למאמרה ח'7 של גור-אריה.

248 זוהי, למשל, דעתו של Gordon – ראו ע' 423 למאמרו ח'31.

249 יצוין כי לסיווג המקרה כ"צורך" ולא כהגנה פרטית השלכות מעשיות חשובות, כגון: חובה קשיחה של נסיגה; קשיחות רבה יותר של דרישת הפרופורציה וצמצום זכות ההתערבות של צד שלישי.

250 ראו והשוו לדיונו של אנקר בבעיה נושא דיונו, במסגרת הפרק בספרו העוסק בגבול שבין צורך להגנה פרטית (במשפט העברי) – ע' 212 ואילך לספרו ד'1.

”Psychotic Aggressor”²⁵¹. נוכח ההתייחסות הרבה שלה זכה המאמר בספרות העולמית, ונוכח חשיבות הטיעונים המועלים בו, נעמוד בהרחבה יחסית על עיקרי דבריו שם. Fletcher ממקד את הדיון במקרה אחד של תוקף הפטור מאחריות פלילית בשל פטור, הלא הוא התוקף הפסיכוטי, ומנמק את בחירתו זו בכך, שברור לכל – בכל שיטות המשפט – כי אי-שפיות מהווה פטור ולא צידוק²⁵². לדעתו, ההתייחסות במשפט הגרמני לבעיית התוקף הפסיכוטי, היא שהביאה לשלילת רציונאל ההגנה הפרטית המבוסס על אשמת התוקף ולהעדפת הרציונאל המבוסס על האוטונומיה של הנתקף, וזאת למרות “מחירו” של רציונאל האוטונומיה – היעדר דרישה של פרופורציה. לעומת זאת, ההתעלמות במשפט האנגלו-אמריקני מבעיית התוקף הפסיכוטי, היא שאפשרה – לדעתו – את ההישענות על רציונאל אשמת התוקף ואת דרישת הפרופורציה²⁵³.

Fletcher משתמש במקרה התוקף הפסיכוטי כמקרה-מבחן (test-case) לבחינת תאוריות שונות של סייגי ההגנה הפרטית וה”צורך”. הנחת המוצא שלו היא, כי בהתאם לאינטואיציה שלנו יש להתיר התגוננות מפני תוקף הפועל במצב של פטור²⁵⁴. תחילה הוא שולל את האפשרות שהפתרון לבעיה מצוי במסגרתו של סייג ה”צורך” מסוג צידוק (הידוע כ- “lesser evils” – הרע במיעוטו)²⁵⁵, שהרי מדובר בחיי אדם אחד מול חיי אדם אחד) אחר²⁵⁶. את האפשרות של “צורך” מסוג פטור כפתרון לבעיה שולל Fletcher על בסיס התוצאות הבלתי רצויות שהוא מייחס לפתרון כזה: א. אסור יהיה לצד ג’ להתערב לטובת הנתקף; ב. לתוקף עצמו תהיה זכות להגנה עצמית, שכן פעולת הנתקף המתגונן במסגרת סייג הפטור של “צורך” תהיה בגדר “wrongful act”; ג. במקרה של הפעלת כח על-ידי הנתקף, צד ג’ יהא רשאי להתערב דווקא לטובת התוקף²⁵⁷.

251 ראו מאמרו ט22/ של Fletcher. כן ראו מאמרו המאוחר יותר ט71/.

252 שם, ע’ 371.

253 שם, ע’ 370 ו-390.

254 שם, ע’ 378.

255 דוגמה למצב של “צורך” מסוג צידוק: א’ פורץ את דלת דירתו של השכן ב’, כדי ליטול דלי מלא מים לשם כיבוי שריפה שפרצה בדירתו של שכן אחר – ג’. בכך בוחר הוא ברע במיעוטו, והחברה מצדיקה את מעשהו ומעודדת אותו לנהוג כך. כדוגמה למצב של “צורך” מסוג פטור ניתן להביא את המקרה, שעליו עמדנו לעיל, של שני ניצולים מאנייה טרופה המנסים להיאחז בקורת עץ קטנה, שעשויה להציל אחד מהם בלבד. אם דוחף אחד מהם את האחר אל מותו ונאחז לבדו בקורת העץ כדי להינצל, ניתן להבינו ולסלוח לו במסגרת של סייג הצורך כפטור, אך אין להצדיק את מעשהו במסגרת של סייג הצורך כצידוק, שהרי לא בחר ברע במיעוטו. חיי עולים בחשיבותם על חיי זולתו.

256 ע’ 373 ואילך למאמרו ט22/.

257 שם.

סבורני כי לא זו בלבד שהנמקתו של Fletcher לשלילת פתרון ה"צורך" כפטור אינה משכנעת, אלא אף אינה מדויקת: א. ג' אמנם לא יוכל, כפי הנראה²⁵⁸, להתערב התערבות "מוצדקת" לטובת הנתקף, אך יכול שיהיה לו פטור אם יתערב, כגון אם הנתקף הוא קרובו; ב. נכון שהתוקף יוכל להתגונן מפני התגוננות הנתקף, אך במסגרת של פטור בלבד, ולא כהתגוננות "מוצדקת"; ג. נוכח ההבהרה האחרונה, הרי שקביעתו של Fletcher, שלפיה צד ג' יהא רשאי להתערב דווקא לטובת התוקף, היא בלתי מבוססת²⁵⁹.

את הדיון בסייג ה"צורך" מסכם Fletcher בקביעה כי סייג זה – הן כצידוק והן כפטור – אינו מתאים לפתרון בעיית התוקף הפסיכוטי, וזאת משום שהתאוריה של "צורך" מתעלמת ממאפיין חשוב של המקרה: היות אחד הצדדים לעימות תוקף, כשהאחר עומד על שלו²⁶⁰. אולם, כאמור, הייחוד של ההגנה הפרטית בהשוואה ל"צורך" אינו נובע מן התקיפה בלבד, אלא מן התקיפה בצירוף אשמת התוקף. אמנם במקרה הטיפוסי של "צורך" מדובר בהקרבת אינטרס של צד ג', ובענייננו – כבהגנה הפרטית – מדובר בהקרבת אינטרס של התוקף²⁶¹, אך בעוד שבמקרה טיפוסי של הגנה פרטית יכול התוקף לחדול מתקיפתו, ולכן אין לו לתוקף להלין אלא על עצמו, הרי שהתוקף הפסיכוטי בפרט, ותוקף הפועל במצב של סייג מסוג פטור בכלל, אין הפסקת התקיפה נתונה בידיו, לפחות לא באותה מידה²⁶². לכן, דווקא מתאים יותר לענייננו סייג (כגון "צורך") מסוג פטור; סייג שיטיל על הנתקף – נוכח מצבו המיוחד של התוקף – מגבלות, כגון חובה חזקה של נסיגה ודרישה קשיחה יחסית של פרופורציה.

258 אלא אם כן יהיה המקרה כזה שניתן יהיה להכניסו בגדר ה"lesser evils", אם כי אפשרות זו היא רחוקה.

259 אמנם ייתכן שלא יישא באחריות אם ייעשה כן, אולם – שוב – רק במסגרת של פטור, כגון אם התוקף (שעתה גם נתקף) הוא קרובו.

יצוין, כי אין בטיעוני דלעיל משום אימוץ גישתו של Fletcher ושל מצדדים אחרים בהבחנה בין justification ל-excuse, שלפיה זכות ההגנה על אחר נגזרת ישירות, אוטומטית ומכאנית מן הסיווג דלעיל – ראו פרק ה(2)(ב) שלהלן. אלא שבשלב זה ולצורך ההתמודדות עם טיעוני Fletcher מוכן אני לצאת מן ההנחה שההשלכה דלעיל תקפה.

260 ע' 376 למאמרו ט222/.

261 על בסיס מאפיין זה ניתן לקבוע סייג מסוג excuse של הגנה פרטית, שידור לצד הסייג העיקרי של הגנה פרטית מסוג justification. לאפשרות זו אתייחס בהמשך.

262 אמנם אין המדובר בהיעדר "רצייה" ("העדר שליטה" כלשון סעיף 134 לחוק העונשין א' 1/ כפי שנקבע בתיקון מס' 39 א' 17/) – שאז אין אף אפשרות פיזית-אובייקטיבית לבחור בהתנהגות חלופית – אך במצבי ה-excuse חופש הבחירה של העושה מצומצם עד מאד, אף אם הוא קיים.

מכאן עובר Fletcher לבחינת התאמתן של שלוש תאוריות של הגנה פרטית לענייננו. את התאמת הראשונה – הגנה פרטית כפטור – לפתרון בעיית התוקף הפסיכוכטי, הוא שולל מהנימוק העיקרי שבגיננו שלל את האפשרות של "צורך" כפטור – צד ג' הבוחר באופן חופשי להתערב לטובת הנתקף, לא ייחנה מן ההגנה²⁶³. בנקודה זו עמדתי היא שאם אכן אין הנסיבות כאלה שלצד ג' עומד פטור, כגון הגנה מדומה (אם אינו יודע שהתוקף הוא חסר אשמה) או "צורך" (על בסיס קרבתו לנתקף) או צידוק על בסיס "lesser evils" (אפשרות שהיא רחוקה), אזי אין כל סיבה לעודדו להגן על הנתקף בדרך של פגיעה בתוקף חסר האשמה²⁶⁴.

את התאמת התאוריה, המשתיתה את ההגנה הפרטית על אשמת התוקף, לפתרון בעיית התוקף הפסיכוכטי, שולל Fletcher בנקל, מתוך הגדרה ממש²⁶⁵, והצדק עמו. אלא שההנחה כאילו הפתרון לבעיה זו אמור להימצא דווקא בתחומי ההגנה הפרטית אינה נכונה.

עתה, לאחר ששלל Fletcher – כאמור, בדרגות שכנוע שונות לחלוטין – ארבעה פתרונות לבעיה, הוא מגיע אל הפתרון האחד והיחיד לה, לדעתו: התאוריה המבססת את הצדקת ההגנה הפרטית על האוטונומיה של הנתקף. כפי שהוא מציין, לפי תאוריה זו אכן נכללת ההתגוננות מפני התוקף הפסיכוכטי במסגרת ההגנה הפרטית²⁶⁶. בפרק הבא נתייחס בהרחבה לתאוריה אחרונה זו וניווכח כי לא זה הוא הרציונאל המתאים והרצוי להגנה הפרטית. בשלב זה די בהזכרת חיסרון מרכזי אחד של רציונאל זה – חיסרון שבו מודה גם Fletcher עצמו: על-פי רציונאל זה אין נדרשת פרופורציה בין הסכנה הצפויה לנתקף אם יימנע מלפגוע בתוקף לבין הסכנה הצפויה לתוקף אם יפגע בו הנתקף (או – בווריאציה אחרת – לבין הפגיעה בפועל בתוקף)²⁶⁷.

בהמשך ניווכח כי דרישת הפרופורציה היא דרישה מרכזית, חשובה ורצויה – הן מוסרית והן משפטית ומעשית – במסגרת כל הסדר תרבותי של ההגנה הפרטית²⁶⁸. נוכח

263 ע' 377 למאמרו ט222/.

264 Fletcher מדבר על האינטואיציה החזקה שלנו, שלפיה יש להתיר לנתקף על-ידי פסיכוכטי להתגונן ועל אינטואיציה שלנו שלפיה יש להצדיק התערבות צד ג' לטובת הנתקף (ראו שם, ע' 378). ברם, קיומה של אינטואיציה אחרונה זו מוטל בספק. וראו גם הטקסט שלהלן המפנה לה"ש 290.

265 ראו ע' 378 למאמרו ט222/ וראו הפרק הקודם של ספר זה, המתייחס בהרחבה לתאוריה זו.

266 ראו ע' 378 ואילך למאמרו ט222/.

267 שם, ע' 387 ואילך.

268 ראו בעיקר פרק ד(8) שלהלן.

הערכה זו תמוהה מסקנתו של Fletcher, בסיום מאמרו, שלפיה המשפט האנגלו-אמריקני מפגר בענייננו אחר המשפט הגרמני עד כדי כך שהוא "מצוי עדיין במערת Plato"²⁶⁹. תיאורו של Fletcher הוא כדלקמן: במשפט הגרמני התייחסו לבעיית התוקף הפסיכוטי, ולפיכך בחרו ברציונאל האוטונומיה, ונוצרה הבעיה של היעדר דרישת פרופורציה. לעומת זאת, במשפט האנגלו-אמריקני כלל לא חשבו (!) על בעיית התוקף הפסיכוטי, ולפיכך, כמובן, לא מצאו לה פתרון. אפילו נקבל תיאור זה, שלדעתי אינו מדויק, עדיין מסתמנת תמונה ברורה מאד כדלקמן: כל אחת משתי שיטות המשפט פתרה – לפי תיאורו של Fletcher עצמו – רק אחת משתי הבעיות: הגרמנית – את בעיית התוקף הפסיכוטי, והאנגלו-אמריקנית – את בעיית הפרופורציה. אם כך, מדוע לשבח את השיטה שבחרה בפתרון הבעיה הנדירה והשולית (התגוננות מפני תוקף חסר אשמה) ולבטל את השיטה שעמדה על הדרישה התרבותית מדרגה ראשונה של הפרופורציה – דרישה שנודעת לה חשיבות רבה בכל המקרים של ההגנה הפרטית?

כאמור, מאמרו הנ"ל של Fletcher זכה להתייחסות רבה מאד בספרות, ומקובל מאד – בין היתר, בעקבותיו – לשלול את הרציונאל המבוסס על אשמת התוקף בשל אי-התאמתו למקרה של תוקף חסר אשמה²⁷⁰. לתגובה מפורטת זכה מאמרו של Fletcher, באותו כתב-עת ממש, מניין שנים מאוחר יותר²⁷¹. מעניין כי מעיניהם של הכותבים הרבים שבמחקריהם הרחיקו עד ארצנו – שבה, כאמור, פרסם Fletcher את מאמרו – נעלמו טיעונים חשובים המופיעים במאמר התגובה של קרמניצר.

גישתו של קרמניצר היא, בתמצית, כי מקרה התוקף הפסיכוטי כלל אינו נופל בגדר ההגנה הפרטית אלא בגדר סייג ה"צורך", וכי אין לוותר – גם במסגרת ההגנה הפרטית – על דרישת הפרופורציה. הוא שולל את רציונאל האוטונומיה²⁷² – שלילה שאליה נשוב בפרק הבא, שייחוד לרציונאל זה, אך אינו מסתפק בכך אלא מטפל בהרחבה במקרה נושא דיוננו. תחילה מצביע קרמניצר על כך שאין חולק – גם לא Fletcher – כי אין הגנה פרטית מפני תוקף הפועל בהיעדר רצייה ומפני תוקף הפועל בהיעדר היסוד הנפשי הנדרש לשם התגבשות העבירה, על-פי הגדרתה, וכי סביר לנהוג באותו אופן גם בתוקף בלתי שפוי או קטין. לשיאה מגיעה חולשת הבחנתו של Fletcher בין היעדר רצייה בפעולת התוקף (השוללת מהנתקף את זכות ההגנה הפרטית) לבין אי-שפיות התוקף

269 ע' 390 למאמרו ט222/.

270 ראו, למשל, ע' 321 למאמרו ט511 של Moore; ע' 511 למאמר ט102 של Ryan; ע' 36 למאמרה ט31 של Thomson; ע' 884 למאמרו ט311 של Kadish.

271 ראו מאמרו ה1/ של קרמניצר.

272 שם, ע' 181 ואילך.

(שאינה שוללת אותה) במקרה של דחף לאו-בר-כיבוש – מקרה שבו אי-שפיות מולידה היעדר רצייה²⁷³. לדעת קרמניצר, רציונאליות והומאניות המאפיינות חוק מודרני מחייבות שלילת ההצדקה של ההגנה הפרטית מפני הבלתי שפוי, הפועל בהיעדר אשמה²⁷⁴.

גורם חשוב מאד בהצדקת ההגנה הפרטית, שעליו נעמוד בהרחבה בהמשך, הוא הסדר החברתי-משפטי. גם Fletcher הזכיר גורם זה, אך לא נתן לו את המשקל הראוי²⁷⁵. קרמניצר עומד על כך שבהבדל מהתגוננות מפני תוקף בגיר ושפוי, המגוננת על הסדר המשפטי, הרי שהתגוננות מפני תוקף בלתי שפוי אינה עושה כן, שכן נוכח היעדר אשמתו פגיעתו בסדר המשפטי אינה גדולה משל חייט-פרא. על דימוי זה של התקיפה שמבצע המטורף לתקיפה שמבצעת חייט-פרא עמד Hall בספרו הידוע²⁷⁶. לפיכך, דעתו של האחרון היא כי מהות שני המקרים היא זהה – פעולה כנגד כח טבעי, והוא רומז לכך שהדיפת תקיפתו של המטורף תואמת את סייג ה"צורך". קרמניצר מציין כי תיאורו של אדם כחף מפשע ובר-זמנית כאויב החברה²⁷⁷ מהווה סתירה שאין לקבלה, וכי ההתנגדות לפסיכוטי אינה "מעשה משטרתי" של מניעת עבירה, שהרי ערכה במונחים של מניעה והרתעה מוטל בספק²⁷⁸. למעשה, בכל המקרים של תוקף חסר אשמה – לרבות המקרים של תוקף קטין או חסר רצייה או חסר היסוד הנפשי הנדרש בהגדרת העבירה – נעדר מהדיפת התוקף האופי הכפול של ההגנה הפרטית: הן הגנה על האינטרס הלגיטימי של הנתקף והן הגנה על הסדר החברתי-משפטי²⁷⁹.

לאחר שלילת התאמת המסגרת והרציונאל של ההגנה הפרטית למקרה נושא דיוננו, בוחן קרמניצר את התאמת סייג ה"צורך" לפתרון מקרה זה של התוקף הפועל במצב של פטור, ומביע דעתו כי זהו הסייג הראוי לו²⁸⁰. אמנם אינני מצטרף לדעתו שלפיה יש לזנוח את ההבחנה בין "צורך מצדיק" לבין "צורך פוטר" כדי להגיע למסקנה זו, שכן ניתן למקם את המקרה נושא דיוננו באחד מהם – "הצורך הפוטר", אך גם לדעתי, ה"צורך" הוא הוא משכנו הראוי של מקרה זה. כפי שמציין קרמניצר, סיווג הדיפת

273 שם, ע' 187 ואילך.

274 שם, ע' 188 ואילך.

275 ראו ע' 388, 380 ואילך למאמרו 222/.

276 ראו ה"ש 85 שבע' 436 לספרו ח15/; והשוו לעמדתו השונה של Fletcher, אשר פורטה בע' 229-231 למאמרו 71/.

277 תיאור כזה מופיע בע' 389 למאמרו 222/ של Fletcher.

278 ראו ע' 194 ואילך למאמרו ה1/.

279 כאמור, לרציונאל זה של ההגנה הפרטית אתיחס בהרחבה בהמשך, בפרק ב(5)(ה) שלהלן.

280 ע' 196 ואילך למאמרו ה1/.

הפסיכוטי כ"צורך" הוא עקבי עם ההגדרה המקובלת של ההבדל בין "צורך" ל"הגנה פרטית": "הגנה פרטית" – כשלהתקפה אופי בלתי חוקי; "צורך" – כשהסכנה צומחת מהנסיבות.

בהמשך בוחן קרמניצר את התאמת הדרישות האופייניות ל"צורך"²⁸¹ – ובעיקר חובת הנסיגה וקשיחות יחסית של דרישת הפרופורציה – ומוצא אותן מתאימות למקרה של התוקף הפסיכוטי. כך, למשל, מעניין לציין – בנוגע לחובת הנסיגה – כי גם בשיטות משפט שבהן ככלל היא אינה נדרשת, בכל זאת מוטלת חובת נסיגה לפני נקיטת הגנה פרטית כאשר התוקף הוא חסר אשמה²⁸². מגמה זו מעידה על התאמת המקרה ל"צורך", ולא להגנה הפרטית.

אשר למקרה שבו הנתקף אינו יודע שהתוקף הוא פסיכוטי, הרי שבמקרה כזה מדובר בעצם, כאמור, בהגנה (פרטית) מדומה. קרמניצר מעלה את האפשרות המעניינת שההגנה המדומה היא בעצם ההסבר לסיווג במשפט הגרמני ובמשפט הסובייטי (דאז) של הדיפת התוקף הפסיכוטי כהגנה פרטית (סיווג שעליו עמד כאמור Fletcher²⁸³).

בכתבים מאוחרים יותר של Fletcher ניתן למצוא טיעונים שאפשר להפנותם כנגד גישתו לנושא דיונו. כך, למשל, ביסס Fletcher, במאמר שבו תר אחר הרציונאל המתאים לסייג של בריחה ממשמורת חוקית כאשר תנאי המאסר הם בלתי נסבלים, את בחירתו בסייג של פטור בנימוק שטענות של justification אינן מופנות כנגד חפים מפשע (האפשרות הנדונה שם היא שהנמלט יפעיל – במהלך בריחתו – כח כנגד חפים מפשע, כגון השומרים)²⁸⁴.

באותו מאמר עומד Fletcher גם על תחושת החרטה של הממית חף מפשע בהגנה פרטית מדומה, כאינדיקציה לכך שאופי ההגנה המדומה אינו של צידוק אלא של פטור²⁸⁵. דומני, כי בעל מצפון יחוש חרטה דומה גם אם ימית תוקף חף מפשע (תוך מודעות לגורם שעליו מושתתת חפותו, כגון אי-שפיותו), לפחות אם לא מיצה אלטרנטיבות, כגון נסיגה, בטרם המית את התוקף.

281 שם, ע' 206 ואילך.

282 ראו, למשל, שם ע' 207; ע' 1117 לספרם Perkins & Boyce של ע' 865 לספרו ח13/ של Fletcher; ע' 175, 178 למאמרו ט69/ של Bernsmann (האחרון אינו מתמקד בחובת הנסיגה, אלא מצביע על היחס המיוחד הקיים – אפילו במשפט הגרמני – כלפי ההתגוננות מפני תוקף חסר אשמה). לדעה חריגה בעניין זה ראו ע' 125 לספרו ח4/ של Smith.

283 ראו ה"ש 83 בע' 205 למאמרו ה1/ של קרמניצר.

284 ראו ע' 1368 למאמרו ט25/.

285 שם, ע' 1363.

במאמר אחר מתייחס Fletcher, בין היתר, למקרה שבו התוקף באמצעות טנק מציב תינוק בחזית הטנק, כך שהפעלת כח מגן כנגד התוקף תחייב פגיעה בתינוק, ומסווג את ההתגוננות כ"פטור"²⁸⁶. אל מקרה זה, הידוע בספרות הפילוסופית – בעקבות Nozick²⁸⁷ – כ-"innocent shield of threat", נשוב בהמשך²⁸⁸. בשלב זה אסתפק בהצבעה על הדמיון הרב שבין אדם המשמש כמגן חף מפשע על תוקף לבין התוקף החף מפשע – דמיון המחייב את ראיית ההתגוננות, בשני המקרים, כבעלת אופי של פטור בלבד.

למעשה, דומה כי בכתבים מאוחרים יותר נסוג מעט Fletcher – אם כי בהחלט לא בפה מלא – מנחרצות העמדה שבמאמרו הדין בתוקף הפסיכוטי. כך, למשל, הוא מציין שכשם שנקבע שההגנה הפרטית מותרת מפני תוקף הפועל במצב של פטור, כך גם ניתן היה (ולא מבחינה טכנית בלבד) לחוקק אחרת²⁸⁹. בדומה, במקום אחר, שבו הוא מסווג כ"צידוק" התגוננות של שוטר מפני תוקף הפועל במצב של "פטור" (הגנה מדומה), מעלה Fletcher את האפשרות האחרת – הנכונה, לדעתי – ולפיה במצב שכזה לשני הצדדים פטור בלבד, ומציין כי באשר להשלכה העיקרית של סיווג זה – זכות ההתערבות של צד ג' – כלל לא ברור אינטואיטיבית מה עדיף (!)²⁹⁰. יתרה מזו: בספרו הידוע²⁹¹ עומד Fletcher על הגישה, שלפיה התקיפה שמבצע המטורף, הקטין או חסר האשמה אינה חותרת תחת הסדר המשפטי – גישה המובילה לסיווג הדיפתו כ"צורך" ולא כהגנה פרטית ("הגנה נחוצה" – בלשונו). Fletcher עומד על הקושי שבסיווג המקרה ומציין, כי התאוריה הטהורה של הגנה פרטית, המתבססת גם על הסדר המשפטי, חלה רק כשהתוקף אחראי למעשיו. אין לראות בהתבטאויותיו אלה "חזרה גמורה בתשובה", שכן גם בכתביו המאוחרים הוא עומד בעיקר על האוטונומיה כרציונאל המועדף לדעתו להגנה הפרטית, אך ספקות – בהבדל מן הנחרצות שבעבר – ניתן למצוא בהן.

286 ראו ע' 1387 למאמרו ט27/ של Fletcher. בעמ' 209 ואילך למאמרו ט23/ מציע Fletcher לראות בגישתו – דרישה של "פעולה אנושית" – את שביל הזהב הרצוי שבין הסתפקות בכל איום אנושי (כגון עובר המסכן את אמו ההרה) לבין דרישה של תקיפה המלווה באשמה.

287 ראו ע' 35 ואילך לספרו ט11/ של Nozick.

288 ראו פרק ו(1)(א) שלהלן.

289 ראו ע' 942 לכרך 3 של האנציקלופדיה ח26/.

290 ראו ע' 766-767, לרבות ה"ש 29, לספרו ח13/ של Fletcher.

291 ראו שם, ע' 865-866.

בספרות הפילוסופית²⁹² ניתן למצוא הנחה חסרת הנמקה, שלפיה המקרה נושא דיונונו נופל לגדר ההגנה הפרטית ושימוש במקרה זה לשלילה נחרצת של הרציונאל המבוסס על אשמת התוקף²⁹³. לצדה, ניתן למצוא גם הרהורים ופקפוקים בדבר המוסריות של הפגיעה בתוקף חסר האשמה. כך, למשל, מעלה Levine²⁹⁴ את הטיעון שלפיו אין זה הוגן שהנתקף יקטול את התוקף, משום שבמקרה כזה ייפגע התוקף בשל מקריות גרידא, וכן מעלה היא את הטיעון הדומה, שלפיו אין הבדל בעל רלוונטיות מוסרית בין התוקף לנתקף. Alexander²⁹⁵ עומד על החשיבות המוסרית של העובדה שהתוקף הפסיכוטי – בהבדל מהתוקף הרגיל – אינו מנסה לנצל את מצב הנתקף לשיפור מצבו, ובכך הוא דומה לאיום שמקורו טבעי. לדעתו, ניתן לגלות סימפטיה כלפי הנתקף ולהעניק לו פטור, אך בהחלט לא ניתן לומר שפעולתו היא "right", שכן לא ניצב מולו "wrong" כבהגנה הפרטית. לפיכך, מסכם הוא כי ההתגוננות מפני תוקף חסר אשמה תהיה כמעט תמיד בגדר "פטור" בלבד ורק נדירות בגדר "צידוק". הסתייגותי היא מהותרתה חסרת ההנמקה של האפשרות ("הנדירה") של צידוק. גם Montague²⁹⁶ מבחין בין תוקף אחראי – שאז לנתקף מלוא הזכות וההצדקה להתגונן ולצד שלישי הזכות לעזור לו – לבין תוקף לא-אחראי – שאז אין מדובר ב"זכות" (אם כי הנתקף אינו חייב להקריב את חייו).

סוגיה נוספת קרובה, שכמעט שלא זכתה להתייחסות²⁹⁷, היא המקרה שבו התוקף הינו רשלן. כידוע, קיימות עבירות שבהגדרותיהן הסתפק המחוקק ביסוד נפשי של רשלנות בלבד. מהו אפוא מעמדה של הדיפת התוקף הרשלן? האם די באשמתו – הלא

292 לעמדות דומות בספרות המשפטית, שלפיהן מקומו של המקרה נושא דיונונו הוא בסייג ה"צורך", ומכל מקום לא בהגנה הפרטית, ראו ע' 309 ואילך למאמרו ט39 של Greenawalt; ע' 13 למאמרו ה111 של ביין; ע' 420 לספרו ד2/2(ב) של פלר; ע' 772, 774 לספרו ד77 של דייקן; ע' 118 למאמרו ו51 של בן-זמרה ועמדתו של Slutski המובאת בה"ש 36 שבע' 379 למאמרו ט222 של Fletcher.

293 ראו, למשל, ההפניות שלעיל בה"ש 270.

294 ראו ע' 69-70 למאמרה 111.

295 ראו ע' 1185 ואילך למאמרו ז91.

296 ראו ע' 31 למאמרו ז51 וע' 56 למאמרו ה4 של אנקר.

297 Montague גרס כי אין די ברשלנות התוקף כדי להצדיק הגנה פרטית מפניו – ראו ע' 32 למאמרו 51; ו-Perkins הביע דעתו כי ההתגוננות מותרת, אך קיימת חובה חזקה של נסיגה – ראו ע' 136 למאמרו ט32. להערכתי, הדבר מצביע על ראיית ההתגוננות כבעלת אופי של excuse ולא של justification. להתייחסות לסוגיה נושא דיונונו במשפט העברי ראו מאמרו 91, 101/ של פרימר.

גדולה²⁹⁸ – המתבטאת ברשלנותו, כבסיס לראיית הדיפתו כהגנה פרטית "מוצדקת"? התשובה המתבקשת היא שלילית. מקרה זה קרוב מהותית למקרה של התוקף חסר האשמה. כך, למשל, גם לגבי לא מתקיים המאפיין – הקיים בהגנה הפרטית – שלפיו התוקף יכול²⁹⁹ בכל שלב לחדול מתקיפתו ולהפוך את ההתגוננות מפניו לבלתי נחוצה. כמו כן פגיעתו של התוקף הרשולן בסדר החברתי-משפטי – גם אם היא קיימת – אינה גדולה דייה כדי לבסס עליה צידוק של הגנה פרטית. לפיכך, יש למקם גם את הדיפת התוקף הרשולן בתוך קטגוריות הפטור, ובעיקר³⁰⁰: הגנה מדומה או "צורך" – לפי המקרה.

פתרון מעשי אפשרי לבעיית התוקף הרשולן הוא שהנתקף (או אדם אחר הנוכח במקום) יעמיד את התוקף הרשולן על העובדה שמעשהו מסכן את הנתקף. בעקבות אזהרה שכזו, או שהתוקף יחדל מתקיפתו, או שיבחר להמשיך בה, אך במקרה האחרון תקיפתו כבר לא תהא רשלנית אלא מכוונת, ולפיכך ההתגוננות מפניה תהא מוצדקת לחלוטין. אמנם ייתכנו מקרים שבהם לא ניתן יהיה להזהיר את התוקף הרשולן, אך נראה שהם חריגים.

לסיום, מוצעת בזה סיבה היסטורית לגישה, שאותה ניתן למצוא במשפט האנגל-אמריקני, ושלפיה יש לכלול גם את המקרה של התוקף חסר האשמה בגדר ההגנה הפרטית³⁰¹. במשפט האנגלי סירבו בתי-המשפט במשך שנים רבות להכיר בסייג ה"צורך", וגם כשהכירו בו נדרשה סכנה חמורה – של מוות או נזק גופני חמור – כדי שיתגבש סייג זה³⁰². חששם העיקרי היה מאנרכיה שתשתרר נוכח סייג כזה – סייג שאיש אינו יכול לצפות את המקרים שבהם ייעשה בו שימוש. זאת בהבדל – למשל – מסייג ההגנה הפרטית, המתייחס למגור מוגדר היטב של מקרים. כאמור, לדעתי האכסניה המתאימה להדיפת התוקף חסר האשמה היא סייג ה"צורך", או – נוכח טעות של המתגונן – ההגנה הפרטית המדומה. אולם, בשיטת משפט שבה מוגבל מאד סייג

298 במיוחד, אם כי לא רק, נוכח המבחן המקובל לרשלנות – המבחן האובייקטיבי, המתייחס ל"אדם סביר" ולא לעושה עצמו.

299 כאמור, אין הכוונה למוכן המצומצם של דרישת הרצייה (שליטה).

300 "בעיקר" – משום שקיימת גם אפשרות, שעליה נעמוד בהמשך, לקבוע – לצד ההגנה הפרטית הבסיסית והמרכזית שאופייה הוא של justification – גם הגנה פרטית מסוג excuse.

301 על המצב המשפטי הפוזיטיבי – הלא לגמרי בהיר – בנוגע לסוגיה נושא דיונו במשפט האנגל-אמריקני, ראו, למשל, ע' 876 למאמרו של Kadish; ע' 259 לספרם של Smith & Hogan וע' 870 לספרו של Fletcher.

302 ראו ע' 618-619 למאמרו של Elliot; ע' 739 למאמרו של Williams; ע' 110-111 לספרו של ד' 1 של אנקר וע' 46 לדוח ועדת לנדוי ה'9.

ה"צורך", עלול הנתקף על-ידי תוקף חסר אשמה להיוותר ללא הגנה משפטית כלשהי, ומכאן הנטייה החזקה להרחיב את ההגנה הפרטית, כך שתשתרע גם על בן חורג לה זה³⁰³.

(ד) האוטונומיה של הנתקף כגורם המכריע

בשני הפרקים הקודמים עמדנו על השימוש שנעשה בספרות – הן המשפטית והן הפילוסופית – במקרה-המבחן של התוקף חסר האשמה, וזאת הן לשלילת אשמת התוקף כגורם המכריע ברציונאל ההגנה הפרטית והן לביסוס האוטונומיה של הנתקף כרציונאל של ההגנה הפרטית. כאמור, דעתי היא כי מקרה-מבחן זה אינו מצדיק שלילה של חשיבות אשמת התוקף כגורם מרכזי בהצדקת ההגנה הפרטית. בפרק זה נבחן באופן כללי את התאוריה, שלפיה הרציונאל העומד מאחורי ההגנה הפרטית הוא האוטונומיה של הנתקף. תמצית תאוריה זו היא כי הסייג של הגנה פרטית כצידוק מבוסס על זכותו המוחלטת של קרבן התקיפה להגן על האינטרסים האישיים הלגיטימיים שלו – האוטונומיה שלו – מפני התקפה. כפי שמציין אנקר³⁰⁴:

"יש המבססים הגנה זו על זכותו של האדם – הטבעית³⁰⁵ על פי אסכולה אחת והמוסכמת לפי אסכולה שניה – לחיים ולאוטונומיה. זה המינימום הנדרש כדי לקיים חיים בעלי משמעות ערכית. לכן, מותר לאדם להעדיף את חיי עצמו כאשר חייו מתנגשים עם חיי זולתו".

לפי תאוריה זו³⁰⁶, אוטונומיה אינדיווידואלית והזכות להגן עליה הן העומדות בבסיס ההגנה הפרטית. כל שנדרש על-מנת להצדיק את ההגנה הפרטית הוא סוג מסוים של תוקפנות כנגד אדם חף מפשע. המבחן להתנהגות התוקפנית הנדרשת הוא היותה "wrongful", ולפיכך אם התוקף פועל במצב של פטור בלבד (בהבדל מצידוק) תקיפתו

303 מעניין לציין, כי מגבלה זו שבדין האנגלי הביאה את אחד הכותבים לקרוא להחלת ההגנה הפרטית לא רק מפני תוקף חסר אשמה אלא גם בהיעדר כל תקיפה – מפני סכנות טבעיות (!) ... – ראו ע' 618 למאמרו של Elliot.

304 בע' 56 למאמרו ה4/.

305 על ראיית זכות ההגנה הפרטית כזכות טבעית, הקבועה במשפט הטבע, ראו ע' 1 ואילך לספרם ח28/ של Aiyar & Anad; ע' 769 לספרו ד7/ של דייקן וע' 36 לספרם ח23/ של Baum & Baum.

306 דיון נרחב בתאוריה זו ערך, כאמור, Fletcher, תוך הבעת דעתו כי זהו הרציונאל ההולם את ההגנה הפרטית. ראו, למשל, ע' 378 ואילך למאמרו ח22/ וע' 860 ואילך וכן ע' 770 ואילך לספרו ח13/.

היא עדיין בגדר "wrongful act", ולכן מוצדקת ההגנה הפרטית מפניה. ההתמקדות אינה באשמת התוקף אלא באוטונומיה של הקרבן התמים, כשההנחה היא שיש לו לאחרון זכות למנוע פלישה וחדירה לספירה של האוטונומיה שלו. המימרה השגורה בעניין זה היא: "Right should never give way to Wrong".³⁰⁷

ההסברים שמביא Fletcher לתאוריה זו הם כדלקמן: מעשה התוקפנות מציב את התוקף מחוץ להגנת החוק. כך, למשל, כתב Locke כי התוקף נמצא "במצב מלחמה" עם המתגונן³⁰⁸, וכפי שמוסיף Fletcher, כשנמצאים במלחמה מתעניינים בתקיפת האויב בלבד ולא בפטור האפשרי לגביה. הסבר אחר, המיוחס למסורת הקאנטינית³⁰⁹, הוא שהתקיפה מפרה חוזה מכללא הקיים בין הפרטים האוטונומיים, ולפיו כל אחד מהם חייב לכבד את מרחב המחיה של כל אחד מן האחרים. לפי Fletcher³¹⁰, התאוריה המבוססת על האוטונומיה היא הדומיננטית בתאוריה הפלילית הגרמנית והסובייטית (דאז), והוא מוצא לה ביטוי גם בתאוריה של המשפט המקובל העתיק³¹¹. במשפט האנגלו-אמריקני המודרני אין היא דומיננטית, אך מלומדים שונים עמדו על כמה הקשרים ספציפיים שבהם יש לה ביטוי, ובעיקר כשמדובר בהגנה על בית המגורים³¹².

המאפיין המרכזי של ההגנה הפרטית לפי תאוריה זו הוא האבסולוטיות של זכות ההגנה על האוטונומיה, ובעקבותיה דחיית כל הגבלה הכרוכה בדרישה של פרופורציונליות מסוימת. Kadish מסביר שהאופי הבלתי מוגבל של הזכות על-פי

307 או, בניסוחים מקובלים אחרים "Right should never yield to Wrong"; "Law does not have to yield to Lawlessness". Fletcher מייחס את המימרה ל-Berner (1848) (ראו ה"ש 34 בע' 379 למאמרו /222) או לתקופה מוקדמת מעט יותר (ראו ה"ש 88 בע' 97 למאמרו /266) אך יש המייחסים את המימרה, שלפיה אין הצדק צריך להיכנע לעוול, לרומאים הקדמונים – ראו ע' 798 לספרו /77 של דייקן.

308 ראו הציטוט מדברי Locke שלעיל, ליד ההפניה לה"ש 231.

309 ראו ע' 380 למאמרו /222 של Fletcher.

310 ראו, למשל, ע' 379 למאמרו /222, אך השוו לדעה אחרת, של Eser, שלפיה זהו אמנם הרציונאל העתיק, אך בתאוריה הפלילית הגרמנית המודרנית מושם דגש גם על ההגנה על הסדר המשפטי – ראו ע' 631 ואילך למאמרו /61.

311 מדובר בעיקר בעמדתו של Locke, שעליה עמדנו לעיל, ובדבריו הידועים של Coke, ולפיהם:

"No man shall (ever) give way to a thief etc., neither shall he forfeit anything".

וראו ע' 379 למאמרו /222 של Fletcher.

312 Kadish מפנה את תשומת-הלב להגנה על בית המגורים ולמניעת פשע (ראו ע' 887-888 למאמרו /311); Williams עומד גם הוא על הגנת המגורים ומוסיף מצדו את ההקשר של גנבות (ראו ע' 738 למאמרו /3); ו-Ashworth, המכנה את התאוריה נושא דיוננו בשם "stand fast approach", מציין – מלבד הגנת המגורים – גם מקרים שבהם האדם מצפה לתקיפה קרובה (ראו ע' 306 למאמרו /1).

תאוריה זו (שאינן היא תומך בה), נובע מעקרון האוטונומיה, שלפיו שום אדם אינו צריך להיות מנוצל ככלי בידי אחר, כשתמצית התקיפה הפיזית היא שהתוקף מבקש לנצל את חייו (במובן הרחב יותר של אישיותו) של הקרבן³¹³. על-פי עקרון האוטונומיה, כלל אין שוקלים את המחיר שמשלם התוקף: די אם הכח המגן – גדול ככל שיהיה ולמניעת סכנה קטנה ככל שתהיה – נחוץ להגנת האוטונומיה של הנתקף. הכפפת הכח המגן לדרישה של פרופורציה פירושה קיומם של מצבים שבהם נכפה על הקרבן לסבול את היותו מנוצל לתועלת אחר נגד רצונו. Fletcher עמד על העוינות הקיימת בשיטות המשפט שבהן אימצו את עקרון האוטונומיה – הגרמנית והסובייטית (ראו) – לדרישת הפרופורציה³¹⁴, והסביר זאת גם על בסיס מושג ה-"right", השולט במשפט הגרמני כשם שמושג אחר לחלוטין – ה-"reasonable" – שולט במשפט האנגלו-אמריקני³¹⁵. מושג ה-"right", שאת פיתוחו מייחס Fletcher ל-Kant, פועל לצדו של הנתקף בלבד ולתוקף אין "right" שהנתקף-המתגונן יתחשב באינטרסים של התוקף כאדם: הדבר נשאר לשיקול-דעתו המוחלט של הנתקף, ולמדינה אין זכות לכפות עליו ויתור על זכותו בשם האלטרואיזם³¹⁶.

הדוגמה הקלאסית והמזעזעת לתוצאותיה של גישה זו היא פסק-הדין הגרמני משנת 1920, שבו אישר בית-המשפט העליון של גרמניה זיכוי של בעל בוסתן תפוחים אשר ירה בגנבים צעירים (ופצע קשה אחד מהם) שניסו להימלט עם פירות(!). בפסק-הדין עמד בית-המשפט על הכלל שלפיו "Right must never yield to Wrong" וקבע שבכפוף לדרישת הנחיצות (בלבד!) מותר במצבים כאלה לירות במטרה להמית. יש להדגיש שדובר שם בהגנה על רכוש בלבד, ואפילו על רכוש פעוט ערך(!). כפי שמציין Fletcher, מרבית המלומדים הגרמנים הצדיקו פסיקה זו של בית-המשפט³¹⁷.

שלילת עקרון הפרופורציה היא כאמור השלכתו המרכזית של הרציונאל המבוסס על האוטונומיה, שכן אוטונומיה ופרופורציה אינן מתיישבות זו עם זו³¹⁸. בהמשך נעמוד בהרחבה על עקרון הפרופורציה ועל חשיבותה העצומה – המוסרית והמשפטית – של דרישת פרופורציה כלשהי – לאו דווקא מוחלטת – בין התקיפה להתגוננות. סבורני, כי

313 ראו ע' 886 ואילך למאמרו של Kadish.

314 ראו, למשל, ע' 381 ואילך למאמרו של 222.

315 ראו בעיקר מאמרו של 26 / ובמיוחד ע' 72 ואילך וראו גם ע' 1179 ואילך למאמרו של 92 / של Alexander.

316 ראו ע' 99 ואילך למאמרו של 26.

317 ראו ע' 72 ואילך למאמרו של 26 / וע' 381 ואילך למאמרו של 222.

318 ראו, למשל, ע' 886 ואילך למאמרו של 31 / של Kadish; ע' 257 למאמרו של 13 / של Gorr; ע' 1378 ואילך למאמרו של 27 / של Fletcher.

נוכח חשיבותה הרבה של דרישת הפרופורציה לכל שיטת משפט תרבותית, הרי שכל תאוריה המובילה לשלילתה דינה דחייה ולו מסיבה זו בלבד.

קרמניצר עמד על כך שזכויות הפרט הן יחסיות ולא מוחלטות כפי שהן מוצגות במסגרת תאוריית האוטונומיה, והביא דוגמאות ברורות לכך שהמשפט מתייחס גם לתוקף עצמו ולא למעשיו בלבד³¹⁹. כפי שהוא מציין, השוואת ההגנה הפרטית למלחמה מעוותת את טבעה, הבא לידי ביטוי בשמה – מעשה הגנה. דווקא בהנגדה למלחמה ניטיב לבטא את טבע ההגנה הפרטית: החוק נותן הגנה לנאליץ להתגונן ולא ללוחם המשתמש בהגנה הפרטית כתירוץ למעשיו הלוחמניים. ההשוואה למלחמה גם מערפלת את ההגבלה החשובה של זכות ההגנה הפרטית למקרים של תקיפה בלתי חוקית בלבד. אילו אכן הייתה ההגנה הפרטית כמו מלחמה, לא היו כל שיטות המשפט – לרבות הגרמנית – מגבילות אותה בדרישה של נחיצות הכח המגן לשם הדיפת התקיפה, שהרי זוהי התחשבות בתוקף. אותה התחשבות בדיוק היא המביאה להגבלה החשובה של כח סביר – דהיינו: פרופורציונלי – ולא רק נחוץ. בעוד שבחברות קדומות, שבהן המוסדות החברתיים להגנה על זכויות הפרט לא היו מפותחים, סביר היה לבסס את ההגנה הפרטית על זכותו הבלתי מוגבלת של הפרט להגן על האוטונומיה שלו, הרי שהדבר שונה לחלוטין בחברה המודרנית³²⁰.

ביקורת רבה על היעדר דרישה של פרופורציה ניתן להערכתו לבסס דווקא על דבריו של Fletcher עצמו, אף שהוא מצדד ברציונאל האוטונומיה. כך הוא כותב³²¹, כי יש בתאוריה זו משום ראייה פרדוקסלית של תוקפנות: מחד גיסא היא מתייחסת לתוקף כאל משתתף במערכת המשפטית, ומאידך גיסא היא מתייחסת לתקיפה שהוא מבצע כאל ביטול היסוד לחמלה ולדאגה לו. התוקף מוגן על-ידי התנאים החוקיים הנדרשים להפעלת הכח המגן, אך מתייחסים אליו כאילו כאילו האינטרסים שלו אינם רלוונטיים. בו-זמנית הוא מצוי אפוא בתוך הקהילייה החוקית ומחוצה לה, כעמית וכ-"outlaw". כן עומד Fletcher על כך, שלפי התאוריה נושא דיונו רואים הכל כלבן או כשחור, לאחר שמסננים את הצללים ואת הניואנסים השונים³²². ואולם לדעתי, ההישענות על "right"

319 ראו ע' 184 ואילך למאמרו ה-1. בין היתר הוא עמד על כך שההכרה המשפטית בסייג ה"צורך" בכלל, וב"צורך" כ-justification בפרט, מוכיחה את ההכרה בכך שזכויות הפרט הן יחסיות; ועמד על כך ש-Fletcher עצמו נוטה לדעה שאין די בתקיפה בהיעדר רצייה כדי להצדיק הגנה פרטית מפניה (ראו ע' 862 ואילך לספרו ה-13 של Fletcher), ומכאן שהסוכרניות של הפרט אינה אבסולוטית. וראו גם הדיון ביחסיות מול מוחלטות הזכויות שלעיל בפרק ב(5)(א).

320 ראו ע' 185 ואילך למאמרו ה-1 של קרמניצר.

321 ראו ע' 380 ואילך למאמרו ה-222.

322 שם, ע' 381.

ו-"wrong" כקטגוריות בלעדיות מהווה התעלמות מקיומו של דירוג – משמעותי מאד מבחינה מוסרית – של התקיפות השונות³²³. כפי שמציין Fletcher, בשיטת המשפט הסובייטית (דאז) והגרמנית – שבהן, לדעתו, שלט רציונאל האוטונומיה – נזקק לפתרונות קונקרטיים לבעיות, כגון כח קטלני להגנת רכוש פעוט ערך, וזאת משום שנאשו מלמצוא להן פתרון עקרוני בתחומי התאוריה עצמה³²⁴. במקום אחר כתב Fletcher, כי בצורתה הטהורה מהווה ההגנה הפרטית דה-הומניזציה של התוקף ואי-התייחסות לשאלות של צדק³²⁵. דומה, שבתיאוריו אלה יש ביקורת חזקה מאד על רציונאל האוטונומיה. ואם לא די בכך, הרי שבנייתו הידוע שבו הציב Fletcher את ה-"right" שבמשפט הגרמני מול ה-"reasonable" שבמשפט האנגלו-אמריקני, עומד הוא על ההטעיה בשיח שבמשפט הגרמני, המתאר את הזכות כאבסולוטית³²⁶. באותו מאמר³²⁷ כתב Fletcher, כי הכלל הגרמני, שלפיו "Right need never yield to Wrong", מבטא את המשמעות של להיות אדם אוטונומי בחברה תרבותית. סבורני, כי יש לפקפק בתרבותיותה של חברה שבה אין נדרשת פרופורציה כלשהי, עד כי מותר ואפילו מוצדק(!) לירות, במטרה להמית, בצעיר הנמלט עם תפוחי-עץ שגנב. לאור אופייה ה-"מוצדק" של ההגנה הפרטית, ויתור על דרישת הפרופורציה פירושו שהירי הקטלני בצעיר הנמלט עם תפוחי-עץ הוא הדבר הנכון לעשות מבחינה מוסרית(!) – וזאת לפי תפישת ה-"צידוק" של Fletcher עצמו. לבסוף, באחד מכתביו המאוחרים, מתאר Fletcher מאבק ומעבר היסטורי של המשפט מ-"passion" ל-"reason" – מנקמה בתוקף להצדקה המבוססת על האוטונומיה של המתגונן³²⁸. ניתן וצריך לשאול, מדוע להיעצר בנקודה זו של הסקאלה ולא להתקרב יותר ל-"reason", תוך התחשבות, בין היתר, גם באינטרסים של התוקף ובסדר החברתי-משפטי?

לרציונאל האוטונומיה השלכות נוספות מהוות חסרונות נוספים שלו. ראשית, יקשה מאד להסביר באמצעותו את זכות ההגנה על אדם אחר. כך, למשל, נזקק Fletcher, לאחר דיון ארוך בהגנה הפרטית, המבוסס באופן כמעט בלעדי על האוטונומיה של

323 לפי אותו היגיון – של התעלמות מגוני הביניים האפורים הרבים שבין לבן לשחור – ניתן להגיע להתרה של "לקיחת החוק בידיים" ו"עזרה עצמית" נרחבת מאד גם בתחומים אחרים, שעה שהחברה מעדיפה את ההיזקקות למערכת המשפט. לדעות דומות ראו ע' 1466 למאמרה ט 37/ של Omichinski; ע' 290 למאמרו ט 1/ של Ashworth.

324 ראו ע' 387 למאמרו ט 22/; וראו ע' 178 למאמרו ט 69/ של Bernsmann.

325 ראו ע' 208 ואילך למאמרו ט 23/.

326 ראו ע' 75 למאמרו ט 26/.

327 שם, ע' 92 ואילך.

328 ראו חיבורו ח 14/.

הנתקף, לשיקול של הגנה על הסדר המשפטי כדי להסביר את ההגנה על אחר³²⁹. בנוסף לכך מצמצמת תאוריה זו את תחום הערכים והאינטרסים שעליהם מותר להגן במסגרת ההגנה הפרטית. כפי שמציין Kadish – שלא במסגרת של ביקורת על התאוריה אלא כתיאור גרידא שלה – עקרון האוטונומיה יוצר זכות להתנגד לאיומים על גוף האדם ועל אינטרסים קרובים אחרים בלבד³³⁰. כפי שנראה בהמשך³³¹, אין בסיס קביל לצמצום כזה של קשת הערכים המוגנים. כמו כן – ובאותו עניין – עמד קרמניצר על כך שראיית זכות ההגנה הפרטית כזכות טיפוסית של היחיד אינה מתיישבת עם העובדה שכמה שיטות משפט – לרבות הסובייטית (דאז) – מכירות במסגרת ההגנה הפרטית בהגנה על אינטרסים של הציבור, שאינם נובעים בהכרח מאלו של הפרטים³³².

התאוריה נושא דיונו עברה פעולות אחדות של ליטוש ועידון, וזאת לאור הקושי הרב שבאי-דרישת פרופורציה כלשהי. על-מנת לפתור קושי זה במקרים הקיצוניים של הפעלת כח קטלני להגנה מפני תקיפה קלה, נעשה שימוש בדוקטרינה – שמקורה במשפט האזרחי – של "שימוש לרעה בזכות", לשם שלילת ההגנה³³³. כפי שמסביר Fletcher, השיטה אינה "שטוחה" אלא "מורכבת": נורמה אבסולוטית (זכות ההגנה הפרטית), ורק בשלב השני סייגים להגבלתה. לאחר הבאת דוגמאות להגבלות שהטילו מלומדים על זכות ההגנה הפרטית, על בסיס הדוקטרינה של "שימוש לרעה בזכות", הוא כותב על "קונספציה מודרנית של 'right'", המביאה לתוצאות המתיישבות טוב יותר עם דרישת הפרופורציה³³⁴. ברוח דומה עמד Ashworth על גישה שלפיה יש לקבל את רציונאל האוטונומיה אך ורק במקרים שבהם אין מדובר בכח קטלני³³⁵. ללמדך

329 ראו ע' 869 לספרו ח13; ה"ש 12 בע' 183 למאמרו ה1 של קרמניצר; ה"ש 77 בע' 1460 למאמרה ט37 של Omichinski.

330 ראו ע' 886 למאמרו ט31. וראו גם את התיאור של Fletcher, בע' 864 לספרו ח13, של קשיי המשפטים הגרמנים (והסובייטים דאז) בהסבר ההגנה על קשת רחבה של ערכים. 331 ראו פרק ד(3) שלהלן.

332 ראו ע' 182 ואילך למאמרו ה1. במשפט הגרמני קיימת מחלוקת באשר לאפשרות של הגנה על אינטרסים של המדינה במסגרת סייג ההגנה הפרטית – ראו ע' 176 למאמרו ט69 של Bernsmann.

333 ראו, למשל, ע' 385 ואילך למאמרו ט22 של Fletcher וע' 73 ואילך למאמרו ט26 (הוא מתייחס בעיקר למשפט הגרמני). הגבלה כזו, הנקבעת על-ידי בית-המשפט, מהווה בעצם הרחבה של האחריות הפלילית ולפיכך מעוררת שאלות נכבדות בנוגע לעקרון החוקיות – ראו פרק ב(2) שלעיל.

334 ראו ע' 98 ואילך למאמרו ט26.

335 ראו ע' 306 למאמרו ט1.

שהתאוריה בצורתה הבסיסית מביאה לתוצאות בלתי נסבלות, ומתחייב "שיפוץ" שלה³³⁶.

לפני סיום, יש לעמוד על שלושה יתרונות המיוחסים לרציונאל זה להגנה הפרטית. האחד הוא כי זהו ההסבר הטוב ביותר לפעולתו של המתגונן, שכן האוטונומיה שלו היא העומדת לנגד עיניו³³⁷, והשני הוא קיומו של ערך על-פוזיטיביסטי של אוטונומיה³³⁸. אשר לראשון, גם אם הוא נכון, הרי שההסבר שאותו אנו מבקשים אינו לפעולת המתגונן אלא לכך שהחברה מצדיקה פעולה זו. אשר לשני, ספק אם יש ערך כלשהו בהצהרה חגיגית על זכות כלשהי – לרבות האוטונומיה – כעל זכות מוחלטת, שעה שאיננה כזו. במקרה הטוב זוהי סמנטיקה בלבד ובמקרה גרוע יותר עלול הדבר להביא – ולו רק בעקיפין – לתוצאות מעשיות מאד בלתי רצויות, כגון שלילת דרישת הפרופורציה. יתרון שלישי – ובהבדל מקודמיו בעל משקל – הוא שרציונאל האוטונומיה מביא להגנה מרבית על זכויותיו וחירויותיו של האזרח שומר החוק³³⁹. אלא שכפי שנראה בדיון הרחב בעקרון הפרופורציה³⁴⁰, הגנה מרבית כזו אינה רצויה לחברה – לא מבחינה ערכית ומוסרית ולא מבחינה מעשית.

לסיכום, יש לשלול את הגישה שלפיה האוטונומיה של הנתקף היא הגורם המכריע בהסבר ההגנה הפרטית – שלילה המבוססת על שיקולים אחדים שהובאו לעיל, ובעיקר על שתי השלכותיה העיקריות של גישה זו: א. שלילת דרישת הפרופורציה למרות חשיבותה הרבה במשפט המודרני של כל חברה תרבותית; ב. ויתור על מאפיין חשוב מאד מבחינה מוסרית ומשפטית של ההגנה הפרטית – אשמת התוקף. עם זאת, ישנה חשיבות רבה מאד לאוטונומיה של הנתקף בהסבר הצידוק של הגנה פרטית, כגורם חשוב והכרחי, אם כי לא מכריע ומספיק.

336 חלק מגירסאות העידון הנ"ל יידונו בהמשך, במסגרת הדיון הרחב בדרישת הפרופורציה – ראו פרק ד(8) שלהלן. יצוין כי אין חשיבות גדולה לדידנו – לפחות בשלב זה של הדיון – לכך שישנם מלומדים הגורסים כי תיאורו של Fletcher את המשפט הגרמני אינו מדויק, שכן מתבססים בשיטת משפט זו – מלבד על ההגנה על האוטונומיה – גם על ההגנה על הסדר החברתי-משפטי (ראו, למשל, ע' 631 ואילך למאמרו ט 61/ Eser. יצוין כי Eser אמנם אינו שולל במפורש את תיאורו של Fletcher, אלא שתיאורו שלו שונה מאד מזה של האחרון). כמו כן אין חשיבות גדולה לענייננו הנוכחי לכך ש-Fletcher עצמו מתבסס לעתים גם על ההגנה על הסדר המשפטי (ראו ה"ש 329 שלעיל והטקסט המפנה אליה). ענייננו, בשלב זה, הוא ברציונאל האוטונומיה ובו בלבד.

337 ראו ע' 1466 למאמרה ט 37/ של Omichinski.

338 ראו ע' 862 לספרו ח 13/ של Fletcher.

339 ראו ע' 290 למאמרו ט 1/ של Ashworth.

340 ראו פרק ד(8) שלהלן.

(ה) הגנת הסדר החברתי-משפטי

(בנוסף להגנת האינטרס הלגיטימי של הנתקף)

לפי תאוריה מודרנית זו, מבוסס סייג הצידוק של ההגנה הפרטית, בנוסף על האינטרס הלגיטימי של הפרט הנתקף, גם על האינטרס החברתי של הגנת הסדר הציבורי בכלל והמערכת המשפטית בפרט. הרציונאל של הגנת הסדר החברתי-משפטי הוא העומד מאחורי סייג אחר לאחריות פלילית, המקובל בשיטות משפט אחרות (אם כי לא במקומותינו), המתיר שימוש בכח לשם מניעת עבירה³⁴¹. במסגרת ההגנה הפרטית לא מקובל לראות בו רציונאל בלעדית³⁴², אלא גורם הנוסף לגורמים אחרים להצדקת ההגנה הפרטית, ובראש ובראשונה הגורם של הגנת האינטרס הלגיטימי של הנתקף. מכל מקום, ניתן ללמוד על עוצמתו של גורם הגנת הסדר החברתי-משפטי בהצדקת ההגנה הפרטית מכך שישנן שיטות משפט שבהן הוא מהווה גורם עצמאי לחלוטין להתרת שימוש בכח, במסגרת הסייג הנ"ל של מניעת עבירה.

כך, למשל, מצאה תאוריה זו – שלפיה הצדקת ההגנה הפרטית מבוססת גם על הסדר החברתי-משפטי – ביטוי במשפטנו בהצעת חוק העונשין (חלק מקדמי וחלק

341 על סייג זה במשפט האמריקני, על הרציונאל העומד מאחוריו ועל קרבתו לסייג ההגנה הפרטית, ראו, למשל, ע' 649 לכרך 40 של האנציקלופדיה 24/American Jurisprudence; ע' 1108 ואילך 11451- ואילך לספרם ח' 17/ של Perkins & Boyce ובמשפט האנגלי – ראו בעיקר סעיף 3 ל-Criminal Law Act, 1967, וכן ע' 624 ואילך לספרם ח' 5/ של Card, Cross & Jones; ע' 123 ואילך לספרו ח' 4/ של Smith ומאמרו ט' 19/ של Harlow.

במשפט הישראלי ניתן למצוא הוראות חוק אחדות בעניין זה, אך ההסדר רחוק מלהיות מקיף. כוונתי היא בעיקר לסעיף 262 לחוק העונשין, תשל"ז-1977, שלפיו "מי שידע כי פלוני זומם לעשות מעשה פשע ולא נקט כל האמצעים הסבירים למנוע את עשייתו או את השלמתו, דינו – מאסר שנתיים". אולם אין המדובר בהגנה מפני אחריות פלילית, אלא בהטלת חובה (שעונש בצדה) לפעול.

מגזר רחב שבו יש חפיפה – בשיטות משפט רבות – בין ההגנה הפרטית לבין מניעת עבירה, הוא ההגנה על אדם אחר. ראו, למשל, ע' 123-124 לספרו ח' 4/ של Smith וע' 1145 ואילך לספרם ח' 17/ של Perkins & Boyce.

342 דעה חריגה הביעה Silving, שהציעה – בבחינת הדין הרצוי – לאחד את הסייג של מניעת עבירה עם סייג ההגנה הפרטית. ראו ע' 393 ואילך לספרה ח' 21/. מצב דומה קיים בפועל – לדעת Hogan ו-Smith – נוכח סעיף 3 לחוק האנגלי משנת 1967. ראו ע' 254 ואילך לספרם ח' 3/ וע' 123 ואילך לספרו ח' 4/ של Smith.

כללי), תשנ"ב 1992-, כשבדברי ההסבר לפרק ו' ("הסייגים לאחריות פלילית")³⁴³ נכתב כך:

"בנוסף לכך, יש גם מצבים שבהם מעשה פלוני אפשר שיהיה אף רצוי מבחינת המאזן הכללי של האינטרס הציבורי. למשל, מי שמתגונן מפני תקיפה מקיים שני אינטרסים חיוביים – האינטרס הלגיטימי שלו שלא להיפגע והאינטרס הציבורי שכל אדם אלים יידע שגם הנתקף רשאי למנוע מעצמו פורענות".

דיון מפורט ברציונאל זה מופיע במאמר פרי עטו של קרמניצר³⁴⁴. כפי שהוא מציין, גם Fletcher עמד על רציונאל זה³⁴⁵, אלא שלא הדגיש את ההבחנה שבינו לבין רציונאל האוטונומיה, ונראה כי לדעתו האחרון חזק יותר³⁴⁶. כפי שנראה בהמשך, עולה ממכלול כתביו של Fletcher, כי הוא אינו מצדד ברציונאל נושא דיונו, אלא בוחר – בצורה עקבית למדי – ברציונאל האוטונומיה. תחילה שולל קרמניצר את בלעדיות האוטונומיה של הנתקף כרציונאל ההגנה הפרטית – שלילה שעליה עמדנו בפרק הקודם. לאחר מכן הוא עובר לדון בגורם החשוב של הגנת הסדר החברתי-משפטי. על גורם זה מבוססת ההבחנה בין ההגנה הפרטית לבין סייג ה"צורך", שכן הייחוד של ההגנה הפרטית³⁴⁷ הוא בכך שמקור הסכנה הוא תקיפה בלתי חוקית ובכך שהתגובה מופנית כלפי תוקף אשם, בעל אחריות פלילית. לפי התאוריה נושא דיונו, פועל הנתקף כנציגם וכמגינם של החברה, הסדר הציבורי והמערכת המשפטית, משום שפעולתו מכוונת לנטרל את הפרת החוק. זהו גם "מעשה משטרתי", שכן אילו הייתה המשטרה נוכחת במקום האירוע, לא הייתה נוהגת אחרת מכפי שנהג המתגונן. מעשה הנתקף משרת את אינטרס הציבור בהרתעת עבריינים ובמניעת עבירות. לפונקציה הרתעתית זו אופי כפול: התוקף האינדיווידואלי מורתע בייעילות על-ידי הדיפת תקיפתו, ופושעים פוטנציאליים יירתעו כשייווכחו שתכניתם עשויה להיות מסוכלת לא רק על-ידי המשטרה (שלא תמיד נמצאת במקום האירוע) אלא גם על-ידי הקרבן (שבדרך-כלל נמצא במקום האירוע) או על-ידי כל אדם אחר הנמצא במקום במקרה (במסגרת "ההגנה על אדם אחר"). כמו כן, הידיעה שההגנה על הסדר החברתי-משפטי נתונה בידי כלל האזרחים, מחזקת את תחושת הביטחון של הציבור שומר החוק. המפתח להבנת ההגנה הפרטית ולהבנת ההבדל בינה

343 ראו ע' 133 להצעת החוק ג4.

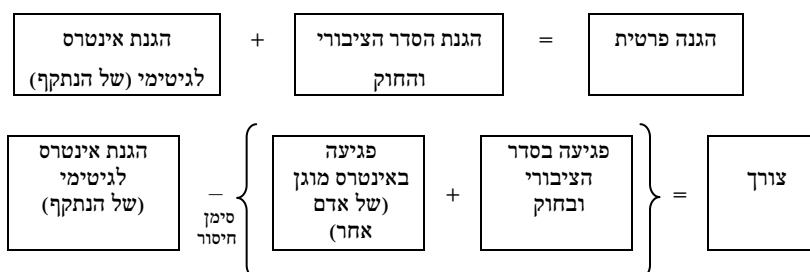
344 ראו ע' 181-183; 189-196; 209; 214 למאמרו ה1.

345 במאמרו הידוע ט22, שעליו מגיב קרמניצר.

346 ראו ע' 181 למאמרו ה1 של קרמניצר.

347 עליו כבר עמדנו לעיל – ראו בהרחבה פרקים ב(5) רב(5) ג(5) שלעיל.

לבין ה"צורך", מצוי אפוא בהשוואה בין ההצדקות לכל סייג. הגורם המשותף הוא ששני הסייגים צומחים מן הצורך להגן על אינטרס לגיטימי הנתון בסכנה מיידית (דהיינו: מצב של "אילוץ"). ההבדל הוא, כאמור, במקור הסכנה: בהגנה הפרטית מדובר במעשה בלתי חוקי של אדם, בעוד שב"צורך" מדובר בתוצאה של נסיבות (בדרך-כלל טבעיות). מכאן, שבהגנה הפרטית קיים אינטרס נוסף – חברתי – של הגנה על הסדר הציבורי ועל המערכת המשפטית. לעומת זאת, ב"צורך" הפגיעות בסדר הציבורי ובאינטרס לגיטימי של אדם אחר (שאינו תוקף בעל אחריות פלילית) ניצבות מול ההגנה על האינטרס הלגיטימי שבסכנה. לפיכך, התיאור הסכמטי שמציע קרמניצר הוא כדלקמן³⁴⁸:



מקובלת על ידי חשיבותה הרבה של הגנת הסדר החברתי-משפטי להצדקת ההגנה הפרטית. ואולם, ה"משוואה" דלעיל, המתארת את ההגנה הפרטית, אינה שלמה. שכן, חייב להיות בה ביטוי לגורמים נוספים על אלה שנקבעו בה, ובעיקר לאינטרסים של התוקף. אמנם ניתן וצריך לבצע באינטרסים אלה פירות מסוים, נוכח אשמתו של התוקף³⁴⁹, אולם ביטוי כלשהו³⁵⁰ חייב להיות להם. ניתן אמנם לנסות להכניס אינטרסים אלו למאזן דרך "הדלת האחורית" של גורם הסדר החברתי-משפטי, ולומר, למשל, כי פגיעה מופרזת בתוקף פוגעת בסדר זה, כפי שעושה בפועל קרמניצר במאמרו³⁵¹, אולם לדעתי אין די בכך, כשם שאין אנו מסתפקים בהכללת האינטרסים של הנתקף במסגרת של גורם הסדר החברתי-משפטי, אלא נותנים להם מקום עצמאי במשוואה. למקום

348 ע' 191 למאמרו ה'1/. על "הרציונאל הדואלי" של ההגנה הפרטית ראו גם ע' 172-173 למאמרו
של Bernsmann /69ט.

349 ראו פרק ב(5)(ב) שלעיל.

350 ביטוי מינימלי לאינטרסים של התוקף, שדומה כי הכל יסכימו לו (כמינימום), ניתן למצוא בדבריו של Ashworth, שהתייחס לזכותו של התוקף שלא יופעל נגדו כח שאינו נחוץ לשם הדיפת תקיפתו – ראו ע' 289 למאמרו ט'1/.

351 ע' 193-194 למאמרו ה'1/.

עצמאי כזה חשיבות רבה, הן עקרונית-הצהרתית והן מעשית, בעיקר באשר לדרישות הפרופורציה, הנחיצות והנסיגה, אשר יידונו להלן³⁵².

מלומדים נוספים רבים עמדו על הפונקציות של הרתעת תוקפים³⁵³ ושל "שיטור פרטי"³⁵⁴ שממלאת ההגנה הפרטית. כך, למשל, עמד Williams³⁵⁵ על כך שכלל המתיר פעולות התגוננות פועל לדיכוי התוקפנות, או, לפחות, לצמצומה, בעוד שכלל האוסר פעולות התגוננות היה פועל לעידוד התוקפנות. תיאור מפורט של פונקציות אלה מביא פלר בספרו³⁵⁶:

"... מי שפועל אגב הגנה פרטית ממלא תפקיד כפול. האחד – של הרתעת תוקפים בכוח, שיודעים כי, בהעדר רשות המופקדת על השמירה על הסדר הציבורי, בזירת התקיפה, אין הציבור מופקר לידיהם הנפשעות; הסמכת כל אדם להגיב היא גורם מרתיע ממדרגה ראשונה; התפקיד האחר הוא שהפרט ממלא בפועל את חובותיה של הרשות המופקדת על הסדר הציבורי, ואילו הייתה במקום התקיפה רשות כאמור הייתה היא מחוייבת להגיב, כפי שהגיב הפרט... ההגנה הפרטית מהווה, למעשה, תחליף למילוי תפקיד שלטוני... מעשה חיובי הראוי להערכה... אקט של השכנת סדר, אם לא, במובן כלשהו, גם אקט של עשיית צדק בדלית ברירה. וכדבר מובן מאליו, כל זאת בנוסף לכך שמדובר בהצלת אינטרס לגיטימי מפני פגיעה זדונית בו." (הדגשת המילה "מחוייבת" מופיעה במקור; יתר ההדגשות הוספו).

משפטנים סובייטיים גרסו כי שימוש מרבי בכח מגן ירתיע את הפשע ביעילות, והרחיקו לכת בתמיכתם בתגובה מרבית כנגד תוקפים, עד כי נטען שהמתת תוקף היא חובה מוסרית(!) ולא זכות בלבד³⁵⁷. יש להדגיש, כי מלבד אלמנט ההרתעה שבהגנה

352 ראו (בהתאמה) פרקים ד(8); ד(6); ד(9).

353 ראו, למשל, ע' 185 למאמרו של Nino; ע' 3-4 למאמרו של 31/ של ביין; ע' 150 למאמרה של גור-אריה.

354 ראו, למשל, ע' 7 לספרו ד/1 של אנקר ("... מעשהו רצוי ומותר... מפני שהוא מנע בכך עבירה..."); ע' 189 למאמרו של 30/ של ביין; ע' 98 לספרה 5/ של גור-אריה; ע' 392 לספרה ח/21 של Silving (ראיית המתגונן כזרוע של המדינה); ע' 754 ואילך לספרו ח/31 של Gordon (המתייחס לרציונאל השיטור הפרטי שעליו עמד Hume); ע' 21, 23 למאמרו ה/3 של פלר.

355 ראו ע' 739 למאמרו ט/3.

356 ראו ע' 417 לספרו ד(ב).

357 ראו ע' 872, 868 לספרו ח/13 של Fletcher.

הפרטית, מהווה היא גם הגנה ישירה על הסדר החברתי-משפטי, שכן סדר זה נפגע עקב ההתקפה הזדונית עליו הכרוכה בפעולתו הבלתי חוקית של התוקף.

יש המייחסים רציונאל זה של ההגנה הפרטית, בין היתר, גם לרעיון של Hegel בדבר השלילה שבמעשה התוקף ושלילת השלילה על-ידי התגוננות הנתקף (nullification of)³⁵⁸ (injustice).

מה הן השלכותיו העיקריות של רציונאל זה? Eser³⁵⁹ עמד על כך שהשילוב של התגוננות אינדיווידואלית עם שמירה חברתית על החוק והסדר מביא, מחד גיסא להרחבת ההגנה הפרטית, ומאידך גיסא לצמצומה. הרחבה כיצד? בכך שרציונאל כפול זה מספק בסיס גם להגנה על (כל) אדם אחר ובכך שהוא מספק הסבר גם להגנה על אינטרסים ציבוריים. צמצום כיצד? בכך שהוא מביא לתפישת זכות ההגנה הפרטית כזכות שאינה אבסולוטית, אלא מסויגת וקיימת רק כל עוד הפונקציה החברתית שהיא ממלאת קיימת אף היא. תפישה זו תומכת – לדעת Eser – בדרישות מספר, כגון חובה מסוימת של נסיגה, הגבלות מסוימות על מי שגרם באשמתו למצב ההתגוננות ודרישת הפרופורציה.

מעניין לציין, כי אין תמימות דעים בקרב המלומדים באשר להשלכות הרציונאל נושא דיונונו. כך, למשל, עומד קרמניצר³⁶⁰ על פעולת הרציונאל בכיוון של החלשה – בהשוואה לסייג ה"צורך" – של חובת הנסיגה (משום שאיננה עוד נסיגת היחיד בלבד אלא גם נסיגת החוק והסדר)³⁶¹; בכיוון של הגמשה של דרישת הפרופורציה (שהרי מול אינטרס התוקף ניצב לא רק אינטרס הנתקף אלא גם הסדר החברתי-משפטי)³⁶² ובכיוון של התייחסות נוקשה פחות אל מי אשר גרם באשמתו למצב ההתגוננות. אשר לדרישת הפרופורציה, עומד קרמניצר על כך שבאופן דיאלקטי עשוי רציונאל הסדר החברתי-

358 ראו, למשל, ע' 392-393 לספרה ח21/ של Silving.

359 ראו ע' 631 ואילך למאמרו ט61/.

360 ראו ע' 191 ואילך למאמרו ה1/.

361 דעות דומות הביעו Herrmann (ראו ע' 754 למאמרו ט60/) ופּלר, אשר כתב כי "... נסיגה מפני תקיפה, פירושה, לעתים, נסיגת החוק והסדר הציבורי, ולא רק נסיגת הנתקף" (ראו ע' 429 לספרו ד2/ב).

362 דעה דומה הביעה גור-אריה בע' 82 למאמרה ה8/ ובע' 227 למאמרה ה7/.

משפטי לפעול גם בכיוון של הגבלת השימוש בכח (שהרי שימוש בכח מופרז פוגע בסדר זה)³⁶³.

אכן, פגיעה מופרזת בתוקף פוגעת אף היא בסדר החברתי-משפטי. השלכה נוספת של רציונאל זה היא שההגנה הפרטית אינה חלה כנגד תוקף חסר אשמה, שכן בהיעדר אחריות פלילית אין אנטי-חברתיות בפעולתו של התוקף, ולפיכך אין היא פוגעת – וודאי שלא פגיעה משמעותית – בסדר החברתי-משפטי³⁶⁴.

כאמור, אין זה מקובל לראות בהגנת הסדר החברתי-משפטי את ההצדקה הבלעדית להגנה הפרטית (בהבדל, למשל, מסייג אפשרי של מניעת עבירה). לפיכך, מעבר לתמימות הדעים בדבר קיומו של גורם מצדיק זה, חשוב מאד לקבוע את המסגרת לפעולתו ואת יתר הגורמים המצדיקים שלצדו, אשר יחדיו מהווים את הרציונאל העומד מאחורי ההגנה הפרטית³⁶⁵. אשר לעוצמתו של גורם הסדר החברתי-משפטי במקרה ספציפי, הרי שלדעתי, עוצמה זו עומדת ביחס ישר למשקל האינטרס הנתון בסכנה³⁶⁶ ולאשמתו של התוקף (כביטוי לאנטי-חברתיות המגולמת במעשהו). כך, למשל, תהא הפגיעה בסדר החברתי-משפטי גדולה במיוחד נוכח תקיפה בכוונה פלילית נגד ערך קיומי, המסכנת את חיי הפרט הנתקף³⁶⁷.

363 בסוגיות אלה (דרישת הפרופורציה; חובת הנסיגה; אחריות הגורם באשמתו למצב התגוננות) נדון בהרחבה בהמשך. בשלב זה הכוונה היא להדגים את קיומן של תפישות שונות של מהות הסדר החברתי-משפטי ושל משקלו ותפקידו בהצדקת ההגנה הפרטית.

364 ראו ע' 194 ואילך למאמרו ה'1 של קרמניצר; ע' 865-866 לספרו ח'13 של Fletcher; ע' 82 למאמרה ה'8 של גור-אריה וע' 227 למאמרה ה'7. כפי שמציינת גור-אריה, מאותה סיבה שבגינה נותנת החברה excuse לתוקף, עליה גם לשלול את ה-justification של הגנה פרטית מפניו. וראו הדיון שבפרק ב(5)ג שלעיל.

דוגמה נוספת לתפישות אפשריות שונות של מהותו ותוכנו של מושג הסדר החברתי-משפטי, מספק לנו מבנה האחריות שבמשפט הפלילי הגרמני. השלב השני שבו, שבין התקיימות יסודות העבירה לבין האשמה (הנשללת על-ידי excuse), הוא האופי הבלתי חוקי של המעשה, המזוהה עם פגיעה בסדר החברתי-משפטי. מקובל שם כי פגיעה זו נשללת על-ידי justification בלבד (ולא על-ידי excuse), ומכאן שמדובר שם בתפישה שונה של מושג הסדר החברתי-משפטי מזו אותה הצגתי לעיל – תפישה (מ) שונה, הרואה את התוקף חסר האשמה והאחריות כפוגע פגיעה משמעותית בסדר החברתי-משפטי. וראו האסמכתאות הנ"ל בה"ש 50 והטקסט המפנה אליה.

365 מסגרת כזו אציע בפרק ב(6) שלהלן.

366 משקל הבא לידי ביטוי, למשל, בעוצמת הגנת החוק על הערך המוגן: ככל שמשקלו גדול יותר, קבוע לצד האיסור על הפגיעה בו עונש חמור יותר ובכך גדלה הגנת החוק עליו.

367 הסבר אפשרי לפסק-הדין הגרמני המדהים שבו זוכה בעל בוסתן התפוחים שירה בצעירים אשר נמלטו עם פירות (ראו ה"ש 317 שלעיל והטקסט המפנה אליה) הוא כדלקמן: בשונה מן התמונה שמצייר Fletcher (שם), עמד גם הסדר החברתי-משפטי לנגד עיני בית-המשפט, לצד

ביקורת מפורשת על עצם ההתחשבות בגורם הסדר החברתי-משפטי בהצדקת ההגנה הפרטית יקשה למצוא. אלא שניתן למצוא גישות המתעלמות מגורם חשוב זה. על רקע זה מעניין יחסו של Fletcher לגורם זה. הוא מזכיר אותו ברבים מכתביו, אולם בולט המשקל המועט שהוא מעניק לו³⁶⁸. כך, למשל, בדיון שלו ברציונאל ההגנה הפרטית³⁶⁹, עומד Fletcher על לא פחות מארבע תאוריות שונות להסבר ההגנה הפרטית, אך לא מוצא מקום לרציונאל נושא דיונו. במקום אחר הוא מרחיק לכת וכותב כי ביסוס ההגנה הפרטית כאמצעי להגנה אישית עדיף מביסוסה כמכשיר לשלילת הרע שמייצג התוקף³⁷⁰, כביכול מדובר באלטרנטיבות המוציאות זו את זו. התייחסות רבה יחסית מעניק Fletcher לסדר החברתי-משפטי במאמרו הידוע העוסק בתוקף הפסיכוטי³⁷¹. מחד גיסא, הוא נוטה לשלול רציונאל זה, בהביעו את דעתו כי הקונספציה של הגנת ה-"Legal order", הרואה תקיפות כנגד פרטים כתקיפות כנגד החברה כולה וכנגד המערכת המשפטית שלה, היא רק דרך מתוחכמת יותר לדבר, כפי שעשה Locke, על מצב מלחמה שבין התוקף לבין קרבנו. מאידך גיסא, דומה כי הקונספציה של "Legal Order" הניצבת לנגד עיניו של Fletcher, שונה מזו שתוארה לעיל ושבה צידדת. לשיטתו של Fletcher, קונספציה זו הודפת את התוקף לשוליים של המערכת המשפטית. התוקף נתפש כאויב השיטה ומוצא אל מחוץ לגבולות הדאגה וההתחשבות החברתית – וכל זאת אפילו אם הוא חף מאשמה(!)³⁷². נראה כי הסדר המשפטי שעליו מדבר Fletcher מזדהה עם מושג ה-"right" שעליו עמדנו לעיל, ואינו כולל התחשבות באינטרסים של התוקף³⁷³. למעשה, דומה כי גם כשהוא מזכיר את הסדר החברתי-

האוטונומיה של הפרט הנתקף. אלא שבית-המשפט לא השכיל לראות שעוצמת הפגיעה בסדר זה היא פונקציה של משקל האינטרס שבסכנה (והרי דובר שם ברכוש גרידא, ואפילו פעוט ערך!), אלא פסק כאילו גורל השיטה המשפטית כולה מונח על כפת המאזניים. גורם נוסף שממנו התעלם, לדעתי, בית-המשפט הגרמני, הוא שפגיעה מופרזת בתוקף דווקא פוגעת בסדר החברתי-משפטי.

368 הגנת הסדר החברתי-משפטי נזכרת בכתביו שלהלן: בע' 380, 388 ואילך למאמרו ט222/; בע' 771, 861 ואילך לספרו ח13/; בע' 208 ואילך למאמרו ט23/; בע' 306 למאמרו ט24/ ובע' 97 ואילך למאמרו ט26/.

369 ראו חיבורו ח14/.

370 ראו ע' 306 למאמרו ט24/.

371 ראו ע' 388 ואילך למאמרו ט222/.

372 שם, ע' 380, 388-389.

373 ראו, למשל, ע' 210 ואילך למאמרו ט23/.

משפטי, עדיין הרציונאל העיקרי, הדומיננטי והכמעט בלעדי של ההגנה הפרטית לשיטתו הוא האוטונומיה של הנתקף³⁷⁴.

לסיכום יודגש, כי מחד גיסא אין להתעלם מחשיבותו של גורם הגנת הסדר החברתי-משפטי בהצדקת ההגנה הפרטית, ומאידך גיסא אין לבסס את ההגנה הפרטית על גורם זה בלבד, אלא יש להשתית גם על גורמים נוספים, ובעיקר על האוטונומיה של הנתקף ועל אשמת התוקף, ותוך התחשבות גם באינטרסים של התוקף. מסגרת אפשרית להכללת הגורם של הגנת הסדר החברתי-משפטי לצד גורמים חשובים אחרים, שבה נדון להלן, היא המסגרת של עריכת מאזן אינטרסים (לרבות אינטרסים מופשטים!) ובחירה ב"רע במיעוטו".

(ו) עריכת מאזן אינטרסים ובחירה ב"רע במיעוטו"

רציונאל זה אינו ייחודי להגנה הפרטית, אלא מדובר בתאוריה כללית של צידוק. הסייג לאחריות פלילית, שלגביו מקובל מאד רציונאל זה, הוא ה"צורך" כצידוק. הרעיון הכללי הוא עריכת מאזן בין הפגיעות באינטרסים לגיטימיים הצפויות אם העושה לא יפעל, לבין הפגיעות באינטרסים לגיטימיים הצפויות כתוצאה מפעולתו של העושה, ובחירה – מבין הרעות (ההכרחיות) – ברע במיעוטו³⁷⁵. על-פי מצדדי התאוריה נושא דיונונו, יש להחיל את עקרון הרע במיעוטו גם על ההגנה הפרטית.

374 בעניין זה מעניין לציין, כי ישנם מלומדים המתארים את המשפט הגרמני באופן שונה מאד מכפי שמתאר אותו Fletcher. כך, למשל, עומד Eser על כך שאף שהרציונאל העתיק "Law does not have to yield to Lawlessness" קיים עדיין במשפט הגרמני כעיקרון, הרי שהוא בנסיגה ומעניקים משקל דומה (ואפילו גדול יותר!) לפונקציה החברתית: האינטרס החברתי בשמירת ה-"general peace". ראו ע' 631 ואילך למאמרו ט 611.

375 כך, למשל, נקבע ב-Model Penal Code האמריקני סייג כזה של "lesser evils" – ראו סעיף 3.02 ל-M.P.C. יג 4. לדעת Fletcher, התפישה ב-M.P.C. היא כי כל ה"צידוקים" מהווים, למעשה, וריאציות שונות של עקרון הרע במיעוטו – ראו ע' 944 לכרך 3 של האנציקלופדיה ח 26/ (הוא לומד זאת בעיקר מהביטוי "justification generally", שבו השתמשו המנסחים לעניין סייג ה"צורך" מסוג צידוק). מבחינה טרמינולוגית, מתייחסים בספרות ל"רע במיעוטו" גם בביטויים אחרים, כגון: "balance of utilities"; "necessity"; "superior interest"; "choice of evils"; "balancing of interests"; "more benefit than loss" – ביטויים שרובם ככולם מביעים את אותו הרעיון. וראו גם סעיף 34 לחוק הפלילי של מערב-גרמניה (דאז) משנת 1975, שבו קבוע סייג של "צורך" כ-justification המבוסס על עקרון הרע במיעוטו.

דומה, כי אין מתאים יותר מ־Robinson, שהינו חסיד גדול של רציונאל זה כתאוריה כללית המתאימה לכל סייגי הצידוק, להצגת הרציונאל. לשיטתו, בכל צידוק מדובר בנזק שהמשפט מכיר בו, בדרך-כלל, כנזק, אלא שכאשר מתקיימות נסיבות הצידוק, אף שעדיין מדובר בנזק, הרי שעדיף הוא על פני נזק אחר – גדול יותר³⁷⁶. כפי ש־Robinson מציין, אם משווים – כמקובל לגבי סייג ה"צורך" – בין הרעות הפיזיות בלבד, נתקלים לעתים קרובות במצב מאוזן, כגון חיי אדם אחד מול חיי אדם אחר. כדי לשבור קיפאון זה יש להיזקק גם לאינטרסים מופשטים ולהציבם על כפות המאזניים³⁷⁷.

מה הם אותם "אינטרסים מופשטים" שיש להציבם על כפות המאזניים? הגורם המופשט, שהכללתו במאזן היא המקובלת ביותר, הוא אשמתו של התוקף בהיווצרות העימות³⁷⁸. הדרך המקובלת להתחשב בגורם זה היא להמעיט באמצעותו את ערכם של האינטרסים של התוקף³⁷⁹. גורמים מופשטים חשובים אחרים, שאין להתעלם מהם, הם האוטונומיה של הנתקף והסדר החברתי-משפטי. המשותף לכל הגורמים הללו הוא, כמובן, פעולתם לצדו של הנתקף וכנגד התוקף. כפי שציין Wasserman³⁸⁰, המייחד לפי תאוריה זו את ההגנה הפרטית לעומת סייג ה"צורך" הוא, שבעוד שלגבי ה"צורך" על בית-המשפט לקבוע בכל מקרה ספציפי מהו הרע במיעוטו, הרי שלגבי ההגנה הפרטית הכריע המחוקק עצמו חלק ניכר מהכרעה זו.

על יתרונות אחדים³⁸¹ של גישה זו עמד Ashworth³⁸², שכינה אותה "גישת זכויות האדם". לדבריו, הגישה מביאה בחשבון את האינטרסים של הצדדים לעימות: קיומו ושלמות גופו של קרבן התקיפה מחד גיסא, וזכות התוקף שלא יופעל נגדו כח שאינו נחוץ להדיפת תקיפתו מאידך גיסא. כן משרתת הגישה ערכים החשובים למדינה: שמירת חיי אדם, צמצום האלימות ודיכוי הלוחמה הפרטית³⁸³.

376 ראו ע' 83, 90 לכרך I של ספרו ח12/.

377 שם, כרך II, ע' 71.

378 ראו, למשל, ההתייחסויות לגורם זה בפרט, ולרציונאל הרע במיעוטו בכלל, בע' 1453 למאמרה ט377 / של Omichinski; בע' 377 ואילך למאמרו ט222 / של Fletcher; בע' 357 ואילך למאמרו ט61 / של Wasserman ובע' 857 ואילך לספרו ח13 / של Fletcher.

379 ראו, למשל, ע' 378 למאמרו ט222 / של Fletcher; וראו הטקסט המפנה לה"ש 223 שלעיל.

380 ראו ע' 358 למאמרו ז6/.

381 על יתרונות נוספים עמדה Omichinski בע' 1466 למאמרה ט377: קידום המטרות – הגמולית והתועלתנית – של המשפט הפלילי.

382 ראו ע' 288 ואילך למאמרו ט1/.

383 לדעת Ashworth, זוהי הגישה השלטת במשפט האנגלי, בעוד ש־Fletcher גורס כי מבין שיטות המשפט שבחן רק הצרפתית מבססת את ההגנה הפרטית על מאזן אינטרסים. ראו ע' 860 לספרו

מה הן השלכותיה המעשיות של התאוריה? ההשלכה המרכזית היא דרישת הפרופורציה, הקיימת במסגרת גישה זו "מתוך הגדרה" ממש. אמנם אין הכרח שהרעה הפיזית הנמנעת תהיה גדולה או אפילו שווה לרעה הפיזית הנוצרת – בשים לב לקיומם של ערכים מופשטים במאזן – אולם מתאם כלשהו בין הרעות הפיזיות נדרש גם נדרש³⁸⁴. מעניין בהקשר זה הוא מהלך דיונו, ההפוך, של Eser: לאחר שהוא עומד על כך שכיום – בהבדל מבעבר – נוטים במשפט הגרמני לדרוש פרופורציה, לומד הוא מנטייה זו שההגנה הפרטית הופכת להיות מקרה פרטי של צידוק המבוסס על "superior interest"³⁸⁵. השלכות נוספות של התאוריה הן: דרישת הנחיצות; חובה מסוימת של נסיגה; אי־חוליה של ההגנה הפרטית כנגד תוקף חסר אשמה וזכות רחבה יחסית של הגנה על אדם אחר³⁸⁶.

שבטיהם של המבקרים לא נחסכו מתאוריה זו. הקושי שעליו מרבים להצביע הוא, שבמקרים רבים ומוסכמים של הגנה פרטית מדובר ברעות פיזיות מאוזנות ולעתים אף עולה הרעה הפיזית הנוצרת על הרעה הפיזית הנמנעת³⁸⁷. כך, למשל, מקובל כי מוצדק להפעיל כח מגן – אפילו קטלני – לא רק להצלת חיים אלא גם, למשל, למניעת אונס, ומקובל כי נתקף בודד רשאי להפעיל כח מגן קטלני כנגד תוקפים מספר³⁸⁸. ואפילו כשמדובר בהצלת חיי הנתקף במחיר חיי תוקף בודד, קיימת טענה, כי בשל עקרון השוויון שבין בני־האדם, אין להעדיף צד אחד לעימות על פני משנהו. כן נטען כי הבאה בחשבון של גורם ההסתברות אף מגדילה את הקושי, שכן המתגונן, הניצב בפני סכנה (בלבד) של מוות, יוצר בהתגוננותו מוות ודאי³⁸⁹. Fletcher – ממבקריה העיקריים של תאוריה זו – עומד אמנם על כך שקיימים גורמים מוסריים – כאשמת התוקף – המכריעים את הכף ומספקים פתרונות לקשיים דלעיל, אלא שלדעתו תאוריה זו מוגבלת,

13ח. במקומותינו הובעה הדעה כי סעיף 22 (שהוחלף בינתיים) לחוק העונשין היה בנוי על תפישת הרע במיעוט – ראו ע' 48-49 לדוח ועדת לנדוי ה'99.
384 ראו, למשל, ע' 297 למאמרו ט'1 של Ashworth (העומד בעיקר על הגבלת כח קטלני); ע' 378 למאמרו ט'22 של Fletcher.
385 ראו ע' 633 למאמרו ט'61.
386 דרישות אלה יידונו בפירוט בהמשך. לענייננו, ראו, למשל, ע' 288 ואילך 297- למאמרו ט'1 של Ashworth (נחיצות ופרופורציה); ע' 857 ואילך לספרו ח'13 של Fletcher (פרופורציה ונסיגה); ע' 1455-1462 למאמרה ט'37 של Omichinski (פרופורציה; נחיצות; נסיגה; הגנה על אדם אחר; תוקף חסר אשמה).
387 ראו, למשל, ע' 357 ואילך למאמרו ז'6 של Wasserman; ע' 882 למאמרו ט'31 של Kadish.
388 ראו פרק ד(8) שלהלן.
389 ראו ה"ש 10 שבע' 858 לספרו ח'13 של Fletcher.

משום שגורמים אלה אינם נכנסים למאזן הרעות³⁹⁰. בדומה, שוללת Thomson על הסף תאוריה המבוססת על תועלת, תוך שהיא מתייחסת לרעות הפיזיות בלבד³⁹¹.

התשובה לטיעונים אלה של המבקרים, שעליה עמדנו לעיל, היא כי במסגרת מאזן האינטרסים יש להתחשב לא רק ברעות הפיזיות, אלא גם באינטרסים מופשטים. חלק מהמבקרים משתית את ביקורתו על הצגה פשטנית של התאוריה נושא דינונו, כאילו מתייחסת היא לנזקים הפיזיים בלבד. מבקרים אחרים מתייחסים אמנם גם לאינטרסים מופשטים, אולם הם מזהים את התאוריה עם אינטרס מופשט מרכזי בודד, בדרך-כלל עם אשמת התוקף³⁹². מכאן, שביקורתם יפה וחזקה כנגד ראיית אשמת התוקף לבדה (או גורם בודד אחר) כגורם המכריע, אך אינה עומדת מול ראייה מורכבת יותר של התמונה³⁹³.

אשר לטענה דלעיל, בדבר הגדלת הקושי הכרוכה בהתחשבות בגורם ההסתברות, דומני כי בדרך-כלל תהא זו חכמה שלאחר מעשה (ההתגוננות), כשכבר ידוע הנזק לתוקף והנזק לנתקף נותר – הודות להתגוננות – כאפשרות בלבד. והרי לפי אותו היגיון ממש ניתן היה לטעון כי אם יימנע הנתקף מלהתגונן, יהיה הנזק לנתקף הגורם הידוע והנזק לתוקף הוא שייוותר כאפשרות בלבד. לפיכך, אם מעוניינים אנו להקדים את החכמה למעשה (ההתגוננות), יש לבחון את הסתברות התרחשותו של כל אחד מן הנזקים האפשריים עובר לפעולת ההתגוננות, ולשקלל הסתברות זו בהערכת הרעות, תוך הבאה בחשבון של כל יתר הגורמים³⁹⁴.

390 ראו ע' 944 לכרך 3 של האנציקלופדיה ח26/.

391 ראו ע' 42 ואילך למאמרה ח31. מעניין לציין כי לאחר שלילה זו תרה Thomson אחר זכות חזקה יותר של הנתקף (בהשוואה לזו של התוקף) כרציונאל להגנה הפרטית, ומוצאת אותה ב"זכות ההתגוננות של הנתקף". דומני כי אין בכך יותר מטאטולוגיה, שכן שאלת השאלות היא, כמובן, מניין זכות ההתגוננות של הנתקף. וראו גם דבריו של Dressler, המטיל ספק בהתאמת תאוריה תועלתנית כהסבר להגנה הפרטית ולאייטואיציות שלנו לגביה, בה"ש 157 שבע' 89 למאמרו ח38. לדעתו, נזקקים אנו ל-"deontological reasoning" כהסבר להגנה הפרטית ול-"teleological reasoning" כהסבר לסייג ה"צורך".

392 ראו, למשל, ביקורתו של Kadish בע' 882 למאמרו ח31/.

393 תמונה מורכבת יחסית מציג Wasserman, המתייחס במאמרו ח6/ לשתי וריאציות של עקרון הרע במיעוטו: "the act version" מול "the rule version". הראשונה מתייחסת לרעות הפיזיות והשנייה לתועלת האפשרית לחברה מקיומו של כלל המתיר הגנה פרטית. אך מדוע להסתפק בשלילת כל אחת מווריאציות אלה כאילו הייתה בלעדית, במקום לצייר את התמונה המלאה, על מלוא צבעיה?

394 Fletcher מותח ביקורת גם מסוג שונה. ראשית, גורס הוא כי ראיית האוטונומיה של הנתקף כגורם אחד במאזן של אינטרסים מהווה התעלמות מהנטייה לאבסולוטיות שבעקרון

אשר לחובת הנסיגה, יצוין כבר כאן, בקצרה, כי מסקנתו של Fletcher, שלפיה תוביל תאוריית הרע במיעוטו בהכרח למסקנה ברורה וחד-משמעית של קיום חובה חזקה של נסיגה, נסמכת על מאזן בלתי מדויק, לדעתו. Fletcher מציב מצד אחד את כבוד המתגונן ואת הגדלת סיכון היפגעותו (ההפסד שיסבול הנתקף אם נדרוש ממנו נסיגה) ומצד אחר את חיי התוקף (הרווח לתוקף מנסיגת הנתקף). בכך מתעלם הוא – מחד גיסא – מהפגיעה בסדר החברתי-משפטי הכרוכה בנסיגה, ומוסיף הוא – מאידך גיסא – את השיקול המדומה של הגדלת סיכון היפגעות; מדומה – משום שאיש אינו מציע לדרוש נסיגה המסכנת את הנתקף³⁹⁵.

חיסרון אפשרי של תאוריית הרע במיעוטו, שעליו עמדה Omichinski³⁹⁶, הוא שתאוריה זו דורשת עריכת מאזן מורכב מאד, הכולל, לעתים, גם חיי אדם – מאזן שעריכתו היא אפילו מעל ליכולתם של פילוסופים ומלומדים. לפיכך, לדעתה, אין לצפות מאדם רגיל הנתון בסכנת חיים שישכיל לבצע מאזן זה, וגם מצד ג' הנחלץ לעזרתו אין לצפות לכך. להערכתו, אין עוצמתו של טיעון זה גדולה. ספק אם רציונאליים אחרים מספקים הסבר ברור יותר (ובאופן משמעותי) להגנה הפרטית, וספק אם הסייגים לאחריות פלילית מיועדים ומסוגלים להכוונת התנהגות. כמו כן, כפי שיוצע להלן³⁹⁷, ניתן לערוך חלק מן האיזון ברמה הכללית נורמטיבית על-ידי המחוקק עצמו.

הדוגמה שנדונה לעיל – של ניתוח סוגיית הנסיגה "על קצה המזלג" – מוליכה אותנו אל השאלה המרכזית באשר לתאוריה נושא דיוננו, והיא מה הם האינטרסים המופשטים שבהם יש להתחשב במסגרתה ומהו המשקל שיש לתת לכל אחד מהם. המילה "מסגרת" נבחרה כאן שלא במקרה. דעתי היא כי אמנם יש לקבל את תאוריית הרע במיעוטו, אולם תאוריה זו אינה מספקת הסבר להגנה הפרטית, אלא היא מהווה רק

האוטונומיה ובגידה בכבוד האינדיווידואל (!) (ראו ע' 771 לספרו ח13). ברם, הובאה לעיל בהרחבה עמדתו, שלפיה אין זכויות מוחלטות כלל (ראו פרק ב(5)(א) שלעיל) ואין לראות את האוטונומיה כגורם היחיד בהצדקת ההגנה הפרטית (ראו פרק ב(5)(ד) שלעיל). שנית, Fletcher עומד על שלוש השלכות של תאוריית הרע במיעוטו – דרישות הפרופורציה והנסיגה ואי-תחולת ההגנה הפרטית כנגד תוקף חסר אשמה – ורואה בהן חסרונות המוליקים למסקנה של שלילת התאוריה (ראו ע' 378 למאמרו ט22; ע' 771 858- ואילך לספרו ח13). ביקורת זו היא מעניינת במיוחד נוכח העובדה שכפי שפורט לעיל וכפי שיפורט להלן (ראו פרקים ב(5)(ב) ו- ב(5)(ג) שלעיל ופרקים ד(8) ו-ד(9) שלהלן), לדידי השלכות אלה כלל אינן חסרונות, אלא נהפוך הוא: בחברה תרבותית ומודרנית דווקא יתרונות המה!

395 וראו ביתר פירוט פרק ד(9) שלהלן.

396 ראו ע' 1466 למאמרה ט37.

397 ראו, למשל, בנושא של דרישת הפרופורציה, הטקסט שלהלן המפנה לה"ש 721.

מסגרת שאותה יש למלא בתוכן – תוכן הכולל לא רק את הרעות הפיזיות אלא גם את האינטרסים המופשטים הרלוונטיים. ולעניין אינטרסים מופשטים אלה, אל לנו להתרכז בגורם אחד בלבד, אלא עלינו להביא בחשבון את כל הגורמים החשובים, ובעיקר את האוטונומיה של הנתקף, את אשמתו של התוקף ואת הסדר החברתי-משפטי.

(ז) זכות הנתקף – כלפי המדינה – להתנגד לתוקפנות

תאוריה זו מזוהה בספרות המשפטית והפילוסופית כתאוריה של Kadish, שכן הוא התומך המרכזי שלה והוא זה שהניח תשתית עיונית ראויה לדיון בנושא. לפיכך, אך טבעי הוא לפתוח הדיון בתאוריה זו בתיאורה על-ידי Kadish עצמו³⁹⁸. לאחר שהוא שולל את התאוריה המבוססת על אשמת התוקף כרציונאל ההגנה הפרטית, הוא מציע גישה אחרת, הגוזרת את חירות הנתקף לקטול את תוקפו מזכות שיש לו לנתקף כלפי המדינה. הזכות – העומדת לכל אחד מפרטי החברה – היא להגנה של החוק מפני איומים קטלניים של אחרים. כדי לתת תוכן של ממש לזכות זו, חייבים לקבוע חירות משפטית להתנגד לאיומים קטלניים בכל האמצעים הנחוצים, לרבות המתת התוקף. לדעת Kadish אין חידוש בזכות זו, אלא מקורה בכך שלפרט חירות בסיסית לשמור על עצמו מפני תקיפה ובכך שלא איבד חירות זו עם כינון המדינה. חירות זו נדרשת על-ידי מרבית התאוריות של לגיטימיות המדינה, שלפיהן כניעת היחיד לפררוגטיבה של המדינה מביאה להגנה גדולה יותר עליו מפני תוקפים לעומת מצבו קודם להיווצרות המדינה. Kadish מכנה את החירות להתנגד לתקיפה קטלנית בכך קטלני ואת הזכות המוסרית כלפי המדינה, שממנה היא נגזרת, בשם "הזכות להתנגד לתוקפנות"³⁹⁹. לדעתו, תאוריה זו מסבירה את החוק המצדיק המתת תוקפים טוב יותר מתאוריות אחרות שבחן⁴⁰⁰. עם יתרונו⁴⁰¹ מונה הוא את התאמתה גם למקרה של ריבוי תוקפים ואת חוסר הצורך להיזקק במסגרתה לקונספציה הבעייתית של אבדן זכויות התוקף. לדעת Kadish אין צורך בהסבר בדבר איבוד זכויות התוקף, משום שבמסגרת התאוריה אין לו

398 ראו ע' 884 ואילך למאמרו ט 311/.

399 ואכן בספרות – הן המשפטית והן הפילוסופית – שלאחר מאמרו הנ"ל (ט 311) של Kadish, מתייחסים תכופות לתאוריה נושא דיונו בשם זה – ראו, למשל, ע' 362 ואילך למאמרו ז 61 של Wasserman וע' 1451 ואילך למאמרה ט 37/ של Omichinski.

400 לטעמי, מן הדיון של Kadish בולטת מאד בהיעדרה התאוריה המתייחסת להגנת הסדר החברתי-משפטי.

401 "יתרון" נוסף שמונה Kadish, ושבעיניי דווקא חיסרון הוא, הינו תחולת התאוריה גם כשהתוקף הוא חסר אשמה – ראו פרק ב(5)ג שלעיל.

כאלה כנגד הקרבן (!). לדבריו, אין לו לתוקף זכות לחיים (זכות שלדעתו הייתה סותרת את התאוריה המעניקה חירות להמית אותו) אלא כל שיש לו זו הזכות להתנגד לתקיפה נגד חייו – זכות שאינה נפגעת על-ידי הקרבן שבסך-הכל מגן על עצמו (!). הנמקה זו היא מוזרה, לדעתי. יתרה מזו: דומה היא דמיון רב לרעיון הידוע כ-“double effect”⁴⁰² (שלפיו מבחינים בין כוונת קטילה לבין צפיית קטילה) – רעיון שאותו שלל Kadish עצמו על הסף כפיקטיבי. יתרון נוסף שמייחס Kadish לתאוריה הוא היותה קונסיסטנטית עם זכות ההתערבות של צד ג', דהיינו זכות ההגנה על אדם אחר. לדבריו, במקרה כזה הזכות היסודית אינה של המגן אלא של הקרבן, שכן זכות הקרבן להגנת החוק תיפגע כתוצאה מהתכחשות לחירות המגן להתערב ולהגן על הקרבן, כשם (כך!)⁴⁰³ שתיפגע היא כתוצאה מהתכחשות לחירות הקרבן עצמו להתגונן.

נקודה מרכזית בתאוריה של Kadish היא שהוא עצמו מצמצם את תחולתה למקרים של אימים קטלניים, ולהם בלבד. לגבי כל יתר המקרים (יתרה שחשיבותה רבה, להערכתי, מזו הניתנת לה בספרות) מציע Kadish להחיל שני עקרונות הנאבקים ביניהם: עקרון האוטונומיה מול עקרון הפרופורציה. הסבר מדוע אין עקרונות אלה חלים גם לגבי איום קטלני ומדוע אין “הזכות להתנגד לתוקפנות” חלה גם כשמדובר באיום קטן יותר, אין הוא מספק לנו. כפי שהוא מסכם את הדיון בתאוריה זו, כל עוד מדובר באימים קטלניים, היא מהווה את ההסבר הטוב ביותר לחוק השולט בהמתת תוקפים. התמקדותו בהמתה דווקא ניתנת אולי להסבר מסוים בכך שהמאמר כולו עוסק בזכות לחיים⁴⁰⁴. אשר להתייחסותו לדין המצוי וניסיונו להסבירו, מבכר אנוכי את איתור הרציונאל

402 ראו ע' 879-880 למאמרו ט31/, שם שולל Kadish את דוקטרינת ה-“double effect”, המיוחסת ל-Aquinas, שלפיה מבחינים בין כוונת קטילה לבין צפייה בלבד של הקטילה, ואומרים כי נטילת חיים מוצדקת רק כשהעושה לא התכוון לקטול, אפילו צפה את הקטילה. כך, כשקוטל הנתקף-המתגונן את תוקפו אין האפקט מכוון אלא צפוי בלבד, שכן האפקט המכוון הוא הרחקת האיום ותו לא. המתגונן אינו בוחר במות התוקף כאמצעי להצלת חייו שלו, אלא בוחר הוא באמצעי היחיד להסרת האיום, למרות מודעותו לכך שהדבר יביא למות התוקף. דוקטרינה זו היא פיקטיבית – ראו ביקורתו של Kadish שם בע' 879-880, והפנייתו לביקורתו של Hart, שם בה"ש 17 שבע' 880. בימינו, נוכח הדוקטרינה המקובלת של הילכת הצפיות (שלפיה מודעות האדם לאפשרות הקרובה לוודאי שמעשהו יביא לתוצאה מסוימת שקולה – ערכית ומשפטית – לכוונה לגרום לתוצאה זו) בעייתית, לדעתי, דוקטרינת התוצאה הכפולה עוד יותר (וראו לעניין זה, למשל, ע' 345-348, ובמיוחד ה"ש 49, למאמרו ה36/ של מחבר ספר זה). במאמר מוסגר יצוין כי דוקטרינה זו, לבד מהיותה פיקטיבית, אינה מספקת לנו רציונאל להגנה הפרטית, אלא היא מוגבלת לשלילה (חלשה) של הטענה השוללת הגנה פרטית בכח קטלני.

403 כפי שניתן להבין מן האמור בסוגריים, מסתייג אני מטענה זו של שוויון בין הפגיעות בזכות הקרבן.

404 כפי שניתן ללמוד מכותרת המאמר (ט31) – “Respect for Life...”

המתאים להגנה הפרטית תוך פזילה גם (ואפילו: בעיקר) אל עבר הדין הרצוי. אך בטרם נפנה לביקורת התאוריה, נוסיף מעט על תיאורה, הצגתה ופיתוחה.

מלומדים מספר עמדו על הקשר ההדוק שבין תאוריה זו לבין התאוריה המתמקדת באוטונומיה של הפרט ובזכותו להגן עליה. אנקר עמד על כך ש"הזכות להתנגד לתוקפנות מבוססת במידה רבה על רעיון האוטונומיה של הפרט"⁴⁰⁵. זכות לשמר את האוטונומיה, כך גם "הזכות להתנגד לתוקפנות" מתמקדת בזכויותיו של המתגונן. ההבדל הוא שבעוד שהזכות הראשונה היא כלפי התוקף, השנייה היא כלפי המדינה. יש הרואים את "הזכות להתנגד לתוקפנות" כמבוססת על הרעיון הבא: מכיוון שהמדינה אחראית להגנת הפרט, ומכיוון שלא תמיד היא מסוגלת לעמוד באחריותה זו (מטעמים מעשיים גרידא), נותנת המדינה ליחיד את הזכות להגן על חייו מפני תקיפה במקרים שבהם היא עצמה נכשלת בתפקידה זה. לפי גישה זו, מדובר בטעמים מעשיים למתן הזכות – נוכח חוסר האפקטיביות של החברה וחוקיה במצבים מסוימים⁴⁰⁶. אחרים הביעו דעתם שמדובר בזכות טבעית של הפרט, אשר לא זו בלבד שלא נשללה ממנו עם כינונה של המדינה, אלא שכלל לא ניתן לשלול אותה ממנו⁴⁰⁷. כך, למשל, כבר Blackstone כתב כי⁴⁰⁸:

"Self defence therefore, as it is justly called the primary law of nature, so it is not, neither can it be in fact, taken away by law of society".

ביקורת מעמיקה ומפורטת על "הזכות להתנגד לתוקפנות" כרציונאל להגנה הפרטית מתח אנקר⁴⁰⁹. טיעונו המרכזי והמשכנע הוא כדלקמן: "הזכות המוצגת על ידי פרופסור קדיש הינה הרי זכות כלפי המדינה בלבד וקשה להשלים עם הרעיון שזכות כזו תתיר לנרדף להרוג את הזולת"⁴¹⁰. טיעון נוסף של אנקר מבוסס על כך שתאוריה זו אינה מסבירה את ההיתר לצד שלישי להתערב ולעזור לנתקף תוך פגיעה בתוקף. הוא מפנה

405 ראו ע' 239 לספרו ד/1. וראו גם ה"ש 205 בע' 49 למאמרה ט/40 של Rosen, המתארת את התאוריה כ-"right of autonomy and [to] protection by the state".

406 ראו ע' 282 ואילך למאמרו ט/1 של Ashworth; ע' 1451 ואילך למאמרה ט/37 של Omichinski וכן ע' 867 לספרו ח/13 של Fletcher.

407 ראו, למשל, ע' 100 למאמרו ט/26 של Fletcher.

408 ראו ע' 4 לכרך III של ספרו 9/.

409 ראו ע' 235-239 לספרו ד/1.

410 שם, ע' 237.

את תשומת-הלב לכך שאכן Kadish עצמו כותב רק שהתאוריה קונסיסטנטית (קרי: ותו לא) עם זכותו של צד שלישי, ומביע ספק אם אפילו עקביות זו מתקיימת⁴¹¹.

Moore מרחיק לכת ופוסל את הרציונאל של "הזכות להתנגד לתוקפנות" בהיותו, לדעתו, כמעט טאוטולוגי. שכן, כל שרציונאל זה אומר לנו הוא שאין זה "wrongful" להמית את התוקף משום... שיש זכות להמית אותו⁴¹². Fletcher, כחסיד מובהק של רציונאל האוטונומיה, טוען שהתאוריה נושא דיוננו מהווה התכחשות לאוטונומיה האישית ומובילה לפתרון הבלתי רצוי (לשיטתו) של מאזן אינטרסים⁴¹³. במקום אחר הוא עומד על כך, שבניגוד למשפט המקובל, שם – לדעתו – רואים את ההגנה הפרטית כנגזרת מתפקידה של המדינה לשמור על הסדר (דהיינו: מקבלים את הרציונאל נושא דיוננו), הרי שבספרות המשפטית הסובייטית (דאז) קיימת עוינות רבה להשקפה זו, שכן רואים שם בהגנה הפרטית זכות פרטית אינדיווידואלית ולא זכות נגזרת⁴¹⁴.

מה הן ההשלכות המרכזיות המקובלות של אימוץ רציונאל זה של "הזכות להתנגד לתוקפנות"? Kadish עצמו עמד רק על העקביות הקיימת – לדעתו – בין רציונאל זה לבין דרישת עכשוויות הסכנה (אחד משני פניה של המיידיות) וההיתר לצד ג' להתערב לצד הנתקף, וכן על תחולת רציונאל זה גם במקרה של תוקף נטול אחריות פלילית⁴¹⁵. מלומדים מספר טענו כי מתאוריה זו נגזרות דרישות של פרופורציה, נחיצות ונסיגה, תוך הישענותם בעיקר על ההנמקה הבאה: מכיוון שהמדינה היא המעניקה את זכות ההגנה הפרטית, יכולה היא גם לסייגה, ומכיוון שרצוי לעשות כן, נוהגים כך הלכה למעשה⁴¹⁶. הנמקה זו אמנם מתיישבת עם הגישה, שהוזכרה לעיל, שלפיה מרכז הכובד במתן הזכות הוא בטעמים מעשיים – חוסר האפקטיביות של החברה וחוקיה – אך אין היא מתיישבת עם הגישה הרווחת יותר שלפיה מדובר בזכות (טבעית) של הפרט, שהמדינה כלל אינה יכולה לשוללה ממנו. במתכונתה הטהורה עוסקת התאוריה נושא דיוננו בזכות נגזרת

411 שם, ה"ש 9 והטקסט המפנה אליה. טיעונים חשובים אחרים שהעלה אנקר הם: א. "משום מה מצמצם פרופסור קדיש את הסברו להתנגדות להתקפות קטלניות למרות טיעונו הקודם שתאוריות אחרות אינן מסבירות את קיום ההיתר במקרים שאין בהם סכנה לחיי הנרדף"; ב. "גישה זו כמעט ומאינת את ההבדל בין צידוק ופטור". (ראו, בהתאמה, ה"ש 5 וע' 238, שם).

412 ראו ע' 321 למאמרו ט 51 / (Moore מכנה רציונאל זה "agent-based account").

413 ראו ע' 867 לספרו ח 13.

414 ראו ע' 389-390 למאמרו ט 22. לביקורת נוספת – לא חזקה, להערכתי – על מאמרו ט 22 של Fletcher על אודות הרציונאל נושא דיוננו – ראו ע' 49 למאמרה ט 40 / Rosen.

415 ראו ע' 885-886 למאמרו ט 31.

416 ראו ע' 1455 (פרופורציה), 1456 (נחיצות), 1458 (נסיגה) ו-1467 (הערכת התאוריה) למאמרה / 377 של Omichinski וכן ע' 867 לספרו ח 13 של Fletcher (נסיגה ורמיזה לפרופורציה).

(מזו של המדינה) ולא בזכות המוענקת (על-ידי המדינה), ולפיכך, בעייתית הגישה דלעיל בדבר השלכות התאוריה. להערכתו, אימוץ התאוריה יוביל להשלכות דומות מאד לאלו של רציונאל האוטונומיה⁴¹⁷ – רציונאל הקרוב אליה מאד מבחינה מהותית. ניסיון מעניין, אך מוזר, לגזור השלכות מן התאוריה נושא דיונו מבצע Dressler. בהתייחסותו להגנה הפרטית המדומה, הוא כותב שאם הרציונאל הוא זכות כלפי המדינה להתנגד לתוקפנות, אזי ניתן לבסס קביעה (מוטעית – לדעתו) שלפיה ההגנה הפרטית המדומה היא צידוק (בהבדל מפטור), על כך שכאשר התאגדנו לחברה לא ויתרנו על הזכות להתנגד לתוקפנות מדומה⁴¹⁸. דומה, כי דרך טיעון כזו – של הרחבת היקף הזכות שאותה שמרו הפרטים בידיהם עם כינון המדינה – עשויה להביא לאיין-ספור השלכות אחרות, שונות ומשונות, כיד הדמיון הטובה על הכותב.

לסיום דיון זה ייאמר, כי בעוד שאין לקבל את "הזכות (כלפי המדינה) להתנגד לתוקפנות" כרציונאל ההגנה הפרטית, הרי שלגורם זה, אשר כמעט מתלכד עם גורם האוטונומיה של הנתקף, יש בהחלט השפעה מסוימת על הרציונאל הראוי להגנה הפרטית. כך, בהנחה שלגורם האוטונומיה מקום מרכזי בהצדקת ההגנה הפרטית, פועלת הזכות שכלפי המדינה לחיזוקו או לפחות לשלילת הטענה של היחלשות גדולה שלו עם כינון המדינה.

(ח) גישות נוספות

(1) כללי

בפרק זה נעמוד בקצרה על גישות נוספות להצדקת ההגנה הפרטית – גישות שהמשותף להן הוא שהן מחטיאות את המטרה של איתור הסבר ראוי ומספק לסייג ההגנה הפרטית. חלקן היו מקובלות יותר בעבר הרחוק, אלא שבחברה המודרנית לא נותר להן מקום (דוגמה קלאסית – הגישה שלפיה מדובר בענישת התוקף). האחרות לא זכו לפיתוח רב, אפילו לא על-ידי המלומדים הבודדים שראו בהן הסברים סבירים להגנה הפרטית. למעשה, חלק מן ה"גישות", שעליהן נעמוד להלן בקצרה, מעוררות ספק אם אכן מדובר בגישות של ממש או בהעלאת רעיונות בלבד. הסיבה העיקרית להתייחסותי אל גישות אלה היא התועלת התאורטית שניתן להפיק משלילתן.

417 ראו פרק ב(5)(ד) שלעיל.

418 ראו ה"ש 176 בע' 94 לאמרו ט38 / של Dressler.

(2) ענישת התוקף

לפי גישה זו, מעניש הנתקף-המתגונן את התוקף בגין תקיפתו הבלתי חוקית (ובת-האשם). בעבר הרחוק הייתה גישה זו מקובלת, כפי הנראה. כך, למשל, היו שעמדו על ביטויים שלה במשפט העברי, אמנם לא כהסבר הבלעדי והשלם להגנה הפרטית, אך כתמיכה בה⁴¹⁹. בימינו, יקשה מאד למצוא אימוץ של גישה זו⁴²⁰. רעיון הנראה – במבט ראשון – כתומך בה, הוא הצעתו של הפילוסוף Nozick, שלפיה בית-המשפט יפחית מעונשו של התוקף, בהתבסס על הנזק שסבל כתוצאה מפעולת ההתגוננות של הנתקף⁴²¹. להצעה מעניינת זו נתייחס בהרחבה בהמשך, במסגרת הדיון בדרישת הפרופורציה. לצורך דיון זה, די בכך שנדייק בדבריו של Nozick וניווכח כי אין הוא רואה בענישת התוקף רציונאל של ההגנה הפרטית, אפילו לא רציונאל חלקי. הצעתו היא להגדיל את הכח המגן המותר – מעבר למקובל על-פי דרישת הפרופורציה ובכפוף לדרישת הנחיצות – בשם לב לעובדה שממילא צפוי התוקף לעונש מטעם הרשות השופטת. את התוספת לכח המגן שהוא מציע להתיר, הוא מכפיף לדרישת הנחיצות. והרי אם בענישה עסקינן, ניתן ואולי אף צריך היה לוותר על דרישה זו⁴²².

כאשר מוזכר הרעיון של ענישת התוקף בספרות, נעשה הדבר תוך שלילתו המוחלטת. כך עמדו Aiyar ו-Anad על כך שעם התפתחות החברה עברו הנקם והענישה לידי המדינה⁴²³, ו-Kadish הביע דעתו שהכנסת הגורם של סנקציה נגד תקיפה בלתי

419 כך, למשל, עמדה Finkelman על כך שבהלכה היהודית דנו ברצינות בדרישה של אזהרה ל"רודף" (אזהרה הנדרשת לפני הרשעה וענישה ממוסדת), אם כי פסקו שאין בה צורך. שריד שנותר – לדעתה – לרעיון של ענישה שיפוטית במסגרת ההגנה הפרטית הוא הדרישה כי במידת האפשר יומת ה"רודף" בדרך שבה נוהגים להוציא להורג בצורה ממוסדת – בעקבות גזר-דין מוות (ראו ע' 1281 ואילך למאמרה 81 של Finkelman). גם Fletcher, במאמר המוקדש לנושא "Punishment and Self-Defense", מוצא חיזוק במשפט העברי לרעיון זה של ענישה (ראו ע' 202 ואילך למאמרו 233). אך השוו לדבריו של אנקר, המזכיר אפשרות כזו ושולל אותה – ה"ש 132 בע' 91 למאמרו 4 והטקסט המפנה אליה. וראו ע' 330 ואילך למאמרו 111 של פרימר, המציג גישה שמשלבת ענישה עם הצלה.

420 רמז לה ניתן למצוא אצל Alexander, המתבטא כאילו מדובר בענישה, בכותבו: "Most acts sanctioned by the principle of Self-Defense..." (ראו ע' 413-414 למאמרו 81). אלא שמעבר לשימוש זה במילה "סנקציה" אין הוא מאיר את עינינו אם אכן רואה הוא בהגנה הפרטית ענישה. Fletcher מזכיר גישה כזו של ענישת התוקף ושולל אותה על הסף – ראו ע' 845 לספרו 14/.

421 ראו ע' 62-63 לספרו 11 של Nozick וע' 363-364 לספרו 21.
422 לאינדיקציה נוספת לכך ראו להלן הטקסט שלאחר ההפניה לה"ש 813.

423 ראו ע' 2 לספרו 28/.

חוקית לתמונה תחטיא את המטרה ו"תוכיח יותר מדי" בכך שתתמוך גם בנקם קטלני לאחר מעשה⁴²⁴. לבסוף, ההגדרה המקובלת כיום לענישה כוללת כתנאי הכרחי את הדרישה של

"imposed and administrated by an authority constituted by a legal system against which the offense is committed"⁴²⁵.

(3) חובה של הנתקף כלפי החברה

במסגרת גישה בלתי מקובלת זו, אין המדובר בזכות בלבד של הנתקף, אלא בחובה שלו כלפי החברה להתגונן או להגן, ובכך למנוע את ביצועה של עבירה פלילית על-ידי התוקף. רמזים (בלבד) לגישה כזו נמצאו אצל מלומדים מספר⁴²⁶, ואילו התייחסות מפורטת יחסית – אצל מלומדת אחת⁴²⁷. גישה זו מחזירה אותנו אל רציונאל הגנת הסדר החברתי-משפטי, ואל הסייג המבוסס עליו בכמה שיטות משפט של שימוש בכך למניעת עבירה, שעליהם עמדנו לעיל⁴²⁸. סבורני כי הגישה נושא דיונו מחטיאה את המטרה של מתן הסבר מספק להגנה הפרטית, משום שהיא מתעלמת לחלוטין ממאפיינים בסיסיים ביותר שלה, ובעיקר מן הפגיעה באוטונומיה של הפרט הנתקף ומאופייה של הסיטואציה

424 ראו ע' 882-883 למאמרו ט311. Boyce ו-Perkins עמדו על פסיקה אמריקנית שלפיה אסורה ענישה במסגרת של הגנה פרטית – ראו ע' 1113 לספרם ח171.

425 ראו ע' 4-5 לספרו ח33 של Hart ("Prolegomenon to the Principles of Punishment").

426 ראו והשוו: מאמרה ט191 של Harlow (הדנה ביחס שבין הגנה פרטית להגנה ציבורית לאור פרשנות סעיף 3 לחוק האנגלי Criminal Law Act, 1967); ע' 872 לספרו ח131 של Fletcher (גישת משפטנים סובייטים שלפיה קטילת תוקף מהווה חובה מוסרית (!)) וע' 293 ואילך לספרה ח211 של Silving (המציעה – בבחינת הדין הרצוי – לאחד את הסייג של מניעת עבירה עם סייג ההגנה הפרטית).

427 ראו ע' 1448-1449 למאמרה ט371 של Omichinski. עיקר התייחסותה הוא אל ההבחנה שעשה Blackstone בין המתות עם excuse לבין המתות עם justification (ראו ה"ש 148 שלעיל והטקסט המפנה אליה). היא דוחה את הגישה (שאותה היא מכנה "Public Duty") בעיקר על בסיס סיווגו של האחרון את ההגנה הפרטית כ-excuse ולא כ-justification. דחייה זו היא, לדעתי, פורמאלית גרידא.

428 ראו פרק ב(5)ה) שלעיל, ובעיקר ראשיתו של הפרק.

כ"אילוף"⁴²⁹. כמו כן, גישה זו מעוותת מאד את אופייה של ההגנה הפרטית כזכות, בהציגה אותה – בניגוד למקובל – כחובה המוטלת על הנתקף⁴³⁰.

(4) הטלת גורל

התייחסות לאפשרות של הצדקת ההגנה הפרטית המבוססת על היזקקות לפרוצדורה מסוימת של הטלת גורל (random) נמצאה בספרות הפילוסופית בלבד⁴³¹. Levine, במאמר שאותו היא מקדישה למוסריות ההמתה של "material aggressor" בהגנה עצמית, מעלה אפשרות כזו⁴³². במונח "material aggressor" כוונתה, פחות או יותר, לתוקף חסר האשמה שבו עסקנו בהרחבה לעיל. הנחת המוצא – המוטעית, לדעת⁴³³ – של Levine, המשתמעת ממאמרה, היא כי ההגנה הפרטית משתרעת גם על פני מקרים שבהם התוקף פועל ללא אשמה. כפי שהיא מציינת, ניתן לטעון כי אין זה הוגן שהנתקף יקטול את התוקף (חסר האשמה), שהרי לא מגיע לו לאדם שיפסיד דבר-מה (ובמיוחד את חייו) בשל מקריות בלבד⁴³⁴. כן ניתן לטעון כי אין זה הוגן משום שאין כל הבדל בעל משמעות מוסרית בין התוקף לנתקף. על רקע טיעונים אלה מעלה Levine את האפשרות של היזקקות להטלת גורל לצורך הצדקתה של המתת התוקף על-ידי הנתקף⁴³⁵.

גם Gorr בוחן אפשרות זו, וזאת בשני הקשרים. הראשון – במסגרת דיון שלו בפגיעות מכוונות של הנתקף בעוברי אורח חפים מפשע לשם הצלת עצמו מסכנה⁴³⁶. הרעיון הבסיסי הוא כי מכיוון ששני הצדדים חפים מפשע במידה שווה ולא מגיע להם להינזק, דרך הפעולה הנכונה תהיה להיזקק לפרוצדורה מסוימת של הטלת גורל כדי

429 ראו בהרחבה לעיל, פרק ב(5)(ד) והטקסט אשר במבוא המפנה לה"ש 11-13.
430 יובהר ויודגש כי מדובר – לפי גישה זו – בחובה שכביכול מוטלת על הנתקף עצמו, ולא בחובת הצלה בלבד, העשויה להיות מוטלת על אדם אחר – חובה אשר תידון להלן בפרק ה(2)(1).
431 רעיון דומה, של הטלת גורל, מצאתי גם בסיפורו הידוע של יונה הנביא. אלא ששם דובר במצב של "צורך" ולא של הגנה פרטית. הבדל משמעותי לעומת הרעיון נושא דיוננו הוא שבספר יונה לא נועדה ההגלה לקביעה (הוגנת) גרידא מיהו שיאבד את חייו, אלא למציאת האשם במצב, שכן נאמר על מלחי האנייה "ויאמרו איש אל-רעהו לכו ונפילה גורלות ונדעה בשלמי הרעה הזאת לנו..." (יונה א', ז').

432 ראו מאמרה 111ז.

433 ראו פרק ב(5)(ג) שלעיל.

434 ראו ע' 69-71 למאמרה 111ז.

435 שם, ע' 71 ואילך.

436 ראו ע' 243 ואילך למאמרו 131ז.

לקבוע מי מהם יספוג את הנזק הבלתי נמנע. Gorr שולל אפשרות זו משני טעמים: ראשית, לעתים אין די זמן לביצוע פרוצדורת ההגרה – שאז נכשל העיקרון במתן הדרכה מועילה כלשהי. שנית, אימוץ העיקרון עלול להוביל לגישה בלתי רצויה שלפיה בכל מקרה שבו עומד אדם לסבול נזק כלשהו, רשאי הוא לגלגל נזק זה על זולתו תוך התבססות על הגרלה מוצלחת (מבחינתו). הקושי בכך הוא, כמובן, שכשם שההגרה מעניקה לעובר האורח התמים סיכויי הישרדות, כך היא גם כופה עליו – וללא כל הצדקה – סיכון רציני שלא ישרוד. לדעת Gorr, העיקרון הנכון הוא שבהיעדר צידוק (מוסרי) להעברתו, על הסיכון להישאר במקום שבו הוא קיים. ההקשר השני שבו הוא דן באפשרות של הטלת הגורל הוא במסגרת התייחסותו למקרה שבו התוקף הוא חסר אשמה⁴³⁷. גם בהקשר זה הוא דוחה את הרעיון (אם כי – כפי שמעיד הוא על עצמו – התנגדותו בהקשר זה של תוקף תמים חלשה מהתנגדותו לרעיון הטלת הגורל בהקשר של עובר אורח תמים). לדעת Gorr יש משמעות מוסרית מסוימת לעצם העובדה שהתוקף (למרות חפותו) הוא המאיים על הנתקף, ולא להפך. גם Levine שוללת, בסופו של דבר, את רעיון הטלת הגורל. זאת, הן משום שלא תמיד קיימת אפשרות כזו, והן משום שגם לדעתה – כלדעת Gorr – יש משמעות מוסרית משמעותית לכך שהתוקף (למרות חפותו) פעל בצורה חד-צדדית ולא איפשר לנתקף שליטה כלשהי על מעשה התקיפה שלו⁴³⁸.

עמדתם זו של Levine ו-Gorr, בדבר המשמעות המוסרית של עצם התקיפה, מובילה אותנו היישר אל הגישה הבאה שבה נדון. אך בטרם נעבור לדון בה, ברצוני להביע הסתייגות מדרך הדיון של מלומדים אלה וממילא גם ממסקנותיהם. שניהם כאחד מתמקדים במקרים ספציפיים, שאין מקומם כלל בתחומי סייג הצידוק של ההגנה הפרטית⁴³⁹, ועל סמך התמקדות מוטעית זו מבקשים הם למצוא רציונאל כללי להגנה הפרטית. הוויתור על מאפיינים כה מרכזיים של ההגנה הפרטית כאשמת התוקף (במקרה של התוקף חסר האשמה) וכהפניית הכח המגן כנגד התוקף (במקרה של עובר האורח התמים) מניב הגנה פרטית שאין לה הצדקה – אז הופך הניסיון למצוא הצדקת-מה בדרך של הטלת גורל למושך.

437 שם, ע' 250 ואילך, תוך ייחוס הרעיון ל-Levine.

438 ראו, בעיקר, ע' 77 למאמרה 111.

439 ראו, בעיקר, פרק ב(5)ג שלעיל. אשר לעובר האורח החף מפשע, גם כאן אין מדובר, כמובן, בהגנה פרטית, ומתוך הגדרה ממש: בהיעדר תוקף או, לפחות, בהיעדר הפניה של הכח המגן כנגד התוקף. וראו גם פרק ד(4)א שלהלן.

(5) התקיפה כגורם מספיק

לאפשרות כי רציונאל ההגנה הפרטית מקורו בעצם התקיפה, שכן התוקף – בתקיפתו – כופה בחירה בין חיים (חיי הנתקף מול חיי התוקף) ברגע שבו פועל הנתקף במסגרת של הגנה פרטית, מקום של כבוד בספרות הפילוסופית. לפי גישה זו, היות שהתוקף יוצר מצב שבו על אחד משני הצדדים למות, מוצדק מוסרית שיהא זה הוא שיאבד חייו. על המשמעות המוסרית של העובדה שהתוקף כופה בחירה בין חיים עמד Montague. אלא שהוא לא ייחס משמעות מכרעת לעצם התקיפה ולכפיית הבחירה, אלא הדגיש את אשמת התוקף וגרס כי זהו הייחוד של ההגנה הפרטית – תקיפה המלוות באשמה – וכי לתקיפה בת־אשם זו משמעות מוסרית מכרעת⁴⁴⁰. על גישתו זו של Montague יצא קצפו של Wasserman⁴⁴¹. הלה חלק על Montague, בהביעו דעתו כי גישתו מדגישה מדי את אשמת התוקף ומזניחה את עצם התקיפה. לדעת Wasserman, מרכז הכובד הוא התקיפה הנוכחית. לאחר שהוא מנסה לבסס שלילה של חשיבות גורם האשמה, משתדל Wasserman לבסס משמעות מוסרית מכרעת של התקיפה העכשווית עצמה. ההבדל בין הנתקף לתוקף הוא – לשיטתו – בעובדה שהאחרון יכול לחדול בכל עת מן התקיפה. אלא שגם Wasserman עצמו – כך מסתבר רק בסיום מאמרו – אינו מוותר לחלוטין על דרישת האשמה וגורס כי אשמה מסוימת (אם כי לאו דווקא גדולה משל הנתקף) נדרשת גם נדרשת⁴⁴².

על החשיבות הרבה – הן המוסרית והן, בעקבותיה, המשפטית – שיש לאשמתו של התוקף, עמדנו לעיל⁴⁴³. דייק Montague בייחסו חשיבות מוסרית גדולה לצירוף של תקיפת התוקף ואשמתו. אשר להדגשת גורם התקיפה וכפיית הבחירה בין חיים שמדגיש Wasserman, דומה כי היא מהווה כמעט⁴⁴⁴ התפרצות מבעד לדלת פתוחה. אין חולק – גם לא Montague – כי נדרשת תקיפה וכי לתקיפה חשיבות רבה. וכשדורשים אשמה של התוקף, אין הכוונה – בניגוד לרושם המתקבל מדברי Wasserman⁴⁴⁵ – לאשמה בעלמא⁴⁴⁶, אלא לאשמה בתקיפה הנוכחית. יתרה מזו: גם Wasserman עצמו מסכים,

440 ראו מאמרו ז'4, ובמיוחד ע' 209-211.

441 ראו מאמרו ז'6.

442 שם, ע' 378.

443 ראו פרקים ב(5) ו-ב(5) (ג) שלעיל.

444 "כמעט" – משום שניתן להפיק מדבריו של Wasserman תמיכה של ממש בדרישה של מיידיות הסכנה – ראו פרק ד(7) שלהלן.

445 ראו, למשל, ע' 366 ואילך למאמרו ז'6.

446 כך, למשל, אין זה, כמובן, רלוונטי לעניין הצדקת ההגנה הפרטית אם התוקף הוא עברייני מועד.

כאמור, כי נדרשת אשמה מסוימת של התוקף. אלא שלצורך דיונו נתייחס לגישה הטוהורה – זו המסתפקת בתקיפה כשלעצמה ומוותרת על דרישת האשמה. תאוריה כזו, בסופו של חשבון, אומרת לנו מעט מדי, בהתעלמה מאופי התקיפה ומאשמת התוקף – גורמים החשובים כל כך בהצדקת ההגנה הפרטית⁴⁴⁷.

(6) צידוק אישי ומוגבל

Alexander דן באפשרות לראות בהתגוננות מפני תוקף חסר אשמה "Limited Form of Justification for Self-Defense". מחד גיסא, מדובר ב"צידוק" (לרבות ההצדקה המוסרית) ומאידך גיסא, קיים מאפיין של "פטור" – פרסונליות: ההגנה תחול על הנתקף בלבד ולא על צד שלישי הנחלץ לעזרתו⁴⁴⁸.

ראשית, יש להבהיר כי אין המדובר בתאוריה כללית – להצדקת ההגנה הפרטית בכללותה – אלא בפתרון אפשרי למקרה התוקף חסר האשמה. כאמור, לדעתי מקומו של מקרה זה אינו בתחומי הצידוק של הגנה פרטית. אלא שחוסר הנחת מראיית הדיפתו של תוקף חסר אשמה כפטור בלבד – חוסר נחת שהביא מלומדים רבים לויתור על הדרישה של אשמת התוקף כתנאי הכרחי בהגנה הפרטית – עשוי להביא לאימוץ פתרון כזה, של

447 כן, למשל, אין תאוריה זו יכולה להסביר את ההגמשה המקובלת של דרישת הפרופורציה (שתידון בפרק ד(8) שלהלן).

לשליה של הרציונאל נושא דיונו ראו ע' 264 ואילך למאמרו 131/ של Gorr ומאמר התגובה 71/ של Montague למאמרו הנ"ל של Wasserman (62/). Moore הביע תמיכה בתאוריה נושא דיונו, תוך התבססות על מה שמהווה – לדעתו – יתרון שלה: תחולתה גם במקרה של תוקף חף מפשע ואולי אפילו במקרה של "תוקף" תמים שבו משתמש התוקף האמיתי כמגן מפני הנתקף – ראו ע' 322-321 למאמרו 51/ט. כאמור, לדעתי "יתרון" זה חיסרון הוא, שכן אין מקומם של מקרים כאלה – מבחינה מהותית – בתחומי ההגנה הפרטית. לבסוף נזכיר את ניסיונו של Ryan לבסס את "עקרון האחריות" (כלשונו) נושא דיונו על הרעיון "the causer pays" המוכר מדיני הנזיקין – ראו ע' 515 ואילך למאמרו 102/. על כך שתי השגות: ראשית, בניגוד לרושם שיוצר Ryan, אין המדובר בעיקרון כללי – גם לא בדיני הנזיקין – אלא בכלל החל אך ורק במקרים המסוימים שבהם קבע המחוקק אחריות מוחלטת. שנית, גם אם ניתן לקבל עיקרון כזה כשמדובר בכסף (תשלום פיצויי נזיקין), עדיין שלילת זכויות חשובות הרבה יותר (כחיי אדם, למשל) מצריכה – להצדקתה במשפט המודרני – הרבה יותר מאשר "עקרון אחריות" שכזה.

448 ראו ע' 1189-1188 למאמרו 91/ של Alexander. גם Fletcher מזכיר אפשרות כזו של צידוק אישי וסובייקטיבי כדרך להתמודד עם הערבוב השכיח של סוגיית ההגנה הפרטית המדומה עם הצידוק הבסיסי של הגנה פרטית ממשית. Fletcher ציין (לפני שנכתב מאמרו הנ"ל של Alexander) כי למיטב ידיעתו איש לא הגן עדיין על גישה כזו בעולם דובר האנגלית – ראו ע' 767 לספרו 13/.

ראיית הדיפת התוקף חסר האשמה כצידוק אישי ומוגבל (שאינו חל גם על צד שלישי)⁴⁴⁹. רעיון כזה הוא הרבה פחות בעייתי מן הקיצוניות של ויתור על דרישת האשמה לגבי ההגנה הפרטית בכללותה. אלא שדומה כי הוא מכיל בקרבו מתח פנימי הגובל בסתירה פנימית. שהרי ממאי נפשך: אם מדובר בצידוק, הרי שזהו המעשה המוצדק שנכון לעשותו, ולפיכך מדוע שלא יבוצע גם על-ידי צד שלישי? ואם – לעומת זאת – חשים אנו כי אין לפרוש את ההגנה גם על מעורבותו של צד שלישי – האין זה בבחינת נייר לקמוס לכך שאין למעשה אופי של צידוק אלא של פטור בלבד?

(7) הסכמת התוקף

לפי תאוריה זו, המזוהה בספרות הפילוסופית עם Nino⁴⁵⁰, מבוססת ההצדקה של ההגנה הפרטית – כהצדקה של הענישה הממוסדת – על הסכמת התוקף לתוצאות הנורמטיביות של מעשהו. תוצאות אלה כוללות, בין היתר, אבדן חסינותו מפני פעולות הגנתיות מזיקות. ההסכמה הנדרשת אינה, כמובן, מפורשת, אלא רואים בעצם התקיפה הרצונית (וולונטרית) הסכמה של התוקף.

מעבר לפיקטיביות הרבה שבתאוריה זו (הרי ברור שהתוקף אינו מעלה על דעתו בעת התקיפה ויתור מפורש או משתמע על זכויותיו), הרי שהיא קרובה מאד מבחינה מהותית לתאוריות השונות שלפיהן מאבד התוקף – בשל אשמתו בתקיפה – את זכויותיו. לפיכך, לוקה תאוריה זו באותם ליקויים עיקריים של תאוריות האבדן, אשר פורטו לעיל⁴⁵¹. ביקורת נוספת על תאוריה זו מתח Wasserman, הגורס כי היא מובילה להיעדר הדרישה של פרופורציה⁴⁵².

449 גישה דומה, שעליה עמדנו לעיל, יש ל-Levine, אשר כתבה על זכות מוסרית שיש לו לאדם להעדיף את שחשוב לו יותר – דהיינו: הישרדותו שלו – ראו ה"ש 170 שלעיל והטקסט המפנה אליה.

450 ראו ההפניות לכתביו של Nino בה"ש 41 שבע' 377 למאמרו /61 של Wasserman וראו ע' 185 למאמרו /121 של Nino.

451 ראו פרק ב(5) שלעיל.

452 ראו ע' 377 למאמרו /61.

(8) "פירוט מוסרי" ו"פירוט עובדתי"

Thomson⁴⁵³ עמדה על האפשרות של תאוריה, שלפיה על-אף קיומה של הזכות לחיים, אין לאדם זכות שלעולם לא ימיתו אותו, אלא יש לו זכות מוגבלת יותר: על-פי תת-התאוריה של "פירוט מוסרי" עומדת לו הזכות שלא ימיתוהו באופן בלתי צודק, ועל-פי תת-התאוריה של "פירוט עובדתי" הזכות העומדת לו היא שלא ימיתוהו שלא במצב עובדתי מסוים (דהיינו – לענייננו – הנסיבות שבהן מתגבש סייג ההגנה הפרטית).

Thomson שוללת את תת-התאוריה של "פירוט מוסרי", בעיקר בנימוק שהיעדר זכות של התוקף אינו מסביר מדוע מותר לנתקף להמיתו וכן שוללת את תת-התאוריה של "פירוט עובדתי", בעיקר משום שלדעתה אין היא מעשית, משום שהיא יוצרת צורך ברשימה ארוכה מאד של מקרים עובדתיים שונים⁴⁵⁴.

סבורני כי מגרעתה הגדולה של תאוריה זו נעוצה בהיותה, בעצם, טאוטולוגית. שהרי מעבר למעגליות הקיימת בה ושלפיה מוצדקת ההמתה תוך הגנה פרטית משום שאין לו לאדם זכות שלא ימיתוהו בהגנה פרטית, אין היא תורמת לנו דבר במסענו לאיתור רציונאל ההגנה הפרטית; רציונאל האמור להשיב – לעניין זה של המתות – על השאלה: מדוע מוצדק להמית את התוקף בהגנה פרטית. התועלת היחידה שניתן להפיק מתאוריה זו היא אפוא תשובה אפשרית לטענה⁴⁵⁵, שלפיה המתה בהגנה פרטית נשללת לחלוטין בשל היות הזכות לחיים זכות מוחלטת.

(9) תאוריות כלליות של צידוקים בכלל ו"תאוריית המטרה" בפרט

בספרות המשפטית נעשו ניסיונות לבסס תאוריות כלליות, אשר יתאימו לכל הצידוקים, לרבות ההגנה הפרטית. התאוריה הקלאסית שהוצעה היא "תאוריית המטרה", שלפיה כל

453 ראו ע' 37 ואילך למאמרה ז'.

454 גם Fletcher (ראו ע' 1383 ואילך למאמרו ז'27) מתייחס לתת-התאוריה של "פירוט עובדתי", ושולל אותה, בעיקר משום שלדעתו שילוב כזה של צידוק בהגדרת העבירה עצמה יערפל את הלוגיקה של הצידוק ויביא לתוצאות בלתי רצויות שאותן מונעת ההבחנה המהותית – החשובה מאד, לדעתו – שבין יסודות הקבועים בהגדרת העבירה לבין יסודות הקבועים בצידוק. כך, למשל, תוביל גישה כזו לשלילת הדרישה החשובה של היסוד הנפשי הנדרש להתגבשות הצידוק. על חשיבות ההבחנה בין עבירה להגנה עמדנו לעיל, בפרק ב(2).

455 המוטעית, לדעתי – ראו הדיון בזכות לחיים שבפרק ב(5)(א) שלעיל.

הצידוקים מהווים "appropriate means to a proper end"⁴⁵⁶. תאוריה כללית מודרנית יותר שהוצעה, ושעליה עמדנו לעיל⁴⁵⁷, היא תאוריית "הרע במיעוטו", שלפיה בכל הצידוקים מדובר במאזן של אינטרסים מתחרים.

המשותף לשתי התאוריות הללו הוא היותן תאוריות "מוניסטיות", המנסות להסביר את כל הצידוקים השונים באמצעות עיקרון כללי אחד. על בסיס ההנחה שלא ניתן לעשות כן, הוצעו גם תאוריות "פלורליסטיות", הנשענות על יותר מעיקרון בודד. הידועה שבהן היא הגישה ה"דואלית", המבוססת על ההנחה שכל הצידוקים ניתנים למיון לאחת משתי סיטואציות בסיסיות: א. אינטרס המצוי בקונפליקט עם אינטרסים חשובים יותר (הדוגמה הנפוצה – הגנה פרטית); ב. ויתור של אדם על האינטרס שלו (הסכמת הקרבן). דהיינו: לפי תאוריה זו ניתנים כל הצידוקים להסבר ולאפיון כ-"superior or absent interest"⁴⁵⁸.

בסופו של דבר, המשותף לכל התאוריות הכלליות דלעיל הוא היותן מופשטות מדי מכדי להיות שימושיות⁴⁵⁹. אשר לענייננו – ההגנה הפרטית – הרי שהן "תאוריית המטרה" והן "תאוריית הרע במיעוטו" עשויות להוות נקודת מוצא, אלא שבהחלט אין להיעצר בה.

456 או, בניסוח אחר, "an appropriate means for achieving a legally-recognized objective" – ראו ע' 630-629 למאמרו של Eser וע' 769 לספרו ח13 של Fletcher.

457 ראו פרק ב(5)(1) שלעיל.

458 נוסחה "פלורליסטית" זו מיוחסת ל-Mezger – ראו ע' 630 למאמרו של Eser.

459 דעה דומה הביע Eser, שם.

6. הרציונאל המוצע

(א) כללי

מטרתו העיקרית של מחקר זה היא איתור הרציונאל הראוי לסייג ההגנה הפרטית. אין להגביל את החיפושים אחריו לדין המצוי, אלא יש לאתרו כשלנגד עינינו – בעיקר – הדין הרצוי.

בפרק אחר⁴⁶⁰ עמדנו על כך שלהגנה הפרטית אופי מובהק של צידוק – מעשה נטול רבב מוסרי. כפי שהובהר שם, לאפיון כזה של ההגנה הפרטית חשיבות ערכית-מוסרית ותאורטית-משפטית רבה, לצד חשיבות מעשית-משפטית מסוימת. כדי לבסס אפיון כזה יש, כמובן, "לנקות" את ההגנה הפרטית מן המקרים שנוהגים לעתים – בטעות, לדעתי – לכלול בה. "ניקוי" כזה – תוך הגדרה מדויקת של גבולות ההגנה הפרטית – אשר ייעשה במהלך ספר זה, אינו שולל, כמובן, אפשרות של פטור מאחריות פלילית – במקרה מתאים – על בסיס אחר, של excuse. לפיכך, בטרם נעבור לפרישת הרציונאל המוצע לסייג המרכזי של ההגנה הפרטית כצידוק, וכהכשרת הקרקע לקראת פרישה זו, נתייחס בקצרה לפתרונות אפשריים למקרים שאין להם מקום בתחומי סייג ההגנה הפרטית.

(ב) מקרים שאין לכלול במסגרת סייג ההגנה הפרטית מסוג צידוק

מקרה מרכזי המעורר את הצורך בסייג של פטור הוא, כאמור⁴⁶¹, המקרה של התגוננות מפני תוקף חסר אשמה. אמנם אין לו מקום בגדרה של ההגנה הפרטית, שאופייה המובהק הוא של צידוק, אך יש מקום לזיכוי המתגונן על בסיס – הן תאורטי והן משפטי – של פטור. הפתרון, הקיים בדין המצוי של מרבית שיטות המשפט, והמתאים למקרה זה, הוא הסייג של "צורך" מסוג פטור⁴⁶². אפשרות אחרת היא לקבוע, לצד הסייג המרכזי של הגנה פרטית כצידוק, סייג נוסף ומצומצם של הגנה עצמית כפטור⁴⁶³. יתרון

460 ראו פרק ב(1) שלעיל.

461 ראו פרק ב(5)(ג) שלעיל.

462 דוגמאות להמחשת ההבחנה בין צורך כצידוק (המבוסס על הרע במיעוטו) לבין צורך כפטור הובאו לעיל בה"ש 255.

463 לרעיונות דומים ברוח זו, ראו ע' 72 לכרך II לספרו ח12/ של Robinson (הגורס כי ההבחנה הרצויה בין justification של הגנה עצמית לבין excuse של הגנה עצמית תפתור את הקושי –

y:\misrad-2003\books\sangero\00-07-16\sanj-04.doc

אפשרי של סייג כזה יהיה התאמה גדולה יותר ללשון בני-אדם (לרבות הדיוטות), הרואים בכל פעולת התגוננות – לרבות מפני תוקף נטול אחריות פלילית – הגנה עצמית⁴⁶⁴. חיסרון אפשרי של סייג כזה יהיה הבלבול שייווצר בין הצידוק לבין הפטור.

מקרה מרכזי אחר, אשר יוכל לחסות בצלו של סייג מוגבל של הגנה עצמית כפטור, הוא המקרה שבו הנתקף-המתגונן חורג מתנאי ההגנה הפרטית (ומפעיל כח מגן מופרז) בהשפעת המצב המיוחד שבו הוא מצוי – פחד, לחץ, מבוכה וכיו"ב. אפשרות כזו, שהועלתה על-ידי מלומדים שונים והקיימת בשיטות משפט אחדות⁴⁶⁵, היא בעייתית, שכן לעתים קרובות יהיה הפתרון המתאים למקרים אלה הקלה בעונש ולא פטור מלא. אמנם ייתכן שיהיו מקרים שבהם דווקא פטור מלא מעונש ולא הקלה בלבד היא תואם יותר את תחושות הצדק שלנו, אולם די לשם כך במתן סמכות רחבה לבית-המשפט להקל בעונש עד כדי (אפילו) איפוס גמור שלו, ואין לקבוע פטור מלא, שכן זה יתאים רק למיעוטם של המקרים. אמנם התלבטתי לא מעט אם אין מקום לריכוך הדרישות האובייקטיביות של ההגנה הפרטית תוך "פזילה" למצבו הסובייקטיבי של העושה, וזאת כדי להימנע מקשיחות ודקדקנות אבסורדית, שעליה היטיב לעמוד השופט זילברג באומר:

"אין אנו מוכנים להכנס כאן לכל אותן ההבחנות הדקות, עם המידות והשיעורין: מכה זו מותרת, מכה זו אסורה... כל הקטטה כולה, על שני

שעליו הצביע Fletcher – של התנוודות ההגנה העצמית בין "צידוק" ל"פטור". הצעתו היא להכניס את ה-excuse של הגנה עצמית לקטגוריות משפטיות קיימות ככפייה, פרובוקציה והפרעה רגשית קיצונית, ולא להשתמש במונח "הגנה עצמית" לתיאור excuse זה, מחשש לבלבול שייווצר בינו לבין ה-justification של הגנה עצמית; ע' 1368-1369 למאמרו ט' 25 של Fletcher (המציע לקבוע סייג נוסף, של "se defendendo" או "personal necessity"); ה"ש 20 בע' 209 למאמרו ט' 23 של Fletcher (המצביע על האפשרות של הגנה עצמית כ-excuse במצב שבו גוף האדם, ולא פעולתו, מסכן חיי אחר (דהיינו: היעדר רצייה (שליטה) בפעולת התוקף – הבהרה של המחבר). לעניין זה יש להסתייג מן הצמצום למקרה בודד של חוסר אחריות פלילית, שכן פתרון זהה מתחייב גם כשחוסר האחריות נובע מגורם אחר – לרבות היעדר היסוד הנפשי הנדרש ולרבות התקיימות סייג מסוג (excuse). רמז (בלבד) לאפשרות כזו של excuse לצד ה-justification ניתן למצוא גם בע' 234 לספרו ח' 15 של Hall.

464 אפשרות מעניינת אחרת היא להיזקק כאן לקטגוריה נוספת, שלישית, שתמוקם בין ה-justification החזק של ההגנה הפרטית לבין סייגי ה-excuse (החלשים מטבעם). אם אכן זקוקים אנו לקטגוריה נוספת כזו כדי לענות על תחושות הצדק שלנו, עשוי הדבר להעיד על חולשתו של סיווג דיכוטומי של הסייגים לאחריות פלילית ל-justifications ול-excuses.

465 ראו, למשל, ה"ש 3 בע' 873 למאמרו ט' 31 של Kadish וההפניות המופיעות בה"ש 60 שבע' 197 למאמרו ה' 1 של קרמניצר. כן ראו פרק ו(3) שלהלן. מקרה אופייני העשוי להיכלל במסגרת זו הוא התגוננות של אישה מוכה – ראו מאמרה ט' 40 של Rosen ופרק (5) שלהלן.

y:\misrad-2003\books\sangero\00-07-16\sanj-04.doc

8/30/2000 9:52:00 AM

חלקיה גם יחד, ארכה כרגע וחצי, ב'נוכחות' האקדח וכמעט מול הלוע שלו, ואין לדרוש מאדם לכלכל מעשיו בפלס ולמדדם בשעל בשעת סכנה שכזאת⁴⁶⁶.

אלא שקיימת סכנה כי גם התחשבות וריכוך כאלה יאבדו את כל המידות, השיעורין והגבולות. לפיכך, סייג הטעות והאחריות המופחתת נוכח חריגה מתנאיה האובייקטיביים של ההגנה הפרטית מהווים פתרונות הולמים יותר לחריגות שכאלה. אפילו אם יוסמך בית-המשפט – במסגרת של אחריות מופחתת – להפחיתה עד כדי שלילתה המעשית, עדיין עדיף זיכוי שכזה – תוך מודעות מלאה לחריגת העושה ולהתחשבות במצב שבו היה נתון – על פני עיוות הצידוק החזק של ההגנה הפרטית, עם כל הכרוך בכך מבחינה הצהרתית (הצבעה על התנהגותו החורגת של העושה כעל המעשה הנכון לעשותו!) ומעשית כאחת. מכל מקום, נשוב ונידרש לאפשרויות אלה במסגרת הדיון המפורט בהפעלת כח מגן מופרז⁴⁶⁷.

לבסוף, מקרה מרכזי שלישי העשוי למצוא מזוור במסגרת של סייג מוגבל של הגנה פרטית כפטור, הוא המקרה שבו פועל העושה בהשפעתה של טעות⁴⁶⁸. הפתרון המהותי למקרה זה, אשר יידון להלן⁴⁶⁹, הוא בתחומי הסייגים הכלליים של טעות – טעות בעובדה מול טעות בדין – אך ניתן להכליל גם אותו במסגרת הפטור נושא דיוננו.

לסיכום הדיון באפשרות זו של קביעת סייג מוגבל של הגנה פרטית כפטור לצד הסייג המרכזי של הגנה פרטית כצידוק, דומה כי נוכח הבלבול הרב שצפוי סייג כזה להכניס, ונוכח שטוש מהות ההגנה הפרטית הבסיסית שעלול הוא לגרום, עדיף להימנע ממנו ולהגיע לאותו פתרון מהותי ממש באמצעות הסייגים הקיימים – ובעיקר "צורך" ו"טעות" – ובאמצעות שימוש במכשיר החקיקתי של נסיבה מקלה (חובה).

(ג) הרציונאל המוצע

עתה פנויה הדרך לפרשת הרציונאל המוצע. למעשה, כבר נרמזו עקרונותיו של רציונאל זה בפרקים דלעיל: יש לקבל את המסגרת של מאזן אינטרסים ובחירה ב"רע במיעוטו".

466 ראו ע' 55 לפסק-הדין ב15/ בעניין ולדמן.

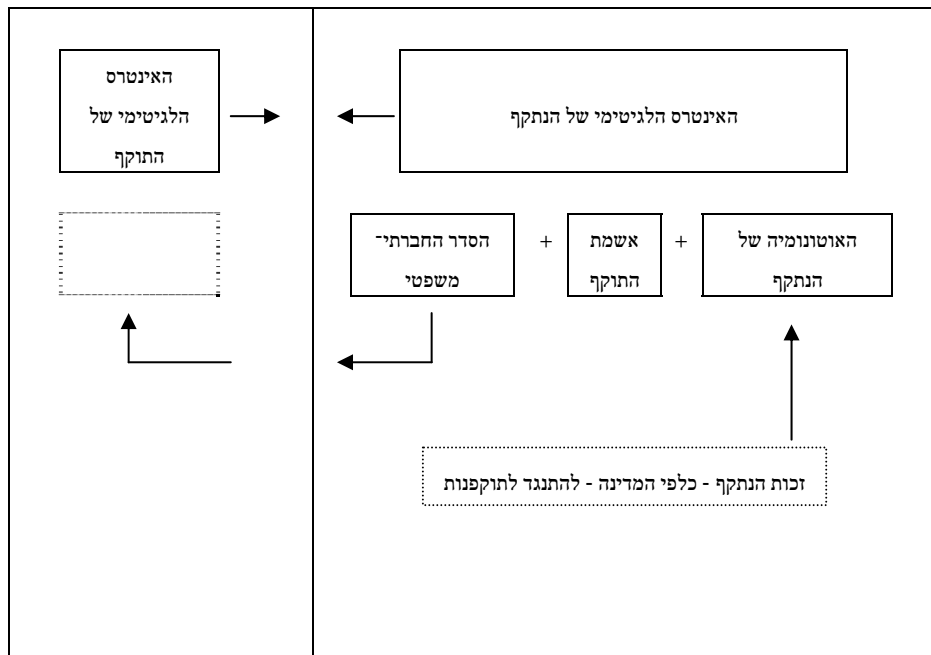
467 ראו פרק ו(3) שלהלן.

468 גם כאן מקרה אופייני העשוי להיכלל במסגרת זו הוא התגוננות האישה המוכה – ראו מאמרה ט40/ של Rosen ופרק ו(5) שלהלן.

469 ראו פרק ו(2) שלהלן.

התוכן שבו יש למלא מסגרת זו כולל לא רק את הרעות הפיזיות, אלא גם את האינטרסים המופשטים הרלוונטיים. אין להסתפק באינטרס אחד שכזה, אלא יש להביא בחשבון את כל הגורמים החשובים. חשיבות רבה בהצדקת ההגנה הפרטית יש לגורמי האוטונומיה של הנתקף, אשמתו של התוקף והסדר החברתי-משפטי⁴⁷⁰.

תיאור סכמטי של הרציונאל המוצע הוא כדלקמן:



נפתח בהבהרה לעניין המסגרת של עריכת מאזן אינטרסים ובחירה ב"רע במיעוטו". למרות השימוש בביטוי שגור זה ("הרע במיעוטו"), אין לראות את ההגנה הפרטית כרע, ואפילו לא כרע במיעוטו, אלא כ"טוב ביותר האפשרי". מדובר במעשה ראוי, צודק ונטול כל רבב מוסרי ולא במעשה מותר גרידא, פרי חישוב תועלת צר בלבד⁴⁷¹. לפיכך, יש לראות את ההגנה הפרטית כסייג "חזק", בעל הצדקה מוסרית ניכרת, וזאת – בין היתר – בהשוואה לסייג ה"צורך".

470 ראו – בהתאמה – פרקים ב(5)(ו); ב(5)(ד); ב(5)(ב) ו-ב(5)(ה) שלעיל. כן ראו פרק ב(5)(ז) שלעיל.

471 ראו פרק ב(1) שלעיל.

מישור אחד במאזן הוא מישור הנזקים הפיזיים, הבא לידי ביטוי באינטרס הלגיטימי של הנתקף (שלא להיפגע ושלא להינזק) מול האינטרס הלגיטימי של התוקף (שוב: שלא להיפגע ושלא להינזק). אשר למישור זה, יש להדגיש דברים מספר. ראשית, שלא כפי שהתבטאו לא מעט מלומדים⁴⁷², סבורני כי יש לתוקף אינטרס לגיטימי שלא להיפגע ושלא להינזק. אינטרס זה אמנם אינו כולל, כמובן, את האינטרס הבלתי לגיטימי להמשיך בתקיפה הבלתי חוקית, אך הוא בהחלט קיים. כך, בעיקר, עומדות בעיני זכויותיו של התוקף לחיים ולשלמות גופנית. אמנם אנו מבצעים פחות מסוים באינטרסים של התוקף – בשל אשמתו בהיווצרות המצב – אולם דווקא פחות זה מדגיש את ה"יש", שכן מ"אין" אין גם מה לפחת. יתרון מרכזי של ההכרה בקיומן של זכויות התוקף הוא הדרישה של התקיימות פרופורציה מסוימת בין האינטרס (של הנתקף) המועמד בסכנה לבין האינטרס (של התוקף) המוקרב במסגרת ההגנה הפרטית. ובכיוון ההפוך: הדרישה – המקובלת מאד – של פרופורציה כזו מעידה על התחשבות כלשהי⁴⁷³ – במודע או שלא במודע – גם בזכויות התוקף.

הבהרה שנייה היא שאין להיעצר – כפי שעשו מלומדים מספר⁴⁷⁴ – במישור זה (של הנזקים הפיזיים), אלא ניתן וצריך לעבור למישור השני ולהביא בחשבון גם את האינטרסים המופשטים החשובים שבמסגרתו.

כמה הבהרות באשר למישור השני שבמאזן. ראשית, מלבד שלושת הגורמים המופשטים המרכזיים, שהם האוטונומיה של הנתקף, אשמת התוקף והסדר החברתי-משפטי, קיים גם גורם נוסף – משני, לדעתי – של זכות הנתקף כלפי המדינה להתנגד לתוקפנות⁴⁷⁵. גורם משני זה שולל טענה אפשרית, שלפיה עם היווצרות המדינה נחלשה מאד זכותו של הפרט להגן בעצמו על האוטונומיה שלו. לפיכך, אין צורך לכלול אותו במאזן כגורם עצמאי, אלא די במודעות שלנו לעוצמתו האמיתית של גורם האוטונומיה של הנתקף.

472 ראו, למשל, הדיון בתאוריות ה-"forfeiture" שבפרק ב(5) (ב) שלעיל וראו גם – ברוח זו – דבריו של פלר בע' 415 לספרו ד(2) (ב).

473 לכאורה ניתן לומר כי אפשר לגזור את דרישת הפרופורציה מן הסדר החברתי-משפטי, ללא כל היזקקות לזכויות התוקף, כדלקמן: פגיעה מופרזת בתוקף לא זו בלבד שאינה פועלת להגנת סדר זה, אלא אף פוגעת היא בסדר החברתי-משפטי. אולם, לדעתי, אין די בהגבלה (של פרופורציה) הקלה (באופן יחסי) שיכתיב שיקול זה, אלא יש להיזקק לזכויות התוקף לקבלת הגבלה (של פרופורציה) משמעותית יותר – הגבלה הרצויה מאד לכל חברה תרבותית.

474 ראו התייחסות לדבריהם שבפרק ב(5) (1) שלעיל.

475 ראו – בהרחבה – פרק ב(5) (1) שלעיל.

שנית, מתחייבות הבהרות מספר באשר לגורם הסדר החברתי-משפטי. להגנת הסדר החברתי-משפטי, הכרוכה בפעולת ההגנה הפרטית, תפקיד חשוב בהצדקת ההגנה הפרטית. והנה, בכל זאת, נותן התיאור הסכמטי שלעיל ביטוי אפשרי לגורם זה גם בצדו השמאלי של המאזן – לצדו של התוקף דווקא. הכיצד? ההגנה הפרטית מהווה, בין היתר, הדיפה של התוקף, מניעת ביצוע עבירה על-ידי, וגורם מרתיע. כן שומרת היא על תקפותה (האמפירית) של הנורמה ה"מותקפת" על-ידי התוקף, ושל כלל הנורמות העונשיות. בכך היא משרתת את החברה, בספקה הגנה יעילה מאד על הסדר החברתי-משפטי. ואכן, בדרך-כלל יהיו לגורם הסדר החברתי-משפטי שבאגפו הימני של המאזן דלעיל ערכים חיוביים, והוא יפעל להצדקת ההגנה הפרטית. ברם, גורם זה עשוי לפעול גם לקביעת גבולות להגנה הפרטית. כך, כאשר חורגת תגובת הנתקף בצורה משמעותית מתנאי ההגנה הפרטית, והלה חורג מאד מדרישת הפרופורציה ופוגע בתוקף פגיעה העולה לאין שיעור על הפגיעה הצפויה לו מתקיפת התוקף, הרי שתגובת הנתקף דווקא פוגעת בסדר החברתי-משפטי, ואינה מגנה עליו. כך, למשל, דומה כי איש לא יחלוק על כך שהדיפה בכח מגן קטלני של תוקף הדוחף את הנתקף בתור לאוטובוס אינה משרתת את הסדר החברתי-משפטי, אלא נהפוך הוא: היא פוגעת בו פגיעה קשה. במקרים שכאלה יפעל גורם הסדר החברתי-משפטי כנגד תגובת הנתקף, שאיננה בגדר הגנה פרטית. פעולה זו באה לידי ביטוי בתרשים דלעיל בריבוע המקווקו שמופיע באגפו השמאלי של המאזן.

הבהרה נוספת נוגעת לתוכנו ולמהותו של גורם הסדר החברתי-משפטי. כפי שראינו⁴⁷⁶, קיימות תפישות שונות של תוכן ומהות אלה. כך, למשל, ניתן לתת לסדר החברתי-משפטי תוכן כזה שייתר את כל יתר האינטרסים המופשטים שבמאזן. דהיינו: ניתן לומר שהסדר החברתי-משפטי כבר מביא בחשבון – בהתאם להגדרה מאד גורפת שלו – את האוטונומיה של הנתקף ואת אשמתו של התוקף. הסתייגותי מאפשרות כזו נובעת מן העומס העצום שהיא מטילה על גורם בודד – עד כדי אבדן האפשרות המעשית להעריכו נכונה – ומן הפיחות שהיא עלולה לגרום בחשיבותם של גורמים מרכזיים אחרים, ובעיקר האוטונומיה של הנתקף ואשמתו של התוקף. לאור מרכזיותם, רצוי לשוותם תמיד לנגד עינינו ולא להבליעם במושג הסדר החברתי-משפטי.

על עוצמתו של האינטרס החברתי שבהגנת הסדר החברתי-משפטי ניתן ללמוד מכך שבחלק משיטות המשפט הוא מהווה, כאמור, גורם עצמאי לחלוטין להתרת שימוש בכח

476 ראו פרק ב(ה) שלעיל.

על-ידי הפרט – במסגרת הסייג של מניעת עבירה⁴⁷⁷. לציבור אינטרסים חשובים שאותם משרתת ההגנה הפרטית: מניעת עבירות בכלל והעבירה הספציפית, שאותה עומד לבצע התוקף, בפרט, והרתעת עבריינים – הן הרתעת התוקף עצמו (הרתעה אישית), והן הרתעת התוקפים הפוטנציאליים (הרתעה כללית).

עוצמתו של גורם הסדר החברתי-משפטי במקרה ספציפי תעמוד ביחס ישר לפגיעה באוטונומיה של הנתקף. פגיעה זו היא פונקציה (שוב: יחס ישר) של משקל האינטרס הלגיטימי הנתון בסכנה. כן תעמוד עוצמה זו ביחס ישר לאשמתו של התוקף כביטוי לאנטי-חברתיות המגולמת במעשהו⁴⁷⁸. כך, למשל, תהא הפגיעה בסדר החברתי-משפטי גדולה במיוחד נוכח תקיפה מכוונת של ערך קיומי, המסכנת את חיי הפרט הנתקף. יצוין ויודגש, כי קיומן של השפעות בין הגורמים השונים לבין עצמם, ובעיקר השפעה של גורמי ה"אוטונומיה" וה"אשמה" על גורם הסדר החברתי-משפטי, אינה שוללת את מהותם הנבדלת של הגורמים השונים.

אשר להשפעת הפגיעה באוטונומיה של הפרט הנתקף על הפגיעה בסדר החברתי-משפטי הנלווית אליה, ניתן לומר כי מדובר בעצם במתן משמעות ציבורית לפגיעות בפרטים: הפרת זכויותיו של אדם בודד פוגעת לא רק בו עצמו אלא גם בזכויות הכלל – שהרי נזקקים אנו לקיומו של סדר חברתי-משפטי איתן על-מנת שנוכל לקיים חיים חברתיים תקינים, כלומר להגן על זכויות היסוד של הפרטים.

מקרה מיוחד ונבדל הוא זה שבו פועל התוקף במסגרת של סייג לאחריות פלילית מסוג צידוק, כגון שוטר המבצע מעצר חוקי. במקרה כזה אין פעולתו המוצדקת של התוקף פוגעת בסדר החברתי-משפטי, ובהתאם – כח (מגן) שיפעיל הנתקף כנגד התוקף לא יגן על סדר זה. נהפוך הוא: הפעלת כח על-ידי הנתקף דווקא תפגע בסדר החברתי-משפטי, ולפיכך אין מקומה בד' אמותיה של ההגנה הפרטית (אם כי אין לשלול את האפשרות ש"תיסלח" במסגרת סייג אחר לאחריות פלילית, מסוג פטור, כגון הגנה מדומה או "צורך" – לפי המקרה).

יש לאפיין בצורה מדויקת יותר את גורם הסדר החברתי-משפטי שיש להביאו בחשבון בבחינת ההצדקה של ההגנה הפרטית במקרה הקונקרטי. לדעתי, מושג הסדר החברתי-משפטי איננו מושג אובייקטיבי טהור ואין די בהעמדה בסכנה אובייקטיבית של הערכים המוגנים. מושג הסדר החברתי-משפטי שאליו יש להיזקק בענייננו (להצדקת

477 ראו ראשיתו של פרק ב(5)ה שלעיל.

478 על תוצאותיה החמורות האפשריות של ראייה מוטעית של גורם הסדר החברתי-משפטי כבעל משקל קבוע וניכר מאד ראו ה"ש 367 שלעיל.

ההגנה הפרטית) אינו משקף אך ורק מאזן עכשווי של התועלת וההפסד לחברה כתוצאה מפעולת ההגנה הפרטית, אלא הוא כורך עמו גם ראייה ארוכת-טווח יותר, הצופה כלפי עתיד. תכליתה של ראייה זו היא, בין היתר, חיזוק הביטחון והאמון בשיטה המשפטית ובשלטון החוק והסדר אצל האזרח שומר החוק.

דוגמה למהותו של גורם הסדר החברתי-משפטי ולהשלכותיו מהווה הסוגיה⁴⁷⁹ של היסוד הנפשי (של העושה) הנדרש לצורך התגבשות סייג ההגנה הפרטית. כך, במצב שבו מתקיימות הדרישות האובייקטיביות של ההגנה הפרטית אך העושה כלל אינו מודע להן, אלא מפעיל כח כנגד התוקף ועובר עבירה פלילית מתוך מניעים שליליים ולהשגת מטרת שלילית בלבד, אין לומר כי פעולתו משרתת את הסדר החברתי-משפטי. נהפוך הוא: היא פוגעת בו, וזאת אף-על-פי שתפישה אובייקטיבית טהורה של מהותו של גורם הסדר החברתי-משפטי עשויה הייתה להביא לתמיכה בפעולת העושה ולראייתה כמוצדקת, שהרי בפועל הדף העושה תקיפה זדונית. אלא שבחינה מעמיקה וארוכת טווח יותר של פעולת העושה והשפעתה על הביטחון והאמון בשיטה המשפטית בקרב האזרחים שומרי החוק, מוליכה למסקנה שאין מקום להצדקת פעולתו של א', הממית את ב' בכוונה תחילה, אך ורק משום שלאחר מעשה התברר (מה שלא היה ידוע ל-א') כי ב' עמד לתקוף את א' כך שמבחינה אובייקטיבית היה א' בסכנה, בתנאים אובייקטיביים של הגנה פרטית. לפיכך, לא זו בלבד שעושה כזה אינו ראוי להגן על הסדר החברתי-משפטי ואינו עושה כן, אלא אף פוגע הוא בסדר זה.

דוגמה נוספת לשם הבהרת מהותו המוצעת של גורם הסדר החברתי-משפטי והשלכותיו, מהווה סוגיית הפרופורציה⁴⁸⁰. נשוב ונידרש למצב שבו א' דוחף את ב' בתור לאוטובוס על-מנת לעלות לאוטובוס לפניו ו-ב' מפעיל כח מגן קטלני כנגד א' – כח הנחוץ בנסיבות העניין לשם הדיפת התוקף ועמידה על זכותו של ב' לעלות לאוטובוס לפניו. לכאורה, לפי תפישה קצרת טווח של גורם הסדר החברתי-משפטי, הגן העושה (ב') על הסדר החברתי-משפטי מפני תקיפתו הבלתי חוקית של א'. אולם, נוכח החריגה הגסה של העושה מדרישת הפרופורציה, בהפעילו כח קטלני מול תקיפה קלה מאד, יש לומר כי פעולתו דווקא פוגעת בסדר החברתי-משפטי, בביטחון ובאמון של האזרחים שומרי החוק בשיטה המשפטית. בשים לב להיבטים החינוכיים, ההדרכתיים וההצהרתיים שבהצדקת ההגנה הפרטית, נטילת חיי אדם לשם הדיפת דחיפה קלה איננה בבחינת מעשה מוצדק.

479 שתידון בהרחבה בהמשך – ראו פרק ד(10) שלהלן.

480 גם היא תידון בהרחבה בהמשך – ראו פרק ד(8) שלהלן.

גורם הסדר החברתי-משפטי פועל להרחבת ההגנה הפרטית כך שתשתרע גם על הגנה על אדם אחר (כל אחר) ואולי גם על אינטרסים של המדינה או החברה. כן תוחם הוא קווי גבול להגנה הפרטית, גם כשמדובר בנחיצות, במיידיות ובכללים המתייחסים לעושה הגורם באשמתו למצב שבו הוא נאלץ להתגונן⁴⁸¹.

שלישית, מתחייבות הבהרות מספר באשר לגורם האוטונומיה של הפרט הנתקף. מדובר בזכותו של קרבן התקיפה להגנה על האינטרסים האישיים הלגיטימיים שלו מפני התקפה – בזכותו למנוע פלישה וחדירה לספירה של האוטונומיה שלו. ספירה זו, המהווה את מרחב המחיה של האדם, כוללת בראש ובראשונה את חייו, את שלמות גופו, את חירותו ואת רכושו, ואולי גם אינטרסים אישיים נוספים, חשובים פחות, כגון כבודו. הבסיס – הן המוסרי והן המשפטי – לגורם בעל חשיבות ראשונה במעלה זה הוא זכות – בין טבעית ובין מוסכמת – של הפרט לאוטונומיה היא המינימום הנדרש כדי לקיים חיים בעלי משמעות ערכית.

על החשיבות הרבה המוענקת לאוטונומיה של הפרט ניתן ללמוד מדוגמה הנדונה בספרות בעניין של סייג ה"צורך". מדובר בשני בני-אדם. האחד זקוק באופן מיידי למנת דם מסוג נדיר לשם הצלת חייו. האחר – ורק הוא – יכול להצילו אם יסכים שתילקח מנה מדמו, אך אינו מסכים לעשות כן. הפגיעה הפיזית בסרבן, אם תיכפה עליו (באופן פיזי) לקחת מנת הדם, אינה גדולה, וודאי שלא בהשוואה לאבדן חייו של רעהו. אף-על-פי-כן מקובל שאין להצדיק במסגרת סייג ה"צורך" את החדירה לספירת האוטונומיה של הסרבן שבנטילת מנת הדם ממנו בחוזק יד.

בספרות הפילוסופית נדון מושג האוטונומיה בהקשרים שונים. כך, למשל, עמד Nozick⁴⁸² על כך שמקובל בחברה המודרנית כי חשוב מאד שלאדם יהיה תחום של אוטונומיה – שטח פעולה שבמסגרתו יוכל לבחור כרצונו ללא כפייה מבחוץ. הכרת שטח פעולה כזה וכיבודו מהווים בראש ובראשונה מענה הולם לשאיפתו המוכרת של האדם לערך עצמי. קיומו של תחום אוטונומיה המוכר ומכובד על-ידי הכל מאפשר (אובייקטיבית) לפרט מימוש עצמי ומעניק לו ביטחון ביכולתו לממש את עצמו.

גורם האוטונומיה של הפרט פועל בכיוון של הגנה מקסימלית על זכויותיו וחירויותיו של האזרח שומר החוק. אך יש לזכור כי שללנו את בלעדיותו של גורם זה. זכויות – לרבות אלה של הנתקף להגנה על האוטונומיה שלו – אינן מוחלטות אלא

481 ראו (בהתאמה) פרקים ה(2); ד(3); ד(6); ד(7) ו-ד(4) שלהלן.

482 ראו ע' 504-501 לספרו 2/ וכן שם, ע' 551, 555-566.

יחסיות הן⁴⁸³. לפיכך, אין להסתפק בגורם זה לבדו, אלא יש לבחון את המאזן המלא, הכולל מלבדו גם גורמים נוספים, שהעיקריים שבהם הם הסדר החברתי-משפטי, אשמתו של התוקף והפגיעות הפיזיות הצפויות בתוקף ובנתקף – בחינה שתוצאתה החשובה ביותר היא דרישה מסוימת של פרופורציה. לבסוף, גורם האוטונומיה של הפרט הנתקף אינו פועל בכל המקרים בעוצמה שווה להצדקת ההגנה הפרטית, אלא עוצמתו עומדת ביחס ישר למשקל האינטרס הלגיטימי הנתון בסכנה⁴⁸⁴.

רביעית, חשוב מאד לעמוד על הכרחיות הגורמים הנ"ל. לביסוס ההגנה הפרטית ולהצדקתה נדרשים תמיד כל שלושת הגורמים (אשמת התוקף, אוטונומיית הנתקף והסדר החברתי-משפטי). ההגנה הפרטית היא הגנה בזמנית הן על האוטונומיה של הפרט הנתקף והן על הסדר החברתי-משפטי, בדרך של פגיעה בתוקף האחראי אחריות פלילית לתקיפתו.

הגורמים של אשמת התוקף ושל הסדר החברתי-משפטי הם גורמים-בלעדיהם-אין לעניין הצדקת ההגנה הפרטית. הגורם השלישי – האוטונומיה של הפרט הנתקף – נדרש גם הוא בדרך-כלל כגורם הכרחי, אלא שאם מכירים בהגנה על אינטרס של המדינה או החברה במסגרת ההגנה הפרטית, ייתכנו מקרים שבהם תוצדק ההגנה הפרטית (על אינטרס של המדינה או החברה) למרות היעדרה של פגיעה ישירה באוטונומיה של הפרט. במקרים אלה ניתן לראות את האינטרס של המדינה כמחליף את גורם האוטונומיה של הפרט, ממש כשם שהמדינה (או החברה) מחליפה בהם את הפרט בתפקיד של הנתקף והנפגע הפוטנציאלי. אפשרות נוספת היא לראות את הפגיעה

483 ראו הדיון ביחסיות של זכויות בכלל והזכות לחיים בפרט, בפרק ב(5)(א) שלעיל. גם אם אין מקבלים את הטענה שיחסיותן של זכויות אחרות, ובפרט הזכות לכבוד אנושי, מהווה "קל וחומר" ליחסיותה של הזכות לחיים – שהרי ניתן לומר כי כל הזכויות כולן נגזרות מן הזכות לחיים ומותנות בה (אך ישנה גישה שלפיה אין לקבל טענה זו, שכן השאיפה אינה לחיים גרידא אלא לחיים בעלי ערך מסוים) – עדיין סבורני כי הטיעונים הכלליים כנגד ראיית זכויות (כלשהן) כמוחלטות חלים על כל אחת ואחת מהן, ללא יוצאת מן הכלל. וראו גם שלילת בלעדיותו של גורם האוטונומיה בפרק ב(5)(ד) שלעיל.

484 כך, למשל, מקובל כי ככלל (וייתכנו חריגים) גדולה הפגיעה באוטונומיה של הפרט הנתקף (ובהתאמה – גדולה יותר פעולתו של גורם האוטונומיה להצדקת הגנה פרטית) נוכח סיכון חיי אדם בהשוואה לסיכון שלמות גופו או חירותו, בעוד שנוכח הסיכון האחרון גדולה היא בהשוואה לגודלה נוכח סיכון של רכוש של האדם.

במדינה או בחברה כפגיעה עקיפה באוטונומיה של פרטיה, שהרי המדינה מספקת בחברה המודרנית את עיקר ההגנה על האוטונומיה של הפרט⁴⁸⁵.

על הכרחיות כל אחד ואחד משלושת הגורמים הפועלים להצדקת ההגנה הפרטית ניתן לעמוד גם בדרך של בחינת כל צירופיהם האפשריים. מכיוון שמדובר בשלושה גורמים עצמאיים, ברור כי ייתכנו 2^3 (2 בחזקת 3), דהיינו 8 צירופים אפשריים שלהם. ניתן לתאר זאת באמצעות הטבלה הבאה, שבה מפורטים כל שמונת המקרים, כשהסימן "+ " מבטא את התקיימותו של גורם והסימן "- " מבטא את היעדרו:

מספר המקרה	האוטונומיה של הנתקף	הסדר החברתי-משפטי	אשמתו של התוקף
1	+	+	+
2 *	+	+	-
3 *	+	-	+
4	+	-	-
5 *	-	+	+
6	-	+	-
7	-	-	+
8	-	-	-

מעניינים במיוחד הם, כמובן, שלושת המקרים שבהם נעדר רק אחד מן הגורמים, שעה ששני האחרים מתקיימים (דהיינו: מקרים מס' 2, 3 ו-5 שבטבלה דלעיל). אשר ליתר המקרים (לבד ממקרה מס' 1, שבו מתקיימים כל שלושת הגורמים, כך שאינו מעורר כל קושי), הרי שהמסקנה לגביהם תהיה בבחינת קל וחומר לעומת שלושת המקרים שבהם נדון להלן (שהרי מספר הגורמים הנעדרים מהם גדול מאחד).

למקרה הראשון (מס' 2 בטבלה), שבו מתקיימים גורמי האוטונומיה של הנתקף והסדר החברתי-משפטי אך לא מתקיים גורם אשמתו של התוקף, כבר התייחסנו

485 מכל מקום, חשוב להדגיש כי ההגנה הפרטית על אינטרס של המדינה או החברה היא החריג, ובכל יתר המקרים חל הכלל ולפיו הכרחיים כל שלושת הגורמים הנ"ל באופן מצטבר ומשלים לשם הצדקת ההגנה הפרטית.

בהרחבה לעיל, במסגרת הדיונים בתאוריות המבוססות על אשמתו של התוקף ובמקרה-המבחן של התוקף חסר האשמה⁴⁸⁶.

המקרה המעניין השני (מס' 3 בטבלה) הוא זה שבו מתקיימים גורמי האוטונומיה של הנתקף ואשמתו של התוקף, אך אין גורם הסדר החברתי-משפטי פועל להצדקת ההגנה הפרטית. לכאורה – כמעט מתוך הגדרה ממש – בלתי אפשרי מקרה שכזה. שהרי אם מתקיימת אשמה של התוקף והוא אחראי אחריות פלילית לתקיפתו, פוגע מעשהו מניה וביה לא רק באוטונומיה של הפרט הנתקף אלא גם, בד בבד, בסדר החברתי-משפטי. אלא שכאן יש לבחון לא רק את השפעת התקיפה על סדר זה, אלא גם את השפעת ההגנה הפרטית עליו. יש לתת את הדעת על המקרה המיוחד של התנגדות למעצר בלתי חוקי המבוצע על-ידי איש הרשות. במקרה כזה⁴⁸⁷ ייתכן מאד שלמרות אשמתו של התוקף והפגיעה באוטונומיה של הנתקף, בכל זאת לא זו בלבד שגורם הסדר החברתי-משפטי לא יתמוך בהגנה הפרטית, אלא אף ישלול אותה, וזאת דווקא לשם ההגנה על סדר זה עצמו.

במקרה השלישי והאחרון (מס' 5 בטבלה), מתקיימים גורמי אשמת התוקף והסדר החברתי-משפטי, אך נעדר גורם האוטונומיה של הפרט הנתקף. שני מקרים טיפוסיים עשויים להתרחש במתכונת זו. בראשון – הגנה על אינטרס של המדינה או של החברה – דנו זה עתה. המקרה השני⁴⁸⁸ הוא זה שבו הנתקף עצמו הסכים מראש לתקיפה נגדו – הסכמה שאין בה כדי לשלול את העבירה הספציפית שעבר התוקף תוך כדי ביצוע התקיפה (נוכח הגדרתה של עבירה זו). סבורני כי במקרה כזה של הסכמת הקרבן אין לומר כי האוטונומיה שלו נפגעת כתוצאה מן התקיפה שלה הסכים – לפחות לא פגיעה של ממש. לפיכך, ובשים לב גם להשפעה השלילית על הסדר החברתי-משפטי של פגיעת הנתקף בתוקף במצב שכזה (בבחינת רצחת וגם ירשת; הסכמת וגם פגיעת במבצע רצונך (!)) רצוי וראוי לשלול הגנה פרטית, לכל הפחות את ההגנה העצמית (בהבדל מן ההגנה על אדם אחר). תוצאה זו ניתן להשיג תוך שימוש בדרישת הנחיצות ובאפשרות

486 ראו פרקים ב(5)(ב) ו-ב(5)(ג) שלעיל. כאמור, דעתי היא שוויתור על אשמת התוקף היה חוטא למהות ההגנה הפרטית ומהווה ויתור על חלק ניכר מהייחוד שלה. למעשה, סבורני כי מקרה זה (מס' 2 בטבלה) הוא נדיר, שכן בהיעדר אחריות פלילית של התוקף לא קיימת במקרים רבים גם הפגיעה בסדר החברתי-משפטי.

487 שיידון בהרחבה בהמשך – ראו פרק ד(4)(ג) שלהלן.

488 שגם הוא יידון בהרחבה בהמשך – ראו פרק ד(4)(ד).

העומדת לנתקף לבטל את הסכמתו, או תוך טיפול במקרה זה כבמקרים אחרים שבהם גורם הנתקף באשמתו לתקיפה כלפיו⁴⁸⁹.

תכונת ההכרחיות של כל אחד משלושת הגורמים הפועלים להצדקת ההגנה הפרטית מספקת פתרון גם לשאלת כוחם היחסי של הגורמים השונים. אילו הורכבה ההצדקה של ההגנה הפרטית מגורמים שונים, שדי היה בהתקיימות חלקם, בלתי אפשרי היה להשתמש בתאוריה המוצעת במקרים שבהם נעדרים אחד או יותר מן הגורמים, אלא אם כן עמדה לרשותנו נוסחה תקפה לשקלול כוחם היחסי של הגורמים השונים. אך במצב שבו כל שלושת הגורמים הם הכרחיים, אין צורך בקביעת סדרי עדיפויות ביניהם, שהרי לכל אחד מהם הכח הרב לשלול את ההגנה הפרטית – בהיעדרו. אם נדמה גורמים אלה לזוקטורים בעלי עוצמה וכיוון, הרי שההגנה הפרטית קמה רק כאשר פועלים שלושתם באותו כיוון – של הצדקתה. מכאן, שכל ענייננו הוא בעוצמתם המצטברת של שלושת הגורמים, ולא בעוצמות היחסיות והחלקיות המתקבלות עת משווים ביניהם לבין עצמם.

אלא שפטור בלא כלום אולי אי אפשר, ואם בכל זאת יש לקבוע קביעה כלשהי לעניין כוחם היחסי של הגורמים השונים, הרי שגורם האוטונומיה הוא, לדעתי, מרכזי הכובד בהצדקת ההגנה הפרטית. עמדה זו נובעת מתפישת ההגנה הפרטית כהגנה פרטית במלוא מובן המילה – דהיינו: לא רק הגנה המבוצעת על-ידי הפרט (בהבדל מן ההגנה הממוסדת) אלא גם הגנה על הפרט הנתקף – על האוטונומיה שלו. לא בכדי ראו מלומדים מספר את ההגנה הפרטית – שבמרכזה ההגנה העצמית – כזכות טבעית. הגנת הסדר החברתי-משפטי, הכרוכה בפעולת ההגנה הפרטית, מהווה אמנם מרכיב חשוב והכרחי בהצדקת ההגנה הפרטית, אולם תפקידו של גורם האוטונומיה של הפרט הנתקף חשוב עוד יותר. בהיעדר פגיעה או סכנה לאוטונומיה של הפרט הנתקף, נשלל מניה וביה הבסיס לסייג כלשהו של הגנה עצמית – בין מסוג "צידוק" ובין מסוג "פטור" בלבד. הסייג היכול לבוא בחשבון במצב כזה הוא סייג לאחריות פלילית במקרה של שימוש בכח למניעת עבירה – שאז אכן ההגנה על הסדר החברתי-משפטי היא העומדת במרכז. אלא שאז אין עסקינן בהגנה פרטית במשמעותו הרגילה של מושג זה, אלא במניעת עבירה על-ידי הפרט.

אשר לגורם אשמתו של התוקף – עיקר חשיבותו של גורם זה להצדקת ההגנה הפרטית הוא בכך שהוא מספק בסיס מוסרי ומשפטי להעדפת האינטרסים של הנתקף על פני אלו של התוקף. בכל זאת גם גורם זה נופל בחשיבותו ובעוצמתו מגורם האוטונומיה

489 ראו בהרחבה שם.

של הפרט הנתקף. ללא פגיעה באוטונומיה, כלל אין מתעוררת שאלת אשמתו של התוקף, שהרי ענייננו הוא בעיקר בהגנה על האוטונומיה, ואין ענייננו בענישת התוקף.

זוהי התמונה המתקבלת משכוננים את סייג ההגנה הפרטית כשלעצמו. לעומת זאת, אם הבחינה היא של סייג ההגנה הפרטית בהשוואה לשני סייגי האילוף האחרים – הצורך והכורח – תוך ניסיון לאתר את הייחוד שבו בהשוואה אליהם, אזי בולטים בחשיבותם דווקא גורמי הסדר החברתי-משפטי ואשמתו של התוקף.

ובכל זאת, כדי שלא לסיים את הדיון בכוחם היחסי של הגורמים השונים בהדגשה המוטעית והמטעה של ההיררכיה האפשרית שביניהם, נסיים דיון זה בהדגשה נוספת של הכרחיות כל אחד ואחד משלושת הגורמים הפועלים להצדקת ההגנה הפרטית, שהרי, כאמור, ההגנה הפרטית מהווה הגנה הן על הפרט הנתקף והן על הסדר החברתי-משפטי, וזאת בדרך המסוימת מאד (ומוגבלת) של פגיעה בתוקף האחראי אחריות פלילית לתקיפתו.

בסוף, יש לתת את הדעת גם על ההשפעות הפנימיות – של הגורמים השונים הפועלים להצדקת ההגנה הפרטית האחד על משנהו. חלק מהשפעות אלה כבר הוזכרו לעיל, ולהלן ננסה לשרטט את התמונה הכוללת שלהן:



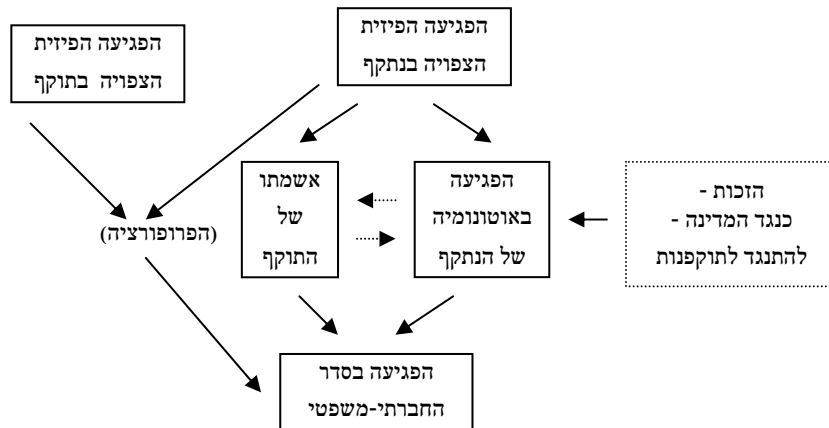
(החצים מבטאים קיומה של השפעה כלשהי ואין משמעות לאורכם).

ראשית, מתבקשת כאן הבהרה לעניין השפעתה של עוצמת הפגיעה הצפויה בנתקף על גורם אשמתו של התוקף. החשוב לענייננו הוא שיעור אשמתו של התוקף במצב הספציפי שנוצר. אם משתמשים בגורם אשמתו של התוקף כבסיס לפיחות מסוים בערכם של האינטרסים שלו, הכרחי להביא בחשבון את אשמתו במובנו המלא של ביטוי זה, הכולל את התייחסותו של התוקף לרכיביה האובייקטיביים של התקיפה: אין דין סטירת-לחי המוטחת בכוונה, כדין ירי קטלני המבוצע בכוונה.

אשר להשפעת הפגיעה הצפויה בנתקף על הפגיעה באוטונומיה שלו, הרי שמתקיים יחס ישר ביניהן. כך, ברור שניסיון להסב נזק גופני חמור לנתקף פוגע באוטונומיה שלו פגיעה משמעותית וחמורה יותר מאשר ניסיון לשרוט אותו קלות. בדומה, ניסיון להפליא בנתקף סדרה ארוכה של מכות נמרצות פוגע באוטונומיה שלו יותר מאשר ניסיון לדחוף אותו בתור לאוטובוס.

השרטוט דלעיל ממחיש כיצד מתורגמת הפגיעה הפיזית הצפויה בנתקף, בעזרת גורמי האוטונומיה של הנתקף ואשמתו של התוקף, לגורם חשוב נוסף – הפגיעה בסדר החברתי-משפטי. אלמלא הפגיעה באוטונומיה של הנתקף ואשמתו של התוקף, עשויה הייתה הפגיעה הפיזית בנתקף להישאר עניינו שלו, בעוד שבחברה המודרנית בהחלט רואים בה גם עניינה של החברה בכללותה. זהו הבסיס המוצק לראיית התקיפה כפוגעת גם באינטרס הציבורי של הגנת הסדר החברתי-משפטי.

ניתן להשלים את התמונה דלעיל בהוספת שני גורמים: הפגיעה הפיזית הצפויה בתוקף (כתוצאה מפעולת ההגנה הפרטית) והגורם המשני של הזכות כנגד המדינה להתנגד לתוקפנות, כך (החצים משקפים את עצם קיום ההשפעה ולא את שיעורה):



שהרי, כאמור, הזכות כנגד המדינה להתנגד לתוקפנות תומכת בגורם האוטונומיה של הפרט הנתקף, והפגיעה הפיזית הצפויה בתוקף (אם יופעל נגדו כח מגן), לצדה של הפגיעה הפיזית הצפויה בנתקף (אם לא יופעל), משפיעה על הסדר החברתי-משפטי, בתיווכה של דרישת הפרופורציה: פגיעה נטולת כל פרופורציה, לא זו בלבד שאינה פועלת להגנת הסדר החברתי-משפטי, אלא נהפוך הוא: היא פוגעת בו פגיעה משמעותית.

עד כאן ההשפעות העיקריות שבין הגורמים השונים הפועלים להצדקת ההגנה הפרטית. למעשה, קיימות ביניהם גם זיקות גומלין נוספות. מדובר בזיקות הגומלין שבין גורמי האוטונומיה של הנתקף לאשמתו של התוקף – זיקות הבאות לידי ביטוי באמצעות החצים המרוסקים שבשרטוט האחרון שלעיל. ככל שאשמתו של התוקף גדולה יותר, כך גדולה הפגיעה באוטונומיה של הנתקף. אמנם גם כשהתוקף פועל בשגגה, ללא אשמה כלשהי, נפגעת האוטונומיה של הנתקף, אולם פגיעה זו הולכת ומחמירה בהתאם לעמדתו הנפשית של התוקף: רשלנות⁴⁹⁰, דרך מודעות ועד לכוונה. שהרי, הפגיעה באוטונומיה של הנתקף אינה מזדהה עם הפגיעה הפיזית האובייקטיבית בו. גם לתחושת הביטחון של הנתקף השפעה מסוימת על שיעור הפגיעה באוטונומיה שלו, ותחושת ביטחון זו מתערערת יותר ככל שיחסו הנפשי של התוקף שלילי יותר, ומגיעה לשיאה כשהתוקף שואף לפגוע בנתקף. אם נשוב ונידרש למשמעותה המוסרית של ההכרה באוטונומיה של הפרט, דהיינו: שאין אדם (הנתקף) צריך להיות מנוצל ככלי בידי אדם אחר (התוקף), ניכר כי ניצול כאמור הולך ומתעצם בהתאם ליחסו הנפשי של המנצל (התוקף). ובכיוון ההפוך – ניתן לאתר השפעה של גורם האוטונומיה על גורם אשמת התוקף: ככל שפגיעת התוקף באוטונומיה של הנתקף גדולה יותר (פגיעה העומדת ביחס ישר לפגיעה הפיזית הצפויה בנתקף), כך גדולה יותר אשמתו של התוקף, ובלבד שהוא מודע (או מתכוון) לפגיעה זו (אין הכוונה לאשמה במובן הטכני הצר של היסוד הנפשי שבעבירה הפלילית, אלא במובן רחב יותר, של אחריות, שעל בסיסה ניתן – הן משפטית והן מוסרית – לבצע פחות מסוים בערכם של האינטרסים של התוקף).

הנהגת כ"כ, ניזונה הצעתי מתאוריות מספר שהוצעו להצדקת ההגנה הפרטית: מאזן אינטרסים ובחירה ב"רע במיעוטו" (או – בניסוח הולם יותר – בחירה בטוב ביותר האפשרי), הגנת האוטונומיה של הנתקף (בצירוף זכותו כלפי המדינה להתנגד לתוקפנות), התחשבות באשמתו של התוקף והגנת הסדר החברתי-משפטי. החידוש המרכזי שבה נעוץ הן בעצם שילובם של כל הגורמים החשובים להצדקת ההגנה הפרטית והן במתכונתו של שילוב זה⁴⁹¹.

490 כאמור, סבורני כי פעולה כנגד תוקף הפועל בשגגה או ברשלנות אינה בגדר הצידוק הגנה פרטית – ראו פרקים ב(5)ב ו-ב(5)ג שלעיל.

491 קיימות בספרות – הן המשפטית והן הפילוסופית – הצעות מספר לשילוב של תאוריות קלאסיות, אולם הצעות אלה הן חלקיות מאד, דהיינו: אינן מביאות בחשבון את כל הגורמים החשובים, וחלקן אף הועלו במשתמע בלבד, ללא עמידה על משמעותן. האחת – גישתו של Hume, המשלבת את הרעיון שהתוקף – במעשהו – מאבד את זכותו להגנת החוק, עם רעיון השיטור הפרטי (ראו ע' 754 לספרו 31/ של Gordon). השנייה – גישתו של Kadish, אשר הציע הסברים נפרדים להגנה הפרטית: לעניין תקיפות קטלניות – את הזכות כלפי המדינה

התשתית העיונית וההנמקה המפורטת של הרציונאל המוצע מצויות בפרקים הקודמים. זאת, הן משום שהרציונאל המוצע משלב בתוכו גורמים אחדים שהדיון המפורט בכל אחד מהם נעשה לעיל, עת נבחנו כתאוריות עצמאיות, הן משום שחלק מן התמיכה ברציונאל המוצע הוא – באופן טבעי – השלילה המנומקת של האלטרנטיבות והן משום שגם לדיונים הכלליים שלעיל, בהבחנות שבין צידוק לפטור ובין עבירה להגנה, חשיבות לתמיכה ברציונאל המוצע. לבסוף, תמיכה נוספת ברציונאל המוצע אנסה לבסס תוך כדי הדיונים שלהלן בסוגיות השונות של ההגנה הפרטית – דיונים שבהם יבואו לידי ביטוי השלכותיו השונות. שהרי, בסופו של דבר, מבחנו האמיתי של הרציונאל המוצע הוא טיבם של הפתרונות שאותם הוא מכתיב לסוגיות ההגנה הפרטית השונות.

החיסרון הקיים לכאורה ברציונאל המוצע הוא היותו מורכב, ולפיכך גם מסובך, בהשוואה לאלטרנטיבות אחרות. אכן, רציונאל מורכב לא יספק פתרונות חד-משמעיים וברורים לכל סוגיות ההגנה הפרטית, כפי שעושים רציונאלים פשוטים יותר שהוצעו, כגון רציונאל האוטונומיה של הנתקף או רציונאל אשמתו של התוקף. אלא שיש להעדיפו בהיותו מדויק יותר, משקף נאמנה את מהות ההגנה הפרטית, ומוליך לתוצאות משפטיות ראויות באפיון ההגנה הפרטית. עדיף מצב של קושי בגיבוש הפתרון המשפטי, או אפילו היעדר תשובה נחרצת לסוגיה מסוימת, על פני מצב המניב בקלות תשובה ברורה אך מוטעית. פשוט ומוטעה, מסובך ונכון – נכון עדיף.

להתנגד לתוקפנות, ולעניין תקיפות אחרות הציע Kadish לראות בעקרונות המתמודדים של אוטונומיה ופרופורציה את ההסבר להגנה הפרטית (ראו מאמרו ט 311). השלישית והאחרונה – גישתו של Fletcher, המתבסס על רציונאל האוטונומיה, אך נזקק לעתים – כגון לצורך הסבר ההגנה על אדם אחר – גם לסדר החברתי-משפטי. אלא שהתמונה כולה – כפי שצוירה לעיל – אינה מופיעה באף לא אחד מכתביו. נהפוך הוא: לא זו בלבד שבדרך-כלל מצביע Fletcher על האוטונומיה של הפרט הנתקף לבדה כהסבר להגנה הפרטית, אלא יתרה מזו: במקומות מספר הביע ספק באפשרות לאתר הסבר להגנה הפרטית שיתאים לכל המקרים המתעוררים במסגרתה, והצביע על האפשרות שיש להיזקק לכמה תאוריות נפרדות, שכל אחת מהן תסביר רק חלק מן המקרים (!) (ראו, למשל, ע' 767 8741 לספרו ח 13).

y:\misrad-2003\books\sangero\00-07-16\sanj-04.doc

8/30/2000 9:52:00 AM

ג. ההגנה הפרטית – ניתוח משווה

1. כללי

עתה, לאחר שהונחה התשתית העיונית ההכרחית לשם עיסוק בהגנה הפרטית, פתוחה בפנינו הדרך לדיון מפורט בסוגיות השונות מתחום ההגנה הפרטית. סוגיות אלה מוינו לשלוש קבוצות. הראשונה – יסודות ההגנה הפרטית – כוללת את התנאים השונים להתגבשות סייג ההגנה הפרטית. השנייה – ההבחנות הפנימיות – עניינה גיזרותיה השונות של ההגנה הפרטית, ובעיקר ההגנה העצמית, ההגנה על אדם אחר וההגנה על רכוש. השלישית כוללת, תחת הכותרת "סוגיות נוספות", סוגיות אחדות שאינן נכללות בשתי הקטגוריות הראשונות.

הדיון בכל סוגיה ייערך הן לאור רציונאל ההגנה הפרטית והן תוך שאיבת השראה מדברי מלומדים ומשיטות משפט שונות. שיטות המשפט העיקריות (אך לא היחידות) שאליהן נתייחס – מלבד שיטת המשפט הישראלית – הן האנגלית והאמריקנית. יובהר כי המטרה איננה לימוד לשמו של שיטות המשפט הזרות או תיאור מפורט וממצה של ההגנה הפרטית במסגרתן, אלא העשרת הדיון בסוגיותיה השונות של ההגנה הפרטית. לפיכך, יושם הדגש על רעיונות ופתרונות מעניינים, גם כשהם משקפים דעות מיעוט, יותר מאשר על משקלן של הגישות השונות בכל שיטת משפט.

אשר למשפט הישראלי, הרי שהוא יזכה – מטבע הדברים – ליחס מיוחד: מלבד ההתייחסות אליו במסגרת סוגיותיה השונות של ההגנה הפרטית, יוקדש לו גם פרק נפרד שבו תיפרש במלואה התמונה של ההגנה הפרטית במשפט הישראלי.

מלבד שלוש שיטות המשפט העיקריות שלעיל (הישראלית, האנגלית והאמריקנית) נתייחס גם – באופן פחות שיטתי ולפי העניין – לשיטות משפט נוספות, להיסטוריה של חלקן, ולהצעות שונות לרפורמה חקיקתית. לדיון בסוגיות עצמן יוקדם אפיון כללי של המשפט האנגלי ושל המשפט האמריקני בנושא הנדון, תוך עמידה על מאפיינים שחשוב להיות מודעים להם כדי להפיק את מלוא התועלת מהפתרונות שהוצעו לכל סוגיה ספציפית בשיטות משפט אלה.

2. מאפיינים עיקריים של ההגנה הפרטית בשיטות משפט זרות

(א) המשפט האנגלי

במשפט האנגלי מתחבטים זה שנים הרבה בשאלות הנוגעות להגנה הפרטית, אך המצב המשפטי רחוק עדיין מלהיות בהיר. קיימות מחלוקות רבות, הן בנוגע לשאלה מהו הדין הרצוי, והן בנוגע לשאלה מהו הדין המצוי. אשר לדין המצוי, הרי שמאפיין חשוב לענייננו של המשפט האנגלי הוא דווקא קיומו של סייג אחר לאחריות פלילית⁴⁹², המתייחס לשימוש בכח למניעת עבירה (ולביצוע מעצר). לסייג זה השפעה רצינית על סייג ההגנה הפרטית. בשנת 1967 נחקק סעיף 3 ל-Criminal Law Act, 1967 המסדיר את השימוש בכח למניעת עבירה (ולביצוע מעצר). אף שחלפו כבר למעלה משלושה עשורים, עדיין קיימת במשפט האנגלי מחלוקת מלומדים, שלה ביטויים מסוימים בפסיקה, בשאלה מרכזית ובסיסית ביותר: האם עדיין חלים הכללים המסורתיים של המשפט המקובל האנגלי העוסקים בהגנה הפרטית (מדובר בעיקר בכלל הנחיצות, בכלל הפרופורציה ובחובת הנסיגה) או שמא חלות גם על ההגנה הפרטית הוראותיו של סעיף החוק הנ"ל, שלפיו ניתן להפעיל כח סביר למניעת עבירה (ולביצוע מעצר) – שאז חל עיקרון כללי בודד – עקרון הסבירות (אמנם גם על-פי עיקרון זה ניתן להגיע לתוצאה של דרישת נסיגה, אלא שהיא תהווה לכל היותר גורם אחד בבדיקת הסבירות, ולא גורם מכריע)⁴⁹³. וכאילו אין די בכך, קיים במשפט האנגלי הסדר חוקי נפרד להגנה על רכוש – בסעיף 5 ל-Criminal Damage Act, 1971⁴⁹⁴.

492 עליו עמדנו לעיל – ראו פרק ב(5)(ה).

493 ראו, למשל, מאמרה של Harlow 19ט' של (העומדת על לא פחות משלוש פרשנויות שונות לחוק 1967מ' ולהשפעתו על ההגנה הפרטית); ע' 254 ואילך לספרם ח3 של Smith & Hogan (עמדתם השנויה במחלוקת היא, כי סעיף 3 לחוק מ1967מ' גובר גם על כללי המשפט המקובל העוסקים בהגנה הפרטית ומנהיג את העיקרון הכללי של סבירות); ע' 624 ואילך לספרם ח5 של Card, Cross & Jones (המצדדים בתחולה במקביל – הן של כללי המשפט המקובל והן של החוק מ1967מ'); ע' 125 ואילך למאמרו ט58/ של Gameau (הצגת הגישות השונות).

494 ראו, למשל, מאמרו ט14/ של Cowley, העוסק בהגנה זו וביחס בינה לבין ההגנה הפרטית.

מצב זה יוצר לא רק חוסר ודאות משפטית, אלא טומן בחובו גם סתירות וחוסר היגיון⁴⁹⁵. דוגמה אחת לאנומליה כזו: בהגנה על רכוש די – במשפט האנגלי – אם העושה מאמין שמעשהו סביר, בעוד שבהגנה על הגוף נדרשת גם סבירות אובייקטיבית, כלומר: ההגנה על הגוף – במובן זה – צרה מההגנה על רכוש (!)⁴⁹⁶.

המחלוקת באשר למערכת הדינים החלה במשפט האנגלי על ההגנה הפרטית קשורה בתפישות שונות באשר לרציונאל ההגנה הפרטית. כבר עמדנו בהרחבה על כך שמבחינה היסטורית התפתחה ההגנה הפרטית במשפט האנגלי כפטור ("se defendendo") דווקא ולא כצידוק⁴⁹⁷. מהו הרציונאל העומד מאחוריה כיום? קשה מאד לקבוע. הובעה הדעה כי מדובר במאזן אינטרסים ובחירה ברע במיעוט⁴⁹⁸. לעומת זאת, אם מכפיפים את ההגנה הפרטית לסעיף 3 לחוק מ-1967⁴⁹⁹, העוסק בשימוש בכח למניעת עבירה (ולביצוע מעצר), מתחזקים מאד גורמי מניעת העבירות והשיטור שבהצדקת ההגנה הפרטית. לאמיתו של דבר, דומה, כי בדיונים שנערכו במשפט האנגלי בסוגיות השונות של ההגנה הפרטית לא ניתנה תשומת-לב מספקת לשאלה הבסיסית של הרציונאל העומד מאחוריה.

מאפיין כללי נוסף של ההגנה הפרטית במשפט האנגלי, הכרוך אף הוא בסייגים אחרים לאחריית פלילית, הוא הנטייה להרחבת תחומי תחולתה. מקורה של נטייה זו הוא בהיקפם המצומצם מאד של סייגי האילוץ האחרים⁴⁹⁹. כך, למשל, מצומצמת הגנת הכורח (לרבות כורח נסיבות) לסכנות חמורות מאד – מוות או נזק גופני חמור⁵⁰⁰. מצב דברים זה מביא לנטייה חזקה להרחיב את תחומי השתרעותה של ההגנה הפרטית כך שהיא תספק מענה לבעיות שפתרוןן הראוי הוא במסגרת סייגי האילוץ האחרים⁵⁰¹.

495 כך, למשל, עמדו Hogan ו־Smith בספרם הידוע על חוסר העקביות והאנומליה הנובעים מכך שההגנה על הגוף מוסדרת לפי המשפט המקובל, ההגנה על הרכוש – לפי ה־Criminal Damage Act, 1971, והמעצר ומניעת העבירות – לפי סעיף 3 ל־Criminal Law Act, 1967 – ראו ע' 252 ואילך 6931 ואילך לספרם ח3/.

496 ראו, למשל, ע' 67-68 להצעת החוק האנגלית משנת 1993 יג10/, ע' 231 לכרך II של ההצעה משנת 1989 יג2/ וע' 123 לדברי ההסבר להצעה משנת 1985 יג1/.

497 ראו פרק ב(3) שלעיל.

498 ראו, למשל, ע' 306 למאמרו ט1/ של Ashworth.

499 לכל אורך ההיסטוריה של התפתחות סייגי האילוץ היה במשפט האנגלי חשש כבד מן האנרכיה והכרסום בנורמות האוסרות שעלולים לגרום סייגי האילוץ. ראו ע' 110-111 לספרו ד1/ של אנקר.

500 ראו ע' 618-619 למאמרו ט17/ של Elliot וכן ה"ש 302 שלעיל והטקסט המפנה אליה.

501 כך, למשל, הביא תחומם המצומצם של סייגי האילוץ האחרים את Elliot להצעה המוזרה לוותר – במסגרת ההגנה הפרטית – על הדרישה של תקיפה (!) – ראו שם.

מכאן לשני מאפיינים בולטים נוספים של ההגנה הפרטית במשפט האנגלי, הדומים למאפיינים הקודמים שהוזכרו בכך שגם הם נובעים מסייגים אחרים לאחריות פלילית. הראשון הוא שילוב ההגנה הפרטית המדומה בתוך הגדרת ההגנה הפרטית הממשית. לשילוב מוטעה זה, המערב מין בשאינו מינו, אחת משתי תוצאות שליליות אפשריות: האחת – התייחסות להגנה המדומה כאל צידוק לכל דבר ועניין – בבחינת הדבר הראוי והנכון לעשותו (!) – במקום להתייחס אליה כאל פטור בגין טעות⁵⁰². התוצאה השנייה האפשרית – והשלילית לא פחות – היא התייחסות אל ההגנה הפרטית בכללותה כאל פטור בלבד, וזאת על בסיס המכנה המשותף (הלא גבוה) של ההגנה הפרטית הממשית וההגנה הפרטית המדומה.

המאפיין השני הוא האיחוד הבלתי רצוי של הדרישות החשובות והיסודיות של הנחיצות והפרופורציה תחת מבחן כולל אחד: סבירות הכח המגן⁵⁰³. דעתי היא כי כל אחת משתי דרישות אלה היא כה חשובה עד כי אין לאחדן תחת המבחן הכולל של סבירות, שכן ההסתפקות במבחן זה מביאה להחלשתן⁵⁰⁴. וכאילו אין די בכך, באה הפסיקה האנגלית וריככה את מבחן הסבירות האובייקטיבי, בהוסיפה לו מאפיינים סובייקטיביים. ריכוך זה קשור במאפיין הקודם שעליו עמדנו – שילוב ההגנה המדומה בהגנה הממשית. כך, למשל, נקבעו בפסק-הדין המנחה בעניין Palmer⁵⁰⁵ הדברים הבאים, שאותם מרבים מאד לצטט:

“... a person defending himself cannot weigh to a nicety the exact measure of his defensive action. If the jury thought that in a moment of unexpected anguish a person attacked had only done what he honestly and instinctively thought necessary, that would be the most potent evidence that only reasonable defensive action had been taken”.

502 ראו, למשל, ע' 133 למאמרו של Yeo / וע' 92 למאמרו של Dressler. לדיונים רחבים בסוגיה זו ראו פרקים ד(10) ו-ו(2) שלהלן.

503 על כריכה זו של דרישות הנחיצות והפרופורציה במסגרת דרישת הסבירות ראו, למשל, ע' 503 לספרו ח2 של Williams; ע' 283 למאמרו של Ashworth (המביע דעתו שהמבחן הכולל של סבירות מביא לערפול).

504 ראו פרקים ד(6) ו-ד(8) שלהלן.

505 ראו ע' 242 ואילך לפסק-הדין 4/ בעניין Palmer (1971). לביקורת מפורטת יותר של הלכה זו ראו הטקסט שלהלן שתחילתו בהפניה לה"ש 1217.

כפי שנאמר בספרו של Archbold⁵⁰⁶, מדובר בקונספציה לא לגמרי הגיונית (בלשון המעטה), שלפיה בעוד שהמבחן של סבירות הכח המגן הוא אובייקטיבי, יש להנחות את המושבעים להביא בחשבון בהכרעתם זו את מחשבתו של הנאשם עצמו. אין לי אלא להצטרף לביקורת זו.

תקלה אחרת עלולה לנבוע מפועלן המשותף של שתי ההלכות הנ"ל: האחת – השילוב של ההגנה המדומה בהגנה הממשית, והשנייה – הכריכה יחדיו של מבחני הנחיצות והפרופורציה וההסתפקות בדרישת הסבירות⁵⁰⁷. חיבור שתי ההלכות הנ"ל עלול⁵⁰⁸ להביא לתוצאה (הבלתי מקובלת והלא רצויה) של הסתפקות בעצם קיומה של טעות (כנה) – ללא דרישת סבירות – גם כשמדובר בטעות באשר לדרישת הפרופורציה, אף שטעות כזו היא טעות בדין⁵⁰⁹. ההתייחסות לכח המגן כמיקשה אחת – ללא הבחנה בין נחיצות ופרופורציה – אינה תואמת את הגישה המקובלת במשפט הפלילי המודרני לטעויות – גישה המבחינה בין טעות בעובדה לבין טעות בדין (אשר לאחרונה – גם כאשר היא מוכרת, עדיין חייבת היא לעמוד בדרישת הסבירות האובייקטיבית).

לבסוף, מאפיין בולט אחרון של המשפט האנגלי הנוגע לענייננו הוא שיטת המושבעים. כידוע, נדרש חבר-מושבעים להכריע בשאלות העובדתיות המתעוררות במשפט. המושבעים הם הדיוטות ולכך השפעה עקיפה על הדין המהותי עצמו. הכיצד? מתברר שחששות כבדים מכללי משפט מסובכים מדי – שיקשה על המושבעים להבינם – הם שהביאו, למשל, לסירוב הערכאות האנגליות להכיר בדוקטרינה של אחריות מופחתת במקרים של התגוננות תוך חריגה מתנאי ההגנה הפרטית (ובעיקר התגוננות בכח מופרז)⁵¹⁰. לפיכך, יש לתת את הדעת לכך שיכולת ההבנה של המושבעים מובאת בחשבון בעת שנקבעים כללי ההגנה הפרטית במשפט האנגלי⁵¹¹.

506 ראו ע' 1614 לספר ח'8/.

507 חיבור בעייתי זה הוא הסיבה למיקום ביקורת זו בפרק הנוכחי.

508 כשנכתבה המילה "עלול" בעבודת הדוקטורט (1993) שקדמה לספר זה, מדובר היה בחשש של המחבר. בינתיים כבר התחזק חשש זה, נוכח פסק-הדין י'24/ בעניין Scarlett (1993), וראו רשימתו ט'68/ של Parish. אך ראו פסק-הדין י'22/ בעניין Owino (1996). וראו גם ההתייחסות לפסקי-הדין אשר בע' 627 ואילך לספרם ח'5/ של Card, Cross and Jones.

509 להנמקת קביעה זו ראו פרק ו(2)(ה) שלהלן.

510 לדוקטרינה זו נידרש בהרחבה בהמשך – ראו פרק ו(3) שלהלן.

511 מעניין לציין את המצב השונה בעניין זה במשפט האמריקני – ראו להלן הטקסט המפנה לה"ש 530.

(ב) המשפט האמריקני

גם במשפט האמריקני⁵¹² אין בהירות רבה באשר למצב המשפטי הנוגע להגנה הפרטית. מחד גיסא, קיימים כללים שונים של המשפט המקובל, ומאידך גיסא קיימים חוקים שונים במדינות השונות הבאים להסדיר את ההגנה הפרטית; לעתים, ללא ביטול מקביל של כללי המשפט המקובל⁵¹³. למרות הגיוון הרב יחסית שבחקיקת המדינות השונות, ניכרת השפעה רבה של הקוד הפלילי לדוגמה (Model Penal Code) של המכון האמריקני למשפט. נוסח זה, שנקבע בשנת 1958 ותוקן מעט בשנת 1962⁵¹⁴, אומץ במידה זו או אחרת של נאמנות למקור על-ידי מרבית מחוקקי המדינות שמצאו לנכון לרענן את ההסדרים החוקיים של ההגנה הפרטית⁵¹⁵.

המאפיין הבולט ביותר של הסדר ההגנה הפרטית ב-M.P.C. הוא הקוואיטיקה הרבה. ההגנה הפרטית מוסדרת בו תוך התייחסות לרשימה ארוכה של מקרים פרטיים, שכמובן אינה ממצה, אם כי לעתים היא מתיימרת להיות כזו. אך בכך לא סגי: המנסה לעמוד על השיקולים העומדים מאחורי כל הסדר פרטי (תוך העזרות, למשל, בדברי ההסבר של ה-M.P.C.) ימצא בנקל חוסר עקביות רב, הבא לידי ביטוי בקביעת כללים הנובעים מתאוריות שונות לחלוטין של ההגנה הפרטית זה לצד זה. הרושם המתקבל ממצב משפטי שכזה הוא שמעצביו נמנעו מלהכריע בשאלה העקרונית ביותר – הרציונאל של ההגנה הפרטית⁵¹⁶, והעדיפו רשימה של פתרונות חקיקתיים למצבים

512 הדיון המפורט ביותר בהגנה הפרטית במשפט האמריקני מצוי בספרו ח12/ של Robinson, שהוא גם המקור שעליו מרבים להסתמך.

513 ראו, למשל, ע' 1114 לספרם ח17/ של Perkins & Boyce.

514 ראו M.P.C. – טיוטה משנת 1958 (יג3) ו-M.P.C. – נוסח רשמי מוצע – משנת 1962 (יג4). וראו גם המהדורה משנת 1985 (יג5). הצעה נוספת שמן הראוי להזכירה, והדומה מאד – הן צורנית והן מהותית – ל-M.P.C., היא הצעת החוק הפדראלית האמריקנית יג6/.

515 המצב כיום הוא שאף שעם תיקונו היווה ה-M.P.C. רפורמה של ממש בתחומים אחדים, הרי שקיים כבר מספר מספיק של מחוקקים במדינות השונות אשר הלכו – בקווים כלליים – בעקבותיו, עד כי ניתן בהחלט לומר שהוא כבר מייצג גישות מרכזיות במשפט האמריקני – ראו, למשל, ע' 265 למאמרו ח39/ של Greenawalt; ע' 914-915 למאמרו ח36/ של Heberling. במאמר מוסגר יצוין כאן כי מכיוון שכאמור מטרת רעייתנו בשיטות משפט זרות אינה תיאור ממצה שלהן, אלא בעיקר שאיבת רעיונות, אתיחס בדרך-כלל אל הוראות ה-M.P.C. עצמו, ללא ניסיון למפות את אימוצן במדינות אלו או אחרות ממדינות ארצות-הברית.

516 דעה, שלפיה יש לראות את סייג ההגנה הפרטית שבמשפט האמריקני כחלק מסייג ה"צורך", הובעה בעבר במהדורות קודמות של שתי האנציקלופדיות הידועות, ה-American Jurisprudence (ע' 283 לכרך 21 של האנציקלופדיה ח24/) וה-Corpus Juris Secundum.

שונים של הגנה פרטית במקום קביעת העקרונות הכלליים. אילו נקבעו ב-M.P.C. הסדרים ספציפיים קזואיסטיים לצד עקרונות כלליים, לא היה הדבר מעורר התנגדות רבה. אך מצב שבו קיימים בעיקר הסדרים קזואיסטיים, כמעט ללא עקרונות כלליים, ותוך חוסר עקביות, הוא – כמובן – מאד לא רצוי. דוגמה מרכזית לכך ניתן למצוא בהתייחסות לעקרון הפרופורציה. עיקרון חשוב זה נעלם מנוסח ה-M.P.C. כעיקרון כללי ומצא ביטוי חלקי אך ורק במסגרת ההתייחסות לכח מגן קטלני⁵¹⁷.

ההתייחסות הנפרדת לחלוטין לכח מגן קטלני מהווה מאפיין בולט נוסף של המשפט האמריקני. בדרך-כלל הוא מוסדר בנפרד, תוך שלילתו כשמדובר בסכנה שאינה חמורה ביותר. מאפיין בולט אחר הוא המבחן הכולל של סבירות והדגש הרב המושם על מבחן האדם הסביר. שני מאפיינים אלה הם כה מרכזיים במשפט האמריקני עד כי מקובל לומר שם כי במרכזו של דין ההגנה הפרטית עומדות שתי הבחנות: בין כח מגן קטלני לכח אחר ובין כח מגן סביר לכח בלתי סביר⁵¹⁸. אשר לסבירות, הרי שגם במשפט האמריקני – כבמשפט האנגלי – מקובל לכוון את דרישות היסוד של נחיצות ופרופורציה תחת קורת גג משותפת זו⁵¹⁹. מעניין לציין כי קביעת הסטנדרט של האדם הסביר – לבד מהגבלות מספר עליה ובעיקר זו המתייחסת לכח מגן קטלני – מושארת לשיקול-דעתם של המושבעים⁵²⁰. זאת, אף שמדובר, בעצם, בשאלה שבדין (אשר אמורה להיחקר על-ידי בית-המשפט) ולא בשאלה עובדתית גרידא⁵²¹.

(ע' 192 לכרך 22 של האנציקלופדיה ח25). אם כך, הרי שהמתכונת הכללית היא של עריכת מאזן אינטרסים ובחירה ברע במיעוטו. במהדורות החדשות כבר לא מובעת דעה זו.

517 לדיון מפורט בסוגיה זו ראו פרק ד(8)(ג) שלהלן. נטייה חזקה לכרוסום משמעותי בעקרון הפרופורציה קיימת ב-M.P.C. במקרים (הלא מעטים!) שבהם הנסיבות אינן של הגנה פרטית בלבד, אלא גם של מניעת עבירה. ראו, למשל, ביקורתו של Robinson על חקיקה אמריקנית – הן ב-M.P.C. והן במדינות שונות – המבוססת על חזקות בלתי מבוססות, שלפיהן במקרים שבהם מבצע התוקף עבירות רכוש מסוימות באה ממילא דרישת הפרופורציה על סיפוקה – בע' 83-84 לכרך II של ספרו ח12. וראו ההפניות לפסיקה אמריקנית ברוח זו שבע' 649-650 לכרך 40 של האנציקלופדיה ח24 / American Jurisprudence. כן ראו חוסר ההתייחסות הבולט של סעיף (c)2(607 להצעה הפדראלית האמריקנית (יג6) עם עקרון הפרופורציה.

518 ראו ראשית מאמרו ח32 של Perkins וע' 1114-1117 לספרם ח17 של Perkins & Boyce.

519 כבר עמדנו – במסגרת ההתייחסות למשפט האנגלי – על חסרונות כריכה זו, ונוסיף כאן את ביקורתו של Fletcher, שלפיה מבחן הסבירות מאפשר ערפול של כמה הבחנות חשובות: בין אובייקטיבי לסובייקטיבי; בין הגנה פרטית להגנה פרטית מדומה; בין "wrongdoing" ל-"responsibility" – ראו ע' 115 למאמרו ח26 של Fletcher.

520 ראו ע' 1116-1117 לספרם ח17 של Perkins & Boyce.

521 ראו פרק ו(2)(ה) שלהלן.

מאפיין נוסף של המשפט האמריקני הוא, שבדומה למקובל במשפט האנגלי, גם בו מרוככת הדרישה האובייקטיבית של סבירות תוך הכנסת אלמנטים סובייקטיביים למבחן. אם באנגליה מצוטטת מאד – בעניין זה – הילכת Palmer⁵²², הרי שבארצות-הברית ממלאת פונקציה דומה אימרה מוקדמת הרבה יותר – אימרתו של השופט Holmes בפסק-הדין המנחה בעניין Brown⁵²³, ולפיה: “Detached reflection cannot be demanded in the presence of an uplifted knife”.

כמשפט האנגלי, אף במשפט האמריקני מקובלת ההתייחסות אל ההגנה הפרטית המדומה כאל צידוק של הגנה פרטית לכל דבר ועניין, במקום כאל פטור של טעות. המבחן – הן לגבי הערכת עצם קיומה של סכנה והן לגבי הערכת נחיצות הכח המגן – הוא “what ... [the actor] reasonably believed”⁵²⁴. שילוב זה של ההגנה המדומה בתוך ההגנה הממשית הוא כה שכיח, עד כי בדרך-כלל אין מנסחים במשפט האמריקני את תנאיה השונים של ההגנה הפרטית בלשון אובייקטיבית, אלא בלשון סובייקטיבית – תוך התייחסות לאמונת העושה⁵²⁵.

מאפיין משותף נוסף לשיטות המשפט האנגלית והאמריקנית הוא קיומו של סייג לאחריות פלילית המתיר שימוש בכח למניעת עבירה ולאכיפת החוק, והשפעתו על סייג ההגנה הפרטית. קיימת במשפט האמריקני חפיפה רבה בין שני סייגים אלה, הממוקדת בעיקר בהגנה על אדם אחר (שלעתים קרובות מהווה גם מניעת עבירה) ומביאה לתוצאות בלתי עקביות⁵²⁶. גם הסדרתה של ההגנה המדומה אינה עקבית נוכח החפיפה שבין הגנה פרטית למניעת עבירה⁵²⁷. בעניין זה יש לציין כי במשפט האמריקני קיים מתח

522 ראו ה"ש 505 שלעיל והטקסט המפנה אליה.

523 ראו ע' 502 לפסק-הדין יא/1 בעניין Brown (1921). אימרתו זו של Holmes קרובה מאד לאימרה ידועה שטבע אצלנו השופט זילברג בלשונו הציורית ושהובאה לעיל בטקסט המפנה לה"ש 466.

524 ראו, למשל, ע' 1115 לספרם ח/17 של Perkins & Boyce; ע' 92 למאמרו ט/38 של Dressler וע' 1363 למאמרו ט/25 של Fletcher. לדיון מפורט בסוגיה זו ראו פרקים ד(10) ו-ו(2)(ב) שלהלן. יצוין, כי שילוב ההגנה המדומה בהגנה הממשית נעשה הן במשפט המקובל האמריקני והן בחקיקה – ראו ע' 944 לכרך 3 של האנציקלופדיה 26/2.

525 כאן המקום להעיר הערה מתודולוגית: כדי להפיק מן המקורות האמריקניים את מרב התועלת לענייננו (דהיינו: תועלת תאורטית), הרי שלמעט הדיון בהגנה הפרטית המדומה עצמה, אתיחס בדרך-כלל לתנאים האובייקטיביים המונחים בבסיס הניסוחים הסובייקטיביים שבמשפט האמריקני.

526 עמד על כך, עם פירוט, Robinson בע' 89 לכרך II של ספרו ח/12.

527 ראו שם ה"ש 73.

בין סייג מניעת העבירה לבין סייג ההגנה הפרטית. בעניין זה תרם ה-Model Penal Code להעברת הדגש ממניעת עבירה להגנה הפרטית⁵²⁸.

תשומת-לב רבה הוקדשה במשפט האמריקני לחובת הנסיגה עובר להפעלת כח מגן קטלני. קיימים שני זרמים עיקריים, הן בחקיקת המדינות והן בפסיקה: עמדת הרוב היא כי ככלל אין חובת נסיגה, בעוד שעמדת המיעוט היא כי ככלל קיימת חובה כזו⁵²⁹.

במשפט האמריקני, בהבדל מהמשפט האנגלי, לא מנעו שיטת המושבעים והחשש שהללו יתקשו להבין ולהפעיל הסדרים מורכבים את קביעת ההוראות המפורטות מאד של ה-Model Penal Code⁵³⁰. ואולי נובע פירוט רב זה דווקא מן הרצון להדריך את המושבעים הדרכה מרבית ולצמצם את שיקול-דעתם.

מאפיין אחרון של המשפט האמריקני הוא ההתייחסות הרבה לסוגיית התגוננות האישה המוכה מפני בן-זוגה המכה. הספרות וההלכות שנצברו בשני העשורים האחרונים הנוגעות לסוגיה זו הן כה רבות עד כי לא ניתן להתעלם מהשפעתן, לא רק על הסוגיה הספציפית, אלא גם על תנאיה הכלליים של ההגנה הפרטית⁵³¹.

528 ראו העמידה על השפעה כזו (מתן דגש רב להגנה על אדם אחר וצמצום מקביל של הזכות להפעלת כח למניעת פשע ולאכיפת החוק) של ה-M.P.C. על החקיקה במדינות ארה"ב השונות בע' 1111 לספרם ח17/ של Perkins & Boyce. יצוין כי דעתם של מלומדים אלה היא דווקא הפוכה, ולפיה הדגש צריך להיות על סייג מניעת הפשע – ראו שם ע' 1108 (אם כי בע' 1126 הם כבר הרבה פחות נחרצים...).

529 לדיון מפורט ראו פרק ד(9) שלהלן.

530 ראו סעיפים 3.04-3.06, 3.09, 3.11 של ה-M.P.C. יג1/.

531 לדיון מפורט בסוגיה זו ובהשלכותיה הכלליות על דין ההגנה הפרטית ראו פרק ו(5) שלהלן.

ד. יסודות ההגנה הפרטית

1. כללי

יש להבחין בין שתי שאלות נפרדות, אך קשורות זו לזו: האחת – מה הן הדרישות המהותיות שיש להציב כתנאי להתגבשות הסייג, והשנייה – מידת הפירוט הרצויה של דרישות אלה בחוק. אשר לראשונה שבהן, נבחן להלן בפרק זה את כל התנאים החשובים – המקובלים יותר והמקובלים פחות – להתגבשות הסייג. אשר לשנייה – כאן תיתכנה שלוש גישות עיקריות: א. פירוט מרבי של כללים וחריגים להם, ואולי גם חריגים לחריגים, לשם מתן הדרכה מרבית; ב. קביעה בחוק של העקרונות הכלליים בלבד, והותרת יציקת התוכן לתוכם בידי הערכאות השיפוטיות; ג. גישת ביניים, שלפיה יש לקבוע בחוק הן את העקרונות הכלליים והן פירוט מסוים (אך מוגבל) שלהם. לדעת, עדיפה גישת הביניים. שכן, מחד גיסא, הדרכה מסוימת – לאו דווקא של הציבור הרחב אלא בראש ובראשונה של ציבור המשפטנים בכלל והשופטים בפרט – היא הכרחית, ומאידך גיסא, פירוט רב מדי יוצר הסדר מסורבל, בלתי גמיש, קזואיסטי ובאופן פרדוקסלי מעט – חסר (שכן, נוכח פירוט רב של מקרים אחדים יוצרת ההתעלמות הבלתי נמנעת ממקרים אחרים תמונה חסרה). מובן שגם בחירה זו בגישת הביניים מהווה אך ורק נקודת מוצא, שהרי צפויות מחלוקות רבות בשאלה היכן עובר שביל הזהב.

2. היקף התחולה של הסייג

שאלת היקף תחולתו של סייג ההגנה הפרטית נחלקת לשתי שאלות משנה עיקריות: האחת – על אילו עבירות הוא חל ומהוה סייג לאחריות פלילית בגינן, והשנייה – תחולתו על מחדלים. נפתח בראשונה שבהן. כאמור, מאפיין חשוב מאד של ההגנה הפרטית, המהווה אבן יסוד ברציונאל העומד מאחוריה, הוא שפגיעת העושה (הנתקף-המתגונן או המגן על הנתקף) היא בתוקף עצמו, המבצע תקיפה בת־אשם. אמנם, גם כשפגיעת הנתקף אינה בתוקף, אלא בצד שלישי תמים, קיימת פגיעה באוטונומיה של הנתקף – כתוצאה מהתקיפה – אך לא עומדת לצדו של הנתקף במאזן האינטרסים (שיש לעשותו לא בין הנתקף לתוקף אלא בין הנתקף לצד השלישי התמים) אשמתו של התוקף ולא עומד לצדו הסדר החברתי־משפטי, אלא נהפוך הוא: הסדר החברתי־משפטי דווקא נפגע כשהנתקף פוגע שלא בתוקף עצמו.

כשמדובר בפגיעה בתוקף עצמו, אין רציונאל ההגנה הפרטית מכתוב צמצום של הסייג לעבירות מסוימות שמבצע העושה. מאפיין זה – פגיעה בתוקף – מביא, באופן טבעי, לכך שהעבירות השכיחות הרלוונטיות לעניין סייג ההגנה הפרטית הן עבירות נגד גוף האדם: רצח, הריגה, ניסיון רצח, תקיפה, חבלה, פגיעה וכיו"ב. אלא שמבחינה עקרונית אין מקום להגבלה מראש של הסייג לסוג מסוים של עבירות, והאחריות לכל עבירה שאת יסודותיה מבצע העושה בנסיבות של הגנה פרטית, המהווה פגיעה בתוקף, עשויה להישלל על-ידי סייג ההגנה הפרטית. כך, למשל, יכול שפעולת ההגנה הפרטית תקיים את יסודותיהן של עבירות אחרות, כגון כליאת שווא, איומים ועבירות של פגיעה ברכוש (של התוקף). מכאן גם המיקום המקובל של סייג ההגנה הפרטית בחלק הכללי של הקודקסים הפליליים, כיאה לסייג בעל תחולה כללית, החל – בהיעדר קביעה מפורשת אחרת – על כל העבירות.

כך, למשל, ניתן להצביע על הגדרות רחבות – בלתי מוגבלות מבחינת תחולתן לעבירות אלה או אחרות – של סייג ההגנה הפרטית בחלק הכללי של רובם המכריע של הקודקסים הפליליים שנבחנו במסגרת מחקר זה⁵³². מעניין לציין כי משתוקן החוק

532 ראו, למשל (ההפניות המפורטות לקודקסים השונים מופיעות בחלק יב של הביבליוגרפיה שבסוף הספר): סעיף 17 לחוק הפלילי הסיני; סעיף 32 לחוק הפלילי המערב־גרמני (דאז); סעיף 6 לחוק הפלילי הפיני; סעיף 52 לחוק הפלילי האיטלקי; סעיפים 271-273 לחוק הפלילי של קווינסלנד (אוסטרליה); סעיף 44 לחוק הפלילי הרומני; סעיף 22 לחוק הפלילי הפולני; סעיף 24 לחוק הפלילי השוודי; סעיף 25(2) לחוק הפלילי הקולומביאני; סעיף 34(6) לחוק

הישראלית בשנת 1992, הושארה תחולת סייג ההגנה הפרטית כללית, אך הוסף להגדרת פעולת ההגנה הפרטית – תוך קבלת הסתייגות של אחד מחברי-הכנסת – התנאי (שהוא אולי מובן מאליה אך בהחלט מדויק) "כלפי תוקף", המבטא, כאמור, ייחוד חשוב מאד של ההגנה הפרטית⁵³³. בינתיים תוקן החוק הישראלי פעם נוספת ובתיקון 39 משנת 1994 בוטל, בין השאר, גם תנאי זה⁵³⁴.

למרות האמור לעיל, ואף שהמלומדים מסכימים ביניהם כי אין טעם עקרוני להגבלת היקף התחולה של הסייג⁵³⁵, בכל זאת קיימת בעולם המשפט האנגלו-אמריקני תופעה של התייחסות אל ההגנה הפרטית שלא כאל סייג כללי אלא כאל סייג לעבירות מסוימות. כך ניתן למצוא בספרים מספר התייחסות כפולה להגנה הפרטית: פעם במסגרת הדיון בעבירות ההמתה ופעם נוספת במסגרת הדיון בעבירות של תקיפה, חבלה ופגיעה⁵³⁶. התייחסות כזו לסייג ההגנה הפרטית אינה רצויה, מכיוון שאין טעם עקרוני להבחין בין תנאי ההגנה הפרטית נוכח עבירות שונות. כאמור, הסייג הוא אחד, ולפיכך התוצאות המתקבלות מהבחנה כזו הן, במקרה הטוב – חזרות מייגעות על דברים שכבר נאמרו, ובמקרה הרע – יצירת הבחנות מהותיות נטולות בסיס. יש לציין, כי מקור הבחנות אלה

הפילי הארגנטיני; סעיף 48 לחוק הפלילי הנורווגי; סעיף 21 לחוק הפלילי הקוריאני; סעיף 33 לחוק הפלילי השוויצרי; סעיף 8 לחוק הפלילי הספרדי וסעיף 13 לחוק הפלילי של ברה"מ (דאז).

533 נוסח הסעיף היה "... נהג כפי שנהג כלפי תוקף כדי להדוף תקיפה שלא כדין..."; נוסח המבטא מחד גיסא את כלליות הסייג ("נהג... כדי להדוף תקיפה") ומאידך גיסא את ההגבלה האמורה ("כלפי תוקף"). ראו נוסחו של סעיף 22 לחוק העונשין, תשל"ז-1977 - כפי שנקבע בסעיף 1 של החוק המתקן 2. וראו הסתייגותו של חבר-הכנסת לוי, אשר הציע להוסיף המילים "כלפי תוקף", בע' 3737-3738 לפרוטוקול ישיבת הכנסת א'3; הסכמת יושב-ראש ועדת חוקה חוק ומשפט – חבר-הכנסת לין – לכך בע' 3744 וקבלת הסתייגות זו בע' 3745. גם בהצעתם ג'5 של אנקר וקרפ נקבעה דרישה רצויה זו – בסעיף 38 ("מעשה שעשה אדם בתוקף... – ההדגשה הוספה). בהצעת חוק זו ניתן גם תיאור רחב יותר של פעולת העושה – "... להדוף או למנוע תקיפה שלא כדין...", תיאור המבטא נאמנה את האפשרות הקיימת של "מכה מקדימה" בכפוף לתנאי המיידיות.

534 מעניין לציין שבדיוניו של ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת בהצעת חוק העונשין (חלק מקדמי וחלק כללי), תשנ"ב-1992, הובאה כשיקול נגד הוספת המילים "כלפי תוקף" האפשרות – שהיא מוטעית, לדעתי – שההגנה הפרטית תחול גם על פגיעה בעובר-אורח תמים במהלך ההתגוננות מפני התוקף – ראו ה"ש 1135 שלהלן והטקסט המפנה אליה.

535 ראו, למשל, ע' 501 לספרו ח'2 של Williams; ע' 626 לספרם ח'5 של Card, Cross & Jones; ע' 260 לספרם ח'3 של Smith & Hogan; ע' 422 לספרו ד'2/ב של פלר.

536 כזו היא ההתייחסות להגנה הפרטית, למשל, באנציקלופדיית ח'24 American Jurisprudence ו-25P Corpus Juris Secundum.

אינו בדמיונם של הכותבים, אלא הוא נעוץ במשפט המקובל, שבו לא הייתה תחולת הסייג רחבה. תחולה מצומצמת זו נבעה מהחששות ההסטוריים, אשר מוצאים ביטוי גם במשפט האנגלי בן ימינו, מפני סייגי אילוץ כלליים אשר ינגסו בנורמות האוסרות ויגרעו מתוקפן⁵³⁷.

תופעה נוספת – פרי יצירת המחוקק האנגלי – היא הסייג הנוסף – מלבד ההגנה הפרטית – המתייחס להגנה על רכוש תוך פגיעה ברכוש. סייג נפרד זה, הקבוע בסעיף 5(2)(b) ל-Criminal Damage Act, 1971⁵³⁸, הוא מיותר ומביא לא רק לחזרות מיותרות אלא גם להבחנות בלתי מוצדקות ולאנומליה של ממש⁵³⁹.

קשיים חקיקתיים יצרו גם מנסחי ה-Model Penal Code האמריקני, כאשר במקום להתייחס באופן כללי, כמקובל, ל-"conduct" או ל-"act" של העושה, בחרו דווקא במונח "force". צמצום זה יצר קשיים שלפתרון חלקם נאלצו המנסחים להתייחס במפורש לאפשרות של התגוננות באמצעות כליאה; אפשרות שאין כל סיבה שסייג ההגנה הפרטית לא ישתרע גם עליה⁵⁴⁰.

537 ראו, למשל, ע' 260-262 לספרם ח3 של Smith & Hogan.

538 ראו ההתייחסות אליו במאמר ט14 של Cowley ובע' 253 לספרם ח3 של Smith & Hogan.
539 ראו ה"ש 495 496 שלעיל והטקסט המפנה אליהן. גם בהצעת החוק האנגלית משנת 1989 נמצא – משום מה – מקום לסייג נפרד שכזה – ראו סעיף 185 להצעת החוק יג2.

540 ראו סעיף 3.04(3) ל-M.P.C. יג4. מעניינת היא ההנמקה המוזרה של מנסחי ה-M.P.C. להתייחסותם הספציפית לכליאה ככח מגן: לדבריהם, נעשה הדבר באנלוגיה להכללת כליאה גם בהגדרת "unlawful force" שבסעיף 3.11(1) (מדובר בכח הבלתי חוקי שמפעיל התוקף ושנדרש כתנאי להתרת תגובת הנתקף או המגן עליו – הבהרת המחבר) (ראו דברי ההסבר שבע' 27 ל-Draft יג3). דעתי היא כי אין כל קשר הכרחי בין הגדרת תקיפת התוקף (שאליה נידרש בפרק ד(4) (ב) שלהלן) לבין העבירות שעליהן חל הסייג (שלכאורה מבצע הפועל בהגנה פרטית). ודאי שאין כאן מקום ל"אנלוגיה" הנ"ל.

בעניין זה של כליאת שווא מעניינת האפשרות שהעלה אצלנו אנגלרד – אמנם תוך דיון בהגנה הפרטית שבדיני הנוזיקין, אך בהתאמה, להערכתו, גם לענייננו – ולפיה, נוכח פקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) [נוסח חדש], תשכ"ט 1969 - (א6), אשר הסדירה גם את אפשרויות המעצר הפרטי, הרי שאף שמותר היה לבעל חנות לתקוף את הגונב ממנו, ייתכן שאסור היה לו לכולאו (ראו ע' 291 לספר ד10 / שבעריכת טדסקי). עוד יש לציין בעניין כליאת שווא, כי גם משמתירים התגוננות באמצעותה, יש כמובן להכפיף את משך זמן הכליאה – שהרי מדובר בעבירה נמשכת – לדרישת הנחיצות. לבסוף, Robinson רואה גם את ההתייחסות לאיום בכח קטלני שבסעיף 3.11(2) ל-M.P.C. כנובעת מן המונח המצומצם "force" – ראו ה"ש 2 שבע' 3 לכרך II של ספרו ח12. אלא שלדעתי מקור התייחסות זו שונה לחלוטין, ונעוץ ברצון להבהיר כי איום (בלבד) בכח קטלני אינו בגדר "כח קטלני".

כאמור, מחד גיסא אנו למדים מרציונאל ההגנה הפרטית כי אין להגבילה לעבירות מסוימות בלבד, ומאידך גיסא כי יש להגבילה לפגיעה בתוקף עצמו. בכל זאת מתייחסים לעתים גם לעבירות שאינן מהוות פגיעה בתוקף במסגרת זו של הגנה פרטית דווקא. ההתייחסות השכיחה בעניין זה היא לפעולות הכנה (לקראת הגנה פרטית) בכלל ולהחזקת נשק בפרט⁵⁴¹. דעתי היא כי בהיותן פגיעות שלא בתוקף, עשויה האחריות הפלילית בגין מעשים שכאלה להישלל במסגרת סייג ה"צורך" אך לא במסגרת ההגנה הפרטית⁵⁴². כאן יש לעמוד על טעות אופיינית, שלפיה החזקת נשק שלא כדין (דהיינו: ללא רישיון) שוללת מן הנתקף את זכות ההגנה הפרטית, ולפיכך אם רוצים לאפשר לו להתגונן יש לפטור אותו – באמצעות סייג ההגנה הפרטית – גם מעבירת החזקת הנשק. יש להפריד כאן היטב בין שני עניינים שונים: האחד – החזקת הנשק, והאחר – השימוש בו. יכול בהחלט שהשימוש בנשק שהחזקתו אסורה (ולפיכך מהווה היא עבירה) יהיה מותר במסגרת ההגנה הפרטית. במקרה כזה יישא העושה באחריות אך ורק לעבירה של החזקת (או נשיאת – לפי המקרה) נשק ללא היתר. יכול גם שלא יישא באחריות כלל – אם החזקת הנשק תיכנס לגדרו של סייג ה"צורך" (כגון אם לעושה הייתה צפויה סכנה חמורה ומיידית שהדרך הסבירה להתמודד אתה הייתה החזקת הנשק). ויכול אפילו שמעשהו יוצדק – בבחינת justification ולא excuse בלבד – אך במסגרת האכסניה המתאימה לכך – סייג ה"צורך". שכן, עצם הגדרתה של ההגנה הפרטית (הנגזרת ממהותה) שוללת את הטיפול במקרים כאלה במסגרתה, שהרי הפגיעה אינה בתוקף. אולם, אין בעצם ההחזקה הבלתי חוקית בנשק כדי לשלול את סייג ההגנה הפרטית ביחס לפגיעה בתוקף, כשם שאין בסייג ההגנה הפרטית (בהבדל מסייג ה"צורך") כדי לשלול אחריות פלילית לעבירה של החזקת נשק⁵⁴³. עם זאת, להחזקת הנשק עשויה בנסיבות

541 התייחסות זו מצאה ביטוי גם בסעיף (5)44 להצעת החוק האנגלית יג', העוסק במעשי הכנה כאלה, שלקראת שימוש בכח מגן. על-פי דברי ההסבר להצעת חוק זו (ראו ע' 233) הדוגמה הקלאסית היא החזקה של נשק. וראו נוסחו הדומה של סעיף (2)29 להצעת החוק יג' /10 משנת 1993.

542 לעמדה דומה ראו ה"ש 5 בע' 1160 לספרם Perkins & Boyce /17 של Perkins & Boyce. לעמדה שונה – שלפיה יש להרחיב את תחולת ההגנה הפרטית גם על מעשי הכנה – ראו ע' 117 ואילך לספרו ח'4 של Smith וע' 261 לספרם ח'3 של Smith & Hogan.

543 לעמדות דומות ראו ע' 1131 לספרם Perkins & Boyce /17 של Perkins & Boyce; ע' 148 למאמרו ט'32 של Perkins; ה"ש 2 בע' 650 לספרם La Fave & Scott /18 של La Fave & Scott. לדיון מפורט יחסית בסוגיה ראו ע' 699-699 למאמרה ט'48 של Diamond.

מסוימות להיות השפעה על זכות ההגנה הפרטית, אם היא נעשית בניסבות שבהן יש לראות את העושה כמי שגרם באשמתו למצב שבו נאלץ להתגונן.⁵⁴⁴

לסיום הדיון בשאלת העבירות השונות שעליהן חל סייג ההגנה הפרטית, יש לעמוד על האפשרות שלמרות כלליות תחולת הסייג, ישלול המחוקק את תחולתו על עבירות מסוימות. לדעתי, אין טעם מהותי להגבלה כזו של ההגנה הפרטית, אלא שכידוע אין מחוקק מלבד המחוקק ולו לבדו נתכנו עלילות החקיקה. כך, למשל, שלל המחוקק הישראלי את תחולתו של סעיף 22 לחוק העונשין (אשר כרך בעבר את סייגי ההגנה הפרטית וה"צורך" יחדיו), כך שלא יחול על עבירות שונות נגד ביטחון המדינה, עבירות של הפסקת היריון ועבירות על-פי החוקים העוסקים בפשע השמדת-עם, ובפשעי הנאצים ועוזריהם.⁵⁴⁵ הגבלות אלה כווננו – כפי הנראה – לסייג ה"צורך" ולא לסייג ההגנה הפרטית. מכל מקום, גם אם חלו על ההגנה הפרטית, יש לראותן כיוצאות מן הכלל שדווקא העידו על הכלל עצמו: תחולה כללית של סייג ההגנה הפרטית.

מכאן לשאלה השנייה שהוצגה בראשית פרק זה – תחולת סייג ההגנה הפרטית על מחדלים. דומה, כי שאלה זו אינה מעוררת קושי. אמנם – מטבע הדברים – רובן המכריע של פעולות ההגנה הפרטית הן מעשים אקטיביים, אולם אין כל טעם עקרוני לשלול תחולתה במקרים שבהם מדובר באפס מעשה.⁵⁴⁶ ואכן, מקובל בשיטות המשפט השונות – הן בספרות והן בחקיקה – כי תחולת סייג ההגנה הפרטית אינה מוגבלת לפעולות

544 אלא שסוגיה מיוחדת זו חורגת מנושא דיוננו זה. נשוב ונידרש אליה בפרק (4) שלהלן.
545 ראו (בהתאמה) סעיפים 93 ו-3191 לחוק העונשין, תשל"ז-1977 (א1); סעיף 6 לחוק למניעתו ולענישתו של הפשע השמדת עם, תש"י-1950 (א10); וסעיפים 8 ו-101 (ב) (חריג כשמדובר ב"אדם נרדף") לחוק לעשיית דין בנאצים ועוזריהם, תש"י-1950 (א9). פלר הביע דעתו לגבי מרבית ההגבלות האלה כי הן מיותרות – ראו ע' 10 למאמרו ה3, ובמקום אחר הביע דעתו כי למרות לשון החוק הן חלות רק לגבי סייג ה"צורך" ולא לגבי ההגנה הפרטית – ראו ע' 421 לספרו ד2/ב). יש לציין שגם לאחר תיקון מס' 39 לחוק העונשין, שהסדיר את ההגנה העצמית בסעיף 34, את הצורך בסעיף 34 ואת הכורח בסעיף 34, עדיין מפנים סעיפים 93 ו-3191 לחוק העונשין אל סעיפים 21 ו-221 לחוק, אף שכיום עוסקים סעיפים אלה ברשלנות ובאחריות קפידה... המחוקק התרשל בביצוע ההתאמות הדרושות בהפניות מסעיף לסעיף. פתרון בעיה זו מצוי, כפי הנראה, בסעיף 25 לחוק הפרשנות (א15), שלפיו "אזכור של חיקוק בחיקוק אחר – כוונתו לחיקוק המאוזכר כנוסחו בשעה שנוקמים לו, לרבות הוראות שנוספו בו והוראות שבאו במקומו בחיקוק אחר."

546 לעמדה כללית (שהובעה בעניין אחר), ושלפיה בהיעדר טעם מיוחד לכך אין להבחין בין מעשה אקטיבי לבין מחדל שגורמת אליו חובה לפעול, ראו מאמרו ה35 של מחבר ספר זה.

אקטיביות בלבד⁵⁴⁷. דוגמה אפשרית למצב הבלתי שיגרתי שבו מתבצעת הגנה פרטית במחדל: א' הוא האחראי על הסטת פסי מסילת הרכבת. ב' נוסע לבדו בקטר בודד לעבר המחלף שעליו אחראי א' ומכוון לעברו רובה מתוך כוונה ברורה להמית את א'. א', המבחין בכך ברגע האחרון, נמנע מלמלא את חובתו להסטת הפסים כנדרש וכתוצאה מכך אין ב' חולף בסמוך ל-א' אלא ממשיך במסילה חלופית, מתנגש ברכבת חונה (שאינן בה איש) ונפגע⁵⁴⁸.

לבסוף, קיימת שאלה נכבדה נוספת שניתן לשייכה לנושא דיונונו – היקף התחולה של הסייג – והיא: מה הם הערכים שההגנה עליהם היא מוצדקת במסגרת סייג ההגנה הפרטית. לשאלה חשובה זו ייוחד הפרק הבא.

547 ראו, למשל, סעיף 34 לחוק העונשין, תשל"ז1977 - (א/18), בצירוף סעיף 18(ב) לחוק זה, המגדיר "מעשה" ככולל גם מחדל. Robinson הציע את המונח "conduct" במקום המונח "force" שב-M.P.C., והביע דעתו כי מונח זה יקיף – כראוי – גם מחדלים וכן החזקה (שלעתים מתלבטים אם לשייכה ל"מעשה" או ל"מחדל") – ראו ה"ש 2 בע' 3 לכרך II של ספרו 12/1.

548 דוגמה נוספת: א' הוא מציל בחוף רחצה ביים. ב' – שאינו יודע לשחות – מתקדם לעברו על גבי סירה כשבידו פגיון וכשכוונתו הברורה – גם לא' – היא להמית את א'. הסירה מתהפכת, ב' מפרפר במים (אך מתעקש להמשיך ולהחזיק בפגיון...) ו-א' – כדי להגן על עצמו – אינו ממלא את חובתו להציל את ב'.

דוגמה אחרונה – מן התחום של הגנה על אדם אחר: א' הוא רופא הנדרש על-ידי ב' – חולה במחלה כרונית – להזריק לו תרופה שלה נזקק הוא באופן מיידי. הסיטואציה היא כזו שברור לחלוטין כי ברגע שיקבל ב' את התרופה וישוב מיידיית לאיתנו – ינסה לפגוע פגיעה אנושה ב-ג' המצוי גם הוא באותו חדר. א' מתנה את הזרקת התרופה בכך ש-ב' ימסור לו את אקדחו (המיועד לקטילת ג'), ב' מסרב, ו-א' נמנע מלהזריק ל-ב' את התרופה ומותירו ללא הטיפול הרפואי הנדרש.

3. הערכים שההגנה עליהם היא מוצדקת

בפתח דיון זה שתי הבהרות: האחת – נושא הדיון הוא, בעיקר, האינטרסים הלגיטימיים של הנתקף העלולים להיפגע מתקיפת התוקף, ולא האינטרסים המופשטים המובאים אף הם בחשבון בעריכת מאזן האינטרסים. דהיינו, מדובר במישור הראשון של המאזן שעליו עמדנו לעיל⁵⁴⁹. הבהרה חשובה נוספת: השאלה היא מה הם האינטרסים שהגנה (כלשהי) עליהם היא מוצדקת, ולא מהי מידת ההגנה הפרטית שניתן להצדיק לגבי כל אחד מהם. בשאלה אחרונה זו נדון להלן, בעיקר במסגרת הדיון בעקרון הפרופורציה⁵⁵⁰. בטרם נפנה לדיון עצמו, נבהיר גם כי הסוגיה הנכבדה של ההגנה על אדם אחר, שגם לה קשר הדוק לנושא דיוננו, תידון להלן בנפרד ובהרחבה⁵⁵¹.

מה מלמדנו הרציונאל הניצב מאחורי הצדקת ההגנה הפרטית, על חוג הערכים שעליהם מוצדק להגן? כאמור, רציונאל זה מורכב מכמה גורמים חשובים, מלבד האינטרסים הלגיטימיים של הצדדים לעימות⁵⁵². גורם אחד הוא האוטונומיה של הנתקף. גורם זה הוא בעל משקל כשנפגע אינטרס לגיטימי כלשהו של הנתקף. אמנם, כשמדובר באינטרס פעוט ערך אין עוצמתו של גורם זה גדולה, אך זוהי כבר שאלה של פרופורציה, שהתשובה עליה עשויה להכתיב צמצום והגבלה של הכח המגן, אך לא שלילת מוחלטת שלו. לעומת זאת, אין – מתוך הגדרה ממש – גורם האוטונומיה של הפרט תומך בהגנה על אינטרסים של הציבור, של המדינה ושל החברה, אלא אם כן נאמר שההגנה הישירה על אינטרסים כאלה מגנה בעקיפין גם על האוטונומיה של הפרט. גורם חשוב נוסף בהצדקת ההגנה הפרטית הוא הסדר החברתי-משפטי. גם כאן, ככל שהאינטרס שבסכנה הוא פעוט ערך יותר, כך – בהתאמה – נחלש השיקול של ההגנה על הסדר החברתי-משפטי. נחלש – אך עדיין קיים הוא, ולכן אין לשלול על הסף הגנה על אינטרס לגיטימי פעוט ערך רק בשל ערכו המוגבל. די, לעניין זה, בעקרון הפרופורציה, שיפעל לשלילת כח מגן גדול להגנת אינטרס פעוט ערך. אם אכן יסתפק העושה (הפועל במסגרת ההגנה הפרטית) בכח מגן קטן, אין סיבה עקרונית לשלול על הסף את הפעלתו. אם, לעומת

549 ראו פרק ב(6) שלעיל.

550 ראו פרק ד(8) שלהלן. כך, למשל, כשמצמצם סעיף 3.04(2)(b) ל-M.P.C. האמריקני יג/4 את חוג הערכים שעליהם מותר להגן בכח קטלני, מהווה הדבר ביטוי (מסוים) של עקרון הפרופורציה ואין זו רשימה ממצה של הערכים שעליהם מותרת הגנה פרטית (כלשהי).

551 ראו פרק ה(2) שלהלן.

552 אחד מגורמים אלה – אשמת התוקף – אינו משפיע השפעה עקרונית של ממש על נושא דיוננו.

זאת, יבחר העושה בכח מגן מופרז, הרי שהסדר החברתי-משפטי דווקא ייפגע כתוצאה מביצוע עבירה חמורה נוכח סכנת פגיעה של מה בכך, ולפיכך תישלל הצדקתה של ההגנה הפרטית.

אף שמבחינה עקרונית ניתן, כפי שראינו, לאפשר הגנה פרטית על כל אינטרס לגיטימי, בלי לשלול על הסף אינטרסים מסוימים, בכל זאת יש מחוקקים – לרבות המחוקק הישראלי – שקבעו רשימה סגורה של ערכים שעליהם מוצדקת ההגנה הפרטית. ארבעה מהם אינם מעוררים קושי מיוחד ומקובלים על הכל: חיי האדם, חירותו⁵⁵³, גופו ורכושו. אלו הם גם ארבעת הערכים שהופיעו בכל הצעות החוק הישראליות ושנקבעו בסופו של דבר בחוק העונשין עצמו⁵⁵⁴.

מכאן לערכים בעייתיים יותר: הראשון – עדיין אחד מן האינטרסים האישיים של הנתקף עצמו – הוא כבודו של הפרט. אינטרס זה זכה לדיונים רבים במשפט הישראלי דווקא, וזאת בעקבות קביעתו המפורשת בחוק על-ידי המחוקק המנדטורי בסעיף 18 לפקודת החוק הפלילי, 1936, אשר גלגולו המאוחר יותר, שהיה בתוקף עד 1992, הוא סעיף 22 לחוק העונשין, תשל"ז-1977. כפי שמציין אנקר, ניתן להסביר את הרשימה הסגורה של ערכים שקבע המחוקק המנדטורי, על רקע גישתו השמרנית של המשפט האנגלי כלפי הגנת ה"צורך" וחששו מכך שקיומה יביא לאנרכיה⁵⁵⁵. ואולם, דווקא על רקע זה, קשה להסביר כיצד מצא גם הכבוד מקום ברשימת הערכים המצומצמת שנקבעה

553 מעניין כי ב-M.P.C. האמריקני מיקמו – משום מה – את ההגנה על חופש התנועה (הדיפת מפריע החוסם את הדרך) בסעיף שעניינו הגנה על רכוש – ראו סעיף 3.06(6) והדוגמאות המובאות בע' 48 לדברי ההסבר ל-M.P.C. יג'.

554 ראו סעיף 35 להצעת החוק של ועדת המומחים בראשות השופט אגרנט ג'1; סעיף 46 להצעת החוק של פלר וקרמניצר כפי שהונחה על שולחן הכנסת ג'4; סעיף 38 להצעת החוק של אנקר וקרפ ג'5; סעיף 1 לחוק העונשין (תיקון מס' 37), תשנ"ב-1992 (א)2; וסעיף 34 לחוק העונשין (א)18 כפי שנקבע בתיקון 39 (א)17.

555 ראו ע' 109 ואילך לספרו ד'1. לביקורת על רשימה סגורה ומצומצמת זו שנקבעה בחוק ראו ע' 423 ואילך לספרו ד'2/ב של פלר.

קונסטרוקציה מעניינת בנה שלף, שביקש להגיע לתוצאה של הכנסת אי-ציות לחוק מטעמי מצפון לגדר סעיף 22 לחוק העונשין תוך התבססות על המילה "כבוד" שהייתה קבועה בסעיף (ראו ע' 139 ואילך למאמרו ה'34). אפשרות זו אמנם גולשת מתחומי ההגנה הפרטית אל תחומו של סייג ה"צורך", אולם הובאה כאן כדי להדגים את הסכנה – שהוזכרה לעיל – של אנרכיה כתוצאה מהתפרשות הסייג על כל הערכים הקיימים (במאמר מוסגר יצוין גם כי הקונסטרוקציה הנ"ל חורגת ממאפייניו של מצב אילוץ ולוקה, בין היתר, בחוסר התיישבות עם דרישת המיידיות).

בחוק⁵⁵⁶. ואכן, כותבים מספר הסתייגו ממילה זו שבחוק. כך, למשל, הוצע לפרש אותה כמתייחסת לחופש המיני (בלבד) של האדם⁵⁵⁷. ואילו פלר הביע את דעתו כי קשה לתאר מקרה שבו תעמוד הגנה על הכבוד ביתר תנאיה של ההגנה הפרטית כשאינן לתקיפה ביטוי של פגיעה בגוף האדם⁵⁵⁸. משלילה על הסף שכזו יש להסתייג. כך, למשל, ייתכן שדחיפה קלה ביותר תעמוד בדרישות ההגנה הפרטית – לרבות הפרופורציה – כשהיא מיועדת למנוע פגיעה חריפה בכבוד האדם. יש לציין, כי נוסחו המוצע של התיקון שהוכנס בשנת 1992 בחוק העונשין כלל גם התייחסות מפורשת ל"כבוד", אך בעקבות קבלת הסתייגותו של שר המשפטים, בהסכמת יושב-ראש ועדת החוקה, חוק ומשפט, הושמטה מילה זו מנוסח החוק שהתקבל⁵⁵⁹. גם בנוסחו הנוכחי של החוק, אשר נקבע בתיקון מס' 39⁵⁶⁰, לא מופיע הכבוד בין ארבעת הערכים המוגנים המנויים בהגדרת ההגנה העצמית ("בחייו, בחירותו, בגופו או ברכושו"). לבסוף, יש לתת את הדעת על חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו⁵⁶¹, שבסעיף 4 לו נקבע כך: "כל אדם זכאי להגנה על חייו, על גופו ועל כבודו". המילים "זכאי להגנה" אמנם אינן מחייבות הגנה פרטית דווקא, אולם בהחלט עשויות הן לתמוך בה, בין ישירות ובין באמצעות חיזוק זכותו של הפרט כלפי המדינה להתנגד לתוקפנות. מעבר לדיונונו ב"כבוד", יש לציין כי הוראות חוק-יסוד זה עשויות לתמוך בזכות ההגנה הפרטית על הערכים הבאים הנזכרים בהן: חיים, גוף, קניין, חירות, פרטיות וצנעת החיים⁵⁶².

556 מבחינת ההשתלשלות החקיקתית, הרי שכפי שמציין אנקף בע' 109 לספרו ד/1, פירוט הערכים המוגנים נלקח מסעיף 42 לקוד הפלילי העותמאני והוכנס לסעיף 18 לפקודת החוק הפלילי, 1936, וזאת על-פי דרישת שופטי המנדט.

557 ראו ע' 7 למאמרו 111/ של ביין, ובמיוחד ה"ש 31, שבה מבסס ביין את עמדתו זו על הפסיקה.

558 ראו ע' 424 לספרו ד/2(ב).

559 ראו ע' 3740, 3745, 3746 לדברי הכנסת א/3. נימוקיו של שר המשפטים מרידור להשמטת המילה "כבוד" היו: היעדר תקדים בפסיקה שבו זוכה אדם בשל הגנה פרטית על כבוד גרידא; הקושי בהתקיימות מצב שכזה, שעליו עמד, כאמור, פלר; השינוי שעשויה קביעת המילה בחוק החדש להכניס בפסיקה (אף שגם בנוסח הקודם של החוק הופיעה המילה "כבוד"); היותה של הפגיעה בכבוד ניתנת לתיקון בדרכים חוקיות והסכנה של שימוש בירושה מנדטורית זו להגנה על "כבוד המשפחה". יושב-ראש ועדת החוקה, חוק ומשפט, חבר-הכנסת לין, הסכים להסתייגות זו (השמטת המילה "כבוד"), אף שציין כי "הוסבר לנו שדווקא על-פי הדין היהודי מדקדים מאד בזכותו של אדם לכבודו העצמי" (ראו שם).

560 ראו החוק המתקן א/17.

561 ראו החוק א/14.

562 ראו ה"ש 1502 שלהלן.

מכאן לסוגיה נכבדה יותר (בהשוואה לזו המתמקדת בכבוד) – אינטרסים שאינם של הפרט אלא של הציבור, של המדינה או של החברה בכלל ואינטרסים ביטחוניים בפרט. מבחינה עקרונית, ניתן לבסס הגנה פרטית על אינטרסים כאלה על גורם הסדר החברתי-משפטי שבהצדקתה⁵⁶³, אם כי, כאמור, גורם האוטונומיה של הפרט אינו תומך בהגנה במקרים אלה. אפשרות נוספת היא לראות את האינטרס של החברה כמחליף את גורם האוטונומיה של הפרט, ממש כשם שהחברה (או המדינה) מחליפה בענייננו את הפרט בתפקיד של הנתקף והנפגע הפוטנציאלי. כמו כן ניתן אולי לראות בהגנה הישירה על המדינה הגנה עקיפה על האוטונומיה של הפרט, שהרי בחברה המודרנית המדינה היא שמספקת את עיקר ההגנה על הפרט. בקודקסים פליליים אחדים (בעיקר בשיטות המשפט של המדינות הקומוניסטיות) נכללו אינטרסים כאלה – של החברה והמדינה – בהגדרת ההגנה הפרטית. מעניין כי בקודקסים אלה נקבעו האינטרסים של המדינה והציבור בדרך-כלל אפילו לפני אלו של הפרט⁵⁶⁴. Silving הביאה בספרה הנמקה לתמיכה בהגנת פרטית על אינטרסים של המדינה, כדלקמן: מקובל כי מוצדקת ההגנה על רכוש – גם על רכושו של אדם אחר⁵⁶⁵. אם כך, אין סיבה שלא להצדיק הגנה על רכוש של תאגיד, ומכאן כבר קצרה הדרך להצדקת ההגנה על אינטרסים חיוניים של המדינה, לרבות פגיעה בחוקה, בטריטוריה או בביטחון המדינה⁵⁶⁶. במקומותינו עמד פלר – באשר לסייג ה"צורך" – על נחיצותה של הגנה על אינטרסים של המדינה. לשיטתו,

"מדוע לשלול את הגנת ה'צורך' במקרה של מעשה שנעשה לשם הגנת אינטרסים אשר הפגיעה בהם איננה מתבטאת בממון או בנפש דווקא? הכוונה היא לאינטרסים העילאיים של המדינה או של הציבור, כגון ביטחון המדינה, ריבונותה וכיוצא באלה"⁵⁶⁷.

563 ראו דבריו של Eser בע' 632 למאמרו 61ט'. כפי שהוא מציין, אף שהרציונאל המקובל במשפט הגרמני מאפשר הגנה על "public interest", בפרקטיקה לא מקובלת הגנה כזו.

564 ראו סעיף 13 לחוק הפלילי של ברית-המועצות (דאז) ("...the interest of the Soviet state,) (public interests, the person or the rights of the individual..."); סעיף 17 לחוק הפלילי הסיני; סעיף 22 לחוק הפלילי הפולני; סעיף 44 לחוק הפלילי הרומני (ההפניות המלאות מופיעות בחלק יב של הביבליוגרפיה שבסוף הספר).

565 לדין מפורט בהגנה על רכושו של אדם אחר ראו פרק ה(4) שלהלן.

566 ראו ע' 596 לספרה ח20/. לעניין הגנת רכוש של המדינה ראו גם ע' 942 למאמרו 36ט' של Heberling.

567 ראו ע' 12 למאמרו 3/ וכן פסק-הדין ב44/ שניתן בבית-המשפט המחוזי בעניין דויד, שבו נדון מקרה של גרימת נזק לטרקטור בבעלות פרטית שהופעל על-ידי הצבא בימי הכוננות ערב

גישתו זו מצאה ביטוי בהגדרות ה"צורך" וההגנה הפרטית שהופיעו בהצעת חלק מקדמי וחלק כללי לחוק עונשין חדש, והתייחסו גם ל"אינטרס ביטחוני של המדינה". בדברי ההסבר לסעיפים אלה נאמר:

"אין כל הצדקה להטיל אחריות פלילית על מי שפעל לשם הצלת אינטרס ביטחוני של המדינה. ויתר-על-כן, יש מקום לעודד פעילות כזו והוראה מפורשת בחוק החרות עשויה לתרום לכך; כמובן, במגבלה של סבירות..."⁵⁶⁸.

עמדה שונה לחלוטין נקט אנקר בספרו. בהתייחסו לסעיף 18 לפקודת החוק הפלילי, שבו נקבעה רשימה סגורה של ערכים מוגנים, כתב:

"לניסוח הקיים בסעיף 18 יש יתרון על ניסוחו הכללי והעקרוני של הדייג'סט (של Stephen – הבהרת המחבר) בזה שהוא מגביל את ההגנה למקרים בהם פעל הנאשם כדי להגן על אדם ספציפי. ניסוח זה מוציא מן ההגנה מקרים בהם פעל הנאשם למען אינטרס הציבור בכללו. הגבלה זו מונעת נסיונות להשתמש בסעיף 18 שימוש שהינו פוליטי בעיקרו".

אנקר מדגים סכנה זו ועומד על כך שישנן תשובות למקרים שכאלה, אך "טיעון זה הופך את המשפט להתדיינות פוליטית כשבית-המשפט אינו הפורום המתאים לדיון כזה"⁵⁶⁹. אכן, התרת הגנה פרטית על אינטרסים של המדינה עלולה להביא לשימוש פוליטי בלתי

מלחמת ששת הימים. הגנה מסוימת על אינטרסים של המדינה – המאפשרת לחייל למנוע בעיקר מרידה או סירוב לקיים פקודה בעת פעולה קרבית – מצויה בסעיף 20 לחוק השיפוט הצבאי, תשט"ו-1955 (א/7).

568 ראו סעיפים 43 ו-45 להצעת החוק ג/2 ודברי ההסבר שבע' 209-210.
569 ראו ע' 111 לספרו ד/1. מעניין כי Stephen, כפי הנראה, לא חשש משימוש פוליטי בסייגי האילוץ, שכן הביא בספרו דוגמה לשימוש לגיטימי – לשיטתו – בסייג ה"צורך"; דוגמה המהווה, להערכתו, שימוש פוליטי מסוכן בסייגי האילוץ. בלשונו של Stephen:
"A, the governor of Madras, acts toward his council in an arbitrary and illegal manner. The council depose and put him under arrest, and assume the powers of government themselves. This is not an offence if the acts done by the council were the only means by which irreparable mischief to the establishment of Madras could be avoided".

ראו "אילוסטרציה" מס' 1 שבע' 11 ל-Digest 10/.

רצוי בסייגי האילוף⁵⁷⁰. דומה, כי הערכה זו התקבלה בסופו של דבר כנכונה גם על-ידי מנסחי הצעת חלק מקדמי וחלק כללי לחוק עונשין חדש, שכן בנוסח האחרון של הצעתם, אשר הונח על שולחן הכנסת, כבר לא הופיעה החלופה של אינטרס ביטחוני של המדינה⁵⁷¹.

המילה האחרונה (והקובעת) בעניין זה נאמרה על-ידי כנסת ישראל, שקיבלה בעשור האחרון את חוק העונשין (תיקון מס' 37), תשנ"ב 1992- ואת חוק העונשין (תיקון מס' 39), תשנ"ד 1994-, שבשניהם לא נכללה התייחסות לאינטרסים של המדינה, תוך דחיית הסתייגות שבה הוצע לשלב חלופה כזו בחוק⁵⁷².

לבסוף, יש לתת את הדעת על כך שבסייג ה-*de minimis* ("זוטי דברים") שנקבע בסעיף 34 יז לחוק העונשין, ייתכן שקיים פתרון חלקי (בלבד) לסוגיה זו של הגנה פרטית על אינטרס של המדינה⁵⁷³.

מול הגישה, שלפיה רצוי לקבוע בחוק רשימה סגורה של ערכים שעליהם ניתן להגן הגנה פרטית, קיימת גם גישה, שלפיה יש לאפשר הגנה פרטית על כל אינטרס לגיטימי – לפחות של הנתקף. גישה זו היא הרווחת ברובם המכריע של הקודקסים הפליליים שנבחנו במסגרת מחקר זה⁵⁷⁴. Fletcher עמד על כך שתאורטיקאים גרמנים וסובייטים

570 סכנה זו משתנה, כמוכן, מחברה לחברה. נראה כי בחברה הישראלית היא בהחלט קיימת. 571 ראו סעיף 46 להצעת החוק ג' 41. ייתכן שגם ההתלהבות שבה התקבלה ההצעה להכניס לסעיף החוק המגדיר את ההגנה הפרטית את החלופה של אינטרס ביטחוני של המדינה בקרב חברי-כנסת מסוימים תרמה לשינוי זה בעמדת המנסחים.

572 ראו דברי חבר-הכנסת לנדאו (בע' 3743 לפרוטוקול הכנסת א' 3), שנימק הסתייגותו זו במצב המיוחד שיצרה האינתיפאדה; במה שמקובל אצל "עמים נורמאליים"; בצורך לעודד את מילוי החובה הציבורית ולא לעודד את תופעת "הראש הקטן" ובתמיכתו – בעבר – של פלר במסר של "צא וסייע בידי כוחות הביטחון להגן על המדינה". חבר-הכנסת וירשובסקי נימק התנגדותו להסתייגות זו בכך שיהיה בהתרת ההגנה הפרטית על אינטרס של המדינה משום התרת רסן (ראו שם, ע' 3744).

573 לשון הסעיף, המביאה בחשבון את האינטרס הציבורי, היא: "לא יישא אדם באחריות פלילית למעשה, אם, לאור טיבו של המעשה, נסיבותיו, תוצאותיו והאינטרס הציבורי, המעשה הוא קל ערך". לאפשרות של פתרון חלקי למקרים של הגנה על אינטרס ציבורי באמצעות ההגנה – המקובלת – על אחרים – ראו ע' 50-51 לדוח ועדת לנדוי ה' 9.

574 ראו (ההפניות המלאות מופיעות בחלק יב של הביבליוגרפיה שבסוף הספר): סעיף 17 לחוק הפלילי הסיני; סעיף 32 לחוק הפלילי של מערב-גרמניה (דאז); סעיף 52 לחוק הפלילי האיטלקי; סעיף 44 לחוק הפלילי הרומני; סעיף 22 לחוק הפלילי הפולני; סעיף 22 לחוק הפלילי היווני; סעיף 5 לחוק הפלילי הגרינלנדי; סעיף 34(6) לחוק הפלילי הארגנטיני; סעיף 48 לחוק הפלילי הנורווגי; סעיף 21 לחוק הפלילי הקוריאני; סעיף 8 לחוק הפלילי הספרדי;

הרחיבו את ההגנה הפרטית כך שתחול על כל הזכויות והאינטרסים המוכרים על-ידי החוק. בעוד שבמשפט האנגלו-אמריקני הביאה דרישת הפרופורציה להבחנות פנימיות בין הגנה עצמית, לבין הגנה על רכוש, לבין הגנה על בית המגורים, הרי שבמשפט הגרמני ובמשפט הסובייטי (דאז) יש סימוכין לעמדה שכל האינטרסים המוגנים משפטית ראויים לאותה דרגה של הגנה⁵⁷⁵. מקומה של עמדה זו הוא בדיונים שיוקדשו בהמשך לעקרון הפרופורציה ולהבחנות הפנימיות שבין גיזרותיה השונות של ההגנה הפרטית⁵⁷⁶, אולם היא הובאה כאן, שכן עולה ממנה, ואף בבחינת קל וחומר, שיש לאפשר הגנה על כל אינטרס לגיטימי. גם Robinson הביע את תמיכתו בהגנה פרטית רחבה, שתשרע על פני כל אינטרס לגיטימי⁵⁷⁷, אם כי לא נתפס לטעות שמהווה – לדעתי – ההתייחסות לכל האינטרסים כראויים לאותה מידה של הגנה (הביטוי העיקרי של הבחנה אחרונה זו הוא, כמובן, עקרון הפרופורציה).

ובמקומותינו – בפסיקה המחוזית קיימת התבטאות שממנה משתמע כי ההגנה הפרטית משתרעת על פני כל "זכות חוקית"⁵⁷⁸.

סבורני, כי הגבלה של חוג הערכים שההגנה הפרטית עליהם היא מוצדקת, אינה רצויה, וכי כל רשימה סגורה של ערכים עלולה להתברר כמצומצמת מדי נוכח מקרה זה או אחר. כך, למשל, אם ניטול את ארבעת הערכים שהופיעו בהצעות החוק הישראליות השונות ושנקבעו בינתיים בחוק העונשין עצמו, עלולים להתעורר מקרים בעייתיים. רשימה זו כוללת חיים, חירות, גוף ורכוש. נשווה לנגד עינינו מקרה של חילול תשמישי קדושה בבית תפילה, שאין בו פגיעה ברכוש. האם לא רצוי להתיר כח מגן קטן (כגון דחיפה קלה של התוקף בכיוון פתח היציאה מבית התפילה) במקרה שכזה? ואם כן – האם ניתן לבצע אקרובטיקה פרשנית שתדחס את רגשותיהם ואת אמונותיהם של המתפללים הנוכחים במקום אל תוך מיטת הסדום של חיים, חירות, גוף ורכוש? ואם ניתן הדבר – האם רצוי הוא נוכח עקרון החוקיות?

סעיפים 271-273 לחוק הפלילי של קווינסלנד (אוסטרליה); סעיף 13 לחוק הפלילי של ברית-המועצות (דאז).

575 ראו ע' 864 8711- לספרו ח13/; וראו גם ע' 256 למאמרו 131/ של Gorr.

576 ראו פרקים ד(8) ו-ה' שלהלן.

577 ראו ע' 73 לכרך II של ספרו ח12/.

578 ראו פסק-הדין ב16/ בעניין פוטרמן, שם הוכרה זכות ההגנה הפרטית על (כל) זכות חוקית, לרבות הזכות לגשת לשפת הים וליהנות ממנו. ניתן גם לתת פרשנות מצמצמת לפסק-דין זה ולראותו כמוגבל לחירות האדם ולחופש התנועה שלו, אלא שיש לתת את הדעת על כך שגם ערכים אלו לא הופיעו במפורש ברשימת הערכים שהייתה קבועה או בחוק.

בין שתי הגישות הנ"ל (של הגבלת חוג הערכים המוגנים מול אי-הגבלה שלו), קיימת גישת ביניים, הנראית לי רצויה, ושעליה עמד אנקר בספרו, בכותבו:

"דוגמה לפשרה בין הגישה של החוק הישראלי המפרט רשימה סגורה של אינטרסים מוגנים לבין גישה רחבה הכוללת כל אינטרס ניתן למצוא בסעיף 34 לחוק הגרמני המתייחס ל- "...danger to life, limb, freedom, honor, property or another legal interest. בתום רשימת האינטרסים המפורטים שהגנה חלה עליהם, ניתנת הגדרה כללית של כל אינטרס חוקי אחר. ניסוח זה, של פרט וכלל והגבלת הכלל עצמו לאינטרס חוקי אחר, נותן לבית המשפט את הכלים להבחין בין האינטרסים השונים כרצוי"⁵⁷⁹.

יתרונה של גישה כזו הוא שבעוד שמחד גיסא אין היא שוללת על הסף את ההגנה הפרטית על אינטרס לגיטימי כלשהו (שלילה שכפי שראינו לעיל אינה רצויה), היא מדגישה מאידך גיסא את הערכים העומדים במרכז ועשויה להדריך את בית-המשפט באשר ליחס המיוחד שיש לתת להם – בהשוואה לאינטרסים אחרים⁵⁸⁰. דומה, כי גם סוגיית ההגנה על אינטרס ביטחוני של המדינה עשויה למצוא מזור בתחומיה של נוסחה שכזאת. אמנם, קיימת סכנה גדולה של שימוש פוליטי בסייגי האילוף – סכנה ההופכת הזכרת אינטרסים ציבוריים בהגדרת הסייגים לבלתי רצויה, אולם האפשרות להתרת הגנה פרטית על אינטרס ציבורי במקרה המתאים⁵⁸¹ רצויה היא, לדעתי, וקיימת – נוכח הנוסחה דלעיל של פרט, כלל והגבלת הכלל.

579 ראו ע' 112 לספרו ד/1.

580 מעניין כי אף שנוסח החוק הגרמני תומך, להערכתי, בדרישת הפרופורציה – בהדגישו ערכים מרכזיים מסוימים – גורס Fletcher כי אין נדרשת כמשפט הגרמני פרופורציה. ל-Eser, כאמור, הערכה שונה. ראו ה"ש 314 3361 שלעיל ופרק ד(8) שלהלן.

581 דומה כי מקרה שבו פעולת ההגנה הפרטית אינה שנויה במחלוקת פוליטית, אלא מצויה – אצלנו, למשל – בתחומי ד' אמותיו של הקונצנזוס הציוני-דמוקרטי, עשוי בהחלט להיות "המקרה המתאים". יצוין כי הגנה פרטית רחבה – על כל אינטרס לגיטימי ועל כל אדם אחר – מיתרת את הסייג של מניעת פשע, הקיים בשיטות משפט אחדות.

4. מקור הסכנה ואופי התקיפה

(א) כללי

ייחוד ההגנה הפרטית בהשוואה לסייגי אילון אחרים מתבטא, כאמור, באדם כמקור הסכנה (תוקף), המבצע תקיפה בליווי אשמה – כשהוא אחראי (אחריות פלילית) לתקיפה – ובהפניית הכח המגן כלפי התוקף האחראי עצמו⁵⁸².

בעוד שהאוטונומיה של הנתקף נפגעת גם כשהתוקף נטול אחריות פלילית⁵⁸³, הרי שהסדר החברתי-משפטי אינו נפגע פגיעה של ממש בהיעדר תוקף אחראי. המרכיב העיקרי השלישי של רציונאל ההגנה הפרטית – אשמת התוקף – מכתיב, מתוך הגדרה ממש, את הדרישה של תוקף אחראי – דהיינו אדם המבצע תקיפה בלתי חוקית שלה אחראי הוא אחריות פלילית. כפי שמציין Williams, ויתור על הדרישה של תוקף אחראי מביא גם לאבדן המשמעות של דרישת התקיפה עצמה, שהרי גם בעלי-חיים עשויים לתקוף⁵⁸⁴.

ואכן, בכל הקודקסים הפליליים ובהצעות החוק שנבחנו במסגרת מחקר זה נדרש, בהגדרת סייג ההגנה הפרטית, כי מקור הסכנה יהא אדם ואופי התקיפה יהא בלתי חוקי⁵⁸⁵. אלא שבכך אין די. השאלה המרכזית היא כיצד מפרשים – במפורש בחוק עצמו

582 על החשיבות הרבה שיש הן לעצם התקיפה והן לאשמת התוקף – הן מוסרית והן משפטית – בהצדקת ההגנה הפרטית ראו פרקים (ג)5(ג) ו-ב(5)(ב) שלעיל.

583 אם כי נראה שבהיעדר תקיפה כלשהי אין היא נפגעת. לדעה חריגה – שלפיה יש לוותר אפילו על הדרישה של תקיפה במסגרת ההגנה הפרטית – ראו ע' 242 למאמרו 131 / של Gorr; ע' 408, 411 למאמרו 81 / של Alexander וע' 618 למאמרו 17ט / של Elliot. וראו גם ה"ש 501-500 שלעיל והטקסט המפנה אליהן.

584 ראו ה"ש 4 בע' 733 לספרו ח1.

585 הביטוי הרווח בתרגומים לאנגלית של הקודקסים הפליליים (ההפניות המפורטות – בחלק יב של הביבליוגרפיה שבסוף הספר) הוא "unlawful" (ראו סעיף 32 לחוק הפלילי של מערב-גרמניה (דאז); סעיף 6 לחוק הפלילי הפיני; סעיף 24(1) לחוק הפלילי השוודי; סעיף 5 לחוק הפלילי הגרינלנדי; סעיף 25(2) לחוק הפלילי הקולומביאני; סעיף 34(6) לחוק הפלילי הארגנטיני; סעיף 48 לחוק הפלילי הנורווגי; סעיפים 271-273 לחוק הפלילי של קווינסלנד (אוסטרליה) וסעיף 33 לחוק הפלילי השווייצרי). ביטויים שכיחים אחרים הם "unjust" (סעיף 44 לחוק הפלילי הרומני; סעיף 22 לחוק הפלילי היווני; סעיף 49(2) לחוק הפלילי הטורקי; וסעיף 21 לחוק הפלילי הקוריאני); ו-"illegal" (סעיף 17 לחוק הפלילי הסיני; סעיף 22 לחוק הפלילי הפולני; וסעיף 8 לחוק הפלילי הספרדי). ביטויים אחרים הם "criminal" (סעיף 24(1) לחוק הפלילי השוודי) ו-"wrongful" (סעיף 52 לחוק הפלילי האיטלקי וכן – לפי תרגומו של Fletcher

או בבית-המשפט – את הביטוי המבטא את אי-חוקיות התקיפה ("שלא כדין"; "unlawful" וכד').

המחלוקת מתמקדת בשאלת המשנה, אם קיימת זכות להגנה פרטית מפני תוקף המבצע את תקיפתו במצב של סייג מסוג פטור. בפרק אחר של הספר הובעה הדעה, שלפיה יש להגדיר את ההגנה הפרטית כך שלא תחול על מקרה כזה, ולהותיר את הטיפול בו לסייגים שנועדו לכך, ובעיקר לסייג ה"צורך"⁵⁸⁶. שאלת משנה אחרת – שלגביה קיים כמעט-קונצנזוס – נוגעת למקרה שבו התוקף מבצע את תקיפתו במצב של סייג מסוג צידוק. דוגמה אפשרית למצב כזה היא המקרה שבו ה"תוקף" עצמו פועל במסגרת ההגנה הפרטית, ומקובל כי ל"נתקף" (שהוא, בעצם, התוקף האמיתי) אין, כמובן, זכות להגנה פרטית מפני תקיפה חוקית זו⁵⁸⁷. דרך אחת להגיע לתוצאה נכונה זו היא בהתבססות בלעדית על ההבחנה בין צידוק לבין פטור. כך, למשל, מקובל במשפט הגרמני כי אין הגנה פרטית מפני תקיפה במצב צידוק, אך יש הגנה פרטית מפני תקיפה במצב פטור⁵⁸⁸. מלבד התנגדותי, שהובעה לעיל⁵⁸⁹, להגנה פרטית כנגד תוקף חסר אחריות פלילית, הפועל במצב של פטור, מתנגד אני גם לדרך זו של גזירה מכאנית-אוטומטית של פתרון הבעיה מעצם הסיווג של הסייג כצידוק, אפילו אם הוא מוגבל למקרה של תוקף בעל צידוק. הסבר מהותי יותר הציע Robinson, ולפיו אין מותרת

– גם סעיף 32 לחוק הפלילי של מערב-גרמניה (דאז). ראו למשל, ע' 96 ואילך למאמרו ט266). בהצעות החוק המודרניות רווח הביטוי "unlawful" (ראו, למשל, סעיף 44 להצעת החוק האנגלית יג2 / (אם כי בנוסח יג10 / משנת 1993 הוחלף המונח בהתייחסות למעשה פלילי ולמעשה נזיקי – ראו שם ע' 69); סעיף 3.04 ל-Model Penal Code יג41; סעיף 3(10) להצעת החוק הקנדית יג8 / משנת 1987, סעיף 37(2)(b) להצעת החוק הקנדית יג12 / משנת 1993 וסעיף 603 להצעת החוק הפדראלית האמריקנית יג6).

לבסוף, בכל הצעות החוק הישראליות המרכזיות ובנוסחה החדש של הגדרת ההגנה העצמית בחוק העונשין (סעיף 34) נעשה שימוש בביטוי "שלא כדין" (ראו, למשל, סעיף 35 להצעת הוועדה בראשות השופט אגרנט 11 /; סעיף 46 להצעה של פלר וקרמניצר כפי שהונחה על שולחן הכנסת 41 /; סעיף 38 להצעה של אנקר וקרפ 51 /; סעיף 1 לחוק העונשין (תיקון מס' 37), תשנ"ב-1992 (א2) / וסעיף 34 לחוק העונשין (א1) / כפי שנקבע בתיקון מס' 39 (א17)).

586 ראו פרק ב(5) שלעיל.

587 ראו, למשל, ה"ש 248-243 שלעיל והטקסט המפנה אליהן. Finkelman עמדה על כך שגם במשפט העברי שללו את הגנת ה"רודף" מן הרודף המבקש לפעול כנגד המגן על הנרדף – ראו ע' 1274 למאמרה 81. על פסיקה ישראלית בת-ימינו ברוח זו ראו ע' 418-419 לספרו 2/27 (ב) של פלר.

588 ראו, למשל, ע' 305 לספרה ח20 של Silving; ע' 76-77, 96 ואילך למאמרו ט266 של Fletcher; ע' 942 לכרך 3 של האנציקלופדיה ח266.

589 ראו פרקים ב(5) ו-ב(1) שלעיל.

התנגדות לפעולה במצב צידוק, שכן – מתוך הגדרה – הכח המוצדק (המופעל במצב צידוק) יביא לתועלת חברתית. לדעתו, לא ייתכן מצב שבו לשני הצדדים לעימות עומד סייג מסוג צידוק, שכן הוא מוגדר כמצב שבו אין "net harm"⁵⁹⁰.

סוגיה זו של צידוקים סותרים העסיקה גם את Fletcher, שפיתח את מה שהוא מכנה ה-"incompatibility thesis". לשיטתו, הן ההיגיון והן שיקולי מדיניות (הרצון להפחית את האלימות בחברה) מחייבים את המסקנה שלפיה בעימות שבו רק אחד יכול לגבור, רק לאחד מהצדדים יש "צידוק". Fletcher אף הרחיק לכת וקבע כי בכל קונפליקט מתחייב שלאחד מהצדדים יש "Right", ושליכך ניתן ליישב כל קונפליקט בדרך של שיחה והבהרת הזכויות, ללא הפעלתן⁵⁹¹. אמנם מסכים אני כי יש לשלול את אפשרות קיומו של מצב שבו לשני הצדדים לעימות יש "צידוקים" סותרים, אולם ייתכנו מקרים שבהם לאיש מהם אין "צידוק", אלא למשל, לשני הצדדים יש "פטור" בלבד⁵⁹². כזה הוא המצב, למשל, כששני ניצולים שוחים ביים לעבר קורת עץ שיש בה כדי להציל אחד מהם בלבד. בדומה, ניתוח הנכון של הדוגמאות שהביא Dressler לתמיכה בדעתו החריגה שלפיה ייתכנו "צידוקים" סותרים, מצביע על "פטורים" סותרים ולא על "צידוקים" סותרים⁵⁹³.

מעבר להתייחסות כוללת זו אל הצידוקים, יש לתת את הדעת על השיקולים הספציפיים העומדים מאחורי סייג ההגנה הפרטית עצמו. אמנם האוטונומיה של הנתקף עשויה להיפגע גם נוכח תקיפה במצב של "צידוק", אולם הן הגורם של אשמת התוקף והן הגורם של הסדר החברתי-משפטי אינם תומכים בהגנה פרטית מפני התוקף במצב של "צידוק". נהפוך הוא: בשים לב לכך שפעולתו ה"מוצדקת" של התוקף משרתת את הסדר החברתי-משפטי, מהווה הפגיעה בתוקף גם פגיעה בסדר החברתי-משפטי. לפיכך,

590 ראו ע' 164 לכרך I וע' 9-10 לכרך II של ספרו ח12/.

591 ראו בעיקר ע' 108 ואילך למאמרו ט26/ וכן ע' 1360 ואילך למאמרו ט25/.

592 ראו והשוו למאמרו ט65/ של Christopher, אשר עומד על כך שהענקת צידוקים סותרים תיצור סתירה לוגית, אך אינו מתייחס לאפשרות של מתן פטור לשני הצדדים לעימות.

593 דוגמה שנייה (מלבד דוגמת שני הניצולים ביים) שהביא Dressler: טרוריסט חטף 1,000 ילדים ומאיים על A שאם לא ימית את B, יומתו הילדים (ראו ע' 87 ואילך למאמרו ט38/ של Dressler). אשר למקרה הראשון, סבורני כי לכל אחד מהניצולים שידחוף את חברו יעמוד סייג מסוג excuse בלבד (סייג ה"צורך"). אשר למקרה השני, אם אכן מקבלים כי ל-A יש justification (קביעה בעייתית כשלעצמה), הרי שהפתרון הנכון – שיתבסס בדיוק על אותם שיקולים שבגינם מכירים, אם מכירים, בכך של-A יש justification – הוא של-B (בהתגוננותו מפני A) יש excuse בלבד. וראו גם הדיון שלעיל במחלוקת על תפישת אופיו של ה-justification, בטקסט המפנה לה"ש 76-80.

אין להתבסס לעניין זה על ההבחנה בין צידוק לבין פטור, אלא על הבחנה אחרת שעליה עמדנו לעיל⁵⁹⁴, הלא היא ההבחנה בין עבירה לבין הגנה: כשהתוקף פועל במצב של סייג (כלשהו) לאחריות פלילית אין מקום להגנה פרטית מפניו⁵⁹⁵.

(ב) היקף המונח "תקיפה"

מהו היקפה הראוי של ה"תקיפה" שמפניה עשויה להיות מוצדקת הגנה פרטית? מעבר לשלילה הנ"ל של הפעלת כח מגן כנגד תוקף הפועל במצב של סייג לאחריות פלילית, אין רציונאל ההגנה הפרטית מכתיב את צמצומה לתקיפות מסוג מסוים דווקא, אלא כל פעולה של התוקף העלולה לפגוע באינטרס לגיטימי של הנתקף עשויה להצדיק הגנה פרטית מפניה. מבחינה זו עשוי הביטוי "תקיפה" להטעות, בעיקר בשל היקפה המוגבל יחסית של עבירת התקיפה. כך, למשל, מוגדרת ה"תקיפה" – לצורך עבירות התקיפה – בחוק העונשין הישראלי כך⁵⁹⁶:

"המכה אדם, נוגע בו, דוחפו או מפעיל על גופו כוח בדרך אחרת, במישרין או בעקיפין... הפעלת כוח – לרבות הפעלת חום, אור, חשמל, גז, ריח או כל דבר או חומר אחר, אם הפעילו אותם במידה שיש בה כדי לגרום נזק או אי־נוחות" (ההדגשות הוספו).

אף שביחס להגדרות אפשריות אחרות של עבירת התקיפה הגדרה זו רחבה מאד (ואפילו רחבה מדי), עדיין אין היא רחבה דייה לענייננו שלנו – התקיפה שמפניה מותרת ההגנה הפרטית. כך, למשל, מוצדקת ההגנה הפרטית על רכוש אף שאין הפגיעה בו נכנסת לגדר עבירת התקיפה.

ובכל זאת, הביטוי השכיח בחקיקה – הן במשפטנו והן מעבר לים, הן בחוקים הפליליים הקיימים והן בהצעות החוק החדשות – הוא "תקיפה"⁵⁹⁷. כך, למשל, הבהירו מנסחי הצעת חוק העונשין (חלק מקדמי וחלק כללי), תשנ"ב-1992, כי:

594 ראו פרק ב(2) שלעיל.

595 כמובן, אין זאת אומרת שלא ייתכן סייג אחר שישלול את אחריותו הפלילית של המתגונן, כגון סייגי ה"צורך" וה"טעות".

596 ראו סעיף 378 לחוק העונשין, תשל"ז-1977 (א/1).

597 ראו, למשל, הביטוי "attack" שבתרגומיהם לאנגלית של סעיפי החוקים הפליליים הנ"ל בה"ש 585, של מערב־גרמניה (דאז); פינלנד; רומניה; פולין; יוון; שוודיה; נורווגיה; שווייץ וספרד; הביטוי "assault" שבסעיפי החוק הנ"ל בה"ש 585 של גרינלנד; טורקיה וקווינסלנד (אוסטרליה); הביטוי "תקיפה" שבהצעות החוק של פלר וקרמניצר ושל אנקר וקרפ הנ"ל בה"ש

"המונח 'תקיפה' לענין ההגנה הפרטית איננו זהה למונח זה כמשמעו בסעיף 378 לחוק העונשין אלא הוא רחב ממנו וכולל גם מעשים שאינם באים בגדר עבירת התקיפה, כגון: המאיים באופן שיש ממנו סכנת פגיעה מיידית במאויים (למשל באמצעות אקדח טעון), והתוקף רכוש ולא רק אדם"⁵⁹⁸.

בתשובה לשאלה "תקיפה מהי?" לצורך סייג ההגנה הפרטית, משיב פלר בספרו:

"כל מעשה זדוני, שעלול לפגוע באחד מן האינטרסים הלגיטימיים שההגנה הפרטית עליהם מותרת, והטעון הדיפה לשם מניעת הפגיעה בהם או לשם מניעת ההשלמה של הפגיעה בהם"⁵⁹⁹.

מונח אחר, שבו נעשה שימוש מעבר לים בכמה הצעות חוק מודרניות במקום המונח "תקיפה", הוא המונח "כח" ("force")⁶⁰⁰. למעשה, זהו – כפי הנראה בעקבות ה- Model Penal Code האמריקני – הביטוי המקובל ביותר בהצעות חוק אלה. אלא שגם ביטוי זה עשוי להגביל את היקפה הראוי של ההגנה הפרטית, ולפיכך למשל, מצאו מנסחי הצעת החוק האנגלית לנכון להגדיר "force" ככולל, בנוסף לכח כלפי גוף האדם, גם כח כלפי רכוש, איום בכח (הן כלפי אדם והן כלפי רכוש) וכליאת שווא ללא שימוש בכח⁶⁰¹.

585. יצוין כי בהצעת החוק של ועדת המומחים בראשות השופט אגרנט, הנ"ל גם היא בה"ש 585, נעשה שימוש במונח "פגיעה" דווקא. אך דברו האחרון של המחוקק, בסעיף 34 לחוק העונשין (א/1), הוא שוב המונח "תקיפה".

598 ראו דברי ההסבר שבע' 136 להצעת החוק ג/4, המתייחסים לסעיף 46 להצעה. וראו ברוח דומה ע' 5 למאמרו ה/3 של פלר וע' 419-420 לספרו ד/2(ב).

599 ראו ע' 420 לספרו ד/2(ב). Robinson הבהיר כי התקיפה אינה חייבת להיות ישירה (ראו ע' 73 לכרך II של ספרו ח/12), ו-Wasserman הבהיר כי התקיפה אינה חייבת להיות פיזית (ראו ע' 372 למאמרו ז/6).

600 ראו סעיף 3.04 ל-M.P.C. האמריקני יג/4; סעיף 3(10) להצעת החוק הקנדית יג/8 משנת 1987; סעיף 37(2) להצעת החוק הקנדית יג/12 משנת 1993 וסעיף 27 להצעת החוק האנגלית יג/10.

601 ראו סעיף 29(1) להצעת החוק האנגלית יג/10.

לעניין איום (בלבד) בשימוש בכח הביע אנגלרד – תוך התייחסות לדיני הנזיקין אך עם השלכה גם לענייננו – את דעתו ולפיה די אפילו באיום בתקיפה שהמאיים כלל לא מתכוון לממשו – ראו ע' 285-286 לספר ד/10 שבעריכת טדסקי. ברם, סבורני כי במקרה כזה מדובר בהגנה פרטית מדומה.

ועוד בעניין איומים – משום מה מצא המחוקק האוסטרלי לנכון לקבוע סייג נפרד לאחריות פלילית – הגנה פרטית מפני איומים בלבד (ראו סעיף 31(3) לחוק הפלילי של קווינסלנד והדיון בו בע' 96-102 לספרו ח/30 של O'Regan). "משום מה" – שכן כפי שמציין O'Regan, ממילא כלולים האיומים בהגדרת התקיפה.

לסיכום, ה"תקיפה" העשויה להצדיק הגנה פרטית מפניה היא כל פעולה של התוקף העלולה לפגוע באינטרס לגיטימי של הנתקף.

(ג) התנגדות למעצר בלתי חוקי

Ashworth עמד על כך שמלבד תנאיה הכלליים של ההגנה הפרטית, יש מקום גם לקביעת כללים נוספים כמענה לתנאים חברתיים משתנים ולמקרים פרטיים המעלים נושאים כלליים. לשיטתו, אין זה רצוי להתייחס לכל מקרה ספציפי המתעורר במציאות כעומד בלעדית על עובדותיו המיוחדות, שכן על החוק להדריך התנהגות⁶⁰².

מקרה כזה, בעל חשיבות מספקת להצדקת כלל נפרד, הוא ההתנגדות למעצר בלתי חוקי. סוגיה זו זכתה לדיונים מפורטים ולכללים ספציפיים רבים בשיטות משפט שונות, אך בטרם נפנה אליהם מתבקשת בחינה של הסוגיה לאור רציונאל ההגנה הפרטית. מה מלמדנו רציונאל זה? גורם האוטונומיה שבו תומך בהתנגדות למעצר הבלתי חוקי. ניתן אף לטעון שהאוטונומיה של הפרט הנתקף נפגעת יותר מאשר במקרה הרגיל, נוכח עוצמתו הרבה של השלטון, וכי הזכות כלפי המדינה להתנגד לתוקפנות לובשת כאן צורה ישירה יותר מאשר במקרה רגיל, שהרי ניתן לראות באיש הרשות המבצע מעצר בלתי חוקי נציג של השלטון. אשר לגורם אשמת התוקף, הרי שייתכנו שני מקרים עיקריים: האחד – אם איש החוק טועה לחשוב שהוא מבצע מעצר חוקי, ועומד לו פטור מאחריות (טעות), הרי שיש לשלול הגנה פרטית מפניו, שהרי מדובר בעצם בתוקף חסר אשמה (אם כי תיתכן הגנה פרטית מדומה וייתכן סייג ה"צורך"). הוא הדין אם לאיש החוק סייג אחר לאחריות פלילית, כגון סייג ה"צידוק" (ציות לצו). במקרה השני – שבו אחראי איש החוק לתקיפה שביצע – מאפשר גם גורם אשמת התוקף הגנה פרטית מפניו. אלא שכאן נכנס לתמונה גורם הסדר החברתי-משפטי, ופועל בכיוון של שלילת ההתנגדות לאיש החוק, גם כשפועל הוא שלא כחוק. כאן יש לתת את הדעת גם על עקרון הפרופורציה. ההנחה היא שהפגיעה הצפויה לאזרח אם ייכנע למעצר היא שלילת חירותו, חוסר נוחות ואולי גם פגיעה מסוימת בכבודו, ותו לא. ברם, אם איש החוק מפריז בכח שבו הוא משתמש לביצוע המעצר, והאזרח מצוי בסכנת פגיעה פיזית, אין ספק שיש להתיר את ההתנגדות. יתרה מזו: כח מופרז עשוי להצדיק את ההתנגדות גם נוכח מעצר חוקי.

לכאורה נראה, כי עקרון הפרופורציה עשוי לספק פתרון ראוי לסוגיה כולה, שכן נוכח הסכנה הבלתי חמורה הצפויה לאזרח אם ייכנע (פגיעות בחירות, בנוחות ובכבוד)

602 ראו ע' 301-302 למאמרו ט' של Ashworth.

ממילא נשללת פגיעה פיזית חמורה באיש החוק. אלא שעקרון הפרופורציה מאפשר – כפי הנראה – פגיעות פיזיות קלות באיש החוק, וחוזרת השאלה למקומה: האם יש לאפשר התנגדות למעצר או שיש לדרוש מן האזרח להבליג ולהתאזר בסבלנות בתקווה שיקבל סעד בבית-המשפט? אם ניתן שוב את הדעת על גורם הסדר החברתי-משפטי, ניוכח כי התנגדות אלימה לאיש חוק – אפילו כשפועל הוא שלא-כחוק – עלולה לפגוע בריש גלי בסדר החברתי-משפטי, אם לא ישירות, אזי לכל הפחות בעקיפין, תוך פגיעה ממשית בדימוי מערכת אכיפת החוק ובהרתעתה⁶⁰³. בעניין זה הובעה הדעה כי אין מקום בחברה המודרנית לכלל המסורתי המתיר התנגדות למעצר בלתי חוקי, וזאת הן משום שהצורך למנוע מעצרים בלתי חוקיים קטן משהיה בעבר, והן משום שהתוצאות הפוטנציאליות של ההתנגדות חמורות יותר מבעבר⁶⁰⁴.

דעה אחרת הובעה בפסיקה הישראלית, שבה לא נקבע כלל מדיניות מיוחד לעניין הגנה פרטית מפני מעצר בלתי חוקי. כך, בפסק-הדין בעניין אפנג'ר, שבו נדונה ההגנה הפרטית מפני מעצר בלתי חוקי, הביא נשיא בית-המשפט העליון, השופט זוסמן – תוך הסכמה – את דבריו המאלפים של השופט לנדוי בפסק-הדין בעניין אל-נקיב, ולפיהם "סמל של מדינת חוק הוא שאיש הרשות הפועל ללא סמכות ואדם אחר שווים לפני החוק", והוסיף:

"... אלימות אינה נעשית כשרה וחוקית על שום שהיא מבוצעת על-ידי אנשי הרשות. נהפוך הוא, תקיפת אזרח על-ידי שוטר חמורה פי כמה וכמה מתקיפה על-ידי אדם אחר. אין אדם חייב, במדינת חוק, לספוג מכות, רק מפני שהמכה הוא שוטר"⁶⁰⁵.

ניתן לנסות ולאבחן מקרה זה בהתבסס על המכות שהפליאו השוטרים בנאשם, שכן, כאמור, נוכח כח מופרז המופעל על-ידי איש החוק מותרת ההגנה הפרטית. אלא שנראה

603 להתנגדות למעצר (אף שהוא בלתי חוקי) עלול להיות גם אפקט משחית על המעורבים. מאידך גיסא ניתן לטעון, כי ההתנגדות האלימה לאיש החוק הפועל שלא-כחוק מהווה דווקא ביטוי חזק למרות החוק ולכך שהשלטון שואב את כל כוחותיו מהחוק, ומעבר לכך אין לו ולא כלום.

604 ראו ע' 950-947 לכרך 3 של האנציקלופדיה 26/ (מחבר הערך "Self Defense" הוא Dix). בעניין זה, של הסכנות הכרוכות בהתגוננות, נטען גם כי היא מסוכנת אף למתגונן עצמו – ראו ע' 19 לדברי ההסבר ל-M.P.C. 41.

605 ראו ע' 163-162 לפסק-הדין ב36/ בעניין אפנג'ר. ברוח דומה הביא דייקן את הטענות שלפיו ענישת בא-כח השלטון המבצע מעצר בלתי חוקי לבדה, אינה מספקת. "בדרך זו אין חרותו של האזרח מובטחת במידה מספיקה מפני התנהגות שרירותית של אלה שהשלטון בידם." – ראו ע' 854 ואילך לספרו ד7/.

כי ההלכה אצלנו היא – בעקבות המשפט המקובל האנגלי – כי אכן אין חובה להיכנע למעצר בלתי חוקי אפילו אם הוא מבוצע על-ידי איש הרשות⁶⁰⁶.

על המצב המשפטי הקיים בעניין זה במשפט האנגלי עמד בהרחבה Williams בספרו, בדיון תחת הכותרת "Defence against the Police"⁶⁰⁷. הכותב מציין, שקיימת זכות הגנה פרטית כנגד שוטר המבצע מעצר בלתי חוקי, ומוצא לכך שני נימוקים, עצמאיים לדבריו. הראשון – השוטר, למעשה, אינו פועל במסגרת תפקידו, והשני – כלל לא מתקיימת תקיפה (במאמר מוסגר יצוין כי לדעתי הנימוק השני חוטא בטאוטולוגיה). דוקטרינה שונה לחלוטין קיימת במשפט הצרפתי – "rebellion" – ולפיה חייב האזרח להיכנע לשוטר ולהסתפק באפשרות של קבלת סעד מאוחר יותר בבית-המשפט⁶⁰⁸.

לעומת זאת, במשפט האנגלי הותרה, כאמור, ההגנה הפרטית, וזאת אפילו אם השוטר טעה לחשוב שהוא פועל כחוק⁶⁰⁹ ואפילו כשמטרתו היחידה של האזרח היא מניעת עצם מעצרו. Williams מביע ספק אם הכלל האנגלי הוא נכון, אך מציין שבפרקטיקה – נוכח הערפול הרב שבדיני המעצר המסמיכים את השוטר – מקבל האזרח חופש מצומצם מאד להתנגד למשטרה בבטחה. יתרה מזו: הכח שהותר בפסיקה האנגלית להפעיל בהתנגדות למעצר הוא מתון עד כדי חוסר אפקטיביות... מכאן הצעתו של Williams לאזרח להימנע מהתנגדות. הצעתו זו מתחזקת נוכח הנתונים הבאים: העובדה שאין די בחפות האזרח להצדקת התנגדותו (שהרי רוב סמכויות המעצר מבוססות על חשד סביר); הראייה המקובלת של דיני המעצר כחלק מהדין הפלילי, כך

606 ראו הדיון המפורט של דייקן בסוגיה נושא דיונו, שם בע' 854-862, ובמיוחד ההתייחסות לפסיקה הישראלית שבע' 859-862.

607 ראו ע' 511-515, 523 לספרו ח2 של Williams. וראו גם, למשל, ע' 630 לספרם ח5 של Card, Cross & Jones; ע' 461 לספרם ח16 של Hall ואח'; ע' 443-453 לספרו ח6 של Russell; ע' 144-145 לספרו ח7 של Kenny; ע' 137 למאמרו ט32 של Perkins.

608 ראו ע' 511 לספרו ח2 של Williams וראו גם ע' 395 לספרה ח21 של Silving, שם היא משווה בין ההתייחסות לנושא דיונו במשפט הצרפתי לבין ההתייחסות אליו במשפט הגרמני (ההתייחסות הדומה לזו שבמשפט האנגלי).

609 הפתרון הראוי למצב כזה הוא לדעתי כדלקמן: בהנחה שאין כלל מיוחד שלפיו יש להיכנע למעצר – הנחה הקיימת במשפט האנגלי – הרי שאם האזרח יודע שהשוטר טועה, הסייג האפשרי הוא "צורך", שכן לשוטר יש excuse של טעות והוא אינו בר-אחריות פלילית, ואם האזרח אינו יודע שהשוטר טועה אזי הסייג האפשרי לגביו הוא ההגנה המדומה.

שטעות לגביהם אינה פוטרת⁶¹⁰ והעובדה שבמקרה של גרסאות סותרות בין האזרח לשוטר סביר להניח שבית-המשפט יאמין לשוטר.

פסק-דין חריג נוכח ההלכה האנגלית הנ"ל הוא פסק-הדין בעניין Fennell, שבו הורשע אדם שטעה בהערכת הסיטואציה ונחלץ לעזרתו של אדם אחר מפני שוטרים בלבוש אזרחי⁶¹¹. Williams אמנם דן בפסק-הדין ככחריג שקבע בית-המשפט לעניין הגנה על אדם אחר מפני אנשי הרשות, אולם Ashworth העלה את האפשרות הקיימת לראות בפסק-הדין ראשיתו של שינוי בהלכה האנגלית ואסמכתא לחובה לכאורית של האזרח להימנע משימוש בכח כנגד שוטר לשם שחרור ממעצר⁶¹².

חובה כזו נקבעה ב-Model Penal Code האמריקני ובעקבותיו גם בהצעת החוק הפדראלית האמריקנית ובהצעת חוק קנדית⁶¹³. בדברי ההסבר כתבו מנסחי ה-M.P.C.⁶¹⁴ כי לא צריכה להיות פריבילגיה להפעלת כח כנגד עובד הציבור, שלידיעת העושה רק מנסה לעוצרו ולהכפיפו להליך המשפטי, וכי את המעצרים הבלתי חוקיים יש למנוע בדרכים אחרות.

שיקול אחרון זה נוגע גם, כפי הנראה, לאפשרות של זיכוי האזרח שפגע בשוטר כמעין ענישה של השוטר, בדומה לכלל הקיים בכמה שיטות משפט, ולפיו מזכים את המודח כדי "להעניש" ולהרתיע את הסוכן-המדיח בפרט ואת המשטרה בכלל⁶¹⁵. יש להדגיש כי האיסור על ההתנגדות חל – לפי הצעות החוק הנ"ל – רק כשהאזרח יודע שמולו איש הרשות (או בווריאציה אחרת – כשהנסיבות הן כאלה שעליו לדעת זאת).

610 יצוין כי ראייה זו, לדעתי, אינה מובנת מאליה וכי אותם שיקולי מדיניות המביאים אליה עשויים לתמוך גם בכלל מדיניות שיאסור התנגדות למעצר בלתי חוקי.

611 ראו פסק-הדין 5/ בעניין Fennell (1971) וראו ע' 514 ואילך לספרו ח2 של Williams.

612 ראו ע' 302-301 למאמרו ט1 של Ashworth. ייתכן שכך יש לפרש גם את פסק-הדין הידוע בעניין Palmer (1971) (4) – ראו ע' 687 למאמרו ט18 של Leigh. וראו גם הטקסט שלהלן המפנה לה"ש 1015-1014.

613 ראו סעיף 3.04(2)(a)(I) ל-M.P.C. יג4; סעיף 603(a) להצעת החוק הפדראלית יג6/ וסעיף 3(10)(b) להצעת החוק הקנדית יג8/ משנת 1987 (אך בהצעה יג12/ משנת 1993 ובהצעה יג11/ משנת 1997 לא נקבעה חובה כזו). וראו גם ההתייחסות לשתי הראשונות – בע' 92-91 לכרך II של ספרו ח12 של Robinson והדיון המפורט של Heberling ב-"No-Sock Rule" שהתקבל בעקבות ה-M.P.C. במדינות רבות של ארה"ב – ע' 937-935 למאמרו ט36/ של Heberling.

614 ראו ע' 19-18 לדברי ההסבר ל-Draft יג3/.

615 ראו והשוו ע' 353 למאמרו ה16/ של פלר. לעניין זיכוי נאשם שהודח כפעולה נגד הסוכן המדיח בפרט והמשטרה בכלל ראו, למשל, ע' 276-277 למאמרו ח38/ של דרמן; ע' 115-114 למאמרו ח39/ של גרוס.

ואכן, אין כל טעם להטיל על האזרח חובה להיכנע לאיש הרשות כשאנו יודע שאיש הרשות הוא⁶¹⁶. ואם בהצעות חוק עסקינן – יש לציין כי גם בהצעת החוק האחרונה שלהם מתמידים עדיין האנגלים בכלל שלפיו מותרת ההתנגדות למעצר בלתי חוקי⁶¹⁷.

הצעה מעניינת העלה Robinson, והיא לראות באפשרות של כניעה למעצר בלתי חוקי שיקול בהערכת הנחיצות, ובהיות התוקף איש חוק שיקול בהערכת הפרופורציה⁶¹⁸. לבסוף, מלומדים רבים אחרים הביעו את תמיכתם בכלל מדיניות מיוחד שיאסור או יגביל התגוננות מפני איש חוק המבצע מעצר בלתי חוקי⁶¹⁹.

(ד) הסכמת הקרבן

האם מוצדקת הגנה פרטית במצב שבו הנתקף הסכים מראש לתקיפתו של התוקף? כשההסכמה של הקרבן שוללת את העבירה, כגון בעבירת התקיפה שבחוק העונשין הישראלי⁶²⁰, לא מתקיימת תקיפה בלתי חוקית ואין מקום להגנה הפרטית. לפיכך, נוגעת שאלתנו לעבירות שאינן נשללות נוכח הסכמת הקרבן. מנסחי ה-Model Penal Code האמריקני, בדרכם הקואיסיטית, מצאו לנכון להתייחס במפורש לשאלה זו, תוך הוצאת תקיפות מוסכמות שאינן מגיעות כדי המתה או גרימת נזק גופני חמור מהגדרת ה-“unlawful force”, אשר מפניו מוצדקת ההגנה הפרטית⁶²¹. האם יש מקום להגבלה שכזו על אופי התקיפה הנדרשת?⁶²²

616 דעה חריגה, ותמוהה מעט לדעתי, הביע אצלנו דייקן, ולפיה למרות ההלכה המתירה התנגדות למעצר בלתי חוקי המבוצע על-ידי שוטר, יש לקבוע כי כשמבצע המעצר הוא אזרח הדורש מיריבו להתלוות אליו למשטרה, אזי יש לאסור על ההתנגדות – ראו ע' 860-861 לספרו ד/77 ובמיוחד הערת השוליים המפורטת שבהם.

617 ראו סעיפים 27(1)(a) ו-29(1)(b)(ii) להצעת החוק האנגלית יג/10; וראו גם סעיף 27(6).

618 ראו סעיפים 3-6 ו-3-7 שבהצעתו המובאת בע' 566 לכרך II של ספרו ח/12.

619 ראו, למשל, סעיף 138a להצעת Silving שבע' 391 לספרה ח/21 ודברי ההסבר שבע' 395; ע' 1118-1119 לספרם ח/17 של Perkins & Boyce; ע' 352 למאמרו ה/16 של פלר; ע' 663-662 לספרם ח/18 של La Fave & Scott וע' 313 (ה"ש 89) למאמרו ט/39 של Greenawalt.

620 ראו סעיף 378 לחוק העונשין, תשל"ז-1977 (א/1).

621 ראו הגדרת “unlawful force” שבסעיף 3.11(1) ל-M.P.C. יג/4; וראו גם ע' 651 לספרם ח/18 של La Fave & Scott.

622 תשובה שלילית עם הנמקה מוזרה הביא Robinson בספרו, בכותבו:

“States commonly include in the triggering conditions of self-defense, the requirement that the threatened harm not be consented to by the actor. Such a provision becomes unnecessary when it is required that the threat be unjustified,

מה ניתן ללמוד לעניין זה מרציונאל ההגנה הפרטית? גורם אשמת התוקף מתקיים – שהרי עסקינן בעבירות שהסכמת הקרבן אינה שוללת אותן. אלא שייתכן שאשמת התוקף קטנה מזו של התוקף בהיעדר הסכמת הקרבן. לעומת זאת, אין האוטונומיה של הנתקף נפגעת, לפחות לא פגיעה חמורה, אם הוא מסכים לתקיפה. אשר לגורם הסדר החברתי-משפטי, הרי שמחד גיסא הוא נפגע (אם כי, כנראה, פחות מאשר במקרה רגיל), שכן תקיפת התוקף אסורה למרות הסכמת הקרבן, אך מאידך גיסא ספק אם הפעלת כח מגן על-ידי הנתקף דווקא – שהסכים לתקיפה – עשויה להיחשב הגנה ראויה על הסדר החברתי-משפטי. ייתכן שמעמדו של צד שלישי שייחלץ להגנת הנתקף יהיה שונה, שכן הוא ראוי יותר להגן על הסדר החברתי-משפטי. התמונה הכוללת שמתקבלת אינה מותירה אפוא מקום רב להגנה הפרטית. במיוחד אמורים הדברים לגבי ההגנה העצמית, שכן התגוננות הנתקף מקבילה במידה מסוימת למצב של "רצחת וגם ירשת": הסכמת וגם פגעת במבצע רצונך (!). דומה כי התגוננות במצב כזה פוגעת בסדר החברתי-משפטי.

פתרון הסוגיה עשוי להימצא בתנאים המקובלים של סייג ההגנה הפרטית. אפשרות אחת היא לטפל במקרה במסגרת הכללים החלים על מי שגרם באשמתו למצב שבו נאלץ הוא להתגונן, שהרי ניתן בהחלט לתאר כך את הסכמת הנתקף. אפשרות אחרת היא לטפל במקרה לאור דרישת הנחיצות. הנתקף יכול להבהיר לתוקף כי הסכמתו מבוטלת, ואזי אחת משתיים: אם יחדל התוקף מתקיפתו – הכח המגן אינו נחוץ עוד ואין מקום להגנה הפרטית, ואם יסרב התוקף לחדול – אזי כבר לא קיימת הסכמת הקרבן והעניין הופך למקרה רגיל של הגנה פרטית. לדעתי, מכח תנאי הנחיצות, מוטלת על הנתקף שהסכים לתקיפה חובה לדרוש מהתוקף לחדול ולהבהיר לו כי הסכמתו מבוטלת, בטרם יפעיל כח מגן.

(ה) מחזיק ברכוש בחוזק-יד בטענת-זכות בתום-לב

מקרה נוסף שאליו מצאו לנכון מנסחי ה-Model Penal Code האמריקני – בדרכם הקזואיסטית – להתייחס במפורש, הוא המקרה שבו מופעל כח מגן כנגד תוקף, המפעיל כח כדי להגן (בתום-לב, עם תביעת-זכות מוטעית) על רכוש שבו הוא מחזיק. סעיף

since an attack without consent will always, absent a special justification, be unjustified".

(ראו ע' 98 לכרך II של ספרו 12/12). "מוזרה" – משום שסבורני כי יש בה כשל לוגי: השאלה הרי איננה לגבי תקיפות ללא הסכמה, אלא לגבי תקיפות בהסכמה דווקא, כשהכוונה היא לשלול ההגנה הפרטית מפניהן אף שהן unjustified.

y:\misrad-2003\books\sangero\00-07-16\sanj-06.doc

8/6/2000 3:05:00 PM

3.04(2)(a)(II) ל-M.P.C. קובע כי שימוש בכח כנגדו אינו מוצדק אם העושה מודע למצב האמור (כלומר: לכך שהתוקף מפעיל את הכח בשל טענת זכות להגנה על הרכוש), וזאת למעט חריגים מספר⁶²³. בדברי ההסבר לסעיף זה מביעים המנסחים את דעתם כי רצוי לצמצם את המקרים שבהם ייתכן עימות בין תביעות להפעלת כח, כי הסעיף מכוון לסיטואציה החשובה שביניהם, שבה סביר שיתרחש קונפליקט כזה וכי חייבים לקיים כאן בחירה והיא נעשתה לטובת המחזיק אף שיריבו הוא הצודק (מבחינת הזכויות ברכוש), תוך הפניית הצודק לבית-המשפט⁶²⁴. השגתי העיקרית על הסדר כזה נוגעת לעצם הצורך בו.

מה מלמדנו רציונאל ההגנה הפרטית על המקרה נושא דיוננו? כאמור, תנאי הכרחי להצדקת ההגנה הפרטית הוא אשמה של התוקף. בענייננו, טועה המחזיק ברכוש לחשוב שזכותו להחזיק ברכוש. זוהי טעות בדין לבר-פלילי (מדיני הקניין), שמקובל לראותה כטעות בעובדה. מכאן, שאם המחזיק מפעיל כח להגנת הרכוש, סביר להניח שיהיה פטור מאחריות פלילית, במסגרת ההגנה הפרטית המדומה. מפני תוקף שכזה ממילא אין מקום להגנה פרטית (אם כי אפשרי מאד סייג ה"צורך")⁶²⁵, ולכן מיותר ההסדר הנ"ל שב-M.P.C. למעלה מן הדרוש יצוין כי גם גורם הסדר החברתי-משפטי אינו תומך בהפעלת כח מגן כנגד תוקף שכזה, שכן פגיעתו שלו בסדר החברתי-משפטי (נוכח טעותו) אינה גדולה ודווקא הפגיעה בו עלולה לפגוע בסדר זה. הגורם היחיד התומך בהגנה הפרטית בענייננו הוא האוטונומיה של הפרט הנתקף. אמנם נפגעת אוטונומיה זו מפעולת המחזיק ברכוש, אך כאמור, במשפט המודרני אין די, לדעתי, בגורם זה לבדו להצדקת ההגנה הפרטית⁶²⁶.

(1) תקיפה במחדל

623 האחד – העושה הוא איש חוק המבצע תפקידו; השני – העושה מבצע תפיסה מחדש – המעוגנת בחוק – סמוך לאחר שנשללה ממנו החזקה ברכוש שלא כדין והשלישי – העושה פועל להגנה על חייו או על גופו מפני נזק גופני חמור. ראו סעיף 3.04(2)(a)(II) ל-M.P.C. יג' 41. על אימוץ כללים דומים במדינות ארה"ב השונות ראו בע' 639 לספרם ח' 18 של La Fave & Scott.

624 ראו ע' 19-20 לדברי ההסבר שב-Draft יג' 31. גם Robinson מצא לנכון לקבוע הסדר לסוגיה זו, בצרפו לרשימת השיקולים בהערכת הפרופורציה שבהצעתו את האפשרות של תוקף בטענת זכות – ראו סעיף 7-3 להצעתו שבע' 566 לכרך II לספרו ח' 12.

625 ראו ה"ש 280 שלעיל והטקסט המפנה אליה.
626 אם בכל זאת יש טעם בכלל האמור, הרי הוא הדרכת התנהגות טובה יותר.

האם מוצדקת הגנה פרטית מפני תקיפה במחדל? (הניתן בכלל לבצע תקיפה במחדל?).
שאלה דומה הצגנו בעת הדיון בפעולת המתגונן⁶²⁷, וגם כשמדובר בפעולת התוקף
סבורני כי אין השאלה מעוררת קושי מיוחד וכי התשובה לה חיובית. אמנם – מטבע
הדברים – רובן המכריע של התקיפות המעוררות את הצורך בהגנה פרטית והמצדיקות
אותה יהיו מעשים אקטיביים, אולם אין כל טעם עקרוני לשלול את תחולתה של ההגנה
הפרטית מפני תקיפות המהוות אפס מעשה ואשר נלווית אליהן חובה חוקית לפעול⁶²⁸.
בספרות, בחקיקה ובפסיקה אין נוהגים להתייחס לשאלה זו, כפי הנראה בשל פשטות
התשובה עליה וכן משום שבמציאות נדירים מצבים אלה⁶²⁹.

627 ראו פרק ד(2) שלעיל.

628 לעמדה כללית (שהובעה בעניין שונה), שלפיה בהיעדר טעם מיוחד לכך אין להבחין בין מעשה
אקטיבי לבין מחדל שנלווית אליו חובה לפעול, ראו מאמרו ה'35/ של מחבר ספר זה.
629 דוגמה אחת למצב כזה, של תקיפה במחדל, מצאתי בפסק־דין גרמני ידוע, שבו נדונה הפעלת
כח, במסגרת ההגנה הפרטית, להזות אישה שסירבה לפנות מקום חניה, שבו הייתה למפעיל
הכח זכות חוקית לחנות – ראו תיאור המקרה וההפניה לפסק־הדין בע' 385 למאמרו ט'22/ של
Fletcher. דוגמה אחרת מצאתי בספרו של Williams, המתייחס – ללא עמידה על כך שמדובר
במחדל דווקא – להפעלת כח, במסגרת ההגנה הפרטית, לשם סילוק מטריד המסרב לפנות את
הדרך למעבר – ראו ע' 522 לספרו ח'2/.

5. חומרת הסכנה

(א) כללי

האם יש לדרוש – כתנאי להתגבשות סייג ההגנה הפרטית – חומרת מינימום מסוימת של הסכנה הנשקפת לנתקף? סוגיה נוספת שבה נדון במסגרת זו היא הסתברות התממשות הסכנה.

מה ניתן ללמוד מרציונאל ההגנה הפרטית על שאלת הדרישה של חומרת מינימום מסוימת של הסכנה? בחינת הרציונאל מעלה כי אין מקום לדרישה כזו. גם כשהסכנה הנשקפת לנתקף אינה חמורה, נפגעת האוטונומיה שלו, מתקיימת אשמה של התוקף ונפגע הסדר החברתי-משפטי. אמת: שתי הפגיעות – באוטונומיה של הפרט ובסדר החברתי-משפטי – קטנות הן, וייתכן שגם אשמתו של התוקף אינה גדולה, אך כל שלושת הגורמים הללו פועלים באותו כיוון: הצדקת ההגנה הפרטית. אמנם עקרון היסוד של הפרופורציה ישלול פגיעות חמורות בתוקף במסגרת של הגנה פרטית מפני תקיפות קלות, אולם אין כל טעם לשלול את ההגנה הפרטית – גם במקרים כאלה – על הסף. שהרי, גם נוכח תקיפה שסכנתה קלה ייתכן שדי יהיה בכח מגן קטן ביותר, ואין לשלול מן הנתקף (או מן הנחלץ לעזרתו) את האפשרות להפעילו.

בעניין זה מעניינת וחשובה היא ההבחנה בין ההגנה הפרטית לבין סייג ה"צורך". בהבדל מן ההגנה הפרטית, שבה, כפי שראינו, פועלים כל הגורמים בכיוון של התרת כח מגן מסוים (שעשוי להיות קטן מאד) מפני תקיפה קלה, הרי שבאשר לסייג ה"צורך" מקובל כי נדרשת סכנה חמורה כדי שתותר הפגיעה, שכן ב"צורך" אין מדובר בפגיעה בתוקף אשם, אלא בפגיעה בזכויות של צד תמים⁶³⁰.

630 השוו בין הגדרת סייג הצורך בסעיף 34א לחוק העונשין ("...מסכנה מוחשית של פגיעה חמורה...") לבין הגדרת סייג ההגנה העצמית בסעיף 34 לחוק העונשין ("סכנה מוחשית של פגיעה...") (ההבלטה הוספה). כן ראו, למשל, דבריו של פלר, על הבחנה זו בין הגנה פרטית לבין "צורך" ("כורח"), בע' 424, 480, 483-484 לספרו ד/2(ב) (והשוו לדבריו בע' 11 למאמרו ה/3); דברי ההסבר לסעיף 47 ("צורך") שבע' 136 להצעת החוק ג/4; ע' 11 לספרו ד/1 של אנקר; דברי שר המשפטים בעת הדין בכנסת בחוק העונשין (תיקון מס' 37), תשנ"ב-1992-2א(2) בע' 3740-3741 לפרוטוקול א/3 (ראו פירוט בסיפא של ה"ש 637 שלהלן).

עמדה זו, שלפיה אין לדרוש במסגרת ההגנה הפרטית חומרת מינימום של הסכנה הנשקפת לנתקף, זכתה לתמיכה רבה בארצנו ומעבר לים, הן בספרות המשפטית⁶³¹, הן בהצעות החוק⁶³² והן בחקיקה הקיימת⁶³³.

חריג לעמדה זו, שעליו מצביע Fletcher בספרו, הוא הגישה שלפיה בשיטות משפט שבהן אין דרישה עצמאית של פרופורציה במסגרת ההגנה הפרטית, יש לשלול את הסייג כשהסכנה אינה חמורה⁶³⁴. השגתי המרכזית על גישה זו היא שעקרון הפרופורציה הוא כה חשוב במסגרת ההגנה הפרטית, עד כי עליו להופיע בהסדר החוקי שלה במשפט המודרני כדרישה עצמאית⁶³⁵. בנוסף, כפי שצוין לעיל, זוהי טעות לשלול על הסף את ההגנה הפרטית אפילו כשהסכנה הנשקפת אינה חמורה. לפיכך, מהווה הגישה, שלפיה יש לשלול את סייג ההגנה הפרטית כשהסכנה אינה חמורה, הוספת טעות קטנה יחסית לשם טיפול בחלק מתוצאותיה השליליות של הטעות הגדולה שבוויתור על דרישת הפרופורציה.

חריג אחר שהוצע הוא דרישה של סכנה מינימלית (כסף תחתון) כשהסכנה היא לרכוש בלבד⁶³⁶. גם חריג כזה יש לשלול, שכן אפילו אם נקבל את העמדה שלפיה אין מקום לפגיעה פיזית כלשהי – ולו רק דחיפה קלה – בגוף התוקף נוכח פגיעה קלה

631 ראו, למשל, מלבד המקורות הנ"ל בה"ש 630, גם ע' 280 למאמרו של Robison (לדעתו די – תמיד – בהיעדרו של "societal harm"); ע' 617 למאמרו של Elliot.

632 נוכח העובדה שבכל הצעות החוק שנבחנו במסגרת מחקר זה (ההפניות – בחלקים ג' ו-יג' של הביבליוגרפיה שבסוף הספר) לא הוגבלה ההגנה הפרטית בעניין זה, אין טעם לערוך כאן רשימת מצאי שלהן.

633 גם כאן, נוכח העובדה שברובם המכריע של הקודקסים הפליליים שנבחנו במסגרת מחקר זה (ההפניות – בחלק יב' של הביבליוגרפיה שבסוף הספר) לא הוגבלה ההגנה הפרטית בדרישה של חומרה מסוימת של הסכנה הנשקפת לנתקף, לא נערוך רשימת מצאי של קודקסים אלה, אלא נביא – ולו רק מטעמי יעילות – דווקא את שני היוצאים מן הכלל, המעידים על הכלל: סעיף 44 לחוק הפלילי הרומני מדבר על "great danger" וסעיף 8 לחוק הפלילי הספרדי דורש – לעניין הגנה על רכוש – סכנה חמורה לרכוש.

גם במשפט העברי הורחב דין הרודף, כך שבהבדל מן הדרישה של "הכאה הממיתה אותו" המופיעה אצל הרמב"ם, הסתפקו בספרות הפוסקים בתקיפה כלשהי ולא דרשו חשש מיתה דווקא – ראו ע' 152 לפסק־הדין ב36/ בעניין אפנג'ר.

634 ראו ה"ש 74 שבע' 873 לספרו של Fletcher, שבה הוא מתייחס למשפט הגרמני ולמשפט הסובייטי (דאז). יצוין כי אמנם הוא מדבר על אינטרסים פעוטים, אולם מן ההקשר הכולל ברור כי כוונתו לסכנות לא־חמורות ולא לערכים מוגנים מסוימים דווקא.

635 על חשיבות דרישת הפרופורציה ראו בהרחבה פרק ד(8) שלהלן.

636 ראו סעיף 8 לחוק הפלילי הספרדי (יב17/), שבו נדרשת לצורך הצדקתה של הגנה על רכוש סכנה חמורה לרכוש.

ברכוש, עדיין ייתכן שדי יהיה בפגיעה קלה ברכושו של התוקף, למשל, כדי להגן בצורה יעילה על רכושו של הנתקף.

(ב) הסתברות התממשות הסכנה

מכאן לשאלה השנייה שהצבנו בפתח פרק זה – הסתברות התממשות הסכנה. סבורני כי הכרחי להתחשב – מלבד בחומרת הנזק הצפוי לאינטרס לגיטימי בשל תקיפתו הבלתי חוקית של התוקף – גם בהסתברות שסכנה זו אכן תתממש. אין כל טעם להעריך את הסכנה על בסיס הנזק העלול להתרחש בלבד, אלא יש לשקלל בהערכתה גם את סבירות התרחשותו. כך, למשל, דומה כי סכנה שסבירות התרחשותה היא קרובה לוודאי שהנתקף יאבד איבר מגופו, חמורה מסכנה, שסבירות התרחשותה היא אפסית, כי יומת. יודגש, כי אין הכוונה לתמוך בשימוש בהסתברות הנמוכה של התממשות הסכנה לשלילה על הסף של ההגנה הפרטית בנימוק שלפיו הסכנה אינה גדולה דייה. מהי אפוא חשיבותה של הסתברות התממשות הסכנה? לגורם זה חשיבות, בעיקר לעניין שני התנאים הבסיסיים להתגבשות סייג ההגנה הפרטית – שבהם נדון בהרחבה בפרקים הבאים – תנאי הנחיצות (חשיבות מסוימת) ותנאי הפרופורציה (חשיבות רבה!).

יצוין, כי שאלה זו של סבירות התרחשות התוצאה לא זכתה – ברובם המכריע של הדיונים בהגנה הפרטית – להתייחסות כלשהי. למרות זאת, הערכתי היא כי רבים מן הנמנעים מלהזכיר במפורש יסכימו כי היא בהחלט מהווה גורם חשוב בהערכת הסכנה⁶³⁷. למעשה, גורם זה של סבירות התממשות הסכנה בא לידי ביטוי מסוים

637 Finkelman הביעה דעתה שבהלכה העברית הועלתה השאלה של מידת ודאות הסכנה הנדרשת – ראו ע' 1271-1270 למאמרה 81. אלא שהדיון בספר "מנחת חינוך" שאליו היא מפנה אינו עוסק בשאלה האובייקטיבית של הסבירות של התרחשות התוצאה, אלא בספק הסובייקטיבי אצל המתגונן לגבי המציאות הקיימת. סעיף חוק מזור, לטעמי, הקובע סייג נפרד של הגנה פרטית מפני איומים בלבד, קיים בחוק של קווינסלנד (אוסטרליה) – ראו סעיף 31(3) והדיון בו בע' 102-96 לספרו ח' 30 של O'Regan. סבורני כי מקורו של סעיף מיותר זה עשוי להיות במחשבה כי נוכח הסבירות הלא גבוהה של מימוש האיומים, לא יהיה די בסכנה כזו – בהיעדר קביעה מפורשת אחרת של המחוקק – לשם הצדקת ההגנה הפרטית (על היותו של הסעיף מיותר נוכח העובדה שאיום ממילא נכלל בהגדרת התקיפה שבחוק הנ"ל ראו שם, ע' 97). מעניינת מאד וחריגה היא החשיבות הרבה שמייחס Goff לגורם של סבירות התרחשות התוצאה במסגרת הדיון שלו בדרישת הפרופורציה – ראו ע' 259-261 למאמרו 131.

התייחסות מסוימת לסבירות התממשות הסכנה ניתן למצוא בגלגוליה בכנסת של הגדרת סייג ה"צורך" בחוק העונשין (תיקון מס' 37), תשנ"ב 1992 - (2א). במקור נדרש בה כי הסכנה תהיה "ממשית", ותוך קבלת הסתייגותו של שר המשפטים הוחלפה המילה "ממשית" במילה "חמורה". בהסבר להסתייגותו הביע השר דעתו כי בהגנה העצמית ממילא נדרש כי הסכנה תהיה

בדרישה של מיידיות הסכנה; דרישה שבה נדון בהמשך – מיד לאחר הדיון בדרישת היסוד שממנה היא נובעת, הלא היא דרישת הנחיצות.

לבסוף, בנוסחה החדש של הגדרת סייג ההגנה העצמית בחוק העונשין הישראלי, דווקא מצא המחוקק לנכון להוסיף את המילה "מוחשית" לתיאור הסכנה – "...סכנה מוחשית של פגיעה בחייו, בחירותו, בגופו או ברכושו..."⁶³⁸. יש לקוות שהפסיקה לא תעשה במילה זו שימוש לשם שלילה על הסף של ההגנה הפרטית במקרים מסוימים בנימוק שלפיו הסכנה אינה גדולה דייה, למעט אולי מקרים שבהם סבירות הסכנה היא אפסית עד כי הסכנה אינה ריאלית וההתייחסות אליה גובלת באבסורדיות.

ממשית, ולפיכך שימוש במילה זו בהגדרת ה"צורך" (ובה בלבד) עלול להתפרש כהסדר שלילי לגבי ההגנה העצמית (ראו ע' 3740-3741 לפרוטוקול א' 3). ככל שהכוונה במילה "ממשית" הייתה לסבירות התרחשות התוצאה, אין לדעתי מקום לדרישה עצמאית כזו במסגרת ההגנה הפרטית, אלא די, כאמור, בביטוי שיש לסבירות זו במסגרת דרישות היסוד של נחיצות ופרופורציה.

638 ראו סעיף 34 לחוק העונשין א' 1/ כפי שנקבע בתיקון מס' 39 (א' 17) וראו ה"ש 1513 שלהלן והטקסט המפנה אליה.

6. דרישת הנחיצות

(א) כללי

הדרישה כי פעולת העושה כנגד התוקף במסגרת ההגנה הפרטית תהיה נחוצה להדיפת התוקף, היא אולי התנאי המקובל ביותר של ההגנה הפרטית, בכל שיטות המשפט ומקדמת דנא⁶³⁹. כך, למשל, באה דרישת הנחיצות לידי ביטוי בטרמינולוגיה התלמודית באפשרות – שיש להעדיפה על פני המתת ה"רודף" – "שיכול להצילו באחד מאבריו"⁶⁴⁰. יתרה מזו: לא זו בלבד שדרישת הנחיצות אינה שנויה במחלוקת, אלא אף מקובל מאד לראות בה תנאי יסודי וחשוב של ההגנה הפרטית⁶⁴¹.

מה מלמדנו רציונאל ההגנה הפרטית באשר לדרישת הנחיצות? למרות תמימות הדעים באשר לדרישה זו, מעניין כי הן גורם האוטונומיה של הפרט הנתקף והן גורם אשמת התוקף אינם מכתיבים דרישה של נחיצות. הובעה הדעה כי המסגרת של עריכת

639 נוכח העובדה שכולי עלמא לא פליגי כי נדרשת נחיצות – הן בחקיקה, הן בפסיקה, הן בספרות המשפטית והפילוסופית, הן כיום והן בעבר – אמנע, בשל קוצר היריעה, מעריכת רשימה של הפניות בעניין זה, אלא אצביע דווקא על החריגים המעטים שמצאתי, המהווים יוצאים מן הכלל המעידים על הכלל עצמו. ראשית, Hume גרס כי אין דרישה של נחיצות כשמדובר בהגנה עצמית מפני פושע – ראו ע' 752 לספרו ח1/31 של Gordon. שנית, מבין הקודקסים הפליליים והצעות החוק שנבחנו במסגרת מחקר זה, היחיד שבו לא נמצאה – לא במפורש ולא במשתמע – דרישה של נחיצות, הוא החוק הפלילי של רומניה (יב5, סעיף 44). ואפילו לגביו יש להניח כי פסיקת בתי-המשפט הוסיפה את דרישת הנחיצות.

640 דהיינו: אם די בפציעת התוקף לשם הדיפת תקיפתו אסור להמיתו. ראו דברי השופט אלון בע' 152, 154 לפסק-הדין ב36/ בעניין אפנג'ר וראו גם ע' 1263-1265 למאמרה 81/ של Finkelman. כך, למשל, מסביר התלמוד שיואב בן-צרויה רשאי היה להמית את אבנר בן-נר משום שאבנר המית את עשהאל בהיעדר נחיצות, שכן יכול היה לעוצרו בפציעתו בלבד – ראו שם, ע' 1264. מעניין הוא המקור המקראי שמייחס הרמב"ם (פרק א' של הלכות רוצח, הלכות ז' ח) להלכה בדבר דרישת הנחיצות: מדובר בסיטואציה (בספר דברים) של אישה האוחזת באשכיו של אדם הנאבק עם בעלה. מעבר לספק מדוע רואים בה "רודף" (דהיינו: תוקף) ולא מגן על אדם אחר, החשוב לענייננו הוא שההיתר – על-מנת להודפה ולהציל את התפוס בידיה – הוא קטיעת ידה (בלבד) ולא המתתה – ראו שם ע' 1263.

641 כך, למשל, גורס Robinson כי לכל סייגי ה-justification יש מבנה זהה: תנאי הפעלה ("triggering conditions") מסוימים מתירים תגובה נחוצה ופרופורציונלית – ראו, למשל, ע' 86 לכרך I של ספרו ח12/; ו-Smith רואה את דרישת הנחיצות כ"עיקרון קרדינאלי" – ראו ע' 101 לספרו ח4. וראו, בדומה, ה"ש 4 בע' 283 למאמרו ט1/ של Ashworth.

מאזן אינטרסים ובחירה ב"רע במיעוטו" עצמה מחייבת את דרישת הנחיצות⁶⁴². אלא שיש להבחין כאן היטב בין דרישת הפרופורציה, שהיא אכן מתחייבת ממסגרת זו, לבין דרישת הנחיצות, שלכאורה אינה הכרחית לפיה. שהרי ייתכן כי אף שהכח המגן גדול מן הנחוץ, עדיין עדיף הוא על פני הרעה הנמנעת. ובכל זאת, נראה כי יש לראות בעקרון "הרע במיעוטו" עיקרון כללי, החל לא רק בהשוואה שבין הרעה שנמנעה לכח המגן שהופעל, אלא גם בין כח זה לבין דרכי פעולה אלטרנטיביות – שאז אכן תומך העיקרון גם בדרישת הנחיצות.

בהבדל מן הגורמים הנ"ל, גורם שבאופן ברור מחייב את דרישת הנחיצות הוא הסדר החברתי-משפטי. נוכח מצב של אילוך, המתאפיין בקיומה של נחיצות, פועל גורם זה, כאמור, להצדקת ההגנה הפרטית. הפרט הנתקף, או הנחלק לעזרתו, מחליף את השלטון בהגנה על האינטרס הלגיטימי הנתון בסכנה. אך שונים מאד הם פני הדברים בהיעדר נחיצות. במצב כזה, ובמיוחד בהיעדר אילוך, עדיפה ההיזקקות לאמצעים אחרים, לא אלימים (כגון הפניה לרשויות) או אלימים פחות, לשם הגנה על האינטרס הלגיטימי שבסכנה, ופגיעה אלימה בתוקף עשויה דווקא לפגוע בסדר החברתי-משפטי. כך, למשל, אם שוטר נוכח במקום האירוע, עדיפה מאד – מבחינת הגנת הסדר החברתי-משפטי – פעולה שלו ולא של האזרח כנגד התוקף.

כיצד ניתן אפוא להסביר את העובדה שהכל – לרבות אלו המתבססים על האוטונומיה של הפרט הנתקף לבדה להצדקת ההגנה הפרטית – מסכימים כי נדרשת נחיצות? נראה כי ההסבר לכך הוא הנחת המוצא המקובלת, ולפיה, סייג ההגנה הפרטית מהווה סייג מקבוצת האילוצים ומהווה מענה למצבי חירום. שהרי בדרך-כלל בהיעדר נחיצות אין מדובר באילוך כלל.

מהו תוכנה של דרישת הנחיצות? ראשית, יש להבהיר כי על המעשה להיות נחוץ להדיפת התוקף הן איכותית והן כמותית: איכותית – בשים לב לאלטרנטיבות קיימות אחרות, וכמותית – בשים לב למידת הכח המגן. כך, למשל, אם די במכות ידיים בלבד לשם הדיפת התוקף, יהא הירי בו בלתי נחוץ מבחינה איכותית, בעוד שאם די במכת אגרוף בודדה לשם כך, תהא סדרה של תריסר מכות כאלה בלתי נחוצה מבחינה כמותית. הבחנה כזו, בין נחיצות איכותית לנחיצות כמותית, הייתה קיימת במשפט המקובל האנגלי⁶⁴³, ומצאה ביטוי מובהק בנוסחו המקורי של סעיף 22 לחוק העונשין הישראלי.

642 ראו ע' 1456 למאמרה של Omichinski, הגורסת כי במסגרת זו של מאזן אינטרסים נדרשת הנחיצות כמעט מתוך הגדרה.

643 ראו, למשל, ע' 284 למאמרו של Ashworth.

מחד גיסא נדרש שהעושה פעל "כדי למנוע תוצאות שלא ניתן למנען בדרך אחרת" – דהיינו נחיצות איכותית, ומאידך גיסא נדרש בו כי העושה "לא עשה יותר משהיה צורך סביר לעשות לאותה מטרה" – דהיינו נחיצות כמותית (ההדגשות הוספו). דומה כי הבחנה חקיקתית כזו היא מיותרת וכי די בקביעה בחוק של דרישה כללית של נחיצות. סברה זו מתחזקת מאד בשים לב לעובדה שגם המבחינים דורשים את התקיימות שני מבחני הנחיצות – האיכותי והכמותי – במצטבר, כך שאין טעם להבחנה לבד מלשם הדגשת המובן מאליו⁶⁴⁴. כן עשויה ההבחנה להיות במקרים רבים מלאכותית, שהרי שכיחים המקרים שבהם הופכת הכמות לאיכות. כך, למשל, ספק אם הכאה ממושכת של התוקף במשך דקות ארוכות עד לאבדן הכרתו ולגרימת חבלות חמורות בגופו, שונה ממכה בודדה המוטחת בו שוני כמותי בלבד.

שנית, יש לדייק ולבחון במסגרת דרישת הנחיצות את המעשה עצמו ולא את תוצאתו, העשויה להיות מקרית לחלוטין. כך, למשל, כאשר נגרם מותו של התוקף על-ידי הנתקף בירייה, יש לבחון אם הירי לעברו היה נחוץ להדיפת התוקף ולא אם המתתו (דווקא) של התוקף הייתה נחוצה לשם כך. באופן דומה קבע בית-המשפט העליון שלנו בפסק-הדין בעניין רז כך:

"... הדרך הטבעית למנוע זאת הייתה להוציא את המקל מידו. היות והמתלונן סירב למסור את המקל, לא עלה סיבוב ידו, כדי להכריחו למסרו, על מידת הכוח שהיתה דרושה כדי להשיג מטרה זו. השבר עצמו לא נגרם בכוונה, אלא הייתה זו תוצאה מקרית של פעולת המערער"⁶⁴⁵. (ההדגשות הוספו).

שלישית, יש להבהיר לעניין תוכנה של דרישת הנחיצות, כי אין לפרשה פירוש דווקני ואבסורדי, שלפיו די בכך שעמדה לעושה דרך אחרת להדיפת התוקף כדי לשלול את התקיימות הנחיצות. ייתכנו מצבים שבהם יש לו לעושה דרכי פעולה אחדות, ואין כמובן לשלול את כולן רק משום שאף אחת מהן אינה הדרך הבלעדית. מסקנה זו נכונה לא רק כשהעושה בוחר בדרך המתונה ביותר, אלא אפילו כאשר הוא בוחר בדרך סבירה אחרת מעשהו עשוי לעמוד בדרישת הנחיצות.

644 ראו ע' 77 לכרך II של ספרו ח12 של Robinson; ע' 224 לדברי ההסבר להצעת החוק ג1 / של הוועדה בראשות השופט אגרנט וע' 428 לספרו ד2 / (ב) של פלר.

645 ראו ע' 504 לפסק-הדין ב21 / בעניין רז. להבחנה בין התוצאות הצפויות לתוצאות הניתנות לצפייה נתייחס להלן – ראו הטקסט המפנה לה"ש 803.

שתי מגמות בולטות, שעליהן עמדנו לעיל, תוך הבעת התנגדות להן, קיימות במשפט האנגלו-אמריקני ומשפיעות על תוכנה של דרישת הנחיצות הקיימת בו. האחת היא הנטייה לכלול את דרישת הנחיצות יחד עם דרישת הפרופורציה תחת קורת הגג המשותפת של "סבירות"⁶⁴⁶. הסתפקות זו בדרישה של סבירות הכח המגן אינה רצויה, שכן דרישות הנחיצות והפרופורציה הן כה חשובות במסגרת ההגנה הפרטית עד כי אין להסכין עם החלשתן האפשרית והמסתברת כתוצאה מאיחוד שכזה. עיקר פועלו של האיחוד הוא אמנם החלשת דרישת הפרופורציה, אך גם דרישת הנחיצות נגסת משמאמצים אותו⁶⁴⁷. כך גם Williams הביע את דעתו כי איחוד השאלות – העובדתית (נחיצות) וההערכתית (פרופורציה) – תחת המבחן הכולל של "סבירות", חוסך אמנם את הצורך במיון, אך עלול להביא לבלבול מצער⁶⁴⁸. עמדתו של Williams חשובה במיוחד לנוכח הנטייה החזקה הקיימת בהצעות חוק ובחקיקה החדשה – הן בארץ והן מעבר לים – שלא להפריד בין דרישות הנחיצות והפרופורציה, אלא להסתפק בדרישה החובקת כל של "סבירות"⁶⁴⁹.

נטייה זו הופכת לבעייתית עוד יותר נוכח העובדה שבסייג ה"צורך" המופיע בהצעות חוק ובחוקים אלה קבועות בדרך-כלל במפורש ובנפרד דרישות הנחיצות והפרופורציה⁶⁵⁰. מצב זה עלול להשפיע על פרשנות סייג ההגנה הפרטית, אם לא עד כדי ראייתו כקובע הסדר שלילי בעניין זה, אזי לפחות כמסתפק בדרישות חלשות של נחיצות ופרופורציה. כן מהווה כריכת שתי הדרישות יחדיו במסגרת ה"סבירות" ויתור על הדרכה משמעותית כלשהי של המחוקק – לא רק לציבור אלא אפילו לרשות השופטת.

646 ראו הטקסטים שלעיל המפנים לה"ש 504-503 (המשפט האנגלי) ולה"ש 518-519 (המשפט האמריקני).

647 ראו, למשל, ע' 245 למאמרו ט'57 של Lanham, הגורס כי כשביטל המשפט האוסטרלי הסתפק בעבר ב"סבירות", אפשרה הלכה זו ויתור מסוים על דרישת הנחיצות.

648 ראו ע' 503 לספרו ח'2. וראו עמדה דומה של Ashworth – בע' 284 למאמרו ט'17.

649 ראו, למשל, סעיף 41 להצעת החוק ג'1 של הוועדה בראשות השופט אגרנט; סעיף 52 להצעת החוק ג'4 של פלר וקרמניצר; סעיף 1 לחוק העונשין (תיקון מס' 37), תשנ"ב-1992 (א/2); סעיף 34טז לחוק העונשין, תשל"ז-1977, כפי שנקבע בתיקון מס' 39 (א/17); סעיף 41 להצעת החוק יג'7 של ניר-זילנדר. ראויה לציון בעניין זה היא הצעת החוק ג'5 של אנקר וקרפ, המפרידה כראוי בין דרישות הנחיצות (סעיף 38(א)(2)) והפרופורציה (סעיף 38(א)(3)).

650 ראו, למשל, סעיף 47 להצעת החוק ג'4; סעיף 2 לחוק העונשין (תיקון מס' 37), תשנ"ב-1992 (א/2); סעיף 34יא לחוק העונשין, תשל"ז-1977 (א/1) כפי תיקונו בא'17).

מגמה בולטת שנייה שעליה עמדנו לעיל⁶⁵¹, היא השילוב של ההגנה הפרטית המדומה בתוך ההגנה הפרטית הממשית וריכוך מבחן הסבירות האובייקטיבי, תוך הוספת מאפיינים סובייקטיביים. לענייננו זה משמעותה העיקרית של מגמה זו היא ההסתפקות בכך שהעושה מאמין שפעולתו נחוצה כדי שיעמוד לו הצידוק של הגנה פרטית. ברם, מקומן של חריגות כאלה מדרישת הנחיצות הוא במסגרת סייג הטעות או במסגרת הסדר של אחריות מופחתת (או אפילו פטור – לפי המקרה) נוכח הפעלת כח מגן מופרז, ואין להתעקש להסדירן במסגרת ההגנה הפרטית. גישה אחרת מביאה לסירוס מבחנים אובייקטיביים תוך הפיכתם – למעשה – לסובייקטיביים ולהחלשה ניכרת של עוצמת הצדקתה של ההגנה הפרטית⁶⁵².

(ב) שיקולים בהערכת הנחיצות ודרישות משנה הנגזרות ממנה

שתי הדרישות העיקריות הנגזרות מדרישת הנחיצות הן המיידיות והנסיגה. הדרישה כי הסכנה הנשקפת לאינטרס הלגיטימי של הנתקף תהיה מיידית היא כה חשובה, עד כי הובעה הדעה כי היא מהווה את תוכנה המרכזי של דרישת הנחיצות⁶⁵³. הטעם לכך הוא פשוט: בהיעדר סכנה מיידית אין הכח המגן נחוץ, שכן קיימות דרכי פעולה אחרות, לא-אלימות, ובראש ובראשונה ההיעזרות ברשויות השלטון השונות. אם דרישת המיידיות נהנית מתמימות דעים כמעט מוחלטת, הרי שלא כך לגבי חובת הנסיגה, שלגביה רבה המחלוקת. הדרישה היא שבטרם ייזקק לכח מגן (או בטרם ייזקק לכח מגן קטלני) על הנתקף למצות גם דרך של נסיגה בטוחה – אם זו אפשרית. הטעם העיקרי⁶⁵⁴ לדרישה כזו הוא פשוט, לפחות לכאורה: אם ייסוג הנתקף נסיגה בטוחה, שוב לא יהא צורך בכח המגן; דהיינו: לא תתקיים דרישת הנחיצות ותתייתר ההגנה הפרטית, על האלימות הכרוכה בה. שתי דרישות אלה – המיידיות והנסיגה – הן מרכזיות מאד במסגרת דין ההגנה הפרטית ולפיכך נדון בהן בהמשך בנפרד ובהרחבה הראויה להן⁶⁵⁵.

שיקול שלעתיים יש לו חשיבות רבה בהערכת הנחיצות, היא האפשרות להביא לסיומה של התקיפה ללא כח אלא באמצעות דרישה מן התוקף כי יחדל מתקיפתו.

651 ראו הטקסטים שלעיל המפנים לה"ש 502 (המשפט האנגלי) ולה"ש 524 (המשפט האמריקני).

652 ראו האמור לעיל בטקסט המפנה לה"ש 465-467 וכן פרקים (2) ו-(3) שלהלן.

653 "אין ספק כי נחיצות המעשה היא, ראשית לכל, פונקציה של מידיות הסכנה..." – ראו ע' 28 לספרו ד/2 (ב) של פלר.

654 אך לא היחיד, שכן לדעתי – כפי שאראה בהמשך – חובת הנסיגה נובעת גם (ובעיקר) מעקרון הפרופורציה.

655 ראו פרקים ד(7) ו-ד(9) שלהלן.

אמנם במקרים רבים אין כל טעם בדרישה שכזו, אולם ישנם גם מקרים שבהם בהחלט עשויה היא להשיג את מטרת ההגנה הפרטית, שאז אין הכח המגן נחוץ עוד. מקרה טיפוסי אחד כזה, הנזכר לעתים בספרות⁶⁵⁶, הוא הסגת גבול. רצוי לדרוש מן הנתקף (המחזיק במקרקעין) להקדים לכח המגן (להדיפת מסיג הגבול) דרישה ולאפשר למסיג הגבול למלא אחריה. הוא הדין לגבי הגנה על רכוש בכלל – גם כאן יש טעם רב לצפות מן העושה כי ידרוש מן התוקף לחדול מתקיפתו או להשיב את הרכוש בטרם יופעל כח מגן⁶⁵⁷. מקרה טיפוסי נוסף שבו יש טעם רב בדרישה שכזו, הוא המקרה שנדון לעיל בעניין אחר⁶⁵⁸ – הסכמת הנתקף מראש לתקיפת התוקף. ביטול כזה של ההסכמה עשוי בהחלט לייתר את הכח המגן.

שיקול אחר בהערכת הנחיצות, הדומה לקודמו בכך שהוא מבוסס על האפשרות הרצויה שמילים תייתרנה את הכח הפיזי, הוא האפשרות להביא לסיומה של התקיפה תוך הסתפקות באזהרה בלבד. במשפט העברי יש לתת ל"רודף" (התוקף) אזהרה לפני המתתו, ואף כי לא כל הטעמים לכך רלוונטיים לענייננו⁶⁵⁹, אין ספק שהאפשרות להימנע מכח פיזי תוך שימוש באזהרה הוא שיקול שיש להביאו בחשבון בהערכת הנחיצות במשפט הפלילי המודרני. בפסיקה הישראלית ניתן ביטוי לשיקול זה בכך שבכמה פסקי-דין העלה בית-המשפט העליון את האפשרות של הקדמת "יריות הפחדה לאוויר" לירי באדם⁶⁶⁰.

יודגש, כי הן באשר לאפשרות של הקדמת דרישה מן התוקף כי יחדל מתקיפתו והן באשר לאפשרות להסתפק באזהרה, אין לצפות מן העושה כי ימצה אותן אם כרוכה בכך החמרה משמעותית של הסכנה לאינטרס הלגיטימי, ולפיכך גם אין לראות באי-מיצוי אפשרויות מסכנות שכאלה שליליה של נחיצות המעשה.

656 ראו, למשל, ע' 1664 לספרו ח' 8 של Archbold; ע' 516 לספרו ח' 2 של Williams.
657 כך, למשל, בחרו מנסחי ה-M.P.C. האמריקני, בדרכם הקוזואיסטית, לפרט הן חובה כזו של הקדמת דרישה להפעלת כח ההגנה על רכוש והן שלושה חריגים לאותה דרישה – ראו סעיפים 3.06(3)(a)(I),(II),(III) ל-M.P.C. יג' 41. וראו גם ע' 1156 לספרם ח' 17 של Perkins & Boyce.
וע' 682 לספרו ח' 6 של Russell.

658 ראו פרק ד(4)(ד) שלעיל.
659 ראו ע' עח למאמרו ח' 71 של ורהפטיג. טעם אפשרי לדרישה זו – שאינו רלוונטי לענייננו – הוא התנאים הפורמליים לביצוע עונש מוות על-ידי בית-דין – ראו ע' 1284-1281 למאמרה ח' 81 של Finkelman.

660 ראו ע' 312 לפסק-הדין ח' 25/ בעניין אחמד ושיך וע' 628 לפסק-הדין ח' 26/ בעניין הורוביץ.

שתי דרכי פעולה נוספות העשויות לעמוד בפני העושה ושעשויה להיות להן חשיבות בהערכת העמידה בדרישת הנחיצות, הן הכניעה למעצר בלתי חוקי והויתור על הרכוש המאויים. הראשונה נדונה לעיל במסגרת הדיון באופי התקיפה, והשנייה תידון במקום היא לה מבחינה מהותית – לצד חובת הנסיגה, בהיות ויתור זה מקרה פרטי של נסיגה או, לפחות, מקרה מקביל לנסיגה⁶⁶¹.

אפשרות טיפוסית נוספת, שהועלתה בספרות⁶⁶², היא הגנה מלאה על האינטרס הלגיטימי שבסכנה בעזרת פנייה מאוחרת יותר לבית-המשפט. אפשרות זו מוגבלת, להערכתי, לפגיעות ברכוש של הנתקף; פגיעות שלעתים ניתן לקבל בגינן מבית-המשפט סעד מלא אשר ישיב את המצב לקדמותו. שיקול כזה בהערכת הנחיצות חייב לכלול גם את הפגיעה באינטרסים לגיטימיים של הנתקף הכרוכה בעצם ההמתנה לסיום ההליך המשפטי ובהליך המשפטי עצמו. הערכת האפשרות שהקרוב יזכה לפיצוי על נזק כוללת, כמובן, גורמים כמו האפשרות לאתר את התוקף והאפשרות להיפרע ממנו. גם לאפשרות זו, של הסתפקות בפנייה לבית-המשפט, סממנים של נסיגה, ובדרך-כלל יהיה ויתור זמני שכזה כרוך בפגיעה כלשהי באינטרסים לגיטימיים של הנתקף, אף כי הפגיעה תהיה קטנה יותר מאבדן מוחלט של הרכוש, למשל.

גורם נוסף שנדון לעיל ושיש להזכירו גם כאן בשל החשיבות שעשויה להיות לו בהערכת נחיצות מעשה ההגנה הוא הסתברות התממשות הסכנה⁶⁶³. אלא שבעוד שלעניין הערכת התקיימות דרישת הפרופורציה רבה חשיבותו של גורם זה, אין חשיבותו גדולה לנושא דיוננו – הערכת העמידה בדרישת הנחיצות. זאת, משום שגם אם סבירות התממשות הסכנה אינה גדולה, כל עוד היא ריאלית, אין בכך כדי לשלול על הסף את נחיצות הכח המגן. לעומת זאת, אם קלושים מאד סיכויי התממשות הסכנה, יהיה בכך בדרך-כלל כדי לשלול את נחיצותו של כח מגן.

גורם כללי בעל חשיבות רבה בהערכת הנחיצות הוא יחסי הכוחות שבין הצדדים לעימות, דהיינו: הנתקף או המגן עליו, מול התוקף. בהערכת יחסי כוחות אלה יש להביא בחשבון לא רק את כוחם הפיזי של הצדדים, את עמדותיהם ה"אסטרטגיות" ואת ציודם (נשקם), אלא גם את כישוריהם הרלוונטיים. כך, למשל, בעוד שבדרך-כלל לא יהא זה

661 ראו (בהתאמה) פרקים ד(4) שלעיל ו-ד(9) שלהלן.

662 ראו ע' 566 לכרך II של ספרו ח12/ של Robinson וכן ע' 260 למאמרו 131/ של Gorr. אמנם Gorr מעלה אפשרות זו תוך התייחסות להשפעתה על הערכת התקיימות דרישת הפרופורציה, אולם לדעתי, היא רלוונטית מאד גם לעניין דרישת הנחיצות.

663 ראו פרק ד(5)(ב) שלעיל.

נחוץ להפעיל נשק קטלני להדיפת תוקף בלתי חמוש, במיוחד אם הנתקף אינו חלש בהשוואה לתוקף, תיתכן נחיצות כזו נוכח תוקף בעל כישורים מיוחדים, כגון מיומנות מפליגה בתורות לחימה. ככל שיחסי הכוחות הם לרעת הנתקף (או המגן עליו), יהיו אמצעים חריפים יותר כנגד התוקף ניתנים להצדקה במסגרת ההגנה הפרטית.

(ג) הדין הרצוי

המשותף לכל דרישות המשנה והשיקולים שהובאו לעיל הוא היותם מבוססים על מקרים טיפוסיים ושכיחים. ברם, אין כל אפשרות מעשית לתרגם את הדרישה הכללית של נחיצות המעשה לרשימה סגורה של מקרים ודרישות משנה. נקודת המוצא חייבת להיות דרישה כללית של נחיצות, והשאלה המעניינת באשר לרפורמה חקיקתית היא מוגבלת יותר: האם יש להסתפק בדרישה כוללת שכזו, לקבוע גם דרישות משנה קשיחות, או לנקוט את "שביל הזהב" ולצד הדרישה הכללית לקבוע גם רשימה בלתי סגורה של שיקולים שיש להביאם בחשבון בהערכת הנחיצות. מעצם הבחירה בביטוי "שביל הזהב", ניתן ללמוד כי זוהי, לדעתי, הדרך העדיפה. מחד גיסא, היא עדיפה על קביעה של דרישות קשיחות שדי באי-התקיימות אחת מהן כדי לשלול את הנחיצות, שכן פתרון שכזה יחסר את הגמישות המינימלית ההכרחית נוכח אין-ספור האפשרויות – העולות על כל דמיון – שמציבה בפנינו המציאות. מאידך גיסא, גישה כזו עדיפה על ההסתפקות בדרישה הכללית של נחיצות, שכן יש לשאוף לכך שהחוק יעניק הדרכה ממשית – הן לציבור והן לרשות השופטת. עם זאת, על רשימת השיקולים שיוזכרו במפורש בחוק להיות כזו שתכלול אך ורק את המקרים החשובים והשכיחים ביותר, ולא תגלוש לקזואיסיטיקה ולסרבול. רשימת שיקולים שתהיה בה התייחסות למיידיות⁶⁶⁴, לנסיגה, למעצר בלתי חוקי ולהקדמת דרישה או אזהרה – לפי המקרה – עשויה להוות "שביל זהב" חקיקתי שכזה⁶⁶⁵. נעבור אפוא עתה לדון במרכזי שבשיקולים אלה – דרישת המיידיות.

664 למעשה, דרישת המיידיות היא חשובה דייה כדי להוות דרישה עצמאית ומפורשת בחוק, ולא שיקול בלבד בהערכת הנחיצות. ועל כך בפרק הבא.

665 וראו סעיף 1(ב) להצעתי שבפרק ח' שלהלן וההתייחסות שם לאפשרות שגם פירוט כזה הוא רב מדי כשמדובר בנוסחו של החוק.

7. דרישת המיידיות

(א) כללי

את דרישת המיידיות ניתן לראות כהיבט נוסף של הסכנה (דרישה כי הסכנה הנשקפת לאינטרס לגיטימי תהיה מיידית)⁶⁶⁶. בכל זאת הוקדם לדיון בדרישת המיידיות הדיון בדרישת הנחיצות, משום שכאמור נובעת דרישת המיידיות ישירות מדרישת הנחיצות, וחשיבותה הרבה של דרישת המיידיות היא שהביאה אותנו להפרדת הדיון בה.

בדרך-כלל אין עצם קיומה של דרישת המיידיות במסגרת ההגנה הפרטית שנוי במחלוקת. הדרישה מקובלת על רובם המכריע של המלומדים, וחלקם אף הביעו דעתם כי מדובר בדרישה יסודית וחשובה ביותר⁶⁶⁷, אם לא גם בתוכנה המרכזי של דרישת הנחיצות⁶⁶⁸. בכל שיטות המשפט שנבחנו במסגרת מחקר זה קיימת דרישה כזו או אחרת של מיידיות. בדרך-כלל נדרשת המיידיות במפורש בהגדרת ההגנה הפרטית בקודקס הפלילי⁶⁶⁹, וגם בשיטות המשפט המעטות שבהן אין דרישה מפורשת שכזו, בדרך-כלל מפרש בית-המשפט את דרישת הנחיצות ככוללת גם דרישה של מיידיות. גם בהצעות לרפורמה חקיקתית מקובל מאד לקבוע דרישה מפורשת של מיידיות⁶⁷⁰; וגם במשפט העברי ובמשפט המקובל האנגלי הקדום הייתה קיימת דרישה של מיידיות⁶⁷¹.

666 לצד היבטים אחרים שלה שכבר נדונו לעיל: הערכים המוגנים על-ידי ההגנה הפרטית; מקור הסכנה ואופי התקיפה; חומרת הסכנה וסבירות התממשותה.

667 ראו, למשל, ע' 869 לספרם ח19/ של Kadish & Schulhofer; ע' 101 לספרו ח4/ של Smith.

668 ראו ה"ש 653 שלעיל. הטעם לכך הוא שבהיעדר סכנה מיידית אין הכח המגן נחוץ, שכן קיימות דרכי פעולה אחרות, לא-אלימות, ובראש ובראשונה ההיעזרות ברשויות השלטון השונות.

669 נוכח העובדה שברובם המכריע של הקודקסים הפליליים שנבחנו במסגרת מחקר זה מופיעה דרישת המיידיות במפורש, נימנע מעריכת רשימה שלהם, ונצביע דווקא על היוצאים מן הכלל המעידים על הכלל (ההפניות המלאות – בחלק יב של הביבליוגרפיה שבסוף הספר): סעיף 17 לחוק הפלילי של סין; סעיף 5 לחוק הפלילי של גרינלנד; סעיף 34(6) לחוק הפלילי של ארגנטינה; סעיף 48 לחוק הפלילי של נורווגיה; סעיף 8 לחוק הפלילי של ספרד; סעיף 13 לחוק הפלילי של ברה"מ (דאז) וסעיפים 271-273 לחוק הפלילי של קווינסלנד (אוסטרליה).

670 לחריגים בעניין זה ראו סעיפים (10),(11),(12) להצעת החוק הקנדית יג8/ משנת 1987; סעיפים 37, 38 להצעת החוק הקנדית יג12/ משנת 1993 וסעיפים 41, 48, 49 להצעת החוק של ניו-זילנד יג7/.

671 לעניין המשפט העברי ראו, למשל, ע' 1265 למאמרה ח81/ של Finkelman וע' 153 לפסק-הדין ב36/ בעניין אפנג'ר. לעניין המשפט המקובל האנגלי הקדום ראו, למשל, ע' 184 לכרך IV של ספרו ח9/ של Blackstone וע' 681 לספרו ח6/ של Russell.

מה ניתן וצריך ללמוד מרציונאל ההגנה הפרטית לעניין דרישת המיידיות? למעשה, כבר השבנו על שאלה זו בפתח הדיון בדרישת הנחיצות, שכן, כאמור, דרישת המיידיות מהווה – מבחינה מהותית – חלק מדרישת הנחיצות, ורק חשיבותה הרבה היא המביאה לדיון נפרד – אך לא לגמרי עצמאי – בה. כאמור⁶⁷², גורמי האוטונומיה של הנתקף ואשמתו של התוקף, המהווים חלק מהצדקת ההגנה הפרטית, אינם מכתיבים את דרישת הנחיצות, ובהתאם גם אינם מכתיבים את דרישת המיידיות. לעומת זאת, מחייב גורם הסדר החברתי-משפטי הן את דרישת הנחיצות והן – ממילא ובעיקר – את דרישת המיידיות. נוכח מצב של אילוף, המתאפיין בהתקיימותה של נחיצות ובמיוחד בהתקיימותה של מיידיות, פועל גורם זה להצדקת ההגנה הפרטית. אולם, בהיעדר נחיצות בכלל ומיידיות בפרט, עשויה פגיעה אלימה בתוקף (שהוא תוקף פוטנציאלי בלבד) דווקא לפגוע בסדר החברתי-משפטי. כפי שכבר צוין, גם הגורסים כי יש להשתית את הצדקת ההגנה הפרטית על גורמים (בלעדיים) אחרים, כגון האוטונומיה של הנתקף, מצדדים בדרישות הנחיצות בכלל והמיידיות בפרט, בשל אופיו המקובל של סייג ההגנה הפרטית כסייג מקבוצת האילוצים, המהווה מענה למצבי חירום. המיידיות היא, קרוב לוודאי, המאפיין הבולט ביותר של מצב החירום. על חשיבות התקיימותו של מצב חירום לעניין הצדקת ההגנה הפרטית כבר עמדנו לעיל בכמה הקשרים והזדמנויות. יודגש, כי במסגרת סייג ההגנה הפרטית בפרט וסייגי האילוף בכלל, מאפשרת החברה לעושה עצמו לבצע הכרעות מסוימות בין אינטרסים וערכים חשובים שונים; הכרעות שבדרך-כלל רשויות החוק והמשפט לבדן מוסמכות לבצען (המחוקק, בתי-המשפט ולעתים גם בעלי התפקידים המופקדים על אכיפת החוק). רק במצבים מיוחדים, בשעות דחק מיוחדות שכאלה (המניחות את התקיימותן של דרישות הנחיצות והמיידיות), קיימת נכונות גדולה לאפשר לפרט לבצע בעצמו הכרעות שבדרך-כלל מן הראוי שתיעשינה על-ידי רשויות החוק והמשפט. נכונות זו נובעת בעיקר מכך שהגנתה של החברה ושל חוקיה אינה אפקטיבית במצבים אלה⁶⁷³. ובכל זאת, קיימת גם התנגדות מסוימת לדרישת המיידיות. אך תחילה נתייחס לתוכנה של הדרישה.

672 ראו ראשיתו של פרק ד(6)(א) שלעיל.

673 לעמדות דומות ראו ע' 282 למאמרו /18 של Ashworth; ע' 1367 למאמרו /25 של Fletcher; ודבריו בע' 945 לכרך 3 של האנציקלופדיה ח'26; ע' 234-233 למאמרה /7 של גור-אריה; ע' 3740-3739 לפרוטוקול א'3 של הכנסת (דברי שר המשפטים).

מעניין לציין שבספרות הפילוסופית נעשה ניסיון לייחס חשיבות מוסרית גדולה לעצם קיומה של תקיפה נוכחית – בהבדל מתקיפה בעבר – ראו בעיקר עמדה זו של Wasserman בע' 373 ואילך למאמרו /62; תמיכתו של Gorr בעמדה זו בע' 265 למאמרו /131 והתנגדותו של Montague בע' 87 ואילך למאמרו /71. הסיבה העיקרית להסתפקות בתיאור תמציתי זה, בהערת-שוליים,

(ב) תוכן דרישת המיידיות

מתחייבת הבהרה ביחס ליסוד אשר לגביו צריכה להתקיים דרישת המיידיות. האם יש לדרוש מיידיות של הסכנה (דהיינו – שהסכנה הנשקפת לאינטרס לגיטימי תהיה מיידית) או מיידיות של התקיפה (תקיפה מיידית)? או שמא הדרישה הרצויה היא של נחיצות מיידית (כלומר: שמעשה ההתגוננות דרוש מיידית)? לכל אחת משלוש אפשרויות עיקריות אלה וכן לאפשרויות נוספות⁶⁷⁴ תימוכין בחקיקה, בפסיקה, בספרות ובהצעות חוק.

בקודקסים הפליליים שנבחנו במסגרת מחקר זה, ההתייחסות היא בדרך-כלל למיידיות התקיפה, ואילו בהצעות החוק הישראליות השונות ההתייחסות הייתה למיידיות הפגיעה⁶⁷⁵. לעומת זאת, הציעו Williams ו-Robinson להסתפק במיידיות נחיצות השימוש בכח⁶⁷⁶. נוסחה דומה נקבעה לאחרונה בחוק העונשין הישראלי – "...מעשה שהיה דרוש באופן מידי כדי להדוף..."⁶⁷⁷. הצעתם של Williams

של מחלוקת זו בין Montague ל-Wasserman, היא שלדעתי מקומה אינו בדיון בהגנה הפרטית אלא בדיון בסייג ה"צורך", ויעידו על כך הדוגמאות שבהן הם דנים. מדובר במצבים שבהם ה"תקיפה" כבר פסקה ובכל זאת הסכנה עדיין קיימת, באופן שחיסול ה"past aggressor" (בהבדל מ"present aggressor") ישים לה קץ. סבורני כי ממש מתוך הגדרה (של ההגנה הפרטית ושל ה"צורך") אין מקרים כאלה נופלים בגדר ההגנה הפרטית. עם זאת, ניתן אולי לשאוב תמיכה נוספת בגורם אשמת התוקף שברציונאל ההגנה הפרטית אם מקבלים עמדתה של Kamm, שעליה מסתמך Wasserman, ושלפיה האדם (התוקף – בענייננו) אחראי בצורה משמעותית יותר לפעולותיו העכשוויות מאשר לאלו שביצע בעבר (deontology of the moment"; "the priority of the present moment" – ראו ע' 375 למאמרו של Wasserman).⁶⁷⁴ אפשרות מעניינת נוספת היא הדרישה שנקבעה בסעיף 3.04 ל-M.P.C. יג' 4/ ולפיה על הכח המגן להיות נחוץ מיידית, ובנוסף לכך על הכח, הצפוי להיות מופעל על-ידי התוקף, להיות צפוי להיות מופעל באותו אירוע ("on the present occasion"). בדברי ההסבר ציינו המנסחים כי נוסח זה יאפשר את הגמישות הרצויה (ראו ע' 17 לדברי ההסבר שב-Draft יג'). אלא שגם ניסוח כזה מספק, לדעתי, גמישות גדולה מדי, עד כדי החלשה ניכרת מאד של דרישת המיידיות, אף שכמובן עדיף הוא על ההסתפקות במיידיות הנחיצות. וראו ע' 869 לספרם של Kadish & Schulhofer; ע' 656 לספרם של La Fave & Scott וע' 931-932 למאמרו של Heberling.

⁶⁷⁵ ראו (בהתאמה) חלקים יב ו-ג לביבליוגרפיה שבסוף הספר.

⁶⁷⁶ ראו ע' 503-504 לספרו של Williams וע' 4, 78 לכרך II של ספרו של Robinson.

⁶⁷⁷ ראו נוסחו הנוכחי של סעיף 34 לחוק העונשין (א') כפי שנקבע בתיקון מס' 39 (א/17). וראו דבריו של חבר-הכנסת דן מרידור, בשם ועדת החוקה, חוק ומשפט, בעת הדיון (קריאה שנייה וקריאה שלישייה) בהצעת תיקון מס' 39 – ע' 9828 לדברי הכנסת א/19: "המיידיות הוצמדה כאן למעשה הדרוש, גם אם הסכנה איננה מיידית אלא תהיה בעוד זמן קצר, אבל המעשה דרוש

Robinson ו- מקפלת בתוכה התנגדות לדרישת המיידיות; התנגדות שבה נדון בהמשך. אשר לשתי האפשרויות הראשונות, סבורני כי ההבדל בין מיידיות התקיפה לבין מיידיות הסכנה אינו גדול. היכן בכל זאת עשוי להיווצר הבדל בין שתי דרישות אפשריות אלה? כאשר צפויה תקיפה מיידית שהסכנה הנשקפת ממנה אינה מיידית. במקרה כזה ההצדקה להגנה פרטית תוכל להתבסס אך ורק על אותה סכנה הבאה לידי ביטוי כבר בעצם התקיפה המיידית ולא על הסכנה הרחוקה, ולפיכך תהיה הצדקה זו חלשה יחסית ותאפשר הגנה פרטית מוגבלת בלבד, אם בכלל. כך, למשל, נניח שא' התקין מתקן האמור לגרום נזק למכוניתו של ב' מקץ שנה תמימה מרגע הפעלתו. הפעלת המתקן כרוכה בלחיצה על המתג, ונטרול המתקן במהלך השנה אינו קשה (למעשה, נדרשות חמש דקות ומיומנות קטנה ביותר לביצועו). אם כזה הוא המצב, סבורני כי אין לראות בהושטת ידו של א' לעבר המתג (התקיפה) גורם שדי במיידיותו, אלא יש להביא בחשבון את היותה של הסכנה כה רחוקה עד כי אין ליישבה עם דרישה של מיידיות. לפיכך, דעתי היא כי במקרים הנדירים שבהם קיים הבדל ממשי בין מיידיות התקיפה למיידיות הסכנה, עדיף להתייחס למיידיות הסכנה. אלא שכלל תהיה הבחנה זו מלאכותית בלבד.

שני פנים לה לדרישת המיידיות. על ההגנה הפרטית המוצדקת להתבצע לכל המוקדם כשהסכנה היא כבר קרובה, ולא מוקדם יותר, ולכל המאוחר כשהסכנה או חלקה עדיין קיימת, ולא מאוחר יותר. ניתן להציב את שני פניה של דרישת המיידיות כנגד שתי אפשרויות שליליות, שיש למונען. האחת – תוקפנות מקדימה – שאז ה"התגוננות" מוקדמת מדי (ובעצם – מבחינה מהותית – כלל אינה התגוננות), והאחרת – נקמה מוסווית⁶⁷⁸ – שאז ה"התגוננות" מאוחרת מדי (ושוב – מבחינה מהותית – כלל אינה התגוננות). פלר הציע את המילה "תכיפות" לתיאור הפן הראשון של המיידיות ואת המילה "עכשוויות" לתיאור הפן השני שלה⁶⁷⁹. לדעתי, רצוי להתייחס לסכנה

מיידית". אך מוזר ההסבר שבא מיד לאחר מכן: "כי אם אפשר להמתין עם המעשה – אל תעשה בעצמך, יש מי שיעשה במקומך". כביכול מדובר בחיזוק דרישת המיידיות ולא בהחלשתה. שנתיים קודם לכן, בדיון בקריאה הראשונה של אותו חוק, אמר שר המשפטים (אז) דן מרידור כך: "אני מבקש שיושם לב שהכנסנו את אלמנט סכנת הפגיעה המיידית בחייו. בעינינו זה אלמנט חשוב". (ע' 2301 לדברי הכנסת א20). וראו גם ה"ש 1507 שלהלן והטקסט המפנה אליה.

678 ראו ע' 775-776 לספרו ד77 של דייקן. דייקן עמד על יכולתה של המיידיות לשמש מבחן טוב להבחנה בין התגוננות לבין נקמנות ותגובה על קנטור; תגובה שניתן אולי להבינה ולהקל בעונש שבגינה, אך בהחלט אין להצדיקה ולפטור מאחריות לה.

679 ראו ע' 11 למאמרו 3/ וע' 425-427 לספרו ד2/ (ב).

"ממששת ובאה", "עומדת להתרחש" או "קרובה" לעניין הפן הראשון ("תכיפות")⁶⁸⁰ ולסכנה ש"עדיין קיימת" או "טרם חלפה" לעניין השני ("עכשוויות"). מכל מקום, מבחינה מהותית ניתן לוותר על ההבחנה⁶⁸¹, בשים לב לעובדה שגם במקרה השני – של סכנה שעדיין קיימת וטרם חלפה ("סכנה עכשווית") קיימת בעצם סכנה מיידית הממששת ובאה, עומדת להתרחש וקרובה ("סכנה תכופה") הבאה לידי ביטוי בפגיעות שטרם נגרמו⁶⁸². כך, למשל, לאחר שא', שבכוונתו להשמיד רכוש מסוים של ב', מכלה שלושה רבעים מאותו רכוש, עדיין נשקפת סכנה לרבע הנותר, וסכנה זו היא מיידית לכל דבר ועניין. לעומת זאת, לאחר שהדף א' את ב' אשר תקפו תקיפה קטלנית, וב' מוטל על הקרקע פצוע וחסר אונים, אין עוד סכנה מיידית המצדיקה הפעלת כח נוסף כנגד התוקף⁶⁸³.

השאלה הנכבדה יותר נוגעת לפן הראשון – של קרבת הסכנה, ולא לשני – של היותה עדיין קיימת. כאמור, מתקיימת סכנה מיידית לכל אורך התקיפה – מתחילתה ועד סופה. אך בעוד שהפתרון לשאלת הפן השני של דרישת המיידיות (נקודת הזמן המאוחרת ביותר שבה ההגנה הפרטית עודנה מוצדקת) מושג בדרך-כלל עם איתור מועד סיום התקיפה, הרי שלצורך פתרון שאלת הפן הראשון של דרישת המיידיות (נקודת הזמן המוקדמת ביותר שבה ההגנה הפרטית כבר מוצדקת) אין די באיתור מועד תחילת התקיפה, שכן אין חולק שגם זמן מסוים לפני תחילתה כבר מתקיימת סכנה מיידית המצדיקה הגנה פרטית⁶⁸⁴. הבהרה אחרונה זו מביאתנו ישירות אל השאלה הנכבדה של הצדקת "המכה המקדימה".

680 זאת משום שהמילה "תכיפות" אינה אלא מילה נרדפת למילה "מיידיות".
 681 ההבחנה מבוצעת במפורש בקודקסים הפליליים של פינלנד ושוודיה – ראו סעיף 6 לחוק הפלילי של פינלנד (יב2) וסעיף 24(1) לחוק הפלילי של שוודיה (יב8).
 682 ראו ע' 11 למאמרו ה3/ של פלר וע' 426 לספרו ד(ב).
 683 כזה היה המקרה בפסק־הדין ב18/ בעניין גרז'יצקי, שם חנקה הנאשמת את בעלה לאחר שכבר היה מוטל פצוע. דוגמה טיפוסית נוספת של סכנה שכבר חלפה היא כשהתוקף נסוג (נסיגה של ממש, בהבדל מנסיגה זמנית לשיפור מידי של עמדתו).
 684 באופן סכמטי ניתן לתאר את פרק הזמן שבו מוצדקת בדרך-כלל ההגנה הפרטית כך:

“הבא להרגך – השכם להרגו”. במימרה זו שבהלכה היהודית⁶⁸⁵, השגורה מאד בפי הבריות, יש יותר מרמז לאפשרות של מכה מקדימה. גם במשפט הפלילי המודרני קיימת תמימות דעים כי הנתקף אינו חייב להמתין עד שיתחיל התוקף בביצוע זממו והנתקף יספוג בפועל את נחת זרועו, אלא מותרת – בתנאים מסוימים – פעולה מקדימה של הנתקף להדיפת התוקף. זוהי גם ההלכה הקיימת בשיטות המשפט העיקריות שנבחנו במסגרת מחקר זה⁶⁸⁶. למעשה, ההכרה המקובלת בקיום פן של דרישת מיידיות הסכנה המתייחס למועד המוקדם ביותר שבו מוצדקת ההגנה הפרטית – אפילו לפני תחילת התקיפה – מהווה הכרה בכך שאכן מותרת, בתנאים מסוימים, מכה מקדימה. אם ננסה להפיק הנחיה נוספת על זו האמורה לעיל לעניין דרישת המיידיות מן הרציונאל של ההגנה הפרטית, סבורני כי ככל שיקדים העושה את פעולתו, לא זו בלבד שיגדל הספק באשר להתקיימות דרישות הנחיצות בכלל והמיידיות בפרט, אלא אף תיפגע ישירות ההצדקה לפעולתו, באשר גורמי האוטונומיה של הנתקף הפוטנציאלי, אשמת התוקף הפוטנציאלי והסדר החברתי-משפטי יפעלו בצורה חלשה יותר (בהשוואה לפעולה בשלב מאוחר יותר) להצדקת הכח המגן. יתרה מזו: אם יבחר העושה בנקודת זמן מוקדמת מדי לפעולתו, עלולה פעולתו דווקא לפגוע בסדר החברתי-משפטי, וודאי שלא להגן עליו. עם ההתקדמות לאורך ציר הזמן, לא זו בלבד שיש נקודה שממנה ואילך מוצדקת ההגנה הפרטית ושלפניה אסורה היא, אלא אף העוצמה המוצדקת של הכח המגן הולכת וגדלה החל מנקודת הזמן שבה מוצדקת עוצמה כלשהי. כך, למשל, כשמתקרב התוקף הפוטנציאלי באיטיות לעבר הנתקף הפוטנציאלי עם כלי נשק בעל טווח מוגבל (כגון סכין), אך עדיין נמצא רחוק למדי ממנו (מאה מטרים, למשל), איום עליו בכלי ירי יהיה מוצדק התקיימותה של מיידיות הסכנה מוצדקת עד שהתוקף יהיה קרוב יותר t (ציר הזמן) ראשית התקיפה סיום התקיפה

685 ברכות ס"ה, ע"ב (כן ראו ה"ש 29 דלעיל).

686 ראו, למשל, באשר למשפט האנגלי, ובצירוף הפניות לפסיקה, ע' 626 לספרם ח 5 של Card, Cross & Jones; ע' 293-294 למאמרו 11 של Ashworth; ע' 114-117 לספרו ח 4 של Smith (דיון תחת הכותרת "The Pre-emptive Strike"). וראו, באשר למשפט האמריקני, ובצירוף הפניות לפסיקה, ע' 70 לכרך 6 של האנציקלופדיה ח 24 / American Jurisprudence (ע' 48 לעדכון מ-1998); ע' 529-530 למאמרו ט 35 של Beale.

687 לסוגיה של איומים (בלבד) בהשוואה להפעלת כח (פיזי ובפועל) נידרש בהמשך – ראו פרק ד(8)(ה) שלהלן. לענייננו, די בהנחה, שאולי מובנת מאליה, כי איום בכח מסוים מהווה כח מגן קטן בהשוואה להפעלת כח מסוים זה.

סוגיה מעניינת הקשורה לסוגיה זו של מכה מקדימה היא סוגיית מלכודת האדם. האם מוצדקת הצבת מלכודת שתפגע בתוקף פוטנציאלי אם וכאשר ינסה לתקוף? הדמיון למכה המקדימה הוא

לבסוף, מעניין לציין רעיון שהעלה בספרות הפילוסופית Nozick, אמנם בהקשר אחר – של הגנה עצמית של מדינה אחת מפני מדינה אחרת – אך עם רלוונטיות מסוימת גם לענייננו. Nozick מציע מבחנים שונים לקביעת השלב שבו כבר מותרת פעולת הגנה עצמית⁶⁸⁸; מבחנים המתמקדים בפעולת המדינה התוקפת והמזכירים מאד את המבחנים המקובלים במשפט הפלילי לאיתור תחילת ההתנהגות הנדרשת לצורך התגבשות ניסיון עניש לעבור עבירה פלילית. אמנם, אין זה רצוי לקבוע מבחנים שכאלה לענייננו, אך עם זאת הם עשויים להדריך מעט את בית-המשפט – אמנם לא באיתור נקודת הזמן נושא דיוננו (שממנה ואילך מוצדקת ההגנה הפרטית), אך בהצבעה על נקודת זמן שבה סביר מאד להניח שכבר מוצדקת ההגנה הפרטית (אם כי גם פרק זמן מסוים לפני עשוי לעמוד במבחן המיידיות). אלא שנוכח הקושי העיוני הרב באיתור תחילת ההתנהגות בניסיון (קושי שהביא לדימוי הניסיון ליפהפייה שכל מחזרה נכשלים בהשגתה...), ספק רב אם ניתן לשאוב הדרכה מעשית ממבחני הניסיון לענייננו⁶⁸⁹.

בכך שהעושה (הנתקף הפוטנציאלי) פועל זמן ניכר מראש, לפני התקיפה, אלא שהכח עצמו הוא, בעצם, "כח-על-תנאי", שאמור להיות מופעל רק בעתיד ובהתקיים תנאי מסוים (התקיפה על-ידי התוקף). בסוגיה זו, נוכח שכיחותה וחשיבותה, נדון להלן בנפרד.

688 ראו ע' 126 ואילך לספרו 1/1.

689 לעניין האפשרות לזהות את תחילת התקיפה עם תחילת הניסיון הפלילי ראו ע' 174 למאמרו 69ט של Bernsmann וההפניות המופיעות שם.

סוגיה נוספת, הקשורה בעיקר לסוגיית המכה המקדימה, עולה במקרים הרבים שבהם ממתות (או תוקפות בלבד) נשים מוכות את בני-זוגן המכים, וזאת ללא סמיכות זמנים לתקיפות מסוימות שבוצעו על-ידי האחרונים. סוגיית ההתגוננות של נשים מוכות זכתה בשנים האחרונות לעיסוק רב במשפט האמריקני – הן בפסיקה והן בספרות. הבעיה המרכזית שמעוררים מקרים אלה היא המיידיות. כך, למשל, התעוררו מקרים שבהם המיתו נשים מוכות את בני-זוגן כשהאחרונים שרויים היו בתרדמה – מצב שבו קשה אם לא בלתי אפשרי ליישב כח מגן עם דרישת המיידיות (לראיית סוגיית האישה המוכה כמקרה פרטי של סוגיית המיידיות ראו, למשל, ע' 117-116 לספרו 4/ של Smith; ע' 657-656 לספרם 18/ של La Fave & Scott; ע' 874-869 לספרם 19/ של Kadish & Schulhofer וע' 947 לכרך 3 של האנציקלופדיה 26/). נוכח הפסיקה והספרות הענפות בנוגע לסוגיה זו והשפעתה האפשרית על דין ההגנה הפרטית בכללותו, נדון בה בהמשך, בנפרד ובהרחבה – ראו פרק 5).

סוגיה נוספת שיש המקשרים אותה לסוגיית המיידיות היא זו של מעשי הכנה שמבצע הנתקף הפוטנציאלי לקראת ההתגוננות, כגון ההצטיידות בנשק למרות היעדר הרישיון הנדרש לכך. סוגיה זו נדונה לעיל במקום הראוי לה – במסגרת הדיון בהיקף התחולה של סייג ההגנה הפרטית – ראו הטקסט שלעיל שתחילתו בהפניה לה"ש 541.

מקרה טיפוסי המעורר שאלה בנוגע לנקודת הזמן השנייה – שממנה ואילך כבר לא מוצדקת ההגנה הפרטית – הוא תפיסה מחדש של רכוש לאחר הנישול ממנו. מקובל כי לאחר שחולף זמן ממושך מתפיסת הרכוש על-ידי התוקף, אין להתיר עשיית דין עצמית למחזיק ברכוש כחוק

(ג) ההתנגדות לדרישת המיידיות

כפי שצוין לעיל, אמנם קיימת תמימות דעים כמעט מוחלטת באשר לקיומה של דרישה כלשהי של מיידיות, אולם ישנם גם מתנגדים, המציעים לשלול דרישה זו או – בדרך-כלל – להחלישה במידה ניכרת⁶⁹⁰. Robinson, נאמן לשיטתו הכללית שלפיה די בהיעדרו של נזק חברתי לצורך התקיימות סייג צידוק, מתנגד לדרישה קשיחה של מיידיות במסגרת סייג ההגנה הפרטית⁶⁹¹. לדעתו, דרישה של "מיידיות הסכנה", ואפילו הסתפקות בדרישה שהכח המגן יהיה "נחוץ מיידית", אינן רצויות, אלא די בראיית המיידיות כשיקול (לא מכריע) בהערכת הנחיצות⁶⁹². לטענה המקובלת כי דרישת המיידיות חשובה מאד כדי למנוע הסמכה גורפת של הפרט להכריע בעצמו הכרעות ערכיות השמורות בדרך-כלל לרשויות החוק והמשפט, משיב Robinson כי במצב של הגנה פרטית ממילא לא נתונה לעושה האפשרות לבחור מיהו שיסבול את הנזק, שהרי מותר לו להפעיל כח אך ורק כנגד התוקף עצמו⁶⁹³. מקומה של דרישת המיידיות הוא – לשיטתו – אך ורק במסגרת סייגי הפטור – בהבדל מסייגי הצידוק – שהרי הפטור ניתן בשל התקיימות סיטואציה כה לוחצת עד כי אין שהות לחשיבה⁶⁹⁴. כדי לבסס דעתו, שלפיה אין דרישת המיידיות רצויה במסגרת של צידוק, מביא Robinson שתי דוגמאות שנדונו – בעקבותיו – תכופות בספרות. הראשונה –

"נניח שצוות של אניה מגלה בסמוך לעזיבת הנמל חור באניה שדרכו חודרים המים באטיות. הקברניט מסרב באורח בלתי-סביר לחזור לחוף..."

אשר נושל ממנו, אלא עליו לבקש סעד בבית-המשפט. יש שיטות משפט שבהן מותרת תפיסה מחדש בתנאי שהיא סמוכה לנישול – מיד אחריו או תוך "מרדף חם" אחר התוקף-המנשל. דרך אפשרית ליישב את הקושי שמעורר היתר שכזה עם דרישת המיידיות היא לומר שהחזקת הרכוש על-ידי התוקף-המנשל סמוך לאחר הנישול מהווה המשך ישיר של התקיפה ולא שלב שלאחריה. בסוגיה זו – על כל היבטיה – נדון במסגרת הדיון הרחב בהגנה על רכוש – ראו פרק ה(3) שלהלן.

690 כך, למשל: Williams הציע לראות בשאלת המיידיות שיקול (בלבד) בהערכת הנחיצות ולא דרישה עצמאית – ראו ע' 503-504 לספרו ח2; Yeo; עומד על ריכוך דרישת המיידיות בפסיקה האוסטרלית – ברוח הצעתו של Williams – ראו ע' 491-492 למאמרו ט54; ו-Gordon עומד על כך ש-Hume גרס כי בהגנה עצמית מפני פושע אין נדרשת מיידיות – ראו ע' 752 לספרו ח31.

691 ראו ה"ש 53 בע' 280 למאמרו ט28.

692 ראו ע' 4, 76-78, 566 לכרך II של ספרו ח12.

693 שם, ה"ש 27 בע' 78. בכך מתעלם Robinson מהכרעות אחרות הנותרות בידי העושה, כגון סוג הכח המגן ומידתו. למעשה, גם עצם ההתגוננות היא הכרעה שבידי העושה.

694 שם, ע' 57.

על הצוות למרוד כדי להציל את עצמם ואת נוסעי האניה. אם החור לא היה מהווה סכנה לטביעת האניה אלא כעבור שני ימים, האם הצוות חייב להמתין עד שהסכנה ממש תלויה מנגד (imminent), אם כי האניה תהיה רחוקה מדי בלב ים, כאשר זה יקרה? או האם יוכלו לפעול לפני שיהיה מאוחר מדי, אם כי ייתכן שמספר ימים יחלפו לפני שסכנת הטביעה תתממש?"

— הדוגמה השנייה —

"פלוני מכין מטען חבלה, שלהרכבתו דרוש זמן של עשרה ימים ואלמוני יודע שפלוני עושה זאת, וכן הוא יודע שפלוני עומד להפעיל את המטען בבית ספר ושהמטרה ורשויות אחרות אינן מסוגלות להתערב בדבר. לפי הדרישה הפשוטה שהפעולה נחוצה, אלמוני יכול לפרוץ בכל עת אל תוך חצריו של פלוני כדי לעקר את המטען, אפילו ביום הראשון, אם זאת הפעולה הפחות קיצונית כדי למנוע את השלמת מזימתו של פלוני. על-פי הסייג של 'דרוש מיידית' היה עליו להמתין עד ליום האחרון, ויש להניח עד לרגע האחרון, שבו התערבותו תהיה עדיין יעילה"⁶⁹⁵.

בעניין זה, מעניין הניסיון המיוחד שנרכש במשפט הישראלי. בנוסחו המקורי של סעיף 22 לחוק העונשין, לא נדרשה המיידיות במפורש. בפסיקה בתי-המשפט נקבע בכל זאת כי נדרשת מיידיות של הסכנה, תוך גזירת הדרישה מדרישת הנחיצות שבסעיף, ובמיוחד מן התנאי "לא נהג כפי שנהג אלא כדי למנוע תוצאות שלא ניתן למנען בדרך אחרת". קביעה זו נעשתה אף שבסעיף 21 לחוק, שבו הוגדר סייג ה"כורח", הופיעה דרישת המיידיות במפורש ("חשש סביר שאם לא ייכנע ימות מיד או ייחבל מיד חבלה חמורה"), דרישה שניתן היה ללמוד ממנה על קיומו של הסדר שלילי — לעניין המיידיות

695 הדוגמאות, המופיעות בספרו הנ"ל של Robinson, הובאו כאן בעברית, כפי שתורגמו ברוח ועדת לנדוי 19/9, ע' 49-50.

שתי דוגמאות מעניינות נוספות מובאות על-ידי Kadish & Schulhofer. הראשונה דומה מאד לדוגמה השנייה של Robinson שהובאה לעיל: בעל הכולא את מאהבה של אשתו מתוך כוונה לרוצחו כעבור חודשים מספר — כשהיעלמות המאהב תרד מן הכותרות. השנייה — פסק-הדין יא2/ בעניין Schroeder (1978, נברסקה, ארה"ב) — אסיר שדקר אסיר ישן אשר איים כי יבצע בו מעשה סדום בכפייה כדי לגבות בכך חלק מחוב שחב לו. האסיר הורשע והרשעתו אושרה בערעור. מעניינת דעתו של שופט המיעוט אשר גרס כי הנאשם לא יכול היה להישאר ער כל לילה ולכל אורכו ברציפות עד למועד התקיפה הצפויה. ראו ע' 869-870 לספרם ח19/ של Kadish & Schulhofer.

– בסעיף 22. הן בספרות המשפטית הישראלית והן בהצעות החוק הישראליות נקבעה דרישה מפורשת של מיידיות הסכנה (או הפגיעה)⁶⁹⁶, ודומה היה כי אין היא שנויה במחלוקת. זאת עד לשנת תשמ"ח, שבה פורסם חלק מדוח ועדת החקירה לעניין שיטות החקירה של שירות הביטחון הכללי בנושא פעילות חבלנית עוינת (ועדה בראשות השופט לנדוי; להלן: "דוח לנדוי")⁶⁹⁷. ההתייחסות העיקרית בדוח היא אמנם לסייג ה"צורך" ולא לסייג ההגנה הפרטית, אך בכל זאת נודעת לדברים שנקבעו בו חשיבות רבה גם לנושא דיוננו. הסיטואציה העיקרית שנדונה בדוח היא הפעלת כח כנגד נחקר כדי להציל מפיו מידע העשוי להועיל להגנת הציבור מפני טרוריסטים (שאינם הנחקר עצמו). בדוח לנדוי נדחתה דרישת המיידיות הן לעניין סייג ה"צורך" והן לעניין סייג ההגנה הפרטית, אשר לגביו נכתב כך: "אמנם המקרה הטיפוסי של הגנה עצמית הוא בפני סכנה מיידית לנתקף, אבל גם זה אינו תנאי בל יעבור" (ההדגשה במקור)⁶⁹⁸. לתמיכת המסקנה של היעדר דרישת מיידיות, עמדו מחברי הדוח על כך שבסעיף 22 לחוק העונשין לא הופיעה דרישה של מיידיות; על עמדותיהם של Williams ו-Robinson המתנגדים, כאמור, לדרישה עצמאית של מיידיות הסכנה ועל שתי הדוגמאות של Robinson שהובאו לעיל, המצביעות – לדעת מחברי הדוח – על הקושי שבדרישת המיידיות⁶⁹⁹. לדעת מחברי הדוח, סעיף 22 (שהסדיר הן את סייג ה"צורך" והן את סייג ההגנה הפרטית) היה בנוי על הרעיון של "תפיסת הרע במיעוטו", ללא היוקקות למיידיות הסכנה דווקא. דוגמה נוספת שעליה עמדו מחברי הדוח היא הדוגמה שהביא Zuckerman, של עינוי נחקר כדי להציל מפיו מידע שעשוי להציל חיי אדם בעקבות הטמנת פצצה בכניין הומה אדם⁷⁰⁰. על בסיס דוגמה זו, ובהתייחס גם לדוגמאות של Robinson, הקשו מחברי הדוח:

696 ראו, למשל, סעיף 35 להצעת החוק 11/ של הוועדה בראשות השופט אגרנט ("פגיעה מיידית"); סעיף 46 להצעת החוק 41/ של פלר וקרמניצר ("פגיעה מיידית") וראו במיוחד הפירוט של דרישת המיידיות שבסעיף 38(א)(1) להצעת החוק 51/ של אנקר וקרפ ("סכנת הפגיעה הייתה קרובה עד כי לא הייתה אפשרות סבירה לדחות את המעשה לשעה מאוחרת יותר"). וכן הרישא של הסעיף, שבו קיימת התייחסות לשני פניה של דרישת המיידיות ("מעשה שעשה אדם בתוקף כדי להדוף או למנוע תקיפה...") – ההדגשה הוספה). וראו ההצעה – שלא התקבלה – לאמץ נוסחה זו של "להדוף או למנוע" בע' 9840 לדברי הכנסת 19/; וההסתייגות מההסתייגות – שם בע' 9850.

697 ראו הדוח ה-9.

698 שם, ע' 49.

699 שם, ע' 48-50.

700 ראו תרגום מפורט לעברית של הדוגמה, שם בע' 52.

”... כאשר כבר מתקתק שעון ההפעלה המחובר למטען חבלה, מה נשתנתה, מבחינת הצורך לפעול, הפעלת המטען בוודאות בעוד חמש דקות מהפעלתו בוודאות בעוד חמישה ימים? לא גורם הזמן הוא המכריע אלא ההשוואה בין חומרת שתי הרעות...”⁷⁰¹.

ההסבר, שהובא בראשית פרק זה לתמיכה בדרישת המיידיות, מתאים לשמש גם למטרה של ביקורת על דוח לנדוי. סייגי האילוף מטרתם מוגבלת – מתן מענה הולם לסיטואציה קשה ודוחקת, דהיינו למצב של אילוף. במצב שכזה אין זה מעשי להתבסס על שיפוטו הערכי של המחוקק בלבד, ולכן קיימת נכונות לאפשר לפרט לבצע שיפוט ערכי מסוים – הכפוף להגבלות חשובות – בעצמו. אולם סייגי האילוף אינם מתאימים לשמש כתחליף שיטתי לשיפוט הערכי של המחוקק בנוגע למצבים המאפשרים פעולה על-פי שיפוט זה. ייתכן שיש צורך בכללים מיוחדים שיחולו על חקירות במסגרת הלוחמה בטרור בפרט ועל מצבי מלחמה בכלל, אך כללים שכאלה על המחוקק לבדו לקבוע, תוך מודעות מלאה למשמעותם, ואין לעוות את סייגי האילוף הקיימים כך שייתנו מענה למקרים שכאלה. אחרי הכל יש לזכור כי גם אם מקבלים את הוויתור על דרישת המיידיות לגבי סיטואציה מסוימת, השמטה גורפת שלה מסיגי האילוף תביא לכך שהפרט יוכל לפעול באין-ספור דרכי פעולה שונות תוך פגיעה באינטרסים של אחרים בהתבסס – במידה מסוימת – על השיפוט הערכי שלו עצמו⁷⁰², שהרי לסייגי האילוף תחולה כללית – על (כמעט) כל העבירות הספציפיות, ולא רק על אלו שנדונו בדוח.

מילים מספר באשר לדוגמאות המובאות בדוח. סבורני כי בכולן מדובר בעצם בסכנה מיידית, גם אם התוצאה הצפויה אינה מיידית. במקרה של החור שנבקע באנייה: אמנם התוצאה – טביעת האנייה – צפויה “רק” כעבור יומיים, אך מנתוני המקרה עולה כי אם ימתינו אנשי הצוות יומיים אלה, תגיע האנייה ללב ים ואז לא ניתן יהיה להצילה. מכאן, שהסכנה היא מיידית מרגע היווצרות החור באנייה.

במקרה של הכנת מטען החבלה: קשה לתאר כיצד ייתכן מצב כזה – של הכנת מטען חבלה במשך עשרה ימים תמימים כשלכל אורך תקופה זו אין המשטרה ויתר הרשויות מסוגלות להתערב. אך אם אכן כך הוא המצב, הרי שיש לתת את הדעת על שאלה

701 שם.

702 ההדרכה הנורמטיבית שניתן לקבל מהחוק, עקב כלליות ניסוחו, היא מוגבלת. בשל הנתונים המיוחדים של כל מקרה ומקרה מוגבלת גם ההדרכה שניתן לקבל מפסיקת בתי-המשפט. לפיכך, בשעת הפעולה מפעיל העושה בעיקרו של דבר את שיפוטו שלו.

חשובה – שאין לה פתרון בנתוני המקרה: האם יוכל "אלמוני" להמתין ולנטרל את המטען בשלבים מאוחרים של תקופת עשרת הימים? אם אין ודאות (או קרבה לכך, שהרי העתיד בדרך-כלל אינו ודאי) שיוכל לעשות זאת בימים האחרונים, אזי הסכנה היא מיידית כבר בימים הראשונים והוא רשאי לפעול. אם, לעומת זאת, קיימת ודאות שיוכל להתערב גם ביום העשירי ובצורה יעילה, איני רואה מהו האבסורד שבהדרכתו באמצעות החוק להמתין⁷⁰³. מכל מקום, נוכח העובדה שבבדיקת דרישת הפרופורציה נוטה כף המאזניים בצורה כמעט מוחלטת לצד חיי הרבים העלולים להיפגע ממתען החבלה – חיים שمولם מתייצב, כפי הנראה, רכוש מתקין המטען בלבד, ואולי גם פרטיותו – סביר להניח שבית-המשפט היה מסתפק בדרגה לא גבוהה של מיידיות (שכן, כאמור, סבורני כי שאלת המיידיות אינה שאלה של כן או לא, שחור או לבן, אלא ישנן דרגות שונות של מיידיות). קשה יותר היה המקרה לו חייב היה העושה, לצורך נטרול המטען, להמית את מתקין המטען, שאז – אם קיימת אפשרות להמתין ללא הסתכנות גדולה – סבירה לדעתי הדרכה של החוק שלפיה אכן יש להמתין. אחרי ככלות הכל אולי – כפי שמציין Robinson עצמו לצד דוגמה זו – יתחרט מתקין המטען ויחדל מהכנתו.

מקרה פצצת הזמן: אם אכן קיימת ודאות (כפי שעולה מנתוני המקרה) שההתפוצצות צפויה בעתיד הרחוק, אזי דווקא ייתכן שגורם הזמן יהיה המכריע. אמנם לשעון המתקתק לצד מטען חבלה השפעות פסיכולוגיות חזקות ומפחידות, אך אם אכן ברור שהמטען לא יתפוצץ לפני שיחלוף פרק זמן ניכר, באות בחשבון פעולות שונות ומגוונות לטיפול בסכנה (הלא מיידית), כפינוי הבניין וטיפול מקצועי במטען. סבורני כי דוגמה זו שנדונה ברוח מפעילה אינטואיציות שיש לרבים מאתנו באשר למטען חבלה הצמוד לשעון מתקתק, אינטואיציות המושתתות על ניסיון החיים, שלפיו פרק הזמן ה"מוקצב" באמצעות השעון אינו של שנה אלא קצר מאד. אך אם אכן מדובר בפרק זמן ארוך מאד המאפשר נטרול בבטחה של המטען, ניתן דווקא לקבוע שהסכנה אינה מיידית, על כל הכרוך בכך מבחינת אי-הסמכת הפרט לפעול בניגוד לאיסורים הקבועים בחוק לשם נטרול המטען. תחושה נוספת, הקיימת אצל חלק מן הציבור ומשפיעה אף היא על היחס לדוגמה זו של הטמנת פצצה, היא שרצוי שכוחות הביטחון יהיו מצוידים בכלים (לא רק הפיזיים אלא גם החוקיים) הדרושים להצלחה במלחמתם בטרור. אך כאמור, דעתי היא שעל המחוקק לטפל בסוגיה זו ישירות – תוך בחינת כל היבטיה והתאמה מודעת של פתרון הולם לה – ואין לעוות לצורך פתרונה את סייגי האילוץ

703 במאמר מוסגר יש לציין כי אם הכנת מטען החבלה היא בגדר "פשע", אפשר שהדין עצמו יחייב מניעה שלה לאלתר – ראו, למשל, סעיף 262 לחוק העונשין, תשל"ז-1977. כן תיתכן, במקרים מסוימים, השפעה של חוק לא תעמוד על דם רעך, תשנ"ח-1998 (א18/).

הכלליים כך שיאפשרו פעולה גם בהיעדר סכנה מיידית. הסכנה שבזיתור על דרישת המיידיות היא גדולה, שכן זיתור כזה הופך לממשי מאד את החשש ההיסטורי במשפט האנגלי מפני האנרכיה שעלולים לגרום סייגי האילוף⁷⁰⁴. אם על חשש כזה נוכח דרישה קיימת של מיידיות אמרנו כי אין לו מקום, הרי שבהיעדר דרישה של מיידיות הסכנה, כשאין מדובר במצב חירום, בשעת דחק ובמצב של אילוף, דווקא ריאלי מאד החשש מאנרכיה שתשתרר אם כל פרט יוזמן לפעול בניגוד לאיסורים פליליים על סמך שיפוט ערכי פרטי שלו, שלפיו עדיף מחיר פעולתו (האסורה בחוק) על מחיר ההימנעות ממנה (סכנה לאו דווקא מיידית).

על הסכנות שבשימוש בסייגי האילוף למטרות הזרות להם – תוך זיתור על דרישת המיידיות – עמדו מלומדים רבים שקצפם יצא על עמדתם של מחברי דוח לנדוי. חלק ניכר מכתובה זו מאוגד בכרך 23 של כתב-העת "Israel Law Review", אשר שתיים משלוש החוברות שבו יוחדו לסוגיה זו⁷⁰⁵. מפאת קוצר היריעה, לא נעמוד בהרחבה על העמדות שהובעו שם, מה עוד שרובן חורגות ממסגרת דיונו, בהתייחסן בראש ובראשונה למקרה שעמד על הפרק (עינוי נחקרים על-ידי שירותי הביטחון) ולסייג ה"צורך" (ולא להגנה הפרטית). מעניין רק לציין כי אפילו Robinson, שעל עמדתו, שלפיה אין לדרוש דרישה עצמאית של מיידיות הסכנה, נשענו מחברי הדוח, הסתייג, במכתב לעורך כתב-העת, מן התוצאה שאליה הגיעו מחברי הדוח⁷⁰⁶.

המילה האחרונה בהשתלשלות מעניינת זו שבמשפט הישראלי נאמרה, בינתיים, על-ידי המחוקק, אשר קבע את דרישת המיידיות במפורש הן בסייג הצורך והן בסייג ההגנה העצמית, אם כי עשה כן בניסוח חלש יחסית, המתיחס למיידיות הנחיצות של המעשה ("דרוש באופן מיידית") ולא למיידיות הסכנה⁷⁰⁷.

704 ראו ה"ש 302 שלעיל והפיסקה המפנה אליה.

705 ראו *Isr. L. Rev.*, Vol. 23 (1989), שם מופיעות רשימותיהם של Gur-Arye; Robinson; Zamir; Zuckerman; Kadish; Moore; Kremnitzer; Feller; Dershowitz. וראו מאמרם 56/ של קרמניצר ושגב; מאמרו 57/ של שלף וע' 233-234 למאמרה 7/ של גור-אריה.

706 ראו מכתבו לעורך ט 53/.

707 ראו סעיפים 34 (הגנה עצמית) 341-יא (צורך) לחוק העונשין, תשל"ז 1977- (א 1) כפי שנקבעו בתיקון מס' 39 (א 17). כן ראו – להשלמת התמונה – את פסק-הדין ב 58/ שניתן לאחרונה (6.9.1999) על-ידי בית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט גבוה לצדק, בעתירותיהם של הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל, האגודה לזכויות האזרח בישראל ואח', נגד ממשלת ישראל, שירות הביטחון הכללי ואח'. בפסק-הדין, אשר ניתן לאחר מסירתו של ספר זה לרפוס, נקבע, בין היתר, כך: "הסייג של 'צורך' אינו מקור של סמכות לחוקרי השב"כ לנקוט באמצעים פיזיים במהלך חקירה". אשר לנושא דיונו – דרישת המיידיות – נקבע בפסק-הדין באופן מסויג

(ד) סוגיית מלכודת האדם

א' התקין בביתו מנגנון האמור לחשמל אורחים לא-קרואים. בעת היעדרו של א' מהבית, ניסה ב' להתפרץ אליו כדי לגנוב ממנו, התחשמל ונגרם לו נזק גופני חמור. ג' אימן את כלבו החזק לנעוץ את שיניו בגרונותיהם של זרים. ד', שהגיע לחצרו של ג' במטרה לפגוע ב-ג' שלא-כדין בשל סכסוך ביניהם, הותקף על-ידי הכלב ומת. האם חל סייג ההגנה הפרטית גם על הצבתן ופעולתן של מלכודות שנועדו לפגוע באדם?⁷⁰⁸

מבחינתה של סוגיית מיידיות הסכנה, מהווה מלכודת האדם מקרה מיוחד, המעורר במלוא חריפותה את השאלה של נקודת הזמן הראשונה שממנה ואילך מוצדקת ההגנה הפרטית. מדובר במעין מכה מקדימה, אלא שמחד גיסא מקדימה מאד היא פעולת המגן ומאידך גיסא כפופה היא לתנאי (הופעתו של תוקף)⁷⁰⁹.

כך: "כן מוכנים אנו להניח – אף שגם עניין זה שנוי במחלוקת... כי סייג זה [הצורך – הבהרת המחבר] עשוי להתקיים במצבים של 'פצצה מתקתקת', וכי דרישת המיידיות (דרוש באופן מיידית להצלת חיים) מתייחסת למיידיות המעשה ולא למיידיות הסכנה. על כן, מיידיות מתקיימת גם אם הפצצה עשויה להתפוצץ לאחר מספר ימים ואולי אף מספר שבועות, ובלבד שקיימת ודאות של התממשות הסכנה והיעדר אפשרות למנוע את התממשותה בדרך אחרת; כלומר, שקיימת מידת סיכון קונקרטי ואימננטי להתרחשות הפיצוץ".

708 יש להבהיר כי שאלת אחריותו הפלילית של מציב המלכודת מושפעת גם מקיומה של הדוקטרינה של כוונה (או מחשבה פלילית – לפי המקרה) על-תנאי. לפיכך, העובדה שמתקין המלכודת לא התכוון לפגוע בתוקף הפוטנציאלי אלא אם וכאשר יתקוף והעדיף שכלל לא יתקוף אינה שוללת התקיימותה של כוונה (על-תנאי) לכל דבר ועניין.

709 בספרות המשפטית – בין היתר בעקבות ה-Model Penal Code האמריקני (ראו סעיף 3.06(5) ל-M.P.C. יג' 4; וראו, למשל, מיקום הדיון בסוגיית המלכודת בפרקים העוסקים בהגנת רכוש שבע' 108 ואילך לכרך II של ספרו ח' 12/ של Robinson ובע' 671 ואילך לספרם ח' 18/ של La Fave & Scott) – ממוקמת בדרך-כלל ההתייחסות לסוגיית המלכודת בדיון בהגנה על רכוש. מכיוון שאין סוגיית המלכודת מוגבלת להגנת רכוש בלבד (שהרי תיתכן בהחלט מלכודת אדם להגנת דיירי הבית), ומכיוון שהמאפיין החשוב – מבחינת תנאי ההגנה הפרטית – של סוגיית המלכודת הוא שאלת מיידיות הסכנה, בחרתי למקם – שלא כמקובל – את ההתייחסות אליה בפרק זה.

בטרם נעבור לדון בהיבט המיידיות שבמלכודת, יש לציין כי היא עשויה בהחלט לעורר שאלות נוספות, כגון פרופורציה, נחיצות, יסוד נפשי, עצם קיומה של סכנה וסבירות התממשותה. אלא ששאלות אלה אינן מעוררות, להערכתו, קושי מיוחד בעניין של מלכודת דווקא, ואינן מצריכות כללים מיוחדים לעומת מקרים אחרים. השאלה שאליה מרבים להתייחס בעניין המלכודת – מלבד שאלת המיידיות – היא דרישת הפרופורציה. דרישה זו היא כפי הנראה הסיבה האמיתית לשלילה המקובלת של מלכודת קטלנית להגנה על רכוש (ראו, למשל, סעיף 3.06(5)(a) ל-M.P.C. יג' 4; ע' 753 לספרו ח' 31/ של Gordon; פסק-הדין האמריקני יא' 3/ בעניין Ceballos

על השלכות רציונאל ההגנה הפרטית על דרישת המיידיות עמדנו לעיל בפרק זה, והדברים תקפים גם למקרה המלכודת. אלא שבמקרה מיוחד זה קיימים שיקולים נוספים: ראשית, לעניין אשמתו של התוקף. אשמה זו מתבררת רק עם התקיפה ועם פעולת המלכודת ואינה ידועה עם הצבת המלכודת. לפיכך, קיים כאן גורם משמעותי של מקריות, שהרי כשם שהתוקף עלול להיות בעל כוונות פליליות מובהקות ומסוכנות לנתקף, כך גם עשוי הוא להיות אדם תמים לחלוטין, כגון שכן בגילופין, ילד, איש שירותי הביטחון וההצלה (שוטר, כבאי) וכדומה. והרי מול תוקף חף מפשע שכזה אין ההגנה הפרטית מוצדקת⁷¹⁰. לאפשרות זו של פגיעה (בלתי נשלטת על-ידי מציב המלכודת בשלב האירוע עצמו) בתמימים השפעה רבה גם על גורם הסדר החברתי-משפטי ואין ספק שהיא פוגעת בו. קושי זה ניתן להקטין (אם כי, כפי הנראה, לא למנוע לחלוטין) תוך שימוש אך ורק באמצעים גלויים (כגון גדר עם מוטות מחודדים) ובמתן אזהרה (כגון באמצעות שילוט מתאים, המתריע מפני כלב מסוכן, למשל) במובחן ממלכודות נסתרות (כגון בורות מוסוים ורובי קפיץ). הבחנה ברוח זו בין אמצעים גלויים, העשויים להרתיע תוקף פוטנציאלי, לבין אמצעים נסתרים, העשויים להעיד על כך שכוונת העושה (מתקיין המלכודת) הייתה נקמה ולא הרתעה, קיימת במשפט האנגלי, לפחות בתחום דיני הנזיקין⁷¹¹.

שנית, המיוחד למלכודת הוא שבשלב שבו פועל העושה ומציב את המלכודת, אין מתקיימת דרישת המיידיות (שהרי הסכנה עדיין אינה מיידית) ואין מדובר במצב של אילוץ. לכאורה ניתן היה לשלול בשל כך את התקיימות סייג ההגנה הפרטית כבר על

[חוט חובר לאקדח כך שכאשר פתח הפורץ את דלת מקום החניה נורה בפרצופו] וע' 775 לספרו 77 / של דייקן [השולל מתקנים אוטומטיים קטלניים האמורים לפעול כנגד גנבים]. אך השוו לפסיקה צרפתית ברוח שונה, שעליה עמדה Silving בע' 589 לספרה ח20/. ייתכן גם שהמיקום המקובל של ההתייחסות למלכודת – במסגרת הדיון בהגנה על רכוש – נובע מן הקושי לעניין עקרון הפרופורציה שמעוררת מלכודת אדם שמטרתה הגנה על רכוש בלבד. כך, למשל, נוטים לייחס – הן בפסיקה והן בספרות – חשיבות רבה לנוכחות העושה (מתקיין המלכודת) במקום האירוע בעת התקיפה ופעולתה של המלכודת, תוך ראיית פעולת העושה כהגנה על רכוש גרידא כשאין הוא נוכח, מול ראייתה כהגנה על הגוף כשנוכח הוא (ראו פסק-הדין יא3/ בעניין Ceballos; וע' 108 לכרך II של ספרו ח12/ של Robinson). גורם נוסף בעל השפעה רבה בעניין זה, שעליו נעמוד בהרחבה בהמשך, הוא המעיין-קדושה המיוחסת למגורים והנטייה לאפשר הגנה רחבה עליהם (ראו פרק ה5) שלהלן והשוו לע' 456 לספרם ח16/ של Hall ואח', שם הובעה הדעה כי חקיקה בנוגע למלכודות אינה משקפת בהכרח את היחס למגורים, משום שקיים השיקול של סכנה לתמימים).

710 כמפורט בפרק ב5(ג) שלעיל.

711 ראו דבריו של אנגלרד בע' 290 לספר ד10/ שבעריכת טדסקי.

הסף, אלא שיש לתת את הדעת על כך שגם הכח המגן לא מופעל בשלב התקנת המלכודת אלא נדחה לשלב מאוחר יותר; שלב שבו עשויה הסכנה להיות מיידית.

פער זה בין שלב התקנת המלכודת – שבו אין עדיין סכנה מיידית – לבין שלב פעולתה של המלכודת – שבו מתקיימת לעתים סכנה מיידית – הביא במשפט האמריקני לכלל, שלפיו מציב המלכודת פועל על אחריותו, כשהמבחן המכריע הוא: אם מוצדק היה להפעיל כח זהה לזה שהופעל באמצעות המלכודת אילו העושה היה נוכח במקום בזמן האירוע⁷¹². כך, למשל, אם המלכודת גרמה לפגיעה חמורה בגופו של אדם שביצע הסגת גבול קלה, לא יהיה מתקין המלכודת פטור מאחריות פלילית (בשל אי-התקיימות דרישת הפרופורציה), בעוד שאם גרמה המלכודת לפגיעה כזו בשודד חמוש, ייחשב הדבר בגדרו של סייג ההגנה הפרטית. מבחן שכזה אינו רצוי, משום שהוא מבוסס בצורה משמעותית מאד על המקריות. גורם אחד של מקריות אינו מיוחד למלכודת והוא התרחשות התוצאה מקום שהיא נדרשת (דהיינו – בעבירות תוצאה), אלא שלגורם בלתי נמנע זה (כל עוד מקובלת קביעת איסורים במתכונת של עבירות תוצאה) נוסף עוד גורם של מקריות, והוא כוונתו בפרט ואחריותו הפלילית בכלל של התוקף, כמודגם לעיל⁷¹³. יתרה מזו: אם אין עושים בנוכחותו ההיפותטית של העושה שימוש מופרז – של ראיית הגנה על רכוש גרידא כהגנה על הגוף – קיים גם גורם מקריות משמעותי שלישי והוא עצם נוכחותו של העושה (או של דיירים אחרים בבית, למשל): נוכח – מדובר בהגנה על הגוף והכח המגן המוצדק הוא גדול, ובהיעדר נוכחות – מדובר בהגנה על רכוש גרידא והכח המגן המוצדק הוא קטן⁷¹⁴.

מנסחי ה-Model Penal Code האמריקני נמנעו מהמבחן המקרי דלעיל, ובדרכם הקזואליסטית הסדירו את סוגיית המלכודת בפירוט רב. מעבר לביקורת על דרך חקיקה מפורטת מדי זו (כך, למשל, חוזרים המנסחים שלא לצורך על השלילה של כח קטלני להגנת רכוש) ועל ההתייחסות לסוגיית המלכודת דווקא תחת הסעיף העוסק בהגנת רכוש (בעוד שכאמור עשוי אדם להגן גם על הגוף ועל המגורים באמצעות מלכודת), סבורני כי

712 ראו, למשל, ע' 78 לכרך 6 של האנציקלופדיה 24 / American Jurisprudence; ע' 671-672 לספרם 18 / של La Fave & Scott.

713 זוהי הסיבה המובאת בדברי ההסבר של ה-M.P.C. לדחיית מבחן מקרי זה – ראו ע' 48 ל-Draft יג'. וראו ברוח דומה גם פסק-הדין יא' 3 / בעניין Ceballos. בשל מקריות זו הציעו Perkins & Boyce לקורא להימנע לחלוטין משימוש במלכודת קטלנית – ראו ע' 1158 לספרם 17 /.

714 אמנם ייתכן כי הנוכחות בבית לא תהא מקרית – אם אכן נועדה המלכודת להגנת הדיירים, ומופעלת היא אך ורק כשמצויים הם בבית. אלא שכוונתי למלכודות המוצבות להגנת רכוש ושמופעלות ללא קשר להימצאות הדיירים בבית – שאז נוכחותם היא לענייננו מקרית לחלוטין.

יש טעם בדרישה שנקבעה בהסדר זה שב-M.P.C., שלפיה על המלכודת להיות כזו שמקובל להשתמש בה או להיות מלווה באזהרה בולטת⁷¹⁵.

דרך אחרת, רצויה יותר, לטיפול בסוגיית מלכודת האדם היא איסור ספציפי המגביל את השימוש בה. כך, למשל, קיימת במשפט האנגלי עבירה האוסרת על התקנת מלכודת אדם למעט לשם הגנת בית המגורים בשעות הלילה. איסורים ספציפיים אחרים – התואמים את המציאות באנגליה – מתייחסים לכלבי שמירה⁷¹⁶. סבורני, כי רצוי להסדיר את סוגיית מלכודות האדם באמצעות עבירה ספציפית, בעלת אופי של עבירת העמדה בסכנה; עבירה שלצורך התגבשותה די בעצם הצבתה של מלכודת אדם בניגוד לתנאים הקבועים בהגדרת העבירה, כך שאין התגבשותה תלויה במקריות. דומה, כי אין כיום חולק שהמגמה במשפט המודרני צריכה להיות של השתתת האחריות הפלילית על מעשיו ואשמתו של העושה ולא על גורמים מקריים לחלוטין. סבורני כי עבירה שכזו יש לשלול לחלוטין את הצבתן של מלכודות קטלניות – בשל האפשרות הסבירה שדווקא תמים ייפול בפח. כן יש לאסור על הצבת מלכודות נסתרות, הן משום שעדיפה הרתעת העבריין הפוטנציאלי על פני פגיעה בו, והן בשל הסכנה שדווקא אדם תמים יילכד במלכודת. כמו כן רצוי שהסדר כזה יביא בחשבון את הערך המוגן על-ידי המלכודת, בשים לב לצורך הממשי ולחשיבות הרבה של הגנה טובה על בתי המגורים. הסדר חקיקתי כזה, שיקבע – כבר לגבי שלב הצבת המלכודת – אילו מלכודות מותרות הן (ואולי יש אפילו להתנותן ברישיון מטעם הרשויות) ואילו אסורות, עשוי ליתר את ההכרעה המקרית והבלתי רצויה בסוגיית המלכודת באמצעות סייג ההגנה הפרטית.

715 ראו סעיף 3.06(5) ל-M.P.C. יג' 4/ בכלל וסעיף קטן (c) בפרט.

716 ראו ע' 519-518 לספרו 2/ של Williams. על חקיקה דומה במדינות של ארצות-הברית, האוסרת התקנת רובי קפיץ למעט להגנת המגורים בלילה, ראו ע' 78 לכרך 6 של האנציקלופדיה American Jurisprudence /24n.

8. דרישת הפרופורציה

(א) כללי

אילו היה עליי לבחור בתנאי בודד להתגבשות סייג ההגנה הפרטית, אשר העמידה על תוכנו המדויק ועל חשיבותו כרוכה בד בבד עם העמידה על הרציונאל הראוי לסייג זה, הייתה בחירתי נופלת על דרישת הפרופורציה.

משמעותה המרכזית של דרישת הפרופורציה, המהווה גם את טיעון הביקורת המרכזי כלפיה, היא שלעתים נדרש הנתקף שלא להתגונן למרות התקיימותה של הנחיצות, וזאת משום שמחיר ההתגוננות גבוה מדי. כפי שמציין אנקר, "לפעמים חייב אדם לסבול את נזקו כשהדרך היחידה למנעו אינה שווה המחיר"⁷¹⁷. חשוב להדגיש כי "מחיר" זה נבחן מנקודת ראותה של החברה בכללותה, שהרי ייתכן בהחלט שגם פגיעה מופרזת בתוקף תהיה – מנקודת ראותו של הנתקף – מחיר סביר. כפי שציין כבר Bacon, אין למסור את ההכרעה בדבר עדיפות הערכים לאזרח, שמא יימצא אדם כל כך קרוב אצל עצמו "שישלח אש בכניין כדי לבשל לעצמו ביצים"⁷¹⁸. למעשה מהווה דרישת הפרופורציה ציווי על האדם שלא להתגונן כלל במצבים מסוימים ולוותר לתוקף על זכות שלו, כך שיתכן בהחלט שיגבר ה-"Wrong" על ה-"Right"⁷¹⁹. כאמור, זהו גם טיעון הביקורת המרכזי המועלה כנגד דרישה של פרופורציה.

מה ניתן וצריך ללמוד מן הרציונאל העומד מאחורי סייג ההגנה הפרטית על דרישת הפרופורציה? לרציונאל יש שתי השלכות מרכזיות על הדרישה. האחת הינה עצם קיומה והכרחיותה של דרישה כזו, והאחרת הינה אופייה הגמיש של דרישה זו. נתייחס תחילה להשלכה הראשונה.

כפי שצוין, פועל גורם האוטונומיה בכיוון של הגנה מרבית על הנתקף, ללא דרישת פרופורציה כלשהי. אולם, גורם זה אינו בודד במערכה, ולפיכך גם אין ההגנה עליו מוחלטת. חשוב לענייננו גורם הסדר החברתי-משפטי. כאמור, פגיעה מופרזת בתוקף לא זו בלבד שאינה פועלת להגנת הסדר החברתי-משפטי, אלא נהפוך הוא: היא פוגעת בו

717 ראו ע' 114 לספרו ד/1.

718 ראו ע' 774 לספרו ד/7 של דייקן.

719 ראו גם ע' 1180 למאמרו ז/9 של Alexander; ע' 88 לכרך I של ספרו ח/12 של Robison; ע' 506 לספרו ח/2 של Williams; ע' 386 למאמרו ט/22 של Fletcher וע' 434 לספרו ד/2(ב) של פלר.

פגיעה משמעותית, עד כי הוא פועל דווקא לשלילת ההגנה הפרטית⁷²⁰. אם נשוב ונתייחס לדוגמה של הנתקף המתגונן, תוך שימוש בירי קטלני, מפני תוקף הדוחף אותו בתור לאוטובוס, הרי שאף שלכאורה מגן הנתקף על הסדר החברתי-משפטי מפני תקיפתו הבלתי חוקית של התוקף, לאמיתו של דבר, נוכח החריגה הגסה שלו מעקרון הפרופורציה, פעולתו של הנתקף דווקא פוגעת בסדר זה, בביטחון ובאמון של האזרחים שומרי החוק בשיטה המשפטית. בשים לב להיבטים החינוכיים, ההדרכתיים וההצהרתיים שבהצדקת ההגנה הפרטית, הצדקתה של נטילת חיי אדם לשם הדיפת דחיפה קלה תתפרש – ובדין – דווקא כהיעדר סדר חברתי-משפטי הראוי לשמו. אפילו הרשויות המאורגנות והממוסדות שהקימה החברה להגנת הציבור נתונות להגבלות, לרבות כאלה הנובעות מעקרון הפרופורציה, ומתבקש שגם ההגנה הפרטית תהא נתונה להגבלות דומות (אם כי לא בהכרח זהות).

יש לזכור, כי מלבד מישור האינטרסים המופשטים שבמאזן העומד מאחורי ההגנה הפרטית, קיים גם מישור הרעות הפיזיות – הסכנה הצפויה לאינטרס לגיטימי של הנתקף (אם לא יופעל כח מגן) מול הסכנה הצפויה לתוקף (אם יופעל כח מגן). מישור זה בפרט, והמסגרת הכוללת של בחירה ב"טוב ביותר האפשרי" (בחירה שנוהגים להתייחס אליה כאל "הרע במיעוטו") בכלל, תומכים בדרישה של פרופורציה ואף מחייבים אותה – מתוך הגדרה ממש. נקל אפוא להיווכח כי עצם קיומה של דרישת הפרופורציה אינו צריך להיות מוטל בספק.

אשר להשלכה השנייה של רציונאל ההגנה הפרטית על דרישת הפרופורציה – אופייה הגמיש של דרישה זו – הרי שאילו נבעה הצדקת ההגנה הפרטית אך ורק מן ההשוואה בין הרעות הפיזיות הצפויות לתוקף ולנתקף, הייתה נדרשת פרופורציה קשיחה מאד, כלומר: הפגיעה הצפויה בנתקף צריכה הייתה להיות גדולה יותר מן הפגיעה הצפויה בתוקף כדי להצדיק הגנה פרטית. כזה הוא המצב בסייג ה"צורך" כצידוק. כדי להצדיק פגיעה של העושה באינטרס לגיטימי של אדם תמים, אכן נדרש שהאינטרס שאותו מציל העושה יעלה בחשיבותו – ואולי אף בצורה משמעותית – על האינטרס שבו הוא פוגע במהלך ולשם ההצלה. שונים מאד הם פני הדברים באשר להגנה הפרטית. כאן מדובר בתוקף בר אחריות פלילית, העלול לפגוע הן באוטונומיה של הנתקף והן בסדר החברתי-משפטי. לפיכך, ניצבים על כפות המאזניים לא רק האינטרסים הלגיטימיים של הצדדים, אלא נוספים לאחת הכפות (זו שבה ממוקם האינטרס הלגיטימי של הנתקף) גם גורמים נוספים: האוטונומיה של הנתקף, אשמתו של התוקף – אשר,

720 זוהי, כאמור, משמעות הריבוע המקווקו אשר בתרשים הראשון שבפרק ב(6) שלעיל.

כאמור, מספקת בסיס משפטי ומוסרי לעריכת פיהות מסוים בערך האינטרסים של התוקף – והסדר החברתי-משפטי. דוגמה בולטת לגמישות זו של דרישת הפרופורציה היא ההנחה המקובלת כי הפעלת כח מגן קטלני מוצדקת גם כשהסכנה לנתקף אינה מוות אלא נזק גופני חמור.

מבחינת הדין הרצוי, קיימות שתי דרכים עיקריות לקביעת דרישה גמישה כזו של פרופורציה: האחת – לדרוש פרופורציה של ממש – דהיינו איזון גמור בין כפות המאזניים, ואפילו נטייה שלהן לכיוון הצדקת ההגנה הפרטית, תוך הבאה בחשבון (במובן הציורי של הנחה על כפות המאזניים) גם את האינטרסים המופשטים שבמאזן – הלא הם האוטונומיה של הנתקף, אשמתו של התוקף והסדר החברתי-משפטי⁷²¹. הדרך השנייה היא להסתפק – לאור הגורמים המופשטים שבמאזן ותוך הבאתם בחשבון – בדרישה גמישה ופשוטה יותר של פרופורציה, אשר במסגרתה יישקלו הרעות הפיזיות בלבד. מבין שתי דרכים עיקריות אלה נופלת בחירתי על השנייה, בעיקר משום שהיא מספקת הדרכה משמעותית יותר. עריכת המאזן המורכב כולו – תוך "שקילה על כפות המאזניים" הן של האינטרסים הפיזיים והן של האינטרסים המופשטים בכל מקרה ספציפי לגופו, היא מורכבת ומסובכת עד כדי כך שההדרכה שאותה היא מספקת לנו קטנה מאד. לעומת זאת, אם לאור האינטרסים המופשטים נקבע דרישה גמישה של פרופורציה (קביעה שמקומה הוא בחקיקה), אשר במסגרתה יהא עלינו לבדוק בכל מקרה ספציפי את הרעות הפיזיות בלבד, נקבל הדרכה משמעותית הרבה יותר, וזאת בעיקר נוכח פשטותה היחסית של הבדיקה. אשר לניסוחה הרצוי של דרישת הפרופורציה לשם השגת גמישות רצויה זו, נראה כי ניתן לבחור באחד משני ניסוחים עיקריים: האחד – "הניסוח השלילי" – שלילת כח מגן שהוא מחוץ ל(כל) פרופורציה. השני הוא דרישה של מתאם סביר (או נאות) – בהבדל ברור ממתאם מלא⁷²².

על גמישותה היחסית של דרישת הפרופורציה שבמסגרת ההגנה הפרטית (בהבדל ברור מזו שבמסגרת סייג ה"צורך", למשל), עמדו מלומדים מספר⁷²³. כך, למשל, כתב אנקר⁷²⁴:

721 קונסטרוקציה שכזו נבחנה על-ידי אנקר, לאור נוסחו של סעיף 18 לפקודת החוק הפלילי, 1936, ונשללה כמלאכותית – ראו ע' 115 לספרו 1/1. וראו ברוח זו גם הדין בגישתו של Richards אשר בע' 257 ואילך למאמרו 131/ של Gorr.

722 לניסוחים אלה ולאחרים נשוב בהמשך, עת נעמוד – לשם שאיבת השראה – על המצב החוקי הקיים בשיטות משפט שונות.

723 ראו, למשל, ע' 825 לספרו 311/ של Gordon ("only cruel excess will defeat the plea"); ע' 681 לספרו 6/ של Russell ("was in some degree proportionable"); ע' 296 למאמרו 1/ט

“אין ספק שבמקרה של הגנה פרטית מותר לגרום למתקיף נזק גדול יותר מזה שהיה צפוי אם זו הדרך היחידה להדוף את התקפתו הבלתי חוקית ולמנוע את הנזק הצפוי... מה, אם כן, משמעות הדרישה שהנאשם לא יגרום נזק שאינו יחסי לנזק שהוא בקש למנוע? ... אסור לגרום לתוקף נזק יותר מדי גדול מזה שהוא עומד לגרום... חייו וגופו של התוקף אינם הפקר...” (ההדגשה במקור).

Robinson הביע דעתו שלמעשה כלל לא ניתן לבצע שקילה מדויקת של האינטרסים, ושלפיכך עדיפה דרישה גמישה של פרופורציה⁷²⁵. יתרון נוסף שיש לדרישה גמישה הוא התאמתה גם למקרים ולשיקולים מיוחדים כגון “כבשת הרש” ורכוש בעל ערך סנטימנטלי רב לבעלי⁷²⁶.

כאמור, מתחייבת דרישה (גמישה) של פרופורציה מן הרציונאל העומד מאחורי ההגנה הפרטית. אלא שקיימת גישה שלפיה מושתתת ההגנה הפרטית כמעט באופן בלעדי על האוטונומיה של הפרט, ולפי גישה זו כלל אין נדרשת פרופורציה. על עיקריה של גישה זו, שביטויים חזקים שלה מצויים במשפט הגרמני, ועל חסרונותיה הבולטים, עמדנו בעת הדיונים בתאוריה המבוססת על האוטונומיה ובמקרה המבחן של התוקף חסר האשמה⁷²⁷. הדוגמה הקלאסית והמזעזעת לתוצאתה של גישה בלתי רצויה שכזו היא פסק-הדין, שעליו עמדנו לעיל, שבו אישר בית-המשפט העליון הגרמני את זיכויו של בעל בוסתן תפוחים אשר ירה בגנבים צעירים שניסו להימלט עם פירות ופצע אחד מהם באורח קשה⁷²⁸.

של Ashworth (“reasonably proportionate”) וע’ 506, 522 לספרו ח/2 של Williams (out of) “all proportion”.

724 ראו ע’ 113-114 לספרו ד/1.

725 ראו ע’ 89 לכרך I של ספרו ח/12. הנמקה נוספת שלו לגמישות דרישת הפרופורציה בהגנה הפרטית היא שהערכים המוגנים הם מופשטים – ראו שם ע’ 6 לכרך II. ואולם, סבורני כי לא זו הסיבה לגמישות, שהרי גם במסגרתו של סייג ה”צורך” פועלים ערכים מופשטים.

726 ראו ה”ש 75 אשר בע’ 201 למאמרו ה/1 של קרמניצר.

727 ראו (בהתאמה) פרקים ב(5)(ד) ו-ב(5)(ג) שלעיל, ובמיוחד הטקסט שתחילתו בהפניה לה”ש 268. על כך שגם כיום הכלל במשפט הגרמני הוא שלא נדרשת פרופורציה ראו ע’ 172, 178 למאמרו ט/69 של Bernsmann.

728 ראו ע’ 633 למאמרו ט/61 של Eser.

כפי שמציינים מלומדים מספר, השיטה הגרמנית מחויבת, לפחות נומינלית, למתן אותה מידה של הגנה (ההגנה המקסימלית) לכל הזכויות המשפטיות⁷²⁹. ברם, דעתי היא כי זכויות הפרט – לרבות זכותו להגנה על האוטונומיה שלו – הן יחסיות ולא מוחלטות⁷³⁰. משקל הזכויות אינו אחיד והגנת החוק עליהן אינה שווה⁷³¹. המשפט בהחלט אמור להתחשב (ועושה כן בפועל) גם בזכויותיו של התוקף; התחשבות שתוצאה מרכזית שלה היא דרישת הפרופורציה⁷³².

למעשה, גם חלק משוללי הדרישה המשפטית של פרופורציה מכירים בקיומה, לפחות ככלל של אתיקה⁷³³. Fletcher מסביר כי השיטה הגרמנית אינה "שטוחה" כאנגלו-אמריקנית (המבוססת על קריטריון הסבירות), אלא בנויה משני שלבים: הראשון – זכות אבסולוטית להגנה על האוטונומיה, ואילו השני כולל שיקולים הומאניים-אלטרואיסטיים המובילים לדרישת הפרופורציה. לדעתו, הכל מסכימים שאין נדרשת פרופורציה (שהרי מוצדקת, למשל, המתת אנס), אך בשלב מסוים של התרחקות כפות המאזניים זו מזו מחליף קריטריון של צדק את מחויבותנו ל-"Right" ולאוטונומיה⁷³⁴. לפי גירסה אחרת שמביא Fletcher, יש לנתקף שיקול-דעת אם להיענות לאלטרואיזם ולחוסר על התוקף, ואין הוא מחויב לנהוג בהתאם לדרישת הפרופורציה⁷³⁵. בפרקים הקודמים עמדנו על חולשתן הרבה של גישות כאלה, הנעה בין חוסר הדיוק שבדיבורים על זכות אבסולוטית (כשלמעשה – נוכח "השלב השני" שבשיטה ה"לא שטוחה" אין היא אבסולוטית כלל ועיקר); דרך חוסר הדיוק שבתיאור שלפיו רק "בשלב מסוים של התרחקות כפות המאזניים" נכנס לתמונה קריטריון של צדק, שעה שלמעשה קריטריון זה הוא בעל נוכחות מלאה לכל אורך הדרך; ועד למצב המאד לא רצוי של היעדר כל הדרכה – אפילו כשמדובר בחיי אדם – והותרת ההכרעה בידי הנתקף עצמו⁷³⁶.

729 ראו, למשל, ע' 256 ואילך למאמרו 131 / של Gorr; ע' 383 למאמרו 222 / של Fletcher; ע' 871 לספרו 13 / של Fletcher.

730 ראו פרק ב(5)(א) שלעיל.

731 כך, למשל, מותאם כיום העונש בגין עבירה לערך המוגן על-ידיה, בהבדל ברור מן המצב שהיה קיים בעבר, במשפט האנגלי, למשל, עת היה העונש לצדן של עבירות רבות לא אחר מאשר העונש המקסימלי – עונש המוות – ראו, למשל, ע' 95-96 לספרו 9 / של בזק.

732 ראו פרקים ב(5)(ו); ב(5)(ה); ב(6) שלעיל.

733 ראו, למשל, ע' 599 לספרו 20 / של Silving.

734 ראו ע' 210, 214 למאמרו 23 /.

735 ראו ע' 100 למאמרו 26 /.

736 ראו פרקים ב(5)(ג) ו-ב(5)(ד) שלעיל.

טענה נוספת שמעלה Fletcher כנגד דרישת הפרופורציה היא כי זו מזמינה זהירות מופרזת כדי להימנע מסכנת הרשעה, דבר העלול להביא לכניעה לא יאה ולעידוד התנהגות עבריינית⁷³⁷. סבורני, כי כוחה של טענה זו אינו רב, בשים לב לגמישות דרישת הפרופורציה ולאפשרות של פטור (על בסיס של excuse) או, לפחות, הקלה בעונש נוכח הפעלת כח מגן מופרז⁷³⁸. יתרה מזו: אפילו יש בטענה זו ממש, עדיין רצויה זהירות כזו לשם הגנה על ערכים החשובים מאד לחברה, ובראש ובראשונה חיי אדם (שהרי גם התוקף אדם הוא). אם נתייחס לשתיים מן הדוגמאות השכיחות בספרות, הרי שמצפון בני החברה ותחושת הצדק שלהם שוללים לחלוטין הצדקתה של המתת אדם לשם מניעת גניבת תפוחים או למניעת רעש אופנועים⁷³⁹. כאן ניתן ללמוד משהו משמעותי אפילו מעצם אופיו של סייג ההגנה הפרטית כצידוק: אין כל אפשרות סבירה לומר כי המתות שכאלה הן הדבר המוצדק לעשותו.

אפילו במשפט הגרמני (ובמשפט הסובייטי דאז), שבו נדחתה – לפחות מבחינה תאורטית – דרישת הפרופורציה, לא הסכימו בתי-המשפט והמלומדים לכל תוצאותיה הקשות של גישה זו, ופיתחו תחליפים לדרישת הפרופורציה. כפי שמציין Eser, הנטייה כיום היא שלא להכיר בהגנה הפרטית במקרים קיצוניים כגון המתת אדם שגנב בקבוק סירופ על-ידי שומר החנות; מקרים שבהם החריגה מעקרון הפרופורציה היא בולטת⁷⁴⁰. שתי דרכים עיקריות ננקטו להשגת תוצאה זו: האחת היא עשיית הבחנות קטגוריות בכלל והבחנה לגבי כח קטלני בפרט; הבחנה שלפיה מוגבל השימוש בכח מגן קטלני כך שלא יוצדק לשם הגנת אינטרסים פעוטי ערך⁷⁴¹.

הדרך השנייה היא הישענות על הדוקטרינה של "שימוש לרעה בזכות". מקור דוקטרינה זו הוא העקרון הכללי של תום-לב המצוי במשפט האזרחי הגרמני. ההנחה היא כי שימוש מופרז בזכות ההגנה העצמית מהווה שימוש לרעה בה. פסק-הדין המנחה בעניין זה ניתן בשנת 1963 על-ידי בית-המשפט העליון של בוואריה נוכח מקרה כדלקמן: נהג מכונית ביקש להחנותה במקום שבו היה זכאי לעשות כן. אישה שביקשה לשמור את מקום החניה עשתה כן תוך שימוש בגופה שלה, בסרבה לפנות את מקום

737 ראו ע' 382 למאמרו ט22.

738 ראו – בהרחבה – פרק ו(3) שלהלן.

739 ראו ברוח זו ע' 189 למאמרו ה1/ של קרמניצר.

740 ראו ע' 633 למאמרו ט61 של Eser; וכך ע' 178 למאמרו ט69 של Bernsmann.

741 ראו, למשל, ע' 387, 384 למאמרו ט22 של Fletcher; ע' 633 למאמרו ט61 של Eser; ע' 873 לספרו ח13/ של Fletcher; ע' 208 למאמרו ה1/ של קרמניצר וע' 178 למאמרו ט69 של Bernsmann.

החניה. נהג המכונית דחף את האישה ממקום החניה באמצעות התקדמות עם מכוניתו אל תוך מקום החניה, והתגונן במשפטו בטענה של הגנה עצמית. בית-המשפט דחה את הטענה, בהתבססו על הדוקטרינה של שימוש לרעה בזכות, בקובעו כי אמנם הייתה לבעל המכונית זכות, אך הוא השתמש בה לרעה. בהמשך הרבו לצטט פסק-דין זה כאסמכתא להפעלת הדוקטרינה של שימוש לרעה בזכות לשלילת סייג ההגנה הפרטית במקרים מסוימים⁷⁴². מעבר לקושי בראיית פסק-הדין כאסמכתא לענייננו, שכן נראה מעובדות המקרה כי ממילא לא התמלא גם תנאי הנחיצות, הרי שהקושי העיקרי שמעוררת הדוקטרינה נובע מעקרון החוקיות. שכן, קביעה כי השימוש שנעשה בזכות הוא שימוש לרעה, לא זו בלבד שהיא נעשית על-ידי בית-המשפט במקרה הספציפי ולא על-ידי המחוקק, אלא יש בה גם משום הרחבה של ממש של האחריות הפלילית: שלילת הגנתו של אדם אשר ללא הפעלת הדוקטרינה אמור היה להיות מזוכה, ולפיכך הוא צפוי להרשעה ולעונש. על משמעותו המיוחדת של עקרון החוקיות באשר לסייגים לאחריות פלילית – בהבדל מעבירות פליליות – עמדנו לעיל, בעת הדיון בהבחנה שבין עבירה לבין הגנה⁷⁴³. נראה, כי לפי כל הגישות העיקריות, תיחשב הרחבה כזו של האחריות הפלילית על-ידי בית-המשפט לבעייתית.

אשר לדרך האחרת – של סיוג ההגנה הפרטית בכח קטלני כך שלא תחול על הגנת אינטרסים פעוטים – גישה זו מהווה אמנם צעד בכיוון הנכון, אולם אין די בכך. לדרישת הפרופורציה חשיבות ראשונה במעלה לא רק בהקשר המוגבל של כח מגן קטלני, אלא גם נוכח הפעלת כח מגן מתון יותר. כך, למשל, דומה כי הפלאת "מכות רצח יבשות" (כאלה שאינן גורמות לנזק גופני ממשי) לשם הגנה על רכוש פעוט ערך או לשם מניעת דחיפה קלה בתור לאוטובוס, אינה יכולה להיחשב מוצדקת בחברה תרבותית⁷⁴⁴.

742 ראו ע' 873 ואילך לספרו ח13 / של Fletcher; ע' 385 ואילך למאמרו ט22 / של Fletcher; ע' 72 ואילך למאמרו ט26 / של Fletcher. מראה המקום של פסק-הדין עצמו – 1963 NJW (Neue – Juristische Wochenschrift) at 824.

743 ראו פרק ב(2) שלעיל.

744 יודגש, כי אין משמעותה המעשית של דרישה כזו של פרופורציה חיוב האזרח לוותר לתוקף על האינטרס שלו בכל אותם המקרים שבהם האינטרס המותקף הוא פעוט ערך. ברובם המכריע של המקרים די יהיה בכח מגן מתון כדי להגן על האינטרס המותקף. כך, למשל, כשמבקש התוקף ליטול רכוש פעוט ערך של הנתקף (כגון עיפרון פשוט), די יהיה בדרך-כלל באזהרה ולכלל היותר בכח מתון (כגון דחיפה או מכה קלה) כדי להגן על הנכס. לפיכך, תישלל ההצדקה של הפעלת כח רב על-ידי דרישת הנחיצות. רק במקרים הנדירים שבהם לא יהיה די באמצעים מתונים ואכן הכח הרב יהיה נחוץ, תתעורר שאלת הפרופורציה. לפיכך סבורני כי חיוב האזרח לוותר במקרים נדירים שכאלה אינו מקומם כפי שהוא אולי נראה במבט ראשון.

שני התחליפים הנ"ל, כתחליפים אחרים שהוצעו, לוקים הן בתחולה מוגבלת מדי (בעוד שמן הראוי כי תחולתה של דרישת הפרופורציה תהא רחבה), הן בקשיים עקרוניים (עקרון החוקיות) והן בחוסר כנות המוביל להדרכה גרועה. שהרי עצם ההיזקקות לתחליפים שכאלה מהווה – מבחינה מהותית ועקרונית – הכרה בעקרון הפרופורציה. אם כך – מדוע לא לקרוא לילד בשמו ולא לדרוש פרופורציה מסוימת בחוק במפורש, על כל המשתמע מכך מבחינה הצהרתית, חינוכית (הכרה במעמד המיוחד של ערכים מסוימים כגון חיי אדם; תרבותיות) והדרכתית?⁷⁴⁵

(ב) תוכן דרישת הפרופורציה

על נקודת המפתח להבנת דרישת הפרופורציה הרצויה במסגרת סייג ההגנה הפרטית כבר עמדנו לעיל: מדובר בדרישה הכרחית אך גמישה. הדרישה מקובלת מאד בעולם המשפט האנגלו-אמריקני, וזאת הן בספרות, הן בפסיקה⁷⁴⁶, הן בחקיקה הקיימת והן – בצורה ישירה פחות – בהצעות החוק⁷⁴⁷. ברובם המכריע של החוקים הקיימים במדינות הים אשר נבדקו מנוסחת הדרישה בצורה גמישה, תוך שימוש בעיקר בניסוחים הכוללים יסוד

נטייה נוספת במשפט הגרמני היא לקבוע שסייג ההגנה הפרטית לא יחול כשמדובר בחריגה גסה מהפרופורציה. כך, למשל, מקובל לפי השקפה זו שאין להצדיק ירי קטלני בילד העומד לגנוב תפוח. אך אפילו המצדדים בגישה זו אינם שוללים כח קטלני להגנת רכוש, אלא מצדיקים, למשל, המתת אדם הבורח עם קופסת יהלומים שגנב – ראו ע' 177-178 למאמרו ט 69/ של Bernsmann (Bernsmann) – כמחבר ספר זה – מסתייג מההצדקה של נטילת חיי אדם לשם הגנה על רכוש, וזאת גם כשמדובר ברכוש רב ערך).

745 השוו לעמדתו של Eser בע' 633 למאמרו ט 61/ (הוא גורס כי החשוב הוא עצם ההכרה בעקרון הפרופורציה, גם אם אין בוחרים בדרך הכנה והפשטה של דרישה ישירה ומפורשת שלה).

746 ראו, למשל, ע' 5 לכרך II של ספרו ח 12/ של Robinson; ע' 887 למאמרו ט 31/ של Kadish; ע' 715 לספרו ח 31/ של Gordon; ע' 506 ואילך לספרו ח 2/ של Williams; ע' 297 למאמרו ט 1/ של Ashworth.

747 ראו ההפניות שבה"ש 649 שלעיל.

של סבירות⁷⁴⁸ או בניסוחים בדרך השלילה (דהיינו: שלילת ההגנה רק אם הכח המגן הוא מחוץ לכל פרופורציה בהשוואה לרעה הנמנעת)⁷⁴⁹.

אשר לדרך הפעלת מבחן הפרופורציה, סבורני כי בשונה מן הנוסח שבו משתמשים לעתים ושהיה קיים בעבר בחוק העונשין הישראלי – של השוואה בין הרעות⁷⁵⁰, עדיף להתייחס לכח המגן עצמו ולא לתוצאתו, אשר עשויה להיות מקרית לחלוטין⁷⁵¹. הגורמים המרכזיים אשר אליהם יש להתייחס הם אפוא התוצאות הצפויות (או הניתנות לצפייה⁷⁵²) – של ההגנה הפרטית ושל ההימנעות ממנה⁷⁵³. כך, למשל, אם המתגונן מכה את התוקף מכת אגרוף בלי לדעת שהתוקף הוא בעל "גולגולת דקה", אין טעם רב – לא משיקולים של הדרכת התנהגות ולא משיקולי הגינות וצדק – להתייחס לתוצאה הקטלנית המפתיעה, אלא יש להתייחס למכת האגרוף עצמה או לתוצאה הצפויה (או הניתנת לצפייה) ממנה (שבדרך-כלל איננה מוות). ובכיוון ההפוך: יש לאסור כמנוגד לעקרון הפרופורציה ירי קטלני לעבר ראשו של התוקף, שמטרתו הצלת רכוש, גם אם בפועל החטיא העושה את גוף התוקף.

748 ראו, למשל, סעיף 6)34 לחוק הפלילי הארגנטיני יב31/; סעיף 21 לחוק הפלילי הקוריאני יב15/; סעיף 33 לחוק הפלילי השווייצרי יב16/; סעיפים 271-273 לחוק הפלילי האוסטרלי (קווינסלנד) יב19/ וסעיף 8 לחוק הפלילי הספרדי יב17/.

שימוש במונח "סבירות" נעשה גם בסעיף 34טז לחוק העונשין, תשל"ז1977- (א1/), כפי שנקבע בתיקון מס' 39 (א17/). לביקורת על אופן קביעתה של דרישה חשובה זו ראו הדיון שלהלן במשפט הישראלי, בפרק ז(3).

749 ראו, למשל, סעיף 1)24 לחוק הפלילי השוודי יב8/; סעיף 5 לחוק הפלילי הגרינלנדי יב9/ וסעיף 48 לחוק הפלילי הנורווגי יב14/.

750 נוסחו המקורי של סעיף 22 לחוק העונשין, תשל"ז1977- (א1) היה – לענייננו – "ובלבד... שהרעה שגרם איננה בלתי שקולה כנגד הרעה שמנע" (ההדגשות הוספו). דהיינו – ההתייחסות הייתה לתוצאת הכח המגן ולא לכח המגן עצמו. בהזדמנות זו יש לציין לטובה את הגמישות הרצויה שהעניקו המילים "איננה בלתי שקולה".

751 לעמדות דומות ראו ע' 1188 לספרם Perkins & Boyce של ע' 761 לספרו ח31/ של Gordon; ע' 296 למאמרו ט1/ של Ashworth; דברי הסבר שבע' 224-225 להצעת החוק ג1/ של הוועדה בראשות השופט אגרונט. כאן המקום להביע התנגדות למסקנה מרחיקת הלכת שמבקשים מחברי דברי הסבר אלה להסיק, ולפיה מכיוון שתוצאות הכח המגן עשויות להיות מקריות, אין לעשות "מעין מאזן". ניתן גם ניתן וצריך לעשות מאזן, אם כי לא בין התוצאות המקריות, אלא בין התוצאות הצפויות (מן התקיפה הבלתי חוקית מול אלה הצפויות, עובר למעשה, מן הכח המגן שננקט).

752 להבחנה בין התוצאות הצפויות לתוצאות הניתנות לצפייה נתייחס להלן – ראו הטקסט המפנה לה"ש 803.

753 כך מוצע לפרש גם את סעיף 34טז לחוק העונשין (א1/), השולל את תחולתו של סייג ההגנה העצמית "כאשר המעשה לא היה סביר בנסיבות הענין לשם מניעת הפגיעה" (ההדגשות הוספו).

אשר להערכת התוצאות הצפויות לתוקף ולנתקף, הרי שגורמים מרכזיים אופייניים שאותם יש להביא בחשבון הם כוחם היחסי של הצדדים; ריבוי תוקפים; אופי אלים במיוחד של תקיפה ללא נשק; התנהגות אלימה של התוקף בעבר; סוג הכח שמפעיל כל צד ועוצמתו; וכדומה (אין זו רשימה סגורה, כמובן)⁷⁵⁴. כך, למשל, חיווה Williams דעתו כי כיום כה מקובל על תוקפים ברוטאליים באנגליה לבעוט בראשו של היריב לאחר הפלתו לקרקע, עד כי סביר בהחלט להביא בחשבון אפשרות חמורה שכזו בהערכת הסכנה⁷⁵⁵.

הערכה כזו חייבת להביא בחשבון גורם חשוב מאד שעליו כבר עמדנו במקום אחר – הסתברות התממשות הסכנה⁷⁵⁶. הצורך לשקלל גם את הסתברות התממשות הסכנה והתרחשות הרעה מוסיף, כמובן, למורכבות הרבה של הפעלת מבחן הפרופורציה, ומורכבות זו מהווה טעם נוסף (בעל משקל מוגבל אך קיים) להעדפת מבחן גמיש על פני דרישה של איזון גמור.

אפשרות מעניינת נוספת שהועלתה היא שבהערכת הפרופורציה תובא בחשבון האפשרות שהקרבת יזכה לפיצוי מלא על נזקו אם יימנע מהפעלת כח⁷⁵⁷. לאפשרות כזו כבר התייחסנו במסגרת הדיון בדרישת הנחיצות⁷⁵⁸.

754 ראו לעניין זה ע' 653 לספרם ח18 / של La Fave & Scott; ע' 628 לספרם ח5 / של Card, Cross & Jones.

755 ראו ע' 506 לספרו ח2 /.

756 ראו הדיון בחומרת הסכנה שבפרק ד(5) שלעיל וכן הטקסט שלעיל המפנה לה"ש 663. ניסיון מעניין של ניתוח, המשווה בין סכנות אפשריות שונות לאור דרגת הסכנה והסתברות התממשותה, נעשה על-ידי Gorr. הוא בנה טבלה של תשעה צירופים אפשריים של דרגת הסכנה (העשויה להיות טריוויאלית, מתונה או רצינית) ושל הסתברות התממשותה (העשויה להיות כמעט ודאית; משמעותית אך לא ודאית; או לא-משמעותית). Gorr משתדל לבסס קביעות מסוימות לגבי תשעה צירופים אפשריים אלה; קביעות המתייחסות להתרת כח מגן קטלני דווקא. הניסיון הוא מעניין כשלעצמו, אלא שסבורני כי המציאות מורכבת בהרבה. כך, למשל, אנו זקוקים לפתרונות גם באשר להפעלת כח מגן שאינו קטלני. כמו כן ספק אם חלוקת דרגת הסכנה והסתברות התממשותה לשלוש (בלבד) דרגות כל אחת מספקת את הדיוק המינימלי ההכרחי. סבורני כי אין מנוס מהותרת ההכרעה העיקרית באשר לדרישת הפרופורציה בידי בית-המשפט לאור מבחן כללי שלה; מבחן שאליו ניתן וצריך לצרף הדרכה ספציפית, ובמיוחד באשר לכח מגן קטלני, אך לא כהדרכה בלעדית הניצבת ללא מבחן כללי. ראו ע' 259 ואילך למאמרו 131 / של Gorr.

757 ראו ע' 261 ואילך למאמרו 131 / של Gorr. הוא מגביל את הצעתו זו לכח מגן קטלני ולמקרים שבהם הקרבן יודע שיזכה לפיצוי מלא על נזקו; הגבלות שאין הוא מבסס ושאיני רואה טעם בהן.

758 ראו הטקסט שלעיל שתחילתו בהפניה לה"ש 662.

מקרה נוסף שיש לתת עליו את הדעת הוא ריבוי תוקפים. סבורני כי במקרה כזה יש לבדוק את התקיימות דרישת הפרופורציה ביחס לפגיעה בכל תוקף בנפרד, ולא לאחד לעניין זה את כל התוקפים. כך, למשל, ניתן להצדיק התגוננות שבמהלכה ממית הנתקף תוקפים מספר, אם הדבר נחוץ להצלת חייו. ניתן להשתית עמדה זו ישירות על רציונאל ההגנה הפרטית: אמנם ייתכן כי אין הפגיעה באוטונומיה של הנתקף גדולה יותר נוכח ריבוי התוקפים, אולם אין כל ספק כי לכל אחד מהם "אשמת תוקף" משלו וכי כל אחד מהם פוגע פגיעה עצמאית בסדר החברתי-משפטי⁷⁵⁹.

(ג) טיבה ומשמעותה של דרישת הפרופורציה במשפט האנגלו-אמריקני

כאמור, במשפט האנגלו-אמריקני מכירים בכך שלא כל הזכויות המשפטיות שוות בחשיבותן, ובכך שיש זכויות המצדיקות הגנה חזקה יותר, בין היתר באמצעות ההגנה הפרטית. לפיכך, דרישת הפרופורציה מקובלת מאד בשיטת משפט זו. אלא שבדרישה אובייקטיבית חשובה זו מכרסמים באופן משמעותי שני מאפיינים בולטים, שעליהם עמדנו בעת הדיון במאפיינים העיקריים של ההגנה הפרטית בשיטות משפט זרות⁷⁶⁰.

הראשון הוא האיחוד של הדרישות החשובות והיסודיות של הנחיצות והפרופורציה תחת מבחן כולל אחד: סבירות הכח המגן⁷⁶¹. עיקר פועלו של איחוד שכזה נוגע לנושא דיוננו – החלשה ניכרת של דרישת הפרופורציה⁷⁶². זאת, משום שדרישת הנחיצות אינה מעוררת בדרך-כלל ספקות כלשהם. כריכת דרישות הנחיצות והפרופורציה יחדיו מהווה למעשה ויתור על הדרכה משמעותית כלשהי של המחוקק – לא רק לציבור אלא אפילו

759 לגישה דומה ראו ע' 70 לכרך II של ספרו ח12/ של Robinson וע' 32 למאמרו ז'5/ של Montague.

לסיום הדיון בתוכנה של דרישת הפרופורציה, יש לעמוד על סוגיה חשובה מאד בדין ההגנה הפרטית, שבדרך-כלל רואים אותה כנגזרת של דרישת הנחיצות, הלא היא חובת הנסיגה. כפי שאראה להלן בפרק הבא, שיוקדש לסוגיה חשובה זו, דעתי היא – בניגוד למקובל – כי חובת הנסיגה נגזרת לא מדרישת הנחיצות בלבד אלא גם (או – ליתר דיוק – בעיקר) מדרישת הפרופורציה.

760 ראו פרק ג(2) שלעיל.

761 לאחרונה נקט גם המחוקק הישראלי דרך לא רצויה זו של הסתפקות בדרישת הסבירות – ראו סעיף 34טז לחוק העונשין (א1) / כפי שנקבע בתיקון מס' 39 (א17). התייחסות אליו תובא להלן בפרק ז(3)(ב).

762 ראו ע' 82 לכרך II של ספרו ח12/ של Robinson.

לרשות השופטת⁷⁶³. קושי נוסף שעלולה לגרום כריכה שכזו (אם כי אינו מתחייב ממנה) הוא המחשבה, המוטעית לדעתי, כי סבירות הכח המגן היא שאלה עובדתית; מחשבה הבאה לידי ביטוי בעולם המשפט האנגלו-אמריקני הן בכתבי המלומדים והן בהפניית שאלת הסבירות על-ידי השופטים למושבעים⁷⁶⁴. והרי דרישת הפרופורציה היא מעצם טבעה דרישה בעלת אופי של דין ולא של עובדה, ועליה להיחתך על-פי קביעות המחוקק עצמו או על-פי קביעות השופטים הנעשות במסגרת מתחם שיקול-הדעת הנקבע על-ידי המחוקק⁷⁶⁵.

המאפיין השני של דין ההגנה הפרטית בשיטות המשפט האנגלו-אמריקניות, המכרסם אף הוא באופן משמעותי בדרישת היסוד של פרופורציה, הוא השילוב המוטעה של ההגנה הפרטית המדומה בתוך ההגנה הפרטית הממשית⁷⁶⁶.

תופעה בולטת נוספת בפסיקה האנגלו-אמריקנית, הקשורה, כפי הנראה, קשר הדוק ליחס המוטעה אל ההגנה המדומה, היא ריכוך מבחן הסבירות האובייקטיבי, תוך הוספה אליו של מאפיינים סובייקטיביים⁷⁶⁷. הלכות ידועות בעניין זה נקבעו בפסקי-הדין, שעליהם כבר עמדנו לעיל, על-ידי הלורד Morris בעניין Palmer⁷⁶⁸ ועל-ידי השופט Holmes בעניין Brown⁷⁶⁹ ובמקומותינו על-ידי השופט זילברג בעניין ולדמן⁷⁷⁰. מפאת קוצר היריעה לא אחזור ואצטט כאן הלכות ידועות אלה, אלא אסתפק בהבאת מימרה

763 ניתן אמנם לפקפק גם בהדרכה שמעניקה דרישה מפורשת של פרופורציה. ברם, כפי שאראה בהמשך, אין אני מציע להסתפק בדרישה זו בלבד, אלא לקבוע לצדה שיקולים בהערכתה וכן להתייחס לקטגוריה המיוחדת של כח מגן קטלני.

764 ראו, למשל, ע' 627 לספרם ח5 של Card, Cross & Jones; ע' 577 למהדורה קודמת (האחת עשרה) של ספרם זה; ע' 503 לספרו ח2 של Williams; ע' 350 לכרך (1)11 של האנציקלופדיה ח11 / (Halsbury).

765 ראו הנמקת עמדתי זו בטקסט שלהלן המפנה לה"ש 1182.

766 על תוצאותיו השליליות של שילוב מוטעה זה עמדנו לעיל – ראו ה"ש 502 שלעיל והטקסט המפנה אליה (המשפט האנגלי); ה"ש 524 שלעיל והטקסט המפנה אליה (המשפט האמריקני).

767 מלבד האסמכתאות שלהלן, ראו גם, למשל, ע' 299 ואילך למאמרו ח1 של Ashworth; ע' 364 ואילך למאמרו ח55 של Yeo; ע' 253 ואילך לספרם ח3 של Smith & Hogan; ע' 562 לספרה ח20 של Silving; ע' 760 ואילך לספרו ח31 של Gordon; ע' 628 לספרם ח5 של Card, Cross & Jones.

768 ראו הציטוט מפסק-הדין י4 שבטקסט שלעיל המפנה לה"ש 505. לעמידה על משמעויותיו מרחיקות הלכת של פסק-הדין, המחליש מאד את דרישת הפרופורציה, ראו ע' 506 ואילך לספרו ח2 של Williams.

769 ראו הציטוט מפסק-הדין יא1 שבטקסט שלעיל המפנה לה"ש 523.

770 ראו הציטוט מפסק-הדין ב15 אשר בטקסט שלעיל המפנה לה"ש 466.

ידועה אחרת, מפי בית-המשפט האנגלי בפסק-הדין בעניין Reed (1972), ולפיה: "In the circumstances one did not use jeweller's scales to measure reasonable force".⁷⁷¹ מימרה אחרונה זו הינה רצויה דווקא, בשים לב לגמישותה המתבקשת של דרישת הפרופורציה. ברם, מן ההלכות הידועות הנ"ל, שנקבעו בפסקי-הדין בענייניהם של Brown, Palmer וולדמן, יש לשוב ולהסתייג.⁷⁷²

לסיום הדיון בטיבה של דרישת הפרופורציה בשיטות המשפט האנגלו-אמריקניות, ברצוני להצביע על פסק-הדין שניתן בשנת 1986 בניו-יורק בעניינו של Goetz.⁷⁷³ הנאשם, אשר נשא אקדח בלא רישיון, הוטרד ברכבת על-ידי ארבעה נערים לא חמושים, שאחד מהם דרש ממנו חמישה דולרים. הנאשם הגיב בארבע יריות: האחת בחזהו של נער אחד, השנייה בגבו של הנער השני, השלישית תחת ידו של השלישי אל צדו השמאלי של גופו והרביעית אל עבר הנער הרביעי, שהיה מעט מרוחק יותר. ירייה זו החטיאה את מטרתה. לאחר שבחן היטב את תוצאות מטח היריות, בחר הנאשם להוסיף ירייה נוספת אל עבר הנער הרביעי ופגע קשות בעמוד השדרה שלו. שלושה מהנערים החלימו מפציעותיהם ואחד מהם נותר משותק ועם נזק מוחי. עובדות המקרה בכללותן מצביעות על (ניסיון) טבח של ממש; נקמה ולא התגוננות: ללא נחיצות, ללא מיידיות של הסכנה (שהרי המשיך בירי גם לאחר שחלפה) ובעיקר ללא כל פרופורציה לסכנה שבפניה ניצב הנאשם. הנאשם עצמו העיד כי מטרתו הייתה:

"murder [the four youths], to hurt them, to make them suffer as much as possible".⁷⁷⁴

כן העיד הנאשם כי שניים מהנערים ניסו להימלט בעת שירה בהם, כי נער שלישי העמיד פנים כי אינו משתייך לקבוצת הנערים במטרה להינצל, ובכל זאת נורה (!), וכי אילו היו כדורים נוספים באקדחו היה יורה בנערים יריות נוספות, ואפילו תוך הצמדת האקדח אל ראשיהם. באופן מדהים זוכה הנאשם בערכאה הראשונה מכל האישומים, ואף שבית-המשפט לערעורים החזיר את הדיון לבית-המשפט קמא עם הנחיות, הורשע הנאשם בסופו של דבר אך ורק בעבירה הקלה של החזקת הנשק שלא כדיון.⁷⁷⁵

771 ראו פסק-הדין י19/.

772 ראו נימוקי הסתייגות זו בפרק ג(2) שלעיל.

773 ראו פסק-הדין י4/.

774 שם.

775 אולי לא מיותר לציין כי מבין חמשת המעורבים בפרשה (ארבעת הנערים והנאשם) היה רק אדם לבן אחד – הנאשם.

בלי להתעמק יתר על המידה בפסק-דין זה ובחוק הפלילי של ניו-יורק, יצוין רק כי פסיקה זו היא, כפי הנראה⁷⁷⁶, תוצאה של ההלכות שעליהן עמדנו לעיל, הכורכות את דרישת הפרופורציה יחד עם דרישת הנחיצות במושג "סבירות" והמשלכות את ההגנה המדומה בתוך ההגנה הממשית. הנוסחה שבחוק של ניו-יורק היא "he reasonably believes". אמנם בית-המשפט לערעורים שלל את הפרשנות מרחיקת הלכת שנתן בית-המשפט קמא לנוסחה זו; פרשנות שלפיה כוונת החוק היא "reasonable to him", אך גם נוכח הנחיה זו, בכל זאת זוכה הנאשם בדיון החוזר בעניינו.

בחיבור שפרסם Fletcher בעקבות פסק-הדין, תחת הכותרת "A Crime of Self-Defense"⁷⁷⁷, הוא מגלה אהדה גדולה יותר לדרישת הפרופורציה מזו הקיימת בכתביו האחרים. כך, למשל, עומד הוא על הדגש הניתן במשפט המודרני – בהבדל מבעבר הרחוק – על "reason" במקום על "passion"; על כך שגם התוקף הוא אדם בעל זכויות ועל הפועל היוצא מכך – דרישה של פרופורציה מסוימת⁷⁷⁸. ניתן אולי לשער כי זיכוי של Goetz הביא לשינוי ביחסו של Fletcher אל דרישת הפרופורציה.

(ד) כח מגן קטלני

ההתייחסות לקטגוריות נפרדות של כח מגן בכלל, ולקטגוריה של כח מגן קטלני בפרט, מהווה ביטוי מובהק, מרכזי וחשוב של עקרון הפרופורציה⁷⁷⁹. ואולם, בהתייחסות כזו אין די ואין היא יכולה לבוא במקום דרישה כללית של פרופורציה. כך, למשל, ההגבלה על כח מגן קטלני לא תועיל במקרה של "מכות רצח יבשות" המוטחות בתוקף למניעת דחיפה קלה של הנתקף בתור לאוטובוס או פגיעה קלה מאד ברכושו של הנתקף. הצורך בדרישה כללית של פרופורציה הוא מובן מאליו. ובכל זאת קיימות שיטות משפט שבהן מתמצה ההתייחסות לעקרון הפרופורציה בהגבלות על כח מגן קטלני, תוך התעלמות מעיקרון חשוב זה באשר לכל יתר המקרים.

776 הסבר אפשרי אחר לפסיקה זו הוא שזוהי תגובה של המושבעים לריבוי מקרי השוד בניו-יורק, כך שנוסח הוראות החוק היה גורם שולי יחסית.

777 ראו חיבורו 14/ של Fletcher (הכותרת המלאה היא "A Crime of Self-Defense: Bernhard Goetz and the Law on Trial").

778 שם.

779 מכיוון שהכל מסכימים כי ההגבלות על כח מגן קטלני נובעות מעקרון הפרופורציה, יצוין כאן המלומד היחיד אשר משום מה רואה אותן כנובעות מדרישת הנחיצות דווקא – ראו ע' 933 למאמרו 36/ של Heberling.

הדוגמה הבולטת ביותר להתמקדות בכח מגן קטלני היא שיטת המשפט האמריקנית. בדרך-כלל מוסדר שם השימוש בכח מגן קטלני בנפרד, תוך שלילה שלו כשמדובר בסכנה שאינה חמורה מאד. מאפיין זה הוא כה מרכזי במשפט האמריקני, עד כי מקובל לומר שם, שבמרכזו של דין ההגנה הפרטית עומדות שתי הבחנות (בלבד): בין כח מגן קטלני לכח מגן אחר ובין כח מגן סביר לכח מגן בלתי סביר⁷⁸⁰. כך, למשל, שכיחים הם הדיונים הרחבים בספרות האמריקנית, שבהם אין כל ביטוי לעקרון הפרופורציה מלבד במסגרת החשובה, אך המצומצמת מדי, של ההתייחסות לכח קטלני⁷⁸¹.

ביטוי בולט של גישה זו של המשפט האמריקני מצוי באופן הסדרת ההגנה הפרטית ב-Model Penal Code. בהסדר זה אין דרישה כללית של פרופורציה, ואף לא דרישה כללית של סבירות (שממנה – לו הייתה – ניתן היה לגזור דרישה כללית של פרופורציה), אלא ההגבלה היחידה הקבועה בו, המהווה במהותה דרישה של פרופורציה, היא זו המוטלת על כח מגן קטלני.

יתרה מזו: אפילו באשר לכח מגן קטלני אין די, לדעתי, בהגבלות שבהן הסתפקו מנסחי ה-M.P.C. ניתן אולי לקבל את ההסדר הקבוע בסעיף 3.04 ל-“Use of force in self-protection”, דהיינו הגנה עצמית, שכן הסדר זה מגביל את הכח המגן שניתן להצדיק במסגרת ההגנה הפרטית למקרים של הגנה מפני סכנת מוות, נזק גופני חמור, חטיפה או מגע מיני המלווים בכח או באיומים⁷⁸². אך קשה להשלים עם ההסדר – הקבוע בסעיף 3.06 ל-“Use of force for the protection of property”. סעיף זה מתיר כח קטלני להגנת רכוש בכל המקרים הבאים:

1. התוקף מנסה לנשל את הנתקף ממגוריו שלא בטענת זכות;
2. התוקף מנסה לבצע הצתה, פריצה, שוד או פשע אחר של גניבה או הרס רכוש, ובנוסף:
- א. התוקף משתמש בכח קטלני או מאיים בו כנגד העושה או בנוכחותו; או –

780 ראו ראשית מאמרו ט32/ של Perkins וע' 1114-1117 לספרם Perkins & Boyce / של 17. 781 כך, למשל, לא מצאו Perkins & Boyce לנכון לדון בדרישה כללית של פרופורציה – מלבד כשמדובר בכח מגן קטלני – אף לא באחד מכחמישים העמודים שהקדישו בספרם להגנה הפרטית (!) – ראו ע' 1113-1160 לספרם Perkins / 17. וכך גם בספרם La Fave & Scott / של 18 – ראו שם ע' 649-675.

782 ראו סעיף 3.04(2)(b) ל-M.P.C. יג4. סעיף 3.05 מחיל הסדר זה גם על ההגנה על אדם אחר.

ב. השימוש בכח מגן לא-קטלני למניעת ביצוע הפשע יחשוף את העושה או אחר הנוכח במקום לסכנה ממשית של נזק גופני חמור⁷⁸³.

סבורני, כי הסדר זה אינו מתיישב עם העיקרון החשוב של פרופורציה. כדי לעמוד על חוסר התיישבות זה יש לזכור, כי אם התוקף מסכן גם את הנתקף עצמו או אדם אחר, ממילא מותרת ההגנה הפרטית במסגרת סעיפים 3.04, העוסק בהגנה עצמית, ו-3.05, העוסק בהגנה על אדם אחר. כך שסעיף 3.06 מתיר כח קטלני להגנה על רכוש גרידא(!). אמנם בחלק ניכר של התקיפות הנופלות לגדרו של הסעיף עשויה להתקיים גם סכנה רצינית לגוף האדם, אולם ההסדר המתאים לסכנה כזו הוא, כאמור, ההגנה העצמית וההגנה על אדם אחר. ואילו באותם מקרים של תקיפות הנופלות לגדרו של הסעיף שאין בהן סכנה כזו, אין מקום – נוכח עקרון הפרופורציה – לכח מגן קטלני. כך, למשל, נקל לתאר הצתות, פריצות, גניבות והרס רכוש שאינם מסכנים איש. אם נשווה לנגד עינינו מקרה שבו גנב נוטל את מכשיר הטלוויזיה של העושה ונמלט עמו, סבורני כי עקרון הפרופורציה מחייב את העושה – אם דרכו היחידה לעצור את הגנב הנמלט ולהציל את הטובין היא הפעלת כח קטלני – להניח לגנב להימלט (לעת עתה) ולא לירות בגבו.

אשר לחלופה 2(ב) שלעיל, הרי שזו מתעלמת לחלוטין מן האפשרות – הקיימת – שלא להשתמש בכח מגן כלשהו. אם אכן הדרך היחידה למנוע ביצוע עבירת הרכוש בלי לסכן את העושה או אחרים (מלבד התוקף) היא השימוש בכח קטלני, סבורני כי הוויתור על הפעלת כח מגן הוא דווקא האפשרות העדיפה.

מעניין לציין כי המנסחים היו ערים למשמעויות מרחיקות הלכת של ההסדר שקבעו. כך, למשל, הם מביאים בדברי ההסבר לחלופה 2(ב) שלעיל (חלופה שלא הייתה קיימת בטיוטה משנת 1958 והוספה בנוסח משנת 1962) דוגמה של גנב הנמלט עם הטובין כמקרה המצריך חלופה זו(!).

נוכח הסדר זה שב-M.P.C., ונוכח הליכת רבים מן המחוקקים במדינות ארצות-הברית השונות בעקבות ה-M.P.C.⁷⁸⁴, מסופקני עד כמה נכונה עדיין קביעתו של

783 ראו סעיף 3.06(3)(d) ל-M.P.C. יג. לפרשנות מפורטת של סעיפים אלה של ה-M.P.C. ראו, למשל, ע' 933-944 למאמרו של Heberling.

784 בחלק מהמדינות אף הרחיקו לכת עוד יותר מה-M.P.C. בהתרת כח מגן קטלני – ראו ע' 1112 לספרם Perkins & Boyce של ע' 652 לספרם ח18/ של La Fave & Scott.

Perkins, שלפיה במשפט האמריקני קיים כלל ברור – שאינו נתון לשיקול-דעתם של המושבעים – ולפיו אסור להשתמש בכח מגן קטלני מפני כח שאינו קטלני⁷⁸⁵.

הסדר קיצוני עוד יותר נקבע בהצעת החוק הפדראלית האמריקנית משנת 1970. בהצעה זו, הדומה ברובה לזו שב-M.P.C., כבר מופיעה, כפי הנראה⁷⁸⁶, החלופה של הוצאה מוצדקת (!) להורג של עבריין הנמלט עם הטובין לא בדברי ההסבר בלבד, אלא בסעיף החוק עצמו (!). סבורני כי זוהי נסיגה מדאיגה של המשפט האמריקני, ברוח פסק-הדין הגרמני הידוע (לשמצה) משנת 1920 בעניין הירי בנערים שגנבו תפוחים⁷⁸⁷.

הסדרים אלה מעוררים תמיהות רבות, בשים לב לטעם המרכזי להסדרת כח קטלני בנפרד – ערך חיי האדם. במקום אחר עמדנו על כך, שבעוד שהזכות לחיים אינה מוחלטת ואינה שוללת את האפשרות של כח מגן קטלני מוצדק במסגרת של הגנה פרטית, הרי שהיא חזקה דייה כדי לצמצם מאד את השימוש בכח קטלני; היא פועלת לחיזוק דרישות הפרופורציה והנחיצות ואפילו מחייבת התייחסות נפרדת לקטגוריה של כח קטלני⁷⁸⁸. אם קיים תחום ברור שאת ההגנה עליו בכח קטלני יש לאסור, הרי הוא ההגנה על רכוש. אין כל מקום בחברה תרבותית להצדקת הצלה של רכוש במחיר של חיי אדם, אפילו לא במחיר של חיי תוקף. Smith מביא בספרו שתי דוגמאות מעניינות בעניין זה: האחת – עצתו (הלבר-שיפוטית) של השופט האנגלי Willes, משנת 1893, לאדם השב לביתו ומוצא פורץ הנמלט עם רכשו, לטעון רובה כפול-קנה וכלי להסב את תשומת לבו של הפורץ לכיוון אל גבו וללחוץ על שני ההדקים, והשנייה – מקרהו של Purcell, אשר קיבל בשנת 1911 תואר אבירות על קטילת ארבעה פורצים בסכין⁷⁸⁹. סבורני כי בחברה המודרנית אין מקום ליחס אוהד שכזה להמתת פורצים שמטרתם גניבה (בהבדל מפגיעה בבני הבית), וודאי שלא להדרכת הציבור להמיתם. שופטים

785 ראו ע' 1117 לספרם Perkins & Boyce של וכן ע' 136 למאמרו של Perkins.
786 ראו סעיף 607(2)(c) להצעת החוק יג6. וראו גם דברי ההסבר – המדהימים בערך הנמוך הניתן בהם לחיי האדם – שבע' 44 להצעה. ישועה מסוימת אולי תצמח לגנב הנמלט (ולחברה בכללותה!) מסעיף 607(1) להצעה, הקובע דרישה כללית של נאותות (appropriate) מלבד הנחיצות (כותרת השוליים – "Excessive Force"). אך ספק אם הקביעה המפורשת הנ"ל שבסעיף 607(2)(c) לא תגבר – אפילו על-פי שיקולי פרשנות כלליים – גם ללא היוזקות לכלל הפרשנות המצמצמת בפלילים – על קביעה כללית זו.

787 ראו ה"ש 317 שלעיל והטקסט המפנה אליה. עדות נוספת לכך שעצם ההתייחסות הנפרדת לכח מגן קטלני אינה מבטיחה הגנה ראויה על ערך חיי האדם מהווה ה-Digest של Stephen – ראו סעיפים 305 (הגנה פרטית) 3061- (הגנה על רכוש) ל-Digest ח10.

788 ראו הדיון בזכות לחיים שבפרק ב(5)(א) שלעיל.

789 ראו ע' 109-110 לספרו ח4 של Smith. מקרה זה מובא גם בספרו הידוע של Kenny ח7.

ומלומדים רבים מאד עמדו על כך שנוכח ערכם הרב של חיי אדם, אין להגן על רכוש בכח קטלני⁷⁹⁰, ואין לי אלא להצטרף לדעתם.

השלילה המקובלת של כח קטלני להגנת רכוש בפרט, ודרישת הפרופורציה בכלל, עומדות ביסוד ההבחנה המקובלת בין הגנה עצמית והגנה על אדם אחר – שתיהן הגנות על גוף האדם – לבין ההגנה על רכוש; הבחנה שעליה נעמוד בהמשך⁷⁹¹. יש המבססים שלילה זו גם על מסמכים ואמנות, כגון האמנה האירופאית לזכויות האדם, אשר בסעיף 2 שלה, שנועד להגן על הזכות לחיים, מוגבל החריג של המתת אדם במסגרת הגנה פרטית להגנה על האדם עצמו (בהבדל ברור מרכוש)⁷⁹².

ההתייחסות לכח מגן קטלני היא כה מתבקשת על רקע ערך חיי האדם, עד כי אפילו בשיטות משפט שבהן נוטים שלא להכפיף את ההגנה הפרטית לעקרון הפרופורציה – כגון הגרמנית (ובעבר – הסובייטית) – קיימות בכל זאת, כאמור, הגבלות על השימוש בכח מגן קטלני, כך שלא ישמש להגנה על אינטרסים פעוטי ערך⁷⁹³. כבר במשפט הטרומ-מורדני, כשעדיין לא שלט עקרון הפרופורציה בכיפה אפילו בנוגע לענישה, כתב Blackstone כי אין למנוע תוך המתת התוקף תקיפה שהעונש הצפוי לתוקף בגינה אינו מוות⁷⁹⁴. אמנם האנלוגיה בין ענישה להגנה הפרטית אינה מלאה, שהרי אין חולק כי שלטונו של עקרון הפרופורציה באשר לענישה הוא חזק יותר, אך בכל זאת ניתן ללמוד ממנה משהו גם לענייננו.

מלבד ההתייחסות אל כח מגן קטלני להגנה על חיי האדם ועל שלמות גופו (כח שמקובל להצדיקו), וההתייחסות אל כח מגן קטלני להגנה על רכוש (כח שכאמור יש לשלול מכל וכל), קיימים מקרים טיפוסיים אחדים שזכו להתייחסות רבה בפסיקה ובספרות. העיקרי שבהם הוא האונס. כלום מוצדקת התגוננות של אישה בכח מגן קטלני

790 ראו, למשל, ע' 69 לכרך II של ספרו 12/ של Robinson; ע' 451 לספרם 16/ של Hall ואח' (פסק-הדין Emmons (1945)); ע' 752, 761-762 לספרו 31/ של Gordon (לרבות ההתייחסות לפסק-הדין בעניין Jas. Crow); ע' 260 לספרם 3/ של Smith & Hogan; ע' 137 לספרו 29/ של Howard; ע' 667 לספרם 18/ של La Fave & scott; ע' 858-856 לספרם 19/ של Kadish & Schulhofer (לרבות ההתייחסות לפסק-הדין Clay (1979)); ע' 947 לכרך 3 של האנציקלופדיה 26/ (שוב: התייחסות לפסק-הדין Clay (1979)).

791 ראו פרק ה' שלהלן.

792 ראו נוסח הסעיף ודיון בו בע' 763 לספרו 31/ של Gordon.

793 ראו, למשל, ע' 382 למאמרו 22/ של Fletcher; ע' 210 למאמרו 1/ של קרמניצר; ע' 633 למאמרו 61/ של Eser; ע' 178 למאמרו 69/ של Bernsmann. וראו הטקסט דלעיל המפנה לה"ש 740-745.

794 ראו ע' 181 לכרך IV של ספרו 9/ של Blackstone.

מפני תוקף המנסה לאנוס אותה (אם כי לא להמיתה)? סבורני כי הפגיעה הצפויה בנאנסת (גם אם תהא מוגבלת לפגיעה נפשית) היא כה חמורה עד כי אין הכח המגן הקטלני חורג מדרישת הפרופורציה. יש, כמובן, לזכור כי מן הראוי שדרישת הפרופורציה במסגרת ההגנה הפרטית תהא גמישה – וזאת נוכח הרציונאל העומד מאחורי סייג ההגנה הפרטית. לפיכך, אין כמובן די בכך שהפגיעה הצפויה לנתקפת קטנה מזו הצפויה לתוקף כדי לשלול את הכח המגן הקטלני. ולא-השלילה די בכך שהפגיעה הצפויה בנתקפת חמורה באופן שאינו מציב את השימוש בכח קטלני מחוץ לכל יחס אליה. שוויון מלא או אפילו מקורב אינו נדרש כאן. דומה, כי עמדה כזו – המצדיקה כח קטלני למניעת אונס – היא הרווחת כיום במשפט הפלילי המודרני⁷⁹⁵. על רקע זה מוזרה וחסרת בסיס עקרוני היא ההתייחסות השונה שניתן למצוא למקרה אונס שבו הקרבן הינו זכר⁷⁹⁶.

כותבים אחדים עמדו על הצורך בכך שהחוק יקבע עמדה ברורה באשר לכח מגן קטלני במקרים טיפוסיים, ובעיקר במקרה של אונס. חששם המרכזי הוא האפשרות של פסיקות סותרות⁷⁹⁷. אכן, רצוי מאד שהחוק יספק הדרכה של ממש במקרים שכאלה. כך,

795 ראו, למשל, ע' 888 למאמרו ט'31 של Kadish; ע' 761-763 לספרו ח'31 של Gordon; ע' 214 למאמרו ט'23 של Fletcher וע' 1378 למאמרו ט'27; ע' 490 למאמרו ט'54 של Yeo (לרבות ההתייחסות לפסק-הדין בעניין Lane).

גם במשפט העברי הקדום הותר כח קטלני למניעת אונס – אם כי לא של רווקה – ראו ע' 149 למאמרו ט'51 של בן-זמרה וע' 1260-1261 למאמרה ט'81 של Finkelman. במשפט הישראלי בן ימינו ניתן לראות בפסק-הדין ט'33 בעניין עסלה, אף שדובר בו בהגנה מדומה, הצדקה של כח מגן קטלני למניעת אונס, שהרי זוהי הסכנה שאותה דימתה הנאשמת. יש לציין כי פסק-הדין האמריקני הידוע בעניין Coker (1977) יא'51 אינו עומד בסתירה לגישה זו, שכן אמנם נקבע שם כי עונש המוות אינו עומד בפרופורציה לעבירת האונס, אולם בעוד שבאשר לענישה נדרשת פרופורציה של ממש, הרי שכאמור, באשר להגנה הפרטית, מדובר בדרישה גמישה.

796 ראו ע' 761-763 לספרו ח'31 של Gordon, שם הוא מנתח את פסק-הדין יד'11 בעניין McCluskey (1959), שבו אסרו על הגנה עצמית בכח קטלני למניעת מעשה סדום בכפייה, וזאת אף שלמניעת אונס מותרת במשפט הסקוטי ההגנה העצמית בכח קטלני. כן עומד Gordon על כך שבמשפט הרומי ובמשפט העברי הקדומים וכן בפסיקה של דרום-אפריקה בימינו הותר כח קטלני למניעת מעשה סדום בכפייה. גם Finkelman עמדה על כך שבמשנה הותר לקטול תוקף המבקש לבצע אונס הומוסקסואלי – ראו ע' 1260-1261 למאמרה ט'81, וציינה כי המקור התנ"כי של הגנת ה"רודף" הוא מקרה של אונס (שם). ובכיוון ההפוך: Schneider & Jordan עמדו על כך שהפסיקה בארה"ב הצדיקה משום מה דווקא כח מגן קטלני כנגד מעשה סדום בכפייה בעוד שלא הצדיקה כח מגן קטלני כנגד אונס – ראו ע' 14 למאמרו ט'47.

797 ראו ע' 241-242 למאמרו ט'57 של Lanham (המתייחס – מלבד לאונס – גם לכליאת שווא ולהשפלה); ע' 109 לספרו ח'4 של Smith.

למשל, אם מקבלים כי הפעלתו של כח קטלני למניעת אונס היא מוצדקת, הרי שאין זה רצוי כי אזרח שומר חוק יימנע מלסכל אונס רק משום שהכח הדרוש לשם כך הוא קטלני והמצב המשפטי אינו ברור. בהבדל ברור מסייגי הפטור, שם יש מקום לטענה כי אולי עדיף דווקא שלא להכריז מראש כי אין אחריות פלילית בגין המעשה, הרי שלגבי סייגי הצידוק בכלל, וההגנה הפרטית בפרט, ודווקא בשל אופיים המוצדק, רצוי מאד שהצידוק ידע היטב מה הם גבולותיו המדויקים (ככל האפשר) של הכח המגן המוצדק. ברוח זו הציע Williams לקבוע בחוק רשימה לא סגורה של מקרים שבהם מותר כח מגן קטלני – להגנת הנאשמים מפני קפריזות של מושבעים ושופטים ומפני השפעות של דעת הקהל⁷⁹⁸. אלא שלדעתי, הסדרה נאותה ורצויה של כח מגן קטלני בחקיקה מן הראוי שתבהיר גם מה הם המקרים שבהם יש לשלול כח קיצוני שכזה, כגון הגנה על רכוש.

מנגד גורס Robinson, כי אם מפעילים נכון את כללי הנחיצות והפרופורציה, אין כל צורך בכללים ספציפיים, כגון כלל המתייחס לכח קטלני. הוא מציע הערכה אד-הוק המשקפת את השקפת החברה על הערכים הרלוונטיים. כן עומד הוא על הסכנה שבכללים מפורטים ונוקשים, ומציע לקבוע בחוק את השימוש בכח קטלני להגנת רכוש כאחד הקריטריונים (בלבד) בהערכת הפרופורציה⁷⁹⁹.

לדעתי, על החוק לספק את ההדרכה המדויקת ביותר האפשרית. ההשלכה היא, שבהיעדר אפשרות לקבוע כלל מדויק, יש לפחות לקבוע מה הם השיקולים המרכזיים בהערכת התקיימות התנאי. לפיכך, אין להסתפק בדרישה כללית של "סבירות", אלא יש לדרוש נחיצות ופרופורציה, וגם בכך אין להסתפק, אלא יש לקבוע שיקולים מרכזיים בהערכת כל אחת מן הדרישות. אשר לנושא דיוננו – דרישת הפרופורציה – הרי שרצוי להתייחס במפורש גם לכח מגן קטלני, תוך ניסיון להבהיר לכל הפחות את המקרים הטיפוסיים, כגון הגנת רכוש (שלילת כח מגן קטלני) מול הגנת החיים, שלמות הגוף ומניעת אונס (הצדקת כח מגן קטלני). ככלל, הנני מסתייג מקזואיסיטיקה רבה מדי בחוק, אולם נוכח ערכם הרב של חיי אדם מתחייבת הדרכה ברורה בעניין זה. ערך מיוחד זה של חיי האדם מוביל גם לניסוח כזה שישלול כח מגן קטלני, וזאת למעט מקרים בודדים שייקבעו במפורש (כגון: אך ורק להגנת חיי אדם ושלמות גופו, למניעת אונס ולהגנה מפני פגיעות משמעותיות בחירותו). אשר לשלמות הגוף, ייתכן שעדיפה נוסחה רחבה יותר, כגון שלמות הגוף והנפש ובריאותם. נוסחה כזו תאפשר כח מגן קטלני גם נוכח עינויים קשים וממושכים שאין בצדם פגיעה ממשית בגוף האדם.

798 ראו ע' 510-509 לספרו ח2/.

799 ראו ע' 7, 88, 566 לכרך II של ספרו ח12/.

ייתכן גם שיש מקום לקבוע בחוק, כי מלבד המקרים הנ"ל יהיה בית-המשפט מוסמך לקבוע כי התקיימה דרישת הפרופורציה גם במקרים מיוחדים מאד אחרים, וזאת מטעמים מיוחדים שבית-המשפט יפרש בהחלטתו. ספק אם קיימים מקרים כאלה, ומכל מקום בחברה שבה קיים חשש שבתי-המשפט יראו גם מקרים מסוימים של הגנה על רכוש כ"מקרים מיוחדים מאד" שכאלה, עדיף להימנע ממתן סמכות כזו.

כאן מתחייבת התייחסות אל שלושה מקרים טיפוסיים של הגנה על רכוש אשר קיימת נטייה חזקה לראות בהם מקרים מיוחדים מאד. הראשון הוא מקרה "כבשת הרש" – אדם שעיקר רכושו עלי אדמות מועמד בסכנה. השני הוא המקרה שבו הנתקף קשור אל רכושו המועמד בסכנה קשר רגשי עמוק (מזכרת יחידה מהורה שהלך לעולמו, למשל). עם כל האהדה שניתן לגלות כלפי נתקפים כאלה, סבורני כי אין כל מקום להצדקה (בבחינת justification) של כח מגן קטלני להגנה על רכוש – אפילו רכוש כה חשוב לנתקף (במיוחד מבחינה סובייקטיבית). מרב ההתחשבות שניתן לגלות כלפי עושים שכאלה היא הקלה בעונשם או אפילו – במקרים קיצוניים ביותר – פטור, אך במסגרת של excuse בלבד, עם כל המשתמע מכך מבחינה הצהרתית ומעשית.

המקרה השלישי, שהוא כבר בעייתי הרבה יותר, הוא ההגנה על בית המגורים. הבעייתיות הרבה של מקרה זה נובעת מן העובדה שמדובר בהגנה שהיא ספק על הגוף, ספק על רכוש, ושיש לה אספקט נוסף – של הגנה על תחושת הביטחון שמספקים המגורים לאדם. נוכח היחס המיוחד שמקובל לתת בשיטות משפט שונות להגנה על בית המגורים; יחס הנובע לעתים מייחוס של מעין-קדושה למגורים ולביטחון שהם מעניקים, נדון בסוגיה זו בנפרד ובהרחבה בהמשך⁸⁰⁰.

כפי שצוין במסגרת הדיון הכללי בדרישת הפרופורציה, חובה מרכזית שניתן לגזור ממנה היא חובת הנסיגה. כאן – בהקשר של כח מגן קטלני – המקום לציין כי גם בשיטות משפט שבהן קיימת חובת נסיגה, היא מוגבלת כך שהיא חלה אך ורק עובר להפעלת כח מגן קטלני. מכל מקום, נשוב ונידרש לסוגיה נכבדה זו של חובת הנסיגה בפרק הבא.

לבסוף, יש לתת את הדעת על הגדרת המושג "כח קטלני". מנסחי ה- Model Penal Code האמריקני⁸⁰¹, אשר כאמור, הסדירו את הכח המגן הקטלני בנפרד, הגדירוהו כך (בסעיף (3.11(2):

800 ראו פרק ה(5) שלהלן.

801 ראו ה-M.P.C. 4/4.

“ ‘deadly force’ means force which the actor uses with the purpose of causing or which he knows to create a substantial risk of causing death or serious bodily harm. Purposely firing a firearm in the direction of another person or at a vehicle in which another person is believed to be constitutes deadly force. A threat...”

ההתייחסות הספציפית לירי היא, לדעתי, קזואיסטית מדי ומיותרת. להתייחסות הספציפית לאיומים נתייחס בהמשך. אך ההגדרה הבסיסית, הבאה לידי ביטוי במשפט הראשון של סעיף 3.11(2), היא סבירה. הגדרה כמעט זהה נקבעה בסעיף 619(b) להצעת החוק הפדראלית האמריקנית⁸⁰². ההגדרות הנ"ל מביאות בחשבון את היסוד הנפשי של העושה, ולכאורה אין לכך מקום בהגדרה של מושג שעל פני הדברים נראה כאובייקטיבי טהור – כח קטלני. אלא שכאמור, אין טעם רב להתייחס לתוצאותיו בפועל של הכח המגן, אלא יש להתייחס לתוצאותיו הצפויות (או הניתנות לצפייה).

שאלה אחרת היא, אם יש מקום לקבוע, כי גם כח שמבחינה אובייקטיבית צפוי בעקבותיו מוות או נזק גופני חמור מהווה כח קטלני, וזאת גם אם העושה לא צפה זאת. דהיינו: התבססות על סבירות אובייקטיבית. מחד גיסא, במקרה כזה (של צפייה בכח אך לא בפועל) לא זו בלבד שספק רב אם ניתן להשיג הדרכה כלשהי של התנהגות העושה, אלא גם ממילא האחריות המקסימלית שניתן לייחס לעושה היא אחריות בגין עבירת רשלנות. מאידך גיסא, נוכח קיומן של עבירות רשלנות בקודקס הפלילי, ניתן לטעון שאין מקום לשלול אותן בעקיפין – באמצעות ההגדרה של “כח קטלני”. בספרות המשפטית לא מצאתי התייחסות לסוגיה משנית זו⁸⁰³.

(ה) איום בהפעלת כח מצד הנתקף

איום בהפעלת כח מסוים מהווה שימוש בכח קטן יותר מאשר הפעלת אותו כח מסוים. לפיכך, ברור כי ייתכן בהחלט שאיום בהפעלת כח מסוים יעמוד בדרישת הפרופורציה אף שהפעלה שלו לא הייתה עומדת בדרישה זו. והנה, בכל זאת נראה כי לא הכל רואים בכך עניין המובן מאליו. על-כן, לא בכל שיטות המשפט הסתפקו במודעות להבדל בין

802 ראו הצעת החוק יג6/.

803 כן יצוין כי Robinson אימץ אל הצעתו שלו לחוק פלילי חדש את ההגדרה הקבועה ב-M.P.C., ללא עמידה על הדקות הנ"ל – ראו סעיף 3-19(1) שבע' 571 לכרך II של ספרו ח12/.

איום בהפעלת כח לבין הפעלת הכח, הקיימת בדרך-כלל בספרות ובפסיקה⁸⁰⁴, אלא לעתים מצאו לנכון לקבוע זאת במפורש בחוק.

כך, למשל, קבעו מנסחי ה-Model Penal Code האמריקני, בהגדרת "deadly force", אשר חלקה הראשון הובא לעיל, כך:

"A threat to cause death or serious bodily harm, by the production of a weapon or otherwise, so long as the actor's purpose is limited to creating an apprehension that he will use deadly force if necessary, does not constitute deadly force".

לדעתי, זוהי הבהרה מיותרת. אלא שבדברי ההסבר לסעיף זה מציינים המנסחים כי דעת הרוב בפסיקה האמריקנית עובר להצעתם הייתה דווקא שאסור לאיים בכח קטלני אם אסור להשתמש בו בפועל⁸⁰⁵. הוראה דומה נקבעה גם בהצעת החוק הפדראלית האמריקנית, ואומצה גם אל הצעתו של Robinson⁸⁰⁶. גם מנסחי הצעת החוק האנגלית מצאו לנכון לקבוע במפורש כי:

"A threat of force may be reasonable although the actual use of force would not be".⁸⁰⁷

יתרה מזו: לא זו בלבד שמחוקקים טרחו להתייחס לסוגיה במפורש, אלא שיש גם החולקים על עצם נכונותה של הקביעה דלעיל. כך כותבים Perkins ו-Boyce בספרם כי "wisely or unwisely" מתיר החוק איום בכח שהפעלתו אסורה, כגון איום בסכין להגנה על רכוש⁸⁰⁸. החשש המובע במילה "unwisely" הוא – כפי הנראה – מהתדרדרות שעלול לגרום מצב משפטי שכזה. שהרי, ייתכן שהאיום בסכין – אם לא יהיה בו די – יגלוש לשימוש בו לשם דקירה. אלא שלדעתי, אין בכוחם של חששות אלה כדי לשנות את המהויות הנבדלות של איום בשימוש בכח ושל מימוש האיום. אין זה סביר – בעיקר

804 כך, למשל, נקבע בפסק-הדין האנגלי 6/ בעניין Cousins (1982), כי מותר לאיים בנשק על שודר גם במצב שבו אסור לירות בו. מן הספרות ראו, למשל, ע' 507, 522 לספרו ח2 של Williams וע' 651 לספרם ח18 של La Fave & Scott.

805 ראו ע' 40-41 לדברי ההסבר לסעיף 3.12(2) ל-M.P.C. אשר ב-Draft יג3/.
806 ראו סעיף 619(b) להצעת החוק יג6/ וסעיף 19(1)-3 להצעת Robinson אשר בע' 571 לכרך II של ספרו ח12/.

807 ראו סעיף 29(3) להצעת החוק האנגלית יג10/. בדברי ההסבר לסעיף המקביל בנוסח קודם של הצעת החוק, משנת 1989 (יג2/, ע' 234) מתבססים המחברים על פסק-הדין יג6/ בעניין Cousins (1982).

808 ראו ע' 1157 לספרם ח17/.

לעניין הפרופורציה – להתייחס אל איום בכח מסוים כאל הפעלה של אותו כח, וזאת גם אם מביאים בחשבון שיש באיום פוטנציאל של מימוש. איום בסכין אינו יכול להיחשב חמור כדקירה בסכין. מסקנה זו מוליכה גם למסקנה נוספת, כי אין מקום לדרישה בהגדרה הנ"ל של "deadly force", הקבועה ב-M.P.C., בהצעת החוק הפדראלית ובהצעתו של Robinson, שלפיה "the actor's purpose is limited to creating an apprehension that he will use deadly force if necessary" גם אם כוונת העושה היא להשתמש בכח קטלני אם לא יהיה די באיום בו, עדיין אין לראות באיום כשלעצמו כח קטלני. שהרי, ייתכן בהחלט שדי יהיה באיום ושהעושה לא ייזקק לכח הקטלני עצמו. ואם המטרה היא להרתיע מפני איומים בנשק קטלני, הדרך הנאותה לעשות כן היא שימוש בעבירות ספציפיות, ולא צמצום ההגנה הפרטית תוך קביעה מלאכותית שאיום מהווה כח קטלני⁸⁰⁹.

(1) השפעות הדדיות בין שיעור הכח המגן לענישה – האומנם?

לסיום הדיון בדרישת הפרופורציה, נעמוד על הצעה מעניינת מאד שהועלתה בספרות הפילוסופית על-ידי Nozick. בספרו הידוע "Anarchy, State and Utopia"⁸¹⁰, תוך דיון בתאוריות שונות של ענישה, הוא קושר בין הגנה עצמית לענישה. לשיטתו, לפי התאוריה הגמולית לענישה, העונש המגיע לעושה הוא $r \times H$ (כפול r), כש- H מבטא את שיעור הנזק (שנגרם או שהעושה התכוון לגרום) ו- r מבטא את מידת האחריות של העושה לנזק H . מקובל כי כלל הפרופורציה מציב גבול עליון לנזק שמותר לגרום לתוקף במסגרת של הגנה עצמית. גבול זה הוא פונקציה מסוימת של H (שאותה מכנה Nozick $f(H)$). לדעתו $f(H) > H$, או לכל הפחות $f(H) \geq H$. קביעה זו נעשתה ללא הנמקה, אך ניתן לשער כי היא נובעת מהגמישות של דרישת הפרופורציה, שעליה עמדנו לעיל (דהיינו: גם נזק לתוקף הגדול מן הנזק הצפוי לנתקף עשוי בהחלט לעמוד בדרישה

809 לבסוף תוזכרנה שתי עמדות חריגות, שלאור האמור לעיל אין לקבלן. האחת – של Alexander, ולפיה הזכות לאיים בכח קטלני בצירוף איום בפועל, יוצרת זכות להוציא את האיום אל הפועל (ראו ע' 1181 למאמרו 9/ ומאמרו 15/). הוא אף מרחיק לכת וקובע כי אין נדרשת כל פרופורציה אם מאיימים בכח מסוים לפני הפעלתו, ומדגים את קביעתו בהביעו דעתו כי מוצדק – מבחינה מוסרית – להמית גנב פרחים אם אך קדם איום להמתה (!) – שם, ע' 324 ואילך); והאחרת – של Heberling – ולפיה איום בכח כלל אינו בגדר "כח" אלא אם כן קיימות כוונה ויכולת לממש את האיום (ראו ע' 933 למאמרו 36/). לדעתי, העמדה הראשונה מעניקה חשיבות גדולה מדי לאיום, עד כדי ויתור מוחלט על דרישת הפרופורציה ובלבד שקדם איום להפעלת הכח; והעמדה השנייה חוטאת בקיצוניות ההפוכה – של אי-הענקת משקל כלשהו לאיום כשלעצמו.

810 ראו ע' 62-63 לספרו 1/.

הגמישה של פרופורציה). מכאן לחידוש שמציע Nozick: להתיר למתגונן – במסגרת התגוננותו – לתת גם "מקדמה" על חשבון העונש המגיע לתוקף (שהוא $r \times H$). הוא מגיע למסקנה מרחיקת הלכת, כי הגבול העליון של הנזק שמותר לנתקף לגרום לתוקף במסגרת ההגנה העצמית הוא $f(H) + r \times H$. ובהתאמה הוא גורס כי משגורם המתגונן לתוקף תוספת נזק בשיעור A , בנוסף לנזק $f(H)$ המותר על-פי דרישת הפרופורציה, יש להפחית את העונש המוטל אחר כך על התוקף בבית-המשפט בשיעור זה, כך שיעמוד על $r \times H - A$. לבסוף מוסיף Nozick וגורס, כי בעזרת המודל הנ"ל שגיבש, ניתן ליישב את הקושי הלכאורי, שעליו עמד Fletcher, שבין שימוש בכח קטלני כנגד תוקף פסיכופטי (שאשמתו $r = 0$) לבין דרישת הפרופורציה. להשלמת התמונה יש להוסיף את הבהרתו של Nozick בספרו המאוחר יותר "Philosophical Explanations"⁸¹¹, ולפיה הגודל r (מידת אחריותו של העושה לנזק) נע בין 0 (דהיינו: חוסר אחריות לנזק) ל-1 (דהיינו: אחריות מלאה לנזק). מכאן, שגמולו ($r \times H$) של עושה בעל אחריות מלאה ($r=1$) הוא H (הנזק שנגרם או שהעושה התכוון לגרום). עד כאן דבריו של Nozick.

התייחסותי להצעתו המעניינת מאד של Nozick תהא מורכבת מהבהרה אחת, משתי השגות ומהסכמה אחת⁸¹². ראשית – ההבהרה. אמנם נדמה בקריאה ראשונה כי Nozick סבור שענישת התוקף היא חלק מן הרציונאל העומד מאחורי ההגנה העצמית. דומה כי כך סבר גם Fletcher, אשר השתמש בדבריו של Nozick במאמר שבו עמד על שיטות משפט שבהן ההגנה הפרטית מהווה, בין היתר, ענישה של התוקף, ואילו המדינה רק משלימה – באמצעות ההליך השיפוטי – את מידת הענישה שלא בוצעה על-ידי הנתקף עצמו⁸¹³. אלא שאם נדייק בדבריו של Nozick, ניווכח כי אין הוא מקבל את ענישת התוקף כרציונאל (או כמרכיב שלו) של ההגנה העצמית. הבסיס המרכזי למסקנה זו היא דרישתו החד-משמעית של Nozick, כי כל הכח המגן – לרבות התוספת ל- $f(H)$ הבאה כמקדמה על חשבון עונשו של התוקף – יעמוד בדרישת הנחיצות. והרי אם הרציונאל הוא ענישת התוקף, יש לאפשר הענקת ה"מקדמה" גם בהיעדר הנחיצות. זאת ועוד: Nozick מציע להפחית מעונשו של התוקף אך ורק את תוספת הנזק A , שמעל $f(H)$. והרי אילו סבר כי הענישה משמשת כרציונאל ההגנה העצמית, היה מציע להפחית את כל הנזק שנגרם לתוקף $f(H) + A$.

811 ראו ע' 363 ואילך לספרו 21/.

812 הבהרה נוספת שאולי יש בה צורך, היא שלמרות התייחסותי – בעקבות Nozick – ל"נזק", הרי שהגורם בעל המשמעות לעניין דרישת הפרופורציה הוא, כאמור, הנזק הצפוי או הניתן לצפייה בשעת המעשה ולא הנזק בפועל (ראו הטקסט שלעיל שתחילתו בהפניה לה"ש 750).

813 ראו מאמרו 23/7, שכותרתו "Punishment and Self-Defense", ובעיקר ע' 207 למאמר.

מכאן לשתי השגות על דבריו של Nozick: האחת היא על כך שהוא מאפשר לנתקף לגרום נזק ששיעורו הוא גבוה מאד ומדי – $r \times H + f(H)$. אמנם ניתן לקבל גישה שלפיה, בהנחה כי $r \times H$ הוא העונש הצפוי לתוקף בבית-המשפט, אם נחוץ למתגונן להפעיל כח שהנזק הצפוי ממנו הוא אמנם גדול מ- $f(H)$ (הנזק שאותו מתירה דרישת הפרופורציה) אך עדיין קטן מ- $r \times H$ (גמולו של התוקף), אזי נראה כי שיקולי תועלתנות פשוטים מובילים למסקנה שעדיף לאפשר לנתקף להתגונן. שהרי, כך הוא יציל את האינטרס שלו, והתוקף יינזק רק עד שיעור הנזק שממילא היה נגרם לו עם תום ההליך המשפטי. אלא שמצב כזה אינו בנמצא – מתוך הגדרה ממש. אבאר את דבריי האחרונים: עקרונות לוגיים פשוטים מוליכים למסקנה כי היות ש- r מוגדר כך ש- $0 \leq r \leq 1$, והיות ש- $f(H)$ מוגדר כך ש- $f(H) \geq H$, אזי בהכרח ותמיד $f(H) \geq r \times H$. מכאן, שלא ייתכן מצב שבו ניתן לאפשר לנתקף לגרום לתוקף נזק שיהיה גדול מן הנזק הפרופורציוני ($f(H)$) (המוגדר כגדול או לפחות שווה לנזק H) ובכל זאת קטן מגמולו של התוקף ($r \times H$) (המוגדר כקטן או לכל היותר שווה לנזק H).

אך את גישתו מרחיקת הלכת של Nozick, שלפיה יש לאפשר לנתקף לגרום לתוקף נזק ששיעורו $r \times H + f(H)$, אין, לדעתי, לקבל. משמעותה האמיתית של גישה כזו תהיה ויתור בפועל על עקרון הפרופורציה בכל המקרים שבהם אחראי התוקף למעשיו. כאמור, Nozick עמד על כך שגישתו מאפשרת ליישב את הקושי – שעליו הצביע Fletcher – שבין התרת כח מגן קטלני כנגד תוקף פסיכוטי לבין דרישת הפרופורציה. מבחינה תאורטית צרופה, אכן מיישב Nozick קושי זה. אך המחיר הוא גבוה מדי. לשיטתו יינתן פתרון למקרה התוקף הפסיכוטי (מקרה שכאמור דעתי היא כי כלל אין מקומו בד' אמותיה של ההגנה הפרטית⁸¹⁴) ותתקיים לגביו דרישת הפרופורציה, אך בכל יתר המקרים נגיע לחריגות גסות מעקרון הפרופורציה, שיגדלו ביחס ישר לאחירותו של התוקף. זאת, עד לחריגה המרבית במקרה של תוקף בעל אחריות מלאה – שם תתאפשר גרימת נזק לתוקף, העולה על הגבול העליון שאותו מציבה דרישת הפרופורציה ($f(H)$) בשיעור מלוא הנזק הצפוי לנתקף (H) (!) (או, תוך הצגה אחרת של הדברים, למעלה מכפליים בהשוואה לגמולו של התוקף (!)⁸¹⁵).

מכאן להשגה השנייה. אם מקבלים כי על בית-המשפט להתחשב – בעת שהוא גוזר את עונשו של התוקף – גם בנזק שסבל התוקף כתוצאה מן ההגנה הפרטית, מדוע

814 ראו פרק ב(5)(ג) שלעיל.

815 זאת משום שכאשר אחריות התוקף מלאה $r=1$ ואזי $r \times H = H$, ואילו $f(H) \geq H$ ומכאן שנקבל כ- $f(H) + r \times H$ את הגודל $2H + B$ (שבו מבטא הסימן B את ההפרש שבין $f(H)$ לבין H).

להגביל התחשבות זו רק לנזק העולה על $f(H)$? מהי בכלל הרלוונטיות של התוספת A שמעל $f(H)$? אם מקבלים את העיקרון שיש כאן מקום להתחשבות, סבורני כי יהיה זה מלאכותי ונטול בסיס עקרוני להגבילה לתוספת שמעל $f(H)$ דווקא, אלא טבעי שההתחשבות תתבסס על מלוא נזקו של התוקף.

כאן גם נקודת ההסכמה שלי עם Nozick. אך טבעי הוא שבית-המשפט יתחשב בעת גזירת עונשו של התוקף בנוזק שסבל התוקף כתוצאה מן ההגנה הפרטית. אמנם, כאמור⁸¹⁶, אין הענישה מהווה חלק מן הרציונאל העומד מאחורי ההגנה הפרטית, אולם בדיעבד, לאחר שכבר התקיימה ההגנה הפרטית והתוקף ניוזק, סביר מאד שבית-המשפט יתחשב בכך, לא לעניין עצם ההרשעה, אולם בהחלט כן לעניין העונש. קשה לתאר כי בית-המשפט ימצא את הדין עם נאשם שביצע תקיפה קלה (סטירת לחי, למשל), אשר איבד את עינו במסגרת התגוננות הנתקף. כך, למשל, ראה בית-המשפט שלנו בפסק-הדין בעניין אל-נבארי כנימוק להקלה בעונש את

”העובדה, שכבר נענש קשות וסבל רבות, בשל מעשהו הקטלני, כאשר במעמד ביצועו על-ידי, הונחתה עליו המכה שגרמה לאיבוד הכרתו ולהתהוות שבר בגולגלתו, דבר שהצריך ניתוח רציני להצלת חייו”⁸¹⁷.

בדומה, מנה בית-המשפט שלנו, בפסק-הדין בעניין חוסני ועפיה גרה, בין נימוקיו להקלה בעונש, את הנימוק כי ”שני המערערים נפצעו די קשה”⁸¹⁸.

אכן יש לראות בנוזק משמעותי שסבל התוקף כתוצאה ישירה מן ההגנה הפרטית נסיבה מקלה בעת גזירת עונשו. מובן כי רצוי מאד שבית-המשפט ינמק הקלה זו בעונש – למניעת מצב שבו העונש הקל יחסית יתפרש כראיית התקיפה כבלתי חמורה או כהפליה לטובה בלתי מוצדקת של הנאשם (בהשוואה לעבריינים אחרים שביצעו תקיפות דומות)⁸¹⁹.

816 ראו פרק ב(5)(ח)(2) שלעיל.

817 ראו ע' 84 לפסק-הדין ב20/ בעניין אל-נבארי.

818 ראו ע' 2676 לפסק-הדין ב17/ בעניין חוסני ועפיה גרה.

819 אשר לטענה אפשרית, שלפיה אין להתחשב בגזירת העונש בפגיעה בנאשם שלא נועדה להוות ענישה מכוונת, מסודרת וממוסדת, המתבצעת על-ידי המדינה, סבורני כי אין הצעתי מהווה חריגה יחידה ממתכונת מקובלת זו של ענישה. די אם ניתן דעתנו למעצר לפני משפט – שמלכתחילה אינו מוטל כענישה, אך בדיעבד מנכה בית-המשפט את תקופתו מתקופת המאסר שאותה הוא גוזר. שיקול נוסף, שניתן להביאו בחשבון בענייננו, הוא שהפגיעה בתוקף על-ידי הנתקף במסגרת ההגנה הפרטית, אמנם אינה מבוצעת על-ידי המדינה – בהבדל מענישה – אולם היא מבוצעת בעידודה של המדינה, הרואה בהגנה הפרטית מעשה מוצדק לחלוטין.

9. חובת הנסיגה

(א) כללי

השאלה אם מוטלת על הנתקף חובה למצות אפשרות של נסיגה בטרם יפנה לשימוש בכח מגן בכלל ולשימוש בכח מגן קטלני בפרט, היא אולי השנויה ביותר במחלוקת מבין השאלות המתעוררות בנוגע לסייג ההגנה הפרטית. זוהי שאלה נכבדה מאד, בעלת משמעויות עקרוניות ומעשיות מרחיקות לכת.

בפתח הדיון – הבהרות מקדמיות אחדות: ראשית, השאלה המרכזית שבה נדון היא שאלת קיומה של חובת נסיגה החלה במקרים הרגילים, שכן ישנם מקרים מיוחדים, שבהם מוסכם על הכל כי קיימת חובת נסיגה. מקרה מיוחד מרכזי הוא המקרה שבו גרם העושה באשמתו להיווצרות המצב שבו עליו להתגונן. במקרה כזה מקובל על הכל, כי חלה על העושה חובה חזקה של נסיגה⁸²⁰; חובה שבה נדון בהמשך. מקרה טיפוסי נוסף, שלגביו מקובל (על אלו הרואים בו מקרה של הגנה פרטית) כי קיימת חובת נסיגה, הוא כשהתוקף אינו אחראי לתקיפתו, כגון תוקף קטין או לא-שפוי⁸²¹. שנית, גם המצדדים בדרישת הנסיגה מבקשים לקבוע אותה רק מקום שהנסיגה מהווה דרך בטוחה לנתקף. אין חולק, כי אם הנסיגה מסכנת את הנתקף, אין מוטלת עליו חובה לסגת⁸²². שלישית, עיקר המחלוקת מתייחס לחובת נסיגה עובר להפעלת כח מגן קטלני⁸²³. גם התומכים בחובת נסיגה אינם מבקשים בדרך-כלל להטיל אותה על נתקף המסתפק בכח מגן מתון⁸²⁴. בהמשך פרק זה נבחן אם צמצום מקובל זה הוא מוצדק.

(ב) בחינה תאורטית לאור רציונאל ההגנה הפרטית

820 ראו, למשל, ע' 300 למאמרו של Ashworth; ע' 1127 ואילך לספרם של Perkins & Boyce.

821 אפילו במשפט הגרמני, שבו ככלל אין נדרשת נסיגה ושבו רואים את מקרה התוקף החף מפשע כמקרה של הגנה פרטית, נדרשת נסיגה במקרה כזה – ראו, למשל, ע' 207 למאמרו של הרמן קרמניצר. כפי שהובהר לעיל, סבורני כי מקומו של מקרה זה הוא בתחומי של סייג ה"צורך" – ראו פרק ב(5)(ג) שלעיל.

822 ראו, למשל, ע' 660 לספרם של La Fave & Scott; ע' 1134 לספרם של Perkins & Boyce.

823 יצוין כי ההגדרה המקובלת – גם על המחבר – של "כח קטלני", היא רחבה למדי ואינה מתמצה בכח שתוצאתו הצפויה היא מוות, אלא כוללת גם, למשל, כח שתוצאתו הצפויה היא נזק גופני חמור. וראו בהרחבה רבה יותר על הגדרת "כח קטלני" בפרק ד(8)(ד) שלעיל.

824 ראו, למשל, ע' 439 לספרם של Hall ואח'; ע' 85 לכרך II של ספרו של Robinson.

לאחר הבהרות מקדמיות אלה, פתוחה הדרך לבחינה תאורטית של נושא דיונונו. מה ניתן וצריך ללמוד מן הרציונאל העומד מאחורי ההגנה הפרטית באשר לחובת הנסיגה? גורם אחד ברציונאל זה – גורם האוטונומיה של הפרט הנתקף – בהחלט אינו תומך בחובת נסיגה. שהרי, חובה כזו יש בה כדי לפגוע באוטונומיה של האדם, הכוללת גם את חירותו להישאר במקום שבו הוא נמצא, להמשיך בפעילויותיו החוקיות ולא לסגת. כך, למשל, במשפט הגרמני, שבו מושרש הכלל "Right must never yield to Wrong", אין חובת נסיגה במקרים הרגילים⁸²⁵. אשר ליתר הגורמים המרכזיים שברציונאל ההגנה הפרטית (ובעיקרן אשמת התוקף והסדר החברתי-משפטי), הרי שכדי ללמוד מהם על חובת הנסיגה, יש להקדים ולהגדיר את מהותה האמיתית של חובה זו.

מהי אפוא מהותה של חובת הנסיגה? מאיזה עיקרון היא נגזרת? באופן מסורתי מקובל לראות בחובת הנסיגה ביטוי פרטי של דרישת הנחיצות⁸²⁶. מלומדים אחדים רמזו כי מדובר בשאלה מעורבת של נחיצות ופרופורציה⁸²⁷. לדעתי, מרכז הכובד של חובת הנסיגה הוא דווקא דרישת הפרופורציה ולא דרישת הנחיצות. אבאר דבריי האחרונים.

נבחן תחילה את המקרה השכיח ביותר בספרות המשפטית בדיונים בנוגע לחובת הנסיגה: התוקף מסכן את חייו של הנתקף (דהיינו: סכנה קיומית, כגון כשהתוקף מנסה להמית את הנתקף) ובפני הנתקף פתוחות שתי דרכים: האחת – שימוש בכח קטלני כנגד התוקף (כח מתון יותר לא יועיל בנסיבות המקרה), והשנייה – נסיגה בטוחה מזירת האירוע. הטענה הקלאסית של מצדדי חובת הנסיגה היא, כי דרישת הנחיצות מחייבת כאן נסיגה. זאת, משום שאם הנתקף ייסוג נסיגה בטוחה, הוא לא יהיה נתון עוד בסכנה, ולפיכך שוב לא יהא זה נחוץ להפעיל כח מגן כנגד התוקף.

טיעון הנגד של השוללים את חובת הנסיגה הוא, שאם ייסוג הנתקף, אמנם חייו ושלמות גופו לא יהיו עוד נתונים בסכנה, אך ייפגעו אינטרסים חשובים אחרים. הטיעון הקלאסי הוא שנסיגת הנתקף תפגע בכבודו, שכן הוא יצטייר כפחדן. טיעונים נוספים המתייחסים לאינטרסים של הנתקף הם שחובת נסיגה תפגע בחירות הפעולה שלו ואף

825 ראו, למשל, ע' 207 למאמרו /1 של קרמניצר; ע' 754-755 למאמרו ט 60 של Herrmann; ע' 865 לספרו ח 13 של Fletcher. אך השוו לתיאור אחר של המשפט הגרמני, בע' 632 למאמרו ט 61 של Eser.

826 לראיית חובת הנסיגה כנגזרת ישירות מדרישת הנחיצות ראו, למשל, ע' 293 למאמרו ט 1 של Ashworth; פסק-הדין הידוע של בית-המשפט העליון של ניו-ג'רסי (ארה"ב) בעניין Abbott (1961) /6א; ע' 428 לספרו ד 2/ב של פלר; ע' 509 לספרו ח 2 של Williams.

827 ראו ה"ש 31 בע' 80 וה"ש 58 בע' 85 לכרך II של ספרו ח 12 של Robinson; ה"ש 3 בע' 179 למאמרו ה 1 של קרמניצר.

תסכן אותו. טיעון אחר – מודרני וחזק יותר – הוא שנסיגת הנתקף תפגע בסדר החברתי-משפטי, שכן היא תהווה נסיגה של החוק והסדר מפני התוקף מפר החוק. בהמשך נבחן כל אחד מטיעונים אלה בנפרד, אולם בשלב זה נעמוד על התמונה הכוללת.

דעתי היא כי למרות אפשרות הנסיגה הבטוחה הרי שהכח המגן הוא נחוץ, ובניגוד לטענה המקובלת, דווקא מתקיימת דרישת הנחיצות. אלא שהאינטרסים שנחוץ להגן עליהם אינם כוללים את חיי הנתקף ושלמות גופו – שהרי אותם ניתן להציל באמצעות הנסיגה – אלא כוללים הם אינטרסים מרכזיים פחות: הגנת הסדר החברתי-משפטי, חירות פעולתו של הנתקף וכבודו. לפיכך, השאלה האמיתית אינה עוד שאלה של נחיצות, אלא שאלה של פרופורציה: האם הפעלת כח מגן קטלני להגנת הסדר החברתי-משפטי, חירות הפעולה של הנתקף וכבודו עומדת בתנאי של דרישת הפרופורציה?

להדגמת משמעותה של עמדתי זו, נידרש לגישה המעניינת מאד לחובת הנסיגה שאותה נקט Beale.⁸²⁸ Beale הסיק מדברים שכתב Coke, כי במשפט המקובל האנגלי חלה חובת נסיגה מפני תוקף המנסה לרצוח את הנתקף, בעוד שלא חלה חובת נסיגה מפני תוקף המנסה לשדוד את הנתקף. במקרה האחרון רשאי היה הנתקף לעמוד על שלו – אפילו בכח מגן קטלני. ההסבר שנתן Beale למצב דברים זה מבוסס על דרישת הנחיצות: בנסיגה מפני המנסה לרצוח מציל הנתקף את האינטרס המותקף – חיי; בעוד שאם ייסוג הנתקף מפני המנסה לשדוד אותו (בהנחה שאין ביכולתו לסגת עם הטובין) יאבד את הטובין. מלומדים מספר, החל מ-Foster⁸²⁹, תקפו עמדה תמוהה זו של Beale, ובין היתר הביעו דעתם כי האחרון לא פירש נכון את דבריו של Coke⁸³⁰, שכן לפי פרשנותם הנכונה לא הייתה במשפט המקובל האנגלי חובת נסיגה מפני המנסה לרצוח. לדעתי, עמדתו התמוהה של Beale נובעת ישירות מראיית סוגיית הנסיגה כשאלה טהורה של נחיצות, ומאי-עמידה על כך שלאמיתו של דבר מדובר בשאלה של פרופורציה. אילו

828 במאמרו הידוע והמאלף מראשית המאה העשרים "Retreat from a Murderous Assault" (1934).

829 ראו בעיקר ע' 139 ואילך למאמרו של Perkins.

830 Coke דיבר על מצב של תקיפה שמטרתה "to rob or murder". מרבית המלומדים (החל מ-Foster) הבינו את דבריו כחלופות, דהיינו מקרים שונים (האחד – תקיפה לשם שוד; האחר – תקיפה לשם רצח), שבשניהם אין חובת נסיגה. זאת, בעוד ש-Beale פירש את דברי Coke כהתייחסות לסוג מסוים מאד של תקיפה, שבה מציב התוקף בפני הנתקף את האפשרות למסור לידי את הרכוש ומאיים כי אחרת ימית את הנתקף – ראו ע' 573 ואילך למאמרו של Perkins.

ניתח Beale את הסוגיה בשים לב לעקרון הפרופורציה, אפשר שלא היה מגיע לתוצאה שלפיה מותרת הפעלת כח מגן קטלני דווקא להגנה על רכוש.

אינדיקציה נוספת לכך שאין לראות בנסיגה שאלה של נחיצות (בלבד), ניתן למצוא גם ביחס המקובל אל כח מגן מתון. כאמור, מקובל כי הנסיגה איננה חובה כאלטרנטיבה להפעלת כח מגן שאינו קטלני. והרי אילו דובר בשאלה של נחיצות גרידא, אזי בדיוק אותו ההיגיון המחייב נסיגה לפני הפעלת כח קטלני (דהיינו: הכח המגן אינו נחוץ) היה מחייב גם נסיגה לפני הפעלת כח מתון.

בפרק הקודם השתדלתי לבסס דרישה גמישה של פרופורציה ישירות על הרציונאל של ההגנה הפרטית. נוכח מסקנתי, שלפיה שאלת הנסיגה מהווה ביטוי פרטי של עקרון הפרופורציה, הרי שהדיון בפרופורציה הוא משמעותי מאד גם לעניין הדיון בנסיגה.

בחינה יסודית של סוגיית הנסיגה מלמדת, לדעתי, כי הביטוי "חובת נסיגה" אינו מדויק. אין מוטלת על הנתקף חובה לסגת. רשאי הוא תמיד להישאר במקומו. אלא שאז ייתכן שכח מגן קטלני שלו יזדקק הנתקף לא יעמוד בדרישת הפרופורציה, ולפיכך אסור יהיה לו להשתמש בו. ראייה ברורה לכך שבעצם אין המדובר בחובה של ממש, ניתן למצוא בכך שאם יבחר הנתקף שלא לסגת, ולספוג את התקיפה בלי להתגונן, אין ספק כי לא יפר בכך חובה משפטית כלשהי. ואם בכל זאת משתמשים בביטוי "חובה", יש לדייק ולומר כי מדובר בחובה כתנאי להפעלת כח המגן הקטלני ולא בחובה עצמאית. למעשה, נוכח העובדה שנדירים הנתקפים שיעדיפו לספוג את התקיפה על פני נסיגה, הרי שההבדל שבין חובה של נסיגה לבין איסור הפעלת הכח המגן אינו משמעותי.

כאמור, הטיעון הקלאסי של שוללי חובת הנסיגה הוא שאם ייסוג הנתקף, ייפגע כבודו באופן משמעותי. בעניין זה קיימים הבדלים ניכרים בין תרבויות שונות. היו וישנן תרבויות שבהן ניתן לכבוד מעמד רם, תוך הכרה מרבית בתחושות הכבוד של האדם, בעיקשותו לעמוד על שלו ובאי-נכונותו לנהוג כפחדן. כך, למשל, נשללה חובת הנסיגה באופן מסורתי במדינות הדרום והמערב של ארצות-הברית, בעוד שבמדינות המזרח והצפון הוטלה חובה של נסיגה לפני הפעלת כח קטלני⁸³¹. הדעה המקובלת כיום בספרות המשפטית⁸³² היא שהשיקול של פגיעה בכבוד הנתקף הוא משני בלבד, וודאי

831 ראו, למשל, ע' 577 למאמרו ט34/ של Beale; ע' 286-287 לספרו ד10/ של טרסקי.
832 ראו ע' 160 למאמרו ט32/ של Perkins; ע' 184-185 לכרך IV של ספרו ח9/ של Blackstone;
ע' 179 למאמרו ה1/ של קרמניצר (העומד על כך שלפגיעה בכבוד אופי לא-ישיר בלבד; שכן מדובר באינטרס שלא הותקף ובפגיעה שאינה כשלעצמה בלתי חוקית); ע' 126-127 למאמרו ה13/ של עצמאי.

שהוא פחות ערך בהשוואה לחיי התוקף. היטיב לתאר זאת Beale, בכותבו עוד בראשית המאה העשרים⁸³³:

“So it is in the case of killing to avoid a stain on one's honor. A really honorable man, a man of truly refined and elevated feeling, would perhaps always regret the apparent cowardice of a retreat, but he would regret ten times more, after the excitement of the contest was past, the thought that he had the blood of a fellow-being on his hands. It is undoubtedly distasteful to retreat; but it is ten times more distasteful to kill”.⁸³⁴

ברם, ההנמקה המודרנית יותר לשלילת חובת הנסיגה היא פגיעת הנסיגה בסדר החברתי-משפטי. כך, למשל, כותב פלר, כי:

“נסיגה מפני תוקף, משמעותה שחרור התוקפן מכל סיכון הכרוך במעשה התקיפה שלו, עידוד התוקפנות, ויתור על זכות ומתן עליונות להפרת החוק על פני השמירה עליו; בקיצור, נסיגה מפני תקיפה, פירושה, לעתים, נסיגת החוק והסדר הציבורי, ולא רק נסיגת הנתקף”.
(ההדגשה במקור)⁸³⁵.

833 הציטוט לקוח מע' 581 למאמרו ט34/.

834 נימוק טכני יותר לשלילת הטענה כי חובת נסיגה תיצור דור של פחדנים, מביא Perkins. כידוע, גם המצדדים בדרישת הנסיגה מגבילים אותה למקרים שבהם היא בטוחה ואינה מסכנת את הנתקף הנסוג. Perkins עומד על כך שהאפשרות הקלאסית של נסיגה בטוחה – במקרים הנדירים שבהם יש בכלל אפשרות בטוחה של נסיגה – היא כשלנתקף כלי ירייה בעוד שלתוקף נשק קצר טווח (כגון סכין). במצב כזה, כשהתוקף עדיין אינו קרוב מספיק כדי שנשקו יהיה אפקטיבי, אין הירי בו משקף גבורה.

עמדה מעניינת נקט במקומותינו דייקן. לדעתו “אלפי שנות גלות חנכו חלקי עמנו להלך רוח כזה שנהפך להם לרועץ, ועל כך שפך ח. נ. ביאליק את חמתו: ‘מנוסת עכברים נסו ומחבוא השפנים התחבאו’ (עיר ההרגה)... ונדמה שהמשפט חייב לבור את שביל הזהב בין שני הקצוות ולהדריך את הציבור... להתנהגות, שיש בה משום אומץ לב והרגשת הכבוד האנושי, והרחוקה מיצר המלחמה והתוקפנות מצד אחד, מיצר הכניעה וההתרפסות מצד אחר” – ראו ע' 798 לספרו ד7/ של דייקן וכן ע' 7 למאמרו ה12/.

835 הציטוט לקוח מע' 429 לספרו ד2/ב).

כן מיוחסת חשיבות להרתעת העבריינים המושגת בהיעדר חובת נסיגה, וליכולת התוקף לחדול מתקיפתו⁸³⁶. גורם הסדר החברתי-משפטי וכן יכולת התוקף לחדול מתקיפתו הם היוצרים את ההבדל הקיים – לעניין חובת הנסיגה – בין ההגנה הפרטית לסייג ה"צורך". בעוד שבאשר ל"צורך" אין חולק כי אם פתוחה בפני העושה דרך של נסיגה חייב הוא למצותה (המסקנה מתחייבת מדרישות הנחיצות והפרופורציה הקשיחות החלות על סייג ה"צורך"), הרי שבאשר להגנה הפרטית רבה המחלוקת ויש הסבורים כי הסדר החברתי-משפטי מכתוב שלילה של חובת הנסיגה⁸³⁷. עמדה אחרת הביע במקומותינו ביין, ולפיה הערך של החיים ושלמות הגוף (של התוקף) חשוב מההרתעה, ובפרט שתפקיד ההרתעה מוטל בראש ובראשונה על המדינה ולא על הפרט⁸³⁸. עמדה מרחיקת לכת עוד יותר הביע Eser. לשיטתו, ההשלכה של ראיית ההגנה העצמית כממלאת גם פונקציה חברתית של שמירה על הסדר החברתי, היא דווקא הגבלת הזכות באמצעות חובה לסגת⁸³⁹. במבט ראשון אולי נראית עמדה אחרונה זו כתמוהה. אולם, ניתן להבינה בשים לב למהותה של סוגיית הנסיגה כשאלה של פרופורציה. כח מגן החורג בצורה גסה מדרישת הפרופורציה, לא זו בלבד שאינו משרת את הסדר החברתי-משפטי, אלא אף פוגע בו פגיעה משמעותית⁸⁴⁰. לגורם הסדר החברתי-משפטי יהיה בדרך-כלל משקל משמעותי נגד הטלת חובה של נסיגה, אך משקל שאינו מכריע כשלעצמו, אלא כזה הדורש עריכת מאזן שבו יובאו בחשבון גם גורמים אחרים; גורמים שעל חלקם כבר עמדנו ועל האחרים נעמוד להלן.

טיעון אחר לשלילת חובת הנסיגה מתייחס לסכנה לנתקף הכרוכה בנסיגה. התשובה העיקרית לטיעון זה היא, כאמור, כי גם התומכים בחובת נסיגה אינם מבקשים להטילה אלא כשדרך הנסיגה אינה מסכנת את הנתקף⁸⁴¹. טיעון נוסף, הקשור לטיעון הסכנה, הוא כי כלל הנסיגה התאים למציאות של ימים עברו – כשכלי הנשק היו קצרי טווח (כגון חרבות) – וכי בימינו, נוכח קיומם של כלי ירייה, אין עוד מקום לחובת הנסיגה. התשובה

836 ראו, למשל, ע' 23 למאמרו ה'3 של פלר.

837 ראו, למשל, ע' 191 למאמרו ה'1 של קרמניצר. מלומדים מספר רואים בסדר החברתי-משפטי את ההסבר להיעדר חובת נסיגה במשפט הגרמני – ראו, למשל, ע' 754-755 למאמרו ט'60 של Herrmann. אך השוו לתיאור שונה של המשפט הגרמני בע' 632 למאמרו ט'61 של Eser.

838 ראו ע' 11 למאמרו ה'11.

839 ראו ע' 632 (לרבות ה"ש 55) למאמרו ט'61.

840 ראו התרשים הראשון שבפרק ב(6)(ג) שלעיל וההסבר הנלווה אליו.

841 הדרישה כי הנסיגה תהא בטוחה מהווה תשובה לחלק ניכר מן הביקורת שהופנתה כנגד כלל הנסיגה; ביקורת הנובעת – בעצם – מהפעלה לא נכונה של הכלל. ראו ע' 438 לספרם ט'16 של Hall ואח' (פסק-הדין יא'6/ בעניין Abbott (1961)).

המתבקשת לטיעון זה היא שגם אם המקרים שבהם דרך הנסיגה היא בטוחה הפכו לשכיחים פחות, עדיין אין לשלול כלל החל על מקרים אלה (של נסיגה בטוחה) בלבד⁸⁴². כמו כן, די בעיון בפסקי-הדין ובהאזנה, בצפייה ובקריאה בכלי התקשורת, כדי להיווכח שהשימוש בנשק קר רווח מאד עד היום. טיעון אחר הוא שבדרך-כלל גם בנסיגה הנראית כבטוחה קיים סיכון מסוים⁸⁴³. אלא שהפעם מדובר בסיכון קטן יחסית, ולפיכך אין ביכולתו להכריע את הכף, אלא די בהבאתו בחשבון בעת עריכת המאזן בעד ונגד חובת הנסיגה. טיעון נוסף לשלילת חובת הנסיגה הוא הפגיעה של חובה כזו בחירות הפעולה של הנתקף. לטיעונים אלה נשוב בהמשך.

טיעוני התומכים בכלל הנסיגה מתמקדים בדרך-כלל בחשיבות ערך חיי האדם ושלמות גופו ובעדיפותם בעבור החברה בכללותה על פני אינטרסים קלי ערך באופן יחסי, כגון כבודו של הנתקף. מרבית הכתיבה התומכת בחובת נסיגה כוונה כנגד הטיעון בדבר פגיעה בכבודו של הנתקף; טיעון שבו דנו לעיל. זאת, מכיוון שבעבר היה זה טיעונם המרכזי של המתנגדים לחובת הנסיגה. הטיעון המודרני יותר הוא, כאמור, השמירה על הסדר החברתי-משפטי. סבורני, כי ראיית שאלת הנסיגה כביטוי פרטי של עקרון הפרופורציה תאפשר להביא בחשבון את כל הערכים ואת כל השיקולים שהוזכרו לעיל.

ומכאן לבחינה של הטיפול בחובת הנסיגה במשפט האנגלו-אמריקני, כשהמטרה היא שאיבת השראה לקראת הניסיון להציע הסדר ראוי לסוגיה.

(ג) חובת הנסיגה במשפט האנגלו-אמריקני

חובת הנסיגה זכתה להתייחסות רבה בעולם המשפט האנגלו-אמריקני. מכיוון שהן המחייבים אותה והן השוללים אותה הכירו בחריגים לעמדותיהם, התפתחו מערכות כללים די מסובכות בנוגע אליה. הביטוי שהיה מקובל בעבר לתיאור חובת הנסיגה הוא "retreat to the wall". כיום מייחסים לו לכל היותר משמעות מטאפורית, אך בפסק-הדין משנת 1328, שבו נטבע ביטוי זה, אכן נסוג העושה עד הגיעו לקיר שקישר בין שני בתים ושלא איפשר את המשך הנסיגה⁸⁴⁴. במקום אחר בספר זה עמדנו על ההבחנה שהייתה קיימת במשפט האנגלי הקדום בין המתה מוצדקת לחלוטין (justified homicide), כגון

842 לדיונים בסוגיות אלה ראו ע' 80 לכרך II של ספרו ח12 של Robinson; ע' 151 ואילך למאמרו ט32/ של Perkins; ע' 578 ואילך למאמרו ט34/ של Beale.

843 ראו, למשל, ה"ש 3 בע' 578 למאמרו ט34/ של Beale; ע' 858 לספרו ח13/ של Fletcher.

844 ראו ע' 1123 לספרם ח17/ של Perkins & Boyce.

למניעת פשע) לבין excuse בלבד, שהוענק, בין היתר, במקרה של הגנה עצמית (se defendendo). כן עמדנו שם על ההשלכות המשמעותיות שהיו להבחנה זו על חובת הנסיגה⁸⁴⁵. עם התפתחות המשפט המקובל האנגלי, התאינו ההבדלים שבין "justified homicide" לבין "excusable homicide", למעט הבדל אחד שנוטר בעניין נושא דיוננו – חובת הנסיגה: אדם שהותקף תקיפה מסוג "פשע" רשאי היה להפעיל אפילו כח מגן קטלני ללא נסיגה, בעוד שאדם שהתקיפה נגדו לא הייתה מסוג "פשע" חייב היה למצות אפשרות של נסיגה בטוחה – אם הייתה כזו – "עד לקיר"⁸⁴⁶.

לצורך עמידה על יחסו של המשפט האנגלי בן ימינו לחובת הנסיגה, יש לשוב ולהידרש לשאלה הפרשנית החשובה⁸⁴⁷ בדבר היחס בין סעיף 3 ל- Criminal Law Act, 1967, המסדיר את השימוש בכח למניעת פשע, לבין כללי המשפט המקובל העוסקים בהגנה הפרטית. עודנה שנויה במחלוקת השאלה, אם עדיין חלים כללי המשפט המקובל – לרבות חובת הנסיגה – או שמא חלות גם על ההגנה הפרטית הוראותיו של סעיף החוק הנ"ל, שלפיו ניתן להפעיל כח למניעת פשע בכפוף לעיקרון כללי אחד – עקרון הסבירות.

פסק-הדין האנגלי המרכזי בנוגע לסוגיית הנסיגה ניתן בעניין Julien (1969). ההלכה החשובה שנקבעה בו היא כדלקמן (בלשון בית-המשפט; ההדגשות הוספו):

"It is not, as we understand it, the law that a person threatened must take to his heels and run in the dramatic way suggested by counsel for the appellant; but what is *necessary* is that he should *demonstrate* by his actions that he does not want to fight. He *must demonstrate* that he is prepared to temporise and disengage and *perhaps* to make some *physical withdrawal*".⁸⁴⁸

Ashworth הביע דעתו כי כך הוגדרה חובת הנסיגה מחדש, כחובה להפגין שאיפה לניתוק מגע ומוכנות לסגת. כפי שמציין Ashworth, פסק-הדין שניתן לאחר מכן – בעניין McInnes (1971)⁸⁴⁹ – יצר ספקות, שכן בית-המשפט קבע שם שאי-נסיגה מהווה

845 ראו פרק ב(3) שלעיל.

846 ראו ע' 144 לספרו ח/7 של Kenny.

847 שעליה כבר עמדנו לעיל – ראו פרק ג(2)(א).

848 ראו ע' 858 לפסק-הדין י/7 בעניין Julien.

849 ראו פסק-הדין י/8 בעניין McInnes.

רק שיקול בהערכת נחיצות וסבירות הכח, בעוד שבפסק-הדין בעניין Julien מדובר על מה שצריך וחייבים לעשות. לדעת Ashworth, מהווה פסק-הדין בעניין Field (1972)⁸⁵⁰ חזרה של בית-המשפט האנגלי להילכת Julien⁸⁵¹. דעה דומה הביא Williams. לדעתו, אמנם אין חובת נסיגה ככזו, אך העושה חייב לנצל כל הזדמנות שלא לערב את עצמו בקטטה, תוך שימוש במילים או בנסיגה סמלית. Williams עומד על הסכנה, שבהיעדר כלל כזה שני הצדדים ירגישו צורך לנקוט הגנה פרטית, וסכנה זו גוברת בקטטות המוניות⁸⁵².

פרשנות שונה לאותם פסקי-דין ממש מציע Smith. לשיטתו, שולט בכיפה סעיף 3 לחוק הנ"ל וגובר על הכללים הטכניים שהיו במשפט המקובל. לפיכך, המבחן היחיד הוא הסבירות, ואפשרות נסיגה שלא מוצתה מהווה רק גורם בהערכת הסבירות⁸⁵³. כך, מבהירים Smith ו-Hogan בספרם הידוע⁸⁵⁴, כי אין עוד כלל חוקי שלפיו הנתקף חייב לברוח, גם אם הוא יכול לעשות כן. לשיטתם, אם העושה מפגין כי אינו מעוניין להילחם, זוהי אמנם ההוכחה הטובה ביותר לכך שנהג בסבירות ובמטרה להתגונן, אך לא יותר מכך. בנסיבות מסוימות יכול אדם שלא להתפשר, לא לסגת ולא לנתק מגע, ובכל זאת תהא לו הגנה טובה. כפי שמציינים Smith ו-Hogan, אושרו דבריהם אלה על-ידי בית-המשפט בפסק-הדין בעניין Bird (1985)⁸⁵⁵. כיום, במיוחד לאחר פסק-דין זה, נראה כי מרבית הכותבים מעדיפים את פרשנותם של Smith ו-Hogan, שלפיה מהווה אפשרות הנסיגה שיקול בלבד בהערכת נחיצות הכח וסבירותו, ואין עוד חובה של ממש לסגת⁸⁵⁶. לעניין זה נוהגים להתבסס על המובאה הבאה מתוך פסק-הדין בעניין McInnes⁸⁵⁷ (ההדגשות במקור):

- 850 ראו פסק-הדין 9/ בעניין Field.
 851 ראו ע' 285 ואילך למאמרו ט1/ של Ashworth.
 852 ראו ע' 504 ואילך לספרו ח2/ של Williams.
 853 ראו ע' 123 ואילך לספרו ח4/ של Smith.
 854 ראו ע' 257 לספרם ח3/ של Smith & Hogan. כן ראו הערת Smith ט5/ אשר בשולי פסק-הדין י8/ בעניין McInnes.
 855 ראו ע' 516 לפסק-הדין י10/ בעניין Bird. כן ראו ההתייחסויות לפסק-דין זה – ט15/ של Cooper ו-ט8/ של Smith.
 856 ראו ע' 350 לכרך 11(1) של האנציקלופדיה ח11/ Halsbury's Laws of England; ע' 1614, 1664 לספרו ח8/ של Archbold; ע' 90 לספרו ח29/ של Howard; ע' 534 ואילך למאמרה ט19/ של Harlow.
 857 ראו ע' 1607 לפסק-הדין י8/ בעניין McInnes (1971).

“We prefer the view expressed by the full court of Australia that a failure to retreat is only an *element* in the consideration upon which the reasonableness of an accused's conduct is to be judged (see *Palmer v. The Queen* [1971] ...) or, as it is put in *Smith and Hogan Criminal Law*, 2nd ed. (1969), p.231: ‘... simply a factor to be taken into account in deciding whether it was necessary to use force, and whether the force used was reasonable’.”.

במשפט האמריקני מודגשת מאד ההבחנה בין כח מגן קטלני לכח מגן מתון יותר. בעוד שבאשר לכח מגן שאיננו קטלני הייתה וקיימת תמימות דעים כי אין חובת נסיגה, הרי שלגבי כח מגן קטלני קיימת עד היום המחלוקת ההיסטורית בין התומכים בחובת נסיגה – אם קיימת דרך של נסיגה בטוחה – לבין המתנגדים לה (חסידיו “The True Man Doctrine”). בעבר התרכזה ההתנגדות לחובת הנסיגה במדינות הדרום והמערב של ארצות-הברית, תוך הדגשת כבודו של הנתקף העלול להיפגע בנסיגה. מעניין כי בתי-המשפט שאימצו את כלל ה-“No Retreat” היו לעתים קרובות תחת הרושם – הלא נכון – שכלל זה מהווה סטייה מן המשפט המקובל האנגלי⁸⁵⁸. כך ניתן למצוא בפסיקה האמריקנית שתי הנמקות סותרות לתמיכה באותה הגישה, שלפיה אין חובת נסיגה: לפי ההנמקה האחת מהווה גישה זו הליכה בעקבות המשפט האנגלי; בעוד שלפי ההנמקה האחרת מהווה גישה זו סטייה מן ההלכה האנגלית בשל תנאיה המיוחדים של המדינה (שבארצות-הברית)...⁸⁵⁹. למעשה נובעות הנמקות סותרות אלה מן המחלוקת, שעליה עמדנו לעיל בפרק זה, שבין Foster ל-Beale באשר לתיאור הנכון של המצב המשפטי במשפט המקובל האנגלי, ונראה כי אם שאפו בתי-המשפט האמריקניים להיות שונים ממקביליהם שבאנגליה, לא עלה הדבר בידם...

בין שתי גישות עיקריות אלה מצויה גישת-ביניים, שביטויה המצוטט ביותר ניתן מפי השופט Holmes, בפסק-הדין בעניין Brown (1921):⁸⁶⁰

“Rationally the failure to retreat is a circumstance to be considered with all the others in order to determine whether

858 ראו ע' 154 למאמרו של Perkins.

859 ראו ע' 576 ואילך למאמרו של Beale.

860 ראו ע' 343 לפסק-הדין יא/1 בעניין Brown.

the defendant went farther than he was justified in doing; not a categorical proof of guilt”.

גישה זו קרובה מאד לגישה הרווחת במשפט האנגלי בעקבות סעיף 3 ל- Criminal Law Act, 1967, שנדונה לעיל.

באופן מסורתי נודע כלל הנסיגה במשפט האמריקני ככלל המיעוט, שכן מרבית מחוקקי המדינות ומרבית בתי-המשפט נקטו תמיד את הגישה השוללת את הנסיגה⁸⁶¹. ביטוי מובהק לגישה זו ניתן בפסק-הדין בעניין Fowler (1912)⁸⁶², שם כפי הנראה נטבע הביטוי החשוב, השגור בפי שוללי חובת הנסיגה, והמתייחס למהות הקיר שאליו יש לסגת (ההדגשה הוספה):

“Under the common law, no man could defend himself until he had retreated, and until his back was to the wall; but this is not the law in free America. Here the wall is to every man's back. It is *the wall of his rights*; and when he is at a place where he has a right to be, and he is unlawfully assailed, he may stand and defend himself...”.

על רקע זה מעניינת הגישה שנקטו מנסחי ה-Model Penal Code, אשר קבעו חובה מסוימת של נסיגה⁸⁶³, שאליה נתייחס בהמשך. בעקבות ה-M.P.C. קיבלה עמדת המיעוט, המצדדת בנסיגה, תנופה מסוימת, אך נראה כי עדיין נותרה במעמד של כלל המיעוט בארצות-הברית⁸⁶⁴.

(ד) מקרים מיוחדים

מקרה מרכזי שבו מקובל במשפט האנגלו-אמריקני כי אין חובת נסיגה (“מקובל” – גם על התומכים בחובת נסיגה במקרים הרגילים) הוא כשהנתקף נמצא בעת התקיפה במקום

861 ראו, למשל, ע' 887 למאמרו ט 31 / של Kadish.

862 ראו ע' 833 לפסק-הדין יא 7 / בעניין Fowler.

863 תוך מודעות לכך שמרבית ההלכות האמריקניות אינן תומכות בנסיגה – ראו סעיף 3.04(2)(b)(III) ל-M.P.C. ודברי ההסבר שבע' 24 ל-Draft יג 31.

864 ראו ע' 948 ואילך לכרך 3 של האנציקלופדיה ח 26 / ; ע' 1144 לספרם ח 17 / של Perkins & Boyce.

מגוריו⁸⁶⁵. נימוקים שונים הוצעו לחריג זה. Beale גרס כי הוא נובע מכך שנסיגה במקרה של הימצאות במגורים אינה מקטינה את הסכנה⁸⁶⁶. אך דומה כי נימוק זה אינו רלוונטי, שכן ממילא מקובל על הכל כי כשאין הנסיגה בטוחה אין היא נדרשת. Fletcher הביע דעתו כי החריג הנוגע למגורים מהווה ביטוי לרציונאל האוטונומיה ששרד במשפט האנגלו-אמריקני⁸⁶⁷. אך גם בכך אין כדי לספק הסבר מדוע דווקא בנוגע למגורים ניתן במשפט האנגלו-אמריקני מעמד בכורה לאוטונומיה של הפרט הנתקף. הסבר כזה יוצע להלן בפרק שייוחד להגנה על בית המגורים⁸⁶⁸.

החריג לחובת הנסיגה, שלפיו אין היא חלה כשהנתקף נמצא במגוריו, מורחב לעתים קרובות גם על מקום עסקו של הנתקף ועל סביבותיהם של מגוריו ומקום עסקו⁸⁶⁹. לעתים מורחב מאד חריג זה, כך שהוא מוחל על כל מקום שלנתקף זכות חוקית לשהות בו. סבורני כי במצב כזה מדובר, למעשה, במס שפתיים בלבד לחובת הנסיגה, כשבעצם היא נותרת ריקה מתוכן ממשי.

מקרה מרכזי אחר, שבו מקובל במשפט האנגלו-אמריקני – גם בקרב התומכים בחובת נסיגה – כי אין הנתקף חייב לסגת, הוא כשהנתקף הוא איש הרשות, הממלא את תפקידו כחוק. כך, למשל, כאשר שוטר מותקף על-ידי החשוד שאותו הוא מנסה לעצור, מוסכם על הכל כי אין הוא חייב לסגת⁸⁷⁰. נדמה כי חריג זה לחובת הנסיגה הוא מובן מאליו. מכל מקום, ההסברים שניתנו לו הם מדיניות ציבורית המחייבת כי המעצר יבוצע⁸⁷¹ וראיית פעולתו של איש החוק כנופלת בגדר הסייג "צידוק" (ביצוע הדין), אף שהסיטואציה היא גם של הגנה עצמית⁸⁷².

לצד מקרים אלה, שלגביהם מוסכם על הכל כי לא קיימת חובה נסיגה, ישנם גם מקרים שלגביהם כולי עלמא לא פליגי כי הנתקף חייב למצות אפשרות של נסיגה בטרם

865 ראו, למשל, ע' 86 לכרך II של ספרו ח12 של Robinson; סעיף 3.04(2)(b)(II)(1) ל-M.P.C. יג1.

866 ראו ע' 540 ואילך למאמרו ט35 של Beale.

867 ראו ע' 868 לספרו ח13 של Fletcher.

868 ראו פרק ה(5) שלהלן.

869 ראו, למשל, ע' 1134 ואילך לספרם ח17 של Perkins & Boyce.

870 ראו, למשל, ע' 510 לספרו ח2 של Williams; סעיף 305 ל-Digest ח10 של Stephen; ע' 750 לספרו ח31 של Gordon; ע' 660 לספרם ח18 של La Fave & Scott; ע' 150 למאמרו ט32 של Perkins; סעיף 3.04(2)(b)(II)(2) ל-M.P.C. יג4. כן ראו פסק-הדין שניתן במשפטנו בעניין אנקונינה (42), ע' 374.

871 ראו ע' 25 לדברי ההסבר ל-M.P.C. יג31.

872 ראו ע' 17 למאמרו ח11 של ביינ.

יזקק לכח כלשהו (לאו דווקא כח קטלני). על מקרה אחד כבר עמדנו לעיל – תקיפה המבוצעת על-ידי תוקף שאינו אחראי לתקיפתו⁸⁷³.

המקרה המרכזי שבו מקובל על הכל כי על הנתקף למצות אפשרות של נסיגה (לעתים – אפילו אם איננה בטוחה) בטרם יפנה להפעלת כח מגן (לעתים – אפילו אם איננו כח קטלני) הוא כשהנתקף גרם באשמתו למצב שבו עליו להתגונן. מלומדי המשפט המקובל האנגלי הקדום עסקו רבות במקרה של אדם שבמקור נלחם מרצונו, אך לאחר מכן ניסה לסגת, ובסופו של דבר נאלץ להמית את יריבו למניעת מותו שלו. כך, למשל, גרס Hale כי אותו אדם רשאי להמית רק אם קודם לכן ברח רחוק ככל שיכול היה, ו-Foster התייחס למקרים כאלה כאל "הגנה עצמית עם אשמה" וטיפל בהם כ"במידה מסוימת בני-אשמה ובקושי בני-סליחה"⁸⁷⁴. העקרון המנחה נותר בתוקף עד היום.

במשפט האנגלו-אמריקני מבחינים בין זכות מושלמת להגנה עצמית לבין זכות שאינה מושלמת ("*imperfect self-defence*"). לנתקף נטול האשמה זכות מושלמת להגנה עצמית, ובדרך-כלל אין מוטלת עליו חובת נסיגה, בעוד שעל הנתקף האשם בקונפליקט מוטלת חובת נסיגה⁸⁷⁵ ובדרך-כלל מדובר בחובה חזקה.

מדובר בחובה המוטלת על האשם בקונפליקט, שרק אם הוא ממלא אותה עומדת לו זכות להגנה עצמית. מטרת הנסיגה היא לשחרר את העושה מן האחריות למצב שנוצר, ובעצם ליצור ניתוק בין פעולותיו שהביאו ליצירת מצב זה לבין התגוננותו לאחר היווצרות המצב. לפיכך, מדובר בחובה חזקה מחובת הנסיגה הרגילה ("*retreat*"). החובה הנדרשת בדרך-כלל היא אפוא לבצע מה שקרוי "*withdrawal*". ה-"*withdrawal*" הוא נסיגה או הפגנת רצון לסגת הכוללת תקשורת מסוימת עם היריב: על היריב להבין כי העושה אכן מתכוון לסגת⁸⁷⁶. לפיכך, על העושה לבצע מעין "נסיגה

873 ראו פרק (ב)5(ג) שלעיל. כן ראו ראשיתו של פרק זה (ד)9(9) וההפניות המופיעות שם. כאן אוסיף ואפנה לע' 774-775 לספרו ד'77 של דייקן ולע' 1117 לספרם ח'17 של Perkins & Boyce (הראשון עומד על חובת נסיגה מפני תוקף חף מפשע, והאחרונים מוסיפים חובת נסיגה מפני תוקף רשלין). עמדה שונה ומוזרה הביע Smith. מהנמקתו עולה, כי כפי הנראה, אין עמדתו השוללת נסיגה נובעת מהשקפתו על הדין הרצוי, אלא מראייתו את סעיף 3 ל-Criminal Law Act, 1967 כחל גם על הגנה עצמית שאינה מהווה גם מניעת עבירה (וכאן באה הדוגמה שלו – התגוננות מפני קטין) וכשולל את חובת הנסיגה.

874 ראו התיאור שבע' 300 למאמרו ט'1 של Ashworth. 875 ראו, למשל, ע' 537 ואילך למאמרו ט'35 של Beale; ע' 21-23 לדברי ההסבר של ה-M.P.C. יג'31.

876 ראו שם, וראו ע' 147 ואילך למאמרו ט'32 של Perkins. חובה כזו של "*withdrawal*" נקבעה, למשל, בסעיף 603(b) סיפא להצעה הפדראלית יג'61.

חגיגית", המעידה בבירור על כוונתו לחדול מלהתעמת. ההבדל המרכזי בין חובה רגילה של נסיגה ("retreat") לבין החובה המיוחדת של "withdrawal" הוא במקרה שבו אין אפשרות לסגת. במצב כזה עומד העושה בחובת הנסיגה הרגילה (החלה רק כשאפשרות נסיגה בטוחה) אך אינו עומד בחובה הכבדה יותר של "withdrawal"⁸⁷⁷.

אם נבחן סוגיה זו, של הגורם באשמתו להיווצרות המצב שבו עליו להתגונן, לאור רציונאל ההגנה הפרטית, ניווכח בהבדל בין מצב כזה לבין מקרה רגיל (של נתקף תמים); הבדל המתמקד בגורם הסדר החברתי-משפטי. בעוד שנחקף תמים, שאינו נסוג, מגן גם על הסדר החברתי-משפטי מפני התוקף, האשם בהיווצרות המצב אינו בהכרח מגן על הסדר החברתי-משפטי וייתכן שכלל אינו ראוי לעשות כן⁸⁷⁸. לפיכך, אין להתפלא על כך שגם בשיטות משפט שבהן ככלל אין נדרשת נסיגה, מוטלת חובת נסיגה על הגורם באשמתו להיווצרות המצב⁸⁷⁹.

בשים לב לרציונאל ההגנה הפרטית, סבורני כי במקרים מסוימים (ובוודאי אם העושה גרם להיווצרות המצב בכוונה) יש מקום לחייב את האשם במצב לסגת גם אם דרך הנסיגה אינה בטוחה וגם אם הכח המגן שלו הוא נזקק איננו קטלני. מכל מקום, הסדר סוגיית הנסיגה לגבי הגורם באשמתו להיווצרות המצב הוא רק חלק מהסדר כולל שמחייב מצב מיוחד זה (של נתקף אשם). בהמשך יוקדש פרק נפרד לעניין זה⁸⁸⁰, ולעת עתה החשוב לענייננו זה הוא לתת את הדעת לכך שחובת הנסיגה עשויה לשמש (ואף משמשת בפועל) כמכשיר לטיפול במקרים של נתקפים בני-אשמה (לצד מכשירים אפשריים אחרים).

מקרה מיוחד נוסף הוא ההגנה על אדם אחר. ברור כי אין כל טעם להטיל חובת נסיגה על העושה עצמו, שכן בכך בעצם תישלל הזכות להגן על אחרים. שהרי, בפני העושה (הנחלץ לעזרת הנתקף) פתוחה בדרך-כלל אפשרות של נסיגה בטוחה, אלא שאם ייסוג העושה, ייוותר הנתקף ללא הגנה. לפיכך, ברור כי שאלת הנסיגה צריכה להתמקד בנתקף ולא בעושה (המגן עליו). אפשרות אחת היא להתנות את זכות ההגנה על אחר בכך שהאחר (הנתקף) עמד בחובת הנסיגה (דהיינו: עשה כל שביכולתו כדי לסגת). זוהי גישה קיצונית מדי, שאינה מתחשבת מספיק בכך שלמגן אין שליטה על הנתקף ובכך

877 דיון בהבחנה בין "retreat" ל-"withdrawal" נערך במקומותינו בפסק-הדין ב38/ בעניין שוקרון (ראו בעיקר ע' 622-624). וראו הטקסט שלהלן המפנה לה"ש 1310.

878 לדיון בסוגיה זו ראו פרק ו(4) שלהלן.

879 כך במשפט הגרמני – ראו ע' 754 ואילך למאמרו ט60/ של Herrmann.

880 ראו פרק ו(4) שלהלן.

שאנו עוסקים באחריותו הפלילית של המגן ולא של הנתקף. פתרון סביר אפשרי הוצע ב־ Model Penal Code האמריקני, ולפיו די אם המגן מאיץ בנתקף לסגת (גם אם הנתקף אינו פועל על־פי עצת המגן)⁸⁸¹. כן סבורני, כי נוכח דרישות הנחיצות והפרופורציה, על העושה (המגן) להשהות ככל האפשר את פעולתו (כל עוד קיימת אפשרות הנסיגה) כדי לאפשר לנתקף למצות אפשרות עדיפה זו⁸⁸².

(ה) הצעות לרפורמה

מעניין כי גם בהצעות המודרניות לרפורמות חקיקתיות ניתן למצוא ביטוי לכלל הגישות העיקריות לסוגיית הנסיגה. הצעה מרכזית אחת שבה נקבעה חובה של נסיגה היא ה־ Model Penal Code האמריקני, שאותה הזכרנו לעיל. בסעיף 3.04(2)(b)(II) ל־M.P.C. נקבעה חובת נסיגה לפני הפעלת כח מגן קטלני. החובה חלה רק במקרים הנדירים שבהם קיימת דרך נסיגה שהיא בטוחה לחלוטין ("with complete safety"), וחריגיה הם כשהתקיפה מתרחשת בביתו של הנתקף או במקום עבודתו, וכאשר הנתקף הוא איש הרשות הממלא את חובתו או אדם המסייע לאיש הרשות. בסעיף 3.04(2)(c) הבהירו מנסחי ה־M.P.C. – להסרת כל ספק – כי בנסיבות אחרות (שלגביהן לא נקבעה חובת הנסיגה במפורש) אין חובה לסגת⁸⁸³. הסדר דומה נקבע, בעקבות הסדר זה של ה־M.P.C., בסעיף 607(2)(b) להצעת החוק הפדראלית האמריקנית⁸⁸⁴.

התייחסות נפוצה בהצעות לרפורמה אל סוגיית הנסיגה היא קביעת אפשרות הנסיגה כשיקול בהערכת הנחיצות, הפרופורציה או הסבירות. כך נקבע בסעיף 29(4) להצעת החוק האנגלית (1993) כי:

881 ראו סעיף 3.05(2)(c) ל־M.P.C. יג4. הסדר דומה נקבע בסעיף 607(2)(b) להצעה הפדראלית האמריקנית יג6. כן ראו ע' 937 למאמרו של Heberling (העומד על כך שבחוקי חלק ממדינות ארצות־הברית נשללת ההגנה על אדם אחר אם העושה (המגן) אינו מצליח לשכנע את הנתקף לסגת!); ע' 18-19 למאמרו של ביין (העומד על כך שקשה להתנות אחריות פלילית של אדם (המגן) בהתנהגותו של אחר (הנתקף)).

882 ראו פרק ה(2) שלהלן.

883 ראו סעיפים 3.04(2)(c); 3.04(2)(b)(II) ל־M.P.C. יג4.

884 ראו סעיף 607(2)(b) להצעת החוק יג6. יש לשים לב גם לסעיף 607(2)(c) להצעה זו, המרוקן את חובת הנסיגה הקבועה בסעיף 607(2)(b) מחלק ניכר מתוכנה, באפשרו, למשל, הפעלת כח קטלני כנגד שודד או פורץ הנמלט(!) עם הטובין. לביקורת על חריגה גסה זו מעקרון הפרופורציה ראו הטקסט שלעיל המפנה לה"ש 786.

“The fact that a person had an opportunity to retreat before using force shall be taken into account, in conjunction with other relevant evidence, in determining whether the use of force was reasonable”.⁸⁸⁵

בדומה קבע Robinsion, בהצעתו המובאת בספרו, את אפשרות הנסיגה כשיקול בהערכת הנחיצות (סעיף 6-3 להצעה) וכשיקול בהערכת הפרופורציה (סעיף 7-3)⁸⁸⁶.

עיקר ביקורתי בנוגע לשתי הצעות אחרונות אלה נובע מכך שכאמור, סבורני כי השאלה המהותית שמעוררת אפשרות הנסיגה היא שאלה של פרופורציה ולא של נחיצות. הנחיצות קיימת גם נוכח אפשרות הנסיגה, אלא שהיא מתייחסת לאינטרסים שהם בדרך-כלל פחותי משקל מאלה הניצבים על כפות המאזניים בהיעדר אפשרות נסיגה (כך, למשל, אין סכנה ממשית לחיי הנתקף הנסוג ולשלמות גופו), ולפיכך היא מעוררת שאלה נכבדה של פרופורציה דווקא.

ראייה ברוח זו את אפשרות הנסיגה כמעוררת שאלה של פרופורציה, ניתן אולי למצוא במקומותינו בהצעתם של אנקר וקרפ⁸⁸⁷. בסעיף 38(ב) להצעה זו נקבע כך:

“הוראות סעיף זה (סעיף 38, העוסק ב”הגנה פרטית” – הבהרת המחבר) לא יחולו אם, בהתחשב בנסיבות התקיפה ובתוצאות העלולות לצמוח מהמעשה, היה על הנתקף לנתק מגע מן התוקף”.

החיסרון שבהסתפקות בקביעה (הנכונה) כי אפשרות הנסיגה היא גורם בהערכת הפרופורציה (או סבירות המעשה), הוא שההדרכה שיספק בכך המחוקק תהיה די מצומצמת. דעה דומה הביע Ashworth, ולפיה הגישה שננקטה בפסיקה האנגלית (ראיית אפשרות הנסיגה כאחד הגורמים בבדיקת הסבירות) אינה מעניקה הדרכה מספקת – לא לפרטים ואפילו לא לבתי-המשפט⁸⁸⁸. סבורני כי עקרון החוקיות והצורך בהדרכת התנהגות מחייבים כי כל קביעה כללית שניתן לעשותה מראש תמוקם בחקיקה. על השאלה הנכבדה אם ישנן קביעות כאלה, הנוגעות לסוגיית הנסיגה, שניתן (ולפיכך גם צריך) למקם בחקיקה, ננסה להשיב בהמשך.

885 ראו סעיף 29(4) להצעת החוק יג/10.

886 ראו ע' 566 לכרך II של ספרו 12/.

887 ראו סעיף 38 (ב) להצעת החוק ג/5.

888 ראו ע' 287-289 למאמרו 1/ של Ashworth.

בהצעות חוק אחרות – שהועלו בניו-זילנד, בקנדה ובישראל⁸⁸⁹ – אין כל התייחסות לסוגיית הנסיגה. כך גם בנוסחו החדש של חוק העונשין הישראלי⁸⁹⁰. מצב דברים כזה הוא בלתי רצוי, במיוחד נוכח העובדה שהוא מותיר לבית-המשפט את ההכרעה בין שתי אפשרויות עיקריות שהן שונות לחלוטין: האחת – ראיית שתיקה זו של המחוקק כנקיטת עמדה השוללת את חובת הנסיגה, והאחרת – גזירת חובה של נסיגה מעקרון הפרופורציה. מצב זה של שתיקת מחוקקים באשר לסוגיית הנסיגה הוא גם השכיח בקודקסים הפליליים שנבחנו במסגרת מחקר זה⁸⁹¹.

(1) ההסדר הראוי לסוגיית הנסיגה (לאור רציונאל ההגנה הפרטית בכלל ועקרון הפרופורציה בפרט)

כפי שראינו בראשית פרק זה, העיקרון שצריך להנחותנו ביחסנו אל סוגיית הנסיגה הוא עקרון הפרופורציה. אפשרות אחת להסדרת הסוגיה (במקרים ה"רגילים") היא להותיר לבית-המשפט את ההכרעה, אם במקרה הספציפי הנדון בפניו מחייבת דרישת הפרופורציה, הקיימת בדין ההגנה הפרטית, נסיגה, אם לאו. ברם, גם אם נוקט המחוקק דרך זו, סבורני כי נוכח הספקות שהועלו באשר לרלוונטיות של אפשרות הנסיגה, עליו לקבוע במפורש כי האפשרות של נסיגה (בטוחה) תובא בחשבון בהערכת התקיימות דרישת הפרופורציה.

אפשרות אחרת – שאותה נבחן להלן – היא לנסות ולקבוע בחקיקה כללים מפורטים יותר להדרכת הציבור בכלל והשופטים בפרט. לשם כך ניתן דעתנו לארבעה מקרים טיפוסיים: 1. תקיפה היוצרת סכנה קיומית לנתקף (פגיעה בחייו או בשלמות גופו) כשהכח המגן הנחוץ לשם הדיפת התקיפה, אם לא ימצא הנתקף את האפשרות (הבטוחה) הקיימת לסגת, הוא כח קטלני (פגיעה בחיי התוקף או בשלמות גופו); 2. תקיפה היוצרת סכנה קיומית לנתקף כשהכח המגן הנחוץ (במקרה של הימנעות מן הנסיגה האפשרית) הוא מתון (דהיינו: לא קטלני); 3. תקיפה היוצרת סכנה לא קיומית

889 ראו סעיפים 41, 48, 49 להצעת החוק של ניו-זילנד יג' / ; סעיפים 3(10), 3(11), 3(12) להצעת החוק של קנדה יג' / משנת 1987; סעיפים 37, 38 להצעת החוק של קנדה יג' / משנת 1993; סעיפים 35, 41 להצעת החוק של הוועדה בראשות השופט אגרנט ג' / ; סעיפים 46, 52 להצעת חוק העונשין (חלק מקדמי וחלק כללי), תשנ"ב-1992 - 41.

890 כפי שנקבע בתיקון מס' 39 (א17).

891 למעשה, מבין כעשרים הקודקסים הפליליים שנבחנו (ראו חלק יב של הביבליוגרפיה שבסוף הספר) קיימת התייחסות לנסיגה רק באחד מהם, וגם בו מדובר במקרה החריג של עושה שגרם באשמתו למצב המחייב התגוננות – ראו סעיף 272 לחוק הפלילי של קווינסלנד (אוסטרליה) (יב19).

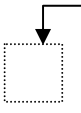
והמצריכה כח מגן קטלני; 4. תקיפה היוצרת סכנה לא קיומית והמצריכה כח מגן מתון. הגורמים שאותם יש להביא בחשבון באשר לכל אחד מארבעה מצבים טיפוסיים אלה מפורטים בטבלה שלהלן:

טבלה א' – האינטרסים שבעימות נוכח קיומה של אפשרות נסיגה בטוחה

הסכנה שיוצרת התקיפה									
לא קיומית הכח המגן הנחוץ					קיומית הכח המגן הנחוץ				
(4) מתון		(3) קטלני			(2) מתון		(1) קטלני		
פגיעה	א	חירות	חיי	א	פגיעה	א	חירות	חיי	א
בתוקף	ו	הפעולה	התוקף	ו	בתוקף	ו	הפעולה	התוקף	ו
	ט	של		ט		ט	של		ט
	ו	הנתקף		ו		ו	הנתקף		ו
	נ			נ		נ			נ
	ו	כבוד		ו		ו	כבוד		ו
	מ	הנתקף		מ		מ	הנתקף		מ
	י			י		י			י
	ה			ה		ה			ה
		אשמת					אשמת		
		התוקף					התוקף		
		סכנה					סכנה		
		קטנה					קטנה		
		לנתקף					לנתקף		
		הסדר					הסדר		
		החברתי- משפטי					החברתי- משפטי		

בטרם נבאר טבלה זו, כהכנה לקראת ביאור זה, נציג טבלה של הגורמים ההיפותטיים – שאותם היה עלינו להביא בחשבון אם (ורק אם) לא הייתה קיימת אפשרות של נסיגה בטוחה:

טבלה ב' – האינטרסים שבעימות בהיעדר אפשרות של נסיגה בטוחה

הסכנה שיוצרת התקיפה							
לא קיומית הכח המגן הנחוץ				קיומית הכח המגן הנחוץ			
(4) מתון		(3) קטלני		(2) מתון		(1) קטלני	
פגיעה בתוקף	פגיעה בנתקף	חיי התוקף	פגיעה בנתקף	פגיעה בתוקף	חיי הנתקף	חיי התוקף	חיי הנתקף
	הסדר החברתי-משפטי האוטונומיה של הנתקף		הסדר החברתי-משפטי האוטונומיה של הנתקף		הסדר החברתי-משפטי האוטונומיה של הנתקף		הסדר החברתי-משפטי האוטונומיה של הנתקף
	אשמת התוקף		אשמת התוקף		אשמת התוקף		אשמת התוקף

נבאר תחילה את טבלה ב' שלעיל. טבלה זו מתייחסת למצב שבו לא קיימת דרך של נסיגה בטוחה. במצב דברים שכזה, עשוי עקרון הפרופורציה לחייב הימנעות מהפעלת הכח המגן במקרה אחד בלבד – כשהכח המגן הנחוץ הוא קטלני והסכנה לעושה (הנתקף) אינה קיומית (המקרה המסומן בספרה 3 בטבלה ב'). בכל ארבעת המקרים שאליהם מתייחסת טבלה ב' נשקלות זו מול זו הפגיעה הצפויה בנתקף – אם יימנע מהפעלת כח מגן (בעמודה הימנית של כל מקרה) – מול הפגיעה הצפויה בתוקף אם יופעל הכח המגן (בעמודה השמאלית). מקרה מס' 2 הוא פשוט מאד, שכן הפגיעה הצפויה בתוקף קטנה מן הפגיעה הצפויה בנתקף ולפיכך ברור כי הפעלת הכח המגן אינה יוצרת קושי כלשהו. במקרים 1 ו-4 הפגיעות הצפויות לתוקף ולנתקף הן זהות (או, לפחות, דומות). כאן יש להביא בחשבון שלושה גורמים חשובים נוספים, שכולם פועלים בכיוון של הצדקת הפעלת הכח המגן: א. הפגיעה באוטונומיה של הנתקף; ב. אשמת התוקף (המובילה לפיחות מסוים בערך האינטרסים שלו); ג. גורם הסדר

החברתי-משפטי. לפיכך, אין כל קושי בהצדקת הפעלת הכח המגן גם במקרים אלה. המקרה הבעייתי יותר הוא כאמור מקרה מס' 3. כאן באה לידי ביטוי פעולתו של עקרון הפרופורציה. הפגיעה הקשה בתוקף (בכח קטלני) אינה מקיימת את המתאם הנדרש ביחס לפגיעה הקלה בנתקף⁸⁹², וגם בגורמים המופשטים שבמאזן אין די כדי להצדיק את הפעלת הכח המגן הקטלני. יתרה מזו: הפעלת כח מגן החורג בצורה גסה מעקרון הפרופורציה, עלולה דווקא לפגוע בסדר החברתי-משפטי, וודאי שאינה משרתת סדר זה (הביטוי לכך בטבלה ב' שלעיל הוא במשבצת המקווקות שבעמודה השמאלית של מקרה מס' 3)⁸⁹³.

מכאן לטבלה א' שלעיל, המתייחסת למצב שבו קיימת דרך של נסיגה בטוחה. ראשית – שתי הבהרות. האחת – טעות נפוצה היא להתייחס לטבלה ב', שבה דנו זה עתה, כתיאור נכון של האינטרסים שבעימות גם במקרה שבו קיימת דרך של נסיגה בטוחה. כך, למשל, יש המציבים מול חיי התוקף את חיי הנתקף (במקרה מס' 1 שבטבלאות), תוך התעלמות מכך שאם ימצה הנתקף את דרך הנסיגה הבטוחה הפתוחה בפניו, לא ייפגע פגיעה פיזית כלשהי. טעות זו, של התעלמות מהשלכותיה של הנסיגה, מוליכה לשלילה מוטעית של חובת הנסיגה.

חשוב להדגיש כאן, כי – בניגוד לרושם המוטעה הנוצר לעתים – ההתחשבות המתבקשת באפשרות הנסיגה אינה מעתיקה את נקודת הזמן שבה נערך מאזן האינטרסים שבעימות לאחר זמן פעולתו של העושה. ההתייחסות לסכנה לחייו של הנתקף והקביעה כי הוא מגן על חייו תוך התעלמות מאפשרות הנסיגה הבטוחה הפתוחה בפניו הן מלאכותיות ומוטעות. גם לשיטתי נקודת הזמן שאליה יש להתייחס בשקילת האינטרסים שבעימות היא זמן פעולתו של העושה (ובשום אופן לא מאוחר יותר), אלא שאם כבר בשלב זה קיימת אפשרות הנסיגה הבטוחה, אזי אין להתעלם ממנה.

892 כאן יש להזכיר כי ההגדרה המקובלת – גם עליי – של כח קטלני היא רחבה למדי ואינה מתמצה בכח שתוצאתו הצפויה היא מוות, אלא כוללת גם, למשל, כח שתוצאתו הצפויה היא נזק גופני חמור. לפיכך – ובהתאם – קשת "הסכנות הקיומיות" שבהן עוסקות הטבלאות דלעיל היא רחבה, כך שהסכנות הלא-קיומיות הנופלות בגדר המקרה נושא דיוננו (מקרה מס' 3) אכן מתייחסות לפגיעות קלות יחסית בנתקף. כך, למשל, אין כל ספק שסכנה של אונס יש לסווג כ"סכנה קיומית", המצדיקה כח מגן קטלני, וזאת גם אם חיי הקרבן כלל אינם בסכנה. וראו בהרחבה רבה יותר על תוכנה הראוי של דרישת הפרופורציה ועל ההגדרה של "כח קטלני" בפרק ד(8) שלעיל.

893 להסבר נוסף של פעולה אפשרית של גורם הסדר החברתי-משפטי דווקא בכיוון של שלילה של הפעלת הכח המגן ראו פרק ב(6)ג שלעיל.

ההבהרה השנייה נוגעת לבטיחותה של דרך הנסיגה. כאמור, גם המצדדים בהטלת חובה של נסיגה על הנתקף מציעים לקבוע חובה כזו רק באשר לנסיגה בטוחה. אם הנסיגה מסכנת את הנתקף, מקובל על הכל כי הוא אינו חייב לסגת⁸⁹⁴. אלא שמטבע הדברים אין ודאות של ממש בנוגע לעתיד, ולפיכך יש להבהיר כי המילה "בטוחה" שבביטוי "נסיגה בטוחה" אינה מעידה על ודאות אלא על קרבה לכך בלבד. בדרך-כלל, גם בנסיגה המצטיירת כבטוחה, קיים סיכון מסוים לנתקף⁸⁹⁵. כך, למשל, כשהתוקף מאיים על הנתקף בסכין ממרחק שבו הסכין עדיין אינה יעילה (50 מטרים, למשל) והנתקף מהיר מן התוקף ומצויד ברובה, נראית דרך הנסיגה הפתוחה בפני הנתקף בטוחה, במיוחד אם אין זה סביר שברשות התוקף כלי נשק נוסף. אולם גם במצב כזה תיתכנה הפתעות, כגון אם ישלוף התוקף רובה שהסתיר באמתחתו (או ייטול רובה מאדם אחר הנוכח במקום) ויירה בנתקף הנסוג. לפיכך, יש להבין את הדרישה לנסיגה בטוחה (כתנאי לראיית דרך הנסיגה כרלוונטית לענייננו) כדרישה שאינה מוחלטת, ובה בבד יש להביא בחשבון במאזן האינטרסים שבעימות גם סיכון מסוים לנתקף (שאינו גדול, אך קיים) הכרוך בנסיגה.

כפי שניתן להיווכח מן ההשוואה בין שתי הטבלאות, אין הבדל ביניהן בכל הנוגע לאינטרסים של התוקף. אשר לאינטרסים של הנתקף ושל החברה (האינטרסים הפועלים להצדקת הפעלת הכח המגן), גם כאן אין הבדל של ממש באשר לגורמי הסדר החברתי-משפטי ואשמת התוקף. ההבדל המרכזי שבין שתי הטבלאות הוא אפוא בכך שבמקום הפגיעות הפיזיות הצפויות בנתקף המופיעות בטבלה ב' (בהיעדר אפשרות של נסיגה בטוחה), הרי שבטבלה א' (נוכח האפשרות הקיימת של נסיגה בטוחה) מופיעות פגיעות באינטרסים משניים שלו: הפגיעות בחירות הפעולה שלו ובכבודו, לצד סכנה מסוימת הנשקפת לו (שהיא – מתוך הגדרתה של חובת הנסיגה – סכנה ברמת הסתברות נמוכה).

מקרים 2 ו-41 שבטבלה א' אינם מעוררים קושי רב. דומה כי הכל יסכימו כי בדרך-כלל די בגורמים המפורטים בטבלה (בעמודה הימנית של כל מקרה) כדי להצדיק הפעלת כח מגן מתון כנגד התוקף. הקושי מתעורר באשר למקרים 1 ו-31 שבטבלה א' – שבהם נזקק העושה לכח מגן קטלני. דעתי היא כי למרות הפגיעות – הכרוכות בנסיגה – בחירותו ובכבודו של הנתקף; למרות הסכנה הפיזית (הקטנה!) הצפויה לנתקף; למרות

894 ראו ההפניות שבה"ש 822 שלעיל. יש לציין כי גם סכנה לאדם אחר שוללת את בטיחותה של הנסיגה במצב שבו אם לא ייסוג העושה, יגן הוא על האדם האחר (הנתקף); הגנה שגם היא מוצדקת במסגרת ההגנה הפרטית.

895 ראו ההפניות שבה"ש 843 שלעיל.

אשמתו של התוקף ולמרות פגיעת התוקף בסדר החברתי-משפטי – בכל זאת עדיפים – מנקודת ראותה של החברה בכללותה – חייו של התוקף⁸⁹⁶, ולפיכך אין להצדיק כח מגן קטלני, אלא יש לקבוע כי הפעלתו תחרוג מעקרון הפרופורציה (קביעה שמשמעותה המעשית היא, בעצם, הטלה של חובת נסיגה). אבאר את נימוקיי לעמדה זו.

מבין שני מקרים אחרונים אלה, שבהם נזקק העושה לכח מגן קטלני (מקרים 1 ו-3 – בטבלה א' שלעיל), מתמקדת המחלוקת בראשון שבהם, וכמעט הכל מסכימים כי אין להצדיק כח מגן קטלני במקרה האחר (מס' 3). גישה כזו, המבחינה בין מקרים מס' 1 ו-3 – בין תקיפה קטלנית לבין תקיפה שאינה קטלנית – עשויה לנבוע מאחת משתי עמדות. עמדה אפשרית אחת המובילה לגישה כזו, היא התייחסות למקרה מס' 1 כאילו – בהיעדר הפעלת כח המגן הקטלני – קיימת סכנה ממשית לחייו של הנתקף. כאמור, סבורני כי עמדה כזו (המתוארת – בעצם – דווקא בטבלה ב' שלעיל) היא מוטעית, וזאת נוכח התעלמותה מן האפשרות הקיימת של נסיגה בטוחה ומהשפעתה (הרבה!) על האינטרסים שבעימות.

העמדה האפשרית האחרת המובילה לגישה כזו (המבחינה בין תקיפה קטלנית לבין תקיפה שאינה קטלנית) היא משכנעת יותר, אף שאיני מחזיק בה. לפי עמדה זו, אף שאין הבדל בין שני המקרים (נושאי דיוננו זה) באשר לאינטרסים של הנתקף הנפגעים בנסיגה, קיים הבדל של ממש בין המקרים באשר לאינטרסים המופשטים – הבדל שניתן לבסס עליו שלילה של חובת הנסיגה במקרה מס' 1. כשהתקיפה היא בכח קטלני, מתבלט – לפי שיטה זו – בעיקר ההבדל (בין שני המקרים) הנוגע לגורם הסדר החברתי-משפטי. הפגיעה של התוקף בסדר החברתי-משפטי כשהוא תוקף בכח קטלני היא כה גדולה, עד כי ההגנה על סדר זה מצדיקה הפעלת כח מגן קטלני, וזאת אף שנוכח אפשרות הנסיגה הבטוחה אין הסכנה הפיזית הנשקפת לנתקף גדולה.

ברם, לדעתי, ההגנה הפרטית היא קודם כל הגנה פרטית. מטרתה והצדקתה העיקריות נוגעות לאינטרסים של הנתקף, ובראש ובראשונה חייו ושלמות גופו. אין ספק כי ההגנה על הסדר החברתי-משפטי, שאותה משיגה הפעלת הכח המגן על-ידי העושה, מוסיפה משקל של ממש להצדקת ההגנה הפרטית. אולם, עם זאת, יש לזכור כי ההגנה על הסדר החברתי-משפטי, מניעת העברות, הרתעת העבריינים וכו' מוטלות בראש ובראשונה על רשויות המדינה (כגון המשטרה) ולא על הפרט – גם לא במסגרת של

896 קיימת טענה כי הנסיגה מנוגדת מאד לתחושת הצדק של הציבור. אך Robinson גורס כי רוב האנשים יראו בנסיגה הקרבה טריוויאלית, שמוכרעת בבירור על-ידי השיקול של חיי התוקף וביטחוננו – ראו ע' 94 לכרך II של ספרו ה-12.

הגנה פרטית⁸⁹⁷. לפיכך, אם פתוחה בפני העושה דרך של נסיגה בטוחה, אין די בהגנת הסדר החברתי-משפטי כדי להצדיק הפעלה של כח מגן קטלני. כח כזה יחרוג מאד מעקרון הפרופורציה ואין להצדיקו. המסר הנכון שיש להפנות כלפי העושה אינו "קום והכה את התוקף בכח קטלני!", אלא "אם יכול אתה להימנע מהפעלת כח קטלני תוך מיצוי דרך של נסיגה בטוחה, הימנע מהמתת התוקף".

כאן יש לשוב ולהידרש למהותה של ההגנה הפרטית כ-"justification" – המעשה הנכון והמוצדק – גם מבחינה מוסרית. הקביעה כי אל לו לעושה להפעיל כח קטלני (קביעה שמשמעותה היא, כאמור, הטלה של חובת נסיגה), אין פירושה כי אם יימנע העושה מלסגת ויפעיל כח קטלני, תוטל עליו בהכרח אחריות פלילית. דומה, כי אפשרות זו היא המטרדה את מנוחתם של המתנגדים לחובת הנסיגה. יש לזכור כי לצד סייג הצידוק של הגנה פרטית יש מקום לסייגים קרובים אחרים – בעיקר מסוג פטור, כמו גם לאחריות מופחתת⁸⁹⁸. כך שראיית התגוננות בכח קטלני תוך סירוב לסגת כהתנהגות שבהחלט ניתן להבין את הנוקט אותה, אסור שתוליך להצהרה כי זוהי ההתנהגות הנכונה והמוצדקת. הצהרה זו נובעת ישירות מן השלילה של חובת הנסיגה ועלולה להדריך את הציבור להתנהגות אלימה במיוחד, שתוצאותיה הישירות הן אבדן חיי אדם. זאת, במקום להדריכו לריסון ולאיפוק במקרים שבהם ניתן להימנע מכח קטלני ובכל זאת לשמר את האינטרסים החשובים – ראשית לכל של הנחקף, אך גם של התוקף (חייו!) ובעקיפין גם של החברה בכללותה.

מסקנתי דלעיל, בדבר כוחו המוגבל של גורם הסדר החברתי-משפטי בהצדקת ההגנה הפרטית, מתאפשרת גם על רקע המציאות הקיימת בחברה. ניתן בהחלט להדריך את הפרט הנתקף לסגת עובר להפעלת כח מגן קטלני, ולהסתפק בפתרון לבעיה שמספקים המשטרה וגופים אחרים לאחר הנסיגה. ברם, אם בחברה מסוימת ובתקופה מסוימת נוצר מצב שבו התקיפות הן כה שכיחות עד כי אין אפשרות לקיים חיי חברה תקינים נוכח חובת הנסיגה (כגון מצב שבו אי אפשר ללכת ברחוב בלי להיאלץ לברוח תכופות מפני תוקפים), אזי אין לשלול מתן מעמד נכבד יותר להגנה על הסדר החברתי-משפטי במסגרת ההגנה הפרטית. לשמחתנו, אין זו המציאות במקומותינו.

אם נשוב לשאלה שהצבנו לעיל, בדבר ההסדר החקיקתי הראוי לסוגיית הנסיגה, הרי שנשאלת השאלה אם די בקביעה מפורשת כי האפשרות של נסיגה בטוחה תובא בחשבון

897 לדעה דומה, ברוח זו, ראו ע' 11 למאמרו ה'11/ של ביי. כן ראו ע' 306 למאמרו ט'24/ של Fletcher (אם כי עליי להסתייג מהצגת ההגנה הפרטית שם כ"רע הכרחי").

898 ראו הדיון בכח מגן מופרז, בפרק ו(3) שלהלן.

בהערכת התקיימות דרישת הפרופורציה, או שיש להוסיף לה גם כללים ספציפיים, הנובעים מן הדיון שלעיל במקרים הטיפוסיים השונים (המתוארים בטבלה א' שלעיל). המועמד המרכזי לעניין זה הוא הכלל שלפיו הנסיגה (הבטוחה) האפשרית שוללת (בהתאם לעקרון הפרופורציה) את ההצדקה של כח מגן קטלני (או במילים אחרות: הטלת חובת נסיגה עובר להפעלת כח מגן קטלני). סבורני, כי נוכח חשיבותו הרבה של ערך חיי האדם (אפילו כשמדובר בתוקף) יש טעם בכלל כזה, אם כי אין זה רצוי שיבוא במקום העקרון הכללי. עם זאת, יש גם חיסרון לכלל כזה, בחוסר גמישותו, המביא לכך שהוא אינו מתאים לכל המקרים. כך, למשל, ייתכן מצב שבו הסכנה הצפויה לנתקף כתוצאה מהנסיגה היא בינונית – כזו שלא בנקל ניתן להתעלם ממנה ולא בנקל ניתן להשתית עליה היזקקות לכח מגן קטלני. למצבים כאלה יכול בית-המשפט להתאים פתרונות ראויים תוך גזירתם ישירות מן העיקרון הכללי. העיקרון הכללי הרצוי הוא, כאמור, כי החובה לסגת תיגזר בכל מקרה ספציפי ישירות מעקרון הפרופורציה⁸⁹⁹.

שאלה מעניינת אחרת מצביעה על הקשר שבין אפשרות הנסיגה ומיידיות הסכנה. אפשרות הנסיגה הבטוחה עשויה לעתים להצביע על כך שהסכנה בעצם עדיין אינה מיידית. נתאר לעצמנו מצב שבו התוקף מאיים על הנתקף כי ידקור אותו בסכין שבידו, כשהמרחק ביניהם רב מאד עד כי הנסיגה בטוחה לחלוטין והסכנה אינה עוד מיידית. אם ימתין הנתקף במקומו ויאפשר לתוקף להתקדם, עשוי להיווצר מצב – לאחר שהתוקף יצמצם את המרחק שבינו לבין הנתקף בצורה משמעותית – שבו הסכנה כבר מיידית כל כך עד כי אין עוד אפשרות של נסיגה בטוחה. האם רשאי הנתקף להמתין ולהפעיל את הכח המגן רק לאחר שאובדת לו אפשרות הנסיגה? הפתרון לקושייה זו כרוך גם בהסדר הניתן לסוגיה – שאליה נתייחס בהמשך – של הגורם באשמתו למצב שבו עליו להתגונן⁹⁰⁰.

שאלה נוספת שמעוררת דוגמה אחרונה זו היא, כלום יש הבדל בין מצב שבו התוקף מתקדם לעבר הנתקף – כך שאם רוצה הנתקף למנוע עימות פיזי עליו לסגת לאחור, לבין

899 נפקות בולטת של העמידה על העיקרון הכללי ואי-הסתפקות בחובת נסיגה עובר להפעלת כח קטלני בלבד, תהיה במקרה שבו הפגיעה באינטרסים של הנתקף ושל החברה נוכח נסיגה היא כה קלה, עד כי אפילו כח מגן שאינו קטלני אך רב (כגון הפלאת "מכות רצח יבשות" בתוקף) לא יעמוד בדרישת הפרופורציה (כגון כשישישה דוחפת גברתן צעיר בתור לאוטובוס ועל הנתקף לבחור בין ויתור על מקומו בתור לבין הכאת הישישה העיקשת).

900 ועדיין ייתכן כי אם יזהיר הנתקף את התוקף, כי בכוונתו להפעיל כח מגן קטלני אם יתקרב אליו התוקף, לא יהיה מקום לראותו כאשם במצב שנוצר רק משום שלא הקדים וברח. וראו פרק ו(4) שלהלן.

מקרה אחר, שבו הנתקף הוא המתקדם לעבר המקום שבו ניצב התוקף והתוקף מאיים על הנתקף, כך שאם רוצה הנתקף למנוע את העימות הפיזי, די אם יימנע מלהתקדם לעבר התוקף. שאלה זו מוליכה אותנו אל הדיון בחובות אפשריות אחרות, הקרובות (מהותית) לחובת הנסיגה.

(ז) חובות נוספות לחובת הנסיגה

שיקולים דומים לאלה המוליכים אל חובת הנסיגה עשויים להוליך גם אל חובות נוספות, קרובות אליה, המתייחסות לאלטרנטיבות אחרות להפעלת הכח המגן. חובה אחת שנדונה בספרות המשפטית היא חובת המחזיק בנכס לוותר עליו ולהימנע מהפעלת כח קטלני להגנה על החזקתו⁹⁰¹. כשהמצב הוא כזה שעל העושה לסגת ממקום האירוע ולהותיר את הנכס בידי התוקף, הנטייה היא לראות בו מקרה רגיל של נסיגה. לעומת זאת, כשמדובר במצב שבו אין צורך בנסיגת העושה אלא די אם יימנע מהפעלת כח מגן (קטלני) ויניח לתוקף ליטול את הנכס, הנטייה היא לדבר על חובה אחרת, כגון החובה להיענות לדרישת התוקף⁹⁰² או החובה להימנע מעשיית פעולה שהתוקף דורש מן הנתקף להימנע ממנה⁹⁰³. הבחנות דקות אחרות שנעשו הן הבחנתו של ה- Model Penal Code, בין דרישה של התוקף כי הנתקף יעשה מעשה כלשהו (שאו אין הנתקף חייב להיכנע) לבין דרישה של התוקף כי הנתקף יימנע מלעשות מעשה כלשהו (שאו, ככלל, חייב הנתקף להיכנע אם הוא נזקק לכח מגן קטלני) – כלומר הבחנה בין דרישה למעשה לבין דרישה למחדל⁹⁰⁴, וההבחנה בין הישארות העושה במקום שבו הוא נמצא (למרות ידיעתו כי התוקף הפוטנציאלי בדרכו לשם) לבין הליכת העושה למקום אחר (למרות ידיעתו כי התוקף הפוטנציאלי שוהה שם)⁹⁰⁵ – דהיינו שוב הבחנה בין מעשה למחדל.

סבורני, כי מן הבחינה המהותית כל המקרים הנ"ל הינם קרובים מאד ולפיכך רצוי שההכרעה לגביהם תיגזור ישירות מן העיקרון הכללי, ללא פיתוח רשת ענפה של כללי

901 ראו, למשל, ע' 20 למאמרו ה-11 / של ביין. על הבדל הקיים בין מצב כזה לבין מצב שבו מטרת התוקף היא המתת הנתקף עמדנו לעיל תוך דיון בעמדתו של Beale. ההבדל הוא שבמקרה הראשון, אך לא באחרון, משיג התוקף את מטרתו אם הנתקף נסוג. ראו הטקסט שלעיל שתחילתו בהפניה לה"ש 828.

902 ראו, למשל, ע' 87 לכרך II של ספרו ה-12 / של Robinson.

903 ראו, למשל, סעיף 3.04(2)(b)(II) ל-M.P.C. האמריקני יג' 4.

904 ראו שם וראו דברי ההסבר שבע' 26 ל-Draft יג' 3.

905 ראו ע' 295 ואילך למאמרו ה-18 / של Ashworth והאסמכתאות המובאות שם.

משנה קוואיסיטיים⁹⁰⁶. השאלה המהותית בכל המקרים אינה אם על העושה לסגת (או לוותר על הרכוש וכד'). לעולם אין מוטלת על העושה חובה לסגת ככזו. השאלה המרכזית היא שאלת הפרופורציה: האם – לאור עקרון הפרופורציה – מוצדקת הפעלת הכח המגן (הקטלני)? חשיבותן הרבה של האלטרנטיבות השונות להפעלת הכח הפתוחות בפני העושה היא לצורך קביעת האינטרסים שעליהם אכן נחוץ להגן ולשם הצבת אינטרסים אלה – ואותם בלבד – במאזן המשמש לבחינת העמידה בעקרון הפרופורציה. המסקנה הראשונית והמתחייבת מבדיקה כזו בכל מקרה ומקרה תהיה תשובה לשאלה אם מוצדקת הפעלת הכח המגן. היה ואינה מוצדקת, אזי לא שהעושה חייב לסגת (או לוותר על הרכוש וכד'), אלא בכלל אסור לו להפעיל את הכח המגן. כאמור, בדרך-כלל יזדהה איסור שכזה – מבחינה מעשית – עם הטלת חובה לסגת (או לוותר על הרכוש וכד').

לפיכך, אין הבדל מהותי בין מצב שבו האלטרנטיבה להפעלת כח מגן קטלני שבפני העושה היא נסיגה לבין מצב שבו האלטרנטיבה היא הימנעות מהפעלת הכח כך שהתוקף יוכל להימלט עם הטובין. המסקנה הנובעת מהבהרה זו היא שבהסדרת הנסיגה בחוק הפלילי יש לנקוט ניסוח שיקיף גם את האלטרנטיבות האחרות להפעלת כח (כגון ויתור – לפחות זמני – על הנכס).

אשר לכללים השונים שהוצעו, המתייחסים לזכותו של העושה להישאר במקומו או ללכת למקום אחר כלשהו, הרי שמבחינת עקרון הפרופורציה אין מתעוררת שאלה כלשהי עד ליצירת המגע בין התוקף לנתקף (או, לפחות, סמוך לכך). שהרי, כל עוד אין התקיפה מיידית, אין זכות ההגנה הפרטית מתגבשת, כך שאין גם כל מקום לבחון אם יעמוד כח מגן מסוים (קטלני, למשל) בדרישת הפרופורציה או שמא על העושה – בפועל – לסגת, לוותר על נכס וכד'. חשיבות פעולותיו של העושה הקודמות (בזמן) למצב שבו נחוצה ההגנה הפרטית, כגון הליכתו למקום מסוים או הישארותו במקומו, היא לעניין אחר לחלוטין, והוא האפשרות לראות את העושה כמי שגרם באשמתו למצב האילוצין. כך, למשל, אם הלך העושה למקום שבו מצוי התוקף הפוטנציאלי, והצטייד בנשק כשבכוונתו להמית את התוקף במסווה של הגנה פרטית, ברור כי יש משמעות משפטית רבה להליכתו אל מקום המפגש. במשמעות זו נדון בפרק שייוחד לעושה הגורם באשמתו למצב שבו נאלץ הוא להתגונן⁹⁰⁷. מכל מקום, אין אפשרות להסדיר מקרים

906 על הסכנות שבכללים מפורטים ונוקשים ראו, למשל, ע' 88 לכרך II של ספרו ח 12/ של Robinson.

907 ראו פרק ו(4) שלהלן.

ספציפיים כאלה במנותק ותוך התייחסות לנושא דיוננו בלבד – חובת הנסיגה. דברים אלה נכונים גם באשר לאלטרנטיבה נוספת שנוהגים להתייחס אליה – פנייה של העושה אל המשטרה בבקשה כי תגן עליו⁹⁰⁸.

עניין שונה, שאותו נזכיר לסיום פרק זה, מהווים כללים מספר המטילים על העושה חובות שונות בשים לב לשיקולי מדיניות כלליים חשובים. על כלל אחד כזה כבר עמדנו לעיל, בפרק שבו דנו באופי התקיפה⁹⁰⁹. הכוונה היא לחובה להיכנע למעצר בלתי חוקי המבוצע על-ידי איש הרשות⁹¹⁰. כלל אחר שהוא פרי שיקולי מדיניות כלליים נקבע ב- Model Penal Code האמריקני בנוגע להגנה על רכוש. בסעיף 3.04(2)(b)(II) הוטלה, לצד חובת הנסיגה, גם חובה לוותר על ההחזקה בנכס לאדם שלו תביעת-זכות לגביו – אם הכח המגן הנחוץ הוא קטלני⁹¹¹.

908 התייחסות לסוגיה זו ראו ע' 296 למאמרו ט' של Ashworth; ע' 800 לספרו ד' / של דייקן; ע' 306 למאמרו ט' / של Fletcher.

909 ראו פרק ד(4) שלעיל.

910 Robinson עמד על כך שכלל זה הוא אנלוגי לכלל הנסיגה – ראו ע' 94 לכרך II של ספרו ח' /12.

911 ראו סעיף זה ל-M.P.C. /4. למעשה, ניתן היה להגיע לאותה התוצאה גם ללא כלל מיוחד שכזה, אלא תוך התייחסות לאופי התקיפה הנדרשת כדי שיתגבש סייג ההגנה הפרטית, שהרי בעל תביעת-הזכות טועה לחשוב שזכותו להחזיק ברכוש, ולפיכך אם הוא מפעיל כח להגנת הרכוש, סביר להניח שיהיה פטור מאחריות פלילית במסגרת ההגנה הפרטית המדומה. מפני תוקף שכזה ממילא אין מקום להגנה פרטית (אם כי אפשרי מאד סייג ה"צורך") – קל וחומר שאין מקום להפעיל כנגדו כח קטלני. ראו פרק ד(4)(ה) שלעיל.

10. היסוד הנפשי

(א) כללי

עד כה דנו ביסודות האובייקטיביים של סייג ההגנה הפרטית. שאלות נכבדות מתעוררות גם באשר ליסוד הסובייקטיבי של סייג זה. השאלה המרכזית היא, אם יש לדרוש את התקיימותו של יסוד נפשי מסוים אצל העושה על-מנת שיתגבש הסייג ותוצדק ההגנה הפרטית. תשובה חיובית לשאלה זו מוליכה לשאלות החשובות הבאות: מה הוא תוכנה המדויק של דרישת היסוד הנפשי ומה הוא דינו של העושה הפועל בלי שהתקיים היסוד הנפשי הנדרש. אפשרות מרכזית אחת היא לקבוע כי לא נדרש יסוד נפשי כלשהו וכי די ביסודות האובייקטיביים של ההגנה הפרטית לצורך התגבשותה. כך, למשל, ייחנה מסייג ההגנה הפרטית (ויתרה מזו: מעשהו אף יוצדק!) אדם שהמית אדם אחר בלי לדעת את שהתברר בדיעבד – כי בכך בעצם הגן על עצמו מפני תקיפה על-ידי אותו אחר. אשר לאחריותו של העושה על-פי גישה זו, הרי שישנן שתי גישות משנה לעניין זה: לפי האחת ניתן לייחס לעושה, אשר פעל ללא מודעות לתנאים האובייקטיביים שהצדיקו את פעולתו, אחריות פלילית בגין ניסיון בלתי צליח ועניש לעבור עבירה⁹¹², ולפי האחרת פטור הוא מאחריות פלילית לחלוטין⁹¹³. האפשרות המרכזית האחרת היא לדרוש את התקיימותו של יסוד נפשי מסוים אצל העושה כתנאי להצדקת ההגנה הפרטית. הדרישה המינימלית תהיה מודעות שלו לתנאים האובייקטיביים המצדיקים את מעשהו. דרישה אפשרית אחרת, מקובלת וחזקה יותר, היא כי בנוסף למודעות כאמור תהא מטרותו של העושה להתגונן או להגן (על רכוש או על אדם אחר). בהיעדר היסוד הנפשי הנדרש, מקובל, במסגרת גישות אלה (הן זו הדורשת מודעות בלבד והן זו הדורשת גם מטרה מסוימת), לקבוע כי אחריותו של העושה לעבירה היא מלאה⁹¹⁴.

יש להבחין היטב בין סוגיית היסוד הנפשי נושא דיוננו לבין ההגנה הפרטית המדומה. אמנם בשני המקרים אנו מתחקים אחר היסוד הנפשי של העושה. אולם, בעוד שבהגנה המדומה משמשת אמונתו (המוטעית) של העושה בהתקיימות יסודות אובייקטיביים של הסייג תחליף להתקיימותם בפועל; תחליף שאין בו כדי להצדיק את המעשה (בבחינת "justification") אלא כדי להביא לפטור (בלבד) של העושה (בבחינת

912 זוהי גישתו של Robinson – ראו ע' 20 ואילך; 28 ואילך; 571 לכרך II של ספרו ח/12.

913 זוהי גישתו של Williams – ראו ע' 504 לספרו ח/2; ע' 741 למאמרו ט/3.

914 לגישה חריגה לעניין זה, שלפיה יש לייחס לעושה אחריות בגין ניסיון בלתי צליח בלבד, ראו ע' 444 לספרו ד/2(ב) של פלר.

"excuse" המבוסס על טעותו של העושה), הרי שהדרישה של התקיימות יסוד נפשי מסוים כתנאי להצדקת ההגנה הפרטית באה בנוסף לכל הדרישות האובייקטיביות של הסייג, ואינה מחליפה אותן⁹¹⁵.

(ב) היסוד הנפשי הנדרש לאור ההבחנה בין צידוק לפטור ולאור ההבחנה בין הגדרת העבירה לצידוק

לפני שנדון בהשלכת רציונאל ההגנה הפרטית על נושא דיונונו, יש להידרש למהותה של ההגנה הפרטית כצידוק ולהשלכות מהות זו, של מעשה מוצדק לחלוטין, על סוגיית היסוד הנפשי. הטעם לכך הוא ששאלת היסוד הנפשי אינה מתעוררת באשר להגנה הפרטית בלבד, אלא מדובר בשאלה עקרונית כללית, המתעוררת באשר לכל סייגי הצידוק. ואמנם, בדיונים רבים שנערכו בספרות המשפטית בסוגיית היסוד הנפשי הנדרש להתגבשות הצידוקים, ראו המלומדים לנגד עיניהם את ההגנה הפרטית כאחד מאותם צידוקים. לפיכך, כדי להפיק תועלת מאותם דיונים באשר לצידוק נושא דיונונו, יש להתייחס גם למהותם של כלל הצידוקים.

כדי לעמוד על מהותו של הצידוק ועל השלכת מהות זו על נושא דיונונו, יש לשוב ולהידרש לשתי הבחנות מהותיות ומרכזיות אשר נדונו לעיל ואשר תוחמות יחדיו את הצידוק ומאפיינות אותו: מן העבר האחד – ההבחנה בין הגדרת העבירה לבין הצידוק, ומן העבר האחר – ההבחנה בין הצידוק לבין הפטור.

לפי הגישה שאינה מבחינה הבחנה מהותית בין העבירה לבין הצידוק, אין לדרוש יסוד נפשי כלשהו לצורך התגבשות הצידוק, ודי בנסיבות המצדיקות האובייקטיביות כשלעצמן. שהרי, התקיימות הנסיבות המצדיקות כמוה כאי-התקיימות יסוד עובדתי שבעבירה⁹¹⁶. לעומת זאת, לפי הגישה המבחינה מהותית בין עבירה לצידוק, נדרשת לפחות מודעות של העושה לנסיבות המצדיקות (על-מנת שנוכל לומר שפעל על בסיסן), ואולי גם מטרה מסוימת (כגון – בעניינו – מטרה להתגונן או להגן). לפי גישה זו, נסיבות הצידוק הן בעלות משמעות ערכית ומשפטית אך ורק כשהעושה מודע להן⁹¹⁷.

915 אל ההגנה המדומה נתייחס בנפרד בפרק ו(2), והזכרתה כאן באה בעיקר בשל הנטייה, הקיימת לעתים, לבלבל בינה לבין הסוגיה, השונה לחלוטין, נושא דיונונו.

916 זוהי גישתו של Robinson – ראו בהרחבה הטקסט שלעיל, שתחילתו בהפניה לה"ש 109.

917 זוהי גישתו של Fletcher – ראו בהרחבה הטקסט שלעיל, שתחילתו בהפניה לה"ש 112, וההפניות המופיעות שם.

גישות אלה קשורות בתפישות השונות של מהות הצידוק⁹¹⁸. לפי תפישה מרכזית אחת, הצידוק הוא מעשה שהחברה רוצה שיעשה, משיקולים תועלתניים (היעדר "societal harm"). לפי התפישה המרכזית האחרת, על המעשה ה-"justified" להיות מוצדק גם מוסרית; בבחינת התנהגות צודקת, טובה ונכונה. במחלוקת יסודית זו מבכר אני, כאמור, את הגישה האחרונה. מכל מקום, אופייה הכללי של ההגנה הפרטית תואם את תפישתה כמעשה המוצדק מוסרית ולא כמעשה שהחברה מעוניינת שיעשה מבחינה תועלתנית גרידא⁹¹⁹. קיים הבדל מהותי וערכי חשוב לא רק בין צידוק לבין פטור, אלא גם בין רכיב הממוקם במסגרת של צידוק לבין רכיב המהווה חלק מהגדרתה של עבירה פלילית⁹²⁰. על בסיסו של הבדל זה, המקובל על מרבית המלומדים⁹²¹, נסמכת דרישה של התקיימות יסוד נפשי מסוים לצורך התגבשות הצידוק.

אין לקבל את עמדתו של Robinson, שלפיה כשם שאין חוקרים את היסוד הנפשי של אדם שלא קיים את היסוד העובדתי של העבירה – שהרי לא גרם נזק או רע; כך, בענייננו, כשאדם עובר עבירה אך מתקיימות הנסיבות המצדיקות, אין לתור אחר היסוד הנפשי שלו⁹²². קיים הבדל מהותי בין שני המקרים, שאין להתעלם ממנו. בעוד שבמקרה הראשון העושה אינו עובר עבירה כלשהי, הרי שבמקרה השני הוא עובר עבירה פלילית, על היסוד העובדתי ועל היסוד הנפשי שבה. לפיכך, מתגבשת העבירה הפלילית, ובהיעדר היסוד הנפשי הנדרש להתגבשות הצידוק, אין מתגבש הצידוק והאחריות הפלילית נותרת בעינה. אין להתעלם מחשיבות העובדה שהעושה גרם באופן וולונטרי לחלוטין, ולא בשל אילוץ כלשהו, לנזק ממשי תוך נכונות (ולעתים גם בחירה) לפגוע בערך המוגן על-ידי איסור העבירה⁹²³. נראה כי אפילו Robinson אינו יכול להתעלם לחלוטין ממשמעות העובדה שהעושה עובר עבירה (גם אם מתקיימות הנסיבות האובייקטיביות של הצידוק), דבר הבא לידי ביטוי בכך שגם הוא מקבל – אמנם בהקשר אחר ובכרך אחר, אך באותו ספר ממש – כי קיים "harm" גם במצב שכזה⁹²⁴.

918 עליהן עמדנו, בין היתר, במסגרת הדיון בהבחנה שבינו לבין הפטור – ראו פרק ב(1) שלעיל.

919 כפי שהשתדלתי להראות לעיל, בעת הדיון הרחב ברצינאל ההגנה הפרטית.

920 ראו בעיקר פרקים ב(1) ו-ב(2) שלעיל.

921 ראו הטקסט שלעיל, שתחילתו בהפניה לה"ש 116, וההפניות המופיעות שם.

922 ראו ע' 19 לכרך II של ספרו ח12/.

923 הנכונות לפגוע בערך המוגן מתקיימת לפחות בעבירות המחשבה הפלילית.

924 ראו ע' 83, 90 לכרך I של ספרו ח12/ בע' 83 הוא כותב: "The harm caused by the justified

; behavior remains a legally recognized harm that is to be avoided whenever possible"

"Justified conduct, on the other hand, causes a legally recognized harm or evil". ראו ע' 90 כותב הוא:

Robinson בבעייתיות שבהצדקת פעולתו של העושה שאינו מודע

תמיכה בדרישה של יסוד נפשי להתגבשות הצידוק הביע Fletcher⁹²⁵. לשיטתו, המצב אינו שהיעדר הנסיבות של הגנה עצמית מקנה פלילות, אלא קיומן של נסיבות אלה נותן סיבה טובה להפרת הנורמות האוסרות המתה ותקיפה. הוא מציע לאפיין את ההגנה הפרטית כחריג, שאותו יש לאפשר רק למי שראוי לטיפול מיוחד. טבעו של הצידוק הוא – לשיטתו – שלעושה יש סיבות טובות ומספיקות להפרת הנורמה, ולכן עומד הצידוק רק למי שפעל מסיבות אלה. כן מציע Fletcher לראות בצידוק פריבילגיה של העושה, כך שבהיעדר מודעות לנסיבות המצדיקות לא תהא אפשרות לקבוע כי העושה הפעיל את הפריבילגיה שלו⁹²⁶. רעיון מעניין כזה הובע כבר בראשית המאה על-ידי Beale, אשר כתב כך:

“Justification, then, is a legal power to act offensively. The power is the power to act, not the right to cause the result. Though the result would be desirable, it is not justified unless the defendant's personal action was done in exercise of the power”⁹²⁷.

דברים אלה מוליכים לביקורת שנמתחה על עצם הסיווג של ההגנות לצידוקים ולפטורים. הטענה היא שהסיווג מביא למסקנה המוטעית, שלפיה – בהבדל מסייגי הפטור – לצורך התגבשות סייגי הצידוק אין לדרוש התקיימות יסוד נפשי כלשהו⁹²⁸. הבעיה צומחת מן ההנחה המוטעית, שלפיה הצידוק הוא תופעה אובייקטיבית, ולפיכך התנהגות המוצדקת מבחינה אובייקטיבית אינה יכולה להפוך לבלתי חוקית בשל היעדר

לנסיבות ה"צידוק", מצאתי גם בה"ש 10 שבע' 124 לכרך I של ספרו ח12/. זאת ועוד: אם העיקרון המנחה הבלעדי הוא התקיימות "net harm", ללא צורך אפילו במודעות לנסיבות המצדיקות – כעמדת Robinson – ייתכן שיש להמתין בכל מקרה של עבירה שנים הרבה (ולהימנע מהרשעה) עד שתהא לנו פרספקטיבה היסטורית מספקת כדי לקבוע אם לא יצאה החברה נשכרת ממעשה העבירה... (שאז אולי התקיימו נסיבותיו האובייקטיביות של צידוק כלשהו, אם לא של הגנה פרטית אזי של "רע במיעוטו" ("צורך" מצדיק) – לפחות באותן שיטות משפט שבהן מוכר צידוק כזה).

925 ראו ע' 762, 768, 555 ואילך לספרו ח13/; מאמרו ט24/ (כולו); ע' 1363 ואילך למאמרו ט25/; ע' 1376 ואילך למאמרו ט27/; ע' 945 לכרך 3 של האנציקלופדיה ח26/.

926 ראו ע' 762, 768, 555 ואילך לספרו ח13/.

927 ראו מאמרו ט64/ של Beale.

928 ראו דברים ברוח זו בע' 70, 80 למאמרו ט38/ של Dressler; ע' 280 למאמרו ט28/ של Robinson וע' 27 לכרך II של ספרו ח12/; ע' 469-470 למאמרו ח24/ של קרמניצר; ע' 232 למאמרה ח7/ של גור-אריה.

המודעות של העושה. התשובה הניצחת לטענה זו ניתנה על-ידי Hall, ולפיה היגיון הדברים אינו שצידוק שהיה קיים קודם לכן בוטל בשל "mens rea" (כלשונו), אלא שכלל אין צידוק אם יש "mens rea"⁹²⁹ (דהיינו: הצידוק כלל לא התגבש, שהרי נדרש גם יסוד נפשי מסוים, מלבד התנאים האובייקטיביים, כתנאי הכרחי להתגבשות הצידוק – הבהרת המחבר). מעניין לציין כי בהקשר אחר מצאתי אצל Robinson עצמו את האמירה הבאה:

“While there was at one time some doubt, it is now undisputed that otherwise lawful conduct can be made criminal by an actor's culpable state of mind”.⁹³⁰

כזה הוא המצב, למשל, באשר לניסיון הפלילי⁹³¹. הן באשר ליצירת אחריות פלילית והן באשר לשלילתה אין עסקינן בתופעות אובייקטיביות טהורות ואין די בשאלה אם הסיטואציה החיצונית נאסרה על-ידי החוק הפלילי. מעבר לכך, גם אם מקבלים את ההבחנה שבין צידוקים לבין פטורים, אין פירוש הדבר שהכרחי להבחין ביניהם באשר לכל דבר ועניין. לפיכך, העובדה כי לצורך התגבשות הפטורים נדרש יסוד נפשי מסוים, אינה שוללת מסקנה אפשרית כי גם לצורך התגבשות הצידוקים נדרש יסוד נפשי מסוים. ההבדלים שבין צידוק לפטור הם רבים, אך אינם מקיפים ואינם אמורים להקיף את כל תכונותיהם. כך, למשל, בשני המקרים – הן לגבי צידוק והן לגבי פטור – נדרשת התקיימות כל יסודות העבירה, ובשני המקרים אין מוטלת אחריות פלילית על העושה.

קיימת טענה, שלפיה יש להימנע מלדרוש יסוד נפשי כלשהו להתגבשות הצידוק, משיקולי תועלתנות. שכן, הדרישה של יסוד נפשי מרתיעה את הפרטים מפני ביצוע מעשים שהחברה דווקא מעוניינת שייעשו. כך, למשל, מביא Robinson מקרה כדלקמן: שריפה גדולה קרבה אל מקום יישוב ועלולה להמית את יושביו. הדרך לעצור אותה היא לשרוף שדה פרטי הניצב במסלול התקדמותה. טענתו היא, כי אם נדרוש לצורך התגבשות הצידוק של “הרע במיעוטו” יסוד נפשי מסוים, נרתיע את העושה, השונא את בעל השדה, מלשרוף את השדה ולהציל בכך את אנשי היישוב⁹³².

929 ראו ע' 229 לספרו ח15.

930 ראו ע' 44 לכרך II של ספרו ח12.

931 אם כי בניסיון משמשת הכוונה להזיק גם מקור לסכנה ולא רק יסוד בהערכת אשמתו של העושה – ראו מאמרו ה47/ של אנקר.

932 ראו ע' 287 למאמרו ט287.

טיעונו של Robinson אינו משכנע. ראשית, אין הוא נוגע לדרישה של מודעות לנסיבות המצדיקות, שהרי אם אין העושה מודע להן (אם, למשל, כלל אינו יודע על השריפה הגדולה המתקדמת לעברו) אין כל טעם לעודדו להצית את חלקת שכנו אך ורק בשל הסיכוי הקלוש שיתכן שבכך יעצור שריפה גדולה יותר ומסוכנת – אם תפרוץ כזו. שנית, גם באשר לדרישה החזקה יותר – של מטרה מצדיקה – שלה אכן נוגע טיעונו של Robinson, אין הטיעון משכנע. כפי שנראה בהמשך, המתכונת הרצויה של דרישת מטרה מצדיקה אינה כוללת דרישה של בלעדיות. דהיינו: מטרה או מניע שליליים הנלווים למטרה המצדיקה אינם שוללים את הצידוק. לפיכך, ברובם המכריע של המקרים שאליהם מתייחס Robinson, ובכללם הדוגמה שהובאה לעיל, תתקיים גם המטרה המצדיקה. כך, למשל, באשר לקביעתו שלפיה נוכח דרישה של יסוד נפשי כדאי יהיה לפרוץ להתפרץ לבית שדייריו שונאים אותו⁹³³, יש לתת את הדעת לכך ששנאה כאמור אינה שוללת התקיימות מטרה להתגונן או להגן.

יהא זה נכון לערוך השוואה בין המצב שבו אין העושה מודע לנסיבות המצדיקות את מעשהו לבין מצב של שגגה. כשם שכאשר העושה מבצע את היסוד העובדתי של עבירה מסוימת ללא מודעות (בפועל או בכח) ליסוד זה (או לחלקו) אין מתגבשת העבירה, שכן אין מייחסים משמעות – לא ערכית-מוסרית ולא משפטית – למקורות, כך גם בסוגיה נושא דיונו אין כל טעם להנות את העושה מן המקורות, דהיינו מכך שלאחר מעשהו התברר כי התקיימו נסיבות של הגנה פרטית – שהעושה לא היה מודע להן כלל.

לעניין מקורות זו, מעניין לבחון את שני הצירים המרכזיים שעליהם נשענת האחריות הפלילית – סכנה ואשמה. כשבוחנים את העושה שאינו מודע לנסיבות המצדיקות את מעשהו, לא ניתן לאתר הבדל כלשהו – לא מבחינת אשמתו (הקיימת) ולא מבחינת הסכנה הצפויה ממנו (שגם היא קיימת) – בהשוואה לעברייני אחר המבצע את אותה העבירה בלי שהתקיימו נסיבות אובייקטיביות המצדיקות את מעשהו. התקיימותן המקרית של הנסיבות המצדיקות ודאי שאינה עשויה לבסס הבדל כזה ביניהם.

להצדקת מעשהו של הנאשם, שלא היה מודע להתקיימות הנסיבות המצדיקות את מעשהו, אין מקום מבחינה מוסרית ומבחינה משפטית, והיא אף תשים ללעג, לקלס ולשנינה את החוק. לדוגמה, ג' תקף את ב' שלא כדין. א' ראה אותם מתגוששים. הוא היה משוכנע בטעות כי ב' הוא שתקף את ג', אך מתוך עוינותו לג', המית דווקא אותו. כלום יעלה על הדעת להצדיק מוסרית את מעשהו של א' רק משום שלאמיתו של דבר

933 ראו שם, ה"ש 75.

ובניגוד לאמונתו של א' היה זה ג' שתקף את ב' שלא כדין, ולפיכך ניתן (בשים לב לנסיבות האובייקטיביות בלבד ובהתעלם לחלוטין מן היסוד הנפשי) לראות במעשהו של א' הגנה פרטית על אדם אחר?

טיעון נוסף כנגד דרישה של יסוד נפשי לצורך התגבשות הצידוק הועלה על-ידי Silving, הנמנית אף היא עם המלומדים הספורים השוללים דרישה כזו. הטעם לכך – לדבריה – הוא שסביר להניח כי העושה הבחין באופן לא-מודע שהוא מותקף, וכי יש לתת נפקות לגורמים לא-מודעים העומדים לזכות הנאשם⁹³⁴. זו הנמקה מוזרה: מניין לנו שקיימת סבירות כזו? מהי בדיוק אותה "הבחנה לא-מודעת"? סתמה ולא פירשה. כלום די בסבירות מפוקפקת שכזו, של הבחנה "לא-מודעת", כדי להצדיק מעשהו של אדם שעבר עבירה פלילית?

מלומדים מספר ביקשו ללמוד מן האינטואיציה של בני החברה באשר לסוגיה נושא דיוננו על ההסדר החקיקתי הראוי. כך, למשל, התנצחו ביניהם Robinson ו-Fletcher, כשכל אחד מהם מביא דוגמאות אחרות וטוען כי האינטואיציה של מרבית בני החברה תהא כפי שיטתו⁹³⁵. ראשית, כוחו של טיעון המבוסס על האינטואיציה של מרבית בני החברה הוא מוגבל. שנית, בהיעדר ממצאים של מחקר אמפירי יסודי בסוגיה⁹³⁶, די לנו בהתרשמויות הכל כך שונות של שני מלומדים נכבדים אלה, כדי להביאנו לזניחת טיעון האינטואיציה. במקומו עלינו לתור אחר קריטריונים אחרים להכרעה בוויכוח⁹³⁷.

934 ראו ע' 394 לספרה ח21/.

935 ראו ההתייחסות ל"ממצאים" של שני המלומדים בע' 23 ואילך לכרך II של ספרו ח12/ של Robinson.

936 לאחר מסירת ספר זה לדפוס, פורסם מאמרו ט67/ של Robinson, ובו (בע' 76-79) דיווח על מחקר אמפירי וניסיון ללמוד ממנו לענייננו. ברם, קשה ללמוד ממחקר זה דברים משמעותיים לענייננו. ראשית, פרטי המחקר והוכחת מהימנותו אינם מובאים במאמרו ט67/ של Robinson. שנית, הנשאלים לא נשאלו על התאוריות השונות, אלא החוקרים ניסחו תרחישים שהוצגו בפני הנשאלים, כך שייצגו את התאוריות השונות. והרי בעצם בחירתן וניסוחן של הדוגמאות – שאינן בפנינו – ניתן להשפיע על עמדות הנשאלים (ממש כשם שהדוגמה של גנב הפצצה, שעליה מבסס Robinson את מאמרו, אינה דוגמה "נקייה" – ראו ה"ש 982 שלהלן). שלישי, הנשאלים לא סברו שיש להצדיק (ואפילו לא לפטור) הצתה מוצדקת ללא מודעות לצידוק, אלא הביעו דעתם שיש לגזור עונש משמעותי – באותה חומרה של העונש שיש לדעתם לגזור בגין ניסיון להצתה בלתי מוצדקת (אם כי פחות מאשר בגין הצתה מכוונת בלתי מוצדקת) – ראו ע' 77 למאמר ט67/.

937 לבסוף, אם בכל זאת מותר גם למחבר לחטוא בהזכרת משאל צנוע (מבחינת מספר הנשאלים) שערך, הרי שממצאיו היו כדלקמן: כמעט כל הנשאלים תמכו בדרישה המינימלית של מודעות

לסיכום, סבורני כי אופייה של ההגנה הפרטית כצידוק, דהיינו: המעשה הנכון והמוצדק – גם מוסרית – מחייב לכל הפחות דרישה של מודעות העושה לנסיבות המצדיקות, אם לא גם מטרה מצדיקה (בענייננו – מטרה להתגונן או להגן). אין כל מקום להנות את העושה מן המקריות הצרופה שבהתקיימות נסיבות מצדיקות שלהן כלל לא היה מודע. אולם, אין להסתפק בגזירה מכאנית-אוטומטית של פתרונות לסוגיות ההגנה הפרטית מאופייה כצידוק, אלא יש לבחון תמיד את התאמת הפתרונות לרציונאל הספציפי של ההגנה הפרטית⁹³⁸.

(ג) היסוד הנפשי הנדרש לאור רציונאל ההגנה הפרטית

בבחינת הסוגיה נושא דיוננו לאור רציונאל ההגנה הפרטית מתבלט מיד גורם חשוב אחד מבין אלו הפועלים להצדקת ההגנה הפרטית, הלא הוא הסדר החברתי-משפטי. בעוד שעל עושה, המודע לנסיבות המצדיקות ופועל בתגובה להן, ניתן בהחלט לומר כי

לנסיבות המצדיקות, והתפלגו בתוכם בין אלה שתמכו גם בדרישה נוספת – של מטרה להתגונן או להגן – לבין אלה שהסתפקו בדרישת המודעות (ההתפלגות הייתה שווה בקירוב).
938 בחינה כזו ביקש לעשות Williams, בכותבו כך:

“Suppose that D, with intent to murder P, shoots and kills him; unknown to D, P was at that moment about to shoot D, so that from the objective point of view D's act was done in self-defence ... If the object of the law of self-defence is to deter the intending criminal (P) from his crime, by placing him outside the protection of the law if he tries to carry it out, then D has unwittingly subverted the purpose of the law, and so, presumably, should not be regarded as having committed an *actus reus*. If the object of the law of self-defence is merely to remove the prohibition otherwise imposed upon D, because it cannot be expected that in such circumstances the prohibition will be effective, it may logically be held that the law of self-defence is inapplicable to the situation, because D did not intend to act under it. It is submitted that the latter is the correct view”.

(הציטוט לקוח מע' 26 לספרו ח 1 של Williams; ההדגשה במקור; תוקן שיבוש הדפסה שבנינו הוחלפה האות D במופעה האחרון באות A).

מעבר לתמיכתי בחיפוש שכזה אחר הסדר ראוי לאור רציונאל ההגנה הפרטית, אינני יכול שלא להסתייג מהתייחסותו של Williams לרציונאל ההגנה הפרטית. לשיטתו, האפשרויות היחידות הן שתי תאוריות: אבדן הזכויות (forfeiture); וההגנה העצמית כ-“excuse”. כפי שהובהר לעיל בהרחבה (ראו פרקים ב(5) ו-ב(4)), מדובר בתפישות מיושנות של ההגנה הפרטית, שאבד עליהן כלח. ואולי תפישת זו של Williams את רציונאל ההגנה הפרטית היא שהביאה אותו לעמדתו החריגה (על רקע דעתם הנוגדת של מרבית המלומדים האחרים), שעליה עמדנו לעיל, ושלפיה אין נדרש יסוד נפשי כלשהו לצורך התגבשות ההגנה הפרטית (אפילו לא מודעות של העושה לנסיבות המצדיקות).

במעשהו הוא מגן על הסדר החברתי-משפטי, הרי ששונה הדבר לחלוטין באשר לעושה שאינו מודע לנסיבות המצדיקות. עושה כזה, העובר את העבירה לא בשל מצב האילוץ שאליו נקלע ולא כדי להרוף תקיפה בלתי חוקית, אלא משיקולים אחרים לגמרי ופלייליים (כגון עוינותו לתוקף), פוגע במעשהו העברייני בסדר החברתי-משפטי. הוא מפר סדר זה, ודאי שאינו מגן עליו וודאי וודאי שאינו ראוי להגן עליו. אמנם העושה פוגע בתוקף אשר מפר את הסדר החברתי-משפטי, אולם נוכח עמדתו הנפשית הנ"ל של העושה, מפר גם הוא סדר זה – אשר כאמור, אינו מושג אובייקטיבי טהור⁹³⁹ – ופוגע, בשל הסכנה שבו, בתחושת הביטחון של האזרחים שומרי החוק. היעדר טיפול משפטי באדם מסוכן כזה יפגע באמון הציבור בסדר המשפטי.

שאלה קשה הרבה יותר היא, אם מכתיב גורם הסדר החברתי-משפטי גם דרישה של מטרה מצדיקה – המטרה להתגונן או להגן – או שמא די במודעות העושה לנסיבות המצדיקות. סבורני, כי כדי שאדם יהיה ראוי להיחשב כמגן גם על הסדר החברתי-משפטי (מלבד הגנתו על עצמו, על אדם אחר או על רכושו), נדרשת גם המטרה המצדיקה הנ"ל. אולם, יש לזכור כי ההגנה הפרטית – בהבדל מסייג אפשרי של שימוש בכח למניעת פשע – אינה מוצדקת אך ורק על-ידי גורם הסדר החברתי-משפטי. קיימים גורמים נוספים להצדקתה, ובעיקר ההגנה על האוטונומיה של הנתקף ואשמתו של התוקף. גורמים אלה יפעלו להצדקת ההגנה הפרטית גם בהיעדר המטרה המצדיקה. לפיכך, ניתן בהחלט לצדד גם בגישה שלפיה די במודעות העושה לנסיבות המצדיקות. ההבדל בין שתי הגישות הוא שלפי האחת (שבמסגרתה נדרשת גם מטרה מצדיקה) מושם דגש רב יותר על גורם הסדר החברתי-משפטי, בעוד שלפי האחרת (שבמסגרתה די במודעות העושה לנסיבות המצדיקות) יש אמנם תפקיד לגורם הסדר החברתי-משפטי בהצדקת ההגנה הפרטית, אך תפקידו מוגבל ולא דומיננטי. שהרי, בעוד שהפועל במטרה להתגונן או להגן עושה זאת בהרמוניה מלאה עם הסדר החברתי-משפטי (סדר המחייב פעולה כזו) הרי שהפועל בהיעדר המטרה המצדיקה (אם כי תוך מודעות לנסיבות המצדיקות) בעצם מנצל את המצב שנוצר, לשם השגת מטרותיו השליליות, כך שהוא רחוק מלהיות המגונן האידאלי על הסדר החברתי-משפטי.

נוכח מסקנות אלה, דומה כי השאלה המרכזית הנותרת פתוחה גם לאחר בחינת רציונאל ההגנה הפרטית אינה זו שבין מקריות למודעות אלא זו שבין מודעות

939 ראו הדיון בסדר החברתי-משפטי שלעיל, אשר תחילתו לפני ההפניה לה"ש 479.

למטרה⁹⁴⁰. בטרם נשוב לשאלה זו, נעמוד בקצרה על הפתרונות שניתנו לסוגיה נושא דיוננו בשיטות משפט שונות, במטרה ללמוד מהם את הראוי לימוד.

(ד) היסוד הנפשי בראי המשפט המשווה

פסק-הדין המנחה במשפט האנגלי, והידוע ביותר בעולם המשפט האנגלו-אמריקני בנושא זה, ניתן בשנת 1850 בעניין Dadson⁹⁴¹. הנאשם היה שוטר שהוצב לשמור על חורשה שממנה נגנבו עצים. כשהבחין בגנב שנשא עצים, ולאחר שהלה סירב לעצור, ירה בו הנאשם ופצעו. הנאשם הואשם בעבירה של ירי בלתי חוקי במטרה לגרום נזק גופני חמור. באותם ימים היה זה חוקי לפצוע פושע נמלט במטרה לעצור אותו. לפי דין הגניבה שהיה קיים אז, גניבת עצים לא הייתה פשע אלא אם כן היו לגנב שתי הרשעות קודמות באותה עבירה. עובדתית היו לאותו גנב ההרשעות הקודמות הנדרשות, כך שהיה בגדר "פושע", אך Dadson כמובן לא ידע על הרשעות אלה. לפיכך נפסק, כי בהיעדר מודעות לנסיבות המצדיקות לא התגבש הצידוק, והנאשם הורשע.

המלומדים האנגלים הקדישו תשומת-לב רבה לפסק-דין זה. כך, למשל, טען Williams, כי פסק-הדין מוטעה, שכן אילו היה נכון, חייל בריטי שהמית חייל אויב בפעולה צבאית בהאמינו שהוא ממית את מפקדו שלו היה אשם ברצח⁹⁴². לדעת Williams מסקנה זו היא מגוחכת. ברם, איני רואה מה מגוחך בהרשעה כזו, במיוחד נוכח ההלכה המקובלת בימינו של כוונה (או מחשבה פלילית) מועברת⁹⁴³. Smith, המתייחס לדוגמה הנ"ל של Williams, גורס כי אין היא מתאימה לענייננו. אלא שהנמקתו היא חלשה למדי, שכן היא מבוססת על כך שרצח הוגדר במשפט האנגלי באופן מסורתי כ-"Killing of a person under the queen's peace", בעוד שחייל אויב היוצא למלחמה כנגד המלכה אינו under the queen's peace, כך שחסר אלמנט בהגדרת

940 כאן המקום לציין כי רובם המכריע של המלומדים תמימי דעים כי יש לדרוש לכל הפחות מודעות של העושה לנסיבות המצדיקות. מלבד המלומדים שאליהם התייחסתי לעיל, ראו גם, למשל, ע' 234-228 לספרו Hall של ע' 1114 לספרם Perkins & Boyce של ע' 917 ואילך למאמרו Heberling של ע' 655 לספרם La Fave & Scott של ע' 294 למאמרו Greenawalt של ע' 35-34, 259 לספרם Smith & Hogan של ע' 941 ראו פסק-הדין י' 11/ בעניין Dadson. אמנם לא דובר שם בהגנה פרטית אלא בצידוק אחר – שימוש בכח לביצוע מעצר, אולם פסק-הדין זכה להתייחסות רבה בספרות המשפטית, לרבות בדיונים בהגנה הפרטית.

942 ראו ע' 22 לספרו ח' 1/.

943 על המחשבה הפלילית (או הכוונה – לפי המקרה) המועברת ראו, למשל, ע' 587-593 לספרו (א) 2/ של פלר; וראו סעיף 20(ג) (2) לחוק העונשין (18) כפי שנקבע בחיקון מס' 39 (א) (17).

העבירה...⁹⁴⁴. לזכותו של Smith יש לציין, כי מלבד הנמקה פורמלית מאד זו לשלילת הדוגמה של Williams, הוא מביא בהמשך גם הנמקה מהותית: התנהגותו של העושה אינה הופכת לטובה יותר רק משום שמתקיימות נסיבות מצדיקות שהעושה אינו מודע להתקיימותן, שכן מדובר כאן במקריות טהורה⁹⁴⁵.

המצב המשפטי באנגליה הוא שהילכת Dadson (שלפיה נדרשת מודעות לנסיבות המצדיקות) חלה על ההגנה הפרטית, אך עד לאחרונה פורשו דיני המעצר כך שהילכת Dadson לא חלה על השימוש בכח לביצוע מעצר⁹⁴⁶.

רוב חברי הוועדה האנגלית, שעמדה מאחורי הצעת החוק האנגלית משנת 1989, תמכו בהילכת Dadson וגרסו כי רצוי לדרוש יסוד נפשי מסוים לצורך התגבשות ההגנה הפרטית. אף-על-פי-כן, משיקולים של עקביות עם הדין הקיים באנגליה בנוגע למעצר (שלגביו סברו כי די בנסיבות האובייקטיביות כשלעצמן), הוגדרה בהצעת החוק האנגלית ההגנה הפרטית כך, שלא נדרש יסוד נפשי כלשהו לצורך התגבשותה(!)⁹⁴⁷. הנוסח שנקבע הוא: "...in the circumstances which exist or which he believes to exist". בדברי ההסבר הבהירו המנסחים כי כללו בסעיף זה את החלופה של אמונה (סובייקטיבית) בקיום הנסיבות רק כדי להדגיש את עצמאות החלופה של התקיימות אובייקטיבית (גרידא) של הנסיבות⁹⁴⁸. בכך, אם להתבטא באופן מטאפורי, הוסיפו חברי הוועדה "חטא" על "פשע". ה"פשע" הוא היעדר דרישה של יסוד נפשי כלשהו להתגבשות ההגנה הפרטית, בניגוד לדעתם של חברי הוועדה עצמם ביחס לדין הראוי לסוגיה זו. ה"חטא" הוא צירוף ההגנה המדומה (שהרי זוהי משמעותה של החלופה בדבר אמונה [בלבד] בקיום הנסיבות) והעמדתה במעמד זהה להגנה הפרטית הממשית⁹⁴⁹. אם ביקשו חברי הוועדה לגבש הסדר עקבי, יכלו לעשות כן על-ידי קביעת

944 ראו ע' 30-31 לספרו ח4/.

945 שם, ע' 31-32.

946 ראו ע' 38, 245 ואילך למהדורה קודמת (השישית) של ספרם ח3/ של Smith & Hogan, שגם הם תומכים בהלכה זו. במהדורה החדשה של ספרם ח3/, משנת 1999, מובאת פרשנות חדשה לדיני המעצר האנגליים, שלפיה נדרשת מודעות לנסיבות המצדיקות לא רק בהגנה הפרטית, אלא גם כשמדובר בשימוש בכח לביצוע מעצר – ראו ע' 34, 259 למהדורה החדשה. לתמיכה נוספת בהילכת Dadson ראו מאמרו ט65/ של Christopher.

947 ראו ע' 123 לדברי ההסבר להצעת החוק האנגלית משנת 1985 (יג1/); ע' 231 ואילך לדברי ההסבר להצעת החוק משנת 1989 יג2/; ע' 38, 245 ואילך למהדורה השישית של ספרם ח3/ של Smith & Hogan; ע' 32-41 לספרו ח4/ של Smith.

948 ראו סעיף 44 להצעת החוק האנגלית יג2/ וכן ע' 231 ואילך לדברי ההסבר, שם.

949 טעות שעליה כבר עמדנו – ראו פרק ג(2)א) שלעיל. וראו פרק ו(2)ב) שלהלן.

דרישה ליסוד נפשי בכלל הציודקים⁹⁵⁰. יש לציין שחברי הוועדה אכן הלכו בסופו של דבר בדרך העדיפה האחרונה, וזאת במסגרת ה-“Consultation Paper” משנת 1992, שבו הציעו שינויים להצעתם משנת 1989, ובעקבותיו גם בנוסח משנת 1993 של הצעת החוק⁹⁵¹.

גם במשפט האמריקני, כמשפט האנגלי, נדרש יסוד נפשי לצורך התגבשות ההגנה הפרטית. יתרה מזו: על-פי רוב אין מסתפקים במודעות העושה לנסיבות המצדיקות, אלא נדרשת גם מטרה להתגונן או להגן⁹⁵². בעניין זה משקף ה-Model Penal Code את הדין המצוי⁹⁵³.

950 מעבר לכך, עקביות היא אמנם מגמה חיובית, במיוחד בחקיקה, אולם לא כשמתעקשים ליצור אותה בין עניינים שיש שוני מהותי ביניהם, כגון הגנה פרטית ומעצר. על הברל מהותי זה, החורג ממסגרת דיונו, עמד Smith לאור פסק-הדין יד/2 בעניין Thain (1985) – ראו ע' 34 ואילך לספרו ח/4; ע' 246 למהדורה השישית של ספרם ח/3 של Smith & Hogan. כפי שציין Smith, אם הייתה הצעת חוק זו הופכת לחוק, היה זה – הן לדעתו והן לדעת רוב חברי ועדת החקיקה – שינוי לרעה של הדין בסוגיה נושא דיונו; שינוי שנחשב לחיובי על-ידי חבר הוועדה Williams – ראו ע' 41 לספרו ח/4 של Smith.

951 ראו ההסבר בדבר הדרישה החדשה של מודעות העושה לנסיבות האובייקטיביות, אשר בפיסקה 20.9 שתחילתה בע' 64 ל-“Consultation Paper” יג'9. יצוין כי נוסח סעיף החוק המוצע שם (בע' 88) אף אינו מסתפק במודעות, אלא דורש גם מטרה מסוימת (The use of force) (1) – “28. ... (by a person for any of the purposes specified...)”. וראו סעיף 27 להצעת החוק יג'10 משנת 1993.

952 ראו, למשל, ע' 557 לספרו ח/13 של Fletcher; ע' 304 לספרו ח/20 של Silving; ע' 1114 לספרם ח/17 של Perkins & Boyce; ע' 655 לספרם ח/18 של La Fave & Scott; ע' 917-918 למאמרו ח/36 של Heberling; ע' 27 לספרם ח/23 של Baum & Baum; ע' 281 למאמרו ח/39 של Greenawalt. יצוין כי רשימה ארוכה יחסית זו של אסמכתאות מובאת כדי להמחיש את בדידותו של המלומד היחיד שגרס כי ישנן אסמכתאות במשפט האמריקני גם להיעדר דרישה של יסוד נפשי, ואפילו במספר דומה למספרן של אלה התומכות בדרישה – ראו ע' 290 למאמרו ח/28 של Robinson (תשומת-לב הקורא מופנית למספר המצומצם של אסמכתאות שהוא מביא שם לתמיכת טענתו כי יש גם פסיקה אמריקנית שלפיה אין נדרש יסוד נפשי כלשהו); ע' 13 לכרך II של ספרו ח/12 של Robinson (שם טוען Robinson להתפלגות כמעט שווה של האסמכתאות).

953 הנוסח שנקבע בו הוא: “... the actor believes that such force is immediately necessary for the purpose of protecting...”

אמנם, מבחינה מילולית, אין נוסח זה מחייב שמטרתו של העושה הייתה להגן, אלא לכאורה די אם הוא מאמין שהכח נחוץ למטרת ההגנה. אולם, מדברי ההסבר עולה כי כוונת המנסחים הייתה לדרישה של מטרה כיסוד נפשי של העושה. ובכל זאת, קיימת גם אפשרות שלמרות כוונת המנסחים יפורש הסעיף אחרת. ראו סעיף 3.04 ל-M.P.C. יג'4/ ודברי ההסבר שבע' 17 ל-Draft

הדרישה של מטרה להתגונן או להגן כתנאי להתגבשות ההגנה הפרטית קיימת גם במשפט הגרמני⁹⁵⁴ ומקובלת כדין המצוי בשיטות משפט רבות נוספות⁹⁵⁵. גם בהצעות מודרניות לרפורמות חקיקתיות, הן בארצנו והן מעבר לים, מקובל לדרוש מטרה. כזה הוא המצב בכל הצעות החוק הישראליות⁹⁵⁶; בהצעות החוק של אנגליה וניו-זילנד⁹⁵⁷; בקוד הפלילי לדוגמה של המכון האמריקני למשפט (M.P.C.) ובהצעת החוק הפדראלית האמריקנית⁹⁵⁸. ההצעות החריגות – שבהן ננקטה הגישה האובייקטיבית, שלפיה די בהתקיימות הנסיבות המצדיקות כשלעצמן – הן הצעה אנגלית קודמת, משנת 1989, שעליה עמדנו לעיל⁹⁵⁹, וכן הצעותיהם הפרטיות (הנפרדות) של Robinson ו-Silving⁹⁶⁰.

- יג3. גם כאן ניצב Robinson לבדו עם פרשנותו השונה, שלפיה אין נדרשת – גם לפי ה-M.P.C. – מטרה מסוימת – ראו ע' 18, 21 לכרך II של ספרו ח12.
- 954 ראו, למשל, ע' 307 (התייחסות להגנה הפרטית) 2941-295 – (התייחסות לצידוקים בכלל) לספרו ח32 / של Jescheck; ע' 750 למאמרו ט60 / של Herrmann (In German law, intent to defend) "is a necessary requirement of self-defense..."; ע' 304 לספרו ח20 / של Silving; ע' 557 לספרו ח13 / של Fletcher; ע' 23 לכרך II של ספרו ח12 / של Robinson.
- 955 באשר לשיטות המשפט המערביות ראו ע' 557 לספרו ח13 / של Fletcher וע' 1364-1363 למאמרו ח25. באשר לקודקסים הפליליים של מדינות שונות, הרי שבעוד שבחלק מהם אין הדרישה מפורשת אלא טעונה פרשנות, הרי שבשישה מתוך כעשרים הקודקסים הפליליים הזרים שנבחנו במסגרת מחקר זה קיימות אינדיקציות חזקות לדרישה של מטרה להתגונן או להגן (מדובר בקודקסים הפליליים של פינלנד (סעיף 6); סין (סעיף 17); רומניה (סעיף 44); שוודיה (סעיף 124)); קוריאה (סעיף 21) וקווינסלנד (אוסטרליה) (סעיפים 271-273) (להפניות המלאות ראו חלק יב של הביבליוגרפיה שבסוף הספר).
- 956 כך בסעיף 35 להצעה של הוועדה בראשות השופט אגרנט ח11 ("מעשה שעשה כדי להדוף"); בסעיף 46 להצעה של פלר וקרמניצר כפי שהונחה על שולחן הכנסת ח41 ("מעשה שעשה כדי להדוף") ובסעיף 38 להצעתם של אנקר וקרפ ח51 ("מעשה שעשה... כדי להדוף או למנוע"). כך גם – כפי הנראה – בנוסחו החדש (ח17) של סעיף 34 לחוק העונשין – "מעשה שהיה דרוש... כדי להדוף...". "כפי הנראה" – שכן נוסח הסעיף סובל גם פרשנות אחרת, שלפיה המילים "כדי להדוף" הן חלק מתיאור נחיצותו של המעשה ("מעשה שהיה דרוש... כדי להדוף...").
- 957 ראו סעיף 27 להצעת החוק האנגלית יג10 / משנת 1993; סעיף 41 להצעת החוק הניו-זילנדית יג17.
- 958 ראו סעיף 3.04 ל-M.P.C. יג4 / וה"ש 953 שלעיל; סעיפים 603, 604, 606 להצעת החוק הפדראלית יג6.
- 959 ראו ה"ש 947-948 שלעיל והטקסט המפנה אליהן.
- 960 ראו סעיף 3-3 (ע' 565) וכן סעיף 18-3 (ע' 571) לכרך II של ספרו ח12 / של Robinson; סעיף 134 (ע' 390) ודברי ההסבר (ע' 394) לספרו ח21 / של Silving.
- יצוין כי הצעות החוק הקנדיות אינן מאפשרות הכללה כלשהי, שכן בעוד שבהצעה יג8 / משנת 1987 נדרשת מטרה באשר להגנה על הגוף אך לא נדרשת מטרה באשר להגנה על הרכוש, הנה בהצעה יג12 / משנת 1993 המצב הוא בדיוק הפוך (נדרשת מטרה בהגנה על הרכוש אך לא

(ה) תוכנה של דרישת היסוד הנפשי: מודעות מול מטרה

כאמור, הן מהותה של ההגנה הפרטית כצידוק והן רציונאל ההגנה הפרטית מחייבים דרישה של יסוד נפשי מסוים כתנאי להתגבשות סייג ההגנה הפרטית. אך מהו התוכן הראוי לה לדרישה זו? אין ספק, כי ביסודם של הדברים עומדת הדרישה למודעות לנסיבות המצדיקות. זהו התנאי המינימלי, כשהמחלוקת היא אם די בו כשלעצמו, או שמא נדרשת בנוסף לכך גם מטרה מסוימת. עוד יצוין, כי עיקר חציהם של המתנגדים לדרישה של יסוד נפשי כלשהו שלוחים – כפי שנראה בהמשך – אל עבר דרישת המטרה, שכן לא בנקל ניתן לבקר את דרישת המודעות⁹⁶¹.

לעניין דרישה זו של מודעות מתחייבת הבהרה חשובה. כשם שהמחשבה הפלילית, הנדרשת כתנאי בסיסי להתגבשות העבירה הפלילית הטיפוסית, מהווה מודעות של העושה לרכיבי היסוד העובדתי שבעבירה מלבד הנורמה האוסרת⁹⁶², כך גם הדרישה למודעות העושה לנסיבות המצדיקות כתנאי להתגבשות צידוק ההגנה הפרטית אינה משתרעת על הדין בכלל ועל דרישת הפרופורציה בפרט. התקיימות הפרופורציה היא שאלה משפטית. אמנם בדרך-כלל היא נקבעת על-ידי בית-המשפט ולא על-ידי המחוקק, אך אין המדובר בקביעת התקיימותה של עובדה, אלא ביישום דרישה נורמטיבית על עובדותיו של מקרה קונקרטי, ולפיכך היא מהווה חלק מן ה"דין". מדובר במושג המותיר שיקול-דעת לבית-המשפט, בעיקר נוכח חוסר האפשרות של עריכה בחוק עצמו של כל המאזנים האפשריים בין האינטרסים השונים העשויים להימצא בעימות. גם המבחן שבתי-המשפט נוהגים להשתמש בו לשם קביעת התקיימותה של הדרישה (האובייקטיבית) של הפרופורציה – "מבחן האדם הסביר"⁹⁶³ – מלמד שהם קובעים בעצם נורמה ולא את התקיימותה של עובדה. מקומה של ההתייחסות ליסוד הנפשי של העושה כלפי התקיימות הפרופורציה הוא אפוא במסגרת הסדר ההגנה הפרטית המדומה

נדרשת מטרה בהגנה על הגוף) – ראו סעיפים 3(10), 3(11), 3(12) להצעה יג' /סעיפים 37, 38 להצעה יג'12. נראה שלא מדובר בגישה עקרונית חדשנית אלא בבעיה ניסוחית.

961 כך, למשל, בונה Robinson את כל ביקורתו כנגד דרישת המודעות על המקרה הספציפי מאד של הצבת מלכודת ועל כך שהמודעות מהווה רק התקרבות לסטנדרט ההולם יותר – לשיטת המצדדים בדרישת יסוד נפשי – של מטרה מצדיקה – ראו ע' 15 ואילך לדרך II של ספרו ח12. במאמר מוסגר יוער, כי לדעת, הניתוח של Robinson הנוגע לסוגיית המלכודת הוא מוטעה, שכן הוא מתרכז רק במודעות העושה ברגע פעולת המלכודת, בעוד שמודעותו של העושה בזמן הצבת המלכודת הוא מתעלם לחלוטין.

962 ראו, למשל, ע' 487 ואילך לספרו ד2/א) של פלר; וראו סעיף 20א) לחוק העונשין (1א) כפי שנקבע בתיקון מס' 39 (17א).

963 ראו, למשל, ע' 364 למאמרו של Yeo.

או במסגרת הסדר של אחריות מופחתת במקרה של הגנה פרטית בכח מופרז; הסדרים שבהם נדון בהמשך⁹⁶⁴.

מכאן לשאלה הקשה יותר: מהי הדרישה הרצויה – הסתפקות במודעות בלבד או דרישה שתתקיים גם מטרה? גם כאן מתחייבת תחילה הבהרה חשובה. בניגוד לנטייה הקיימת לעתים לדבר על מניעים, או לבלבל בין מניעים למטרות⁹⁶⁵, הרי שהדרישה הבאה בחשבון היא מטרה ולא מניע⁹⁶⁶. דעתי, שהובאה בהרחבה רבה יותר במקום אחר⁹⁶⁷, היא כי ככלל אין המניעים רלוונטיים למשפט הפלילי המהותי, וזאת בהבדל ברור מן המטרות, העשויות להיות רלוונטיות, בהצביען על בחירה של העושה לפגוע בערך המוגן על-ידי איסור העבירה.

כאמור, הדרישה של מטרה בנוסף למודעות מתיישבת טוב יותר, הן עם גורם הסדר החברתי-משפטי שברציונאל ההגנה הפרטית, והן עם אופייה – המוצדק לחלוטין – של

964 ראו (בהתאמה) פרקים ו(2) (ה) ו-ו(3) שלהלן.

965 לטעויות בעניין זה (על-פי רוב – שימוש במונחים "מניע" ו"מטרה" לסירוגין ובאותו תפקיד, כשעמדת הכותבים היא למעשה שיש לדרוש "מטרה") ראו ע' 17 לדברי ההסבר ל-M.P.C. יג' 33; ע' 70 למאמרו של Dressler. לעומת זאת, כשמדבר Robinson על מניע רע במקום על היעדר המטרה הטובה הנדרשת (ראו ע' 291 למאמרו ט' 28), אין הדבר נובע מחוסר הבחנה שלו בין מניעים למטרות, אלא נועד, כפי הנראה, לשרת את הטיעון שלו – שלילת דרישת המטרה – תוך טשטוש הדרישה האמיתית.

966 לרענון ההבחנה בין מושגים אלה, ניתן דעתנו לדוגמה הבאה (פרשת ברזאני ומזרחי – פסק-הדין 566): רגשי נקמה כלפי גבר שאכזב אהבת אישה, הביאו את האישה לרציחת אביו של הגבר, במטרה לפגוע פגיעה נפשית חמורה באותו גבר. המניע – בדוגמה זו רגשי הנקם – הוא התשובה לשאלה: מדוע פעל כך העושה? מדובר ביחס נפשי שאינו מתייחס לאירוע עתידי כלשהו. המטרה – בדוגמה זו השאיפה לפגיעה נפשית חמורה בגבר המאכזב – היא התשובה לשאלה: מה שאף העושה להשיג באמצעות מעשהו? המטרה היא רצון, יחס שאיפתי להשגת יעד כלשהו (בדוגמה הנ"ל – הפגיעה הנפשית בגבר). מבחינת היחס הנפשי, זהה המטרה לכוונה הפלילית (שהיא בדוגמה הנ"ל השאיפה למותו של האב). בשני המקרים מדובר ברצון, ביחס שאיפתי. ההבדל הוא שבעוד שהכוונה הפלילית מתייחסת להשגת תוצאה, שהתקיימותה נדרשת בהגדרת היסוד העובדתי של העבירה, הרי שהמטרה מתייחסת להשגת יעד, שהתקיימותו אינה תנאי להתגבשות העבירה (כגון שלילת קבע של הדבר הנגנב מהבעלים – בעבירת הגניבה). כך שמהותית קרובה מאד המטרה לכוונה, ושתייהן נבדלות מאד מהמניע (לפיכך, למשל, ניתן להחליפן בתחליף המהותי "הילכת הצפיות", אשר כלל אינה ניתנת להחלה על המניע, שהרי המניע אינו מתייחס לאירוע עתידי כלשהו). וראו בהרחבה גדולה יותר ע' 339 ואילך למאמרו 36/ של מחבר ספר זה וע' 725 ואילך למאמרו 46/.

967 ראו ע' 339-343 למאמרו 36/ של המחבר. כן ראו שם על הנטייה הקיימת לבלבל בין מניעים למטרות. לתמיכה נוספת ומנומקת בגישתי זו ראו ע' 17 לכרך II של ספרו 12/ של Robinson.

ההגנה הפרטית. אך בדרך אל המסקנה כי זהו גם הדין הרצוי, יש להתגבר על כמה מכשולים עיוניים נוספים שהציבו מתנגדיה של דרישה זו. את מרבית הקושיות האפשריות בעניין זה העלה Robinson: איזו מטרה בדיוק יש לדרוש? האם עליה להיות בלעדית? האם עליה להיות המטרה העיקרית? או שמא מטרה הכרחית (שבלעדיה לא היה העושה נוהג כפי שנהג)? טיעון נוסף בפי Robinson, והוא – כי בעוד שבאשר לעבירה פלילית מתייחסת דרישת המטרה לגורם אובייקטיבי המופיע בהגדרת העבירה (היעד – הבהרת המחבר) הרי שבהגנות אין לה למטרה גורם אובייקטיבי מקביל כלשהו להתייחס אליו⁹⁶⁸.

גם Silving ו־Dressler לא חסכו את שבט ביקורתם מדרישת המטרה. הראשון מפקפק במטרותיו הנעלות של המתגונן, במחויבותו לאינטרס הציבורי ובאומץ שמשקף מעשהו, ועומד על כך שלעתים קרובות פועל העושה עם מטרות מעורבות או באופן ספונטני⁹⁶⁹. השנייה גורסת כי דרישת המטרה אבסורדית בפשטנותה, בהניחה כי התנהגות אנושית מודרכת על-ידי מניע בודד, בסתירה למציאות הפסיכולוגית⁹⁷⁰.

התשובה העיקרית למרבית הקושיות והטיעונים שהוזכרו היא, כי אכן אין לדרוש שהמטרה המצדיקה (להתגונן או להגן) תהא גם מטרתו הבלעדית של העושה. אכן, לעתים קרובות יתלוו אליה מטרות ומניעים נוספים, שחלקם לא יהיו טהורים. אולם, לא יהא בכך כדי לגרוע מנכונות הקביעה שהעושה אכן פעל כדי להתגונן או להגן, ובכך סגי. ואכן, לעתים מבהירים התומכים בדרישה של מטרה מצדיקה כי אין הכרח שתהא זו מטרתו הבלעדית של העושה⁹⁷¹. חקירה מלאה של כל מטרות העושה היא גם מסובכת ומורכבת עד כדי חוסר מעשיות. לפיכך, גם אין מקום לעריכת מאזן מטרות או היררכיה בין מטרותיו השונות של העושה. החשוב לענייננו הוא עצם התקיימותה של המטרה להתגונן או להגן.

968 ראו ע' 17-18 לכרך II של ספרו ח12/.

969 ראו ע' 80-81 למאמרו ט38/ של Dressler. בדומה, מדבר Ashworth על מטרה שלילית למעשים הגנתיים – ראו ע' 302 למאמרו ט1/.

970 ראו ע' 304 לספרו ח20/ של Silving.

971 ראו ע' 17 לדברי ההסבר של ה־M.P.C. יג3/ (המנסחים מבהירים כי אין נדרשת בלעדיות של המטרה המצדיקה וכי זו גם הסיבה לכך שנמנעו מלדרוש שהעושה יפעל תחת ההשפעה של פחד בלבד); ע' 655 לספרו ח18/ של La Fave & Scott; ע' 28 למאמרה ט40/ של Rosen. במקומותינו ראו ע' 438 לספרו ד2/ (ב) של פלר ודבריו של השופט לנדוי בע' 313 לפסק־הדין ב25/ בעניין אחמד ושיך, והשוו לדבריו (המוטעים, לדעת) של השופט אשר בע' 167 לפסק־הדין ב36/ בעניין אפנר.

דוגמה טובה לחוסר הסבירות שבדרישת מטרה בלעדית יצר המחוקק הספרדי. בסעיף בקודקס הפלילי, שעניינו ההגנה על אדם אחר, דרש המחוקק שהעושה (המגן) לא יהיה מונע על-ידי נקמה, תרעומת או מניע בלתי לגיטימי אחר. התוצאה האפשרית והבלתי רצויה של דרישה כזו היא, שאם הנתקף מציע לעושה פרס כספי בעבור הצלתו מכף תוקפו, מסתכן העושה בהרשעה (!)⁹⁷².

אשר לשאלתו של Robinson בדבר המטרה שאותה יש לדרוש, וטיעונו שלפיו אין גורם אובייקטיבי בהגנה שאליו מתייחסת דרישת המטרה, הרי שבלי להכליל ולקבוע אם יש תוקף לטיעונו אלה בנוגע לכלל הצידיקים, די לנו בקביעה כי לפחות באשר להגנה הפרטית אין מתעורר כל קושי. המטרה שאותה יש לדרוש היא המטרה להתגונן (כשמדובר בהגנה עצמית) או להגן על הנתקף (כשמדובר בהגנה על אדם אחר) או להגן על הרכוש (כשמדובר בהגנה על רכוש)⁹⁷³.

לעניין טענתו האחרת, הרי שהמטרה להתגונן או להגן מתייחסת באופן ישיר לאובייקט הפיזי המותקף (ושעליו מגנים). אובייקט זה הוא חלק מן הסייג לא פחות מהיותו של היעד, שאליו מתייחסת דרישת המטרה הקבועה בעבירה הפלילית, חלק מן העבירה הפלילית. יתר-על-כן, בעוד שאין הכרח כי היעד, שאליו מתייחסת דרישת המטרה הקבועה בעבירה הפלילית, אכן יתקיים כדי שתגבש העבירה⁹⁷⁴, הרי האובייקט הפיזי המותקף כבר קיים בעולם (ומהווה חלק אינטגרלי והכרחי ממצב ההגנה הפרטית).

משהגדרנו את המטרה הנדרשת כמטרה (לא בהכרח בלעדית) להתגונן או להגן, ניתנת אף תשובה לטיעונו של Dressler: אין קושי בהצדקת פעולתו של העושה גם אם לא פעל מתוך מחויבות לאינטרס הציבורי ובאומץ לב⁹⁷⁵ וגם אם היו לו מטרות נוספות

972 ראו ע' 590-591 לספרה ח20/ של Silving, שם היא מביאה את נוסח הסעיף ועומדת על ביקורת זו של מלומדים ספרדיים.

973 הקושי בקביעת המטרה המדויקת שאותה יש לדרוש, שעליו עמד Robinson, קיים – אם בכלל – באשר לצידוק הכללי של "הרע במיעוטו", אך לא באשר להגנה הפרטית.

974 זהו, למעשה, ההבדל שבין היעד לבין תוצאה הנדרשת בהגדרת העבירה, שהרי בשני המקרים עשוי המחוקק לדרוש יחס שאיפתי כתנאי להתגבשות העבירה. היחס שאיפתי כלפי התוצאה, הנדרשת בהגדרת העבירה, ייקרא "כוונה", בעוד שהיחס שאיפתי כלפי היעד, שהתקיימותו האובייקטיבית אינה נדרשת בהגדרת העבירה, ייקרא "מטרה".

975 לעניין אומץ הלב יש להעיר כי הדוגמה שמביא Dressler להתגוננות נטולת אומץ לב – המתת ילד (ראו ע' 81 למאמרו 388) – אינה משרתת, לדעתו, את הטיעון שלו, שכן, כאמור, כשהתוקף אינו אחראי למעשיו אין מדובר כלל (שוב: לדעתו) בהגנה פרטית, אלא בסייג ה"צורך" כ-excuse (ראו פרק ב(5) (ג) שלעיל).

(כגון – בהגנה על אדם אחר – המטרה לקבל פרס כספי בעבור הצלתו מכף תוקפו). אשר לעושה הפועל באופן ספונטני, סביר להניח כי דווקא עושה שכזה פועל במטרה להתגונן או להגן ולא להגשמת מטרת אחרות.

קביעה אחרונה זו מוליכה להכללה גדולה ומשמעותית יותר. סבורני, כי באשר להגנה העצמית (של הנתקף על עצמו) אין בדרך-כלל הבדל מעשי בין דרישה של מטרה להתגונן לבין הסתפקות במודעות לנסיבות המצדיקות. שכן, קשה לתאר עושה, המודע לכך שתוקפים אותו תקיפה מיידית ומסכנים אותו והמפעיל כח מגן הנחוץ לשם הדיפת התקיפה, ובכל זאת אינו שואף להדיפת התקיפה. לפיכך יתמקד ההבדל בין דרישת המטרה לבין ההסתפקות במודעות בגזרות האחרות של ההגנה הפרטית, ובעיקר ההגנה על אדם אחר, ואולי גם ההגנה על רכוש. אשר למקרים אלה, אף בהם סביר להניח שהעושה, המודע לנסיבות ההגנה הפרטית והמפעיל כח מגן, ישאף להגן, ולו רק כדי ליהנות מן הסייג הפוטר מאחריות פלילית. הסבירות שמטרת העושה אכן תהיה להגן היא גבוהה במיוחד בשים לב למצב האילוץ, לדרישת המיידיות ולהיותה של הפעולה, לעתים קרובות, כמעט אינסטינקטיבית. ואילו באותם מקרים נדירים שבהם אין העושה שואף להגן, אלא אך מנצל מצב עניינים המאפשר לו – לפי הבנתו – להפעיל כח פיזי בניגוד לנורמה אוסרת, הרי שנוכח גורם הסדר החברתי-משפטי שברצינאל ההגנה הפרטית, ואם אכן מעוניינים לשמר את אופייה כצידוק נטול רכב מוסרי, ניתן בהחלט לתמוך בגישה שלפיה אין מקום להצדקת פעולתו. זאת, ברוח דבריו הנ"ל של Beale, שלפיהם הצידוק אינו היתר לגרום את הנזק אלא מתן כח לפעול כדי להגן⁹⁷⁶.

אפשרות מעניינת נוספת – שלא הועלתה בספרות – היא להסתפק במודעות העושה לכך שבמעשהו יגן קרוב לוודאי על האובייקט הפיזי המותקף מפני התוקף. זאת, בדומה להילכת הצפיות, שלפיה רואים בצפיית העושה כי קרוב לוודאי שתתרחש התוצאה הנדרשת בהגדרת העבירה (או שיתממש היעד הנזכר בה) תחליף מהותי לכוונה לגרום לאותה תוצאה (או למטרה להשיג היעד). גישה כזו, המבוססת על שקילות ערכית בין מודעות לקיומה של ודאות מעשית לבין שאיפה⁹⁷⁷, תצמצם עוד יותר (ולמעשה כמעט

976 ראו הטקסט המפנה לה"ש 927 שלעיל. ייתכן שניתן להתבסס כאן על הדוקטרינה של איסור על שימוש לרעה בזכות.

977 על שקילות ערכית זו עמדתי במקום אחר – ראו ע' 347 למאמרו 36/ של המחבר. מעניין לציין כי בהבדל מפעולתה הרגילה של הילכת הצפיות – הרחבת האחריות הפלילית (תוך ויתור על התקיימות המטרה השלילית הנדרשת בהגדרת העבירה) – הרי שאם יופעל כלל מקביל לה בהקשר של נושא דיוננו, הוא יפעל דווקא לצמצום האחריות הפלילית (תוך ויתור על התקיימות המטרה החיובית הנדרשת בהגדרת ההגנה).

ותאיין לחלוטין) את ההבדל שבין דרישה של מטרה להגן לבין הסתפקות במודעות לנסיבות המצדיקות.

(ו) ניסיון בלתי צליח?

לבסוף, מתבקשת גם התייחסות לבסיס שעל-פיו הוצע להטיל אחריות פלילית מסוימת על העושה אשר אינו מודע לנסיבות המצדיקות את מעשהו – ייחוס של ניסיון בלתי צליח ועניש. כך עומד Robinson על כך שהתאוריה האובייקטיבית של הצידוקים אינה מחייבת לפטור את העושה, שאינו מודע לנסיבות המצדיקות, מכל אחריות, אלא יש מקום להטיל עליו אחריות פלילית בגין ניסיון בלתי צליח. הסיבה לענישות לא תהא הנזק – שלא נגרם, לשיטתו – אלא כוונתו הרעה של העושה והסכנה שבו. מידת האחריות תהא בהתאם לזו הקבועה באותה שיטת משפט בגין ניסיון בלתי צליח. Robinson מוסיף ומציע לקבוע בקודקס הפלילי סעיף נפרד (לצורך הטלת אחריות פלילית) של "Attempt to act unjustifiably"⁹⁷⁸.

הליכה בדרכו זו של Robinson מהווה, למעשה, התייחסות אל רכיבי ההגנה כאל רכיבים הקבועים בהגדרת העבירה. כך, כשם שאמונה (מוטעית) בהתקיימותה של נסיבה, הקבועה בהגדרת העבירה, עשויה להצמיח ניסיון עניש, גם אמונה (מוטעית) באי-התקיימותה של נסיבה מצדיקה, הקבועה בהגדרת ההגנה, תוכל להצמיח ניסיון עניש, ממש כאילו הופיע בהגדרת העבירה היסוד (השלילי) של היעדר הנסיבות המצדיקות. ברם, סבורני כי גישה זו היא מוטעית, וזאת לנוכח ההבדלים הערכיים והמשפטיים שבין רכיבי העבירה לרכיבי ההגנה. לשיטתי, בהיעדר מודעות לנסיבות המצדיקות, כלל לא מתגבשת ההגנה ואנו נותרים עם אחריות פלילית מלאה בגין העבירה שהתגבשה – על כל יסודותיה – לרבות העובדתי והנפשי. נדמה כי יש משהו תמוה בייחוס של ניסיון (בלבד) לעבור עבירה, במצב שבו התקיימו כל יסודות העבירה, כגון בייחוס ניסיון לרצח (בלבד) כשהעושה לא רק ניסה אלא אף הצליח להמית את הקרבן, תוך התקיימות כל רכיבי העבירה.

מכל מקום, עמדתו זו של Robinson, שלפיה יש מקום להטיל על העושה אחריות פלילית בגין ניסיון (בלתי צליח) לביצוע העבירה, בצירוף הסכמתו כי נגרם נזק (אם כי

978 ראו ע' 20 ואילך; 28 ואילך; 571 לכרך II של ספרו ח12/.

מופשט)⁹⁷⁹ למרות ההתקיימות האובייקטיבית של הנסיבות המצדיקות, מעניקות למחלוקת ממדים מצומצמים יותר מכפי שניתן להתרשם ממבט ראשון.

גם פלר מגיע לתוצאה של ייחוס ניסיון בלתי צליח ועניש לעושה שאינו מודע לנסיבות המצדיקות את מעשהו, אם כי בדרך שונה לחלוטין. פלר – בהבדל ברור מ-Robinson – דווקא מצדד בדרישה של מודעות לנסיבות ההגנה הפרטית – אפילו בצירוף של מטרה להגן – כתנאי להתגבשות סייג ההגנה הפרטית. והנה, בכל זאת, הוא גורס כי בהיעדר המודעות הנדרשת מדובר בניסיון בלתי צליח ועניש⁹⁸⁰. ברם, לדעתי, אין מקום לגישת ביניים זו: אם דורשים יסוד נפשי מסוים כתנאי להתגבשות הסייג, הרי שבהיעדרו אין הסייג מתגבש, ונותרת בעינה האחריות הפלילית המלאה (ולא זו שבגיין ניסיון בלבד) לעבירה שנעברה על כל יסודותיה. מכל מקום, הבדל זה עשוי להצטמק עד כמעט היעלמות בשיטת משפט שבה מושווה דין הניסיון העניש לדין העבירה המושלמת^{981:982}.

979 ראו ע' 291 למאמרו ט28/.

980 ראו ע' 438-445 ובמיוחד ע' 444 לספרו ד2/ב).

981 כמו, למשל, בסעיף 34 לחוק העונשין הישראלי (1א) כפי שנקבע בתיקון מס' 39 (א17/).

982 לאחרונה פרסם Robinson מאמר נוסף בנושא דיונו, בכתב-עת ישראלי בתרגום לעברית. המאמר "גניבת הפצצה – למהותן של הגנות ההצדק" (ט67/), אינו מבשר חידוש כלשהו בגישתו של Robinson, אלא מהווה ניסיון לבססה על מקרה אמיתי שהתרחש ביוני 1997 על חוף ימה של תל-אביב. אדם בשם מוטי אשכנזי נטל ונשא תיק שהופקר על-ידי מחבל, ובו פצצה. כשגילה מה העלה בחתו, הזעיק את המשטרה והפיגוע שתכנן המחבל סוכל. לדעת Robinson, הפתרון המתאים למקרה שכזה הוא להצדיק את מעשהו של אשכנזי – שהרי הציל חיי אדם – אך עם זאת להטיל עליו אחריות פלילית בגין ניסיון בלתי צליח לעבור את עבירת הגניבה. מכיוון שזהו הפתרון שהוא מציע במסגרת מה שהוא מכנה "תאוריית המעשים" (שלפיה די בעצם הנסיבות האובייקטיביות של הצידוק), טוען Robinson שיש לדחות את מה שהוא מכנה "תאוריית הטעמים" (שלפיה נדרשת מטרה מצדיקה או לפחות מודעות לנסיבות הצידוק). כמה הערות קצרות באשר למאמרו של Robinson: ראשית, דומני שהדוגמה שעליה מבוסס המאמר איננה "נקייה". שהרי, ספק גדול אם אשכנזי בכלל עבר את עבירת הגניבה, שכן נראה שלא דובר ב"דבר בעל ערך שהוא נכסו של אדם" כנדרש בעבירת הגניבה, אלא בחפץ שהופקר, וייתכן אף שהנסיבה "בלי הסכמת הבעל" לא התקיימה. אם ממילא מדובר בניסיון ולא בעבירה המושלמת, הרי שאין לנו כל צורך ב"תאוריית המעשים" של Robinson, המצדיקה את המעשה ובכל זאת מטילה על העושה אחריות בגין ניסיון בלתי צליח. שנית, אפילו במקרים אחרים, שבהם מדובר בעבירה מושלמת ולא בניסיון, הרי שבשיטת משפט כשלנו, שבה בדרך-כלל זהו דין הניסיון לדין הביצוע המושלם, מצומצם מאד ההבדל שבין ייחוס אחריות לעבירה המושלמת (על-פי "תאוריית הטעמים") לבין ייחוס אחריות לניסיון בלבד (על-פי "תאוריית המעשים"). שלישית, Robinson – בפועל – מתעלם במאמרו מההבדלים המשמעותיים שבין יסודות

הממוקמים בהגדרת העבירה לבין יסודות הממוקמים בהגנה בכלל ובצידוק בפרט (ראו פרק ב(2) שלעיל). רביעיית, Robinson מקל על עצמו בכך שהוא מתמודד במאמרו עם תאוריה חלשה יחסית שלפיה די במטרה המצדיקה כשלעצמה, ובעצם מתעלם מהתאוריה החזקה בהרבה, שלפיה לשם התגבשות הצידוק יש לדרוש הן את התקיימות יסודותיו האובייקטיביים והן את היסוד הנפשי – מודעות לנסיבות המצדיקות, ואולי גם מטרה מצדיקה (זאת, פרט להתייחסות קצרה ושטחית בה"ש 47 למאמרו). לא ברור על סמך מה קובע Robinson שהמצדדים בדרישה של יסוד נפשי לצורך התגבשות הצידוק, מסתפקים באמונה של העושה בהתקיימות הנסיבות המצדיקות לצורך התגבשות הצידוק. עמדתי, המובאת בספר זה, היא שאמונה לבדה עשויה לבסס רק פטור של הגנה מדומה, אך לא צידוק (ראו פרק ו(2) שלהלן). חמישית, גם נימוק "האחריות במקרה של התנגדות לאדם הפועל בחוסר מודעות להצדק", שאותו מביא Robinson לביסוס עמדתו, אינו משכנע. לטענתו, מכיוון שלפי "תאוריית הטעמים" עבר אשכנזי עבירה ואין לו צידוק, מוצדק יהיה להתנגד לו ולמנוע ממנו לסלק את התיק עם הפצצה מהחוף הומה האדם, וזאת אפילו אם המחבל עצמו הוא שיעשה זאת. אך הרי גם אם נייחס לאשכנזי ניסיון בלבד – כהצעתו של Robinson – עדיין תהיה התנהגותו בלתי חוקית ולכאורה תצדיק התנגדות לה. כמו כן ספק אם קיימת בשיטת משפט כלשהי הגנה שממנה יוכל ליהנות גם המחבל עצמו בסיטואציה שכזו (שהרי גרם באשמתו למצב האילוף – ראו פרק ו(4) שלהלן). שישיית, Robinson מבקש לחזק את "תאוריית המעשים" שלו בהתבסס על האהדה שלה זכה מעשהו של אשכנזי בקרב הציבור הרחב. אך יש לדייק ולשאול, אם האהדה הייתה לעצם הגניבה (או ניסיון הגניבה), או שמא להזעקת המשטרה לאחר (ניסיון) הגניבה ולאחר שהתברר לאשכנזי שבתיק מצויה פצצה, למרות הסיכון של העמדה לדין. דומני, שמקור האהדה הוא במעשה השני – הזעקת המשטרה – אשר ממילא חורג מנושא דיוננו. אם מעוניינים לתמרץ מעשים כאלה, הדרך איננה הצדקת העבירה (ניסיון הגניבה) שנעברה ללא כל מודעות לנסיבות המצדיקות (לכך שבתיק פצצה), אלא באמצעות הקלה בעונש או אפילו פטור בגין חרטה פעילה ומועילה שלאחר העבירה (הזעקת המשטרה) – כקבוע למשל בסעיף 28 לחוק העונשין (18/). הנה-כ"י כן, כל המאמר מבוסס בעצם על דוגמה בעייתית מאד, שהלימוד ממנה רחוק מלהיות פשוט וחד-משמעי. התרחשותה במקומותינו (על חוף ימה של תל-אביב) היא אולי ההסבר לטרחתו של Robinson לפרסום מאמר זה בכתב-עת ישראלי ובעברית. לפירוט גדול יותר של עמדתו של Robinson ראו מאמרו הקודם ט66.

ה. ההבחנות הפנימיות

1. כללי (וההגנה העצמית)

דוגמה קלאסית לעשיית הבחנות פנימיות בין גזרות שונות של ההגנה הפרטית מצויה ב- Model Penal Code של המכון האמריקני למשפט, שבו הוסדרו בנפרד ההגנה העצמית (סעיף 3.04), ההגנה על אדם אחר (סעיף 3.05) וההגנה על רכוש (3.06), וכן נקבעו בו הוראות ספציפיות להגנה על בית המגורים (ומקום העבודה)⁹⁸³.

באופן כללי ניתן לקבוע, כי ההצדקה לעריכת הבחנות פנימיות שכאלה עשויה להיות קיומן של קטגוריות שהן שכיחות ושמתיימרים לגביהן שיקולי מדיניות ייחודיים כבדי משקל, עד כי מתבקש לגביהן טיפול נבדל על-ידי המחוקק. השיקול המרכזי העשוי להצדיק הבחנות פנימיות שכאלה הוא עקרון הפרופורציה. מחוקקים נוטים לקבוע הוראות מיוחדות לגזרות מסוימות של ההגנה הפרטית בהתבסס בעיקר על האינטרס הלגיטימי של הנתקף, המאויים על-ידי התוקף, דהיינו: בהתבסס על הערך המוגן. שהרי, ככל שהערך המוגן הוא חשוב יותר (כגון: חיי אדם לעומת רכוש), דרישת הפרופורציה מאפשרת הפעלת כח מגן גדול יותר. מקובל אף לראות בזה את ההסבר המרכזי להבחנות הפנימיות הקיימות במשפט האנגלו-אמריקני, שבו הוכר באופן מסורתי עקרון הפרופורציה במסגרת ההגנה הפרטית ואף ניתן לו מקום מרכזי, וזאת בהשוואה לשיטות משפט קונטיננטליות מסוימות, שבהן לא הודגש עקרון הפרופורציה ובהתאם גם לא נעשו ההבחנות הפנימיות⁹⁸⁴.

הגזרות המרכזיות של ההגנה הפרטית שאליהן יש להתייחס הן, בראש ובראשונה, ההגנה העצמית, ההגנה על אדם אחר וההגנה על רכוש. לכך ניתן להוסיף גם את ההגנה על בית המגורים וההגנה על רכוש של אדם אחר.

אשר להגנה העצמית, דהיינו: הפעלת כח על-ידי הנתקף עצמו כנגד התוקף להגנת חייו, גופו או חירותו⁹⁸⁵, הרי שיש לתת את הדעת למעמדה המיוחד. ההגנה העצמית היא

983 ראו M.P.C. יג' 4/.

984 ראו השוואה כאמור בין המשפט האנגלו-אמריקני לבין המשפט הגרמני והסובייטי (דאז) בע' 871 לספרו ח' 13/ של Fletcher וכן בע' 85 לכרך I של ספרו ח' 12/ של Robinson.

985 אין כוונתי כאן לשימוש הנעשה לעתים במונח "הגנה עצמית" לתיאור "ההגנה הפרטית" כולה – ראו ה"ש 1 שלעיל.

הגיזרה המרכזית ביותר של ההגנה הפרטית. כפי שראינו, ההגנה הפרטית התפתחה מן ההגנה העצמית, ועד היום משתמשים לעתים קרובות בביטוי הצר "הגנה עצמית" לתיאור התופעה הרחבה יותר של "הגנה פרטית". ייתכנו מחלוקות באשר למידת הצדקתן של הגזרות האחרות של ההגנה הפרטית, אולם ההגנה העצמית מתבלטת בהקשרים רבים כבלתי שנויה במחלוקת וכלב לבה של ההגנה הפרטית. לפיכך, ומטבע הדברים, כמעט כל מה שנאמר לעיל וייאמר להלן בנוגע להגנה הפרטית בכללותה, חל גם על ההגנה העצמית ותקף בראש ובראשונה לגביה ("כמעט" – למעט דברים שנאמרו תוך התייחסות ספציפית לגיזרה מסוימת אחרת של ההגנה הפרטית). לפיכך, אין טעם לדון בחלק זה של הספר בגיזרה זו של ההגנה הפרטית, אלא בשאלות המתעוררות ביחס לגזרות האחרות: ההגנה על אדם אחר, ההגנה על רכוש, ההגנה על רכושו של אדם אחר וההגנה על בית המגורים – לעתים קרובות תוך השוואה ביניהן לבין ההגנה העצמית. נעבור אפוא לדון בגזרות אלה.

2. ההגנה על אדם אחר

(א) כללי

אילו נכתב פרק זה אך לפני שנים ספורות, ודאי היה היקפו רחב בהרבה. והנה, כיום, נראה כי עיקר הוויכוח בנוגע להגנה על אדם אחר הפך לנחלת ההיסטוריה, שכן קיימת תמימות דעים כמעט מוחלטת – הן בקרב המלומדים והן בקרב המחוקקים⁹⁸⁶ – כי אין מקום להגביל את חוג האחרים אשר ההגנה הפרטית עליהם היא מוצדקת. כך, למשל, מצאה גישה מקובלת זו לאחרונה את ביטויה המלא בחוק העונשין הישראלי, לאחר שנים שבהן הייתה נחלתן של הצעות החוק בלבד⁹⁸⁷. את המחסום הטרימינולוגי שמהווה המונח "הגנה עצמית" ניתן להסיר תוך מעבר למונחים רחבים ומדויקים יותר, כגון "הגנה פרטית", המקיפים גם את ההגנה על אדם אחר⁹⁸⁸.

בהבדל מגזרות אחרות של ההגנה הפרטית הקיימות לצד ההגנה העצמית – ההגנה על רכוש וההגנה על בית המגורים – אין ההבחנה בין ההגנה על אדם אחר לבין ההגנה העצמית מבוססת על הערכים המוגנים ועל השלכותיהם (בעיקר, על התקיימות הפרופורציה). שהרי, מדובר באותם אינטרסים ממש, אלא שאינם של העושה אלא של זולתו. מכאן, שנדרש נימוק כבד משקל אחר כדי להבחין בין תנאי ההגנה על אדם אחר בהשוואה לתנאי ההגנה העצמית; נימוק שכפי שנראה בהמשך אינו בנמצא.

986 כך, למשל, מלבד הקודקסים הפליליים של גרינלנד (סעיף 5) ושל נורווגיה (סעיף 48), הטעונוים פרשנות, בכל יתר כעשרים הקודקסים הפליליים אשר נבחנו במהלך מחקר זה עולה באופן ברור מנוסח הסעיפים העוסקים בהגנה הפרטית כי זו משתרעת גם על ההגנה על כל אדם אחר. כזה הוא המצב גם בכל הצעות החוק החדשות אשר נבחנו במהלך מחקר זה (ראו – בהתאמה – חלקים יב; יג; ו'ג של הביבליוגרפיה שבסוף הספר).

987 הדבר בא לידי ביטוי במילים "שלו או של זולתו" שנקבעו בסעיף 22 לחוק העונשין באמצעות סעיף 1 לחוק העונשין (תיקון מס' 37), תשנ"ב 1992- (א/2) ובסעיף 34 לחוק העונשין (תיקון מס' 39), תשנ"ד 1994- (א/17) שבא תחתיו. בדברי ההסבר להצעת החוק ג/4 של פלר וקרמניצר (בע' 136) נאמרו הדברים הבאים, המצוטטים כאן תוך הסכמה מלאה: "עיקר השוני לעומת ההסדר שבחוק הקיים הוא שאין מבחינים עוד בין תנאי הלגיטימיות של ההגנה על אינטרס עצמי ובין תנאי הלגיטימיות של ההגנה על אינטרס הזולת. לא הייתה כל הצדקה עניינית להבחנה האמורה".

988 ראו, למשל, ע' 738 למאמרו של Williams; ע' 587 לספרה של Silving וה'ש 1 שלעיל.

הבהרה מקדמית נוספת היא שבמונח "הגנה על אדם אחר" כוונתי הן למצב שבו הפעלת הכח המגן היא בלעדית על-ידי העושה (המגן) והן למצב שבו פעולת העושה משתלבת עם כח מגן שמפעיל הנתקף עצמו (או מגן אחר) – שאז ניתן לראות בפעולת העושה גם תרומה הנופלת לכאורה בגדר שותפות לדבר עבירה, כמו סיוע, שידול או ביצוע בצוותא. כפי שנראה בהמשך, בשני המצבים יש מקום להצדקת ההגנה על אדם אחר⁹⁸⁹.

(ב) ההגנה על אדם אחר וסיווג ההגנה הפרטית כצידוק

לאחר הבהרות מקדמיות אלה, ובטרם נפנה לבחון מה מלמדנו רציונאל ההגנה הפרטית על ההגנה על אדם אחר, יש מקום לנסות ללמוד על נושא דיונונו מאופייה וממהותה של ההגנה הפרטית כצידוק. כפי שכותב אנקר:

"היות והגנת הצורך (הכותב מתייחס לסעיף 18 לפקודת החוק הפלילי, שבו הוסדרה בעבר גם ההגנה הפרטית, לצד הגנת ה"צורך" – הבהרת המחבר) אינה מבוססת על יסוד של כפיה כי אם על השיקול שהנאשם עשה בעבירתו מעשה שטוב ורצוי ומוצדק לעשותו, אין משמעות מיוחדת לעובדה שהנזק הנמנע היה צפוי לאדם אחר ולא לנאשם עצמו"⁹⁹⁰.

בדומה, גורס Fletcher כי אם ההגנה על הנתקף היא מעשה שהוא "right", אזי הכל מורשים לעשותו⁹⁹¹.

מלומדים רבים הצביעו על זכות ההתערבות להגנה על אדם אחר כנגזרת ישירות מן הסיווג כצידוק או כפטור: כאשר עומדת לנתקף הגנה מסוג צידוק (של הגנה עצמית), מוצדקת גם התערבותו של כל אדם אחר לצדו, שכן אופיו של הצידוק מוליך לאוניברסליות, ולעומת זאת, כשעומדת לנתקף הגנה מסוג פטור בלבד, מותרת – לכל היותר – התערבותם של קרוביו לצדו⁹⁹². חלק מהמלומדים אף רואים בכך את ההשלכה

989 הבהרה מקדמית אחרונה היא שלסייג הספציפי של הגנה על רכושו של אדם אחר נתייחס בנפרד בהמשך, בהיותו ניזון הן משיקולים של הגנה על אדם אחר והן משיקולים של הגנה על רכוש.

990 ראו ע' 12 לספרו ד/17.

991 ראו ע' 762 לספרו ח/13.

992 ראו, למשל, ע' 77 למאמרו ט/26 של Fletcher; ע' 279 למאמרו ט/28 של Robinson; ע' 333 למאמרו ה/23 של קרמניצר.

המעשית היחידה של ההבחנה בין צידוקים לפטורים⁹⁹³. ויש אף ההולכים בכיוון ההפוך ולומדים מן ההצדקה המקובלת של ההגנה על (כל) אדם אחר על האופי של צידוק שיש להגנה הפרטית⁹⁹⁴.

בעת הדיון בהבחנה שבין צידוק לפטור הבעתי דעתי כי אף שיש מקום ללמוד על אופייה של ההגנה הפרטית מהיותה צידוק ומאופיים הכללי של הצידוקים, אין זה רצוי לבצע גזירה מכאנית-אוטומטית של הפתרונות לסוגיות השונות של ההגנה הפרטית מעצם סיווגה כצידוק. כך, בעוד שיש קשר חזק בין היות ההגנה העצמית צידוק – דהיינו: המעשה הטוב, הנכון, המוצדק, גם מוסרית, ואשר ראוי לעשותו – לבין אופייה הזוה של ההגנה על אדם אחר, בכל זאת לא יהא זה מדויק לגזור את הצדקת ההגנה על אדם אחר במקרה קונקרטי מן ההצדקה של ההגנה העצמית וממנה בלבד. ראשית, כאמור, אין ההגנה על אדם אחר מתמצית בשותפות – שידול או סיוע לנתקף – אלא תיתכן בהחלט פעולה עצמאית – בגדר ביצועה העיקרי של עבירה – של העושה להגנת הנתקף. במקרה שכוח זה אין מדובר ב"הקרנה" המקובלת של מהות המעשה המוצדק על התרומות העקיפות לעשייתו (השותפות לדבר עבירה)⁹⁹⁵, אלא בהצדקה עצמאית של מעשהו של המגן.

שנית, ייתכן בהחלט שמעשה מסוים, שאילו בוצע על-ידי הנתקף עצמו לא היה מוצדק, שכן לא היה עומד בתנאי ההגנה הפרטית, אותו מעשה עצמו שבוצע על-ידי אדם אחר יהיה מוצדק, שכן עמד בתנאי ההגנה הפרטית. כזה הוא המצב, למשל, כשלנתקף מיומנות לחימה מסוימת, כגון ג'ודו, אשר בהתאם לנסיבות ולאור תנאי הנחיצות הייתה מביאה לשלילת ההצדקה לכך שישתמש בירי על-מנת להגן על עצמו, אך הנתקף אינו חש בסכנה ולכן אינו משתמש במיומנות הלחימה שלו, ואילו העושה – הנחליץ להגנתו – אינו מיומן בקרב ידיים כלשהו ונוזקק לירי מידי על-מנת להציל את חיי הנתקף. לפיכך מוטעית, לדעתי, ההתניה – הקיימת, למשל, ב-Model Penal Code האמריקני – של זכות ההגנה על אדם אחר בכך, שגם לנתקף עצמו זכות להגנה עצמית. התניה שכזו עלולה להרתיע מפני ההיחלצות להצלת הזולת מכף תוקפו⁹⁹⁶, שכן לגבי

993 ראו ע' 644 למאמרו ט/33 של Hall; ע' 732 למאמרו ט/3 של Williams.

994 ראו ע' 881 למאמרו ט/31 של Kadish; ע' 1263 למאמרה ט/81 של Finkelman.

995 ראו, למשל, ע' 446 לספרו ד/2(ב) של פלר.

996 ראו גם הטקסט שלהלן המפנה לה"ש 1027. חריג אפשרי לעניין זה – אשר יידון בפרק ו(4) שלהלן – הוא כאשר הנתקף גרם באשמתו להיווצרות מצב ההגנה הפרטית – ראו ע' 19 למאמרם ה/45 של אנקר וקנאי. אלא שבעוד שאפשרית הטלת אחריות פלילית על הנתקף עצמו, סבורני כי את הטלתה על אדם אחר הנחליץ להגנת הנתקף יש להתנות בכך שהוא מודע

אדם השוקל אם להגן על הזולת קשה, ולעתים בלתי אפשרי, לברר קודם להחלטתו אם לנתקף זכות הגנה עצמית. לפיכך, אם מעוניינים לעודד את הצלת הזולת, התניה שכזו אינה רצויה. עם זאת, אם קיימת אפשרות שהנתקף עצמו יתגונן באמצעים דרסטיים פחות מאלה שלהם נזקק העושה, עובר לפעולתו של העושה, עשוי הדבר להשפיע על הערכת נחיצות הפעולה של העושה.

שלישית, ייתכן בהחלט שמעשה שהנתקף עצמו מוצדק בעשייתו (כגון ירי קטלני בתוקף), העושה – שאינו הנתקף – אינו מוצדק בעשייתו. כזה הוא המצב, למשל, כשהעושה כלל אינו יודע על קיומן של נסיבות ההגנה הפרטית וממית את התוקף לא לשם הגנה על הנתקף אלא משיקוליו הפליליים לחלוטין. לפיכך סבורני כי – כפי שנראה בהמשך – יש לבחון את פעולתו של המגן על אחר ישירות לפי תנאי ההגנה הפרטית והתקיימותם לגבי העושה עצמו (כגון: נחיצות, יסוד נפשי וכו'). ואילו את ההצדקה הרעיונית לפעולתו יש להשתית – שוב: ישירות – על רציונאל ההגנה הפרטית. נעבור אפוא לבחינת רציונאל זה.

(ג) ההגנה על אדם אחר ורציונאל ההגנה הפרטית

גורם אשמת התוקף שברציונאל ההגנה הפרטית תומך, כמובן, לא רק בהגנה העצמית אלא גם בהגנה על (כל) אחר. לעומת זאת, גורם האוטונומיה של הנתקף אינו תומך באופן ישיר בהרחבת ההגנה העצמית תוך הצדקה גם של הגנה על כל אדם אחר. לפיכך, אין זה פלא שגם Fletcher, הרואה באוטונומיה את ההצדקה להגנה הפרטית, נזקק – כשהוא דן בהגנה על אחר – לגורם הסדר החברתי-משפטי, בציינו כי התקפה כנגד אחד היא התקפה כנגד כולם, ובהביעו דעתו שהאוטונומיה של היחיד מזוהה כאן עם קדושת (כך!) הסדר החברתי-משפטי⁹⁹⁷. אפשרות אחרת היא לומר שההגנה הפרטית על אדם אחר מאפשרת הגנה חזקה יותר על האוטונומיה של הפרט הנתקף.

אשר לגורם הסדר החברתי-משפטי, הרי שהוא תומך בהגנה על אחר לא פחות משהוא תומך בהגנה העצמית⁹⁹⁸. ראשית, יש כמובן לזכור, כי פעולתו של התוקף היא בלתי חוקית ופוגעת בסדר זה. שנית, החלפת רשויות המדינה וביצוע פעולת השיטור על-

לפרובוקציה של הנתקף – שהרי אחרת אין כל פסול במעשהו ואין מקום לכלל מדיניות שכביכול ידריכו שלא לפעול.

997 ראו ע' 869-868 לספרו ח13/.

998 לדעה דומה ראו ע' 632 למאמרו ט61/ של Eser; ע' 183 למאמרו ה1/ של קרמניצר.

ידי אורח שומר חוק הנחליץ להגנת זולתו, משרתת כמובן גם את הסדר החברתי-משפטי. כפי שמציין פלר:

“פעולה שכל רשות מופקדת על הסדר הציבורי הייתה חייבת לנקוט כדי להגן על הנתקף, מן הדין שכל אורח יהיה רשאי לנקטה, כאשר הרשות האמורה נעדרת מזירת האירוע”⁹⁹⁹.

שלישית, הרתעת העבריינין הספציפי (התוקף) והעבריינים הפוטנציאליים תהא חזקה בהרבה אם ידעו כי תקיפתם עשויה להיות מסוכלת לא רק על-ידי המשטרה (שלא תמיד נמצאת במקום האירוע, או, ליתר דיוק, על-פי רוב איננה במקום האירוע) ולא רק על-ידי הנתקף עצמו (שלעתים קרובות אין בכוחו להדוף את התקיפה), אלא גם על-ידי כל אדם אחר המזדמן – ולו במקרה בלבד – למקום האירוע.

על פעולתו של גורם הסדר החברתי-משפטי להצדקת ההגנה הפרטית על כל אדם אחר (לרבות זר לחלוטין), ניתן ללמוד גם מן ההסדר המקובל של צידוק אחר להפעלת כח, הלא הוא הסייג של שימוש בכח למניעת עבירה. צידוק זה מבוסס באופן כמעט בלעדי על הגנת הסדר החברתי-משפטי, ובהתאם הוא משתרע ללא הגבלה כלשהי לעניין הקרבה בין העושה (מסכל העבירה) לבין קרבן העבירה. מעניין לציין, כי בשיטות משפט שבהן היה סייג זה מוכר, נעשה בו שימוש גם להצדקת פעולתו של המגן על אחר, תוך עקיפת ההגבלות לקרובים בלבד שהיו קיימות במסגרת סייג ההגנה הפרטית או תוך התחמקות (גם בימינו!) מהתמודדות עם היקפה של זכות ההגנה הפרטית על אדם אחר¹⁰⁰⁰.

מלומדים רבים עמדו על הצדקתה המוסרית החזקה של ההגנה על אדם אחר. כך, למשל, מציין קרמניצר – בהתייחסו להגנת ה“צורך” – כי ניתן לראות את הגנת האינטרס של אחר כמוצדקת עוד יותר מן ההגנה העצמית, שכן המוטיבציה היא אלטרואיזם ולא אגואיזם, וכי תיתכן גם התנהגות הירוואית (בשל הסיכון לעושה הנחליץ להגנת זולתו) והקרבה עצמית¹⁰⁰¹. כאשר ביקש השופט אלון, בפסק-הדין בעניין אפנג'ר, לבסס את מסקנתו שלפיה יש להרחיב את ההגנה הפרטית כך שתשתרע גם על הגנה על כל אדם

999 הציטוט לקוח מע' 423 לספרו ד/2(ב).

1000 ראו, למשל, ע' 501 לספרו ח/2 של Williams; ע' 257 לספרם ח/3 של Smith & Hogan; ע' 952-951 לכרך 3 של האנציקלופדיה ח/26; ע' 93-92 לספרו ח/30 של O'Regan; ע' 665 לספרם ח/18 של La Fave & Scott; ע' 1663 ואילך לספרו ח/8 של Archbold; ע' 1144 ואילך לספרם ח/17 של Perkins & Boyce.

1001 ראו ה"ש 78 שבע' 202 למאמרו ה/1 של קרמניצר.

אחר, למרות לשונו המפורשת של החוק שהיה אז בתוקף (!), התבסס, לצד שיקולים מעשיים של מדיניות חברתית, גם על תחושת הצדק הטבועה באדם, על תקנת הציבור ועל השקפת עולם מוסרית-חברתית¹⁰⁰².

מעניין לציין כי ההצדקה המקובלת של ההגנה הפרטית על (כל) אדם אחר עשויה לשמש גם כמקרה-מבחן ("test case") טוב לשלילת כמה תאוריות אחרות שהוצעו להצדקת ההגנה הפרטית, כגון ראייתה כפטור בלבד¹⁰⁰³; השתתה על האוטונומיה בלבד¹⁰⁰⁴ וראייתה כזכות כנגד המדינה להתנגד לתוקפנות¹⁰⁰⁵. שהרי, אין בכוחן של תאוריות אלה להסביר את ההגנה על אדם אחר, לרבות זר.

כך ניתן היה לסיים את הדיון בסוגיית ההגנה על אדם אחר, אולם נוכח הגבלות שונות שהוטלו עליה במשפט האנגלו-אמריקני, מעניין לעמוד עליהן ולבחון את ההצדקה להן (או, ליתר דיוק, את חוסר ההצדקה).

(ד) ההגנה על אדם אחר במשפט האנגלו-אמריקני

במשפט המקובל האנגלי הקדום נתפשה ההגנה העצמית כפטור בלבד ולא כצידוק, ולכן אך טבעי הוא שהפטור ניתן אז לנתקף בלבד ולכלל היותר גם לקרוביו שנחלצו להגנתו¹⁰⁰⁶. גורם נוסף שהקשה על ההכרה בהגנה על כל אדם אחר, היה המחסום הטרימינולוגי שהיווה המונח שהיה מקובל אז – "הגנה עצמית" – מונח שלפחות מן הבחינה הלשונית מקיף אך ורק את הגנת העושה על עצמו¹⁰⁰⁷. מעניין כי מבחינה היסטורית התפתחה במשפט המקובל ההגנה על אחר, כפי הנראה, לא מן ההגנה העצמית (של העושה על חייו וגופו) אלא דווקא מן ההגנה על רכוש. בתקופות קדומות, שבהן אשתו, ילדיו ומשרתיו של אדם נתפשו כרכושו, הקיפה ההגנה על רכוש גם אותם.

1002 ראו ע' 149-155 לפסק־הדין ב36/ בעניין אפנר. הסתייגותי מדברי השופט נובעת מהתנגדותי להעדפת כללי המשפט העברי על פני לשונו המפורשת של החוק (סעיף 22 לחוק העונשין כפי נוסחו אז הגביל את ההגנה לאחרים "שהגנתם עליו"), אולם ככל שדברי השופט נוגעים לדיון הרצוי (בהבדל מן המצוי אז) סבורני כי הם משכנעים מאד.

1003 ראייה כזו אכן עשויה לתמוך בהגבלה הלא רצויה של ההגנה לקרוביו של הנתקף בלבד. ראו ה"ש 992-993 שלעיל והטקסט המפנה אליהן וראו פרק ב(4) שלעיל.

1004 עמדו על כך קרמניצר – ראו ע' 183 למאמרו ה1/; וכן Omichinski – ראו ה"ש 77 שבע' 1460 למאמרה ט37/3. וראו גם פרק ב(5)(ד) שלעיל.

1005 עמדו על כך אנקר (ראו ע' 237 לספרו ד1/) וכן Omichinski (ראו ה"ש 77 שבע' 1460 למאמרה ט37/3). וראו גם פרק ב(5)(ז) שלעיל.

1006 ראו, למשל, ע' 738 למאמרו ט3/ של Williams וכן פרקים ב(4) ו-ב(3) שלעיל.

1007 ראו ה"ש 988 שלעיל והטקסט המפנה אליה וכן ה"ש 1 שלעיל.

מאוחר יותר הותרה – לשם יצירת הדדיות – גם הגנה של האישה, הילדים והמשרתים על אותו אדם, ובהדרגה הורחבה ההגנה על אחר גם להגנה על קרובים רחוקים יותר, עד שלבסוף הוכרה גם ההגנה על זרים¹⁰⁰⁸. האסמכתא המוכרת הראשונה להכרה בהגנה על כל אדם אחר – לרבות זו – היא פסק-הדין משנת 1634 שניתן בעניין *Walter v. Jones*¹⁰⁰⁹.

פסק-דין אנגלי נוסף שמן הראוי להזכירו – בשקפו מגמה שהייתה קיימת בעבר הלא רחוק – הוא פסק-הדין משנת 1967 בעניין *Duffy*¹⁰¹⁰. בית-המשפט לערעורים נמנע מלהכריע בשאלה, אם ההגנה על אחר מוגבלת בדרישה של קרבה מסוימת בין העושה (המגן) לנתקף, אלא העדיף להתבסס על סייג אחר לאחריות פלילית הקיים במשפט האנגלי – מניעת פשע. כיום, בעקבות סעיף 3 ל-*Criminal Law Act, 1967*, אין הסייג מוגבל לעבירות מסוג "פשע", אלא הוא משתרע על מניעת עבירות כלשהן¹⁰¹¹. מכל מקום, מקובל כיום במשפט האנגלי, כי ההגנה על אדם אחר אינה מוגבלת לקרובים בלבד¹⁰¹².

ניתן לאתר במשפט האנגלי נטייה ליחס זהיר לאפשרות שהעושה, הנחלק להגנתו של אחר, יטעה בהערכת המצב. יחס כזה בא לידי ביטוי בקביעה כי העושה פועל "על סיכוננו", כך שאם טעה בהערכת המצב, לא ייהנה מן ההגנה, אלא תוטל עליו אחריות פלילית. במאמר מוסגר יש להעיר שמבחינה מהותית מדובר במצב של הגנה מדומה. אלא שנוכח הנטייה הקיימת במשפט האנגלו-אמריקני לכרוך את ההגנה המדומה בכריכה אחת עם ההגנה הפרטית הממשית, אין דנים שם בסוגיה זו כבסוגיה של הגנה מדומה אלא כבסוגיה של הגנה פרטית¹⁰¹³.

1008 ראו ע' 1144 ואילך לספרם ח17 של *Perkins & Boyce*; ע' 951 לכרך 3 של האנציקלופדיה ח26.

1009 ראו ה"ש 21 שבע' 738 למאמרו ח3 של *Williams* (*Walter v. Jones, 2 Rolle's Abridgement*) ח526 (c)3.

1010 ראו פסק-הדין י'12.

1011 ראו, למשל, ע' 257 לספרם ח3 של *Smith & Hogan*.

1012 ראו, למשל, ע' 350 לכרך 11(1) של האנציקלופדיה ח111 *Halsbury's Laws of England*; ע' 124-123 לספרו ח4 של *Smith*; ע' 501 לספרו ח2 של *Williams*. וראו גם סעיף 305 (הגנה פרטית) ל-*Digest* של *Stephen* ח10.

1013 ראו פרק ג(2) של *עיל ופרק ו(2) (ב) שלהלן*.

אסמכתא בת ימינו לגישה כזו יש המוצאים בפסק-הדין משנת 1971 בעניין Fennell¹⁰¹⁴. הנאשם תקף שוטר כדי להציל את בנו ממעצר, שהנאשם דימה כי לא היה חוקי (הנאשם סבר בטעות כי בנו כלל לא השתתף בקטטה שאת משתתפיה עצרו השוטרים). בית-המשפט לערעורים קבע כי המציל אדם אחר ממעצר משטרתי עושה כן "על אחריותו", ואם טעה לא יהא בטעותו כדי לפוטרו מאחריותו. אלא שפסק-דין זה אינו יכול לשמש אסמכתא "נקייה" לענייננו, שכן דובר שם בהפעלת כח כנגד אנשי הרשות, וזוהי סוגיה שבה פועלים שיקולי מדיניות כבדי משקל, שעליהם עמדנו לעיל¹⁰¹⁵, לשלילת זכות ההגנה הפרטית אפילו כשהמעצר הוא בלתי חוקי.

הכלל שלפיו המגן על אדם אחר עושה זאת "על סיכונו", בא לידי ביטוי מובהק הרבה יותר במשפט האמריקני. בתי-משפט אחדים נקטו גישה המכונה "alter ego", שלפיה הזכות להגן על אחר מתלכדת עם זכות האחר (הנתקף) להתגונן הגנה עצמית ממשית (בהבדל ממדומה)¹⁰¹⁶, כביכול ניצב העושה בנעליו של האדם האחר שעליו הוא מגן. פסק-הדין הידוע בעניין זה ניתן בשנת 1962 בעניין Young¹⁰¹⁷. הנאשם נחלץ להגנת צעיר שהוכה על-ידי שני אנשים. לשם כך תקף אותם הנאשם. בדיעבד התברר כי היו אלה בלשים בלבוש אזרחי אשר עסקו במעצר חוקי¹⁰¹⁸. בערכאה הראשונה הורשע הנאשם בתקיפה. בערעור בוטלה ההרשעה תוך דחייה של דוקטרינת ה-"other person's shoes". בערעור נוסף נהפך שוב פסק-הדין, על-ידי בית-המשפט לערעורים של מדינת ניו-יורק, אשר קבע כי המסייע לאחר עושה זאת "על סיכונו", שכן הזכות להגן על אחר לא צריכה להיות גדולה מזכות ההגנה העצמית. מאוחר יותר אמר המחוקק הניו-יורקי את המילה האחרונה, בקובעו כי די באמונת העושה (המגן) עצמו בהתקיימות יסודות ההגנה כדי שזו תחול עליו. גם במדינות האחרות בארצות-הברית התלבטו רבות בסוגיה

1014 ראו פסק-הדין י/5.

1015 ראו פרק ד(4)(ג) דלעיל. לדיון בפסק-הדין Fennell ראו ההפניות שבה"ש 611-612 שלעיל והטקסט המפנה אליהן.

1016 ראו, למשל, ע' 665 לספרם ח17 של Perkins & Boyce.

1017 ראו פסק-הדין יא/8.

1018 לכאורה ניתן לראות גם את מקרה Young, כמקרה Fennell שעליו עמדנו לעיל, כמושפע משיקולי מדיניות סבירים באשר להתנגדות למעצר. אך יש לזכור, כי אין טעם באיסור ההתנגדות למעצר כשהעושה – כ-Young – כלל אינו מודע לכך שמדובר באנשי הרשות.

זו ונקבעו בהן הסדרים שונים; אם כי ניתן בהחלט להצביע על מגמה בחוקים החדשים לזנוח את גישת ה-"alter ego"¹⁰¹⁹.

האפשרות שהנחליץ להגנתו של אחר – ובמיוחד זו – יטעה בהערכת המצב, הביאה במשפט האמריקני לשני הסדרים בעייתיים: האחד – הגבלת ההגנה על אחר לקרובים בלבד. ההנחה היא כי כאשר נחליץ אדם להגנת קרובו, סביר להניח שידע את השתלשלות הדברים ויוכל להעריך נכונה את הסיטואציה, ולדעת אם קרובו הוא הנתקף או התוקף, ואילו כאשר נחליץ הוא להגנת זר, ייתכן מאד שיטעה. גם אם נכונה הנחה עובדתית זו (וניתן לפקפק בכך¹⁰²⁰), הרי שאין בה תמיכה מספקת בהגבלת ההגנה הפרטית על אחר לקרובים בלבד¹⁰²¹. ראשית, אם נחליץ אדם להגנת זר ואינו טועה אלא אכן מציל את הנתקף מכף תוקפו, אין כל היגיון בשלילת ההגנה רק בשל האפשרות – ההיפותטית (!) – שעלול היה לטעות. שנית, רציונאל ההגנה הפרטית והמדיניות החברתית הראויה מחייבים את עידוד האזרח שומר החוק להיחליץ להגנת זולתו, גם – ואולי בעיקר – כשמדובר בזר. לפיכך, יש לשלול הסדר שכזה, המותיר נתקפים שאין להם קרובים (חזקים!) או שקרוביהם אינם במקום האירוע, חשופים לפגיעות תוקפיהם ונטולי הגנה (למעט המקרים הנדירים שבהם נוכחת המשטרה במקום).

מכאן להסדר האחר – הקביעה שלפיה המגן על אחר עושה כן "על אחריותו". זוהי שלילת הרלוונטיות מטעות העושה – שלילה שאינה מוצדקת. עקרונות כלליים של התניית האחריות הפלילית בהתקיימות אשמה, מחייבים התחשבות בטעויות (לפחות העובדתיות שבהן). כשם שפורטים מאחריות אדם הטועה לחשוב כי הוא מותקף תקיפה בלתי חוקית ופוגע בשל כך בתוקפו המדומה, כך יש לפטור גם עושה הטועה לחשוב כי האדם שלעזרתו הוא נחליץ מותקף תקיפה בלתי חוקית על-ידי האדם שכלפיו מפעיל

1019 ראו, למשל, ע' 874-875 לספרם ח19/ של Kadish & Schulhofer; ע' 952 לכרך 3 של האנציקלופדיה ח26/; ע' 665 לספרם ח18/ של La Fave & Scott; ע' 1148 לספרם ח17/ של Perkins & Boyce.

1020 נוכח האמוציונליות שבה פועל קרוב, יש להטיל ספק באותה הנחה. עם זאת ניתן לטעון, כי הסיכויים להרתיע אדם מלהגן על זר – אם אכן מעוניינים לעשות כן – גבוהים יותר בהשוואה למקרה של הגנת קרוב, אך כאן כבר משתקף יחס מוטעה אל ההגנה הפרטית, כאל excuse במקום כאל justification. כמו כן, כפי שאטען בהמשך, דווקא רצוי לעודד את ההגנה על אחר ולא להרתיע מפניה.

1021 לעמדות דומות ראו ע' 119 ואילך לספרו ד1/ של אנקר (כדבריו: "יהיה זה אבסורד לומר שאסור לזר להציל נרדף ממוות בנסיבות אלו. הצלת חיים הינה ערך נשגב והפוגע ברודף להציל את חיי הזולת עושה מעשה שיש לעודדו ולברכו על כך."); וראו גם ע' 88-89 לכרך II של ספרו ח12/ של Robinson.

העושה כח מגן. שאלה נפרדת – שכרוכים בה שיקולי מדיניות כבדי משקל – היא מה צריכים להיות תנאיו של פטור כאמור. כאשר הטעות היא של הנתקף עצמו, הפועל בהגנה עצמית מדומה, קיימות שתי גישות עיקריות: לפי האחת די בעצם טעותו העובדתית, ולפי האחרת נדרש גם שטעותו תהא סבירה¹⁰²². אם רצוי לחברה לצמצם את ההתערבויות ולהרתיע מהיחלצות להצלת אחרים, ניתן לקבוע הסדר מחמיר יותר באשר להגנה על אחר (למשל: אם די בעצם הטעות לצורך ההגנה העצמית המדומה, ניתן לדרוש גם סבירות של הטעות לצורך ההגנה המדומה על אחר). לעומת זאת, אם רצוי לחברה לעודד את ההיחלצות להגנה על אחרים, ניתן לקבוע הסדר מקל יותר באשר להגנה על אחר (למשל: אפילו אם נדרשת סבירות של הטעות לצורך ההגנה העצמית המדומה, ניתן להסתפק בעצם הטעות לצורך ההגנה המדומה על אחר). בתווך ניצבת הגישה העדיפה, לדעתי, ולפיה יש להסדיר את ההגנה המדומה על אחר כפי שמסדירים את ההגנה העצמית המדומה, בהיות השיקולים המרכזיים לגבי שתיהן זהים¹⁰²³.

להשלמת התמונה באשר לעמדת המשפט האמריקני בן ימינו בנוגע להגנה על אחר, יש לעמוד על ההסדר שנקבע לה ב-Model Penal Code. ראשית, המאפיין הבולט ביותר של הסדר זה הוא הפרדתו (הפיזית, לפחות) מן ההסדר שנקבע להגנה העצמית. בעוד שהאחרון (הגנה עצמית) קבוע בסעיף 3.04 לקוד, הוסדרה ההגנה על אחר בסעיף נפרד – 3.06. הבסיס להפרדה כזו צריך להיות הבדלים משמעותיים בין הנושאים המוסדרים, והבדלים כאלה אינם קיימים בין הגנה עצמית להגנה על אחר. הסדרה נפרדת זו היא מוזרה עוד יותר בשים לב לאמור בדברי ההסבר של ה-M.P.C. בהתייחסם לחוקים שבהם נקבעו הבחנות משונות, כגון הגבלת ההגנה על אחר למקרים שבהם התקיפה היא עבירה מסוג "פשע", כותבים מנסחי ה-M.P.C., כי אין לכך מקום, וכי הפתרון הפשוט הוא להטמיע את ההגנה על אחר בהגנה העצמית¹⁰²⁴, אלא שהם עצמם לא נהגו לפי המלצתם זו, שהרי הסדירו את ההגנה על אחר בנפרד. אילו היה ההסדר זהה לזה שנקבע להגנה העצמית, הייתה ביקורתית מצומצמת לכפילות המיותרת ותו לא. וגם כפילות זו ניתן היה אולי להסביר על רקע מדיניותו הכללית של ה-M.P.C. – צמצום הכח המותר למניעת פשע ולאכיפת החוק תוך העברת הדגש אל ההגנה על אחר¹⁰²⁵. אך להגנה על

1022 ראו פרק ו(2)(ג) שלהלן.

1023 וראו גם שם.

1024 ראו ע' 31 לדברי ההסבר של ה-M.P.C. יג3/.

1025 זוהי המדיניות שמייחסים Perkins & Boyce ל-M.P.C. – ראו ע' 1148 לספרם ח17/1. הסבר אפשרי אחר להפרדת ההגנה על אחר מן ההגנה העצמית הוא הכללים המורכבים שנקבעו כאשר לאפשרות הנסיגה בהגנה על אחר (ראו סעיף 3.05(2) ל-M.P.C. יג4/). יצוין כי כללים

אחר נקבע הסדר השונה מזה שנקבע להגנה העצמית. סעיף 3.05(1) קובע, כי בכפוף להוראות נוספות הקבועות בו ובסעיף 3.09 (העוסק בהגנה המדומה), כח המופעל כנגד אדם הוא מוצדק להגנת אדם שלישי כאשר מתקיימים שלושת התנאים המצטברים הבאים:

(a) העושה היה מוצדק במסגרת סעיף 3.04 (הגנה עצמית) אילו השתמש באותו כח כדי להגן על עצמו מפני הנזק שהוא מאמין שצפוי לאדם שעליו הוא מבקש להגן, וכן

(b) בהתאם לנסיבות שבהן מאמין העושה, האדם שעליו הוא מבקש להגן היה מוצדק אילו השתמש באותו כח מגן, וכן

(c) העושה מאמין שהתערבותו נחוצה להגנת האדם האחר.

מעבר להתנגדותי העקרונית לערכוב ההגנה המדומה עם ההגנה הממשית תוך התייחסות לאמונתו של העושה במקום לנסיבות האובייקטיביות¹⁰²⁶, בולטים שני תנאים מיותרים ובלתי מוצדקים שנקבעו להגנה על אחר. על חוסר ההצדקה של תנאי b שלעיל כבר עמדנו¹⁰²⁷. אין כל מקום להתניית זכות ההגנה על אחר בזכות ההגנה העצמית של הנתקף עצמו¹⁰²⁸. אשר לתנאי a שלעיל, הרי שגם הוא אינו רצוי, שכן ייתכן מצב שבו כח שהעושה לא היה מוצדק אילו הפעילו להגנתו שלו, מן הראוי שיהיה מוצדק להגנתו של אחר. כזה הוא המצב כשנשקו של התוקף הינו קצר טווח (אלה, למשל) והעושה מהיר ריצה, כך שאילו היה נתקף העושה עצמו, פתוחה הייתה בפניו האפשרות של נסיגה בטוחה, בעוד שהנתקף בפועל הוא איטי ואינו מסוגל לסגת אלא נזקק להגנתו של העושה¹⁰²⁹.

אלה הם מורכבים ומסובכים עד כדי כך שההדרכה שניתן להפיק מהם מוטלת בספק. וראו גם ביקורתו של Robison בע' 104 לכרך II של ספרו ח12 / והפיסקה האחרונה של פרק ד(9)(ד) שלעיל.

1026 ראו פרק ג(2) שלעיל וראו פרק ו(2)(ב) שלהלן.

1027 ראו הטקסט שלעיל המפנה לה"ש 996.

1028 במאמר מוסגר יצוין כי ביקורת זו יפה גם כנגד הסדר הדומה שנקבע בהצעת החוק הפדראלית האמריקנית – ראו סעיף 604 להצעת החוק יג6.

1029 ניתן אולי להקטין קושי זה תוך שימוש ב"המרת נתונים", אך לא זו בלבד שאין אינדיקציה לכך בנוסח הקוד, גם בדברי ההסבר אין כל רמז לאפשרות שזו הייתה כוונת המנסחים.

(ה) סיכום

בסופו של דבר, הדרך הבלעדית הנכונה לבחינת הצדקת פעולתו של העושה המגן על זולתו, היא בחינה ישירה של פעולתו שלו על-פי תנאיו השונים של סייג ההגנה הפרטית (נחיצות, יסוד נפשי, פרופורציה וכו'). אין מקום לבחינה של פעולה היפותטית כלשהי – לא של הנתקף וגם לא של העושה עצמו תוך הנחה מלאכותית ומטעה כאילו הוא הנתקף.

לעניין בחינת תנאי ההגנה הפרטית כשמדובר בהגנה על אחר, מתבקשת הבהרה באשר לחובת הנסיגה. ברור כי אין כל טעם להטיל חובת נסיגה על העושה עצמו, שכן בכך בעצם תישלל הזכות להגן על אחרים. לפיכך גם ברור, כי שאלת הנסיגה צריכה להתמקד בנתקף¹⁰³⁰.

(ו) חובת הצלה

לסיום הדיון בהגנה על אחר יש להתייחס גם לסוגיית החובה להציל. דוגמה בולטת לחובה כזו מצויה במשפט העברי, אשר במסגרת דין ה"רודף" לא זו בלבד שהוא מצדיק את ההגנה על אחר, אלא אף מטיל הוא חובה לפגוע ברודף אם הדבר נחוץ להצלת הנרדף¹⁰³¹. במשפט הפלילי בן ימינו אין מקובלת חובה כללית וגורפת של האדם לנהוג כמנהג "השומר הטוב", וחובות העשה (בהבדל מאיסורי העשייה) אינן מוטלות, בדרך-כלל, על כלל הציבור אלא על האנשים שיש להם זיקה מסוימת למקור הסכנה, לאדם שבסכנה וכדומה. כזה היה המצב שנים רבות גם במשפט הישראלי המצוי, וזאת למרות קריאות לא מעטות בספרות המשפטית לשינוי¹⁰³². שינוי כזה הכניס לאחרונה המחוקק הישראלי, בחוקקו את חוק לא תעמוד על דם רעך, תשנ"ח 1998-¹⁰³³, הקובע בסעיף 1(א) כך: "חובה על אדם להושיט עזרה לאדם הנמצא לנגד עיניו, עקב אירוע

1030 ראו ה"ש 881 שלעיל והטקסט המפנה אליה.

1031 ראו, למשל, ע' 120, 238-239 לספרו ד' / של אנקר (העומד, בין היתר, על דברי הרמב"ם הנוגעים לכללים של "לא תעמוד על דם רעך" ו"לא תחוס עיניך"); דברי השופט אלון בע' 150 ואילך לפסק-הדין ב36/ בעניין אפנגר; ע' 129 למאמרו /51 של בן-זמרה; ע' מח' למאמרו /71 של ורהפטיג; ע' 1263, 1273 למאמרה /81 של Finkelman. עוד על המשפט העברי ראו בטקסט שלעיל שתחילתו בהפניה לה"ש 125.

1032 ראו, למשל, מאמרו /141 של פרוש; מאמרו /43 של ידין ומאמריה ה21/ ו-22ה' של בן-פורת. סעיף יוצא-דופן הוא סעיף 262 לחוק העונשין, תשל"ז 1977- (18), המטיל חובה כללית למנוע פשע.

1033 ראו החוק א18/.

פתאומי, בסכנה חמורה ומיידית לחייו, לשלמות גופו או לבריאותו, כאשר לא-ידו להושיט את העזרה, מבלי להסתכן או לסכן את זולתו". נוכח הסיפא של הסעיף, ולאור העובדה שהגנה פרטית על אדם אחר כרוכה בדרך-כלל בהסתכנות מצד המגן, שהרי עליו לפגוע בתוקף, ספק אם החוק החדש ישפיע בפועל על המקרים של הגנה פרטית על אדם אחר. יתרה מזו: אם יפורש הסייג "מבלי להסתכן או לסכן את זולתו" כך שיחול גם על סיכון התוקף, אזי נראה כי החוק החדש לעולם לא יחייב הגנה פרטית על אדם אחר.¹⁰³⁴

ההגנה על אחר, כמובן, איננה מותנית בקיומה של חובת הצלה. הזכות להציל מן הראוי שתהא רחבה מן החובה לעשות כן. עם זאת, קיים קשר בין הסוגיות, בכיוון ההפוך דווקא: הרחבת חובת ההצלה מחייבת הגמשה מסוימת של תנאי ההגנה הפרטית על אדם אחר.

1034 מדברי ההסבר הנלווים להצעת חוק העונשין (תיקון מס' 47) (לא תעמוד על דם רעך), תשנ"ה-1995 (10ג) ומהפרוטוקול של הדיון בכנסת בהצעת החוק (א25) נראה כי המחוקק כלל לא נתן דעתו ליחס שבין החוק החדש לבין ההגנה הפרטית על אדם אחר.

3. ההגנה על רכוש

(א) כללי

ההבחנה הפנימית המשמעותית ביותר בין גזרות שונות של ההגנה הפרטית היא, ללא ספק, ההבחנה שבין ההגנה על רכוש לבין ההגנה העצמית. הבסיס המרכזי להבחנה זו הוא, כמובן, ההבדל בחשיבות הערכים המוגנים – חיי האדם, שלמות גופו וחירותו מול האינטרס (הקנייני, בדרך-כלל) שלו ברכושו. להבדל זה השלכה בולטת ומובהקת מאד לעניין דרישת הפרופורציה¹⁰³⁵. מטרות אפשריות נוספות של הסדרה נפרדת של ההגנה על רכוש הן קביעת כללים מיוחדים באשר לעזרה עצמית בכלל ותפיסה מחדש בפרט ובאשר לעימותים שבהם לשני היריבים יש תביעות זכות. לפיכך, יושם דגש בפרק זה על היבטים אלה, שטרם נדונו לעיל.

בחינת רציונאל הצדקתה של ההגנה הפרטית אינה מעוררת ספק כלשהו באשר להשתרעותה גם על פני הגנה על רכוש: גם פגיעה ברכושו של אדם מהווה פלישה למרחב המחיה שלו ופוגעת באוטונומיה שלו; אשמת התוקף מתקיימת נוכח העובדה שהלה מבצע תקיפה בלתי חוקית; ובאשר לסדר החברתי-משפטי, אין ספק כי קיים אינטרס חברתי בשמירת זכות הבעלות על הרכוש והחזקתו, לצד האינטרס הכללי לסכל תקיפות בלתי חוקיות ולהרתיע מפניהן. בסופו של דבר, חברה המכירה בזכות לרכוש והמעוניינת לתת תוכן ממשי להכרה זו, חייבת להצדיק הגנה על זכות זו.

הנהיג-כ"כ, פועלים כל שלושת הגורמים המופשטים שברציונאל ההגנה הפרטית להצדקת ההגנה על רכוש. ניתן בהחלט לטעון כי עוצמתם קטנה יותר כשמדובר בהגנה על רכוש בהשוואה להגנה על הגוף, אך אין ספק כי היא קיימת. אלא שכאן מתבלט הבדל מרכזי בעניין מאזן הפגיעות הפיזיות הצפויות לנתקף (בהיעדר הגנה פרטית) ולתוקף (נוכח ההגנה הפרטית). בשל ערכם הרב של חיי האדם, שלמות גופו וחירותו בהשוואה לרכושו, ההגבלה שמכתיבה דרישת הפרופורציה היא משמעותית יותר כשמדובר בהגנה על רכוש גרידא. למעשה, ביטוי החזק והמובהק ביותר של עקרון הפרופורציה הוא בעניין זה, של הגנה על רכוש.

1035 לפיכך, מטבע הדברים, כבר עמדנו עליו לעיל, במסגרת הדיונים בפרופורציה בכלל ובכח מגן קטלני בפרט; בחובת הנסיגה וכן בסוגיית המלכודות – ראו (בהתאמה) פרקים ד(8); ד(8)(7); ד(9); ד(7)(ד).

כאן המקום לעמוד על מסקנה מעניינת מאד של Perkins ו-Boyce. הם עומדים על כך, שבמציאות יעמדו בדרך-כלל לנאשם – מלבד ההגנה הפרטית על רכוש – גם ההגנה הפרטית על הגוף או על המגורים או הסייג של מניעת פשע. מכיוון שהגנות אלה הן רחבות מן ההגנה על הרכוש ומאפשרות הפעלת כח מגן גדול יותר, מתבלט תפקיד חשוב אחר של ההגנה על רכוש – מניעת מצב שבו המגן על הרכוש ייחשב ל"תוקף" או לאשם במצב שנוצר¹⁰³⁶. אדגים דברים אלה, המקובלים עליי: א' מנסה ליטול חפץ של ב'. ב' מגן על רכושו תוך דחיפה קלה של א'. א' שולף סכין ומנסה לדקור את ב'. ב' מגן על חייו באמצעות ירי קטלני ב-א'. אם נבחן את הצדקת הירי הקטלני לשם הגנת חייו של ב', הרי שפעולתו של ב' אמנם עומדת בדרישת הפרופורציה, אך עשויה – לכאורה – להיות מוטלת עליו אחריות פלילית כלשהי¹⁰³⁷, בשל ראייתו כמי שגרם באשמתו למצב שנוצר (בכך שדחף את א'). כאן חשיבותה של ההגנה על רכוש, השוללת מסקנה כזו, שהרי דחיפתו של א' אינה חורגת מתנאי ההגנה על רכוש ומצדקת במסגרתה.

עצם ההצדקה של הפעלת כח כלשהו לשם הגנה על רכוש אינה מעוררת קושי עקרוני. לפיכך, אין זה פלא כי קיימת תמימות דעים לגביה, הבאה לידי ביטוי, מלבד בכתבי המלומדים, גם בקודקסים הפליליים השונים ובהצעות החוק השונות, הן בארצנו והן מעבר לים¹⁰³⁸. השאלות כבודות המשקל בנוגע להגנה על רכוש אינן עצם הצדקתה אלא תנאיה, ובעיקר הפרופורציה והיחס לתפיסה מחדש. נעבור אפוא לבחינת תנאים אלה.

אשר לדרישת הפרופורציה, הרי שאם קיים תחום ברור שבגדרו יש לאסור הפעלת כח קטלני, הרי הוא ההגנה על רכוש. אין מקום בחברה תרבותית להצדקתה של הצלת רכוש גרידא במחיר של חיי אדם, אפילו לא במחיר של חיי תוקף¹⁰³⁹. אשר לכח מגן שאינו קטלני, גם הוא כפוף, כאמור, לעקרון הפרופורציה. עם זאת, יש לזכור כי מדובר

1036 ראו ע' 1154 לספרם ח17/.

1037 בהתאם לגישות השונות באשר לסוגיה זו של הגורם באשמתו למצב שנוצר – ראו פרק ו(4) שלהלן.

1038 נוכח תמונה חד-משמעית זו, לא תיערך כאן רשימה של הקודקסים והצעות החוק שנבחנו במסגרת מחקר זה, ונסתפק בעמידה על כך שבקודקס אחד בלבד מביניהם אין בלשון החוק תמיכה בהגנה על רכוש – השווייצרי יב16/ (סעיף 33). גם במקרים כאלה משלימה פסיקת בית-המשפט את מלאכתו של המחוקק, בהכירה גם בהגנה על רכוש – ראו, למשל, ע' 589 לספרה ח20/ של Silving (שם – פסיקה צרפתית המתייחסת לנוסחו הקודם של החוק הפלילי).

1039 כפי שהובהר לעיל בעת הדיון בעקרון הפרופורציה – ראו פרק ד(8) שלעיל בכלל ופרק ד(8)(ד) בפרט.

בעיקרון גמיש יחסית של פרופורציה, אשר במסגרתו ניתן להתחשב גם בערכו המיוחד של הרכוש לבעליו, כגון במקרים של "כבשת הרש" ושל קשר רגשי עמוק שקשור העושה לרכושו¹⁰⁴⁰.

כפי שצוין בעת הדיון בחובת הנסיגה¹⁰⁴¹, שיקולים דומים לאלה המוליכים אל חובה זו עשויים להוליך גם אל חובות נוספות, הקרובות אליה, והמתייחסות לאלטרנטיבות להפעלת כח מגן. אחת מהן – הנוגעת ישירות לענייננו (ההגנה על רכוש) – היא חובת המחזיק בנכס לוותר עליו ולהימנע מהפעלת כח קטלני לשם הגנה על החזקתו.

כללי משנה אחדים, הנגזרים מדרישת הנחיצות ומעקרון הפרופורציה, ואשר נדונו לעיל, נוגעים ישירות להגנה על רכוש, ולפיכך יוזכרו (בלבד) גם כאן. האחד הוא כי בהערכת הנחיצות והפרופורציה יש להביא בחשבון את האפשרות שהקרבן יזכה לפיצוי מלא על נזקו אם יימנע מהפעלת כח. הנזקים הבאים בחשבון לעניין זה הם נזקי רכוש, בהיותם לעתים קרובות נזקים הפיכים¹⁰⁴².

שיקול נוסף שעמדנו עליו לעיל¹⁰⁴³, ושלעתים יש לו חשיבות רבה בהערכת הנחיצות, הוא האפשרות להביא לסיומה של התקיפה ללא כח אלא באמצעות דרישה מן התוקף כי יחדל מתקיפתו. המקרה הטיפוסי לעניין זה הוא הסגת גבול. רצוי לדרוש מן הנתקף (המחזיק במקרקעין) להקדים לכח המגן (להדיפת מסיג הגבול) דרישת פינוי ולאפשר למסיג הגבול למלא אחריה. הוא הדין לגבי הגנה על רכוש בכלל – גם כאן יש טעם רב לצפות מן העושה כי ידרוש מן התוקף לחדול מתקיפתו או להשיב את הרכוש בטרם יופעל הכח המגן, אלא אם הנסיבות הן כאלה שאין טעם בדרישה כזו או שהיא עלולה לסכן את העושה או את רכושו.

סוגיה נוספת שנוהגים לדון בה בהקשר של ההגנה על רכוש, היא סוגיית מלכודות האדם. מקומו המהותי של הדיון בה הוא במסגרת הדיון בדרישת המיידיות, שכן מחד

1040 ראו הפסקה שלעיל שלפני הפסקה המפנה לה"ש 800 בפרט ופרק ד(8) בכלל.

1041 ראו פרק ד(9)(ז) שלעיל.

1042 השיקולים שיש להביאם בחשבון לעניין זה הובאו לעיל – ראו הטקסט שתחילתו בהפניה לה"ש 662. שיקול נוסף שהוצע על-ידי ביין להביאו בחשבון, הוא שהנכס מבוטח כך שהנתקף יקבל פיצוי על אבדו – ראו ה"ש 103 שבע' 20 למאמרו ה'11. אלא שסבורני כי אין פיצוי כזה – המשולם על-ידי חברת הביטוח – כפיצוי המשולם על-ידי התוקף עצמו (בעקבות פסק-דין, למשל, או כשהמטרה מוציאה הנכס מידי הגולן), שכן ההסתפקות בו פוגעת מאד בסדר החברתי-משפטי, שהרי התוקף יוצא וידו על העליונה.

1043 ראו הטקסט שלעיל המפנה לה"ש 656-657.

גיסא אין היא מוגבלת להגנת רכוש בלבד (שהרי תיתכן בהחלט מלכודת אדם להגנת דיירי הבית), ומאידך גיסא השאלה העיקרית שהיא מעוררת היא שאלה של מיידיות הסכנה. אלא שכאן יש לעמוד על כך שסוגיית המלכודת מעוררת גם שאלה של פרופורציה, וזוהי גם הסיבה לכך שנוטים לדון בה בהקשר של הגנה על רכוש. נוכח עקרון הפרופורציה, יש, לדעתי, לאסור הצבת מלכודת אדם שכוחה קטלני בכלל, ובפרט כשמטרת הצבתה היא הגנת רכוש גרידא¹⁰⁴⁴.

על רקע ההגבלות המקובלות והמוצדקות של ההגנה על רכוש בהשוואה להגנה על הגוף, מעניין לעמוד על האנומליה הקיימת בעניין זה במשפט האנגלי, שבו, משום מה, ניתנת – בהקשר מסוים – הגנה רחבה יותר לרכוש דווקא. בעוד שבהגנה על הגוף נדרשת סבירות אובייקטיבית (וזאת הן על-פי כללי המשפט המקובל והן על-פי סעיף 3 ל-Criminal Law Act, 1967 – כך שאין לעניין זה רלוונטיות למחלוקת באשר לדין החל על ההגנה העצמית), הרי שבהגנה על רכוש די – בהתאם לסעיף 5(2) ל-Criminal Damage Act, 1971 – בכך שהעושה מאמין שמעשהו סביר. כך, כשאדם נאלץ לפגוע בכלב נושך התוקף אותו, תינתן לו הגנה רחבה יותר אם מדובר בהגנה על מכנסיו בהשוואה להגנה על רגלו(!)¹⁰⁴⁵.

שאלה משנית שעלתה בהצעות לרפורמה חקיקתית היא, אם יש להבחין לעניין ההגנה על רכוש בין הגנה על מקרקעין לבין הגנה על מיטלטלין. יובהר, כי אין הכוונה להגנה על בית המגורים, אשר תידון להלן בנפרד – אלא להגנה על מקרקעין כרכוש גרידא. מנסחי ה-Model Penal Code האמריקני הביעו דעתם כי מכיוון שאין אפשרות להזיז מקרקעין ממקומם ומכיוון שאינם פגיעים, יכול המחזיק, בדרך-כלל, להמתין עד שיקבל סעד בבית-המשפט¹⁰⁴⁶. לעומתם גרסו מנסחי הצעת חוק קנדית, כי דווקא המקרקעין מצריכים הגנה רחבה יותר, שכן ניתן לפגוע באופן רציני בזכות המחזיק

1044 ראו – בהרחבה – פרק ד(7) שלעיל.

1045 דוגמה זו מובאת, תוך הסתייגות מתוצאתה המשפטית, הן בע' 231 לדברי ההסבר להצעת החוק האנגלית יג' /2 משנת 1989; הן בע' 123 לדברי ההסבר להצעת החוק האנגלית יג' /1 משנת 1985 והן בע' 693 לספרם ח'3 של Smith & Hogan (שם, בה"ש 16, מייעצים המחברים לנאשם לומר שחשש לשלמות מכנסיו ולא להסתפק בטענה שחשש לקרסוליו...). יש לציין כי הילכת Gladstone Williams, שלפיה די לצורך הגנה בטעות העושה גם אם הטעות אינה סבירה, אינה משנה את התוצאה הנ"ל, שכן הלכה זו חלה על טעות בעובדה בלבד בעוד שבענייננו – טעות באשר לפרופורציה – מדובר בעצם בטעות בדין (ראו בפרק ו(2)ה) שלהלן). ראו פסק-הדין י'2 בעניין Gladstone Williams וכן רשימתו ט'6 של Smith, אשר בשולי פסק-הדין.

1046 ראו ע' 46 לדברי ההסבר ל-M.P.C. יג'33.

באמצעות הסגת גבול פשוטה¹⁰⁴⁷. סבורני כי דרישת הפרופורציה – שבמסגרתה בוחנים כמובן גם את הנזק הצפוי לבעל הזכות החוקית ברכוש – מאפשרת התחשבות טובה ומדויקת יותר במאפייניו של המקרה הספציפי לעומת קביעת קטגוריות נוקשות למיטלטלין ולמקרקעין.

סוגיה אחרת היא הגבלה אפשרית של השימוש בכח כנגד מי שיש לו תביעת זכות בנכס. במשפט האנגלי מתייחסים בעניין זה בביקורתיות לפסק-הדין שניתן בשנת 1865 בפרשת *Blades v. Higgs*¹⁰⁴⁸. בית הלורדים האנגלי נקט שם עמדה, שלפיה בעליהם של טובין רשאי להפעיל כח לשם השבתם כנגד המחזיק בהם שלא כדין¹⁰⁴⁹, אפילו מחזיק זה הוא בעל חנות ששילם בעבור הטובין בתום-לב; דהיינו: בעל תביעת זכות בנכס. עמדה שונה וסבירה יותר ננקטה על-ידי מנסחי ה-Model Penal Code האמריקני. בסעיף 3.04(2)(a)(II) נאסר השימוש בכח מגן כנגד כח שמפעיל המחזיק ברכוש, וזאת כשהעושה יודע שהמחזיק מפעיל הכח עושה כן בהתבסס על טענת זכות שיש לו בנכס. בדברי ההסבר הביעו המנסחים דעתם כי רצוי מאד לצמצם את המקרים שבהם עימות בין תביעות זכות יוליך להפעלת כח, וכי הסעיף מכוון לסיטואציה החשובה, שבה קיימת סבירות גבוהה של התרחשות הקונפליקט¹⁰⁵⁰.

שתי הערות עיקריות מתבקשות בנוגע לכלל זה של ה-M.P.C.¹⁰⁵¹. האחת, כי מיקומו בסעיף 3.04 לקוד – העוסק בהגנת הגוף – הוא תמוה, שכן מבחינה מהותית מדובר כמובן בהגנה על רכוש – המוסדרת בסעיף 3.06. מעיד על כך החרג לכלל, שלפיו אם הכח נחוץ להגנת גופו של העושה אזי בכל זאת מותרת הפעלתו (למרות טענת הזכות שיש למחזיק שלא כדין)¹⁰⁵². על ההערה השנייה עמדנו לעיל, ולפיה הסדר זה של

1047 ראו ע' 38 לדברי ההסבר של הצעת החוק הקנדית יג' 8/ משנת 1987. בהצעת החוק הקנדית יג' 12/ משנת 1993 לא מופיעה ההבחנה בין מקרקעין למיטלטלין – ראו סעיף 38.

1048 HLC 621, 1 ER 621. פסק-הדין מתואר ומנותח בע' 521-522 לספרו ח' של Williams.

1049 "שלא כדין" – משום ששילם בעבור הטובין לאדם שכלל לא היו שלו, דהיינו לרמאי.

1050 ראו ע' 19 לדברי ההסבר של ה-M.P.C. יג' 31/. לתוצאה דומה כיוונו, כפי הנראה, מנסחי הצעת החוק הקנדית משנת 1987 – ראו דברי ההסבר לסעיף 3(11) שבע' 37-38 להצעת החוק יג' 8/.

1051 הערה נוספת היא שאין מקום לצמצום הגבלה זו, על השימוש בכח לתפיסה מחדש של רכוש, לאותם מקרים שבהם העושה יודע שלמחזיק טענת זכות – ראו והשוו ע' 94 לכרך II של ספרו 12/ של Robinson.

1052 ראו סעיף 3.04(2)(a)(II)(3) ל-M.P.C. יג' 4/.

ה-M.P.C., למרות תוצאתו הרצויה, הוא, בעצם, מיותר, בשים לב לכך שהמחזיק טועה, למעשה, טעות בעובדה (לרבות דין לבר-פלילי הנחשב לעובדה לעניין הטעות)¹⁰⁵³.

לבסוף, יצוין כי הסיטואציה שאליה מתייחסות הפסיקה והצעת החקיקה הנ"ל אינה של הגנה רגילה על רכוש מפני תוקף, אלא מדובר בעצם בעזרה עצמית בדרך של תפיסה מחדש של הרכוש. נעבור אפוא לדון בסוגיה חשובה זו.

(ב) תפיסה מחדש של רכוש

א' שב לביתו ומוצא כי ב' השתלט עליו שלא כחוק ומסרב לפנותו. ג' מבחינה שחפץ, שנגנב ממנה שבוע קודם לכן, נמצא בידיה של ד', וזו מסרבת להשיבו לג'. ח' תוקף את ו' במטרה לגנוב ממנו את ארנקו. ו' נאבק עמו בתופסו את הארנק בחוזקה. בשלב מסוים מצליח ח' להוציא הארנק מידי ו' ולהתרחק פסיעות מספר. האם מוצדק יהיה כח שיפעילו עתה א', ג', ו' כדי (בהתאמה) להיכנס לבית ואולי גם להוציא ממנו את ב'; להוציא את החפץ מידיה של ד' ולהוציא את הארנק מידי ו' של ח'? מקרים כאלה מעוררים את שאלת הגבול בין ההגנה הפרטית לבין עשיית דין עצמית.

לפחות לכאורה ניתן לגרוס כי כל המקרים הללו אינם נופלים בגדר ההגנה הפרטית ולפיכך אינם מעניינינו, שהרי כולם הושלמה התקיפה ומדובר בעשיית דין עצמית שלאחריה. ואכן, קיימת אפשרות – לא בלתי סבירה – להותיר את הטיפול בהם, או לפחות בחלקם, להסדר נפרד שייקבע לעשיית דין עצמית. אלא שסבורני כי לפחות בדוגמה השלישית שלעיל תהא ההבחנה, בין הרגע שלפני שהתוקף נוטל ונושא את הארנק לבין הרגע שלאחר עשותו כן, מלאכותית מאד. סיומה הפורמאלי של עבירת הגניבה – ומקובל כי די לשם כך בהזזת החפץ כדי שבריר האינטש – אינו מתאים לקביעת גבולותיה של ההגנה הפרטית. כמו כן אין זה רצוי לאפשר לתוקף לגבור כך שהצלחה רגעית שלו (אחיזת החפץ) תונצח בשל שינוי שתגרור בכללים שיחולו על ההגנה על הרכוש.

גישה אחרת היא כי די בדין האזרחי לשם הסדרת הסוגיה. כך, למשל, במשפט הישראלי, קובע סעיף 18(ב) לחוק המקרקעין, תשכ"ט 1969 – כי "תפס אדם את המקרקעין שלא כדין, רשאי המחזיק בהם כדין, תוך שלושים ימים מיום התפיסה, להשתמש בכח במידה סבירה כדי להוציאו מהם", כשסעיף 8 לחוק המיטלטלין, תשל"א 1971 – מאמץ אף הוא כלל זה. ואילו סעיף 24 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש] קובע

1053 ראו פרק ד(4)(ה) שלעיל וראו גם הטקסט שלהלן המפנה לה"ש 1059.

הגנה מפני עוולת התקיפה לא רק למי ש"השתמש במידה סבירה של כוח כדי למנוע את התובע מהיכנס שלא-כדין למקרקעין", אלא גם למי שעשה כן "כדי להרחיקו מהם אחרי שנכנס אליהם, או שהה בהם, שלא-כדין", ולא רק למי ש"השתמש במידה סבירה של כוח כדי להגן על החזקתו במיטלטלין", אלא גם למי שעשה כן "כדי להשיבם מידי התובע שלקח אותם ממנו, או עיכב אותם בידו, שלא-כדין"¹⁰⁵⁴. אלא שספק רב אם הוראות אלה יועילו לעושה מפני אחריות פלילית¹⁰⁵⁵. ייתכן כי הראשונות בלבד, הקבועות בחוקי המקרקעין והמיטלטלין, יועילו, בהיותן הסמכות שבדין, בעוד שהאחרות, הקבועות בפקודת הנוזיקין, לא יועילו, בהיותן הגנות אזרחיות שאינן "הצדקים"¹⁰⁵⁶.

כך שהדין האזרחי אינו מספק פתרון מלא לסוגיה נושא דיוננו, ויש צורך בהסדרתה גם בדין הפלילי. השאלה היא, כמובן, אם יש מקום – לאור שיקוליהם המיוחדים של המשפט הפלילי בכלל ושל ההגנה הפרטית בפרט – להצדקת שימוש בכח לשם תפיסה מחדש של רכוש. בטרם נדון בשאלה ככדת משקל זו, מתבקשת הבהרה מקדמית. למרות ההבחנה המסורתית בין "כניסה מחדש" כשמדובר במקרקעין לבין "תפיסה מחדש" כשמדובר במיטלטלין¹⁰⁵⁷, נשתמש בביטוי "תפיסה מחדש" לתיאור שתי התופעות גם יחד ונפריד ביניהן רק כשיתחייב הדבר מבחינה מהותית¹⁰⁵⁸.

גורמי האוטונומיה של הנתקף ואשמתו של התוקף אשר ברציונאל ההגנה הפרטית תומכים בהצדקתה בכל זמן – גם לאחר תפיסת הנכס על-ידי התוקף ולצורך תפיסתו מחדש על-ידי הנתקף. לפיכך, יש להכריע בשאלה נושא דיוננו בשים לב בעיקר לגורם השלישי – הסדר החברתי-משפטי. גורם זה מכתוב – לענייננו – שתי הגבלות משמעותיות על השימוש בכח. האחת הוזכרה לעיל והיא הגבלת השימוש בכח כנגד בעל תביעת זכות. כשהסכסוך הוא בין שניים שלכל אחד מהם תביעת זכות (כנה) להחזקה

1054 ראו (בהתאמה) ההפניות המלאות לחוקים א'11, א'12 ו-א'13 אשר בביבליוגרפיה שבסוף הספר.

1055 ראו והשוו לדברי ויסמן בע' 56-57 לספרו ד'111.

1056 על הבחנה זו שבין הגנות להצדקים ראו, למשל, ע' 416 ואילך לספרו ד'2/א של פלר. וראו גם שם, ע' 417, על היות סייג ההגנה הפרטית הקבוע בסעיף 24 לפקודת הנוזיקין הגנה שאינה הצדק.

1057 ראו, למשל, ע' 4 (תפיסה מחדש של מיטלטלין) 51- (כניסה מחדש למקרקעין) לכרך III של ספרו ח'9 של Blackstone.

1058 הבהרה מקדמית נוספת היא שלא נדון כאן בתפיסה מחדש של בית המגורים, שכן – כפי שניזכר בעת הדיון הנפרד בהגנה על המגורים – חלים לגביה שיקולים החורגים מאלה החלים לגבי תפיסה מחדש של רכוש גרידא.

בנכס, רצוי מאד – לשם שמירה על הסדר החברתי-משפטי – כי יימנעו מאלימות נוספת ויפנו לבית-המשפט להכרעה בעניינם. יש כמובן לתת את הדעת גם לכך שאלימות כזו מוסיפה על הסכנה לרכוש ולזכויות בו גם סכנה לגוף – הן של התוקף-המנשל והן של הנתקף המנסה לתפוס מחדש¹⁰⁵⁹.

ההגבלה השנייה – והמשמעותית יותר – שמכתיב גורם הסדר החברתי-משפטי היא על פרק הזמן שבין תפיסת הנכס על-ידי התוקף לבין הפעלת הכח על-ידי הנתקף לשם תפיסתו מחדש. כשהשימוש בכח מוגבל באופן כזה, ניתן לשמר את הסדר החברתי-משפטי ואפילו להגן עליו באמצעות התפיסה מחדש. אך ללא הגבלה כזו עלולה להשתרר אנרכיה של ממש. כך, למשל, אם יוצדק שימוש בכח לתפיסה מחדש גם לאחר חלוף שנים מספר מתפיסת הנכס על-ידי התוקף, יביא הדבר למעשי אלימות מיותרים לחלוטין. כן עלולה להיגרם פגיעה ישירה בסדר החברתי-משפטי. לעמידה על פגיעה זו יש לתת את הדעת גם על תחושת הביטחון והאמון בשיטה המשפטית ובסדר החברתי שיש לאזרח שומר החוק. כשמופעל כח לתפיסה מחדש סמוך לאחר נישול הנתקף ממנו, נראה הצדק לעיני כל. לעומת זאת, כשפועל הנתקף – תוך שימוש בכח – לתפיסה מחדש של הנכס לאחר זמן רב, נראית פעולתו כתקיפה בלתי חוקית גרידא – לפחות בעיניהם של העוברים ושבים שגלגוליו של הנכס אינם ידועים להם – וכהפרה בוטה של הסדר החברתי-משפטי.

הגבלה כזו מתחייבת לא רק ישירות מרציונאל ההגנה הפרטית, אלא גם לאור דרישת המיידיות, שעל הצדקתה – הנובעת הן מרציונאל ההגנה הפרטית והן מאופייה כסייג של "אילוץ" – עמדנו לעיל. למעשה, עשוי תנאי זה, לכאורה, להביא לא רק להגבלת הזמן האמורה, אלא אף לשלילת כל כח המופעל לאחר תפיסת הנכס על-ידי התוקף, דהיינו לשלילת התפיסה מחדש בכללותה. אלא שכאמור היא זה מלאכותי ובלתי רצוי לקבוע כי התקיפה הסתיימה עם אחיזת הנכס על-ידי התוקף, אלא יש לראות בהחזקת הנכס על-ידי התוקף-המנשל סמוך לאחר הנישול המשך ישיר של התקיפה ולא שלב שלאחריה. אין מקום לזהות את מועד סיומה של התקיפה לעניין ההגנה הפרטית עם מועד התגבשותה של עבירה פלילית כלשהי, כגון עבירת הגניבה.

בחינתם של קודקסים פליליים של מדינות שונות מצביעה על נטייה ברורה של המחוקקים לשתוק – בהסדרת ההגנה הפרטית בפרט ובמשפט הפלילי בכלל – בנוגע

1059 כפי שנוכחנו לעיל, נובעת הגבלה זו גם מגורם אשמת התוקף, הנעדרת כשהלה פועל בשל טעות בעובדה (לרבות דין לבר-פלילי) – ראו פרק ד(4)(ה) שלעיל.

לסוגיה נושא דיונון¹⁰⁶⁰. שתיקה כזו ניתן להסביר בשלוש דרכים חלופיות עיקריות: האחת היא הכרעה השוללת את השימוש בכח לשם תפיסה מחדש; השנייה היא המחשבה שלפיה הפתרון לסוגיה – התרת השימוש בכח לתפיסה מחדש במקרים מסוימים – ייגזר ישירות מדרישת המיידיות; והשלישית היא התעלמות מן הסוגיה ואי-מתן הדעת עליה. מכיוון ששניים מהסברים אפשריים אלה (הראשון והשני) הם כמעט מנוגדים, קשה ללמוד הרבה משתיקה אופיינית זו של המחוקקים. שתיקה כזו היא מאד לא רצויה, שכן מדובר בסוגיה שהציבור בהחלט זקוק וזכאי להדרכה בנוגע אליה.

במשפט האנגלו-אמריקני היחס אל התפיסה מחדש הוא בדרך-כלל זהיר, אך הנטייה היא לאפשר שימוש בכח לתפיסה מחדש לאחר הקדמת דרישה מן התוקף-המנשל כי ישיב את הנכס ללא אלימות¹⁰⁶¹.

ההסדר המעניין ביותר לסוגיה¹⁰⁶² נקבע ב-Model Penal Code האמריקני. מנסחי קוד זה, לא זו בלבד שלא התעלמו מן הסוגיה, אלא אף הסדירוה – בסעיף 3.06 לקוד¹⁰⁶³ – תוך פירוט רב, המתבלט אפילו על רקע הקוואיטיקה הרבה המאפיינת את הסדרת ההגנה הפרטית ב-M.P.C. כפי שמציין Heberling, המנסחים הניחו כי הפירוט ימנע שימוש בכח לא נחוץ, אלא שפירוט-היתר שנקטו מוביל דווקא לבלבול, שכן ההסדר מסובך מדי¹⁰⁶⁴. ביקורתי על הסדר זה שב-M.P.C. אינה מתמצה במורכבות-היתר שלו בלבד, אלא נוגעת גם להסדר המהותי עצמו. מפאת קוצר היריעה לא יפורט כאן ההסדר כולו¹⁰⁶⁵, אלא נעמוד על עיקריו בלבד.

הקוד מצדיק תפיסה מחדש בתנאים המצטברים הבאים: 1. ההחזקה נשללה מן העושה שלא כדין; 2. העושה זכאי להחזקה בנכס; 3. מדובר ב: (א) שימוש מידי בכח או (ב) "מרדף חם" או (ג) מצב שבו העושה מאמין שלתוקף-המנשל אין טענת זכות

1060 מבין כעשרים הקודקסים הפליליים שנבחנו במסגרת מחקר זה, בשניים בלבד מוסדר השימוש בכח לתפיסה מחדש של רכוש – ראו סעיף 7 לחוק הפלילי של פינלנד יב/2/ וסעיף 24(1) לחוק הפלילי של שוודיה יב/8.

1061 ראו, למשל – באשר למשפט האמריקני – ע' 1157 לספרם ח/17 של Perkins & Boyce וע' 75 לכרך 6 של האנציקלופדיה ח/24 American Jurisprudence, וראו, למשל – באשר למשפט האנגלי – ע' 682 לספרו ח/6 של Russell וע' 520-522 לספרו ח/2 של Williams.

1062 להסדר אחר שלה ראו סעיף 50 להצעת החוק יג/7 של ניר-זילנד, העוסק בתפיסה מחדש של מקרקעין (בלבד).

1063 ראו סעיף 3.06 ל-M.P.C. יג/4/ וכן דברי ההסבר לסעיף, שם בע' 42-47.

1064 ראו ע' 945 למאמרו ט/36 של Heberling.

1065 יצוין כי סעיף 3.06 לקוד, המסדיר את ההגנה על רכוש, משתרע על פני לא פחות מארבעה עמודים תמימים של הוראות חוק(!), השתרעות שכמעט והופכת את החוק לספר לימוד.

בנוגע לנכס וכן – במקרה של מקרקעין – הנסיבות הן כאלה שקיים קושי גדול בהמתנה לביצוען של הוראות שייתן בית-משפט.

הגבלת השימוש בכח לשימוש מידי – מיד לאחר הנישול או תוך כדי "מרדף חס" של העושה אחר התוקף-המנשל, היא כאמור, הכרחית, ובכל המקרים. הגבלה כזו מתחייבת – כפי שראינו – לאור רציונאל ההגנה הפרטית, לפיכך אין לקבל את הוויתור עליה שמאפשר ה-M.P.C. בחלופה 3(ג) הנ"ל. גם אם מאמין העושה שלתוקף אין טענת זכות בנכס (כפי שנדרש ב-M.P.C.), ואפילו זוהי גם המציאות האובייקטיבית (דרישה שאינה קבועה ב-M.P.C.), אין מקום להצדקת שימוש בכח לתפיסה מחדש ללא הגבלת זמן כלשהי. הסדר החברתי-משפטי עצמו עלול להתערער אם יוצדק שימוש בכח המנותק בזמן מן התקיפה שבה נתפס הנכס על-ידי התוקף. ההנמקה שניתנה בדברי ההסבר של ה-M.P.C. – שלפיה יש להתאים את החוק לציפיות הציבור¹⁰⁶⁶ – היא חלשה. ראשית, לא תמיד תכליתו הראויה של החוק היא ללכת בעקבות ציפיות הציבור, אלא לעתים – כבענייננו – על החוק דווקא להדריך ציפיות אלה. שנית, ספק רב אם אמנם עמדת הציבור היא שכח לתפיסה מחדש המופעל שנים הרבה לאחר הנישול מן הנכס הוא מוצדק. זאת להבדיל מעמדה המצדיקה כח המופעל על אתר – מיד לאחר הנישול או תוך "מרדף חס".

מתבקשת כאן הבחנה בין הגנה פרטית מחד גיסא לבין עשיית דין עצמית מאידך גיסא, הבחנה שמנסחי ה-M.P.C. – במובן מסוים – זנחו לחלוטין. אופייה של ההגנה הפרטית הוא של אילוץ וצורך מידי, בעוד שהעזרה העצמית מאופיינת בכך שהיוזמה היא כולה בידי העושה¹⁰⁶⁷. ההגנה הפרטית משרתת גם את הסדר החברתי-משפטי, בעוד שעשיית הדין העצמית, לעתים קרובות, דווקא פוגעת בו. אמנם קיימים מקרים שבהם תקשה ההבחנה בין שתי התופעות. כך, למשל, כשהתוקף חוטף את ארנקו של הנתקף, והנתקף מפעיל מיד כח מגן להשבת הארנק, לא יקשה לראות בפעולתו הגנה פרטית מוצדקת. כך גם כשהוא פותח מיד במרדף אחר הגזולן ובסיומו מפעיל את הכח המגן. אך מה אם הנתקף התמהמה שניות מספר בטרם פעל? ואם התמהמה דקה תמימה? או שעה?

אך הקושי בהבחנה אינו שולל את הצדקתה המהותית, כשם שמצב הדמדומים אינו שולל את ההבחנה הקיימת בין היום ללילה. למעשה, קושי זה דומה לקושי הרגיל שבקביעת העמידה בתנאי המיידיות – משני עבריה (על ציר הזמן) של התקיפה –

1066 ראו ע' 42-47 לדברי ההסבר של ה-M.P.C. יג3/.

1067 ראו והשוו לדבריו של ביין בע' 3-4 למאמרו ה31/.

דהיינו: לא מוקדם מדי אך גם לא מאוחר מדי. אנגלרד עמד על בעיה דומה – של הבחנה בין הגנה פרטית לעשיית דין עצמית – המתעוררת במסגרת דיני הנזיקין, והציע מבחן כדלקמן: האם המצב העובדתי טרם שונה סופית?¹⁰⁶⁸ מבחן כזה אמנם אינו מכתוב פתרונות ברורים לכל המצבים, אולם ניתן להיעזר בו – גם בתחום הפלילי.

אם נתייחס למקרה הטיפוסי שבו מתעוררת הבעיה, הרי שכתחליף למועד סיומה הפורמאלי של עבירת הגניבה (נטילה ונשיאה), שאותו שללנו, סבורני כי יש להתמקד במועד מאוחר יותר, שבו מתגבשת התרחקות מסוימת – הן במקום והן בזמן – של התוקף עם הטובין ממקום ומזמן אירוע התקיפה. הקביעה המדויקת של מועד זה בכל מקרה קונקרטי תוכל להיעשות על-ידי בית-המשפט בלבד, בהיעדר אפשרות מעשית שהיא תיעשה על-ידי המחוקק, ובלבד שתהא מוגבלת על-ידי התנאי החשוב שבהחלט מצוי בתחומו של המחוקק – המיידיות. משתמה המיידיות, מכתוב הסדר החברתי-משפטי הפניה של הנתקף אשר נושל מן הנכס אל המשטרה, אל בית-המשפט ואל רשויות המדינה האחרות – לפי המקרה, תוך שלילת השימוש הפרטי בכח לשינוי המצב הקיים¹⁰⁶⁹.

יודגש כי הצעתי להסדיר במפורש ולהצדיק את השימוש בכח להגנה על רכוש גם כשמדובר בתפיסה מיידית מחדש, מוגבלת למצב שבו התוקף-המנשל עושה כן ללא טענת זכות אלא כעבריין טיפוסי (גנב, פורץ, שודד וכד'). כאשר מדובר בסכסוך בין שניים שלכל אחד מהם טענת זכות (כנה) באשר לנכס, אין מקום להצדקת השימוש בכח לתפיסת הנכס על-ידי צד כלשהו, מהטעמים שהוזכרו לעיל לעניין זה¹⁰⁷⁰.

1068 ראו דברי אנגלרד בע' 288 לספר ד'10 / שבעריכת טדסקי.

1069 לכאורה מביאה גישה זו למצב לא רצוי, שלפיו יהא מצבו של העושה המפעיל כח מיד טוב מזה של העושה הזהיר והתרבותי יותר, הדורש תחילה מן התוקף לחדול מתקיפתו, ואולי אף ממתין מעט כדי לאפשר לו לעשות כן, ורק אחר כך ובלית בררה פונה לשימוש בכח. "לכאורה" – הן משום שהקדמת דרישה כאמור אינה שוללת בהכרח את התקיימות המיידיות והן משום שכפי שצוין לעיל במסגרת הדיון בתנאי הנחיצות, סבורני כי תנאי זה מכתוב דרישה מוקדמת כזו – כשיש בה טעם – החלה על כולם. מכאן שפעולתו המיידית של העושה הנחפז להפעיל כח בלתי נחוץ להגנת הרכוש ממילא לא תעמוד בתנאי ההגנה הפרטית – ראו הפיסקה שלעיל שלאחר ההפניה לה"ש 655.

1070 ראו פרק ד(4)(ה) שלעיל וכן הטקסט שלעיל המפנה לה"ש 1059.

4. ההגנה על רכושו של אדם אחר

כפי שעולה ישירות מכותרתו של פרק זה, מדובר בגיזרה אפשרית של ההגנה הפרטית, המהווה בת-כלאיים של שתי גזרות מקובלות אחרות שלה: ההגנה על אדם אחר וההגנה על רכוש. לפחות לכאורה, נוכח ההכרה המקובלת בהשתרעותה של ההגנה הפרטית גם על ההגנה על כל אדם אחר, מתבקש כי אותם תנאים החלים על ההגנה על רכוש העושה יחולו גם על ההגנה על רכושו של אדם אחר. גישה כזו, שאינה מבחינה בין רכוש העושה לבין רכושו של אדם אחר (כך שמתיתר הדיון בהגנה על רכושו של אחר ככגיזרה נפרדת של ההגנה הפרטית), היא מקובלת מאד ומשתקפת הן במרבית כתבי המלומדים – שכלל אינם דנים בסוגיה נושא דיונונו בנפרד – והן ברובם המכריע של הקודקסים הפליליים הקיימים¹⁰⁷¹ ושל הצעות החוק, הן בארצנו והן מעבר לים¹⁰⁷², אשר נבחנו במסגרת מחקר זה. ובכל זאת, נוכח עמדות מנוגדות המשתקפות במשפט האנגלו-אמריקני, תיבחן להלן בקצרה ההצדקה של עמדות אלה.

ההגבלה המסורתית נבעה ישירות מן ההגבלה – שהייתה נהוגה בעבר ונדונה כבר לעיל – של ההגנה על אדם אחר. אך כאן מעניין לעמוד על הגבלה אחרת – של ההגנה על רכושו (דווקא) של אדם אחר. הגבלה כזו הייתה מקובלת מאד במשפט האמריקני,

1071 מלבד הקודקסים הפליליים של גרינלנד ונורווגיה, הטעונים פרשנות באשר להגנה על אחר (לא רק בהקשר של רכוש) (ראו ה"ש 986 שלעיל) ומלבד הקודקס הפלילי של שווייץ, הטעון פרשנות באשר להגנה על רכוש (לאו דווקא של אדם אחר) (ראו ה"ש 1038 שלעיל), הרי שבכל יתר כעשרים הקודקסים הפליליים שנבחנו במסגרת מחקר זה (ראו חלק יב של הביבליוגרפיה שבסוף הספר), הוחל דין ההגנה הפרטית – בין במפורש ובין במשתמע – גם על ההגנה על רכושו של אדם אחר.

1072 בעוד שנוסחו הישן של סעיף 22 לחוק העונשין, תשל"ז 1977 – הגביל את ההגנה על רכושו של אחר ל"רכוש שהופקד בידיו" של העושה, הרי שהן בנוסחו הקודם של סעיף זה, אשר נקבע בחוק המתקן א"2, והן בהצעות החוק של הוועדה בראשות אגרנט ג'1 (סעיף 35); של פלר וקרמניצר ג'4 (סעיף 46) ושל אנקר וקרפ ג'5 (סעיף 38), אין כל הבחנה בין רכושו של העושה לרכושו של אדם אחר. כך גם בנוסחו החדש של סעיף ההגנה העצמית שבחוק העונשין – סעיף 34 – אשר נקבע בתיקון מס' 39 (17א) – "או ברכושו – שלו או של זולתו...". כזו היא גם התמונה הכוללת שיוצרות הצעות החוק של ניר-זילנד (יג'7; סעיף 48); ארה"ב – M.P.C. (יג'4; סעיף 3.06) וארה"ב – ההצעה הפדראלית (יג'6; סעיף 606). הגבלה מסוימת עולה מן ההצעה הנ"ל של ניר-זילנד, שבה מוגבלת ההגנה על רכוש למחזיק ברכוש ולמסייע לו. כאמור, ההגנה על אדם אחר רחבה מתחום הפעולות הנופל בגדר השותפות לדבר עבירה. אך נראה שמדובר בניסוח לא מוצלח ולא ככוונה לצמצם. מצב דומה קיים באשר ל-M.P.C. האמריקני ועל כך להלן בה"ש 1074.

ושרידיה קיימים עד היום. הווריאציה השכיחה ביותר שלה היא ההגבלה לרכוש שבבעלותו, בהחזקתו או בשליטתו של העושה (המגן). וריאציה אחרת היא דרישה של זיקה מיוחדת, כגון חובה משפטית, בקשת עזרה מצד הבעלים או קרבת משפחה¹⁰⁷³. אלא שבעקבות ה-Model Penal Code האמריקני, שבו ננקטה גישה שלפיה אין מקום להגבלות כאמור¹⁰⁷⁴, נוטים גם המחוקקים האמריקנים – במדינות ארצות-הברית השונות – להסיר את ההגבלות הללו¹⁰⁷⁵.

הדיון העקרוני בסוגיה נושא דיונו מעלה בדיוק את אותם השיקולים שהזינו את הדיון בהגנה על אדם אחר. ראשית, אופייה המוצדק של ההגנה הפרטית על רכוש מוביל למסקנה שאין כל מקום להבדיל בין הגנה על רכושו של העושה עצמו לבין הגנה על רכושו של אדם אחר כלשהו¹⁰⁷⁶. אילו היה מדובר בפטור הניתן כהתחשבות של החברה במצבו המיוחד של העושה, או בסליחה הניתנת לאור ההבנה ללב, היה מקום להגבלת ההגנה על רכוש, לקרוביו של הבעלים או המחזיק, למשל. אך להגבלות שכאלה אין מקום כשמדובר במעשה מוצדק, ראוי, נכון ורצוי. ההצדקה המלאה של ההגנה על רכוש שוללת את הרלוונטיות של זהות בעל הזכויות בו וקרבתו לעושה. גם בחינת גורמי האוטונומיה של הנתקף, אשמתו של התוקף והסדר החברתי-משפטי שברציונאל ההגנה הפרטית מביאה לאותה המסקנה שאליה הגענו לעיל באשר להגנה על אדם אחר; דהיינו: אי-הגבלתה בהשוואה להגנה העצמית. אשר להגנת הסדר החברתי-משפטי, הרי שלהגשמת מטרה זו עשוי הצורך בהגנה על רכושו של אחר להיות, במונח מסוים, גדול עוד יותר בהשוואה להגנה על האחר גופו. שהרי, כאשר מותקף האחר עצמו יכול הוא, לעתים קרובות, להגן בעצמו על גופו, ואילו כאשר מדובר בתקיפת רכוש שכיחה מאד הסיטואציה שבה הנתקף (הבעלים או המחזיק של הרכוש) כלל אינו נמצא במקום

1073 ראו ע' 673-675 לספרם La Fave & Scott של ע' 89 לכרך II של ספרו 12/ של Robinson; ע' 1158 לספרם Perkins & Boyce של ע' 940 למאמרו 36/ של Heberling. כן ראו סעיף 27(1)(d) להצעת החוק האנגלית יג' 10/, המוסיף לעניין ההגנה על רכוש של אדם אחר מפני עוולה נזיקית של הסגת גבול (בהבדל מהגנה מפני עבירה פלילית) תנאי של קבלת רשות מהבעלים.

1074 מעניין לציין כי אף שמדברי ההסבר של ה-M.P.C. עולה בפירוש כוונה כזו של התרת שימוש בכח להגנת רכושו של אחר באותה דרגה וללא הגבלה מיוחדת בהשוואה להגנת רכושו של העושה עצמו (ראו ע' 37 לדברי ההסבר של ה-M.P.C. יג'), בכל זאת לא באה כוונה זו לידי ביטוי מלא בנוסח שנקבע בסעיף 3.06 לקוד, העוסק בהגנה על רכוש. ניתן לאתר הגבלה קלה הנובעת מצמצום ההגנה למקרים הבאים: הנכס בהחזקתו של העושה או בהחזקת אחר שלהגנתו הוא פועל או שהעושה פועל בהסמכת אחר או שזכותו נגזרת מזכותו של אחר.

1075 ראו האסמכתאות הנ"ל בה"ש 1073.

1076 לדעה דומה ראו ע' 90 לכרך II של ספרו 12/ של Robinson.

האירוע, כגון כשבוזזים את מקום עסקו. אמנם אין לשכוח כי האינטרס שבסכנה במקרה האחרון (רכוש) הוא פחות ערך בהשוואה לאינטרס שבסכנה במקרה הראשון (שלמות גופו של אדם או אפילו חייו), אלא שהבדל זה בא, כמובן, לידי ביטוי מלא בהגבלות הענייניות החזקות החלות על הגנה על רכוש (כלשהו), ובעיקר ההגבלה שמכתיב עקרון הפרופורציה.

הטיעון המרכזי והכמעט בלעדי התומך בהגבלת ההגנה על רכושו של אדם אחר הוא החשש שמא העושה יטעה. לביסוס רב יותר של טיעון זה בהשוואה לטיעון המקביל באשר להגנה על אדם אחר, ניתן להצביע על שני מאפיינים ייחודיים לסוגיה נושא דיוננו. האחד: הערך המוגן – זכות קניינית ברכוש – פחות בערכו מן הערך המוגן העלול להיפגע כשהעושה טועה – בריאות האדם (התוקף), והשני: ההחלטה אם יש מקום להגנה על רכוש מסובכת בהשוואה להגנה על הגוף, כוללת לעתים גם התחשבות בחוקים המסדירים את הזכויות ברכוש (דיני הקניין) ותלויה באי-התקיימותה של הסכמת הבעלים. לפיכך גדול יותר הסיכון שהעושה אכן יטעה.

התשובה המרכזית לטיעון של אפשרות הטעות היא שאין בכוחה של אפשרות זו לשלול את ההגנה הממשית על רכושו של אדם אחר, אלא לכל היותר היא עשויה להכתיב זהירות מסוימת בהתחשבות בטעותו של העושה שבמסגרת ההגנה הפרטית המדומה – זהירות העשויה לבוא לידי ביטוי, למשל, בדרישה כי הטעות תהא סבירה. מעבר לכך יש לתת את הדעת לעניינים מספר. ראשית, הטעות היא אפשרית גם בהגנת הגוף, ויתרה מזו: מדובר אז בכח מגן גדול יותר באופן משמעותי, שעשוי להיות אף קטלני (מה שאין כן לגבי רכוש – נוכח עקרון הפרופורציה). שנית, במקרים השכיחים והמציאותיים של הגנה על רכוש גרידא – גניבה והיזק לרכוש – מצומצם המקום לחשש מטעויות, במיוחד אם מתנים את השימוש בכח להגנת רכוש בהקדמת דרישה מהתוקף לחדול – דרישה המאפשרת לו להסביר את פשר מעשיו ולמנוע טעויות¹⁰⁷⁷.

לסיכום, אשר לשאלה מה הם תנאיה הראויים של ההגנה הפרטית המוצדקת על רכושו של אדם אחר, הרי שמתבקש כי יחולו עליה כל התנאים וההגבלות החלים על הגנת רכושו של העושה עצמו, ובראש ובראשונה ההגבלות – המשמעותיות מאד כשמדובר בהגנה על רכוש – שמכתיב עקרון הפרופורציה.

1077 לדעה דומה ראו ע' 940 ואילך למאמרו 36ט של Heberling.

5. ההגנה על בית המגורים

(א) כללי

בין שרואים בהגנה על בית המגורים גיזרה נפרדת של ההגנה הפרטית ובין שלא, אין ספק שיש להכיר בייחודו של בית המגורים לעניין ההגנה הפרטית, הצדקתה ותנאיה.

מבחינה מהותית יש להבחין, בעיקר לאור עקרון הפרופורציה, בין תקיפה המסכנת את דיירי הבית לבין תקיפה המסכנת את בית המגורים עצמו ואת הזכויות הקנייניות בו. אלא שהגנת המגורים אינה מתמצה בהגנה על הגוף או בהגנה על רכוש גרידא, והשאלה המרכזית היא אם קיים ערך נוסף הראוי להכרה ולהגנה כשמדובר בבית מגורים. ערך כזה עשוי להצדיק את ההגנה הפרטית על בית המגורים גם בתנאים שבהם אין ההגנה על רכוש גרידא מוצדקת, וזאת גם כשאין מדובר בהגנה ישירה על הגוף. כמו כן, גם כשהתקיפה בבית המגורים היא ישירה כלפי גופם של הדיירים, תהא השפעה לערך נוסף שכזה, אשר תביא להגמשה של תנאי ההגנה הפרטית.

לבית מגוריו של האדם נודעת חשיבות רבה בעבורו בפרט ובעקבות זאת בעבור החברה בכלל – חשיבות החורגת מעל ומעבר לערכו כרכוש גרידא. האדם זקוק למקום שבו ימצא שלוה, מנוחה וביטחון, ומטבע הדברים מקום זה הוא ביתו. קיימת זיקה נפשית מיוחדת בין האדם לביתו וקשה לתאר חיים תקינים בהיעדר "חוף מבטחים" שכזה, המהווה תנאי כמעט הכרחי לשם מתן מענה לצרכים בסיסיים ביותר (כגון מנוחה, שינה ופרטיות) ובסיסיים פחות. לפיכך, מתבקשת הגנה חזקה – לרבות בדרך של הגנה פרטית מוצדקת – על עצם חסינותו של המעון, מלבד ההגנה הרגילה על המעון כרכוש גרידא¹⁰⁷⁸.

בחינת ההגנה על בית המגורים לאור רציונאל ההגנה הפרטית מלמדת כי משמתבצעת התקיפה בבית המגורים דווקא, נוסף משקל משמעותי להצדקת ההגנה הפרטית. ראשית, הפלישה למעונו של אדם מהווה פלישה חמורה למרחב המחיה שלו וכשלעצמה פוגעת באוטונומיה שלו (נוסף על הפגיעה באוטונומיה שמהווה תקיפת גופו או רכושו – לפי המקרה). כאמור, קיומו של חוף מבטחים שקט ושלו עונה על צרכים כה בסיסיים וחשובים של האדם עד כי יש לראותו כחלק אינטגרלי מתחום האוטונומיה

1078 ראו והשוו לדבריו המשכנעים בעניין זה של ביין בע' 519-520 למאמרו ה-32. הסתייגותי מדבריו נובעת מהדגש המושם בהם על הפגיעה ביכולתו של האדם (שמתערער ביטחונו במעונו) להיות אזרח מועיל בחברה. הייתי מעדיף התמקדות באושרו של הפרט דווקא.

המוגן שלו. שנית, ישנו – לאור האמור לעיל – גם אינטרס חברתי כללי חשוב בשמירת חסינות המגורים מפני חדירה, כך שבני החברה ירגישו בטוחים לפחות בבתיהם.

בעבר התבסס היחס המיוחד להגנת המגורים – לפחות בעולם המשפט האנגלי-אמריקני – על קדושה מיוחדת שיוחסה לביתו של אדם¹⁰⁷⁹. המחשבה הייתה שביתו של האדם הוא קו הנסיגה האחרון שלו מעולם עוין ושמוצה לו הוא נותר לא מוגן. לפיכך, למשל, כשם שהותר כח קטלני להגנה על החיים, הותר כח כזה לשם הגנה על הבית המעניק מחסה לחיים. הבית נחשב למבצר ("castle") של האדם וההגנה עליו נתפשה כחשובה כהגנת החיים עצמם¹⁰⁸⁰. בעניין זה ידועה במשפט האנגלי האימרה "The house of every one is to him his castle and fortress"¹⁰⁸¹.

כיום נוטים פחות לדבר על המגורים כבעלי קדושה מיוחדת ומציעים בספרות גם הסברים אחרים ליחס המיוחד אליהם. האחד – הליכה לפי עקרון האוטונומיה של הפרט, המקובלת גם בשיטות משפט שבהן נזנחה בהקשרים אחרים התאוריה שלפיה זהו הרציונאל הבלעדי להצדקת ההגנה הפרטית¹⁰⁸². הסבר אחר הוא קיומה של חזקה, שלפיה כשמתפרץ התוקף למגורים, ובמיוחד בלילה, הוא מסכן את הדיירים¹⁰⁸³. זאת, הן לאור ההנחה שהתוקף מביא בחשבון את הימצאות הדיירים בבית ומכין מענה אליהם למפגש האפשרי עמם והן לאור ההנחה שדיירי הבית יפתעו ויחששו לחייהם ולפיכך ינסו להפעיל כח מגן שתגובת התוקף לו עלולה להיות מסוכנת מאד. הסברים נוספים מתייחסים לתחושות הציבור¹⁰⁸⁴ ולהיותם של המגורים "חוף המבטחים המוחלט" של

1079 ראו, למשל, ע' 12, 86 לכרך II של ספרו 12/ של Robison; ע' 245 למאמרו 57/ של Lanham; ע' 939 למאמרו 36/ של Heberling; ע' 278 למאמרו 39/ של Greenawalt.

1080 ראו, למשל, ע' 575 למאמרו 34/ של Beale; ע' 670-669 לספרם 18/ של La Fave & Scott; ע' 39 לדברי ההסבר ל-M.P.C. יג'.

1081 הציטוט הוא מפסק־הדין משנת 1604 בעניין Semayne's, אך האמרה קדומה עוד יותר – ראו ע' 519 לספרו 2/ של Williams.

1082 כך סבורים Fletcher, Williams ו-Ashworth – ראו ע' 738 למאמרו 3/ של הראשון; ע' 861 לספרו 13/ של השני וע' 306 למאמרו 1/ של השלישי (Ashworth מדבר על "עמידה איתנה" כחריג הקיים באשר למגורים לגישה הכללית של "זכויות האדם", המבוססת על איזון אינטרסים).

1083 חזקה כזו עומדת מאחורי ההסדרים החקיקתיים הבאים: סעיף 25(2) לחוק הפלילי הקולומביאני 10/; סעיף 34 לחוק הפלילי הארגנטיני יב' 13/; סעיף 8 לחוק הפלילי הספרדי יב' 17/. כזה הוא גם המצב במשפט העברי, במיוחד לפי ההלכה של "הבא במחתרת" – ראו, למשל, ע' 1271 ואילך למאמרה 81/ של Finkelman.

1084 ראו ע' 939 למאמרו 36/ של Heberling.

האדם¹⁰⁸⁵. כאמור, דעתי היא כי אין צורך לסטות מן הרציונאל להצדקת ההגנה הפרטית כדי להצדיק יחס מיוחד להגנת המגורים. יחס כזה נובע ישירות מן הרציונאל המוצע בספר זה, ובעיקר מגורמי האוטונומיה של הפרט (אוטונומיה שחסינות המגורים היא חלק חשוב שלה) והסדר החברתי-משפטי – גורמים המחייבים הגנה מיוחדת מפני תקיפות המבוצעות בבית המגורים.

שאלה נכבדה היא מהו אותו יחס מיוחד הראוי להגנה על בית המגורים. ראשית, אין הכרח שיחס זה יבוא לידי ביטוי מפורש בחוק החרות, אלא הוא עשוי לפעול להגמשת תנאי ההגנה הפרטית במקרים קונקרטיים. כך, אף שברובם המכריע של הקודקסים הפליליים שנבחנו במסגרת מחקר זה אין ביטוי מפורש בחוק להגנת המגורים¹⁰⁸⁶, בכל זאת נוהגים בתי-המשפט, בשיטות משפט רבות, לייחס חשיבות למיקום כזה של התקיפה. עם זאת, יש לציין כי בהצעות חוק שהוצעו מעבר לים מקובל להתייחס להגנת המגורים במפורש¹⁰⁸⁷.

שנית, יחס זה בא לידי ביטוי במשפט האנגלו-אמריקני בהקשרים של תנאי הנסיגה והפרופורציה. לאחר שנבחן הסדר זה, יוצע לסייג את ההגמשות שגובשו במשפט האנגלו-אמריקני בהקשרים אלו, ולקבוע הגמשות נוספות לעניין דרישת המיידיות באשר לתפיסה מחדש ולעניין ההגנה המדומה.

על יחסו הכללי של המשפט האנגלו-אמריקני להגנת המגורים עמדנו לעיל. לאור יחס זה הוגמשו תנאיה הרגילים של ההגנה הפרטית כשזו נועדה להדוף תקיפה במגורים¹⁰⁸⁸. הדוגמה הקלאסית והקיצונית ליחס מיוחד זה היא פסק-הדין האנגלי

1085 ראו ע' 86 לכרך II של ספרו ח12 / של Robinson.

1086 מבין כעשרים הקודקסים הפליליים שנבחנו במסגרת מחקר זה נמצאה התייחסות מפורשת לבית המגורים רק בחמישה: סעיף 7 לחוק הפלילי הפיני יב2; סעיף 24(1) לחוק הפלילי השוודי יב8; סעיף 25(2) לחוק הפלילי הקולומביאני יב10; סעיף 34 לחוק הפלילי הארגנטיני יב13; וסעיף 8 לחוק הפלילי הספרדי יב17. יצוין כי בשלושת האחרונים מוגבלת ההתייחסות לתקיפה (במגורים) המתבצעת בלילה.

1087 התייחסות כזו מצויה בעיקר בהצעות האמריקניות – ב-M.P.C. יג4 (סעיפים 3.04(2)(b)(II); 3.11(3); 3.06(3)(d)(I)) ובהצעה הפדראלית יג6 (סעיפים 607(2)(b)(II); 607(2)(c)); וכן בהצעה הניו-זילנדית יג7 (סעיף 49(1)). חוסר התייחסות למגורים קיים – מלבד בכל הצעות החוק הישראליות (חלק ג של הביבליוגרפיה שבסוף הספר) – גם בהצעה האנגלית יג10 ובהצעות הקנדיות יג8 ו-יג12.

1088 ראו, למשל, דבריו של Ashworth על הדאגה הידועה של האנגלי למבצרו – בע' 294 למאמרו ט1 / ודבריו של Williams על הסלחנות המיוחדת שבה השקיף תמיד החוק על המתגונן במגוריו – בע' 519 לספרו ח2.

שניתן בשנת 1924 בעניין Hussey¹⁰⁸⁹. בעלת הבית שבו שכר הנאשם חדר נתנה לו הודעה שעליו לפנותו. ההודעה לא הייתה תקפה מבחינה משפטית, שכן לא הייתה עילה לפינויו. משסירב לפנות את החדר, הופיעה בעלת הבית בלוויית שני אנשים נוספים במטרה לפנותו. הנאשם ירה ופצע שניים מתוקפיו ובית-המשפט האנגלי קבע כי אפילו כח קטלני הוא מוצדק כנגד המנסה לנשל אדם מביתו¹⁰⁹⁰.

הביטוי הבולט ביותר של היחס המיוחד לבית המגורים הוא בהקשר של חובת הנסיגה. מקובל – גם על התומכים בחובת נסיגה לפני הפעלת כח מגן קטלני – כי אין אדם חייב לסגת מביתו¹⁰⁹¹. ההסבר ההיסטורי שניתן לסייג זה לחובת הנסיגה הוא כדלקמן: בזמנים קדומים עשו הפרטים את מגוריהם למקום הגנתם ולעתים קרובות אכן נאלצו להגן על עצמם בבתיהם. מקום מגוריו של אדם נחשב למקום המפלט שלו והיה מקודש. קדושה זו הוכרה באופן מלא על-ידי החוק, אשר התייחס אל הנתקף בביתו כאל מי שכבר לחוץ "אל הקיר" ולפיכך אינו חייב לסגת. נסיגה מבית המגורים נתפשה כוויתור על ההגנה שהוא מספק¹⁰⁹². עד היום מרכיב לצטט בעניין זה את דבריו של השופט Cardozo, ולפיהם האדם "is under no duty to take to the fields and the highways, a fugitive from his own home"¹⁰⁹³.

אמנם נעשו ניסיונות, כגון זה של Beale¹⁰⁹⁴, להסביר את חריג המגורים לכלל הנסיגה בכך שנסיגה מבית המגורים לא תקטין את הסכנה לנתקף, אך אין די בהסבר זה לתופעה. ראשית, גם המצדדים בחובת הנסיגה מתייחסים לנסיגה בטוחה ואיש אינו מציע לדרוש מן הנתקף לסגת כשדרך זו מסכנת אותו. כך שגם ללא קביעת חריג

1089 ראו פסק-הדין י13/ בעניין Hussey. וראו גם ע' 111-112 לספרו ח4/ של Smith.
1090 בהמשך נשוב ונידרש לפסק-דין זה בעת הדיון בסוגיה הספציפית שהוא מעורר – התנגדות לנישול מבית המגורים.

1091 ראו, למשל, ע' 1127 לספרם ח17/ של Perkins & Boyce; ע' 939 למאמרו ט36/ של Heberling; ע' 294 למאמרו ט1/ של Ashworth. החריג שלפיו אין חובת נסיגה כשהתקיפה מבוצעת במגורי הנתקף נקבע גם בסעיף 3.04(2)(b)(II)(1) ל-M.P.C. האמריקני יג4/. מעניין לציין כי המנסחים הרחיקו לכת וקבעו בסעיף 3.05(2)(c) לקוד כי כשמדובר בהגנה על אדם אחר, די אם הנתקף או המגן עליו מתגוררים במקום התקיפה, כדי ששניהם לא יהיו חייבים לסגת. ספק אם יש מקום ל"סולידריות" כזו כשמדובר במגוריו של המגן (בהבדל ממגוריו של הנתקף).

1092 ראו ע' 636 ואילך לדרך 40 של האנציקלופדיה ח24/ American Jurisprudence; ע' 442 לספרו ח6/ של Russell.

1093 ראו פסק-הדין יא9/ בעניין Tomlins. כן ראו ע' 40 לדברי ההסבר של ה-M.P.C. יג3/.

1094 ראו ע' 540 למאמרו ט35/. וראו גם ע' 15 למאמרו ח11/ של ביין, הרואה בכך שבדרך-כלל קשה לאדם מבחינה פיזית להימלט מבית שיקול משני שאינו בעל אופי עצמאי.

המגורים, אם במקרה הקונקרטי הייתה דרך הנסיגה מן הבית מסוכנת לנתקף, ממילא לא היה נדרש – לפי כל הגישות – לסגת. שנית, אין מקום לחריג המגורים לחובת הנסיגה, גם אם מבססים אותו על חזקה עובדתית שהנסיגה אינה בטוחה. במקרים לא מעטים תהא הנסיגה דווקא הדרך הבטוחה לנתקף. כך, למשל, כשהתקיפה מכוונת כלפי גופו של אדם והתוקף והנתקף מצויים בתוך ביתו של הנתקף, תהא לעתים קרובות הדרך הבטוחה לנתקף דווקא יציאה מן הבית אל רשות הרבים. שם סביר להניח שיירתע התוקף מלהמשיך בתקיפתו נוכח הסכנה שיזוהה¹⁰⁹⁵ ונוכח האפשרות הסבירה יותר של היחלצות אחרים להגנת הנתקף – בין במסגרת של הגנה ממוסדת ובין במסגרת של הגנה פרטית. מכאן, שחריג המגורים לחובת הנסיגה אכן מחייב ביסוס תאורטי המעניק משקל לעצם ההגנה על בית המגורים – ביסוס שעליו עמדנו לעיל. ביסוס נוסף הוא הפגיעות הקשות במיוחד בסדר החברתי-משפטי שיש מחד גיסא בתקיפת אדם בכיתו הוא ומאידך גיסא בחיוב הנתקף לסגת מביתו. פגיעה אחרונה זו כורכת בחובה גם עידוד ממשי ובלתי רצוי של העבריינות.

כמעט כשם שמקובל חריג המגורים לחובת הנסיגה, מקובלים גם שני חריגים לחריג זה, חריגים המחזירים אותנו אל הכלל – חובה של מיצוי אפשרות בטוחה לסגת לפני ההיזקקות לכח מגן קטלני. הראשון והמוסכם יותר הוא המקרה שבו לנתקף בביתו אשמה קודמת בהיווצרות מצב האילוף¹⁰⁹⁶.

החריג השני, הפחות מוסכם והמעניין יותר, הוא המקרה שבו לא רק הנתקף מתגורר במקום התקיפה אלא גם התוקף, דהיינו עימות בין דרים במשותף¹⁰⁹⁷. יש טעם רב

1095 די בעדי ראייה לתקיפה – שסביר להניח כי יימצאו מחוץ לבית – כדי להגדיל את הסיכויים שהתוקף ייאלץ לתת את הדין על תקיפתו.

1096 ראו, למשל, ע' 939 למאמרו 36ט / של Heberling; סעיף 3.04(2)(b)(II)(1) ל-M.P.C. יג' 41; סעיף 607(2)(b)(II) להצעת החוק הפדראלית האמריקנית יג' 61.

כאמור – ראו הטקסט שלעיל שלאחר ההפניה לה"ש 873 – מדובר במקרה כזה בחובת נסיגה חזקה מזו המתבקשת ב"מקרים הרגילים", כך שגם נוכח תוספת המשקל של המגורים עדיין יש בהחלט מקום לדרוש מן הנתקף למצות אפשרות של נסיגה. מכל מקום, חריג זה לחריג המגורים כרוך בהסדר הכללי הרצוי למקרה המיוחד שבו העושה גרם באשמתו למצב שבו נאלץ להתגונן – ועל כך בפרק ו(4) שלהלן.

1097 ראו, למשל, ע' 153 למאמרו 32ט / של Perkins; סעיף 607(2)(b)(II) להצעת החוק הפדראלית האמריקנית יג' 61. מעניין לציין כי בעוד שבנוסחו של ה-M.P.C. משנת 1958 נקבע חריג כזה, הושמט החריג מן הנוסח המאוחר יותר – משנת 1962 – בעקבות חילוקי דעות בין חברי ועדת החקיקה לבין יועציה. ראו סעיף 3.04(2)(b)(III)(1) לנוסח יג' 31 משנת 1958 ודברי ההסבר שבע' 25; סעיף 3.04(2)(b)(II)(1) לנוסח יג' 41 משנת 1962 ודברי ההסבר שבע' 49.

בחריג (לחריג) זה, וניתן לבססו ישירות על הרציונאל של היחס המיוחד למגורים. יחס זה מבוסס על מעמדו המיוחד של בית המגורים כמרחב מחיה מוגן המאפשר לאדם להסתמך על חסינותו מפני פלישות חיצונית, כך שיוכל להגיע בו לשלווה הנפשית ההכרחית לצורך חיים תקינים. בעוד שמעמד זה נפגע באופן קשה ביותר נוכח פלישות חיצונית של זרים אל בית המגורים, שונה מאד המצב באשר לעימותים עם דייר אחר של בית המגורים, שממילא מצוי בו, ובדין. נוסף לכך ישנו שיקול מדיניות כבד משקל התומך בחריג לחריג. מלומדים אחדים עמדו על כך שחלק ניכר מן התקיפות בבית המגורים מבוצע על-ידי קרוביהם ומכריהם של הנתקפים בכלל ועל-ידי בני-הזוג שלהם בפרט¹⁰⁹⁸. בסכסוכים כאלה אין מעמד המיוחד של המגורים נפגע, ורצוי להותיר את חובת הנסיגה על כנה במטרה לצמצם את השימוש באלמות, ולהימנע מלעודד אנשים לעמוד על שלהם תוך שימוש בכח¹⁰⁹⁹.

ביטוי חשוב נוסף ליחס המיוחד אל בית המגורים הוא הגמשה מסוימת של דרישת הפרופורציה. כידוע, מחייב עקרון הפרופורציה הגבלה משמעותית יותר של הכח המוצדק להגנת רכוש בהשוואה לזה המוצדק להגנת הגוף, ובמיוחד שולל הוא – במקרה של הגנת רכוש – שימוש בכח מגן קטלני. דעתי היא כי אין לזנוח הבחנה חשובה זו כשהתקיפה מתרחשת במגורי הנתקף. אמנם הן אם התקיפה מכוונת כנגד הגוף והן אם היא מכוונת כנגד רכוש גרידא, בשני המקרים נוסף גם גורם משמעותי של הגנה על עצם חסינותו של המעון. כמו כן, לעתים קשה באופן מעשי להבחין בין תקיפת הגוף במגורים לבין תקיפת רכוש במגורים. בכל זאת נותרת בעינה החשיבות הרבה של הבחנה זו, שהרי גם כשנוספת להגנת הרכוש הגנה על חסינות המעון, עדיין קטנה ההצדקה לכח המגן מזו הקיימת כשהגנה על חסינות המעון נוספת להגנה על גופו של אדם. כך, למשל, בעוד שיש מקום להגמיש את דרישת הפרופורציה בשני המקרים – דהיינו: כל אימת שהתקיפה מתרחשת במגורים – ולהצדיק כח מגן גדול יותר בהשוואה לזה המוצדק

המעניין במקרה מיוחד זה הוא יכולתו לשמש כמקרה מבחן ("test case") לרציונאל המיוחד על-ידי מלומדים שונים לכללים הבסיסיים של נסיגה ושל יחס מיוחד למגורים. כך, למשל, הביעו La Fave & Scott דעתם כי שלילת החריג לחריג, הנוגע למגורים משותפים, משקפת ראייה של החריג עצמו (מגורים) כמבוססת לא על אינטרס הנתקף בבית ומעמד התוקף כפולש, אלא על כך שלנתקף אין מקום בטוח יותר מביתו לסגת אליו (ראו ע' 660 לספרם 18). כפי שצינתי לעיל, סבורני כי לקביעה האחרונה אין מקום, אפילו לא כחזקה עובדתית. 1098 ראו ע' 127 למאמרו ה'13 / של עצמאי; ע' 939 למאמרו ט'36 / של Heberling; ע' 881 לספרם ח'19 / של Kadish & Schulhofer.

1099 בהמשך נשוב ונידרש לסוגיה זו ולהשלכתה האפשרית על המקרה המיוחד של התגוננות האישה המוכה מפני בן-זוגה המכה – ראו פרק ו(5).

כשלא כרוכה בהגנה הפרטית גם הגנה על חסינות המעון; בכל זאת אין מקום להגמשה גדולה מדי, שתרוקן את דרישת הפרופורציה מתוכנה, ובמיוחד אין מקום להגמשה הבאה לידי ביטוי בהצדקת כח מגן קטלני להגנת המגורים ורכוש שלא כרוכה בה גם הגנה על גופו של אדם.

במשפט האנגלו-אמריקני לא אומצה גישה זו, ולפיכך הוצדק כח מגן קטלני להדיפת תקיפה במגורי הנתקף גם בהיעדר סכנה לגופו של אדם. גישה זו של המשפט האנגלו-אמריקני קיימת הן במשפט המקובל¹¹⁰⁰, הן בהצעות חוק¹¹⁰¹ והן בכתבי המלומדים¹¹⁰².

מנגד, ניתן למצוא גישת מיעוט, שלפיה אין חשיבות של ממש למיקום התקיפה במגורי הנתקף והקריטריון הבלעדי הוא הסיווג להגנת הגוף מול הגנת רכוש¹¹⁰³. בתווך קיימת גישה נוספת, שלפיה יש להביא בחשבון מיקום כזה של התקיפה – במגורי הנתקף – בהערכת סבירות פעולתו של העושה¹¹⁰⁴. גישה זו היא, לדעתי, נכונה ורצויה שכן שימוש בכח מגן קטלני אינו סביר בהיעדר סכנה לגוף האדם.

יחס מיוחד לבית המגורים בא לידי ביטוי גם בסוגיית מלכודות האדם, שעליה עמדנו לעיל¹¹⁰⁵. כך, למשל, מקובל לקבוע באיסורים ספציפיים על הצבת מלכודות אדם חריג של מלכודות שמטרתן הגנה על בית המגורים בלילה¹¹⁰⁶. ההנחה הנלמדת מן ההגבלה ללילה היא, כמובן, של סכנה לגוף האדם; סכנה שכח מגן גדול מפניה עשוי שלא לחרוג מעקרון הפרופורציה. עם זאת, יש להביא בחשבון כי חקיקה בנוגע למלכודות האדם אינה מלמדת בהכרח על היחס למגורים, משום שקיים גם השיקול המשמעותי מאד של הסכנה לתמימים (בהבדל מן התוקף ברה"אשמה) שיוצרת המלכודת.

1100 ראו, למשל, ע' 519-520 לספרו של Williams; ע' 669 ואילך לספרם ח18 של La Fave & Scott; ע' 1150 ואילך לספרם ח17 של Perkins & Boyce.

1101 ראו סעיף 3.06(3)(d)(I) ל-M.P.C. יג; סעיף 607(2)(c) להצעת החוק הפדראלית האמריקנית יג6/ ודברי ההסבר לסעיף, שם בע' 44 וביקורת על חריגה גסה זו מעקרון הפרופורציה – בטקסט שלעיל שתחילתו בהפניה לה"ש 782.

1102 ראו, למשל, ע' 1148 ואילך לספרם ח17 של Perkins & Boyce.

1103 ראו ע' 294 למאמרו ט1 של Ashworth.

1104 ראו דברי ההסבר לסעיף 3(12) שבע' 38 להצעת החוק הקנדית יג8/. המנסחים מבהירים שם שלא קבעו כלל נפרד לבית המגורים, אלא יש לדעתם לשקלל גורם זה בהערכת סבירות הכח המגן. מכיוון שסעיף 3(12) להצעה זו, העוסק בהגנת מקרקעין, שולל במפורש כח קטלני, נשלל השימוש בכח קטלני שלא להגנת גוף האדם, שלילה שהיא, לדעתי, רצויה מאד.

1105 ראו פרק ד(7)(ד).

1106 ראו, למשל, ע' 78 לכרך 6 של האנציקלופדיה ח24 / American Jurisprudence.

(ב) הגדרת "בית המגורים"

כדי להעניק משמעות מדויקת לדיונונו, מתבקש לתחום ולהגדיר אותו. יש להתייחס לכמה שאלות משנה. הראשונה נוגעת לזכויות הנתקף בבית המגורים. מכיוון שרציונאל היחס המיוחד לבית המגורים אינו רכוש-קנייני אלא הוא מבוסס על ראיית הבית כמקום המפלט של האדם, ברור כי אין חשיבות לטיב זכויותיו הרכושיות-קנייניות של הנתקף בביתו. הוא עשוי להיות הבעלים, השוכר ואפילו אורח נטה ללון, ובלבד שאכן הבית משמש לו כמעון מגוריו¹¹⁰⁷. ברוח זו הוגדר ב-Model Penal Code האמריקני המונח "dwelling" בהגדרה רחבה, המקיפה גם מבנה נייד או זמני המשמש באותו זמן כביתו או מקום התאכסנותו של העושה, כשבדברי ההסבר ניתנת אפילו הדוגמה של אורח במלון¹¹⁰⁸.

שאלה שנייה נוגעת להרחבות החורגות מתחום בית המגורים גופו. הרחבה אחת היא לסביבותיו הקרובות של הבית, כגון הגן או החצר. ביין הביע דעתו כי הרחבה כזו הינה הגיונית, "מאחר והרגשת הביטחון המיוחדת שיש לאדם בביתו, ושהחברה מוכנה להתחשב בה, מתפשטת גם על הסביבות המיידיות של הבית"¹¹⁰⁹. במשפט האנגלר-אמריקני מקובלת מאד הרחבה כזו¹¹¹⁰. לדעתי, יש להבחין בין חשיבות קטנה יחסית שיש לתת למיקום התקיפה בסביבת הבית לבין חשיבות גדולה יחסית שיש לתת למיקום התקיפה בתוככי בית המגורים עצמו. הבחנה זו מבוססת הן על הפונקציה החשובה שבדרך-כלל ממלא בית המגורים כחוף המבטחים המעניק ביטחון, שלוה ופרטיות – פונקציה שסביבותיו של הבית בדרך-כלל אינן ממלאות, לפחות לא באותה מידה – והן על האפשרות לסגת אל תוך בית המגורים.

הרחבה מקובלת אחרת מתייחסת למקום עבודתו של הנתקף. הרחבה כזו מקובלת מאד בארצות-הברית – הן במשפט האמריקני המצוי והן בהצעות החוק

1107 ראו דבריו של ביין בע' 15 למאמרו ה11/ ובע' 520 למאמרו ה32/.
1108 ראו סעיף 3.11(3) ודברי ההסבר שבע' 40 ל-M.P.C. יג3/. הגדרה דומה מצויה בסעיף 619(d) להצעת החוק הפדראלית האמריקנית יג6/. וראו גם סעיף 619(c) להצעה זו (הגדרת "premises").

1109 ראו ע' 15 למאמרו ה11/.

1110 ראו, למשל, ע' 638 ואילך לדרך 40 של האנציקלופדיה 24/ American Jurisprudence, ע' 1134 ואילך לספרם ח17/ של Perkins & Boyce ודבריו של עצמאי על פסק-הדין בעניין Beard, בע' 126 למאמרו ה13/.

האמריקניות¹¹¹¹. סבורני כי בעוד שהיחס המיוחד לבית המגורים הוא מוכן ורצוי בהיותו נגזר משיפוט ערכי המלווה בסנטימנטים חזקים מאד, הרי שהבסיס למתן יחס זהה או דומה למקום העבודה הוא מפוקפק למדי. שהרי מקום העבודה אינו ממלא אותה פונקציה מיוחדת שממלא מקום המגורים. ואפילו נקבל שיש להביא בחשבון מיקום כזה של התקיפה (מקום עבודתו של הנתקף), אין כוחו של גורם זה ככוחו של גורם מיקום התקיפה בבית מגוריו של הנתקף¹¹¹². בסופו של דבר, אם נידרש לביטוי המובהק של היחס המיוחד לבית המגורים – שלילת חובת הנסיגה – הרי שהרחבות-יתר של חריג זה, הכוללות גם את מקום העבודה, ולעתים אפילו כל מקום שיש לנתקף זכות חוקית להימצא בו (!), מביאות לריקון חובת הנסיגה מתוכנה, ומותרות מס שפתיים בלבד לחובה זו¹¹¹³.

הסבר לקביעת חריג לחובת הנסיגה גם לגבי מקום עבודה הובא בהצעת החוק הפדראלית האמריקנית. לדברי המנסחים, מונע חריג זה את האפשרות שחובת הנסיגה תגרום לנטישת מסמכים וציוד של הממשל ולהותרתם לא מוגנים¹¹¹⁴. הסבר זה רחוק מלהיות משכנע. ראשית, הוא מוגבל למקרה המיוחד של רכוש הממשל. שנית, אם מדובר בהגנת רכוש גרידא – גם אם הוא ממשלתי – אין בכך כדי להצדיק כח מגן קטלני, ואם מדובר במסמכים בעלי חשיבות מיוחדת לביטחון המדינה, יחולו ממילא הוראות חוק אחרות המיוחדות לעניין זה, וגם בהיעדרן אין כל מקום לעיוות כללי ההגנה הפרטית תוך ויתור על עקרון הפרופורציה¹¹¹⁵.

1111 ראו, למשל, ע' 639 לכרך 40 של האנציקלופדיה 24/American Jurisprudence; ע' 441 לספרם 16/ של Hall ואח' (עמידה על פסק-הדין בעניין Johnston (1970)); סעיף 3.04(2)(b)(II)(1) ל-M.P.C. ודברי ההסבר שבע' 25 ל-Draft יג' 31; סעיף 607(2)(b)(II) להצעת החוק הפדראלית יג' 6/ ודברי ההסבר שבע' 44, וכן סעיף 619(c) להצעה זו (הגדרת "premises"). גם Robinson, בהצעתו, קובע גורם זה (מיקום התקיפה במקום עבודתו של הנתקף) כשיקול בהערכת הפרופורציה – ראו סעיף 7-3 להצעתו, ע' 566 לכרך II של ספרו 12/1, וכן שם בע' 86.

1112 לעמדות דומות ראו ע' 660, 669 לספרם 18/ של La Fave & Scott; ע' 939 למאמרו 36/ של Heberling וע' 15 למאמרו 11/ של ביינ.

1113 ראו הטקסט שלעיל המפנה לה"ש 869.

1114 ראו ע' 44 לדברי ההסבר של הצעת החוק יג' 6/.

1115 ייתכן אפילו שבמקרה המתאים יימצא הפתרון לבעיה שהטרידה את מנוחתם של מנסחי הצעת החוק הפדראלית בד' אמותיה של ההגנה הפרטית: אם מוצדקת הגנה פרטית על אינטרס ביטחוני של המדינה והסכנה היא אכן חמורה ומיידית.

לבסוף, יוזכר גם החריג לחריג מקום העבודה, והחזרה המקובלת אל כלל הנסיגה, במקרה שבו מקום התרחשות התקיפה אינו רק מקום עבודתו של הנתקף אלא גם של התוקף. הסדר כזה

(ג) התנגדות לנישול מבית המגורים; תפיסה מחדש של בית המגורים
לאחר הנישול ממנו

יחסו האוהד במיוחד של המשפט האנגלו-אמריקני להגנה פרטית במגורים מגיע לשיאו במקרה שבו התוקף מנסה לנשל שלא כדין את הנתקף מביתו. במשפט המקובל הוצדק אפילו כח קטלני לשם התנגדות לנישול¹¹¹⁶, ובאנגליה נקבעה אפילו ההלכה מרחיקת הלכת שלפיה שוכר רשאי להשתמש בכח קטלני להדיפת בעלת הבית המנסה לפנותו כשלה טענת זכות (!). על הלכה אחרונה זו, שנקבעה בפסק-הדין בעניין Hussey¹¹¹⁷, נמתחה ביקורת רבה¹¹¹⁸, המבוססת על טענת הזכות שהייתה לבעלת הבית (התוקפת). אכן, אין כל מקום להצדקת כח, ודאי שלא כח קטלני, כנגד בעל תביעת זכות¹¹¹⁹.

הסדר סביר יותר נקבע ב-Model Penal Code האמריקני, ולפיו רק אם אין לתוקף טענת זכות מוצדקת כח קטלני להדיפת ניסיונו לנשל את הנתקף ממגוריו¹¹²⁰. אכן, אם מקבלים כי כח קטלני הוא מוצדק אך ורק להגנת הגוף, הרי שמבחן טענת הזכות של התוקף עשוי להביא ברובם של המקרים לתוצאות הרצויות: כשלתוקף טענת זכות, בדרך-כלל אין הוא מהווה סכנה לגופם של דיירי הבית ואף אינו מעורר חשש כזה; בעוד שכשאין לתוקף טענת זכות, סביר להניח שקיימת סכנה כזו¹¹²¹. אולם ייתכנו גם מקרים שבהם תוקף ללא טענת זכות אינו מהווה סכנה לגופם של הדיירים. במקרה כזה משכנעים הדברים הבאים, שנכתבו בדברי ההסבר ל-M.P.C. לדברי המנסחים: רצוי לצמצם למינימום את המקרים שבהם מותר להשתמש בכח קטלני, והמתת אדם היא רעה בלתי הפיכה וחמורה יותר לעומת אבדן זמני של החזקה במגורים¹¹²². לעומת זאת,

נקבע בהצעת החוק הפדראלית האמריקנית, ונקבע אפילו ב-Model Penal Code האמריקני, וזאת אף שנשלל שם – משום מה – באשר למקום מגורים המשותף לנתקף ולתוקף (ראו סעיף 607(2)(b)(II) להצעת החוק הפדראלית יג' / וסעיף 3.04(2)(b)(II)(1) ל-M.P.C. יג' / 4). ייתכן שהדבר משקף את ההבחנה העקרונית הנכונה בין מקום המגורים למקום העבודה. מכל מקום, אין לי אלא לתמוך בחריג שכזה (מקום עבודה משותף) לחריג הלא-רצוי – לדעתי – (מקום עבודה של הנתקף) לחובת הנסיגה.

1116 ראו, למשל, ע' 671 לספרם ח' 18 / של La Fave & Scott; סעיף 306 ל-Digest של Stephen / 10; ע' 520-519 לספרו ח' 2 / של Williams.

1117 ראו ה"ש 1089 שלעיל והטקסט המפנה אליה.

1118 ראו ע' 520-519 לספרו ח' 2 / של Williams; ע' 533 למאמרה ט' 19 / של Harlow.

1119 ועל כך כבר עמדנו לעיל – ראו פרק ד(4)(ה) דלעיל וכן הטקסט המפנה לה"ש 1059.

1120 ראו סעיף 3.06(3)(d)(I) ל-M.P.C. יג' / 3 ודברי ההסבר שבע' 38 ואילך.

1121 התחושה היא, כי בעוד שהראשון עשוי להיות כל אחד מאתנו, העומד על זכות שהוא משוכנע שיש לו, הרי שהשני הוא עברייני מסוכן.

1122 ראו ע' 39 לדברי ההסבר של ה-M.P.C. יג' / 3.

הנמקת המנסחים לעמדת ה-M.P.C., המצדיקה שימוש בכח קטלני כלפי תוקף שאין לו תביעת זכות, שלפיה נישול אדם מבית מגוריו מהווה פרובוקציה רצינית מאד, אינה משכנעת. היא עשויה לתמוך בהפחתה בעונש (כיאח לקנטור) או – לכל היותר – בפטור שמהותו הבנה וסליחה, אך לא בהצדקה מלאה לשימוש בכח הקטלני. יש אפוא לקבל את עמדת ה-M.P.C. בדבר שלילת הכח הקטלני כנגד בעל טענת זכות¹¹²³ ולהסתייג מן ההצדקה שניתנה בו לכח קטלני כנגד נטול טענת זכות¹¹²⁴. במילים אחרות: היעדר תביעת הזכות הוא תנאי הכרחי להצדקת הכח הקטלני, אך איננו תנאי מספיק להצדקה זו. עם זאת, יש לציין כי במציאות קשה לתאר מקרים כאלה, של ניסיון לנישול אדם בכח מבית מגוריו על-ידי תוקף שאין לו טענת זכות, וקשה עוד יותר לתאר מקרים כאמור שבהם אין נשקפת סכנה לגופם של דיירי הבית¹¹²⁵.

גם בנוגע לעזרה עצמית, בדרך של תפיסה מחדש, מקובל במשפט האנגלו-אמריקני להתייחס באהדה רבה יותר אל המנושל מבית מגוריו בהשוואה למנושל מרכוש אחר¹¹²⁶. כאמור, ביחס לרכוש שאינו בית מגורים יש להגביל את השימוש בכח – לאור דרישת המיידיות בפרט ורציונאל ההגנה הפרטית בכלל – לתפיסה מחדש המבוצעת סמוך לאחר הנישול או תוך "מרדף חם"¹¹²⁷. כאן, בנוגע לתפיסה מחדש של בית המגורים, סבורני כי יש מקום לשתי הקלות בדרישה זו: ראשית, יש להגמיש את דרישת המיידיות, כך שפרק הזמן – שלאחר הנישול – שבו עדיין תיחשב התפיסה מחדש למיידית דייה, יהא ארוך יותר. שנית, יש לאפשר תפיסה מחדש לא רק סמוך לאחר הנישול מבית המגורים, אלא גם סמוך לאחר שנודע על כך לדייר. כך, למשל, כששב אדם לביתו מחופשה קצרה בחו"ל ומוצא פולש נטול טענת זכות בביתו, פועל ערכו המיוחד של בית המגורים להצדקת התפיסה מחדש למרות חלוף הזמן מאז הנישול.

1123 למעשה, מפני תוקף בעל טענת זכות יש מקום לשלול את הצדקתו של כח מגן כלשהו, שכן – נוכח היעדר אשמתו – אין המדובר בהגנה פרטית אלא – לפי המקרה – בהגנה מדומה או בפעולה במסגרת סייג ה"צורך", ובשני המקרים מדובר ב"פטור" בלבד – ראו פרק ד(4)(ה) דלעיל וכן הטקסט שלעיל המפנה לה"ש 1059.

1124 הצדקה שהמנסחים עצמם מטילים ספק בנכונותה – ראו ע' 40 לדברי ההסבר של ה-M.P.C. יג3.

1125 זהו אולי ההסבר לעמדתו של Williams, השולל ירי קטלני כנגד מנשל בעל טענת זכות, אך מעלה את האפשרות שלגבי מנשל נטול טענת זכות ניתן יהיה ללמוד על הצדקת הירי הקטלני מן ההצדקה המקובלת של ירי קטלני במתפרץ למגורים, על דרך של קל וחומר – ראו ע' 520 לספרו ח2 של Williams.

1126 ראו, למשל, ע' 520-521 לספרו ח2 של Williams.

1127 ראו הפסקה שלעיל שלאחר ההפניה לה"ש 1059.

(ד) הגנה מדומה על בית המגורים

לסיום הדיון בהגנה הפרטית על בית המגורים, ברצוני להתייחס בקצרה להגנה הפרטית המדומה עליו, ולהציע לתת גם במסגרתה ביטוי לערכו המיוחד של בית המגורים וליחס המיוחד המתבקש לגביו. אם במסגרת ההסדר הקיים בשיטת משפט מסוימת לסוגיית ההגנה המדומה די בעצם קיומה של טעות של העושה בנוגע ליסודות העובדתיים של ההגנה בכלל ובנוגע למהות הסכנה בפרט¹¹²⁸, אזי מתייתרת ההצעה שלהלן. אולם, מקום שנדרשת גם סבירות של טעות כזו כדי לפטור את העושה מאחריות פלילית, הצעתי היא להעניק יחס סלחני יותר לטעות ונכונות גדולה יותר לראותה כסבירה. שהרי נוכח מעמדו המיוחד של בית המגורים בעיני האדם, אך טבעי הוא שיחשוש מאד מחדירה חיצונית לתוכו וידמה כי שלמות גופו ואפילו חייו מועמדים בסכנה¹¹²⁹.

(ה) סיכום ההשלכות

אם נסכם את ההקשרים שבהם יש מקום ליחס מיוחד להגנת המגורים, הרי שמדובר בשלילה של חובת הנסיגה (למעט החריגים של תוקף בעל תביעת זכות, נתקף בעל אשמה קודמת ותוקף ונתקף שהם דיירים במשותף); בריכוך מסוים של דרישת הפרופורציה – אם כי לא עד כדי הצדקת כח קטלני בהיעדר סכנה לגופו של אדם; בגמישות מסוימת של דרישת המיידיות בנוגע לתפיסה מחדש וביחס סלחני יותר לטעויות במסגרת ההגנה הפרטית המדומה.

1128 זהו – לדעתי – גם הדין הרצוי, כפי שיבואר להלן בפרק ו(2). גם במסגרתו עשויה להיות נפקות להצעתי שתובא מיד – באשר לעבירות הרשלנות.

1129 עם זאת, יש לשוב ולהסתייג מן היחס המקובל במשפט האנגלו-אמריקני להגנה המדומה, שבמסגרתו כורכים אותה עם ההגנה הממשית, ובכך מצדיקים מעשה שרק סליחה יאה לו. ראו פרק ג(2) שלעיל ופרק ו(2)(ב) שלהלן.

ו. סוגיות נוספות

1. כללי

לשלושה מינים של סוגיות אתייחס בפרק זה: הראשון – סוגיות שפתרוןן הראוי כלל אינו בד' אמותיה של ההגנה הפרטית, אך משום מה נוטים לעתים להתייחס אליהן כאל סוגיות של הגנה פרטית (להלן: "סוגיות זרות"); השני – סוגיות כלליות, שאינן מיוחדות להגנה הפרטית אלא נוגעות לכל הסייגים לאחריות פלילית או – לפחות – לכל הצידוקים (להלן: "סוגיות כלליות"); והשלישי – סוגיות שאכן מחייבות דיון מיוחד במסגרת העיסוק בהגנה הפרטית (להלן: "סוגיות מיוחדות").

(א) סוגיות זרות

מדובר בסוגיות שראייתן כסוגיות של הגנה פרטית היא מוטעית. ראייה מוטעית כזו מתאפשרת כשהדיון אינו מבוסס על הרציונאל הראוי להגנה הפרטית. סוגיה מרכזית שנוטים לעתים לשייכה להגנה הפרטית היא הדיפת תוקף חסר אשמה. דעתי, שלפיה אין המדובר בהגנה פרטית, כבר הובעה לעיל בהרחבה¹¹³⁰.

מכח "קל וחומר" יש לשלול את שיוכן לענייננו של שלוש סוגיות נוספות, אשר לעתים – במיוחד בספרות הפילוסופית – דנים בהן ככסוגיות של הגנה פרטית. האחת – המקרה שבו ה"תוקף" מהווה "innocent threat". במונח זה, שנטבע על-ידי Nozick, הכוונה היא למצב שבו אדם מהווה איום כתוצאה מכך שזורקים אותו על הנתקף, למשל¹¹³¹. אמנם Nozick אינו משתמש במונח המשפטי המדויק לעניין זה, אולם סבורני כי כוונתו היא ל"תקיפה" בהיעדר רצייה ("שליטה"), וזהו, כידוע, מצב שבו ה"תוקף" נטול כל אחריות פלילית.

הסוגיה השנייה מוכרת אף היא תוך שימוש במונח שטבע Nozick – "innocent shield of threat". הדוגמה שהוא מביא לעניין זה היא של אדם תמים הממוקם בחזית הטנק של תוקף, כך שאם יפעיל הנתקף כח מגן כנגד התוקף, יפגע בהכרח גם באותו

1130 ראו פרקים ב(5)(ב); ב(5)(ג); ב(5)(ד); ב(5)(ה); ב(5)(ח); ב(6) ו-ד(4).

1131 ראו ע' 34 לספרו 11/ של Nozick.

אדם תמים המשמש כמגן¹¹³². ברם, אין מדובר כאן בהגנה פרטית, שכן לא זו בלבד שהאדם התמים אינו בר-אחריות, אלא אף אין מצדו תקיפה כלשהי.

סוגיה שלישית שנוטים לדון בה כבסוגיה של הגנה פרטית היא הפסקת היריון שתכליתה הצלת האם מן הסכנה שהמשך ההיריון מהווה לגביה¹¹³³. אף שניתן בהחלט לפטור ואפילו להצדיק את ההפלה במסגרת סייג ה"צורך", אין כל מקום לעיוות סייג ההגנה הפרטית כך שיחול גם על מקרה כזה, בהיעדר תוקף בר-אחריות.

סוגיה אחרת שנוטים בטעות לדון בה כבסוגיה של הגנה פרטית היא הפגיעה בעובר-אורח תמים במהלך ההתגוננות מפני התוקף¹¹³⁴. לדעתי, רציונאל ההגנה הפרטית אינו מותר ספק שאין מקומה של סוגיה זו בד' אמותיה של ההגנה הפרטית. אם הפגיעה בעובר-האורח היא בשגגה, ממילא אין מקום לאחריות פלילית בהיעדר היסוד הנפשי הנדרש בעבירה; אם הפגיעה בעובר-האורח היא ברשלנות (כגון כשהנתקף מכוון את הכח המגן כנגד התוקף אך אינו נזהר, מחטיא ופוגע באדם תמים), עשוי הנתקף לשאת באחריות לכל היותר לעבירת רשלנות (אך לא לעבירה של מחשבה פלילית, כמובן); ואם הפגיעה בעובר-האורח היא מכוונת (כגון במקרה מסוג ה-"innocent shields of threats" שהוזכר לעיל), יש אמנם אפשרות שיחול – במקרים מסוימים – סייג ה"צורך", אולם אין כל אפשרות להצדיק את המעשה כהגנה פרטית¹¹³⁵.

(ב) סוגיות כלליות

כאמור, מדובר בסוגיות שאמנם מתעוררות גם במסגרת הדיון בהגנה הפרטית, אלא שאין הן מיוחדות לסייג זה והן נוגעות לכלל הסייגים לאחריות פלילית או, לפחות, לכלל

1132 ראו שם ע' 35.

1133 ראו, למשל, ע' 863 לספרו ח13/ של Fletcher; ע' 1280 למאמרה ח1/ של Finkelman; ומאמרו ח121/ של פרימר. מדובר, כמובן, במצב דברים שבו הדין המצוי אוסר על הפסקת ההיריון.

1134 מנסחי ה-M.P.C. האמריקני ומנסחי הצעת החוק הפדראלית האמריקנית מצאו לנכון לקבוע במפורש, כי ההגנה הפרטית אינה מתפרשת על פני פגיעה ברשלנות או בפזיזות בעובר-אורח תמימים – ראו סעיף 3.09(3) ל-M.P.C. יג4/ וסעיף 601(2) להצעת החוק הפדראלית יג6/.

1135 ובכל זאת הוצע במקומותינו לראות מקרה זה כמקרה של הגנה פרטית – ראו הפרוטוקולים של דיוניה של ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת בהצעת חוק העונשין (חלק מקדמי וחלק כללי), תשנ"ב1992-: ע' 3-4 לפרוטוקול א21/; ע' 9, 29 לפרוטוקול א22/; ע' 26 לפרוטוקול א23/ וע' 3 ואילך לפרוטוקול א28/. הדבר הובא בדיוני הוועדה כשיקול נגד להוספת המילים "כלפי תוקף" להגדרת ההגנה העצמית.

הצידוקים. כוונתי לסוגיית ההגנה הפרטית המדומה; לסוגיית העושה הגורם באשמתו למצב שבו הוא נאלץ להתגונן (או להגן); ולסוגיית ההוכחה של ההגנה הפרטית. מדובר בסוגיות רחבות, שכל אחת מהן מצדיקה מונוגרפיה נפרדת, ושקוצר היריעה של ספר זה אינו מאפשר את הליבון הראוי שלהן. יתרה מזו: באשר לשתיים מהן – ההגנה הפרטית המדומה וההוכחה של ההגנה הפרטית – ישנם יתרונות ברורים לגיבוש הסדרים משפטיים כלליים, שיחולו על כל הסייגים לאחריות פלילית, או לפחות, על כל הצידוקים. מכיוון שמחקר זה לא נועד לטפל בסייגים האחרים לאחריות פלילית (שמלבד ההגנה הפרטית), אין אפשרות לערוך במסגרתו דיונים מקיפים בסוגיות כלליות אלה.

אשר לסוגיית ההוכחה של ההגנה הפרטית, הרי שלא זו בלבד שמדובר בסוגיה כללית, אלא אף מהווה היא חלק מן המשפט הפלילי הדיוני ואינה משתייכת למשפט הפלילי המהותי שבו עסקינן. לפיכך אמנע מלדון בה¹¹³⁶. לעומת זאת, מהוות שתי הסוגיות האחרות – ההגנה הפרטית המדומה והגרימה בלוויית אשמה למצב ההגנה הפרטית – חלק מן המשפט הפלילי המהותי. לפיכך, אף שאין אפשרות לדון במסגרת זו במלוא היקפן, בכל זאת נתייחס אליהן.

(ג) סוגיות מיוחדות

שתיים הן הסוגיות הנוספות, המיוחדות להגנה הפרטית, שיידונו להלן בפרק זה. האחת

1136 ובכל זאת ניחד מילים מספר גם לסוגיה זו. הגישה השלטת כיום במשפט הפלילי המודרני היא שאמנם התגבשותו של סייג לאחריות פלילית היא החריג, והטוען לחריג עליו הראיה, אולם משהתעורר ספק סביר שמא התגבש סייג, על התביעה להסיר את הספק בהתאם לעיקרון שלפיו מספק בפלילים ייחנה הנאשם. כך שעל הנאשם מוטל לכל היותר הנטל לעורר ספק סביר, ומשהתעורר ספק כזה על התביעה לשלול – מעל ומעבר לספק סביר – את האפשרות שהתגבש סייג. גישה מודרנית זו באה לידי ביטוי, למשל, בכל הצעות החוק המרכזיות שבמקומותינו (ראו סעיף 41 להצעת החוק של פלר וקרמניצר ג' 4/; סעיף 45 להצעת החוק של הוועדה בראשות אגרנט ג' 1/; סעיף 48 להצעת החוק של אנקר וקרפ ג' 5/); בסעיפים 34-341 כב אשר נקבעו בחוק העונשין (א' 1/1) במסגרת תיקון מס' 39 (א' 17/); במשפט האמריקני (ראו, למשל, ע' 878 לספרם ח' 19/ של Kadish & Schulhofer) ובמשפט האנגלי (ראו, למשל, הדיון בהילכות Woolmington ו-Mancini שבע' 683 ואילך לספרו ח' 6/ של Russell).
וראו גם הדיון בהבחנה שבין עבירה להגנה לעיל בה"ש 121-122 ובטקסט המפנה אליהן; ה"ש 85 שלעיל; ה"ש 54 שלעיל; הדיון המקיף שבע' 170-187 לספרו ד' 1/ של אנקר וההתייחסות לסוגיה נושא דיונו אשר בע' 205-211 לספרו ד' 14/ (א) של הרנון.
כן יצוין, כי לדעתי, יש בהחלט מקום לדיון בהגנה הפרטית אפילו ביוזמתו של בית-המשפט – מקום שבו נמנע הנאשם מלהעלות את הטענה (ראו, למשל, דברי השופט בך בע' 656 לפסק-הדין ב' 40/ בעניין חזקיה).

– חריגה של העושה מתנאי ההגנה הפרטית. אמנם גם באשר לסייגים אחרים לאחריית פלילית המצדיקים שימוש בכח אפשרית חריגה מן התנאים, אולם ישנם לעניין זה שיקולים כבדי משקל המיוחדים להגנה הפרטית. הסוגיה הנוספת השנייה המיוחדת להגנה הפרטית היא התגוננות האישה המוכה מפני בן-זוגה המכה. אמנם מבחינה תאורטית ניתן לפקפק בהצדקה לדיון נפרד בסוגיה ספציפית זו, אולם במציאות הקיימת נודעת לסוגיה זו חשיבות לא מועטה.

2. ההגנה הפרטית המדומה

(א) כללי

ה"צידוק" המדומה מהווה, כאמור, סוגיה כללית. פתרונה הראוי מחייב מחקר והתייחסות לכלל הצידוקים¹¹³⁷, ואולי אף לכלל הסייגים לאחריות פלילית¹¹³⁸, ודיון מקיף שתקצר היריעה מלהכילו במסגרת ספר זה¹¹³⁹. בכל זאת, נוכח חשיבותה של ההגנה הפרטית המדומה ונוכח הנטייה לבלבל בינה לבין ההגנה הפרטית הממשית, נדון גם בה, אם כי בקצרה.

באשר לעצם העובדה שקיומו של סייג לאחריות פלילית, המתייחס לטעות של העושה ביחס לנסיבות הצידוק, הוא רצוי – לפחות כשמדובר בטעות שאופייה הוא של טעות בעובדה¹¹⁴⁰ ולא של טעות בחוק – קיימת תמימות דעים כמעט מוחלטת¹¹⁴¹. הטעם לכך נעוץ בשיקולים כלליים של אשמה, שהרי כאשר הטעות היא סבירה אין בעצם אשמה של העושה-הטועה, ואף כשאיננה סבירה אשמתו קלה יותר בהשוואה לעושה אחר, שגם הוא פעל בהיעדר נסיבות מצדיקות אך בלי שדימה את התקיימותן. נוכח עמדתו הברורה של המשפט הפלילי המודרני, שלפיה אין בו מקום לאחריות ללא אשמה, מתחייבת התחשבות באמונתו של העושה.

1137 לדעה דומה, שלפיה הגישה האופטימלית להגנה המדומה צריכה להתייחס לכל ה- justifications, ראו ע' 1061 למאמרו של Stratenwerth.

1138 ייתכן שגם בכך אין די ויש לשאוף לגיבוש הסדר משפטי לסוגיית הטעות אשר יחול לא רק על ההגנות אלא גם על העבירות.

1139 לדיונים נרחבים יחסית בסוגיית ההגנה המדומה בכלל ובסוגיית ההגנה הפרטית המדומה בפרט ראו מאמרו של Reville /12; מאמרו של Cowley /13; מאמרו של Stratenwerth /16; מאמרה של Giles /56; מאמרו של Yeo /5; פרק 5 לספרו של אנקר; ע' 115-103 למאמרו של Fletcher /26, ע' 239 ואילך למאמרו של Diamond /71 וע' 758-683, 762 ואילך לספרו של Diamond /48.

1140 יש להבהיר כי הטעויות בעובדה כוללות, ביחס להגנה הפרטית, לא רק טעויות בנוגע לעצם קיומן של תקיפה וסכנה אלא גם בנוגע לנחיצות הכח המגן – ראו ע' 127-128 לספרו של אנקר. אופי של טעות בחוק יש לטעויות הנוגעות לדרישת הפרופורציה ונגזרותיה, ועל כך בהמשך.

1141 לפיכך אמנע מעריכת רשימה של הפניות לקודקסים פליליים קיימים, להצעות חוק, לפסקי-דין ולדברי מלומדים המעידים על כך נאמנה. יצוין כי כבר בפסק-הדין בעניין Levett שניתן בשנת 1639 הוכרה ההגנה הפרטית המדומה – ראו, למשל, ע' 499 לפסק-הדין ב-3 בעניין עסלה וע' 551 לפסק-הדין ב-8 בעניין שורקה ומחאני.

על הצורך הגדול בהתחשבות כזו בטעות של המתגונן או המגן ניתן ללמוד מן הדוגמה הבאה, שניתנה על-ידי השופט זילברג בפסק-הדין בעניין עסלה: א' נתקל בלילה (בחשכה) ב-ב', אשר מאיים עליו באקדח, ומתגונן מפני איום זה. בדיעבד, מתברר שאקדחו של ב' לא היה טעון או שהיה לא-תקיין. כפי שציין השופט, לא ייתכן לחייב את הנתקפים לבדוק את יעילות נשקיהם של התוקפים בטרם יתגוננו, אלא יש לראות את מעשיהם באספקלריה של הטעויות שלהם¹¹⁴². חשיבות ההכרה בהגנה הפרטית המדומה היא גדולה בשים לב לשני גורמים: האחד – המצב הקשה – מצב של אילוף – שבו על העושה להחליט במהירות אם להפעיל כח מגן, והשני – העבירה החמורה שניתן לעתים קרובות לייחס לעושה אם מתעלמים מטעותו, שהרי נוכח מטרתו להתגונן או להגן שואף הוא לעתים קרובות לפגוע בתוקף, כך שניתן לייחס לו עבירת כוונה או – לכל הפחות – עבירה של מחשבה פלילית (אם, כאמור, מתעלמים מטעותו). לחשיבותו הרבה של גורם אחרון זה נשוב ונידרש גם כשנתייחס לטעויות שאינן סבירות.

על גיזרה אחת של ההגנה הפרטית – ההגנה על אדם אחר – שלגביה קיימת לעתים נטייה מוטעית לשלול את הרלוונטיות של הטעות, כך שאם העושה בוחר להגן על אדם אחר, עליו לעשות זאת "על סיכונו", כבר עמדנו לעיל. הטעמים לשלילת גישה כזו הובאו שם¹¹⁴³.

(ב) השילוב המוטעה של ההגנה המדומה בהגנה הממשית

הרציונאל להצדקתה של ההגנה הפרטית מלמדנו על הבדל מהותי בינה לבין ההגנה הפרטית המדומה, שכן רציונאל זה כלל אינו חל על האחרונה. כאשר התקיפה קיימת אך ורק בדמיונו של העושה, אין פגיעה של ממש באוטונומיה שלו, אין אשמה של ה"תוקף" והסדר החברתי-משפטי אינו תומך בהפעלת כח "מגן". יתרה מזו: גם התאוריות האחרות שהוצעו להצדקת ההגנה הפרטית, ואשר נסקרו בהרחבה בפרק ב' שלעיל, אינן חלות על ההגנה המדומה אלא על הממשית בלבד¹¹⁴⁴. לפיכך, אין ולא יכול להיות ספק שאופייה

1142 ראו ע' 498-500 לפסק-הדין ב-3/ בעניין עסלה. השופט דחה את טענת התביעה שלפיה כביכול חל סעיף 12 לפקודת החוק הפלילי, 1936, שעסק בטעות בעובדה, על טעות בנוגע לעבירה בלבד ולא על טעות בנוגע להגנה, באומרו: "כל ההבחנה היא בין טעות וטעות, בטעות יסודה, ואין לה על מה שתסמוך בנוסחו של החוק...". כיום אין אפילו ספק מילולי, שכן סעיף 34 לחוק העונשין (א) עוסק ב"טעות במצב דברים".

1143 ראו פרק ה(2).

1144 ניסיון – מאולץ, לדעתי – להחיל רציונאל להצדקת ההגנה הפרטית גם על ההגנה המדומה, עשה Dressler – ראו ע' 92-95 למאמרו 38/ Dressler מתייחס לשתי תאוריות בלבד, ומביע

של ההגנה המדומה אינו של צידוק אלא של פטור – פטור שאינו מבוסס על הרציונאל להצדקת ההגנה הפרטית הממשית, אלא על אשמתו – הקלה או הבלתי קיימת – של העושה נוכח טעותו. כך, למשל, כשהעושה טועה לחשוב שעובר-אורח הקרב לעברו בחשכה מתכוון להמיתו, ובשל כך מפעיל כנגדו כח מגן קטלני, המרב שניתן להסכים לו הוא שהחברה מבינה את העושה שטעה – במיוחד אם טעותו היא סבירה – ופוטרת אותו מאחריות פלילית. אך בהחלט אין מקום להצדיק את מעשהו בבחינת המעשה הנכון, הראוי והמוצדק שבו מעוניינת החברה בכל סיטואציה דומה אחרת. אינדיקציה ברורה לכך שמדובר בפטור ולא בצידוק, ניתן למצוא בכך שאדם שלישי, המודע לעובדות כהווייתן ויודע שה"תוקף" כלל אינו תוקף וה"נתקף" כלל אינו נתקף, לא זו בלבד שלא יצדק אם בכל זאת ייחלץ לעזרתו של ה"נתקף", אלא אפילו בפטור לא יזכה, וייתכן מאד שתוטל עליו אחריות בגין ביצוע באמצעות אחר של העבירה¹¹⁴⁵.

והנה, למרות הבחנה מהותית חשובה זו, קיימת במשפט האנגלו-אמריקני נטייה חזקה שלא להבחין בין ההגנה המדומה – לפחות כשהטעות היא סבירה – לבין ההגנה הממשית, אלא לשלב את ההגנה המדומה בהגנה הממשית במסגרת של שעטנו מערפל אחד¹¹⁴⁶.

דעתו כי אם רציונאל ההגנה הפרטית הוא אבדן זכויות התוקף, אך אין ההגנה המדומה בגדר "צידוק", אלא שאם הרציונאל הוא זכות כנגד המדינה להתנגד לתוקפנות, אזי ניתן (לדעת) לומר שעם ההתאגדות לחברה שמרנו לעצמנו לא רק את הזכות להתנגד לתוקפנות ממשית אלא גם למדומה.

1145 האחריות בגין ביצוע באמצעות אחר היא על מעשיו של ה"נתקף" ה"מתגונן", שהרי על מעשיו של האדם השלישי עצמו – אם הפעיל כח כנגד ה"תוקף" – יישא באחריות פלילית ישירה ופשוטה. וראו ע' 739 למאמרו ט' 30 של Williams. דוגמה זו מצביעה – לדעתי – על חוסר הדיוק שבקביעתו של פלר, שלפיה השלכותיו המשפטיות של "הצורך המדומה" זהות לאלו של "הצורך הממשי" – ראו ע' 18 למאמרו ה' 30.

1146 כבר עמדנו לעיל על שילוב מוטעה זה, שאותו ניתן למצוא לא רק במשפט המקובל אלא גם בחוקים, בהצעות חוק ובכתבי מלומדים, ועל תוצאותיו השליליות – ראו פרק ג' (2) (א) (במשפט האנגלי) ופרק ג' (2) (ב) (במשפט האמריקני). לעמדות חריגות של מלומדים, המציעים לראות בהגנה המדומה justification, ראו ע' 92-95 למאמרו ט' 38 של Dressler וע' 282 ואילך למאמרו ט' 39 של Greenawalt. לשילוב המוטעה של ההגנה המדומה בהגנה הממשית יש, כאמור, שתי תוצאות שליליות אפשריות: האחת – התייחסות להגנה המדומה כאל justification לכל דבר ועניין, בבחינת המעשה הראוי והנכון לעשותו, והשנייה – והשלילית לא פחות – התייחסות להגנה הפרטית בכללותה כאל בעלת אופי של excuse בלבד, וזאת על בסיס המכנה המשותף (הלא גבוה) שבין ההגנה הפרטית הממשית להגנה הפרטית המדומה.

Fletcher הביע הערכתו (הפסימית משהו) כי אף שמרבית המומחים למשפט פלילי בארצות־הברית ובאנגליה יבינו בקלות את מהות ההבחנה שבין צידוק לפטור, בכל זאת רק מעטים מהם יבינו את מהותה – פטור – של ההגנה המדומה. Fletcher מבהיר כי אמונה בלבד אינה יכולה ליצור צידוק, ומביא שני טיעונים נוספים לתמיכת עמדתו זו. האחד הוא האינדוקציה למהותן השונה של ההגנה הממשית וההגנה המדומה הנלמדת מן ההבדל בסנטימנטים שלנו אליהן ומן העובדה שלממית אדם תמים בהגנה מדומה יש לעתים קרובות חרטה עמוקה שאינה נמצאת כשמדובר בהגנה ממשית. הטיעון השני (ה־"incompatibility thesis"): טבעה של ההתנהגות המוצדקת הוא כזה, שבכל קונפליקט פיזי שבו הכרחי שאחד הצדדים יגבר, הלוגיקה אוסרת להכיר בכך שלשניהם צידוק, אלא תמיד יהא רק לאחד מהם צידוק להפעיל כח¹¹⁴⁷. סבורני, כי בעוד שאכן אין מקום לצידוקים סותרים, הרי שאין הכרח שלאחד הצדדים יהיה צידוק, אלא אפשרי בהחלט שלשניהם יהיה פטור בלבד¹¹⁴⁸. בענייננו, כזה הוא המצב כשה"נתקף", המדמה שה"תוקף" עומד להמיתו, פועל כנגדו במסגרת של הגנה פרטית מדומה, והופך בכך לתוקף חסר אשמה, אשר התגוננות ה"תוקף" מפניו עשויה ליפול בגדר הגנה מדומה או בגדר סייג ה"צורך" – לפי המקרה (בהתאם למודעות ה"תוקף" לטעותו של ה"נתקף") – דהיינו בגדר פטור אך לא בגדר צידוק¹¹⁴⁹.

הסבר אפשרי נוסף לשילוב המוטעה של ההגנה המדומה עם ההגנה הממשית הוא בחוסר ההבחנה – המוטעה גם הוא – בין סוגיית ההגנה המדומה לבין סוגיית היסוד הנפשי הנדרש לשם התגבשות סייג ההגנה הפרטית. בעוד שבהגנה המדומה משמשת אמונתו (המוטעית) של העושה בהתקיימות יסודות עובדתיים של הסייג תחליף להתקיימותם בפועל, הרי שהדרישה של התקיימות יסוד נפשי מסוים כתנאי להצדקת ההגנה הפרטית באה בנוסף לכל הדרישות העובדתיות של הסייג, ואינה מחליפה אותן. לפיכך, חשוב להפריד בין שתי הסוגיות¹¹⁵⁰.

1147 ראו ע' 1363 למאמרו ט25/ של Fletcher וע' 103-115 למאמרו ט26/. לראייה נכונה של ההגנה המדומה כ־excuse ראו גם, למשל, ע' 114-115 לכרך I וע' 398 ואילך לכרך II של ספרו ח12/ של Robinson וע' 283-284 למאמרו ט28/.

1148 כפי שראינו לעיל – ראו הטקסט שלאחר ההפניה לה"ש 590.
1149 ראו פרק ב(5)(ג) דלעיל, המוקדש לתוקף חסר האשמה, ופרק ד(4)(א) דלעיל, העוסק באופי התקיפה.

1150 ראו הטקסט שלעיל המפנה לה"ש 915. על בלבול זה שבין שתי שאלות נפרדות הקיים במשפט האמריקני עמד Fletcher – ראו ע' 1363-1364 למאמרו ט25/. במקומותינו סבורני כי ניתן אולי למצוא קישור מוטעה שכזה בע' 445 לספרו ד2/ (ב) של פלר. קישור נכון בין הסוגיות עושה Stratenwerth, העומד על כך שהיסוד הנפשי של עושה המניח בטעות

(ג) דרישת הסבירות

השאלה המרכזית והמעניינת ביותר באשר להגנה הפרטית המדומה היא, אם די בעצם הטעות כדי לפטור את העושה מאחריותו לעבירה, או שמא יש לדרוש גם שטעותו תהיה סבירה. הבחנה מקדמית מרכזית שיש לעשותה היא ההבחנה בין טעות בעובדה (לרבות טעות בדין לבר-פלילי) לבין טעות בחוק – דהיינו, בענייננו, טעות בנוגע לדרישת הפרופורציה ונגזרותיה. אשר לטעות בחוק, השאלה אינה רק אם יש לדרוש סבירות, אלא אם בכלל טעות כזו רלוונטית לעניין אחריותו הפלילית של העושה. תחילה נדון בטעות בעובדה, וההתייחסות לטעות בחוק תובא בהמשך בנפרד.

הבחנה מרכזית נוספת שיש להתייחס אליה, שכן היא עשויה – לפחות לכאורה – להכתיב את הפתרון לשאלה נושא דיוננו (סבירות הטעות), היא ההבחנה בין רכיבי העבירה לבין רכיבי ההגנה. כאמור¹¹⁵¹, קיימת מחלוקת מלומדים בשאלה, אם קיים הבדל ערכי-מהותי בין יסוד הממוקם בהגדרת העבירה לבין יסוד הממוקם בהגדרת הציודוק. לפי הגישה שאינה מבחינה בין העבירה לציודוק, אין לדרוש סבירות של הטעות לצורך התגבשות ההגנה המדומה, ממש כשם שאין דורשים סבירות של טעות בנוגע לרכיב עובדתי בהגדרת העבירה לצורך שלילת האחריות. כך, כמובן, כאשר לאחריות הפלילית הבסיסית, המבוססת על מחשבה פלילית, שהרי לעניין אחריות לעבירת רשלנות יש בהחלט מקום לדרישה של סבירות הטעות – הן כשמדובר בעבירה והן כשמדובר בהגנה. גישה כזו היא שכיחה במשפט האנגלו-אמריקני, כשלעתים קרובות מבססים את הזיהוי בין רכיבי העבירה לרכיבי ההגנה, תוך ראיית כולם כחלק מן ה-actus reus, על הנסיבה "שלא כדין" הקבועה בהגדרותיהן של עבירות רבות¹¹⁵².

הגישה האחרת והנכונה לדעתי היא שקיים הבדל ערכי-מהותי חשוב בין יסוד הממוקם בהגדרת העבירה לבין יסוד הממוקם בהגדרת ההגנה. אלא שגישה זו אינה מכילה בקרבה את הפתרון לסוגיה נושא דיוננו. ראיית רכיבי ההגנה כשונים מהותית מרכיבי העבירה עדיין אינה מספקת פתרון לשאלה של הצורך בסבירות הטעות¹¹⁵³. זוהי

שמתקיימות נסיבות מצדיקות ופועל על בסיס הנחה מוטעית זו, הוא בקונפורמיות לסדר המשפטי – ראו ע' 1064-1065 למאמרו ט 500.

1151 ראו פרק ב(2) שלעיל.

1152 ראו, למשל, ע' 212-213 לספרו ח 1 של Williams (העמדה העקרונית); ע' 88 ואילך למאמרו ט 120 של Reville (על ההלכה האנגלית).

1153 לפיכך, למשל, הנמקתו של Yeo להלכה האוסטרלית שלפיה נדרשת סבירות של הטעות – המושתתת על הבחנה בין רכיבי העבירה לרכיבי ההגנה – אינה מספקת לדעתי. ראו ע' 139 למאמרו ט 566.

שאלה של מדיניות ויש להיזקק לשיקולים אחרים – שבהם נדון להלן – על-מנת לפתור אותה¹¹⁵⁴. כפי שמציג זאת נכון Stratenwerth¹¹⁵⁵, השאלה היא אם העובדה שאדם מבצע את היסודות של עבירה פלילית מתוך מודעות, מחייבת אותו לזהירות מיוחדת בהנחת התקיימותן של נסיבות מצדיקות. שהרי, אם אכן מדובר במאורע יוצא-דופן (ביצוע מעשה שהוא בדרך-כלל אסור), שעצם קיומו אמור לספק אזהרה מספקת לעושה מפני אחריות פלילית, יש מקום לדרוש ממנו זהירות בדרך של התניית הפטור בגין ההגנה המדומה בסבירות של הטעות. בדומה, כתב אנקר כך:

”מה הטעם ומדוע קיים ההבדל בין הגנת טעות בדרך כלל שלגביה מספיק אמונה כנה בלבד, ואילו לגבי הגנות... יש צורך שהאמונה תהא גם סבירה? נוכל רק לנחש ולומר שלגבי טעות רגילה בעובדה, הנאשם אינו ער לכך שהינו מבצע מעשה או גורם לתוצאה שנאסרה על ידי החוק, אך ביחס להגנות... הנאשם יודע יפה שהינו גורם לתוצאה חמורה שהחוק אוסר אותה בדרך כלל, ועל כן מוטלת עליו חובת זהירות יתרה בבדיקת קיומן של העובדות המצדיקות את המעשה, וזאת, כפי שנראה להלן, בדומה לעמדת המשפט העברי...”¹¹⁵⁶

התמיכה בדרישה של סבירות הטעות כתנאי למתן פטור בגין הגנה מדומה, מבוססת בעיקר על הצורך ועל הרצון לעודד בדיקה וזהירות ולא למהר ולהיזקק לכח. השאיפה היא להגן על הציבור מפני בעלי נטיות פרנואידיות, הטועים טעויות בלתי סבירות באשר להתקיימות מצב עובדתי המצדיק הגנה פרטית, ולעודד מחשבה ואיפוק. החשש הוא שבהיעדר דרישה של סבירות לא יהססו אנשים, ובמיוחד פחדנים, להפעיל כח שלעתים קרובות עלול להיות קטלני. הובעה אף הדעה כי הימנעות מלדרוש סבירות של הטעות מסכנת את זכויות האדם הבסיסיות של התוקף המדומה¹¹⁵⁷.

1154 לעמדה דומה ראו ע' 193 למאמרה ט/16 של Giles.

1155 ראו ע' 1064-1061 למאמרו ט/50.

1156 ראו ע' 144 לספרו ד/1. לסיכום המצב בסוגיה זו במשפט העברי ראו שם ע' 163 וכן ע' 162-151.

1157 ראו ע' 47 למאמרה ט/40 של Rosen. כן ראו – לעניין החשש מפחדנות קטלנית – ע' 679 למאמר ט/48 של Diamond, ולעניין העידוד הרצוי של מחשבה ואיפוק – ע' 947 לכרך 3 של האנציקלופדיה ח/26. עמדה, שלפיה יש להתנות את ההגנה המדומה בסבירות של הטעות, הביע גם Fletcher – אמנם כמעט ללא הנמקה, אך באופן נחרץ למדי – ראו ע' 690-689 לספרו ח/13, ע' 104 למאמרו ט/26 וע' 239 ואילך למאמרו ט/71. לאחרונה הועלתה

הגישה, שלפיה נדרשת סבירות של הטעות כתנאי הכרחי למתן הפטור של הגנה מדומה, היא הרווחת במשפט האמריקני המצוי¹¹⁵⁸. והנה גם שם חשו בחוסר הצדק שבייחוס אחריות מלאה לעושה שטעותו הייתה בלתי סבירה, ולכן – כפי הנראה – נעשה שימוש בדוקטרינה הידועה של ה-“imperfect self-defense” לשם ריכוך תוצאותיו הקשות של המבחן האובייקטיבי, דוקטרינה שאליה נשוב ונידרש בפרק הבא¹¹⁵⁹.

לסיום הדיון בטיעונים בעד הדרישה של סבירות הטעות, ברצוני להעלות את האפשרות הבאה, שלא מצאתיה בספרות המשפטית: ייתכן מצב שבו העושה אינו בטוח אם מותקף הוא אם לא. במצב שכזה יש טעם רב לחייבו בבדיקת המצב לאשורו בטרם יפעיל כח מגן – טעם שאותו ניתן לבסס על ההקבלה האפשרית למצב של “עצימת עיניים” בנוגע לנסיבה הקבועה בהגדרת העבירה. כידוע, “עצימת העיניים” משמשת תחליף מהותי למודעות בפועל להתקיימות הנסיבה, ובענייננו היא עשויה אולי לשמש לשלילת התקיימותה של אמונה של העושה בהתקיימות הנסיבות המצדיקות¹¹⁶⁰.

מכאן לטיעונים נגד הדרישה של סבירות הטעות. שלילה של דרישה כזו עשויה לנבוע מן העמדה, שלפיה אין הבדל ערכי-מהותי בין רכיבי העבירה לרכיבי ההגנה, לפחות לא כשבהגדרת העבירה קבועה הנסיבה “שלא כדין”. כך ניתן להסביר את ההלכה האנגלית בת ימינו. בעבר הייתה שורה ארוכה של תקדימים שבהם נדרשה סבירות של הטעות, כגון פסק-הדין הידוע בעניין Palmer (1971). הלכה ברורה זו הוטלה בספק – בהקשר אחר – בפסק-הדין בעניין Morgan (1975). בפסק-הדין בעניין Albert v. Lavin (1981) חזרו השופטים להלכה המסורתית, שלפיה נדרשת סבירות, ונוצר חוסר בהירות באשר לדין המצוי. חוסר בהירות זה הוסר עם פסק-הדין הידוע בעניין Gladstone Williams (1983), שבו קבע בית-המשפט לערעורים כי חוסר הסבירות עשוי אמנם

האפשרות שזכותו של האדם לחיים, המעוגנת כיום בסעיף 3 ל-Human Rights Act, אינה מוגנת מספיק אם (בהתאם להילכות Gladstone Williams (2') ו-Beckford (3')) ניתן להמיתו תוך שימוש בכח ללא בסיס סביר. ראו מאמרו של Ashworth; וראו התנגדותו הנכונה של Smith בע' 254 לספרו ח'3.

1158 ראו, למשל, ע' 654-655 לספרם ח'18 של La Fave & Scott וע' 133-135 למאמרו של Perkins.

1159 ראו, למשל, ע' 849-850 לספרם ח'19 של Kadish & Schulhofer; ע' 684-685 למאמר ח'48 של Diamond.

1160 לאחרונה עוגן התחליף של “עצימת העיניים” ביחס לפרטי העבירה בחוק העונשין הישראלי (17א) – ראו סעיף 20(ג)1 אשר נקבע במסגרת תיקון מס' 39 (17א). על “עצימת העיניים” בהקשר הרגיל שבו היא נדונה ראו, למשל, ע' 518-530 לספרו ד'27(א) של פלר.

ללמד על היעדר כנות האמונה, אך אם הייתה אמונה כנה – די בכך ואין נדרשת סבירות. הספק הוסר סופית על-ידי ה-Privy Council, אשר אישרה את הילכת Gladstone Williams בעניין Beckford (1987)¹¹⁶¹, בראותה את פסק-הדין בעניין Morgan כציון דרך. ההלכה האנגלית דהיום, שלפיה אין נדרשת סבירות של הטעות גם כשמדובר בהגנה מדומה, נתמכת בהתלהבות על-ידי ועדות החקיקה האנגליות ועל-ידי המלומדים האנגלים, לצד הדבקות בה גם בפסקי-דין מן השנים האחרונות¹¹⁶².

מכאן לנימוקים אחרים לשלילת דרישת הסבירות. טיעון מרכזי כזה הוא אשמת הנמוכה – אם בכלל – של העושה. הטענה היא שמהותה של אשמת העושה – אם בכלל היא קיימת – היא רשלנות. והנה, אם נתנה את הפטור בגין הגנה מדומה בסבירות של הטעות, עלול העושה הרשלן לשאת באחריות לעבירה חמורה – ואפילו עבירת כוונה – שהרי נוכח מטרתו להתגונן או להגן מתקיימת לגביו בדרך-כלל בחירה או לפחות נכונות לפגוע בתוקף. יתרה מזו: יש לתת את הדעת על כך שמדובר במצב של אילוץ, והעושה מקבל את החלטתו בתנאים קשים וללא שהות מספקת להעריך נכונה את המצב. מצב מיוחד זה של אילוץ, לא זו בלבד שהוא שולל אשמה גדולה של העושה, אלא אף שולל הוא את יעילות ההרתעה. ואם אכן אין אפשרות להרתיע את העושה, מוטל ספק גדול בטעם שבענישתו. אם נשוב לחוסר ההתיישבות של דרישת הסבירות עם עקרון האשמה, הרי שחוסר התיישבות זה גדל עוד יותר בשים לב לכך שהמבחן המקובל בדין המצוי של מדינות רבות לרשלנות הוא אובייקטיבי ולא סובייקטיבי.

חוסר הצדק שבהטלת אחריות פלילית חמורה – בגין עבירת מחשבה פלילית או אף בגין עבירת כוונה – על עושה, שהוא לכל היותר רשלן, בולט עוד יותר אם מקבלים שנוכח הנחתו (בטעות אמנם) כי מתקיימות נסיבות המצדיקות את מעשהו, מגלה התנהגותו דווקא קונפורמיות עם הסדר החברתי-משפטי¹¹⁶³. לענייננו, רב המשותף בין טעות בעובדה באשר לרכיבי העבירה לבין טעות בעובדה באשר לרכיבי ההגנה, והוא

1161 ראו פסקי-הדין 4/ בעניין Palmer; 14/ בעניין Morgan; 1/ בעניין Albert v. Lavin; 2/ בעניין Gladstone Williams; 3/ בעניין Beckford.

1162 לסקירתם של התקדימים הנ"ל ושל תקדימים אחרים, לביסוסם על היעדר הבחנה מהותית בין עבירה להגנה ולעמדות המלומדים וועדות החקיקה ראו, למשל, ע' 103-107 לספרו ח4 של Smith; ע' 133 ואילך למאמרו של Yeo; ע' 87 ואילך, 252 ואילך לספרו ח3 של Smith & Hogan; סעיף 27(5) ודברי ההסבר שבע' 65 ואילך להצעת החוק האנגלית יג10; הערתו ט111 של Smith בשולי פסק-הדין 3/ בעניין Beckford; הערתו ט6 של Smith בשולי פסק-הדין 2/ בעניין Gladstone Williams.

1163 ראו חלקה האחרון של ה"ש 1150 שלעיל.

בולט על רקע ההשוואה לטעות בחוק (בין באשר לאיסור עצמו ובין באשר להגנה). סבורני כי כל אחד עלול לטעות לגבי הנסיבות, וכי טעות כזו מלמדת מעט מאד על יחסו לסדר החברתי-משפטי. לבסוף, כפי שצוין לעיל, אם מעוניינים לעודד התנהגות מוצדקת – כגון הגנה פרטית על אדם אחר – כמעט הכרחי לתת פטור במקרה של טעות בעובדה. עוצמתו של עידוד שכזה תלויה גם בדרישת הסבירות, שכן אין ספק שנוכח דרישה של סבירות הטעות יירתעו אנשים רבים מלהיחלץ להצלת אחרים מכפות תוקפיהם. זאת ועוד: גם חובת ההצלה שקבע לאחרונה המחוקק הישראלי בחוק לא תעמוד על דם רעך, תשנ"ח-1998, עשויה לתמוך בהרחבת הפטור גם למקרה של טעות לא סבירה¹¹⁶⁴.

בסוגיה זו של סבירות הטעות לא יהא הדיון שלם ללא התייחסות לעמדתו המעניינת מאד של Williams¹¹⁶⁵. לשיטתו, לא זו בלבד שאין לדרוש סבירות של הטעות כשמדובר בעבירה של מחשבה פלילית, אלא אפילו כשמדובר בעבירת רשלנות אין מקום לדרישה של סבירות כתנאי למתן הפטור בגין הגנה מדומה. לדעת Williams, אין הבדל – לבד מלעניין ההוכחה – בין רכיבי העבירה לרכיבי ההגנה. אלא שבכך כמובן אין די כדי להגיע לעמדתו הקיצונית – השוללת דרישה של סבירות הטעות כשמדובר בהגנה מדומה אפילו לעניין עבירות הרשלנות. Williams גורס כי אם אכן טעה העושה – אפילו ללא סבירות – ממילא לא ירתיע אותו האיום של הענישה. ברם, סבורני כי לפי היגיון זה צריך היה לשלול כל ענישה בגין רשלנות, קרי: לבטל כליל את עבירות הרשלנות. ואם אכן אנו סבורים שקביעת עבירות רשלנות תגרום לכך שהפרטים ייזהרו יותר – במיוחד בפעילויות מסוכנות – כך גם באשר להגנה המדומה: יש בהחלט טעם לדרוש זהירות בטרם פונים, למשל, להפעלת כח קטלני.

Williams עומד על כך שהרשלנות היא מושג כולל המתמלא בתוכן על-ידי חובות זהירות רבות, שאינן בהכרח חלק מהדין, כגון החובה שלא לכוון נשק לעבר אדם אחר – אפילו לא בהומור. לדעתו, כשמדובר בטעות באשר להגנה הפרטית, אין בנמצא כללים שכאלה. הסיטואציה השכיחה היחידה – שאכן מחייבת טיפול נפרד – היא כשהעושה שיכור, מטורף או רפה שכל. אך בכל יתר הסיטואציות אין כל מקום לדרישה של סבירות הטעות, שכן ממילא לא ניתן לאמץ באמצעותה כללי זהירות כלשהם¹¹⁶⁶. לדעתי, דווקא

1164 ראו החוק א'18/, וראו הדיון בהגנה על אדם אחר ובאפשרות של טעות, אשר בפרק ה(2) דלעיל.

1165 ראו ע' 207 ואילך לספרו ח'1/, וראו הדיווח על עמדתו של Williams אשר בע' 29 לדברי ההסבר של ה-M.P.C. יג'3/ ובע' 152 לדברי ההסבר יג'5/.

1166 ראו ע' 29 לדברי ההסבר של ה-M.P.C. יג'3/. תמיכה מסוימת בעמדתו של Williams ניתן, לדעתי, למצוא במאמרו של הנוירולוג והנוירופסיכיאטר R. Restak, הטוען שאין מקום לדבר

יש טעם רב לחייב אדם החושש שהוא מותקף בבדיקה מינימלית וסבירה של המצב לאשורו בטרם יפנה לשימוש בכח.

בין הגישה הקיצונית, שלפיה יש לדרוש – תמיד – סבירות של הטעות כתנאי לפטור בגין הגנה מדומה (גם באשר לעבירות מחשבה פלילית), לבין הגישה הקיצונית בכיוון ההפוך, שלפיה לעולם אין לדרוש סבירות של הטעות כתנאי לפטור בגין הגנה מדומה (גם לא כשמדובר בעבירת רשלנות), סבורני כי עדיפה גישת הביניים, שלפיה יש מקום לדרישת סבירות, אך רק כשמדובר בעבירת רשלנות. גישה כזו תואמת הן את שיקולי האשמה והן את שיקולי הסכנה שנדונו לעיל.

להמחשת המשמעות המעשית של הגישות התאורטיות השונות, ניתן שוב¹¹⁶⁷ דעתנו למקרה שנדון בפסק-הדין שניתן על-ידי בית-המשפט העליון בפרשת עסלה¹¹⁶⁸. אדם יצא את ביתו בערב ועם צאתו מסר לרעייתו את רובהו לצורך התגוננות מפני זרים. בחצות הלילה ניצורה האישה משנתה לקול דפיקות על הדלת. שאלותיה "מי שם?" לא נענו, אלא האלמוני ניגש לחלון והחל לטפל בפתיחת התריס. האישה דימתה שגבר זר מנסה לפרוץ לביתה ולאנוס אותה, נבהלה מאד, נטלה את הרובה וירתה שלוש יריות קטלניות דרך התריס. בדיעבד התברר שהמנוח היה בעלה, אשר שב לביתו בגילופין אך לא מסוכן. מכיוון שבית-המשפט מצא שהטעות של העושה הייתה סבירה, לא התעורר קושי כלשהו. אך נניח שהעובדות היו שונות מעט ובית-המשפט היה מוצא שבנסיבות העניין הייתה הטעות של העושה בהערכת הסיטואציה בלתי סבירה, דהיינו רשלנית, מה הייתה אז תוצאתה המעשית של כל אחת משלוש הגישות שנדונו לעיל? א. לפי הגישה הדורשת תמיד סבירות של הטעות, צריך היה להרשיע את העושה בעבירה של מחשבה פלילית – עבירת ההריגה – ואולי אפילו בעבירת הרצח בכוונה תחילה. נראה כי חוסר הצדק שבהטלת אחריות לעבירה כה חמורה בגין רשלנותה (בלבד) של העושה הוא בולט. זוהי סטייה גסה מעקרון האשמה שלא ניתן להצדיק אותה. ב. לפי גישתו של Williams, שבמסגרתה לעולם אין לדרוש סבירות של הטעות כתנאי לפטור בגין הגנה מדומה, אפילו אם מוצא בית-המשפט שהעושה הייתה – בנסיבות העניין – רשלנית, עדיין לא ניתן להטיל עליה אחריות פלילית, אפילו לא את האחריות הקלה יחסית לעבירת רשלנות. ג. לעומת זאת, לפי "גישת הביניים" המוצעת כאן, בהחלט לא ניתן

על "אדם סביר" בנסיבות המיוחדות של חשש לחיים או לנזק גופני חמור – ולפיכך גם הוא

מתנגד לדרישת הסבירות – ראו ע' 847-848 לספרם ח19 / של Kadish & Schulhofer.

1167 עובדות המקרה כבר הובאו במבוא של ספר זה. הן מובאות כאן שוב לנוחותו של הקורא.

1168 ראו פסק-הדין ב37.

לייחס לעושה אחריות בגין עבירה של מחשבה פלילית (או כוונה), אך ניתן לייחס לה אחריות לעבירת רשלנות, אם – ורק אם – מוצא בית-המשפט שאכן נהגה ברשלנות ולא בסבירות¹¹⁶⁹. יש הסבורים כי אין מקום לאחריות פלילית (כלשהי) על בסיס רשלנות. אך כל עוד שלטת התפישה שלפיה כשמדובר בערך כה חשוב כחיי אדם יש מקום, לשם שמירה עליו, לאחריות פלילית על בסיס רשלנות – תפישה הבאה לידי ביטוי מובהק בעצם קיומה של העבירה "גם מוות ברשלנות" – נראה כי "גישת הביניים" הנ"ל היא שמגשימה תפישה זו.

דוגמה להליכה ב"דרך הביניים" מצויה ב-Model Penal Code האמריקני¹¹⁷⁰.
סעיף 3.09(2) לקוד זה קובע כך (ההדגשה הוספה):

"When the actor believes that the use of force upon or toward the person of another is necessary for any of the purposes for which such belief would establish a justification under Sections 3.03 to 3.08 but the actor is *reckless or negligent* in having such belief or in acquiring or failing to acquire any knowledge or belief which is material to the justifiability of his use of force, the justification afforded by those Sections is unavailable in a prosecution for an offense for which recklessness or negligence, as the case may be, suffices to establish culpability".

עקרונית, סבורני כי הגישה שנקטו מנסחי ה-Model Penal Code בעניין זה היא נכונה, אם כי מתחייבות הערות מספר באשר להסדר שקבעו. ראשית, ניתן לחלוק על התייחסות המנסחים, לצד רשלנות העושה, גם לפזיזות שלו¹¹⁷¹. שנית, הטכניקה החקיקתית שנקטו

1169 וגם אז ייתכן שיש מקום להקלה בעונש, שכן אפילו העונש הקל יחסית הקבוע לעבירת הרשלנות עלול להיות חמור מדי לענייננו – כפי שיוצע בפרק הבא, העוסק בחריגה מתנאי ההגנה הפרטית.

1170 ראו ה-M.P.C. יג-3/5.

1171 שהרי עסקינן בדמיון של התקיימות נסיבות (מצדיקות) שאינן קיימות במציאות, וכשמדובר בנסיבות מקובל במשפטנו (ראו, למשל, סעיף 20(א) לחוק העונשין (א/1)) כי אין מקום לדבר על פזיזות, אלא אך ורק על מודעות או חוסר מודעות, ומתוך הגדרה ממש: אין כל מקום לדון ביחסו החפצי (כביכול) של העושה כלפי התקיימות הנסיבות, משום שהיסוד הנפשי – לרבות המודעות לנסיבות – נבדק בזמן ההתנהגות, ובזמן זה אין הנסיבות עניין עתידי אלא חלק מן המציאות. עם זאת, ניתן – ולדעתי אף רצוי – לאמץ גישה אחרת המקובלת, למשל, במשפט

המנסחים היא מוזרה ומטעה. תחילה מוגדרות ההגנות בצורה רחבה מאד – תוך שימוש נרחב בדרישה המינימלית של אמונת העושה ("...the actor believes..."). כך מתעורר הרושם שדי באמונה כשלעצמה, וזאת עד לקריאת סעיף 3.09 הנ"ל, הבא לאחר ההגנות השונות ומבהיר כי כשמדובר בעבירת רשלנות נדרשת גם סבירות של הטעות. למעשה מקבל סעיף 3.09 – הדן בטעות בנוגע להגנות – תפקיד מוזר מאד: במקום שיצמצם את האחריות הפלילית כיהא לסעיף העוסק בטעויות, הרי שנוכח ההגדרות הרחבות מדי של ההגנות שעליהן הוא חל, בא הסעיף העוסק בטעויות ודווקא מרחיב את האחריות הפלילית (!). כך שגם אם מתקבלת התוצאה הרצויה בעניין זה, נותר קושי הצהרת-חינוכי. ההערה השלישית היא שההגנה המדומה מקבלת בטעות יחס זהה לזה של ההגנה הממשית, כביכול מדובר בצידוק של ממש ולא בפטור גרידא.

מליקויים אלה שב-M.P.C. נמנעו מנסחי הצעות החוק הישראליות, בקובעם בסעיפים הכלליים הדנים בטעויות, כי טעות בעובדה היא רלוונטית באשר ל"מצב דברים" – דהיינו גם באשר לנסיבות של הגנה – ובהבהירם כי כשמדובר בעבירת רשלנות נדרשת גם סבירות של הטעות¹¹⁷². כך נקבע לאחרונה גם בחוק העונשין הישראלי¹¹⁷³. הסדרים דומים ניתן למצוא גם בחוקים ובהצעות חוק מודרניים נוספים¹¹⁷⁴, כמו גם במשפט העברי¹¹⁷⁵. מעניין לציין כי Smith סבור שאותה התוצאה – של דרישת סבירות לגבי עבירות רשלנות ולגביהן בלבד כתנאי לפטור בגין הגנה מדומה

האנגלי, ושלפיה לפיזיות העושה באשר להתקיימות הנסיבה משמעות רבה, למשל, כשמדובר בחוסר אכפתיות של האנס כאשר להסכמה או חוסר ההסכמה של קרבן עבירת האינוס – ראו, למשל, פסק-הדין ב7/57 בעניין שבירו, שם (באימרת אגב בע' 782) תמכה השופטת בן-פורת בהילכת Morgan האנגלית (פסק-הדין י'14) (שכיום כבר מעוגנת גם בחוק האנגלי). את הקושי המושגי של התזמון ניתן לפתור על-ידי בדיקת היסוד הנפשי של העושה רגע לפני ההתנהגות – שאז גם הנסיבה היא עדיין עניין עתידי ולכן דווקא ייתכן יחס חפצי (לרבות פיזיות) כלפיה.

1172 ראו סעיף 54 להצעת החוק של פלר וקרמניצר /41; סעיף 43 להצעת החוק של אנקר וקרפ /51 וסעיף 43(א), (ב) להצעת החוק של הוועדה בראשות אגרנט /11.

1173 ראו סעיף 34 לחוק העונשין (11א) כפי שנקבע בתיקון מס' 39 (17א).

1174 ראו סעיף 16 לחוק הפלילי הגרמני יב'1; סעיף 609 להצעת החוק הפדראלית האמריקנית י63; וסעיף 3(17) להצעת החוק הקנדית י8/8 משנת 1987 (אך בהצעות אחרות, מאוחרות יותר, קבועים הסדרים אחרים: בהצעה י12/12 משנת 1993 לא מופיעה דרישה של סבירות הטעות – אפילו לא באשר לעבירת רשלנות – ראו סעיף 37 להצעה; ובהצעה י11/11 משנת 1997 נדרשת סבירות תמיד ולא רק כשמדובר בעבירת רשלנות – ראו סעיף 2(b) להצעה).

1175 ראו ע' 163-151 (ובמיוחד ע' 163) לספרו ד'1 של אנקר.

– מתקבלת גם נוכח ההלכה האנגלית הקיימת, שכן השלילה של דרישת הסבירות בהלכה האנגלית נוגעת לעבירות של מחשבה פלילית בלבד¹¹⁷⁶.

ביקורת על ההסדר העקרוני שב-M.P.C. מתח Fletcher, שלדעתו אין זה סביר לזכות אדם שפעל במצב של הגנה פרטית מדומה שנבע מטעות בלתי סבירה שלו, רק משום שאין קיימת עבירת רשלנות המקבילה לעבירת המחשבה הפלילית הרלוונטית. בעיה כזו לא תתעורר נוכח המתה, אך עשויה להתעורר נוכח תקיפה¹¹⁷⁷. סתם Fletcher ולא פירש מדוע אין זה סביר. לדעתי, דווקא ייחוס אחריות לעבירה של מחשבה פלילית (ואפילו של כוונה!) לעושה שהוא רשלן, הוא בלתי סביר.

(ד) טעות הנובעת ממצב שכרות

סוגיה ספציפית שהטרידה מאד את משפטני המשפט המקובל – ובמיוחד האנגלי – היא הגנה פרטית מדומה כשהעושה הטועה מצוי במצב של שכרות. פסק-הדין האנגלי המנחה בסוגיה ניתן בעניין O'Grady (1987)¹¹⁷⁸, שם נקבע כי שכרות רצונית שוללת את ההגנה הפרטית. הכל חשים שמדובר במקרה מיוחד של הגנה מדומה, והשאלה היא כמובן מהו הפתרון הראוי לו. יש לשים לב לכך שאפילו אם קיימת דרישה של סבירות הטעות באשר להגנה המדומה, אין בכך פתרון מלא לסוגיית השכרות, שכן מחד גיסא, ייתכן שנוכח השכרות יטעה העושה טעות שהיא דווקא סבירה, ומאידך גיסא, נראה שכשאין הטעות סבירה אין די (נוכח השכרות הרצונית) באחריות המתאפשרת לעבירת רשלנות בלבד. אפשרות אחת היא לקבוע שטעות במצב שכרות לעולם לא תיחשב לסבירה. זוהי התוצאה של הילכת O'Grady האנגלית וגם במשפט האמריקני ניתן למצוא גישה כזו¹¹⁷⁹. אלא שלדעתי מובילה גישה כזו להטלת אחריות גדולה מדי על העושה, כגון כשנוכח טעותו עבר עבירה של כוונה. אפשרות אחרת היא שהשכרות עשויה לשלול יסוד נפשי כזה הנדרש בהגדרת העבירה, כך שהעושה יוותר פטור מכל אחריות פלילית. לפיכך, מתבקש פתרון הולם יותר. Williams הציע לקבוע עבירה ספציפית של שכרות¹¹⁸⁰. סבורני כי הפתרון הראוי לסוגיית השכרות אינו פתרון קזואיסטי, אלא

1176 ראו ע' 164 לרשימתו ט/6.

1177 ראו ע' 689-690 לספרו ח/13.

1178 ראו פסק-הדין י' 15/ בעניין O'Grady. בכך אישר בית-המשפט הלכה קודמת שנקבעה בהקשר אחר בפסק-הדין י' 16/ בעניין Majewski (1976). מעניין לציין כי הלורד Lane, שקבע את הילכת Gladstone Williams, הוא שסייג אותה לעניין שכרות בפסק-הדין O'Grady.

1179 ראו ע' 654 לספרם ח/18 של La Fave & Scott.

1180 ראו האסמכתאות הנ"ל בה"ש 1165.

הפתרון הכללי באשר לאדם הגורם באשמתו (בענייננו – משתכר) להיווצרות מצב של הגנה (בענייננו – ההגנה הפרטית המדומה)¹¹⁸¹.

(ה) טעות בחוק

הטעות הקלאסית, השכיחה והכמעט בלעדית בנוגע להגנה הפרטית, שמהותה היא של טעות בחוק, היא טעות באשר לעוצמת הכח המותרת, אם בכלל, על-פי דרישת הפרופורציה. אמנם בדרך-כלל נקבעת הפרופורציה על-ידי בית-המשפט ולא על-ידי המחוקק, אך אין מדובר בקביעת התקיימותה של עובדה, אלא ביישום נורמה על עובדות המקרה, ולפיכך מהווה הפרופורציה חלק מן ה"דין"¹¹⁸². יש להבהיר כי טעות באשר לעובדות שעל בסיסן מוערכת הפרופורציה מהווה טעות בעובדה ולא טעות בחוק¹¹⁸³. קשה אמנם לתאר טעות בחוק בנוגע להגנה הפרטית שאינה נוגעת לפרופורציה, אך אין להוציא זאת מכלל אפשרות. כך, למשל, מדגים Gordon טעות בחוק באמצעות המקרה שבו העושה טועה לחשוב שהנקמה מותרת כהגנה עצמית¹¹⁸⁴. דומה, שכזה היה המצב בפסק-הדין שניתן במקומותינו בעניין שורקה ומאחני, שם אמר בית-המשפט כך: "האמת היא, כי הם דימו שהקרבנות הם מסתננים, וכי דמם של מסתננים מותר", אם כי לא התייחס במפורש לטעות בחוק¹¹⁸⁵.

היחס לסוגיה נושא דיוננו נגזר באופן ישיר מהיחס הכללי לטעות בחוק. כידוע, בדין המצוי במשפט האנגלו-אמריקני שלטת העמדה המסורתית, שלפיה טעות בחוק (במובן הרחב – דהיינו: לרבות אי-ידיעת החוק) אינה פוטרת ובעצם אף אינה רלוונטית. לפי גישה אחרת יש מקום לקביעת הגנה כללית – מסוג פטור – של טעות בחוק שהיא בלתי נמנעת באורח סביר. זהו ההסדר הרצוי, ולאחרונה מצאה גישה זו את מקומה גם בחוק

1181 לפתרון כללי כזה נתייחס בהמשך – ראו פרק ו(4).

1182 כך, למשל, כתב אנקר בע' 127 לספרו ד' 11: "טעות לגבי היסוד השלישי, קיום יחס סביר בין הנוק שנגרם לנוק שנמנע, נראית דומה לטעות בחוק. כאן מדובר בנורמה כללית הנקבעת על-ידי החוק הפלילי להנחיית בני אדם בהתנהגותם, וטעות בנורמה כזו אינה פוטרת את הנאשם". וראו גם הטקסט שלעיל המפנה לה"ש 962-964.

1183 ראו, למשל, ע' 627-628 לספרם ח' 5 של Card, Cross & Jones; ע' 191 למאמרה ח' 16 של Giles, העומדת על הבהרה ברוח זו בפסק-הדין י' 15/ בעניין O'Grady (1987).

1184 ראו ע' 335 לספרו ח' 31/.

1185 ראו ע' 552 לפסק-הדין ב' 8/ בעניין שורקה ומאחני.

העונשין הישראלי¹¹⁸⁶. הגנה כזו מן הראוי שתחול גם על הטעות באשר לדרישת הפרופורציה שבה עסקינן.

נוכח תחושת אי-הצדק שיוצר הכלל המסורתי במשפט האנגלו-אמריקני, נעשו כמה ניסיונות מעניינים לריכוכו. כך, למשל, פותחה במשפט האוסטרלי דוקטרינה מיוחדת, שתידון בפרק הבא, הלא היא ה-*"excessive self-defence"*. ואילו במשפט האנגלי מנחה עדיין ההלכה המוזרה למדי, שעליה עמדנו לעיל, שנקבעה בעניין Palmer¹¹⁸⁷.

(ו) טעויות בלתי סבירות – אחריות פלילית מלאה?

כפי שנראה בפרק הבא, גם כשאין טעותו של העושה סבירה ייתכן שיש מקום להקל בעונשו. הקלה כזו עשויה להתבקש בעיקר אם טעה טעות בחוק (דהיינו: באשר לדרישת הפרופורציה) שאיננה בלתי נמנעת באורח סביר, אך גם אם טעה טעות בלתי סבירה בעובדה – שאז ייתכן שאפילו הענישה המוגבלת הקבועה בעבירת הרשלנות תהא חמורה מדי בעבורו.

1186 ראו סעיף 34ט – "טעות במצב משפטי" – לחוק העונשין (1א) אשר נקבע בתיקון מס' 39 (17א).

1187 ראו ה"ש 505 שלעיל והטקסט המפנה אליה. יש להבהיר כי הילכת Gladstone Williams (2) מוגבלת לטעות בעובדה ואינה חלה על טעות בחוק – ראו, למשל, הערתו ט' 9 של Smith בשולי פסק-דין זה. למעשה, כפי שמציין Ashworth, הלכה זו מביאה למצב המוזר שבו ספק אם אי פעם יתרחש מקרה של טעות בחוק בנוגע להגנה הפרטית (ראו ע' 305 למאמרו ט' 1), שהרי לפיה די באמונתו של העושה כדי להוליך למסקנה של התקיימות הסבירות האובייקטיבית (!) (ראו ה"ש 1217-1221 שלהלן והטקסט המפנה אליהן). כן יש להזכיר ליקוי יסודי נוסף בדין האנגלי, שעמדנו עליו לעיל, ולפיו בהגנה על רכוש די – בהתאם לסעיף 5(2) ל-Criminal Damage Act, 1971 – בכך שהעושה מאמין שמעשהו סביר (!) (ראו הדיון בטקסט שלעיל המפנה לה"ש 1045. וראו גם – לעניין ליקוי נוסף במשפט האנגלו-אמריקני הקשור קשר הדוק לענייננו – הפסקה שלעיל המפנה לה"ש 507-509).

3. חריגה מתנאי ההגנה הפרטית

(א) כללי

“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, בינוכחות האקדח וכמעט מול הלוע שלו, ואין לדרוש מאדם לכלכל מעשיו בפלס ולמדדם בשעל בשעת סכנה שכזאת” (דברי השופט זילברג בפסק-הדין בעניין ולדמן¹¹⁸⁸).

מה דינו של נתקף א', אשר נוכח בלבול, פחד, אימה, מבוכה, התרגשות וכיו"ב תחושות ומצבים נפשיים מיוחדים שבהם הוא נתון במצב האילוף, חורג מתנאי ההגנה הפרטית ומפעיל כח שאיננו נחוץ לשם ההתגוננות? מה דינו של נתקף ב', אשר במצב נפשי דומה לזה של א', חורג מתנאי ההגנה הפרטית ומפעיל כח מופרז, שהוא אמנם נחוץ לשם ההתגוננות, אך אינו עומד בדרישת הפרופורציה? מה דינו של נתקף ג', הטועה לחשוב שהכח המופרז שבו הוא משתמש עומד בדרישת הפרופורציה? מה דינו של "נתקף ד", אשר מדמה כי תוקפים אותו, כשטעותו היא בלתי סבירה, ומפעיל כח "מגן"? ומה דינה של נתקפת, אשר ללא כל טעות באשר לנסיבות מצב האילוף וללא בלבול או פחד, מפעילה כח מגן החורג מדרישת הנחיצות או מדרישת הפרופורציה?

מהו ההסדר הראוי למקרים שבהם העושה אמנם פועל במטרה להתגונן או להגן, אולם חורג מתנאי סייג ההגנה הפרטית? זוהי השאלה שבה נדון במסגרת פרק זה. בפתח הדיון יש לציין כי ההדגשה המוצעת בספר זה של אופייה המוצדק של ההגנה הפרטית מוליכה, כמובן, לכך שמקרים אחדים, שלעתים נוטים לראות גם בהם הגנה פרטית, יתדפקו על דלתות סייג ההגנה הפרטית אך ייוותרו מחוצה לו. מדובר במקרים שבהם אכן אין מקום להצדיק את פעולתו של העושה, וזאת אם בשל היעדר פגיעה באוטונומיה של ה"נתקף" והיעדר אשמה של ה"תוקף" – נוכח טעות באשר לעצם קיומן של תקיפה וסכנה, ואם בשל הפגיעה בסדר החברתי-משפטי שבפעולה החורגת מתנאי ההגנה

1188 ראו ע' 55 לפסק-הדין ב-15/ בעניין ולדמן.

הפרטית בכלל ומתנאי הפרופורציה והנחיצות בפרט. אלא שמקרים אלה – או לפחות, חלקם – גם אינם מצדיקים הטלת אחריות פלילית חמורה¹¹⁸⁹.

חלק ניכר ממקרים אלה ימצא מזור במסגרת סייג ההגנה הפרטית המדומה. למעשה, כפי שנראה בהמשך, הצורך בהסדר מיוחד לחריגה מתנאי ההגנה הפרטית מהווה – בין היתר – פונקציה של ההסדר הקבוע להגנה הפרטית המדומה. לפיכך נתור בפרק זה בעיקר אחר ההסדר הראוי למקרים האחרים של חריגה מתנאי ההגנה הפרטית, מקרים שאינם נופלים בגדר סייג הפטור של "הגנה פרטית מדומה" במתכונתו המוצעת לעיל.

לכאורה, סוגיה זו של חריגה מתנאי ההגנה הפרטית לא הייתה אמורה לעורר מחלוקת רבה, וזאת נוכח מעמד הבכורה הניתן במשפט הפלילי המודרני לאשמתו של העושה. בשים לב למצב האילוץ הקשה שבו נתון העושה, אין מנוס מן המסקנה שחריגה מתנאי ההגנה הפרטית, הנובעת מפחד, בלבול וכיו"ב מצבים נפשיים מיוחדים שבהם נתון העושה נוכח מצב האילוץ הקשה, כשמטרתו של העושה היא להתגונן או להגן, חריגה כזו אינה משקפת אשמה גדולה, אם בכלל משקפת היא אשמה כלשהי. כפי שמציין אנקר בהתייחסו לעושה החורג מתנאי ההגנה הפרטית בשל טעות בלתי סבירה שיש לו, "אין זה אדם המתנכר לערכי יסוד של החברה, והוא גם אינו מסוכן לציבור הרחב. המניע למעשהו היה לגיטימי..."¹¹⁹⁰. כפי שנראה בהמשך, הבעיה חריפה במיוחד נוכח עונש החובה הקבוע בשיטות משפט רבות בעבירת הרצח, שכן בהיעדר עונש חובה תהיה ממילא בדרך-כלל נטייתו של בית-המשפט להקל בעונשו של עושה שכזה. דעתי היא כי באשר לכלל העבירות, כשם שהאופי המוצדק של ההגנה הפרטית מחייב גם דרישות אובייקטיביות, ובעיקר דרישות הנחיצות והפרופורציה, כך ולפיכך מחייבים שיקולי האשמה התחשבות מיוחדת במקרה נושא דיוננו. זאת, בדרך של הקלה בעונש או אפילו פטור מלא, לפי המקרה, תוך מתן משקל מרבי והולם למידת אשמתו

1189 יש להסתייג מן העמדה שלפיה הוראות חוק המתירות כח קטלני גם במקרה של פחד – למרות חריגה מתנאי ההגנה הפרטית – מהוות דוגמה לאופייה ה"מעורב" – ספק "צידוק" ספק "פטור" – של ההגנה הפרטית (ראו, למשל, ע' 110 לכרך I של ספרו ח12/ של Robinson וע' 235-236 למאמרו ט30). לאמיתו של דבר, אין המדובר בהתרת כח קטלני אלא – לכל היותר – במחילה ו"פטור" למרות הפעלתו, דהיינו לכל היותר ב-excuse (וכפי שנראה בהמשך, מקובלת יותר בעניין זה הפחתה של האחריות הפלילית ולא שלילתה); excuse או נסיבה מקלה שאמנם דרים לצד צידוק ההגנה הפרטית, אך בהחלט אינם באים בשעריו ואינם משנים את אופיו כמעשה הנכון והמוצדק – גם מוסרית.

1190 ראו ע' 129 לספרו ד1, וראו העיסוק בנושא דיוננו אשר שם בע' 126-169 (פרק חמישי, "ההורג מתוך טעות בלתי הגיונית בהגנה עצמית").

המעטה (אם בכלל קיימת) של העושה נוכח השפעתו של מצב האילוץ על העושה ומטרתו החיובית של העושה.

ובכל זאת התלבטו מאד מחוקקים, שופטים ומלומדים בסוגיה נושא דיונונו, ולעתים קרובות קבעו לה הסדרים חלקיים מאד ובלתי מספקים או אפילו בחרו להתעלם ממנה (!). לפיכך נעמוד תחילה בקצרה על התחבטויות אלה, במטרה להאיר באמצעות המשפט המשווה את השיקולים השונים שיש להביא בחשבון בהסדרת הסוגיה. לאחר מכן, ולאור שיקולים אלה, יוצע הסדר ראוי לסוגיה זו.

(ב) הפסיקה האוסטרלית

בצדק או שלא בצדק, זכתה הפסיקה האוסטרלית בסוגיה נושא דיונונו להתייחסות רבה מאד בעולם המשפט האנגלו-אמריקני. נוכח היעדר הסדר חקיקתי לסוגיה, ונוכח עונש החובה החמור הקבוע בעבירת הרצח, פיתחו בתי-המשפט האוסטרליים דוקטרינה מיוחדת, שנקראה "excessive self-defence" ("הגנה עצמית מופרזת") ומשלה בכיפה בפסיקה האוסטרלית כמשך כשלושה עשורים¹¹⁹¹. תקופה זו החלה עם פסק-הדין בעניין McKay (1957), שבו נקבע, כי¹¹⁹²:

"If the occasion warrants action in self-defence... but the person taking action acts beyond the necessity of the occasion and kills the offender, the crime is manslaughter – not murder".

בשנה שלאחר מכן ניתן פסק-הדין, שנחשב למנחה בסוגיה, בעניין Howe (1958)¹¹⁹³. מנחה – הן בשל אישורו בבית-המשפט העליון של אוסטרליה, והן בשל הסרת הספקות שהותיר פסק-הדין McKay, תוך קביעה שהדוקטרינה מצומצמת למקרים שבהם טעה העושה, ובלשון בית-המשפט:

1191 לדיונים נרחבים בדוקטרינה אוסטרלית זו ראו מאמרו של Lanham /57; מאמרו של Yeo /2; רשימתו של Ashwohrth /139-129; ע' /139-129 לספרו ד' של אנקר; ע' /89-94 לספרו ח /29 של Howard; ע' /443-456 למאמרו של O'Brien.

1192 ראו ע' /563 לפסק-הדין יד' /3 בעניין McKay.

1193 ראו פסק-הדין יד' /4 בעניין Howe.

“...exercises more force than a reasonable man would consider necessary in the circumstances, but no more force than he honestly believes to be necessary ...”¹¹⁹⁴

ספק נוסף עוררו מלומדים, שגרסו כי הדוקטרינה חלה רק על טעות באשר לנחיצות האמצעים שאותם נקט העושה, ואינה חלה על טעות ביחס לעצם קיומה של תקיפה. הבחנה זו אינה משכנעת. אמנם בהיעדר תקיפה פוגע העושה באדם חף מפשע, אולם אין עסקינן בקרבן אלא בעושה ובאשמתו¹¹⁹⁵. כפי שמציין אנקר:

“ככלות הכל בשני המקרים... אשמתו של המתגונן זהה במובן זה שלא שקל נכון את המצב שנקלע לתוכו ולא נהג כאדם סביר בנסיבות המקרה. בשניהם הוא האמין בטעות שלפי מצב הדברים אין לו דרך אחרת להציל את חייו אלא להרוג את המתקיף”¹¹⁹⁶.

מסקנה זו מתחזקת נוכח הבסיס התאורטי שנתן בית-המשפט האוסטרלי לדוקטרינה – אי-התקיימות היסוד הנפשי המיוחד הנדרש במסגרת עבירת הרצח – “malice aforethought” (כוונה תחילה) נוכח הסיטואציה המיוחדת ומטרתו של העושה להתגונן או להגן. שהרי, מדובר בהתבססות על גורם סובייקטיבי¹¹⁹⁷, ודומה כי יסוד נפשי מיוחד זה אינו מתקיים, באותה מידה, בשני המקרים. פרשנות נוספת שניתנה להלכה האוסטרלית היא, שהטעות הנדרשת לצורך החלת הדוקטרינה היא בעצם טעות בחוק, הנוגעת לדרישת הפרופורציה¹¹⁹⁸. נוכח עמדתי, שלפיה על ההסדר לחריגה מתנאי ההגנה הפרטית להתייחס לכל הטעויות הבלתי סבירות – הן בעובדה והן בחוק – ואפילו לא להן בלבד, מתייתר הניסיון לדייק בפסקי-הדין האוסטרליים במטרה לתור אחר כוונותיהם (הדי נסתרות) של השופטים.

1194 R. v. Howe (1958) S.A. A.R. 95 (הלכה זו, שנקבעה בבית-המשפט לערעורים, אושרה לאחר מכן על-ידי בית-המשפט העליון בפסק-הדין הנ"ל יד/4).

1195 אמנם כשמדובר בהצדקת ההגנה הפרטית הממשית, התקיפה של תוקף בר-אחריות היא רלוונטית מאד – הן לעניין אשמת התוקף והן לעניין הסדר החברתי-משפטי – אך כאן (הגנה מדומה) אין מדובר בהצדקת ההגנה הפרטית, אלא במתן פטור לעושה על בסיס אשמתו הנמוכה או הבלתי קיימת.

1196 הציטוט לקוח מע' 133 לספרו ד/1. לסקירת הפסיקה האוסטרלית בעניין זה ראו שם ע' 139-132 וראו גם האסמכתאות הנ"ל בה"ש 1191.

1197 ראו, למשל, ע' 138-139 לספרו ד/1 של אנקר.

1198 ראו, למשל, ע' 90-91 לספרו ח/29 של Howard.

עמידה על התפתחות הפסיקה האוסטרלית מחייבת גם פזילה לעבר הפסיקה האנגלית. הן בית-המשפט לערעורים (בעניין McInnes (1971)) והן ה-Privy Council (בעניין Palmer (1971)) התייחסו לדוקטרינת ה-*"excessive self-defence"* האוסטרלית ודחו אותה באופן חד-משמעי ומפורש¹¹⁹⁹. כתוצאה מכך, ונוכח ההנחה שהייתה מקובלת אז, שלפיה הילכות ה-Privy Council מחייבות גם את בתי-המשפט האוסטרליים, נטו בתי-משפט אלה לזנוח את הדוקטרינה שפיתחו¹²⁰⁰. נסיגה זמנית זו נפסקה עם פסק-הדין החשוב והמנחה של בית-המשפט העליון של אוסטרליה בעניין Viro (1978)¹²⁰¹. בפסק-דין זה אושרה הילכת Howe ברוב של שישה שופטים כנגד אחד. בפסקי-דין מאוחרים יותר אף הורחבה תחולת הדוקטרינה כך שהוחלה, מלבד על עבירת הרצח, גם על עבירות נוספות שבהן נדרשת *"intent to murder"*¹²⁰². הרחבה מוגבלת זו היא מובנת על רקע הביסוס שכאמור ניתן לדוקטרינה – היסוד הנפשי המיוחד הנדרש בעבירת הרצח. לאחר הילכת Viro וההליכה של בתי-המשפט בעקבותיה, ראו הכל את הדוקטרינה של *"excessive self-defence"* כחלק אינטגרלי מן המשפט האוסטרלי¹²⁰³.

על רקע זה היווה פסק-הדין של בית-המשפט העליון של אוסטרליה בעניין Zecevic (1987)¹²⁰⁴ הפתעה גדולה ואפילו אכזבה¹²⁰⁵, שכן אומצה בו הילכת Palmer האנגלית ונדחתה הדוקטרינה האוסטרלית. המעניין הוא ששופטי הרוב (חמישה מול שניים) בפסק-הדין בעניין Zecevic הסכימו כי שיקולים של אשמה דווקא תומכים בדוקטרינה, ואף הביעו חרטה מסוימת על ביטולה¹²⁰⁶. הסיבה המרכזית לדחיית הדוקטרינה הייתה הסיבוך שיוחס לה ובעקבותיו הטענה בדבר הנטל הכבד שהיא מטילה על שופטים ובמיוחד על מושבעים. טיעון זה מבוסס על הילכת Viro, שבמסגרתה קבע בית-המשפט לא פחות משש הנחיות מפורטות שאותן יש לתת למושבעים כאשר מתעוררת שאלה של

1199 ראו (בהתאמה) פסקי-הדין י' 8/ ו-י' 4/. וראו, למשל, הערתו 5/ של Smith על פסק-הדין בעניין McInnes והערתו 4/ על פסק-הדין בעניין Palmer.

1200 ראו, למשל, ע' 349 למאמרו 55/ של Yeo והאסמכתאות המובאות שם.

1201 ראו פסק-הדין יד' 5/ בעניין Viro. לדיון מפורט בפסק-הדין ראו, למשל, מאמרו 55/ של Yeo.

1202 ראו ע' 349 למאמרו 55/ של Yeo והאסמכתאות המובאות שם.

1203 שם.

1204 ראו פסק-הדין יד' 6/ בעניין Zecevic.

1205 כך, למשל, כתב Ashworth כי הפרח, שנשתל במשפט המקובל על-ידי בתי-המשפט האוסטרליים וטופח במשך שלושים שנים, נעקר עכשיו והושלך על-ידי בית-המשפט העליון של אוסטרליה – ראו ע' 1 לרשימתו 49/.

1206 ראו הדיון שבע' 239 ואילך למאמרו 57/ של Lanham.

הגנה פרטית (כדי שניתן יהיה לעמוד מקרוב על הנחיות אלה ולהיווכח במורכבותן, הן מובאות בהערת שוליים)¹²⁰⁷. אכן, מדובר בהנחיות מורכבות, אשר שתיים מהן (האחרונות) נובעות מן הדוקטרינה נושא דיונו. אולם יש לתת את הדעת על שיקולים אחדים: ראשית, חלק ניכר מן הסיבוך נובע מהשילוב של דיני הראיות עם הדין המהותי; שנית, כללי ההגנה הפרטית הם מורכבים מטבעם – גם בהיעדר התייחסות לדוקטרינה – והניסיון להציגם כפשוטים, כפי שנעשה, למשל, על-ידי ה-Privy Council בעניין Palmer¹²⁰⁸, הוא בלתי צליח; שלישית, בכל זאת ניתן להציג את הכללים בצורה מסובכת פחות – כפי שאמנם הציעו שופטי המיעוט בפסק-הדין בעניין Zecevic¹²⁰⁹; רביעית, עיקר הקושי נובע משיטת המושבעים ולפיכך אינו מחייב מסקנות דומות בשיטת משפט

- “1. (a) It is for the jury first to consider whether when the accused killed the deceased 1207 the accused reasonably believed that an unlawful attack which threatened him with death or serious bodily harm was being or was about to be made upon him.
- (b) By the expression "reasonably believed" is meant, not what a reasonable man would have believed, but what the accused himself might reasonably believe in all the circumstances in which he found himself.
2. If the jury is satisfied beyond reasonable doubt that there was no reasonable belief by the accused of such an attack no question of self-defence arises.
3. If the jury is not satisfied beyond reasonable doubt that there was no such reasonable belief by the accused, it must then consider whether the force in fact used by the accused was reasonably proportionate to the danger which he believed he faced.
4. If the jury is not satisfied beyond reasonable doubt that more force was used than was reasonably proportionate it should acquit.
5. If the jury is satisfied beyond reasonable doubt that more force was used, then its verdict should be either manslaughter or murder depending on the answer to the final question for the jury – did the accused believe that the force which he used was reasonably proportionate to the danger which he believed he faced?
6. If the jury is satisfied beyond reasonable doubt that the accused did not have such a belief the verdict will be murder. If it is not satisfied beyond reasonable doubt that the accused did not have that belief the verdict will be manslaughter”.

(ראו ע' 146-147 לפסק-הדין יד/57 בעניין Viro).

1208 עמד על כך Lanham בע' 247-249 למאמרו ט/57.

1209 ראו ע' 668 ואילך, 660 ואילך לפסק-הדין יד/67 בעניין Zecevic. וראו הדיון שבע' 355 למאמרו ט/55 של Yeo. ברוח זו הוא עומד גם על כך, שבמשך שנים לא מעטות של הפעלת הדוקטרינה אשר קדמו לפסק-הדין בעניין Viro, לא התעוררו אצל מושבעים הקשיים שמעוררות הנחיות Viro.

כשלנו, שבה נעשות כל ההכרעות על-ידי שופטים מקצועיים¹²¹⁰; חמישית – ואולי החשוב מכל – אין זה רצוי לקבוע את הדין המהותי על-פי שיקולים מסוג זה. השיקול המרכזי צריך להיות אשמתו של העושה, ואם קלה היא (ובצורה משמעותית!) למרות חריגתו מתנאי ההגנה הפרטית, על אחריותו ועונשו לשקף זאת נאמנה. יש גם לזכור כי ההתעלמות של המחוקק מגורם האשמה, לא זו בלבד שהיא עשויה להצמיח דוקטרינה פסיקתית להשלמת החסר, אלא אף עלולה ליצור לחץ כבד על בית-המשפט לזכות לחלוטין אדם שדווקא ראוי לעונש מסוים, זיכוי הנובע מחוסר ההתאמה הגמור בין האחריות הפלילית הכבדה שבגין עבירת הרצח לבין אשמתו המוגבלת של העושה.

טיעון נוסף שהעלו שופטי הרוב בפסק-הדין בעניין Zecevic לשלילת הדוקטרינה הוא חוסר העקביות שהיא מכניסה למשפט, שהרי היא חלה על עבירת הרצח בלבד (או לכל היותר, על העבירות הספורות שבהן נדרש היסוד הנפשי המיוחד הקבוע בעבירת הרצח)¹²¹¹. ברם, קושי זה ניתן ורצוי היה לפתור בכיוון ההפוך: לא בדרך של ביטול הדוקטרינה, אלא בדרך של הרחבתה כך שהיא תהווה נסיבה מקלה (או אולי אפילו פטור) החלה על כל העבירות הפליליות. אך גם בדוקטרינה המצומצמת לעבירת הרצח ניתן לתמוך, בהסתמך על גורמים מספר: ראשית, בעבירות אחרות, שבהן לא קבוע עונש חובה, מוסמך בית-המשפט להקל בעונש, וסביר להניח שנוכח המטרה להתגונן או להגן אף ייטה לעשות כן. שנית, ניתן – כפי שאכן נעשה בפסיקה האוסטרלית – לתמוך בהבחנה בין עבירת הרצח לעבירות אחרות על בסיס היסוד הנפשי המיוחד הנדרש בעבירת הרצח.

כן נטען כי דווקא היעדר הדוקטרינה יוצר חוסר עקביות, הנובע מכך שמקלים עם עושה הממית אדם בכוונה אך מתוך קנטור – שאין לו זכות להפעיל כח כלשהו – אך אין מקלים עם עושה שיש לו זכות להפעיל כח מסוים אלא שהוא חורג מתנאי הפעלת הכח נוכח נסיבות שבהן קשה לו להעריך את הכח הנחוץ והפרופורציוני¹²¹².

צחוק הגורל הוא שאחד מהנימוקים לביטול הדוקטרינה האוסטרלית של "excessive self-defence" בפסק-הדין Zecevic היה הרצון להגיע לתיאום בין ההלכה האוסטרלית להלכה האנגלית¹²¹³, והנה דווקא באנגליה הגיעה באותו זמן ועדת החקיקה

1210 אלא – אולי – מהווה קושי זה אינדיקציה נוספת לכך שרצוי לבטל את שיטת המושבעים.

1211 ראו ע' 654 לפסק-הדין יד6/ בעניין Zecevic. וראו ההתייחסות לטיעון זה שבע' 239 ואילך למאמרו ט57/ של Lanham.

1212 ראו ע' 360-359 למאמרו ט55/ של Yeo.

1213 ראו ע' 239 למאמרו ט57/ של Lanham.

למסקנה שיש לקבוע דוקטרינה דומה בחוק האנגלי החדש¹²¹⁴. עוד יש לציין, כי לדוקטרינה האוסטרלית הייתה השפעה רבה על הילכות דומות שנקבעו בשיטות משפט אחרות¹²¹⁵.

(ג) הפסיקה האנגלית

כאמור, הן ה-Privy Council (בעניין Palmer (1971)) והן בית-המשפט לערעורים (בעניין McInnes (1971)) התייחסו לדוקטרינת ה-“excessive self-defence” האוסטרלית ודחו אותה באופן חד-משמעי ומפורש. הלכה זו אושרה גם על-ידי בית-הלורדים בעניין Clegg (1995)¹²¹⁶. בפסק-הדין המנחה שניתן בעניין Palmer, ניכר כי לדעת השופטים כלל לא סביר שתיווצר הסיטואציה שעליה חלה הדוקטרינה האוסטרלית. השקפתם זו באה לידי ביטוי מובהק בדבריו הידועים של הלורד Morris, ולפיהם:

“If there has been no attack, then clearly there will be no need for defence. If there has been attack so that defence is reasonably necessary it will be recognized that a person defending himself cannot weigh to a nicety the exact measure of his necessary defensive action. If a jury thought that in a moment of unexpected anguish a person attacked had only done what he honestly and instinctively thought was necessary

1214 ראו ה"ש 1225 שלהלן והטקסט המפנה אליה.

1215 ראו: על הילכת Dwyer (1972), המהווה אימוץ של הדוקטרינה האוסטרלית למשפט של הרפובליקה של אירלנד, בע' 579 למהדורה קודמת (האחת עשרה) של ספרם ח 5/ של Card, Cross & Jones; על השפעת הדוקטרינה האוסטרלית על ערכאות קנדות נמוכות – עד לדחייתה שם על-ידי בית-המשפט העליון בעניין Faid (1983) – בע' 248 למהדורה קודמת (השישית) של ספרם ח 3/ של Smith & Hogan; על קונסטרוקציה דומה שנוצרה במשפט הסקוטי – בע' 769 לספרו ח 31/ של Gordon; ועל סטיות של ערכאות נמוכות באנגליה לכיוון הדוקטרינה האוסטרלית עד לעצירתן בפסקי-הדין י 8/ בעניין McInnes ו-4/ בעניין Palmer – בע' 650 לרשימתו ט 4/ של Smith. לעומת זאת, במשפטנו הושארה הדוקטרינה האוסטרלית בצריך עיון – הן בפסק-הדין ב 25/ בעניין אחמד ושיך (ע' 313-314) והן בפסק-הדין ב 22/ בעניין ג'ורג'י (ע' 240-241).

1216 ראו: ה"ש 1199 שלעיל; פסק-הדין י 23/ בעניין Clegg (1995); ע' 262-263 לספרם ח 3/ של Smith & Hogan וע' 629 לספרם ח 5/ של Card, Cross & Jones. בדומה נדחתה הדוקטרינה גם במשפט של צפון אירלנד – ראו שם.

that would be most potent evidence that only reasonable defensive action had been taken".¹²¹⁷

ואכן, אם מתדרכים כך את המושבעים, ספק – כפי שמציין Smith¹²¹⁸ – אם ימצא מקרה שבו יקבעו המושבעים כי אדם שפעל בתום-לב השתמש בכח מופרז. יתרה מזו: סבורני כי דבריו הנ"ל של הלורד Morris אינם מהווים תיאור או הערכה גרידא, אלא הם עצמם מהווים אסמכתא (אחרי הכל מדובר בהלכה של ה-Privy Council) להסתפקות – במקרים רבים – באמונת העושה בלבד, תוך ויתור על דרישות אובייקטיביות של ההגנה הפרטית, ובפרט על דרישות הנחיצות והפרופורציה.

דעתי, שהובעה לעיל בהקשרים אחרים, היא כי גם אם מבקשים לפטור מאחריות את העושה שטעה, הרי שראשית, הדרך לעשות זאת היא במסגרת סייג ההגנה הפרטית המדומה ואין להצדיק את המעשה במסגרת ההגנה הפרטית הממשית, ושנית, אפילו אם מוותרים על דרישת הסבירות כשמדובר בטעות בעובדה, אין מקום לויתור על דרישת הסבירות כשמדובר בטעות בחוק¹²¹⁹. והנה, על-פי הילכת Palmer, די בעצם בטעות – אפילו אינה סבירה – לצורך דרישת הפרופורציה¹²²⁰. נוכח הלכה זו, מכורסמת דרישת היסוד החשובה של הפרופורציה, וכמעט שלא נותר ממנה זכר. כך, נאשם שהשתמש בכח מופרז ושעל-פי הדוקטרינה האוסטרלית של "excessive self-defence" היו מקלים בעונשו, קרוב לוודאי שיזוכה לחלוטין על-פי ההלכה האנגלית. יתרה מזו: על-פי הילכת Palmer ייקבע – כפי הנראה – שהכח היה סביר (ולא שהעושה טעה באשר לסבירותו) גם במקרים שבהם ברור כי הכח שהופעל לא היה סביר, כש"סבירות" זו מושתתת – ללא כל ביסוס רציונאלי – על מחשבתו הסובייקטיבית של העושה(!)¹²²¹.

מעבר להילכת Palmer יש לזכור – לשם קבלת תמונה מלאה יותר של ההלכה האנגלית בנושא דיוננו – גם את הילכת Gladstone Williams, שעליה עמדנו בפרק הקודם¹²²². לפי הלכה זו, לא נדרשת סבירות של הטעות לצורך פטור מאחריות של

1217 הציטוט לקוח מע' 242 לפסק-הדין 4/ בעניין Palmer.

1218 ראו ע' 650 לרשימתו ט4/.

1219 ראו פרק ו(ה) שלעיל.

1220 אמנם מדובר על כך שהעושה האמין שמעשהו נחוץ, אך בית-המשפט האנגלי הסיק מאמונה זו בהתקיימות הנחיצות את המסקנה שגם הפרופורציה מתקיימת – כפי שעולה, בין היתר, מהמשכו של הציטוט. וראו לעניין זה ע' 650 לרשימתו ט4/ של Smith וע' 305 למאמרו ט4/ של Ashworth.

1221 וראו גם ה"ש 506 שלעיל והטקסט המפנה אליה.

1222 ראו ה"ש 1161 שלעיל והטקסט המפנה אליה.

עושה שהייתה לו טעות בעובדה (דהיינו: הגנה פרטית מדומה). הסדר כזה לסוגיית ההגנה המדומה, הקיים במשפט האנגלי, ושאינו קיים במשפט האוסטרלי – שם נדרשת סבירות של הטעות¹²²³ – מייתר את הצורך בטיפול מיוחד, במסגרת של הגנה פרטית בחריגה מהתנאים, במקרים של טעויות בלתי סבירות בעובדה. לפיכך, נותר הצורך בהסדר להגנה פרטית בחריגה מהתנאים רק באשר למקרה של טעות בחוק ובאשר למקרים שבהם כלל אין מדובר בטעות. אלא שהילכת Palmer מספקת פתרון חלקי בלבד (ורע – לדעתי) למקרה הראשון בלבד.

פתרונות חלקיים נוספים שהוצעו בפסיקה האנגלית לשלילת הרשעה בעבירת הרצח נוכח חריגה מתנאי ההגנה הפרטית, הם האפשרויות הקיימות של הפחתת האחריות הפלילית נוכח קנטור העושה ונוכח היעדר היסוד הנפשי המיוחד הדרוש לשם הרשעה בעבירת הרצח¹²²⁴.

לבסוף, יש להזכיר כי בהצעת החוק האנגלית נקבע במפורש הסדר של הפחתת האחריות הפלילית נוכח "use of excessive force"¹²²⁵.

(ד) הפסיקה האמריקנית

דוקטרינה דומה לדוקטרינה האוסטרלית של ה-"excessive self-defence" היא ההבחנה המקובלת במשפט האמריקני, בין זכות מושלמת של הגנה עצמית ("perfect self-defense") לבין זכות בלתי מושלמת ("imperfect self-defense"). שימושים שונים נעשו במושגים אלה, בעבר ובהווה¹²²⁶. הנוגע לענייננו הוא השימוש המקובל כיום בפסיקה האמריקנית במונחים אלה, ולפיו ההבחנה היא בין זכות, או הגנה, שמביאה לזיכוי למרות ההמתה ("perfect self-defense") לבין "זכות", או "הגנה", שמוליכה להרשעה בעבירת ההריגה במקום בעבירת הרצח ("imperfect self-defense"). דהיינו, מדובר בהבחנה המבוססת על התוצאה המשפטית ושאינה מתמקדת בפגם מסוים שדבק בזכות ההגנה העצמית. המילים "זכות" ו"הגנה" נתחמו לעיל במרכאות, משום שסבורני כי ההתייחסות המקובלת אל ה-"imperfect s.d." כאל זכות, פריבילגיה או הגנה אינה

1223 ראו, למשל, ע' 263 לספרם ח3 של Smith & Hogan.

1224 ראו, למשל, ע' 1614 לספרו ח8 של Archbold; ע' 142 לספרו ד17 של אנקר וע' 687 למאמרו Leigh של 18ט.

1225 ראו סעיף 59 להצעת החוק האנגלית יג2 / משנת 1989; דברי ההסבר לסעיף – שם בע' 251; וכן הסעיף המקביל – 61 – בנוסח הקודם של ההצעה – משנת 1985 (יג1). וראו ההתייחסות לסוגיה זו בע' 78 לדברי ההסבר להצעה האנגלית יג10 / משנת 1993.

1226 ראו, למשל, ע' 1137-1142 לספרם ח17 של Perkins & Boyce.

מדויקת, שהרי בכל זאת מוטלת על העושה אחריות פלילית והוא מורשע בעבירת ההריגה. מבחינת מהותה ה-"imperfect s.d." היא אפוא נסיבה מקלה, הדומה במידת מה – מבחינת השיקולים שביסודה, המתמקדים במצבו של העושה ולא במהותו של המעשה – לסייג מסוג "פטור"¹²²⁷.

הפגם המסורתי והמקובל ביותר, שבגינו עומדת בפסיקה האמריקנית לעושה הנסיבה המקלה של "imperfect s.d." בלבד, הוא האשמה בהיווצרות מצב ההגנה הפרטית¹²²⁸. השלכה מרכזית של הבחנה כזו היא חובתו של הגורם למצב הגנה פרטית באשמתו לסגת "נסיגה חגיגית" ("withdrawal") בטרם יפנה לשימוש בכח מגן¹²²⁹. סבורני כי שימוש כזה בדוקטרינה של "imperfect s.d." מתייתר אם מעניקים לסוגיה של הגורם באשמתו למצב האילוץ הסדר הולם, המביא בחשבון את אשמתו המדויקת של העושה¹²³⁰.

פגם חשוב נוסף¹²³¹ שלגביו הופעלה הדוקטרינה האמריקנית של "imperfect s.d." הוא טעות בלתי סבירה של העושה באשר לנחיצות פעולתו¹²³². שימוש כזה בדוקטרינה נעשה כבר בראשית המאה, בעניין Allison (1904)¹²³³. הצורך בדוקטרינה נובע כאן מן

1227 כך, למשל, רואים Ayar & Anad את ה-"imperfect s.d." כדומה לסייג ההיסטורי "se defendendo" – ראו ע' 10 לספרם ח28.

1228 ראו, למשל, ע' 29 לדברי ההסבר של ה-M.P.C. יג3.

1229 ראו הטקסט שלעיל המפנה לה"ש 875-879. הבחנה כזו נעשתה כבר בשנת 1882, בפסק-הדין בעניין Reed (40 Am. Rep. 795) – ראו, למשל, ע' 248 למאמרו של Lanham, וניתן למוצאה גם בפסקי-דין שניתנו בשלהי המאה העשרים – ראו, למשל, פסק-הדין יא10/ בעניין Potter (1978).

1230 בהיעדר הסדר כזה, יש אכן מקום לאפשרות של הפחתת אחריות והקלה בעונש. אלא שאין ב-"imperfect s.d." כדי לספק את הגמישות וההתאמה הרצויות. כך, למשל, הן הנכנס למצב האילוץ ברשלנות והן העושה כן בפזיזות מקבלים לפי דוקטרינה זו טיפול שווה ומיוחסת להם אחריות בגין עבירת ההריגה. פתרונות הולמים יותר לסוגיה הכללית של גרימה למצב אילוץ באשמת העושה יידונו בפרק הבא.

1231 סוג נוסף של מקרים שבהם הוזכרה הדוקטרינה הוא פרובוקציה המופנית כלפי העושה – ראו ה"ש 21 שבע' 77 לכרך II של ספרו ח12/ של Robinson; ע' 1142 לספרם ח17/ של Perkins & Boyce.

1232 ראו, למשל, ע' 663 לספרם ח18/ של La Fave & Scott; ע' 849-850 לספרם ח19/ של Kadish & Schulhofer.

1233 ראו פסק-הדין יא11/ בעניין Allison. וראו, למשל, ע' 133 למאמרו של Perkins; ע' 139-140 לספרו ד1/ של אנקר. לאסמכתאות מאוחרות יותר ראו, למשל, ע' 1142 לספרם ח17/ של Perkins & Boyce.

ההסדרה המקובלת במשפט האמריקני של ההגנה המדומה, שלפיה נדרשת סבירות של הטעות העובדתית כדי שיינתן הפטור¹²³⁴, ומן הרצון לרכך את תוצאותיה הקשות של הסדרה זו.

לבסוף, ביקורת חשובה שנמתחה על דוקטרינת ה-"imperfect s.d." מתייחסת לחוסר העקביות שבהחלטה על עבירת הרצח בלבד¹²³⁵.

(ה) החקיקה הקיימת והחקיקה המוצעת

בחינתם של הקודקסים הפליליים הקיימים בשיטות משפט רבות, במיוחד אלה שאינן יונקות מן המשפט האנגלו-אמריקני, מעלה את התמונה הבאה: כמעט בכולם קבועה באופן מפורש סמכות לבית-המשפט להקל בעונשו של עושה אשר חרג מתנאי ההגנה הפרטית, כאשר בחלקם מצוי גם פטור מלא מאחריות פלילית למקרים שבהם החריגה נובעת מבלבול, פחד, אימה, מבוכה, התרגשות וכיו"ב תחושות ומצבים נפשיים מיוחדים, שבהם היה העושה נתון נוכח מצב האילוץ¹²³⁶. סמכות דומה – להקלה בעונש

1234 ראו ה"ש 1158 שלעיל והטקסט המפנה אליה.
 1235 ראו, למשל, ע' 677 למאמרו של Robinson; ע' 952 לכרך 3 של האנציקלופדיה חכ"מ/26, שם עומד Dix על פסק-הדין המעניין יא12/ בעניין Bramlett (1977), שבא למנוע תוצאה משונה: לפי החוק בקולוראדו, טעות בלתי סבירה בעובדה מביאה להפחתת האחריות מרצח לגרם מוות ברשלנות. בית-המשפט קבע שאם הקרבן נותר בחיים, לא ייענש העושה בעונש חמור מזה שלו היה צפוי אילו מת הקרבן (המתה ברשלנות), וזאת אף שעבירת התקיפה (שעליה לא חלה הדוקטרינה) אפשרה עונש חמור יותר. על חוסר העקביות שבהחלטה הדוקטרינה על עבירת הרצח בלבד עמדנו לעיל ביחס לדוקטרינה האוסטרלית של "excessive s.d.", וגם באשר לדוקטרינה האמריקנית ("imperfect s.d.") ההסברים החלקיים הם עונש החובה המקובל בעבירת הרצח והביסוס התאורטי שניתן לדוקטרינה על-ידי בתי-המשפט שפיתחו אותה: היעדר היסוד הנפשי המיוחד הנדרש לשם הרשעה ברצח נוכח הסיטואציה המיוחדת ומטרתה של העושה להתגונן או להגן. ראו, למשל, ע' 54-55 (ה"ש 20) לתוספת משנת 1988 לכרך II של ספרו של Robinson; ע' 140-141 לספרו ד'1 של אנקר. את המסע הקצר בנתיבי הפסיקה האמריקנית נחתום באימרתו הידועה של השופט Holmes, ולפיה: "Detached reflection cannot be demanded in the presence of an uplifted knife" (ראו ע' 343 לפסק-הדין יא1/Brown). לצד הסכמתי עם אימרה זו, עללי לשוב ולהסתייג מן השימוש שנעשה בה להצדקת חריגה מתנאי ההגנה הפרטית, במקום להסתפק בפטור בגינה – ראו ה"ש 523 שלעיל והטקסט המפנה אליה.

1236 כך, למשל, קובע סעיף 33 לחוק הפלילי הגרמני, כי אם "חרג העושה מגבולות הצורך בגלל בלבול, פחד או אימה, לא יוענש". פטורים דומים קבועים גם בסעיף 44 לחוק הפלילי הרומני; סעיף 22(3) לחוק הפלילי הפולני; סעיף 23 לחוק הפלילי היווני; סעיף 24(5) לחוק הפלילי השוודי; סעיף 27 לחוק הפלילי הקולומביאני; סעיף 48 לחוק הפלילי הנורווגי; סעיף 21 לחוק

חובה – נקבעה לאחרונה גם בחוק העונשין הישראלי¹²³⁷. לצד הוראות חוק כאלה, יש כמובן לזכור את הוראות החוק המקובלות בחלק משיטות המשפט ושנדונו בפרק הקודם, המתייחסות להגנה המדומה והקובעות שגם במקרה של טעות בלתי סבירה בעובדה לא תוטל על העושה אחריות לעבירה של מחשבה פלילית (אלא – אם בכלל – לעבירת רשלנות בלבד)¹²³⁸.

הפלילי הקוריאני; סעיף 33 לחוק הפלילי השווייצרי; סעיף 40 לחוק הפלילי ההולנדי; סעיף 5 לחוק הפלילי הבולגרי; סעיף 13.2 לחוק הפלילי הדני; סעיף 75.2 לחוק הפלילי האתיופאי; סעיף 11.3 לחוק הפלילי היוגוסלבי; סעיף 15(2) לחוק הפלילי ההונגרי (ההפניות לששת האחרונים מופיעות בע' 197 למאמרו 11/ של קרמניצר). כמעט בכל הקודקסים הפליליים שנבחנו במסגרת מחקר זה (ראו חלק יב של הביבליוגרפיה שבסוף הספר), קבועה נסיבה מקלה למקרה של חריגה מתנאי ההגנה הפרטית. לפיכך, מפאת קוצר היריעה, יצינו אך שני הקודקסים יוצאי-הדופן – הגרינלנדי והספרדי – שבהם לא נקבעו פטור או נסיבה מקלה שכאלה.

1237 בעבר נקבעה נסיבה מקלה בסעיף 22ג(1) ("עונש מופחת") שהוסף לחוק בסעיף 2 לחוק העונשין (תיקון מס' 37), תשנ"ב 1992- (א2) ואשר קבע (בתקופה הקצרה שבה היה בתוקף, עד לתיקון מס' 39 לחוק העונשין) כך: "עבר אדם עבירה שדינה עונש חובה, ראשי בית-המשפט להטיל עליו עונש קל ממנו בכל אחת מאלה: (1) אם נהג כפי שנהג בתנאים האמורים בסעיף 22 (הסעיף שהגדיר את סייג ההגנה העצמית – הבהרת המחבר), אולם חרג מן הסביר בנסיבות הענין לשם מניעת הפגיעה". אלא שבנוסחו הנוכחי של החוק, כפי שנקבע בתיקון מס' 39 (א17), אין הוראה כללית כזו המתייחסת לחריגה מתנאי ההגנה העצמית. עם זאת, קובע כיום סעיף 300א(ב) לחוק העונשין א1/ כך: "על אף האמור בסעיף 300 (המגדיר את עבירת הרצח – הבהרת המחבר), ניתן להטיל עונש קל מהקבוע בו (מאסר עולם חובה – הבהרת המחבר), אם נעברה העבירה באחד מאלה: ... (ב) במצב שבו מעשהו של הנאשם חרג במידה מועטה, בנסיבות הענין, מתחום הסבירות הנדרשת לפי סעיף 34ט לשם תחולת הסייג של הגנה עצמית...". זהו פתרון חלקי בלבד, המתייחס אך ורק לעבירת הרצח, אך ורק לחריגה מדרישת הסבירות, ואך ורק לחריגה "במידה מועטה". לבסוף, במסגרת החוק הקיים מוסמך בית-המשפט – בהתאם לסעיף 35א לחוק העונשין א1/ שכותרתו "עונש חובה ונסיבות מקלות" (ואשר נחקק יחד עם סעיף 300א(ב) דלעיל, במסגרת תיקון מס' 44 (א26)) – להקל בעונש בגין עבירה שדינה עונש חובה (שאינה מאלה שהסעיף מזכיר במפורש, הכוללות את עבירת הרצח) "אם העבירה נעברה בנסיבות מקלות מיוחדות שיפורשו בגזר הדין". כך שבית-המשפט יכול (ולדעתי גם צריך) להפעיל את סמכותו להקל בעונש, סמכות הקבועה בסעיף 35א (ובאשר לעבירת הרצח – בסעיף 300א(ב)) כשמדובר בחריגה מתנאי ההגנה הפרטית. וראו גם דברי ההסבר להצעת חוק העונשין (תיקון מס' 41) (אחריות מופחתת), תשנ"ה 1995- (א11) המובאים להנמקת ההוראה הנפרדת לעבירת הרצח.

1238 במאמר מוסגר יצוין כי תמונת חקיקה זו, כמו גם הפסיקה האמריקנית שנדונה לעיל, מעוררות ספקות באשר להצדקת הכתרים הרבים שנקשרו לפסיקה האוסטרלית באשר לנושא דיונו. יש לתת את הדעת גם על כך, שבהבדל מהדוקטרינה האוסטרלית של "excessive s.d.", אין

הוראות חוק כאלה, הבאות להקל בעונשו של החורג מתנאי ההגנה הפרטית או אף לפוטרו כליל, מקובלות גם בהצעות החוק – הן במשפטנו והן מעבר לים. חסרונן של רובן המכריע – כחסרונן של הוראות החוק שכבר קבועות בקודקסים פליליים שונים – הוא בחלקיותן, דהיינו: חוסר התייחסותן לכל המצבים האפשריים של חריגה מתנאי ההגנה הפרטית המחייבת פטור או הקלה בעונש. כך, למשל, מתייחסות חלקן אך ורק לחריגה הנובעת מטעות בלתי סבירה של העושה בעובדה¹²³⁹. הצעות אחרות מתייחסות אמנם גם לחריגות שאינן נובעות מטעות, אולם הן מוגבלות לחריגות מדרישת הסבירות¹²⁴⁰. הצעות נוספות מוגבלות לפטור במקרה של הפרה שולית של התנאים כתוצאה ממצב האילוץ (ללא התייחסות להקלה בעונש נוכח הפרה גדולה יותר או הפרה שלא נבעה מההשפעה הנפשית של מצב האילוץ)¹²⁴¹, או מוגבלות להקלה בעונש בלבד, ללא אפשרות של פטור מלא¹²⁴².

הסדרים החוקיים הנ"ל מוגבלים לעבירת הרצח. ייתכן כי העניין הרב במשפט האוסטרלי נובע מפיתוח הדוקטרינה במשפט האנגלו-אמריקני דווקא ובפסיקה דווקא, ותוך סטייה מן התקדימים האנגליים. אלא שיש המוצאים דוקטרינה דומה בפסיקה מוקדמת עוד יותר – הן במשפט האמריקני והן אפילו בפסיקה האנגלית (ראו ה"ש 1 שבע' 348 למאמרו ט55 של Yeo).

1239 ראו, למשל, סעיף 3.09(2) ל-M.P.C. יג41.

1240 כזה הוא, כפי הנראה, המצב על-פי סעיף 44(2) להצעת החוק ג11 של הוועדה בראשות השופט אגרנט ("חרג מן הסביר") ועל-פי סעיף 164 להצעת החוק ג21 של פלר וקרמניצר ("תוך חריגה מן הסביר"). כך היה גם בסעיף ג22(1) לחוק העונשין, אשר – בתקופה הקצרה שבה היה בתוקף עד לשינוי החוק בתיקון מס' 39 – התייחס רק לחריגה מהסבירות. המלצה לפרשנות מרחיבה של סעיף זה ניתנה במאמרם 45/ של אנקר וקנאי. וראו גם פסק-הדין ב54/ בעניין גלמן.

1241 כזה הוא המצב על-פי סעיף 609(2) להצעת החוק הפדראלית האמריקנית יג61.

1242 כזה הוא המצב נוכח סעיף 52 להצעת החוק יג71 של ניו-זילנד, הקובע כי העושה אחראי פלילית לכל שימוש בכוח מופרז, בהתאם לטבעו ולאיכותו של המעשה היוצר את החריגה (דהיינו: כפי הנראה, אחריות ל"עודף" שמעל למותר, ולו בלבד).

(1) ההסדר המוצע

נוכח אשמתו הקלה יותר של העושה החורג מתנאי ההגנה הפרטית כשמטרתו היא להתגונן או להגן, מתחייבת הקלה בעונשו או פטור מלא – לפי המקרה. על ההסדר לחריגה מתנאי ההגנה הפרטית לחול על כל אותם מצבים שעליהם אין ההגנה המדומה חלה, דהיינו – אם מקבלים את הצעתי להסדרת ההגנה המדומה כפי שהובאה בפרק הקודם – מדובר בשלושה מצבים מרכזיים¹²⁴³: א. טעות בחוק (בדרך-כלל – באשר להתקיימות הפרופורציה¹²⁴⁴) שאיננה בלתי נמנעת באורח סביר; ב. טעות בלתי סבירה בעובדה; ג. היעדר טעות.

אשר למצב השני מתחייבת הבהרה: אמנם נוכח טעות בלתי סבירה בעובדה ממילא אין מקום לאחריות פלילית לעבירת מחשבה פלילית, אלא – לכל היותר – לעבירת רשלנות, שהרי העושה הוא לכל היותר רשלן. הסדר כזה הוצע בפרק הקודם, תוך דיון בהגנה המדומה. ברם, ייתכנו מקרים שבהם נוכח מצב האילוץ הקשה שבו היה נתון העושה, אפילו אחריות פלילית לעבירת רשלנות תהא בבחינת החמרת-יתר עמו, ויהא מקום להקלה בעונשו.

אשר למצב השלישי, גם אם חריגתו של העושה מתנאי ההגנה הפרטית לא נבעה מטעות כלשהי שלו, עדיין – נוכח מצב האילוץ הקשה שבו היה נתון, ובמיוחד נוכח מטרתו החיובית להתגונן או להגן – יש בהחלט מקום להקלה בעונשו. ואם הייתה החריגה בלתי משמעותית – אולי יש מקום גם לפטור מלא. יתרה מזו: אפילו אם החריגה לא נבעה מבלבול, פחד וכיו"ב תחושות שבהן היה נתון העושה, עדיין אין מקום לייחס לו אחריות פלילית מלאה אם היה זה מוצדק שיפעיל כח מסוים. שיקולים של אשמה וצדק מחייבים שאחריותו של העושה תוגבל לחריגה עצמה ולא תשתרע גם על הכח המוצדק. הדרך היחידה לאפשר התחשבות כזו היא אפוא מתן סמכות ושיקול-דעת לבית-המשפט להקל בעונשו.

1243 במאמר מוסגר יצוין כאן כי די, לדעתי, בכל אחד משלושה מצבים אלה כשלעצמו כדי לשלול את עמדתו של Robinson, שלפיה אין כל מקום לפטור המיוחד לחריגה מתנאי ההגנה הפרטית, שכן כביכול די בסייגי הפטור הקיימים – "הגנה מדומה" ו"צורך" – ראו ע' 110 לכרך I של ספרו ח12/ וע' 235-236 למאמרו ט30/.

1244 ראו הטקסט שלעיל המפנה לה"ש 1182-1185.

לבסוף, באשר למצב הראשון – טעות בהערכת הפרופורציה שאיננה בלתי נמנעת באורח סביר – סבורני, כי נוכח מצב האילוץ, המקשה על העושה לעשות הערכות שקולות, ונוכח מטרתו החיובית להתגונן או להגן, יש גם כאן מקום להקלה בעונש.

לפיכך, וכדי שלא להפוך את החוק לקזואיסטי מדי ולרווי מקרים שונים עד כדי סרבול וערפול, אין להגביל את הוראת החוק המסדירה את נושא דיונו לחריגות מסוימות מתנאי ההגנה הפרטית¹²⁴⁵. סבורני, כי אין מנוס בעניין זה מהותרת סמכות ושיקול-דעת רחב לבית-המשפט להקלה בעונשו של העושה שחרג מתנאי האובייקטיביים של ההגנה הפרטית, עד כדי, אפילו – במקרה המתאים¹²⁴⁶ – פטור מלא מעונש. הדרישה המרכזית שבה יש להתנות הקלה או פטור כאלה היא המטרה להתגונן או להגן. גורם נוסף שעל בית-המשפט להביאו בחשבון – ושרצוי שייקבע כמצוות המחוקק – הוא המצב הנפשי המיוחד (פחד, אימה, בלבול, מבוכה, התרגשות וכיו"ב) שבו היה נתון העושה נוכח מצב האילוץ הקשה. יובהר, כי אין לראות במצב נפשי מיוחד שכזה תנאי הכרחי להקלה או אפילו לפטור, אך הוא בהחלט מהווה שיקול התומך בהם תמיכה משמעותית.

הערות קצרות אחדות לפני סיום דיון זה: ראשית, בעוד שבהיעדר עונשי חובה ממילא תהא נטייתם המוצדקת של בתי-המשפט להקל במקרים המתאימים בדינו של החורג מתנאי ההגנה הפרטית¹²⁴⁷, הרי שנוכח היעדר סמכות חוקית להקלה כשמדובר בעונש חובה¹²⁴⁸, עלולים להיווצר מצבים לא רצויים של ענישת העושה מעבר לגמולו או

1245 הצעת חוק שמצאתיה רחבה דייה בעניין זה היא הצעתם 51/ של אנקר וקרפ. סעיף 47(2) להצעה זו קובע כך (כותרת השוליים – "אחריות מופחתת"): "עבר אדם עבירה שדינה עונש חובה, יהיה בית-המשפט רשאי להטיל עונש קל מזה באחד מאלה: ... (2) האדם עשה את המעשה למטרות האמורות בסעיפים 38 ("הגנה פרטית" – הבהרת המחבר) ... אולם חרג מן התנאים הקבועים בהם, או שסעיף 45 ("כניסה למצב מרצון" – הבהרת המחבר) ... חלים עליו". (ההדגשות הוספו). וראו ברוח זו גם ע' 21-23 למאמרם 45/ של אנקר וקנאי.

1246 ראו סעיף 2 להצעתי שבפרק ח' שלהלן.

1247 מגמה כזו מצאתי, למשל, בפסיקה הישראלית – לעתים במפורש ולעתים במשתמע – ראו, למשל, פסקי-הדין בעניין קמינסקי (ב9/); אל-חאואשלה (ב10/); ויניצקי (ב11/); גרז'יצקי (ב18/); אל נבארי (ב20/); שוקרון (ב38/); חוסני ועפיף גרה (ב17/).

1248 כאמור, בסעיף 35א לחוק העונשין הישראלי (18/) נקבעה לאחרונה סמכות לבית-המשפט להקל בעונש בגין עבירה שדינה עונש חובה ובסעיף 300א(ב) נקבעה לאחרונה סמכות לבית-המשפט להקל בעונש חובה גם כשמדובר בעבירת הרצח, אך רק כשהחריגה היא מדרישת הסבירות, ורק כשהחריגה היא "במידה מועטה" – ראו ה"ש 1237 דלעיל.

של זיכוי למרות אשמתו. מכאן, שיש חשיבות רבה להסדר בחוק של הסוגיה נושא דיונו.

שנית, אין די במתן סמכות לבית-המשפט להקל בעונש או אף לפטור מאחריות, אלא על המחוקק להנחות את השופטים להשתמש בסמכות זו במקרים המתאימים. דרך אפשרית לעשות כן היא קביעת הסמכות במסגרת של נסיבה מקלה שהבאתה בחשבון היא חובה¹²⁴⁹.

שלישית, היו שהציעו לתת סמכות לבית-המשפט להפנות עושה שחרג מתנאי ההגנה הפרטית בשל, למשל, פחד פתולוגי, שניתן לרפאו, לטיפול רפואי (או חינוכי – לפי המקרה) במוסד מתאים¹²⁵⁰.

רביעית, ראוי לשוב ולהסתייג מן הנטייה להצדיק את פעולתו של העושה על החריגות שבה, נטייה הבאה לידי ביטוי בדבריו של השופט זילברג שבפתח פרק זה. אפילו מדובר במקרה שבו דווקא פטור מלא מעונש ולא הקלה בלבד יהא תואם יותר את תחושות הצדק שלנו, עדיין עדיף זיכוי שכזה – תוך מודעות מלאה לחריגת העושה ולהתחשבות במצב שבו היה נתון – על פני עיוות הצידוק החזק של ההגנה הפרטית, עם כל הכרוך בכך מבחינה הצהרתית (הצבעה על התנהגותו החורגת של העושה כעל המעשה הנכון לעשותו (!)) ומעשית כאחת.

לבסוף, נתייחס לדעה שהובעה בספרות המשפטית האמריקנית, ולפיה מהווה ה-“imperfect self-defense” תגובה להדגשה (היתרה) של סבירות המעשה בהגנה הפרטית¹²⁵¹. סבורני כי אין המדובר בהדגשת-יתר ובתגובה לה. הסדר חוקי מתאים לחריגה מתנאי ההגנה הפרטית הוא הכרחי כהשלמה לצד צידוק זה. השלמה זו אינה באה להצדיק מעשים שאין מקום להצדקתם, אלא לפטור מעונש או להקל בו למרות עשייתם. זאת, נוכח מטרתו החיובית של העושה – להתגונן או להגן, ולרוב, גם נוכח ההשפעה שיש למצב האילוף הקשה שבו הוא נתון.

1249 דרך זו ננקטה בסעיף 164(1) הנ"ל להצעתם ג2/ של פלר וקרמניצר. אך חלק זה של ההצעה לא אומץ על-ידי המחוקק.

1250 להצעות ברוח זו ראו ע' 623 למאמרו ט61/ של Eser וע' 389-390, 395 לספרה ח21/ של Silving. הערכתן של הצעות שכאלה חורגת מאד מתחום הדין שלנו. על-ידי להסתייג מקביעתה של Silving, שלפיה יש לשלול ענישה כשהחריגה היא "תגובה ממוצעת", שכן דומני כי כשהתגובה היא ממוצעת ממילא אין חריגה.

1251 ראו ע' 1710 למאמרה ט41/ של Taylor.

4. גרימה באשמת העושה להיווצרות מצב של הגנה פרטית

(א) כללי

מה דינה של א', אשר דחפה את ב' בתור לאוטובוס, ולאחר שב' ניסתה לדקור אותה בסכין, שלפה את אקדחה וירתה בה למוות?

מה דינו של ג', אשר נכנס לבית כנסת ביום הכיפורים ואכל שם סנדוויץ' בהפגנתיות, ולאחר שמתפללים אחדים דחפוהו לכיוון היציאה ואף הכו אותו, התגונן תוך שימוש במימנותו בניהול קרב-מגע ושבר לשלושה מהם גפיים?

מה דינו של ד', אשר גנב עיתון בוקר מתיבת המכתבים של שכנו ו', וכשהבחין בכך ו' ובתגובה נזעמת החל לשרוט את מכוניתו של ד', חבט ד' באפו של ו' כדי להגן על רכושו?

ומה דינה של ח', אשר השליכה ברשלנות בדל סיגריה בוער בחדר המדרגות, וכשהחלה דירת השכנה ט' לעלות באש, פרצה לדירתה של שכנה אחרת – י' – ונטלה ממנה דלי מים והשתמשה בו לכיבוי הדליקה?

גרימה של העושה באשמתו להיווצרות מצב של סייג לאחריות פלילית היא סוגיה כללית, המתעוררת לא רק באשר להגנה הפרטית (בדוגמה האחרונה דלעיל הסייג לאחריות פלילית הרלוונטי הוא סייג הצורך). אמנם לעתים הניס לעניין זה בקבוצת סייגי האילוץ במאוחד, אולם סבורני כי אם בוחרים שלא לקבוע הסדר כולל לכל הסייגים, עדיפה ההתייחסות לסייגי הצידוק (justifications)¹²⁵² ולא לסייגי האילוץ, וזאת בשל מאפיינים משותפים חשובים שעליהם נעמוד בהמשך. אפשרות נוספת היא להתמקד בסייגי האילוץ שהם צידוקים. ובכל זאת, דומה כי התמונה הכוללת של ההגנה הפרטית לא תהא שלמה ללא התייחסות לסוגיה זו. יתרה מזו: קיימים גם כמה שיקולים בהסדרת הסוגיה שהם ייחודיים דווקא לסייג ההגנה הפרטית, לצד השיקולים החשובים

¹²⁵² לדעה דומה ראו, למשל, ע' 30 ואילך, 564 לכרך II של ספרו 12/ של Robinson. יש לציין כי לצד מאפיינים ייחודיים להגנה הפרטית, שאינם קיימים לגבי סייגי האילוץ האחרים ושיידונו להלן (ובעיקר יכולת התוקף לחדול מתקיפתו ולייתר את ההתגוננות מפניו), ישנם גם שיקולים שקיימים בסייגי אילוץ אחרים ואינם קיימים לגבי ההגנה הפרטית. כזה הוא, למשל, השיקול לעניין סייג הכורח של "מטרת החוק למנוע אנשים מלהתחבר לעבריינים" (שלאחר מכן מאיימים עליהם ודורשים מהם לעבור עבירות פליליות) – ראו, למשל, ע' 45 לספרו ד' של אנקר וע' 223 למאמרה ה' של גור-אריה.

המשותפים גם לסייגים אחרים¹²⁵³. לפיכך, ומטבע הדברים, יושם הדגש בהתייחסות לסוגיה על שיקולים ייחודיים אלה.

מבחינה טרמינולוגית מוכרת הסוגיה נושא דיונונו בשמות כ"כניסה מרצון למצב התגוננות"; "כניסה במודע למצב" ועוד. הכותרת שנבחרה לפרק זה נועדה הן להקיף את כל המקרים שבהם עשויה להתעורר הסוגיה ולא רק את השכיח שבהם – הלא הוא כניסה של העושה באשמתו למצב שבו עליו להתגונן¹²⁵⁴ – והן לעמוד אך ורק על המאפיינים שבאשר לקיומם קיימת תמימות דעים כמעט מוחלטת – גרימה ואשמה – בלי לנקוב מראש בתנאים המדויקים שיש לקבוע בהסדרת הסוגיה.

הנחת המוצא היא שמתקיימים כל תנאיו של סייג ההגנה הפרטית (כגון הנחיצות והפרופורציה), כך שלפחות לכאורה המעשה הוא מוצדק לחלוטין. אלא שבנקודה מוקדמת יותר על ציר הזמן גרם העושה באשמתו להיווצרות המצב שהצריך הגנה פרטית, והשאלה היא מהי נפקותה של הגרימה בלויית אשמה. המיוחד כאן הוא שתנאי ההגנה הפרטית והצדקתה נבדקים לא רק על-פי נסיבות אירוע ההגנה הפרטית עצמו, אלא גם לאור נסיבותיו של אירוע שקדם לו (שלב הגרימה למצב).

סוגיה זו גרמה ללבטים קשים¹²⁵⁵ בשיטות משפט שונות, שבעקבותיהם הוצעו לה הסדרים רבים ומגוונים, ולא במקרה. שכן, טבוע בה קושי אינהרנטי רב, הנובע מן הצורך שהחוק ישפיע על התנהגותו של העושה בשני שלבים שונים: הראשון – שלב הגרימה להיווצרות מצב ההגנה הפרטית, והשני – השלב שבו כבר מתקיימים תנאי ההגנה הפרטית. כפי שניווכח בהמשך, עלולות מטרות החוק באשר לשלב האחד להכתיב הסדר שיסכל את השגת מטרותיו בשלב האחר.

1253 וראו גם ע' 234 למאמרה ה-44 / של ד' נתניהו. לדעת הכותבת – ואני מסכים עמה – אין מקום להסדרה כללית של הסוגיה שתהא אחידה לגבי כל הסייגים לאחירות פלילית, שכן ישנם שיקולים המיוחדים לסייגים מסוימים, וההגנה הפרטית בתוכם.

1254 שהרי תיתכן גם גרימה באשמת העושה למצב שבו עליו להגן על אדם אחר ותיתכן גם גרימה בלויית אשמה לכך שאדם אחר ייאלץ לבצע הגנה פרטית.

1255 דוגמה אופיינית ללבטים כאלה ניתן למצוא בגלגוליה השונים של הצעת החוק הישראלית, שכן חלו בהסדרת הסוגיה נושא דיונונו שינויים מפליגים בין נוסחיה השונים – ראו והשוו בין הצעת הוועדה בראשות אגרנט (13; ; סעיף 39); הנוסח הראשון של הצעת פלר וקרמניצר (22; ; סעיף 47); הנוסח השני (33; ; סעיף 47); והנוסח השלישי והאחרון – (42; ; סעיף 46, וראו גם סעיף 50) – אשר, בשינוי קל של סדר המילים, קבוע כיום בסיפא של הגדרת ההגנה העצמית בסעיף 34 לחוק העונשין א'1.

אין חולק שניתן להטיל אחריות פלילית על העושה בגין מעשהו הראשון עצמו – שבו גרם להיווצרות מצב ההגנה הפרטית – אם מעשה זה כשלעצמו נופל בגדר עבירה פלילית (כגון – במקרה השכיח – עבירת התקיפה). אלא שאפשרות זו אינה מספקת פתרון לסוגיה נושא דיוננו, וזאת אף שלעתים קרובות מדגישים אותה תוך כדי הדיון בנושא זה¹²⁵⁶. שהרי, ענייננו כאן אינו בהתנהגותו הקודמת של העושה כשלעצמה, אלא בהשפעתה האפשרית של התנהגות זו על הצדקת ההגנה הפרטית, או – לחלופין – בהשפעת ההגנה הפרטית על האחריות בגין ההתנהגות המוקדמת¹²⁵⁷.

(ב) בחינה לאור רציונאל ההגנה הפרטית

מה ניתן וצריך ללמוד מרציונאל ההגנה הפרטית באשר לסוגיה נושא דיוננו? ראשית, יש לשלול את הנטייה הקיימת לעתים לגזור את הפתרון מעצם סיווגה של ההגנה הפרטית כצידוק. קיימת גישה, שלפיה בעוד שאשמתו הקודמת של העושה רלוונטית לעניין סייג בעל אופי של פטור, אין היא רלוונטית לעניין סייג בעל אופי של צידוק¹²⁵⁸. ברם, גזירה מכאנית-אוטומטית כזו של פתרון לסוגיה מעצם הסיווג כצידוק היא פשטנית. שהרי – כפי שניווכח להלן – עצם הקביעה כי מעשה ההגנה הפרטית הוא רצוי לחברה, אינה יכולה להיעשות תוך התעלמות גמורה מאשמתו הקודמת של העושה – אשמה שיש לה השפעה של ממש על הגורמים השונים הפועלים להצדקת ההגנה הפרטית. יתרה מזו:

1256 ראו, למשל, ע' 22 לדברי ההסבר של ה-M.P.C. יג'; ע' 159 למאמרו של Perkins וע' 1141 לספרם ח' 17 של Perkins & Boyce.

1257 קיימת דעה, שלפיה ניתן במקרים מסוימים לייחס לעושה אחריות פלילית מלאה לעבירת תוצאה בעלת יסוד התנהגותי בלתי מוגדר (דהיינו עבירת גרימה, כגון עבירות ההמתה), שכן בשלב הראשון גרם העושה לתוצאה שהתרחשה בשלב השני – שלב האילוץ וההגנה הפרטית. אלא שנוכח קיומה של התנהגות נוספת של העושה – בשלב השני – אשר גרמה במישרין לתוצאה, עשוי ייחוס כזה של אחריות להיות מרחיק לכת מדי, נוכח ההרחבה הגדולה של עבירות הגרימה שהוא עלול ליצור. יש גם לתת את הדעת על כך שמדובר בגרימה להתנהגות של העושה עצמו שהיא רצונית ומלווה ביסוד נפשי מסוים. מכל מקום, יש לזכור כי פתרון זה מוגבל מראש לעבירות הגרימה בלבד. למעשה, הוא יוצר – לגביהן בלבד – קירוב טוב של ההסדר שכפי שנראה להלן ניתן לתת לכל העבירות במסגרת הדוקטרינה "actio libera in causa" (התנהגות חופשית במקור). יתרון אפשרי של פתרון כזה על פני השימוש בדוקטרינה הנ"ל הוא התקיימות סימולטניות בין היסוד העובדתי ליסוד הנפשי של העבירה.

1258 לגישה כזו ראו ע' 280 למאמרו של Robinson; ע' 190 למאמרו של 30/ של בייק; ועל גישה כזו ראו ע' 505 (ה"ש 17) לספרו ח' 2 של Williams; ע' 224-222 למאמרה ח' 7 של גור-אריה.

אפילו אם מעשה ההגנה הפרטית רצוי למרות אשמתו הקודמת של העושה, הדבר עדיין אינו שולל בהכרח הטלת אחריות פלילית כלשהי (לאו דווקא מלאה) על העושה.

ניתן אפוא דעתנו לגורמים השונים הפועלים במאוחד להצדקת ההגנה הפרטית. שניים מהם אינם מעוררים קושי מיוחד. האחד – האוטונומיה של הנתקף – פועל להצדקת ההגנה הפרטית למרות אשמתו של העושה בהיווצרות המצב, שכן אשמה זו אינה שוללת את הפגיעה באוטונומיה של הנתקף על-ידי תקיפתו הבלתי חוקית של התוקף. חריג לעניין זה הוא המצב המיוחד, שבו פועל העושה בכוונה ומתכנן מראש יצירה של מצב הגנה פרטית כדי לפגוע בתוקף. לגבי נתקף שכזה – שבעצם מעוניין להיות מותקף – ייתכן בהחלט שיש לקבוע כי אין פגיעה של ממש באוטונומיה שלו למרות התקיפה הבלתי חוקית כלפיו. גם גורם אשמת התוקף אינו מעורר קושי מיוחד בענייננו, שכן אשמתו הקודמת של העושה אינה שוללת את אשמתו של המבצע תקיפה בלתי חוקית. אמנם במצב הרגיל – ללא אשמה קודמת של העושה – מתבלטת אשמת התוקף יותר, על רקע תום-לבו של העושה, אולם גם בענייננו קיימת אשמת התוקף, ומספקת משקל נוסף – אפילו אם קטן מבמקרים הרגילים – להצדקת ההגנה הפרטית.

קושי גדול יותר מעורר בענייננו גורם הסדר החברתי-משפטי. לכאורה, נוכח תקיפתו הבלתי חוקית של התוקף, יושב סדר זה על כנו אם העושה יפעיל כח מגן כנגדו. אך האומנם תשרת הפעלת כח על-ידי העושה האשם בהיווצרות המצב את הסדר החברתי-משפטי? האם בכלל ראוי עושה כזה להגן על החוק והסדר? לפחות במצב הקיצוני של פרובוקציה של העושה כלפי התוקף, שמטרתה פגיעה בתוקף בתנאים של הגנה פרטית, נראה כי אין התגוננות העושה משרתת את הסדר החברתי-משפטי¹²⁵⁹. ניתן אף לטעון כי ההגנה המתחייבת על האינטרסים של נתקף שכזה היא מוגבלת¹²⁶⁰.

המקרה בו מתכנן העושה מראש הן את הפרובוקציה שלו והן את תגובת התוקף המיועד (שהוא – במובן מסוים – הקרבן שלו) במטרה לפגוע באחרון, הוא אכן מקרה קיצוני ומיוחד, אשר לגביו קיימת תמימות דעים כמעט מוחלטת כי יש לשלול מן העושה את סייג ההגנה הפרטית ולהטיל עליו אחריות פלילית מלאה. בהמשך נדון במקרה זה בנפרד, אך בשלב זה – דווקא בשל קיצוניותו הרבה, המפשטת את הפתרון הראוי לו – נתמקד במצבים השכיחים יותר, תוך ניסיון לגבש לגביהם הסדר ראוי שלא יהיה מעוות בשל השפעתו של המקרה הקיצוני של כוונה ותכנון מראש.

1259 לדעה דומה ראו ע' 632 וה"ש 56 למאמרו ט' 61 של Eser.

1260 ראו ע' 754-755 למאמרו ט' 60 של Herrmann.

טיעון מרכזי המובא לתמיכה בגישה, שלפיה הלגיטימיות של ההגנה הפרטית היא מוחלטת – גם כשהעושה אשם בהיווצרות המצב – הוא שלתוקף שליטה כמעט מוחלטת במצב: ביכולתו לחדול מתקיפתו הבלתי חוקית ובכך לייתר את הצורך בפגיעה בו לשם הדיפת תקיפתו. מאפיין זה של ההגנה הפרטית מודגש לעתים קרובות כמאפיין ייחודי שלה, המבדיל אותה מסייג הצורך¹²⁶¹. אמנם לכאורה אין הדבר רלוונטי לאחריותו הפלילית של העושה, אלא לאשמתו ולאחריותו הפלילית (ובעקבותיה – לענישתו) של התוקף בלבד. והרי לא בו ובאחריותו עסקינן¹²⁶². כמו כן אין ההצדקה של ההגנה הפרטית במשפט הפלילי המודרני מבוססת על ענישת התוקף¹²⁶³. אלא שנראה כי דווקא עשויה להיות להפרה של התוקף את חובתו לחדול מתקיפתו רלוונטיות מסוימת לענייננו, שכן לאור אי-החוקיות של פעולת התוקף והפרת הסדר החברתי-משפטי הכרוכה בה, עשויה פעולת ההגנה הפרטית לשים לה קץ ובכך להשיב את הסדר על כנו. כמו כן נראה שיש ממש בטענה, שלפיה שלילת ההגנה הפרטית עלולה לתת לגיטימציה מסוימת לתקיפה הבלתי חוקית, והאיסור להתגונן מטיל למעשה חובה על הנתקף להפקיר את עצמו בידי התוקף ולאפשר לו להתמיד בתקיפתו הבלתי חוקית¹²⁶⁴.

במאמר מוסגר יצוין כבר עתה כי לצד המאפיין הייחודי להגנה הפרטית של יכולת התוקף לחדול מתקיפתו, יש להדגיש – מן העבר השני – גם מאפיין ייחודי נוסף שיש להביאו בחשבון בהסדרת הסוגיה: יכולתו של העושה (הנתקף) לבצע "נסיגה חגיגית" ("withdrawal"), הכוללת מסר ליריב של רצון כן להפסקת העימות. האינטרס החשוב של שמירה על הסדר החברתי-משפטי מחייב התייחסות לאפשרות כזו, כפי שיפורט בהמשך.

בסופו של חשבון, סבורני כי – למעט המקרה המיוחד של כוונה ותכנון מראש של ההשתלשלות כולה – גם גורם הסדר החברתי-משפטי, לצד גורמי האוטונומיה של הנתקף ואשמתו של התוקף, תומך בהצדקת פעולת ההגנה הפרטית לאחר שכבר נוצר מצב האילוצין, למרות אשמתו הקודמת של העושה. השאלות הקשות יותר הן: האם למרות הצדקת ההגנה הפרטית יש מקום להגביל אותה בתנאים נוספים על אלו הקיימים

1261 ראו, למשל, ע' 471-478 לספרו ד/27(ב) של פלר וע' 21 ואילך למאמרו ה/30.

1262 לדעה דומה ראו, למשל, ע' 81 לספרה ד/5 של גור-אריה.

1263 ראו פרק ב(5)(ח)(2) שלעיל.

1264 לטענה כזו ראו, למשל, ע' 474 לספרו ד/27(ב) של פלר; ע' 23 למאמרו ה/30. וראו גם השאלות שהעלה בית-המשפט בע' 58-59 לפסק-הדין ב/41 בעניין טויטו (ובעיקר אלה המתייחסות ל"עשיית הקרבן דין לעצמו"; להפיכת "דמו הפקר" ולמדיניות הרצויה ביחס ל"עושי-דין-לעצמם אלימים").

במצבים הרגילים (בהיעדר אשמה קודמת של העושה¹²⁶⁵) והאם יש מקום להטיל על העושה אחריות פלילית כלשהי, אחריות שאין לבססה על פעולתו המוצדקת במצב האילון, אך שניתן אולי לבססה על שלב הגרימה באשמה להיווצרות המצב, תוך ניסיון להרתיע מפני יצירת מצבים מסוכנים שכאלה.

שיקול מדיניות נוסף, שעליו יש לעמוד בטרם נעבור לבחינתם של הסדרים אפשריים שונים של הסוגיה, מבוסס על ה"בעלות" באינטרס הנתון בסכנה כתוצאה מהתקיפה הבלתי חוקית. שהרי, אף שברוב המקרים האינטרס שבסכנה הוא של העושה עצמו, ייתכנו מקרים שבהם מדובר באינטרס של הזולת, שבידי העושה להצילו במסגרת של הגנה פרטית על אדם אחר. אם במצב הרגיל (הראשון) מעוניינת החברה שהעושה בכל זאת יפעל להפסקת התקיפה הבלתי חוקית – למרות אשמתו הקודמת, ואם קיים חשש מסוים שהטלת אחריות פלילית עליו תרתיעו מלפעול, הרי ששיקולים אלה מתחזקים עוד יותר כאשר האינטרס שבסכנה הוא של אדם אחר. ראשית, ההצדקה – לפחות המוסרית – של הגנה על אדם אחר נטול אשמה קודמת היא חזקה יותר בהשוואה להצדקה של התגוננות של העושה (שגרם למצב באשמתו) עצמו. שנית, בעוד שכאשר חייו, גופו או אינטרס אחר של העושה עצמו נתונים בסכנה, סביר מאד להניח שיפעל להגנתם גם אם הוא עלול לשאת באחריות כלשהי בשל כך, בין היתר בשל אינסטינקט ההישרדות, הרי שכאשר האינטרס שבסכנה הוא של אדם אחר קיים חשש ממשי שהטלת אחריות פלילית על העושה תרתיעו מלפעול להצלת הנתקף¹²⁶⁶. מעניין לציין שבהצעות החוק הישראליות¹²⁶⁷,

1265 כך, למשל, ניתן – נוכח האשמה הקודמת – להחמיר יותר בדרישות הפרופורציה, הנחיצות, המיידיות והנסיגה.

1266 לטענה, שלפיה אם מוטלת אחריות פלילית על העושה על-פי הדוקטרינה של "התנהגות חופשית במקור", עדיף יהיה לעושה – לשם הקטנת אחריותו – לפעול להצלת האינטרס שבסכנה, נתייחס בהמשך. כבר בשלב זה יצוין כי טענה זו עשויה, לדעתי, להיות משכנעת כאשר לסייג של בחירה ב"רע במיעוטו", אך היא אינה משכנעת כאשר להגנה הפרטית. שהרי תיתכן פעולה מוצדקת של הגנה פרטית על אינטרס הנתקף תוך פגיעה חמורה יותר (ועדיין פרופורציונית) באינטרס התוקף.

1267 ראו סעיף 39 להצעת החוק של הוועדה בראשות אגרנט 11; סעיף 46 להצעת החוק של פלר וקרמניצר 41. וראו גם דברי ההסבר לשלילת ההבחנה באחד מגלגוליה של הצעת החוק – בע' 210 להצעת החוק 21. בהזדמנות זו ברצוני להסתייג מדברי ההסבר להצעת החוק של הוועדה בראשות אגרנט 11, שלפיהם "ההגבלה שבסיפא, המתייחסת למעשה המונע פגיעה בזולת, באה להבהיר: אדם המביא את עצמו למצב כדי למנוע פגיעה מזולתו יש לו לכאורה סיבה סבירה להיכנס למצב...". והרי אין מדובר באדם המביא עצמו למצב כדי למנוע פגיעה

ולאחרונה גם בחוק העונשין עצמו¹²⁶⁸, נעשתה הבחנה כזו לעניין סייג ה"צורך". סבורני כי יש לה מקום גם ובעיקר במסגרת סייג ההגנה הפרטית, ובהמשך תוצע דרך לתת לה נפקות. שהרי מטרתנו במקרה כזה היא לעודד את הצלת אינטרס הזולת ולא לגרום להפקרתו בדרך של הרתעה מפעולת ההצלה.

(ג) "פתרונות" שאינם פותרים את הבעיה

"פתרון" שהוצע לסוגיה נושא דיוננו הוא להסתפק בכללים הרגילים, שלפיהם אין להתנגד להתנהגות מוצדקת ומוצדק להתנגד להתנהגות בלתי חוקית¹²⁶⁹. לפי גישה זו, יש לבחון את פעולת יריבו של העושה, שבאה בתגובה לתקיפתו הראשונית של העושה: אם היריב מסתפק בכח מתון המוצדק כהגנה פרטית מפני תקיפתו של העושה, אזי פעולתו היא חוקית לחלוטין והעושה אינו רשאי להתגונן מפניה. אך אם משתמש היריב בכח מופרז, אין פעולתו חוקית והעושה רשאי להתגונן מפניה. אשר לאפשרות הראשונה מהשתיים, הרי שבמקרה כזה נעדר תנאי בסיסי להגנה הפרטית והוא תקיפה בלתי חוקית, ולפיכך אף ללא הבאה בחשבון של אשמתו הקודמת של העושה ברור שאין כל מקום להגנה פרטית מצדו. ואילו האפשרות השנייה, שלה נוגעת הסוגיה נושא דיוננו, מותרת בעינה את השאלה, אם אף שבשלב השני התקיימו כל תנאי ההגנה הפרטית (לרבות, כמובן, תקיפה בלתי חוקית) אין מקום בכל זאת להגביל את הכח המוצדק במסגרתה או להטיל על העושה אחריות מסוימת, נוכח אשמתו בהיווצרות המצב. נוסף לכך יש לזכור שגרימה למצב על-ידי העושה ובאשמתו אינה מוגבלת לתקיפה דווקא.

"פתרון" אחר מבוסס על דרישת הנחיצות, ולפיו הכח המגן אינו נחוץ אם העושה יכול היה לנקוט דרך אחרת – של הימנעות מן הכניסה למצב ההתגוננות. הטעות נובעת מכך שאת העמידה בתנאי הנחיצות – כמו את העמידה ביתר תנאי ההגנה הפרטית – יש

בזולתו, אלא באדם שבמצב עצמו "עשה את מעשהו כדי למנוע מן הזולת פגיעה" – כלשון סעיף 39 סיפא להצעת החוק עצמה.

1268 בנוסח החדש של חוק העונשין, כפי שנקבע בתיקון מס' 39 (א/17) (ובדומה – עוד קודם לכן – בתיקון מס' 37 (א/2)), הגביל המחוקק את הסייג "כניסה למצב בהתנהגות פסולה" החל על ההגנות "צורך" ו"כורח" כך: "ובלבד שענינו של המעשה שנעשה במצבים האמורים בסעיף 34 או בסעיף 34, לא היה הצלת אינטרס הזולת". ראו סעיף 34 ליד לחוק העונשין א/1. המחוקק לא קבע הגבלה שכזו (הגנה על אדם אחר) גם לסייג (כניסה למצב בהתנהגות פסולה – הקבוע גם בהגדרת ההגנה העצמית שבסעיף 34 לחוק העונשין) החל על ההגנה העצמית.

1269 ה-M.P.C. יג' 31. וראו גם הדוגמאות המובאות בע' 47 לתוספת משנת 1998 לכרך 6 (תוספת לסעיף 75) של האנציקלופדיה 24/American Jurisprudence.

לבדוק תוך התייחסות לזמן האילוף ולא למועד מוקדם (או מאוחר) יותר¹²⁷⁰. ובאשר לזמן האילוף, ההנחה המקדמית היא שמעשהו של העושה עמד בדרישת הנחיצות, שהרי אחרת כלל לא התגבש הסייג ואין כל מקום או צורך לבדוק את השפעת מעשיו ואשמתו הקודמים של העושה.

(ד) מקרה "המזימה הגדולה"

זממני החליט, לאחר ששקל את הדבר, להמית את רגזני. כדי להימנע מאחריות פלילית ניגש זממני, כשהוא חמוש בנשק, אל רגזני חם המזג, הטיח בו עלבונות קשים וסטר על לחיו, כשמטרתו לגרום לכך שרגזני יתקוף אותו תוך שימוש באולרו (שזממני ידע על קיומו). כצפוי, תקף רגזני את זממני, וכשאך שלף רגזני את אולרו, ירה בו זממני והמיתו בהתאם לתכניתו המקורית. מקרה זה, של כוונה ותכנון מראש, מהווה מקרה מיוחד שאינו מעורר כל מחלוקת. כפי שראינו בעת הדיון בהשלכות רציונאל ההגנה הפרטית לענייננו, ספק רב אם יש פגיעה של ממש באוטונומיה של הנתקף, שהרי הלה מעוניין שקרבנו המיועד יתקוף אותו, ומכל מקום אין גורם הסדר החברתי-משפטי תומך בהצדקת ההתגוננות אלא מחייב הוא הטלת אחריות פלילית מלאה על העושה. לפיכך, אין זה פלא שאפילו בשיטות משפט ובהצעות חוק שבהן, ככלל, אין מתחשבים באשמה קודמת של העושה לעניין סייג ההגנה הפרטית, מוענקת לאשמה זו נפקות מלאה – של שלילת סייג ההגנה הפרטית – נוכח כוונה ותכנון מראש של כל ההשתלשלות¹²⁷¹. יתרה מזו: התרשמותי היא שמצב קיצוני ומיוחד זה הוא שעמד לעתים קרובות לנגד עיניהם

1270 לטעות כזו נתפסו מנסחי הצעת חוק קנדית – ראו ע' 37 לדברי ההסבר של ההצעה יג8/. לטעויות כאלה בפסיקת בתי-משפט ראו ע' 883 לפסק-הדין האמריקני יא13/ בעניין Peterson (1973); ע' 630 לפסק-הדין ב26/ בעניין הורוביץ (אמנם לא נשללה זכות ההגנה העצמית ישירות בשל דרישת הנחיצות, אך השלילה נומקה כ"קל וחומר" בהשוואה לדרישה זו). להתייחסות נכונה לעניין ראו ע' 624 לפסק-הדין ב38/ בעניין שוקרון, שם נדחתה טענה מוטעית כזו של התביעה.

1271 ראו, למשל, סעיף 3.04(2)(b)(II) ל-M.P.C. יג4/; סעיף 27(7) להצעת החוק האנגלית יג10/. וראו על המשפט הגרמני בע' 749 ואילך למאמרו ט60/ של Herrmann. נימוק נוסף (על הסדר החברתי-משפטי), שאותו מזכיר האחרון לשלילת סייג ההגנה הפרטית נוכח כוונה ותכנון מראש, הוא ראיית פעולתו של העושה כשימוש לרעה בזכות – ראו שם, ע' 751. מעניינת גם אמירתו של Hale, שלפיה אם תותר התגוננות של אדם התוקף במטרה להמית, יהפכו כל מקרי הרצח וההריגה – בדרך של פרשנות – ל-"se defendendo" – ראו ע' 575 למאמרו ט34/ של Beale.

של מחוקקים ושופטים והביא להסדרים מחמירים מדי לסוגיית האשמה הקודמת בכללותה¹²⁷².

עם זאת, יש לציין כי הטענה הנשמעת לעתים, שלפיה כשהעושה תוקף במטרה להמית כלל לא מתקיים מצב של הגנה פרטית¹²⁷³, היא מוטעית. שהרי, בהחלט ייתכן שלמרות התכנון מראש, ואולי דווקא בהתאם לתכנון מראש, אכן נקלע העושה למצב שבו נאלץ להתגונן תוך התמלאות כל דרישות סייג ההגנה הפרטית. מצב של הגנה פרטית מתקיים, וזוהי למעשה ההנחה המקדמית של כל הדיון בפרק זה. למרות זאת, ונוכח היותו של מצב זה רק חוליה בתכניתו של העושה, הנטייה הכללית היא לשלול ממנו את הסייג.

לדעתי, נוכח כוונה ותכנון מראש, אין לדרוש, כתנאי לשלילת סייג ההגנה הפרטית, שהתנהגותו הקודמת של העושה – שבה גרם להיווצרות המצב – תהא בלתי חוקית¹²⁷⁴ או אפילו פסולה. כפי שנראה בהמשך, דרישות כאלה הן מקובלות באשר לסוגיה הכללית נושא דיונו, אלא שנוכח החומרה הרבה הגלומה בכוונה ובתכנון מראש אין להן מקום במקרה מיוחד זה. לעניין זה יפה הדוגמה שמביא Robinson בספרו, של נאצי הנכנס לכינוס פומבי של "הליגה להגנה יהודית" כשתכניתו היא להיות מותקף על-ידי המתכנסים ולפגוע בהם כהגנה פרטית¹²⁷⁵. אני נוטה להסכים עם רוח קביעתו (הכללית) שלפיה:

"While there was at one time some doubt, it is now undisputed
that otherwise lawful conduct can be made criminal by an
actor's culpable state of mind".¹²⁷⁶

אם כי דומה שאין הסוגיה כה מוסכמת כפי שקובע Robinson.

1272 בדומה, קרמניצר, כשהוא מגן על ההלכה הישראלית השוללת את סייג ההגנה העצמית ממי שהכניס עצמו באשמתו למצב שבו נאלץ להתגונן, מדגיש שוב ושוב ושוב דווקא את המקרה של כוונה ותכנון מראש – ראו ע' 477, 476, 460 למאמרו ה-51.

1273 ראו טענתו זו של פלר בע' 476 לספרו 2/ד(ב) ובע' 26 למאמרו ה-3.

1274 דרישה של התנהגות בלתי חוקית נקבעה בסעיף 44(6) להצעת החוק האנגלית יג2/ משנת 1989 באשר למקרה המיוחד של כוונה ותכנון מראש, אך הושמטה מהסעיף המקביל 27(7) להצעה יג10/ משנת 1993.

1275 לדוגמאות מן המציאות הישראלית ולניתוחן ראו ע' 18 למאמרם ה-45 של אנקר וקנאי.

1276 ראו ע' 44 לכרך II של ספרו ה-12.

(ה) הסדרים שנקבעו לסוגיה בשיטות משפט שונות¹²⁷⁷

הגישה המקובלת היא שלילה של סייג ההגנה הפרטית במקרים מסוימים – לעתים באופן מלא ולעתים באופן חלקי, תוך הטלת אחריות מופחתת. המקרה שלגביו שלילה כזו היא שכיחה מאד הוא מקרה "המזימה הגדולה", שנדון לעיל ושאינו מעורר קושי מיוחד. לפיכך, נתמקד בהסדרת הסוגיה באשר למקרים האחרים. יש לציין כי בדרך-כלל הסוגיה אינה מוסדרת בחקיקה כלל¹²⁷⁸, ולפיכך יש לתור אחר הסדרתה בפסיקת בתי-המשפט. במאמר מוסגר יצוין שמצב זה אינו רצוי, שכן מדובר בסוגיה כללית, שהסדרתה – לפחות ברמה הבסיסית – היא מתפקידו של המחוקק, וזאת, בין היתר, לאור עקרון החוקיות¹²⁷⁹. יש לציין שהמחוקק הישראלי מילא לאחרונה את תפקידו זה¹²⁸⁰.

מעניין לציין שסייגים אחרים לאחריות פלילית, ובמיוחד סייגי הכורח והצורך, דווקא זכו להסדרים רבים יותר בחקיקה של הסוגיה נושא דיונו¹²⁸¹. פרשנות אחת שהוצעה להבחנה חקיקתית זו היא ש"הלגיטימיות של ההגנה הפרטית... הינה מוחלטת, ואין גריעה ממנה אף כאשר התקיפה הזדונית שכנגדה באה ההגנה הפרטית, אירעה עקב

1277 נוכח קוצר היריעה ונוכח המגוון הרב של הסדרים – רובם קזואיסטיים למדי – שנקבעו לסוגיה בשיטות משפט שונות, כמו גם נוכח חוסר נחיצות העניין למטרותיו של ספר זה, אמנע מסקירה מפורטת של המצב המשפטי בסוגיה בשיטות המשפט השונות שנחקרו, ותחת זאת אנסה לאתר מתוכן גישות שונות לסוגיה.

1278 פלר כתב בספרו כי "מאלף לקבוע, בלי להסתכן בעיוות המציאות, כי אין בנמצא בתחיקת מדינות העולם, שבהן הסדר מפורט של הסייגים לפליליות המעשה, מקבוצת האילוצים, ושל 'הסייגים' לסייגים אלה, הסדר של סייג ההגנה הפרטית שיהיה מצוייד גם ב'סייג' הנובע מכניסה למצב במודע" – ראו ע' 472 לספרו ד/2(ב). תמונה זו היא כמעט נכונה, שכן מבין למעלה משני מנייני הקודקסים הפליליים הקיימים השונים שנבחנו לעניין זה במסגרת מחקר זה נמצא הסדר מפורש לסוגיה רק בשלושה מהם – סעיף 24 לקודקס הפלילי היווני יב/7; סעיף 34(6)(c) לקודקס הפלילי הארגנטיני יב/13; וסעיף 8 לקודקס הפלילי הספרדי יב/17. כמו כן, בארצות-הברית מוסדרת הסוגיה בחקיקה של מדינות מספר – ראו הסקירות שבע' 658 ואילך לספרם ח/18 של La Fave & Scott; ע' 884 ואילך לספרם ח/19 של Kadish & Schulhofer; ע' 660 ואילך למאמרו ט/29 של Robinsom. לאחרונה השתנתה תמונה זו גם במקומותינו, כמפורט בה"ש 1280 שלהלן.

1279 ראו ההתייחסות לעקרון יסוד זה בפרק ב(2) שלעיל.

1280 תחילה בתיקון מס' 37 (א/2) ולאחר מכן בתיקון מס' 39 (א/17) קבע המחוקק הישראלי בחוק העונשין התייחסות מפורשת לסוגיה זו – ראו (כיום) סעיף 34 סיפא לחוק העונשין א/1. לדין בהוראת חוק חדשה זו, ראו פרק ו(4)(ח) שלהלן.

1281 ראו, למשל, ע' 472 לספרו ד/2(ב) של פלר; ע' 82 לספרה ד/5 של גור-אריה.

התנהגות קודמת, מודעת ופסולה של המתגונן או המגונן...¹²⁸². אלא שזוהי התעלמות מן העובדה שבפסיקת בתי-המשפט בשיטות המשפט השונות הוסדרה הסוגיה גם באשר להגנה הפרטית¹²⁸³.

שאלה נכבדה, שזכתה לעיסוק רב בשיטות המשפט השונות, היא מה ייחשב כגרימה רלוונטית, דהיינו: אילו פעולות קודמות של העושה, שגרמו להיווצרות מצב האילוף, יש בהן כדי לשלול ממנו את סייג ההגנה הפרטית או – לפחות – להטיל עליו מגבלות נוספות. נטייה מוטעית אחת היא להתמקד בתקיפה (קודמת) בלבד (של העושה את תוקפו לעתיד), תוך התעלמות מן האפשרות של גרימה בהתנהגויות אחרות¹²⁸⁴. נטייה מובהקת אחרת היא קביעת הלכות קזואיסטיות רבות, המתייחסות להתנהגויות טיפוסיות העשויות להיחשב רלוונטיות. מדובר בעיקר בנשיאת נשק, בהליכה למקום מסוים למרות הצפייה שיתפתח שם עימות (או בהישארות במקום מסוים למרות צפייה כזו), בפעולות בניגוד לצייווי המקראי "לא תחמוד", ובהשתתפות בדו-קרב או בקטטה.

בלי לשקוע באוקיינוס ההלכות הקיימות לעניין מקרים טיפוסיים אלה, דומה שמתבקשות כמה הערות קצרות. האחת – יש להעדיף קביעה כללית באשר לטיב ההתנהגות הקודמת הרלוונטית על פני כללים קזואיסטיים. האפשרויות העיקריות הן – מן הקלה (לעושה) ועד למחמירה – התמקדות בהתנהגויות בלתי חוקיות בלבד; הסתפקות בהתנהגויות פסולות; והיעדר הגבלה על טיב ההתנהגות הקודמת הרלוונטית. בהמשך נדון באפשרויות אלו לגופן.

הערה שנייה נוגעת לנשיאת נשק. נשיאת נשק עשויה אמנם לשמש כאינדקציה ראייתית ליסוד הנפשי של העושה, כגון לכך שהעושה תכנן את כל ההשתלשלות מראש או לכך שצפה את האפשרות שאם יותקף יגיב בכח קטלני. אולם אין לראות בה, כשלעצמה, התנהגות קודמת השוללת את סייג ההגנה הפרטית, וזאת אפילו אם נשיאת הנשק הייתה ללא היתר. גם כשיש מקום להטלת האחריות הפלילית הקבועה לנשיאת נשק ללא היתר, אין בכך כדי לשלול את הצדקת השימוש בנשק בהתקיים תנאיו של סייג ההגנה הפרטית. ובכל זאת – וללא הצדקה, לדעתי – בפסיקת בתי-משפט שונים פועלת

1282 הציטוט לקוח מע' 472 לספרו דב/2(ב) של פלר.

1283 ראו, למשל, ע' 30 לכרך II של ספרו ח12/ של Robinson. להסדרת הסוגיה בפסיקה הגרמנית ראו ע' 455 למאמרו ה51/ של קרמניצר.

1284 ראו, למשל, דבריהם של מנסחי ה-M.P.C. האמריקני בע' 21-23 ל-M.P.C. יג3/ וההתייחסות לפסיקה האמריקנית שבע' 1128 לספרם ח17/ של Perkins & Boyce.

לעתים נשיאת נשק, במיוחד בהיעדר רישיון לכך, לשלילת הצדקת התגוננותו של העושה¹²⁸⁵.

הערה שלישית מתייחסת להישארות העושה במקום שבו הוא נמצא, למרות ידיעתו כי התוקף הפוטנציאלי בדרכו לשם, ולהליכת העושה למקום מסוים למרות ידיעתו כי התוקף הפוטנציאלי שוהה שם¹²⁸⁶. גם מקרים אלה מן הראוי שיוסדרו לפי העיקרון הכללי הנקבע לסוגיה, ולא באופן קזואיסטי. לפיכך, יוכרע גורלם לפי היסוד הנפשי של העושה הנלווה להתנהגות, ובנוסף – לפחות לפי חלק מן הגישות – לפי טיב ההתנהגות: היותה בלתי חוקית או פסולה. יפים לעניין זה דבריו של Beale, שלפיהם אדם אינו חייב לכלכל את מעשיו על-פי החשש ממעשי יריבו, ומותר לו להניח שאימוי יריבו לא ימומשו ולהמשיך ללא שינוי בענייני החוקיים¹²⁸⁷. מעניין לציין שבפסיקה האנגלית הוקדשה תשומת-לב רבה למקרה זה¹²⁸⁸.

(הערה רביעית) הפסיקה האמריקנית, לעומת זאת, הוטרדה מאד מן המקרים הנוגעים לצייוי המקראי "לא תחמוד", ויצרה הלכות רבות המבחינות בין התרועעות עם אישה נשואה לבין התרועעות עם אישה שאינה נשואה; בין קיום יחסי-מין לבין פגישה סתם; בין התגוננות מפני הבעל הנבגד שסופה המתתו לבין התגוננות מתונה יותר; ועוד

1285 ראו הדיון שבטקסט שלעיל המפנה לה"ש 544-541; עמדתו הדומה של Williams בע' 509-508 לספרו ח2/ (שם הוא עומד על דעה קדומה שיש לעתים קרובות לשופטים כנגד העושה בשל נשיאת הנשק); והשוו לעמדתו השונה של Ashworth בע' 297-299 למאמרו ט1/.

1286 על שתי טעויות נפוצות בעניין זה – ההבחנה חסרת הבסיס בין מחדל (הישארות במקום) למעשה (הליכה למקום אחר) והזיהוי של השאלה כנובעת כביכול מחובת הנסיגה – כבר עמדנו לעיל. ראו פרק ד(9) שלעיל.

1287 ראו ע' 544-543 למאמרו ט35/ של Beale. חריג לכך הוא, לדעתי, המצב המיוחד של "המזימה הגדולה", אשר נדון לעיל. נוכח כוונה ותכנון מראש אין צורך באי-חוקיות של המעשה שבשלב הראשון (הגרימה למצב) כדי להטיל את האחריות הפלילית.

1288 ההלכות העיקריות נקבעו בפסקי-הדין בעניין Beatty v. Gillbanks (1882) (17/1) – שם נקבע ששימוש בדרך הציבורית (!) אינו חוקי כשהוא נעשה למרות איומים (בלתי חוקיים!) היוצרים סבירות של הפרת הסדר; Browne (1973) (18/1) – שם נקבע עיקרון כללי דומה ו-Field (1972) (9/1) – שם נשללה הילכת Beatty v. Gillbanks. וראו, למשל, ע' 258 ואילך לספרם ח3/ של Smith & Hogan; ע' 77 לדברי ההסבר של הצעת החוק האנגלית יג10/; וע' 296-295 למאמרו ט1/ של Ashworth.

כהנה וכהנה¹²⁸⁹. ואולם, גם כאן אין מקום לסטייה מן העיקרון הכללי המאומץ באותה שיטת משפט לעניין הסוגיה נושא דיונונו.

הערה חמישית ואחרונה לעניין זה נוגעת להשתתפות העושה בדו-קרב או בקטטה. הן הפסיקה האנגלית, הן הפסיקה האמריקנית והן הפסיקה הישראלית התמקדו דווקא בהשפעת הסכמתו (או אפילו יוזמתו) של העושה להשתתף בדו-קרב או בקטטה על זכותו להגנה עצמית¹²⁹⁰. מקובל מאד להטיל במקרה כזה חובה כבדה של נסיגה על שני הצדדים לעימות. הסבר סביר שניתן לכך הוא שבאמצעות נסיגה מבטל אחד הצדדים את הסכמתו להתעמת, כך שמאותו רגע יש הצדקה לראיתו כנתקף ולראיית יריבו כתוקף¹²⁹¹. כן מקובל – בחריגים מסוימים – לשלול מן המשתתף בדו-קרב את זכות ההגנה העצמית. במקומותינו נעשה ניסיון – שאליו נתייחס בהמשך – בפסק-הדין בעניין טויטו¹²⁹², להעמיד את כל ההלכה הישראלית הנוגעת לסוגיה נושא דיונונו על היסוד של השתתפות בקטטה. סבורני כי גם את מקרי הקטטה והדו-קרב יש להכפיף להסדר הכללי שיש לקבוע לסוגיה נושא דיונונו כולה.

למעשה, מהוות ההלכות הנ"ל והלכות רבות אחרות תוצאה של היעדר עיקרון כללי להסדרת הסוגיה בחלק משיטות המשפט. בפסיקה האנגלית ידועה הילכת Browne (1973), המחמירה מאד, ולפיה:

“The need to act must not have been created by conduct of the accused in the immediate context of the incident which was likely or intended to give rise to that need”¹²⁹³.

על הלכה מחמירה זו, המסתפקת בעצם ברשלנות (!) לשם שלילת סייג ההגנה הפרטית, נמתחה ביקורת מוצדקת רבה, וכצפוי לא הייתה הליכה עקבית בעקבותיה¹²⁹⁴.

1289 ראו, למשל, ע' 535 למאמרו של Beale; ע' 14 לספרם של Baum & Baum; ע' 884 לספרם של Kadish & Schulhofer; ע' 1132 לספרם של Perkins & Boyce; וע' 621-622 לכרך 40 וע' 71 לכרך 6 של האנציקלופדיה ח'24 American Jurisprudence.

1290 ראו, למשל, ע' 614 לכרך 40 של האנציקלופדיה ח'24 American Jurisprudence; ע' 575 למאמרו של Beale; ע' 629 לפסק-הדין ב'26 בעניין הורוביץ; ופסק-הדין ב'41 בעניין טויטו.

1291 ראו ע' 13 למאמרו ח'11 של ביין.

1292 ראו פסק-הדין ב'41.

1293 ראו פסק-הדין ח'18, וראו הדיון בפסק-הדין שבע' 258 לספרם ח'3 של Smith & Hogan.

1294 ראו, למשל, שם בע' 244-245.

אשר למשפט האמריקני, מאתר Robinson לא פחות משש גישות שונות לטיפול בנושא¹²⁹⁵. הגישה המקובלת שם, מכל מקום, היא שלגורם באשמתו למצב אין זכות להגנה פרטית, בחריגים המקובלים – אשר יידונו בהמשך פרק זה – של “נסיגה חגיגית” (“withdrawal”) ושינוי מפתיע בכללי המשחק¹²⁹⁶. מעניין לציין שגישה כללית זו היא שאומצה למשפטנו בפסק-הדין המנחה בעניין הורוביץ¹²⁹⁷.

יש לשוב ולהידרש כאן להבחנה המקובלת במשפט האמריקני, שעליה עמדנו בפרק הקודם, בין זכות מושלמת של הגנה עצמית (“perfect”) לבין “imperfect self-defense”. הפגם המסורתי והמקובל ביותר, שבגינו מקובל בפסיקה האמריקנית כי עומדת לעושה רק הנסיבה המקלה של “imperfect self-defense”, הוא האשמה בהיווצרות מצב ההגנה הפרטית¹²⁹⁸. השלכה מרכזית של הבחנה זו היא חובתו של הנכנס באשמתו למצב הגנה פרטית לסגת “נסיגה חגיגית” הכוללת מסר ליריב של רצון כן להפסקת העימות (“withdrawal”) בטרם יפנה לשימוש בכח¹²⁹⁹.

כאן מתבקשת הרחבה מסוימת – הן באשר לנסיגה הרגילה והן באשר ל-“withdrawal” – בהקשר המיוחד נושא דיוננו. המקרה המרכזי, שבו מקובל על הכל – אפילו בשיטות משפט שבהן ככלל אין נדרשת נסיגה – כי על הנתקף למצות אפשרות

1295

- A. Withholding a defense upon any causal contribution.
- B. Withholding a defense upon a minimum culpability as to causing the defense conditions.
- C. Imposing reduced liability upon a minimum culpability as to causing the defense conditions.
- D. Imposing a degree of liability corresponding to the level of culpability as to causing the defense conditions.
- E. Inconsistent approaches within the same jurisdiction.
- F. Failure to consider an actor's culpability in causing the conditions of his defense.

(ראו ע' 660-694 למאמרו ט' 29 / של Robinson).

1296 ראו, למשל, ע' 1115, 1142-1127 לספרם ח' 17 / של Perkins & Boyce; ע' 618-623 לכרך 40 של האנציקלופדיה ח' 24 / American Jurisprudence; וע' 948 לכרך 3 של האנציקלופדיה ח' 26.

1297 ראו פסק-הדין ב' 26 / בעניין הורוביץ; פסק-הדין ב' 38 / בעניין שוקרון; והדיון בהם בהמשך פרק זה. לדעה אחרת – שלפיה מהוות הלכות אלה אימוץ של הדוקטרינה actio libera in causa – ראו ע' 157 למאמרה ה' 6 / של גור-אריה וע' 82, 97 לספרה ד' 5.

1298 ראו, למשל, ע' 29 לדברי ההסבר של ה-M.P.C. יג' 3.

1299 ראו הטקסט שלעיל שתחילתו בהפניה לה"ש 875.

של נסיגה (לעתים – אפילו אם איננה בטוחה) בטרם יפנה להפעלת כח מגן (לעתים – אפילו אם איננו כח קטלני), הוא כשהנתקף גרם באשמתו למצב שבו עליו להתגונן¹³⁰⁰. לעתים נתפשת חובת הנסיגה כהשלכתה הכמעט בלעדית של אשמתו הקודמת של העושה. רק על רקע זה ניתן להבין את דבריהם של מנסחי ה-Model Penal Code האמריקני, שלפיהם נוכח העובדה שקבעו בקוד דרישה כללית של נסיגה לפני הפעלת כח מגן קטלני, אין עוד צורך בהסדר כלשהו לסוגיה נושא דיוננו לבד מהתייחסותם למקרה המיוחד שאותו כינינו לעיל "המזימה הגדולה"¹³⁰¹.

בהבדל מן החובה הרגילה של מיצוי דרך אפשרית של נסיגה בטוחה ("retreat"), מקובלת הטלת חובה חזקה יותר על האשם בהיווצרות המצב, שעליה עמדנו לעיל בהקשר אחר¹³⁰², לבצע מה שקרוי "withdrawal". ההשלכה החשובה של ביצוע "withdrawal" על-ידי העושה היא, שגם אם היריב מתעקש להתמיד בעימות, משוחרר העושה – לפחות באופן חלקי – מן האחריות למצב (אף שבשלב הראשון גרם לו באשמתו). למעשה, יוצר ה-"withdrawal" מעין ניתוק¹³⁰³ בין פעולותיו של העושה שהביאו למצב לבין התגוננותו במצב האילוף עצמו.

מתבקשת כאן הבהרה מסוימת של הקשר החד-כיווני שבין אשמה קודמת לחובת נסיגה. בעוד שאשמה קודמת של העושה עשויה להטיל עליו חובה חזקה יותר של נסיגה, אין לראות בהפרה של חובת הנסיגה אשמה קודמת של העושה, שכן חובת הנסיגה אינה חובה עצמאית הקיימת בעלמא, אלא היא מהווה חלק מתנאי ההגנה הפרטית. לפיכך, כשאדם הולך למקום שבו צפויה לו סכנה שסביר להניח כי יהא עליו להתגונן מפניה תוך

1300 ראו שם. לשיקולים מיוחדים לתמיכה בהטלת חובת נסיגה דווקא על האשם בהיווצרות המצב ראו ע' 12 למאמרו ה-11 / של ביין.

1301 ראו ע' 21-23 לדברי ההסבר של ה-M.P.C. יג' 31.

1302 ראו הטקסט שלעיל שתחילתו בהפניה לה"ש 875 וההפניות המופיעות שם.

1303 מדובר בניתוק משפטי, שהרי הקשר הסיבתי העובדתי ממשך, כמובן, להתקיים. נראה שהבחנה כזו בין "retreat" ל-"withdrawal" נעדרת מדיונים מסוימים בהלכה הישראלית, שבהם נטען כי החריג שנקבע בה – של "נסיגה חגיגית" – הוא מיותר, שכן כביכול הוא קיים גם בהיעדר אשמה קודמת – ראו ע' 99-100 לספרה ד' 5 / של גור-אריה וע' 160 ואילך למאמרה ה-6. סבורני כי יש בהבחנה זו כדי ליישב את הסתירה המיוחסת שם לבית-המשפט בפסק-הדין 266 / בעניין הורוביץ. להבחנה נכונה כזו ראו, למשל, ע' 623-624 לפסק-הדין ב-38 / בעניין שוקרון. קביעה מפורשת בחוק, שלפיה שימוש בכח מגן לאחר "withdrawal" הוא מוצדק למרות אשמתו הקודמת של העושה, הוצעה בסעיף 603 להצעת החוק הפדראלית האמריקנית יג' 6.

הפעלת כת, אין¹³⁰⁴ מקום לדיון בחובת הנסיגה, אלא – אם בכלל – באשמה קודמת של העושה. לחובת הנסיגה מקום אך ורק במצב האילוף עצמו¹³⁰⁵.

(ו) ההלכה הישראלית

את מסענו זה בין ההלכות שנקבעו בשיטות משפט שונות נסיים בהתייחסות קצרה לפסיקה הישראלית. פסק-הדין המרכזי ניתן בפרשת הורוביץ. נוכח חשיבותו הרבה, תובאנה להלן עובדותיו המפורטות בלשונו של בית-המשפט¹³⁰⁶:

“המערער, אשר היה בעת ביצוע העבירה בן 18 שנה, הופקד על-ידי אביו על ניהול מועדון למשחקי סנוקר... ביום 2.3.71, בשעות הערב, התפתח ריב בין המערער ובין אחד המבקרים במועדון... שכינויו היה סאבי, בחור בן 21. הריב נפתח בזה שהמערער מנע מסאבי לשחק, וכן דרש ממנו להחזיר לו הלוואה שקיבל ממנו. סאבי התרגז והפריע למערער כאשר זה התחיל לשחק בעצמו. הם הגיעו עד לתפיסת חולצותיהם זה בזה. המערער אמר לסאבי: 'אראה לך', יצא לחצר שליד המועדון, שם החזיק אקדח במחבוא לשם שימוש בו בעת הצורך לשמירה על המועדון, הוציא את האקדח משם וטען אותו, בכוונה להמשיך בריב עם סאבי ולהפחיד אותו באקדח. אולם לפני שובו למועדון חזר בו ויצא לרחוב כדי להמתין לחבר שלו, זאבי שמו, שעמו קבע פגישה. החבר לא הופיע, ועל-כן החליט המערער לעזוב את המקום לבדו. היה בדעתו להיכנס שוב למועדון כדי להודיע על כך למי שבא להחליפו. במדרגות נתקל שוב באקראי בסאבי. הלה ניגש אליו ואמר לו בתפסו אותו בסנטרו: 'אתה ילד בשבילי. אני ארביץ לך מכות'. לזה ענה המערער: 'אם אתה גבר, בוא תריב אתי בים'. כוונת הדברים הייתה לתיגרת ידיים על שפת הים. סאבי קיבל את האתגר והוא והמערער ובחור שלישי, חממים הרוש... הלכו לכיוון שפת הים. בדרך הפציר הרוש בסאבי שירפה מן המערער, אך סאבי השיב: 'לא, אני מוכרח לשלוח אותו לבית-החולים'. סאבי הציע למערער שההתמודדות תתקיים באחת החצרות שבסביבה. המערער

1304 בניגוד לדיונים מוטעים שניתן למצוא בעניין זה. לעמדה דומה ראו ההלכה הנכונה שנקבעה בפסק-הדין י'9/ בעניין Field (1972).

1305 וראו הטקסט שלעיל שלאחר ההפניה לה"ש 906.

1306 הציטוט הוא מע' 781-782 לפסק-הדין ב26/.

הסכים לזה, והשלושה המשיכו בדרכם לחצר סמוכה... סאבי היה חזק מן המערער... בית-המשפט המחוזי קבע שהמערער לא התכוון להשתמש באקדח בעת התיגרה אלא בשעת הדחק, אולי לשם הרתעה בדרך איום באקדח... כוונת המערער הייתה לריב על שפת הים, במקום מואר שבו ישנם עוברים ושבים. הצעתו של סאבי להעביר את זירת התיגרה לאחת החצרות הייתה עלולה להוסיף לחומרת ההתמודדות, ויש להניח שזאת הייתה כוונת סאבי. המערער לא התנגד להצעה זו, אולי כדי שלא ייחשב למוג-לב. אך הגיעו היריבים וחברם הרוש לחצר שנועדה להיות שדה המערכה, הרים סאבי בקבוק שבור שהיה מונח שם על האדמה והתקדם לקראת המערער בהניפו את הבקבוק. המערער חשש שסאבי יסב לו נזק גופני חמור בכלי הנשק המסוכן שבידו. הוא שלף את האקדח ואמר לסאבי: 'אל תקרב. אני אהרוג אותך'. על זה השיב סאבי באמרו: 'עזוב שטויות', ותוך כדי כך הניף בבקבוק שבידו את יד המערער שהחזיקה באקדח כלפי מעלה. אז לחץ המערער על ההדק והכדור שנורה פגע במצחו של סאבי פגיעה שגרמה למותו".

בפסק-הדין בעניין הורוביץ קבע בית-המשפט העליון את ההלכה הידועה, שלפיה:

"... אין להעלות על הדעת שטענת התגוננות חייבת להידון תמיד במנותק מן האירועים אשר קדמו למעמד... ויתור זה אין לעשות לטובת מי שהכניס ראשו ביודעין ושלא כדין אל תוך המצב שגרם להתקפה עליו... עצם הכניסה לתיגרה או לדו-קרב היא מעשה שלא כדין";

ואת שני חריגיה של ההלכה: האחד – כשיריבו של העושה מפר את "כללי המשחק" (למשל: כשנקבעה לדו-קרב מסגרת של התגוששות ללא נשק, ואחד הנצים שולף לפתע נשק קטלני ותוקף את העושה), והשני – כשהעושה "מפגין ברורות, על-ידי נסיגה או בדרך אחרת שברצונו להפסיק את ההתמודדות", אך היריב מתמיד בעימות וממשיך לתקוף¹³⁰⁷.

בכך נקט בית-המשפט את הגישה המחמירה של שלילה מוחלטת של סייג ההגנה הפרטית נוכח האשמה הקודמת של העושה, למעט שני חריגים, שכפי שראינו מקורם

1307 ראו שם, ע' 629-630 (הציטוט הוא מע' 629; ההדגשות הוספו). וראו הטקסט שלהלן המפנה לה"ש 1432. להתבטאות חריגה, לפיה שני החריגים שנקבעו בהלכת הורוביץ הם כביכול תנאים מצטברים וכביכול אין די בהתקיימות אחד מהם לבדו, ראו פסקה 9 לפסק-דין ב22/ בעניין אלפסי.

במשפט האמריקני. גישה זו היא קשה, בין היתר משום שהיא מהווה התנערות של הדין מהחובה להגן גם על מי שהסתכן, וקביעה (בפועל) שדמו של המסתכן הוא הפקר. מעניין לציין שאפילו אם מקבלים את גישתו המחמירה של בית-המשפט, עדיין סבורני כי שלילת סייג ההגנה הפרטית מן הנאשם והרשעתו בהריגה היו מוטעות. דומני שבנסיבות המקרה התקיימו שני החריגים להלכה, שאותם קבע בית-המשפט עצמו: האחד – השינוי ב"כללי המשחק" – משהרים היריב בקבוק שבור והשתמש בו כבנשק, והשני – הפגנת רצון להפסיק את העימות – משאיים הנאשם על היריב באקדחו והזהירו לבל יתקדם (יש לזכור כי די באחד משני החריגים!). זאת ועוד: ספק אף אם נכון היה לראות בהורוביץ אדם שהכניס את עצמו באשמתו למצב ההתגוננות, או שמא נכון יותר היה לראותו כמי שנגרר לעימות אחר יריבו בלית בררה.

בפסק-הדין בעניין קרוה¹³⁰⁸ חזר בית-המשפט העליון על הילכת הורוביץ, ובפסק-הדין בעניין שוקרון ביקש – בהערת אגב ארוכה למדי – "להבהיר את ההלכה ולהעמידה על מקומה". עובדות המקרה היו כדלקמן¹³⁰⁹: המערער והמנוח שהו בדיסקוטק. המנוח התרגו על המערער משום שהסתכל עליו, ודרש ממנו לצאת החוצה. לאחר צאתם אמר המנוח למערער "יא מניאק, אני אראה לך מה זה", ובהמשך הכה את המערער עד שנפל, בעט בו בפניו, הרימו והמשיך להכותו. אז שלף המערער אולר שהחזיק על גופו דרך קבע לצורכי אכילה ודקר את המנוח דקירות רבות, שכתוצאה מהן הלך המנוח לעולמו.

הסייג הראשון שנקבע בעניין הורוביץ – הפרת "כללי המשחק" – תואר בעניין שוקרון כ"תפנית בלתי צפויה" וקיבל את הכינוי "סייג ההפתעה". בכך הושם הדגש על היעדר צפיית השתלשלות העניינים על-ידי העושה בשלב הראשון, שבו גרם להיווצרות מצב האילוף. הסייג השני שנקבע בעניין הורוביץ זכה לשם "סייג ההסתלקות", תוך הבהרה של ההבחנה בין ה-"withdrawal" הנדרש ("אם הסתלק (withdraws) לגמרי ובפועל ובאופן ממשי מן התיגרה והביע את רצונו הכן להפסיקה") לבין נסיגה רגילה (באשר למי שאינו התוקפן האחראי לפרוץ התיגרה, "די יהיה גם בניסיון כן להסתלק מהתיגרה")¹³¹⁰.

ההלכה שנקבעה בפסקי-הדין הנ"ל זכתה לכמה התייחסויות שונות לחלוטין. האחת – ביקורת חריפה על עצם השלילה של סייג ההגנה הפרטית, תוך הבעת הדעה הבלתי

1308 ראו ע' 772 לפסק-הדין ב35/ בעניין קרוה.

1309 ראו פסק-הדין ב38/ בעניין שוקרון. הציטוט שהובא לעיל לקוח מע' 620 לפסק-הדין. עובדות המקרה מפורטות בע' 619 לפסק-הדין.

1310 שם, ע' 624-623. הציטוטים הם מע' 624, 623 וההדגשה מופיעה במקור.

y:\misrad-2003\books\sangero\00-07-16\sanj-09.doc

8/28/2000 10:59:00 AM

מקובלת, שעליה עמדנו לעיל, שלפיה הלגיטימיות של ההגנה הפרטית היא מוחלטת ואינה מושפעת מאירועים קודמים¹³¹¹; השנייה – ראיית ההלכה הנ"ל כאימוץ (בפועל) רצוי של הדוקטרינה "התנהגות חופשית במקור" ("actio libera in causa") לעניין זה¹³¹²; והשלישית – תמיכה בהלכה¹³¹³.

לבסוף, יש להזכיר את פסק-הדין בעניין טויטו¹³¹⁴, שבו – באימרת אגב שממנה משתמע חוסר התלהבות מהילכת הורוביץ-שוקרון הקשה – ביקש בית-המשפט העליון לצמצם את ההלכה כך שתחול רק על גרימה למצב ההתגוננות בהתנהגות הקודמת המסוימת של כניסה לקטטה. בעניין טויטו לא דובר בקטטה, אלא המערער התפרץ לבית אחיו של המנוח וגנב ממנו רכוש. האחים חשדו שהמערער הוא שביצע את ההתפרצות ועקב כך התרחשו מעשי אלימות בין הצדדים, שהופסקו כשהגיעה נידת משטרה. לאחר מכן עשה המערער ניסיונות להסדרת "סולחה", אך נכשל. כשנודע לו למחרת שהמנוח ואחיו מחפשים אותו כשהם חמושים באקדח, הצטייד אף הוא באקדח והסתתר בדירה של ידיד. בחצות הלילה פרצו המנוח ואחיו לדירת הידיד בכח, תוך הדיפת הידיד מדרכם, והמנוח פנה לעבר המערער וכיוון אליו את אקדחו הדרוך. המערער ירה שלוש יריות לעבר המנוח והרגו. בית-המשפט העליון קבע שיש לזכותו מאשמה, בדחותו טענה של הפרקליטות שלפיה יש לראות באי-החזרת הרכוש על-ידי המערער אשמה קודמת השוללת ממנו את זכות ההגנה העצמית. בית-המשפט קבע כי המערער דווקא נהג באופן סביר וניסה למנוע את העימות, ושאל – באימרת אגב –

"האם, מעיקרו של דבר, יש מקום לשלול את הגנת הצורך בשל אירוע, אשר לא רק מבחינת אופיו אלא גם מבחינת מועד אירועו אירע במנותק מן האירוע האלים וזמן רב לפניו? האם לא צריכה להיות פרופורציה בין התנהגות קודמת רעה של נאשם לבין התגובה של הנפגע כלפיו, כדי שממעשה ההתגוננות של הנאשם מפני אלימות הנפגע תישלל הגנה של

1311 זוהי גישתו של פלר – ראו ע' 487-445 לספרו ד/2(ב); ע' 26-21 למאמרו ה/3; ע' 420-421 למאמרו ה/14.

1312 זוהי גישתה של גור-אריה – ראו ע' 157 למאמרה ה/6 וע' 82, 97 לספרה ד/5. בהמשך, לאחר שנעמוד על עיקרי דוקטרינה זו, נתייחס שוב להלכה הישראלית תוך הצעת פרשנות שונה, שלפיה אין לראות בה אימוץ של הדוקטרינה (לפחות לא אימוץ מלא שלה).

1313 זוהי גישתו של קרמניצר – ראו מאמרו ה/51.

1314 ראו פסק-הדין ב/41.

'צורך'? האם רק מכיוון שהנאשם חטא בעבירה, ויש מקום להענישו בגינה, ייהפך דמו הפקר, במובן זה שלא תעמוד לו הגנה עצמית?¹³¹⁵.

פסק-דין זה זכה לביקורת חריפה מאד של פלר, המתמקדת בטענה שאין בו ביסוס הגיוני לצמצום לקטטה דווקא. לפי ביקורת קיצונית זו, דומה הילכת טויטו להלכה סתמית המבוססת על האותיות הראשונות של שמות הנאשמים הורוביץ ושוקרון. דהיינו: כשם שבפסקי-דין אלה דובר – במקרה – בקטטות, כך ניתן לכאורה לקבוע הלכה המגבילה את תחולתה של הילכת הורוביץ-שוקרון לאותם מקרים שבהם שמות המשפחה של הנאשמים שהביאו את הצרה על ראשיהם מתחילים באותיות ה' או ש'¹³¹⁶. סבורני, כי ביקורת והשוואה אלה אינן במקומן. ראשית, ניתן לנמק את הצמצום הנ"ל הן במדיניות של הרתעה מעריכת קטטות והן בשכיחות התופעה. שנית, יש דווקא טעם רב בשאלות שעורר בית-המשפט, המצוטטות לעיל. שלישית – וזה העיקר – יש לתת את הדעת על כך שבית-המשפט צעד בכך צעד משמעותי בכיוון הרצוי (גם לדעת פלר עצמו) של ריכוך ההלכה הקשה יחסית שנקבעה בפסקי-הדין הורוביץ ושוקרון. לפיכך, לא ברור על שום מה יצא הקצף. זאת ועוד: למרות התנגדותי להילכת הורוביץ-שוקרון, קשה להסכים עם גישתו הקיצונית של פלר, המתמקדת בהותרת סייג ההגנה הפרטית על כנו ומותירה חלל כמעט ריק באשר לאלטרנטיבה המתבקשת, שהרי הסדר מסוים לסוגיה נושא דיוננו הוא – כמעט לכל הדעות – הכרחי.

(ז) הדוקטרינה של התנהגות חופשית במקור (actio libera in causa)

כידוע, השימוש המקובל ביותר בדוקטרינה זו הוא לשם הטלת אחריות פלילית על עושה, שבשעת ביצוע העבירה אמנם לא התקיימה לגביו דרישת הרצייה ("שליטה") (דהיינו: לא הייתה לו אפשרות בחירה בהתנהגות אחרת), אלא שבשלב מוקדם יותר – שלגביו התקיימה רצייה – עשה מעשה שגרם לכך שלאחר מכן ביצע את היסוד העובדתי של העבירה ללא רצייה. כך, למשל, ניתן להשתמש בדוקטרינה זו לשם הטלת אחריות על אדם שנהג במכוניתו במהירות מופרזת בגשם, החליק, ובמצב של חוסר שליטה במכונית המחליקה חצה צומת באור אדום. ללא השימוש בדוקטרינה מתחייב היה זיכוי מהעבירה של חציית צומת באור אדום, שכן בעת ביצוע עבירה זו לא התקיימה דרישת

1315 שם בע' 158-159, מפי השופט אור.

1316 ראו מאמרו ה'15/ של פלר, ובמיוחד ע' 191.

הרצייה. שהרי העושה לא שלט בהתנהגותו הרלוונטית (המשך הנסיעה), או – במילים אחרות – בשלב זה לא הייתה התנהגותו חופשית¹³¹⁷.

התנאי המקובל להטלת האחריות הוא שבשלב המוקדם (שבו פעל העושה ברצייה) התקיים אצלו היסוד הנפשי הנדרש לשם התגבשות העבירה, לרבות הליך הגרימה (המיוחד) שלה. קיימת אפשרות לקביעת הסדר שיטתי כזה – תוך החלה של הדוקטרינה – גם לסוגיה של גרימת העושה להיווצרות מצב של סייג לאחריות פלילית בכלל, ולענייננו – של סייג ההגנה הפרטית בפרט. אפשרות זו הוצעה על-ידי מלומדים מספר, הן במשפטנו והן מעבר לים¹³¹⁸, וכפי שניזכר בהמשך – גם אומצה על-ידי מנסחיה של הצעות חוק אחדות (אם כי לא בצורה מלאה).

תנאיה המפורטים יותר של הדוקטרינה הם, בענייננו, כדלקמן:

- א. בשלב השני – שבו נעברה העבירה במצב של אילוץ – צריכים כמובן להתקיים כל התנאים הנדרשים להתגבשות סייג ההגנה הפרטית;
- ב. בשלב המוקדם – שבו גרם העושה להיווצרות מצב האילוץ – צריכים להתקיים התנאים הבאים: 1. רצייה והיעדרו של סייג לאחריות פלילית; 2. היסוד הנפשי הנדרש להתהוות העבירה, תוך התייחסות לכל הליך הגרימה. כך, למשל, כשמדובר בעבירה של מחשבה פלילית נדרש שהעושה צפה בשלב המוקדם את האפשרות שהתנהגותו תביא למצב שבו תהא נשקפת סכנה לאינטרס לגיטימי שלו, שמקורה במעשה תקיפה, וכדי למנוע סכנה זו יהא עליו לפגוע בתוקף ובכך לבצע את היסוד העובדתי של העבירה;
- ג. בין שני השלבים צריך להתקיים קשר סיבתי, דהיינו: נדרש שההתנהגות בשלב המוקדם הייתה סיבה-בלעדיה-אין (causa sine qua non) להיווצרות מצב ההגנה הפרטית. דרישה נוספת שמקובל לעתים לצרף לדוקטרינה היא שהסיכון שאותו נטל העושה בשלב המוקדם (בענייננו – הסיכון שיהיה עליו לבצע את היסוד העובדתי של העבירה כדי להתגונן) היה בנסיבות המקרה סיכון בלתי סביר, וזאת

1317 שימוש אפשרי אחר בדוקטרינה הוא לשם הטלת אחריות על אדם שהשתכר מרצונו ולאחר מכן עבר עבירה בהיותו במצב של שכרות.

1318 ראו מאמרה ה'6 של גור-אריה; ע' 78-100 לספרה ד'5; ע' 224 למאמרה ה'7 וע' 100-130 לעבודת הדוקטורט ה'6 שלה. וראו ע' 695 ואילך למאמרו ט'29 של Robinson וע' 38 ואילך, 564 לכרך II של ספרו ח'12.

אם מקבלים את העיקרון הכללי, שלפיו נטילת סיכון, אפילו הייתה במודע, גוררת אחריה אחריות פלילית רק אם בנסיבות המקרה היה הסיכון בלתי סביר¹³¹⁹.

הרעיון המרכזי העומד מאחורי החלת הדוקטרינה בענייננו הוא, שלגבי השלב השני אין להטיל על העושה אחריות פלילית, וזאת כדי לאפשר לו לבצע את ההתנהגות המוצדקת והרצויה – גם לחברה – (של הגנה פרטית) נוכח הנסיבות המצדיקות, אך כדי להרתיע מפני יצירת מצבים מסוכנים שכאלה יש להטיל על העושה אחריות פלילית, שמרכז הכובד שלה נעוץ בשלב המוקדם של הגרימה להיווצרות הנסיבות המצדיקות. דהיינו: יש כאן ניסיון להעברת שני מסרים נפרדים: לגבי מצב ההגנה הפרטית – אם כבר נקלע העושה למצב כזה מוצדק שיפעל, ולגבי ההתנהגות הקודמת שגרמה למצב זה – על העושה להימנע מלבצע התנהגות כזו.

יתרון בולט של השימוש בדוקטרינה הוא יצירת התאמה בין אשמתו של העושה לבין אחריותו הפלילית. כך, כדי לייחס לעושה עבירה של כוונה, אין די בכך שבשלב המוקדם צפה את השתלשלות העניינים, אלא נדרש שהתכוון לפגוע בתוקף בנסיבות של הגנה פרטית¹³²⁰. בכך מתגברים המצדדים בדוקטרינה על ליקוי בולט הנפוץ בהסדרים אחרים שמהותם היא שלילת סייג ההגנה הפרטית נוכח אשמה קודמת של העושה. מנגד, גם אם היה העושה בשלב המוקדם רשולן בלבד (צפה את התפתחות הדברים בכח בלבד, דהיינו: ניתן היה לצפות) עדיין אפשר יהיה להטיל עליו אחריות פלילית תואמת – לעבירת רשלנות – אם קיימת באותה שיטת משפט עבירה מתאימה לעניין זה (כגון גרם מוות ברשלנות – אם הומת התוקף). יצוין כי די בשתי השלכות אחרונות אלה של הדוקטרינה – לעניין עבירות כוונה ולעניין עבירות רשלנות – כדי לשלול את הפרשנות

1319 השיקול העיקרי המקובל להערכת סבירותו של הסיכון הוא השיקול התועלתני – ראו ע' 156-155 למאמרה ה'6/ של גור-אריה. להצגה אחרת של תנאי הדוקטרינה בענייננו, שאינה כוללת דרישה של אי-סבירות הסיכון, ראו ע' 564 לכרך II של ספרו ח'12/ של Robinsom.

1320 יש לציין כי קיימת דעה, שלפיה די בצפייה (בלבד) בשלב הגרימה למצב כדי להטיל אחריות פלילית על עבירת כוונה שנעברה במצב האילוץ. עמדה זו – שאיני מסכים אתה נוכח העובדה שהיא אינה הולמת באופן מלא את עקרון האשמה – באה לידי ביטוי בסעיף 39 להצעת החוק ג'11/; בסעיף 46 להצעת החוק ג'11/ ובסעיף 45 להצעת החוק ג'11/, ובעקבות הצעות החוק – גם בנוסחו החדש של סייג ההגנה העצמית, בסעיף 34 לחוק העונשין א'11/. מעניין לציין שבאשר ל"העדר שליטה", "צורך" ו"כורח", הותנתה בחוק החדש האחריות לעבירות הכוונה ביסוד נפשי של כוונה כבר בשלב הראשון – "נכנס אדם למצב כדי לעבור את העבירה, והיא מותנית גם בתוצאה, רואים אותו כמי שעבר את העבירה בכוונה" – ראו סעיף 34 ד" (כניסה למצב בהתנהגות פסולה") לחוק העונשין א'11. וראו גם הטקסט שלהלן המפנה לה"ש 1326; וה"ש 1348 שלהלן.

שניתנה במקומותינו (ושהוזכרה לעיל) להלכה הישראלית שנקבעה בפסקי-הדין הורוביץ ושוקרון, ולפיה כביכול הוחלה בהם הדוקטרינה. שהרי, ההלכה שנקבעה בהם היא שלילה של סייג ההגנה הפרטית נוכח כניסה "ביודעין ושלא כדין" למצב האילוף¹³²¹.

עוד יצוין, כי אין מניעה להחיל את הדוקטרינה גם על גרימה להיווצרות מצב של הגנה פרטית מדומה, כמו גם על גרימה לכך שאדם אחר יבצע עבירה בנסיבות המצדיקות של הגנה פרטית – אם כי במקרה האחרון ניתן לבסס את האחריות הפלילית גם על הדוקטרינה הכללית של ביצוע באמצעות אחר (ביצוע עקיף).

מכאן לקשיים שמעוררת הדוקטרינה ולחסרונותיה. כאמור, הדוקטרינה מבוססת על הרעיון שבשלב השני (של מצב האילוף) יש לאפשר לעושה לפעול בהגנה פרטית ולפיכך אין לשלול ממנו את הסייג לאחריות פלילית, אלא שיש להרתיעו בשלב הראשון מליצור את נסיבות המצב. לכאורה יש בכך טעם רב, במיוחד לאור העובדה שבעוד שבשלב השני – מצב האילוף – קשה לכוון את התנהגותו של העושה (במיוחד כשהוא נתון בסכנה חמורה לחייו או לגופו), הרי שבשלב הראשון ניתן וצריך לכוון את התנהגותו כך שיימנע מיצירת הסיכון. אלא שמבנה מורכב זה של אחריות יוצר קשיים לא קטנים.

הקושי הראשון הוא עיוני ומוסרי. ההסדר שמתווה הדוקטרינה הוא – במקרה הטוב – מעורפל, שכן קשה להבין כיצד יכול אדם להיות מוצדק בהמתת אדם אחר (נוכח ההכרה בהתקיימות סייג ההגנה הפרטית) ובר-בזמן אשם בהמתתו (נוכח החלת הדוקטרינה), דהיינו: מוצדק ואשם בגין אותה המתה(!). במילים אחרות: כיצד יכול אדם להיות אשם מוסרית בביצוע פעולה, כשפעולה זו עצמה היא מוצדקת מוסרית? Montague, שעמד על קושי זה¹³²², התמקד בהיבט המוסרי, תוך השלמה מסוימת עם כך שמשפטית אולי ייתכנו סתירות שכאלה... אלא שנראה כי גם בעיני המשפטן יקשה מצב שבו מוכרת זכותו של אדם, והוא מממש אותה, ובכל זאת מתגבשת עבירה פלילית.

1321 אם בכל זאת רוצים למצוא קשר בין ההלכה הישראלית לדוקטרינה *actio libera in causa*, הרי שניתן לראות את שני סייגי ההלכה כנובעים מן הדוקטרינה: סייג הפרת "כללי המשחק", במיוחד אם מרחיבים אותו לכדי "סייג ההפתעה", מצביע על היעדר צפייה בפועל של ההשתלשלות, ו"סייג ההסתלקות" ("withdrawal") עשוי להצביע על היעדר צפייה כזו – לפחות באשר להליך הגרימה. אלא שגם לאור ראייה כזו של סייגי ההלכה, עדיין רחוקה היא, להערכת, מן הדוקטרינה.

1322 ראו ע' 81-87 למאמרו ז'.

יתרה מזו: סבורני כי בניגוד להנחה של המצדדים בדוקטרינה, שלפיה היא מאפשרת הגנה פרטית ואינה מרתיעה מפני ביצוע המעשה המוצדק והרצוי בשלב השני (מצב האילוץ), דווקא קרובה הטלת האחריות הפלילית באמצעות הדוקטרינה לשלילה של סייג ההגנה הפרטית ולהרתעה מפני ההתגוננות (או ההגנה). שהרי, אמנם מודגש במסגרת הדוקטרינה השלב הראשון (ההתנהגות המוקדמת שגרמה להיווצרות המצב והיסוד הנפשי שנלווה אליה), אך אין להתעלם מכך שהאחריות הפלילית נקבעת גם על-פי מה שאירע בפועל בשלב השני. לפיכך, אם יימנע העושה – בהיותו במצב האילוץ עצמו – מלפעול בהגנה פרטית, לא תוטל עליו אחריות כלשהי, שהרי לא יפגע בתוקף; בעוד שאם יפעל בהגנה פרטית ויפגע בתוקף תוטל עליו אחריות פלילית שתלך ותגדל עם החמרת הפגיעה בתוקף. מה הם אפוא המסר והדרכת ההתנהגות הניתנים לעושה שכבר נקלע למצב האילוץ? – "פעולתך – בכפוף לתנאי ההגנה הפרטית – היא מוצדקת, כך שייטכן שמוצדק אפילו שתפעיל כח קטלני; אך דע לך כי אם תפגע בתוקף תוטל עליך אחריות פלילית, וככל שתהא הפגיעה חמורה יותר כן תגדל אחריות זו!".

המצדדים בדוקטרינה היו ערים לאפשרות זו של הרתעת העושה מפני ביצוע הפעולה המוצדקת בשלב השני נוכח האחריות שמטילה הדוקטרינה, ובפיהם התשובה הבאה: למרות הטלת האחריות באמצעות הדוקטרינה, עדיין עדיף יהיה לעושה לבצע במצב האילוץ את המעשה המוצדק – כדי להקטין את אחריותו – ולפיכך אין הדוקטרינה מרתיעה מפני ביצועו. האומנם? הדוגמה הניתנת לעניין זה – ולא במקרה – היא של סייג הצורך המצדיק, המבוסס על בחירה ברע במיעוטו. הטענה היא שאם העושה יצר סיכון של נזק X, שלנטרולו נדרשת פעולה מוצדקת שפגיעתה Y, עדיף לעושה לבצע את הפעולה, שכן כך יישא באחריות לנזק Y במקום לנזק X, כשמתוך הגדרה (של הבחירה ברע במיעוטו) קטן הנזק Y מן הנזק X¹³²³. אלא שסבורני כי הסבר זה מוגבל לסייג הצורך המצדיק, ואינו תקף באשר לסייג ההגנה הפרטית. ראשית, במקרה השכיח, שבו העושה שגרם באשמתו להיווצרות המצב הוא גם הנתקף, אין ספק שאחריותו הפלילית תהא קטנה יותר אם יימנע מלבצע הגנה פרטית – שהרי אם לא יפגע בתוקף כלל לא תוטל עליו אחריות פלילית(!). שנית, במקרה הפחות שכיח, שבו העושה גורם באשמתו להיווצרות מצב שבו נתקף אדם אחר, בהחלט עלולה החלת הדוקטרינה להרתיעו מלפעול, שכן ייתכן כי כדי למנוע פגיעה מסוימת בנתקף יש לפגוע פגיעה

1323 הסבר כזה – במילים אחרות – ניתן על-ידי Robinsן בע' 41 לכרך II של ספרו ח12/; על-ידי גור-אריה בע' 224 למאמרה 7/; ועל-ידי מנסחי הצעת החוק הישראלית ג2/ (גלגול מוקדם של ההצעה) – בע' 210.

מוצדקת (!) גדולה יותר בתוקף. שהרי, סייג ההגנה הפרטית אינו מבוסס – כסייג הצורך המצדיק – על גרימת רעה לתוקף הקטנה מן הרעה שעלול התוקף לגרום לנתקף¹³²⁴. אמת, כשהעושה (שגורם באשמתו להיווצרות המצב) הוא גם הנתקף, קטן החשש שיירתע מלבצע את פעולת ההגנה הפרטית המוצדקת, שהרי אדם קרוב אצל עצמו וסביר להניח שיפעל בהתאם לאינסטינקט ההישרדות. אך כשהעושה גורם באשמתו לכך שאדם אחר יותקף, עלולה החלת הדוקטרינה להרתיעו מלהציל את הנתקף, אף שרצוי לחברה שיצילו¹³²⁵. לפיכך, הצעתי היא שגם נוכח אימוץ של הדוקטרינה, היא תשוכלל בהוספה של נסיבה מקלה שחובה יהיה על בית-המשפט להביאה בחשבון כשהנתקף הוא אדם אחר.

קושי אחרון זה נובע מהבדל מרכזי הקיים בין הסוגיה נושא דיונו לבין המקרה שלגביו שכיח השימוש בדוקטרינה – היעדר רצייה. שכן, כשפועל אדם ללא רצייה (עד כמה שאפשר בכלל לומר שהוא "פועל") ועובר עבירה פלילית, אין מעשהו רצוי וכן אין כל אפשרות להכוונת התנהגותו (בשלב השני). לעומת זאת, כשפועל אדם במסגרת הגנה פרטית, מעשהו מוצדק ורצוי וכן ניתן להדריך את התנהגותו – אם כי לעתים רק בצורה מוגבלת, נוכח מצב האילוץ ואינסטינקט ההישרדות. כך שיש לתת בענייננו את הדעת על האפשרות שהטלת אחריות באמצעות הדוקטרינה, גם אם נועדה לכונן רק את ההתנהגות המוקדמת (שגורמת למצב), תשפיע (בכיוון של הרתעה) גם על ההתנהגות במצב האילוץ.

למעשה, קיים קושי בעצם הפיכת האחריות הפלילית של העושה הגורם באשמתו להיווצרות מצב ההגנה הפרטית לפונקציה של פעולתו במצב האילוץ ושל תוצאותיה. שהרי, אם מקבלים את ההנחה שהתנהגותו האסורה ואשמתו מרוכזות בשלב המוקדם של הגרימה למצב, מהי ההצדקה של הגדלת אחריותו בהתאם לפעולתו המוצדקת שבמצב עצמו? אם מקבלים שהפעולה במצב היא מוצדקת, אין – לפחות לכאורה – להגבילה בדרך של ייחוס תוצאותיה המזיקות לעושה והטלת אחריות בגינן. באפשרות כזו, של חריצת אחריותו הפלילית של העושה כבר בשלב המוקדם כך שפעולותיו המוצדקות במצב האילוץ לא יעלו ולא יורידו, נדון בהמשך – תוך התייחסות להסדר אפשרי של הסוגיה באמצעות עבירה ספציפית של העמדה בסכנה.

טענה נוספת כנגד הדוקטרינה היא שבשלב המוקדם בדרך-כלל אין לעושה כוונה של ממש, אלא הוא מבצע הערכות סיכויים מסובכות, ולפיכך אין הדוקטרינה מאפשרת

1324 קיימת אמנם דרישת הפרופורציה, אולם אין נדרשת שקילות מלאה – ראו פרק ד(8)(א) שלעיל.
1325 לעמדה כזו ראו גם ע' 20 למאמרם ה-45 של אנקר וקנאי.

לייחס לו עבירת כוונה. סבורני כי אין בטענה זו ממש, שכן אם כזה הוא המצב, אזי אכן אין אשמתו של העושה מצדיקה לייחס לו עבירת כוונה, וניתן וצריך להסתפק בעבירה של מחשבה פלילית¹³²⁶.

נימוק תועלתני מעניין לשלילת הדוקטרינה, המובא בספרות הפילוסופית על-ידי Wasserman, הוא שיהא זה בזבוז להתיר לפרובוקטור להתגונן ולהציל את חייו תוך המתת התוקף, שהרי ממילא צפוי הוא (בשל הפרובוקציה שגרמה למצב) למאסר עולם¹³²⁷. לדעתי, אין בנימוק זה ממש אפילו במישור התועלתני המצומצם. שהרי, בסיטואציה המתוארת של "חיים מול חיים", גם האלטרנטיבה – המתת הפרובוקטור שנמנע מלהתגונן על-ידי התוקף – תביא לכליאה ממושכת של הנוותר בחיים, שכן מעצם הגדרתה של ההגנה הפרטית, התקיפה שמבצע התוקף היא בלתי חוקית.

חיסרון אחר של החלת הדוקטרינה על הסוגיה נושא דיונו, חיסרון שניתן לתקנו, הוא היעדר הגבלה מספקת על טיב ההתנהגות הנדרשת בשלב המוקדם (של יצירת המצב). מובן כי אין מקום להגבלה בעלת אופי קזואיסטי, מסוג ההגבלות שעליהן עמדנו לעיל (כגון התייחסות לתקיפה, לנשיאת נשק, להליכה למקום מסוים וכו'). אלא שיש בהחלט צורך בהגבלה כללית. בהצעות חוק – הן בארצנו והן בארצות הים – שבהן אימצו באופן חלקי את הדוקטרינה, הוספה בדרך-כלל דרישה הנוגעת לטיב ההתנהגות המוקדמת. הדרישות המקובלות הן של התנהגות בלתי חוקית¹³²⁸ או של הסתפקות בהתנהגות "פסולה"¹³²⁹. משהסדיר המחוקק הישראלי את הסוגיה נושא דיונו בהגדרתו החדשה של סייג ההגנה העצמית, הסתפק בהתנהגות "פסולה"¹³³⁰. בחריג המקרה המיוחד של "המזימה הגדולה"¹³³¹, סבורני כי ביתר המקרים אין להסתפק בהתנהגות פסולה, אלא יש לדרוש התנהגות בלתי חוקית ממש. ראשית, שימוש (חדשני) במושג

1326 ראו גם ה"ש 1320 שלעיל; והש" 1348 שלהלן.

1327 ראו ע' 370 למאמרו 6/ של Wasserman.

1328 כך בסעיף 44(6) להצעת החוק האנגלית יג2/ משנת 1989, וזאת אף שמדובר במקרה המיוחד של "המזימה הגדולה", שלגביו סבורני כי אין להגביל את הטלת האחריות בדרישה כלשהי הנוגעת לטיב ההתנהגות (יצוין כי מנוסח מאוחר יותר של ההצעה האנגלית הושמטה הדרישה המיותרת להתנהגות בלתי חוקית – ראו סעיף 27(7) להצעת החוק יג10/ משנת 1993). כך גם רצוי – לדעתי – לפרש את הילכת הורוביץ, העוסקת ב"מי שהכניס ראשו ביודעין ושלא כדין אל תוך המצב..." (ההדגשה הוספה) – ראו ה"ש 1307 שלעיל והטקסט המפנה אליה.

1329 כך בסעיף 46 להצעתם 4/ של פלר וקרמניצר.

1330 ראו נוסחו הנוכחי של סעיף 34 לחוק העונשין (א1) / כפי שנקבע בתיקון מס' 39 (א17/).

1331 לגביו – כאמור – סבורני כי נוכח אשמתו הגדולה מאד של העושה, כוונתו ותכנונו מראש את כל השתלשלות העניינים, אין צורך בהגבלה כלשהי על טיב ההתנהגות המוקדמת.

“התנהגות פסולה” הוא להערכתו בעייתי מאד במשפט הפלילי. המושג אינו מוגדר (כפי הנראה הוא מבוסס על ההערכה החברתית) ולפיכך הוא מעורר קשיי פרשנות אינהרנטיים, עמימות והיעדר הדרכה מספקת – לא רק לציבור אלא גם לשופטים¹³³². במשפט הפלילי יש להימנע – במידת האפשר – ממושגי סתום מעורפלים שכאלה¹³³³. שנית – וזה העיקר – סבורני כי נוכח התנהגות חוקית (גם אם “פסולה”) של העושה בשלב המוקדם, אין מקום לייחס לו אחריות פלילית כלשהי. דומה, כי תהא זו הגבלה חמורה מדי על חירותו של האדם אם תוטל עליו החובה להימנע מהתנהגויות חוקיות לחלוטין, רק משום שהוא צופה אפשרות (שסיכוייה, כידוע, עשויים להיות נמוכים, שכן די במסגרת המקובלת של מחשבה פלילית בעצם קיומה של אפשרות זו – בהבדל גדול, למשל, מהילכת הצפיות¹³³⁴) שבעקבות התנהגות זו יתקוף אותו אדם אחר תקיפה בלתי חוקית (!) שתאלץ אותו להתגונן. אין לכפות על האדם לכלכל מעשיו בהתאם לתוקפנותם הבלתי חוקית האפשרית של אחרים¹³³⁵. לעומת זאת, כשאדם עובר עבירה פלילית תוך צפייה שבכך יגרום להיווצרות השתלשלות עניינים שכזו, אזי סביר יותר להצדיק אחריות פלילית שבמסגרתה תיוחסנה לו גם התוצאות הצפויות (בפועל) מהתנהגותו, הגם שתיגרמנה רק בשלב השני – תוך הגנה פרטית¹³³⁶.

1332 ראו והשוו לדיון במושג ההתנהגות הפסולה אשר בע' 17-18 למאמרם ה-45 של אנקר וקנאי; ע' 126 למאמרו ה-48 של קרמניצר; ע' 131 למאמרה ה-49 של גור-אריה; ע' 492-493 למאמרו ה-50 של לדרמן וע' 474-475 למאמרו ה-51 של קרמניצר. בעוד שבמאמרו הראשון דלעיל מנסה קרמניצר להגן על ההסתפקות בהתנהגות “פסולה” שנקבעה במקומותינו בהצעת החוק ולאחר מכן בחוק עצמו, הרי שבמאמרו השני דלעיל כבר מסכים הוא לכך שהסתפקות זו איננה רצויה.

1333 ראו לעניין זה הדיון שבפרק ב(2) שלעיל.

1334 הדורשת צפיית התוצאה כקרובה לוודאי כתחליף מהותי לכוונה.

1335 יש לציין כי דרישות אחרות שבהן מסתפקים לעתים, כגון סיכון בלתי סביר (ראו ה"ש 1319 שלעיל והטקסט המפנה אליה) או “ללא סיבה סבירה” (ראו למשל סעיף 39 להצעת החוק ג/1 של הוועדה בראשות אגרנט), אינן מביאות לתוצאה, הרצויה לדעתי, של דרישת התנהגות בלתי חוקית. ניתן לומר כי אם “הסיכון סביר”, תהא לעושה “סיבה סבירה”, אך ספק רב אם עצם היותה של ההתנהגות חוקית יתפרש כ“סיבה סבירה”.

1336 כאן מתבקשת התייחסות מיוחדת ליסוד הנפשי של אדישות, דהיינו שוויון נפש ואי-אכפתיות באשר לאפשרות התרחשות התוצאה הנדרשת בהגדרת העבירה. בשיטות משפט רבות – וביניהן הישראלית – לא הבחין המחוקק בין האדישות לקלות-הדעת (לפיכך נוהגים לכרוך את שתייהן יחדיו תחת קורת הגג המשותפת “פזיזות” – ראו, למשל, סעיף 20(א)(2) לחוק העונשין א/1 כפי שנקבע בתיקון 39 (א/17)) והסתפק בהבחנתן מן הכוונה – החמורה יותר – ומן הרשלנות – החמורה פחות. יתרה מזו: סבורני כי המקרים שבהם נעברת עבירה באדישות הם בעיקר המקרים ה“ספורתיים”. שכן, במציאות, נדיר מאד שלאדם השפוי בדעתו לא אכפת אם

סיוג רצוי נוסף של הדוקטרינה – אם בוחרים בה להסדרת הסוגיה נושא דיונונו – נוגע לעבירות הרשלנות. כאמור, ניתן להטיל באמצעות הדוקטרינה אחריות פלילית – לעבירת רשלנות – גם על מי שבעת הגרימה למצב היה רשלן בלבד באשר להתפתחויות שבאו לאחר מכן, דהיינו: לא צפה אותן בפועל, אלא בכח בלבד (יכול וצריך היה לצפותן). מחד גיסא ניתן לומר, כי אם המחוקק קבע עבירת רשלנות, יש ליתן לקביעתו זו נפקות מלאה – תוך החלת הדוקטרינה גם כשהגרימה למצב התבצעה ברשלנות בלבד¹³³⁷. מאידך גיסא, סבורני כי יש לתת את הדעת על כך שרשלנות היא החרגה בעולם האחריות הפלילית – עולם המבוסס בדרך-כלל על מחשבה פלילית¹³³⁸. דומה כי

תרחש התוצאה הקבועה בעבירה פלילית. בדרך-כלל או שהוא חפץ בה – שאז מדובר בכוונה – או שאינו מעוניין בה, ולו רק כדי להימנע מאחריות פלילית. לעומת זאת, שכיחים הם המקרים של קלות-דעת, דהיינו: חוסר רצון בתוצאה ותקווה שלא תתרחש. לפיכך, יש טעם מעשי בהתייחסות למחשבה הפלילית בכללותה (בהבדל מכוונה מצד אחד ומרשלנות מצד אחר) ביחס הראוי לקלות-הדעת.

אלא שאם מדייקים ומבחינים בין האדישות לקלות-הדעת, מתבקש, לדעתי – לפחות בעניינינו – להכפיף את האדישות להסדר הניתן לכוונה, הקרובה לה מאד בחומרתה ובאנט-חברתיות המגולמת בה. לפיכך, גם נוכח אדישות – אם אכן מתקיים מצב נפשי נדיר זה במקרה הקונקרטי – אין צורך בהגבלה משמעותית על טיב התנהגותו של העושה כדי להטיל עליו אחריות פלילית. נימוקי עמדתי זו הובאו במסגרת הדיון ב"מזימה הגדולה", ודומה כי יפים הם גם לעניין האדישות, הגם שבמקרה זה עוצמתם קטנה מעט יותר. כך שנוכח גרימה למצב ההגנה הפרטית באדישות, אין זה הכרחי לדרוש אי-חוקיות של מעשה הגרימה אלא די, למשל, בהתנהגות פסולה.

ובכל זאת, נוכח עמימותו הבלתי רצויה של מושג זה ("פסולה"); נוכח נדירות האדישות ושכיחות קלות-הדעת במציאות; ונוכח המצב המשפטי הנ"ל הקיים בעניין זה בשיטות משפט רבות ובמשפטנו – של חוסר הבחנה מעשית בין האדישות לקלות-הדעת; סבורני כי ניתן לוותר על הבחנה כזו בעניינינו. היה ותשתנה התפישה הכללית באשר ליסוד הנפשי שבעבירה, יהיה כמובן מקום לתיקון ברוח זו בהסדר המוצע כאן.

וראו גם ההתייחסות לקטגוריית האדישות שבע' 19 למאמרם ה-45 של אנקר וקנאי.

1337 לעמדה ברוח זו ראו ע' 159 למאמרה ה-6 של גור-אריה.

1338 חריג שהתיישבותו עם עקרון האשמה מוטלת בספק – במיוחד לאור המבחן האובייקטיבי ("האדם הסביר") המקובל בשיטות משפט רבות – ולפיכך גם מפוקפקת הצדקתו (של חריג הרשלנות). לעמדה דומה בעניין הגורם באשמתו להיווצרות מצב של סייג הכורח ראו ע' 46 לספרו ד' 5/ של אנקר. אך השוו לסעיף 45 להצעתם ג' 5/ של אנקר וקרפ, שלפיו אפשרית הטלת אחריות לעבירת רשלנות בגין "כניסה למצב מרצון" אם העושה היה רשלן בשלב המוקדם ("היה עליו לדעת..."). ואם בהצעות חוק עסקינן, יצוין כי לפי הצעת החוק של הוועדה בראשות אגרנט (11/; סעיף 39) די ברשלנות בשלב הכניסה למצב לשם הטלת אחריות פלילית (לעבירת רשלנות, כמובן), וכי לפי הצעת החוק ג' 4/ של פלר וקרמניצר (סעיף 46) אין די בעניינינו ברשלנות. כך גם על-פי נוסחו הקיים של סעיף 34 לחוק העונשין (18/). כפי שנקבע

y:\misrad-2003\books\sangero\00-07-16\sanj-09.doc

8/28/2000 10:59:00 AM

נוכח רשלנות בלבד של העושה בשלב המוקדם, יש לשים את הדגש על כך שבשלב השני הייתה התנהגותו מוצדקת (במסגרת ההגנה הפרטית) ולהימנע מהטלת אחריות. אחריות כזו עלולה – להערכתי – להיות מרחיקת לכת מדי, בשים לב להשתלשלות הדברים המורכבת המובילה אליה (לרבות התנהגותו הקודמת של העושה; גרימתה לתקיפה בלתי חוקית של אדם אחר שהוא בגיר ושפוי בדעתו (התוקף); הסכנה לנתקף; הצורך בכח מגן; השימוש בכח מגן ותוצאותיו; והעבירה הכרוכה בשימוש זה בכח ובתוצאותיו)¹³³⁹. אחריות כזו עלולה גם להגביל באופן בלתי סביר את חירות הפעולה של האדם.

סייג אחרון שיש להטיל על האחריות הפלילית המושתתת על הדוקטרינה הוא נסיבה מקלה. כפי שראינו לעיל, הטלת אחריות פלילית באמצעות הדוקטרינה עלולה להרתיע את העושה מפני השימוש בכח מוצדק להגנה פרטית במצב האילוף. לפיכך, כבר שם הוצע, כי כשהאינטרס שבסכנה הוא של אדם אחר (שאינו העושה, אשר גרם למצב) היא על בית-המשפט להקל בעונשו של העושה – וזאת כדי לעודדו להציל את הנתקף מכף תוקפו. כאן ברצוני להרחיק לכת ולהציע כי גם כשהאינטרס שבסכנה הוא של העושה עצמו (שגרם למצב באשמתו), יוקל עונשו של העושה בהשוואה לעושה אחר, אשר עבר את אותה עבירה ללא הנסיבות המצדיקות¹³⁴⁰. הטעם העיקרי להצעה זו הוא שאשמתו של העושה הראשון נמוכה משל חברו. מובן, שאין הכוונה לסיווג המשפטי של אשמתו, שכן גם על-פי הדוקטרינה נדרשת – בשלב הגרימה למצב – מחשבה פלילית לשם הרשעה בעבירה של מחשבה פלילית, אלא שדומה כי המתת אדם במודע חמורה יותר

בתיקון מס' 39 (א/17) ("... תוך שהוא צופה מראש את אפשרות התפתחות הדברים.") (ההדגשה הוספה). לבסוף יצוין כי במסגרת תיקון מס' 39 אמנם נעשה צעד נכון כשנקבע בחוק העונשין שהרשלנות היא חריג, אך טרם נעשה המעבר הרצוי מהמבחן האובייקטיבי (בעבר "האדם הסביר" וכיום "האדם מן היישוב") אל המבחן הסובייקטיבי לרשלנות (ראו – בהתאמה – סעיפים 19(1) 211- לחוק העונשין א/18).

1339 עמדה מעניינת נקטה כאן Silving, שהציעה כי בית-המשפט יוסמך להטיל אמצעים מיוחדים שמטרתם ביטחון וחינוך על הגורם ברשלנותו להיווצרות המצב המצדיק שימוש בכח. האמצעים המוצעים הם השגחה ו/או טיפול פסיכיאטרי (בהסכמת הנאשם); שלילתו או השעייתו של רישיון לנשיאת נשק או להחזקתו; אמצעים חינוכיים; ואיסור לבקר במקומות מסוימים או להישאר בהתאגדויות מסוימות. הנחת המחברת היא כי התבנית של "פרובוקציה חסרת-הכרה" עשויה לחזור אצל אנשים מסוימים – ראו ע' 390, 394-395 לספרה ח/21. סבורני, כי יש כאן שאלה מדעית-אמפירית כבדת משקל: האומנם קיימת נטייה כזו – לעורר תוקפנות ברשלנות – אצל אנשים מסוימים והאומנם חולנית היא וניתנת לטיפול וריפוי? האינטואיציה שלי משיבה בשלילה – לפחות על חלקה השני של השאלה.

1340 הסדר כזה – של אחריות מופחתת – נקבע בסעיף 47(2) להצעתם 5/ של אנקר וקרפ.

בהשוואה לגרימה במודע להיווצרות מצב שבו נאלץ העושה להמית – בכפוף לתנאים המצדיקים של ההגנה הפרטית – אדם התוקף אותו תקיפה בלתי חוקית שמסכנת את חייו¹³⁴¹. אין להתעלם מן העובדה שהתרומה העיקרית להיווצרות מצב האילוף היא של התוקף ולא של העושה, כמו גם מהעובדה שלתוקף שליטה באירוע, שהרי ביכולתו לחדול מתקיפתו¹³⁴². אמירה זו אמנם לא תהא נכונה במקרה של "המזימה הגדולה" (כוונה ותכנון מראש של כל השתלשלות העניינים על-ידי העושה), אלא שלגבי מקרה מיוחד וחמור זה אכן אין מוצעת כאן הקלה כלשהי בעונשו של העושה¹³⁴³.

לפני סיום הדיון בדוקטרינה, מתבקשת הערה טרמינולוגית. השם המקובל לדוקטרינה הוא, כאמור, "actio libera in causa" – "התנהגות חופשית במקור"¹³⁴⁴. ברם, בעוד ששם זה מתאים מאד לדוקטרינה כשהיא משמשת להטלת אחריות למרות היעדר רצייה ("שליטה") – שאז אכן בשלב השני אין ההתנהגות חופשית אך במקור (בשלב הראשון) הייתה היא חופשית – אין שם זה הולם את הדוקטרינה כשהיא מופעלת בענייננו, שהרי בשני השלבים התקיימה רצייה. שם אפשרי אחר, מתאים יותר, ניתן לדוקטרינה בספרות המשפטית הגרמנית – "actio illicita in causa"¹³⁴⁵. אם מקבלים שעל ההתנהגות הקודמת להיות בלתי חוקית, יתאים שם זה למרבית המצבים, למעט אלו של "המזימה הגדולה" שבהם אין מקום לדרישה כזו. ואולי עדיף לדבר על "התנהגות נטולת אילוף במקור" או על "התנהגות נטולת הצדקה במקור".

(ח) ההסדר החדש שבחוק הישראלי והשוואתו להלכה ולדוקטרינה

לאחרונה הסדיר המחוקק הישראלי את סוגיית הגרימה באשמת העושה להיווצרות מצב ההגנה הפרטית, תוך קביעה כדלקמן:

1341 אולי ניתן לבסס את האינטואיציה שלי בעניין זה על עובדותיו של פסק-הדין ב-26/ בעניין הורוביץ. העושה נגרר לעימות הקטלני על-ידי המנוח, שהיה נחוש בדעתו "לשלוח אותו לבית-החולים". אם אכן היה מקום להטיל עליו אחריות פלילית (לספקותיי בעניין זה ראו הפסיקה שלאחר ההפניה לה"ש 1307 שלעיל) דומני כי החמרה בעונשו נוגדת את תחושת הצדק. "אולי" – משום שספק, כאמור, אם היה בכלל מקום להטיל עליו אחריות פלילית. לעמדה דומה – שלפיה יש מקום להקל בדינו של הגורם באשמתו למצב – ראו ע' 22 למאמרם ה-45/ של אנקר וקנאי.

1342 לעמדה דומה ראו ע' 477 לספרו ד/2(ב) של פלר. עם זאת, עליו לשוב ולהסתייג ממסקנתו מרחיקת הלכת, שלפיה אין להטיל על העושה אחריות פלילית.

1343 כן ייתכן, כאמור, שגם לאדישות יאה בעניין זה דין הכוונה – ראו ה"ש 1336 שלעיל.

1344 ראו, למשל, ע' 151 למאמרה ה-6/ של גור-אריה.

1345 ראו ע' 752 ואילך, 760, 769 ואילך למאמרו ט/600 של Herrmann.

“ואולם, אין אדם פועל תוך הגנה עצמית מקום שהביא בהתנהגותו הפסולה לתקיפה תוך שהוא צופה מראש את אפשרות התפתחות הדברים”.¹³⁴⁶

עצם הסדרתה של סוגיה חשובה זו בחוק עצמו היא רצויה, וזאת למרות הספקות שהובעו באשר לאפשרות להסדיר סוגיה כה מורכבת בחוק עצמו¹³⁴⁷. אך ההסדר שנקבע אינו מושלם וטעון שיפור – בהתאם למסקנות הדיונים שלעיל.

חיסרון מרכזי אחד של ההסדר החדש הוא ההסתפקות בצפייה (דהיינו: במחשבה פלילית כלשהי, לרבות אדישות ולרבות אפילו קלות-דעת) לשם הרשעה בעבירת כוונה. על חסרונותיו של הסדר שכזה, שאינו הולם את דרישת האשמה, כבר עמדנו לעיל בפרק זה¹³⁴⁸. מעניין לציין שלעניין הסייגים “היעדר שליטה”, “צורך” ו”כורח” דווקא ידע המחוקק ליצור התאמה לאשמתו של העושה, בקובעו בסעיף 34 יד (“כניסה למצב בהתנהגות פסולה”) כך: “נכנס אדם למצב כדי לעבור את העבירה, והיא מותנית גם

1346 סעיף 34 סיפא לחוק העונשין א/1 כפי שנקבע בתיקון מס' 39 (א/17), ובדומה אף קודם לכן – בתיקון מס' 37 (א/2).

1347 לספקות כאלה ראו, למשל, ע' 446 למאמרו ה/51 של קרמניצר.
1348 לדעה אחרת, ראו ע' 476 למאמרו ה/51 של קרמניצר, הכותב לעניין זה, בין היתר, כך: “לפי הביקורת, גישת הפסיקה עלולה להביא להחמרת יתר כאשר בשלב הראשון פעל העושה מתוך פזיזות, שכן בשלב השני היסוד הנפשי הטיפוסי הוא כוונה. לדעתי, אין לראות בכך שיקול מכריע. ראשית, יש להבהיר כי גם אם הפגיעה בתוקף בשלב השני היא בדרך-כלל מכוונת, תוצאת הפגיעה איננה בהכרח מכוונת. כוונת המתגונן היא להדוף את ההתקפה ולעשות את כל הדרוש לשם כך, כולל פגיעה בתוקף. אין ללמוד מכאן כי הוא רוצה לגרום חבלה חמורה או מוות לתוקף. שנית, גם אם התכוון העושה בשלב השני לגרום לתוצאה שנגרמה (כאשר בשלב הראשון היה פזיז), אין זו החמרת יתר לבוא עמו חשבון על כך, בשים לב לכך שהתפתחות העניינים הייתה צפויה מראש. זאת ועוד: אפשר שאין זו החמרת יתר, בשים לב לחומרה המיוחדת שמן הראוי לייחס לאופי המתחכם והערמומי של הביצוע, ולנכונות להשתמש בקורבן כ'מעין כלי', תוך שימוש ציני (או לפחות ניסיון לשימוש ציני) במוסד המשפטי של 'הגנה עצמית'. שלישית, אם אין מקבלים עמדה זו, ניתן להביא את מצבו הנפשי הקל יותר של העושה בשלב הראשון במסגרת שיקול הדעת שיש לבית-המשפט בגזירת הדין”. עד כאן דבריו של קרמניצר.

נראה לי שהנימוק הראשון (“ראשית”) מתעלם מהילכת הצפיות; הנימוק השני (“שנית”) אינו משכנע ואינו ברור: מדוע בעוד שבדרך-כלל רלוונטית הכוונה, כאן פתאום איננה רלוונטית כאשר לשלב הראשון? מדוע עלינו להסתפק בצפייה בלבד לשם הרשעה בעבירת כוונה? הנימוק השלישי (“זאת ועוד”) מתאים רק למקרה הקל של “המזימה הגדולה”, שנדון בהרחבה לעיל בפרק זה; והנחמה (“שלישית”) שבאפשרות להקל בעונש אינה פתרון מספק.

בתוצאה, רואים אותו כמי שעבר את העבירה בכוונה". לא ברור מדוע נפקד מקומה של הוראה כזו מהגדרת ההגנה העצמית דווקא.

חיסרון מרכזי שני של ההסדר החדש הוא ההסתפקות בהתנהגות "פסולה" וההימנעות מלדרוש התנהגות בלתי חוקית (למעט במקרה המיוחד והקל של "המזימה הגדולה", שם אכן הדרישה מיותרת). על חסרונותיו הגדולים של מושג מעורפל זה, אשר מקטין את הוודאות המשפטית ומצמצם ללא הצדקה את חירות הפעולה של האדם, כבר עמדנו לעיל¹³⁴⁹.

חיסרון שלישי הוא היעדר הבחנה בין הגנה עצמית לבין הגנה על אדם אחר – שאז במיוחד ראוי שלא להרתיע את העושה מלפעול. גם לעניין זה מעניין לציין שבאשר לסייגים "צורך" ו"כורח" דווקא ידע המחוקק לעשות הבחנה נכונה זו, בקובעו בסעיף 34 י"ד ("כניסה למצב בהתנהגות פסולה") כך: "ובלבד שענינו של המעשה שנעשה במצבים האמורים בסעיף 34 או בסעיף 34 י"ב, לא היה הצלת אינטרס הזולת". ויהיה ודאי מי שיבקש ללמוד מכך הסדר שלילי לעניין סייג ההגנה העצמית (על אדם אחר)¹³⁵⁰.

חיסרון רביעי הוא היעדר הסדרה של נסיבה מקלה, אשר תביא לידי ביטוי הולם את העובדה שאשמתו של המתגונן – אף שנכנס למצב זה באשמתו – היא נמוכה יותר בהשוואה לאשמתו של מי שעובר את העבירה שלא לשם התגוננות. זאת בחריג של "המזימה הגדולה". על חסרונות נוספים של ההסדר החדש ניתן לעמוד תוך עיון הן בדיונים שלעיל בפרק זה והן בהסדר שיוצע להלן בפרק ח'.

שאלה מעניינת היא מהו הרעיון העומד מאחורי הסדר חוקי חדש זה. קרמניצר הביע דעתו כי מדובר באימוץ של גישת הפסיקה הישראלית – הילכת הורוביץ-שוקרון שנדונה לעיל בפרק זה – וכי גישה זו היא עדיפה על פני החלת הדוקטרינה של התנהגות חופשית במקור (*actio libera in causa*)¹³⁵¹. מעניין לציין, כי בעוד שההסדר החדש דווקא שונה מאימוץ מלא של ההלכה הפסוקה (זאת הן בהסתפקות בהתנהגות "פסולה" במקום בלתי חוקית והן בדרישה הכללית של צפיית אפשרות התפתחות הדברים במקום שני החריגים הספציפיים – "חריג ההפתעה" [שבירת כללי המשחק] ו"חריג ההסתלקות" [נסיגה חגיגית])¹³⁵², הרי שההסדר החדש הוא קרוב בתוצאותיו להחלה של הדוקטרינה "התנהגות חופשית במקור". שהרי, כדי לייחס לעושה עבירה, נדרש שאכן עבר אותה בשלב השני,

1349 ראו במיוחד הטקסט שתחילתו בהפניה לה"ש 1330.

1350 וראו הדיון שלעיל בפסיקה המפנה לה"ש 1266-1268.

1351 ראו ע' 478-480 למאמרו ה'51, שם מובאת גם הצעה לפרשנות ההסדר החוקי החדש.

y:\misrad-2003\books\sangero\00-07-16\sanj-09.doc

8/28/2000 10:59:00 AM

נדרש שגרם לה, ונדרש שצפה את השתלשלות הדברים כבר בשלב הראשון – של הגרימה (הדרישה האחרונה מתאימה למרבית העבירות – הלא הן עבירות המחשבה הפלילית¹³⁵²).

עוד מעניין לציין, שלמעשה גם הילכת הורוביץ-שוקרון, נוכח החריגים של "שבירת כללי המשחק" ושל "נסיגה חגיגית", קרובה בתוצאותיה להחלה של הדוקטרינה "התנהגות חופשית במקור". זאת כל עוד מדובר במצב הטיפוסי של דו-קרב. שהרי הדבר המשמעותי בשבירת כללי המשחק על-ידי היריב ובהתמדה של היריב בתקיפתו למרות נסיגה חגיגית של העושה, הוא שהן שוללות בדרך-כלל את הצפייה מראש של העושה את אפשרות התפתחות הדברים. ובכיוון ההפוך: כשמדובר בדו-קרב, אלה הם המצבים הטיפוסיים של היעדר צפייה מראש. הנה-כ"כ, למעשה קרובים זה לזה בתוצאותיהם – גם אם לא ברעיונות שמאחוריהם – כל שלושת ההסדרים הללו: הילכת הורוביץ-שוקרון על שני חריגיה; הדוקטרינה של התנהגות חופשית במקור; והחוק הישראלי החדש. אך אם מבקשים לשפר מעט פתרונות סבירים אלה, מוצע לאמץ את ההסדר שיובא להלן בפרק ח'¹³⁵³.

(ט) קביעת עבירה ספציפית כהסדר אלטרנטיבי לסוגיה?

לסיום הדיון בסוגיה מורכבת זו, יש להתייחס לאפשרות נוספת – אם כי בלתי מקובלת – להסדרה כללית ושיטתית של הסוגיה באמצעות חקיקת עבירה ספציפית, שתיוחד להסדרת הסוגיה ושרכז הכובד שלה יהיה התנהגותו הקודמת של העושה¹³⁵⁴. פלר, שתמך באפשרות כזו, הציע שאופייה הכללי של העבירה יהיה של העמדה בסכנה, ושיהיה לה "אופי קורלאטיבי לחומרת הפגיעה שנמנעה, או, אולי, שנגרמה, על-ידי

1352 כשמדובר בעבירת רשלנות, רחבה יותר האחריות הפלילית על-פי הדוקטרינה (המאפשרת – אף שספק אם הדבר רצוי – לייחס לעושה עבירה של רשלנות, בהבדל מהחוק), וכשמדובר בעבירת כוונה, רחבה יותר האחריות הפלילית על-פי החוק (המסתפק לשם הרשעה בעבירת כוונה בצפייה של העושה, בעוד שלפי הדוקטרינה נדרשת – ובצדק – כוונה של העושה).

1353 ראו סעיף 3 להצעת המחבר, אשר בפרק "אחרית דבר – הדין המוצע" שבסוף הספר. לפרשנות ההסדר החוקי החדש ראו גם מאמרם 45/ של אנקר וקנאי, מאמריו 48/ ו-51/ של קרמניצר, רשימתה 49/ של גור-אריה ומאמרו 50/ של לדרמן.

1354 באפשרות כזו תמך פלר – ראו ע' 453-454, 472, 477 לספרו 27/2(ב). גם Robinson התייחס לאפשרות – בע' 698 ואילך למאמרו 29/ ובע' 43 לכרך II של ספרו 12/ (שם הוא עומד על כך שבשיטות משפט אחדות קיימות עבירות ספציפיות, שכנראה תוכננו לתת מענה לחלק מן המקרים המתעוררים במסגרת הסוגיה הכללית של גרימת העושה להיווצרות הנסיבות המצדיקות את מעשהו).

ההגנה הפרטית". פלר הביע דעתו כי "כמובן, משקל לא מבוטל לשם קביעת חומרתה של עבירה זו, יש לעובדה, שהתרומה העיקרית להיווצרות המצב היא של התוקף, ולא של הנתקף. מה גם... שאף בידיו השליטה על התפתחות הדברים – חדילת התקיפה מיתרת את המשך ההגנה מפניה". נוסח מדויק של עבירה כזו לא הוצע פלר, שכן לדעתו "לא כאן, אלא בדיני העבירות, המקום לעמוד על דרישות אלה"¹³⁵⁵.

שאלה נכבדה, שעליה אין פלר משיב, היא אם חומרת עבירה ספציפית זו תהיה בהתאמה "לחומרת הפגיעה שנמנעה, או (אולי) שנגרמה על-ידי ההגנה הפרטית". כפי שנוכחנו, הגישה המקובלת – הבאה לידי ביטוי מובהק הן בהסדרים השוללים את סייג ההגנה הפרטית מן העושה והן בהסדרים המאמצים, במידה כזו או אחרת, את דוקטרינת ה-*actio libera / illicita in causa* – היא שאחריותו הפלילית של העושה צריכה להיות פונקציה של חומרת הפגיעה שנגרמה על-ידי ההגנה הפרטית. אך ניתן, לדעתי, לתמוך גם בהסדר של עבירה ספציפית שחומרתה תותאם לסכנה לתוקף שיצר העושה ולא לפגיעה שנגרמה בפועל¹³⁵⁶.

יתרונו המרכזי של הסדר כזה יהיה השגת המטרה של הרתעת העושה בשלב הראשון, ללא תוצר הלוואי הלא-רצוי של הרתעתו מלפעול בצורה מוצדקת בשלב השני. שהרי אחריותו לא תהא – במסגרת הסדר שכזה – תלויה בהתרחשויות שאירעו בשלב השני (מצב האילוצין). מדובר בהטלת אחריות על עצם יצירת הסיכון.

ובכל זאת – למרות הטעם העיוני הרב שבפתרון שכזה – ספק גדול אם תהיה נטייה להטיל אחריות פלילית משמעותית על עושה שיצר סכנה ערטילאית כזו (התלויה לא רק בהתנהגותו שלו אלא גם בהתנהגותו של אדם אחר – התוקף) במקרים שבהם לא התממשה הסכנה, כמו, למשל, כשהתוקף הפוטנציאלי נמנע מלתקוף תקיפה בלתי חוקית והעושה לא נאלץ לבצע הגנה פרטית¹³⁵⁷.

1355 ראו ע' 477 לספרו ד/2(ב).

1356 הסכנה הרלוונטית היא הסכנה העלולה להיות נשקפת לתוקף מן העושה, והיא כמובן מושפעת מהסכנה העלולה להיות נשקפת לנתקף מן התוקף (ה"נתקף" הוא בדרך-כלל העושה עצמו. כך כשמדובר בהגנה עצמית כמובן הצר. כשמדובר בהגנה על אדם אחר, הנתקף הוא אדם שלישי (שאינו התוקף ואינו העושה)). כך, חומרת העבירה תהא גדולה במיוחד כשהעושה יוצר סכנה קיומית לתוקף. סכנה כזו תיווצר, בדרך-כלל, עם יצירת סכנה קיומית לנתקף; סכנה שתצריך, בדרך-כלל, הגנה פרטית בכח קטלני.

1357 ישנם שיקולים כלליים כבדי משקל נגד יצירת עבירות רחבות של העמדה בסכנה. השיקול המרכזי הוא הפגיעה שלהן בחירות הפעולה של הפרט.

אשר לאפשרות הראשונה שהציב פלר, בדברו על "אופי קורלאטיבי לחומרת הפגיעה שנמנעה", סבורני כי אין היא רצויה. נניח שהעושה גורם לסכנה גדולה לעצמו, שכדי להודפה די לו בפגיעה קלה מאד בתוקף; פגיעה שחומרתה הקטנה צפויה מראש. האם סביר שהאחריות שתוטל עליו תהא גדולה נוכח הסתכנותו זו שלא כרוך בה סיכון משמעותי לתוקף?¹³⁵⁸

אשר לאפשרות השנייה שהציב פלר, ושלפיה חומרת העבירה הספציפית תהא בהתאמה לחומרת הפגיעה שנגרמה על-ידי ההגנה הפרטית, סבורני כי אפשרות זו לוקה בליקוי הבסיסי שמפניו התריע פלר עצמו: הגבלה (בפועל) של זכות ההגנה הפרטית. שהרי, אם גדלה אחריותו הפלילית של העושה בהתאם לחומרת הפגיעה בתוקף הכרוכה בהגנה הפרטית, פועלת הטלת אחריות זו בכיוון של הרתעת העושה מפני פעולה של הגנה פרטית, הרתעה שכפי שראינו עיקר חומרתה הוא כשמדובר בהגנה על הזולת.

לבסוף, סבורני כי אם מאמצים פתרון זה דווקא – של קביעת עבירה ספציפית – יש להתנותה במחשבה פלילית ולא להסתפק ברשלנות, מהטעמים שעליהם עמדנו לעיל.

כאמור, ההסדר המוצע לסוגיית הגרימה באשמת העושה להיווצרות מצב של הגנה פרטית מובא להלן בפרק ח'.

1358 אם מתבקשת דוגמה לאפשרות זו, נתאר לעצמנו שני פועלי בניין המנהלים ויכוח מילולי כשהם ניצבים על פיגום גבוה. בשלב מסוים סוטר העושה על לחיו של חברו, תוך שהוא צופה את האפשרות שחברו, הידוע כחם-מזג, ינסה לדחוף אותו מן הפיגום. כצפוי מנסה חם-המזג לדחוף את העושה אל מותו, אלא שהעושה חזק יותר וכצפוי גם כן, מונע את הדחיפה ללא קושי וללא פגיעה משמעותית בתוקף (למשל: מחזיקו בידיו עד להירגעות הרוחות). האומנם סביר שאחריותו הפלילית של העושה תהיה בעלת "אופי קורלאטיבי לחומרת הפגיעה שנמנעה" – מותו של אדם?

5. התגוננותן של נשים מוכות

(א) כללי

כיצד יש להתייחס למקרים שבהם נשים מוכות פוגעות בבעליהן המכים שלא בהתאם לתנאיה של ההגנה הפרטית? האם יש לשנות תנאים אלה על-מנת שיתאימו גם למקרים נושא דיוננו? כבר בשלב מוקדם זה יודגש כי כמובן, קיימים מקרים רבים שבהם האישה המוכה פועלת בהתאם לתנאיה של ההגנה הפרטית, ואזי מובן שאין כל קושי בהצדקת התגוננותה. לא במקרים אלה עוסק פרק זה.

מבחינה עיונית גרידא, אין צורך לייחד לסוגיה זו דיון נפרד. אלא שבעקבות העיסוק הרב בנושא בשני העשורים האחרונים – במיוחד במשפט האמריקני, הן בפסיקה והן בספרות¹³⁵⁹ – נוצרה סכנה בלתי מבוטלת של טשטוש מהותה וגבולותיה של ההגנה הפרטית. סכנה זו אינה ערטילאית והיא כבר מתממשת בפסיקה האמריקנית, ודי בשלב זה אם נזכיר פסקי-דין שבהם זוכו – על בסיס של הגנה עצמית – נשים מוכות שהמיתו את בעליהן בשנתם¹³⁶⁰. בנוסף, קיימת טענה – שאותה אשתדל להפריך בהמשך – שלפיה יש לראות בהתגוננות האישה המוכה מקרה מבחן ("test case") של התפישה המקובלת של ההגנה הפרטית; מקרה שבו לכאורה נכשלת תפישה זו כישלון חרוץ.

הטענה המרכזית שהועלתה היא שדין ההגנה הפרטית ותנאיה אינם מתאימים למקרה של התגוננות האישה המוכה, ושהסיבה לכך אינה חוסר ההצדקה של פעולת האישה, אלא ליקוי בסיסי הקיים בתפישת מהות ההגנה הפרטית ותנאיה. לפי שיטה זו, פותחו כללי ההגנה הפרטית כדי לזכות גבר הממית להגנת עצמו או להגנת משפחתו נוכח תקיפה של גבר אחר, שווה גודל וכח עמו, כשבדרך-כלל היה ביניהם רק מגע בודד (דהיינו: העושה והתוקף הם זרים זה לזה). האישה שונה מן הגבר בממדיה, בכוחה,

1359 העיסוק הרב בנושא החל, כפי הנראה, בשנת 1978, בעקבות פסק-הדין יא14 / בעניין Wanrow ובעקבות מאמרו של Schneider & Jordan / 47ט. כבר בשנת 1984 – בפסק-הדין יא15 / בעניין Kelly – עמד בית-המשפט על כך שיש כבר לפחות 5 ספרים וכ-70 מאמרים ורשימות מדעיים בנוגע ל"תסמונת האישה המוכה". ראו פריטים ח222; ח211; ח40ט – ח48ט; יג111 / בכיבולוגרפיה שבסוף הספר. להפניות אל עשרות רבות של מקורות נוספים ראו ה"ש 5 שבע' 196 למאמרה של Schneider.

1360 ראו, למשל, פסק-הדין יא16 / בעניין Diaz (1983) הנדון בע' 873 לספרם ח19 / של Kadish & Schulhofer ובע' 236 למאמרה של Blackman / ח45 של והפסיקה הנוספת הנוכחת בע' 46 לספרה ח22 / של Bochnak.

במצבה החברתי, במיומנויות הלחימה וההתגוננות שלה ועוד. מכיוון שכללי ההגנה הפרטית, כגון אלו הנוגעים לסבירות הכח המגן, מבוססים על ההנחה שהמתגונן – כמו גם התוקף – הוא גבר, סובלת האישה מהטיה משפטית. הטענה היא כי מדובר בשתי תרבויות שונות (של גברים ושל נשים) וכי המשפט מעולם לא קיבל את הפרספקטיבות, הנסיבות והסטנדרטים של הנשים, שהרי מעצביו היו גברים, שגילו הבנה וסימפטיה בעיקר למצבים שלגביהם יכולים היו לראות את עצמם בנעליו של העושה ולהזדהות עמו. ואילו תגובותיה האלימות של האישה נתפשו באופן מסורתי כתגובות היסטוריות¹³⁶¹.

ההיסטוריה של העיסוק השיטתי בנושא היא, כאמור, קצרה יחסית. קרש הקפיצה שלו היה פסק-הדין בעניין Wanrow (1977), שבו, כפי שניזכר בהמשך, הגמיש מאד בית-המשפט את התנאים להצדקת ההגנה הפרטית, ונתן גושפנקה לטענות בדבר הפליה מינית, באומרו:

“The respondent was entitled to have the jury consider her actions in the light of her own perceptions of the situation, including those perceptions which were the product of our nation's 'long and unfortunate history of sex discrimination'. Until such time as the effects of that history are eradicated, care must be taken to assure that our self-defense instructions afford women the right to have their conduct judged in the light of the individual handicaps which are the product of sex discrimination...”¹³⁶².

1361 לטענות ברוח זו ראו ע' 34 למאמרה של Rosen; ע' 43 לספרה של Bochnak; ע' 1679 ואילך, 1697 ואילך למאמרה של Taylor; ע' 13-18 למאמרה של Schneider & Jordan. טענות אלה מלוות גם בנתונים סטטיסטיים מסוימים ולפיהם: א. שיעור הנשים הנשואות הסובלות מאלימות פיזית של בעליהן הוא גבוה משמקובל לחשוב; ב. שיעור גבוה יחסית מהמתות הן בין בני-זוג ומתוכן במרבית המקרים ממית הבעל את אשתו; ג. בהמתות בין בני-זוג גדול מספר המקרים שבהם מטרת האישה היא התגוננות פי שבעה ממספר המקרים שבהם מטרת הגבר היא התגוננות – ראו ע' 127 למאמרה של Wells; ע' 1679 ואילך, 1699 למאמרה של Taylor וע' 7-8 למאמרה של Schneider & Jordan.

1362 ראו ע' 559 לפסק-הדין יא14/ בעניין Wanrow. יש לציין שלא דובר שם באישה מוכה, אלא בסוגיה הכללית יותר של התגוננותה של אישה.

בעקבות פסק-הדין פרסמו Jordan ו-Schneider מאמר בנושא, ובו דנו בדרכים אפשריות להגשמת המטרה של הצגת התנהגות אלימה של נשים כסבירה במהלך הדיון הפלילי¹³⁶³. מאמר זה עורר תשומת-לב ציבורית רבה לנושא, ופמיניסטיות רבות נרתמו למה שמכונה "women's self-defense work". הוקם גוף בשם "Women's Self-Defense Law Project" ופותחו תאוריות של "battered woman's defense"; תאוריות שמטרתן הצדקת התנהגותה האלימה של האישה המוכה¹³⁶⁴. לכתיבה הרבה בנושא הייתה השפעה ממשית על בתי-המשפט האמריקניים. הישגה החשוב ביותר היה ההכרה ברלוונטיות ובקבילות המשפטית של עדויות מומחים שעניינן "תסמונת האישה המוכה" ושני יסודותיה: "חוסר אונים נלמד" ו"מעגל האלימות"¹³⁶⁵. עדויות אלה הביאו לזיכויים לא מעטים. לתופעה חדשה זו של עדויות מומחים, שקיבלה דחיפה חזקה מאד בפסק-הדין המנחה בעניין Kelly (1984)¹³⁶⁶, נתייחס בהרחבה בהמשך.

בטרם נעבור לניתוח ביקורתי של הסוגיה, יש להבהיר כי מכיוון שענייננו הוא סייג ההגנה הפרטית, עלול חלקו הראשון (והעיקרי) של הניתוח ליצור רושם מוטעה של שלילה כמעט מוחלטת של הרלוונטיות המשפטית של תסמונת האישה המוכה. ברם, כפי שאראה בחלקו השני של הניתוח, סבורני כי התסמונת אכן רלוונטית מאד לעניין האחריות הפלילית. אלא שהשלכותיה הן לא דווקא בתחום ד' אמותיו של סייג ההגנה הפרטית, אלא, בעיקר, במסגרת של פטור, מיוחד או קיים, או הקלה משמעותית בעונש – לפי המקרה.

(ב) תנאיו של סייג ההגנה הפרטית וסוגיית האישה המוכה

שאלת היחס המיוחד שיש – לפי הטענה – לתת לכח מגן המופעל על-ידי אישה מוכה מתעוררת נוכח פעולה שאינה עומדת בתנאיה המקובלים של ההגנה הפרטית. התנאי שאי-התקיימותו היא השכיחה ביותר הוא דרישת המיידיות. במקרים רבים המיתו נשים מוכות את בני-זוגן ללא סמיכות זמנים לתקיפות מסוימות שביצעו האחרונים. אי-ההתיישובות עם דרישת המיידיות הגיעה לשיאה במקרים שבהם הומתו הגברים בהיותם

1363 ראו מאמרן של Schneider & Jordan /47.

1364 על עבודה פמיניסטית זו ופירוטיה ראו, למשל, רשימתה של Schneider /42 ומאמרה /43; ע' 14 ואילך, 34 ואילך למאמרה של Rosen וע' XV למבוא לספרה של Bochnak /22.

1365 על תאוריות אלה יורחב הדיון בהמשך פרק זה.

1366 ראו פסק-הדין יא/15 בעניין Kelly, אשר ניתן על-ידי בית-המשפט העליון של ניו-ג'רסי.

ישנים ובמקרים שבהם שכרו הנשים רוצחים לשם המתת הגברים¹³⁶⁷. שכיחותם של מקרים כאלה הביאה מלומדים רבים לראות את סוגיית האישה המוכה כמקרה פרטי של סוגיית המיידיות¹³⁶⁸. בעת הדיון בדרישת המיידיות, עמדנו על אפשרות הצדקתה – בתנאים מסוימים – של "המכה המקדימה". כאן יש לציין כי המתת אדם ישן – אפילו אם הלה צפוי לתקוף לכשיתעורר – היא, לדעתי, מכה מקדימה מדי, שאינה מתיישבת עם דרישת הנחיצות בכלל ועם דרישת המיידיות בפרט¹³⁶⁹. למעשה, מהווה הצדקת המכה המקדימה (מדי) במקרים כאלה, בפועל, התרה (או הצדקה!) של הוצאתו להורג של הגבר בגין התנהגותו בעבר או זו הצפויה בעתיד¹³⁷⁰. אין להתעלם מכך שבפני העושות הנ"ל היו פתוחות דרכי פעולה אחרות, ובמיוחד נסיגה ופנייה לרשויות, וכפי שמציין Smith, אין הנשים ששכרו רוצחים להמתת בעליהן נראות כה חסרות אונים¹³⁷¹ (כאמור, מודגש "חוסר האונים הנלמד" במסגרת התאוריות המתייחסות ל"תסמונת האישה המוכה").

דוגמה קלאסית לעניין זה מהווה פסק-הדין בעניין Diaz (1983)¹³⁷². בעלה האלים של הנאשמת איים עליה שאם לא תשתנה ירצח את בתם התינוקת. בעת שהיה שקוע בתרדמה עמוקה ירתה בו הנאשמת שני כדורים קטלניים. הנאשמת זוכתה על בסיס הגנה עצמית, וזאת אף שעובדות המקרה – כמו גם העובדות במקרים דומים אחרים – מעוררות שאלה לא רק בנוגע לדרישות הנחיצות והמיידיות (שלא התקיימו), אלא גם באשר לעצם קיומה של סכנה ממשית.

1367 ראו, למשל, ההפניות שלעיל בה"ש 1360; ע' 14 למאמרה Rosen של Rosen (מקרים של גברים שהומתו תוך כדי נסיגתם-בריחתם; טעינת רובה לאחר שלוש יריות והמשך הירי בגבר) וכן תאור המקרה של Gracia (יא17) – שם בע' 35 (אמנם לא דובר שם באישה מוכה, אך המקרה מעניין מאד לענייננו – דרישת המיידיות: שני גברים אנסו את הנאשמת והבטיחו לשוב ולאנוס אותה. הנאשמת נטלה רובה, חיפשה אחריהם, וכשמצאה אחד מהם ברחוב לאחר שעות מספר, ירתה בו למוות וזכתה על בסיס של הגנה עצמית).

1368 ראו, למשל, ההפניות שבה"ש 689 שלעיל.
1369 חריג אפשרי, שלא עליו מדובר כאן, הוא מצב שבו אכן מתקיימות דרישות הנחיצות והמיידיות, כגון כשהנתקף נעול בחדר עם התוקף הישן, הצפוי להמיתו לכשיתעורר, והנתקף אינו יכול לפתוח את הדלת ולהימלט ואינו יכול לכפות את התוקף או לנטרלו בדרך אחרת בלי להעיר.

1370 כזו הייתה עמדתו של בית-המשפט האמריקני בעניין Stewart (1988) (יא18) – ראו ע' 871 לספרם ח19 של Kadish & Schulhofer; ושל Smith – ראו ע' 116-117 לספרו ח4.

1371 ראו ע' 116-117 לספרו ח4.

1372 ראו פסק-הדין יא16/ בעניין Diaz, וראו גם ההפניות שבה"ש 1360 שלעיל.
y:\misrad-2003\books\sangero\00-07-16\sanj-09.doc

סוגיית האישה המוכה עשויה דווקא להדגים את חשיבותה הרבה של דרישת המיידיות, שכן במיוחד בסיטואציות שכאלה רצוי לעודד פנייה לאלטרנטיבות לא-אלימות ולא לנקוט דרך של נטילת חיי אדם¹³⁷³.

שיקול אחרון זה מוליכנו אל תנאי מקובל נוסף של ההגנה הפרטית הנדון תכופות באשר להתגוננות האישה המוכה, הלא הוא חובת הנסיגה. כפי שנוכחנו בעת הדיון בחובת הנסיגה, קיים סייג מקובל לחובה זו – כשהנתקף מצוי בעת התקיפה בביתו. ואכן, במקרים רבים של התגוננות נשים מוכות מתרחש האירוע בבית האישה – עובדה שמלומדות רבות מדגישות מאד בכתביהן¹³⁷⁴. אלא שמלומדות אלה מתעלמות מן הסייג המקובל לסייג זה, הקיים נוכח העובדה שגם "התוקף" הבעל מתגורר באותו בית¹³⁷⁵. המילה "התוקף" מוקמה במרכאות, משום שנוכח היעדר קיומה של סכנה מיידית לאישה, האופייני למקרים נושא דיוננו, ספק אם יש בכלל מקום לדבר על תקיפה ושאלת הנסיגה כלל לא מתעוררת, שכן אין כל מקום להפעלת כח מגן.

נוהגים לקשור בין חובת הנסיגה ובין חוסר יכולתה של האישה – נוכח מצבה הפסיכולוגי, החברתי וכו' – להיפרד מן הבעל ולעזוב את הבית. לפיכך מדגישים – בין היתר באמצעות עדויות המומחים שיידונו להלן – את העובדה שהכאת האישה הייתה שרירותית ולא נבעה מאשמה כלשהי שלה, וזאת נוכח חוסר יכולתה לנתק את הקשר עם בעלה¹³⁷⁶. טיעון זה מהווה התפרצות לדלת פתוחה. שהרי, איש אינו מציע לראות בעובדה, שהאישה לא נפרדה מבעלה בתקופת ההכאות שקדמה לאירוע הטרראגי, גרימה למצב האילוץ באשמה קודמת של העושה. כפי שראינו בפרק הקודם, גרימה כזו בלוויית אשמה אף אינה רלוונטית כשבמצב האילוץ עצמו ממילא לא התקיימו תנאי ההגנה הפרטית. השאלה אינה מדוע לא עזבה האישה את הבית בכל אחת מן ההזדמנויות שהיו לה לעשות כן במשך תקופת ההכאות הארוכה שלפני האירוע הטרראגי, אלא מדוע המיתה את בעלה בהיעדר נחיצות בכלל ומיידיות בפרט, או – כשאכן צפויה הייתה תקיפה מיידית חמורה מצדו של הבעל – מדוע נמנעה מלסגת מן הבית בזמן הרלוונטי (עובר להמתת הבעל).

1373 אולי גדול מכוון של מילים יהיה כאן כוחו של הציור שהובא – משום מה – באסופת המאמרים בנושא דיוננו אשר רוכזו בכרך 9 (1986) של ה-Women's Rights Law Reporter (שם בע' 257), ובו נראית אישה הרודפת אחר גבר המצוי במנוסה מפניה, כשבידה סכין מונפת והיא רוכנת לעברו לקראת הנחתת דקירה בגבו.

1374 ראו, למשל, ע' 46-48 לספרה ח22 של Bochnak; ע' 127 למאמרה ט21 של Wells.

1375 ראו הטקסט שלעיל המפנה לה"ש 1097-1099.

1376 ראו, למשל, ע' 46-48 לספרה ח22 של Bochnak; ע' 1704 למאמרה ט41 של Taylor.

תנאי מרכזי נוסף להצדקת ההגנה הפרטית, שבת-המשפט האמריקניים נוהגים לעתים לכרסם בו כשמדובר בהתגוננות של אישה מוכה, הוא דרישת הפרופורציה. ברובם המכריע של המקרים נושא דיוננו השתמשו הנשים בכח קטלני אף שלא ניצבו בפני סכנה שחומרתה מספקת לשם כך¹³⁷⁷. אלא שבית-המשפט האמריקני נוטה לעתים לסובייקטיביזציה בלתי מבוטלת של הדרישה האובייקטיבית של פרופורציה. כך, למשל, פסל בית-המשפט העליון של וושינגטון בעניין Wanrow הנחיה (נכונה!) של בית-המשפט קמא למושבעים, שלפיה אין להשתמש בנשק קטלני כנגד אדם שאינו חמוש אלא אם כן יש יסוד סביר להאמין שקיימת סכנה מיידית חמורה לנתקף; בנימוק שלפיו בחברה שלנו אין הנשים מיומנות בהדיפת תוקפים ללא שימוש בנשק¹³⁷⁸.

עיוותים אלה ואחרים של ההגנה הפרטית ותנאיה, כך שניתן יהיה להצדיק באמצעותה פעולות לא-מוצדקות, זכו – כצפוי – גם לביקורת. החששות שהועלו הם מאבדן ההרתעה; מהכשרת הנקמה תוך מתן "רישיון להרוג"; מ"ציד גברים"; ומכך שהשימוש בכח – לרבות קטלני – יוצדק בכל פעם שהעושה האמין באופן סובייקטיבי ששימוש זה הוא נחוץ ופרופורציוני¹³⁷⁹. לחששות שהועלו יש להוסיף את החשש של

1377 זוהי גם הערכתה של Rosen – ראו ע' 43 למאמרה ט/40. מעניין לציין שמסקנה זו מסתברת דווקא על רקע ההכאות הקודמות, אם – כברוב המקרים – אף אחת מהן לא הייתה בכח קטלני. בעניין זה סבורני כי עדות המומחים והדגשת ההכאות הקודמות הרבות עשויה להוות חרב פיפיות, ועל כך בהמשך.

1378 ראו פסק-הדין יא/14 בעניין Wanrow. יובהר ויודגש כי השאלה כאן אינה של נחיצות אלא של פרופורציה. עוד יצוין כי לעתים אין מדובר רק בסובייקטיביזציה של הדרישה האובייקטיבית של פרופורציה, אלא, בעצם, בויתור על דרישת הפרופורציה או – לפחות – כרסום משמעותי בה. זאת כשאין אפילו אמונה (מוטעית) של האישה בקיומה של סכנה חמורה.

בקנדה פורסם ב-1997 דוח של ועדה שעסקה בהתגוננות של נשים מוכות. לצד דרכים אחרות לטיפול בבעיה – במיוחד בתחום הענישה – מוצע בדוח גם לשנות את ההגדרה בחוק של סייג ההגנה העצמית, כך שתפורטנה בה נסיבות שתהיינה רלוונטיות בהערכת סבירות הכח המגן, לרבות: הרקע של המתגונן, לרבות התעללות קודמת שממנה סבל; ההיסטוריה של היחסים הקודמים שבין המתגונן לתוקף, לרבות מעשים קודמים של אלימות או איומים; הגיל, הגזע, המין והמאפיינים המנטליים והפיזיים של המתגונן והתוקף. ראו הדוח יג/11 והצעת החוק הכלולה בו. הצעה זו נכללה גם במסגרת של ה-"Consultation Paper" יג/13 שפרסם משרד המשפטים הקנדי בשנת 1998 תוך הזמנת הקוראים להגיב.

1379 ראו, למשל, ע' 15, 33, 44 למאמרה ט/40 של Rosen; ע' 1705 למאמרה ט/41 של Taylor (מעניין לציין שהכותבת מייחסת טיעונים כאלה לאנטי-פמיניזם); ע' 47 לספרו ח/4 של Smith.

כרוסום בדרישות הנחיצות והפרופורציה לא רק כשהעושה טועה לחשוב שהן מתקיימות, אלא אפילו כשהעושה עצמו אינו מאמין בהתקיימותן, והצדקה מלאה של פעולתו.

חששות אלה בולטים במיוחד על רקע הטענות לתסמונות רבות אחרות, שצצו כפטריות לאחר הגשם של תסמונת האישה המוכה. כך נטענו עצם הקיום והרלוונטיות של תסמונת הגיל המופלג; תסמונת "בוגרי" מלחמת וייטנאם; תסמונת הילד המוכה; תסמונת האדם המוכה; ותסמונת טרום-הווסת¹³⁸⁰. מתסמונות פוטנציאליות רבות אלה ניתן ללמוד על הסכנה שבפריצת גדרי ההגנה הפרטית נוכח תסמונת האישה המוכה¹³⁸¹.

(ג) עדויות המומחים בדבר "תסמונת האישה המוכה"

לכאורה אין מקום במסגרת זו לדיון בקבילותן של עדויות מומחים בדבר "תסמונת האישה המוכה", שכן אין עסקינן בדיני הראיות אלא במשפט הפלילי המהותי. אלא שלעתים קרובות כרוכה ראיית עדויות המומחים הללו כרלוונטיות בכרוסום בתנאים בסיסיים להתגבשות סייג ההגנה הפרטית.

כפי שמציינת Schneider, המטרה המרכזית בהבאת עדים מומחים בענייננו הייתה להראות את הסבירות שבפעולתה האלימה של האישה המוכה¹³⁸². אנשי המקצוע, שאותם מקובל להעיד כמומחים לעניין זה, הם בדרך-כלל פסיכולוגים ופסיכיאטרים. העדה המומחה המובילה בעניין זה הייתה ד"ר Walker, אשר הציגה בפני בית-המשפט שתי תאוריות: האחת – "מעגל האלימות", והשנייה – "חוסר אונים נלמד", תאוריות אשר נועדו לביסוס "תסמונת האישה המוכה". ההגדרה שניתנה ל"אישה מוכה" מתבססת על כך שבני-הזוג עברו פעמיים לפחות את "מעגל האלימות", המורכב משלושה שלבים: מריבה; אלימות פיזית; חרטה והתפייסות¹³⁸³. "חוסר האונים הנלמד"

1380 ראו ע' 872 לספרם ח19/ של Kadish & Schulhofer; ע' 690-693 למאמר ט48/ של Diamond; ע' 15-16 למאמרה ט40/ של Rosen; וע' 10 לתוספת משנת 1988 לה"ש 4 שבע' 71 לכרך II של ספרו ח12/ של Robinson.

1381 מעניין להזכיר כאן את דברי אחד השופטים, שהתייחס בפסק-הדין בעניין Werner (1986) (יא19/, ע' 645 לפסק-הדין) לבקשת ההגנה להעדת מומחה בנוגע ל"תסמונת השואה". לדברי השופט, כבר קיימות תסמונת האישה המוכה; תסמונת הילד המוכה; תסמונת הבעל המוכה; תסמונת ההורה המוכה; תסמונת ה"עייף מהקרב"; תסמונת השוטר; תסמונת השואה, ומחר ודאי תיוספנה תסמונות נוספות, כגון תסמונת שופט בית-המשפט לערעורים. וראו גם ע' 867 לספרם ח19/ של Kadish & Schulhofer.

1382 ראו ע' 198 למאמרה ט43/.

1383 ראו, למשל, פסק-הדין המנחה בעניין Kelly (1984) (יא15/); מאמרה ט44/ של Walker; ע' 39 למאמרה ט40/ של Rosen; מאמרן ט47/ של Schneider & Jordan.

מבוסס, בין היתר, על כך שהרשויות – לרבות המשטרה – אינן מספקות לאישה הגנה מספקת; על צרכים כלכליים; על רצון לשמור על אחדות המשפחה; על חששות מיחס החברה; ועל פחד מן הגבר¹³⁸⁴.

השאלה המרכזית לעניין עדויות המומחים היא עצם הרלוונטיות שלהן. קיימות גרסאות מספר באשר לשאלות המשפטיות שלגביהן עדות כזו עשויה להיות רלוונטית. השאלה המרכזית שלגביה קיימת תמימות דעים רחבה למדי בדבר רלוונטיות העדות היא מדוע לא נטשה האישה את הבית לפני האירוע הטראגי. כך, למשל, קבע בית-המשפט האמריקני בפסק-הדין המנחה בעניין Kelly (1984), כי השאלה העובדתית המכרעת, שלגביה חשובה עדות המומחה, היא מדוע לא נטשה האישה את בעלה¹³⁸⁵. ברם, לדעתי, שאלה זו כלל אינה מהותית לשם קביעת התגבשות סייג ההגנה הפרטית. אין ספק שהאישה המוכה רשאית להישאר בביתה למרות ההכאות, והשאלה הרלוונטית היחידה לעניין עזיבתה את הבית היא מדוע בזמן האירוע הטראגי עצמו נמנעה מלצאת את הבית (כנדרש, בין היתר, על-פי חובת הנסיגה) במקום לפנות לכח קטלני.

שאלה אחרת – שאכן עשויה להפוך את העדות לרלוונטית – היא מדוע חששה האישה כי צפויה לה סכנה מיידית חמורה, וזאת אף שבפועל לא הייתה סכנה שכזו. ואכן, לעתים קרובות התרכזו עדויות המומחים בניסיון להשיב על שאלה אחרונה זו. אלא שכאן יש לתת את הדעת על כך שמדובר בעצם – לכל היותר – בהגנה פרטית מדומה, המאפשרת אמנם מתן פטור לעושה, אך אינה מהווה הגנה פרטית ממשית ומוצדקת¹³⁸⁶.

סבורני כי ראוי לתת את הדעת על כך שעדות המומחה בדבר תסמונת האישה המוכה עלולה לשמש כחריב פיפיות לעניין זה. כך, למשל, כשמדגיש בית-המשפט בפסק-הדין בעניין Kelly את ה"ניסיון" שצברה האישה בשבע השנים שבהן הוכתה כפעם בשבוע¹³⁸⁷, קשה להשתחרר מן הרושם שההכאות הרבות בעבר דווקא עשויות היו ללמד את האישה כי אין ההכאה הנוכחית מהווה בעבורה סכנה חמורה המצדיקה כח

1384 ראו, למשל, ע' 7-8 למארן ט' 47/ של Schneider & Jordan; ע' 693 למאר ט' 48/ של Diamond; ע' 1706 למאמרה ט' 41/ של Taylor.

1385 ראו פסק-הדין יא' 15/ בעניין Kelly (1984). בדומה מציינת Schneider כי התסמונת מסבירה מדוע נמנעה האישה מלעזוב ולא מדוע פעלה כפי שפעלה – ראו ע' 216 למאמרה ט' 43/.

1386 על ההגנה הפרטית המדומה ראו פרק ו(2) שלעיל.

1387 ראו פסק-הדין יא' 15/ בעניין Kelly (1984).

קטלני. שהרי, בכל אותן הכאות קודמות לא נשקפה לה סכנה חמורה ולא הייתה כל אינדיקציה לכך שדווקא התקיפה הבאה צפויה הייתה להיות שונה מהן.

שאלה מרכזית שלישית, שלעתים נטען כי ניתן ללמוד עליה מעדויות המומחים, היא עצם קיומה של סכנה חמורה ומיידית. שאלה זו עשויה לעלות בלבוש אחר – כשנדרשת במסגרתה של שיטת משפט מסוימת סבירות של הטעות כתנאי למתן הפטור של הגנה מדומה¹³⁸⁸. כאן מתבלט מאד חוסר הרלוונטיות של עדות המומחה. אילו דובר בסייג בעל אופי של "פטור" או בנימוק להקלה בעונש, הייתה לכך רלוונטיות משמעותית, ובהמשך נתייחס לאפשרויות כאלה. אך במסגרת של "צידוק" ההגנה הפרטית, אין לעדות זו רלוונטיות של ממש. קשה ליישב המתת אדם ישן עם קיומה של סכנה חמורה ומיידית. יתרה מזו: כפי שצוין לעיל לעניין ההגנה הפרטית המדומה, כך גם – ואולי במשנה תוקף – עשויה עדות המומחה לשמש כחרב פיפיות כשמדובר בהגנה הפרטית הממשית. שהרי, ההכאות הרבות בעבר עשויות ללמד שהסכנה הנוכחית אינה קיומית ומיידית. להסרת הספק יצוין, כי סכנה חמורה שכזו נדרשת רק נוכח פעולה קטלנית של האישה, שכן אם היא מסתפקת בכח מתון, אזי אין ההגנה הפרטית מותנית בסכנה חמורה, וסביר להניח שפעולתה תהא מוצדקת לחלוטין.

המבחן – מתחום דיני הראיות – שקבע בפסיקה האמריקנית את גורל עדות המומחה בענייננו לשבט או לחסד היה הילכת Frye (1923), שלפיה על המחקר להיות בשלב מתקדם ונדרשת הכרה מדעית מספקת של הקהילייה המדעית הרלוונטית¹³⁸⁹. הילכת Frye שונתה בפסק-הדין בעניין Daubert (1993)¹³⁹⁰. אך קודם לכן, בפסק-הדין המנחה לענייננו, שניתן בפרשת Kelly (1984), הדגיש בית-המשפט את ריבוי הפרסומים שהיו אז בנושא (חמישה ספרים וכ-70 מאמרים ורשימות) והתבסס על כך באופן כמעט בלעדי¹³⁹¹. נמתחה על כך ביקורת, והיו בתי-משפט שלא התירו את עדות המומחים בענייננו. כך שהתפתחו בעניין זה שני זרמים בפסיקה האמריקנית. יתרה מזו: קיימת גם טענה, שלפיה לא הוכחה התקפות המדעית של התאוריה הנ"ל של Walker בנוגע ל"תסמונת האישה המוכה", שכן התאוריה אינה גיונית, סובלת מבעיות מתודולוגיות חמורות, ואינה מסבירה מדוע האישה המוכה תוקפת את בעלה כשהיא עושה כן. בין

1388 ראו, למשל, ע' 864 לספרם ח19/ של Kadish & Schulhofer.

1389 ראו פסק-הדין יא20/ בעניין Frye, וראו, למשל, ע' 869 לספרם ח19/ של Kadish & Schulhofer.

1390 ראו פסק-הדין יא21/ בעניין Daubert, וראו גם ע' 13-18 לספרם ח35/ של Moenssens & Starrs & Henderson & Inbau.

1391 ראו ה"ש 1359 שלעיל.

היתר, מבוססת ביקורת נוקבת זו על דברים שכתבה Walker עצמה בספרה, ושלפיהם התאוריה די טנטטיבית והיא עצמה חשה שלא בנוח עם המשמעות הנחרצת שיוחסה לדבריה¹³⁹².

בתי-המשפט האנגליים הם זהירים יותר באשר לקבלת עדות פסיכיאטרית, וזאת לאור השקפתם כי למעט במקרה של אי-שפיות, בית-המשפט (המושבעים) הוא הגוף המתאים ביותר להערכת תגובותיהם של נאשמים בפלילים. לפיכך, סבור Smith כי אין זה סביר שנראה התפתחויות ברוח הפסיקה האמריקנית גם במשפט האנגלי¹³⁹³.

לסיום ההתייחסות לעדויות המומחים, יודגש כי הבעיה שהן מעוררות חורגת מהילכות דיני הראיות ונוגעת לדין המהותי עצמו. הרלוונטיות שלהן מוגבלת לסייגים של סליחה, מחילה ופטור ולהקלה בעונש, ואין בהן תרומה לעניין התקיימות תנאיה של ההגנה הפרטית כצידוק.

(ד) רציונאל ההגנה הפרטית וסוגיית האישה המוכה

מה ניתן וצריך ללמוד מרציונאל ההגנה הפרטית באשר לרלוונטיות של "תסמונת האישה המוכה"? ומה ניתן וצריך ללמוד מן התסמונת עצמה באשר להשלכותיה המשפטיות הרצויות? אם נבחן את שלושת הגורמים הפועלים להצדקת ההגנה הפרטית, הלא הם האוטונומיה של הנתקף, אשמתו של התוקף והסדר החברתי-משפטי, ניווכח כי התסמונת אינה רלוונטית אף לא לאחד מהם¹³⁹⁴. יתרה מזו: במרבית המקרים שבהם נזקקים לתסמונת, אין מדובר במצב אילוץ כלל – לעתים בשל היעדר סכנה ממשית ולעתים בשל היעדר מיידיות של הסכנה. גם במקרים המעטים האחרים שבהם נזקקים

1392 מרבית נקודות הביקורת הנ"ל מרוכזות בע' 868 ואילך לספרם ח19 / של Kadish & Schulhofer. וראו גם ע' 1706 ואילך למאמרה ט41 / של Taylor.

1393 ראו ע' 116-117 לספרו ח4. ייתכן שניתן למצוא ניצנים של שינוי מסוים בגישה זו של בתי-המשפט האנגליים בפסק-הדין י20 / בעניין Thornton (1992) – שם נקבע לעניין יסוד הקנטור (provocation), כי יש להביא בחשבון היסטוריה של הכאות קודמות לצורך ההכרעה בשאלה אם במקרה הספציפי איבדה הנאשמת שליטה; ובפסק-הדין י21 / בעניין Ahluwalia (1992) – שם לא שלל בית-המשפט אפשרות לקבלת ראיות על תסמונת האישה המוכה במסגרת הדיון בקנטור (אך גם לא קיבל כאלה, שכן כלל לא הוגשו). אם כי בשני המקרים לא דובר בהכרה בעדות מומחה כרלוונטית לסייג ההגנה הפרטית, אלא דובר בסוגיה משפטית אחרת.

1394 יש אפילו הסבורים שהמדיניות הנכונה כשמדובר בבני-זוג – עוד יותר מבמקרים רגילים – היא שלא לעודד אלימות. כך, למשל, מקובל במשפט הגרמני להגביל את התגוננות העושה מפני קרוב משפחה שלו על בסיס הדוקטרינה של "שימוש לרעה בזכות" – ראו ע' 98 למאמרו של Fletcher; ע' 193 למאמרו ח1 / של קרמניצר (ה"ש 44).

לתסמונת ושבהם מתקיים מצב אילון, אין רציונאל ההגנה הפרטית תומך בהצדקת השימוש בכח קטלני, שכן נוכח היעדר נחיצות או פרופורציה פוגעת הפעלת הכח בסדר החברתי-משפטי.

אם תופשים את ההגנה הפרטית – כפי שמוצע בספר זה – כמוצדקת (justified), הרי שהכנסת המקרים נושא פרק זה לד' אמותיה פירושה מתן זכות לאישה המוכה להמית את בעלה, וזאת אפילו בעת שהלה שרוי בתרדמה עמוקה. דומה כי ההשוואה שנעשתה בין מצב דברים שכזה לבין הוצאה להורג אינה מוגזמת.

במקרים לא מעטים – אם כי לא תמיד – מצוי הפתרון בתחומי ההגנה הפרטית המדומה. ואכן, כשמתרכזים באמונתה המוטעית של העושה, עשויה להיות רלוונטיות לתסמונת ולעדויות המומחים (אם כי מוצע להיות מודעים גם לאפשרות חרב הפיפות שהועלתה לעיל). לעתים מבלבלים במשפט האנגלו-אמריקני בין ההגנה המדומה לממשית, ומתייחסים למדומה כאל ממשית ומוצדקת לכל דבר ועניין, במקום להסתפק במתן פטור¹³⁹⁵. נוכח המצב הקשה שבו הייתה האישה המוכה נתונה, מקובל אף להגמיש את תנאי ההגנה המדומה. ניתן לקבל הגמשה כזו במסגרת של פטור, אך כשהיא מרחיבה את תחומי השתרעותו של הצידוק הדבר מרחיק לכת יתר על המידה.

ניתוח נדיר של סוגיית האישה המוכה תוך מודעות לאופייה של ההגנה הפרטית כצידוק, נעשה על-ידי Rosen¹³⁹⁶. Rosen גורסת כי אופייה הרצוי של "הגנת האישה המוכה" הוא של פטור ולא של צידוק, ומציינת שהכותבות הפמיניסטיות אינן מסתפקות בהתחשבות באישה ובמצבה (פטור) אלא תובעות הכרה מלאה בלגיטימיות של פעולתה כפעולה מוצדקת (צידוק). חששן הוא שההסתפקות בפטור תביא למחשבה שהנשים מטבען אינן רציונאליות. על כך משיבה Rosen נכונה, כי פטור שכזה לא ישלול צידוק של הגנה פרטית ממשית במקרים המתאימים, וכי גם גברים הפועלים על בסיס של טעות זוכים לפטור בלבד. כן מציינת היא שהחיסרון הגדול של ההתעקשות לראות בפעולת האישה המוכה הגנה פרטית מוצדקת דווקא, הוא שבהיעדר סכנה מיידית חמורה תיוותר האישה ללא הגנה משפטית כלשהי; וזאת כאשר לשם קבלת פטור די בהצבעה על

1395 כפי שראינו לעיל, בפרקים ג(2) ו-ד(2)(ב).

1396 ראו מאמרה ט 40.

“disability” של האישה¹³⁹⁷, שהרי תנאיו של פטור הם – מטבע הדברים – נוחים יותר בהשוואה לתנאיו של צידוק. עיקריו של ניתוח זה מקובלים עליי¹³⁹⁸.

(ה) הפתרון הראוי לסוגיית האישה המוכה

מהו אפוא הפתרון הראוי לבעייתן של הנשים המוכות? ראשית, יש לציין שגם הכללים הבסיסיים המקובלים של ההגנה הפרטית מאפשרים הבאה בחשבון של נסיבותיו המיוחדות של המקרה ואינם מכתיבים התעלמות מנסיבות אלה. כך, יש להביא בחשבון במסגרת הערכת הנחיצות את כוחם היחסי של הצדדים, אשר לעתים יש לו זיקה למינם. כמו כן בהחלט רלוונטית אלימות קודמת של התוקף לעניין הערכת הסכנה¹³⁹⁹ (אם כי, כאמור, קיימת כאן גם אפשרות של חרב פיפיות). הימנעות האישה מלהיפרד מבעלה לפני האירוע הקטלני אינה רלוונטית ואינה אמורה לשמש נגדה – בהבדל ברור מהימנעותה למצות דרך של נסיגה בטוחה בזמן האירוע הטראגי עצמו. גם כאשר מגבילים הכללים את פעולת האישה, דומני כי הם רצויים. כך, כשנדרשת מיידיות של הסכנה, ובהיעדרה נדרשת נקיטת האלטרנטיבה הרצויה יותר, כגון יציאה מן הבית ופנייה לרשויות. בדומה, רצוי – נוכח ערכם הרב של חיי אדם – הכלל שלפיו אין להשתמש בנשק קטלני כנגד נטול נשק אלא אם כן יש יסוד סביר להאמין שקיימת סכנה מיידית חמורה¹⁴⁰⁰.

שנית, במקרים רבים תהא האישה המוכה פטורה מאחריות פלילית במסגרת ההגנה הפרטית המדומה – אם אכן פעלה בשל טעות שהייתה לה, למשל, בהערכת הסכנה ומיידיותה.

שלישית, במקרים רבים ניתן להקל באופן משמעותי בעונשה של האישה המוכה, או אפילו לפטור אותה מאחריות, במסגרת ההסדר הכללי לחריגה מתנאי ההגנה הפרטית.

1397 ראו שם, במיוחד ע' 12, 17, 42-44.

1398 אם כי עליי לשוב ולהסתייג מהצעתה של Rosen הנלווית לניתוח זה: להפוך את כלל מקרי ההגנה הפרטית ל-*excuse*, על-מנת שמקרה האישה המוכה ישתלב בהם (שם, ע' 45 ואילך), הצעה שכבר נדחתה באופן מנומק בעת הדיון הרחב ברציונאל ההגנה הפרטית – ראו פרק ב(4) שלעיל ובמיוחד הטקסט המפנה לה"ש 178-181.

1399 ראו ברוח זו דברי בית-המשפט האמריקני בפסק-הדין יא14/ בעניין Wanrow.

1400 כלל שאותו פסל בית-המשפט האמריקני בפסק-הדין יא14/ בעניין Wanrow – ראו ה"ש 1378 שלעיל והטקסט המפנה אליה.

כך, למשל, נעשה במשפט האמריקני שימוש בדוקטרינה של "imperfect self-defense" גם בעניינינו¹⁴⁰¹.

רביעית, ייתכן שיש מקום – כפי שהציעו כותבות אחדות – לקבוע בחוק סייג מיוחד לאחריות פלילית, בעל אופי של "פטור", אשר יחול בעניינינו, או להחיל על המקרה סייגי פטור קיימים – בשיטות משפט שבהן קיימים סייגים שניתן לעשות בהם שימוש לעניין זה¹⁴⁰². דרכים אפשריות אחרות הן לקבוע בחוק אחריות מופחתת או להגדיר בחוק נסיבה מקלה מיוחדת לעניינינו.

המחוקק הישראלי הלך לאחורונה בדרך האחרונה, בהוסיפו את סעיף 300א(ג) לחוק העונשין ("עונש מופחת"), שלפיו "על אף האמור בסעיף 300 (עבירת הרצח, שלה קבוע מאסר עולם חובה – הבהרת המחבר), ניתן להטיל עונש קל מהקבוע בו, אם נעברה העבירה באחד מאלה: ... (ג) כשהנאשם היה נתון במצב של מצוקה נפשית קשה, עקב התעללות חמורה ומתמשכת בו או בכך משפחתו, בידי מי שהנאשם גרם למותו"¹⁴⁰³. נראה כי פתרון חלקי זה, המתייחס אך ורק לעבירת הרצח והמסתפק במתן שיקול-דעת לבית-המשפט, ללא הדרכה של ממש להשתמש בו, נתפר לפי מידותיהם של שני מקרים שהביאו בשנים האחרונות את הסוגיה נושא דיונו למודעותו של הציבור הרחב. במקרה הראשון, על רקע שנים של התנהגות אלימה של אב כלפי בני משפחתו ובעיקר כלפי אשתו, ירה הבן – שוקי בסו – באביו והמיתו. לאחר הגשת כתב-האישום הודיעה הפרקליטות על החלטתה להמיר את האישום בעבירת הרצח באישום בעבירת ההריגה והדבר איפשר לבית-המשפט לגזור על הנאשם עשר שנות מאסר ולא מאסר עולם¹⁴⁰⁴.

1401 ראו, למשל, ע' 1720-1697 למאמרה ט41 / של Taylor ופרק (3) שלעיל. במקומותינו ניתן אולי לראות נטייה לפתרון כזה בפסק-הדין ב8 / בעניין גרו'צקי, שבו נידונה אישה מוכה, אשר חנקה את בעלה למוות לאחר שכבר היה מוטל פצוע וחסר אונים, לארבע שנות מאסר בלבד.

1402 ראו, למשל, הצעתה של Bochnak שלא להכפיף למקור משפטי בודד את ה-"battered women's defense" – בע' 42 לספרה ח22 /; והצעתה של Taylor לעשיית שימוש בדוקטרינה של "imperfect self-defense" או בקטגוריה של "heat of passion", תוך הוספת עילה של פחד, לצד העילה המקובלת של כעס, לקטגוריה זו. מעניין לציין כי Taylor רואה קטגוריה אחרונה זו כמכובדת יותר בעבור הנשים בהשוואה ל-"imperfect self-defense". תחושת שלי הפוכה דווקא.

1403 ראו סעיף 300א(ג) לחוק העונשין /1 כפי שנקבע בתיקון מס' 44. להשלמת התמונה ראו גם סעיף 300א(ב) וסעיף 35 א ("עונש חובה ונסיבות מקלות") לחוק, שנקבעו גם הם במסגרת אותו התיקון.

1404 ראו פסק-הדין ב46 /.

במקרה השני, על רקע מסכת התעללויות ארוכה שהופעלה על-ידי הבעל כלפי אשתו – כרמלה בוחבוט – במשך עשרים וארבע שנות נישואיהם, ואשר כללה הכאות, פציעות, טרור, הפחדה ומעשי השפלה, נטלה האישה את רובהו של בנם החייל, ירתה בבעל המכה והמיתה אותו. בבית-המשפט המחוזי נגזרו על האישה – לאחר שהורשעה בעבירת ההריגה (ולא הרצח) שבה הואשמה – שבע שנות מאסר, ובבית-המשפט העליון הוקל עונשה לשלוש שנות מאסר¹⁴⁰⁵. יש לציין את עמדתה של השופטת דורנר, אשר ייחסה אשמה בהתמשכות מצב זה של בעל מכה ואישה מוכה, לא רק לאותם אנשים שידעו ושתקו, אלא גם לחברה האדישה ולרשויות שאינן מתערבות במידה הדרושה. עם זאת, גם השופטת דורנר סבורה שאין לפטור מעונש ממשי את מי שנטל חיי אדם, ולפיכך הסכימה עם השופט בך כי העונש הראוי במקרה זה הוא שלוש שנות מאסר^{1406:1407}.

1405 ראו פסקי-הדין ב-47/ (בבית-המשפט המחוזי) ו-48/ (בבית-המשפט העליון).
 1406 שם, ע' 655-656. לניתוח מעניין של עמדותיהם השונות של השופטים בפסקי-הדין בפרשת בוחבוט ב-47/ (בבית-המשפט המחוזי) ו-48/ (בבית-המשפט העליון), לאור תאוריות שונות של פמיניזם ("הפמיניזם הרדיקלי" ו"הפמיניזם התרבותי"), ראו מאמרה ה-52/ של בילסקי. וראו גם מאמרו ה-53/ של שלף; מאמרו ה-55/ של גרוס ומאמרו (המתורגם לעברית) ה-54/ של Fletcher (ועליו בהערת השוליים הבאה).

1407 מאמרו של Fletcher "הגנה עצמית של נשים מוכות" (ה-54/) ראה לאחרונה אור דווקא במקומותינו ובשפה העברית, ואף שאין בו חידוש בהשוואה לכתביו הקודמים, הוא מצריך הערות מספר. ראשית, הצעתו של Fletcher לפתרון הבעיה של פגיעה של נשים מוכות בבני-הזוג המכים היא ליצור סייג של הגנה עצמית מסוג excuse לצד זה המקובל מסוג justification. זהו פתרון חלקי בלבד, שהרי בחלק מהמקרים תהיה הולמת יותר הקלה משמעותית בעונש ולא פטור מלא. שנית, Fletcher סבור שגם כשמדובר ב-excuse, כגון ההגנה הפרטית המדומה, יש לדרוש סבירות (של הטעות) כתנאי למתן הפטור (ע' 79-83 למאמר). על בסיס דרישה קשוחה שכזו תיחוס לעושה עבירה חמורה של מחשבה פלילית גם אם היה רשלן – וראו לעניין זה פרק ו(2) (ג) שלעיל. שלישית, Fletcher מבקש להאיר את עינינו כי בעצם פעלה כרמלה בוחבוט בהתאם לתנאי המקובלים של ההגנה העצמית. לשם כך הוא קובע שוב ושוב שרגע לפני הירי הקטלני "בעלה התקרב לעברה, לכאורה, כשסכין בידו" (ע' 72 למאמר), ובתאור אחר – "הלך בעקבותיה לתוך חדר השינה של בנם, כשסכין בידו" (ע' 68 למאמר). ברם, עובדות המקרה – הן בפסקי-הדין של בית-המשפט המחוזי (ב-47/) והן בזה של בית-המשפט העליון (ב-48/) – אינן כוללות את החזקת הסכין סמוך לפני הירי. רביעית, Fletcher מתיימר לתאר את המשפט הישראלי, וטועה טעויות גסות בתיאורו. כך, למשל, כשהוא כותב שהמשפט הישראלי קרוב לאמריקני בכך שהגישה היא (כביכול!) סובייקטיבית ודי (כביכול!) באמונתו הסובייקטיבית של העושה גם אם אין מתקיימים היסודות האובייקטיביים של ההגנה העצמית (ע' 80 למאמר). כך, למשל, כשהוא מנתח את הגדרת ההגנה העצמית שבסעיף 34 לחוק העונשין ומגיע למסקנה מרחיקת הלכת כי אין בחוק הישראלי עיגון לתנאי הפרופורציה, מסקנה המתאפשרת כתוצאה מכך שלא המשיך

y:\misrad-2003\books\sangero\00-07-16\sanj-09.doc

8/28/2000 10:59:00 AM

נסיים באנלוגיה מן הטיעון שלפיו אין להרחיב את סייגי ההגנה הפרטית והצורך כך שיחולו גם על חקירות שירותי הביטחון, אלא יש להעדיף הגנה מיוחדת – תוך מודעות לקיומה – על פני עיוות תנאיהם של סייגי האילוץ¹⁴⁰⁸. סבורני כי אם מוכח קיומה של תסמונת האישה המוכה, יש אמנם להיזקק לעדויות המומחים ולהקנות לתסמונת זו רלוונטיות לאחרייתה הפלילית של האישה המוכה, אך יש לעשות כן בדרכים המתאימות שהוצעו לעיל, ולהימנע מעיוות תנאי ההגנה הפרטית לשם הסדרת הסוגיה דווקא בד' אמותיה.

מעבר לקשיים המוסריים והמשפטיים הגדולים שבהצדקת המתתו של אדם ישן, שכירת רוצחים לביצוע המתתו, או רדיפה אחריו והמתתו למרות ניסיונו לברוח, יש לשוות לנגד עינינו את הסכנה הגדולה שבפריצת גרדי ההגנה הפרטית, סכנה המשתרעת הרבה מעבר למקרה המצער מאד של האישה המוכה.

וקרא גם את סעיף 34טז העוסק ב"חריגה מן הסביר" (ע' 77 למאמר). חמישית, עולה השאלה המטרדית אם השימוש בשפה העברית והפרסום במקומותינו הם שהביאו את Fletcher לכתובה השטחית בהשוואה לכתביו הקודמים, כגון הקביעה הפשטנית כי יש הגנה עצמית מפני תקיפה במצב של excuse (וכי רק מפני תקיפה במצב של justification אין הגנה עצמית), הנעשית בע' 74-75 למאמר, תוך התעלמות צורמת מגישות תאורטיות אחרות (ראו פרקים 4) ו-5(ג) שלעיל) ותוך פקפוק ביכולתו של "עורך-הדין הישראלי" (כך!) להבין סוגיה זו...

1408 ראו פרק ד(7)ג שלעיל.

ז. עוד על ההגנה הפרטית במשפט הישראלי

1. כללי

למעשה, כבר התייחסנו למשפט הישראלי בכל אחד מן הפרקים שלעיל: הן בעת הדיון ברציונאל להצדקת ההגנה הפרטית; הן בעת הדיון בתנאיה; הן כשדנו בהבחנות הפנימיות; והן כשנדרשנו לסוגיות הנוספות. מטבע הדברים, כשהתעמקנו בכל סוגיה לגופה, ביקשנו ללמוד עליה – בין היתר – מן המשפט הישראלי. לפיכך, לא נחזור בפרק זה על הדברים שכבר נאמרו בנוגע למשפט הישראלי, אלא נבקש להוסיף עליהם.

הדיון במשפט הישראלי יחולק לשלושה חלקים: הראשון יעסוק בהלכה הפסוקה, השני בחקיקה החדשה והשלישי בהצעות החוק המרכזיות שקדמו לחקיקה זו. בחוק העונשין (תיקון מס' 37), תשנ"ב 1992-1409 קבע המחוקק הגדרות חדשות, נפרדות ושונות מאד מקודמותיהן, לסייגי ההגנה הפרטית והצורך. שנתיים לאחר מכן נחקק חוק העונשין (תיקון מס' 39) (חלק מקדמי וחלק כללי), תשנ"ד 1994-1410, ובו הסדר חדש לחלק הכללי של חוק העונשין, לרבות הסדר חדש לסייגי ההגנה הפרטית. לכאורה עשויה חקיקה חדשה זו ליתר את הדיון בפסיקת בתי-המשפט שלנו באשר להגנה הפרטית, שהרי פסיקה זו, שהתגבשה במשך קרוב ליובל שנים, מתייחסת לדבר חקיקה שאינו עוד בתוקף. ואכן, החקיקה החדשה מפחיתה מתוקפה ומחשיבותה של ההלכה הקיימת. ובכל זאת, לדיון בהלכה הישראלית הקיימת משמעות החורגת ממחקר היסטורי גרידא. זאת בשל הערכתי כי ככל שיתיישבו הדברים עם החוק החדש, תהא נטייתם הטבעית של בתי-המשפט ללכת בתלם ההלכה שאותה גיבשו. במהלך הדיון אשתדל להצביע על הלכות שאין להן מקום נוכח החוק החדש, מול הלכות שהחוק החדש מאפשר את שימורן או אפילו מחייבו.

לאחר הדיון בהלכה הפסוקה, נעמוד על עיקריו של ההסדר החוקי החדש ותוצענה הן פרשנות ראויה שלו והן דרכים אפשריות לשיפורו על-ידי המחוקק. לבסוף, אתייחס גם להצעות החוק המרכזיות, וזאת הן לשם הבנת הרקע לחקיקה החדשה והן לשם שאיבת השראה נוספת באשר לדין הרצוי.

1409 ראו החוק א2/.

1410 ראו החוק א17/. כן ראו את ההוראות המשלימות הרלוונטיות לענייננו שבתיקון מס' 44 (26א) לחוק העונשין.

2. ההלכה הישראלית

(א) כללי

כדי להבין את ההלכה הישראלית, יש לעמוד תחילה על דבר החקיקה שאליו היא מתייחסת. אמנם הוראת חוק זו אינה עוד בעלת תוקף – נוכח החוק החדש – אולם אין מנוס מלהידרש אליה, שכן חלק נכבד מן ההלכה הישראלית נובע – בין במישרין ובין בעקיפין – מהוראת החוק המקורית.

בסעיף 22 לחוק העונשין, תשל"ז 1977-1411, אשר כותרת השוליים שלו הייתה "צורך", נקבע כך:

"ניתן לפטור אדם מאחריות פלילית למעשה או למחדל אם יש בידו להראות שלא נהג כפי שנהג אלא כדי למנוע תוצאות שלא ניתן למנוע בדרך אחרת ושהיו גורמות חבלה חמורה או פגיעה בגופו, בכבודו או ברכושו, או בגופם או בכבודם של אחרים שהגנתם עליו, או ברכושו שהופקד בידיו; ובלבד שלא עשה יותר משהיה צורך סביר לעשות לאותה מטרה ושהרעה שגרם איננה בלתי שקולה כנגד הרעה שמנע".

נוסח זה היה כמעט זהה לנוסחו של סעיף 18 לפקודת החוק הפלילי, 1936 (להלן: "הפ.ח.פ."), אשר קדמה לחוק העונשין¹⁴¹², נוסח שזכה לניתוחים מפורטים, בעיקר בכתיבה של אנקר ופולר¹⁴¹³. אנקר כתב: "דומני שאין סעיף בפקודה הכולל בתוכו

1411 ראו נוסחו המקורי של חוק העונשין (א/1).

1412 נוסחו האנגלי (המחייב) של סעיף 18 היה כדלקמן (כותרת השוליים – "Necessity"):

"An act or omission which would otherwise be an offence may be excused if the person accused can show that it was done or omitted to be done only in order to avoid consequences which could not otherwise be avoided, and which if they had followed would have inflicted grievous harm or injury to his person or his honour or his property or to the person or honour of others whom he was bound to protect or to property placed in his charge;

Provided that in so acting he did no more than was reasonably necessary for that purpose, and that the harm inflicted by the act was not disproportionate to the harm avoided".

1413 ראו, בעיקר, ספרו ד/1 של אנקר ובמיוחד הפרק הרביעי ("הגנת צורך: סעיף 18 לפקודת החוק הפלילי לאור מקורותיו"); מאמריו ה/2 ו-ה/58 של אנקר; מאמרו ה/3 של פלר; ע' 417 ואילך

בעיות כה רבות כסעיף זה אשר הסתום בו עולה על הגלוי ומרובות הנקודות שטרם נמצא להן פתרון משביע רצון¹⁴¹⁴.

פלר גרס כי "הוראות הסעיף... מתייחסות, ללא כל הבחנה, לשתי הגנות נפרדות במהותן..."¹⁴¹⁵, "הלא הן ההגנה הפרטית וה"צורך" במובנו המצומצם (stricto sensu)¹⁴¹⁵. אנקר העלה אפשרות נוספת, בכותבו כך:

"מתברר, אפוא, שקיימות שתי דרכים לפרש סעיף 18 לפקודה. ניתן לצמצמו, כמקורו, להגנת צורך בלבד, ולנתק ממנו הגנה פרטית. יתרונה של גישה זו בכך שהיא משחררת את הגנה פרטית מהגבלות סעיף 18 אשר במקורן נועדו להגנת צורך בלבד. לפי גישה זו תתבסס הגנה פרטית על המשפט המקובל האנגלי. מי שאינו מוכן לצעד 'דרסטי' זה נאלץ לכלול הגנה פרטית בתוך ד' אמותיו של סעיף 18 למרות שהסעיף לא נוסח מלכתחילה למטרה זו. כדי להתגבר על הקשיים הנוצרים עקב מצב זה יש צורך בפרשנות 'גמישה' של כמה ממונחי סעיף 18. כפי שנראה להלן, מונחים אלה מבוססים על מושגים מוסריים וברוב המקרים יש בהם הגמישות הנדרשת להתמודדות מוצלחת עם הבעיות"¹⁴¹⁶.

הקושי הפרשני בשאלה מקדמית מרכזית זו – אם בכלל חל סעיף 18 לפ.ח.פ. על ההגנה הפרטית – נבע מן הרקע ההיסטורי של הסעיף¹⁴¹⁷. מקור הסעיף בסעיף 32 לד"ייג'סט של Stephen, אשר אומץ כסעיף 17 (לפנים סעיף 18) לקוד הפלילי של קפריסין וממנו התגלגל אל פקודת החוק הפלילי¹⁴¹⁸. אלא שבעוד שבדייג'סט של Stephen הוקדש סעיף נפרד להגנה הפרטית (סעיף 200; כיום סעיפים 305-306), סעיף זה נשמט או הושמט על-ידי המחוקק המנדטורי. בפסק-הדין בעניין אהרונוביץ, אשר ניתן בבית-המשפט המחוזי, כתב השופט שאל כך:

לספרו ד/2(ב) של פלר. כן ראו, למשל, ע' 773 ואילך, 795 ואילך לכרך ד' של ספרו ד/7 של דייקן; ע' 175-184 לספרו ד/4 של קדמי.
1414 ראו ע' 97 לספרו ד/1.
1415 ראו ע' 5 למאמרו ה/3. בקצרה יצוין כי השוני הרב שבין שני הסייגים, עליו עמדנו לעיל במספר הקשרים, מתמקד בטיב האינטרס הנפגע כתוצאה מפעולת ההצלה ובמקור הסכנה היוצרת את הצורך בפעולה זו.
1416 הציטוט לקוח מע' 105 לספרו ד/1.
1417 ראו לעניין זה – באופן כללי – מאמרו ה/17 של שחר, ובעיקר ע' 87-89.
1418 ראו, בפירוט, ע' 97 ואילך לספרו ד/1 של אנקר.

“זכות ההגנה העצמית, מוכרת לפי עקרוני (כך במקור) משפט כלליים, וכנראה לא ראה המחוקק צורך להכריז על זכות זו בפקודת החוק הפלילי בתור סיבה שנוטלת ממעשה מזיק את האופי של מעשה בלתי חוקי...”¹⁴¹⁹.

אלא שהייתה זו עמדה יוצאת־דופן בפסיקה הישראלית, ובית־המשפט העליון חזר וקבע באופן עקבי כי סעיף 18 חל על שתי ההגנות – ההגנה הפרטית והצורך¹⁴²⁰. יתרה מזו: נוכח שכיחות המקרים שבהם מתעוררת שאלה של הגנה פרטית, בהשוואה למקרים המעטים שבהם מתעוררת שאלה של “צורך”, עוסק רובה המכריע של הפסיקה הישראלית שעניינה סעיף 18 לפ.ח.פ. או סעיף 22 לחוק העונשין בהגנה הפרטית דווקא ולא ב“צורך”.

זהו אפוא הרקע לקשיי הפרשנות הרבים שהיו עד כה מנת חלקה של ההגנה הפרטית במשפט הישראלי. שכן, עיגונה בחוק היה בסעיף שלא זו בלבד שחל גם על סייג אחר ושונה בתכלית – סייג ה“צורך” – אלא אף נוסח החוק היה מותאם לסייג ה“צורך” דווקא ומטבע הדברים לא תאמו הוראותיו את מהותה של ההגנה הפרטית¹⁴²¹.

נוכח החוק החדש ומפאת קוצר היריעה, אמנע מלדון בכל הילכותיו של בית־המשפט העליון הנוגעות להגנה הפרטית¹⁴²², ואתמקד בסוגיות המקיימות לפחות אחד משני התנאים הבאים: א. קיימת לגביהן פסיקה רבה יחסית ומגובשת – בהבדל מהתבטאויות בודדות ומעורפלות; ב. עשויה להיות להן חשיבות גם נוכח החוק החדש.

(ב) רציונאל ההגנה הפרטית

מטבע הדברים זוהי הסוגיה הראשונה שמתבקשת לה התייחסות. אלא שמסתבר כי התייחסותה של הפסיקה הישראלית אליה הייתה מעטה מאד. יתרה מזו: בית־המשפט נמנע מלקבוע את הרציונאל המדויק להצדקת ההגנה הפרטית, והתמקד בשאלה אם

1419 ראו ע' 400-401 לפסק־הדין ב6/ בעניין אהרונוביץ.

1420 ראו, למשל, ע' 145-146 לפסק־הדין ב36/ בעניין אפנג'ר.

1421 על רקע העמידה על חוסר הקידמה הבולט של החוק, נראית כקוריוז האמירה החריגה שמצאתי בספרותנו המשפטית, ולפיה “יש מקום לחשוש שהוראות הפקודה שלנו מתקדמות מדי, ושהפסיקה תצטרך לרסן ולפרש את הסעיף 18 פירוש מצמצם ודוקני”. ראו ע' 128 לרשימתו ה13/ של עצמאי.

1422 הקוראים המעוניינים להתעמק בפסיקה הישראלית מופנים לפסקי־הדין שבחלק ב של הביבליוגרפיה שבסוף הספר ולאסמכתאות הנ"ל בה"ש 1413. וראו גם ע' 159-164א לספרם 12/ של גורני וקדרון וכן יתר האסמכתאות הנזכרות בפרק זה.

מהותה היא כשל צידוק או שמא כשל פטור. אמנם אין בית-המשפט משתמש במונחים אלה ממש, אך כפי שניווכח מיד, אין ספק שנתן דעתו עליהם.

הספק נוצר בשל נוסחו של סעיף 18 לפ.ח.פ., שראשיתו במשפט: "An act or omission which would otherwise be an offence may be excused if..."¹⁴²³. מחד גיסא, מדובר במעשה או במחדל שאינם עבירה, ומאידך גיסא – ממש באותו משפט – מדובר בסליחה בלבד, שלפי פשוטם של דברים אף כפופה לשיקול-דעתו של בית-המשפט. ניסוח לא מוצלח זה של החוק גרר אחריו התחבטויות באשר למהותה של ההגנה הפרטית. בפסק-הדין בעניין פתניאב הביע השופט חשין דעתו כי "אם חטא אין בו (הן בעושה והן במעשה – הבהרת המחבר), אבק של חטא יש בו"¹⁴²⁴. לעומתו הבהיר השופט אולשן, כי למרות המילים "אפשר לסלוח לו", מדובר בזיכוי ולא בהרשעה בתוספת מחילה¹⁴²⁵. ואילו השופט זילברג הבהיר, כי למרות המילה "יסלחו", ה"מעשה חף מפשע, מעשה מותר, שאינו בגדר עבירה כלל", וכי למרות המילה "may", "אם נתקיימו כל תנאי הסעיף, בית-המשפט מחוייב לסלוח ולפטור את הנאשם". השופט זילברג אף הציע שני הסברים לניסוח זה של המחוקק. הראשון נוגע לנטל ההוכחה, והשני לרציונאל ההגנה הפרטית, ובלשון השופט:

"הוראת סעיף 18 היא, בסופו של דבר, מתן גושפנקא משפטית או היתר חוקי, להעדפת עניני עצמו, מעין 'חייך קודמים לחיי חברך', – אמנם רק: לגבי חברך הפושע, חברך המתקיף – ואין המוסר הטהור מזדהה תמיד, ובכל התנאים, עם 'זכות בכורה' זו... אין החוק אוסר דבר שלא ניתן להיאסר, ואינו גוזר גזרה, 'אלא אם כן רוב הציבור יכולים לעמוד בה'... זו (לשון הסליחה וההסתייגות – הבהרת המחבר) היא מעין החוויית קידה של הנורמה החוקית כלפי האידיאה המוסרית..."¹⁴²⁶.

על עמדתו זו חזר השופט זילברג גם בפסק-הדין בעניין עסלה¹⁴²⁷.

1423 הנוסח העברי המקובל של משפט זה היה "מעשה או אי-מעשה שהיו נחשבים באופן אחר לעבירה יסלחו לו, אם..." – ראו, למשל, ע' 99 לפסק-הדין ב/1 בעניין עבד אל-לוג'. להתמודדות פרשנית עם מילים אלה ראו ע' 105-108 לספרו ד/1 של אנקר; ע' 7-8 למאמרו ה/3 של פלר.

1424 ראו ע' 431-432 לפסק-הדין ב/2 בעניין פתניאב.

1425 שם בע' 443.

1426 שם בע' 446-448.

1427 ראו ע' 498 לפסק-הדין ב/3 בעניין עסלה.

בפסק-הדין בעניין ראובן נדרש גם השופט אגרנט למילה "יסלחו" שבסעיף 18 לפ.ח.פ., וראה בה שריד היסטורי שנשאר לתופעה שהייתה קיימת במשפט האנגלי:

"בזמנים קדומים לא היה המשפט האנגלי מבחין בין מעשים מזיקים שבוצעו במתכוון ושלא במתכוון, וחבר המושבעים היה נאלץ להרשיע, והשופט – לדון לעונש, גם עבריינים שעשו מעשים מהסוג האחרון... הגנה עצמית... היה ראוי כי תנתן לו חנינה אך גם היה זקוק לה"¹⁴²⁸.

לבסוף, בפסק-הדין בעניין סעד קבע בית-המשפט באשר לסעיף 18 לפ.ח.פ., כי "מגמתו של סעיף זה היא לפתוח שערי מחילה", ובהמשך דיבר על "יסודות ה'צורך' הדרושים למתן-כפרה לפי הסעיף 18" (ההדגשות הוספו)¹⁴²⁹.

כפי שניתן להתרשם מן המובאות דלעיל, אמנם קבע בית-המשפט נכונה כי אין המדובר בסמכות שבשיקול-דעת אלא בסייג של ממש לאחריות פלילית, ואולם בית-המשפט נטה לאפייין סייג זה כפטור¹⁴³⁰ ולא כצידוק. זאת, כפי הנראה, נוכח לשון הסליחה שבחוק. אילו נדרש בית-המשפט כראוי לרציונאל ההגנה הפרטית, סביר להניח כי היה מגיע למסקנה המתבקשת, שלפיה מדובר בצידוק של ממש¹⁴³¹. אלא שכאמור נמנע בית-המשפט כמעט לחלוטין מלעשות כן, וכשעשה כן לא דייק בהתייחסותו. הכוונה היא לפסק-הדין בעניין הורוביץ, שבו הביע השופט לנדוי את דעתו, ולפיה: "... הטעם שעליו מיוסדת כל טענה של התגוננות מותרת: שאדם הנקלע על לא עוול בכפו אל תוך מצב של צורך לעמוד על נפשו...", בלויית ציטוט דבריו של השופט זילברג, שנאמרו בעניין פתניאב, בדבר "גושפנקא משפטית או היתר חוקי להעדפת ענייני עצמו". ואולי תפישו זו של מהות ההגנה הפרטית הייתה המקור לכלל שקבע השופט

1428 ראו ע' 747 לפסק-הדין 4/ בעניין ראובן.

1429 ראו, בהתאמה, ע' 1616, 1617 לפסק-הדין 12/ בעניין סעד.

1430 למסקנה דומה לזו של המחבר, ראו גם ע' 190 למאמרו ה-30 / של ביין וע' 6 למאמרו ה-11; ע' 332-330 למאמרו ה-23 / של קרמניצר. מעניין להזכיר את ביקורתו של "המשוטט" על פרקליטות המדינה, על כך שזו ערערה בזה אחר זה על הזיכויים בעניין פתניאב (2/), ובעניין עסלה (3/). להערכת "המשוטט", הביטוי "סולחים" שבסעיף 18 לפ.ח.פ. הביא את פרקליטי המדינה להשקפה המוטעית שלפיה המתגוננים חייבים לכפר על מעשיהם, לכל הפחות על-ידי עינוי דין בשתי ערכאות – ראו רשימתו ה-20 / . כן מעניין להזכיר את הערכתו של ביין במאמרו ה-30 / הנ"ל, כי בשל החמרה בפשיעה בתקופה הסמוכה לכתיבת המאמר (1977) פעל בית-המשפט בכיוון של צמצום הגנות. סבורני כי נוכח רציונאל ההגנה על הסדר החברתי-משפטי – שאליו לא התייחסו בתי-המשפט וביין – ייתכן שבמצב של עלייה בפשיעה היה מקום דווקא להרחבת סייג ההגנה הפרטית.

1431 למסקנה דומה לזו של המחבר ראו ע' 20 לספרו ד / של אגקר וכן הדיון הקודם לה (ע' 9-20).

לנדוי מיד לאחר מכן, ולפיו "ויתור זה אין לעשות לטובת מי שהכניס ראשו בידועין ושלא כדין אל תוך המצב שגרם להתקפה עליו" (ההדגשה הוספה)¹⁴³².

בפסיקה מאוחרת יותר אין עוד ביטויים של סליחה, מחילה, כפרה, ויתור וכדומה, וזאת למרות נוסחו של סעיף 22 לחוק העונשין. בדומה לנוסח סעיף 18 לפ.ח.פ., גם נוסח זה היה לקוי, שכן הוא התיישב עם מהות של פטור טוב יותר מאשר עם מהות הצידוק של ההגנה הפרטית ("ניתן לפטור אדם מאחריות פלילית..."). נוסח טוב יותר נקבע לאחרונה בחוק החדש – "לא יישא אדם באחריות פלילית למעשה שהיה..."¹⁴³³. ברם, סבורני כי גם נוסח זה אינו מספק, שכן אין בו ביטוי לאופייה המוצדק של ההגנה הפרטית. עדיף ניסוח שלפיו מעשה (או מחדל) ההגנה הפרטית "אינו עבירה" (או, אפילו, "הינו מוצדק"). תימוכין לכך שהנוסח החדש אינו מספק, ניתן למצוא בפסק-הדין של השופט קדמי בעניין ג' בארין. פסק-הדין ניתן לאחר שכבר נחקק תיקון מס' 37 לחוק העונשין, שבו נקבע – בדומה מאד לחוק דהיום – "אין אדם נושא באחריות פלילית למעשה או למחדל אם..."¹⁴³⁴. הדבר לא מנע מהשופט להתייחס להגנה העצמית שוב ושוב במונחים של פטור במקום של צידוק¹⁴³⁵. התייחסות נכונה וחריגה בפסיקתנו לאופייה של ההגנה העצמית, ניתן למצוא באותו פסק-דין, מפי השופט דורנר: "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"¹⁴³⁶.

(ג) נחיצות; מיידיות; ונסיגה

הפסיקה הישראלית ראתה את דרישת הנחיצות כתנאי בסיסי ביותר להתגבשות סייג ההגנה הפרטית. זוהי גם הדרישה שההתייחסות אליה היא השכיחה ביותר: בכמחצית מבין כחמישה מנייני פסקי-הדין של הערכאה העליונה העוסקים בהגנה הפרטית, קיימת התייחסות כלשהי (בדרך-כלל קצרה מאד) לדרישה זו.

1432 ראו ע' 629 לפסק-הדין ב26/ בעניין הורוביץ. כלל זה בוקר בהרחבה לעיל בפרק ו(4)(1).
 1433 ראו סעיף 34 לחוק העונשין א1/ כפי שנקבע בתיקון מס' 39 (א17/) (ובדומה אף קודם לכן – בתיקון מס' 37 (א2/)).
 1434 ראו נוסחו הקודם של סעיף 22 לחוק העונשין, כפי שנקבע בתיקון מס' 37 (א2/) שעמד בתוקפו משך כשנתיים – עד לתיקון מס' 39 (א17/).
 1435 ראו החזרה שלוש פעמים על האפיון המוטעה של ההגנה העצמית כפטור דווקא, אשר בע' 231-232 לפסק-הדין ב50/ בעניין ג' בארין.
 1436 שם בע' 230; ההדגשה הוספה.

בנוסחו המקורי של סעיף 22 לחוק העונשין, שאליו מתייחסת הפסיקה, באה דרישת הנחיצות לידי ביטוי מפורט במילים "... תוצאות שלא ניתן למנען בדרך אחרת... ובלבד שלא עשה יותר משהיה צורך סביר לעשות לאותה מטרה...". אם אין רואים בשתי התייחסויות אלו לדרישת הנחיצות כפילות מיותרת, ניתן לפרשן כך שהראשונה תבטא דרישה של נחיצות איכותית (היעדר דרך אחרת) והשנייה תבטא דרישה של נחיצות כמותית (שהכח שהופעל לא היה גדול מהדרוש). כך, למשל, נקבע בפסק-הדין בעניין ויטפילד ואח' כי השימוש בגרון לא היה נחוץ נוכח האפשרות להוציא מידי היריב את הגרון שהחזיק¹⁴³⁷ (דהיינו: נחיצות איכותית), ואילו בפסק-הדין בעניין קרנץ דחה בית-המשפט את טענת ההגנה העצמית בנימוק שדי היה בירייה אחת ולא היה צורך בחמש יריות¹⁴³⁸ (דהיינו: נחיצות כמותית). מכל מקום, אין מחלוקת שהנחיצות הנדרשת היא הן איכותית והן כמותית.

מכאן לקביעות מעניינות יותר של הפסיקה לעניין דרישת הנחיצות. בפסק-הדין בעניין רז התייחס בית-המשפט נכונה לכח המגן עצמו (סיבוב ידו של התוקף) ולא לתוצאתו המקרית (שבר היד) כשדן בדרישת הנחיצות¹⁴³⁹. בפסק-הדין בעניין שוקרון הבהיר בית-המשפט כי הנחיצות נבדקת בעת האירוע עצמו ולא בשלב מוקדם יותר שבו גרם העושה להיווצרות מצב האילוף. הבהרה נכונה זו באה לאחר פסיקה קודמת מוטעית בעניין זה¹⁴⁴⁰.

בעניין ולדמן כרסם בית-המשפט בדרישה האובייקטיבית של הנחיצות, בקובעו כי "...אין לדרוש מאדם לכלכל מעשיו בפלס ולמדדם בשעל בשעת סכנה שכזאת"¹⁴⁴¹. כאמור, סבורני כי מקומה העיקרי של התחשבות זו במצבו של העושה אינו במסגרת

1437 ראו ע' 823 לפסק-הדין ב29/ בעניין ויטפילד ואח'. במאמר מוסגר יצוין כי לאחר שאחד המערערים חטף מן המנוח את אחד משני הגרזנים שהחזיק והיריבים ניצבו זה מול זה כשבידי כל אחד מהם גרזן, סבורני כי קביעתו של בית-המשפט שלפיה לא התקיימה הנחיצות הנדרשת חייבה תשתית עובדתית ראויה יותר, שלא הובאה בפסק-הדין ושספק אם הייתה קיימת במציאות.

1438 ראו ע' 473 לפסק-הדין ב33/ בעניין קרנץ.

1439 ראו ע' 504 לפסק-הדין ב21/ בעניין רז.

1440 ראו ע' 624 לפסק-הדין ב38/ בעניין שוקרון והשוו לע' 328 לפסק-הדין ב24/ בעניין מסדה ושביט (שם אמנם דובר בסייג ה"צורך", אך ההתייחסות הייתה לאותו סעיף חוק – סעיף 22 לחוק העונשין).

1441 ראו ע' 55 לפסק-הדין ב15/ בעניין ולדמן. קביעה זו של השופט זילברג אומצה על-ידי השופט אלון בע' 158 לפסק-הדין ב36/ בעניין אפנג'ר ועל-ידי השופט דורנר בע' 228-229 לפסק-הדין ב50/ בעניין ג'בארין.

צידוק ההגנה הפרטית הממשית, אלא – לפי המקרה – במסגרת הפטור של ההגנה הפרטית המדומה או במסגרת האחריות המופחתת (או הפטור) של הגנה פרטית בחריגה מהתנאים. אם כי מובן שאם הלכה זו מוגבלת לפשוטן של מילותיה, אזי יש לה מקום גם במסגרת הצידוק עצמו, שהרי אין זה סביר לדרוש דיוק מרבי (הנמדד בפלס ובשעל).

מקרה מעניין (ועצוב) באשר לתנאי הנחיצות, התעורר לאחרונה בפסק-הדין בפרשת פרידמן¹⁴⁴². בתיאור העובדות נאמר בפסק-הדין כי "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"¹⁴⁴³. התייחסותו של בית-המשפט המחוזי לעובדות אלה מתוארת בפסק-הדין של 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 מאחזתה 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"¹⁴⁴⁴.

אף שהשופט קדמי קובע ש"המנוחה הייתה בעת המקרה בגילופין... המנוחה נהגה להשתכר, ובשעה שהייתה נתונה להשפעת האלכוהול הייתה אלימה"¹⁴⁴⁵; אף שהשופט ער להילכת ולדמן הנ"ל וקובע: "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 מקבל השופט את הפיצול המלאכותי של בית-המשפט המחוזי בין סיבוב ידה של המנוחה השיכורה והאלימה לבין דקירתה

1442 ראו פסק-הדין 52/52, אשר ניתן לאחר תיקון מס' 39 לחוק העונשין.

1443 שם בע' 269.

1444 שם בע' 271.

1445 שם בע' 273.

כשעודנה אוזחת בסכין, ושני השופטים האחרים מצטרפים לדעתו¹⁴⁴⁶. לבסוף, אפילו אם מגיעים למסקנה שהדקירה לא הייתה נחוצה, יש לראות את פרשת פרידמן כמקרה של הגנה עצמית בחריגה מהתנאים, שאמנם מצריך ענישה, אך גם מצריך הקלה בעונש¹⁴⁴⁷.

בפסקי-דין אחדים הצביע בית-המשפט העליון, נוכח דרישת הנחיצות, על הדרך של "ריות הפחדה לאוויר" שאותה יש למצות – במידת האפשר – לפני הירי לעבר התוקף¹⁴⁴⁸.

ההתייחסות המעניינת ביותר של בית-המשפט לדרישת הנחיצות הייתה הגזירה ממנה של דרישת המיידיות. שהרי, בנוסחו המקורי של סעיף 22 לחוק העונשין לא נקבעה דרישה מפורשת של מיידיות, ולפיכך היה על בית-המשפט לגזור אותה מדרישת הנחיצות. גזירה זו עוגנה במילות החוק "תוצאות שלא ניתן למנען בדרך אחרת", ונעשתה אף שלכאורה ניתן היה ללמוד על הסדר שלילי בסעיף 22 לחוק, לעניין דרישת המיידיות, שכן בסעיף 21 (סייג הכורח) קבע המחוקק את דרישת המיידיות במפורש¹⁴⁴⁹.

דרישת המיידיות הוטלה בספק גדול בדוח ועדת החקירה לעניין שיטות החקירה של שירות הביטחון הכללי בנושא פעילות חבלנית עוינת (בראשות השופט לנדוי). במסגרת הדיון הרחב בדרישת המיידיות, כבר בוקרה העמדה שבדוח זה, שהיא לדעתי מוטעית מיסודה¹⁴⁵⁰. להשלמת התמונה, יש לציין שבעוד שבתיקון מס' 37 לחוק העונשין (1992) לא נקבעה בהגדרת ההגנה העצמית דרישה של מיידיות, הרי שבחוק הקיים כפי שנקבע

1446 שם בע' 274, 277, 278.

1447 ראו פרק ו(3) שלעיל.

1448 ראו ע' 312 לפסק-הדין ב25/ בעניין אחמד ושיך; ע' 628 לפסק-הדין ב26/ בעניין הורוביץ. בדומה עמד בית-המשפט על הדרך האלטרנטיבית של מתן אוהרה – ראו ע' 1608 לפסק-הדין ב5/ בעניין פרנקל.

1449 "...חשש סביר שאם לא ייכנע ימות מיד או ייחבל מיד..." – כלשון סעיף 21 לנוסחו המקורי של חוק העונשין (א1) (ההדגשות הוספו). לפסיקה שבה התייחס בית-המשפט לדרישת המיידיות לעניין ההגנה הפרטית ראו, למשל, ע' 429 לפסק-הדין ב2/ בעניין פתניאב; ע' 1080 לפסק-הדין ב18/ בעניין גרז'יצקי; ע' 77 לפסק-הדין ב20/ בעניין אל-נבארי. כן ראו סקירתו המפורטת של פלר בע' 425-428 לספרו ד(ב)2.

1450 ראו פרק ד(7)(ג).

בתיקון מס' 39 (1994) כבר מעוגנת דרישת המיידיות באופן מפורש¹⁴⁵¹. הדיון בנוסח של החקיקה החדשה ובפרשנותה הראויה יובא בהמשך¹⁴⁵².

בראשית דרכה של הפסיקה הישראלית לא היה ברור אם קיימת חובה של נסיגה ומה הם תנאיה, וניתן למצוא גם אסמכתאות שלפיהן אין כל חובה לסגת¹⁴⁵³. בהמשך נטתה הפסיקה לכיוון של הטלת חובת נסיגה, לעתים כחובה כמעט מוחלטת ולעתים כשיקול בהערכת סבירות המעשה¹⁴⁵⁴.

גם חובת הנסיגה, כמו דרישת המיידיות, נגזרה על-ידי הפסיקה מדרישת הנחיצות שבחוק, שכן גם לנסיגה לא היה ביטוי מפורש בו. ראייה של הנסיגה כנובעת בעיקר מדרישת הפרופורציה – אשר הוצעה בספר זה¹⁴⁵⁵ – אינה מצויה בפסיקה.

(ד) עקרון הפרופורציה

בסעיף 18 סיפא לפקודת החוק הפלילי קבע המחוקק המנדטורי לעניין זה את התנאי הבא:

“Provided... that the harm inflicted by the act was not disproportionate to the harm avoided”.

נוסח זה תורגם לעברית – בתרגום בלתי מחייב – שלא במדויק¹⁴⁵⁶, כך:

1451 ראו (בהתאמה) תיקון מס' 37 (א/2) ותיקון מס' 39 (א/17).

1452 ראו פרק ז(3) שלהלן.

1453 ראו, למשל, פסק-הדין ב/77 בעניין אשוואל. יצוין כי בית-המשפט ביקש לתמוך את מסקנתו בדבר היעדר חובת נסיגה גם בכך שהאירוע התרחש בבית הנתקף, אלא שסבורני כי לא היה מקום לתת למיקום זה נפקות מיוחדת, שכן היה זה גם ביתו של התוקף. וראו בהרחבה גדולה יותר פרקים ד(9) ו-ה(5) שלעיל.

1454 ראו, למשל, ע' 623-622 לפסק-הדין ב/388 בעניין שוקרון וע' 56-55 לפסק-הדין ב/9 בעניין קמינסקי (הנסיגה כגורם המובא בחשבון בהערכת סבירות המעשה). וראו, למשל, ע' 77 לפסק-הדין ב/20 בעניין אל-נבארי; וע' 440 לפסק-הדין ב/23 בעניין לדר (נטייה לדאות בנסיגה דרך שחייבים למצותה). כן ראו הסקירה שבמאמרו ה/11 של ביין (ע' 7 ואילך); רשימתו ה/12 של דייקן; והסקירה שבע' 432-428 לספרו ד/27(ב) של פלר. לבסוף, לאחרונה התייחס בית-המשפט העליון לשאלת הנסיגה כך: “אכן, אין חובת נסיגה קיימת בכל מקרה. אולם – שהות מספקת להסתלק מזירת הסכנה שכבר לא הייתה מיידית, מחייבת נסיגה ושלולת את ניצול השהות לשם פריקת יצרים” (ש"ז פלר יסודות בדיני עונשין (כרך ב) ... בעמ' 430) – ראו ע' 582 לפסק-הדין ב/53 בעניין וייצמן.

1455 ראו פרק ד(9) שלעיל.

1456 עמד על כך אנק – ראו ע' 117-112 לספרו ד/1.

”ובתנאי שהחבלה שנגרמה על ידי המעשה או אי המעשה שלו לא תהיה גדולה מן החבלה או הנזק שביקש למנעם”.

כאמור, כשמדובר בהגנה הפרטית, נוכח הרציונאל המיוחד של סייג זה, יש להסתפק בדרישה גמישה של פרופורציה¹⁴⁵⁷. ואכן, הפסיקה לא עמדה על שוויון בין הרעות. כך, בפסק-הדין בעניין עסלה¹⁴⁵⁸, לא ראה בית-המשפט העליון את כח המגן הקטלני שבו השתמשה הנאשמת כחורג מדרישת הפרופורציה, אף שהסכנה הרלוונטית (אם כי המדומה) מפני התוקף לא הייתה מוות אלא אונס.

עם חקיקת חוק העונשין, תשל”ז 1977-, זכתה דרישת הפרופורציה לתרגום גמיש והולם יותר, כשנקבע בסעיף 22 סיפא התנאי ”... ושהרעה שגרם איננה בלתי שקולה כנגד הרעה שמנע”. אלא שגם נוסח זה – כנוסחו של סעיף 18 לפ.ח.פ. – לקה בחיסרון של התייחסות לתוצאתו בפועל של הכח המגן¹⁴⁵⁹, במקום לכח המגן עצמו (או לתוצאתו הצפויה).

אף שהמחוקק (הן בסעיף 18 לפ.ח.פ. והן בסעיף 22 המקורי לחוק העונשין) הבחין היטב בין שתי הדרישות החשובות של נחיצות ופרופורציה, המגמה בפסיקה הייתה לדון בהן כבמיקשה מעורפלת אחת¹⁴⁶⁰. מגמה זו עלולה להתחזק נוכח נוסחו החדש של החוק, שבעניין זה הוא טוב פחות מהנוסח המקורי של חוק העונשין. הביקורת המפורטת על כריכת דרישות הנחיצות והפרופורציה יחדיו תוך הסתפקות בדרישה הכללית של סבירות תובא בהמשך¹⁴⁶¹.

1457 ראו פרק ד(8)(א) שלעיל.

1458 ראו פסק-הדין ב/33 בעניין עסלה. אמנם דובר שם בהגנה פרטית מדומה – שהיא excuse – ולא בהגנה פרטית ממשית – שהיא justification – אך הברל זה אינו מבטל את יכולתנו ללמוד על יחסו של בית-המשפט לדרישת הפרופורציה.

1459 העשויה להיות מקרית לחלוטין – ראו הטקסט שלעיל שתחילתו בהפניה לה”ש 750.

1460 ראו, למשל, ע’ 2692 לפסק-הדין ב/19 בעניין גרצייני; ע’ 823 לפסק-הדין ב/29 בעניין ויטפילד ואח’; ע’ 21 לפסק-הדין ב/39 בעניין צמח; וע’ 4 לפסק-הדין ב/13 בעניין צנור. מעניין לציין כי גישה כזו של הטמעת הדיון בפרופורציה בתוך הדיון בנחיצות מצויה גם בכתביו של פלר – ראו, למשל, ע’ 433 ואילך לספרו ד/2(ב). לסיום, מעניין להזכיר את עמדתו יוצאת הדופן של השופט שאל, בפסק-הדין המחוזי ב/6 בעניין אהרונוביץ ואח’, שלפיה סעיף 18 לפ.ח.פ. כלל לא חל על ההגנה הפרטית, ולפיכך היא אינה מוגבלת בחוק על-ידי עקרון הפרופורציה – ראו שם ע’ 402-403.

1461 ראו סעיף 34טז (“חריגה מן הסביר”) לחוק העונשין (18/א) כפי שנקבע בתיקון מס’ 39 (17א/ו) והדיון בו בפרק ז(3)(ב) שלהלן.

(ה) היסוד הנפשי

נוכח נוסחם של סעיף 18 לפ.ח.פ. ("...done only in order to avoid consequences which...") ושל מחליפו – סעיף 22 (המקורי) לחוק העונשין ("...שלא נהג כפי שנהג אלא כדי למנוע תוצאות ש..."), נקבע בפסיקה הישראלית בעקבות כי לצורך התגבשות סייג ההגנה הפרטית אין די בהתקיימות תנאיו האובייקטיביים של הסייג, אלא נדרש גם שהעושה פעל כשמטרתו היא להתגונן או להגן¹⁴⁶². אלא שבכמה פסקי-דין לא ראה בית-המשפט במטרה זו תנאי מספיק לעניין היסוד הנפשי, אלא סבר כי עליה להיות מטרתו הבלעדית של העושה, תוך שלילת הסייג אם נלוו אליה מטרות שליליות נוספות. כך, בפסק-הדין בעניין אחמד ושיך, לאחר הבהרתו הנכונה של השופט לנדוי, שלפיה מניע (בלשון בית-המשפט) שלילי של גאולת-דם אינו שולל את התקיימותה של מטרת ההתגוננות הנדרשת¹⁴⁶³, כתב השופט ח' כהן כך:

"צודקת סגן פרקליט המדינה בטענתה שיש להבחין בין התגוננות ברוח לחימה לבין התגוננות בדרך הגנה: הלוחם משיב מלחמה שערה, והעובדה שהוא מתגונן מפני תוקפנות יריבו, אינה אלא העילה למלחמתו; ואילו המגן על נפשו סולד מן המלחמה ונרתע מפניה ועושה כל מאמץ להימנע ממנה, וכל מעשה אלימות אשר הוא עושה להגנתו עושה הוא בעל כורחו ובדלית ברירה. הגנת החוק נתונה למתגונן בדלית ברירה, ולא ללוחם בעילת התגוננות".

ולאחר דברים אלה, שלטעמי הולמים יותר סייג של פטור מאשר סייג של צידוק, מסכם השופט כי "העובדה שהייתה זו מלחמת התגוננות אינה מעלה ואינה מורידה לעניין ההגנה בפלילים"¹⁴⁶⁴.

דבריו אלה של השופט ח' כהן צוטטו בהסכמה על-ידי השופט אשר בפסק-הדין בעניין אפנגר, כשמיד אחריהם הוסיף השופט (ההדגשה במקור):

1462 ראו, למשל, ע' 99 לפסק-הדין ב'1/ בעניין עבד אל-לוג'; ע' 426 לפסק-הדין ב'2/ בעניין פתניאב; ע' 1608 לפסק-הדין ב'5/ בעניין פרנקל; ופסקי-הדין הנזכרים להלן בה"ש 1463, 1465.

1463 ראו ע' 313 לפסק-הדין ב'25/ בעניין אחמד ושיך.

1464 לשני הציטוטים מדברי השופט ח' כהן ראו שם ע' 316.

“נראה לי שאפילו חברי הנכבד (השופט אלון – הבהרת המחבר) איננו מוכן לומר שהמערער דנן דחף את השוטרים, אותם הכיר מהרגע הראשון בעל כורחו ובדלית ברירה, כשמטרתו היחידה היא להגן על שלומם של האחרים...”¹⁴⁶⁵.

דעתי, שלפיה אין מקום לדרישה של בלעדיות המטרה, הובאה תוך פירוט והנמקה בעת הדיון הכללי ביסוד הנפשי¹⁴⁶⁶. אלא שדומה כי לא יהיה זה הוגן לבקר בעניין זה את בית-המשפט, וזאת נוכח לשון החוק – המילה “only” שבסעיף 18 לפ.ח.פ. והמילה “אלא” שבסעיף 22 (המקורי) לחוק העונשין, אשר צוטטו בפתח דיון זה.

כפי שנראה בהמשך, נוכח נוסחה החדש של הגדרת ההגנה העצמית בחוק העונשין, עשויה להיות חשיבות רבה להלכה הפסוקה, שלפיה נדרשת מטרה להתגונן או להגן¹⁴⁶⁷.

(1) הלכות נוספות

שתי סוגיות שנדונו בפסיקה הישראלית בהרחבה רבה יחסית, לא תפורטנה כאן. האחת היא גרימת העושה באשמתו להיווצרות מצב ההגנה הפרטית. בעת הדיון הרחב בסוגיה זו כבר נדונה בהרחבה ובוקרה ההלכה הישראלית¹⁴⁶⁸.

סוגיה שנייה, שהעסיקה לא מעט את הפסיקה הישראלית, היא ההגנה הפרטית על אדם אחר. הקושי הרב נבע מהצמצום שהיה קבוע בסעיף 18 לפ.ח.פ. ל- “person or honour of others whom he was bound to protect or (to) property placed in his

1465 ראו ע' 167 לפסק-הדין ב36/ בעניין אפנגר. לפסיקה נוספת שממנה עולה הדרישה כי מטרת ההתגוננות תהיה בלעדית ראו ע' 1121-1122 לפסק-הדין ב7/ בעניין אשוואל.

1466 ראו פרק ד(10)(ה) שלעיל.

1467 ראו פרק ז(3) שלהלן.

1468 ראו פרק ו(1)(4) שלעיל. כזכור, נדונו ובוקרו שם הן ההלכה הישראלית, שלפיה “...ויתור זה אין לעשות לטובת מי שהכניס ראשו בידועין ושלא כדין אל תוך המצב שגרם להתקפה עליו...עצם הכניסה לתיגרה או לדו-קרב היא מעשה שלא כדין...”; הן שני חריגיה של הלכה זו: הפרת “כללי המשחק” (או – לפי גירסה אחרת – “תפנית בלתי צפויה”; “סייג ההפתעה”) ו”סייג ההסתלקות”; והן הניסיון לצמצם הלכה זו, תוך הגבלתה למקרים של השתתפות בקטטה.

לפיכך, לא נחזור כאן על שנאמר שם, אלא נסתפק בהפניה למספר אסמכתאות נוספות שבהן נדונה במשפטנו סוגיה זו – ראו – מלבד האסמכתאות הנ”ל בפרק ו(4)(1) – גם פסקי-הדין הבאים: 23/ בעניין לרר; 24/ בעניין מסדה ושביט; 29/ בעניין ויטפילד ואח'. דומני כי סוגיה זו התעוררה גם נוכח עובדותיו של פסק-הדין ב28/ בעניין שמולביץ, אלא שבית-המשפט נמנע מלדון בה וניתח את המקרה כאילו דובר שם בחריגה מתנאי ההגנה הפרטית.

”charge ובקבותיו הצמצום בסעיף 22 (בנוסחו המקורי) לחוק העונשין ל-”גופם או (ב) כבודם של אחרים שהגנתם עליו, או (ב) רכוש שהופקד בידיו”.

בתי-המשפט, שהיו מעוניינים בדרך-כלל בדין הרצוי של הגנה על כל אדם אחר (לרבות זר)¹⁴⁶⁹, ניצבו בפני מחסום מילותיו של החוק. פער גדול זה בין הדין המצוי לדין שנחשב כרצוי הביא שופטים אחדים של בית-המשפט העליון לסטיות חדות מלשונו הברורה של החוק, סטיות שהגיעו לשיאן בפסק-דינו של השופט אלון בעניין אפנג'ר, שם הועדף הדין הרצוי – תוך עיגונו, בין היתר, במשפט העברי – על פני הדין המצוי כביטוי המפורש בלשון החוק¹⁴⁷⁰.

אלא שדיון מעמיק בניסיונות להתמודד עם ההגבלות שהיו קבועות בחוק הפך למיותר נוכח תיקונים מס' 37 ו-39 לחוק העונשין, שבהם מדובר באופן מפורש וחד-משמעי בהגנה על האינטרסים ”שלו או של זולתו”¹⁴⁷¹.

מכאן לכמה מגמות נוספות שאותן ניתן למצוא בפסיקה הישראלית: האחת נוגעת להתנגדות למעצר בלתי חוקי המבוצע על-ידי איש הרשות (בדרך-כלל – שוטר).

1469 כפי שראינו בעת הדיון הרחב בסוגיה זו, אין כל הצדקה להגבלות כאלה – ראו פרק ה(2) וכן פרק ה(4) שלעיל.

1470 ראו חוות-דעתו המפורטת מאד של השופט אלון בע' 145-160 לפסק-הדין ב36/ בעניין אפנג'ר והביקורת על העדפה זו של הדין הרצוי על פני לשונו הברורה של החוק, אשר בכתביו הבאים של פלר: ע' 422 ואילך לספרו ד2/ (ב); ע' 145-146 למאמרו ה29/; ע' 353 ואילך למאמרו ה28/; ומאמרו המקיף בעניין זה ה16/. הקביעות המרכזיות שקדמו לפסק-הדין בעניין אפנג'ר הן הילכת רז, שהרחיבה את חוג ”האחרים שהגנתם עליו” בקובעה כי ”המערער כממלא מקום המנהל היה אחראי לשלום העובדים בלשכה” (ראו ע' 504 לפסק-הדין ב21/), והקביעה (באימרת אגב) שלפיה מדובר ב”אלה שלשלומם הוא אחראי” (ראו ע' 629 לפסק-הדין ב26/ בעניין הורוביץ). לדיון מקיף בסוגיה זו ראו גם ע' 117-125 לספרו ד1/ של אנקר (לרבות האפשרות לעגן את ההרחבה של ההגנה על אדם אחר בחובה למנוע פשע הקבועה בסעיף 262 לחוק העונשין (בעבר סעיף 33 לפ.ח.פ.)). כן ראו האסמכתאות מן המשפט הישראלי הנ”ל בפרק ה(2). לבסוף יצוין פסק-הדין של השופט נתניהו בעניין מאק (בהסכמת שני השופטים האחרים), שבו ניתן משקל מלא למילות החוק ”אחרים שהגנתם עליו” – בניגוד לעמדתו הנ”ל של השופט אלון בעניין אפנג'ר – ראו ע' 140 לפסק-הדין ב51/ בעניין מאק. לא ברור כיצד מתעלם פסק-הדין, אשר ניתן ביום 24.6.1993, מתיקון מס' 37 לחוק העונשין (א2), אשר נחקק ביום 16.3.1992 ושבמסגרתו בוטלה לחלוטין ההגבלה ל”אחרים שהגנתם עליו”. אפילו אם סבר בית-המשפט כי סעיף החוק המרחיב את הסייג לאחריות פלילית אינו חל רטרואקטיבית על מעשה שנעשה לפני חקיקתו, ראוי היה שידון בכך. ייתכן שהחוק החדש פשוט נעלם מעיניו של בית-המשפט.

1471 ראו סעיף 22 לחוק העונשין כפי שנקבע בתיקון מס' 37 (א2) וסעיף 34 לחוק העונשין כפי שנקבע בתיקון מס' 39 (א17) שעודנו בתוקף.

הפסיקה הישראלית נמנעה – תוך מודעות מלאה להימנעותה זו – מלקבוע כלל מדיניות מיוחדת שיאסור על התנגדות שכזו, בהדגישה את חשיבות שוויון הכל בפני החוק¹⁴⁷².

הלכות אחדות מתייחסות להגנה הפרטית המדומה. ההגנה הפרטית המדומה הוכרה בפסק-הדין המנחה בעניין עסלה¹⁴⁷³, תוך שילוב שני סעיפים מפקודת החוק הפלילי: סעיף 12 (טעות בעובדה – בעבר סעיף 17 לחוק העונשין וכיום סעיף 34 יח) וסעיף 18 (הגנה עצמית – בעבר סעיף 22 לחוק העונשין וכיום סעיף 34 יח). בדרך-כלל הבחינו בתי-המשפט היטב בין ההגנה הפרטית המדומה להגנה הפרטית הממשית¹⁴⁷⁴. כמצוות החוק שהיה בתוקף בעבר, התנתה הפסיקה הישראלית את סייג ההגנה הפרטית המדומה בדרישה של סבירות הטעות¹⁴⁷⁵. כפי שניווכח בהמשך פרק זה, דרישה כזו כבר אינה קיימת בהגדרת סייג הטעות בעובדה שבסעיף 34 יח ("טעות במצב דברים") לחוק העונשין. הפסיקה נמנעה מלהחיל את סייג ההגנה הפרטית המדומה על טעות שאינה בעובדה אלא בחוק¹⁴⁷⁶. גם כאן יש להידרש לחוק החדש, המתייחס בסעיף 34 יט גם ל"טעות במצב משפטי", ונעשה כן בהמשך פרק זה.

1472 ראו פרק ד(4)(ג) דלעיל.

1473 ראו הציטוט שבה"ש 1142 שלעיל והטקסט המפנה להערה זו.

1474 כך, למשל, בפסק-הדין המנחה ב3/ בעניין עסלה. אך ראו הערכוב המוטעה של ההגנה המדומה עם הממשית בע' 208 ואילך לפסק-הדין ב32/ שניתן בבית-המשפט המחוזי בעניין דברה. ייתכן כי טעות כזו עומדת גם מאחורי פסק-דינו של בית-המשפט העליון ב15/ בעניין ולדמן.

1475 שהרי, בסעיף 17 לחוק העונשין – כבקודמו סעיף 12 לפ.ח.פ. – נדרשה "הנחה כנה וסבירה". ראו, למשל, ע' 550 לפסק-הדין ב8/ בעניין שורקה ומאחני; תמיכת השופט אגרנט בהלכה זו בע' 50 לרשימתו ה26/; ע' 629 לפסק-הדין ב38/ בעניין שוקרון; וע' 139 לפסק-הדין ב1/ בעניין מאק. לדיון מפורט יותר בהלכה הישראלית בנוגע להגנה הפרטית המדומה ראו ע' 129-127; 167-165 לספרו ד1/ של אנקר וע' 444-445 לספרו ד2/ (ב) של פלר.

1476 כמצוותו הברורה של סעיף 12 דאז לחוק העונשין (לפנים – סעיף 8 לפ.ח.פ.). ראו ה"ש 1185 שלעיל והטקסט המפנה אליה (ההתייחסות לפסק-הדין בעניין שורקה ומאחני). לעומת זאת, בעניין אחמד ושיך, סבורני כי בית-המשפט העליון נתפס לטעות בסוגיה זו, שכן השופט לנדוי מאתר שם "טעות ביחס למידת הכוח הדרושה לשם התגוננות" (דהיינו – טעות בנוגע לדרישת הנחיצות, שהיא טעות בעובדה) אך משום מה מתייחס אליה כאל "טעות שאולי אפשר לכנותה כטעות של חוק" – ראו ע' 313-314 לפסק-הדין ב25/. כאמור, הטעות בחוק האופיינית להגנה הפרטית היא טעות בהערכת הפרופורציה – ראו ה"ש 1182 שלעיל והטקסט המפנה אליה. וראו גם ע' 163-165 לספרו ד1/ של אנקר.

מגמה נוספת הקיימת בפסיקה הישראלית היא ההקלה בעונשו של עושה אשר פעל למטרה של הגנה פרטית אך חרג מתנאיו של הסייג¹⁴⁷⁷. גם סוגיה זו זכתה לאחרונה להתייחסות מסוימת של המחוקק, ונעמוד עליה בהמשך פרק זה.

1477 ראו פסקי-הדין הנ"ל בה"ש 1247.

3. החקיקה הישראלית החדשה

(א) שלב הביניים החקיקתי (1992-1994) – תיקון מס' 37 לחוק העונשין למרות ניסוחו הגרוע מאד של סעיף 22 המקורי לחוק העונשין, שעמדנו עליו לעיל בפרק זה, הייתה ירושה זו משלטון המנדט הבריטי בתוקף למעלה מארבעה עשורים. רק בשנת 1992 נייער המחוקק מתרדמתו, והסדיר מחדש את סייגי ההגנה העצמית והצורך, בחוק העונשין (תיקון מס' 37), תשנ"ב 1992-1478 (להלן: "חוק הביניים"), שהוראותיו הרלוונטיות להגנה הפרטית היו כדלקמן¹⁴⁷⁹:

"22. הגנה עצמית

אין אדם נושא באחריות פלילית למעשה או למחדל אם נהג כפי שנהג כלפי תוקף כדי להדוף תקיפה שלא כדין, שהעמידה בסכנת פגיעה את חייו, חירותו, גופו או רכושו, שלו או של זולתו; ואוחם (כך! צריך להיות "ואולם" – הבהרת המחבר) אין אדם נוהג תוך הגנה עצמית אם גרם לתקיפה האמורה בהתנהגותו הפסולה ותוך שהוא צופה מראש את אפשרות התפתחות הדברים".

(סעיף 22א עסק בסייג הצורך).

"22ב. חריגה מן הסביר

הוראות סעיפים 22 ו-22א לא יחולו אם בניסבות הענין, המעשה או המחדל לא היו סבירים לשם מניעת הפגיעה.

22ג. עונש מופחת

עבר אדם עבירה שדינה עונש חובה, רשאי בית המשפט להטיל עליו עונש קל ממנו בכל אחת מאלה:

1478 ראו החוק א2/. באופן כללי ניתן לומר שחוק זה היווה סינתזה (לאו דווקא מוצלחת) בין כמה הצעות חוק, שהעיקריות שבהן הן הצעתם ג7/ של חבר-הכנסת לין ואח' (הצעה הנסמכת על הצעת החוק ג4/ של פלר וקרמניצר, אם כי סוטה ממנה באופן משמעותי) והצעתו ג8/ של חבר-הכנסת ליבאי, בצירוף הסתייגויות מספר שהתקבלו במהלך קריאתו השנייה של החוק – ראו הפרוטוקול א3/ של ישיבתה הרלוונטית של הכנסת.

1479 להצעות כיצד לפרש את חוק הביניים ראו מאמרם ה45/ של אנקר וקנאי וכן מאמרו ה50/ של לדרמן ומאמרו ה58/ של אנקר.

(1) אם נהג כפי שנהג בתנאים האמורים בסעיף 22, אולם חרג מן הסביר
בנסיבות הענין לשם מניעת הפגיעה;...”

(סעיף קטן (2) עסק בסייג הצורך).

באופן כללי היווה חוק הביניים שיפור מסוים בהשוואה לקודמו. חקיקת חוק מוגבל בהיקפו זה, בלי להמתין לחקיקת הנוסח החדש של חלקו הכללי של חוק העונשין, שיקפה הערכה שלפיה הסדרו המקורי של סייג ההגנה הפרטית היה כה גרוע עד כי תיקונו לא סבל דיחוי נוסף¹⁴⁸⁰. יתרונו הכללי והמרכזי של חוק הביניים היה שחרור ההגנה הפרטית מחיבוק הדב שהעניק לה סייג הצורך; שחרור שאיפשר התאמה טובה יותר של תנאי הסייג למהותה של ההגנה הפרטית. לשון הסעיף לא הייתה עוד של סליחה ופטור, אם כי גם ללשון של צידוק לא זכה הסייג, אלא המחוקק הסתפק בקביעה כי “אין אדם נושא באחריות פלילית”. גם ההבהרות שהוספו בחוק הביניים, שלפיהן נדרש שהתקיפה תהא “שלא כדין”¹⁴⁸¹ ושפעולת ההגנה מפניה תתבצע “כלפי תוקף”¹⁴⁸², היו רצויות, כמו גם העמדת הערכים המוגנים על “חיי, חירותו, גופו או רכושו” במקום ההתייחסות ל“גופו, (ב)כבודו או (ב)רכושו” שבחוק המקורי¹⁴⁸³. שיפור משמעותי היה שחרור ההגנה הפרטית על אדם אחר מהגבלות לא מוצדקות, תוך התייחסות גורפת ונכונה לאינטרסים “שלו או של זולתו”¹⁴⁸⁴. גם ניסוח דרישת המטרה שבחוק הביניים (“...כדי להדוף תקיפה...”) עדיף על קודמו (“...נהג אלא כדי למנוע...”), שכן ניסוח זה אינו מרמז על דרישה מוטעית לבלעדיות המטרה¹⁴⁸⁵.

שיפור נוסף הייתה ההסדרה בחוק של סוגיית הגרימה באשמת העושה להיווצרות מצב ההגנה הפרטית, אשר נעשתה תוך קביעה כי “אין אדם נוהג תוך הגנה עצמית אם גרם לתקיפה האמורה בהתנהגותו הפסולה ותוך שהוא צופה מראש את אפשרות

1480 ראו, למשל, ההתלבטות בין המתנה לחוק הכולל החדש לבין הקדמת הסדרתם של סייגי ההגנה הפרטית והצורך, הבאה לידי ביטוי בע' 3745-3738 לפרוטוקול דברי הכנסת א/37. למוטיבציה הפוליטית לחקיקת החוק נתייחס בקצרה בהמשך.

1481 ראו פרק ד(4) (א) דלעיל.

1482 ראו ה"ש 533 שלעיל והטקסט המפנה אליה. וראו ע' 7-8 למאמרם ה/45 של אנקר וקנאי. כשנחקק מאוחר יותר תיקון מס' 39 לחוק העונשין, הושמטו המילים “כלפי תוקף”.

1483 ראו גם ה"ש 1502 שלהלן.

1484 ראו פרק ה(2) דלעיל.

1485 ראו ה"ש 1466 שלעיל והטקסט המפנה אליה.

התפתחות הדברים". על יתרונוותיה וחסרונוותיה של הסדרה זו נעמוד להלן, תוך התייחסות לנוסחו הדומה מאד של תיקון מס' 39 התקף כיום.

שיפור אחרון שהביא חוק הביניים היה הסמכת בית-המשפט להקל בעונשו של החורג מתנאי ההגנה הפרטית גם כשמדובר בעונש חובה. אלא שגם כאן סבורני כי המחוקק צעד אמנם בכיוון הנכון אולם לא את מלוא הדרך, וזאת במיוחד לאור הגבלת הוראת סעיף 22ג(1), שהסדירה סוגיה זו, לחריגה מדרישת הסבירות¹⁴⁸⁶. גם כאן אמנע מלשוב ולפרט את ההסדר הראוי ואסתפק בהפניה לדיון בו¹⁴⁸⁷ ובהצעה לפרש את סעיף 22ג לא כהסמכה בלבד להקלה נוכח עונש חובה, אלא גם כהדרכה של המחוקק לרשות השופטת להקל בעונשו של החורג מתנאי ההגנה הפרטית (וזאת גם כשלא מדובר בעונש חובה)¹⁴⁸⁸.

מכאן לחסרונוותיו הבולטים של חוק הביניים. המרכזי שבהם נעוץ בסעיף 22ב, שבו נקבע המבחן הרחב מדי של סבירות פעולתו של העושה. ראשית, כריכה זו של דרישות היסוד החשובות – הנחיצות והפרופורציה – מחלישה את מעמדן העצמאי של דרישות אלה. מסקנה זו מתחזקת לא רק על רקע ההשוואה לנוסחו המקורי של חוק העונשין, שבו קבע המחוקק כל אחת מדרישות יסוד אלה בנפרד, אלא גם תוך השוואה להגדרת סייג ה"צורך", שהייתה קבועה בסעיף 22א לחוק הביניים. בסעיף זה נקבעו דרישות הנחיצות ("דרושים"; "ובלבד שלא הייתה לו דרך אחרת למנעה") והפרופורציה ("והפגיעה שגרם לא הייתה בלתי שקולה כנגד הפגיעה שבקש למנוע") בנפרד ובמפורש, והעובדה שהגדרות הצורך וההגנה העצמית נחקקו יחדיו עלולה הייתה להוליך למסקנה כי ההגנה הפרטית אינה מותנית בצירוף של שתי הדרישות הללו. החשש העיקרי – מטבע הדברים – אינו לגורלה של דרישת הנחיצות אלא לגורלה של

1486 לעמדה דומה ראו ע' 21-23 למאמרם /45 של אנקר וקנאי. בפסק-הדין ב45/ בעניין גלמן נדרש בית-המשפט העליון, באימרת אגב, לשאלה אם סעיף 22ג(1) מוגבל לחריגה מדרישת הסבירות, והותירה בצריך עיון. אימרת אגב – משום שבית-המשפט קבע שסעיף 22ג(1), המסמך אותו להקל בעונש, אינו חל רטרואקטיבית. קביעה אחרונה זו הייתה – לדעתי – מוטעית, שכן מדובר בנורמה פלילית מקלה.

1487 ראו פרק ו(3) שלעיל וראו סעיף 2 המוצע להלן בפרק ח'. ההוראה בדבר "עונש מופחת" (סעיף 22ג לחוק) הוספה בעקבות הצעת החוק הפרטית ג8/ של חבר-הכנסת ליכאי.

1488 גם לעניין נטל ההוכחה עדיף חוק הביניים על קודמו. ראו לעניין זה ע' 6-7 למאמרם ה45/ של אנקר וקנאי.

דרישת הפרופורציה, שכן דרישת הנחיצות היא בדרך-כלל מובנת מאליה ומוסכמת יותר¹⁴⁸⁹.

שנית, סבורני כי הוראה כה חשובה כדרישת הסבירות, מן הראוי שתופיע בהגדרת ההגנה הפרטית עצמה ולא בנפרד ממנה – כהוראה המשותפת לה ולסייג הצורך. אמנם באופן פוטנציאלי יש בהפרדה כזו כדי לקצר את החוק במילים מספר ולמנוע חזרה, אלא שלמעשה לא היה בהפרדה כפי שנקבעה אפילו כדי לקצר¹⁴⁹⁰, וגם אם הייתה משיגה מטרה צנועה זו, עדיין רב היה נזקה של ההפרדה מתועלתה. זאת בשל המסר המוטעה שעלול להתקבל מעיון (של הדיוט, לפחות) בהגדרת ההגנה העצמית כשלעצמה, ללא בקיאות ביתר הוראות החוק. שהרי, העיון בהגדרה זו יוצר רושם שלפיו אין כמעט כל הגבלה על פעולתו של העושה. חשש כזה נראה אולי כמרחיק לכת, אלא שהמציאות הישראלית כבר סיפקה לנו אימות משמעותי מאד של נכונות החשש¹⁴⁹¹.

שלישית – וכאן חיסרון בולט של ההסתפקות בדרישת הסבירות – נעדרה מהגדרת ההגנה העצמית שבחוק הביניים דרישת המיידיות. בעניין זה יצר חוק הביניים מצב משפטי גרוע מזה שהיה קיים נוכח חוק העונשין המקורי. כפי שצוין לעיל, אמנם גם בסעיף 22 לחוק המקורי לא הופיעה במפורש דרישת המיידיות, אלא שבית-המשפט גזר

1489 חשש לגורלה של דרישת הפרופורציה נוכח נוסחו החדש של החוק הביע – בעת ההצבעה על החוק – שר המשפטים דן מרידור – ראו ע' 3741 לפרוטוקול דברי הכנסת א/3. אלא שהצעתו לא הייתה – כהצעתי – לקבוע במפורש את דרישת הפרופורציה בהגדרת ההגנה העצמית, אלא דווקא להשמיטה גם מהגדרת סייג הצורך, כפי שאכן נעשה מאוחר יותר במסגרת תיקון מס' 39. בפסיקה המעטה המתייחסת לחוק הביניים, ניתן למצוא קביעה כי "בגדר הסבירות נכללת גם נחיצות המעשה" – ראו דבריה של השופטת דורנר בע' 228 לפסק-הדין ב/50/ בעניין ג' בארין. כן אומץ שם המבחן המרוכך לסבירות, אשר נקבע בהילכת ולדמן (ב/153).

1490 סעיף 22 כלל (עם כותרת השוליים) 22 מילים ומספרים, כשהוספת תנאי כגון "ובלבד שהמעשה או המחדל היו, בנסיבות העניין, סבירים לשם מניעת הפגיעה" לכל אחת מהגדרות הסייגים (ההגנה העצמית והצורך) הייתה מסתכמת גם היא ב-22 מילים בלבד. יתרה מזו: נדמה כי דרישת הסבירות הייתה מיותרת לגמרי כשמדובר בהגדרת הצורך, שהרי נקבעו בהגדרה זו במפורש דרישות הנחיצות והפרופורציה, ונבעה – כפי הנראה – מן ההכלאה הבלתי מוצלחת בין כמה הצעות חוק שונות.

1491 כוונתי להצעת החוק ה/6 של חבר-הכנסת עוזי לנדאו משנת 1989. בדברי ההסבר להצעה זו נאמר כי היא מהווה אימוץ של שני סעיפים – "הגנה פרטית" ו"כורח נסיבות" מהצעתם ג/2 של פלר וקרמניצר, אלא שמהצעתו של חבר-הכנסת לנדאו נשמטה או הושמטה ההוראה – הנפרדת אך החשובה מאד – שבהצעתם של פלר וקרמניצר, שבה מופיעה דרישת הסבירות.

דרישה זו ישירות מדרישת הנחיצות שהייתה קבועה בו מפורשות¹⁴⁹². והנה נוכח נוסחו של חוק הביניים היה אולי צורך בפרשנות שיפוטית אשר תיצור מעין "נגזרת שנייה" לשם קבלת התוצאה הרצויה של דרישת מיידיות: תחילה היה על בית-המשפט לגזור מדרישת הסבירות את דרישת הנחיצות (שהרי דרישת הנחיצות לא נקבעה במפורש בחוק הביניים), ואז היה עליו להרחיק לכת ולגזור (בכחינת נגזרת שנייה) את דרישת המיידיות מדרישת הנחיצות אשר נגזרה מדרישת הסבירות. מהלך כזה – הגם שרצוי הוא – היה מרחיק לכת בשים לב לשתי אינדיקציות פרשניות: האחת – כשנחקק חוק הביניים נדחו הסתייגויות שבהן הוצע לקבוע בו את דרישת המיידיות¹⁴⁹³, והשנייה – והמשמעותית יותר – קביעת המחוקק בהגדרת סייג הצורך במפורש כי נדרשת מיידיות ("... שהיו דרושים באופן מידי כדי...") עלולה הייתה להוליך למסקנה שבהגדרת ההגנה העצמית, אשר נחקקה יחד עמה, קבע המחוקק הסדר שלילי בעניין זה^{1494:1495}.

מעניין לציין כי ברקע חקיקת חוק הביניים עמדו לא מעט התבטאויות של חברי-כנסת אשר ביקשו לקשור בין ההתקוממות בשטחים (האינתיפאדה) לבין הצורך בהסדרה מחודשת של ההגנה הפרטית. לעתים כווננו התבטאויות אלה ישירות כנגד דרישת המיידיות, אשר כביכול מנעה מהמתנחלים בשטחים את האפשרות להתגונן כראוי¹⁴⁹⁶.

1492 פרשנות אחרת שהוצעה בדוח ועדת לנדוי כבר ביקרנו לעיל בהרחבה – ראו הטקסט שלעיל המפנה לה"ש 696 ואילך.

1493 ראו הנמקתה של הסתייגות שר המשפטים דן מרידור בע' 3740-3739 לפרוטוקול דברי הכנסת א/3; דברי התמיכה בהסתייגות זו מפי חברי-הכנסת ליבאי – שם בע' 3742; מול ההתנגדות המנומקת לקבלת ההסתייגות, מפי יושב-ראש ועדת החוקה, חוק ומשפט חברי-הכנסת לין – שם בע' 3745.

1494 אם כי מסקנה כזו אינה הכרחית, כשם שבית-המשפט לא למד מדרישת המיידיות שהייתה קבועה במפורש בסעיף 21 לחוק העונשין (סייג הכורח) על הסדר שלילי לעניין זה בסעיף 22 (בנוסחו המקורי א1) לחוק העונשין (סייג ההגנה העצמית והצורך).

1495 אם בכל זאת מבקשים – כמוצע בספר זה – לדרוש מיידיות גם במסגרת ההגנה העצמית, ניתן היה לעשות כן תוך התבססות על כך שמדובר בפעולה שמטרתה "להדוף תקיפה" (כלשון חוק הביניים; ההדגשה הוספה). שהרי, בהבדל מניסוח כגון "למנוע תקיפה", עשוי נוסח חוק הביניים ללמד על כך שנדרש שהתקיפה היא כבר בעיצומה; דרישה שהיא אפילו מרחיקת לכת מדרישת המיידיות המקובלת. חיזוק נוסף לדרישת המיידיות ניתן היה למצוא בדרישה כי התקיפה תהא כזו ש(כבר) "העמידה בסכנת פגיעה" את הנתקף.

1496 מעבר לאין-ספור ההתבטאויות שצוטטו בכלי התקשורת, ראו, למשל, הדברים שנאמרו בכנסת בעת הדיון בחוק – בע' 3749-3735 לפרוטוקול א/3.

קישור מוטעה נעשה לעתים בין הוראות הפתיחה באש של חיילי הצבא לבין תנאיו של סייג ההגנה הפרטית¹⁴⁹⁷.

חיסרון נוסף של חוק הביניים הוא היעדר דרישה שהתקיפה תהא כזו שהתוקף אחראי לה אחריות פלילית¹⁴⁹⁸. לבסוף, ניתן היה לנצל הזדמנות חקיקתית זו ולשפר את הסדרתה של ההגנה הפרטית המדומה, תוך צמצום הדרישה של סבירות הטעות לעבירות הרשלנות, אך ההזדמנות הוחמצה ושיפור זה המתין לתיקון מס' 39, שעליו נעמוד מיד.

(ב) החוק הישראלי הקיים – תיקון מס' 39 לחוק העונשין (ותיקון מס' 44)

קרוב ליוכל עמד בתוקפו נוסחו הגרוע של החלק הכללי של חוק העונשין, עד להחלפתו במסגרת חוק העונשין (תיקון מס' 39) (חלק מקדמי וחלק כללי), תשנ"ד-1994-1499 (להלן: "החוק החדש"). בסעיף 34 לחוק העונשין נקבעה הגדרה חדשה להגנה העצמית, כדלקמן:

"34. הגנה עצמית

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 ברכושו, שלו או של זולתו; ואולם, אין אדם פועל תוך הגנה עצמית מקום שהביא בהתנהגותו הפסולה לתקיפה תוך שהוא צופה מראש את אפשרות התפתחות הדברים".

1497 ראו, למשל, ע' 418 לספרם ד137 / של גז ורונון. "מוטעה" – משום שאין ולא יכול להיות ספק כי משמתקיים מצב האילוץ, הכולל סכנה מיידית לשלומם של הנתקפים, אין עוד חובה על אנשי הביטחון להקדים את האזהרות הקבועות בהוראות הפתיחה באש. כך, למשל, הבהיר בית-המשפט העליון כי "מובן שסדר הפעולות וההגבלות האחרות אינם חלים אם צפויה סכנה מיידית חמורה לאיש הרשות או למי שהוא מגן עליו, המצדיקה, על אחר, נקיטתו של כל אמצעי הדרוש להגנה עצמית או להגנתם של אחרים". ראו ע' 374 לפסק-הדין 422/ בעניין אנקונינה.

1498 ראו ה"ש 1500 שלהלן והפיסקה המפנה אליה וראו פרקים ב(5) ג(4) ו-ד(4) שלעיל.

1499 ראו החוק א17/.

הוראה מרכזית ביותר החלה על ההגנה העצמית נקבעה בנפרד, בסעיף 34טז, כדלקמן:

"34טז. חריגה מן הסביר

הוראות סעיפים 34, 34יא ו-34יב (הגדרות 'הגנה עצמית', 'צורך' ו'כורח' – הבהרת המחבר) לא יחולו כאשר המעשה לא היה סביר בנסיבות הענין לשם מניעת הפגיעה".

להשלמת התמונה יש להידרש גם להגדרות החדשות של סייגי הצורך, הטעות בעובדה והטעות בחוק:

"34יא. צורך

לא יישא אדם באחריות פלילית למעשה שהיה דרוש באופן מיידי להצלת חייו, חירותו, גופו או רכושו, שלו או של זולתו, מסכנה מוחשית של פגיעה חמורה הנובעת ממצב דברים נתון בשעת המעשה, ולא הייתה לו דרך אחרת אלא לעשותו".

"34יח. טעות במצב דברים

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

(ב) סעיף קטן (א) יחול גם על עבירת רשלנות, ובלבד שהטעות הייתה סבירה, ועל עבירה של אחריות קפידה בכפוף לאמור בסעיף 22 (ב)".

"34יט. טעות במצב משפטי

לענין האחריות הפלילית אין נפקה מינה אם האדם דימה שמעשהו אינו אסור, עקב טעות בדבר קיומו של איסור פלילי או בדבר הבנתו את האיסור, זולת אם הטעות הייתה בלתי נמנעת באורח סביר".

נוסחו של החוק החדש (שהתקבל במסגרת תיקון מס' 39) הוא אמנם שונה מאד מהנוסח המקורי של חוק העונשין, אך הוא דומה מאד לנוסח חוק הביניים (שהתקבל במסגרת תיקון מס' 37). לפיכך, מופנים הקוראים גם לדברים שנכתבו לעיל בעת הדיון בחוק הביניים, שהרי מרביתם נכונים גם באשר לחוק החדש.

השאלה המרכזית היא מה תהא השפעתו של החוק החדש על הפסיקה הישראלית, או – מנקודת מבט אחרת – כיצד יפרש בית-המשפט את החוק החדש. הנחתי היא כי ככל שיתיישבו הדברים עם לשון החוק החדש, תהא נטייתו הטבעית של בית-המשפט ללכת בתלם ההלכה שאותה גיבש עוד לפני חקיקתו, במשך למעלה מארבעה עשורים. לפיכך, מעניינים במיוחד הם אותם הסדרים שבחוק החדש השונים באופן משמעותי מהחוק המקורי ומפרשנותו בפסיקה. הערכה מנומקת ומבוססת של החוק החדש מחייבת היוזקות לדברים שנאמרו לעיל במסגרת הדיון בכל סוגיה וסוגיה – דברים שאותם לא אשוב ואפרט כאן. לפיכך אסתפק בהבאת מסקנותיה של השוואה ביקורתית זו.

כאמור באשר לחוק הביניים, גם לחוק החדש היתרון הכללי והמרכזי של שחרור ההגנה הפרטית מהכלאתה הבלתי מוצלחת עם סייג הצורך, שכן רק כך התאפשרה התאמה טובה יותר של התנאים הקבועים בחוק למהותה של ההגנה הפרטית.

לשון סעיף 34 לחוק, שבו מוגדר סייג ההגנה העצמית, אמנם אינה עוד של סליחה ופטור, אך גם ללשון של צידוק טרם זכה הסייג. הנוסח שנקבע לעניין זה – "לא יישא אדם באחריות פלילית" – הוא דומה מאד ומדי לנוסחו של חוק הביניים, ועדיף היה נוסח הקובע כי כלל אין עבירה (או אפילו כי המעשה הוא מוצדק).

כבחוק הביניים, כך גם בחוק החדש הסתפק המחוקק בקביעה המעורפלת והפתוחה לפרשנות כי על התקיפה להיות "שלא כדין", ונמנע מלהכריע – כמוצע בספר זה – כי על התקיפה להיות כזו שהתוקף אחראי לה אחריות פלילית, כך שהדיפת התוקף חסר האשמה (כגון מטורף או קטין) לא תסווג כהגנה פרטית¹⁵⁰⁰. בעניין זה של אפיון מקור הסכנה ואופי התקיפה ושל הגזירה הנכונה ממנו של היקף התחולה של הסייג, חלה דווקא נסיגה בחוק החדש – בהשוואה לחוק הביניים – משהושמטו ממנו המילים הרצויות "כלפי תוקף". זאת בעקבות הטעות שנתפסו לה מקצת חברי ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת, ושלפיה כביכול גם פגיעה בעובר-אורח תמים נכללת בגדר ההגנה הפרטית¹⁵⁰¹.

1500 כפי שצוין בעת ההתייחסות למקרה-המבחן של התוקף חסר האשמה, הצדקת ההגנה הפרטית מבוססת, בין היתר, על כך שהתוקף אחראי אחריות פלילית לתקיפתו, דהיינו: לא זו בלבד שאין מעשהו של התוקף מוצדק, אלא אף אינו פטור – ראו פרקים ב(5)(ג) ו-ד(4)(א) שלעיל.
1501 ראו ה"ש 1135 שלעיל והטקסט המפנה אליה.

כחוק הביניים, כך גם בחוק החדש נקבעו הערכים המוגנים הבאים: "חייו, חירותו, (ב)גופו או (ב)רכושו", והדבר עדיף על פני ההתייחסות שבחוק העונשין המקורי ל"גופו, (ב)כבודו או (ב)רכושו"¹⁵⁰².

שיפור משמעותי שבחוק החדש – שגם הוא הוכנס בחוק הביניים – המהווה לדעת המנסחים של דברי ההסבר להצעת חוק העונשין (חלק מקדמי וחלק כללי), תשנ"ב-1992 את "עיקר השוני לעומת ההסדר שבחוק הקיים" – הוא ש"אין מבחינים עוד בין תנאי הלגיטימיות של ההגנה על אינטרס עצמי ובין תנאי הלגיטימיות של ההגנה על אינטרס הזולת. לא הייתה כל הצדקה עניינית להבחנה האמורה"¹⁵⁰³. לפיכך, מתייחס החוק החדש נכונה באופן שווה להגנה של העושה על האינטרסים "שלו או של זולתו".

שיפור נוסף מהווה ההסדרה בחוק (בדומה מאד לזו שהופיעה כבר בחוק הביניים) של סוגיית הגרימה באשמת העושה להיווצרות מצב ההגנה הפרטית, תוך קביעה כי "אין אדם פועל תוך הגנה עצמית מקום שהביא בהתנהגותו הפסולה לתקיפה תוך שהוא צופה מראש את אפשרות התפתחות הדברים". מחד גיסא, הסדרה זו עדיפה הן על היעדר ההסדרה שבחוק העונשין המקורי והן על ההלכה שנקבעה בפסיקה לשם מילוי החלל הריק – הילכת הורוביץ-שוקרון¹⁵⁰⁴. אך מאידך גיסא גם ההסדר החדש טעון שיפור בהתאם לדיון הרחב בסוגיה זו¹⁵⁰⁵. חסרונותיו העיקריים¹⁵⁰⁶ של ההסדר החדש הם ההסתפקות בצפייה לשם הרשעה בעבירת כוונה וההסתפקות בהתנהגות "פסולה".

שיפור משמעותי – הן בהשוואה לחוק העונשין המקורי והן בהשוואה לחוק הביניים – הוא ההוספה המפורשת של דרישת המיידיות. דא עקא שבעקבות מחלוקת

1502 וראו גם ה"ש 559 שלעיל והטקסט המפנה אליה. בעניין זה עשויה אולי להיות השפעה פרשנית מסוימת לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. ההוראה החזקה ביותר לענייננו מצויה בסעיף 4 לחוק, ולפיו "כל אדם זכאי להגנה על חייו, על גופו ועל כבודו". הוראות רלוונטיות נוספות לענייננו ניתן למצוא בסעיפים 2 ("אין פוגעים בחייו, בגופו, או בכבודו של אדם באשר הוא אדם"); 3 ("אין פוגעים בקנינו של אדם"); 5 ("אין נוטלים ואין מגבילים את חירותו של אדם...") 71-א) לחוק ("כל אדם זכאי לפרטיות ולצנעת חייו"). עם זאת, ברצוני להצביע על האפשרות להשתמש בהוראות חוק-יסוד זה לא רק לביסוס זכויותיו של הנתקף, אלא גם לביסוס מסוים של זכויות אדם בסיסיות ומינימליות של התוקף (כגון זכותו שלא יופעל נגדו כח בלתי נחוץ או כח החורג באופן משמעותי מעקרון הפרופורציה). וראו גם – לעניין אינטרס ביטחוני של המדינה – ה"ש 572 שלעיל והטקסט המפנה אליה.

1503 ראו ע' 136 להצעת החוק 4ג, וראו פרק ה(2) שלעיל.

1504 לדין מפורט בהלכה זו ראו פרק ו(4) שלעיל.

1505 ראו פרק ו(4) שלעיל וסעיף 3 להצעת המחבר אשר בפרק ח' שלהלן.

1506 אך בהחלט לא היחידים – ראו פרק ו(4) שלעיל.

בין חברי ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת בשאלה אם יש לקבוע בחוק דרישה של מיידיות, נקבעה הדרישה בסופו של דבר באופן מרוכך יחסית, כך שהיא מתייחסת לא לסכנה אלא לנחיצות התגובה¹⁵⁰⁷. על חסרונותיו של ניסוח שכזה כבר עמדנו לעיל במסגרת הדיון הרחב בדרישת המיידיות¹⁵⁰⁸. כאן יש להתייחס לתקלה חקיקתית שיצר הניסוח שהתקבל – "לא יישא אדם באחריות פלילית למעשה שהיה דרוש באופן מידי כדי להדוף תקיפה..." – בעוד שנוכח הנוסח שהיה קבוע בהצעת החוק – "לא יישא אדם באחריות פלילית למעשה שעשה כדי להדוף תקיפה שלא כדין שנשקפה ממנה סכנת פגיעה מיידית..."¹⁵⁰⁹ – היה ברור כי נדרש שהעושה פעל כשמטרתו להתגונן או להגן, הנה המשחק בסדר מילותיו של הסעיף, אשר נעשה אך ורק משיקולים הקשורים בדרישת המיידיות, יצר מצב שבו לכאורה נעלמה דרישת המטרה ואין בחוק החדש דרישה ליסוד נפשי כלשהו של העושה (אפילו לא מודעות לנסיבות האובייקטיביות). הניסוח הלא מוצלח של החוק שכבר התקבל הביא אפילו את המלומד Robinson למסקנה שהחוק הישראלי החדש כביכול לא דורש יסוד נפשי כלשהו לשם התגבשות סייג ההגנה הפרטית¹⁵¹⁰. יצוין ויודגש, כי בכל הפרוטוקולים של הדיונים הארוכים בוועדות החקיקה אשר קדמו לקבלת החוק לא מצאתי רמז לכוונה להשמיט את דרישת המטרה¹⁵¹¹, ויש לקוות – נוכח חשיבותה הרבה של הדרישה ליסוד נפשי¹⁵¹² – שבית-המשפט לא יפרש את הסעיף לעניין זה כפשוטו.

אולי בניסיון לפצות במעט על כך שלא קבע דרישה ישירה וברורה של סכנה מיידית, מצא המחוקק לנכון להוסיף אפיון מיותר – לדעתי – של הסכנה הנדרשת כ"סכנה מוחשית"¹⁵¹³. כפי שהובהר לעיל בעת הדיון הרחב בחומרת הסכנה בכלל ובהסתברות

1507 דובר במעין פשרה שהציע יושב-ראש ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת, בין חברי הוועדה שהיו מעוניינים בדרישה המקובלת של סכנה מיידית לבין חבר בוועדה שהציע בהסתיוגותו שלא לדרוש מיידיות – ראו ע' 7 ואילך לפרוטוקול א21; ע' 32-35 לפרוטוקול א22; ע' 5 ואילך לפרוטוקול א23. וראו ה"ש 677 דלעיל.

1508 ראו פרק ד(7)(ב) שלעיל.

1509 ראו סעיף 46 להצעת החוק א4ג.

1510 ראו ע' 69, 73 (ה"ש 28) למאמרו ט67 של Robinson.

1511 ראו הפרוטוקולים א21 – א24; א27 – א30.

1512 ראו פרק ד(10) שלעיל.

1513 ראו ע' 7-22 (ובמיוחד ע' 12) לפרוטוקול ועדת החקיקה א23 (שם, כפי הנראה, באה לעולם דרישת המוחשיות).

התממשות הסכנה בפרט, אין זה רצוי לשלול מראש ועל הסף את ההגנה הפרטית באמצעות מבחן המתייחס להסתברות הסכנה¹⁵¹⁴.

החיסרון הגדול ביותר שבחוק החדש הוא המבחן הרחב מאד ומדי של סבירות פעולתו של העושה, אשר נקבע לא בהגדרת ההגנה העצמית אלא בסעיף חוק נפרד, כדלקמן:

”34טז. חריגה מן הסביר

הוראות סעיפים 34, 34א ו-34יב לא יחולו כאשר המעשה לא היה סביר בנסיבות הענין לשם מניעת הפגיעה.”

ראשית, כפי שכבר צוין באשר לחוק הביניים, כריכה כזו של דרישות היסוד החשובות – הנחיצות והפרופורציה – מחלישה את מעמדן העצמאי של שתי דרישות נבדלות אלה. מסקנה זו מתחזקת הן על רקע ההשוואה לנוסחו המקורי של חוק העונשין – שבו קבע המחוקק כל אחת מהדרישות בנפרד – והן תוך השוואה להגדרה החדשה של סייג ה”צורך” – שבה נקבעה דרישת הנחיצות באופן מפורש וברור: ”ולא הייתה לו דרך אחרת אלא לעשותו”¹⁵¹⁵. יש לקוות שבית-המשפט יתמיד בהלכה שלפיה נדרשות הן נחיצות והן פרופורציה. את דרישת הנחיצות ניתן לעגן במילים ”מעשה שהיה דרוש” שבהגדרת ההגנה העצמית¹⁵¹⁶, ואזי הדרך הסבירה היחידה לפרשנות הסעיף הנפרד 34טז – ”חריגה מן הסביר” – תהיה שהדרישה הקבועה בו היא דרישת הפרופורציה. חיזוק לפרשנות זו ניתן למצוא גם בכך שהושמטה (בהשוואה לחוק הביניים) מהגדרת סייג הצורך דרישת הפרופורציה (”והפגיעה שגרם לא הייתה בלתי שקולה כנגד הפגיעה שבקש למנוע”), ולכן הדרך היחידה לעגן אותה באשר ל”צורך” נותרה פרשנות דרישת הסבירות שבסעיף 34טז כדרישה של פרופורציה.

שנית, הוראה כה חשובה כדרישת הסבירות צריך היה למקם בהגדרת ההגנה העצמית ולא בסעיף חוק נפרד המשותף לה ולסייג הצורך והכורח. במסגרת ההתייחסות

1514 ראו פרק ד(5)(ב) שלעיל.

1515 ראו סעיף 34א לחוק העונשין (א/1) כפי שנקבע בחיקון מס' 39 (א/17).

1516 תוך התעלמות רצויה מכך שבהגדרת ה”צורך”, אף שגם בה מופיעות מילים אלה (”מעשה שהיה דרוש”), בכל זאת הוסיף המחוקק את התנאי ”ולא הייתה לו דרך אחרת אלא לעשותו”. אך השוו לדבריו של השופט קדמי בע' 274 לפסק-הדין ב52/ בענין פרידמן: ”... דקירה ”מכוונת” של המנוחה במצב כזה, גם אם הייתה מכוונת להבטיח שהמנוחה לא תוכל לחזור ולנסות לפגוע בגופו של המערער, לא הייתה דרושה ועל-כן גם חרגה מן הסביר”. ייתכן שיש כאן עיגון של דרישת הנחיצות בדרישת הסבירות, וייתכן שיש כאן אפילו ערכוב לא רצוי בין דרישות הנחיצות והפרופורציה.

לחוק הביניים, כבר עמדנו על המסר המוטעה שעלול להתקבל מעיון בהגדרת ההגנה העצמית, ללא בקיאות ביתר הוראות החוק, הכוללות גם את דרישת הסבירות שבסעיף 34טז. זאת ועוד: בעוד שבחוק הביניים מוקמה דרישת הסבירות מיד לאחר הגדרות ההגנה העצמית והצורך ובצמוד להן¹⁵¹⁷, הנה סעיף 34טז לחוק החדש מסתתר לו כסעיף הרביעי שלאחר הגדרות ההגנה העצמית, הצורך והכרח שעליהן הוא חל. כך קרה שלא רק מעיני ההדיוטות מסתתרת דרישת היסוד של פרופורציה (סבירות), אלא אפילו המלומד Fletcher נתפס לטעות כביכול "קשה לעגן את תנאי הפרופורציונליות בהגנה העצמית כפי שהיא מנוסחת בסעיף 34 לחוק העונשין (תיקון מס' 39)¹⁵¹⁸.

שלישית, אפילו היתרון היחיד שאולי ניתן למצוא באופן הסדרה זה של דרישת הסבירות – קיצור וחיסכון במילות החוק – הוא מזערי. כשהתייחסתי לעיל לחוק הביניים, הראיתי כי באשר אליו לא נוצר חיסכון כלשהו. בחוק החדש כבר הוחל הסעיף שבו נדרשת הסבירות – 34טז – לא רק על ההגנה העצמית והצורך, אלא גם על הכורח. לפיכך, אולי נוצר קיצור מסוים, אך נזקו של קיצור מזערי¹⁵¹⁹ זה עולה בהרבה על תועלתו.

רביעית, הדרישה המשותפת לשלושה סייגים כה שונים כהגנה העצמית, הצורך והכורח, אינה מאפשרת למחוקק למלא חובתו ולקבוע בחוק הדרכה ממשית בדבר

1517 ראו סעיפים 22 (הגנה עצמית), 22א (צורך) ו-22ב (חריגה מן הסביר) אשר נקבעו בעבר במסגרת תיקון מס' 37 לחוק העונשין (2א).

1518 ראו ע' 77 (ה"ש 37) למאמרו 54/. בדומה הסתתרה דרישת הסבירות גם מעיניו של אחד מהמשפטנים שהשתתפו בדיון של ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת בהצעת חוק העונשין (חלק מקדמי וחלק כללי), תשנ"ב-1992, ולפיכך אמר: "לדעתנו חסר כאן מבחן הסבירות, ואנחנו רוצים להציע סייג נוסף: הפגיעה שגרם לא הייתה בלתי שקולה...". כאן נקטעו הדברים על-ידי יושב-ראש הוועדה, שהבהיר: "זה מופיע בסעיף 52 (הסעיף בהצעת החוק שהתגלגל לסעיף 34טז לחוק העונשין – הבהרת המחבר). הסבירות חלה על כל הדברים". ראו ע' 23 לפרוטוקול א22/. וראו גם ה"ש 1491 דלעיל.

1519 סעיף 34טז (כולל כותרת השוליים) כולל 21 מילים ומספרים. הוספת 9 המילים "ובלבד שהמעשה היה סביר בנסיבות העניין לשם מניעת הפגיעה" לכל אחת מהגדרות ההגנה העצמית, הצורך והכורח, הייתה מסתכמת ב-27 מילים. יתרה מזו: ויתור על המילים "בנסיבות העניין" – שהן מובנות מאליהן ומיותרות לטעמי – היה מאפשר הסתפקות ב-21 מילים בלבד; הצמדת 6 המילים "סביר בנסיבות העניין לשם מניעת הפגיעה" מיד לאחר המילה "למעשה" שבהגדרת כל סייג הייתה מאפשרת הסתפקות ב-18 מילים בלבד, ושילוב שתי הדרכים האחרונות היה מביא אפילו לתוצאה של 12 מילות חוק בלבד (4 בכל אחד משלושת הסייגים: "סביר לשם מניעת הפגיעה")... מה אפוא הועילו חכמים בתקנתם?

משמעותה המדויקת של דרישת הפרופורציה באשר לכל אחד מהסייגים¹⁵²⁰. כך, למשל, בעוד שבסייג הצורך יש מקום לדרוש שקילות בין הנזק שגורם העושה לבין הנזק שאותו הוא מונע¹⁵²¹, הרי שבהגנה הפרטית יש להסתפק בדרישה גמישה של פרופורציה¹⁵²². לדוגמה: אין חולק שכדי למנוע אינוס מוצדק להפעיל כח קטלני. זהו חיסרון מהותי נוסף של החוק החדש.

נסוגה מסוימת בהשוואה לחוק הביניים יש בהשמטת ההסדר שהיה קבוע בסעיף 22ג(1) לחריגה מתנאי ההגנה העצמית. אלא שכאמור, עדיין יכול וצריך בית-המשפט להגיע לתוצאה הרצויה – של הקלה בעונש – תוך שימוש בסמכויות שניתנו לו במסגרת תיקון מס' 44 לחוק העונשין, שהוסיף את הסעיף הכללי 35 א ("עונש חובה ונסיבות מקלות") ואת הסעיף הספציפי לעבירת הרצח 300 א ("עונש מופחת")¹⁵²³.

וזוהי לשון סעיפי החוק החדשים:

35א. עונש חובה ונסיבות מקלות

(א) הורשע אדם בעבירה שדינה עונש חובה, ניתן להטיל עליו

עונש קל מעונש החובה הקבוע לעבירה, אם העבירה

נעברה בנסיבות מקלות מיוחדות שיפורשו בגזר הדין.

(ב) הוראות סעיף קטן (א) לא יחולו על אלה:

(1) עבירת רצח לפי סעיף 300, למעט במקרים

המפורטים בסעיף 300א..."

1520 לעמדה דומה לעמדת המחבר ראו דבריו של אנקר בע' 17 ואילך לפרוטוקול א27/ של ישיבת ועדת המשנה של ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת, וראו שם גם גישות אחרות לעניין זה.

1521 כשמדובר בצורך מסוג צידוק – "הרע במיעוטו" – יש אפילו לדרוש שהנזק שמונע העושה הוא גדול מהנזק שהוא גורם. לעומת זאת, כשמדובר בצורך מסוג פטור, ניתן להגמיש את דרישת הפרופורציה ולהסתפק אפילו בפחות משקילות.

1522 ראו הדיון הרחב בדרישת הפרופורציה אשר בפרק ד(8) (א) דלעיל.

1523 ראו ה"ש 1237 דלעיל באשר לסעיף 35 א ולסעיף 300א(ב) לחוק. להתייחסות לסעיף 300א(ב) לחוק העונשין ראו פסק-הדין ב3/53 בעניין וייצמן. וראו החוק המתקן א26/. וראו הטקסט המפנה לה"ש 1403 שלעיל באשר לסעיף 300א(ג) לחוק.

"300א. עונש מופחת

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 34טז לשם תחולת הסייג של הגנה עצמית, צורך או כורח, לפי סעיפים 34י, 34יא, 34יב.

(ג) כשהנאשם היה נתון במצב של מצוקה נפשית קשה, עקב התעללות חמורה ומתמשכת בו או בכך משפחתו, בידי מי שהנאשם גרם למותו".

יש לקוות שבית-המשפט יפרש סעיפים אלה לא כהסמכה בלבד להקלה נוכח עונש חובה, אלא גם כהדרכה מפורשת של המחוקק לשופטים להקל בעונשו של הפועל במטרה להתגונן או להגן, אך חורג מתנאי סייג ההגנה העצמית (וזאת גם כשלא מדובר בעונש חובה).

לבסוף, יש לשים לב להגדרה החדשה שניתנה לסייג הטעות בעובדה בסעיף 34יח ("טעות במצב דברים") לחוק העונשין, ולסייג החדש – "טעות במצב משפטי" – אשר נקבע בסעיף 34יט לחוק. ההגדרה החדשה משחררת את ההגנה הפרטית המדומה מהדרישה המיותרת של סבירות הטעות בכל הנוגע לעבירות של מחשבה פלילית¹⁵²⁴, והסייג החדש מאפשר לפטור את העושה נוכח טעות בלתי נמנעת בחוק, כשהטעות בחוק שעשויה להיות רלוונטית לענייננו היא טעות באשר לתוכנה של דרישת הפרופורציה¹⁵²⁵.

הנה-כ"ן, אף שהחקיקה החדשה מהווה שיפור בהשוואה לחוק העונשין המקורי, עדיין אין הסדרת ההגנה הפרטית בחוק החדש משיבעת רצון. לפיכך, נעבור לבחון

1524 ראו הדיון בדרישת הסבירות באשר להגנה הפרטית המדומה, אשר בפרק ו(2)(ג) דלעיל. מעתה ואילך ברור כי תפקידה של סבירות הטעות אינו מהותי אלא הוא מצומצם ל"אמת-מידה אפשרית לבחינת כנותה של הטעות הנטענת" – ראו פסק-הדין ב55 / בעניין משולם.

1525 ראו הדיון בטעות בחוק אשר בפרק ו(2)(ה) דלעיל.
יתרון אחרון שבחוק החדש הוא בקביעה הנכונה באשר לנטל ההוכחה אשר בסעיף 34כב(ב) לחוק: "התעורר ספק סביר שמא קיים סייג לאחריית פלילית, והספק לא הוסר, יחול הסייג".
וראו גם סעיפים 34כב(א) ו-34ה לחוק העונשין (א/1) כפי שנקבעו בתיקון מס' 39 (א/17).
וראו גם ה"ש 1136 שלעיל וההפניות המופיעות בה.

בקצרה את האלטרנטיבות העיקריות שהוצעו במקומותינו, ולאחר מכן תובא הצעת המחבר.

4. מאפיינים עיקריים של הצעות החוק הישראליות המרכזיות

(א) כללי

לכאורה, נוכח חקיקתו של חלק כללי חדש לחוק העונשין, התייתר העיון בהצעות החוק שקדמו לחקיקה החדשה. ברם, מעיון זה ניתן להפיק שני דברים: האחד – שאיבת השראה לשם גיבוש הסדר חוקי טוב יותר. זאת, נוכח הערכתי כי החוק החדש, אף שהוא טוב מחוק העונשין המקורי, עדיין טעון שיפור; והשני – מכיוון שהצעות החוק שיידונו להלן עמדו לנגד עיניו של המחוקק והשפיעו על נוסח החוק החדש, יתרום העיון בהן להבנת החוק החדש ולפרשנותו.

לשלוש הצעות החוק הישראליות המרכזיות נתייחס כאן. הראשונה – הצעתה של ועדת המומחים בראשות השופט אגרנט משנת 1980¹⁵²⁶ (להלן: "הצעת הוועדה בראשות אגרנט"). השנייה – הצעתם של המלומדים פלר וקרמניצר (להלן: "הצעת פלר וקרמניצר"). חשוב לציין שנוסחה האחרון של הצעה זו, משנת 1992¹⁵²⁷, הונח על שולחן הכנסת, נדון בוועדת החוקה, חוק ומשפט, ולאחר שינויים שהוכנסו בו, הפך לתיקון מס' 39 לחוק העונשין, התקף כיום. הצעת החוק השלישית שתידון להלן הוכנה במשרד המשפטים בשנת 1986 על-ידי המלומדים אנקר וקרפ (להלן: "הצעת אנקר וקרפ")¹⁵²⁸.

(ב) מאפיינים משותפים

בטרם נפנה למאפייניה הפרטיים של כל הצעה, נעמוד תחילה בקצרה על מאפייניהן המשותפים של כל שלוש ההצעות (נוסחיהן של ההצעות יובאו להלן בעת הדיון במאפייניה הפרטיים של כל הצעה). ראשית, בכל ההצעות משוחררת ההגנה הפרטית מן הצמידות הלא-רצויה לסייג הצורך. שנית, אין למצוא בהן את לשון הסליחה שהופיעה בנוסחו המקורי של חוק העונשין. שלישית, ההגנה הפרטית משתרעת לפי כל שלוש ההצעות גם על פני ההגנה על כל אדם אחר. בשתי ההצעות שנלווים להן גם דברי הסבר, מתואר ביטול זה של ההגבלות הלא-רצויות שהיו קבועות בחוק המקורי במילים "עיקר

1526 ראו הצעת החוק ג1/.

1527 ראו הצעת החוק ג4/.

1528 ראו הצעת החוק ג5/.

השוני¹⁵²⁹. רביעית, בכל ההצעות מופיעה במפורש הדרישה החשובה של מיידיות. חמישית, דרישת המטרה קבועה בהצעות, תוך שימוש במילה "כדי", ללא הדרישה המיותרת של בלעדיות המטרה. שישית, בכל ההצעות קבועים הערכים המוגנים החשובים "חייו, חירותו, גופו או רכושו". שביעית, בכל ההצעות מוסדרת במפורש הסוגיה של גרימת העושה באשמתו להיווצרות מצב ההגנה הפרטית. ההסדרים טובים מהיעדר ההסדר שבחוק המקורי בצירוף הילכת הורוביץ-שוקרון שנלוותה אליו. אלא שסבורני כי אין הם מושלמים¹⁵³⁰. שמינית ואחרונה, בכל ההצעות קבועה הדרישה כי התקיפה – שמפניה מבוצעת ההגנה הפרטית – תהא "שלא כדין". אלא שסבורני כי גם בכך אין די וכי יש להוסיף ולדרוש כי התקיפה תהא כזו שהתוקף אחראי לה אחריות פלילית¹⁵³¹.

(ג) הצעת הוועדה בראשות השופט אגרנט

סעיף 35 להצעה זו קובע כך:

"התגוננות"

35. לא יישא אדם באחריות פלילית בשל מעשה שעשה כדי להדוף ממנו או מזולתו פגיעה מיידית ושלא כדין בחייו, בחירותו, בגופו או ברכושו".

עם סעיף זה יש לקרוא הן את סעיף 41, ולפיו:

"חריגה מן הסביר"

41. הוראות סעיפים 35... לא יחולו כאשר המעשה לא היה סביר בנסיבות העניין לשם מניעת הפגיעה או הנזק";

הן את סעיף 39, ולפיו:

"כניסה למצב מרצון"

1529 ראו ע' 224 להצעת הוועדה בראשות אגרנט ג'1 / וע' 136 להצעת פלר וקרמניצר ג'4. /
 1530 נוכח העובדה שהחסרונות שאותם אני מייחס להסדרים אלה כבר פורטו בעת הדיון הרחב בסוגיה זו, אסתפק כאן בהפניה לאותו דיון – ראו פרק ו(4)(ח) שלעיל – ובהזכרת שני חסרונותיהם המרכזיים, לדעתי, של הסדרים אלה – ההסתפקות בצפייה של אפשרות התפתחות הדברים לשם הרשעה בעבירת כוונה וההסתפקות בהתנהגות "פסולה".
 1531 ראו ה"ש 1500 דלעיל והטקסט המפנה אליה; ולהרחבה ראו פרקים ב(5) ג) ו-ד(4) א).

39. הוראות סעיפים... 35... לא יחולו כאשר אדם ידע, ובעבירות של רשלנות כאשר צריך היה לדעת, לפני היווצרות המצב שבו עשה את מעשהו, כי עלול הוא לעשותו והעמיד את עצמו מרצונו וללא סיבה סבירה באותו מצב...";

והן את סעיף 44, ולפיו:

"אחריות מופחתת"

44. עבר אדם עבירה שדינה עונש חובה, יהיה בית המשפט רשאי להטיל עונש קל מזה באחד מאלה: ... (2) עשה את המעשה בתנאים האמורים בסעיפים 35... אולם חרג מן הסביר בנסיבות העניין לשם מניעת הפגיעה או הנזק".

מלבד מאפייני הצעה זו המשותפים גם להצעות האחרות, שעמדנו עליהם לעיל, נעמוד כאן על שלושה מאפיינים פרטיים שלה. המאפיין העיקרי, המהווה את חולשתה הגדולה של הצעה זו, הוא ההסתפקות בדרישת הסבירות והפרדתה מהגדרת ההגנה הפרטית¹⁵³². מאפיין שני הוא קביעת הסדר לסוגיה של חריגת העושה מתנאי ההגנה הפרטית (סעיף 44(2) אשר צוטט לעיל), הסדר שהוא נחוץ אך בלתי מספק, בין היתר נוכח הגבלתו לחריגה מדרישת הסבירות¹⁵³³. המאפיין השלישי הוא כותרת שוליים שהתאמתה לסייג אינה מלאה, שהרי אין המדובר ב"התגוננות" בלבד, אלא גם בהגנה פרטית על אדם אחר, המתוארת בדברי ההסבר של הצעה זו עצמה כ"עיקר השוני לעומת ההסדר שבחוק המצוי"¹⁵³⁴.

(ד) הצעת המלומדים פלר וקרמניצר

זוהי הצעה שנדונה בוועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת, ושלאחר שהוכנסו בה שינויים הפכה לתיקון מס' 39 לחוק העונשין, התקף כיום¹⁵³⁵. קדמו לה שני גלגולים קודמים¹⁵³⁶ (המשקפים בעיקר את ההתלבטות הרבה בסוגיית הגורם באשמתו למצב

1532 נימוקי הסתייגותי זו הובאו בעת ההתייחסות לחוק החדש, שגם בו ננקטה דרך זו – ראו פרק ז(3)(ב) שלעיל.

1533 ראו שם.

1534 ראו ע' 224 להצעת החוק ג1. התייחסויות נוספות להצעה זו פוזרות – מטבע הדברים – לכל אורך ספר זה, ונסתפק כאן בהוספת הפניה אל דברי ההסבר שלה – ראו, בעיקר, דברי ההסבר אשר שם בע' 224-229.

1535 ראו הצעת החוק ג4.

1536 ראו הצעת החוק ג2 והצעת החוק ג3.

האילוץ) והשפעתה הרבה ניכרת לא רק בחוק החדש (תיקון מס' 39), אלא גם בחוק הביניים (תיקון מס' 37), אם כי האחרון נבדל ממנה בכך שלא נקבעה בו דרישת המיידיות.

סעיף 46 להצעה זו קובע כך:

"הגנה עצמית

46. לא יישא אדם באחריות פלילית למעשה שעשה כדי להדוף תקיפה שלא כדין שנשקפה ממנה סכנת פגיעה מיידית בחייו, בחירותו, בגופו או ברכושו, שלו או של זולתו, ואולם אין אדם פועל תוך הגנה עצמית מקום שבהתנהגותו הפסולה הביא לתקיפה תוך שהוא צופה מראש את אפשרות התפתחות הדברים".

עם סעיף זה יש לקרוא גם את סעיף 52 להצעה, ולפיו:

"חריגה מן הסביר

52. הוראות סעיפים 46... לא יחולו כאשר המעשה לא היה סביר בנסיבות הענין לשם מניעת הפגיעה או הנזק"¹⁵³⁷.

יש להזכיר מאפיינים של הצעה זו המשותפים לה ולחוק החדש – ושלפיכך כבר נדונו לעיל: ההסתפקות בדרישת הסבירות ללא קביעה של דרישות הפרופורציה והנחיצות, והפרדת דרישה חשובה זו (הסבירות) מהגדרת הסייג.

מכאן לשני מאפיינים פרטיים של ההצעה. האחד הוא היעדר הסדרה של סוגיית החריגה של העושה מתנאי סייג ההגנה הפרטית. אמנם חשוב לזכור כי בגלגולה הראשון והמלא של הצעה זו הוסדרה הסוגיה בסעיף הכללי שבו נקבעו "נסיבות מקלות חובה", ולפיו:

"בקבעו את הטיפול העונשי בעבריינין, יתחשב בית המשפט בנסיבות הבאות כמקלות: (1) ביצוע העבירה בתנאים האמורים בסעיפים 43 (א) – "הגנה פרטית" – הבהרת המחבר)... אולם תוך חריגה מן הסביר;..."¹⁵³⁸.

1537 החלופה "או הנזק" הושמטה כדרך אגב – ללא דיון של ממש – על-ידי ועדת המשנה של ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת – ראו ע' 19 לפרוטוקול א/27.
1538 ראו סעיף 164 להצעת החוק ג/2.

אלא שגלגולה האחרון של ההצעה, אשר נדון בכנסת, היה במתכונת מצומצמת יותר, שלא כללה את "דרכי התאמה של הטיפול העונשי"¹⁵³⁹, וכך נותרה סוגיה זו ללא כל הסדרה עד לחקיקת תיקון מס' 44 לחוק העונשין¹⁵⁴⁰.

מאפיין אחרון של הצעה זו הוא השמטת החלופה "אינטרס ביטחוני של המדינה" שהייתה קיימת בשני גלגוליה הראשונים, תוך העמדת הערכים המוגנים על הערכים האישיים-פרטיים "חיו, (ב)חירותו, (ב)גופו או (ב)רכושו"¹⁵⁴¹. בכך קיבלו – כפי הנראה – מנסחי ההצעה את העמדה שלפיה החלופה הנ"ל יוצרת סכנה של ניסיונות לשימוש פוליטי בסייג ההגנה הפרטית¹⁵⁴².

(ה) הצעת המלומדים אנקר וקרפ¹⁵⁴³

סעיף 38 להצעה זו קובע:

"הגנה פרטית

38. (א) מעשה שעשה אדם בתוקף כדי להדוף או למנוע תקיפה שלא כדין כלפי חיו, חירותו, גופו או רכושו, שלו או של זולתו, אינו עבירה אם התקיימו תנאים אלה:

(1) סכנת הפגיעה הייתה קרובה עד כי לא הייתה אפשרות סבירה לדחות את המעשה לשעה מאוחרת יותר;

(2) לא הייתה אפשרות סבירה להדוף את התקיפה או למנוע אותה בדרך אחרת שפגיעתה פחותה;

1539 אשר הוסדרו בגלגול הראשון של ההצעה – ראו פרק ה להצעת החוק ג/2 (סעיפים 164 ואילך); ע' 178 ואילך).

1540 ראו חלקו האחרון של פרק ז(3)(ב) דלעיל.

1541 ראו סעיף 43 להצעת החוק ג/2; סעיף 43 להצעת החוק ג/3 והדיון בסוגיה זו אשר בפרק ד(3) דלעיל.

1542 ראו לעניין זה דבריו של אנקר בע' 111 לספרו ד/1, וראו הדיון בסוגיה זו אשר בפרק ד(3) שלעיל, שם גם הובעה דעתי באשר לסוגיה. התייחסויות נוספות להצעה זו מופיעות במרבית הפרקים דלעיל, ונוספת כאן הפניה לדברי הסבר לגלגוליה השונים של ההצעה – ראו, בעיקר, ע' 209-211 להצעת החוק ג/2; ע' 405-406 להצעת החוק ג/3; וע' 133-140 להצעת החוק ג/4.

1543 כאמור, לא פורסמו דברי הסבר להצעה זו, אך ניתן למצוא הסבר שלה במאמרם ה/45 של אנקר וקנאי.

(3) המעשה לא היה מטיבו כה מזיק ביחס לנזק הצפוי מן התקיפה עד כי היה זה בלתי סביר לעשותו.

(ב) הוראות סעיף זה לא יחולו אם, בהתחשב בנסיבות התקיפה ובתוצאות העלולות לצמוח מהמעשה, היה על הנתקף לנתק מגע מן התוקף.

עם סעיף זה יש לקרוא שני סעיפים נוספים – 45 ו-47:

”כניסה למצב מרצון

45. הוראות סעיפים 38 ... לא יחולו כאשר האדם ידע ובעבירות של רשלנות כאשר היה עליו לדעת, לפני היווצרות המצב שבו עשה את המעשה, כי הוא עלול לעשותו במצב כזה, והעמיד את עצמו באותו מצב ברצייה וללא סיבה סבירה.”

”אחריות מופחתת

47. עבר אדם עבירה שדינה עונש חובה, יהיה בית המשפט רשאי להטיל עונש קל מזה באחד מאלה: ... (2) האדם עשה את המעשה למטרות האמורות בסעיפים 38... אולם חרג מן התנאים הקבועים בהם, או שסעיף 45.... חלים עליו.”

להצעה זו מאפיינים מיוחדים המהווים את יתרונותיה. הראשון והמשמעותי ביותר הוא מתן הדרכה רבה יותר בהשוואה להצעות האחרות. ראשית, אין ההצעה מסתפקת במבחן הסבירות הרחב, אלא קבועות במפורש – בהגדרת סייג ההגנה הפרטית עצמו – הן דרישת הנחיצות (בסעיף קטן (א)(2)) והן דרישת הפרופורציה (בסעיף קטן (א)(3)). יתרה מזו: אין בהצעה הסתפקות בקריאה בשמן של הדרישות, אלא מופיע בה גם תיאור שלהן. שנית, מלבד דרישות בסיסיות אלה, קבועות בהגדרת הסייג, במפורש ותוך פירוט מסוים, גם דרישות המיידיות (בסעיף קטן (א)(1)) וכן במילים “להדוף או למנוע” שברישא) והנסיגה (בסעיף קטן (ב))¹⁵⁴⁴.

מאפיין שני של הצעה זו הוא ניסוח המעיד נכונה על כך שמדובר בצידוק ולא בפטור, שהרי נקבע בהגדרת הסייג כי מעשה ההגנה הפרטית “אינו עבירה”. מאפיין שלישי הוא ההבהרה הנכונה שבהגדרת הסייג, שלפיה מדובר ב”מעשה שעשה אדם

1544 ראו גם ע' 13 למאמרם ה-45/ של אנקר וקנאי.

בתוקף" (ההדגשה הוספה)¹⁵⁴⁵. מאפיין רביעי הוא ההסדרה הראויה של סוגיית חריגה של העושה מתנאי סייג ההגנה הפרטית, תוך התייחסות לכל חריגה אפשרית ("חרג מן התנאים הקבועים בהם") – דהיינו: חריגה מכל אחד מתנאי הסייג, ותוך התניה נכונה במטרה להתגונן או להגן ("למטרות האמורות בסעיפים") – ראו ציטוט סעיף 47(2) שלעיל. לבסוף, מאפיין פרטי חמישי ואחרון הוא התאמת כותרת השוליים של הגדרת הסייג – "הגנה פרטית" – לתופעה בכללותה¹⁵⁴⁶.

1545 ראו ה"ש 533 שלעיל והטקסט המפנה אליה.

1546 ראו ה"ש 1 שלעיל. עוד יש לציין כי התייחסויות נוספות להצעה זו מופיעות – לפי העניין – בפרקי הספר שלעיל.

ח. אחרית דבר – הדין המוצע

ההסדר הראוי בעיניי לכל אחת מסוגיות ההגנה הפרטית, אשר גובש לאור הרציונאל שלה ותוך שאיבת השראה מן המשפט המשווה, מפורט בדיונים דלעיל. השאלה שתעמוד לפנינו בפרק אחרון זה היא כיצד יש לנסח את החוק הרצוי.

שלוש גישות עיקריות תיתכנה בעניין זה: האחת – פירוט מרבי של כללים, חריגים להם, ואולי גם חריגים לחריגים, לשם השגת הדרכה מרבית על-ידי המחוקק עצמו. דוגמה להליכה בדרך זו (לרבות קביעת חריגים לחריגים) מהווה ההסדר שנקבע להגנה הפרטית ב-Model Penal Code של המכון האמריקני למשפט¹⁵⁴⁷. דרך שנייה היא קביעה בחוק של העקרונות הכלליים בלבד, והותרת המלאכה של יציקת התוכן לתוכם לערכאות השיפוטיות. דוגמה אופיינית לגישה זו מהווה ההתייחסות לדרישות הבסיסיות של נחיצות ופרופורציה תחת קורת גג אחת – מבחן הסבירות – התייחסות הבאה לידי ביטוי בחוק העונשין הישראלי החדש¹⁵⁴⁸. בתווך ניצבת גישת הביניים, שלפיה יש לקבוע בחוק הן את העקרונות הכלליים והן פירוט מסוים (אך מוגבל) שלהם.

מחד גיסא, סבורני כי הדרכה ממשית ומשמעותית בחוק עצמו היא הכרחית¹⁵⁴⁹. אפילו אם גורסים כי היכולת להדריך את התנהגותו של הפרט הנתון במצב של אילוץ היא מוגבלת, עדיין אין לזנוח כל ניסיון לעשות כן. אמנם מדובר בחלק הכללי של החוק ולא בעבירה ספציפית, אך עדיין בדיני נפשות עסקינן, ורבה בהם החשיבות של הסדרה מראש על-ידי המחוקק¹⁵⁵⁰. יתרה מזו: חשיבותה המרכזית של הדרכת המחוקק בענייננו

1547 ראו סעיפים 3.04-3.06; 3.09; 3.11 ל-M.P.C. יג'4. לביקורת על פירוט רב מדי זה ועל הסרבול והבלבול הכרוכים בו – מעבר לביקורת שכבר נמתחה בפרקיו השונים של ספר זה – ראו ע' 945 למאמרו 36ט/ של Heberling, וראו הודאתם של המנסחים עצמם בע' 29 לדברי ההסבר ל-M.P.C. יג'3.

1548 ראו סעיף 34ט לחוק העונשין (א'1) כפי שנקבע בתיקון מס' 39 (א'17).
1549 לעמדות דומות, המתמקדות בהתנגדות להסתפקות בקריטריון הכללי של "סבירות" והתומכות במתן הדרכה טובה יותר על-ידי המחוקק, ראו ע' 287, 306-307 למאמרו 1ט/ של Ashworth; ע' 109, 112-114 לספרו 4/ של Smith; ע' 241 למאמרו 57ט/ של Lanham; ע' 947 למאמרו 36ט/ של Heberling; ה"ש 53 שבע' 14 למאמרו 45/ של אנקר וקנאי ודבריו של אנקר בפני ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת בע' 17 ואילך לפרוטוקול א'27. לתמיכה בקריטריון הכללי של "סבירות" ראו ע' 446, 484-485 לספרו 2/ (ב) של פלר ודבריו בפני ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת בע' 18 לפרוטוקול א'27 ובע' 25 לפרוטוקול א'21; וכן ע' 94-95 לספרו 30ח/ של O'Regan.
1550 ראו פרק ב(2) שלעיל.

היא בהנחיית ציבור המשפטנים בכלל והשופטים בפרט. הסתפקות בקביעת העקרונות הכלליים בלבד עלולה אף להביא לפסיקות סותרות ולעירוב שיקולי מדיניות שלא אליהם כיוון המחוקק או שאינם עולים בקנה אחד עם תכלית החקיקה.

מאידך גיסא, סבורני כי פירוט רב מדי בחוק יוצר הסדר מסורבל, לא-גמיש ובאופן פרדוקסלי מעט – אף חסר¹⁵⁵¹. שהרי נוכח פירוט רב של מקרים שונים יוצרת ההתעלמות הבלתי נמנעת ממקרים אחרים תמונה חסרה. "בלתי נמנעת" – הן בשל חוסר האפשרות המעשית לפרט את כל המקרים העומדים לנגד עינינו בחוק עצמו והן בשל תכונתה הידועה של המציאות לעלות על כל דמיון. לפיכך, לצד ההדרכה הרצויה, הכרחית גם גמישות מסוימת.

לכן, בין שתי דרכים קיצוניות אלה רצוי לנקוט את דרך הביניים של קביעה בחוק הן של העקרונות הכלליים והן של פירוט מסוים (אך מוגבל) שלהם. בחירה זו בדרך הביניים מהווה נקודת מוצא בלבד, שהרי אינה מספקת פתרון מדויק לשאלה מהו התוואי של "שביל הזהב" הרצוי. כללית, התוואי הרצוי הוא קביעה מפורשת בחוק של תנאי סייג ההגנה הפרטית, כשלצדם רשימה לא-סגורה של שיקולים, שעל בית-המשפט להביאם בחשבון בהערכת התקימותם של התנאים המרכזיים והבעייתיים. על רשימת השיקולים שיוזכרו במפורש בחוק לכלול רק את המקרים החשובים והשכיחים ביותר, ולא לגלוש לקזואליסטיקה ולסרבול.

מכאן להצעתי הקונקרטית, ולפניה הערות מספר. ראשית, הדיונים דלעיל בכל אחת ואחת מסוגיות ההגנה הפרטית מהווים דברי הסבר להצעה זו. שנית, לעניין היקפה של ההצעה שלהלן. אין ספק שהיקפה גדול מהיקפן של ההצעות האחרות אשר הוצעו במקומותינו. עם זאת, ניתן להצביע גם על הצעות בעלות היקף גדול בהרבה, כשהמרכזית שבהן היא ה-Model Penal Code האמריקני, אשר הסדר ההגנה הפרטית בו – ללא התייחסות לחריגה מתנאיה – משתרע על פני לא פחות מתשעה עמודים וחצי של הוראות חוק(!)¹⁵⁵². סבורני כי אימוץ גישת הביניים החקיקתית, שעליה עמדנו לעיל, מכתוב את היקפו הבינוני המוצע של ההסדר. הערה שלישית ואחרונה נוגעת למשמעותה של ההצעה שלהלן. אין, לדעתי, לראות בה את תמציתו של מחקר זה, ואף לא את גולת הכותרת שלו. לא ניסוח החוק לבדו הוא העיקר בענייננו, אלא התוכן המדויק שיוצקים

1551 על חסרונותיו של פירוט גדול מדי בחוק עמדו Robison – ראו ע' 88, 95 לכרך II של ספרו
12ח / 12ח – Ashworth – ראו ע' 306 למאמרו ט17.
1552 ראו סעיפים 3.06-3.04; 3.111 – ל-M.P.C. יג4.

לתוך כל אחד ואחד מתנאי ההגנה הפרטית, אשר לגבי רובם – כפי שנוכחנו – קיימת הסכמה די רחבה באשר לעצם התנאי, אם כי לא לגבי תוכנו¹⁵⁵³. ומכאן להצעה עצמה.

1553 וראו גם – לעניין אופיו של סייג לאחריות פלילית, הכולל, מטבע הדברים, גם יסודות כלליים ובעלי תוכן גמיש המותרים שיקול-דעת משמעותי לבית-המשפט והטעוים פרשנות – הטקסט שלעיל המפנה לה"ש 38.

1. הגנה פרטית

א. מעשה¹⁵⁵⁴ נחוץ וסביר שעשה העושה, כנגד תוקף האחראי פלילית לתקיפתו, במטרה להדוף או למנוע תקיפה שנשקפה ממנה סכנת פגיעה מיידית בחייו, בחירותו, בגופו, ברכושו, או בערך אחר המוכר משפטית, של העושה או של זולתו, אינו עבירה (לחלופין: 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 בפני 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 שהוא מבוצע על-ידי איש הרשות, ובלבד שהמעצר אינו מסכן את גופו של הנתקף; הסתפקות בכח מגן קטן יותר.

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

(3) יחסי הכוחות שבין העושה לתוקף, לרבות כוחם הפיזי, עמדותיהם, ציודם, כישוריהם ומיומנויותיהם.

ג. סבירות מעשהו של העושה מוערכת באופן אובייקטיבי ונשללת אם הנזק הצפוי ממנו הינו מחוץ לכל פרופורציה בהשוואה לנזק הצפוי מן התקיפה שאותה נועד להדוף או למנוע. שימוש העושה בכח קטלני (כח היוצר סכנה ממשית של מוות או נזק גופני חמור) ייחשב בלתי סביר אלא אם כן נעשה להגנת חיי הנתקף או שלמות ובריאות גופו ונפשו או שנעשה למניעת אינוס הנתקף או פגיעה משמעותית בחירותו. בהערכת סבירות מעשהו של העושה יתחשב בית-המשפט בכל נסיבות האירוע, ובין היתר, בשיקולים הבאים:

1554 ההנחה היא שבחוק הפלילי קבועה ההוראה הכללית המקובלת, לפיה "מעשה" – לרבות מחדל אם לא נאמר אחרת" – ראו סעיף 18 לחוק העונשין א/1, אשר נקבע בתיקון מס' 39 (17א). בהיעדר הוראה כללית כזו בקודקס הפלילי, יש להתייחס בהגדרת ההגנה הפרטית גם למחדל ("מעשה או מחדל נחוץ וסביר של העושה...").

- (1) התגוננות העושה הייתה בבית מגוריו (לרבות הזמני) שאינו בית מגוריו (לרבות הזמני) של התוקף.
- (2) כשהסכנה היא לרכוש גרידא –
- (א) האפשרות לקבלת פיצוי מאוחר יותר בסיוען של הרשויות.
- (ב) טענה כנה של 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 מוערכת באופן אובייקטיבי ונשללת הן כשהסכנה אינה קרובה דייה והן כשמסתיימת התקיפה. בהערכת מיידיות הסכנה יתחשב בית-המשפט בכל נסיבות האירוע, ובין היתר בשיקולים הבאים:
- (1) אפשרות סבירה לדחות את המעשה למועד מאוחר יותר.
- (2) המשכת התקיפה בדרך של המשך החזקה בנכס סמוך לאחר תפיסתו על-ידי התוקף, וכשמדובר בבית מגוריו של העושה – סמוך לאחר שנודע לו על התפיסה.

2. חריגה מתנאי ההגנה הפרטית או מתנאי ההגנה הפרטית המדומה

- א. עבר אדם עבירה כשמטרתו הגנה פרטית, אך חרג מן התנאים הקבועים בסעיף 1 (הגנה פרטית) ובסעיף 4 (הגנה מדומה), יקל בית-המשפט בעונשו, וזאת אף אם דינה של העבירה עונש חובה.
- ב. בגזירת הדין יתחשב בית-המשפט גם במצב נפשי מיוחד שבו היה שרוי העושה כתוצאה מן התקיפה, כגון פחד, אימה, מבוכה, בלבול, או התרגשות.
- ג. בנסיבות מיוחדות מסוג זה או נוכח 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 להיווצרות מצב ההגנה הפרטית

א. למרות הוראת סעיף 1 (הסעיף בקודקס הפלילי העוסק בהגנה הפרטית), תוטל על העושה אחריות פלילית כדלקמן במקרים הבאים:

(1) לעבירה המותנית בכוונה – אם גרם העושה להיווצרות המצב שבו עבר את העבירה כדי לעבור את העבירה.

(2) לעבירה המותנית במחשבה פלילית – אם גרם העושה להיווצרות המצב שבו עבר את העבירה בהתנהגות בלתי חוקית ותוך שהוא צופה מראש את אפשרות התפתחות הדברים.

ב. למרות האמור בסעיף קטן (א)(2), יהא בית-המשפט רשאי להקל בעונשו של העושה. פעל העושה להגנה על אינטרס של הזולת – ישתמש בית-המשפט בסמכותו זו ויקל בעונשו באופן משמעותי. הפגין העושה בכיורר רצון כן להפסקת העימות ולמרות זאת התמיד התוקף בעימות, יקל בית-המשפט בעונשו באופן משמעותי. (לחלופין: לא יחול עליו סעיף קטן (א)(2)).

[ואולי – להסרת הספק – יש להוסיף גם הוראה כדלקמן:]

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

4. הגנה פרטית מדומה

הסדר זה של ההגנה הפרטית יש, כמובן, להשלים בהסדר ראוי לסוגיית ההגנה הפרטית המדומה. באשר לטעות בעובדה¹⁵⁵⁵, ניתן לאמץ את ההסדר הכללי לסייגים המדומים, שנקבע לאחרונה בסעיף 34 יח ("טעות במצב דברים") לחוק העונשין הישראלי; ובאשר לטעות בחוק¹⁵⁵⁶, ניתן לאמץ את ההסדר הכללי שנקבע בסעיף 34 יט ("טעות במצב משפטי")¹⁵⁵⁷.

1555 ראו הדיון הרחב בהגנה המדומה אשר בפרק ו(2) דלעיל.

1556 ראו הדיון תחת הכותרת "טעות בחוק" אשר בפרק ו(2)(ה) שלעיל.

1557 נוסח סעיפים אלה הובא לעיל בפרק ז(3)(ב).

ביבליוגרפיה

- א. חקיקה ישראלית (ודיונים בכנסת שקדמו לה)
1. חוק העונשין, תשל"ז1977-, ס"ח 226.
 2. חוק העונשין (תיקון מס' 37), תשנ"ב1992-, ס"ח 142.
 3. ד"כ 125 (תשנ"ב) 3735 (דיון בתיקון מס' 37 לחוק העונשין).
 4. פקודת החוק הפלילי, 1936, ע"ר תוס' 1 263.
 5. חוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב1982-, ס"ח 43.
 6. פקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) [נוסח חדש], תשכ"ט1969-, נ"ח 284.
 7. חוק השיפוט הצבאי, תשט"ו1955-, ס"ח 172.
 8. פקודת הראיות [נוסח חדש], תשל"א1971-, נ"ח 421.
 9. חוק לעשיית דין בנאצים ובעוזריהם, תש"י1950-, ס"ח 281.
 10. חוק בדבר מניעתו וענישתו של הפשע השמדת עם, תש"י1950-, ס"ח 137.
 11. חוק המקרקעין, תשכ"ט1969-, ס"ח 259.
 12. חוק המיטלטלין, תשל"א1971-, ס"ח 184.
 13. פקודת הנזיקין [נוסח חדש], תשכ"ח1968-, נ"ח 266.
 14. חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ס"ח תשנ"ב 150.
 15. חוק הפרשנות, תשמ"א1981-, ס"ח 302.
 16. פקודת הפרשנות [נוסח חדש], נ"ח תשי"ד 2.
 17. חוק העונשין (תיקון מס' 39) (חלק מקדמי וחלק כללי), תשנ"ד1994-, ס"ח 348.
 18. חוק לא תעמוד על דם רעך, תשנ"ח1998-, ס"ח 245.
 19. ד"כ 139 (תשנ"ד) 9822 (דיון בתיקון מס' 39 לחוק העונשין).
 20. ד"כ 124 (תשנ"ב) 2297 (דיון בהצעת חוק העונשין (חלק מקדמי וחלק כללי), תשנ"ב1992-).
 21. פרוטוקול מס' 8, מיום 11.5.93, של ישיבת ועדת המשנה של ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת לעניין חוק העונשין.

22. פרוטוקול מס' 175, מיום 25.4.94, של ישיבת ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת, בנושא הצעת חוק העונשין (חלק מקדמי וחלק כללי), תשנ"ב1992-.
23. פרוטוקול מס' 179, מיום 2.5.94, של ישיבת ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת, בנושא הצעת חוק העונשין (חלק מקדמי וחלק כללי), תשנ"ב1992-.
24. פרוטוקול מס' 212, מיום 18.7.94, של ישיבת ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת, בנושא הצעת חוק העונשין (חלק מקדמי וחלק כללי), תשנ"ב1992-.
25. פרוטוקול ישיבת הכנסת מס' רי"ח, תשנ"ח (דיון בהצעת חוק לא תעמוד על דם רעך, תשנ"ח1998-).
26. חוק העונשין (תיקון מס' 44), תשנ"ה1995-, ס"ח 391.
27. פרוטוקול מס' 12, מיום 3.8.93, של ישיבת ועדת המשנה של ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת לעניין חוק העונשין.
28. פרוטוקול מס' 14, מיום 17.11.93, של ישיבת ועדת המשנה של ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת לעניין חוק העונשין.
29. פרוטוקול מס' 183, מיום 9.5.94, של ישיבת ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת, בנושא הצעת חוק העונשין (חלק מקדמי וחלק כללי), תשנ"ב1992-.
30. פרוטוקול מס' 193, מיום 31.5.94, של ישיבת ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת, בנושא הצעת חוק העונשין (חלק מקדמי וחלק כללי), תשנ"ב1992-.
31. ד"כ 122 (תשנ"א) 3819, 4827, 5209 (דיונים בתיקון מס' 37 לחוק העונשין).

ב. פסיקה ישראלית

1. ע"פ 2/48 עבד אל-לוג' נ' היהמ"ש, פ"ד א 92.
2. ע"פ 10/49 היהמ"ש נ' פתניאב, פ"ד ב 424.
3. ע"פ 54/49 היהמ"ש נ' עסלה, פ"ד ד 496.
4. בג"צ 177/50 ראובן נ' יו"ר וחברי המועצה המשפטית, פ"ד ה 737.
5. ע"פ 136/51 פרנקל נ' היהמ"ש, פ"ד ה 1602.
6. ת"פ (חי) 6/52 היהמ"ש נ' אהרונוביץ ואח', פ"מ ה 387.
7. ע"פ 94/52 אשוואל נ' היהמ"ש, פ"ד ו 1116.
8. ע"פ 46/53 שורקה ומאחני נ' היהמ"ש, פ"ד ז 545.
9. ע"פ 190/54 היהמ"ש נ' קמינסקי, פ"ד ט 54.
10. ע"פ 173/54 אל חאואשלה נ' היהמ"ש, פ"ד ט 83.
11. ע"פ 75/56 ויניצקי נ' היהמ"ש, פ"ד י 858.
12. ע"פ 134/56 סעד נ' היהמ"ש, פ"ד י 1615.
13. ע"פ 120/58 צנגר נ' היהמ"ש, פסקים עליון לו 3.
14. ע"פ 61/59 יצחק נ' היהמ"ש, פ"ד יג 816.
15. ע"פ 95/60 ולדמן נ' היהמ"ש, פ"ד טו 53.
16. ע"פ (חי) 851/60 פוטרמן נ' היהמ"ש, פ"מ ל 7.
17. ע"פ 216/62 גרה ואח' נ' היהמ"ש, פ"ד טז 2673.
18. ע"פ 229/62 גרז'יצקי נ' היהמ"ש, פ"ד יז 1077.
19. ע"פ 35/63 גרצייני נ' היהמ"ש, פ"ד יז 2689.
20. ע"פ 50/64 אל נבארי נ' היהמ"ש, פ"ד יח(4) 73.
21. ע"פ 65/65 רוז נ' היהמ"ש, פ"ד יט(2) 503.
22. ע"פ 150/65 ג'ורג'י נ' היהמ"ש, פ"ד יט(3) 238.
23. ע"פ 465/65 היהמ"ש נ' לרר וערעור שכנגד, פ"ד כ(1) 437.
24. ע"פ 202/70 מסדה ושביט נ' מ.י., פ"ד כד(2) 325.
25. ע"פ 319/71 אחמד ושיך נ' מ.י., פ"ד כו(1) 309.
26. ע"פ 410/71 הורוביץ נ' מ.י., פ"ד כו(1) 624.

27. ע"פ 223/72 עזרא נ' מ.י., פ"ד כו(2) 847.
28. ע"פ 30/73 שמולביץ נ' מ.י. וערעור שכנגד, פ"ד כז(2) 558.
29. ע"פ 401/72 ויטפילד ואח' נ' מ.י., פ"ד כח(1) 813.
30. ע"פ 161/72 סרסור ואח' נ' מ.י., פ"ד כח(2) 203.
31. ע"פ 324/73 דנון נ' מ.י., פ"ד כח(2) 706.
32. ת"פ (ת"א) 857/73 מ.י. נ' דברה, פ"מ תשל"ד (3) 202.
33. ע"פ 205/75 קרניץ נ' מ.י. וערעור שכנגד, פ"ד ל(2) 471.
34. ע"פ 480/76 רמתי נ' מ.י., פ"ד לא(1) 719.
35. ע"פ 613/76 קרוה נ' מ.י., פ"ד לא(2) 770.
36. ע"פ 89/78 אפנג'ר נ' מ.י., פ"ד לג(3) 141.
37. ע"פ 62/79 (ע"פ 636/79) פילוס נ' מ.י., פ"ד לד(1) 494.
38. ע"פ 61, 88/83 שוקרון נ' מ.י., פ"ד לח(2) 617.
39. ע"פ 962/85 צמח נ' מ.י., פ"ד מא(3) 17.
40. ע"פ 524/86 חזקיה נ' מ.י., פ"ד מא(3) 653.
41. ע"פ 298/88 טויטו נ' מ.י., פ"ד מד(1) 151.
42. ע"פ 486/88 אנקונינה נ' התובע הצבאי הראשי, פ"ד מד(2) 353.
43. ע"פ 196/85 זילברברג נ' מ.י., פ"ד מד(4) 485.
44. ת"א (ב"ש) 143/68 דויד' נ' מ.י., פ"מ עא 104.
45. ע"פ 3178/90 גלמן נ' מ.י., פ"ד מז(5) 370.
46. תפ"ח (ת"א) 416/93 מ.י. נ' בסו, פ"מ תשנ"ד (3) 281.
47. ת"פ (ת"א) 29/94 מ.י. נ' בוחבוט, פ"מ תשנ"ה (1) 272.
48. ע"פ 6353/94 בוחבוט נ' מ.י., פ"ד מט(3) 647.
49. ע"פ 597/88 אנג'ל ואביטן נ' מ.י., פ"ד מו(5) 221.
50. ע"פ 4785/90 ג'בארין נ' מ.י., פ"ד מט(5) 221.
51. ע"פ 3984/92 מאק נ' מ.י., פ"ד מז(3) 135.
52. ע"פ 1713/95 פרידמן נ' מ.י., פ"ד נ(1) 265.
53. ע"פ 357/95 וייצמן נ' מ.י., פ"ד נא(4) 577.
54. ע"פ 1632/95 משולם ואח' נ' מ.י., פ"ד מט(5) 534.

55. דנ"פ 1294/96 משולם ואח' נ' מ.י., פ"ד נב(5) 1.
56. ע"פ 299,309/58 ברזאני ומזרחי נ' היהמ"ש, פ"ד יג(3) 1409.
57. ע"פ 862/80 מ.י. נ' שבירו, פ"ד לה(2) 775.
58. בג"צ 1043/99 ; 7563/97 ; 7628 ; 5188/96 ; 6536/95 ; 4054 ; 5100/94 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל, האגודה לזכויות האזרח בישראל ואח' נ' ממשלת ישראל, שירות הבטחון הכללי ואח' (טרם פורסם).
59. ע"פ 689/85 אבו-סלימאן נ' מ.י. (לא פורסם).
60. ע"פ 2534/93 מליסה נ' מ.י. פ"ד נא(2) 597.
61. ע"פ 7917,7975/95 מ.י. נ' חביבאללה וערעור שכנגד (טרם פורסם).
62. ע"פ 5225/98 אלפסי נ' מ.י. (טרם פורסם).
63. ע"פ 11,456/99 ויניצקי נ' מ.י. וערעור שכנגד (טרם פורסם).
64. ע"פ 4856/99 אלגעאר נ' מ.י. (טרם פורסם).
65. ת"פ (ב"ש) 44/94 מ.י. נ' זנוורי (טרם פורסם).
66. ת"פ (י-ם) 290/94 מ.י. נ' פודולסקי ואח' (טרם פורסם).
67. ת"פ (י-ם) 237/95 מ.י. נ' קידר (טרם פורסם).
68. ת"פ (ב"ש) 54/96 מ.י. נ' יזרייב (טרם פורסם).
69. ת"פ (י-ם) 385/97 מ.י. נ' לוי (טרם פורסם).
70. ת"פ (חי) 1102/97 מ.י. נ' שניאור (טרם פורסם).

ג. הצעות חוק ישראליות

1. "הצעת החלק הכללי של חוק העונשין" (הוכנה ע"י ועדת מומחים בראשות הנשיא לשעבר של בית-המשפט העליון, השופט ש' אגרנט) משפטים י (תשמ"מ) 203.
2. ש"ז פלר, מ' קרמניצר "הצעת חלק מקדמי וחלק כללי לחוק עונשין חדש ודברי הסבר תמציתיים" משפטים יד (תשמ"ד) 127.
3. ש"ז פלר, מ' קרמניצר "הצעת חלק מקדמי וחלק כללי לחוק עונשין חדש – שינויים מוצעים על-ידי המחברים" משפטים יז (תשמ"ח) 392.
4. הצעת חוק העונשין (חלק מקדמי וחלק כללי), תשנ"ב1992-, ה"ח 114.
5. הצעת חוק העונשין (חלק כללי), תשמ"ו1986- – הצעת חוק שהוכנה בשנת 1986 עבור משרד המשפטים על-ידי פרופ' א' אנקר והמשנה ליועץ המשפטי לממשלה, עו"ד י' קרפ. לאחרונה פורסמו קטעים (בלבד) מן ההצעה בע' 44-45 למאמרם של א' אנקר ור' קנאי "הגנה עצמית וצורך לאחר תיקון מספר 37 לחוק העונשין" פלילים ג (תשנ"ג) 5.
6. הצעת חוק העונשין (תיקון – הגנה פרטית וכורח נסיבות), תשנ"ט1989- – הצעת חוק של חה"כ ע' לנדאו מיום 30 באוקטובר 1989.
7. הצעת חוק העונשין (תיקון מס' 37), תשנ"א1991-, ה"ח 232 (הצעתם של חה"כ א' לין, צ' הנגבי, י' לוי, ע' לנדאו וי' צידון).
8. הצעת חוק העונשין (תיקון מס' 38), תשנ"א1991-, ה"ח 248 (הצעתו של חה"כ ד' ליבאי).
9. הצעתו של פרופ' ש"ז פלר בע' 479-487 לספרו יסודות דיני עונשין (תשמ"ז, כרך ב).
10. הצעת חוק העונשין (תיקון מס' 47) (לא תעמוד על דם רעך), תשנ"ה1995-, ה"ח 456.
11. הצעת חוק העונשין (תיקון מס' 41) (אחריות מופחתת), תשנ"ה1995-, ה"ח 475.

ד. ספרות משפטית ישראלית – ספרים

1. א' אנקר הכרח וצורך בדיני עונשין (תשל"ז).
2. (א) ש"ז פלר יסודות בדיני עונשין (תשמ"ד, כרך א).
3. (ב) ש"ז פלר יסודות בדיני עונשין (תשמ"ז, כרך ב).
4. (ג) ש"ז פלר יסודות בדיני עונשין (תשנ"ג, כרך ג).
5. י' לוי וא' לדרמן עיקרים באחריות פלילית (תשמ"א).
6. י' קדמי על הדין בפלילים (תשמ"ט).
7. M. Gur-Arye *Actio Libera in Causa in Criminal Law* (1984).
8. מ' גור-אריה התנהגות חופשית במקור בדיני עונשין – חיבור לשם קבלת תואר דוקטור למשפטים בהדרכת פרופ' ש"ז פלר, הוגש לסינט האוניברסיטה העברית בשנת תשמ"מ.
9. פ' דייקן (דיקשטיין) דיני עונשין בישראל ובעמים, בעבר ובהווה (תשי"ז, חלק רביעי).
10. מ' שלגי וצ' כהן סדר הדין הפלילי (תשמ"ב).
11. י' בזק הענישה הפלילית – דרכיה ועקרונותיה (תשמ"א).
12. ג' טדסקי, י' אנגלרד, א' ברק ומ' חשין דיני הנזיקין – תורת הנזיקין הכללית (מהדורה 2, תשל"ז).
13. י' ויסמן חוק המקרקעין, תשכ"ט 1969 – מגמות והישגים (תשל"ל).
14. גורני – קדרון החוק הפלילי – הלכה למעשה (מהדורה 4, תשמ"ב).
15. ש' גז ומ' רונן המשפט הפלילי – מדריך שימושי לדיני העונשין (תש"ן).
16. (א) א' הרנון דיני ראיות (תשל"ט, כרך א).
17. (ב) א' הרנון דיני ראיות (תשל"ט, כרך ב).

ה. ספרות משפטית ישראלית – מאמרים

1. M. Kremnitzer "Proportionality and the Psychotic Aggressor: Another View" 18 *Isr. L. Rev.* 178.
2. א' אנקר "הגנת צורך: סעיף 18 לפקודת החוק הפלילי לאור מקורותיו" הפרקליט ל (תשל"ו) 365.
3. ש"ז פלר "ה'צורך' stricto sensu כמצב השולל את פליליות המעשה" משפטים ד (תשל"ב-תשל"ג) 5.
4. א' אנקר "שלוש שיטות להסברת הרציונל של ההגנה העצמית במשפט העברי" פלילים ב (תשנ"א) 55.
5. א' אנקר "נטל השכנוע בהגנות החלק הכללי של החוק הפלילי" הפרקליט ל (תשל"ו) 235.
6. מ' גור-אריה "כניסה מרצון למצב של התגוננות" משפטים טו (תשמ"ה) 145.
7. M. Gur-Ary "Should a Criminal Code Distinguish Between Justification and Excuse?" 5 *Canadian J. of L. & Jurisprudence* (1992) 215.
8. M. Gur-Ary "Should the Criminal Law Distinguish Between Necessity as a Justification and Necessity as an Excuse?" 102 *L.Q. Rev.* (1986) 71.
9. דין וחשבון ועדת-החקירה לענין שיטות החקירה של שירות הבטחון הכללי בנושא פעילות חבלנית עויינת, בראשות השופט (בדימוס) מ' לנדוי, תשמ"ח-1987, פורסם בספר לנדוי (כרך א', תשנ"ה) 269. לתרגום לאנגלית של קטעים מהדוח ראו ע' 188-146 לכרך 23 (1989) של כתב-העת *Isr. L. Rev.*
10. M. Kremnitzer "The Landau Commission Report – Was the Security Service Subordinated to the Law, or the Law to the 'Needs' of the Security Service?" 23 *Isr. L. Rev.* (1989) 216.
11. ד' ביין "חובת הנסיגה בהגנה בפני התקפה" הפרקליט כג (תשכ"ז) 2.
12. פ' דייקן "הגנה עצמית" הפרקליט י (תשי"ד) 7.
13. עצמאי "מבעיות ה'הגנה עצמית' (החובה לסגת לעומת הכבוד העצמי)" משפט וכלכלה ג (תשי"ז) 124.
14. S.Z. Feller "Defence of 'Necessity' and its Limitations" 6 *Isr. L. Rev.* 417.

15. ש"ז פלר "לענין הזכות להגנה פרטית – סימני כפירה בהלכת הורוביץ (ע"פ 298/88 טויטו נ' מ"י) "עיוני משפט טו (תש"ן) 189.
16. ש"ז פלר "פסק דין תמוה (ע"פ 89/78 יעקב בן אליהו אפנזר נ' מ.י.)" משפטים י (תש"מ) 339.
17. י' שחר "מקורותיה של פקודת החוק הפלילי, 1936" עיוני משפט ז (תשל"ט) 75.
18. א' ידין "משא ההוכחה והכלל 'אין עונשין מספק'" הפרקליט ו (תש"ט) 188.
19. המשוטט "משוט בפסקים – מועקה מחרידה" הפרקליט ו (תש"ט) 167.
20. המשוטט "משוט בפסקים – דרש וקבל שכר" הפרקליט ז (תש"י) 551.
21. מ' בן-פורת "על הגנת הצורך והכורח" עיוני משפט יד (תשמ"ט) 211.
22. מ' בן-פורת "עזרה לזולת" עיוני משפט ז (תשל"ט-תשמ"מ) 269.
23. מ' קרמניצר "על מאפיינים אחדים של המשפט הפלילי הגרמני" בספר גבורות לשמעון אגרנט (תשמ"ז) 325.
24. מ' קרמניצר "נטל השכנוע בעילות אי-שפיות ושכרות" הפרקליט לא (תשל"ז) 465.
25. מ' קרמניצר "ארבעים שנה לדיני העונשין (תגובה להרצאתה של ד"ר גור-אריה)" משפטים יט (תש"ן) 695.
26. ש' אגרנט "התפתחויות במשפט הפלילי" עיוני משפט יא (תשמ"ו) 33.
27. ש"ז פלר "אינוס מתוך רשלנות על סמך אימרת-אגב" משפטים י (תשמ"מ) 373.
28. ש"ז פלר "תחולת חוק יסודות המשפט בתחום דיני העונשין" בספר זוסמן (תשמ"ד) 345.
29. ש"ז פלר "לעיתוי ההשלמה של עבירת הגניבה (עבירה רגעית, עבירה נמשכת או עבירת שרשרת)" משפטים י (תשמ"מ) 121.
30. D. Bein "Recent Developments in Israel Criminal Law" 12 *Isr. L. Rev.* 180 (1977).
31. ד' ביין "עמדתו של המשפט הפלילי הישראלי כלפי העושה דין לעצמו לשם השבת החזקה ברכוש" הפרקליט כד (תשכ"ח) 3.
32. ד' ביין "ההגנה על חסינות המעון במשפטנו הפלילי" משפטים א (תשכ"ט) 519.
33. מ' בן-זאב "תרומתו של ד"ר זילברג למשפט בישראל" הפרקליט כז (תשל"א) 119.
34. ל' שלף "אי ציות לחוק מטעמי מצפון" בספר זכויות אזרח בישראל – קובץ מאמרים לכבוד חיים ה. כהן (ר' גביוון עורכת, תשמ"ב) 117.

35. ב' סנג'רו "שידול במחדל – האמנם בלתי אפשרי?" משפטים טז (תשמ"ז) 482.
36. ב' סנג'רו "היהפכו המטרות למניעים? ומה צפוי להלכת הצפיות? (עוד על 'בכוונה לפגוע' כסימן ייחוד של עבירת לשון-הרע ועל פרשנות המשפט הפלילי)" משפטים יח (תשמ"ח) 337.
37. א' ליין "תשתית לחוקה כתובה בישראל" המשפט א (תשנ"ג) 81.
38. א' לדרמן "הדחה לדבר עבירה בידי איש הרשות או שליח הרשות" רבעון לקרימינולוגיה משפט פלילי ומשטרה (תשל"ב) 253.
39. ע' גרוס "סוכן מדיח – כטענת הגנה במשפט פלילי" הפרקליט לז (תשמ"ז) 107.
40. M. Kremnitzer "Interpretation in Criminal Law" 21 *Isr. L. Rev.* (1986) 358.
41. H. H. Cohn "Some Reflections on the Immorality of Capital Punishment" (טרם פורסם).
42. I. Primorac "On Capital Punishment" 17 *Isr. L. Rev.* (1982) 133.
43. א' ידין "על דיני פיקוח נפש" משפטים ב (תש"ל-תשל"א) 252.
44. ד' נתניהו "כניסה למצב בהתנהגות פסולה" – בשולי הצעת חוק העונשין (חלק מקדמי וחלק כללי), התשנ"ב-1992 – פלילים ג (תשנ"ג) 233.
45. א' אנקר ור' קנאי "הגנה עצמית וצורך לאחר תיקון מספר 37 לחוק העונשין" פלילים ג (תשנ"ב) 5.
46. ב' סנג'רו "להטוטנות פרשנית בפלילים? ומיתת נשיקה לכלל הפרשנות המצמצמת? (עוד על 'בכוונה לפגוע' בעבירת לשון הרע)" משפטים כט (תשנ"ט) 723.
47. A. Enker "Mens Rea and Criminal Attempts" 1977 *American Bar Foundation Research Journal* 845.
48. מ' קרמניצר "עקרון האשמה" מחקרי משפט יג (תשנ"ו) 109.
49. מ' גור־אריה "סטיות מעקרון האשמה" מחקרי משפט יג (תשנ"ו) 129.
50. א' לדרמן "דיני עונשין" ספר השנה של המשפט בישראל (תשנ"ב-תשנ"ג) 469.
51. מ' קרמניצר "כניסה מרצון למצב של התגוננות" משפטים כט (תשנ"ח) 445.
52. ל' בילסקי "נשים מוכות: מהגנה עצמית להגנת העצמיות" פלילים ו (תשנ"ח) 5.
53. ל' שלף "בין הריגה פלילית לבין הגנה משפטית" פלילים ו (תשנ"ח) 89.
54. ג' פלצ'ר "הגנה עצמית של נשים מוכות" פלילים ו (תשנ"ח) 65.

55. ע' גרוס "האישה המוכה – האם לא הגיעה העת כי המשפט הפלילי יגן עליה?" הפרקליט מד (תשנ"ח) 102.
56. מ' קרמניצר ור' שגב "הפעלת כוח בחקירות שירות-הביטחון הכללי – הרע במיעוטו?" משפט וממשל ד (תשנ"ח) 667.
57. ל' שלף "הרע במיעוטו והטוב במירכו – על דו"ח ועדת לנדוי, טרור ועינויים" פלילים א (תש"ן) 185.
58. A. Enker "Duress, Self-Defense and Necessity in Israeli Law" 30 *Isr. L. Rev.* 188 (1996).
59. ב' סנג'רו ומ' קרמניצר "המשפט החוזר – מציאות או חלום? על תבוסתו של הצדק בהתמודדות עם כלל סופיות הדיון (מ"ח 6148/95 משה עזריה נגד מדינת ישראל, פ"ד נא (2) 334)" עלי משפט א (תש"ס) 97.

1. משפט עברי

1. א' צ' בן-זמרה "צורך" ו"הכרח" בדיני עונשין במשפט העברי (פרק בדיני אונסין) (חיבור לשם קבלת תואר דוקטור למשפטים בהדרכת פרופ' מ' אלון, הוגש לסינט האוניברסיטה העברית בשנת תשל"ה), חלק א.
2. א' אנקר הכרח וצורך בדיני עונשין (תשל"ז).
3. מ' אלון המשפט העברי – תולדותיו, מקורותיו, עקרונותיו (מהדורה 2, תשל"ח).
4. א' אנקר "שלש שיטות להסברת הרציונל של ההגנה העצמית במשפט העברי" פלילים ב (תשנ"א) 55.
5. א' צ' בן-זמרה "שפיכות דמים מתוך 'צורך' במשפט העברי ובמשפט הישראלי (על התאמת אמצעי ההצלה ומאזן הדמים)" שנתון המשפט העברי ג-ד (תשל"ו-תשל"ז) 117.
6. א' בן-זמרה "שימוש בכח לשם מניעת עבירה (או הישנותה)" דיני ישראל ט (תשל"ח-תש"מ) פה.
7. א' ורהפטיג "הגנה עצמית בעבירות רצח וחבלה (למהותו של דין 'רודף') סיני פא (תשל"ז) מח.
8. M. Finkelman "Self-Defense and Defense of Others in Jewish Law: The Rodef Defense" 33 *Wayne L. Rev.* (1987) 1257.
9. ד' פרימר "בירור כוונת רודף" אור המזרח לב (תשמ"ד) 309.
10. ד' פרימר "הרודף ללא אשמה" אור המזרח לג (תשמ"ה) 94.
11. ד' פרימר "הגדרת דין רודף" אור המזרח לא (תשמ"ג) 325.
12. D.I. Frimer "The Right of Self-Defense and Abortion" in *Maimonides As Codifier Of Jewish Law* (edited By Nahum Rakover; The Library of Jewish Law) 195.

ז. ספרות פילוסופית

- .1 R. Nozick *Anarchy, State and Utopia* (New York, 1974)
- .2 R. Nozick *Philosophical Explanations* (Cambridge, 1981)
- .3 J. R. Thomson "Self-Defense and Rights" in J. R. Thomson *Rights, Restitution, and Risk – Essays in Moral Theory* (Cambridge & London, ed. by W. Parent, 1986) 33
- .4 P. Montague "Self-Defense and Choosing Between Lives" 40 *Phil. Studies* (1981) 207
- .5 P. Montague "Punishment and Societal Defense" 2 *Criminal Justice Ethics* (1983) 30
- .6 D. Wasserman "Justifying Self-Defense" 16 *Phil. and Pub. Aff.* (1987) 356
- .7 P. Montague "The Morality of Self-Defense: A Reply to Wasserman" 18 *Phil. and Pub. Aff.* (1989) 81
- .8 L. A. Alexander "Self-Defense and the Killing of Noncombatants: A Reply to Fullinwider" 5 *Phil. and Pub. Aff.* (1976) 408
- .9 L. A. Alexander "Justification and Innocent Aggressors" 33 *Wayne L. Rev.* (1987) 1177
- .10 C. C. Ryan "Self-Defense, Pacifism, and the Possibility of Killing" 93 *Ethics* (1983) 508
- .11 S. Levine "The Moral Permissibility of Killing a 'Material Aggressor' in 'Self-Defense'" 45 *Phil. Studies* (1984) 69
- .12 C. S. Nino "Does Consent Override Proportionality?" 15 *Phil. and Pub. Aff.* (1986) 183
- .13 M. Gorr "Private Defense" 9 *L. and Phil.* (1990) 241
- .14 ע' פרוש "חוק מוסר והשומרוני הטוב" עיון כז (תשל"ו-תשל"ז) 295.
- .15 L. Alexander "Self-Defense, Punishment, and Proportionality" 10 *L. and Phil.* (1991) 323
- .16 A. Gewirth "Are There Any Absolute Rights?" 31 *Philosophical Q.* (1981) 1

ה. ספרים

- .1 .G. Williams *Criminal Law – The General Part* (London, 2nd ed., 1961)
- .2 .G. Williams *Textbook of Criminal Law* (London, 2nd ed., 1983)
- .3 J. C. Smith and B. Hogan *Criminal Law* (London, 9th ed., 1999)
- .4 J. C. Smith *Justification and Excuse in the Criminal Law* (London, 1989)
- .5 .Card, Cross & Jones *Criminal Law* (London, 14th ed., 1998)
- .6 .Russell on Crime (London, 12th ed. by J.W.C. Turner, 1964)
- .7 *Kenny's Outlines of Criminal Law* (Cambridge, 19th ed. by J.W.C. Turner, 1966)
- .8 *Archbold – Pleading, Evidence and Practice in Criminal Cases* (London, 42th ed. by S. Mitchell, P.J. Richardson and J. H. Buzzard, 1985) (+ 5th Cumulative Supplement 1987)
- .9 W. Blackstone *Commentaries on the Laws of England* (London, A Reprint of the 1st ed. with supplement, 1966)
- .10 J. F. Stephen *A Digest of the Criminal Law* (London, 9th ed. by L. F. Sturge, 1950)
- .11 *Halsbury's Laws of England* (London, 4th ed. reissue, 1990, vol. 11) (+ Cumulative Supplement 1999)
- .12 P. H. Robinson *Criminal Law Defenses* (Minn., 1984) (+ Cumulative Supplement 1988)
- .13 .G. P. Fletcher *Rethinking Criminal Law* (Boston, Toronto, 1978)
- .14 G. P. Fletcher *A Crime of Self-Defense: Bernhard Goetz and the Law on Trial* (New York, 1988)
- .15 J. Hall *General Principles of Criminal Law* (Indianapolis, N.Y., 2nd ed., 1960)
- .16 J. Hall, R. Force and B. J. George *Criminal Law – Cases and Readings* (Charlottesville, Virginia, 4th ed., 1982)
- .17 .R. M. Perkins and R. N. Boyce *Criminal Law* (Mineola, N.Y., 3rd ed., 1982)

- W. R. La Fave and A. W. Scott *Substantive Criminal Law* (St. Paul, Minn., .18
.1986, Vol. I)
- S. H. Kadish and S. J. Schulhofer *Criminal Law and its Processes* (Boston, .19
.Toronto, London, 5th ed., 1989)
- .H. Silving *Constituent Elements of Crime* (Springfield, Illinois, 1967) .20
- .H. Silving *Criminal Justice* (Buffalo, N.Y., 1971, Vol. I) .21
- Women's Self-Defense Cases – Theory and Practice* (Charlottesville, .22
.Virginia, edited by E. Bochnak, 1980)
- .F. S. Baum and J. B. Baum *Law of Self-Defense* (Dobbs Ferry, N.Y., 1970) .23
- American Jurisprudence* (Rochester, N.Y., San Francisco, Calif., 2nd ed.) .24
(Vol. 6 – 1963 + Cumulative Supplement 1998); (Vol. 21 – 1998); (Vol. 40 –
.1999)
- Corpus Juris Secundum* (St. Paul, Minn., Vol. 22, 1989) (+ Cumulative .25
.Annual Pocket Part 1999)
- Encyclopedia of Crime and Justice* (N. Y., London, S. H. Kadish editor in .26
.chief, 1983, Vol. III)
- .A. Eser and P. Fletcher Eds. *Justification and Excuse* (Freiburg, 1987) .27
- Aiyar and Anad *Law of Private Defence* (Allahabad, 2nd ed., Revised by C. .28
.U. Menon, 1964)
- .C. Howard *Criminal Law* (Sydney, Melbourne, 4th ed., 1982) .29
- R. S. O'Regan *New Essays on the Australian Criminal Codes* (Sydney, .30
.1988)
- .G. H. Gordon *The Criminal Law of Scotland* (Edinburgh, 2nd ed., 1978) .31
- .H. H. Jescheck *Lehrbuch des Strafrechts* (Berlin, 1988) .32
- .H. L. A. Hart *Punishment and Responsibility* (Oxford, 1968) .33
- .J. F. Stephen *History of the Criminal Law of England* (London, 1883) .34
- Moenssens & Starrs & Henderson & Inbau, *Scientific Evidence in Civil and .35
.Criminal Cases* (N.Y., 4th ed., 1995)

ט. מאמרים

- .1 A. J. Ashworth "Self-Defence and the Right to Life" 32 *Camb. L. J.* (1975) 282.
- .2 A. J. Ashworth (editorial) "Counter-Revolution in the Law of Self-Defence" *Crim. L. Rev.* (1988) 1.
- .3 G. Williams "The Theory of Excuses" *Crim. L. Rev.* (1982) 732.
- .4 J. C. Smith "Commentary – Palmer v. R.; Irving v. R." *Crim. L. Rev.* (1971) 649.
- .5 J. C. Smith "Commentary – R. v. McInnes" *Crim. L. Rev.* (1971) 652.
- .6 J. C. Smith "Commentary – R. v. Williams (Gladstone)" *Crim. L. Rev.* (1984) 163.
- .7 J. C. Smith "Commentary – R. v. Corrigan" *Crim. L. Rev.* (1985) 388.
- .8 J. C. Smith "Commentary – R. v. Bird (Debbie)" *Crim. L. Rev.* (1985) 389.
- .9 J. C. Smith "Commentary – Sears v. Broome" *Crim. L. Rev.* (1986) 462.
- .10 J. C. Smith "Commentary – R. v. O'Grady" *Crim. L. Rev.* (1987) 707.
- .11 J. C. Smith "Commentary – Beckford v. R." *Crim. L. Rev.* (1988) 117.
- .12 N. J. Reville "Self-Defence: Courting Sober But Unreasonable Mistakes of Fact" 52 *J. of Crim. L.* (1988) 84.
- .13 D. Cowley "Privy Council – Mistake and Self-Defence – The Correct Test – Beckford v. The Queen" 52 *J. of Crim. L.* (1988) 57.
- .14 D. Cowley "Criminal Damage Act 1971 – Lawful Excuse (R. v. Hill; R. v. Hall)" 53 *J. of Crim. L.* (1989) 176.
- .15 R. J. Cooper "Court of Appeal – Self-Defence – Need to Demonstrate Unwillingness to Fight (R. v. Bird)" 49 *J. of Crim. L.* (1985) 327.
- .16 M. Giles "Self-Defence and Mistake: A Way Forward" 53 *Modern L. Rev.* (1990) 187.
- .17 D. W. Elliot "Necessity, Duress and Self-Defence" *Crim. L. Rev.* (1989) 611.
- .18 L. H. Leigh "Manslaughter and the Limits of Self-Defence" 34 *Modern L. Rev.* (1971) 685.

- C. Harlow "Self-Defence: Public Right or Private Privilege" *Crim. L. Rev.* .19
 .(1974) 528
- B. Brown "Self-Defence in Homicide – From Strict Liability to Complete .20
 .Exculpation" *Crim. L. Rev.* (1958) 583
- .C. Wells "Domestic Violence and Self-Defence" *New L. J.* (1990) 127 .21
- G. P. Fletcher "Proportionality and the Psychotic Aggressor: A Vignette in .22
 .Comparative Criminal Theory" 8 *Isr. L. Rev.* (1973) 367
- G. P. Fletcher "Punishment and Self-Defense" 8 *L. and Philosophy* (1989) .23
 .201
- G. P. Fletcher "The Right Deed for the Wrong Reason: A Reply to Mr. .24
 .Robinson" 23 *U.C.L.A. L. Rev.* (1975-1976) 293
- G. P. Fletcher "Should Intolerable Prison Conditions Generate A .25
 Justification or an Excuse for Escape?" 26 *U.C.L.A. L. Rev.* (1978-1979)
 .1355
- .G. P. Fletcher "The Right and the Reasonable" 98 *Har. L. Rev.* (1985) 949 .26
 .(המאמר פורסם גם בע' 67 לכרך I של ספרם של Eser ו-Fletcher המסומן ח27/)
- .G. P. Fletcher "The Right to Life" 13 *Georgia L. Rev.* (1979) 1371 .27
- P. H. Robinson "A Theory of Justification: Societal Harm as a Prerequisite .28
 .for Criminal Liability" 23 *U.C.L.A. L. Rev.* (1975) 266
- P. H. Robinson "Causing the Conditions of One's Own Defense: A Study in .30
 .the Limits of Theory in Criminal Law Doctrine" 71 *Va. L. Rev.* (1985) 1
 .(המאמר פורסם גם בע' 657 לכרך I של ספרם של Eser ו-Fletcher המסומן ח27/)
- P. H. Robinson "Criminal Law Defenses: A Systematic Analysis" 82 *Colum.* .30
 .*L. Rev.* (1982) 199
- S. H. Kadish "Respect for Life and Regard for Rights in the Criminal Law" .31
 .64 *California L. Rev.* (1976) 871
- .R. M. Perkins "Self-Defense Re-Examined" 1 *U.C.L.A. L. Rev.* (1954) 133 .32
- J. Hall "Comment on Justification and Excuse" 24 *American J. of Comp. L.* .33
 .(1976) 638

- J. H. Beale "Retreat From A Murderous Assault" 16 *Har. L. Rev.* (1903) 34
.567
- J. H. Beale "Homicide in Self-Defence" 3 *Colum. L. Rev.* (1903) 526 35
- P. D. W. Heberling "Justification: The Impact of the Model Penal Code on
.Statutory Reform" 75 *Colum. L. Rev.* (1975) 914 36
- N. M. Omichinski "Applying the Theories of Justifiable Homicide to
.Conflicts in the Doctrine of Self-Defense" 33 *Wayne L. Rev.* (1987) 1447 37
- J. Dressler "New Thoughts About the Concept of Justification in the
Criminal Law: A Critique of Fletcher's Thinking and *Rethinking*" 32
.U.C.L.A. *L. Rev.* (1984-1985) 61 38
- K. Greenawalt "The Perplexing Borders of Justificaton and Excuse" 84 39
.Colum. *L. Rev.* (1984) 1897
- (המאמר פורסם גם בע' 263 לכרך I של ספרם של Eser ו-Fletcher המסומן ח27).
- C. J. Rosen "The Excuse of Self-Defense: Correcting A Historical Accident
.on Behalf of Battered Women Who Kill" 96 *American U. L. Rev.* (1986) 11 40
- L. J. Taylor "Provoked Reason in Men and Women: Heat-of-Passion
.Manslaughter and Imperfect Self-Defense" 33 *U.C.L.A. L. Rev.* (1986) 1679 41
- E. M. Schneider "Preface" 9-11 *Women's Rights L. Reporter* (1986-1989) 42
.191
- E. M. Schneider "Describing and Changing: Women's Self-Defense Work
and the Problem of Expert Testimony on Battering" 9-11 *Women's Rights L.
.Reporter* (1986-1989) 195 43
- L. E. Walker "A Response to Elizabeth M. Schneider's *Describing and
.Changing ...*" 9-11 *Women's Rights L. Reporter* (1986-1989) 223 44
- J. Blackman "Potential Uses for Expert Testimony: Ideas Toward the
Representation of Battered Women Who Kill" 9-11 *Women's Rights L.
.Reporter* (1986-1989) 227 45
- B. Levinson "Using Expert Testimony in the Grand Jury to Avoid a
Homicide Indictment for A Battered Woman: Practical Considerations for
.Defense Counsel" 9-11 *Women's Rights L. Reporter* (1986-1989) 239 46

- E. M. Schneider and S. B. Jordan "Representation of Women Who Defend Themselves in Response to Physical or Sexual Assault" 4 *Women's Rights L. Reporter* (1978) 149 .47
(המאמר פורסם גם בע' 1 לספרה של Bochnack המסומן ח222/).
- S. Diamond "Criminal Law: The Justification of Self-Defense" *Annual Survey of American L.* (1987) 673 .48
- P. Shuchman "Ethics and the Problem of Necessity" 39 *Temple L. Q.* (1966) 279 .49
- G. Stratenwerth "The Problem of Mistake in Self-Defense" *Birgham Young U. L. Rev.* (1986) 733 .50
(המאמר פורסם גם בע' 1055 לכרך II של ספרם של Eser ו-Fletcher המסומן ח277/).
- M. S. Moore "Torture and the Balance of Evils" 23 *Isr. L. Rev.* (1989) 280 .51
- A. A. S. Zuckerman "Coercion and the Judicial Ascertainment of Truth" 23 *Isr. L. Rev.* (1989) 357 .52
(P. H. Robinson "Letter to the Editor" 23 *Isr. L. Rev.* (1989) 189 .53)
- S. M. H. Yeo "New Developments in the Law of Self-Defence in Australia" 7 *Oxford J. of Legal Studies* (1987) 489 .54
- S. M. H. Yeo "The Demise of Excessive Self-Defence in Australia" *Int. & Comp. L. Q.* (1988) 348 .55
- S. M. H. Yeo "The Element of Belief in Self-Defence" 12 *Sydney L. Rev.* (1989) 132 .56
- D. Lanham "Death of a Qualified Defence?" 104 *L.Q. Rev.* (1988) 239 .57
- G. S. Garneau "The Law Reform Commission of Canada and the Defence of Justification" 26 *Criminal L. Q.* (1983-1984) 121 .58
- N. C. O'Brien "Excessive Self-Defence: A Need for Legislation" 25 *Criminal L. Q.* (1982-1983) 441 .59
- J. Herrmann "Causing the Conditions of One's Own Defense: The Multifaceted Approach of German Law" *Birgham Young U. L. Rev.* (1986) 747 .60
(המאמר פורסם גם בע' 745 לכרך II של ספרם של Eser ו-Fletcher המסומן ח277/).

- .A. Eser "Justification and Excuse" 24 *Am. J. of Comp. L.* (1976) 621 .61
- G. L. Radbruch "Jurisprudence in the Criminal Law" 18 *J. of Comp. Legislation and Int. L.* (1936) 212 .62
- .H. A. Bedau "The Right to Life" 52 *Monist* (1968) 550 .63
- J. H Beale "Justification for Injury" 41 *Har. L. Rev.* (1928) 553 .64
- R. L. Christopher "Unknowing Justification and the Logical Necessity of the Dadson Principle in Self-Defence" 15 *Oxford J. of Legal Studies* (1995) 229 .65
- P. H. Robinson "Competing Theories of Justification: Deeds vs. Reasons" 45-70 *Harm and Culpability* (Oxford University Press, A. P. Simester & A. T. H. Smith eds., 1996) 45-70 .66
- פ' ה' רובינזון, "גניבת הפצצה – למהותן של הגנות ההצדק" עיוני משפט כב (תשנ"ט) .67
.65
- .S. Parish "Self Defence: The Wrong Direction?" *Crim. L. Rev.* (1997) 201 .68
- K. Bernsmann "Private Self-Defence and Necessity in German Penal Law and in the Penal Law Proposal – Some Remarks" 30 *Isr. L. Rev.* (1996) 171 .69
- A. J. Ashworth "Case and Comment – Andronicou and Constantinou v. Cyprus" (1998) *Crim. L. Rev.* 823. .70
- G. P. Fletcher "The Psychotic Aggressor – A Generation Later" 27 *Isr. L. Rev.* (1993) 227 .71
- A. Stein "After *Hunt*: The Burden of Proof, Risk of Non-Persuasion and Judicial Pragmatism" 54 *The Modern L. Rev.* (1991) 570 .72
- A. Stein "Criminal Defences and the Burden of Proof" 28 *Coexistence* (1991) 133 .73

י. פסיקה אנגלית

- .1 *Albert v. Lavin* [1981] 1 All E.R. 628
- .2 *R. v. Williams (Gladstone)* [1983] 78 Cr. App. R. 276
- .3 *Beckford v. The Queen* [1987] 3 W.L.R. 611, 3 All E.R. 425
- .4 *Palmer v. R.* [1971] 55 Cr. App. R. 223, 2 W.L.R. 831
- .5 *R. v. Fennell* [1971] Q.B. 428
- .6 *Cousins* [1982] Q.B. 526
- .7 *R. v. Julien* [1969] 1 W.L.R. 839, 2 All E.R. 856
- .8 *R. v. McInnes* [1971] 1 W.L.R. 1600, 3 All E.R. 295
- .9 *R. v. Field* [1972] *Crim. L. Rev.* 435
- .10 *R. v. Bird* [1985] 1 W.L.R. 816, 2 All E.R. 513
- .11 *Dadson* [1850] 4 Cox C.C. 358
- .12 *R. v. Duffy* [1967] 1 Q.B. 63, [1966] 1 All E.R. 62, CCA
- .13 *Hussey* [1924] 18 Cr. App. R. 160
- .14 *R. v. Morgan* [1976] A.C. 182
- .15 *R. v. O'Grady* [1987] 3 All E.R. 420
- .16 *R. v. Majewski* [1976] 2 All E.R. 142
- .17 *Beatty v. Gillbanks* [1882] 9 Q.B.D. 308
- .18 *R. v. Browne* [1973] N.I. 96
- .19 *Reed v. Wastie* [1972] *Crim. L. R.* 221
- .20 *R. v. Thornton* [1992] All E.R. 306
- .21 *R. v. Ahluwalia* [1992] 4 All E.R. 889
- .22 *Nimrod Owino* [1996] 2 Cr. App. R. 128 (C.A.)
- .23 *R. v. Clegg* [1995] 1 All E.R. 334 (H.L.)
- .24 *R. v. Scarlett* [1993] 4 All E.R. 629

יא. פסיקה אמריקנית

- .1 *Brown v. U.S.*, 256 U.S. 335, 41 S. Ct. 501 (1921)
- .2 *State v. Schroeder*, 199 Neb. 822, 261 N.W. 2d 759 (1978)
- .3 *People v. Ceballos*, 12 Cal. 3d 470, 526 P. 2d 241 (1974)
- .4 *People v. Goetz* (N.Y. Ct. of App.) 68 N.Y. 2d 96, 497 N.E. 2d 41 (1986)
- .5 *Coker v. Georgia*, 433 U.S. 485 (1977)
- .6 *State v. Abbott*, 36 N.J. 63, 174 A. 2d 881 (1961)
- .7 *Fowler v. State*, 8 Okla. Crim. 130, 126 P. 831 (1912)
- .8 *People v. Young*, 12 N.Y.S. 2d 358 (1961), 11 N.Y. 2d 274, 183 N.E. 2d 319 (1962)
- .9 *People v. Tomlins*, 213 N.Y. 240, 107 N.E. 496 (1914)
- .10 *State v. Potter*, 295 N.C. 126, 244 S.E. 2d 397 (1978)
- .11 *Allison v. State*, 86 S.W. 409 (1904)
- .12 *People v. Bramlett*, 194 Colo. 205, 573 P. 2d 94 (1977)
- .13 *U.S. v. Peterson* (Columb. Ct. of App.) 483 F. 2d 1222 (1973)
- .14 *State v. Wanrow* (Sup. Ct. of Wash.) 88 Wash. 2d 221, 559 P. 2d 548 (1977)
- .15 *State v. Kelly* (Sup. Ct. of N.J.) 478 A. 2d 364 (1984)
- .16 *People v. Diaz*, No. 2714 (Sup. Ct., N.Y.) (1983)
- .17 *People v. Gracia*, 54 Cal. App. 3d. 61, 54 Cal. 275 (1976)
- .18 *State v. Stewart* (Sup. Ct. of Kan.) 763 P. 2d 572 (1988)
- .19 *Werner v. State* (Tex. Crim. App.) 711 S.W. 2d 639 (1986)
- .20 *Frye v. U.S.*, 293 F. 1013 (1923)
- .21 *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.*, 113 S. Ct. 2786 (1993)

י.ב. קודקסים פליליים של מדינות שונות

תרגומים לאנגלית של הקודקסים הפליליים הבאים (חלקם – בלויית דברי הסבר)
 מופיעים בכרכים הר"מ של הסדרה *The American Series of Foreign Penal Codes*
 : (editor-in-chief – G.O.W. Mueller, N.J., London, 1960-1988)

1. החוק הפלילי של מערב־גרמניה (1871 ; 1975) (כרך 28).
 2. החוק הפלילי של פינלנד (1889 ; 1986) (כרך 27).
 3. החוק הפלילי של סין (1979) (כרך 25).
 4. החוק הפלילי של איטליה (1930 ; 1977) (כרך 23).
 5. החוק הפלילי של רומניה (1968 ; 1973) (כרך 20).
 6. החוק הפלילי של פולין (1969) (כרך 19).
 7. החוק הפלילי של יוון (1950) (כרך 18).
 8. החוק הפלילי של שבדיה (1962 ; 1972) (כרך 17).
 9. החוק הפלילי של גרינלנד (1954) (כרך 16).
 10. החוק הפלילי של קולומביה (1936) (כרך 14).
 11. החוק הפלילי של טורקיה (1926 ; 1964) (כרך 9).
 12. (הושמט).
 13. החוק הפלילי של ארגנטינה (1921) (כרך 6).
 14. החוק הפלילי של נורבגיה (1902 ; 1961) (כרך 3).
 15. החוק הפלילי של קוריאה (1953) (כרך 2).
- תרגומים לאנגלית של שלושת הקודקסים הפליליים הבאים מופיעים בעמודים הר"מ של
 הספר *H. Silving Constituent Elements of Crime* (Springfield, Illinois, 1967):
16. החוק הפלילי של שוויץ (1937) (ע' 589).
 17. החוק הפלילי של ספרד (1944 ; 1963) (ע' 590).
 18. החוק הפלילי של ברה"מ (דאז) (1958) (ע' 593).

19. החוק הפלילי של קווינסלנד (אוסטרליה) (הסעיפים הרלוואנטיים לענייננו – 273-268 – מובאים בע' 73 ואילך לספרו של R. S. O'Regan, *New Essays on the Australian Criminal Codes* (Sydney, 1988).

יג. הצעות חוק זרות

- .1 The Law Commission (No. 143) *Codification of the Criminal Law* (London, 1985).
- .2 The Law Commission (No. 177) *A Criminal Code for England and Wales* (London, 1989).
- .3 The American Law Institute *Model Penal Code, Tentative Draft No. 8* (Philadelphia, 1958).
- .4 The American Law Institute *Model Penal Code, Proposed Official Draft* (Philadelphia, 1962).
- .5 The American Law Institute *Model Penal Code and Commentaries* (Philadelphia, 1985).
- .6 The National Commission on Reform of Federal Criminal Laws *Study Draft of a New Federal Criminal Code* (1970).
- .7 *The Crimes Bill of New Zealand* (Wellington, 1989).
- .8 Law Reform Commission of Canada *Report Recodifying Criminal Law* (Revised and Enlarged Edition, No. 31, Ottawa, 1987).
- .9 The Law Commission (No. 122) *Legislating the Criminal Code – Offences against the Person and General Principles – A Consultation Paper* (London, 1992).
- .10 The Law Commission (No. 218) *Legislating the Criminal Code – Offences against the Person and General Principles* (London, 1993).
- .11 *Self Defence Review – Final Report – Submitted to the Minister of Justice of Canada and to the Solicitor General of Canada* (Chair: Judge Lynn Ratushny, Ottawa, 1997).
- .12 The Government of Canada, *Proposals to Amend the Criminal Code (General Principles)* (Ottawa, 1993) (“White Paper”).
- .13 Department of Justice, Canada, *Reforming Criminal Code, Defences: Provocation, Self-Defence and Defence of Property – A Consultation Paper* (Ottawa, 1998).

י. פסיקה זרה נוספת

1. *McCluskey v. H.M. Adv.* [1959] J.C. 39 (סקוטלנד).
2. *Thain* [1985] 11 Northern Ireland L. Reports Bull. 31.
3. *R. v. McKay* [1957] V.R. 560 (אוסטרליה).
4. *R. v. Howe* [1958] 100 C.L.R. 448 (אוסטרליה).
5. *R. v. Viro* [1978] 141 C.L.R. 88 (אוסטרליה).
6. *Zecevic v. D.P.P.* [1987] 71 A.L.R. 641 (אוסטרליה).