

הפעלת כוח שאינה במטרה להתגונן או להגן אינה הגנה עצמית מוצדקת – תשובה לחאלד גנאים

בועז סנג'רו*

מבוא. א. העמדה בספרי: סייג ההגנה העצמית מחייב מודעות לסיטואציה ומטרה להתגונן או להגן. ב. התייחסות לעמדתו החולקת של גנאים, שלפיה די במודעות לסיטואציה. ג. בהעדר מטרה להתגונן או להגן נשללת ההצדקה להפעלת הכוח. ד. מחלוקות והסכמות נוספות: 1. שלילת גישתו האובייקטיבית של רובינסון (Robinson); 2. העברה נשלמה ובכלל זאת מדובר בניסיון בלתי-צליח? – פה קבור הכלב; 3. חוסר האפשרות ללמוד מדוגמאות שאינן טובות. ה. אחרית-דבר.

מבוא

במאמרו החדש "היסוד הנפשי של סייג מצדיק ושל סייג פוטר"¹ חולק ד"ר חאלד גנאים על העמדה שהצגתי בספרי הגנה עצמית במשפט הפלילי,² שלפיה לצורך הצדקת השימוש בכוח במסגרת סייג ההגנה העצמית נדרש שהיסוד הנפשי של המבצעת היה מודעות לסיטואציה

* פרופסור מן המניין, ראש החטיבה למשפט פלילי ולקרימינולוגיה, המרכז האקדמי למשפט ולעסקים ברמת-גן, ומייסדה.

תודתי נתונה לפרופ' רינת קיטאי-סנג'רו על הערותיה המחכימות לטיוטת המאמר. המאמר מוקדש לפרופ' מרדכי קרמניצר: ממנו למדתי בשנות השמונים את קורס-היסוד "דיני עונשין" ואת הקורס "דיני עברות"; הוא שקרא את מאמרי הראשונים, שפורסמו בכתב-העת משפטים בהיותי תלמיד לתואר הראשון, העיר הערותיו ועודדני לפרסם; והוא שהדריכני בעבודת הדוקטור הגנה פרטית במשפט הפלילי, שהוגשה לסנט של האוניברסיטה העברית בירושלים בשנת 1993. למדתי ממנו רבות.

1 חאלד גנאים "היסוד הנפשי של סייג מצדיק ושל סייג פוטר" משפט וממשל יז 519 (2016).

2 בועז סנג'רו הגנה עצמית במשפט הפלילי (2000) (להלן: ספרי). ראו גם בועז סנג'רו "הייהפך הצידוק לפטור של חסד? הגנת בית המגורים ('חוק דרומי' ופסק-הדין בפרשת דרומי) כמקרה-מבחן לרציונל המצדיק הגנה עצמית ולהלכה הישראלית" משפט וממשל יג 93 (2010) (להלן: סנג'רו "הייהפך הצידוק לפטור של חסד?"); BOAZ SANGERO, SELF-DEFENCE IN CRIMINAL LAW (2006); Boaz Sangero, *A New Defense for Self-Defense*, 9 BUFF. CRIM. L. REV. 475 (2006); Boaz Sangero, *In Defense of "Self-Defence in Criminal Law"*; and on "Killing in Self-Defence" – A Reply to Fiona Leverick, 44 CRIM. L. BULL. 3 (2008); Boaz Sangero, *Heller's Self-Defense*, 13 NEW CRIM. L. REV. 449 (2010); Boaz Sangero, Comment, "Self-Defense and the Psychotic Aggressor": What About Proportionality?, in CRIMINAL LAW CONVERSATIONS 372 (Paul H. Robinson, Stephen P. Garvey & Kimberly Kessler Ferzan eds., 2009).

ומטרה להתגונן או להגן. לשיטתו, די במודעות לסיטואציה, גם אם הכוח הופעל לא לשם התגוננות או הגנה. הצגת שתי העמדות תאפשר לנו לחדד את הרציונל של סייג ההגנה העצמית; את הסיבה (הטובה) לכך שהחברה (באמצעות החוק) לא רק פוטרת את המבצעת מאחריות לעברה פלילית שישודותיה התגבשו, אלא אף מצדיקה את מעשה – הן משפטית הן מוסרית.

א. העמדה בספרי: סייג ההגנה העצמית מחייב מודעות לסיטואציה ומטרה להתגונן או להגן

ההגנה העצמית,³ לצד ה"צורך" וה"כורח", היא אחד משלושת הסייגים לאחריות פלילית המכונים "אילווצים".⁴ הסיטואציה המשותפת להם היא סכנה מיידית לאינטרס לגיטימי, המאלצת את המבצע לפגוע באינטרס אחר כדי להציל את הראשון. ההגנה העצמית היא הפעלת כוח מגן נחוץ וסביר כנגד תוקף המבצע תקיפה בלתי-חוקית, במטרה להדוף את התקיפה ולהציל אינטרס לגיטימי מסכנת פגיעה. המאפיין הייחודי של פעולת ההגנה העצמית הוא שמבצעה פוגע במקור הסכנה, שהוא אדם התוקף תקיפה בלתי-חוקית. ב"צורך", לעומת זאת, הסכנה אינה נובעת בדרך-כלל ממקור אנושי, אלא מנסיבות (כגון אסון-טבע) שאליהן נקלע המבצע. בהתאם, פעולתו של המבצע נגד הסכנה אינה פוגעת באינטרס של תוקף, אלא בדרך-כלל באדם תמים. ב"כורח" מקור הסכנה הוא אנושי – המאיים – אך פגיעת המבצע (המאויים) אינה במאיים (שאו הייתה זו הגנה עצמית), אלא באינטרס לגיטימי של צד שלישי תמים.⁵

הבחנה מרכזית במשפט הפלילי המודרני נעשית בין צידוקים (justifications) לבין פטורים (excuses).⁶ בשני המקרים מדובר בסייגים לאחריות פלילית: מעשה שבמצב רגיל היה נחשב עברה אינו מוביל לאחריות פלילית. כאשר מדובר בפטור, המעשה נחשב בלתי-חוקי, והפטור מבוסס על הבנה של החולשה האנושית של המבצע ו/או של המצב הקשה שאליה נקלע, ועל סליחה, ולא על הצדקה מוסרית. מאחורי הצידוק, לעומת זאת, עומדת הכרעה ערכית-מוסרית שלפיה בנסיבות המיוחדות שבהן נעברה העברה כהגדרתה בחוק, המעשה אינו רע, אלא הוא מעשה טוב וראוי – הן מוסרית הן משפטית. אנו פוטרים מאחריות את הבלתי-שפוי משום שאנו מבינים את מצבו וסולחים לו, ומשום שאין טעם להטיל עליו אחריות פלילית,⁷ אך איננו מצדיקים את מעשהו המהווה עברה פלילית, והיינו מעדיפים שהוא לא יבצע אותו. לעומת זאת, כאשר כבאית שוברת דלת כדי להציל ילד משרפה, אנו לא רק פוטרים אותה מאחריות פלילית

3 במאמר מוסגר יצוין כי המונח המדויק יותר הוא "הגנה פרטית", שכן הוא מכיל מלבד הגנה עצמית גם הגנה על אדם אחר, הגנה על רכוש, הגנה על רכושו של אחר והגנה על בית המגורים – מושגים שהמושגותף להם הוא הגנה על-ידי הפרט, להבדיל מן ההגנה הממוסדת שהמדינה מספקת. ראו ספרי, לעיל ה"ש 2, בעמ' 19–20 ו-279–320.

4 סנג'רו "הייהפך הצידוק לפטור של חסד?", לעיל ה"ש 2.

5 ספרי, לעיל ה"ש 2, בעמ' 19–21.

6 ראו בהרחבה שם, בעמ' 29–38.

7 ראו, למשל, לאחרונה, רע"פ 2675/13 מדינת ישראל נ' וחנון (פורסם בנבו, 3.2.2015).

לעברה של היזק בדרך לרכוש, אלא אף מצדיקים את מעשה (במסגרת סייג הצורך). מקובל מאוד לסווג את ההגנה העצמית כצידוק, ולא כפטור – הן בשיטות המשפט השונות, הן בכתבים של מלומדי המשפט והן בכתבי הפילוסופים.⁸ מהו הרציונל של הצדקה זו? בטרם ניגשים לדין בסוגיה מסוימת מסוגיות ההגנה העצמית, כגון היסוד הנפשי של המבצעת הנדרש לשם התגבשות הסייג, שהוא נושא של מאמר זה, יש להבין את מהותו של סייג ההגנה העצמית, תוך עמידה על הרציונל שלו. מדוע החברה – באמצעות החוק – מאפשרת לאדם המצוי בסיטואציה של הגנה עצמית להפעיל כוח מגן כנגד אדם אחר ולכאורה לעבור עברה פלילית, ולא רק פוטרת אותו מאחריות פלילית, אלא אף מצדיקה את המעשה, בהכרזה עליו כעל מעשה ראוי ונטול כל רבב מוסרי?

רציונל ההגנה העצמית⁹ מבוסס על שלושה גורמים מופשטים הניצבים לצידו של הנתקף-המתגונן (או המגן על אדם אחר) במאזן האינטרסים שבינו לבין התוקף: האוטונומיה של הנתקף; אשמתו של התוקף; והסדר החברתי-משפטי. ההגנה העצמית היא הפעלת כוח מגן נחוץ ופרופורציוני כנגד תוקף אשם, האחראי לתקיפתו, שמטרתה הדיפת התקיפה הבלתי-חוקית והצלת הנתקף. בהתעלם משלושה גורמים מופשטים אלה, לפנינו לכאורה תביעות זהות של התוקף ושל הנתקף-המתגונן לשמירה על שלמות גופם ועל יתר האינטרסים הלגיטימיים שלהם. אך לנוכח האוטונומיה של הנתקף, לנוכח אשמתו של התוקף ולנוכח הסדר החברתי-משפטי, כפות המאזניים נוטות בבירור לצידו של הנתקף-המתגונן, ומצדיקות כוח מגן נחוץ ופרופורציוני שאותו הוא מפעיל כנגד התוקף כדי להדוף את התקיפה.

באשר לגורם האוטונומיה, מדובר בזכותו של קורבן התקיפה להגנה על האינטרסים האישיים הלגיטימיים שלו מפני התקיפה – בזכותו למנוע פלישה וחדירה לספרה של האוטונומיה שלו, המהווה את מרחב המחיה המוגן של האדם. מרחב זה כולל בראש ובראשונה את חייו, את שלמות גופו, את חירותו, את פרטיותו ואת רכושו (בסדר הזה), ואולי גם אינטרסים אישיים נוספים, כגון כבודו. הבסיס המוסרי והמשפטי לכך הוא שזכות טבעית או מוסכמת של האדם לאוטונומיה היא המינימום הנדרש לקיום חיים בעלי משמעות ערכית. גורם האוטונומיה אינו פועל בכל המקרים בעוצמה שווה להצדקת ההגנה העצמית, אלא עוצמתו עומדת ביחס ישר למשקל האינטרס הלגיטימי המצוי בסכנה.

אשמת התוקף מתייחסת, כמובן, לתקיפה המסוימת, ולא לכל פעולותיו בעבר. היא מהווה בסיס מוסרי לפיחות בהגנת החוק על האינטרסים שלו. פיחות זה מאפשר הפעלת כוח מגן מוצדק כלפיו. אך הפיחות מלמד לא רק על ה"אין", אלא גם על ה"יש": גם לתוקף נותרות זכויות – בעיקר הזכות לחיים ולשלמות הגוף – ויש להביאן בחשבון. דבר זה בא לידי ביטוי בדרישות הבסיסיות של נחיצות הכוח המגן ושל הפרופורציה.

8 ראו ספרי, לעיל ה"ש 2, בעמ' 63 וההפניות המופיעות שם. לאפשרות של סייג נוסף של הגנה עצמית מסוג פטור – לא במקומו של סייג ההגנה העצמית מסוג צידוק, אלא נוסף עליו – ראו את הדיון בהתגוננותן של נשים מוכות בספרי, לעיל ה"ש 2, בעמ' 392–406. לשלילת האפשרות של הסתפקות בסייג של הגנה עצמית מסוג פטור ראו שם, בעמ' 56–62.

9 על רציונל ההגנה העצמית ראו בהרחבה ספרי, לעיל ה"ש 2, בעמ' 29–133 (פרק ב) – "רציונל ההגנה הפרטית", ובמיוחד בעמ' 117–133 (תת-פרק ב) – "הרציונל המוצע".

להגנת הסדר החברתי-משפטי הכרוכה בפעולת ההגנה העצמית יש תפקיד מרכזי בהצדקתה. ההגנה העצמית מהווה, בין היתר, גם הדיפה של התוקף, מניעת ביצוע עברה על-ידיו וגורם מרתיע הפועל כלפי תוקפים פוטנציאליים, היודעים כי גם אם המשטרה אינה נמצאת במקום האירוע, ייתכן שתקיפתם תסוכל על-ידי הנתקף עצמו או על-ידי אדם אחר שייחלץ להגנתו. ההגנה העצמית אף שומרת על התקפות (האמפירית) של הנורמה ה"מותקפת" על-ידי התוקף, וכן של כלל הנורמות הפליליות. בכך היא משרתת את החברה, בספקה הגנה יעילה מאוד על הסדר החברתי-משפטי. גורם זה – הסדר החברתי-משפטי – מסביר את ההצדקה המקובלת לא רק של התגוננות, אלא גם של הגנה על אדם אחר, אפילו זר. ברוב המקרים גורם זה פועל להצדקת ההגנה העצמית, אך הוא עשוי גם לקבוע לה גבולות. כאשר תגובת הנתקף חורגת באופן משמעותי מדרישת הפרופורציה ופוגעת בתוקף במידה העולה לאין שיעור על הפגיעה הצפויה מהתקיפה שהתוקף יזום – למשל, כאשר נתקף משתמש בכוח קטלני לשם הגנת רכוש – תגובת הנתקף דווקא פוגעת בסדר החברתי-משפטי, ובוודאי לא מגוננת עליו. בטרם נתמקד בנושא דיוננו – היסוד הנפשי של הנתקף-המתגונן (או של המגן על אדם אחר) – חשוב להדגיש את הכרחיותם של כל שלושת הגורמים יחדיו לשם הצדקת ההגנה העצמית: ההגנה העצמית היא הגנה ברזימנית הן על האוטונומיה של הנתקף והן על הסדר החברתי-משפטי, וזאת בדרך המסוימת של הפעלת כוח מגן כנגד תוקף הנושא באחריות פלילית לתקיפה.

מקבת מבחין בריצ'רד שנוא-נפשו ומייד יורה בו למוות. כדיעבד מתברר שריצ'רד – שגם הוא לא שפע אהבה למקבת – הגיע למקום האירוע כשהוא נחוש בדעתו לרצוח את מקבת, ואף היה מצויד באקדח טעון לשם כך. מן הבחינה האובייקטיבית התקיימו כל תנאי ההגנה העצמית: התקיימה סכנה מיידית שיצר תוקף האחראי לתקיפה, והירי של מקבת בריצ'רד היה נחוץ, פרופורציוני וכולי; אך מבחינה סובייקטיבית מקבת לא היה מודע כלל לכך שריצ'רד תוקף אותה בכוונה לרוצחו, ומטרתו של מקבת לא הייתה התגוננות, אלא ביצוע רצח. האם סייג ההגנה העצמית חל גם על מקרה כזה? האם די בהתקיימות הנסיבות האובייקטיביות להצדקת המעשה או שמא יש לדרוש גם יסוד נפשי מסוים, כגון מודעות של המבצע לאותן נסיבות אובייקטיביות, דהיינו, לכך שתוקפים אותו תקיפה מסוכנת? ואולי גם בכך אין די, ויש לדרוש שפעולתו של המבצע נעשתה במטרה (חיובית) להתגונן?

בחינת היסוד הנפשי של הנתקף-המתגונן (או של המגן על אדם אחר) לאור רציונל ההגנה העצמית מבססת שתי דרישות: האחת – מודעות לנסיבות המצדיקות (מודעות לסיטואציה של תקיפה מיידית, סכנה, אילון); והאחרת – מטרה להתגונן או להגן.

באשר לדרישה הראשונה, בעוד על מבצע המודע לנסיבות המצדיקות ופועל בתגובה עליהן מתאים לומר כי הוא מגן על הסדר החברתי-משפטי, מבצע שאינו מודע לסיטואציה – ואשר עובר את העברה לא בשל מצב האילון שאליו נקלע ולא כדי להדוף תקיפה בלתי-חוקית, אלא משיקולים אחרים ופליליים, כגון עוינותו לתוקף – פוגע בסדר החברתי-משפטי ממש כמו התוקף.¹⁰

10 ראו בהרחבה שם, בעמ' 257–277 (תת-פרק 10ד – "היסוד הנפשי").

באשר לדרישה השנייה – של מטרה להתגונן או להגן – אדם המפעיל כוח בהעדר מטרה מצדיקה, אם כי תוך מודעות לנסיבות המצדיקות, בעצם מנצל את המצב שנוצר לשם השגת מטרותיו השליליות, כך שאין הוא ראוי להיחשב כמי שמגן על הסדר החברתי-משפטי.¹¹ הדרישה של מטרה להתגונן או להגן (נוסף על דרישת המודעות) נלמדת מגורם הסדר החברתי-משפטי שברציונל של סייג ההגנה העצמית; היא מתיישבת מצוין עם אופייה המוצדק לחלוטין של ההגנה העצמית – צידוק (justification – הצדקת המעשה), ולא רק פטור (excuse – שלילת אחריותו של המבצע למעשה שהוא בלתי-חוקי);¹² והיא מקובלת בשיטות משפט רבות.¹³ יובהר כי אין לדרוש שהמטרה המצדיקה (להתגונן או להגן) הייתה מטרתה הבלעדית של המבצע. לעיתים נלוות אליה מטרות נוספות, וכן מניעים שחלקם אינם טהורים, כגון שנאה כלפי התוקף.¹⁴ אין בכך כדי לגרוע מנכונות הקביעה כי המבצעת אכן פעלה כדי להתגונן או להגן. חקירה מלאה של כל מטרותיה של המבצעת אף אינה מעשית, בהיותה מסובכת ומורכבת; אין טעם לערוך מאזן מטרות או מדרג ביניהן. החשוב הוא עצם התקיימותה של המטרה להתגונן או להגן. כך, למשל, אם הנתקפת פוגעת בתוקף במטרה להציל את עצמה מסכנת אונס, תהיה ההתגוננות מוצדקת גם אם היא שונאת את התוקף ושמחה ללמדו לקח (ובלבד שהכוח המגן היה אכן נחוץ וביחס סביר לסכנה; כאשר מדובר בסכנת אונס, גם כוח קטלני הוא פרופורציוני).

הערכתי היא כי באשר להגנה העצמית במוכן הצר (של הנתקף על עצמו) אין הבדל מעשי בין דרישה בחוק של מטרה להתגונן לבין הסתפקות במודעות לנסיבות המצדיקות: קשה לתאר אדם שמודע לכך שהוא בסכנה כתוצאה מתקיפה מיידית, ואשר מפעיל כנגד התוקף כוח מגן הנחוץ להדיפת התקיפה, ובכל-זאת אינו שואף להדוף את התקיפה. הדבר הרי כרוך ביצר ההישרדות. גם כאשר מדובר בהגנה על אדם אחר או על רכוש, סביר להניח שמטרת המבצע היא להגן, שהרי מדובר במצב של אילוף, ונדרשת מיידיות של הסכנה, כך שהפעלת הכוח המגן היא אינסטינקטיבית כמעט. עם זאת, במקרים הנדירים שבהם המבצע אינו שואף להגן, אלא מנצל את המצב כדי להפעיל כוח ולעבור עברה, אין מקום להצדקת ביצוע העברה, וזאת לנוכח גורם הסדר החברתי-משפטי שברציונל ההגנה העצמית והרצון לשמר את אופיו של סייג ההגנה העצמית כצידוק נטול רבב מוסרי. אכן, כפי שכתב המלומד האמריקני ביל (Beale) לפני כמאה שנים, הצידוק אינו היתר לגרום את הנזק, אלא מתן כוח משפטי לפעול כדי להגן.¹⁵

11 שם, בעמ' 265.

12 על ההבחנה שבין צידוק לבין פטור ראו בהרחבה שם, בעמ' 29–38.

13 שם, בעמ' 266–269.

14 שם, בעמ' 272–273.

15 Joseph H. Beale, *Justification for Injury*, 41 HARV. L. REV. 553 (1928) (“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”).

ב. התייחסות לעמדתו החולקת של גנאים, שלפיה די במודעות לסיטואציה

את דיונו בשאלה "האם דרוש יסוד נפשי מיוחד, כגון מטרה?" בחר גנאים לפתוח דווקא באמירה ובציטוט הבאים:

סנג'רו, אשר דן בדרישת המטרה כיסוד נפשי מיוחד של הגנה עצמית מצדיקה, קובע כי "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 שאיפה,¹⁶ תצמצם עוד יותר (ולמעשה כמעט ותאיין לחלוטין) את ההבדל שבין דרישה של מטרה להגן לבין הסתפקות במודעות לנסיבות המצדיקות".¹⁷

גנאים חולק על הצעה זו וממקד בה את דיונו, חרף העובדה שהצעת הראשית הייתה לדרוש מטרה להתגונן (או להגן על אדם אחר), ורק כריכוך מסוים של דרישת המטרה העלית גם את האפשרות של הסתפקות בכלל מקביל להלכת הצפיות. מי שקורא את דברי ההתנגדות של גנאים ובוחר את הדברים בהתאם לכללי הלוגיקה עלול לחשוב שאני לא הצעתי לדרוש מטרה, ושגנאים מציע לדרוש מטרה ומתנגד להסתפקות במעין הלכת צפיות. אלא שהמצב הוא הפוך: קריאת המשך דבריו מלמדת שגנאים דווקא מתנגד לדרישת המטרה ומציע להסתפק במודעות. אם כך, לא צריכה להיות לשיטתו סיבה להתנגד להסתפקות בהלכת הצפיות, שהרי הסתפקות זו מכרסמת בדרישת המטרה ומקרבת אותה אל ההסתפקות במודעות.

יצוין כי הדוגמה שגנאים מביא¹⁸ אינה מסייעת בהבהרת הדברים, משום שבמקרה הטיפוסי של המתת-חסד מתקיים רצון להמית ולכן אין כל טעם לפנות אל התחליף של הלכת הצפיות. גם מסקנתו של גנאים, שלפיה "כאשר פונים אל הסייג המצדיק וגורסים כי ההצדקה של הפגיעה בערך החברתי המוגן צריכה להיות מוסרית, כגישת סנג'רו, הלכת הצפיות אינה תחליף

16 על שקילות ערכית זו עמדתי במקום אחר – ראו בועז 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 337, 347 (1988) (להלן: סנג'רו "היהפכו המטרות למניעים?"). מעניין שלהבדיל מפעולתה הרגילה של הלכת הצפיות, שהיא הרחבת האחריות הפלילית (תוך ויתור על התקיימות המטרה השלילית הנדרשת בהגדרת העבירה), אם יופעל כלל מקביל לה בהקשר של נושא דיונו, הוא יפעל דווקא לצמצום האחריות הפלילית (תוך ויתור על התקיימות המטרה החיובית הנדרשת בהגדרת ההגנה).

17 גנאים, לעיל ה"ש 1, בפסקה השנייה בחלק ג1 (ה) (ליד ה"ש 66); ספרי, לעיל ה"ש 2, בעמ' 274–275.

18 גנאים, לעיל ה"ש 1, אחרי ה"ש 70.

למטרה",¹⁹ אינה נכונה. זאת, הן משום שאני מבסס את הלכת הצפיות על שקילות ערכית²⁰ בין רצון לבין צפייה כאפשרות קרובה לוודאי; והן משום שהצדקתה המוסרית של ההגנה העצמית מתורגמת לדרישות בחוק, כגון המטרה להתגונן או להגן, ואין טעם לדרוש בחוק עצמו דרישה של הצדקה מוסרית – במיוחד לא בדיני העונשין, שבהם הבהירות והוודאות חשובות מאוד. דומני שהמשך דיונו של גנאים באותו סעיף²¹ מהווה התפרצות (בעוצמה ובכוח) דרך דלת פתוחה (לרווחה), שהרי אם לא מתקיימת צפיית הדיפתה של ההתקפה כאפשרות קרובה לוודאי, ממילא חוזרים לדרישה של מטרה להתגונן, ובוודאי אין מותרים על הדרישה הבסיסית של מודעות לסיטואציה.

רק בהמשך מאמרו, תחת הכותרת "טענות נגד הדרישה הנוספת של מטרה", מובאת עמדתו של גנאים: "להבדיל מ'הלכת הצפיות', שטופלה לעיל, דעתי היא שמודעות מלאה בפועל להתקיימותו של סייג מצדיק הינה תנאי הכרחי וגם מספיק להתגבשות היסוד הנפשי של סייג מצדיק".²² וכל-כך למה? לדעתו, "דרישה נוספת מעבר למודעות של העושה לקיומו של סייג מצדיק משמעה ענישה על מחשבות בלבד... ענישת העושה... היא בגלל המטרה הפסולה, קרי, ענישה על מחשבות בלבד, וזו אסורה בדיני עונשין".²³

הטענה מוזרה בעיניי. הרי הנחת-המוצא של הדיון בסייג ההגנה העצמית היא שהתגבשו היסוד העובדתי והיסוד הנפשי של עברה מסוימת. רק בשל כך נזקק המבצע לסייג לאחריית פלילית. המבצע פגע בתוקף, ופגיעה זו עשויה להיות בגדר תקיפה, פגיעה, חבלה, חבלה ממשית, חבלה חמורה ואפילו מוות. בדיוק בשל כך מתעורר הצורך בסייג ההגנה העצמית. כיצד ניתן לטעון במצב כזה כי לא מתקיים מעשה וכי מדובר בענישה על מחשבות בלבד? ענישה על מחשבות, בניגוד לכלל-היסוד "אין עונשין על דברים שבלב", מצויה בניגוד חזיתי לעקרון ההתנהגות, שהוא מעקרונות-היסוד של דיני העונשין, ופירושה ענישה על מחשבות שלא נלוותה אליהן התנהגות, כמתואר היטב בספרו של ג'ורג' אורוול 1984:

...אין הבדל אם יכתוב "הלאה האח הגדול" או לא יכתוב. אין הבדל אם ימשיך בכתבת היומן או לא ימשיך. אם כך ואם כך עתידה משטרת המחשבות לתפוס אותו. שכן הוא אשם – והיה אשם גם אילמלא כתב מלה אחת – בפשע-הפשעים, בזה הכולל בתוכו ממילא את כל שאר הפשעים. "חשובפשע" קוראים לו. "חשובפשע" אינו מן הדברים שאפשר להעלימם לנצח. יכול אתה

19 שם.

20 סנג'רו "היהפכו המטרות למניעים?", לעיל ה"ש 16, בעמ' 347; בועז סנג'רו "להטוטנות פרשנית בפלילים? ומיתת נשיקה לכלל הפרשנות המצמצמת? (עוד על 'בכוונה לפגוע' בעבירת לשון הרע)" משפטים כט 723 (1998). בהמשך התקבלה גישת השקילות הערכית גם בפסיקתו של בית-המשפט העליון: רע"פ 9818/01 ביטון נ' סולטן, פ"ד נט(6) 554 (2005).

21 גנאים, לעיל ה"ש 1, בפסקה שאחרי ה"ש 70.

22 שם, תחילת חלק ג(ה)1(2) (אחרי ה"ש 74).

23 שם, ליד ה"ש 76.

להצליח להתחמק זמן-מה, אפילו שנים, אבל במוקדם או במאוחר סופך להיתפס.²⁴

ג. בהעדר מטרה להתגונן או להגן נשללת ההצדקה להפעלת הכוח

מבחינה אנליטית, הגנה עצמית היא מקרה פרטי של סייג הצורך. בשני המקרים מדובר באילוץ – בסיטואציה קשה שאליה נקלעה המבצעת, המאלצת אותה לעבור עברה פלילית כדי להציל אינטרס לגיטימי מסכנה מיידית. מדוע אם כן על המלומדים, ובעקבותיהם גם על המחוקקים והשופטים, לטרוח ולהבחין בין הסיטואציה המיוחדת של הגנה עצמית לבין מגוון הסיטואציות הנופלות בגדר סייג הצורך, שהוא כללי יותר? מה לנו העבודה הזו?

גם כאן המפתח להבנת הדברים הוא הרציונל המיוחד של ההגנה העצמית, המקנה לה הצדקה מיוחדת. אין מדובר בתחרות בין שווים – בין האינטרסים הלגיטימיים של הנתקף לא להיפגע ולהינזק לבין האינטרסים הלגיטימיים של התוקף לא להיפגע ולהינזק – שכן לצידו של הנתקף-המתגונן (או של האדם המגן על אדם אחר מפני תוקף) מתייצבים שלושה ערכים חשובים מאוד: האוטונומיה של הנתקף, אשמת התוקף והסדר החברתי-משפטי. ערכים אלה מטעים בחזוקה את כפות המאזניים, שנדמו בטעות כמעוינים, לכיוון הצדקה מלאה של פעולתו של המתגונן (או המגן), בתנאי שהכוח המגן היה נחוץ ופרופורציוני, ובתנאי שהוא פעל במטרה להתגונן (או להגן) – מטרה שכמובן מניחה גם מודעות לסיטואציה המיוחדת. הדברים שלובים זה בזה: (גם) משום שהמבצע פעל במטרה להתגונן, התגוננותו מוצדקת לחלוטין. ובכיוון ההפוך: מכיוון שהטעם להפרדת סייג ההגנה העצמית מיתר המצבים הנופלים בגדר הסייג הרחב של צורך הוא אפיונה של ההגנה העצמית כמעשה מוצדק במיוחד, הכרחי לדרוש שהפעלת הכוח על-ידי המתגונן (או המגן על אחר) הייתה במטרה טובה וראויה – במטרה להתגונן (או להגן). בנפול המטרה המצדיקה, נופלת גם ההצדקה המיוחדת של הפעלת הכוח, ועליה לשוב אל חיקו של סייג הצורך, לטוב ולרע: לטוב (מנקודת-ראותו של מפעיל הכוח) – משום שבצורך לא נדרשת בהכרח המטרה המצדיקה; לרע (מנקודת-ראותו של מפעיל הכוח) – משום שהצדקת הצורך חלשה יותר, ולפיכך, למשל, דרישת הפרופורציה קשוחה יותר (עד כדי כך שעל-מנת להגיע להצדקה, להבדיל מפטור, נדרש שפעולת המבצעת הייתה "הרע במיעוטו" – דרישה שאינה קיימת באשר להגנה העצמית; לכן גם מוצדק להפעיל כוח קטלני לנוכח סכנת אונס).

כשם שאדם אחד אינו יכול לאחוז בחבל ארוך ומתוח משני קצותיו בו-זמנית, כך גם אי-אפשר לקיים הצדקה מיוחדת של ההגנה העצמית (להבדיל ממצבים שהם בגדר סייג הצורך)

²⁴ ג'ורג' אורוול 1984 18 (ג' אריוך מתרגם, 1971) (נכתב ב-1949). והנה המשכו הישיר של הציטוט שלמעלה: "תמיד בלילה – תמיד נעשים המאסרים בלילה. הטלטה הפתאומית מתוך השינה, היד הקשה המטלטלת את כתפך, האור המסנוור את עיניך, מעגל הפנים הקשוחות מסביב למיטה. ברובם הגדול של המקרים אין משפט, אין דיווח על המאסר. אנשים נעלמים ואינם, תמיד בלילה. שמך נמחק ממרשמי התושבים, כל מסמך על מה שעשית מעורך נמחה ואיננו, הוייתך מלשעבר מוכחשת, נשכחת. נמחית, הושמדת: איור, זה המונח הרגיל לכך" (שם).

מבלי לדרוש גם מטרה מצדיקה, הלא היא המטרה להתגונן או להגן. מטרה זו הכרחית להצדקת הכוח המגן.

ד. מחלוקות והסכמות נוספות

1. שלילת גישתו האובייקטיבית של רובינסון (Robinson)

בפתח הדיון שתחת הכותרת "השלכת מיקומו של הסייג המצדיק במבנה העברה על הדרישה ליסוד נפשי", כותב גנאים:

סנגירו מציג את גישתו של רובינסון, באומרו כי "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 שבעבירה. [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 – בענייננו – מטרה להתגונן או להגן). לפי גישה זו, נסיבות הצידוק הן בעלות משמעות ערכית ומשפטית אך ורק כשהעושה מודע להן]"²⁵.

וממשיך גנאים:

יש לחלוק על גישה זו. על-פי תפיסתי, אימוץ התורה שלפיה אי-קיומו של סייג מצדיק הינו רכיב (שלילי) ביסוד העובדתי של העברה מחייב – נוסף על הדרישה לקיום התנאים האובייקטיביים של סייג מצדיק – גם את הדרישה למודעות בפועל, וזאת כמתחייב מעקרון-היסוד במשפט הפלילי שלפיו היסוד הנפשי הרגיל של העברה הוא מחשבה פלילית...²⁶

ראשית, בספרי הקדשתי עמודים שלמים לשלילת גישתו זו של רובינסון,²⁷ שלפיה אין הבדל מהותי בין רכיב הממוקם על-ידי המחוקק בהגדרת הצידוק לבין אותו רכיב (בתוספת מילת שלילה) הממוקם בהגדרת העברה; ולתמיכה בגישה המתחרה של פלטר (Fletcher),²⁸ שלפיה

25 גנאים, לעיל ה"ש 1, בפסקה השנייה בחלק ג1 (ג) (ליד ה"ש 45 ואילך); ספרי, לעיל ה"ש 2, בעמ' 258 (תוך השלמת הציטוט מספרי, המובא באופן חלקי בלבד במאמרו של גנאים).
26 שם, בפסקה שאחרי ה"ש 46.
27 Paul H. Robinson, *A Theory of Justification: Societal Harm as a Prerequisite for Criminal Liability*, 23 UCLA L. REV. 266 (1975).
28 George P. Fletcher, *The Right Deed for the Wrong Reason: A Reply to Mr. Robinson*, 23 UCLA L. REV. 293 (1975).

קיים הבדל ערכי ולפיכך אין די בנסיבות העובדתיות של ההגנה העצמית, אלא נדרשות גם מודעות לסיטואציה ומטרה מצדיקה – להתגונן או להגן.²⁹
כפי שהסברתי שם:

אין לקבל את עמדתו של Robinsן, 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 שלו. 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 העבירה.³⁰

שנית, קביעתו של גנאים כי "המסקנה היא כי לפי הדוקטרינה שקובעת כי סייגים מצדיקים הינם רכיבים שליליים ביסוד העובדתי של העבירה יש הכרח גם בדרישת מודעות בפועל, וזאת כמתחייב מסעיף 20(א) לחוק העונשין" – הינה מוטעית, לדעתי. שהרי אם חסר רכיב ביסוד העובדתי של העבירה (לרבות רכיב שלילי – העדרו של מצב מסוים – כגון הדרישה של העדר הסכמה של הקורבן, הקבועה בהגדרותיהן של העבירות גנבה, תקיפה, שוד, חטיפה, מעשה מגונה ואונס³¹), אזי אין בודקים כלל את היסוד הנפשי של המבצע, וממילא לא תירש מודעות כלשהי, והתוצאה המיידית היא זיכוי. אין עבירה בהיעדר היסוד העובדתי הנדרש בה.³² הכשל הלוגי שאני מייחס לדברים הוא הערבוב שבין המודעות לרכיבי היסוד העובדתי של העבירה, הנדרשת לצורך הרשעה, לבין המודעות לסיטואציה, הנדרשת לצורך הצידוק. בעולמו של רובינסון, שבו מצב ההגנה העצמית אינו בהכרח סייג לאחריות פלילית, אלא ניתן להשקיף על העדר סיטואציה של הגנה עצמית כדרישה נוספת בהגדרותיהן של עברות האלימות, התוצאה תהיה זיכוי מייד כאשר יתברר כי התקיימה סיטואציה עובדתית של הגנה עצמית (תקיפה וסכנה), ללא כל צורך בבירור כלשהו של היסוד הנפשי של המבצע. זאת, ממש כשם שכאשר מתברר כי ה"קורבן" הסכים למעשה, יזוכה המבצע מייד מעברות הגנבה, התקיפה, השוד, החטיפה, המעשה המגונה והאונס, ללא כל צורך בבירור היסוד הנפשי של המבצע, לרבות מודעותו לכך שה"קורבן" הסכים לביצוע המעשה.

29 ספרי, לעיל ה"ש 2, בעמ' 39–49 ("ההבחנה בין עבירה לבין הגנה") ו-258–264 ("היסוד הנפשי הנדרש לאור ההבחנה בין צידוק לפטור ולאור ההבחנה בין הגדרת העבירה לצידוק").
30 שם, בעמ' 259.
31 בהתאמה: ס' 383, 378, 402, 369, 348 ו-345 לחוק העונשין, התשל"ז–1977.
32 תיתכן רק אחריות לעברת ניסיון.

ובכל-זאת יש לסיים דיון זה בהסכמה חשובה: שנינו (גנאים ואנוכי) שוללים את גישתו של רובינסון.

2. העברה נשלמה ובכל-זאת מדובר בניסיון בלתי-צליח? – פה קבור הכלב

גנאים תומך בגישה שלפיה אם התקיימו הנסיבות המצדיקות (למשל, סיטואציה של הגנה עצמית – תקיפה וסכנה) אך המבצע לא הייתה מודעת להן, מדובר בניסיון בלתי-צליח ופלילי לעבור את העברה.³³ בספרי מוסבר מדוע סיווג זה מוטעה:

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 העובדות 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.³⁴

גנאים מבקש לחזק את עמדתו באמצעות הדוגמה הבאה:

טלו, למשל, את המקרה לעיל של המתת הכלב הנגוע בכלבת, והניחו כי פלוני הוא ששחרר את הכלב מן הכלוב כדי לגרום חבלה חמורה לקטין. על-פי עמדת העברה המושלמת, כל אדם, לרבות פלוני, רשאי למנוע את המתת הכלב, ויעמוד לזכותו סייג של הגנה עצמית. כלומר, מעמדת העברה המושלמת מתקבלת תוצאה בלתי-מתקבלת על הדעת, שלפיה להניח לכלב לגרום חבלה חמורה לקטין הינו מעשה מוצדק שמקיים את תפקידם של דיני העונשין, ואף בבחינת המעשה הנכון שראוי לעשותו [ה"ש 100 – "לפי סג'רו... גם מוצדק מבחינה מוסרית"]. התוצאה המקובלת, שלפיה במקרה הנדון אין מקום להגנה עצמית כלפי המתת הכלב, מתקבלת רק כאשר מתייחסים למקרה כאל ניסיון בלתי-צליח.³⁵

33 גנאים, לעיל ה"ש 1, תת-פרק ד1, במיוחד אחרי ה"ש 93 ואילך.

34 ספרי, לעיל ה"ש 2, בעמ' 275.

35 גנאים, לעיל ה"ש 1, ליד ה"ש 98 ואילך.

מעולם לא דנתי בדוגמה זו, וגנאים מנסה למעשה לנחש כיצד יש לנתח את המקרה לפי גישתי. אולם הניחוש אינו נובע מגישתי. לשיטתי, אם הכלב מסוכן, מתקיים צורך מצדיק להמיתו על בסיס הבחירה המוצדקת ב"רע במיעוטו", שהרי הכלב מסכן ילד. הפגיעה בכלב אינה יכולה להיחשב הגנה עצמית, משום שהגנה עצמית מוגדרת כהפעלת כוח מגן כנגד תוקף אנושי האחראי לתקיפתו (ולא כנגד כלב).³⁶ מול מי שפועל באופן מוצדק במסגרת סייג הצורך המצדיק, ומבקש לפגוע בכלב כדי להציל את הילד, אין הגנה עצמית מוצדקת, ובוודאי לא הגנה על רכוש. פה קבור הכלב...

נראה שכוונתו של גנאים היא למצב שבו הממית את הכלב אינו יודע שהכלב מסכן ילד ולכן אין לו צידוק, שהרי גם סייג הצורך דורש מטרה מצדיקה ולפחות מודעות לסיטואציה. במצב כזה אין כל טעם להצדיק את מעשהו של ממית הכלב רק משום שבאופן מקרי לחלוטין מבחינתו התברר לו בדיעבד כי הכלב סיכן ילד. ההצדקה ממילא גם לא תתמרץ אותו לפגוע בכלב ולהציל את הילד, שהרי ההנחה היא שאין הוא יודע שהכלב מסכן ילד. נוסף על כך, אם החשש הוא שאחריות פלילית להמתת הכלב תרתיע את המבצע מביצוע הפעולה שבעקיפין מצילה ילד, אזי גם אחריות פלילית לניסיון בלתי-צלילי – כהצעתו של גנאים – תגרום לכאורה את אותה הרתעה. אך בשני המקרים ההרתעה שיוצרת הטלת האחריות על ממית הכלב קיימת רק לכאורה, שהרי ההנחה היא שהוא אינו יודע כלל שהכלב מסכן ילד, ולכן בכל מקרה הוא צפוי להיות מורתע מעצם האיסור החל על המתת בעלי-חיים.

באשר לפעולתו של המונע את המתת הכלב, השאלה היא מה היה ידוע לו: אם המונע יודע את כל העובדות לאשורן, אזי אין כל הצדקה למעשהו, שבו הוא מונע גם את הצלת הילד. כך בוודאי באשר לפלוני, אשר בעצמו שחרר את הכלב כדי לפגוע בקטין, ומכאן שכל העובדות ידועות לו. לא ברור מדוע לדעת גנאים תוביל גישתי לראיית פעולתו כהגנה עצמית, שהרי לא מתקיימות נסיבות מצדיקות ולא מתקיימת מטרה מצדיקה, ואני הרי דורש את שני הדברים במצטבר. יש להביא בחשבון את מלוא נסיבות האירוע, כולל הסכנה לילד, ולא רק את הסכנה לכלב. גם מי שיבקש לראות בהגנה על הכלב הגנה על רכוש, וינסה להצדיקה באמצעות סייג ההגנה העצמית, ייתקל במשוכה בלתי-עבירה, הלא היא דרישת הפרופורציה: אם מחיר ההגנה על הכלב הוא פגיעה משמעותית בילד, אזי חייבים לוותר על הגנת הכלב. ואם המונע אינו יודע שהכלב חולה ומסכן ילד, ייתכן מאוד שיש לפטור אותו מאחריות, בשל טעותו, על בסיס של הגנה מדומה, אך עדיין אין מקום להצדיק את פעולתו, שהרי היא חורגת באופן משמעותי מדרישת הפרופורציה, לנוכח הסכנה לילד. גם כאן הפטור מאחריות אינו מסכן את הילד, שהרי ההנחה היא שהמונע אינו יודע כלל על הסכנה לילד.

36 גם אם לכלב יש בעלים אשר משתמש בכלב לביצוע עברה, הפעלת כוח כנגד הכלב אינה יכולה להיחשב הגנה עצמית, אלא "צורך". תהא זו הגנה עצמית אם (ורק אם) יפעיל המבצע כוח מגן כנגד התוקף עצמו. הגנה עצמית מוגדרת כהפעלת כוח כנגד תוקף הנושא באחריות פלילית לתקיפה, ומכאן הצדקתה המיוחדת. זאת ועוד, הכלב אינו רק רכוש הבעלים, אלא הוא מוגן גם ישירות, במסגרת החקיקה העוסקת בצער בעלי-חיים. גם בשל כך אי-אפשר לראות בפגיעה בכלב רק פגיעה עקיפה בבעלים.

הנה כי כן, חרף כל הדוגמאות שמוצאות בספרות המשפטית, ואשר מצליחות לעיתים בלבבל את הקוראים,³⁷ לא ייתכנו צידוקים סותרים:³⁸ לעולם אין צידוק להפעלת כוח כנגד מי שפועל במסגרת צידוק. וכשם שהמטרה המצדיקה לבדה אינה מגבשת צידוק, כך גם הנסיבות המצדיקות כשלעצמן אינן מגבשות צידוק. It takes two to tango.

3. חוסר האפשרות ללמוד מדוגמאות שאינן טובות

בכמה מקומות לאורך מאמרו מתייחס גנאים לדוגמאות שנדונו בספרות. חלקן אינן מוצלחות, ולכן עלולות להטעות את מנתחי הסוגיות השונות. כך, בדוגמאות של Lord Macaulay, שגנאים מביא ממאמרו של רובינסון,³⁹ המבצע רק מציל את Z, ואינו עובר כל עברה. גם ניתוח הדוגמה של כריסטופר (Christopher), שבה שני הצדדים לעימות יורים זה לעבר זה ברוזמנית,⁴⁰ הוא מוטעה, לדעתי: הרי תיתכן הגנה עצמית מוצדקת גם רגע לפני התקיפה, ובלבד שצפויה תקיפה מיידית. הניתוח הנכון של המקרה הוא שלשני הצדדים לעימות אין צידוק (אם כי אפשר אולי שמתקיים פטור), וזאת לא בשל עיתוי המעשה, אלא בשל העדר מודעות לסכנה, אשר נדרשת גם לשיטתו של גנאים.⁴¹

לבסוף, הדוגמה של הנכד וסבתו⁴² אינה טובה משום שגם אם מטרתו של הנכד הסורר היא הירושה, יש לו עדיין מטרה (מטרת-ביניים) להציל את סבתו (כדי שתכתוב צוואה), ודי במטרה להציל. נוסף על כך, ספק רב אם יש לפטור מאחריות את מי שהמית אדם תמים א (שאינו תוקף-אשם כבהגנה העצמית) כדי להציל אדם ב (להבדיל מיצר ההישרדות שבהצלה עצמית).

ה. אחרית-דבר

מעבר למחלוקת אם נדרשת מטרה להתגונן (או להגן) לשם הצדקת ההגנה העצמית – כשיטתי בספרי הגנה עצמית במשפט הפלילי, שגנאים חולק עליה במאמרו, אשר מאמרת-תשובה זה משיב עליו – מזדקרים עדיין כצוקי גיברלטר העקרונות החשובים המוסכמים על שנינו: האחד, יש לשכלל את הדין הישראלי באשר לסייגים לאחריות פלילית – הן את החקיקה והן את הפסיקה – באמצעות ההבחנה החשובה שבין צידוקים (justifications) לבין פטורים

37 למאמר עתיר דמיון בתחום זה ראו Kent Greenawalt, *The Perplexing Borders of Justification and Excuse*, 84 COLUM. L. REV. 1897 (1984).

38 אולם ייתכנו פטורים סותרים – למשל, כאשר שני הצדדים פועלים בהשפעת טעות.

39 גנאים, לעיל ה"ש 1, בה"ש 24.

40 שם, ליד ה"ש 41 ואילך.

41 פיתוחה של דוגמה זו במאמרו של גנאים אינו ברור לגמרי. אם הכוונה היא ש-ב צופה סכנה הנשקפת לו מ-א משום שהלה צפוי להתגונן מפני התקיפה ש-ב מתכנן, אזי ב גרם באשמתו למצב האילון שבו עליו להתגונן, ולכן יחול עליו הכלל הקבוע בסיפא של הגדרת סייג ההגנה העצמית בסעיף 34 לחוק העונשין – "ואולם, אין אדם פועל תוך הגנה עצמית מקום שהביא בהתנהגותו הפסולה לתקיפה תוך שהוא צופה מראש את אפשרות התפתחות הדברים" – ומעשהו לא יוצדק. גנאים, לעיל ה"ש 1, אחרי ה"ש 83.

(excuses) ; והאחר, דיון מעמיק ומשוכלל בתנאים המסוימים שיש לדרוש באשר לכל סייג לאחריות פלילית אינו יכול להתנהל בחלל ריק, אלא חייב להתחיל בטעם לאותו סייג, ברציונל שבעטיו בחרה החברה לפטור מאחריות את המבצעת או אפילו להצדיק לחלוטין את המעשה. כך, למשל, הרציונל להצדקת ההגנה העצמית מבוסס על האוטונומיה של הנתקף, על אשמת התוקף ועל הסדר החברתי־משפטי.

הבו לנו דיונים רבים כאלה והמשפט הפלילי הישראלי ילך וירחק מן המורשת העלובה למדי שירשנו בעניין זה מן המנדט הבריטי על ארץ־ישראל, ואשר הכנסת ובתי־המשפט התקשו משום־מה להיגמל ממנה, ויצעד למחוזות אנליטיים וצודקים יותר – כאלה המבוססים יותר על אשמת המבצע ועל הגמול הראוי לו, ופחות על הסכנה שבמעשהו ועל שאיפת החברה להרתיע מפני מעשים כאלה ככל האפשר (ולעיתים גם חרף העובדה שאי־אפשר להרתיע – למשל, כאשר מצפים שאדם יפעל בניגוד ליצר ההישרדות).