

הערות לפרק 8

רציונל ההגנה העצמית לעומת רציונל הצורך

פרופ' בועז סנג'רו*

ההגנה העצמית בדין הישראלי היא דוגמה מאלפת לחשיבותה של ההתעמקות בתאוריה ובמשפט המשווה; התעמקות העוברת כחוט השני בכל ספריו של פרופ' פלטשר. חוק העונשין שלנו הוא ירושה רעה מהמנדט הבריטי על ארץ ישראל. הוא איננו שיטתי וקשה לאתר בו רציונלים ברורים, מלבד דגש חזק מדי על הרתעה ואמונה מוטעית שככל שהעבירות תוגדרנה באופן מרחיב יותר וככל שהעונשים המרביים יהיו גבוהים יותר, כן ייטב. אמנם ב-1994, במסגרת תיקון 39 לחוק העונשין, נחקק מחדש החלק הכללי של חוק העונשין, וכיום הוא טוב הרבה יותר מקודמו. אלא שמהצד האחד לא הקפיד המחוקק להבהיר מהו הרציונל של כל סייג לאחריות פלילית, ואפילו לא מהו אפיונו הנכון – צידוק או פטור; מהצד השני, השופטים נוטים להמשיך ולהתייחס אל כל הסייגים, חרף נוסחיהם החדשים שנקבעו בתיקון 39, כאל פטורים בלבד, כביכול אין צידוקים בעולם המשפט הפלילי.

אכן, ההבחנה שבין צידוק (justification) לבין פטור (excuse), שלפרופ' פלטשר זכות גדולה ב"יבוא" שלה מהמשפט הקונטיננטלי אל המשפט האנגלו-אמריקני, היא ההבחנה הבסיסית ביותר, שללא הבנתה אין אפשרות להבין לאשורו אף לא אחד מן הסייגים לפליליות המעשה. בפטור אנו, בני

* פרופסור מן המניין, חבר סגל ומייסד החטיבה למשפט פלילי ולקרימינולוגיה במרכז האקדמי למשפט ולעסקים ברמת-גן, חבר סגל בבית הספר למשפטים שבמכללה האקדמית ספיר, מחבר הספרים (הרלוונטיים לרשימה הנוכחית) **הגנה עצמית במשפט הפלילי** (2000); (2006) SELF-DEFENCE IN CRIMINAL LAW. תודתי נתונה לפרופ' רינת קיטאי-סנג'רו על הערותיה המחכימות לטיוטת רשימה זו. לתגובות – אתר האינטרנט "ביקורת מערכת המשפט הפלילי": <http://sangero.co.il>

החברה, מבינים (באמצעות החוק) את מצוקתה של המבצעת ואת חוסר הטעם שבענישתה, סולחים לה ופוטרים אותה מעונש, אף שעברה עבירה שהיינו מעדיפים שלא תבצע. לעומת זאת, צידוק פירושו שאמנם באופן פורמלי המעשה של המבצעת מגבש עבירה פלילית, אך מבחינה מהותית ומוסרית – ובעקבות כך גם מבחינה משפטית – זהו המעשה הנכון, הראוי והמוצדק, ואנו מעדיפים שגם בעתיד יבוצע בסיטואציה שכזו.

המלומדים שעסקו בסייג ההגנה העצמית תמימי דעים כי אופיו הנכון הוא של צידוק: זהו המעשה הראוי, נטול כל רבב מוסרי. זאת, כמובן, בהתקיים התנאים המקובלים, לרבות תקיפה בלתי-חוקית שמבצע תוקף אשם, סכנה מיידית הנשקפת לנתקף, נחיצות של הכוח-המגן לשם הדיפת התקיפה, פרופורציה בין הסכנה לנתקף לבין הכוח-המגן, מודעות של המבצע לסיטואציה ומטרה של המבצע להתגונן או להגן.

אלא שהמשפט האנגלי המוקדם לא התלהב מסייגים בכלל ומצידוקים בפרט. כפי שמראה פרופ' פלטשר, היחס אל ההגנה העצמית לא היה כאל צידוק, אלא כאל פטור (*Se Defendendo*). במקום אחר הראיתי כי יחס בלתי מוצדק זה אל ההגנה העצמית השתרש בפסיקה הישראלית עד כי השופטים מתקשים להשתחרר ממנו גם לאחר שינוי החוק במסגרת תיקון 39¹. בשל יחסם ה"קמצני" של השופטים אל סייג ההגנה העצמית, קשה עד בלתי-אפשרי למתגונן לשכנע את בית-המשפט שהתגבש הסייג.² על רקע זה התערב המחוקק והוסיף לפני

¹ 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). וראו גם: בועז סנג'רו "הפעלת כוח שאינה במטרה להתגונן או להגן אינה הגנה עצמית מוצדקת: תשובה לחאלד גנאים" **משפט וממשל** יז 551 (2015); 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).

² אמנם על פי סעיף 34(ב) לחוק העונשין, "התעורר ספק סביר שמא קיים סייג

שנים אחדות, לצד הסייג הראשי "הגנה עצמית" הקבוע בסעיף 34 לחוק העונשין, גם סייג לכאורה-משני, ספציפי יותר, של "הגנת בית מגורים, בית עסק ומשק חקלאי מגודר", שבהגדרתו הבהיר כי דרישת הפרופורציה שבמסגרת סייג ההגנה העצמית היא גמישה יותר³ מדרישת הפרופורציה הקשיחה המקובלת באשר לסייג הצורך כצידוק, המבוסס על הבחירה ברע-במיעוטו.⁴

כאן מתבקשת השוואה קצרה בין רציונל הצורך, ובייחוד הצורך כצידוק, לבין רציונל ההגנה העצמית. בשיטות משפט משוכללות מקובל להבחין בין שני סייגים נפרדים ושונים של צורך: האחד – צורך כפסטר, המבוסס על הבנת המצוקה הקשה שאליה נקלע המבצע ועל סליחה על מעשהו. כזה המקרה שעליו סיפר הפילוסוף עמנואל קאנט, המתאר שני ניצולים מאונייה טובעת, הנאחזים בציפורניהם בקורת עץ קטנה, המסוגלת להציף רק אחד מהם. אם במצב כזה קשה דוחף אחד מהם את השני כדי להינצל, אמנם לא נשבח את מעשהו, אך נבין אותו ונסלח לו; זהו אינסטינקט ההישרדות. סייג הצורך מן הסוג השני הוא צידוק, המבוסס על בחירת המבצע ברע-במיעוטו. אם יש לפרוץ לדירה אחרת לשם נטילת דלי מים לכיבוי שרפה בדירה שבה נתונים אנשים בסכנה, אנו מצדיקים את העבירה של היזק לרכוש שבפריצת הדלת ומעודדים את המעשה שנועד להציל בני אדם מסכנת שרפה.

מהו הרציונל להצדקתה המיוחדת של ההגנה העצמית? לכאורה (בלבד) לפנינו התמודדות בין שני בני אדם שווים: בין האינטרסים הלגיטימיים של הנתקף (בעיקר חייו ושלמות גופו) לבין האינטרסים הלגיטימיים של התוקף

לאחריות פלילית, והספק לא הוסר, יחול הסייג, אך לא אחת הרטוריקה של פסקי-הדין מעידה על כך שמצפים מהנאשם להראות שהתגבשו כל תנאי הסייג, ואין מכבידים על התביעה בעניין זה.

³ די בכך שהמעשה לא היה "לא סביר בעליל, בנסיבות העניין, לשם הדיפת המתפרץ או הנכנס" – סעיף 134(ב)(1) לחוק העונשין. כלומר: כאן דרישת הפרופורציה היא גמישה ולא קשיחה.

⁴ הסייג נשלל כל אימת ש"המעשה לא היה סביר בנסיבות העניין לשם מניעת הפגיעה" – כך קובע סעיף 34 לחוק העונשין – "חרגה מן הסביר" – מבלי להבחין כנדרש בין צורך לבין הגנה עצמית. כלומר: כאן אפשר לפרש את דרישת הפרופורציה כדרישה קשיחה.

(בעיקר חייו ושלמות גופו). אלא שבחינה מעמיקה יותר מלמדת שלצד הנתקף-המתגונן (או המגן על אדם אחר) ניצבים שלושה גורמים מופשטים, המטים את הכף לטובתו: האוטונומיה של הנתקף (מרחב המחיה המוגן שלו), אשמת התוקף (בתקיפה הנוכחית) והסדר החברתי-משפטי (אי-כניעה לתוקפים והרתעת תוקפים פוטנציאליים; כל עוד הנתקף-המתגונן איננו מפעיל כוח-מופרז-בעליל, פועל לצדו גם גורם זה). ההגנה העצמית היא הפעלת כוח-מגן נחוץ וסביר כדי להתגונן או להגן, כנגד תוקף האשם בתקיפה. ההגנה העצמית היא בה בעת הגנה הן על האוטונומיה של הנתקף והן על הסדר החברתי-משפטי, וזאת בדרך המסוימת מאוד של פגיעה בתוקף האשם בתקיפה.⁵

יש לשים לב לעובדה שהגדרת הצורך כללית יותר מהגדרת ההגנה העצמית, ולכאורה ניתן היה לוותר על הסייג המסוים יותר של ההגנה העצמית ולהסתפק בסייג הכללי יותר של הצורך. בהסדר כזה, המקרים שכיום נופלים לגדר סייג ההגנה העצמית היו נופלים לגדר סייג הצורך.⁶ אם כן, מדוע נוהגים מחוקקים להפריד את המקרים של הגנה עצמית מבין כלל מקרי הצורך ולקבוע להם הסדר נפרד? הסיבה היא, שההצדקה של ההגנה העצמית גדולה יותר – נוכח שלושת הגורמים המרכזיים ברציונל שלה: האוטונומיה של הנתקף, אשמת התוקף והסדר החברתי-משפטי. לפיכך ראוי לקבוע להגנה העצמית תנאים שונים מאלה הקבועים להגנת הצורך. כך, לשם הצדקת הצורך נדרשת בחירה ברע-במיעוטו ודרישת הפרופורציה היא קשיחה מאוד, ולעומת זאת לצורך הצדקת ההגנה העצמית די בכך שהכוח-המגן איננו בלתי-סביר בהשוואה לסכנה ולא נדרש איזון מוחלט. לכן ניתן וצריך להצדיק כוח-מגן-קטלני שמפעילה אישה בסכנת אונס נגד האנס, גם אם חייה אינם בסכנה כלל.⁷

⁵ להרחבה בעניין רציונל ההגנה העצמית ראו ספרי **הגנה עצמית**, הערה * לעיל, בעמ' 29–133, או בקצרה בעמ' 117–133.

⁶ מעניין לציין שמקרי ההגנה העצמית שכחים יותר במציאות בהשוואה למקרי הצורך. ההגנה העצמית היא אמנם מקרה פרטי של צורך, אך הוא השכיח והחשוב מבין המקרים הללו.

⁷ לדיון מפורט בדרישת הפרופורציה באשר לסייג ההגנה העצמית ראו ספרי **הגנה עצמית**, הערה * לעיל, עמ' 203–229.

חוסר המודעות של שופטי ישראל לרציונל המדויק להצדקתה של ההגנה העצמית הוביל לכך, שלמעט במקרים שבהם גם מבלי להביא בחשבון את האוטונומיה של הנתקף, את אשמת התוקף ואת הסדר החברתי-משפטי, ממילא דובר בבחירה ברע-במיעוטו (בהשוואה בין האינטרס של הנתקף שהיה נתון בסכנה לבין הפגיעה בתוקף במהלך ההגנה העצמית), שאז – ורק אז – השופטים נטו להצדיק את המעשה; בכל יתר המקרים הצטמצמה משרעת הדיון לטווח שבין פטור בלבד (בהבדל מצידוק) לבין הרשעה. כאמור, מצב זה הוביל להתערבות המחוקק, אשר לא חפץ בפסיקה שהייתה צפויה בפרשת דרומי – חקלאי שהתגונן בכוח קטלני מפני פורצים לחוותו. המחוקק הוסיף את סעיף 134 – "הגנת בית מגורים, בית עסק ומשק חקלאי מגודר" – שנועד לשנות את היחס אל ההגנה העצמית: לא עוד פטור, הבנה וסליחה בלבד, אלא צידוק הניתן למעשה הנכון והראוי – הן מוסרית הן משפטית. חבל רק שהבהרת המחוקק נעשתה בדרך מגושמת, אשר כורכת יחדיו מין (הגנת בית המגורים) בשאינו מינו (הגנת בית עסק ומשק חקלאי מגודר), ולפיכך עלולה להתפרש כמאפשרת שימוש בכוח קטלני לשם הגנה על רכוש – כוח שראוי לשלול מכול וכול.⁸

פרופ' פלטשר עומד בספרו גם על טעות רווחת במשפט האמריקני, והיא ערבוב בין הגנה עצמית ממשית לבין הגנה מדומה: מקרה שבו המבצעת מדמה כי היא נתונה בסכנה ומפעילה כוח כנגד התוקף המדומה. כזה היה המצב בפרשת **עסלה**, שבה דימתה הנאשמת כי גבר זר מנסה לפרוץ לביתה כדי לאנוס אותה, וירתה לעברו שלוש יריות קטלניות מבעד לתריס הסגור שדרכו ניסה להיכנס לבית.⁹ בדיעבד התברר כי היה זה בעלה אשר שב לביתם שתוי אך לא מסוכן. במשפט האמריקני מנוסח (באופן מוטעה) סייג ההגנה העצמית בהתאם לאמונתו של המתגונן, במקום בהתאם למציאות האובייקטיבית. לפיכך עשויים שם להצדיק מעשה כזה. במסגרת הדין הישראלי ניתן וצריך לקבוע נכונה שאין

⁸ וראו ביתר פירוט מאמרי "הייהפך הצידוק לפטור של חסד? הגנת בית המגורים ('חוק דרומי' ופסק-הדין בפרשת דרומי) כמקרה-מבחן לרציונל המצדיק הגנה עצמית ולהלכה הישראלית", ה"ש 1 לעיל.

⁹ ע"פ 54/49 **היוהמ"ש נ' עסלה**, פ"ד ד 496 (1949). וראו דיון בפסק-הדין בספרי **הגנה עצמית**, הערה * לעיל, עמ' 334, וראו שם דיון בהגנה העצמית המדומה בעמ' 325–339.

מדובר בהגנה עצמית מוצדקת (הרי המבצעת לא הייתה בסכנה כלל, וכחברה אין לנו כל עניין לעודד ירי כזה) ובו בזמן לפטור את המבצעת מאחריות פלילית, על בסיס "הגנה עצמית מדומה" – שילוב בין סייג ההגנה העצמית (סעיפים 34 ו-134) לבין סייג הטעות במצב דברים (סעיף 34ח); שילוב שתוצאתו המדויקת איננה צידוק (המשקף עידוד לבצע מעשה נכון) אלא פטור (המשקף הבנה וסליחה). הנה כי כן, לפחות מטעות אחת הקיימת במשפט האמריקני פטור המשפט הישראלי.

כפי שמראה פרופ' פלטשר בספרו, ניתן וצריך להבחין בין צורך כצידוק, המבוסס על בחירת המבצעת ברע-במיעוטו, לבין צורך כפטור, המבוסס על הבנה, על סליחה ועל חוסר הטעם שבענישה פלילית נוכח המצב הקשה שבו הייתה המבצעת נתונה. ההבחנה איננה רק תאורטית – יש לה גם השלכות מעשיות, כמו, למשל, זכות ההתערבות של צד שלישי לעזרת אחד מהצדדים לעימות: כשמדובר בצידוק רשאי צד שלישי להתערב לעזרת בעל הצידוק,¹⁰ אך כשמדובר בפטור – אסור לצד שלישי להתערב. אלא שבחלק הכללי החדש של חוק העונשין, שנחקק במסגרת תיקון 39, לא התקדם המחוקק די בתחום זה, והותירו עם סייג צורך אחד, הקבוע בסעיף 34א לחוק העונשין, שהגדרתו פוסחת על שני הסעיפים ואיננה מלמדת אותנו אם מדובר בצידוק או בפטור. אכן, דרישת הסבירות הקבועה בסעיף 34טז מתאימה מאוד – מתוך הגדרה ממש – לצידוק המבוסס על בחירת המבצעת ברע-במיעוטו. אך מה באשר לשני האומללים ניצולי האונייה שעליהם סיפר עמנואל קאנט, הנאחזים בציפורניהם בקרש הצלה הקטן מכדי להציף את שניהם? אמנם אין מקום להצדיק אחד מהם אם ידחוף את האחר, אך מדוע לא לחוס, לחמול ולסלוח? (גם אם "המעשה לא היה סביר בנסיבות העניין לשם מניעת הפגיעה" – בניגוד לסעיף 34טז). כאן נדרשת התערבות נוספת של המחוקק, ובהיעדרה – פרשנות ליברלית של סעיף 34א בפסיקה, כך שישמש בו בזמן משכן הן לסייג של צורך כצידוק, הן לסייג של צורך כפטור.

¹⁰ אם כי הצידוק שיקבל הצד השלישי אינו צריך להיות מכני-אוטומטי, אלא תלוי בהתקיימות תנאים מסוימים, לרבות היסוד הנפשי של הצד השלישי: נדרשות מודעות לסיטואציה ומטרה מצדיקה.

כדי לנקוט הבחנות משוכללות הכרחיות כאלה, רצוי שאנשי בית המחוקקים והשופטים יקראו עליהן – למשל, בספרו של פרופ' פלטר, שכולנו זכינו לתרגומו לעברית.