

הגנות מצדיקות ואחריות חלוקתית

מאת

ראם שגב*

עברה פלילית ברגיל אוסרת על פגיעה באדם (למשל גרימת מוות, פגיעה או פגיעה ברכוש). הגנה מצדיקה, למשל הגנת פרטית מצדיקה או צורך מצדיק, קובעת לעתים חריג לאיסור כאשר הפגיעה מונעת פגיעה באדם אחר. במאמר זה אני דן בשאלה אם ראוי שהגנה מצדיקה תחול לשם הגנה על אדם אשר נושא באחריות לקיומו של הקונפליקט הרלוונטי (התנגשות האינטרסים). אני טוען כי אחריות כאמור היא שיקול אינטרינזי נגד פעולה לטובת האחראי על חשבון אדם אחר, לא אחראי או אחראי פחות, אם כי שיקול זה אינו בהכרח מכריע, שכן לעתים יש שיקול נוגד בעד פעולה כאמור (למשל מניעת הפגיעה האישית החמורה יותר). לכן תנאי ההצדקה של הגנת אדם אחראי צריכים להיות מחמירים מתנאי ההצדקה של הגנת לא אחראי. לאור ניתוח זה אני בוחן את הכללים הרלוונטיים בדין הישראלי ובקוד הפלילי בארצות הברית לדוגמה.

מבוא. 1. חשיבותה של אחריות; 2. קידום המוסר באמצעות המשפט; 3. ניתוח כללים משפטיים; א. זהות הנושא באחריות; ב. ההתייחסות הבלעדית לאחריות; ג. אי-הצדקת הפעולה; ד. החלופה היחידה של שלילה. סיכום.

מבוא

עברה פלילית ברגיל אוסרת על פגיעה באדם (הקרבן), למשל גרימת מוות, פגיעה או פגיעה ברכוש. הגנה מצדיקה קובעת חריג לאיסור כאשר הפגיעה מוצדקת מפני שהיא מונעת פגיעה באחר (האדם המוגן), שיכול להיות הפועל עצמו או אדם אחר, ואשר נתפסת כרעה מוסרית יותר.¹ הגנה מצדיקה היא לעתים כללית, למשל רע במיעוטו,²

* מרצה, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים.
1 במאמר הזה אני מניח כי הגנה מצדיקה במשפט הפלילי צריכה לשקף את התפיסה המוסרית האמורה, בכפוף לשיקולים פרגמטיים. הנחה זאת שנויה במחלוקת (שאני מקווה לדון בה במקום אחר). אבל נדמה לי כי מחלוקת זאת אינה בעלת חשיבות מהותית לדיון הנוכחי.
2 כלומר הגנה אשר חלה כאשר הפגיעה הנמנעת רעה יותר מוסרית מהפגיעה הנגרמת בלי תנאי נוסף.

צורך מצדיק,³ כורח מצדיק⁴ והתגוננות מוצדקת (הגנה עצמית והגנת אחר),⁵ ולעתים ספציפית, כלומר מוגבלת לסוג עברות מסוים, לדוגמה עברות רכוש כמו הגנה בדרך של פגיעה ברכוש לשם הצלת חיים. במאמר זה אני דן בשאלה אם ראוי שהגנה מצדיקה תחול כאשר אחד מהאנשים המעורבים בקונפליקט אחראי לקיומו – בהנחה שאם לא כן (בלי האחריות) ראוי כי ההגנה תחול. הנה כמה דוגמאות למצבים שבהם קיימת אחריות כאמור (בכל הדוגמאות הללו הפועל מגן על עצמו, כלומר הוא גם האדם המוגן): למרות תחזית שלפיה סופה מתקרבת אדם מטפס על הר ונלכד, והדרך היחידה להציל את חייו היא בפריצה לבקתת הקיט הריקה והנעולה של אחר (מקרה של רע במיעוטו ושל צורך מצדיק);⁶ אדם מסייע לאחר לבצע שוד בהסיעו אותו למקום השוד, אבל כאשר הם מגיעים למקום, השודר מאיים על הנהג שיפגע בו אם לא ישתתף גם בשוד (מקרה של כורח מצדיק); אדם מתגרה באחר, וזה מגיב בהתקפה אלימה והדרך היחידה להצלת חיי המתגרה/מותקף היא המתת התוקף (מקרה של התגוננות). בהנחה שההגנות המצדיקות הרלוונטיות צריכות לחול על מצבים דומים למקרים האמורים לבד מאחריות הפועל/מוגן למצב, האם ראוי שתחולנה גם במצבים שבהם הוא אחראי?

חשוב להבהיר כמה דברים באשר להיקף המאמר. ראשית, המונח "אחריות" הוא רב-משמעי.⁷ אני מתייחס לאחריות מוסרית של אדם לפעולה, כלומר לקשר שבין אדם (פועל) לפעולה, בפרט לפעולה פסולה (מונח שכיח לאחריות שלילית כזאת הוא אשמה). השאלה מה עולה כדי אחריות במובן זה שנויה במחלוקת.⁸ אני נמנע ממחלוקת זאת באמצעות ההנחה שאחריות קיימת בכל המצבים שבהם אני דן ומתמקד במצבים שבהם יש הסכמה רחבה באשר לקיומה (במקרה של ספק או מחלוקת, הקוראת מוזמנת להחליף את הדוגמה).⁹

- 3 כלומר הגנה אשר חלה כאשר הפגיעה הנמנעת היא רעה יותר מוסרית מהפגיעה הנגרמת, והפעולה אינה כניעה לאיום של אדם.
- 4 כלומר הגנה החלה כאשר הפגיעה הנמנעת רעה יותר מוסרית מהפגיעה הנגרמת, והפעולה היא כניעה לאיום של אדם.
- 5 כלומר הגנה אשר חלה כאשר הפגיעה הנמנעת רעה יותר מוסרית מהפגיעה הנגרמת, והפגיעה היא בתוקף היוצר את סכנת הפגיעה הנמנעת.
- 6 זוהי גרסה של דוגמה ידועה המדגישה את אחריות המטפס. לדוגמה המקורית ראו: Joel Feinberg, "Voluntary Euthanasia and the Inalienable Right to Life", 7 *Philosophy & Public Affairs* (1978) 93, p. 102; J. C. Smith, *Justification and Excuse in the Criminal Law* (1989), pp. 50-52.
- 7 ראו: Joseph Raz, "Responsibility and the Negligence Standard", 30 *Oxford Journal of Legal Studies* (2010) 1.
- 8 ראו: T. M. Scanlon, *Moral Dimensions: Permissibility, Meaning, Blame* (2008), ch. 4.
- 9 אם אדם אינו אחראי לעולם, אין לניתוח האמור השלכה מעשית.

שנית, השאלה מוגבלת להגנות מצדיקות אשר מבוססות על שיקולים הנוגעים להצדקת הפעולה,¹⁰ להבדיל מסוגים אחרים של הגנות, ובפרט הגנות פוטורות אשר מבוססות על שיקולים הנוגעים למידת האחריות של הפועל לפעולה פסולה.¹¹ הבחנה זאת עלולה לבלבל, שהרי גם הגנות פוטורות וגם השאלה העומדת על הפרק באשר להגנות מצדיקות נוגעות לאחריות, ולכן חשוב להדגיש את ההבדל. ההנחה שלי היא שהפועל אחראי (לגמרי) לפעולה הפוגעת (בניגוד למצב שבו חלה הגנה פוטורת), והשאלה שלי היא אם הפעולה הזאת מוצדקת כאשר היא מונעת פגיעה אחרת בשל אחריות הפועל או אדם אחר לכך שפגיעה באדם היא הכרחית (ואפשר רק לבחור מי ייפגע). הבחנה זאת חשובה כי ההבדל בין הגנות מצדיקות לפוטורות נוגע גם לשאלה העומדת על הפרק, ולכן הניתוח שלי חל רק על הגנות מצדיקות. הגנת הרע במיעוטו היא בהכרח הגנה מצדיקה. לעומת זאת הגנות הצורך, הכורח וההתגוננות כוללות הן גרסה מצדיקה והן גרסה פוטרת. כאשר הבחנה זאת איננה נעשית במפורש במסגרת הגנות משפטיות כאלה, סביר לפרשן ככוללות את שתי הגרסאות – גרסה מצדיקה וגרסה פוטרת – והניתוח שלי חל רק על הגרסה המצדיקה. גרסה זאת בולטת יותר כשמדובר בהגנות הצורך וההתגוננות כי הגנות אלה נתפסות לרוב כהגנות מצדיקות (בלבד).¹²

10 וכן למידת פסלותה. ראו: Re'em Segev, "Sub-Optimal Justification and Justificatory Defenses", 4 *Criminal Law & Philosophy* (2010) 57.

11 Henry Sidgwick, *The Methods of Ethics* (1907), p. 221; J. L. Austin, "A Plea for Excuses", *Justification and Excuse in the Criminal Law* (Michael Louis Corrado ed., 1994), pp. 3-30, 4-6; H. L. A. Hart, "Prolegomenon to the Principles of Punishment", *Punishment and Responsibility: Essays in the Philosophy of Law* (H.L.A Hart ed., 1968), pp. 1-27, 6-10, 13-14; Albin Eser, "Justification and Excuse", 24 *Am. J. Comp. L.* (1976) 621; Alan Donagan, *The Theory of Morality* (1977), pp. 30, 37, 55, 112, 136-137, 149-150; George P. Fletcher, *Rethinking Criminal Law* (1978), pp. 454-459, 491-492, 575-579, 759, 774, 798, 810-813; Richard B. Brandt, *A Theory of the Good and the Right* (1979), pp. 7, 200-201, 303; Paul H. Robinson, *Criminal Law Defenses* (1984), vol. 1, pp. 83, 86-89, 91, 100-101, vol. 2, pp. 2-7, 222-228; Kent Greenawalt, "The Perplexing Borders of Justification and Excuse", 84 *Colum. L. Rev.* (1984) 1897; Kent Greenawalt, "Distinguishing Justifications from Excuses", 49 *Law & Contem. Probs.* (1986) 89.

12 Glanville Williams, *Criminal Law: The General Part* (1961), pp. 722, 723, 728, 739; P. R. Glazebrook, "The Necessity Plea in English Criminal Law", 30 *Cambridge Law Journal* (1972) 87; Edward B. Arnolds and Norman F. Garland, "The Defense of Necessity in Criminal Law: The Right to Choose the Lesser Evil", 65 *J. Crim. L. & Criminology* (1974) 289, pp. 290-291, 294; Michelle R. Conde, "Necessity Defined: A New Role in the Criminal Defense System", 29 *UCLA L. Rev.* (1981) 409, pp. 411-413, 431, 433-444; Glanville Williams, *Textbook of Criminal Law* (1983), pp. 597, 599, 602, 607, 622, 626; Kent Greenawalt, "Violence – Legal Justification and Moral Appraisal", 32 *Emory L.J.*

דוגמאות של מצבים שבהם ראוי כי הגנות כאלה תחולנה הן למשל השמדת רכוש לא חיוני של אדם לשם הצלת חייו של אחר ופציעת תוקף בלתי מוצדק ואחראי לשם מניעת פגיעה בדרגת חומרה דומה למותקף. ההיבט המצדיק בולט פחות כשמדובר בהגנת הכורח, אשר נתפסת לרוב כפטור,¹³ אך היא מתיישבת גם עם פעולה מוצדקת. לדוגמה, כניעה של פקיד בנק לדרישה למסירת קוד של כספת המלווה באיום (מהימן), שאם לא כן יומת אדם חף מפשע (הפקיד עצמו או אדם אחר), מוצדקת כאשר אין חלופה טובה ממנה.¹⁴

שלישית, קיימים שני הבדלים בין ההגנות המצדיקות האמורות: הראשון הוא אחריות קרבן הפעולה לקונפליקט. לפי החלוקה המקובלת, כאשר הקונפליקט הוא תוצאת תקיפה מצד הקרבן, חלה הגנת התגוננות, ואילו שאר ההגנות (רע במיעוטו, צורך וכורח)

(1983) 437, pp. 462-463; Leo Katz, *Bad Acts and Guilty Minds: Conundrums of the* Stanley M. H. Yeo, ; בעמ' 17; Smith ; *Criminal Law* (1987), p. 61
Compulsion in the Criminal Law (1990), pp. 28, 35-36, 40-41; Joshua Dressler, *Understanding Criminal Law* (1995), pp. 261-265; Michael J. Allen, *Textbook on Criminal Law* (1995), pp. 156-157; John Smith, *Smith & Hogan: Criminal Law* Suzanne Uniacke, :ראו: (1999), pp. 245-246, 251
Permissible Killing: The Self-Defense Justification of Homicide (1994), p. 1
הפוטר של הגנת הצורך ראו: Fletcher (לעיל, הערה 11) בעמ' 829-818; Katz ; (לעיל, הערה 12) בעמ' 70-69. להיבט הפוטר של התגוננות ראו: John Harris, *The Value of Life: An Introduction to Medical Ethics* (1985), pp. 67-68; Cathryn Jo Rosen, "The Excuse of Self-Defense: Correcting a Historical Accident on Behalf of Battered Women Who Kill", 36 *Am. U. L. Rev.* (1986) 11; Shelly Kagan, *Normative Ethics* (1998), pp. 90-91
ראו: J.L.J. Edwards, "Compulsion, Coercion and Criminal Responsibility", 14 *Modern Law Review* (1951) 297, pp. 297-308; Ian H. Dennis, "Duress, Murder and Criminal Williams ; Responsibility", 96 *Law Quarterly Review* (1980) 208, pp. 228-235
Michael S. Moore, "Causation and the Textbook (לעיל, הערה 12) בעמ' 627-626 ; Excuses", 73 *Cal. L. Rev.* (1985) 1091, p. 1102
Smith (לעיל, הערה 6) בעמ' 7, 12; Yeo (לעיל, הערה 12) בעמ' 28, 36-35, 41-40 ; Dressler (לעיל, הערה 12) בעמ' 276-275 ; Allen (לעיל, הערה 12) בעמ' 145-144 ; Smith, *Smith & Hogan* (לעיל, הערה 12) בעמ' 232-231, 239-246.
14
Williams, *The General Part* : ראו: (לעיל, הערה 12) בעמ' 756-755 Greenawalt "The ; (לעיל, הערה 12) בעמ' 443, 464-462 ; Perplexing Borders of Justification and Excuse" (1913-1912) בעמ' 1913-1912 Joseph Raz, *The Morality of Freedom* (1986), p. 152; Harry G. Frankfurt, "Three Concepts of Free Action", *The Importance of What We Care About: Philosophical Essays* (Harry G. Frankfurt ed., 1988), pp. 47-57, 55-56; Joshua Dressler, "Exegesis of the Law of Duress: Justifying the Excuse and Searching for its Proper Limits", 62 *S. Cal. L. Rev.* (1989) 1331, pp. 1349-1356; Michael D. Bayles, "Reconceptualizing Necessity and Duress", *Justification and Excuse in the Criminal Law* (Michael Louis Corrado ed., 1994), pp. 429-463, 441-443

חלות על פגיעה בקרבן אשר אינו אחראי לתקיפה (ובדרך כלל גם לא לכל פעולה פסולה אחרת).¹⁵ לדעתי, ההסבר הסביר ביותר להבחנה זאת הוא החשיבות המוסרית של אחריות הקרבן.¹⁶ עם זאת זהו אינו הסבר מושלם של ההבחנה המקובלת בין ההגנות הללו, שכן היא מחילה את הגנת ההתגוננות גם על פגיעה בתוקף אשר אינו אחראי לתקיפה (למשל, ילד או תוקף לא שפוי).

ההבדל האחר בין ההגנות הוא מקור הסכנה אשר הפעולה מתמודדת עמה. לפי ההגדרה השכיחה, הגנת הכורח מוגבלת לפעולה שהיא כניעה לאיום של אדם (למשל שודד הבנק בדוגמה למעלה), ואילו ההגנות האחרות חלות על פעולות המתמודדות עם סכנה הנובעת ממקור אחר.¹⁷ הבחנה זאת נראית חסרת חשיבות מוסרית בכל הנוגע להצדקתה של פעולת מניעת הסכנה.

יש (לפחות) שלוש תשובות לשאלה מהי החשיבות של אחריותו של אחד האנשים אשר האינטרסים שלהם עומדים על הפרק להצדקה בכלל ולתחולת הגנה מצדיקה בפרט. התשובה הראשונה היא שאחריות כאמור היא חסרת חשיבות, ולכן תוכנן של הגנות מצדיקות איננו צריך להיות מושפע מקיומה. כלומר, ההגנה צריכה לחול באותה מידה להגנת אדם אחראי ולא אחראי (ובלי תלות בשאלה אם גם הקרבן אחראי). שתי התשובות האחרות רואות באחריות בעלת חשיבות, אך בדרכים שונות: התשובה השנייה היא שהגנה מצדיקה איננה צריכה לחול על פעולה להגנת אדם אחראי, והתשובה השלישית היא שאחריות היא גורם בעל חשיבות אבל לא בהכרח בעל חשיבות מכרעת, ולכן הגנה מצדיקה צריכה לחול לפעמים – אבל לא תמיד – על פעולה להגנת אדם אחראי, כלומר תוכנה של הגנה מצדיקה צריך להיות שונה מפעולה אשר מגנה על אחראי לפעולה אשר מגנה על לא אחראי.

טענתי היא גרסה של העמדה האחרונה. באופן ספציפי יותר אני טוען את שלוש הטענות האלה: ראשית, אחריות היא שיקול אינטרינזי נגד פעולה לטובת האינטרס של אדם אחראי על חשבון אדם אחר, לא אחראי או אחראי פחות; שנית, שיקול זה אינו בהכרח מכריע, שכן לעתים קיים שיקול נוגד בעד פעולה כאמור. השיקול הפשוט ביותר תומך במניעת הפגיעה האישית החמורה יותר. כאשר שיקול זה תומך במניעת פגיעה באדם אחראי, הוא מתנגש עם שיקול האחריות. לבסוף, המסקנה הכוללת באשר להצדקה (ובפרט באשר להגנות מצדיקות) צריכה לשקף את כל השיקולים, ובפרט את שני

15 שאלה בלי תשובה ברורה בפרדיגמה ובדין הנהוג באשר להגנות מצדיקות היא מעמדו של קרבן אחראי לקונפליקט אבל לא עקב תקיפה. מה שנראה ברור הוא שההגנות מתמקדות רק באחריות לקונפליקט העומד על הפרק.

16 לצד אחריות האדם המוגן, אשר אינה מבחינה בין ההגנות הללו.

17 אם הגנות אלה חלות (בשיטת משפט נתונה) באופן כללי יותר על כל פעולה למניעת סכנה, ללא תלות במקורה, יש חפיפה ביניהן.

השיקולים האחרונים. לכן תנאי הצדקה של הגנת אדם אחראי הם שונים ומחמירים מתנאי הצדקה של הגנת אדם לא אחראי, ומידת ההחמרה תלויה במידת האחריות. לפי עמדה זאת, לעתים לא תהיה הצדקה להגנת אדם אחראי.

המאמר כולל את החלקים האלה: ראשית אני מציג בקצרה את התפיסה המוסרית שנראית לי המשכנעת ביותר בעניין חשיבותה של אחריות מבחינת הצדקה של פעולות – תפיסה של צדק חלוקתי באשר להכרעה בקונפליקטים בין־אישיים – ואת היחס שבינה ובין שיקולים נוגדים. לאחר מכן אני מזכיר בקצרה שהמשפט צריך להיות מבוסס על המסקנה המוסרית האמורה אבל גם על שיקולים מוסריים פרגמטיים נוספים, למשל שיקול בעד בהירות הכלל המשפטי גם במחיר של אי־דיוק בשיקוף המסקנה המוסרית היסודית. לבסוף אני משווה את מסקנותיי לכללים המעוגנים בדין הישראלי ובקוד הפלילי בארצות הברית לדוגמה (אשר קובע כללים ברורים יחסית בהקשר זה, ויש לו חשיבות מעשית לאור ההשפעה הגדולה שלו על הדין הנוהג בארצות הברית) בנוגע להגנות מצדיקות (ולכמה עמדות באשר לכללים אלו).¹⁸ מסקנת ההשוואה היא שהניתוח המוצע מתיישב עם חלק מהכללים הללו, אך מחייב שינוי של חלק אחר.

יש להעיר שתי הערות בנוגע למסקנה האחרונה: ראשית, אף כי הניתוח שאני מציע מבוסס על תפיסה ייחודית של חשיבותה של אחריות, רוב המסקנות המעשיות שלי (כולל הביקורת על כללים משפטיים נוהגים) תקפות גם לאור תפיסות אחרות. שנית, הכללים המשפטיים הרלוונטיים הנוהגים הם לעתים לא ברורים, בין היתר כי חלק מהם משקף כאמור לא רק היבט של הצדקה אלא גם היבט של פטור, ואילו הניתוח שלי מוגבל להיבט הראשון. לכן אימוץ המסקנות שלי מחייב הפרדה בין שני ההיבטים הללו.

18 איני דן במשפט הנוהג של מדינות אחרות, בין היתר כי הוא איננו ברור בכל הנוגע לשאלה הרלוונטית. ראו למשל בבריטניה: Ian Howard Dennis, "On Necessity as a Defence to Crime: Possibilities, Problems and the Limits of Justification and Excuse", 3 *Criminal Law & Philosophy* (2009) 29, p. 39: "the defences of duress by threats and duress of circumstances require that the defendant should not have voluntarily exposed himself to the relevant risk of threats or danger. Such 'prior fault', as it is sometimes called, will bar a duress defence. This is why, for example, gang members who commit crimes of violence cannot plead duress from their leaders. However, the doctrine of prior fault is not applicable to private defence or to public defence, and would not be relevant to cases of medical necessity. Whether it would apply to a broad 'lesser evils' defence is unclear. Orthodox theory would say that if lesser evils necessity is a justificatory defence the answer is No, and that it is only excusatory defences which may coherently incorporate this condition"

1. חשיבותה של אחריות

לדעתי, התפיסה המשכנעת ביותר של חשיבותה של אחריות להצדקת פעולות מבוססת על העיקרון החלוקתי הזה: הכרעה בקונפליקט בין-אישי, שבו יש התנגשות בין האינטרסים של כמה אנשים, צריכה לשקף (בין היתר) שיקול אינטרינזי בעד העדפת האדם אשר אינו אחראי לקונפליקט על פני האדם האחראי לקונפליקט. שיקול זה תומך גם בהעדפת אדם שאחראי לקונפליקט במידה פחותה על פני אדם שאחראי במידה רבה יותר (השיקול לא חל כאשר מידת האחריות זהה).¹⁹ עיקרון זה הוא חלק מתפיסה כללית יותר של צדק חלוקתי אשר ייחודה הוא בתחולתה הבלעדית בקונפליקטים בין-אישיים, והיא כוללת גם שיקולים אחרים, בפרט שוויון וקדימות להטבה האישית הגדולה יותר (כולל מניעת הפגיעה החמורה יותר).²⁰

שיקול האחריות החלוקתי האמור הוא אינטרינזי. לרוב, אם כי לא בהכרח ולכן לא תמיד, יש גם שיקול אינסטרומנטלי בעד התחשבות באחריות בדרך זאת, בעיקר הרתעת

19 Phillip Montague, "Self-Defense and Choosing between : ראו: *Self-Defense and Choosing between Lives*", 40 *Philosophical Studies* (1981) 207; Phillip Montague, "Punishment and Societal Defense", 2 *Criminal Justice Ethics* (1983) 30; Phillip Montague, "The Morality of Self-Defense: A Reply to Wasserman", 18 *Philosophy & Public Affairs* (1989) 81; Phillip Montague, *Punishment as Societal-Defense* (1995), chs. 2 and 5; George Draper, "Fairness and Self-Defense", 19 *Social Theory & Practice* (1993) 72; Jeff McMahan, "Self-Defense and the Problem of the Innocent Attacker", 104 *Ethics* (1994) 252, pp. 259-263; Jules Coleman & Arthur Ripstein, "Mischievous and Misfortune", 41 *McGill Law Journal* (1995) 91, p. 94; Re'em Segev, "Well-Being and Fairness in the Distribution of Scarce Health Resources", 30 *Journal of Medicine & Philosophy* (2005) 231, pp. 252-255; Re'em Segev, "Fairness, Responsibility and Self-Defense", 45 *Santa Clara L. Rev.* (2005) 383, pp. 392-404; Re'em Segev, "The Distributive Justice Theory of Self-Defense: A Response to Whitley Kaufman", 22 *Ethics & International Affairs* (2008); Re'em Segev, "Hierarchical Consequentialism", *Utilitas* 22 (2010) 309, p. 313; Victor Tadros, *The Ends of Harm – The Moral Foundations of Criminal Law* (2011), pp. 52-58, 180-181 (in the context of the defenses of necessity and defensive force)

20 Re'em Segev, "Well-Being and Fairness", : ראו: *Well-Being and Fairness*, 131 *Philosophical Studies* (2006) 369, pp. 372-378; Re'em Segev, "Second-Order Equality and Levelling Down", 87 *Australasian Journal of Philosophy* (2009) 443; Re'em Segev, "Hierarchical Consequentialism" (לעיל, הערה 19). איני דן בשיקולים לא-חלוקתיים, בפרט שיקולים דאונטולוגיים נגד פגיעה אקטיבית או מכוונת. אולם נראה לי כי הניתוח נכון ביסודו גם אם הם תקפים, אם כי אפשרות זאת מחייבת התאמה של חלק מהדוגמאות הספציפיות.

פעולות פסולות.²¹ השיקולים הללו (האינטרינזי והאינסטרומנטלי) מתיישבים זה עם זה, אבל כאן אני מתמקד בשיקול האינטרינזי בלבד. שיקול האחריות החלוקתי מתייחס לאחריות מוסרית, להבדיל בין היתר מקשר סיבתי בין אדם לקיומו של קונפליקט, כמו במקרה של תוקף לא אחראי (innocent aggressor), אדם אשר גופו מהווה סכנה ללא אחריות כאמור (innocent threat), אדם לא אחראי הממוקם באופן שפגיעה בו היא הדרך היחידה למניעת סכנה (innocent shield of threat)²² ואדם שביצע פעולה שגרמה לקונפליקט עקב כפייה חמורה מספיק לשלילת אחריותו. לפי עמדה מקובלת אחת, אחריות מוסרית קיימת בכל מקרה של קשר סיבתי כזה.²³ אולם ההנחה שלי כאן היא שעצם קיומו של קשר סיבתי כאמור הוא חסר חשיבות מוסרית בכל הנוגע להכרעה בקונפליקט. מנגד, שיקול האחריות החלוקתי חל גם על אדם הנושא באחריות ליצירת קונפליקט, גם אם הוא אינו מקור הסכנה הישיר או המידי או אינו נמצא בקרבת הסכנה, למשל אדם שכפה על אחר לתקוף אדם שלישי. לעתים קרובות לא תהיה אפשרות להטיל את נטל הקונפליקט על אדם כזה בשלב הראשון, אבל גם אז עשויה להיות אפשרות להטיל את הנטל עליו בעקיפין, בפרט באמצעות חובת פיצוי של הנפגע הישיר. השאלה על אילו פעולות צריך שיקול האחריות החלוקתי לחול היא מורכבת. ברור שהוא צריך לחול על פעולות פסולות (אשר אסור לבצע). אולם נראה כי הוא צריך לחול גם על פעולות לא פסולות מסוימות,²⁴ בעיקר פעולות אשר מטרתן (הבלעדית או

- 21 ראו באופן כללי: Judith Jarvis Thomson, *The Realm of Rights* (1990), pp. 183-184 ובפרט לגבי הגנות משפטיות מצדיקות: Miriam Gur-Arye, *Actio Libera in Causa in Criminal Law* (1984), pp. 70-100; Larry Alexander, "Lesser Evil: A Closer Look at Criminal Law; the Paradigmatic Justification", 24 *Law & Philosophy* (2005) 611, pp. 621-623 קרמניצר, "כניסה מרצון למצב של התגוננות", *משפטים* כט (1998), 445, בעמ' 477-455.
- 22 Robert Nozick, *Anarchy, State, and Utopia* (1974), pp. 34-35.
- 23 George P. Fletcher, "Proportionality and the Psychotic Aggressor: A Vignette of Fletcher; Comparative Criminal Theory", 8 *Israel Law Review* (1973) 367 (לעיל, הערה 11) בעמ' 864-857, 874-869; Nozick (לעיל הערה 11) בעמ' 35-34; Judith Jarvis Thomson, "Self-Defense and Rights", *Rights, Restitution, and Risk – Essays in Moral Theory* (William Parent ed., 1986), pp. 33-48; Judith Jarvis Thomson, "Self-Defense", 20 *Philosophy & Public Affairs* (1991) 283, pp. 298-310; Frances Myrna Kamm, "The Insanity Defense, Innocent Threats, and Limited Alternatives", 6 *Criminal Justice Ethics* (1987) 61 (לעיל, הערה 12) בעמ' 227-156. לסקירה ביקורתית של כללים משפטיים אשר שוללים הגנות בשל קשר סיבתי כאמור ראו: Paul H. Robinson, "Causing the Conditions of One's Own Defense: A Case Study of the Limits of Theory in Criminal Law Doctrine", 71 *Va. L. Rev.* (1985) 1, pp. 3-8
- 24 Robert M. Veatch, *Transplantation Ethics* (2000), p. 315; Michael Otsuka, השוואה: "Killing the Innocent in Self-Defense", 23 *Philosophy & Public Affairs* (1994) 74, pp. 91-92 (the deontological constraint against killing innocents applies to innocent

העיקרית) היא קידום רווחת הפועל עצמו. למשל, אם אדם מבצע פעילות פנאי הכרוכה בסיכון מיוחד, כגון טיפוס הרים, עליו לשאת בעלות הסיכון, אם הוא מתממש, גם אם אין פסול בפעולה. לעומת זאת שיקול האחריות החלוקתי איננו צריך לחול על פעולות אשר מטרתן (הבלעדית או העיקרית) היא הגנה על רווחתו של אדם אחר, למשל פעולה של שומרונני טוב או של אדם הממלא תפקיד ציבורי כגון כבאי או שוטר.²⁵

האחריות החשובה, בנוגע להכרעה בקונפליקט, לפי השיקול החלוקתי של אחריות, היא של אדם אשר רווחתו (האינטרס האישי שלו) עשויה להיות מושפעת מהפעולה אשר ההצדקה שלה עומדת על הפרק, כלומר האדם המוגן וקרבת הפעולה. אחריות האדם המוגן היא שיקול בעד העדפת הקרבת (על פני האדם המוגן) ולהפך. לעומת זאת אחריות הפועל אינה בעלת חשיבות מבחינה זאת, כלומר בכל הנוגע לשאלת הדרך הראויה לשקלול האינטרסים של אנשים אחרים (בכל הנוגע למערכת היחסים ביניהם במובן הרחב הזה). הפועל עשוי להיות גם האדם המוגן ואז אחריותו חשובה בשל כך.²⁶ לכן המסקנה שאחריות הפועל אינה חשובה היא בעלת חשיבות מעשית כאשר הפועל אינו (גם) האדם המוגן, כלומר כאשר הפעולה מגנה לא על האינטרס האישי שלו אלא על זה של אדם אחר. במצב כזה אין כל חשיבות לאחריותו: אם האדם המוגן אחראי, אחריותו היא שיקול בעד העדפת הקרבת בלי תלות בשאלה אם (גם) הפועל אחראי, אך אם האדם המוגן לא אחראי, שיקול האחריות לא חל נגד הפעולה גם אם הפועל אחראי. בשל אותו טעם, אחריות המאיים, במצבי כורח, היא חסרת חשיבות מהבחינה הרלוונטית כי האינטרסים של המאיים (כמאיים) אינם מושפעים מהפעולה אשר הצדקה נשקלת.

כמובן, אחריות הפועל (כמו גם זאת של המאיים) לקונפליקט עשויה להיות חשובה מבחינות אחרות, בכל הנוגע להצדקה של פעולות אחרות. למשל, אחריות הפועל לפעולה פסולה עשויה להיות לעתים שיקול בעד ענישתו או חיובו לפצות את הקרבת. אבל חשוב להבחין בין ההצדקה (והאחריות) ליצירת הקונפליקט להצדקה (והאחריות) להכרעה בקונפליקט. אדם עשוי להכריע בקונפליקט הכרעה מוצדקת גם אם הוא יצר אותו באופן פסול. אין למנוע הכרעה צודקת בקונפליקט בשל אחריות הפועל ליצירתו באופן פסול.

ייתכן כי אי-הבחנה בין מעמדו של אדם כפועל לזה של אדם אשר רווחתו עומדת על הפרק וכן בין יצירת קונפליקט להכרעה בקונפליקט, היא הגורם לעמדה הנוגדת שלפיה אחריות הפועל ליצירת קונפליקט משפיעה על ההצדקה להחלת הגנה מצדיקה ועל

aggressors and innocent threats but not to morally responsible agents who acts
(without blame)

25 השוו: Veatch (לעיל, הערה 24) בעמ' 316; Coleman & Ripstein (לעיל, הערה 19) בעמ' 111.

26 הפועל עשוי להיות גם הקרבת, אבל האפשרות הזאת היא מן הסתם שכיחה פחות בשל הנטייה של אנשים לא לפגוע בעצמם.

ההכרעה שלו בקונפליקט גם כאשר האינטרסים העומדים על הפרק הם של אחרים. למשל, אדם גורם בנהיגה מסוכנת למצב שבו החלופות היחידות שלו הן פגיעה קלה של אדם אחד או מוות של אחר והוא בוחר בחלופה הראשונה.²⁷ פעולה זאת היא, כך נראה, מוצדקת²⁸ למרות אחריות הפועל לפעולה הפסולה שיצרה את הקונפליקט. העמדה שלפיה ראוי לשלול מהנהג הגנה מצדיקה עשויה להיראות סבירה בשל אחריותו ליצירת הקונפליקט, אך יש להבחין בין ההצדקה (או הפסול) של יצירת הקונפליקט להצדקה (או הפסול) של ההכרעה בו.

בלבול דומה עולה מהטענה שלפיה אחריות ליצירת קונפליקט איננה צריכה להשפיע כלל על תוכנה של הגנה מצדיקה (גם כאשר היא של אדם אשר האינטרסים שלו עומדים על הפרק), כדי להימנע מהמסקנה הלא סבירה שלפיה ראוי להחיל כללים שונים על פועלים המבצעים פעולה זהה אם רק אחד מהם אחראי ליצירת הקונפליקט.²⁹ מסקנה זאת היא אכן בלתי סבירה, אבל היא אינה נגזרת מהתפיסה המוצעת שלפיה האחריות החשובה היא של אדם אשר האינטרסים שלו עומדים על הפרק ולא של הפועל. לפי תפיסה זאת, כללים שונים חלים לא על פועלים שונים (כאשר רק אחד מהם אחראי) אלא על פעולות שונות, ללא תלות בזהות הפועל. סוג כללים אחד צריך לחול על פעולה המגנה על האדם האחראי לקונפליקט, בין שהוא מגן על עצמו ובין שהדבר נעשה על ידי אחר, ואילו סוג כללים אחר צריך לחול על פעולה המגנה על אדם שאינו אחראי לקונפליקט, שוב בין שהוא מגן על עצמו ובין שהדבר נעשה על ידי אחר. בכל המצבים הללו אותם כללים חלים על פעולות זהות של פועלים שונים, אבל כללים אלה צריכים להיות רגישים לזהות ובפרט לאחריות של האדם המוגן על ידי הפעולה, כמו גם של קרבן הפעולה.

ביקורת דומה חלה על ההצעה של הגנות מצדיקות שאינן רגישות לאחריות כלל, בצד איסור עצמאי על יצירת סיכון של קונפליקט. עמדה זאת מבוססת בעיקר על הטענה כי קיים "אינטרס חברתי" בעידוד פעולות מוצדקות ללא תלות בגורם לכך, שכן ה"חברה" מפיקה תועלת מביצוע פעולה מוצדקת. כהמחשה לטענה זאת מובאת הדוגמה של אדם אשר מצית אש היוצרת סיכון לעיר כאמצעי ליצירת תנאים המצדיקים את הסטת האש לחווה של שכנו, אשר אותה מעוניין הפועל להעלות באש. לפי הטענה, פעולה זאת מוצדקת ללא תלות באחריות הפועל.³⁰ עמדה זאת שגויה אם כפי שטענתי בסעיף

27 השוו: Katz (לעיל הערה 12) בעמ' 42.

28 הפעולה מוצדקת אם השיקול של מניעת הפגיעה החמורה יותר לא נדחה על ידי שיקול דאונטולוגי נגדי (כי אין תוקף לשיקול כזה באופן כללי, או כי הוא אינו חל כאן, למשל כי הוא שולל רק פגיעה מכוונת, או כי הוא חל אך נדחה מפני השיקול התוצאתי).

29 לטענה זאת ראו: Robinson (לעיל, הערה 23) בעמ' 28.

30 ראו: Robinson (לעיל, הערה 23) בעמ' 27-29. אני מניח כי משמעות מונחים כגון "אינטרס חברתי" או "תועלת החברה" בהצעה האמורה היא פשוט הצדקה מוסרית – אם כי מונחים

הראשון, ההצדקה לפגיעה באדם למען אחר מושפעת (בין היתר) מאחריות האנשים הללו לקיום הקונפליקט. נקודה זאת אינה חשובה כאשר האנשים האמורים אינם אחראים (גם אם הפועל אחראי, שכן כאמור אחריות הפועל היא חסרת חשיבות), כמו בדוגמה האמורה (בהנחה שהשכן ותושבי העיר אינם אחראים). אולם כאשר אחד מהאנשים המעורבים בקונפליקט אחראי לקיומו, אחריות זאת צריכה להשפיע על תנאי ההצדקה ולעתים לשלול את ההצדקה להגנה על אדם אחראי במחיר של פגיעה בלא אחראי. זה המצב כאשר הסכנה מאיימת (במקום על העיר) על חוות הפועל האחראי, שהיא בעלת ערך רב משל זה של חוות שכנו (ואין אפשרות של פיצוי מאוחר). במצב כזה הסטת האש אינה מוצדקת, בשל אחריות בעל החווה היקרה יותר, אף כי היא מוצדקת בגרסה שבה בעל החווה היקרה יותר אינו אחראי.

עצמת שיקול האחריות החלוקתית תלויה (נוסף על מידת הקשר בין האדם לפעולה לאור קריטריון האחריות היסודי) בין היתר, במידת הפסול של הפעולה או (במקרה של פעולה לא פסולה) בגובה הסיכון הכרוך בה. אדם עשוי ליצור קונפליקט בפעולה פסולה מאוד או בפעולה אשר דרגת פסולתה קלה. למשל, אדם עשוי להתגרות באחר באופן המוליך לתקיפת האחר בעלבון קל או ברצח של בני משפחת התוקף. בדומה, אדם עשוי ליצור קונפליקט בהיותו מודע לאפשרות היווצרות הקונפליקט או בהיותו מודע לכך בדרגות הסתברות שונות, או כוונה ליצור את הקונפליקט או בלי כוונה כזאת. למשל, אדם עשוי להתגרות באחר מבלי לצפות את האפשרות שהאחר יגיב בתקיפה פיזית או בצפנתו אפשרות זאת אך בלי לרצות בכך, או מתוך רצון בכך. נראה כי משתנים אלה משפיעים על עצמת שיקול האחריות (באמצעות השפעה על מידת הפסול של הפעולה או על עצמת הקשר בין האדם לפעולה). שיקול האחריות החלוקתית עשוי להיות אפוא חזק או חלש. כאשר האנשים בשני צדי הקונפליקט אחראים לקיומו, ושיקול האחריות תומך בהעדפת האחראי פחות, שיקול זה הוא חזק כאשר הפער במידת האחריות הוא גדול, וחלש – כאשר הפער קטן.

מידת האחריות (היחסית) היא שיקול חשוב, במיוחד במקרה השכיח של התגוננות שבו שני הצדדים לקונפליקט נושאים באחריות לקיומו. למשל, כאשר אחד מהם התגרה באחר והלה מגיב בתקיפה. במצב כזה משמעות שיקול האחריות נקבעת לאור התשובה לשאלה איזה צד לקונפליקט נושא באחריות רבה יותר. לרוב נראה כי האדם שמגיב להתגרות בתקיפה הוא האחראי יותר, למשל כאשר בתגובה לעלבון מילולי או לגנבת רכוש³¹ אדם מגיב בתקיפה שמטרתה להמית בנשק קטלני.³² לעומת זאת כאשר

אלה מטעים כאשר כמו בדרך כלל וכמו בהקשר זה, מדובר על הצדקה לפגיעה באדם אחד לשם מניעת פגיעה באחר.

31 דוגמה זאת מבוססת על ע"פ 298/88 טייטו נ' מדינת ישראל, פ"ד מד(1) 151, בעמ' 159-151.

ההתגרות היא חמורה מאוד, למשל הריגת ילדו של התוקף (בלי הצדקה), המתגרה עשוי להיות האחראי יותר.³³

שיקול האחריות החלוקתי אינו השיקול היחיד הרלוונטי להגנות מצדיקות. שיקולים חלוקתיים רלוונטיים אחרים הם שוויון וקדימות להטבה האישית הגדולה יותר (מניעת הפגיעה האישית החמורה יותר). שיקולים אלה עשויים להתנגש עם שיקול האחריות. בהמשך אתמקד ביחס שבין שיקול האחריות לשיקול הקדימות למניעת הפגיעה האישית החמורה יותר (שמבין השיקולים הרלוונטיים הוא השנוי פחות במחלוקת). שיקול זה מתנגש עם שיקול האחריות כאשר הבררה היא פגיעה חמורה יותר באדם האחראי (או אחראי יותר) לקיומו של הקונפליקט לעומת פגיעה קלה יותר באדם שאינו אחראי (או אחראי פחות). ההכרעה בהתנגשות זאת צריכה להיעשות לפי מידת חשיבותם היחסית של השיקולים האמורים. לעומת עצמת שיקול האחריות, התלויה במידת האחריות, עצמת שיקול מניעת הפגיעה החמורה יותר תלויה בגודל הפער בעצמת הפגיעה מאדם לאדם. למשל, השיקול בעד מניעת מוות של אחד לעומת פגיעה קלה של אחר חזק הרבה יותר מהשיקול בעד מניעת פגיעה של אחד לעומת פגיעה קלה קצת יותר של אחר. כאשר השיקול בעד מניעת הפגיעה האישית החמורה יותר חזק מאוד, למשל כאשר הבחירה היא בין מוות לפגיעה קלה, נראה כי הוא צריך לגבור על שיקול האחריות.

מסקנה זאת ברורה כאשר שיקול האחריות חלש. למשל, כאשר החלופות הן מוות של אדם אחראי במידה קלה או פגיעה קלה של אדם לא אחראי (או אחראי עוד פחות), ראוי להגן על הראשון. דוגמה אחת היא של תאונה שבה הנהג והנוסע נפצעים וזקוקים לעזרה ואפשר לסייע רק לאחד מהם. בלי עזרה הנהג ימות ואילו הנוסע יסבול מזקק קל. מי שאחראי לתאונה הוא הנהג עקב נהיגה לא זהירה, אך מידת אחריותו מועטה, או לחלופין גם הנהג וגם הנוסע אחראים, אך הנהג אחראי קצת יותר. דוגמה אחרת היא של המטפס הנקלע, עקב פזיזותו, לסופה על הר כאשר הדרך היחידה להציל את חייו היא פריצה לבקתת הקיט הריקה והנעולה של אחר בלי רשותו של האחרון. בסוג זה של מצבים נראה כי השיקול בעד מניעת הפגיעה החמורה יותר גובר על שיקול האחריות, ולכן ראוי להעדיף את הנהג והמטפס למרות אחריותם (הרבה יותר).³⁴

32 השוו: Robinson (לעיל, הערה 23) בעמ' 5.

33 הדוגמה היא של David Wasserman, "Justifying Self-Defense", 16 *Philosophy & Public Affairs* (1987) 356, p. 367.

34 השוו: Richard A. Epstein, "Decentralized Responses to Good Fortune and Bad Luck", 309, pp. 328-329 *Theoretical Inquiries in Law* (2008) 9. זאת בניגוד לעמדה שלפיה היה ראוי לשלול את תחולת הגנת הצורך בעניין ע"פ 202/70 שביט נ' מדינת ישראל, פ"ד כה (2) 325 (להלן – עניין שביט), אם בעלי הקרקע היו מגנים על האינטרס שלהם ולא על זה של אחר. לעמדה זאת ראו: דפנה נתניהו, "כניסה למצב בהתנהגות פסולה – בשולי הצעת חוק העונשין (חלק מקדמי וחלק כללי)", התשנ"ב-1992, פלילים ג (תשנ"ג) 233.

מסקנה זאת נראית סבירה אף כאשר מידת האחריות היא רבה (או כאשר הפער במידת האחריות גדול) ולפיכך גם שיקול האחריות חזק. לדוגמה מצב בו שאדם אחד מעליב אחר והלה מגיב בתקיפה פיזית של המעליב כדי להמיתו. הניחו כי שני האנשים אחראים לקונפליקט – הראשון עקב העלבון הלא ראוי והאחר עקב התגובה המוגזמת – אבל אחריות הראשון היא שולית ואילו זאת של האחרון רבה מאוד, ולכן שיקול האחריות תומך בעצמה בהעדפת הראשון. כעת הניחו כי החלופות היחידות העומדות בפני אדם שלישי הן המתת התוקף או גרימת פציעה קלה למותקף. נראה כי האפשרות האחרונה עדיפה בשל משקלו הרב של השיקול בעד מניעת הפגיעה החמורה יותר, הנובע מהפער הגדול בחשיבות האינטרסים למרות השיקול הנוגד של אחריות, אף כי גם שיקול זה הוא חזק. לדעתי, מסקנה זאת היא הבסיס המשכנע ביותר לעיקרון של פרופורציה באשר להתגוננות, אשר שולל למשל הריגת גנב אחראי גם כאשר אין אמצעי ראוי יותר למניעת גנבת רכושו של אדם לא אחראי.³⁵

שיקול האחריות החלוקתי שונה משיקול של גמול בעד פגיעה באדם אשר נושא באחריות לפעולה פסולה מכמה בחינות. ראשית, השיקול החלוקתי חל רק בקונפליקט בין-אישי שבו לפחות אדם אחד ייפגע בהכרח, ואילו שיקול של גמול תומך גם בפגיעה לא-הכרחית.³⁶ לדעתי, זהו יתרון של השיקול החלוקתי בשל הספק בנוגע לתוקפו של השיקול הגמולי. שנית, תפיסה גמולית חלה רק על פעולות פסולות, ואילו התפיסה החלוקתית של אחריות חלה כאמור גם על פעולות לא פסולות מסוימות. שלישית, התפישה הסטנדרטית של גמול כוללת עיקרון טבוע של פרופורציה, וכך אדם האחראי לפעולה פסולה צריך לסבול על פי מידת הפסול של פעולתו ועל פי מידת אחריותו לפעולה. לעומת זאת התפיסה החלוקתית של אחריות איננה כוללת עיקרון טבוע של פרופורציה, כלומר היא תמיד תומכת בהעדפת לא אחראי על בלי תלות במידת הפסול והאחריות. אולם כאמור כאשר שיקול האחריות החלוקתי הוא חלק מתאוריה כללית יותר, הכוללת גם שיקול של קדימות למניעת הפגיעה האישית החמורה יותר, המסקנה הכוללת משקפת דרישת פרופורציה.

נגד העמדה שלפיה אחריות היא בעלת חשיבות בנוגע להגנות מצדיקות הועלו כמה התנגדויות. לפי טענה אחת, התנהגות של אדם איננה צריכה להשפיע על המידה שבה ראוי להגן עליו, לפחות באמצעות המשפט הפלילי, שכן מטרת הדין הפלילי היא להגן

35 להרחבה ראו: Segev, "Fairness, Responsibility and Self-Defense" (לעיל, הערה 19) בעמ' 410-404. הכרעה בקונפליקט צריכה לכלול גם היבט של פיצוי של האחראי את הלא אחראי כאשר הוא אפשרי, אם כי ממד זה אינו נתפס לרוב כחלק של הגנות מצדיקות פליליות.

36 להבדל זה ראו: Kagan (לעיל, הערה 12) בעמ' 57-55; Montague, "Self-Defense and Choosing between Lives" (לעיל, הערה 19) בעמ' 216; Montague, "Societal Defense" (לעיל, הערה 19) בעמ' 35-34.

על ערכים ולא על אנשים.³⁷ טענה זאת נראית לי לא משכנעת. הדין, כולל הדין הפלילי, צריך לקדם ערכים מוסריים. אחד מערכים אלו הוא רווחה של אנשים, אבל כאשר יש התנגשות בין רווחתם של אנשים שונים, עליו לשקף גם ערכים חלוקתיים, כולל השיקול המוצע של אחריות.

לפי התנגדות אחרת, אחריות איננה צריכה להישקל במסגרת הגנות מצדיקות כדי לא למנוע פעולות רצויות.³⁸ טענה זאת אינה נכונה אם ההצדקה של פעולות תלויה בין היתר באחריותם של האנשים אשר האינטרסים שלהם עומדים על הפרק, כולל האדם המוגן, כפי שקובע, בצדק לדעתי, שיקול האחריות.

ביקורת נוספת היא שאחריות רבה יותר אינה תנאי הכרחי או מספיק להעדפת האחראי פחות. טענה זאת הודגמה באמצעות המקרה של אדם המתגרה באחר בדרך של עלבון והטרדה בלתי נפסקים בכוונה לגרום לו לתקוף ובכך לספק לעצמו עילה משפטית להמתת התוקף. לפי טענה זאת, אף כי המתגרה אשם יותר, אין נובע מזה שיש להעדיף את התוקף אם החלופות הן מוות לראשון או לאחרון.³⁹ זו אינה ביקורת משכנעת על התפיסה החלוקתית המוצעת. ראשית, העמדה הכללית שלפיה אין להעדיף תמיד את האדם האחראי פחות מתיישבת עם העמדה המוצעת אשר אינה מניחה כי שיקול האחריות מכריע בהכרח (ולכן תמיד), אלא מכירה באפשרות של שיקול מכריע נוגד, כגון מתן קדימות למניעת הפגיעה האישית החמורה יותר. שנית, ההנחה בעניינה של הדוגמה האמורה, שלפיה אחריות המתגרה לקונפליקט (לתקיפה) רבה מזאת של התוקף, מוטלת בספק. למעשה, כאמור, נראה כי ההפך הוא הנכון, כלומר האחראי יותר לקונפליקט הוא האדם שמגיב להתגרות מילולית, אף התגרות חמורה, בתקיפה קטלנית ולא המתגרה. המתגרה עשוי להיות אחראי יותר למשל כאשר התוקף הוא ילד קטן (ואילו התוקף הוא אדם בוגר), אבל במקרה כזה נראה כי אכן ראוי להעדיף את הילד.

לסיכום, אחריות היא נתון בעל חשיבות להכרעה בקונפליקטים בין-אישיים, בין היתר מבחינת הגנות מצדיקות. פעולה המכריעה בקונפליקט בין-אישי לטובת אדם האחראי להיווצרות הקונפליקט במחיר של פגיעה בלא אחראי (או אחראי פחות), מוצדקת רק אם היא עומדת בתנאים נוקשים יותר בהשוואה לפעולה דומה שמגנה על אדם לא אחראי (או אחראי פחות). כאשר קרבן הפעולה אינו אחראי, רק אחריות האדם המוגן צריכה להיבחן, בצד החשיבות (היחסית) של האינטרסים העומדים על הפרק.

37 ראו: דוד רונן, "שלילת הגנות בשל התנהגות פסולה", הפרקליט מו (תשס"ג-תשס"ד) 342, בעמ' 350-344, 356-364.

38 ראו: Miriam Gur-Arye, "Should the Criminal Law Distinguish Between Necessity As a Justification and Necessity As an Excuse?", 102 *Law Quarterly Review* (1986), p. 77; Miriam Gur-Arye, "Should a Criminal Code Distinguish Between Justification and Excuse?", 5 *Canadian Journal of Law & Jurisprudence* (1992) 215, pp. 222-223.

39 ראו: Wasserman (לעיל, הערה 33) בעמ' 366-368.

כאשר קרבן הפעולה אחראי, יש לבחון את מידת האחריות של כל אדם לצד החשיבות (היחסית) של האינטרסים העומדים על הפרק.

2. קידום המוסר באמצעות המשפט

הניתוח בסעיף הראשון דן בחשיבותה היסודית של אחריות להגנות מצדיקות ובפרט בשיקול של אחריות חלוקתית וביחס שבינו ובין שיקולים מוסריים יסודיים אחרים. לפני שאפנה לבחינת המידה שבה הניתוח המוסרי האמור בא לידי ביטוי במשפט הנוהג, חשוב להזכיר בקצרה נקודה אחת באשר ליחס שבין מוסר למשפט. המשפט, כאמצעי לקידום מסקנות מוסריות, צריך להיות מבוסס על שיקולים מוסריים יסודיים כגון שיקול האחריות החלוקתית האמור, אבל גם על שיקולים נוספים, בפרט שיקולים פרגמטיים הנוגעים למגבלות של אנשים מבחינת מוטיבציה (בפרט הסכנה של פעולה מטעם לא מוסרי) וידיעה (הסכנה של טעות) ושיקולים בדבר עלות המשפט.⁴⁰ ספק אם שיקולים כאלה יכולים להוליך למסקנה שאין לתת כל ביטוי לחשיבותה היסודית של אחריות במסגרת הגנות מצדיקות, אבל סביר כי הם עשויים לעתים להצדיק שיקוף שאיננו מדויק במלואו של מסקנה זאת, למשל כדי לקדם שיקול של בהירות כאשר הדבר תורם לצמצום הסכנה של טעויות. השערה זאת חשובה בהקשר הנדון, שכן אף כי עקרונות יסודיים שלמים הם (אני מניח) ברורים, העקרונות שהצגתי בסעיף הקודם אינם כאלה. כאשר אי-בהירות של כלל משפטי היא חיסרון, ראוי לעתים להעדיף ניסוח ברור, גם במחיר אי-דיוק, בעיצוב הכלל. זוהי כמובן שאלה כללית הנוגעת לכללים משפטיים, אבל היא צריכה להיבחן בענייניו של כל סוג כלל בנפרד, כי חשיבותה של בהירות, כמו גם מחירו של אי-דיוק, תלויים בכמה משתנים. בכל הנוגע להגנות מצדיקות במשפט הפלילי, כמה נקודות ראויות לציון מבחינה זאת.

משתנה אחד הוא מידת חשיבותה של בהירות כאשר להגנות פליליות מצדיקות, ובפרט החלק הנוגע לאחריות. לפי עמדה שכיחה, בהירות חשובה לעברות פליליות יותר

40 לדוגמה, אין טעם במשפט הפלילי אם אינו מקדם שיקול מוסרי, למשל של מניעת פעולות פסולות מוסריות או גמול, או אם הוא מקדם שיקול כזה אבל עלותו עולה על תרומתו. התשובה לשאלה אם יש למשפט עלות היא לעתים מורכבת. לדוגמה, התשובה לשאלה אם יש למשפט עלות מבחינת הפגיעה ברווחתם של אנשים שביצעו מעשים פסולים ומבחינת הפגיעה בחירות של ביצוע פעולות פסולות תלויה בתשובה לשאלות אם שיקול של גמול תקף, ואם יש ערך לחירות לבצע פעולה פסולה, בהתאמה. שאלה אחרת שנויה במחלוקת באשר ליחס שבין מוסר למשפט, אשר אינה חשובה בהקשר של המאמר הנוכחי, היא אם יש שיקולים מוסריים שאסור לקדםם באמצעות המשפט בלי קשר לתרומה המוסרית והעלות המוסרית של המשפט (למשל, אם ראוי למנוע פעולות פסולות שאינן מזיקות, בהנחה שיש כאלה, באמצעות המשפט).

מלהגנות פליליות, כי רק הראשונות משפיעות מבחינת הכוונת ההתנהגות.⁴¹ טענה זאת אינה מדויקת. ראשית, בהירות חשובה לעתים לא רק לכללי התנהגות אלא גם לכללי הכרעה המופנים אל אוכפי הדין. יתר על כן, אף באשר לקטגוריה הראשונה יש מקום להבחנה בין הגנות מצדיקות לפוטרות. בהירות עשויה להיות חשובה יותר להגנות מצדיקות, שכן הגנות אלה קובעות מה מותר לאדם לעשות, ואילו הגנות פוטרות עוסקות בהתנהגויות אסורות. באופן ספציפי יותר, בהירות עשויה להיות חשובה לכללים מצדיקים העוסקים בחשיבותה של אחריות להצדקה ולחוקיות של הכרעה בקונפליקטים.⁴² עם זאת חשיבותה של בהירות להגנות מצדיקות תלויה גם במידה שבה אנשים יודעים את תוכן של הגנות כאלה, ונראה כי היקף הידיעה של הגנות אלה אינו רב.⁴³ לסיכום, יש חשיבות לבהירות הכללים הרלוונטיים, אך נראה כי לעתים קרובות היא מוגבלת, ולכן השיקול בעדה גובר על השיקול בעד דיוק רק כאשר השיקול האחרון חלש עוד יותר, כלומר כאשר המחיר מבחינת דיוק נמוך יחסית.

המסקנות היסודיות המרכזיות שהעליתי בסעיף הקודם הן עמומות מכמה בחינות. באופן כללי, אף כי השיקולים הכלליים ברורים – אחריות האנשים אשר האינטרסים שלהם עומדים על הפרק וחומרת הפגיעה בכל אדם – שני המשתנים הללו הם עניין של מידה. אשר ליחס שבין השיקולים האמורים, המסקנה ברורה כאשר רק אחד מהם חל ולכן מכריע בלי תלות במשקלו, כלומר גם כאשר הוא חלש. למשל, ברור כי כאשר רק האדם המוגן אחראי, וחומרת הפגיעה בכל אחד מהם זהה, שיקול האחריות נגד החלת הגנה מצדיקה באשר לפעולה מכריע. בדומה לכך, גם כאשר האדם אשר האינטרס שלו עומד על הפרק אחראי, וחומרת הפגיעה באדם המוגן עולה על חומרת הפגיעה בקרבן, השיקול בעד מניעת הפגיעה החמורה יותר, התומך בהחלת הגנה מצדיקה, מכריע. לעומת זאת המסקנה ברורה פחות כאשר שיקולים אלה מתנגשים, כלומר כאשר יותר מאדם אחד אחראי, או כאשר האדם האחראי (יותר) ייפגע יותר. במצב שבו האדם

41 לפי טענה הפוכה, שנראית גורפת מדי גם היא, אין הבדל בין עברות פליליות להגנות פליליות מבחינה זאת. לטענה זאת ראו: רונן (לעיל, הערה 37) בעמ' 350-353.

42 העובדה שמדובר באחריות לפעולות שהן בחלקן פסולות אינה חשובה מבחינה זאת, כי השאלה העומדת על הפרק אינה ההצדקה של הפעולה יוצרת-הקונפליקט אלא של הפעולה המכריעה בו.

43 לטענה שלפיה בהירות אינה חשובה להגנות מצדיקות ראו: Mortimer R. Kadish & Sanford H. Kadish, *Discretion to Disobey – A Study of Lawful Departure from Legal Rules* (1973), pp. 125-127 (לעיל, הערה 11) בעמ' 569-575; George P. Fletcher, "The Right Deed for the Wrong Reason: A Reply to Mr. Robinson", 23 *UCLA L. Rev.* (1975) 293, pp. 312-318; George P. Fletcher, "The Nature of Justification", *Action and Value in Criminal Law* (Stephen Shute, John Gardner & Jeremy Horde eds., 1993) pp. 175-186, 180-181 (but see George P. Fletcher, *Basic Concepts of Criminal Law* (1998), pp. 87-88, 166).

האחראי (יותר) ייפגע יותר למשל, עקרון הפרופורציה קובע רק כי יש להכריע בין שיקול האחריות לשיקול הנוגד של מניעת הפגיעה החמורה יותר לאור המשתנים הנוגעים למשקלם היחסי (חשיבות האינטרסים ומידת האחריות), כלומר יש להעדיף את השיקול החזק יותר.

לכן ראוי לעתים לאמץ כללים משפטיים ברורים יותר, גם אם מדויקים פחות, מהמסקנות היסודיות האמורות, למשל כללים הקובעים את משמעות דרישת הפרופורציה האמורה באופן חד יותר מבחינות מסוימות. מבלי לדון בנושא זה באופן ממצה, כלומר גם אם מניחים אפשרות זאת, אטען בסעיף הבא כי הכללים המעוגנים בדין הישראלי הנוהג ובקוד הפלילי בארצות הברית לדוגמה אינם ראויים.

3. ניתוח כללים משפטיים

אני פונה כעת לניתוחם של הכללים הקבועים בדין הישראלי ובקוד הפלילי בארצות הברית לדוגמה בכל הנוגע לשלילתן של הגנות מצדיקות בשל אחריות (כללים אלה דומים בהיבטים מסוימים ושונים באחרים) או הגבלתן.⁴⁴

הדין הישראלי כולל שתי הגנות מרכזיות העוסקות בקרבן לא אחראי – הגנת הצורך והגנת הכורח – אשר תוכנן זהה ביסודו (למעט ההבדל במקור הסכנה). הגנות אלה אינן משקפות, במפורש או במשתמע, רציונל ברור של הצדקה או של פטור, והאינדיקציות שהן מעלות מבחינה זאת אינן חד-משמעיות.⁴⁵ מצד אחד ההגנות כוללות תנאי של סבירות, אשר מצביע על רציונל של הצדקה. אולם מצד אחר תנאי זה מתיישב גם עם רציונל יסודי של פטור לצד שיקול נוגד של הרתעת פעולות (פוגעות) פסולות (במיוחד). תנאי נוסף של ההגנות הללו אשר מתיישב טוב יותר עם רציונל של הצדקה הוא תחולתן על פעולות אשר מגנות על כל אדם – ולא רק על הפועל או על אדם בעל זיקה מיוחדת אליו. תנאי זה מצביע על רציונל של הצדקה שלפיו פעולה להגנה על כל אדם עשויה להיות מוצדקת, ואילו פטור סביר בעיקר כאשר הפעולה מבוצעת עקב לחץ הנובע מסכנה המאיימת על הפועל או על אדם בעל זיקה מיוחדת אליו. לעומת זאת הגנות אלה כוללות גם תנאי המתיישב טוב יותר עם רציונל של פטור – הן חלות רק על מניעת סכנה של פגיעה חמורה. הגבלה זאת מתיישבת טוב יותר עם רציונל של פטור כי כאשר הסכנה חמורה (במיוחד אם היא מאיימת על הפועל או על אדם קרוב אליו), סביר יותר כי פעולת

44 לסקירה ביקורתית של הדין בארצות הברית בהקשר זה ראו: Robison (לעיל, הערה 23) בעמ' 27-3.

45 להגנות אלה ראו: סעיפים 34 (צורך), 34 (כורח), 34 טז (תנאי של סבירות החל ביחס להגנות הצורך והכורח) לחוק העונשין, תשל"ז-1977, ס"ח 226.

הפועל נעשית מתוך מצוקה רבה. לעומת זאת הצדקה מתיישבת גם עם מניעת פגיעה לא חמורה אם האמצעי כרוך בפגיעה חמורה עוד פחות. לדוגמה, עשויה להיות הצדקה למניעת פגיעה בינונית באמצעות פגיעה קלה. אולם הגבלת ההגנות הללו לסכנות חמורות מתיישבת גם עם רציונל של הצדקה לאור שיקול מסדר שני. כלומר, מיתון הנטייה השכיחה של אנשים להגזים בהערכת חומרת הסכנות אשר למניעתן הם מחליטים לפעול (במיוחד סכנות לעצמם או לאנשים הקרובים אליהם) באמצעות הגבלת ההגנות למניעת סכנות אשר הפועלים מניחים כי הן חמורות. בשל אי-הבהירות של הגנות הצורך והכרח מבחינה זאת נראה כי סביר להבינן כמשקפות הן רציונל של צידוק והן של פטור, וראוי להחילן אפוא גם על פעולות מוצדקות וגם על פועלים שראוי לפטרם תוך התאמת פרשנותן (בפרט של התנאי הכללי של סבירות) לסוג הפעולה העומד על הפרק.

הגנות הצורך והכרח בדין הישראלי כוללות כלל זהה גם כאשר למשמעותה של אחריות. כלל זה קובע כי ההגנות לא תחולנה אם מתקיימים ארבעת התנאים האלה: התנאי הראשון הוא שהפועל גרם למצב שבו בוצעה הפעולה; השני, הפעולה שגרמה למצב זה פסולה. השלישי, הפועל צפה את האפשרות שבמצב זה הוא יבצע את הפעולה המהווה עברה או שאדם מן היישוב היה יכול היה לצפות אפשרות זאת. ולבסוף, הפועל מגן על עצמו ולא על אדם אחר.⁴⁶

ההגנה המצדיקה הכללית ביותר בקוד הפלילי בארצות הברית לדוגמה היא הגנת הרע במיעוטו (אשר על פועל המגן על עצמו כמו גם על אחר).⁴⁷ ההגנה איננה חלה אם מתקיימים שני תנאים: הפועל גרם למצב שבו פעל; הגרימה לוותה ביסוד נפשי של פזיזות או רשלנות.⁴⁸ פזיזות מוגדרת כהתעלמות מודעת מסיכון ממשי ולא מוצדק להיות

46 סעיף 34 (א) לחוק העונשין. לפי כלל זה, משמעות שלילת ההגנה היא שהפועל נתפס כמי שביצע את העברה עם יסוד נפשי של פזיזות אלא אם הוא גרם למצב כדי לבצע את העברה, וזוהי עברה תוצאתית, שאז הוא נתפס כמי שביצע את העברה עם יסוד נפשי של כוונה. ראו: סעיף 34 (ב) לחוק העונשין.

47 American Law Institute, *Model Penal Code and Commentaries: Proposed Official Draft* (Philadelphia, 1985) (להלן – הקוד הפלילי לדוגמה) §3.02(1)(a): “Conduct that the actor believes to be necessary to avoid a harm or evil to himself or to another is justifiable, provided that the harm or evil sought to be avoided by such conduct is greater than that sought to be prevented by the law defining the offense charged”

48 סעיף 3.02(2) לקוד הפלילי לדוגמה: “When the actor was reckless or negligent in bringing about the situation requiring a choice of harms or evils... the justification afforded by this Section is unavailable in a prosecution for any offense for which recklessness or negligence, as the case may be, suffices to establish culpability”
 2.09(2) לקוד הפלילי לדוגמה: “The defense provided by this Section is unavailable if the actor recklessly placed himself in a situation in which it was probable that he would be subjected to duress. The defense is also unavailable if he was negligent in placing himself in such a situation, whenever negligence suffices to establish culpability for the offense charged”

הפעולה עברה תוך סטייה ניכרת מסטנדרט התנהגות ראוי.⁴⁹ רשלנות מוגדרת כמצב שבו אדם צריך להיות מודע לסיכון ממשי ולא מוצדק להיות הפעולה עברה תוך סטייה ניכרת מסטנדרט התנהגות ראוי.⁵⁰ כלל דומה חל באשר להגנת הכורח, אבל הגנה זאת רלוונטית פחות כי נראה שהיא משקפת רציונל של פטור.⁵¹

הגנת ההתגוננות הכללית (הגנה עצמית והגנת אחר) נשללת בדין הישראלי אם מתקיימים שלושה תנאים: הראשון, פעולת הפועל גרמה לתקיפה; השני, פעולה זאת פסולה; השלישי, הפועל צפה את אפשרות גרימת התקיפה באמצעות הפעולה.⁵² כלל זה חל באשר להגנה המיוחדת על בית מגורים, בית עסק ומשק חקלאי.⁵³ הקוד הפלילי בארצות הברית לדוגמה כולל כמה כללים העוסקים בהיבטים שונים של התגוננות: הגנה עצמית מפני כוח פיזי,⁵⁴ הגנת אחר מפני כוח פיזי⁵⁵ והגנת קניין

49 סעיף 2.02(2)(c) לקוד הפלילי לדוגמה: "A person acts recklessly with respect to a material element of an offense when he consciously disregards a substantial and unjustifiable risk that the material element exists or will result from his conduct. The risk must be of such a nature and degree that, considering the nature and purpose of the actor's conduct and the circumstances known to him, its disregard involves a gross deviation from the standard of conduct that a law-abiding person would observe in the actor's situation"

50 סעיף 2.02(2)(d) לקוד הפלילי לדוגמה: "A person acts negligently with respect to a material element of an offense when he should be aware of a substantial and unjustifiable risk that the material element exists or will result from his conduct. The risk must be of such a nature and degree that the actor's failure to perceive it, considering the nature and purpose of his conduct and the circumstances known to him, involves a gross deviation from the standard of care that a reasonable person would observe in the actor's situation". הגדרות אלה אינן ברורות, מכמה בחינות: ראשית, לא ברור בעניינן של אילו עובדות נדרשת פיזיות או רשלנות. שנית, לא ברור איך יש להגדיר עברות הכוללות יסוד נפשי שונה כלפי עובדות שונות. לדין ראובן: Robinson (לעיל, הערה 23) בעמ' 18-19.

51 סעיף 2.09(1) לקוד הפלילי לדוגמה: "It is an affirmative defense that the actor engaged in the conduct charged to constitute an offense because he was coerced to do so by the use of, or a threat to use, unlawful force against his person or the person of another, that a person of reasonable firmness in his situation would have been unable to resist"

52 סעיפים 34, 34טז (תנאי של סבירות) לחוק העונשין.

53 סעיף 134 לחוק העונשין.

54 סעיף 3.04(1) לקוד הפלילי לדוגמה: "the use of force upon or toward another person is justifiable when the actor believes that such force is immediately necessary for the purpose of protecting himself against the use of unlawful force by such other person on the present occasion"

55 סעיף 3.05(1) לקוד הפלילי לדוגמה: "the use of force upon or toward the person of another is justifiable to protect a third person when: (a) the actor would be justified under § 3.04 in using such force to protect himself against the injury he believes to be threatened to the person whom he seeks to protect; and (b) under the circumstances as

(של הפועל או של אחר).⁵⁶ כל ההגנות הלו מוגדרות במפורש כצידוקים. שתי הראשונות שוללות הפעלת כוח קטלני (בין היתר) אם התקיפה נגרמה עקב התגרות הפועל בכוונה לגרום מוות או פציעה חמורה.⁵⁷ אין סייג דומה באשר להגנת הקניין. השוואת הכללים הללו לניתוח שלי את חשיבותה של האחריות להגנות מצדיקות מוליכה למסקנות האלה:

א. זהות הנושא באחריות

כאמור, האחריות שיש לה חשיבות בכל הנוגע להצדקתה של פעולה המכריעה בקונפליקט היא של אדם אשר ההכרעה תשפיע על האינטרסים שלו, כלומר האדם המוגן על ידי הפעולה או קרבן הפעולה, אבל לא הפועל. במילים אחרות, כאשר הפועל מגן על אחר, האחריות החשובה היא של האחר ולא של הפועל. ההגנות האמורות אינן משקפות מסקנה זאת כראוי. ליתר דיוק, הן כוללות שלוש טעויות מבחינה זאת. הטעות הראשונה והברורה ביותר היא של כללים המתעלמים לחלוטין מחשיבות אחריותם של אנשים מוגנים, כלומר כללים אשר מחילים הגנות מצדיקות ללא שינוי גם על פעולות המגנות על אחראים, למשל הכללים בקוד הפלילי בארצות הברית לדוגמה באשר להתגוננות באמצעות כוח לא קטלני ובאשר להגנת קניין. הטעות השנייה היא שלילת הגנה מצדיקה בשל אחריות הפועל (ולא אחריות האדם המוגן). טעות זאת קיימת בקוד הפלילי בארצות הברית לדוגמה בהגנת הרע במיעוטו והכורח (ואולי גם בהגנה על אחר)⁵⁸ וכן בדין הישראלי בהגנת ההתגוננות. עמדה זאת מנוגדת למסקנה שלפיה האחריות החשובה היא זאת של האדם המוגן ולא של הפועל. טעות כללית זאת מוליכה לשתי טעויות ספציפיות יותר כאשר הפועל מגן על אדם אחר (כזכור, כל ההגנות האמורות חלות גם על פעולה להגנת אדם אחר): ראשית, ההגנות חלות ללא שינוי גם על פעולה להגנת אדם אחראי, אף כי אחריות זאת צריכה להיות שיקול נגד הגנה כזאת על חשבון אחר. שנית, ההגנות אינן חלות כאשר הפועל אחראי אף אם האדם המוגן אינו אחראי, וזאת אף על פי שאחריות הפועל איננה צריכה להשפיע על תנאי ההצדקה. נראה כי טעות זאת נובעת מעיסוק רק באפשרות של אדם המגן על עצמו, שכן אז אין לטעות הכללית האמורה השלכה מעשית, תוך התעלמות מהאפשרות של אדם המגן על אחר (אף כי כאמור ההגנות חלות במפורש גם במצב כזה).

the actor believes them to be, the person whom he seeks to protect would be justified in using such protective force; and (c) the actor believes that his intervention is necessary for the protection of such other person"

56 סעיף 3.06 לקוד הפלילי לדוגמה.

57 סעיפים 3.05(1)(a)-(b), 3.04(2)(b)(i) לקוד הפלילי לדוגמה.

58 הספק נובע מהמשמעות של הדרישות המוזכרות למעלה מבחינה זאת.

שלילת הגנה עקב אחריות הפועל (במקום האדם המוגן) הייתה חלק מהגרסה הקודמת של הגנות הצורך והכורח בדין הישראלי (אדון בגרסה הנוכחית, שהוצגה למעלה, בהמשך). הגנת הכורח כללה הוראה מפורשת כאמור,⁵⁹ והגנת הצורך, שלא כללה הוראה דומה,⁶⁰ פורשה כך על ידי בתי המשפט. מעניין לבחון את ההשלכות הלא סבירות של טעות זאת בכמה מקרים שהגיעו להכרעה שיפוטית. במקרה אחד החלו בעלי קרקע להרוס מבנה ישן על שטחם, ובעת ההריסה גילו שהוא אינו יציב ולכן יוצר סכנה לעוברי אורח ההולכים על מדרכה סמוכה. כדי להשלים את ההריסה ולמנוע את הסכנה, הם הורו על הזזת כמה דוכנים של רוכלים שהיו צמודים לבניין, ולכן הריסתו חייבה את הזזתם, בלי בקשת הסכמתם של בעלי הדוכנים. בעלי הקרקע הואשמו בהסגת גבול (בשל הזזת הדוכנים בלי הסכמת בעליהם). טענתם להגנת צורך נדחתה בנימוק שהם יכלו למנוע את המצב מלכתחילה, לו הרסו את המבנה לאחר שנענו לדרישת רישיון ההריסה לבנות גדר סביב המבנה לפני תחילת ההריסה.⁶¹ עמדה זאת אינה סבירה. בעלי הקרקע אכן היו אחראים לסכנה הראשונית, בהריסת המבנה ללא אמצעי הזהירות הראויים והדרושים משפטית, אולם כאשר נוצרה סכנה לחייהם ולשלמות גופם של אנשים אחרים (שאינם אחראים לסכנה), ולא הייתה אפשרות למנוע את התממשותה בשלב זה בדרך אחרת, הייתה הצדקה להזזת הדוכנים לשם הגנה על עוברי האורח. אחריותם של בעלי הקרקע לקונפליקט שבין האינטרסים של עוברי האורח לאלה של בעלי הדוכנים לא הייתה צריכה להשפיע על ההכרעה בקונפליקט שהאינטרסים שלהם לא היו מעורבים בו. אחריות זאת (והאפשרות של מניעת הקונפליקט מלכתחילה) אינה רלוונטית לשאלה כיצד ראוי להכריע בקונפליקט אחרי שנוצר. בהנחה שבשלב זה לא היו חלופות טובות יותר להגנה על ביטחונם של עוברי אורח (וההחלטה בפסק הדין איננה מסתמכת על חלופות כאלה), הזזת הדוכנים הייתה מוצדקת בעליל למרות השגת הגבול שהייתה כרוכה בה. במילים אחרות, היה ראוי להאשים את בעלי הקרקע ולהרשיעם בהפרת תנאי רישיון ההריסה, הפרה שיצרה את הסכנה לעוברי האורח, אבל לא בהשגת הגבול שהייתה דרושה למניעת התממשותה של הסכנה האמורה. אכן, סביר להניח כי השופטים היו פוסקים אחרת אילו היו מודעים למסקנה הנובעת מהחלטתם – איסור על מניעת סכנה לחייהם ולשלמות גופם של אנשים חפים מפשע באמצעות פעולה שכרוכה בהשגת גבול (שאינה כרוכה בנזק ממשי). סביר כי השופטים היו פוסקים אחרת אילו אנשים אחרים – ולא בעלי הקרקע – היו מזיזים את הדוכנים כדי להגן על עוברי האורח. אבל ההצדקה לפעולה אינה תלויה, במצבים מסוג זה, בזהות הפועל (אשר בהם האינטרס של הפועל אינו עומד על הפרק). ייתכן כי השורה התחתונה של פסק הדין – הרשעת בעלי הקרקע בהשגת גבול – נראתה סבירה לשופטים כי היא נתפסה בעיניהם כדומה

59 סעיף 21 לחוק העונשין.

60 סעיף 22 לחוק העונשין.

61 עניין שביט (לעיל, הערה 34).

בחומרתה להפרת תנאי רישיון ההריסה. אולם אף אם הערכה זאת נכונה, נימוקיהם של השופטים שגויים.⁶²

ניתוח דומה חל על מקרה אחר שבו סטה נהג לנתיב שהיה נגד כיוון נסיעתו כדי לעקוף מכוננית אחרת במקום מותר לעקיפה, אך לאחר מכן חצה קו הפרדה לבן, האוסר על מעבר בין נתיבים, כדי לחזור לנתיב הקודם שבו נסע שהיה בכיוון נסיעתו. הנהג הואשם בעברה של חציית קו ההפרדה הלבן. הוא טען כי הוא זכאי להגנת הצורך מפני שחציית קו ההפרדה הייתה הדרך היחידה למניעת סכנת התנגשות בנתיב הנגדי. השופטים דחו את הטענה בנימוק שהנהג אחראי להיווצרות המצב המסוכן.⁶³ נימוקי השופטים אינם משכנעים בשל אותם טעמים שראינו לעיל: הנהג נושא באחריות לפעולה פסולה שגרמה לסכנה אם העקיפה הייתה כרוכה בסיכון אסור. אולם אחרי היווצרותה של הסכנה אין ספק כי פעל נכון כאשר חזר לנתיב נסיעתו המקורי כדי למנוע את סכנת ההתנגשות שאימה לא רק על חייו ושלמות גופו אלא גם על חייהם ושלמות גופם של אחרים (נהגים ונוסעים) שהיו עלולים להיות מעורבים בתאונה לו נשאר בנתיב הנגדי. מקרה זה הוא ייחודי (בעיקר בהשוואה לקודם) משתי בחינות: ראשית, גם אם הנהג אחראי ליצירת הסכנה, ספק אם מניעת הסכנה באמצעות חזרה לנתיב הנסיעה הייתה כרוכה במחיר (סיכון פגיעה) לאדם כלשהו.⁶⁴ אם אין מחיר אין קונפליקט, ושיקול האחריות החלוקתי איננו חל; שנית, הסכנה במקרה זה אימה הן על הפועל והן על אחרים אשר היו עלולים להיות מעורבים בתאונה. לכן אם אחריות הנהג היא בעלת חשיבות, היא נוגעת רק להצדקת מניעת הסכנה לנהג אבל לא להצדקת מניעת הסכנה לאחרים. לכן גם אם היה מקום להרשיע את הנהג בשל העקיפה (אם הייתה כרוכה בסיכון אסור), לא היה מקום להרשיעו בשל חציית קו ההפרדה הלבן לשם חזרה לנתיב המתאים כדי למנוע את התממשות הסכנה (בפרט לאחרים). שהרי אין ספק כי ראוי לעודד נהגים לחזור לנתיב המתאים במצב כזה לשם מניעת תאונות. שוב, סביר כי השופטים היו פוסקים אחרת לו היו מודעים למסקנה העולה מעמדתם – איסור על חזרה לנתיב הנכון במצב כזה. ושוב, ייתכן כי השורה התחתונה של פסק הדין – הרשעת הנהג בחציית קו ההפרדה – נראתה סבירה לשופטים כי היא נתפסה בעיניהם כדומה בחומרתה להפרת האיסור על עקיפה פזיזה. אולם, שוב, אף אם הערכה זאת נכונה, נימוקיהם של השופטים שגויים.

62 לביקורת דומה על פסק הדין ראו: S. Z. Feller, "Defence of 'Necessity' and its Limitations", 6 *Israel Law Review* (1971) 417, pp. 419-420 (נתיבהו (לעיל, הערה 34) בעמ' 239-233).

63 ע"פ 399/91 בלומנקרץ נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(3) 17.

64 ייתכן כי הדבר כרוך במחיר מבחינת הרתעת נהגים מעקיפה לא זהירה, אבל השערה זאת מוטלת בספק רב. לכן יש גם ספק אם ראוי לפרש את האיסור על חציית קו הפרדה לבן כחל על חצייה הנעשית לשם חזרה לנתיב של כיוון הנסיעה.

הטעות השלישית והאחרונה מופיעה בהגנות הצורך והכרח בדין הישראלי. הגנות אלה כוללות כלל מורכב יותר מבחינה זאת: הן אינן חלות כאשר הפועל אחראי לקונפליקט אם הפעולה מגנה על אינטרס שלו. כלל זה משקף מסקנה ראויה, מבחינת זהות האדם אשר אחריותו חשובה, כאשר הפועל מגן על האינטרס שלו, אבל מוליך למסקנה שגויה כאשר הפועל מגן על אחר. נראה כי הבלבול (שהוא מקור הטעות האמורה) בא לידי ביטוי גם בניסוח המסורבל של החלק הנכון של הכלל. שלילת ההגנה כאשר הפועל מגן על עצמו נכונה, מבחינת זהות האחראי, משום שהוא האדם המוגן, זה שאחריותו חשובה, ולא בשל היותו הפועל, זה שאחריותו חסרת חשיבות. לפיכך ניסוח מוצלח יותר של הכלל – מבחינת ביטוי הרציונל הראוי שלו – הוא שלילת תחולת ההגנות על פעולות אשר מגנות על אדם אחראי – ולא כאשר הפועל אחראי אלא אם הוא מגן על אחר.

נגד הכלל הזה נטען כי ההבחנה שעליה הוא מבוסס – בין האינטרס של הפועל לאינטרס של אחר – היא חסרת בסיס, שכן כל אינטרס הוא "אינטרס ציבורי".⁶⁵ טענה זאת תמוהה. אין ספק כי אפשר (ושכיח) להבחין בין האינטרס האישי של אדם אחד לזה של אחר. ואף כי ברור שלעתים קרובות יש לכמה אנשים אינטרס משותף, במובן שפעולה מסוימת טובה או רעה לכולם במידה זהה, ברור גם כי תופעה זאת אינה מערערת על ההבחנה בין האינטרסים של אנשים שונים. לכן המובן הדווקני של הטענה האמורה – שלפיה כל אינטרס של אדם הוא אינטרס "ציבורי" – היא שגויה בעליל ונראית מבוססת על אי-הבחנה בין אינטרס אישי ובין טעם לפעולה.

הטעות בכלל השולל את תחולת הגנות הצורך והכרח נוגעת למצב שבו הפועל אחראי לקונפליקט ומגן על עצמו. במצב כזה אחריות האדם המוגן היא שיקול נגד הכרעה בקונפליקט לטובתו, כלומר בעד שלילת ההגנות, אשר סביר שלעתים יכריע את הכף. אולם הכלל האמור איננו שולל כלל את ההגנות במצב זה. ראו למשל את הדוגמה הבאה: אדם מצית אש ליד ביתו של שכנו כדי להעלות את הבית באש בהיותו ריק מאדם, אבל באופן בלתי צפוי רוח מסיטה את האש לכיוון ביתו של האדם שהצית אותה, והדרך היחידה למנוע את עליית ביתו שלו באש היא הסטתה, באמצעותו או באמצעות אחר, שוב לכיוון ביתו של השכן. לפי הניתוח שלי, פעולה כזאת פסולה (אם שאר הדברים שווים), ולכן הגנת הצורך המצדיק איננה צריכה לחול עליה. אולם פעולה זאת אינה נשללת על ידי הכלל המשפטי האמור.⁶⁶

65 ראו: רונן (לעיל, הערה 37) בעמ' 360-363.

66 ייתכן כי אפשר להגיע למסקנה הנכונה במסגרת ההגנות האמורות לאור התנאי הרב-משמעי של סבירות, אך ספק אם זוהי פרשנות סבירה, שכן נראה כי הכלל הספציפי יותר באשר לשלילת ההגנות עקב אחריות הוא הסדר שלילי ממצה מבחינה זאת.

ב. ההתייחסות הבלעדית לאחריות

הכללים המשפטיים הנוהגים השוללים את תחולתן של הגנות מצדיקות עקב אחריות אינם מתחשבים במשתנים אחרים. גישה זאת שגויה משום שההצדקה לפעולות הרלוונטיות מושפעת גם מגורמים אחרים אשר עלולים להתנגש עם שיקול האחריות. לפיכך יש לעתים הצדקה להגנה על אנשים הנושאים באחריות לקונפליקט רלוונטי. כאמור בסעיף הראשון, המשתנה הנוסף שבעניינו ההסכמה היא הרחבה ביותר הוא מניעת הפגיעה האישית החמורה יותר, והוא גובר על שיקול האחריות (לפחות) כאשר החלופות הן פגיעה חמורה מאוד באחראי או קלה בלא אחראי.

הביקורת שלפיה הכללים האמורים משקפים רק שיקול רלוונטי אחד (אחריות) ומתעלמים משיקולים רלוונטיים אחרים עשויה להיראות מוגזמת. סביר לפרש לפחות חלק מהכללים האמורים כמשקפים מסקנה המבוססת על שקלול של שיקול האחריות עם שיקולים נוגדים, לרבות השיקול של מניעת הפגיעה החמורה יותר. פרשנות זאת מבוססת על כך שלא כל אחריות צריכה לשלול את ההגנות הרלוונטיות. כזכור, הגנות הצורך והכורח בישראל נשללות רק אם האחריות היא לפעולה פסולה המלווה ביסוד נפשי של מודעות או רשלנות כלפי אפשרות גרימת הקונפליקט. בדומה לכך, הגנת הרע במיעוטו (כמו גם הגנת הכורח) בקוד הפלילי בארצות הברית לדוגמה נשללת רק עקב אחריות המלווה ביסוד נפשי של פזיזות או רשלנות. אשר להתגוננות, השלילה היא אף צרה יותר. הדין הישראלי שולל את ההגנה רק עקב פעולה פסולה המלווה בצפייה של אפשרות גרימת התקיפה. ובקוד הפלילי בארצות הברית לדוגמה ההגנה נשללת כשמדובר בכוח קטלני רק אם האחריות מלווה במטרה של גרימת מוות או פגיעה חמורה. העובדה שבשתי שיטות המשפט שלילת הגנת ההתגוננות עקב אחריות לקונפליקט צרה משלילת הגנות הרע במיעוטו, הצורך והכורח מחזקת את התשובה האמורה, אם כי במידה מוגבלת. זאת מפני שסביר להבין את ההבדל בין הגנת ההתגוננות להגנות האחרות לאור העובדה שלפחות במצבים הפרדיגמטיים של התגוננות (גם) התוקף אחראי, וזה מהווה שיקול נגד שלילת ההגנה.

אולם תשובה זאת אינה מספקת, מכמה טעמים הקשורים זה לזה: ראשית, לכל היותר היא מצביעה על מודעות לחשיבות היבט אחר של שיקול האחריות – אחריות קרבן הפעולה ולא רק האדם המוגן על ידי הפעולה – אבל לא לחשיבותם של שיקולים אחרים כגון השיקול בעד מניעת הפגיעה החמורה יותר; שנית, מידת האחריות הדרושה לשלילת ההגנות האמורות, לפי הכללים האמורים, היא לרוב מעטה יחסית. הדבר בולט במיוחד בעניין הגנות הרע במיעוטו, הצורך והכורח, אשר נשללות במקרה של רשלנות, בקוד הפלילי בארצות הברית לדוגמה ובמקרה של רשלנות עם פעולה פסולה בדין הישראלי, ללא תלות במידת הרשלנות או הפסול. לכן אין סביר לפרשם כמשקפים שקלול מתקבל על הדעת של שיקול האחריות עם שיקולים אחרים נגד שלילת ההגנות, שכן שקלול כזה מחייב שלילת אחריות צרה יותר. לבסוף, אף מידה רבה יותר של אחריות אינה מצדיקה

תמיד את שלילתן של ההגנות, כפי שטענתי בסעיף הראשון. לכן אף התנאים המחמירים יותר הדרושים לשלילת הגנות ההתגוננות האמורות בדין הישראלי ובקוד הפלילי בארצות הברית לדוגמה (לגבי כוח קטלני) – צפיית האפשרות שפעולה פסולה תגרום לקונפליקט ומטרת גרימת מוות או פציעה חמורה, בהתאמה – אינם משקפים שקלול ראוי של השיקולים הרלוונטיים.

ג. אי-הצדקת הפעולה

תנאי הנדרש על ידי כל ההגנות האמורות לשם שלילתן עקב אחריות הוא שהאחריות באה לידי ביטוי בפעולה פסולה. הגנות הצורך, הכורח וההתגוננות בדין הישראלי נשללות כולן במפורש רק עקב אחריות לפעולה פסולה. בדומה לכך, הגנת הרע במיעוטו (כמו גם הגנת הכורח) בקוד הפלילי בארצות הברית לדוגמה נשללת רק כאשר האחריות מתבטאת בפעולה פזיזה או רשלנית, כאשר פזיזות ורשלנות מחייבות שתיהן שהפעולה אינה מוצדקת (כרוכה בסיכון בלתי מוצדק או בלתי סביר). הגנת ההתגוננות בקוד הפלילי בארצות הברית לדוגמה אינה כוללת תנאי מפורש דומה, אבל נראה כי ההנחה העומדת ביסודה היא שהפעולה הרלוונטית – התגרות כדי לגרום מוות או פציעה קשה – היא פסולה. תנאי זה אינו ראוי, לפחות בכל הנוגע להגנות הרע במיעוטו, הצורך והכורח, שבהן הקרבן אינו אחראי. היעדר הצדקת הפעולה הוא אמנם נתון חשוב, אבל לא תנאי הכרחי מבחינה זאת. כאמור, אחריות האדם המוגן היא בעלת חשיבות גם כאשר הפעולה אינה פסולה, במיוחד אם היא מקדמת רק – או בעיקר – את האינטרסים של הפועל.⁶⁷ שיקול זה בעד העדפת האדם הלא אחראי (או האחראי פחות) גם כאשר אחריות האחר מתבטאת בפעולה מוצדקת מהסוג האמור, מכריע כאשר אין שיקול נוגד. למשל, כאשר אדם נקלע לסיכון קונקרטי עקב פעילות פנאי מסוכנת, אבל לא פסולה, והדרך היחידה למנוע את התממשות הסיכון היא פגיעה פחותה באופן ניכר באדם אחר, שאינו אחראי לקונפליקט, הפגיעה באחרון לשם הצלת הראשון עשויה להיות בלתי מוצדקת כל עוד הפער בחומרת הפגיעות אינו גדול מאוד (שאו השיקול הנוגד של מניעת הפגיעה החמורה יותר גובר).

כמה מהכללים האמורים הם אף צרים יותר מבחינה זאת. הגנת הרע במיעוטו (כמו הגנת הכורח) בקוד הפלילי בארצות הברית לדוגמה היא בעיקר מגדירה את המונחים "פזיזות" ו"רשלנות" כסטייה חמורה מסטנדרט התנהגות ראוי. הביקורת האמורה תקפה במיוחד כאשר לדרישה הנוספת הזאת, שכן היא מוליכה למסקנות בלתי ראויות במיוחד כי לאורה ההגנה איננה נשללת אף עקב פעולות פסולות מסוימות.

67 השוו להבהרה שלפיה אחריות לפעולות פסולות אך חוקיות עשויה לקיים את תנאי הפסלות בדין הישראלי: מרדכי קרמיניצר, "עקרון האשמה", מחקרי משפט 13 (תשנ"ו) 109, בעמ' 126.

שלילת תחולתה של הגנת ההתגוננות רק משום אחריות לפעולות פסולות סבירה יותר, שכן בעניינה חל לרוב שיקול נוגד חזק של אחריות בשל אחריות התוקף, ולכן סביר לשלול את תחולתה רק כאשר אחריות האדם המוגן היא מעבר לסף מינימלי, גבוה למדי, אשר סביר שיחייב פעולה פסולה.

ד. החלופה היחידה של שלילה

כל הכללים הרלוונטיים בדין הישראלי ובקוד הפלילי בארצות הברית לדוגמה כוללים חלופה אחת של שלילת ההגנה הרלוונטית עקב אחריות.⁶⁸ עמדה זאת נוקשה מדי, שכן ההשלכה של אחריות אינה קבועה אלא תלויה במשתנים כגון מידת האחריות, תחולתם ועצמתם של שיקולים נוגדים, כגון חשיבות האינטרסים העומדים על הפרק. לכן ראוי לאמץ כמה חלופות אשר יקבעו את התנאים לתחולת (ומכאן שלילת) כל הגנה לאור המשתנים הללו. במילים אחרות, מצד אחד, בשל חשיבותה של אחריות התנאים הרגילים אשר מתאימים להגנת אדם לא אחראי אינם הולמים הגנת אדם אחראי. אבל מצד אחר חשיבותה של אחריות אינה מוליכה תמיד למסקנה שהגנת אדם אחראי אינה מוצדקת. המסקנה היא לעתים שאין הצדקה להגן על אדם אחראי – על חשבון אדם לא אחראי או אחראי פחות – ולכן הגנות מצדיקות צריכות להישלל לחלוטין. אך במצבים אחרים המסקנה מתונה יותר, כלומר שיש הצדקה להגן על אדם אחראי – אף במחיר פגיעה באדם לא אחראי או אחראי פחות – אם כי רק בתנאים מחמירים מהתנאים הרגילים שחלים על הגנת אדם לא אחראי. החלופה האחרונה סבירה במיוחד כאשר האינטרס של האחראי חשוב הרבה יותר מזה של האדם הלא אחראי או האחראי פחות (לכן יש שיקול חזק של קדימות למניעת הפגיעה הקשה יותר אשר מתנגש עם שיקול האחריות), וכאשר קרבן הפעולה אחראי גם הוא, גם אם במידה פחותה (ולכן שיקול האחריות חלש יותר). למשל, אין הצדקה להציל את חייו של אדם הנושא באחריות במידה גבוהה במחיר של פגיעה קשה של אדם לא אחראי, אבל יש הצדקה להצלת חייו של אדם הנושא באחריות במידה מעטה במחיר של פגיעה קלה של אדם לא אחראי או אחראי במידה פחותה אך במעט. דיון מפורט בתוכן המדויק של ההסדר הראוי מבחינה זאת כולל את השאלה אם ראוי לאמץ עיקרון כללי המציין רק את המשתנים הרלוונטיים או גם כללים ספציפיים יותר, הוא מעבר לגדרו של מאמר זה. אולם הנקודות החשובות הן שנדרש הסדר מבחין כאמור, ושתוכנו צריך להיות מבוסס על השיקולים האמורים.

הקושי בחלופה יחידה של שלילת ההגנות הרלוונטיות עקב אחריות בא לידי ביטוי בהיותם של תנאי שלילתה של חלופה כזאת בהכרח רחבים מדי או צרים מדי. לדוגמה, תנאי השלילה בדין הישראלי הם צרים מדי, בחייכם כתנאי הכרחי לשלילה פעולה פסולה. לעומת זאת הם רחבים מדי בהסתפקם בפעולה פסולה המלווה ביסוד נפשי של

68 חלופה מסוג אחר היא הקלה בעונש כאשר תנאי ההגנה (הרגילים) מתקיימים באופן חלקי. ראו: Robinson (לעיל, הערה 23) בעמ' 14.

פזיזות או רשלנות כלפי התוצאה של גרימת קונפליקט כתנאי מספיק לשלילה, שכן אף דרגת אחריות גבוהה איננה צריכה לשלול בהכרח את ההגנה בגלל קיומם של שיקולים נוגדים כגון קדימות למניעת הפגיעה החמורה יותר. בדומה לכך, תנאי השלילה בקוד הפלילי בארצות הברית לדוגמה הם צרים מדי באשר להגנת ההתגוננות בהגבילם את השלילה עקב התגרות כדי לגרום מוות או פגיעה חמורה, מבלי לשקול דרגות פחותות של אחריות מצד אחד וכוח לא קטלני מצד אחר.

האם אפשר לצמצם את ההשלכות הבעייתיות הללו של הכללים האמורים באמצעות פרשנות המשקפת את השיקולים הרלוונטיים? התשובה לשאלה האמורה תלויה בתאוריה הראויה של פרשנות, ובפרט בשאלה אם ועד כמה ראוי לאמץ קריטריון של פרשנות (או של "פרשנות") לאור המסקנה המוסרית הראויה, בפרט כאשר קריטריונים פרשניים אחרים, בעיקר כאלה הנוגעים לטקסט המשפטי העומד לפרשנות (נוסח הטקסט או עמדת מנסח הטקסט), אינם עולים בקנה אחד עם קריטריון זה. שאלה זאת חורגת מגדר המאמר הנוכחי. לכן אציין רק כי בהקשר הנדון יש נתון אחד התומך בפרשנות נורמטיבית: אי-הבהירות של הנוסח של חלק מהתנאים האמורים, בעיקר בדין הישראלי. דוגמה לפרשנות ברוח זאת היא ההצעה לפרש את התנאי של פעולה פסולה באופן הרגיש למשתנים רלוונטיים אחרים, כלומר עצם קיומו וגודלו של פער בחשיבות האינטרס העומד על הפרק מבחינת כל אדם המעורב בקונפליקט והיסוד הנפשי של הפועל כאשר לאפשרות שהפעולה תוליך לקונפליקט. לפי הגרסה הראשונה של ההצעה האמורה, ככל שהפער בחשיבות האינטרסים גדול יותר (כאשר האינטרס החשוב יותר הוא של האדם המוגן), כך תידרש מידה גדולה יותר של פסול לשם שלילת ההגנה.⁶⁹ הצעה זאת תואמת את הניתוח שלי, שכן ככל שמידת הפסול של הפעולה רבה יותר, כך חזק יותר שיקול האחריות נגד הגנה על האדם האחראי, ולכן רק שיקול נוגד חזק יותר של קדימות למניעת הפגיעה החמורה יותר, אשר עצמתו נקבעת על פי גודל הפער בחשיבות האינטרסים, יכריע את הכף. לפי גרסה אחרת של ההצעה האמורה, ככל שהיסוד הנפשי של הפועל באשר לאפשרות שהפעולה תוליך לקונפליקט חמור פחות, נדרשת מידה רבה יותר של אחריות כתנאי לשלילת ההתגוננות.⁷⁰ גם הצעה זאת היא במקום, שכן נראה כי שני המשתנים הללו משפיעים על מידת האחריות של האדם המוגן, ולכן ככל שאחד מהם הוא בעל חשיבות רבה יותר יותר, כך השני יכול להיות בעל חשיבות פחותה, בלי שינוי במידת האחריות הכוללת.⁷¹

69 קרמניצר (לעיל, הערה 67) בעמ' 127.

70 קרמניצר (לעיל, הערה 21) בעמ' 478.

71 בפרדיגמה של התגוננות שני הצדדים לקונפליקט – המתגרה והתוקף – נושאים באחריות לקיום הקונפליקט, ולכן אם שאר הדברים שווים, ראוי להעדיף את האדם האחראי פחות, כלומר לשלול את ההגנה רק כאשר מידת אחריותו של האדם המוגן עולה על סף שגובהו נקבע לפי מידת אחריותו של התוקף.

סיכום

אחריות היא נתון בעל חשיבות מוסרית (אינטרינזית) בכל הנוגע להכרעה בקונפליקטים בין-אישיים (בצד נתונים אחרים בעלי חשיבות כזאת, כגון גודל ההטבה האישית, ונתונים המהווים בסיס לשיקולים פרגמטיים). הגנות מצדיקות במשפט הפילי צריכות להיות מבוססות (בין היתר) על נתון זה. הגנות פליליות שכיחות אכן משקפות התחשבות באחריות, אבל לעתים בדרך לא מוצלחת. במאמר הצבעתי על כמה היבטים שלפיהם ראוי לתקן את הדרך שבה שיקול האחריות בא לידי ביטוי במשפט הנוהג. בפרט ציינתי שהאדם אשר אחריותו היא בעלת חשיבות הוא האדם אשר האינטרסים שלו עומדים על הפרק ולא הפועל, שיש להביא בחשבון שיקולים נוספים על שיקול האחריות, שאחריות יכולה לבוא לידי ביטוי לא רק בפעולות פסולות, ושיש מקום ליותר מחלופה אחת לשלילת הגנות פליליות עקב אחריות כדי לתת ביטוי הולם לשיקולים הרלוונטיים.