

הגנה מיוחדת לבית מגורים, לבית עסק ולמשק חקלאי:

סכנותיה ותחימת גבולותיה

בעקבות פרשת דרומי

מרים גור-אריה, * גליה דאור**

רשימה זו בוחנת אם יש הצדקה להעניק הגנה מיוחדת לבית מגורים, לבית עסק ולמשק חקלאי, אשר רחבה מההגנה העצמית הרגילה. ההגנה על בית מגורים, בית עסק ומשק חקלאי נוספה למשפט הישראלי בעקבות המקרה של שי דרומי – בעל חווה חקלאית שירה לעבר פורצים שפלו לחוותו במטרה לגנוב את עדר הצאן שלו, המית אחד מהפורצים ופצע פורץ אחר.

הרשימה מדגישה את המסר הבעייתי בדבר עדיפות הרכוש על החיים העלול להשתמע מקיומה של הגנה מיוחדת המאפשרת לבעלים של בתי מגורים, בתי עסק ומשקים חקלאיים להתגונן מפני התפרצות וגנבה באמצעים רחבים מאלה העומדים לרשותם של מי שמצאו את עצמם תחת התקפה שסיכנה חיים בהיותם ברחוב, ברכב או במקום ציבורי אחר. הרשימה בוחנת אם פסק-הדין בפרשת **דרומי** השכיל להקחות מסר זה באמצעות האופן שבו פורשה בו ההגנה המיוחדת המוענקת לבית מגורים, לבית עסק ולמשק חקלאי. הרשימה מצביעה על הבעייתיות בעמדת הרוב, כפי שבאה לידי ביטוי בפסק-דינה של השופטת ברקאי, ותומכת בפסק-דין המיעוט של השופט ואגו, המציב גבול ברור בין שימוש לגיטימי בכוח לצורכי התגוננות לבין שימוש פסול בכוח כלפי פורצים נמלטים.

הרשימה ממשיכה ומציעה פירוש שונה ליחס שבין ההגנה העצמית הרגילה לבין ההגנה המיוחדת המוענקת לבית מגורים, לבית עסק ולמשק חקלאי. הטענה המרכזית בהקשר זה היא כי **הצדקת** הדיפתו של

* פרופסור מן המניין, הקתדרה למשפט פלילי ע"ש השופט בזיל וונש, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים.
** סטודנטית שנה ג לתואר בוגר במשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים.

תוקף – לרבות פורץ לבית מגורים, לבית עסק או למשק חקלאי – תוגבל למקרים שבהם התגובה הייתה סבירה בנסיבות העניין, כנדרש במסגרת ההגנה העצמית הרגילה, וייחודם של בית המגורים, בית העסק והמשק החקלאי יובא בחשבון במסגרת הערכת הסבירות. הדיפה של פורץ אשר חרג מהסביר תהיה פסולה, אבל במצבים שבהם היא הונעה על-ידי תחושות של מצוקה ופחד תעניק אותה הגנה מיוחדת הניתנת לבית מגורים, לבית עסק או למשק חקלאי **פטור** למי שהדף את הפורץ. זאת, בתנאי שאותה תגובה שהונעה על-ידי תחושות של מצוקה ופחד לא הייתה בלתי-סבירה בעליל בנסיבות העניין, ויועדה להדוף סכנה מוחשית אשר טרם חלפה. שימוש בכוח עם חלוף הסכנה יהיה לעולם פסול.

רקע. א. על הגנה עצמית ועשיית דין עצמית. ב. ההקשרים שבהם נהוג לקבוע הסדר מיוחד לבית מגורים. ג. המסר העלול להשתמע מעצם קיומה של הגנה מיוחדת לבית מגורים, לבית עסק ולמשק חקלאי, אשר רחבה מההגנה העצמית הרגילה. ד. פסק-הדין בפרשת דרומי: 1. הסכנה האחת – הגנה על רכוש במחיר של פגיעה בחיים; 2. הסכנה האחרת – "חיסול חשבונות". ה. התחשבות בתחושות של מצוקה ופחד – הצעה לפירוש שונה של היחס בין ההגנה העצמית הרגילה לבין ההגנה המיוחדת הניתנת לבית מגורים, לבית עסק ולמשק חקלאי. ו. במקום סיכום.

רקע

בינואר 2007 ירה שי דרומי, בעל חווה חקלאית הממוקמת מדרום להר חברון, לעבר פורצים שפלו לחוותו במטרה לגנוב את עדר הצאן שלו, המית אחד מהפורצים ופצע פורץ אחר. המתת הפורץ על-ידי דרומי זכתה בתהודה ציבורית ניכרת, והפנתה את תשומת-הלב למצוקתם של בעלי חוות חקלאיות בדרום הנאלצים "להתמודד ולספוג אירועי פריצות וגניבות רציפים" של עדרי צאן, אשר מלווים לא פעם מעשי אלימות קשים.¹ בעלי החוות החקלאיות הדגישו את תחושת חוסר האונים שלהם לנוכח "אוזלת ידה של המשטרה", המאפשרת לבוזזים "כר חופשי לפעולת הביזה וההרס ללא כל חשש מכוחות אכיפת החוק המאחרים להגיע ולהושיט עזרה, בשל ריחוק החווה מן העיר הקרובה". "על אף התלונות

1 ת"פ (מחוזי ב"ש) 1010/07 מדינת ישראל נ' דרומי, פס' 9 לפסק-דינה של השופטת ברקאי (פורסם בנבו, 15.7.2009).

המוגשות אין... בעלי החוות זוכים להגנה או לפחות לנוכחות מרתיעה של המשטרה שלא לדבר על הליכי מיצוי חקירה והבאתם לדין של אותם בוזזים.²

בתגובה על האירוע, ועוד בטרם התברר דינו של דרומי, הוגשו לוועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת כמה הצעות חוק פרטיות המציעות להעניק הגנה פלילית מיוחדת למי שפעל להגנה על משק חקלאי ובית מגורים מפני פריצות וגנבות. בפותחו את הדיון בהצעות אלה,³ הצביע יושב-ראש ועדת החוקה, חוק ומשפט דאז, מנחם בן-ששון, על "תחושה ציבורית... שאנחנו לא זוכים להגנה מספקת מרשויות החוק, וליתר דיוק... [מה]משטרה", ועל "תחושת [ה]מועקה של אזרח בודד שפעם אחר פעם ניזוק". מאידך גיסא הדגיש בן-ששון כי יש לתת את הדעת לשאלה של "לקיחת החוק לידים, עד להיכנס. האם זה ראוי, האם זה רצוי, האם זה מצב של אין ברירה".

בדברי ההסבר לכמה מהצעות החוק שהציעו להעניק הגנה פלילית מיוחדת לבית מגורים או למשק חקלאי הודגשו אוזלת-ידה של המשטרה והצורך לאפשר לפרט להגיב במטרה להרתיע מפני התפרצות לבית מגורים או למשק חקלאי ומפני גנבה מהם.

בשנים האחרונות קיים ריבוי מקרים של חדירה בלתי חוקית לבתי אזרחים ומשקים חקלאיים בישראל, דוגמת המקרה הטרגי שהוביל חקלאי לירות בחבורת פורצים ואף להרוג אחד מהם. בשל היעדר מדיניות הרתעה הולמת ואי יכולתה של המשטרה להתמודד עם תופעות אלה בשל היעדר כלים מתאימים[.], יש לשנות את החוק על מנת ליצור הרתעה ולהפחית בצורה ניכרת את העברות הללו.⁴

לנוכח זאת הוצע לתקן את חוק העונשין באופן שיעניק הגנה מיוחדת למי שהדף התפרצות לבית מגורים ולמשק חקלאי. חלק מההצעות שהוגשו לוועדת החוקה, חוק ומשפט הציעו להעניק בהקשר זה הגנה רחבה מאוד. בהתאם לאחת ההצעות, אין להתנות את הדיפת ההתפרצות לבית מגורים או למשק חקלאי ב"תוצאות".⁵ משמעותה של ההצעה היא ויתור

2 ש.ם.

3 ראו פרוטוקול ישיבה מס' 256 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-17 (11.7.2007).

4 דברי ההסבר להצעת חוק העונשין (תיקון – הגנה עצמית מפני פורץ), התשס"ז-2007, הוגשה על ידי חברי הכנסת: ישראל כץ, אורי אריאל, אביגדור יצחקי, יעקב מרגי, יורם מרציאנו, גדעון סער, משה שרוני. כן ראו ברוח זו דברי ההסבר להצעת חוק אחרת, הצעת חוק העונשין (תיקון – הגנה כנגד כניסה והתפרצות), התשס"ז-2007, הוגשה על ידי חברי הכנסת יצחק אהרונוביץ, ישראל חסון, סופיה לנדבר, אלכס מילר, סטס מיסודניקוב; וכן דברי ההסבר להצעת חוק העונשין (תיקון – הגנת בית מגורים ומשק חקלאי), תשס"ז-2007, הוגשה על ידי חבר הכנסת אליהו גבאי.

5 "עשה אדם מעשה במקום המוחזק על ידו כדין כנגד מי שנכנס או מתפרץ למקום או המנסה להיכנס למקום, בכוונה לבצע עבירה, יראו את המעשה שעשה כפעולה בהגנה עצמית, וזאת

מוחלט על דרישת הפרופורציה בין הסכנה שנשקפה מההתפרצות לבין הנזק שנגרם עקב הדיפת ההתפרצות. הצעה אחרת כללה היתר מפורש להמית את המתפרץ אם אין דרך אחרת למנוע את ההתפרצות או את גנבת הרכוש.⁶

לאחר דיונים ארוכים בוועדה נדחו הצעות אלה, והתיקון שהתקבל בסופו של דבר היה מתון יותר.⁷ התיקון מופיע כיום בסעיף 134 לחוק העונשין. בהתאם לתיקון, להבדיל מהגנה עצמית רגילה, המותנית בסבירות התגובה של המתגונן,⁸ ההגנה על בית המגורים, על בית העסק⁹ או על המשק החקלאי מותנית בכך שהתגובה לא הייתה בלתי-סבירה בעליל. הסעיף קובע:

134. הגנת בית מגורים, בית עסק ומשק חקלאי מגודר

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

(ב) הוראת סעיף קטן (א) לא תחול אם –

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

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

ללא קשר לתוצאות המעשה. "הצעת חוק העונשין (תיקון – הגנה כנגד כניסה והתפרצות), שם (ההדגשה הוספה).

6 "לא יישא אדם באחריות פלילית למעשה שהיה דרוש כדי להדוף כניסה או התפרצות לבית מגורים או משק חקלאי בכוונה לבצע עבירה; 'מעשה' – לרבות שימוש בכוח קטלני." הצעת חוק העונשין (תיקון – הגנת בית מגורים ומשק חקלאי), לעיל ה"ש 4 (ההדגשה הוספה).

7 חוק העונשין (תיקון מס' 98), התשס"ח-2008, ס"ח 608.

8 ההגנה העצמית מוגדרת בס' 134 לחוק העונשין, הקובע: "34. הגנה עצמית – לא יישא אדם באחריות פלילית למעשה שהיה דרוש באופן מיידי כדי להדוף תקיפה שלא כדין שנשקפה ממנה סכנה מוחשית של פגיעה בחייו, בחירותו, בגופו או ברכושו, שלו או של זולתו; ואולם, אין אדם פועל תוך הגנה עצמית מקום שהביא בהתנהגותו הפסולה לתקיפה תוך שהוא צופה מראש את אפשרות התפתחות הדברים."

ס' 34 לחוק קובע: "34טז. חריגה מן הסביר – הוראות סעיפים 34, 34 ו-34 יב לא יחולו כאשר המעשה לא היה סביר בנסיבות העניין לשם מניעת הפגיעה."

9 הרחבת ההגנה גם לבית העסק נעשתה במהלך הדיונים בוועדת החוקה, חוק ומשפט. ראו פרוטוקול ישיבה מס' 450 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-17, 6-11 (12.2.2008). ברשימה זו אין אנו דנות בשאלה אם יש הצדקה להרחבתה של ההגנה המיוחדת גם לבית עסק. להתייחסות לשאלה זו ראו את מאמרו של סנג'רו בגיליון זה.

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

השאלה אם ובאיזה אופן ניתן להתמודד עם אוזלת-ידה של המשטרה – אשר אינה מצליחה לאכוף את איסורי החוק הפלילי על גנבים שפורצים לבתי מגורים, לבתי עסק ולמשקים חקלאיים וגונבים משם רכוש – היא שאלה מורכבת, המצריכה חשיבה מערכתית רחבה. ברשימה זו נתמקד בניסיון, החלקי מטבעו, להתמודד עם ריבוי הפריצות באמצעות יצירתה של הגנה פלילית מיוחדת להגנה על בית מגורים, בית עסק או משק חקלאי, אשר רחבה מההגנה העצמית הרגילה. מהלך הטיעון יהיה כזה: תחילה נתחום את ההגנה העצמית ונעמוד על ההבדל שבינה לבין עשיית דין עצמית; אגב כך גם נדגיש את הבעייתיות בעמדת הפסיקה במשפטנו באשר להגנה העצמית. בהמשך נתאר את האופן שבו נוצרו בשיטות המשפט המקובל הסדרים מיוחדים להגנת בית מגורים, ונציג את הרציונלים המצדיקים אותם. מכאן נעבור למסר הבעייתי, לדעתנו, העולה מיצירתה של הגנה נפרדת לבית מגורים אשר רחבה מההגנה העצמית הרגילה, ולאופן שבו התמודדה הפסיקה בפרשת דרומי עם הסכנות הטמונות במסר זה. בהמשך הרשימה נציג את עמדתנו שלנו ביחס לפירוש הראוי של ההגנה המיוחדת לבית מגורים. פירוש זה מתמקד בתחושות של מצוקה ופחד המביאות לידי שימוש בכוח החורג מהסביר. בסיכום הרשימה נתייחס למאמרו של פרופ' סנג'ור המופיע בגיליון זה, אשר עוסק גם הוא בפרשת דרומי, ונדגיש את נקודות השוני העיקריות בין מאמרו לבין רשימה זו.

א. על הגנה עצמית ועשיית דין עצמית

כאמור, הדיונים סביב פרשת דרומי והתיקון לחוק התמקדו בשאלה של עשיית דין עצמית לנוכח אוזלת-ידה של המשטרה. מן הראוי לכן לעמוד בקצרה על מושכלות-יסוד בדבר היחס שבין הגנה עצמית לבין עשיית דין עצמית – יחס שלא היה ברור תמיד לפסיקה הישראלית.

שיטת משפט אינה יכולה להתקיים אלא אם כן למדינה יש מונופול על השימוש בכוח. מונופול זה, שבא לידי ביטוי בעקרון החוקיות, שולל את זכותו של הפרט לפנות לשימוש בכוח כדי להסדיר את יחסיו עם פרטים אחרים או את מגעיו עם הרשויות. המחויבות להגן על הפרט מפני פגיעה באינטרסים הלגיטימיים שלו היא של המדינה, באמצעות החוק ומוסדות אכיפת החוק. עם זאת, במקרים שבהם הפרט נחשף לתקיפה מוחשית המסכנת את חייו, את שלמות גופו, את חירותו או את רכושו, שיטת המשפט מעניקה לפרט, באמצעות

ההגנה העצמית, היתר להדוף את התקיפה ולמנוע את מימוש הסכנה לאינטרסים שלו.¹⁰ כאשר הנתקף מגן על עצמו ומונע את התוקף מלהגשים את זממו, הוא לא רק מבטיח את האינטרסים שלו מסכנת פגיעה, אלא גם תורם להשבת הסדר המשפטי על כנו בכך שהוא מונע ביצוע עברה.¹¹ שימוש בכוח במסגרת הגנה עצמית יהיה מוצדק בהתקיים שני תנאים מרכזיים: השימוש בכוח היה נחוץ למניעת ההתקפה (לא הייתה דרך אחרת פוגענית פחות להדיפת ההתקפה); והתקיימה פרופורציה בין הנזק שנגרם עקב השימוש בכוח לבין הסכנה שנשקפה.¹² מכוח הפרופורציה ניתן להצדיק המתת תוקף שסיכן חיים, אך אי-אפשר להצדיק המתתו של גנב, גם אם זו הייתה הדרך היחידה למניעת גנבתו של הרכוש.

הפסיקה הישראלית, לעומת זאת, התייחסה אל ההגנה העצמית כאל הגנה המסכנת את "אינטרס הציבור להשליט חוק וסדר ולמנוע 'חיסול חשבונות' בדרך אלימה".¹³ בעקבות תפיסה זו החמירה הפסיקה עם נאשמים שפעלו כדי להדוף מעשי תקיפה, ונמנעה במקרים רבים מלהעניק הגנה עצמית. אחת הדוגמאות הקיצוניות לחשש להעניק הגנה זו מצויה בפרשת קליינר משנת 2004.¹⁴ בפרשה זו נדחתה טענת ההגנה העצמית של נהג מונית אשר במהלך נסיעה ירה למוות במנוח לאחר שהלה עלה למכוניתו ו"תוך כדי צעקות ואיומים שלף... סכין ואיים [עליו] באמצעותה".¹⁵ טענת ההגנה העצמית נדחתה אף שבית המשפט היה מוכן להניח כי הנהג עשה את כל המאמצים האפשריים להיחלץ מהסכנה שריחפה עליו מבלי לפגוע במנוח: הוא "ניסה לפנות ברכבו לעבר תחנת משטרה קרובה, אך המנוח אחז בהגה הרכב ומנע זאת ממנו";¹⁶ והוא ניסה "לנטוש את הרכב ולהסתלק מהמקום... [אך]

10 על היחס שבין המונפול על השימוש בכוח המצוי בידי המדינה לבין ההגנה העצמית ראו: GEORGE P. FLETCHER, A CRIME OF SELF-DEFENSE: BERNARD GOETZ AND THE LAW ON TRIAL 18 (1990).

11 חשיבותה של ההגנה על הסדר הציבורי במסגרת ההגנה העצמית הודגשה בהרחבה על-ידי סנג'רו. ראו, למשל, בועז סנג'רו הגנה עצמית במשפט הפלילי 133–120 (2000); BOAZ SANGERO, SELF-DEFENCE IN CRIMINAL LAW 67–73, 93–107 (2006); וכן את מאמרו שבגיליון זה. כן ראו FLETCHER, לעיל ה"ש 10, בעמ' 19, המדגיש את ראיית ההגנה העצמית כ-"a necessary means for vindicating a stable social order".

12 במשפטנו, דרישת הנחיצות באה לידי ביטוי מפורש בדרישה כי מעשה ההתגוננות "היה דרוש באופן מידי כדי להדוף תקיפה שלא כדין", כאמור בס' 34 לחוק עונשין. ראו את נוסח הסעיף לעיל בה"ש 8. לעומת זאת, דרישת הפרופורציה בין הרעה הצפויה ממימוש הסכנה לבין זו שנגרמה על-ידי המתגונן גלומה בסייג השולל הגנה עצמית כאשר "המעשה לא היה סביר בנסיבות הענין לשם מניעת הפגיעה", כאמור בס' 34 לחוק. ראו את נוסח הסעיף לעיל בה"ש 8.

13 ע"פ 20/04 קליינר נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(6) 80, פס' 9 לפסק-דינו של השופט לוי (2004). כן ראו ע"פ 5266/05 זלנצקי נ' מדינת ישראל, פס' 14–15 לפסק-דינה של השופטת ארבל (פורסם בנבו, 22.2.2007).

14 פרשת קליינר, שם. דוגמאות נוספות מנותחות בהרחבה על-ידי סנג'רו במאמרו שבגיליון זה.

15 פרשת קליינר, לעיל ה"ש 13, פס' 3 לפסק-דינו של השופט לוי.

16 שם, פס' 11 לפסק-דינו של השופט לוי.

המנוח אחז בחולצתו.¹⁷ בסיטואציה זו הגיע בית המשפט למסקנה כי "שליפת האקדח על-ידי המערער הייתה בבחינת תגובה סבירה, וסבירה היא גם החלטתו לירות יריות הרתעה לעבר גג הרכב".¹⁸ אולם המערער הוסיף וירה שלושה כדורים לעבר פלג גופו העליון של המנוח. לדעת בית המשפט, הירי הנוסף חרג מגדר התגובה הסבירה, משום ש"להשגתה של מטרת ההרתעה היה די לירות כדור אחד, ולא יבר קריטי פחות, כדי להביא לנטרולו של המנוח, דבר שהיה מאפשר למערער לצאת מהרכב ולהזעיק עזרה".¹⁹ כל זאת כאשר נסיונותיו של הנהג להיחלץ מהסכנה שריחפה עליו נעשו תוך כדי נהיגה וכאשר סכין מכוונת לעברו!²⁰ נהג המונית הורשע בעבירת ההריגה ונדון לשבע שנות מאסר, מהן חמש בפועל. עמדתה של הפסיקה, הרואה בהגנה עצמית הגנה המסכנת את אינטרס הציבור, מטשטשת גבול חשוב שיש למתוח בין הגנה עצמית, המתירה לפרט להשתמש בכוח לצורך התגוננות, לבין שימוש פסול בכוח לצורך ענישה או חיסול חשבוניות.²¹ ההגנה העצמית מוגבלת למקרים שבהם מעשה ההתגוננות נדרש באופן מיידי להדיפת סכנה מוחשית לאינטרסים של המתגונן. הדרישה למוחשיות הסכנה ולמיידיות התגובה מיועדת להבחין בין הגנה עצמית לבין שימוש בכוח שאינו לגיטימי, בין משום שהוא נעשה מוקדם מדי, עוד בטרם התגבשה הסכנה, ובין משום שהוא נעשה מאוחר מדי, לאחר חלוף הסכנה.²² שימוש בכוח לאחר חלוף הסכנה יוצא מגדרה של הגנה עצמית ומהווה מקרה מובהק של נטילת

17 ש.ם.

18 ש.ם.

19 ש.ם.

20 ראו ביקורת דומה אצל סנג'רו במאמרו שבגיליון זה.

21 גבול כזה נמתח בעבר על-ידי הפסיקה. ראו ע"פ 319/71 אחמד נ' מדינת ישראל, פ"ד כו(1) 316, 309 (1972): "יש להבחין בין התגוננות ברוח לחימה לבין התגוננות בדרך הגנה: הלוחם משיב מלחמה שורה, והעובדה שהוא מתגונן מפני תוקפנות יריבו, אינה אלא העילה למלחמתו; ואילו המגן על נפשו סולד מן המלחמה ונרתע מפניה ועושה כל מאמץ להימנע ממנה, וכל מעשה אלימות אשר הוא עושה להגנתו עושה הוא בעל כרחו ובלית ברירה. הגנת החוק נתונה למתגונן בדלית ברירה ולא ללוחם בעילת התגוננות." כן ראו ע"פ 4785/90 ג'באריין נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(5) 221, פס' 3 לפסק-דינה של השופטת דורנר (1995): "מעשה 'ענישה' בתגובה לתקיפה אינו סביר. עמד על כך פרופ' פלר: 'עשיית יתר, שחורגת מממדי הגנה, עשויה לשלול מן המעשה במלואו את אופיו ההגנתי; מעשה כזה עשוי להיות ביטוי ללחימה בתירוץ הגנה פרטית, ולא ביטוי להגנה פרטית בדלית ברירה' (ש' ז' פלר, יסודות בדיני עונשין (המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי ע"ש הרי סאקר, כרך ב, תשמ"ז) 433).

22 ראו FLETCHER, לעיל ה"ש 10, בעמ' 20: "The requirement of imminence means that the time for defense is now... This requirement distinguished self-defense from the illegal use of force in two temporarily related ways. A preemptive strike against a feared aggressor is illegal force used too soon; and retaliation against a successful aggressor is illegal force used too late"

החוק לידיים כדי לבוא חשבון עם התוקף. במדינת חוק הסמכות "לבוא חשבון" עם התוקף ולהענישו מסורה בידי המערכת המשפטית ורשויות אכיפת החוק.

Retaliation is the standard case of "taking the law into one's own hands".

There is no way, under the law, to justify killing batterer or a rapist as retaliation or revenge, however much sympathy there may be for the wife.²³

יש להצטער על כך שהמקרה של דרומי לא הביא לידי חשיבה מחודשת על ההגנה העצמית במשפט הישראלי, שהייתה מייצרת יצירתה של הגנה מיוחדת לבית מגורים, לבית עסק ולמשק חקלאי. חשיבה כזו הייתה מחייבת הצבת גבול ברור בין התגוננות מפני סכנה מוחשית לבין חיסול חשבונות וענישה לאחר שהסכנה חלפה. הצבת הגבול הייתה מאפשרת לראות בהתגוננות פעולה שיש בה דווקא כדי להגן על הסדר הציבורי. ההתגוננות מונעת את התוקף מלבצע עברה, ואף עשויה לדרבן את התוקף לחדול מההתקפה מיוזמתו לאחר היווצרות העימות עם הנתקף; ברגע שהתוקף מפסיק את ההתקפה, אין היתר משפטי לפגוע בו. הצבת גבול בין התגוננות לבין נטילת החוק לידיים לצורך חיסול חשבונות הייתה מאפשרת לפסיקה במשפטנו, אשר חששה לסדר הציבורי, להגמיש את תנאי ההגנה העצמית כל עוד הסכנה הצפויה ממעשה התקיפה היא מוחשית, ועם זאת להדגיש כי עם חלוף הסכנה אין להשתמש בהגנה עצמית ככלי להעניש את מי שתקף (נפש, גוף או רכוש) ולבוא עימו חשבון.

המשפט הישראלי לא הלך בדרך זו, אלא בחר להתמודד עם מצבם העגום של החקלאים בדרום, כפי שנחשף בעקבות המקרה של דרומי, באמצעות הענקת הגנה מיוחדת לבית מגורים, לבית עסק ולמשק חקלאי, אשר רחבה מזו העומדת למי שנאלץ להתגונן מפני התקפה בהיותו ברחוב, במכונית, ברכבת, במועדון ובשאר מקומות. השאלה הנשאלת היא אם יש הצדקה להענקת הגנה מיוחדת לבית מגורים, לבית עסק ולמשק חקלאי.

ב. ההקשרים שבהם נהוג לקבוע הסדר מיוחד לבית מגורים

לכל אורך ההיסטוריה נתפס בית המגורים כראוי להגנה חזקה בשל חשיבותו לאוטונומיה של הפרט.²⁴ בית המגורים נחשב לסמל לחיים עצמם, בהיותו "קו הנסיגה האחרון" של הפרט אשר מגן עליו מפני "עולם עויין"²⁵ ומותר לו מרחב פרטי מוגן מהתערבות. תפיסה זו

23 שם, בעמ' 22–23.

24 GEORGE P. FLETCHER, RETHINKING CRIMINAL LAW 866–868 (2000).

25 פרשת דרומי, לעיל ה"ש 1, פס' 6 לפסק-דינה של השופטת ברקאי, המפנה גם לאחת המובאות המפורסמות בנושא, מתוך: People v. Tomlins, 213 N.Y. 240, 107 N.E. 496 (1914).

הובילה את המשפט אנגלי, כבר מראשית דרכו (במאה החמישית), ליצירתן של עברות מיוחדות המיועדות להגן על בית המגורים, כגון הצתת בית מגורים (עברה שהעונש עליה בתקופות מסוימות היה מוות בשרפה, וזאת אף כאשר בנסיבות הקונקרטיות הצתת הבית לא סיכנה חיים)²⁶ ופריצה לבית מגורים (אשר נחשבה לעברה חמורה יותר מפריצה למקומות אחרים, בשל החדירה ל"מעטפת הסגורה והבצורה" של הבית).²⁷

במקביל הוענק לפרט היתר מיוחד להגן על בית המגורים במסגרת ההגנה העצמית, וזאת בשני הקשרים מרכזיים.

ההקשר האחד – חובת הנסיגה. במקרים של התקפה המסכנת חיים עשויה להיות לנתקף אפשרות להסתלק מהמקום במקום להתמודד עם התוקף תוך סיכון חיים. במקרים אלה, בשיטות המשפט המקובל וגם אצלנו, נהוג לחייב את הנתקף לסגת מהמקום אם הוא יכול לסגת בבטחה, ובכך להציל את חייו-הוא וכן את חיי התוקף.²⁸ עם זאת, חובת הנסיגה אינה חלה בבית המגורים.²⁹ המשמעות היא שבמקרים שבהם פורץ לבית מגורים מסכן את חיי הנמצאים בבית, אין מצפים שהמתגוררים בבית ייסוגו ממנו, גם אם היציאה מהבית תמנע את הסכנה לחיים. במקרים אלה הם רשאים להישאר על עומדם, ובהעדר בררה אחרת אף להמית את הפורץ.

גישה זו נבעה במקורה מהתפיסה כי "ביתו של אדם הוא מבצרו". תפיסה זו נשענה על משמעותו הסמלית של הבית בעבור הפרט, כפי שהוסברה לעיל, ועל נטייתו הטבעית של הפרט למצוא מקלט בביתו.³⁰ גישה פונקציונלית יותר תדגיש את קיומה או העדרה של

26 WILLIAM S. HOLDSWORTH, A HISTORY OF ENGLISH LAW 370 (3rd ed. 1923); 3 Wm. L. BURDICK, THE LAW OF CRIME 2 (1946).

27 יורם שחר "משפט פלילי ותרכות בישראל" פלילים ז' 77, 86 (1998). עוד על חשיבותו הסמלית של בית המגורים באנגליה עד המאה העשרים ראו HOLDSWORTH, שם.

28 על חובת הנסיגה באופן כללי ראו, למשל, SANGERO, לעיל ה"ש 11, בעמ' 192-216; FLETCHER, לעיל ה"ש 24, בעמ' 864-868; 2 PAUL H. ROBINSON, CRIMINAL LAW DEFENSES 79-81 (1984).

29 Joseph H. Beale, *Retreat from a Murderous Assault*, 16 HARV. L. REV. 567, 574 (1902-1903). מדינות שונות בארצות-הברית, למשל, קובעות במפורש בחוק הפלילי שלהן כי חובת הנסיגה אינה מתקיימת בבית מגורים, ביניהן דלוור (DEL. CODE ANN. tit. 11, § 464(e)(2)(a)) וניו-יורק (N.C. GEN. STAT. § 14-51.1(b) (2010)), וירג'יניה (LexisNexis 2010), קרוליינה הצפונית (LexisNexis 2010), וירג'יניה המערבית (LexisNexis 2010) (W. VA. CODE ANN. § 55-7-22(b)), מישיגן (MICH. COMP. N.Y. PENAL LAW § 35.15 (Consol.) וניו-יורק (LAWS SERV. § 768.21c (LexisNexis 2010)). ראו: Eric Del Pozo, *Retreat Does Not Equal Surrender: Defensive Deadly Force* (2010). גישה זו מכונה Castle Doctrine. ראו: Stuart P. Green, *Castles and Carjackers: Proportionality and the Use of Deadly Force in Defense of Dwellings and Vehicles*, 1999 U. ILL. L. REV. 1, 9. BURDICK, לעיל ה"ש 26, כרך 2, בעמ' 137-140; Semayne's Case, 5 Coke 91, 77 Eng. ; Reprint 194 המציגה רציונלים נוספים להעדר חובת הנסיגה מבית מגורים, כגון העובדה שהאדם נמצא

תועלת בנסיגה, תחת ההנחה שכאשר אדם מותקף בביתו, נסיגה לא תשפר בהכרח את מצבו, ולכן הוא אינו מחויב בה.³¹ לגישה זו יש משמעות רבה במיוחד כיום, משום שלנוכח ההתפתחות הטכנולוגית, נסיגה תהיה במקרים רבים לא-אפקטיבית – למשל, במקרה של פורץ המצויד באקדח.³²

בהקשר זה ראוי להדגיש כי הפסיקה במשפטנו שקדמה לפרשת דרומי בחרה להכביד גם על מי שהותקף בביתו, והייתה מוכנה להטיל חובת נסיגה גם מבית המגורים:

חרף העובדה כי הבית עודנו משמש אלמנט מרכזי בחייו של אדם, נדמה כי האספקטים ההגנתיים שלו נחלשו בתקופתנו, וכי דרישה ממי שמתקף בביתו לסגת אינה מהווה עוד פגיעה כה חמורה באוטונומיה האישית ובסדר החברתי.³³

ההקשר האחר – הנחת המסופנות. ההנחה היא כי בדרך-כלל מי שמתפרץ לבית מגורים במטרה לגנוב מִספֵן את חייהם של הנמצאים בבית, וזאת משום שגם אם מלכתחילה לא התכוון הפורץ לנהוג באלימות, הסיטואציה עלולה להתפתח בקלות יחסית לכלל עימות מסכֵן-חיים.³⁴ בשיטות שונות הולידה הנחה זו חזקה שלפיה התפרצות לבית מגורים מסכנת חיים, ולכן בהעדר דרך אחרת להתמודד עם הפורץ, ניתן להפעיל כלפיו כוח קטלני.³⁵ עם זאת, החזקה תלויה בנסיבות, ובמקרים שבהם הנסיבות סותרות הנחה זו, אין הצדקה

בביתו בזכות, ולכן על פניו יש פסול מוסרי בחיובו לסגת (בהקשר זה ראו גם FLETCHER, לעיל ה"ש 24, בעמ' 866). כפי שמציין פלטר (שם, בעמ' 868), לרציונל זה יש פוטנציאל להתרחבות ניכרת מעבר להגנת בית המגורים, שכן הוא יכול עקרונית לחול בכל מקום שבו יש לאדם זכות להימצא.

31 Green, לעיל ה"ש 29, בעמ' 9, מציג את שני הרציונלים כהצדקות להעדר חובת הנסיגה בבית המגורים.

32 Beale, לעיל ה"ש 29, בעמ' 580.

33 פרשת זלנצקי, לעיל ה"ש 13, פס' 20 לפסק-דינה של השופטת ארבל.

34 את מקורותיה של הנחת המסופנות אפשר למצוא כבר בספר שמות, שם נקבע כי הגנב הבא במחתרת "אין לו דמים" (שמות כב 1). אמירה זו פורשה, לפחות על-ידי חלק מהפרשנים, כהיתר להרוג את הגנב המתפרץ לבית ב"מחתרת" ("חותר תחת קיר הבית"), אשר נחשב ל"רודף". אהרן אנקר עיקרים במשפט הפלילי העברי 336 (התשס"ז); מיכאל אברהם "הריגת גנב לצורך הגנה על רכוש" תחומין כח 174, 180 (התשס"ח). בחלק מן המקורות אף נדון במפורש קיומה של חזקה שלפיה "החתייה תביא בסופו של דבר להריגת בעל הבית": הגנב, בעת התפרצותו, מניח כי בעל הבית ינסה להגן על רכושו, ומכאן שהוא נכון מראש גם להרוג את בעל הבית, ולבעל הבית עומדת זכותו להגנה עצמית. ראו אנקר לעיל, בעמ' 338–339; פרשת דרומי, לעיל ה"ש 1, פס' 7 לפסק-דינה של השופטת ברקאי; וכן ההפניה שם למשנה, סנהדרין עב, א.

35 כך, למשל, בקליפורניה (CAL. PENAL CODE § 198.5 (Deering 2009)) ובאוקלהומה (OKLA. DEFENSE OF PREMISES, STAT. ANN. tit. 21, § 1289.25 (LexisNexis 2010)). גישה זו מכונה Defense of premises. Green, לעיל ה"ש 29, בעמ' 9.

לשימוש בכוח קטלני. כך, למשל, כאשר הפורץ נס עם הרכוש בידיו או כאשר בעל הבית מגלה את דבר קיומו של פורץ בביתו בעוד הוא עצמו מחוץ לבית, אין היתר להשתמש בכוח קטלני כדי למנוע מהפורץ את גנבת הרכוש.³⁶

ההגדרה של המשפט המקובל ביחס לטיב הנכס היכול להיחשב בית מגורים בהקשרים השונים הינה מרחיבה למדי – כל נכס המשמש בפועל למגורים וללינה³⁷ – וההסדרים המיוחדים להגנת בית המגורים חלים על כל מי ששוהה בו (לאו דווקא בעל הבית).³⁸ שאלה נוספת בהקשר זה היא מידת התפרשותם של ההסדרים המיוחדים סביב בית המגורים. נראה כי בעניין זה אין תמימות-דעים: בהקשר של דירת המגורים נקבע בפסקי-דין אמריקאיים במדינות שונות כי "הבית" לצורך שאלת הנסיגה כולל רק את הדירה עצמה, ולא חלקים משותפים, כגון חדר המדרגות.³⁹ לעומת זאת, לגבי בתים נקבע כי שטח הבית כולל גם את החצרים⁴⁰ – גישה העשויה לחול גם על "משק חקלאי מגודר" (כפי שנקבע בהגנה המיוחדת אצלנו). גם בשאלת תחולתם של ההסדרים המיוחדים, ובמיוחד של חובת הנסיגה, על "בתי עסק" הדעות חלוקות.⁴¹ במשפטנו, התיקון לחוק העונשין – אשר כורך יחדיו את

36 Green, לעיל ה"ש 29, בעמ' 18; FLETCHER, לעיל ה"ש 10, בעמ' 35. עם זאת פלטשר גם מצביע על קיומה של מגמת חזרה לרציונל הזכות בארצות-הברית (ראו לעיל בה"ש 30), המתירה שימוש בכוח קטלני להדיפת פורצים מבלי לדרוש הוכחה של סכנה לחיים או לשלמות הגוף, ואף מבלי לטעון לקיומה של חזקה של סכנה כזאת. דוגמה לכך היא אינדיאנה, שם אדם זכאי להשתמש בכוח קטלני כאשר הוא מבקש למנוע או להפסיק כניסה בלתי-חוקית לביתו (גם כאשר הוא נמצא מחוץ לבית) (LexisNexis) IND. CODE. ANN. § 35-41-3-2(b) (2010).

37 BURDICK, לעיל ה"ש 26, כרך 3, בעמ' 37. עם זאת, אוהל אינו יכול להיחשב בית לעניין זה. ברדיק מביא גם את עמדתו של איסט (2 East P.C. 497, 1798), שלפיה אין דרישה למגורים בפועל, אלא די בסימן למגורים (שם, בעמ' 40). יצוין כי המשפט הישראלי מיעט לעסוק בהבחנות מסוג זה, אך בעבר הכירו בהעדרה של חובת נסיגה לצורך טענת הגנה עצמית למי שהיה "מצוי באהלו או סמוך לאהלו", תוך שימוש ברציונל הזכות (לעיל ה"ש 30) – אותו אדם נמצא ב"מקום שהיתה לו הזכות הגמורה להיות בו". ע"פ 94/52 אשוואל נ' היועץ המשפטי לממשלת ישראל, פ"ד ו(2) 1116, פס' 11 לפסק-דינו של השופט שניאור זלמן חשין (1952). יצוין כי בחלק ממדינות ארצות-הברית ההגנה חלה גם על כלי-רכב המשמשים למגורים, כאשר הם משמשים לצורך זה. ראו Green, שם, בעמ' 12.

38 Green, לעיל ה"ש 29, בעמ' 18; R.M. PERKINS & R.N. BOYCE, CRIMINAL LAW 1149 (3rd ; ed. 1982).

39 Commonwealth v. Jefferson, 26 Mass. App. Ct. 684, 635 N.E.2d (1994); State v. Silva, 43 Conn. App. Ct. 488, 684, A.2d 725 (1996), לעיל ה"ש 29.

40 BURDICK, לעיל ה"ש 26, בעמ' 39; Joseph H. Beale, *Homicide in Self-Defence*, 3 COLUM. L. REV. 526, 542 (1903). לפי ברדיק, ההגנה משתרעת על כל מה שקרוב דיו לבית, גם אם הוא אינו חוסה תחת אותו גג. לרשימת פסקי-דין מארצות-הברית מהשנים האחרונות העוסקים בנושא ומציגים גישות סותרות ראו: Catherine L. Carpenter, *Of the Enemy Within, the Castle Doctrine, and Self-Defense*, 86 MARQ. L. REV. 653, 664 fn. 39 (2003). Green, לעיל ה"ש 29, בעמ' 18; FLETCHER, לעיל ה"ש 24, בעמ' 868.

בית המגורים, בית העסק והמשק החקלאי, ומעניק לשלושתם את ההגנה המיוחדת – מייתר ברוב המקרים את ההתמודדות עם השאלה הנוגעת בטיב הנכס ובהיקפו.

ג. המסר העלול להשתמע מעצם קיומה של הגנה מיוחדת לבית מגורים, לבית עסק ולמשק חקלאי, אשר רחבה מההגנה העצמית הרגילה

כאמור, בעקבות המקרה של דרומי לא הסתפק המשפט הישראלי באימוץ הסדרים מיוחדים – העדר חובת נסיגה וחזקת מסופנות – להגנה על בית מגורים או אף על בית עסק או משק חקלאי במסגרת ההגנה העצמית הרגילה, אלא בחר להוסיף הגנה מיוחדת אשר רחבה מההגנה העצמית הרגילה. הגנה עצמית מותנית בהיות התגובה של המתגונן סבירה, ואילו ההגנה המיוחדת החדשה מסתפקת בכך שהתגובה אינה בלתי-סבירה בעליל.

קודם שנבחן את מהותה של אותה הגנה מיוחדת, ברצוננו להדגיש את הבעייתיות הטמונה במסר העולה מעצם קיומה של הגנה נפרדת לבית מגורים, לבית עסק ולמשק חקלאי, אשר רחבה מההגנה העצמית הרגילה. כאשר נשקפת סכנה לחייו של אדם שנמצא ברחוב, בתחבורה ציבורית או במועדון, שיטת המשפט הישראלית מתירה לו להגן על חייו באמצעים מוגבלים מאלה העומדים לרשות בעליו של בית מגורים, בית עסק או משק חקלאי בבואו להגן על רכושו מפני פריצה: זה אשר נתון בסכנת חיים בהיותו ברחוב זכאי להגן על חייו באמצעים סבירים; בעליו של משק חקלאי, לעומת זאת, זכאי להגן על משקו מפני גנבות גם באמצעים החורגים מן הסביר, כל עוד אין הם בגדר אמצעים בלתי-סבירים בעליל. מעובדה זו עלול להשתמע כי לבית מגורים, לבית עסק ולמשק חקלאי יש בשיטת המשפט שלנו עדיפות על החיים. מסר כזה מחזיר אותנו לאנגליה הפיאודלית, שבה ההגנה העצמית על החיים הייתה מצומצמת באופן משמעותי מההגנה על בתי מגורים מפני פריצה וגנבה. במקרים של המתת תוקף שסיכן את חייו של מי שהיה ברחוב או במקום ציבורי, הכיר המשפט האנגלי דאז בהגנה עצמית באופן חלקי בלבד, וגם זאת בתנאי שלנתקף לא הייתה כל דרך להימלט. הנתקף שהמית את התוקף הורשע ברצח, אבל היה זכאי לחנינה שמנעה את מימושו של עונש המוות שהוטל עליו, אם כי רכושו הוחרם.⁴² לעומת זאת, בעל בית שהמית את מי שפלש לביתו כדי למנוע אותו מלגנוב רכושו, גם במקרים שבהם לא נשקפה כל סכנת חיים, היה זכאי להגנה שהצדיקה את ההמתה, במובן זה שלא היו כל תוצאות עונשיות או אחרות להמתת הגנב.⁴³

42 FLETCHER, לעיל ה"ש 24, בעמ' 237, 352, Beale; לעיל ה"ש 29, בעמ' 569; GEORGE P. FLETCHER, BASIC CONCEPTS OF CRIMINAL LAW 130 (1998).

43 הצדקה זו הונהגה באופן רשמי בשנת 1532, בתקנה שקבע הנרי השמיני: 24 Henry VIII, c. 5 (1532) (ראו אצל Beale, לעיל ה"ש 29, בעמ' 571), אך למעשה היא התקיימה עוד קודם לכן (ראו שם, בעמ' 569).

השאלה היא אם ניתן להקחות באמצעים פרשניים את המסר בדבר עדיפותם של בית המגורים, בית העסק והמשק החקלאי על החיים, העלול להשתמע מקיומה של הגנה מיוחדת לשלושת הראשונים. בהקשר זה יש לפסיקה תפקיד מרכזי.

ד. פסק-הדין בפרשת דרומי

הבהרה מקדמית – דרומי הועמד לדין, בין היתר, בגין עברת הריגה ועברה של גרימת חבלה חמורה בכוונה. התיקון לחוק התקבל לאחר שהוא ירה והמית את אחד הפורצים ופצע פורץ אחר, והוא התקבל בעיקר בתגובה על המקרה שלו. מאחר שהתיקון לחוק הרחיב את ההגנה העצמית, ובכך היה אמור להקל על דרומי, הוא הוחל למפרע,⁴⁴ ובית-המשפט המחוזי התמודד בהרחבה עם הפרשנות הראויה של התיקון.

כדי להעריך אם בית-המשפט בפרשת דרומי הצליח להקחות את המסר העלול להשתמע מקיומה של הגנה מיוחדת לבית מגורים, לבית עסק ולמשק חקלאי, נצביע להלן על שתי סכנות קונקרטיות שהיו טמונות בחקיקתה של ההגנה המיוחדת, ונבחן אם בית-המשפט המחוזי השכיל למנוע סכנות אלה.

1. הסכנה האחת – הגנה על רכוש במחיר של פגיעה בחיים

במסגרת התגובות על המקרה של דרומי הושמעה הדעה כי במקרים שבהם אין דרך אחרת להגן על רכושם של החקלאים מפני גנבה, ובמיוחד לנוכח מעשי הגנבה החוזרים ונשנים ואוזלת-ידיה של המשטרה בטיפול בנושא, יש לאפשר שימוש בכוח קטלני כדי למנוע את הפורצים למשקים חקלאיים ולבתי מגורים מלהשלים את זממם ולגנוב, ובכך להרתיע גם פורצים פוטנציאליים. דעה זו אף באה לידי ביטוי מפורש בשתיים מהצעות החוק הפרטיות שהונחו לפני ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת, ואשר אוזכרו לעיל.⁴⁵ בתיקון לחוק שהתקבל בסופו של דבר הושמטה אומנם ההרחבה שלפיה "מעשה" כולל "שימוש בנשק קטלני", ונקבע כי ההגנה על בית המגורים, בית העסק או המשק החקלאי תישלל במקרים שבהם המעשה שנעשה להדיפת הפריצה היה בלתי-סביר בעליל. אולם לנוכח תסכולם הגובר של בעלי המשקים החקלאיים בגין אוזלת-ידיה של המשטרה ככל הנוגע בטיפול בגנבות החוזרות ונשנות, הסכנה הייתה שבמקרים שבהם הדרך היחידה למניעת הגנבה

44 מכוח הוראת ס' 5(א) לחוק העונשין, הקובע: "נעברה עבירה ובטרם ניתן פסק-דין חלוט לגביה, חל שינוי בנוגע להגדרתה או לאחריות לה, או בנוגע לעונש שנקבע לה, יחול על הענין החיקוק המקל עם העושה; 'אחריות לה' – לרבות תחולת סייגים לאחריות הפלילית למעשה."

45 ראו לעיל ה"ש 4–6 והטקסט הסמוך אליהן.

מחייבת המתתו של הפורץ, תתפרש המתת הפורץ כתגובה שאינה בלתי-סבירה בעליל. התוצאה של פירוש כזה הייתה מתן לגיטימציה להעדפת ההגנה על הרכוש על חיי אדם. כל שופטי ההרכב בפרשת דרומי היו בדעה כי כעיקרון אין להתיר המתת פורץ כאשר המטרה היחידה היא להגן על הרכוש, ועל כך יש לברך. נקודת המוצא של השופטת ברקאי, שכתבה את חוות-הדעת המרכזית של שופטי הרוב, הייתה כי בהמירו את מבחן הסבירות במבחן היות המעשה בלתי-סביר בעליל, הגמיש המחוקק "את דרישת הפרופורציה. כך, בשונה מן ההגנה העצמית הקלאסית הורד רף מבחן הסבירות והוא צומצם באופן משמעותי המותיר כר פעולה רחב יותר לאדם לעשות שימוש בכוח כדי להדוף פורץ ואולי אף מאפשר את הגברת מידת הכוח שתותר לשם הדיפת פורץ לביתך".⁴⁶ עם זאת, "כדי למנוע מצב של כאוס אינני סבורה כי קיימת הצדקה להגמשה גדולה וגורפת אשר תרוקן את דרישת הפרופורציה מכל תוכן".⁴⁷ לנוכח זאת הסיקה השופטת ברקאי כי במקרים שבהם בעקבות הפריצה לבית המגורים, לבית העסק או למשק החקלאי "נחשף המחזיק לאפשרות של סכנה ממשית לחייו ולרכושו, על אחת כמה וכמה אם יבקש להגן על רכושו שאז יכול הוא להיחשף לסכנה לגופו, על אף שמלכתחילה לא התכוון הפורץ לפגוע בגופו של המותקף... מתיר לו המחוקק, בהגנה החדשה, להדוף חדירה זו ולסכלה על ידי שימוש בכוח, מבלי שחלה עליו חובת הנסיגה".⁴⁸ לעומת זאת, במקרים שבהם הפריצה לבית המגורים, לבית העסק או למשק החקלאי אינה מסכנת את החיים והגוף, אין הצדקה להתיר "שימוש בכוח מגן קטלני לשם הגנת רכוש ובית מגורים".⁴⁹

בכך אימצה למעשה השופטת ברקאי – ולעמדתה זו הצטרפו כל שאר שופטי ההרכב – את חזקת המסוכנות הטמונה בהתפרצות לבית מגורים, אשר נדונה לעיל.⁵⁰ אגב כך הדגישה השופטת ברקאי בדבריה גם את ההסדר המיוחד הנוסף שנהוג להחיל על בית מגורים בשיטות המשפט המקובל: "מבלי שחלה עליו חובת הנסיגה" – חובה אשר בעבר הייתה הפסיקה מוכנה להחיל גם על בית מגורים.⁵¹

2. הסכנה האחרת – "חיסול השכונות"

הסכנה האחרת היא שההתחשבות בתסכולם של בעלי החוות החקלאיות עלולה לתת לגיטימציה לשימוש בכוח גם בעת מנוסתו של מי שהתפרץ, בין שהצליח בנסיונו לגנוב ובין שנכשל.

46 פרשת דרומי, לעיל ה"ש 1, פס' 6 לפסק-דינה של השופטת ברקאי.

47 ש.ם.

48 ש.ם.

49 ש.ם.

50 ראו לעיל ה"ש 34–36 והטקסט הסמוך אליהן.

51 ראו לעיל ה"ש 33 והטקסט הסמוך אליה.

בפרשת דרומי לא הייתה מחלוקת בין השופטים כי בעת העימות בין דרומי לבין הפורצים אכן נשקפה סכנה לחייו של דרומי. כן לא הייתה מחלוקת כי הירייה הראשונה שירה דרומי לכיוון הקרקע הייתה מוצדקת. הבעיה התמקדה בהמשך הירי – "ירי של חמישה קליעים, אל עבר גבם של הפורצים אשר בשלב זה החלו להימלט".⁵² שופט המיעוט השופט א' ואגו, שסבר כי הגנת בית המגורים אינה עומדת לדרומי, הביע בהקשר זה דעה נחרצת שלפיה כאשר ירה הנאשם את חמשת הקליעים הנוספים, הוא חצה את הגבול שבין הגנה עצמית לגיטימית לבין חיסול חשבונות. לדבריו:

באותן שניות ספורות והרות גורל, שבמהלכן תמונת המצב השתנתה מסכנה מיידית ומוחשית לו עצמו, למקורביו הגרים בחווה, ולקניינו, לעבר מצב של הימלטות ונסיגה של מבקשי נפשו או רכושו, לא השכיל דרומי להפסיק את מהלך התגובה וההתגוננות, הלגיטימיים עד אותה עת, והמשיך לירות בנשק חם אל עבר הנמלטים, תוך שהוא, במידה מסוימת, אף מקצר טווח אליהם, משמע – רודף אחריהם.⁵³

בהתייחסו למניע שהניע את דרומי להמשיך לירות, הדגיש השופט ואגו כי:

מעדותו של דרומי בפנינו, ניתן היה להבין שבזעמו ובתסכולו על התנהלות חייו באווירה מתמדת של פחד מפורצים וגנבי צאן, וכאשר, לתחושתו, אין הוא מוגן על ידי הרשויות כפי הראוי, חפץ הוא שלא להפסיק ולהתעמת עם הפורצים שנוצר עמם המגע באותו לילה, ואם כדי להרתיעם, ואם כרצף והמשך להלך הרוח הזועם והמתוסכל הזה, נמנע מלהפסיק את העימות ולהניח לפורצים להימלט ולסגת, ובאותו הרף עין, חצה את קו הגבול שבין מעשה התגוננות מוצדק ומוגן בחוק, לבין מעשי עבירה אסורים ופוגעניים.⁵⁴

בהקשר זה חשוב להדגיש את ההבדל שבין ההפרדה בין היריות בפרשת דרומי לבין ההפרדה בין היריות בפרשת קליינר שהובאה לעיל.⁵⁵ כל היריות שירה קליינר נורו בהיותו נתון בסכנה מוחשית – המנוח ישב לצידו במונית ואיים עליו באמצעות סכין. למרות זאת הפריד בית-המשפט בין היריות, ופסק כי לא כל היריות היו נחוצות כדי להדוף את הסכנה שריחפה על קליינר. במקום שלוש יריות לעבר פלג גופו העליון של קליינר, "היה די לירות כדור אחד, ולא יבר קריטי פחות, כדי להביא לנטרולו של המנוח, דבר שהיה מאפשר

52 פרשת דרומי, לעיל ה"ש 1, פס' 17 לפסק-דינה של השופטת ברקאי.

53 שם, פסק-דינו של השופט ואגו.

54 שם.

55 ראו לעיל בטקסט הסמוך לה"ש 14–20.

למערער לצאת מהרכב ולהזעיק עזרה.⁵⁶ בסיטואציה שבה נמצא קליינר – נוהג במוניתו כאשר הנוסע שלצידו מאיים עליו בסכין – ההפרדה בין היריות היא בעייתית. לעומת זאת, היריות הנוספות שירה דרומי נורו לאחר חלוף הסכנה; הן כוונו "אל עבר גבם של הפורצים אשר בשלב זה החלו להימלט",⁵⁷ "תוך שהוא, במידה מסוימת, אף מקצר טווח אליהם, משמע – רודף אחריהם".⁵⁸ יריות מאוחרות אינן בגדר התגוננות, והן בגדר שימוש פסול בכוח קטלני. ההפרדה בין היריות בפרשת דרומי, להבדיל מההפרדה בין היריות בפרשת קליינר, נועדה לקבוע את הגבול בין התגוננות לגיטימית מפני סכנה מוחשית לבין נטילת החוק לידיים לצורך חיסול חשבונות (חיסול שהונע על-ידי רגשי זעם ותסכול).⁵⁹ הגבול הברור שמתח השופט ואגו בין שימוש לגיטימי בכוח במסגרת התגוננות לבין שימוש פסול בכוח לאחר ניתוק המגע ומנוסת הפורצים טושטש בפסק-דינה של השופטת ברקאי, אשר בדעת רוב הוביל לזיכוי של דרומי מן העבירות של הריגה וגרימת חבלה חמורה בכוונה, בהסתמך על ההגנה המיוחדת המוענקת לבית מגורים, לבית עסק ולמשק חקלאי. השופטת ברקאי מסכימה כי כדיעבד, ובתנאי מעבדה, אפשר לכאורה להסיק כי היה –

על הנאשם לשחרר את האצבע מההדק ולהפסיק את הירי מיד לאחר הירי אל הקרקע או לכל היותר, גם אם טעה לחשוב כי הסכנה עוד קיימת, להפסיק את הירי לאחר ירי של כדור אחד נוסף אל עבר הפורצים, שהחלו כאמור במנוסה, ולא להמשיך ולבצע ירי רציף של עוד ארבעה קליעים בגופם של הנפגעים באופן המלמד לכאורה כי ביקש לכלות בהם זעמו, עד אחרון הכדורים במחסנית, כפי שטענה התביעה.⁶⁰

אולם לדעתה, להבדיל מהמבחן האובייקטיבי של סבירות שבה מותנית ההגנה העצמית הרגילה, במסגרת המבחן הבוחן את היות התגובה בלתי-סבירה בעליל יש להעניק "משקל משמעותי יותר לנסיבות הסובייקטיביות בהן מצא עצמו המותקף במהלך האירוע".⁶¹ מאחר שהירי של חמשת הקליעים הנוספים נעשה "בתוך שברירי שניות... בתוך תחושת הפחד המשתקת אשר ליוותה"⁶² את הנאשם, הסיקה השופטת ברקאי כי –

56 פרשת קליינר, לעיל ה"ש 13, פס' 11 לפסק-דינו של השופט לוי.
 57 פרשת דרומי, לעיל ה"ש 1, פס' 17 לפסק-דינה של השופטת ברקאי.
 58 שם, פסק-דינו של השופט ואגו.
 59 גבול דומה בין התגוננות לגיטימית לבין שימוש פסול בכוח קטלני לעבר עברייני רכוש נמלט הוצב בע"פ 8133/09 מזרחי נ' מדינת ישראל, פס' 11 לפסק-דינה של הנשיאה ביניש (פורסם בנבו, 21.7.2010). ראו גם להלן ה"ש 81.
 60 פרשת דרומי, לעיל ה"ש 1, פס' 17 לפסק-דינה של השופטת ברקאי.
 61 שם.
 62 שם.

גם אם יאמר כי אין מעשיו עומדים במבחן הסבירות הרגיל הקבוע בסייג ההגנה העצמית הרגילה הרי שבוודאי הצליח הנאשם, כך סבורה אנכי, לעורר את הספק הסביר בדבר קיומו של סייג לאחריות פלילית לשם תחולת הסייג, במבחן החדש שנקבע בהגנת בית מגורים, מבחן "הבלתי סביר בעליל", עת ביצע ירי רציף אשר ארך פחות משניה וחצי אל עבר הפורצים שהחלו בה בעת להימלט.⁶³

עמדתה זו של השופטת ברקאי מעוררת את השאלה באילו תנאים, אם בכלל, ראוי להתחשב בתחושות של מצוקה ופחד מצד מתגונן שמשתמש בכוח קטלני, כך שהתגובה שהונעה על-ידי תחושות אלה תיחשב תגובה שאינה בלתי-סבירה בעליל. בשאלה זו נדון בפרק הבא, שם גם נצביע על הבעייתיות בעמדתה של השופטת ברקאי בהקשר זה. כאן חשוב להדגיש כי מעמדתו של הנשיא פלפל, אשר הצטרף אומנם להכרעת-דינה של השופטת ברקאי, משתמעת הנמקה שונה מעט. הנשיא פלפל לא היה שותף לקביעות העובדתיות שהיוו בסיס לפסק-דינו של שופט המיעוט השופט ואגו, ואשר היו מקובלות גם על השופטת ברקאי. בראשית דבריו מבהיר הנשיא כי –

כדי לבחון את מעשיו של הנאשם בעת הירי, עלי לקבוע מה הייתה תחושתו בשעת הירי ומה חשב. יתכן שהתחושות הסובייקטיביות שלו, עובדתית, לא היו נכונות, אך עלי לקבוע שהוא טעה טעות כנה וסבר שהוא לא יכול להימנע מיריות שבסופו של דבר פגעו הן במנוח והן בפצוע...⁶⁴

בדבריו אלה מכוון הנשיא פלפל להרכבתה של הגנת הטעות בעובדה על ההגנה המיוחדת של בית המגורים, המאפשרת לבחון את התנאים להגנת בית המגורים לאור מצב הדברים העובדתי כפי שנתפס על-ידי הנאשם (הגנה מדומה).⁶⁵ בהמשך דבריו מדגיש הנשיא כי –

63 ש.ם.

64 ש.ם, פס' 9 לפסק-דינו של הנשיא פלפל (ההדגשה הוספה).

65 בהקשר זה ראוי לציין את ההתפתחות שחלה בעמדת הפסיקה בשאלת התנאים הנדרשים מהטעות בעובדה כאשר זו מורכבת על ההגנה העצמית. עד לתיקון מס' 39 לחוק העונשין הייתה העמדה המקובלת כי הגנה עצמית "מדומה" מותנית בהיות הטעות כנה וסבירה (ראו, למשל, ע"פ 54/49 היועץ המשפטי לממשלת ישראל נ' עסלה, פ"ד (1) 496, פס' 4 לפסק-דינו של השופט זילברג (1950)). תיקון מס' 39 לחוק העונשין שינה את התנאים הנדרשים מהטעות בעובדה באופן כללי, בקובעו – בס' 34 יח – כי בעברות של מחשבה פלילית די בטעות כנה, ואילו בעברות של רשלנות נדרש שהטעות תהיה גם סבירה. לנוכח זאת הסיקה הפסיקה כי "בניגוד למצב ששרר בעבר במשפטנו, הרי שלפי קביעת סעיף 34 יח, לצורך שלילת אחריות פלילית בעבירות של מחשבה פלילית לא נדרש עוד כי הטעות תהא טעות סבירה, ודי בכך כי הנאשם טעה טעות כנה באשר להתקיימות התנאים לתחולת ההגנה. עם זאת, ברור כי סבירותה של הטעות תשמשנו כאבן בוחן להערכת כנותה" (ע"פ 4191/05 אלטגאוז נ' מדינת ישראל, פס' 16 לפסק-דינה של השופטת ארבל (פורסם בנבו,

הדברים שחברי [שופט המיעוט השופט ואגון] מתאר היו יכולים להיות אילו האירוע היה מתרחש במעבדה, דבר שלא התקיים, כפי שידוע לנו. כיוון שהירי אך קרוב לשניה וחצי אי אפשר לקבוע אם באותה שניה וחצי הפורצים עדיין עמדו על מקומם או שכבר החלו לברוח. מה גם שהכל נעשה בהרף עין ובחשכה מוחלטת. גם מסיבה זו יש להנות את הנאשם מחמת הספק...⁶⁶

אם נקשר בין שתי ההנחות של הנשיא פלפל, המסקנה תהיה כי גם אם מבחינה עובדתית כבר החלו הפורצים לנוס בשלב שבו ירה דרומי את חמשת הקליעים הנותרים, דרומי לא הבחין במנוסתם, וטעותו בהקשר זה הייתה סבירה בשל משך הזמן הקצר והחשכה. מבלי להביע עמדה בשאלה אם הקביעות העובדתיות של פסק-הדין תומכות במסקנה שדרומי אכן טעה בהערכת הסיטואציה, ברצוננו להבהיר כי מבחינה משפטית ההנחה כי דרומי לא הבחין במנוסתם של הפורצים מחייבת לבחון את השאלה אם להעניק לדרומי את ההגנה המיוחדת לבית מגורים, לבית עסק ולמשק חקלאי לאור מצב הדברים כפי שנתפס על-ידי דרומי (הגנה מדומה).⁶⁷ לענייננו חשוב להדגיש כי הענקת ההגנה למי שהשתמש בכוח קטלני בהנחה (המוטעית אומנם) ששימוש בכוח כזה היה נחוץ כדי למנוע סכנה לחיים מאפשרת לשמר את הגבול בין שימוש לגיטימי בכוח לצורכי התגוננות לבין חיסול חשבונות לאחר שהסכנה חלפה.

לפי הניתוח לעיל, יש אומנם רוב לעמדה השוללת שימוש בכוח קטלני כלפי פורצים בעת מנוסתם מהזירה (אם כי לא אותו רוב שזיכה את דרומי). עם זאת, ספק אם בעקבות פסק-הדין אכן יתפרש התיקון לחוק – כפי שראוי שיתפרש – כתיקון שאינו מעניק לגיטימציה להמשך השימוש בכוח לאחר חלוף הסכנה כדי לתת ביטוי לרגשות התסכול מהגנבות החוזרות ונשנות ומאוזלת-ידיה של המשטרה ובמטרה להעניש את הפורצים. הסיבה לספקות נעוצה בהבדל בין דעת המיעוט לבין הדעות האחרות בהקשר זה. דעת המיעוט ברורה וחדה – אין להתיר שימוש בכוח קטלני כלפי פורצים בעת מנוסתם. אמירה

25.10.2006). כן ראו ע"פ 2534/93 בן קברט מליסה נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(2) 597, פס' 13 לפסק-דינו של השופט מצא (1997); ע"פ 2598/94 דנינו נ' מדינת ישראל, פס' 1 לפסק-דינו של השופט גולדברג (פורסם בנבו, 25.12.1995); דנ"פ 1294/96 משולם נ' מדינת ישראל, פ"ד נב(5) 1, פס' 11–12 לפסק-דינו של השופט מצא (1998); עניין מזרחי, לעיל ה"ש 59, פס' 8–12 לפסק-דינה של הנשיאה ביניש. אף שנחיצות התגובה היא אחד התנאים העובדתיים להתקיימותה של ההגנה העצמית, עלתה השאלה – אשר לא הוכרעה בפסיקה – אם ביחס לתנאי זה יש מקום לדרוש גם טעות סבירה, ולא להסתפק בהיות הטעות כנה בלבד. ראו עניין אלטגאוז לעיל, פס' 18 לפסק-דינה של השופטת ארבל.

66 פרשת דרומי, לעיל ה"ש 1, פס' 11 לפסק-דינו של הנשיא פלפל.
67 ראו ברוח זו את הניתוח המוצע על-ידי סנג'רו במאמרו שבגיליון זה, המדגיש את אופייה הפוטר של ההגנה העצמית המדומה. על חשיבות ההבחנה בין הגנות מצדיקות לבין הגנות פוטרות בהקשר שבו אנו דנים נעמוד בפרק הבא.

זו מגובה במסקנה כי אין להעניק לדרומי את ההגנה המיוחדת למשק חקלאי. אמירה מפורשת כזו אינה מצויה בדבריהם של שופטי הרוב, שהסיקו כי הגנת המשק החקלאי עומדת לדרומי. לנוכח זאת עלול להיות הרושם המוטעה כי שני שופטי הרוב חלוקים עם הקביעה העקרונית של שופט המיעוט בהקשר זה, וכי לדעת שניהם אין להציב בהכרח קו גבול ברור בין שימוש לגיטימי בכוח קטלני כהתגוננות מפני סכנת חיים לבין שימוש פסול בכוח קטלני כחיסול חשבונות.

ה. התחשבות בתחושות של מצוקה ופחד – הצעה לפירוש שונה של היחס בין ההגנה העצמית הרגילה לבין ההגנה המיוחדת הניתנת לבית מגורים, לבית עסק ולמשק חקלאי

הגנה עצמית נחשבת דוגמה מובהקת להגנה המצדיקה את המעשה.⁶⁸ ההנחה היא כי כל עוד התוקף אינו חדל מההתקפה ומספן את האינטרס של הנתקף, ההתגוננות בדרך של הדיפת ההתקפה היא מוצדקת.⁶⁹ באין דרך אחרת, פגיעה פיזית בתוקף – ואפילו המתת תוקף שבא להמית – היא התגובה הראויה.⁷⁰ עם זאת, בסיטואציה של הגנה עצמית,

68 ראו את הדגשת אופייה המצדיק של ההגנה העצמית אצל סנג'רו במאמרו שבגיליון זה.
69 קיימת מחלוקת בין מלומדים בשאלת אופייה המדויק של הגנה פלילית מצדיקה, דוגמת ההגנה העצמית. יש הסבורים כי הגנה מצדיקה מוגבלת למקרים שבהם ההתנהגות ראויה מבחינה מוסרית. ראו, למשל: George Fletcher, *Should Intolerable Prison Conditions Generate a Justification or an Excuse for Escape?* 26 UCLA L. REV. 1355, 1359–1360 (1979); Dan Kahan & Martha C. Nussbaum, *Two Conceptions of Emotion in Criminal Law*, 96 COLUM. L. REV. 269, 318–319 (1996); Heidi Hurd, *Justification and Excuse*, 74 NOTRE DAME L. REV. 1551, 1558 (1999). אחרים רואים בהגנה מצדיקה הגנה שמתירה את עשיית המעשה (permissible conduct). ראו, למשל: Kent Greenawalt, *The Perplexing Borders of Justification and Excuse*, 84 COLUM. L. REV. 1897, 1904–1905 (1984); Joshua Dressler, *New Thoughts About the Concept of Justification in the Criminal Law: A Critique of Fletcher's Thinking and Rethinking*, 32 UCLA L. REV. 61, 84–87 (1984); ANTONY DUFF, ANSWERING FOR CRIME; RESPONSIBILITY AND LIABILITY IN THE CRIMINAL LAW 266–267 (2007). ויש הטוענים כי הגנה מצדיקה חלה בכל המצבים שבהם ההתנהגות אינה עוברת את סף הפלילות. ראו: Mitchell Berman, *Justification and Excuse, Law and Morality*, 53 DUKE L.J. 1, 11–17 (2003); Douglas N. Husak, *Partial Defenses*, 11 CAN. J. L. & JURIS. 167, 170–172 (1998). חילוקי-דעות אלה אינם רלוונטיים לניתוח המוצע בפרק זה.

70 לשיקולים השונים המצדיקים המתת תוקף במסגרת הגנה עצמית ראו: SUZANNE UNIACKE, PERMISSIBLE KILLING: THE SELF-DEFENCE JUSTIFICATION OF HOMICIDE 196–208 (1994); FIONA LEVERICK, KILLING IN SELF-DEFENCE 61–63 (2006); George Fletcher, *The Right to Life*, 63 THE MONIST 135, 135–155 (1980); Sanford Kadish, *Respect for Life and*

המחייבת בדרך-כלל תגובה מהירה, המתגונן עלול לאבד את עשתונותיו ולהשתמש בכוח החורג ממה שנדרש באופן סביר. במקרים אלה השימוש בכוח אינו מוצדק, אך יש שיטות משפט שיעניקו פטור מאחריות פלילית למי שהשתמש בכוח חורג.⁷¹ הפטור מניח כי השימוש בכוח הוא פסול, אבל בשל המצוקה שבה היה שרוי מי שנקלע לסיטואציה שבה הוא מצא את עצמו מותקף, לא יהיה זה הוגן לייחס לו אשמה בגין שימוש בכוח החורג מהסביר.⁷² אנו מציעות לפרש ברוח דומה את ההגנה המיוחדת לבית מגורים, לבית עסק ולמשק חקלאי.

במקרים שבהם תגובתו של המתגונן סבירה, בין שהיא מכוונת להדיפת תוקף ברחוב ובין שהיא מכוונת להדיפתו של פורץ לבית מגורים, לבית עסק או למשק חקלאי, תחול ההגנה העצמית הרגילה, שתצדיק את המעשה. הערכה של סבירות התגובה תהיה הערכה נורמטיבית, אשר לא תתחשב בהערכות הסובייקטיביות של המתגונן,⁷³ ואף לא בתחושות המצוקה והחרדה שלו. ייחודה של ההתפרצות לבית מגורים, לבית עסק או למשק חקלאי – אי-הטלתה של חובת נסיגה וקיום חזקת המסוכנות (שנדונו לעיל)⁷⁴ – יובא בחשבון במסגרת הערכה נורמטיבית זו. לעובדה שההתגוננות במקרים של תגובה סבירה היא מוצדקת יהיו כמה השלכות,⁷⁵ אשר העיקרית מביניהן היא שמותר לצד שלישי שנכח במקום

Regards for Rights in the Criminal Law, 64 CAL. L. REV. 871, 883–886 (1976); Whitley Kaufman, *Is There a "Right" to Self-Defense?* 23 CRIM. JUST. ETHICS 20, 23–24 (2004); Re'em Segev, *Fairness, Responsibility, and Self-Defense*, 45 SANTA CLARA L. REV. 383, 407 (2005).

71 כן, למשל, במשפט הגרמני: "The perpetrator will not be punished if he exceeds the bounds of self defense because of confusion, fear or fright" (Strafgesetzbuch [StGB] [Penal Code] § 33 (F.R.G.), translated in *The American Series of Foreign Penal Codes* No. 28, *The Penal Code of the Federal Republic of Germany* 59 (Edward M. Wise ed., Arnold N. Enker, *Is There Really a Difference: מתוך*, Joseph J. Darby trans., 1987) *Between Justification and Excuse (or did We Academics Make It Up)? In Support of the Distinction Between Justification and Excuse*, 42 TEX. TECH. L. REV. 273, fn. 60 (2009); Albin Eser, *Justification and Excuse*, 24 AM. J. COMP. L. 621, 636 (1976); MICHAEL BOHLANDER, *PRINCIPLES OF GERMAN CRIMINAL LAW* 121–122 (2009).

72 על מהותן של ההגנות הפוטורות, להבדיל מההגנות המצדיקות, ראו את דיונה של גור-אריה: Miriam Gur-Arye, *Should a Criminal Code Distinguish Between Justification and Excuse?* 5 CAN. J. L. & JURIS. 215 (1992). כן ראו את ההפניות בה"ש 69 לעיל.

73 ראו ברוח זו סנגירו במאמרו שבגיליון זה.

74 בפרק ב לרשימה.

75 על השלכות אלה ראו בהרחבה: Miriam Gur-Arye, *Should the Criminal Law Distinguish between Necessity as a Justification and Necessity as an Excuse?* 102 L. Q. REV. 71 (1986). כן ראו Gur-Arye, לעיל ה"ש 72, בעמ' 222–229.

להיחלץ לעזרת הנתקף.⁷⁶ במקרים שבהם התגובה חרגה מהסביר לא יהיה ראוי להצדיקה: תגובה שאינה סבירה מבחינה נורמטיבית אינה יכולה להיות מוצדקת. עם זאת, אם החריגה מהסביר נבעה מתחושות הפחד והמצוקה הטמונות בסיטואציה של תקיפה המחייבת תגובה מהירה, אזי ההגנה המיוחדת המוענקת לבית מגורים, לבית עסק ולמשק חקלאי תאפשר לפטור את מי שהדף פריצה אם הדיפת הפורץ לא הייתה בנסיבות העניין בלתי-סבירה בעליל. כעיקרון, על הפטור בהקשר זה להיות אישי, ולחול רק על מי שפעל בתחושה דומה. בהתאם ללשון החוק, ההגנה המיוחדת חלה אומנם גם במקרים של הדיפת אדם שפרץ לבית מגורים, לבית עסק או למשק חקלאי של הזולת.⁷⁷ אולם אנו מציעות לפרש את "הזולת" בהקשר זה באופן מצומצם, ולהגבילו למי שהונע על-ידי תחושות של מצוקה ופחד אף אם הפריצה הייתה לבית המגורים, לבית העסק או למשק החקלאי של הזולת. תחושה כזו יכולה לנבוע מיחסי קרבה עם בעליו של בית המגורים, בית העסק או המשק החקלאי, או לנוכח חוויות דומות של פריצה חוזרת למשק החקלאי, למשל.

אנו ערות לעובדה שהפרשנות המוצעת על-ידינו מבחינה בין דינו של מי שפועל מתוך תחושת חרדה לשם הגנה על בית מגורים, בית עסק או משק חקלאי לבין מי שפועל מאותה תחושה כאשר הוא מצוי ברחוב: החרד שחרג מהסביר במסגרת ההגנה על בית המגורים, בית העסק או המשק החקלאי יזכה בפטור מלא מאחריות פלילית (אם החריגה לא הייתה בלתי-סבירה בעליל), ואילו זה שהותקף בהיותו ברחוב, ואשר חרג בתגובתו מן הסביר מפאת אותה תחושת חרדה, יזכה לכל-היותר בהקלה בעונש. סעיף 300א(ב) לחוק העונשין מאפשר להקל בעונשו של מי שהורשע בעבירת רצח אם העברה נעברה "במצב שבו מעשהו של הנאשם חרג במידה מועטה, בנסיבות הענין, מתחום הסבירות הנדרשת... לשם תחולת הסייג של הגנה עצמית...".⁷⁸ הקלה מקבילה בעונש לגבי כלל העבירות תוענק אם וכאשר

76 ס' 34 לחוק העונשין מעניק את ההגנה העצמית הרגילה גם לזולת. ראו את נוסח הסעיף לעיל בה"ש 8.

77 ראו את נוסחו של ס' 134 לעיל בטקסט הסמוך לה"ש 9.

78 "300א. עונש מופחת – על אף האמור בסעיף 300, ניתן להטיל עונש קל מהקבוע בו, אם נעברה העבירה באחד מאלה: (א) ... (ב) במצב שבו מעשהו של הנאשם חרג במידה מועטה, בנסיבות הענין, מתחום הסבירות הנדרשת לפי סעיף 34טז לשם תחולת הסייג של הגנה עצמית, צורך או כורח, לפי סעיפים 34, 34א, 34ב. (ג) ...".
באנגליה מוצע הסדר של אחריות מופחתת (להבדיל מענישה מופחתת) במקרה של שימוש בכוח חורג מהסביר לצורך הגנה עצמית, שעדיין אינו פטור מלא מאחריות. ראו: Law Commission, Partial Defences to Murder – Final Report 71–80 (Aug. 2004). כן ראו SANGERO, לעיל ה"ש 11, בעמ' 304, המתייחס לוועדה קודמת שדנה בנושא "[I]t should be noted that the English draft law explicitly established an arrangement of diminished (criminal responsibility in case of 'use of excessive force')", וכן את הפניות שם.

תתקבל הצעת החוק להבניית שיקול-הדעת השיפוטי בענישה, המציעה לראות בחריגה מועטה מהסבירות הנדרשת להגנה עצמית משום נסיבה מקילה.⁷⁹ הבחנה זו בין החורגים מהסביר עקב תחושת חרדה אינה רציונלית, ואי-אפשר להצדיקה על-סמך ייחודם של בית מגורים, בית עסק ומשק חקלאי, אשר מצדיק הסדרים מיוחדים בהקשרים שהוזכרו. אין כל סיבה להניח כי החרדה של מי שנאלץ להתמודד בביתו שלו עם פורץ גדולה מהחרדה של מי שהותקף בהיותו מחוץ למקום מוגן, ואולי אף להפך. יש לקוות כי במרוצת הזמן יורחב הפטור במשפטנו לכל מקרה שבו במהלך ההתגוננות חרג המתגונן משימוש בכוח סביר, כל עוד השימוש בכוח לא היה בלתי-סביר בעליל. עם זאת, חשוב להדגיש כי הפירוש המוצע מרכך באופן משמעותי את המסר הבעייתי הטמון בפירוש שהוענק על-ידי השופטת ברקאי לעצם קיומה של ההגנה המיוחדת לבית מגורים, לבית עסק ולמשק חקלאי, שלפיו "בשונה מן ההגנה העצמית הקלאסית הורד רף מבחן הסבירות והוא צומצם באופן משמעותי המותיר כר פעולה רחב יותר לאדם לעשות שימוש בכוח כדי להדוף פורץ ואולי אף מאפשר את הגברת מידת הכוח שתותר לשם הדיפת פורץ לביתך".⁸⁰ גם אם מקבלים את הפרשנות המוצעת על-ידינו, המאפשרת להתחשב בתחושות של פחד או מצוקה, אין לדעתנו להעניק פטור במקרים שבהם תחושות אלה הניעו את המתגונן להמשיך את פעולת ההתגוננות ולהשתמש בכוח קטלני לעבר פורצים נסים, כאשר הסכנה כבר חלפה, כמשתמע מעמדתה של השופטת ברקאי בפרשת דרומי – עמדה שעליה ביססה למעשה השופטת את זיכוי של דרומי. דווקא החשש מפני חיסול חשבונות שהושמע בפסיקה שדנה בהגנה עצמית קודם לפרשת דרומי, ואשר עליו הצבענו בתחילתה של רשימה זו, מחייב הצבת קו גבול ברור בין התגוננות לבין "ענישה". כל עוד הסכנה קיימת, שיטת המשפט יכולה להרשות לעצמה להתחשב בתחושת הפחד ובאובדן העשתונות, ולהעניק פטור גם במקרים של חריגה מהסביר, ובלבד שאין מדובר בחריגה שהיא בלתי-סבירה בעליל. לעומת זאת, שימוש בכוח לאחר סיום ההתקפה, כאשר התוקף החל במנוסה, אינו בגדר הגנה עצמית, אלא מהווה ענישה, ובמדינת חוק הסמכות להעניש עבריינים (כולל אלה שניסו לבצע עברה) מצויה בידי הרשויות ובידיהן בלבד.⁸¹ גם אם אכיפת החוק על-ידי הרשויות אינה אפקטיבית, הסמכת הפרט להשתמש בכוח – שעלול אף להיות קטלני – כדי

79 ס' 140(ב) להצעת חוק העונשין (תיקון מס' 92) (הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה), התשס"ו-2006, ה"ח 241.

80 פרשת דרומי, לעיל ה"ש 1, פס' 6 לפסק-דינה של השופטת ברקאי.

81 יצוין כי גם רשויות אכיפת החוק מוגבלות בהיתר הניתן להם להשתמש בכוח קטלני על-מנת לתפוס עבריינים. כך, למשל, שוטרים אינם זכאים לירות ירייה קטלנית לעברו של עבריין רכוש נמלט (עניין מזרחי, לעיל ה"ש 59, פס' 11 לפסק-דינה של הנשיאה ביניש); ואין הם רשאים לעשות שימוש באמצעים מסכני חיים לצורך הרתעת עבריינים או נקם בהם, גם כאשר ההתמודדות עמם במסגרת החוק אינה אפקטיבית דיה (ע"פ 9878/09 מדינת ישראל נ' מוסא, פס' 29-30 לפסק-דינו של השופט ג'ובראן (פורסם בנבו, 20.9.2010)).

להעניש פורצים וגנבים תוביל לאנרכייה, ועלולה אף לספק תמריץ שלילי למשטרה בכל הנוגע במציאת מענה למכת ההתפרצויות.

בהקשר זה חשוב להדגיש כי סיטואציה של הגנה עצמית היא מטבעה סיטואציה מתסכלת. המתגונן מוצא את עצמו, על לא עוול בכפו,⁸² חשוף להתקפה עבריינית. נטייתו של הנתקף לתת ביטוי לתסכול, ואף להגיב על הפגיעה באינטרסים שלו כאשר התוקף הצליח להגשים את זממו (הצליח בגנבת הרכוש או אף בפגיעתו של המתגונן), היא נטייה טבעית ומובנת. אבל עם כל ההבנה למצבו, שיטת המשפט אינה יכולה להתיר לנתקפים ליטול את החוק לידיהם ולפגוע בתוקפים הנסים מהזירה. הענישה במדינת חוק מסורה בידי המשפט, ועל המשפט לספק בלם הולם מפני מתן ביטוי לתחושות הזעם והתסכול. בתחום הפלילי ענישת התוקפים על-ידי המערכת המשפטית ובמסגרת הליך הוגן היא שאמורה לספק בלם מפני מתן ביטוי לתחושות אלה, ואף להביא על סיפוקה את שאיפתם של הקורבנות לנקם. על אוכפי המשפט להבטיח כי העבריינים אשר חוזרים ופורצים למשקים חקלאיים וגונבים רכוש אכן יבואו על עונשם.

לסיכום הדיון בהתייחסות אל תחושות החרדה והפחד מתחייבת הבהרה. יש להבחין בין שני מצבים של הפעלת כוח כלפי תוקפים נמלטים המונעת על-ידי תחושות של חרדה ופחד. במקרים שבהם בשל תחושת הפחד טעה המתגונן בהערכת הסיטואציה, תיבחן ההגנה העצמית לאור מצב הדברים העובדתי כפי שנתפס על-ידי המתגונן.⁸³ אם הנתקף פעל מתוך ההנחה (המוטעית אומנם) כי התוקף מְסַפֵּן עדיין את חייו, מן הראוי להעניק לנתקף את הפטור מכוח הגנה עצמית מדומה.⁸⁴ לעומת זאת, הפטור הנידון ברשימה זו מניח כי ה"מתגונן" ער למצב הדברים לאשורו, אלא שבשל תחושות המצוקה והפחד חרגה תגובתו מהסביר. פטור זה לא יוענק למי שהבחין כי התוקף חדל מהתקפתו אך המשיך בכל-זאת להפעיל כוח כלפי התוקף הנמלט, וזאת בשל תחושות המצוקה והאימה, ואולי גם בשל הכעס ושאיפת הנקם שחש עקב חשיפתו לעימות עם התוקף.⁸⁵

82 הגנה עצמית אינה מוענקת למי "שהביא בהתנהגותו הפסולה לתקיפה תוך שהוא צופה מראש את אפשרות התפתחות הדברים", כאמור בס' 34 לחוק העונשין (לנוסח מלא ראו לעיל ה"ש 8).

83 ראו לעיל ה"ש 65 והטקסט הסמוך אליה.

84 ראו לעיל ה"ש 67.

85 ההבחנה בין שני המצבים טושטשה בפסק-דינה של השופטת דורנר בעניין ג'בארין, לעיל ה"ש 21, פס' 4 לפסק-דינה, שלפיה "הסבירות במהותה נקבעת על סמך מבחן אובייקטיבי. אף מי שמבחינתו הסובייקטיבית סבר כי הוא מגן על עצמו ובמצב הפחד שבו היה שרוי המשיך לתקוף את מי שביקש ליטול את חייו והרג אותו לאחר שהסכנה חלפה, נושא באחריות למות התוקף".

ו. במקום סיכום

בגיליון הנוכחי של כתב-עת זה מתפרסם מאמרו של בועז סנג'רו הבוחן בהרחבה את פרשת דרומי ואת ההגנה המיוחדת המוענקת לבית מגורים, לבית עסק ולמשק חקלאי מגודר "כמקרה-מבחן לרציונל המצדיק הגנה עצמית ולהלכה הישראלית". אף שקיימות נקודות משיקות לא-מעטות בין רשימה זו לבין מאמרו של סנג'רו,⁸⁶ הפרספקטיבה המוצעת ברשימה זו שונה. סנג'רו בוחן את פרשת דרומי ואת ההגנה המיוחדת המוענקת לבית מגורים, לבית עסק ולמשק חקלאי לאור הרציונל של ההגנה העצמית ובהתחשב בתנאי ההגנה. הדגש ברשימה זו, לעומת זאת, הוא בתחומים גבולותיה החיצוניים של ההגנה העצמית, אשר מחייבים להבחין בין שימוש לגיטימי בכוח לשם הדיפתה של סכנה מוחשית כל עוד זו קיימת לבין שימוש פסול בכוח כלפי תוקפים נמלטים. הטענה המרכזית של הרשימה היא כי שימוש בכוח כלפי תוקפים נסים מהווה נטילה של החוק לידיים לצורכי ענישה, ובמדינת חוק הענישה מסורה בידי המערכת המשפטית ובידיה בלבד. הפרספקטיבה השונה גוררת בעקבותיה קריאה שונה של פסק-הדין בפרשת דרומי. סנג'רו תומך בחוות-הדעת המרכזית של השופטת ברקאי, אשר בדעת רוב העניקה לדרומי את ההגנה המיוחדת של בית מגורים ומשק חקלאי (אם כי מציג גם כמה השגות מקומיות על עמדה זו), ומבקר את חוות-דעתו של שופט המיעוט השופט ואגו, אשר שלל את ההגנה מדרומי. רשימה זו, לעומת זאת, תומכת בחוות-הדעת המיעוט של השופט ואגו, אשר השכיל להציב גבול ברור בין שימוש לגיטימי בכוח לצורכי התגוננות לבין שימוש פסול בכוח כלפי פורצים נמלטים.⁸⁷

שוני בולט בין הרשימות קיים גם באשר לפירוש המוצע להגנה המיוחדת המוענקת לבית מגורים, לבית עסק או למשק חקלאי. לדעתו של סנג'רו, את הניסוח שנקבע במסגרת ההגנה על בית המגורים, שלפיו ההגנה תישלל אם המעשה "לא היה סביר בעליל", היה ראוי לשלב במסגרת ההגנה העצמית הרגילה המצדיקה את ההתגוננות, ובכך למתן את דרישת הפרופורציה. אף שרשימה זו שותפה להערכה כי הפסיקה צמצמה יתר על המידה את ההגנה העצמית הרגילה וכי ראוי להגמיש את תנאיה, הרשימה מבחינה בין תנאי הסבירות (במסגרת ההגנה העצמית הרגילה) לבין התנאי של אי-היות התגובה בלתי-סבירה בעליל (במסגרת ההגנה על בית המגורים, בית העסק והמשק החקלאי). הטענה המרכזית שלנו בהקשר זה היא כי הצדקת הדיפתו של תוקף – לרבות פורץ לבית מגורים, לבית עסק או למשק חקלאי – תוגבל למקרים שבהם התגובה הייתה סבירה בנסיבות העניין, וייחודם של בית המגורים, בית העסק והמשק החקלאי יובא בחשבון במסגרת הערכת הסבירות. הדיפה של פורץ אשר חרג מהסביר תהיה פסולה, אבל במצבים שבהם היא הונעה על-ידי תחושות של מצוקה

86 נקודות ההסכמה בין הרשימות הודגשו בהערות-השוליים.

87 דמיון בין הרשימות קיים לגבי האופן שבו יש להבין את חוות-דעתו של הנשיא פלפל.

ופחד תעניק אותה הגנה מיוחדת הניתנת לבית מגורים, לבית עסק או למשק חקלאי פטור למי שהדף את הפורץ. זאת, בתנאי שאותה תגובה שהונעה על-ידי תחושות של מצוקה ופחד לא הייתה בלתי-סבירה בעליל בנסיבות העניין, ויועדה להדוף סכנה מוחשית אשר טרם חלפה. שימוש בכוח עם חלופה הסכנה יהיה לעולם פסול.⁸⁸

88 גישה זו נכונה גם כאשר מדובר בשוטרים, כפי שעולה מעניין מזרחי, לעיל ה"ש 59, שם נקבע כאמור כי אין לירות ירייה קטלנית לעבר עבריין רכוש נמלט בשעה שאין מתקיימת סכנת חיים (שם, פס' 11 לפסק-דינה של הנשיאה ביניש). עמדה זו תואמת גם את הוראות הפתיחה באש של משטרת ישראל (משטרת ישראל קובץ הנחיות, נוהלי אבטחה והוראות שימוש בכלי ירייה, www.moin.gov.il/Apps/PubWebSite/publications.nsf/All/FA092EA78F59D5E8C), אשר קובעות במפורש בסעיף 1 לפרק א ("עקרונות כלליים") כי: "א. השימוש בנשק לעבר אדם מותר, כאשר הוא דרוש באופן מיידי לשם הגנה על היורה או זולתו מפני תקיפה שלא כדין, שצפויה ממנה סכנה מוחשית לחיים. ב. השימוש בכלי ירייה לצורך הגנה עצמית ייעשה כמוצא אחרון, לאחר שנשקלו ומוצו דרכי פעולה אחרות להפסקת התקיפה, לרבות אזהרה מוקדמת, ובלבד שלא יהיה בכך כדי לסכן חייו של היורה או של זולתו, כאשר אין דרך אחרת בנסיבות העניין להתגבר על התוקף המסכן חיים. ג. נחיצות השימוש בכלי ירייה תיבחן בכל שלב משלבי האירוע. יש להפסיק את הירי מיד כשפסקה התקיפה ואין יותר סכנה לחיים".