

אגב הפסיקה

פסק דין תמוה

(ע"פ 89/78 יעקב בן אליהו אפנז'ר נ' מ.י., פ"ד לג (3) 141):

א. במקום הקדמה; ב. תיאור כללי; ג. סיבת התמיהה; ד. העובדות שנקבעו; ה. הבהרות נורמטיביות ספורות; ו. חוות הדעת של השופט אלון; ז. חוות הדעת של הנשיא; ח. חוות הדעת של השופט אשר; ט. סיכומנו; י. על פסק הדין של בית המשפט המחוזי.

א. במקום הקדמה

1. נתחיל את שורותינו אלה במעין הקדמה, שהיא, לאמיתו של דבר, סיכומנו העקרוני לסוגיה המרכזית שבה הן דנות, מבלי להירתע מלחזור על הדברים גם בסופן, כאשר נסכם את האמור בהן.

תוך עיון בפסקי הדין של בתי המשפט בארץ, ובייחוד של בית המשפט העליון, הורגלנו לתפיסה כי מלאכת עשיית הצדק, בכל מקרה שבא לפני הרשות השופטת, מושתתת על בדיקת עובדות העניין ברוח של הסתכלות קפדנית, של זיהוי מדויק, של הבחנה אובייקטיבית ושל אבחון נכון, והעברתן במבחן הנורמה המשפטית ההולמת, על כל אחת מדרישותיה בנפרד ועל כולן במקובץ, ללא דעות קדומות, נטיות רגשיות ומגמות קבועות מראש. כלומר, איתור של מציאות קיימת, פאסיבית, ויישום החוק, הקיים גם הוא כנתון אובייקטיבי, על כל מרכיביו לגביה — הכל תוך התעלמות השופט מרגישויותיו, רגשותיו ותפישותיו האישיים.

עיינו וחזרנו ועיינו בפסק הדין של בית המשפט העליון בעניין אפנז'ר, ולצערנו הרב איננו יכולים להשתחרר מן ההרגשה כי, הפעם, לא זאת היתה גישתם של שופטי הרוב בעניין זה, וקל לנו יותר לתת ביטוי להרגשה זו גם בזכות דעת המיעוט בו, אשר, אולי בסגנון אחר, מביעה אותה הרגשה.

ב. תיאור כללי

2. מן הנמנע לגשת לדיון בנושא רשימתנו זו מבלי להציג קודם את רקעו הכללי תוך ליקוט בלתי מחייב, אך נחוץ להבנת הדברים, של עובדות, קביעות והכרעות מתוך שלושת פסקי הדין שניתנו בעניין — בבית משפט השלום, בבית המשפט המחוזי

1 להלן: עניין אפנז'ר.

כערכאת ערעור ובבית המשפט העליון כערכאת ערעור שני על-פי הרשות המיוחדת של נשיאו.

יעקב בן אליהו אפנז'ר (להלן: המערער) הורשע בבית משפט השלום בירושלים² בעבירות של תקיפת שוטרים והכשלתם במילוי תפקידם, לפי סעיפים 1 ו-3 לחוק לתיקון דיני העונשין (תקיפת שוטרים), תשי"ב-1952 (הם סעיפים 273 ו-275 לחוק העונשין, תשל"ו-1977); הרקע העובדתי דלהלן יסביר את הבסיס להרשעה.

בתאריך 22 בדצמבר 1976, אחרי השעה אחת בלילה, באו שני שוטרים, לכושים אזרחית, וברשותם צו חיפוש, לדירתו של אחד בשם סבח חילו (להלן: בעל-הבית), כדי לערוך בה חיפוש, בשעה שבתוך הדירה שהו מספר אורחים מלבד בעל-הבית ורעייתו. עילת החיפוש היתה, לפי עדות אחד השוטרים, חשד של עבירה של משחקי קובייה בסכומים גדולים, לפי עדותו של האחר, חשד להתזקק סמים ומשחקי קובייה, או, לפי הרשום בצו החיפוש, חשד של עבירה לפי פקודת הסמים המסוכנים. נאמר לנו גם, כי "המערער הוא בעל 'עבר' עשיר, אך השוטרים לא באו לעצור אותו, הוא אף לא בעל הדירה בה הצטוו לחפש, ואף אינו גר בה. הוא נמצא שם כאורח"³.

לפי גירסה אחת הקישו השוטרים תחילה הקשה קלה בדלת הכניסה לדירה ומשלא נענו ארבו מבחוץ למתרחש בתוכה. אולם, כדי לגרום, בכל זאת, לפתיחת הדלת ויחד עם זאת גם לשמור על יתרון ההפתעה, הפסיקו מבחוץ את זרימת הגז למתקן הבישול שבדירה, אשר, כנראה, היה בפעולה אותה שעה. ואכן, המערער ניגש לדלת החיצונית של הדירה ופתח אותה כדי לצאת החוצה ולעמוד על סיבת הפסקת זרימת הגז מן המיכלים הניצבים שם. משנפתחה הדלת ניסו השוטרים לחדור פנימה מבלי להזדהות ולהציג קודם את צו החיפוש. המערער זיהה אותם, התנגד בכוח לכניסתם ולהתקדמותם לתוך הדירה ואף צעק לתוך הדירה קריאת אזהרה "בולשת, בולשת". לאחר מאבק קצר ניתן לשוטרים להיכנס ולערוך את החיפוש שלא העלה מאומה. המערער הסביר את משמעות התנגדותו זו באלה המלים: "מנעתי מהם כי יש לי עבר ויש לי עניינים עם אנשים"⁴.

3. בית המשפט המחוזי קבע כי בנסיבות העניין, המקובלות עליו, לא הוכח כי היה כאן סירוב להרשות כניסה לדירה, לאחר הזדהות והצגת צו החיפוש, ולכן השוטרים פעלו ללא סמכות כאשר ניסו להיכנס לתוכה בכוח. מכאן, שהם עשו את שעשו שלא במילוי תפקידם כחוק. כתוצאה מכך, לא הותקפו כשוטרים וממילא גם לא הוכשלו במילוי תפקידם כאמור. יחד עם זאת, קבע בית המשפט כי השוטרים הותקפו כאזרחים רגילים וכי טענות המערער כי פעל מתוך הגנה לגיטימית או הצדק אחר כדין אין להן על מה לסמוך. משום כך, ביטל בית המשפט המחוזי את ההרשעות בשתי העבירות, תקיפת שוטרים והכשלתם במילוי תפקידם כחוק, והרשיע את המערער בעבירה של תקיפה לפי סעיף 249 לפקודת החוק הפלילי, 1936 (הוא סעיף 379 לחוק העונשין). לא התעכבנו על פרטי הנימוקים שעליהם הושתת ביטול ההרשעות כאמור, כי זהו נושא הראוי לדיון נפרד ונחזור אליו לאחר דיונו בפסק הדין של בית המשפט העליון.

2 ת"פ 4098/76.

3 עניין אפנז'ר, בעמ' 161, מול אות השוליים ה'.

4 שם, בעמ' 165, בין אותיות השוליים ד'—ה'.

ג. הסיבה לתמיכה

4. המדינה והמערער הגישו בקשות רשות לערעור שני לפני בית המשפט העליון. נשיא בית משפט זה דחה את בקשת המדינה "ואילו לנאשם — החליט הנשיא — אני נותן רשות ערעור מוגבלת לשאלה אם על פי העובדות שנקבעו, עמדה לנאשם ההגנה בה מדובר בסעיף 18 לפקודת החוק הפלילי 1936"⁵. כלומר, הגבלה כפולה: (א) על-פי העובדות שנקבעו בלבד, תוך התעלמות מכל עובדה או השערה אחרות מעבר למערכת העובדות שקבע בית המשפט שעל פסק דינו נתבקשה הרשות לערער; ו-(ב), אם נתקיימו במערכת עובדות אלה תנאי ההגנה הפרטית, כסייג לפליליות מעשה המערער, בהתאם לסעיף 22 לחוק העונשין (הוא סעיף 18 לפקודת החוק הפלילי, 1936), ולא לפי מערכת דינים אחרים, תהיה הבהרה זו מוורה ככל שתהא. כי למותר להוסיף כי ההגבלה השנייה טומנת בחובה את הדבר המובן מאליה במדינת שלטון החוק, כי הבסיס הנורמטיבי הבלעדי להכרעה בשאלה המשפטית האמורה הוא דין המדינה ולא כל דין אחר ולו אף, מבחינת רמז להמשך הדיון, דיני המשפט העברי.

5. בבית המשפט העליון, על בסיס הערעור השני, זוכה המערער כליל, ברוב דעות, מהרשעתו, כאשר שופטי הרוב — הנשיא (זוסמן) והשופט אלון — סברו כי המערער פעל בתנאי ההגנה הפרטית, לעומת שופט המיעוט, השופט אשר, שגרס כי סברה זו מופרכת מעיקרה על-ידי "העובדות האמיתיות של המקרה"⁶, וכי דעת הרוב עשויה לעמוד במבחן רק תוך "התאמה" הולמת של העובדות אליה⁷.

אף אילו היו העובדות — ה"מותאמות" כאמור — שעליהן הושתתו חוות הדעת הנפרדות של שני שופטי הרוב, מתיישבות ביניהן, ניתן היה, לכל הפחות, לדבר על פסק דין של רוב. אבל לא כך הוא המצב. השופט אלון זיכה את המערער, בסברו כי "פרשנות" סעיף 22 האמור בהתאם למשפט העברי מובילה למסקנה כי הלה פעל בתנאים של הגנה פרטית על חבריו שנמצאו בתוך הדירה⁸, ואילו הנשיא השתית את הדין, כמובן בהתאם למשפט הישראלי, על ההנחה של התגוננות עצמית של המערער,

5 שם, בעמ' 144, לפני אות השוליים א'.

6 שם, בעמ' 165, לפני אות השוליים ג'.

7 "החליפה היפה והנוצצת הניתפרה על ידי חברי כלל אינה הולמת את המערער שלפנינו." (שם, בעמ' 165, מול אות השוליים ה').

8 והרי דברי השופט אלון לשם ביסוס גירסתו (שם, בעמ' 157—158, תחילת הקטע בעמ' 157, בין אותיות השוליים ו' ו-ז):

"... נראה לי כי אין כל מקום לבוא בטרזניה עם המערער על שנהג כפי שנהג ברגע שפתח את הדלת באישון לילה וראה שני אנשים, לבושי אורחית, מתפרצים פנימה. רשאי היה, מכח עקרון ההגנה הפרטית, לדחוף בכח את המתפרצים למען ישארו מעבר לדלת ומחוץ לדירה. בכך ביקש ראשית לכל למנוע חבלה או פגיעה בגופו הוא. ואם תאמר שמכך לא היה לו לחשוש שהרי זו לא היתה דירתו ולא גר שם, ובדרך הטבע כוונת המתפרצים היא לאלה שגרים בדירה ואם כן יכול היה לסור הצדה ולתת למתפרצים להתפרץ פנימה, הרי עדיין עומדת לו למערער טענת ההגנה של הזולת, היינו על חמשת האנשים והנשים ששהו אותה שעה בדירה." מדברים אלה עולה, לדעתנו ברורות, כי השופט לא מצא אחיזה מספיקה לקבוע שהמערער פעל מתוך התגוננות עצמית. כי, אחרת, היה ממשיך וקובע כי יחד עם זאת "עומדת לו למערער טענת ההגנה של הזולת, היינו..." ואין חילוק כי אדם עלול להימצא במצב שבו כפויה עליו גם התגוננות עצמית וגם הגנה על

ולא של הגנה על אחרים⁹. כלום ניתן לחלוק על כך שכל אחת משתי הגירסאות בנויה על מערכת עובדתית ונורמטיבית שמוציאה מכלל אפשרות השתתף עליה של זולתה? במצב כזה, אנו ניצבים לפני שלוש חזות דעת, כל אחת, של מיעוט: של השופט אשר, הקובעת כי אין כל אחיזה במערכת העובדות שקבע בית המשפט המחוזי, אם לגירסת המעשה תוך הגנה על הזולת ואם לגירסת התגובה תוך התגוננות עצמית; של השופט אלון, הגורסת מערכת עובדות המצדיקה מכוח הדין העברי מעשה הגנה על הזולת; ושל הנשיא, המניחה מערכת עובדות אופיינית לתגובה, בהתאם לדיני המדינה, תוך התגוננות עצמית דווקא. עתה נשאלת השאלה: כלום ייתכן להרכיב פסק דין של ממש מתוך שלוש חזות דעת כאלה? האם די במסקנה הדיספוזיטיבית — "זיכוי" — המשותפת לשתיים מהן, כדי להכריז על רוב בהתעלם מתשתיתן העובדתית, *in rem*, והנורמטיבית, *in jure*, המנוגדות זו לזו, של כל אחת מהן? כלום אין זה פסק דין תמוה, אם בכלל ניתן לדבר על פסק דין במובן זה שאפשר להסיק ממנו גם על שום מה — מבחינה עובדתית ומשפטית כאחד — זוכה המערער ולא רק שטוב לו כי זוכה? והכל, כאשר הבסיס העובדתי והנורמטיבי של בירור הערעור הוגדר מראש, ללא כל היתר לסטייה ממנו — הוא מערכת העובדות כפי שנקבעו קודם לכן בידי בית המשפט המחוזי וכמובן מערכת דיני המדינה, אשר מחייבת ראשית לכל את הרשות השופטת.

אכן הבוחן למתן תשובה לשאלה אם בכלל נמצאים אנו לפני פסק דין של ממש היא התשובה לשאלה אם היבט כלשהו, שהוא בבחינת *ratio* של פסק הדין, עשוי לשמש תקדים מחייב, כאשר לכל אחד מן ההיבטים הפוזיטיביים הללו ישנו רוב של... אחד! כמובן, ניתן לרכז סביבם גם רוב של שניים, אך כפי שראינו, רק לשלילה, ואז התשובה בוטה עוד יותר: פסק הדין מתפרק לחלוטין באשר לתשתיתו העובדתית והמשפטית.

6. לדעתנו, חייבים היו השופטים — ובייחוד שופטי הרוב — קודם לכל לתחום את מערכת "העובדות שנקבעו" כאמור, כבסיס אחיד ומוקפא בתור "עובדות אמיתיות של המקרה" ולאחר מכן לברר ולהבחיר את משמעותן המשפטית לאור הוראות סעיף 22 לחוק העונשין — על כל אחת מדרישותיהן בנפרד — המסדירות את ההגנה הפרטית כסוג ה"צורך", השולל את פליליות המעשה שנעשה בתנאיו. אולם לא כך נהגו השופטים. לכן, נפנה אנו לפסק הדין של בית המשפט המחוזי, ננסה לאתר את מערכת העובדות

הזולת. אולם השופט לא המשיך כך, אלא העלה את הספק בדבר ההשערה הראשונה, של התגוננות עצמית, המשיך בהנמקתו של הספק — ואם תאמר שלא היה למערער לחשוש מחבלה או פגיעה בגופו, "שהרי זו לא היתה דירתו ולא גר שם, ובדרך הטבע כוונת המתפרצים היא...". — ואימץ את הגירסה השנייה של ההגנה על הזולת, שלהנמקתה המשפטית הקדיש את כל חזות דעתו. יש להזכיר כי בעניין טענת "הצורך", על כל היבטיו, אכן אין די בספק שמא בכל זאת פעל האדם בתנאי הצורך כדי שהוא ייבנה ממנו ושישתחרר מאחריות פלילית. לפי פרשנות בית המשפט העליון את הוראות סעיף 22 לחוק העונשין, דרושה הוכחה לא פחות מאשר לפי מבחן עורף ההסתברויות.

9 והרי דברי הנשיא הנוגעים לעניין זה: "לפנינו האריך הסניגור המלומד את הדיבור על טענתו שהמערער היה חייב להגן על האנשים שבדירה, כאילו רק משום כך יוכל לבוא במסגרת סעיף 18 הנ"ל. אין אני רואה חובה להיגרר לזיכוח על טענה זו, הואיל ורווח והצלה עומדים לו למערער ממקור אחר. המערער רשאי היה לנהוג כפי שנהג לשם התגוננות עצמית בפני המעשה הבלתי חוקי של השוטרים." (שם, בעמ' 162 מול אותיות השוליים ב' ו-ג').

הללו, כדי לבדוק את הבסיס העובדתי של כל אחת משלוש חוות הדעת של השופטים לאור מערכת זו, ולעמוד על המסקנות המשפטיות המתבקשות מהן. ואולי, בסוף, תתבקשנה מסקנות אחדות גם בנוגע לפסק דין זה עצמו, שמא מבוסס יותר דווקא פסק הדין של בית משפט השלום.

ד. העובדות כפי שנקבעו

7. לפנינו פסק הדין של בית המשפט המחוזי בעניין אפנז'ר¹⁰ וכשניגשים אנו לאיתור העובדות שנקבעו בו וכפי שנקבעו בו, מתוך הקפדה ראויה ומחויבת המצב, מצטיירת מערכת עובדות כדלקמן:

— שני השוטרים חיכו מאחורי דלת הכניסה של הדירה עד שתיפתח והמערער היה זה שניגש לדלת ופתחה;
— עם היפתח הדלת התפרצו השוטרים פנימה לדירה, מבלי שקדמו לפעולה זו דרישה וסירוב להרשות את הכניסה על סמך מעמדם וצו החיפוש שהיה בידיהם;
— המערער זיהה את המתפרצים כשוטרים מיד עם היפתח הדלת;
— המערער מנע את התקדמות השוטרים לתוך הדירה, תוך שימוש בכוח ודחיפתם החוצה;
— תוך כדי היאבקות בשוטרים הזהיר המערער את חבריו שבדירה בקריאות "בולשת, בולשת";

— ההיאבקות נמשכה מבחינת המרחב כעשרה צעדים לתוך הדירה ומבחינת הזמן למעלה מן האופייני לתגובה אינסטינקטיבית עקב מאורע מפתיע.
אלה הן העובדות וכל העובדות שנקבעו בידי בית המשפט המחוזי, והרשות לערער שנית, לבית המשפט העליון, ניתנה, כאמור, כדי לדון אם, על פיהן ועל פיהן בלבד, עמדה למערער טענת ההגנה הפרטית בהתאם לסעיף 22 לחוק העונשין. יש להוסיף שלוש עובדות שאין עליהן עוררין, והן ששעת ההיתקלות היתה אחרי בלילה, שהשוטרים היו לבושים אורחית אך מצוידים בצו חיפוש מטעם רשות שופטת באותה דירה ושהמערער היה סתם אורח באותו לילה בדירה, אשר ההחזקה בה היתה בידי אחר מבין אלה ששהו אותה שעה בדירה.

8. ההקשרים שבהם קבע בית המשפט המחוזי את מערכת העובדות האמורות לעיל הם שתי השאלות שלפניהן עמד בית משפט זה. הראשונה מהן היא אם מעשי המערער מגלים את העבירות של "תקיפת שוטר כשהוא ממלא תפקידו כחוק" ושל הכשלתו "כשהוא ממלא תפקיד כחוק", כאמור בסעיפים 273 ו-275 לחוק העונשין. השאלה האחרת שבית המשפט הציג לעצמו, בהחליטו לגבי השאלה הראשונה כי מעשי המערער מגלים עבירה של תקיפה רגילה בלבד לפי סעיף 379 לחוק העונשין, היתה אם, בכל זאת, לא עמדה לו טענת ההגנה הפרטית לפי סעיף 22 לחוק העונשין או כל "צידוק אחר". התשובה לשאלה השנייה היתה, כידוע, שלילית.
ואלה הם הנימוקים העובדתיים של בית המשפט, בלשונו הוא, אשר הביאוהו להחלטות בשתי השאלות דלעיל, ראשון ראשון ואחרון אחרון.

10 ע"פ 158/77 יעקב בן אליהו אפנז'ר נ' מ.י. (להלן: עניין אפנז'ר-מחוזי).

(א) כתשחית עובדתית להחליטה בשאלה הראשונה קבע בית המשפט, פשוטו כמשמעו:

"העולה מן האמור הוא כי פרט לקביעה מפורשת אחת — היא הנקודה שהנאשם זיהה את השוטרים מיד עם היפתח הדלת ואף על פי כן לא הפסיק את התנגדותו — וכן רמו על כך שאכן התפרצו השוטרים לדירה, אין בידינו ממצאים עובדתיים ברורים. בנסיבות אלה אין לנו אלא להניח לטובת הנאשם את הגירסה הנוחה לו ביותר. גירסה זו, כך נראה לנו, הינה הגירסה שמצאה את ביטוייה בחקירתו הנגדית של השוטר כהן, לאמור: 'חכינו מאחורי הדלת עד שתיפתח, וכשנפתחה הדלת פרצנו פנימה'."

בהקשר זה, ביטל בית המשפט את ההנחות העובדתיות כי היושבים בדירה התחמקו מפתיחת הדלת כשהשוטרים נקשו עליה לראשונה וכי הדלת נפתחה רק לאחר פסק זמן עקב תחבולת סגירת הגז על-ידי השוטרים. לפי ממצא זה, לא קדמו להתפרצות השוטרים לדירה כל דרישה וסירוב להרשות את הכניסה, שיצדיקו את ביצועה בכוח בהתאם לסעיף 45 לפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחפיזה) [נוסח חדש], תשכ"ט — 1969¹¹. הכניסה נעשתה אפוא שלא תוך מילוי התפקיד "כחוק", אלא כאזרחים רגילים. מכאן גם הגדרת מעשהו של המערער כתקיפה רגילה.

(ב) את ההחלטה בשאלה השנייה בנה בית המשפט על מערכת העובדות שלהלן, ושוב בלשונו של בית המשפט עצמו:

"כזכור, קבע השופט המלומד [של בית משפט השלום] כי 'הוא [המערער] היה צועק 'בולשת, בולשת' תוך כדי התנגדותו להם ותקיפתו אותם'... לא זו בלבד שלא היה מקום או צורך להתגונן לפי מה שהעידו השוטרים, הגנה זו נשללת מגיה וביה על ידי עדותו של הנאשם עצמו:

'כשפתחתי את הדלת הם התפרצו עלי... מנעתי מהם להיכנס... בגוף שלי. אחרי זה הם הודוהו כאנשי המשטרה. אני החזקתי את השוטרים בידיים, דחפתי את ידי קדימה, דחפתי אותם, את כהן, אחורה...'.

... לא היינו מדקדקים עם המערער אילו היה ממש בטענתו 'שכל זה ארך שנייה'. אלא שלא כך היו הדברים. השוטר כהן העיד כי 'גם בתוך הדירה נמשכה ההיאבקות. ההיאבקות היתה מהדלת עד דלת החדר פנימה, כ-10 צעדים'. שמע מיניה, שהמדובר בהתרחשות ובהתנגדות, שבנסיבות העניין, ארכה מעל ומעבר לתגובתו האינסטינקטיבית של המערער."

מערכת העובדות, כפי שניסחנו אותה, עולה אפוא ברורות מדברי בית המשפט המחוזי ועל-פיה בלבד היה בית המשפט העליון מוגבל לדון בשאלה אם מעשה המערער בוצע בתנאי ההגנה הפרטית בהתאם לסעיף 22 לחוק העונשין.

11 זהרי לשון הסעיף:

45. אדם הגר בבית או במקום שמותר להיכנס אליו מכוח רשות לעצור או לחפש, או הממונה על בית או מקום כאמור, ירשה, לפי הדרישה, כניסה חפזית ויתן כל הקלה סבירה; בדרש וסירב להרשות כניסה כאמור, מי שוכאי להיכנס רשאי לבצע את הכניסה בכוח.

ה. הבהרות נורמטיביות ספורות

9. היות שהמדובר בשאלה אם עמדה למערער הטענה של "הגנה פרטית" לפי סעיף 22 לחוק העונשין, לא למותר להזכיר את התנאים שבהם מותנית חלות סייג זה לפליליות המעשה; ולשם המחשה נצמיד את התנאים הללו ישירות לנתוני עניין אפנזר.

(א) כל השופטים היו מאוחדים בדעה כי אין מתמלאים כאן התנאים לטענת ההגנה על "רכוש" — אם של הזולת ואם של עצמו — כך שאין כל טעם להתייחס להיבט זה של הסייג, ולו גם מבחינה נורמטיבית בלבד;

(ב) באשר להגנה הפרטית על הגוף או הכבוד — שני הערכים הנוספים שלגביהם עשויה הטענה לעמוד בהתאם לסעיף 22 האמור — לא היה די בהגדרת מעשה השוטרים כבלתי חוקי, כגון ראייתו כהסגת גבול, כדי שיווצר, מניה וביה, מצב המזכה להגנה פרטית; לשם כך, היה מתבקש לקבוע כי המערער "לא נהג כפי שנהג אלא כדי למנוע תוצאות שלא ניתן למנען בדרך אחרת ושהיו גורמות חבלה חמורה או פגיעה בגופו, בכבודו... או בגופם או בכבודם של אחרים שהגנתם עליו", כאמור באותו סעיף 22. כלומר:

(1) כי היתה נשקפת ממעשה השוטרים סכנה מידית בחבלה חמורה או בפגיעה, לגוף או לכבוד, של המערער, או של אחרים ששהו אותה עת בתוך הדירה;

(2) כי תגובת המערער באה במטרה למנוע את מימוש הסכנה האמורה;

(3) כי תגובה זו היתה הדרך הסבירה הבלעדית למנוע את מימוש סכנה זו; ו-

(4) כי, אם המטרה היתה להגן על אחרים דווקא, ולא על עצמו, היה מתבקש קיום זיקה מיוחדת בין המערער ובין אותם אחרים, המשתמעת מן הצירוף "אחרים שהגנתם עליו".

(ג) התנאי: ובלבד שהמערער "לא עשה יותר משהיה צורך סביר לעשות לאותה מטרה ושהרעה שגרם איננה בלתי שקולה כנגד הרעה שמנע", כנקבע בסיפא של סעיף 22, מתחלק לשני חלקים. החלק השני — הנוגע לשקילות בין הרעה שנגרמה ובין הרעה שנמנעה — לא היווה נקודה מרכזית בחוות הדעת של השופטים ולכן שוב לא נתייחס אליו. באשר לחלק הראשון — הנוגע לסבירות הדרך שבה הגיב המערער נוכח מטרת התגובה — הוא שובק בדרישה האמורה בפסקה (ב)(3) דלעיל: היות התגובה "הדרך הסבירה הבלעדית" למנוע את הסכנה שהיתה טמונה במעשה השוטרים.

(ד) ניתן עוד להוסיף כי לפי ההלכה הפסוקה¹² ניתן היה להרכיב על ההגנה הפרטית את ההגנה של טעות בעובדה, האמורה בסעיף 17 לחוק העונשין, אילו, למרות העדר סכנה כאמור בפסקה (ב)(1) דלעיל, האמין המערער בקיומה ולכן פעל כאמור בפסקה (ב)(2)–(4). כלומר, גם ההגנה הפרטית המדומה מהווה סייג לפליליות המעשה, אך בתנאי הקבוע בסעיף 17 האמור ש"אילו היה מצב הדברים לאמיתו כפי שהנח" המערער, היה מצב זה עונה על כל הדרישות הנזכרות בפסקה (ב) דלעיל.

12 ע"פ 54/49 היו"מ נ' עסלה, פ"ד ד, עמ' 496.

אומר השופט אלון לעניין עקרון ההגנה העצמית:

"...הרי לענין היקף תחולתו של עיקרון זה מבחינת פרשנות המושג של אחרים שהגנתם עליו, מן הראוי ומן הנכון לנקוט בדרך הפרשנות הליברלית והמרחיבה. וכמה וכמה נימוקים עמדי, ואעמוד עליהם אחד לאחד"²⁰ [ההדגשות במקור].

ומכאן, לאחר הצגת נימוקיו, מגיע השופט לפרשנות המיוחסת והמושג של המושג של "אחרים שהגנתם עליו". נמנה עם חוג זה כל אדם שהוא בבחינת,

"האזרח הסביר שאיכפת לו", רואה לעצמו חובה אזרחית ומוסרית על פי נסיבות הענין ומצב הדברים עליו להיחלץ להגנתו של אלמוני הנחקק, להצלתו של הנרדף מידי רודפו"²¹.

והמסקנה האופרטיבית לעניינו, הטמונה בויכוח של המערער על בסיס דפוס זה של פרשנות המושג האמור, היא כי הוא, המערער, הוא גילום האזרח הסביר "שאיכפת לו" והפועל מתוך מוטיבציה הניזונה משיקולי אזרחות טובה ותחושת אחריות מוסרית עמוקה, שאינה נותנת לו מרגוע כשזולתו נמצא בצרה! ? בסימן השאלה — האם יש זכר כל שהוא לנתונים אלה בממצאי בית המשפט המחוזי ? בסימן הפליאה — ראו גא את התגלמות האזרחות והמוסריות למופת.

15. אך נתעלם מן ההרהורים הללו ונשאל את השאלה העקרונית: האם המבחן המוצע — של "האזרח הסביר שאיכפת לו" — הוא עדיין בגדר פרי פרשנות — ולו גם המרחיבה ביותר — של הוראת סעיף 22, או שמא הוא ביטוי מובהק של גלישה אל מעבר לה תוך ביטול כל סייג ובכך גם של ההוראה עצמה ? כי כל אדם שיחוש באמת לעזרת הזולת כדי להצילו מסכנת פגיעה בגופו או בכבודו יהיה ראוי להגדרה כאמור — "אדם סביר שאיכפת לו", תהא המוטיבציה שלו לכך אשר תהא. יש להעיר, כי המבחן המוצע סוטה לחלוטין גם מן ההלכה הפסוקה אשר קבעה כי ה"אחרים שהגנתם עליו" הם "אלה שלשלומם הוא אחראי"²². הניקה היא אובייקטיבית וכללית ובשום פנים ואופן לא סובייקטיבית — מתוך "איכפתיות" — ומקריית "על פי נסיבות הענין ומצב הדברים"²³.

נמצאנו גם אנו מעורבים בין אלה שדעתם מובאת כדי לתמוך בתפיסתו של השופט אלון²⁴. אכן, כאמור, נקטנו עמדה²⁵ — ולא רק פעם אחת²⁶ — בנושא היקף התחולה

20 שם, בעמ' 155, בין אותיות השוליים א'—ב'.

21 שם, בעמ' 156—157.

22 ע"פ 470/71 הורוביץ נ' מ.י., פ"ד כו (1) 624, 629.

23 עניין אפנז'ר, בעמ' 156—157.

24 שם, בייחוד בעמ' 157, מול אות השוליים ג'.

25 ש"ז פלר, "הצורך stricto sensu כמצב פליליות המעשה" משפטים ד (תשל"ג) 5.

26 ראה S. Z. Feller, "L'Etat de Nécessité", *Isr. Rep. to the VIII Congress of Comparative Law* (1970) 204; S. Z. Feller, "Defence of 'Necessity' and its Limitations", 6 *Isr. L. Rev.* (1971) 421.

של ההגנה הפרטית כסייג לפליליות המעשה, וזאת לא רק כשהיא מתבטאת בהגנה על הזולת, אלא גם בתור התגוננות עצמית. גרסנו, ואנו מוסיפים לגרוס, כי יש להרחיב את קשת הערכים האישיים שמותר להגן עליהם — לא רק על שלמות הגוף והכבוד — אלא גם זאת, שיש לבטל את ההגבלה הנוכחית בדבר הגנת הזולת — לא רק "של אחרים אשר הגנתם עליו". יתרה מזו, גרסנו, ואנו מוסיפים לגרוס, כי גם ההגבלה הנוכחית בנוגע לרכוש אינה עומדת במבחני השיקול החברתי וההיגיון המשפטי. אבל כל זאת, כביקורת על החוק המצוי, כהצעה לתיקון, כנושא *de lege ferenda*, אך בשום פנים ואופן לא כעניין של פרשנות החוק המצוי. כי יש להבחין ולהבדיל הבחן והבדל היטב בין חוק מצוי לחוק רצוי, בין פרשנות חוק מזה לתיקון חוק מזה.

16. ראוי לציין, כי הוועדה שישבה על מדוכת עריכת הצעת חלק כללי לספר חוקים פלילי חדש כיוונה גם היא לאותה מתכונת רחבה — משותפת לדיני העונשין המודרניים במדינות בנות תרבות — של ההגנה הפרטית כסייג לפליליות המעשה. והרי הנוסח שהוצע בהצעה *26:

"התגוננות 35. לא יישא אדם באחריות פלילית בשל מעשה שעשה כדי להדוף ממנו ומוולתו פגיעה מידית ושלא כדין בחייו, בחירותו, בגופו או ברכושו."

אם כיוונה בכך הוועדה גם לערכים שבהשקפת עולמה של היהדות ונתנה ביטוי לציור התורתי "לא תעמוד על דם רעך", המצדיק את "הצלת הנרדף מיד הרודף", מה טוב, יפה ומספק. אך כדי להפוך את הרצוי למצוי מתבקשת התערבותו של המחוקק ואל לנו לדחוק, בענייני חוק ומשפט, את רגלי המצוי מפני הרצוי בלי התערבות זו. כי רק המחוקק הוא הבורר המוסמך מתוך הרצוי כדי להפכו למצוי ומחייב, יהיה הרצוי אף חופף, בעניין הנדון, את המשפט העברי.

מאלפים לנושא זה דבריו של הנשיא (זוסמן), בחוות דעתו באותו עניין אפנז'ר:

"הבעיה הניצבת לפנינו אינה אלא זאת אם עומדת למערער הגנת הצורך (necessity) לפי סעיף 17 לפקודת החוק הפלילי 1936 [הוא סעיף 22 לחוק העונשין]. בפתרון הבעיה הלזו אין בידי להסתייע במשפט העברי. המשפט העברי הוא בוודאי נכס תרבותי יקר של עמנו, אשר ממנו המחוקק ובתי המשפט גם יחד יכולים לשאוב השראה. אך בהוראה ספציפית של החוק הפלילי קא עסקינן שצמחה ממקור אחר ודבר אין לה עם מקורות עבריים. אני מעז גם להטיל ספק בכך אם החלת המשפט העברי הפלילי היא באמת מקובל על הציבור הישראלי. לדוגמה, האם היא רוב מנינו ורוב בנינו של ציבור ישראל מוכן, בשנת 1979, להמית, על-פי הלכת המשפט העברי, אשה גואפת בסקילה, ואם היתה בת כהן בשריפה?" *27.

ראויים לציטוט גם דברי מ"מ הנשיא (לנדוי) — אם כי בעניין משפטי שונה — באותו הקשר של ציווי הכיבוד של דיני המדינה, על-פני המגמה להעדיף את הלכות המשפט העברי:

*26 ראה את ההצעה כולה בחובות זו, עמ' 203—229.
27 עניין אפנז'ר, בעמ' 160, מול אותיות השוליים ה' ו'ו'.

"נעיר עוד, שבסוף פסק־דינו כתב השופט המלומד שלפי הלכת המשפט העברי אין להסגיר יהודי הנמצא בארץ ישראל, והוא מביע תקווה כי שיקול זה יעמוד לעיני הרשות המדינית בבואה להחליט בעניין. אם אמנם ההלכה היא כדברי השופט המלומד, אין היא תואמת את חוק המדינה המחייב את הרשות המדינית, והבעת התקווה של השופט לא היתה במקומה"²⁸.

ואילו הסתמכותו של השופט אלון על המגמות בהלכה האנגלית ושל ארצות הברית של אמריקה או על גישת המשפט בארצות הקונטיננטל²⁹, היתה יפה לדברי הסבר להצעת תיקון החוק המצוי, באותו כיוון, גם במדינתנו, אבל בשום פנים ואופן לא ל"פרשנות" המבטלת אותו, על אף הצטרפותנו, כאמור, לרעיון, כשהוא לעצמו, כי הוראות סעיף 22 לחוק העונשין אכן טעונות תיקון יסודי.

ז. חוות הדעת של הנשיא

17. הנשיא, בחוות דעתו, בחר לעצמו דרך אחרת להצדקת התנהגותו של המערער. אך בטרם ננתח דרך זו, ראוי לציין את רוגזו של הנשיא על התנהגותם של השוטרים, עקב הערכתו כי נהגו שלא כחוק. "הם היו לבושים בגדים אורחיים אך לא הודיעו שהם שוטרים ואף לא גילו למערער שהם באים בתוקף צו חיפוש של בית המשפט...³⁰. אדם פותח בשעה 1.00 בלילה את דלת הדירה שבה הוא נמצא, ובעומדו בפתח הדלת הוא נתקל בשני גברתנים³¹... השניים באו למקום, מבלי שידעו אפילו מה עליהם לחפש, שחקני קובייה או סמים, לא פעלו כמצוות החוק...³². תמהני מה אמצעים ננקטו נגד השוטרים, שכפי הנראה בסופו של דבר לא מצאו דבר בדירה וביצעו תפקידם בצורה כה מוצלחת...³³. הם המתינו בחוץ כרבע שעה או יותר. על שום מה המתינו? לא הוסבר לנו שהיה להם יסוד להניח שהדלת תיפתח בעתיד הקרוב. אולי רצו לבלות את הלילה בפרוודור הבית עד לשעות הבוקר כשאנשים יוצאים כדי ללכת לעבודה"³⁴. וכהנה וכהנה.

לגופו של העניין קובע הנשיא כי השוטרים "החלו בביצוע תפקידם, בלי אומר דברים, בתקיפת המערער"³⁵, וכי "גם לא היתה כל סיבה להניח שמעשיהם הבלתי חוקיים יסתיימו בתקיפה אחת"³⁶. מכאן מסיק וקובע הנשיא כי: "המערער רשאי היה לנהוג כפי שנהג לשם התגוננות עצמית בפני המעשה הבלתי חוקי של השוטרים"³⁷, תוך הוספת שאלתו הרטורית "אם אין לנתקף זה הזכות להתגונן, לא ידעתי אימתי

28 ע"פ 719/78 און נ' מ.י., פ"ד לג (2) 169, בעמ' 170—171.

29 עניין אפנז'ר, בעמ' 149—150.

30 שם, בעמ' 161—162.

31 שם, בעמ' 162, מול אות השוליים ג'.

32 שם, בעמ' 163, בין אותיות השוליים ב—ג'.

33 שם, מול אות השוליים ג'.

34 שם, בעמ' 161, מול אות השוליים ג'.

35 שם, בעמ' 162, לפני אות השוליים ה'.

36 שם, בעמ' 163, לפני אות השוליים א'.

37 שם, בעמ' 162, לפני אות השוליים ג'.

תהא הזכות בידי אדם³⁸. "לגבי ידי — סובר הנשיא — אין נפקא מינה בכך אם הכיר המערער את האנשים כאנשי משטרה מיד או רק שניות אחדות לאחר תחילת ההתגוששות"³⁹, כי "אין אדם חייב, במדינת חוק, לספוג מכות, רק מפני שהמכה הוא שוטר"⁴⁰.

18. אם כי המלים האחרונות נאמרו, כאילו, בבחינת הרהור-לב כללי, מן הדין לדייק ולציין כי בממצאי בית המשפט המחוזי — ואף בטענות המערער עצמו — אין כל אחיזה או רמז לכך כי במגע הפיזי עם המערער היה מטעם השוטרים יותר מאשר מאמץ בלתי-אלים להתקדם לתוך הדירה, כפי שעולה מדברי המערער עצמו, שהובאו בידי בית המשפט המחוזי בפסק דינו: "מנעתי מהם מלהיכנס, לא בדלת, אלא בגוף שלי... אני החזקתי את השוטרים בידיים. דחפתי את ידי קדימה, דחפתי אותו, את כהן, אחורה...". אין כל זכר לחשש, לא ממשי ואף לא מדומה, ממכות או לסכנת "חבלה חמורה או פגיעה" — כפי שנדרש בסעיף 22 לחוק העונשין — מהתפרצות השוטרים לדירה. ממצאים אלה עולה כי, אילו סר המערער הצדה, לא היה נוצר כלל מגע פיזי בינו ובין השוטרים וכי, לאמיתו של דבר, התפרצו אלה לתוך הדירה ולא "על המערער". ומה בדבר השלב השני של האירוע, לאחר ההפתעה הראשונית, כאשר המערער נאבק, תוך מודעות לזהותם של השוטרים ומטרת פעולתם, בכברת דרך של "כעשרה צעדים" ובמשך זמן "מעל ומעבר לתגובתו האינסטינקטיבית של המערער" — כפי שקבע בית המשפט המחוזי?

אפילו נרכיב תמונה משברי פסוקים ומהשערות, הנוחות ביותר למערער, כי השוטרים התפרצו "על המערער", כי ברגע הראשון, מתוך הפתעה ובלבול, הניח המערער שהותקף וכי פעולתו היתה של "התגוננות אינסטינקטיבית", אזי היה אולי מקום לראות את התנהגותו כתגובה "רפלקטורית" בלתי נשלטת, אשר אין עליה אחריות פלילית בשל העדר "רצייה".

אבל, מקום שדנים במתכונת של "התגוננות עצמית" גם לגבי מה שהתרחש בשלב זה, שומה היה על השופט לבסס את גירסתו על ראיות כי המערער היה שרוי לפחות בהנחה כי נשקפת לו סכנת חבלה חמורה או פגיעה, כי תגובתו היתה במטרה למנוע את מימוש הסכנה וכי תגובה זו היתה הדרך הסבירה הבלעדית להשיג את המטרה האמורה, כמותנה בסעיף 22 לחוק העונשין. ואין כל סימן וזכר, לא בטענות ולא בהנמקה, שנתמלאו במצטבר שלוש התנאים האמורים. מגיין גם השערת הנשיא, כי לא היתה כל סיבה להניח שאחרי התקיפה הראשונה על המערער לא תבוא תקיפה נוספת עליו? התקיפה השנייה — כמוה כתקיפה הראשונה — הן השערות והנחות בלתי מצויות, כליל, במערכת העובדות כפי שנקבעו בידי בית המשפט המחוזי.

אם מחזירים לתמונה את מה שאירע — שוב לפי ממצאי בית המשפט המחוזי — בשלב השני, ואפילו מקבלים את סברת הנשיא לגבי המשמעות המשפטית של מה שהתרחש בשלב הראשון, כי אז, לפחות לגבי השלב השני, היה צריך לבדוק אם התמלאו תנאי ההתגוננות העצמית האמורים; ואין כל התייחסות לכך בחוות דעתו של

38 שם, שם, בין אותיות השוליים ג'—ד'.

39 שם, שם, בין אותיות השוליים ה'—ו'.

40 שם, בעמ' 162—163.

הנשיא, ואילו בהעדר כל כיסוי של התגוננות עצמית אף בשלב זה, נשארת התנהגותו של המערער בגדר תקיפה פלילית.

יש להזכיר, אגב אורחא, שכבר הזדמן לבית המשפט העליון לדון בשרשרת פעולות שבה הבחין בשני שלבים מבחינת תחולת הסייג של התגוננות עצמית, וכי החיל את הסייג על חלק הפעולות שבשלב הראשון, ודחה אותה לגבי החלק שבשלב השני; ואילו הוכח גם הקשר הסיבתי בין התוצאה הקטלנית ובין המהלומות שבחלק השני לא היה יוצא הנאשם וכאי מעבירת ההריגה שבה הואשם.⁴¹

19. אמנם קפץ רוגזו של הנשיא — בצדק או שלא בצדק — על הדרך שבה מצאו השוטרים לבצע את שליחותם. האם אין סיבות סבירות המחייבות חיפוש גם בשעות הלילה? האם אין זה סביר ששוטרים יגשו לפעמים לביצוע חיפוש כשהם לבושים אורחית? האם יש פגם כלשהו בכך ששוטרים המשמשים בתפקיד כזה יהיו דווקא בעלי כוח עמידה פיזית — "גברתנים" בלשוננו של הנשיא? האם פסול לחכות לשעות הכושר כדי לבצע חיפוש, אשר גם אז עשוי להיכשל מסיבה זו או אחרת, לאו דווקא כשרה תמיד? או שמא יש להזמין לפעולות כאלה קשישים מבתי אבות שיגיעו למקום הפעולה כשמחצרים בראשם המודיעים מרחוק והמזהירים ומתריעים עליה? האם, אכן, היו ראויים השוטרים להערת הסרקאסטית כי באו לדירת האירוע אולי לבלות את הלילה בפרוודור — בלילה של חורף כאשר, ככל אחד מאתנו, היו מעדיפים לעשות את הזמן בחיק המשפחה? האם אין מקום דווקא לעודד מלאכה קשה כזאת בשירות הציבור? כמובן, מבלי לעבור על סדר היום אם וכאשר היא נעשית בסטייה מדרישות החוק. כבר הטעמנו כי עדיין מעשהו הבלתי חוקי של השוטר לחדר, והזכות להתגוננות עצמית כלפיו לחדר; הקשר הרלוונטי בין מעשה כאמור ובין התגוננות נוצר רק אם המעשה העמיד בסכנה מידית את גופו או את כבודו של האדם וההתגוננות היתה הדרך הסבירה היחידה למנוע את מימוש הסכנה. המערער לא התגונן, משום שבהתאם "לעובדות כפי שנקבעו" בידי בית המשפט המחוזי, לא היה לו מפני מה. המערער נלחם כדי להשיג מטרה אחרת — סתם מניעה בעד השוטרים להיכנס לתוך הדירה. לשם כך בלבד, הוא זה שנקט באלימות כלפיהם. על כך הוא עצמו הודה בפה מלא, ונתון זה מהווה חלק ממערכת העובדות האמורות.

20. אכן חוות הדעת של הנשיא קצרה ומרוכזת. אבל הופתענו דווקא מן הויתור לבדוק באורח קפדני, ראשית לכל, "על פי העובדות שנקבעו", אם נתמלאו או, שמא, לא נתמלאו, התנאים הנורמטיביים, כל אחד ואחד בנפרד, שבהם מותנית תפיסת הטענה של התגוננות עצמית. אילו הגיע הנשיא למסקנה החיובית לא היה צריך להיזקק להשערות ותוספות עובדתיות אחרות. אילו הגיע למסקנה שלילית, היה מגוע מלהיזקק להן, מכל הגימוקים האמורים לעיל.

בהזדמנות זו נזכרנו בפסק הדין של מ"מ הנשיא (זוסמן), כתוארו אז, בע"פ 558/73⁴², שבו דן בתנאי התחולה של טענת ה"כורח" בהתאם לסעיף 21 לחוק העונשין — היא טענת ה"כורח" לפי סעיף 17 לפקודת החוק הפלילי, 1936. איזה מודל אופרטיבי נפלא של ניתוח עובדות באספקלריה של חוק. גישה שהיא מופת לדרכי הפעלת החוק

41 ע"פ 10/49 היוה"מ נ' פתניאב, פ"ד ב, עמ' 424.

42 מ"ה חקק נ' מ.י., פ"ד כח (1) 596.

במלאכת עשיית הצדק — העברת עובדות העניין המזוהות בקפדנות במציאות האובייקטיבית, במסגרת ההוראה החקוקה הנוגעת לעניין, על כל אחת מדרישותיה בנפרד. ואילו, בעניין אפנז'ר, לא השכלנו להבחין כל יסוד עובדתי וגורמטיבי לגירסת ההתגוננות שבה בחר הנשיא. השערות עובדתיות ללא גיבוי בממצאי בית המשפט המוסמך, והפניות גלובליות להוראת סעיף 22 לחוק העונשין, ללא התייחסות לדרישותיה השונות בנפרד. התרשמותנו — אם מותר להביע אותה — היא, כי משמעותו של זיכוי המערער בידי הנשיא היא יותר עגישת השוטרים על דרך מילוי תפקידם שדעת הנשיא אינה נוחה ממנה; אך בסופו של החשבון החברה נענשה והסדר הציבורי הוא שהפסיד.

ת. חוות הדעת של השופט אשר

21. זוהי חוות דעת של שופט המיעוט ואנו מצטרפים אליה בפה מלא; כי היא מרשתת, בקפידה, על הבסיס העובדתי והגורמטיבי של העניין, תוך העברת כל פרט עובדתי במסגרת דרישות הגורמה, וההפך, תוך הסתכלות במערכת העובדות המדויקות באספקט לריה של כל דרישה מדרישות אלה.

השופט אשר מעמיד בראש חוות דעתו את מסגרת הדיון כפי שנתחמה ברשות לערעור שני שניתנה בידי הנשיא; הוא סוקר ומוזהא את מערכת העובדות שקבע בית המשפט המחוזי ובודק אותן, אחת אחת, לאור הוראות סעיף 22 לחוק העונשין על כל התנאים הקבועים בהן. הוא מוכיח ללא צל של ספק כי אין כל אחיזה באותה מערכת עובדות ואף לא בעדותו של המערער עצמו לסברה כי עם היפתח הדלת והתפרצות השוטרים נוצר מצב של הגנה פרטית:

"לא אוכל להסכים להנמקה הנ"ל המתעלמת מהעובדות האמיתיות של המקרה. חברי הנכבד ייחס למערער מחשבות וכוונות שהמערער עצמו כלל לא ניסה להעלותן בעדותו. אילו היו קיימים בליבו חששות, כדברי חברי, הייתי מצפה לשמוע עליהן מפיו, אך גם עיון חוזר בעדותו לא העלה דבר שיכול היה לשמש אחיזה לסברת חברי. אין כל רמז בדבריו כאילו חשש בזמן כלשהו, ואפילו בשנייה הראשונה אחרי שפתח את הדלת, לפגיעה בגופו, או שדאג בשלב כלשהו לשלומם או לכבודם של אחרים. אין זכר בעדותו לדמות האביר המושיט עזרתו לנדכאים, אותה ראה חברי בעיני רוחו, ואין זכר לשומרוני הטוב הדואג לחולים ולחלשים. המערער אינו טוען בעדותו שדחיפת השוטרים מפתח הדירה היתה פרי של תגובה אינסטינקטיבית וכל מה שטען להצדקת תוקפנותו כלפי אנשי המשטרה נכלל במשפט אחד: 'מנעתי מהם כי יש לי עבר ויש לי ענינים עם אנשים'. ברור מדברים אלה שהמערער נהג כפי שנהג רק כדי למנוע פעולה משטרתית המכוונת נגדו ונגד עסקיו עם אחרים, ולא כדי להתנגד להסגת גבול כביכול, או לתקיפה בלתי חוקית מצד השוטרים. החליפה היפה הנוצצת שנתפרה על-ידי חברי כלל אינה הולמת את המערער שלפנינו"⁴³.

43 עניין אפנז'ר, בעמ' 165, מול אותיות השוליים ג'—ה'.

ובהמשך, מוסיף השופט אשר כי די,

"בקביעתו של בית המשפט המחוזי כי המערער הכיר מיד עם פתיחת הדלת שהמתפרצים לדירה הם שוטרים, ובקריאת האזהרה 'בולשת, בולשת' שהשמיע כדי להזהיר את חבריו שעה שהוא מנסה לעכב את השוטרים, בכדי לשלול כל טענה של הגנה פרטית מצידו".⁴⁴

ועוד מנמק השופט:

"הכלל של הגנה פרטית נוצר כדי להכשיר התגוננות ולא לוחמה — כדברי השופט ח. כהן (בע"פ 319/71⁴⁵ (14), בעמ' 316): '...המגן על נפשו סולד מן המלחמה ונרתע מפניה ועושה כל מאמץ להמנע ממנה, וכל מעשה אלימות אשר הוא עושה להגנתו עושה הוא בעל כורחו ובדלית ברירה. הגנת החוק נתונה למתגונן בדלית ברירה, ולא ללוחם בעילת התגוננות'. גראה לי שאפילו חברי הנכבד אינו מוכן לומר שהמערער דגן דחף את השוטרים, אותם הכיר מהרגע הראשון בעל כורחו ובדלית ברירה...".⁴⁶

באשר להיבט הנורמטיבי הספציפי מעיר השופט כי:

"אין בהוראות הסעיפים 18 לפקודת החוק הפלילי או 22 לחוק העונשין היתר לתקיפת שוטרים, כשמטרת התקיפה היא למנוע חיפוש, חדירה או מעצר אפשריים. ומשברור שזאת היתה כוונתו של המערער לא ניתן לו את הגנתם של הסעיפים האלה".⁴⁷

השופט אשר מגיב גם על מגמת השופט אלון להרחיב, תוך "פרשנות", את תחולת ההגנה הפרטית על הזולת גם כשאין כל זיקה מיוחדת בין הטוען לזכות ההגנה ובין קרבן התקיפה שלטובתו הוא התערב:

"לא אוכל להסכים לדעת חברי כי כלל ההגנה הפרטית לצורך 'הצלת אדם אחר' חל גם בכל מקרה שאין בו יחסי קירבה או אחריות מיוחדת בין הטוען להגנתו של הכלל לבין אלה שלטובתם הוא מתערב בצורה אלימה. דעה זו מנוגדת לנוסחם של הסעיפים 18 לפקודת החוק הפלילי ו-22 לחוק העונשין, באשר שניהם מגבילים את זכותו של הנאשם למקרים שבהם קיימת חובה מיוחדת דווקא מצד הנאשם כלפי אנשים שהוא 'חייב להגן עליהם' (כלשון פקודת החוק הפלילי, 1936) או שהגנתם עליו' (כלשון חוק העונשין). הייתי מאמץ לעצמי את דברי השופט לנדוי (כתוארו דאז) בע"פ 410/71⁴⁸ (2), בעמ' 629, לפיהם מוגבלת הגנת החוק ל'אדם שנקלע ללא עוול בכפו אל תוך מצב של צורך לעמוד על נפשו או למנוע נזק חמור מעצמו או מאלה שלשלומם הוא אחראי'".⁴⁹

44 שם, בעמ' 165—166.

45 ע"פ 319/71 כמאל אחמד ופלימאן מוחמד שייך נ' מ.י., פ"ד כו (1) 309, בעמ' 316.

46 עניין אפנז'ר, בעמ' 166—167.

47 שם, בעמ' 165, מול אות השוליים ו'.

48 הורוביץ נ' מ.י., פ"ד כו (1) 624.

49 עניין אפנז'ר, בעמ' 166, מול אותיות השוליים ד' ו'ה'.

השופט מנתח את התנהגותו של המערער גם לאור הוראת סעיף 18(א) לחוק המקרקעין, תשכ"ט-1969, המעניקה למי "שמחזיק במקרקעין" זכות להשתמש בכוח כדי למנוע כניסה ללא רשות בהם, ולאור הוראת סעיף 24(2) לפקודת הנויקין [נוסח חדש], המעניקה ל"תופס המקרקעין" זכות להשתמש בכוח נגד מי שנכנס למקרקעין שלא כדין. אך המערער שהה אצל בעל הדירה כאורח בלבד, ללא כל מעמד של "מחזיק" בה או "תופס" אותה⁵⁰. אולם בנקודה זו לא היו כל חילוקי דעות בין השופטים, כך שאין מקום להיכנס לפרטים.

ט. סיכומנו

22. יקשה עלינו לתאר לעצמנו את הרגשת המערער תוך שמיעת פסק הדין שבו זוכה מכל אשמה. נדמה לנו, שהדבר היחיד שהוא היה יכול להבין מכך הוא, כי, למעשה, אנשי המשטרה הם הם שיצאו נפסדים ונוזפים. כאשר לו עצמו, הוא מיטיב לדעת מכל אדם אחר את מידת חפותו מפשע. דבר אחד ללא ספק בלבד אותו, והוא — כיצד הגיעו שופטי הרוב למסקנותיהם. לדעתנו, ניתן אף להיבהל ולא רק להתבלבל מהפתעה כזאת, אפילו כשהיא נוחה לאדם. כי לפי מה שקבע השופט אלון, הנשיא לא היה מזוכה אותו; על-פי מה שקבע הנשיא, השופט אלון לא יכול היה לבנות חוות דעת של זיכוי; ואילו שופט המיעוט גרס השארת ההרשעה על כנה. אך יש להגות, כי המערער השתחרר עד מהרה מן הבהלה — אבל, אולי, לא גם מן הבלבול — כאשר עורך דינו חיוק בו את ההתרשמות כי, בכל זאת, "זוכינו". שכן מה הבין מן הדיסרטציה המקיפה על המשפט העברי? ובאשר לגירסת ההתגוננות העצמית ואשמתם של השוטרים שבאו לבלות לילה חורפי בפרוודור של בית פרטי כדי להפריע למנוחתם של אזרחים תמימים, הוא, המערער, יודע טוב יותר מכל אדם אחר מהי האמת. כי, בלשוננו, "יש לי עבר ויש לי עניינים עם אנשים".

23. אך לא בהרגשותיו של המערער העיקר, אם כי אחד ממרכיבי עשיית הצדק, שהוא בעל משקל חשוב למדי, הוא ההזדהות הפנימית של מי שלגביו עושים את הצדק עם ההחלטה שנותנת לו ביטוי. הזדהות כאמור היא אחד מתנאי הצלחת הצדק כגורם חינוכי, המסוגל להתוות את התנהגותו של הפרט בדרכי השמירה על החוק והסדר. המדובר בהרגשותיו של קורא פסקי הדין של בתי המשפט בארץ ושל בית המשפט העליון ביחד, וכאמור הורגלנו למלאכת עשיית צדק מבוססת על איתור של מציאות קיימת, פאסיבית, ויישום הדין עליה, הקיים גם הוא כנתון אובייקטיבי, תוך התעלות השופט מעל לרגישויותיו, רגשותיו והשקפותיו האישיים. והנה, בעניין אפנז'ר, התרשמנו כי, בסופו של דבר, בחוות הדעת של שופטי הרוב, המציאות — או האמת עליה⁵¹ — הרלוונטית לעניין מבחינה עובדתית וגורמטיבית, לא אותרה ולא אובחנה כנתון קיים ופאסיבי, כאמור, אלא, להפך, היא נוצרה או הותאמה באורח אקטיבי — היא "נתפרה" בלשון שופט המיעוט — וכוונה לתכלית קבועה מראש.

50 שם, שם, מול אותיות השוליים ב' ו'ג'.

51 שאינה אלא התיאור במחשבה של מציאות.

אין עילה שיהיה די בה כדי להצדיק ויתור כזה לאשיות דרכי עשיית הצדק. כלום הרגשת שליחות להחדיר במשפט הארץ את הלכות המשפט העברי אף כשאין עולות בקנה אחד עם חוק המדינה, או זעם נסער, עקב התרשמות, על אורחות הפעולה של שוטרים — ולו אף מוצדק — הם ערכים בעלים מאשיות אלה?

י. על פסק הדין של בית המשפט המחוזי

24. כאמור, לפנינו גם פסק הדין של בית המשפט המחוזי — שבו בוטלו ההאשמות נגד המערער בעבירות של חקיפת שוטרים והכשלתם במילוי תפקידם כחוק והוא הורשע בעבירה של תקיפה רגילה — וגם פסק הדין של בית משפט השלום, שבו הורשע המערער בשתי העבירות הראשונות דווקא.

אין ספק, כי הזכות להיכנס בכוח לרשות היחיד כדי לערוך חיפוש בביתו מותנית בכך שתחילה היו דרישה וסירוב להרשות את הכניסה; תנאי זה נקבע מפורשות בסעיף 45 לפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש), [נוסח חדש], תשכ"ט—1969⁵². אם מובן מאליו כי המבקש לערוך את החיפוש הוא זה שעליו לדרוש את רשות הכניסה, אזי ראוי להבהיר כי חובה זו קיימת רק כלפי "הגר בבית" או "הממונה על הבית", והוא זה אשר סירובו לתת את הרשות מוכה כניסה בכוח. סעיף 45 האמור קובע זאת במפורש. בנוסף לכך, אולי ראוי לציין כי בסעיף זה אין כל הוראה מפורשת המחייבת להציג גם את צו החיפוש עם הדרישה להרשות את הכניסה. הסעיף מתייחס רק ל"מי שזכאי" להיכנס ולבצע את הכניסה; כלומר, די אם המבקש הוא בעל היתר, לפי צו או לפי החוק, להיכנס לאותו בית. אולם, יש להניח כי עם הדרישה להיכנס, המופנית ל"גר בבית" או ל"ממונה על הבית", על המבקש להוכיח כי אכן מותר לו להיכנס.

עתה נחזור לענייננו. בהיפתח דלת הדירה שבה נצטוו לערוך את החיפוש נתקלו השוטרים באפנוזר, ולא בבעל-הבית. אפנוזר לא היה בעל הדירה, לא גר בה וגם לא היה הממונה עליה. הוא נמצא שם כאורח. גם צו החיפוש היה על שמו של בעל-הבית — סבח חילו; והשוטרים פנו אל תוך הדירה, שם נמצא, באותם רגעים, בעל-הבית. כלום היתה מוטלת חובה כלשהי על השוטרים לבקש קודם רשות כניסה מאפנוזר? לא מצאנו כל תימוכין לחובה כזאת בסעיף 45 האמור. לאפנוזר לא היה כל מעמד משפטי מבחינה זו, כמי שרשאי להרשות כניסה וחייב לתת הקלה בביצוע החיפוש, או כמי שעלול לסרב להרשות כניסה, דבר המתיר את ביצועה בכוח. ואילו ביטול ההרשעות בעבירות של תקיפת שוטרים והכשלתם במילוי תפקידם כחוק בנוי כולו על הפרת סעיף 45 לפקודה.

25. בית המשפט המחוזי קובע, ללא כל היסוס, כדבר שמן הגמגע לחלוק עליו, כי בנסיבות העניין —

"נעשתה התפרצות השוטרים בלא שקדמה לכך כל דרישה, לא כל שכן סירוב. נמצא שהשוטרים נכנסו לדירה ללא סמכות ...

הווה אומר: משלא נהגו השוטרים כהן וזרצקי כמצוות הסעיף 45 לפקודה, נמצא כי חדרו לרשות היחיד ללא סמכות ובכך חרגו מתחום תפקידם. על כן עשו

52. ראה נוסח הסעיף בהצעת שוליים 11 לעיל.

את אשר עשו שלא "במילוי תפקידם כחוק". נמצא, כי לא הותקפו או הוכשלו כשהם ממלאים תפקידם כחוק"⁵³.

לכן הגדיר בית המשפט המחוזי את מעשה המערער כתקיפה רגילה, נגד אזרחים רגילים.

לנו בדמה כי מן הנמנע ללמד את "מצוות הסעיף 45 לפקודה" במנותק משאר הוראות הפקודה שדנות במעצרים וחיפושים. כפי שמעיר השופט י' כהן:

"...בסעיף זה מדובר על 'בית או מקום שמו תר להכנס אליו מכוח רשות לעצור או לחפש' ולפי נוסח דברים זה מתקבל על הדעת שאת ההיתר להכנס יש למצוא לא בסעיף 45 אלא בהוראות אחרות של החוק"⁵⁴ [ההדגשה במקור].

ובכן, הזכות להיכנס לבית כדי לערוך בו חיפוש קיימת מכוח הרשות לבצע, אם לפי צו מטעם שופט בהתאם לסעיף 23 לפקודה, ואם בלא צו חיפוש בהתאם לסעיף 25 לפקודה. בסעיף 25 נקבע במפורש כי "שוטר רשאי, בלא צו חיפוש, להכנס ולחפש בכל בית או מקום אם —", ואילו כאשר סעיף 23 לפקודה מקנה סמכות לשופט "ליתן צו חיפוש בכל בית או מקום אם —", אין ספק כי אין משמעות שונה לצירוף "חיפוש בכל בית או מקום" ממשמעות הצירוף "להכנס ולחפש בכל בית או מקום", שבו משתמש סעיף 25 האמור. הזכות להיכנס לבית מקופלת מאליה ברשות לערוך את החיפוש בו וגלויות לה מטבע הדברים⁵⁵. הזכות הפורמלית של השוטר להיכנס לביתו של אדם נוצרת וקיימת, אפוא, מכוח היתר החוק לערוך חיפוש בו, ללא כל תנאי אחר. אין אפוא ספק כי כניסתו לבית של בעל היתר כאמור היא בזכות ולכן לעולם אינה יכולה להיחשב כהסגת גבול.

באשר ל"מצוות סעיף 45 לפקודה", סעיף זה קובע את חובת הגר בבית לאפשר את ביצוע החיפוש תוך מתן רשות כניסה לבית וכל הקלה סבירה אחרת לכך, מבחינה מעשית, לבעל ההיתר לערוך; בנוסף לכך, אותו סעיף קובע את חובתו של בעל ההיתר שלא להשתמש בכוח לשם מילוי תפקידו, אלא אם ולאחר שלא קוימה החובה הראשונה. הקשר המעשי בין שתי החובות הוא מובהק ואלה הן גם שתי מצוותיו של סעיף 45 לפקודה, כאשר, כאמור, הזכות הפורמלית להיכנס לבית קיימת מלפני כן, מכוח ההיתר לערוך את החיפוש בו. מאחר שהמדובר בהיבט המעשי של דרך עריכת החיפוש, מימוש החובות הללו מותנה במפגש הפיזי בין בעליהם — הגר בבית ובעל ההיתר — וביניהם בלבד. רק במעמד זה, שומה עליהם, על שניהם, להזדהות על מנת שתקום לכל אחד מהם גם הזכות הקורלטיבית לחובתו של רעהו — הזכות של השני לגשת לעריכת החיפוש וזכותו של הראשון שהפעולות הכרוכות בכך לא תבוצענה בכוח אלא אם ולאחר שנדרש וסירב לאפשר את ביצוען.

סעיף 45 לפקודה אינו קובע כל חובה אחרת או נוספת, העומדת ברשות עצמה, כגון חובה להזהיר על מטרת הכניסה לבית, או החובה להציג את האסמכתה לחיפוש — אם הוא לפי צו של שופט — לפני מומנט המפגש האמור או כלפי אדם אחר. לפני

53 הקטעים הללו הובאו גם בעניין אפנוני, בעמ' 145, מול אותיות השוליים ג'—ד'.

54 ע"פ 522/78 בירמן נ' מ"י, פ"ד לג (3) 326.

55 ע"פ 229/57 נקים נ' היוה"מ, פ"ד יב 850, בעמ' 853.

מומנט זה, או כלפי אדם שאינו גר בבית, קיימת זכות השוטר, הבלתי מותנית, להיכנס לבית מכוח סעיף 23 או 25 לפקודה. כמובן, המחוקק היה מיטיב לעשות אילו השתמש, בסעיף 45 לפקודה, בנוסחה: "...יאפשר, לפי הדרישה, את ביצוע החיפוש ויתן כל הקלה סבירה לכך; נדרש וסירב לאפשר כאמור, יבוצע החיפוש תוך שימוש בכוח סביר". זאת, במקום להתייחס לפעולה הראשונית של הכניסה לבית בלבד. כי התנגדות לביצוע החיפוש עשויה להתבטא גם בסיכולים אחרים, כגון סירוב למסור מפתחות של חדרים, ארונות, כספות, מזוודות, או סירוב לפתחם, המצריך גם הוא שימוש בכוח. אך הכלל ברור — כשנוצר המפגש הפיזי עם הגר בבית, צריך שיקדם לשימוש בכוח לשם ביצוע החיפוש סירובו לשתף פעולה.

ואכן, נגיה ששוטר מגיע לבית שבו עליו לערוך את החיפוש, מוצא את הדלת נעולה וכל מאמץ לקבל תשובה מבפנים אינו נושא פרי, אם משום שאין איש בבית ואם משום שהגר בבית החליט שלא לענות לקריאות; כלום יהיה השוטר מנוע מלערוך את החיפוש ובכוח דווקא? נגיה כי השוטר מוצא את הדלת פתוחה לרווחה, או אף סגורה אך לא נעולה ואין הגר בבית עלייד הפתח; האם תהיה בכך משום הפרת הוראות סעיף 45 תוך הסגת גבול, אם השוטר יתקדם לתוך הבית כדי לפגוש את הגר בו להודעות לפניו ולבקש ממנו את הרשות לערוך את החיפוש? או, שמא, חייב הוא להזעיק את הגר בבית, תוך המתנה בחוץ, ולבקש ממנו רשות זו רק כשיגיע לאותה נקודת מקום? ואין לזלזל גם בגורם ההפתעה לצורכי הצלחת הפעולה. ואם הגר בבית נטש במהירות את הבית, מסיבות שעמו, וגמלט מן המקום, כלום גם יסכל בכך את ביצוע החיפוש, מאחר שהשוטר לא הספיק לבקש רשות כניסה ולא היה גם סירוב לכך, למרות ההיתר לערוך את החיפוש בבית, על כל הנובע מכך לעניין זכות הכניסה לבית ומימושה של זכות זו כל עוד אין חייבים להשתמש בכוח? התשובה לכל השאלות הללו היא בפרשנות הרציונלית של הוראות סעיף 45 האמור, לאור שאר הוראותיה של הפקודה.

26. בהתחשב בכל האמור לעיל, נדמה לנו כי בנסיבות עניין אפנז'ר מילאו השוטרים את תפקידם כחוק דווקא, ללא כל פגם. אילו בא לקראתם בעל-הבית, היו מצווים לבקש ממנו ורק ממנו את רשות הכניסה, ולגשת לביצוע החיפוש בכוח רק אם סירב לתת את הרשות הזאת; אך כשהדלת היתה פתוחה ולא היה שם בעל-הבית אלא מישהו אחר — לא פחות ידוע להם מכפי שהם היו מוכרים לו — הם פנו פנימה לקראת בעל-הבית שנמצא שם, בתוך הדירה, כבעלי זכות כניסה מכוח היתר כדון לערוך חיפוש — בשום פנים ואופן לא כמסיגי גבול — כלומר כשוטרים הממלאים את תפקידם כחוק, במלוא מובן המלה. לא המערער היה הכתובת. בנסיבות אלה של העניין — עובדתיות ומשפטיות — כאשר המערער זיהה אותם ומנע מהם בכוח את ההתקדמות כדון, תוך דחיפתם החוצה, השוטרים הותקפו כשוטרים במילוי תפקידם כחוק דווקא והוכשלו כשוטרים במילוי תפקידם זה. שום פגם בהתנהגותם לא שלל מהם את מעמדם זה. הווי אומר: אם היתה כאן תקיפה, זו היתה תקיפת שוטרים במילוי תפקידם כחוק, ואם היתה כאן הכשלה, היתה זו הכשלת שוטרים במילוי תפקידם כחוק.

אלה הם הנימוקים שבעטיים הגענו למסקנה כי, משלושת פסקי הדין שניתנו בפרשה זו, פסק הדין של שופט בית משפט השלום הוא הנכון, וזאת ללא כל סטייה מן העובדות שנקבעו בידי בית המשפט המחוזי עצמו.

פרופ' ש"ז פלר