

כניסה מרצון למצב של התגוננות

מאת

מרדכי קרמניצר*

תוקפני מתגרה במתחממי, תוך שהוא מביא בחשבון התפרצות אלימה של מתחממי מפניו "יאלץ" להתגונן תוך גרימת חבלה למתחממי. ואכן, כך בדיוק מתפתחים הדברים. מה דינו של תוקפני? על שאלה זו ניתנו תשובות שונות. ההלכה הפסוקה שלנו קבעה כי בנסיבות אלה נשללת ממנו זכות ההגנה העצמית. תיקון מס' 39 לחוק העונשין אימץ עמדה זו. עמדה אחרת אינה מייחסת חשיבות כלשהי לשלב הראשון (שלב ההתגוננות), ובהתמקדה בשלב השני (שלב ההתגוננות) היא מכירה בזכותו של תוקפני להתגונן מפני התפרצותו האלימה של מתחממי. גישה שונה בתכלית היא זו הנורסת כי אין מדובר כלל במצב של הגנה עצמית. גישה רביעית (גישת הפעולה החופשית במקור) מכירה בזכותו של תוקפני להתגונן בשלב השני, אך מטילה עליו אחריות על התנהגותו בשלב השני בשל התגוננותו בשלב הראשון, ובהתאם ליסוד הנפשי שליווה את ההתגוננות. המאמר בוחן את העמדות השונות, תוך התמקדות בגישת הפעולה החופשית במקור. עיקר הביקורת מכון כלפי הניסיון להתייחס אל שני השלבים (שלב ההתגוננות ושלב ההתגוננות) כשלבים נפרדים שאין זיקה ביניהם. המאמר מציג את חולשותיהן של העמדות השונות, ובין השאר גם את הקשיים המושגיים של היזקקות לפעולה החופשית במקור בסוגיה זו, כמו גם הקשיים הכרוכים בדוקטרינה זו מבחינת המדיניות המשפטית. מסקנת המאמר היא כי הדין הנוהג בישראל, שפותח בהלכה הפסוקה, הוא דין ראוי. המאמר חותם בהצעות לפרשנות של סעיף 34 סיפא לחוק העונשין. בין השאר מוצע לפרש את המונחים "התנהגות פסולה" ו"צופה מראש את אפשרות התפתחות הדברים" תוך זיקה ליסוד הנפשי של העושה. מוצע גם להביא בחשבון את עובדת ההתגוננות כאשר בוחנים את סבירות התנהגותו של המתגונן על כל היבטיו.

א. מבוא. ב. הצגת הגישות השונות. 1. גישת הפסיקה; 2. גישת הספרות המשפטית. ג. ביקורת הספרות המשפטית. 1. האם אפשר להימנע משלילת ההגנה העצמית?

* פרופסור-חבר, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים.
תודתי נתונה לשגב ראם על עזרתו המועילה. תודה עמוקה לחברי מערכת משפטים על העבודה היסודית שהשקיעו בניתוח ביקורתי של המאמר. האחריות לתולשותיו של המאמר היא כולה שלי.

2. גישתו של פרופ' פלר; 3. הדוקטרינה של פעולה חופשית במקור — קשיים מושגיים; (א) ביצוע באמצעות אחר; (ב) "פעולה חופשית במקור"; (ג) צורך stricto sensu; 4. הדוקטרינה בשירות האינטרס החברתי; (א) השלב השני; (ב) השלב הראשון; 5. ההבדלים בהשלכות בין גישת פרופ' גור־אריה לבין גישת הפסיקה. ד. הפיתרון הראוי. ה. סעיף 34 סיפא לחוק העונשין — פרשנותו.

א. מבוא

סעיף 34 סיפא לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין)¹ שולל את סייג ההגנה העצמית ממי שהביא בהתנהגותו הפסולה לתקיפה תוך שהוא צופה מראש את אפשרות התפתחות הדברים.

הסוגיה של הכנסה עצמית למצב של התגוננות היא מן הקשות, עד כי ניתן לתהות אם היא ניתנת להסדרה חוקית. טעם הקושי הוא כפול: ראשית, גיוון המצבים השונים הכלולים במטריה (למשל, הפועל מתוך קלות דעת לעומת הפועל מתוך כוונה) מקשה על קביעת כלל שיהא הולם את כל המקרים. שנית, יש טעמים טובים הן לראייה מלוכדת של התנהגות העושה, כלומר: להתייחסות אליה כאל מכלול, והן לפיצול התנהגותו לשלביה השונים — שלב ההתנהגות הפסולה המביאה לתקיפה ושלב עשיית המעשה האסור. קשה להכריע בין שתי האפשרויות. קשה להשתחרר מן הרושם כי בסוגיה זו יש השפעה מכרעת לנרטיב הסיפורי על הדין או, במלים אחרות: נקודת המוצא שממנה ניגשים לסוגיה עשויה להיות בעלת השפעה מכרעת על הגישה המתעצבת — למשל, אם יוצאים מהנחה של מזימה פוגענית מצד העושה או מהנחה שהעושה פעל מתוך רשלנות. מתבקשת, לפיכך, ראיית הדברים במורכבותם.

כפי שנראה להלן, המחוקק הלך, בעיקרו של דבר, בעקבות גישת הפסיקה ולא בעקבותיה של הספרות המשפטית. המאמר בא לספק תמיכה לגישה זו (גישת הפסיקה והחוק), תוך הצגת הקשיים שבגישת הספרות המשפטית והיתרונות שבדין המצוי, מבלי לשלול את הלגיטימיות של העמדה האחרת, שבוטאה בספרות המשפטית. תחילה תוצגנה העמדות השונות; בהמשך יוצג שיקול המחייב לכאורה שלילת ההגנה העצמית ממי שהכניס עצמו למצב של התגוננות; תיבחן גישת הספרות המשפטית — גישת פרופ' פלר וגישת פרופ' גור־אריה; תישקל אנלוגיה לדוקטרינות אחרות ותיבחן המידה בה משרתת גישת הספרות המשפטית את האינטרס החברתי; יוצגו ההבדלים בין גישת

1 ס"ח 226, כפי שתוקן על-ידי חוק העונשין (תיקון מס' 39) (חלק מקדמי וחלק כללי), התשנ"ד-1994, ס"ח 348.

פרופ' גור-אריה לבין עמדת הדין הנוהג; ולבסוף — ישורטטו קווים לפיתרון הרצוי ולפרשנותו של סעיף 34 סיפא לחוק העונשין.

ב. הצגת הגישות השונות

1. גישת הפסיקה

פרשת הורוביץ²

כאמור, תיקון מס' 39 לחוק העונשין אמץ, בעיקרו, את גישת ההלכה הפסוקה, שפיתחה את הדוקטרינה של הכנסה עצמית למצב של התגוננות. תחילתה של ההתפתחות הפסיקית היתה בפרשת הורוביץ, בה קבע השופט לנדוי כי אין לראות את השלב השני — של התנהגותו הקטלנית של המערער תוך התגוננות — במנותק ממה שקדם לו: ההזמנה לדו-קרב שבאה מן המערער, היענותו להצעת הקורבן להעביר את זירת הקרב משפת הים אל החצר, ובמיוחד כניסת המערער להתמודדות כאשר הוא מזוין באקדח המוסתר על גופו³. הדיון התייחס אומנם להוראת סעיף 18 לפקודת החוק הפלילי, 1936 שכותרתה "צורך"⁴, אך התייחס להגנה עצמית שנתפשה ככלולה בהוראה זו. בהתייחסו ללשון סעיף 18 לפקודת החוק הפלילי, 1936 (סעיף 22 לחוק העונשין הישן, שלפני תיקון מס' 37) כשלעצמה ולהעדרו בתוכה של הסייג המופיע בסוף סעיף

2 ע"פ 410/71 הורוביץ נ' מדינת ישראל, פ"ד כו(1) 624 (להלן: פרשת הורוביץ), בעמ' 628. פירוט עובדות המקרה יובא בהמשך.

3 שם, בעמ' 628.

4 וזו לשון הסעיף:

18. An act or omission which would otherwise be an offense may be excused if the person accused can show that it was done or omitted to be done only in order to avoid consequences which could not otherwise be avoided, and which if they had followed would have inflicted grievous harm or injury to his person or to his honor or his property or to the person or honor of others whom he was bound to protect or to property placed in his charge:
Provided that in so acting he did no more than was reasonably necessary for that purpose, and that the harm inflicted by the act or omission was not disproportionate to the harm avoided.

⁵¹⁷ לאותה פקודה (סעיף 21 לחוק העונשין הישן), הסביר השופט לנדוי כי אין לדון בטענת התגוננות במנותק מן האירועים אשר קדמו למעמד בו פעל העושה מתוך התגוננות. התעלמות כזו נוגדת את הרציונל שביסוד ההגנה העצמית: אדם הנקלע על לא עוול בכפו למצב שבו עליו להגן על נפשו או על אחרים שלשומם הוא אחראי, רשאי להדוף את הסכנה גם באמצעות התנהגות שהיא בדרך כלל אסורה. ההגנה העצמית מעניקה למותקף היתר מסויג להעדיף את עצמו על-פני זולתו — התוקף. הענקת היתר כזה אינה מוצדקת כאשר המותקף הנוכחי הכניס עצמו ביודעין ושלא כדין למצב שגרם להתקפה עליו, שכן הוא הביא את הצרה על ראשו.⁶

את הבסיס החוקי לדוקטרינה מצא השופט לנדוי בתוכנו הרעיוני של סעיף 18, דרך קל וחומר:

אם חובה היא על אדם שלא לעשות יותר מאשר דרוש במידת הסבירות כדי להדוף סכנה שכבר נוצרה, על אחת כמה וכמה עליו למנוע היווצרות סכנה דומה מראש, ולהימנע מלהביא עצמו מיזמתו למצב שממנו צפויה הסכנה. מעשה אלימות שנעשה על ידו בנסיבות כאלה, אין לומר עליו שהוא נעשה רק כדי למנוע נזק מעצמו.⁷

שלילת סייג ההתגוננות עקב הכנסה עצמית ביודעין ושלא כדין למצב המצריך התגוננות מותנית בשני תנאים:⁸

הראשון — שלא היתה חריגה ממסגרת "כללי המשחק" של הדו-קרב או התגרה. חריגה כזאת מתקיימת כאשר אחד היריבים בדו-קרב, שנקבעה לו מראש מסגרת של קרב אגרופים ללא נשק, שולף לפתע נשק קטלני ותוקף את יריבו, והלה מתגונן. חריגה כזו מעמידה מחדש את סייג ההתגוננות.

השני — שלא היתה מצדו של המתגונן בשלב הקודם הפגנה ברורה של רצונו להפסיק את ההתמודדות. לעומת זאת, כאשר היתה הפגנה ברורה כזו מצדו, ואף-על-פי-כן נמשכת המתקפה עליו, רשאי הוא להתגונן מפניה.⁹

5 חזו לשון הסעיף:

17. Except murder and offenses against the state punishable with death, no act is an offense which is done by a person who is compelled to do it by threats which at the time of doing it reasonably cause the apprehension that instant death or grievous harm to that person will otherwise be the consequence:

Provided that the person doing the act did not, of his own accord, place himself in the situation by which he became subject to such constraint.

6 פרשת הורוביץ, לעיל הערה 2, בעמ' 629, 628.

7 שם, בעמ' 630.

8 שם, שם. וראו גם ע"פ 61/83 שוקרן נ' מדינת ישראל, פ"ד לח(2) 617 (להלן: פרשת שוקרן).

9 פרשת הורוביץ, לעיל הערה 2, בעמ' 630.

מטרת הרשימה היא לבחון אם המאזן (מאזנה של הדוקטרינה) הוא חיובי או שלילי. לפני שניגש להערכת הדוקטרינה, מן הראוי לעמוד על ההתפתחויות בהלכה הפסוקה מאז פרשת הורוביץ ועל גישת הספרות המשפטית.

פרשת שוקרון¹⁰

בעניין שוקרון שהו המערער והמנוח בדיסקוטק. המנוח התרגז על המערער כי הלה הסתכל עליו ודרש ממנו לצאת החוצה. השניים יצאו החוצה והמנוח אמר למערער "אני אראה לך מה זה". הם התרחקו מהדיסקוטק והמנוח הכה את המערער עד שנפל, בעט בו בפניו, הרים אותו והמשיך להכותו. המערער הוציא אולר שהחזיק על גופו דרך קבע לצורכי אכילה ודקר את המנוח דקירות רבות, עד שהתקרבה מכונית למקום. המנוח מת כתוצאה מהדקירות¹¹. השופטת נתניהו בהכירה — אמנם אגב אורחא, ובהתייחס לדין שקדם לתיקון מס' 37 — כי:

כשמדובר בתוקפן — מי שעורר את התגרה וגרם לה והוא האשם המקורי בפריצתה — שאינו זכאי להגנת הצורך, הוא יוכל לשוב ולזכות בה אם הסתלק (withdraws) לגמרי ובפרעל ובאופן ממשי מן התיגרה והביע את רצונו הכן להפסיקה ... אך אם בנסיבות שנוצרו כבר לא היה הדבר אפשרי, דמו בראשו. אין לו אלא להליץ על עצמו, אך להגנת הצורך לא יהיה זכאי¹².

לעומת זאת, מי שאיננו התוקפן האחראי לפרוץ התגרה אלא נענה להזמנתו של האחר, היוזם, לצאת עמו ל"סדר חשבונות" — "די יהיה גם בנסיגין כן להסתלק מהתגרה"¹³ כדי להחזיר לעצמו את הזכות להתגונן.

פרשת טויטו¹⁴

בעניין טויטו התפרץ המערער לבית המנוח וגנב ממנו רכוש. האחרון חשד בו בביצוע ההתפרצות ועקב כך היו חילופי מעשי אלימות ביניהם, שהופסקו רק כשהגיעה ניידת

10 ראו לעיל, הערה 8. התייחסתי בהרחבה לאמירת אגב בפרשה זו בשל מיעוט הפסיקה בסוגיה הנדונה ומשום נטיית הפסיקה שלא להבחין בין אמירת אגב לבין הלכה פסוקה.

11 פרשת שוקרון, לעיל הערה 8, בעמ' 619.

12 שם, בעמ' 623, 624; ההדגשה הוספה.

13 שם, בעמ' 624. עם זאת, ההבחנה בין יוזם התגרה לבין מי שנענה ליוזמה אינה חמיד פשוטה.

14 ע"פ 298/88 טויטו נ' מדינת ישראל, פ"ד מד(1) 151 (להלן: פרשת טויטו). פירוט העובדות לקוח מעמ' 152-154 לפסק-הדין. לעניין רוחב היריעה ראו לעיל, הערה 10.

משטרה. המערער ניסה לעשות "סולחה" בעזרת אדם שלישי אך לא הצליח לאחר את המנוח. כאשר נודע לו למחרת שהמנוח ואחיו מחפשים אותו עם אקדח, השיג בעצמו אקדח והתחבא בבית ידיד. המנוח ואחיו הגיעו לבית זה ונכנסו בכוח, תוך שאיימו על הידיד באקדח. המנוח פנה לעבר המערער וכיוון אליו אקדח שלוף ודרוך. המערער ירה שלוש יריות לעבר המנוח והרגו. בית המשפט קבע שהמערער האמין שהוא נתון בסכנת חיים וירה כדי להתגונן. בית המשפט קבע כי המערער נהג באופן סביר במסגרת רצונו להימנע מעימות עם המנוח ואחיו.

עם זאת, בית המשפט העלה — כלשוננו —

מספר שאלות הדורשות מענה ... האם התנהגות רעה של נאשם בעניין אחר, בנושא אחר, יש בה כדי לשלול את זכות ההגנה העצמית, רק משום שהניזוק על-ידי, במעשה האחר של הנאשם משתמש נגדו באלימות? האם, מעיקרו של דבר, יש מקום לשלול את הגנת הצורך בשל אירוע, אשר לא רק מבחינת אופיו אלא גם מבחינת מועד אירועו אירע במנותק מן האירוע האלים וזמן רב לפניו? האם לא צריכה להיות פרופורציה בין התנהגות קודמת רעה של נאשם לבין התגובה של הנפגע כלפיו, כדי שממעשה ההתגוננות של הנאשם מפני אלימות הנפגע תישלל הגנה של "צורך"? האם רק מכיוון שהנאשם חטא בעבירה, ויש מקום להענישו בגינה, ייהפך דמו הפקר, במובן זה שלא תעמוד לו הגנה עצמית? האם, מבחינת המדיניות הרצויה, יש מקום לקבוע ולהביא לידיעת עושי-דין לעצמם אלימים, שלא תעמוד לנאשם הגנת "צורך", אם אך יתברר שבדרך כלשהי חטא ולא תיקן המעוות? האם גם כשהנאשם אינו סבור סובייקטיבית שפעולת החזרת נכס שגנב תועיל למניעת העימות האלים — אפילו ייתכן שאובייקטיבית כך הוא — האם גם אז לא תעמוד לו הגנת הצורך, כשיתגונן לכשיותקף על-ידי בעל הנכס? (ההדגשות שלי — מ' ק'¹⁵).

לאחר הצגת השאלות עמד השופט אור על מטרת הצגתן, שהיא הבהרת נטייתו לדחות את טענת המדינה — אילו היה עליו להכריע בה — לפיה מאחר שהמערער לא החזיר את הרכוש הגנוב לאחי המנוח או משום שלא הציע להחזירו נשללת ממנו הזכות להגנה עצמית¹⁶.

15 שם, בעמ' 158, 159.

16 שם, בעמ' 159. לדעת פרופ' פלר השאלות האמורות נפסקו-הדין עצמו הם תחילת הדרך "לפניית עורף מלאה להלכת הורוביץ". ש"ז פלר "לעניין הזכות להגנה פרטית" עיוני משפט טו (תש"ן) 189, 193.

2. גישת הספרות המשפטית

עמדתו של פרופ' פלר

בגישתו של פרופ' פלר שני חלקים, כהמחשה לקשיותה של הסוגיה הנדונה: בחלקה הראשון שולל פרופ' פלר את הגרסה כי הלגיטימיות של ה'הגנה העצמית' (או בלשונו: "הגנה פרטית") נשללת "אף כאשר התקיפה, אשר נגדה באה ה'הגנה הפרטית', היתה תגובה להתנהגות פוגעת קודמת של הנתקף; כלומר, גם כאשר הנתקף הביא, הוא עצמו, את הצרה על ראשו"¹⁷. עיקר ההנמקה — המתבססת על התמקדות בשלב השני בלבד, תוך התעלמות ממה שקדם לו — הוא כדלקמן:

אין ספק, כי לוא היה שוטר נוכח במקום ההתרחשות ובשלב הגורלי היה עליו להתערב ולהתגבר, באמצעים ההולמים את המצב המסוכן, על ההתקפה על מנת להסיר את הסכנה הטמונה בה, וזאת אף-על-פי שהמוותקף יצר את המצב האמור. הייתכן, שבהעדר נציג זה של התוקף ייאסר על אדם הנתון בסכנה ליטול על עצמו את תפקיד הנציג האמור ולפעול במישרין לשם הסרתה, בגדר ההתגוננות הנדרשת, למרות היותו הגורם ליצירת אותו מצב? הרי במצב של התגוננות הכלל גתון, כאמור, בידי של התוקף, אשר בהפסיקו את ההתקפה — ושוב, אין נפקא מינה מה הביא אותו אליה — מיתר כל צורך בהגנה או בהתגוננות. באותו רגע בו נמצאים, זה מול זה, תוקף ומוותקף, נפסק, מבחינת האינטרס החברתי, כל קשר בין מצב זה לבין הסיבות שגרמו לו ואינטרס זה מחייב להסמך את המותקף להדוף את ההתקפה, בתנאי היחיד שלא יחרוג מכללי ה'הגנה הפרטית' כפי שהחוק מגדיר אותה. הגירסה, לפיה אם המותקף גרם ליצירת המצב שהביא להתקפה, לא תעמוד לו טענת ההתגוננות, מקנה, למעשה, מעין לגיטימציה להתקפה, על כל תוצאותיה הפוטנציאליות: ענישת ההתגוננות פירושה איסורה, והמשתמע מכך הוא בדיוק חובה על המותקף להפקיד את עצמו בידי התוקף ושלא להפריע לו לעשות את מלאכתו עד הסוף, יתבטא סוף זה אף בתוצאה קטלנית. הייתכן כך, אף אם יכול היה המותקף לצפות מראש את הסכנה בה כרוך המצב אותו גרם? האם עובדה זו "מסמיכה" את התוקף לעשות דין לעצמו, לו גם במובן הצר ביותר, כלפי המותקף בלבד? קיימת מידה

17 ש"ז פלר "ה'צורך' stricto sensu כמצב השולל את פליליות המעשה" משפטים ד (תשל"ב) 5, 21. ראו גם פלר (לעיל, הערה 16), בעמ' 189, 192.

מסויימת של ניגוד בין היחס השלילי למעשה התקיפה של התוקף, הבא לידי ביטוי בהתערבותו האפשרית של שוטר כנגדו, מחזר-גיסא, לבין ה"היתר" להתנהגותו הניתן, כביכול, על-ידי האיסור המוטל על הנתקף למנוע את מעשה התקיפה בדרך של "הגנה פרטית", מאידך גיסא¹⁸.

בחלק השני של עמדתו קובע פרופ' פלר:

כמו כן, אין אנו חוששים מן השימוש לרעה בהכרה בזכותו של אדם להגן על עצמו במצבים כאלה, על ידי "הזמנת" היווצרות מצב כזה, מתוך מטרה לניצול ה"התגוננות" כדי לסלק חשבונות עם ה"תוקף" חם המוג אשר ידו על התחתונה מבחינה פיזית. שיקול זה לא הועלה בפסק-הדין של בית-המשפט העליון — מן הטעם הפשוט שבפרשת הורוביץ היו העובדות הפוכות דווקא. אולם, אף לוא היו העובדות כבהנחתנו, לא הייתה כל סכנה בקביעת הלכה, שאין כל השלכה לאשמה בהיווצרות המצב המסוכן, על חלות ה"הגנה העצמית". שכן, כאן חסרים התנאים של התגוננות מותרת. השימוש ב"התקפה" מטעם הזולת כאמתלה כדי לחסל את ה"תוקף" איננה התגוננות ולא כל שכן איננה התגוננות במידת הסבירות. למעשה, ה"התקפה" איננה מהווה אלא חוליה בתוכנית התוקפנית של ה"מתגונן" אשר הוא הוא ה"תוקף" הממשי¹⁹.

בספרו של פרופ' פלר נאמרו הדברים הבאים:

נחדר לשם המחשה את הדוגמה דלעיל. א' חותר לחסל חשבון עם שונאו בנפש ב', שהוא בעל מזג-חם ובלתי נשלט במצבי מתח, אך גם חלש בכוחו הגופני מ-א'. בהתנהגות מחושבת מראש, גורם א' לכך ש-ב' יתקוף אותו, במטרה שינצל את "ההגנה העצמית" מפני התקיפה של ב' ותוך כדי כך ילמדו פרק. ואולם, תוך כדי מהלומות ומהלומות נגד, שלף ב', במפתיע, סכין וכמעט נעץ אותה בלבו של א'. א', ממש ברגע האחרון, שלף אקדח מכיסו, וכדי להדוף את התקיפה של ב' ממנה נשקפת לו סכנת מוות, ירה בו וגרם לו חבלה חמורה. נשאלת השאלה — כלום לא פעל א', בשלב האחרון, במצב של הגנה עצמית מובהקת? ואם כן, האם אין זה מקרה מובהק בו ה"סייג" של כניסה במודע למצב, נועד להחזיר את

18 פלר (לעיל, הערה 17), בעמ' 23, וראו גם: P. Bockelmann "Notwehr gegen verschuldete

19 (1970) *Festschrift für R.M. Honig* (Göttingen), "Angriffe".

19 פלר (לעיל, הערה 17), בעמ' 26.

פליליות המעשה של א' חרף כך שנעשה במצב של הגנה עצמית? תשובתנו הנחרצת לשאלה הראשונה היא שלילית, וכתוצאה מכך, שלילית היא גם התשובה לשאלה השנייה. אין כל סיבה לסטות מן הניתוח המצביע על כך, שכאן מדובר ברצף התנהגותי אחד ויחיד, בו "התקיפה" שהוזמנה אצל ב' לפי תכנית תקפנית מתוככמת, היתה בבחינת חוליה נחוצה ל-א' דווקא, לשם מימוש מזימתו המחושבת מראש. אשר למומנט הדראמטי, בו א' קירב סכין לחזהו של ב', (צריך להיות: ב' קירב סכין לחזהו של א' — הערה שלי — מ' ק') הרי בכל התנהגות קיים מומנט בו הדברים נשמטים משליטתו של בעל ההתנהגות, למרות שהיה אולי מוכן שהשתלשלות הדברים תיפסק; כפי שקורה לאחר הלחיצה על הדק כלי נשק טעון, כאשר אין כבר אפשרות לעצור או להחזיר את הקליע ממעופו. אותו מומנט דראמטי מקביל בדיוק למומנט הלחיצה על ההדק. הפגיעה ב-ב' לא נגרמה תוך הגנה עצמית, אלא באותו מומנט בו התפתחות הדברים יצאה משליטת התוקפן א' ולרעתו, תוך תקיפתו את ב', דבר העשוי לקרות לכל יוזם תקיפה, רגילה ובלתי מתוככמת, במהלך תקיפתו. במהלך תקיפתו, לעולם אינה עומדת לתוקף טענת הגנה פרטית, כי עיקר ותמצית ההגנה היא הלגיטימיות של פעולותיה. לכן, אין צורך גם ב"סייג" כל שהוא, שיחזיר לפעולותיו של התוקף את פליליותן. הן פליליות בלאו הכי.²⁰

גישת פרופ' גור-אריה

פרופ' גור-אריה מתמקדת בשלב הראשון, השלב שבו העושה הכניס את עצמו מרצון למצב של התגוננות. מבחינה זו מנוגדת גישת גור-אריה לגישת הפסיקה. גישת הפסיקה ממקדת את האחריות בשלב השני, השלב שבו פעל העושה במצב של התגוננות. הפסיקה שוללת ממנו את הזכות להגנה עצמית ומטילה עליו אחריות פלילית לפי יסודות העבירה (העובדתי והנפשי) כפי שהתקיימו בו באותו שלב (השלב השני). לפי גישת גור-אריה, לעומת זאת, "בשלב השני שבו מצא הנתקף את עצמו חשוף להתקפה בלתי חוקית שסיכנה את חייו ושלמות גופו (או אינטרס לגיטימי אחר) יש לאפשר לו להדוף את ההתקפה הבלתי חוקית, אף אם בשלב הקודם הוא הביא את עצמו מיוזמתו למצב שגרם להתקפה עליו"²¹. וגם — "דווקא משום שבשלב השני יש לאפשר לנתקף להדוף את

20 ש"ז פלר יסודות בדיני עונשין (תשמ"ז, כרך ב) 476.

21 מ' גור-אריה "כניסה מרצון למצב של התגוננות" משפטים טו (התשמ"ה) 145, 150.

ההתקפה ולהגן על עצמו..., יש לחברה אינטרס לחייב אותו להימנע בשלב הקודם מהתנהגות שעלולה להביא אותו למצב שבו יהיה עליו לפגוע בתוקף כדי להגן על עצמו²². האחריות המוטלת על העושה על-פי גישה זו, במסגרת הדוקטרינה actio libera in causa ("התנהגות חופשית במקור"), היא לעבירה שאת היסוד העובדתי שלה ביצע העושה במצב השולל את פליליות המעשה, בהתאם ליחסו הנפשי בשלב הקודם כלפי העלול להתרחש בשלב המאוחר יותר²³. ההצדקה לכך היא שהתנהגותו של העושה בשלב הראשון גרמה, בסופו של דבר, לביצוע היסוד העובדתי של העבירה במצב השולל את פליליות המעשה. לא נדרש שהתנהגותו של העושה בשלב הראשון תהיה כלתי חוקית כשלעצמה (בשונה מהלכת הורוביץ). כאמור, נדרש רק שהתנהגות זו תהא הגורם להתרחשות בשלב השני ושלא היה בה נטילת סיכון סביר בנסיבות המקרה²⁴.

ואלה ההבדלים העיקריים הנובעים מיישום הגישות השונות:

על-פי גישת ההלכה הפסוקה, היסוד הנפשי הרלבנטי הוא היסוד הנפשי שהתקיים בעושה בשלב השני. לפי גישת פרופ' גור-אריה, "במצב של התגוננות הפגיעה בתוקף היא בדרך כלל מכוונת"²⁵. יוצא, כי לפי הפסיקה "ישא העושה באחריות לעבירה המותנית ביסוד נפשי של כוונה, באם קיימת עבירה כזו"²⁶, יהא אשר יהא היסוד הנפשי שהתקיים בו בשלב הראשון. לעומת זאת, גישת גור-אריה בוחנת את היסוד הנפשי שקינן בעושה בשלב הראשון, ולכן במקרים שבהם היה היסוד הנפשי פחות בחומרתו מכוונה — כגון פזיזות או אף רשלנות — ישא העושה באחריות לעבירה של פזיזות או רשלנות, לפי המקרה.

לפי הסייג הראשון בהלכת הורוביץ — שכונה בהלכת שוקרון "סייג ההפתעה" — משתמע, כי תנאי לשלילת סייג ההגנה העצמית הוא שבשלב הראשון פעל העושה לפחות מתוך פזיזות ביחס להתפתחות הדברים בשלב השני. לכן, כאשר העושה לא צפה בפרעל את השלב השני, הוא יהנה מהגנה עצמית ולא תוטל עליו כלל אחריות פלילית, גם אם היה עליו לצפות כאדם סביר בשלב הראשון את שהתרחש בשלב השני. לצומת זאת, לפי גישת גור-אריה ניתן יהיה ליחס לו במקרה כזה עבירה של רשלנות, בהתקיים כל התנאים הנדרשים לפי גישה זו²⁷.

22 שם, בעמ' 151. ההדגשה הוספה.

23 שם, שם.

24 שם, בעמ' 153-157.

25 שם, בעמ' 156.

26 שם, שם.

27 שם, בעמ' 155, 159.

ג. ביקורת הספרות המשפטית

ניגש עתה לבחון את גישת הספרות המשפטית אצלנו. אנו נדרשים לבחינה זו לאור העובדה שלא רק במשפט האנגלו-אמריקאי²⁸ אלא גם בשיטות המשפט שבקונטיננט, המודעות לדוקטרינה של *actio libera in causa* ("התנהגות חופשית במקור") ועושות בה שימוש במקרים אחרים (כגון העדר שליטה ושכרות), הגישה הרווחת היא שבתנאים מסוימים (למשל, כאשר העושה פעל בשלב הראשון מתוך כוונה) נשללת ההגנה העצמית מחד גיסא, ומאידך גיסא – מקומה של הדוקטרינה "התנהגות חופשית במקור" בסוגיה זו שנוי מאוד במחלוקת. הפיתרון שנוקטות שיטות המשפט שבקונטיננט דומה בעיקרו לגישת ההלכה הפסוקה אצלנו. במשפט הגרמני²⁹ מטעימים, בנוסף, כי שלילת הזכות להתגונן או הגבלתה (כאשר התנהגותו של העושה בשלב הראשון היתה בת-אשמה, אך לא מכוונת) מותנות בתנאים הבאים: בהתנהגות בלתי חוקית או לפחות פסולה של המתגרה; בהתנהגות היוצרת, בנסיבות העניין, סיכון אובייקטיבי להתפתחות הרברים; ביחס נפשי של כוונה או של אדישות כלפי השתלשלות העניינים; בהתקיימות קרבה בזמן בין ההתגרות לבין התגובה עליה; ובהתקיימות יחס של שקילות או הלימה (אדקוויטיות) בין ההתגרות לבין התגובה, שכן רק כאשר מתקיימות הדרישות האלה השלב השני עומד בסימן השלב הראשון וההתנהגות בשלב הראשון מקרינה על השלב השני³⁰. וזאת, כאשר בקונטיננט אין בדרך כלל זכר לסייג זה להגנה העצמית בחוק החרות³¹.

28 ראו, למשל: A.J. Ashworth "Self Defence and the Right to Life" 34 *Camb. L.J.* (1975) 282, 299-301; P.H. Robinson "Causing the Condition of One's Own Defense: A Study in the Limits of Theory in Criminal Law Doctrine" 71 *Vir. L.R.* (1985) 1, 1-27.

29 T. Lenckner, in: A. Schönke, H. Schröder *Strafgesetzbuch: Kommentar* (München, 25 Auflage, 1997) §32, par 54-61a, p. 547-550; H.H. Jescheck & T. Weigend *Lehrbuch des Strafrechts: Allgemeiner Teil* (Berlin, 5 Auflage, 1996) 346, 348. ראו גם ד' בין "חובת הנסיגה בהגנה בפני התקפה" הפרקליט כג (תשכ"ז) 221, 231.

30 שימו לב לדמיון בין התנאים האחרונים לבין גישתו של השופט אור בפרשת טויתו.

31 זהו המצב, למשל, בגרמניה, אוסטריה, שווייץ ואיטליה. גם במשפט הקוריאני פותחה גישה דומה ללא הוראה מפורשת: Ou-Chan Choi *Notwehr und "gesellschaftliche Sitten"* (Freiburg, 1988) 122-124. יוצא דופן הוא החוק הפלילי של יוון, שבו נשללת במפורש ההגנה הפרטית ממי שמתגרה באחר במטרה לעשות נגדו עבירה פלילית תוך הסתמכות על הגנה פרטית (סעיף 24). ראו: N.C. Courakis *Zur sozialetischen Begründung der Notwehr* (Baden-Baden, 1978). יצוין, כי גם בחלק ממדינות ארצות-הברית מצויות הוראות דומות. ראו מאמרו של Robinson (לעיל, הערה 28).

1. האם אפשר להימנע משלילת ההגנה העצמית?

גישת הביקורת מבוססת על הטיעון לפיו אין מקום לשלול את ההגנה העצמית בשלב השני, שכן משמעותה של שלילה כזו היא "מעין לגיטימציה להתקפה, על כל תוצאותיה הפוטנציאליות"³², מעין הסכמה של "התוקף לעשות דין לעצמו, לו גם במובן הצר ביותר, כלפי המותקף בלבד"³³. הטענה היא, כי היתר להתגוננות (כלומר: להדיפת ההתקפה) בשלב השני משרת "הן את הענין שיש לחברה להרחיע (את התוקף) מפני שימוש בכוח ... ולעשות למען השלטת החוק והסדר" והן את "השיקול שלא להתיר את דמו של מי שמוצא את עצמו בפני הכורח להגן על עצמו"³⁴. מכאן, ש"דווקא משום שבשלב השני יש לאפשר לנתקף להדוף את ההתקפה ... יש לחברה אינטרס לחייב אותו להימנע בשלב הקודם מהתנהגות שעלולה להביא אותו למצב שבו יהיה עליו לפגוע בתוקף כדי להגן על עצמו"³⁵.

לפחות בחלק מן המקרים לא זו בלבד שיש מקום לשלול ממי שגרם בהתנהגותו לשלב השני את הזכות להגנה עצמית, אלא שלא ניתן להימנע מכך. כוונתי היא, למשל, למקרה הבא: אלימי תוקף את מסכני במכת יד, כשהוא נושא אקדח בכיסו, בידעו שמסכני — אדם נפחד ועצבני — נושא עמו סכין, ותגובתו על המכה שספג תחרוג כנראה — בהתחשב באישיותו המיוחדת — ממה שנחוץ לשם התגוננות מפני מכות ידיים. אלימי מקווה ובונה על-כך שמסכני ישלוף את הסכין כדי להדוף באמצעותו את התקפת-שלו, כך שהוא יוכל להגן על עצמו על ידי שימוש באקדח, ובאופן זה ישיג את מבוקשו — המתת מסכני, תוך שהוא חוסה תחת קורת הגג של הגנה לגיטימית. כך אכן קורה. כדי להבהיר את עמדתנו מתבקשות שתי הבהרות: אחת לעניין מהותה של ההגנה העצמית והשנייה לעניין משמעות שלילתה של הזכות להגנה עצמית. ההבהרה הראשונה היא כי ההגנה העצמית מתבטאת בהדיפה של התקפה בלתי חוקית. לפיכך, המתגונן פועל לא רק בשירות ההגנה על האינטרסים שלו אלא גם בשירות החוק והסדר המשפטי. הוא מגן על התקפות האמפירית של הנורמה המותקפת באופן בלתי חוקי ושל כלל הנורמות העונשיות, ולפיכך יש לפעולתו לא רק משמעות של הדיפה אלא גם של הרתעה

32 פלר (לעיל, הערה 17), בעמ' 23.

33 שם, שם, ודוק: שלילת הגנה עצמית אין משמעה בהכרח שלילת האפשרות להיזקק לסייגים אחרים לאחריות פלילית, ובהם צורך, אך נראה שלאור הדמיון בין סעיף 34 לסעיף 34 לחוק העונשין זהו המצב כוין המצוי בארץ.

34 גור-אריה (לעיל, הערה 21), בעמ' 150, תוך היזקקות לביטוייה של השופטת נתניהו בעניין שוקרון.

35 שם, בעמ' 151.

ומניעה³⁶. צירופם של כל אלה הופך את ההגנה העצמית לא סתם לעילה השוללת אחריות פלילית אלא להצדק מובהק³⁷, לזכות או להסמכה של הדין, שמשמעותה היא שאין לאחר זכות להתגונן מפניה כשם שאין לאדם זכות "להתגונן" מפני מעצר חוקי או מפני ביצוע פסק-דין חוקי. צרוף זה מסביר מדוע רשאי המתגונן לקפח את חייו של התוקף, גם כאשר התוקף אינו מסכן את חייו אלא אינטרס פחות מזה (למשל, שלמותו הגופנית או חירותו המינית); מדוע אין הוא נדרש לסגת מפני התוקף (לפי שיטה אחת העיקרון הוא שאין הוא נדרש לסגת; לפי שיטה שנייה — קיימת דרישה לנסיגה, אולם היא מסויגת; לפי שיטה שלישית — נסיגה היא אחד השיקולים במסגרת הדרישה לסבירות)³⁸; ומדוע אין הוא נדרש על-פי כלל הנחיצות להתגונן באופן החושף אותו לסכנת היפגעות.

ההבהרה השנייה מתייחסת למשמעות שלילתה של הזכות להגנה עצמית. אין לומר כי משמעותה של שלילת הזכות היא "חובה על המותקף להפקיר את עצמו בידי התוקף ושלא להפריע לו לעשות את מלאכתו עד הסוף, יתבטא סוף זה אף בתוצאה קטלנית"³⁹. לא מוטלת על הגורם שהפך להיות מותקף חובה לסבול באפס מעש ולקבל תוך השלמה סטואית את מר גורלו, אבל ניתן לגרוס כי אסור לו לגרום חבלה לתוקף ללא עונש, ואין זהות בין השניים. חובה עליו לנקוט את כל האמצעים כדי להסתלק מן התגרה, תוך הבעת רצון כן להפסיקה. כאשר קיימת אפשרות להסתלק (ובדרך כלל קיימת אפשרות כזו) שומה עליו לעשות כן, גם תוך הסתכנות. אם מטילים חובה כזו של התחשבות בזולת על מי שמוחקף על-ידי חולה נפש, קטין או אדם הפועל מתוך טעות⁴⁰, מתבקשת — ואף מתחייבת — הטלתה על מי שמודע לכך שהמגורה פועל במצב של קנטור ושלא מתוך שקילת הדברים, והוא עצמו הביאו לכך בהתגרותו. כאשר הסתלקות אינה אפשרית, נדרשת מן המותקף התגוננות באמצעים המינימליים האפשריים, ואפילו אם הדבר כרוך בהסתכנות. לדוגמה: משום שהתוקפן בשלב השני (קורבן של התגרות מילולית) בדרך כלל אינו מגיב מיד בהתקפה קטלנית אלא במכות, נראה הדבר כרצוי

M. Kremnitzer "Proportionality and the Psychotic Aggressor: Another View" 18 *Isr. L.R.* 36 (1983) 178.

37 ההשקפה הרווחת בעולם המשפט בימינו רואה בהגנה העצמית הצדק ולא פטור. ראו ב' סג'רו הגנה פרטית במשפט הפלילי (חיבור לשם קבלת התואר דוקטור למשפטים, האוניברסיטה העברית, 1993) 29, 27-25.

38 Kremnitzer (לעיל, הערה 36), בעמ' 193, הערה 45, ובעמ' 267; ב' סג'רו (לעיל, הערה 37), בעמ' 823-824, 833, 793.

39 פלר (לעיל, הערה 17), בעמ' 23.

40 ראו Kremnitzer, לעיל הערה 36; G.P. Fletcher "Proportionality and the Psychotic Aggressor: A Vignette in Comparative Criminal Theory" 8 *Isr. L.R.* (1973) 367.

שהמתגרה בשלב הראשון (המתגונן בשלב השני) ישאיר את האקדח או הסכין בכליו ויתגונן בידיו. גם כשהתוצאה מוטלת בספק והוא צפוי לכמה מהלומות רציניות, יעלה בידיו, בדרך כלל, למנוע מעצמו את הגרוע ביותר מבלי לפצוע את האחר. ברוח זו נפסק בגרמניה כי למתגרה-המתגונן זכות מוגבלת להגנה עצמית, המתבטאת בזכות להגן על עצמו בעזרת ידיו בלבד⁴¹. גישה זו נסבלת יותר מהדעה האחרת, המתירה לו לדקור את התוקף או לירות בו — כאשר אחר-כך תיוחס לו עבירה של גרימת חבלה או אף של המתה. זאת ועוד: לא בכל מצבי ההתגוננות הסכנה היא לחיים דווקא. התקיפה הבלתי חוקית עלולה לסכן את החירות או את הרכוש, ובמקרים אלה התביעה מן המתגרה להשלים עם סיכון כזה קשה פחות.

אם נחזור אל הדוגמה שהבאנו, אין זה כלל מובן מאליו כי מי שהביא את עצמו, בהתנהגות בלתי חוקית או פסולה ובמתכוון, למצב של סכנה, זכאי להגנה מטעם השיטה המשפטית. זאת, בניגוד למה שעולה מחלקה הראשון של גישת פלר ומגישת גוראריה. זאת ועוד: לדעתנו, מן הנמנע לראות במתגרה נציג החוק והסדר, הפועל מכוח הסמכה של הדין. התנהגותו של אדם כזה — גם בשלב השני — וחוק וסדר הם דבר והיפוכו, ושיטה משפטית המתייחסת לעצמה בכבוד וברצינות אינה יכולה לראות בו מי שמממש זכות לגיטימית להגנה על עצמו ועליה. זאת, גם אם אין היא מכירה באופן כללי במושג של "שימוש לרעה בזכות". מבחינה זו, אין להירתע מן המסקנה כי יש הכולל בין אדם כזה לבין שוטר או אדם אחר הנקלע למקום מבחינת מצב הזכויות והסמכויות. יתר על כן: גם צד ג' — המודע להתפתחות העניינים — צריך לפעול בראש ובראשונה להפרדה בין הנצים ולמניעת פגיעה בשניהם, שכן גישה זו משרתת באופן הטוב ביותר את האינטרס החברתי שהוא, במקרה כזה, מזעור הפגיעה בנפש ובגוף (שכן אין עדיפות מובהקת למתגונן בשלב השני על פני תוקפו בשל חלקו של המתגונן בשלב הראשון). זאת ועוד: אפשר שהמגן על אחר בא בנעליו של האחר (כמובן, בהנחה של מודעות שלו לכל הנתונים העובדתיים הרלבנטיים), והיקף זכותו להגן שווה להיקף הזכות להתגונן של האחר. אם אין הדבר אפשרי — ורק אם אין הדבר אפשרי — יהיה צד ג' רשאי לפעול נגד התוקף העכשווי. וגם אז, יהיה עליו לפעול מתוך מגמה למוער את הפגיעה בתוקף העכשווי, אף כאשר יש בכך סיכון מסוים למתגונן העכשווי. אין להתעלם מכך כי משהו משתנה על כפות המאזניים במקרה של "התגוננות" שהיא פרי פרובוקציה ותוכנית של

41 Lenckner (לעיל, הערה 29), בעמ' 545; OLG Hamm NJW 1965, 1928; Jescheck/Weigend, (לעיל, הערה 29), בעמ' 346-347. אני ער לכך שההגנה העצמית כפופה לתנאי של סבירות, אולם תנאי הסבירות אינו מגביל את המתגונן להגנה ידנית בלבד. יתר על כן: במצב רגיל של הגנה עצמית, הסבירות אינה מצדיקה שקורבן התקיפה יחויב בנטילת סיכון, וראי לא סיכון ממשי. הטענה היא שכאשר הוא עצמו יצר את המצב, ניתן לתכוע ממנו להסתכן, או בלשון אחרת: בהערכת הסבירות יש להתחשב בהתנהגותו בשלב הראשון.

המתגונן, לעומת המצב הרגיל של הגנה עצמית. ראשית, ביחסים הבין-אישיים בין השניים, משקל האינטרס של "המתגונן" הנתון בסכנה עקב התקפה שהיא פרי התגרות מצדו פוחת (אם אינו מתאיין) עקב העובדה שהסכנה מקורה ביוזמתו ובתכנונו. זאת — כדין אינטרס לגיטימי המועמד בסיכון, במודע או אף במתכוון, על-ידי בעל האינטרס, שעקב כך נשללת מן הניזוק שהעמיד מרצון את האינטרס שלו בסיכון הזכות לסעד בדיני הנוזיקין בגין הנזק שהוסב לו⁴². שנית, מבחינת האינטרס הכללי שבהגנה על הסדר המשפטי, התקפה הבאה בעקבות התגרות מחרידה את הציבור פחות מהתקפה שלא קדמה לה התגרות, שכן מקורה באינטראקציה בין שני אנשים הנוהגים שלא כחוק או לפחות בהתנהגות פסולה (התנהגות בלתי חוקית או התנהגות פסולה בשלב הראשון והתגוננות מפני תקיפה בלתי חוקית בשלב השני). הציבור שומר החוק והסדר יכול — וצריך — לומר לעצמו, כי היה בידי של המתגרה למנוע את ההתקפה עליו אם היה מתנהג כדין. לכן, אין הוא חש נפגע ונתון בסכנה על-ידי התקפה כזו; ומכל מקום תחושת הציבור שונה לחלוטין במקרה כזה בהשוואה למקרה שבו מותקף אדם ההולך לתומו ברחוב. פעולתו של המתגונן בשלב השני איננה, אפוא, פעולה מטעם הציבור ועבורו, ואין הוא פועל בשירותה של ההרתעה הכללית מפני ביצוע עבירות. לכן, שומה עליו (כמו גם על שוטר או על אדם אחר המודע לטיב הסיטואציה) לפעול מתוך מירב ההתחשבות החברתית באינטרסים של האחר. זאת ועוד: בהבדל מהפרדיגמה של הגנה עצמית, שבה הקורבן מופתע על-ידי התקפתו של התוקף, בסיטואציה שלנו המצב הוא הפוך: המתגרה-המתגונן אינו מופתע כלל, ומי שמופתע הוא דווקא קורבן ההתגרות המגיב עליה בהתקפה.

גם הטענה לפיה השליטה על מהלך העניינים היא בידי התוקפן, ובידיו לשים קץ לאירוע על ידי הפסקת התקפתו, אינה כל כך פשוטה ו"חלקה" במקרה של תגובה תוקפנית לאחר התגרות. לא תמיד — וספק אם בכלל — יכול התוקפן בסיטואציה כזו לסמוך על כך שחדילה שלו תביא קץ לפרשה, שכן כפי שהמתגרה פתח בהתגרותו וזים אותה, כך קיימת האפשרות שהוא ישוב ויחדש את התגרותו. וזאת יש לזכור, כי ההתגרות — לפי נסיבות המקרה — יכול שתתבטא אף בהתנהגות אלימה. זהו הרציונל לדרישה להסתלקות מוחלטת של המתגרה מן התגרה, תוך הבעת רצון להפסיקה, לפי הסייגים להלכת הורוביץ. במצב רגיל של הגנה עצמית, ההתמודדות היא בין "טוב" ל"רע", בין "בן אור" לבין "בן חושך". מכאן גם "עוצמתה" של ההגנה העצמית כפי שתוארה לעיל, ההולמת התגוננות מפני תקיפה בלתי חוקית, בת-אשמה ומפתיעה. לעומת זאת, בסיטואציה שלנו, בשלב השני המתגרה הוא אמנם קורבן להתקפה בלתי

42 "ניתן אף לגרוס כי עצם הלגיטימיות של האינטרס שלו מופחתת על ידי כך שהוא הכניס, כמו ידיו, בהתנהגות מודעות ופסולה, את עצמו במלכודת הדילמה...". ראו פלר (לעיל, הערה 20), בעמ' 467.

חוקית, אולם לא ניתן להתעלם מן העובדה שההתקפה עליו היא תולדת התגרות מצדו, המנטרלת כליל את יסוד ההפתעה ומפחיתה את אשמתו של התוקף. לכן, התפיסה האמורה ההולמת את ההגנה העצמית אינה מתאימה לסיטואציה דנן. ההפרדה בין שני שלבי האירוע וההתייחסות אל השלב השני בצורה מבודדת, תוך ניתוקו מן השלב הראשון, היא מלאכותית ונטולת הצדקה, כאשר שני השלבים הם חוליות בתוכניתו של העושה. בגישת גוראריה, לעומת זאת, שני שלבים: תחילה מתייחסים לשלב השני בבידוד, ואחר כך נערכת אינטגרציה של שני השלבים. השאלה היא – האם אין זה הולם יותר לראות את האירועים כמכלול אחד כבר מלכתחילה? הדוגמה שהובאה בתחילת הפסקה (אלימי התוקף את מסכני) ממחישה גם כי אין מקום להסתמכות על חוסר הישע של המתגרה בשלב השני. חזקה על המתגרה שארגון, הפיק וביים את כל האירוע כי הוא אף דאג מראש לעצמו שיצא מהעניין ללא פגע. חוסר הישע הוא "חוסר ישע" היזום על ידו, כחלק בלתי נפרד מתכניתו, והוא אף רצוי לו. אין הוא דומה לחוסר הישע המפתיע והבלתי רצוי בו נתון המתגונן בסיטואציה אמיתית של הגנה עצמית. לראות – בעיני המשפט – את ההתרחשות כהגנה עצמית ללא מרכאות, פירושו שהשיטה המשפטית משחקת לידי של העושה, ומעניקה לו לפחות הצלחה מסוימת, שהרי מעשה העורמה שלו עלה יפה. לאמיתו של דבר מדובר בתוקף, המבקש בדרכי תחבולה להסוות את תקיפתו כמעשה של התגוננות, ולמצוא לעצמו מקלט תחת קורת גג של מוסד משפטי שכלל אינו הולם את מעשיו⁴³. מה שמשקף יותר את המציאות מבחינת העושה ("המתגונן" בשלב השני) הוא שמדובר כאן בתקיפה עצמית, שכן קורבן ההתגרות פועל – מבחינת המתגרה – כ"מעין כלי" בידיו של המתגרה; ואם כך הוא – המתגרה תוקף את עצמו באמצעות אחר ואין מדובר כלל במצב של התגוננות מפני תקיפה של אחר⁴⁴. לומר עליו כי דינו כדין מתגונן אמיתי הוא עלבון למתגונן כזה, למוסד ההגנה העצמית, לשיטה המשפטית כולה וכדי ביזיון קצף. עד כדי כך, שעדיף בעיני היה לומר – אם כלו כל הקצין ואין נימוק משפטי לסתור במישור המהותי הדוקטרינרי – כי אז התוקף-המתגונן מנוע, בשל האמור לעיל, מלהשמיע את הטענה, כמעין estoppel: גם אם הטענה עומדת לו, אין הוא ראוי לה מוסרית, ולכן אין שומעים לו כשהוא מבקש להעלותה⁴⁵. אם מותר להסתמך על התודעה החברתית או על חוש הצדק של מי שחף מידיעת החוק, דומה כי ההכרה בזכותו של המתגרה להתגונן תיחשב

43 N. Bitzilekis *Die neue Tendenz zur Einschränkung des Notwehrrechts* (Berlin, 1984) 136

44 A. Constadinidis *Die "Actio Illicita in Causa"* (Würzburg, 1982) 122. מנקודת ראות חיצונית, קורבן ההתגרות איננו "כלי" שכן הוא יכול לבחור את דרך תגובתו. עם זאת, בשל ההתגרות, טיב שיקול הדעת שלו ושליטתו העצמית נפגמות, ולכן ניתן לראות בו "מעין כלי". מבחינת העושה עצמו המעניין "להפעילו" הוא כלי.

45 U. Neumann *Zurechnung und "Vorverschulden"* (Berlin, 1985) 269

לדבר לא מובן, שלא לומר לחרפה של ממש. המתגונן שהכניס את עצמו למצב של התגוננות פעל אומנם במגמת התגוננות בשלב השני, אולם אין זו מגמתו היחידה. היא משולבת במגמה הנפשעת של הגשמת תוכניתו העבריינית. היזקקותו של אדם כזה להגנה עצמית אינה יכולה שלא להזכיר את רוצח הוריו המבקש את רחמי בית-המשפט בשל היותו יתום. אם מתחייבת, כאמור, שלילת ההגנה העצמית מן המתגרה, נשמט היסוד מתחת לדוקטרינה של *actio libera in causa* בסוגייתנו, שכן הדוקטרינה מבוססת על הענקת זכות להגנה עצמית למתגרה. אם מקבלים עמדה זו במקרה של "המוזימה הפוגענית" — כלומר: כאשר "המתגונן" בשלב השני פועל בשלב הראשון מתוך כוונה — קשה שלא לקבלה גם כאשר הוא פועל בשלב הראשון מתוך אדישות; ואם גורסים כי דין קלות הדעת הוא ככלל כדין האדישות, אפשר כי טעם העקביות מצדיק קבלתה גם במקרה של פעולה מתוך קלות דעת.

2. גישתו של פרופ' פלר

גישתו של פרופ' פלר ממחישה עד כמה מושפעת, לעתים, התייחסות עקרונית או מושגית מן המקרים המצמיחים אותה. אם המקרה שהיה לנגד עיניו לא היה פרשת הורוביץ אלא המקרה שהובא לעיל, אליו התייחס פרופ' פלר בחלק השני של גישתו⁴⁶, ספק אם היתה גישתו מתעצבת כפי שעוצבה, על שני חלקיה⁴⁷. הראיות לכך הן החלק השני של גישתו, שבו הוא שולל אופי של הגנה עצמית מהתגוננות בשלב השני, אף כי בשלב הראשון לא היתה כלל כוונה להמית והתפתחות העניינים היתה בלתי צפויה, וכן עמדתו בהצעת חלק מקדמי וחלק כללי לחוק עונשין חדש.

אשר לפרשת הורוביץ, אני נוטה לדעה כי אין היא בכלל מקרה של הכנסה עצמית למצב של התגוננות, ומבחינה זו מובנת ומוצדקת ביקורתו של פרופ' פלר, אלא שאין היא חלה כלל על הדוקטרינה, שכן המקרה איננו מקרה של הדוקטרינה. ואלה העובדות של פרשת הורוביץ הצריכות לענייננו⁴⁸:

המנוח (בן 21) הגיע למועדון שעל ניהולו היה אחראי באותו ערב המערער (בן 18). המערער מנע מהמנוח לשחק במועדון, ודרש ממנו להחזיר לו הלוואה שקיבל ממנו.

46 לעיל, הערה 20.

47 ההבדל העיקרי בין הדוגמאות מתבטא בכך שבעיקרו של דבר הורוביץ היה, כפי שיובהר להלן, מי שנענה — ולדעתי, בדלית ברירה — ליזמתו של אחר לתגרת ידיים, ולא יחם של תגרת ידיים. בנסיבות המיוחדות של פרשת הורוביץ, זהו הבדל של ממש. במקרים אחרים, בהם עשוי ההבדל בין יחם לנענה ליזומה להיות מקרי גרידא, לא ברור שזוהי הבחנה כבדת משקל, שמן הראוי לתלות בה השלכות משפטיות, כפי שעושה השופט נתניהו בעניין שוקרון.

48 פרשת הורוביץ, לעיל הערה 2, בעמ' 626-627.

המנוח התרגז והתפתח ריב שהגיע עד ל"תפיסת חולצותיהם זה בזה". המערער אמר למנוח "אראה לך", יצא לחצר, הוציא אקדח ממחבוא, טען אותו והסתירו על גופו, בכוננה להמשיך בריב עם המנוח ולהפחיד אותו באקדח. לפני שובו למועדון חזר בו המערער והחליט לעזוב את המקום. הוא נכנס למועדון כדי להודיע על כך למחליפו ונתקל באקראי במנוח. המנוח תפס את המערער בסנטר, ואמר לו "אתה ילד בשכילי. אני ארביץ לך מכות". המערער השיב "אם אתה גבר, בוא תריב אתי בים". לפי פסק-הדין כוונת הדברים היתה ל"תגרת ידיים". בית-המשפט הסביר שהמערער הציע את ההצעה האמורה למרות שהיה חלש מהמנוח מפני שרצה לשמור על כבודו, ולכן גם הסכים מאוחר יותר להעביר את זירת ההתמודדות משפת הים — שם יש אור ועוברים ושבים — לחצר חשוכה. הם התרוחקו מהמועדון, כשהמנוח מסרב להיענות להפצרותיו של חבר משותף לוותר על ההתמודדות, תוך הצהרה שהוא "מוכרח לשלוח אותו (את המערער; הערה שלי — מ' ק') לבית החולים". לפי פסק-הדין המערער לא התכוון להשתמש באקדח בעת ההתמודדות "אלא בשעת הדחק, אולי לשם הרתעה בדרך איום באקדח". כשהגיעו לחצר בה נועדה להתקיים התגרה הרים המנוח בקבוק שבור והתקדם לקראת המערער. המערער חשש שהמנוח יגרום לו נזק גופני חמור ולכן שלף את האקדח והזהיר את המנוח שאם יתקרב הוא יהרוג אותו. המנוח התעלם מהאיום והניף בבקבוק שבידו את יד המערער שהחזיקה באקדח כלפי מעלה. אז לחץ המערער על ההדק והרג את המנוח.

לאור השינוי שחל בנפשו של המערער אחרי שאמר למנוח "אראה לך" — החלטתו לעזוב את המקום — אין עוד לייחס חשיבות לאמירה זו, כשם שאין לייחס חשיבות לעובדה שבאותו שלב הצטייד המערער באקדח לצורכי הפחדה (גם מלכתחילה ספק אם יש לראות בה התנהגות שלא כדין, לאור מה שקדם לה). כך התייחס לכך גם בית-המשפט⁴⁹, פרט לעניין האקדח, אותו זקף, משום מה, לחובת המערער⁵⁰. בית-המשפט עצמו קבע כי המערער לא הספיק להחזיר את האקדח למחבואו אחרי שחל השינוי בתוכניתו והוא החליט לעזוב את המועדון⁵¹. אחרי שפגש במנוח שאיים להכותו, האם

49 "חלה איפוא הפסקה מוחלטת בין השלב הראשון לבין השלב הקריטי של הארועים, ואין לחזור אל השלב הראשון, כדי לבחון את כוונותיו של המערער בשלב הקריטי. ובלשון השופטים המלומדים: ... יש להניח שאילו זאבי (חברו של המערער) היה מופיע, היה הנאשם מסתלק אתו לאן שחשבו ללכת ולא היה קורה מה שקרה. אולם הגורל רצה אחרת" (שם, בעמ' 633). והשוו: "אולם לא נוכל לראות את הדברים שהתרחשו בחצר כשהם מנותקים ממה שקדם להם, דהיינו האתגר לדור-קרב שבא מן המערער דווקא..." (שם, בעמ' 628).

50 שם, בעמ' 631.

51 שם, בעמ' 633. "גם מלכתחילה הצטייד המערער באקדח רק כדי לאיים על סאבי כאשר זה הפרע את הסדר במועדון, ולא כדי לירות בו" (שם, שם). לכן, לא היה זה מן הדין להסתמך על פרקינס שהתייחס

ניתן לצפות ולתבוע מהמערער כי יפרוק את עצמו מן האקדח? השלב הרלבנטי מתחיל אפוא בהיתקלות האקראי של המערער במנוח, שניגש למערער, תפס אותו בסנטרו ואמר לו "אתה ילד בשבילי, אני ארביץ לך מכות". על כך הגיב המערער: "אם אתה גבר, בוא תריב אתי בים". בעוד שבית-המשפט ראה בדברים אלה הזמנה לתגרת ידיים מטעמו של המערער, לדעתי יש לראותם — לפחות ניתן לראותם — כניסיון לדחות את העימות, הפותח פתח לאי התרחשותו, כאלטרנטיבה — אולי יחידה, בהתחשב בכוחו העדיף של המנוח ובנחישותו לפגוע במערער — לעימות שהיה מתרחש על-אחר. גם הענותו של המערער להצעת המנוח להתמודד אתו באחת החצרות נראית בעיני כהיענות בדלית ברירה, שאין בה מעשה בלתי חוקי או פסול. זאת, גם אם מתעלמים כליל מתפיסת כבוד אפשרית של המערער. התייצבותו של המערער להתמודדות היא אפוא לא יותר מאשר תחליף להתנפלות שהיה המנוח מתנפל עליו בשלב קודם. יתר על כן: אין לראות בהתנהגותו של המערער התגרות, ומכל מקום לא היתה זו התנהגותו שלו שגרמה להשתלשלות הדברים אלא נחישותו של המנוח להיפרע ממנו. מה שהמערער צפה בעת שהתנהל להתמודדות והתייצב לה, היה — כך ניתן להעריך — קרב ידיים (אין להניח כי חזה מראש שיצא כשידו על התחתונה ואפילו כי ייחבל חמורות, אף אנושות, באמצעות שבר בקבוק), שבמהלכו "לא התכוון להשתמש באקדח ... אלא בשעת הדחק, אולי לשם הרתעה בדרך איום באקדח"⁵². כלומר: התפתחות האירועים לא היתה בתחום צפייתו בפועל של המערער בשלב הראשון. זאת ועוד: הרמת בקבוק שבור על-ידי המנוח עם הגעתם של השניים למקום ההתגוששות היתה הן בלתי צפויה והן בבחינת תגובה בלתי הולמת להתנהגותו הקודמת של המערער. באותו שלב, עשה המערער מצידו כל האפשר כדי למנוע התפתחות מסוכנת, באמצעות איום. הוא אמר למנוח בשולפו את האקדח: "אל תקרב, אני אהרוג אותך". תגובתו של המנוח היתה: "עזוב שטויות", תוך הנפת ידו של המערער שהחזיקה באקדח כלפי מעלה בבקבוק שבידו. בנסיבות אלה, כאשר לא היתה לו באותו רגע דרך נסיגה בטוחה, וגם ניסיון להפסיק את התגרה לא יכול היה עוד לעזור לו, לא היתה כל הצדקה למצוא פסול בירי לשם הפחדה או ירי באוויר מטעמו של המערער, כמעשה של יאוש, גם אם הכדור פגע והמית את המנוח.

אשר למקרה אמיתי של הכנסה עצמית למצב של התגוננות (להבדיל מהמקרה של הורוביץ, שכאמור אינו לענייננו), סבור גם פרופ' פלר שלא חל הסייג של הגנה עצמית, וההבדל בין גישתו לגישתי הוא בכך שלפי גישתו אין צורך בדוקטרינה מיוחדת השוללת

להתחמשות באקדח על מנת לזכות ביתרון בלתי הוגן בשעת מאבק (שם, בעמ' 631). לא היה זה גם מן הראוי לשלול ממנו את ההפתעה עקב היוקתו של קורבנו לבקבוק שבור, רק משום שהיה בכליו אקדח בנסיבות אלה (שם, שם).

52 שם, בעמ' 627; ההדגשה הוספה. בעמ' 626 קבע בית-המשפט כי כאשר הזמין המערער את הקורבן לריב אתו בים הכוונה היתה לתגרת ידיים. ראו, לעומת זאת, התייחסותו בעמ' 631.

את הסייג, שכן הסייג ממילא לא מתקיים נוכח אי התמלאות התנאים הרגילים לסייג. אולם, קשה להתעלם מכך שאם מבודדים את השלב השני ובוחרים את התנהגותו של העושה בשלב זה, היא מקיימת, לכאורה, את תנאי ההגנה העצמית. גם מבחינת היסוד הנפשי אין לשלול את העובדה שהעושה פועל גם כדי להגן על עצמו, ולדעתי די בכך מבחינת התקיימות היסוד הנפשי הנדרש בהגנה עצמית, וקיומן של מטרות ומניעים נוספים אינו שולל עובדה זו או את משמעותה המשפטית⁵³. דווקא דיונו של פרופ' פלר עצמו בחלק הראשון, בו הוא מבודד את השלב השני, והטיעונים שהוא מעלה בו — העשויים להיות מופנים נגד דיונו־שלו בחלק השני — כמו גם גישותיהם של מלומדים אחרים, מוכיחים את הצורך בדוקטרינה מיוחדת, לפחות כדי להסיר ספק. זאת ועוד: אין זה מדויק כי בשלב השני יוצאים הדברים משליטתו של העושה, בדומה למצב שלאחר לחיצה על הדק של כלי נשק טעון. מעשה הנעשה בתנאים של התגוננות הוא מעשה הנעשה בשליטה ותוך התקיימות כל היסודות של אחריות פלילית, למעט אי התקיימותו של סייג ההתגוננות. יושם אל לב: אין זה נדיר במשפט שדווקא הפנמה של דוקטרינה יוצרת את האפשרות להשתחרר ממנה ולראות את הדברים במנותק וללא קשר לדוקטרינה. כך, למשל, ניתן לתאר ולאפיין את היסוד הנפשי באופן כזה שבו תתייחר הדוקטרינה של כוונה או מחשבה פלילית מועברת. אולם, אנו מסוגלים לעשות כן רק לאחר הפנמה מלאה של דוקטרינה זו. הדוקטרינה עשתה את שלה — הדוקטרינה יכולה ללכת!

אשר למקרה שמביא פרופ' פלר (אומנם כהדגמה לשיטתו שאין מדובר כלל בהגנה עצמית), דומה כי הוא מרחיק לכת יתר על המידה, וכי גם הוא אינו דוגמה טובה למצב דברים המצדיק את שלילת הזכות להתגונן:

ראשית, נאמר רק שא' גורם בהתנהגות מחושבת מראש לכך שב' יתקוף אותו, אך לא נאמר דבר על טיב ההתנהגות שנקט א', פרט לערכה הסיבתי. חסר כאן אפיון ההתנהגות כבלתי חוקית או לפחות כפסולה, וחסר אפיונה ככזו היוצרת סיכון אובייקטיבי לתגובה אלימה של ב'. שנית, אין נדרשת צפייה בפועל של התפתחות העניינים. נאמר רק שהצפייה היא שב' יגיב בתקיפה, ואז יוכל א' להיפרע ממנו. אין כאן צפייה בפועל של יצירת סכנה לחיים על-ידי ב', שלשם הדיפתה יהיה צורך ליטול את חייו. שלישית, בפועל מתרחש מהלך מפתיע: ב' שולף סכין וכמעט נועץ אותה בלבו של א'. ספק רב אם מוצדק לשלול את ההגנה העצמית במצב כזה. ההפתעה מצדיקה, לדעתי, הפרדה בין שני השלבים והתייחסות לשלב השני ברוח דבריו של פרופ' פלר בחלק הראשון. רק כאשר

53 Lenckner (לעיל, הערה 29), פסקה 63, והשוו ע"פ 319/71 אחמד נ' מדינת ישראל, פ"ד כו(1) 309,

316.

מהלך העניינים תואם, בקוויו העיקריים, את תוכניתו של העושה, יש לראות את הדברים כרצף אחד ולשלול את ההגנה הפרטית בשלב השני.

3. הדוקטרינה של פעולה חופשית במקור — קשיים מושגיים

להלן נציג את הקשיים הניצבים בפני אימוץ הדוקטרינה של הפעולה החופשית במקור בענייננו⁵⁴. לפי דוקטרינה זו, פועל העושה בשלב השני במסגרת ההגנה העצמית. לעניין מבנה האחריות המוטלת עליו, יש המייחסים לו אחריות על היסוד העובדתי שבשלב השני, ויש המצמידים את האחריות להתנהגות שבשלב הראשון.

הקושי העיקרי הטמון בפיתרון זה מתבטא באופי הכפול והסותר אהדדי של ה"התגוננות" בשלב השני. מחד גיסא, זהו מעשה מוצדק ומותר (החוסה תחת כנפי ההגנה העצמית), ומאידך גיסא זו התנהגות עבריינית, היוצרת — או לפחות משלימה — עבירה. כלומר: העושה פועל בעת ובעונה אחת כדין ושלא כדין. מה מועילה אפוא למתגונן הידיעה הטובה שהתנהגותו היא בגדר ההגנה העצמית, כאשר הוא יודע — וזו הידיעה הרעה — שבה בעת היא גם מסכנת אותו באחריות לעבירה? במלים אחרות: אם בסופו של דבר מייחסים לעושה אחריות לעבירה פלילית, האם אין לומר כי ההכרה בזכותו להתגונן היא הכרה לכאורה או אף הכרה מטעה בלבד? ומן הכיוון השני: להכשרת ההתנהגות בשלב השני יש השפעה על הערכת השלב הראשון. אם ההתנהגות בשלב השני, על תוצאותיה, היא מוצדקת ולגיטימית, וההתנהגות בשלב הראשון אינה צריכה להיות כשלעצמה בלתי חוקית, מה מקנה להתנהגות בשלב הראשון אופי פסול ואנטי-חברתי (שכן מדובר בהתנהגות לגיטימית כשלעצמה, שתכליתה היא יצירת מצב שבו יפעל העושה במסגרת זכות לגיטימית שלו)? במלים אחרות: מדוע אסור לאדם לגרום למצב שבו הדין מקנה לו זכות לנהוג בדרך מסוימת? וזו תכלית הדוקטרינה — למנוע את התנהגותו של העושה בשלב הראשון.

קושי נוסף נעוץ בכך, שאם בוחנים את התגוננותו של העושה כשלעצמה כי אז מדובר בגרימת סכנה לעצמו מרצון חופשי, והתנהגות כזו היא, ככלל, בלתי ענישה. כיצד צומחת אפוא עבירה משילוב של התנהגות בלתי ענישה בשלב הראשון והתנהגות לגיטימית בשלב השני? וזאת ועוד אחרת: ממה נפשך? אם היסוד העובדתי שמייחסים לעושה הוא זה שבשלב השני, ובשלב הראשון הוא פועל כדין — כגרסת גור-אריה — כיצד ניתן להלין עליו?

54 תוך הסתמכות בעיקר על: C. Roxin "Die Provozierte Notwehrfrage" 75 ZStW (1963) 541; C. Bertel "Notwehr gegen verschuldete Angriffe" 84 ZStW (1972) 1; C. Roxin "Die 'sozialistischen Einschränkungen' des Notwehrrechts" 93 ZStW (1981) 68, 85-94.

אם מייחסים לעושה את התנהגותו בשלב הראשון, יש לבחון אם ניתן לראות בה התנהגות רלבנטית מבחינה עונשית. כדי שהיא תהא כזו היא חייבת לצאת מתחום ההכנה אל תוך תחום הביצוע. זאת, הן משום שההתנהגות בשלב שלפני הביצוע אינה קרובה די הצורך לפגיעה באינטרס מוגן ואין היא טעונה במטען מספיק של סכנה — ולכן, אין היא, ככלל, ענישה; והן משום שהיסוד הנפשי בשלב זה טרם עמד במבחן האש המכריע של תחילת הביצוע, ורק כאשר הוא עובר מבחן זה ניתן לאפיינו באותם ממדים של ממשיות ונחישות הנחוצים כדי להצדיק אחריות פלילית. לכן, במקרה של התרחשות התוצאה באופן מקרי ובלתי צפוי תוך כדי הכנה — לא תיוחס התוצאה לעושה. התרחשה התוצאה באופן כזה תוך כדי הביצוע תיוחס היא לעושה.

אם גורסים כי שלב ההתגרות הוא ניסיון לבצע עבירה, בהתקיים שאר התנאים הדרושים להתהוות ניסיון פלילי, הרי מדובר, לעתים, בהתקפה בלתי חוקית העשויה להצדיק הגנה עצמית מפניה; ואם אומנם התגובה להתגרות היא בבחינת הגנה עצמית, המתגרה אינו זכאי מלכתחילה להתגונן מפניה, שכן אין היא התקפה בלתי חוקית⁵⁵.

אולם, נגד תפיסת ההתגרות כניסיון ניתן להציג את השיקולים הבאים, החלים גם על המקרים בהם ההתגרות איננה התקפה בלתי חוקית המצדיקה התגוננות מפניה: תפיסת ההתגרות כניסיון תהווה הרחבת יתר של תחום הניסיון, שכן ספק אם ניתן לומר כי האובייקט המוגן מועמד בסכנה ישירה עקב כל התגרות. ניסיון החיים מלמד שהתגרויות מתרחשות בחיי יום יום לאלפים מבלי שיגיבו עליהן בתוקפנות. ההתגרות אינה סכנה ישירה, משום שהתהוותה של סכנה תלויה בתגובתו של קורבן ההתגרות, ובידיו הבחירה אם להימנע מכל תגובה, להגיב תגובה לגיטימית או להגיב בהתקפה בלתי חוקית. נמצא, שגם אם רואים את המתגרה כמי שמשתמש בעצמו כאמצעי, הרי בינו לבין ביצוע העבירה ניצב הרצון החופשי של קורבן ההתגרות, וקיומו של רצון זה שולל את קיומה של סכנה ישירה לקורבן בשלב הראשון. זאת ועוד: כאשר ההתגרות נותרת עקרה — היינו: קורבן ההתגרות אינו מגיב עליה — זהו, לכאורה, ניסיון מושלם שאי אפשר לסגת ממנו. לא ניתן למצוא בפרקטיקה מקרים שבהם אדם הואשם בניסיון לעבירה בגין התגרות עקרה כאמור, וזאת אף במדינות שבהן מחייב עקרון החוקיות הגשת אישום בכל מקרה שבו ניתן להוכיח עבירה, וגם עובדה זו כשלעצמה מלמדת אותנו דבר מה. מבחינה סובייקטיבית, אף קורבן ההתגרות עצמו לא יראה בהתגרות ניסיון לרצח.

אם לא ניתן לייחס לעושה התנהגות עונשית רלבנטית, לא בשלב הראשון ולא בשלב השני — כיצד ניתן לייחס לו אחריות פלילית? האם ניתן ללמוד גזירה שווה לענייננו ממצבים אחרים?

55 דוגמה כזו, המובאת בפרשת הורוביץ, לעיל הערה 2, בעמ' 629 מול האות ג', היא לכן, לא לעניין.

אשר לאנלוגיה של הסוגיה הנדונה למקרים של ביצוע באמצעות אחר ופעולה חופשית במקור, במצבים של העדר שליטה ושכרות, וכן למקרה של "צורך" *stricto sensu* — ניתן להצביע על הבדלים משמעותיים ביניהם לבין המקרה שלנו⁵⁶.

(א) ביצוע באמצעות אחר

במובן מסוים ניתן לראות דמיון בין הכנסה עצמית למצב של התגוננות לבין ביצוע באמצעות אחר, שכן הן קורבן ההתגרות, ההופך להיות תוקף, והן המתגרה עצמו — המתגונן בשלב השני — הם "מעין כלים" בידיו של המתגרה בשלב הראשון. למעשה הדמיון הוא שטחי בלבד, וההבדלים הם יסודיים ועמוקים. בביצוע באמצעות אחר מדובר — ביחס להתנהגותם של המבצע העקיף ושל המבצע הישיר, שהוא כלי בידיו — במעשים של אנשים שונים, שיוצאים מנקודות מוצא אובייקטיביות וסובייקטיביות שונות, ולכן ניתן להעריכם באופן שונה. דוגמה לכך היא, למשל, אדם שבאמצעות האשמה כוזבת והטעיית עדים להעיד עדות שקר הביא לכך ששופט הוציא פקודת מעצר נגד אדם חף מכל עוון. הסיטואציה של הכנסה או כניסה מרצון למצב של התגוננות היא אחרת, משום ש"קורבן" ההתקפה בשלב השני — הלוא הוא המתגרה בשלב הראשון — יודע היטב כיצד הגיע למצב זה, וזאת בהבדל מובהק מהשופט שהוציא את פקודת המעצר. ככל שמבנה משפטי עשוי לשאת כמעט הכל — קשה לראות בסיטואציה של הכנסה עצמית למצב של התגוננות סיטואציה של ביצוע באמצעות אחר, כאשר האחר הוא המבצע העקיף עצמו: הדוקטרינה של ביצוע באמצעות אחר מטפלת במצבים שבהם אדם אחד משתמש באדם אחר ככלי בידיו לעשיית עבירה, ולא כאשר קיימת זהות פרסונלית בין המבצע העקיף לבין המבצע הישיר. זאת ועוד: על-פי הדוקטרינה של ביצוע באמצעות אחר אין מטהרים את התנהגותו של המבצע הישיר במישור האובייקטיבי. המבצע הישיר פעל אומנם ללא יסוד נפשי שלילי, אך מעצר השווא "שומר" על אופיו השלילי מבחינה אובייקטיבית, שכן מדובר על החלטה מוטעית שמסבה סבל בלתי מוצדק, וניתן אף לתארה כעוול. במקרה שלנו, לעומת זאת, ההתגוננות ותוצאותיה הן — אם רואים בכך מקרה שדין ההגנה העצמית חל עליו — מימוש לגיטימי של זכות, ולכן אין בהן דופי משום בחינה (אובייקטיבית או סובייקטיבית). זאת ועוד אחרת: אין דומה מידת השליטה שיש למבצע באמצעות אחר על מהלך העניינים, למידת השליטה על המהלך של המכניס את עצמו למצב של התגוננות, אם בכלל ראוי לראות בהשפעתו על התפתחות הדברים — שליטה. מהלך

56 דפנה נתניהו מעלה באופן כללי את הטענה שאין ליישם את הדוקטרינה של התנהגות חופשית במקור על כל המצבים באופן אחיד, וכי יש להתחשב כשוני בין המצבים השונים, ולשאוף לגמישות ביצירת פתרונות שונים. ראו ד' נתניהו "כניסה למצב בהתנהגות פסולה" פלילים ג (תשנ"ג) 233, 234, 239.

העניינים תלוי בשני גורמים הפועלים בשליטה ובמודעות: קורבן ההתגררות ההופך להיות תוקף, וכאמור — העושה עצמו המתגונן מפני התקיפה שהוא עצמו יזם.

(ב) "פעולה חופשית במקור"

בטרם נפנה למצבים מובהקים של "פעולה חופשית במקור" מתבקשת התייחסות כללית לדוקטרינה זו, הן כדי לעמוד על רקעה ההיסטורי והן כדי להבהיר את מתכונתה המקובלת.

לראשונה נעשה שימוש בדוקטרינה של פעולה חופשית במקור⁵⁷ בספרות המשפטית הגרמנית בסוף המאה ה-18, בכתביהם של John Bernhard Müller משנת 1789, Kleinschrod משנת 1794 ו-Grolmann משנת 1805.⁵⁸ תיאוריה זו מורכבת משני שלבים: השלב הראשון נקרא שלב הייחוס הרגיל (ordentliche Imputation) והשלב השני נקרא שלב הייחוס החריג (ausserordentliche Imputation). בשלב הראשון בודקים אם ניתן, לפי הכללים של דיני העונשין, לייחס לעושה את האירוע. כך, למשל, במקרה של העדר שליטה או שכרות מלאה לא ניתן, באופן רגיל, לייחס לעושה את האירוע שהתרחש. בשלב השני (שהוא רלבנטי, כמובן, רק כאשר לא ניתן לייחס לעושה את האירוע באופן רגיל) בודקים אם ניתן לייחס לעושה את האירוע בצורה יוצאת מן הכלל. בשלב זה בודקים אם התנהגותו של העושה היתה חופשית במקור. כאשר התשובה חיובית, קרי:

57 על הדוקטרינה, ראו: F.W. Krause "Probleme der actio libera in cause" 1980 Jura 169; H. Kolz *Die Problematik der actio libera in causa* (Inaugural Dissertation, Frankfurt, 1970); G. Kuhn-Päbst *Die Problematik der actio libera in causa* (Inaugural Dissertation, Mannheim, 1984); H. Schwinghammer *Die Rechtsfigur der actio libera in causa und ihr Anwendungsbereich über den Rahmen des §51 StGB hinaus* (Inaugural Dissertation, München, 1966); I. Puppe "Grundzüge der actio libera in causa" 1980 JuS 346; E. Horn "Actio libera in causa — eine notwendige, eine zulässige Rechtsfigur" 1969 GA 289; M. Hettinger "Zur Strafbarkeit der fahrlässigen actio libera in causa" 1989 GA 1; M. Gur-Arye *Actio Libera in Causa in Criminal Law* (Jerusalem, 1984); H. Otto "Actio libera in causa" 1986 Jura 426; R. Maurach "Fragen der actio libera in causa" 1961 JuS 373; H. Schröder "Verbotsirrtum, Zurechnungsfähigkeit, actio libera in causa" 1957 GA 297; W. Küper "Aspekte der 'actio libera in causa', ein Dialog" in: *Festschrift für Leferenz* 1983, 573.

Neumann (לעיל, הערה 45).

58 המקורות ההיסטוריים של הדוקטרינה מצויים במשפט הקנוני, במיוחד אצל תומס אקווינס, ובדוקטרינה האיטלקית. המקרים שטופלו היו המתת תינוקות במיטת הוריהם עקב פעולות נטולות שליטה של ההורים והתנהגות במצב של שכרות. ראו: Kuhn-Päbst (לעיל, הערה 57), בעמ' 12, 13.

לעושה היתה בחירה חופשית ואפשרות שלא לנקוט את ההתנהגות שהכניסה אותו למצב של העדר שליטה או של שכרות מלאה, אזי לא יעמדו לעושה הסייגים של העדר שליטה או שכרות מלאה, ותייחס לו, כחריג, אחריות לאירוע. את תיאוריית הייחוס ניתן לאפיין כך: ההתנהגות רלבנטית שאינה חופשית, אך שהיתה חופשית במקור, "actio non in se, sed tamen in sua causa libera" — יש ליחס לעושה, ואין העושה יכול לטעון להעדר שליטה או לשכרות מלאה⁵⁹. הדוקטרינה שימשה להתמודדות עם מקרים שבהם בשלב השני פעל העושה מתוך אי שפיות או העדר שליטה, ששללו ממנו את הכושר לתפוס את האופי האנטי-חברתי של מעשהו או לנהוג כדין. הצורך בדוקטרינה נבע מן הדרישה הכללית שבעת ההתנהגות הנדרשת להתהוות העבירה יתקיים כושרו של העושה להבין את אופי מעשהו ולנהוג כדין, ומן ההתייחסות המקובלת אל השלב ההתנהגותי האחרון כאל ההתנהגות הרלבנטית לאחריות פלילית. לפי הדוקטרינה, כאשר התנהגותו של העושה בשלב השני היא פרי בחירתו המכוונת או המודעת של העושה בשלב הראשון, הטלת אחריות היא מוצדקת; וזאת משום שאף אם בשעת מעשה התנהגותו אלה לא היו חופשיות, הן היו חופשיות במקורן, בבסיסן.

במשפט הגרמני התפתחו שני זרמים עיקריים של שימוש בדוקטרינה זו: לפי זרם אחד⁶⁰, מוטלת האחריות על ההתנהגות בשלב השני, וזאת בשל השלב הראשון. הטלת אחריות לפי גישה זו היתה אפוא חריג לדרישה בדבר התקיימות כושרו של העושה בעת היסוד ההתנהגותי, הרלבנטי, שהוא, לפיה, ההתנהגות בשלב השני. כאשר על-פי הגדרת העבירה נדרשת התנהגות מסוימת, ודרישה זו לא נתקיימה בשלב הראשון אלא רק בשני, לא ניתן לעקוף את הצורך בדוקטרינה זו אם עומדים על הטלת אחריות, שכן המחוקק בחר להעמיד את האיסור על אותה התנהגות — החייבת להיות מלווה בכל שאר היסודות הדרושים להתהוות עבירה פלילית — ולא על גרימת תוצאה או מצב, ואין להתעלם מדברו של המחוקק באמצעות ראיית ההתנהגות הנדרשת על-ידו כמצב גרידא. לפי גישה זו, משמעות הדוקטרינה היא שכאשר מקורו של השלב השני הוא בפעולה חופשית על כל תנאיה — הסיטואציה בכללותה, כאשר מעריכים אותה מבחינה ערכית ומוסרית, היא שוות ערך מבחינת חומרתה לביצוע הרגיל של עבירה על כל יסודותיה. זו ההצדקה לחריג, והיא אינה פוגעת במהותו כחריג.

59 על תאוריית הייחוס ראו: J. Hruschka "Imputation" 1986 *Brigham Young Uni. L. Rev.* 669; J. Hruschka "Ordentliche und ausserordentliche Zurechnung bei Pufendorf" 96 *ZStW* (1984) 661.

60 J. Hruschka "Der Begriff der actio libera in causa und die Begründung ihrer Strafbarkeit" 60 1968 *JuS* 544; J. Hruschka "Methodenprobleme bei der Tatzurechnung trotz Schuldunfähigkeit des Täters" 90 *SchwZStR.* (1974) 48; J. Hruschka "Die actio libera in causa bei Vorsatztaten und Fahrlässigkeitstaten" 1997 *JZ* 22.

לפי הזרם השני — והוא כנראה המרכזי — רואים כהתנהגות הרלבנטית דווקא את ההתנהגות היוצרת את המצב (השלב הראשון) ולא את ההתנהגות בשלב השני⁶¹. בכך מצמצמים עד מאוד את הסטייה מהמבנה הרגיל של אחריות פלילית. האחריות מוצמדת אומנם לשלב התנהגותי שאיננו האחרון, אך בשים לב לכך שבשלב השני פעל העושה בהעדר שליטה, ולכן אין מדובר בשלב זה בהתנהגות שניתן לייחסה לעושה כהתנהגות רלבנטית מבחינת הדין העונשי, ספק אם ניתן לראות בכך סטייה של ממש. לעומת זאת, האחריות הפלילית מוטלת על התנהגות שנעשתה במצב של שליטה ועל היסוד הנפשי שנלווה לאותה התנהגות — ומבחינות עיקריות אלה אין כאן, לעומת הזרם הראשון, כל חריגה. ניתן לעשות שימוש בגישה זו גם בעבירות בעלות יסוד התנהגותי מוגדר, שכן ניתן לראות בהתנהגותו של העושה בשלב הראשון, בו הוא מכניס את עצמו למצב שבו גלום הסיכון, התחלת ביצוע של העבירה. בהופכו את עצמו ל"כלי" יש כבר התחלת ביצוע של העבירה, כשם שהמבצע באמצעות אחר נמצא בתוך הביצוע כאשר הוא "משגר" את המבצע הישיר המשמש כלי בידיו. לא מזמן קבע גם בית-המשפט העליון של גרמניה כי עקרון השתלבות היסודות (ההתנהגותי והנפשי) שולל את גישת הזרם הראשון כפיתוח פסיקתי⁶². ברור, אפוא, כי מבחינה היסטורית הדוקטרינה של "פעולה חופשית במקור" לא להגנה עצמית נועדה, וכי המודל המוצע על-ידי גוראריה איננו המודל הרווח במשפט הגרמני.

נשוב עתה לענייננו: גם בביצוע במצב של שכרות או של העדר שליטה שהעושה הכניס את עצמו אליהם מדעת, כמו בביצוע באמצעות אחר, לא ניטל מן ההתנהגות בשלב השני אופיה השלילי כמובן האובייקטיבי. קיים הכרל בין סתם סייג לאחריות פלילית לבין פעולה שהיא בבחינת מימוש זכות או הסמכה של הדין. במצבים של שכרות מלאה והעדר שליטה, אין בשלב השני "פועל מוסרי", ולכן ניתן לדמות את הפעולה בשלב השני לפעולתם של גורמי טבע כאשר התפתחות העניינים יוצאת (כמעט כליל) משליטת העושה עקב התנהגותו בשלב הראשון. לעומת זאת, בהכנסה עצמית למצב של התגוננות, בין התנהגותו של העושה בשלב הראשון לבין התנהגותו בשלב השני ניצבת, כאמור, התנהגותו הרצונית של קורבן ההתגוננות, וההתנהגות של העושה בשלב השני היא התנהגות רצונית ומתוך יסוד נפשי הנדרש להתהוות העבירה. ברוב המקרים, הבחירה העומדת בפני העושה בשלב השני אינה מצטמצמת, כאמור, להדיפת ההתקפה או להפקדת עצמו לחסדו — או, ליתר דיוק, לשבטו — של התוקף. כאשר הוא נדרש ליטול על עצמו סיכון או לחשוף את עצמו לסיכון על-ידי התגוננות מינימליסטית או אף

61 ראו, למשל Kolz (לעיל, הערה 57); Puppe (לעיל, הערה 57); Kuhn-Päbst (לעיל, הערה 57), בעמ' 33.

62 BGH JZ 1997, 50.

להימנעות מפעולת הדיפה הנדרשת לפי הנסיבות, אין מצבו שונה ממצבו של בעל חובה מכוח תפקיד, החייב גם הוא לעמוד מול פני הסכנה מבלי שיעמוד לו סייג הצורך. מכאן, שגישת המשפט היא כי אף שמדובר בדרישה קשה אין היא מעל לכוחותיו של בן אנוש. ההצדקה לתביעה זו מן המתגרה המותקף מבוססת על כך שהוא גרם, במתכוון או לפחות מתוך מודעות, להתקפה עליו. אין היא שונה במהותה מן החובה לנטרל את הסכנה ולמנוע את התממשותה המוטלת על מי שיצר מצב מסוכן, והיא אף בעלת עוצמה מיוחדת, שכן החובה המוטלת על יוצר מצב מסוכן מוטלת על מי שיצר מצב מסוכן בדרך כלל — מתוך רשלנות ביחס ליצירת המצב המסוכן, ויש גורסים אף בשגגה. בענייננו, לעומת זאת, מדובר ביצירת מצב מסוכן מתוך מודעות לכך, ומתוך כוונה או מודעות ביחס להתנהגותו ולתוצאותיה בשלב השני. עם כל הצורך במושג הגרימה כמושג רחב, האם אין מדובר כאן במתיחת יתר של המושג, כאשר מזהים אותו עם ייחוס אחריות, במיוחד בהתחשב בכך שמדובר בגרימה להתנהגות עצמית שהיא גם בשליטה וגם מלווה ביסוד נפשי? וזאת, בהבדל ממצבים אחרים של הפעולה החופשית במקור שבהם פעולתו של העושה בשלב השני נעדרת "שליטה" או שהוא פועל במצב של אי שפיות, שאז מתבקש להתרכז ולהתמקד בשלב הראשון⁶³. כאשר ההתנהגות היא נטולת "שליטה" או שהעושה לוקה בנפשו בשעת העשייה — אין זו כלל התנהגות רלבנטית מבחינת הדין העונשי, ולכן מתבקשת נסיגה אחורה אל שלב קודם של התנהגות רלבנטית. אין זה כך כאשר מדובר בשלב השני על התנהגות שהיא גם ב"שליטה" וגם מתוך יסוד נפשי. כאשר הולכים אחורה גם בנסיבות כאלה — מתעלמים מכך שייחוס שינוי ביסוד הנפשי בין השלב הקודם לבין השלב המאוחר (למשל, כוונה בשלב הראשון וקלות דעת בשלב השני), ושאינן הצדקה במקרה כזה לייחס לעושה בשלב השני את היסוד הנפשי שהיה לו בשלב הראשון.

לפי גישת ההלכה הפסוקה והחוק אצלנו, נשמרת המתכונת של החייחנות להתנהגות המאוחרת ביותר שהיתה מתוך שליטה, וכן של צמידות בזמן בין ההתנהגות לכין היסוד הנפשי. בכך יש יתרון מסוים מבחינת הדוקטרינה (צמצום מידת הסטייה מהמבנה הרגיל של אחריות פלילית), כפי שניתן להיווכח מן הדוגמה הבאה: כאשר אדם משיג במרמה היתר או הרשאה לעשיית מעשה, שאלמלא ההיתר או ההרשאה היו מהווים עבירה, עדיף להטיל עליו אחריות על ביצוע היסוד ההתנהגותי הנדרש בעבירה מתוך היסוד הנפשי הנדרש שהתקיים בעת ביצוע היסוד ההתנהגותי, במקום לצרף את היסוד ההתנהגותי המאוחר (תוך התעלמות מהיסוד הנפשי שהתלווה אליו) אל היסוד הנפשי שהתקיים בעושה בעת שעשה להשגת ההסמכה במרמה.

63 ד' נתניהו "כניסה למצב של פלילות האירוע ואיתור ההתנהגות הרלוונטית בעבירות 'גרימה' מחקרי משפט יב (תשנ"ה) 225, 229-230.

נוסף על כך, לדוקטרינה של *actio libera in causa* במצביה הקלסיים אין כל משמעות הדרכתית בשלב השני, שבו העושה פועל בהעדר רצייה או במצב של אי-שפיות. לעומת זאת, יש בהחלט טעם ומקום לנסות להשפיע על התנהגותו של העושה בשלב השני במצב של הכנסה עצמית למצב של התגוננות. יש לזכור כי על-פי הגישה המצדיקה הטלת אחריות בגין השלב השני בשל גרימתו על-ידי העושה (וכוונתי להצדקה במובחן מסתם תנאי), יש מקום, לכאורה, לייחס אחריות בגין רצח למי שעשה דרכו להמית אדם, התברר לו כי אותו אדם מכון לעברו נשק ככוונה להורגו והרגו מתוך התגוננות. הדרך היחידה להימנע מתוצאה זו היא בהתנאות האחריות בצפייה מדוקדקת של הליך הגרימה, על כל פרטיו, גם בעבירות של כוונה ואדישות, כאשר בהקשרים אחרים אנו נמנעים מתנאי זה.

בכל אחד מן המקרים האחרים — ביצוע באמצעות אחר או פעולה חופשית במקור — מתקיים טעם מיוחד להטלת אחריות פלילית שאיננו מתקיים בענייננו: בביצוע באמצעות אחר — שליטת המבצע על התפתחות העניינים ובפעולה חופשית במקור — האופי האנטי-חברתי המיוחד של התנהגות העושה (הקשור ברעיון הבחירה, תפיסת העושה כפועל מוסרי מתוך הכרה), ההופך את עצמו לכלי נטול כשרים אנושיים בסיסיים כמו "שליטה" או מודעות.

(ג) צורך *stricto sensu*

בחלק ממצבי הצורך — כאשר העושה פועל להצלת אינטרס של אחר — יש לחברה אינטרס לעודד אותו לעשות את מעשה ההצלה שהיה מהווה עבירה אלמלא סייג הצורך⁶⁴. אין לומר זאת על המתגרה-המתגונן. כאן אין לחברה עניין לעודד אותו להדוף את ההתקפה תוך גרימת פגיעה לתוקף (קרבן ההתגרות). האינטרסים האישיים המתמודדים עשויים להיות שווי ערך, ולעתים האינטרס של המתגונן (המתגרה) הוא פחות בחשיבותו מהאינטרס של התוקף (שלמות גופנית מול חיים). משום ששניהם אחראים למצב שנוצר: הן התוקף שבחר להגיב בדרך בלתי חוקית על התגרות והן המותקף, שתרומתו היא החטא הקדמון, והוא מקור כל הרעה שהתרגשה, אין עניין לחברה שהמאבק ביניהם יוכרע דווקא לטובתו של מי שנתון כרגע להתקפה, ועל חשבון האינטרסים של התוקף (קורבן ההתגרות) כאשר ההתקפה יזומה על-ידי המתגרה-המותקף-עכשיו, כחלק מתוכנית שבאמצעותה הוא מבקש לפגוע בקורבן ההתגרות (התוקפן).

64 אינני מתייחס כאן למקרה שבו העושה עצמו יצר את מצב הצורך כדי להגשים מזימה פוגענית של פגיעה במי שצריך להקריב אינטרס שלו כדי להציל את האינטרס שב"צורך". לא התייחסתי גם למקרה שבו כתוצאה ממזימה פוגענית מותקף אדם אחר שאיננו העושה.

כאשר מדובר בהצלת האינטרס של העושה, ההבדל המהותי בין צורך לבין הגנה עצמית (בעיקר, משום שבצורך מוקרב אינטרס לגיטימי) מצדיק שלילת הצורך בהיקף גרוב יותר מאשר בהגנה העצמית. מסקנתנו היא, אפוא, כי אין ללמוד גזירה שווה לענייננו מן הדוקטרינות האחרות שהוזכרו; ועוד נותר לבחון באיזו מידה משרתת הגישה המוצעת את האינטרס החברתי.

4. הדוקטרינה בשירות האינטרס החברתי

אבדוק תחילה את השפעת הגישה המוצעת על השלב השני, ואחר-כך על השלב הראשון.

(א) השלב השני

הגישה המציעה לפתור את המקרה של כניסה מרצון למצב של התגוננות באמצעות הדוקטרינה של פעולה חופשית במקור, יוצאת מהנחה לפיה בשלב השני יש אינטרס חברתי לעודד את המותקף (המתגרה) להדוף את ההתקפה הבלתי חוקית עליו מצד קורבן ההתגרות. הטלנו כבר ספק בצדקת הטענה, ולכך מבקשים אנו להוסיף פקפוק לעניין יעילות הפיתרון, גם אם מניחים לצורך הדיון שזהו פיתרון ראוי. ככל שהמתגרה חושב בכלל על התוצאות המשפטיות של התנהגותו, כל מה שהוא יכול לומר לעצמו הוא: 'אם אפגע בתוקף, תיחס לי עבירה של מחשבה פלילית. אם אמנע מכך, אני עלול לסבול מפגיעתו הרעה של התוקף'. הגישה המוצעת אינה משנה מצב דברים זה, שכן אין זה משנה לעושה אם הקונסטרוקציה המשפטית שתביא להטלת אחריות פלילית עליו מבוססת על שלילת זכותו להגנה עצמית, או שהיא מכירה בזכותו אך מטילה עליו אחריות משום שגרם בשלב א' למה שהתרחש בשלב ב'. קשה גם להניח כי העושה עשוי להיות מושפע בהחלטתו מן ההבדל בעונש בגין עבירה של כוונה לעומת עבירה של פזיזות, כאשר המחוקק יוצר הבדל כזה, ובשלב הראשון פעל העושה מתוך פזיזות, ובשני מתוך כוונה. זאת ועוד: המסר לעושה הוא מאוד מורכב, וכולל סתירה פנימית (כפי שכבר הוסבר), והוא נשמע כשפת קסם מבלבלת של משפטים או כהתלוצצות חסרת-טעם שאינה במקום: 'אתה זכאי לירות כדי להרוג, ותורשע ברצח'. אולם, השגתנו העיקרית היא על מגמת הדוקטרינה — עידוד המותקף (המתגרה) להדוף את התקפתו של קורבן ההתגרות. לדעתנו, האינטרס החברתי מחייב במקרה זה התנהגות בשירות החיים ושמירתם — גם חייו של התוקף — ולא התנהגות בשירות האינטרס החברתי של הרתעת תקיפות ותוקפים בלתי חוקיים. הסיבה לכך היא, כאמור, משום שהתוקף בשלב השני איננו התוקף הטיפוסי, התוקף-היוזם, והמתגונן בשלב השני איננו הקורבן הטיפוסי של התקפה בלתי חוקית, המגן גם על החברה, על החוק ועל הסדר המשפטי. המסקנה המתבקשת היא כי יש לעודד את המותקף לעשות הכל כדי שהתקרית תיגמר ללא פגיעה

נוספת — עלידי הסתלקות חגיגית מן המקום ומן התגרה, בריחה, והתגוננות מינימליסטית באמצעים הגנתיים. ברור כי אם להתנהגות כזו של המתגרה אנו חותרים, הדוקטרינה של פעולה חופשית במקור, המרכזת וממקדת את התעניינותה רק בשלב הראשון, איננה הולמת את היעד; ואילו גישת ההלכה הפסוקה הולמת יפה השגת תכלית זו.

(ב) השלב הראשון

מגמתה העיקרית של גישה זו היא להרתיע את העושה מפני עשיית חלקו בשלב א', מפני התגרות. גם כאן ראוי להטיל ספק ביעילות הגישה, שכן לכאורה דומה כי המסר של הגישה האחרת (אם תתגרה לא תהיה זכאי להגנה עצמית ותישא באחריות מלאה להתנהגות בשלב השני) הוא ברור יותר ואפקטיבי יותר מן המסר המסובך, כמתואר לעיל, של גישת הביקורת. יש גם מקום לשאול אם השגת היעד הזה אינה מצריכה הטלת איסורים פלייליים על אותם מעשים שעלולים לגרום לשלב ב', ככל שהם אינם מהווים עבירות לפי הדין הקיים (כגון פגיעות בכבוד עלידי העלבה, הטרדה וכיוצא בזה). ברור כי ביצירת איסור מוגדר על התנהגות מתגרה והטלת עונש על הפרתו יש כדי להרתיע. מצד שני ניתן לשאול את השאלה הבאה: אם אין במעשה ההתגרות מידה מספקת של סכנה להתפתחות אלימה המצדיקה את איסורו כשלעצמו, האם מוצדק להטיל אחריות בעטיו? יתר על כן: מן הראוי לשקול אם אין להתנות את שלילת ההגנה העצמית בהתנהגות בלתי חוקית בשלב הראשון⁶⁵. לפי גישת פרופ' גור-אריה, לשם הטלת אחריות די בכך שההתנהגות בשלב הראשון היתה בלתי סבירה, ואף אני התייחסתי להתנהגות בלתי חוקית או פסולה. שם התואר "פסולה" עדיף על-פני "בלתי סבירה", משום שאין מדובר רק בקלות דעת וברשלנות אלא גם בכוונה ובאדישות; והכוונה היא להתנהגות הנוגדת את המוסר הנוהג, כדוגמת העלבה. כאשר מוותרים על היסוד הקונקרטי של אי חוקיות ומסתפקים ביסוד ערטילאי של חוסר סבירות או פסול, מכניסים למערכת השיקולים יסוד של חוסר ודאות ופגיעה בביטחון המשפטי. עשויות להתעורר כאן שאלות קשות, כגון האם עצם כניסתו של נציג מפלגה גזענית ליישוב או להתכנסות של אנשים המשתייכים ל"גזע נחות" לפי מצע המפלגה של אותו נציג היא בגדר התנהגות בלתי סבירה או פסולה⁶⁶. זו שאלה שההכרעה בה עשויה להיות נתונה במחלוקת, וקשה לקבל כי הכרעה מאוחרת ושנויה במחלוקת שתתקבל בה תחרוץ לחסד או לשבט את גורלו של אדם בעבירה של גרימת חבלת גוף או הריגה (אם הביא בחשבון

65 טעיף 34 לחוק העונשין מסתפק בהתנהגות פסולה.

66 א' אנקר, ר' קנאי "הגנה עצמית וצורך לאחר תיקון מספר 37 לחוק העונשין" פלילים ג (תשנ"ג) 5.

כי הופעתו במקום עשויה לחולל התפרצות אלימה, העלולה להסתיים בחבלת גוף ואף במוות). מול הרצון להעניק הגנה בהיקף מירבי לאינטרסים חברתיים חיוניים ניצבים חירות הפעולה והביטחון המשפטי, הסובלים עקב כך הגבלה קשה. תוצאה אפשרית של הגבלה כזו היא שאנשים יימנעו ממימוש זכויות מובהקות (למשל הזכות להתבטא התבטאות חריפה ומרגיזה) מתוך חשש להסתבך בפלילים. אני נוטה לחשוב כי הסדר כזה חושף את הפרט לסיכון בלתי סביר של הסתבכות בפשעים חמורים, ומוצדק להטיל את הנטל בעניין זה על המחוקק — לשקול ולהעריך את טיבם של מעשי התגוננות, על כל היבטיהם — ולהכריע בכך באמצעות איסורם של מעשים אלה או הימנעות מאיסורם. קשה להשלים עם מצב דברים, לפיו עקב התנהגות חוקית — לעתים אף עקב התנהגות שהיא בגדר מימוש זכות יסוד — תישלל זכותו של אדם להגן על עצמו מפני תקיפה בלתי חוקית, או שתוטל עליו אחריות פלילית בטכניקה משפטית אחרת⁶⁷. גם אם מסתפקים באפיון ההתנהגות המתגרה בשלב הראשון בפסלותה — בעיקר בשל כך שלא ניתן לסמוך על חלק מהעבירות בחוק העונשין במתכונתו הקיימת — יש למצער לדרוש (כשיטת פלר בסייגי האילוח האחרים) כי העושה יהיה מודע לפסלות התנהגותו, כתנאי להטלת אחריות פלילית⁶⁸.

5. ההבדלים בהשלכות בין גישת פרופ' גור-אריה לבין גישת הפסיקה

לפי גישת פרופ' גור-אריה מצרפים להתנהגות בשלב השני את היסוד הנפשי שבשלב הראשון, ואילו לפי גישת הפסיקה מתייחסים לשלב השני על שני יסודותיו: העובדתי והנפשי.

אני רואה שני יתרונות לגישת הפסיקה: ראשית, היא פשוטה וטבעית יותר לעומת האופי הקונסטרוקטיבי והמלאכותי של גישת הביקורת. בעוד שגישת הפסיקה בנויה על כלל הצמידות בין ההתנהגות לבין היסוד הנפשי, מרכיבה הביקורת יסוד נפשי מוקדם בזמן עם התנהגות מאוחרת יותר, הרכבה שהיא כבחינת חריג. כלל וחריג — הכלל עדיף! שנית, בגישת הפסיקה טמון עידוד לעושה לשינוי היסוד הנפשי בכיוון של הפחתת חומרה בשלב השני לעומת השלב הראשון. לעומת זאת, לפי גישת הביקורת לא יועיל לעושה שינוי כזה (למשל, מעבר מכוונה לקלות דעת או רשלנות), ולא ברור מבחינה עקרונית ועניינית מדוע יש להתעלם ממנו.

67 ניתן למצוא בפסיקה הגרמנית דוגמאות שבהן נשללה או הוגבלה הזכות להגנה עצמית גם בשל התנהגות לגיטימית, כגון חזרתו של העושה לביתו.

ראו Roxin (לעיל, הערה 54); Lenckner (לעיל, הערה 29).

68 פלר (לעיל, הערה 20), בעמ' 478, 464, 459.

לפי הביקורת, גישת הפסיקה עלולה להביא להחמרת יתר כאשר בשלב הראשון פעל העושה מתוך פזיזות, שכן בשלב השני היסוד הנפשי הטיפוסי הוא כוונה. לרעתי, אין לראות בכך שיקול מכריע. ראשית, יש להבהיר כי גם אם הפגיעה בתוקף בשלב השני היא בדרך כלל מכוונת, תוצאת הפגיעה איננה בהכרח מכוונת. כוונת המתגונן היא להדוף את ההתקפה ולעשות את כל הדרוש לשם כך, כולל פגיעה בתוקף. אין ללמוד מכאן כי הוא רוצה לגרום חבלה חמורה או מוות לתוקף. שנית, גם אם התכוון העושה בשלב השני לגרום לתוצאה שנגרמה (כאשר בשלב הראשון היה פזיז), אין זו החמרת יתר לבוא עמו חשבון על כך, בשים לב לכך שהתפתחות העניינים היתה צפויה מראש. זאת ועוד: אפשר שאין זו החמרת יתר, בשים לב לחומרה המיוחדת שמן הראוי לייחס לאופי המתוחכם והערמומי של הביצוע, ולנכונות להשתמש בקורבן כ"מעין כלי", תוך שימוש ציני (או לפחות ניסיון לשימוש ציני) במוסד המשפטי של "הגנה עצמית". שלישית, אם אין מקבלים עמדה זו, ניתן להביא את מצבו הנפשי הקל יותר של העושה בשלב הראשון במסגרת שיקול הדעת שיש לבית המשפט בגזירת הדין.

הבדל אחר מתבטא בכך שלפי גישת הביקורת — וכנראה רק לפיה — ניתן להטיל על העושה אחריות בגין רשלנות, כאשר בשלב הראשון פעל מתוך יסוד נפשי של רשלנות. להערכתי, ספק אם זהו יתרון דווקא של גישת הביקורת. יכולת הצפייה הסבירה היא נושא קשה במיוחד להכרעה כאשר מדובר בתגובה אפשרית להתגרות. חשוב מכך: ככלל, אין מחייבים (ה"צריך" שלצד ה"יכול" ברשלנות) לצפות התנהגות בלתי חוקית של אדם שהוא בגיר ושפוי בדעתו. שלישית, לא ברור — מבחינת דרכה של הביקורת — כיצד יצירת סיכון להתנהגות לגיטימית של מימוש זכות או יצירת סיכון לעצמו (חשיפת עצמו לסכנה שיפגע) היא בבחינת יצירת סיכון בלתי סביר. רביעית, אם אין דורשים — והביקורת אינה דורשת — איסור בדין על ההתנהגות שבשלב הראשון, יש בהטלת אחריות בגין רשלנות משום הכבדה — בעיני, מופרזת — על חופש הפעולה והביטחון המשפטי.

ד. הפיתרון הראוי

הגיעה שעת המאזן, והמאזן נוטה באופן ברור לגישת ההלכה הפסוקה. הדוקטרינה של הכנסה עצמית למצב של התגוננות כשוללת את סייג ההתגוננות, שהוכנסה למשפטנו על-ידי השופט לנדוי, עומדת יפה במבחן הביקורת. העמדה העקרונית של הגבלת הזכות להתגונן ואף שלילתה עקב התנהגות קודמת של העושה בתנאים מסוימים מתבקשת, אם אין מוכנים להעניק לרשע-המניפולטור ולו גם

הישג חלקי במזימתו לעשות שימוש לרעה במוסד המשפטי של הגנה עצמית. עמדה זו גם פשוטה וברורה יותר מבת הפלוגתא שלה. היא "נקייה" יותר ופחות בעייתית מן המתחרה שלה מבחינת הדוקטרינה המשפטית.

יתרונות נוספים של גישת הפסיקה הם שהיא מגשימה בצורה טובה יותר את התכלית העיקרית המשותפת של השפעה על התנהגות בשלב הראשון. נוסף על כך, יש לה את העדיפות של השפעה גם על השלב השני, בכיוון של התחשבות מירבית באינטרסים של התוקף העכשווי שהוא קורבן ההתגרות.

כיוון זה מתחשב באופיה האמיתי והמורכב של ההתרחשות. מורכב — כאשר אין בוחנים כל אחד מן השלבים בראייה מבודדת ומנותקת אלא מתוך גישה אינטגרטיבית, הרואה בהם שלבים הקשורים זה בזה, כאשר השלב הראשון מקרין ומשליך על השני. אמיתי — כאשר אין בוחנים את הדברים מתוך ראייה פורמלית — לפיה התנהגותו של התוקף בשלב השני היא הפרת חוק ככל הפרת חוק אחרת — אלא מתוך התבוננות בשורשי התופעות ובמהותן מבחינה חברתית. על-פי הסתכלות זו מתבקשת הבחנה בין תקיפה יזומה לבין תקיפה פרי פרובוקציה. כמו כן, לא ניתן להתעלם מ"יחסי הכוחות" שבין התוקף לבין המתגונן בשלב השני, כאשר דווקא התוקף הוא מופתע ומגיב, ודווקא אצל המתגונן הכל צפוי ויזום. במישור של שקלול האשמה, יש להתחשב בכך שגם כאשר קורבן ההתגרות הגזים בתגובתו עקב הפתעה או זעם, אשמתו פחותה מאשמתו של המתגרה, העושה מניפולציות בתגובות טבעיות, ופועל בשלב השני במגמה מעורבת של התגוננות ותוקפנות.

נוסף על כך, גישת הפסיקה היא מאוזנת יותר בכך שהיא מתחשבת יותר באופי האובייקטיבי של ההתגרות, תוך הענקת משקל רב יותר לחירות הפעולה ולביטחון המשפטי.

למאזן החיובי של ההלכה הפסוקה יש להוסיף נוסף לעצם הכנסת הדוקטרינה למשפטנו:

את יסוד אי החוקיות של ההתנהגות בשלב הראשון;
את יסוד הצפייה בשלב הראשון של התפתחות העניינים בשלב השני, שבא לידי ביטוי כבר בעניין הורוביץ, ושוכלל על דרך ההכללה בעניין שוקרון;
את עידוד המתגרה לשים קץ להתפתחות האלימה באמצעות נסיגה ודיבור;
את היסודות המגבילים שהוספו בפסק-הדין בעניין טויטו, ובהם הסמיכות בזמן שבין ההתגרות לתגובה עליה, והמידתיות או ההלימה שבין ההתגרות לבין התגובה עליה.

ה. סעיף 34 סיפא לחוק העונשין — פרשנותו

כאמור, סעיף 34 סיפא לחוק העונשין אמץ, ככלל, את גישת ההלכה הפסוקה⁶⁹. עם זאת, ה"מטריה" בה עסקינן היא כה מורכבת מבחינת המצבים השונים והמגוונים (גונים שונים של אפור) הכלולים בה, עד שהיא מעמידה בספק את היכולת לגבש בדרך של חקיקה נורמה המספקת פיתרון מושלם ומלא. גם לאחר הסדרת הדוקטרינה בחוק נותר לפסיקה תפקיד חשוב ואופייני ליציקת תכנים לתוך נורמה — בקביעת גבולותיה וסייגיה. סעיף 34 סיפא אינו מפורט, ובפרשנותו עולות כמה שאלות הטעונות הכרעה. שאלה אחת שהפסיקה תצטרך להכריע בה היא מהי התנהגות "פסולה". קיימות דרגות שונות של התנהגות מתגרה, ויש חשיבות רבה לקביעת הסף המינימלי בו נשללת ההגנה⁷⁰.

גם מבחינת היסוד הנפשי של העושה עולה השאלה מאיזה שלב רצוי להחיל את הדוקטרינה. המקרה של התנהגות מתוך מטרת פגיעה בקורבן ההתגרות הוא המקרה המובהק המצדיק את שלילת הזכות להתגונן. סעיף 34 מסתפק בסף נמוך יותר — צפייה בפועל. לכאורה, הסעיף כולל את כל צורות המחשבה הפלילית⁷¹, ודי בקלות דעת מצד העושה כדי לשלול ממנו את ההגנה. אולם, לא ברור שיש הצדקה לתוצאה כזו, השוללת את סייג ההתגוננות ממי שפגע באחר תוך התגוננות במהלך תגרה, גם אם צפה את האפשרות שייאלץ לבצע את העבירה כדי להתגונן מן הקורבן, בייחוד במקרים שבהם לא הוא יזם את התגרה אלא נענה לה מתוך תקווה שהדברים לא יגיעו לידי כך. במשפט הגרמני הבחינה הפסיקה בין הדרגות השונות של המחשבה הפלילית, וגם בארץ היו שהציעו לפרש את סעיף 34 סיפא כחל רק על מקרים של אדישות⁷². מתעוררת כאן שאלת מעמדה הכללי של קלות הדעת: האם היא בת זוג טבעית של הכוונה ושל האדישות? ייתכן שלא; אך כל עוד היא מזווגת עמן, אפשר ששיקול העקביות צריך להכריע נגד הסדר שונה לקלות הדעת. ניתן לקדם מגמה כזו על-ידי פירוש גמיש של המילה "פסולה": ככל שמגמיכים בסולם היסוד הנפשי, מגביהים את סף הפסלות.

שאלה קרובה היא כיצד יש לפרש את המלים "אפשרות התפתחות הדברים" בסעיף. ייתכנו מקרי ביניים, בייחוד כאשר היסוד הנפשי הוא קלות דעת. למשל, כאשר העושה צפה את האפשרות כי התגרה תתרחש אך לא את מידת ההסלמה כפי שהתרחשה או את

69 בהקשר זה יש לציין את ההסדרים הנוספים בחוק העונשין בשאלות דומות: סעיף 34(ד) (העדר שליטה, כורח וצורך); סעיף 34(ב), (ג) (שכרות).

70 אנקר וקנאי (לעיל הערה 66), בעמ' 17-19.

71 סעיף 20 לחוק העונשין.

72 אנקר וקנאי (לעיל הערה 66), בעמ' 19.

האפשרות שייאלץ לפגוע בקורבן כדי להתגונן, או כאשר יש פער בין הפגיעה שצפה לבין זו שגרם בפועל. נראה שגם כאן יש הצדקה להעלות את מידת הצפייה הנדרשת ככל שיורדים בסולם היסוד הנפשי. מקל הדעת תישלל ההגנה רק כאשר צפה מראש הן את תגובתו של האחר והן את הפגיעה שגרם בפועל.

בעייתיות כללית שעולה מהגישה שאומצה בחוק היא שקביעת גבול ברור וחד לשלילת הזכות להגנה עצמית אינה משקפת את ההבדלים השונים הקיימים בסיטואציות מעין אלה. ייתכנו כמה דרגות שונות של אשמה לעושה לגבי תרומתו ליצירת הסיטואציה של הגנה עצמית, הן מבחינת טיב ההתנהגות שהכניסה אותו למצב והן מבחינת היסוד הנפשי שלו בעת ההתנהגות. כל פיתרון שמותח קו חד בין מגוון האפשרויות הוא בעייתי, ומבחינה זו יש יתרון להסדר חקיקתי לא מפורט שמוותר לבית-המשפט שיקול דעת. נראה שגם במסגרת סעיף 34 יש אפשרות לגמישות מסוימת.

קיימות שתי אפשרויות כלליות לנסות לפתור בעייתיות זו. אחת היא לנסות ולקבוע את הגבול באופן מדויק יותר תוך שימוש בהבחנות דקות יותר, דוגמת הפיתרון שהוצע לעיל — לעשות הבחנה דקה יותר בין סוגי היסוד הנפשי. פיתרונות מסוג זה הם חלקיים בלבד, שכן בסופו של דבר גם הם קובעים גבול חד. האפשרות השנייה היא לנסות להתחשב במידת האחריות של העושה ליצירת המצב במקרים המצויים משני צדי הגבול. אפשר להציע שתי הצעות — אחת לכל צד של הגבול. כאשר מדובר במקרים שבהם נשלל סייג ההתגוננות, הפיתרון פשוט יותר, שכן יש אפשרות להתחשב בכך שלא מדובר במקרה הטיפוסי של ביצוע העבירה במסגרת שיקול הדעת של בית-המשפט לעניין העונש⁷³. שיקול הדעת המוענק לבית-המשפט בשיטתנו הוא נרחב מאוד, ואין ספק שהתחשבות בשיקול זה היא לגיטימית ורצויה.

מהכיוון השני — במקרים שבהם מוענקת הגנה לעושה — הפיתרון מורכב יותר, שכן בצד זה של הגבול אין אפשרות להטיל על העושה אחריות במידה שונה מהרגיל, מפני שבסופו של דבר יש להחליט באופן חד משמעי אם סייג ההתגוננות חל עליו או לא; במקרים שבהם יוחלט שיש לעושה הגנה הוא יזוכה לחלוטין. פיתרון אפשרי במקרים אלה — בדומה למשפט הגרמני — הוא להתחשב במידת אשמתו של העושה מבחינת תרומתו ליצירת המצב שחייב אותו להשתמש בסייג ההתגוננות, בפרשנות התנאי של סייג ההתגוננות, ובעיקר בדרישת הסבירות המצויה בסעיף 34 לחוק. על-פי פיתרון זה יש להחמיר יותר עם מי שפעל בנסיבות המצביעות על תרומה של ממש ליצירת המצב על-ידי החמרת תנאי ההגנה העצמית בהתאם למידת אשמתו של המתגונן. בדרך זו אפשר להתאים את ההגנה לטיפוסים שונים של מתגוננים ול"החליש" את עוצמת סייג ההתגוננות ככל שחומרת התנהגותו של העושה עולה. לאור ניסוחה העמום של דרישת

73 סעיף 35 לחוק העונשין מאפשר לסטות גם מעונש תוכה, אם יש נסיבות מקלות מיוחדות.

הסבירות, אפשר להתאימה למצבים השונים במסגרת יישומה על עובדות המקרה. כך, למשל, נסיגה — לעתים חגיגית — תוכל להוות תנאי הכרחי לסבירות במצבים מסוימים; ניתן להקפיד יותר מבחינת הדרישות של נחיצות ופרופורציה וכדומה. ההצדקה להתייחסות זו היא בכך שלא מדובר במקרה טיפוסי של הגנה עצמית, ומתחייבת התייחסות לתמונה הכוללת ול"יחסי הכוחות" המיוחדים בין הצדדים, שאינם אופייניים למצב הרגיל שאליו מותאם סייג ההגנה העצמית⁷⁴. פיתרון זה הוא פיתרון ביניים מבחינת שתי האפשרויות שהובאו לעיל: הוא עושה הבחנות דקות יותר בין סוגי המקרים, כמו באפשרות הראשונה, אך לאור המספר הרב של האפשרויות הגלומות יש דמיון רב לאפשרות השנייה. פיתרון זה מחייב העברת חלק משיקול הדעת מהמחוקק לבתי-המשפט, אך ייתכן שיש הצדקה לכך בתחום זה בשל יתרונם היחסי של בתי-המשפט בטיפול במגוון הרב של הסיטואציות הספציפיות שיכולות לעלות בהקשר זה.

74 האופי השונה של הסיטואציה הזכר בעיקר כהצדקה לשלילת הסייג, אך אופי זה יכול להוות גם שיקול לקביעת תוכן תנאי הסייג, כלומר: להטלת הגבלות מיוחדות על המתגונן מבלי שגשגולת ממנו כליל הזכות להתגונן.