

הבא במחותרת

הבא במחותרת

תאריך : דצמבר 2015

העבודה מוגשת בחסות העמותה של נוער שוחר משפט

עברי

הקדמה אישית

הנושא בו בחרתי לעבודת הגמר במשפטים הוא דין הבא במחתרת. בחרתי בנושא זה מכיוון שנושא זה הוא נושא מרתק בעיניי. נחשפתי לנושא זה לראשונה בעקבות הפרסום התקשורתי הנרחב בעניין פרשיית דרומי, פסק הדין שניתן בעקבות הפרשה וחקיקת החוק המפורסם תוך כדי הפרשה.

הדין החריף משך את תשומת לבי וכך התחלתי לחקור ולתור אחר מקורות הדין. הגעתי למקרא, למשנה ולתלמוד תוך עיון במפרשים.

לכן כאשר נתבקשנו לבחור נושא לעבודה היה לי ברור שזהו הנושא שאמשיך לחקור וללמוד יותר, תוך הבנת השיקולים המשפטיים העומדים מאחורי הדין במקרים השונים.

תוכן עניינים

- פרק ראשון
- 5 מבוא
- פרק שני (משפט עברי) הבא במחלת 6
- מה בין הבא במחלת לרודף? 7
- דין רודף 9
- 10 צידוק או פטור?
- פרק שלישי (משפט ישראלי) השתלשלות החוק 12
- 13 פרשת דרומי
- 15 כוונה בדין הפלילי
- 16 הגנה על רכוש
- 17 הגנה על בית מגורים
- פרק רביעי
- 18 השוואה וסיכום
- 19 ביבליוגרפיה

מבוא

בעבודתי בחרתי לעסוק בנושא דין הבא במחתרת, במשפט העברי, בטעמיו ובהתפתחותו במשפט הישראלי. הסיבה לבחירתי היא העניין הרב שגיליתי בנושא בעקבות העיסוק המתקשר בפרשת שי דרומי. בעבודתי זו אנסה לבאר את מקור הדין וסיבתו וכן אסקור אותו לאורך הדורות, החל מהמקרא וכלה בדין כיום במדינת ישראל. אבאר שני צדדי נימוק שונים לדין ואביא את המקורות של כל צד בנימוק, כאשר עלולה להיות השלכה מעשית להבדל בין הנימוקים במקרים מסוימים. אראה את הראיה השונה של המניעים הנפשיים של כל אחד מהמשתתפים לפי כל נימוק. אתחיל מהמשפט העברי, בסקירה כרונולוגית של הדין. אתחיל במקרא, דרך המשנה ועד התלמוד ומפרשיו לדורותם. אברר את היחס בין דין זה לדין רודף. אעסוק בחוק הישראלי ושינויו בעקבות פרשת שי דרומי. אנסה לבאר את המושג כוונה ואת הסיבה העקרונית להגנה המודרנית על רכושו של האדם. לבסוף אשווה את הדין במשפט העברי לדין במשפט הישראלי, לפני ואחרי שינויו. עבודתי מבוססת על הלימוד שלי את מקורות המשפט העברי וחקירת הדין במשפט הישראלי תוך הסתמכות על מאמרים בנושא.

הבא במחותרת במשפט העברי

הפעם הראשונה בו מופיע דין הבא במחותרת במקורות המשפט העברי הוא בפסוק- "כִּי יִגְנֹב אִישׁ שׂוֹר אוֹ שָׂה, וַיִּטְבְּחוּ אוֹ מִכְרוּ - חֲמִשָּׁה בְּקָר יִשְׁלַם תַּחַת הַשׂוֹר וְאַרְבַּע צֹאן תַּחַת הַשָּׂה. אִם בְּמִחְתָּרֵת יִמָּצֵא הַגֵּנֵב וְהִכָּה וָמֵת - אִין לוֹ דָּמִים. אִם זָרְחָה הַשְּׂמֶשׁ עָלָיו, דָּמִים לוֹ, שְׁלֹם יִשְׁלַם; אִם-אִין לוֹ, וְנִמְכַר בְּגִבְתוֹ".¹

המשנה מביאה את המקרה של הבא במחותרת. "הבא במחותרת נדון על שם סופו. היה בא במחותרת ושבר את החבית: אם יש לו דמים - חייב; אם אין לו דמים - פטור".² התורה אומרת שגנב שבא במחותרת - אין לו דמים, כלומר: אדם שיהרוג אותו לא ייחשב רוצח, מותר להרוג אותו. אבל אם זרחה השמש - יש לו דמים, כלומר שאסור להרוג אותו, והוא צריך לשלם.

התלמוד הבבלי מסביר ומבאר את הדין הנאמר בתורה ואת טעמו. האמורא רבא מסביר את הטעם לפי שיטתו- חזקה שאדם אינו מעמיד עצמו על ממונו, כלומר אינו מוכן שמישהו אחר יפגע ברכושו. הגנב מודע לכך שאם בעל הבית יראה אותו הוא ייאבק בו, ולכן הגנב נכנס לבית בכוונה להרוג את בעל הבית אם הוא יעמוד נגדו. מכיוון שכך מותר לבעל הבית להרוג את הבא במחותרת, כיוון שהבא להרגך השכם להרגו.³

לפי רש"י החזקה היא של בעל הבית, בגלל שידוע לנו שאדם לא ישתוק בזמן שגנבים פורצים לו לבית, והדבר ידוע גם לגנב עצמו שבא לפרוץ, ולכן כאשר הוא פורץ לבית הוא פורץ מתוך ידיעה שבעל הבית לא יעמוד מן הצד אלא עומד להתנגד לפריצה שלו, ולכן הוא פורץ לבית תוך בזמן שהוא מוכן גם להגיע למצב שיהרוג את בעל הבית כדי לגבור עליו ולהמשיך בפריצה. הכוונה הזו של הגנב שהוא מוכן להרוג חורצת את דינו כאדם שבא להרוג ולכן מותר לבעל הבית להרוג אותו, בבחינת הבא להורגך השכם להורגו.⁴

¹ שמות כא 37; כב 1-2.

² משנה, סנהדרין ח, ו.

³ בבלי סנהדרין עב ע"א

⁴ רש"י, סנהדרין עב, ע"א, ד"ה "חזקה אין אדם מעמיד עצמו על ממונו".

מה בין הבא במחתרת לרודף?

הרמב"ם מסביר "שחזקתו (של הגנב) שאם עמד בעל הבית בפניו ומנעו- יהרגנו". ניתן להסיק שבעל הבית יתנגד לפריצה, ואם זה אכן יקרה הגנב יפעל לפי החזקה שלו ויהרוג את בעל הבית. מכאן רואים שהגנב הוא בעצם כרודף את בעל הבית, ולכן מותר להרוג אותו.⁵ גם בתוספתא מוצג הגנב במחתרת כרודף שבגלל זה דינו מוות- מותר להרוג אותו, בעצם הרעיון שהוא נידון על שם סופו, הוא בא שהוא מוכן בסוף להרוג, לכן דינו כרודף- מוות.⁶

הרב איסר זלמן מלצר מסביר שבמכילתא יש השוואה ברורה בין בא למחתרת לבין רודף. לרב איסר זלמן מלצר קשה עם ההסבר של המכילתא הכולל השוואה ברורה בין הבא במחתרת לבין רודף, כיוון שפגיעה בגנב הבא מחתרת היא רשות שניתנה ופוטר את האדם שיהרוג את הגנב אך אין שום חובה להרוג את הבא במחתרת. לעומת זה, פגיעה ברודף היא חובה ואדם שרואה רודף מחובתו להרוג את הרודף.⁷ יתכן וזו הסיבה שהרמב"ם בדבריו על דין הבא במחתרת כותב שהבא במחתרת הוא כרודף, ולא רודף ממש.

הרב אלעזר מנחם מן שך מסביר שהדין שבו גנב נהרג במקרה הבא במחתרת הוא מעצם העניין שהבא במחתרת נהיה כמו רודף. ההבדל בין הבא במחתרת לבין הרודף הוא עניין כמותי, זאת אומרת שהסכנה של הנרדף הבורח מפני הרודף גדולה יותר מן הסכנה של בעל הבית הנגזל.⁸

לפי ספר אגודת אזוב, ההבדל בין הבא במחתרת לבין רודף הוא הבדל איכותי, דהיינו בעל הבית הוא לא נרדף, רק אם יחליט להגן על ממונו יהפוך להיות נרדף. עד לרגע שהוא מחליט להגן על ממונו הוא לא נחשב נרדף, ולכן על הגנב לא חל דין רודף ממש.⁹ הרמב"ם מסביר שהמתת הגנב היא עונש על מעשה הגניבה ולא רק פעולת מנע של הריגת על הבית. חיזוק לדבריו ניתן לראות מדברי הרב יהונתן בלס שלטענתו זה שיש צורך

⁵משנה תורה הלכות גניבה פרק ט, הלכות ז-ט
⁶תוספתא סנהדרין פרק יא הלכות ט-יא
⁷אבן האזל, הלכות גניבה פרק ט הלכה ז
⁸אבי עזרי, הלכות גניבה, פרק ט, הלכה ז
⁹אגודת אזוב, ערך מחתרת, סעיף א.

בפסוק מיוחד לדין הבא במחתרת שלפיו התלמוד מוכיח שאפשר להרוג בו בכל מיתה כמו ברודף, ואפשר להרוג בשבת כמו ברודף, מראה שהתלמוד מבדיל בין דין הבא במחתרת לדין רודף.¹⁰

לפי הרמב"ם קיים כלל בדין רודף שאסור סתם להרוג את הרודף אלא צריך לפגוע ברודף באופן המינימאלי שיאפשר את עצירתו ומניעת פעולתו. הרמב"ם לא מציין כלל כזה בעניין הבא במחתרת.

השבות יעקב מסיק מכך שהרמב"ם סבור שגנב הבא במחתרת מותר להורגו אף אם אפשר למנוע את פעולתו באופן שיפגע בו פחות.¹¹

ר' יאיר בכרך חולק על השבות יעקב וטוען שגם בדין הבא במחתרת צריך לפגוע באופן המינימאלי.¹²

הרב יהונתן בלס טוען שע"פ הרמב"ם, לפי שיטת השבות יעקב לפירוש הרמב"ם, הסיבה לכך שהעונש של גנב הבא במחתרת חמור מעונש לרודף היא בגלל חומרת העבירה שבדין הבא במחתרת.¹³

בדין רודף ההריגה היא הצלה של הנרדף וזוהי הסיבה בגינה חובה לפגוע ואף להרוג בעת הצורך.

לעומת זאת, בדין גנב הבא במחתרת ישנה עבירה בפני עצמה שמקבלת עונש חמור, עבירת הגניבה הזו שמביאה בסוף לידי שפיכות דמים.

ההבדל העיקרי הוא שהרודף נהרג על מנת להציל את הנרדף ממעשיו של הרודף, והגנב נהרג בתור עונש על מעשיו- על העבירה שהוא עבר עליה ולא בגלל הסכנה הצפויה לחייו של בעל הבית הנגזל.

דין רודף

¹⁰מורה הנבוכים, חלק ג, פרקים לה ו-מא .

¹¹שו"ת שבות יעקב, חלק ב, סימן קפז.

¹²שו"ת חוות יאיר, סימן לא.

¹³יהונתן בלס "בין עונש להצלה" אתר דעת <http://www.daat.ac.il/mishpat-ivri/skirot/276-2.htm>

נעבור לבחינת משמעות החלת דין רודף על הבא במחלת.

קיימת מחלוקת בין שני גדולי ישראל, רש"י ורמב"ם, לגבי הסיבה שבגינה חובה להרוג אדם שחל עליו דין רודף.

לפי רש"י החובה לפגוע ברודף היא כדי להציל את הרודף עצמו- האדם העומד לעשות את העבירה מן עשיית העבירה הזו.¹⁴

הרמב"ם לעומתו סובר שהסיבה שבגינה מותר להרוג את הרודף היא כדי להציל את הנרדף ממה שהרודף מתכנן לעשות לו.¹⁵

המקור למחלוקת בין השניים הוא בכך שידוע שרודף- מצילין אותו בנפשו, ומכאן יש מקום למחלוקת כאשר כל דרשן מפרש אחרת את מי מצילין בנפשו.

לפי הרב יעקב אריאל קיימות שתי סיבות שמחייבות לקיים את מצוות הריגת רודף. הראשונה- הצלת הנרדף, דהיינו להציל את האדם שרודפים אחריו מפני מה שעומד הרודף לעשות לו.

השנייה- גזירת הכתוב, זאת אומרת-דין מהתורה שאין מאחוריו הגיון ברור ותוקפו מבוסס אך ורק על ציווי מפורש במקרא. במקרה זה גזירת הכתוב היא הענשת הרודף אף במוות.¹⁶

דין הבא במחלת- צידוק או פטור?

¹⁴רש"י, סנהדרין עב, ע"בד"ה "יצא"; "משמיא".

¹⁵משנה תורה הלכות רוצח ושמירת הנפש פרק א הלכות ו-, ט.

¹⁶ שו"ת באהלה של תורה, חלק א סימן קטו.

הגישה המקובלת לאורך הדורות במשפט העברי היא שדין הבא במחלת הוא צידוק מכוח הגנה עצמית.

המשנה היחידה שמתעסקת בדין הבא במחלת מתעסקת בעיקר בעניין הממוני והדבר תמוה שהרי יש כאן דיני נפשות, והמשנה בוחרת להתעסק בדיני ממונות.¹⁷ ההסבר נמצא במקורות בתורה של הדין.¹⁸ דין הבא במחלת בתורה הוא חלק מפרשיית גניבת בהמות, וכל העניין בפרשייה הוא ממוני, הפרשייה עוסקת בתשלום שמשלם גנב הבהמות ולכן ברור מדוע המשנה מתעסקת בהקשר הממוני של דין הבא במחלת.

המילה מחלת היא מילה יחידאית בתורה. הזרם העיקרי במפרשים מסביר שמשמעות המילה היא חפירה בקיר או באדמה. ישנן כמה קושיות כנגד ההסבר המרכזי. ראשית- נאמר בתורה "אם במחלת ימצא הגנב"¹⁹, מכאן למדים שמחלת הוא מקום שאפשר להיות בוולא פרצה בקיר. שנית- מה שמתיר את הריגת הגנב זה לא פעולת החתירה עצמה אלא הפריצה לבית, אם כן מה זה משנה כיצד נכנס הגנב לבית? שלישית- הפרשה כולה עוסקת בגנבי בהמות, וכידוע בהמות נמצאות מחוץ לבית, אין צורך בחתירה בקיר על מנת לגנוב אותן.

לדעת הרב עו"ד ניסני פירוש המילה מחלת היא שונה. על פי המקורות התנאיים מסתמן שהמחלת היא מקום מסוים שהגנב נכנס אליו, כפי הנראה דומה לגינה או לחצר. השורש חת"ר מקבל משמעות של מחבוא על פי ספר עמוס.²⁰

לפי כל אלה, ניתן לומר שהמחלת היא רפת או דיר המגנים על הבהמות.

לפי פירוש זה, משמעות הפסוק "אם זרחה השמש עליו"²¹ שבמקרה כזה לא הורגים אותו, מדבר על זריחת הבוקר אור שמאיר את הגנב שיוצא מן המחלת ולכן אם נמצא הגנב במקום סגור או מקורה, מותר להורגו, ואם נמצא הגנב בחוץ תחת אור השמש אסור להרוג אותו. גם הבכור שורמפרשכך אתהדברים.²²

17 משנה, סנהדרין ח, ו.
18 שמות כא 37; כב 2.
19 שמות כב, 1.
20 עמוס ט.
21 שמות כב 2.
22 ר' יוסף בכור שור על אתר.

הסיבה לזכות הפגיעה על פי הרב עו"ד ניסני היא הגנת הבית, הגנה על רכוש שנמצא בביתו. גישה זו מקובלת בשיטות משפט רבות. ביתו של האדם הוא מבצרו, ולכן יכול האדם לנהוג כרצונו בביתו.

הקושי והבעייתיות בשיטה זו הם הפגיעה בשלטון החוק, שהרי זה בבחינת איש הישר בעיניו יעשה, לכן גישה זו נשללה ברוב המקומות.

ישנם מקומות שבהם גישה זו צריכה ויכולה ונכון לה שתתקיים, למשל, מקומות מבודדים שכוחי אל, כמו למשל הנחלות שבהן ישבו בני ישראל בכניסתם לארץ- בזמן נתינת דין הבא במחלת. במקומות המבודדים האלו, בהם אין מערכת אכיפה זמינה ואין דרך אחרת למנוע ולטפל בפריצות, יש צורך לתת לאדם שלטון לביתו.

ההבדל בין פטור לבין צידוק הוא שפטור ניתן בעקבות חולשה אנושית או מצב קשה וצידוק הוא הצדקה מוסרית בנסיבות מיוחדות למעשה ראוי ומוסרי, לכתחילה.

לפי הגישה המקובלת דין הבא במחלת הוא צידוק- בעל הבית רשאי לפגוע במי שמסכן את חייו, ומעשהו נחשב ראוי ונכון בנסיבות העניין.

לפי עו"ד ניסני דין הבא במחלת הוא פטור של מצב קשה שבו נתונים תושבי החוות המרוחקות, אין להם יכולת אחרת ולכן ניתן להם פטור. משמעות הבדל הוא שפטור מקנה לגיטימציה ושזהו מעשה אפשרי לחלוטין.²³

הבא במחלת- משפט ישראלי

²³דוד ניסני "צידוק או פטור" אתר דעת <http://www.daat.ac.il/mishpat-ivri/skirot/skira.asp?id=200>

השתלשלות החוק

אזכור ראשון לדין הבא במחתרת נמצא הוא בפקודת החוק הפלילי 1936 כאשר מדובר על אדם הפורץ לבניין מתוך כוונה לגנוב ולעשות פשע או אדם שכבר פרץ ורוצה לעשות פשע, או אדם שפרץ ועשה פשע ורוצה לצאת. אותו אדם יאשם בפשע המכונה "התפרצות לתוך בית" ויהי צפוי למאסר לשבע שנים. אם העבירה נעשתה בלילה תהא קרויה "גנבה במחתרת" ויהיה דינו 14 שנה מאסר.²⁴

למעשה, הפעם הראשונה בו מופיעה הגנה במקרה של הבא במחתרת היא בהגנת הצורך בפקודת החוק הפלילי 1936. בהמשך נוצרה המשכיות של החוק שהיה קיים ערב הקמת המדינה. אמנם, לפי ההגנות הקיימות כיום נכון יותר לשייך את הדין להגנת הגנה עצמית, אך כפי שטוען פרופסור פלר ש-"מן הראוי היה להקדיש סעיף נפרד לכל אחת מהן", זאת אומרת שהגנת הצורך באותה התקופה כללה בתוכה את הגנת ההגנה עצמית בפקודת החוק הפלילי לאחר כמה שנים הצעת של פרופסור פלו אכן התקבלה והופרדו ההגנות להגנה עצמית וצורך, כל אחת בנפרד.²⁵ הגנת הצורך מדברת באופן כללי על מצב שבו העבירה המדוברת(במקרה של הבא במחתרת-הפגיעה בגנב) נעשתה אך ורק כדי להימנע מתוצאות של נזק או חבלה רצינית לגוף או כבוד או לנכס של אדם או לאנשים אחרים שהיה חייב להגן עליהם או נכסים שהיו תחת השגחתו (יותר מדי 'או'). הפגיעה בגנב צריכה להיות פרופורציונאלית בהתאם למצב.²⁶

משנת 1994 ועד לשנת 2008, הסעיף הנוגע לדין הבא במחתרת היה סעיף 34 לחוק העונשין. הסעיף מגדיר את הגנת ההגנה עצמית, וקובע כי אדם לא יישא באחריות פלילית למעשה שהיה נדרש ממנו באופן מידי כדי להדוף תקיפה שלא כדין כאשר נשקפה מן התקיפה סכנה ממשית לפגיעה בחייו, בחירותו, בגופו או ברכושו, שלו או זולתו. כאשר האדם פועל בהתנהגות פסולה שמובילה לתקיפה כשהוא יכול לצפות את התפתחות הדברים לא תעמוד לעזרו הגנת ההגנה עצמית.

²⁴פקודת החוק הפלילי 1936, פרק לג גניבה במחתרת סעיף 295.
²⁵כתב העת משפטים כרך ד' עמוד 5.
²⁶פקודת החוק הפלילי 1936, פרק ד תקנות כלליות סעיף 18.

פרשת דרומי ושינוי החוק בעקבותיה

בתחילת שנת 2007 פרצו באמצע הלילה לחווה הסמוכה ליישוב מיתר השייכת לחקלאי שי דרומי. דרומי הבחין בשניים מבין 4 הפורצים. דרומי ירה בהם ופצע שניים, האחרים נמלטו. הרובה שבו ירה דרומי היה שייך לאביו והוא החזיק בו ללא רישיון. אחד הפורצים מת מפצעיו והשני נותר בחיים. הפרשה עוררה דיון ציבורי נרחב. היו שראו הגנה עצמית במעשיו, בעיקר חקלאים ופעילי ימין. לעומתם היו שטענו שהרשויות צריכות לטפל במקרים כאלו ומעשיו הם התנהגות של המערב הפרוע באזור שבו הבדואים סובלים מדחיקה לשוליים והפקעת קרקעות.²⁷

בעקבות פרשת דרומי הגישו כמה ח"כ הצעת חוק שהתקבלה ותיקנה את סעיף 34 לחוק העונשין. "134. (א) לא יישא אדם באחריות פלילית למעשה שהיה דרוש באופן מידי כדי להדוף מי שמתפרץ או נכנס לבית המגורים, בית העסק או המשק החקלאי המגודר, שלו או של זולתו, בכוונה לבצע עבירה, או מי שמנסה להתפרץ או להיכנס כאמור."²⁸ התיקון קובע כי אדם אשר היה מוכרח לבצע מעשה באופן מידיבכדי למנוע התפרצות או כניסה לבית, עסק או משק חקלאי או ניסיון לאחד מאלה, אשר בכוונת המתפרץ לבצע עבירה לא יישא באחריות פלילית. במידה ומעשה המניעה לא היה סביר, או שהאדם התנהג באופן פסול שגרם להתפרצות ואותו המגן צפה את התפתחות הדברים במקרה זה המגן יישא אחריות פלילית.²⁹

פסק הדין בפרשת דרומי ניתן בשנת 2009 בבית המשפט מחוזי בבאר שבע. שי דרומי זוכה מאשמת ביצוע עבירת הריגה וחבלה, הורשע בביצוע עבירות בנשק. בהסדר טיעון שהוגש לבית המשפט הוצע כי דרומי ירצה שישה חודשי עבודות שירות בניכוי החודש של תקופת מעצרו. מאחר והתיקון לחוק נעשה לפני מתן פסק הדין ומכוח האמור בסעיף 5 לחוק העונשין הקובע כי "נעברה עבירה ובטרם ניתן פסק-דין חלוט לגביה, חל שינוי בנוגע להגדרתה או לאחריות לה, או בנוגע לעונש שנקבע לה, יחול על העניין החיקוק המקל עם העושה; "אחריות לה" - לרבות תחולת סייגים לאחריות הפלילית למעשה." עמדה לזכותו של דרומי ההגנה לפי סעיף 134.

²⁷אחמד טיבי "גיון ויין הדרומי" הארץ <http://www.haaretz.co.il/opinions/1.1381630>
²⁸הצעת חוק לתיקון דיני העונשין תיקון מס' 99 שהגנה עצמית התשס"ח 2008 עמ' 196.
²⁹ראה שם.

בתחילת שנת 2014 עבדאללה תלה, צעיר מטייבה פירק חלקי רכב בשעת לילה בחצר משפחה בקלנסווה. אחד מבני המשפחה התעורר מהרעש ויצא לראות מה פשר הדבר. בין השניים התפתח מאבק שבסופו נדקר עבדאללה, ומת מפצעיו. החשוד בדקירה ושני אחיו נלקחו למעצר. עורכי הדין של השלושה, אורי ברעוז ונדיר בראנסי ייצגו את האחים והצליחו לשחרר אותם מהמעצר. השחרור התבצע מכוח "חוק דרומי"- תיקון 134 לחוק העונשין, לפי סעיף זה הם פעלו מתוך הגנה עצמית ולכן לא יישאו באחריות פלילית.³⁰

בשנים האחרונות נעשו אף ניסיונות לביטול סעיף 34 י1 בטענה כי הסעיף סותר את עקרונות חוק יסוד וביניהם כבוד האדם וחירותו והזכות להליך הוגן. החוק מאפשר פגיעה בחיי אדם תוך גזירת דין בו במקום ללא משפט. המציעים טענו שדי לנו בסעיף 34 י1, דהיינו סעיף ההגנה העצמית כדי להגן על מגני הבתים.³¹

כוונה בדין הפלילי

שאלה שעולה רבות במשפט בכלל ובסוגיית הבא במחתרת בפרט היא שאלת הוכחת הכוונה, שהרי הדין לגבי הבא במחתרת מבוסס על כוונה של הגנב להגיע לידי הריגה.

³⁰חסן שעלאן "אחים מקלנסווה שוחררו" באתר ynet
<http://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4485000,00.html>
³¹ הצעת חוק לתיקון דיני העונשין-ביטול תיקון מס' 98, התשע"ה-2015

איננו יכולים לראות בגלוי את כוונותיו של האדם, ולכן פיתח המשפט אפשרות להוכחת כוונה של אדם במשפט הפלילי.

אפשרות זו היא באמצעות ראיות נסיבתיות הנלמדות מאופן המעשה. זאת אומרת שניתן להוכיח את הכוונה הפלילית מעצם המעשה³². חקירת התנהגותו המדויקת ומעשיו של הנאשם באמצעות עדות תאפשר הבנה של מניעיו. במקרה שבו הנאשם לא התכוון לפגוע בדבר שבו הוא פגע, יש תוקף משפטי ל"כוונה מועברת". משמעות מושג זה היא שבמקרה שבו הנאשם מכוון לגרום נזק לרכוש מסוים ובפועל נגרם הנזק לרכוש או גוף אחר, ניתן להעביר את הכוונה מן המטרה המיועדת תחילה למטרה שנפגעה בפועל³³.

הגנה על רכוש

חברה המכירה בזכות הטבעית לרכוש וקניין, מן הראוי שתצדיק הגנה על רכוש. לחיי אדם יש ערך רב ולכן אינהגבלות רבות על הגנת ההגנה העצמית. לעומת זאת, בהגנה על רכוש ישנן הגבלות רבות וביניהן דרישה תקיפה לפרופורציה. דבר מעניין במשפט האנגלי הוא שישנה הגנה רחבה יותר לרכוש עצמו מאשר לגוף האדם.

³²יעקב קדמי "הדין בפלילים-חוק העונשין" חלק ראשון, עמ' 129-130.
³³יעקב קדמי "הדין בפלילים-חוק העונשין" חלק ראשון, עמ' 128.

בהגנה על אדם יש דרישה לסבירות אובייקטיבית- שהאדם המגן יפעל לפי אמות מידה סבירות אובייקטיביות. לעומת זה בהגנה על רכוש מספיק שהמגן יאמין שפעל באופן סביר.³⁴

נפקא מינה בין הגישה האנגלית לבין הגישה הישראלית היא במקרה בו כלב נושך את רגליו של אדם. לפי המשפט האנגלי יהיה עדיף לאדם הננשך לטעון שהגן על מכנסיו מאשר על רגליו, בעוד שבישראלי יהיה עדיף לו לטעון שהוא הגן על רגליו. באופן כללי אין השגות על עצם ההצדקה בהגנת הגנה על רכוש אלא דיון על תנאיה.

פרקינס (Perkins) ו-בויס (Boyce) מסבירים שבמציאות יעמדו לאנשים הגנות נוספות כמו הגנה על הגוף, המגורים או מניעת פשע. להגנות אלה יש כוח הגנה רחב יותר, לכן תפקידה העיקרי של ההגנה על רכוש היא מניעת מצב בו המגן על רכושו יואשם בהתפתחות התקרית, אם תתפתח כזו. בתקרית כזו, גם כאשר יפעל המגן בפרופורציה עלול הוא להיות מואשם בגרימה להתפתחות וכאן נכנסת הגנת הרכוש ומגנה עליו.³⁵

להגנה על רכוש יש דרישה לפרופורציה, כאשר ברור שהגנה על רכוש לא שווה מחיר חיי אדם אך יש להתחשב במחיר סנטימנטלי של רכוש לבעליו. יש לשים לב לעניין שישנה אפשרות שהקורבן יזכה לפיצוי מלא אם לא יפעיל כוח. לכן במקרים רבים כדאי לאדם להקדים לכוח המגן להציב דרישת פינוי לפורץ. רק אחרי שמסרב או שאם ידרוש עלול הוא לסכן את עצמו או את רכושו, רשאי הוא להפעיל את הכוח המגן.

הגנה על בית המגורים

השאלה המרכזית בהגנה על בית המגורים היא אם קיים ערך נוסף מעבר לערכים הקיימים בהגנה על רכושרגיל שאיננו בית מגורים הראוי להכרה והגנה. ערך כזה עשוי להצדיק הגנה שלא נובעת מסכנה לרכוש הבית, שתאפשר את הגנת רכוש או הרחקת סכנה מיושבו. ערך זה יכול לנבוע מכך שלבית מגוריו של אדם יש חשיבות מיוחדת - האדם

34 ע' 231 לדברי ההסבר להצעת החוק האנגלית יג/2 משנת 1989
35 ראו ע' 1154 לספרם ח/17

זקוק למקום שלוה וביטחון. ישנה זיקה נפשית בין אדם לבין ביתו, המהווה את חוץ מבטחיו.

הפלישה לביתו של אדם מהווה פלישה למרחב מחייתו ופגיעה באוטונומיה שלו. בעבר התבסס היחס המיוחד להגנת מגורים במשפט האנגלו-אמריקאי על כך שישנה קדושה מיוחדת לביתו הפרטי של האדם. זהו קו הנסיגה האחרון שלו שבו הוא מוגן. הבית נחשב למבצר האדם³⁶.

השוואה וסיכום בין המשפט הישראלי לעברי

במשפט הישראלי יש שתי תקופות שונות שמצריכות כל אחת השוואה נפרדת למשפט העברי.

במשפט העברי, במקרה של הבא במחלת יש אפשרות לבעל הבית לעצור את הגנב, אפילו במחיר חייו של הגנב על מנת לעצור אותו בתהליך הפריצה ולמנוע ממנו להרוג את בעל

36 ע' 12, 86 לכרך 2 של ספרו 121 של Robinson

הבית כאשר זה יגן על רכושו. במידה ובעל הבית אכן יפעל כך ויגן בצורה סבירה על ביתו, דהיינו, יפעיל כוח מינימאלי שיעצור את הפורץ הוא לא יישא בעונש.

עד שנת 2008 שבה תוקן סעיף 34 לחוק העונשין והתוסף שסעיף 134 במשפט הישראלי לא הייתה התייחסות ממש בחוק למקרה של הבא במחתרת כלומר, לא היה סעיף בחוק שמתייחס לפריצה לבית והדיפת הפורץ. בעל הבית יכול היה להגן על עצמו ולנסות לזכות להגנה משפטית מכוח הגנת ההגנה העצמית³⁷. זאת אומרת שעד שנת 2008 הדין במשפט העברי היה שונה מהמשפט הישראלי כאשר במשפט הישראלי לא היה דין ממש בנושא.

משנת 2008 לאחר פרשת דרומי תוקן סעיף 34 והתוסף סעיף 134 לחוק העונשין. סעיף זה קובע כי אדם המגן על ביתו והודף תוקף, כל עוד הוא פועל באופן סביר הוא לא יישא באחריות פלילית, כלומר, יהא פטור מעונש. ניתן לראות שמשנת 2008 קיים דמיון רב בין הדין במשפט העברי לדין במשפט הישראלי.

ניתן לראות בשימוש המושג בא מחתרת במשפט האזרחי עוד מימי הבריטים³⁸

לסיכום ניתן לראות כי הנושא של הבא במחתרת הוא עניין מאוד רציני הן בעיני המשפט העברי והן בעיני המשפט הישראלי שלאורך השנים מתפתח בנושא זה.

ביבליוגרפיה

חקיקה

פקודת החוק הפלילי 1936, פרק ד תקנות כלליות סעיף 18. פרק לג גניבה במחתרת סעיף 295.

חוק העונשין התשל"ז 1977 סעיף 34 י.

³⁷ חוק העונשין התשל"ז 1977 סעיף 34 י.
³⁸ פקודת החוק הפלילי 1936, פרק לג סעיף 295

הצעת חוק לתיקון דיני העונשין-ביטול תיקון מס' 98, התשע"ה-2015

הצעת חוק לתיקון דיני העונשין תיקון מס' 99 הגנה עצמית התשס"ח 2008 עמ' 196.

ע' 231 לדברי ההסבר להצעת החוק האנגלית יג/2 משנת 1989

פסיקה

מדינת ישראל-עו"ד אלון אלטמן - פמ"דנגד שי דרומי

ספרות מחקר

ספרים

יעקב קדמי "הדין בפלילים-חוק העונשין" חלק ראשון, עמ' 128-130.

מאמרים

אחמד טיבי ג'ון ויין הדרומי הארץ <http://www.haaretz.co.il/opinions/1.1381630>

מקורות באינטרנט

חסן שעלאן "אחים מקלנסווה שוחררו" באתר ynet

<http://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4485000,00.html>

ספרות לועזית

ראו ע' 1154 לספרם ח/17 של boyce ו perkins

ע' 12, 86 לכרך 2 של ספרו ח/12 של Robinson

משפט עברי

שמות כא 37 ; כב 1-2.

עמוס ט 2.

משנה, סנהדרין ח, ו.

בבלי סנהדרין עב ע"א

תוספתא סנהדרין פרק יא הלכות ט-יא

ספרות הפסיקה

אבי עזרי, הלכות גנבה, פרק ט, הלכה ז .

אבן האזל, הלכות גניבה פרק ט הלכה ז.

אגודת אזור, ערך מחתרת, סעיף א.

מורה הנבוכים, חלק ג, פרקים לה ו-מא .

משנה תורה הלכות רוצח ושמירת הנפש פרק א הלכות ו-, ט.

משנה תורה הלכות גניבה פרק ט, הלכות ז-ט

רש"י, סנהדרין עב, ע"א, ד"ה "חזקה אין אדם מעמיד עצמו על ממונו".

רש"י, סנהדרין עב, ע"ב ד"ה "יצא"; "משמיא".

ר' יוסף בכור שור על אתר.

ספרות השו"ת

שו"ת באהלה של תורה, חלק א סימן קטו.

שו"ת חוות יאיר, סימן לא.

שו"ת שבות יעקב, חלק ב, סימן קפז.

מאמרים - מקורות באינטרנט

דוד ניסני "צידוק או פטור" אתר דעת [http://www.daat.ac.il/mishpat-](http://www.daat.ac.il/mishpat-ivri/skirot/skira.asp?id=200)

[ivri/skirot/skira.asp?id=200](http://www.daat.ac.il/mishpat-ivri/skirot/skira.asp?id=200)

יהונתן בלס "בין עונש להצלה" אתר דעת

<http://www.daat.ac.il/mishpat-ivri/skirot/276-2.html>

כתב העת משפטים כרך די עמוד 5.