

נושא העבודה
הגנה עצמית

תאריך הגשה: 2.1.2017

**העבודה מוגשת בחסות העמותה של
נוער שוחר משפט עברי**

הקדמה אישית

העניין שלי בסוגיית ההגנה העצמית קיבל תאוצה, לאחר שנחשפתי לסיקור הנרחב באמצעי התקשורת על משפטו של סמל אלאור אזריה, החייל היורה מחברון.

כזכור, אלאור אזריה היה בכוח שהגיע לזירת אירוע בחברון, בחודש מרץ השנה (2016), לאחר שכוח שנמצא במקום ניטרל שני מחבלים חמושים בסכינים, שניסו לדקור חיילים. אלאור דרך את רובהו וירה בראשו של אחד המחבלים ששכב על הכביש. בעקבות זאת הוא נעצר והועמד לדין בבית-משפט צבאי, באשמת הריגה.

אלאור וסנגוריו טענו שהירי בוצע במסגרת הגנה עצמית. זאת, לאחר שאלאור חשד שהמחבל מסתיר תחת מעילו חגורת נפץ, והוא עלול להפעיל אותה ולגרום לנפגעים מקרב הכוח שהיה בסמוך אליו. הטיעון שלו התבסס על הכלל המקראי הקדום "הבא להורגך – השכם להורגו". מנגד, התביעה הצבאית טענה שהירי לא היה מוצדק וכי לא נשקפה סכנת חיים לחייל היורה. מיותר לציין כי הנקודה עוררה הרבה הדים בקרב הציבור הישראלי שנקרע לשני צדדים.

בעת שעבודה זו נכתבת, המשפט מגיע לשיאו ומתקרב להכרעה. זאת, לאחר שמיעת עדויות רבות בעד ונגד, הן של חיילים וקצינים שהיו בזירת האירוע, הן של קצינים בכירים בדימוס והן של מומחים.

בחרתי להקדיש את העבודה לנושא זה, בין היתר משום שהטיעונים שעלו במשפטו של אזריה משלבים מרכיבים מהמשפט העברי ומהמשפט הפלילי המודרני גם יחד.

תוכן העניינים

2		הקדמה אישית
4	מבוא	פרק ראשון
5	גישת המשפט העברי בסוגיית ההגנה העצמית	פרק שני
11	גישת המשפט הישראלי בסוגיית ההגנה העצמית	פרק שלישי
19	השוואה בין שתי הגישות המשפטיות	פרק רביעי
22	סיכום	פרק חמישי
24		ביבליוגרפיה

פרק ראשון: מבוא

עבודה זו מוקדשת לדיון נרחב בסוגיית ההגנה העצמית, כפי שהיא מוצאת ביטויה הן במשפט העברי הקדום, במקורות היהדות ובשלל הפרשנויות של חכמי הדורות, והן במשפט הפלילי הישראלי בן זמננו.

המטרה העיקרית של העבודה היא הניסיון לברר עד כמה אימץ המשפט הפלילי הישראלי את עקרונות המשפט העברי הקדום, מתקופת התנ"ך ועד לימיהם של אחרוני הגאונים. בפרק הרביעי בעבודה, המוקדש להשוואה בין שתי הגישות המשפטיות, ניתן למצוא תשובה לכך.

על סיבת הבחירה בנושא זה עמדתי בפרק ההקדמה האישית (עמ' 2).

לצורך כתיבת העבודה בחרתי בשיטת המחקר האיכותני, המתבסס על ניתוח מקורות מארון הספרים היהודי, לצד מקורות ומחקרים בני זמננו.

שאלת המחקר שעליה אבקש לתת מענה, היא: **האם סוגיית ההגנה העצמית במשפט העברי הקדום, הטביעה חותם על המשפט הישראלי הפלילי בן זמננו?**

פרק שני: גישת המשפט העברי בסוגיית ההגנה העצמית

סוגיית ההגנה העצמית בתנ"ך וביתר מקורות היהדות, מתמצה בכלל המוסרי הידוע: "הבא להורגך - השכם להורגו". סביב כלל זה של חז"ל נכתב מספר רב של פרשנויות, כפי שיפורט בהמשך. אבל המקור הוא במקרא, בפרשת הנקמה במדיינים. אלוהים מצווה על משה: "צַרֹּר אֶת הַמִּדְיָנִים וְהַכִּיתָם אוֹתָם: כִּי צוֹרְרִים הֵם לָכֶם בְּנִכְלִיהֶם אֲשֶׁר נָכְלוּ לָכֶם עַל דְּבַר פְּעוֹר וְעַל דְּבַר קְזָבִי בַת נְשֵׂיא מִדְיָן אֲחֹתָם הַמָּכָה בְּיוֹם הַמַּגֵּפָה עַל דְּבַר פְּעוֹר" (במדבר כה, יז-יח).

לפי פרשני המקרא, יש לנהוג במדיינים כמו באויבים ("צוררים") ולהרוג בהם, משום שהם שונאים את בני ישראל ומכשילים אותם במעשי נוכלות. ההגנה העצמית מתבטאת בכך, שלא חייבים לחכות עד שהאויב יכה, אלא מותר להקדים ולהנחית עליו מכת מנע ("והכיתם אותם").

הבא להורגך השכם להורגו - בתנ"ך

בתנ"ך נזכרים שלושה אירועים של הגנה עצמית על-פי הכלל של "הבא להורגך" – כולם קשורים לדוד ושאול. באירוע הראשון, דוד ואנשיו נמלטים למדבר עין גדי מפני המלך שאול, שרודף אחריו במטרה להורגו. וכך מסופר בספר שמואל:

וַיִּקַּח שָׂאוּל שְׁלוֹשֶׁת אֲלָפִים אִישׁ בַּחֹר מִכָּל יִשְׂרָאֵל; וַיֵּלֶךְ לְבַקֵּשׁ אֶת דָּוִד וְאֶנְשָׁיו... וַיָּבֵא אֶל גְּדֵרוֹת הַצֹּאן עַל הַדְרָדָּה, וְשָׁם מָעְרָה, וַיָּבֵא שָׂאוּל לְהַסֵּךְ אֶת רִגְלָיו; וַדּוֹד וְאֶנְשָׁיו בְּיַרְכְּתֵי הַמְּעָרָה. וַיֹּאמְרוּ אֲנָשֵׁי דָוִד אֵלָיו, הֲנֵה הַיּוֹם אֲשֶׁר אָמַר יְהוָה אֵלֶיךָ הֲנֵה אֲנוּכִי נוֹתֵן אֶת אוֹיְבֶיךָ בְּיָדְךָ, וְעָשִׂיתָ לוֹ כַּאֲשֶׁר יִטֵּב בְּעֵינֶיךָ; וַיִּקָּם דָּוִד, וַיִּכְרֹת אֶת כַּנֶּף הַמַּעֲיֵל אֲשֶׁר לְשָׂאוּל. וַיְהִי אַחֲרֵי-כֵן, וַיֵּךְ לֵב דָּוִד אוֹתוֹ עַל אֲשֶׁר כָּרַת אֶת כַּנֶּף אֲשֶׁר לְשָׂאוּל. וַיֹּאמֶר לְאֶנְשָׁיו חֲלִילָה לִּי מִיְהוָה, אִם אֶעֱשֶׂה אֶת הַדְּבַר הַזֶּה לְאֲדוֹנָי... לְשָׁלוֹחַ יָדַי בּוֹ, כִּי מִשִּׁיחַ יְהוָה הוּא" (שמואל א, כ"ד, א-ו)

כלומר, לדוד ניתנה הזדמנות להרוג את האיש שביקש את נפשו- והוא לא ניצל אותה. הזדמנות חוזרת נופלת לידי זמן קצר לאחר מכן, כאשר המשיך במנוסתו מפני המלך שאול והסתתר עם אנשיו במדבר זיף. דוד ואבישי בן-צרויה, אחד מלוחמיו, מצליחים להתגנב למחנה של שאול ולהגיע עד למעגל הפנימי שבו ישן המלך, מבלי לעורר חשד. אבישי אומר לו שזו הזדמנות בלתי-חוזרת ("סַגֵּר אֱלֹהִים הַיּוֹם אֶת אוֹיְבֶיךָ בְּיָדְךָ") ומבקש רשות להרוג את שאול ("וְעַתָּה אֶכְנֹו נָא בְּחַיְתִּי בְּאֶרֶץ,

פַּעַם אַחַת¹). אבל דוד מתעלם בפעם נוספת מהכלל "הבא להורגך", באותו נימוק: המלך שאול הוא משיח ה', ולכן אסור להורגו ("כִּי מִי שֶׁלַח יָדוֹ בְּמִשְׁיַח הַיְהוָה וְנִיָּקָה" (שמואל א, כ"ו, ח-ט) באירוע השלישי מעורבים עשהאל, אחיו של יואב בן-צרויה, שר צבאו של דוד, שזה עתה נמשח למלך יהודה, ואבנר בן-נר, שר צבאו של המלך שאול, שמת זמן קצר קודם לכן בקרב עם הפלישתים על הגלבוע. אחרי עימות שהסתיים בהרוגים משני המחנות, זה של יואב וזה של אבנר, נמלט אבנר משדה-הקטל ועשהאל רודף אחריו. בשלב מסוים עוצר אבנר, פונה אל עשהאל ומבקש ממנו שיפסיק לרדוף אחריו; אחרת, ייאלץ להרוג אותו (כהגנה עצמית). עשהאל מסרב ואז "וַיִּכְהוּ אֲבָנֵר בְּאַחֲרֵי הַחֲנִית אֶל הַחוּמֵשׁ וַתֵּצֵא הַחֲנִית מֵאַחֲרָיו, וַיִּפֹּל שָׁם וַיָּמָת תַּחַתָּיו". (שמואל ב, ב' יח-כג)

הגנה עצמית במקורות התלמודיים

המקרה של עשהאל ואבנר מלמד, כי הכלל של "הבא להורגך השכם להורגו", חל רק במצבים שבהם נשקפת סכנת חיים של ממש לצד המותקף או המאויס, ואין לו ברירה אחרת אלא להרוג את התוקף. לדעת פרשני התלמוד, אבנר לא היה חייב להרוג את עשהאל כאקט של הגנה עצמית, אלא רק לנטרל אותו על-ידי פגיעה שאינה קטלנית. יואב בן-צרויה, אחיו של עשהאל, מטיח האשמות קשות באבנר, כפי שמסופר במסכת סנהדרין:

"אמר לו [יואב]: מה הסיבה שהרגת את עשאל? עשאל רודף היה, היה לך להצילו באחד מאיבריו.

לא יכולת לו? כיוונת את החנית לצלע החמישית, באחד מאיבריו האחרים לא יכולת?"¹

ובלשונו של רש"י: "היה לו לאבנר להציל את עצמו באחד מאיבריו של עשאל ולא יהרגנו, שנאמר: רודף אחר חברו להורגו ויכול זה להציל את עצמו באחד מאיבריו של רודף ולא עשה כן, אלא חזר כנגדו והרגו - נהרג עליו". ואכן, יואב ואבישי, אחיו של עשהאל, נקמו את מותו והרגו את אבנר ואנשיו (שמואל ב, ב', לא). בהקשר זה פסק הרמב"ם:

"כל היכול להציל [את נפשו] באבר מאיבריו [של הרודף] ולא טרח בכך אלא הציל בנפשו של

רודף והרגו, הרי זה שופך דמים וחייב מיתה, אבל אין בית-דין ממיתים אותו".²

¹ תלמוד בבלי, מסכת סנהדרין מט, א

² רמב"ם, משנה תורה, הלכות רוצח ושמירת הנפש, פרק א', הלכה י"ג

ובחזרה לפרשת המדיינים. בספר "במדבר רבה", מדרש האגדה על ספר במדבר, שכתבתו מיוחסת לרבי יהודה בן-יקר, מורו ורבו של הרמב"ן, נאמר כך:

"צרור את המדיינים" – למה? "כי צוררים הם לכם". מכאן אמרו חכמים: הבא להרגך השכם להרגו. ר' שמעון אומר: מניין שהמחטיא את האדם יותר מן ההורגו? שההורג הורג בעולם הזה ויש לו חלק לעולם הבא, והמחטיא הורגו בעולם הזה ובעולם הבא".³

בנות מדיין, ובראשן כזבי בת-צור, בתו של אחד מחמשת נשיאי מדיין, שידלו חלק מעם ישראל לזנות ולעבודת אלילים. העונש משמיים הייתה מגיפה, שבה נספו עשרים-וארבעה אלף מבני ישראל. על כך כתב ר' טוביה בן-אליעזר, מחבר המדרש "לקח טוב" (המכונה גם פסיקתא זוטרטא):

"אמר הקדוש-ברוך-הוא: בני נפלו מן המחטיאים והם המחטיאים לא יפלו? וכבר כתבתי בתורה (ויקרא כ) 'ואת הבהמה תהרגו'. ומה בהמה שאין בה דעת, והואיל ובאת תקלה על ידיה - תיהרג, אלו המדיינים שהכשילו את בני על אחת כמה וכמה".⁴

פרשני המקרא עסקו בסוגיית גנב שבא במחותרת ונתפס – האם חל עליו הכלל 'הבא להורגך – השכם להורגו?' המקור הוא בספר שמות: "אם בַּמְחֹתֶרֶת מִצָּא הַגֵּנֵב וְהִקָּה נִמְת, אֵין לוֹ דְּמִים. אִם זָרְחָה הַשֶּׁמֶשׁ עָלָיו דְּמִים לוֹ, שְׁלֵם יְשָׁלֵם, אִם אֵין לוֹ וְנִמְכַר בְּגִנְבָתוֹ" (שמות כב, א-ג). לפי דין תורה, אם הקורבן הרג את הגנב שבא במחותרת, אין הוא נחשב לשופך דמים ("אין לו דמים"), כלומר, לרוצח. אומר על כך רש"י:

"חזקה אין אדם מעמיד עצמו על ממונו וכשרואה שאחר נוטלו ושותק, הלכך יודע הגנב הזה שבעל-הבית עומד על ממונו להצילו...ואמרה תורה: 'אין לו דמים', ומלמדך מאחר שהוא בא להרגך השכם אתה להרגו".⁵

בתלמוד, מסכת סנהדרין, מובאות שתי גישות המתייחסות לשיקולי ההגנה העצמית במקרה של גנב שנתפס במחותרת:

"תנו רבנן: 'אין לו דמים אם זרחה השמש עליו'. וכי השמש עליו בלבד זרחה? אלא: אם ברור לך [לקורבן] הדבר כשמש שאין לו שלום עמך – הרגהו, ואם לאו – אל תהרגהו" ומנגד, ברייתא

³ במדבר רבה, כא, סימן ד

⁴ פסיקתא זוטרטא, במדבר, פרשת פנחס, דף קלב, עמוד א'

⁵ רש"י, שמות כב, א-ג

שנייה בזו הלשון: "אם זרחה השמש עליו דמים לו. וכי השמש עליו בלבד זרחה? אלא: אם

ברור לך כשמש שיש לו שלום עמך – אל תהרגהו, ואם לאו – הרגהו".⁶

הרמב"ם פוסק שגנב שבא במחתרת, כמוהו כמי שרודף אחר חברו להורגו ולכן דמו מותר:

"ומפני מה התירה תורה דמו של גנב, אף-על-פי שבא על עסקי ממון? לפי שחזקתו שאם עמד

בעל-הבית בפניו ומנעו - יהרגנו, ונמצא זה הנכנס לבית חברו לגנוב, כרודף אחר חברו להרגו,

ולפיכך ייהרג, בין שהיה גדול בין שהיה קטן בין זכר בין נקבה".

יחד עם זאת, "היה הדבר ברור לבעל-הבית שזה הגנב הבא עליו אינו הורגו ולא בא אלא על

עסקי ממון, אסור להרגו, ואם הרגו, הרי זה הורג נפש, שנאמר: 'אם זרחה השמש עליו'. אם

ברור לך הדבר כשמש שיש לו שלום עמך, אל תהרגהו. לפיכך אב הבא במחתרת על בנו, אינו

נהרג, שוודאי שאינו הורגו, אבל הבן הבא על אביו נהרג".⁷

הרא"ם (ר' אליעזר בן-שמואל ממיץ), מגדולי תלמידיו של רבנו תם, בן המאה ה-12, מציע פרשנות

מרחיבה לזו של הרמב"ם, ופוסק כי גנב שבא במחתרת בא במטרה להרוג – ולכן דמו מותר.⁸

ולא רק גנב. על-פי חז"ל, כל אדם אשר משוכנע, מעבר לכל ספק, כי נשקפת לו סכנת חיים מצד

אדם אחר, בין במישרין ובין בעקיפין, מותר לו להשכים ולהורגו. בהקשר זה מובא במסכת ברכות

סיפורו של האמורא ר' שילא, שהרג במוט ברזל אדם שהלשין עליו בפני השלטונות (תלמוד בבלי,

מסכת ברכות דף נ"ח, ע"א). באשר למלשינים לשלטונות (הנקראים גם 'מוֹסְרִים') פוסק הרמב"ם:

"מותר להרוג את המוסר בכל מקום... ומותר להרוג קודם שימסור... [אם אמר מראש] הריני

מוסר פלוני בגופו או בממונו ואפילו ממון קל - הרי התיר עצמו למיתה; ומתרים בו ואומרים לו

אל תמסור. אם העיז פניו ואמר לא כי אלא אמסרנו, מצווה להרוגו וכל הקודם להרוגו זכה".⁹

הבא להורגך - בקבלה

היו מקובלים שייחסו את הכלל "הבא להורגך – השכם להורגו" ליצר הרע, שבא ל'הרוג' את האדם

מבחינה רוחנית. לכן, יש להשכים ולהורגו באמצעות תפילה ולימוד תורה. בספר 'תיקוני זוהר',

שכתיבתו מיוחסת לרבי שמעון בר יוחאי, נכתב:

⁶ תלמוד בבלי, מסכת סנהדרין, דף ע"ב, א

⁷ רמב"ם, משנה תורה, הלכות גניבה, פרק ט', הלכות ט"ו

⁸ הרא"ם, "ספר היראים"

⁹ רמב"ם, משנה תורה, הלכות חובל ומזיק, פרק ח', הלכה י'

"ומיד שְׁהוּא תוֹפֵס בָּהּ יִצָר הָרַע, שְׁהוּא שׂוֹד, לֹקֶחַ הָאִישׁ חֶרֶב, שְׁנֵאָמַר בָּהּ רֹמְמוֹת אֶל בְּגֵרוֹנָם (תהילים קמט, ו), שְׁהוּא י' - רֹאשׁ הַחֶרֶב, ו' - גּוֹף הַחֶרֶב, ה' ה' - שְׁתֵּי פִיפּוֹת שְׁלָה, וְשׁוֹחֵט אוֹתוֹ, וּבְגָלְלוּ נֵאָמַר הִבֵּא לְהַרְגֹּד הַשָּׂפָם לְהַרְגוֹ, בְּתַפְלָה, שְׁנֵאָמַר (בראשית יט, כז) וַיִּשְׁכַּם אַבְרָהָם בְּבוֹקֵר".¹⁰

המקובל, חכם יוסף חיים, הרב הראשי של בגדאד בסוף המאה ה-19, הוסיף על כך משלו:

"לכן אמרו רבותינו ז"ל הבא להרגך השכם להרגו, וכתבו חכמי המוסר על יצר הרע שצריך האדם לקום באשמורת להרגו בעסק התורה שבחצות הנקרא 'לילה', שהוא מעולה יותר מעסק התורה בחצות הראשון הנקרא 'ליל' - ר"ת הבא להרוג ישכימו להרגו. ואשרי אנוש יעשה זאת ובן-אדם יחזיק בה, שיהיה נייעור באשמורת בכל לילה בחצות השני לעסוק בתורה".¹¹

סוגיית ההגנה העצמית בראיית פוסקי הדור

הרב משה פיינשטיין (1895-1986), מגדולי פוסקי-ההלכה החרדים לאחר השואה, התייחס באחת מפסיקותיו הרבות לדין "גנב הבא במחתרת", לפיה מותר להרוג את הגנב רק במקרה של גניבה ולא במקרה של גזילה, כלומר, רק בגניבה שנעשתה במחתרת, בהיחבא, ולא בגזילה שנעשתה בגלוי ולעין כל. לשיטתו של הרב פיינשטיין, הסכנה הנשקפת לחייו של בעל-הבית גבוהה בהרבה מצד הגנב ולא הגזלן.¹²

הרב שלמה זלמן אוירבך (1910-1995), מחשובי פוסקי-ההלכה במאה העשרים, קבע כי "מותר לו לאדם להתנגד לגנב ואף להורגו, ואינו חייב למסור לו ממנו, ואין הנגנב צריך לדקדק להציל עצמו באחד מאברי הגנב הבא במחתרת".¹³

עוד הוסיף הרב אוירבך וקבע, כי גם אדם המאיים לשרוף את ביתו של אחר, אף שאינו במפורש בהגדרת 'גנב הבא במחתרת', מותר לאדם המאיים להתנגד לו ואף להורגו.¹⁴

הרב שאול ישראלי (1909-1995), שהיה ראש ישיבת 'מרכז הרב', פסק, בעקבות הרמב"ם, כי ניתנת רשות לכל אדם – ולא רק לקורבן המייד – להרוג את הגנב הבא במחתרת, מאחר שזה התיר עצמו למיתה, כמאמר הכתוב "אין לו דמים".¹⁵

¹⁰ תיקוני זוהר, דף י"א, א'

¹¹ בן איש חי, הלכות שנה ראשונה, פרשת וישלח

¹² שו"ת 'אגרות משה', חושן משפט, חלק ב', סימן נד

¹³ שו"ת 'מנחת שלמה', סימן ז', אות ב'

¹⁴ שם

התייחסות לסוגיית "הבא להורגך", ניתן למצוא בפסיקתו של הרב ישראל מאיר לאו, מי שהיה הרב הראשי לישראל (1993-2003), בזו הלשון:

"יש הבדל בין ישראל לבין גוי, שלישאל רק בדיעבד כאשר אין ברירה אחרת מותר "השכם להורגו"...ואילו בגוי הפסוק אומר "צרור את המדיינים והכיתם אותם"... והחילוק פשוט, שלגבי גויים לא שייך הדין של יכול להציל באחד מאבריו ולא להורגו – ותמיד יהיה ההורגו פטור".¹⁶

הרב והפוסק חיים דוד הלוי, שכיהן כרב הראשי של תל-אביב-יפו (1973-1998), עושה הבחנה בין מלחמה נגד אומה, מתוקף הציווי "צרור את המדיינים" (בהקשר של הסכסוך הישראלי-ערבי), לבין הריגתו של ערבי בודד, שלא הוכח כי יש לו כוונות עוינות, והוא בחזקת "זורח לו השמש". עם זאת, כדבריו, "כאשר אומה חשה בוודאות מוחלטת באויביה הזוממים להתנכל לה, רשאית היא לפתוח במכת מנע, מתוך הכלל הבא להורגך השכם להורגו".¹⁷

כאשר מדובר במחבל ערבי או פלסטיני, ששם לעצמו מטרה להרוג עוד ועוד יהודים ללא הבחנה, יש תמימות-דעים בקרב פוסקי הדור, כי חל עליו דין רודף והוא חייב מיתה. הרב צבי יהודה הכהן קוק (1891-1982), בנו של הראי"ה קוק ופוסק-הלכה בזכות עצמו, כתב בעניין זה:

התורה אמרה, "הבא להרגך השכם להרגו". אדם, שהיה רודף אחר חברו להרגו, אמרה תורה, "הצל דמו של זה בדמו של זה" (סנהדרין ע"ב, ב) "וארור מונע חרבו מדם" (ירמיהו מ"ח). ואם ביחיד הבא להרוג יחיד, כך על אחת כמה וכמה ברבים הבאים להרוג רבים, ולחבל במציאות חיינו בארץ תחייתנו. "כי לא באו לעזרת ה' בגיבורים ואוהביו כצאת השמש בגבורתו" (שופטים ה').¹⁸

בתגובה על גל פיגועי הדקירה של מחבלים פלסטינים, שהחל בסוף 2015, אמר הרב יצחק יוסף, הרב הראשי הספרדי לישראל, כי "אם מחבל מגיע עם סכין - מצווה להרוג אותו [לפי הכלל של] הבא להורגך השכם להורגו. לא להתחיל לפחד שיעשו עליו אחר כך בג"ץ". הרב יוסף הוסיף, כי "ברגע שמחבל עם סכין יידע שהוא לא חוזר חי, זה ירתיע אותו. ברגע שבא עם סכין ורוצה להרוג - מצווה להורגו".¹⁹

¹⁵ שו"ת 'עמוד הימיני', עמ' קפב במהדורה החדשה

¹⁶ שו"ת יחל ישראל, סימן נ"ב

¹⁷ ראה ח' הלוי, דין 'הבא להורגך השכם להורגו' בחיינו הציבוריים, **תחומין** (תשמ"מ), גוש עציון: מכון צומת, עמ' 343

¹⁸ ראה צ' קוק, 'להלכות ציבור: איגרות בנושאים הנוגעים לציבור' (תשמ"ז), סעיף צ"ח

¹⁹ ראה גרוזמן, מ', 'הרב הראשי לישראל בהתקפה ישירה על הרמטכ"ל ובג"ץ' (13.3.2016). אתר NRG

פרק שלישי: גישת המשפט הישראלי בסוגיית ההגנה העצמית

דרישות-הסף להגנה עצמית

סעיף 34-י לחוק העונשין התשל"ז-1977, עוסק בסוגיית ההגנה העצמית, וזו לשונו:

לא יישא אדם באחריות פלילית למעשה שהיה דרוש באופן מיידי כדי להדוף תקיפה שלא כדין שנשקפה ממנה סכנה מוחשית של פגיעה בחייו, בחירותו, בגופו או ברכושו, שלו או של זולתו; ואולם, אין אדם פועל תוך הגנה עצמית מקום שהביא בהתנהגותו הפסולה לתקיפה, תוך שהוא צופה מראש את אפשרות התפתחות הדברים.²⁰

על סמך נוסח הסעיף וכן סעיף 34-טז לחוק העונשין, הקובע שטיעון ההגנה העצמית לא יחול כאשר "המעשה לא היה סביר בנסיבות העניין לשם מניעת הפגיעה", מקובל לסווג את דרישות-הסף להחלת טיעון ההגנה העצמית לארבע קטגוריות: הכרחיות, מיידיות, אי-חוקיות וסבירות.²¹

● **הכרחיות** ("שהיה דרוש"). דרישה לבחון אם תגובת המותקף היא התגובה ההכרחית. למשל, אם אפשר היה לנטרל את התוקף באמצעות פציעתו בלבד, הרי הריגתו תיחשב למעשה לא הכרחי, שאינו מוגן בסייג ההגנה העצמית.²² עם זאת, יש לקחת בחשבון ששימוש בכוח מופחת טומן בחובו סיכונים, ואז מתעוררת שאלה מוסרית אם זה הוגן לכפות סיכונים אלו על המותקף.²³

● **מיידיות** ("באופן מיידי"). דרישה שמטרתה להבטיח שמעשה ההגנה העצמית נועד להדוף סכנה מיידיית ומוחשית, ולא סכנה חולפת או לא ממשית. שכן, "כאשר הסכנה היא רק בפרוטנציה של מימוש בעתיד, אין זה מוצדק מבחינה חברתית להרשות נטילת חייו של התוקף".²⁴

● **אי-חוקיות** ("תקיפה שלא כדין"). דרישה הקובעת כי רק הדיפה של תקיפה לא-חוקית, תיחשב להגנה עצמית. מכאן, שפגיעה בשוטר המפעיל כוח נגד עבריין בניסיון לעוצרו, לא תוגדר כהגנה עצמית.²⁵

²⁰ חוק העונשין התשל"ז-1977, נקבע בוועדת החוקה חוק ומשפט של הכנסת ביום 7 ביוני 1977 לפי סעיף 16(ו) לפקודת סדרי השלטון והמשפט, תש"ח-1948

²¹ ראה ע"פ 8133/09 שחר מזרחי נ' מדינת ישראל, תק-על 2010 (3), 669, 676

²² ראה י' אונגר, 'סייג ההגנה העצמית במקרים של פגיעה חוזרת בידי דמות קבועה', ירושלים (2010), עמ' 4

²³ ראה ג' פלטר, 'הגנה עצמית של נשים מוכות', פלילים ו' (אוקטובר 1997), עמ' 65

²⁴ ראה ע' גרוס, 'האישה המוכה: האם לא הגיע הזמן כי המשפט הפלילי יגן עליה?' הפרקליט, מד, א (תשנ"ח), עמ' 110

²⁵ ראה פלטר, הגנה עצמית, לעיל עמ' 74

● **סבירות** ("יתקיפה שנשקפה ממנה סכנה מוחשית"). התגובה חייבת להיות שקולה באופן יחסי לפגיעה. כך, שימוש בנשק חם כדי לסכל כוונה של התוקף לסטור על לחיו של המותקף, ייחשב לתגובה לא-סבירה. דרישה זו מבוססת על איזון בין ערכים מתנגשים. מאחר שערך החיים עולה על ערך שלמות הגוף, אין כל הצדקה ליטול את חייו של אדם כדי להגן על שלמות גופו של אדם אחר.²⁶ בהקשר זה, בית-המשפט נדרש לתת את הדעת גם ליחסי-הכוחות בין הצדדים. לדוגמה, כאשר גבר המותקף באגרופים יורה למוות בתוקפו, תגובתו תיחשב לא-סבירה. לעומת זאת, כאשר אישה יורה בגבר מכה, תגובתה לא תיחשב בהכרח לא-סבירה, אם יתברר כי זו הייתה האפשרות היחידה שלה להתגונן.²⁷

"חוק דרומי"

סעיף 34-י לחוק העונשין עמד למבחן בשנת 2007, בעקבות מה שנודע כ"פרשת שי דרומי", על שמו של חקלאי בעל חוות בודדים בדרום הר חברון שבנגב. דרומי, מגדל כבשים, סבל במשך תקופה ארוכה ממעשי ביזה של פורצים מכפרי הסביבה (שבזו גם חוות שכנות). ב-13 בינואר 2007, בשעת לילה, הבחין דרומי בארבעה פורצים, ירה למוות באחד מהם ופצע את האחר. שני הנותרים נמלטו. בעקבות האירוע הוא נעצר והועמד לדין בבית-המשפט המחוזי בבאר שבע, באשמת הריגה.²⁸ אחת מדרישות-היסוד של ההגנה העצמית היא פרופורציה (מתאם) בין הסכנה הנשקפת למתגונן, אם יימנע מלהפעיל כוח-מגן בעוצמה מסוימת נגד התוקף, לבין הסכנה הנשקפת לתוקף אם יופעל כוח זה. מדובר בדרישה הכרחית וחשובה, אם כי לא מוחלטת. הרציונל שמאחורי ההגנה העצמית, המבוסס על אשמת התוקף, האוטונומיה של הנתקף והסדר החברתי-המשפטי, אינו מחייב שוויון בין הסכנות.²⁹

עם זאת, עד לפרשת דרומי נטתה הפסיקה הישראלית להחמיר עם המתגוננים, תוך הקפדה על דרישות הנחיצות והפרופורציה. על רקע זה התעורר החשש, כי בית-המשפט לא יקבל את טענת ההגנה העצמית של דרומי. חשש זה, אותו חלקו חברי-כנסת רבים אשר הצדיקו את מעשהו של

²⁶ ראה אונגר לעיל, עמ' 4

²⁷ ראה ד' ברק-ארז, 'האישה הסבירה', פלילים ו' (אוקטובר 1997), עמ' 122-123

²⁸ ראה ת"פ (מחוזי באר שבע), 1010/07, מדינת ישראל נ' דרומי

²⁹ ראה ב' סנג'רו, 'הייהפך הצידוק לפטור של חסד? הגנת בית המגורים ("חוק דרומי") כמקרה מבחן לרציונל המצדיק הגנה עצמית ולהלכה הישראלית'. משפט וממשל (2011), י"ג, עמ' 95

החקלאי מהדרום, הניע אותם ליזום תיקון לחוק העונשין (שזכה לכינוי "חוק דרומי"). התיקון, סעיף 34-י(1), אושר ברוב גדול בכנסת, ביוני 2008, עוד במהלך משפטו של דרומי, וזו לשונו:

(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.

(ב) הוראת סעיף קטן (א) לא תחול אם – (1) המעשה לא היה סביר בעליל, בנסיבות העניין, לשם הדיפת המתפרץ או הנכנס; (2) האדם הביא בהתנהגותו הפסולה להתפרצות או לכניסה, תוך שהוא צופה מראש את אפשרות התפתחות הדברים.

(ג) לעניין סעיף זה, "משק חקלאי" – לרבות שטח מרעה ושטח המשמש לאחסון ציוד וכלי רכב.³⁰ כלומר, התיקון לחוק מקנה לבעל הרכוש היתר להגנה עצמית נגד פורצים, כל עוד (1) ההגנה העצמית שנקט היא בגדר הסביר; (2) הפריצה לא הייתה תוצאה של התנהגות פסולה שלו.

הבחנה בין צידוק ופטור בפסיקה

במשפט הפלילי המודרני קיימת הבחנה ברורה בין **צידוק** (justification) לבין **פטור** (excuse), שניהם סייגים לאחריות פלילית - אקט של הגנה עצמית שבנסיבות רגילות היה נחשב לעבירה, לא בהכרח מטיל על מבצעו אחריות פלילית.

השיקול שמאחורי צידוק המעשה הוא ערכי-מוסרי. בית-המשפט קובע, כי בנסיבות המיוחדות שבהן נעברה העבירה, המעשה אינו רע, אלא טוב וראוי – הן מוסרית הן משפטית. כך, לדוגמה, החוק פוטר מעונש אדם בלתי-שפוי שעבר עבירה, משום שאין טעם להטיל עליו אחריות פלילית, אם כי אין בכך כדי להצדיק את מעשהו. השיקול מאחורי הפטור נובע מהבנת החולשה האנושית של העושה ו/או של המצב הקשה שאליו נקלע, ולא מהצדקה מוסרית של המעשה.³¹

מקובל מאוד לסווג את ההגנה העצמית כצידוק ולא כפטור, מה שמעורר את השאלה: מדוע מערכת המשפט מצדיקה (ובכך מעודדת) ביצוע עבירות פליליות האסורות על-פי החוק? התשובה,

³⁰ ראה חוק העונשין (תיקון מס. 98), התשס"ח-2008, ס"ח 608

³¹ ראה ב' סנגירו, 2011, לעיל, עמ' 97

כאמור לעיל: המחוקק לקח בחשבון שלושה מרכיבים חשובים העומדים לזכותו של המתגונן ומצדיקים את מעשהו, והם - האוטונומיה שלו, אשמת התוקפן והסדר החברתי-המשפטי.³² ההבחנה בין צידוק לבין פטור אינה מנוסחת אומנם כסעיף בחוק העונשין, אך היא מקובלת מאוד בתחום המשפט הפלילי, בעולם וגם בישראל. בית-המשפט העליון השתמש בהבחנה חשובה זו במספר פסקי-דין. להלן שניים מהם:³³

● שמואל יחזקאל, שוטר בשירות חובה במשמר הגבול, נקלע ב-8.11.2005 עם יחידתו להתפרעות קשה של עשרות פלסטינים, בכפר עיסאווייה במזרח ירושלים. במהלך העימותים נפגע יחזקאל בגבו ונותר שכוב על הכביש. אחד המתפרעים טיפס לתא הנהג של רכב טרנזיט שחנה בסמוך, ויחזקאל הבין שבכוונתו לדרוס אותו. הוא קרא לו שלוש פעמים לעצור לפני שהוא יורה, ומשלא נענה, ירה לעברו שלוש יריות. אחד הכדורים פגע בגבו של הפלסטיני והרגו.

בית-המשפט אימץ את גרסתו של יחזקאל לגבי האופן שבו תפס את הסיטואציה בזמן אמת ("הנהג ניסה לעלות לטרנזיט, ואז החלטתי לירות בו כיוון שהרגשתי חשש לחיי, כי אם הוא יעשה רוורס הוא ידרוס אותי...הרגשתי סכנה מיידית לי ולסובבים אותי").³⁴

בפסק-הדין נעזר השופט אליקים רובינשטיין בהבחנה בין צידוק של הגנה עצמית לבין פטור של הגנה עצמית מדומה, כבסיס לזיכוי של השוטר, על אף שלדעת בית-המשפט הוא טעה בהערכת הסכנה והפעיל כוח קטלני נגד תוקף מדומה: "השאלה המונחת לפתחנו היא, האם התנהגותו של המשיב חוסה תחת כנפי 'ההגנה הפרטית המדומה' – קרי, השילוב בין סייג הטעות (שבסעיף 34- יח) – ובין סייג ההגנה העצמית (שבסעיף 34-ג). תשובה חיובית לשאלה, אין משמעה כי צדק המשיב בכך שירה במנוח; משמעותה היא כי בנסיבות העניין אין זה ראוי להטיל עליו אחריות פלילית בגין התנהגותו".³⁵

● סאמי שיבלי, עורך-דין מהכפר שיבלי שבצפון, נקלע ב-8.3.2008 למלכודת מתוכננת של שלושה רעולי-פנים חמושים באלות שהתנפלו עליו. בתגובה שלף אקדח שנשא ברישיון, וירה שש יריות

³² ראה ב' סנג'רו, 'הגנה עצמית במשפט הפלילי', ירושלים (2000), נבו הוצאה לאור, עמ' 129-133

³³ ראה שם, עמ' 96

³⁴ ראה ע"פ 6392/07, מדינת ישראל נ' יחזקאל

³⁵ ראה שם, פסי' כ"ו לפסק-דינו של השופט רובינשטיין

לעבר התוקפים. כתוצאה מהירי נהרג אחד התוקפים, והשניים האחרים נפצעו קשה. מייד לאחר האירוע הסגיר עצמו שיבלי למשטרה, והיה עצור במשך שלושה שבועות עד להגשת כתב האישום. בית-המשפט המחוזי בנצרת זיכה את שיבלי מאשמת הריגה (מכוח ההגנה שבסעיף 34-י לחוק העונשין) ומגרימת חבלה בכוונה מתמירה, וקבע כי "הירי היה פעולה סבירה בנסיבות העניין, פעולה שנועדה להדוף את שלושת תוקפיו, תקיפה ממנה נשקפה סכנה מוחשית לפגיעה בשלמות גופו ואף בחייו".³⁶

בעקבות הזיכוי, הגיש שיבלי בקשה לבית-המשפט המחוזי בנצרת לפיצוי בגין מעצרו ובגין הוצאות, מכוח סעיף 80 לחוק העונשין.³⁷ שופט בית-המשפט המחוזי דחה את הבקשה, ועל כך עתר שיבלי לבית-המשפט העליון.³⁸ שופטי העליון קיבלו את ערעורו והורו למדינה לפצות אותו על תקופת מעצרו, וכן על ההוצאות שנגרמו לו עקב המקרה (כולל תשלום פיצויים למשפחת ההרוג במסגרת 'סולחה'). בנימוקי פסק-הדין כתב השופט רובינשטיין, בין היתר:

את כל ששת הכדורים, שנורו ברציפות בזה אחר זה, יש לראות כתגובה אחת של הנאשם כלפי תוקפיו. הנני מתקשה לשפוט את שיקול-דעתו של אדם, המוצא עצמו בסיטואציה שכזו, מבוהל ומבועת, עומד מול שלושה ביריוניים רעולי פנים, האוחזים אלות כבדות וארוכות בידיהם ומכים בו מכל עבר. אין זה הגון כלפי הנאשם... לשאול האם היה עליו לעצור את הירי בשלב מסוים, [אן] לנסות ולברוח... [אן] לירות באוויר על מנת להרתיע את תוקפיו, וכך הלאה. ניתוח קר שכזה איננו לוקח בחשבון את הלך-הנפש של אדם מבועת, המצוי בעיצומה של התנפלות רבתי עליו, וכל שהוא מנסה לעשות – למלט את נפשו מפני תוקפיו.³⁹

סייג ההגנה העצמית של קורבנות תקיפה חוזרת

החוק מקנה לבתי-המשפט את הסמכות להקל בעונשם של קורבנות תקיפה והתעללות חוזרת ומתמשכת על-ידי אותו תוקפן (כמו לדוגמה נשים מוכות ובעלים מכים), ובעונשם של מי שנחלצו לעזרת בן-משפחתם שנפל קורבן להתעללות שכזאת. הגישה המקלה מסתמכת, בין היתר, על

³⁶ ראה ת"פ 28/08, מדינת ישראל נ' סאמי שיבלי

³⁷ חוק העונשין התשל"ז-1977 (תיקון 41 לסעיף מס' 80), התשנ"ה-1995: הוצאות ההגנה מאוצר המדינה [יא/43] [תשל"א], תשל"ה] חוק סדר. התיקון לסעיף 80 קובע, כי "משפט שנפתח שלא דרך קובלנה וראה בית-המשפט שלא היה יסוד להאשמה, או שראה נסיבות אחרות המצדיקות זאת, רשאי הוא לצוות כי אוצר המדינה ישלם לנאשם הוצאות הגנתו ופיצוי על מעצרו או מאסרו בשל האשמה שממנה זוכה, או בשל אישום שבוטל... בסכום שייראה לבית-המשפט"

³⁸ ראה ע"פ 1109/09, סאמי שיבלי נ' מדינת ישראל

³⁹ ראה שם, פסקה ד'

ממצאי מחקרים בנושא "תסמונת האישה המוכה", המצביעים על שלושה גורמים עיקריים, שבגללם אישה מוכה מוכנה להמשיך ולחיות תחת אותה קורת-גג עם גבר מכה: מעגל אלימות, חוסר אוניס נרכש והיעדר אלטרנטיבה.⁴⁰

על רקע זה נשמעה טענתם של חוקרים בתחום, שסייג ההגנה העצמית אינו נותן מענה למצוקות האמיתיות של אישה מוכה. לדבריהם, הסייג מתייחס למאבק בין שני גברים זרים, שווי-כוחות, שהמפגש הטעון ביניהם הוא חד-פעמי. אחת מדרישות-הסף של סייג זה היא **דרישת ההכרחיות**, המבוססת על ההנחה שההתקפה היא חד-פעמית, ושאינן הצדקה לתגובה קשה, אם אפשר להדוף את התוקף בתגובה קשה פחות. לעומת זאת, אישה מוכה שתגיב תגובה 'רכה', עלולה לגרור תקיפת-נגד קשה הרבה יותר של המכה.⁴¹

דרישת-סף נוספת היא **דרישת המיידיות**, המבוססת על ההנחה שמבחינה מוסרית לא נכון להתיר את דמו של התוקף, כאשר הסיכון הנשקף למותקף הוא פוטנציאלי בלבד. כנגד זה מושמעת הטענה, שדרישה זו אינה משקפת את מצבן המורכב של נשים מוכות. הן חיות בתחושת סיכון קבועה, גם אם לא מדובר בסכנה מיידית לחייהן.⁴² האישה המוכה חיה בתחושת איום מתמדת, ו"איום מתמיד זה הוא למעשה 'הגשר' על פער זמן התגובה, בין האלימות שניחתה עליה ובין תגובתה המאוחרת".⁴³

לצד הקריאות להרחבת גודל טיעון ההגנה העצמית, יש גם הסתייגויות. אחת מהן גורסת, כי הדבר עלול לתת לגיטימציה לנשים מוכות 'לקחת את החוק לידיים', דבר שיוביל בסופו של דבר לפגיעה קשה בזכות לשלמות הגוף ולחיים שיש גם למתעלל.⁴⁴ חשש נוסף הוא, שנשים רבות תראינה בכך מעין רישיון לחסל את בן-זוגן בנימוק של הגנה עצמית, ואולי אף יהרגו אותו בטעות, שלא לצורך הגנה עצמית.⁴⁵ אחד החוקרים מרחיק לכת וטוען, שמתחת גבולותיו של טיעון ההגנה העצמית, משמעה מתן היתר לאישה מוכה להוציא להורג את בעלה.⁴⁶

⁴⁰ ראה י' אונגר, 'סייג ההגנה העצמית במקרים של פגיעה חוזרת בידי דמות קבועה'. ירושלים (2010), הכנסת, מרכז המחקר והמידע, עמ' 5

⁴¹ Schneider, E. Equal Rights to Trial for Women: Sex-Bias in the Law of Self-Defense, *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, 15 (1980, p. 623)

⁴² ראה ע' גרוס, 'האישה המוכה: האם לא הגיע הזמן כי המשפט הפלילי יגן עליה?' **הפרקליט**, מד, א, תל-אביב (1998), עמ' 110

⁴³ ראה שם, עמ' 105

⁴⁴ ראה שם, עמ' 137-138

⁴⁵ ראה שם, עמ' 125

⁴⁶ ראה ב' סנגירו, 2000, לעיל, עמ' 402

מנגד, הרחבת הסייג, במקרה של הגנה עצמית מוצדקת, מקנה לא רק לאישה המוכה את הזכות להמית את בעלה, אלא גם לאחרים שעשויים לבקש להיחלץ להגנתה. בהקשר זה, ידוע המקרה של החייל שוקי בסו, שהיה עד ראייה למסכת ההתעללות הקשה של אביו באימו. באוקטובר 1993, כשחזר מהבסיס לחופשת חג בביתו, רוקן בהתקף אמוק בלתי-נשלט מחסנית שלמה לגופו של אביו, ולא הותיר לו כל סיכוי. מייד לאחר מכן נסע לתחנת המשטרה בכפר-סבא ואמר לשוטרים: "אבא מירר לנו את החיים. לא שלטתי בעצמי. יריתי בו. גאלתי את המשפחה שלי ממנו". בסו הורשע בהריגה ונידון לעשר שנות מאסר.⁴⁷

ישנם מומחים למשפט פלילי הסבורים, שאין צורך להרחיב בחוק את גדרי ההגנה העצמית, אלא להסתפק בדרכים חלופיות למתן הגנה משפטית לנשים מוכות, כמפורט להלן:

● **הרחבה פרשנית של יסודות סייג ההגנה העצמית**, שתיעשה על-ידי בית-המשפט. לדוגמה:

הכללת איום מילולי חריף של בעל מתעלל על אשתו שירצח אותה, בהגדרת "תקיפה";⁴⁸ הרחבה של דרישת המיידיות, ולפיה חייה של האישה המוכה הם מסכת מתמשכת של תקיפות, וכל מעשה שנועד להפסיקן מקדים את התקיפה הבאה, אף שזו עדיין לא התממשה;⁴⁹ הרחבה פרשנית של דרישת הסבירות, שלפיה גם תגובה שאינה שווה בעוצמתה לעוצמת התקיפה, או אינה מידתית ביחס לנזק שעלול להיגרם בשל התקיפה, תיחשב בנסיבות מסוימות תגובה סבירה.⁵⁰

● **הפחתת האחריות הפלילית**: לדוגמה, סייג ההגנה העצמית בצירוף סייג הטעות במצב דברים,

כאמור בסעיף 34-יח לחוק העונשין.⁵¹ בדרך זו, מותקף שסבר לתומו שההתקפה כנגדו עלולה לאיים על חייו או על גופו, בעוד מצב הדברים האמיתי לא היה כזה, יוכל לטעון להיעדר אחריות פלילית למעשיו בשל "הגנה עצמית מדומה". שימוש בהגנה מסוג זה עשוי לפטור חלק מנפגעי התעללות חוזרת מאחריות פלילית למעשים שנועדו, לפי מיטב שיפוטם, להגן עליהם מפני איום שנשקף לגופם או לחייהם.⁵²

⁴⁷ ראה תפ"ח 416/93, מדינת ישראל נ' שוקי בסו, פ"ד נ"ד (3) 281

⁴⁸ ראה גרוס, 1998, לעיל, עמ' 109-110

⁴⁹ שם

⁵⁰ שם, עמ' 112-119

⁵¹ ראה חוק העונשין התשל"ז-1977, טעות במצב דברים (תיקון מס' 39) תשנ"ד-1994

⁵² ראה י' אונגר, 2010, לעיל, עמ' 10

● **הקלה בעונש:** באופציה המוצעת, האחריות הפלילית נותרת בעינה, אך בית-המשפט מתחשב בנסיבות המיוחדות של המתגונן. ניתן להקל בעונש בהתבסס על "דוקטרינת הקינטור", כפי שהיא מנוסחת בחוק העונשין (סעיף 301). על-פיה, לא יואשם אדם ברצח אם "קדמה התגרות בתכוף למעשה". פרשנות רחבה תאפשר לנשים מוכות שפגעו בתוקפן לטעון להגנת הקינטור, ובכך להביא לשינוי סעיף האישום מרצח להריגה.⁵³

פרשת כרמלה בוחבוט, אישה מוכה שבפברואר 1994 ירתה למוות בבעלה המתעלל, ברובה הצבאי של בנה החייל, עשתה בשעתו כותרות בתקשורת, והביאה לתיקון בחוק העונשין. בוחבוט הודתה בהריגת בעלה ונידונה לשבע שנות מאסר. העונש החמור (שהופחת מאוחר יותר, לאחר הגשת עירעור, לשלוש שנים) עורר ביקורת ציבורית, ובעקבות זאת נוסף תיקון לחוק העונשין, אשר קבע כי "ניתן להטיל עונש קל מהקבוע בסעיף 300, אם נעברה העבירה ... כשהנאשם היה נתון במצב של מצוקה נפשית קשה, עקב התעללות חמורה ומתמשכת בו או בבן משפחתו, בידי מי שהנאשם גרם למותו", וכן "במצב שבו מעשהו של הנאשם חרג במידה מועטה, בנסיבות העניין, מתחום הסבירות הנדרשת לפי סעיף 34-טז לשם תחולת הסייג של הגנה עצמית, צורך או כורח".⁵⁴

⁵³ ראה ע"פ 6353/94 כרמלה בוחבוט נ' מדינת ישראל, פ"ד מט (3), 647, 654-655.
⁵⁴ ראה חוק העונשין התשל"ז-1977, עונש מופחת (תיקון מס. 44), התשנ"ה-1995.

פרק רביעי: השוואה בין שתי הגישות המשפטיות

בפרשת החקלאי שי דרומי, שירה למוות בפורץ שהתגנב לחוותו, מתבקשת ההשוואה עם הפסיקה ההלכתית בסוגיית "גנב שבא במחתרת". שתי הגישות המשפטיות, הן זו של המשפט העברי והן זו של המשפט הישראלי, מבוססות על עיקרון ההגנה העצמית.

על-פי הפסוק "אִם בַּמְחֲתָרֶת יִמָּצָא הַגֵּנֵב וְהִכָּה וְנָמַת, אֵין לוֹ דָּמִים" (שמות כב, א), אדם שהרג פורץ שפלש בחשאי (גנב שבא במחתרת) לביתו או לחצרו, אינו נחשב לשופך דמים (כלומר, לרוצח). לפי רש"י, הגנב יודע שבעל-הבית לא יעמוד מנגד בשעה שהוא מבצע את זממו, ולכן, מאחר שהוא עלול להרוג את בעל-הבית, מותר לאחרון להשכים ולהורגו.⁵⁵

הרמב"ם התיר להרוג גנב שבא במחתרת, גם אם התכוון לבזוז ולא להרוג. מדוע? משום שאם בעל-הבית יפתיע אותו בשעת מעשה, סביר להניח שהוא יהרוג אותו, ולכן "נמצא זה הנכנס לבית חברו לגנוב, כרוף אחר חברו להורגו, ולפיכך ייהרג".⁵⁶

שי דרומי הפתיע את הפורצים לחוותו באישון לילה, ירה והרג אחד מהם. בעת שאירע המקרה, בתחילת 2007, היה בתוקף סעיף 34-י לחוק העונשין, שנטה להחמיר עם מתגוננים שהרגו פורצים וטענו להגנה עצמית. כאן התערב המחוקק ואישר בהליך מזורז תיקון לחוק העונשין, לפיו "לא יישא אדם באחריות פלילית למעשה שהיה דרוש באופן מיידי כדי להדוף מי שמתפרץ או נכנס לבית המגורים, בית-העסק או המשק החקלאי המגודר, שלו או של זולתו, בכוונה לבצע עבירה".⁵⁷ בהקשר זה מוסיף המשפטן אליאב שוחטמן, מומחה למשפט עברי, כי "אילו עמד שי דרומי לדין בפני בית-דין הדין תורה - היה יוצא זכאי. למעשה, אפשר שכלל לא היה מוגש נגדו כתב אישום". זאת, משום שמדובר בעיקרון ההגנה העצמית, שמכוחו מותר לאדם לפגוע על מנת להרוג במי שרודף אחריו, או אחרי זולתו, ומאיים על חייו. במקרה של דרומי, הוא מצוין, חל הכלל 'הבא להורגך השכם להורגו', ועיקרון זה, שמקורו במשפט העברי, אומץ על-ידי מערכות המשפט בישראל ובמדינות רבות בעולם.⁵⁸

⁵⁵ ראה רש"י, שמות כב, א-ג

⁵⁶ ראה רמב"ם, משנה תורה, הלכות גניבה ט, ז

⁵⁷ ראה חוק העונשין (תיקון מס. 98), התשס"ח-2008, ס"ח 608

⁵⁸ ראה א', שוחטמן, 'שי דרומי זכאי'. תל-אביב: מקור ראשון (2007)

דעה דומה הביע הרב אבי גיסר, ראש מכון 'משפטי ארץ', העוסק במחקר יישומי של המשפט העברי. לדבריו, 'חוק דרומי' חופף במידה רבה למשפט העברי, בדין המקביל של 'גנב הבא במחתרת', המתיר לפגוע בגנב. זאת, בהנחה שהמותקף לא יישב בחיבוק ידיים אלא ינסה לסכל את זממו של הגנב. במקרה כזה, קיים חשש ממשי שהגנב עלול לפגוע בו. "חשיבותו של התיקון לחוק בכך, שהוא מתיר להפעיל כוח בלתי-מידתי כנגד פורצים וגנבים, לצורך הגנה על רכוש".⁵⁹

המקרה של שמואל יחזקאל, שוטר משמר הגבול, שירה למוות בפלסטיני אשר ניסה, לטענתו, לדרוס אותו – אף הוא עולה בקנה אחד עם כלל-המפתח של המשפט העברי, "הבא להורגך השכם להורגו". בית-המשפט העליון זיכה אותו מכל אחריות פלילית, על אף שלדעת השופטים, הוא טעה בהערכת הסכנה והפעיל כוח קטלני נגד תוקף מדומה.⁶⁰

סאמי שיבלי, ערבי-ישראלי מכפר בצפון הארץ, נאלץ להדוף שלושה ביריוניים רעולי-פנים שהתנפלו עליו באלות. הוא ירה לעברם שישה קליעים, הרג אחד ופצע את שני הנותרים. בית-המשפט זיכה אותו מאשמת הריגה, כשלזכותו עומדת טענת ההגנה העצמית.⁶¹ במקרים מסוג זה, המשפט העברי דרש חובת מידתיות, כלומר, מאמץ להדוף את התוקף בפגיעה שאינה קטלנית באחד מאיברי גופו. כפי שפסק הרמב"ם: "כל היכול להציל באבר מאבריו, ולא טרח בכך אלא הציל את נפשו בנפשו של רודף והרגו, הרי זה שופך דמים וחייב מיתה".⁶² במשפטו של שיבלי עלתה השאלה אם היה עליו לעצור את הירי בשלב מסוים, או אולי לירות באוויר בניסיון להרתיע את תוקפיו. אך שופטי העליון הזדהו עם תגובתו ומצבו הנפשי של המותקף וטענו, שעצם הצגת השאלה אינה הוגנת, בהתחשב בכך שמדובר באדם מבוועת עד מוות, שנלחם על חייו מול שלושה תוקפים אלימים.

בהקשר זה יצוין, כי ביולי 2015 הגישו ארבעה חברי כנסת – ניסן סלומינסקי, בצלאל סמוטריץ', יואב בן-צור ומיקי זוהר - הצעת תיקון להצעת חוק יסודות המשפט, התשע"ה-2015. הארבעה מבקשים להחליף את סעיף 1 בחוק יסודות המשפט, התש"ס-1980, בסעיף הבא: "ראה בית-

⁵⁹ ראה א', גיסר, 'חוק דרומי תואם את רוח ההלכה'. עופרה (2016): מכון 'משפטי ארץ'

⁶⁰ ראה ע"פ 6392/07, מדינת ישראל נ' שמואל יחזקאל

⁶¹ ראה ת"פ 28/08, מדינת ישראל נ' סאמי שיבלי

⁶² ראה רמב"ם, הלכות רוצח ושמירת הנפש, א, יג

המשפט שאלה משפטית הטעונה הכרעה ולא מצא לה תשובה בדבר חלקיקה או בהלכה פסוקה, יכריע בה על-פי עקרונות המשפט העברי, החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל; בהיעדר תשובה משפטית לאור עקרונות אלה, תוכרע השאלה על דרך היקשי.⁶³ עוד כוללת ההצעה סעיף חדש (סעיף 3), וזו לשונו: (א) "יוקם מכון להנגשת המשפט העברי בשיתוף עם הנהלת בתי-המשפט ולשכת עורכי-הדין בישראל; (ב) הנהלת המכון תהיה מורכבת מנציגי משרד המשפטים, נציג לשכת עורכי-הדין בישראל ונציג הנהלת בתי-המשפט; (ג) שר המשפטים יקבע בתקנות את אופן הקמת המכון ודרך ניהולו".⁶⁴ מכל הידוע לי, עד לסיום כתיבתה של עבודה זו, החוק לא הוגש עדיין לאישור.

⁶³ הצעת חוק יסודות המשפט (תיקון – עקרונות המשפט העברי), התשע"ה-2015. ירושלים, הכנסת ה-20

⁶⁴ ראה שם

פרק חמישי: סיכום

בעבודה זו סקרתי שתי גישות משפטיות בסוגיית ההגנה ההגנה – גישת המשפט העברי, החל במקורות הראשוניים הקדומים ביותר (התנ"ך), המשך במקורות התלמודיים ובפסיקות של חז"ל וכלה במדגם מייצג של פסיקות בנות זמננו (כפוף לאילוצי המקום).

מן הסקירה עולה, כי עיקרון ההגנה העצמית עובר כחוט השני בשתי הגישות המשפטיות, אומנם בשינויי סגנון ובחלק המקרים בדגשים שונים, אבל הכלל של "הבא להורגך השכם להורגו", שמקורו בפרשת המדיינים, בספר במדבר, נשמר בקווים כלליים מאז ועד היום, במשך אלפי שנים. סוגיה נוספת ששורשיה בספר הספרים, היא סוגיית "הגנב שבא במחתרת". על שלושת הפסוקים בספר שמות, אשר מסכמים את הסוגיה בסגנון תמציתי, נכתבו תילי-תילים של פרשנויות. גם סוגיה זו עשתה 'קפיצת דרך' של אלפי שנים, ומצאה את מקומה הראוי במספר פסיקות עקרוניות של בתי-המשפט בישראל. הפסיקה הידועה מכולן ניתנה בפרשת החקלאי שי דרומי, שירה למוות בפורץ שניסה לגנוב כבשים מחוותו, ואף זכה לכך שהמחוקק יתקן 'לכבודו' את חוק העונשין. בהשוואה שעשיתי (בפרק הרביעי) בין מספר פסקי-דין שניתנו בתיקים פליליים, ניתן למצוא טביעת אצבעות ברורה של המשפט העברי, לפחות בשניים מהעקרונות שנחקקו בימי קדם: "הבא להורגך השכם להורגו" ו"גנב הבא במחתרת".

גם בסוגיית ההגנה העצמית של קורבנות תקיפה חוזרת של אותו מתעלל, כשהכוונה היא בעיקר לנשים מוכות – ניתן למצוא הד לפסיקות של חכמי ישראל לדורותיהם. עם זאת, חשוב לציין כי בימי קדם לא הייתה בעם ישראל תופעה של נשים מוכות ההורגות אל בעליהן.

בתשובה לשאלת המחקר, שהיא: **האם סוגיית ההגנה העצמית במשפט העברי הקדום, הטביעה**

חותם על המשפט הישראלי הפלילי בן זמננו?

כפי שצינתי לעיל, וכפי שעולה מהסקירה שנעשתה בעבודה זו, ניתן לקבוע במידה רבה של ודאות, כי פסקי-ההלכה של חכמי הדורות בסוגיית ההגנה העצמית, מצאו במקרים רבים את דרכם אל פסקי-הדין של שופטי ישראל בזמננו. הביטוי האקטואלי ביותר לכך הוא המקרה של אלאור אזריה החייל היורה מחברון, שהואשם בהריגת מחבל 'חסר אוניס' (לטענת התביעה), ואילו הוא וסנגוריו טוענים לחפותו בהסתמך על הכלל הקדום "הבא להורגך השכם להורגו".

בעת שעבודה זו נכתבת, מגיע המשפט לשלב ההכרעה. ניתן לשער, במידה רבה של ודאות, כי הכלל הזה ייכלל הן בנאומי ההגנה והתביעה והן בהכרעת הדין של חבר השופטים.

ביבליוגרפיה

חוקים

- הצעת חוק יסודות המשפט (תיקון – עקרונות המשפט העברי), התשע"ה-2015. ירושלים, הכנסת ה-20
- חוק העונשין התשל"ז-1977, נקבע בוועדת החוקה חוק ומשפט של הכנסת ביום 7 ביוני 1977 לפי סעיף 16(ו) לפקודת סדרי השלטון והמשפט, תשי"ח-1948
- חוק העונשין התשל"ז-1977, טעות במצב דברים (תיקון מס' 39) תשנ"ד-1994
- חוק העונשין התשל"ז-1977, עונש מופחת (תיקון מס. 44), התשנ"ה-1995
- חוק העונשין התשל"ז-1977 (תיקון 41 לסעיף מס' 80), התשנ"ה-1995: הוצאות ההגנה מאוצר המדינה [יא/43] [תשל"א, תשל"ה] חוק סדר
- חוק העונשין (תיקון מס. 98), התשס"ח-2008, ס"ח 608

פסיקה

- ע"פ 6353/94 כרמלה בוחבוט נ' מדינת ישראל, פ"ד מט (3), 647, 654-655.
- ע"פ 6392/07, מדינת ישראל נ' שמואל יחזקאל
- ע"פ 1109/09, סאמי שיבלי נ' מדינת ישראל
- ע"פ 8133/09 שחר מזרחי נ' מדינת ישראל, תק-על 2010 (3), 669, 676
- תפ"ח 416/93, מדינת ישראל נ' שוקי בסו, פ"ד נ"ד (3) 281
- ת"פ (מחוזי באר שבע), 1010/07, מדינת ישראל נ' שי דרומי
- ת"פ 28/08, מדינת ישראל נ' סאמי שיבלי

מאמרים

- אונגר, י', 'סייג ההגנה העצמית במקרים של פגיעה חוזרת בידי דמות קבועה' (2010). ירושלים: הכנסת, מרכז המחקר והמידע
- ברק-ארז, ד', 'האישה הסבירה', פלילים ו' (אוקטובר 1997), עמ' 122-123
- גרוס, ע', 'האישה המוכה: האם לא הגיע הזמן כי המשפט הפלילי יגן עליה?' הפרקליט, מד, א, תל-אביב (תשנ"ח), עמ' 110
- סנג'רו, ב', 'הגנה עצמית במשפט הפלילי', ירושלים (2000), נבו הוצאה לאור
- סנג'רו, ב', 'הייהפך הצידוק לפטור של חסד? הגנת בית המגורים ("חוק דרומי") כמקרה מבחן לרציונל המצדיק הגנה עצמית ולהלכה הישראלית'. משפט וממשל (2011), י"ג
- פלטשר, ג', 'הגנה עצמית של נשים מוכות', פלילים ו' (אוקטובר 1997), עמ' 65

Schneider, E. Equal Rights to Trial for Women: Sex-Bias in the Law of Self-Defense, *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, 15 (1980, p. 623)

ביבליוגרפיה

משפט עברי: ספרות הפסיקה

במדבר רבה, כא, סימן ד
בן איש חי, הלכות שנה ראשונה, פרשת וישלח
הרא"ם, "ספר היראים"
פסיקתא זוטרותא, במדבר, פרשת פנחס, דף קלב, עמוד א'
רמב"ם, משנה תורה, הלכות גניבה, פרק ט', הלכה ט"י
רמב"ם, משנה תורה, הלכות חובל ומזיק, פרק ח', הלכה י'
רמב"ם, משנה תורה, הלכות רוצח ושמירת הנפש, פרק א', הלכה י"ג
רש"י, שמות כב, א-ג
תיקוני זוהר, דף י"א, א'
תלמוד בבלי, מסכת סנהדרין, דף מט, א
תלמוד בבלי, מסכת סנהדרין, דף ע"ב, א

ספרות השו"ת

'אגרות משה', חושן משפט, חלק ב', סימן נד
'יחל ישראל', סימן נ"ב
'מנחת שלמה', סימן ז', אות ב'
'עמוד הימיני', עמ' קפב במהדורה החדשה

ספרות מחקר

ספרים

מאמרים

הלוי, ח', דין הבא להורגך השכם להורגו בחיינו הציבוריים, **תחומין** (תש"מ), גוש עציון: מכון צומת, עמ' 343
קוק, צ', 'להלכות ציבור: אגרות בנושאים הנוגעים לציבורי' (תשמ"ז), סעיף צ"ח, ירושלים: מוסד הרב קוק

אינטרנט, עיתונות

גרוזמן, מ', 'הרב הראשי לישראל בהתקפה ישירה על הרמטכ"ל ובג"ץ' (13.3.2016). אתר NRG

<http://www.nrg.co.il/online/11/ART2/760/557.html>

