

ת"פ 9737/04/15 - מדינת ישראל נגד שי רפאל זירדיקר - נוכח

בית משפט השלום בקריית גת

25 ספטמבר 2017

ת"פ 9737-04-15 מדינת ישראל נ' זירדיקר
בפני כב' הסגנית נשיאה ד"ר נגה שמואל-מאיר
מדינת ישראל
ע"י ב"כ עו"ד עמית חומרי - נוכח
נגד
שי רפאל זירדיקר - נוכח
ע"י ב"כ עו"ד גיל דביר - נוכח

המאשימה

הנאשם

הכרעת דין

בפתח הדברים, וכמצוות סעיף 182 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982, בית המשפט מודיע לנאשם על זיכוי מהעבירות אשר יוחסו לו בכתב האישום המתוקן, ועל הרשעתו תחתיהן בעבירה של **תגרה**, לפי סעיף 191 לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: "**חוק העונשין**").

כתב האישום ורקע כללי

1. כפי הנטען בכתב האישום המתוקן, הנאשם והמתלונן הינם שכנים המתגוררים באותו בניין. ביום 05.04.2015 בסמוך לשעה 16:15, ילדים ששיחקו כדורגל בסמוך לבניין שבו התגורר המתלונן, פגעו עם הכדור כמה פעמים ברכבו של האחרון, והוא קרא להם מחלון ביתו לשחק במקום אחר. במעמד זה, הנאשם ענה למתלונן כי הילדים לא ישחקו במקום אחר.
בסמוך לכך, המתלונן ירד מביתו לעבר הנאשם. או אז, הנאשם תקף את המתלונן בכך שחבט בו במכת אגרוף לפניו. כתוצאה מכך, המתלונן נפל על פניו ונגרמה לו חבלה של ממש בדמות שבר בלסת. עוד במעמד האמור, איים הנאשם על המתלונן בכך שאמר לו: "אני אזיין אותך, את אשתך ואת הילדים".
2. בגין אלו, יוחסו לנאשם עבירות של **חבלה חמורה**, לפי סעיף 333 לחוק העונשין; ו**איומים**, לפי סעיף 192 לחוק העונשין.
3. מטעם המאשימה העידו: המתלונן (ע"ת 1); שכנו של המתלונן, שלווח פפיסמדוב (ע"ת 2) (להלן: "**פפיסמדוב**"); בנו של המתלונן (ע"ת 15); השוטר כפיר זלויצקי (ע"ת 4) (להלן: "**זלויצקי**"); השוטר משה עדרי (ע"ת 5) (להלן: "**עדרי**"); השוטר שלמה קיארקובסקי (ע"ת 7) (להלן: "**קיארקובסקי**"); השוטר צחי ברמי (ע"ת 8) (להלן: "**ברמי**"); השוטרת שובל עובד (ע"ת 9) (להלן: "**עובד**"); וקצין המשטרה חי עוזר (ע"ת 11) (להלן: "**עוזר**").
עוד מטעם המאשימה, הוגשו הראיות הבאות: תצלומי פניו של המתלונן ובהם תיעוד החבלה שנגרמה לו (סומן ת/3); מסמך רפואי מבית החולים 'קפלן' ובו ממצאים הנוגעים לחבלה שנגרמה למתלונן (סומן ת/4); דו"ח פעולה של קיארקובסקי מיום האירוע (סומן ת/5); דו"ח עיכוב של הנאשם על ידי קיארקובסקי (סומן ת/6); דו"ח פעולה של עובד

עמוד 1

מיום האירוע (סומן ת/7); דו"ח פעולה של ברמי מיום האירוע (סומן ת/8); הודעתו של הנאשם מיום האירוע (סומן ת/9); הודעתו של הנאשם מיום 07.04.2015 (סומן ת/10); דו"ח עימות בין הנאשם לבין בנו של המתלונן (סומן ת/11); מזכר שנכתב על ידי עדרי ביום 07.04.2017, שכותרתו "מזכר - מודיעי מוקד" (סומן ת/12); אסמכתא למעצרו של הנאשם, החתומה על ידי עוזר (סומן ת/13); ודו"ח צפייה של השוטרת דקלה חנוקר (סומן ת/14).

כן הוגשו לבית המשפט, בהסכמת הצדדים, הודעתו מיום האירוע של א', בנו הקטין של הנאשם (ע"ת 3) (סומן ת/1); והודעתו מיום 07.04.2015 של א"ר, חברו של א' (ע"ת 6, גם הוא קטין) (סומן ת/2).

4. מטעם ההגנה העיד הנאשם לבדו. כמו כן, מטעם ההגנה הוגשו הראיות הבאות: עדותו של המתלונן מיום 06.04.2015 (סומן נ/1); שרטוט של זירת האירוע, שנערך על ידי פפיסמדוב (סומן נ/2); הודעתו של בנו של המתלונן מיום 06.04.2015 (סומן נ/3); דו"ח עימות בין הנאשם לבין בנו של המתלונן (סומן נ/4). דו"ח זה הוגש גם מטעם המאשימה, (סומן ת/11); מזכר שנכתב על ידי עדרי ביום 07.04.2017, שכותרתו "העד שלוה פפיסמדוב" (סומן נ/5); שרטוט של זירת האירוע שנערך על ידי הנאשם (סומן נ/6). כן הוגש דיסק ובו סרטוני וידיאו ממצלמת אבטחה הממוקמת בבניין שבו מתגורר הנאשם (פריט 14 ברשימת עדי התביעה).

עיקרי גדר המחלוקת

5. הנאשם אינו כופר בכך שהכה את המתלונן (אם כי, לטענתו אינו יודע אם זה היה באגרוף או "במכה"). כמו כן, אין מחלוקת של ממש על כך שהחבלה של המתלונן, נגרמה לו כתוצאה ממכה זו. יחד עם זאת, הנאשם טוען כי המתלונן היה הראשון להכותו, וכי הוא הפעיל כוח כלפי המתלונן מתוך הגנה עצמית בלבד ועל מנת להדוף אותו (ראו למשל המענה לכתב האישום, עמ' 2 לפרוטוקול, שורות 2-3; ועמ' 7 לפרוטוקול, שורה 13). מנגד, לשיטת המאשימה, המתלונן לא נקט באלימות פיזית כלפי הנאשם באף שלב של האירוע.
6. בשים לב לגדריה של המחלוקת שבין הצדדים, כפי שהוצג לעיל, על בית המשפט להכריע ראשית חוכמה אם היה זה המתלונן ראשון להכות את הנאשם, כפי טענת האחרון; לאחר מכן, וככל שייקבע כי אכן המתלונן הכה ראשון את הנאשם, כי אז יש להכריע אם בנסיבות המקרה יכול הנאשם לחסות תחת סייג ההגנה העצמית, הקבוע בסעיף 34 לחוק העונשין. נבחן אפוא את הדברים שלב אחר שלב.

דיון והכרעה

טיבו של "הספק הסביר" והערכת העדויות באופן כללי

7. בטרם אעבור לניתוח הראיות ופירוט ההכרעה בהן לגופו של עניין, ראוי להזכיר כי על מנת שבית המשפט ירשיע אדם בפלילים, שומה על המאשימה להוכיח את אשמתו מעבר לספק סביר (סעיף 34כב(א) לחוק העונשין). ברי כי אין די בכל ספק באשר הוא כדי להביא לזיכוי של הנאשם וכדי לעמוד במבחן "הספק הסביר", על האחרון לעורר ספק המותיר, על פי מבחני השכל הישר, ההיגיון וניסיון החיים, שאלה אמיתית באשר לאשמתו; יוצא אפוא, כי כדי להרשיע אדם בפלילים, נדרשת רמת ודאות גבוהה, אך לא בהכרח מוחלטת, כי ביצע את שמיוחס לו (ע"פ 347/88 דמיאניוק נ' מדינת ישראל, פד"י מז(4) 221, 652 (1993); פסקה 64 לפסק דינו של כב' השופט נ' הנדל בע"פ 4456/14 אביגדור קלנר נ' מדינת ישראל, (29.12.2015)).

עמוד 2

דרישה זו להוכחת אשמתו של אדם מעבר לספק הסביר כתנאי להרשעתו בפלילים, והטלת נטל הראיה וההוכחה על שכמה של המאשימה, קמה לנוכח ההכרה בתוצאה ההרסנית שעלולה להיות להרשעה בפלילים, על כל המשתמע מכך, ומתוך הרצון להתמודד עם החשש מפני הרשעות שווא אשר עלולות לשלול מאדם את חירותו ואת שמו הטוב, וזאת על לא עוול בכפו; כמו כן, דרישה זו מעוגנת בתפיסה חברתית, ונועדה להגן על אמון הציבור בהגנותו של ההליך הפלילי (ע"פ 6295/05 וקנין נ' מדינת ישראל, (25.01.2007); ע"פ 2697/14 ניסים דוד חדאד נ' מדינת ישראל, (06.09.2016)).

בהינתן כל האמור, בטרם הרשעתו של אדם בפלילים, שומה על בית המשפט להזהיר את עצמו, לדקדק בבחינת העדויות שעל בסיסן מבקשים להרשיע את הנאשם, ולוודא היטב כי האחרון לא הוכיח קיומו של ספק סביר בדבר אשמתו.

עקרונות כבדי משקל אלו, ילוו את בית המשפט לאורכה ולרוחבה של ההכרעה השיפוטית בדבר אשמתו או חפותו של הנאשם.

8. עוד יש להזכיר, הגם שהדבר הינו בבחינת מושכלות ראשונים, כי סעיף 53 לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971 (להלן: "**פקודת הראיות**"), מורה כי בית המשפט הוא שיעריך את משקל העדויות שנשמעות בפניו ואת מהימנותם של העדים, וזאת על פי התנהגותם, נסיבות העניין, אותות האמת שהתגלו במהלך המשפט, מבחני השכל הישר וניסיון החיים. ההתרשמות מעדותו של עד הינה חלק בל ינתק מהקביעה בדבר מהימנותו, אם כי ברי שממצאי מהימנות אינם יכולים להישען על "תחושות" גרידא, והקביעה בעניין זה תיעשה לאחר שקילת מכלול של שיקולים, כגון הגיונה הפנימי של העדות, עמידתה במבחן יתר הראיות בתיק, הקוהרנטיות הפנימית שלה, סימני האמת העולים ממנה וההתרשמות מאופן מסירתה (ע"פ 1442/06 מדינת ישראל נ' פלוני, (01.09.2008)).

9. במקרה הנדון, בכל הנוגע לראיות הישירות שהובאו בפניו בתיק זה, אציין כבר בתחילת הדברים כי מצאתי את עדותו של המתלונן כבלתי מהימנה, ולו ככל שהדברים נוגעים לליבת המחלוקת. דברים דומים אף צריכים להיאמר בכל הנוגע לעדות של בנו, כאשר אף נותר ספק בליבי אם הלה אכן ראה בעיניו את האירוע שבמוקד כתב האישום במלואו, כפי טענתו. אשר לעדותו של פפיסמדוב, ההגנה לא הביאה ולו בדל ראיה כדי להוכיח את טענתה לפיה קיים בינו לבין הנאשם סכסוך קודם. ועדיין, התרשמתי כי פפיסמדוב נוטה בצורה מובהקת לטובתו של המתלונן, תוך שהוא מנסה "להצניע" עניינים ודברים שלתפיסתו אין בהם כדי להיטיב עם האחרון (וכמובן שהדברים עוד יפורטו בהמשך).

מנגד, ועל אף נטייתו למזער את חלקו באירוע ולהעצים את חלקו של המתלונן, עדותו של הנאשם בנוגע לחלקים נרחבים של האירוע הותירה על בית המשפט באופן כללי רושם מהימן, ובוודאי בהשוואה לעדויותיהם של המתלונן ובנו. יחד עם זאת, שוכנעתי מעבר לספק סביר כי תיאורו של הנאשם בבית המשפט את שאירע לאחר שספג את המכה מהמתלונן אינה משקפת באופן מדויק את המציאות כהווייתה.

לעדויותיהם של א' ו-א"ר (להלן: "**הקטינים**", "**הילדים**") שהוגשו לבית המשפט בהסכמת הצדדים (הסכמה שבהמשך המאשימה הסתייגה ממנה) עוד אתייחס בהמשך, אולם אומר כבר עתה כי עדויות אלה נגבו והוגשו לבית המשפט תוך הפרה מוחלטת של הוראות חוק לתיקון דיני הראיות (הגנת ילדים), התשט"ו-1955 (להלן: "**חוק הגנת ילדים**"). אשר על כן, על אף שעדויות אלה נתקבלו על ידי בית המשפט בהסכמת הצדדים, מצאתי ליתן לעדויות אלה משקל אפסי.

10. בשים לב להתרשמותי אלה, אגש לבחינת הראיות וטענות הצדדים לגופן, וזאת בהתאם לשלבים שעליהם עמדתי קודם לכן.

האם עובר למכה שספג המתלונן, הלה תקף את הנאשם?

11. לשיטת המאשימה, הנאשם תקף את המתלונן, שמצדו לא נקט באלימות פיזית באף שלב של האירוע. מנגד, נטען על ידי ההגנה כי הנאשם תקף את המתלונן מתוך הגנה עצמית ולאחר שהוא עצמו הותקף על ידו.

במחלוקת האמורה, ולאחר שבחנתי והתרשמתי מעדויותיהם של העדים ושבתי ועיינתי בכלל חומר הראיות אשר הונח לפתחי, **שוכנעתי כי היה זה המתלונן הראשון לתקוף את הנאשם**, וזאת באמצעות מכת אגרוף בפניו של האחרון. יובהר מיד, מסקנתי זו אינה נשענת על ספק בלבד שהותיר הנאשם ואף אין המדובר במצב של "שוויון" ראייתי בין העדויות, אלא שמצאתי להעדיף באופן מובהק את עדותו של הנאשם על פני עדויותיהם של המתלונן, של בנו ושל פפיסמדוב. להלן אבאר ואפרט את הנימוקים עליהם נשענת מסקנתי זו.

12. התזה של המאשימה, נשענת בראש ובראשונה על עדותו של המתלונן. לדבריו של זה, הוא ביקש מ- א' (שכזכור הוא בנו הקטין של הנאשם) ומ- א"ר לא לשחק בלובי מפאת הרעש שהם הקימו באותה שעת צהריים. הילדים לא נשמעו לו, ועל כן הוא ירד למטה וביקש מהם שוב פעם לא לשחק במקום, והתרה בהם כי ייקח להם את הכדור אם לא יישמעו לו. או אז, כך לדבריו של המתלונן, הנאשם שהיה במקום התקרב אליו, אגרף את ידיו, אמר לו "אני אזיין אותך, את הילדים ואת אשתך", והכה בלסתו באמצעות אגרוף, וזאת בעוצמה כה גבוהה עד שהוא איבד את ההכרה (פרוטוקול הדיון מיום 20.07.2016, דף 5, שורות 8-18. יצוין כי בשל שביתת הקלדניות, הדיון במועד זה הוקלט. בהמשך, ההקלטה תומללה, והתמלול נסרק לתיק בית המשפט ללא מספור העמודים). המתלונן חזר על גרסה זו הן בחקירה הראשית בבית המשפט והן בחקירה הנגדית (ראו פרוטוקול הדיון מיום 20.07.2016, דף 10, שורות 2-4; ודף 11, שורות 25-26).

בעדותו של המתלונן באה לתמוך גם עדותו של בנו, אשר סיפר בחקירתו בבית המשפט כי ראה ושמע את השתלשלות העניינים מחלון המטבח של דירתו (הממוקמת בקומה השלישית) שמשקיף אל הזירה שבה התרחש האירוע שבמוקד כתב האישום המתוקן. תיאורו בבית המשפט את שהתרחש כמעט זהה לתיאור שמסר המתלונן. כך, גם הוא סיפר כי לאחר שהמתלונן ירד למטה ואמר לילדים שאם הם לא ילכו לשחק במקום אחר הוא ייקח להם את הכדור, הנאשם אמר כי הילדים יישארו לשחק שם וכי אם הוא יתקרב אליהם הוא "זיין את אשתו ואת הילדים", עשה תנועות אגרוף, והכה את המתלונן במכת אגרוף (עמ' 16-17 לפרוטוקול, שורות 18-22 ו- 1-3, בהתאמה).

בנוסף, פפיסמדוב, המתגורר קומה אחת מתחת לדירתו של המתלונן, סיפר בבית המשפט כי במועד הרלוונטי חלונות דירתו היו פתוחים ולכן הוא יכול היה לשמוע את כל המתרחש למטה (עמ' 9 לפרוטוקול, שורה 21). גם לדבריו, לאחר שהמתלונן ביקש מהילדים לעבור לשחק במקום אחר ואיים כי אם לא יעשו כן הוא "יפנצ'ר" להם את הכדור, הנאשם התקרב אל המתלונן והכה אותו במכת אגרוף לפלג גופו העליון ("בפנים או בחזה") (עמ' 10 לפרוטוקול, שורות 1-11).

13. למול עדויות אלה, ניצבת עדותו של הנאשם, אשר סיפר בבית המשפט כי בשעה שהילדים שיחקו למטה הוא היה בקרבת מקום ושמע את המתלונן צועק לילדים מחלון דירתו שהוא יורד למטה "לפנצ'ר" להם את הכדור. בהמשך, כך לדבריו של הנאשם, המתלונן ירד למטה והחל לצעוק על הילדים ועליו, ואמר "תרביץ לי", אך הוא השיב לו כי אינו מעוניין להרביץ לו. המתלונן המשיך לצעוק "תרביץ לי", הלך לכיוון הילדים וחסף להם את הכדור. או אז, הנאשם נעמד בין המתלונן לבין הילדים ואילו המתלונן הכה אותו במכת אגרוף בעינו. כתוצאה מכך, משקפיו של הנאשם נפלו ואף הוא נפל מטה. במעמד זה, הנאשם נבהל והדף את המתלונן ("אם זה באגרוף או במכה לא

יודע"). מיד לאחר מכן, הוא אמר לילדים לעלות הביתה, תוך שהוא עצמו צלע לדירתו והתקשר למשטרה (עמ' 49-50 לפרוטוקול, שורות 23-26 ו-11-1, בהתאמה).

14. בעימות בין הגרסאות שלעיל, מצאתי כאמור להעדיף בצורה מובהקת את גרסתו ועדותו של הנאשם על פני גרסתם ועדויותיהם של המתלונן, של בנו ושל פפיסמדוב, ואסביר.

15. בכל הנוגע למתלונן, ייאמר כי חלקים לא מבוטלים מעדותו עמדו בסתירה מוחלטת לראיות אובייקטיביות שהוצגו והוגשו לבית המשפט. כך למשל, המתלונן סיפר כי לאחר שספג את המכה מהנאשם הוא התעלף, ו"כשהתעוררתי הוא כבר הלך הביתה והבן שלי בדיוק ירד, היו עדים למטה, בחלונות, ניסינו לתפוס אותו ולא צלח, ואז קראו לאמבולנס ופינו אותי". בתשובה לשאלה למה הכוונה "ניסיתם לתפוס אותו", השיב: "הודעתי לו שיצטער על מה שהוא עשה לי, הוא לא ענה על שום דבר ואז ראו שהמצב שלי החמיר, חמור מאוד" (פרוטוקול הדין מיום 20.07.2016, דף 5, שורות 18-23); ובמקום אחר סיפר בפשטות: "הלכנו אליו, ואמרתי לו בוא, תסתכל מה שעשית, ושום דבר" (שם, דף 13, שורה 5; וראו גם דף 14, שורות 26-30; ודף 15, שורה 7).

הנה אפוא, המתלונן סיפר כי עלה עם בנו לדירתו של הנאשם, בצורה רגועה למדי וללא כל כוונה לנקוט באלימות, כי אם בסך הכול כדי להראות לו למה הוא גרם ולהודיע לו שהוא יצטער על מעשיו. **כשנשאל בחקירה הנגדית אם ייתכן שהצטייד באלה, שלל זאת מכל וכל:** "אוי ואבוי, מאיפה ההמצאה הזאת... לא הייתה אלה, לא היה ולא נברא" (פרוטוקול הדין מיום 20.07.16, עמ' 16, שורות 19-31). המתלונן עמד כמה וכמה פעמים על הכחשתו זו. גם בעדות שמסר במשטרה ביום 06.04.2015 (נ/1), **טען המתלונן כי לא אחז במקל באף שלב של האירוע** (דף 2, שורה 11). דא עקא, מצלמות האבטחה הממוקמות בבניין של הנאשם מלמדות אחרת, ובסרטונים אשר הוצגו והוגשו לבית המשפט נראה המתלונן בבירור עולה לכיוון דירתו של הנאשם בעודו אחז מקל של מטאטא בידו (פריט 14 ברשימת עדי התביעה, סרטונים: ch01_20150405151639; ch02_20150405151706; ch03_20150405151715).

בחקירתו הנגדית, כשהוצגו לו הסרטונים האמורים, לא הצליח המתלונן לספק הסבר מניח את הדעת לסתירה האמורה, והשיב כי מדובר במטאטא [ולא באלה] ו"אחרי מה שהוא עשה לי, אתה רואה? איבדתי את ההכרה פה" (פרוטוקול הדין מיום 20.07.16, דף 18, שורה 28). גם לשאלה מדוע בעדות שמסר במשטרה הוא לא סיפר שעלה לכיוון דירתו של הנאשם בעודו אחז מקל של מטאטא, השיב כי הוא לא היה יכול לזכור זאת. אולם, נדמה כי הזיכרון שב אל המתלונן במהרה, שכן מיד לאחר מכן, הוא כן ידע לספר שהוא לא ירד מביתו עם המקל וכי זה הגיע אליו מידי של בנו שירד עימו למטה (פרוטוקול הדין מיום 20.07.16, דף 21, שורות 22-23).

הנה כי כן, גרסתו של המתלונן שעליה חזר כמה וכמה פעמים, ולפיה הלה ספג אגרופ, התעלף, התעורר, ועלה לכיוון דירתו של הנאשם אך כדי להעמידו על חומרת מעשיו ולומר לו כי יצטער עליהם - הופרכה והוכחה כלא מהימנה.

כאן גם יצוין, כי כאשר נשאל בחקירה הנגדית מדוע לא הזמין משטרה לאחר שספג את המכה מהנאשם, המתלונן השיב כי לא הצליח לתפקד, "היה גמור", מדמם, בקושי קם, וכי רק לאחר שהתעורר [מהעילפון] הצליח להתאושש מעט וללכת (פרוטוקול הדין מיום 20.07.16, דף 12, שורות 26-31; דף 15, שורות 26-27). אולם, כשעומת עם העובדה שבכל זאת הצליח להגיע לדלת דירתו של הנאשם, השיב: "נכון, הייתי בטראומה, מה? אינסטינקט, אחד שמכניס לך מכה, מה אתה יכול לעשות?" (שם, דף 15, שורות 30-31).

כמענה לכל טרזניה מצדה של ההגנה כלפיו - בין אם בשאלה מדוע לא סיפר והכחיש שעלה לדירתו של הנאשם עם מקל בידו ובין אם בשאלה מדוע לא הזמין משטרה או אמבולנס חלף הגעתו לדלת דירתו של הנאשם - העלה המתלונן את העובדה שהוא היה מעורפל, מעולף ומדמם לאחר המכה שספג. ואכן, אין חולק כי כתוצאה מהמכה שספג מהנאשם נגרם למתלונן שבר בלסת. כן לא יכול להיות חולק כי המדובר בחבלה שאיננה פשוטה כל עיקר וכי הדבר כרוך במכאוב

לא מבוטל, והדברים אף אמורים בלשון המעטה. ועדיין, מהסרטונים שעליהם הצבעתי קודם לכן, ניתן להתרשם בצורה חד משמעית כי המתלונן כלל לא היה מעורפל, והוא איננו נראה שם כמי שזה עתה התעורר מעילפון. אדרבא, בסרטונים האמורים המתלונן נראה נחוש מאוד להגיע לדירתו של הנאשם וכמי שמבין היטב את שהוא עושה, וכל זאת בשעה שגם הניסיונות של פפיסמדוב למנוע ממנו לעלות במעלה המדרגות נהדפים על ידו. בהתנהגותו של המתלונן כפי שהיא תועדה בסרטונים אין כל זכר לערפול חושים, אי יציבות או מצב של עילפון. בהינתן האמור, לא אוכל לקבל את טענתו של המתלונן לפיה לא זכר שעלה לדירתו של הנאשם עם מקל בידו משום שהיה מעורפל לאחר המכה.

בהינתן אלה, בית המשפט התרשם כי האמת איננה נר לרגליו של המתלונן כל עיקר, ויש בכך כדי להוסיף להתרשמות השלילית באופן כללי מעדותו וכדי לפגום במהימנותה.

16. באת כוח המאשימה טענה בסיכומיה כי העובדה שהמתלונן מסר גרסה שהופרכה בכל הנוגע למה שאירע לאחר שספג את המכה מהנאשם, אינה מלמדת כי גם הגרסה שמסר באשר למה שהתרחש עובר למכה שספג איננה מהימנה (עמ' 73-74 לפרוטוקול, שורות 19-28 ו-1). ייתכן כי יש ממש בטענה לפיה יש להבחין בין שני האירועים הללו. יחד עם זאת, יש בדברים כדי לפגום במהימנותו של המתלונן באופן כללי, בצורה המשליכה באופן ישיר וחד על כלל עדותו. כך, כפי שלא מצאתי ליתן אמון בגרסתו לפיה עלה לדירה של הנאשם מבלי שהוא אוחז במקל, כך אף לא מצאתי ליתן אמון בגרסתו לפיה גם בתחילת האירוע, הוא אך ירד למטה ולא נקט באלימות כלשהי ("... ואני בכלל לא הייתי עם מקל באף שלב, גם שירדתי למטה בהתחלה אני רק עמדתי ולא עשיתי כלום" (נ/1, דף 2, שורות 11-12)).

17. זאת ועוד, אף באופן כללי בית המשפט התרשם מעדותו של המתלונן בצורה שלילית, ומוצא אותה כמתפתלת, מיתממת, מצמצמת ומשליכה אחריות על האחר. כך למשל, המתלונן סיפר כי בתחילתו של האירוע, עד שספג את המכה, הוא התנהל בצורה שלווה למדי, לא הרים את קולו ולא התלהם (פרוטוקול הדיון מיום 16.07.30, דף 9, שורות 6-9). גם בחקירה הנגדית, הכחיש כי ירד למטה ודיבר בטונים גבוהים (פרוטוקול הדיון מיום 20.07.2015, דף 9, שורות 6-9).

אלא שגם טענתו זו עומדת בסתירה לראיות אחרות הקיימות בתיק. שכן, פפיסמדוב סיפר בבית המשפט כי שמע, עת היה בדירתו שבקומה שנייה, קולות בטונים גבוהים וכי המתלונן אמר לנאשם "מה קמת אלי, תרביץ לי?" (עמ' 10 לפרוטוקול, שורות 2-8; עמ' 11, שורות 9-11), מה שכאמור לא עולה בקנה אחד עם תיאורו של המתלונן את התנהגותו כשלווה. גם בנו של המתלונן, סיפר בחקירתו הנגדית בבית המשפט כי שמע את המתלונן מדבר בקול גבוה (עמ' 20 לפרוטוקול, שורה 1), ואילו בעדות שמסר במשטרה סיפר כי שמע את המתלונן צועק (נ/3, שורה 2).

18. לאור כל אלה, בשים לב לסתירות בין גרסתו של המתלונן לבין הראיות החיצוניות הקיימות בתיק, לנוכח עדותו המיתממת במידה רבה ולאחר שהתרשמתי בצורה בלתי אמצעית ממהלך עדותו ומאופן מסירתה, מצאתי כי לא ניתן לתת בה אמון, ובוודאי לא אמון מלא.

19. אשר לבנו של המתלונן, גם בגרסתו לא מצאתי לתת אמון וכאמור, אף נותר ספק בליבי אם הוא אכן קלט בחושי את האירוע במלואו.

20. תחילה, ובאופן כללי ייאמר, כי עדותו של בנו של המתלונן הותירה רושם שלילי על בית המשפט, כאשר ניכר שהלה מתאמץ לחזור, עד כמה שניתן מילה במילה, על תיאורו של אביו את האירוע, והדבר הותיר בלבו של בית המשפט את הרושם כי הוא מבקש לספר לא את הדברים כפי שקלט אותם, אלא כפי שאלה נודעו לו מפי המתלונן (והדברים אמורים אף מבלי להידרש לשאלה אם השניים תיאמו ביניהם עדויות אם לאו).

21. בנוסף, גם חלקים מגרסתו של בנו של המתלונן, והכוונה בעיקר להצטיידותו של המתלונן במקל, הופרכה בהיותה עומדת בניגוד לראיות אובייקטיביות, קרי לאותם סרטונים של מצלמת האבטחה עליהם עמדתי קודם לכן. כך, אמנם העד סיפר כי ירד למטה בעודו אוחז במטאטא ואף לא כחד ואמר שייתכן כי רצה להרביץ לנאשם (עמ' 17 לפרוטוקול, שורות 5-8; עמ' 22, שורה 8). יחד עם זאת, **הלה שב וטען כי המתלונן לא אחז במטאטא באף שלב של האירוע, ועמד על כך בתוקף:** "לא העברתי לו את המקל, המקל היה עלי, אני כבר לא זוכר אם הוא אמר לי תוריד את המקל, המקל לא עבר אליו, לא העברתי לאבא שלי את המקל"; "ש: אתה בשום שלב לא נתת לו מקל? ת: בשום שלב. חד וחלק" (עמ' 18 לפרוטוקול, שורות 20-26; עמ' 19, שורות 9-17). כאמור, גרסה זו הופרכה באמצעות אותם סרטונים, בהם המתלונן נראה בביורר עולה לכיוון דירתו של הנאשם בעודו אוחז במקל מטאטא.

אף העובדה כי בנו של המתלונן לא הזכיר בעת מתן עדותו במשטרה כי הוא או אביו אחזו במטאטא, אינה מוסיפה נופך מהימן לעדותו - לא כל שכן, כאשר הוא נשאל על ידי החוקר בצורה מפורשת אם יש לו מה להוסיף מעבר למה שמסר, אך השיב בשלילה (ראו נ/3, שורות 27-28). דברים אלו אף לא הוזכרו בעימות שנערך בינו לבין הנאשם, על אף שהוא כן ידע לספר כי רדף אחרי הנאשם במטרה לתפוס אותו (ראו נ/4). אלא שאת עניין המקל, כאמור, הוא בחר שלא להעלות. כאן גם ניתן לציין, כי תשובתו בחקירה הנגדית לשאלה מדוע לא סיפר זאת במשטרה, ושממנה עולה כי סיפר זאת תמיד, כאמור אינה מתיישבת עם דו"ח ההודעה שלו ועם דו"ח העימות.

22. יתרה מכך, בנו של המתלונן סיפר כי ראה את האירוע מחלון מטבח בדירתו שבקומה השלישית. בהמשך, העד סיפר לפרטי פרטים את שראה מהחלון כאמור, ובכלל זה את התנהלותו של המתלונן, את הדין ודברים בינו לבין הנאשם, ואת מעשה התקיפה של הנאשם את המתלונן, תוך שהוא יודע לתאר ולהדגים את תנועות הגוף שביצע הנאשם עובר לתקיפה, את אופן התקיפה ואת תוצאותיה והשלכותיה על המתלונן (עמ' 16-17, לפרוטוקול, שורות 17-22 ו-12-1, בהתאמה).

על פניו, מי שראה את האירוע בצורה כה טובה, עד כדי שהוא יודע לתאר את כל ההתרחשות לפרטייה, הרי **שמצופה ממנו כי ידע גם לזהות את התוקף**. דא עקא, אין מחלוקת על כך שבנו של המתלונן סבר תחילה כי היה זה דווקא פפיסמדוב שתקף את אביו, ולראיה הוא אף ניסה לתקוף אותו בתחילה. והרי שאין כל דמיון חיצוני-ויזואלי בין הנאשם שהינו שחום עור ובעל משקל ממוצע לבין אותו פפיסמדוב, שהוא בהיר עור ובעל מבנה גוף רחב. כשנשאל בחקירתו הנגדית כיצד ניתן ליישב בין הדברים, בחר להשיב בדומה למתלונן, כי היה נתון "בסערת רגשות" ו"לא ראה תמונה הכי חלקה בעולם" (עמ' 23 לפרוטוקול, שורות 1-3).

בנוסף, העד סיפר אודות הזווית שממנה הוא צפה באירוע, ומסר כי ראה את הנאשם והמתלונן "מהצד" (עמ' 20 לפרוטוקול, שורות 14-15). אולם, פפיסמדוב שמתגורר בדיוק מעל דירתו של העד (קומה אחת מעל) מסר כי צפה באירוע וראה את הניצים באופן בו הנאשם עמד עם הגב אליו ואף הסתיר במידת מה את המתלונן (עמ' 10 לפרוטוקול, שורות 12-13; עמ' 11, שורות 6-7). כשעומת עם סתירה זו שבין דבריו לבין מה שמסר פפיסמדוב, השיב בנו של המתלונן ומיקם את הנאשם והמתלונן בצורה הפוכה מזו שמיקם אותם פפיסמדוב: "זווית הראיה שלי זה חצי אלכסון כאשר מצד ימין אבא שלי ומצד שמאל הנאשם ואת הגב שאני רואה יותר זה הגב של אבא שלי" (עמ' 21 לפרוטוקול, שורות 1-2). וכל זאת, כאשר לא נטען על ידי מי מהעדים שהנאשם או המתלונן הסתובבו זה סביב זה או החליפו מיקום במהלך האירוע. כאן גם ייאמר, כי אמנם ניתן היה לטעון שכל אחד מהם צפה באירוע מחלון שונה בדירתו, מה שמשפיע כמובן על זווית הראייה. ועדיין, הרי אין בכך כדי להסביר כיצד הם מיקמו כל אחד מהניצים באופן הפוך - כאשר פפיסמדוב מספר כי ראה את גבו של הנאשם ואילו בנו של המתלונן מספר כי דווקא היה זה המתלונן שעמד בגבו אליו.

בתמיהות שלעיל, יש כדי להקים את אותו ספק שמא בנו של המתלונן לא ראה את כל האירוע במו עיניו.

23. אכן, אין חולק כי נודע לבנו של המתלונן כי אביו הוכה על ידי הנאשם, ולראיה הוא ירד למטה בעודו מצויד במטאטא. אולם, שוכנעתי כי דווקא התזה של ההגנה בנקודה זו היא המתקבלת יותר על הדעת, וייתכן כי העד אך שמע צעקות מלמטה או שנודע לו אודות הפגיעה באביו מפיו של אחד השכנים, או שלחילופין הוא ראה את סופו של האירוע בלבד (קרי, את אביו שרוע על הקרקע). והרי שבעניין אחרון זה ייאמר, כי גם הוא עצמו מסר בחקירה הנגדית כי **ייתכן שהתרחשו דברים קודם לתקיפתו של אביו, שאותם הוא לא ראה** (עמ' 21 לפרוטוקול, שורות 8-3).

נקודה אחרונה זו אף עשויה להיות בעלת משקל ניכר במקרה שלנו, שהרי משמעה שהעדויות אינה יכולה לשלול את טענת ההגנה לפיה היה זה המתלונן הראשון להכות את הנאשם. למעשה - אף מעבר להתרשמות השלילית מעדותו של העד - יוצא כי היא ממילא אינה יכולה לתמוך בצורה מלאה בעדותו של המתלונן. במילים פשוטות יותר, אם העד מוסר כי לא בהכרח ראה את האירוע בצורה רציפה מתחילתו ועד סופו, הרי שאף אם אתן בעדותו אמון מלא, עדיין אין בכך כדי ללמדנו ולתמוך בצורה פוזיטיבית בטענת המתלונן לפיה לא הכה את הנאשם באף שלב שהוא.

24. הנה כי כן, לא מצאתי כי ניתן לתת אמון בעדותו של בנו של המתלונן, באשר זו בחלקים ניכרים ממנה עומדת בסתירה לראיות אובייקטיביות-חיצוניות, תוך שהעד מנסה כל העת להתאימה לעדותו של המתלונן, וכאשר נותר ספק בליבי אם הוא אכן ראה את האירוע מתחילתו ועד סופו. מה גם, שהעד סיפר כי יכול שהיו חלקים באירוע שאותם הוא לא ראה, כך שממילא אין בעדות זו כדי לשלול באופן ישיר את טענת ההגנה לפיה המתלונן הכה ראשון את הנאשם.

25. לבסוף ובכל הנוגע לעדותו של פפיסמדוב, תחילה ייאמר כי הן בחקירותיו במשטרה (ת/9, שורה 56; ת/10, שורות 34-35) והן בחקירתו הנגדית בבית המשפט, טען הנאשם כי בינו לבין פפיסמדוב קיים סכסוך קודם שנוגע לחניית הרכבים במקום מגוריהם, ועל כן ייתכן שהאחרון מנצל את ההזדמנות כדי "לבוא ולהעיד ולשקר" (עמ' 60 לפרוטוקול, שורות 5-13). פפיסמדוב מצדו לא סיפר אודות סכסוך קודם כלשהו בינו לבין הנאשם. על אף שהנאשם העלה את העניין עוד במהלך חקירתו במשטרה, פפיסמדוב כלל לא נשאל אודות כך במהלך חקירתו הנגדית בבית המשפט. במצב דברים זה, סוגיה זו לא לובנה כדבעי, ואי חקירתו (בחקירה הנגדית) של פפיסמדוב בעניין זה עלולה לפעול לרעת הנאשם (ראו והשוו: י' קדמי **על הראיות** (התש"ע-2009), חלק רביעי, עמ' 1949). ועדיין, לא מדובר "בכלל ברזל" וגם מקום בו עד לא נחקר בחקירה נגדית בנושא מסוים שבמחלוקת, אין משמעות הדברים כי בית המשפט מחויב מניה וביה לקבל את גרסתו באותו נושא (ראו למשל: ת"פ (מחוזי חיפה) 43073-11-13 **מדינת ישראל נ' סלים זובידאת**, (07.01.2016), וההפניות שם).

בענייננו, לא מצאתי להידרש לעניין זה, שכן אף אם אצא מנקודת הנחה כי בין הנאשם לפפיסמדוב לא קיים כל סכסוך קודם, עדיין מהתנהלותו של האחרון על דוכן העדים ומהאופן שבו מסר את גרסתו ואת תשובותיו לבא כוח הנאשם בחקירה הנגדית - התרשמתי כי הלה נוטה בצורה מובהקת לטובתו של המתלונן. בעיקר הדברים ניכרו כאשר הלה "נאלץ" למסור תשובות שלתפיסתו אין בהן כדי להיטיב עם המתלונן, שאז בית המשפט התרשם כי הוא ניסה להתחמק ממתן אותה תשובה ולעיתים ענה בסרקסטיות מסוימת ובצורה עוקצנית כלפי הסנגור.

לגופו של עניין, פפיסמדוב מסר בבית המשפט גרסה דומה לזו של המתלונן ובנו, וסיפר כי המתלונן ירד למטה וביקש מהילדים להפסיק לשחק, שאם לא כן, הוא "יפנצ'ר" להם את הכדור. במעמד זה, כך לדבריו של פפיסמדוב, המתלונן אמר לנאשם "מה קמת אליי, תרביץ לי?", ואז הנאשם "נתן לו אגרוף והמתלונן נפל" (עמ' 10 לפרוטוקול, שורות 1-8).

בהמשך, פפיסמדוב סיפר אודות שאירע לאחר שהמתלונן ספג את האגרוף מהנאשם, ומסר כי המתלונן ובנו רצו לכיוון דירתו של הנאשם וכי הוא תפס אותם ומשך אותם על מנת שיירגעו (עמ' 10 לפרוטוקול, שורות 14-20). לצד האמור,

בדומה למתלונן ולבנו ועל אף מעורבותו הרבה באירוע וצמידותו אל השניים, גם פפיסמדוב ענה בחקירתו הנגדית כי אינו זוכר שהמתלונן או בנו הצטיידו במקלות (עמ' 13-14 לפרוטוקול, שורות 25-26 ו- 1-2, בהתאמה). אולם, כשהוצג לו אותו סרטון שבו המתלונן נראה בבירור אוחז במקל, והוא עומת עם עובדה זו, ניכר כי העד חש תחושת אי נוחות, והשיב: "כי אני לא זוכר אמרתי לך. אמרת אלות וטנקים. אולי הוא מצא בחוץ מקל מטאטא, מאיפה אני יודע" (עמ' 14 לפרוטוקול, שורות 15-16). בהמשך, כאשר נשאל מדוע לא סיפר בעת מתן העדות במשטרה שהמתלונן אחז במקל, השיב בצורה שבית המשפט התרשם שהיא מתחמקת: "לא יודע, אולי הוא החזיק עוד משהו ביד, מאיפה הוא הביא את המקל הזה אני לא יודע"; "כי זה לא הפריע לי"; "אף אחד לא שאל מאיפה בא המקל הזה. אם השוטר היה שואל אותי על המקל הייתי אומר לו" (עמ' 15 לפרוטוקול, שורות 14-21).

כאמור, בהתנהלותו זו על דוכן העדים - כאשר בית המשפט מתרשם כי הוא מנסה להסתיר עובדות שלתפיסתו אינן מיטיבות עם המתלונן ובהמשך כשהוא מעומת עם ראיות אובייקטיביות, עדיין מנסה להתחמק ממתן תשובה אמיתית ועניינית ותוך שניכר משפת גופו שהוא לא חש בנוח לענות על אותן שאלות - יש כדי ללמד שהלה נוטה בעדותו בצורה מובהקת לטובתו של המתלונן ובמידה מסוימת יש בדבר כדי לפגום במהימנותו.

בנוסף לכל האמור, וייתכן שבכך העיקר, פפיסמדוב סיפר כי לאחר שהמתלונן התקרב אל הנאשם, האחרון הסתיר אותו כך שהוא לא ראה את ידיו של המתלונן, וזאת בשים לב לזווית הראיה שממנה הוא צפה באירוע (עמ' 11 לפרוטוקול, שורות 20-25). צא ולמד, מאחר שפפיסמדוב אינו רואה את ידיו של המתלונן, **הרי שלא ניתן לשלול לחלוטין את האפשרות שהמתלונן הכה בידי את הנאשם מבלי שלפפיסמדוב הייתה אפשרות להבחין בכך.** בהינתן אלה, אף אם הייתי מוצאת להעניק משקל מלא לעדותו של פפיסמדוב - ואינני עושה כן - עדיין, נדמה כי בעדותו ממילא אין כדי לתמוך פוזיטיבית בתזת המאשימה, לפיה המתלונן לא הכה את הנאשם עובר לכך שהוא הותקף על ידו. שכן כאמור, ייתכן שהמתלונן הכה את הנאשם, אלא שלפפיסמדוב לא הייתה האפשרות להבחין בכך.

26. כעת, למול שלוש עדויות אלה, ניצבת עדותו של הנאשם.

27. כפי שכבר תואר קודם לכן, הנאשם מסר בבית המשפט כי המתלונן איים על הילדים שהוא "יפנצ'ר" להם את הכדור, וצעק לכיוונו "בוא תרביץ לי". בהמשך, המתלונן לקח לילדים את הכדור והנאשם נעמד ביניהם. או אז, המתלונן הכה אותו במכת אגרוף בעינו, שכתוצאה ממנה משקפיו והוא עצמו נפלו מטה. הנאשם נבהל והדף את המתלונן, כאשר לדבריו הוא לא יודע לומר אם עשה כן "במכה או באגרוף". מיד לאחר מכן, הוא עלה ביחד עם הילדים לדירתו והתקשר למשטרה (עמ' 49-50 לפרוטוקול, שורות 23-26 ו- 1-11, בהתאמה).

על אף שגרסתו של הנאשם אינה חפה מקשיים, כאשר בחלקים מסוימים נדמה כי הוא ניסה לצמצם את חלקו ולהעצים את חלקו של המתלונן ואת שנגרם לו כתוצאה מהמכה שספג, מצאתיה - **ככל שהדברים נוגעים לליבת המחלוקת, ובעיקר הכוונה למה שאירע רגעים אחדים לפני שהוא הכה את המתלונן - כעקבית, סדורה וככזו שנמסרה באופן שהותיר על בית המשפט רושם חיובי, ולא כל שכן רושם חיובי יותר מזה שהותירו המתלונן, בנו ופפיסמדוב.** התרשמתי מהאופן שבו הנאשם מסר את עדותו, משפת גופו ומאותות האמת שהתגלו בשעת מסירתה, ושוכנעתי כי יש לקבלה כמהימנה, וזאת כאמור בכל הנוגע לליבת המחלוקת שבין הצדדים, שעניינה בשאלה אם הנאשם הותקף ראשון על ידי המתלונן.

אף שדי לבית המשפט באמור עד כה כדי להעדיף את גרסתו של הנאשם על פני גרסתם של אלה שהעידו מטעם המאשימה, אציין כי חיזוק מסוים לגרסה האמורה אף מצאתי בדברים שהנאשם מסר למוקד 100 עת התקשר למשטרה כדי להזמין ניידת למקום. כך, למעשה אין מחלוקת כי היה זה הנאשם שהתקשר לדווח למשטרה על שאירע וביקש את עזרתה. בדו"ח הפעולה של קיארקובסקי (ת/5), שוטר שהגיע למקום, ברובריקה של "פרטי המקרה" נכתב: "המודיע

[הלא הוא הנאשם - נ.ש.מ] מדווח על זה שהשכן שלו נתן לו אגרוף והמודיע החזיר לו. מוסר שהוא מסוכסך עם אותו שכן". אותם "פרטי המקרה" מופיעים גם בדוחות הפעולה של עובד (ת/7) וברמי (ת/8).

כזכור, הנאשם התקשר למשטרה עת בנו של המתלונן והמתלונן עצמו התדפקו על דלתו בעוד שהאחרון אוחז במקל. הנאשם היה נעול בדירתו ביחד עם משפחתו, ובכלל זה עם א' (בנו הקטין), ועם א"ר (קטין גם הוא). להתרשמותי, בראש סדר מעייניו של הנאשם באותה עת היה להתקשר בדחיפות למשטרה על מנת שאלה יבואו לחלצו ולהגן עליו מפני המתלונן ובנו. לאחר שהתרשמתי מעדותו של הנאשם בנוגע לנקודה זו שבה הוא מתחבא בדירתו ומתקשר למשטרה מתוך חשש שהמתלונן יהרוג אותו (עמ' 50 לפרוטוקול, שורות 11-15), לדידי באותם רגעים הנאשם היה אחוז אימה ופחד, ולא עלה בדעתו, "לבנות" לעצמו כבר בשלב ההוא גרסה לפיה, היה זה המתלונן שתקפו ראשון, כך שיוכל לטעון זאת מאוחר יותר במשטרה ובבית המשפט. ויוער, בית המשפט אינו רואה בדבריו של הנאשם למוקד 100 כראיה לאמיתות התוכן בהכרח, אלא לעצם אמירת הדברים. הגם שכן, אזכיר כי מצאתי את גרסתו כמהימנה בחלק הרלוונטי לדין עתה, כך שממילא אינני נדרשת לתור אחר חיזוקים לגרסתו בנקודה זו.

דברים דומים אף צריכים להיאמר בכל הנוגע להודעותיו של הנאשם בתחנת המשטרה, כאשר אחת מהן נמסרה ביום האירוע והשנייה ביום 07.04.2017. שתי הודעות אלה הוגשו לבית המשפט מטעם המאשימה (וסומנו ת/9 ו- ת/10, בהתאמה). שתי הודעות אלה מלמדות כי כבר בתחילת הדרך הנאשם שב וטען כי הוא זה שהותקף ראשון על ידי המתלונן, וכי הכה אותו אך מתוך הגנה עצמית. אכן כידוע, עקביות של עד (או במקרה שלנו הנאשם) ודבקותו בגרסה ובאמרות שניתנו על ידו קודם לכן מחוץ לכותלי בית המשפט אינה מעידה, כשלעצמה, על כך שגרסה זו היא נכונה ומהימנה. שכן, ברי כי עד יכול לשקר בעקביות, גם ב"אמרות החוץ" שלו וגם בעדותו בבית המשפט. זאת ועוד, יש ו"אמרות חוץ" כגון אלה אף תהיינה לא קבילות, וזאת מכוח הכלל האוסר על "סיוע עצמי" (ראו למשל: ע"פ 10922/04 פלוני נ' מדינת ישראל, (14.06.2007), וההפניות שם; י' קדמי **על הראיות** (התש"ע-2009), חלק שני, עמ' 874-875). אולם, במקרה הנדון אין חולק כי אמרותיו של הנאשם במשטרה הינן קבילות גם קבילות, וזאת מכוח סעיף 11 לפקודת הראיות (ולאחר שההגנה, ובצדק, לא התנגדה להגשתן), וממילא לא עקביות זו היא שמבססת את מסקנתי לפיה יש ליתן אמון בגרסתו (בכל הנוגע למה שאירע עד וכולל השלב שבו הוא ספג מכה מהמתלונן), כי אם התרשמתי הבלתי אמצעית הימנו ומאופן מסירת עדותו, אשר עוררו אמון.

כזכור די לנאשם לעורר ספק סביר על מנת שבית המשפט יקבע כי האירועים התרחשו כפי גרסתו, ויבחן את אשמתו בהתאם לאירועים אלו. הווה אומר, אף אם בית המשפט היה קובע שהוא מעדיף את גרסתו של המתלונן על פני זו של הנאשם, אלא שהאחרון הצליח לעורר ספק סביר בכך שאכן הדברים התרחשו כפי תיאורו של המתלונן, כי אז עדיין הנאשם (וגרסתו שלו) היה יוצא עם ידו על העליונה. אולם, וכפי שצינתי כבר קודם לכן, בכל הנוגע לשאלה אם היה זה המתלונן הראשון להכות את הנאשם אם לאו, לא זו בלבד שהנאשם הצליח לעורר את אותו ספק סביר שנדרש, ואף להתרשמתי אין המדובר כאן ב"תיקו ראייתי", אלא שבשים לב לכל שפורט עד כה, מצאתי להעדיף בצורה מובהקת את גרסתו של הנאשם בעניין זה על פני גרסתם של המתלונן, בנו ופפיסמדוב.

בשולי נקודה זו, אף אציין כי לא נעלמה מעיני העובדה שגם הנאשם, בכל הנוגע למה שאירע בתחילתו של האירוע, ניסה למזער מחלקו, כאשר טען כי אין לו יד בהסלמת האירוע מאחר שהוא התנהג בצורה רגועה, שמר על קור רוח ונמנע מפרובוקציות. בעיצומו של אירוע מתוח ומלחץ, כאשר המתלונן צועק על הנאשם, על בנו ועל א"ר, מאיים על הילדים שייקח להם את הכדור ואף עושה כן בסופו של דבר, כפי טענת הנאשם - התנהגות והתנהלות שלו כגון זו שתיאר הנאשם למעשה אינה מתיישבת עם דברים שמסר בחקירתו הנגדית, שם הודה בסופו של דבר בכך שגם הוא

אמר למתלונן "למה מה תעשה ליי" (עמ' 59 לפרוטוקול, שורות 3-18) - וזאת לאחר שקודם לכן טען כי לא אמר למתלונן דבר, למעט זה שהילדים "ישחקו בשקט" (עמ' 51-52 לפרוטוקול, שורות 24-26, 1 ו-11; עמ' 58-59, שורות 26 ו-1-2, בהתאמה). אולם, חרף אלה, הרי שלא מדובר באי אמירת אמת במובן החזק והטהור של המילה אלא בניסיון לצמצם מחלקו באירוע, ועל כן אין בכך כדי לצבוע את כל גרסתו של הנאשם באור שלילי או לפגום במהימנותו בצורה ניכרת, ובוודאי לא בכל הנוגע לחלקים בגרסה זו הנוגעים ללב המחלוקת.

28. לבסוף, אתיחס בקצרה להודעותיהם של הקטינים א' (ת/1) ו-א"ר (ת/2) מיום 07.04.2015. הנאשם נחשד תחילה, ונחקר בגין חשד זה תחת אזהרה, בעבירות של תקיפה הגורמת חבלה של ממש ואיומים. בהמשך, הוגש נגדו כתב אישום המייחס לו עבירות של חבלה חמורה ואיומים. פריט (ו) בתוספת לחוק הגנת ילדים מונה הן את עבירת החבלה חמורה (לפי סעיף 333 לחוק העונשין) והן את עבירת התקיפה הגורמת חבלה של ממש (לפי סעיף 380 לחוק העונשין), ומכאן שחוק זה חל במקרה הנדון על א' ועל א"ר, שהיו בעת קרות האירועים מתחת לגיל 12.

סעיף 4 לחוק הגנת ילדים, שחל כאמור על המקרה הנדון, קובע כי הילדים אשר היו נוכחים ועדים לאירוע צריכים להיחקר בידי "חוקר ילדים" (כאשר אין חולק שהסייגים הקבועים בסעיף אינם מתקיימים במקרה הנדון). אולם, ומבלי שהובא לכך הסבר כלשהו, חרף הוראתו הברורה של החוק ובניגוד גמור לה, הילדים נחקרו על ידי חוקר שאינו "חוקר ילדים". כמו כן, בהתאם לסעיף 2(א) לחוק הגנת ילדים, לא ניתן במקרה הנדון להעיד את א' או א"ר, או לקבל כראיה את הודעותיהם, אלא ברשות חוקר ילדים. במקרה דנא, כאמור, הילדים לא נחקרו על ידי חוקר ילדים, וממילא לא ניתן אישור של חוקר כזה להעיד בבית המשפט או להגיש כראיה את הודעותיהם. חוק זה, כשמו כן הוא, בא להגן על הילדים שעליהם הוא חל. במצב דברים זה, דומני כי אין בהסכמת הצדדים להגיש הודעותיהם של הילדים (אף מבלי להתייחס להסתייגות שבאה בהמשך מצדה של המאשימה להסכמה זו) כדי לרפא את הפגם וכדי לגבור על הוראותיו הקוגנטיות של החוק. יתר על כן, אף אם אקבע כי הודעות אלה קבילות, הרי שעדיין בית המשפט יתקשה להעניק להן משקל רב, אם בכלל, וזאת ולו לנוכח העובדה כי אין בחומר הראיות כל חוות דעת הנוגעת למהימנותם של הילדים, בשים לב לגילם (ולכן גם לא אוכל לקבל את טענת ההגנה, לפיה עדותם של הילדים "אינה מוטלת בספק" (עמ' 79 לפרוטוקול, שורות 10-11)). מה גם, שכזכור, ממילא אין עסקינן בעדים אובייקטיביים, כאשר א' הוא בנו של הנאשם ואילו א"ר הוא חברו של א'.

זאת ועוד, אף לא נהירה לבית המשפט עמדתה של המאשימה בנקודה זו, אשר טענה בסיכומיה כי ככל שהוא חפץ בכך, היה על בא כוח הנאשם לזמן את הילדים על מנת שיעידו בבית המשפט (עמ' 78 לפרוטוקול, שורות 21-22). שכן, ראשית כל המדובר במצב שבו המאשימה מסכימה להגיש הודעות אלה ובהמשך, כעבור פרק זמן לא מבוטל, מבקשת לחזור בה מהסכמה זו, וכעת מנסה להראות כאילו ההגנה חדלה במעשיה, בכך שלא זימנה ילדים אלו לעדות. שנית, ואף חשוב מכך, סעיף 2(א) לחוק הגנת ילדים אינו מבחין בין פרשת תביעה לפרשת הגנה, אלא נוקט בלשון ברורה ושאינה משתמעת לשני פנים: לא ניתן להביא ילד לעדות, אלא באישור של חוקר ילדים. אולם, בגלל מחדלה של המדינה, ובגלל מחדל זה בלבד, אין בתיק אישור של חוקר ילדים, ולכן אף אם ההגנה הייתה מעוניינת להביא ילדים אלה לעדות בבית המשפט, הרי שעדיין כלל לא מובן מאליו שהיה ניתן לעשות כן, ואף נדמה שההפך הוא הנכון. משכך, נדמה כי אין כל מקום לנסות לגלגל את מחדלה של המדינה לפתחה של ההגנה דווקא.

לאחר שאמרתי כל זאת, ולאור החלטתי להעדיף את גרסתו של הנאשם ולקבל כממצא עובדתי שהיה זה המתלונן הראשון לתקוף אותו, אציין כי ממילא בית המשפט (וכמוהו ההגנה), איננו נזקק להודעותיהם של הילדים במטרה כדי לבכר את תזת ההגנה בנקודה זו, ואף לא ניתן לומר כי הגנתו של הנאשם קופחה בשל מחדל זה.

29. לסיכום עד כאן, ובשים לב לממצאי המהימנות שקבעתי לעיל, ולאור יתר קביעותיו של בית המשפט עד כה, הריני קובעת כממצא עובדתי כי היה זה המתלונן שהכה ראשון את הנאשם.

בכל הנוגע למה שאירע עובר לתקיפה האמורה, מצאתי להעיר כי בחקירתו הנגדית נשאל הנאשם על ידי באת כוח המאשימה אם כדברי בנו, הוא אמר למתלונן [עובר להסלמתו של האירוע לכדי אלימות] "למה מה תעשה לי". תחילה הנאשם ניסה להתחמק ממתן תשובה לשאלה זו, והשיב: "הוא אמר לי תרביץ לי ותרביץ לי", אך כשהתובעת התעקשה לקבל תשובה לשאלה, אמר בסופו של דבר: "הבן אדם מאיים עלי וצועק עלי ואז אמרתי לו את האמרה הזו ואז הוא הכניס לי את האגרופ". כשנשאל למה לא סיפר שאמר כך, שאל בפשטות: "למה זה קללה?". לאחר מכן, הנאשם ניסה לחזור בו מהדברים, ולבסוף אמר כך: "יכול להיות שאמרתי אני לא זוכר" (עמ' 59 לפרוטוקול, שורות 18-3).

למעשה, המדובר באותם ניסיונות של הנאשם לצמצם מאחריותו ומחלקו באירוע, ניסיונות שעליהם עמדתי קודם לכן, ושלסברתי אין בהם כדי לפגום במהימנות גרסתו, ככל שזו נוגעת בליבת המחלוקת. לצד האמור, ובהמשך לממצא העובדתי שנקבע על ידי קודם לכן, אני קובעת כי במהלך הוויכוח שהתפתח בין הנצים ובמהלך חילופי הדברים ביניהם - צעק הנאשם לעבר המתלונן: "למה מה תעשה לי".

30. כעת, בכל הנוגע למה שאירע לאחר שהנאשם ספג את המכה מהמתלונן, ובניגוד לאמור עד כה, בנקודה זו מצאתי לאמץ את גרסתו של הנאשם **כפי שהוא מסרה במשטרה** ולא על דוכן העדים בבית המשפט, ואסביר.

בחקירתו הראשונה במשטרה, ביום האירוע, סיפר הנאשם אודות מה שאירע ומסר כך: "... ואז הוא נתן לי אגרופ לעין עפו לי המשקפיים ואני כהגנה עצמית נתתי לו מכה בפנים ספונטאני אפו [כך במקור - נ.ש.מ.] לי המשקפיים לא ראיתי כל כך טוב לאן נתתי ואז עליתי עם הילדים לבית כדי לא לפתח את העניין..."; ובהמשך, כשנשאל עם איזו יד נתן את המכה, השיב: "ימין אני אפילו לא זוכר אם הייתה סטירה או אגרופ" (ת/9, שורות 16-18, 37-38). בחקירתו מיום 07.04.2015, מסר כך: "ואז פתאום הוא דחף אותי בחוזקה והפיל לי את המשקפיים על ידי כך שהוא נתן לי אגרופ. המשקפיים שלי נפלו ואני לא ראיתי טוב, רציתי להדוף אותו ואני לא זוכר אם נתתי לו אגרופ או מכה אבל גם הוא נפל..."; ובהמשך: "אני הדפתי אותו אחרי שהוא נתן לי אגרופ לפני" (ת/10, שורות 17-19, 44). גם בעימות שנערך בין הנאשם לבין בנו של המתלונן, הנאשם טען: "שאבא שלו לא נפל הפרצוף ואחרי שהוא נתן לי אגרופ אני הדפתי ואני לא שמתי לב אם זה אגרופ או סטירה, הרמתי את המשקפיים שלי וראיתי שהוא מתרומם ואני והילדים שלי עזבנו את המקום" (ת/11 או נ/4), שורות 29-31).

לעומת אלה, בעת עדותו בבית המשפט באה לראשונה לאוויר העולם טענתו של הנאשם, לפיה לאחר שספג את האגרופ הוא "נפל קדימה" וניסה להדוף את הנאשם שרכן מעליו. כלשונו של הנאשם: "אני נפלתי קדימה ועפו לי המשקפיים, אני מדגים, קיבלתי אגרופ ועפתי עם הפנים לכיוון הרצפה ועפו לי המשקפיים והוא היה מעלי חיים והילדים היו מאחורי, הוא רכן מעלי ואני בלי משקפיים והדפתי אותו כי הילדים היו אחרי הרמתי את הידיים. ש: תראה לי איך זה קרה ומה עשית? ת: הדפתי אותו עם יד ימין. ש: פגעת לו בסנטר? ת: לא יודע כנראה. ש: הדפת אותו עם הגב של היד? ת: כן כנראה. אני לא הייתי שכוב על הרצפה הפנים היו לכיוון הרצפה וחיפשתי את המשקפיים והדפתי אותו עם הידיים ואמרתי גם לחוקר במשטרה שאולי נתתי אגרופ" (עמ' 54 לפרוטוקול, שורות 1-10). הנאשם אף הדגים בבית המשפט את שאירע, ובמסגרת זו הראה כיצד לאחר המכה הוא התכופף כאשר רגליו נותרו עומדות על הקרקע ואילו גבו ופניו היו במקביל לארץ; בעודו נתון בתנוחה הזו, הנאשם הראה כי המתלונן רכן מעליו, וכי על מנת להתנער ממנו, הוא הביא לו ככל הנראה מעין מכה או עם גב ידו או עם המרפק (**בעוד שכזכור, במשטרה הנאשם מסר כי הדף את המתלונן באמצעות סטירה או באמצעות אגרופ**).

בעימות בין שתי גרסאות אלה, מצאתי לקבל את הגרסה שמסר הנאשם בעת חקירתו במשטרה. שכן, ראשית יאמר, כי ההגנה טענה בסיכומיה שגם המאשימה אינה יודעת אם השבר בלסת של המתלונן נגרם כתוצאה מהאגרופ או כתוצאה

מנפילתו ארצה (עמ' 78 לפרוטוקול, שורות 17-21). בכתב האישום המתוקן נטען כי המתלונן נפל **על פניו** ונגרמה לו חבלה של ממש בדמות שבר בלסת. כך או כך, שתי האפשרויות אינן מתיישבות עם הדגמתו של הנאשם בבית המשפט את הסיטואציה שהתפתחה. שכן, אם כפי שהדגים זאת, היה הנאשם נותן למתלונן מכה עם מרפקו או עם גב ידו בשעה שזה רוכן מעליו, כי אז, כפי שמורה אותו השכל הישר, כתוצאה מהדף המכה האחרון אמור היה ליפול לאחור (ולא על פניו), והרי שכתוצאה מכך הוא היה מקבל מכה בחלק האחורי של ראשו ולא בלסת, כך שממילא לא היה נגרם לו כתוצאה מכך שבר בלסת. מנגד, הדגמתו של הנאשם אף אינה מתיישבת עם גרימת שבר בלסת כתוצאה מהמכה עצמה. כלומר, המתלונן הדגים בבית המשפט כי בעודו מכופף, הוא נתן מעין מכה כלפי מעלה ולכיוון פניו של המתלונן, עם החלק האחורי של ידו. למראה הדברים, התרשמתי כי אין המדובר במכה כה חזקה עד שיהיה בה כדי לגרום לשבר בלסתו של המתלונן. בהינתן אלה, סבורתני כי החבלה שנגרמה למתלונן מתיישבת בצורה טובה יותר עם גרסתו של הנאשם כפי שזו נמסרה במשטרה (בשונה מזו שנמסרה בבית המשפט), ולפיה: "ואני כהגנה עצמית נתתי לו מכה בפנים בספונטאני"; "אני אפילו לא יודע אם הייתה סטירה או אגרוף"; "המשקפיים שלי נפלו ואני לא ראיתי טוב, רציתי להדוף אותו ואני לא זוכר אם נתתי לו אגרוף או מכה אבל גם הוא נפל".

שנית, להתרשמותי, כשם שהנאשם נטה לצמצם מחלקו ומתרוממו לאירוע, כך הוא מנסה להעצים את עוצמת המכה שספג ואת השלכותיה עליו. כן נותר בי הרושם, כי בשעה שסיפר אודות אותו פרק זמן שחלף בין המכה שספג מהמתלונן לבין המכה שהשיב לו, ראה הנאשם לנגד עיניו את סופו של ההליך המשפטי וביקש כבר בעדותו הראשית לבסס ו"להכין את הקרקע" לקראת טענת ההגנה העצמית שעליה למעשה נסמך קו ההגנה שלו. בשל כך, כאמור, ניסה הנאשם לצייר בפני בית המשפט תמונה שבה הוא נמצא במצב של נחיתות ממשית אל מול המתלונן, כאשר הוא מכופף ופניו פונות לכיוון הקרקע ואילו המתלונן רוכן מעליו, והוא אך מנסה להדוף אותו מתוך הגנה עצמית.

שלישית, לא ניתן להתעלם מכך שבמהלך החקירה המשטרית שהתנהלה, הנאשם שטח את גרסתו **בשלוש** הזדמנויות שונות (פעמיים בחקירתו תחת אזהרה ופעם אחת במסגרת העימות שנערך בינו לבין בנו של המתלונן) - ובאף אחת מהן הוא לא הזכיר או הדגים סיטואציה שאודותיה סיפר בבית המשפט. כל שהנאשם סיפר בעניין זה, ובעקבותיה, הוא שלאחר המכה שקיבל - הוא הכה את המתלונן בפניו מתוך הגנה עצמית. הגרסה לפיה הוא כמעט נפל לאחר המכה ונותר מכופף בעוד שהמתלונן רוכן מעליו היא גרסה כבושה במידה רבה, באשר היא "נולדה" רק בשלב עדותו של הנאשם בבית המשפט. בהיעדר הסבר מניח את הדעת לכבישתה של גרסה זו, הרי שמהימנותה בעיני פוחתת (ראו והשוו: ע"פ 1645/08 פלוני נ' מדינת ישראל, (03.09.2009), והפניות שם; ע"פ 5386/05 אלחורטי נ' מדינת ישראל, (18.05.2006)).

בשולי נקודה זו ולמעלה מהצורך אעיר, כי קביעתי לפיה אין להעניק משקל לעדויותיהם של א' ו- א"ר בנקודה זו משרתת את האינטרס של ההגנה דווקא, שכן גם הילדים - בכל הנוגע למה שאירע לאחר שהנאשם ספג את המכה - לא תיאררו מצב דומה לזה שתיאר הנאשם בבית המשפט.

31. בשים לב לאלה, אני קובעת כממצא עובדתי כי לאחר שהנאשם ספג מכה מהמתלונן, משקפי הראייה שלו נפלו ארצה. או אז, הנאשם הכה בפניו של המתלונן במכת אגרוף, אסף את משקפיו, ועלה לדירתו. ויוער, ייתכן כי לאחר המכה שספג, הנאשם לא נותר עומד יציב וייתכן שאף מעד והתרומם מיד. אולם, שוכנעתי כי את האגרוף בפניו של המתלונן, נתן הנאשם בשעה שעמד מולו במלוא קומתו, ולא כפי שתיאר במהלך עדותו הראשית.

32. כעת, ובהינתן התמונה העובדתית אשר קבעתי לעיל, יש לעבור ולבחון אם בנסיבות המתוארות יכולה לעמוד לנאשם טענת ההגנה העצמית. אולם עוד קודם לכן, אבחן אם המאשימה עמדה בנטל המוטל עליה והוכיחה מעבר

לכל ספק סביר כי הנאשם ביצע את עבירת האיומים המיוחסת לו. כבר עתה אומר, כי לדידי יש לענות על שאלה זו בשלילה.

33. כזכור, בכתב האישום המתוקן נטען כי הנאשם איים על המתלונן באומרו: "אני אזיין אותך, את אשתך ואת הילדים". הנאשם כפר בכך שאמר את הדברים (ובכך שהתקרב בצורה מאיימת אל המתלונן).

בידי שני עדי תביעה בלבד יש כדי לבסס את הטענה כי הנאשם אמר את המיוחס לו, והכוונה למתלונן ובנו. כך, המתלונן סיפר בבית המשפט כי הנאשם אמר לו: "אני אזיין אותך, את הילדים ואת אשתך" (פרוטוקול הדיון מיום 20.07.2016, דף 10, שורות 3-4); בנו של המתלונן סיפר דברים דומים: "ו[הנאשם] אמר לו שאם הוא יתקרב לילדים הוא יזיין את אשתו ואת הילדים. את זה אמר הנאשם לאבא שלי" (עמ' 16-17 לפרוטוקול, שורות 22 ו-1, בהתאמה).

בשים לב לממצאי המהימנות שדנתי בהם ארוכות קודם לכן, ולאחר שמצאתי את עדויותיהם של המתלונן ובנו כלא מהימנות, מצאתי להעדיף את גרסתו של הנאשם, ממנה עולה כי לא אמר את הדברים. מסקנתי זו אף מתעצמת בשים לב לעדותו של פפיסמדוב, שסיפר שחלונות ביתו היו פתוחים כך שניתן היה לשמוע את כל המתרחש למטה. דא עקא, פפיסמדוב - שגם לגביו קבעתי כי עדותו נוטה בצורה מובהקת לטובתו של המתלונן - לא סיפר כי שמע את הנאשם מאיים על המתלונן או לחילופין ראה אותו מתקרב אל המתלונן בצורה מאיימת.

בהמשך לקביעותי האמורות, אף יצוין כי בכתב האישום המתוקן לא נטען שהנאשם איים על המתלונן בהתנהגות, ואף בעניין זה לא מצאתי ליתן אמון בגרסאותיהם של המתלונן ובנו (אשר סיפרו כי הנאשם התקרב אל המתלונן ואיגרף את ידיו). לאור אלה, כאמור, יש לקבוע כי המאשימה לא עמדה בנטל להוכיח מעבר לספק סביר כי הנאשם איים על המתלונן - בין אם באמירת הדברים המיוחסים לו בכתב האישום המתוקן ובין אם בהתנהגות - ועל כן מצאתי לזכותו מעבירה זו.

למעלה מהצורך אציין, כי על אף שבדו"ח החקירה השנייה של הנאשם (ת/10) בכותרת נרשם שהוא נחשד גם בכך שאיים על המתלונן, **הרי שטענה וחשד זה כלל לא הוטחו בו** באף לא אחת מהחקירות שלו. יתר על כן, **הנאשם אף לא נשאל על כך במהלך חקירתו הנגדית בבית המשפט**. אולם, מאחר שקבעתי כי המאשימה לא עמדה בנטל להוכיח כי הנאשם אמר את שמיוחס לו בכתב האישום, ועל כן יש לזכותו מעבירה זו, הרי שלא מצאתי להידרש לנפקותו של מחדל חקירתי זה ולמשמעות של אי חקירת הנאשם בנושא במהלך החקירה הנגדית.

האם עומדת לנאשם טענת ההגנה העצמית?

34. סעיף 34 לחוק העונשין, שכותרתו "הגנה עצמית", קובע כך:

"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".

שתי הוראות חוק נוספות רלוונטיות לעניינינו, והן אלו הקבועות בסעיפים 34 ו-34 כב(ב) לחוק העונשין. שילובן של שתי הוראות חוק אלה מלמדנו, הלכה למעשה, כי על מנת שיחול הסייג הנטען, די לנאשם לעורר ספק שמא מתקיים סייג לאחריותו הפלילית, והכל בכפוף לכך שהמאשימה לא הצליחה להסיר את הספק האמור (וזאת בשונה מהמצב ששרר עובר לתיקון 39 לחוק העונשין, שאז היה נדרש מהנאשם להוכיח את קיומו של הסייג "במאזן הסתברויות").

35. לגופם של דברים, לשונו של הסעיף וההלכה המושרשת מלמדים אותנו כי על מנת שיקום סייג ההגנה העצמית, יש להוכיח קיומם של שישה תנאים, וכלשונו של בית המשפט העליון בע"פ 4784/13 **ניר סומך נ' מדינת ישראל**, (18.02.2016) (להלן: "**פרשת סומך**"):

"כידוע, ששה תנאים נדרשים לשם הקמתו של סייג ההגנה העצמית, ואלו הם: ראשית, קיומה של תקיפה שלא כדין; שנית, קיומה של סכנה מוחשית לפגיעה בחייו, בחירותו בגופו או ברכושו, של האדם המתגונן או של זולתו; שלישית, מיידיות, דהיינו - "על ההגנה להתבצע רק מרגע שהמעשה דרוש באופן מיידי על מנת להדוף את התקיפה, ועליה להיפסק מרגע שלא נדרש עוד מעשה התגוננות על מנת להדוף את התקיפה"...; רביעית, שהאדם המתגונן לא "הביא בהתנהגותו הפסולה לתקיפה תוך שהוא צופה מראש את אפשרות התפתחות הדברים"; חמישית, נדרשת פרופורציה, "יחס ראוי בין הנזק הצפוי מפעולת המגן לנזק הצפוי מן התקיפה"...; ששית, קיומה של נחיצות, קרי - טענת הגנה עצמית תקום לו לאדם רק כאשר לא היתה לו אפשרות להדוף את התקיפה בדרך אחרת, פחות פוגענית. אבחן אפוא האם התקיימו התנאים בעניין שעל הפרק".

36. אבחן אפוא אם תנאים אלה מתקיימים בעניינו של הנאשם, והכול בשים לב לממצאים העובדתיים שנקבעו על ידי קודם לכן.

37. בכל הנוגע לתנאי הראשון, שעניינו קיומה של תקיפה שלא כדין, סבורתני כי תנאי זה מתקיים במקרה הנדון, וזאת בשים לב לעובדה כי תחילתו של האירוע האלים הוא בכך שהמתלונן תקף את הנאשם.

38. בכל הנוגע לתנאי השני, שעניינו קיומה של סכנה מוחשית לפגיעה בחיים, בחירות, בגוף או ברכוש של האדם המתגונן או של זולתו, מצאתי כי גם תנאי זה מתקיים בעניינו. כפי שעמד על כך בית המשפט העליון בע"פ 5266/05 **זלנצקי נ' מדינת ישראל**, (22.02.2007), כדי שהסכנה תיחשב למוחשית, עליה להיות סכנה ממשית תוך שקיימת הסתברות גבוהה שתתממש, ואין די בסכנה ערטילאית או רחוקה. במקרה הנדון, המתלונן תקף את הנאשם במכה לפניו, ובנסיבות אלו ברי כי קיימת מבחינתו של הנאשם סכנה מוחשית ובהסתברות גבוהה שמא המתלונן ימשיך להפליא בו את מכותיו. במיוחד הדברים אמורים בשים לב לנסיבות שאפפו את האירוע, כאשר המתלונן עצבני, מתלהם, צועק, שש אלי קרב, ואף מוציא את הדברים מהכוח אל הפועל עת הוא מכה את הנאשם.

39. אשר לתנאי השלישי, ייאמר כי שני פנים יש למיידיות, שענינם בכך שההגנה צריכה להתבצע כשהסכנה קרוב ולא מוקדם מדי, מצד אחד; ולא מאוחר מדי, כשהסכנה חלפה זה מכבר, מצד שני (פרשת סומך, שם בית המשפט העליון מפנה בעניין זה לסנג'רו **הגנה עצמית במשפט הפלילי 189 (2000)**). במקרה שלפנינו, תנאי זה מתקיים, שכן הנאשם תקף את המתלונן מיד לאחר שהוכה על ידו ובסמוך לפני שהמתלונן עלול היה להכותו שוב.

40. בניגוד לשלושת התנאים הקודמים, מצאתי כי התנאי הרביעי אינו מתקיים במקרה הנדון, ובמה דברים אמורים?

כפי שנקבע בסעיף 34 לחוק העונשין ובואר לאחר מכן בפסיקה, על מנת שנאשם יזכה ליהנות מסייג ההגנה העצמית עליו להראות כי לא הביא בהתנהגותו הפסולה לתקיפה, תוך שהוא צופה מראש את אפשרות התפתחות הדברים. אחרת, לא תקום הצדקה לראות בו כמי שהותקף על לא עוול בכפו וכמי שההתקפה הפתיעה אותו (פרשת סומך). בדיקת התקיימותו של תנאי זה, נעשית במבט לאחור תוך בחינת האופן שבו נקלע הנאשם למצב שבו התאפשרה תקיפתו (ע"פ 20/04 **אבי קליינר נ' מדינת ישראל**, פ"ד נח(6) 80 (2004)).

בענייננו, אמנם הנאשם ניסה ליצור רושם בבית המשפט כי התנהג בצורה שלווה, רגועה וללא התלהמות או התגרות מצדו כלפי המתלונן. אולם, וכפי שכבר קבעתי קודם לכן, במהלך חקירתו הנגדית הנאשם הודה בסופו של דבר כי עובר לתקיפה הוא אמר למתלונן "**למה מה תעשה לי**" (עמ' 59 לפרוטוקול, שורות 3-18), וראו התייחסותי לעניין

בהינתן האמור, בפני בית המשפט מצטיירת התמונה הבאה: המתלונן יורד בעוד שחמתו בוערת בו, הוא מדבר בטונים גבוהים וצועק על הילדים ועל הנאשם, הוא מאיים "לפנצ'ר" לילדים את הכדור, צועק לנאשם " תרביץ לי, תרביץ לי", וניכר עליו כי אינו חושש להתעמת עם מי שייקרה בדרכו ואף מצוי כפסע מכך. במצב דברים זה, **הנאשם לא טמן את ידו בצלחת וליבה את הרוחות בעודו "מלהיט" את האווירה ואת כעסו של המתלונן בכך שאמר לו "למה מה תעשה לי" - וכל זאת, חלף הרגעת הרוחות באמצעות שיח מתורבת או לחלופין עזיבת המקום ביחד עם הילדים.**

ברי כי למתלונן חלק עיקרי וניכר בכך שהוויכוח התגלגל לכדי אלימות פיזית, ולא ניתן להשליך את האשמה ממנו והלאה. יחד עם זאת, במצב שנוצר, כאשר המתלונן יורד למטה ודמו רותח בעורקיו, "הכדור היה בידיו" של הנאשם אשר יכול היה באמצעות התנהגות ההולמת בני תרבות למנוע את הסלמתו של האירוע ולגרום לכך שהוא לא יגיע לכדי אלימות פיזית של ממש. כאמור, לא זו בלבד שהנאשם לא ביקש להרגיע את הרוחות ולסיים את הוויכוח בדרך ארץ, אלא שהוא אף הלהיט אותן והתגרה במתלונן באומרו "למה מה תעשה לי".

זאת ועוד, בסיטואציה שנוצרה, וכפי שהנאשם עצמו תיארה, הלה צפה כי אם ישאל את המתלונן - שכאמור באותה שעה היה נתון בשעת כעס של ממש - "מה תעשה לי", כי אז בהסתברות גבוהה מאוד, הלה עלול לנקוט כלפיו באלימות פיזית (ואף לא ניתן לומר שהאירוע קיבל לפתע תפנית אלימה, שהנאשם לא צפה אותה מראש).

למעשה, נדמה כי בדיוק שלא התנהגות כגון זו של הנאשם ביקש המחוקק לפטור מאחריות פלילית. אדרבא, כחברה מתוקנת אין אנו מעוניינים בכך שכל סכסוך שכנים או ויכוח על דבר של מה בכך ייפך חיש קל לעימות פיזי, כאשר כל צד מתגרה בשני ומבקש לבחון "מה הוא יעשה לו". מצופה כי דווקא במצבים נפיצים אלו, כאשר צד אחד שש אלי קרב, הצד השני ינהג באחריות וידאג לצינון האווירה ולפתרון הסכסוך בצורה נאותה, ואם יעלה בכך הצורך, באמצעות פנייה לרשויות אכיפת החוק.

לאור כל אלה, ולאחר שקבעתי כי הנאשם פעל בצורה פסולה, ובכך במידה רבה הביא על עצמו את תקיפתו על ידי המתלונן, וכל זאת כאשר הוא צפה מראש את התפתחות הדברים לכדי עימות פיזי - הרי שיוצא כי תנאי מתנאיו של סייג ההגנה העצמית אינו מתקיים בענייננו, ומכאן שהנאשם לא יכול ליהנות מסייג זה.

41. אף שדי בכך כדי לדחות את טענת ההגנה העצמית, אבחן בכל זאת, ולו לצורך הדין, אם מתקיימים התנאים הנותרים.

התנאי החמישי, עניינו במידתיות, כאשר נדרשת הלימה בין הנזק שצפוי להיגרם מפעולתו של התוקף, לבין הנזק שצפוי להיגרם מפעולתו של הנתקף. ודוק, המדובר במבחן גמיש תוך שלא בהכרח נדרש כי תהיה פרופורציה מלאה בין הנזק הצפוי לתוקף לבין הנזק הצפוי לנתקף (פרשת סומך).

לדידי, הגם אם בדוחק, תנאי זה מתקיים בענייננו. על פניו, הנזק הצפוי מאגרוף שניחת על פניו של צד א' מידי צד ב' הינו בוודאי פרופורציונלי לנזק הצפוי כתוצאה מאגרוף שניחת על פניו של צד ב' מידי צד א'. ועל כן, בשעה שהנאשם נתון תחת סכנה לספוג אגרוף (נוסף) מהמתלונן, הרי שתגובתו כנגד באמצעות מכת אגרוף למתלונן הינה מידתית בנסיבות העניין.

42. את מבחן הנחיצות, הוא התנאי השישי, יש להבחין ממבחן המידתיות אשר נדון לעיל. בכל הנוגע לתנאי זה, יש לחלקו לשני מבחני משנה: מבחן הנחיצות האיכותית, שבמסגרתו נבחנת השאלה אם היו בידי הנתקף חלופות פעולה פוגעניות פחות לצורך הדיפת התקיפה, מבלי שיהיה בכך כדי להחמיר בצורה משמעותית את הסכנה לאינטרס

הלגיטימי; ומבחן הנחיצות הכמותית, שבמסגרתו נבחנת מידת הכוח שהפעיל הנתקף להגנתו. תנאי זה נבחן מנקודת מבט אובייקטיבית, ולא כפי השקפתו הסובייקטיבית של כל נתקף. יחד עם זאת, ברי כי על בית המשפט לראות את התמונה במלואה ולזכור שעסקינן במי שהיה נתון תחת לחץ וסכנה, מה שיכול להביא ל"ריכוך" מסוים של המבחן האובייקטיבי. כך או כך, בפסיקה נקבע כי אין לבחון את הדברים בדווקנות יתרה, אלא יש להפעיל שכל ישר, להשתמש בניסיון החיים, וזאת **בכל מקרה לגופו** בנסיבותיו הייחודיות (פרשת סומך, והפניות שם).

בענייננו, סבורתני כי הנאשם אינו עומד במבחן הנחיצות האיכותית. אכן, בפרשת סומך מביא בית המשפט העליון כדוגמא מצב שבו די היה להדוף את התוקף באמצעות מכת אגרוף יחידה לכיוון הבטן, אך הנתקף הוסיף והיכה את התוקף במכת אגרוף נוספת בפניו. במקרה כגון זה, בהתאם לדוגמא שמביא בית המשפט, בשים לב ללהט האירוע, ללחץ ולמצוקה שבה היה נתון הנתקף, ולנוכח כך שפוטנציאל הנזק איננו עצום ורב - כי אז ניתן לרכך את הבחינה האובייקטיבית של דרישת הנחיצות. לצד אלו, בית המשפט העליון העיר מיד, **כי אין פירוש הדבר שמכת האגרוף הנוספת תיכנס תחת גדריה של דרישת הנחיצות**, אלא שניתן יהיה במצב כמו זה לדקדק מעט פחות עם הנתקף.

זאת ועוד, כאמור, ממילא כל מקרה צריך להיבחן בנסיבותיו, ואין דין מכת אגרוף שאינה נחוצה לפניו של אדם צעיר בשנות השלושים או הארבעים לחייו, כדין מכת אגרוף שאיננה נחוצה בפניו של אדם קשיש. במקרה האחרון, נדמה כי אין מקום "לרכך" יתר על המידה את המבחן האובייקטיבי ולדקדק פחות בבחינת התקיימותו של תנאי הנחיצות.

לגופו של עניין, בית המשפט שת ליבו לעובדה כי הנאשם הוא שהיה "בשטח" וכי החלטתו להכות את המתלונן באגרוף התקבלה תוך שבריר שנייה ובשעת דחיפות, לחץ וסכנה, וכאשר משקפי הראייה שלו נפלו מפניו. ועדיין, אף שכאמור לא התעלמתי מכל אלו, לדעתי לא מתקיים במקרה הנדון מבחן הנחיצות האיכותית. שכן, יש לזכור כי המתלונן הוא אדם שאיננו צעיר בגילו, המצוי בעשור השביעי לחייו (ראו שנת לידתו ב- 4/ת) ואף אינו חסון במיוחד. אודות נתון אחרון זה, תעיד העובדה שאף המכה שהנחית בפניו של הנאשם לא הייתה חזקה במיוחד, ואת זאת אנו למדים מכך שהיא אולי גרמה לאחרון למכאוב (כפי טענתו) אך לא הותירה כל סימן או חבלה (ראו הערת החוקר ב- 9/ת, שורה 33; וב- 10/ת, שורות 49-50). במצב דברים זה, ושוב מבלי להתעלם מכך שהנאשם היה נתון תחת לחץ וסכנה באותה עת ולא היה בידו סיפק לקבל החלטות שקולות ובקור רוח, **לדידי הייתה לנאשם אפשרות להדוף את המתלונן באמצעות נקיטה בדרכי פעולה חלופיות ופוגעניות פחות.**

אציין מיד, כי אינני קובעת שהיה על הנאשם לסגת לאחר שספג את האגרוף, שכן נדמה כי לא יכול היה להותיר את הילדים בזירה בצמוד למתלונן. כמו כן, בית המשפט אינו בא לקבוע אם היה על הנאשם להגן על עצמו למשל באמצעות דחיפה דווקא, או מכה לכיוון הכתף, סטירה וכיוצא באלה. אולם כאמור, בבחירה **בכל אחת** מהחלופות שלעיל, כך לדידי, היה כדי לאיין את הסכנה ולהדוף את המתלונן, מצד אחד; ולהימנע מגרימת נזק ניכר (כפי שאכן נגרם בסופו של יום), מצד שני. כאשר ניצב מולך אדם בעשור השביעי לחייו, שמכה אותך במכה שאיננה חזקה במיוחד (כפי שאכן התברר לאחר מכן), נדמה **כי כדי להדפו אין כל נחיצות לפעול נגדו בשיא הכוח והעוצמה ולהכותו בצורה כה ברוטלית וקשה.**

אשר על כן, ומשקבעתי כי לא הייתה לנאשם כל נחיצות איכותית להכות את המתלונן במכת אגרוף בפניו, הרי שהתנאי השישי לא מתקיים אף הוא (וממילא אינני נדרשת להכריע בשאלה אם מתקיים מבחן הנחיצות הכמותית. אם כי ייאמר, שעל פניו נדמה כי מבחן זה מתקיים).

43. זאת ועוד, ואף מעבר למבחינה של ההגנה העצמית, ייאמר כי **התרשמתי, מ"מבט על" על האירוע בכללותו, כי הנאשם לא פעל מתוך הגנה עצמית אלא ביקש להשיב למתלונן מלחמה שערה**, בבחינת עין תחת עין.

44. לאחר שספג את האגרוף מידי המתלונן, כך להתרשמתי, ביקש הנאשם לא להדוף את המתלונן ג דא, כי אם לתבוע

את עלבוננו ולהשיב לו כגמולו, ועל כן הכה אותו בחזרה במכת אגרוף לפניו.

על כל פנים, ומשקבעתי כי לא מתקיימים התנאים הרביעי והשישי של סייג ההגנה העצמית, הריני לקבוע כי הנאשם אינו יכול לחסות תחת הגנה זו.

הגנה מן הצדק

45. משהוכרע כי הנאשם אינו זכאי ליהנות מסייג ההגנה העצמית, על פניו, היה מקום להרשעו בעבירת החבלה חמורה, המיוחסת לו בכתב האישום המתוקן. אולם כאן, מצאתי להתייחס לטענת ההגנה בסיכומיה, לפיה אף אם לא תתקבל טענת ההגנה העצמית, כי אז עדיין על בית המשפט להורות על זיכוי של הנאשם מטעמים של הגנה מן הצדק, וזאת בשל האכיפה הבררנית בתיק זה, כאשר הנאשם הועמד לדין בגין ביצוע עבירות של חבלה חמורה ואיומים, ואילו המתלונן אף לא נחקר תחת אזהרה.

46. קיתונות של דיו נשפכו אודות התפתחותה בפסיקה של דוקטרינת ההגנה מן הצדק עד לעיגונה בסעיף 149(10) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982 (להלן: "**החסד"פ**), ונדמה כי הדברים הפכו למושכלות יסוד בשיטתנו. אשר על כן, לא ארחיב בדבר, לבד מלהפנות לע"פ 2910/94 **יפת ואח' נ' מדינת ישראל**, פ"ד נ(2) 221 (1996) וע"פ 4855/02 **מדינת ישראל נ' בורוביץ**, פ"ד נט(6) 776 (2005) (להלן: "**פרשת בורוביץ**"). כן אציין, בקליפת האגוז, כי בפרשת בורוביץ שלעיל התקבע מבחן משולש לבחינת התקיימותה של הדוקטרינה, ולפיו: בשלב הראשון, על בית המשפט לזהות את הפגמים שנפלו בהליכים ולעמוד על עוצמתם, והכול במנותק משאלת אשמתו או חפותו של הנאשם; בשלב השני, על בית המשפט לבחון אם בקיומו של ההליך הפלילי, חרף הפגמים, יש משום פגיעה חריפה בתחושת הצדק וההגינות, תוך איזון בין האינטרסים השונים והמנוגדים; בשלב השלישי, ככל שיימצא כי קיומו של ההליך כרוך בפגיעה חריפה בתחושת הצדק וההגינות, כי אז יש לבחון אם לא ניתן לרפא את הפגמים שנתגלו באמצעים מתונים ומידתיים יותר מאשר ביטולו של כתב האישום.

אשר לטענת האכיפה הבררנית (Selective Enforcement), תחילה ייאמר כי כיום אין עוד חולק כי זו יכולה לחסות תחת ההגנה מן הצדק הקבועה בסעיף 149(10) לחסד"פ (ראו למשל ע"פ 6328/12 **מדינת ישראל נ' פולדי פרץ**, 10.09.2013) (להלן: "**פרשת פרץ**"). במהותה, טענה זו עניינה במצב של אכיפת הדין נגד אדם אחד ואי אכיפתו כנגד אחרים שווים לו, מה שעלול להביא לתחושת חוסר שוויון חריפה ולפגיעה באמון הציבור ברשויות התביעה בפרט וברשויות השלטון בכלל (בג"ץ 953/87 **פורז נ' ראש עיריית תל אביב יפו**, פ"ד מב(2) 309 (1988); פרשת פרץ). אם כי, לא בכל מקום שבו החליטה הרשות להעמיד לדין אך חלק מסוים מהמעורבים בעבירה, נראה בכך כאכיפה בררנית פסולה, אלא יש לבחון אם אותה אבחנה בוצעה משיקולים ענייניים או שמא הרשות פעלה לשם השגת מטרה פסולה, על בסיס שיקולים זרים או מתוך שרירות גרידא (פרשת בורוביץ; בג"ץ 6396/96 **סימונה זקין נ' ראש עיריית באר שבע**, פ"ד נג(3) 289 (1999)).

נבחן אפוא אם היה בהתנהלותה של הרשות במקרה הנדון - עת בחרה שלא לחקור תחת אזהרה את המתלונן וממילא שלא להעמידו לדין - משום אכיפה בררנית פסולה.

47. בעניין זה, ייאמר תחילה באופן כללי, כי התרשמתי שרשויות אכיפת החוק לא השכילו במקרה זה לראות מעבר לפציעתו של המתלונן, וזו סימאה במידה רבה את עיניהן, מה שהשליך על אופן ניהול החקירה לכל אורכה ורוחבה. למרות שכל הסימנים היו לנגד עיניהם והצביעו על כך שגם המתלונן לא טמן ידו בצלחת ולמצער ניסה לתקוף את הנאשם, בעודו רודף אחריו עם מקל בידו, גורמי החקירה נמנעו מלחקור כיוון חקירה זה. כך, על אף שהן הנאשם

(כבר מרגע הדיווח שלו על המקרה למוקד 100) הן בנו והן חבר של בנו טענו כי היה זה המתלונן הראשון להכות ולמרות שהיו בידם סרטונים שמתעדים את המתלונן רץ באמוק לכיוון דירתו של הנאשם בעודו אחוז במקל, גורמי אכיפת החוק עצמו עיניהם למול עדויות וראיות אלו ולא טרחו לבדוק אותן. כך למשל, **למעט אותו דו"ח צפייה (ת/14), אף לא אחד מהשוטרים שהעידו בפני לא צפה בסרטונים האמורים.**

התנהלותה כגון זו של היחידה החוקרת ניכרת ונשקפת אף מעדויותיהם של כל השוטרים שהעידו בבית המשפט, כאשר כל אחד מהם נטה להשליך מעצמו את האחריות לניהול התיק ובדיקת כיווני החקירה, איש מהם לא סיפק הסבר המניח את הדעת לאיפה ואיפה שנקטו בין הנאשם למתלונן, ואף קצין המשטרה אשר היה אחראי למעצרו של הנאשם, הרבה בחקירתו הנגדית ליתן תשובות מתחמקות כגון "אינני יכול לענות השאלה" ו"אינני זוכר". להלן אפרט את הדברים.

48. זלויצקי - אשר חקר את הנאשם ביום האירוע - מסר כי היה מודע לטענתו של הנאשם, לפיה הותקף ראשון על ידי המתלונן (עמ' 36 לפרוטוקול, שורות 1-4). אולם, כשנשאל מה עשה עם מידע זה, השיב בצורה צינית ומתחמקת: **"מה אני צריך לעשות עם המידע הזה?"** (עמ' 36 לפרוטוקול, שורות 1-4). כמו כן, הלה נטה לצמצם מאחריותו ותפקידו וכשנשאל אם המליץ לחקור את המתלונן תחת אזהרה, השיב: "זה לא עובד ככה להמליץ לחקור למישהו מתלונן באזהרה. אני גביתי את אמרתו [של הנאשם] והכנסתי לתיק. אם חוקר מקבל לידי את התיק לאחר תורנות הוא צריך לקרוא את העדויות ולהבין מה כתוב ולגזור נגזרת של עדויות יחד עם הקצינים, אם זה לא תיק מעצר" (עמ' 36 לפרוטוקול, שורות 12-15). עוד ייאמר, כי זלויצקי סיפר שלא ראה את סרטוני הווידאו ולא ידע למסור מי היה אחראי עליו במועד הרלוונטי ומי קיבל את ההחלטות בתיק.

מה שכן, ולשאלת בית המשפט, זלויצקי סיפר כי "אם צץ לי ספק קטן שיש מעורבים שצריכים להיחקר אנחנו מוציאים מזכרי איתור למעורבים" (עמ' 38-39 לפרוטוקול, שורות 24-26 ו-1-3). דא עקא, אין חולק כי בתיק זה, למרות הטענות של הנאשם והסרטונים הקיימים, לא יצא כל מזכר כגון זה.

49. גם בעדותו של עדרי - שבין היתר גבה את עדותו של א', חקר תחת אזהרה את הנאשם ביום 07.04.2015 וביצע עימות בין הנאשם לבין בנו של המתלונן - לא היה כדי לשפוך אור על הליך קבלת ההחלטות בתיק זה, והלה לא הצליח להניח את דעתו של בית המשפט בנוגע לשאלה מדוע איש מגורמי החקירה לא מצא לנכון לבדוק את גרסתו של הנאשם, ולו באמצעות צפייה בסרטונים וחקירת המתלונן תחת אזהרה.

הלה נשאל בחקירה הנגדית אם המתלונן אחז במקל, והשיב: "זו הגרסה שלו. אני לא הייתי שם. אף אחד מאיתנו לא היה במקום. ש: אז אי אפשר לדעת? ת: לא" (עמ' 43 לפרוטוקול, שורות 8-11). כן לדבריו, הוא לא צפה בדו"ח הצפייה (עמ' 46 לפרוטוקול, שורות 3-4). הנה כי כן, עדרי אומר כי לא ניתן לדעת אם המתלונן אחז במקל אם לאו. אולם, הרי שניתן גם ניתן היה לדעת זאת, וכל שהיה נדרש לשם כך זה לצפות בסרטונים שהם חלק מחומר החקירה או לעיין בדו"ח הצפייה (ת/14), שם הדברים מצוינים מפורשות. למעשה, מדבריו של עדרי עצמו ניתן ללמוד אודות גודל המחדל של גורמי החקירה. שכן לדבריו, ככל שבאמת קיימים סרטונים שבהם נצפה המתלונן רודף אחר הנאשם עם מקל בידו, כי אז "צריך לחקור אותו באזהרה וצריך לעמת אותו עם הסרטונים" (עמ' 45 לפרוטוקול, שורות 7-8).

לבסוף ייאמר, כי בדומה לזלויצקי, גם עדרי ניסה לצמצם מאחריותו בניהול תיק החקירה בעניינו של הנאשם, ולהשליכה על גורמים אחרים, שאת זהותם הוא לא זכר. כך למשל, כשנשאל מדוע לא שבו וחקרו את המתלונן תחת אזהרה לאחר שהנאשם שב וטען כי הותקף על ידו, השיב: **"אני בא להעיד על מה שעשיתי ולא על מה שלא עשיתי"** (עמ' 44 לפרוטוקול, שורות 22-25). ובהמשך, כשנשאל למי הוא מעביר את המידע כדי שיחליטו בדבר המשך החקירה ומי הממונה עליו, השיב: "לא יכול להגיד שם ספציפי אני ממש לא זוכר מי טיפל בתיק אח"כ" (עמ' 45 לפרוטוקול, שורות 17-21).

50. בהמשך, העיד בבית המשפט עוזר, אשר נכון למועד מתן העדות שימש כראש אגף חקירות בתחנת אשקלון, ובמועד הרלוונטי לכתב האישום היה הקצין אשר חתם על האסמכתא למעצרו של הנאשם וביקש את מסמכיו הרפואיים של המתלונן.

על מרבית התשובות שנשאל בחקירה הנגדית, הקפיד עוזר לענות תשובות בסגנון "לא זוכר" או "לא יודע", כך שלמעשה גם הוא לא הצליח לספק בעדותו תשובות שיכולות להניח את דעתו של בית המשפט בכל הנוגע לשאלה מדוע היחידה החוקרת ראתה לנכון לחקור תחת אזהרה ולעצור את הנאשם בלבד, ולא מצאה לחקור את המתלונן תחת אזהרה. אדרבא, כמו שני החוקרים שהעידו לפניו, גם מתשובותיו של עוזר עצמו ניתן ללמוד כי בפועל נפלו מחדלי חקירה בתיק זה. כך למשל, כשנשאל מה עליו לעשות מקום בו החשוד טוען שהמתלונן תקף אותו, השיב: "לחקור את שני הצדדים בהתאם. אתה שואל שאלה כללית. בודק את שני הצדדים ואת והמשך חוקר גם את המתלונן שקראנו לו קורבן, אני משער" (עמ' 47 לפרוטוקול, שורות 23-24). אולם כאמור, תשובתו של עוזר שבוודאי נכונה להלכה, לא בוצעה למעשה.

51. ויודגש, בית המשפט אינו בא לקבוע כי היה על היחידה החוקרת להחליט כי יש מקום להעמיד לדין גם את המתלונן. אולם כן היה עליהם - בשים לב לטענתו של הנאשם ולראיות האובייקטיביות הקיימות בתיק - **לכל הפחות לבחון כיוון חקירה זה**, ולעשות את המינימום הנדרש: לצפות בסרטונים (או לחילופין, למצער, לקרוא את דו"ח הצפייה) ולחקור את המתלונן תחת אזהרה (עדרי ועוזר העידו בעצמם כי כך יש לנהוג במקרה האמור). אילו היו פועלים כך, כי אז הייתה נפרסת בפני גורמי החקירה והתביעה התמונה המלאה של האירוע, ורק לאחר מכן הם היו יכולים לקבל את החלטותיהם בתיק זה בצורה שקולה ונכונה.

אולם כאמור, נדמה כי פציעתו של המתלונן קיבעה אצל גורמי החקירה את הקונספציה לפיה הנאשם הוא התוקפן הבלעדי בתיק זה וכי כל דבריו הם שקר - כך שממילא אין כל טעם או צורך לבחון אותם, אף אם קיימות ראיות אובייקטיביות בתיק המאששות בצורה פוזיטיבית ולו חלק מטענותיו. עם דפוס פעולה כגון זה, בית המשפט אינו יכול להסכין.

52. זאת ועוד, מחדליה של היחידה החוקרת בתיק זה - שלדידי יש בהם במקרה הנדון כדי להקים טענה של אכיפה בררנית - אף אינם מתמצים באמור עד כה בלבד. כפי שכבר עמדתי על כך קודם לכן, לאירוע שבמוקד כתב האישום המתוקן היו עדים א' ו- א"ר, שניהם קטינים מתחת לגיל 12, ועל כן היה על היחידה החוקרת לגבות את עדותם באמצעות "חוקר ילדים", כמצוותו של חוק הגנת ילדים. דא עקא, עדותם של א' ו- א"ר נגבתה על ידי חוקר שאינו "חוקר ילדים" כמשמעו בחוק. במהלך הליך שמיעת הראיות, בית המשפט לא קיבל כל הסבר למחדל זה. יתר על כן, א' ו- א"ר נכללו ברשימת עדי התביעה של המאשימה, אולם לא נהיר כיצד היה בכוונתה להעיד אותם, שכן השניים לא נחקרו על ידי חוקר ילדים ולא התקבל אישורו לכך, אישור אשר הינו בבחינת תנאי בלעדיו אין להעדתם. בהיעדר אישור זה, אף לא ניתן היה לצפות כי א' ו- א"ר יובאו לעדות במסגרת פרשת ההגנה.

יחד עם האמור, יצוין כי מחדל חקירה כשלעצמו אינו יכול להביא לכדי זיכוי של הנאשם, ושומה על בית המשפט לבחון בכל מקרה לגופו אם המחדל האמור מקים חשש שמא קופחה הגנתו של הנאשם, וזאת משום שנוצר לו קושי להתמודד עם הראיות נגדו או להוכיח את גרסתו שלו. עוד יש להזכיר, כי להבדיל מכללי הפסילה הנוגעים לגביית הודאה מנאשם, הרי שאין לזכות נאשם בשל מחדל חקירה אך משום הרצון "לחנך" את היחידה החוקרת (ראו למשל ע"פ 2697/14 **ניסים דוד חדאד נ' מדינת ישראל**, (06.09.2016), וההפניות שם). במקרה הנדון, בשים לב לממצאי העובדה אשר נקבעו בתיק זה, בשעה שבית המשפט מצא להעדיף את גרסתו של הנאשם מבלי להיזקק לעדותם של הילדים, וקבע כי היה זה המתלונן שהכה אותו ראשון, הרי שנדמה כי בשל המחדל האמור הגנתו של הנאשם לא קופחה, בוודאי לא בצורה ניכרת. אשר על כן, סבורתני כי אין להעניק משקל ניכר למחדל חקירה זה, אם כי ראוי שדברים כגון אלו לא יישנו

53. משקבעתי כל זאת, אסכם ואומר כי אין לקבל את אותה אבחנה ברורה שביצעה היחידה החוקרת, ובעקבותיה גם המאשימה, בין הנאשם לבין המתלונן; וכאמור לא ניתן להסכין, בשים לב לתמונה העובדתית אשר נפרסה בפניי, עם מצב שבו הנאשם לבדו מואשם, בין היתר, בעבירה חמורה שדינה עד שבע שנות מאסר, ואילו המתלונן, אף אם לא גרם לנאשם לחבלה גופנית, יוצא פטור בלא כלום.

יוער מיד, בית המשפט אינו חושב כי ההחלטה לחקור אך ורק את הנאשם ולהעמידו לדין פלילי, מצד אחד; ולהימנע אפילו מחקירתו תחת אזהרה של המתלונן, מצד שני, התקבלה לשם השגת מטרה פסולה, בשרירות או תוך שקילת שיקולים זרים. אין בליבי כל ספק כי הן גורמי החקירה והן יחידת התביעות עושים עבודתם נאמנה, אלא שלדידי במקרה הנדון הם טעו בשיקול דעתם שלא לחקור תחת אזהרה את המתלונן ולא להעמידו לדין. לדידי, טעותם זו בשיקול הדעת הביאם לקבל החלטה החורגת ממתחם הסבירות.

אשר על כן, לאור כל האמור לעיל, שוכנעתי כי בפניי מקרה מובהק שבו ראויה להישמע טענה של אכיפה בררנית, וכי ניהול ההליך הפלילי נגד הנאשם לבדו, בעוד שהמתלונן יוצא פטור בלא כלום, מביאה לפגיעה של ממש בתחושת הצדק וההגיונות. משכך, יש לקבוע כי ה"הגנה מן הצדק" הקבועה בסעיף 149(10) לחסד"פ חלה על הנאשם.

54. אשר לנפקות הקביעה לפיה יש לקבל את טענת ההגנה מן הצדק, סעיף 150 לחסד"פ דן בכך, וקובע:

"... נתקבלה טענה מקדמית, רשאי בית המשפט לתקן את כתב האישום או לבטל את האישום, ובמקרה של חוסר סמכות - להעביר את הענין לבית משפט אחר כאמור בסעיף 79 לחוק בתי המשפט".

כלומר, מקום בו בית המשפט מקבל טענה של הגנה מן הצדק, כך מורה אותנו החוק, הוא רשאי לתקן את כתב האישום או לבטלו. יחד עם זאת, אין המדובר ברשימה סגורה של סעדים, ובהתאם לפסיקה הנוהגת, רשאי בית המשפט ליתן סעדים אחרים מאלו המנויים בחוק, מתונים יותר מביטולו של כתב האישום (ושאינם תיקונו בלבד), כגון הקלה בעונשו של הנאשם (ראו למשל פסק דינו של כב' השופט ח' מלצר בע"פ 10715/07 ישראל ולס נ' מדינת ישראל, (01.09.2009)). פסיקתו של כב' השופט ח' מלצר לעניין עונשו של המערער נותרה במיעוט, אולם שני חבריו להרכב לא חלקו על קביעתו העקרונית לפיה קבלה של טענת ההגנה מן הצדק עשויה להביא להקלה בעונשו של הנאשם; כן ראו, פסק דינו של כב' השופט (כתוארו אז) א' רובינשטיין בע"פ 1361/10 מדינת ישראל נ' יניב זגורי, (02.06.2011) ובע"פ 1840/16 יהודה אדרי נ' מדינת ישראל, (01.02.2017).

55. ומן הכלל אל הפרט, עיינתי בפסקי הדין אליהם הפנתה ההגנה בסיכומיה, והכוונה לת"פ (שלום תל אביב יפו) 3174/09 מדינת ישראל נ' ליז חגי', (27.04.2011) (להלן: "עניין חגי"), ובת"פ (שלום קריית גת) 17454-09-13 מדינת ישראל נ' אירינה גברילוב, (03.02.2016) (להלן: "עניין גברילוב").

בעניין חגי', דובר בנאשמת שהואשמה בביצוע עבירה של תקיפה הגורמת חבלה של ממש. בית המשפט קבע כי הנאשמת ביצעה עבירה זו, אולם מאחר שגם המתלוננת לא טמנה ידה בצלחה ואף הייתה הראשונה להכות את הנאשמת, התקבלה טענתה של האחרונה להגנה מן הצדק. בית המשפט דן בשאלת נפקות קבלת הטענה, וקבע כי מצד אחד, ביטולו של כתב האישום יהווה סעד חריף מדי; מצד שני, נקבע כי בנסיבות העניין, אין די בהקלה בעונשה של הנאשמת, שכן אף אם ייגזר עליה עונש קל וצופה פני עתיד, עדיין לא יהיה בדבר כדי לרפא את הפגם, שעניינו באותה דיכוטומיה שאיננה במקומה בין הנאשמת לבין המתלוננת. בהינתן האמור, בית המשפט ניתח את הפסיקה הנוהגת ואת הספרות המקצועית בתחום, וקבע כי קיימים "פתרונות ביניים" - שבין ביטולו של כתב האישום לבין הקלה בעונש - שניתן ליישם מקום בו מתקבלת טענה של הגנה מן הצדק. במקרה הנדון, מצא בית המשפט פתרון ביניים זה בדמות הקלה

בסעיף האיטום שבו תורשע הנאשמת, מתקיפה הגורמת חבלה של ממש לתגרה, לפי סעיף 191 לחוק העונשין.

בדומה, גם בעניין גברילוב מצא בית המשפט - לאחר שקבע כי גם המתלוננת, אשר לא הועמדו לדין, תקפה את הנאשמת - כי יש לקבל את טענתה של הנאשמת להגנה מן הצדק, ומכוח זה המיר את אחד מסעיפי האיטום של תקיפה הגורמת חבלה של ממש לסעיף איטום של תגרה.

56. בצניעות ובענווה, אומר כי לדידי יש מקום לנהוג בצורה דומה גם במקרה שבפניי. שכן, ביטולו של כתב האיטום במקרה הנדון יהווה סעד חריף מדי. דברים אלו אמורים בשים לב להתנהלותו של הנאשם במהלך האירוע, כפי שעמדתי עליה עת בחנתי את טענתו להגנה עצמית, ולנוכח חומרת החבלה והנזק שנגרמו למתלונן כתוצאה ממעשיו (בעניין אחרון זה, אפנה ל- 3/ת ו- 4/ת). זאת ועוד, לדעתי סיום ההליך הפלילי בעניינו של הנאשם באופן בו הוא יצא בלא כלום, תשלח הן לנאשם עצמו והן לציבור כולו מסר מוטעה של סלחנות. בנסיבות המקרה, כאשר עסקין בקטטה אלימה שתחילתה בסכסוך שכנים על עניין של מה בכך, ושהובילה בסופו של יום לחבלה חמורה אצל המתלונן - סבורתני כי ביטולו של כתב האיטום נגד הנאשם, על אף האכיפה הבררנית, יהווה סעד קיצוני מדי וְיִחָטָא לאינטרס הציבורי.

מנגד, סבורתני כי לא ניתן במקרה הנדון להסתפק בהענקת משקל לטענת ההגנה מן הצדק בשלב העונש בלבד. במצב דברים שבו המתלונן היכה גם הוא את הנאשם, ואף היה הראשון להרים את ידו ולנקוט באלימות, לא יהא זה הוגן - הן מבחינה משפטית והן מבחינה מוסרית - ליצור אבחנה כה ברורה ומובהקת ביניהם, **אבחנה שתיווצר מעצם הרשעתו של הנאשם בעבירה החמורה המיוחסת לו**, אף אם בית המשפט יסתפק בהשתתפות עונש קל בלבד.

57. לאור כל אלה, ומשנקבע כי מחד גיסא, ביטולו של כתב האיטום יהווה סעד מרחיק לכת; ומאידך גיסא, כי אין די בסעד בדמות הקלה בעונשו של הנאשם כדי לרפא את הפגם, מצאתי כאמור לילך באותה דרך ביניים, ולהורות על הרשעתו של הנאשם בעבירה של תגרה, לפי סעיף 191 לחוק העונשין, חלף עבירת החבלה חמורה שיוחסה לו.

58. מה גם, שלדעתי **הרשעתו של הנאשם בעבירה של תגרה תשקף את שאירע בינו לבין המתלונן בצורה מהימנה ומדויקת יותר**. מהתמונה העובדתית שהצטיירה בפניי, עולים סימנים מובהקים של אלימות הדדית שנקטו הנאשם והמתלונן זה כנגד זה (עת עמדו בחצר ציבורית), כאשר הם מכים איש את רעהו. בהתבוננות על התגוששות זו מהצד, בנקל ניתן לזהותה עם קטטה הדדית - ולא עם מצב שבו אדם תוקף את חברו, כפי תזת המאשימה. בנסיבות אלו, כאמור, ובשים לב לאותם סימנים מובהקים של אלימות הדדית, סבורתני כי עבירת התגרה תשקף מהימנה יותר את האירוע כפי שהוא התרחש במציאות (ראו והשוו דבריו של בית המשפט העליון בע"פ 480/76 שלום רמתי נ' מדינת ישראל, פ"ד לא(1) 719 (1976)).

ויוער, העובדה שכתוצאה מהקטטה האמורה נגרמה למתלונן חבלה חמורה בדמות שבר בלסת, אינה סותרת את הגולל על האפשרות להרשיע את הנאשם בעבירה של תגרה, ושאלת הנזק אינה מעלה ואינה מורידה בעניין זה (אם כי מטבע הדברים, יכולה להיות לה נפקות לעניין העונש). כהמחשה לאמור, אפנה לע"פ 7144/11 מוחמד מחאמיד נ' מדינת ישראל, (17.05.2012), שם דובר בנאשמים שהורשעו בעבירה של תגרה (חלף עבירת ההריגה שיוחסה להם), על אף שתוצאותיה היו קיפוח חייו של אחד מיריביהם באותה קטטה.

בהמשך לאמור ובשולי הדברים, אציין למען הסר ספק כי הרשעתו של הנאשם במקרה הנדון בעבירה של תגרה, חלף עבירת החבלה חמורה שיוחסה לו, היא תוצאה של קבלת טענתו להגנה מן הצדק. אף שבהחלט ייתכן שהדבר היה אפשרי, אינני נדרשת לשאלה אם יש מקום לזכות את הנאשם מהעבירה המיוחסת לו ולהרשיעו בעבירת התגרה גם מכוח סעיף 184 לחסד"פ, שעניינו הרשעה בעבירה על פי עובדות שלא נטענו בכתב האיטום. כאמור, ייתכן שניתן היה לילך גם בדרך זו (וראו בעניין זה את פרשת מחאמיד שאזכרה לעיל), אולם משהגעתי לאותה התוצאה מכוח דוקטרינת ההגנה מן

הצדק, כי אז כאמור ממילא לא מצאתי להכריע בשאלה האמורה.

59. סוף דבר, כאמור ברישא של הכרעת הדין, הריני מורה על זיכוי של הנאשם מהעבירות המיוחסות לו בכתב האישום המתוקן, ומרשיעה אותו תחתיהן בעבירה של תגרה לפי סעיף 191 לחוק העונשין.

60. הצדדים יטענו כעת לעונש.

ניתנה היום, ה' תשרי תשע"ח, 25 ספטמבר 2017, במעמד הצדדים דלעיל.