

ת"פ 67347/12/18 - מדינת ישראל נגד אלירן ירדני

בית משפט השלום בפתח תקווה

ת"פ 67347-12-18 מדינת ישראל נ' ירדני
בפני כבוד השופט עודד מורנו

בעניין:

מדינת ישראל	המאשימה:
אלירן ירדני	נגד הנאשם

ב"כ המאשימה - עו"ד נדב שחם ועו"ד ירדן נאור

ב"כ הנאשם - עו"ד אסף טל

הנאשם בעצמו

הכרעת דין

בהתאם להוראת המחוקק בסעיף 182 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982, אני מורה על זיכוי הנאשם מהעבירה המיוחסת לו בכתב האישום, חבלה חמורה - עבירה לפי סעיף 333 לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: "חוק העונשין").

מבוא

1. כנגד הנאשם הוגש כתב אישום ביום 23.12.18 המייחס לו אישום בעבירה של חבלה חמורה, עבירה לפי סעיף 333 לחוק העונשין.

2. מעובדות כתב האישום עולה כי בתאריך 10.2.18 בשעות הערב הגיע מר ד. מ. (להלן: "המתלונן") לבילוי במועדון ה"דרינק פויינט" (להלן: "המועדון") אשר בבעלותו של הנאשם. נטען כי המתלונן, אשר היה בגילופין, החל להטריד את יתר הבליינים במועדון. מיד לאחר מכן, ניגש המאבטח מר יוסף בוקוביצקי (להלן: "המאבטח בוקוביצקי או המאבטח") אל המתלונן והוציא אותו מהמקום. כאשר המתלונן והמאבטח שהו מחוץ למועדון, אחז המתלונן בידו של המאבטח וזה האחרון השתחרר מהאחיזה. אותה עת, שהה הנאשם מחוץ למועדון, צפה במתרחש ובין הצדדים התפתח דין ודברים.

עמוד 1

המתלונן תפס בחולצתו של הנאשם וטלטל אותו מספר פעמים. מיד לאחר מכן, השתחרר הנאשם מאחיזתו של המתלונן, הדף אותו מספר מטרים, אחז בבטנו, הרימו והשליכו בחוזקה לרצפה. כתוצאה מהמעשים המתוארים לעיל, כך נטען, תקף הנאשם את המתלונן וגרם למתלונן שבר בבסיס הגולגולת - חבלה חמורה.

3. במענה לכתב האישום כפר ב"כ הנאשם בתקיפה וטען להגנה עצמית. עוד הוסיף, כפי שניתן לראות בסרטוני מצלמות האבטחה, כי הנאשם עומד ולא מדבר כלל, כשלפתע המתלונן מסתובב אליו ומתחיל לתקוף אותו. כמו כן, נטען כי הנאשם לא השתחרר מאחיזת המתלונן ולא הדף את המתלונן מספר מטרים, אלא הנאשם והמתלונן אחזו זה בחולצתו של זה, תוך שהנאשם מרחיק מגופו את המתלונן. בשלב זה המתלונן נראה בסרטון הווידאו מפשפש בכיסיו כדי לשלוף משהו, ובאותו הרגע, הנאשם אחז אותו בידיו ומבצע לו תרגיל הגנה עצמית, מפיל אותו לרצפה ואז נסוג לאחור. באשר לשבר בבסיס הגולגולת, מאשרים כי נגרמו נזקים כפי שנטען, אך מסייגים בכפוף לכל חוות הדעת. ב"כ הנאשם ויתר על כל עדי התביעה, והביע את הסכמתו להגשת כל תיק החקירה. עוד טען כי בשלב זה, אינו זקוק כלל לעדים על מנת להוכיח את טענתו להגנה עצמית.

4. ביום 5.5.19 התקבל בבית המשפט תיק מוצגים מוסכם ע"י הצדדים ובו: הודעת החשוד מיום 17.7.18 - **1/ת**; הודעת החשוד מיום 18.2.18 - **2/ת**; הודעת המתלונן מיום 18.2.18 - **3/ת**; הודעת המאבטח בוקוביצקי מיום 10.2.18 - **4/ת**; הודעת החשוד מיום 10.2.18 - **5/ת**; הודעת המאבטח בוקוביצקי מיום 10.2.18 - **6/ת**; הודעת החשוד מיום 10.2.18 - **7/ת**; טופס הודעה על זכויות חשוד טרם חקירה מיום 17.7.18 - **8/ת**; מזכר מאת רס"מ אלדד פרץ מיום 18.2.18 - **9/ת**; סיכום אשפוז מיום 11.2.18 - **10/ת**; הפניה כללית מיום 13.2.18 - **11/ת**; הזמנה לסור למשטרה מיום 11.2.18 - **12/ת**; טופס הודעה על זכויות חשוד טרם חקירה מיום 18.2.18 - **13/ת**; כתב ערובה מיום 18.2.18 - **14/ת**; טופס הודעה על זכויות חשוד טרם חקירה מיום 18.2.18 - **15/ת**; דו"ח פעולה בדיקת מכשיר DVR מיום 14.2.18 - **16/ת**; דו"ח ביקור בזירה לחוקר זי"ט מיום 11.2.18 (ללא שעה) - **17/ת**; פרטי שובר העברה החזרה לבעלים מיום 11.2.18 - **18/ת**; דו"ח ביקור בזירה לחוקר זי"ט מיום 11.2.18 בשעה 12:30 - **19/ת**; דו"ח ביקור בזירה לחוקר זי"ט מיום 11.2.18 בשעה 12:30 - **20/ת**; דו"ח ביקור בזירה לחוקר זי"ט מיום 9.2.18 בשעה 12:45 - **21/ת**; דו"ח פעולה בדיקת מכשיר DVR מיום 11.2.18 - **22/ת**; טופס לוואי לבדיקת מיצוי ראיות ממחשב מיום 11.2.18 - **23/ת**; מזכר מאת רס"ר מרדכי אלעד גרנד מיום 10.2.18 - **24/ת**; דו"ח פעולה/תפיסה וסימון מאת פקד שמואל יוסף מיום 10.2.18 - **25/ת**; מזכר מאת רס"ר רביח עטילה מיום 10.2.18 - **26/ת**; בקשה להוצאת צו חיפוש בחומר מחשב מיום 10.2.18 - **27/ת**; דו"ח פעולה (שירת הסירנה) מאת רס"ל ישי סלונים מיום 10.2.18 - **28/ת**; דו"ח על עיכוב (שירת הסירנה) מאת רס"ל ישי סלונים מיום 10.2.18 - **29/ת**; טופס הודעת זכויות חשוד טרם חקירה מיום 10.2.18 - **30/ת**; כתב ערובה מיום 10.2.18 - **31/ת**; טופס הודעת זכויות חשוד טרם חקירה מיום 10.2.18 - **32/ת**; דיסק פלא 64285/18 - **33/ת**;

שלב ההוכחות - פרשת תביעה

5. ב"כ המאשימה הצהיר שיבקש לחקור את הנאשם למרות שהתיק הוגש בהסכמה. כמו כן הודיע כי יזמן את המתלונן היות וסבור הוא שיהיה זה נכון מבחינת ניהול התיק. ב"כ המאשימה ציין כי יש הודעה אחת של בליין במועדון בשם עומרי קאשי (להלן: "קאשי") אותה הוא מתנגד להגשתה, וככל שהגנה תבקש להעידו, הרי שהוא יחקר בחקירה נגדית. ב"כ הנאשם הצהיר כי הנאשם יעיד להגנתו, וביקש לזמן את קאשי מאחר והמאשימה מתנגדת להגשת הודעתו (נ/1).

6. ב"כ הנאשם העלה תהיות בדבר כוונת המאשימה להעיד את המתלונן, וסבר כי הדבר עלול "לזהם" את דעתו של בית המשפט, אשר ייחשף למצבו הבריאותי, שעה שאין כל מחלוקת עובדתית באשר להתרחשות האירוע וזירת המחלוקת נוקזה לסוגיה משפטית גרידא, וביתר שאת כאשר ההגנה הסכימה להגשת כל חומרי החקירה בתיק. בית המשפט קבע כי אין בהעדתו של המתלונן כל "זיהום", ועדותו כפופה למסגרת חומר החקירה שכבר נמסר לסנגור או שיימסר מבעוד מועד.

7. ביום 15.7.19 התנהלה ישיבת הוכחות בפני מותב זה. בחקירתו הראשית, תיאר המתלונן שהיה לראשונה במועדון, ובזמן שישב על הבר למשך כ-40 דקות וללא כל סיבה מוצדקת, ניגש אליו הסלקטור (ככל הנראה הכוונה היא למאבטח - ע.מ) והתחיל לבעוט אותו החוצה. כן ציין כי דרש את הצילומים מתוך הבר היות וההתנהלות שם הייתה נוראית. עוד הוסיף כי יכול להיות שהתנהג בצורה לא הולמת ואגרסיבית, אך היה זה בתגובה לכך שהוציאו אותו מהמועדון, ומטרתו הייתה בסך הכל לדרוש את פרטיו של הסלקטור.

8. המתלונן הודה כי תפס את הנאשם בחולצתו בגלל ה"סטרס" שהיה נתון בו, והטיל את האשמה על הסלקטור שהיה אגרסיבי וכתוצאה מכך התגלגל האירוע עד לפציעתו החמורה ולשיקומו הארוך שלטענתו ספק אם יחזור לאיתנו שוב. לשאלת בית המשפט השיב המתלונן כי ציין שהיה אגרסיבי וכוונתו הייתה שלא מדובר באגרסיה של מכות/אלימות ובסך הכל האגרסיה באה לידי ביטוי בכך שיכול היה לתת דחיפה דבר שלא הוביל לשום נזק.

9. ב"כ המאשימה עימת את המתלונן עם עדותו של קאשי אשר בילה אותה עת במועדון ותיאר כי המתלונן התפרע, ניגש לאנשים ואמר להם לצאת החוצה על מנת לרוב מכות. המתלונן השיב כי אינו מכיר את קאשי והוסיף כי יתכן ויש לו קשר עם המתלונן שפגע בו.

10. בחקירתו הנגדית הודה המתלונן שהיה נתון תחת השפעת אלכוהול וככל הנראה תחת אותה השפעה ניער את הנאשם באמצעות תפיסה בחולצתו. לשאלת ב"כ הנאשם, השיב המתלונן שלא תקף את הנאשם אלא רק הביע אגרסיה ושוב הפנה אצבע מאשימה כלפי הסלקטור שהוציא אותו החוצה ללא כל סיבה מוצדקת. עוד הוסיף המתלונן כי לא ידע שמדובר בבעל המועדון, והדין והדברים שהיו ביניהם היו בעקבות כך שהנאשם עמד מולו ומנע ממנו להיכנס שוב למועדון.

11. ב"כ הנאשם בחר שלא לחקור בחקירה ראשית את הנאשם, והצהיר כי הגשת חקירתו של הנאשם מהווה מבחינתו תחליף לחקירה ראשית.
12. בחקירתו הנגדית בבית המשפט מיום 15.7.19, תיאר הנאשם כי היה לו מועדון במשך 3 שנים ומעולם לא הייתה קטטה בתוך המועדון, עוד ציין כי נמצא בקשר רציף עם משטרת אריאל והכל תחת פיקוחם. כמו כן ציין הנאשם כי למרות שהמשטרה נתנה הוראה לסגור את המקום לאחר האירוע, הרי שלאחר שראו את צילומי האבטחה ונוכחו לדעת שהמקום עבד על פי הנהלים, אפשרו מחדש את פתיחתו.
13. הנאשם אישר כי המתלונן דרש את פרטיו של המאבטח וטען כי כפי הניתן לראות בסרטון הרי שהוא מסמן למאבטח להגיע אליו על מנת למסור את הפרטים כפי שמחויב. הנאשם הצדיק את הוצאתו של המתלונן מהמועדון היות ולפי סרטוני מצלמות האבטחה הוא נראה מצדיק לאנשים.
14. הנאשם העיד כי כפי הניתן לראות בסרטון, המתלונן נראה מפשפש בכיסיו מספר פעמים ונראה כמחפש משהו, וחשש שהמתלונן יוציא סכין, זאת ביתר שאת לאחר שהמתלונן תפס בחולצתו, חנק וניער אותו, כך שפחד שהדבר יתגלגל לאירוע חמור, מה גם, שאשתו ההרה הייתה צמודה אליו, דבר שיכול היה להיגרם באסון. משכך אפוא, התפתחו הדברים והנאשם נוכח לראות כי המתלונן לא מפסיק להשתולל, וחש בסכנה נוכח הסיטואציה המורכבת אשר דרשה תגובה מיידית, הרי שלא הייתה ברירה אחרת בידו אלא לנטרל את המתלונן באופן בו הוא מורידו לרצפה.
15. עוד הוסיף הנאשם כי אם באמת חפץ היה שהאירוע יגמר באלימות, היה משתמש בשרותי האבטחה מיומנים, וכדבריו בפרוטוקול הדיון "היו לי שתי גורילות" (עמ' 10 שו' 24) אשר היו זמינים לו, דבר אשר סביר שהיה מוביל לאלימות רבה יותר ולתוצאה קשה יותר. הנאשם סיים את דבריו באומרו כי מעשיו ופעולותיו היו למטרת הגנה עצמית.

סיכומי הצדדים

16. בסיכומיה בכתב טענה המאשימה כי בחינת נסיבות האירוע בכללותן מובילה לכלל מסקנה כי הנאשם פעל בכוונה לתקוף כגמול על כך שהמתלונן אחז בבגדיו בפתח הכניסה למועדון. מכל מקום, כך לשיטת המאשימה, דחיפה, אחיזה בבטן, הנפה באוויר והטחה ברצפה לבטח אינם יכולים להיחשב כתגובה מידתית להתנהגות המתלונן. עוד נטען, כי הנאשם ביקש להצדיק את תקיפת המתלונן בדיעבד, להמעית ולהפחית מעוצמת התקיפה מצידו כך שהמתלונן נפל ולא הוטח ברצפה. לשיטת המאשימה, כל הגרסאות שהציג הנאשם נבחנו ונמצאו מתפתחות, מתפתלות ומלאות סתירות באופן שלא ניתן לתת בהן אמון.

המאשימה סבורה, שהאופן בו פעל המתלונן, בכך שאחז בבגדיו של הנאשם, לא עולה לכדי "סכנה קונקרטיית" ובייחוד לנוכח נסיבות ביצוע העבירה וביניהן: החלופות האחרות שעמדו לנאשם להדיפת התקיפה, מספר התוקפים ופערי הכוחות בין הצדדים, משך התקיפה, מקום התקיפה והתנהגות המתלונן. נטען, כי הנאשם הביא בהתנהגותו הפסולה לאירוע האלימות תוך שהוא צופה מראש את אפשרות התפתחותם של הדברים ויכול היה לעצור את האירוע שהסלים במספר נקודות קריטיות. יתרה מזאת, התפתחות הדברים ובפרט הזעקת המאבטחים, מעידה על כך שהנאשם לא נקלע לסיטואציה אלא צפה את התפתחות הדברים. אף בחינת נחיצות התקיפה לשם הדיפת המתלונן מלמדת שזה יכול היה לפעול בדרך אחרת לחלוטין ולהימנע מהסכנה, הן ביחס לאיכות הנחיצות, כשקיימות חלופות רבות נוספות לשם הדיפת המתלונן כפי שתוארו והן ביחס לכמות הנחיצות כשברור שמידת הכוח שהפעיל הנאשם לצורך הדיפת המתלונן חורגת בכל קנה מידה מהסביר נוכח מודעות הנאשם למצב הכרתו של המתלונן ולהיות נתון במצב שכרות. אשר על כן, ברור לשיטת המאשימה כי בחינת חומרת הסכנה שיצר המתלונן מול מידת הכוח שהפעיל הנאשם מובילה למסקנה שזו בלתי סבירה בעליל - לאור כל האמור לעיל עתרה המאשימה להרשיע את הנאשם בדיון.

17. בסיכומיה טענה ההגנה כי הנאשם לא תקף את המתלונן ולא התחיל בקטטה, וכי מהנאשם נשללה הבחירה החופשית באשר לביצוע אותה עבירה או להימנעות ממנה. נטען כי המדובר על נאשם אשר נקט בשעת התקיפה באמצעים שעמדו לרשותו באופן סביר ומתבקש, וביתר שאת, החשש שמא רעייתו שהייתה סמוכה אליו אשר הייתה בחודשי הריון מתקדמים מאוד, עלולה להיפגע. ההגנה הפנתה לסרטון (ת/33) - אשר היא לדבריה "ראיית זהב", נטען כי כפי שניתן להיווכח, הרי שהנאשם הוא זה שהותקף על ידי המתלונן. ובמידה ולא היה סרטון המתעד את האירוע, וודאי שהנאשם היה מורשע בדיון וזאת אך ורק על בסיס התוצאה. ההגנה הפנתה לעדותו של המתלונן במשטרה אשר הודה שאכן הוא תקף, ונימק זאת בכך שרצה להבין למה הוציאו אותו מהמועדון - ההגנה סבורה שבכך עשה המתלונן דין לעצמו. בנוסף הפנתה ההגנה לסרטון בו נראה המתלונן שולח את ידו לכיס מכנסיו, וגם אז נטען כי רואים את הנאשם מנסה להרחיק את המתלונן מגופו, למרות החשש האינהרנטי מהוצאת כלי משחית.

הסנגור הפנה למבחנים באשר להגנה העצמית, ופירט באריכות את התקיימותן במקרא דנא. לאור כל האמור טען שהנאשם אינו נושא באחריות פלילית מאחר והוא חוסה תחת הסייג להגנה עצמית הקבוע בחוק. אשר על כן, עתר בפני בית המשפט להורות על זיכוי של הנאשם בדיון.

המסגרת הנורמטיבית

18. כידוע, סעיף 34 לחוק העונשין, בדבר הסייג לאחריות פלילית בעניין 'הגנה עצמית', קובע:

"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

ההגנות בכל הציטוטים בהכרעת הדין אינן במקור.

19. סייג ההגנה העצמית הינו סייג מסוג "הצדק" (justification) ולא מסוג "פטור" (excuse). משמע, המדובר הוא על מצב בו האירוע הפלילי נכפה על הפרט, הנאשם בהתאם לכל מקרה, וזאת בשל נסיבות הקשורות בטבורן לאירוע הרלוונטי ולא בפרט עצמו. הכוונה היא לנסיבות הקשורות במעשה עצמו ולא בעושה (ראו: גבריאל הלוי, "תורת דיני העונשין", כרך ג', התשע"א 2010 בעמ' 351 (להלן: "הלוי")). אותם טעמים עניינים הקשורים באירוע הפלילי עצמו, הינם טעמים שמכוחם נתפש הפרט כמי שאינו יכול לגבש את היסוד הנפשי הדרוש לשם ביצוע העבירה והטלת אחריות פלילית. הכרה בסייג לאחריות פלילית כגון דא כהצדק משקפת תפישה חברתית רחבה לפיה התנהגות הפרט מלכתחילה (ex ante) הייתה ראויה וכי כך ראוי לנקוט גם במקרים דומים בעתיד (הלוי, בעמ' 351-352).

20. המדובר הוא על אבחנה חשובה שכן סייגים לאחריות פלילית מסוג פטור כגון: קטינות, העדר שליטה, אי שפיות הדעת, שכרות, טעות עובדתית טעות משפטית, חסינות מהותית של נושאי משרה ציבורית, חסינות מהותית בינלאומית (ריבון זר, דיפלומטית) וחסינות מהותית פנימית (נשיא המדינה, חברי רשות מחוקקת - ממשלה, נושא משרה שיפוטית), מעניקים פטור מאחריות פלילית בדיעבד (ex post) ואינם מצדיקים את המעשה. משכך אפוא, אין בקבלתם על ידי בית המשפט במקרה נתון כדי להעביר מסר חברתי כי ההתנהגות בה נקט הפרט, התנהגות ראויה היא (ראו גם: בועז סנג'רו, "הגנה עצמית במשפט פלילי", תש"ס 2000, בעמ' 29-38 (להלן: "סנג'רו").

21. בפסיקת בית המשפט העליון אשר דנה ביסודות הסייג, הוכרו ששה תנאים לשם תחולתו של סייג ההגנה העצמית (ע"פ 4191/05 אלטגאוז נ' מדינת ישראל (פורסם במאגרים, 25.10.06) (להלן: "עניין אלטגאוז"); ע"פ 20/04 קליינר נ' מדינת ישראל (פורסם במאגרים, 30.06.04) (להלן: "עניין קליינר"); ע"פ 6147/07 אביסידריס נ' מדינת ישראל (פורסם במאגרים, 02.07.09) (להלן: "עניין אביסידריס"); ע"פ 131/08 זידאן נ' מדינת ישראל (פורסם במאגרים, 20.02.13); סנג'רו, בעמ' 230-145). 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, קרי - "על ההגנה להתבצע רק מרגע שהמעשה דרוש באופן מידי על מנת להדוף את התקיפה, ועליה להיפסק מרגע שלא נדרש עוד מעשה התגוננות על מנת להדוף את התקיפה" (עניין אלטגאוז, פסקה 13); רביעית, שהאדם המתגונן לא "הביא בהתנהגותו הפסולה לתקיפה תוך שהוא צופה מראש את אפשרות התפתחות הדברים"; חמישית, פרופורציה, "יחס ראוי בין הנזק הצפוי מפעולת המגן לנזק הצפוי מן התקיפה" (סנג'רו, עמ' 226-203); שישית, קיומה של נחיצות, קרי - טענת הגנה עצמית תקרום עור וגידים לאדם רק כאשר לא הייתה לו אפשרות להדוף את התקיפה בדרך אחרת, פחות פוגענית.

מן הכלל אל הפרט

22. בהתאם למסגרת הנורמטיבית אדון בתחולת ההגנה העצמית בעניינו של הנאשם לפי כל אחד מששת התנאים שנקבעו.

23. **בנוגע לתנאי הראשון, קיומה של תקיפה שלא כדין**, דומני כי אין כל חולק כי תנאי זה התקיים. הדבר עולה בבירור מסרטוני מצלמות האבטחה (ת/33) (להם אתייחס בהמשך בהרחבה), שם נראה המתלונן אוחז את הנאשם בחולצתו בפלג גופו העליון, "מנער" וגורר אותו לעברו; הודעת המאבטח בוקוביצקי מיום האירוע, בזירת האירוע, 10.2.18, 03:35. אשר היה עד ראייה לאותו "ניעור" (עמ' 1 שו' 16-22 ת/6) וחקירתו של בוקוביצקי תחת אזהרה מיום 10.2.18 בשעה 05:13 (עמ' 2 בשו' 5-12 ת/4), תוך שבית המשפט לוקח בחשבון כי מדובר בעובד שכיר של הנאשם והצורך לבחון את הודעותיו בקפידה. לכל אלו יש להוסיף את הודעות הנאשם והמתלונן עצמם בחקירה המשטרית ועדותם בבית המשפט בפניי (כפי שיפורטו להלן). תחילה אתייחס לעדויות אלו ובהמשך אבחן את השתלבותן עם סרטוני מצלמות האבטחה המביאים תמונת וידאו (ללא שמע) אובייקטיבית של האירועים.

24. **בעניין התנאי השני בדבר סכנה מוחשית והתנאי השלישי בדבר המיידיות**, המתלונן מספר, עוד בהודעתו במשטרה מיום 18.2.18 (ת/3), כי בילה במועדון, (שנמצא בבעלות הנאשם - ע.מ) ששה לשוכרה ואחרי השיק השני:

"נהייתי אקטיבי והייתי מסטול והלכתי לרקוד אולי דחפתי מישהו אני לא באמת בטוח במה שקרה בפנים" (עמ' 2 שו' 5-7).

מכאן והלאה מספר המתלונן כי אחד המאבטחים במקום הרים אותו הוציאו החוצה וכי:

"אני מהסטלה של האלכוהול ניסיתי להבין מה קורה וביקשתי פרטים של המאבטח בזמן שהודפים אותי ולא נתנו לי להיכנס. איבדתי את זה שם, היו הרבה אנשים שדחפו אותי והחזיקו אותי, ביקשתי את הפרטים של המאבטח" (עמ' 2 שו' 7-9).

25. לגבי מה שארע בחוץ, אירוע התקיפה עם הנאשם מסר המתלונן כי:

"אני לא זוכר שתפסתי את בעל המועדון, לא זוכר את מה שקרה בחוץ, אני לא זוכר מי דחף אותי והפיל אותי אני זוכר שהייתי נעול על לקבל פרטים של המאבטח כי הרגשתי מושפל ברמה לא נעימה ורציתי להבין מה עשיתי לא בסדר וזה הדרדר למצב שקרה. אין לי מושג מי דחף אותי, אין לי מושג מנה

(כך במקור - ע.מ) יש במצלמות".

המתלונן מאשר כי שתה בירה אחת ב"גמל", ושני שייקים במועדון, "סך הכל באיזור ליטר ומשהו" (עמ' 2 שו' 17-18) בתשובה לשאלת החוקר, רס"מ אלדד פרץ (להלן: "רס"מ פרץ"). בסופו של דבר, לאחר שנשאל מספר שאלות בנוגע לאירוע נשוא כתב האישום משיב:

"אני לא יודע מה קרה, אני לא זוכר את זה. הייתי תחת השפעת אלכוהול" ושהסרטון המתעד את אירוע התקיפה בחוץ (ת/33) אומר לשאלת רס"מ פרץ בעניין הסרטון לפיו עולה כי הוא, המתלונן, ללא כל התגרות מצידו של הנאשם, תופס אותו ומנער אותו, משיב: "אני מסכים עם הסרטון. אני הייתי שיכור אני לא רציתי לתקוף רציתי רק לקבל פרטים ולקבל הסבר מדוע הוציאו אותי מהמועדון" (עמ' 2 שו' 26-30).

26. בעדות המתלונן בבית המשפט ביום 15.7.19 מסר כי פעל באגרסיה באותו ערב אך אגרסיה שלא מופנית לאלימות (עמ' 5 לפרו' בשו' 5-3) לשאלת בית המשפט מה הכוונה באגרסיבי השיב שלא מדובר באגרסיה של מכות אך באותו רגע יכל לתת דחיפה (עמ' 5 שו' 21-25). לשאלות הסנגור בחקירה נגדית מסר כי לא היה אגרסיבי בתוך המועדון אלא רק מחוץ למועדון; כי לא תקף את בעל המועדון-הנאשם, אלא שהביע כלפיו אגרסיה; וכי כנראה בגלל ההשפעה של האלכוהול "ניער אותו מהחולצה" (עמ' 6 לפרוט' בשו' 5-24).

27. הנאשם נחקר בתיק זה ארבע פעמים כאשר חקירתו הראשונה מיום האירוע, 10.2.18 בשעה 03:15 (ת/7), אינה תחת אזהרה. כפי שניתן לראות מהודעה זו הרי שמדובר בגביית גרסה ראשונית במקום האירוע הכוללת מספר שורות בלבד שם מתייחס הנאשם רק לליבת האירוע בקצרה ומתאר כי:

"דימה (המתלונן - ע.מ) המשיך להשתולל ותפס אותי מהחולצה וניער אותי, חיבקתי אותו והוא המשיך להשתולל ולהעיף ידיים, פחדתי שיש לו משהו בכיס, הוא ניסה כל שנניה (כך במקור - ע.מ) להזיז את הידיים לכיוון הכיס... תפסתי את דימה שהשתולל ואז עזבתי אותו והוא פשוט נפל לאחור ונחבל..." (עמ' 1 שו' 5-11).

28. בהודעתו הנוספת של הנאשם מאותו היום, 10.2.18 בשעה 04:48, בתחנת המשטרה, שם הנאשם נחקר לראשונה תחת אזהרה, מספר הנאשם בפירוט רב יותר את סיפור האירוע:

"אני הייתי מחוץ למועדון בכניסה, שני מאבטחים יוסי ואיגור הוציאו מבלה שעשה בעיות בתוך המועדון והיה שיכור. המאבטח בא להיכנס חזרה והבחור תפס לו את היד המאבטח השתחרר ורצה להיכנס. הבחור ביקש ממני שהוא

יזדהה בפניו בפרטים. אני קראתי למאבטח שיבוא ופתאום הבחור תפס אותו (כך במקור - ע.מ.) בחולצה והתחיל לנער אותי. המאבטח בא ודחף אותו ממני אנ ג דחפתי אותו ממני להרחיק אותו. הבחור עמד מולנו והתחיל לחפש על עצמו, חששתי שיוציא חפץ חד על מנת לדקור מישהו אז ישר נצמדתי אליו וחיבקתי אותו הוא התחיל להשתולל לי בידיים ומנסה להעיף אותי ממנו והוא איבד שיווי משקל ונפל הצידה כשאני שחררתי את האחיזה ודפק את הראש ברצפה (עמ' 2 שו' 4-11) בהמשך מוסיף כי נראה היה לו שהמתלונן לא רק שטה אלא גם "לקח יותר מאלכוהול" (עמ' 3 שו' 23).

29. גרסתו של הנאשם נשארה עקבית תוך חזרתיות בהתאם לשאלות שהוטחו בפניו. כך למשל, בחקירתו מיום 18.2.18 תחת אזהרה (ת/2), מסר בעניין המגע הפיזי מצידו כנגד המתלונן כי:

"...ועשה רושם שהוא מחפש משהו בכיסים, וברגע שזה קרה אני באתי אליו וחיבקתי אותו ותוך כדי השתוללות הוא פשוט נפל. אני ניסיתי לשתק אותו ולנטרל אותו, אף אחד לא הרים עליו יד למעט זה שדחפו אותו מהכניסה" (עמ' 2 בשו' 10-12).

30. הנאשם נשאר איתן בגירסתו גם לאחר שמוצג לו הסרטון (ת/33):

"לא תפסתי אותו מהצוואר תפסתי מהבטן כמו שאמרתי, לא ניסיתי להרביץ ניסיתי לשתק אותו באותה שניה" (עמ' 3 שו' 37).

31. אלו הם פני הדברים בחקירתו מיום 17.7.18 תחת אזהרה (ת/1). קו הגנה זה נשמר גם בחקירתו הנגדית בבית המשפט ביום 15.7.19, שם גם הוסיף, לאור השאלות שנשאל על ידי התובע כי חשש מכך כי המתלונן יוציא סכין מבגדיו ויתקוף אותו או את אישתו, אשר נראית בצילומי האבטחה (ת/33) יושבת לידו בכניסה למועדון. חשש זה התגבר לנוכח היותו של האישה הרה והנאשם חשש כי העובר יפגע (עמ' 9 בשו' 7-25). הנאשם עמד על אותו חשש מסכין, על כך כי המתלונן חנק אותו והכאיב לו וכי ניתן לראות את תפיסת החולצה שלו בפלג הגוף העליון על ידי המתלונן, כי אחז בו, המתלונן השתולל והוא רצה להוריד אותו לריצפה (עמ' 10 בשו' 3-29). כן עמד על כך הנאשם שאין באפשרותו להזמין משטרה לכל מבלה שתוי במועדון ושהאירוע התרחש תוך שניות, כפי שניתן לראות בסרטון (עמ' 8 שו' 24-26; עמ' 9 בשו' 12-19).

32. זה המקום לציין כי בית המשפט התרשם לחיוב מעדותו של הנאשם. ניכר היה כי הוא אינו מנסה להפריז או להמעיט בתיאורו של האירוע וגירסתו נתמכת בסרטוני האבטחה והמצלמה מבית העסק הנוסף, "הבזאר הרוסי", (ת/33) (להלן: "סרטון בית העסק הנוסף"), בדומה לעדויות נוספות שהובאו

בפני בית המשפט ואתיחס אליהן בהמשך. מנגד, שונה היא התרשמות בית המשפט בתכלית בעניינו של המתלונן, שאמנם אינו זוכר את פרטי האירוע מאחר והיה שיכור, לפי דבריו שלו, אך בפירוש ניסה להמעיט ולצמצם את חלקו - והדבר בלט באופן חד משמעי לנוכח סרטוני מצלמות האבטחה, עדות המאבטח בוקוביציקי ועדות קאשי, תוך שבית המשפט נותן לעדות האחרונה משקל מוגבל לנוכח היכרות מוקדמת עם הנאשם והתנהלות שלא מתועדת בסרטוני מצלמות האבטחה כפי שניתן לראות בחלקה, בעניינו של בוקוביציקי, שהינו שכיר של הנאשם.

סרטוני מצלמות האבטחה

33. זהו המקום להתייחס בהרחבה לסרטוני מצלמות האבטחה (ת/33), שכן ביכולתם לשפוך אור רב על הנעשה ולחזק את גרסת הנאשם. שני סרטונים מרכזים הוגשו בהסכמה כראיות. האחד מבית העסק של הנאשם, המועדון, סרטון המתעד את ההתרחשות מחוץ למועדון מהרגע בו הוצא המתלונן החוצה ועד לרגע בו תקף את הנאשם וגרר אותו לרחוב כך שלא ניתן לראות את המשך השתלשלות האירועים (סרטון המסתיים בספרות 14_00, להלן: "הסרטון מהמועדון"). השני, סרטון מבית העסק הסמוך, המשך ישיר של האירוע לעיל ותייעוד הנאשם והמתלונן חבוקים, הולכים במהרה צמודים, עד לרגע בו נגרמו החבלות נשוא כתב האישום (סרטון המסתיים בספרות 4804, להלן: "סרטון בית העסק הסמוך").

34. להלן תיעוד האירועים כפי שהם מופיעים בסרטון מהמועדון אשר נמשך כ- 40 שניות ובהתאם למספר המונה המציין את השעה הרשומה על המסך. **03:45:46** בצד ימין של התמונה נראה הנאשם יושב על כיסא, כף ידו השמאלית בכיס מכנסיו, בצד שמאל של הפריים יושבת אישה על כיסא בר גבוה כשרגליה משולבות ופלג גופה העליון מכוסה במעין שמירה. ברקע אישה נוספת מעשנת ורוקדת. **03:45:48** לפתע נראה המתלונן, כובע מצחיה בצבע לבן לראשו, נדחף על ידי מאבטח, כשידו הימנית של המאבטח אוחזת את המתלונן בחלק גבו השמאלי העליון, בהמשך תופס המאבטח בחולצתו של המתלונן וממשיך להדוף אותו כלפי חוץ למרות התנגדותו של המתלונן. הנאשם קם מכיסאו (שתי הנשים מסתכלות לעבר המאבטח והמתלונן) ומושיט את ידו על מנת לחצוץ בין המאבטח למתלונן, הנאשם "אוסף" את המתלונן אליו. **03:45:55** הנאשם עומד בין המאבטח למתלונן, מאחורי המאבטח נראה גבר נוסף אליו הנאשם מפנה את מבטו. **03:46:00** המתלונן נראה מנהל דין ודברים ער עם המאבטח שדחף אותו ומנופף בידו השמאלית עם האגודל והאצבע לכיוונו של המאבטח - כל העת הזו ומאחורי גבו של הנאשם יושבת האישה על כיסא הבר הגבוה. **03:46:01** המאבטח מטה את גופו לכיוון ממנו הוא בא במטרה לסוב על עקבותיו.

03:46:02 המתלונן מנסה לתפוס את המאבטח בזרועו הימני, המאבטח מתנגד וחוזר על עקבותיו. **03:46:05** הנאשם מתערב ושם את ידו הימנית על ידו השמאלית של המתלונן, המתלונן נראה כל העת פונה בדברים עם הנאשם. **03:46:06** הנאשם מסמן למאבטח עם האצבע המורה על מנת שיבוא אליו. **03:46:09** שתי כפות ידיו של הנאשם בכיסי מכנסיו. המתלונן מכניס את כף ידו השמאלית לכיס מעילו - הנאשם מסתכל ועוקב אחר תנועת ידיו בתוך כיסו של המתלונן. **03:46:16** המתלונן ממשיך לבוא בדברים בשילוב תנועות ידיים ערות עם הנאשם, בעת הזו השניים (הנאשם

והמתלונן) מביטים לעבר שני גברים נוספים הנמצאים בגבם אל המצלמה. אחד מהגברים הנמצאים בגבם אל המצלמה, נראה יורד מדרגה כשהגבר השני בעקבותיו. **03:46:18** בשלב זה נראה המתלונן אוחז בחוזקה בשתי ידיו את חולצתו של הנאשם בחלקו העליון/חזה, ומנער אותו פעמיים ולאחר מכן אוסף את הנאשם אליו בכוח. הנאשם בתגובה מחזיק בשתי ידיו את שתי ידיו של המתלונן ומנסה להשתחרר מאחיזתו.

שני הגברים האחרים אצים רצים לכיוון השניים. האישה אשר יושבה כל העת על כיסא הבר הגבוה, מרימה מרחוק את ידה הימני כלפי מעלה ונראה כצועקת דבר מה אל עבר המתלונן.

03:46:21 הדחיפות נמשכות ויוצאות מהתמונה. האישה נראית ממשיכה וצועקת דברים כלפיהם.

35. סיכום ביניים בהקשר של תיעוד האירועים בסרטון מהמועדון מראה כי אכן המתלונן הוצא מהמועדון וסרב לקבל זאת. גירסת הנאשם בדבר חששו כי המתלונן יוציא לעברו סכין עולה בקנה אחד עם שנראה בסרטון לפיו המתלונן שולח את כף ידו השמאלית לכיס מכנסיו. בהמשך, וללא כל התגרות מוקדמת מצד הנאשם, תוקף המתלונן את הנאשם בכך שהוא תופס את חולצתו בשתי ידיו, מנער אותו ומושך אליו את הנאשם בכוח. אדרבא, הנאשם רחוק מלהראות כמי ששש אלי קרב, הוא עומד חוצץ בין המתלונן למאבטח בוקוביצקי ונראה כמי שמנסה להבין לפשר העניין ולשמוע את גרסתו של המתלונן והטרוניה מצידו כנגד המאבטח שהחליט להוציאו מהמועדון.

36. **בסרטון מבית העסק הסמוך**, סרטון הנמשך 36 שניות, והמהווה המשך ישיר של השתלשלות האירועים המתוארת לעיל בסרטון מהמועדון, השתלשלות האירועים הנה כדלקמן: **02:48:04** נראים הנאשם והמתלונן אוחזים ודוחפים זה את זה, כאשר סמוכים אליהם שני גברים. המתלונן נראה נתלה או מורם באוויר על ידי הנאשם ונופל על הכביש לאחור. **02:48:08** המתלונן שרוע על הכביש ללא כל תזוזה, הנאשם רוכן כלפי המתלונן ודוחף אותו ומצליח להזיז אותו במעט קרוב יותר למכוניות החונות בצד הכביש. **02:48:13** הנאשם סב על עקבותיו ושב אל אחוריו למקום שממנו בא, שני הגברים שבים גם הם על עקבותיהם יחד עם הנאשם. **02:48:18** המתלונן נשאר בגפו שרוע על הכביש וללא כל תזוזה. **02:48:30** חמישה אנשים נראים באים ומתקרבים לכיוונו של המתלונן.

37. סיכום משלים לנראה בשני הסרטונים מעלה כי האמור בהם משתלב באופן ברור, שאינו משתמע לשני פנים, עם גרסת ההגנה של הנאשם. גירסה זו יוצקת תוכן גם לקיום התנאי בדבר סכנה מוחשית בהמשך לעדות הנאשם, עדות בה מצא בית המשפט ליתן אמון מלא. בסרטונים נראה המתלונן, כמי שהעיד על עצמו, לצד עדויות אחרות כי היה שיכור, שולח את כף ידו השמאלית לכיס מעילו, תוקף את הנאשם על ידי אחיזה חזקה בשתי ידיו בחולצתו בחלקה העליון, מנער את הנאשם ואוסף-גורר אותו לכיוון הרחוב. בשים לב למכלול הראיות בדבר התנהלותו של המתלונן, הרי שבית המשפט קובע כי אכן הייתה קיימת לנאשם סכנה מוחשית לשלמות גופו, כזו שקיימת הסתברות גבוהה כי תתמש ולא ערטילאית או רחוקה (ע"פ 5266/05 זלנצקי נ' מדינת ישראל (פורסם במאגרים, 22.02.07)).

38. ויודגש בהקשר זה כי הסכנה המוחשית הנדרשת אינה צריכה להיות סכנה לחייו של הנאשם אלא לשלמות גופו "גם אם מדובר בשריטה קלה שבקלות" (ראו: ע/74/97 (ערעורים בצה"ל) התובע

הצבאי הראשי נ' אביטל, פד"ץ 1977, 64 (1997); הלוי, בעמ' 392). ברם, האמצעי הנדרש להגנה, יהיה שונה בהתאם לחומרת הסכנה.

39. אלו הם פני הדברים גם בעניין התנאי בדבר המיידיות. לטענת המאשימה "המתלונן היה פסיבי ולא איים בשום דרך על הנאשם" (פיסקה 12 לסיכומיה). האמנם? הנאשם היה "עם הגב אל הקיר" אין כל דרך אחרת לנסח את מצבו. הוא הותקף על ידי המתלונן, שהיה שיכור, והעימות הפיזי-חזיתי נכפה עליו בעל כורחו כך שנאלץ להגיב בזמן אמת בו הסכנה טרם חלפה:

"שני פנים לה לדרישת המיידיות. על ההגנה הפרטית המוצדקת להתבצע לכל המוקדם כשהסכנה היא כבר קרובה, ולא מוקדם מדי, ולכל המאוחר כשהסכנה או חלקה עדיין קיימת, ולא מאוחר יותר" (סנג'רו, בעמ' 189).

40. **בנוגע לתנאי הרביעי והוא כניסה למצב בהתנהגות פסולה** (סעיף 34 י לחוק העונשין) סברתי, כי ברור, גם לתביעה ומוסכם על ההגנה, שהאירוע הנטען בכתב האישום, נכפה על הנאשם שנקלע לסיטואציה ולא יכל לצפות מראש את התפתחות הדברים. מרגע השיחה עם המתלונן, עד לכך שהאחרון תקף אותו ובהמשך להתגוששות שהייתה בין השניים, והכל בפרק זמן של שניות. למקרא סיכומי המאשימה לפיהם **"בחינת נסיבות האירוע מלמדות כי הנאשם הביא גם הביא בהתנהגותו הפסולה לאירוע האלימות"** (שם, בסעיף 13), הבין בית המשפט כי לא כך הם פני הדברים, וכי למעשה, הנייר סובל הכל אך לא בית המשפט. טיעון המאשימה לפיו הנאשם "הביא גם הביא" על עצמו את אירוע המתואר הינו טיעון מופרך, חסר כל אחיזה במציאות שגם מלאכת מחשבת לא תוכל לחברו לכדי טיעון המתקבל על הדעת, ורחוק כמזרח ממערב מהמסד העובדתי והמשפטי שהוכח במסגרת הליך ההוכחות. ודוק:

"התנהגות פסולה' מתייחסת למצב שבו ההתקפה היא תולדה של מעשה התגרות או מעשה פסול אחר אשר הוביל לתקיפתו של זה הטוען להגנה עצמית. במצבים אלה אין הצדקה לראות במותקף כמי שהותקף על לא עוול בכפו וכמי שההתקפה הפתיעה אותו, ולא לתרחיש זה נועדה ההגנה שבחוק" (עניין קליינר, עמוד 94).

תיאור הסרטונים כמפורט לעיל באופן מדויק, מביא בפני בית המשפט תיאור מצב עובדתי ללא כל רעשי רקע שם נראה המתלונן תוקף את הנאשם מחוץ למועדון, גורר אותו והכל תוך שניות עד לאירוע הנטען כנגד הנאשם - ההנפה - בכתב האישום. במצב דברים מסוג זה - התנהלות הנאשם עומדת בדרישות התנאי הרביעי.

41. **התנאי החמישי, ונראה כי על אי קיום תנאי זה משליכה המאשימה את עיקר יתבה (בטענה כי פעולת הנאשם אינה סבירה בעליל (פיסקה 15 לסיכומיה) בעוד הסנגור טען שבעצמו לא היה**

נוהג אחרת), הוא קיומו של יחס ראוי - פרופורציה - מן הנזק שעתיד להיגרם מפעולות התוקף, לבין הנזק שעתיד להיגרם מפעולתו של המותקף. תנאי זה מעוגן בסעיף 34 טז לחוק העונשין, בנוגע לסייגים בדבר הגנה עצמית, הצורך והכרח. בית המשפט בוחן את התקיימותה של הסבירות- הפרופורציה, בהתאם לשני היבטים רלוונטיים: האחד, סבירות באשר לדרך הפעולה הננקטת והשני, סבירות באשר לאמצעי הספציפי המשמש את דרך הפעולה הננקטת (הלוי, בעמ' 398 והפניות שם; עניין אלטגואז; עניין אביסידריס).

42. בהיבט המבחן הראשון בדבר סבירות דרך הפעולה שננקטה, והיא עימות פיזי-חזיתי עם המתלונן, בית המשפט סבור כי בסיטואציה שנכפתה על הנאשם, הרי שדרך זו יותר מעומדת במבחן הסבירות כדרך פעולה לגיטימית. ב"כ המאשימה ניסה לכוון בשאלותיו לנאשם במסגרת החקירה הנגדית (עמ' 8-9 לפרו') כי היה על הנאשם להזמין משטרה מבעוד מועד עת ראה כי עומד בפניו אדם - המתלונן, שיכור. אומר כבר עתה כי אין המדובר בדרישה התואמת את המציאות בשטח, וודאי לא במקום המשמש מועדון לילה ומוכר אלכוהול על פי חוק. לא ניתן לדרוש מבעל מועדון כי על כל מבלה במקום שמוצא החוצה ומורחק מהמועדון, אם בשל ששתה לשוכרה או כי סברו שנקט באלימות, יש להזמין משטרה. אכן, אם מתקיימת אסקלציה באירוע, צפי מוחשי לאלימות או אלימות בפועל, ואם פרק זמן סביר המאפשר פניה שכזו מראש, יש לעשות כן או לדאוג לעניין בדיעבד. לא כך התרחש במקרה שבפני בו תוך שניות המתלונן עבר מלשוחח עם הנאשם, לתקיפת הנאשם ובהמשך להתגוששות עימו - לא הייתה כל אפשרות להתקשר למשטרה עובר לאירועים אלו.

43. יפים לעניין זה דברי המלומד גבריאלי הלוי בנושא:

"תנאי הסבירות אינו דורש את נקיטת דרך הפעולה הפוגענית פחות, אלא כי דרך הפעולה הננקטת הנה בתחום הסביר. דרישה של בחירת דרך הפעולה הפוגענית פחות מצויה במסגרת תנאי הסבירות (סבירות אמצעי ההגנה) שבחזקת הצורך... ייתכן שהאדם יבחר דווקא בדרך הפעולה הפוגענית ביותר מבין דרכי הפעולה האפשריות שעמדו בפניו, ועדיין תחשב נקיטת דרך פעולה זו כדרך פעולה סבירה בנסיבות העניין. במסגרת ההגנה העצמית אדם אינו נדרש לשקול את כל דרכי הפעולה האפשריות ולבחור מתוכן את דרך הפעולה הפוגענית פחות, אלא הוא נדרש לנקוט דרך פעולה סבירה בלבד, גם אם היו דרכי אחרות אפשריות לחלץ את האינטרס הלגיטימי המוגן מן הסכנה המוחשית שבה היה נתון, ודרכים אלו היו פוגעניות פחות" (הלוי, בעמ' 400).

44. ובענייננו, הרי שדרך הפעולה בה נקט הנאשם, מגע פיזי בניסיון להדוף את המתלונן, ללא כל "אמצעי עזר", ללא הטחה ולו של אגרופ - מכה בודדת, הנה יותר מעונה על תנאי הסבירות בהיבט הראשון.

45. ליבת המחלוקת שבין הצדדים מתנקזת להיבט השני של מבחן הסבירות והוא לסבירות האמצעי

הספציפי שנבחר על ידי הנאשם, קרי לפיתת המתלונן, הרמתו והטחתו או עזיבתו עד לנפילתו על הקרקע וגרימה החבלות המתוארות בכתב האישום.

46. גם לאחר שהפכתי והפכתי בדבר, מתקשה אני לראות עין בעין את עמדת המאשימה בעניין זה לפיה קיים חוסר פרופורציה בין אמצעי ההגנה אותו הפעיל הנאשם, למול הנזקים-החבלה החמורה שנגרמה למתלונן. ודוק, הנאשם לא ניסה להכות את המתלונן באגרופ או חבטה, לא השתמש בכל כלי תקיפה כדי להדפו, כל שעשה, בסיטואציה שנכפתה עליו בה לא יכל לסגת, לאחר שהותקף על ידי המתלונן - גם לשיטת המאשימה בניסוח עובדות כתב האישום, כנגד מתלונן שהיה שיכור, הכניס את ידו לכיס, משך אותו בחוזקה בחולצתו באזור הצוואר, הייתה פעולה פיזית באקט אחד. הנאשם נצמד למתלונן מחשש כי יוציא כנגדו כלי תקיפה והרים את המתלונן בשתי ידיו עד שעזב או שהפיל אותו על הקרקע, הא ותו לא. המדובר הוא בפעולה מידתית מבחינה אובייקטיבית (וגם סובייקטיבית), ומידתית כפי שהיא נתפשת בעיני בית המשפט בנסיבות העניין שהוכחו בפניו:

"אין מדובר בהכרח בדרישה של התאמה מלאה ומוחלטת בין האמצעי לסכנה המוחשית, אלא בהתאמה סבירה בנסיבות העניין. סבירותה של ההתאמה בנסיבות העניין טומנת בחובה התייחסות לאמצעים שהיו בידי המתגונן במועד הרלוונטי, התייחסות לדרך הפעולה שנבחרה כדי להתמודד עם הסכנה המוחשית וכן התייחסות למכלול הנתונים העובדתיים שהתקיימו בעת ביצוע ההגנה העצמית" (ראו: הלוי, בעמ' 401 וההפניות שם).

48. הפרשנות אותה מציעה המאשימה לפיה הנאשם נקט בדרך שאינה פרופורציונאלית הנה פרשנות דווקנית, מרחיקת לכת ונטולת כל אחיזה במציאות האירוע שהתפתח באותו מקום ורגע.

49. **התנאי השישי והאחרון, הנמצא אף הוא במרכז המחלוקת בין הצדדים, הנה דרישת הנחיצות.** קרי, אמצעי ההגנה בו בחר הנאשם על מנת להגן על עצמו מפני התקיפה שלא כדין מצידו של המתלונן. בעניין זה בית המשפט יבחן האם פעולתו של הנאשם עומדת בשני מבחנים מצטברים: מבחן הנחיצות האיכותית - האם עמדו חלופות אחרות, פוגעניות פחות, ומבחן הנחיצות הכמותית - מידת הכוח המגן שהופעל. בעוד ההגנה טוענת כי פעולתו של הנאשם הייתה נחוצה, הרי שלשיטת המאשימה לא הייתה כל נחיצות, בין השאר, מאחר והמתלונן היה פסיבי (פיסקה 14 לסיכומיה) ואומר כבר עתה שכן נושא הפסיביות מצידו של המתלונן חוזר כחוט השני בסיכומיה שהמדובר הוא בטענה שראוי הייתה שלא תטען ומנותקת מהמציאות בשטח של זירת האירוע.

50. יוער, מקובל לראות את תנאי הנחיצות כחלק מהיסוד העובדתי, ומשכך לבחון את התקיימותו במבחן אובייקטיבי (**ענין אלטגאוז פיסקה 14; סנג'רו, בעמ' 341, ע"פ 4784/13 סומך נ' מדינת ישראל (פורסם במאגרים, 18.02.16) (פיסקה 182 לפסק דינו של השפט נ' סולברג (להלן: "עניין סומך")**). יחד עם זאת, ומאחר שעל בית המשפט להתייחס ולהכריע בעניין אמצעי ההגנה

שהפעיל הנאשם, אמצעי הנובע מן הסכנה המוחשית שבתקיפה הבלתי חוקית כנגד שלמות גופו, הרי שאותה הבנה של סכנה מוחשית מתבצעת בתודעה של הנאשם, וגם במידה והוא טעה בהערכתה, וגם אם היא אינה סבירה, עדין זו תהיה אמת המידה להערכת הנחיצות המיידית:

"בהתאם לכך, הנחיצות המיידית מתקיימת, אם אכן כך הובן מצב הדברים הרלוונטי בתודעתו של הפרט באמצעי ההגנה העצמית. אם טעה אותו פרט בהערכת הנחיצות המיידית, כי אז מדובר בטעות עובדתית, אשר בהתקיים תנאי הטעות העובדתית שנדונו לעיל, תשמש טעות עובדתית זו כבסיס להתקיימותו של תנאי זה" (הלוי בעמ' 396).

51. כך או אחרת, איני סבור כי בעניינו זקוק הנאשם לבחינת התנהלותו במשקפי הסייג בדבר טעות עובדתית לפי סעיף 34 יח לחוק העונשין, מאחר ואיני סבור כי לנאשם הייתה דרך אחרת, פוגענית באופן פחות על מנת לנטרל את המתלונן שתקף אותו שלא כדין.

52. אין מקום לחזור על שכבר נאמר בהתייחס לאותן שניות קריטיות, שניות בהן התרחש האירוע נשוא כתב האישום. יחד עם זאת, יש מקום לחדד ולהבהיר כי העדויות בתיק והסרטונים מצביעים כולם על כך שפעולתו של הנאשם בדבר חביקת המתלונן, הרמתו לגובה שאינו רב ועזיבתו או הפלתו על הארץ, והכל בפעולה בודדת בלבד - הייתה פעולה נחוצה, גם אובייקטיבית - על מנת להדוף את התקיפה שלא כדין מצידו של המתלונן. פרשנות המאשימה למעשיו של הנאשם מתעלמת לחלוטין ממצב הדברים הקשה בו הוא היה נתון, וראו דברי בית המשפט העליון בעניין קליינר בהתייחס לכך:

"ראוי להדגיש כי יש לתת את הדעת למצוקה בה שרוי המתגונן במהלך התקיפה, ועל כן יש להיזהר מגלישה לפרשנות דווקנית של דרישת הנחיצות האיכותית, הואיל ופרשנות כזו עלולה לרוקן את ההגנה העצמית מתוכן".

53. מוצא אני לנכון לציין כי יושבים אנו: בית המשפט, ב"כ המאשימה, ואף הסנגור, תחת אורות הפלורסנט ומנתחים באיזמל של מנתחים, ברוגע ושלווה, בשום שכל ובשקידה ראויה כל שבריר שניה במעשי הנאשם, בעוד הנאשם היה בשטח, בשעת לילה, מותקף והיה עליו לקבל החלטה בשבריר של שניה, החלטה שיכלה להשפיע על שלמות גופו או גורל חייו. המדובר הוא בנקודת גישה שונה בתכלית לבחינת ומתן פרשנות לאירועים. אין מקום וגם לא ניתן לגזור גזירה שווה בשני מצבים אלו:

"אין אנו מוכנים להיכנס כאן לכל אותן ההבחנות הדקות, עם המידות והשיעורין; מכה זו מותרת, מכה זו אסורה... כל הקטטה כולה, על שני חלקיה גם יחד, ארכה כרגע וחצי, ב'נוכחות' האקדח וכמעט מול הלוע שלו, ואין לדרוש מאדם לכלכל מעשיו בפלס ולמדדם בשעל בשעת סכנה שכזאת" (ע"פ 95/60 ולדמן נ' היועץ המשפטי לממשלה. (פורסם במאגרים, 01.02.61))

וראו לעניין זה דברים דומים שנאמרו בתפ 1010/07 (מחוזי- ב"ש) מדינת ישראל נ' דרומי (פורסם במאגרים, 15.07.09):

"לציין כי מלאכת הכרעה זו נעשית בתנאי מעבדה סטריליים - כאשר ישובים אנו ממרום כסאנו, עטויי גלימה לגופנו, בלשכתנו הממוזגת והמוארט, באור יום בוהק, כשכלי הניתוח המשפטי לידנו ונדרשים אנו לנתח את אותן פעולות שביצע הנאשם ברגע הקריטי - רגע הירי - פעולות אשר ארכו שניות בודדות".

54. לא יכולתי לסיים כתיבת הכרעת דין זו מבלי להתייחס לשתי נקודות מרכזיות רוחביות בהתנהלות המאשימה בתיק זה. ראשית, עצם ההחלטה על הגשת כתב אישום. סבורני כי המדובר הוא בכתב אישום שראוי כי לא היה מוגש מלכתחילה. התביעה הכללית אוצרת בידה כוח רב, עוצמה אדירה, עוצמה שבכוחה לשנות את גורלו של אדם ומסלול חייו. בהתאם לגודל העוצמה גודל האחריות שכן "לעולם יזכור תובע ותשמור פרקליטות מה כוח ושליטה על חיי אדם וכבודו ניתנים בידיהם" (בג"צ 5537/91 אפרתי נ' אוסטפלד (פורסם במאגרים, 03.06.92) פסקה 16 לפס' דינו של השופט חשין). יש מי שיטען כי במשולש הכוחות המרכיב את ההליך המשפטי, תביעה, הגנה ובית המשפט, כוחה של התביעה הוא הרב ביותר, ועל כן עלינו תמיד לזכור, כדברי הפילוסוף לוקיוס אנאוס סנקה כי "מי שיש לו כוח רב, צריך להשתמש בו ברכות". התוצאות המיידיות של הגשת כתב אישום כנגד אדם הופכת את חייו מן הקצה אל הקצה וביכולתה לקטוע ולגדוע מסלול חיים:

"המעמד' של נאשם קשה הוא לאדם. עם הגשת כתב- האישום משתנה עולמו. שיווי המשקל הנפשי והחברתי ממנו נהנה מתערער. הוא נתון לסיכונים חדשים. הוא נפגע חברתית. הוא נפגע כלכלית. ימיו ולילותיו אינם כתמול שלשום" - דברי הנשיא א' ברק בבג"צ 7357/95 ברקי פטה המפריס (ישראל) נ' מדינת ישראל, (פורסם במאגרים, 25.06.96).

וכן ראו דברים ברוח דומה שנאמרו בבג"צ 5699/07 פלונית נגד היועץ המשפטי לממשלה (פורסם במאגרים, 26.02.08) (להלן: "עניין פלונית"):

"העמדה לדין של אדם, באשר הוא אדם, מטילה אחריות כבדה ביותר על שכמה של התביעה. ההחלטה לפתוח בהליך פלילי כנגד אדם, וההכרעה במה וכיצד להאשימו, היא מהלך הכרוך בפגיעה בזכויותיו החוקתיות - בפרטיותו, בשמו הטוב, ולעיתים קרובות בחירותו, בקניינו, ובחופש העיסוק שלו" (פס' 14 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה).

וכן בעניין ע"פ 1767/94 חגי יוסף נ' מדינת ישראל (פורסם במאגרים, 07.02.99):

"אין חולק, כי עצם ההעמדה לדין מהווה פגיעה בחלק ניכר מזכויות היסוד של הפרט. פתיחת ההליך הפלילי פוגעת בפרטיותו של הנאשם... יש בה, לרוב, כדי

להביא לפגיעה בקניינו ולעיתים אף לפגיעה בחופש העיסוק שלו. מקום שבו הנאשם נעצר, נשללת חירותו. שמו הטוב של הנאשם עומד אף בסכנת פגיעה עקב ההליך. אכן, העמדה לדין היא עניין רציני. יש בה כדי לשנות את חייו של אדם. צל מעיב עליו. החיים שוב אינם כשהיו. כמובן, לשם הגשמת מטרותיו של ההליך הפלילי יש שצריך לפגוע בזכויות היסוד של הפרט" (פרשת חגי יוסף, עמ' 517-518).

55. ציטוטים אלו מפי מותבים שונים בבית המשפט העליון אינם סיסמאות ריקות מתוכן. יש להתייחס למלאכת שקילת הראיות וההחלטה בדבר הגשת כתב אישום בחרדת קודש. נקיטה בגישה לפיה גם אם מבחינה ראייתית התיק "גבולי" או שכפות המאזנים שקולות- לשיטת המאשימה (ולדעתו של בית המשפט אין זה המצב בענייננו) ויש להעביר את ההכרעה לבית המשפט - אינה עולה בקנה אחד עם חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו וזכותו של הנאשם להליך הוגן. אין המדובר בתיק בו נזקקה המאשימה לשמוע את עדות המתלונן בפני בית המשפט כך שבכוחה של עדות זו להבהיר את הטעון בירור. בתיק זה קיימים סרטונים המתעדים את האירועים המתארים את האירוע שהוחלט להגיש כתב אישום בגינו ואף את האירועים הקודמים לו. למגינת ליבו של בית המשפט נראה כי קבלת ההחלטה בתיק זה הנה מן הסוף להתחלה. עצם קיומה של חבלה חמורה למתלונן השליכה על עצם ההחלטה להעמיד לדין את הנאשם. בית המשפט אינו מתעלם מסבלו של המתלונן. יחד עם זאת, לא בכל מקרה בו יש תוצאה קשה בדמות חבלה או פציעה קשה קיימת נגזרת משפטית לפיה יש מקום להגשת כתב אישום. המבחן הינו קיומן של ראיות מספיקות המקימות סיכוי סביר להרשעה ועניין לציבור בהעמדה לדין (סעיף 62 לחסד"פ ועניין פלונית). המלומד יניב ואקי, במאמרו "**סיכוי סביר להרשעה - סבירותו של סיכוי**" (ספר יורם דנציגר, 2019, עמ' 423) בוחן את הדין המצוי מול הדין הרצוי בסוגיה, מציע מבחן תלת שלבי בגיבוש ההחלטה באם להגיש כתב אישום וגיבוש קוד הפעלה לתביעה הכללית בעניין זה. ומציע הצבת רף בדמות מאזן הסתברויות:

"...יש לבחון את סיכויי ההרשעה אל מול סיכויי הזיכוי ולבחור בנקודת מאזן הסתברויות לטובת ההרשעה, כרף הראייתי הנדרש לצורך העמדה לדין. אין זה ראוי ואין זה הוגן להעמיד אדם לדין כאשר סיכויי הזיכוי גדולים ועולים על הסיכויים להרשעתו".

לדעתו של מותב זה, לאחר שעיין במכלול הראיות ושמע את העדויות, לא היה סיכוי סביר להרשעה מלכתחילה ועל המאשימה היה להבחין בכך מבעוד מעוד ולהורות על סגירת התיק מחוסר אשמה. הזיכוי בתיק זה הינו זיכוי מוחלט.

56. כמו כן, מוצא אני לנכון לציין כי במסגרת חובתה של המאשימה לחשיפת האמת (רע"א 1412/94 הסתדרות מדיצינית הדסה נ ג ד (פורסם במאגרים, 8.11.95)), ערך אשר עומד ביסוד שיטת משפטנו הרי שהסנגור הסכים להגשת תיק המוצגים בכללותו ללא בקשה לחקור נגדית ולו עד בודד.

היה מקום כי המאשימה תסכים גם להגשת הודעתו של מר עומרי קאשי לבקשת ההגנה, גם אם סבורה היא שמדובר בעדות שאינה בהכרח מיטיבה עמה ואף תכלול אותו ברשימת עדי התביעה מטעמה עוד קודם לכן, אלא אם סבורה היא שהעד אינו דובר אמת, ובפני לא עלה כל יסוד סביר לחשד מסוג זה אלא ההפך מכך. היה מקום, מצידה של המאשימה, כי התמונה המלאה תפרש בפני בית המשפט כולל עדות זו, שכן זו היא חובתה כתביעה כללית - להביא בפני בית המשפט את מלוא הראיות הרלוונטיות והכל בשם חשיפת האמת, בכפוף לסייגים המוכרים בחוק ובפסיקה (ראו הנחיית פרקליט המדינה 3.1 הכנה וניסוח כתב אישום בסעיף 67; משרד המשפטים - פרקליטות המדינה "קוד אתי לפרקליטי המדינה" (2013)). דברים אלו מקבלים משנה תוקף דווקא מהסיבה שאין המדובר בעדות דרמטית אשר בכוחה להשפיע על גורלו של ההליך, אלא בעדות משנית אשר מתיישבת עם שאר הראיות בתיק ועדותו של המתלונן עצמו כי היה שיכור.

57. לאור כל האמור לעיל, אני סבור כי הנאשם הוכיח הרבה מעבר לקיומו של ספק סביר באשמתו בהתאם לנדרש לפי סעיף 34 כב (ב) בעניין תחולת הסייג לאחריות פלילית בדבר הגנה עצמית לפי לסעיף י לחוק העונשין, ספק אותו המאשימה לא הסירה. אשר על כן, אני מורה על זיכוי מהעבירה המיוחסת לו בכתב האישום, חבלה חמורה, לפי סעיף 333 לחוק העונשין.

ניתנה היום, ל' תשרי תש"פ, 30 אוקטובר 2019 במעמד הצדדים.