



ע"פ 31629/02/18 - שי רפאל זירדיקר נגד מדינת ישראל

בית המשפט המחוזי בבאר שבע
ע"פ 31629-02-18

בפני כב' ס. הנשיאה השופט י' צלקובניק - אב"ד
כב' השופטת י' רז-לוי
כב' השופט י' עדן

שי רפאל זירדיקר ע"י ב"כ עו"ד גיל דביר

המערער

נגד

מדינת ישראל ע"י ב"כ עו"ד אדווה ויצגן

המשיבה

פסק דין

השופט יואל עדן:

1. המערער הורשע לאחר שמיעת ראיות בעבירה של תגרה לפי סעיף 191 לחוק העונשין, לצד זיכוי מהעבירות אשר יוחסו לו במקור בכתב האישום, חבלה חמורה ואיומים.

ערעור זה הינו על הרשעתו של המערער בעבירת תגרה.

כנגד המערער הוגש כתב אישום המייחס לו עבירות של חבלה חמורה לפי סעיף 333 לחוק העונשין ואיומים לפי סעיף 192 לחוק העונשין.

על פי כתב האישום המערער והמתלון מתגוררים בשכנות באותו בניין, המתלון קרא מחלון ביתו לילדים ששיחקו כדורגל סמוך לבניין לשחק במקום אחר, המערער ענה למתלון כי הילדים לא ישחקו במקום אחר. בסמוך לכך, ירד המתלון מביתו לעבר המערער, אשר תקפו בכך שחבט בו מכת אגרופ לפניו, וכתוצאה מכך נפל המתלון על פניו ונגרמה לו חבלה של ממש בדמות שבר בלסת.

במענה לכתב האישום טען המערער כי המתלון הוא שתקף ראשון את המערער, וכי המערער הגן על עצמו בכך שהדפו, וטען כי כל שעשה היה כדי להגן על עצמו.

2. לאחר שמיעת הראיות, ובכלל זה עדויות המערער והמתלון, קבע בית המשפט במסגרת הכרעת הדין כי המערער אינו חוסה תחת הסייג לאחריות פלילית של הגנה עצמית.

נקבע כי יש לקבל את גרסת המערער לפיה המתלון הוא אשר היכה ראשון את המערער, ולאחר שהמערער הוכה ע"י המתלון, נפלו משקפי הראייה שלו ארצה, ואז היכה המערער בפניו של המתלון במכת אגרופ, אסף את משקפיו ועלה לדירתו. בית המשפט הוסיף כי ייתכן ולאחר המכה שספג, לא נותר המערער עומד יציב, וייתכן שאף מעד והתרומם מיד,



ואולם, את האגרוף בפניו של המתלון נתן המערער בשעה שעמד מולו במלוא קומתו.

בית המשפט קבע כי עדותו של המתלון לא היתה מהימנה, ומסקנתו כי המתלון היה הראשון לתקוף את המערער, אינה נשענת על ספק בלבד, אלא כי בית המשפט מצא **"להעדיף באופן מובהק את עדותו של הנאשם על פני עדויותיהם של המתלון, של בנו ושל פפיסמדוב"**.

מנגד, הצביע בית המשפט גם על סתירות מסוימות בגרסת המערער, והוסיף כי המערער אמר דברים מסוימים בניסיון לצמצם מחלקו באירוע.

נקבע כי אין חולק שכתוצאה מהמכה שספג המתלון מהמערער נגרם לו שבר בלסת. ביחס לשאלה האם השבר בלסת המתלון נגרם כתוצאה מהאגרוף או כתוצאה מנפילתו ארצה, נקבע: **"למראה הדברים, התרשמתי כי אין המדובר במכה כה חזקה עד שיהיה בה כדי לגרום לשבר בלסתו של המתלון..."**. בית המשפט אינו קובע קביעה חד משמעית האם השבר בלסת נגרם כתוצאה מהמכה שנתן המערער או מהנפילה, אך מפנה לנוסח בכתב האישום שהוא: **"כתוצאה מכך נפל המתלון על פניו ונגרמה למתלון חבלה של ממש בדמות שבר בלסת"**.

בהקשר לטיב המכה אשר ניתנה ע"י המערער למתלון, מעדיף בית המשפט את גרסת המערער במשטרה, בשונה מזו שנמסרה בבית המשפט, ולפיה **"ואני כהגנה עצמית נתתי לו מכה בפנים בספונטני; אני אפילו לא יודע אם היתה סטירה או אגרוף; המשקפיים שלי נפלו ואני לא ראיתי טוב, רציתי להדוף אותו ואני לא זוכר אם נתתי לו אגרוף או מכה אבל הוא נפל"**.

ביחס לתחילת האירוע, קובע בית המשפט כי האירוע החל בכך שהמתלון ירד מביתו, וכשפנה למערער זה אמר לו **"למה מה תעשה לי"**.

3. בהכרעת הדין נקבע כי לא התקיימו כל היסודות הנדרשים לסייג של הגנה עצמית, הגם שנקבע כי המתלון הוא שירד מדירתו, ופנה למערער, המערער השיבו **"למה מה תעשה לי"**, ואז המתלון הוא שהיכה את המערער והמערער מיד לאחר מכן היכה את המתלון במכה לפניו שכתוצאה ממנה נפל ונגרם לו שבר בלסת.

בניתוח היסודות של הסייג להגנה עצמית, נקבע כי מתקיימים שלושת היסודות הראשונים, שהם תקיפה שלא כדין, סכנה מוחשית לפגיעה בגוף ומידיות, ואף היסוד החמישי של מידתיות מתקיים, וכי בשעה שהמערער נתון תחת סכנה לספוג אגרוף נוסף מהמתלון, הרי שתגובתו כנגד באמצעות מכת אגרוף למתלון הינה מידתית.

בית המשפט קבע כי לא מתקיימים היסוד הרביעי והשישי.

ביחס ליסוד הרביעי, לפיו על מנת שיחול סייג ההגנה העצמית על נאשם להראות **"כי לא הביא בהתנהגותו הפסולה"**



לתקיפה, תוך שהוא צופה מראש את אפשרות התפתחות הדברים", נקבע כי אמירתו של המערער למתלון **"למה מה תעשה לי"**, עובר לתקיפה, מביאה למסקנה כי המערער ליבה את הרוחות, והלהיט את האווירה ואת כעסו של המתלון, חלף הרגעת הרוחות באמצעות שיח מתורבת או לחילופין עזיבת המקום ביחד עם הילדים.

עוד נקבע בהקשר זה, כי בסיטואציה שנוצרה המערער צפה כי אם ישאל את המתלון, אשר באותה שעה היה נתון בשעת כעס של ממש **"מה תעשה לי"**, כי אז בהסתברות גבוהה מאוד המתלון עלול לנקוט כלפיו באלימות פיזית, ואף לא ניתן לומר שהאירוע קיבל לפתע תפנית אלימה שהמערער לא צפה מראש, ולא התנהגות כגון זו של המערער ביקש המחוקק לפטור מאחריות פלילית, וכי כאשר כל צד מתגרה בשני ומבקש לבחון **"מה הוא יעשה לו"** מצופה כי דווקא במצבים נפוצים אלו, כאשר צד אחד שש אלי קרב, הצד השני ינהג באחריות וידאג לצינון האווירה ולפתרון סכסוך בצורה נאותה.

מכל האמור, נקבע כי המערער פעל בצורה פסולה ובמידה רבה הביא על עצמו את תקיפתו ע"י המתלון, וכל זאת כאשר הוא צפה מראש את התפתחות הדברים לכדי עימות פיזי, ולפיכך, התנאי הרביעי מששת תנאי סייג ההגנה העצמית אינו מתקיים.

גם התנאי השישי, נחיצות, אינו מתקיים, בחלקו של מבחן הנחיצות האיכותית, להבדיל ממבחן הנחיצות הכמותית. נקבע כי היתה למערער אפשרות להדוף את המתלון באמצעות נקיטה בדרכי פעולה חלופיות ופוגעניות פחות, תוך שצוין כי אין בית המשפט קובע שהיה על המערער לסגת לאחר שספג את האגרוף, לאור כך שלא יכול היה להותיר את הילדים בזירה בצמוד למתלון, וגם לא אם היה על המערער להגן על עצמו באמצעות דחיפה, מכה לכתף או סטירה, אולם נכתב כי **"כאשר ניצב מולך אדם בעשור השביעי לחייו, שמכה אותך במכה שאיננה חזקה במיוחד... נדמה כי כדי להדפו אין כל נחיצות לפעול נגדו בשיא הכוח והעוצמה ולהכותו בצורה כה ברוטלית וקשה"**. מכאן מסיק בית המשפט כי לא מתקיים מבחן הנחיצות האיכותית, וביחס לנחיצות הכמותית לא מצא מקום להכריע, אך הוסיף כי על פניו נדמה כי מבחן זה מתקיים.

4. לצד דחיית התקיימות הסייג של הגנה עצמית לאחריות הפלילית, נקבע כי יש לקבל טענת הגנה מן הצדק בשל אכיפה בררנית, וניהול ההליך הפלילי נגד המערער לבדו בעוד המתלון פטור בלא כלום, הינו בבחינת פגיעה של ממש בתחושת הצדק וההגיונות. נקבע כי רשויות אכיפת החוק לא השכילו במקרה זה לראות מעבר לפציעתו של המתלון **"וזו סימאה במידה רבה את עיניהן, מה שהשליך על אופן ניהול החקירה..."**. נפסק כי איש מהשוטרים שהעידו לא סיפק הסבר מניח את הדעת **"לאיפה ואיפה שנקטו בין הנאשם למתלון"**. וכי הגם שבית המשפט אינו קובע כי היה על היחידה החוקרת להחליט כי יש מקום להעמיד לדין גם את המתלון, הרי שהיה על היחידה החוקרת **"לכלל הפחות לבחון כיוון חקירה זה... ולחקור את המתלון תחת אזהרה"**, וכי פציעת המתלון קיבעה אצל גורמי החקירה את הקונספציה לפיה המערער הוא התוקפן הבלעדי ודבריו אינם אמת.

נקבע כי סעד ביטול האישום הינו מרחיק לכת במקרה זה, וכי מכוח טענת ההגנה מן הצדק, יש להורות על הרשעתו של המערער בעבירה של תגרה, תוך שבית המשפט מוסיף כי לדעתו הרשעת המערער בעבירת תגרה **"תשקף את שאירע בינו לבין המתלון בצורה מהימנה ומדויקת יותר"**, הואיל ומהתמונה העובדתית שהצטיירה בפני בית המשפט



"עולים סימנים מובהקים של אלימות הדדית שנקטו הנאשם והמתלונן זה כנגד זה... כאשר הם מכים איש את רעהו".

בית המשפט הוסיף כי לאור כך שקיבל את טענת ההגנה מן הצדק וזו תוצאתה, אינו מוצא מקום לפעול לפי סעיף 184 לחסד"פ.

בגזר הדין הוטל על המערער עונש של מאסר מותנה וחתימה על התחייבות.

5. הערעור הינו כנגד הכרעת הדין. ייאמר תחילה כי אין עניינו של הערעור לקביעות העובדתיות של בית המשפט.

נטען כי לא היה מקום לקבוע שהתנהגות המערער באומרו למתלונן שבא לתוקפו **"למה מה תעשה לי"**, הינה התנהגות פסולה, אשר הביאה לתקיפתו ע"י המתלונן תוך שהוא צופה מראש את אפשרות התפתחות הדברים; לא היה מקום לקבוע כי המערער לא טמן ידו בצלחת וליבה את הרוחות; התנהגות המערער לא היתה פסולה שכן המתלונן הוא שירד למטה; ולא היה מקום לקביעה כי היה זה תפקידו של המערער להרגיע את הרוחות, כשהוא שומר על עצמו ועל שני הקטינים שלידו; לא היה מקום לקביעת בית המשפט כי לא מהתנהגות כזו רצה המחוקק לפטור מאחריות פלילית, וכי במקרה זה המתלונן ירד אחוז זעם ורווי אלימות לעבר המערער, ואין אמירתו של המערער מבחינת התנהגות פסולה; לא היה על המערער לנהוג אחרת; לא היה מקום לקביעה כי המערער אינו עומד במבחן הנחיצות האיכותית, בפרט כאשר קודם לכן נקבע כי התקיים תנאי המידיות; המערער הגן על עצמו ועל ילדיו במכת אגרוף חזרה ונס מהמקום לדירתו; קביעות בית המשפט קמא אינן מתיישבות עם ההלכה הפסוקה; ומכל האמור יש לזכות את המערער מהעבירה בה הורשע ולקבוע כי התקיימו בעניינו כל תנאי סייג ההגנה העצמית.

6. לטענת ב"כ המשיבה - משנקבע ע"י בית המשפט שמי שהנחית את המכה שגרמה בסופו של דבר לחבלה החמורה זה המערער, ונקבע שלא קמה לו הגנה עצמית, הרי שבאותו שלב היה צריך להרשיעו בעבירה של גרימת חבלה חמורה, אולם בית המשפט בחן את שאלת האכיפה הבררנית, ומכוח טענה זו קבע כי יש להרשיע בעבירה חמורה פחות של תגרה; ההיגיון אומר כי בשלב בו המתלונן יורד מביתו, היה על המערער לעזוב את המקום, אך המערער נשאר במקום עם הילדים, לא עזב, המתלונן ממשיך לצעוק **"תרביץ לי"** והמערער נשאר במקום, נעמד חוצץ בין המתלונן לבין הילדים, ואומר לו **"למה מה תעשה לי"**. נטען כי זו הזמנה שהמערער מזמין את המתלונן, וקורא עליו תיגר. זו הזמנה לדו קרב; בית משפט קמא לא קיבל במסגרת הדיון על הגנה עצמית את גרסת המערער, ומתרשם כי המערער לא פעל מתוך הגנה עצמית אלא ביקש להשיב למתלונן מלחמה שעה, לא ביקש להדוף את המתלונן אלא רצה להשיב לו כגמולו, ומכאן בית המשפט כותב על צפיית התפתחות האירוע והתנהגותו הפסולה של המערער; נטען כי בענייננו התמונה ברורה, הכתובת היתה על הקיר **"היה חסר רק המצת והוא הביא אותו"**; ביחס לשאלת הנחיצות, נטען כי בית המשפט נשען על כך שהמתלונן תקף תקיפה סתם ללא חבלה וסימנים וקיבל בחזרה תקיפה חמורה אשר שברה לו את הלסת.

7. לאחר בחינת ההליך בבית משפט קמא, הכרעת הדין וטענות הצדדים, מסקנתי היא כי הערעור בדין יסודו, יש



לקבל את טענת ההגנה העצמית בהינתן התקיימות כל יסודותיה, מחמת הספק, וכי לא היה מקום ליישם בנסיבותיו של מקרה זה את דוקטרינת ההגנה מן הצדק.

תחילה לעניין ההגנה העצמית.

סעיף 34' לחוק העונשין קובע:

"הגנה עצמית"

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".

סעיף 34כב' לחוק העונשין קובע:

"נפקותו של ספק"

(א) לא יישא אדם באחריות פלילית לעבירה אלא אם כן היא הוכחה מעבר לספק סביר.

(ב) התעורר ספק סביר שמא קיים סייג לאחריות פלילית, והספק לא הוסר, יחול הסייג".

מצאתי לנכון לצטט את סעיף 34כב' (ב) לחוק העונשין, הואיל ומוצא אני כי לא מכוח קביעה פוזיטיבית בדבר התקיימות הסייג של הגנה עצמית יש לזכות את המערער, אלא מכוח הספק העולה מהתשתית העובדתית כפי שנקבעה ע"י בית משפט קמא. ספק שמא התקיימו לא רק ארבעת היסודות של הגנה עצמית אשר נקבעה על ידי בית משפט קמא התקיימותם, אלא שקיים ספק שמא גם היסודות הרביעי והשישי מתקיימים, בנסיבות העניין.

לא ארחיב ביחס ליסודות אשר קבע בית משפט קמא כי מתקיימים, שכן גם לא נשמעה מחלוקת מטעם המאשימה דבר התקיימותם.

אתיחס להלן ליסוד הרביעי וליסוד השישי, אשר נקבע כי לא התקיימו.

היסוד הרביעי הנדרש להתקיימות סייג ההגנה העצמית הינו יסוד שלילי, והוא כי "אין אדם פועל תוך הגנה עצמית מקום שהביא בהתנהגותו הפסולה לתקיפה תוך שהוא צופה מראש את אפשרות התפתחות הדברים" (הסיפא לסעיף 34' לחוק העונשין).

בית משפט קבע כי מצופה כי במצבים נפוצים כגון המצב שהיה אותה עת, הצד השני ינהג באחריות וידאג לצינון האווירה



ולפתרון הסכסוך בצורה נאותה.

לטעמי, לא זה המבחן אשר יש ליישם בבחינת התקיימות הסיפא לסעיף 34' לחוק העונשין.

בע"פ 20/04 **אבי קליינר נ' מ"י** פ"ד נח(3) 80, נקבע, לעניין הסיפא לסעיף 34' כי זהו תנאי הכולל שלושה תנאים מצטברים, התנהגות פסולה מצד המותקף, קשר סיבתי עובדתי בין ההתנהגות הפסולה לתקיפתו, ויסוד סובייקטיבי של צפיית הדברים:

"תנאי נוסף לקיומה של הגנה עצמית הוא כי המותקף לא הביא בהתנהגותו הפסולה לתקיפה תוך שהוא צופה מראש את אפשרות התפתחות הדברים. מדובר בתנאי משולש, הדורש יסוד של התנהגות פסולה מצד המותקף, קשר סיבתי עובדתי בינה לבין תקיפתו ויסוד סובייקטיבי של צפייה מראש של התפתחות הדברים. בעוד שבחינתם של יתר התנאים להגנה עצמית נעשית במועד התקיפה ממש, בחינתו של רכיב זה תיעשה במבט לאחור אל הדרך שבה נקלע המתגונן למצב שבו התאפשרה תקיפתו. הלכה היא כי דרישה זו מעוררת את הצורך לבחון את רצף האירועים שהתרחשו עובר לאירוע, ובלשונו של השופט לנדוי בפרשת הורוביץ [1], שכבר הזכרנו לעיל (שם, בעמ' 629): "...אין להעלות על הדעת שטענת התגוננות חייבת להידון תמיד במנותק מן האירועים אשר קדמו למעמד שבו נאלץ הנאשם לפעול לשם התגוננות... התעלמות גמורה מהתנהגות הנאשם עצמו עובר לעצם ההתנגשות בינו לבין תוקפו היתה נוגדת את הטעם שעליו מיוסדת כל טענה של התגוננות מותרת...". ע"פ 20/04, שם, בעמ' 91-92.

ר' לעניין זה גם ע"פ 7712/12 **פלוני נ' מ"י** (23.5.2013) אשר סוקר את הקביעות בע"פ 20/04 דלעיל, ומתייחס לפסיקה נוספת, תוך אזכור אירועים דוגמת שלפית נשק ודריכתו, המהווה התנהגות פסולה והחזקת סכין.

בענייננו, ההתנהגות הפסולה המיוחסת הינה אמירתו של המערער למתלון "**למה מה תעשה לי**", מיוחס קשר סיבתי בין אמירה זו למכה שהיכה המתלון את המערער, ומיוחס יסוד סובייקטיבי של צפייה מראש של המערער את אותה תקיפה שתקפו המתלון.

שאלה היא האם האמירה "**למה מה תעשה לי**" הינה בבחינת התנהגות פסולה. בעניין זה הקביעה של בית המשפט קמא איננה קביעה עובדתית, ולפיכך איננו עוסקים בבחינת מסקנות עובדתיות של בית משפט קמא. לאמירה "**למה מה תעשה לי**" יכולים להיות היבטים שונים, לאו דווקא אך היבטים אשר הינם "**קריאה לקרב**", אשר משמעותו אלימות. אינני סבור כי ניתן לקבוע שלא מתקיים ההיבט אליו התייחס בית המשפט קמא, ואולם, לטעמי, קיים ספק, שכן לאותה אמירה יכולות להיות פרשנויות אחרות, כגון עמידה של המערער על זכויותיו, ולמען הדיוק זכות הילדים לשחק בכדור. השוואת אמירה זו לדוגמאות של התנהגות פסולה דלעיל, מביאה למסקנה כי מדובר באופי אחר לחלוטין של התנהגות. כמו כן, כמצוטט לעיל, יש לבחון הרכיב הזה בבחינה לאחור אל הדרך בה נקלע המתגונן למצב בו התאפשרה תקיפתו. בענייננו, לא הביא עצמו המערער למצב של "**שדה קרב**" כנטען כנגדו. מסקנה זו משמעותה כי לעולם לא יוכל אדם לעמוד ולו על זכות בסיסית ביותר, מחשש שמא עמידתו זו תביא לאלימות מהצד שכנגד.



המערער, חצץ בין המתלון לבין שני ילדים, בסיטואציה בה המתלון מגיע צועק צעקות וזועם. מדובר במחלוקת על עניין הקשור באפשרות הילדים לשחק בכדור. האמירה "**למה מה תעשה לי**" ניתנת לפרשנות כי יכול והיא מתייחסת לפעולות אחרות של המתלון, ולא דווקא אלימות, כפי שהפגין המתלון.

ואולם, כאמור, גם אם נניח כי מדובר בהתנהגות פסולה של המערער, לא מתקיימים שני התנאים הנוספים במבחן המשולש לסיפא לסעיף 34' לחוק העונשין.

התנאי השני הינו הקשר הסיבתי - קיים ספק, בהינתן התשתית העובדתית שנקבעה ע"י בית משפט קמא, האם דווקא אותו ביטוי שהשתמש בו המערער, הוא אשר גרם לכך שהמתלון יכה אותו במכת אגרוף בפניו. כפי שעולה מהעובדות שנקבעו ע"י בית משפט קמא, המתלון כאשר ירד, היה כבר זועם, וקיים ספק שמא גם אילו היה המערער משתמש בביטוי אחר, או לא אומר דבר, היה המתלון מכה אותו.

זאת ועוד, ספק זה מתגבר, כשבוחנים אנו את ההמשך של ההתנהלות של המתלון, אשר לאחר שהמערער לקח את ילדיו לדירתו, נטל מקל מטאטא וניגש לדירתו של המערער ודפק על הדלת.

גם ביחס להתקיימות התנאי השלישי במבחן המשולש לסיפא לסעיף 34' לחוק העונשין, קם ספק מסוים במקרה זה.

בהלכת ע"פ 20/04 דלעיל, נקבע כי היסוד של הצפייה מראש של התפתחות הדברים הינו יסוד סובייקטיבי.

בהלכת ע"פ 7712/12 דלעיל, חוזר בית המשפט העליון על הקביעה בהלכת קליינר, ומצטט את הדרישה למבחן סובייקטיבי של צפייה מראש של התפתחות הדברים.

אכן, ניתן לקבוע כי קיימת אפשרות להסיק צפייה של אלימות לאחר שימוש באותו ביטוי כאמור, ואולם, לא רק אלימות ניתן לצפות, וקיים ספק אם התקיים במערער היסוד הסובייקטיבי הנדרש של צפייה מראש כי המתלון יכה אותו במכת אגרוף, משהמערער אומר לו "**למה מה תעשה לי**".

המסקנה של בית המשפט קמא כי המערער לא פעל מתוך הגנה עצמית אלא ביקש להשיב למתלון מלחמה שעה, בבחינת עין תחת עין, איננה מסקנה שאני מוצא כי ניתן היה להגיע אליה, מעל לספק סביר.

אכן, אותה אמירה של המערער, איננה אמירת פיוס, ואיננה אמירה המבקשת להרגיע את הסיטואציה, ואולם, מכאן ועד למסקנה כי אמירה זו יש בה כדי להשיב "**מלחמה שעה**" הדרך ארוכה. זאת ועוד, אלימות עדיין לא החלה באותו שלב, וקיים ספק במסקנה אם מדובר באמירה אשר יסודה בהתייחסות לאלימות, או ל"**עין תחת עין**" במובן אלים. אין בתשתית העובדתית האמורה בהכרעת הדין כדי מסקנה בדבר התייחסות לאלימות.



נטען להיבטים נורמטיביים במובן של הכוונת התנהגות הציבור - שאלה היא היכן יש לשים את הדגש, האם בהיבט הנורמטיבי העולה מהפסלות בהתנהגות המערער, או בהיבט הנורמטיבי העולה בפסלות ובהתדרדרות של התנהגות המתלונן לאלימות. אינני סבור כי בהליך זה עלינו להיכנס לשאלה זו, לאור כך שמוצא אני את הספק האמור בהתקיימות הסיפא לסעיף 34' כאמור.

מכל האמור, אני מוצא, מחמת הספק, כי יכול והתקיים היסוד הרביעי ביסודות הסייג של הגנה עצמית.

8. היסוד הבא שבמחלוקת הינו היסוד השישי - תנאי הנחיצות, אשר בית משפט קמא ציין שכולל הוא שני מבחני משנה, מבחן הנחיצות האיכותית ומבחן הנחיצות הכמותית, ונקבע כי מבחן הנחיצות האיכותית אינו מתקיים, וללא הכרעה בשאלת המבחן הנחיצות הכמותית, נקבע כי על פניו נראה כי הוא מתקיים.

לטעמי מתקיים במקרה זה גם מבחן הנחיצות האיכותית.

השאלה היא האם המכה אשר המערער היכה את המתלונן בתגובה עומדת במבחן הנחיצות האיכותית.

יש לקבל את קביעתו של בית משפט קמא על כי **"בשעה שהנאשם (המערער) נתון תחת סכנה לספוג אגרוף (נוסף) מהמתלונן, הרי שתגובתו כנגד באמצעות מכת אגרוף למתלונן הינה מידתית בנסיבות העניין"**. קביעה זו של בית משפט קמא הינה במסגרת היסוד החמישי, של המידתיות.

ואולם, במובלע, תוך כדי הקביעה ביחס לשאלת המידתיות, סבור אני כי נמצאת גם קביעה ביחס לנחיצות.

קיים ספק, שמא, בהעדר אותה תגובה מידית של המערער, היה המתלונן מכה אותו במכת אגרוף נוספת. בית משפט קמא לאחר שבחן את המכלול העובדתי שבא בפניו, קובע, כי המערער היה תחת סכנה לספוג פגיעת אגרוף נוספת מהמתלונן.

במצב דברים זה, קיימת נחיצות למנוע את המשך ההתקפה האלימה של המתלונן.

ביחס לשאלת הכניסה של מעשה המערער למבחן הנחיצות האיכותית, אפנה לדברים הבאים, מע"פ 95/60 **אהרון וולדמן נ' היועץ המשפטי לממשלה** פד' טו, 53 בעמ' 55:

"אין אנו מוכנים להיכנס כאן לכל אותן האבחנות הדקות, עם המידות והשיעורים... מכה זו מותרת, מכה זו אסורה, כפי שטען בפנינו בא-כוח היועץ המשפטי. כל הקטטה כולה, על שני חלקיה גם יחד, ערכה כרגע וחצי, ב"נוכחות" האקדח וכמעט מול הלוע שלו, ואין לדרוש מאדם לכלכל מעשיו בפלס ולמדדם בשעל בשעת



סכנה".

על דרך הכלל אשר נקבע בע"פ 95/60 דלעיל, לפיו אין לדרוש מאדם המתגונן בהגנה עצמית אל מול אלימות "לכלכל מעשיו בפלס ולמדדם בשעל בשעת סכנה", כך אין מקום לדרוש מהמערער לכלכל במדויק את חוזק מכת הנגד שהוא נותן באותו רגע בו הוא עצמו מותקף באלימות, אשר יש לומר שהיתה אלימות קשה מצד המתלונן, אשר הביאה לטשטוש מסוים אצל המערער, לנפילת משקפיו, ולכריעתו, ואז עמידה מחודשת.

זאת ועוד, כמצוטט לעיל, בית משפט קמא קובע ביחס לאותה מכה אשר היכה המערער את המתלונן בתגובה למכה של המתלונן, כי לא מדובר במכה כה חזקה שיהיה בה לגרום לה שבר: "**למראה הדברים, התרשמתי כי אין המדובר במכה כה חזקה עד שיהיה בה כדי לגרום לשבר בלסתו של המתלונן**". כמו כן, בהמשך אין בית המשפט קובע אם היה זה אגרוף, אם היתה זו סטירה או מכה. בית המשפט (בעמ' 16, 17 להכרעת הדין), מצטט, תוך שהוא קובע כי החבלה מתיישבת עם הציטוט, את גרסתו של המערער כפי שנמסרה במשטרה, לפיה הוא כהגנה נתן למתלונן "**מכה בפנים בספונטני**" והוא עצמו אינו יודע אם זו היתה סטירה או אגרוף, הוא רצה להדוף אותו והוא אינו זוכר אם הוא נתן אגרוף או מכה אך המתלונן נפל.

זאת ועוד, אין לנו ידיעה ברורה, ואין קביעה עובדתית בהכרעת הדין, האם השבר בלסתו של המתלונן נבע מהמכה עצמה, או מהנפילה בעקבותיה. לדבר זה חשיבות בבחינת השאלה האם המכה עצמה של המערער היתה בעוצמה כזו שהביאה לשבר בלסתו של המתלונן. ספק קיים בשאלה זו, ואני סבור כי הספק, כבכל הליך פלילי, צריך לעמוד לזכות הנאשם, ומשמעות הדבר כי ייתכן שהמכה עצמה לא היתה אגרוף, אלא מכה שמטרתה היתה הדיפת אלימות של המתלונן, ואז נפל המתלונן, וייתכן, ולו מחמת הספק, כי האפשרות שהשבר בלסת נגרם מהנפילה, היא השתלשלות העניינים העובדתית הנכונה.

זאת ועוד, אינני סבור כי יש בידנו ראיות לקבוע האם המכה, גם אם לא גרמה לשבר בלסת, היתה כה חזקה עד כי העוצמה של הנפילה שנגרמה בעקבות עוצמת מכה זו, היתה חזקה במיוחד והיא היא אשר הביאה לאותו שבר בלסת.

מכל האמור, אני מוצא כי מתקיים גם התנאי של הנחיצות האיכותית, וקיים ספק אשר מאפשר התקיימות תנאי זה.

ביחס לנחיצות הכמותית - בית משפט קמא אינו קובע ממצא, אולם סבור כי התנאי מתקיים - יש להסכים, ואף לקבוע כי תנאי הנחיצות הכמותית מתקיים. המערער היכה את המתלונן מכה אחת ולא יסף.

זאת ועוד, בחינת כל התנהלות המערער, מביאה, לטעמי, למסקנה אחרת מזו של בית משפט קמא, בדבר מלחמה שעה. המערער לאחר שהוכה ע"י המתלונן, הדפו במכת נגד, ומיד עזב את הזירה, יחד עם שני ילדיו.

המערער לא המשיך באלימות כלשהי, לא המשיך בעימות כלשהו, הוא פשוט עזב את המקום.



כמו כן, מקביעות בית משפט קמא, עולה כי מכת הנגד שהיכה המערער את המתלונן, היתה מיידית ובאה בתגובה ישירה, ולצורך ההדיפה של המשך אלימות מצד המתלונן.

בהינתן כל האמור לעיל, הרי שיש לקבוע כי מתקיימים גם היסודות הרביעי והשישי לסייג לאחריות פלילית של הגנה עצמית.

משכך, התקיים בעניינו של המערער הסייג האמור בסעיף 34' לחוק העונשין, במובן זה שקיים ספק, כאמור בסעיף 34כב'(ב) לחוק העונשין, ומתעורר ספק שמא קיים בעניינו של המערער הסייג לאחריות פלילית, לפי סעיף 34' לחוק העונשין.

משכך, יש לזכות את המערער מהעבירה של חבלה חמורה לפי סעיף 333 לחוק העונשין.

ניתן היה לסיים את ההליך בבית משפט קמא בקביעה כאמור, וכך גם את פסק הדין בערעור, ואולם, אני מוצא לנכון, ולו אף למעלה מן הצורך להתייחס להגנה מן הצדק, אשר עמדה בבסיס הכרעת בית משפט קמא.

9. תחילה נבחן את היסודות של טענת הגנה מן הצדק, על פי החוק וכפי שפורשו בפסיקה.

סעיף 149 (10) לחוק סדר הדין הפלילי (נוסח משולב) [להלן: "החסד"פ"] קובע:

"לאחר תחילת המשפט רשאי הנאשם לטעון טענות מקדמיות, ובהן:

...

(10) הגשת כתב האישום או ניהול ההליך הפלילי עומדים בסתירה מהותית לעקרונות של צדק והגינות משפטית".

דוקטרינת ההגנה מן הצדק פותחה בפסיקה עוד קודם לחקיקתו של סעיף 149 (10) לחסד"פ. תחילתה במבחן שנקבע בע"פ 2910/94 יפת נ' מדינת ישראל, פד' נ (2) 221 בעמ' 370:

"המבחן הקובע, כפי שאני רואה לאמצו, הוא מבחן ה"התנהגות הבלתי נסבלת של הרשות", היינו התנהגות שערורייתית, שיש בה משום רדיפה, דיכוי והתעמרות בנאשם, או כלשון הלורד OPPRESSIVE" CONNELLY (1192) AT [117], המדובר במקרים שבהם המצפון מזדעזע ותחושת הצדק האוניברסלית נפגעת, דבר שבית-המשפט עומד פעור פה מולו ואין הדעת יכולה לסובלו. ברי כי טענה כגון זו תעלה ותתקבל במקרים נדירים ביותר, ואין להעלותה כדבר שבשיגרה ובענייני דיומא סתם."



מבחן זה רוכך במידת מה בע"פ 4855/02 מדינת ישראל נ' בורוביץ, פד' נט (6) 776, 807:

"ביטולו של הליך פלילי מטעמי הגנה מן הצדק מהווה אפוא מהלך קיצוני שבית-המשפט אינו נזקק לו אלא במקרים חריגים ביותר. בדרך-כלל יידרש הנאשם להראות שהתקיים קשר סיבתי בין התנהגות הנפסדת של הרשויות לבין הפגיעה בזכויותיו, עם זאת אין לשלול אפשרות שהפגיעה בתחושת הצדק וההגינות תיוחס לא להתנהגות שערורייתית של הרשויות, אלא למשל לרשלנותן, או אף לנסיבות שאינן תלויות ברשויות כל-עיקר אך המחייבות, ומבססות, בבירור את המסקנה כי במקרה הנתון לא יהיה ניתן להבטיח לנאשם קיום משפט הוגן, או שקיומו של ההליך הפלילי יפגע באופן ממשי בתחושת הצדק וההגינות. אך נראה כי מצב דברים כזה אינו צפוי להתרחש אלא במקרים חריגים ביותר."

במספר פסקי דין שלאחר חקיקת סעיף 149 (10) לחסד"פ נקבע כי מבחני הילכת בורוביץ ימשיכו להנחות את בית המשפט בבואו לבחון אם לקבל טענת נאשם לפי סעיף זה, כאמור בע"פ 7014/06 מדינת ישראל נ' אהרון לימור (4.9.2007):

"לאחרונה, עוגנה דוקטרינת ההגנה מן הצדק, כפי שפותחה בפסיקתו של בית משפט זה, בסעיף 149(10) לחסד"פ (ראו חוק סדר הדין הפלילי (תיקון מס' 51), התשס"ז-2007 (התקבל ביום 15.5.07)). לפי האמור בסעיף, נאשם רשאי לטעון טענה מקדמית לפיה "הגשת כתב האישום או ניהול ההליך הפלילי עומדים בסתירה מהותית לעקרונות של צדק והגינות משפטית". המבחנים שנקבעו בפרשת בורוביץ ימשיכו, אם כן, להנחות את בית המשפט בבואו לבחון האם יש לקבל טענה של נאשם לפי סעיף זה, ואף את הטענות שהועלו בענייננו נבחן לאורם."

ובסעיף 57 לפסק הדין מנותח המבחן שנקבע בהילכת בורוביץ כהאי ליסנא :

"באותה פרשה נקבע מבחן משולש אשר יש להחילו כאשר מועלית טענת הגנה מן הצדק. לפי מבחן זה יש לבחון בשלב הראשון מהם הפגמים שנתגלו בהליך המשפטי שננקט כנגד הנאשם ומהי עוצמתם; בשלב השני יש לקבוע האם ניתן לקיים את ההליך הפלילי, בצורה הוגנת וצודקת, חרף הפגמים שנתגלו בו. בשלב זה על בית המשפט לאזן בין האינטרסים הרלוונטיים השונים תוך התחשבות בנסיבות כל מקרה ומקרה והתייחסות, בין היתר, לחומרת העבירה המיוחסת לנאשם, למידת הפגיעה ביכולתו להתגונן כראוי ולמידת אשמתה של הרשות. בשלב השלישי על בית המשפט לבדוק, במידה והשתכנע כי ההליך אכן נוהל באופן אשר נוגד את עקרונות הצדק וההגינות, האם ניתן לנקוט באמצעים מתונים יותר מאשר ביטול כתב-האישום על-מנת לרפא את הפגמים."

ר' לענין המבחן שלאחר התיקון לחוק גם ע"פ 5672/05 טגר בע"מ נ' מדינת ישראל (21.10.2007), ע"פ 371/06 פלוני נ' מדינת ישראל (30.4.2008), ורע"פ 924/08 גוטליב נ' מדינת ישראל (30.3.2008).



הנה כי כן, המבחן אשר יש להחיל כאשר מועלית טענת הגנה מן הצדק הינו מבחן הכולל שלושה שלבים: הראשון - מהם הפגמים ומה עוצמתם, השני - האם ניתן לקיים את ההליך הפלילי בצורה הוגנת וצודקת חרף הפגמים שנתגלו בו, והשלישי - איזון בין האינטרסים תוך התחשבות בכל מקרה, ובמסגרת זו גם תיבחן השאלה האם ניתן לנקוט באמצעים מתונים יותר מאשר ביטול כתב האישום על מנת לרפא את הפגמים.

ברע"פ 1611/16, 4238/16 מ"י נ' **ורדי ואח'** (31.10.2018) ("**הלכת ורדי**"). נדונה דוקטרינת ההגנה מן הצדק ונקבע, תוך הרחבה של המבחנים הקודמים, כי ניתן להחיל את ההגנה מן הצדק גם במקרים בהם אפליה ואכיפה ברחיקת אינם תולדת זדון, חוסר תום לב, שרירות מכוונת, או שיקולים זרים, אלא גם במקרים בהם נפל פגם "**ולו משום חדלונה של הרשות, בטעות שנפלה על ידה בתום לב, או בגין מחדלים מצידה**".

נקבע כי במבחן התלת שלבי אשר נקבע בהלכת בורוביץ, בבחינת השלב הראשון, יוכלו להיכנס בשעריו גם מקרים בהם נפל פגם, אף אם מדובר ברשלנות, בתום לב, ללא מניע פסול או כוונת זדון.

ואולם, נקבע כי גם כאשר נכנסים אנו בשערי השלב הראשון, הרי שבשלב השני, בו נבחנת השאלה אם ניתן לקיים את ההליך הפלילי בצורה הוגנת וצודקת חרף הפגמים שנתגלו בו, הרי ש"**רק מקרים נדירים וחריגים בהם נטענה טענה לאכיפה מפלה שאיננה תוצאה של כוונת זדון יקימו לנאשם הגנה מן הצדק**".

וכך נפסק בהלכת ורדי:

"סיכום ביניים - תחולתה של דוקטרינת ההגנה מן הצדק במצבי מחדל ורשלנות מצד הרשות

99. ובחזרה לענייננו. מן המקובץ לעיל עולה כי הטענה להפליה פסולה בהעמדה לדין בעילה של הגנה מן הצדק, חולשת גם על מקרים בהם טוען הנידון כי נפל פגם בהעמדתו לדין, או בניהול ההליך הפלילי נגדו, ולו משום חדלונה של הרשות, בטעות שנפלה על-ידה בתום-לב, או בגין מחדלים מצידה (זאת לצד מקרים בהם פעלה הרשות בשרירות מכוונת, בחוסר תום-לב, ומתוך שיקולים זרים).

ודוק, משמעות הדברים היא כי ניתן עקרונית, לראות במחדלי הרשות, או במעשיה הרשלניים משום 'פגם', אשר יש בו כדי לפתוח את שערי המבחן התלת-שלבי שנקבע בהלכת בורוביץ'. ברי כי אין בכך כדי ללמד שיש לייחס משקל ממשי לכל טענה באשר לטעות, או למחדל מצד רשויות האכיפה, אלא לליקוי מהותי שכזה. הנה כי כן לאחר שצלח הנאשם את המשוכה המקדמית להצביע ולהוכיח כי המעשה המינהלי עולה כדי 'פגם' כאמור - בית המשפט יידרש לבחינת הטענה להגנה מן הצדק לגופה - בקביעת עוצמתם של הפגמים, ופגיעתם בתחושת הצדק וההגינות; בשלב שלאחר מכן יש לאזנם ביחד עם יתר השיקולים, הערכים והאינטרסים המצדיקים את ניהול ההליך הפלילי. בקשר לכך יש לשים אל לב, כפי שנקבע עוד בפרשת בורוביץ', כי יש להעניק משקל בשלב השני גם לעובדה כי הרשות פעלה בתום-לב, ללא מניע פסול, או כוונת זדון. מטבע הדברים, התוצאה תהא שרק מקרים נדירים וחריגים בהם נטענה טענה לאכיפה מפלה שאיננה תוצאה של כוונת זדון יקימו לנאשם הגנה מן הצדק".



10. בחינת אופן ניהול החקירה וההליך במקרה זה, באספקלריה של המבחנים אשר נקבעו בהלכת בורוביץ, גם לאחר ההרחבה בהלכת וורדי, מביאה למסקנה כי אין לקבל את טענת ההגנה מן הצדק לזכות המערער במקרה זה, ומכאן שאילו היתה המסקנה אי התקיימות הסייג של הגנה עצמית, הרי היה מקום להרשיעו בעבירה של חבלה חמורה לפי סעיף 333 לחוק העונשין.

תחילה לשאלת כניסתנו לשלב הראשון במבחן התלת-שלבי שנקבע בהלכת בורוביץ, על פי המבחן המורחב שנקבע בהלכת ורדי.

אינני מוצא כי נכנסים אנו אף לא בשעריו של השלב הראשון, גם לא על פי הלכת ורדי.

השאלה שלפנינו, בשלב הראשון, הינה **"מה הם הפגמים שנתגלו בהליך המשפטי שנקט כנגד הנאשם ומהי עוצמתם"**. בענייננו, מקביעות בית משפט קמא עולה כי התנאי מתקיים בשל קביעתו למחדל חקירה, אשר הינו אי-בחינת כיוון החקירה בשאלה אם יש מקום להעמיד לדין גם את המתלונן, לצפות בסרטונים, לקרוא דו"ח צפייה, לחקור את המתלונן תחת אזהרה, ועל פי קביעת בית משפט קמא, פציעת המתלונן קיבעה אצל גורמי החקירה את הקונספציה לפיה המערער הוא התוקפן הבלעדי, ודבריו אינם אמת.

הקביעה של בית משפט קמא מתייחסת לשני נושאים, האחד אי ביצוע פעולות חקירה מסוימות על ידי היחידה החוקרת, והשני אי חקירת המתלונן תחת אזהרה.

ביחס לאי ביצוע פעולות החקירה של צפייה בסרטונים ודו"ח צפייה, הרי שמדובר בסרטונים ודו"ח צפייה, לא של האירוע עצמו, אלא של השתלשלות עניינים לאחר האירוע, ואשר איננה חלק מכתב האישום. מדובר בכך שהמתלונן, לאחר האירוע, נטל מקל והלך לכיוון דירתו של המערער, דפק על דלתו וצעק. אין מדובר בפעולת חקירה ביחס לאותה מחלוקת בסיסית בשאלה מי מהשניים, המתלונן או המערער, נתן את המכה הראשונה.

זאת ועוד, ביחס לאי-ביצוע פעולות החקירה של צפייה בסרטונים, הרי שלא ניתן לומר שלא היתה צפייה בסרטונים, שכן קיים דו"ח צפייה (ת/14). ואולם, הגם שחוקרים מסוימים לא עיינו בדו"ח הצפייה וגם לא צפו במצלמות. נושא זה עמד על הפרק בחקירות, והמתלונן נשאל כשנחקר האם היה עם מקל והוא משיב בשלילה (ר' נ/1, עמ' 2, שו' 11).

אכן, השוואת דבריו, כמו גם עימותו עם הצילום לפיו הוא מחזיק מקל, הינה פעולת חקירה מתבקשת, אולם היא איננה פעולת חקירה המתייחסת באופן ישיר לאירוע שקדם לכך.

אין לשלול חשיבות של חקירה ועימות המתלונן גם בעניין זה אשר הינו מאוחר לאירוע, ואולם אין מדובר בפגם בעוצמה המכניסה אותנו ישירות אל השלב הראשון במבחן של הגנה מן הצדק.

אשר לאמון שנתנו החוקרים במתלונן אל מול המערער, בשאלה המרכזית אשר עמדה ביחס לאירוע, שהיא מי היכה את



מי תחילה, אין לומר כי העובדה שצוות חקירה נותן אמון בגרסתו של א' אל מול גרסתו של ב', משמעותה הגנה מן הצדק במובן זה שמביאה היא למסקנה כי ניהול ההליך נוגד את עקרונות הצדק וההגינות, ואין לומר שמדובר בהפליה.

מתן אמון בנחקר זה או אחר אינה הפליה ואינה פגיעה בהליך. העובדה שבמסגרת ההליך בבית המשפט, בית המשפט בוחן את מכלול הראיות ומגיע למסקנה שונה ממסקנת החוקר, אינה מביאה, באופן אוטומטי, לכניסתנו להגנה מן הצדק.

עצם העובדה שגורם חקירה מחליט לאחר שבחן ראיות והפעיל את שיקול הדעת הנתון לו, כי יש לקבל גרסת פלוני ולא גרסת אלמוני, אין משמעותה הפליה של אלמוני.

ואולם, גם אם נכנסים היינו לגדר השלב הראשון במבחן התלת-שלבי בהלכת בורוביץ, כהרחבתו בהלכת ורדי, דהיינו פגם בהליך המשפטי אף אם אינו כולל זדון, שרירות או חוסר תום-לב, הרי שהמבחן בשלב השני, אינו מתקיים.

על פי הלכת ורדי, כמצוטט לעיל, אותה הרחבה לפיה ניתן להיכנס בגדרי השלב הראשון אף אם מדובר אך ברשלנות, או טעות בתום-לב, מקבלת התייחסות בשלב השני.

הבחינה בשלב השני הינה האם ניתן לקיים את ההליך הפלילי בצורה הוגנת וצודקת חרף הפגמים שנתגלו בו, ועל בית המשפט לאזן בין האינטרסים השונים, תוך התחשבות בנסיבות המקרה, בחומרת העבירה המיוחסת לנאשם, מידת הפגיעה ביכולתו להתגונן כראוי ומידת אשמתה של הרשות.

בענייננו, גם אם נכנסים אנו בגדרי השלב הראשון, הרי שגם על פי קביעות בית משפט קמא, אין מדובר בזדון, חוסר תום-לב, שרירות מכוונת או שיקולים זרים. לכל היותר, גם על פי קביעות בית משפט קמא, מדובר במחדל, טעות או רשלנות.

במצב דברים זה, יש להחיל את האמור בהלכת ורדי ביחס לשלב השני, על כי **"רק מקרים נדירים וחריגים בהם נטענה טענה לאכיפה מפלה שאיננה תוצאה של כוונת זדון יקימו לנאשם הגנה מן הצדק"** (ס' 99 לפסק-הדין).

בענייננו, אינני מוצא כי מדובר במקרה מאותם מקרים **"נדירים וחריגים"** בהם יש להחיל את ההגנה מן הצדק, גם כאשר לא מדובר בזדון.

אילו אכן הקביעה השיפוטית הינה בדבר ביצוע עבירה של חבלה חמורה לפי סעיף 333 לחוק העונשין, הרי שמדובר בעבירה חמורה, ובנסיבות של ביצוע עבירה כאמור תוך גרימת שבר בלסת, יש לאזן בין האינטרסים השונים, ולהביא לידי ביטוי גם את הצורך במיצוי ההליך כנגד מבצע עבירה שכזו, שכן כאמור בהלכת בורוביץ, יש לבחון גם את חומרת העבירה המיוחסת לנאשם. כמו כן, יש לבחון את מידת הפגיעה ביכולת של המערער להתגונן כראוי - ואינני מוצא כי



בשל אותה החלטה של גורם חקירתי כזה או אחר לתת אמון במתלונן ולא במערער, נפגעה יכולת המערער להתגונן. המערער התגונן, כראוי, ואף צלחה בידו ההתגוננות במובן זה שהוא הצליח לשכנע בצדקת גרסתו שלו, אשר התקבלה על ידי בית משפט קמא, ביחס לאירוע עצמו והוא המכות ההדדיות שניתנו, ובית המשפט קיבל את גרסתו שהמתלונן היה זה אשר היכה ראשון את המערער. מכאן, שלא מתקיימות אותן נסיבות חריגות, ואין מדובר באותו מקרה נדיר בו תופעל הגנה מן הצדק גם כאשר לא מדובר בכוונת זדון.

מכל האמור, מסקנתי היא כי גם לאחר הקביעה של בית משפט קמא בדבר אי-התקיימות הסייג לאחריות פלילית של הגנה עצמית, לא מתקיימת במערער הגנה מן הצדק. כאמור, ההתייחסות לסוגיית ההגנה מן הצדק הינה למעלה מן הצורך, שכן לטעמי קם למערער הסייג לאחריות פלילית, של הגנה עצמית, לפי סעיף 34' לחוק העונשין.

מצאתי לנכון להרחיב בעניין זה, לאור הסוגיות העולות מהאופן בו יישם בית משפט קמא את דוקטרינת ההגנה מן הצדק.

אני מוצא לנכון להתייחס להלן להיבט נוסף העולה מהכרעת-הדין, ביחס ליישום השלב השלישי של דוקטרינת ההגנה מן הצדק על ידי בית משפט קמא.

11. בית משפט קמא, במסגרת השלב השלישי שנקבע בהלכת בורוביץ ליישום הגנה מן הצדק, כאשר בחן האם ניתן לנקוט באמצעי מתון יותר מאשר ביטול כתב האישום על מנת לרפא את הפגם שמצא, בחר להרשיע את הנאשם בעבירת תגרה לפי סעיף 191 לחוק העונשין, חלף עבירת חבלה חמורה לפי סעיף 333 לחוק העונשין, אשר יוחסה למערער בכתב האישום.

לא ניתן, לטעמי, לעשות שימוש בהגנה מן הצדק, כדי להאשים נאשם, בעבירה אחרת, חלף זו אשר הוא מואשם בה, בלא לקבוע שהתקיימו כל יסודותיה של העבירה האחרת.

השלב השלישי ביישום הגנה מן הצדק, מצריך בחינה של הסעד בעקבות קבלת טענה זו, ואולם, אין משמעות הדבר הרשעה בעבירה אחרת, אך בשל כך שהעבירה האחרת הינה כזו אשר לצידה עונש נמוך יותר.

כדי להרשיע אדם בעבירה מסוימת יש לקבוע קביעות ראיותיות, עובדתיות ומשפטיות דבר התקיימות כל יסודות אותה עבירה. שימוש ביסוד אשר נקבע כשלב השלישי במבחן התלת שלבי בהלכת בורוביץ, שהוא איזון בין האינטרסים השונים ובחינה האם ניתן לנקוט באמצעים מתונים יותר מאשר ביטול כתב אישום על מנת לרפא את הפגמים, אין משמעותו הרשעה בעבירה אחרת, אך בשל כך שהעונש לצידה קל יותר.

נקיטת אמצעי מתון יותר מביטול כתב האישום, אין משמעותה אפשרות הרשעה בעבירה כלשהי, בהעדר קביעה פוזיטיבית כי התקיימו ובוצעו כל יסודותיה של אותה עבירה.



לעיתים, עבירה אחת נבלעת בעבירה אחרת חמורה יותר, הכוללת רכיב נוסף על הראשונה. במצב דברים זה, ככל שהוכחו כל יסודות העבירה החמורה פחות, ניתן יהיה לקבוע כי כאמצעי מתון יותר מביטול כתב האישום, כי נאשם יורשע בעבירה הפחות חמורה. לא כך הוא בענייננו. בית המשפט קמא עצמו קובע כי הוא נמנע מלעשות שימוש בסמכותו לפי סעיף 184 לחסד"פ שעניינו הרשעה בעבירה על פי עובדות שלא נטענו בכתב האישום, ואולם, משאין הולכים אנו בנתיב שנקבע בסעיף 184, לא ניתן להרשיע בעבירה אחרת, שכן יש לבחון ולקבוע כי התקיימו, מעל לספק סביר, היסודות של העבירה האחרת.

זאת ועוד, במסגרת הדיון בהגנה מן הצדק, נקבע כי לדעת בית משפט קמא **"הרשעתו של הנאשם בעבירה של תגרה תשקף את שאירע בינו לבין המתלונן בצורה מהימנה ומדויקת יותר... בהתבוננות על התגובות על התגובות 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, סבורני, כי עבירת התגרה תשקף מהימנה יותר את האירוע, כפי שהוא התרחש במציאות"**.

לכך יש להתייחס בשני משורים - האחד - אילו אכן המעשה אשר בוצע ע"י המערער הינו מעשה המקים את יסודות עבירת התגרה לפי סעיף 191, הרי שמלכתחילה יש להרשיעו בעבירה זו.

העבירות של תגרה, לעומת גרימת חבלה חמורה, אינן עבירות אשר האחת נבלעת ברעותה. ככל שמוגש כתב אישום בגין עבירה מסוימת ובית המשפט מוצא כי התשתית העובדתית עניינה לעבירה אחרת, קלה יותר, מובן כי בהכרעת הדין יש להרשיע בעבירה הקלה יותר.

משנקבע ע"י בית המשפט כי **"עבירת התגרה תשקף מהימנה יותר את האירוע, כפי שהוא התרחש במציאות"**, על פניו קביעה זו כוללת ספק סביר בשאלה אם מתקיימת העבירה של חבלה חמורה לפי סעיף 333 לחוק העונשין.

משכך, לא מכוח הגנה מן הצדק היה על בית המשפט קמא לשנות את האישום המיוחס לנאשם, ולהרשיעו בעבירת תגרה, אלא מכוח סעיף 184. ואולם, כאמור, בית המשפט אמר מפורשות כי אין הוא עושה שימוש בסעיף 184.

זאת ועוד, עבירת תגרה מכוח סעיף 191 לחוק העונשין אינה עבירה אשר נבלעת ביסודותיה העובדתיים בעבירת גרימת חבלה חמורה. עבירת גרימת חבלה חמורה יכולה להתקיים גם כאשר אין מדובר בהשתתפות בתגרה במקום ציבורי, כדרישת סעיף 191 לחוק העונשין. מנגד, עבירת תגרה דורשת השתתפות בתגרה במקום ציבורי, והיה על בית המשפט לקבוע כי אשמתו של המערער בעבירת תגרה נתגלתה מהעובדות שהוכחו בפניו, וכאמור, עובדת קיומה של תגרה לא נטענה בכתב האישום, וגם לא נקבע כי הוכחה.

בית המשפט בחר בדרך ביניים, לפיה הוא קובע כי הרשעה בעבירת תגרה תשקף את שאירע בין המערער למתלונן בצורה מהימנה ומדויקת יותר, אולם לא כך נקבעת אחריות, אלא בהינתן כי הוכחו יסודות עבירה מעל לספק סביר. אין בהכרעת הדין קביעה כי הוכחו יסודות העבירה של תגרה לפי סעיף 191 לחוק העונשין, מעל לספק סביר, אלא אותה



אמירה כללית כאמור, אשר לא ניתן מכוחה בלבד להרשיע אדם.

12. מכל האמור, קם למערער הסייג לאחריות פלילית של הגנה עצמית, כאמור בסעיף 34' לחוק העונשין.

לפיכך, יש לקבל את הערעור, ולהורות על זיכוי המערער מהעבירה של תגרה לפי סעיף 191 לחוק העונשין.

התוצאה היא, בהמשך לקביעות האחרות בהכרעת-הדין, כי המערער מזוכה מהעבירות אשר יוחסו לו בכתב האישום.

כך אציע לחברי."

יואל עדן, שופט

ס. הנשיאה יורם צלקובניק, אב"ד:

מצטרף אני לעמדתו של חברי השופט עדן, כי יש לזכות את הנאשם מהעבירה שיוחסה לו בכתב האישום, לאחר שסבור גם אני כי מתעורר ספק סביר בדבר התקיימותו של הסייג לאחריותו הפלילית של הנאשם, נוכח טענת ההגנה העצמית שהועלתה, כפי שפורט על ידי חברי. נוכח תוצאה זו, אין אני רואה מקום להידרש לסוגיה הנוגעת לטענת ההגנה מהצדק, ואשאיר את הדברים לעת מצוא.

**יורם צלקובניק, שופט
ס. נשיאה**

השופטת יעל רז - לוי:



עיינתי בחוות דעתו המקיפה של חברי כב' השופט עדן, ואף אני רואה לנכון להצטרף למסקנתו, כי יש לזכות מחמת הספק את המערער מהעבירה שיוחסה לו בכתב אישום, וזאת בשל הספק שהתעורר בדבר קיומו של סייג לאחריותו הפלילית של המערער. אבהיר, כי לו היה על המערער להוכיח את קיומו של הסייג כפי שהיה הדין טרם תיקון מס' 39 לחוק העונשין, לא היה המערער עומד בנטל המוטל עליו. אלא שבענייננו אותו ספק בקיומו של הסייג שעורר המערער לא הוסר. זאת בין היתר, בשים לב לכך שבית המשפט קבע ממצאים עובדתיים בחלק מסוים של הכרעת הדין - כי אין לומר שהתגובה של המערער במתן אגרוף במצב בו היה נתון באותו רגע אינה מידתית, ואף לא נקבע האם האגרוף היה כה חזק באופן שגרם לשבר בלסת - ולמרות האמור בהמשך נקבע כי תנאי הנחיצות האיכותית אינו מתקיים, שכן לא היה מקום להכות את המתלונן בצורה כה ברוטלית וקשה. משמע, מחד בית המשפט קובע כממצא עובדתי כי התרשם שאין המדובר במכה כה חזקה עד שיהיה בה כדי לגרום לשבר בלסתו של המתלונן, ומאידך בבואו לבחון את הנחיצות האיכותית במתן אותו אגרוף, הרי אותו אגרוף מידתי משנה פניו לתגובה ברוטלית וקשה. העדר קביעות ברורות ביחס לעוצמת האגרוף ולשאלה האם הוא שגרם לשבר בלסת, אף הוא מביא לכך שמתעורר ספק בקיומו של הסייג כאמור.

עוד אעיר, כי לטעמי יכול והיה מקום לקבל בנסיבות מקרה זה טענת הגנה מן הצדק ואת העתירה לביטול כתב האישום, אך לא לילך בדרך של הרשעה בעבירה אחרת, וזאת אף לאור הנימוקים שפירט חברי השופט עדן בחוות דעתו.

יעל רז-לוי, שופטת

נוכח האמור, הוחלט לקבל את הערעור ולזכות את המערער מהעבירה בה הורשע.

ניתן היום, ד' טבת תשע"ט (12 דצמבר 2018), במעמד הצדדים.

יואל עדן, שופט

יעל רז לוי, שופטת

יורם צלקובניק, אב"ד