



ת"פ 6910/08/20 - מדינת ישראל נגד יעקב מלכה

בית משפט השלום בקריות

ת"פ 6910-08-20 מדינת ישראל נ' מלכה(עציר)
בפני כב' השופט יוסי טורס , סגן הנשיאה

המאשימה

בעניין: מדינת ישראל

נגד

הנאשם

יעקב מלכה

הכרעת דין

כתב האישום ותשובת הנאשם

1. נגד הנאשם הוגש כתב אישום המייחס לו עבירות של חבלה חמורה לפי סעיף 333 לחוק העונשין, תשל"ז-1977 (להלן - חוק העונשין) וכן תקיפה סתם, עבירה לפי סעיף 379 לחוק העונשין. כתב האישום מייחס לנאשם שני אירועי אלימות שהתרחשו ביום 21.7.20 וזאת כנגד אותו אדם. אפרט להלן את נסיבות האירועים.

2. תחילתו של האירוע בשעה 10.00 עת חשד הנאשם כי נ.ג (להלן - נ.ג או נפגע העבירה) נטל פירות ללא תשלום מהחנות בה עבד הנאשם (להלן - חנות הירקות). בעקבות כך התפתח בין השניים דין ודברים במהלכו תקף הנאשם את נ.ג בכך שסטר לו ובעט בו. בהמשך לכך, עזב האחרון את המקום.

(אירוע זה יכונה להלן - "אירוע הבוקר").

3. כתב האישום מפרט אירוע נוסף שהתרחש סמוך לשעה 17.00. נטען כי בעת ההיא ישב נ.ג על חומת בטון סמוכה לחנות, או אז החל הנאשם ללכת לכיוונו ללא סיבה נראית לעין. בשלב זה, נטל נ.ג מקל הליכה מאדם אחר שהיה במקום והתקדם לעבר הנאשם. בנסיבות אלו, נגח הנאשם בראשו של נ.ג, הפילו ארצה ודרך על ראשו בחוזקה בעודו שכוב על הקרקע. בעקבות כך נגרמו לנ.ג המטומות בקרקפת, בגב ובשפה העליונה. כן נגרם לו דימום דו צדדי אקסטרה אקסיאלי נרחב, דימום על גבי הפלקס ומרכיבי דימום תת עכבישי דו צדדי ושבר קווי טמפורלי. בשל כך אושפז נ.ג כשהוא מורדם ומונשם ומעורפל הכרה בבית החולים.



(אירוע זה יכונה להלן - "אירוע אחר הצוהריים").

4. בתשובה לאישום כפר הנאשם במיוחד לו וציין כי אינו טוען טענת זוטא או אליבי. עם זאת, מסר הנאשם תשובה מפורטת לאישום כדלקמן:

(-) ביחס לאירוע הבוקר נטען כי נ.ג. הגיע לחנות כשהוא מדיף ריח של אלכוהול וגנב מספר פירות. כאשר העיר לו הנאשם, השיב נ.ג. בקללות.

(-) ביחס לאירוע אחר הצוהריים מסר הנאשם גרסה מפורטת כדלקמן:

נטען כי נ.ג. וחבריו ישבו על חומת בטון בסמוך לחנות וקיללו את הנאשם. בהמשך, אחד מחבריו של נ.ג. הלך לכיוון החנות וקילל את הנאשם. החבר יצא מהחנות ונעמד כמטר וחצי עד שני מטרים מנ.ג. כשהוא ממשיך לקלל את הנאשם. כאשר ביקש הנאשם מחברו של נ.ג. להפסיק לקלל, ניצל נ.ג. את ההזדמנות נטל מקל שהיה בידי אדם נוסף שהיה במקום ורץ לכיוונו של הנאשם על מנת לפגוע בו והיכה בראשו "מכה חלשה" עם המקל, "כך שבאותו רגע ממש כשהנאשם חש סכנה מוחשית וממשית לחייו, נגח בראשו של קורבן העבירה". לאור כך טען הנאשם שעשה את המעשה מתוך הגנה עצמית. הנאשם הכחיש שדרך על ראשו של נ.ג. וכן כפר בקשר הסיבתי שבין הנגיחה לבין מצבו הרפואי של נ.ג. וטען שמקורו במצב רפואי קודם.

ראיות הצדדים ויריעת המחלוקת

5. אינני רואה לסקור את הראיות בצורה מפורטת בשלב זה והדבר ייעשה בפרק הדיון ואגב התייחסות לטענות הצדדים ובמידה שתידרש. לעת הזו, די אם אציין לשם הבנת התמונה כבר עתה, כי בשל מצבו הרפואי של נ.ג. הוא לא הובא לעדות וקולו לא נשמע כלל בהליך. כך, טרם הגשת כתב האישום לא ניתן היה לגבות ממנו הודעה בשל כך שהוא היה מורדם ומונשם (ראו ת/2; ת/39) ואילו בהמשך בעת ניהול ההליך, הדבר לא התאפשר בשל כך שחוקרת שהגיעה לביתו התרשמה שהוא מתקשה לתקשר ולהשיב על שאלות פשוטות ואף אינו זוכר את האירוע (ת/46 אשר הוגש בהסכמה). כפי שנראה בהמשך, הראייה העיקרית להוכחת אירוע אחר הצוהריים (על פרטיו המדויקים) היא סרטון המתעד את האירוע. ביחס לסרטון זה התנגד הסנגור להגשתו לאור פגמים באופן איסוף הראייה וטען שהסרטון התקבל מבלי שניתנה הסכמה מדעת ומשכך יש לפסול ראיה זו. בעניין זה העיד חוקר מיומן שהוריד את הסרטון ממכשיר ה-DVR וכן מחזיק החנות בה היה מצוי המכשיר. כן העידו מספר עובדי החנות ביחס לזיהוי הנאשם, המקום ויתר המעורבים בסרטון. חלק מעדים אלו רלוונטיים אף לעניין אירוע הבוקר. עדים אלו הוכרזו כעדים עוינים בשל כך שעדותם בבית המשפט הייתה שונה בפרטים מהותיים מזו שנמסרה במשטרה והתבקשתי להעדיף את זו שנמסרה במשטרה.

6. עד מהותי נוסף ביחס לאירוע אחר הצוהריים היה מר זאב לוי (להלן - זאב), בעל חנות סמוכה למקום ההתרחשות, אשר היה עד ראיה לאירוע זה. כפי שנראה להלן, לנאשם טענות ביחס ליכולתו של העד לקלוט את כל פרטי האירוע ובמיוחד את שקשה לראות בסרטון - הטענה לדריכה על ראשו של נ.ג.



7. כן העידו מטעם המאשימה מספר רופאים אשר טיפלו בנג ואיש צוות מד"א שהעניק לו עזרה ראשונה בשטח.

8. הנאשם העיד לטובתו וכן העיד עד נוסף, אשר נטען שהיה עד לאירוע אחר הצוהריים.

דין והכרעה

א- אירוע הבוקר

9. כפי שצוין לעיל, בתשובה לאישום טען הנאשם כי הבחין בנג גונב מספר פירות ולאחר שהעיר לו על כך, הוא קילל אותו ובכך הסתכם האירוע. בעדותו בבית המשפט מסר גרסה דומה וטען כי ראה:

"שהוא לוקח כמה פירות ... אמרתי לו ...לך תשלם על הסחורה. הוא היה שיכור מאוד, כולו מתנדנד... כשהוא ראה שתפסתי אותו עם הפירות הוא התעצבן, התחיל לאיים לקלל היה לו פחית בירה ביד והוא בא ומאיים והרים בירה ביד, למה אתה מתערב ... בא מריק שהיה קרוב והזיז אותו הצידה מה שלקחת לא נורא תיקח ואז נפל על הרצפה מרוב שהיה שיכור ומריק עזר לו לקום ואמר לו תשאיר את הפירות וזה נגמר מבחינתי" (בעמ' 239).

10. אבן הראשה בראיות המאשימה בעניין זה היא הודאת הנאשם. בחקירתו הראשונה (ת/20) תיאר הנאשם את אירועי הבוקר כך:

"(16) עבדתי משעה 06.30 ועד 10.30 בבוקר. עבר בחור אתיפי ולקח כמה פירות בידים שלו והיה לו גם בירה ביד...שאלתי אותו למה אתה גונב למה אתה לא משלם. הוא ענה לי בצורה עצבנית, מה אכפת לך? וראיתי שהוא הרים את היד ורצה לתקוף אותי עם הבירה. **אני מתוך אינסטינקט נתתי לו סטירה ובעיטה.** וזהו. האירוע מבחינתי נגמר שם ולא חיפשתי אותו ולא רציתי כלום. אני שם אחראי על החנות ירקות ועובד שם שנים רבות ואני רק התגוננתי ולא רציתי להתקיף אותו בכלל וברגע שראיתי שהוא רצה להתקיף אותי נתתי לו סטירה ובעיטה ומבחינתי זה נגמר... (119) נתתי לו סטירה ללחי ... אחרי הסטירה הוא נפל לרצפה אז נתתי לו בעיטה לכיוון הגוף לאזור הכתף או הצוואר או משהו כזה... מריק בא להפריד והרים אותו מהרצפה" (ההדגשות שלי - י.ט.).

11. בהמשך ההודעה מציין הנאשם שאותו אדם המשיך להקניטו במהלך היום, השליך עליו אבנים ובסביבות השעה 17.00 ניסה לתקוף אותו באמצעות מקל והוא בתגובה נגח בו על מנת להתגונן מפניו. רוצה לומר, הנאשם קשר בין האדם של אירוע הבוקר לבין זה של אירוע אחר הצוהריים.



12. הנאשם התייחס לאירוע זה גם בחקירה נוספת שנערכה באותו יום (ת/21) ואף ביחס לשאלות קונקרטיות שהופנו אליו. ראו:

"ש. בחקירתך הקודמת אמרת כי מדובר באירוע שהתחיל בשעה 10.30 בו אותו בחור אתיפי לטענתך ניסה לגנוב פירות...ניגשת אליו .. הוא הרים את ידו ורצה לתקוף אותך עם בקבוק הבירה שהחזיק בידו. האם בשלב כלשהו הוא אכן תקף אותך.

ת. הוא עשה את התנועה המאיימת הוא רצה לתקוף.

ש. בחקירה קודמת גם מסרת כי כתגובה לתנועה המאיימת, לכאורה, נתת לו סטירה נ"ל נפל לרצפה ואז נתת לו בעיטה. האם זה נכון ?

ת. הוא בטוח ניסה להתקיף אותי וניסיתי להתגונן. נכון זה מה שקרה." (ת/21)

13. הנה כי כן, בחקירותיו במשטרה הודה הנאשם בתקיפתו של נ.ג באירוע הבוקר, אך טען שעשה זאת על מנת להתגונן. עם זאת, כפי שצוין לעיל, בעדותו בבית המשפט טען שלא הייתה כל אלימות מצדו באירוע הבוקר.

א. האם יש מקום לפסול את ההודאה בשל אי מתן אזהרה

14. הסנגור ביקש שאפסול את הודאת הנאשם בטענה שהוא לא הוזתר על אודות אירוע הבוקר. בעניין זה טוען הסנגור כי בעת חקירתו הראשונה של הנאשם חוקרי המשטרה לא היו מודעים כלל לאירועי הבוקר והדבר משתקף בנוסח האזהרה המציינת רק אירוע אחד בו נגרמו חבלות. נטען כי אף בחקירות הבאות לא הפרידו החוקרים בין שני האירועים בנוסח האזהרה ובכך פגעו בזכותו של הנאשם לדעת במה הוא חשוד ובזכותו לשמור על זכות השתיקה. כן נטען שהיה על החוקרת להפסיק מיד את החקירה כאשר הנושא הועלה על ידי הנאשם, ולוודא שהוא מודע לזכות השתיקה ביחס לעבירה זו, לזכותו שלא להפליל את עצמו וכן להיוועץ בסנגור ביחס לעבירה זו. לאור כך טען הנאשם שיש לפסול את הודאתו (ת/20) וכל הודאה לאחריה הקשורה באירוע הבוקר.

15. אקדים ואומר כי דין הטענה בדבר פסלות הודאת הנאשם להידחות. אביא להלן את נימוקי למסקנה זו.

16. טרם דיון אבהיר שאין בפי הנאשם טענה כנגד קבילות ההודאות בשל כך שאין צולחות את מבחן הקבילות הקבוע בסעיף 12 לפקודת הראיות [נוסח חדש], תשל"א-1971 (להלן - פקודת הראיות). טענתו עוסקת בפסילת ההודאות בהתאם לכלל הפסילה הפסיקתי, כפי שעוצב בהלכת יששכרוב (רע"פ 5121/98 **טור' יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי** (4.5.2006); להלן - **הלכת יששכרוב**). כן אדגיש שהגם שהנאשם טען בעדותו שלא אמר את הדברים הרשומים בהודעתו (בעמ' 242, בש' 2; בעמ' 239, בש' 29), הטענה לא נטענה בסיכומים ומכאן שנזנחה. כמו כן, למשמע גרסה זו מפי הנאשם, הפניתי שאלה לסנגור כיצד מתיישבת גרסה זו עם כך שההודעות הוגשו בהסכמה והחוקרים לא נשאלו שאלות בדבר אמיתות הרישום ותשובתו הייתה "הדברים ברורים" (בע' 244). עוד אציין שבתייעוד החזותי של ת/21 (ת/21א') ניתן לשמוע את הנאשם מאשר נקיטת אלימות באירוע הבוקר, תוך הסבר שעשה כן על מנת להתגונן מנ.ג. אין אפוא כל מקום לטענה כלשהי בדבר אי נכונות הרישום.



17. סיכומו של דבר. אין מחלוקת בדבר קבילות ההודאות בהתאם למבחני סעיף 12 לפקודת הראיות וכי האמור בהם משקף את שאמר הנאשם. אפנה כעת לדון בטענה לפיה יש לפסול את ההודאות בהתאם לכלל הפסילה הפסיקתית.

18. אכן, כפי שטוען הנאשם, בעת חקירתו הראשונה חוקרי המשטרה לא היו מודעים לאירוע הבוקר. טענה זו מבוססת דיה בחומר החקירה והמאשימה אינה טוענת אחרת. המשטרה הגיעה אל הנאשם לאחר שעיינה בסרטון המתעד את אירוע אחר הצהריים ואחד השוטרים שצפה בו זיהה אותו כאחד מעובדי חנות הירקות הסמוכה (ת/31). עד אז, איש לא מסר עדות כלשהי על אודות אירועי אותו יום ומשכך, המשטרה אכן לא הייתה מודעת כלל לאירוע הבוקר.

19. על רקע זה, ברי שלא היה בידי החוקרת לנסח את האזהרה באופן שתפריד בין שני האירועים והדברים ברורים. משכך, אינני רואה פגם באופן בו נוסחה האזהרה בתחילת החקירה בת/20. יתרה מזו, מעיון בת/20 עולה שהנאשם ביקש לפרוס בפני החוקרת את אירועי אותו יום במלואם והחל את גרסתו בתיאור אירוע הבוקר, שהוא בבחינת חלק בלתי נפרד - מבחינתו - מאירוע אחר הצהריים. זאת ועוד, אינני סבור שהיה על החוקרת להפסיק את הנאשם בעת מסירת פרטי אירוע הבוקר ולהזהירו על אירוע זה בנפרד. מסופקני אם ניתן היה בשלב זה להבין מדבריו שמדובר באירוע נפרד ומובחן בזמן, שהרי הנאשם תיאר את אירועי היום במלואם (מזווית ראייתו) על מנת להניח הסבר מלא לגרסתו לפיה הותקף והיה עליו להתגונן ("אם הוא לא היה תוקף אותי פעמיים לא הייתי מגיע למצב הזה" (ת/20), בש' 216)).

20. עם זאת, לאחר שהתברר שמדובר באירוע מובחן בזמן ובעל מאפיינים עצמאיים, נכון הייתה עושה החוקרת אם הייתה מזהירה את הנאשם (אז החשוד) בעבירה נוספת של תקיפה המובחנת מזו שגרמה לחבלה בהמשך היום. במיוחד הדברים נכונים עת החלה החוקרת לשאול שאלות במטרה להבין אם אכן עומדת לנאשם טענה להגנה עצמית באירוע הבוקר (ראו השאלות בעמ' 5 המתחילות בשאלה "מה גרם לך לחשוב שהוא מנסה לתקוף אותך"). דומה כי בשלב זה היה אמור להיות לחוקרת ברור שהנאשם חשוד בעבירה נוספת והיה מקום להבהיר לו זאת, ולו למען הזהירות, באמצעות אזהרה נפרדת לעבירה זו (על חובת ההגנות של המשטרה כרשות מנהלית כלפי חשוד, ראו: רע"פ 3445/01 אלמליח נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(2), בעמ' 865; להלן - עניין אלמליח; לחובה להפסיק את החקירה כאשר מתברר בעת חקירת ע"ד שיש בסיס לראותו כחשוד, אף אם הדברים נאמרים ביוזמתו, ראו קדמי, על הראיות (2009), בעמ' 91 (להלן - קדמי, על הראיות); כן ראו בנושא עניין אלמליח).

21. ואולם, כידוע, לא כל פגם באופן בו נוסחה אזהרת חשוד, מביא בהכרח לפסילת ההודאה. כלל הפסילה הפסיקתית, כפי שנקבע בהלכת **יששכרוב**, אינו מביא לפסילה אוטומטית כל עת שנפל פגם כלשהו באיסוף הראייה או בגבייתה. מדובר בעילת פסילה שבשיקול דעת, המצריכה איזון בין מספר רב של שיקולים. בעניין זה ראוי להפנות לע"פ 10477/09 **מובארק ואח' נ' מדינת ישראל** (10.4.2013), שם ציינה כב' הנשיאה (כתוארה אז) נאור כך:

"הדרך השניה לבחינת קבילות הודאה, לפי הלכת **יששכרוב**, היא דוקטרינת הפסילה הפסיקתית שנקבעה בהלכה זו. מדובר בעילת פסילה שבשיקול דעת בית המשפט, אשר תופעל כאשר מגיע בית המשפט למסקנה שההודאה נגבתה שלא כדין וקבלתה במשפט תיצור פגיעה מהותית בזכותו של הנאשם להליך פלילי הוגן החורגת מגדרה של פיסקת



ההגבלה [] התנאים לתחולת דוקטרינת הפסילה החוקתית הם שהראיה הושגה שלא כדין (באמצעי חקירה המנוגדים להוראה הקבועה בחקיקה או בנוהלים מחייבים, באמצעי חקירה בלתי הוגנים או באמצעי חקירה הפוגעים שלא כדין בזכות-יסוד מוגנת) - ושקבלתה במשפט תפגע משמעותית בזכותו של הנאשם להליך הוגן שלא על-פי גדרה של פסקת ההגבלה [] קווים מנחים להפעלת שיקול הדעת לפי דוקטרינת הפסילה הפסיקתית הם, בין השאר אופייה וחומרתה של אי החוקיות שהייתה כרוכה בהשגת הראיה [] מידת ההשפעה של אמצעי החקירה על הראיה שהושגה [..] ובחינת הנזק מול התועלת החברתית הכרוכים בפסילת הראיה."

22. השאלה היא אם מדובר בפגם היורד לשורשו של עניין ואשר מביא למסקנה בדבר פגיעה מהותית בזכותו של הנאשם להליך הוגן. לדידי, התשובה לשאלה זו היא בשלילה. יש לזכור שלא מדובר שמי שנחקר כעד, אלא כחשוד בעבירה חמורה (וחמורה משמעותית מזו בה אנו עוסקים כעת). הנאשם הוזר כדין בפתח חקירתו, בנוסח המקובל, הוא קיבל הודעה כדין על זכותו להיוועץ בעורך דין והוא אף מימש זכות זו ונועץ בעורכת דינו טרם החקירה. הנאשם ביקש מיוזמתו למסור הסבר מלא ומפורט על אירועי אותו יום. הוא תיאר את אירוע הבוקר על מנת להסביר - מנקודת מבטו - את האירוע שהתרחש בהמשך היום, היינו האירוע בגינו זומן לחקירה ושהיה ידוע למשטרה. אציין כי הנאשם שב והודה באירועי הבוקר גם בחקירה נוספת באותו היום (ת/21) ואף לאחר שנועץ שוב בסנגור (הפעם סנגור אחר). במצב דברים זה, קשה לומר שקבלת דבריו על אודות אירוע הבוקר כראיה, תביא לפגיעה מהותית בזכותו להליך הוגן.

23. יש לזכור עוד שהאזהרה מפני הפללה עצמית "נועדה לוודא כי הנאשם ער לזכויות אלה בעת חקירתו, וכי הוא ויתר עליהן במודע בעת מסירת אמרתו" (**יששכרוב**, פסקה 17 לפסק דינה של השופטת (כתוארה אז) ביניש; ע"פ 6613/09 **סמירק נ' מדינת ישראל**, פ"ד נו(3), 529; להלן - **עניין סמירק**). לא ניתן להתעלם מכך שמדובר באירועים הכרוכים אחד בשני, לשיטת הנאשם עצמו, בבחינת חוליות שונות של אותה שרשרת אירועים. משכך, קשה לומר שנוסח האזהרה אשר הבהירה לנאשם את זכותו שלא להפליל את עצמו בגין אירוע אחר הצוהריים, פגעה באוטונומיה שלו שלא להפליל עצמו באירוע הבוקר (ראו בהשוואה: "לטעמי, נוסח האזהרה בחקירה הרלוונטית היה כזה אשר הותיר לעידן את האוטונומיה לבחור שלא לשתף פעולה עם החוקר" (ע"פ 3237/15 **און יהודה נ' מדינת ישראל** (1.6.2016)). במיוחד הדברים נכונים כאשר הנאשם נועץ בעורך דין בטרם כל אחת מהחקירות ובחר מיוזמתו (פעמיים) לתאר אירוע זה על מנת ליתן הסבר להתנהגותו באירוע המאוחר יותר.

24. סיכומי של דבר. לאור עצמת הפגם (ככל שקיים); העובדה שאין לומר שנפגעה האוטונומיה של הנאשם להימנע מהפללה עצמית (ובוודאי שלא באופן מהותי); והמסקנה לפיה קבלת ההודאה לא תביא לפגיעה ממשית בזכותו של הנאשם להליך הוגן, אין מקום לפסול את הודאות הנאשם בהתאם לכלל הפסילה הפסיקתית (ראו בהשוואה: תפ"ח (ב"ש) 63357-03-18 **מדינת ישראל נ' אסף מסעוד סוויסה** (15.2.2021)).

25. בהתאמה יש לדחות אף את הטענה כי יש להעניק סעד בנושא בהתאם לדוקטרינת ההגנה מן הצדק, שהרי מדובר במבחנים דומים ובראשם בחינה אם נוכח הפגמים "ניהול ההליך הפלילי פוגע בחריפות בתחושות הצדק וההגינות" (ע"פ 4039/19 **נחמני נ' מדינת ישראל** (17.3.2021)). בכל מקרה כאשר הטענה היא לפסילת ראיה, על



פי רוב המשבצת הנכונה לדיון היא כלל הפסילה הפסיקתית ולא הגנה מן הצדק. ראו:

"דוקטרינת ה'הגנה מן הצדק' מתייחסת בעיקרה לפגמים שנפלו בכתב האישום או בניהול ההליך הפלילי, ואילו כלל הפסילה הפסיקתית "קונקרטי יותר [...] על פני הדברים יש לתת לו עדיפות כאשר הפסול בהתנהגותן של רשויות התביעה דבק בשלב של איסוף הראיות, להבדיל מפגמים שענינם עצם ההעמדה לדיון וניהול ההליך הפלילי" (ע"פ 2868/13 חייבטוב נ' מדינת ישראל, פסקה 10 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז (2.8.2018))

...

גבי ידי, עדיף 'כלל הפסילה הפסיקתית', באשר הוא 'נתפר' במיוחד למידותיהן של ראיות שהושגו שלא כדין, על פני ה'הגנה מן הצדק' הכוללת והעמומה; מה גם שעל פני הדברים נקבע בסעיף 149(10) לחסד"פ 'הסדר שלילי', שעל-פיו תחולת 'הגנה מן הצדק' היא מעת הגשת כתב האישום; לא קודם" (בש"פ 1758/20 **יונתן אוריך ואח' נ' מדינת ישראל** (16.1.2021); להלן - **עניין אוריך**).

26. כאשר נקבע שאין מקום לפסול את הודאות הנאשם, הרי שהן קבילות בהתאם לסעיף 12 לפקודת הראיות. כפי שצוין לעיל, ההודאות הוגשו ללא התנגדות. לא נטען שהן לא נמסרו באופן חופשי ומרצון ולא הועלתה טענת זוטא. אדגיש עוד שהנאשם לא טען שראוי ליתן משקל נמוך להודאות לאור הפגמים להם טען, ואף לא טען דבר ביחס למשקל ההודאה בהתאם למבחנים הנוהגים בנושא. עם זאת, אתייחס לנושא בקצרה להלן:

ב. משקל ההודאות

27. הודאת חוץ של חשוד היא ראיה בעלת משקל ניכר ואם תזכה לאמון, די בה בצירוף "דבר מה נוסף" לצורך הרשעת הנאשם. הדעה המקובלת גורסת כי אדם לא יודה בדבר שלא עשה, לא כל שכן בעבירה חמורה בגינה צפוי הוא לעונש חמור. הנחה זו מגולמלת בביטוי ההלכתי לפיו "אין אדם משים עצמו רשע" (יבמות כה ע"ב). מכאן מעמדה הרם של הודאת חשוד ויש אף שכינה מלכת הראיות (דנ"פ 4342/97 **מדינת ישראל נ' אל עביד** פ"ד נא(1) 736, 809). עם זאת, במהלך השנים הצטבר ניסיון לא מבוטל ביחס למצבים בהם הודו חשודים בביצוע פשעים שלא ביצעו. הסיבות האפשריות לכך הן רבות ומגוונות ובהן מבנה אישיות חלש ומיוחד, לחץ חיצוני כבד, לחץ פנימי, טעות בשיקולי כדאיות, אמצעי חקירה פסולים, רצון לרצות את החוקרים, רצון להביא להפסקת החקירה, מניעים נסתרים, ועוד (ראו ע"פ 4179/09 **מדינת ישראל נ' אלכסיי וולקוב** (18.10.2010); פסק דינו של השופט הנדל). על כן יש להיזהר ביישום ההנחה האמורה, ויש לבדוק את אמיתות ההודאה מתוך גישה ביקורתית ומתוך הנחת מוצא שמדובר בראיה "חשודה" (ראו בעניין זה למשל מאמרו של מ' **קרמניצר, הרשעה על סמך הודאה - האם יש בישראל סכנה להרשעת חפים מפשע?** המשפט א (תשנ"ג) 205; מאמרה של ד' דורנר, "מלכת הראיות נ' טארק נוג'ידאת - על הסכנה שבהודאות-שווא וכיצד להתמודד עימה" הסנגור 95, 5; ומאמרו של ב' סנג'רו, "ההודאה כבסיס להרשעה - האמנם "מלכת הראיות" או שמא קיסרית הרשעות השווא", עלי משפט ד (תשס"ה) 245).

28. משכך, נקבע בשורה ארוכה של פסקי דין כי בשל אופייה המיוחד של ההודאה יש לעמוד, מלבד על קבילותה



(באמצעות מבחן החופשיות ומרצון), גם על מהימנותה וזאת באמצעות שני מבחנים - פנימי וחיצוני. "המבחן הפנימי נכנס פנימה לדל"ת אמות ההודאה. מבחן זה תר אחרי סימני האמת הנלמדים מנוסח הדברים, מידת פירוטם וסבירותם הפנימית. המבחן החיצוני יוצא החוצה ובודק אחר סימנים שמחוץ לדברי המערער בהודאתו, אשר יכולים ללמד על אמיתותה. זוהי דרישת "דבר מה נוסף" (ע"פ 3140/10 **פלוני נ' מדינת ישראל** (25.11.2012)). בין שני מבחנים אלו קיים יחס של מקבילית כוחות "ככל שמשקלה העצמי של ההודאה גדול יותר, ניתן יהיה להסתפק בדבר מה נוסף בעל משקל פחות ולהיפך" (ע"פ 7532/12 **אדם איטל נ' מדינת ישראל** (11.12.2016)). בע"פ 4197/09 **מדינת ישראל נ' אלכסי וולוקוב** (18.10.2010), הציע השופט הנדל מבחן נוסף הבוחן את זהותו של מוסר ההודאה וזאת "בנפרד ובמשולב" מיתר המבחנים, על מנת לבחון שמא שייך מוסר ההודאה "לאחת מהקבוצות אשר לחבריה נשקף סיכון גדול יותר למסירת הודאות שווא".

29. הגם שהנאשם לא טען דבר בנושא, וממילא שלא מסר הסבר אפשרי לכך שאין לפנינו הודאת אמת, דעתי היא שנכון לבדוק את הודאתו על רקע האפשרות שמסירת הגרסה בדבר אירוע הבוקר הושפעה מרצונו לשכנע את החוקרים בדבר העובדה שהוא היה מצוי בסכנה שהצדיקה את התנהגותו באירוע אחר הצהריים. כמו כן אין לשכוח שמדובר באירוע לגביו לא קיימת גרסת מתלונן, וזולת עדות הנאשם (והודעות חוץ של מספר עדים שלא חזרו על כך בבית המשפט, כפי שיוסבר בהמשך), אין ראיות נוספות ברורות בדבר קיומה של עבירה זו (ראו בנושא: ע"פ 4275/16 **פלוני נ' מדינת ישראל** (9.6.2017), פסקה 80 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז). על רקע אפשרות זו בחנתי את גרסתו ועדין מצאתיה כבעלת משקל פנימי גבוה. אסביר מסקנתי.

30. קריאת הודאת הנאשם מלמדת על אירוע בעל היגיון פנימי רב. מדובר בסיפור מרובה פרטים, אשר הקורא אותו מתרשם שלפנינו אירוע שאכן התרחש. הנאשם תיאר שמדובר באדם המוכר לו ואשר נוהג להגיע למקום עם חבריו, לשתות אלכוהול ולהוות מטרד. הנאשם תיאר את שעת האירוע, את התנהגותו של נ.ג, את העובדה שנטל פירות מבלי לשלם ואת העובדה שהחזיק בקבוק בירה. הנאשם הקפיד להדגיש כי התנהגותו האלימה נבעה מאמונה שהוא מצוי בסכנה ולכן פעל כפי שפעל. הוא אף מסר שעובדים אחרים היו עדים לאירוע. כל אלו מלמדים על היגיון פנימי רב המעניק להודאה משקל גבוה המאפשר לראות בה הודאת אמת. אציין עוד שהנאשם חזר על גרסה זו בהודעה נוספת באותו יום, לאחר שנועץ שוב בסנגור (ת/21). הודעה זו מצולמת, ולאחר שצפיתי בה התחזקה מסקנתי שהודאת אמת לפנינו. מסקנה זו יפה גם בהביאי בחשבון שאין לפנינו מתלונן המעיד על אירוע זה. ושוב, אדגיש שהנאשם עצמו לא טען בעדותו שהודה באירוע שאינו אמת, ואף סנגורו לא טען כך בסיכומים.

31. ועדין נדרש "דבר מה" לצורך הרשעה על בסיס הודאה זו. כידוע, הדרישה לתוספת מסוג "דבר מה" להודאת נאשם מטרחה הסרת חשש שמא מדובר בהודאת שווא. מכאן שאין על ראיה זו להיות ראיה מסבכת כדוגמת סיוע, אלא בעלת כוח מאמת, היינו כזו "שיש בה כדי לאשר במידת מה את תוכן ההודאה ולהצביע על אמיתותה" (עניין **סמירק**). עוד ראוי לציין שעל הראיה להיות חיצונית להודאה והיא אינה יכולה לנבוע מתוכה. ככל שמשקלה של ההודאה נמוך כך תידרש תוספת ראייתית במשקל גבוה יותר ולהיפך (**קדמי, על הראיות**, בעמ' 146). בענייננו, לצורך המבחן החיצוני, הרי שלאור משקלה הגבוה של ההודאה והעובדה שאין לפנינו טענה להודאת שווא, די בראיה במשקל נמוך יחסית על מנת לקיים את דרישת הדבר מה.



32. ראיות לצורך קיום דרישה זה קיימות בבירור ומקורן בעדותו של אחמד יאסין, שהוא עובד החנות, וכן של עובד נוסף בשם מארק פנסנקו.

33. אקדים ואומר כי מטעם המאשימה העידו ארבעה מעובדי החנות - אחמד יאסין, מארק פנסנקו, מוחמד יאסין ודניאל סעיד. התרשמתי בצורה ברורה שעדותם של עדים אלו בבית המשפט ניתנה מתוך ניסיון לסייע לנאשם וחלקם אף עשו זאת במטרה "לתקן" את השפעת הדברים שאמרו במשטרה. התרשמתי שעדים אלו לא גילו את כל הידוע להם ועדותם הייתה סלקטיבית והושפעה בצורה ברורה מרצונם שלא לפגוע בנאשם. אציין עוד שכל העדים מסרו בבית המשפט דברים שונים (במובן זה או אחר) מאלו שמסרו במשטרה ומשכך הוכרזו עדים עוינים והתבקשתי להעדיף את עדותם במשטרה. אתאר להלן את עדותם של העדים הרלוונטיים לעניינו מבין עובדי החנות, וזאת בהקשר בו אנו עוסקים כעת - קיומו של דבר מה להודאת הנאשם.

34. אחמד יאסין (להלן - אחמד) הוא אחד מעובדי החנות. אחמד העיד כי "ראיתי שהאתיופי נכנס לחנות וגנב ירקות ויצא בלי לשלם ויעקב אמר לו מה אתה יוצא מה אתה לא משלם על זה והאתיופי הרים את היד לכיוון שלו לכיוון יעקב ויעקב הגן על עצמו ודחף אותו" (בעמ' 139, בש' 31 - עמ' 140, בש' 2). בהמשך העיד שראה "שהאתיופי נפל" (בעמ' 140, בש' 7). דומה שדי בדברים אלו על מנת לקיים את דרישת הדבר מה הנדרש במקרה זה. מדובר בעדות שיש בה אימות ברור לגרסת הנאשם במשטרה ואשר מסירה כל חשש בדבר הודאת שווא. ודוק: אין כל טענה שמדובר בעדות שקרית אשר מטרתה להזיק לנאשם וכאמור התרשמתי הייתה דווקא מהיפוכם של דברים.

35. תוספת ראייתית נוספת ניתן למצוא בעדותו של עובד נוסף בשם מארק פנסנקו (להלן - מארק). מארק מסר בבית המשפט כי בשעות הבוקר שמע ויכוח בחנות "בין יעקב לבחור ממוצא אמהרי" (בעמ' 111, בש' 22) והוא "הפריד ביניהם" (בעמ' 111, בש' 15). כן ציין שהבחין בדחיפה ולא זכר "מי דחף ראשון" (בעמ' 112, בש' 22) ובהמשך ניתן היה להבין מדבריו שלא הנאשם הוא שדחף ראשון (בעמ' 113). אמנם בהודעתו במשטרה מסר עד זה דברים מעט שונים והקרובים יותר לגרסתו של אחמד בבית המשפט ואולם, איני רואה צורך לדון בשלב זה בקבילות הודעות העד בהתאם לסעיף 10א' לפקודת הראיות, שכן די בעדותו בבית המשפט, בוודאי בשילוב עדותו של אחמד, על מנת לקיים את דרישת הדבר מה.

36. כך גם בכוונתי לנהוג ביחס לעדות של מר דניאל סעיד (להלן - דניאל), עובד נוסף בחנות. דניאל העיד כי "בבוקר הבחור בא גנב פירות וירקות ויעקב רק צעק עליו יענו לא עשה לו שום דבר" (עמ' 85, בש' 12). בהמשך הסביר כי "האתיופי, הוא שתוי, הוא גמור ... מסטול, בא לשם עם בירות מסטול מתחיל לקחת..." (בעמ' 85, בש' 16). מנגד במשטרה מסר דניאל שהנאשם אמר לו שהיכה את האדם שגנב פירות והוא נפל (ת/3) ובבית המשפט התכחש לדברים, ואולם אף כאן אינני רואה לדון באפשרות להעדיף את גרסתו במשטרה, לאור כך שדי בראיות שפורטו לעיל כדי לקיים את דרישת הדבר מה.

37. התוצאה היא שהוכחה קבילות הודאת הנאשם במשטרה ביחס לאירוע הבוקר וכן הוכח שיש ליתן לה את מלוא המשקל כהודאת אמת. אדגיש שלא הייתה טענה בדבר קבילות ההודאות ביחס לאירוע אחר הצוהריים, אלא רק ביחס לאירוע הבוקר.



ג. הטענה להגנה עצמית באירוע הבוקר

38. נזכיר שוב. בבית המשפט הכחיש הנאשם כל אלימות באירוע הבוקר וממילא אפוא שלא טען שעשה זאת כהגנה עצמית. עם זאת, בסיכומים טען הסנגור טענה חלופית לפיה הנאשם עשה את המעשים המיוחסים לו באירוע הבוקר אגב הגנה עצמית.

39. טענה זו מציבה קושי מעשי כפול, אך לא מבחינה משפטית. אסביר.

40. אף כאשר נאשם אינו מעיד על אודות הטענה העובדתית החלופית, על בית המשפט לדון בה ככל שהיא מועילת על ידי הסנגור. בעניין זה נקבע כי "גם אם הטענה העובדתית החלופית לא נשמעה מפי הנאשם עצמו אלא מפי סנגורו, מן הראוי שהערכאה הדיונית תבחן אותה. הטעם שביסוד גישתי הוא כי בדיני נפשות עסקין ומשכך יש להקפיד על בירור והכרעה בטענות השונות המועלות על ידי נאשם ו/או מטעמו" (ע"פ 4795/13 **אמיר בזזינסקי נ' מדינת ישראל** (20.1.2014)).

41. ואולם, יש להראות כי לטענה זו בסיס בראיות. ניתן להקשות ולשאול כיצד תמצאנה ראיות לכך שהנאשם פעל מתוך הגנה עצמית אם העיד שלא פגע כלל בנג. בעניינו, ניתן לזהות שני מקורות כבסיס ראיתי אפשרי לטענה בדבר הגנה עצמית. האחד מקורו בעדותם של אחד מוארד, והשני בהודאתו של הנאשם במשטרה, עת תיאר את הסיבה בגינה נקט אלימות נגד נג.

42. אין מקום בשלב זה לפרוס את התנאים הנדרשים על מנת לעמוד בסייג בדבר הגנה עצמית, שכן דעתי היא שטענה זו לא הוכחה ולו ברמה הבסיסית-עובדתית. אסביר.

43. הנאשם הודה במשטרה שבעט בנג. עת **שכב על הקרקע** לאחר שנפל מהסטירה שספג (ת/20, ש' 121). תיאור זה אינו מתיישב עם הגנה עצמית (ביחס לבעיטה) ודומה שלא יכולה להיות על כך מחלוקת, שהרי בשלב זה נג לא היווה כל איום אף לשיטתו של הנאשם (ראו תשובתו לשאלה כיצד היווה נג איום בשלב זה: "אולי הוא היה קם לעברי ומנסה לתקוף אותי שוב" (ת/21, בש' 30); לתנאים הנדרשים לצורך סייג ההגנה העצמית, ראו: ע"פ 4784/13 **ניר סומך נ' מדינת ישראל** (18.2.2016); להלן - **עניין סומך**; דיון מפורט בתנאים יובא בהמשך, בפרק הדן באירוע אחר הצוהריים ולעת הזדה הדבר אינו נדרש).

44. משכך, נותרה לדיון רק השאלה אם **הסטירה** חוסה תחת הגנה עצמית.

45. כפי שצוין לעיל, התרשמותי מעדותם של מארד ואחמד, כמו גם מיתר עובדי החנות, הייתה שלילית. התרשמתי שעדותם לא הייתה כנה, אלא סלקטיבית, וכי הם ביקשו למסור גרסה שתטיב עם הנאשם. אינני סבור שניתן להסתמך על גרסאות אלו לצורך קביעת ממצאים עובדתיים ללא חיזוק משמעותי. ודוק: יש לזכור גם שגרסת הנאשם בהודאתו



במשטרה שונה בפרטים מהותיים מגרסתם של השניים. כך, הנאשם הודה שסטר לנג ואילו השניים תיארו דחיפה בלבד. כן הודה הנאשם שבטעם בנג לאחר שהופל ארצה, אך השניים לא ראו לתאר פרט זה, הגם שאין היתכנות שאם אכן נכחו באירוע לא הבחינו בחלק זה. הבדלים מהותיים אלו מעמידים בספק רב את היכולת להסתמך על עדותם ביחס לנקודת המחלוקת, היינו האם הנאשם סטר לנג לצורך התגוננות. שילוב סתירות וחסרים אלו, בצירוף התרשמותי השלילית מעדותם, אינה מאפשרת להסתמך על עדותם לצורך קביעת ממצאים ביחס לסיבה בגינה סטר הנאשם לנג והאם אכן התקיימו נסיבות המקימות טענה להגנה עצמית.

46. נותרה אפוא הודאתו של הנאשם כמקור אפשרי לביסוס טענתו להגנה עצמית. ואולם, הסתמכות על מקור זה אינה נקייה מקשיים. קושי ראשון עניינו בכך שהנאשם לא חזר על גרסה זו בבית המשפט ולא אפשר לבחון אותה בחקירה נגדית. עם זאת, הכלל הוא כי "בהסתמך על הודאתו של נאשם בחקירה, ראוי לבחון את ההודאה בכללותה ובשלמותה וזאת בכדי שמלאכת הסקת המסקנות מתוכה, הן העובדתיות והן המשפטיות, לא תהא לוקה בחסר. כמובן שבקבלת ההודאה אין בכדי להוביל להסתמכות מוחלטת על כל חלקיה. כידוע, קבילות לחוד ומשקל לחוד... ובאשר למשקל שיש לייחס לאמרות מזכות של נאשם - ראוי להבחין בין מצב בו הנאשם שותק, לבין מצב בו הנאשם בוחר להעיד בבית המשפט אך מתכחש לאמרותיו בחקירה... בעוד שהנאשם הראשון לא חושף עצמו לחקירה נגדית כלל וכלל, ואין שום יכולת לאמתו עם הדברים שמסר בחקירה, הנאשם השני חושף את עצמו לכך, ומאפשר לתביעה שמנגד לחקרו על כל אמרותיו, ולבית המשפט להתרשם מתגובותיו בעדות. לכך יש משקל" (ע"פ 2592/15 פלוני נ' מדינת ישראל (6.7.2016)).

47. בעניינינו, הנאשם בחר להעיד ולא שתק. ואולם, הוא לא חזר על גרסה זו ואף התכחש לה. משכך, עקרונית, ניתן להסתמך על כל חלקי ההודאה. עם זאת, הדבר אמור להיעשות בזהירות ותוך בחינת מלוא גרסתו והיכולת ליתן בה אמון וניתן כמובן לדחות את החלקים המזכים, תוך אימוץ החלקים המרשיעים בלבד. אקדים ואומר שמוכן אני להניח שהנאשם בחר (טקטית) להתכחש להודאה זו על כל חלקיה, על מנת שלא "להציג" עצמו כאלים ולפגוע באמינות גרסתו ביחס לחלק העיקרי בכתב האישום, היינו אירוע אחר הצוהריים. כלומר, שאפשר שהנאשם בחר "להקריב" אישום זה על מנת להותיר סיכוי סביר להגנתו באישום החמור יותר. מטעם זה נדרשת בחינה זהירה של החלק המזכה בהודאה, שמא היא אכן מבטאת גרסת אמת גם בחלק המזכה שלה.

48. ואולם, דומני שישנו קושי ממשי לקבל טענה זו בנסיבות העניין מבלי שהנאשם אפשר בחינת אמיתות הגרסה באמצעות שאלות ומתן אפשרות לבית המשפט להתרשם מכנות גרסתו ותחושתו שאכן חש מאוים. בעניין זה אציין כי עדותו של הנאשם הייתה רצופה חצאי אמיתות, ואף שקרים, וזאת כפי שנראה בהמשך (בפרק אירוע אחר הצוהריים), עת התכחש לדברים שאמר במשטרה (ביחס לאירוע אחר הצוהריים וכן אירוע הבוקר), הגם שעומת עם חקירה מצולמת בה הוא נשמע אומר את הדברים (בעמ' 247). כמו כן הוא תיאר בעדותו את אירוע אחר הצוהריים בצורה שונה לחלוטין מזו הנראית בסרטון המתעד את האירוע. גם במשטרה התיאור היה שונה לחלוטין מהמציאות כפי שנראית בדיסק, באופן שאינו מעניק אמינות ליתר חלקי הגרסה (ראו סעיפים 51 ו-101 להלן). מטעם זה מתקשה אני לקבל את הטענה שנג נהג כלפיו באלימות אשר חייבה לסטור לו כהגנה ואף לא באופן המותיר ספק בדבר הדרך בה התרחשו הדברים. אציין שכאשר נשאל הנאשם על ידי החוקרת מה גרם לו לחשוב שנג עומד לתקוף אותו טען כי "הוא פתח את הידיים לצדדים עם האגסים ביד אחת והבירה ביד השנייה וניסה לזרוק אחד מהם לכיוון שלי אני בטוח שהוא ניסה לתקוף אותי אחרת לא הייתי נוגע בו" (ת/20, ש' 116). תיאור זה אינו מתיישב עם סכנה מוחשית ומידית. נראה על פי תיאור זה שנג היה



מרוחק יחסית מהנאשם שאחרת אין היגיון לטענה בדבר ניסיון זריקת האגס (או הבירה) לעברו. וככל שהוא לא היה קרוב אליו, אין אפשרות לקבל את הטענה שהיה חייב לסטור לו על מנת למנוע סכנה מוחשית ומידית לגופו, שהרי יכול היה לסגת או אף לנקוט אמצעי פוגעני פחות מסטירה שהפילה את נ.ג. ארצה. הנאשם לא אפשר לבחון את גרסתו ומשכך, יש קושי להסתמך על חלק זה בהודאה לצורך ביסוס טענה עובדתית חלופית. יש לזכור עוד שבהתאם לסעיף 34' לחוק העונשין "חזקה על מעשה שנעשה בתנאים שאין בהם סייג לאחריות פלילית" ומשכך על הנאשם לטעת ספק בהנחת מוצא זו. זאת הוא לא עשה. אציין בעניין זה שוב שלא ניתן להתבסס על עדויות מארק ואחמד, מהטעמים שפורטו לעיל, כך שלא קיים בסיס ראייתי המאפשר להגיע למסקנה בדבר קיומה של תשתית עובדתית המאפשרת כלל דיון בטענת הגנה עצמית. יפים בעניין זה הדברים הבאים ביחס לאפשרות לקבל טענה עובדתית חלופית, אשר הנאשם לא העיד לגביה:

"העיקר חסר מן הספר: טענה של טעות במצב הדברים עניינה מצבו הנפשי של המערער - ובמקרה זה לא הובאה כל ראייה ישירה או עקיפה באשר לו. המערער עצמו לא העיד באשר למצבו ההכרתי, ואף לא הייתה עדות של מכר או ידיד על התייחסות של המערער לכך" (ע"פ 4795/13 אמיר בזזינסקי נ' מדינת ישראל (20.1.2014)).

49. גם בענייננו חסר עיקרו של דבר. בהיעדר ראיות מהימנות, אין אפשרות לקבוע את עקרי העובדות הנדרשות ובמיוחד כיצד העריך הנאשם את הסיטואציה בה היה נתון ומדוע סבר שהוא חייב לנקוט אלימות (סטירה) כדי להימנע מסכנה מוחשית ומידית. כמו כן לא ניתן הסבר מדוע נדרשה סטירה כה חזקה אשר הפילה את נ.ג. ארצה. סיכומי של דבר, שאינני רואה בסיס עובדתי מספק לגרסה עובדתית חלופית זו, לא בגרסאות מארק ואחמד ולא בחלק המזכה שבהודאה, וזאת אף לא ברמת ספק סביר שמא המעשה נעשה כהגנה עצמית. משכך, הוכחו יסודות העבירה שבאישום זה, תקיפה סתם לפי סעיף 379 לחוק העונשין.

II - אירוע אחר הצוהריים

א. סקירת הראיות

50. כפי שצוין לעיל, בשל מצבו הרפואי של נ.ג. לא זכיתי לשמוע את גרסתו וזו לא הובאה בפני בכל צורה. עם זאת, שלוש ראיות מרכזיות הובאו לביסוס אישום זה. **הראשונה** היא סרטון המתעד לפי הטענה את האירוע. **השנייה** היא עדותו של זאב אשר היה עד ראייה לאירוע. **שלישית** היא הודעותיו של הנאשם במשטרה, בהן התייחס לאירוע אחר הצוהריים והודה שנגח בנ.ג. אך לטענתו כהגנה עצמית. ואולם, טרם דיון בראיות המאשימה אפרט את עדות הנאשם בבית המשפט ביחס לאירוע זה, על מנת להבין את יריעת המחלוקת.

51. אם לסכם את גרסת הנאשם בבית המשפט, הרי שהוא אינו חולק על כך שנגח בנ.ג. אשר נפל עקב כך, אך טוען שעשה זאת כהגנה עצמית בשל כך שנג. התקרב אליו כשהוא אוזח מקל (אכנה מקל זה "מקל סבא" כפי שהנאשם כינה אותו) ואף היכה אותו באמצעותו. עם זאת, הכחיש הנאשם שדרך על נ.ג. לאחר שנפל (בעמ' 252). אציין



כבר עתה "שדרכו" של הנאשם להודאה בבית המשפט שאכן נגח בנג לא הייתה קלה. בתחילה טען לדחיפה בלבד ואף טען שהחוקר במשטרה רשם שהודה שנגח בו "על דעת עצמו" (בעמ' 234). אף לאחר שהוצג בפניו סרטון (ת/21א') המתעד את חקירתו במשטרה לא "נאות" לאשר כי הוא האדם הנראה בחקירה ומילא פיו מים כאשר שמע עצמו מודה שנגח בנג. (בעמ' 247). אין צורך לומר שהתנהגות זו מלמדת על מניפולטיביות והיעדר אמינות ברור וזהו אכן הרושם שהותיר בי הנאשם בעדותו, שהיה שלילי ביותר. התרשמתי כי הוא לא תיאר את מלוא התמונה. החסיר פרטים שלא היו נוחים לו ותיאר את הדברים באופן מגמתי ובלתי אמין. מטעמים אלו מתקשה אני ליתן אמון בגרסתו ולנושא זה תהא נפקות בהמשך. כעת, אשוב לסקור את הראיות הקשורות לאירוע אחר הצוהריים.

52. כאן המקום להביא את גרסתו של הנאשם במשטרה לאירוע זה:

"סביבות השעה 17.00 בערך חבר שלו גם אתיופי צעק לכיוונו וקילל. אותו אני כן מכיר והוא נמצא שם משעה 6 בבוקר עד 10 בלילה. באתי התקרבותי אליו ואמרתי לו שזה לא מתאים מספיק עם הקללות יש מלא קליינטים וזה לא יפה. איך שאני מדבר איתו הגיע הבחור האתיופי שניסה לזרוק עלי סלע מקודם, **חטף מקל סבא מאחד הזקנים שיושבים בקרבתו ותקף אותי בראשי עם המקל סבא בהפתעה. ואני באופן אינסטינקטיבי כדי להתגונן נגחתי בו בפניו ומהנגיחה הוא נפל על הרצפה וקיבל מכה בראש...** חשוב לי לציין ... בתקיפה של השעה 10.30 בבוקר הוא ניסה לתקוף אותי ראשון..." (ת/20; ההדגשה שלי - י.ט.).

53. ראיה משמעותית בנושא זה היא עדותו של זאב, בעל עסק המצוי בסמיכות לחנות הירקות בה עובד הנאשם ולמקום בו התרחש האירוע. זאב תיאר את שראה כך:

"אני סוגר את החנות באחת וחצי ואני חוזר בשעה ארבע, לרוב אני מחוץ לחנות, החנות היא קטנה עמוסה אני מעדיף לשבת בחוץ, יש שם במעבר יש שם בטונדות כאלה ובזמנו כל יום הייתה קבוצה פרועה שם של איזה חמישה אתיופים שהם היו יושבים על הבטונדות הם שותים בירה מהבוקר עד הערב, הם לא עושים רע, לא פוגעים באף אחד, לא מזיקים, אבל הם פשוט יושבים ושותים בירה, בשלב מסוים הירקן בא מהכיוון של חנות הירקות והאתיופי כל הזמן דיבר, קילל, אני לא יודע מה הוא אמר פתאום הוא קם לידו יושב בן אדם מבוגר גם כן אתיופי עם מקל סבא כזה, אז הוא לקח ממנו את המקל סבא האתיופי והוא ניגש לכיוון הירקן עם המקל, הירקן מה שעשה הוא עשה לו ככה.

כב' הש' טורס : מראה תנועה של דחיפה קלה עם יד ימין. העד, מר לוי : זה כל מה שהוא עשה לו לא יותר מזה, האתיופי כזה קטן ורזה הוא נפל על הגב ונגמר הסיפור, הוא לא קם, הזמינו אמבולנס, גם מגן דוד וגם איחוד והצלה, ניסו לטפל בו, חיברו לו בלון חמצן, אין לי מושג מה הם עשו, האתיופי לא קם וזהו, לא היה שם מכות, הם לא הרביצו, לא כלום, זה כל הסיפור.

עו"ד בנימין : או קיי, מה קרה אחרי שאמרת שהירקן דחף אותו ואז הוא נפל לרצפה ואז מה הירקן עשה?

העד, מר לוי : הוא נפל ככה על הגב ואז הירקן עשה לו ככה עם הרגל. כב' הש' טורס : מראה תנועה של דריכה עם רגל ימין".



(ההדגשות שלי - י.ט.)

54. אקדים ואומר כבר עתה שעד זה הותיר בי רושם אמין ביותר. התרשמתי שהוא עשה ניסיון כן ואמיתי לדייק בדבריו, מתוך הבנת חשיבות הדברים ומשמעותם. הגם שהתרשמתי שחש אי נוחות בשל הצורך להעיד בנושא, ניכר היה מעדותו שהוא מבקש לומר אמת, לדייק בפרטים ולא להטעות.

55. ראיה נוספת - והיא המרכזית והחשובה מכולן - היא סרטון המתעד לפי הנטען את האירוע. מדובר בסרטון אשר צולם על ידי מצלמות אבטחה הממוקמות על בית עסק בשם מרכולית מרכז ניצן (להלן - המרכולית). הסנגור טען לפסלות ראיה זו והוא הקדיש חלק ניכר מסיכומיו ומאמציו לשכנע שיש לפסול ראיה זו. משכך, אפרט להלן את האופן בו הושגה הראיה שכן לדברים תהא חשיבות בהמשך להבנת טענות הסנגור בנושא.

56. בעניין זה העיד מר מיכאל דרורי (שהוא חוקר מיומן, להלן - דרורי) אשר טען שהגיע ביום 22.7.20 ביחד עם השוטר קרייניס למרכולית ולאחר שהבין שקיימת במקום זה מצלמה רלוונטית לאירוע, ביקש את הסכמתו של מחזיק המקום (מר אשר אנקווה, להלן - אנקווה) להוריד קבצים ממכשיר ה-DVR שבמקום (בעמ' 159-160). דרורי הסביר כי מצא במקום שני מכשירי DVR והוא הוריד סרטונים משניהם. בעקבות פעולות אלו נערכו שני דוחות "להפקת ראיה דיגיטלית" (ת/8, ת/8א') וכן נערך דו"ח "ביקור בזירה לחוקר זי"ט", אותו ערך השוטר קרייניס ואשר הוגש בהסכמה (ת/29). אין מחלוקת שהורדת הסרטונים נעשתה ללא צו שיפוטי ובעניין זה טען דרורי שקיבל את הסכמת מחזיק המקום לאחר שהסביר לו שאינו חייב להסכים (בעמ' 163).

57. הסנגור טוען בנושא זה כי בת/8 (וכן בת/8א') לא צוין שמחזיק המקום היה מודע לכך שהסרטון ישמש ראיה בבית המשפט. כן נטען שלא התקבלה הסכמה מדעת ממחזיק המקום שכן לא הוסברה לו מטרת נטילת הסרטונים וכי זכותו לסרב לכך. עוד טוען הסנגור כי מי שנתן, לכאורה, את ההסכמה להוריד את הסרטונים אינו בעל המרכולית ובכל מקרה ה-DVR ממנו הופק הסרטון הרלוונטי לאירוע לא שייך כלל למרכולית אלא לאדם אחר בשם ביטון. לאור כך, נטען שלא היה בכוחו של מחזיק המקום ליתן הסכמה להפקת הסרטונים מהמכשירים. מטעמים אלו טוען הסנגור שהראיה הושגה שלא כדין וכי קבלתה תפגע בזכות הנאשם להליך הוגן ולכן יש להורות על פסילתה. טענה נוספת שבפי הסנגור היא שקיים ספק בדבר חתימתו של מחזיק המקום על הטפסים ת/8-ת/8א' וכן שקיים פגם בשרשרת המוצג באופן הפוגע ביכולת לקשור בין הסרטון (המצוי בת/5) למקורו, וכן לסרטון שנטען שהוא לעדים במשטרה.

58. המאשימה טוענת בעניין זה כי הגם שאנקווה טען בעדותו שאינו הבעלים של המרכולית, הרי שהוא אישר שהעסק שייך לבנו וכי הוא עובד במקום. בנוסף התבטא אנקווה בעדותו בביטויים המלמדים על בעלות מעשית במרכולית. כן נטען שאנקווה העיד ששוטרים הגיעו למרכולית עשרות פעמים על מנת להוריד סרטונים והוא נכח בביקורים אלו. ביחס לטענה שאנקווה לא ידע לומר אם חתימתו מופיעה על המסמכים שהוצגו לו, נטען שהוא העיד שלדעתו זו חתימתו שכן הוא חותם בכל פעם באופן אחר. כן טענה המאשימה שהחוקר המיומן דרורי העיד שביקש את הסכמתו של אנקווה וכן שהסביר לו שאינו חייב להסכים לכך. עוד נטען שדרורי העיד בדבר הסימון החד-חד ערכי שהוא מעניק לתיקיות בהן נשמרים הקבצים המורדים ממצלמות ועל אודות הקשר בין הסימון שניתן במקרה זה (כאמור בת/8; ת/8א') לבין הסרטון הרלוונטי.



אדון בטענות אלו להלן.

ב. שרשרת המוצג

59. אכן, יש ממש בטיעוני הסנגור כי תיעוד הפעולות שערך דרורי בקשר עם הסרטונים שהוריד ממכשירי ה-DVR שבמרכולית חסר, וכי נכון היה לבצעו בצורה טובה יותר. אסביר. אין מחלוקת שהשטרים לא תפסו את מכשירי ה-DVR אלא העתיקו במקום את הקבצים שמצאו בהם כרלוונטיים. כלומר, המכשירים אינם מצויים בידי המשטרה ואף לא מלוא תוכנם כפי שהיה ביום הרלוונטי, אלא הסרטונים הרלוונטיים בלבד. מכאן עולה שראיית המקור אינה בידי המשטרה, אלא העתקה בלבד, ואף באופן חלקי. ביחס לשיטת הפעולה העיד דרורי שהעתיק את הקבצים ממכשירי ה-DVR לתיקיה עם שם זמני בהקסן ניד (disc on key) שהיה ברשותו (בעמ' 200). עם זאת, העד לא ערך כל תרשומת בנושא והקסן הניד לא היה בנמצא על מנת לבדוק את תוכנו (בעמ' 199). בהמשך הסביר העד שבמשרד בתחנה הקבצים מועתקים למחשב עם אותו שם של תיקיה זמני (במקרה זה "מרכולית ניצן"). כן הסביר העד שהקבצים מקבלים "מספר עבודה" המציין את שרשרת העבודה (בעמ' 200), אך הסכים שלא קיים תיעוד לפעולה זו וכי במסמך בו הפעולה אמורה הייתה להירשם, הדבר לא נעשה (ת/29; בעמ' 202, בש' 22). כמו כן, לא קיים תיעוד להעתקה מהמחשב לת/5 שהוא דיסק שבו מצוי הסרטון שהוגש (בעמ' 204, בש' 13).

60. עם זאת, למרות חסר זה בנושא שרשרת המוצג, לא נותר בליבי ספק כלשהו כי הסרטון בו עסקין (היינו זה המצוי בת/5) מתאר את האירוע מושא כתב האישום. חרף הקשיים שפורטו לעיל בשרשרת העתקת הסרטונים, יש להכניס את הטיעון למסגרתו הנכונה ולממדיו הראויים וראוי שבשאלה זו ידריכנו ראשית השכל הישר, שהוא כידוע "חבר כבוד במועדון המשפט" (דברי השופט רובינשטיין בבג"צ 7067/07 **חיים נתנאל בע"מ נ' שר המשפטים פרופ' דניאל פרידמן** (30.8.2007)). אכן, דרורי לא תיעד בצורה מושלמת את "דרכו" של הסרטון ממכשירי ה-DVR שבמרכולית ועד לת/5. ואולם, דומה שאין לפנינו טענה קלאסית בדבר "שרשרת מוצג", כפי שקיימת למשל בעניין סמים, או חפץ כלשהו בעל חשיבות ראייתית שנמצא בזירת אירוע. זאת בשל כך שכאשר בסרטון וידאו עסקין, ניתן לזהות אותו כראיה הרלוונטית לעניין הנדון, באמצעות תוכנו. על פי רוב מדובר יהיה בסרטון המתעד אירוע ייחודי וחד פעמי, אשר מעיד מתוכו שהוא הראיה הרלוונטית לעניין בו עוסק ההליך.

61. יתכנו כמובן מקרים בהם הסרטון לא ישקף אירוע בעל מאפיינים ייחודיים (ולכן לא ניתן יהיה לקשור אותו לאירוע הרלוונטי ללא ראיות "מקשרות") ואולם אין זה המקרה שלפנינו. ניתן לראות בסרטון אירוע הזהה במאפייניו לזה שמתאר העד זאב ואף הנאשם עצמו. בסרטון רואים ארבעה אנשים יושבים על מעקה בטון נמוך. אחד לובש חולצה בצבעים שחור-לבן, אחד לבוש לבן, אחד שמצוי לידו מקל הליכה ואחד שיושב במרחק מסוים מהשלושה האחרים, ואינו נוטל חלק באירוע. בשלב מסוים קם האדם הלובש חולצה שחור-לבן והולך לכיוון חנות כלשהי ולאחר חזרתו הוא נעמד במרכז הרחבה ונראה כצועק לעבר החנויות. בהמשך, נראה אדם מגיע מכיוון החנות לעבר האדם הצועק (הלובש שחור-לבן). בשלב זה האדם הלובש לבן נוטל את מקל ההליכה מהאדם השלישי היושב על החומה ולאחר מספר שניות הוא סופג נגיחה בראשו, נופל ובהמשך ניתן לראות תנועת רגל של הנוגח הנחזית להיות דריכה על גופו. מדובר בסיטואציה ייחודית ומרובת פרטים, אשר די בה על מנת להביא למסקנה שלא יכולה להיות מחלוקת שהסרטון שהוצג בבית המשפט הוא הסרטון שהורד ממצלמות המרכולית ואשר מתעד את האירוע בו עסקין. לכך יש להוסיף שאחמד יאסין, אשר לכל הפחות ניתן לומר שלא ביקש בעדותו להזיק לנאשם (ראה התרשמותי מעדותו בסעיפים 33,45 לעיל),



זיהה שהמקום הנראה בסרטון הוא "ליד החנות שלנו" וכן זיהה את האדם שנפגע בסופו של האירוע (הלבוש לבן) ואמר "זה האתיופי תמיד עושה לנו בלגן" (בעמ' 145). כך גם נהג עד ההגנה בן דהן, אשר אף הוא זיהה בסרטון את חנות הירקות (בעמ' 262, בש' 24).

62. בנתונים אלו, לא נותר כל ספק, בוודאי שלא סביר, שהסרטון שהוצג בבית המשפט (ת/5) הוא תיעוד האירוע בו עסקינן. ודוק: ההגנה לא טענה כל טענה בדבר עריכה או עיוות כלשהו שנעשה בסרטון, או לפגם עקב העתקתו באופן שהוא אינו משקף את המציאות (ע"פ 869/81 שניר נ' מדינת ישראל, פ"ד לח(4) 169 (1984); ע"פ 4481/14 ג'סי בראונלי נ' מדינת ישראל (16.11.2016)), כך שהמסקנה הברורה היא שאף אם המשטרה יכולה הייתה להיטיב בתיעוד שרשרת העתקת הסרטון, הדבר לא פגע במהימנות הראייה.

63. לכך יש להוסיף שבת/5 מופיעות שלוש תיקיות: 1740.20; 1741.20; 1742.20. הסרטון הרלוונטי לענייננו נמצא בתיקייה 1741.20 (סרטון המסתיים בספרות 64500). בת/8א' צוין שמספר העבודה הוא 1741.20. גם בת/29 (שהוגש בהסכמה) צוין שנתפסו ממצאים ממצלמות "מרכולית אשר" ואחת העבודות סומנה 1741.20. אכן, לא הוסבר מתי מקבלת העבודה את מספרה (אשר נטען שהוא ייחודי ואינו חוזר על עצמו, בעמ' 223), היינו האם בתחנת המשטרה או בשטח (שהרי המספר מופיע גם על ת/8א' שנערך בשטח) ואולם, בשים לב לדברים שצוינו לעיל, אינני סבור שקיים קושי לזהות את הסרטון שבת/5 עם זה שהורד ממצלמות המרכולית ועם זה המתעד את האירוע בו עסקינן ושמות התיקיות אף מחזקות מסקנה זו, חרף הקושי שתואר לעיל.

64. סיכומי של דבר. הסרטון בת/5 הוא סרטון אותנטי, ללא עריכה ועיוות, המתעד את האירוע בו עסקינן. מטעם זה אינני נדרש לעסוק בשאלה אם הנאשם זוהה כאדם הנוגח בנפגע, שהרי הנאשם עצמו מודה בקיומו של אירוע כמתואר בסרטון ואף העד זאב תיאר אירוע כנראה בו. בהיעדר כל אפשרות סבירה שבאותו יום התרחש אירוע **זהה במאפייניו, באותו מקום ובאותה שעה** (ואף לא נטענה טענה שכזו), המסקנה היחידה שיש להסיק היא שהסרטון הוא תיעוד האירוע בו עסקינן והאדם הנוגח בו הוא הנאשם. למעלה מהדרוש אציין כי אחמד, העובד עם הנאשם בחנות והשניים חברים טובים על בסיס יומי (בעמ' 140, בש' 21) זיהה בסרטון את הנאשם כאדם אשר "הגן על עצמו שהוא האתיופי היה ביד שלו מקל" (בעמ' 147, בש' 13). אמנם, לאחר התערבות הסנגור (במהלך חקירת ב"כ המאשימה) אשר הדגיש לעד כי ישיב "רק אם אתה מזהה באמת", חזר בו מזיהוי הנאשם ואמר שאינו בטוח (בעמ' 147, בש' 21), אך במהלך עדותו התרשמתי הייתה מזהה בבירור את הנאשם וההסתייגות באה רק לאחר שהעריך שמצופה ממנו להסתייג מדבריו הקודמים. ודוק: מסקנתי לפיה הסרטון מתעד את האירוע בו עסקינן והאדם הנראה בו נוגח באחר הוא הנאשם אינה מבוססת על עדותו של אחמד, אלא על כל שפורט לעיל, ודבריו הובאו כתוספת בלבד, למעלה מהדרוש.

ג. האם יש לפסול את הסרטון כראיה בהתאם לכלל הפסילה הפסיקתי

65. כעת אעבור לטענה לפיה יש לפסול את הסרטון כראיה לאור כך שהוא התקבל שלא על פי צו ושלא מכוח הסכמה מדעת.



66. טרם דיון בנושא זה אוריד מעל הפרק את הטענה לפיה אנקווה לא חתם על המסמכים ת/8 ו-ת/8א' שהם דוחות "להפקת ראייה דיגיטלית" בהם צוין כי אנקווה נתן הסכמתו להעתקת הקבצים ממכשירי ה-DVR לצורך איסוף ראיות. טענה זו אין בידי לקבל ולו מחמת הספק. דרורי העיד כי הגיע למרכזיות וביקש את הסכמתו של מחזיק המקום, אשר חתם על ת/8 (בעמ' 156, בש' 7) ועל ת/8א' (בעמ' 192, 194). עדותו של דרורי הייתה נאמנה עלי. לא התרשמתי מאי אמירת אמת, ואינני סבור שיש סיבה נראית לעין שלא לקבל את עדותו בנושא זה. אכן, אנקווה לא ידע לאשר שאלו חתימותיו ויש בסיס לטענה שניתן לראות שוני צורני בין החתימות על שני המסמכים, אך הוא הסביר ש"יש לי הרבה חתימות, לפעמים אני רק מקשקש... קשה לי למצוא שתי חתימות ברצף דומות" (בעמ' 232). די בכך, בשילוב עדותו של דרורי, כדי להסיר ספק מלב שמא לא הוא שחתם. לא התעלמתי גם מכך שבת/8 לא נרשם מספר תעודת זהות מלא, אך בת/8א' נרשם המספר המלא ואנקווה אישר שזה מספר תעודת הזהות שלו (בעמ' 233, בש' 6). בכל מקרה, אנקווה זכר את הגעת השוטרים במקרה הזה למרכזיות (236) ולא טען כל טענה ממנה ניתן היה להסיק שהוא לא התבקש לחתום על מסמכים כלל. כאשר השוטר דרורי העיד כי אנקווה חתם על המסמכים, ונתתי אמון בעדותו, אינני סבור שנותר ספק כלשהו בנושא.

67. מכשירי ה-DVR לא נתפסו על ידי המשטרה אך אין בפני הסנגור טענה שתפיסתם היוותה תנאי מקדים לביצוע חיפוש במכשירים (ראו לעניין זה, עניין **אוריך**). המאשימה אינה חולקת על כך שמכשירי ה-DVR הוא "מחשב" כהגדרתו בחוק המחשבים התשנ"ה-1995, ומשכך חיפוש בו מחייב צו שיפוטי מכוח סעיף 23א' לפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) [נוסח חדש], תשכ"ט-1969. (לעניין היות מכשירי ה-DVR בבחינת מחשב המצריך צו לצורך חיפוש, ראו גם ת"פ (מחוזי חי') 68436-07-20 **מדינת ישראל נ' אדהם אסווד** (17.3.2021); להלן - **עניין אסווד**). טענתה היא שהחיפוש נעשה מכוח הסכמה מדעת של מחזיק המקום וכי הסכמה זו מכשירה את החיפוש.

68. טרם שאדרש לשאלה עובדתית זו, אציין כי דומה שהסנגור לא חלק על הנחת המוצא לפיה הסכמה מדעת, במתכונת שנקבעה ברע"פ 10141/09 **בן חיים נ' מדינת ישראל** (פ"ד סה(3), 305 (2012) (להלן - **בן חיים**)). מכשירה חיפוש במחשב ללא צו (ראו סעיפים 116-129 לסיכומיו). חרף הסכמה זו אציין ששאלה זו אינה פשוטה וסבורני שטרם קיימת בה הלכה מחייבת. בפרשת **אוריך** ציין השופט קרא כי "הגעתו של נחקר לתחנת משטרה לצרכי חקירה עם הנייד/מחשב שלו **ומתן הסכמתו על פי כללי הלכת בן חיים** לחדירה לנייד/מחשב, אף מבלי שזה נתפס על ידי המשטרה, מאפשרת את ביצועו של החיפוש והתפיסה איננה מהווה תנאי מקדים לביצוע החיפוש" (פסקה 18 לפסק דינו; ההדגשה שלי- י.ט.). המשנה לנשיאה כב' השופט מלצר ציין בעניין זה כי "על-פי תפיסה זו נדרשת הסכמה מדעת של מי שמוכן שיחדרו לטלפון הסלולרי שלו, לאחר שהחוקר מסביר לו שאין הוא חייב להסכים למשאלת החוקר וכי סירובו לא יזקף לחובתו (זאת תוך שמירה הדדית של זכויות וטענות ואפשרות של החוקר לפנות לקבלת צו חיפוש או חדירה שיפוטי בעקבות הסירוב). לאחר הלכת בן-חיים הוטמעה הפרוצדורה להתנהלות המשטרה בהקשר לתפיסה וחיפוש במחשב בנהל אח"מ 300.08.035 של המשטרה" (פסקה 16 לפסק דינו). עם זאת, בהמשך דבריו ציין השופט מלצר כי הנושא אינה נדרש להכרעה שכן ממילא לא ניתנה הסכמה מדעת. השופט סולברג לא נדרש לנושא לצורך הכרעה. מטעם זה ספק אם ניתן לחלץ הלכה מפסק דין זה. אציין עוד כי בגלגולו הקודם של עניין **אוריך**, ציין כב' השופט אלרון את הדברים הבאים:

"ממילא, אין צורך להכריע בשאלה אם ניתן היה להסתפק בהסכמת המבקשים אילו הייתה עונה על התנאים למתן "הסכמה מדעת" כהגדרתה בעניין בן חיים. מכל



מקום, אעיר כי מדובר בסוגיה סבוכה ומורכבת, אשר ראוי כי המחוקק ייתן עליה את דעתו ((ראו גם: רע"פ 9446/16 התובעת הצבאית הראשית נ' סיגאוי [פורסם בנבו] (19.6.2017) (להלן: עניין סיגאוי); וכן ראו סעיף 90 להצעת חוק סדר הדין הפלילי(סמכויות אכיפה - המצאה, חיפוש ותפיסה), התשע"ד-2014, ה"ח הממשלה 574" (בש"פ 7917/19 יונתן אורין נ' מדינת ישראל (25.12.2019)). כן ראו בנושא זה עניין אסוואד.

69. אף ענייננו אינו מצריך הכרעה שכן כפי שנראה בהמשך, לא שוכנעתי שניתנה במקרה זה הסכמה מדעת. אסביר.

70. בפרשת **בן חיים** נקבע שהסכמה לחיפוש, ככל שיש בכוחה להוות עילה לחיפוש, תחשב כהסכמה רק אם היא הסכמה מדעת. נקבע כי "הדרך הטובה ביותר להבטיח את קיומה של ידיעה זו הוא בחובה ליתן הסבר מפורש אודותיה למושא החיפוש ... אין די בבקשת הסכמתו של האדם מושא החיפוש לעריכת החיפוש אלא יש להבהיר לו במפורש כי נתונה לו הזכות לסרב לביצוע החיפוש וכי הסירוב לא ייזקף לחובתו".

71. בעניין זה העיד דרורי שהוא נוהג לבקש את אישורו של מחזיק המכשיר וכן להסביר שאין חובה לאפשר חיפוש בו (בעמ' 163) וכי הוא רשאי לסרב (בעמ' 217, בש' 8). דרורי אישר שבמקרה זה לא תיעד את ההסבר שנתן (בעמ' 217, בש' 16), והסביר שבמועד זה הטופס לא כלל פירוט זה, אך ציין כי "זה נאמר אני יכול להעיד פה בשבועה שזה נאמר לו בעל פה" (בעמ' 164, בש' 4). כן ציין שמדובר בפעולה שגרתית שהוא מבצע בכל פעם (בעמ' 164, בש' ; בעמ' 218, בש' 2621). בנוסף, הסביר דרורי שהיה במרכולית זו עשרות פעמים וקיבל בכל פעם אישור להעתקת קבצי המצלמות (בעמ' 164, בש' 10).

72. מנגד, אנקווה טען שהשוטרים לא ביקשו את הסכמתו (בעמ' 234, בש' 21) וכן שלא קיבל הסבר בדבר זכותו לסרב לחיפוש (בעמ' 234, בש' 19) אך הדגיש שגם לא התנגד לכך. בעניין זה יש להדגיש כי דברים אלו נאמרו בחקירה הנגדית והמאשימה לא שאלה בנושא זה כל שאלה. ראוי היה לדעתי שהמאשימה תביא לידיעת בית המשפט נושא זה כבר בחקירה הראשית ולא תותירו עלום. אציין עוד שלא התרשמתי מרצונו של מר אנקווה להטעות את בית המשפט או למסור פרטים שאינם נכונים ודומה שהוא העיד אמת.

73. בנתונים אלו, בהם אין כל מזכר בדבר ההסבר שניתן ועל קבלת הסכמה מדעת, וכאשר אנקווה הכחיש שקיבל הסברים, או שהסכמתו הפוזיטיבית התבקשה כלל, סבור אני שאין לשלול שאף אם דרורי מאמין שאכן הסביר לעד, לא כך היו פני הדברים. ציינתי לעיל שעדותו של דרורי הייתה אמינה בעיני. ואולם, לרישום בזמן אמת ישנה חשיבות ראייתית משמעותית. היא מאפשרת התחקות אחרי ההתרחשות במקרה המסוים, להבדיל משגרת עבודה. לדידי, כאשר החוק מחייב חיפוש באמצעות צו, אך השוטרים מבקשים לעשות כן באמצעות הסכמה מדעת, יש להקפיד על תיעוד ההסבר הניתן בנושא ובהיעדרו יש לאפשר קיומו של ספק, שמא במקרה זה הדבר לא נעשה ולו בשל שכחה, סד זמנים דוחק, או סברה שהדבר ברור למחזיק. אפנה בעניין זה לדברים שנקבעו בפרשת **בן חיים**:



"מן הראוי ששאלת אופן ביצוע החיפוש בהסכמה תוסדר בנוהל רשמי של המשטרה שינחה את השוטרים לגבי היקף סמכויות עריכת החיפוש הנתונות להם ולגבי התנאים לעריכת חיפוש בהסכמה. אנו סבורים כי במסגרת הנוהל האמור יש לקבוע כי מייד ובסמוך לאחר עריכת החיפוש בהסכמה **ירשום השוטר שערך את החיפוש זכרון דברים או תרשומת בדבר נסיבות החיפוש שנערך**. כך, יוותר תיעוד אמין ומדויק אודות החיפוש ככל שתתעורר בעתיד שאלה לגבי חוקיותו או האופן שבו הוא נערך" (עניין **בן חיים**, פסקה 31 לפסק דינה של הנשיאה ביניש; ההדגשה שלי - י.ט.)

74. לאור כך, אני קובע שלא הוכח שניתנה הסכמה מדעת על ידי אנקווה. ודוק: אין בכך לומר שאיני מקבל שדרורי מאמין שניתן הסבר מספק, אלא שלא שוכנעתי שאכן כך נעשה במקרה זה.

75. אין מחלוקת שבידי בית המשפט הסמכות לפסול ראייה שהושגה שלא כדין תוך שימוש באמצעי לא חוקי. סמכות זו כוללת גם פסילת ראיות חפציות (**בן חיים**). שיקול דעתו של בית המשפט בעניין זה רחב, ודוקטרינת הפסילה הפסיקתית, אשר עוצבה בפרשת **יששכרוב**, היא יחסית וגמישה. במהותה, מבקשת דוקטרינה זו לאזן בין אינטרסים שונים - מחד גיסא, זכותו של הנאשם להליך הוגן, ומאידך גיסא, "ערכים ואינטרסים ציבוריים שונים ובהם גילוי האמת, הלחימה בפשע וההגנה על שלום הציבורי ועל זכויותיהם של נפגעי עבירה" (**בן חיים**, פסקה 34 לחוות דעתה של כב' הנשיאה ביניש).

76. נקודת המוצא היא שבבסיס דוקטרינת הפסילה הפסיקתית ניצב הצורך "להגן על זכותו החוקתית של הנאשם להליך הוגן" (פרשת **בן חיים**) ומשכך, "בית המשפט רשאי לקבוע כי ראייה במשפט פלילי אינה קבילה, אם הגיע לכלל מסקנה כי הראיה הושגה שלא כדין, ושימוש בה במשפט ייצור פגיעה מהותית בזכותו של הנאשם להליך הוגן, שלא בהתאם לתנאיה של פסקת ההגבלה." (ע"פ 5956/08 **סלימן אל עוקא נ' מדינת ישראל** (23.11.2011)). לאור כך, עברה נקודת האיוון מהצורך להבטיח את אמינות הראיה ולמנוע חשש להודאת שווא (במקרה של הודאות חשוד, מבחן שעומד בבסיס בחינת הקבילות לפי סעיף 12 לפקודת הראיות) לעבר הבטחת טוהר ההליך השיפוטי וזכותו של הנאשם להליך הוגן, וכל זאת במנותק משאלת אמינות הראיה. ועדיין, כאמור, מדובר בכלל יחסי המצריך בחינה המאזנת בין שיקולים שונים ואין מדובר בפסילה אוטומטית כל אימת שנפל פגם בדרך איסוף הראייה. בעניין זה נקבעו בפרשת **יששכרוב** שלושה מבחני עזר לשם בחינת ההצדקה שבפסילת הראיה:

(-) אופייה וחומרתה של אי החוקיות שהייתה כרוכה בהשגת הראיה.

(-) מידת ההשפעה של אמצעי החקירה הפסול על הראיה שהושגה.

(-) הנזק מול התועלת החברתית הכרוכה בפסילת הראיה.

(ראה לעניין זה גם ע"פ 645/05 **זלינגר נ' מדינת ישראל** (5.12.2006)).

77. בבוחני את נסיבות עניינו בהתאם למבחנים אלו, מסקנתי היא שאין לפסול את הראיה. אפרט את נימוקי להלן.



78. ביחס למידת אי החוקיות אציין כי דומה שאין מחלוקת שמדובר בפגם בתום לב ושלא מתוך מטרה להכשיל את מר אנקווה ולהשיג את הסכמתו בכחש. אין גם טענה שההפרה נעשתה על מנת להפליל את הנאשם, אשר זהותו לא הייתה ידועה כלל בשלב זה. בצד דברים אלו אדגיש שלא קיבלתי כל הסבר מדוע לא נערכה במקרה זה פניה לבית המשפט לקבלת צו, כפי שנעשה בדרך כלל כאשר נמצאת מצלמה רלוונטית (ואיש לא טען לחשש מבוסס להעלמת הראיה באם לא יתבצע החיפוש על אתר). לדידי, דרך המלך במקרים אלו אמורה להיות בפניה לבית המשפט, בוודאי מקום בו קיימת אי בהירות ביחס לאפשרות להכשיר את החיפוש באמצעות הסכמה מדעת. נזכיר עוד שבמצב דברים זה "חשיבות החובה לפנות לבית המשפט כתנאי לחוקיות החיפוש [...] התעצמה עם עיגון הזכות החוקתית לפרטיות מפני חיפוש בסעיף 7(ג) לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" (**בן חיים**, פסקה 19).

79. נקודה נוספת הראויה לדיון היא שחדירה למחשבו של אדם ללא הסכמה מגלמת פגיעה קשה בפרטיות ("החדירה למחשבו האישי של אדם גרועה לא פחות מן הפריצה לביתו. ביתו של אדם הוא מבצרו, ומחשבו האישי הוא פינת הסתר החבויה במבצר, הוא המגירה האישית של בעליו, והוא אוצר בתוכו, תכופות, מידע פרטי, אישי, ולעיתים כמוס. החדירה אל המחשב האישי כמוה כחיטוט בחפציו האינטימיים" (בש"פ 7368/05 **זלוטובסקי נ' מדינת ישראל** (4.9.2005)). ואולם, הגם שמכשיר ה-DVR הוא בבחינת מחשב, אין להתעלם ממהותו של מכשיר זה ומתוכן הסרטונים שהועתקו במקרה זה. מדובר במכשיר המקליט את המתרחש במרחב הציבורי (בדרך של קבצי מחשב), מקום בו לכל הציבור גישה חופשית. אין מדובר במכשיר בו שמור מידע פרטי, או מידע רגיש אחר של בעליו. כאשר אלו הם פני הדברים, מידת הפגיעה בפרטיות או בזכות אחרת של מר אנקווה, אינה גבוהה. אציין כי מר אנקווה לא טען אחרת ולא פירט פגיעה כלשהי שנגרמה לו בשל התנהגות השוטרים. לא התעלמתי מכך שעצם הכניסה לחנות וחיפוש בה מהווה פגיעה לא קלה בפרטיות ואולם לא נטען שהשוטרים ערכו חיפוש בחנות, אלא שביקשו רק גישה למכשיר.

80. ודוק: הגם שהפגיעה במר אנקווה לא הייתה בעוצמה גבוהה, אין להתעלם במקרה של צילום המרחב הציבורי, מהפגיעה בפרטיות הנגרמת לציבור הרחב (ראו: רע"פ 2978/20 **גד ורקשטל נ' מדינת ישראל** (25.5.2020); וכן עניין **אסוואד**). לאור כך שהנושא לא עלה בטיעוני ההגנה, לא ארחיב לגביו, אך אציין כי לצורך שקלול האינטרסים השונים הבאתי בחשבון גם נושא זה.

81. לא התעלמתי מהטענה לפיה מר אנקווה לא היה מוסמך לתת הסכמה לחיפוש במכשיר. נושא זה רלוונטי אף אם קבעתי שמר אנקווה לא נתן הסכמה מדעת, שכן ככל שמדובר בפגם, הרי שמדובר בפגם נוסף שעלול להוסיף למידת הפגיעה הכוללת. בעניין זה טוען הנאשם כי מר אנקווה אינו בעל החנות ובכל מקרה, המכשיר ממנו הועתק הסרטון המתעד את האירוע שייך לאדם אחר שביקש לאחסנו במרכולית (מר ביטון). המאשימה טוענת כי מר אנקווה הוא המחזיק במרכולית, השייכת לפי טענתו לבנו, וכי הוא נחזה להיות בעל השליטה במכשיר ולא הייתה לשוטרים אפשרות לדעת אחרת.

82. שאלת הגורם המוסמך לתת הסכמה מדעת לחיפוש הושארה בצריך עיון בפרשת **בן חיים** (ראה פסקה 36 לפסק דינה של הנשיאה ביניש). אינני סבור שנסיונות ענייניו מחייבות הכרעה בשאלה זו שאינה פשוטה כלל ועיקר. אציין עם זאת שדומה שהבחינה אמורה להתרכז בגורם שפרטיותו נפגעת בשל החיפוש, שהרי בבסיס עמדת הרוב בהלכת **בן חיים** עמדה ההכרה בזכותו של אדם לוותר על הפגיעה בפרטיותו. ואולם, אף שאלה זו אינה קלה שכן לעיתים הפגיעה



היא במספר אנשים ובמקרה זה היא משלבת אף פגיעה בפרטיות הציבור הרחב. לענייננו, די אם אומר שזיקתו של אנקווה למקום ולמכשירים ברורה, באופן המאפשר לראות בו כגורם המתאים לוותר על הפרטיות שנפגעה בשל החיפוש וזאת בהתאם למידת הפגיעה שפורטה לעיל. בכל מקרה, כך נראו פני הדברים לשוטרים מנקודת מבטם ונושא זה רלוונטי לצורך הערכת עצמת הפגם. אנקווה מחזיק במקום שנים רבות. לטענתו הוא "כבר 3 שנים בחנות כמעט לבד" והסביר שבשל הגעתו לעדות "אין אף אחד בחנות" (בעמ' 233), ללמד על החזקה בלעדית. הוא אף התבטא באופן המלמד על זיקה ממשית למקום "עד לפני 3 שנים היו לי 30 עובדים" (בעמ' 233). אף אם הטענה היא שהמקום שיך לבנו, הרי שהוא הנמצא במקום שנים רבות, לבדו, ונוהג בו מנהג בעלים. השוטרים הגיעו למקום פעמים רבות ותמיד מצאו אותו שם. מטעמים אלו, ובשים לב לעובדה שמדובר במצלמות הפונות למרחב הציבורי, לא סברתי שיש למצוא פגם (בוודאי שלא משמעותי) בכך שההסכמה התבקשה מאנקווה ולא נערך בירור מעמיק יותר באשר לזהות הבעלים של המקום. גם הטענה שאחד המכשירים שיך קניינית לאחר (שאינו בנו של אנקווה) אינה משנה מסקנה זו. הבחינה הנכונה במקרה זה אינה בהכרח קניינית (מי הבעלים של המכשיר) אלא עניינה בפגיעה שגורם החיפוש בפרטיות ובהתאמה, ביכולתו של נותן ההסכמה לוותר עליה. כאשר מדובר בכניסה לחנות המצויה בחזקת אנקווה (בו מצוי המכשיר) והסרטון עניינו צילום במרחב הציבורי, לא סברתי שנפגעה זכות הפרטיות של בעל המכשיר, באופן שלא אפשר לבקש ממר אנקווה לוותר עליה. סיכומי של דבר, קבעתי כאמור, שלא ניתנה הסכמה מדעת ואולם אינני סבור שיש לראות פגם נוסף, בוודאי שלא בעל משקל ממשי, בכך שלא התבקשה ההסכמה גם מהאדם שהמכשיר הנוסף שיך לו (קניינית) או מבנו של אנקווה.

83. ביחס למידת ההשפעה של האמצעי הפסול על השגת הראיה, הגם שהכרתי בקיומו של ספק שמא לא הוסברה למר אנקווה זכותו לסרב לחיפוש, יש להדגיש כי הוא לא ציין במהלך עדותו שהוטעה וכי לו היה מודע לזכותו לסרב, היה נוהג אחרת ומונע מהמשטרה גישה למכשיר. ובכלל, עדותו לא התאפיינה בביקורת כלשהי לפעילות המשטרה, אלא הוא תיאר את העובדות כהווייתן ולא התרשמתי מתחושה של פגיעה כלשהי. מטעם זה, אינני סבור שמידת ההשפעה של הפגם על השגת הראיה היא גבוהה.

84. בשאלת היחס בין הנזק לתועלת החברתית סבור אני שעל רקע הדברים שצוינו לעיל, ובשים לב למהות העבירה בה עסקין וחשיבותה של הראיה (בוודאי בהיעדר מתלונן), הנזק שייגרם מפסילת הראיה עולה משמעותית על התועלת החברתית. אדגיש שהפגיעה בפרטיות שגרם הפגם שנפל בהתנהלות השוטרים לא הייתה כלפי הנאשם, אלא כלפי מר אנקווה, ואף זו בעוצמה מוגבלת כפי שהוסבר לעיל והוא לא טען לפגיעה משמעותית. העובדה שהראיה הושגה תוך פגיעה בזכויותיו של אדם שאינו הנאשם (ואינו שותף לעבירה או בן משפחה, אלא זר לחלוטין), משפיעה על מערכת האיזונים בבואו של בית המשפט לשקול את הנזק החברתי אל מול התועלת שתושג בשל הפסילה (ראו בהשוואה: ע"פ 3237/15 **און יהודה נ' מדינת ישראל** (1.6.2016)), שם הפגיעה הייתה בזכויותיו בחקירה של עד-שותף שעדותו הפלילה את הנאשם). ודוק: אין לומר כמובן שאין לתת משקל לפגיעה הנגרמת אגב איתור ראיות, בפרטיות אזרחים שאינם מעורבים בביצוע העבירה. ואולם, זהות הנפגע רלוונטית לצורך השאלה אם קבלת הראיה תגרום לפגיעה בזכות הנאשם להליך הוגן. במקרה זה, לאור מכלול הנתונים, פסילתה של הראיה היא תוצאה קשה לאינטרס הציבורי אשר אינה עומדת בהלימה לנתוני המקרה.

85. בשקלול נתונים אלו, דעתי היא שאין מקום לפסול את הראיה. "המבחן הבסיסי לפסילת ראיות שנקבע במסגרת הדוקטרינה הוא מבחן עמידת הפגיעה בזכות להליך הוגן כתוצאה מקבלת הראיה שהושגה שלא כדין בתנאי



פסקת ההגבלה" (עניין **בן חיים**). בשים לב לאי החוקיות שהייתה כרוכה בהשגת הראיה; מידת הפגיעה בפרטיות שהיא גרמה; העובדה שהפגיעה אינה בפרטיות הנאשם, או אדם קרוב לו; העובדה שמדובר בראיה חפצית; והפגיעה המשמעותית באינטרס הציבורי שתיגרם מאי קבלתה של הראיה, המסקנה היא שאין מקום לפסול את הראיה וקבלתה לא תביא למסקנה לפיה נפגעה זכותו של הנאשם להליך הוגן.

86. סיכומו של דבר, הסרטון קביל כראיה ומשכך, בשלה העת לתאר את הנראה בו ולדון במשמעותו בזיקה לטענת הנאשם להגנה עצמית.

ד. אירוע אחר הצהריים - קביעת ממצאים עובדתיים

87. סרטון האירוע מאפשר לקבוע את עיקר הפרטים הנדרשים לצורך קביעת ממצאים. הגם שהאירוע נקלט בריחוק יחסית מהמצלמה, ובאופן המקשה על זיהוי פני האנשים המעורבים בו (אלא למי המכיר אותם היטב), הוא ברור דיו כדי לקבוע ממצאים ביחס לאופן התרחשות האירוע. עם זאת אעיר כבר עתה (ולדבר תהיה משמעות בהמשך) שלא כך הם פני הדברים ביחס לשאלה אם הנאשם דרך על ראשו של נ.ג. פרט זה לא ניתן לקביעה בהתבסס על הסרטון בלבד, בשל גגון המסתיר את ראשו של נ.ג בעת ששכב על הארץ לאחר נפילתו.

88. לצורך קביעת הממצאים על בסיס הסרטון עיינתי בו פעמים רבות, לרבות במהירות איטית ותוך שליטה במהירות הסרטון וביכולת לראות את הדברים קדימה ואחורה. עוד אדגיש שפרק הזמן הרלוונטי לענייננו הוא החל מדקה 37.30 ועד 39.30.

89. הסרטון מתאר רחבה במרכז מסחרי. ניתן לראות בו ארבעה אנשים יושבים על מעקה בטון נמוך. אחד האנשים לובש בגדים לבנים (והוא זה שייפגע בהמשך, היינו נ.ג). שני האנשים הנוספים, אחד לובש מכנס חום וחולצה בעלת שני צבעים - שחור ולבן (נכנה אותו -אדם א') והשני מחזיק מקל הליכה שהצדדים כינו "מקל סבא" (נכנה אותו -אדם ב'). האדם הרביעי יושב במרחק מהשלושה ואינו נוטל חלק באירוע. בשלב מסוים (דקה 37.33) אדם א' קם והולך לעבר החנויות המצויות ממול, חוזר ומתיישב ליד נ.ג ואדם ב' (דקה 38.00). אדם א' נראה עצבני ונראה כצועק לעבר החנויות תוך שהוא מנופף בידיו. בהמשך (דקה 38.59) שוב קם אדם א' ונראה שהוא צועק לעבר החנויות, הוא הולך לרחבה המצויה בין מעקה הבטון לבין החנויות, נעמד וצועק לעבר החנויות. בשלב זה מתרחשת פעולה סימולטנית. ניתן לראות אדם מגיע מכיוון החנויות (אדם זה ייגח בהמשך בראשו של נ.ג ומשכך מדובר בנאשם) ובאותו זמן ממש שהוא מתחיל בתנועה לעבר אדם א', קם נ.ג ממקומו במטרה להתקרב למקום בו עמד אדם א'. רוצה לומר, הנאשם ונ.ג נעים יחדיו לכיוונו של אדם א', כל אחד מכיוון אחר. בדרכו לשם סב נ.ג לאחור ונוטל מאדם ב' את "מקל הסבא" שהוא מחזיק לצדו. בשלב זה הנאשם נמצא מטרים בודדים מאדם א', והליכתו לעברו נראית נחושה. הנאשם מגיע עד לאדם א' נצמד אליו לשנייה אחת ובמקביל נ.ג מתקרב לעברם. בשלב זה הנאשם מבחין בנ.ג האוחז כאמור מקל סבא. **הוא פוסע לעברו שלושה צעדים, בעוד נ.ג עומד, וללא כל שהות נוגח בראשו בעוצמה רבה. כתוצאה מכך נופל נ.ג מיד ארצה והנאשם נראה עומד מעליו ומבצע פעולת דריכה עם רגל ימין על גופו של נ.ג.** הדריכה נראית לעבר פלג הגוף העליון, אך לא ניתן לראות את מיקומה המדויק של הרגל וזאת בשל גגון המצוי במקום ומסתיר את פלג גופו העליון של נ.ג. משכך, לא ניתן לראות אם הרגל אכן פוגעת בראשו של נ.ג או בחלק אחר



בפלג הגוף העליון. ואולם, לאחר מספר רב של צפיות איטיות ועצירת התמונה, שוכנעתי שאכן מדובר בדריכה על פלג גופו העליון של נ.ג, היינו שלא מדובר ברקיעה על הקרקע, אלא בדריכה שפגעה בגופו של נ.ג. כאן המקום לציין שהדריכה נראית אכזרית במיוחד, אלימה וכוחנית. ניתן אף לראות את נ.ג מניף את ידו כמבקש רחמים, אך אז דורך עליו הנאשם בחוזקה.

90. אזכיר שצינתי לעיל שניתן לראות (תוך צפייה חוזרת ונשנית ואגב שימוש במהירות איטית) שהנאשם הוא שהולך לעבר נ.ג שלושה צעדים לפני הנגיחה, בעוד נ.ג עומד בשלב זה. אציין עוד שהליכת הנאשם לעבר נ.ג בשלב זה היא נחושה והחלטית ואין לראות כל פעולה תוקפנית מצדו של נ.ג. אכן, נ.ג החזיק מקל ("מקל סבא") בידו בזמן זה, אך לא עשה בו שימוש וכאמור לא התקרב לנאשם, אלא הנאשם הוא שהתקרב בנחישות לעברו. עוד אציין כי מצפייה איטית חוזרת ונשנית ניתן לראות בוודאות כי הרגע הראשון בו מניף נ.ג את המקל שבידו הוא בעת הנגיחה (או חלקיק שניה קודם לכן), ואף זאת בצורה הנראית כתנועה אינסטינקטיבית ומתגוננת ולא התקפית.

91. **האם הוכח שהנאשם דרך על ראשו של נ.ג** - כפי שצינתי לעיל, בסרטון ניתן לראות בבירור שמיד לאחר ש.ג נופל, הנאשם מבצע פעולת דריכה לעבר פלג גופו העליון של נ.ג. עם זאת, צינתי שלאור גגון המסתיר את פלג גופו העליון של נ.ג לא ניתן לקבוע את המיקום המדויק של הדריכה ובמיוחד לא ניתן לקבוע אם הדריכה היא דווקא על הראש. בעניין זה מפנה המאשימה להודעתו של זאב במשטרה (שלא הוגשה) וטוענת שהוא אימץ אותה בבית המשפט. דעתי היא שנושא זה לא הוכח במידה הנדרשת והנאשם זכאי ליהנות מן הספק בנושא. אסביר.

92. כאמור לעיל, בבית המשפט מסר זאב כי "אז הירקן עשה לו ככה עם הרגל" והראה "תנועה של דריכה עם רגל ימין" (בעמ' 98). כאשר נשאל באיזה חלק בגוף הייתה הדריכה השיב "לא כל כך זוכר, לא שמתי לב, זה קשה" (בעמ' 98, בש' 32) וכאשר התבקש שוב להיזכר השיב "אני לא רוצה סתם להגיד, אני לא כל כך זוכר" (בעמ' 99, בש' 11) ולשאלה נוספת השיב "אני חושב לא בטוח באזור הזה, אני לא יכול לזכור זה קשה" והצביע "על פלג גוף עליון, שם לרגע יד על הראש, קשה לו לזכור" (בעמ' 100, בש' 10).

93. הנה כי כן, בבית המשפט לא ידע זאב למסור גרסה ברורה באשר למיקום המדויק של הדריכה. כאן המקום להדגיש שלא התרשמתי שהעד ביקש לסייע לנאשם או שביקש להימנע ממסירת מלוא העובדות שברשותו. התרשמותי הייתה דווקא הפוכה. כפי שצינתי לעיל, התרשמתי שהעד היה אמין ביותר, אך זהיר וקפדן בעובדות שהיה מוכן לערוך להן. ואולם, המאשימה הפנתה את העד להודעתו במשטרה שם מסר כי הדריכה הייתה על הראש והוא אישר שבזמן מסירת ההודעה זכר את הדברים טוב יותר (בעמ' 100, בש' 11-24). כן אישר זאב שבמשטרה אמר אמת (עמ' 101, ש' 2). לאור כך ביקשה המאשימה להעדיף את גרסתו במשטרה על פני זו שבבית המשפט.

94. חרף האמון שנתתי בעד זה, סבור אני שאין לאמץ את גרסתו במשטרה בנושא זה ובכל מקרה, אין לתת לה משקל מלא עד כדי קביעת ממצא עובדתית על בסיסה בלבד. אין צורך לדון בתנאים לצורך אימוץ הודעת חוץ של עד. די אם אציין שלפי סעיף 10א' לפקודת הראיות אף אם מדובר בעדות הצולחת את מבחן הקבילות (ואניח שכך הוא המצב) בית המשפט נדרש לנמק מדוע היא עדיפה בעיניו על פני העדות בבית המשפט. נימוק שכזה לא קיים, אלא להיפך. דעתי היא שבבית המשפט דייק העד אף יותר מאשר במשטרה. אסביר.



95. זאב הסביר כי ראה את האירוע ממרחק של 20-25 מטרים (בעמ' 101, בש' 30). כן הדגיש שלא הסתכל על האירוע במשך כל הזמן (בעמ' 102, בש' 1). מדובר בנתוני "פתיחה" המעמידים בספק את היכולת להבחין במלוא פרטי האירוע, בוודאי בדקויות קטנות כמו אלו בהן אנו עוסקים בשלב זה של הדיון. ראייה ברורה לכך ניתן למצוא בכך שזאב העיד שלא ראה כלל שהנאשם נוגח בנג. אלא הוא ראה דחיפה. כאשר עומת עם נתון זה חזר ואמר שהוא ראה דחיפה (בעמ' 102, בש' 26). ביודענו (מצפיה בסרטון) שמדובר בטעות, די בכך על מנת לקבל כסבירה את האפשרות שזאב טעה בעת מסירת ההודעה במשטרה ולמעשה לא ראה דריכה על הראש, אלא אפשר שבחלק גוף קרוב אך לא דווקא בראש. אם זאב לא ראה את הנגיחה ודימה אותה לדחיפה, מדוע יש לקבל את עדותו בדבר מיקום הדריכה ללא כל אפשרות לחלוק עליה. המסקנה מתחזקת כאשר מתברר שזאב מסר את הודעתו במשטרה 11 ימים לאחר האירוע (עמ' 100, ש' 12), פרק זמן משמעותי המאפשר אי דיוק בשל סיבות רבות, והיא מתעצמת כאשר בבית המשפט זאב עצמו העלה ספקות באשר ליכולתו לראות את המיקום המדויק.

96. סיכומי של דבר, אינני רואה לתת להודעה במשטרה של זאב משקל מלא עד כדי קביעת ממצא עובדתי על פיה בלבד.

97. בחנתי שמא באמצעות ממצאי הרופאים ניתן להסיק שהדריכה הייתה על הראש דווקא, אך התשובה לכך היא שלילית. אקדים ואומר שאף המאשימה אינה טוענת כך ואכן, לא הוגשה חוות דעת בנושא ואין למצוא בעדויות הרופאים או במסמכים שהוגשו ממצאים ברורים מהם ניתן להסיק שהדריכה הייתה על הראש ולא על איבר אחר קרוב. אציין כי לא הובאה חוות דעת ממנה ניתן להסיק (ברמה הנדרשת) שהחבלה לא יכולה הייתה להיגרם מהנפילה ודומה שהמאשימה אינה טוענת כך כלל, והיא לא הפרידה בין מעשה זה או אחר לבין החבלה שנגרמה, אלא טענה לקשר סיבתי בין כלל המעשים, לבין מצבו של נ.ג. כפי שעולה מהמסמכים הרפואיים. עוד אציין, למעלה מהדרוש, שמעדותו של הפרמדיק שהגיע לזירה לא עולה חבלה המתיישבת עם דריכה על הראש וכך גם התרשמה ד"ר פריד, רופאה במחלקת פה ולסת בבית חולים רמב"ם, אשר לא מצאה שברים או חתכים בפנים שדרשו התייחסות (בעמ' 82, בש' 33). אציין עוד, ושוב למעלה מהדרוש, כי מעיון מדוקדק בסרטון ניתן להגיע למסקנה שראשו של נ.ג. נחבט בקרקע לאחר נפילתו, אף אם ראשו אינו נראה בשלב זה, וזאת בהתאם למסלול הנפילה, כך שאין מקום להגיע למסקנה לפיה החבלה מקורה בהכרח בדריכה וכאמור המאשימה אינה טוענת כך.

98. סיכומי של דבר, שאני קובע שהנאשם דרך בעוצמה על נ.ג. לאחר שזה נפל ארצה בשל הנגיחה, וכי הדריכה הייתה בפלג הגוף העליון.

ה. הגנה עצמית - האומנם ?

99. וכעת, לאחר שקבענו את הממצאים העובדתיים, השאלה שנותרה אפוא לדיון היא האם פעולה זו חוסה תחת הסייג בדבר הגנה עצמית.



100. הנאשם טוען כי לאירוע אחר הצוהריים קדמה התגרות של נ.ג אשר "קילל וצעק בפתח חנות הירקות" (סעיף 228 לסיכומיו). כן נטען ש.נ.ג היה "טעון ואמוציונאלי לאחר הפגיעה הנפשית שחוזה בשעות הבוקר כאשר נתפס בקלקלתו... חזר לחנות הירקות שבה עבד הנאשם ובתור נקמה כשהוא אוזז באבן גדולה". ביחס לאירוע אחר הצוהריים טוען הנאשם כי לאחר הקללות שקילל נ.ג לעבר החנות, הוא ביקש "ליישר את ההדורים ולמנוע את המשך הפגיעה בו" (סעיף 228) ולכן פנה לחברו של נ.ג, אלא שאז נטל נ.ג מקל גדול והתקדם במהירות לעבר הנאשם, עד כי לא נותרה לו ברירה והוא נאלץ "להרחיק את הקורבן באמצעות ראשו- ונגח בו". (סעיף 228). הנאשם טען בעדותו בבית המשפט כי "הוא חטף את המקל סבא שהוא עבה הוא רץ לכיווני והרים את המקל בגובה ונתן לי אותו בראש במרכז, בעקבות זה הדפתי אותו, יתכן והדפתי אותו קלות, ואז הוא נפל על הרצפה, התיישב כנראה קם עוד פעם. מבחינתי ראיתי את כל הבלגן עם האבנים והסלעים פחדתי שלא יזרקו עלי אז הלכתי משם" (בעמ' 240). הנאשם חזר על טענתו שעזב את המקום בשל חששו מאבנים גם בחקירה נגדית (בעמ' 244, בש' 14) וכאמור לעיל, לאחר שהוצג בפניו תיעוד חזותי של חקירתו במשטרה, אישר שנגח ב.נ.ג ולא רק הדף אותו (בעמ' 250, בש' 31).

101. טרם דיון, ראיתי להדגיש ככל שהדברים אינם ברורים דיים, שגרסת הנאשם בבית המשפט (ובמשטרה) שונה לחלוטין מזו שנראית בסרטון. בהינתן שהסרטון משקף את פני המציאות בצורה ברורה, המסקנה המתבקשת היא שהנאשם לא אמר אמת בעדותו, לשון המעטה. ואכן, כפי שצינתי לעיל, התרשמותי מעדות הנאשם היא שהוא לא תיאר את נסיבות המקרה בצורה כנה ואמיתית. הנאשם בחר להתכחש לדברים שמסר במשטרה (שאף שם לא אמר את האמת במלואה) ואף כאשר עומת עם סרטון החקירה בו הוא עצמו נשמע מתאר את הדברים, בחר לעמוד על הכחשתו. התרשמותי מהנאשם הייתה אפוא שלילית ואינני סבור שיש אפשרות להתבסס על גרסתו, בהיעדר חיזוק משמעותי.

102. מטעמים אלו אני דוחה גם את האופן בו תיאר העד בן דהן את האירוע (להלן - דהן). דהן הוא עובד החנות והובא כעד הגנה. דהן תיאר כי ראה את האירוע "ראיתי את יעקב מקבל את המקל ורצתי להביא מים" (בעמ' 258). כאמור, בסרטון לא נראה ש.נ.ג מכה את הנאשם עם המקל. נראה בו שהוא מניף את המקל, בדיוק באותה שניה שהנאשם נוגח בו ולא להיפך, כפי שניתן להבין מעדותו של דהן. אציין כי דהן לא תיאר כלל שהבחין בנאשם נוגח או פוגע ב.נ.ג, למרות שהנאשם עצמו אינו חולק על כך והדבר עולה מהסרטון בבירור. במצב דברים זה אין לראות בעדותו של דהן כבעלת משמעות כלשהי לצורך קביעת העובדות, בוודאי שלא באופן הסותר את הסרטון.

103. כאן המקום להתייחס לשאלה אם היו מעורבות אבנים בעת האירוע. בעניין זה העיד הנאשם כי בסביבות השעה 17.00 "הוא בא עם חברים, עם אבנים בידיים ואחד החזיק סלע ביד...היה לו גם חבר עם מקל סבא" (בעמ' 240) וכן תיאר שעזב את המקום בשל חששו שיושלכו עליו אבנים. ואולם לתיאור זה אין כל אחיזה במציאות ואני דוחה אותו. האירוע מתועד בסרטון ואין כל בסיס לטענותיו של הנאשם על בסיס הנראה בו. איש לא נראה עם אבן באירוע ואין כל בסיס לטענותיו של הנאשם ולו מחמת הספק. בעניין זה שבתי ועיינתי בסרטון פעמים רבות (מאוד) ולא ראיתי כל רמז לקיומה של אבן. אכן, בעת ש.נ.ג נוטל את המקל ניתן לראות תנועה של יד ימין לעבר הכיס האחורי. לאור כך שאנו יודעים שבבית החולים נמצאה בכיס מכנסיו של נ.ג אבן גדולה (ת/44) צפיתי בסרטון שוב ושוב על מנת לראות אם הוא הוציא אבן (אחרת כמובן) מכיס מכנסיו וכאמור לא ראיתי אבן או חפץ כלשהו בידו, זולת המקל.

104. אציין עוד בעניין זה שבחקירתו במשטרה תיאר הנאשם את אירוע אחר הצוהריים באופן התואם בקווים כלליים



את הנראה בת/5 (עם הדגשים ושינויים עובדתיים אותם לא קיבלתי כאמור) אך ללא כל אזכור לקיומם של אבנים (ת/20, משורה 32). הגרסה בבית המשפט כיום היא אפוא גרסה כבושה שלא ניתן לה כל הסבר. יתרה מזו, הנאשם תיאר דווקא בחקירתו במשטרה אירוע בו השליך נ.ג אבנים, אך הסביר שהיה זה לאחר אירוע הבוקר ולפני אירוע אחר הצהריים. כך תיאר זאת הנאשם:

"בין השעה 10.30 לשעה 14.00 אותו בחור אתיופי לא עוזב את האזור, ניסה לתקוף אותי בכך שניסה לקחת לבנה, אבן, בקוטר של 20 על 20 ס"מ י שלי פה צילום שלה ורצה לזרוק אותה לכיוון שלי ממספר כיוונים ויש לי גם עדים. מי שעצר אותו זה האתיופים ששיבו שם...ראיתי שהוא לא מרפה ולא עוזב את האזור...לא פניתי אליו ולא כלום אבל הייתי עליו עם העיניים לראות שהוא לא מנסה להתקיף...בן דהן ראה בעצמו" (ת/20, בש' 26-30).

סיכומו של דבר, אין בסיס לטענה בדבר קיומה של אבן בזירה במועד הרלוונטי.

105. על רקע דברים אלו, דומה שדי לעיין באופן בו תיארתי את הנראה בסרטון כדאי לדחות את הטענה בדבר הגנה עצמית. עיון בסרטון מלמד בבירור שמעשה התקפי לפנינו ולא הגנתי. במיוחד הדברים ברורים לגבי הדריכה, עת שכב נ.ג על הרצפה לאחר שספג מכה קשה בראשו ולא היווה כל סיכון לאיש. למעשה, הרקע העובדתי שעל בסיסו נטענת הטענה להגנה עצמית אינו נכון ומשכך, נשמטת הקרקע מתחת לטענה כולה. כאמור, אין לראות בסרטון ש.נ.ג רץ לעבר הנאשם ומכה אותו בראשו. משכך, הבסיס העובדתי עליו השתית הנאשם את טענתו להגנה עצמית קרס. כפי שצוין לעיל, קבעתי בהתבסס על צפייה בסרטון, שהנאשם הוא שהלך במהירות ובנחישות לעבר נ.ג אשר עמד ללא תזוזה, ונגח בו בעוצמה רבה והפילו ארצה. קבעתי גם ש.נ.ג לא הרים את המקל אלא כאשר הנאשם היה כבר צמוד ממש אליו ותוך חלקיק שניה התרחשה הנגיחה. כן קבעתי שהרמת המקל נראית כתנועה אינסטינקטיבית ומתגוננת ובכל מקרה שלא ניתן לראות קודם לכן כל פעולה אלימה מצידו של נ.ג, זולת העובדה שהגיע עם מקל בידו לעבר המקום בו עמד אדם א'.

106. ואולם, לאור כך ש.נ.ג הגיע למקום מצויד במקל, באופן העשוי להתפרש כמאיים על הנאשם (על רקע אירועי הבוקר והטענה שמדובר בחבורה "המציקה" לעובדי החנות), נכון לדון בשאלה אם הוטל ספק שמא מתקיים הסייג בדבר הגנה עצמית ולו לעניין הנגיחה. יש לזכור כי נ.ג קם ממקומו, נטל מקל מאדם ב' והתקרב לעבר אדם א' והנאשם. מדובר בהתנהגות שיכולה להתפרש כתוקפנית מצידו של הנאשם ולכן נדרש דיון בנושא. ודוק: דיון זה אינו פשוט לביצוע, לאור כך שעיון בסרטון מצביע לכאורה על תוקפנות ולא על התגוננות, ולכן קבלת הטענה להגנה עצמית מצריכה מידה לא מבוטלת של שכלול בדבר האופן בו תפס הנאשם את הסיטואציה (לרבות קבלת האפשרות שטעה טעות כנה בהערכת המציאות). ואולם, הנאשם טוען לגרסה עובדתית שונה לחלוטין מזו שהייתה במציאות וממילא אפוא שלא הסביר מדוע סבר שהוא מצוי בסכנה לאור העובדות הנכונות (ולא אלו שטען להן ושאינן נכונות). אדגיש עוד שהדיון יהיה בנוגע לנגיחה בלבד, שכן דומה שביחס לדריכה, כאשר נ.ג שכוב על הקרקע ומתחנן לרחמים, ברור שאין מקום לטענה בדבר הגנה עצמית ובעניין זה ראוי לפצל בין המעשים השונים ולומר כבר עתה שאין כל אפשרות לראות את מעשה הדריכה כאקט של הגנה עצמית (לאפשרות פיצול בין מעשים, ראו: ע"פ 1713/95 **בוריס פרידמן נ' מדינת ישראל**, פ"ד נ(1) 265).



107. אומר כבר עתה שמסקנתי היא שהתנהגות הנאשם (הנגיחה) אינה עומדת בתנאי ההגנה ואף לא קרוב לכך. אנמק מסקנתי להלן.

108. הסייג בדבר הגנה עצמית קבוע בסעיף 34' לחוק העונשין שזו לשונו:

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

109. סעיף זה פורש בפסיקה ככולל שישה תנאים כמפורט להלן:

"ראשית, קיומה של תקיפה שלא כדין; שנית, קיומה של סכנה מוחשית לפגיעה בחייו, בחירותו בגופו או ברכושו, של האדם המתגונן או של זולתו; שלישית, מידיות, 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. " (עניין סומך).

אפנה לבחון את התקיימות התנאים.

110. **קיומה של תקיפה שלא כדין:** קבעתי לעיל שהנאשם לא הותקף. ואולם, אין צורך שתתבצע תקיפה בפועל על מנת להקים למותקף אפשרות להדוף את התוקף. די בכך שמדובר בפעולה מאיימת שהמותקף האמין (בכנות) שבעקבותיה צפויה "סכנת פגיעה ממשית" (עניין סומך, פסקה 163; דברי ההסבר להצעת חוק העונשין (חלק מקדמי וחלק כללי), התשנ"ב-1992, ה"ח 2098, 136; בועז סנג'רו, **הגנה עצמית במשפט הפלילי**, בעמ' 163; להלן - **סנג'רו**; רבין וואקי, **דיני עונשין (מהדורה שניה)**, בעמ' 724 (להלן - **רבין וואקי**)). כפי שצינתי לעיל, קשה לקיים דיון ביחס לאפשרות שתנאי זה התקיים וזאת לאור כך שגרסתו של הנאשם לפיה נג התקרב אליו, אינה נכונה עובדתית. כאמור, קבעתי שבשלב מסוים נג נעמד ואילו הנאשם הוא שהלך לעברו שלושה צעדים נחוישים ונגח בו מיד וטרם שנג עשה שימוש כלשהו במקל. אכן, ניתן לטעון שהתקרבותו של נג לעבר המקום בו עמד אדם א' כאשר הוא מצטייד במקל, נתפסה על ידי הנאשם (אשר הגיע אף הוא למקום זה) כמאיימת, ואולם, כאמור, הנאשם לא טען זאת, אלא טען שנג התקרב אליו ותקף אותו ורק אז הגיב בנגיחה (סעיפים 228-236 לסיכומים, שם אף טען להדיפה ולא לנגיחה, כפי שהודה בעדות). בנתונים אלו מתקשה אני לקבוע (ללא שהנאשם עצמו טען זאת) שהוא האמין בכנות שנג עומד לתקוף אותו (ראו בהשוואה: ע"פ 4795/13 **אמיר בזינסקי נ' מדינת ישראל** (20.1.2014), פסקה 52). מסקנה זו מתחזקת על רקע חוסר האמינות הכוללת שמצאתי בגרסת הנאשם. הדברים בוודאי נכונים לאחר שנג נפל ארצה



והנאשם דרך עליו וכאמור נושא זה אינו מצריך כלל דיון.

111. הוא הדין ביחס לקיומו של התנאי השני המצריך קביעה לפיה הנאשם עמד בפני **סכנה מוחשית לפגיעה בחייו או בגופו**. בעניין זה קבעה הפסיקה כי "בהקשר זה יש לדרוש כי הסתברות התממשותה של הסכנה לא תהיה ערטילאית, שאם לא כן עלולה תגובתו של המותקף לגלוש מתחום ההתנהגות שעמה החוק מוכן להשלים, לתחום של התנהגות אסורה" (ע"פ 20/04 **קליינר נ' מדינת ישראל** (30.6.2004); להלן - עניין **קליינר**; **רבין וואקי**, בעמ' 724, 726). כאמור, נ.ג. עמד ולא התקרב אל הנאשם. הנאשם הוא **שעזב את הוויכוח עם אדם א'**, **ניגש אל נ.ג. ופגע בו ללא שקדמה לכך כל פעולה אלימה מצדו**. גם כאן, הדיון בנושא קשה לאור כך שהנאשם טען לגרסה "מובהקת" יותר של הגנה עצמית והותיר את נקודת המחלוקת האמיתית ללא טיעון. ואולם, אף אם אניח לטובתו שהאמין בכנות שקיימת הסתברות ממשית שנגיעה שימוש במקל בו הצטייד, אין בכך לסייע לו שכן ממילא לא מתקיימים כל יתר תנאי ההגנה, כך שאין צורך להכריע בנקודה זו. ושוב אציין שהדיון כאן היה ביחס לנגיחה, שכן לאחר שנג נפל, אין מקום לדבר על סכנה כלשהי בה היה נתון הנאשם, בוודאי שלא מוחשית.

112. **מידיות**: בניגוד לדרישת מוחשיות הסכנה (העוסקת בשאלת סבירות התממשותה) התנאי בדבר המידיות עוסק בעיתוי התרחשותה (**רבין וואקי**, בעמ' 720). בעניין זה נקבע בפסיקה כי "ההגנה העצמית תהא מופעלת רק כאשר הסכנה ממשמשת ובאה ולא לפני כן, עם זאת אין לדרוש מהמותקף שימתין לתקיפתו ורק אז יפעל כנגד התוקף, ויש להכיר בנסיבות שבהן המותקף יבצע פעולת הגנה מוקדמת, בבחינת 'הבא להרגך השכם להרגו' " (**קליינר**; ע"פ 6392/07 **מדינת ישראל נ' שמואל יחזקאל** (30.4.2008); להלן - עניין **יחזקאל**). בענייננו, תנאי זה אינו מתקיים וזאת באופן מובהק. הנאשם לא עמד בפני סיכון מיד, שכן נ.ג. לא עשה פעולה אלימה כלשהי (זולת החזקת המקל) ולא התקרב לעבר הנאשם, אלא שמר על מרחק ממנו בעודו עומד. אדרבה, הנאשם הוא אשר בא לקראתו באופן מאיים, נחוש וכוחני ופגע בו מיד וללא כל שהות או ניסיון בירור כוונתו. במצב דברים זה תנאי המידיות אינו מתקיים. ודוק: גם כאן, אפשר וניתן היה לטעון שהנאשם האמין שאם לא יפעל מיד, הוא יותקף בתוך זמן קצר ויהיה בעמדת נחיתות, ואולם הטענה לא עלתה ואף אם אשקול אני לטובתו אפשרות זו, אינני סבור שאכן כך האמין הנאשם ואפשרות זו אינה מקימה ספק בקיומו של תנאי זה. בכל מקרה, ההליכה הנחושה לעברו של נ.ג. אינה מתיישבת עם אפשרויות אחרות שעמדו בפני הנאשם, טרם פניה לאלימות, ובעניין זה דן תנאי הנחיצות אליו אעבור מיד.

113. **נחיצות**: במסגרת תנאי זה בודק בית המשפט אם מעשיו של הנאשם היו נחוצים לצורך מניעת הסכנה בה היה נתון. אין מדובר בנחיצות כמותית, אשר מקומה בעת הדיון בשאלת הסבירות (פרופורציה). הכוונה היא לנחיצות איכותית, היינו לשאלה אם הייתה בידי הנאשם אפשרות להדוף את התקיפה בדרך פוגענית פחות, לרבות על ידי נסיגה. ראו:

"הנחיצות האיכותית עניינה בקיומן של אלטרנטיבות אחרות להדיפת התוקף מלבד שימוש בכוח כלפיו. אדם הפועל לשם הדיפת זה שבא לתקוף אותו, ממלא למעשה את תפקידן של רשויות האכיפה, ועל-כן עליו להראות כי פנה לשימוש בכוח רק משנוכח כי לא היה ניתן להדוף את התוקף באמצעות שימוש בחלופות אחרות, פוגעניות פחות, כגון פנייה לרשויות השלטון או נסיגה. עם זאת ראוי להדגיש כי יש לתת את הדעת על המצוקה שבה שרוי המתגונן במהלך התקיפה, ועל-כן יש להיזהר מגלישה לפרשנות דווקנית של דרישת הנחיצות



האיכותית, הואיל ופרשנות כזו עלולה לרוקן את ההגנה העצמית מתוכן" (עניין קליינר).

114. במקרה זה, כל הצופה בסרטון יכול להתרשם שעמדו בפני הנאשם אלטרנטיבות אחרות זולת פניה לאלימות (ושוב, הכוונה לנגיחה, שכן ביחס לדריכה מובן שהיא לא נדרשה לצורך הגנה). אף אם אניח את כל ההנחות הטובות עבורו, היינו שחש בסכנה מוחשית שתתרגש עליו בעוד רגע קט, היה ביכולתו לשוחח עם נ.ג. קודם לכן, להזהירו, להתרות בו, ובכל מקרה יכול היה לחזור לחנות כלעומת שבא. תחת זאת הוא בחר לחתור למגע וזאת בצורה מהירה, נחושה ואלימה, ונגח בנג. ללא כל דין ודברים קודם. במצב דברים זה התנאי בדבר נחיצות אינו מתקיים. ודוק: מסקנה זו נכונה אף בהביאי בחשבון שיש להתחשב במצוקה אפשרית בה היה נתון המותקף ואשר גרמה לו שלא לשקול נכונה את האפשרויות הריאליות העומדות בפניו. מעיון בסרטון לא התרשמתי ממצוקה כלשהי בה היה נתון הנאשם, אלא דווקא מכך שהנאשם היה עצבני, חתר למגע וביקש לפגוע בנג, ולא להתגונן מפניו.

115. **פרופורציה** (סבירות): תנאי זה נובע מדרישת סעיף 34 טז' לחוק העונשין הקובע כי ההגנה שבסעיף 34' לחוק העונשין לא תחול "כאשר המעשה לא היה סביר בנסיבות העניין לשם מניעת הפגיעה". בעניין זה נקבע כי "יש לשקול את חומרת הסכנה שיוצר התוקף מול מידת הכוח שהפעיל המותקף. רק משהוכח כי התקיים מיתאם סביר בדרכי הפעולה של השניים, יזכה המותקף להגנת החוק" (**קליינר**). האלימות שהפגין הנאשם (הנגיחה) הייתה חמורה. מדובר היה בפעולה אלימה מאוד, כוחנית וחזקה, אשר הפילה מיד את נ.ג. ארצה ודעתי היא שהיא אינה עומדת בתנאי הסבירות בנסיבות העניין. אדגיש כי בסיכומים (סעיף 235) טען הנאשם להדיפה ולא לנגיחה ודומה שאף הוא מכיר בכך שנגיחה כה חזקה אינה עומדת בתנאי המידתיות, שאחרת אין לראות סיבה שלא היה מודה בנגיחה בעת הדיון.

116. סיכומי של דבר, התנהגות אלימה זו אינה עומדת בתנאים הנדרשים לצורך ביסוס הסייג של הגנה עצמית. משכך, אינני נדרש לבחון את הדברים גם בזיקה לשאלה, **האם הנאשם הביא את עצמו למצב זה בהתנהגות פסולה**, כנדרש בסעיף 34' לחוק העונשין לפיו "אין אדם פועל תוך הגנה עצמית מקום שהביא בהתנהגותו הפסולה לתקיפה תוך שהוא צופה מראש את אפשרות התפתחות הדברים". אציין עם זאת בקצרה, שמדובר בתנאי המסיט את המבט לאחור אל רצף האירועים שקדמו לצורך בהתגוננות (הנטענת). תנאי זה דורש התנהגות פסולה מצד המותקף, קשר סיבתי עובדתי בינה לבין תקיפתו וצפייה מראש של התפתחות הדברים (**רבין וואקי**, בעמ' 746). הנאשם טוען שהגיע למקום על מנת לבקש מאדם א' לחדול מהקללות שהמטיר על עובדי החנות ונקלע לאירוע עם נ.ג. המאשימה לא התייחסה לנושא מזווית ראייה זו, ובכל מקרה אינני סבור שיש צורך לדון בתנאי זה, לאור כך שתנאים אחרים לא התקיימו ביחס לנגיחה וכל התנאים לא התקיימו ביחס לדריכה.

117. לאור כל האמור לעיל, אני דוחה הטענה בדבר הגנה עצמית.

ו. הקשר הסיבתי שבין מעשי הנאשם לבין החבלה

118. הנאשם טען כי המאשימה לא הוכיחה שקיים קשר סיבתי בין החבלות הנזכרות בכתב האישום, לבין מעשיו. נטען כי לא הוגשה חוות דעת לצורך הוכחת הקשר הסיבתי וכי לא קיימת התאמה בין החבלות בצד שמאל כנטען בכתב



האישום לבין אלו שנמצאו בבית החולים.

119. לאחר עיון בטענות הנאשם בנושא זה, דעתי היא שדין להידחות. מדובר באדם שטרם האירוע התהלך כאחד האדם (אף אם היה שתוי, כטענת הנאשם) ולאחר שננגח וראשו נחבט בקרקע והוא ספג מכה קשה מדריכה על פלג גופו העליון, לא קם עוד. הוא נמצא על ידי פרמדיק שהגיע לזירה מחוסר הכרה (בעמ' 32) עם אבחנה בדבר חבלת ראש (ת/1). בהמשך הוא הגיע לבית החולים שם אובחן שהוא סובל משבר קווי בגולגולת (בעמ' 44, ש' 8) ומדימום מוחי תת עכבישי דו צדדי מפושט (ת/2). בהמשך התפתח דימום מוחי והוא הורדם והונשם ועבר ניתוח להכנסת ICP (ת/2א'). דומה שאין צורך בדיון מעמיק על מנת להגיע למסקנה ההגיונית היחידה האפשרית והיא שמדובר בחבלות שמקורן במעשי הנאשם. מדובר בתוצאה טבעית והגיונית לנפילה מגובה וחבלת ראש בעקבותיה ואינני סבור שהיה מקום שהמאשימה תגיש חוות דעת על מנת להוכיח דבר ברור זה. יתרה מזו, אחד הרופאים שהעידו ציין שמדובר בחבלה שמקורה במכה ישירה לראש (בעמ' 42) ועדותו לא נסתרה. כן אציין שאין ממש בטענות הנאשם (אשר הועלו בעיקר בעת חקירת הרופאים) בדבר הקשר הסיבתי שבין מצבו הרפואי הקודם של נ.ג לבין החבלה. טענות בנושא זה נדחו על ידי הרופאים שהעידו (בעמ' 54-56; 78) ולאור קיומו של קשר סיבתי ברור וטבעי בין המעשים לחבלה, היה דווקא על הנאשם לתמוך טענות מסוג זה בחוות דעת על מנת לטעת ולו ספק בשאלת הקשר הסיבתי.

120. סיכומי של דבר, הוכח קשר סיבתי בין מעשי הנאשם לבין החבלות ברמה הנדרשת בפלילים. אדגיש שטענות הנאשם בנושא זה התייחסו לקשר הסיבתי העובדתי בלבד ולא לזה המשפטי, אשר אף הוא מתקיים במקרה זה בבירור (ראו **ורבין וואקי**, בעמ' 276-285).

ז. האם מדובר בחבלה חמורה

121. הנאשם טען בחצי פה כי החבלות לא עולות כדי חבלה חמורה כהגדרתה בסעיף 333 לחוק העונשין, אך לא פירט הטענה. דינה של טענה זו להידחות ואנמק בקצרה מסקנתי.

122. סעיף 34 כד' לחוק העונשין, מגדיר "חבלה חמורה" כאמור בסעיף 333, כך:

"חבלה חמורה" - חבלה העולה כדי חבלה מסוכנת, או הפוגעת או עלולה לפגוע קשות או לתמיד בבריאות הנחבל או בנוחותו, או המגיעה כדי מום קבע או כדי פגיעת קבע או פגיעה קשה באחד האיברים, הקרומים או החושים החיצוניים או הפנימיים;
"חבלה מסוכנת" - חבלה שיש בה סכנת נפשות;

123. אכן, המאשימה לא הביאה חוות דעת לתמיכה בטענה שמדובר ב"חבלה חמורה", אלא הגישה מסמכים רפואיים והעידה את הרופאים, אבל בעניין זה נקבע "כי ניתן להסתייע להוכחת החלופות בחוות דעת רפואית או בעדות מטעם גורם רפואי, אך בסופו של יום ההכרעה מסורה לבית המשפט" (ע"פ 48/12 **מדינת ישראל נ' בלקוול**).



(5.8.2012); וראו גם ע"פ 10357/06 אבו דיב ואח' נ' מדינת ישראל (6.8.2007).

124. במקרה זה דומני שלא יכולה להיות מחלוקת שהאמור בסעיף 5 לכתב האישום (אשר הוכח במסמכים שהוגשו) ובמיוחד דימום מוחי נרחב דו צדדי, בגינו הקורבן מורדם ומונשם, עולה כדי "חבלה שיש בה סכנת נפשות". בעניין זה העיד ד"ר מאזרייב שמדובר היה ב"חבלת ראש קשה... לא קטלנית אבל זו חבלת ראש קשה במושגים שלנו... שגורמת לנזק..ופשוט ממנו לא חוזרים להיות נורמליים בוא נגיד ככה" (בעמ' 44, בש' 13-21).

125. בכל מקרה, ואף אם שגיתי במסקנתי, אזי החלופה השנייה של ההגדרה בוודאי מתקיימת. בעניין זה נקבע כי "אין חובה כי החבלה תהא צמיחה ודי כי עלולה להיגרם חבלה צמיחה. למעשה, די אף בכך שיוכח כי מדובר בחבלה העלולה לפגוע קשות בבריאות הנחבל או בנוחותו" (ע"פ 8870/12 חאלדי סנד ואח' נ' מדינת ישראל (25.1.2014); ע"פ 4277/12 זורג בכוראשווילי נ' מדינת ישראל (28.7.2013)). מצב זה בוודאי מתקיים בענייננו.

126. אציין עוד שהנאשם לא חלק על היסוד הנפשי הנדרש בעבירה זו, שהוא מודעות לטיב הנסיבות ולאפשרות גרימת התוצאה וכן פזיזות ביחס לתוצאה זו. אציין בקצרה שיסוד נפשי זה מתקיים בבירור. הנאשם היה מודע לכלל הנסיבות והוא בוודאי צפה את האפשרות שמעשים כה אלימים עשויים לגרום לפגיעת ראש קשה (בוודאי כלפי מי שהוא עצמו טען שהיה שיכור ולא יציב). הנאשם נגח בנג בעוצמה רבה והפילו ארצה. נפילה אחורה במפתיע, תוך שהקורבן סופג נגיחה קשה בראשו אשר מהממת אותו, בוודאי עלולה לגרום לפגיעת ראש. מדובר בתוצאה ברורה וטבעית אשר אין סיבה שלא להעמיד את הנאשם בחזקתו שלא היה מודע לה ככל אדם. אין מדובר בתוצאה חריגה או בלתי סבירה, אשר יש להניח לטובת הנאשם שהוא לא היה מודע לאפשרות גרימתה (בוודאי כאשר הוא עצמו אינו טוען כך). כן ראיתי להדגיש שהתנהגות הנאשם באירוע כולו מעידה על הלך רוח של אדישות (להבדיל מקלות דעת). מסקנה זו עולה מעוצמת האלימות שהפגין בעת הנגיחה ובמיוחד בהמשך הדברים, עת דרך על נג בעודו שכוב על הקרקע חסר אונים ומתחנן לרחמים. על אף שקבעתי שלא הוכח שהדריכה הייתה על הראש, אלא אפשר שסמוך לכך בחלק הגוף העליון, התנהגות אלימה וחסרת רחמים זו מלמדת בבירור על הלך נפש של אדישות (להבדיל מקלות דעת).

ח. מחדלי חקירה

127. הנאשם טוען למחדלי חקירה, ובהם העובדה שלא אותרו חבריו של נג שהיו במקום וכן עדים אחרים, כמו גם שלא נעשה ניסיון לגבות את גרסת המתלונן. לאור כך טוען הוא שיש לזכות את הנאשם. אינני סבור שיש בסיס לטענות אלו. אנמק מסקנתי להלן.

128. חובתה של המשטרה לאתר עדים רלוונטיים לאירוע היא בבחינת מובן מאליו. הדבר נובע מהכלל הבסיסי שלפיו "על רשויות החקירה מוטלת החובה למצוא את מלוא האפשרויות העומדות בפניהן כדי להביא את כלל המידע הרלבנטי אל בית המשפט" (ע"פ 4226/11 נביל אבו חדיר נ' מדינת ישראל (15.2.2016)). הדבר ברור גם לאור חובתה של המשטרה לחתור לחקר האמת אשר "משמעו, בין היתר, השגת ראיות אובייקטיביות ופוזיטיביות, איתור עדי ראיה וגילוי ממצאים פיסיים לשם ביצוע בדיקות פורנזיות ואחרות" (ע"פ 10049/08 אבו עצא נ' מדינת ישראל (23.8.2012)). ואולם מובן שאין על המשטרה לאתר כל עד אפשרי ולעולם תתכן חקירה מעמיקה ויסודית יותר (ע"פ

5441/10 פלוגי נ' מדינת ישראל (2.5.2012).

129. אי חקירת עדים רלוונטיים יכול ויביא למסקנה שמדובר במחדל חקירה ואף ממשי. ואולם, אף במצב זה, אין מדובר בבדיקת ה"אין" בלבד, אלא יש לבדוק את משמעות המחדל על רקע "היש". בעניין זה אפנה להלכה בדבר משמעותם של מחדלי חקירה:

"בהינתן תשתית ראייתית מספקת להוכחת אשמתו של נאשם, הרי שאין בקיומם של מחדלי חקירה, כשלעצמם, כדי להביא לזיכוי של הנאשם. בחינת טענות הנוגעות למחדלי חקירה תעשה בשני שלבים: תחילה יש לבחון האם מדובר כלל במחדל חקירה. רק אם המענה לשאלה הראשונה הוא בחיוב, יש לבחון את השאלה, האם בשל מחדלי החקירה הנטענים, נפגעה יכולתו של הנאשם להתמודד כראוי עם חומר הראיות אשר עמד נגדו, עד כי קיים חשש ממשי כי הגנתו קופחה, כמו גם זכותו להליך הוגן. בחינה זו נעשית, תוך שקלול המחדלים הנטענים אל מול התשתית הראייתית שהונחה בפני הערכאה הדיונית." (ע"פ 5633/12 ניימן'מדינת ישראל (10.7.2013)).

130. ומן הכלל אל הפרט. במצלמת הגוף של שוטר שהגיע למקום לאחר האירוע ניתן היה לראות אדם עם חולצה בצבעי שחור-לבן (ת/11). דומה שמדובר באדם שכונה בעת הדיון לעיל אדם א' וזאת לפי החולצה (הייחודית יחסית) שלבש אדם זה בסרטון. ברי כי אדם זה יכול היה לשפוך אור על האירוע, בוודאי לפני שאותר הסרטון. ממצלמות הגוף עלה שנעשה ניסיון בסמוך לאירוע לאתר עדים שראו את האירוע, אך לשווא (ת/13). אכן, אפשר וניתן היה לדרוש את שמות העדים על מנת לשוב ולחקור אותם לאחר מכן ויש להצר על כך שהדבר לא נעשה. אציין כי נעשה ניסיון שלא הניב פרי לאתר את שמו של אדם א' באמצעות אחרותו של נ.ג. (ת/15). כמו כן, האדם שהתקשר למשטרה להודיע על האירוע, מסר שלא ראה דבר ושאינו מכיר את הקורבן (ת/14). סיכום פעולות אלו מעלה שנכון היו עושים השוטרים אם היו רושמים את שמות האנשים שנכחו במקום. ואולם, אינני סבור שמדובר במחדל חקירה משמעותי אשר פגע ביכולתו של הנאשם לנהל את הגנתו. יש לזכור שאחרי ככלות הכל, קיים סרטון המתעד את האירוע. הסרטון ברור והוא בבחינת הראיה הטובה ביותר במקרה זה. משכך, קשה לראות במה נפגעה הגנת הנאשם בכך שלא אותרו חבריו של נ.ג. אני דוחה אפוא טענה זו.

131. כן ראיתי לדחות את הטענה לפיה יש לראות מחדל בכך שנג. לא הובא לעדות. בעניין זה אציין שהמאשימה הציגה מזכר של שוטרת אשר ביקרה בביתו של נ.ג. והתרשמה שלא ניתן לקבל ממנו גרסה ברורה באשר לפרטים רלוונטיים לאירוע וכי הוא "בקושי מתקשר" (ת/46). מסמך זה הוגש בהסכמה והסנגור לא חקר את עורכת המזכר. בנתונים אלו קשה להלום טענה כנגד אמיתות האמור בו. אדגיש שדברים אלו מתיישבים היטב עם עדותו של ד"ר מאזרייב אשר טען שמדובר ב"חבלת ראש קשה ... שגורמת לנזק .. ופשוט ממנו לא חוזרים להיות נורמליים בוא נגיד ככה" (בעמ' 44, בש' 13-21; ההדגשה שלי - י.ט.).

132. לאור כך, ובשים לב למצבו של נ.ג., עמדתה של המאשימה בהחלט מובנת, ושמה יש לומר מתחייבת. בצד דברים אלו אציין שנכון הייתה עושה המאשימה אם הייתה מגישה לבית המשפט מסמכים עדכניים בדבר מצבו של נ.ג., בין לצורך תמיכה בהתרשמותה של השוטרת שערכה את ת/46, ובין על מנת שמצבו העדכני יובא בפני בית המשפט כנתון רלוונטי לצורך קביעת ממצאים עובדתיים (ראו בהשוואה: בג"צ 681/12 שחר מרים גרינשפן נ' היועץ המשפטי לממשלה (19.9.2012)).



133. ביחס לטענה לפיה העד בן דהן לא הובא לעדות, אכן יש לתמוה על כך וכן להביע תרעומת. מדובר בעד רלוונטי, אשר תיאר במשטרה שהיה עד ראיה לאירוע אחר הצוהריים. אף אם קיים סרטון, המייתר לשיטת המאשימה את הצורך בעדי ראיה, ואף אם המאשימה סבורה שגרסתו של עד זה במשטרה הייתה שונה בפרט זה או אחר מזה הנראה בסרטון (ולכן לא קיבלה את גרסתו), היה עליה להביאו לעדות כעד תביעה. ככל שסברה שגרסתו אינה משקפת את האמת לשיטתה, היה עליה לומר זאת. ואולם, אין להשלים עם אי הבאת עד רלוונטי לאירוע (ראו בהשוואה ע"פ 4765/98 אבו סעדה נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(1) 832). עם זאת, בכפוף להערות אלו, אינני רואה נפקות מעשית למחדל זה. עדותו נכללה בחומר החקירה והועברה להגנה. העד העיד בפני כעד הגנה והודעותיו במשטרה הוגשו (ת/50; ת/49), כך שהתמונה הראייתית המלאה הובאה בפני.

134. נתתי דעתי גם ליתר טענות הסנגור בסיכומיו (שאינן נוגעות בנקודת מהותיות) ולא מצאתי בהן ממש. כידוע "בית-המשפט היושב כערכאה ראשונה, כמו גם בית-המשפט שלערער, אינו חייב להתייחס באופן קונקרטי לכל טענה וטענה של המערער או בא-כוחו, באופן שאי התייחסות כזו פירושה התעלמות. בית-המשפט מתייחס לטענות שנראות בעיניו משמעותיות ורשאי הוא שלא להתייחס לטענות שאינן נראות לו לצורך ההכרעה" (ע"פ 347/07 פלוני נ' מדינת ישראל (18.11.2007)).

135. התוצאה היא אפוא שאני מרשיע את הנאשם בעבירות שיוחסו לו בכתב האישום.

ניתנה היום, י' אב תשפ"א, 19 יולי 2021, במעמד הצדדים