

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

בית משפט השלום בקריות

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

המאשימה

בעניין: מדינת ישראל

הנאשם

נגד
יעקב מלכה

הכרעת דין

כתב האישום ותשובה הנאשם

1. נגד הנאשם הוגש כתב אישום המיחס לו עבירות של חבלה חמורה לפי סעיף 333 לחוק העונשין, תש"ז-1977 (להלן - חוק העונשין) וכן תקיפה סתם, עבירה לפי סעיף 379 לחוק העונשין. כתב האישום מיחס לנאשם שני אירועי אלימות שהתרחשו ביום 20.7.2021 וזאת כנגד אותו אדם. אפרט להן את נסיבות האירועים.

2. תחילתו של האירוע בשעה 10.00 עת חשד הנאשם כי נג (להלן - נג או נפגע העבירה) נטל פירות ללא תשלום מהחנות בה עבד הנאשם (להלן - חנות הירקות). בעקבות כך התפתחה בין השניים דין ודברים במהלך המהלך תקף הנאשם את נג בכר שستر לו ובעט בו. בהמשך לכך, עזב האחרון את המקום.

(אירוע זה יוכנה להן - "אירוע הבוקר").

3. כתב האישום מפרט אירוע נוסף שהתרחש סמוך לשעה 17.00. נטען כי בעת ההיא ישב נג על חומרת בטון סמוכה לחנות, או אז החל הנאשם ללבת לכיוונו ללא סיבה נראית לעין. בשלב זה, נטל נג מקל הליכה מאדם אחר שהיה במקום והתקדם לעבר הנאשם. בנסיבות אלו, נגח הנאשם בראשו של נג, הפילו ארצתה ודרך על ראשו בחוזקה בעודו שכוב על הקרקע. בעקבות כך נגרמו לנג המटומות בקרקעפת, בגב ובשפלה העליונה. כן נגרם לו דימום דו צדדי אקסטרה אקסייל נרחב, דימום על גבי הפלקס ומרכיבי דימום תת עצביים דו צדדי ושרבר קווי טמפורלי. בשל כך אושפז נג כשהוא מורדם ומונשם ומעורפל הכרה בבית החולמים.

(AIROU זה יכונה להלן - "AIROU אחר הנסיבות").

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

(-) ביחס לAIROU הבוקר נטען כי נג הגיע לחנות כשהוא מדיף ריח של אלכוהול ונגב מספר פירות. כאשר העיר לו הנאשם, השיב נג בקהלות.

(-) ביחס לAIROU אחר הנסיבות מסר הנאשם גרסה מפורטת כדלקמן:

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

ראיות הצדדים ויריעת המחלוקת

5. איני רואה לסקור את הריאות בצורה מפורטת בשלב זה והדבר עשה בפרק הדיון ואגב התיחסות לטענות הצדדים ובמידה שתידרש. לעת הזו, די אם אזכיר לשם הבנת התמונה כבר עתה, כי בשל מצבו הרפואי של נג הוא לא הובא לעדות ו��לו 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 שחווקרת שהגיעה לביתה התרשמה שהוא מתקשה לתקשר ולהסביר על שאלות פשוטות ואף אינו זכר את AIROU (ת/46 אשר הוגש בהסכמה). כפי שנראה בהמשך, הראייה העיקרית להוכחת AIROU אחר הנסיבות (על פרטיו המדוייקים) היא סרטון המתעד את AIROU. ביחס לסרטון זה התנגד הסגנור להגשתו לאור פגמים באופן איסוף הראייה וטען שהסרטון התקבל מבלי שניתנה הסכמה מודעת ומשמעות לפסול ראייה זו. בעניין זה העיד חוקר מטעם שהוריד את הסרטון ממיכיר-h DVR וכן מחזיק החנות בה היה מצוי המיכיר. כן העיד מספר עובדי החנות ביחס לזהותו הנאשם, המקום ויתר המעורבים בסרטון. חלק מעדים אלו רלוונטיים אף לעניין AIROU הבוקר. עדים אלו הוכרזו כעדים עייניים בשל כך שעבדותם בבית המשפט הייתה שונה בפרטיהם מהותיים מזו שנמסרה במשטרה והתקשתו להעדיף את זו שנמסרה במשטרה.

6. עד מהותי נוסף ביחס לAIROU אחר הנסיבות היה מר זאב לוי (להלן - זאב), בעל חנות סמוכה למקום ההתרחשויות, אשר היה עד ראייה לAIROU זה. כפי שנראה להלן, לנאשם טענות ביחס ליכולתו של העד לקלוט את כל פרטי AIROU ובמיוחד את שकשה לראות הסרטון - הטענה לדרכיה על ראשו של נג.

7. כן העידו מטעם המאשימה מספר רופאים אשר טיפולו בנוג איש צוות מד"א שהעניק לו עזרה ראשונית בשטח.

8. הנואשם העיד לטובתו וכן העיד עד נסף, אשר נתען שהוא עד לאירוע אחר ה特朗היים.

דין והכרעה

I- אירוע הבוקר

9. כפי שצוויל לעיל, בתשובה לאישום טען הנואשם כי הבחן בנג גונב מספר פירות ולאחר מכן שהעיר לו על כה, הוא קילל אותו ובכך הסתכם האירוע. עדותו בבית המשפט מסר גרסה דומה וטען כי ראה:

"שהוא לוקח כמה פירות ... אמרתי לו ... לך תשלם על הסחורה. הוא היה שיכור מאד, כלו מתנדנד ... כשהוא ראה שתפסתי אותו עם הפירות הוא התעכבר, התחיל לאיים לקלל היה לו פחית בירה ביד והוא בא ומאיים והרים בירה ביד, למה אתה מתעverb ... בא מרייק שהיה קרוב והזיז אותו הצד מה שלקחת לא נראה תיקח אז נפל על הרצפה מרוב שהיה שיכור ומרייק עזר לו לקום ואמר לו תשאיר את הפירות זה נגמר מבחינתי" (בעמ' 239).

10.abin הרואה בריאות המאשימה בעניין זה היא הודהה הנואשם. בחקירה הראשונה (ת/20) תיאר הנואשם את אירוע הבוקר כך:

"(16) עבדתי משעה 06.30 ועד 10.30 בבוקר. עבר בחור אתיופי ולקח כמה פירות בידיים שלו והיה לו גם בירה ביד... שאלתי אותו למה אתה גונב מה אתה לא משלם. הוא ענה לי בצורה עצובנית, מה אכפת לך? וראיתי שהוא הרים את היד ורצה לתקוף אותו עם הירה. אני מתו אינסטינקט נתתי לו סטירה ובעיטה. זהה. האירוע מבחינת נגמר שם ולא חיפשתי אותו ולא רציתי כלום. אני שם אחראי על החנות יר��ות ועובד שם שנים רבות ואני רק התגוננתי ולא רציתי להתקיף אותו בכלל וברגע שראיתי שהוא רצה להתקיף אותו נתתי לו סטירה ובעיטה ומבוחינת זה נגמר... (119) נתתי לו סטירה ללחין ... אחרי הסטירה הוא נפל לרצפה אז נתתי לו בעיטה לכיוון הגוף לאזרור הכתף או הצוואר או משהו זהה... מרייק בא להפריד והרים אותו מהרצפה" (ההדגשות שלי - י.ט.).

11. בהמשך ההודעה מצין הנואשם שהוא אדם המשיך להקנינו במהלך היום, השלים עליו אבני ובסביבות השעה 17.00 ניסה לתקוף אותו באמצעות מקל והוא בתגובה נגח בו על מנת להתגונן מפנויו. רוצה לומר, הנואשם קשור בין האדם של אירוע הבוקר לבין זה של אירוע אחר ה特朗היים.

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

"ש. בחקירהה הקודמת אמרת כי מדובר באירוע שהתחולל בשעה 10.30 בו אותו בחור אתיופי לטענתך ניסה לגנוב פירות ...נגשתח 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, לכואורה, נתת לו סטירה נ"ל נפל לרצפה ואז נתת לו בעיטה. האם זה נכון ?
ת. הוא בטוח ניסה להתקיף אותך וניסיתו להתגונן. נכון זה מה שקרה." (ת/21)

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

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

14. הסגנור ביקש שאפסול את הودאת הנאשם בטענה שהוא לא הזהר על אודוט אירוע הבוקר. בעניין זה טוען הסגנור כי בעת חקירתו הראשונה של הנאשם חוקרי המשטרה לא היו מודעים כלל לאירועו הבוקר והדבר משתקף בנוסח האזהרה הממצוינת רק אירוע אחד בו נגרמו חבלות. טוען כי אף בחקירה הבאות לא הפרידו החוקרים בין שני האירועים בנוסח האזהרה ובכך פגעו בזכותו של הנאשם לדעת במאו חשור ובזכותו לשמור על זכות השתייה. כן טוען שהוא על החוקרת להפסיק מיד את החקירה כאשר הנושא הועלה על ידי הנאשם, ולוויאד שהוא מודע לזכות השתייה ביחס לעבירה זו, לזכותו שלא להפليل את עצמו וכן להיעזר בסגנור ביחס לעבירה זו. לאור כך טען הנאשם שיש לפסול את הודאותו (ת/20) וכל הודהה לאחריה הקשורה באירוע הבוקר.

15. אקדמי ואומר כי דין הטענה בדבר פסולות הودאת הנאשם להידחות. אביא להלן את נימוקי למסקנה זו.

16. טרם דיון אבהיר שайн בפי הנאשם טענה כנגד קובלות ההודאות בשל כך שאין צולחות את מבחן הקובלות הקבוע בסעיף 12 לפקודת הראיות [נוסח חדש], תשל"א-1971 (להלן - פקודת הראיות). טענותו עוסקת בפסקת ה Hodotot בהתאם לכלל הפסילה הפסיקתי, כפי שעובד בהלכת ישכרוב (רע"פ 5121/98 טורי ישכרוב נ' התבע הצבאי הראשי (4.5.2006); להלן - הלכת ישכרוב). כן אציגו שהגמ' שהנאים טען בעדותו שלא אמר את הדברים הרשומים בהודעתו (בעמ' 242, בש' 2; בעמ' 239, בש' 29), הטענה לא נטעה בסיסכמים ומכאן שנזנחה. כמו כן, למשמעות גרסה זו מפי הנאשם, הפניתי שאלת לסגנור כיצד מתישבת גרסה זו עם כך שהה Hodotot הוגשו בהסכמה והחוקרים לא נשאלו שאלות בדבר אמיותות הרישום ותשובתו הייתה "הדברים ברורים" (בע' 244). עוד אציג שבתיעוד החזותי של ת/21 (ת/21א') ניתן לשמוע את הנאשם מאשר נקיית אלימות באירוע הבוקר, תוך הסבר שעשה כן על מנת להתגונן מנג. אין אפוא כל מקום לטענה כלשהי בדבר אי נוכחות הרישום.

17. סיכומו של דבר. אין מחלוקת בדבר קובלות ההודאות בהתאם ל מבחני סעיף 12 לפיקודת הראיות וכי האמור בהם משקף את שאמיר הנאשם. אפנה כת עוז בטענה לפיה יש לפסול את ההודאות בהתאם לכל הפסילה הפסיכית.

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

19. על רקע זה, בר依 שלא היה בידי החקירה לנסה את האזהרה באופן שתפריד בין שני האירועים והדברים ברורים. משכך, איני רואה גם באופן נסחה האזהרה בתחלת החקירה בת/20. יתרה מזו, מעון בת/20 עולה שהנאשם ביקש לפרט בפני החקירה את אירועו באותו יום במלואם והחל את גרסתו בתיאור אירוע הבוקר, שהוא בבחינת חלק בלתי נפרד - מבחינתו - מאירוע אחר הצוראים. זאת ועוד, איני סבור שהיא על החקירה להפסיק את הנאשם בעת מסירת פרטי אירוע הבוקר ולהזהירו על אירוע זה בנפרד. מסווקני אם ניתן היה בשלב זה להבין מדבריו שמדובר באירוע נפרד ומבחן בזמן, שהרי הנאשם תיאר את אירועי היום במלואם (מצוית ראייתו) על מנת להניח הסבר מלא לגרסתו לפיה הותקף והוא עליו להtagנון ("אם הוא לא היה תוקף אותו פעמיים לא הייתי מגיע לנצח זהה" (ת/20, בש' 216)).

20. עם זאת, לאחר שהתברר שמדובר באירוע מבחן בזמן ובעל מאפיינים עצמאיים, נכון היה עשה החקירה אם היה מזיהירה את הנאשם (از החשוד) בעבירה נוספת של תקיפה המובחנת מזו שגרמה לחבלה בהמשך היום. במיוחד הדברים נכונים עת החלה החקירה לשאול שאלות במטרה להבין אם אכן עומדת לנו טענה להגנה עצמית באירוע הבוקר (ראו השאלות בעמ' 5 המתחילות בשאלת "מה גרם לך לחשב שהוא מנסה לתקוף אותך"). דומה כי בשלב זה היה אמור להיות לחקירה ברור שהנאשם חשוד בעבירה נוספת והיה מקום להבהיר לו זאת, ولو למען הזיהרות, באמצעות אזהרה נפרדת לעבירה זו (על חובת ההגינות של המשטרה כרשות מנהלית לפני 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 עד שיש בסיס לראותו חשוד, אף אם הדברים נאמרים ביוזמתו, ראו **קדמי, על הראיות** (2009), בעמ' 91 (להלן - **קדמי, על הראיות**); כן בנוגע עניין **אלמליח**).

21. ואולם, כדיוע, לא כל פגם באופן בו נסחה אזהרת חשוד, מביא בהכרח לפסילת ההודהה. ככל הפסילה הפסיכית, כפי שנקבע בהלכת **יששכרוב**, אין מביא לפסילה אוטומטית כל עת שנפל פגם כלשהו באיסוף הראיה או בגבייתה. מדובר בעילת פסילה שבשיקול דעת, המצrica איךון בין מספר רב של שיקולים. בנוגע להפנות לע"פ 10477/09 **mobarak ואח' נ' מדינת ישראל** (10.4.2013), שם צינה כב' הנשייה (כתוארה אז) נאור כך:

"הדרך השנייה לבחינת קובלות הודהה, לפי הלכת **יששכרוב**, היא דוקטרינת הפסילה הפסיכית שנקבעה בהלכה זו. מדובר בעילת פסילה שבשיקול דעת בית המשפט, אשר תופעל כאשר מגיע בית המשפט למסקנה שההודהה נגבתה שלא כדין וקובלתה במשפט תיצור פגעה מהותית בזכותו של הנאשם להליך פלילי הוגן החורגת מגדריה של פיסקת

הגבלה [] התנאים לתחולת דוקטרינת הפסילה החוקתית הם שהראה השוגה שלא כדין (באמצעי חקירה המוגדים להוראה הקבועה בחקיקה או בנסיבות מחייבים, באמצעותי חקירה בלתי הוגנים או באמצעותי חקירה הפוגעים שלא כדין בזכות-יסוד מוגנת) - וקבלתה במשפט תפגע משמעותית בזכותו של הנאשם להילך הוגן שלא על-פי גדריה של פסקת הגבלה [] קווים מוחים להפעלת שיקול הדעת לפי דוקטרינת הפסילה הפסיקתית הם, בין השאר אופיה וחומרתה של אי החזקיות שהייתה כרוכה בהשגת הראה [] מידת השפעה שלאמצעי החקירה על הראה השוגה [...] ובהתאם הנזק מול התועלת החברתיתם הכרוכים בפסקת הראה".

22. השאלה היא אם מדובר בפגם היורד לשורשו של עניין ואשר מביא למסקנה בדבר פגעה מהותית בזכותו של הנאשם להילך הוגן. לדידי, התשובה לשאלה זו היא בשלילה. יש לזכור שלא מדוברשמי שנחקר עוד, אלא חשוד בעבירה חמורה (וחמורה משמעותית מזו בה אנו עוסקים בעת). הנאשם הווזר כדין בפתח חקירתו, בנוסח המקובל, הוא קיבל הודעה כדין על זכותו להיוועץ בעורך דין והוא אף מימש זכות זו ונוצע בעורכת דין טרם החקירה. הנאשם ביקש מיזמתו למסור הסבר מלא ומפורט על אירועיו אותו יום. הוא תיאר את אירוע הבוקר על מנת להסביר - מנוקדת מבטו - את אירוע שהתרחש בהמשך היום, הינו האירוע בגיןו זמן לחקירה ושיהי ידוע למשטרת. אצין כי הנאשם שב והודה באירוע הבוקר גם בחקירה נוספת באותו היום (ת/21) ואף לאחר שנוצע שוב בסנוור (הפעם סגנור אחר). בנסיבות זה, קשה לומר שקבלת דבריו על אודוט אירוע הבוקר כראיה, תביא לפגעה מהותית בזכותו להילך הוגן.

23. יש לזכור עוד שהازהרה מפני הפללה עצמית "נעודה לוודא כי הנאשם ער לזכויות אלה בעת חקירתו, וכי הוא יותר עליו במודע בעת מסירת אמרתו" (**יששכרוב**, פסקה 17 לפסק דין של השופטת (cthorea אז) ביניש; ע"פ 09/09 **סמירק נ' מדינת ישראל**, פ"ד נ(3), 529; להלן - עניין **סמירק**). לא ניתן להטעם בכך שמדובר באירועים הכרוכים אחד בשני, לשיטת הנאשם עצמו, בבחינת חוליות שונות של אותה שרשת אירועים. משכך, קשה לומר שנוסח האזהרה אשר הבהיר לנ/latest את זכותו שלא להפליל את עצמו בגין אירוע אחר הצהרים, פגעה באוטונומיה שלו שלא להפליל עצמו באירוע הבוקר (ראו בהשווואה: "לטעמי", נוסח האזהרה בחקירה הרלוונטייה היה זהה אשר הותיר לעידן את האוטונומיה לבחור שלא לשתק פעולה עם החוקר" (ע"פ 3237/15 **און יהודה נ' מדינת ישראל** (1.6.2016)). במיוחד הדברים נכונים כאשר הנאשם נוצע בעורך דין לפני כל אחת מהחקירהות ובחר מיזמתו (פעמים) לתאר אירוע זה על מנת ליתן הסבר להתנהגותו באירוע המאושר יותר.

24. סיכומו של דבר. לאור עצמת הפגם (כל שקיים); העובדה שאין לומר שפגיעה האוטונומיה של הנאשם להימנע מהפללה עצמית (ובוואדי שלא באופן מהותי); והמסקנה לפיה קבלת ההודה לא תביא לפגעה ממשית בזכותו של הנאשם להילך הוגן, אין מקום לפסול את הודותה הנlatest בהתאם לכל הפסילה הפסיקתי (ראו בהשווואה: תפ"ח (ב"ש) 8-18-03 63357-2021 **מדינת ישראל נ' אסף מסעוד סוויסה** (15.2.2021)).

25. בהתאם יש לדחות אף את הטענה כי יש להעניק סעד בנושא בהתאם לדוקטרינת ההגנה מן הצדקה, שהרי מדובר במבחןים דומים ובראשם בחינה אם נכון הפגמים "ניהול היליך הפלילי פגע בחריפות בתחום הצדקה והגינות" (ע"פ 19-4039/2021 **נחמני נ' מדינת ישראל** (17.3.2021)). בכל מקרה כאשר הטענה היא לפסילת ראייה, על

פי רוב המשפט נקבע לדין היא כלל הפסילה הפסיכית ולא הגנה מן הצדק. ראו:

"דוקטרינת ההגנה מן הצדק' מתיחסת בעיקרה לפגמים שנפלו בכתב האישום או בניהול ההליך הפלילי, ואילו כלל הפסילה הפסיכית "كونקרטי יותר [...] על פני הדברים יש לחת לו עדיפות כאשר הפסול בהתחנגוותן של רשות התביעה דבק בשלב של איסוף הראיות, להבדיל מפגמים שעוניים עצם העמדת לדין וניהול ההליך הפלילי" (ע"פ 2868/13 ח'יבטוב נ' מדינת ישראל, פסקה 10 לפסק דינה של השופטת ברק-ארץ (2.8.2018))

...

גבי דייד, עדיף 'כלל הפסילה הפסיכית', באשר הוא 'נתפרק' במיוחד למידותיהן של ראיות שהושגו שלא כדין, על פני ההגנה מן הצדק' הכוולנית והעומומה; מה גם שעלי פני הדברים נקבע בסעיף 149(10) לחס"פ 'הסדר שלילי', שעל-פי תחולת 'הגנה מן הצדק' היא מעת הגשת כתב האישום; לא קודם"מ (בש"פ 1758/20 **וונטן אורין** ואח' נ' מדינת ישראל (16.1.2021); להלן - **ענין אורין**).

26. כאשר נקבע שאין מקום לפסול את הودאות הנאשם, הרי שהן קבילות בהתאם לסעיף 12 לפקודת הראיות. כפי שצוויל לעיל, ההודאות הוגשו ללא התנגדות. לא נטען שהן לא נמסרו באופן חופשי ומרצון ולא הוועלה טענת זוטא. אציג עוד שנהאש לא טען שרואו ליתן משקל נמוך להודאות לאור הפגמים להם טען, אף לא טען דבר ביחס למשקל ההודאה בהתאם למבחנים הנוגאים בנושא. עם זאת, ATIיחס לנושא בקצרה להלן:

ב. משקל ההודאות

27. הودאת חז' של חז'וד היא ראייה בעלת משקל ניכר ואם מזקה לאמון, די בה בצירוף "דבר מה נוסף" לצורך הרשותה הנאשם. הדעה המקובלת גורסת כי אדם לא יודה בדבר שלא עשה, לא כל שכן בעבירה חמורה בגינה צפוי הוא לעונש חמום. הנחה זו מגולמת בביטוי ההלכתי לפיו "אין אדם ממש עצמו רשע" (יבמות כה ע"ב). מכאן מעמדה הרם של הודאת חז'וד ויש אף שכינוה מלכת הראיות (דנ"פ 4342/97 **מדינת ישראל נ' אל עביד** פ"ד נא(1) 736, 809). עם זאת, במהלך השנים האחרונות ניסיון לא מבוטל ביחס למצבים בהם הודהו חז'ודים ב冤枉 פשעים שלא ביצעו. הסיבות האפשריות לכך הן רבות ומגוונות ובן מבנה אישיות חלש ומיוחד, לחץ חיצוני כבד, לחץ פנימי, טעות בשיקולי כדיות, אמצעי חקירה פסולים, רצון לרצות את החוקרים, רצון להביא להפסקת החקירה, מניעים נסתרים, ועוד (ראו ע"פ 4179/09 **מדינת ישראל נ' אלכסי וולקוב** (18.10.2010); פסק דין של השופט הנדל). על כן יש להיזהר בישום ההנחה האמורה, ויש לבדוק את אמיתיות ההודאה מתוך גישה ביקורתית ומثار הנחת מוצאה שמדובר בראייה "חשודה" (ראו בעניין זה למשל מאמרו של מ' קרמניצר, **הרשעה על סמן יהודא - האם יש בישראל סכנה להרשות חפים משפט**? המשפט א (תשנ"ג) 205; מאמרה של ד' דורנער, **"מלכת הראיות נ' טארק נוג'ידאת - על הסכנה שביהודים-יהודים וכיוצא להتمודד עימה"** הסגנון 95, 5; ומאמרו של ב' סנג'רו, **"היהודים כביסיס להרשעה - האמן מלכת הראיות" או שמא קיסרית הרשות השווה**, עלי משפט ד (תשס"ה) 245).

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

(באמצעות מבחן החופשיות ומרצון), גם על מהימנותה וזאת באמצעות שני מבחנים - פנימי וחיצוני. "הARBAN הפלילי הפנימי" נכנס פנימה לדיל"ת אמות ההודאה. מבחן זה תר אחורי סימני האמת הנלמדים מנוסח הדברים, מידת פירוטם וסבירותם הפנימית. המבחן החיצוני יצא החוצה ובודק אחר סימנים שמחוץ לדברי המערער בהודאותו, אשר יכולים ללמד על אמיתותה. זהוי דרישת "דבר מה נוסף" (ע"פ 10/3140 פלוני נ' מדינת ישראל (25.11.2012)). בין שני מבחנים אלו קיים יחס של מקבילות כוחות "כל משקל העצמי של ההודאה גדול יותר, ניתן היה להסתפק בדבר מה נוסף בעל משקל פחות ולהיפך" (ע"פ 12/7532 אדם איטל נ' מדינת ישראל (11.12.2016)). בע"פ 09/4197 מדינת ישראל נ' אלכסי וולוקוב (18.10.2010), הציע השופט הנדל מבחן נוספת הבודק את זהותו של מוסר ההודאה וזאת "בנפרד ובמשולב" מיתר המבחנים, על מנת לבדוק שמא שיר מוסר ההודאה "לאחת מהקבוצות אשר לחבריה נשקף סיכון גדול יותר למסירת ההודאות שווה".

29. גם שהנאשם לא טען דבר בנושא, וממילא שלא מסר הסבר אפשרי לכך שאין לפניו הودאת אמת, דעתו היא שנគן לבדוק את הודאותו על רקע האפשרות שמשירות הגרצה בדבר אוירוף הבוקר הושפעה מרצונו לשכנוע את החוקרים בדבר העובדה שהוא מצוי בסכנה שהצדקה את התנהגותו באירוע אחר הצהריים. כמו כן אין לשכח שמדובר באירוע לגביו לא קיימת גרסה מתלונן, וזו לעתם חזק של מספר עדדים שלא חזרו על כך בבית המשפט, כפי שיסביר 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 דיןה של השופטת ברק-ארץ). על רקע אפשרות זו בחנתי את גרסתו ועדין מצאתה כבעלת משקל פנימי גבוהה. אסביר מסקנתיו.

30. קריית הודאת הנאשם מלמדת על אירוע בעל היגיון פנימי רב. מדובר בסיפור מרובה פרטים, אשר הקורא אותו מתרשם שלפנינו אוירע שכן התרחש. הנאשם תיאר שמדובר באדם המוכר לו ואשר נהג להגיע למקום עם חבריו, לשותות אלכוהול ולהוות מטרד. הנאשם תיאר את שעת האירוע, את התנהגותו של נ.ג, את העובדה שנטל פירות מוביל לשלם ואת העובדה שהחיזק בקבוק בירה. הנאשם הקפיד להציג כי התנהגותו האלימה נבעה מאמונה שהוא מצוי בסכנה ולכן פעל כפי שפועל. הוא אף מסר שעובדים אחרים היו עדדים לאירוע. כל אלו מלמדים על היגיון פנימי רב המעניין להודאה משקל גבוה המאפשר לראותה בה הודאת אמת. אציין עוד שהנאשם חזר על גרסה זו בהודעה נוספת באותו יום, לאחר שנוצע שוב בסוגור (ת/21). הודיעה זו מצולמת, ולאחר שצפיתי בה התחזקה מסקנתו שהודאת אמת לפניו. מסקנה זו יפה גם בהיבאי בחשבון שאין לפניו מתלון המעיד על אירוע זה. שוב, אדגיש שהנאשם עצמו לא טען בעדותו שהודה באירוע שאינו אמת, ואף סנגורו לא טען כך בסיקומיים.

31. ועדין נדרש "דבר מה" לצורך הרשעה על בסיס הודאה זו. כדי如此, הדרישה לתוספת מסווג "דבר מה" להודאת נאשם מטרתה הסרת חשש שהוא שווה. מכאן שאין על ראייה זו להיות ראייה מסובכת כדוגמת סיוע, אלא בעלת כוח אמיתי, היינו צו "יש" בה כדי לאשר במידת מה את תוכן ההודאה ולהציב על אמיתותה" (ענין סמירק). עוד ראוי לציין שעל הראייה להיות חיונית להודאה והיא אינה יכולה לנבוע מהתוכנה. ככל משקל העדודה נמור כך תידרש תוספת ראייתית במשקל גבוה יותר ולהיפך (קדמי, על הראיות, עמ' 146). בענייננו, לצורך המבחן החיצוני, הרוי שלاور משקל הגבהה של ההודאה והעובדה שאין לפניו טענה להודאת שווה, די בראיה במשקל נמור יחסית על מנת לקיים את דרישת הדבר מה.

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

33. אקדמי ואומר כי מטעם המאשימה העידו ארבעה מעובדי החנות - אחמד יאסין, מארק פנסנקו, מוחמד יאסין ודניאל סעד. התרשמתי בצורה ברורה שעודותם של עדים אלו בבית המשפט ניתנה מתוך ניסיון לסייע לנאים וחילקם אף עשו זאת במטרה "لتתקן" את השפעת הדברים שאמרו במשטרת. התרשמתי שעודים אלו לא גילו את כל המידע להם ועודותם הייתה סלקטיבית והשפעה בצורה ברורה מרצונם שלא לפגוע בנאים. אצין עוד שככל העדים מסרו בבית המשפט דברים שונים (במבחן זה או אחר) מלאו שמסרו במשטרת ומשחק הוכרו עדים עווינים והتابקשתי להעדיף את עדותם במשטרת. אתאר להלן את עדותם של העדים הרלוונטיים לעניינו מבין עובדי החנות, וזאת בהקשר בו אנו עוסקים בעת - קיומו של דבר מה להזדאת הנאים.

34. אחמד יאסין (להלן - אחמד) הוא אחד מעובדי החנות. אחמד העיד כי "ראיתי שהאתופי נכנס לחנות ואני יר��ות ויצא בלי לשלם ויעקב אמר לו מה אתה יוצא מה אתה לאשלם על זה והאתופי הרים את ידו לכיוון שלו לכוון יעקב ויעקב הגן על עצמו ודחף אותו" (בעמ' 139, בש' 31- עמ' 140, בש' 2). בהמשך העיד שראה "שהאתופי נפל" (בעמ' 140, בש' 7). דומה שדי בדברים אלו על מנת לקיים את דרישת הדבר מה הנדרש במרקחה זה. מדובר בעדות שיש בה אימות ברור לgresת הנאים במשטרת ואשר מסירה כל חשש בדבר הودאות שווה. ודוק: אין כל טענה שמדובר בעדות שקרית אשר מטרתה להזיק לנאים וכאמור התרשומות היה דוקא מהיפוכם של דברים.

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

36. כך גם בכונתי לנוהג ביחס לעדות של מר דניאל סעד (להלן - דניאל), עובד נוסף בחנות. דניאל העיד כי "בבוקר הבחור בא גנב פירות וירקות ויעקב רק צעק עליו ענו לא עשה לו שום דבר" (עמ' 85, בש' 12). בהמשך הסביר כי "האתופי, הוא שתו, הוא גמור ... מסטול, בא לשם עם בירות מסטול מתחילה לךת..." (בעמ' 85, בש' 16). מנגד במשטרת מסר דניאל שהנאשם אמר לו שהיכה את האדם שגנב פירות והוא נפל (ת/3) ובבית המשפט התכחש לדברים, ואולם אף כאן איןני רואה לדון באפשרות להעדייף את gresתו במשטרת, לאור כך שדי בראיות שפורטו לעיל כדי לקיים את דרישת הדבר מה.

37. התוצאה היא שהוכחה קבילות הודאות הנאים ביחס לאירוע הבחור וכן הוכח שיש ליתן לה את מלאה המשקל כהודאת אמת. אציג שלא הייתה טענה בדבר קבילות ההודאות ביחס לאירוע הכהורים, אלא רק ביחס לאירוע הבחור.

ג. **הטענה להגנה עצמית באירוע הבוקר**

38. נזכיר שוב. בבית המשפט הבהיר הנאשם כל אלימות באירוע הבוקר וממלא אפוא שלא טען שעשה זאת להגנה עצמית. עם זאת, בסיקומים טען הסנגור טענה חלופית לפיה הנאשם עשה את המעשים המוחשיים לו באירוע הבוקר אגב הגנה עצמית.

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

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

41. ואולם, יש להראות כי לטענה זו בסיס בריאות. ניתן להקשות ולשאול כיצד תמצאנה ראיות לכך שה הנאשם פעל מתוך הגנה עצמית אם העיד שלא פגע כלל בנ.ג. בענייננו, ניתן לזרות שני מקורות כבסיס ראויים לאפשרי לטענה בדבר הגנה עצמית. האחד מקווטו בעדותם של אחמד ומארק, והשני בהודאותו של הנאשם במשטרת, עת תיאר את הסיבה בגיןה נקט אלימות נגד נ.ג.

42. אין מקום בשלב זה לפרש את התנאים הנדרשים על מנת לעמוד בסיג בדבר הגנה עצמית, שכן דעתך היא שטענה זו לא הוכחה ولو ברמה הבסיסית-עובדתית. אסביר.

43. הנאשם הודה במשטרת שבעט בנ.ג. עת **שכב על الكرקע** לאחר שנפל מהסטיירה שספג (ת/20, ש' 121). תיאור זה אינו מתישב עם הגנה עצמית (bihus lebuteha) ודומה שלא יכולה להיות על כך מחלוקת, שהרי בשלב זה נ.ג. לא היה כל אiom אף לשיטתו של הנאשם (ראו תשובה לשאלת הצד הירושה נ.ג. אiom בשלב זה: "אולי הוא היה קם לעבריו ומנסה לתקוף אותו שוב" (ת/21, בש' 30); לתנאים הנדרשים לצורך סיג הגנה העצמית, ראו: ע"פ 4784/13 **ניר סומך נ' מדינת ישראל** (18.2.2016); להלן - **ענין סומר**; דיוון מפורט בתנאים יובא בהמשך, בפרק הדן באירוע אחר הظורפים ולעת זהה הדבר אינם נדרש).

44. משכך, נותרה לדיוון רק השאלה אם **הסתירה** חוסה תחת הגנה עצמית.

45. כפי שצinton לעיל, התרומות מעדותם של מאrk ואחמד, כמו גם מיתר עובדי החנות, הייתה שלילית. התרומות שעדותם לא הייתהenna, אלא סלקטיבית, וכי הם ביקשו למסור גרסה שתטיב עם הנאשם. אינני סבור שנייתן להסתמך על גרסאות אלו לצורכי קביעת ממצאים עובדיים ללא חזוק ממשמעות. ודוק: יש לזכור גם שגרסת הנאשם בהודאותו

במשטרה שונה בפרטיהם מהותיים מגרסתם של השניים. כך, הנאשם הודה שטר לנג ואילו השניים תיארו דחיפה בלבד. כן הודה הנאשם שבעט בנג לאחר שהופל ארצה, אך השניים לא ראו לתאר פרט זה, הגם שאין היכנות שאם אכן נ徇ו באירוע לא הבינו בחלק זה. הבדלים מהותיים אלו מעמידים בספק רב את יכולת להסתמך על עדותם ביחס לנקיות המשפט, היינו האם הנאשם סתר לנג לצורך התגוננות. שילוב סתרות וחסרים אלו, בצוירוף התרשםו השילויים מעודותם, אינה מאפשרת להסתמך על עדותם לצורך קביעת מצאים ביחס לטיבת בגינה סתר הנאשם לנג והאם אכן התקיימו נסיבות המקומות טענה להגנה עצמית.

46. נותרה אפוא הودאותו של הנאשם כמקור אפשרי לביסוס טענתו להגנה עצמית. ואולם, הסמכות על מקור זה אינה נקייה מבעיות. קושי ראשון עניינו בכך שה הנאשם לא חזר על גרסה זו בבית המשפט ולא אפשר לבדוק אותה בחקירה נגדית. עם זאת, הכלל הוא כי "בהתמך על הودאותו של הנאשם נאשם בחקירה", ראוי לבדוק את ההודהה בכללותה ושלמותה וזאת ב כדי شاملאת הסקת המסקנות מתוכה, הן העובדות והן המשפטיות, לא תהא לוקה בחסר. כמובן שבקבלה ההודהה אין בכך להוביל להסתמכות מוחלטת על כל חלקה._CIDOU, קובלות לחוד ומשקל לחוד... ובאשר למשקל שיש לומר אמרות מזכות של נאשם - ראוי לבדוק בין מצב בו הנאשם שותק, לבין מצב בו הנאשם בוחר להעיד בבית המשפט אך מתחש לאמרותיו בחקירה... בעוד שה הנאשם הראשון לא חשף עצמו לחקירה נגדית כלל, ואין שום יכולת לאמתו עם הדברים שמסר בחקירה, הנאשם השני חשף את עצמו לכך, ומאפשר לתביעה שמנגד לחקרו על כל אמרותיו, ולבית המשפט לתרשם מתגובותיו בעדות. לכן יש משקל" (ע"פ 2592/15 פלוני ב' מדינת ישראל (6.7.2016)).

47. בעניינו, הנאשם בחר להעיד ולא שתק. ואולם, הוא לא חזר על גרסה זו ואף התחש לה. משכך, עקרונית, ניתן להסתמך על כל חלקו ההודהה. עם זאת, הדבר אמר לו להיעשות בזיהירות ותווך בחינת מלא גרסתו והיכולת ליתן בה אמון ונitin כМОון לדוחות את החלקים המזכים, תוך אימוץ החלקים המרשימים בלבד. אקדמי ואומר שМОון אני להניח שה הנאשם בחר (טקטית) להתחש להודהה זו על כל חלקה, על מנת שלא "להציג" עצמו כאלים ולפגוע באמונות גרסתו ביחס לחלק העיקרי בכתב האישום, היינו אירוע אחר הצהורים. לעומת, שאפשר שה הנאשם בחר "להזכיר" אישום זה על מנת להוות סיכון סביר להגנתו באישום החמור יותר. מטעם זה נדרש בוחינה זהירה של החלק המזיכה בהודהה, שמא היא אכן מבטאת גרסת אמת גם בחלק המזיכה שלו.

48. ואולם, דומני שישנו קושי ממשי לקבל טענה זו בנסיבות העניין מבלתי שה הנאשם אפשר בוחינה אמינותה הגרסה באמצעות שאלות ומתן אפשרות לבית המשפט למסור מכנוט גרסתו ותחושתו שכן חש מאויים. בעניין זה אצין כי עדותם של הנאשם הייתה רצופה חצאי אמימות, אף שקרים, וזאת כפי שנראה בהמשך (בפרק אירוע אחר הצהורים), עת התחש לדברים שאמר במשטרה (ביחס לאירוע אחר הצהורים וכן אירוע הבוקר), גם שעומת עם חקירה מצולמת בה הוא נשמע אומר את הדברים (בעמ' 247). כמו כן הוא תיאר בעדותו את אירוע אחר הצהורים בצורה שונה מזו הנראית בסרטון המתעד את האירוע. גם במשטרה התיאור היה שונה לחדוטין מהמציאות כפי שנראית בדייטק, באופן שאינו מעניק אמינות ליתר חלקו הגרסה (ראו סעיפים 51 ו-101 להלן). מטעם זה מתקשה אני לקבל את הטענה שנג נהג כלפי בעלונות אשר חיבה לסתור לו להגנה ואף לא באופן המותיר ספק בדבר הדרך בה התרחשו הדברים. אצין שכאשר נשאל הנאשם על ידי החקורת מה גרם לו לחשוב שנג עומד לתקוף אותו טען כי "הוא פתח את הידים לצדים עם האגסים בידי אחת והבירה בידי השנייה וניסה לזרוק אחד מהם לכיוון שלי אני בטוח שהוא ניסה לתקוף אותו אחרת לא הייתי נוגע בו" (ת/20, ש' 116). תיאור זה אינו מתישב עם סכנה מוחשית ומידית. נראה על פי תיאור זה שנג היה

מרוחק יחסית מה הנאשם שאחרת אין היגיון לטענה בדבר ניסיון זריקת הא�ס (או הבירה) לעברו. וככל שהוא לא היה קרוב אליו, אין אפשרות לקבל את הטענה שהיא חייב לסתור לו על מנת למנוע סכנת מוות ומידת לגופו, שהרי יכול היה לסתות או אף לנ��וט אמצעי פוגעני פחות מסתירה שהפילה את נ.ג ארצתה. הנאשם לא אפשר לבדוק את גרסתו ומשכך, יש קושי להסתמך על חלק זה בהודאה לצורך ביסוס טענה עובדתית חלופית. יש לזכור עוד שבהתאם לסעיף 34ה' לחוק העונשין "חזקת על מעשה שנעשה בתנאים שאין בהם סיג לאחריות פלילתית" ומשכך על הנאשם לטעת שפרק בהנחה מצא זו. זאת הוא לא עשה. אציו בעניין זה שוב שלא ניתן להתבסס על עדויות מארק ואחמד, מהטעמים שפורטו לעיל, אך שלא קיים בסיס ראוי המאפשר להגיא למסקנה בדבר קיומה של תשתיית עובדתית המאפשרת כל דין בטענת הגנה עצמית.羿ם 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 מכיר או ידיד על התייחסות של המערער לכך" (ע"פ 4795/13 **אמיר בזינסקי נ' מדינת ישראל**)).(20.1.2014).

49. גם בעניינו חסר עיקרו של דבר. בהיעדר ראיות מהימנות, אין אפשרות לקבל את עקריו העובדות הנדרשות ובמיוחד כיצד העירק הנאשם את הסיטואציה בה היה נתן ומדוע סבר שהוא חייב לנ��וט אלימות (סתירה) כדי להימנע מסכנה מוות ומידת. כמו כן לא ניתן הסבר מדוע נדרשה סטירה כה חזקה אשר הפילה את נ.ג ארצתה. סיכומו של דבר, שאיני רואה בסיס עובדתי מספק לגרסה עובדתית חלופית זו, לא בגרסאות מארק ואחמד ולא בחלק המזכה שהבודהה, וזאת אף לא ברמת ספק סביר שמא המעשה נעשה כהגנה עצמית. משכך, הוכחו יסודות העבירה שבאים זה, תקיפה סתם לפי סעיף 379 לחוק העונשין.

II - אירוע אחר הצהריים

A. סקירת הראיות

50. כפי שצוי לעיל, בשל מצבו הרפואי של נ.ג לא זכיתי לשמעו את גרסתו וזה 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. ראייה **שלישית** היא הודעתו של הנאשם במשטרה, בהן התייחס לאירוע אחר הצהריים והודה שנכח בנ.ג, אך לטעنته כהגנה עצמית. ואולם, טרם דיוון בראיות המאשימה אפרט את עדות הנאשם בבית המשפט ביחס לאירוע זה, על מנת להבין את ירידת המחלוקת.

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

כבר עתה "שדרכו" של הנאשם בבית המשפט שכן נגח בנג לא הייתה קלה. בתחילת טען לדחיפה בלבד ואף טען שהחוקר במשטרה רשם שהודה שנגח בו "על דעת עצמו" (בעמ' 234). אף לאחר שהוזג בפניו סרטון (ת/21א') המתוعد את חקירותו במשטרה לא "נאות" לאשר כי הוא האדם הנראה בחקירה ומילא פוי מים כאשר שמע עצמו (בעמ' 247). אין צורך לומר שההתנהגות זו מלמדת על מניפולטיביות והיעדר אמינות ברור זהה אכן הרושם שהותיר בי הנאשם בעדותו, שהוא שלילי ביותר. התרשםתי כי הוא לא תיאר את מלא התמונה. החסיר פרטיהם שלא היו נוחים לו ותיאר את הדברים באופן מגמתי ובلتוי אמין. מטעמים אלו מתקשה אני ליתן אמון בגרסתו ולנושא זה תאה נפקות בהמשך. כעת, אשוב לסקור את הראיות הקשורות לאיורו אחר הכהרים.

.52.

כאן המקום להביא את גרסתו של הנאשם במשטרה לאיורו זה:

"סבירות 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 התקרכתי אליו ואמרתי לו שהזה לא מתאים מספיק עם הקילולות יש מלא קליננטים זהה לא יפה. איך שאתה מדבר איתנו הגיע הבוחר האתיופי שניסה לזרוק עלי סלע מקודם, **חטף מקל סבא מאחד הזרים שি�שבים בקרבתו ותקף אותו בראשי עם המקל סבא בהפתעה**. ואני באופן אינסטינקטיבי כדי להתגונן נגחתי בו בפניו ומהגניחה הוא נפל על הרצפה ו**קיבל מכה בראש...** חשוב לי לציין ... בתקיפה של השעה 10.30 בבוקר הוא ניסה לתקוף אותו ראשון ..." (ת/20; ההדגשה שלי - יט).

.53. ראייה 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 סגור את החנות באחת וחצי ואני חוזר בשעה ארבע, לרוב אני מחוץ לחנות, החנות היא קטנה עמוסה אני מעדיף לשבת בחוץ, יש שם בעבר יש שם בטונדיות כאלה ובזמןנו כל יום הייתה קבוצה פרועה שם של איש חמיisha אתיופים שהם היו ישבים על הבטונדיות הם שותים בירה מהבוקר עד הערב, הם לא עושים רע, לא פוגעים באף אחד, לא מזיקים, אבל הם פשוט ישבים ושותים בירה, בשלב מסוים הירקן בא מהכיוון של חנות הירקות והאתיאופי כל הזמן דיבר, קילל, אני לא יודע מה הוא אמר פתאום הוא קם לידיו יש 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 כהה.

כבר הש' טורס : מראה תנואה 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, הזמין אמבולנס, גם מגן דוד וגם איחוד והצלחה, ניסו לטפל בו, חיברו לו בלון חמצן, אין לי מושג מה הם עשו, האתיופי לא קם זהה, לא היה שם מכות, הם לא הרביצו, לא כלום, זה כל הסיפור.

עו"ד בנימין : או קי', מה קרה אחרי שאמרה שהירקן דחף אותו וזה הוא נפל לרצפה ואז מה הירקן עשה?

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

(ההדגשות שלי - י.ט)

54. אקדמי ואומר כבר עתה שעד זה הותיר בי רושםאמין ביותר. התרשםתי שהוא עשה ניסיון כן ואמיית לדיק בדבורי, מתוך הבנת חשיבות הדברים ומשמעותם. גם שהתרשםתי שחש אי נוחות בשל הצורך בנושא, ניכר היה מעודתו שהוא מבקש לומר אמת, לדיק בפרטיהם ולא להטעות.

55. ראייה נוספת - והיא המרכזית והחשובה מכלן - היא סרטון המתעד לפני הנטען את האירוע. מדובר בסרטון אשר צולם על ידי מצלמות אבטחה הממוקמות על בית עסק בשם מרכולית מרכז ניצן (להלן - המרכולית). הסגנור טען לפסנות ראייה זו והוא הקדיש חלק ניכר מטכומיו ומאמציו לשכנע שיש לפסל ראייה זו. משכך, אפרת להלן את האופן בו הושגה ראייה שכן לדברים תへא חשיבות בהמשך להבנת טענות הסגנור בנושא.

56. בעניין זה העיד מר מיכאל דרורי (שהוא חוקר מיומן, להלן - דרורי) אשר טען שהגיע ביום 22.7.20 ביחד עם השוטר קרייניס למרכזית ולאחר שהבין שקיימת במקום זה מצלמה רלוונטי לאירוע, ביקש את הסכמתו של מחזק המוקום (מר אשר אנקווה, להלן - אנקווה) להוריד קבצים ממיכשיר ה-DVR שבמקום (בעמ' 159-160). דרורי הסביר כי נמצא במקום שני מכשירי DVR והוא הוריד סרטונים מהם. בעקבות פעולות אלו נערכו שני דוחות "להפקת ראייה דיגיטלית" (ת/8, ת/8א') וכן נערך דוח "ביקורת בזירה לחוקר ז"ט", אותו ערך השוטר קרייניס ואשר הוגש בהסכמה (ת/29). אין מחלוקת שהורד הסרטונים נעשתה ללא צו שיפוטי ובעניין זה טען דרורי שקיבל את הסכמת מחזק המוקום לאחר שהסביר לו שאין חיב להסכים (בעמ' 163).

57. הסגנור טען בנושא זה כי בת/8 (וכן בת/8א') לא ציין שמחזק המוקם היה מודע לכך שהסרטון ישמש ראייה בבית המשפט. כן נטען שלא התקבלה הסכמה מדעת מחזק המוקם שכן לא הוסבירה לו מטרת נטילת הסרטונים וכי זכותו לסרב לכך. עוד טען הסגנור כי מי שnant, לכארה, את הסכמה להוריד את הסרטונים אינו בעל המרכולית ובכל מקרה DVR ממנו הופק הסרטון הרלוונטי לאירוע לא שייך כלל למרכזית אלא לאדם אחר בשם ביטון. לאור קר, נטען שלא היה בכוחו של מחזק המוקם ליתן הסכמה להפקת הסרטונים מהמכשירים. מטעמים אלו טוען הסגנור שהראייה הושגה שלא כדין וכי קבלתה תפגע בזכותו הנאשם להילך הוגן ولكن יש להורות על פסילתה. טענה נוספת שבי הטענה היא שקיים ספק בדבר חתימתו של מחזק המוקם על הטפסים ת/8-ת/8א' וכן שקיים פגם בשרשראת המוצג באופן הפוגע ביכולת לקשור בין הסרטון (המצוי בת/5) למקרו, וכן הסרטון שנטען שהציג לעדים במשטרה.

58. המשימה טעונה בעניין זה כי גם שאנקווה טען בעדותו שאינו הבעלים של המרכולית, הרי שהוא איש עסקים שיר לבנו וכי הוא עובד במקום. בנוסף התבטא אנקווה בעדותו בביטחון המלמדים על בעלות מעשית במרכולית. כן נטען שאנקווה העיד לשוטרים הגיעו למרכזית عشرות פעמים על מנת להוריד סרטונים והוא נכון בביבורים אלו. ביחס לטענה שאנקווה לא ידע לומר אם חתימתו מופיעה על המסמכים שהוצגו לו, נטען שהוא העיד שולדעתו זו חתימתו שכן הוא חותם בכל פעם באופן אחר. כן טענה המשימה שהחוקר המiomן דרורי העיד שבדק את הסכמתו של אנקווה וכן שהסביר לו שאין חיב להסכים לכך. עוד נטען שדרורי העיד בדבר הסימון החד-חד ערכיו שהוא מעניק לתיקיות בהן נשמרים הקבצים המודדים מצלמות ועל אודות הקשר בין הסימון שנייתן במקרה בת/8; בת/8א) לבין הסרטון הרלוונטי.

אדון בטענות אלו להלן.

ב. שרשרת המוצג

59. אכן, יש ממש בטיעוני הסגנון כי תיעוד הפעולות שערך דרורי בקשר עם הסרטונים שהוריד ממכשירי-h DVR שבמרכזולית חסר, וכי נכוון היה לבצעו בצורה טובה יותר. אסביר. אין מחלוקת שהשטררים לא תפסו את מכשירי-h DVR אלא העתיקו במקום את הקבצים שמצאו בהם הרלוונטיים. כמובן, המכשירים אינם מצויים בידי המשטרה ואף לא מלאו תוכנם כפי שהיא ביום הרלוונטי, אלא הסרטונים הרלוונטיים בלבד. מכאן עולה שראיות המקור אינה בידי המשטרה, אלא העתקה בלבד, ואף באופן חלק. ביחס לשיטת הפעולה העיד דרורי שהעתיק את הקבצים ממכשירי-h DVR לתיקייה עם שם זמני בבקעת ניד (disc on key) שהיה ברשותו (בעמ' 200). עם זאת, העד לא ערך כל תרשומת בנושא והקבחן הניד לא היה נמצא על מנת לבדוק את תוכנו (בעמ' 199). בהמשך הסביר העד שבמשרד בתחנה הקבצים מועתקים למחשב עם אותו שם של תיקייה זמני (במקרה זה "מרכזולית ניצן"). כן הסביר העד שהקבצים מקבילים "מספר עובודה" המצביע את שרשרת העבודה (בעמ' 200), אך הסכים שלא קיים תיעוד לפעולה זו וכי במסמך בו הפעולה אמרה 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 (הינו זה המצו依 בת/5) מתאר את האירוע מושא כתוב האישום. חרף הקשיים שפורטו לעיל בשרשרת העתקת הסרטונים, יש להכניס את הטיעון למסגרתו הנכונה ולמדיו הראויים וראוי שבסירה זו ידריכנו ראשית השכל היישר, שהוא כידוע "חבר כבוד במוועdon המשפט" (דברי השופט רובינשטיין בגב"ץ 7067/07 **חיים נתנאל בע"מ נ' שר המשפטים פרופ' דניאל פרידמן** (30.8.2007)). אכן, דרורי לא תיעוד בצורה מושלת את "זרכו" של הסרטון ממכשיר-h DVR שבמרכזולית ועד לת/5. ואולם, דומה שאין לפניו טענה קלאסית בדבר "שרשרת מוצג", כפי שקיים למשל בעניין סמים, או חוץ כלשהו בעל חשיבות ראייתית שנמצא בזירת אירוע. זאת בשל כך שכאשר הסרטון יידאו עסקין, ניתן להזות אותו כראייה הרלוונטית לעניין הנדון, באמצעות תוכנו. על פי רוב מדובר יהיה הסרטון המתעד אירוע ייחודי וחד פעמי, אשר מעיד מתוך שהוא הראייה הרלוונטית לעניין בו עוסק ההליך.

61. יתכן כמובן מקרים בהם הסרטון לא ישקף אירוע בעל מאפיינים ייחודיים (ולכן לא ניתן יהיה לקשור אותו לאירוע הרלוונטי ללא ראיות "מקשרות") ואולם אין זה המקירה שלפנינו. ניתן לראות הסרטון אירוע זהה במאפיינו לזה שמתאר העד זאב אף הנאשם עצמו. הסרטון רואים ארבעה אנשים יושבים על מזקה בטון נמוך. אחד לבוש חולצה בצבעים שחורה-לבן, אחד לבן, אחד, שמצווי לידו מקל הליכה ואחד שיושב במרחך מסוים מהשלווה האחרים, ואינו נוטל חלק באירוע. בשלב מסוים קם האדם הלבוש חולצה שחורה-לבן והולך לכיוון חנות כלשהי ולאחר מכן הוא נעמד במרכז הרחבה ונראה צועק לעבר החניות. בהמשך, נראה אדם מגיע מכיוון החנות לעבר האדם הצועק (הלבוש שחורה-לבן). בשלב זה האדם הלבוש לבן נוטל את מקל הליכה מהאדם השלישי היושב על החומה ולאחר מכן מסטר שניות שחורה-לבן). הוא סופג נגיעה בראשו, נופל ובהמשך ניתן לראות תנועת רגלי של הנוגח הנחנית להיות דרייכה על גוףו. מדובר בסיטואציה ייחודית ומרובת פרטים, אשר די בה על מנת להביא למסקנה שלא יכולה להיות מחלוקת שהסרטון שהציג בבית המשפט הוא הסרטון שהוריד ממרכזולית המרכולית ואשר מתעד את אירוע בו עסקין. בכך יש להוסיף שאحمد יאסין, אשר לכל הפחות ניתן לומר שלא ביקש בעדותו להזיק לנאים (ראה התיאומים מעודתו בסעיפים 33,45 לעיל),

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

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

63. לcker יש להוסיף שבת/5 מופיעות שלוש תיקיות: 20.1740.20; 20.1741.20; 20.1742.20. הסרטון הרלוונטי לעניינו נמצא בתיקיה 20.1741.20 (סרטון המסתויים בספרות 64500). בת/8א' צוין שמספר העבודה הוא 20.1741.20. גם בת/29 (שהוגש בהסכמה) צוין שנתפסו ממצאים מצלמות "מרכזית אשר" ואחת העבודות סומנה 20.1741.20. אכן, לא הסביר מתי קיבלת העבודה את מספירה (אשר נטען שהוא "יהודים" ואינו חוזר על עצמו, בעמ' 223), הינו האם בתחום המשטרה או בשטח (שהרי המספר מופיע גם על ת/8א' שנערך בשטח) ואולם, בשים לב לדברים שצינו לעיל, אינני סבור שקיים קושי לזהות את הסרטון שבת/5 עם זה שהורד מצלמות המרכזית ועם זה המתעד את האירוע בו עסקינו ושםות התיקיות אף מחזקות מסקנה זו, חרף הקשי שתואר לעיל.

64. סיכומו של דבר. הסרטון בת/5 הוא סרטון אותנטי, ללא עריכה ועיוות, המתעד את האירוע בו עסקינו. מטעם זה איני נדרש לעסוק בשאלת אם הנאשם זיהה את האדם הנוגח בנפגע, שהרי הנאשם עצמו מודה בקיומו של אירוע כמתואר הסרטון ואף העד זאב תיאר אירוע כנראה בו. בהיעדר כל אפשרות סבירה שבאותו יום התרחש אירוע **זהה במאפייניו, באותו מקום ובאותה שעה** (ואף לא טענה טענה שכזו), המסקנה היחידה שיש להסיק היא שהסרטון הוא תיעוד האירוע בו עסקינו והאדם הנוגח בו הוא הנאשם. למללה מהדרוש אצין כי אחמד, העובד עם הנאשם בחנות והשניים חברים טובים על בסיס יומי (בעמ' 140, בש' 21) זיהה הסרטון את הנאשם כadam אשר "גן על עצמו שהוא האתיפי היה ביד שלו מקל" (בעמ' 147, בש' 13). אמנם, לאחר התערבות הסגנור (במהלך חקירת ב"כ המשימה) אשר הדגיש לעד כי ישיב "רק אם אתה מזיהה באמת", חזר בו מזיהויו הנאשם ואמר שאינו בטוח (בעמ' 147, בש' 21), אך במהלך עדותו התרשםוטי הייתה שהוא בבירור את הנאשם והסתיגות באהה רק לאחר שהעריך שמצופה ממנו להסתיג מדבריו הקודמים. ודוק: מסקנתי לפיה הסרטון מתעד את האירוע בו עסקין והאדם הנראה בו נוגח לאחר מכן הוא הנאשם מבססת על עדותו של אחמד, אלא על כל שפטו לעיל, ודבריו הובאו כתוספת בלבד, למללה מהדרוש.

ג. האם יש לפסול את הסרטון כראייה בהתאם לכל הפסילה הפסיכית

65.aset אעbor לטענה לפיה יש לפסול את הסרטון כראייה לאור כך שהוא התקבל שלא על פי צו ושלא מכוח הסכמה מדעת.

טרם דיון בנושא זה אוridge מעל הפרק את הטענה לפיה אנקווה לא חתום על המסמכים ת/8 ו-ת/8א' שהם דוחות "להפקת ראייה דיגיטלי" בהם צוין כי אנקווה נתן הסכמתו להעתיקת הקבצים מכשורי-h-DVR לצורך איסוף ראיות. טענה זו אין בידי לקבל ולולו מחלוקת הספק. דרורי העיד כי הגע למרכולית וביקש את הסכמתו של מחזק המוקם, אשר חתום על ת/8 (בעמ' 156, בש' 7) ועל ת/8א' (בעמ' 192,194). עדותו של דרורי הייתה נאמנה עלי. לא התרשםתי מאי אמריתאמת, ואני סבור שיש סיבה לנראית לעין שלא לקבל את עדותו בנושא זה. אכן, אנקווה לא ידע לאשר שאלה חתימותיו יש בסיס לטענה שניית לראות שניינו צורני בין החתימות על שני המסמכים, אך הוא הסביר ש"יש לי הרבה חתימות, לפעמים אני רק מבקש... קשה לי למצוא שתי חתימות ברכף דומות" (בעמ' 232). די בכר, בשילוב עדותם של דרורי, כדי להסיר ספק מלבד שהוא שחתם. לא התעלמתי גם מכך שבת/8 לא נרשם מספר תעוזת זהות מלא, אך בת/8א' נרשם המספר המלא ואנקווה אישר שעזה מספר תעוזת הזהות שלו (בעמ' 233, בש'6). בכלל מקרה, אנקווה זכר את הגעת השוטרים במקורה זהה למרכולית (236) ולא טען כל טענה ממנה ניתן היה להסיק שהוא לא התקבש לחתום על מסמכים כלל. כאשר השוטר דרורי העיד כי אנקווה חתום על המסמכים, וננתי אמון בעדותו, איןני סבור שנותר ספק כלשהו בנושא.

מכשורי-h-DVR לא נתפסו על ידי המשטרה אך אין בפני הסנגור טענה שתפיסתם הייתה תנאי מקדים לביצוע חיפוש במכשורים (ראו לעניין זה, עניין אוריך). המאשימה אינה חולקת על כך שמכשורי-h-DVR הוא "מחשב" הגדרתנו בחוק המחשבים התשנ"ה-1995, ומ声称 חיפוש בו מחייב צו שיפוטי מכוח סעיף 23א' לפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) [נוסח חדש], תשכ"ט-1969. (לענין היות מכשורי DVR בבחינת מחשב המצרי צו לצורך חיפוש, ראו גם ת"פ (מחוזי ח') 20-07-68436 מדינת ישראל נ' אדמה אסואד (2021) 17.3.2021; להלן - עניין אסואד). טענתה היא שהחיפוש נעשה מכוח הסכמה מדעת של מחזק המוקם וכי הסכמה זו מכירה את החיפוש.

טרם שادرש לשאלת עובדיות זו, אצין 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 לסייעו). חרף הסכמה זו אצין ששאלת זו אינה פשוטה וסבירוני שטרם קיימת בה הלכה מחיבת. בפרשת אוריך ציין השופט קרא כי "הגעתו של נחקר לתחנת משטרת לצרכי חקירה עם הניד/מחשב שלו ומתן הסכמתו על פי כללי הלכת בן חיים לחדרה לניד/מחשב, אף מבלי שעזה נחפש על ידי המשטרה, מאפשרת את ביצועו של החיפוש והטיפולה איננה מהוות תנאי מקדים לביצוע החיפוש" (פסקה 18 לפסק דין: הדגשה שלי- יט). המשנה לנשיאה כב' השופט מלצר ציין בעניין זה כי "על-פי תפיסה זו נדרשת הסכמה מדעת של מי שמקן שיחדרו לטלפון הסלולרי שלו, לאחר שהחוקר מסביר לו שאין הוא חייב להסכים למשאלת החוקר וכי סיירבו לא יזקף לחובתו (זאת תוך שמירה הדדית של זכויות וטענות ואפשרות של החוקר לפקולת צו חיפוש או חדרה שיפוטי בעקבות הטירוב). לאחר הלכת בן-חים הוטמעה הפרופצדרה להתנהלות המשטרה בהקשר לתפיסה וחיפוש במחשב בונויה אח"מ 300.08.035 של המשטרה"(פסקה 16 לפסק דין). עם זאת, בהמשך דבריו ציין השופט מלצר כי הנושא אינה נדרש להכרעה שכן מילא לא ניתנה הסכמה מדעת. השופט סולברג לא נדרש לנושא לצורך הכרעה. מטעם זה ספק אם ניתן להלץ החלטה מפסק דין זה. אצין עוד כי בגיגלו הקיים של עניין אוריך, ציין כב' השופט אלרון את הדברים הבאים:

"ממילא, אין צורך להזכיר בשאלת אם ניתן היה להסתפק בהסכמה המבקשים אילו הייתה עונה על התנאים למתן "הסכם מדעת" כהגדרתה בעניין בן חיים. מכל

מקום, עיר כי מדובר בסוגיה סבוכה ומורכבת, אשר ראוי כי המחוקק יתן עליה את דעתו ((ראו גם: רע"פ 9446/16 התובעת הצבאית הראשית נ' סיגאיי [פורסם בנוו] (19.6.2017) (להלן: עניין סיגאיי); 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 אסואד.

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

70. בפרשת **בן חיים** נקבע שהסכם לחיפוש, ככל שיש בכוחה להוות עילה לחיפוש, תחשב כהסכם רק אם היא הסכמה מדעת. נקבע כי "הדרך הטובה ביותר להבטיח את קיומה זו הוא בחובה ליתן הסבר מפורש אודוטיה למושא החיפוש ... אין די בבקשת הסכמתו של האדם מושא החיפוש לעירית החיפוש אלא יש להבהיר לו במדויק כי נתונה לו הזכות לסרב לביצוע החיפוש וכי השירות לא "זקף לחובתו".

71. בעניין זה העיד דרורי שהוא נוהג לבקש את אישורו של מחזק המשיר 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 שניתן (בעמ' 217, בש' 16), והסביר שבמועד זה הטופס לא כלל פירוט זה, אך ציין כי "זה נאמר אני יכול להגיד מה שפה 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 שהיא במרקולית זו עשוות פעמים וקיים בכל פעם אישור להעתיקת קבצי המצלמות (בעמ' 164, בש' 10).

72. מנגד, אנקואה טען שהשטרים 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 להדגש כי דברים אלו נאמרו בחקירה הנגידת והמשאינה לא שאלה בנושא זה כל שאלה. ראוי היה לדעתו שהמשאינה תביא לידיעת בית המשפט נושא זה כבר בחקירה הראשית ולא תותירו עולם. אצין עוד שלא התרשםתי מרצונו של מר אנקואה להטעות את בית המשפט או למסור פרטים שאינם נכונים ודומה שהוא העיד אמרת.

73. בנתונים אלו, בהם אין כל מזכיר בדבר ההסביר שניתן ועל קבלת הסכמה מדעת, וכאשר אנקואה הבהיר שקיבל הסברים, או שהסכם הפוזטיבית התקשה כלל, סבור אני שאין לשולש אף אם דרורי מאמין שאכן הסביר לעד, לא כר היו פניו הדברים. צייתי לעיל שעמדותיו של דרורי הייתה אמונה בעיני. ואולם, לרישום בזמן אמת ישנה חישוב ראייתית ממשמעותית. היא מאפשרת התחקות אחרי התרחשויות במקורה המסתויים, להבדיל משגרת העבודה. לדידי, כאשר החוק מחייב חיפוש באמצעות צו, אך השטרים מבקשים לעשות כן באמצעות הסכמה מדעת, יש להקפיד על תיעוד ההסביר הניתן בנושא ובאיזהו יש לאפשר קיומו של ספק, שמא במקרה הסכמה מדעת, יש להוכיח על תיעוד דוחן, או סבירה שהדבר ברור למחזק. אפנה בעניין זה לדברים שנקבעו בפרשת **בן חיים**:

"מן הרואו ששאלת אופן ביצוע החיפוש בהסכמה תוסדר בנהול רשמי של המשטרה שינחה את השוטרים לגבי היקף סמכויות עירcit החיפוש הננתנות להם ולגבי התנאים לעירcit חיפוש בהסכמה. אנו סבורים כי במסגרת הנהול האמור יש לקבוע כי מייד ובסמן לאחר עירcit החיפוש בהסכמה **ירשות השוטר שערך את החיפוש זכרון דברים או תרשומות בדבר נסיבות החיפוש שנערכ.**vr כך, יותר תיעוד אמיתי ומדויק אודות החיפוש ככל שתתעורר בעתיד שאלת לגבי חוקיותו או האופן שבו הוא נערך" (ענין בן חיים, פסקה 31 לפסק דיןה של הנשיאה בינייש; ההדגשה שלי - יט)

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

75. אין מחלוקת שבידי בית המשפט הסמכות לפסל ראייה שהושגה שלא כדין תוך שימוש באמצעותם של סמכות זו כולל גם פסילת ראיות חפציות (בן חיים). שיקול דעתו של בית המשפט בעניין זה רחב, ודוקטרינת הפסילה הפסיקתית, אשר עוצבה בפרשת **יששכרוב**, היא יחסית וგמישה. במהותה, מבקשת דוקטורינה זו לאזן בין אינטרסים שונים - מחד גיסא, זכותו של הנאשם להליך הוגן, ומצדך גיסא, "ערכים ואינטרסים ציבוריים שונים ובهم גילוי האמת, הלחימה בפשע והגנה על שלום הציבור ועל זכויותיהם של נפגעי עבירה" (בן חיים, פסקה 34 לחווות דעתה של כב' הנשיאה בינייש).

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 לכל מסקנה כי הראייה הושגה שלא כדין, ושימוש בה במשפט ייצור פגיעה מהותית בזכותו של הנאשם להליך הוגן, שלא בהתאם ל坦ניה של פסקת ההגבלה". (עפ' 5956/08 סלימן אל עוקא נ' מדינת ישראל (23.11.2011)). לאורvr כך, עברה נקודת האיזון מה צורך להבטיח את אמינות הראייה ולמנוע חשש להודאת שווה (במקרה של הודהות חשוד, מבחן שעומד בסיס בחינת הקובלות לפי סעיף 12 לפקודת הראיות) לעבר הבטחת טוהר ההליך השיפוטי וזכותו של הנאשם להליך הוגן, וכל זאת במנותק משאלת אמינות הראייה. ועדין, כאמור, מדובר בכלל יחסיו המ策יר 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 בוחנת ההצדקה שבפסילת הראייה:

(-) אופיה וחומרתה של אי החוקיות שהיא כרוכה בהagetת הראייה.

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

(-) הנזק מול התועלת החברתית הכרוכה בפסילת הראייה.

(ראה לעניין זה גם עפ' 645/05 זילנגר נ' מדינת ישראל (5.12.2006)).

77. בבחני את נסיבות עניינו בהתאם ל מבחנים אלו, מסקנתי היה שאין לפסל את הראייה. אפרט את נימוקי להלן.

78. ביחס למידת אי החוקיות אצ"ן כי דומה שאין מחלוקת שמדובר בפגיעה בתום לב ושלא מותר להכחיל את מר אנקווה ולהציג את הסכמתו בכחש. אין גם טענה שההפרה נעשתה על מנת להפליל את הנאשם, אשר זהותו לא הייתה ידועה כלל בשלב זה. בצד דברים אלו אציג שלא קיבלתי כל הסבר מדוע לא נعرכה במקורה זה פניה לבית המשפט לקבלת צו, כפי שנעשה בדרך כלל כאשר נמצאת מצלה רלוונטיות (ואיש לא טען לחשש מבוסס להעלמת הראיה באמם לא יבוצע החיפוש על אתר). לדידי, דרך המלך במקרים אלו אמורה להיות בפניה בבית המשפט, בוודאי מקום בו קיימת אי בהירות ביחס לאפשרות להכשיר את החיפוש באמצעות הסכמה מדעת. נזכיר עוד שבמצבם דברים זהו "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 הרואה לדין היא שחדירה למחשבו של אדם ללא הסכמה מגלמת פגעה קשה בפרטיות ("החדירה למחשבו האישי של אדם גרוועה לא פחות מפעריצה לבתו. ביתו של אדם הוא מבצרו, ומחשבו האישי הוא פינת הסתר החביבה במבצר, הוא המגירה האישית של בעליו, והוא אוצר בתוכו, תכופות, מידע פרטי, אישי, ולעתים כמובן. החדירה אל המחשב האישי כמוות בחיתוט בחפציו האינטימיים" (בש"פ 7368/05 **זלוטובסקי נ' מדינת ישראל** 4.9.2005)). ואולם, הגם שמכשיר-hDVR הוא בבחינת מחשב, אין להתעלם ממהותו של מכשיר זה ומתוכנן הרטוטנים שהועתקו במקורה זה. מדובר במכשיר המקליט את המתרחש למרחב 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 הפגעה בפרטיות או בזכות אחרת של מר אנקווה, אינה גבוהה. אצ"ן כי מר אנקווה לא טען אחרת ולא פירט פגעה כלשהי שנגרמה לו בשל התנהגות השוטרים. לא התעלמתי מכך שעצם הכניסה לחנות וחיפוש בה מהוות פגעה לא קלה בפרטיות ואולם לא טען שהשוטרים ערכו חיפוש בחנות, אלא שביקשו רק גישה למכשיר.

80. ודוק: הגם שהפגיעה במר אנקווה לא הייתה בעוצמה גבוהה, אין להתעלם במקורה של צילום המרחב הציבורי, מהפגיעה בפרטיות הנגרמת לציבור הרחב (ראו: רע"פ 2978 גד וركשטי נ' מדינת ישראל 25.5.2020); וכן עניין **אסואד**). לאור כך שהנושא לא עלה בטיעוני ההגנה, לא ארכיב לגביו, אך אצ"ן כי לצורך שקלול האינטנסים הבאים בבחשבן 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 בפגיעה, הרי שמדובר בפגיעה נוספת להוסיף למידת הפגיעה הכלולת. בעניין זה טוען הנאשם כי מר אנקווה אינו בעל החנות ובכל מקרה, המכשיר ממנו הועתק הרטוטן המתעד את האירוע שיר לאדם אחר שביקש לאחסנו במרקוליית (מר ביטון). המשימה טוענת כי מר אנקווה הוא המחזיק במרקוליית, השיכת לפי טענתו לבנו, וכי הוא נזהה להיות בעל השליטה במכשיר ולא הייתה לשוטרים אפשרות לדעת אחרת.

82. שאלת הגורם המוסמך לתת הסכמה מדעת לחיפוש הושארה בצריך עיון בפרש **בן חיים** (ראה פסקה 36 לפסק דיןה של הנשיאה בינייש). אינני סבור שנסיבות ענייננו מחייבות הכרעה בשאלה זו שאינה פשוטה כלל ועיקר. אצ"ן עם זאת שדומה שהביקורת אמורה להתרוך בגין שפרטיו נפגעת בשל החיפוש, שהרי בסיס עמדת הרוב בהלכת **בן חיים** עמדת ההכרה בזכותו של אדם לוותר על הפגיעה בפרטיו. ואולם, אף שאלה זו אינה קלה שכן לעתים הפגיעה

היא במספר אנשים ובמקרה זה היא משלבת אף פגעה בפרטיות הציבור הרחב. לעניינו, די אם אומר שזיקתו של אנקואה למקום ולמכשירים ברורה, באופן המאפשר לראות בו כגורם המתאים לוויתר על הפרטיות שנפגעה בשל החיפוש וזאת בהתאם למידת הפגיעה שפורטה לעיל. בכל מקרה, כך נראה פניו הדברים לשוטרים מנוקודת מבטם ונושא זה רלוונטי לצורכי הערכת עצמת הפגם. אנקואה מחזק במקום שנים רבות. לטענותו הוא "כבר 3 שנים בחנות כמעט בלבד" והסביר שבשל הגעתו לעדות "אין אף אחד בחנות" (בעמ' 233), למד על החזקה ב淂udit. הוא אף התבטא באופן המלמד על זיקה ממשית למקום "עד לפניו 3 שנים היו לי 30 עובדים" (בעמ' 233). אף אם הטענה היא שהמקום שיר לבנו, הרי שהוא נמצא במקום שנים רבות, לבדו, ונוגה בו מנהג בעליים. השוטרים הגיעו למקום פעמים רבות ותמיד מצאו אותו שם. מטעמים אלו, ובשים לב לעובדה שמדובר בנסיבות הפונtot למרחב הציבורי, לא סבירתי שיש למצוא פגם (בWOODAI שלא ממשועוט) בכך שההסתכמה המכשירים שיר קניינית לאחר (שאינו בנו של אנקואה) אינה משנה מסקנה זו. הבדיקה של המקום. גם הטענה שאחד המכשירים שיר קניינית לאחר (שאינו בנו של אנקואה) אינה משנה מסקנה זו. הבדיקה הנכונה במקרה זה אינה בהכרח קניינית (מי הבעלים של המכשיר) אלא עניינה בפגיעה שגורם החיפוש בפרטיות ובהתאם, ביכולתו של נתן ההסתכמה לוויתר עליה. כאשר מדובר בכניסה לחנות המצוייה בחזקת אנקואה (בו מצוי המכשיר) והסרתו עניינו צילום למרחב הציבורי, לא סבירתי שפגיעה זכות הפרטיות של בעל המכשיר, באופן שלא אפשר לבקש מר אנקואה לוויתר עליה. סיכומו של דבר, קבעתי כאמור, שלא ניתן הסכמה מדעת ואולם איןני סבור שיש לראות פגם נוסף, בWOODAI שלא בתבוקה ההסתכמה גם מהאדם שהמכשיר הנוסף שיר לו (קניינית) או בנו של אנקואה.

83. ביחס למידת ההשפעה של האמצעי הפסול על השגת הרأיה, גם שהכרתי בקיומו של ספק שמא לא הוסבירה למר אנקואה זכותו לסרב לחיפוש, יש להציג כי הוא לא צין במהלך עדותו שהוטעה וכי לו היה מודע לכך לסרב, היה נוגג אחרת ומונע מהמשטרה גישה למכשיר. ובכלל, עדותו לא התאפיינה בביטחון כלשהו לפעולות המשטרה, אלא הוא תיאר את העובדות כהוותית ולא התרשם מתחושה של פגעה כלשהי. מטעם זה, איןני סבור שמידת ההשפעה של הפגם על השגת הרأיה היא גבוהה.

84. בשאלת היחס בין הנזק לתועלות החברתית סבור אני שעיל רקע הדברים שציינו לעיל, ובשים לב למatters העבירה בה עסקין וחטיבתה של הרأיה (בWOODAI בהיעדר מתلون), הנזק שייגרם מפשיטת הרأיה עליה ממשועוטה על התועלות החברתית. אציג שהפגיעה בפרטיות שגרם הפגם שנפל בהתקנות השוטרים לא הייתה כלפי הנאשם, אלא כלפי מר אנקואה, ואף זו בעוצמה מוגבלת כפי שהסביר לעיל והוא לא טען לפגיעה ממשועוטה. העובדה שהרأיה הושגה תוך פגעה בזכותו של אדם שאינו הנאשם (ואינו שותף לעבירה או בן משפחה, אלאزر לחלווטין), משפיעה על מערכת האיזונים בפועל של בית המשפט לשקל את הנזק החברתי אל מול התועלות שתושג בשל הפסילה (ראו בהשוואה: ע"פ 15/2016 **און יהודה נ' מדינת ישראל** (1.6.2016), שם הפגיעה הייתה בזכותו בחקירה של עד-שותף שעודו הפלילה את הנאשם). ודוק: אין לומר כמובן שאין לתת משקל לפגיעה הנגרמת אגב איתור ראיות, בפרטיות אזרחים שאינם מעורבים ביצוע העבירה. ואולם, זאת הנגע רלוונטי לצורכי השאלה אם קבלת הרأיה אם תגרום לפגיעה בזכות הנאשם להילך הוגן. במקרה זה, לאור מכלול הנתונים, פסילתה של הרأיה היא תוכאה קשה לאינטרס הציבורי אשר אינה עומדת בהילמה לנוטנו המקרה.

85. בשקלול נתונים אלו, דעתי היא שאין מקום לפסול את הרأיה. "הבחן הבסיסי לפסילת ראיות שנקבע במסגרת הדוקטורינה הוא מבחן עמידת הפגיעה בזכות להילך הוגן כתוצאה מקבלת הרأיה שהושגה שלא כדין בתנאי

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

86. סיכומו של דבר, הסרטון קיבל קריאה ומשкар, בשל העת לתאר את הנראה בו ולדון במשמעותו בזיקה לטענות הנאשם להגנה עצמית.

ד. אירוע אחר הצהורים - קביעת ממצאים עובדיים

87. סרטון האירוע מאפשר לקבוע את עיקר הפרטים הנדרשים לצורך קביעת ממצאים. גם שהאירוע נקלט בריחוק יחסית מהצלמה, ובאופן המקשה על זהות פני האנשים המעורבים בו (אללא למי המכיר אותם היטב), הוא ברור Dio כדי לקבוע ממצאים ביחס לאופן התרחשויות האירוע. עם זאת עיר כבר עתה (ולדבר תריה משמעותם בהמשך) שלא כך הם פני הדברים ביחס לשאלת 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 עינתי בו פעמים רבות, לרבות במהירות איטית ותוך שליטה במהירות הסרטון וביכולת לראות את הדברים קדימה ואחריה. עוד אדגיש שפרק הזמן הרלוונטי לעניינו 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の人נים לובש בגדים לבנים (זהו שיפורגע בהמשך, הינו נ.ג.). שני האנשים הנוספים, אחד לובש מכנס חום וחולצה בעלת שני צבעים - שחור לבן (נכנה אותו - אדם א') והשני מחזיק מקל הליכה שהצדדים כינויו "מקל סבא" (נכנה אותו - אדם ב'). האדם הרביעי יושב במרחך מהשלשה והוא נוטל חלק באירוע. בשלב מסוים (דקה 37.33) אדם א' קם והולך לעבר החניות המצוויות ממול, חוזר ומתישב ליד נ.ג ואדם ב' (דקה 38.00). אדם א' נראה עצבני ונראה צועק לעבר החניות תוך שהוא מנופף בידיו. בהמשך (דקה 38.59) שוב קם אדם א' ונראה שהוא צועק לעבר החניות, והוא הולך לרחבה המczyja בין מעקה הבטון לבין החניות, נעמד וצועק לעבר החניות. בשלב זה מתרחשת פעולה סימולטנית. ניתן לראות אדם מגיע מכיוון החניות (אדם זה יונגן בהמשך בראשו של נ.ג ומשкар מדובר בנאים) ובאותו זמן ממש שהוא מתחילה בתנועה לעבר אדם א', קם נ.ג ממקומו במטריה להתקרב למקום בו עמד אדם א'. רוצה לומר, הנאשם ונ.ג נעים יחדיו לכיוונו של אדם א', כל אחד מכיוון אחר. בדרךו לשם סב נ.ג לאחר מכן נוטל מאדם ב' את "מקל הסבא" שהוא מחזיק לצד. בשלב זה הנאשם נמצא מטריהם מאדם א', והליך לעברו נראית נוחשה. הנאשם מגיע עד לאדם א' נצמד אליו לשנייה אחת ובמקביל נ.ג מתקרב לעברם. בשלב זה הנאשם מבחין בנ.ג האוזן אמרה מקל סבא. הוא פוסף לעברו שלושה צעדים, בעוד נ.ג עומד, ולא כל שהות נוגה בראשו בעוצמה רבה. כתוצאה לכך נופל נ.ג מיד ארצתה והנאים נראה עומדת מעליו ומבצע פועלות דרייכה עם רגל ימין על גופו של נ.ג. הדרכיה נראית לעבר פלג הגוף העליון, אך לא ניתן לראות את מיקומה המדוייק של الرجل וזאת בשל גגון המציג במקומות ומסתיר את פלג גופו העליון של נ.ג. משכך, לא ניתן לראות אם הרجل אכן פוגעת בראשו של נ.ג או בחלק אחר

בפלג הגוף העליון. ואולם, לאחר מספר רב של צפויות איטיות ועצירת התמונה, שוכנעתי שאכן מדובר בדricaה על פלג הגוף העליון של נ.ג. הינו שלא מדובר ברקיעה על הקrukע, אלא בדricaה שפגעה בגופו של נ.ג. כאן המוקם לצין שהדricaה נראית אכזרית במיוחד, אלימה וכוחנית. ניתן אף לראות את נ.ג מניף את ידו כמבקש רחמים, אך אז דורך עליון הנאשם בחזקה.

90. אזכיר שציני לעיל שניtan לראות (תוך צפיה חוזרת ונשנית וגב שימוש במהירות איטית) שהנאשם הוא שהולך לעבר נ.ג שלושה צעדים לפני הנגיחה, בעוד נ.ג עומד בשלב זה. אציין עוד שהליך הנאשם עבר נ.ג בשלב זה היא נחושה והחלטית ואין לראות כל פעולה תוקפנית מצד 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 בנסיבות לעברו. עוד אזכיר כי מצפיה איטית חוזרת ונשנית ניתן לראות בוודאות כי הרגע הראשון בו מניף נ.ג את המקל שבידו הוא בעת הנגיחה (או חלקי שנייה קודם לכן), ואף זאת בזרה הנראית כתנוועה אינסטינקטיבית ומוגננת ולא התקפית.

91. **אם הוכח שהנאשם דרך על ראשו של נ.ג** - כפי שציני לעיל, בסרטון ניתן לראות בבירור שמיד לאחר שנ.ג נופל, הנאשם מבצע פעולה דricaה לעבר פלג גופו העליון של נ.ג. עם זאת, ציני שלאור גון המסתיר את פלג הגוף העליון של נ.ג לא ניתן לקבוע את המיקום המדויק של הדricaה ובמיוחד לא ניתן לקבוע אם הדricaה היא דווקא על הראש. בעניין זה מפנה המאשימה להודעתו של זאב במשטרה (ללא הוישה) וטוענת שהוא אימץ אותה בבית המשפט. דעתך היא שנוסחא זה לא הוכח במידה הנדרשת והנאשם זכאי ליהנות מן הספק בנושא. אסביר.

92. כאמור לעיל, בבית המשפט מסר זאב כי "از הירקן עשה לו ככה עם הרגל" והראה "תנוועה של דricaה עם רגל ימין" (בעמ' 98). כאשר נשאל באיזה חלק בגוף הייתה הדricaה השיב "לא כל כך זוכה, לא שמתה לב, זה קשה" (בעמ' 98, בש' 32) וכאשר התבקש שוב להזכיר השיב "אני לא רוצה סתום להגיד, אני לא כל כך זוכר" (בעמ' 99, בש' 11) ולשאלה נוספת נספה השיב "אני חושב לא בטוח באזורי זהה, אני לא יכול לזכור זה קשה" והציבע "על פלג גוף עליון, שם לרגע יד על הראש, קשה לו לזכור" (בעמ' 100, בש' 10).

93. הנה כי כן, בית המשפט לא ידע זאב למסור גרסה ברורה באשר למיקום המדויק של הדricaה. כאן המוקם להציג שלא התרשםתי שהעד ביקש לסייע לנאשם או שבייקש להימנע ממיסיון מלאה העבודות שברשותו. התרשםתי הייתה דווקא הפוכה. כפי שציני לעיל, התרשםתי שהעד היהאמין ביוטר, אך זהיר וקפדן בעבודות שהיא מוכן לעроб להן. ואולם, המאשימה הפתה את העד להודיעו במשטרה שם מסר כי הדricaה הייתה על הראש והוא אישר שבזמן מסירת ההודעה ذכר את הדברים טוב יותר (בעמ' 100, בש' 24-11). כן אישר זאב במשטרה אמראמת (עמ' 101, ש' 2). לאור כך ביקשה המאשימה להעדיף את גרסתו במשטרה על פני זו שבבית המשפט.

94. חרב האמון שנטתי بعد זה, סבור אני שאין לאמץ את גרסתו במשטרה בנושא זה ובכל מקרה, אין לתת לה משקל מלא עד כדי קביעת ממצא עובדתי על בסיסה בלבד. אין צורך לדון בתנאים לצורך אימוץ הודעתה חז של עד. די אם אזכיר שלפי סעיף 10א' לפקודת הראות אף אם מדובר בתנאים לצורכי מבחן הקובלות (ואניהם שכח הוא המצביע) בית המשפט נדרש לנמק מדוע היא עדיפה בעניינו על פני העדות בבית המשפט. נימוק שכזה לא קיים, אלא להיפר. דעתך היא שבבית המשפט דיק העד אף יותר מאשר במשטרה. אסביר.

95. זאב הסביר כי ראה את האירוע מרחק של 20-25 מטרים (בעמ' 101, בש' 30). כן הדגיש שלא הסתכל על האירוע במשר כל הזמן (בעמ' 102, בש' 1). מדובר בתנויו "פתחה" המעידים בספק את יכולת להבחין במלוא פרטיה האירוע, וזאת בזכות קסדות כמו אלו בהן אנו עוסקים בשלב זה של הדיון. ראייה ברורה לכך ניתן למצאו בכך שזאב העיד שלא ראה כלל שהנאשם נוגח בנג' אלא הוא ראה דחיפה. כאשר עומת עם נתן זה חזר ואמר שהוא ראה דחיפה (בעמ' 102, בש' 26). ביוודענו (מצפיה בסרטון) שמדובר במקרה, די בכך על מנת לקבל כסבירה את האפשרות שזאב טעה בעת מסירת ההודעה במשטרה ולמעשה לא ראה דריכה על הראש, אלא אפשר שבחלק גופו קרוב אף לא דוקא בראש. אם זאב לא ראה את הנגיחה ודימה אותה לדחיפה, מדוע יש לקבל את עדותו בדבר מיקום הדריכת ללא כל אפשרות לחלק עליה. המשקנה מתחזקת כאשר מתרבר שזאב מסר את הודעתו במשטרה 11 ימים לאחר האירוע (עמ' 100, ש' 12), פרק זמן ממשמעוטי המאפשר אי-דיק בשל סיבות רבות, והוא מתעצמת כאשר בבית המשפט זאב עצמו הוללה ספקות באשר ליכולתו לראות את המיקום המדיוק.

96. סיכומו של דבר, איני רואה לחת להודעה במשטרה של זאב משקל מלא עד כדי קביעה ממצבו עובדתי על פיה בלבד.

97. בחנתי שמא באמצעות מצאי הרופאים ניתן להסיק שהדריכת הייתה על הראש דוקא, אך התשובה לכך היא שלילית. אקדמי ואומר שאף המשימה אינה טעונה בכך ואכן, לא הוגש חוות דעת בנושא ואין למצוא עדויות הרופאים או במסמכים שהוגשו ממצאים ברורים מהם ניתן להסיק שהדריכת הייתה על הראש ולא על איבר אחר קרוב. אציון כי לא הובאה חוות דעת ממנה ניתן להסיק (ברמה הנדרשת) שהחבלה לא יכולה להיות להיגרם מהනפילה ודומה שהמשימה אינה טעונה בכך כלל, והוא לא הפרידה בין מעשה זה או אחר לבין החבלה שנגירה, אלא טענה לקשר סיבתי בין כלל המעשים, לבין מצבו של נג' כפי שעולה מהמסמכים הרפואיים. עוד אציון, לעללה מהדרוש, שמדוברו של הפרמדיק שהגיע לזרה לא עולה חבלה המתיחסת עם דריכת על הראש וכן גם התרשמה ד"ר פריד, רופאה במחלקה פפה ולסת בבית חולים רמב"ם, אשר לא מצאה שברים או חתכים פנימיים שדרשו התייחסות (בעמ' 82, בש' 33). אציון עוד, ושוב לעללה מהדרוש, כי מעין מודדק סרטון ניתן להגיע למסקנה שריאשו של נג' נחבט בקרקע לאחר נפילתו, אף אם ראשו אינו נראה בשלב זה, וזאת בהתאם למסלול הנפילה, אך שאין מקום להגיע למסקנה לפיה החבלה מקורה בהכרת בדריכה ובאמת המשימה אינה טעונה בכך.

98. סיכומו של דבר, אני קובע שהנאשם דרך בעוצמה על נג' לאחר שזה נפל ארضا בשל הנגיחה, וכי הדריכת הייתה בפלג הגוף העליון.

ה. הגנה עצמית - האומנם?

99. וכעת, לאחר שקבענו את הממצאים העובדיים, השאלה שנותרה אפוא לדין היא האם פעלזה זו חוסה תחת הסיג בדבר הגנה עצמית.

100. הנאשם טוען כי לאירוע אחר הכהרים קדמה התגורות של נ.ג אשר "קיל וצעק בפתח חנות הירקות" (סעיף 228 לסייעיו). כן טוען שנ.ג היה "טעון ואומץנאל" לאחר הפגיעה הנפשית שחוותה בשעות הבוקר כאשר נתפס בקהלתו... חזר לחנות הירקות שבה עבד הנאשם ובתום נקמה כשהוא אוחז באבן גדולה". ביחס לאירוע אחר הכהרים טוען הנאשם כי לאחר הקלות שקיים נ.ג עבר החנות, הוא ביקש "ליישר את ההדרים ולמנוע את המשך הפגיעה בו" (סעיף 228) וכן 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). הנאשםטען בעדותו בבית המשפט כי "הוא חטף את המקל סבא שהוא עבה הוא רץ לכיווני והרים את המקל לגובה ונתן לי אותו בראש במרכז, בעקבות זה הדפתי אותו, יתכן והדפתי אותו קלות, אז הוא נפל על הרצפה, התישב כנראה קם עוד פעם. מביחנתי ראייתי את כל הבلغן עם האבניים והסלעים שחדרו עליו אז הלכתי משם" (בעמ' 240). הנאשם חזר על טענתו שעזב את המקום בשל חשש מאבניים גם בחקירה נגדית (בעמ' 244, בש' 14) וכאמור לעיל, לאחר שהוכח בפניו תיעוד חזותי של חקירותו במשטרת, אישר שנגח בנ.ג ולא רק הדף אותו (בעמ' 250, בש' 31).

101. טרם דיון, ראייתי להציג ככל שהדברים אינם ברורים דיים, שגרסת הנאשם בבית המשפט (ובמשטרת) שוניה לחולין מזו שנראית בסרטון. בהינתן שהסרטון משקף את פני המציאות בצורה ברורה, המסקנה המתבקשת היא שהנאשם לא אמראמת בעדותו, לשון המעתה. ואכן, כפי שציינתי לעיל, התרשומות מעודות הנאשם היה שמדובר לא תיאר את נסיבות המקלה בצורה כנה ואמיתית. הנאשם בחר להתחש לדברים שמסר במשטרת (שאף שם לא אמר את האמת במלואה) ואף כאשר עומת עם סרטון החקירה בו הוא עצמו נשמע מתאר את הדברים, בחר לעמוד על הכחתו. התרשומות מהנאשם הייתה אפוא שלילית ואני סבור שיש אפשרות להתבסס על גרסתו, בהיעדר חיזוק משמעותית.

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 "ראייתי את יעקב מקבל את המקל ורצתי להביא מים" (בעמ' 258). כאמור, הסרטון לא נראה שנ.ג מכאה את הנאשם עם המקל. נראה בו שהוא מניף את המקל, בדיק באותה שניות שהנאשם נוגח בו ולא להיפר, כפי שניתן להבין מעודותו של דהן. אצין כי דהן לא תיאר כלל שהבחן בנאשם נוגח או פוגע בנ.ג, למורתו שהנאשם עצמו אינו חולק על כך והדבר עולה מהתיאור בבירור. במצב דברים זה אין לראות בעדותו של דהן ככבעל משמעות כלשהי לצורך קביעת העובדות, בוודאי שלא באופן הסותר את הסרטון.

103. Cain המוקם להתייחס לשאלת אם היו מעורבות אבניים בעת האירוע. עניין זה העיד הנאשם כי בסביבות השעה 17.00 "הוא בא עם חברים, עם אבניים בדים ואחד החזק סלע ביד ... היה לו גם חבר עם מקל סבא" (בעמ' 240) וכן תיאר שעזב את המקום בשל חשש שיושלכו עליו אבניים. ואולם לתיאור זה אין כל אחיזה למציאות ואני דוחה אותו. האירוע מתועד כאמור הסרטון ואין כל בסיס לטיעון זה על בסיס הנראתו בו. איש לא נראה עם אבן באירוע ואין כל בסיס לטיעון זה ولو מחתמת הספק. עניין זה שבתי ועינתי הסרטון פעמים רבות (מאוד) ולא ראייתי כל רמז לקיומה של אבן. אכן, בעת שנ.ג נוטל את המקל ניתן לראות תנוצה של יד ימין לעבר הכס האחורי. לאור כך שאמנו יודעים שבבית החולים נמצא בכיס מכנסיו של נ.ג אבן גדולה (ת/44) צפיתי הסרטון שוב ושוב על מנת לראות אם הוא הוציא אבן (אחרת כמובן) מכנסיו וכאמור לא ראייתי אבן או חפץ כלשהו בידו, זולת המקל.

104. אצין עוד עניין זה שהחקרתו במשטרת תיאר הנאשם את אירוע אחר הכהרים באופן התואם בקווים כלליים

את הנראת בת/5 (עם הדגשים ושינויים עובדיתיים אוטם לא קיבליyi כאמור) אך לא כל אזכור לקיומם של אבני (ת/20, מושה 32). הגרסה בבית המשפט כיוון היא אפוא גרסה כבושה שלא ניתן לה כל הסבר. יתרה מזו, הנאשם תיאר דוחא בחקירתו במשטרת אירוע בו השליך נ.ג אבני, אך הסביר שהיה זה לאחר אירוע הבוקר ולפני אירוע אחר הצהורים. כך תיאר זאת הנאשם:

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

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

105. על רקע דברים אלו, דומה שדי לעין באופן בו תיארתי את הנראת בסרטון כדי 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 מכחה קשה בראשו ולא היווה כל סיכון לאיש. למעשה, הרקע העובדתי של בסיסו נטענת הטענה להגנה עצמית אינו נכון ו邏輯, נשמטה הקרקע מתחת לטענה כולה. כאמור, אין לראות בסרטון שנ.ג רץ לעבר הנאשם ומכה אותו בראשו. משכך, הבסיס העובדתי עליו השתית הנאשם את טענתו להגנה עצמית קרס. כפי שציין לעיל, קבועתי בהתבסס על צפיה בסרטון, שהנ帯ם הוא שהלך במהירות ובנוחות לעבר נ.ג אשר עמד ללא תזוזה, ונঞ্চ בו בעוצמה רבה והפלילו ארצתה. קבועתי שהרמת המקל נראית כתנועה אינטינקטיבית ומתוגנתת ובכל מקרה שלא ניתן לראות קודם לכן כל פעולה אלימה מצדיו של נ.ג, זולת העובדה שהגיע עם מקל בידו לעבר המקום בו עמד אדם א'.

106. ואולם, לאור כך שנ.ג הגיע למקום מציד במקל, באופן העשו להתרפרש כמהים על הנאשם (על רקע אירועו הבוקר והטענה שמדובר בחבורה "המציקה" לעובדי החנות), נכוון לדון בשאלת אם הוטל ספק שהוא מתקיים הסיג בדבר הגנה עצמית ולו לעניין הנגיחה. יש לזכור כי נ.ג קם ממוקומו, נטל מקל מאדם ב' והתקרב לעבר אדם א' והנ帯ם. מדובר בהתנהגות שיכולה להתפרש כתוקפנית מצדיו של הנאשם ולן נדרש דיון בנושא. ודוק: דיון זה אינו פשוט לביצוע, לאור כך שעיון בסרטון מצביע לכאותה על תוקפנות ולא על התגוננות, וכן קבלת הטענה להגנה עצמית מצריכה מידה לא מבוטלת של שכנוע בדבר האוף בו תפס הנ帯ם את הסיטואציה (לרובות קבלת האפשרות שטעה טעות כנה בהערכת המציאות). ואולם, הנאשם טוען לגרסה עובדתית שונה לחלוין מזו שהיתה בנסיבות ומילא אפוא שלא הסביר מדוע סבר שהוא מצוי בסכנה לאור העובדות הנכונות (ולא אלו שטعن להן ושאין נכוןות). אציג עוד שהדיון יהיה בוגר לנגיחה בלבד, שכן דומה שביחס לדרכיה, כאשר נ.ג שוכב על הקרקע ומתחנן לרוחמים, ברור שאין מקום לטענה בדבר הגנה עצמית ובענין זה ראוי לפצל בין המעשים השונים ולומר כבר עתה שאין כל אפשרות לראות את מעשה הדrica כאקט של הגנה עצמית (לאפשרות פיצול בין מעשים, ראו: ע"פ 17/95 **בוריס פרידמן נ' מדינת ישראל**, פ"ד (1) 265).

70. אומר כבר עתה שמסקנתי היא שההתנהגות הנאשם (הגניחה) אינה עומדת בתנאי ההגנה ואף לא קרוב לכך. אולם מסקנתי להלן.

70. הסיג בדבר הגנה עצמית קבוע בסעיף 34' לחוק העונשין שזו לשונו:

"לא ישא אדם באחריות פלילתית למעשה שהוא דרוש באופן מיידי כדי להדוף תקיפה שלא כדין שנשכפה ממנו סכנה מוחשית של פגיעה בחיו, בחירתו, בגופו או ברכשו, שלו או של זולתו; ואולם, אין אדם פועל תוך הגנה עצמית מקום שהביא בהתנהגותו הפסולה לתקיפה תוך שהוא צופה מראש את אפשרות התפתחות הדברים".

70. סעיף זה פורש בפסקה כולל שישה תנאים כמפורט להלן:

"ראשית, קיומה של תקיפה שלא כדין; **שנייה**, קיומה של סכנה מוחשית לפגיעה בחיו, בחירתו בגופו או ברכשו, של האדם המתגן או של זולתו; **שלישית**, מיידות, דהיינו - "על הגנה 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 המתגן לא "הביא בהתנהגותו הפסולה לתקיפה תוך שהוא צופה מראש את אפשרות התפתחות הדברים"; **חמישית**, נדרש פרופורציה, "יחס ראוי בין הנזק הצפוי מפעולות המגן לנזק הצפוי מן התקיפה" [...] ; **ששית**, קיומה של נחיצות, קרי - טענת הגנה עצמית תקום לו לאדם רק כאשר לא הינה לו אפשרות להדוף את התקיפה בדרך אחרת, פחות פוגעתית." (ענין סומך).

apanah lebhanon at haqiyimot ha-tanaim.

110. **קיומה של תקיפה שלא כדין**: קבועו לעיל שהנאשם לא הותקף. ואולם, אין צורך שתתבצע תקיפה בפועל על מנת להקים למוטקף אפשרות להדוף את התקוף. די בכך שמדובר בפעולה מאימת שהמוחטף האמין (בכנות) שבעקובתו צפואה "סכתת פגעה ממשית" (ענין 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 שנייה)**, בעמ' 724 (להלן - **רבין וואקי**)). כפי שציינתי לעיל, קשה לקים דין ביחס לאפשרות שתנאי זה התקיים וזה לאור כך שגרסתו של הנאשם לפיה נג התקרב אליו, אינה נכונה עובדתית. כאמור, קבועו בששלב מסוים נג נעמד ואילו הנאשם הוא שהלך לעברו שלושה עדדים נחוצים ונגה בו מיד וטרם שנג עשה שימוש כלשהו במקל. אכן, ניתן לטעון שהתקרכבותו של נג לעבר המUNKOM בו עמד אדם א' כאשר הוא מצטיד במקל, נתפסה על ידי הנאשם (אשר הגיע אף הוא למקום זה) כמאימת, ואולם, כאמור, הנאשם לא טען זאת, אלא טען שנג התקרב אליו ותקף אותו ורק אז הגיע ב涅ג'ה (סעיפים 228-236 לסייעים, שם אף טען להדיפה ולא לנג'ה, כפי שהוזדה בעדות). בנסיבות אלו מתקשה אני לקבוע (ללא שהנאשם עצמו טען זאת) שהוא האמין בנסיבות שנג'ה עמד לתקוף אותו (ראו בהשוואה: ע"פ 4795/13 **אמיר בז'ינסקי נ' מדינת ישראל** (20.1.2014), פסקה 52). מסקנה זו מתחזקת על רקע חוסר האמיןות הכללית שמצוות בגרסת הנאשם. הדברים בוודאי נכונים לאחר שנג'ה נפל ארצתה

וahnasm درך עליו כאמור נושא זה אינו מצריך כל דין.

111. הוא הדין ביחס לקיומו של התנאי השני המזכיר קביעה לפיה הנאשם עומד בפני סכנה מוחשית לפגיעה בחייו או בgefou. בעניין זה קבעה הפסיקה כי "בקשר זה יש לדרש כי הסתברות התממשותה של הסכנה לא תהיה ערטילאית, שאמ לא כן עלולה תגובתו של המותקף לגלווש מתחום ההתקנות שעמה החוק מוכן להשלים, בתחום של הtentנות אסורה" (ע"פ 20/04 **קלינר ב' מדינת ישראל** (30.6.2004); להלן - עניין קלינר; רבין וואקי, בעמ' 724, 726). כאמור, נג' עמד ולא התקרב אל הנאשם. הנאשם הוא שעדב את הויכוח עם אדם א', ניגש אל נג' ופגע בו **לא שקדמה לכך כל פעולה אלימה מצד**. גם כאן, הדיון בנושא קשה לאור כך שהנאשם טען לגרסה "mobahat" יותר של הגנה עצמית והותיר את נקודת המחלוקת האמיתית ללא טיעון. ואולם, אף אם אין טובתו שהאמין בנסיבות שקיימת הסתברות ממשית שנג' יעשה שימוש במקל בו הצדיד, אין בכך LESS יושע לו שכן מילא לא מתקיימים כל יתר תנאי ההגנה, כך שאין צורך להכריע בណודה זו. ושוב אצין שהדיון כאן היה ביחס לנג'ה, שכן לאחר שנג' נפל, אין מקום לדבר על סכנה כלשהי בה היה נתון הנאשם, בוודאי שלא מוחשית.

112. **מידיות:** בוגד לדרישת מוחשיות הסכנה (העוסקת בשאלת סבירות התממשותה) התנאי בדבר המידיות עוסק בעיתוי התרחשותה (רבין וואקי, בעמ' 20). בעניין זה נקבע בפסקה כי"ההגנה העצמית תהא מופעלת רק כאשר הסכנה משתמשת ובאה ולא לפני כן, עם זאת אין לדרש מהותקף שימtan לתקיפתו ורק אז יפעל נגדו התוקף, ויש להכיר בנסיבות שבן המותקף יבצע פעולה הגנה מוקדמת, בבחינת 'הבא להרגו'" (קלינר; ע"פ 6392/07 **מדינת ישראל ב' שמואל יחזקאל** (30.4.2008); להלן - עניין יחזקאל). בעניינו, תנאי זה אינו מתקיים וזאת באופן מובהק. הנאשם לא עומד בפניו מידי, שכן נג' לא עשה פעולה אלימה כלשהי (חולת החזקת המקל) ולא התקרב לעבר הנאשם, אלא שמר על מרחק ממנו בעודו עומד. אדרבה, הנאשם הוא אשר בא לידי רגתו באופן מאיים, נחש ווכחני ופגע בו מיד ולא כל שהוא או ניסיון בירור כוונתו. במצב דברים זה תנאי המידיות אינם מתקיימים. ודוק: גם כאן, אפשר וניתן היה לטען שהנאשם אכן לא יפעל מיד, הוא יותקף בתוך זמן קצר וייה בעמדת נחיתות, ואולם הטענה לא עלתה ואף אם אשקל אמי לטובתו אפשרות זו, אינני סבור שאכן כך האמין הנאשם ואפשרות זו אינה מקימה ספק בקיומו של תנאי זה. בכל מקרה, ההליכה הנחוצה לעברו של נג' אינה מתאפשרת עם אפשרות אחרות שעמדו בפני הנאשם, טרם פניה לאלימות, ובעניין זה דין תנאי הנחיצות אליו עבור מיד.

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

"הנחיצות האיקוטית עניינה בקיומן של אלטרנטיבות אחרות להדיפת התוקף מלבד שימוש בכוח כלפיו. אדם הפעיל לשם הדיפת זה שבא לתוקף אותו, מלאה למשה את תפקידן של רשות 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 פניה לרשויות השלטון או נסיגה. עם זאת ראוי להציג כי יש לתת את הדעת על המזקקה שבה שרי המתגונן במהלך התקיפה, ועל-כן יש להיזהר מגילשה לפרשנות דוקנית של דרישת הנחיצות

הaicותית, הוайл ופרשנות כזו עלולה לרוקן את ההגנה העצמית מתוכן" (ענין **קלינר**).

114. במקרה זה, כל הצופה בסרטון יכול להתרשם שעמדו בפני הנאשם אלטרנטיבות אחרות זולות פניה לאלימות (ושוב, הכוונה לנגיעה, שכן ביחס לדרכו מובן שהוא לא נדרשה לצורך הגנה). אף אם אין את כל ההנחות הטובות עבورو, הינו שחש בסכנה מוחשית שתתרחש עליו בעוד רגע קצר, היה יכולתו לשוחח עם נ.ג. קודם לכך, להזהירו, להתראות בו, ובכל מקרה יכול היה לחזור לחנות כלעומת שבא. תחת זאת הוא בחר לחזור למגע וזאת בזורה מהירה, נחשוה ואלימה, ונংג בחשבו שיש להתחשב במצבה אפשרית בה היה נתון המותקף ואשר גרמה לו שלא לשוקל נcona את האפשרויות הריאליות העומדות לפניו. מעין סרטון לא התרשם ממצוקה כלשהי בה היה נתון הנאשם, אלא דווקא מכך שההנשם היה עצבי, חתר למגע וביקש לפגוע בנ.ג., ולא להtagnon מפניו.

115. **פרופורציה** (סבירות): תנאי זה נובע מדרישת סעיף 34 טז' לחוק העונשין הקובל כי ההגנה שבסעיף 34' לחוק העונשין לא תחול "כאשר המעשה לא היה סביר בנסיבות העניין לשם מניעת הפגיעה". בענין זה נקבע כי "יש לשוקל את חומרת הסכנה שיוצר התוקף מול מידת הכוח שהפעיל המותקף. רק משוחך כי התקאים מיטאים סביר בדרכי הפעולה של השניים, זוכה המותקף להגנת החוק" (**קלינר**). האלימות שהפגין הנאשם (הנגעה) הייתה חמורה. מדובר היה בפעולה אלימה מאוד, כוחנית וחזקת, אשר הפילה מיד את נ.ג. ארצתה ודעתו היא אינה עומדת בתנאי הסבירות בנסיבות העניין. אציג כי בסיכומים (סעיף 235) טוען הנאשם להדיפה ולא לנגיעה ודומה שאף הוא מכיר בכך שנגיעה כה חזקה אינה עומדת בתנאי המידתיות, שאחרת אין לראות סיבה שלא היה מודה בנגיעה בעת הדיון.

116. סיכומו של דבר, התנהגות אלימה זו אינה עומדת בתנאים הנדרשים לצורך ביסוס הסיג של הגנה עצמית. משכך, איני נדרש לבחון את הדברים גם בזיקה לשאלת, **אם הנאשם הביא את עצמו למצוות זה בתנהגות פסולה**, כנדרש בסעיף 34' לחוק העונשין לפיו "אין אדם פועל תוך הגנה עצמית מקום שהביא בתנהגו הפסולה לתקיפה תוך שהוא צופה מראש אפשרות התפתחות הדברים". אציין עם זאת בקצרה, שמדובר בתנאי המטיס את המבטו לאחר רצף האירועים שקדמו לצורך בתנונות (הנטענות). תנאי זה דורש התנהגות פסולה מצד המותקף, קשר סיבתי עובדתי בין תקיפתו וצפיה מראש של התפתחות הדברים (**רבין וואקי**, בעמ' 746). הנאשם טוען שהגיעו למקום על מנת לבקש מdad א' לחדר מהקללות שהמתיר על עובדי החנות ונקלע לאירוע עם נ.ג. המאשימה לא התייחסה לנושא מזויות ראה זו, ובכל מקרה איני סבור שיש צורך לדון בתנאי זה, לאור כך שתנאים אחרים לא התקיימו ביחס לנגעה וכל התנאים לא התקיימו ביחס לדרכו.

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

. קשר סיבתי שבין מעשי הנאשם לבין החבלה

118. הנאשם טוען כי המאשימה לא הוכיחה שקיים קשר סיבתי בין החבלות הנזכרות בכתב האישום, לבין מעשי. נטען כי לא הוגשה חוות דעת לצורך הוכחת הקשר הסיבתי וכי לא קיימת התامة בין החבלות הצד שמאל כנטען בכתב עמוד 29

האישום לבין אלו שנמצאו בבית החולמים.

119. לאחר עיון בטענות הנאשם בנושא זה, דעתו היא שדין להידחות. מדובר באדם שטרם הגיעו לתהילך אחד האדם (אף אם היה שני, בטענת הנאשם) ולאחר שנגנה וראשו נחבט בקרקע והוא ספג מכיה קשה מדrica על פלג גופו העליון, לא קם עוד. הוא נמצא על ידי פרטדייך שהגיע לזרה מוחסר הכרה (בעמ' 32) עם אבחנה בדבר חבלת ראש (ת/1). בהמשך הוא הגיע לבית החולים שם אובחן שהוא סובל משביר קוווי בגולגולת (בעמ' 44, ש' 8) ומדימום מוחי תחת עצבי דו צדדי מפותש (ת/2). בהמשך התפתחה דימום מוחי והוא הורדם והונשם ו עבר ניתוח להכנת ICP (ת/2א'). דומה שאין צורך בדיון עמוק על מנת להציג למסקנה ההגיונית היחידה האפשרית והיא שמדובר בחבלות שמקורן במעשי הנאשם. מדובר בתוצאה טبيعית והגיונית לנפילה מגובה וחבלת ראש בעקבותיה ואני סבור שהיא מקומ שהמואשימה תגשים חוות דעת על מנת להוכיח דבר ברור זה. יתרה מזו, אחד הרופאים שהיעדו ציין שמדובר בחבלה שמקורה במקרה ישירה בראש (בעמ' 42) ועודתו לא נסתרה. כן מצין שאין ממש בטענות הנאשם (אשר הועלו בעיקר בעקבות חקירת הרופאים) בדבר הקשר הסיבתי שבין מצבו הרפואי הקודם של נ.ג לבין החבלה. טענות בנושא זה נדחו על ידי הרופאים שהיעדו (בעמ' 54-56; 78) ולאור קיומו של קשר סיבתי ברור וטבעי בין המיעשים לחבלה, היה דוקא על הנאשם לתמוך טענות מסווג זה בחוות דעת על מנת לטעת ולספיק בשאלת הקשר הסיבתי.

120. סיכומו של דבר, הוכח קשר סיבתי בין מעשי הנאשם לבין החבלות ברמה הנדרשת בפליליים. אציג שטענות הנאשם בנושא זה התייחסו לקשר הסיבתי העובדתי בלבד ולא זה המשפטי, אשר אף הוא מתקיים במקרים זה בבירור (ראו ור빈 וואקי, בעמ' 285-276).

. ז. האם מדובר בחבלה חמורה

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

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

"חברה חמורה" - חברות העולה כדי חבלה מסוכנת, או הפגיעה או עלולה לפגוע קשה או לתמיד בבריאות הנחבל או בנוחותו, או המגיעה כדי מום קבוע או כדי פגיעה קבוע או פגעה קשה באחד האיברים, הקרים או החיצוניים או הפנימיים;

"חברה מסוכנת" - חברות שיש בה סכנות נפשות;

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

.) רואו גם ע"פ 10357 אבו דיב ואח' נ' מדינת ישראל (5.8.2012)

124. במקרה זה דומני שלא יכולה להיות מחלוקת שהאמור בסעיף 5 לכלב האישום (אשר הוכח במסמכים שהוגשו) ובמיוחד דימום מוחי נרחב זו צדי, בגין הקורבן מורדם ומונשם, עליה כדי "חייב שיש בה סכנת נפשות". בעניין זה העיד ד"ר מאזורי שמדובר היה ב"חייב ראש קשה... לא קטלנית אבל זו חייבת ראש קשה במושגים שלנו... שגורמת לנו... וופשוט ממנו לא חוזרים להיות נורמליים בוואג'יד כהה" (בעמ' 44, בש' 13-21).

125. בכל מקרה, אף אם שגיתי במסקנתי, אז החלופה השנייה של ההגדירה בודאי מתקינה. בעניין זה נקבע כי אין חובה כי החבלה תהא צמיתה ודין כי עלולה להיגרם חבלה צמיתה. למעשה, די אף בכך שיווכח כי מדובר בחבלה העוללה לפגוע קשות בבריאות הנחבל או במוחותו" (ע"פ 8870/12 **חאלדי סנד ואח' נ' מדינת ישראל** (25.1.2014); ע"פ 4277/12 **זורג בכוראשוילி נ' מדינת ישראל** (28.7.2013)). מצב זה בודאי מתקיים בעניינו.

126. אציון עוד שהנאשם לא חלק על היסוד הנפשי הנדרש בעיריה זו, שהוא מודעות לטיב הנסיבות ולאפשרות גריםמת התוצאה וכן פיזיות ביחס לתוכזאה זו. אציון בקצרה שיסוד נפשי זה מתקיים בבירור. הנאשם היה מודע לכל הנסיבות והוא בודאי צפה את האפשרות שמעשים כה אלימים עשויים לגרום לפגיעה ראש קשה (בודאי כלפי מי שהוא עצמו טוען שהוא שיכור ולא יציב). הנאשם נגח בנג בעוצמה רבה והפילו ארצתה. נפילת האחורה בפתחיע, תוך שהקורבן סופג נגיעה קשה בראשו אשר מהמתאות, בודאי עלולה לגרום לפגיעה ראש. מדובר בתוצאה חריגה או בלתי סבירה, אין סיבה שלא להעמיד את הנאשם בחזקתו שלא היה מודע לה כלל אדם. אין מדובר בתוצאה גרימתה (בודאי כאשר הוא עצמו טוען כך). כן ראוי להזכיר שהתנהגות הנאשם באירועו כלו מעידה על הילך רוח של אדישות (להבדיל מקלות דעת). מסקנה זו עולה מעווצמת האלים שפהגן בעת הנגיעה ובמיוחד בהמשך הדברים, עת דרך על נג בעודו שכוב על הקרקע חסר אונים ומתחנן לרוחמים. על אף שקביעתי שלא הוכח שהדריכה הייתה על הראש, אלא אפשר שסמן לכך בחלק הגוף העליון, התנהגות אלימה וחסרת רחמים זו מלמדת בבירור על הילך נפש של אדישות (להבדיל מקלות דעת).

ח. מחדרי חקירה

127. הנאשם טוען למחרדי חקירה, ובهم העובדה שלא אותרו חברי של נג היו במקום וכן עדים אחרים, כמו גם שלא נעשה ניסיון לגבות את גרסת המתלוון. לאור כך טוען הוא שיש לזכות את הנאשם. אני סבור שיש בסיס לטענות אלו. אנמק מסקנתי להלן.

128. חובתה של המשטרה לאתר עדים רלוונטיים לאירוע היא בבחינת מובן מלאו. הדבר נובע מהכלל הבסיסי שלפיו "על רשות החקירה מוטלת החובה למצות את מלאה האפשרויות העומדות בפניהן כדי להביא את כל המידע הרלבנטי אל בית המשפט" (ע"פ 11/2016 **גביל אבו חדיר נ' מדינת ישראל** (15.2.2016)). הדבר ברור גם לאור חובתה של המשטרה לחזור לחקר האמת אשר "משמעותו, בין היתר, השגת ראיות אובייקטיביות ופוזיטיביות, איתור עדים ראייה וגילוי ממצאים פיסיים לשם ביצוע בדיקות פורנזיות ואחרות" (ע"פ 08/2012 **אבו עצא נ' מדינת ישראל** (23.8.2012)). ואולם מובן שאין על המשטרה לאתר כל עד אפשרי ולעולם תתקנן חקירה מעמיקה ויסודית יותר (ע"פ

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

"בהתנתקות ראייתית מספקת להוכחת אשמתו של הנאשם, הרי שאין בקיומם של מחדרי חקירה, כשלעצמם, כדי להביא לזכותו של הנאשם. בחינת טענות הנוגעות למחדרי חקירה תעשה בשני שלבים: תחיליה יש לבחון האם מדובר כלל במחדרי חקירה. רק אם המענה לשאלה הראשונה הוא חיוב, יש לבחון את השאלה, האם בשל מחדרי החקירה הנטען, נגעה יכולתו של הנאשם להתחזק כראוי עם חומר הראיות אשר עומד נגדו, עד כי קיים חשש ממשי כי הגנתו קופחה, כמו גם זכותו להליך הוגן. בחינה זו נעשית, תוך שיקולו המחדלים הנטעןם אל מול התשתית הראייתית שהונחה בפני הערכאה הדינונית." (ע"פ 12/5633 נימוקי מדינת ישראל 10.7.2013).

130. ومن 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 בעית הדיוון לעיל אדם א' וזאת לפי החולצה (היחודית יחסית) שלבש אדם זה בסרטון. ברι כי אדם זה יכול היה לשפוך אור על האירוע, בוודאי לפני שאותר הסרטון. ממצלמות הגוףعلاה שנעשה ניסיון לבסמרק לאטר עדים שראו את האירוע, אך לשוו (ת/13). אכן, אפשר לנitin היה לדרש את שמות העדים על מנת לשוב ולחקור אותם לאחר מכן ויש להזכיר שלא נעשה אצין כי ניסיון שלא הניב פרי לאטר את שם של אדם א' באמצעות אחواتו 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 שכןון היו עושים השוטרים אם היו רושמים את שמות האנשים שנקחו במקומם. ואולם, איןני סבור שמדובר במחדרי חקירה משמעותי אשר פגע ביכולתו של הנאשם לנحال את הגנתו. יש לזכור שאחרי כלות הכל, קיימים סרטון המתעד את האירוע. הסרטון ברור והוא בבחינת הראייה הטובה ביותר במקרה זה. משכך, קשה לראות بما נגעה הגנת הנאשם בכך שלא אותרו חברי של נ.ג. אני דוחה אפוא טענה זו.

131. כן ראייתי לדוחות את הטענה לפיה יש לראות מחדר בכר שנ.ג לא הובא לעדות. בעניין זה אצין שהמאמישה הציגה מזכיר 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 בהסכם והسنגור לא חקר את עורכת המזכיר. בתנוטים אלו קשה להלום טענה כנגד אמריות האמור בו. אציג שדברים אלו מתייחסים היטב עם עדותו של ד"ר מאזריב אשר טען שמדובר ב"חבלת ראש קשה ... שגורמת לנזק ... ופחות ממנו לא חזורים להיות נורמליים בוא נגיד ככה" (בעמ' 44, בש' 13-21; ההדגשה של י.ט.).

132. לאור כך, ובשים לב למצבו של נ.ג, עמדתה של המאמישה בהחלט מובנת, ושמא יש לומר מתחייבת. בכך דברים אלו אצין שכןון הייתה עשויה המאמישה אם הייתה מגישה לבית המשפט מסמכים עדכניים בדבר מצבו של נ.ג, בין לצורך תמייהה בהתרשומה של השוטרת שערכה את ת/46, ובין על מנת שמצובו העדכני יבוא בפני בית המשפט כנתון רלוונטי לצורך קביעת ממצאים עובדיתיים (ראו בהשוואה: בג"ץ 681/12 **shore מרים גרינשפן נ' היועץ המשפטי לממשלה** (19.9.2012)).

133. ביחס לטענה לפיה העד בן דהן לא הובא לעדות, אך יש לתמוה על כך וכן להביע תרומותת. מדובר בעד רלוונטי, אשר תיאר במשפטה שהיה עד ראייה לאירוע אחר הצדורים. אף אם קיימם סרטון, המיתר לשיטת המאשימה את הצורך בעדי ראייה, ואף אם המאשימה סבורה שגרסתו של עד זה במשפטה הייתה שונה בפרט זה או אחר מזו הנראית בסרטון (ולכן לא קיבלת את גרסתו), היה עליה להביאו לעדות כעד תביעה. ככל שסבירה שגרסתו אינה משקפת את האמת לשיטתה, היה עליה לומר זאת. ואולם, אין להשלים עם אי הבאת עד רלוונטי לאירוע (ראו בהשוואה ע"פ **אבו סעדה ב' מדינת ישראל**, פ"ד נג(1) 832). עם זאת, בכפוף להערות אלו, איני רואה נפקות מעשית למחדל זה. עדותנו בכללה בחומר החקירה והועברה להגנה. העד העיד בפניו עד הגנה והודעתו במשפטה הוגשנו (ת/50; ת/49), כך שההתמונה הראיתית המלאה הובאה לפני.

134. נתתי דעתך גם ליתר טענות הסגנון בסיכון (שאין נוגעות בנקודת מהותיות) ולא מצאת בהן ממש. כידוע "בית-המשפט היושב כערכאה ראשונה, כמו גם בית-המשפט שלערעור, אינם חיבר להתייחס באופן קונקרטי לכל טענה וטענה של המערער או בא-כוחו, באופן שאו התייחסות צזו פירושה התעלומות. בית-המשפט מתיחס לטענות שנראות בעיניומשמעות ורשי הוא שלא להתייחס לטענות שאין נראהות לו לצורך ההכרעה" (ע"פ 347/07 **פלוני ב' מדינת ישראל** (18.11.2007)).

135. התוצאה היא אפוא שאינו מרשים את הנאשם בעבורות שייחסו לו בכתב האישום.

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