



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פליליים

ע"פ 5184/14

לפני :
כבוד השופט ח' מלצר
כבוד השופט נ' הנדל
כבוד השופט א' שהם

המערער : פלוני

נ ג ד

המשיבה : מדינת ישראל

ערעור על הכרעת דין מיום 12.3.2014, ועל גזר דין מיום 15.7.2014, שניתנו על ידי בית המשפט המחוזי בבאר שבע, בת"פ 56911-11-11, מפי כב' השופט נ' זלוצ'ובר

תאריך הישיבה : ח' בשבט התשע"ו (18.1.2016)

בשם המערער : עו"ד צדוק חוגי ; עו"ד נחמן הרשקוביץ

בשם המשיבה : עו"ד סיגל בלום

פסק-דין

השופט א' שהם:

1. לפנינו ערעור על הכרעת דין מיום 12.3.2014, ולחילופין על גזר דין מיום 15.7.2014, שניתנו בבית המשפט המחוזי בבאר שבע (כב' השופט נ' זלוצ'ובר), בת"פ 56911-11-11. המערער, יליד 25.7.1994, שהיה קטין במועד ביצוע העבירות, הורשע, לאחר ניהול משפט הוכחות, בעבירות הבאות: הריגה, לפי סעיף 298 לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין); חבלה בכוונה מחמירה, לפי סעיף 329(א)(1) לחוק העונשין; ונשיאת נשק, לפי סעיף 144(ב) רישא לחוק העונשין.

בעקבות הרשעתו בדין, הושתו על המערער העונשים הבאים: 8 שנות מאסר לריצוי בפועל, בניכוי ימי מעצרו מיום 17.11.2011 ועד ליום 28.12.2011; 12 חודשי מאסר על תנאי, למשך 3 שנים מיום שחרורו מהמאסר, לבל יעבור המערער עבירה מבין העבירות בהן הורשע בתיק זה, או עבירה לפי סעיף 380 לחוק העונשין; כמו כן, חוייב המערער בתשלום פיצויים למשפחתו של דוד שקרגי ז"ל (להלן: המנוח), בסך של 25,000 ₪, ובתשלום פיצוי לעד התביעה חיים קדוש (להלן: חיים), בסך של 8,000 ₪.

עובדות כתב האישום שהוגש נגד המערער

2. בכתב האישום שהוגש נגד המערער נטען, כי בחודש נובמבר 2011 או בסמוך לכך, נערכה עסקה בין המערער לבין אדם בשם שמעון-אבידן קדוש (להלן: אבידן), במסגרתה סוכם כי המערער ירכוש מאבידן אופנוע, תמורת סכום של 19,000 ₪. המערער העביר לאבידן סכום של 9,000 ₪, וקיבל את האופנוע לידי ביום 16.11.2011. את יתרת התשלום, התחייב המערער להעביר לאבידן ביום 17.11.2011, בשעות אחר הצהריים. באמצעות תשלום זה מהמערער, אמור היה אבידן לשלם לאחיו, חיים, עבור רכב שקנה ממנו.

ביום 17.11.2011, נערכו מספר שיחות טלפון בין אבידן לבין המערער, במסגרתן דרש אבידן מהמערער לשלם לו את יתרת התשלום עבור האופנוע. בשיחות אלו, אמר המערער לאבידן כי אביו צריך לשוב מבית החולים, וכי הכסף מצוי בידיו. תחילה, הודיע המערער לאבידן שהוא יכול להגיע בשעה 17:30 על מנת לקבל את כספו. בהמשך, דחה המערער את המועד לשעה 18:30, ולאחר מכן אמר המערער לאבידן כי הוא ישלם לו רק למחרת. בשלב זה, לקח חיים את הטלפון מאחיו, ואמר למערער: "יא בן זונה, אל תשחק איתי משחקים, אני בא עכשיו לקחת את הכסף שלי או את האופנוע... חכה בחוץ... אתה מת!". בעקבות דברים אלו, התקשר המערער לאביו וסיפר לו כי אימו עליו בטלפון, וכי מוכר האופנוע בדרכו אליו, יחד עם אחרים. לאחר שאביו של המערער אמר לו כי הוא בדרכו הביתה, התקשר המערער לחברו, הקטין א.א. (להלן: א.א.), וביקש ממנו שיבוא גם הוא לביתו.

אותה עת, אבידן וחיים נסעו ברכב לביתו של המערער, במטרה לגבות ממנו את החוב, ואספו בדרך את חברם, הוא המנוח. בשעה 18:30 או בסמוך לכך, הגיעו השלושה לביתו של המערער, והחנו את הרכב מול הכניסה לבית.

משהבחינו המערער וחברו, א.א, בהגעתם של השלושה למקום, יצאו השניים החוצה ונעמדו בחצר, כאשר המערער נושא על גופו, באופן מוסתר, אקדח עם מחסנית, השייכים לאחיו, אשר עובד כמאבטח. מכתב האישום עולה, כי קודם להגעת השלושה למקום, נטל המערער את האקדח ואת המחסנית, ללא ידיעת אחיו, מארון הבגדים בחדרו של האח, הכניס את המחסנית לתוך האקדח, ויצא מהבית כמתואר לעיל.

אבידן נשען על הרכב, וחיים נעמד בצמוד לגדר ואיים על המערער, במילים אלו: "פתח את השער, עכשיו אני נכנס אני הורג אותך". בין המערער לבין חיים התפתח ויכוח מלווה בקללות, במסגרתו דרש חיים מהמערער לשלם את הכסף או להשיב את האופנוע. המערער טען מנגד, כי ישלם את הכסף רק למחרת, לאחר שיבדוק את האופנוע.

תוך כדי הדברים, ניסה חיים לקפוץ מעל הגדר, ואילו המנוח ניסה לפתוח את מנעול השער, תוך שימוש במפתח, ולאחר מכן בסכין. לאחר שעלה בידי המנוח לפתוח את השער, הוא נכנס אל החצר, כאשר הסכין נמצאת בתוך כיס מעילו, ומכאן ואילך לא הוציא המנוח את הסכין מכיסו, בשום שלב. נטען על ידי המאשימה, כי המערער נעמד על מדרגות הכניסה לבית, וצעק לעבר המנוח, תוך שהמנוח מתקרב לעבר הבית, "אתה לא רוצה לצאת מפה?", וכיוון את האקדח לעברו, לאחר שדרך אותו. המנוח אמר למערער "תירה", והמערער לחץ על ההדק וירה ירייה אחת, אשר פגעה בחזהו של המנוח. כשהחלו חיים והמנוח ללכת לכיוון השער, צעק חיים לעבר המערער "אתה מת", והמערער ירה ירייה נוספת, שפגעה בזרועו השמאלית של חיים.

המנוח פונה לבית החולים "סורוקה" (להלן: בית החולים), על ידי ניידת מד"א שהוזעקה למקום וביצעה בו פעולות החיאה, כשהוא במצב אנוש, מחוסר הכרה, ללא נשימה וללא דופק. מותו של המנוח נקבע תוך זמן קצר לאחר הגעתו לבית החולים. חיים פונה גם הוא לבית החולים, שם עבר ניתוח לקיבוע זרועו השמאלית, והוא אושפז לקבלת טיפול רפואי במשך כ-10 ימים.

תשובת המערער לכתב האישום

3. בתשובתו לכתב האישום, נטען על ידי המערער, כי סוכם בינו לבין אבידן כי האופנוע יימכר למערער תמורת 18,000 ₪. בהמשך התברר לו, כי היו באופנוע ליקויים, כי ישנן נזילות, וכי לא הומצאו הרישיונות הנדרשים. כאשר הודיע אבידן למערער כי הוא מגיע לקחת את יתרת התשלום, אמר לו המערער, לטענתו, שיבוא

מאוחר יותר, כשאביו יגיע הביתה, וכי ישלים את התשלום בכפוף לתיקון הליקויים. בשלב זה, לקח חיים את הטלפון והחל לאיים על המערער, כמפורט בכתב האישום. אבידן וחיים אספו את המנוח בדרכם לביתו של המערער, כשהם מצוידים בסכין יפנית ובאולר. השלושה התקשרו אל המערער ואמרו לו לצאת מן הבית, וחיים ניסה לקפוץ מעל הגדר, תוך שהוא מאיים בצעקות כי יפגע במערער, אם הוא לא יפתח את השער. משלא הצליח המנוח לפתוח את השער בעזרת מפתח שהיה ברשותו, הוציא המנוח אולר, שבאמצעותו הוא פרץ את השער. חיים והמנוח התקדמו לעבר הבית, בעוד שהמערער, שיצא החוצה בעקבות בואם, דיבר על ליבם, כי אין צורך לנקוט באלימות, וכך גם עשה חברו, א.א.

המערער חלק על כך שהצטייד באקדח, טרם הגעת השלושה לביתו. לטענתו, רק לאחר שראה כי חיים והמנוח פרצו את השער והחלו להתקדם לעברו, נכנס המערער לתוך הבית ולקח את האקדח של אחיו, במטרה להפחיד את המנוח וחבריו, פן יפגעו בו. וזאת, נוכח האיומים שהושמעו כלפיו בטלפון ובמהלך האירוע.

לגרסת המערער, המשיכו חיים והמנוח להתקדם לעברו, בעוד שהמערער דורש מהם כי יעזבו את הבית. בשלב זה, הכניס המנוח את ידו לכיס המעיל שלבש, ואמר למערער "תירה בי, ואם לא תירה בי אני הורג אותך". לטענתו של המערער, עקב הלחץ נפלט כדור מהאקדח, והמנוח נהרג. כתוצאה מהדף הירייה נפלט כדור נוסף, אשר פגע בחיים. אולם לפני שחיים נפגע, הוא עשה צעד נוסף לכיוון המערער, ואמר לו "אתה מת". המערער הוסיף וטען, כי כשהמנוח התמוטט, הגיע מתנדב מד"א למקום, אך הוא לא העניק כל טיפול רפואי למנוח, ומותו של המנוח יכול היה להימנע.

לגרסת המערער, המדובר בפורצים, אשר הגיעו לביתו, כשהם מצוידים בסכין, במטרה לסחוט אותו, והם אמרו לו במפורש, כי "או שהוא משלים את יתרת התמורה, או שהם לוקחים את האופנוע, ימכרו את האופנוע ורק לאחר שימכרו את האופנוע, יחזירו לו את הכסף ששילם". לגישת המערער, עומדת לו טענת ההגנה העצמית, וכן טענת הגנה על רכושו, ואף קיומו של הקשר הסיבתי בין מעשיו לבין מותו של המנוח, הינו בעייתי – כך לטענת המערער.

עיקרי הכרעת דינו של בית משפט קמא

4. ביום 12.3.2014, הורשע המערער בעבירות שיוחסו לו בכתב האישום. בפתח הכרעת הדין, הביא בית משפט קמא את תגובתו של המערער למיוחס לו בכתב

האישום, ולאחר מכן, סקר בהרחבה את העדויות והראיות שהוצגו מטעם הצדדים. בהמשך, מיקד בית משפט קמא את יריעת המחלוקת, בקבעו כי "המחלוקת המרכזית היא, בשאלה אם הירי היה במסגרת הסייגים לאחריות פלילית שבסעיפים 134 או 134 לחוק העונשין, דהיינו הגנה עצמית והגנת בית מגורים", ופנה לבחינת תנאיהם.

5. הרשעתו של המערער הסתמכה, בעיקרה, על עדותו של חיים קדוש, אחיו של העד אבידן קדוש, ממנו רכש המערער את האופנוע; ועל הגרסה שמסר במשטרה א.א., חברו של המערער, שהיה קטין כבן 17 בעת קרות האירוע, ונכח בו. גרסאות אלו נתמכו, בין היתר, בשחזור שבוצע למערער בזירת האירוע, וכן בביקור במקום שערך בית משפט קמא. להלן, אתיחס לראיות המרכזיות שעמדו בפני בית משפט קמא, ואביא את עיקרי ממצאיו.

גרסתו של א.א.

ראשית יצוין, כי א.א. הוכרז כעד עוין לתביעה, ואמרתיו במשטרה הוגשו מכוח סעיף 10א לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971 (להלן: פקודת הראיות).

6. באמרתו מיום 17.11.2011, סיפר העד כי המערער התקשר אליו וביקש שיבוא אליו כבכל יום, ורק בהגיעו, סיפר לו המערער על שיחת הטלפון עם אבידן וחיים (ת/1). העד מסר, כי עוד בטרם סיים המערער לספר לו על שיחת הטלפון האמורה, נשמע צלצול בשער הכניסה, שם עמדו חיים, אבידן והמנוח. העד והמערער יצאו לרחבת הכניסה, וחיים אמר למערער "פתח את השער, עכשיו אני נכנס אני הורג אותך", כאשר המנוח מנער את השער ומנסה לפתוח אותו בכוח. בתגובה לכך, אמר העד "אבידן למה ככה זה לא יפה למה אנחנו מגיעים למצבים כאלה". חיים השיב, באמרו לעד "אתה סתום את הפה אל תתערב אתה לא קשור", והמנוח הצליח לפתוח את השער. אותה עת, דלת הבית הייתה פתוחה, והמערער הלך לכיוון הבית כשגבו מופנה לדלת, וכשהמנוח המשיך לקראתו, אמר לו המערער "תצא לי מהבית". כשהמנוח הגיע לרחבה ליד דלת הכניסה, שמע העד את המנוח אומר למערער "תירה". בשלב זה, ראה העד שהמערער מוציא אקדח מאזור הבטן, ואוחז בו בידו, ואז שמע העד "בום חזק", ולאחריו "בום" נוסף. העד מסר, כי הוא ראה את המערער כל העת, למעט בפרק זמן שהעריך ככעשרים שניות עד דקה, ועמד על כך שהמערער בשום שלב לא נכנס לביתו. וזאת, בין השאר, משום שגם בשלב ניתוק קשר העין, חיים והמנוח דיברו אל המערער. העד הוסיף, כי לפני שהגיעו חיים, אבידן והמנוח לביתו של המערער, הוא (העד) ירד

במדרגות, למשך זמן קצר, לחדרו של המערער, כדי להביא מצית, והמערער נשאר למעלה.

7. בשחזור שנערך ביום 18.11.2011, חזר העד על האמור לעיל, במספר שינויים. כשנשאל העד, האם ייתכן שבזמן שהוא נעמד ליד הגדר, נכנס המערער לביתו, השיב העד בשלילה. העד הוסיף, כי הוא לא ראה מהיכן הוציא המערער את האקדח, אך ציין כי הוא סובר שהאקדח הוצא מאזור הבטן. בשחזור סיפר העד, כי לאחר שהמנוח נפגע מהירייה הראשונה, ובטרם נורתה הירייה השנייה, היו המנוח וחיים בנסיגה. באמרה מיום 29.11.2011, חזר העד על האמור באמרתו הקודמת, אך ציין כי הוא לא ראה מהיכן שלף המערער את האקדח (ת/א1).

8. בעדותו של א.א. בבית המשפט, כך קבע בית משפט קמא, בלטה מגמתו של העד להתאים את עצמו לגרסת המערער. בבית המשפט העיד א.א., כי כאשר המנוח פרץ את השער, רץ המערער לכיוון הבית, והוא, העד, ניסה לברוח, ולאחר מספר דקות שמע את הירי. עוד העיד א.א., כי המנוח וחיים המשיכו להתקדם לכיוון המערער, לאחר שהמנוח כבר נפגע. לדברי העד, הוא לא יכול היה לראות אם המערער נכנס לביתו, וקשר העין בינו לבין המערער נותק למשך "דקה או שתי דקות" (עמ' 11 לפרוטוקול הדיון מיום 14.12.2012). לראשונה טען העד, כי ידיו של המנוח היו בכיסים, כאשר הוא צעד לעבר המערער. בחקירתו החוזרת הבהיר העד, כי בעת שהותו בבית המערער בתחילת האירוע, ישבו הוא והמערער כל העת באזור המטבח, למעט זמן קצר מאוד, 2 שניות לדברי העד, בו הוא הלך לחדרו של המערער על מנת להביא מצית.

בית משפט קמא העדיף את גרסתו המוקדמת של העד, אשר ניתנה בסמוך לאירוע, בטרם היה לו זמן להתייעץ ולתאם גרסאות. בנוסף, דחה בית משפט קמא את טענות ההגנה, לפיהן חקירת העד במשטרה לא הייתה הוגנת, והשחזור שבוצע עמו איננו קביל. בית משפט קמא התרשם באופן חד משמעי, כי בבית המשפט הבין א.א. מה נוח יותר לגרסת המערער, ושיקר על מנת להתאים לה.

עדותו של חיים קדוש

למען שלמות התמונה, יצוין, כי בגין האירוע, כנגד עד זה וכנגד אחיו, אבידן, הוגש ביום 29.11.2011 כתב אישום, אשר מייחס להם עבירות של קשירת קשר לביצוע פשע; סחיטה באיומים; והסגת גבול. בית משפט השלום בבאר שבע הרשיע את השניים

בעבירות שיוחסו להם כאמור, וביום 29.9.2013 ניתן גזר הדין בעניינם (ת"פ 54944-11-11).

9. באמרתו הראשונה של חיים, שנגבתה בבית החולים ביום האירוע (נ/4), תיאר חיים את השתלשלות העניינים, אשר קדמה להגעתו יחד עם אחיו והמנוח לביתו של המערער. לאחר מכן, מסר העד, כי לאחר שיצא המערער, ביחד עם א.א, מחוץ לבית, היו חילופי דברים בינו לבין המערער, אך הוא לא תיאר כל איום או קללה. העד סיפר, כי המערער הלך לכיוון דלת ביתו, ואז הסתובב ונעמד מולו ומול המנוח עם אקדח, אותו שלף מהבטן התחתונה. העד מסר, כי לאחר שהמערער דרך את האקדח פעמיים, הוא ירה ירייה אחת על המנוח, "ממרחק של שני מטר גג", וירייה נוספת, אשר פגעה בידו. העד הוסיף, כי תוך כדי שהוא והמנוח הלכו, נפל המנוח על הרצפה מחוץ לחצרו של המערער, וכשצעק העד לאחיו שיזמין אמבולנס ומשטרה, יצא המערער עם האקדח בידו, ואמר לו "סתום תפה אם תהיה משטרה אני ירצח גם אותך" (השגיאות במקור – א.ש). באמרתו נ/4ב, מסר העד כי הוא משער שהמערער נשא את האקדח כל העת, משום שלא אבד עמו קשר העין, והוא לא נכנס לביתו במהלך כל האירוע. לטענתו, המערער הסתובב למשך "אלפית השניה", ואז שלף את האקדח. באמרתו נ/4ג, סיפר העד, כי המערער מסר לאבידן אולר שחור מספר ימים לפני האירוע, והוא (העד) זרק אותו לשקית זבל שהניח בכניסה לחדר. העד מסר, כי אין לו מושג כיצד הגיעה אותה סכין לידי של המנוח, והוא גם לא ראה אצל המנוח "שום סכין". בנוסף, הכחיש העד כי הוא ניסה לקפוץ מעל גדר חצרו של המערער במטרה להיכנס לחצר. גם בשחזור שנערך עם העד, ובעימות בינו לבין המערער, חזר העד על גרסה זו.

10. בעדותו בבית המשפט, הוסיף העד, כי בשתי הדריכות הראשונות שדרך המערער, נפלט כדור, אולם בהמשך העיד, כי המערער "דרך את הנשק פעמיים, זה לא פליטה של כדור" (עמ' 25 לפרוטוקול הדיון מיום 14.11.2012). העד הסביר, כי הוא הגיע לביתו של המערער במטרה לגבות את כספו, ולא במטרה לאיים, והוסיף כי המערער אמר לו להגיע ולקחת את הכסף בשיחת הטלפון שקדמה לאירוע (עמ' 34 לפרוטוקול). העד הסביר, כי בשום נקודת זמן במהלך האירוע, הוא לא עמד קרוב למערער במרחק שממנו יכול היה "לפגוע בו, לגעת בו או לעשות לו משהו" (עמ' 38 לפרוטוקול). עוד הסביר העד, כי אחיו, אבידן, עמד קרוב לרכב, ולכן לא יכול היה לראות את המערער נכנס לביתו. כמו כן, שלל העד את דברי אחיו, לפיהם צעק המערער "תצאו החוצה", ואת טענתו כי המנוח פתח את השער באמצעות סכין שהייתה ברשותו.

לשאלה, כיצד הגיע דם של המנוח לרחבה לפני הכניסה לבית, השיב העד כי ייתכן שהדם "השפירי" לכיוון הרחבה.

אשר לעד זה, קבע בית משפט קמא, כי גרסתו בנוגע לליבת האירוע עצמו, קרי מרגע הגעתו לבית המערער ועד הגעתו לבית החולים כפצוע, הינה קוהרנטית והגיונית, ומשכך – אמינה. זאת, בין היתר, משום שעסקינן בגרסה שנמסרה בסמוך מאוד לאירוע, כשעה לאחר הירי, בעת שהעד מאושפז בבית החולים, ובשלב בו עדיין לא היה חשוד בעבירות בגין הוגש כתב האישום נגדו. בית משפט קמא קבע, כי ההתרשמות הכללית מעדותו של חיים היא טובה, גם לאחר שהזהיר את עצמו בנוגע לניסיונו של העד למזער את חלקו באותו עניין הנוגע לאיומים שהשמיע.

עדוּתו של אבִידן קדוש

ראשית ייאמר, כי עד זה הוכרז כעד עוין לתביעה, וכל אמרותיו במשטרה הוגשו מכוח סעיף 10א לפקודת הראיות.

11. באמרותיו במשטרה, מסר העד, כי הוא הגיע יחד עם חיים והמנוח, אותו אספו בדרך, לביתו של המערער, כדי לגבות את יתרת התשלום שהמערער היה חייב לו. העד ציין, כי הם באו במטרה לקחת את הכסף, ולא במטרה לאיים או לרַיב. כשהגיעו השלושה לביתו של המערער, התקשר העד אל המערער ואמר לו שיצא. לאחר שיצא המערער יחד עם חברו א.א, החלו המערער וחיים להתווכח על הכסף, והמערער נכנס לביתו, ולאחר מספר שניות נשמע "בום", שלאחריו היה רעש של מעצור. המערער דרך שוב את הנשק, וכשנשמע קול ירייה נוסף, החל העד לרוץ. העד מסר, כי המנוח הצליח לפתוח את השער בעזרת מפתח או שני מפתחות מחוברים, וכי ממש לפני הירי, צעק המערער לחיים "אתה לא רוצה לצאת מפה?" (ת/5). העד הוסיף, כי אחיו והמנוח לא נגעו במערער, אלא רק דיברו איתו. כשנשאל העד כיצד הוא יודע שהמערער נכנס לביתו כדי להביא את הנשק, השיב: "[המערער – א.א.] נעלם לי למאית השנייה מהעין ולא יודע פתאום שמעתי את הירייה הראשונה". בהמשך, אמר העד "אני לא בטוח ש[המערער] נכנס כי זה עניין פחות משנייה ורבע עד ש[המערער] חזר. מאוחר יותר, מסר העד כי אחיו איים על המערער וקילל אותו, ולכן המערער נבהל, והוסיף כי המנוח ניסה לפתוח את השער באמצעות סכין שהמערער נתן לו (לעד), כמה ימים קודם לכן. בעימות שנערך בין העד לבין אחיו, חיים, חזר העד על עיקרי דבריו אלו, אך ניסה למתן את גרסתו בכל הנוגע לחיים.

12. בעדותו בבית המשפט, טען העד כי כל דבריו בחקירה נאמרו במטרה "להשתחרר הביתה" (עמ' 17 לפרוטוקול הדיון מיום 26.11.2012). בשל זאת, הוכרז העד כעד עוין לתביעה. בין שאר הדברים, מסר העד בעדותו, כי הוא אינו יודע אם חיים איים על המנוח לפני או במהלך האירוע; הוא לא זוכר שהמנוח ניסה לפתוח את השער; הוא לא ראה את המערער נכנס לביתו כדי להביא את הנשק; הוא אינו זוכר אם המערער דרך את הנשק; והוא אינו יודע כמה "בומים" שמע.

בהתייחס לעדותו של אבידן בבית המשפט, ציין בית משפט קמא כי עדות זו הותירה "רושם מר ושלילי". אבידן השיב באופן לא עקבי לשאלות שנשאל, הרבה לטעון שאיננו זוכר, וניסה להתחמק ממתן תשובות. עקב זאת, קבע בית משפט קמא כך: "איני מוכן לסמוך ממצא על דברים היוצאים מפי עד זה, אלא אם נתמכים הם בראיה נוספת". לאור האמור, ונוכח מידת האמון המועטה שייחס לעד זה, כמו גם תרומתו "השולית יחסית" של גרסתו במשטרה, לא מצא בית משפט קמא "טעם של ממש" לדון בבקשת התביעה להעדיף את אמרתו במשטרה על פני עדותו בבית המשפט.

עדותו של המערער

בהכרעת הדין פורטו בהרחבה גרסאותיו של המערער במשטרה, תוך השוואתן לעדותו בבית המשפט. להלן אביא בקצרה את עיקרי הדברים שמסר המערער במשטרה ובפני בית משפט קמא.

13. באמרה הכתובה הראשונה שמסר, מיום 17.11.2011, תיאר המערער את הרקע להיכרותו עם אבידן, וציין כי בשיחתם האחרונה הוא אמר לאבידן להגיע בעוד שעה וחצי לביתו, כי אביו לא נמצא בבית (ת/23). בנוסף, אמר המערער לאבידן כי הוא רוצה לקחת את האופנוע לבדיקה בשל ליקויים שגילה, ויתרת התשלום תשולם ככל שהבדיקה תצא חיובית. במידה שהבדיקה תצא שלילית, יחזיר המערער את האופנוע לאבידן, ויקבל בחזרה את הכסף שכבר שילם. בתגובה לכך, העביר אבידן את הטלפון לאחיו, חיים, והאחרון אמר למערער "אני אזיין אותך, עכשיו אני בא אליך". לאחר זמן מה, הגיעו אבידן, חיים והמנוח לביתו של המערער, ובתגובה יצא המערער לגינה. חיים אמר למערער "תוציא את האופנוע", והמערער השיב "אתה רוצה את האופנוע תן לי את הכסף שלי". לאחר מכן, ראה המערער את חיים מוציא משהו מהרכב, ו"פתאום הוא הצליח לפתוח את השער". המערער מסר כי הוא היה ב"פאניקה", ומשהחל המנוח להתקדם לעברו, הוא רץ להביא את האקדח מהחדר של אחיו. המערער אמר למנוח שהוא יירה בו, וכשהמנוח המשיך להתקדם לעברו, ואמר לו "תירה", המערער ירה.

כשנדרש המערער להדגים מה עשה עם האקדח, הוא השיב כי תפס את האקדח, הכניס את המחסנית, ביצע שתי דריכות (תוך כדי הדגמה) ולחץ פעמיים.

14. בשחזור שנערך ביום 18.11.2011, חזר המערער על השתלשלות האירועים כפי שתוארה לעיל, אך הפעם ייחס את עיקר המעורבות באירוע למנוח, ומסר כי המנוח איים שיפגע בו. יצוין, כי מההדגמה שביצע המערער בשחזור, עולה כי הוא הכניס את המחסנית לאקדח כבר בחדר של אחיו.

15. באמרתו מיום 21.11.2011, שוב תיאר המערער את הרקע לאירוע (ת/14), וכשנשאל האם מסר לאבידן אולר או סכין קודם לכן, השיב בשלילה. באמרה זו, הוסיף המערער פרטים בנוגע להתנהגותו של המנוח במהלך האירוע, ובין היתר, מסר כי המנוח איים עליו והכניס ידיים לכיסים, בעת שהוא מתקרב אליו (למערער). כשתיאר את שיחת הטלפון עם חיים לפני שהשלושה הגיעו לביתו, אמר המערער: "הוא ממש איים על החיים שלי ואני התחלתי להילחץ והתקשרתי לאבא שלי ואמרתי לו שיבוא הביתה מהר". כשנשאל המערער מדוע לא התקשר, אם כן, למשטרה, הוא השיב "לא חשבתי שבאמת זה יגיע למצב כזה כי אני גם לא חשבתי על זה". באמרה מיום 23.11.2011, חזר המערער על כך שהוא לא הצטייד באקדח מבעוד מועד, הוסיף כי "הירי לא היה מכוון", וטען לראשונה כי הכדורים נפלטו מהאקדח (ת/15).

16. בעימות בין המערער לבין חברו, א.א, שנערך ביום 23.11.2011, עלו מספר סתירות בין גרסאותיהם. כשנשאל המערער, מה הוא אומר על כך שלדברי א.א לא ייתכן שהוא נכנס לביתו כדי להביא את האקדח, השיב המערער כי "בחקירה הראשונה שלו הוא אמר שהוא בשלוש מאות אלף אחוז לא ראה אותי נכנס לבית אבל עכשיו הוא אמר שהוא לא זוכר כי הוא לא הסתכל עליי", והוסיף כי "אם עומדים בחניה לא רואים את פתח הדלת ואני בכלל לא ידעתי איפה [א.א] עמד". כמו כן, חזר המערער שוב על טענתו כי הכדורים נפלטו מהאקדח. בעימות שנערך בין המערער לבין חיים ביום 28.11.2011, טען המערער כי המנוח איים עליו, ומיד לאחר שהמנוח הצליח לפתוח את השער, הוא רץ להביא את האקדח והמחסנית מהחדר של אחיו. המערער סיפר, כי כשהמנוח עלה את שלוש המדרגות לעבר הבית, הוא אמר לו "תצא לי מהבית אני יורה", והמנוח בתגובה אמר לו שיירה, ושם הוא לא יירה – הוא (המנוח) יהרוג אותו. המערער המשיך, "אז חיברתי את המחסנית ואמרתי לו אני יורה", וכשראה כי המנוח מכניס את ידיו לכיסים, הוא תפס את האקדח בחוזקה, ונפלט כדור אחד. אז עמד האקדח ליפול, והמערער אחז בו חזק, ונפלט כדור נוסף.

17. בעדותו בבית המשפט, חזר המערער על תיאור הרקע לאירוע, ועל הטענה כי הוא רץ להביא את האקדח רק כשראה כי חיים והמנוח הצליחו לפרוץ את שער חצרו. המערער הוסיף בעדותו, כי כשנעמד בפתח הבית, הוא נופף באקדח ובמחסנית, ואמר "צאו לי מהבית כי אני יורה" (עמ' 50 לפרוטוקול הדיון מיום 20.2.2013). כשהמשיכו השניים להתקדם לעברו, ואיימו עליו שאם הוא לא יירה הם ישחטו אותו, הכניס המערער את המחסנית לאקדח כדי להראות להם שהאקדח אמיתי. משהמשיכו השניים להתקדם לעברו ולאיים עליו, תפס המערער את האקדח בחוזקה, ואז היה "בום" חזק. המערער אחז באקדח חזק יותר כדי שלא ישתחרר מידיו, ואז היה "בום" נוסף. כשנשאל המערער, לאחר שטען כי שתי היריות נורו כתוצאה מפליטת כדור, מדוע נימק את הירי בכך שפחד מפני חיים והמנוח וחשש שהאחרון מוציא משהו מכיסו, השיב המערער כי עד שהגיע "לחקירה האמיתית", הוא דיבר ב"שפה" של החוקרים, והוסיף "הם כל הזמן אמרו לי ירית ירית ואני אמרתי להם שלא תכננתי לירות" (עמ' 67 לפרוטוקול).

לאחר שבחן את עדותו של המערער בפניו, קבע בית משפט קמא, כי עדות זו אינה מהימנה כלל וכלל. המערער שינה את גרסתו בהתאם להתפתחויות בחקירה ובמשפט, וניסה לבצע תיאום עם עדים אחרים. כפי שיורחב בהמשך, פירט בית משפט קמא בהכרעת הדין את השינויים שביצע המערער בעדותו לאורך הדרך, והסיק, באופן חד משמעי, כי אין ליתן בה אמון.

18. בהתייחסו לשאלת המועד בו "התחמש" המערער באקדח, קבע בית משפט קמא כי המערער לקח את האקדח עובר להגעתם של חיים, אבידן והמנוח לחצרו, ו"כשאלה הגיעו ובעודם בשטח הציבורי, מחוץ לחצר, הנאשם [המערער] יצא את ביתו לקראתם כשהאקדח על גופו והמחסנית, עם הכדורים, בתוך האקדח". וזאת, בהתבסס על התרשמותו של בית משפט קמא ממהימנות העדים ומכלול הראיות שעמדו בפניו. בית משפט קמא הוסיף, כי טענת המערער, לפיה הוא נכנס לביתו על מנת להביא את האקדח רק כאשר חיים והמנוח כבר נכנסו לחצר, אף איננה סבירה:

"כעולה מדו"ח הביקור במקום של בית המשפט, שנערך ביום 4.3.2013, לא סביר שהנאשם [המערער] הספיק לרוץ מהרחבה שלפני הבית, לתוך הבית, להגיע לגרם המדרגות, לטפס 9 מדרגות המובילות ממפלס הכניסה לקומה שמעליה, ללכת עוד כמטר וחצי עד לחדר של האח, להגיע לארון, למצוא את האקדח שהיה במדף אחר, לרוץ חזרה את כל מה שתואר לרחבה שלפני הבית, ואף כדבריו, כדי לאיים על התוקפים הפוטנציאליים, להחזיק ביד אחת מחסנית וביד השנייה אקדח, לנופף בהם, להכניס את המחסנית לאקדח [...], כאשר בכל

הזמן הזה חיים והמנוח, עומדים וממתינים שהנאשם [המערער] יסיים את ענייניו וריצותיו, רק על מנת שיוכל לירות בהם. [...] ואם המתינו כל הזמן הזה, כפי שטוען הנאשם [המערער], כנראה שאינם כל כך אלימים".

זאת ועוד, בשחזור שנערך עם א.א, מסר הלה כי אותה עת הייתה בחוץ תאורה, אולם ביתו של המערער היה מוחשך. קשה להאמין, ציין בית משפט קמא, כי המערער ביצע את כל הפעולות שתוארו לעיל – בחשיכה.

בית משפט קמא עמד על כך ש-א.א תיאר במהלך השחזור את רצף הפעולות באופן כמעט זהה לחיים, וכשנשאל תוך כמה זמן, מהרגע בו התקדם המערער לכיוון דלת הכניסה, שמע את המילה "תירה", השיב א.א כי "הכל היה עניין של... מאית השנייה". כמו כן, ניתח בין משפט קמא, את האפשרויות השונות העולות מכך ש-א.א מסר במשטרה כי מרגע שהגיע לביתו של המערער, הוא לא ראה שהמערער לוקח את האקדח, והגיע למסקנה, כי האפשרות הסבירה ביותר הינה שהמערער החביא את האקדח על גופו, לאחר שהכניס לתוכו מחסנית, וזאת בהמשך לשיחת הטלפון עם חיים ואבידן, ועובר להגעתו של א.א לביתו.

19. אשר ליסוד העובדתי בעבירת ההריגה, קבע בית משפט קמא, כי "מותו של המנוח נגרם כתוצאה מהירייה הקטלנית שירה הנאשם [המערער] במנוח. כאשר על פי חוות הדעת הפתולוגית, המוות נגרם מנזק חמור לוריד הריאתי הימני ולריאה הימנית עם איבוד דם ממעבר הקליע דרך בית החזה". ביחס ליסוד הנפשי הנדרש בעבירת ההריגה, נקבע, כי המערער "היה ער ומודע לאפשרות שמעשיו יגרמו לתוצאה הקטלנית, ולכל הפחות, הוא פעל מתוך פזיזות, לאפשרות האמורה". בית משפט קמא הוסיף עוד, כי "חזקה שאדם מתכוון לתוצאות הטבעיות של מעשיו", וכי "במקום להתקשר למשטרה או להישאר בביתו עד להגעת אביו, הוא [המערער – א.א] התקשר לחברו א.א על מנת לתגבר כוחות, הצטייד באקדח, הכניס את המחסנית לאקדח", ויצא לעימות. מיד לאחר מכן, כך קבע בית משפט קמא, ירה המערער בחיים, עת היו חיים והמנוח בנסיגה. בית משפט קמא דחה את הטענה, אותה העלה המערער בשלב מאוחר, לפיה הכדור השני נורה עקב אוטומטיזם.

20. אשר לעבירה של גרימת חבלה בכוונה מחמירה, קבע בית משפט קמא, כי "אין ספק מחומר הראיות, כי חבלתו ופציעתו של חיים חמורות, הוא פונה לבית החולים באמבולנס כשהוא סובל משבר פתוח בזרוע שמאל. הוא נותח וזרועו קובעה והוא אושפז לקבלת טיפול רפואי למשך עשרה ימים". בהתייחסו ליסוד הנפשי הנדרש בעבירה, קבע בית משפט קמא, כי "שעה שהנאשם [המערער] ירה בחיים, הוא היה מודע לטיב המעשה

וראה מראש את התרחשויות התוצאה של החבלה החמורה כאפשרות קרובה לוודאי וגם חפץ בכך".

21. כמו כן, קבע בית משפט קמא, בהתייחסו לעבירה של נשיאת הנשק, כי "אין חולק כי הנאשם [המערער] היה מודע שהוא נושא את האקדח שלא כדין", וכי נשיאת הנשק נעשתה בלא רשות על-פי דין.

22. בהמשך, דן בית משפט קמא בטענות המערער בנוגע להגנה עצמית והגנת בית המגורים, ודחה אותן. בית משפט קמא הדגיש, כי "הקביעה האם מתקיימים יסודות הנחיצות והמיידיות שהיו דרושים לעשיית המעשה שנועד להדוף את הפורץ, כמו גם תיחום סבירותו של המעשה, אינם נקבעים על ידי הלך הרוח של המתגונן הספציפי". בית משפט קמא הוסיף, כי יש לבחון את המקרה דנן מהרגע בו אוים המערער בשיחת הטלפון, עובר להגעתם של חיים, אבידן והמנוח לביתו, ועד לרגע בו ירה המערער במנוח ובחיים.

בהתייחס ליסוד הנחיצות, קבע בית משפט קמא, כי הנחיצות האיכותית אינה מתקיימת במקרה דנן, שכן בפני המערער עמדו דרכי פעולה אחרות, שאילו נקט בהן, היו התוצאות הטראגיות נמנעות. בין היתר, מנה בית משפט קמא את אפשרותו של המערער להסתגר בביתו עד להגעת אביו, ואת חובתו להזמין משטרה. אף ביחס לנחיצות הכמותית, קבע בית משפט קמא כי כשל המערער, כאשר בחר לירות במנוח ובחיים באופן מיידי, עוד טרם שננקטה כל אלימות כלפיו. וזאת, שעה שיכול היה המערער לירות באוויר יריית אזהרה או לכל הפחות לירות ברגלו של מי מהפולשים, חלף ירי לעבר מקום חיוני בגופו של המנוח. אף הירי בחיים לא היה נחוץ כלל, כך נקבע, והיה פוגעני ומסוכן ביותר. בהתייחס ליסוד המיידיות, נקבע כי יסוד זה אינו מתקיים במקרה בו "אויס הנאשם [המערער], ציפה לפלישה הצפויה והתכוון לה במשך 23 דקות לפחות – במקום, למשל, להזעיק משטרה". בנוסף, ציין בית משפט קמא, כי אין מחלוקת שהמנוח וחיים לא רדפו אחרי המערער ולא נכנסו לפתח ביתו, ו"מכאן שגם לא היה צפוי סיכון כלשהו מצד הפולשים". אשר ליסוד הסבירות, עמד בית משפט קמא על כך ש"רק באם מעשהו של המתגונן היה בלתי סביר בעליל ביחס לצעיר בגילו, בנסיבות העניין, לשם הדיפת המתפרץ, תישלל ממנו הגנת בית המגורים". לאחר זאת, הגיע בית משפט קמא למסקנה כי "התנהגותו של הנאשם [המערער], בנסיבות העניין, הייתה בלתי סבירה בעליל", וכי קיים חוסר פרופורציה קיצוני בין היריות הקטלניות שירה המערער במנוח ובחיים לבין הנזק שהיה צפוי מפריצתם לחצר ביתו. בית משפט קמא הדגיש, כי "הנאשם [המערער] הוא ששינה את כללי המשחק בכך ששלף נשק חם" כלפיהם.

בהתחשב בכך שהגנת בית מגורים מקלה עם הנאשם יותר מאשר סייג ההגנה עצמית, קבע בית משפט קמא כי "לא מתקיימת הגנת בית המגורים וכפועל יוצא מכך, אף לא מתקיימת הגנה עצמית לזכותו של הנאשם [המערער]".

23. בית משפט קמא דחה גם את הטענה בדבר תחולתו של סייג הצורך, בצינו כי עובדות המקרה דנן אינן מתאימות לתחולתו של הסייג, "אפילו לו היו העובדות כפי שטוען להן הנאשם [המערער]". בית משפט קמא הוסיף, כי אף מבלי להתייחס בפירוט לכל יסודות סייג הצורך, לאחר שקבע כי אין מתקיימים במקרה דנן יסודות הנחיצות, המיידיות והסבירות באמת המידה הנדרשת להגנת בית מגורים, "גם הטענה החלופית של תחולת הגנת הצורך נדחתה".

24. לבסוף, דן בית משפט קמא בטענות בדבר פליטת כדור ואוטומטיזם, וקבע כי טענות אלו עומדות בסתירה לטענות בדבר הגנה עצמית והגנת בית מגורים, והינן בבחינת עדות כבושה. יתרה מכך, ציין בית משפט קמא, טענות אלו אינן מתיישבות עם הודעתו של המערער לפני הירי כי הוא עומד לירות, ואף לאחר הירי, באומרו לחיים "סתום תפה אם תהיה משטרה אני ירצח גם אותך".

25. בית משפט קמא דחה גם את טענת המערער, לפיה התנהלות גורמי הרפואה, שלגרסתו לא פעלו ביעילות ובמהירות הנדרשת, היא שגרמה לתוצאה הקטלנית, ומשכך מהווה גורם זר מתערב, אשר הביא למות המנוח. נקבע, כי גורמי הרפואה עשו כמיטב יכולתם, ומותו הצפוי של המנוח היה בלתי נמנע. אף לו היה ממש בטענות נגדם, כך נקבע, הייתה הטענה בדבר גורם זר מתערב נדחית, נוכח הוראת סעיף 309 לחוק העונשין.

26. לאור האמור, הגיע בית משפט קמא למסקנה, כי "התביעה הוכיחה כנדרש מתובע במשפט פלילי, מעבר לכל ספק סביר, את כל העובדות המפורטות בכתב האישום ובסופו של יום, גם לאחר בחינת טענות הנאשם [המערער], לא נותר ספק סביר, לפיו חל סייג מהסייגים לפליליות המעשה כפי שטען הסנגור". בהמשך לכך, הרשיע בית משפט קמא את המערער בעבירות של הריגה לפי סעיף 298 לחוק העונשין; גרימת חבלה בכוונה מחמירה, לפי סעיף 329(א)(1) לחוק העונשין; ונשיאת נשק, לפי סעיף 144(ב) רישא לחוק העונשין.

27. בשלב גזר הדין, עמד תחילה בית משפט קמא על האמור בתסקיר נפגעי העבירה, אשר הוגש בעניינה של משפחת המנוח. מהתסקיר עולה, כי להורי המנוח נולדו שלושה ילדים, ובנם הבכור שלח יד בנפשו בשנת 2011. בית משפט קמא התרשם מהתסקיר, כי "לאחר התאבדותו של בנם הראשון, התמודדה המשפחה עם מציאות קשה, תחושת אשם וקשיים כלכליים", והוסיף כי "כל אחד מבני המשפחה סובל מאז אובדן המנוח מסימפטומים האופייניים לטראומה, קשיים בתפקוד, בשינה, קשיים בריאותיים, נפשיים (חלקם עד כדי ניסיונות אובדניים), רגשיים ואף כלכליים". שירות המבחן העריך, כי הטלת עונש חמור על המערער, וכן השתת תשלום פיצוי כספי משמעותי, עשויות לספק לבני המשפחה של המנוח, ולו במעט, תחושת ביטחון וצדק.

28. לאחר מכן, נתן בית משפט קמא את דעתו לתסקיר שירות המבחן, אשר הוגש בעניינו של המערער. בית משפט קמא התרשם מהתסקיר, כי לאחר קביעת אשמתו בביצוע העבירות, החל המערער לשתף אחרים במחשבותיו ורגשותיו, וכי "מחד גיסא, הנאשם [המערער] מביע חרטה רבה שבחר להשתמש בנשק היות ותוצאת מעשיו היא קשה ובלתי הפיכה, אך מאידך גיסא, מדגיש שלא עמדו בפניו אלטרנטיבות היות והגן על חייו". המערער מסר, כי הוא מקבל אחריות על גרימת מותו של המנוח, וכי הוא מעוניין שמשפחת המנוח תדע כי הוא מתחרט על תוצאות מעשיו. שירות המבחן סיכם, כי המערער אינו בעל דפוסי התנהגות אלימים, אולם נוכח חומרת העבירות שביצע, ותוצאותיהן הטרואגיות, "לא ניתן לבוא בהמלצות טיפוליות בעניינו". בית משפט קמא התייחס גם לאבחון הפסיכולוגי שנערך למערער ביום 7.4.2014 (להלן: האבחון הפסיכולוגי), ממנו התרשם, כי "בקרת הדחפים והרגשות שלו חלשה עם נטייה לאימפולסיביות דיכאונית", וכן ש"הנאשם [המערער] סובל מהפרעת אישיות גבולית עם קווים חשדניים". בעקבות האמור, ציין בית משפט קמא, כי ככל שיושת על המערער עונש מאסר, "יש ליידע את שב"ס על הסכנה האובדנית כמו גם על הסכנה שיתקיף את האחר".

29. בבואו לקבוע את עונשו של המערער, שקל בית משפט קמא לחומרה את העובדה כי המערער נטל את חייו של אדם וחבל חבלה חמורה באדם אחר, על רקע סכסוך כספי סתמי. חומרה יתרה, ייחס בית משפט קמא, לכך שבמקום להזעיק עזרה, בחר המערער לאיים על האדם הפצוע. כמו כן, נתן בית משפט קמא את דעתו לנזקים הבריאותיים, הנפשיים והכלכליים, אשר נגרמו למשפחתו של המנוח בעקבות מותו הטראגי, וקבע כי לא ניתן להסתפק בעונש של מאסר בדרך של עבודות שירות, כפי

שביקש בא כוחו של המערער. בית משפט קמא עמד על כך שכאשר בקטינים עסקינן, יינתן משקל בכורה, ככלל, לשיקולי השיקום, אך הדגיש כי אין בעובדה שמדובר בקטין כדי להעניק חסינות מפני מאסר לריצוי בפועל. בית משפט קמא הוסיף עוד, כי "אין דומה עניינו של קטין שביצע עבירה על סף בגירות לעניינו של קטין שגילו צעיר יותר". במסגרת השיקולים לקולה, התחשב בית משפט קמא בנסיבות ביצוע העבירות, המצביעות על כך שהמערער איום על ידי חיים עובר להגעתם של חיים, המנוח ואבידן לביתו, וכי חיים והמנוח התקדמו לעברו של המערער בתוך חצרו. וזאת, לאחר שהמנוח פרץ את שער החצר באמצעות סכין, הגם שהמערער לא ראה אותה. בנוסף, שקל בית משפט קמא לקולה את מצבו הנפשי של המערער, כפי שבא לידי ביטוי באבחון הפסיכולוגי; את ההשפעה של הרשעת המערער, כמו גם העונש שיושת עליו, על משפחתו ועליו, כפי שעולה מתסקיר שירות המבחן; את היעדרו של עבר פלילי; את העובדה שהמערער היה קטין כבן 17 וארבעה חודשים בעת ביצוע העבירות; וכן את העובדה שהמערער שהה במעצר, ובמשך תקופה ארוכה היה משוחרר בתנאים מגבילים.

לאחר שנתן את דעתו למכלול השיקולים הרלוונטיים, החליט בית משפט קמא לגזור על המערער את העונשים המפורטים בפסקה 1 לעיל.

תמצית טענות המערער בערעור על הכרעת הדין

30. ביום 24.7.2014, הגיש המערער, באמצעות בא-כוחו, עו"ד צדוק חוגי, הודעת ערעור על פסק דינו של בית משפט קמא. בעקבותיה, הוגשו ביום 21.12.2015, עיקרי הטיעון מטעמו של המערער, ובמסגרתם התבקש בית משפט זה לזכות את המערער מהעבירות בהן הורשע. לחילופין, התבקשנו להקל בעונש אשר הושת על המערער.

31. עיקר הערעור על הכרעת הדין נסב על קביעותיו העובדתיות ועל ממצאיו של בית משפט קמא. גם הטענות המשפטיות שהועלו במסגרת הערעור, הנוגעות לתחולתו של סייג לאחריותו הפלילית של המערער, נסמכות, בחלקן הארי, על התשתית העובדתית הנטענת על ידי המערער, ולא על קביעותיו של בית משפט קמא. קודם שאעמוד בקצרה על טענות אלו, אציין כי בפתח הדברים, העלה המערער שתי טענות מקדמיות: ראשית, טוען המערער, טענה שהועלתה לראשונה בסיכומים בבית משפט קמא, כי בכל הנוגע לעבירה שעניינה גרימת חבלה בכוונה מחמירה, עובדות כתב האישום שהוגש אינן מהוות עבירה, שכן הן "אינן מגשימות את הרכיב הנפשי מסוג כוונה למערער". שנית, גורס המערער, כי בשל העובדה (הנטענת על ידו), לפיה השופט נ'

זלוצ'ובר מונה כשופט נוער עובר להסמכתו כשופט בית המשפט המחוזי, ובלא שעבר הכשרה מיוחדת, כנדרש על פי סעיף 2(א) לחוק הנוער (שפיטה, ענישה ודרכי טיפול), התשל"א-1971 (להלן: חוק הנוער), נדרשת בטלותו של ההליך.

32. בהתייחס לקביעותיו העובדתיות של בית משפט קמא, סבור המערער כי אלו מבוססות על ממצאי מהימנות לקויים, תוך התעלמות מטענות שונות שהועלו על ידי ההגנה. כך, למשל, נטען כי טעה בית משפט קמא, בקביעתו הנוגעת למועד הבאת האקדח לזירת הירי, שכן קביעה זו מבוססת על עדותו "המזוהמת והבלתי מהימנה" של חיים, תוך התעלמות מעדותו של אבידן, איתה בחר בית משפט קמא שלא להתמודד. המערער טוען בנוסף, כי חיים עשה כל שביכולתו כדי "לטשטש את העובדות" ולמזער את חלקו באירוע, אשר בגינו הוגש נגדו ונגד אחיו כתב אישום. לשם כך, מסר חיים גרסאות סותרות, בעניינים הנוגעים ללב המחלוקת, כמפורט בהודעת הערעור.

33. הטענה המרכזית, עליה נשען הערעור, נוגעת לשאלת תחולתו של סייג לאחריות פלילית. המערער סבור, כי מעשיו חוסים בצילו של סייג ההגנה העצמית, או לחילופין, כי עומדת לו הגנת בית המגורים (סעיפים 34 ו-134 לחוק העונשין). בהקשר זה, טוען המערער, כי בית משפט קמא "רוקן מתוכן את הרציונאל העומד מאחורי החוק", כאשר שלל את קיומו של סייג הגנת בית המגורים במקרה דנן. לגישתו, לצורך בחינת קיומו של סייג זה, יש להחיל "מבחן אובייקטיבי-סובייקטיבי בו יש לאבחן את מצבו הסובייקטיבי של הטוען לקיומו של הסייג וזאת על מנת לבחון את הסבירות האובייקטיבית". זאת, בייחוד כאשר "עסקינן ב'קטין מיוחד' בעל אפיונים סובייקטיביים שונים כמבואר בחוות הדעת". לטענתו של עו"ד חוגי, הופתע המערער כשראה כי חיים ואבידן הביאו עמם "תגבורת", בהיותם חמושים בסכינים, והגיב במיידיות ובסבירות "לשם שמירה על רכושו וגופו", כאשר רץ לחדרו של אחיו ולקח משם את האקדח. יתרה מכך, טוען המערער, כי אף לו היה "מצויד בנשק מראש", עומדת לו הגנת בית המגורים, שכן הוא לא ביצע שימוש בנשק, אלא כאשר נשקפה סכנה מיידית לחייו, ואין קמה חובת נסיגה בעניינו.

34. יצוין, כי המערער הוסיף והעלה שלל טענות, אשר רובן נדחה על ידי בית משפט קמא, וחלקן כלל לא נטען בפניו, וביניהן: אי קיומו של עקרון הסימולטניות בעניינו; קיומן של טעויות במצב דברים, כאמור בסעיף 34 לחוק העונשין; קיומו של השתק שיפוטי אשר חל על המשיבה; קיומם של מחדלי חקירה; קיומו של גורם זר מתערב, אשר גרם למותו של המנוח; והיד עוד נטויה.

הערעור על גזר הדין

35. במסגרת הערעור על גזר הדין, נטען כי בית משפט קמא לא נהג לפי המנגנון שנקבע בתיקון 113 לחוק העונשין, לצורך גזירת העונש, "ובתוך שכן לא קבע מהו מתחם הענישה ביחס לכל עבירה ועבירה ולא נימק את המתחם שנקבע על ידו". עוד נטען, כי אף אם לא תתקבל טענתו של המערער לעניין תחולתו של סייג הגנת בית המגורים, בהתחשב בנסיבות המקרה דנן, העונש אשר הושת על המערער חורג ממדיניות הענישה הנוהגת, ו"חסר כל פרופורציה לחומרת המעשה במדרג עבירת ההריגה". משכך, סבור המערער, כי יש להמיר את עונש המאסר לריצוי בפועל אשר הושת עליו למאסר שירוצה בדרך של עבודות שירות.

תשובת המשיבה לערעורו של המערער

36. בעיקרי הטיעון שהוגשו על ידי המשיבה, נטען כי עיקר הערעור מופנה כנגד קביעותיו של בית משפט קמא, אשר עוסקות בענייני מהימנות ועובדה, שעה שפסק הדין מנומק ומפורט כדבעי. עוד נטען על ידי המשיבה, כי טענתו המרכזית של המערער, העוסקת בתחולתה של הגנת בית מגורים בעניינו, מבוססת על גרסתו של המערער לאירוע, ולא על קביעותיו העובדתיות של בית משפט קמא, אשר שומטות את הקרקע מתחת לטענה זו. אשר לתנאי הסבירות, הדרוש לתחולתה של הגנת בית מגורים, כאמור בסעיף 134(ב)(1) לחוק העונשין, טוענת המשיבה כי דרישה זו הינה אובייקטיבית במהותה, וכי "בית המשפט קמא בחן את האירוע על פי עיניים של קטין, אשר נתון ללחץ". בהשלמת הטיעון שהוגשה מטעמה, הוסיפה המשיבה, כי הטענה בדבר מצבו הנפשי המיוחד של המערער, אשר תואר באבחון הפסיכולוגי מיום 7.4.2014, לפיו "קיימת פגיעות של העצמי הגורמת לו לחוש מאוים יותר מרוב האנשים", הועלתה לראשונה במסגרת הערעור ולא הוכחה בבית משפט קמא. יתרה מכך, הוסיפה וטענה המשיבה, כי אף אם תתקבל טענתו של המערער בדבר מצב נפשי "מיוחד" כאמור, עדיין לא מתקיימים כל התנאים הנדרשים לתחולתה של הגנת בית מגורים בעניינו.

בנסיבות אלו, סבורה המשיבה, כי אין כל בסיס להתערבותו של בית משפט זה בהכרעת דינו של בית משפט קמא.

תסקיר מבחן

37. בתסקיר מבחן שהוגש, בעניינו של המערער, לקראת הדיון בערעור, נאמר כי המערער גדל בקרב משפחה נורמטיבית, וכי עסקינן ב"צעיר אשר עד מעצרו בגין העבירות נשוא תיק זה, לא עמד לדין". שירות המבחן התרשם, כי כעת המערער "מבין שהיה עליו להיעזר יותר באחרים מבוגרים ממנו", וציין כי המערער "שיתף במחשבותיו על המנוח ומשפחתו והמחיר הקשה אותו משלמים בגין מעשיו. הוא חזר והביע חרטה בגין תוצאות מעשיו". שירות המבחן הוסיף, כי נראה שכיום המערער מצליח "להתבונן על התנהלותו בטרם ובעת אירועי העבירות ולבקר את התנהלותו תוך הפחתת שימוש בהגנות".

38. בדיון שנערך בפנינו ביום 18.1.2016, הורינו על הגשת תסקיר מבחן משלים (להלן: תסקיר משלים) בעניינו של המערער, אשר יתאר את תפקודו הנוכחי ואת הטיפול שהוא מקבל בבית הכלא, וביום 4.2.2016, הוגש התסקיר המשלים. מהתסקיר המשלים עולה, כי בתחילה שובץ המערער באגף מתקדמים בכלא "דקל", ושולב בקבוצה בנושא שליטה בכעסים. ואולם, מאחר שהמערער לא התמיד בהשתתפותו בפעילויות השונות, כפי שמתחייב באגף זה, הוא הועבר לאגף משתלבים, אשר "שולל חלק מהזכויות הניתנות לאסירים באגף מתקדמים". דיווח מטעם העובדת הסוציאלית של בית הכלא, מעלה כי המערער משולב כיום במדרשה ללימודי קודש, ומצוי בקשר מעקבי עמה, "בהתאם לצורך" שהוא מביע. עוד עולה, כי המערער אומר, אמנם, שהוא מעוניין להשתלב בטיפול, אך זאת בתנאי שהדבר יתבצע באגף בו הוא נמצא כעת, על אף "שברור לו שאין קבוצות טיפול באגף זה". יצוין, כי ביום 2.3.2016, הוגשה תגובה מטעם המערער לתסקיר המשלים, במסגרתה נטען כי "בקשותיו למנהל האגף ולקצין האסירים לשילוב מחודש בהליך השיקום לא נשאו פרי", ו"כלל לא הודע לשירות המבחן שמבחינה שיקומית מופלה המבקש [המערער] לרעה".

דיון והכרעה

טרם שאדרש לשאלות הצריכות הכרעה בערעור שלפנינו, אתייחס תחילה לטענות המקדמיות שהעלה המערער.

דיון בטענות המקדמיות

39. המערער טוען, בהתאם לסעיף 149(4) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982 (להלן: החסד"פ), כי עובדות כתב האישום שהוגש בעניינו, אינן מלמדות על קיומו של היסוד הנפשי הנדרש לצורך הרשעה בעבירה של גרימת חבלה בכוונה מחמירה, ומשכך אינן מהוות עבירה. אכן, הרשעה בעבירה של גרימת חבלה בכוונה מחמירה דורשת הוכחת יסוד נפשי מסוג כוונה מיוחדת לפגוע באדם, ואין די ברשלנות או בפזיזות לגבי האפשרות של פגיעה כאמור (ראו: ע"פ 2148/13 פלוני נ' מדינת ישראל (16.12.2014); ע"פ 4277/12 בכוראשוילי נ' מדינת ישראל (28.7.2013)). ואולם, בהתאם לסעיף 20(ב) לחוק העונשין, "לענין כוונה, ראייה מראש את התרחשות התוצאות, כאפשרות קרובה לוודאי, כמוה כמטרה לגרמן". סעיף זה, אשר מתייחס לעבירות תוצאתיות, חל בעניינו (יורם רבין ויניב ואקי דיני עונשין כרך א 449 (מהדורה שלישית, 2014); ע"פ 6019/09 קילאני נ' מדינת ישראל (18.3.2010); ע"פ 1599/08 לוינשטיין נ' מדינת ישראל (19.2.2009)). לפיכך, לצורך הוכחת הכוונה המיוחדת, ניתן להסתפק בכך שהמערער צפה, כאפשרות קרובה לוודאי, כי פעולותיו יגרמו לחבלה חמורה באדם.

בכתב האישום נטען, כי בעת שחיים והמנוח החלו ללכת לכיוון שער החצר, לאחר שהמנוח נורה על ידי המערער, "הנאשם [המערער] ירה יריה נוספת לעבר חיים, אשר פגעה בזרועו השמאלית". ברי, כי מי שיוורה לעבר אדם אחר, יכול וצריך, לצפות כאפשרות קרובה לוודאי, כי פעולתו תגרום לחבלה חמורה באותו אדם. משכך, לאור כלל הצפיות, יש לקבוע כי עובדות כתב האישום בעניינו מצביעות על קיומו של רכיב הכוונה, הנדרש בעבירה של חבלה בכוונה מחמירה, ודינה של טענתו המקדמית של המערער בעניין זה, להידחות.

40. בנוסף טוען המערער, בנימוקים המשלימים שהוגשו מטעמו, בהמשך לטיעון בעל פה בפנינו, כי פסק הדין בעניינו ניתן בחוסר סמכות. זאת, היות שהשופט אשר ישב בדין, כב' השופט נ' זלוצ'ובר, מונה כשופט נוער טרם הסמכתו כשופט בבית המשפט המחוזי בבאר שבע, וללא שעבר הכשרה מיוחדת לצורך התפקיד. טענתו של המערער מתבססת על הוראת סעיף 2(א) לחוק הנוער, אשר בנוסחו כיום, קובע כך:

"נשיא בית המשפט העליון, בהסכמת שר המשפטים, יטיל על שופטים מבין שופטי בית משפט מחוזי ושופטי בית משפט שלום לשמש כשופטי נוער במשך התקופה שיקבע, ורשאי הוא להטיל על שופטים כאמור לדון במעצרים ושחרורים של קטינים ובהליכים מקדמיים שלפני המשפט (בסעיף זה – הליכים אחרים הקשורים

לנוער), ובלבד ששופטים כאמור יעברו הכשרה מיוחדת לשמש שופטי נוער או הכשרה מתאימה לשמש שופטי נוער לצורך דיון בהליכים אחרים הקשורים לנוער, לפי העניין.

כתב המינוי של השופט נ' זלוצ'ובר כשופט בית המשפט המחוזי בבאר שבע נחתם ביום 24.5.2004, ואילו מינויו כשופט נוער, הוא מיום 16.6.2004. ואולם, מוסיף וטוען המערער, פרסום דבר מינויו של השופט זלוצ'ובר כשופט בית המשפט המחוזי ברשומות, נעשה אך ביום 22.6.2004, היינו מספר ימים לאחר הסמכתו כשופט נוער. לגישת המערער, פרסום דבר מינויו של השופט ברשומות, הוא ה"מסמך" את השופט להתחיל במלאכת השיפוט, ולא היום בו הושבע השופט בידי נשיא המדינה וניתן לו כתב המינוי. לחיזוק טענה זו, מפנה המערער להוראת סעיף 11 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984 [להלן: חוק בתי המשפט], הקובע כי "שופט שמינויו פורסם ברשומות, אין עוררין על מינויו".

דינה של טענה זו להידחות. הפרסום ברשומות איננו קונסטיטוטיבי, והוא נושא אופי דקלרטיבי בלבד. מועד הסמכתו של השופט לכהונה, הינו המועד בו הושבע השופט בידי נשיא המדינה, הוא המועד בו ניתן לו כתב המינוי. כך קובע סעיף 7 לחוק יסוד השפיטה, שלפיו "כהונת שופט תתחיל מעת שהצהיר הצהרת אמונים". כך גם נקבע בבג"ץ 2778/11 קוסנוביץ נ' הוועדה למינוי (1.12.2011): "מינויו של שופט מורכב משני שלבים שרק בהתקיימם נאמר כי מונה אדם לשופט – השלב המקדים הינו המלצת הוועדה לבחירת שופטים, והשלב השני הינו השבעת השופט בידי נשיא המדינה. כך עולה מפרשנות לשון סעיף 4(א) לחוק יסוד: השפיטה – פרשנות הנתמכת גם בפסיקתו של בית משפט זה". להבחנה שמנסה המערער ליצור, בין מינוי לבין הסמכה, אין כל אחיזה בחוק או בפסיקה, ויתרה מכך, היא אינה מתיישבת עם הוראת סעיף 7 לחוק יסוד השפיטה. כמו כן, אין בהוראת סעיף 11 לחוק בתי המשפט, כדי לתמוך בהבחנה זו, ולהוסיף שלב נוסף, לאחר הצהרת האמונים, שלב בדמות הפרסום ברשומות, כפי שמציע המערער.

41. עתה אתייחס בקצרה לטענה לפיה השופט לא עבר הכשרה מיוחדת כנדרש בסעיף 2(א) לחוק הנוער, ומשכך מינויו כשופט נוער נעשה בניגוד לדין. הדרישה המנויה בסיפא של סעיף 2(א) לחוק הנוער – "ובלבד ששופטים כאמור יעברו הכשרה מיוחדת", הוספה במסגרת תיקון חקיקה משנת 2008. בחוק הנוער (שפיטה, ענישה ודרכי טיפול) (תיקון מס' 14), התשס"ח-2008 (להלן: תיקון מס' 14), תוקן סעיף 2(א) לחוק הנוער ונוספה סיפא להוראתו. להלן יובא סעיף 4 לתיקון מס' 14 כלשונו:

"בסעיף 2(א) לחוק העיקרי, בסופו יבוא "ורשאי הוא להטיל על שופטים כאמור לדון במעצרים ושחרורם של קטינים ובהליכים מקדמיים שלפני המשפט (בסעיף זה – הליכים אחרים הקשורים לנוער), ובלבד ששופטים כאמור יעברו הכשרה מיוחדת לשמש שופטי נוער או הכשרה מתאימה לשמש שופטי נוער לצורך דיון בהליכים אחרים הקשורים לנוער, לפי העניין".

בסעיף 58 לתיקון מס' 14, נקבע כי "תחילתו של חוק זה שנה מיום פרסומו".

מהאמור עולה, כי במועד מינויו של השופט זלוצ'ובר כשופט נוער, היינו ביום 16.6.2004, לא נדרשה אותה הכשרה מיוחדת, אשר טוען לה המערער. משכך, דינה של טענה זו, אף הוא להידחות, וטוב היה אלמלא הועלתה, בטרם נבדקה כדבעי.

42. למעלה מן הצורך, ניתן להזכיר, בהקשר זה, את הדוקטרינה של "שופט דה-פקטו". על משמעותה של דוקטרינה זו, אותה שאבנו מן המשפט האנגלי, עמד השופט (כתוארו אז) ש' אגרנט, בבג"ץ 19/56 ברנדווין נ' מנהל בית הסוהר המרכזי ומלה, פ"ד י (1) 617 (1956) (להלן: עניין ברנדווין):

"בתנאים ידועים, אין מרשים לערער את פעולותיו הרשמיות של אדם אשר כיהן כשופט דה-פקטו, רק משום שלא שימש כשופט דה-יורה. זאת אומרת, העקרון הוא, כי כל הבא לשלול את סמכותו של אחר לכהן כשופט, חייב לעשות כן על-ידי הליכים המכוונים במישרים להעביר את זה מכהונתו, או לאסור עליו את השיפוט בעניינו של האדם שדינו עומד להתקיים בפניו" (שם, בעמ' 630).

הטעמים העומדים ביסוד הדוקטרינה הינם שמירה על יציבות מערכת המשפט; מניעת שימוש מגמתי בטענות אשר ראוי להעלותן לפני סיומו של ההליך; מניעת פגיעה בהסתמכותם של צדדים שלישיים; וכן הגנה על האינטרס הציבורי הטמון בכך שפסקי דין שניתנו לא יהפכו לחסרי משמעות אך בשל פגמים טכניים (ראו גם: ע"פ 1475/15 פלוני נ' מדינת ישראל (15.3.2016); ע"פ 1523/05 פלוני נ' מדינת ישראל (2.3.2006)). התנאים לתחולתה של הדוקטרינה תוארו בעניין ברנדווין כך:

"שופט דה-פקטו, כיצד? ראשית, אין המדובר באדם אשר סתם לקח לעצמו שורה בשטח השיפוט – בחינת 'שופט מעצמו' – כי אם הכוונה לאדם שחשב בתום-לב שהוא מוסמך לכהן כשופט בהסתמכו, למשל, על כתב-מינוי אשר ראה אותו כתופס, או כעדיין תופס, אם כי,

למעשה, אותו מינוי היה פסול, או פג תקפו. שופט דה-פקטו הוא, איפוא, לא רק מי שפעל בתורת שכזה בתום-לב, אלא גם אשר עשה כן מתוך היאחזות בזכות חוקית כביכול (by color of right or authority) בלי, אמנם, שהיאחזות זו תהיה מבוססת די צרכה [...] אחד המקרים, המובאים בקטע האמור בדבר שופט המחזיק במשרתו דה-פקטו, הוא המקרה בו נתמנה אדם לכהן במשרה שיפוטית כדת והמשיך לכהן בה גם אחרי שנסתיימה תקופת הכהונה שנקבעה בחוק" (שם, בעמ' 630-631).

לטעמי, ניתן היה להגיע אל התוצאה אליה הגענו גם על בסיס דוקטרינה זו, אף שכאמור – היא איננה נדרשת. נוכח הדברים הללו, יש לדחות גם את טענתו המקדמית של המערער בדבר בטלותו של פסק הדין, בשל פגם במינויו של השופט זלוצ'ובר כשופט נוער.

43. נפנה עתה לדון בטענות המרכזיות עליהן נשען הערעור. אולם קודם לכן, אציין כי במסמכי הערעור שהוגשו, העלה בא כוחו של המערער, עו"ד צדוק חוגי, טענות רבות מן הגורן ומן היקב, אשר הרושם העולה מהן הוא כי הן נטענו באופן מסוים בגדר "זריקה לחלל האוויר". זאת, מאחר שטענות אלו אינן מתיישבות בהכרח האחת עם רעותה, וחלקן אף אינו מתיישב עם ההגיון והשכל הישר.

כך, למשל, טוען המערער, לראשונה במסגרת הערעור, למחדלי חקירה הקיימים בעניינו, כאשר רוב ה"מחדלים" עליהם הוא מצביע, עניינם בהימנעות גורמי החקירה שהגיעו לזירת הירי מלהזמין אמבולנס ולהגיש עזרה למנוח. האמנם עסקינן במחדלי חקירה? אתמהה!! כך או כך, אתייחס לטענה זו ככל שיידרש.

בהתאם, אין בכוונתי לדון בכל טענה וטענה שהעלה המערער, ואתמקד בטענות העיקריות, הראויות לדיון והכרעה.

44. סדר הדיון יהיה כדלקמן: תחילה, אבחן את טענתו של המערער, לפיה שגה בית משפט קמא, עת העניק משקל משמעותי לעדותו של חיים קדוש במסגרת הכרעת דינו, ושלל את עדותו של אחיו אבידן, כמו גם את עדותו של המערער, אשר נמצאו בלתי מהימנות. לאחר מכן, אדון בקצרה ביסודות עבירת ההריגה, ובעיקר אתמקד בשאלת קיומו של קשר סיבתי בין התנהגותו של המערער לבין מותו של המנוח. לבסוף, אפנה לבחינת השאלה העיקרית שהוצבה במרכז הערעור, שעניינה בטענת הגנת בית המגורים, והאם בנסיבות העניין, קם למערער סייג זה.

45. כאמור, חולק המערער על קביעות עובדתיות של בית משפט קמא, אשר מבוססות, בין היתר, על עדותו של חיים, תוך דחיית גרסאותיהם של המערער ושל אבידן. לטענת המערער, היה על בית משפט קמא להעדיף את גרסתו הקוהרנטית, לפיה הוא סבר, למרות האיומים שהושמעו כלפיו בטלפון, כי מפגשו עם חיים ואבידן יתנהל על מי מנוחות, ורק לאחר פריצת שער חצרו הוא שם את פעמיו אל הבית, עלה לחדר של אחיו ונטל משם את האקדח. אשר לעדותו של חיים, סבור המערער, כי המשיבה מושתקת מלטעון שעדותו מהימנה, שכן עסקינן בעד ששיקר לבית המשפט במסגרת הדיון במעצרו. לעומת זאת, כך טוען המערער, עדותו של אבידן, לגביה ציין בית משפט קמא כי היא הותירה רושם שלילי ומר, צריכה לשמש את בית המשפט במתן תימוכין לגרסתו של המערער. אשר לעדותו של א.א, טוען המערער כי גרסתו של עד זה, לפיה המערער נכנס אל הבית ונעלם מעיניו למשך שניות או דקות אחדות, משתלבת גם היא עם דבריו של המערער.

46. כידוע, ערכאת הערעור אינה נוטה להתערב בקביעות שבעובדה ובממצאי מהימנות שנעשו על ידי הערכאה הדיונית. זאת, בשל היתרון האינהרנטי שיש לערכאה הדיונית על פני ערכאת הערעור, בהתרשמותה הישירה והבלתי אמצעית מן העדים, ומ"אותות האמת", אשר נגלים במהלך עדותם בבית המשפט (ע"פ 2460/15 ג'בארין נ' מדינת ישראל (4.5.2016); ע"פ 2478/12 אגבריה נ' מדינת ישראל (13.5.2015); ע"פ 6924/12 בעארני נ' מדינת ישראל (29.10.2013)). עם זאת, ברבות השנים התפתחו בפסיקה חריגים לכלל אי ההתערבות, אשר עשויים להצדיק התערבות בהיקף רחב יותר מצדה של ערכאת הערעור. כך, למשל, עשויה ערכאת הערעור להתערב בהערכת המהימנות כאשר הכרעתה של הערכאה הדיונית מבוססת על ראיות בכתב, להבדיל מהתרשמותה מן העדים; כאשר ממצאי המהימנות שנקבעו נסמכים על שיקולים שבהיגיון ושל שכל ישר; כאשר נפלה טעות מהותית או טעות 'בולטת לעין' בהערכת מהימנות העדים על ידי הערכאה הדיונית; או כאשר קיימות עובדות אשר מצביעות על כך שלא היה באפשרותה של הערכאה המבררת לקבוע את הממצאים שנקבעו (ע"פ 30/15 פלוני נ' מדינת ישראל (20.4.2016); ע"פ 2439/10 פלוני נ' מדינת ישראל (6.6.2012); ע"פ 8146/09 אבשלום נ' מדינת ישראל (8.9.2011)).

47. לאחר בחינה מדוקדקת של הכרעת דינו של בית משפט קמא, ועיון מעמיק בטענות הצדדים בערעור, כמו גם בפרוטוקולי הדיונים ובמוצגים שהוגשו, הגעתי לכלל מסקנה כי המקרה דנן אינו נמנה על אותם מקרים חריגים אשר מצדיקים התערבותנו

בממצאי מהימנות ועובדה שנקבעו על ידי הערכאה הדיונית. שוכנעתי, כי הכרעת דינו של בית משפט קמא מבוססת ומנומקת כדבעי, ובמסגרתה התמודד בית המשפט עם סתירות, שאלות וקשיים, אשר התעוררו בנוגע לגרסאות השונות. ובהמשך לכך, הסתירות עליהן מצביע המערער, אליהן התייחס בית משפט קמא, אין בכוחן כדי להצדיק את התערבותנו כבית משפט של ערעור.

48. אתייחס בקצרה לפרטי גופם של דברים: מעדותו של חיים, עולה כי המערער היה חמוש באקדח עובר להגעתם של חיים, אבידן והמנוח לביתו. לפי גרסתו של חיים, במהלך הוויכוח בחצר ביתו של המערער, שלף המערער אקדח מאזור הבטן התחתונה, דרך אותו פעמיים, וירה ירייה אחת על המנוח, ואילו ירייה שנייה, אשר פגעה בו, בחיים, נורתה לאחר שהוא והמנוח הסתובבו כדי לצאת מהחצר. חיים עמד על כך שהמערער לא נכנס לביתו במהלך כל האירוע. בנוסף, עמד חיים על כך שחילופי הדברים בינו לבין המערער בחצר ביתו, לא כללו איומים או קללות. גם בשחזור שנערך עימו, ובעימות בינו לבין המערער, חזר חיים על דברים אלו. בהתייחס לגרסה זו, קבע בית משפט קמא, לאחר שהזהיר את עצמו בנוגע לנטייתו של חיים למזער את חלקו בכל הקשור לאיומים שהשמיע, כי גרסתו בנוגע לליכת האירוע, היינו מרגע הגעתו לביתו של המערער ועד הגעתו כשהוא פצוע לבית החולים, הינה קוהרנטית ואמינה. טוען המערער, כי שקריו של חיים בנוגע לאיומים שהשמיע כלפיו, הן בטלפון, והן כאשר הגיע לביתו, שוללים את אמינותו. נוכח האמור, סבור המערער, כי שגה בית משפט קמא עת נסמך על עדותו של חיים.

49. נראה בבירור, כי הגם שבית משפט קמא לא התייחס מפורשות לכלל שעניינו "פלגין דיבורא", ניכר עליו כי כך פעל בית משפט קמא בכל הנוגע לגרסתו של חיים. נזדמן לי לומר, בהקשר הנדון, במסגרת ע"פ 5633/12 ניימן נ' מדינת ישראל (10.7.2013) (להלן: עניין ניימן), את הדברים הבאים: "כפי שנפסק, לא אחת, על-ידי בית-משפט זה, הערכאה המבררת אינה מצויה במצב בינארי, לפיו עומדות בפניה שתי אפשרויות והן בלבד (היינו: קבלתה של הגרסה האחת תוך דחיית הגרסה האחרת במלואה), אלא שהיא רשאית לפצל גרסתם של עדים, לאמץ חלקים מתוכה, ולדחות חלקים אחרים".

כלל זה מאפשר לבית המשפט לערוך סינון בדברי העדות, "כדי לנסות לבוד את הבר מן המושך ולהבדיל בין האמת לשקר, זאת על ידי היעזרות בראיות קבילות ואמינות אחרות [...] או על פי הגיונם של דברים (ע"פ 526/90 בלזר נ' מדינת ישראל (10.7.1991)). ראו גם: סעיף 57 לפקודת הראיות; ע"פ 481/12 פלוני נ' מדינת ישראל (30.12.2014); ע"פ 9141/10 סטואר נ' מדינת ישראל (28.4.2014)). עם זאת, ידוע הוא כי פיצול העדות

אסור שייעשה בשרירות, אלא צריך שיתקיים "יסוד סביר" להבחנה בין החלקים השונים של העדות (ראו: עניין ניימן; ע"פ 8273/07 כואזבה נ' מדינת ישראל (18.7.2012)).

לאחר עיון בחומר הראיות ובפרוטוקולים הרלבנטיים לעניין, הגעתי למסקנה, כמו בית משפט קמא, כי גם אם חיים שיקר בנקודה הנוגעת לאיומים שהשמיע כלפי המערער, אין בכך כדי להשליך, בהכרח, על מהימנות גרסתו בכללותה. כמו כן, אינני סבור, כי יש בשאלת שקריו של חיים במסגרת הליכי מעצרו, כדי לפגוע במסקנה זו. בית משפט קמא תמך את פיצול עדותו של חיים, בנקודה זו, במסכת הראיות שהוצגה בפניו, ובין היתר בדבריו של א.א, וכן בחלק מדבריו של המערער עצמו. כך קבע בית משפט קמא באשר לגרסתו של חיים, בנוגע לליבת האירוע:

"מדובר בגרסה שנמסרה בסמוך מאוד לאירוע, כשעה לאחר הירי, בעת שהוא מאושפז בבית החולים ואף מטופל במשככי כאבים. האמרה הראשונה נגבתה ללא אזהרה, שכן הוא טרם נחשד בעבירות בגינן הוגש כתב האישום נגדו. הגרסה נמסרה לפני שהתייעץ עם עורך-דין וכשלא הייתה לו הזדמנות לתאם עמדות עם עדים אחרים.

[...]

הרושם הוא שהעד נמנע, בנוגע לחלק זה, מהגזמות ותיאר את הדברים כהוויתם.

[...]

גם לאחר שהזהרתי את עצמי בנוגע לכך שניסה למזער את חלקו באותו חלק שנוגע לאיומים שהשמיע, ההתרשמות הכללית מעדותו חיובית".

כך, למשל, בעת העימות בין חיים לבין המערער במשטרה, סטה המערער מגרסתו הראשונה, וטען כי המנוח הוא זה שהשמיע את עיקר האיומים כלפיו, ולא חיים. למרות שנוח היה לחיים לאמץ גרסה זו, הוא דחה אותה, באמרו כי המנוח כלל לא דיבר, והיה הוא זה שדיבר. באופן דומה, כשהעיד חיים על כך שלאחר הירי שבוצע בו ובמנוח, אמר לו המערער "סתום ת'פה אם תהיה משטרה אני ירצח גם אותך", הוא מסר כי אקדחו של המערער היה מכוון לרצפה. כפי שציין בית משפט קמא, לו היה רוצה חיים להעצים את האיום, ודאי היה משקר ואומר כי האקדח כוון אליו בעת שאוים.

לאור האמור, אינני מוצא להתערב במסקנותיו של בית משפט קמא בנוגע למהימנותו של חיים, אשר מבוססות, כאמור, על התרשמותו הישירה והבלתי אמצעית

מעדותו. זאת, על רקע מכלול העדויות שהוצגו בפניו, ולמרות ניסיונו של חיים להקטין את חלקו בסוגיית האיומים שהושמעו על ידו.

50. מכאן לעדותו של אבידן. בית משפט קמא קבע, כי עד זה הותיר רושם ברור כי מטרתו העיקרית אינה אמירת אמת, אלא 'השתחררות' ממתן עדות. זאת, לאחר שמסירת עדותו נדחתה, שוב ושוב, בשל טענות שהועלו מטעמו, וכשהעיד, השיב אבידן באופן מבולבל ולא עקבי. בית משפט קמא הוסיף וקבע, כי עדותו של אבידן אינה תורמת, באופן משמעותי, לליבת המחלוקת, משום שאבידן עמד מחוץ לגדר ביתו של המערער, ושדה הראייה שלו היה מוגבל, וממילא "חלק מדבריו בנוגע לליבת המחלוקת ניתן להגדירם כהזויים, שכן אין כל עדות או ממצא התומכים בהם והם גם לא התרחשו במציאות". נוכח האמור, ציין בית משפט קמא, כי לא ניתן לקבוע ממצא כלשהו על בסיס עדותו של אבידן, אלא אם הדברים נתמכים בראיה נוספת. קביעות אלו של בית משפט קמא, אשר מבוססות על התרשמות ישירה מעדותו של אבידן, מקובלות עלי, ואף לאחר שעיינתי בפרוטוקול עדותו, לא מצאתי כי יש טעם המצדיק את התערבותנו.

51. בנוגע לעדותו של א.א, העדיף בית משפט קמא את גרסתו המוקדמת של העד, אשר ניתנה בסמוך לאירוע, בטרם היה לו זמן להתייעץ ולתאם עמדות. בית משפט קמא התרשם באופן חד משמעי, כי בעדותו של א.א בבית המשפט, בלטה מגמתו "להתיישר" עם גרסת המערער. זאת, לאחר שהבין א.א מה נוח יותר למערער, ושיקר במטרה לחזק את גרסתו. על רקע שינוי זה שחל בגרסתו של א.א, נעתר בית משפט קמא לבקשת המשיבה, וקיבל את אמרתו של א.א במשטרה כראיה לאמיתות תוכנו, בהתאם לסעיפים 10א(א)(3) ו-10א(ג) לפקודת הראיות.

סעיף 10א(3) לפקודת הראיות קובע כך:

"(א) אמרה בכתב שנתן עד מחוץ לבית המשפט תהיה קבילה כראיה בהליך פלילי אם נתקיימו אלה:
(1) [...]
(2) [...]
(3) העדות שונה, לדעת בית המשפט, מן האמרה בפרט מהותי, או העד מכחיש את תוכן האמרה או טוען כי אינו זוכר את תכנה."

ככל שצלחה האמרה את מכשולי הקבילות, משקלה הראייתי ייבחן לאורו של

סעיף 10א(ג) לפקודת הראיות, שזו לשונו:

”בית המשפט רשאי לסמוך ממצאיו על אמרה שנתקבלה לפי סעיף זה, או על חלקה, והוא רשאי להעדיף את האמרה על עדותו של העד, והכל אם ראה לעשות כן לנוכח נסיבות הענין, לרבות נסיבות מתן האמרה, הראיות שהובאו במשפט, התנהגות העד במשפט ואותות האמת שנתגלו במהלך המשפט, והטעמים יירשמו”.

כאמור, קבע בית משפט קמא כי עדותו של א.א בפניו, שונה באופן מהותי מן הדברים אותם מסר בחקירותיו במשטרה. בשל כך, ולאחר שהתרשם מעדותו של א.א באופן ישיר, החליט בית משפט קמא להעדיף את אמרותיו במשטרה, בצינו כי ”מהעדויות ומהאמור עולה, שמתן האמרות במשטרה הוכח, ומהטעמים שפורטו ובנסיבות העניין, לרבות נסיבות מתן האמרות, אין ספק שגם על פי התנהגותו בבית המשפט ואותות האמת, יש להעדיף את אמרותיו של עד זה במשטרה על פני עדותו בבית המשפט”.

חרף האמור, טוען המערער, כי העדפה זו של בית משפט קמא הינה שגויה, וגורס כי ל-א.א לא היה כל אינטרס לשנות את עדותו בבית המשפט, לאור העובדה ש-א.א הינו חבר של חיים ואחיו.

52. סבורני, גם כאן, כי אין ממש בהשגותיו של המערער, וכי קביעתו של בית משפט קמא מעוגנת היטב בחומר הראיות, ועולה בקנה אחד עם ההגיון והשכל הישר. אך לשם הדגמה, נביא מספר שינויים בגרסתו של א.א, אשר כולם נעוצים ברצון לסייע לחברו, המערער. בניגוד לאמרתו הראשונה, לפיה ראה א.א את המערער שולף את האקדח מאזור בטנו, ובניגוד לשחזור, בו הסביר א.א היכן הוא עמד והיכן עמד המערער בעת הירי, בבית המשפט העיד א.א כי הוא עמד במקום שממנו לא ניתן היה לראות את המערער. לא למותר הוא לציין, כי מביקורו של בית משפט קמא בזירת העבירה, עלתה תמונה המתיישבת בברור עם גרסתו הראשונה של העד. כמו כן, בניגוד לגרסתו במשטרה, שם אמר א.א כי הירייה השנייה נורתה בעת שחיים והמנוח היו בנסיגה, העיד א.א בבית המשפט, כי חיים והמנוח המשיכו להתקדם לעבר המערער וברחו מהמקום רק לאחר הירייה השנייה. אף בנוגע למועד הבאת האקדח על ידי המערער, במסגרת אמרותיו במשטרה, מסר א.א כי הוא יודע בוודאות שהמערער לא נכנס הביתה, מרגע שהגיעו חיים והמנוח לביתו, וכי ניתוק קשר העין בינו לבין המערער היה לכל היותר למשך 20 שניות. אלא שבבית המשפט, העיד א.א כי ייתכן שמדובר ב”דקה או שתי דקות”, בהן נותק קשר העין בינו לבין המערער. באופן דומה, רק בעת עדותו בבית המשפט, לאחר שכבר היה ידוע כי נמצאו סכינים בכיסו של המנוח, נולדה גרסתו הכבושה של העד, לפיה המנוח התקרב למערער כשידיו בכיסים, לכאורה כדי ללמד על הסכנה שצפויה הייתה למערער. העולה מן המקובץ הוא כי אין

בסיס להתערב בקביעתו של בית משפט קמא, לפיה יש להעדיף את דבריו של א.א. במשטרה, על פני עדותו בבית המשפט.

53. נעבור לטענת המערער, לפיה טעה בית משפט קמא כאשר דחה את גרסתו, בקבעו כי היא אינה מהימנה. בהתייחס לעדותו של המערער בפניו, קבע בית משפט קמא כי עדות זו הותירה רושם שלילי ובלתי אמין, שכן המערער תמרן בין גרסאות שונות, בהתאם להתפתחויות בחקירה ובמשפט, תוך ניסיון לבצע תיאום עם גרסאותיהם של עדים אחרים. גרסתו של המערער, כך קבע בית משפט קמא, "אף לא מתיישבת עם ההיגיון, השכל הישר והשתלשלות העניינים כפי שתוארו ע"י חיים או א.א. (עפ"י גרסתו במשטרה)". לאחר שעיינתי עיין היטב בחומר הראיות, בדגש על פרוטוקול עדותו של המערער, ותיעוד חקירותיו במשטרה, ולאחר בחינת טענותיו בהקשר זה, כי מקובלים עליי דבריו החד-משמעיים של בית משפט קמא בנוגע למהימנותו של המערער, ואינני מוצא סיבה טובה להתערב בהם.

נקל להיווכח, כי סתירות רבות עולות מגרסאותיו של המערער, אשר השתנו בהדרגה עם התפתחות החקירה. במסגרת הכרעת הדין, מנה בית משפט קמא, שינויים וסתירות מעין אלו, אשר יש בהם כדי להוביל למסקנה המתבקשת, כי עדותו של המערער אינה מהימנה. כך, למשל, הכחיש המערער את הטענה, כי הוא יצא אל חיים והמנוח במטרה להתעמת איתם, בהיותו חמוש באקדח. על-מנת להרחיק את עצמו מהחשד שהוא התכוון לבואם, אמר המערער את הדברים הבאים: "לא חשבתי שבאמת זה יגיע למצב שהם יאיימו ויקללו אותי ככה, אני חשבתי שהם יבואו, נחכה שאבא שלי יגיע, אני ייתן להם לשתות נוציא פיצוחים, שתייה ונישב לדבר. כי בכל זאת אני מכיר את אבידן ואני לא חשבתי שהם אנשים כאלה" (ת/14). דא עקא, שדברים אלו אינם מתיישבים עם עדותו של אביו של המערער, לפיה התקשר אליו המערער באופן בהול: "באיזשהו שלב [המערער – א.ש] התקשר אליי ואמר לי שהוא גילה תקלה במנוע של האופנוע, והבנתי ממנו שהוא דיבר עם הבחור בעל האופנוע ודיבר איתו על התקלה, ובשיחה זו הבנתי מן[המערער] שבשיחה הבחור קילל והייתה לא נעימה בניהם, ואחר זמן שאני לא יכול להגדיר לך בדיוק אבל מדובר בדקות [המערער] התקשר ואמר לי שמאיימים עליו בפלאפון ושהם רוצים לבוא עכשיו הבנתי מן[המערער] שהבחור בעל האופנוע הוא לא לבד". האב הוסיף: "בפעם השנייה שהוא התקשר אליי להגיד לי שהם מאיימים עליו והם בדרך אליו הוא היה נשמע לי מבוהל" (ת/2). כמו כן, אין בחקירות המשטרה ובעדויותיהם של הנוכחים באירוע, כל זכר לכך שהמערער יצא אל חיים, אבידן והמנוח במטרה להרגיעם ולדבר על ליבם.

נכונה אף קביעתו של בית משפט קמא, כי המערער שיקר בנושא מהותי, בשאלה האם הוא נשא על גופו את האקדח כבר בשעה שיצא מביתו לקראת השלושה, מסקנה המתבקשת ממכלול הראיות. בין השאר, הראה המערער בשחזור, כי הכניס את המחסנית לאקדח, עוד בחדר של אחיו. כשנשאל על ידי החוקר מה עשה עם המחסנית והאקדח, השיב המערער: "אז שמתי את זה מהלחץ.. שראיתי אותם באמת נכנסים" (דקה 7:27 לדיסק השחזור), דבר שמתיישב עם עדויותיהם של חיים ו-א.א., לפיהן שלף המערער את האקדח מאזור הבטן, כשהמחסנית כבר בתוכו. אלא שבעדויותו של המערער בבית משפט קמא, נולדה גרסה אחרת, לפיה הוא הכניס את המחסנית לאקדח בחוץ, לכאורה כדי להרתיע את הפולשים ללא ביצוע ירי: "ברגע שהם התקדמו, אמרתי טוב אני אנעשה משהו שיראו שזה דבר אמיתי. אז הכנסתי את המחסנית לאקדח" (עמ' 50 לפרוטוקול הדיון מיום 20.2.2013). גם בנוגע למיקומו של א.א. בעת האירוע, שינה המערער את גרסתו בהתאם להתקדמות החקירה. בחקירתו הראשונה, מסר המערער כי א.א. עמד לידו בזמן הירי (ת/23), ואילו כשעומת עם דבריו של א.א., לפיהם המערער לא נכנס לביתו, מרגע שהשלושה הגיעו למקום, מצא המערער לשנות את גרסתו: "אני מכיר את הבית שלי אם עומדים בחניה לא רואים את פתח הדלת ואני בכלל לא ידעתי איפה א.א. עמד" (ת/16). במטרה לחזק את טענותיו, שינה המערער את גרסתו גם בנוגע למעורבותו של המנוח, כשייחס לו איומים 'חדשים', לאור העובדה שנתגלו בכיסיו של המנוח שתי סכינים לאחר האירוע. במסגרת זאת, טען המערער כי המנוח התקדם לעברו כאשר ידיו בכיסים, ואיים עליו כי אם המערער לא ירה, הוא (המנוח) יהרוג אותו. גם הטענות בדבר פליטת כדור ואוטומטיזם, אליהן אתייחס בהמשך, אינן מתיישבות עם הטענות הקודמות יותר, בדבר ירי בעקבות איום שחש המערער.

54. לאור העולה מן המקובץ, סבורני, כי לא נפל כל פגם בממצאי המהימנות שנקבעו על ידי בית משפט קמא, עליהם ביסס בית המשפט את הממצאים העובדתיים הדרושים להכרעתו. זאת, מששוכנעתי כי קביעותיו של בית משפט קמא מגובים היטב בחומר הראיות ובהגיונם של דברים.

55. מכאן, אעבור לדון בקצרה ביסודות הנדרשים להרשעה בעבירת ההריגה, כאשר טענתו המרכזית של המערער בהקשר זה, מופנית כלפי קיומו של הקשר הסיבתי בין מעשיו לבין מותו של המנוח.

56. סעיף 298 לחוק העונשין מגדיר כך את עבירת ההריגה: "הגורם במעשה או במחדל אסורים למותו של אדם, יאשם בהריגה, ודינו – מאסר עשרים שנים".

היסוד העובדתי של עבירת ההריגה כולל רכיב התנהגותי אשר הגדרתו רחבה – "מעשה או מחדל אסורים", ורכיב תוצאתי – "מותו של אדם". משמדובר בעבירה תוצאתית, יש להצביע על קשר סיבתי עובדתי ומשפטי בין מעשיו של המערער לבין התוצאה הקטלנית (ראו, למשל: עניין אבורמד; ע"פ 6415/11 פולוחין נ' מדינת ישראל (24.12.2012) (להלן: עניין פולוחין)). על טיבו של הקשר הסיבתי הנדרש, עמדתי בהרחבה בעניין פולוחין:

"הדרישה לקשר סיבתי עובדתי, משמעה כי התנהגותו של הנאשם שימשה סיבה מהותית והכרחית, מנקודת ראות פיזית – אובייקטיבית, להתרחשות התוצאה. על התביעה להוכיח כי התנהגותו של הנאשם היוותה סיבה – בלעדית – אין למות הקורבן, הגם שהתנהגות זו אינה חייבת להיות הסיבה היחידה והתכופה להתרחשות המוות. עם זאת, על אותה התנהגות להיות בעלת תרומה הכרחית להתרחשות התוצאה הקטלנית כפי שארעה בפועל [...]"

הקשר הסיבתי המשפטי בא על סיפוקו על-פי מבחן הצפיות הסבירה, היינו: האם ניתן לצפות, באורח סביר ואובייקטיבי, את אפשרות התרחשותה של התוצאה הקטלנית. כאשר מדובר בעבירות בהן נדרשת מודעות סובייקטיבית של הנאשם לרכיבים העובדתיים שבעבירה, ובפרט לאפשרות גרימת התוצאה הקטלנית – כמו בעבירת ההריגה – אין צורך לבחון את שאלת הקשר הסיבתי המשפטי, ודי בקיומה של מודעות אישית – סובייקטיבית, לאפשרות של גרימת התוצאה הקטלנית (ע"פ 5870/01 חסיין נ' מדינת ישראל, פ"ד נז(1) 221 (2002)). במילים אחרות, הקשר הסיבתי המשפטי "נבלע" ביסוד הנפשי של עבירת ההריגה, ואין טעם בדיון נפרד בשאלת קיומו של היסוד האובייקטיבי."

במקרה זה ראוי להתייחס, לצורך שאלת קיומו של הקשר הסיבתי, להוראת סעיף 309(5) לחוק העונשין, הנוקט לשון זו:

"בכל אחד מן המקרים המנויים להלן יראו אדם כאילו גרם למותו של אדם אחר, אף אם מעשהו או מחדלו לא

היו הגורם התכוף ולא היו הגורם היחיד למותו של
האחר:
[...]
(5) מעשהו או מחדלו לא היה גורם מוות, אילולא
נצטרף עמו מעשה או מחדל של האדם שנהרג או של
אדם אחר".

57. אשר ליסוד הנפשי הנדרש בעבירת ההריגה, הרי שיש צורך במחשבה פלילית, המוגדרת בסעיף 20(א) לחוק העונשין כ"מודעות לטיב המעשה, לקיום הנסיבות ולאפשרות הגרימה לתוצאות המעשה, הנמנים עם פרטי העבירה". לעניין תוצאות המעשה, די שיתקיים הלך נפש של פזיזות, העשוי לבוא לידי ביטוי בין ב"אדישות", היינו, "שוויון נפש לאפשרות גרימת התוצאות האמורות", ובין בדרך של "קלות דעת", במשמעות "נטילת סיכון בלתי סביר לאפשרות גרימת התוצאות האמורות, מתוך תקווה להצליח למנען". אשר לטיבה של המודעות הנדרשת, כפי שעולה מדברי השופט ד' ביניש (כתוארה אז) בע"פ 4351/00 מדינת ישראל נ' אבו-אלהווא (21.3.2001): "הדעה השלטת כיום בפסיקתנו הינה כי במסגרת עבירת ההריגה, אין להסתפק בהוכחת מודעות מצד הנאשם לאפשרות של גרימת חבלה גופנית ממשית, ויש להוכיח כי הנאשם היה מודע לאפשרות של גרימת המוות, היא התוצאה הכלולה בהגדרת העבירה" (שם, בעמ' 333).

58. נקבע עובדתית בנידון דידן, כי המערער ירה במנוח ירייה קטלנית, וכי בחינת מעשיו על רקע מכלול הנסיבות, מובילה למסקנה כי הוא היה מודע לאפשרות שמעשיו יובילו לתוצאה הקטלנית, ולמצער פעל מתוך פזיזות ביחס לאפשרות זו. בהקשר זה, דחה בית משפט קמא את הטענה כי הכדור הראשון שנורה, נפלט מן האקדח, וכי הכדור השני נורה כתוצאה של אוטומטיזם. קביעות עובדתיות אלו מקובלות עלי, ואינני רואה טעם לדון ולהרחיב בהן.

משבאו על סיפוקן דרישת היסוד העובדתי וכן דרישת היסוד הנפשי, הנחוצים להרשעה בעבירת ההריגה, אתייחס בקצרה לטענה בדבר גורם זר מתערב, אשר לגישת המערער, מנתק את הקשר הסיבתי בין מעשיו לבין התוצאה הקטלנית.

59. מחוות הדעת הפתולוגית שערך ד"ר זייצב (ת/30), עולה כי סיבת המוות של המנוח נעוצה בנזק החמור אשר נגרם לוריד הריאתי הימני ולריאה הימנית של המנוח, ובאובדן הדם, כתוצאה ממעבר הקליע דרך בית החזה של המנוח. טוען המערער, כי יש לראות בטיפול הרפואי, הרשלני לטענתו, אשר ניתן למנוח, כגורם זר מתערב, אשר מנתק את הקשר הסיבתי בין מעשיו לבין מותו של המנוח. לגרסת המערער, האמבולנס

שהוזמן לזירת האירוע הגיע אך בחלוף 40 דקות לפחות, ממועד קרות האירוע, ולא בוצעה במנוח החיאה בשטח, כראוי.

60. בית משפט קמא, אשר נדרש לטענה זו, ציין כי "בהקשר זה נשמעו עדויות ארוכות, מתוך ניסיון עקר ומלאכותי, לייצר מחלוקת במקום שזו לא קיימת באמת", וקבע, על בסיס מכלול הראיות שעמדו לפניו, כי גורמי הרפואה עשו כל שביכולתם להצלת המנוח, וכי יש לדחות את הטענה בדבר קיומו של גורם זר מתערב. עיון בפרוטוקולי הדיונים, מעלה כי אין כל פגם במסקנה אליה הגיע בית משפט קמא בהקשר זה. בדיון ההוכחות מיום 30.12.2012, תיארה הפרמדיקת שנזעקה למקום האירוע את מצבו של המנוח בעת הגעתה:

"אני יכולה לומר על פי הבדיקות שביצענו, שהמנוח היה מחוסר הכרה, הוא היה מוצף דם, שכב על גבו, מחוסר הכרה, ללא נשימה וללא דופק. כשחיברנו אותו למוניטור, שמעיד על קצב של פעולה לבבית, אז היה קו ישר ומבחינתנו, הוא היה ללא סימני חיים והתחלנו לבצע החיאה וכל עיסוי שעשינו, ראינו שיש לו המון, נוצר דימום בתוך חלל הפה ולכן עשינו גם סקשן – שאיבה של הפרשות, וניסיון הנשמה, כדי להכניס חמצן ואויר כלשהו וזיהינו שיש חור כניסה בחלק העליון של בית החזה שמבחינה אנטומית, יש את כל כלי הדם הראשיים שיש בגוף שלנו ויכול להיות שבדיוק בחלל הזה היה גם הלב".

לשאלת הסנגור, האם ספיר לב-רביבו, השכנה שיצאה מביתה לאחר ששמעה את קולות הירי, יכולה הייתה לעצור את הדימום, לו הייתה מנסה לעשות זאת, השיבה הפרמדיקת: "אני יודעת שהסיכויים הם קלושים לנסות להחזיר דופק כשמדובר באירוע של טראומה, של ירי או חבלה חודרת, כשיש דימום אינטנסיבי", והוסיפה כי "הדימום לא היה חיצוני. גם אני לא יכולתי לעצור את הדימום [...] למרות שהוא היה מוצף בדם, אבל לא היה דימום מתפרץ שנראה לעין, שניתן לעצור".

אף מחקירתו של ד"ר זייצב, שערך כאמור את חוות הדעת הפתולוגית, עולה כי "הקליע נכנס לבית החזה מצד ימין, עבר בכיוון מקדימה אחורה, מלמעלה למטה ומשמאל לימין. דרך רקמות של בית החזה", וכי "נפגעו וריד ריאתי מצד ימין והריאה הימנית. המוות נגרם מאיבוד דם". העד הוסיף, כי הוא "לא חושב שאבדן דם היה יכול להמנע בגלל מעבר הקליע שעבר דרך הגוף והפצעים כבר קיימים ואי אפשר להמנע מיציאת הדם. לדעתי גם טיפול מוקדם יותר לא היה מונע את מותו של המנוח".

נוכח האמור, הגעתי לכלל מסקנה כי דין הטענה בדבר גורם זר מתערב להידחות, ואין כל הצדקה להתערבות בממצא עובדתי זה.

61. יצוין, כי תוצאה זו מתחייבת, אף לו היה ממש בטענותיו של המערער בדבר טיפול רפואי לקוי שקיבל המנוח עובר למותו, לאחר שנורה על ידי המערער. זאת, נוכח הוראת סעיף 309(5) לחוק העונשין. יפים, לעניין זה, דבריה של השופטת (כתוארה אז) מ' נאור בע"פ 140/10 חלילה נ' מדינת ישראל (10.3.2011):

"ההוראה שבסעיף 309(5) מבטאת את הכלל הקובע, כי מקום שמעשהו של אדם אינו מהווה גורם יחידי למוות, וכי המוות לא היה נגרם אלמלא הצטרף אליו גורם אחר – בכל זאת רואים את מעשהו של הראשון כנושא באחריות לגרם המוות [...] והכל בתנאי שמעשהו של הראשון היווה גורם ממשי לתוצאת המוות [...]"

את משמעות המונח 'נתלוו' [...] ניתן לפרש בכל משמעויותיו האפשריות כגון 'להוסיף', להשלים ולהתווסף'. הווה אומר, לרבות פעולות העוקבות זו לזו, ולא דווקא על-פי משמעותה הצרה של המילה, שלפיה היא באה לתאר רק פעולות בו זמניות" (שם, פסקאות 76-77).

סיכומם של דברים, עולה בבירור כי בעניינו של המערער הוכח הקשר הסיבתי בין מעשיו לבין מותו של המנוח, כמו גם יתר היסודות הנדרשים בעבירת ההריגה.

62. עתה אעבור לדון בטענה אשר עומדת בלב הערעור על הכרעת הדין, היא טענתו של המערער בדבר תחולתו של סייג לאחריותו הפלילית. כידוע, וכפי שיובהר בהמשך, הסייג של הגנת בית מגורים מרחיב את היקף ההגנה הניתנת לנאשם ביחס לסייג של הגנה עצמית, ומקל בדרישות לתחולתה. משכך, סייג הגנת בית המגורים הוא הסייג הרלוונטי לדיוננו. ואולם, טרם שאדרש לגופם של דברים, אבהיר כי משקבעתי כי לא מתקיימים במקרה דנן התנאים להתערבותנו בקביעות העובדתיות של בית משפט קמא, יתבסס הדיון בתחולתו של הסייג, וביתר טענות המערער אליהן אתייחס בהמשך, על התשתית העובדתית שנקבעה, על יסוד חומר הראיות שעמד בפני הערכאה הדיונית.

63. ראשית, אגדיר את המסגרת הנורמטיבית הרלוונטית לדיוננו. הוראת סעיף 34 לחוק העונשין, אשר עוסקת בנטל ההוכחה, קובעת כך: "מלבד אם נאמר בחיקוק אחרת, חזקה על מעשה שנעשה בתנאים שאין בהם סייג לאחריות פלילית". הוראת סעיף 34כב(ב) לחוק העונשין מורה כי "התעורר ספק סביר שמא קיים סייג לאחריות פלילית, והספק לא הוסר, יחול הסייג". עינינו הרואות, כי נקודת המוצא הינה, שמעשה המקים עבירה פלילית בוצע בתנאים שאין בהם סייג לאחריות פלילית. נאשם הטוען כי חל סייג זה או אחר בעניינו, עליו הנטל המשני להביא ראיות בדבר קיומו של הסייג, או אז חוזר נטל ההוכחה העיקרי אל התביעה להסיר כל ספק בדבר קיומו של הסייג, ומשהוסר, יורשע הנאשם בעבירה המיוחסת לו.

הסייג להטלת אחריות פלילית לאור הגנת בית מגורים, מוגדר בסעיף 34י1 לחוק העונשין כדלקמן:

"(א) לא יישא אדם באחריות פלילית למעשה שהיה דרוש באופן מיידי כדי להדוף מי שמתפרץ או נכנס לבית המגורים, בית העסק או המשק החקלאי המגודר, שלו או של זולתו, בכוונה לבצע עבירה, או מי שמנסה להתפרץ או להיכנס כאמור.
(ב) הוראת סעיף קטן (א) לא תחול אם –
(1) המעשה לא היה סביר בעליל, בנסיבות העניין, לשם הדיפת המתפרץ או הנכנס;
(2) האדם הביא בהתנהגותו הפסולה להתפרצות או לכניסה תוך שהוא צופה מראש את אפשרות התפתחות הדברים.
(ג) לעניין סעיף זה, "משק חקלאי" – לרבות שטח מרעה ושטח המשמש לאחסון ציוד וכלי רכב במשק חקלאי".

64. כפי שנאמר, לא אחת, הסייג של הגנת בית מגורים מרחיב את סייג ההגנה העצמית, הקבוע בסעיף 34 לחוק העונשין. מטרתו של סייג ההגנה העצמית הינה לפטור מאחריות פלילית את מי שביצע "מעשה שהיה דרוש באופן מיידי כדי להדוף תקיפה שלא כדין שנשקפה ממנה סכנה מוחשית של פגיעה בחייו, בחירותו, בגופו או ברכושו, שלו או של זולתו". סעיף 34 לחוק העונשין ממשיך ומורה, כי "אין אדם פועל תוך הגנה עצמית מקום שהביא בהתנהגותו הפסולה לתקיפה תוך שהוא צופה מראש את אפשרות התפתחות הדברים". אימתי יחול לנאשם סייג ההגנה העצמית? על כך עמדה השופטת ע' ארבל בע"פ 4191/05 אלטגאוז נ' מדינת ישראל (25.10.2006):

"שישה הם התנאים שבהתקיימם עומדת לנאשם ההגנה העצמית, כפי שהוגדרו בחוק, ופורשו בפסיקה ובספרות. הראשון הוא תנאי התקיפה שלא כדין. השני הוא תנאי הסכנה. תנאי מוקדם למעשה ההתגוננות הוא קיומה של "סכנה מוחשית של פגיעה בחייו, בחירותו, בגופו או ברכושו, שלו או של זולתו". על הסכנה להיות מוחשית ולא סכנה שהסתברות התממשותה ערטילאית גרידא [...] התנאי השלישי הוא תנאי המידיות. לפי לשון החוק, נדרש כי מעשה ההתגוננות היה "דרוש באופן מיידי" על מנת להדוף את התקיפה. תנאי זה בוחן את עיתוי המעשה, על שני היבטיו: 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 [...] התנאי הרביעי הינו שהאדם לא נכנס למצב בהתנהגות פסולה, וכלשון החוק "...הביא בהתנהגותו הפסולה לתקיפה תוך שהוא צופה מראש את אפשרות התפתחות הדברים". התנאי החמישי הוא תנאי הנחיצות. [...] התנאי השישי הוא תנאי הפרופורציה. נדרש יחס ראוי בין הנזק הצפוי מפעולת המגן לנזק הצפוי מן התקיפה."

65. ובחזרה לסייג שעניינו הגנת בית המגורים. סייג זה, המעוגן כאמור בסעיף 134, הוסף לחוק העונשין במסגרת תיקון מספר 98, בשנת 2008. להצעת החוק בעניין זה היו במקור שתי גרסאות, כאשר הגרסה השנייה היא שאומצה לבסוף, בשינויים קלים. להלן אביא את הגרסה השנייה בהצעת החוק, כלשונה:

"134. לא יישא אדם באחריות פלילית למעשה שעשה כדי להדוף מי שפורץ או נכנס לבית מגוריו בכוונה לבצע עבירה, או מנסה לעשות כאמור.
134.2. (א) לא יישא אדם באחריות פלילית למעשה שעשה כדי להדוף מי שפורץ או נכנס לבית עסק או למשק חקלאי, בכוונה לבצע עבירה, או מנסה לעשות כאמור.
(ב) הוראת סעיף קטן (א) לא תחול אם המעשה היה לא סביר בעליל, בנסיבות העניין, לשם הדיפת הפורץ או הנכנס כאמור."

דברי ההסבר לגרסה זו, הם גם דברי ההסבר לגרסה שנתקבלה לבסוף, מבהירים את תכלית תיקון החקיקה:

"סעיף 134 המוצע עניינו הגנת בית מגורים, והוא נועד לפטור מאחריות פלילית אדם שעשה מעשה כדי להדוף

מי שפורץ או נכנס לבית מגוריו בכוונה לבצע עבירה, או מנסה לעשות כאמור.
 סעיף 234 המוצע עניינו הגנת בית עסק ומשק חקלאי. לפי המוצע, לא יישא אדם באחריות פלילית למעשה שהיה דרוש באופן מיידי כדי להדוף מי שפורץ או נכנס לבית עסק או למשק חקלאי בכוונה לבצע עבירה, או מנסה לעשות כאמור. זאת, בתנאי שהמעשה לא היה בלתי סביר בעליל, בנסיבות העניין, לשם הדיפת הפורץ או הנכנס כאמור. תנאי אחרון זה מקל לעומת הוראת סעיף 34טז לחוק העונשין, שלפיה די בכך שהמעשה לא היה סביר לשלול את תחולת ההגנה (הצעות חוק הכנסת – 208, מיום י"ד באדר א' התשס"ח (20 בפברואר 2008), עמ' 196).

66. ובכן, מהם התנאים אשר בהתקיימם עומדת לנאשם הגנת בית המגורים, כפי שהוגדרו בחוק והובהרו בפסיקה? התנאי הראשון, הינו התפרצות או כניסה לבית המגורים, בית העסק או המשק החקלאי המגודר, בכוונה לבצע עבירה, או ניסיון לעשות זאת. עולה מהספרות, כי תנאי זה מבטא את הדרישה לקיומה של "תקיפה שלא כדין", וכן את התנאי העוסק בסכנה מוחשית, הדרושים לפי סייג ההגנה העצמית (ראו: בועז סנג'ור "הייחפך הצידוק לפטור של חסד? הגנת בית המגורים ('חוק דרומי' ופסק-הדין בפרשת דרומי) כמקרה-מבחן לרציונל המצדיק הגנה עצמית ולהלכה הישראלית" משפט וממשל יג 93, 131 (2010) (להלן: סנג'ור)). התנאי השני, על-פי סעיף 134 לחוק העונשין, הינו תנאי המיידיות. צריך כי מעשה ההתגוננות יהיה "דרוש באופן מיידי כדי להדוף" את הפורץ. כלומר, בדומה לסייג ההגנה העצמית, על מעשה ההתגוננות לבוא בהלימה עם הצורך להדוף את הפורץ, לא לפני ולא אחרי מועד זה (ראו גם: עניין אבורמד; ע"פ 1964/14 שימשילשווילי נ' מדינת ישראל (6.7.2014) (להלן: עניין שימשילשווילי); ע"פ 6162/10 כבאז נ' מדינת ישראל (11.6.2013) (להלן: עניין כבאז)). התנאי השלישי לתחולתו של הסייג, נעוץ בדרישת הנחיצות (ראו, למשל: עניין שימשילשווילי, פסקה 37; עניין כבאז, פסקה כט). קיימת בספרות ובפסיקה הבחנה בין נחיצות כמותית, אשר עוסקת במידת הכוח שיש להפעיל כנגד התוקף עת עסקינן בהגנה עצמית או כנגד הפורץ עת מדובר בהגנת בית מגורים, לבין נחיצות איכותית, שעניינה בקיומן של אלטרנטיבות אחרות מלבד השימוש בכוח (ראו: בועז סנג'ור הגנה עצמית במשפט הפלילי 178 (2000) (להלן: סנג'ור הגנה עצמית במשפט הפלילי)). כפי שהובהר בע"פ 20/04 קליינר נ' מדינת ישראל (30.6.2004) מפי השופט א' א' לוי: "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".

67. נשאלת השאלה באילו מקרים, אף בהתקיימם של שלושת התנאים שנמנו לעיל, לא יעמוד לנאשם סייג הגנת בית המגורים? סעיף 134(ב) לחוק העונשין מורה על קיומם של שני חריגים לסייג. החריג האחד, עניינו במקרה בו מעשה ההתגוננות "לא היה סביר בעליל, בנסיבות העניין, לשם הדיפת המתפרץ או הנכנס". זאת, בשונה מהחריג לסייג ההגנה העצמית, הקבוע בסעיף 34טז לחוק העונשין, לפיו די בכך ש"המעשה לא היה סביר בנסיבות העניין לשם מניעת הפגיעה", כדי לשלול את ההגנה. דרישת פרופורציה זו, מבקשת כי יתקיים יחס ראוי בין הנזק הצפוי מפעולת המגן לבין הפגיעה הצפויה ממעשיו של הפורץ. בהקשר זה, כותב המלומד בועז סנג'רו: "כאשר תגובת הנתקף חורגת באופן משמעותי מדרישת הפרופורציה, והוא מסב לתוקף פגיעה העולה לאין שיעור על הפגיעה הצפויה לו מתקיפת התוקף, תגובת הנתקף דווקא פוגעת בסדר החברתי-המשפטי, ובוודאי אינה מגוננת עליו" (סנג'רו, בעמ' 98). אולם עד כמה חלה דרישת היחס הראוי בין הנזק הצפוי מפעולת ההתגוננות לבין הנזק הצפוי ממעשיו של הפורץ, עת עסקינן בהגנת בית מגורים? ומתי, אם כן, ייאמר על מעשה ההתגוננות כי הוא אינו סביר בעליל? לשאלות אלו אתייחס בהמשך הדברים. אולם קודם שנמשיך, אציין כי החריג השני לסייג הגנת בית המגורים, חל מקום בו "האדם הביא בהתנהגותו הפסולה להתפרצות או לכניסה תוך שהוא צופה מראש את אפשרות התפתחות הדברים".

68. ובחזרה לענייננו. לאחר שעיינתי היטב בחומר הראיות ובטענות הצדדים, מוצא אני, כפי שקבע בית משפט קמא, כי התנאים אשר מעוררים בענייננו קושי הינם תנאי המיידיות; תנאי הנחיצות; וכן תנאי הסבירות.

69. בא כוחו של המערער טוען, כי שגה בית משפט קמא, עת בחן את קיומם של התנאים לסייג הגנת בית המגורים באופן אובייקטיבי גרידא, ולא העניק משקל ראוי לנתוניו הסובייקטיביים של המערער, שהינו "קטין מיוחד". לגישתו, לאחר קבלת האבחון הפסיכולוגי שהוגש מטעם שירות המבחן לקראת מתן גזר הדין, היה על בית משפט קמא לבצע בחינה סובייקטיבית בדבר קיומן של דרישות הסייג. עוד נטען, כי בחינה סובייקטיבית, המתחשבת במידע המופיע באבחון הפסיכולוגי, וכן באבחון הנוירולוגי שנערך למערער על ידי ד"ר עדי אדר בשנת 2001 (להלן: האבחון הנוירולוגי), והוגש במסגרת הליך הערעור דנן, מביאה למסקנה כי מעשיו של המערער חוסים תחת כנפי הגנת בית המגורים.

לצורך דיון בטענה, אביא בקצרה את עיקרי הממצאים העולים משני האבחונים האמורים. האבחון הנוירולוגי, אשר נערך למערער בשנת 2001 עקב חשד ל"תסמונת טווח הקשב הקצר", מצביע על קשיי קשב וריכוז מהם סבל המערער, ועל הפרעות

רגשיות שונות הכוללות דימוי עצמי נמוך, חוסר ביטחון, ו"קווי התנהגות אימפולסיביים" באישיותו. ואולם, אינני רואה לתת משקל של ממש לאבחון זה, שנערך עת היה המערער כבן 8.5, לצורך בדיקה וטיפול בהפרעות קשב.

באבחון הפסיכולוגי, שנערך למערער ביום 7.4.2014, על ידי ד"ר אברהם אמיליאנר (להלן: הפסיכולוג), בעקבות הפניית קצינת המבחן לנוער, נכתב כי בוחן המציאות של המערער הינו גבולי: "לעתים מבחין בין מציאות לדמיון ולעתים אינו מבחין". עוד נכתב, כי בקרת הדחפים והרגשות של המערער מזוהה כחלשה, "עם נטייה לאימפולסיביות", וכן "נטייה דיכאונית". ביחס לתפיסת העצמי וליחסים הבין אישיים של המערער, נאמר כי "קיימת פגיעות של העצמי הגורמת לו לחוש מאויים יותר מרוב האנשים. שילוב של בקרת דחפים חלשה ופגיעות עלולה להביא אותו שוב לתוקפנות אימפולסיבית ובמובן זה קיים סיכון שיחזור להתנהגות אלימה". עוד נאמר, כי המערער "סובל מהפרעת אישיות גבולית עם קווים חשדניים", וכי "את התוקפנות שבתוכו הוא נוטה להשליך על האחר". נוכח ממצאים אלו, המליץ הפסיכולוג על טיפול מעמיק וארוך טווח, וציין כי ככל שהמערער יישלח למאסר, יש ליידע את שירות בתי הסוהר על קיומה של סכנה אובדנית, וכן על סכנה כי המערער יתקיף את הזולת.

70. במאמר מוסגר יצוין, למען הסר ספק, כי טענה בדבר כשירותו של המערער לעמוד לדין, כלל לא הועלתה בבית משפט קמא, ולאחר שיג ושיח בדיון שנערך בפנינו, הבהיר בא כוחו של המערער, עו"ד חוגי, כי גם כעת הוא אינו טוען זאת. קצינת המבחן שהופיעה בדיון בערעור, הגב' רינה מועלם, אף ציינה, בהקשר זה, את הדברים הבאים: "שירות המבחן ערך אבחון פסיכודיאגנוסטי מקיף לצעיר בעת ששירות המבחן בדק את מצבו. לו הפסיכולוג הבודק היה מעריך שיש כאן שאלה לגבי כשירותו, הפרקטיקה היא שהדבר היה מובא לפני שירות המבחן, שהיה עורך הערכה פסיכיאטרית שהיא זו שקובעת כשירות לעמוד לדין".

71. לאחר עיון בחומר הרלבנטי, בדגש על האמרות והעדויות שמסר המערער, ובחינת הטענה בדבר מצבו ה"מיוחד" של המערער בעת האירוע, הגעתי למסקנה כי בנסיבות דנן, אין בה כדי לשנות מן התוצאה אליה הגיע בית משפט קמא, לפיה מעשיו של המערער אינם חוסים תחת סייג לאחריות פלילית. זאת, אף אם יש באבחון הפסיכולוגי כדי ללמד על אפשרות, לפיה הרף שבו חש המערער תחושת פחד הינו נמוך מן הרגיל, ואף אם נניח כי המערער מגיב באופן אימפולסיבי יותר ביחס לאחרים (וליתר דיוק – קטינים אחרים). ובמה דברים אמורים?

72. ראשית, טענה זו, הנוגעת למצבו הסובייקטיבי המיוחד של המערער בעת האירוע, לא הועלתה בבית משפט קמא בשום שלב, והועלתה לראשונה בדיון בערעור. המערער עבר את האבחון הפסיכולוגי ביום 7.4.2014, לקראת מועד גזר הדין אשר ניתן ביום 15.7.2014, לצורך גיבוש המלצות לענישה וטיפול. חרף האמור, מנסה בא כוחו של המערער להסתמך על האבחון הפסיכולוגי לצורך תמיכה בטענות הנוגעות להכרעת הדין. זאת, שעה שאבחון זה כלל לא עמד בפני בית משפט קמא, עת בחן את שאלת קיומם של סייגים לאחריות פלילית, לקראת כתיבת הכרעת דינו. מטבע הדברים, אף האפשרות לחקור את הפסיכולוג שביצע את האבחון הפסיכולוגי, על מנת לעמוד על טיבו – לא הייתה קיימת. כידוע, בשלב גזר הדין, אין התביעה נוטה להתנגד להגשת ראיות לעניין העונש מטעמה של ההגנה. מכאן אין להסיק, כי התביעה הייתה מוותרת על חקירה, לו הוגשה הראיה לעניין הכרעת הדין. אילו סבר בא כוחו של המערער, כי יש באבחון פסיכולוגי כדי לתאר תכונות סובייקטיביות של מרשו, ובכך לחזק את טענותיו, היה עליו להגיש אבחון זה במסגרת הכרעת הדין, על-פי סדרי הדין המוכרים, והתביעה הייתה רשאית, כמובן, לחקור את המומחה ואף להביא חוות דעת נגדית מטעמה. די בכך, כדי לדחות את הטענה בדבר מצב סובייקטיבי "מיוחד".

73. למעלה מן הצורך ייאמר, כי דין הטענה להידחות גם לגופה. אף לו היינו מקבלים את האבחון הפסיכולוגי כראיה חדשה בערעור, חרף הקשיים שתוארו לעיל, שומה היה עלינו לבחון את השאלה, האם מצבו הסובייקטיבי הכללי של המערער, כפי שעולה מן האבחון הפסיכולוגי, בא לידי ביטוי בעת האירוע בו עסקינן, באופן שהשפיע על מצבו של המערער ועל המצוקה שהוא חש, וכפועל יוצא מכך – על דרך התגוננותו.

לאחר בחינת חומר הראיות, הגעתי לכלל מסקנה, כי אין מדובר, כלל ועיקר, במצב נפשי מיוחד כלשהו, בו היה שרוי המערער במהלך האירוע. ודוק: התבטאותו הראשונה של המערער לאחר האירוע, שבאה בפני השוטר שנכח ברכב בו הובא המערער לתחנת המשטרה (להלן: השוטר), הייתה "אני יריתי בו, הם באו אליי והרגשתי מאויים, היה לנו סכסוך על אופנוע, איזה דפוק אני" (ת/12ב, שורות 10-11). התבטאות זו מובאת בדגש על המילים "איזה דפוק אני", כאשר לטענה כי הרגיש המערער מאויים, אתייחס בהמשך הדברים. יצוין, כי איש המשטרה מסר בהודעתו, כי המערער פנה אליו ואמר לו דברים אלו מיוזמתו: "לא פניתי אליו כי ידעתי שהוא לפני חקירה ולא רציתי לקלקל משהו" (שם, שורות 9-10). אמירת המערער, אשר צוטטה לעיל, מלמדת על כך שהמערער, כבר בשלב הראשוני, תפס את התנהגותו כהתנהגות שנפל בה פגם. ואולם,

אם כפי שטוען בא כוחו, חווה המערער את המציאות ב'אופן מיוחד', אין סיבה כי הוא יעביר ביקורת על התנהגותו שלו, עוד לפני שמאן דהוא הסביר לו את המציאות כ'הווייתה'. בכל הכתובים הרבים שהגיש בא כוחו של המערער לא מצאתי לכך תשובה. גם אמרתו הראשונה של העד חיים קדוש במשטרה, אשר נגבתה בבית החולים, מעלה תהייה דומה. להלן חלק מהדברים שאמר חיים:

"הוא [המערער] החזיק את האקדח עם שני ידיים ירה יריה אחת על דודו [...] איך ששמעתי את היריה תפסתי את דודו והתחלתי לקחת אותו החוצה ואז הרגשתי ושמעתי עוד יריה והרגשתי שכדור פוגע לי ביד [...] הלכתי כמה מטר ואז דודו התמוטט על הריצפה. אני צעקתי לאנשים וגם לאחי תברח מהר ותזמין משטרה ואמבולנס ואז [המערער] אמר לי שהוא קרוב אליי עם האקדח, האקדח מכוון למטה ואמר לי "סתום תפה אם תהיה משטרה אני ירצח גם אותך" ואז הוא התחיל לחזור לפתח של הבית" [ההדגשה שלי – א.ש.] (נ/4, עמ' 2, שורות 10-18).

דבריו אלה של המערער שנאמרו לחיים לאחר הירי, מלמדים על הלך הרוח בו היה שרוי, וקשה לראות כיצד ניתן להסיק מהם כי המערער היה מצוי בלחץ קיצוני וחש פחד ומצוקה קשים, כפי שגורס בא כוחו בטיעונו. דומה כי התבטאותו זו של המערער, מעידה דווקא על קור רוח ועל כעס, אשר עמדו ביסוד פעולותיו, ולא על מצוקה או חשש ממשי לחייו.

אף מקובלת עליי טענת המשיבה, כי גם "מקצה השיפורים" שערך המערער בגרסאותיו, עליו עמד בית משפט קמא בפירוט בהכרעת הדין, ובכללו הטענה לפיה הכדורים "נפלטו" מהאקדח, יש בו כדי ללמד על כך שהמערער לא חש בעת האירוע כי הוא מצוי תחת איום מיידי, המחייב נקיטת פעולת התגוננות קטלנית. שהרי אילו חש כך באמת, לא היה רואה המערער צורך ב"שיפור" גרסתו הראשונה, והוספת מיני פרטים אשר יצדיקו את התנהגותו.

גם לאחר שצפיתי בסרטון המתעד את השחזור שביצע המערער, מספר שעות לאחר קרות האירוע, ובמקביל עיינתי בתמלול השחזור ובתיעוד החקירות, לא התרשמתי כי המערער היה נתון במצב נפשי מיוחד כלשהו, בעת קרות האירוע, וכן לא מצאתי כל אינדיקציה לכך שהוא חש, אותה עת, מאוים יותר משהיה חש "קטין רגיל". כך למשל, כאשר תיאר המערער בפני החוקר את מה שאמרו לו חיים והמנוח כשהגיעו לחצרו, הוא אמר "הוא רצה שאני ייתן לו את האופנוע ו... כאילו [...] שהכסף שלי –

שנתתי לו, שיישאר אצלו. וזה לא היה מקובל עליי אז אני הסברתי לו עוד הפעם שאני יעשה את הבדיקה... אם זה טוב אני ייתן לך את הכסף, אם זה לא טוב – האופנוע... תיקח אותו ותביא לי את הכסף". לאחר תיאור זה, נשאל המערער על ידי החוקר האם "השיחה התנהלה כמו שאתה מדבר איתי עכשיו, ככה?" (בשקט יחסי), ולכך ענה המערער: "כן אבל אולי בטון טיפה יותר גבוה" (דקה 5:12 עד דקה 5:37 לדיסק השחזור). כשנשאל המערער, האם היו איומים כלשהם מצידם של חיים והמנוח לפני הירי, הוא השיב: "אה... איומים המנוח... כן, הוא... דיבר. הוא... אמר לי: שהוא יפגע בי". כשנשאל מה בדיוק אמר לו המנוח, השיב המערער "הוא... כן... מה... הוא איים עליי" (דקה 16:06 עד דקה 16:18 לדיסק השחזור), ונמנע מלפרט מה נאמר שגרם לו לחשוש באופן כה קיצוני, כפי שנטען, שוב ושוב, בהשלמת הטיעון שהגיש לנו בא כוחו.

74. נפנה עתה לבחון את התנאים לתחולתה של הגנת בית המגורים, אשר מעוררים קושי בענייננו. אולם קודם לכן, אבהיר כי משנדחו הטענות בדבר מצב סובייקטיבי מיוחד בו היה מצוי המערער, בעת האירוע, אין בכוונתי לדון בכל הטענות הקשורות במצב סובייקטיבי זה בנוגע לדרישות הסייג, כפי שהוצע במסמכי השלמת הטיעון שהוגשו מטעם המערער.

75. כאמור, קבע בית משפט קמא, עובדתית, כי תנאי המיידיות אינו מתקיים במקרה דנן, מאחר שאין המדובר באדם אשר הופתע בביתו על ידי פורץ והוא נדרש להדיפתו המיידית, אלא באדם אשר אוים, ציפה לפלישה הצפויה, והתכוון לה במשך 23 דקות לפחות, כפי שאבהיר בהמשך. ואולם, טוען המערער, כי בחינת תנאי המיידיות מנקודת מבטו שלו, כמי שהיה מצוי במצוקה אותה עת, מביאה למסקנה כי התנאי חל בעניינו.

אין בידי לקבל טענה זו. כפי שהובהר לעיל, נדרש כי הסכנה תהיה מיידית, ואילו התכוננות מוקדמת של המתגונן להתמודדות עמה, מעקרת אפשרות זו. לטעמי, לא ניתן להתעלם מהשתלשלות האירועים עובר לפריצתם של חיים והמנוח את שער חצרו של המערער. לאחר שיחת הטלפון בין המערער לבין חיים ואחיו, ציפה המערער לבואם. כלום ניתן לומר, כי כאשר המתין המערער לבואם של אנשים עם כוונות מאיימות; התכוון למפגש המדובר בדרך של התחמשות באקדח ומחסנית; תיגבר את כוחותיו באמצעות הזמנת חברו; יצא לקראת אותם אנשים; התעמת איתם; וכשאלו פרצו את חצרו, ירה בהם – היו מעשיו דרושים באופן מיידית להדיפת הסכנה? ברי כי התשובה לכך שלילית. התחמשותו של המערער באקדח, לקראת הגעתם של ה"פורצים" לביתו, מלמדת על כך שהוא ידע כי עומדים להגיע לביתו אנשים, אשר לכל הפחות

קיימת האפשרות, כי יתפתח עמם עימות. התכונות של המערער לבואה של "סכנה", היא אשר מעידה, יותר מכל, על היעדרה של הפתעה. זאת, שעה שעל הפתעה זו לא ניתן לוותר, כאשר בוחרת החברה להעניק הגנה לאדם, אשר מפעיל כוח בשמה. לא למותר הוא לציין, כי ביחס לירייה השנייה, אשר נורתה עת שחיים והמנוח היו במנוסה, נקבע כי אין ספק שמדובר בהפעלת כוח שאינה דרושה להדיפת התפרצות. תמים דעים אני עם בית משפט קמא, כי הירי לעבר חיים היה ירי מיותר, בבחינת ענישה עצמאית בה נקט המערער, כאשר לא נדרש מעשה התגוננות כלשהו.

76. נעבור עתה לבחינת תנאי הנחיצות, אשר דרוש לתחולתו של סייג הגנת בית המגורים. האם יכול היה המערער לעשות שימוש בחלופות אחרות, פוגעניות פחות מן הירי שביצע, לשם הדיפת הסכנה? קיומן של אלטרנטיבות אחרות, שאינן כוללות הפעלת כוח, יקבע האם עמד המערער במבחן הנחיצות האיכותית, ואילו מידת הכוח שהופעלה על ידו תיקבע האם התקיימה במעשיו נחיצות כמותית.

בהתייחסו לנחיצות האיכותית, קבע בית משפט קמא, כי בפני המערער עמדו דרכי פעולה אחרות, חלף הדרך בה נקט, הן בטרם הגיעו השלושה לביתו, והן לאחר שהגיעו, שאילו היה נוקט בהן, היו התוצאות הטראגיות נמנעות:

1. הנאשם [המערער] יכול היה, וחייב היה, להתקשר למשטרה.

2. הגם שהגנת בית מגורים, כשמה כן היא, ועל כן נראה שהיא עמעמה את חובת הנסיגה, הרי וודאי, שבנסיבותיו של תיק זה, היא אינה נותנת פטור אוטומטי לנאשם [המערער] מלנסות לנקוט בדרך פעולה אחרת, ואינה שוללת את האפשרות שהייתה לנאשם [המערער] לצאת את ביתו לאחד השכנים או למקום אחר, או ללכת לא.א, במקום שזה יבוא לביתו כדי לתגבר כוחות לקראת העימות הצפוי.

3. [...] יכול היה הנאשם [המערער] להסתגר בביתו ולהמתין לאביו שצריך להגיע כל רגע [...].

4. גם לאחר שכבר יצא לחצר, יכול היה הנאשם [המערער] מיד כשחיים והמנוח פרצו לחצר, לברוח חזרה לתוך הבית ולהסתגר.

5. חיים והמנוח, גם אם נקטו באימים, טרם עשו פעולה אלימה פיזית, כלשהי. פתוחה הייתה הדרך גם לנסות ולנהל משא ומתן, לפחות עד שיגיע אביו של הנאשם [המערער], גם אם לא המשטרה (שלא הוזמנה)."

בית משפט קמא המשיך וקבע, כי המערער כשל אף ביחס לנחיצות הכמותית, בייחוד נוכח העובדה שחיים והמנוח טרם נקטו באלימות לאחר שנכנסו לחצרו, ואילו המערער בחר לירות בהם מיד. בית משפט קמא מנה אפשרויות שונות להפעלת כוח פחותה מזו שהפעיל המערער, כמו יריית אזהרה שייתכן כי הייתה גורמת לפולשים לסגת, או ירי ברגלו של מי מהם.

77. סבורני, כי בריכוך אופייה האובייקטיבי של דרישת הנחיצות, כפי שמציע בא כוחו של המערער, קיימת סכנה רבה. כפי שציין השופט נ' סולברג בע"פ 4784/13 סומך נ' מדינת ישראל (18.2.2016) (להלן: עניין סומך), "ריכוך זה הוא מן הדברים שאין להם שיעור; שראשיתם בתחושת הצדק, ואחריתם מי ישורנה". עם זאת, מצא השופט סולברג שני שיקולים מרכזיים, בהקשר של סייג ההגנה העצמית אמנם, אשר עשויים לסייע בידו של בית המשפט לפעול בדקדקנות ראויה ולהימנע מדווקנות אבסורדית:

"מחד גיסא, יש לבחון את פוטנציאל הנזק הגלום במעשיו של הנתקף; ככל שפוטנציאל הנזק גדול יותר, כן תגבר נטייתנו לדקדק עמו בבחינת נחיצות המעשה. מאידך גיסא, יש לבחון את מידת מוחשיותה ומיידיותה של הסכנה הנשקפת לנתקף; ככל שהסכנה מוחשית ומיידית יותר, כן תפחת נטייתנו לדקדק עמו בבחינת נחיצות המעשה. בית המשפט יאזן בין השיקולים, יקבע את נקודת 'שיווי המשקל', ובהתאם לכך יכריע אם היו מעשיו של הנתקף נחוצים, אם לאו." (שם, פסקה 184).

בענייננו, אין חולק כי פוטנציאל הנזק הגלום בכל יריית אקדח אשר ירה המערער הינו עצום. וזאת, שעה שהסכנה אשר עמדה לפתחו של המערער לא הייתה ממשית ומיידית, הן עובר לירייה הראשונה, לא כל שכן לפני הירייה השנייה. לפיכך, מחויבים אנו לדקדק עם המערער, ומידת ההבנה שעלינו לגלות כלפיו נוכח הסיטואציה בה היה נתון – הינה מוגבלת.

לפיכך, אף אם נניח כי המערער היה מצוי במצוקה כנה, כאשר בחר לעשות שימוש באקדח הקטלני, אין במצוקה זו כדי לשנות מהמסקנה הנכונה אליה הגיע בית משפט קמא, כי בפני המערער עמדו אלטרנטיבות פשוטות לירי שביצע. נראה, כי המערער בחר בדרך הגרועה ביותר להתמודדות עם הסכנה אשר חשב, אם חשב, כי היא רובצת לפתחו. כלום נאפשר לכל אדם החש מפוחד, להצטייד באקדח ומחסנית, להתכונן לקרב ולצאת אל ה"סכנה" במטרה ללחום בגורם המסכן? תוצאה זו, אליה

חותר בא כוחו של המערער בטיעוניו, איננה מתקבלת על הדעת. התנהגות כזו, אי אפשר שתיחשב "נחוצה". כאמור, למערער עמד פרק זמן של כ-23 דקות, בין שיחת הטלפון בה הודיעו חיים ואבירן שהם באים לביתו ועד לשיחת הטלפון שבוצעה כשהם הגיעו למקום. בפרק זמן זה, במקום להתכונן כפי שעשה, לקראת בואם, היה על המערער להתקשר למשטרה, או להישאר בביתו, לנעול את הדלת, ולהמתין לאביו או לקרוב אחר שהיה מזעיק למקום. אלא שהמערער לא הציג הסבר מדוע לא נהג כך, ולא סיפק כל טעם מבורר אשר יצדיק את הימנעותו מפנייה לרשויות. עצם הבחירה באמצעי קטלני כאקדח כאופציה ראשונה היא נורמה פסולה, ומצווה עלינו להוקיעה ולשרשה (ראו גם: עניין שימשילשווילי, פסקאות 33-34).

78. אתיחס בקצרה לטענות של המערער, כי קביעתו של בית משפט קמא, בדבר האפשרות שעמדה בפני המערער לצאת את ביתו לאחד השכנים או למקום אחר, עובר להגעתם של חיים והמנוח לביתו, שגויה. שאלת חובת הנסיגה, עת עסקינן בהגנת בית מגורים, לא הוכרעה בבית משפט זה, ודומה גם כי אין זו השעה לדון בה. זאת, משום שמלבד היציאה מביתו, עמדו בפני המערער דרכי פעולה נוספות, ובהן דרך המלך, היא הזמנת המשטרה. בשל כך, אינני מוצא להכריע בשאלה, האם קביעת בית משפט קמא בדבר אפשרות נסיגה זו, אשר עולה מהכרעת הדין, בדין יסודה.

79. אשר לטענות המערער בדבר בחינת נחיצותן של פעולות הירי בשלב שבו היו המנוח וחיים בתוך חצרו של המערער, אינני רואה להתערב בקביעותיו של בית משפט קמא, לפיהן גם בשלב זה, השניים לא רדפו אחרי המערער ולא נכנסו לפתח ביתו. גם בהנחה שהמערער חש באותו זמן במצוקה, הרי שהירי שביצע אינו עומד במבחן הנחיצות הכמותית. סבורני, כי צדק בית משפט קמא, כאשר קבע כי אף אם בחר המערער לעשות שימוש באקדח, הרי שעמדו בפניו אפשרויות להפעלת כוח במידה פחותה. המערער יכול היה למשל לירות באוויר יריות אזהרה. אין ספק בעיני, כי פעולותיו הקטלניות של המערער לא היו נחוצות לשם הדיפת התקפה אפשרית עליו, ככל שהלה חש מותקף.

80. נעבור עתה לבחינת רכיב הסבירות, אשר מתבטא כאמור בדרישת סעיף 134(ב) לחוק. בית משפט קמא קבע, בשים לב להיותו של המערער קטין, ובהתחשב בהיותה של דרישת הסבירות מרוככת בהגנת בית המגורים, כי התנהגותו של המערער, בנסיבות העניין, הייתה בלתי סבירה בעליל:

"במקרה דנן, אין פרופורציה בין היריות הקטלניות שירה הנאשם [המערער] במנוח ובחיים לבין הנזק שהיה צפוי בפריצתם לחצר ביתו. מדובר בחוסר פרופורציה קיצוני ביותר. הנאשם [המערער] הוא ששינה את כללי המשחק בכך ששלף נשק חם כלפי הפורצים, מבלי שנקטו באלימות פיזית כלפיו ומבלי שהשתמשו בכלי כלשהו על מנת לאיים עליו ואף ירה ירי פוגעני וקטלני.

לא נעלמה מעיני העובדה שבכיס מעילו של המנוח נתפסה סכין יפנית (עמה ככל הנראה הוא נוהג לעבוד בעבודתו) וסכין קפיצית (שלטענת חיים ואביון נמסרה לפני האירוע, בלי קשר לאירוע, לאביון על ידי הנאשם [המערער]), מה שעלול אולי לרמז על כוונות תוקפניות, אלא שבנסיבות המקרה שבפני הסכינים לא נשלפו והנאשם [המערער] לא ידע כלל שהן מצויות בכיס המעיל."

לאחר עיון מעמיק בחומר הראיות, ובחינת טענותיו הרבות של המערער בהקשר זה, לא השתכנעתי כי מעשיו עומדים בתנאי הסבירות, הנדרש לצורך תחולתה של הגנת בית המגורים.

כפי שהובהר לעיל, הרחיב המחוקק את היקף ההגנה הניתנת למתגונן מפני פורץ, עת קבע כי בהתקיימם של יתר התנאים, די בכך שמעשהו לא היה בלתי סביר בעליל, כדי לחסות בצילה. ואכן, אינני סבור כי היחס בין הנזק הצפוי מפעולת ההתגוננות צריך להיות שקול לפגיעה הצפויה ממעשיו של הפורץ. אף אני מסכים, כי כל ניסיון להיכנס לנעליו של המתגונן, בסיטואציה המורכבת בה היה נתון בעת האירוע, צריך שייעשה בזהירות, ותוך התחשבות בנסיבות הספציפיות של המקרה. יחד עם זאת, המרחק מעמדה זו ועד למסקנה כי כל האמצעים כשרים להדיפתו של פורץ, הינו רב מאוד, ואין בצורך לבחון את תגובתו של המתגונן בזהירות, כדי לעקר מבית המשפט את תפקידו בהעברת מעשיו של המתגונן תחת שבט ביקורתו.

בענייננו, בחינת רצף הדברים בזירת האירוע, מביאה למסקנה חד משמעית כי עצם השימוש באקדח, בסיטואציה בה היה נתון המערער, לא היה נחוץ כלל, וייתכן שלכל היותר ניסיון לירות קודם כל באוויר – היה מחויב המציאות. הירי הקטלני שביצע המערער, לעבר אזור חיוני בגופו של המנוח, קל וחומר הירי לעבר חיים כשהיה בנסיגה, מהווים תגובה קיצונית ביותר בנסיבות העניין. מעשיו של המערער אינם עומדים בשום יחס סביר לתחושת הסכנה שהוא חש אותה עת. לפיכך, ניתן לקבוע כי מעשים אלו, אינם סבירים בעליל.

מוצא אני להדגיש, כי מסקנה זו הינה מתבקשת, לא רק שעה שבחינת מעשיו של המערער נעשית במבט לאחור, 'בהילוך איטי', וכאשר אין המדובר אך בחכמה שלאחר מעשה (ראו, בהקשר זה: עניין סומך, פסקה 187 לחוות דעתו של השופט נ' סולברג). כפי שקבע בית משפט קמא, נתמכת מסקנה זו גם בדברים שאמר המערער עצמו. כך למשל, מסר המערער תיאור של תגובת חברו, א.א, מיד לאחר הירי: "הוא התחיל לבכות ואמר לי אתה משוגע והלך" (ת/23, שורות 27-28). באופן דומה, אמר המערער על עצמו, לאיש המשטרה שליווה אותו ברכב לאחר הירי: "איזה דפוק אני" (ת/12, שורות 10-11). מדברים אלו, ניתן ללמוד, בין היתר, על הלך רוחו של המערער, ועל האווירה ששררה במקום לאחר הירי.

81. אתיחס בקצרה לטענה, עליה חזר בא כוחו של המערער, לפיה ראוי כי דרישת הסבירות תיבחן תוך התחשבות במצבו הסובייקטיבי "המיוחד" של המערער. טענה זו מעוררת שאלה, בדבר מקומן של תחושות סובייקטיביות (אשר בענייננו, נובעות לכאורה מתכונות סובייקטיביות של המערער), בבחינתו של תנאי הסבירות, במסגרת סייג הגנת בית המגורים. כפי שהובהר בדבריי הקודמים, אינני רואה צורך להכריע בשאלה זו, מששוכנעתי כי המערער לא היה מצוי במצב סובייקטיבי מיוחד בעת קרות האירוע, ולא נתקיימו בו תחושות סובייקטיביות אשר לפיהן לא היתה לו, לכאורה, ברירה אלא לפעול כפי שפעל. עם זאת, הנני רואה לציין כי נוטה אני להסכים עם הגישה, לפיה דרישת הסבירות הינה בגדר דרישה של סטנדרט אובייקטיבי, אשר נגזר מנסיבותיו הספציפיות של המקרה, ואין מקום להכניס לתוכו את תחושותיו הסובייקטיביות של המתגונן. רלוונטיים בהקשר זה דבריו של פרופ' בועז סנג'ור במאמרו:

"אין קשר בין דרישת הפרופורציה – שהיא סטנדרט אובייקטיבי ונורמטיבי, שאת מתכונתו קובע המחוקק ואת אמירתו המדויקת באשר לכל אירוע מסוים המתרחש במציאות קובע בית המשפט – לבין תחושותיו הסובייקטיביות של המתגונן. מקומן של התחושות הסובייקטיביות של המתגונן הוא במסגרת הפטור של ההגנה העצמית המדומה (וכן במסגרת ההקלה בעונש לנוכח הגנה עצמית מופרזת, בחריגה מהתנאים הקבועים בחוק), ולא במסגרת צידוק ההגנה העצמית – בוודאי לא ביחס לדרישה האובייקטיבית לחלוטין (אף אם מרוככת) של הפרופורציה" (סנג'ור, בעמ' 129).

לפי עמדה זו, "גם אם מבחינה אובייקטיבית לא מתקיים תנאי מתנאי ההגנה העצמית, אך העושה סבר בטעות שהוא ניצב מול סכנה משמעותית, ייתכן עדיין שהוא יהיה פטור מאחריות פלילית במסגרת ההגנה העצמית המדומה, אם כי מעשהו לא יוצדק"

(סנג'רו, בעמ' 101). דברים אלו מתיישבים עם הרציונל השונה, אשר עומד ביסודה של ההגנה העצמית המדומה, המבוסס על פטור ולא הצדקה, ומבטא הבנה ו'סליחה' כלפי המתגונן שטעה.

אל מול עמדה זו, מציעות פרופ' גור אריה וגליה דאור גישה אחרת לבחינתה של דרישת הסבירות בסייג הגנת בית המגורים, שמקורה בפירוש שונה ליחס שבין ההגנה העצמית הרגילה לבין הגנה מיוחדת זו. השתיים מציעות להעניק פטור מאחריות פלילית למתגונן, אשר היה ער למצב הדברים לאשורו, אולם תחושות המצוקה והפחד שאחזו בו אותה עת, הביאו אותו להגיב באופן שחורג מהסביר. לפי גישתן, "תגובה שאינה סבירה נורמטיבית אינה יכולה להיות מוצדקת. עם זאת, אם החריגה מהסביר נבעה מתחושות הפחד והמצוקה הטמונות בסיטואציה של תקיפה המחייבת תגובה מהירה, אזי ההגנה המיוחדת המוענקת לבית מגורים, לבית עסק ולמשק חקלאי תאפשר לפטור את מי שהדף פריצה אם הדיפת הפורץ לא הייתה בנסיבות העניין בלתי סבירה בעליל" (גור אריה וגליה דאור, "הגנה מיוחדת לבית מגורים, לבית עסק ולמשק חקלאי: סכנותיה ותחימת גבולותיה" משפט וממשל יג 141, 161 (תשע"א)). עמדה זו מעלה קשיים, ובהם ההבחנה הבעייתית, לה ערות הכותבות במאמכן, בין החורגים מהסביר עקב תחושת פחד וחרדה לשם הגנה על בית המגורים, בית העסק או המשק החקלאי, לבין מי שפועל מאותה תחושה כשהוא מצוי ברחוב. ואולם, כאמור אינני נדרש להכריע בסוגיה מעניינת זו, ונותירה לבחינה לעת מצוא. עוד אוסיף, כי התוצאה אליה הגעתי בענייננו לא הייתה משתנה, לפי כל אחת משתי הגישות המפורטות לעיל.

סייג טעות במצב דברים והגנת בית מגורים מדומה

82. כאן המקום להתייחס לטענה, אשר לא נטענה על ידי המערער באופן מסודר, בשום שלב בהליך דנן. גם מסמך השלמת הטיעון שהוגש מטעם המערער, אשר שופך אור על כוונתו בהקשר זה, אינו מפנה לחומר ראיות שיש בו כדי לתמוך בטענה האמורה. יחד עם זאת, מאחר שבהשלמת הטיעון, נכתב: "סייג ה'טעות במצב דברים' בענייננו של הקטין המיוחד הינו שזור יד ביד עם סייג הגנת בית המגורים, שכן מבחני המשנה של הגנת בית המגורים, ברי הכוונה לביצוע עבירה על ידי הפורץ, המיידיות, הנחיצות והסבירות הינם תלושים בהבנת הקטין המיוחד את הסיטואציה וככל שדימה לעצמו סיטואציה אחרת מזו אשר עמדה בפניו אזי שהמצב אותו דימה הוא זה אשר יכריע ולשם הכרעה בסוגיה זו נבחנת כנותו של אותו קטין מיוחד", אתייחס לעניין זה עתה. כפי שיפורט להלן, הנני סבור כי דינה של טענה זו – להידחות.

83. על אף שבית משפט זה טרם נדרש לסייג המכונה "הגנת בית מגורים מדומה", נראה כי עסקינן למעשה בשילוב בין סייג הטעות במצב הדברים, הקבוע בסעיף 34(א) לחוק העונשין, לבין סייג הגנת בית המגורים שבסעיף 134 לחוק. זאת, בדומה לסייג ההגנה העצמית המדומה, אשר פותח בפסיקה והיטיבה לעמוד על מאפייניו השופטת ע' ארבל בעניין אלטגאוז:

"לפי הגנה זו, נאשם הפועל מתוך אמונה מוטעית כי מתקיימים תנאיה העובדתיים של ההגנה העצמית, ישא באחריות פלילית רק במידה בה היה נושא אם היה המצב לאמיתו כפי שדימה אותו. בשונה מהיסוד הנפשי הנדרש לשם הרשעה בעבירה – בו המודעות ליסוד העובדתי בעבירה היא רכיב נדרש לשם הרשעה, הבא בנוסף לכל דרישות היסוד העובדתי, והיעדרה שולל אחריות פלילית – בהגנה העצמית המדומה, מחשבתו המוטעית של העושה המדמה לעצמו כי התקיימו יסודותיה העובדתיים של ההגנה, מהווה תחליף להתקיימותם של אלה בפועל [...] בניגוד למצב ששרר בעבר במשפטנו, הרי שלפי קביעת סעיף 34, לצורך שלילת אחריות פלילית בעבירות של מחשבה פלילית לא נדרש עוד כי הטעות תהא טעות סבירה, ודי בכך כי הנאשם טעה טעות כנה באשר להתקיימות התנאים לתחולת ההגנה. עם זאת, ברור כי סבירותה של הטעות תשמשנו כאבן בוחן להערכת כנותה (ראו: ע"פ 2598/94 דנינו נ' מדינת ישראל, תק-על 95(4) 120, 126 (1995); ע"פ 2534/93 מליסה נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(2) 609, 597 (1997))."

84. הנה כי כן, בשל היותן של העבירות בהן הורשע המערער עבירות הדורשות מחשבה פלילית, די כאמור, בטעות כנה, ביחס ליסודות ההגנה, על מנת שזו תקום למערער. כמו כן, כפי שנקבע בפסיקה, על הטוען להגנה המדומה להצביע על תשתית עובדתית שלפיה הוא פעל מתוך שדימה לעצמו מצב דברים אשר שונה מן המצב העובדתי האמיתי (פסק דינו של חברי, השופט ח' מלצר בע"פ 746/14 היילו נ' מדינת ישראל (31.5.2016); וכן ראו, ע"פ 735/12 פלוני נ' מדינת ישראל (29.8.2013); ע"פ 6392/07 מדינת ישראל נ' יחזקאל (30.4.2008)). יצוין, כי קיימת מחלוקת בספרות ובפסיקה, בשאלה האם ביחס לדרישת הנחיצות צריך שהטעות תהיה סבירה (ראו: אהרן אנקר הכרח וצורך בדיני עונשין 127-128 (1977); סנג'רו הגנה עצמית במשפט הפלילי, עמ' 325, 338, והשוו: ש"ז פלר יסודות בדיני עונשין כרך ב 445 (1987). כן ראו: ע"פ 4590/98 שרעבי נ' מדינת ישראל, תק-על 99(1) 1100, 1101 (1999); ע"פ 6454/03 טדסה נ' מדינת ישראל (23.6.2004) (להלן: עניין טדסה); עניין אלטגאוז, פסקה 18 לפסק דינה של השופטת ע' ארבל). ואולם, בנסיבות המקרה דנן אינני רואה

צורך להכריע בשאלה זו, משלא מצאתי כי המערער טעה טעות כנה ביחס לאיזה מיסודות ההגנה.

85. בענייננו, לא הצליח המערער לבסס, ולו לכאורה, את הטענה כי טעה טעות כנה ביחס ליסודות ההגנה. נהפוך הוא, חומר הראיות מלמד, באופן שאינו מותיר צל של ספק, כי המערער לא דימה מצב עובדתי שונה מן המצב כפי שהתרחש במציאות. יתרה מכך, שוכנעתי, כי לא בכדי "נולדה" הטענה אשר משלבת בין הטעות לבין הסייג שעניינו בהגנת בית מגורים, אך במסגרת הליך הערעור, לאחר קבלת האבחון הפסיכולוגי, שהוגש לקראת גזר הדין בבית משפט קמא. דא עקא, כפי שהבהרנו מקודם, אין באבחון הפסיכולוגי כדי להצביע על מצב סובייקטיבי "מיוחד" בו היה מצוי המערער בעת האירוע, ואילו חומר הראיות – שולל את קיומו. סבורני, כי גם גרסאותיו הכבושות של המערער, כפי שפורטו בהכרעת דינו של בית משפט קמא, מחזקות את המסקנה כי המערער היה מודע למצב הדברים לאשורו, ולא טעה כל טעות כנה ביחס ליסודות ההגנה. כך, למשל, התייחס בית משפט קמא לטענות החלופיות שהעלה המערער, שעניינן פליטת כדור ואוטומטיזם:

"הטענות של הגנת בית מגורים ו/או הגנה עצמית מחד גיסא, והטענות של פליטת כדור ואוטומטיזם מאידך גיסא, עומדות בסתירה אלה לאלה, סתירה שקשה ליישבה, שכן מי שירה מתוך הגנת בית מגורים או הגנה עצמית, שקל היטב את האלטרנטיבות ובלית ברירה, בחר אלטרנטיבה כפי שבחר, שעה שפליטת כדור או אוטומטיזם שגרם לפליטת כדור הן יריות שאין עמן מחשבה והכרעה בין אלטרנטיבות".

לאחר שעמד בית משפט קמא על אמרותיו הראשונות של המערער, ועל תיאורו כיצד ביצע את הירי, ומדוע ירה במנוח, הוא קבע כי "טענות אלה של פליטת כדור ואוטומטיזם נשלפו ממש מהשרוול, באיחור רב, ויש לדחותן לא רק בשל כך שמדובר בגרסה כבושה ולא אמינה, אלא גם בשל כך שאינן תואמות את הגרסאות הקודמות של הנאשם [המערער], את גרסת העדים האחרים, ואת הסיטואציה כולה, לרבות את התוצאה". הסברים חלופיים אלו לירי, כמו גם ריבוי התשובות והגרסאות במעלה הדרך, שומטים את הקרקע מתחת לטענתו המאוחרת עד מאוד של המערער, לפיה סבר, אף אם בשגגה, כי הדרך היחידה להגן על עצמו היתה באמצעות הירי הקטלני שביצע (ראו גם: עניין כבאא). ביתר שאת, אמורים הדברים, עת עסקינן בירי ממרחק קצר לעבר מקום חיוני בגופו של אדם, וירי נוסף, מיותר לחלוטין, לעבר אדם המצוי בנסיגה מן המקום.

סיכומם של דברים, מסקנתי מכל האמור לעיל, הינה כי דרך הפעולה בה נקט המערער, אינה חוסה תחת סייג כלשהו לאחריות פלילית.

86. על יסוד הנימוקים שפורטו לעיל, אין לדעתי כל מקום להתערבות בהכרעת דינו של בית משפט קמא. לאור זאת, אציע לחבריי לדחות את ערעורו של המערער לעניין הרשעתו בדין.

הערעור על חומרת העונש

87. בפתח הדברים, ראוי לחזור ולהזכיר את ההלכה המושרשת, לפיה ערכאת הערעור אינה נוטה להתערב במידת העונש שהושת על ידי הערכאה הדיונית, אלא במקרים חריגים של סטייה קיצונית ממדיניות הענישה הנהוגה במקרים דומים, או כאשר נפלה בגזר הדין טעות מהותית (ע"פ 8109/15 אביטן נ' מדינת ישראל (9.6.2016); ע"פ 2826/15 עביד נ' מדינת ישראל (7.6.2016); ע"פ 6040/14 נג'אר נ' מדינת ישראל (31.5.2016)).

סבורני, כי המקרה הנוכחי אינו נופל בגדר אותם מקרים המצדיקים את התערבותנו בגזר הדין, כערכאת ערעור.

88. העבירות המרכזיות בהן הורשע המערער הינן הריגה וגרימת חבלה בכוונה מחמירה, וזאת, מבלי להמעיט מחומרת העבירה של נשיאת נשק. כידוע, בעבירת ההריגה קיימת קשת רחבה של ענישה, ולפיכך ייגזר העונש הראוי מנסיבותיו של כל מקרה ומקרה, וכך הוא הדבר לגבי העבירה שעניינה גרימת חבלה בכוונה מחמירה (ע"פ 6056/13 שיבלי נ' מדינת ישראל (21.9.2015); ע"פ 3042/13 חיימוב נ' מדינת ישראל (21.5.2015); ע"פ 5656/11 שולמן נ' מדינת ישראל (5.8.2012)). ואם נחזור לענייננו, הנני סבור כי העונש שהושת על המערער אינו חורג כלל ועיקר ממדיניות הענישה המקובלת, אשר מבטאת ניסיון חסר פשרות להתמודד עם תופעת האלימות ההולכת וגוברת בחברה הישראלית. על אחת כמה וכמה, עת עסקינן באלימות אשר הביאה לתוצאה שאין קשה הימנה, נטילת חיי אדם, ופציעתו הקשה של אחר. כך, אם נתמקד בעבירת ההריגה בלבד, בע"פ 4977/06 פלוני נ' מדינת ישראל (8.3.2007), נדחה ערעורו של המערער, אשר הורשע בביצוע עבירות של הריגה ונשיאת נשק בעת שהיה קטין, ונגזר עליו בבית המשפט המחוזי עונש הכולל, בין היתר, 13 שנות מאסר לריצוי בפועל. בע"פ 1616/15 מדינת ישראל נ' פלוני (15.3.2015), הוחמר עונש המאסר שהושת על המשיב, אשר הורשע בהריגה והיה קטין במועד ביצוע העבירה, מ-11 ל-12

שנות מאסר לריצוי בפועל. בע"פ 3839/12 פלוני נ' מדינת ישראל (3.4.2013), נדחה ערעורו של המערער, שהורשע בביצוע עבירות של הריגה ושיבוש מהלכי משפט בעת שהיה קטין, ונגזר עליו עונש הכולל 11 שנות מאסר לריצוי בפועל. באופן דומה, בע"פ 1995/14 פלוני נ' מדינת ישראל (10.2.2015), נדחה ערעורו של אדם שהורשע בביצוע עבירות של הריגה והחזקת סכין שלא כדין בעת שהיה כבן 16.5, לאחר שהושת עליו עונש הכולל 12 שנות מאסר לריצוי בפועל.

89. מעשיו של המערער, כיום כבן 22 ואשר היה כבן 17 וארבעה חודשים בעת ביצוע העבירות, חמורים וקשים הם, על פי כל אמת מידה. המערער קיפח את חייו של המנוח, על רקע סכסוך כספי סביב רכישת אופנוע. כפי שתואר לעיל, עמדו בפני המערער דרכים פשוטות וקלות הרבה יותר למנוע את התוצאה הקטלנית, אלא שידו הייתה קלה מאוד על ההדק, מבלי לתת את דעתו לאסון הכבד שהוא ממיט על המנוח ובני משפחתו. גם לאחר הירי במנוח, לא ראה המערער לסיים את מסכת האלימות, ובחר לירות ירייה נוספת, מיותרת ומסוכנת, לעברו של חיים, תוך שהוא גורם לפגיעתו הקשה. ואם בכך לא סגי, חלף הגשת סיוע לפצועים המדממים אל מול עיניו, מצא המערער לאיים על חיים, באלו המילים: "סתום תפה אם תהיה משטרה אני ירצח גם אותך".

בהתנהגותו זו, רמס המערער ברגל גסה את ערך קדושת החיים ושלמות גופו ובריאותו של האדם. חומרת מעשיו, איננה מאפשרת גילוי סובלנות ורפיון בתגובה, ומחייבת הטלת עונש מאסר משמעותי, אשר יעביר מסר ברור וחד – למען יראו וייראו – כי לתרבות האלימות והשימוש בנשק חם או קר, כאמצעי לפתרון סכסוכים, אין מקום בחברתנו.

90. לא נעלמו מעיני הנסיבות לקולה שהיו במקרה דנן, שעה שקדמה למעשיו של המערער התגרות תוקפנית מצדם של הקורבנות, וכאשר חצרו נפרצה על ידם. אכן, נקבע, לא אחת, כי ראוי להתחשב בנסיבות המיוחדות שהובילו למעשיו של אדם, שבעניינו חלים חלק מתנאיו של סייג לאחריות פלילית, בעת גזירת עונשו (עניין שימשילשווילי, פסקה 40; ע"פ 8638/11 פלוני נ' מדינת ישראל (8.3.2015); ע"פ 9062/12 חבה נ' מדינת ישראל (10.6.2014)). וזאת, בהתאם לסעיף 40ט(א)(9) לחוק העונשין (אשר אינו חל בנסיבות דנן, שכן מדובר בגזירת עונשו של מי שהיה קטין במועד ביצוע העבירה), המורה כך:

"בקביעת מתחם העונש ההולם למעשה העבירה שביצע הנאשם כאמור בסעיף 40ג(א), יתחשב בית המשפט בהתקיימותן של נסיבות הקשורות בביצוע העבירה, המפורטות להלן, ובמידה שבה התקיימו, ככל שסבר שהן משפיעות על חומרת מעשה העבירה ועל אשמו של הנאשם:

[...]

(9) הקרבה לסייג לאחריות פלילית כאמור בסימן ב' לפרק ה'1";

בית משפט קמא לא התעלם מנסיבות אלו, ואף ציין כי יש ליתן להן "משקל לא מבוטל בגזירת עונשו של הנאשם [המערער]".

91. כמו כן, עובדת היותו של המערער קטין בעת ביצוע העבירות, ראויה גם היא להתחשבות. חוק הנוער, החל בעניינו של המערער, מורה אותנו "ליתן משקל ראוי לשיקומו" של הקטין (סעיף 1א לחוק הנוער). ואכן, עמד בית משפט זה, לא אחת, על הצורך להפנות את מרכז הכובד לנסיבותיו האישיות של הקטין, לגילו ולסיכויי שיקומו, בעת גזירת עונשו (ע"פ 196/16 פלוני נ' מדינת ישראל (10.5.2016); ע"פ 1454/15 פלוני נ' מדינת ישראל (10.8.2015); ע"פ 4425/14 פלוני נ' מדינת ישראל (25.11.2014)). יחד עם זאת, נקבע כי קטינות איננה מקנה חסינות, וכי אין להתעלם משיקולי ענישה אחרים, ובהם חומרתן של העבירות והאינטרס הציבורי שנפגע בעקבות ביצוען. ביתר שאת נכונים הדברים, כאשר מדובר בקטין אשר ביצע את העבירות בהיותו על סף בגירות (ראו: ע"פ 1776/10 פלוני נ' מדינת ישראל (5.5.2010); ע"פ 49/09 מדינת ישראל נ' פלוני (8.3.2009); ע"פ 10715/05 פלוני נ' מדינת ישראל (4.9.2007)).

92. סבורני, כי גם שיקולים אלו, הפועלים לזכותו של המערער, זכו להתייחסות הולמת בגזר דינו של בית משפט קמא, אשר העניק משקל רב לנסיבותיו האישיות של המערער, ודומה כי לא פסח על כל שיקול או פרט שיש בהם כדי להקל עמו. בכלל זאת, התחשב בית משפט קמא בגילו הצעיר של המערער; בהיעדרן של הרשעות קודמות בעברו; בחרטה שהביע המערער על תוצאות מעשיו; ובקשייו האישיותיים והנפשיים, כפי שעולה מחוות הדעת הפסיכולוגית שהוגשה בעניינו. בסופו של יום, הושת על המערער עונש ראוי ומאוזן, שאינו מצדיק כל התערבות.

93. לאור האמור, אין מקום, לטעמי, להתערב בגזר דינו של בית משפט קמא, ואציע לחבריי לדחות את הערעור על שני חלקיו.

יש לקוות כי המערער, אשר גילו צעיר וכל חייו עוד לפניו, ינצל את המסגרות הטיפוליות המוצעות לו בתקופת המאסר אשר נותרה לו לרצות – על מנת לשוב, לאחר שחרורו מהמאסר, לדרך חיים ישרה ונורמטיבית.

ש ו פ ט

השופט נ' הנדל:

אני מסכים.

ש ו פ ט

השופט ח' מלצר:

1. אני מצטרף בהסכמה לפסק דינו המקיף והחשוב של חברי, השופט א' שהם.

2. באשר לטענה המקדמית שהעלה המערער לגבי סמכותו של בית המשפט המחוזי הנכבד לדון אותו – אני מרשה לעצמי להוסיף כי טענתו של המערער, שגרסה כי כב' השופט נ' זלוצ'ובר הוסמך כביכול כשופט נוער טרם מינויו כשופט מחוזי – מתעלמת, כפי שהראה חברי, מהוראות סעיף 7 לחוק יסוד: השפיטה. זו מורה כי כהונת שופט מתחילה מעת שהצהיר הצהרת אמונים (למעשה מרגע שכתב מינויו נחתם בידי נשיא המדינה). כאן כב' השופט זלוצ'ובר הצהיר אמונים בתאריך 24.05.2004, ואילו הסמכתו כשופט נוער היתה בתאריך 16.06.2004.

3. סעיף 11 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], תשמ"ד-1984, שהמערער מנסה לתלות בו את יהבו בהקשר הנ"ל (נוכח העובדה שדבר מינויו של כב' השופט זלוצ'ובר כשופט מחוזי פורסם ברשומות רק בתאריך 22.06.2004) – איננה יכולה לסייע למערער משני טעמים:

(א) סעיף 11 הנ"ל קובע אך זאת כי:

"שופט שמינויו פורסם ברשומות – אין עוררין על מינויו"

מכאן שהפרסום ברשומות איננו כלל חלק מהליך המינוי, אלא בא רק לידע את הציבור באשר למינוי שנעשה והושלם ו"לחסן" אותו (מאז הפרסום ואילך) בפני השגות ועוררים שונים (עיינו: בג"צ 9067/03 יונה בן שושן נ' יו"ר הועדה לבחירת שופטים (04.01.2004); יגאל מרזל על הצהרת האמונים של השופט, ספר אור, 647, 660-661 ה"ש 67 (2013)).

(ב) סעיף 11 הנ"ל הוא ברמה התת-חוקתית ואיננו יכול לסתור, או לשנות את הוראות חוק יסוד: השפיטה.

4. מקובל עלי איפוא כי מהנימוקים שהוצגו בבהירות על ידי חברי – דין הערעור על שני חלקיו להידחות.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט א' שהם.

ניתן היום, כ"ח בתמוז התשע"ו (3.8.2016).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט