

בתי המשפט

פ 001010/07		בית משפט מחוזי באר שבע	
15/07/2009		כב' הנשיא י. פלפל - אב"ד כב' השופטת ר. ברקאי כב' השופט א. ואגו	בפני:

המאשימה:

מדינת ישראל

ע"י ב"כ עו"ד אלון אלטמן - פמ"ד

נגד

הנאשם:

שי דרומי

ע"י ב"כ עו"ד בני נהרי

הכרעת דיןכב' השופטת רחל ברקאי:הרקע

1. כנגד הנאשם הוגש כתב אישום המייחס לו עבירת הריגה, לפי סעיף 298 לחוק העונשין התשל"ז – 1977 (להלן: "חוק העונשין"), עבירה של חבלה בכוונה מחמירה, לפי סעיף 329(א)(1) לחוק העונשין ועבירות בנשק (החזקה ונשיאה), לפי סעיף 144(א)(ב) לחוק העונשין.

אין חולק כי במועדים הרלוונטיים לכתב האישום, היה הנאשם הבעלים של "חוות שם" (להלן: "החוזה"), הממוקמת כקילומטר וחצי מהישוב מיתר, והתגורר במקום. כמו כן, אין חולק כי במועדים הרלוונטיים לכתב האישום החזיק הנאשם ברשותו נשק מסוג רובה חצי אוטומטי, רמינגטון קליבר 22LR מס' סידורי 711628 (להלן: "הרובה"), בלא רשות על פי דין להחזקתו או לנשיאתו.

כתב האישום מיחס לנאשם, כי בתאריך 13.1.07, בשעה 03:00 או בסמוך לכך, התעורר הוא משנתו, בעת שישן בחדר שבדיר הכבשים הנמצא בתוך מתחם מגודר שבחווה, לשמע נביחות כלבו. או אז, יצא מחדרו הסתכל סביב, כשהוא נעזר בפנס שהיה עימו ומשלא מצא דבר חזר לחדרו. דקות ספורות לאחר מכן, לשמע נביחות חוזרות של כלבו, יצא שוב הנאשם מחדרו כשהוא מצויד ברובה שהיה טעון ודורך.

בחדר הדיר, הבחין בכלבו המתנהג בצורה מוזרה כשהוא נופל לאחור ומיד לאחר מכן, פנה הנאשם אל מעבר לגדר המקיפה את המתחם והחל בסריקת המתחם מסביב עד שהגיע לשער הכניסה לחווה. על גבי שער הכניסה הבחין הנאשם במספרי ברזל התלויים על המנעול והדבר עורר את חשדו כי באזור נמצאים אנשים המבקשים לפרוץ לדיר. הנאשם החליט להסתתר מאחורי מכולה, בה ישנו באותה עת נערים שעבדו עימו בחווה, הממוקמת בצמוד לשער הכניסה ולהמתין לבאות.

עוד נטען כי באותה עת הסתובבו חאלד אבו טראש (להלן: "המנוח"), ואיוב אלהוושלה (להלן: "איוב") בסמוך לחווה וכאשר הבחין הנאשם בדמויותיהם, בסמוך לשער הכניסה למתחם הדיר, פנה הוא לעברם והחל לירות לכיוונם באמצעות הרובה שהחזיק ברשותו.

המנוח ואיוב החלו להימלט לכיוון מזרח, לכיוון הוואדי והנאשם המשיך בירי לעברם.

סך הכול ירה הנאשם 6 כדורים. המנוח נפגע משני קליעים, האחד בצד האחורי של ירכו השמאלית והשני בצד ימין של גבו – קליע אשר גרם לנזק חמור בכלי דם עורקי ראשי בחלל הבטן וגרם למותו. איוב נפגע משלושה קליעים בגבו. הקליעים פגעו בריאתו הימנית, בכבד ובחלל הבטן. איוב אושפז בבית החולים במחלקה לטיפול נמרץ כשהוא בסכנת חיים ושחרר מבית החולים זמן מה לאחר מכן.

טענה המאשימה כי הנאשם במעשיו דלעיל, גרם למותו של המנוח כשבעת הירי היה מודע לכך כי הירי עלול לגרום למוות, גרם לאיוב חבלה חמורה בכוונה להטיל בו נכות או מום או לגרום לו חבלה חמורה והחזיק ונשא נשק בלא רשות על פי דין להחזיקו או לנושאו.

העובדות שאינן שנויות במחלוקת

2. מרבית העובדות בפרשה זו אינן שנויות במחלוקת. כך אין חולק כי במקביל להגשת כתב האישום הודון הוגש כתב אישום כנגד איוב הואשלה (תפ 1493/07 (שלום באר שבע) - נ/1), בגין עבירה של קשירת קשר לביצוע פשע, ניסיון לגנוב בקר ומקנה, החזקת מכשיר לביצוע פשע והריגה או היזק לבעל חיים. על פי עובדות כתב האישום יוחס לאיוב כי יחד עם המנוח ועוד שניים אחרים קשרו הם קשר להתגנב לחוותו של הנאשם כאן (להלן: "דרומי"), להרעיל את כלב השמירה ולגנוב את עדר הצאן שבחווה. בהתאם, יוחס להם כי כדי לקדם את הקשר האמור הצטיידו הם בכלי פריצה לחיתוך מנעולים וכן ברעל וכאשר הגיעו לחווה הרעילו את הכלב שהיה במקום, שברו את המנעול בשער הכניסה לדיר שבחווה, באמצעות כלי פריצה, בניסיון לגנוב את עדר הצאן שבדיר. מזימתם זו נקטעה עת הגיע דרומי למקום וירה מספר יריות אשר גרמו לפציעתו של איוב ולמותו של המנוח.

ב"כ המאשימה הצהיר בפנינו כי המדינה עומדת מאחורי העובדות המיוחסות לאיוב בכתב האישום אשר הוגש נגדו.

אין חולק כי ביום 27.6.07 הורשע איוב על פי הודאתו בכתב אישום מתוקן בעבירות של קשירת קשר לעוון, ניסיון גניבה וסיוע להריגה או היזק לבעל חיים, וזאת לאחר תיקון שנעשה בפרק העובדות. (ת/37). כך גם אין חולק כי לאיוב עבר

אשר לכתב האישום דנן - אין חולק כי הנאשם נחשף לנסיבות בהן ביקשו איוב המנוח ועוד שניים אחרים לפרוץ לדיר שבחוה. אין חולק כי הנאשם ביצע את הירי כלפי הפורצים באמצעות הרובה שהחזיק ברשותו וכי בפועל ירה ששה כדורים. כך גם אין חולק לגבי מיקום ומהות הפגיעות במנוח ובפצוע איוב לרבות העובדה כי מותו של המנוח נגרם כתוצאה מן הירי האמור וכך באשר לפגיעתו של איוב.

עוד לציין כי לא נמצא חולק לגבי מרבית העובדות שקדמו לשלב הירי והרקע לנסיבות האירוע, עובדות אליהן אתייחס ביתר פירוט בהמשך.

המחלוקת העיקרית נוגעת לרגע הירי עצמו – האם יש בנסיבות כדי להקים לנאשם הגנה בפלילים.

טענת ההגנה – הגנה עצמית

3. עם פתיחת המשפט ובמהלכו טענתו העיקרית של הנאשם היתה כי מעשיו בוצעו לצורך הגנה על חייו, חיי השוכנים בחוותו ורכושו.

בסיכומי טענותיו, טען הנאשם להגנה עצמית על פי תיקון מספר 98 לחוק העונשין אשר הוסף לספר החוקים לאחר סיום שמיעת הראיות ואשר לטענתו חל על המקרה דנן. עוד טען לחילופין, ל"הגנה עצמית מדומה" במובן זה כי פעל מתוך הבנה מוטעית של מצב הדברים, כי טעה להבין כי בפועל מתקיימים תנאיה העובדתיים של ההגנה העצמית, וזאת על פי השילוב של סייג הטעות, שבסעיף 34 יח לחוק העונשין וסייג ההגנה העצמית, שבסעיף 134 לחוק העונשין.

עוד טען לחילופין, כי אם לא תקום לו הגנה זו אזי לא התקיים אצלו המצב הנפשי של כוונה לשם הרשתו בעבירת הריגה, כי אם לכל היותר בעבירה של גרם מוות ברשלנות, לפי סעיף 304 לחוק העונשין.

בהתאם טען, כי לא התקיים אצלו מצב נפשי של כוונה כדי לבסס הרשעה בעבירה של חבלה בכוונה מחמירה.

אשר להחזקת נשק ללא רישיון טען להגנת הצורך, כי הנסיבות אילצו אותו להחזיק בנשק כאמצעי הרתעה.

מנגד טענה המאשימה כי מן הנסיבות והממצאים אשר נמצאו בזירת האירוע יש להסיק את המסקנה כי הנאשם כלל לא היה במצב של סכנת חיים לא לעצמו לא לאחרים וגם לא לרכושו וכי בפועל המנוח והפצוע היו במצב של בריחה בעת שהנאשם רדף אחריהם וירה עליהם ולפיכך היה מודע לאפשרות פגיעה בהם לרבות תוצאת מעשיו ולכן טענה להרשעת הנאשם בעבירות המיוחסות לו.

4. העדויות היחידות הנוגעות להתרחשות האירוע באו מפיו של הפצוע איוב ומפיו של הנאשם אליהן התווספו ראיות נוספות, חלקן מדעיות, אשר נאספו מזירת האירוע וחלקן נסיבתיות. אולם, עוד בטרם אסקור את התשתית הראייתית ראיתי לנכון לתת את הדעת תחילה לסוגיה המשפטית המרכזית המתעוררת כאן בפנינו והיא סוגיית ההגנה העצמית, לרבות תיקון מספר 98 לחוק העונשין, אשר הרחיב את ההגנה העצמית על קנינו של אדם במקום מגוריו ומקום עסקו, לרבות שאלת תחולתו על המקרה דנן.

באם יקבע בסופו של יום כי הגנות אלו אינן קמות לנאשם אוסיף ואבחן את טענתו החילונית של הנאשם הנוגעת לסוגית טעות במצב הדברים לרבות מצבו הנפשי אשר התקיים בו בזמן האירוע, עת ביצע את הירי.

הגנה עצמית

5. הפן המשפטי

הרציונל המשפטי חברתי העומד מאחורי סוגיית ההגנה העצמית נטוע בראשיתו בעצם זכותו הטבעית של הפרט להגן על חייו ועל רכושו, זכות אשר הייתה קיימת לו עוד "במצב הטבעי", עוד בטרם התקיימה מסגרת חברתית מדינית. זכות זו המשיכה להתקיים גם לאחר מכן, עת ביקש האדם להעדיף את ההסדר החברתי על פני המצב הטבעי בו היה האדם חופשי ואדון לעצמו. (ראה ספרו של הפילוסוף האנגלי ג'ון לוק, "המסכת השניה- על הממשל המדיני"). כך סבור לוק, כי במצב הטבעי היה האדם חופשי לפעול כרצונו מבלי שהיה זקוק לאיש ובהתאם היה זכאי הוא להגן על חייו, על חירותו ונכסיו, נכסים אשר עם הזמן למד האדם לצבור מעבר לצורך המידי שבהם, בבחינת רכישת עודף מעבר למה שהפרט זקוק לו לשימוש.

לגישתו, האדם העדיף לוותר על חירות מוחלטת זו ולהפוך לחלק מחברה, כשהוא כפוף לשלטון, בין השאר משיקולים כלכליים. כך, בעוד שבמצב הטבעי נשקפו סכנות לקניין הפרטי ובכל רגע היה חשוף הפרט לעימות מלחמתי אל מול מי שמבקש לתקוף אותו או את קניינו, מעניק ההסדר החברתי הגנה מפני מצב דברים זה. בהתאם, מאחר והפרט אינו יכול תמיד להקדיש את מלוא הזמן והאמצעים הדרושים לשם הבטחת קניינו יש צורך ברשות מרכזית שלטונית שתטפל בנושאי בטחון ובנושאים אחרים שהפרט אינו פנוי ולעיתים אף אינו יכול להתפנות אליהם ולעסוק בהם. לפיכך, סבור לוק כי עיקר התכלית שלשמה מתאחדים בני אדם במסגרת של קהילות ומקבלים על עצמם את מרותו של השלטון הינה שמירה על קנינם ובהתאם, מופקדת בידי השלטון המשימה של השמירה על קנינם של תושביה.

טוען לוק כי במצב מלחמה, בו חייו או קניינו של הפרט מאוימים על ידי האחר, מקבל הפרט חזרה לידי חלק מאותן זכויות טבעיות אותן הפקיד בידי השלטון, עת בחר בקיומה של מסגרת חברתית. כלומר, ברגע התקיפה, המעוררת את הצורך בתגובה מיידית לאותו מעשה תוקפנות, קיימת בעצם רגרסיה למצב הטבעי במובן זה ששבה למותקף זכותו הטבעית לעשות שימוש בכוח כדי להדוף את התוקף מאחר והתוקף אינו מאפשר למותקף לפנות ולקבל את עזרתו של השלטון – הגורמים בשלטון הממונים על אכיפת החוק.

אולם, אם התוקף נסוג והתוקפנות נפסקה חייבת להיפסק גם התגובה לאותו מעשה תקיפה של התוקף כי בעצם הפסקת התקיפה, על ידי התוקף, חוזר המצב למצב המדיני והאכיפה חוזרת לידי השלטון. במילים אחרות, כאשר פסק מצב "המלחמה" הזכויות הטבעיות להתגונן מופקעות מידי היחיד חזרה לידי השלטון.

רציונל מחשבתי זה, מסביר את ההסדרים המשפטיים במדינות דמוקרטיות שונות אשר ראו בערך החיים – זכות האדם לגופו כבודו וחירותו כמו גם ערך הקניין – כזכות יסוד בסיסית שיש להגן עליה ובהתאם, הכירו בצורך להעניק לפרט הגנה בנסיבות בהן יידרש הוא להתמודד בעצמו עם מעשה תוקפני כלפי גופו או רכושו, בעת שהשלטון אינו מסוגל ליתן מענה או הגנה מיידית לפרט המותקף וזאת בדרך של הכרה בזכותו של הפרט להגנה עצמית, המכירה באפשרות בה יידרש לעשות מעשה מתגונן אשר יש בו כדי להדוף את המתקפה.

במשפטנו אנו, הכיר המחוקק הישראלי בערך החיים והקניין כערך עליון בחקיקת חוק יסוד "חוק כבוד האדם וחירותו",

וקבע את דבר השמירה על החיים הגוף והכבוד בסעיף 2 לחוק בזו הלשון :

" אין פוגעים בחייו, בגופו, או בכבודו של אדם באשר הוא אדם "

כמו גם עיגן את זכות הקניין של אדם בסעיף 3 לחוק בזו הלשון:

" אין פוגעים בקנינו של אדם "

ועוד הוסיף בסעיף 4 לחוק כי:

" כל אדם זכאי להגנה על חייו, על גופו ועל כבודו. "

ובהתאם, הכיר בזכות אדם להגן על עצמו בנסיבות מסוימות, במסגרת הוראת סעיף 34 י' לחוק העונשין שעניינו " הגנה עצמית " המורה אותנו כי :

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

ומשלימה את המסגרת הנורמטיבית ההוראה בדבר החריגה מן הסביר – הקבועה בסעיף 34 טז לחוק העונשין המורה בזו הלשון :

"הוראות סעיפים 34, 34א ו-34ב לא יחולו כאשר המעשה לא היה סביר בנסיבות העניין לשם מניעת הפגיעה."

על ההצדקה לקיומה של טענת ההגנה העצמית, עמד השופט לנדוי בע"פ 410/71 מרדכי הורוביץ נ' מדינת ישראל, פ"ד כו(1), 624, 629:

"אדם הנקלע על לא עוול בכפו אל תוך מצב של צורך לעמוד על נפשו או למנוע נזק חמור מעצמו או מאלה שלשלומו הוא אחראי, מותר לו לנקוט אמצעים ראויים לשם הדיפת סכנה כזאת, גם בדרך עשיית מעשים שבדרך כלל אסורים באיסורי החוק הפלילי".

ההכרעה בדבר קיומה של הגנה עצמית הינה לעיתים הכרעה קשה ביותר בה נדרש בית המשפט לאזן בין הרצון להגן על אינטרס הציבור להשליט חוק וסדר ולמנוע מצב של "חיסול חשבונות" בדרך אלימה לבין הרצון להגן על קורבנה של תקיפה אלימה. (ראה דברי כב' השופט לוי בע"פ 20/04 קליינר נ' מדינת ישראל, פ"ד נח (6) 80) (להלן: "פרשת קליינר").

ואכן לעולם תבחן הגנה זו בקפדנות יתרה בשים לב לששת היסודות הבאים:

א. **הדיפת תקיפה** - הדרישה כי המעשה נועד "**להדוף תקיפה שלא כדין**". יסוד ה"הדיפה" מבטא את הדרישה כי המעשה נשוא הסייג הוא מעשה התגוננות מפני תוקף ולא מעשה שאופיו התקפי (ע"פ 5225/98 **אלפסי נ' מדינת ישראל**, פ"ד נג(5) 809 (1999); ע"פ 7759/03 **פדילה נ' מדינת ישראל** תק-על 2003(4), 1483; וראו גם דברי השופט חיים כהן בע"פ 319/71 **אחמד נ' מדינת ישראל**, פ"ד כו(1) 309, 316 (1972), המבחין בין "התגוננות ברוח לחימה לבין התגוננות בדרך הגנה"). יסוד ה"תקיפה שלא כדין" מחריג מגדר מעשי התקיפה שמותר להתגונן מפניהם, מעשים המותרים על פי כל דין, כדוגמת מעשי תקיפה המבוצעים כשהתוקף עצמו פועל במצב של סייג לאחריות פלילית, כתוקף הפועל מתוך הגנה עצמית.

ב. **הסכנה המוחשית לחייו, חירותו, גופו, או רכושו של המתגונן או של זולתו**, הדורש כי הסתברות התממשותה של הסכנה, שמפניה מתגוננים, לא תהיה ערטילאית או רחוקה, כי אם סכנה ממשית ומוחשית, שאם לא כן עלולה התגובה של המותקף לגלוש מתחום התנהגות שעמה החוק מוכן להשלים, לתחום התנהגות אסורה. (ע"פ 1713/95 **פרידמן נ' מדינת ישראל**, פ"ד נ(1) 265, 273 (1996) וכן פרשת **קליינר**).

ג. **יסוד המיידיות**, דורש כי מעשה ההתגוננות יתבצע רק מרגע שזה דרוש באופן מידי על מנת להדוף את התקיפה ויפסק משאינו נדרש עוד להשגת מטרה זו. עם זאת, אין לדרוש מהמותקף שימתין לתקיפתו ורק אז יפעל כנגד התוקף ויש להכיר בנסיבות שבהן המותקף יבצע פעולת הגנה מוקדמת, בבחינת "**הבא להראך השכם להרגו**". (ראה ע"פ 6157/03 **אסף הוך נ' מדינת ישראל** (ניתן ביום 28.9.05) וע"פ 8687/04 **חילף נ' מדינת ישראל** (ניתן ביום 12.12.05)).

ד. **יסוד הנחיצות**, הנחלק לנחיצות איכותית ונחיצות כמותית. **הנחיצות האיכותית** בוחנת האם עמדו בפני הטוען להגנה עצמית חלופות אחרות זולות השימוש בכוח על מנת להתגונן ולהדוף את התוקף. על המותקף להראות כי פנה לכוח רק משנוכח כי לא ניתן להדוף את התוקף באמצעות שימוש בחלופות אחרות, פוגעניות פחות, כגון **פנייה לרשויות החוק או נסיגה**. עם זאת יש לתת את הדעת למצוקה שבה נתון המתגונן במהלך התקיפה ולכן יש להיזהר ממתן פרשנות דווקנית של דרישת הנחיצות האיכותית. **הנחיצות הכמותית** בוחנת האם היה באפשרותו של הטוען להגן על עצמו בדרך שפגיעתה בתוקף הייתה פחותה. דהינו, קשורה למידת הכוח שיש להפעיל כנגד התוקף והיא שלובה במסגרת דרישת הסבירות (ראו פרשת **קליינר** עמ' 90, ופרשת **אלטגאוז**)

ה. **יסוד אי התנהגות פסולה** - היסוד השולל את תחולת ההגנה במקרה שבו המתגונן "**הביא בהתנהגותו הפסולה לתקיפה תוך שהוא צופה מראש את אפשרות התפתחות הדברים**" (ראו דברי השופט לנדוי בע"פ 410/71 **הורוביץ נ' מדינת ישראל**, פ"ד כו(1) 624, 629 (להלן: עניין הורוביץ); ראו גם **זרביאלוב נ' מדינת ישראל**, פ"ד נז(4) 913 (2001); ע"פ 7975/95 **מדינת ישראל נ' חביבאללה**, (ניתן ביום 20.4.97)).

ו. **דרישת הסבירות - יסוד הפרופורציה**, המתמקד בהבטחה כי מעשה ההתגוננות לא יגרום רעה גדולה יותר מזו שהמתגונן ביקש למנוע. עם זאת, יסוד הפרופורציה אינו מחייב שקילות, וייתכנו נסיבות שבהן הפגיעה בתוקף במסגרת ההתגוננות תהיה חמורה מן הסיכון שפגיעה זו נועדה למנוע ולא יישלל תנאי הפרופורציה. הדבר נובע מן ההבדל שבין האינטרס הלגיטימי של המותקף להגנה מפני תקיפה אל מול האינטרס הבלתי לגיטימי של התוקף שבמחיר פגיעה בו מוגשמת ההגנה עצמית (ראה ש"ז פלר, "יסודות בדיני עונשין" כרך ב בעמ' 415), ומהפגיעה הפוטנציאלית באוטונומיה של המותקף ובסדר החברתי. חרף כך, גם אם עוצמת הפגיעה חמורה מזו שהיא נועדה למנוע, עדיין צריכה התגובה להיות סבירה בנסיבות העניין, לשם הדיפת ההתקפה. (ד"ר בועז סנג'ור, "**הגנה עצמית במשפט הפלילי**" (2000), 178-206). ואם ימצא כי תגובתו הייתה בלתי סבירה ומעל לדרוש כדי להדוף את התקיפה עלול הוא למצוא עצמו חב בפלילים. ובלשונה של כב' השופטת דורנר בע"פ

"הסבירות במהותה נקבעת על סמך מבחן אובייקטיבי. אף מי שמבחינתו הסובייקטיבית סבר כי הוא מגן על עצמו ובמצב הפחד שבו היה שרוי המשיך לתקוף את מי שביקש ליטול את חייו והרג אותו לאחר שהסכנה חלפה, נושא באחריות למות התוקף. יחד עם זה, מובן כי סבירות ההתנהגות נקבעת על סמך הנסיבות הקונקרטיות של כל מקרה ומקרה, שבגדרן נותנים את הדעת למצב הלחץ והמצוקה שבו נתון הנתקף".

(ליסודות סייג "ההגנה העצמית" - ראה חוות דעתה של כב' השופטת ארבל בע"פ 5266/05 זלנצקי נ' מדינת ישראל (ניתן ביום 22.2.07) וכן בע"פ 4191/05 אלטגאוז נ' מדינת ישראל (ניתן ביום 25.10.06) (להלן: "פרשת אלטגאוז"))

6. הגנת בית מגורים - הדין החדש

לאחר סיום שמיעת הראיות בפרשה הנדונה ועוד בטרם סיכמו הצדדים טענותיהם, התקבל בכנסת, ביום כ"א בסיוון, התשס"ח (24.6.08), תיקון מס' 98 לחוק העונשין, במסגרתו הוסיף המחוקק את הוראת סעיף 34 י'1 לחוק העונשין הנשאת את הכותרת "הגנת בית מגורים, בית עסק ומשק חקלאי ומגודר" בזו הלשון:

(א) לא ישא 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 היה לא 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".

(הדגשה שלי ר.ב.)

היה מי שכונה את התיקון האמור לחוק העונשין "חוק דרומי", היה מי שקרא לתיקון "ביתי הוא מבצרי". לשם הנוחות יקרא התיקון האמור לחוק העונשין "הגנת בית מגורים".

כך או אחרת נמצא כי המדובר בהגנה חדשה שעניינה הגנה עצמית בנסיבות של פריצה לבית מגורים, בית עסק או משק חקלאי, אשר לצורך הדיון יכונה כולם להלן "בית מגורים". הגנה זו נועדה לפטור מאחריות בפלילים אדם העושה מעשה שהיה דרוש באופן מיידי כדי להדוף מי שפורץ או נכנס לבית מגוריו בכוונה לבצע עבירה, או אף מי שמנסה לעשות כאמור וכל זאת בתנאי שמעשה ההדיפה לא היה בלתי סביר בעליל והאדם לא הביא בהתנהגותו הפסולה להתפרצות.

עין בדברי ההסבר לחוק (הצעות לחוק הכנסת 208, מיום י"ד אדר התשס"ח, 20 בפברואר 2008, עמ' 196) ובדיונים אשר קיימה וועדת חוקה חוק ומשפט בהקשר להצעה האמורה - (פרוטוקול 495 מישיבת הוועדה מיום 11.3.08

ופרוטוקול 561 משיבת הועדה מיום 11.6.08) מלמד כי המחוקק בהגנה חדשה זו, ביקש לעשות הבחנה בין נסיבות של הגנה עצמית מחוץ לביתו או חצריו של אדם לנסיבות של הגנה עצמית בחצריו של אדם ובפועל הרחיב את ההגנה כאשר נמצא האדם בביתו, בחצרו, במובן זה שביקש ליתן יחס מיוחד לבית המגורים וחיזק והרחיב את זכותו של אדם להגן על חייו ועל קנינו בביתו, הוא מבצרו.

כך, ראה לנכון המחוקק להוריד את רף מבחן הסבירות הנדרש לשם בחינת המעשה המתגונן תחת קיומה של "הגנה עצמית" כאשר מדובר בהדיפתו של פורץ. במקום מבחן הסבירות "הרגיל", העומד בבסיס "ההגנה העצמית" הקלאסית, נקבע מבחן חדש אשר יש בו כדי להקל עם המתגונן במובן בו הורד רף מבחן הסבירות וההגנה תישלל ממנו אך בנסיבות בהן ימצא כי מעשה ההתגוננות שעשה היה "**בלתי סביר בעליל**".

זאת ועוד, נעדרת ההגנה החדשה שני יסודות בסיסיים המצויים ב"הגנה העצמית" הקלאסית והם: יסוד "**התקיפה שלא כדין**" ויסוד "**הסכנה המוחשית**" לחייו, לגופו או לרכושו של אדם.

המחוקק ויתר על יסודות אלה בהגנה על בית מגורים וקבע כי די שמעשה ההדיפה מתייחס לפעולת ההתפרצות או כניסה לבית מגורים, בית עסק או משק חקלאי מגודר, במטרה לבצע עבירה ובכלל זה גם ניסיון לביצוע התפרצות או כניסה כאמור, מבלי שקדם לכך מעשה תקיפה ומבלי שהנסיבות מצביעות על סכנה מוחשית לגופו או רכושו של אדם ובלבד שמעשה ההדיפה דרוש מידית וכי לא היה הוא בלתי סביר בעליל.

בכך, ניתנה להודף הגנה רחבה יותר מעצם מתן היתר לעשות שימוש בכוח כדי להדוף פורץ, גם אם לא הותקף ולא הייתה סכנה לחייו, ואף להפעיל כוח גדול יותר כדי להדוף את הפורץ, מזה המותר בנסיבות של הגנה עצמית קלאסית.

על אף זאת, עדין הותיר המחוקק על כנם, במסגרת הגנה חדשה זו, את המבחנים הדורשים את קיומו של הצורך במידיות התגובה, נחיצותו של מעשה ההדיפה לרבות המידיות והסבירות שבמעשה במבחן חדש של חוסר סבירות בעליל.

מידיות התגובה נדרשת כדי להצדיק את מעשה ההדיפה במובן זה שאין מדובר בנסיבות של פריצה או ניסיון פריצה ערטיילאי כי אם בנסיבות מוחשיות בהן הדיפת הפורץ הינה הכרחית כדי להציל רכוש.

יסוד נחיצות מעשה התגובה, במבחן הנחיצות האיכותית, מעורר את הסוגיה, לאור התיקון האמור, בדבר חובת הנסיגה הקיימת בהגנה העצמית הקלאסית. כזכור נוקט המשפט בארץ בגישת חובת הנסיגה, בנסיבות בהן יכול המותקף לעשות כן, כדי שתקום לו ההגנה של הגנה עצמית. (ראה פרשת אלטגאוז לעיל).

התיקון החדש לחוק מעורר את השאלה **האם נותרה על כנה חובת הנסיגה?** או שמא ביקש המחוקק בתיקון החוק האמור ליתן לאדם הנמצא בביתו, שהוא מבצרו, את הלגיטימציה שלא לסגת מביתו כאשר פורצים אל ביתו?

סבורה אנוכי כי מעצם מתן הלגיטימציה להדוף פורץ בדרך של עשיית מעשה אקטיבי, על אף שלא הותקף על ידי התוקף ואף מבלי שהיתה סכנה מוחשית לחייו של בעל הבית, משתמעת כוונת המחוקק ליתן מעמד מועדף לקניינו וגופו של אדם בעת הימצאו של אדם בביתו, מבצרו ועל כן אין חלה על בעל הבית חובת הנסיגה מביתו. במילים אחרות, לא

רק שהמחוקק נתן לאדם את הלגיטימציה שלא לסגת מביתו מבצרו, עת מותקף הוא על ידי אחר הפורץ אל ביתו, אלא מוסיף המחוקק ומתיר לאדם לעשות מעשה אקטיבי והוא להדוף פורץ, על אף שלא הותקף על ידי הפורץ ומבלי שהיתה סכנה לחייו.

אמנם, בהצעת החוק לתיקון חוק העונשין (הגנה עצמית) התשס"ח – 2008, עת באו בפני המחוקק שתי הצעות לתיקון החוק לא התקבלה בסופו של יום הצעה א' אשר כללה בין השאר הצעה לתיקון הוראת סעיף 34טז לחוק העונשין באופן שתוסף הוראה מפורשת האומרת כי "לא יראו מעשה של אדם כלא סביר בנסיבות העניין, בשל כך שלא נסוג מבית מגוריו", אולם, עדיין ניתן להסיק מן הנוסח שהתקבל, עת עיגן והרחיב את הגנתו של אדם המותקף בביתו, את כוונת המחוקק כי ביקש לבצר את מעמדו של אדם בביתו, במובן זה כי לא רק שלא יהיה חייב לסגת מביתו בעת שפורצים או מנסים לפרוץ לביתו, כי אם בנסיבות של הכרח מידי, כדי למנוע פריצה או לסכלה ואף מבלי שנחשף למעשה תקיפה מצד הפורץ ומבלי שהתעוררה סכנה מוחשית לחייו, יהיה רשאי לעשות אדם מעשה כדי להדוף את הפורץ.

גישה זו תואמת את גישתם של מלומדים רבים אשר הציעו טעמים להחרגת חובת הנסיגה במצב שבו אדם מותקף בביתו. בין טעמים אלה נטען כי הנסיגה במקרה של הימצאות במקום המגורים אינה מקטינה את הסכנה (J. H. Beale, *Homicide in self defense*, 3 colum. L. Rev 526, 540 (1903)).

עוד נטען כי החרג הנוגע למגורים מהווה ביטוי לרציונאל האוטונומיה המהווה עיקרון יסוד במשפט המקובל (G. P. Fletcher, *Rethinking Criminal Law*, 868 (Boston, Toronto, 1978)).

על-פי הסבר נוסף, החלת חובת נסיגה של אדם ממקום שבו הוא נמצא בזכות, מטילה נטל כבד על המותקף הנאבק על זכויותיו הלגיטימיות, כשלמעשה שורש הרע מצוי בתוקף והוא שיכול לחדול מהתקפתו ולמנוע בכך את הפגיעות בו עצמו (פלר, בעמ' 431-430).

הסברים אחרים תולים את הסייג בנטייה הטבעית של אדם למצוא מפלט ומסתור בביתו, בבחינת "ביתו הוא מבצרו", בקושי הפסיכולוגי של האדם להימלט מביתו (ראו: ד"ר דן בין "חובת הנסיגה בהגנה מפני התקפה" הפרקליט כג 221, 234 (1967)) וכן בחומרה המיוחדת של הפגיעה בסדר החברתי-משפטי שיש בתקיפת אדם בביתו מחד גיסא, ובחיובו להימלט מן הבית מאידך גיסא.

כך, על אף שבמרבית הקודקסים הפליליים אין התייחסות מפורשת בחוק להגנת המגורים בכל זאת, נוהגים בתי המשפט, בשיטות משפט רבות, ליחס חשיבות למיקום זה של מעשה התקיפה. ראה למשל המשפט המקובל המכיר בחרג לחובת הנסיגה בנסיבות בהן מותקף אדם בביתו. (ראה בועז סנג'רו בעמ' 312-308).

מגמה זו מוצאת ביטוי גם בקודקס הפלילי האמריקאי - MODEL PENAL CODE המסייג נסיגה מן הבית מחובת הנסיגה הכללית. עם זאת, ובדומה לדין הישראלי, נגרע פטור זה מחובת הנסיגה, במקרה שבו המותקף נושא אשם קודם בהיווצרות המצב שבו יש נחיצות בהפעלת כוח. לפי סעיף 3.04(2)(b)(ii)(A) לקוד:

"The actor is not obliged to retreat from his dwelling or place of work, unless he was the initial aggressor..."

ההסבר ההיסטורי שניתן לסייג זה בדבר חובת הנסיגה הוא כי בזמנים קודמים עשו הפרטים את מגוריהם למקום הגנתם בבחינת "ביתו הוא מבצרו". המחשבה הייתה שביתו של האדם הוא קו הנסיגה האחרון שלו מעולם עוין

ושמחוצה לו הוא נותר לא מוגן. הבית נחשב למבצרו של אדם וההגנה עליו נחשבה כחשובה - כהגנת החיים עצמם. לפיכך, נסיגה מבית המגורים נתפסה כויתור על ההגנה שהוא מספק. יפים לעניין זה דבריו של השופט Cardozo בעניין

People V. Tomlins, 213 N.Y. 240, 107 N.E. 496 (1914)

**"It is not now, and never has been the law that a man assailed in his own dwelling, is bound to retreat. If assailed there, he may stand his ground, and resist the attack. He is under no duty to take to the fields and the highways, a fugitive from his own home (...)
Flight is for sanctuary and shelter, and shelter, if not sanctuary, is in the home. That there is, in such a situation, no duty to retreat"**

עם זאת, קיימים טעמים כבדי משקל שלא לסייג את המקרה שהמותקף נמצא בביתו מחובת הנסיגה הכללית. בפרט כאשר ההתקפה מכוונת נגד גופו ובנסיבות בהן ניתן להניח כי ברשות הרבים יהיו סיכויי להיחלץ גבוהים יותר. (בועז סנג'ור, בעמ' 312 כן ראה דברי כב' השופטת ארבל בפרשת זלנצקי)

נמצא איפה כי בתיקון החדש לחוק, נשוא הדין, ביקש המחוקק לעגן את הערך החברתי של "ביתו של אדם מבצרו" ובהתאם ביקש להכיר בסייג האמור אשר אינו מחייב אדם לסגת מביתו מבצרו או ממקום עסקו עת מבקש פורץ לחדור לביתו כדי לבצע עבירה. הגם שהמחוקק הישראלי לא נקט בלשון מפורשת המסייגת את חובת הנסיגה בנסיבות של הדיפת מתפרץ לביתו של אדם הרי שכוונת המחוקק נהירה ומשתמעת בבירור מלשון החוק וממטרת התיקון כפי שהיא עולה מדברי ההסבר להצעת החוק ומדיונים שהתקיימו בוועדת חוקה חוק ומשפט.

אשר ליסוד הסבירות – וכפי שציינתי לעיל, הוריד המחוקק ב"הגנת בית מגורים" את רף סבירות תגובתו של ההודף, הנבחנת ככלל במישור הנורמטיבי אשר נקבע על ידי בית משפט, לרף נמוך ומקל יותר מבעבר והוא יבחן על פי מבחן "הבלתי סביר בעליל" – בלתי סביר על פניו. במילים אחרות, גם אם מעשה ההגנה נמצא בלתי סביר, באופן השולל את תחולת הסייג של הגנה העצמית הקלאסית, אזי על פי ההגנה החדשה - "הגנת בית מגורים" יש עדין לבחון אם היה במעשה ההדיפה חוסר סבירות בעליל השולל את קיומה של ההגנה החדשה.

המושג "בעליל" משמעו הלשוני- באופן חד משמעי, ללא צל של ספק, באופן חותך שהוכח בבהירות.

שאלת משמעותו של ההקשר "בעליל" נדונה בפסיקת בית המשפט העליון בהקשר של הגנת הציות לפקודה, המעוגנת כיום בסעיף 34 יג(2) לחוק העונשין, בגדרה הכיר המחוקק בקיומה של חובה שלא לציית להוראה שהינה בלתי חוקית בעליל. זו הוגדרה כהוראה שאי חוקיותה הינה גלויה ומובהקת, בעלת אופי פלילי ברור, הוראה שדגל שחור מוסרי מתנוסס מעליה, שאי חוקיותה אינה פורמאלית או נסתרת או מתגלה אך לחכמי משפט. כדבריו הזכורים היטב של כב' השופט בנימין הלוי בפסק-דין ביד"צ מר 3/57 **תובע צבאי נ' רס"ן מלינקי ואח'**, פס"מ יז 90, בעמ' 213-214, הידוע כ"**פרשת כפר-קאסם**":

"סימן הכרה של פקודה "בלתי חוקית בעליל" - מן הדין שיתנוסס כדגל שחור מעל לפקודה הנתונה, ככתובת אזהרה האומרת: "אסור!". לא אי חוקיות פורמאלית, נסתרת או נסתרת למחצה, לא אי חוקיות המתגלה רק לעיני חכמי משפט חשובה כאן, אלא: הפרת חוק גלויה ומובהקת, אי חוקיות ודאית והכרחית המופיעה על פני הפקודה עצמה, אופי פלילי ברור של הפקודה או של המעשים שהפקודה מצווה לעשותם, אי חוקיות הדוקרת את העין ומקוממת את הלב, אם העין אינה עיוורת והלב אינו אטום או מושחת

- זוהי מידת אי החוקיות הדרושה כדי לבטל את חובת הציות של חייל ולהטיל עליו את האחריות הפלילית למעשיו".

נמצאנו למדים כי הכוונה במינוח בלתי סביר בעליל הינה בבחינת מעשה שאין הדעת סובלת.

כאמור, בהגנת בית מגורים ביקש המחוקק ליתן יחס מיוחד לבית המגורים במובן זה שהגמיש את דרישת הפרופורציה. כך, בשונה מן ההגנה העצמית הקלאסית הורד רף מבחן הסבירות והוא צומצם באופן משמעותי המותיר כר פעולה רחב יותר לאדם לעשות שימוש בכוח כדי להדוף פורץ ואולי אף מאפשר את הגברת מידת הכוח שתותר לשם הדיפת פורץ לביתך.

במילים אחרות, אם ידוע כי עקרון הפרופורציה מחייב הגבלה משמעותית יותר של מידת הכוח המוצדק להגנת הרכוש בהשוואה לזה המוצדק להגנת הגוף ובמיוחד שולל הוא במקרה של הגנת רכוש שימוש בכוח קטלני, מעורר התיקון לחוק האמור את השאלה האם יש לזנוח את ההבחנה האמורה, בין הגנה על רכוש או גוף, בנסיבות בהן מתרחשת התקיפה במגורי המותקף באופן בו יותר לעשות שימוש בכוח רב יותר מזה שהותר בעבר כדי להגן על רכוש אדם בביתו?

לדברים משמעות ערכית רחבת היקף המעוררת שאלות רבות הנוגעות למידת הכוח המותר לעשות בו שימוש כדי להדוף פורץ החודר לבית. כך ישאל האם מותר לעשות שימוש בכלי נשק קטלני כדי להגן על הרכוש כשכרוכה בכך גם הגנה על חסיונות מעון המגורים? האם קיימת הצדקה לשימוש בכוח מגן קטלני להגנת המגורים ורכוש שלא כרוכה בהם הגנה על גופו של אדם?

במשפט האמריקאי מוסדרת ההגנה הפרטית ב- MODEL PENAL CODE אשר אין בו דרישה כללית לפרופורציה או סבירות המעשה המתגונן. הדרישה היחידה לפרופורציה המצויה בו נוגעת לשימוש בכוח מגן קטלני. כך, מסדיר המחוקק שם, בסעיף 3.04 לקוד העונשין האמריקאי, את השימוש בכוח המגן לשם הצדקת הגנה עצמית למקרים של סכנת מוות, נזק גופני חמור, חטיפה או איומים.

ובסעיף 3.06 לקוד העונשין האמריקאי, המסדיר את השימוש בכוח לשם הגנה על רכוש, מתיר המחוקק שם את השימוש בכוח מגן קטלני גם להדיפת תוקף במגורי הנתקף המבקש לנשלו ממקום מגוריו או לבצע עבירת רכוש באלו המקרים:

1. התוקף מנסה לנשל את המותקף ממגוריו שלא בטענת זכות.

2. התוקף מנסה לבצע הצתה, פריצה, שוד או פשע אחר של גניבה או הרס רכוש ובנוסף:

א. התוקף משתמש בכוח קטלני או מאיים בו כנגד העושה או בנוכחותו; או

ב. השימוש בכוח מגן לא קטלני למניעת ביצוע הפשע יחשוף את העושה או אחר הנוכח במקום לסכנה ממשית של נזק גופני חמור.

(ראה סעיף (d)(3)3.06 ל- M.P.C)

אמנם, בחלק ניכר של התקיפות הנופלות לגדר הדין עשויה להתקיים גם סכנה לגופו של אדם אך הדין האמריקאי מכיר בזכות לשימוש בכוח קטלני גם בהיעדר סכנה לגופו של אדם.

בהינתן כל האמור לעיל, סבורה אני כי בעצם מתן יחס מיוחד לבית מגורים או בית עסק, כלשון התיקון לחוק, נוסף גורם משמעותי של הגנה על עצם חסינותו של המעון. לעיתים קשה באופן מעשי להבחין בין תקיפת הגוף לבין תקיפת רכוש הנעשים בבית מגורים שכן, תקיפת הרכוש חושפת לעיתים בהכרח את בעל הבית לסכנה ממשית לחייו, בנסיבות בהן מבקש הוא להגן על רכושו.

הגם זאת, עדין עומדת בעינה החשיבות שבהבחנה שבין שני סוגי מעשי התקיפה. במובן זה שגם כאשר נוספת להגנת הרכוש הגנה על חסינות המעון, עדיין קטנה ההצדקה לכוח מגן מזו הקיימת כשהגנה על חסינות המעון נוספת להגנה על גופו של אדם. (ראה סנג'רו עמ' 313)

במילים אחרות, למרות שקיימת הצדקה להגמיש את דרישת "הפרופורציה" כל אימת שהתקיפה מתרחשת בבית מגורים, כפי שעשה המחוקק עת הוריד את הרף לנסיבות של "בלתי סביר בעליל", תחת מבחן הסבירות הקלאסי ובכך הכיר בהצדקה בשימוש בכוח מגן גדול יותר בהשוואה לזה המוצדק, כשלא כרוכה במעשה ההגנה גם הגנה על חסינות המעון. בכל זאת, כדי למנוע מצב של כאוס אינני סבורה כי קיימת הצדקה להגמשה גדולה וגורפת אשר תרוקן את דרישת הפרופורציה מכל תוכן, אלא אם ילמדו הנסיבות כי הפריצה עלולה להביא לסכנת חיים, לסכנה לגופו או חייו של אדם.

בהתאם, סבורה אני כי אין הצדקה להגמשת מבחן הפרופורציה בדרך של הצדקת שימוש בכוח מגן קטלני לשם הגנת רכוש ובית מגורים, כשם שעשה המחוקק האמריקאי, בנסיבות בהן לא כרוכה נסיבה של הגנה על גופו או חייו של אדם.

למדים אנו אפוא כי התיקון לחוק הנדון, יצק משמעות משפטית למושג "ביתי הוא מבצרי" במובן זה שהמחוקק ביקש להוסיף ולבסס את זכותו של אדם לקניינו בביתו – כמו גם מקום עסקו, - אשר לרבים מאתנו מהווה הוא סוג של שייכות סוג של בית ובהתאם, ראה לנכון להכיר בסייג לאחריות בפלילים בנסיבות בהן נדרש אדם להדוף זר הפורץ, או מנסה לפרוץ, לביתו, מקום עסקו, מבצרו של אדם, כדי לפגוע בקנינו או בגופו. רוצה לומר, כי המחוקק ראה לנכון לקדם ולהרחיב זכותו של אדם להגן על רכושו וגופו בביתו מפני פורצים או המנסים לפרוץ לחצרו.

כך, גם אם לא התלווה למעשה הפריצה מעשה תקיפה כלפי בעל הבית יחשב המעשה כאילו היה מעשה תקיפה וגם אם לא נשקפה במעשה הפריצה עצמו סכנה מוחשית לחייו של המחזיק זכאי עדיין המחזיק לעשות מעשה אשר יהא בו כדי להדוף את הפורץ.

משתמע אפוא מהוראה זו, כי בעצם מעשה הפריצה לביתו נחשף המחזיק לאפשרות של סכנה ממשית לחייו ולרכושו, על אחת כמה וכמה אם יבקש להגן על רכושו שאז יכול הוא להחשף לסכנה לגופו, על אף שמלכתחילה לא התכוון הפורץ לפגוע בגופו של המותקף. על כן, מתיר לו המחוקק, בהגנה החדשה, להדוף חדירה זו ולסכלה על ידי שימוש בכוח, מבלי שחלה עליו חובת הנסיגה מביתו וההודף לא ישא באחריות פלילית למעשה, אלא אם ימצא כי המעשה שעשה היה בלתי סביר בעליל.

7. המשפט העברי

תיקון זה לחוק בנוסחו וברעיון העומד מאחוריו שואב אותנו לעיין במשפט העברי אשר נתן דעתו לסוגיה זו, עת ביקש לקבוע הסדרים חברתיים, לצד קיומם של הסדרים מדיניים שליטים וזאת במסגרת הדיון בסוגיית "דין רודף" ודין "הבא

במחלת ונמצאו למדים כי אין חדש תחת השמש.

סוגיית דין רודף - רבים מדיני ההגנה העצמית נלמדים במשפט העברי מההלכה המתירה לנרדף, הנשקפת סכנה לחייו, להרוג את התוקף הוא "הרודף".

דברי המשנה, במסכת סנהדרין, פרק ח, משנה ז:

"ואלו הן שמצילין אותן בנפשן: הרודף אחר חברו להורגו, אחר הזכור ואחר הנערה המאורסה. אבל הרודף אחר הבהמה והמחלל את השבת והעובד עבודה זרה – אין מצילין אותן בנפשן."

שתי ברייתות דנות בסוגייה זו והמובאות אגב דיון בתלמוד הבבלי באותה המשנה. האחת במסכת סנהדרין, עג,א, וזו לשונה:

"תנו רבנן, מניין לרודף אחר חברו להרגו, שניתן להצילו בנפשו? תלמוד לומר: 'לא תעמוד על דם רעך'"

השנייה במסכת סנהדרין, עד, א' :

"תניא; רבי יונתן בן שאול אומר: רודף שהיה רודף אחר חברו, ויכול להצילו באחד מאיבריו ולא הציל- נהרג עליו (ויכול הנרדף, או הרואהו, להציל באחד מאיבריו ולא הציל אלא בנפשו - נהרג עליו - רש"י")."

לאמור, כאשר אדם רודף אחרי חברו להרגו, רשות ואף חובה לנרדף, ואף לאחרים, לפגוע ברודף כדי להציל את הנרדף ממזימתו הרצחנית של הרודף ואם יש צורך בדבר, כאשר לא ניתן להציל את הנרדף על ידי פגיעה קלה ברודף, מותר אפילו להורגו. במילים אחרות, הרודף מתכוון לרצוח את חברו בעת מעשה הרדיפה והוא פועל עכשיו כדי לממש את כוונתו הקטלנית לפיכך, קיימת הצדקה להרוג אותו עכשיו. חובה המעוגנת בפסוק שבתורה המצווה שלא תעמוד על דם רעך. (ויקרא יט, יז)

בספרות התלמודית נדונה השאלה העיונית - האם הדין המתיר לנרדף להרוג את הרודף נועד להעניש את הרודף או האם הוא בא להציל את הנרדף? או בלשון מודרנית האם אשמת התוקף היא הגורם העיקרי שדין ההגנה העצמית מבוסס עליו או האם עצם מעשה התקיפה מעניק לנרדף את הזכות להתגונן גם כאשר התוקף אינו נושא באשמה מוסרית או משפטית בגין התקיפה?

רש"י שם את הדגש על חטאו של הרודף ובעונש שהוא ראוי לו, שלדעתו הריגת הרודף נועדה למונעו מעשיית העבירה ולא רק להציל את הנרדף מן הפגיעה. יחד עם זאת, הוא סבור כי אסור להרוג את הרודף אם לא יגרם לנרדף נזק חמור. ואילו הרמב"ם שם את הדגש העיקרי בהצלת הנרדף מן הפגיעה החמורה שהרודף מתכוון לפגוע בו וכדבריו: **"הרודף אחר חברו להרגו, אפילו היה הרודף קטן, הרי כל ישראל מצווים להציל הנרדף מיד הרודף, ואפילו בנפשו של הרודף"** (משנה תורה, הלכות רוצח א, ו)

(ראה לעניין זה ניתוחו המרחיב של פרופ' אהרון אנקר בספרו **"עיקרים במשפט הפלילי העברי"**, תשס"ז, עמ' 317 – 345)

סוגיית הבא במחלת –

סוגיה אחרת המבססת את דיני ההגנה העצמית המתירה לאדם, בתנאים מסוימים, להרוג פורץ החותר להיכנס לביתו, מבוססת על הפסוקים בתורה הדנים בסוגיית **"הבא במחלת"**: **"אם במחלת ימצא הגנב והכה ומת אין לו דמים. אם זרחה השמש עליו, דמים לו, שלם ישלם אם אין לו ונמכר בגנבתו."** (שמות כ"ב, א-ב).

הרמב"ם מפרט את ההיבטים הנורמטיביים של פסוקים אלו שבתורה (משנה תורה, הלכות גניבה, פרק ט) כדלהלן:

"ז. הבא במחותרת, בין ביום בין בלילה, אין לו דמים, אלא אם הרגו בעל הבית או שאר האדם, פטורין. ורשות יש לכול להורגו בין בחול בין בשבת, בכל מיתה שיכולין להמיתו, שנאמר "אין לו, דמים" (שמות כב,א)..."

ט. ומפני מה התירה תורה דמו של גנב אף על פי שבא על עסקי ממון? לפי שחזקתו שאם עמד בעל הבית בפניו ומנעו, יהרגו; ונמצא זה הנכנס לבית חברו לגנוב כרודף אחר חברו להורגו, ולפיכך ייהרג, בין שהיה גדול בין שהיה קטן, בין זכר בין נקבה.

י. היה הדבר ברור לבעל הבית שזה הגנב הבא עליו אינו הורגו, ולא בא אלא על עסקי ממון, אסור להורגו; ואם הרגו, הרי זה הורג נפש: שנאמר "אם זרחה השמש עליו" (שמות כב,ב)-- אם ברור לך הדבר כשמש שיש לו שלום עימך, אל תהרגהו. לפיכך אב הבא במחותרת על בנו--אינו נהרג, שוודאי שאינו הורגו; אבל הבן הבא על אביו, נהרג.

יא. וכן הגנב שגנב ויצא, או שלא גנב ומצאו יוצא מן המחותרת, הואיל ופנה עורף ואינו רודף, יש לו דמים. וכן אם הקיפוהו עדים או בני אדם, אף על פי שעדיין הוא ברשות זה שבא עליו, אינו נהרג. ואין צריך לומר אם בא לבית דין, שאינו נהרג."

הרציונל של הדברים הינו כי כאשר אדם חותר לביתו של אחר כדי לגנוב רכוש, מותר לבעל הבית, בתנאים מסוימים, להרוג את החותר ולסכל בכך את מזימתו. מטרת החותר הינה ממונית אמנם, לגנוב רכוש ואין הוא עושה מעשה שיש בו כשלעצמו להמית את בעל הבית או לגרום למותו. אולם, הואיל ובתנאים מסוימים כאשר בעל הבית יגלה את מעשה החתירה צפוי כי הוא יאחז באמצעים פיזיים כדי להגן על רכושו ובתגובה יפעיל החותר כוח קטלני ויהרוג את בעל הבית. לכן הגנב החותר נחשב לרודף שמותר להרוג. השלב הראשון של החתירה הוא עסקי הממון – הגניבה, שלב ההריגה עלול להגיע בשלב הבא של המשך החתירה. בהיתר זה יש הרחבה של ההיתר להרוג את מי שרודף אחר חברו להרוג. בעוד שהרודף מתכוון לרצוח את חברו עכשיו, בעת מעשה הרדיפה, והוא פועל עכשיו כדי לקדם ולממש את כוונתו לרצוח ולכן מובנת ההצדקה להרוג אותו עכשיו, בעת הניסיון שלו לממש את כוונתו הקטלנית, הרי שהמקרה של "הבא במחותרת" שונה במובן זה שאין הפורץ עושה מעשה שיש בו מלכתחילה כדי להמית את בעל הבית או לגרום למותו, הגם שאפשרות כזו קיימת כתלוי התפתחויות בהמשך מעשה החתירה.

המשנה עצמה נותנת דעתה להבדל זה באמרה: "הבא במחותרת נידון על שם סופו" (משנה סנהדרין ח, ו). דהינו, כשתתגלגל החתירה להריגת בעל הבית ולא על כוונתו ומעשיו עתה. שכן, צפוי וסביר הוא כי החתירה תביא בסופו של דבר להריגת בעל הבית מאחר ואין בעל הבית מותר על רכושו. לכן הגנב הבא במחותרת נידון כמי שצופה את האפשרות כי בעל הבית יעמוד מנגד ויתנגד לו. על כן, ההתייחסות אל הבא במחותרת הינה כאל מי שמוכן להרחיב מעשיו ולבוא לכלל הריגת בעל הבית.

בסוגיית התלמוד הבבלי מעורר האמורא רבא את השאלה מדוע מותר להרוג את הבא במחותרת כבר עכשיו עוד לפני שינסה לפגוע בגופו של בעל הבית או להורגו. (סנהדרין עב, א). תשובת הסוגיה הינה כי החתירה תביא בסופו של דבר להריגת בעל הבית. ובלשון הגמרא: "חזקה אין אדם מעמיד עצמו על ממונו, והאי מימר אמר, אי אזילנא קאי לאפאי ולא שביק לי ואי קאי לאפאי, קטילנא ליה"

פירושם ותרגומם של הדברים הינו: הגנב יאמר לעצמו, אם אפרוץ (=אחותר) לביתו של בעל הבית, חזקה עליו שהוא יעמוד נגדי ולא יניח לי לגנוב ממנו ואם הוא יעמוד (= יתייצב) נגדי, אהרוג אותו. ועל כך אמרה התורה הבא להרגך

יחד עם זאת, אם ברור לבעל הבית כי הפורץ אינו בא אלא לעסקי ממון בלבד והדבר ברור לו, לבעל הבית, כשמש אל לו לפגוע בו.

רש"י, בפירושו השונים, הן בפירוש התורה והן בפירוש דברי הגמרא, דן רבות בשאלת הרציונל של ההיתר להרוג את החותר ואומר: **"אין זו רציחה, הרי הוא כמת מעיקרו"**. ובמקום אחר מסביר רש"י שהגנב החותר הוא **"כמי שאין לו דם ונשמה ומותר להרוג"** (סנהדרין עב, א) ובעוד מקום הוא אומר שהחותר הוא **"גברא קטילא משעת החתירה"**. (בפירושו על הסנהדרין עב, ב)

רש"י מוסיף תוספת משלו שאינה מוזכרת בגמרא ואומר **"ואמרה לך התורה 'אין לו דמים'"** ומלמד, מאחר שהוא בא להרגך, השכם אתה להרוג (סנהדרין עב, א).

דהינו, ההיתר להרוג את "הבא במחתרת" הוא מפני "שאיין לו דמים" ובכך מצטמצמת הגנת **"הבא להרגך השכם להרוג"**, למקרה של "הבא במחתרת". על פי המובן שניתן לכך בדברי המשנה והתלמוד שפורטו לעיל.

רש"י מוסיף ומעמיק את היסוד הרעיוני בעניין "הבא במחתרת" בעצם ביצוע העבירה שהוא מוכן לבצע – דהינו, קטילת הדייר בבית אליו הוא פורץ, שהרי החותר יודע שבעל הבית יעמוד נגדו להציל את רכשו. אמנם, אין הוא אומר בסוגיית הבא במחתרת מה שאמר בסוגיית "הרודף אחר חברו להורג", שמותר להורגו כדי להציל אותו מן העבירה, אבל הוא אומר על החותר שניתן להורגו **"כיון דרודף הוא. (ולכן-) מצילין אותו בנפשו"**. (בפירושו על הסנהדרין עב, ב). רש"י רואה בחותר זה כאדם אשר עבר עבירה ובית הדין שפט אותו ודן אותו למיתה ועל כן הריגתו אינה רציחה וההורג אותו אינו חייב מיתה.

רש"י מציע את היסוד העיוני של ההיתר להרוג את הבא במחתרת באמצעות מונחים ומושגים שמקורם בדיני העונשין של התורה. דהינו, כי מותר להרוג את החותר כי הוא עובר עבירה שדינה מיתה. ההיתר להרוג את החותר הרודף קשור לחטאו, הנושא עונש מיתה. מן הבחינה המשפטית הוא נחשב למי שכבר נפסק לו עונש מוות והומת. הוא כ"מת מעיקרו" וכבר בשלב הראשוני של החתירה הוא **"גברא קטילא"**. (ראה אנקר עמ' 334 - 335)

הרמב"ם כאמור לעיל, מציע את הצד העיוני של דין "הבא במחתרת" בדבריו שב"הלכות גניבה" ט' ז-ט' כדלהלן:

"הבא במחתרת בין ביום בין בלילה אין לו דמים, אלא אם הרגו בעל הבית או שאר האדם – פטורין. ורשות יש לכל להרגו, בין בחול בין בשבת, בכל מיתה שיכולין להמיתו, שנאמר 'אין לו דמים'". ומפני מה התירה התורה דמו של גנב אף על פי שבא על עסקי ממון, לפי שחזקתו שאם עמד בעל הבית בפניו ומנעו יהרגנו, ונמצא זה הנכנס לבית חברו לגנוב כרודף אחר חברו להרגו, ולפיכך ייהרג, בין שהיה גדול בין שהיה קטן בין זכר בין נקבה."

אין בדבריו של הרמב"ם זכר לרעיון עליו עמד רש"י שהגנב החותר נחשב למי שמת מעיקרו או שהוא גברא קטילא. הרמב"ם סבור כי העיקרון העומד מאחורי ההיתר להרוג את החותר הוא הצלת נפשו של בעל הבית ועל כן נוקט הוא בלשון של רשות יש לכל להרגו, רשות אך לא חובה וזאת, להבדיל מדין הרודף.

בעוד שלדעת רש"י הגנב מתכוון כבר בתחילה, מן הרגע שהחליט לחתור לתוך הבית כדי לגנוב, להרוג את בעל הבית, מאחר וצפה שבעל הבית יתנגד לו, חזקת המוות היא וודאית. במובן זה שהתוצאה של הריגת בעל הבית היא וודאית ובלתי מותנית. הרי, שלדעת הרמב"ם, תוצאה של מות בעל הבית אינה וודאית, כי אין זה ודאי שיתנגד לגנב בכוח. בעל הבית אינו נרדף. רק אם יעמוד על רכשו, ויש לו זכות לעשות כן, ירדוף אותו הגנב. אולם, יש אפשרות קרובה שבעל

הבית יתנגד ואז חזקה שהגנב יהרוג את בעל הבית אם יתנגד לו.

כך, בעוד שרש"י סבור כי הגנב כבר בתחילת החתירה מתכוון להרוג את בעל הבית, כי חזקה עליו שיתנגד לו ותוצאת המוות היא וודאית. הרי שלדעת הרמב"ם תוצאה של מות בעל הבית אינה וודאית, כי אין זה וודאי שבעל הבית יתנגד בכוח, אולם, הסכנה קרובה וממשית.

פרופ' א. אנקר בספרו הנ"ל עומד על ההבדלים בגישות אלו שבמשפט העברי כך, שבעוד שהצלת הנרדף מידי הרודף הינה חובה הרי שהריגת גנב הבא במחירת הינה רשות ואומר את הדברים הבאים (בעמ' 339-340):

" אם ההיתר להרוג את החותר נועד להציל אותו מעבירת הרציחה הקרובה לבוא, או כי הוא נחשב למת מעיקרו וגברא קטילא כדעת רש"י, סביר להניח שההיתר יחול רק במקרים שבהם יהיה זה וודאי שהוא מתכוון להרוג את בעל הבית והוא יעשה כן, בדומה למקרה של הרודף אחר חברו להורגו. לא די במצב של ספק אם הוא ירצח לעשותו גברא קטילא שכבר נשפט בבית הדין ונידון למוות ומותר להורגו. לשם כך קמה החזקה, כדי להסיר את הספק במקרה של החותר. הוא בא אומנם לגנוב, אבל חזקה על בעל הבית שיתנגד, ולכן ברור שהחותר מתכוון להורגו.

אך אם מטרת ההיתר להרוג את החותר היא להציל את חיי בעל הבית הנרדף בנפשו של החותר הרודף, כדעת הרמב"ם, יהיה ראוי ונכון להציל את חיי בעל הבית בנפש הרודף גם כאשר כוונת הרודף להורגו והציפייה שיעשה כן אינן מוחלטות וודאיות. ...לשיטת הרמב"ם, שמטרת ההיתר להרוג את הרודף והגנב הבא במחירת היא להציל את חיי הנרדפים מסכנת הרדיפה, די לנו בשיקולים אלה להעדפת האינטרס של בעל הבית הנרדף על זה של הגנב הרודף. לשיטה זו אין צורך להגיע לאותה רמה של וודאות הנוהגת בבית דין, כאילו הוא גברא קטילא."

אשר לחובת המידתיות – גם לכך נותן המשפט העברי את דעתו :

"רבי יונתן בן שאול אומר, רודף [אדם המסכן את זולתו] שהיה רודף אחר תבירו להורגו, ויכול [האדם המצוי בסכנה, או כל אדם אחר] להצילו באחד מאבריו ולא הציל - נהרג עליו" (בבלי, סנהדרין עד ע"א).

במילים אחרות, אם ניתן לנטרל את הסכנה בפגיעה שאינה קטלנית ("באחד מאבריו"), אך נעשה שימוש בכוח קטלני - אין ההריגה חוסה תחת סייג ההגנה העצמית. כך פוסק הרמב"ם, בהלכות רוצח ושמירת הנפש א, י"ג:

"כל היכול להציל [את האדם המצוי בסכנה] באבר מאבריו, ולא טרח בכך אלא הציל בנפשו של רודף [האדם המסכן] והרגו, הרי זה שופך דמים וחייב מיתה..."

קרי, על המתגונן המבקש לחסות תחת כנפי ההגנה העצמית לפעול באופן מידתי. אולם, בתנאי לחץ ואי וודאות, "לא מדקדקין כולי האי" [אין מדקדקים כל כך] (ראה פירוש רבנו יהונתן מלוניל, סנהדרין עב ע"א), כיון שהקפדה זו עלולה לסרס באופן מעשי את יכולת ההגנה העצמית.

במילים אחרות, על אף קיומה המובהק של חובת המידתיות, ער המשפט העברי לקושי שבבחינת התנהגות נאשם "בתנאי מעבדה" ובדיעבד, ועל כן, מבחינה מעשית, נוקט המשפט העברי גישה המגלה הבנה עד גבול מסוים לנאשם שחיוו היו בסכנה וניצלו ויתכן אף שיגלה הבנה למעשים אשר נעשו בתנאי לחץ קיצוניים, שיתכן שיש בהם סטייה קטנה מעקרון המידתיות, על ידי מי שחיוו היו בסכנה. (ראה דברי כב' השופט מנחם אלון בע"פ 89/78 אפנג'ר נ' מדינת ישראל, פ"ד לג (3) 141, וכן דברי כב' השופט רובינשטיין בע"פ 6329/07 מדינת ישראל נ' יחזקאל (ניתן ביום

כך, למדנו כי ההגנה החדשה "הגנת בית המגורים", אשר הוספה לספר החוקים, קשורה בעבותות לדין העברי הדין בסוגיית הפורץ הבא במחלת, המקים לבעל הבית את הזכות הלגיטימית להדוף את הפורץ בכוח, גם אם לא הותקף בעל הבית וגם אם טרם נחשף לסכנה ממשית לחייו, כשתגובתו של המותקף נבחנת במבחן הסבירות והמידתיות, הנבחים על פי נסיבות האירוע לרבות התחשבות במצוקתו של המותקף בעת אירוע הפריצה. (ראה דיוני הוועדה לחוקה חוק ומשפט סביב ההצעה לתיקון 98 לחוק העונשין כמפורט לעיל).

8. האם חלה ההגנה החדשה על המקרה דנן?

לא נמצא חולק בין הצדדים כי ההוראה החדשה, חלה על המקרה דנן.

מורה אותנו סעיף 5 לחוק העונשין כי:

"(א) נעברה עבירה ובטרם ניתן פסק-דין חלוט לגביה, חל שינוי בנוגע להגדרתה או לאחריות לה, או בנוגע לעונש שנקבע לה, יחול על העניין החיקוק המקל עם העושה; "אחריות לה" - לרבות תחולת סייגים לאחריות הפלילית למעשה. .."

לפיכך, במישור המשפטי סבורה אני כי יש לקבוע את דבר תחולתו של הסייג לאחריות פלילית מכוח הוראת סעיף 34 י' לחוק העונשין - "הגנת בית מגורים" - על המקרה דנן.

ומכאן למישור העובדתי-

הפן העובדתי

9. הרקע לאירוע

על רקע הסקירה המשפטית דלעיל וכדי להבין את התרחשות האירוע נשוא כתב האישום רואה אני לנכון להתחיל דווקא עם עדות הנאשם, ככל שהיא נוגעת לסיפורה של "חוות שם" ואופן החיים בה. המדובר בחווה בבעלות הנאשם, הממוקמת מזרחה ליישוב "מיתר" אל מול מדרונות הרי חברון. חווה אותה רכש הנאשם לפני כ- 20 שנה, כדבריו, כדי להגשים חלום והוא הקמת חווה לגידול עדר צאן. אלא, שלדבריו, נוכח הוא, עד מהרה, להבין כי הגשמת החלום כרוכה בסבל קיומי יום יומי רב, בהתחשב במלחמת ההישרדות והתמודדות המתמשכת עם גלים של פריצות אלימות, שרק הלכו והחריפו במרוצת הזמן.

עוד סיפר הנאשם כי מעבר לסבל זה נאלץ הוא להתמודד עם אוזלת ידה של הרשות המבצעת – משטרת ישראל- אשר לא הצליחה לטענתו למגר או למזער גל אלימות זה, מקום שגילתה אוזלת יד בחקירות המקרים והתחקות אחר אותם גנבים פורצים, אשר היו יכולים להביא למעצרו של אלה ובהתאם לקדם אמצעי הרתעה.

כך, גולל הנאשם סיפורים קשים של אלימות אשר אירעו בסביבתו הקרובה, בחוות החקלאיות המצויות בקרבת מקום לחווה שלו. בין השאר סיפור הירצחו של החוואי משה הר סיני ז"ל בידי פולשים, רצח אשר אירע כ- 3 שנים עובר לאירוע; החוואי משה הר שמש יב"א, אשר הותקף בסכין ונחבל, נכפת ונשדד באיומים על ידי פורצים שנכנסו לחוותו. כך בדומה בחוות יהודה בן דוד שם נכפת רועה הצאן והעדר נגנב. כמו גם בחוותו של עמוס גולד, שם נמצאו כלי נשק

שהושארו בחווה על ידי הפורצים. לתיאורי אלימות אלו הוסיף והדגיש הנאשם את תופעת הרעלת הכלבים, שהוחזקו כאמצעי הרתעה והתראה בחוות השונות, תופעה אשר הייתה מסיבית חוזרת ונשנית. (ראה עמ' 177-178 לפרוטוקול)

עוד סיפר הנאשם אודות חוויותיו האישיות עת נדרש הוא להתמודד עם גל האלימות והפריצות בחוותו שלו. כך סיפר אודות מקרה תקיפת רועה הצאן שלו וגניבת העדר, שלאחריה עזב רועה הצאן את החווה. (ראה עמ' 175-180 לפרוטוקול) ואף הוסיף והרחיב אודות מקרה אלים שאירע בחוותו כחודש ומחצה עובר לאירוע הנידון. לדבריו, באירוע זה התעורר באמצע הלילה לשמע טרקטור מונע וכאשר יצא לחצר והבחין בטרקטור שלו כשהוא מונע, הצליח לקפוץ על הטרקטור ולהחזיר אותו לחצריו והגנבים הצליחו להימלט מן המקום. לדבריו, לאחר האירוע הנידון החזיק את הטרקטור נעול בשטח הדיר. עוד ציין כי במשך תקופה זו נהג לישון בדיר כדי להיות זמין.

לדבריו, כשבוע לאחר אירוע ניסיון גניבת הטרקטור, באחד מן הבקרים בהם הגיע לדיר, לאחר שלקח לעצמו הפוגה מן הלינה בדיר, הבחין כדבריו "בגיא הריגה". כל הכלבים שהחזיק, כלבים גדולים ועזים, הורעלו למוות. בהתרגשות רבה סיפר כי, מעבר לציוד יקר ערך שנגנב ממנו החוויה של ההרג המסיבי של הכלבים הייתה קשה במיוחד עבורו. מה גם שכלבים נוספים אותם החזיק בתוך ביתו ואשר התלוו אליו ביציאתו מן הבית אל הדיר, במהלך אותו אירוע, התפתו ואכלו את נתחי הבשר המורעל, שהיו פזורים בחצר והורעלו אף הם למוות. עוד ציין כי, באותו אירוע הבחין בסכין אשר נשמטה כנראה מידי אותם חומסים אשר הגיעו לחווה, סכין אותה מסר לידי המשטרה.

ציין הנאשם כי מאז אותו אירוע ועד לאירוע נשוא האישום היו עוד מספר ניסיונות של פורצים אשר לא בחלו בשום אמצעי לחזור ולממש את המטרה אותה הציבו לעצמם וכך, באותה תקופה בחווה שלו וכן בחוות אחרות היו מידי לילה ניסיונות של פריצה בעלות נופך אלים.

הנאשם סיפר אודות תחושת הפחד והאימה אשר ליוותה את שהותם בחווה, אודות תחושת חוסר האונים אל מול אוזלת ידה של המשטרה, אשר על אף תלונות שהגיש, כ- 13 תלונות במספר, אודות הצתה, גניבת בקר והיזק לרכוש (נ/12) ועל אף ממצאים שהביא בפני המשטרה (כגון שרידי הבשר המורעל (נ/2) באמצעותו הרעילו את כלביו), לא נעשה דבר והתיקים נסגרו ללא כל תוצאה, כשתחושת ההפקר ברכושו ובחיייו לא סרה.

תימוכין לדבריו אלו של הנאשם ניתן היה למצוא בעדותו של החוואי **משה הר שמש** (עמ' 310 לפרוטוקול), אשר סיפר כי הוא מתגורר בסמוך לחווה של הנאשם, בסמוך ליער להב. לדבריו, במשך 16 שנה נאלץ להתמודד ולספוג אירועי פריצות וגניבות רציפים. עוד סיפר אודות מקרה אלים אחד במיוחד בו הוכה, נכפת ונשדד בידי פולשים אשר חדרו לחוותו ולביתו, בעקבותיו אושפז בבית חולים. הר שמש אף דיבר אודות אוזלת ידה של הרשות כאשר לדבריו, על אף תלונות רבות שהגיש ומכתבים שכתב אל אלוף פיקוד העורף ואל מפקד משטרת ישראל מחוז דרום, לא זכו פניותיו לטיפול. (ראה נ4 – נ/39)

עוד נמצא תימוכין בעדותו של החוואי **עמוס גולד**, המתגורר בחוותו הנמצאת באזור יתיר, קילומטרים ספורים מחוותו של הנאשם. גולד השמיע עדות זוהי וזעקת וכואבת של חקלאים המתגוררים באזור וסיפק לבית המשפט קורטוב מחייו של חוואי המבקש לחיות חיי שלווה באזור המנותק והמרוחק מיישובים צפופים, אך בפועל חיי אינם חיי שלווה והוא נדרש להתמודד לא רק עם הקשיים האובייקטיביים, היומיומיים הנובעים, מטבע הדברים, מעצם בחירתו באורח חיים זה, כי אם גם להתמודד עם אלימות קשה מכל עבר של פורצים וגנבים, החומדים את רכושו, והמבקשים בכל מחיר לגזול את אשר בנה והקים במו ידיו. לדבריו, הדברים באו לידי ביטוי בחיתוך צינורות מים, בפריצת גדרות וחדירה לדיר, גניבת

רכוש ומעבר לכל בהרעלה מסיבית של כלבים בחוותו.

אף הוא עמד על אוזלת ידה של המשטרה ועל תחושת חוסר האונים הקשה המלווה אותו, בהתמודדותו בהגנה על רכושו ועל חייו מפני אותם גוזלים ובוזזים המנצלים את העובדה כי חוותו מרוחקת מיישוב עירוני וכך מאפשרת להם כר חופשי לפעולת הביזה וההרס ללא כל חשש מכוחות אכיפת החוק המאחרים להגיע ולהושיט עזרה, בשל ריחוק החווה מן העיר הקרובה. כדבריו:

"כשאני בסיטואציה של תהליך גניבה או אירוע שאני רואה שכלבים הורעלו או שיש לי כבר בעיה ואני מזמין משטרה מתחיל תהליך מאד מבין ששואלים מי אני, איפה אני גר... הם מתחילים לשאול שאלות איפה החווה... אחרי שאני עונה מגיע צוות לאחר למעלה מחצי שעה. אני לא יכול לחכות אפילו חצי דקה, אני חייב לפעול באיזה דרך למנוע את המשך התקיפה כמו שאני מבין אותה גם בגלל שאני צריך להגן על עצמי ובגלל שיש לי עוד נפשות שאני צריך להגן עליהם ולחכות חצי שעה שהתוקפים האלה יבחרו רק לגנוב משהו או לפגוע בי. ולא בשאר הבית זה פשוט לא עולה על הפרק, אני חייב למנוע התדרדרות של המצב ולהבטיח שהמצב לא ימשיך ויחמיר."

(ראה עדותו עמ' 279-288 לפרוטוקול)

(הדגשה שלי ר.ב.)

לביסוס דבריו הוגשו תלונות שהגיש גולד לתחנות המשטרה (נ/29 - נ/32).

גולד חזר ועמד בדבריו על תחושת חוסר האונים עימה הוא מתמודד לנוכח אוזלת ידה של המשטרה, אשר על אף התלונות המוגשות אין הם, בעלי החוות, זוכים להגנה או לפחות לנוכחות מרתיעה של המשטרה שלא לדבר על הליכי מיצוי חקירה והבאתם לדין של אותם בוזזים.

עדות תומכת נוספת לדבריו של הנאשם, אודות אוירת האימה והמציאות האלימה עימה התמודד הנאשם לאורך השנים בחוותו באה מפיו של **שמויה ישעיהו**, בחור צעיר, אשר שימש כרועה צאן בחוותו של הנאשם בין השנים 2000-2002. עדותו הוגשה בהסכמה, על דרך של תצהיר בכתב (נ/33). בתצהיר זה סיפר אודות התקרית עליה דיבר הנאשם, תקרית שבה נרדף בידי חבורת פורעים בסמוך לחווה, עת רעה את הצאן מחוץ לשטח החווה. הוא הצליח להימלט מידי תוקפיו כשהוא מותיר את הצאן מאחוריו ובעקבות מפגש טראומטי זה בחר לעזוב את המקום, את החווה של הנאשם.

עדות תומכת נוספת אודות האווירה הקשה ששררה בתקופה הרלבנטית בחווה של הנאשם באה מפי אמו של הנאשם הגב' **מירה דרומי**, אישה בשנות השבעים המתקדמות של חייה, המתגוררת בחווה יחד עם בנה, אשר סיפרה אודות האירועים הקשים שחוו בחווה ובעיקר אודות ההסלמה באירועי הגניבות והאלימות אליהם נחשפו בשלוש השנים האחרונות, עובר לאירוע הנדון, ותחושת חוסר האונים שנתלוותה לה אל מול אוזלת ידן של הרשויות. (ראה עמ' 274 לפרוטוקול).

הגב' דרומי סיפרה אודות אמצעי המיגון בהם נקט בנה בתקופה שקדמה לאירוע נשוא האישום, לרבות החלטתו לעבור ללון בתחומי הדיר. כן, סיפרה אודות הנסיבות אשר הביאו אותה למסור לידיו של בנה את רובה האוויר, אשר היה שייך

בעבר לבעלה המנוח, וזאת בשל דאגתה לשלומה של בנה ולביטחונם של השוהים בחווה. (עמ' 276 לפרוטוקול)

עדות תומכת נוספת נמצאה בדבריו של **רועי הוד**, מנהל משמרת האבטחה של הישוב מייתר, הנמצא בסמוך, אשר סיפר כי המקום בו מתגורר הנאשם הינו מקום הידוע כ"מועד לפורענות" ומידעו וניסיונו מכיר מקרים רבים בהם ידע הנאשם גניבות ופריצות מצד בני מיעוטים בחוותו. (ראה עמ' 116 לפרוטוקול)

מכל האמור לעיל, ראיתי לנכון ליתן אמון בדברי הנאשם ולקבלם, ככל שיש בהם כדי לפרוס את הנסיבות והרקע לאירוע הדון. עדותו זכתה לאימות במסמכים, בכתב ובעדות מוצקה של חוואים השוהים בסמוך אליו, המתמודדים עם קשיים דומים לשלו ובפרט עדותם של אמו של הנאשם וכן רועה הצאן שעבד בחווה אשר תמכו ישירות בעדותו של הנאשם אודות המציאות האלימה בחווה מצד פורעים המבקשים את רכושו, עימה נדרש הנאשם להתמודד.

מעבר לאמור, המאשימה אף היא לא מצאה לחלוק בסיכומי טענותיה על עצם ההתרחשויות האלימות להן נחשף הנאשם בעבר כמו גם חוואים אחרים באזור, כפי שהעידו עליהן הנאשם ועדי ההגנה שהובאו מטעמו, למעט הסתייגותה הנוגעת לדרכי הטיפול של המשטרה בתלונות.

על רקע דברים אלו יש לבחון את האירוע עצמו על העובדות שבו, על בסיס תוכרע השאלה אם קמה לנאשם הגנה של "הגנה עצמית" או "הגנת בית מגורים".

כאמור ביקשה המאשימה לדחות את דבר קיומן של נסיבות המקימות את הסייג לאחריות בפלילים של הנאשם בדמותה של הגנה עצמית וטענה כי הן מעדותו של איוב והן מן הממצאים העובדתיים שנמצאו בזירת האירוע, כגון מיקום התרמילים בזירה, לרבות מיקום הפגיעות במנוח ובפצוע - איוב - וגרסת הנאשם עצמו יש להסיק כי לא התקיימו נסיבות אשר יכולות להכיר בנסיבות הירי כנסיבות של הגנה עצמית. ומכאן לביחנת האירוע.

10. ממצאים מזירת האירוע

אל זירת האירוע, החווה, הוזעקו כוחות הצלה ומשטרה. איש מז"פ, **מר דורון אביגדורי**, אשר הגיע למקום, ערך חוות דעת (ת/6) מקיפה ומסודרת בה תיעד את זירת האירוע עצמה, כפי שמצא אותה, לרבות ממצאים שאסף מן הזירה. כדי להבין את שהתרחש בזירה רואה אני לנכון לעמוד בקצרה על תיאור הזירה, כפי שניתן לדלותה מחוות הדעת (ת/6) לרבות משני השחזורים אשר בוצעו על ידי המשטרה (ת/9) וכן מביקור אותו ערכנו, המותב היושב לדין, בחווה ואשר תועד בהתאם (ת/33).

המדובר בחווה חקלאית המכילה מספר מבנים ומכלאות לבעלי חיים. זירת האירוע הינה באזור הדרום מזרחי של החווה ובה בין היתר קיימים מבנים יבילים, מכלאת הצאן ואסם. את המתחם האמור מקיפה גדר ברזל כאשר שער ברזל ממוקם בפאה המזרחית של הגדר. השער בנוי משתי כנפיים המחוברות באמצעות שרשרת ברזל. על לולאות שרשרת הברזל נמצא, על פי חוות דעתו של מר אביגדורי, מנעול תלי גזור. מחוץ למתחם, מצפון לשער הברזל, מוצב מבנה יביל ובהמשכו לאורך הגדר עמד טרקטור.

מר אביגדורי מצא מחוץ לגדר התוחמת את החווה את הממצאים הבאים: מגזרי תיל בעלי ידיות בצבע אדום, מונחות

על הקרקע בסמוך לפינה הדרום מזרחית של הגדר; רובה מתוצרת רמינגטון, מונח על הקרקע למרגלות גזע עץ הזית, הסמוך לפינה הדרום מזרחית של הגדר, כשהוא חסר ידית דריכה וכי הנצרה הייתה במצב פתוח והשחלה הממוקמת תחת הקנה ללא כדורים; שתי שמיכות וחולצת אימונית על הקרקע כ- 10 מ' דרומית לפינה הדרום מזרחית של הגדר; שלושה תרמילי תחמושת 0.22 אינטש בעלי סימול בסיס SUPER, למרגלות הגדר המזרחית במרחק של כ- 2 מטר דרומה מן השער ועוד שלושה תרמילי תחמושת 0.22 אינטש בעלי סימול בסיס SUPER, בהמשך ולמרגלות הגדר המזרחית, במרחק של כ- 8 מטרים דרומה מן השער. (ראה תרשים זירת האירוע כפי שנערכה על ידי רס"ר ארנון גרפיט כנספח לחוות הדעת - ת/6)

בתוך מתחם החווה, בסמוך למכלאת הצאן, נמצא כלב מת כשלידו מונחות פיסות בשר לעוסות למחצה, אשר בדיעבד התברר כי היו מורעלות.

במרחק של כ- 800 מ' מדרום לחווה באפיק נחל "אשתמוע" נמצאה עקבת נעל בבוץ ובסמוך לחווה מדרום לדרך עפר, הממוקמת במרחק של כ- 800 מ' מדרום לחווה, נמצאו עקבות צמיגים של כלי רכב. (ראה תמונות המתעדות את הממצאים בחוות הדעת ת/6).

למעט ששת התרמילים הנדונים, אשר נמצאו לאורך הגדר הדרומית, לא נמצאו תרמילים נוספים בזירה. (ראה עדותו של קצין המשטרה יוסי מכלוף וכן עדותו של אביגדורי). מחקירתו של מר אביגדורי עולה כי מדובר ב- 6 תרמילים שנראים טריים בשטח ללא לכלוך בתוכם.

מיקום מקבצי התרמילים, הנמצאים לאורכה של הגדר המזרחית מדרום לשער, לכיוון הואדי, כיוון בריחת איוב והמנוח, ממחישים לכאורה את זירת הירי וכיווני הירי. יחד עם זאת, יש לציין כי אין בחוות דעתו של מר אביגדורי כל ממצא ביחס למיקומו האפשרי של הנאשם, כמו גם של הפורצים, בזמן הירי, או כל תיאור אפשרי הנוגע לבדיקת קווי הירי שעל בסיסם ניתן לנסות לשחזר ולקבוע את מיקומו של הנאשם אל מול הנפגעים, בעת הירי בזירת האירוע.

עוד ציין אביגדורי, בתשובה לשאלה אם ניתן להסיק מפיזור התרמילים היכן עמד היורה ואם הירי בוצע תוך כדי תנועה, כי למיטב מומחיותו קשה עד מאד לקבוע את מיקומו של יורה על סמך מיקומם של תרמילים בלבד וכי יש באופן עקרוני להימנע מלעשות כן. (עמ' 32 לפרוטוקול).

לדבריו, כיוון פליטת התרמיל הינו נתון חשוב שיש לתת עליו את הדעת, אולם, מספיק שינוי של תנועה, במובן זווית אחיזת הנשק, מבלי לשנות מקום עמידה, כדי לשנות את המעוף הבליסטי של התרמיל. כמו כן העלה הוא את האפשרות כי התרמילים הפוגעים בקרקע יכולים להתגלגל ולשנות מקום גם להינתז על חפץ קשה ולשנות כיוון.

אשר למספר הפורצים בזירה ואמצעי הגעתם למקום, אישר מר אביגדורי את שכתב בחוות דעתו כי לא הרחק מחוות של הנאשם נמצאה עקבת צמיגים טרייה, המעלה את החשד להימצאותו של רכב אשר סייע בהגעת הפורצים לחווה ולאחר מכן מילט את השניים האחרים שברחו מן המקום.

תמיכה וחיזוק לדבריו נמצא בדו"ח הגששים (נ/21) בו מציינים הם כי זיהו עקבות של שלושה חשודים שנמלטו מן המקום, מרחק של כ- 500 מ' עד לאיסופם על ידי כלי רכב מסחרי. ממצאים המשתלבים אף עם האמור בדו"חות מודיעיניים (נ/22) המדברים על חבורה המונה כ- 4-5 חשודים הפועלת מזה זמן מה והמונה בין השאר את איוב והמנוח.

מעבר לאמור, נמצא חיזוק לכך גם מן הנטען על ידי המדינה עצמה בכתב האישום שהוגש נגד איוב, על פיו פעל יחדיו עם שלושה אחרים.

אשר לרובה, באמצעותו בוצע הירי בזירת האירוע – אישר אביגדורי כי הוא פירק את רובה הרמינגטון בזירה וכן ציין כי לא היה מודע לטענת הנאשם אודות תקלה שהיתה בנצרה של הרובה בעת שניסה הנאשם לירות בתחילת האירוע.

11. הנשק

מומחה לנשק במטה הארצי – מר הווארד סילברוטר, הניח בפנינו חוות דעת (ת/22) מבלי שההגנה חלקה על תוכנה (ראה סיכומי טענות ההגנה עמ' 9).

בחוות דעתו ציין המומחה כי קיבל את הרובה כשהוא מפורק ולאחר שהרכיב אותו בדק אותו בדרך של ביצוע ירי עם 49 כדורים מתחמושת מעבדה. כן ציין המומחה כי מדובר ברובה מסוג רמינגטון, שאינו תקין מאחר וחסרה ידית דריכה. עוד הסביר המומחה בחוות דעתו כי על מנת לבצע ירי חובה לטעון כדור ראשון לבית הבליעה, על ידי משיכת הבריח לאחור באמצעות חפץ המחליף את ידית הדריכה, כגון: מברג או מוט. כן ציין כי כל שאר מנגנוני הנשק נמצאו תקינים.

אשר לאפיונו של הרובה ציין כי מדובר בנשק מסוג חצי אוטומטי, במובן זה שעל מנת לטעון את הכדור הראשון יש לבצע דריכה ידנית ושאר הכדורים מהמחסנית נטענים באופן אוטומטי. עוד ציין כי כל לחיצה על ההדק תגרום לירי של כדור אחד בלבד.

עוד הסיק בחוות דעתו כי כל ששת התרמילים שבדק נורו מן הרובה האמור.

אשר לכווני ומרחק פליטת התרמילים מן הרובה – ציין כי כל התרמילים נפלטו לצד ימין של הרובה וכי מקסימום מרחק פליטה של התרמיל מן הרובה הינו 632 ס"מ ב- 86 מעלות ומינימום מרחק פליטת התרמיל מהיורה הינו 173 ס"מ ב- 90 מעלות.

ניסוי הירי שביצע המומחה היה במצב עמידה סטטי, ללא תנועה, כאשר הירי מבוצע מן הכתף.

בחקירתו הנגדית אישר כי לנוכח העובדה כי קיבל לידיו את הנשק כשהוא מפורק אין הוא יכול לשלול את טענת הנאשם כי הייתה לו תקלה בנצרה עת ביקש לבצע ירי באוויר במהלך האירוע.

עוד הסביר כי בעקרון בנשק חצי אוטומטי כל לחיצה על ההדק מביאה לירי של כדור אחד. אולם, לדבריו אם הנשק אינו תקין ועל סמך מקרים בהם נתקל בעבר אין הוא יכול לפסול אפשרות בה לחיצה על ההדק הביאה לירי של צרור כדורים.

כדבריו: "כל לחיצה על ההדק יורה כדור אחד. אם הנשק במצב לא תקין, והיו בעבר כלי נשקים סמי אוטומטי, שאתה לוחץ על ההדק והוא כן יורה צרור. הבדיקה אצלי היא אחרי שהרכבתי אותו, שוב, הגיע מפורק והרכבתי אותו, הוא כן נראה באופן תקין, אבל מה שהיה בדירה אני לא יודע..... הצרור יכול להיות עד שהוא גומר את המחסנית או עד שהוא עוזב את ההדק."

(הדגשה שלי ר.ב.)

12. הפגיעות במנוח ובפצוע

ד"ר נחמן ריקרדו, מהמכון לרפואה משפטית ערך חוות דעת פתולוגית ביחס למנוח (ת/19 - ת/20) וכן חוות דעת רפואית ביחס לפצוע איוב (ת/21).

ביחס למנוח אין חולק כי זה נפגע משני כדורים. האחד בירך השמאלית במרחק של 59 ס"מ מעל העקב כאשר כיוון כניסת הקליע הוא מאחורה קדימה מלמטה למעלה ומשמאל לימין וכאשר כיוון יציאת הקליע היא בחלק הפנימי וקדמי של הירך השמאלית, במרחק של 65 ס"מ מהעקב.

הכדור השני – הקטלני- נכנס לגבו של המנוח במרחק של 75.5 ס"מ מפסגת קודקודו, 5 ס"מ מימין לקו האמצע וכיוונו מאחורה קדימה מלמטה למעלה וממין לשמאל. הקליע נותר בגופו של המנוח עד לנתיחתו במכון לרפואה משפטית (ראה ת/19)

הפצוע – איוב – לגביו אין חולק כי נפגע מ-3 כדורים.

החוקר מכלוף אישר כי ביקש לבצע לפצוע בדיקת חיים (ת/14), כדי לבחון כיווני ומרחקי ירי, אך לדבריו, ד"ר ריקרדו מהמכון לרפואה משפטית דחה בקשתו בשל עומס עבודה וכי הדבר נעשה על ידי תמונות בלבד, מבלי שעמד על בדיקת חיים.

ד"ר ריקרדו בחוות דעתו ציין כי מן המסמכים שקיבל לידיו למד כי שני קליעים הוצאו לאחר ניתוח בבית החולים. כל פגיעות הקליעים היו בגבו כשאחד מהם יצא דרך החזה. (ת/21 עמ' 3)

בחקירתו מעל דוכן העדים הסביר ד"ר ריקרדו כי כניסת הכדורים היא באמצע הגב ומטה ויציאת אחד מהם היא בחזה, מעל הפטמה הימנית, כפי שלמד מן התמונות שבאו בפניו ואשר צולמו על ידי השוטר אוקנין (ת/18).

ד"ר ריקרדו הוסיף והעריך כי הירי כלפי המנוח והפצוע בוצע ממרחק העולה על מטר אחד וזאת מאחר ולא מצא סימני ירי משניים מסביב לפצועים. (ראה עמ' 102 לפרוטוקול).

דברים המתיישבים עם חוות הדעת מטעם מעבדת הסימנים (נ/19) לפיה הירי כלפי המנוח והפצוע נעשה ממרחק העולה על מטר וחצי מקצה קנה הרובה.

על כך גם לא חלקו הצדדים.

13. גרסת הפצוע - איוב

מטעם התביעה העיד איוב, אשר היה אחד מבני החבורה שפרצו לחוותו של הנאשם, בזמן האירוע ומי שנפצע באירוע עקב הירי שביצע הנאשם.

אין חולק בין הצדדים והדבר היה ברור לכל כי איוב היה עד עוין ובלטה לעין העובדה כי נמנע מלשתף פעולה עם התביעה בבית המשפט ומסר גרסה מגוחכת ובלתי ראויה לאמון באשר לפשר מעשיו במקום.

רק בהמשך עדותו ולאחר שהוכרז כעד עוין הודה כי הגיע למקום יחד עם אחרים כדי לפרוץ לחווה והודה במיוחס לו בכתב האישום המתוקן כפי שהוגש נגדו (ת/37).

אשר לירי עצמו שנעשה כלפיו חזר איוב, בעדותו בבית משפט, על דברים שמסר באמרותיו (ת/24 ות/24ג – אשר הוגשו לאחר הכרזתו כעד עוין). לדבריו, הוא עמד ליד השער והירי החל כאשר עמד שם, פנים מול פנים עם הנאשם (ראה ת/24 עמ' 1 ש' 19). לדבריו, כאשר החל לברוח ותוך כדי בריחה המשיך הנאשם לירות לעברם ירי רצוף ופגע בו בגבו. איוב חזר וטען כי הירי כלפיו בוצע רק לאחר שהחל לברוח וכי הרגיש כי נפגע בגבו. (ת/24ג)

לציין כי הגם שעדותו של איוב הייתה בכללותה בלתי מהימנה ומגמתית כדי להרחיק עצמו עד כמה שניתן מכל אחריות, הרי שתאיור הירי תואם את הממצאים בזירת האירוע, לפיהם הירי בוצע באופן רציף, כאשר הרובה מכוון לכיוון בריחתם של הפורצים, בכיוון דרום לשער, לרבות הממצאים המדעיים אודות מקומות הפגיעות בגופם של הפורצים, המעידים על פגיעות בגופם מאחור. למכלול הדברים אתייחס בהמשך.

14. גרסת הנאשם

סיפר הנאשם אודות התרחשות האירוע וציין כי בעת הרלבנטית התגוררו בחווה בת זוג, אמו ובן זוגה לחיים וכן עוד שלושה מתנדבים, בני נוער קטינים. לדבריו, על רקע מעשי האלימות והביזה בחווה התעורר ויכוח בינו לבין אמו באשר לצורך בשמירה על החווה ובפרט על הדיר, הצעה לה סירב בתוקף. יחד עם זאת, נענה להצעת אימו וקיבל ממנה לידי את רובה הרמינגטון של אביו המנוח שהוחזק בעבר ברישיון (נ/24). לדבריו, הרובה היה חסר ידית דריכה ולפיכך נטען פעם אחת בלבד, בסמוך לאחר תקרית הרעלת הכלבים שקדמה לאירוע נשוא כתב האישום, באמצעות מברג, כדי שיהיה מוכן לשעה בה יידרש לו וזאת לדבריו לצרכי הרתעה בלבד. (עמ' 187, עמ' 203 ועמ' 208 לפרוטוקול).

(לציין כי גם מומחה הנשק מר סילברוטר מאשר את דבר העדרה של ידית הדריכה ברובה)

באשר להשתלשלות הכללית של האירועים בליל ה-13.1.07 חזר הנאשם באמרותיו השונות על אותה גרסה, גרסה אותה מצאתי מהימנה, המתארת את שהתרחש עד לרגע המפגש עם הפורצים. לדבריו, על רקע אירועים קודמים ובפרט האירוע שארע כחודש ומחצה לפני האירוע הנדון, אירוע גניבה במהלכו הורעלו כלביו, ישן הוא באותו לילה במבנה שבדיר. לדבריו, בסביבות השעה 3 לפנות בוקר התעורר לשמע נביחות הכלב, אותו השיג ימים מספר קודם לכן כאמצעי הרתעה ולנכח ההרג המסיבי של כלביו באירוע שקדם לכך. הוא יצא לחפש את סיבת הנביחות, הכלב הפסיק לנבוח ולכן חזר לנמנם. לדבריו, מיד לאחר מכן שמע שוב נביחות מוזרות של הכלב ויצא שוב עם הנשק בידי וראה את הכלב נובח לעברו, כשמבחינתו היה זה מראה יוצא דופן והניח כי הוא גוסס. (בדיעבד אין חולק כי הכלב הורעל ומת).

או אז, יצא דרך פתח יציאה אחורי, שאינו נעול, אל עבר החצר המקיפה את הדיר ועשה סיבוב סביב הדיר מבלי שהבחין בדבר המעורר חשד. אולם, כאשר חזר הבחין כי על השער הנעול של החווה, המקשר אל הדיר, תלוי זוג מספרי ברזל גדולים, בהם לא הבחין קודם לכן. אז הבין כי יש אנשים במקום ומפחד החליט להסתתר מאחורי הטרקטור שעמד בסמוך למכולה הסמוכה, מצפון לשער הדיר הנדון.

הנאשם אף ביקש להדגיש את החרדה שאחזה בו בכך שנדרש לעשות את צרכיו ליד הטרקטור. עוד ציין כי הושיט את ידו לכיס מכנסיו לחפש את הטלפון שלו כדי להזעיק עזרה והבין כי הותיר אותו מאחור בחדרו.

מיד לאחר מכן שמע קולות חיתוך מכיוון השער והבין שמנסים לפרוץ אל הדיר. או אז, יצא ממקום מחבואו לכיוון השער שם ראה ארבעה אנשים, שניים מהם עם כפייה על ראשם ושניים אחרים חבשו להערכתו כובעי גרב שחורים. לדבריו, הוא צעק לעברם, כשהוא מניף את הנשק אל על כדי לירות ירית אזהרה, אולם, לא הצליח לבצע את הירי. לטענתו, לשמע קריאתו, פנו לעברו ארבעת הדמויות והוא חש בסכנה המיידית המתקרבת. סכנה בדמות ארבעה אנשים, שאחד מהם מחזיק בידיו מספרי ברזל, מבלי שהוא יודע אם באמתחת האחרים מצוי כלי נשק.

לדבריו, משנוכח כי הנשק אינו יורה הוא הוריד את הנשק כלפי מטה, כדי לבדוק מה גרם למעצור ואז השתחרר המעצור, נפלטה יריה לקרקע ובאותו הרף, משסבר שהחבורה מתקרבת אליו, הרים את הרובה לעבר חבורת הפורצים וירה ברצף את הכדורים האחרים כשהם נמלטים אל תוך החשכה.

שניות לאחר מכן, שמע קריאות של הנפגעים הקוראים לו בשמו ומבקשים את עזרתו. הוא רץ אליהם ומצא כי במקום שני פצועים והחל לטפל בהם, כשהוא מזעיק במקביל את עזרתם של השוהים בחווה כמו גם של כוחות הצלה.

על פעולות החילוץ העידה הגב' חיה קורנט, אחת משלושת הצעירים המתנדבים אשר שהו בחווה בליל האירוע. בנוסף הוגשה אמרתה בהסכמה (נ/28). בעדותה סיפרה הגב' קורנט כי בזמן האירוע היא ישנה במכולה שבחצר החווה ומתוך שינה שמעה נביחות כלבים וירי. לדבריה היא התעוררה כאשר הגיע הנאשם למכולה והעיר אותם וביקש את עזרתם של הנערים האחרים שהיו שם. עוד הוסיפה וסיפרה אודות עזרתו המהירה והמסורה שהגיש הנאשם לפצועים עד להגעת כוחות הצלה.

גם שני הנערים הנוספים אשר שהו במכולה בחווה **יהודה רבני ויהושע זוהר**, אשר אמרתיהם הוגשו בהסכמה (ת/31 – ת/32), סיפרו כי הנאשם העיר אותם בבהלה כשהוא מנחה אותה ומורה להם להיחלץ לעזרת הנפגעים. בנוסף, סיפר **רועי הוד** – מנהל המשמרת בחברת האבטחה של הישוב מיתר, אשר הגיע ראשון לזירת האירוע, כי הנאשם התקשר אליו מיד לאחר התקרית כשהוא נרגש מאד ודחק בו להזמין אמבולנס וניידת משטרה. רועי סיפר כי כאשר הגיע לזירת האירוע הבחין בפעולות הצלה שביצע הנאשם בנפגעים.

על תיאור תחילתו של האירוע, על שהתרחש לפני המפגש שהיה לנאשם עם הפורצים, לא היה חולק. על העובדה כי הנאשם התעמת עם ארבעה פורצים ולא רק עם שניים, כפי שנטען בכתב האישום, לא חלקה עוד המאשימה בסיכומי טענותיה, לנוכח העדויות שבאו מה גם שטענה כך בכתב האישום שהוגש כנגד איוב. כך גם באשר לסיוע ופעולות החילוץ שביצע הנאשם עם הנפגעים בזירה.

הסוגיה העובדתית העיקרית השנויה במחלוקת בפרשה זו נוגעת לרגע הירי עצמו ובהכרח לשאלה האם פעל הנאשם מתוך נסיבות של הגנה עצמית אשר יהא בה כדי לסייג את אחריותו בפלילים.

רגע הירי - אמרתו הראשונה של הנאשם באה בפני **השוטר גבי אוקנין** – אשר הגיע לזירת האירוע ושמע את אמרתו הספונטאנית של הנאשם. על פי אוקנין סיפר לו הנאשם כי ירה 6 – 7 כדורים, כי היו במקום ארבעה אנשים וכי הוא חושב כי גם השניים שברחו נפגעו כתוצאה מן הירי. כמו כן, אמר לו כי ידע כי הם יגיעו באותו לילה מבלי לפרט כיצד ידע. אמרתו השנייה של הנאשם באה בפני **השוטר אייל גרמאי**, שהגיע לחווה וכתב בדו"ח הפעולה (ת/16), כי הנאשם סיפר לו ש: "**במהלך הלילה שמע נביחות של הכלב בחווה יצא עם נשקו לאזור השער הבחין ב- 4 חשודים מנסים לחתוך**

את מנעול השער התקרב אליהם וביצע ירי לעברם... 6-7 כדורים .. עוד ציין כי כאשר שאל את הנאשם מדוע ירה לעברם זה ביקש לשמור על זכות השתיקה.

כאשר הובא לתחנת המשטרה מסר הנאשם מספר אמרות. באמרתו הראשונה בתחנת המשטרה (ת/1, מיום 13.1.07 שעה 08:26), מסר תיאור מפורט של נסיבות האירוע אך, נמנע מלהיכנס לפרטי אירוע הירי וביקש להיוועץ עם עו"ד. באמרתו השניה במשטרה (ת/2 מיום 13.1.07 שעה 09:30) שתק.

באמרתו השלישית במשטרה, לאחר שנועץ בעו"ד, מסר גרסה מפורטת אודות האירוע (ראה ת/3 מיום 13.1.07 שעה 11:53) וסיפר כי לאחר שהתעורר לשמע נביחות כלבו ולאחר שהבחין בהתנהגותו המוזרה של הכלב ערך סריקה רגלית בחצר ולאחר שהבחין במספרי הברזל התלויים על מנעול השער הבין כי נמצאים פורצים במקום. אז, הסתתר בסמוך לכלים החקלאיים שמאחורי המכולה הנמצאת בסמוך, מצפון לשער הדיר וכאשר שמע רעש של חיתוך יצא ממקום מחבואו לעבר השער, קרא אל עבר ארבעת הדמויות שהיו במקום וניסה לירות באוויר ללא הצלחה. בלשונו: "ניסיתי לירות באוויר אולם לא יצאה כל יריה, ניסיתי לשחרר את הנצרה ואף כדור לא נורה, שיחקתי עם הנצרה מעלה מטה ואף כדור לא יצא, בינתיים ראיתי את ארבעת הדמויות שפנו אלי כבר קודם לכן מתקדמות לעברי ובכך הרגשתי סכנת מוות, לא יכולתי לראות מה יש בידיהם, כפי שצינתי ... הראיה הייתה לא ברורה. לבד מכך שהדמויות פנו לעברי וסגרו מרחק, ואז ניסיתי לירות שוב בשביל להגן על עצמי ואז הנשק התחיל לעבוד, יריתי מספר יריות לעבר הדמויות שבאו אלי, על מנת להרתיע אותם ולהבריחם ממני, אני לא יכול לאמוד בדיוק את המרחק ממני לדמויות, אבל לקחו מספר יריות עד שהם הסתובבו והתחילו להימלט, בשלב הזה כולם נעלמו..." (עמ' 2 לת/3 ש' 23-30)

ובהמשך: "אני מאד מצטער על אובדן חיי אדם במקרה כפי שקרה. אך האיום כלפי היה מוחשי ומיידי ולא יכולתי לנהוג אחרת, על מנת להגן על חיי."

ש: האם ירית בעמידה או שכיבה?

ת: בעמידה מתוך ניסיון לכוון לפלג תחתון ולהרתיע. לעולם לא להגיע לתוצאה כפי שקרתה. (עמ' 3 לת/3 ש' 55-58)

אשר למרחק בו היה מאותם ארבעה השיב: "עשר (צ"ל עשרה – ר.ב.) מטר בהתחלה ואחרי שיריתי עליהם הם התקרבו אלי אולי 3 מטר לערך" (שם ש' 71-72)

אשר לרצף הירי נשאל האם ירה עליהם כאשר ברחו והשיב: "ביריות האחרונות שלי הם כבר ברחו ואז הפסקתי" (שם ש' 96-97)

באמרתו הרביעית בתחנת המשטרה, מיום 15.1.07 (ת/11), כאשר נשאל על נסיבות הירי עצמו השיב: "... שמעתי רעש וידעתי שקורה שם משהו שמנסים לפרוץ לדיר כפי שמסרתי בהודעתי הקודמת ראיתי זוג מספריים תלויים על השער, יצאתי והנפתי את הנשק באוויר לשמים, קראתי 'הלו' ומצאתי את עצמי מול ארבע דמויות מול

השער. הדברים קורים בו זמנית הכל באותו רגע, הם הסתובבו אל"י בזמן שניסיתי לירות באוויר ולא ירה שיחקתי עם הנצרה וניסיתי לירות שוב והוא לא ירה, הם פנו כלפי הורתי את הנשק נמוך יותר כדי לראות מה קורה עם הנצרה ושיחקתי איתה עוד מס' פעמים ואז שהיו בכיוון שלי השתחררו יריות לעברם, הרובה לא היה מכוון בגובה פלגי עליון של גוף כי אני התעסקתי עם הנצרה, ברגע שנורו היריות מה שנראה כהסתערות כלפי הפך לנסיגה, הכל שם קרה בצורה מפתיעה לא זוכר כמה כדורים נורו ... האירוע הסתיים ברגע שהם ברחו לתוך החשיכה..." (ש' 10 – 19 לת/11)

אשר למרחק שהיה בינו לבין הפורצים השיב: "אני מאמין שהמרחק בינינו היה שהם עמדו ליד שער הדיר, ואני ליד הפינה של המכולה שזה מרחק של חדר פחות או יותר..." (ת/11 ש' 36-37 – הדגשה שלי ר.ב.)

ובהמשך כאשר נשאל אם הם התקרבו אליו השיב: "לא הספיקו להתקרב הרבה יכול להיות שזה קרה בשנייה אחת או מספר שניות פרק הזמן שהדברים קרו היה להם מספיק זמן לקלוט את המצוקה שאני נמצא בה ובשבילי להתעשת... לצאת ממצב הקיפאון ולנסות להבריח אותם ממני וזה לאחר שניסיתי לירות ירייה באוויר ועכשיו נוצר צורך לירות ירייה שתרחיק אותם ממני." (ש' 61-64)

ועוד אישר כי כאשר קרא להם הם באו לעברו ולא ברחו.

לשאלה מתי הם נסוגו השיב: "כשנורו היריות."

וכשנשאל כמה יריות ביצע עד שהם נסוגו השיב: "כל היריות בוצעו במטח אחד..."

ואישר כי הם נמלטו לאחר שירה. (ש' 71-75)

לשאלה האם התקדם לעברם בזמן ביצוע הירי השיב: "אני ממש לא זוכר נדמה לי שלא" (ש' 130-131)

אולם כאשר הוטחה בפניו הטענה כי על פי מקום הימצאותם של התרמילים בוצע הירי תוך כדי תנועה אל עבר הבורחים השיב הנאשם: "יתכן, אני אמרתי לך קודם שעשיתי צעד או שניים לא מאמין שיותר" (ש' 194-195)

לאור תשובותיו עומת הנאשם עם הטענה כי גרסתו מחייבת ממצא של פגיעות בחלק גופם הקדמי של הנפגעים ולא האחורי כפי שנמצא עובדתית. לכך השיב הנאשם כי השניים שהיו עם הכפייה היו בחזית והם אלה אשר התקרבו לעברו ואילו השניים האחרים שהיו מאחור, שהיו ללא כפייה, היו הראשונים שברחו וכי שני אלה נפגעו. (ש' 213-215)

השחזורים - גרסה נוספת מסר הנאשם במהלך שני השחזורים שבוצעו בזירת האירוע. השחזור הראשון, אשר התקיים ביום 16.1.07, הופסק על ידי הנאשם בטרם הגיע הנאשם לשלב הירי (ת/9 + ת/9ב). השחזור השני התקיים למחרת היום, ביום 17.1.07 (ת/10 - צילום ו- ת/10ב- התמליל) והחל מאותו שלב בו הסתיים יום קודם הליך השחזור, בשלב בו הגיע אל מול השער והתעמת עם הפורצים.

בשחזור השני (ת/10) חזר הנאשם על אותם דברים וסיפר כי הסתתר מאחורי הטרקטור, הנמצא בסמוך ליד המכולה שליד השער וכי ממקום מחבואו לא יכול היה לראות את שמתרחש בשער. לדבריו, חש במצוקה ובפחד ואף על פי כן לא העיר את הנערים שישנו במכולה. כאשר נשאל על ידי החוקר מדוע לקח את הסיכון ויצא אל עבר אותם חשודים הסביר כי: "זה סיכון אין מה לעשות אני מנסה לשמור על חיי ולהגן על רכושי".

אשר לרגע הירי הסביר הנאשם: "... יצאתי למקום שראיתי ארבעה אנשים הרמתי את הנשק צעקתי 'הלו' וניסיתי לירות באוויר והנשק הזה לא ירה ניסיתי לשחק עם הנצרה היו ארבעה אנשים שניים עם כפייה ושניים נראה לי עם כובעים שחורים או שלא היה להם שום דבר עכשיו בקטע הזה הרובה שלי לא ירה ואני נכנסתי ללחץ והם נכנסו ללחץ וזה היה נראה שהם מתקרבים לכיוון שלי באותם רגעים.... ואז הם פנו לכיוון שלי ואז אני נלחצתי היו ארבעה והם צעקו גם כן משהו ולאחד מהם היה מספריים ביד ואני הורדתי את הנשק והמשכתי לנסות לירות אז הנשק הנצרה הנשק התחיל לירות ויריתי כמה כדורים .. " (עמ' 5 לתמליל ת/10ב – הדגשה שלי ר.ב.)

כשנשאל הנאשם מה עשו הפורצים כאשר התחיל לירות השיב כי הם התחילו לברוח והצביע על כיוון בריחתם של כל הארבעה – כיוון הוואדי. לדבריו, ירה בסך הכול ששה כדורים ולא פסל את האפשרות כי הפורצים החלו להתרחק עד אשר סיים את הירי.

הנאשם ציין כי אינו זוכר התקדמות שלו לכיוון הפורצים תוך כדי הירי ולא נראה לו כי רדף אחריהם תוך כדי הירי, אך לא פסל אפשרות כי ביצע מספר צעדים לכיוון בריחתם של הפורצים, קרוב יותר למקום מקבץ התרמילים הראשון, אשר נמצא מדרום לשער, בסמוך לגדר.

הנאשם מיקם את עצמו אל מול השער, במרחק של כ- 3-4 מטר מן השער, והדגים כיצד הפנה את הנשק לכיוון הקרקע כשהיה לו מעצור בנשק ולאחר מכן הרים אותו לגובה הכתף כשהוא מכוון אותו דרומה לשער, כיוון בריחת הפורצים.

הנאשם לאורך דבריו ביקש להדגיש את תחושת הסכנה אותה חש במפגש עם ארבעת הפורצים וחזר וטען כי מעבר לחשש לפגיעה ברכושו האמין בתמים שהוא נמצא בסכנת חיים של ממש בעת המפגש עם הפורצים וכי המעשה מבחינתו היה נחוץ באופן מידי ללא שהות להדוף את הפורצים.

בשחזור הנוסף שנעשה בביקור בית משפט בשטח (ת/33) חזר הנאשם על גרסתו כמפורט בשחזור השני.

בעדותו בבית המשפט חזר הנאשם על שהתרחש באותו ערב כשהוא מדגיש את תחושת חוסר האונים והאימה אשר ליוותה אותו באותו ערב ובפרט תחושת הסכנה ברגע בו התעמת עם הפורצים. כדבריו: "אני מתקרב לאותו מקום של המנעול ואני נתקל בארבעה אנשים... ניסיתי להניף את הנשק אל על... על מנת לירות יריית אזהרה וצעקתי לעברם הלו מה אתם עושים פה.... כשאני קראתי לעברם הם פנו אליי, כשאחד מהם החזיק מספרי הברזל בידיו והם נראו לי כולם רעולי פנים, שניים בטוח לבשו כאפיות לבנות שכיסו את פניהם. לגבי השניים האחרים אני חשבתי שהם חובשים כובעי גרב שחורים, יכול להיות שהחשכה נתנה לי לחשוב שהם.. ולמעשה הם פשוט גוון עורם ושערם השחור. אני מזכיר לכם שזה חושך מוחלט.

הנשק הזה הוא נשק שהיה דרוך למעשה מאיזה שהוא שלב לאחר האירוע של הריגת הכלבים. כי הוא נשק שהוא

היה פגום, אי אפשר היה לטעון אותו ... השתמשתי במברג וטענתי אותו פעם אחת וכך הוא היה איתי לאורך כל התקופה הזאת טעון, היו בו מספר כדורים... כך שהוא היה טעון ... הוא היה נצור....

ניסיתי לירות באוויר אחרי שקראתי לעברם ועוד הפתעה בדרך מלאת ההפתעות הזאת הייתה שהנשק לא ירה, בשלב הזה הם גם צעקו לי משהו והם פנו לעברי, כאשר נראה לי שהם סוגרים עליי על מנת לתקוף אותי ואני עם הנשק הזה פתאום חסר אונים עוד הרבה יותר ממה שהייתי קודם, מנסה, זה הכל הרף עין אחד, מנסה ברגעים האלה לראות מה קורה עם הנשק, מכונן אותו כלפי מטה ואז השתחררה ירייה כנראה שהמעצור הזה אחרי ששיחקתי כמה פעמים עם הנצרה הזאת קדימה ואחורה וגם בשני המצבים הנשק לא ירה. הורדתי את זה הסתכלתי עליו ואז השתחרר המעצור שהיה בנשק הזה ובאותו הרף יריתי את אותם יריות שיריתי באירוע הזה אל מול אותם אנשים שבאו לקראתי. ..."(הדגשות שלי – ר.ב. [ראה עמ' 188-186 לפרוטוקול])

בחקירה נגדית נשאל הנאשם מדוע לא הזעיק עזרה ומדוע לא נעזר באמצעים שהיו ברשותו כמו למשל להעיר את דיירי החווה או להביא את מכשיר הטלפון שלו מחדרו כדי להזעיק עזרה ומדוע התעקש לצאת אל מול הפורצים ולהתעמת איתם ולא בחר לירות באוויר בניסיון להבריא אותם ממקום המסתור בו היה, מאחורי הקרוואן. הנאשם הסביר כי ידע שלא יוכל לסכן את אמו הקשישה ואת הנערים הקטינים ששהו במכולה בסמוך לשער באותה עת, הגם שלא אחת השאיר אותם לבד אבל הוא לא היה מעוניין להכניס אותם לאירוע הזה ולכן לא קרא לעזרתם.(עמ' 215 לפרוטוקול)

כאשר הקשה עליו ב"כ המאשימה ושאל אותו אם רצה לתפוס את הפורצים השיב הנאשם שלא אולם לא הכחיש את הדברים אותם מסר באמרתו - ת/11 ש' 93-89 - שם אמר את הדברים הבאים: "היו שם שלושה קטינים...לנושא שמירת החווה הם נתבקשו על ידי להישאר ערים בשעות שאני נעדר. נוסף לזאת הפניתי אותם למוט ברזל שאיתו הם נתבקשו לשבור את רגליו של כל פורץ שימצאו בתוך הדיר. לצורך העניין השמירה בדיר הייתה עניין הרתעת, אבל אם הייתה נופלת באפשרותי לתפוס גנב על חם לא הייתי בורח ממציאות זו".

לשאלותיו הנוקבות של ב"כ המאשימה מדוע לא העיר את השוהים בחווה בצעקות והבריא את הפורצים השיב כי ביקש להתמודד עימם באופן אישי ישיר מבלי לסכן את הנערים ששהו בחווה. (ראה עדותו עמ' 218 לפרוטוקול).

אשר לרגע בו עמד מול השער אישר הנאשם כי הבחין למולו בארבעת הדמויות הפורצות את השער, כשפניהן אל השער וכי המרחק ביניהם היה כ- 3-5 מטרים. לדבריו, כאשר הניף את הרובה וקרא אל עבר הפורצים הם הסתובבו, פנו לעברו וגם צעקו כשאחד מהם אוחז במספרי הברזל בידיו. לדבריו, באותו רגע חש כי סכנה ממשית נשקפת לחייו ולכן ביקש לבצע ירי. (ראה עמ' 223 לפרוטוקול)

משנכח במעצור ברובה הוריד את הרובה וכיוון אותו ארצה, אז נפלטה יריה שלאחריה הרים מיד את הרובה והמשיך בירי אל עבר הדמויות שבאו מולו. לנוכח חקירתו הנוקבת של התובע, עת עומת עם העובדה כי הנפגעים נפגעו מירי בגבם, הסביר הנאשם כי בעת שהרים את קנה הרובה וביצע את רצף הירי של חמשת הקליעים, שניים מתוך הארבעה החלו כנראה בבריחה והשניים האחרים היו עוד עם הפנים אליו ומיד לאחר מכן החלו אף הם בבריחה.

הנאשם חזר והדגיש את רצף הירי של ששת הקליעים ואת הרף האירוע שמבחינתו היה מהיר ביותר – כדבריו: "כנהרף עין". הירי אל עבר הקרקע שמיד לאחריה הרים את קנה הרובה והפנה אותו אל הדמויות שבה בעת כבר הפנו גבם אליו

והחלו בבריחה, כשהכל מבחינתו היה בהרף אחד של שניות בודדות.

כך הסביר כי בעת הירי עצמו החזיק את הרובה באזור החזה וכשנשאל לגבי הלחיצה על ההדק הסביר: "העצר משתחרר ואז הנשק מתחיל לירות".

בהמשך כאשר נשאל: "לחצת כמה פעמים?"

השיב: "ברגע שהאיום הזה היה בפניי ואחרי שהשתחרר כדור אחד, יריתי על מנת להרתיע את האנשים שהיו מולי.

ש: כדור ראשון אתה מסכים איתי שזה היה פליטה, זה לא היה צפוי.

ת: כן. כן.

ש: אתה מתעסק עם הנשק והנשק מכוון לאדמה או מכוון אליהם בשלב הזה?

ת: כן..

... מכוון לגובה הזה שתיארתי

ש: מכוון אליהם?

ת: מכוון ...

ש: לאיזה גובה הנשק היה מכוון?..

ת: של הדוכן... הייתי עסוק בו אבל זה היה פחות או יותר לכיוון שלהם, כשהם באים לכיוון שלי.

ש: כשהם באים לכיוון שלך והנשק מכוון, ואז למעשה ירייה ראשונה בעצם נפלטת, כלומר אתה לא מכוון ורואה לאן אתה רואה, נכון?

ת: נכון.

ש: ירייה שנייה עד שש זה יריות שנורות מתוך מטרה לירות. מתוך ידיעה שהנשק עובד.

ת: כן.

ש: וביריות האלה אתה לא יורה באוויר

ת: לא

ש: אתה לא יורה על הרצפה, אתה יורה עליהם.

ת: לא, אני יורה לכיוון פלג תחתון, למטה.

ש: מתוך מטרה לפגוע בפלג גוף תחתון שלהם

ת: מתוך מטרה להרחיק אותם ממני. כי ההרתעה שהיתה-

ש: שמה? שאתה צועק זה לא הרתיע אותם. אבל הנשק יורה עכשיו פעם ראשונה.

ת: נכון, ההרתעה שניסיתי ליצור לא עבדה ולכן כבר הייתי במצב של סכנת חיים.

ש: ולכן הרגשת שאתה במצב של סכנת חיים כי בכל זאת הם באים אליך, ואז אתה מחליט לירות אליהם לפלג

גוף תחתון.

ת: נכון...

ש: בשלב הזה מה עושים ארבעת החברה? כשאתה יורה בהם הכדור הראשון אתה לא רואה, הכדור השני עד השישי- מה הם עושים? עם הפנים אליך? מסתובבים?

ת: מסתובבים.

ש: מסתובבים. כל הארבעה מסתובבים?

ת: אם אני מיטיב לדייק שניים היו שהסתובבו קודם ואחר כך אלה שהיו לפניי הסתובבו חצי גם כן וברחו...

...פנו אל עבר החשיכה.....

ש: אז הייתי מצפה לראות את הפגיעות בצד שמאל שלהם...

ת: אני לא יודע אולי זה אני לא מודד לך את התפנית...

ש: הם פנו ב- 90 מעלות אליך

כב' השופט פלפל: אם הם פנו לברוח למה ירית?

הנאשם: אני יריתי כשהם היו מולי.

כב' השופט פלפל: אתה אומר שהם פנו לברוח ואז ירית.

הנאשם: לא, אני יריתי ואז הם פנו לברוח, ומתוך הרגע הזה יריתי את אותו צרור עוקב על מנת להבריח אותם

לגמרי מעליי."

(עמ' 221-229 לפרוטוקול)

הנאשם אישר בדיעבד כי היה ביריה הראשונה כדי להדוף את ההתקדמות של הפורצים לעברו אולם, הוא חזר והדגיש כי כל הירי בוצע בהרף אחד, כמטח אחד, מתוך אותה תחושת האיום שליוותה אותו. (ראה עמ' 242 לפרוטוקול). כך, בהמשך החקירה, לשאלה למה המשיך לירות בעת שראה שהם בורחים מעליו, הסביר הנאשם כי: "כל האירוע הזה זה אירוע בלחץ כבד, בחושך" – (עמ' 238 לפרוטוקול וכן עמ' 243 לפרוטוקול) "הכל היה כהרף עין אחד" (עמ' 242 לפרוטוקול ועמ' 248 לפרוטוקול).

אשר לרצף הירי לא ידע הנאשם לומר בוודאות אם שוחרר הירי בצרור אחד או שמא היה זה ירי בודד והניח כי לא היה זה ירי בצרור (ראה דברי הנאשם בעמ' 225 לפרוטוקול).

עוד אישר הנאשם כי ביצע את חמשת היריות - היריות השניה עד השישית - מתוך ידיעה שהנשק עובד כשהוא יורה לטענתו לעבר פלג גופם התחתון של הפורצים תחת תחושת הסכנה בה היה נתון ומתוך מטרה להרחיק אותם מעליו (ראה עמ' 226 לפרוטוקול).

הנאשם עמד על כך שהירי בוצע מגובה החזה ולא ידע ליתן הסבר לפשר העובדה כי הפגיעות בגופם של הפורצים

הנפגעים היה בחלק גופם האחורי בזווית כניסה מלמטה למעלה, דהיינו כי מיקום הנשק היה נמוך יותר ממיקום הפגיעות. אולם, יאמר כבר עתה כי זווית הפגיעה בגופם של הנפגעים אין בה כדי לבסס קביעה קטגורית, כפי שביקשה המאשימה לקבוע, כי הנאשם ביצע את הירי כשהוא רוכן אל מול הבורחים זאת מכיוון שאין לפסול את האפשרות כי ברחו בריצה כפופה.

15. עדות מומחה ההגנה – ליאור נדיבי

ליאור נדיבי, איש משטרה בדימוס, לשעבר ראש מחלק זיהוי פלילי במרחב ציון בירושלים וכן שימש בעבר קצין מעבדת נשק במז"פ במטה הארצי, ערך חוות דעת מטעם ההגנה ביחס לממצאי הזירה וממצאי הנשק (נ/40)

מר נדיבי ביקר את העובדה כי הרובה פורק בזירת האירוע ולא על ידי מעבדת הנשק.

עוד ציין כי לא ניתן להסתמך על מיקומם של התרמילים בזירה בלבד כדי לעמוד על מיקומו המדויק של היריה, כפי שטען מומחה התביעה, מר אביגדורי.

אשר למיקומו האפשרי של הנאשם בעת ביצוע הירי העלה מר נדיבי את האפשרות כי הנאשם עמד משמאל לשער כאשר כיוון הירי היה במקביל לגדר, בכיוון דרום מערב, בדומה לגרסתו המאוחרת של הנאשם, וכי שלושה תרמילים פגעו בגדר וניתזו אחורה ועוד שלושה תרמילים פגעו בגדר נתזו ממנה ונפלו על ערימת הפחים המשופעת למרגלות הגדר והתגלגלו עד לתחתית הערימה.

נדיבי הוסיף וציין בחוות דעתו כי ניתן לבצע באמצעות הרובה הנדון **ירי רצוף של 6 כדורים במשך שניה וחצי** וכי בניסוי נוסף ארך **משך הירי של 6 כדורים 1.38 שניות**. עוד ציין בחוות דעתו כי יש להסיק את המסקנה כי הירי שביצע הנאשם, אל עבר הנפגעים, היה רצוף לנוכח מקבץ התרמילים בזירה ובגופם של הנפגעים, מקבץ צפוף למדי, בהתחשב בחשיכה ששררה במקום.

-

16. סיכום ממצאים וקביעות עובדתיות

אציין כי עדותו של הנאשם בכללותה נמצאה מהימנה עלי. המדובר בחקלאי חרוץ ונחוש אשר בחר להתיישב בחבל ארץ מדברי יפה זה אך, קשה הן מבחינה גיאוגרפית אקלימית והן מבחינת הסביבה האנושית המקיפה חבל ארץ זה. כך מצא עצמו הנאשם, כמו גם שכניו החוואים באיזור, חשופים למכת אלימות של פורעים - פורצים ושוודדים - המנצלים את חשכת הליל ואת בדידותן וריחוקן של החוות החקלאיות ממרכזי אוכלוסין ובוזזים את רכושם של אותם חקלאים המבקשים לקיים עצמם בכבוד מעמל כפיהם, מכת אלימות עמה נדרש הנאשם להתמודד לאורך השנים.

הנאשם נדרש להתמודד אפוא לא רק עם פגעי הטבע כי אם גם עם יצרו הרע של טבע האדם, של אותם פורעים אשר ביקשו לגזול ולבזוז את רכושו. אין ספק כי חוסנו הנפשי וחזונו ההתיישבותי הם אלה אשר החזיקו אותו וממשיכים להחזיק אותו במקום. אחרים, כדוגמת אותו רועה צאן שעבד עימו ואשר עזב את החווה לאחר שנחשף לאירוע אלימות, היו מוותרים ונוטשים את המקום.

ואכן, כעולה מן העדויות והממצאים אשר נמצאו בזירת האירוע סבל הנאשם מאירועי ביזה וגניבות קשים. אירועים בהם לא בחלו הפורצים אף לפגוע בחיי כלביו, אשר הוחזקו כאמצעי הרתעה, בדרך אכזרית ביותר והיא הרעלתם למוות והכול כדי להשתיקם ולקדם את מטרתם הנלוזה והיא גניבת רכושו. כך, כחודש עובר לאירוע הנדון הורעלו למוות חמשת כלביו של הנאשם וכך גם בליל האירוע הנדון בו הורעלו למוות כלבו יחידו, על מנת לקדם את הפריצה לחצריו ללא מפריע.

אלא, שהפעם חיכה להם הנאשם, אשר צפה את הגעתם, לאור ניסיונות הפריצה לחווה ימים ספורים קודם לכן, כשהוא ערוך ומוכן להתמודד עימם בניסיון להגן על רכושו.

לכל אלה התווספה תחושת אוזלת ידה של הרשות האוכפת והצורך המיידית הטבעי והקיומי שגילה הנאשם כדי להגן על רכושו - קניינו. כאן, באותו חסר בנוכחותה ויכולתה של המדינה להגן על רכושו נדרש הוא לעשות מעשה ולהגן על קניינו.

משהתעורר לשמע קולות נביחה מוזרים של כלבו, אשר התנהגותו המוזרה עוררה את חשדו כי הורעל ומשיצא ונוכח במספרי הברזל התלויים על מנעול שער הדיר והבין כי הפורצים בסביבה וכי סביר להניח כי יחזרו להשלים את מלאכתם, התחבא הנאשם מאחורי הטרקטור שעמד בסמוך למכולה, ליד שער הדיר וכאשר שמע את קול ניפוץ המנעול יצא ממקום מחבואו, רץ לכיוון השער ועמד עם רובה בידו אל מול ארבעת הדמויות - רעולות הפנים - כשהוא צועק לעברם ומנסה לבצע ירי באוויר, על מנת להבריחם.

גרסת הנאשם כי לא הצליח לבצע את הירי באוויר, כפי שביקש לעשות, עקב מעצור בנשק וכי רק לאחר שהוריד את נשקו וכיוון את הקנה ארצה בניסיון לבצע ירי נפלט כדור אחד, נמצאה מהימנה עלי. כך גם באשר לגרסתו כי לשמע קריאתו הסתובבו כל הארבעה בצעקה לעברו כשאחד מהם אחז בידיו את מספרי הברזל. חיזוק לדברי הנאשם בנקודה זו נמצא בעובדה שמספרים אלו נמצאו בזירה מונחים על הקרקע בסמוך לשער, במסלול הימלטות הפורצים.

כך גם סבורה אני כי ברגע זה של עימות עם הפורצים נשקפה סכנה ממשית ומוחשית לחייו של הנאשם. אמנם, לא נמצא הנאשם במצב של תקיפה ישירה כלפיו אך בנסיבות בהן נוכח לדעת כי הוא נדרש להתמודד לבדו אל מול ארבעה פורצים, כשאחד מהם אחז במספרי הברזל בידיו ומבלי לדעת במה אוחזים האחרים באמתחתם, כששניים מהם עוטים כאפיות לראשם וצועקים לעברו ובהתחשב באירועים אלימים קודמים שחווה ואשר אירעו בסביבתו, הרי שהן ברמה הסובייקטיבית והן ברמה האובייקטיבית יש לקבוע כי אכן היה הוא במצב של סכנה מיידית אפשרית לחייו. אפשרות ממשית אותה המאשימה לא סטרה.

אשר לירי עצמו – בחינת גרסאותיו של הנאשם מצביעה אמנם, על אי דיוקים כאשר התבקש להסביר את מיקומו המדויק בעת ביצוע הירי. כך, בעוד שבאמרתו השלישית (ת/11) טען הנאשם כי ירה אל עבר הפורצים כאשר עמד בקצה המכולה ובהמשך אותה אמרה טען כי יצא אל השער ובעת שעמד אל מול ארבעת הדמויות, בניצב לשער, ביצע את רצף הירי הנוסף אל עבר הדמויות שפנו אליו, הרי שבשחזור (ת/10ב) ובשחזור המתעד את ביקור בית המשפט בזירת האירוע, מיום 25.12.08 (ת/33), כמו גם בעדותו בבית המשפט סיפר כי ביצע את הירי עת עמד אל מול השער ואולי אף דרומית לו, כשהוא מכוון את הנשק לכיוון דרום, משמאל ובמקביל לשער, לכיוון בריחתם, כשאין הוא פוסל אפשרות שביצע צעד או שניים לכיוון בריחתם של הפורצים.

אולם, חוסר הדיוק בגרסאותיו של הנאשם באשר לפעולות שביצע ברגע הירי, עליו עמדה המאשימה בסיכומי טענותיה, אין בו כדי להצביע על חוסר מהימנותו של הנאשם כי אם על קשיים אובייקטיביים אמיתיים, הנובעים ממורכבותו של הזיכרון האנושי, עת נדרש הוא לשחזר ולזכור את מהלכו של אירוע טראומתי ומהיר, על פרטיו ובפרט את אירוע הירי, אשר ארע בתוך זמן כה קצר כשהאימה מלווה אותו. לא אחת למדנו כי ככל שמדובר באירוע מהיר ומאיים כך מתגבר הקושי לשחזר את האירוע לפרטי פרטיו.

מן האמור ניתן לקבוע כי, מיד לאחר שנפלט הכדור הראשון מהרובה לכיוון הקרקע, הרים הנאשם מיד את הרובה והמשיך בירי רציף של חמישה קליעים נוספים, הפעם אל עבר הפורצים אשר שמעו את הירי והחלו להימלט מן המקום. כך נמצא כי לפחות שניים מתוך ארבעת הפורצים, איוב והמנוח, ברחו לכיוון דרום, לאורך הגדר לכיוון הוואדי ונפגעו מן הירי.

ברי כי כיוון הירי היה דרומה במקביל לגדר ולא לכיוון השער או לכיוון הגדר, במאונך להם. קביעה זו, בה הודה הנאשם, תואמת את הממצאים בזירה, מיקום התרמילים בזירה, אשר נמצאו לאורך הגדר במסלול בריחתם של השניים המנוח ואיוב. כמו גם תואמת את מיקום הפגיעות בנפגעים. שכן, אין חולק כי חמשת הקליעים – שניים במנוח ושלושה באיוב, פגעו בחלק האחורי של גופם. (ראה חוות הדעת ועדותם של המומחים – מומחה התביעה מר אביגדורי ומומחה ההגנה – מר נדיבי)

אמנם, לא ניתן לקבוע בוודאות את המיקום בו עמד הנאשם בעת ביצוע הירי, על בסיס מיקומם של מקבצי התרמילים שנמצאו בזירה, כפי שציין מומחה מז"פ מר דורון אביגדורי ומומחה ההגנה מר נדיבי ובהתאם גם לא ניתן לקבוע בוודאות כי הנאשם ביצע את הירי תוך כדי ריצה אחר הבורחים כמי שביקש את נפשם, כפי שביקשה התביעה להוכיח. אולם, אין לפסול את האפשרות כי הנאשם אכן ביצע צעד או שניים בכיוון בריחתם של הפורצים בעת הירי, משמאל לגדר, אפשרות אותה לא פסל הנאשם בעצמו בעדותו במהלך השחזור שעשה (ת/10ב).

אף ב"כ הנאשם, בסיכומי טענותיו, דבק בגרסה לפיה ביצע הנאשם את הירי כשהוא עומד אל מול השער או אף משמאל לשער, לכיוון דרום ומכוון את הרובה לכיוון דרום, במקביל לשער, בכיוון בריחתם של הפורצים, מבלי שפסל אפשרות כי הנאשם ביצע מספר צעדים בכיוון מסלול בריחתם של הפורצים.

לאור כל האמור לעיל, ראיתי לנכון לקבוע כי ירי ראשון ביצע הנאשם לכיוון הקרקע והמשכו של הירי, של כל חמשת הקליעים הנוספים בוצע לא בניצב לשער, אל עבר הפורצים אשר פנו אליו, כפי שטען תחילה, כי אם במקביל לקו השער והגדר, לכיוון דרום, כיוון בריחתם של הפורצים, כשהנפגעים החלו במנוסה ואף תוך כדי תנועה קלה, של צעד שניים, אחריהם.

כן נמצא כי הנאשם ירה ששה כדורים מתוכם חמישה קליעים פגעו בנפגעים – פגיעה אחת בירך של המנוח וכל השאר בפלג גופם העליון של הנפגעים, מאמצע הגב ועד מעל לישבן כשהירי בוצע ממרחק של לפחות מעל 2 מטר. (בהעדר סימני ירי קרובים על גופם של הנפגעים ובהתחשב באורך הרובה).

כפי שצינתי לעיל, העובדה כי פצעי הירי בגופם של הנפגעים, מלמדים על זווית פגיעה מלמטה למעלה אין בה כדי להעיד בוודאות כי הנאשם ביצע את הירי מנקודת עמידה נמוכה ולא מגובה חזה כפי שטען, שכן, אין לפסול את האפשרות כי הנפגעים נמלטו בריצה שפופה כדי להימנע מפגיעות באופן אשר יש בו כדי לשנות את זוויות הפגיעה והיציאה של הקליעים בגופם.

אשר לרצף הירי מהימנה עלי גרסתו של הנאשם כי ביצע ירי רציף של ששת הקליעים, האחד אל הקרקע ויתר החמישה

לעברם של הפורצים וכי בלחץ האירוע והאימה שאחזה בו הכל היה מבחינתו כהרף עין. כך גם סיפר איוב. דברים המקבלים עיגון מדעי לנוכח מקבץ הכדורים בגופם של הנפגעים, המלמד על ירי מהיר מטווח קצר ולנוכח עדותו של מומחה ההגנה מר נדיבי, לפיו ירי רציף של שישה כדורים ברובה הנדון עשוי לקחת בין שניה וחצי ל- 1.38 שניה בלבד. קביעה אשר לא נסתרה על ידי המאשימה.

יוצא אפוא כי ירי של חמישה כדורים יהיה אף קצר יותר בזמן.

מעבר לאמור לעיל, אין לפסול את האפשרות אותה עורר הנאשם ועליה לא חלק המומחה לירי מטעם התביעה, מר סילוורוטר, כי בנשק אירעה תקלה אשר הביאה לירי רציף של צרור כדורים, כשהנאשם לוחץ ממושכות על ההדק, דבר העשוי אף לקצר את משך זמן הירי מזה שמדד מר נדיבי (1.38 שניה בבודדת).

אמנם הנאשם בכנות רבה השיב לשאלת התובע כי אינו חושב שזה היה המקרה אך בהתחשב בעובדה כי המאשימה גרמה לנאשם לנזק ראייתי, עת פורק הרובה בזירת האירוע ולא במעבדה לכלי נשק, באופן אשר שלל מן הנאשם להוכיח מדעית את דבר המעצור ברובה ואולי אף תקלה אשר הביאה לירי רציף בצרור, אפשרות אשר כאמור לא נשללה על ידי מומחה התביעה, יש לקבוע כי עובדתית אפשרות לתקלה שכזו בנשק היתה קיימת והביאה לירי אוטומטי רציף של חמישה קליעים.

מן האמור לעיל, ניתן להסיק כי משך האירוע, מרגע המפגש של הנאשם עם חבורת הפורצים, ליד שער החצר, ועד סיום הירי ארך שניות בודדות. היו אלה שניות בהן היה הנאשם אחוז אימה ופחד כשהוא מבין, לאחר שכשל לירות באויר, כי חיו בסכנה מיידית לנוכח ארבעת הפורצים הניצבים מולו, כשבידי לפחות אחד מהם מצוי כלי נשק- מספרי ברזל- וכי לשמע קריאתו פנו אליו כולם, ולנוכח ניסיון העבר שלו עם פריצות אלימות שארעו בחווה ובסביבתה.

או אז, הפנה את הרובה שלו אל הקרקע, נפלטה יריה ובהמשכה, באותו רצף ירי, הרים את הרובה וכשהוא סבור שהסכנה עוד קיימת, המשיך בירי רציף של עוד 5 קליעים, ירי אשר אין לפסול לגביו את האפשרות כי נעשה "בצרור" וגם אם נעשה ב"בודדות" ארך פחות משניה וחצי, כ - 1.38 שניות בלבד.

ממצא זה גם מסביר את המקבץ הצפוף בירי בנפגעים, ירי אשר סביר להניח כי היה ממרחק לא גדול אך לפחות ממרחק של שני מטר.

כך גם אין ספק כי לאחר ששמע הנאשם את קולות הזעקה של הפצועים גילה הוא אנושיות רבה כאשר אף להזעיק עזרה והושיט להם טיפול ראשוני.

17. הגנה עצמית לנאשם?

בהינתן הקביעות העובדתיות לעיל, ובהתייחס לרקע המשפטי בסוגיה דנן, עומדת להכרעה השאלה והיא האם יכול הנאשם להנות מסייג לאחריות בפלילים בדמות הגנה על בית מגורים הנטענת, מכוח הוראת סעיף 34 י' לחוק העונשין, הגנה אשר יש בה כדי להעניק הגנה רחבה יותר למבקש לחסות בצילה מזו של הגנה עצמית לפי סעיף 34 י' לחוק העונשין.

בפן העובדתי אין חולק כי בנסיבות דנן התקיים ניסיון לפרוץ לחווה המגודרת של הנאשם, העונה על הגדרה של משק חקלאי, בכוונה לבצע עבירה – גניבת העדר. אין צורך כי הפרוץ ימצא בתוך חצריו של הנאשם כדי שהגנה זו תחול לנוכח נוסח ההוראה המקיים תחולה של ההגנה גם בנסיבות של ניסיון פריצה. לפיכך, העובדה כי האירוע היה בפתח שער החווה החקלאית של הנאשם ולא בתוכה אין בה כדי לשלול את דבר תחולת ההגנה, על פי הגדרתה.

גם אין חולק כי הנאשם לא הביא בהתנהגותו הפסולה להתפרצות הנדונה.

השאלות שתעמודנה לדיון לשם הכרעה בשאלת תחולת הסייג לאחריות בפלילים בנסיבות דנן הן: **האם הירי היה דרוש מיידית להדיפת הפורצים? האם הייתה נחיצות בירי והאם הירי, כפי שנעשה, לא היה בלתי סביר בעליל?**

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

מלאכה זו תעשה מבלי שננתק עצמנו ממציות החיים בחווה, מן אותם רגעי הפחד והאימה אשר קננו בליבו ונפשו של הנאשם, אשר ביקש להגן על קניינו מפני אותם בוזזים אשר חזרו והדירו את מנוחתו ואשר אף העמידו אותו בסכנת חיים.

ולבחינת התנאים –

מיידיות - גם על פי ההגנה החדשה, הגנת בית מגורים, על מנת שמעשה ההתגוננות יחסה תחת הסייג לאחריות על הטוען לו להצביע כי המעשה היה דרוש באופן מיידית על מנת להדוף את הפריצה וייפסק משאינו נדרש עוד להשגת מטרה זו. עם זאת, אין לדרוש מהמונתקף שימתין לתקיפתו ורק אז יפעל כנגד התוקף. נדרש כי הנסיבות תהיינה מצב של חירום או בנסיבות של התגוננות מונעת במובן זה שמלמדות הנסיבות כי ניסיון הפריצה מתרחש ובוודאי כאשר הפריצה עצמה מתרחשת לביתו ולרכושו.

בנסיבות דנן, על פי העובדות שנקבעו לעיל ובהתאם לדין החדש, אין ספק כי בשלב הראשון של האירוע, עת הבין הנאשם כי נשקפת סכנה מוחשית לרכושו קמה לו הלגיטימציה המלאה לעשות מעשה מידי כדי להדוף את הפורצים. על אחת כמה וכמה כאשר נוכח הוא בשלב השני של האירוע, עת פגש בפורצים בשער ונוכח לדעת כי מדובר בחבורה המונה ארבעה פורצים וכי אחד מהם אוחד במספרי ברזל גדולים, המהווים כלי נשק לכל דבר ועניין והבין כי קיימת סכנה ממשית לחייו.

יאמר אפוא כי בנסיבות דנן בהן ברור היה לנאשם כי הפורצים נמצאים בחווה וכי בתוך השניות הקרובות עומד להיגנב עדר הצאן מן המכלאה, עמדה לנאשם הזכות לפעול מיידית כדי למנוע את הפריצה למשקו ואין לדרוש ממנו כי יסוג חזרה לביתו כדי להזעיק את עזרת המשטרה או עזרת השוהים בחווה, מה גם שעזרת השוהים בחווה לא הייתה יכולה להיות מהותית ורלבנטית מאחר ושהו באותה עת בחווה קטינים ואמו המבוגרת, בת ה-75 ועזרת המשטרה לא הייתה יכולה להיות אפקטיבית, בנסיבות העניין, לאור חוסר זמינותה אל מקום מגוריו בחווה והחשש כי עד שיגיעו יגברו עליו הפורצים וישלימו מזימתם.

במבחן הנחיצות האיכותית – תשאל השאלה האם עמדו בפני הנאשם אפשרויות אחרות להדוף את מעשה הפריצה או למנוע את הרעה, זולת השימוש ברובה? והכול בהתחשב במצוקה בה היה נתון במהלך האירוע. כן תבחן השאלה, במבחן הנחיצות הכמותית, האם היה באפשרותו של הנאשם להגן על עצמו בדרך שהפגיעה בפורצים תהיה פחותה מזו שארעה בפועל. דהיינו, קשורה למידת הכוח שיש להפעיל כנגד התוקף והיא שלובה במסגרת דרישת הסבירות.

כפי שכבר עמדתי על הדברים באריכות כמפורט לעיל, על פי התיקון לחוק העונשין המסדיר את "הגנת בית מגורים", לא חלה על הנאשם החובה לסגת מביתו והוא היה רשאי להדוף את הפורצים מביתו. המחוקק, בהוראת סעיף 134 לחוק העונשין (הגנת בית מגורים), לא רק שביקש להעצים את זכותו של אדם לקניינו בביתו ובהתאם, הכיר בזכותו של אדם שלא לסגת מביתו בעת מעשה הפריצה, כי אם הוסיף והכיר בזכותו של אדם לעשות מעשה הנחוץ מיידית כדי להדוף את הפורץ או המנסה לפרוץ לביתו ובלבד שהמעשה לא יהיה בלתי סביר בעליל.

משכך, ומשנתתי את הדעת למצוקה שבה היה נתון הנאשם במהלך האירוע, עת הבין כי גניבה עומדת להתרחש ברגעים הקרובים בחצריו ועל רקע אירועי האלימות שחוה בעבר והידיעה כי לא יזכה לסיוע מיידית, סבורה אני כי לא עמדה לנאשם כל אפשרות אחרת מלבד האפשרות לפעול מיידית, אף תוך שימוש בכוח כנגד הפורצים. יציאתו ממקום מחבוא אל השער כדי לעצור את הפורצים מלפרוץ את השער ולגנוב את העדר הייתה אפוא הכרחית ומוצדקת.

סוגיית הנחיצות הכמותית – המשתלבת במידת מה עם יסוד הסבירות והפרופורציה מעוררת את השאלה האם עמדו בפני הנאשם אפשרויות אחרות להדוף את התוקף בדרך שאינה שימוש בכוח? או האם הייתה עליו חובה לנקוט באמצעים אחרים פחותים בעוצמתם וכוחניותם משימוש ברובה?

כפי שקבעתי לעיל, הנאשם יצא ממקום מחבוא רק כאשר שמע את רעש חיתוך מנעול השער. אז, הבין כי חייב הוא לעשות מעשה כדי להדוף את הפורצים, אשר הגיעו לחצריו בכוונה לבזוז את רכושו. לנוכח חוויות העבר בהן התמודד עם אלימות קשה, פריצות וביזה של רכושו בחווה, בהתחשב בנסיבות בהן הורעלו כלביו ובפרט לנוכח העובדה כי חוואי אחר אותו הכיר מצא את מותו בנסיבות דומות, הבין הנאשם כי חיו עלולים להימצא בסכנה ממשית, אם יידרש להתעמת עם הפורצים ועל כן היציאה ממקום המחבוא אל עבר הפורצים כשהוא מבקש לבצע ירי באוויר באמצעות הרובה, כאמצעי הרתעה, היה שימוש סביר ומתבקש באותה מציאות. דברים אלה מקבלים משנה תוקף לנוכח העובדה כי בעת שיצא בריצה ממקום מחבוא, אל עבר השער, שם נתקל בארבעה פורצים אשר למשמע קריאותיו לפחות שניים מהם פנו אליו, כשאחד מהם אחז בידיו במספרים, נסיבות המגלמות בפן האובייקטיבי סיטואציה של אפשרות ממשית לסכנת חיים לנאשם.

גם לאחר שנוכח כי קיים מעצור בנשק ולכן נאלץ לבצע ירי לכיוון הקרקע היה בכך משום הסביר כדי להדוף את הפורצים.

השאלה המכרעת נוגעת להמשך הירי אל עבר הנפגעים. גם אם הייתה הצדקה בנסיבות העניין להדוף את הפורצים, בנסיבות המיוחדות של העניין, בדרך של ביצוע ירי באוויר או ירי לכיוון הקרקע, באמצעות כלי נשק חם, עומדת להכרעה שאלת סבירות המעשה ככל שהיא נוגעת להמשך הירי, ירי של חמישה קליעים, אל עבר הפורצים אשר בשלב זה החלו להימלט.

האם המשכו של הירי היה בבחינת מעשה בלתי סביר בעליל?

על מבחן הסבירות "הרגיל" המוכר מסייג "ההגנה העצמית", מבחן אשר נאמד בפרן האובייקטיבי ועיצב הגדרתו על ידי בית המשפט לאורך שנים ארוכות של פסיקה, נאמר כי תנאי זה מתמקד בהבטחה כי מעשה ההתגוננות לא יגרום רעה גדולה יותר מזו שהמתגונן ביקש למנוע. עם זאת, ייתכנו נסיבות בהן הפגיעה בתוקף, במסגרת ההתגוננות, תהיה חמורה מן הסיכון שפגיעה זו נועדה למנוע, במובן זה שיסוד הפרופורציה אינו מחייב שקילות מוחלטת. במילים אחרות, גם אם עוצמת התגובה חמורה מזו שהיא נועדה למנוע עדיין צריכה התגובה להיות סבירה לשם הדיפת ההתקפה. לפיכך, כרוכים תנאי הפרופורציה והסבירות זה בזה ובהקשר בחינתם נלקחים בחשבון סוג הכוח בו נוקטים הצדדים ואופיו, טיב השימוש בכוח ואופיו, ריבוי התוקפים, התנהגותו האלימה בעבר של התוקף תוך התחשבות בנסיבות הספציפיות של המקרה לרבות מצב הלחץ והמצוקה שבו נתון המותקף. (ראה ע"פ 1520/97 **חדד נ' מדינת ישראל**, פ"ד נה(2) 352)

מבחנים אלה לשם קביעת הסבירות שרירים וקיימים גם במסגרת הסייג לאחריות על פי ההגנה החדשה של "הגנת בית מגורים" כשהשוני היחיד הוא גובה הרף על פיו תבחן הסבירות שבמעשים.

הסבירות – מושג הנמנה על שורת המושגים העמומים המעניקים לבית המשפט את האפשרות לצקת לתוכם את התוכן הנורמטיבי הראוי בהתאם למקום ולעניין. יחד עם זאת, במסגרת אותה עמימות התווה בית המשפט לאורך שנות המשפט משטר וקווים מנחים באשר לפשרו של מושג זה.

על פי ההגנה החדשה החלה בנדון, עת הורד רף "מבחן הסבירות" לרף נמוך יותר והוא מבחן ה"בלתי סביר בעליל", גילה בכך המחוקק דעתו כי יש להעביר את נקודת האיזון בממד האיזונים לטובת נסיבותיו הסובייקטיביות של המתגונן בעת האירוע.

במילים אחרות, אם גבולותיה של "הסבירות הרגילה" נקבעים על סמך המבחן האובייקטיבי אותו מתווה בית המשפט תוך התחשבות בנסיבות הקונקרטיות של המקרה, שבגדרן נותן הוא את הדעת למצב הלחץ והמצוקה שבו נתון המותקף, אך מבלי להתחשב בתחושות הסובייקטיביות של המותקף כפי שתרגם את הסכנה בפניה עמד (ראה ע"פ 4785/90 **ג'ברין נ' מדינת ישראל**, פ"ד מט(5) 221, 228), הרי שמבחן "הבלתי סביר בעליל", הגם שאף הוא גבולותיו נקבעים בכלים אובייקטיביים, על ידי בית המשפט, תוספת נקודת האיזון וינתן משקל משמעותי יותר לנסיבות הסובייקטיביות בהן מצא עצמו המותקף במהלך האירוע.

כך, יכול שימצא כי על פי מבחן הסבירות הרגיל לא תוכר פעולת ההגנה של המותקף כפעולה סבירה אולם, על פי המבחן החדש לא יראו בה כבלתי סבירה בעליל.

וחזרה לענייננו - כאמור, ראיתי לנכון להכיר בעובדה כי הנאשם לא רק נמצא בסכנה ממשית לרכושו, סכנה עליה גם לא חלקה המאשימה, אלא נמצא הוא בסכנה ממשית גם לגופו וחיייו בעת המפגש עם ארבעת הפורצים, אשר לפחות אחד מהם החזיק כלי נשק בידיו, זוג מספרי הברזל, במובן בו על פי המבחן האובייקטיבי קמה סכנה ממשית ומוחשית לגופו וחיייו של הנאשם.

לציון, כי בתחילת האירוע, כאשר יצא הנאשם ממקום מחבואו, לא פתח הוא בירי מכוון אל עבר השער, באופן המלמד על כי לא ביקש להסתער ללא אבחנה ולפגוע בפורצים אותם שמע מכוון השער, כי אם ביקש להרתיע ולהבריח אותם מעליו, כפי שאף סיפר. אך כאשר קרא לעברם והם הסתובבו ופנו אליו חש הוא בסכנה המיידית לחייו ופתח בירי.

נסיבות האירוע, כפי שקבעתי לעיל, מלמדות כי אין המדובר בנסיבות בהן ירה הנאשם את חמשת הקליעים אל עבר הפורצים כאשר הם נעים לכיוונו, כפי שטען תחילה, כי אם ירה ירה אחת לכיוון הקרקע – לאחר שכשל לירות באוויר ועת

ביקש לחלץ את הרובה מן המעצור- ומיד לאחר מכן ברצף אחד המשיך וירה מקבץ של חמישה קליעים, אל עבר הפורצים בעת שאלה החלו בבריחה.

כזכור, המדובר בנשק חצי אוטומטי במובן זה שכל לחיצה על ההדק מביאה לירי של כדור אחד. גם אם ארעה תקלה בנשק אשר הביאה למצב של ירי רציף, אפשרות אותה לא פסל מומחה התביעה מר סילוורוטר, אין חולק כי שחרור האצבע מן ההדק היה מביא להפסקת רצף הירי.

כיום, בתנאי מעבדה תשמע הטענה כי היה על הנאשם לשחרר את האצבע מההדק ולהפסיק את הירי מיד לאחר הירי אל הקרקע או לכל היותר, גם אם טעה לחשוב כי הסכנה עוד קיימת, להפסיק את הירי לאחר ירי של כדור אחד נוסף אל עבר הפורצים, שהחלו כאמור במנוסה, ולא להמשיך ולבצע ירי רציף של עוד 4 קליעים בגופם של הנפגעים באופן המלמד לכאורה כי ביקש לכלות בהם זעמו, עד אחרון הכדורים במחסנית, כפי שטענה התביעה.

כפי שנאמר קשה היא מלאכתו של בית המשפט הנדרש לנתח את האירוע "בתנאי מעבדה" ולקבוע מהו הרגע הנכון בו היה על הנאשם - המותקף לעצור את מעשה ההדיפה שלו, בטרם יהפוך למעשה תקיפה, עליו לא יזכה להגנה, והכול בשים לב למהירות בה התרחש האירוע, לתנאי הלחץ בהם היה נתון במהלך האירוע, תחושת האימה והפחד המשתק אשר אחזו בנאשם באותו רגע בו חש סכנה ממשית לחייו, אשר גרמו לו לשיתוק מחשבתי באותו הרף – של שניה וחצי - בו בוצע הירי הרציף והמהיר והכול על רקע הנסיבות ומהלך חייו במקום.

פיסית הייתה לנאשם אולי היכולת להרים את האצבע מההדק ולהפסיק את הירי. אולם, תחושת האימה והפחד אשר אחזו בו, גרמו לו לפעול במהירות רבה עד מאד כדי להבריח מעליו את הפורצים, אשר נוכחותם היוותה סכנה ממשית לחייו. גם המעצור בנשק, עת ביקש לבצע ירי באוויר, הוסיף למימד הפחד, אז הבין כי הנשק אינו אפקטיבי והחבורה שפנתה לעברו, כשאחד מהם אוחז במספרי ברזל בידו, אך חיזקה והגבירה את מימד הפחד.

מאותו רגע ניתן לומר כי הנאשם פעל בהרף אחד, שארץ פחות משניה וחצי, הפנה את הנשק אל הקרקע אז, השתחררה יריה וחזר והרימו אל עבר הדמויות וסחט את ההדק בירי רציף של 5 קליעים נוספים, ירי שארץ פחות משניה וחצי, כפי שהוכח. בתוך שברירי שניות אלו בתוך תחושת הפחד המשתקת אשר ליוותה אותו, נורו היריות.

בין אם נורו היריות בצרור אחד, אפשרות אשר כאמור לא נפסלה באופן מוחלט ואשר יש בה כדי לפעול לטובת הנאשם, בעצם קיומו של הספק, ובין אם לחץ הנאשם חמש פעמים על ההדק כדי לשחרר את חמשת היריות, אינני יכולה לומר כי במצב הדברים הנדון, בנסיבות המיוחדות של אירוע זה, היה הירי של חמשת הקליעים הנוספים, שביצע הנאשם, בהרף של שניה וחצי ואולי אף פחות מכך, בלתי סביר בעליל.

כאמור, גם אם יאמר כי אין מעשיו עומדים במבחן הסבירות הרגיל הקבוע בסייג ההגנה העצמית הרגילה הרי שבאודאי הצליח הנאשם, כך סבורה אנכי, לעורר את הספק הסביר בדבר קיומו של סייג לאחריות פלילית לשם תחולת הסייג, במבחן החדש שנקבע בהגנת בית מגורים, מבחן ה"בלתי סביר בעליל", עת ביצע ירי רציף אשר ארך פחות משניה וחצי אל עבר הפורצים שהחלו בה בעת להימלט.

והרי כלל הוא כי די בקיומו של ספק סביר באשר לקיומו של סייג לאחריות פלילית לשם תחולתו. על כן, משהרשים הנאשם את הנטל הנדרש לשם הוכחת התקיימותו של סייג לאחריות פלילית עובר הנטל אל שכמה של התביעה לשם הסרתו. "אם בסופו של דיון לא הוכח מעבר לכל ספק סביר שהסייג אינו חל, ספק כזה פועל לטובת הנאשם והתוצאה היא שבית המשפט יצא מתוך הנחה שהסייג חל." (ע"פ 8220/02 ברוכים נ' מדינת ישראל, פ"ד נח (5)

כאמור, הנאשם הצליח לעורר את הספק הסביר הנדרש לקיומם של יסודות הסייג לאחריות פלילית והתביעה לא השכילה להסיר ספק זה, כשהספק הסביר נותר מכרסם בליבי.

אשר על כן סבורה אני כי קמה לו הגנה זו של בית מגורים ובהתאם סבורה אני כי נכון יהיה לזכות את הנאשם מן העבירות המיוחסות לו – עבירת ההריגה ועבירה של חבלה בכוונה מחמירה.

18. נשיאת נשק שלא כחוק

אין חולק כי הרובה בו החזיק הנאשם עונש על ההגדרה של נשק כמשמעותו בסעיף 144(ג) לחוק העונשין.

המדינה לא חלקה על טענת הנאשם כי הרובה האמור הוחזק במשך שנים רבות ברישיון בידי אביו המנוח של הנאשם (24/נ) עד אשר נפטר. מאז, הוחזק על ידי בני המשפחה, כדברי אמו של הנאשם הוחזק על ידה כמזכרת.

הנאשם לא הכחיש כי בסמוך לפני האירוע החזיק בנשק וזאת לאחר שאמו מסרה לו את הנשק, והכול בעקבות ההסלמה במצב בחווה ובפרט אירועי הביזה אליהם התלוו אירועי אלימות קשים כהרעלת הכלבים. אמו של הנאשם אישרה אף היא דברים אלו והדגישה כי לאחר אירועי הביזה האחרונים אשר אירעו בחווה והחלטתו של בנה, הנאשם, לישון בדירה, היא חששה לגורלו של בנה ולגורלה של החווה ולכן מסרה לידיו את הנשק.

בהתאם, טען הנאשם להגנת הצורך לפי סעיף 34 יא לחוק העונשין הקובע כי:

"לא יישא אדם באחריות פלילית למעשה שהיה דרוש באופן מיידי להצלת חייו, חירותו, גופו או רכושו, שלו או של זולתו, מסכנה מוחשית של פגיעה חמורה הנובעת ממצב דברים נתון בשעת המעשה, ולא היתה לו דרך אחרת אלא לעשותו."

אילו היו מלמדות הנסיבות כי החזקת הנשק הייתה רק בזמן האירוע יכול והיתה קמה לנאשם הגנת הצורך. שכן, בנסיבות העניין כמתואר לעיל, נקלע הנאשם לצורך מידי להציל את רכושו בנסיבות אשר עוררו סכנה לחייו. אלא שהנאשם הודה כי החזיק בנשק תקופה של לפחות חודש ימים עובר לאירוע הנדון מבלי שהיתה צורך הכרחי לכך.

לפיכך, אני סבורה כי לא קמה לנאשם הגנת הצורך וכי יש להרשיעו בעבירה של החזקת נשק שלא כדין.

19. סיכום

לעולם אין מלאכת הכרעת הדין קלה היא שכן עוסקים אנו בדיני נפשות.

באירוע זה נקטלו חיי אדם והאחר נפגע קשה תוצאה קשה אשר לא סרה מעיני ולו לרגע קט.

מן הפן האחר, הנאשם אינו איש מדון אשר ביקש סיטואציה זו עליו, הנסיבות נכפו עליו בעל כורחו. כל שביקש הוא לחיות את חייו בשלווה באותה חווה שהקים במו ידיו בלב השממה ולהרחיק מעליו את אותם פורעים המבקשים את רכושו. הנאשם גילה צער וחמלה כלפי הנפגעים הן במילים והן במעשים. פעולותיו במהלך האירוע מעידות על כך. אם ביקש לפגוע בהם במפגיע היה יוצא הוא ממקום מחבואו תוך כדי ביצוע ירי מכוון אליהם, ללא כל אבחנה. אך לא כך עשה. רק כאשר התוודע לפורצים וחש בסכנה הממשית והמוחשית לחייו נקט בפעולת הירי, אשר נעשתה בהרף אחד ומהיר שלא עלה על שניה וחצי.

אמרו כבר חכמים כי יש להתחשב במעשים אשר נעשו בתנאי לחץ קיצוניים אשר יכול ויהא בהם כדי להוות סטייה קטנה מעקרון המידתיות. אמנם, יש להקפיד באמירה זו שמא יהא בה כדי ליתן דרור לפעולות הגנה אשר קיים לגביהן חשש כי תהפוכנה לפעולות תקיפה. אולם, בנסיבות המיוחדות של המקרה דנן ומשראה לנכון המחוקק להוריד את רף מבחן הסבירות, אמצעי לבחינת פעולת ההדיפה בנסיבות של הגנה על בית מגורים ועל אחת כמה וכמה כאשר במהלך שכזה נשקפת סכנה ממשית לחיים של המתגונן, סבורה אנכי כי יש באמירה זו כדי ליתן מענה נכון לאת שארע במקרה דנן.

כך, בנסיבות המיוחדות אליהן נקלע הנאשם, כמפורט לעיל, אין לומר כי הירי שביצע, הגם שנעשה באותו רגע, באותו הרף, בו פנו הפורצים לברוח וגם אם בחוסר מודע אף ביצע צעד או שניים אחריהם, ירי רציף שארך פחות משניה וחצי, שהיה בו כדי לשחרר 5 קליעים, הינו מעשה בלתי סביר בעליל בסיטואציה הקשה אליה נקלע הנאשם, בעל כורחו.

הספק הסביר, אותו עורר הנאשם, באשר להצדקת מעשה ההתגוננות שנקט, נותר מכרסם בליבי עד כי לא נותר לי אלא לקבוע כי לא הוכח מעל לכל ספק סביר כי המשכו של הירי הפוגע בלתי סביר בעליל הוא.

לאור כל האמור לעיל, הייתי ממליצה לחברי לזכות את הנאשם מחמת הספק מעבירה של הריגה ומעבירה של חבלה בכוונה מחמירה ולהרשיע אותו בעבירה של נשיאת נשק ללא רישיון.

רחל ברקאי, שופטת

השופט א. ואגו:

קראתי בעיון את הכרעת הדין המקיפה והמאלפת שמציעה חברתי הנכבדה, כב' השופטת ר. ברקאי, ולחלק הארי של קביעותיה העובדתיות, ולמסקנות המשפטיות הנגזרות מהן, אני מסכים ומצטרף.

מצאתי עצמי, עם זאת, חולק על המסקנה המשפטית הנגזרת על ידי חברתי מהעובדות המתייחסות לשלב האחרון של האירוע, הירי שביצע הנאשם לעבר המנוח ולעבר איוב, שהחלו להמלט לכיוון הוואדי, ומשכך, לא אוכל להסכים לדעתה, בסוגיה הקריטית בתיק זה, ועניינה הרשעתו או זיכוי של דרומי מהאישומים של הריגת המנוח חאלד אבו טראש, ופציעתו של איוב אל הוואשלה.

לטעמי, העובדות שנקבעו לנדון, על ידי חברתי, והן נסמכות היטב על תשתית הראיות שהונחה בפנינו, חייבות להוביל לקביעה המשפטית, כי מעשיו של הנאשם בשלב הירי הזה, אינם נהנים מהגנת תיקון חוק העונשין, המכונה על שמו, "חוק דרומי", ואין הם בגדר מעשים ל"הגנת בית מגורים", כמשמעו בתיקון הנ"ל, ומהטעם שהיו בלתי סבירים בעליל, בנסיבות העניין, לשם הדיפת המתפרץ או הנכנס, כפי המינוח שבסייג הנקוב בסעיף (ב)(1) של התיקון לחוק.

אני מסכים ומצטרף לקביעה כי בעת שחרור הכדור הראשון, או פליטתו מהנשק לכיוון הקרקע, הוא היה נתון בעימות ובהתמודדות עם הפורצים, שאחד מהם אוחז במספרי ברזל גדולים, שניים מהם עוטים כאפיות על ראשם, וכאשר על

רקע האירועים האלימים הקודמים בחווה ובסביבתה, נשקפה לו ולרכושו סכנה מיידית ומוחשית.

חמשת הכדורים הנוספים שנורו על ידו של דרומי מהרובה שאחז, לאחר שהפורצים סבו לאחור, והחלו לברוח, לאחר הירי הראשון, היו אלה שגרמו למותו של המנוח ולפציעתו של איוב, כולם פגעו בגופם, אף לא אחד החטיא את מטרתו. אשר לנסיבות בהן בוצע הירי הזה - קביעתן נשענת או מאוששת רוב רובה על גרסת הנאשם עצמו, לרבות בעדותו בפנינו, והדברים מתחזקים ונתמכים בראיות חיצוניות, אף אלה האובייקטיביות והמדעיות.

בין אלה אזכיר ואדגיש את הבאות:

· כל הפגיעות בגוף המנוח והפצוע היו בחלק האחורי, כשכיוון כניסת הקליעים מלמטה למעלה, ומכאן שנורו בעת שהיו במגמת בריחה מהחווה לכיוון השטח, וכאשר ההסבר לזווית חדירת הכדורים הוא או בכך שלא כיוון לפלג גופם התחתון, כפי שטען, או בכך שהם רצו ריצה שפופה שהנמיכה את מתאר גופם. כך או כך, הנאשם הודה שהפעיל את הנשק כלפיהם ביודעין ובמכוון, אמנם לשיטתו מתוך מטרה להרתיעם ממנו, על ידי ירי "רק" אל עבר פלג גופם התחתון.

· שני מקבצי התרמילים שנמצאו בזירה היו מרוחקים זה מזה כ- 7.5 מטר, מה שמעיד על הימצא היורה בתנועה, כאשר דרומי עצמו מאשר שבהחלט אפשרי שנע מספר צעדים, כהגדרתו, במהלך שחרור הכדורים, ובהינתן כיוון התנועה, ביחס לציר הימלטות הנפגעים, פשיטא שדרומי החל, חד וחלק, לרדוף אחרי הנמלטים, כאשר אלה היו בעליל בשלב של נסיגה וניתוק מגע ממנו.

· אין כל אישוש, מדעי או אחר, לתיזה שהנשק החצי אוטומטי שבו עסקין לקה בתקלה פתאומית שבעטיה נורו כל הכדורים בצרור רצוף, ובלחיצת הדק אחת, ושלא כפי המתוכנן ברובה זה. המומחים שבדקו את הרובה וירו בו, לא חוו תופעה זו ואף דרומי בחקירתו נוטה להסכים שלא זה היה המקרה, כי אם לחץ, מספר פעמים, אמנם ברצף ובזמן קצר, על ההדק, על מנת שכל הקליעים האלה אכן יירו. המומחה מטעם ההגנה, מר נדיבי, גורס שבניסוי שערך הצליח לירות כמות כזו של כדורים, בירי "בודדת", תוך 1.38 שניות. הדעת נותנת שדרומי, שכזכור אינו מומחה לנשק, כמו מר נדיבי, ובהינתן שהיה בתנועה רגלית תוך כדי הלחיצות על ההדק, נצרך אף ליותר מפרק זמן זה להשלים את הוצאת חמשת הכדורים מהקנה. מדובר, אם כן, בשניות מספר, לכל הפחות, שבמהלכן יכול היה דרומי להתעשת ולחדול, להסיר אצבעו מההדק, להימנע מלהמשיך ולירות כדור אחר כדור, אך הדבר לא נעשה.

· דרומי היה ער ומודע לכך, שבשלב זה, ומעת שהכדור הראשון, שלא פגע באיש, נורה, החלו תוקפיו הפוטנציאליים לסוב לאחור ולהתרחק. קשה לחלץ מפיו הסבר לאיזו תכלית המשיך בירי כאשר איש מהם באותו מעמד כבר לא סיכן אותו מיידית, והם נמצאו בהליך של ניתוק מגע ממנו, וכל שהוא יכול לומר הינו שהיריה הראשונה הדפה, אמנם, את התקדמותם המסכנת לעברו, ואילו היריות הנוספות באו כמטח בעקבות זאת, ומתוך אותה תחושת איום שחווה קודם (עמ' 242). כאשר כב' האב"ד,

הנשיא פלפל, שאל אותו במפורש האם היה זה כבר בשלב שבו הפורצים שינו כיוון וברחו, הוא אישר זאת, ולשאלת ההמשך של כב' הנשיא "אז למה לירות דווקא עליהם?", נאמר בפרוטוקול שהנאשם היסס ולא ענה לשאלה זו.

התרחיש האחד והיחיד הניתן להיגזר מהאמור, לשיטתי, הינו, שבאותן שניות ספורות והרות גורל, שבמהלך תמונת המצב השתנתה מסכנה מיידית ומוחשית לו עצמו, למקורביו הגרים בחווה, ולקניינו, לעבר מצב של הימלטות ונסיגה של מבקשי נפשו או רכושו, לא השכיל דרומי להפסיק את מהלך התגובה וההתגוננות, הלגיטימיים עד אותה עת, והמשיך לירות בנשק חם אל עבר הנמלטים, תוך שהוא, במידה מסויימת, אף מקצר טווח אליהם, משמע - רודף אחריהם.

מעדותו של דרומי בפנינו, ניתן היה להבין שבזעמו ובתסכולו על התנהלות חייו באווירה מתמדת של פחד מפורצים וגנבי צאן, וכאשר, לתחושתו, אין הוא מוגן על ידי הרשויות כפי הראוי, חפץ הוא שלא להפסיק ולהתעמת עם הפורצים שנוצר עימם המגע באותו לילה, ואם כדי להרתיעם, ואם כרצף והמשך להלך הרוח הזועם והמתוסכל הזה, נמנע מלהפסיק את העימות ולהניח לפורצים להימלט ולסגת, ובאותו הרף עין, חצה את קו הגבול שבין מעשה התגוננות מוצדק ומוגן בחוק, לבין מעשי עבירה אסורים ופוגעניים.

מהלך זה אינו יכול, לדידי, להיחשב, על פי שום אמת מידה, כפעולה סבירה "לשם הדיפת המתפרץ או הנכנס", כלשון התיקון לחוק, ויתר על כן, אין מנוס מלקבוע, כהגיונם הפשוט של דברים, שהיה זה מעשה "לא סביר בעליל בנסיבות העניין", ככל שכונן להדיפת המתפרץ או הנכנס. הסיבה לכך ברורה - באותה עת כבר איש לא התכוון להתפרץ לחווה, ולא היתה כניסה פוטנציאלית להודפה, אלא להיפך, אקט של מנוסה מצד אלה שהצליח להודפם ולהניסם קודם. מצוות החוק היא, שמעשה לא סביר אשר כזה, שולל מהנאשם את הגנת הסעיף ומחזיר על כנה את האחריות הפלילית שעליו לשאת בה על פי הנסיבות והעובדות הספציפיות לאותו מקרה.

כפי שחברתי ציינה, בצדק, כאשר ניתחה את היסודות העדכניים של החלת טענת ההגנה העצמית, לאור התיקון האחרון בחוק, הגם שהמחוקק ויתר על הצורך להוכיח כי התקיימו אלמנטים של "תקיפה שלא כדין" ו"סכנה מוחשית" לחייו, לגופו, או לרכושו של המתגונן, עדיין יבחן האירוע תחת מבחנים הדורשים קיומו של הצורך במיידיות התגובה ונחיצותו של מעשה ההדיפה, לרבות המידתיות והסבירות שבמעשה - במבחן חדש של חוסר סבירות בעליל. (וזו ההגדרה המוצעת בהכרעת דינה של חברתי הנכבדה).

התיקון לחוק, אותו "חוק דרומי", מתנה את הפטור מאחריות פלילית למי שמבקש להדוף את המתפרץ או הנכנס לביתו בכך שהמעשה "היה דרוש באופן מיידית כדי להדוף...", ואף אם כך היה, אזי אין לתת פטור מאחריות כזאת למי שמעשהו יוגדר, בנסיבות העניין, כ"לא סביר בעליל".

בשני אלה, המבחן הוא בביור אובייקטיבי, כאשר תיחום אותה מיידיות שהיתה דרושה לעשיית המעשה שנועד להדוף את הפורץ, כמו גם תיחום סבירותה, או אי סבירותה בעליל, של הפעולה, אינם נקבעים על ידי הלך הרוח ותפיסתו את

מצב הדברים של המתגונן הספציפי, אלא מדובר בנורמות אובייקטיביות, שבית המשפט נדרש לקובען, בכל מקרה לגופו, והמתייחסות לאדם סביר, בר דעת, והמפעיל שיקולים נורמטיביים וראויים, כאלה שהחברה המתוקנת מוכנה לקבל כהתנהגות התואמת את הדין, את התפיסה החברתית והמוסרית הראויה למצב זה, ואת האיזונים העדינים הצריכים לסיטואציה כה מורכבת ורבת פנים, שאת יסודותיה והשלכותיה היטיבה חברתי לפרט ולפרש בניתוחה.

לו אירעה פגיעה בגופם של המנוח, או של איוב, בשלב הראשון, אותה פליטת כדור, או ירי כדור, שבפועל לא פגע באיש, דומה, שמתבקשת היתה הקביעה שבשלב זה מדובר היה בפעולה שהיתה דרושה באופן מיידי כדי להדוף את הפורצים, וכי המעשה לא היה בלתי סביר, בוודאי לא בלתי סביר בעליל. (וראה לעניין זה עד כמה התיבה "בעליל" דורשת כי חוסר הסבירות יהיה חד משמעי ובולט לעין, וללא צל ספק, כפי שכב' השופטת ברקאי ציינה בהכרעת דינה).

אשר לשלב המאוחר יותר, הירי הקטלני, שבו ממוקד המשפט הנוכחי, נראה לי, כי בנסיבותיו אין הוא צולח אף את המבחן הבסיסי והפוזיטיבי שהחוק דורש, משמע אין מדובר במעשה שהיה דרוש "**באופן מיידי**", כלל ועיקר, להדיפת הפריצה או ניסיון הפריצה, באשר הוא בא, כפי שהובהר לעיל, בשלב שבו הפורצים ניסו להימלט מהזירה ולנתק מגע מדרומי, לאחר הירי הראשוני, המוצדק והנחוץ, אשר פעל את פעולתו והביא להנסתם. אף מעבר לצריך, בהינתן שדרישה ראשונית זו אינה מתקיימת, אני סבור שאף אם היה המעשה עובר את המבחן הזה, הרי היה עלינו להגדירו, בראיה אובייקטיבית, ובמבחני סבירות מקובלים, כמעשה בלתי סביר באופן ברור ונחרץ, כלומר בלתי סביר **בעליל**, באשר לא היה נחוץ עוד ולא היה מתקבל על הדעת באותו הקשר של "**הדיפת המתפרץ או הנכנס**", כלשון הוראת ס"ק (ב)(1).

במילים אחרות - הירי הקריטי דגן, אינו עומד, מלכתחילה, בדרישות החוק המתוקן, כדי להיחשב כמעשה התגוננות לגיטימי, הפוטר מאחריות פלילית, ולחילופין, ואף לו עמד הירי בדרישה זו, עדיין לא יוכל הנאשם ליהנות מהפטור מאחריות פלילית, בשל כך שהמעשה היה בלתי סביר בעליל, בנסיבות העניין, משלא נעשה ולא נדרש, באותו שלב, לשם הדיפת התפרצות או כניסה לחצריו של דרומי.

חולק אני, לפיכך, על המשתמע מהכרעת דינה של חברתי, ולפיה אין לנתק בין הירי הראשון וחמשת הכדורים שלאחריו, וכי מדובר ברצף אחד שיש לבחון כמקשה אחת ובאותן אמות מידה. אמנם, מדובר באירוע שכל כולו ארך דקות מועטות, ואולי אף עשרות שניות בודדות, אך יש הבחנה ברורה והבדל משמעותי בין שני שלבי הירי, כאשר דרומי עצמו מאשר, שהיה ער ומודע לכך שבעקבות הכדור הראשון השתנה מצב הדברים והפורצים סבו על עקביהם, והחלו לסגת, טרם שהמשיך לירות, ואין אנו יכולים, מצידנו, להימנע ממתן המשמעות, וגזירת הנפקות המשפטית, לשינוי נסיבות זה, שפיצל והפריד בין שלבי ההתרחשות.

חוששני, שלא אוכל לאמץ את הגדרתה של חברתי כי אקט הרדיפה מצד דרומי כלפי הפורצים הנמלטים התמצה ב"**צעד או שניים בכיוון בריחתם**", שכן הדבר אינו מתיישב עם המרחק הרב יחסית בין שני מקבצי התרמילים שעל ציר תנועתו, כ-7.5 מ', ואף לא עם הגדרתו שלו, כי אפשר שפסע מספר צעדים לכיוונם, התבטאות שלא תבוא מפי מי שלכל היותר ביצע צעד אחד או שניים.

מדובר, על פי העובדות המסתברות מהראיות שבפנינו, בביצוע ירי של 5 כדורים, תוך תנועה בעקבות הנמלטים, תנועה שנמשכה מטרים אחדים לפחות.

מעבר לכך, ובזיקה לשאלות - האם אותה עת עדיין ניתן לראות בירי משום מעשה שהיה דרוש באופן מיידי להדיפת המנסה להתפרץ, והאם היה המעשה כזה שאינו בלתי סביר בעליל, יש להבהיר ולהדגיש, שהגם שלא נשללה גרסת דרומי כי בתקרית היו מעורבים ארבעה פורצים, ולא רק השניים שנפגעו, אין שמץ ראיה, ואף לא טענה, כי הפורצים האחרים נותרו בסמיכות לדרומי והמשיכו לסכנו, וככל שאכן עמדו מולו בתחילה ארבעה אנשים, ברי, שכולם נמלטו באותו שלב, שאם לא כן, אין צל ספק שדרומי לא היה מבצע ירי דווקא כלפי השניים שחדלו לסכנו והחלו לברוח, והיה מתמקד באלה שלידו והמהווים סכנה מוחשית. אין צורך לקבוע ממצא ברור באשר למיקום יתר הפורצים, באותו שלב, ככל שהיו כאלה, מעבר לשניים שנפגעו, אך, כאמור, אין כל ראיה או טענה, שבין שהאחרים נמלטו קודם, בין שהחלו להימלט יחד עם המנוח ואיוב, כאילו אותם אחרים היוו עדיין סיכון או נסיבה שהשליכה כלשהו על פעולותיו של דרומי והלך רוחו עת ירה את חמשת הכדורים הנוספים לעבר הבורחים.

אין לי ספק, שהירי הקריטי לא נעשה על ידי דרומי מתוך כוונה, או חלילה תכנון, להרוג או לפצוע את זולתו, ואף לא בכך הואשם. מדובר באירוע קשה, שבו עמד דרומי, שניות ספורות לפני כן, בסכנה ממשית, כאשר הוא מפוחד, זועם, ומתוסכל על רקע פגיעות חוזרות ונשנות בקניינו, בידי החפצים לחמוס את עמל חייו, וכאשר הוא חש חוסר אונים בניסיונותיו לנהל אורח חיים שליו ויצרני, כפי אופיו והתנהלותו בדרךכלל, וכאשר הוא מרגיש, לשיטתו, שרשויות האכיפה ושלטונות החוק אינם מצליחים לספק לו את ההגנה המגיעה לכל אזרח.

אולם, רקע זה, ומצוקתו של דרומי, מצוקת אמת של אדם מרשים, מלח הארץ ממש, שהביאה להשתלשלות הקשה והטראגית באותו רגע קשה, יכולים להילקח בחשבון ולהוות שיקול חשוב, לעת גזירת עונשו, בבוא העת, אך אין בהם להשליך על קביעת אחריותו הפלילית למעשים, ועל עצם ההרשעה, בהינתן שיסודות העבירות שהואשם בהם התגבשו, ואין הוא חוסה תחת אחת ההגנות הפוטרות מאחריות פלילית, אף לא זו הספציפית, בה עסקינן, נשוא "חוק דרומי".

אמנם, קניינו ושלוות חייו של אדם, והיות ביתו בבחינת מבצרו, הם ערכים חשובים ויסודיים, הראויים להגנה, ובנסיבות המתאימות מכשיר הדין מעשי התגוננות מפני החפצים לחבול ולפגוע בערכים אלה, אולם קדושת החיים, באשר הם, היא ערך עליון, בסיסי ואוצל על הכל, ואין להלום שהפוגע בערך מקודש זה, תוך גרימת התוצאה הקשה ביותר, יופטר מאחריות למעשיו ומהרשעה בדין, בנסיבות שבהן שלילת חיי זולתו לא נעשתה מתוך ולשם השגת התכלית של הגנה עצמית מובהקת, בגדרי החוק והסייגים שהחברה המתוקנת קבעה לכך.

הנפגעים מקליעי נשקו של דרומי לא היו עוברי אורח תמימים. הם באו אליו לפשוע, לגזול את רכושו, ואפשר שהיו מתנכלים לו פיזית, אלמלא הצליח להרתיעם ולהניסם בפעולותיו המוצדקות והנכונות, אלה שקדמו לירי הנוסף והמיותר. עם זאת - החברה המתוקנת והחוק אינם מגנים רק על חייהם ועל שלמות גופם של אנשים נורמטיביים וישרי דרך. ההגנה נפרסת גם על החוטאים, ואף על אלה הממררים את חיי זולתם.

הנאשם, עת ירה לעבר גבם של הפורצים הנסוגים, חמישה כדורים, שפגעו במטרתם, וכשהיה ברור לו, כלכל בר דעת, שירי כזה מנשק חם, תקין ושמיש, ומהטווח הקצר שבו נעשה הדבר, יכול, כמעט בוודאות, לגרום לפגיעה חמורה, ואף למות הקורבן, הרי, מעשיו מקימים עליו את יסודות העבירות שבהן הואשם, עבירת ההריגה לפי סעיף 298 לחוק העונשין, בגין גרימת מותו של המנוח אלהוואשלה, ועבירת חבלה בכוונה מחמירה, לפי סעיף 329(א)(1) של החוק, בגין פגיעתו של איוב.

משכך - לו תשמע דעתי, יש להרשיע את הנאשם גם בעבירות אלה, ושלא כעמדתה המזכה של חברתי, כב' השופטת ברקאי, ובאשר לעבירת הנשק לפי סעיף 144(א)(ב) לחוק העונשין, אני מצטרף ומסכים להכרעת דינה ומנימוקייה.

את המשקל הנאות לנסיבות הקשות שהביאו את הנאשם למעשים הללו ולמצוקתו המוכחת, נוכל להעניק, בשלב הבא, עת נדרש לגזור את דינו ולהטיל עליו את העונשים הראויים.

א. ואגו - שופט

כב' הנשיא השופט י. פלפל:

1. מסכים אני עם פסק דינה של חברתי, כב' השופטת רחל ברקאי, שהחליטה לזכות את הנאשם מביצוע העבירות המיוחסות לו בכתב האישום למעט העבירה של החזקת נשק ללא היתר, יחד עם זאת, רואה אני לנכון להעיר כמה הערות משלי ולהביא טעמים נוספים שיש בהם כדי לחזק את המסקנה שאליה הגיעה חברתי. אני סבור כי יש להרשיע את הנאשם בעבירות לפי סעיפים 144 (א) ו- (ב) לחוק העונשין, תשל"ז – 1977 ושביצוען הודה. לא אוכל להסכים למסקנתו של חברי, כב' השופט ואגו, להרשיע את הנאשם בביצוע עבירה של הריגת המנוח וגרימת חבלה חמורה לפצוע.

2. ההחלטה אם לזכות את הנאשם או להרשיעו בביצוע עבירה של הריגה ופגיעה קשה עד למאוד. קשה להרשיע אדם בקטילת זולתו, מצווים אנו לבדוק בשבע עיניים אם לא ראוי לזכותו בביצוע העבירה המיוחסת לו בכלל או לפחות מחמת הספק.

מאידך גיסא, אין לשכוח שהנאשם קיפד חיי אדם והעובדה שמדובר היה במי שפלש לחוותו וניסה לבצע כלפיו עבירות אין בה משום גורם מקל. הריגה היא הריגה ואם ההורג אשם יש להרשיע אותו ללא רחמים אלא אם כן בית המשפט

שוכנע שהעבירה לא הוכחה או שקיימות הגנות שיכולות לגרום לזיכוי.

כדי להמחיש את היחס של תורת ישראל כלפי מי שקטל את חיי זולתו אפנה למדרש אגדה שיצוין להלן המתייחס למשה רבנו. ומי לנו גדול ממשה רבנו שעליו נאמר בספר דברים פרק ל"ד, י':

"ולא – קם נביא עוד בישראל כמשה אשר ידעו ה' פנים אל פנים"

ועל משה נאמר במסכת יבמות מ"ט, ב':

"חמישים שערי בינה נבראו בעולם, וכולם ניתנו למשה בסיני חסר אחד, שנאמר: ותחסרהו

מעט מאלוהים."

ישנם מדרשים רבים שמתארים את רגעיו האחרונים של משה רבנו.

אחד מהמדרשים המעניינים ביותר הוא מדרש המובא אצל פרופ' נחמה ליבוביץ בספרה, **עיונים חדשים בספר שמות**, עמ' 39. וזו לשון הכתוב (בקיצורים הנחוצים):

"אמר לו הקב"ה: משה, בן מי אתה? אמר לו: בן עמרם. אמר לו הקב"ה: ועמרם בן מי הוא? אמר לו: בן יצהר... אמר לו הקב"ה: נשאר מהם שום אדם חי? אמר לו: כולם מתו. אמר לו הקב"ה: ואתה רוצה לחיות?! אמר לו: ריבונו של עולם, אדם הראשון גנב ואכל מה שלא רצית וקנסת עליו מיתה, ואני – גנבתי כלום לפניך?!.... אמר לו הקב"ה: כלום אמרתי לך שתהרוג את המצרי? אמר לו משה: ואתה הרגת כל בכורי מצרים ואני אמות בשביל מצרי אחד?! אמר לו הקב"ה: ואתה דומה אליי, ממית ומחיה? כלום אתה יכול להחיות כמוני?"

ממשיכה וכותבת דר' ליבוביץ כי, **"לפי דעת זו הריגת אדם שלא במשפט, בעדים ובהתראה, ע"י מי שעושה דין לעצמו – עבירה חמורה היא, ואין אדם רשאי ללמוד היקש ממעשה בוראו המביא בהיסטוריה מוות וכליון על רבים..."**

ואם הקב"ה גזר עונש מיתה על הגדול בנביאי ישראל בשל כך שהמית נוגש ללא משפט קל וחומר שיש להעניש בן תמותה רגיל אם הרג נפש, ולכן אנו מצווים לבדוק בשבע עיניים אם המאשימה הוכיחה את העבירות המיוחסות לנאשם ואם אין לו הגנות על פי החוק.

3. הרקע למעשי הנאשם המתוארים בכתב האישום:

הנאשם היה הבעלים או המחזיק של חווה הידועה בשם חוות "שם" הממוקמת כקילומטר וחצי מהישוב מיתר אשר בנגב.

הוא התגורר בחווה יחד עם אמו המבוגרת, חברתו לחיים, ידידה ועם עוד 3 מתנדבים - בני נוער שעבדו בחווה.

אין מחלוקת שהנאשם החזיק ברשותו רובה חצי אוטומטי מסוג רמינגטון קליבר LR22 מ. סידורי 711628 בלא רשיון.

הנאשם החזיק והתגורר בחווה הנ"ל החל מהשנים 1988-1989 והוא התגורר בה לפחות עד ליום שבו בוצעו העבירות הנטענות בכתב האישום.

הארועים המפורטים בכתב האישום תוארו בהרחבה ע"י חברתי, כב' השופטת ברקאי, ועל כן לא אחזור עליהם.

4. אין מחלוקת – והעובדות מקובלות על שני חברי, שהירי של הנאשם לעבר ההרוג והפצוע התחלק לשני שלבים. הראשון, שבו נורה כדור אחד – כוון לעבר הקרקע, כך שהוא לא פגע במנוח או בפצוע, והשני שבו נורו חמישה כדורים אשר נורו בעת שהמנוח והפצוע סבו על אחוריהם וניסו לצאת מתוך חוותו של הנאשם.

בעת שיצא הנאשם מחדרו לאחר ששמע רחשים ונביחות של כלבים, הבחין שאחד מכלביו הורעל ומת וכן הבחין במספרי ברזל גדולים (שהוגשו כראיה) שנועדו לחיתוך גדר מתכת של החווה. המקום היה חשוך "ולא פסטורלי", כדברי הנאשם בעדותו בפנינו. משהגיע הנאשם למסקנה שישנם זרים בחווה, אמר: "הדבר הראשון שרציתי זה להעלם מעין רואה שלא להקלע לאיזו שהיא תקיפה... אז התפנית שם באותה פינה". הוא הכניס את ידו לכיסו כדי לחפש טלפון להזעיק עזרה אבל התברר לו שהטלפון לא בכיסו ובשלב הזה הוא שמע רעש של "נפיץ" – חיתוך גדר החווה.

אין לשכוח כי באותה עת נמו בחווה אימו המבוגרת של הנאשם וצעירים אחדים. בשלב זה, בהיות הנאשם לבדו, מצא הנאשם עצמו עומד מול ארבעה פולשים שסיכנו את חייו ואת חיי הגרים בחווה שהיו תחת חסותו. חשוב לציין שלמעשה עמד הנאשם, כיחיד מול ארבעה פולשים.

בתגובה לכל הארועים החטופים שנתגלו ונראו לנאשם, כמתואר לעיל, הוא החל לצעוק לעבר הפולשים – והוא ראה שאחד הפולשים מחזיק בידו מספרי ברזל גדולים.

מספרי הברזל שהנאשם ראה בידי אחד הפולשים (ראו עמ' 187 לפרוטוקול) מצולמים במוצג ת/6 הנקראת: **חוו"ד: מקרה מוות – חלד אחמד אטרש** שנכתבה על ידי מטא"ר – מז"פ בעמ' 7, תצלום מס' 12.

כמו כן, נראות המספריים גם בתמונה שצולמה על ידי ההגנה והנמצאת בעמ' 29 לסיכומי ב"כ הנאשם.

אין לי ספק שמספריים אלו יכולות היו לשמש ככלי רצח או פציעה כאשר היו בידיו של אחד הפולשים ועל כן כאשר הנאשם ירה, עמד לפניו לפחות פולש אחד כשבידו כלי היכול לקטול חיי אדם.

חשוב לציין, כי כל הפולשים היו רעולי פנים. למרבה הצער, רובהו של הנאשם לא ירה, כנראה בשל תקלה, ואז, אומר הנאשם:

"אני עם הנשק הזה, פתאום (הייתי) חסר אוניס... מנסה ברגעים האלה מה קורה עם הנשק, מכוון אותו כלפי מטה אז השתחררה יריה. כנראה שהמעצור... אחרי ששיחקתי כמה פעמים עם הנצרה... ובאותו הרף (ההדגשה שלי, י.פ.) יריתי את אותן יריות מול אותם אנשים שבאו לקראתי (ההדגשה שלי, י.פ.),... וזה נגמר. הם נמלטו...".

לאחר הדברים האלה שמע הנאשם את אחד הפולשים קורא בשמו.

5. נשאלת השאלה כמה זמן ארך השלב השני של הירי כאשר נורו חמשת היריות האחרונות.

נפנה תחילה לעדותו של עד התביעה, רב פקד הווארד סילברוטר עובד המחלקה לזיהוי פלילי של משטרת ישראל.

העד נשאל:

"האם קיימת אפשרות שבלחיצה אינטנסיבית על ההדק של הרובה כתוצאה מלחץ לאחר שהכדור הראשון יוצא, האם יש אפשרות ששאר הכדורים, כמעט, באופן אוטומטי יפלטו מכלי הנשק?"

על כך השיב העד:

"זה נשק שנחשב לחצי אוטומטי... כל לחיצה על ההדק יורה כדור אחד.. אם הנשק לא במצב תקין, והיו בעבר כלי נשק של סמי אוטומטי... אבל מה שהיה בזירה אני לא יודע." (הדגשה שלי – י.פ.).

ובהמשך אמר העד המומחה:

"הצרוך יכול להיות עד שגומר את המחסנית או עד שהוא עוזב את ההדק"

מומחה מטעם ההגנה מר ליאור נדיבי, בעבר קצין מעבדת נשק במחלקה לזיהוי פלילי במטה הארצי של משטרת ישראל וראש מחלק זיהוי פלילי במרחב ציון מחוז ירושלים הגיש חוות דעת ובה תיאר ניסוי ירי שערך במטווח בנוכחות ע.ת. רב פקד הווארד סילברוטר (נ/40).

מטרת הניסוי הייתה למדוד את משך הזמן שלוקח לירות ששה כדורים ברצף, הניסוי צולם בוידאו.

בתמונות שצורפו לחוות הדעת (נ/40) נרשם כי ששת הכדורים נורו בפרק זמן של 1.38 שניות (ראו תמונה מס' 12 במוצג נ/40).

למעשה, דברים אלו מתיישבים גם עם עדותו של מר סילברוטר, המומחה מטעם המאשימה, שכן לגרסתו יש אפשרות שבזירת האירוע יכול היה להיירות צרור אחד **"שגומר את המחסנית או עד שהוא עוזב את ההדק"**.

כל זאת אם הנשק במצב לא תקין ולדברי העד, כאמור לעיל הוא לא יודע אם בזירה הנשק היה במצב תקין אם לאו.

עדויות המומחים הנ"ל מתיישבות עם עדותו של הנאשם בבית המשפט כי **"באותו הרף (הדגשה שלי י.פ.) יריתי את היריות וזה נגמר הם נמלטו לתוך החשכה"**.

המסקנה מהאמור לעיל היא – שלאחר יריית הכדור הראשון, 5-6 הכדורים הנוספים נורו **בהרף אחד**, בלחיצה אחת על ההדק' והם נפלטו מהרובה בזמן של 1.38 שניות בערך.

בהעדר ראיה אחרת יש לקבל בעניין זה את עדותו של הנאשם' הנתמכת בראש ובראשונה בעדותו של עד ההגנה המומחה מר נדיבי.

נשאלת השאלה מה המשמעות של הירי הזה.

נראה לי שבלחצים שבהם היה נתון הנאשם כפי שיבואר להלן בהרחבה יש מקום לקבוע, וכך אני מחליט כי יש מקום לזכות את הנאשם, מחמת הספק מעבירה של הריגת המנוח ופציעת הפצוע.

ראוי לצטט בעניין זה דווקא את חברי, כב' השופט ואגו שכתב כי:

"הירי הקריטי לא נעשה על ידי דרומי מתוך כוונה או חלילה תכנון להרוג או לפצוע..."

מדובר באירוע קשה, שבו עמד דרומי, שניות ספורות לפני כן, בסכנה ממשית כאשר הוא מפוחד, זועם ומתוסכל על רקע פגיעות חזרותונשנות בקניינו בידי החפצים לחמוס את עמל חייו, וכאשר הוא חס חוסר אונים בניסיונותיו לנהל אורח חיים שלו ויצרני... וכאשר הוא מרגיש, לשיטתו, שרשויות האכיפה ושלטונות החוק אינם מצליחים לספק לו את ההגנה המגיעה לכל אזרח" (הדגשה שלי - י.פ.).

כל מילה נוספת מיותרת כדי להמחיש את מצבו הנפשי של הנאשם לפני הירי.

6. לא ניתן להגיע לחקר הארועים המתוארים בכתב האישום לרבות הירי שביצע הנאשם, שכתוצאה ממנו נקטלו חיי אדם אחד ונפצע אדם נוסף מבלי שאתאר את הארועים שקדמו לכך, שכן הארועים האלה השפיעו על מצב רוחו, הרגשותיו ומעשיו של הנאשם שהביאו אותו לביצוע היריות הקטלניות.

ואלו, בתמצית, הארועים האיריאניים:

א. מטעם הנאשם העיד בבית המשפט שכנו, בעל חווה סמוכה, מר משה הר שמש. הוא סיפר שבמשך 16 שנה התנכלו לו ולחווה פולשים, פעם אחת גם הוכה ע"י הפולשים, נכפת ונשדד וכתוצאה מכך אושפז בבית החולים.

ב. מטעם הנאשם העיד גם עד ההגנה עמוס גולד. מר גולד מחזיק ומתגורר בחווה באזור יתיר וחווה סמוכה לחווה של הנאשם. הוא סיפר בעדותו כי בשנת 2004 נגנב מחווה עדר צאן (60 ראש מתוך 150). בנובמבר 2006 שוב גנבו מחווה של העד ראשי צאן. העד גם סיפר שפולשים חתכו צינורות מים שבחווה, חיבלו בגדרות, והרעילו אחדים מכלבי השמירה של החווה. כשהתלונן במשטרה על הפגיעות של הפולשים נאמר לו: "זה מה שבחרת וזה החיים שלך".

העד מנה בעדותו 4 מועדים ספציפיים שבהם הגיש תלונות במשטרה על פלישות ונזקים שנגרמו לחווה, אבל לדבריו המשטרה לא התייחסה לתלונותיו ברצינות הראויה.

ג. הנאשם תיאר בעדותו רצף של התנכלויות לו, לחווה ולרכושו, במשך שנים רבות. פעם אחת ניסו לגנוב לו טרקטור.

הנאשם תיאר בעדותו את תחושותיו בשל האירועים שמקצתם תואר לעיל וכוונתי הן לארועים שארעו בחווה והן לארועים עליהם העידו שכניו. הנאשם חי בפחד נוראי ומתמיד בעת מגוריו בחווה והוא היה חסר אונים נוכח ההתנכלויות של פולשים לחווה, איומים על חייו כתוצאה מעבירות שבוצעו ע"י הפולשים.

מטעם המאשימה העיד, ע.ת. מס' 1, רס"ר בכיר ששון נחמיה, מתחנת העיירות. באמצעות העד הזה הוגש המסמך נ/12, שהוא תדפיס פלט תלונות ממוחשב של הנאשם שהוגשו במשטרה, מתוארות במסמך 15 תלונות שהגיש הנאשם בתקופה שמשנת 1989 ועד 2006. התלונות הן, בין היתר, על גניבות, הסגת גבול והיזק לרכוש של החווה.

ד. הוכח כי (ראו מסמך נ/33) היתה תקרית שבה עובד של הנאשם נרדף ע"י חברת פורעים מבני המיעוטים המתגוררים בסמוך לחווה, כאשר רעה את צאנו של הנאשם מחוץ לחווה.

מטעם הנאשם העידה גם אימו, הגב' מירה דרומי, שסיפרה אודות התנכלויות קשות לחווה ולתושביה מצד פולשים ומסיגי גבול.

ה. גם העד רועי הוד, שעבד באותה תקופה כאיש בטחון ביישוב מיתר, הנמצא סמוך לחוות הנאשם, סיפר שהאזור מועד לפורענות והוא תיאר בעדותו הסגות גבול והתפרצויות של בני מיעוטים לחווה של הנאשם.

ו. רצח המנוח הר סיני ז"ל.

הנאשם העיד כי כ-3 שנים לפני העדות שלו בבית המשפט, נרצח החוואי הר סיני בחוותו, ע"י חומסים. הנאשם לא נחקר ע"י ב"כ המאשימה בחקירה נגדית בקשר לעניין זה. לפיכך אני סבור שהרצח הזה, יחד עם הרושם שעוררו אצל הנאשם יתר המעשים המתוארים לעיל, גרמו לו לתחושה של נרדפות ופחד.

7. בפסיקה של בתי המשפט המחוזיים ובית המשפט העליון בשנים האחרונות, מתוארים ארועים רבים שבהם חוואים ואנשי בטחון ישראלים ירו ובמקרים אחדים גם הרגו ופצעו פולשים בני מיעוטים או מחבלים. אזכיר אחד מפסקי הדין הללו. ע"פ 26/89 ישראל זאב נ' מדינת ישראל, פ"ד מג(4) 631. המערער, רועה צאן, שהתגורר בשילה ובתוקף עבודתו נמצא ביישוב בשעה שמרבית הגברים נמצאים מחוצה לו, קיבל הודעה בהיותו עם צאנו, שקבוצה של רועי צאן ערבים נמצאים במרחק של 25 מטר מביתו וכחמישה מטרים מן הכביש המקיף את היישוב. המערער החליט לגרש את הפולשים, צעק לעברים בערבית "לכו מכאן" ואחר כך ירה צרורות באוויר, התקדם לעבר הפולשים וכשהם לא נסו הגביר את הירי, תחילה לקרקע ולאחר מכן גם נפגע פולש אחד.

בית המשפט העליון דחה, ברוב דעות, את ערעורו של המערער על הרשעתו בדין, אולם כב' השופט דב לין, בדעת מיעוט מעניינת, ארוכה ומפורטת, החליט בשל הנסיבות המיוחדות שהוכחו, להתערב בהכרעת הדין המרשיעה ולהמיר את ההרשעה של המערער בהריגה להרשעה בעבירה של גרם מוות ברשלנות.

בעמוד 640 כתב כב' השופט לין -

"משניצב בית המשפט בפני שתי גרסאות עובדתיות אפשריות (לירי של המערער בפולשים, י.פ.), הדין הוא, כי למען עשיית הצדק, יש לאמץ את הגרסה הנוחה יותר לנאשם".

8. כדי להמחיש את תחושותיו, רגשותיו והמעמסה הנפשית הקשה שהיה הנאשם נתון בה בשעת הירי, אני מוצא לנכון לחזור בקצרה על הארועים שציינתי לעיל. אירועים אלו מתחלקים לשני סוגים, הראשון - אירועים שקדמו למועד הירי ביום שבו נורו היריות, והשני - ארועים ותחושות שהתרחשו ממש לפני הירי.

א. ארועים במועדים קודמים

* עדות של החוואי מר הר-שמש על התנכלויות לחוותו במשך 16 שנים, לרבות תקיפתו, כפיתתו ושדירתו.

- * עדות החוואי מר גולד על גניבת ראשי צאן.
- * חיתוך צינורות מים בחוות הנאשם.
- * חיתוך גדרות בחוות הנאשם.
- * הרעלת כלבים בחוות הנאשם.
- * יחסה המזלזל של המשטרה על תלונותיו.
- * השמדת להקת אווזים שהיו בחוות הנאשם.
- * 15 תלונות של הנאשם על התנכלויות לחווה בין השנים 1989-2006 (נ/12).
- * רצח החוואי הר-סיני, בעל חווה סמוכה, בידי פולשים.
- * מרדף אחר עובד של הנאשם, בחוותו, ע"י חבורת פורעים.
- * הסגות גבול באזור, כפי שתוארו ע"י ק. הבטחון של היישוב מיתר.

ב. ארועים, מצבים והרגשות סמוך לפני הירי

- * חשיכה מוחלטת.
 - * נביחות כלבים.
 - * מציאת כלב שהורעל.
 - * דמויות של אנשים רעולי פנים שנראו בשטח.
 - * גדר שנחתכה.
 - * תחושה של פחד וסכנת חיים.
 - * הרגשה שזרים חדרו לחווה והם מסתובבים בה.
 - * חוסר אפשרות ליצור קשר טלפוני ולהזעיק עזרה.
 - * העובדה שלמרות צעקותיו של הנאשם איש לא בא לעזרתו.
 - * העובדה שהפולשים התקדמו לעבר הנאשם.
- * מציאת מגזרי תיל שהנאשם מצא בשטח החווה שהוחזקו קודם לכן על ידי אחד הפולשים.

9. לאור כל האמור לעיל, יש לקבוע כי כל המידע וההתרחשויות לפני הירי והמידע הקודם שתואר לעיל בסעיף 8 (א ו-ב), נקלטו במוחו של הנאשם בדומה לארועים שהתרחשו במקרה המתואר בע"פ 26/89 שם בעמ' 641, דהיינו חשש שהפולשים לחווה יפגעו בנאשם ובאנשים שהתגוררו עימו בחווה "במסווה של תנועת רועים שלווה" ואין ספק כי ידיעות אלו, כמו הידיעות שהגיעו למערער בע"פ 26/89 הנ"ל, **השפיעו על המערער ועל מעשיו.**

המשיב (ובעניינו הנאשם – י.פ.) **את הסיטואציה שנוצרה**" (ההדגשה במקור – י.פ.). באותו עניין פסק בית המשפט המחוזי, כי אותו משיב סבר כי יש חשש לחייו כתוצאה ממעשי המנוח שבו ירה ועל כן הוא ירה בו. וכך בעניינו, הנאשם תפס בחושיו את הסיטואציה שהתרחשה מולו כנסיון להרוג אותו ולכן היה רשאי לירות במנוח ובפצוע גם על מנת לפגוע בו.

חברי, כב' השופט ואגו, כתב בחוות דעתו כי התיקון לחוק מספר 98 לחוק העונשין, תשל"ז – 1977, קובע, בסעיף 34, כי ההגנה שבסעיף קטן (א) לא תחול על נאשם אם –

"(ו) המעשה היה לא סביר בעליל, בנסיבות הענין, לשם הדיפת המתפרץ או הנכנס".

אינני מסכים עם חברי שסבר כי התנהגותו של הנאשם אינה יכולה **"להחשב על פי שום אמת מידה, כפעולה סבירה, לשם הדיפת המתפרץ הנכנס"**.

בע"פ 6392/07 הנ"ל, נדון ערעור המדינה על פסק דין של בית המשפט המחוזי בירושלים, אשר זיכה את המשיב מעבירת הריגה לפי סעיף 298 לחוק העונשין, התשל"ז – 1977, בה הואשם. המדינה הגישה ערעור על פסק הדין ובית המשפט העליון החליט, ברוב דעות, בתאריך 28.2.08 לדחות את הערעור. פסק הדין מתאר ארוע שקרה עם המנוח שנורה ע"י המשיב. קליע אחד מהירות שירה בו המשיב פגע בגבו של המנוח והרגו.

לאחר הירי המשיך המשיב להתקדם לכיוון המנוח אך התמוטט על הכביש, ובראיה לאחור, קבע בית המשפט המחוזי, כי המנוח, לאחר שהורתע ע"י שוטרים, ניסה לחזור לרכב ולנסוע לכפרו. במילים אחרות, הוא נסוג מהאתר שבו בוצעו העבירות ואם המשיב היה יודע זאת, לא היה יורה בו, שכן מאותו שלב לא היתה סכנה טמונה בנוכחותו של המנוח באזור. ברור שלא היה יותר ספק שלא היתה מצד המנוח, סמוך לשלב שבו נורה ונהרג, כוונה לדרוס את המשיב. כב' השופט רובינשטיין מציין, כי ביחס לכוונתו של המשיב, בית המשפט המחוזי החליט, לאחר שדן בשאלה **"כיצד תפס המשיב את הסיטואציה שנוצרה"**. בית המשפט המחוזי קבע, על סמך עדות המשיב, שהוא החליט לירות במנוח את היריה הקטלנית, **"כיוון שהרגשתי חשש לחיי... הרגשתי סכנה מיידית לי ולסובבים אותי"**.

המערערת לא חלקה על הקביעות העובדתיות של בית המשפט המחוזי **"לרבות השאלה כיצד תפס המשיב את הסיטואציה"**.

כב' השופט רובינשטיין קיבל למעשה את הקביעה של בית המשפט המחוזי המתוארת לעיל, וקבע, בעמוד 13 לפסק הדין –

"המשפט הפלילי, שביסודו דרישת האשמה, בוחן את הסיטואציה מבעד לעיני הנאשם (הדגשה שלי – י.פ.), ואנו דנים אותו כאילו **"היה המצב לאמיתו כפי שדימה אותו"**. לא כל טעות תביא לשינוי הפרספקטיבה – על בית המשפט להתרשם כי מדובר בטעות כנה (ש"ז פלר, "טעות במצב הדברים" מחקרי משפט י"ב (תשנ"ה)

5; ש"ז פלר, יסודות עונשין (חלק ב', תשמ"ז) 525). ויוזכר, סייג הטעות חל גם במקרים בהם הטעות מתייחסת ליסודות ההגנה – לדוגמא: גם במקרים בהם סבר נאשם בטעות כי הדרך היחידה להגן על עצמו מחייבת שימוש בכוח קטלני, שעה שבפועל היו חלופות קשות פחות (הדגשה שלי- י.פ.) (ע"פ 54/49 היועץ המשפטי לממשלת ישראל נ' עסלה, פ"ד ד(1) 496; פלר, יסודות, 523; א' אנקר, הכרח וצורך בדיני עונשין (תשל"ז) 127; סנג'רו, 325). אוסיף כי קבלת סייג הטעות מחייבת כמובן זהירות מצד בית המשפט, כדי שלא ישמש מפלט לעוברי עבירות להיחלץ מן הרשת".

ובהמשך קבע בעמוד 18 לפסק הדין, כי -

"אפילו ניתן היה, מעשית, לנקוט בחלופה אחרת, המשיב שגה וסבר בטעות כי אפשרות זו לא תנטרל את הסכנה. בסופו של יום, הכרעת בית המשפט המחוזי מתבססת על קביעותיו, באשר לתחושות המשיב בזמן הארוע" (ההדגשה שלי, י.פ.).

ונעבור לענייננו.

כדי לבחון את מעשיו של הנאשם בעת הירי, עלי לקבוע מה היתה תחושתו בשעת הירי ומה חשב. יתכן שהתחושות הסובייקטיביות שלו, עובדתית, לא היו נכונות, אך עלי לקבוע שהוא טעה טעות כנה וסבר שהוא לא יכול להימנע מיריות שבסופו של דבר פגעו הן במנוח והן בפצוע.

על מנת שנבין את הלך רוחו, מחשבתו ותחושותיו של הנאשם, יש להביא בחשבון שתי מערכות של עובדות. הראשונה – כל הארועים מהשנים האחרונות שקדמו לירי (סעיף 8 (א) לעיל) והשניה – כל הארועים, השיקולים והמחשבות בזמן הירי (סעיף 8 (ב) לעיל). כשמצרפים את שתי המערכות הללו, חייבים להגיע למסקנה שהירי היה בבחינת הגנה עצמית וחלה כאן ההגנה של צורך עפ"י סעיף 34 יא לחוק העונשין התשל"ז - 1977.

מכל מקום, אם הנאשם טעה, הרי "משניצב בית המשפט בפני שתי גרסאות עובדתיות אפשריות, הדין הוא, כי למען עשיית הצדק, יש לאמץ את הגרסה הנוחה יותר לנאשם" (ע"פ 26/89 שם בעמ' 641).

ובענייננו, הגירסה הנוחה יותר לנאשם הינה הגירסה שהוא חש בסכנת חיים והיה צריך לירות בפולשים וזאת על מנת למנוע שהם יפגעו בו או בבני חסותו אשר ישנו באותה עת בחווה.

השופט לוין כתב בפסק הדין הנ"ל כי למערער היה חשש רציני מאסון וזאת בין השאר גם על יסוד ארועים קודמים של פיגועים חבלניים והשופט מבקר את פסק דינו של בית המשפט המחוזי "שלא נתן דעתו וכלל לא התייחס לעדויות שבאו לפניו בעניין זה... אין ספק כי לחשש מפני פיגוע אפשרי, המשתלב בהופעתם של רועים ערבים בקירבה מדאיגה ליישוב, יש רלוונטיות ומשמעות ניכרת לצורך בחינת מצבו הנפשי והלך מחשבתו של המערער עובר לירי", וכך בענייננו.

10. סוגיית הריגתו של המתפרץ במחתרת ובאישון לילה נדונה בפרשת משפטים (פרק כב' פס' א-ג):

"אם במחתרת יימצא הגנב והוכה ומת אין לו דמים. אם זרחה השמש עליו דמים לו שלם ישלם אם אין לו ונמכר בגנבתו. אם המצא תמצא בידו הגנבה משור עד חמור עד שה חיים שניים ישלם."

פרופ' נחמה ליבוביץ בספרה (בעמ' 271) מעירה שמבחינה תחבירית המשפט המתחיל במילים **"אם במחתרת יימצא"** לא ברור. אין לדעת **למי מוסב הכינוי המושא "לו" שבמשפט הראשי?"**

בענין זה נחלקו הפרשנים:

חלק מהפרשנים סבורים שהמילה "לו" מתייחסת לגנב שבמחתרת אך רוב המפרשים, כפי שמוסבר, שם בעמ' 272 מייחסים את המילה "לו" לבעל הבית. דהיינו, שאין לבעל הבית אשמת שפיכות דמים. כפי שפירש ר' יוסף בכור שור:

"אין לו דמים: אי מכה הוא נחשב כשופך דמים, שהרי כמו אנוס הוא, שאין אדם יכול להעמיד עצמו על ממונו."

וביתר הדגשה והבלטה כותב אברבאנל:

"אין לו – לבעל הבית – דמים"

רצונו לומר, שלא יענש על הריגתו.

במילים אחרות, התורה רואה בחומרה יתרה את מי שמשיג גבול רעהו, במחתרת ופוטרת מתוך הבנה לקדושת ההגנה על הרכוש ועל הבית, את מי שהרג מתפרץ במחתרת.

11. חוות דעתו של חברי, כב' השופט אריאל ואגו:

חברי כותב בחוות דעתו כי:

"שני מקבצי התרמילים שנמצאו בזירה היו מרוחקים זה מזה כ- 7.5 מטר, מה שמעיד על הימצא היורה בתנועה..."

לעניות דעתי, אין תימוכין לקביעה של כב' השופט ואגו במילים **"מה שמעיד על הימצא היורה בתנועה."**

המומחה מטעם ההגנה, מר נדיבי, כתב בחוות דעתו, נ/40 בעמ' 5 כי:

"לא נבדקו (ע"י המשטרה – י.פ.) במייד קווי ירי מה שיכול היה להביא לגילוי מקום עמידתו המדוייק של דרומי בעת הירי ואת כיוון החזקת הרובה. בדיקה כזאת הייתה מסירה במעט את ה"ערפל" בנוגע למקום הימצאו בזמן הירי."

בעמ' 4-5 לחוות דעתו כותב מר נדיבי כי:

"מציאת התרמילים בשני מקבצים המרוחקים כ- 7 עד 7.5 מטר זה מזה ניתנת להסבר באחת משלוש

אפשרויות".

בסוף עמ' 5 הוא פוסל את שתי האפשרויות הראשונות ומתירה רק אפשרות אחת והיא -

"שהירי הרציף של ששת הכדורים כשהקנה מכונן לכיוון דרום מערב והיורה נמצא במרחק של 4-6 מטרים מהגדר, כאשר שלושת התרמילים פוגעים בגדר... וניתזים אחורה ושלושה תרמילים הנותרים פוגעים בגדר וניתזים ממנה נופלים על ערימת הפחים... הנמצאת למרגלות הגדר."

חברי ממשיק וכותב בחוות דעתו כי -

"כל הפגיעות בגוף המנוח והפצוע היו בחלק האחורי כשכיוון כניסת הקליעים מלמטה למעלה, מכאן שנורו בעת שהיו במגמת בריחה מהחוזה לכיוון השטח וכאשר ההסבר לזווית חדירת הכדורים הוא או בכך שלא כיוון לפלג גופם התחתון, כפי שטען או בכך שהם רצו ריצה שפופה."

לדעתי לא ניתן להגיע למסקנות אליהן חברי הגיע ומכל מקום אלו השערות ולא עובדות מוכחות.

כיוון כניסת הקליעים אינו יכול ללמד שהמנוח והפצוע היו במגמת בריחה והעובדה שהם נפגעו בפלג גוף תחתון לא יכולה ללמד, ואי אפשר לקבוע, חד משמעית שהנאשם לא כיוון את הירי לפלג גופם התחתון, כפי שטען.

המסקנות הללו היו יכולות להיות נכונות או הגיוניות אם היו מתקיימים שני תנאים,

האחד - שהיריות נורו במטווח והשני - שהיריות נורו במקום מואר.

כמובן שהתנאים הללו לא התקיימו, היריות נורו בשעת לילה מאוחרת כשבמקום שררה עלטה כבדה ולא ניתן היה לצפות שבתנאים האלו כאשר הנאשם נתון בהתרגשות, בפחד וכאשר הוא היה מושפע מכל הארועים שהיו באותו ערב ומהארועים הקודמים ליום האירוע.

אינני מקבל גם את סברתו של חברי המלומד כי: **"אין כל אישוש, מדעי או אחר, לתזה שהנשק החצי אוטומטי שבו עסקינן לקה בתקלה פתאומית שבעטייה נורו כל הכדורים בצרור רצוף, ובלחיצת הדק אחת."**

די אם נפנה בעניין זה דווקא לחוות דעתו של המומחה מטעם התביעה, מר סילברוטר שהעיד כי:

ישנה אפשרות שבזירת האירוע יכול היה להיירות צרור אחד **"שגומר את המחסנית או עד שהוא עוזב את ההדק"**.

وهוא הוסיף כי לא ידוע לו אם בזירת העבירה הנשק היה תקין כפי שהיה בעת הבדיקה שהוא ערך לו.

לאור האמור לעיל, יש להנות את הנאשם דווקא מהספק ולא לקבוע את הממצא שחברי מבקש לקבוע שכן ממצא זה לא מתיישב עם עדות עד ההגנה ליאור נדיבי ועם עדות עד התביעה מר סילברוטר שמסקנתו אינה מוחלטת ושהוא מעלה אפשרות שהנשק לא היה תקין בעת ביצוע הירי.

עדויות אלה צריכות לפעול לטובת הנאשם.

אינני מוק גם לקבל את מסקנתו של חברי שבשעת הירי **"כבר איש לא התכוון להתפרץ לחוזה"** (הדגשה שלי - י.פ.).

הדברים שחברי מתאר היו יכולים להיות אילו האירוע היה מתרחש במעבדה, דבר שלא התקיים, כפי שידוע לנו. כיוון שהירי ארך קרוב לשניה וחצי אי אפשר לקבוע אם באותה שניה וחצי הפורצים עדיין עמדו על מקומם או שכבר החלו

לברוח. מה גם שמדובר שהכל נעשה בהרף עין ובחשכה מוחלטת, גם מסיבה זו יש להנות את הנאשם מחמת הספק ולא לקבוע את הממצא שחברי, עם כל הכבוד, קבע.

12. על מנת להרשיע את הנאשם בעבירה של הריגה, כפי שכותב קדמי "בעל הדין בפלילים" חוק העונשין, חלק שלישי, מהדורה מעודכנת 2006, בעמ' 1061:

"אין די בכך, שהנאשם יהיה ער לסכנה הנשקפת מהתנהגותו לחייו ולבריאותו של קורבנו, וצריך שתתקיימנה אצלו מודעות לאפשרות גרימת מותו של הקורבן ולצידה יחס של פזיזות להתממשותה של אפשרות זו."

סעיף 20 לחוק העונשין, התשל"ז – 1977 מגדיר בסעיף (א)(2) שפזיזות תחשב אחת מאלה:

א. **אדישות** – בשוויון נפש לאפשרות גרימת התוצאה.

ב. **קלות דעת** – בנטילת סיכון בלתי סביר לאפשרות גרימת התוצאות האמורות.

לא שוכנעתי שהמאשימה הוכיחה אדישות או פזיזות מצד הנאשם וכי הירי נעשה מתוך קלות דעת. שנאמר בע"פ 419/68 **מדינת ישראל נ. זאב רפאל פד'**, כ"ב(2), 749:

"פזיזות (RECKLESSNESS). פזיזות פירושו "שהיה ער לסכנה, שהיתה צפויה מהתנהגותו לחיים או לגופם של אחרים."

בהעדר היסודות האלה ומאחר ואני לא מקבל שמעשהו של הנאשם היה פזיז, נעשה מתוך אדישות וגם לא היה **"בלתי סביר בעליל"** לכן הוא נהנה מהגנת סעיף 34(י)(1) לחוק הנ"ל.

בנוסף יש לקבוע, ולו מחמת הספק שלא הוכחו יסודות העבירה של סעיף 298 לחוק העונשין, התשל"ז – 1977.

לפיכך אני מציע לקבל את התוצאה כמפורט בסעיף 1 לעיל.

י. פלפל – נשיא

לפיכך הוחלט, ברוב דעות, לזכות את הנאשם מביצוע עבירה של הריגה לפי סעיף 298 לחוק העונשין התשל"ז – 1977 ועבירה של חבלה בכוונה מחמירה לפי סעיף 329(א)(1) לחוק הנ"ל ולהרשיעו בביצוע עבירות בנשק (החזקה ונשיאה) – עבירות לפי סעיפים 144(א)(ב) לחוק הנ"ל.

ניתן היום כ"ג בתמוז, תשס"ט (15 ביולי 2009) במעמד ב"כ המאשימה עו"ד אלון אלטמן, הנאשם וב"כ עו"ד בני נהרי.

א. ואגו – שופט

ר. ברקאי - שופטת

י. פלפל - אב"ד

//