

ע"פ 6168/20 - מדינת ישראל נגד יעקב עמיחי שטבה, רונן כהן

**בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לעורוורים פליליים
ע"פ 6168/20**

כבוד השופט י' אלרון
כבוד השופט א' שטיין
כבוד השופטת ג' כנפי-שטייניץ

לפני:

מדינת ישראל

המעוררת:

נגד

1. יעקב עמיחי שטבה
2. רונן כהן

המשיבים:

ערעור על פסק דיןו של בית המשפט המחוזי בארכוב-ת"פ 23020-01-16 שביעי ב-20.7.2020
על ידי השופט א' מושנויות

(2.5.2022)

א' באיר התשפ"ב

תאריך הישיבה:

עו"ד עומריה כהן

בשם המעוררת:

עו"ד איתמר ברקאי

בשם המשיב 1:

עו"ד ציון אמיר

בשם המשיב 2:

פסק דין

השופט י' אלרון:

1. לפנינו ערעור על פסק דיןו של בית המשפט המחוזי בארכוב-ת"פ 23020-01-16 (השופט א' מושנויות) מיום 20.7.2020, במסגרתו זכו המשיבים מעבירות גרים חבלה בכונה מחמירה שיוחסה להם.

עמוד 1

© verdicts.co.il - פסק דין

2. ביום 18.10.2015 רצח המחבר מהנד אלעוקבי (להלן: המחבר) באמצעות יריות אקדח את החיל עומר לוי זיל בתחנה המרכזית בבאר-שבע (להלן: התחנה), ופצע אחרים.

כמפורט בכתב האישום, משנשמעו יריות האקדח, התפזרו הנוכחים בתחנה לכל עבר. בשלב זה, קצין הביטחון של התחנה המרכזית בבאר-שבע (להלן: קצין הביטחון) סבר בטעות כי אבטום זרהורם ז"ל (להלן: המנוח) שועור את חסדו, הוא המחבר, וירה לעברו. אחרים מוכחות הביטחון שנכחו באותו מקום, סברו גם הם כי המנוח הוא המחבר, וירו בו. המנוח פונה לבסוף לקבלת טיפול רפואי, אך נפטר מפצעיו בבית החולים סורוקה.

המעשים המזוהים למשיבים התרחשו לאחר שהמנוח נורה ונפצע ובעוודו שרוע על רצפת התחנה. בשלב זה, סברו בטעות הנוכחים במקום כי המנוח הוא המחבר. קהל רב התאסף סביבו והරוחות התלהטו. חלק מהnocחים פגעו במנוח, אחרים ניסו להגן עליו.

למשיב 1 יווסה בעיטה חזקה בפלג גופו העליון של המנוח, ולמשיב 2 שני מקרים של "התחת" ספסל לעברו ובעיטה חזקה בראשו. בגין מעשים אלו, יווססו למשיבים אמרות של גרים חבלה בכונה מחמירה, לפי סעיף 29(א)(1)-(2) לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: החוק).

פסק הדין של בית המשפט המחוזי

3. לאחר שמייעת ראיות, בית המשפט המחוזי זיכה את המשיבים, מחמת הספק, מהעבירות שייחסו להם בכתב האישום.

בפסק דין, פרשתחילה את ראיות התביעה – ובכלל זה עדויותיהם של עדי התביעה; הודיעות שהוגשו בהסכם; עדותה של ד"ר מאיה פורמן רזניק מהמרכז הלאומי לרפואה משפטית; וכן תיעוד האירוע בצילומות האבטחה השונות, ובפרט הסרטון שנקלט בצילמת אבטחה מס' 13 (ת/22)-סרטון זה ניצב בМОקד התשתיות הראייתית.

בית המשפט הוסיף ובחן אתגרסאות המשיבים כפי שבאו לידי ביטוי בחקירות במשטרת ובעודותם בבית המשפט.

אפרת להלן את עיקרי גרסאות אלו.

המשיב 1 מסר בחקירותו במשטרה (ת/6; ת/11) כי הוא משרת כלוחם בגודן 51 של חטיבת גולני ביום האירוע היה בדרך לבתו מבסיס באזורי ירוחם שבו עבר הכשרה. לאחר שירד מהאוטובוס בתחנה המרכזית בבאר-שבע שמע קולות ירי ממבנה התחנה, ומשהבין כי מדובר בפגיעה דרך את נשקו ורצ לכוון ממנו נשמע היר (ת/11, עמ' 8-10).

כ正如רנכנס למבנה התחנה הבחן במנוח שרווע על הרצתה בעודו בח'ים כאשר להבנתו המנוח הוא המחביל (שם, עמ' 10-11). לדבריו, בשלב זה לא היה ברור לו מה "סטטוס" האירוע, והאם המחביל חמוש או מונטרל, אך החלטת שלא לירוח בו. עוד אישר שצעק לעבר המנוח לפני שבעט בו.

בעדותו בבית המשפט, המשיב 1 חזר על גרטטו ורחליב- לדבריו לאחר שנכנס לתחנה המרכזית היה "בלאגן" רציני, וכל אחד פעל על דעת עצמו. בשלב מסוים בו חש שהסובבים אינם משגיחים על ה"מחבל", הבחן שהמנוח שינה את תנוחתו ולכן רץ ובעט בו כדי להסיר את הסיכון, על ידי כך שידיו של המנוח יחשפו לפניו (פרו' מיום 22.4.2018 עמ' 154, ש' 29).

כך תמצת המשיב 1 את התנהלותו באירוע: "...באתי כלוחם, באתי במטרה אחת. עם אותה מטרה גם יצאתי מהAIROU. מההתחלת ועד הסוף תפקדתי כלוחם. עשית את התקףך שלי בצורה הכי טובה שהצליחתי לעשות" (שם, עמ' 159, ש' 6-8).

4. המשיב 2 מסר שני אמרות במשטרה - הראשונה (ת/14) נגבהה מספר שעות לאחר האירוע, ובها מסר כי הוא קצין בשירות בתי הסוהר, וכי במהלך נסיעתו לכיוון בית החולים סורוקה יחד עם סוהר נוסף – חנניה שבת (להלן: הסוהר הנוסף), שמע יריות מכיוון התחנה והבחן באנשים רבים ונמלטים ממנה. לדבריו רץ לכיוון התחנה, סיע בפינו והרחקת אנשים מהזירה, ובשלב מסוים עזב את המקום.

כעבור מספר ימים המשיב 2 נחקר (ת/5) והפעם בחשד לעבירה של "פצעה או חבלה זדונית שלא כדין", בגין תקיפת המנוח. המשיב 2 תיאר בשנית כיצד רץ לתוך התחנה המרכזית, טען שמדובר שנשמע צורו יריות נסוף היה לו "נתק מוחלט במוח" (שם, ש' 20-21); כי אינו זוכר שתקף אזרח כלשהו; וכי לא עשה דבר למנוח.

כאשר עומת עם סרטון מצצלמת האבטחה, פרץ בבכי והסביר כי לאחרשנורה צורו יריות המחביל נותר ללא אבטחה, ولكن פעל באופן זה. עוד הוסיף כי הוא מצטער, אך לא ידע שהמנוח חף מפשע.

בעדותו בבית המשפט, המשיב 2 הסביר כי שירות בצה"ל כלוחם ביחיד דוכיפת, עבר קורס לוחמה בטרור ועבד כמאבטח במקומות שונים עד שהתגייס לשירות בתי הסוהר. לדבריו, כאשר נכנס לתחנה הבין באנשים צועקים וボכים ובוחבל המוקף אנשי ביטחון ואזרחים עם נשקים מופנים כלפיו. באותו שעה, סבר שהAIROU הסתתרים, וכי מסר לאשתתו בטלפון. אז, שמע לפטע ירי מאוחר אחר בתחנה שבקבוצתו החלה בהלה גדולה בקהל, כך שהמנוח נותר ללא אבטחה. בשלב זה הוא והסוהר הנוסף השיליכו לעבר המנוח ספסל על מנת להגביל את תנועותיו, ומשהלה היזע את ידיו, החלטת לבועוט בעיטה אחת בצווארו.

5. נספ על עדויות אלו, בית המשפט סקר חוות דעת שהוגשו במסגרת פרשת ההגנה של המשיב 1, אותן ערכו שני אלופים במילואים – גרשון הכהן ודן ביטון (נ/14 ו-נ/15); הודיעות מעורבים נוספים שהוגשו בהסכמה במסגרת פרשת ההגנה – בכלל זה הודיעותיו במשטרה של קצין הביטחון (נ/22, נ/23, נ/24); והודעתה במשטרה של קצינת צה"ל (נ/46) שנכחה באירוע וירתה אף היא לעבר המנוח.

6. לאחר ניתוח מכלול ראיות אלו, בית המשפט בחר את נסיבותו הייחודיות של האירוע - העובדה שהוא התרחש בתקופה שבה כהגדרתו של בית המשפט "אירוע דמים אחד רדף אירוע דמים אחר" (עמ' 41 לפסק הדין), כאשר במהלך חודש אוקטובר 2015 התרחשו שירות פיגועי דקירה, דרישת ירי.

כך תיאר בית המשפט את מצב הדברים המורכב בזירת האירוע:

"במציאות הריאלית של אירוע שבו עסוקין, אשר עולה בבירור מההיעוד של מצלמות האבטחה, מחייב בן עוללהفتحה בירוי לעבר אנשים חפים מפשע, ובכך החל בפגיעה טרור רצחני, שנמשך דקות ארוכות, קרוב ל-18 דקות שנראו כנכח, שבמהן יריות נשענו מכל עבר, והיה קשה מאד לזהות מי נגד מי; מציאות שהוא אזרחים מבוהלים, וגם לובשי מדים, נמלטו בבעיטה, חלקם אל מחוץ לתחנה, וחלקם ממקום אחד בתחנה למקום אחר, כשהם מתקשים לזהות את מקור הירוי, אינם יודעים מפני מי עליהם התגוננו, ואין במצבם גורם מסוים שמנhal את אירוע מושכל" (שם, עמ' 42).

הוסיף וציין בית המשפט, כי אין ספק שהמשיבים היו משוכנעים שהמנוח הוא אחד מכמה מחייבים בתחום התחנה, וכי גם כוחות הביטחון סברו כך בדקות שלאחר מקום, ובהתאם למנעו מכוחות ההצללה לטפל במנוח עד אשר גורם מוסמך יידע כי הוא אינו נושא אמצעי לחימה.

7. בהינתן זאת, בית המשפט פנה לבחון את משמעותו היה המשיבים לובשי מדים שלגרסתם פעלו באירוע כחלק מכוחות הביטחון במקום.

בית המשפט הגיע לככל מסקנה כי יש מקום להבחן בין מי שמשרת שירות פעיל בצה"ל, בפרט כלוחם, לבין מי שאינו צה"ל, נכון, נכון ה"חטירה למגע" עליו מתחנכים לוחמים. משכך, מצופה מחייב שנקלע לאירוע שנחזה להיות פיגוע לפחות כפי שהוכיח, ולחותור למגע" כמו טוב יכולתו. עוד נקבע, כי לא ניתן להתעלם מההקשר שבו נעשו המיעשים, ואין להתייחס אליהם כאל אירוע פלילי רגיל אפוא מדבר באירוע שהתרחש במסגרת "פעילות מבצעית".

על רקע דברים אלו, בית המשפט המחויז בחר את הפעולות הקונקרטיות שביצע כל אחד מהמשיבים.

8. בעניינו של הנאשם 1- צוין כי בעיתתו במנוח נעשתה לאחר שהמנוח נורה ולפני שהחייב ביצע ירי נוסף באזור אחר של התחנה - "3 דקות לאחר ירי אחד, ודקה אחת לפני אירוע ירי נוסף" (עמ' 46 לפסק הדין).

ביחס לטענת הנאשם 1 כי בעת במנוח בשל שינוי בתנוחת ידיו שהגביר את תחושת הסכנה אותה חש, נקבע כי לא ניתן לראות בסרטון (ת/22) את מצבו של המנוח במהלך הבעיטה, ולכן הסרטון אינו תומך בעינה כי הנאשם 1 חש בסכנה ממשית בשל תנועה צאת או אחרת. עם זאת, נקבע כי לא ניתן לשלו את טענתו לפיה חש סכנה באזורה העת בשל השני בו הבחן בתנוחת ידיו של המנוח שבבקבוקיו החligt לבועוט בו.

בית המשפט נימק קביעה זו כדלקמן: "הדברים אמורים ביותר שאות, בהינתן העובדה שמדובר בשירות סדייר, שהוא מצופה ממנו לחותור למגע ולסייע בהסרת האיום, ולא ניתן לשלו את טענתו כי המעשה שעשה אכן נועד למטרה זו" (עמ' 47 לפסק דין).

9. אשר למשיב 2-בית המשפט ציין תחילת כי הלה אישר דבריו בחקירתו במשטרה, לפיהם איןנו זוכר חלק מהעובדות, לא היו אמת, וטען כי כך נוגג בשל לחץ ובהלה.แนב, כי מדובר בהתנגדות שאינה ראייה, אולם הודהתו כי שיקור תחילת אינה מוליכה למסקנה כי אין לסת כל אמון בדבריו בהתחשב בכך שבמהמשך החקירה שינה את גרסתו.

ציוון, כי יש ממש בវיקורתה של באת כוח המדינה על התנהלות המשיב 2 במהלך האירוע, אשר תחילת לא סיע להרחק אנשים מהזירה אלא התקשר לרעויותו, באופן שאיןו מתישב עם טענותו כי חשש שהמנוח נושא חגורת נפץ. עם זאת, לאחר אירוע הירוי השני - בחלוקת האחראות התחנה, המשיב 2 התחנה כמו שנטען בסכנה באופן שבא לידי ביטוי בהליך השופעה ובדריכותו, ובמסגרת זאת ניסה לצמצם את הסכנה שסביר כי נשקפת מהמנוח באמצעות השלcta ספסל לעברו יחד עם הסוחר הנוסף.

בית המשפט אף הסתייג מאופן ניסוח כתוב האישום, לפיו המשיב 2 והסוחר הנוסף "הטיחו" במנוח את הספסל, וקבע כי ההסביר להשלכת הספסל על ידי המשיב 2 אינו מופרנוכח הנסיבות בהן בעקבות הירוי הנוסף רצוי הסובבים לעבר זירה אחרת באופן שהקים את חששו כי ה"מחבל" נותר ללא השגחה. יצוין, כי במסגרת הערעור המדינה לא השיגה על קביעות בית המשפט המחויז לפיה היה טעם סביר להשלכת הספסל לעבר המנוח כדי להגביל את תנועותיו.

ביחס לבעיטה המשיב 2 במנוח, בית המשפט "התלבט" ביחס לסייעתה, מאחר שאמנם המנוח היה את ידיו ושינה את תנוחתן, אולם קשה לראות בכך את הסכנה הרבה לה טען המשיב 2. לצד זאת, נקבע כי אין ספק כי המשיב 2 פעל תחת לחץ, וכי הבעיטה במנוח נעשתה לאחר אירוע הירוי השני שבוצע שנית אחת קודם לכן. על כן, נקבע כי: "לא ניתן לשלו את טענותו כי בעתה אחת במנוח, בכך למנוע את הסכנה המידית ששחש באותו זמן בעקבות תנועות ידו של המנוח, גם אם מדובר בתחשוה סובייקטיבית שהתעצמה בשל הנסיבות שהתרחשו בזירה באותה..." (עמ' 49 לפסק הדין).

10. מטעמים אלו, קבע בית המשפט כי נותר ספק סביר באשר להתקיימותו של סיג "ההגנה העצמית המדומה" ביחס לכל אחד מהמשיבים: ומכך - זיכה אותם מחמת הספק מן העבירות שייחסו להם. בנוסף, קבע בית המשפט כי אין מקום להרשיע את המשיבים בעבירה חלופית של התעללות בחסר ישע.

טענות הצדדים בערעור

11. ערעור המדינה נחלק לשני חלקים:

הראשון-מתיחס רק למשיב 1, ומופנה כלפי החלטת בית המשפט המחויז מיום 6.7.2017, בנסיבות נדחתה בקשה המדינה לתקן את כתוב האישום. בבקשתה זו נתבקשה הוספה עד תביעה, חסוני קומבז (להלן: קומבז), אדם שצלם סרטון המתעד את האירועים שככטב האישום. המדינה טוענת כי יש לבטל החלטה זו, להסביר את הדיון בבית המשפט המחויז על מנת שישוב ויכריע את דינו של המשיב 1, ולהלופין - להרשיע את המשיב 1 לפי הראיות הקיימות;

השני- כי יש לבטל את ההחלטה בית המשפט המחויז ביחס למשיב 2, ולהרשיעו בעבירה שייחסה לו בכתב

אפרוש תחילה את טענות הצדדים במסגרת ערעור המדינה לדוחות את בקשתה לתיקון כתוב האישום, ולאחר מכן אפנה לטענות לעניין זכויות של המשיבים.

12. בקשת המדינה לתיקון כתוב האישום הוגשה בשלתי פרשת התביעה, ומספר חדשים לאחר הגשת בקשה קודמת לתיקון כתוב האישום בעניין אחר, עת התבקשה הוספה עדי תביעה – אשר התקבלה. במסגרת התביעה המאו跟她ת התביעה בית המשפט להוסיף לכתב האישום עד תביעה את קומבז, אשר תיעד חלק מהairoו בסרטון שצולם באמצעות הטלפון הסלולרי (להלן: הסרטון החדש). הוסבר, כי עד לשידורו של סרט טלוויזיוני בערך 8 ביחס לאירוע, המדינה לא ידעה על קיומו של הסרטון החדש. מונודע לה עליו, בוצעה השלמה חוקירה במסגרת נגבהה הودעה מקומבז והוא מסר את הסרטון החדש למשטרה.

המשיבים טענו מנגד, כי תיקון כתוב האישום בשלב זה יפגע קשות בהגנתם ובזכותם להליך הוגן, לאחר שכעת נחשף קו ההגנה אותו גיבשו על בסיס חומר הראיות שהיה בפניהם, ובהתאם לו הכינו את חוקירות העדים במסגרת פרשת התביעה.

בית המשפט המחוזי דחה את הבקשה. נקבע, כי בהגשתה במועד כה מאוחר, "לאחר שהסתiyaמה פרשת התביעה" כלשונו של בית המשפט, יש כדי לפגוע באופן ממש בהגנת הנאשמים; לגרומל להמשכות ההליכים הפליליים זמן רב; וכי קיימאנטרס ציבורי בסיום ההליכים בהקדם כדי לצמצם את עינוי הדין שנגרם למשיבים, שאף הוא תומך בדוחית הבקשה. עוד הודגש, כי המדינה הוי לפחות שתי הזדמנויות קודומות לבקש את הוספת הסרטון החדש, וכיהעובה שהזדמנויות אלו לא נצלו חיזקה את הנחת הסגנורים כי המדינה החליטה לוותר על הכללת הסרטון החדש בין ראיותיה.

13. לשיטת המדינה, בית המשפט המחוזי שגה בהחלטתו זו, שאינה מתויישבת עם ההלכה הנוגנת. לטענתה, מרכזיות הסרטון החדש נעוצה בכך שבשוונה מסרטון מצלמות האבטחה (ת/22) ניתן לראות בו את בעיטת המשיב 1 במנוח ואת גופו באופן شامل יותר מאשר לא חזק את ידו עבר לבעיתה, וכך, לטענת המדינה, החלטת בית המשפט המחוזי הobileה לעיוות דין לאחר שהיא נסמכת על ממצא עובדתי שגוי.

כן Natürlich, כי בית המשפט המחוזי שגה בrama העובדתית לאחר שהמשיב 1 לא בחר קו הגנה בהסתמך על הנחיה שהסרטון לא יוגש, וטענתו כי בוצע במנוח בשל תזוזת ידיו היא תולדה של החלטת בית המשפט שלא לקבל את הסרטון הנוסף.

14. המשיב 1, מנגד, שב והתנגד לקבלת הבקשה, ופירט את לוח הזמנים הבא:

ביום 12.1.2016 הוגש כתוב האישום מושא ההליך בבית המשפט המחוזי, וביום 19.6.2016 בוצעה השלמה החקירה במסגרת נגבהה עדות מקומבז.

ביום 14.2.2017, לאחר תחילת שלב ההוכחות, הגישה המדינה בקשה לתקן את כתוב האישום ולהוסיף עדי תביעה. מספר ימים לאחר מכן בית המשפט נעתר לבקשתה, ואפשר את תיקון כתוב האישום. בבקשתה ראשונה זו לא ביקשה להוסיף את עדותו של קומbez.

רק ביום 23.6.2017, ולמעלה משנה אחריו ביצוע השלמת החקירה האמורה, הגישה בקשה נוספת לתקן כתוב האישום שענינה הוספה עדותו של קומbez.

יוער כי, בא כוח המדינה הבahir במסגרת הדיון בערעור ובمعנה לשאלתנו, כי לוח זמנים זה הוא מדויק.

בהתבסס על ציר זמנים זה, המשיב 1 טען כי הסרטון החדש היה בידי המדינה למשך כל ההליך והוא נמנעה במקוון מהגשתו. כן עמד המשיב 1 על קרשנאה להلوم טענה לפיה ראייה כה מהותית, לשיטת המדינה, לא הגישה מחמת "שגגה" ותו לא.

עוד טוען, כי גרסת המדינה לפיה המשיב 1 בעטבמווח בשל מנוח ידיו נתענה כבר בחקירותו במשטרה, ולא בעקבות החלטה שדחתה את בקשה המדינה לתקן כתוב האישום; וכי בכלל הראות הסרטון שצירופו מבוקש לא יוביל לשינוי בפסק הדין.

המשיב 1 הוסיף וטען, כי בית המשפט המחויז נדרש למעשה פערם נספנות לסוגיית הסרטון החדש -במהלך חקירתו הנגדית של המשיב 1 (החלטה מיום 7.6.2018), וב דין נספף שהתקיים ביום 17.6.2018. בכל אותן פעמים, נדחתה בקשה המדינה להציג את הסרטון.

בנוסף, טוען כי מועד הגשת הבקשה לתקן כתוב האישום וניסי官ה יצרו היתכנות ברורה לפגיעה ממשית ביכולתו של המשיב 1 להציגן מפני האישומים נגדו ולגרימת עיוות דין. בפרט, טוען כי הסתמכו על כך שהמדינה ויתרה על הצגת סרטון זה, גרמה לו לוטר על העדות עדים מסוימים בהליך ועל ביצוען של פעולות אחרות.

15. אשר להחלטת בית המשפט המחויז לזכות את המשיבים-לשיטת המדינה, מסקנת בית המשפט המחויז בעניינו של המשיב 1, כי פועל מתוך הגנה עצמית מדומה, שגוייה. זאת מאחר שסרטון האבטחה מלמד כי המשיב 1 פעל מתוך נקמה וככל לא חש סכנה מהמנה.

בעניינו של המשיב 2 – טוען כי הנמקת בית המשפט המחויז ביחס לזכיו לוקה בחסר, בלתי מבוססת, ואין מתוישבת עם העובדות. המדינה מדגישה, כי המשיב 2 הבהיר תחילתה בהודעתו הראונה במשטרה כל מגע בין למן, טוען שאין לו זיכרון מהאירע בנסיבות. כאשר נשאל מפורשות בחקירותו תחת אזהרה האם תקף את המנוח, הבהיר, ושינה את גרסתו רק כאשר עומרת עם סרטון מצלהות האבטחה.

טען, כי טענת המשיב 2 בדבר קיומו של חשש כי המנוח נושא מושע עולה בקנה אחד עם התנהלותו, ומミלא חשש שכזה אינו מצדיק בעיטה במנוח; כי ישנה סתייה בין קביעת בית המשפט המחויז לפיה אין זה סביר

שתנועת היד שהמנוח ביצע גרמה לתחושת סכנה, לבן קביעתו שלא ניתן לשלוול תחשוה סובייקטיבית של המשיב 2 כיימת סכנה המצדיקה בעיטה במנווח; התנהגות המשיב 2 לאחר הביעיטה מראה כי הוא כלל לא חשש מפני הפעלת מטען, וכי מדובר בטענה שקרית וכובושא.

עוד טענה המדינה, כי הראייה המרכזית מהויה סרטון מצלמות האבטחה (ת/22), ו邇אך אין לערכאה הדינונית כל עדיפות בניתوها של ראייה זו על פני ערכאת הערעור.

16. מנגד, לטענת המשיב 1, טענת המדינה כי גם ללא הסרטון החדש בית המשפט המחויז שגה בזכוכיו, נטענה ללא הנמקה של ממש. לשיטתו, הכרעת דינו של בית המשפט מונומקט ומעוגנת היטב בחומר הראיות, ובהתưיות מהעובדות שהוצעו לו, וכן מהעדויות ומהימנותן.

עוד צוין, כי נוכח תוצאת הכרעת הדיון, בית המשפט המחויז לא נדרש לטענתו המקדמית בדבר אכיפה ברנית, שדי בה כשלעצמה כדי להצדיק את זיכוי. המשיב 1 הוסיף וטען, כי יש לדחות את הערעור מטעמים שכונו על ידו פעולה בעקבות הצדק והאינטרס הציבורי, והציג, כי במשמעותו בה נוהל ההליך הוא המשיך בשירותו הצבאי כלוחם, עד לסיום שירותו בצה"ל.

17. המשיב 2 ציין בטיעונו כי הפיגוע בתחנה התרחש בתקופה שכונתה בשל הפיגועים הרבים שהתרחשו באותה העת, תקופה "טרור הבודדים". נטען, כי בית המשפט המחויז בחרן קרואו כל טענה וראייה רלוונטיות וקבע ממצאים עובדיתיים מובהקים וברורים בהתאם למידת האמון שרכש למשיב 2 ונחת דעתו גם לגרסתו הראשונית בחקירהתו במשטרה. בנוסף הדגיש את הימשכות ההליכים עד כה, שגרמה לו עינוי דין וטען גם לאכיפה ברנית. נוכח כל זאת, לטעמו של המשיב 2 לא נפל כל דופי בפסק הדין המצדיק התערבות בו, ויש להותיר את זיכוי על כנו.

דין והכרעה

18. אקדמיים אחרית לראשת -אני סבור כי יש לדחות את הערעור, על שני חלקיו, וכך אמליץ לחבריו ולחברתי כי נעשה.

יצוין, כי עוד במסגרת הדיון בערעור, לאחר ששמענו בקשר רב את טענות הצדדים, המלכנו למדינה למשוך את ערעורה, אולם באי כוחה לא ראו לנכנן לעשות כן; וזאת, כמובן, זכותם.

19. אפונה תחילת לערעור על החלטת בית המשפט המחויז לדחות את בקשה השניה של המדינה לתקן כתוב האישום -אקדמים ואומר כי אינו סבור שיש מקום להתערב בהחלטת בית המשפט המחויז.

ההחלטה של בית המשפט המחויז לא להתייר את תיקון כתוב האישום

20. לאחר ההחלטה כתוב האישום הסמכות להורות על תיקונו נתונה לבית המשפט, ובית המשפט רשאי תיקון, בתנאי שלא יהיה בכך כדי לנקוף את הנאשם בהגנתו (ראו: סעיף 92(א) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982, עקב קדמי על סדר הדין בפליליטחולק שני 948 (מהדורה מעודכנת 2009)).

לענין אופן הפעלת שיקול דעתו של בית המשפט בזמן עדים וקבלת ראות שלא על פי סדר הדין הרגילים נפסק: "בצד הכלל, כי הראיות צריכות להיות מובאות בזמן הרגיל והמקובל, יש להכיר בשיקול-דעת בית המשפט לסתות מהכלל, במקורה שהוא ימצא זאת לנוח. הפעלת שיקול-דעת זה אינה צריכה להיות עניין שבשגרה" (ע"פ 951/80 קניר נ' מדינת ישראל, פ"ד לה(3) 515, 505 (1981) (להלן: הלכת קניר)).

בהקשר זה נקבע, כי על בית המשפט להעמיד בראש מעיינו את השיקול שלא יגרם עיוות דין לנאים, כאשר עיוות דין ממשמעו פגעהVIC ביכולתו של הנאשם להגן עליו (שם, עמ' 516; ראו גם: ע"פ 8507 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 76 לחווות דעתך (9.9.2020)).

21. בענייננו, שאלנו לא אחת במהלך הדיון בערעור את בא כוח המדינה, מדוע לא התבקש תיקון כתוב האישום בסמוך לאחר שנודע לממשלה על קיומו של סרטון החדש, ומדוע לא התבקש בבית המשפט המוחזק לקבל את הסרטון החדש כרואה גם באותו הזמן מתחומות לכך לאחר מכן. בהגנותו כי הרבה, השיב בא כוח המדינה "אין לו תשובה".

בקשה לתיקון כתוב האישום, הסביר כי "[...] בשל שגגה, לא התבקש תיקון זה קודם לכן, ואף לא במסגרת הבקשה לתיקון כתוב האישום הקודמת" (סעיף 6 לבקשת מיום 23.6.2017 לתיקון כתוב האישום).

22. למרבה הצער, לאחרונה נעשה במילה "שגגה" שימוש באופן חוזר ונשנה, כミילת כסם המחפה על אי קבלת אחירות להנהלות שאינה תקינה. בנסיבות שלפנינו, המדינה אינה נכונה לשאת בהשלכותיה של "שגגה" זו, וUMBRA מבקשת כי המשיב 1 ישא במחירה הכביד- באופן המחייב את ההליך הפלילי נגדי כ-5 שנים לאחר מכן, מאחר שהדבר יחייב את שמיעת מכלול הראיות מבראשית.

בענין זה כבר הבعتי את עמדתי, כי יש להיזהר מתיקון שגנות התביעה על חשבון זכויות הנאשם (בש"פ 7364/21 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 27 (11.11.2021)). אמן אל לנו להיאחז בכללים דינוניים בנוקשות, אך כאשר זכויות הנאשם מונחות על הCPF, אין לרופף מסגרות דינניות יתר על המידה עד כדי פגעה בהליך הוגן ועיוות דין. בעבר ציינתי:

"הבאתי ריאות, על פי סדרן ושמירת המסדר הדינונית של הבאת ריאות, מהוות את אחד הנדבכים החשובים ביותר בקיומו של ההליך המתקיים בבית המשפט. לא בכדי, מתבסס סדר הדין של ההליך הפלילי על שלבי דין קבועים וידועים, כאשר כל צד מודיע היטב לזכויותיו על פי דין, כמו גם לחשיבותו של הצד الآخر. הבאת ריאות על ידי הצדדים זכויות מוקנית על פי דין מחד גיסא, וכחווה חוקקה בסדר הדין הפלילי, מאידך גיסא, הינה מאבני היסוד של ניהול הדיון הפלילי" (יוסף אלרון "קבלת ריאות שלא על פי סדר הדין" המשפטcarbon יב 15, 35-34 (תשס"ג)).

23. אין חולק, כי מצב בו בירור האמת נפגע בשל טעות או רשלנות של טובע, אינם רצוי. אולם, במקרים זה מקבלת עלי קביעה בית המשפט המחויז ומסקנתו כי מועד הגשת הבקשה לתיקון כתוב האישום ממשועותה פגעה ממשותה בהגנת המשיבים, כך שבית המשפט המחויז ישם כראוי בנסיבות העניין את הלכת קניר.

עוד אני סבור, כי במקרה שלפנינו קיים ספק רב אם ערך בירור האמת אכן נפגע בכך היצמדות לכללים דינוניים, כמפורט לעיל ידי המדינה. לעניין זה, הניגוד שבין המשמעות הרבה שהמדינה מ"חשת CUT לסתורן החדש, לבין דרך התנהלותה בערכאה קמא, מדובר בעצמו. במילים אחרות, לו אכן היה מדובר בראיה כה ממשועותית, שהיא-היא במקרה הדיון, יש להניח כי לא הייתה "נסחת" פעמיחר פעם על ידי באי כוח המדינה ובקשה לקבלתה הייתה מוגשת בהזדמנויות השונות שעמדו לרשותם לעשות כן.

אני מקבל בהקשר זה את הטענה כי גרסת המשיב 1 "התפתחה" דווקא נכון החלטה לדחות את הבקשה לתיקון כתוב האישום. הטענה לפיה גרסתו על תזוזת המנוח טרם בעט בו היא גרסה כבושא, נדחתה בפסק הדין (שם, עמ' 46). נימוקיו של בית המשפט המחויז בהקשר זה מקובלים עלי. סביר יותר מכך דברים שבו המדינה לא ראתה, בזמן אמת, בסרטון חדש זה משומם "ראית זהב", ונוכח פסק הדין ונימוקיו-עלתה חשיבותו מנוקודת מבטה רק לאחר מעשה.

24. כמו כן, לא ניתן להתעלם מכך שההליך המשפטי בבית המשפט המחויז התארך עד מאד. האירועים מושא כתוב האישום התרחש כאמור ביום 18.10.2015, ופסק הדין ניתן ביום 20.7.2020. זאת, למרות שדומה כי לא קיימת בתיק זה מרכיבות ראייתית מיוחדת.

התרת תיקון כתוב האישום כעת, ממשועותה מבחינת המשיב 1 השבת ההליך הפלילי לנוקודת ההתחלה או סמור לה וזמן עדים לא מעטים לחקירה מחדש. זאת, רק בשל שגנאל מי מבאי כוח המדינה, וליתר דיוק, בשלרץ' שגגות. בנסיבות הייחודיות של המקרה דן, יש להזכיר לשיקול זה משקל של ממש.

25. על כן, אכיע לחברי ולחברתי כי ערעור המדינה על החלטת בית המשפט המחויז מיום 6.7.2017 בדבר אי-קבלת בקשה המדינה לתיקון כתוב האישום וקבלת הראיה החדשה (הסרטון החדש) – יידחה.

הגנה עצמית מדומה

26. המחלוקת בין הצדדים בהקשר זה, בין העובדתי, הייתה ונותרה מצומצמת – אין חולק כי מעשייהם של המשיבים הם לא אלו שהובילו למות המנוח, אלא פגיעות היוו בו. אין חולק כי המשיבים סברו באותה העת, ובתמים, כי המנוח הוא מחבל מסוכן.

כמו כן, המחלוקת המשפטית צומצמה גם היא בגין הערעור, מאחר שהמדינה אינה מבקשת להשג כאמור על קביעה בית המשפט המחויז לפיה השלת הספסל על ידי המשיב 2 הייתה מעשה סביר. יצא אפוא, שענינו בבעיטה אחת של המשיב 1 במנוח ובעיטה נוספת נספתה של המשיב 2.

המדינה טוענת כי המשפטים חבלו במנוחה כנכמה בעודו שוכב חסר אונים על רצפת התחנה, זאת משברו כי המנוח הוא מחבל. מנוקודת מבטם של המשפטים הדברים נראים באור שונה עד מאד – לטענותם, בעודם מוחז למבנה התחנה, שמעו כי מתרחש פיגוע בתוך התחנה ורצו לטור המבנה על מנת לשיע. באותו עת, על אף מצבו של המנוח, חשו תחושת סכנה ופعلו כמייבר יכולתם ובהתאם להקשרתם כדי לנטרל את הסיכון אשר סברו כי נשקף ממנו.

.27. לצרכי ההכרעה בטענות הצדדים בחלק זה, לעמוד בקצרה על נקודות משמעותיות בז'יר הזמן:

בערב האירוע, מעט לפני השעה 19:30, המחבר האמיתית בחיל עומריו לוי ז"ל באזרע השירותים שבתחנה המרכזית. לאחר ירי זה, נמלטו אנשים רבים בבהלה מהתחנה.

בשעה 19:29:43 קצין הביטחון של התחנה יורה לעבר המנוח, מיד לאחר מכן נורות יריות נוספות נספנות לעברו. בשלב זה מתќבץ הציבור רב סביב המנוח, אזרחים שנכחו בקהל השליכו כסאות ופסל לעבר המנוח.

בשעה 19:32:46, המשפט 1 רץ לפתח מקום עומדול עבר המנוח ובעט בו.

בדקה לאחר מכן, בעקבות אירוע ירי נוסף מכיוון השירותים, התפזר ההמון סביב המנוח. כ-15 דקות לאחר מכן, המשפט 2 והסוחר הנוסף שהליכו ספסל מתקת לכיוון המנוח.

בחולף כ-10 דקות, המנוח נראה מזע את ידיו תוך שהוא מניח מתחת לראשו. המשפט 2 התקרב אליו בהליכה שפופה, ובעט בחזקה בידו הימנית בעודה מונחת מתחת לראשו.

.28. פירוט תמציתי זה של ז'יר הזמן בו התרחשו האירועים מדגים לשיטתי את ייחודה של האירוע – המעשים אירעו תוך כדי פיגוע שאותו ביצע המחבר האמיתית, תחת אש, בין ירי אחד לשני, ובעוד המחבר טרם "נטREL". בכך יש להקנות ממשמעות רבה ביותר.

בחינה מדוקדקת שנעשית בדיעבד של אירועי מסווג זה, בבחינת חכמה לאחר מעשה, היא בעייתית. אולם פרקי זמן קצריים שאנו נדרשים לבחון בעת ב"זיכוי מגאלת" ומשלל זווית מבט, נעשו בעיצובו של פיגוע טרור רצוני. כאשר הלב פועם בעוצמה, הפחד נוכח והמחשبة אינה בהירה כפי שהיא ברגעיו שגרה.

משמעות הדברים אינה כי באירועים מסווג זה קו הגבול שבין המותר וה אסור, מטהיד. רחוק מכך. משמעות הדברים היא שעליינו להנוג בזיהירות רבה, עת שאנו נדרשים כעת, שניים לאחר המעשים, לבחון את פעולותיהם של המעורבים באירוע שכזה. במקרה אחר קביעה:

"...עלינו להנוג בזיהירות יתרה שעה שאנו בוחנים את פעולותיהם של אנשי כוחות הביטחון סביב פעילות מבצעית או

במצבי לחימה. בchnerה זו אינה יכולה להיות "סטרילית", בתנאי מעבדה, תוך הפעלת חכמה שלאחר מעשה, אלא עליה ללקחת בחשבון את נסיבות האירוע, תנאי השטח ותחושים הנפשות הפועלות בזמן אמת" (ע"פ 4497/18 מדינת ישראל נ' דרי, פסקה 7 לחווות דעתך (19.8.2018)).

29. לטעמי, דברים אלו חלים, גם אם בהתאם מסוימות, על מעשים שמתרכחים תוך כדי פיגוע טרור בסביבה אזרחית. זאת בפרט, כאשר נבחן תפקודם של אנשי כוחות הביטחון במסגרת האירוע.

לכך יש להוסיף, כי אותם הימים בהם התרחש הפיגוע מושא הערעור, היו ימים מורכבים בהם פיגוע רצף פיגוע (ראו הנתונים המפורטים בעמ' 41 לפסק הדין). הקשר זה יש להניח לנגד עניינו מוקם בו אכן פונים לבחון האם עמדם למשיבים סיג לאחריות פלילתית בדומהה של הגנה עצמית מדומה.

הגנה עצמית מדומה – מסגרת נורמטיבית

30. סיג לאחריות פלילתית המכונה "הגנה עצמית מדומה", קומפלקסם של סעיפים 34 ו- 34ich(א) לחוק. להלן: לשון הסעיפים:

34. לא ישא אדם באחריות פלילתית למעשה שהוא דרש באופן מיידי כדי להדוף תקיפה שלא כדין שנשקרה ממנו סכנה מוחשית של פגעה בחיו, בחרותו, בגופו או ברכשו, שלו או של זולתו; ואולם, אין אדם פועל תוך הגנה עצמית מקום שהביא בהtanegotu הפסולה לתקיפה תוך שהוא צופה מראש את אפשרות התפתחות הדברים.

34ich. (א) העוסה מעשה בדמותו מצב דברים שאינם קיימים, לא ישא באחריות פלילתית אלא במידה שהוא נשאה בה אילו היה המצב לאמתו כפי שדיםמה אותו.

31. על כן, נאשם הפועל מתוך אמונה כנה אך מוטעית כימתקיים תנאים העובדיים של הגנה עצמית, ישא באחריות פלילתית רק ככל שהוא נשאה בה אם היה המצב לאמתו כפי שדיםמה אותו (ע"פ 746/14 ימר נ' מדינת ישראל, פסקה 50 (31.5.2016); ע"פ 735/12 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 9 (29.8.2013)).

עוד נקבע, כי בעבירות של מחשבה פלילתית די בכך שהנאשם טעה טעות כנה באשר להתקיימות התנאים לחולת הגנה, ולא נדרש כי הטיעות תהיה גם סבירה (ע"פ 4191/05 אלטגוז נ' מדינת ישראל, פסקה 16 (25.10.2006)(להלן: עניין אלטגוז); ע"פ 5184/14 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 84 (3.8.2016); ע"פ 6162/10 כבazz N' מדינת ישראל, פסקה לא' (11.6.2013)).

32. ששה תנאים נדרשים לשם תחולת סיג הגנה העצמית: הראשון, קיומה של תקיפה שלא כדין; השני, קיומה של סכנה מוחשית לפגיעה בחיו, בחרותו, בגופו או ברכשו, של האדם המתגונן או של זולתו; השלישי, מידיות; הרביעי, שהאדם המתגונן לא הביא בהtanegotu הפסולה לתקיפה תוך שהוא צופה מראש את אפשרות התפתחות הדברים;

ה חמישי, פרופורציונליות/מידתיות - שיקולות בין הנזק הצפוי מפעולת המגן לנזק הצפוי מהתקיפה; השישי, נחיצות, במובן שלא הייתה אפשרות להדוף את התקipa בדרך אחרת, פחות פוגענית(ע"פ 4784/13 סומר נ' מדינת ישראל, פסקה 162 (18.2.2016)). כן נקבע, כי אל מול יתר התנאים - שהם יסודות עובדיים מובהקים, תנאי הפרופורציונליות הוא תנאי נורטטיבי, הנקבע על ידי בית המשפט (ענין אלטגאוז, פסקה 15).

נטל ההוכחה ביחס לקיומו של סיג ההגנה העצמית, מעוגן בסעיפים 34ה ו-34כ(ב) לחוק. סעיף 34ה לחוק מורה: "מלבד אם נאמר בחיקוק אחרת, חזקה על מעשה שנעשה בתנאים שאין בהם סיג לאחריות פלילתית"; וסעיף 34כ(ב) לחוק קובע: "התעוורר ספק סביר שהוא קיים סיג לאחריות פלילתית, והספק לא הוסר, יחול הסיג".

על משמעותן של הוראות אלו, נכתב:

"ה יצא בפועל משלובן של שתי הוראות אלו הוא כי לעניין סיג לאחריות פלילתית, על הנאשם מונח הנטל המשני, בלבד או שהוא הראשון, לעורר קיומו של הסיג. כאמור, על אף קיומה של חזקה האחוריות הפלילתית, די שהוצגה ראייה - לא בהכרח על ידי הנאשם עצמו - המעווררת את הסיג, על מנת שהtabעה תישא בנטל להסיר את הספק הסביר שהtauורר. לא הצלחה להסירו - החזקה תופרך והסיג יחול [...].

במובנים מסוימים, יציר סעיף 34כ(ב) מעין "יצור כלאים". מחד גיסא, המדינה אינה חייבת להוכיח בשלב הראשון כי סיג זה או אחר אינו מתקיים. מאידך גיסא, מהtauורר ספק סביר, והסיג אינו "רdom", אי הסרטו פועלת לטובת הנאשם... "(ע"פ 7535/17 הרב אליהו בקש דורון נ' מדינת ישראל, פסקה 13 לחווות דעתו של השופט (כתמארו אז) ננדל(25.5.2021)).

.33. משקרתי זאת, אפנה כת עת להחלטת האמור לעיל בעניינו.

מן הכלל אל הפרט

.34. המדינה, בערעורה, אמונה טענה כי בית המשפט מחוזץ שגה בקביעתו כי התקיים סיג ההגנה העצמית המדומה, אולם לא פירטה במפורש מהו התנאי או התנאים מבין ששת התנאים האמורים שאינם מתקיימים לשיטתה.

על רקע טענות המדינה המופנות כלפי קביעת בית המשפט המחוזץ כי לא ניתן לשול לטענות המשיבים שבעטו במנוח כדי למנוע סכנה מידית שנשקפה ממנו, דומה כי עיקר המחלוקת נוגעת להתקיימות התנאי השני - קיומה של סכנה מוחשית לפגיעה בחיו, בחירותו בגוף או ברכשו, של האדם המתגונן או של זולתו.

.35. כאמור, עסוקין בהגנה עצמית מדומה. על כן, אין חולק כי בפועל סכנה מוחשית שכזו לא הייתה, ועלינו לבחון האם המשיבים אכן טעו טעות כנה לחשוב כי נשקפת סכנה כזו. לעניין זה העיר, כי דומה שטענת המדינה "גולשת",

במידה מסוימת, למשור סבירות טעותם של המשיבים (בין היתר, בסעיף 54 להודעת הערעור המונומקט). ואולם, בעוד סבירות הטעות עשויה לשמש כאבן בוחן להערכת כנotta (ענין אלטגאוז, פסקה 16) – די לנאים להראות כאמור כי טעה טעות כנה.

36. היבט זה, שהוא יסוד עובדתי מובהק, מוביל אותנו לכלל הידעו לפיו ערכאת הערעור אינה מתערבת במצבאי עובדה ומהימנות אשר נקבעו על ידי הערכמה הדינית, אלא במקרים חריגים בלבד (ע"פ 5462/18 זועבי נ' מדינת ישראל, פסקה 10 (16.12.2019)). נקבע במקרה אחר:

"השאלה האם הנאשם במקרה מסויים טעה טעות כנה בנוגע להתקיימות התנאים המפורטים לעיל (קולם או חלקם) [ששת התנאים לקיומה של טענת הגנה עצמית – י' א'], כפי שטווע המערער בערעור שלנו פנינו, היא שאלה עובדתית מובהקת, שמתבונם בדברים ההכרעה בה מסורה לערכאה הדינית (זאת, למעשה תנאי הפרופורציה שהוא תנאי נורטטיבי הנקבע על ידי בית המשפט...)" (ע"פ 8133/09 מזרחי נ' מדינת ישראל, פסקה 10 (21.7.2010); ההדגשה והוספה).

37. כוחו של כלל זה יפה גם בענייננו: המשיבים נחקרו ארוכות במסגרת ההליך בבית משפט המחוזי. בית המשפט סקר בהרחבה את עדויותיהם ובחן את גרסאותיהם בחקירותיהם במשטרת. כמו כן, עמד בית המשפט על הפערים, הנוטעים והקייםים, בין הגרסאות השונות.

המשיב 1 העיד ביחס להתרחשויות טרם הביעיטה במנוח, כך: "... ובאותו זמן אני מזהה שהוא משנה את התנוחה שלו ותוך כדי היד שלו נכנסת מתחת לבטן, באותה שנייה אני מבין שקיימת כאן סכנה מידית וממשית ואני פועל בבעיטה אחת ומוקדמת בפלג גופו העליון על מנת להסיר את אותו סיכון מיידי" (פרו' מיום 22.4.2018, עמ' 154, ש' (33-29).

עוד הוסיף, כי בזמן זה החלפה במותו מחשבה על פיגוע שארע זמן קצר טרם האירועים: "...[ו]מספר ימים לפני זה היה גם את הפיגוע של עובד בזק בירושלים [...] שיורים בו והוא נופל ואחריו זה הוא קם וממשיר לפגע..." (פרו' מיום 29.4.2018, עמ' 257, ש' 7-9).

המשיב 2, העיד על תוכנו של תדריך שהעביר לבוקר האירוע לסתוריהם: "...התדריך שהבהיר לסתוריהם נגע ברובו באירועים שחוו מדינת ישראל בשלב של אוקטובר, אירועי פיגועי דקירה, פיגועי דרישת, אינטיפאדת היחידים, אנחנו, כלובשי מדים, היו עלינו המxon התראות של פיגוע, פיגוע, חטיפה, היו המxon חרדות הציבור, חרדה גם בקרב הסותרים..." (פרו' מיום 16.1.2019, עמ' 243, ש' 4-7).

המשיב 2 נעצר מוקדם יותר ביום הפיגוע במסגרת ניסיון השתלטות על אסיר, ובמהלך נסעה ברכב בדרך לחדר המין בבית החולים סורוקה, יחד עם הסוהר הנוסף – ארע הפיגוע. כך תיאר את השתלשלות הדברים: "שמענו את הירייה, עצרנו את הרכב, אמרתי לו תקשיב, תחנה את הרכב, אני רץ פנימה, אני רץ פנימה..." (שם, עמ' 245, ש' 2-1).

על אולם רגעי מתח טרם הביעיטה במנוחה, העיד כי "התחיל ירי מסיבי" (שם, עמ' 247, ש' 23), ו-"היו צרחות, צעקות, צרחות, בהלה, חלק מהאנשים רצו כדי לברוח, חלק התחבאו וחלק רצו לזרת האירוע שנפתחה כרגע והמנוחה, שהוא נשאר ללא אבטחה, לפחות אחד ש... למשה, הפקירו את הזירה הנוכחית" (שם, עמ' 248, ש' 29-31).

על כך הוסיף: "...זה מחייב שוכב לי על הקrukן ומוציא את הידיים, הוא מוציא חלק מהגוף שלו, יש ירי, הכל תורן כדי ירי, כל מה שאני עושה זה תורן כדי ירי, יורם עלי, אני גם מפחד לקבל כדור בראש..." (שם, עמ' 254 ש' 30 –עמ' 255, ש' 1). על רקע זה העיד כי בעת במנוחה כדי "לנטרל אותו" (שם, עמ' 256, ש' 2).

38. התמונה, אפוא, אינה פשוטה כלל ועיקר ואף מורכבת. בית המשפט המחויז שמע עדויות אלו לפניו, בנוסף לעדויותיהם של עדים נוספים, ובסופו של יום קבע כי לא ניתן לשולח את טענת המשיבים כי הביעיטה הבזetta שבעט כל אחד מהם במנוחה נעשתה בשל תחושת סכנה מידית להמשר הפיגועשהשניים חשו באותה העת. בנסיבות עובדות אלו, אין מוצא להתערב.

גם אם הצופה מן הצד בסרטון יכול לתחושת סכנה באותה נקודת זמן, דומה כי ההקשר בו נעשו המעשים, עליו לעמוד בהרבה לעיל –טורן כדי פיגוע רצוני, הוביל את המשיבים, כל אחד וטعمיו שלו, לפעול כפי שפעלו תחת לחץ ותחושת החשש מהעתיד להתרחש. כפי שנקבע בעניין אלטגאוז: "... יש לזכור כי המבחן לטענות של הנאשם הוא לעולם אינדיבידואלי, ואם יש יסוד להניח כי הנאשם האמין בקיומה של סכנה מסוימת, אף אם אמונתו זו אינה סבירה, יש לקבל זאת" (שם, פסקה 39).

התරחשות במבנה התחנה המרכזי בזמן אמת עוררה פאניקת ובהלה רבה בקרב הנוכחים, והמשיבים סברו, יותר הנוכחים, כי המנוח הוא אכן מחייב.

39. לעניין זה, הסרטון שהציג (ת/22) אמן ממשמעו עד מאד, ואף אני צפיתי בו לא אחת. הוא הוקן גם במסגרת הדיון בערעור, תוך מתן פרשנותו של בא כוח המדינה שאחריה באה פרשנות סגנורו של המשיב 2 לאירועים. על אף חשיבותו, אין הסרטון כדי להציג את התמונה בשלמותה, היהות שלב-לב-ליה של המחלוקת נוגע לתחושים המשיבים באותו רגעם קיצרים שביהם פועל תחת לחץ עצום.

40. אוסיף, כי בחינת התנהלות המשיבים בכללותה מעלה מספר סטטוטים נוספים המצביעים לשיטתי על כך שלא תאות נקם היא שהנעה אותם במעשהיהם – המשיבים, שניהם, שהו מחוץ למבנה התחנה בעת תחילת הפיגוע. למרות שהם יכולים לנוס לכיוון השני, רצו לטור התחנה. המשיב 1 היה חמוש ולא עשה שימוש בנשקו, אך נרג גם המשיב 2, במצב של חוסר ודאות מובהק ובידים חשופות.

מיד בעקבות הירי הנוסף שבוצע על ידי המחייב, ולאחר בעיטת המשיב 1 במנוחה, הוא ניסה לזהות את מקור הירוי כנשקו בידו, באחיזה מבצעית, ורצ לכיוון אותה הזירה (עמ' 20 לפסק הדיון). בשלב זה המשיב 2 נותר ליד מי שסביר כי הוא מחייב אשר נשאר ללא השגחה בעקבות מנוסת ההמון בשל הירוי.

המשיב 1 אף פעל במסגרת האירוע לטיפול בפצעים, ניסה לחתט טיפול רפואי ראשון לעומרי לוי ז"ל, וס"ע לכוחות הרפואה (פרוי מיום 22.4.2018, עמ' 156, ש' 18-37; עמ' 158, ש' 16-22). כל זאת, אחרי שבעט במנוח.

כמו כן המשיב 1 העיד על דרך התנהלותו לאחר שב לזרה בה שכב המנוח, תוך שהוא מתייחס לטענת המדינה כי בעט קודם לכן במנוח מתוך כעס ומשיקולי נקם:

"אחרי הירוי השני, כשהלדתי אותו מחלב אמיתי יצא כבר מתחומי התחנה, אני מגיע לידי [ליד המנוח -י א'], אני שוב מנסה להבין [...] כל טענה, אם קיימת וקיימת, שעשית את זה מאיו רגשות כאלה ואחרים, אז באאותה נקודת זמן, אחרי שהשכבות שני חברים ואני מלא בהםם, אז אם יש לכם אילו טענות לכעס, אז זה הרגע שגם בן אדם כועס, זה הרגע שהכעס אמרול להתעורר בו, אחרי שהוא סחב את שני החברים שלו, שחשבותיהם שניים הולכים למות [...] ובאותה נקודת זמן אני לא עושה לו [למנוח -י א'] כלום" (שם, עמ' 164, ש' 1-9).

אני סבור כי בחינת מכלול התנהלות המשפטים, ולא רק בחינה מצומצמת של אותן שניות בהן בעט כל אחד מהם במנוח, מuala לפחות סבירה שפעולותיהם לא נעשו כחלק מהמון המבוקש לנוקם, אלא כניסה לטייע כמי帀 יכולתם ועל פי הנסיבות במסגרת האירוע המורכב והטרagi שלתוכו נקלעו. זאת, מראאו עצם מחויבים לעשות כן מתווך תפקידם ושירותם.

בקשר זה אבהיר, כי בית משפט זה אינו נדרש להעניק "צינוי" לדרך בה סבו המשפטים כי נכוון לפעול את האירוע מבחינה מקצועית-לשפט או לחסד. אף לא לנו להכריע האם המשפטים פועלו כЛОחמים עז' נשפטן על ידי הסוגרים. די לנו בכך שקיים ספק סביר לגבי אשמתם שמחייבו לזכותם.

41. כאן המקום לדון בסוגיה נוספת שהועלתה במסגרת הדיון בעברור – טענת הסוגרים לאכיפה ברנית. כתוב האישום מושא הליך זה הוגש תחילתה נגד ארבעה נאשמים. שני הנאשמים מלבד המשפטים הורשו על פי הودאותם בעבירה של התעללות בחסר ישע במסגרת הסדר טיעון. נגד הסוחר הנוסף, שסייע בהשלכת הספסל כאמור, לא ננקטו היליכם פליליים, והוא הוועמד לדין ממשמעתי, וזוכה הבהירעת דין מיום 28.6.2016 (נ/30).

כמו כן, מה שהוביל למוות של המנוח, ועל כן אין חולק, הן היריות שפגעו בו על לא עוויל בכפו. בגין זאת לא הוועד איש לדין פלילי. זאת על אף שגרסת קצין הביטחון שירה במנוח העلتה סימני שאלה בהיותה "גרסה מתפתחת" (ראו הסקירה בעמ' 35-36 לפסק הדיון).

השורה התחתונה היא, שהמשפטים נותרו אלו שלהם יוחסה העבירה החמורה ביותר בגין האירוע – חבלה בכוננו חמירה, עבירה שהעונש המרבי בGINה עומד על 20 שנות מאסר. אף שההתמונה המלאה לא נפרשה לפנינו, דומה כי תוצאה זו אינה עולה בקנה אחד עם הגיון של דברים והכל נגד אכיפה ברנית של הדיון הפלילי.

42. יש להזכיר, כי אין בקביעותי שבפסק דין זה כדי להפחית, ולן במאומה, מחומרתה של התוצאה הטראגית של האירוע. לצד רציחת החיל עומרי לוי ז"ל על ידי המחלב, שרשת הנסיבות שארעה הובילה לכך שחייב של אבטום זריהם

ז"ל, אדם חף מפשע, קופחו באופן אכזרי ביותר. האירוע קשה עד מאד והתמונה והסרטים שמתעדים אותו, היו עבוריים ממש מאד לצפיה. כך הוא במיוחד כאשר אנו יודיעים כי המנוח לא היה חמוש, כי לא נשקפה ממנו שום סכנה וכי הוא אדם חף מפשע.

אולם, אין להניח את כובד משקללה של תוצאה קשה זו על כתפי המש��בים. אשמהם או חפותם אינה נבחנת לפיהם בלבד אלא לפי מעשיהם שלהם. אחרי שנוטר ספק סביר בדבר התקיימות סיג ההגנה עצמית המדומה, אין לנו אלא להגיע למסקנה כי השנים זכו כדין וכדין.

.43. סוף דבר: אציג לחבריו ולחברתי כי נדחה את הערעור, על שני חלקיו.

ש | פ | ט

השופט א' שטיין:

אני מסכים.

ש | פ | ט

השופט ג' כנפי-שטייניץ:

טרגדיה נוראה הובילה לקיפוח חייו של אדם חף מפשע. בשל טעות בזיהויו כמחבל שזה עתה ביצע פיגוע רצוני, ניטלו חייו של המנוח בנסיבות מזעקות. המש��בים, אשר נקלעו לזרת הפיגוע תוך כדי התרחשותו, הוסיפו משליהם לשבלו של המנוח בשעות חייו האחרונות, והתמונה קשوت לצפיה.

אין חולק שבעת שבוצעו המעשים, סברו הכל כי מדובר במחבל. אין חולק שהמעשים נעשו בעיצומו של פיגוע טרור, ועוד בטרם ניתן היה לקבוע שהAIROU הסתיים. בМОקד המחלוקת عمדה השאלה האם פעלו המשﬁבים מתוך הגנה עצמית מדומה, ובעיקרו של דבר, האם פועלו מתוך תחושה מוטעית כי נשקפת מן המנוח סכנה מוחשית ומידית.

המשﬁבים טענו כי ביצעו את המעשים מתוך תחושת סכנה ממשית, כפי שחושו אותה בעת האירוע. המדינה טענה כי מנייעים אחרים עמדו בסוד מעשיהם. בית המשפט המחויז, לאחר שבחן את מכלול הראיות, לרבות סרטון האבטחה, לפני ולפנים, ולאחר שהתרשם גם מעדויותיהם של המשﬁבים באופן בלתי אמצעי, הגיע למסקנה שהמשﬁבים הצליכו לעורר ספק סביר בדבר כנות טעותם ובאשר להתקיימותו של סיג ההגנה עצמית המדומה. במסקנה זו, ומן הטעמים שפורטו בחומרה דעתו של חברי השופט י' אלרון, לא ראייתי להתערב.

עמוד 17

לאור האמור, אני מצרפת דעתך לדעת חברי כי דין הערעור להידחות.

שפט שפט

הוחלט כאמור בפסק דין של השופט י' אלרון.

ניתן היום, י' בסיוון התשפ"ב (9.6.2022).

שפט שפט

שפט שפט

שפט