

**בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פליליים**

ע"פ 6392/07

בפני: כבוד השופט א' א' לוי  
כבוד השופט א' רובינשטיין  
כבוד השופט ס' גובראן

המערערת: מדינת ישראל

נגד

המשיב: שמואל יחזקאל

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בירושלים  
(השופט סולברג) מיום 18.4.07 בתיק ת"פ 2005/06

תאריך הישיבה: כ"ב באדר א' תשס"ח (28.2.08)

בשם המערערת: עו"ד מיכאל קרשן

בשם המשיב: עו"ד דוד ליבאי, עו"ד גיל עשת

**פסק דין**

השופט א' רובינשטיין:

א. ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בירושלים (השופט סולברג) מיום 18.4.07 בתיק פ' 2005/06, בו זוכה המערער מעבירת ההריגה (סעיף 298 לחוק העונשין, תשל"ז-1977; להלן החוק) בה הואשם. המערערת הודיעה כי "בחרה שלא לערער על ממצאי העובדה אותם קבע בית המשפט קמא" (סעיף 24 להודעת הערעור מיום 22.7.07), ולפיכך יובאו עיקרי העובדות כפי שנקבעו בפסק הדין קמא, כמוסכם לעת הזאת על שני הצדדים. בפרשה טרגית עסקינן, שבה קופחו חיי אדם לשוא בכדורים שנורו מנשקו של המשיב, אדם צעיר נורמטיבי, המשרת כשוטר משמר הגבול, שנקלע לסיטואציה קשה באחד מגילויי החיכוכים בקו התפר שבין שכונה יהודית וכפר ערבי בירושלים.

הקביעות העובדתיות של בית המשפט קמא ותשתיתן העיקרית

ב. במועד הרלבנטי לכתב האישום שירת המשיב (יליד 1984) שירות סדיר כשוטר במשמר הגבול. ביום 8.11.05 זיהה כוח תצפית משטרת בירושלים מעורבות של רכב מסוג רנו בגניבת חלקי רכב - אך זה הצליח לחמוק ולברוח לכפר עיסאויה (להלן הכפר). למחרת (ביום 9.11.05) זוהה הרכב ביציאה מהכפר, ונהגו נעצר והוכנס לניידת. בשלב זה החלה התפרעות קשה, תוך שעשרות מתפרעים תוקפים את השוטרים באלימות, בנסותם לחלץ את העצור. בסופו של דבר - ובאמצעות ירי באויר - הצליחו השוטרים לערוך פניית פרסה, ולהתקדם במעלה הכביש לעבר הגבעה הצרפתית. בשלב זה המשיכו המתפרעים לתקוף ארבעה שוטרים, בכללם המשיב, שנותרו מאחור. ארבעת השוטרים נסוגו - ובמהלך נסיגה זו עצרו את אחד המתפרעים, תאופיק דארי (להלן העצור). בהמשך, ולאחר שהגיעו כוחות תגבורת, הצליחו השוטרים להדוף את המתפרעים חזרה אל עבר הכניסה לכפר; המשיב ושוטר נוסף (להלן דניאל) נותרו במעלה הכביש לשמור על העצור. שלב זה של האירועים (שלא בא זכרו בכתב האישום, ולכך נידרש בהמשך) כונה על ידי בית המשפט קמא ההתפרעות - ותיאורו מבוסס על עדויות השוטרים המעורבים.

ג. בשלב זה נותרו המשיב והשוטר דניאל עם העצור. לפתע הגיח מכיוון הכפר רכב מסוג טרנזיט (להלן הרכב) בנהיגה פרועה. הרכב ביצע פניית פרסה מהנתיב הימני (העולה מהכפר) אל הנתיב השמאלי (היורד חזרה אל הכפר) - נתיב שבצדו עמד המשיב. במהלך הנסיעה נפתחה הדלת הימנית הקדמית של הרכב - ופגעה בגבו של המשיב שעמד בצד הכביש. פגיעה זו תוארה על ידי מספר עדי ראיה, ונביא מעדותם, שיש בה כדי להשליך על מצבו של המשיב בהמשך האירוע. הגברת חיה בן קיקי, תושבת הגבעה הצרפתית, העידה כי:

"אני שומעת טרנזיט... הוא מאיץ ולוחץ על דוושת הגז... באותו שלב נפתחת הדלת הקדמית של הטרנזיט... והבנתי שהולך לקרות משהו איום ונורא... ואז אני רואה את השוטר [המשיב - א"ר] מתגלגל וקם. שמעתי אותו צועק... ואז הוא קם ותפס במותן, בשתי המותניים. ואז חייגתי 100 מהטלפון הנייד שלי... שיש שוטר פצוע" (עמ' 99).

לשאלת בא כוח המדינה "את טענת פה שלדעתך הרכב ניסה לפגוע בשוטרים" השיבה העדה בחיוב (עמ' 105). בעלה של העדה, יעקב בן קיקי, העיד:

"לפני ש[ה]טרנזיט מגיעה לשוטרים הדלת בצד ימין של הרכב נפתחת תוך כדי נסיעה, השוטר שעומד קרוב לכביש חוטף מכה מהדלת, הרכב ממשיך עוד קצת, עוד כמה מטרים ונעצר. השוטר נופל על הרצפה, רואים אותו קם, תופס את הגב ונותן צעקה של כאב והולך כמה צעדים אחורנית לכוון מרכז הכביש" (עמ' 43).

ובהמשך: "הוא [המשיב - א"ר] נפל. כשהוא קם אז זה יותר כמו אדם שיכור, מהכאב הוא הלך, [כ]שהוא תומך בידו ומתנדנד" (עמ' 49). להשלמת התמונה יצוין כי בדוח שמולא על ידי צוות האמבולנס אשר פינה את המשיב ("בנסיעה דחופה") נכתב "תאור המקרה: הועף על ידי רכב + חבלות ממכות", ובהמשך: "הערות: מדובר בשוטר שנפגע מרכב ... + חבלות בכל הגוף". שלב זה של האירועים כונה על ידי בית המשפט קמא הדריטה - ואף הוא מבוסס היטב בעדויות בלתי תלויות ובראיות חיצוניות. בראיה לאחור אנו יודעים, כי ברכב נהג פהאדי עביד, ושלצדו ישב סמיר דארי (להלן המנוח) - אחיו של העצור, שביקש לפעול לשחרורו. עוד ייאמר, כי מסתבר שהמנוח לא ביקש לפגוע במשיב באמצעות הדלת הפתוחה, ומדובר היה ב-"סתם" נסיעה פראית ועצירה פתאומית לשם חילוץ העצור" (פסקה 78 לפסק הדין).

ד. השלב השלישי, והמכריע לעניינו, כונה על ידי בית המשפט המחוזי שלב הירי (אציין כי ביחס לשלב זה קיימת בעיני עמימות עובדתית מסוימת, אך בהתחשב ביריעת המחלוקת אין לה משמעות לעניינו). המשיב מוטל היה על הכביש פגוע, ספק שוכב ספק עומד (ראו פסקות 44-45 לפסק הדין), לאחר המכה שספג מדלת הרכב, ובמקביל יצא המנוח מהרכב - ופנה אל עבר אחיו העצור שעמד יחד עם השוטר דניאל. המשיב והשוטר דניאל הבריחו את המנוח חזרה לרכב באיומי אקדח - אלא שנהג הרכב (פהאדי עביד) החל בנסיעה איטית (או הידרדרות) במורד הכביש, והמנוח רץ במקביל לרכב וניסה להיאחז בדלת הנהג (תוך שהוא עומד על מדרגה הצמודה לכניסה למושב הנהג). בשלב זה התקדם המשיב אל עבר המנוח, ולאחר שכבר צעק לעברו שלוש פעמים "עצור או שאני יורה", ירה לעברו שלוש יריות: לא ידוע היכן פגע הכדור הראשון; הכדור השני פגע ברכב מעל לפנס שמאל האחורי; הכדור השלישי פגע בגבו של המנוח והרגו (ראו סיכום בפסקה 34 לפסק הדין). לאחר הירי המשיך המשיב להתקדם לכיוון המנוח, אך התמוטט על הכביש. בראיה לאחור אנו יודעים כי המנוח, לאחר שהורתע על ידי השוטרים, ניסה לחזור לרכב ולנסוע לכפר. ברם, וזה עיקר, בית המשפט קבע ממצאים ברורים בשאלה כיצד תפס והבין המשיב את ההתרחשויות בזמן אמת, ולכך נפנה עתה.

ה. גירסת המשיב - כבר בחקירתו הראשונית בבית החולים כשלוש שעות לאחר האירוע - היתה כי סבר שהמנוח ביקש לחזור למושב הנהג, כדי לשלב להילוך אחורי ולדרוס אותו, ויתכן שגם את השוטר דניאל או את השוטרים שבמורד הכביש. יודגש, בראיה לאחור אין ספק שלא זו היתה כוונת המנוח, אך קביעות בית המשפט התייחסו לשאלה כיצד תפס המשיב את הסיטואציה שנוצרה. כך מסר המשיב בחקירתו הראשונית:

"הנהג חזר לטרנזיט וניסה לעלות לטרנזיט, ואז החלטתי לירות בו כיוון שהרגשתי חשש לחיי, כי אם הוא יעשה רוורס עם הטרנזיט הוא יעלה עלי כיוון שהייתי עדיין על הרצפה... ואז תוך כדי קימה, כשאני עוד בחצי עמידה... אני יריתי בו... הרגשתי סכנה מיידית לי ולסובבים אותי" (הודעה שנגבתה בבית החולים ביום 9.11.05, עמ' 7-6; ההדגשה הוספה - א"ר).

לשאלה "ומה היה עלול לקרות אם היית יורה רק על מנת לפצוע אותו", השיב "הוא יכל להמשיך ולעלות לטרנזיט או לחלופין לנסוע קדימה ולדרוס את השוטרים שהיו בהמשך" (עמ' 8). בבית המשפט העיד: "אני רואה אדם מנסה לעלות לטרנזיט... אני רואה אדם שדורס אותי רץ חזרה לתא הנהג, מנסה לעלות לתא הנהג ונוסע רוורס והורג אותי. זאת התמונה שאני ראיתי. שעברה לי בראש באותו רגע" (עמ' 91; ההדגשה הוספה - א"ר. לסקירה מלאה ראו פסקות 48-50 לפסק הדין). בית המשפט אימץ את גירסת המשיב לגבי האופן בו תפס את הסיטואציה (פסקה 78 לפסק הדין). יודגש, קביעה זו (שכעת אינה במחלוקת) מיוסדת על התרשמותו הישירה של בית המשפט מעדות המשיב:

"למקרא ההודעה במלואה ובהקשרה, ועל יסוד התרשמות מעדותו של הנאשם בבית המשפט, ניכרת כנות באמת הסובייקטיבית בעיני רוחו של הנאשם. הנאשם דיבר בגילוי. חשף את מה שראה, מה שקלט, מה שהבין, מה שהתכוון ומה שביצע. בתודעתו, כך נדמה, ניצל מסכנה ממשית במהלך ההתפרעות דקות אחדות קודם לכן, וניצל ממות בניסיון הדריסה מספר שניות קודם לכן, והנה עדיין רודפים אחריו להרגו... מדובר אפוא בשיפוט מוטעה מצידו של הנאשם, אך לאור אמונתו פעל בכנות ולפי מצב הדברים שדימה בעיני רוחו, באופן סביר" (פסקה 79).

ו. המערערת אינה חולקת על הקביעות העובדתיות - לרבות בשאלה כיצד תפס המשיב את הסיטואציה - ולפיכך נפנה לבחון כיצד יישם בית המשפט את הטענות המשפטיות בכל הנוגע לתשתית העובדתית המוסכמת.

הניתוח המשפטי בבית המשפט קמא

ז. ראשית, נקבע כי בנסיבות יש להחיל את הוראת סעיף 34(א) לחוק:

”34. טעות במצב דברים

(א) העושה מעשה בדמותו מצב דברים שאינו קיים, לא יישא באחריות פלילית אלא במידה שהיה נושא בה אילו היה המצב לאמיתו כפי שדימה אותו.”

קרי, בבחינת תחולת ההגנות הספציפיות להן טען המשיב (צידוק, צורך, הגנה עצמית), יש להתייחס למצב ”כפי שדימה אותו” המשיב. לעניין זה, העובדה שבפועל לא נשקפה למשיב סכנת חיים אינה עיקר במובן המשפטי; השאלה היא, האם בהסתכלות מבעד לעיני המשיב באותה העת התנהגותו חוסה תחת אחת ההגנות הללו. ושוב יוזכר - בית המשפט קבע כממצא מהימנות, שהמשיב אכן חש סכנת חיים, ועל ממצא זה אין חולק. בהינתן הטעות במצב הדברים, קבע בית המשפט כי ”ישנו לפחות ספק סביר, אם לא למעלה מכך, שמא קיים סייג לאחריותו הפלילית של הנאשם. מדובר בטעות במצב הדברים במשולב עם צידוק, צורך והגנה עצמית” (פסקה 83 - ההדגשות במקור; ראו גם פסקות 79-80).

צידוק

ח. ראשית, דן בית המשפט קמא בהגנת הצידוק לפי סעיף 34(ג) לחוק:

”34.ג. צידוק

לא יישא אדם באחריות פלילית למעשה שעשה באחד מאלה:

(1) הוא היה חייב או מוסמך, לפי דין, לעשותו...”

נקבע כי בעת האירוע פעל המשיב כשוטר - וכדין פעל שעה שירה על מנת להרוג, באדם שנדמה בעיניו כאילו הוא מסכן אותו ואת חבריו סכנת חיים (פסקות 57-64). הוטעם כי לפי הפקודות שניתנו לשוטרים, הותר להם להפעיל ירי קטלני במצב של סכנת חיים שאין דרך אחרת לסכלה. בית המשפט התייחס לטענת בא כוח המערערת, לפיה גם אם נניח שהמשיב חש סכנת חיים היה עליו להימלט אל מחוץ למסלול הפגיעה

של הרכב, ולחלופין לירות אל גלגליו כדי למנוע תנועה נוספת. טענות אלה רלבנטיות ביותר לערעור דנא, ולפיכך נביא את עיקרי קביעותיו של בית המשפט בעניינן.

ט. ביחס לטענה לפיה היה יכול המשיב למלט עצמו ממסלול הדריסה של הרכב נקבע (כממצא שבעובדה), כי "יש להסתפק אם הנאשם מסוגל היה למלט עצמו מאחורי הטרנזיט באופן מידי אל עבר המדרכה, על מנת להוציא את חייו מכלל סכנה" (פסקה 59). קביעה זו נסמכת על דברי המשיב בחקירתו בבית החולים:

**"שאלה:** אם חששת לחייך... מדוע לא קמת וברחת הצידה?

**תשובה:** כיוון שהייתי תשוש וחלש עוד מהמכה של מקודם, שהטרנזיט נכנסה בי, ולא הייתי מספיק לזוז ולברוח.

**שאלה:** והרי סיפרת קודם שנעמדת על רגל אחת ואז ירית. יכולת הרי להשלים את העמידה ולברוח הצידה.

**תשובה:** לא יכלתי כי הייתי תשוש ועייף ואחרי הירי התקדמתי לאט לאט ואז נפלתי שוב על הרצפה... (עמ' 7)

**שאלה:** מה באותן שניות גרם לך לחשוב שאתה נמצא בסכנת חיים?

**תשובה:** שבאותם רגעים הייתי בשלבי התאוששות מהמכה של קודם לכן, ולא היה באפשרותי לסגת או לברוח לשום מקום ואם הייתי יכול לברוח הייתי עושה את זה" (עמ' 13; ההדגשה הוספה - א"ר).

י. על גירסה זו חזר המשיב גם בחקירתו בבית המשפט, ואף אמר מפורשות: **"שאלה:** אמרת בחקירה שלך, שאם הייתה לך אפשרות לברוח לא היית מבצע ירי על מנת להרוג. **תשובה:** כדי לברוח מהדריסה? כן. בלי ספק" (עמ' 89). מעבר לחוסר האפשרות הפיסי להימלט ממסלול הרכב, נקבע עוד (ושוב, כממצא שבעובדה), כי המשיב חשש גם לחיי חבריו השוטרים שעמדו במורד הכביש (עניין שנזכר אף הוא בחקירה בבית החולים - בעמ' 7-8) - "די בכך כדי להצדיק את הפעולה שנקט הנאשם, על פני מימוש יכולתו להימלט על נפשו" (פסקה 59).

י"א. מעבר לשני נימוקים אלה - חוסר האפשרות הפיסי, והחשש לחיי השוטרים שעמדו במורד הכביש - הוסיף בית המשפט גם נימוק נורמטיבי. נקבע, כי הדרישה להימלט ממסלול הרכב עולה כדי הטלת חובת נסיגה - שאף אם נאמר שהיא קיימת במקרים רגילים (ראו סנג'רו, 230-256; ואת הדיון בפסקה 60 לפסק הדין קמא) בנסיבות של סכנה אין להחילה בנסיבות המקרה הדנא:

"שני טעמים לדבר, ודי בכל אחד מהם. הראשון הוא כי במקרה שבו אין המתקיף מבקש לפגוע בנתקף דווקא, אלא עלול לפגוע בכל מי שייקרה בדרכו, כפי שמצוי באירועים חבלניים, לא תחול חובת נסיגה על כל אחד מן הנוכחים. כל אדם אשר יש ביכולתו לפעול נגד התוקף, אם משום שהוא נושא נשק או שהוא בעל תושיה מסיבה אחרת, רשאי לפעול נגדו, ואף ראוי שיעשה כן ולא ייסוג ויחפש מקלט לנפשו-שלו בלבד. הדבר מתחייב במיוחד על רקע המציאות הביטחונית שבה שרויים תושבי מדינת ישראל, אך נכון כנורמה כללית בהתנהגות בין בני אדם ושורשים עמוקים לדבר במסורת ישראל ובמשפט העברי..."

הטעם השני נעוץ בכך שהנאשם היה שוטר בתפקיד. אם אכן סבר כי הוא או זולתו נתונים בסכנת חיים, הרי שכשוטר, כשליח הרשות המופקד על הביטחון ועל הסדר הציבורי, היה עליו לפעול למיגור הסכנה ולפגיעה בתוקף, ולא לפעול למען הצלת חייו-שלו בלבד" (פסקות 61-62).

אומר כבר כאן כי דברים נכוחים אלה מקובלים אף עלי - גם אם בהינתן שני הטעמים הראשונים (אי היכולת הפיסית והחשש לשוטרים האחרים) - אין צורך להרבות דברים בסוגיה מורכבת זו.

י"ב. אשר לטענה כי ניתן היה להסתפק בירי לגלגלי הרכב, נקבע כי "ניתן לקבל את גירסתו של הנאשם... כי הדרך הבלעדית למנוע מהמנוח לדרוס אותו או את חבריו הייתה באמצעות ירי לעברו. מדובר במרחק קצר. גם אילו פגע הנאשם בגלגלי הטרנזיט, ספק אם היה בכך כדי למנוע מהטרנזיט לנסוע מרחק קצר כהרף עין. ירי לגלגלים נועד, כפי שטען הנאשם (עמוד 92), למנוע מרכב חשוד לברוח... ולא כדי למנוע מרכב המסכן חיים לנסוע ולפגוע בבני אדם ולדרסם. מי שכוונתו לפגע באמצעות דריסה, לא יירתע מלבצע את זממו גם אם יירו לגלגלי מכוניתו, ואם מדובר במרחק קצר הרי שיוכל אותו מפגע לעשותו גם עם גלגל או שניים מנוקבים" (פסקה 63).

צורך, הגנה עצמית ודרישת הסבירות

י"ג. עוד התייחס בית המשפט להגנת הצורך שבסעיף 34א לחוק:

"34א. צורך

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".

נקבע כי בנסיבות (ועל בסיס הגנת הטעות) מתקיימים גם תנאיה של הגנה זו. המשיב חש סכנה מיידיית ומוחשית לחייו ולחיי חבריו השוטרים - ולפיכך חוסה הירי תחת הגנת הצורך. אשר לדרישת המידתיות שבסיפא ("ולא היתה לו דרך אחרת"), חזר בית המשפט על דבריו בעניין הגנת הצידוק, ובפרט: (1) כי כשוטר תפקידו היה לנטרל את הסכנה ולא לנוס ולהציל את נפשו; (2) כי המשיב "בקושי עמד על רגליו, והיה פגוע וכואב. עדי ראייה תיארוהו כמי שהתנוודד כשיכור" (פסקה 67).

י"ד. ולבסוף דן בית המשפט בטענת הגנה עצמית לפי סעיף 34 לחוק:

"34. הגנה עצמית

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...".

הגנה זו כוללת שישה יסודות: תקיפה שלא כדין; סכנה; מיידיות; הכניסה למצב לא היתה בהתנהגות פסולה; נחיצות; פרופורציה (ראו ע"פ 4191/05 אלטגאוז נ' מדינת ישראל (טרם פורסם) פסקה 13 - להלן פרשת אלטגאוז; ע"פ 5266/05 זלנצקי נ' מדינת ישראל (טרם פורסם) פסקה 15). נקבע כי כל התנאים מתקיימים במקרה שלפנינו, והוזכר כי הנאשם קרא לעבר המנוח "פעמיים ושלוש עצור או שאני יורה" - והעדיף לסכל את הסכנה על ידי עצירת המנוח, על פני ירי (פסקה 69).

ט"ו. אשר לצורך לפעול בסבירות - ובכלל זאת בחינת חלופות אחרות לנטרול הסכנה - הביא בית המשפט קמא מדברי חברי השופט לוי, "ראוי להדגיש כי יש לתת את הדעת על המצוקה שבה שרוי המתגונן במהלך התקיפה, ועל-כן יש להיזהר מגלישה



לפרשנות דווקנית של דרישת הנחיצות האיכותית, הואיל ופרשנות כזו עלולה לרוקן את ההגנה העצמית מתוכן" (ע"פ 20/04 קליינר נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(6) 80, 90). לסיכום נקבע כי "בנסיבות העניין דנן... הרי שהירי היה נחוץ ולא חרג מן המידה שהייתה דרושה להגנה על חייהם של הנאשם או השוטרים" (פסקה 71).

ט"ז. בסופו של יום נקבע, כאמור מעלה, כי "לפחות ספק סביר התעורר באשר לקיומו של הסייג לאחריות פלילית של הנאשם" (פסקה 79). הוטעם כי "בסופו של דבר, אחרי סקירת אירועי ההתפרעות, הדריסה והירי כהווייתם, משכם, עוצמתם ורציפותם, באתי לכלל דעה, כי אין ניתן לשלול את גירסתו של הנאשם. אדרבא, היא מתקבלת על הדעת, יש לה תימוכין איתנים בראיות שבאו בפניי והוצגו בהרחבה לעיל, היא סבירה ודומני שהיא פנה" (פסקה 82). בהתאם לאמור, זוכה המשיב.

#### הטענות בערעור

י"ז. כאמור, המדינה "בחרה שלא לערער על ממצאי העובדה אותם קבע בית המשפט קמא" (סעיף 24 להודעת הערעור). עוד נאמר מפורשות כי אין המערערת משיגה "נגד הקביעה שהמשיב האמין בכנות כי הוא מצוי במצב של סכנת חיים, עקב חשש לדריסה עתידית לאחור. אף שקביעה זו קשה לנו, איננו מערערים עליה, והיא תהווה את נקודת המוצא העובדתית לערעור" (סעיף 24). טענתה המרכזית (ובעצם היחידה) של המערערת היא כי:

"בנסיבות שהיו, אף אם האמין המשיב באמת כי הוא מצוי בסכנת חיים, אסור היה לו לירות מיידית במנוח בגבו - בכוונה להורגו - אלא חייב היה לנקוט תחילה אמצעים חלופיים אחרים שיכלו לנטרל הסכנה. בעיקר הכוונה לירי לכיוון רגלי המנוח" (סעיף 27).

בהמשך (סעיף 28) מתייחסת המערערת גם לחלופה, שהיא לדידה "הציפייה הראשונה" בנסיבות, כי המשיב יילך "מספר פסיעות הצידה, יעלה על אי התנועה או המדרכה ומשם יירה בגלגלי הרכב". נטען כי "בית המשפט התעלם כליל מטיעון המאשימה בפניו בנוגע לחובת המשיב... לירות תחילה לעבר רגלי המנוח" (סעיף 29). עוד נטען כי אופן ההתממשות המורכב של הסכנה שצפה המשיב, העובדה כי זו לא היתה מיידית כיריית אקדח, וסוג "כלי הנשק" שלסכנתו נחשף המשיב לשיטתו, הרכב - חייבו חלופה אחרת, שלא היתה מצופה אילו היה המנוח מאיים על המשיב בנשק חם. ביחס לחשש לחיי השוטרים שעמדו במורד הכביש - נטען כי חשש זה הועלה על ידי המשיב בחצי

פה, ושסכנה זו לא היתה מיידית, וניתן היה לנטרל אותה גם בחלופות האמורות. נטען כי הימנעות המשיב מנקיטת חלופות אלה, שפגיעתן פחותה ושהיו מחויבות לפי הפקודות שקיבל, שוללת את תחולת ההגנות (צידוק, צורך והגנה עצמית).

י"ח. המערערת תומכת יתדותיה בפסק הדין בפרשת אלטגאוז, שם נדון מקרה של מאבטח שסבר, בטעות, שטכנאי מזגנים שנכנס למתחם בית הספר עליו הופקד הוא מחבל - ועל סמך הנחה זו ירה בו. הודעת הערעור מפנה לדברי השופטת ארבל:

"יודגש, כי אין זה משנה עד כמה חמורה הייתה הסכנה אותה דימה המערער. על-פי דרישת הנחיצות, גם אם חשש לסכנת חיים נוכח ריצת המנוח לתוך שטח בית הספר, היה עליו לנקוט באמצעי הפחות פוגעני המספיק לעצירתו..."

לסיכום, המערער לא ניסה לטעון כי לא יכול היה לכוון לעבר רגלי המנוח... ולא הסביר מדוע לפי מצב הדברים כפי שדימהו לא יכול היה לבלום את המנוח באמצעות ירי לעבר רגליו. משכך, לא עמד המערער בדרישת חוק העונשין... וניתן לקבוע כי אף נוכח הסכנה שדימה חרג הכוח שהפעיל מהמידה הנחוצה... ושוב אין המערער יכול לחסות תחת ההגנה העצמית המדומה" (פסקה 51).

נטען כי "דברים אלה יפים - ככתבם וכלשונם - גם לענייננו" (סעיף 41). עוד מפנה המערערת לסעיף 34טז לחוק, השולל את תחולתו של הגנות הצורך וההגנה העצמית "באשר המעשה לא היה סביר בנסיבות הענין לשם מניעת הפגיעה" (סעיף 42 להודעת הערעור).

י"ט. בסופו של יום מבקשת המערערת שבית המשפט יקבע "באופן ברור, כי בנסיבות הענין, ירי קטלני בגבו של אדם לא חמוש המבקש לעלות לרכב, לשלב הילוך אחורי, ולדרוס שוטר מג"ב העומד במרחק של כעשרה מטרים ממנו - הוא מעשה בלתי סביר בעליל, בהינתן האלטרנטיבות הטובות שעמדו לרשותו" (סעיף 42). הוטעם כי הכרעה זו נדרשת, לאור החשיבות "בהתוויית נורמות התנהגות עבור אנשי כוחות הביטחון, האוחזים בנשק ומשתמשים בו מדי יום...". הכרעתו של בית המשפט המחוזי, כך נטען, "משמעותה היתר לירות על מנת להרוג במגוון רב של מצבים בהם בעל התפקיד מאוים, גם כאשר קיימות חלופות סבירות הרבה יותר" (סעיף 31).

כ. בדיון בפנינו (28.2.08) חזר בא כוח המערערת על עיקרי טיעוניו, ציין שהטענה כי בנסיבות לא היה היתר לירות על מנת להרוג אינה קלה - אך הוסיף כי

"לתיק הזה יש משמעות". לדבריו, "אנו חברה... [ש]כוחות בטחון מסתובבים בה כל הזמן... אם יתקלו במצב שיראה להם סכנה והם לא ישקלו בדעתם חלופות נורמטיביות אנחנו בצרות, זו הגישה שהניעה אותנו להגיש את הערעור". הוטעם "שאם היינו חושבים שהמשיב" לא היה יכול "לגבש מחשבה שקולה אז לא היה כאן ערעור", ונטען כי המערערת סבורה "שהמכה לא השביתה אותו [את המשיב - א"ר] כפי שהוא טוען, אלא שיקר". נציין כאן, כי טענה אחרונה זו, כמו טענה נוספת שנטענה בעל פה ("המשיב דלק אחריו... כאשר הגיע למפתן דלת הרכב ירה בו על מנת להרוג") - הן טענות שבעובדה, שנסתרו בעדויות, והן חורגות מיריעת המחלוקת שפרשה המערערת. עם זאת, פשיטא שניתן להבין את דאגתה של המערערת, ולכך נשוב להלן.

### טענות המשיב

כ"א. באי כוח המשיב תומכים יתדותיהם בהכרעת הדין המפורטת של בית המשפט קמא. באשר לטענות המערערת, נטען כי האירוע כולו (מראשית ההתפרעות ועד הירי) ארך בין חמש לשבע דקות, ושבין הדריסה לירי חלף זמן של פחות מרבע דקה - ולפיכך, ובהתחשב בכך שהמשיב הזהיר את המנוח שלוש פעמים בטרם ירה, לא היתה בידו אפשרות מעשית לשקול ולבצע חלופות אחרות. נטען כי המשיב היה "מטושטש והלום ומתנדנד כשיכור מהפגיעה בו, כאשר הוא כפוף או לקראת עמידה", ובמצב זה ראה את המשיב - שלסברתו הוא הנהג שדרס אותו שניות קודם לכן - חוזר לתא הנהג, תוך התעלמות מקריאותיו. בנסיבות אלה - שהתבררו אמנם כמדומות - לא נפל פגם בירי שבוצע. אשר לשלושת המאפיינים הייחודיים של המקרה עליהם הצביעה המערערת - אופן ההתממשות המורכב של הסכנה, העובדה כי לא היתה זו סכנה מיידית כגון יריית אקדח, וסוג "כלי הנשק", הרכב - נטען כי מדובר בכללים, שלעולם יהיו תלויי נסיבות.

כ"ב. אשר לחלופות שהציעה המערערת - ראשית הוזכר כי המשיב צעק למנוח לעצור שלוש פעמים בטרם פתח באש. שנית, נטען כי בית המשפט קמא קבע עובדתית (ועל כך בחרה המערערת שלא להשיג) שבנסיבות סבר המשיב כי הוא מצוי בסכנת חיים - אשר מבחינה עובדתית (כך בעיניו) לא היתה דרך אחרת לנטרל אותה. נאמר עוד, כי טענות המשיבה בדבר החלופות האפשריות, חותרות תחת הצהרתה שאין היא חולקת על קביעותיו העובדתיות של בית המשפט קמא, שהרי נקבע כי עובדתית לא היה המשיב יכול לנקוט אף באחת מן החלופות.

כ"ג. לגבי הטענה בדבר האפשרות שהמשיב יימלט אל מחוץ למסלול הדריסה, ומשם יירה לגלגלי הרכב - נטען שבית המשפט קמא קבע עובדתית, "כי בהתחשב במצבו סמוך לאחר הדריסה, יש להסתפק אם הנאשם מסוגל היה למלט את עצמו..." (פסקה 59 לפסק הדין; סעיף 42 לעיקרי הטיעון מטעם המשיב). מעבר לקביעותיו העובדתיות של בית המשפט קמא, הוסף כי המדרכה לא היתה מספקת למשיב הגנה מפני נסיון דריסה נוסף - ולפיכך שאין המדובר בחלופה ממשית. עוד נטען, כי צדק בית המשפט קמא בקביעותיו הנורמטיביות, כי בנסיבות של מפגע שהוא סכנה לציבור, וכשהמדובר באיש מרות - אין עליו חובת נסיגה, ואין זה ראוי כי ימלט עצמו, באופן המאפשר למפגע לפגוע באחרים. באשר לירי לכיוון גלגלי הרכב, נטען כי בית המשפט קמא קבע, ש"גם אילו פגע הנאשם בגלגלי הטרנזיט, ספק אם היה בכך כדי למנוע מהטרנזיט לנסוע מרחק קצר כהרף עין... מי שכוונתו לפגוע באמצעות דריסה לא יירתע... ואם מדובר במרחק קצר הרי שיוכל... לעשותו גם עם גלגל או שניים מנוקבים" (פסקה 63 לפסק הדין).

כ"ד. לגבי טענת המערערת כי היה על הירי להיות מכוון לפלג גוף תחתון, הוטעם מאת המשיב, כי בית המשפט קבע שהמשיב חש סכנת חיים - ולפי הוראות הפתיחה באש, לא היה מוטל עליו לבצע נוהל מעצר חשוד, אלא לנטרל את הסכנה. נטען איפוא, כי לפי הפקודות שקיבל המשיב, בסיטואציה של חשש לסכנת חיים היה עליו לירות כדי להרוג - וכך עשה. עוד נטען כי המקרה דנא אינו דומה לפרשת אלטגאוז; שם נקבע כי המרחק הפיזי בין אלטגאוז ומי שנדמה בעיניו כמחבל, והעובדה שאותו אדם לא רץ הישר אל בית הספר - יצרו סיטואציה בה ניתן היה לבצע ירי לרגליו. עוד נקבע שם כי:

"המערער לא ניסה לטעון כי לא יכול היה לכוון לעבר רגלי המנוח או שניסה לעשות כן ולא הסביר מדוע לפי מצב הדברים כפי שדימהו לא יכול היה לבלום את המנוח באמצעות ירי לעבר רגליו... וניתן לקבוע כי אף נוכח הסכנה שדימה חרג הכוח שהפעיל מהמידה הנחוצה לשם הגנה על עצמו ועל התלמידות. על כן, לא התקיים תנאי הנחיצות" (פסקה 51).

במקרה שלפנינו, המצב העובדתי - הן מבחינת מצבו של המשיב בעקבות הדריסה, והן בשל אופיה הדחוף של הסכנה - לא איפשר ירי כאמור. אשר לתנאי הסבירות הקבוע בסעיף 34 לחוק - נטען כי בית המשפט קמא קבע שבנסיבות היתה פעולת המשיב סבירה (פסקה 71), ושתנאי זה אינו חל על הגנת הצידוק. סופו של דבר, נטען כי המשיב אמנם טעה במצב הדברים - אך היתה זו טעות אמיתית וכנה, ובהתחשב בה היו פעולותיו סבירות, ובדין זוכה.

כ"ה. בדיון הדגיש בא כוח המשיב, כי בסופו של יום שלל בית המשפט המחוזי את האפשרות המעשית לנקוט בחלופות המוצעות - וזאת מעבר לקביעות הנורמטיביות שפטרו את המשיב מנקיטתן (בדגש על היעדר חובת הנסיגה).

## דיון

כ"ו. סברתי כי ראוי לפתוח את הכרעתנו באשר כתב בית המשפט קמא בחתימת דבריו: "טעות איומה ונוראה טעה הנאשם. לחינם הרג את המנוח" (פסקה 83). אין ספק - והדברים מקובלים גם על המשיב - כי שגג וגרם למותו של אדם. אינני נדרש כלל לשאלה עד כמה תרמה התנהלות המנוח לטעות זו (הן הנהיגה הפרועה שסופה הפגיעה במשיב, והן העובדה שלא נשמע לקריאות המשיב, איש רשות, לפני הירי) - שהרי בסופו של יום לא היה צריך ליהרג, והנה נהרג למרבה היגון. ברם, השאלה המונחת לפתחנו היא, האם חוסה התנהגותו של המשיב תחת כנפי "ההגנה הפרטית המדומה" - קרי, השילוב בין סייג הטעות (שבסעיף 34) ובין סייג ההגנה העצמית (שבסעיף 34). תשובה חיובית לשאלה, אין משמעה כי צדק המשיב בכך שירה במנוח; משמעותה היא כי בנסיבות אין זה ראוי להטיל עליו אחריות פלילית בגין התנהגותו (ראו ב' סנג'רו, הגנה עצמית במשפט הפלילי (תש"ס) 327 - להלן סנג'רו).

כ"ז. ברור כי אם חלילה ייקלע שוטר אחר לסיטואציה דומה, יש לקוות שהיא תסתיים אחרת - שהשוטר יבין כי לא נשקפת לו סכנת חיים, וזאת לאחר הדרכה מתאימה שקיבל. המשיב עצמו העיד, כאמור, כי אילו היתה לו אפשרות לברוח ממסלול הדריסה היה עושה זאת "בלי ספק" (עמ' 89; פסקה ט' לעיל). ברם המשפט הפלילי, שביסודו דרישת האשמה (סנג'רו, 17, 325), בוחן את הסיטואציה מבעד לעיני הנאשם, 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 בדיני עונשין (חלק ב', תשמ"ז) 525). ויוזכר, סייג הטעות חל גם במקרים בהם הטעות מתייחסת ליסודות ההגנה - לדוגמה: גם במקרים בהם סבר נאשם בטעות כי הדרך היחידה להגן על עצמו מחייבת שימוש בכוח קטלני, שעה שבפועל היו חלופות קשות פחות (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.

## שלוש הערות מקדימות

כ"ח. בטרם נפנה לדון בטענות המערערת לגופן, אבקש להתייחס לשלוש נקודות שסברתי שיש לציין כבר כאן. ראשית אדרש לעניין שבית המשפט המחוזי התייחס אליו ברמז (פסקה 4). כתב האישום שהוגש נגד המשיב אינו כולל תיאור מלא של האירועים שקדמו לירי שהיה בבירור מקום לראותם כרקע האירוע המצער עצמו; והוא אף כולל תיאור של אירוע הדריסה ("בעודם שומרים על העצור, הגיע למקום רכב מסחרי... אשר נעצר בסמוך לעצור וממנו ירד... [המנוח]" - שאינו מרמז אפילו לעובדה שהמשיב נפגע מן הרכב. בראיה לאחור, ברור כי דיון בתחולת הסייגים לאחריות הפלילית חייב התייחסות לאירועי ההתפרעות והדריסה - ולפיכך חובה היה לכלול תיאורים אלה בכתב האישום (ע"פ 534/84 אריה (פנחס) נ' מדינת ישראל, פ"ד מא(3) 561, 575; ולאחרונה רע"פ 9718/04 מדינת ישראל נ' נואורה (טרם פורסם)). הדבר מעוגן גם בחובת ההגינות המוטלת על המדינה כמדינה; לא באירוע תלוש מהקשר עסקי, והתמונה המוצגת לבית המשפט צריך שתהא שלמה בכל הרלבנטי לעבירות, גם אם אין הדבר נוח לתביעה.

כ"ט. לא למותר להזכיר בהקשר זה, כי אמנם סעיף 85 לחוק סדר הדין הפלילי (נוסח משולב), תשמ"ב - 1982 כולל בין פרטי החובה בכתב האישום, את "תיאור העובדות המהוות את העבירה..." (סעיף קטן 4). אך כפי שמציינים המחברים שלגי וכהן:

"הקושי בצורת אישום זו של תיאור העובדות הוא בקביעת הגבולות הנכונים לסיפור העובדתי. פרטי העובדות ניתנים להרחבה ולצמצום, אותו סיפור מעשה ניתן לתאר בפירוט רב יותר או פחות יותר, והדבר מסור לשיקול דעתה הטוב של התביעה" (מ' שלגי וצ' כהן, טדר הדין הפלילי (מהדורה שניה, תשס"א) 238).

אף מתוך שכיום נהוג להציג לא אחת בראשית כתב אישום רקע, שעל פי רוב מטרתו בעיני התביעה להציג את בעייתיותו הבסיסית של הנאשם, כך מחייבת ההגינות לדידי גם את המצב ההפוך. אוסיף: כשם שנדרש על פי הפסיקה, כי על כתב האישום (כגון בהסדר טיעון) לשקף את "ליבת המעשים העברייניים" (ראו סקירת הדברים בדנג"ץ 1988/08 התנועה לאיכות השלטון נ' היועץ המשפטי לממשלה (השופטת נאור) (ניתן ב-24.3.08), והפסיקה המובאת שם (במיוחד בפסקה 5)), כך גם בהקשר דנא, בשינויים המחויבים. וכדברי השופטת (כתארה אז) ביניש בע"פ 1958/98 פלוני נ' מדינת ישראל, פד נז(1) 577, 605 (2002) "על פי מדיניות ראויה מצווה התביעה להקפיד

שהעובדות המתוארות בכתב האישום ישקפו את המעשים המיוחסים לנאשם בהיותם ללא שינוי מהותי מאופן התרחשותם בפועל...".

ל. שנית, אפשר להבין את רגישותה של התביעה וחששה מפני "מדרון חלקלק", של הרג בלא משפט, פן:

"מתן היתר לדבר הנראה על פניו בגדר הנסבל, יכול להוביל להיתר נוסף, וממנו להיתר אחר, עד לתקלה גדולה, חלילה. נמצאנו למדים... שעניינים שיש בהם חריגה מן הנורמות הבסיסיות מחייבים זהירות רבה מאין כמוה, שלא ימצא מי שיגלה בהם פנים שלא כהלכה, ותיפרץ הפרצה" (ראו רשימתי, "מי לה' אלי... והרגו איש את אחיו" פרשת השבוע 65 (תשס"ב)).

מסיבה זו ברי כי יש לעשות שימוש זהיר עד מאוד באותן הוראות חוק המאפשרות הפעלת כוח, לא כל שכן כוח קטלני. אין לבוא איפוא בטרוניה כלפי הרשויות על דאגתן, התואמת כשלעצמה גם את ערכי מדינת ישראל כמדינת חוק.

ל"א. ולבסוף, נתתי אל ליבי גם, כי המדובר בשוטר חובה, כמותו מבחינת הניסיון והבגרות כחייל חובה ותו לא; אדם נורמטיבי שנשלח על ידי המדינה למלא חובתו ונקלע לסיטואציה קשה, שבה שגה שגיאה קשה בעלת תוצאות קשות - אך לא קל ולא פשוט לדונו ב"תנאי מעבדה". כך אמר התנא הלל הזקן "אל תדין את חברך עד שתגיע למקומו" (משנה, אבות ב, ד). כלומר, כדברי הפרשן הרב פ' קהתי, "אם ראית חברך בא לידי ניסיון ונכשל, אל תדינהו לכף חובה עד... שתבוא לידי ניסיון כמוהו ולא תיכשל". אלא שאין בית המשפט יכול לפטור עצמו מן הדין גם ברצותו, כך כאן וכך במקרים אחרים.

#### מבחן החלופה שפגיעתה קלה - המצב המשפטי

ל"ב. המערערת אינה משיגה על קביעותיו העובדתיות של בית המשפט המחוזי - לרבות הקביעות לגבי האופן בו תפס והבין המשיב את הסיטואציה בה היה מצוי. בנסיבות אלה יש לרון בשאלה המשפטית האם מבין החלופות שעמדו בפניו היתה על המשיב חובה לנקוט בחלופה שפגיעתה הקלה ביותר, ובשאלה העובדתית האם בנסיבות אכן עמדה בפני המשיב חלופה כאמור. אציין כאן, כי כאיש רשות היתה על המשיב חובה כלפי הציבור, מעבר לחובה כלפי עצמו, לעשות מלאכתו נאמנה ולפעול כנחוץ בשעת סכנה, אם סכנה כזו קיימת (או שהוא מדמה בכנות את קיומה).

ל"ג. באשר לשאלה המשפטית - שלושת הסייגים לאחריות הפלילית החלים על המשיב (צידוק, צורך והגנה עצמית), מחייבים (במישרין או בעקיפין) סבירות ומידתיות. לגבי סייגי הצורך וההגנה העצמית נקבעה הדרישה מפורשות בסעיף 34טז לחוק ("הוראות סעיפים 34, 34 ו-34 (הגנה עצמית, צורך וכורח - א"ר) לא יחולו באשר המעשה לא היה סביר בנסיבות הענין לשם מניעת הפגיעה"); זאת במקביל לקיומה של הדרישה בוריאציות שונות במסגרת יסודות הסייגים (לגבי סייג הצורך: "ולא היתה לו דרך אחרת אלא לעשותו"; לגבי דרישת הנחיצות והפרופורציה בהגנה עצמית, ראו ע"פ 1713/95 פרידמן נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(1) 265, 273; ע"פ 20/04 קליינר נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(6) 80, 90; לא נידרש כאן ליחס בין הוראת סעיף 34טז ליסודות הסייגים, לגבי הגנה עצמית ראו סנג'ור, 435-437). אשר לסייג הצידוק - על פניו לא חלה עליו הוראת סעיף 34טז, וגם יסודותיו אינם כוללים דרישת סבירות מפורשת. ברם, הסייג קובע פטור מאחריות פלילית ביחס למעשה שאדם "היה חייב או מוסמך, לפי דין, לעשותו". בנסיבות דנן הוסמך המשיב - כאיש משטרה - להפעיל כוח לפי נהלי הפתיחה באש, ואלה כללו דרישת מידתיות וסבירות (ראו עדות מפקד הצוות בעמ' 54-55, 58-59 לפרוטוקול; פסקה 57 לפסק הדין). ניתן איפוא לקבוע כי אם עמדו בפני המשיב אפשרויות שפגיעתן קלה יותר - היתה עליו חובה לנקוט בהן, ואם לא עמד בחובה זו, יתכן שלא היה זכאי ליהנות מתחולת הסייגים לאחריות הפלילית. הביטוי "ניטרול" הסכנה בו נעשה שימוש בהנחיות שינתנו אינו זהה כמובן, רחמנא ליצלן, להרג; הוא נבחן בכל מקרה לנסיבותיו.

#### חובת המידתיות בהגנה עצמית במשפט העברי

ל"ד. בקצירת האומר נציין, כי בגישה דומה נוקט המשפט העברי:

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

אם ניתן לנטרל את הסכנה בפגיעה שאינה קטלנית ("באחד מאבריו"), אך נעשה שימוש בכוח קטלני - אין ההריגה חוסה תחת סייג ההגנה העצמית. כך נפסק להלכה ברמב"ם:

"כל היכול להציל [את האדם המצוי בסכנה] באבר מאיבריו, ולא טרח בכך אלא הציל בנפשו של רודף



[האדם המְסַפֵּן] והרגו, הרי זה שופך דמים וחייב מיתה... (רמב"ם, הלכות רוצח ושמירת הנפש א, י"ג).

קרי, אם ניתן לנטרל את הסכנה באמצעות פגיעה לא קטלנית ("באחד מאיבריו"), אך הנאשם "לא טרח בכך" והרג את הגורם המְסַפֵּן - חייב הנאשם מיתה כדין רוצח. בדברי רבנו אשר (הרא"ש; אשכנז-ספרד, המאה הי"ג-י"ד), אנו מוצאים כי חריגה מסבירות יכולה להקים גם עוולה אזרחית:

"צריך לומר, דאם [שאם] היה יכול להציל עצמו בחבלה מועטת, וחבל בו הרבה חייב" (רא"ש, בבא קמא ג, י"ג)

אדם המבקש לחסות תחת כנפי ההגנה העצמית חייב לפעול באופן מידתי - ולנקוט באמצעי שפגיעתו הקלה ביותר, מבין האמצעים העשויים לנטרל את התוקף. כך סוכמו הדברים על ידי המלומד אנקר:

"כאשר המתגונן יודע שניתן למנוע את ההתקפה בדרך אחרת, והוא יודע שהינו משתמש בכוח מופרז, דינו כמו בהלכה של 'יכול להצילו באחד מאיבריו', ואז בלשון התלמוד 'נהרג עליו'. טעה המתגונן ביחס למצב ההתקפה, או ביחס לאמצעים שהיה עליו לנקוט, והטעות היתה סבירה, הרי דינו כאנוס ופטור מכלום... כאשר הטעות היתה כנה אך לא סבירה ביחס להגנה עצמית טעותו זו גורמת לו להיות קרוב למזיד הואיל והמתגונן יודע שהוא נוטל נפש" (א' אנקר, הכרח וצורך בדיני עונשין (תשל"ז) 163; לסקירה נוספת ראו ע"פ 89/78 אפנג'ר נ' מדינת ישראל, פ"ד לג(3) 141 - פסקות 10-12 לחוות דעתו של השופט, כתארו אז, אלון; להלן פרשת אפנג'ר).

דברים אלה הובאו, כיון שדומני - וראו בהמשך - כי התמודדות המשפט העברי בסוגיית יישום חובת המידתיות, יש בה כדי להפרות ולשכלל את הדיון ביישום החובה במשפט הישראלי.

### הכרעה

ל"ה. לאחר העיון בפסק הדין קמא, בטענות הצדדים לפנינו ובחומר הראיות שעמד בפני בית המשפט קמא - אציע לחברי שלא להיעתר לערעור. ראשית, בית המשפט בחן את החלופות שמציעה המערערת - וקבע כי בנסיבות המדומות, לא היו חלופות אלה מנטרלות את הסכנה שהמשיב סבר שעמדה לפתחו. קביעות אלה הן ברובן קביעות עובדתיות - המתייחסות למצב הפיסי של המשיב בזמן האירוע, ולאופי הסכנה המדומה

- וספק רב אם יש מקום להתערבות ערעורית בכגון אלה. שנית, וזו לדידי עיקר, לשם אי היעדרות לערעור די לקבוע 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 האירוע; לדוגמה: המשיב מסר, וגרסתו התקבלה על ידי בית המשפט, כי חש שאינו מסוגל להימלט ממסלול הדריסה. אינני יכול לקבוע כי קביעה זו באשר לתפיסתו הסובייקטיבית של המשיב אכן שיקפה את מצבו האובייקטיבי, ויתכן שעובדתית היה סיפק בידו להימלט או לירות ברגלי המנוח - אך למצער היא מבססת את הטענה, כי הוא טעה טעות כנה וסבר שאין הוא יכול להימלט. על מנת לחסות תחת כנפי סייג הטעות, די בקביעה זו.

ל"ו. המערערת מצביעה על שתי חלופות עיקריות, שלדידה היה על המשיב לנקוט אחת מהן - גם בהתחשב בטעותו בתפיסת המציאות. חלופות אלה הן, ראשית, האפשרות לבצע ירי לפלג גוף תחתון; שנית, האפשרות להימלט ממסלול הדריסה ולירות לגלגלי הרכב ממקום בטוח. ספק אם נוכח קביעותיו העובדתיות של בית המשפט קמא - המסתברות גם מתוך קריאת חומר הראיות והפרוטוקול - היו חלופות אלה זמינות כדבעי, זאת הן בשל מצבו הפיסי של המשיב לאחר המכה החזקה שספג מדלת הרכב הפוגע, והן כיון שלא סיפקו מענה לסכנות שסבר בטעות כי הן נשקפות לו ולחבריו. דומה כי גירסת המשיב לגבי תפיסת הסיטואציה על ידיו, שנתקבלה עובדתית על בית המשפט קמא, מקשה במידה רבה להלום חלופות אלה בנסיבות שהיו. ודוק: עלינו לצאת מהנחה של היעדר מחלוקת באשר לטעות הכנה, ולסול את דרכנו מכאן.

#### ירי לא קטלני

ל"ז. אשר לאפשרות לירי לפלג גוף תחתון - גירסת המשיב, שהתקבלה על דעת בית המשפט קמא, היתה כי סבר שירי כאמור לא ינטרל את הסכנה הצפויה. ויודגש, די לקבוע כי המשיב סבר כך בטעות, אך בית המשפט קבע אף יותר מזה:

"דומני, בנסיבות העניין דנן, כי קיים מיתאם סביר בין חומרת הסכנה מצידו של המנוח - לפי מצב הדברים המדומה בעיני רוחו של הנאשם - לבין הירי על מנת להרוג, מצידו של הנאשם. לא בפעולת ענישה עסקינן, אלא בהגנה. לפי סברתו של הנאשם, שהמנוח 'או-טו-טו' ייתמקם במושב הנהג ויידרוס אותו או את השוטרים שמלפנים, הרי שהירי היה נחוץ ולא חרג מן המידה

שהייתה דרושה להגנה על חייהם של הנאשם או השוטרים" (פסקה 71).

בהתאם להצהרת המערערת, קביעה עובדתית זו על מכונה גם לדידה. נוסף כי כבר בחקירתו הראשונית בבית החולים התייחס המשיב לאפשרות זאת:

**"שאלה:** ומה היה עלול לקרות אם היית יורה רק על מנת לפצוע אותו, ולא על מנת להרוג?

**תשובה:** הוא יכל להמשיך ולעלות לטרנזיט ולנסות לדרוס אותי. או לחלופין, לנסוע קדימה ולדרוס את השוטרים שהיו בהמשך" (עמ' 8).

ל"ח. בית המשפט קמא אימץ גרסה זו כמהימנה, ואף ציין כי העובדה שהמשיב הודה כי כיוון לכתחילה לפגוע במרכז גופו של המנוח, ולא טען כי ניסה לפגוע בפלג גופו התחתון - מוסיפה לה אמינות נוספת (פסקה 79), בחינת טענת מיגו שבמשפט העברי, כלומר מתוך שיכול היה לטעון מתחילה כי כיוון לפלג גופו התחתון של המנוח, מסייע הדבר לאמינות טענתו בדבר ירי על מנת להרוג מתוך דימוי שגוי של המציאות. בחלון ההזדמנויות הקצר שהיה למשיב כדי לנטרל את הסכנה - די לדידי לקבוע כי המשיב סבר (בטעות או בצדק) כי ירי כאמור לא היה מוציא אותו ואת חבריו מכלל סכנה, קרי, לא היה מנטרל אותה. נזכור, כי ההוראות שניתנו לשוטרי מג"ב (ראו למשל עדות הקצין אליהו בן גיגי, עמ' 50) מבחינות בין ניטרול סכנה לבין מעצר חשוד, שבמעצר חשוד מדובר בירי ברגליים, ובניטרול סכנה - יש לפעול להפסקת הסכנה בהתאם לנסיבות. אשוב ואטעים, נוכח חשיבות הדבר: דבר זה נבחן בהתאם לנסיבותיו, ואין באמירה זו כדי רשיון להרג חלילה או לאמצעים מופרזים.

ל"ט. נאמר כאן, והדברים יפים גם ביחס לחלופה השנייה שהציעה המערערת, כי בכל הנוגע לקביעה האם לשלול את תחולתו של סייג ההגנה העצמית עקב אי נקיטת חלופה מתונה יותר - יש לנקוט בגישה זהירה, בודאי במצבי לחץ של סכנת חיים. קדמונו בעניין זה ראשונים:

"אין אנו מוכנים להיכנס כאן לכל אותן ההבחנות הדקות, עם המידות והשיעורין: מכה זו מותרת, מכה זו אסורה, כפי שטען בפנינו בא-כוח היועץ המשפטי. כל הקטטה כולה, על שני חלקיה גם יחד, ארכה כרגע וחצי, ב'נוכחות' האקדה וכמעט מול הלוע שלו, ואין לדרוש מאדם לכלכל מעשיו בפלס ולמדדס בשעל בשעת סכנה שכזאת" (ע"פ 95/60 ולדמן נ' היועץ המשפטי לממשלה,

פ"ד טו(1) 53, 55 - השופט זילברג; ההדגשה הוספה - א"ר).

ובמקום אחר: "שבפרק זמן כה קצר של מספר שניות, אין אנו מוכנים ואף אין אנו יכולים להיכנס לדקדוקי דחיפות, דחיפה זו מותרת ודחיפה זו אסורה... משעומדת לו למערער טענת ההגנה הפרטית... שוב אין מדקדקים עמו" (פרשת אפנג'ד, בעמ' 159 - השופט, כתארו אז, אלון; כן ראו דברי השופט לוי, בפסקה ט"ו לעיל; סנג'דו, 355-354). אמנם, כשלעצמי הייתי מדקדק כיום בביטוי "אין מדקדקים עמו"; מדקדקים כן - כדי למנוע "אצבע קלה על ההדק" ומדרון חלקלק, ולחייב שיקול דעת בכל מקרה לגופו; אך זכות ההגנה העצמית כמובן בעינה עומדת.

#### יישום דרישת הסבירות במשפט העברי

מ. תשתית נורמטיבית בדבר ההגנה הניתנת בנסיבות של לחץ וסכנת חיים מצויה לנו במשפט העברי. בפסקה ל"ד מעלה הובאו דברי הרמב"ם, שנצטטם עתה במלואם:

"כל היכול להציל [את האדם המצוי בסכנה] באבר מאיבריו, ולא טרח בכך אלא הציל בנפשו של רודף [האדם המְסַפֵּן] והרגו, הרי זה שופך דמים וחייב מיתה, אבל אין בית דין ממיתין אותו" (רמב"ם, הלכות רוצח ושמירת הנפש א, י"ג; ההדגשה הוספה - א"ר).

אבקש להתייחס לשתי סוגיות הטמונות בדברים קצרים אלה - שיש בהן כדי להציע תשתית ראויה לענייננו.

מ"א. ראשית פוסק הרמב"ם, כי מתגונן שהפעיל כוח קטלני תוך חריגה מחובת הסבירות - חייב מיתה. קביעה זו עצמה נתונה במחלוקת בין פוסקי ההלכה. לשיטות מסוימות חובת הסבירות אינה חלה על הנרדף המצוי בסכנה, והיא מוגבלת לצדדים שלישיים המבקשים לסייע לנרדף, אך אינם נתונים בסכנה בעצמם (ראו שו"ת שבות יעקב (לרב יעקב ריישר; מזרח אירופה, המאה הי"ח), חלק ב', סימן קפ"ז; שו"ת משפט כהן (לרב אברהם יצחק הכהן קוק; ארץ ישראל המאה הכ'), סימן קל"ט). בטעם ההבחנה נאמרו מספר טעמים, אך הפשוט והמסתבר שבהם הוא, "לפי שהיה בהול על נפשו להציל את עצמו אינו יכול לכוין" (שו"ת שואל ומשיב (לרב יוסף שאול נתנזון; פולין המאה הי"ט), מהדורא תליתא, חלק שלישי, מ"ט) - קרי, בנסיבות של סכנת חיים יש גבול לדרישות שניתן להציב בפני אדם המבקש להגן על עצמו. גם לפי שיטות אחרות, מרחב הפעולה הניתן לנרדף רחב מזה של צד שלישי:

"ובשם הרא"ה ז"ל [רבי אהרן הלוי, מחכמי ספרד] מצאתי, דאפילו מאן דאית ליה דרודף צריך התראה [אפילו לאותן שיטות שאין להרוג את הרודף מבלי להתרות בו תחילה], היינו לגבי אדם אחר דעלמא, אבל לגבי נרדף, לכולי עלמא אינו צריך התראה [חובת ההתראה חלה רק על צד שלישי המנטרל את הרודף], אבל הנרדף עצמו אינו צריך להתרות" (שו"ת הריב"ש (לרב יצחק בר ששת; ספרד המאה הי"ד-ט"ו), סימן רל"ח; ההדגשה הוספה - א"ר).

דהינו, אף שצד שלישי חייב להתרות ברודף בטרם הפעלת כוח, דרישה זו אינה חלה על הנרדף עצמו. אטעים: הדברים תלויי נסיבות באופן חד ומובהק, ואין לראות בהם כל עיקר התרת הרצועה; אך גם הם מזכירים כי בבשר ודם עסקינן, המצוי במצוקה, ויש לאמוד את התנהגותו על פי התנאים בהם היה שרוי בזמן אמיתי.

מ"ב. יתר על כן, גם לשיטות לפיהן חלה דרישת המידתיות גם על הנרדף עצמו (כבמשפט הישראלי, ואל נשכח זאת), ישנה התחשבות במצבו הייחודי. רבים מדיני ההגנה העצמית נלמדים במשפט העברי מהכתוב המתיר לאדם להרוג פורץ החותר להיכנס לביתו, "אם בַּמְחֶתֶת יִמָּצָא הַנֶּגֶב וְהָפָה נֶמֶת אֵין לוֹ דָּמִים" (שמות כ"ב, א). על דין זה כותב רבנו יהונתן מלוניל (מחכמי פרובאנס, בן דורו של הרמב"ם):

"כלומר הבא במחתרת שאמרה תורה יהרג... מפני שסופו להרוג את בעל הבית כשיעמוד נגדו להציל ממונו, הילכך התירה לו תורה לבעל הבית שיהרגנו..."

ואף על גב דלשאר רודף מדקדינן, שאם יכול להציל באחד מאיבריו אין לו להרגו... בבא במחתרת לא מדקדין כולי האי, כיון דלילה הוא אינו יכול לדקדק כל כך בעל הבית איך יציל עצמו ממנו באחד מאיבריו" (פירוש רבנו יהונתן מלוניל, סנהדרין עב ע"א).

קרי, על אף חובת המידתיות - בתנאי לחץ ואי וודאות, "לא מדקדין כולי האי" [אין מדקדימים כל כך], כיון שהקפדה זו עלולה לסרס באופן מעשי את יכולת ההגנה העצמית. כבר אמרתי את שאמרתי בעניין "מדקדימים", ואחזור על כך כאן, ימינו אלה מצדיקים זהירות יתרה ב"יד קלה על ההדק".

מ"ג. עניין נוסף טמון בסוף דבריו הקצרים של הרמב"ם שהובאו מעלה: "הרי זה שופך דמים וחייב מיתה, אבל אין בית דין ממיתין אותו" (ההדגשה הוספה - א"ר). אם

הנרדף שלא עמד בדרישת הסבירות "שופך דמים וחייב מיתה", מדוע "אין בית דין ממיתין אותו"? בעניין זה נאמרו מספר טעמים, חלקם פרוצדורליים הקשורים לחובת ההתראה (ראו לדוגמה כסף משנה (לרב יוסף קארו; ספרד-תורכיה-ארץ ישראל, המאה ה"ט"ז), שם). ברם, חכמי הלכה ומשפט התייחסו גם לקושי בכך, שבית דין הבוחן את התנהגות הנאשם "בתנאי מעבדה", יבוא עמו חשבון על מעשים שנעשו בתנאי לחץ קיצוניים, שיתכן שיש בהם סטייה קטנה מעקרון המידתיות. ובלשון בית יוסף (טור, חו"מ, תכ"ה), "אפשר לומר, דהיינו טעם דהרמב"ם [שזה טעמו של הרמב"ם], דכיון שנכנס ברשות [כיון שעיקר השימוש בכוח היה כדין], אינו בדין שיהרגוהו בית דין". אין אנו קובעים כי הנאשם פעל כדיו, אך יתכן פער מסוים, ומטבעו מצומצם, בין קביעה זו לשלילה בפועל של ההגנה - וענישת הנאשם. כך מקשה ומתרץ ר' יוסף שאול נתנזון:

"והוא תמוה [אם חייב מיתה, מדוע אין בית דין ממיתין אותו], דמה סברה היא זו? ..."

דהבית דין [שבית הדין] אינו יכול להרגו דדלמא [ששמא] באמת לא היה יכול לכיין באחד מאבריו... אבל באמת, הרי זה שופך דם וחייב בידי שמים" (שואל ומשיב, שם).

קרי, באותם מקרי קצה גבוליים, אין מנוס מאחיזת המקל בשני קצותיו, מחד גיסא "באמת הרי זה שופך דמים", ומאידך גיסא שמא "באמת לא היה יכול לכיין באחד מאבריו" (לביאור נוסף בשיטת הרמב"ם ראו שו"ת ציץ אליעזר (לרב אליעזר יהודה ולדנברג; ארץ ישראל המאות הכ"ה-הכ"א), חלק ד', סימן כ"ד. להשלמת התמונה יצוין כי יש החולקים על הרמב"ם, ופוסקים כי נרדף שחרג ממידת הסבירות נהרג בבית דין; ראו: טור, חושן משפט, תכ"ה; ערוך השלחן (לרב יחיאל מיכל אפשטיין; רוסיה, המאות הי"ט-הכ'), חושן משפט, תכ"ה, ו).

מ"ד. ניתן איפוא לסכם, כי על אף קיומה המובהק של חובת מידתיות, מבחינה מעשית נוקט המשפט העברי גישה המגלה הבנה עד גבול מסוים לנאשם שחיוו היו בסכנה וניצלו. ראשית, יש הסוברים כי דרישת המידתיות אינה חלה עליו; שנית, גם לסוברים שדרישה זו חלה, ננקט כלפיו קו המתחשב בנסיבות; שלישית, לפי חלק מהשיטות - לא כולן - גם אם מוצא בית הדין כי בנסיבות חרג הנאשם מחובת הסבירות, לא תמיד תביא החריגה לשלילה מוחלטת של ההגנה (סיכום מקיף של השיטות השונות בסוגיה מצוי בבירור הלכה, על מסכת סנהדרין (בהוצאת מכון הלכה ברורה ובירור הלכה, תשנ"א) עמ' ר-רב). עלי לסייג את הדברים בסיפתם: הם מבטאים ניסיון

להתמודד עם מציאות מורכבת, אך אינם יכולים להיות תחליף לזהירות, לפעילות חינוכית וגם לאכיפה שכנגד.

האם היה המשיב יכול להימלט ממסלול הדריסה, ולירות בגלגלי הרכב

מ"ה. וכמובן אנו בדין הפלילי הנוהג עסקינן, ונשוב אפוא לבחון את החלופה השנייה שהציעה המשיבה - קרי, הימלטות ממסלול הדריסה, וירי אל עבר גלגלי הרכב. דומני כי בעניין זה, אף יותר מאשר בקודמו, נקבעו ממצאי עובדה מפורשים בבית המשפט קמא (לסקירתם ראו פסקות ט' ו-י"ב לעיל).

מ"ו. כזכור בית המשפט קמא קבע כממצא שבעובדה, כי "יש להסתפק אם הנאשם מסוגל היה למלט עצמו מאחורי הטורנזיט באופן מידי... " (פסקה 59). קביעה זו נסמכת על מתן מהימנות נחרצת לגרסה שמסר המשיב בחקירתו בבית החולים (הובאה בחלקה בפסקה ט' לעיל), ועל ניתוח הנסיבות העובדתיות כפי שנמסרו על ידי עדי הראייה - ובעיקר על מצבו הרפואי וההכרתי של המשיב לאחר הפגיעה מדלת הרכב, ונקל לשער כאמור כי המדובר במכה חזקה. על כך יש להוסיף את טענת המשיב בפנינו, כי גם "נסיגה" למדרכה לא הייתה מספקת מחסה מפני רכב דורס - טענה מסתברת לכאורה בנסיבות המציאות שדימה המשיב, שהרי אם רצה המנוח לדרסו, מה לי מדרכה מה לי כביש. כזכור, בעדותו בבית המשפט מסר המשיב "שאלה: אמרת בחקירה שלך, שאם הייתה לך אפשרות לברוח לא היית מבצע ירי על מנת להרוג. תשובה: כדי לברוח מהדריסה? כן. בלי ספק" (עמ' 89). בית המשפט האמין לגרסה זו שיש בה כדי לשקף נאמנה את הפנמת דרישת המידתיות - ואין מקום להתערב בקביעתו.

מ"ז. אשר לאפשרות לירי לגלגלי הרכב: ראשית, זו נטענה בד בבד עם טענת הנסיגה, שכאמור ספק אם הייתה אפשרית; שנית, נקבע כי בנסיבות של דריסה פוטנציאלית (אם גם מדומה) ממרחק כה קטן, אף אילו היה המשיב מצליח לפגוע בגלגלי הרכב, ספק אם היה הדבר מנטרל את הסכנה (פסקה 63 לפסק הדין). דומה אפוא כי טענות המדינה מכוונות כלפי ממצאי עובדה ומהימנות. אוסיף, כי האמור מייתר דיון נרחב בשאלה האם בנסיבות חלה על המשיב "חובת נסיגה", ומה יהיו ההשלכות של הטלת חובה כאמור בסיטואציה של מפגע המבקש להרוג ללא הבחנה - שעה שנסיגה של אחד עלולה להביא למותו של אחר. השאלה כמובן מורכבת יותר כמה וכמה מונים כאשר מדובר באיש ביטחון. בית המשפט קמא ניתח בהרחבה את הסוגיה (פסקות 60-62), עיקרי הדברים הובאו לעיל (פסקה י"א) - ובנסיבות אין צורך להוסיף.

סוף דבר

מ"ח. אחר שאמרנו את כל אלה, הלב כבד. חיי אדם קופחו. גם אי היעדרות לערעור וקיום זיכוי של המערער, כהצעתנו - אינם פוטרים מחשבון נפש, מהדרכה מוקפדת לחיילי צה"ל ולשוטרים, כאשר לחובות המוטלות עליהם. כמובן, לעולם לא יהיו הדברים פשוטים. אך ישנם המצפון והמצפן של טוהר הנשק ושמירה על חיי אדם, ישנה החובה להגן על קרבנות תמימים ולשקול בזהירות רבה כל אופציה רלבנטית. אלה צריכים להיות בתודעת המפקדים ומופקדיהם - תדיר.

מ"ט. סופו של דבר, אציע לחברי שלא להיעתר לערעור. אין אנו עושים זאת מתוך זלזול, חלילה, בחיי אדם. אכן, מצופה מכל אדם, בודאי מאיש ביטחון, למצות את כל החלופות האפשריות בטרם יעשה שימוש בכוח קטלני. בית משפט זה עמד על כך בעבר - ולא היסס לשלול את תחולת הסייגים לאחריות במקרים המתאימים. מסיבה זו בחנו לגופן את החלופות שהציעה המערערת - ובהתחשב בממצאים שנקבעו בערכאה הראשונה, המוסכמים גם על המערערת - מצאנו כי בנסיבות (המדומות) חלופות אלה יכול שלא היוו פתרון מעשי; ומכל מקום, המשיב טעה טעות כנה שכך פני הדברים, ועל כן מוצע כי יותר זיכוי, ולוא מחמת הספק, אם לא למעלה מזה, על כנו.

ש פ ו ט

השופט א' א' לוי:

אני מסכים.

ש פ ו ט

השופט ס' ג'ובראן:

לצערי איני יכול להצטרף לדעתו של חברי השופט א' רובינשטיין, ולו דעתי הייתה נשמעת היינו מקבלים את הערעור ומורים על הרשעתו של המשיב בעבירה שיוחסה לו בכתב האישום.

1. הפרשה בה אנו עוסקים אינה קלה. מחד גיסא, ברי כיום כי על פי הנסיבות האובייקטיביות שהתקיימו באותה עת, המנוח לא היווה סכנה למשיב או לסביבתו והמתתו על ידי המשיב לא הייתה מוצדקת. מאידך גיסא, כפי שנקבע על ידי בית



המשפט המחוזי, ועל קביעתו זו אין כיום עוררין, פעולתו של המשיב נבעה מתוך אמונתו – השגויה – כי המנוח מתכוון לעשות שימוש ברכב אליו הוא עמד להיכנס כדי לפגוע בו או בשוטרים אחרים. משכך, השאלה הנותרת לפתחנו הינה האם במסגרת תפיסתו השגויה את המציאות, פעל המשיב בדרך המקימה לו אחת מההגנות להן הוא טוען. לטעמי, יש לענות על שאלה זו בשלילה.

#### המסגרת הנורמטיבית

המסגרת הנורמטיבית על פיה יש לבחון את נסיבות המקרה שבפנינו נדונה בהרחבה בחוות דעתו המקיפה של חברי השופט א' רובינשטיין. עם זאת, אבקש להוסיף כמה מילים משל עצמי.

2. הסייגים לאחריות הפלילית, הקבועים בפרק ה1 בחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין), ובהם הגנה עצמית, צורך וצידוק, באים להסיג את אחריותו הפלילית של אדם אשר ביצע לכאורה מעשה המהווה עבירה, אלא שהמעשה בוצע בנסיבות שיש בהן כדי לנטרל את הפסול הגלום במעשה. בהתאם, סייגים אלו מבטאים איזון עדין ביותר בין האינטרס הציבורי של השלטת שלטון החוק והאינטרס הפרטי במניעת פגיעה שלא כדין באדם עצמו או בזולתו. הפרתו של האיזון לכיוון האחד תצא כנגד האינסטינקט הטבעי של האדם להגן על עצמו מפני תוקפו ולשמור על נפשו, ומנגד, הפרתו לכיוון האחר תעמידנו בסכנה של שימוש נמהר ובלתי מוסדר באמצעים כוחניים ואף קטלניים. משכך, מתעורר הצורך לבחון, כל עניין בנסיבותיו, האם הפעולה חוסה תחת אחת ההגנות האמורות, וזאת בהתאם לקריטריונים הקבועים בדין.

3. בענייננו, לא מצאתי כי מעשהו של המשיב עומד בדרישות שנקבעו להקמתם של הסייגים האמורים, כפי שיש לראותן בנסיבת המקרה, בכל הנוגע לדרישה כי המעשה שנעשה היה דרוש באופן חיידי לשם מניעתה של סכנה מוחשית.

4. בכל הנוגע לסייגי הצורך וההגנה הפרטית, דרישה זו למיידיותה של הסכנה נובעת מלשונם של סעיפים 34 ו-34א לחוק העונשין, הקובעים כי הסייג יחול רק כאשר מדובר במעשה "שהיה דרוש באופן מייד" לשם מניעתה של הסכנה. במקביל, בנוגע לסייג הצידוק, הרי שאף ההוראות שניתנו למשיב (ראו את עדותו של המשיב, בעמוד 65 לפרוטוקול) התנו את האפשרות "לירות על מנת לנטרל את מקור הסכנה" בכך שנשקפת "סכנת חיים מיידית" (לגבי בחינת הפקודות לשם הערכת אמת המידה

ההתנהגותית שיושמה על ידי המבצע ולבחינת חלותו של סייג הצידוק השוו ע"פ 486/88 אנקונינה נ' התובע הצבאי הראשי, פ"ד מד(2) 377, 353 (1990).

5. כפי שנתפרש יסוד המיידיות בפסיקתו של בית משפט זה, על מנת שמעשה ההתגוננות יחסה תחת הסייג לאחריות עושהו, עליו להתבצע רק מעשה שהמעשה דרוש באופן מידי על מנת להדוף את התקיפה ולא לאחר הרגע שבו התקיפה אינה מהווה עוד איום (ראו ע"פ 4191/05 אלטגאוז נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 25.10.2006); ע"פ 4898/04 לוי נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 11.1.2007)). כפי שתאר המלומד פלר את שני פניה של דרישת המיידיות:

"שעת דחק כזאת, פירושה פגיעה שלא כדין שעומדת להיגרם או שהיא כבר בתהליך גרימה, כך שבלי הדיפת התקיפה בו ברגע היא אכן תגרם עד תום. מידיות סכנת הפגיעה עשויה לבוא לידי ביטוי בהיותה תכופה, באשר היא מחייבת הדיפת התקיפה כשהיא עומדת להתחולל. במקרה זה, ההגנה הפרטית נועדה לקדם מלכתחילה את פני התקיפה ואת מימוש מטרתה. הסכנה עשויה להיות גם עכשווית, אקטואלית, בהיות התקיפה על מטרתה הנפסדת בתהליך ביצוע, ואז ההגנה הפרטית נועדה למנוע את השלמת הביצוע. מידיות הסכנה, על ביטוייה התכוף, מחייבת סמיכות זמן כזו בין תחילת התקיפה לבין ההגנה הפרטית מפניה, שלא איפשרה דרך סבירה אחרת להתמודד עם התקיפה והפגיעה שהיתה נובעת ממנה". (ש"ז פלר, יסודות בדיני עונשין כרך ב 425-426 (1987) [ההדגשה הינה שלי, ס' ג'])

6. בהתאם לדרישה לפיה על סמיכותה של ההתגוננות לתקיפה להיות כזו שלא מותירה זמן לנקיטת אמצעים סבירים אחרים למניעתה, יש לומר אמנם כי בגדרי יסוד המיידיות ניתן להחיל גם מצב של "התגוננות מונעת", המתרחשת אמנם בטרם השתכללה התקיפה לכלל סכנת חיים, אלא שנדרש שההתגוננות נעשית במועד שלאחריו לא תתאפשר כל דרך סבירה למניעת הסכנה שבתקיפה. בהתאם קבע בית המשפט בע"פ 20/04 קליינר נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(6) 80, 90 (2004), כי:

"ההגנה העצמית תהא מופעלת רק כאשר הסכנה ממשמשת ובאה ולא לפני כן, עם זאת אין לדרוש מהמותקף שימתין לתקיפתו ורק אז יפעל כנגד התוקף, ויש להכיר בנסיבות שבהן המותקף יבצע פעולת הגנה מוקדמת, בבחינת "הבא להרגך השכם להרגו".

7. עם זאת, בהיות עיתוי ההתגוננות, בין היתר, אמת מידה לבחינת נחיצותה למניעת התקיפה, ככל שיקדם מעשה ההתגוננות למועד שבו משתכללת הסכנה שבתקיפה, יקשה על הטוען לקיומו של סייג לאחירותו הפלילית להראות כי לא עמדו לרשותו אמצעים אחרים למניעת הסכנה. כפי שמתאר זאת המלומד סנג'רו:

"למעשה, ההכרה המקובלת בקיום פן של דרישת מיידיות הסכנה המתייחס למועד המוקדם ביותר שבו מוצדקת ההגנה הפרטית – אפילו לפני תחילת התקיפה – מהווה הכרה בכך שאכן מותרת, בתנאים מסוימים, מכה מקדימה. אם ננסה להפיק הנחיה נוספת על זו האמורה לעיל לעניין דרישת המיידיות מן הרציונאל של ההגנה הפרטית, סבורני כי ככל שיקדים העושה את פעולתו, לא זו בלבד שיגדל הספק באשר להתקיימות דרישות הנחיצות בכלל והמיידיות בפרט, אלא אף תיפגע ישירות ההצדקה לפעולתו, באשר גורמי האוטונומיה של הנתקף הפוטנציאלי, אשמת התוקף הפוטנציאלי והסדר החברתי-משפטי יפעלו בצורה חלשה יותר (בהשוואה לפעולה בשלב מאוחר יותר) להצדקת הכח המגן". (בועז סנג'רו הגנה עצמית במשפט הפלילי 190 (2000))

בהתאם, מוסיף הכותב ומציין כי:

"עם התקדמות לאורך ציר הזמן, לא זו בלבד שיש נקודה שממנה ואילך מוצדקת ההגנה הפרטית ושלפניה אסורה היא, אלא אף העוצמה המוצדקת של הכח המגן הולכת וגדלה החל מנקודת הזמן שבה מוצדקת עוצמה כלשהי. כך, למשל, כשמתקרב התוקף הפוטנציאלי באיטיות לעבר הנתקף הפוטנציאלי עם כלי נשק בעל טווח מוגבל (כגון סכין), אך עדיין נמצא רחוק למדי ממנו (מאה מטרים, למשל), איום עליו בכלי ירי יהיה מוצדק גם אם ירי לעברו לא יהיה מוצדק עד שהתוקף יהיה קרוב יותר".

8. בדומה, על האפשרות להכרה ב"מכה מקדימה", במסגרתה פועל המתגונן כדי למנוע את ההתקפה עליו, עוד בטרם השתכללה הסכנה הגלומה בה, כמקימה סייג לאחירות הפלילית, להיות כרוכה לא רק בהכבדת נטל ההוכחה בדבר מידת נחיצותה של ההתגוננות, אלא אף במידת וודאותה של הסכנה העתידה להתממש. דברים דומים ציין בית משפט זה בדונו בסייג הצורך ביחס לסוגיית "הפצצה המתקתקת", בצינו כי:

"מוכנים אנו לצאת מתוך ההנחה - אף שעניין זה שנוי במחלוקת (ראו Dershowitz, "Is it Necessary to Apply 'Physical Pressure' to Terrorists - And to

Lie , About it?", 23 Isr. L. Rev. - 193 (1989); Bernsmann, "Private Self-Defence and Necessity in German Penal Law and in the Penal Law Proposal - Some Remarks", 30 Isr. L. Rev. 171, (1998) 208-210 - כי סייג ה"צורך" עומד לכל אדם, לרבות לחוקר מטעם השלטון, הפועל במסגרות האירגוניות של השלטון, המקובלות לחקירות שכאלה. כן מוכנים אנו להניח - אף שגם עניין זה שנוי במחלוקת (ראו Kremnitzer "The Landau Commission Report - Was the Security Service Subordinated to the Law or the Law to the Needs of the Security Service", 23 Isr. L. Rev. 216, 244-247 (1989) - כי סייג זה עשוי להתקיים במצבים של "פצצה מתקתקת", וכי דרישת המיידיות ("דרוש באופן מיידית" להצלת חיים) מתייחסת למיידיות המעשה ולא למיידיות הסכנה. על כן, מיידיות מתקיימת גם אם הפצצה עשויה להתפוצץ לאחר מספר ימים ואולי אף מספר שבועות, ובלבד שקיימת ודאות של התממשות הסכנה והיעדר אפשרות למנוע את התממשותה בדרך אחרת; כלומר, שקיימת מידת סיכון קונקרטי ואימננטי להתרחשות הפיצוץ". (בג"ץ 5100/94 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' מחשלת ישראל, פ"ד נג(4) 817, 841 (1999)).

9. הכבודות אלו על הוכחת קיומו של סייג לאחריות הפלילית בנסיבות של הגנה מוקדמת, או "מכה מקדימה", מתחייבות מכך שמדובר במצב שבו המתגונן אינו פועל באופן מובהק ואינטואיטיבי כדי להדוף התקפה המכוונת כנגדו, או כדי לנטרל סכנה אחרת, אלא "מקדים תרופה למכה", על רקע הערכתו כי באם לא יעשה כן לא יעלה בידיו למנוע מאוחר יותר את הסכנה. משעה שאין מדובר עוד בנסיבות ברורות של התגוננות מפני סכנה, הרי שהותרת מרווח פעולה נרחב מדי בידי המתגונן עשויה להוביל להותרת פרצה נרחבת מדי לעשיית דין עצמית, התלויה בהפעלת שיקול דעתו של כל נושא נשק.

מן הכלל אל הפרט

10. בהתאם לקביעתו העובדתית של בית המשפט המחוזי, המשיב ירה במנוח תוך שהוא פועל תחת התפיסה השגויה לפיה רכב הטרנזיט פגע בו בכוונה בתחילת האירוע, כי המנוח היה נהג הרכב וכי בשעה שחזר לכיוון הרכב בכוונתו היה לעלות למושב הנהג. בית המשפט המחוזי קבע כעניין שבעובדה כי לא ניתן לשלול את האפשרות כי המשיב פעל מתוך תפיסה לפיה קיימת סכנה מוחשית לחייו מפני תקיפה שלא כדין. בהתאם קבע בית המשפט כי המשיב פעל באופן מיידית כפי שהיה דרוש כדי להדוף את

התקיפה, וכי תגובתו הייתה מיידית וסבירה ביחס לעוצמת הסכנה ומיידיותה. איני שותף לקביעה אחרונה זו.

11. לטעמי, על פי תיאוריו, שנתקבלו על ידי בית המשפט כמשקפים את תפיסתו הסובייקטיבית בעת הירי (או, למצער, יוצרים ספק כי כך היה), הסכנה שנשקפה למשיב מצד המנוח, לתפיסתו, לא הייתה סכנה מיידית אשר תצדיק ירי בכוונה להרגו. מדובר היה, לכל היותר, בסכנה היפותטית ותיאורטית, הגלומה באפשרות כי המנוח מתעתד, בתוך זמן קצר, להעמיד את המשיב בסכנת חיים. כפי שתיאר זאת המשיב בעדותו (עמוד 67 לפרוטוקול):

”הייתי במצב של התרוממות מהנפילה הקודמת ולאחר שצעקתי לו עצור או שאני יורה והוא לא עצר וראיתי שעוד שנייה הוא נכנס לתא הנהג, וזה אותו אדם שדרס אותי קודם, פחדתי כמו שלא פחדתי בחיים שלי. כי אם הוא היה עולה לתא הנהג, הוא היה נוסע רברס ודורס אותי כפי שעשה בפעם הראשונה ופשוט ראיתי את המוות מול העיניים.”

ובהמשך (עמוד 85 לפרוטוקול):

”מה שאני הבנתי באותו רגע שהוא רץ חזרה לרכב במגמה לדרוס אותי שוב.”

12. משקל ניכר לשם בחינת תפיסתו של המשיב את האירוע בעת התרחשותו יש לדבריו בחקירתו על ידי המחלקה לחקירת שוטרים, בערב האירוע. בתשובתו לשאלה אודות מצבו של המנוח בעת הירי עונה המשיב (גיליון 5 לחקירה) כי:

”הוא בדיוק כבר שם את הרגל שלו על הכניסה לטרנזיט הכוונה פתח את הדלת נהג והתכוון לעלות לטרנזיט.”

גם על פי תפיסתו של המשיב, בעת הירי לא היווה המנוח סכנה מיידית לחייו, אלא שהירי בו נועד למנוע התרחשותו של מצב שבו לאחר כניסת המנוח לרכב תישקף ממנו סכנה לחייו של המשיב ולחיי הסובבים אותו. כפי שמתאר זאת המשיב, בתשובה לשאלה בדבר הסיבה לירי (גיליונות 6-7 לחקירה):

"... [המנוח] חזר לטרנזיט וניסה לעלות לטרנזיט ואז החלטתי לירות בו כיוון שהרגשתי חשש לחיי כי אם הוא יעשה רוורס עם הטרנזיט הוא יעלה עלי כיוון שאני הייתי עדיין על הרצפה. ואז קמתי מהרצפה ואז תוך כדי קימה, כשאני עוד בחצי עמידה, הכוונה עם חצי רגל למעלה, אז יריתי בו את שתי היריות.

שאלה: האם את שתי היריות ירית כשאתה בתנוחה של חצי עמידה?"

תשובה: כן. ואחרי היריות קמתי כלומר נעמדתי סופית על שתי רגליים ואז כשראיתי שנפל ניגשתי אליו.

שאלה: אם חששת לחייך שלא ייסע רוורס, מדוע פשוט לא קמת וברחת הצידה?

תשובה: כיוון שהייתי תשוש וחלש עוד מהמכה של מקודם שהטרנזיט נכנסה בי, ולא הייתי מספיק לזוז ולברוח".

13. עינינו הרואות, כי בהריגת המנוח, לא פעל המשיב כדי להדוף התקפה תכופה כנגדו בעת התרחשותה, אלא כדי למנוע את אפשרות התרחשותה של תקיפה שכזו בעתיד המיידית. בנסיבות אלו, ועל רקע נסיבות האירוע, לא ניתן לומר לטעמי כי ירי על מנת להמית את המנוח חוסה תחת הסייגים המצויים בחוק העונשין, בשונה מהפעלת אמצעים קטלניים פחות, דוגמת ירי לפלג גופו התחתון של המנוח.

14. סוגיה זו עולה אף בחקירתו של המשיב (גיליון 8 לחקירה):

"שאלה: ומה היה עלול לקרות אם היית יורה רק על מנת לפצוע אותו ולא על מנת להרוג?"

תשובה: הוא יכל להמשיך ולעלות לטרנזיט ולנסות לדרוס אותי או לחלופין לנסוע קדימה ולדרוס את השוטרים שהיו בהמשך".

ובהמשך:

"שאלה: והרי הוא לא התחיל בנסיעה הוא רק ניסה לעלות לטרנזיט, אולי על מנת לברוח מהמקום.

תשובה: אז כמו שהוא דרס אותי לפני זה, הוא עדיין מסכן את השוטרים שבהמשך".

בשלב זה, שבו המשיב אך צופה את הסכנה העלולה להתעורר מצד המנוח, בהסתמכו על האפשרות כי באם האחרון ייכנס לרכב בכוונתו לנסות ולדרוס אותו, או

לנסות ולפגוע בשוטרים אחרים, היה עליו לנסות ולעוצרו, בין היתר באמצעות ירי באוויר או לעבר פלג גופו התחתון. אלא שהמשיב עצמו מעיד על כך שהתכוון לקטול את המנוח כבר בירי הכדור הראשון, בעמוד 88 לפרוטוקול:

ש. המטרה שלך היתה ירי על מנת להרוג.

ת. נכון. כי הרגשתי חשש לחיים שלי.

ש. מהכדור הראשון שאתה יורה אתה יורה ירי על מנת להרוג.

ת. כן.

אמנם לא ניתן לצפות מהמשיב, בשעת אמת, לנתח בצורה בהירה וצלולה את האיומים העומדים בפניו, ולשקול שיקולים שחלקם היו ידועים לו רק בדיעבד. כן יש להותיר בידו, כאיש משטרה, שיקול דעת באשר לדרך נטרול הסכנות מולן הוא ניצב. אלא שבנסיבות האמורות, בהן הסכנה מולה ניצב המשיב הייתה סכנה משוערת בלבד ורחוקה ממימוש, בדרך שעומדות בפניו אפשרויות פעולה אחרות ובהן כאמור ירי לרגלי המנוח, חובה הייתה על המשיב לנקוט באמצעים אחרים בטרם ינסה להמית את המנוח. יפים לענייננו הדברים אותם ציין בית משפט זה בע"פ 6454/03 טדסה נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 23.6.2004):

"מוכנה אני להרחיק לכת אל מעבר למה שהיה בית המשפט המחוזי מוכן לעשות ולהניח כי כתוצאה מכך חש המערער שנשקפת לו ולחברו המאבטח סכנת פגיעה מוחשית מידי המנוח. אלא שבכך אין די על מנת להקים למערער סייג לאחריות בשל "הגנה עצמית" או "צורך", מן הטעם שסייגים אלה אינם חלים מקום שבו "המעשה לא היה סביר בנסיבות הענין לשם מניעת הפגיעה" (ראו סעיף 34טז לחוק העונשין). במקרה שלפנינו ירה המערער במודע לעבר חלק הגוף העליון של המנוח ממרחק קצר ביותר, ואמצעי קיצוני זה שנקט המערער איננו סביר בנסיבות הענין, כפי שקבע בצדק בית המשפט המחוזי; זאת משום שעמדו לרשות המערער אמצעים אחרים שפגיעתם פחותה, על מנת למנוע את הסכנה שחש, לדבריו, כגון: ירי אזהרה באוויר או לכל היותר ירי לכיוון רגליו של המנוח".

15. יש כמובן להבחין לעניין זה בין מקרה למקרה, ואין דינו של איש כוחות הביטחון הפועל בעת לחימה או אדם הניצב אל מול חשש לפיגוע תופת רב נפגעים, כדינו של שוטר הפועל למניעתו של מעשה פלילי. בהתאם, על מרווח שיקול הדעת שיש להותיר בידי כל אחד ואחד מהם להתאים לנסיבות הפרטניות בהם הם פועלים.

אלא שיש לזכור כי בענייננו מדובר באירוע שהחל במעצרו של אדם החשוד בעבירה פלילית שאיננה חמורה, התפתח לכדי עימות אלים בין השוטרים לבין סביבתו של החשוד, והסתיים בפגיעת רכב במשיב כחלק מניסיון להוציא את החשוד ממשמורת. מבלי להקל ראש בנסיבות חמורות אלו, הרי שהן מצויות כולן בתחום הפלילי, ולא ניתן לומר כי נתקיימו בהן נסיבות שיצדיקו חריגה מדרך הפעולה הסבירה שניתן לצפות לה משוטר בעת מילוי תפקידו.

16. המשיב אף אינו יכול להיבנות לעניין זה מטענתו לעיל כי הסכנה מצד המנוח החלה עם הפגיעה הראשונית בו על ידי הרכב, כך שבעת הירי עדיין היווה המנוח סכנה. מבלי לחלוק על קביעתו של בית המשפט המחוזי לפיה המשיב אכן חש סכנה לחייו, הרי שמתיאור ההתרחשות על ידי המשיב עולה כי אין גם בפגיעה הראשונה כדי ללמד על סכנה שייטכן והייתה גלומה במנוח, לתפיסת המשיב, בדרך שתצדיק את דרך פעולתו.

17. בעניין זה יש לציין כי גם בעת האירוע הבין המשיב כי הפגיעה בו על ידי רכב הטרנזיט נעשתה על ידי דלת הרכב או צידו, ולא מדובר היה בניסיון לדריסה חזיתית. כפי שמתאר זאת המשיב (גיליון 10 לחקירתו):

“...ואז לפתע הרגשתי מכה חזקה בצד השמאלי בגב שלי ואז אני זזתי מהמכה ועדיין הייתי עומד עפתי כזה חצי מטר עד מטר ונשארתי על הרגליים ואז ראיתי טרנזיט נוסעת עם דלת פתוחה הכוונה הדלת לא של הנהג אלא זאת שפונה למדרכה, וזאת הדלת שפגעה בי. ואז הלכתי הצידה והתמוטטתי על הכביש.

...

אני ראיתי את הדלת פתוחה והרגשתי שקיבלתי מכה מהדלת הזו.”

ובהמשך (בגיליון 11):

“אני חושב שהיה שם בנאדם שבכוונה פתח את הדלת כי עובדה שאחרי המכה שקיבלתי, מכה חזקה, הדלת נשארה פתוחה ולא נטרקה. כלומר בטוח שישב שם בנאדם שהחזיק את הדלת.”

בהמשך מתקן המשיב את דבריו ומציין כי:



“לא רק הדלת פגעה בי, אלא גם הצד הימני של הטרנזיט. אני יודע את זה כי הרגשתי את המכה של הטרנזיט. ואז ראיתי אותה כזה לוקחת שמאלה. הכוונה למרכז הנתיב”.

אמנם המשיב חווה את הפגיעה כניסיון דריסה, אך גם על פי תפיסתו אין מדובר (בפגיעה הראשונה) בניסיון לקטול את חייו, שכן הפגיעה הייתה באמצעות דלת הרכב, ולכל היותר גם באמצעות צידו של הרכב. כפי שתיאר זאת המשיב עצמו, לאחר הפגיעה בו, סטה הרכב מכיוונו, פנה למרכז הנתיב, עצר, והיושבים בו ירדו ממנו. משכך, גם לתפיסתו של המשיב, פגיעת הרכב בו, גם אם הייתה במתכוון, לא נעשתה כדי להרגו, אלא לכל היותר כדי לחבול בו.

18. מסקנתי, כאמור, מכל האמור לעיל, היא כי בנסיבות האירוע, וחרף חששו של המשיב לחייו, בשל האפשרות שהמנוח עלול לנסות ולדרוס אותו, דרך הפעולה בה נקט, דהיינו ירי על מנת להרוג את המנוח, אינה חוסה תחת סייגי הצורך, הצידוק וההגנה העצמית, שכן אין היא עונה על דרישת המיידיות. פעולתו של המשיב הייתה בבחינת “מכה מקדימה” לסכנה עתידית. אלא שבשל חוסר וודאותה של הסכנה אותה ביקש למנוע, היה עליו להימנע מנקיטת האמצעי הקיצוני והקטלני בו בחר. דווקא במעשיו של המשיב עצמו, אשר גרמו למותו של אדם בשל שגגה, יש לטעמי כדי להמחיש את ההכרח שבהימנעות מפנייה נמהרת לדרך הקטלנית, בטרם מוצו אפשרויות אחרות.

19. סוף דבר, לו דעתי הייתה נשמעת, היינו מקבלים את הערעור ומרשיעים את המשיב בעבירה שיוחסה לו בכתב האישום.

ש פ ו ט

הוחלט ברוב דעות כאמור בפסק דינו של השופט א' רובינשטיין.

ניתן היום, כ"ה בניסן תשס"ח (30.4.08).

ש פ ו ט

ש פ ו ט

ש פ ו ט