



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פליליים

ע"פ 6168/20

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

המערערת : מדינת ישראל

נ ג ד

המשיבים :
1. יעקב עמיחי שמבה
2. רונן כהן

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי באר-שבע ב-
ת"פ 16-01-23020 שניתן ביום 20.7.2020 על ידי השופט א'
משניות

תאריך הישיבה : א' באייר התשפ"ב (2. 5.2022)

בשם המערערת : עו"ד עומרי כהן

בשם המשיב 1 : עו"ד איתמר ברקאי

בשם המשיב 2 : עו"ד ציון אמיר

פסק-דין

השופט י' אלרון:

1. לפנינו ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בבאר-שבע ב-ת"פ 23020-01-16 (השופט א' משניות) מיום 20.7.2020, במסגרתו זוכו המשיבים מעבירת גרימת חבלה בכוונה מחמירה שיוחסה להם.

עיקרי כתב האישום

2. ביום 18.10.2015 רצח המחבל מהנד אלעוקבי (להלן: המחבל) באמצעות יריות אקדח את החייל עומרי לוי ז"ל בתחנה המרכזית בבאר-שבע (להלן: התחנה), ופצע אחרים.

כמתואר 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 זרהום ז"ל (להלן: המנוח) שעורר את חשדו, הוא המחבל, וירה לעברו. אחרים מכוחות הביטחון שנכחו במקום, סברו גם הם כי המנוח הוא המחבל, וירו בו. המנוח פונה לבסוף לקבלת טיפול רפואי, אך נפטר מפצעיו בבית החולים סורוקה.

המעשים המיוחסים למשיבים התרחשו לאחר שהמנוח נורה ונפצע ובעודו שרוע על רצפת התחנה. בשלב זה, סברו בטעות הנוכחים במקום כי המנוח הוא המחבל. קהל רב התאסף סביבו והרוחות התלהטו. חלק מהנוכחים פגעו במנוח, אחרים ניסו להגן עליו.

למשיב 1 יוחסה בעיטה חזקה בפלג גופו העליון של המנוח, ולמשיב 2 שני מקרים של "הטחת" ספסל לעברו ובעיטה חזקה בראשו. בגין מעשים אלו, יוחסו למשיבים כאמור עבירות של גרימת חבלה בכוונה מחמירה, לפי סעיף 329(א)(1)-(2) לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: החוק).

פסק הדין של בית המשפט המחוזי

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

בפסק דינו, פרש תחילה את ראיות התביעה – ובכלל זה עדויותיהם של עדי התביעה; הודעות שהוגשו בהסכמה; עדותה של ד"ר מאיה פורמן רזניק מהמרכז הלאומי לרפואה משפטית; וכן תיעוד האירוע במצלמות האבטחה השונות, ובפרט הסרטון שנקלט במצלמת אבטחה מספר 13 (ת/22) – סרטון זה ניצב במוקד התשתית הראייתית.

בית המשפט הוסיף ובחן את גרסאות המשיבים כפי שבאו לידי ביטוי בחקירתם במשטרה ובעדותם בבית המשפט.

אפרט להלן את עיקרי גרסאות אלו.

המשיב 1 מסר בחקירתו במשטרה (ת/6; ת/11) כי הוא משרת כלוחם בגדוד 51 של חטיבת גולני וביום האירוע היה בדרך לביתו מבסיס באזור ירוחם שבו עבר הכשרה. לאחר שירד מהאוטובוס בתחנה המרכזית בבאר-שבע שמע קולות ירי ממבנה התחנה,

ומשהבין כי מדובר בפיגוע דרך את נשקו ורץ לכיוון ממנו נשמע הירי (ת/11, עמ' 10-8). כאשר נכנס למבנה התחנה הבחין במנוח שרוע על הרצפה בעודו בחיים כאשר להבנתו המנוח הוא המחבל (שם, עמ' 10-11). לדבריו, בשלב זה לא היה ברור לו מה "סטטוס" האירוע, והאם המחבל חמוש או מנוטרל, אך החליט שלא לירות בו. עוד אישר שצעק לעבר המנוח לפני שבעט בו.

בעדותו בבית המשפט, המשיב 1 חזר על גרסתו והרחיב – לדבריו לאחר שנכנס לתחנה המרכזית היה "בלאגן" רציני, וכל אחד פעל על דעת עצמו. בשלב מסוים בו חשש שהסובבים אינם משגיחים על ה"מחבל", הבחין שהמנוח שינה את תנוחתו ולכן רץ ובעט בו כדי להסיר את הסיכון, על ידי כך שידיו של המנוח ייחשפו בפניו (פרו' מיום 22.4.2018, עמ' 154, ש' 29-38).

כך תמצת המשיב 1 את התנהלותו באירוע: "...באתי כלוחם, באתי במטרה אחת. עם אותה מטרה גם יצאתי מהאירוע. מההתחלה ועד הסוף תפקדתי כלוחם. עשיתי את התפקיד שלי בצורה הכי טובה שהצלחתי לעשות" (שם, עמ' 159, ש' 6-8).

4. המשיב 2 מסר שתי אמרות במשטרה – הראשונה (ת/14) נגבתה מספר שעות לאחר האירוע, ובה 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 והבחין באנשים רבים נמלטים ממנה. לדבריו רץ לכיוון התחנה, סייע בפניו והרחקת אנשים מהזירה, ובשלב מסוים עזב את המקום.

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

כאשר עומת עם סרטון ממצלמת האבטחה, פרץ בבכי והסביר כי לאחר שנורה צרור יריות המחבל נותר ללא אבטחה, ולכן פעל באופן זה. עוד הוסיף כי הוא מצטער, אך לא ידע שהמנוח חף מפשע.

בעדותו בבית המשפט, המשיב 2 הסביר כי שירת בצה"ל כלוחם ביחידת דוכיפת, עבר קורס לוחמה בטרור ועבד בעבר כמאבטח במקומות שונים עד שהתגייס לשירות בתי הסוהר. לדבריו, כאשר נכנס לתחנה הבחין באנשים צועקים ובוכים ובמחבל המוקף אנשי

ביטחון ואזרחים עם נשקים מופנים כלפיו. באותה שעה, סבר שהאירוע הסתיים, וכך מסר לאשתו בטלפון. אז, נשמע לפתע ירי מאזור אחר בתחנה שבעקבותיו החלה בהלה גדולה בקהל, כך שהמנוח נותר ללא אבטחה. בשלב זה הוא והסוהר הנוסף השליכו לעבר המנוח ספסל על מנת להגביל את תנועותיו, ומשהלה הזיז את ידיו, החליט לבעוט בעיטה אחת בצווארו.

5. נוסף 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); הודעות מעורבים נוספים שהוגשו בהסכמה במסגרת פרשת ההגנה – בכלל זה הודעותיו 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 בחן את נסיבותיו 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 עשרות פיגועי דקירה, דריסה וירי.

כך תיאר בית המשפט את מצב הדברים המורכב בזירת האירוע:

"במציאות הריאלית של האירוע שבו עסקינן, אשר עולה בבירור מהתיעוד של מצלמות האבטחה, מחבל בן עוולה פתח בירי לעבר אנשים חפים מפשע, ובכך החל בפיגוע טרור רצחני, שנמשך דקות ארוכות, קרוב ל-18 דקות שנראו כנצח, שבהן יריות נשמעו מכל עבר, והיה קשה מאוד לזהות מי נגד מי; מציאות שבה אזרחים מבוהלים, וגם לובשי מדים, נמלטו בבעתה, חלקם אל מחוץ לתחנה, וחלקם ממקום אחד בתחנה למקום אחר, כשהם מתקשים לזהות את מקור הירי, אינם יודעים מפני מי עליהם להתגונן, ואין בנמצא גורם מוסמך שמנהל את האירוע באופן מושכל" (שם, עמ' 42).

הוסיף וציין בית המשפט, כי אין ספק שהמשיבים היו משוכנעים שהמנוח הוא אחד מכמה מחבלים במתחם התחנה, וכי גם כוחות הביטחון סברו כך בדקות שלאחר מכן, ובהתאם מנעו מכוחות ההצלה לטפל במנוח עד אשר גורם מוסמך וידא כי הוא אינו נושא אמצעי לחימה.

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

בית המשפט הגיע לכלל מסקנה כי יש מקום להבחין בין מי שמשרת שירות פעיל בצה"ל, בפרט כלוחם, לבין מי שאינו כזה. זאת, נוכח ערך ה"חתירה למגע" עליו מתחנכים לוחמים. משכך, מצופה מחייל שנקלע לאירוע שנחזה להיות פיגוע לפעול כפי שהוכשר, ו"לחתור למגע" כמיטב יכולתו. עוד נקבע, כי לא ניתן להתעלם מההקשר שבו נעשו המעשים, ואין להתייחס אליהם כאל אירוע פלילי רגיל אף משלא מדובר באירוע שהתרחש במסגרת "פעילות מבצעית".

על רקע דברים אלו, בית המשפט המחוזי בחן את הפעולות הקונקרטיות שביצע כל אחד מהמשיבים.

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

ביחס לטענת המשיב 1 כי בעט 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 בטענה כי המשיב 1 חש בסכנה ממשית בשל תנועה כזאת או אחרת. עם זאת, נקבע כי לא ניתן לשלול את טענתו לפיה חש סכנה באותה העת בשל השינוי בו הבחין בתנוחת ידיו של המנוח שבעקבותיו החליט לבעוט בו.

בית המשפט נימק קביעה זו כדלקמן: "הדברים אמורים ביתר שאת, בהינתן העובדה שמדובר בלוחם בשירות סדיר, שהיה מצופה ממנו לחתור למגע ולסייע בהסרת האיום, ולא ניתן לשלול את טענתו כי המעשה שעשה אכן נועד למטרה זו" (עמ' 47 לפסק הדין).

9. אשר למשיב 2 – בית המשפט ציין תחילה כי הלה אישר שדבריו בחקירתו במשטרה, לפיהם אינו זוכר חלק מהעובדות, לא היו אמת, וטען כי כך נהג בשל לחץ ובהלה. נקבע, כי מדובר בהתנהגות שאינה ראויה, אולם הודאתו כי שיקר תחילה אינה מוליכה למסקנה כי אין לתת כל אמון בדבריו בהתחשב בכך שבהמשך החקירה שינה את גרסתו.

צוין, כי יש ממש בביקורתה של באת כוח המדינה על התנהלות המשיב 2 במהלך האירוע, אשר תחילה לא סייע להרחיק אנשים מהזירה אלא התקשר לרעייתו, באופן שאינו מתיישב עם טענתו כי חשש שהמנוח נושא חגורת נפץ. עם זאת, לאחר אירוע הירי השני – בחלקה האחר של התחנה, המשיב 2 התנהל כמי שנתון בסכנה באופן שבא לידי ביטוי בהליכתו השפופה ובדריכותו, ובמסגרת זאת ניסה לצמצם את הסכנה שסבר כי נשקפת מהמנוח באמצעות השלכת ספסל לעברו יחד עם הסוהר הנוסף.

בית המשפט אף הסתייג מאופן ניסוח כתב האישום, לפיו המשיב 2 והסוהר הנוסף "הטיחו" במנוח את הספסל, וקבע כי ההסבר להשלכת הספסל על ידי המשיב 2 אינו מופרך נוכח הנסיבות בהן בעקבות הירי הנוסף רצו הסובבים לעבר זירה אחרת באופן שהקים את חששו כי ה"מחבל" נותר ללא השגחה. יצוין, כי במסגרת הערעור המדינה לא השיגה על קביעת בית המשפט המחוזי לפיה היה טעם סביר להשלכת הספסל לעבר המנוח כדי להגביל את תנועותיו.

ביחס לבעיטת המשיב 2 במנוח, בית המשפט "התלבט" ביחס לסיבתה, מאחר שאמנם המנוח הזיז את ידיו ושינה את תנוחתו, 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 הירי השני שבוצע שניות אחדות קודם לכן. על כן, נקבע כי: "לא ניתן לשלול את טענתו כי בעט בעיטה אחת במנוח, בכדי למנוע את הסכנה המידית שחש באותו זמן בעקבות תנועות ידיו של המנוח, גם אם מדובר בתחושה סובייקטיבית שהתעצמה בשל הנסיבות שהתרחשו בזירה באותו הזמן..." (עמ' 49 לפסק הדין).

10. מטעמים אלו, קבע בית המשפט כי נותר ספק סביר באשר להתקיימותו של סייג "ההגנה העצמית המדומה" ביחס לכל אחד מהמשיבים: ומשכך – זיכה אותם מחמת הספק מן העבירות שיוחסו 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 – מתייחס רק למשיב 1, ומופנה כלפי החלטת בית המשפט המחוזי מיום 6.7.2017, במסגרתה נדחתה בקשת המדינה לתקן את כתב האישום. בבקשתה זו נתבקשה הוספת עד תביעה, חוסני קומבז (להלן: קומבז), אדם שצילם סרטון המתעד את האירועים

שבכתב האישום. המדינה טוענת כי יש לבטל החלטה זו, להשיב את הדיון לבית המשפט המחוזי על מנת שישוב ויכריע את דינו של המשיב 1, ולחלופין – להרשיע את המשיב 1 לפי הראיות הקיימות;

השני – כי יש לבטל את החלטת בית המשפט המחוזי ביחס למשיב 2, ולהרשיעו בעבירה שיוחסה לו בכתב האישום.

אפרוש תחילה את טענות הצדדים במסגרת ערעור המדינה על ההחלטה לדחות את בקשתה לתיקון כתב האישום, ולאחר מכן אפנה לטענות לעניין זיכויים של המשיבים.

12. בקשת המדינה לתיקון כתב האישום הוגשה בשלהי פרשת התביעה, ומספר חודשים לאחר הגשת בקשה קודמת לתיקון כתב האישום בעניין אחר, עת התבקשה הוספת עדי תביעה – אשר התקבלה. במסגרת הבקשה המאוחרת התבקש בית המשפט להוסיף לכתב האישום כעד תביעה את קומבז, אשר תיעד חלק מהאירוע בסרטון שצולם באמצעות הטלפון הסלולרי (להלן: הסרטון החדש). הוסבר, כי עד לשידורו של סרט טלוויזיוני בערוץ 8 ביחס לאירוע, המדינה לא ידעה על קיומו של הסרטון החדש. משנודע לה עליו, בוצעה השלמת חקירה במסגרתה נגבתה הודעה מקומבז והוא מסר את הסרטון החדש למשטרה.

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

בית המשפט המחוזי דחה את הבקשה. נקבע, כי בהגשתה במועד כה מאוחר, "לאחר שהסתיימה פרשת התביעה" כלשונו של בית המשפט, יש כדי לפגוע באופן ממשי בהגנת הנאשמים; לגרום להימשכות ההליכים הפליליים זמן רב; וכי קיים אינטרס ציבורי בסיום ההליכים בהקדם כדי לצמצם את עינוי הדין שנגרם למשיבים, שאף הוא תומך בדחיית הבקשה. עוד הודגש, כי למדינה היו לפחות שתי הזדמנויות קודמות לבקש את הוספת הסרטון החדש, וכי העובדה שהזדמנויות אלו לא נוצלו חיזקה את הנחת הסנגורים כי המדינה החליטה לוותר על הכללת הסרטון החדש בין ראיותיה.

13. לשיטת המדינה, בית המשפט המחוזי שגה בהחלטתו זו, שאינה מתיישבת עם ההלכה הנוהגת. לטענתה, מרכזיות הסרטון החדש נעוצה בכך שבשונה מסרטון מצלמות

האבטחה (ת/22) ניתן לראות בו את בעיטת המשיב 1 במנוח ואת גופו באופן שמלמד כי המנוח לא הזיז את ידיו עובר לבעיטה, ולכן, לטענת המדינה, החלטת בית המשפט המחוזי הובילה לעיוות דין מאחר שהיא נסמכת על ממצא עובדתי שגוי.

כן נטען, כי בית המשפט המחוזי שגה ברמה העובדתית מאחר שהמשיב 1 לא בחר קו הגנה בהסתמך על הנחה שהסרטון לא יוגש, וטענתו כי בעט 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 כתב האישום מושא ההליך לבית המשפט המחוזי, וביום 19.6.2016 בוצעה השלמת החקירה במסגרתה נגבתה עדות מקומבז.

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

רק ביום 23.6.2017, ולמעלה משנה אחרי ביצוע השלמת החקירה האמורה, הוגשה בקשה נוספת לתיקון כתב האישום שעניינה הוספת עדותו של קומבז.

יוצר כי, בא כוח המדינה הבהיר במסגרת הדיון בערעור ובמענה לשאלתנו, כי לוח זמנים זה הוא מדויק.

בהתבסס על ציר זמנים זה, המשיב 1 טען כי הסרטון החדש היה בידי המדינה למשך כל ההליך והיא נמנעה במכוון מהגשתו. כן עמד המשיב 1 על כך שקשה להלום טענה לפיה ראייה כה מהותית, לשיטת המדינה, לא הוגשה מחמת "שגגה" ותו לא.

עוד נטען, כי גרסת המדינה לפיה המשיב 1 בעט במנוח בשל מנח ידיו נטענה כבר בחקירתו במשטרה, ולא בעקבות ההחלטה שדחתה את בקשת המדינה לתיקון כתב האישום; וכי במכלול הראיות הסרטון שצירופו מבוקש לא יוביל לשינוי בפסק הדין.

המשיב 1 הוסיף וטען, כי בית המשפט המחוזי נדרש למעשה פעמיים נוספות לסוגיית הסרטון החדש – במהלך חקירתו הנגדית של המשיב 1 (החלטה מיום 7.6.2018),

ובדיון נוסף שהתקיים ביום 17.6.2018. בכל אותן פעמים, נדחתה בקשת המדינה להציג את הסרטון.

בנוסף, נטען כי מועד הגשת הבקשה לתיקון כתב האישום ונסיבותיה יצרו היתכנות ברורה לפגיעה ממשית ביכולתו של המשיב 1 להתגונן מפני האישומים נגדו ולגרימת עיוות דין. בפרט, נטען כי הסתמכותו על כך שהמדינה ויתרה על הצגת סרטון זה, גרמה לו לוותר על העדת עדים מסוימים בהליך ועל ביצוען של פעולות אחרות.

15. אשר להחלטת בית המשפט המחוזי לזכות את המשיבים – לשיטת המדינה, מסקנת בית המשפט המחוזי בעניינו של המשיב 1, כי פעל מתוך הגנה עצמית מדומה, שגויה. זאת מאחר שסרטון האבטחה מלמד כי המשיב 1 פעל מתוך נקמה וכלל לא חש סכנה מהמנוח.

בעניינו של המשיב 2 – נטען כי הנמקת בית המשפט המחוזי ביחס לזיכוי לוקה בחסר, בלתי מבוססת, ואינה מתיישבת עם העובדות. המדינה מדגישה, כי המשיב 2 הכחיש תחילה בהודעתו הראשונה במשטרה כל מגע בינו לבין המנוח, וטען שאין לו זיכרון מהאירוע בכללותו. כאשר נשאל מפורשות בחקירתו תחת אזהרה האם תקף את המנוח, הכחיש, ושינה את גרסתו רק כאשר עומת עם סרטון מצלמות האבטחה.

נטען, כי טענת המשיב 2 בדבר קיומו של חשש כי המנוח נושא מטען אינה עולה בקנה אחד עם התנהלותו, וממילא חשש שכזה אינו מצדיק בעיטה במנוח; כי ישנה סתירה בין קביעת בית המשפט המחוזי לפיה אין זה סביר שתנועת היד שהמנוח ביצע גרמה לתחושת סכנה, לבין קביעתו שלא ניתן לשלול תחושה סובייקטיבית של המשיב 2 כי קיימת סכנה המצדיקה בעיטה במנוח; התנהגות המשיב 2 לאחר הבעיטה מראה כי הוא כלל לא חשש מפני הפעלת מטען, וכי מדובר בטענה שקרית וכבושה.

עוד טענה המדינה, כי הראייה המרכזית מהווה סרטון מצלמות האבטחה (ת/22), ומשכך אין לערכאה הדיונית כל עדיפות בניתוחה של ראייה זו על פני ערכאת הערעור.

16. מנגד, לטענת המשיב 1, טענת המדינה כי גם ללא הסרטון החדש בית המשפט המחוזי שגה בזיכוי, נטענה ללא הנמקה של ממש. לשיטתו, הכרעת דינו של בית המשפט מנומקת ומעוגנת היטב בחומר הראיות, ובהתרשמותו מהעובדות שהוצגו לו, וכן מהעדויות ומהימנותן.

עוד צוין, כי נוכח תוצאת הכרעת הדין, בית המשפט המחוזי לא נדרש לטענתו המקדמית בדבר אכיפה בירנית, שדי בה כשלעצמה כדי להצדיק את זיכוי. המשיב 1 הוסיף וטען, כי יש לדחות את הערעור מטעמים שכונו על ידו פגיעה בעקרונות הצדק והאינטרס הציבורי, והדגיש, כי במשך התקופה 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, תקופת "טרור הבוודים". נטען, כי בית המשפט המחוזי בחן כראוי כל טענה וראייה רלוונטית וקבע ממצאים עובדתיים מובהקים וברורים בהתאם למידת האמון שרכש למשיב 2 ונתן דעתו גם לגרסתו הראשונית בחקירתו במשטרה. בנוסף הדגיש את הימשכות ההליכים עד כה, שגרמה לו עינוי דין וטען גם לאכיפה בירנית. נוכח כל זאת, לטעמו של המשיב 2 לא נפל כל דופי בפסק הדין המצדיק התערבות בו, ויש להותיר את זיכוי על כנו.

דיון והכרעה

18. אקדים אחרית לראשית – אני סבור כי יש לדחות את הערעור, על שני חלקיו, וכך אמליץ לחברי ולחברתי כי נעשה.

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

19. אפנה תחילה לערעור על החלטת בית המשפט המחוזי לדחות את בקשתה השניה של המדינה לתיקון כתב האישום – אקדים ואומר כי איני סבור שיש מקום להתערב בהחלטת בית המשפט המחוזי.

החלטת בית המשפט המחוזי שלא להתיר את תיקון כתב האישום

20. לאחר הקראת כתב האישום הסמכות להורות על תיקונו נתונה לבית המשפט, ובית המשפט יתיר תיקון, בתנאי שלא יהיה בכך כדי לקפח את הנאשם בהגנתו (ראו: סעיף 92(א) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982; יעקב קדמי על סדר הדין בפלילים חלק שני 948 (מהדורה מעודכנת 2009)).

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

בהקשר זה נקבע, כי על בית המשפט להעמיד בראש מעייניו את השיקול שלא ייגרם עיוות דין לנאשם, כאשר עיוות דין משמעותו פגיעה ביכולתו של הנאשם להתגונן כראוי (שם, עמ' 516; ראו גם: ע"פ 8507/18 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 76 לחוות דעתי (9.9.2020)).

21. בענייננו, שאלנו לא אחת במהלך הדיון בערעור את בא כוח המדינה, מדוע לא התבקש תיקון כתב האישום בסמוך לאחר שנודע למדינה על קיומו של הסרטון החדש, ומדוע לא התבקש בית המשפט המחוזי לקבל את הסרטון החדש כראייה גם באותן הזדמנויות מתאימות לכך לאחר מכן. בהגינותו כי רבה, השיב בא כוח המדינה כי "אין לו תשובה".

בבקשה לתיקון כתב האישום, הוסבר כי "נ[ו] בשל שגגה, לא התבקש תיקון זה קודם לכן, ואף לא במסגרת הבקשה לתיקון כתב האישום הקודמת" (סעיף 6 לבקשה מיום 23.6.2017 לתיקון כתב האישום).

22. למרבה הצער, לאחרונה נעשה במילה "שגגה" שימוש באופן חוזר ונשנה, כמילת קסם המחפה על אי קבלת אחריות להתנהלות שאינה תקינה. בנסיבות שלפנינו, המדינה אינה נכונה לשאת בהשלכותיה של "שגגה" זו, ומבקשת כי המשיב 1 יישא במחירה הכבד – באופן המחזיר את ההליך הפלילי נגדו כ-5 שנים לאחור, מאחר שהדבר יחייב את שמיעת מכלול הראיות מבראשית.

בעניין זה כבר הבעתי את עמדתי, כי יש להיזהר מתיקון שגגות התביעה על חשבון זכויות הנאשם (בש"פ 7364/21 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 27 (11.11.2021)). אמנם אל לנו להיאחז בכללים דיוניים בנוקשות, אך כאשר זכויות נאשם מונחות על הכף, אין לרופף מסגרות דיוניות יתר על המידה עד כדי פגיעה בהליך הוגן ועיוות דין. בעבר ציינתי:

"הבאת ראיות, על פי סדרן ושמירת המסגרת הדיונית של הבאת ראיות, מהוות את אחד הנדבכים החשובים ביותר בקיומו של ההליך המתקיים בבית המשפט. לא בכדי, מתבסס סדר הדיון של ההליך הפלילי על שלבי דיון קבועים וידועים, כאשר כל צד מודע היטב לזכויותיו על פי דין, כמו גם לחובותיו של הצד האחר. הבאת הראיות על ידי הצדדים כזכות מוקנית על פי דין מחד גיסא, וכחובה חקוקה בסדר הדין הפלילי, מאידך גיסא, הינה מאבני היסוד של ניהול הדיון הפלילי" (יוסף אלרון "קבלת ראיות שלא על פי סדר הדין" המשפט כרך יב 15, 34-35 (תשס"ז)).

23. אין חולק, כי מצב בו בירור האמת נפגע בשל טעות או רשלנות של תובע, אינו רצוי. אולם, במקרה זה מקובלת עלי קביעת בית המשפט המחוזי ומסקנתו כי מועד הגשת הבקשה לתיקון כתב האישום משמעותה פגיעה ממשית בהגנת המשיבים, כך שבית המשפט המחוזי יישם כראוי בנסיבות העניין את הלכת קניר.

עוד אני סבור, כי במקרה שלפנינו קיים ספק רב אם ערך בירור האמת אכן נפגע נוכח היצמדות לכללים דיוניים, כנטען על ידי המדינה. לעניין זה, הניגוד שבין המשמעות הרבה שהמדינה מייחסת כעת לסרטון החדש, לבין דרך התנהלותה בערכאה קמא, מדבר בעד עצמו. במילים אחרות, לו אכן היה מדובר בראייה כה משמעותית, שהיא-היא במוקד הדיון, יש להניח כי לא הייתה "נשכחת" פעם אחר פעם על ידי באי כוח המדינה ובקשה לקבלתה הייתה מוגשת בהזדמנויות השונות שעמדו לרשותם לעשות כן.

איני מקבל בהקשר זה את הטענה כי גרסת המשיב 1 "התפתחה" דווקא נוכח ההחלטה לדחות את הבקשה לתיקון כתב האישום. הטענה לפיה גרסתו על תזוזה המנוח טרם בעט בו היא גרסה כבושה, נדחתה בפסק הדין (שם, עמ' 46). נימוקיו של בית המשפט המחוזי בהקשר זה מקובלים עליי. סביר יותר מצב דברים שבו המדינה לא ראתה, בזמן אמת, בסרטון חדש זה משום "ראיית זהב", ונוכח פסק הדין ונימוקיו – עלתה חשיבותו מנקודת מבטה רק לאחר מעשה.

24. כמו כן, לא ניתן להתעלם מכך שההליך המשפטי בבית המשפט המחוזי התארך עד מאוד. האירועים מושא כתב האישום התרחשו כאמור ביום 18.10.2015, ופסק הדין ניתן ביום 20.7.2020. זאת, למרות שדומה כי לא קיימת בתיק זה מורכבות ראייתית מיוחדת.

התרת תיקון כתב האישום כעת, משמעותה מבחינת המשיב 1 השבת ההליך הפלילי לנקודת ההתחלה או סמוך לה וזימון עדים לא מעטים לחקירה מחדש. זאת, רק בשל שגגה של מי מבאי כוח המדינה, וליתר דיוק, בשל רצף שגגות. בנסיבות הייחודיות של המקרה דנן, יש להקנות לשיקול זה משקל של ממש.

25. על כן, אציע לחברי ולחברתי כי ערעור המדינה על החלטת בית המשפט המחוזי מיום 6.7.2017 בדבר אי קבלת בקשת המדינה לתיקון כתב האישום וקבלת הראיה החדשה (הסרטון החדש) – יידחה.

הגנה עצמית מדומה

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

כמו כן, המחלוקת המשפטית צומצמה גם היא בגדרי הערעור, מאחר שהמדינה אינה מבקשת להשיג כאמור על קביעת בית המשפט המחוזי לפיה השלכת הספסל על ידי המשיב 2 הייתה מעשה סביר. יוצא אפוא, שענייננו בבעיטה אחת של המשיב 1 במנוח ובעיטה נוספת של המשיב 2.

המדינה טוענת כי המשיבים חבלו במנוח כנקמה בעודו שוכב חסר אונים על רצפת התחנה, זאת משסברו כי המנוח הוא מחבל. מנקודת מבטם של המשיבים הדברים נראים באור שונה עד מאוד – לטענתם, בעודם מחוץ למבנה התחנה, שמעו כי מתרחש פיגוע בתוך התחנה ורצו לתוך המבנה על מנת לסייע. באותה עת, על אף מצבו של המנוח, חשו תחושת סכנה ופעלו כמיטב יכולתם ובהתאם להכשרתם כדי לנטרל את הסיכון אשר סברו כי נשקף ממנו.

27. לצרכי ההכרעה בטענות הצדדים בחלק זה, אעמוד בקצרה על נקודות משמעותיות בציר הזמן:

בערב האירוע, מעט לפני השעה 19:30, המחבל האמיתי ירה בחייל עומרי לוי ז"ל באזור השירותים שבתחנה המרכזית. לאחר ירי זה, נמלטו אנשים רבים בבהלה מהתחנה.

בשעה 19:29:43 קצין הביטחון של התחנה יורה לעבר המנוח, ומיד לאחר מכן נורות יריות נוספות לעברו. בשלב זה מתקבץ ציבור רב סביב המנוח, אזרחים שנכחו בקהל השליכו כסאות וספסל לעבר המנוח.

בשעה 19:32:46, המשיב 1 רץ לפתע ממקום עומדו לעבר המנוח ובעט בו.

כדקה לאחר מכן, בעקבות אירוע ירי נוסף מכיוון השירותים, התפזר ההמון סביב המנוח. כ-15 שניות לאחר מכן, המשיב 2 והסוהר הנוסף השליכו ספסל מתכת לכיוון המנוח.

בחלוף כ-10 שניות, המנוח נראה מזזי את ידיו תוך שהוא מניחם מתחת לראשו. המשיב 2 התקרב אליו בהליכה שפופה, ובעט בחוזקה בידו הימנית בעודה מונחת מתחת לראשו.

28. פירוט תמציתי זה של ציר הזמן בו התרחשו האירועים מדגים לשיטתי את ייחודו של האירוע – המעשים אירעו תוך כדי הפיגוע שאותו ביצע המחבל האמיתי, תחת אש, בין ירי אחד לשני, ובעוד המחבל טרם "נוטרל". לכך יש להקנות משמעות רבה ביותר.

בחינה מדוקדקת שנעשית בדיעבד של אירועים מסוג זה, בבחינת חכמה לאחר מעשה, היא בעייתית. אותם פרקי זמן קצרים שאנו נדרשים לבחון כעת ב"זכוכית מגדלת" ומשלל זוויות מבט, נעשו בעיצומו של פיגוע טרור רצחני. כאשר הלב פועם בעוצמה, הפחד נוכח והמחשבה אינה בהירה כפי שהיא ברגעי שגרה.

משמעות הדברים אינה כי באירועים מסוג זה קו הגבול שבין המותר והאסור, מתאייד. רחוק מכך. משמעות הדברים היא שעלינו לנהוג בזהירות רבה, עת שאנו נדרשים כעת, שנים לאחר המעשים, לבחון את פעולותיהם של המעורבים באירוע שכזה. במקרה אחר קבעתי:

"[...] עלינו לנהוג בזהירות יתירה שעה שאנו בוחנים את פעולותיהם של אנשי כוחות הביטחון סביב פעילות מבצעית או במצבי לחימה. בחינה זו אינה יכולה להיות "סטרילית", בתנאי מעבדה, תוך הפעלת חכמה שלאחר מעשה, אלא עליה לקחת בחשבון את נסיבות האירוע, תנאי השטח ותחושות הנפשות הפועלות בזמן אמת" (ע"פ 4497/18 מדינת ישראל נ' דרי, פסקה 7 לחוות דעתי (19.8.2018)).

29. לטעמי, דברים אלו חלים, גם אם בהתאמות מסוימות, על מעשים שמתרחשים 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 רדף פיגוע (ראו הנתונים המפורטים בעמ' 41 לפסק הדין). הקשר זה יש להניח לנגד עינינו מקום בו אנו פונים לבחון האם עומד למשיבים סייג לאחריות פלילית בדמותה של הגנה עצמית מדומה.

הגנה עצמית מדומה – מסגרת נורמטיבית

30. סייג לאחריות פלילית המכונה "הגנה עצמית מדומה", קם משילובם של סעיפים 34 ו-31 לחוק. להלן לשון הסעיפים:

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

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

31. על כן, נאשם הפועל מתוך אמונה כנה אך מוטעית כי מתקיימים תנאיה העובדתיים של הגנה עצמית, יישא באחריות פלילית רק ככל שהיה נושא בה אם היה המצב לאמיתו כפי שדימה אותו (ע"פ 746/14 ימור 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 פלילית די בכך שהנאשם טעה טעות כנה באשר להתקיימות התנאים לתחולת ההגנה, ולא נדרש כי הטעות תהיה גם סבירה (ע"פ 4191/05 אלטגאוז נ' מדינת ישראל, פסקה 16 (25.10.2006)) (להלן: עניין אלטגאוז); ע"פ 5184/14 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 84 (3.8.2016); ע"פ 6162/10 כבאז נ' מדינת ישראל, פסקה לא' (11.6.2013)).

32. ששה תנאים נדרשים לשם תחולת סייג ההגנה העצמית: הראשון, קיומה של תקיפה שלא כדין; השני, קיומה של סכנה מוחשית לפגיעה בחייו, בחירותו בגופו או ברכושו, של האדם המתגונן או של זולתו; השלישי, מיידיות; הרביעי, שהאדם המתגונן לא הביא בהתנהגותו הפסולה לתקיפה תוך שהוא צופה מראש את אפשרות התפתחות הדברים; החמישי, פרופורציונליות/מידתיות – שקילות בין הנזק הצפוי מפעולת המגן לנזק הצפוי מן התקיפה; השישי, נחיצות, במובן שלא היתה אפשרות להדוף את התקיפה בדרך אחרת, פחות פוגענית (ע"פ 4784/13 סומך נ' מדינת ישראל, פסקה 162 (18.2.2016)). כן נקבע, כי אל מול יתר התנאים – שהם יסודות עובדתיים מובהקים, תנאי הפרופורציונליות הוא תנאי נורמטיבי, הנקבע על ידי בית המשפט (עניין אלטגאוז, פסקה 15).

נטל ההוכחה ביחס לקיומו של סייג ההגנה העצמית, מעוגן בסעיפים 34 ו-34כב(ב) לחוק. סעיף 34 לחוק מורה: "מלבד אם נאמר בחיקוק אחרת, חזקה על מעשה שנעשה בתנאים שאין בהם סייג לאחריות פלילית"; וסעיף 34כב(ב) לחוק קובע: "התעורר ספק סביר שמא קיים סייג לאחריות פלילית, והספק לא הוסר, יחול הסייג."

על משמעותן של הוראות אלו, נכתב:

"היוצא בפועל משילובן של שתי הוראות אלו הוא כי לעניין סייג לאחריות פלילית, על הנאשם מונח הנטל המשני, בלבד, או שמא הראשוני, לעורר קיומו של הסייג. לאמור, על אף קיומה של חזקת האחריות הפלילית, די שהוצגה ראיה – לא בהכרח על ידי הנאשם עצמו – המעוררת את הסייג, על מנת שהתביעה תישא בנטל להסיר את הספק הסביר שהתעורר. לא הצליחה להסירו – החזקה תופרך והסייג יחול [...].

במובנים מסוימים, יצר סעיף 34כב(ב) מעין "ייצור כלאיים". מחד גיסא, המדינה אינה חייבת להוכיח בשלב הראשון כי סייג כזה או אחר אינו מתקיים. מאידך גיסא, משהתעורר ספק סביר, והסייג אינו "רדום", אי הסרתו פועלת לטובת הנאשם..." (ע"פ 7535/17 הרב אליהו בקשי דורון נ' מדינת ישראל, פסקה 13 לחוות דעתו של השופט (כתוארו אז) נ' הנדל (25.5.2021)).

33. משסקרתי זאת, אפנה כעת להחלת האמור לעיל בענייננו.

34. המדינה, בערעורה, אמנם טענה כי בית המשפט המחוזי שגה בקביעתו כי התקיים סייג 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 המחוזי כי לא ניתן לשלול את טענות המשיבים שבעטו במנוח כדי למנוע סכנה מידית שנשקפה ממנו, דומה כי עיקר המחלוקת נוגעת להתקיימות התנאי השני – קיומה של סכנה מוחשית לפגיעה בחייו, בחירותו בגופו או ברכושו, של האדם המתגונן או של זולתו.

35. כאמור, עסקינן 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 אעיר, כי דומה שטענת המדינה "גולשת", במידה מסוימת, למישור סבירות טעותם של המשיבים (בין היתר, בסעיף 54 להודעת הערעור המנומקת). ואולם, בעוד סבירות הטעות עשויה לשמש כאבן בוחן להערכת כנותה (עניין אלטגאוז, פסקה 16) – די לנאשם להראות כאמור כי טעה טעות כנה.

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

"השאלה האם הנאשם במקרה מסוים טעה טעות כנה בנוגע להתקיימות התנאים המפורטים לעיל (כולם או חלקם) [ששת התנאים לקיומה של טענת הגנה עצמית – 'א'], כפי שטוען המערער בערעור שלפנינו, היא שאלה עובדתית מובהקת, שמטבע הדברים ההכרעה בה מסורה לערכאה הדיונית (זאת, למעט תנאי הפרופורציה שהוא תנאי נורמטיבי הנקבע על ידי בית המשפט...)". (ע"פ 8133/09 מזרחי נ' מדינת ישראל, פסקה 10 (21.7.2010); ההדגשה הוספה).

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 במשטרה. כמו כן, עמד בית המשפט על הפערים, הנטענים והקיימים, בין הגרסאות השונות.

המשיב 1 העיד ביחס להתרחשויות טרם הבעיטה 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 וממוקדת בפלג גופו העליון על מנת להסיר את אותו סיכון מידי" (פרו' מיום 22.4.2018, עמ' 154, ש' 29-33).

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

המשיב 2, העיד על תוכנו של תדריך שהעביר בבוקר האירוע לסוהרים: "...התדריך שהעברתי לסוהרים נגע ברובו באירועים שחווה מדינת ישראל בשלב של אוקטובר, אירועי פיגועי דקירה, פיגועי דריסה, אינתיפאדת היחידים, אנחנו, כלובשי מדים, היו עלינו המון התראות של פיגוע, פיגוע, חטיפה, היו המון חרדות בציבור, חרדה גם בקרב הסוהרים..." (פרו' מיום 16.1.2019, עמ' 243, ש' 4-7).

המשיב 2 נפצע מוקדם יותר ביום הפיגוע במסגרת ניסיון השתלטות על אסיר, ובמהלך נסיעה ברכב בדרכו לחדר המיון 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 אותם רגעי מתח טרם הבעיטה במנוח, 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 לזירת האירוע שנפתחה כרגע והמנוח, שהוא נשאר ללא אבטחה, ללא אף אחד ש... למעשה, הפקירו את הזירה הנוכחית" (שם, עמ' 248, ש' 29-31).

על כך הוסיף: "...זה מחבל ששוכב לי על הקרקע ומזיז את הידיים, הוא מזיז חלק מהגוף שלו, יש ירי, הכל תוך כדי ירי, כל מה שאני עושה זה תוך כדי ירי, יורים עליי, אני גם מפחד לקבל כדור בראש..." (שם, עמ' 254 ש' 30 – עמ' 255, ש' 1). על רקע זה העיד כי בעט במנוח כדי "לנטרל אותו" (שם, עמ' 256, ש' 2).

38. התמונה, אפוא, אינה פשוטה כלל ועיקר ואף מורכבת. בית המשפט המחוזי שמע עדויות אלו לפניו, בנוסף לעדויותיהם של עדים נוספים, ובסופו של יום קבע כי לא ניתן

לשלול את טענת המשיבים כי הבעיטה הבודדת שבעט כל אחד מהם במנוח נעשתה בשל תחושת סכנה מידית להמשך הפיגוע שהשניים חשו באותה העת. בקביעות עובדתיות אלו, איני מוצא להתערב.

גם אם הצופה מן הצד בסרטון יכול לתהות מה בדיוק גרם לתחושת סכנה באותה נקודת זמן, דומה כי ההקשר בו נעשו המעשים, עליו עמדתי בהרחבה לעיל – תוך כדי פיגוע רצחני, הוביל את המשיבים, כל אחד וטעמיו שלו, לפעול כפי שפעלו תחת לחץ ותחושת החשש מהעתיד להתרחש. כפי שנקבע בעניין אלטגאוז: "... יש לזכור כי המבחן לטעותו 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).

ההתרחשות במבנה התחנה המרכזית בזמן אמת עוררה פאניקה ובהלה רבה בקרב הנוכחים, והמשיבים סברו, כיתר הנוכחים, כי המנוח הוא אכן מחבל.

39. לעניין זה, הסרטון שהוצג (ת/22) אמנם משמעותי עד מאוד, ואף אני צפיתי בו לא אחת. הוא הוקרן גם במסגרת הדיון בערעור, תוך מתן פרשנותו של בא כוח המדינה שאחריה באה פרשנות סנגורו של המשיב 2 לאירועים. על אף חשיבותו, אין בסרטון כדי להציג את התמונה בשלמותה, היות שלב-ליבה של המחלוקת נוגע לתחושות המשיבים באותם רגעים קצרים שבהם פעלו תחת לחץ עצום.

40. אוסיף, כי בחינת התנהלות המשיבים בכללותה מעלה מספר סממנים נוספים המצביעים לשיטתי על כך שלא תאוות נקם היא שהניעה אותם במעשיהם – המשיבים, שניהם, שהו מחוץ למבנה התחנה בעת תחילת הפיגוע. למרות שהם יכלו לנוס לכיוון השני, רצו לתוך התחנה. המשיב 1 היה חמוש ולא עשה שימוש בנשקו, כך נהג גם המשיב 2, במצב של חוסר ודאות מובהק ובידיים חשופות.

מיד בעקבות הירי הנוסף שבוצע על ידי המחבל, ולאחר בעיטת המשיב 1 במנוח, הוא ניסה לזהות את מקור הירי כשנשקו בידו, באחיזה מבצעית, ורץ לכיוון אותה הזירה (עמ' 20 לפסק הדין). בשלב זה המשיב 2 נותר ליד מי שסבר כי הוא מחבל אשר נשאר ללא השגחה בעקבות מנוסת ההמון בשל הירי.

המשיב 1 אף פעל במסגרת האירוע לטיפול בפצועים, ניסה לתת טיפול רפואי ראשוני לעומרי לוי ז"ל, וסייע לכוחות הרפואה (פרו' מיום 22.4.2018, עמ' 156, ש' 37-18 ; עמ' 158, ש' 16-22). כל זאת, אחרי שבעט במנוח.

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

”אחרי הירי השני, כשלדעתי אותו מחבל אמיתי יצא כבר מתחומי התחנה, אני מגיע לידו [ליד המנוח – י' א'], אני שוב מנסה להבין [...] כל טענה, אם קיימת וקיימת, שעשיתי את זה מאילו רגשות כאלה ואחרים, אז באותה נקודת זמן, אחרי שסחבתי שני חברים ואני מלא בדם שלהם, אז אם יש לכם אילו טענות לכעס, אז זהו הרגע שאם בן אדם כועס, זה הרגע שהכעס אמור להתעורר בו, אחרי שהוא סחב את שני החברים שלו, שחשבת ששניהם 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 המשיבים, ולא רק בחינה מצומצמת של אותן שניות בהן בעט כל אחד מהם במנוח, מעלה לפחות אפשרות סבירה שפעולותיהם לא נעשו כחלק מהמון המבקש לנקום, אלא כניסיון לסייע כמיטב יכולתם ועל פי הכשרתם במסגרת האירוע המורכב והטראגי שלתוכו נקלעו. זאת, משראו עצמם מחויבים לעשות כן מתוקף תפקידם ושירותם.

בהקשר זה אבהיר, כי בית משפט זה אינו נדרש להעניק ”ציונים” לדרך בה סברו המשיבים כי נכון לתפעל את האירוע מבחינה מקצועית – לשבט או לחסד. אף לא לנו להכריע האם המשיבים פעלו כלוחמים עזי נפש כנטען על ידי הסנגורים. די לנו בכך שקיים ספק סביר לגבי אשמתם שמחייבנו לזכותם.

41. כאן המקום לדון בסוגיה נוספת שהועלתה במסגרת הדיון בערעור – טענת הסניגורים לאכיפה בדרנית. כתב האישום מושא הליך זה הוגש תחילה נגד ארבעה נאשמים. שני הנאשמים מלבד המשיבים הורשעו על פי הודאתם בעבירה של התעללות בחסר ישע במסגרת הסדר טיעון. נגד הסוהר הנוסף, שסייע בהשלכת הספסל כאמור, לא ננקטו הליכים פליליים, והוא הועמד לדין משמעתי, וזוכה בהכרעת דין מיום 28.6.2016 (30/נ).

כמו כן, מה שהוביל למותו של המנוח, ועל כך אין חולק, הן היריות שפגעו בו על לא עוול בכפו. בגין זאת לא הועמד איש לדין פלילי. זאת על אף שגרסת קצין הביטחון שירה במנוח העלתה סימני שאלה בהיותה ”גרסה מתפתחת” (ראו הסקירה בעמ' 35-36 לפסק הדין).

השורה התחתונה היא, שהמשיבים נותרו אלו שלהם יוחסה העבירה החמורה ביותר בגין האירוע – חבלה בכוונה מחמירה, עבירה שהעונש המרבי בגינה עומד על 20 שנות מאסר. אף שהתמונה המלאה לא נפרשה לפנינו, דומה כי תוצאה זו אינה עולה בקנה אחד עם הגיונם של דברים והכלל נגד אכיפה ברונית של הדין הפלילי.

42. יש להדגיש, כי אין בקביעותי שבפסק דין זה כדי להפחית, ולו במאומה, מחומרתה של התוצאה הטראגית של האירוע. לצד רציחת החייל עומרי לוי ז"ל על ידי המחבל, שרשרת הטעויות שארעה הובילה לכך שחיייו של אבטום זרהום ז"ל, אדם חף מפשע, קופחו באופן אכזרי ביותר. האירוע קשה עד מאוד והתמונות והסרטים שמתעדים אותו, היו עבורי קשים מאוד לצפייה. כך הוא במיוחד כאשר אנו יודעים כעת כי המנוח לא היה חמוש, כי לא נשקפה ממנו שום סכנה וכי הוא אדם חף מפשע.

אולם, אין להניח את כובד משקלה של תוצאה קשה זו על כתפי המשיבים. אשמתם או חפותם אינה נבחנת לפי מעשיהם של אחרים, אלא לפי מעשיהם שלהם. אחרי שנות ספק סביר בדבר התקיימות סייג ההגנה עצמית המדומה, אין לנו אלא להגיע למסקנה כי השנים זוכו כדת וכדין.

43. סוף דבר: אציע לחברי ולחברתי כי נדחה את הערעור, על שני חלקיו.

ש ו פ ט

השופט א' שטיין:

אני מסכים.

ש ו פ ט

השופטת ג' כנפי-שטייניץ:

טרגדיה נוראה הובילה לקיפוח חייו של אדם חף מפשע. בשל טעות בזיהויו כמחבל שזה עתה ביצע פיגוע רצחני, ניטלו חייו של המנוח בנסיבות מזעזעות. המשיבים, אשר נקלעו לזירת הפיגוע תוך כדי התרחשותו, הוסיפו משלהם לסבלו של המנוח בשעות חייו האחרונות, והתמונות קשות לצפייה.

אין חולק שבעת שבועות שבוצעו המעשים, סברו הכל כי מדובר במחבל. אין חולק שהמעשים נעשו בעיצומו של פיגוע טרור, ועוד בטרם ניתן היה לקבוע שהאירוע הסתיים. במוקד המחלוקת עמדה השאלה האם פעלו המשיבים מתוך הגנה עצמית מדומה, ובעיקרו של דבר, האם פעלו מתוך תחושה מוטעית כי נשקפת מן המנוח סכנה מוחשית ומיידית.

המשיבים טענו כי ביצעו את המעשים מתוך תחושת סכנה ממשית, כפי שחשו אותה בעת האירוע. המדינה טענה כי מניעים אחרים עמדו ביסוד מעשיהם. בית המשפט המחוזי, לאחר שבחן את מכלול הראיות, לרבות סרטון האבטחה, לפני ולפנים, ולאחר שהתרשם גם מעדויותיהם של המשיבים באופן בלתי אמצעי, הגיע למסקנה שהמשיבים הצליחו לעורר ספק סביר בדבר כנות טעותם ובאשר להתקיימותו של סייג ההגנה העצמית המדומה. במסקנה זו, ומן הטעמים שפורטו בחוות דעתו של חברי השופט י' אלרון, לא ראיתי להתערב.

לאור האמור, אני מצרפת דעתי לדעת חבריי כי דין הערעור להידחות.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט י' אלרון.

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

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט