

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פליליים

ע"פ 4191/05

בפני : כבוד השופטת מ' נאור
כבוד השופטת ע' ארבל
כבוד השופט ס' גיבראן

המערער : ארנולד אלטגאוז

נ ג ד

המשיבה : מדינת ישראל

המבקש להצטרף להליך כידיד
בית משפט : איגוד הקב"טים ומנהלי בטחון ברשויות
המקומיות

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו
מיום 31.3.05 בת"פ 40303/04 שניתן על ידי השופט צ'
גורפינקל

תאריך הישיבה : כ"ו בחשון תשס"ו (28.11.05)

בשם המערער : עו"ד י' וינרוט ; עו"ד ק' סודרי ; עו"ד ה' לין ; עו"ד
י' טרספוב

בשם המשיבה : עו"ד י' לייבה

בשם המבקש להצטרף להליך
כידיד בית משפט : עו"ד ע' ברוך

בשם שירות המבחן : גב' ג' באומץ

פסק-דין

השופטת ע' ארבל:

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו (כבוד השופט צ'
גורפינקל) בו הורשע המערער בעבירת הריגה, על-פי סעיף 298 לחוק העונשין,
תשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין), ונגזר עליו עונש של 16 שנות מאסר. הערעור
מופנה כנגד הכרעת הדין וגזר הדין.

1. אלו עובדות המקרה שאינן שנויות במחלוקת בין הצדדים, כפי שנקבעו על-ידי בית המשפט קמא:

המערער, אשר עלה מאוקריאנה כעשר שנים לפני האירוע, עבד כמאבטח, מטעם חברת אבטחה בשם "יבטח", בבית הספר לבנות "כהנמן" בבני ברק. במסגרת תפקידו היה מצויד באקדח ובמכשיר "מירס" והיה עליו למנוע כניסתם של זרים לשטח בית הספר.

ביום 28.10.04, סמוך לשעה 13:00, הגיע לשער בית הספר אלון נקר ז"ל (להלן: המנוח), טכנאי מזגנים במקצועו, שהוזמן על-ידי מזכירות בית הספר לתקן תקלה במזגנים. המערער דרש מהמנוח להזדהות באמצעות תעודת זהות ולהסביר את מטרת הגעתו, אולם המנוח סירב להיענות לדרישות אלו ונכנס לשטח בית הספר תוך שימוש בכוח. בין השניים פרץ ויכוח, אשר כלל חילופי דברים ואיומים. בהמשך התפתח הויכוח לקטטה, במהלכה שלף המערער את אקדחו, דרך אותו ואיים בו על המנוח. בשלב כלשהו הזעיק המערער מאבטח מבית ספר סמוך, ינון ברזילי (להלן: ברזילי). המנוח המשיך בכניסתו לתוך חצר בית הספר, ולא נעתר לבקשת המערער להזדהות ולעצור. המערער ירה יריית אזהרה באוויר, והמנוח המשיך בריצה אל תוך חצר בית הספר. המערער רדף אחרי המנוח, וכאשר הסתובב המנוח לכיוון המערער, ירה המערער לכיוונו ופגע בחזהו. אין מחלוקת כי מאוחר יותר ירה המערער ירייה נוספת לעבר המנוח אשר פגעה בראשו, כתוצאה ממנה נגרם למוחו של המנוח נזק חמור שהביא למותו.

2. שלוש מחלוקות עובדתיות מרכזיות התגלעו בין הצדדים בבית המשפט קמא. הראשונה, האם הייתה הכרות מוקדמת בין המערער למנוח. ביחס לנקודה זו, ציין בית המשפט כי לא ניתן לקבוע בוודאות כי הייתה היכרות מוקדמת בין המערער למנוח, וקבע כי המערער לא זיהה אותו ביום האירוע.

השנייה, האם נורתה הירייה השלישית עת היה המנוח שרוע על הקרקע, או שמא נורתה הירייה השלישית תחילה ורק לאחר שנורתה נפל המנוח. ביחס לכך קיבל בית המשפט קמא את גרסת התביעה וקבע כי הירייה השלישית נורתה לעבר ראשו של המנוח מטווח קצר, כאשר המנוח שוכב על הארץ.

השלישית, האם סבר המנוח כי מדובר במחבל. בית המשפט קמא קבע כי המנוח לא נחזה בעיני המערער כמחבל, לאור תגובתו הספונטנית לאחר שירה את הירייה השלישית וכן מאחר ועיון בגרסה שמסר המערער במשטרה מלמד כי את הטענה שירה במנוח מאחר וסבר כי מדובר במחבל לא העלה כשנשאל על כך מיד לאחר הירי, אלא בשלב מאוחר יותר. כמו כן, לדברי בית המשפט, מחילופי הדברים שהיו בין המערער לבין המנוח יכול היה המערער להתרשם שלמנוח לא היה מבטא או סממן חשוד אחר כמו לבוש כבד ביום קיץ או חפץ שנשא בידיו.

3. בית המשפט קבע כי לאור התנהגות המנוח יתכן ששימוש בנשק לצורך איום או ביצוע ירי באוויר יכול היה להיחשב לאמצעי שאינו מוגזם בנסיבות, ואולי אף ירייה לעבר רגלי המנוח על מנת לעצרו הייתה מותרת, אולם ביצוע ירי לעבר חזהו של המנוח על מנת להמיתו אינו עומד בשום יחס למטרה שניסה המערער להשיג ולא היה מוצדק. המשך האירוע, לפי קביעת בית המשפט, חמור שבעתיים – גם לאחר שהמנוח נפל על הארץ ולא היווה כל סכנה, כיוון המערער את אקדחו לעבר ראשו וירה בו כדי להרגו. במעשה זה, שהיה אסור ובלתי חוקי בעליל, גרם המערער למותו של המנוח שלא כדין.

לאור כל זאת קבע בית המשפט כי היסוד העובדתי והיסוד הנפשי של עבירת ההריגה התקיימו, וכי לא קמות למערער ההגנות של צידוק, הגנה עצמית וטעות במצב דברים.

4. ביום 31.3.05 נגזר דינו של המערער. בית המשפט ראה במקרה זה נסיבות רבות לחומרה: המשך הירי לעבר החזה, לדבריו, הינו תחילתו של המעשה האסור, מאחר ומדובר בירי על מנת להרוג; אולם, את החומרה היתרה ייחס בית המשפט למעשי המערער בכך שירה מטווח קצר לעבר ראשו של המנוח במטרה להרגו, לאחר שהמנוח נפל, היה חסר אונים, ולא היווה סכנה כלשהי למערער או לסובבים אותו. ירייה שלישית זאת, על-פי קביעת בית המשפט, היוותה "חיסול חשבונות" של המערער עם המנוח שפגע בכבודו והתעלם מהוראותיו, והיא מעלה את מעשהו של המערער לדרגת "מעשה זדוני, אלים, שיש בו אטימות, רשע, רוע ואכזריות", ומקרכת את דרגת החומרה של מעשיו לרף הענישה המקסימלי שקצב המחוקק לעבירת ההריגה.

עם זאת, קבע בית המשפט כי אין להטיל על המערער את העונש המרבי הקבוע בחוק לעבירת ההריגה, מאחר והתנהגותו בחלק הראשון של האירוע – האיום באקדח וירי האזהרה באוויר – הייתה חוקית ומוצדקת, ואינה מעידה על כוונת זדון מצד מי שקוטל חיים. בית המשפט הוסיף, כי יתכן ובנסיבות המקרה, אף ירי לכיוון הרגליים

היה מוצדק. כן מנה בית המשפט נסיבות מקלות בעניינו של המערער, והן היעדר עבר פלילי, וכן עדויות האופי שלימדו כי מילא את תפקידו כמאבטח על הצד הטוב ביותר, כאשר יתכן שדווקא להיטות היתר שלו לבצע את תפקידו על הצד הטוב ביותר הייתה בעוכריו.

לאור כל אלו גזר בית המשפט את עונשו של המערער ל-16 שנות מאסר בפועל.

טענות הצדדים בערעור

5. באי כוח המערער, בעיקרי הטיעון ובתשובתם לתשובת המשיבה, סומכים טענותיהם על שני אדנים. הראשון, עניינו השגות על תקפות פסק דינו של בית המשפט המחוזי. לטענתם, קיימת סתירה פנימית בהכרעת הדין: בית המשפט קבע כי המערער חשד במנוח כאדם שנכנס לשטח בית הספר בלי להזדהות, ועל כן השימוש באקדח לצורך איום והירי באוויר היו מוצדקים, ויתכן ואף ירי לרגלי המנוח היה עשוי להיות מוצדק. מנגד קבע בית המשפט, כי המערער לא חשד במנוח שהוא מחבל, ולפיכך הירי לחזהו ולראשו היה אסור. באי כוח המערער טוענים כי מדובר בקונסטרקציה שאינה יכולה לעמוד – בית המשפט לא פירט מהו אותו חשד אשר קינן בליבו של המערער, ואשר הצדיק ירי לעבר רגלי המנוח. לטענתם, על-פי החקיקה והנהלים הרלבנטיים ירי לעבר הרגליים מוצדק רק כאשר נשקפת מהאדם סכנת חיים או למצער סכנה לפגיעה גופנית חמורה, ולכן קביעתו של בית המשפט כי הירי מעל לרגליים לא היה מוצדק מכיוון שהמערער לא סבר שמדובר במחבל, עומדת בסתירה חזיתית לקביעה שיתכן ומוצדק היה לירות במנוח ברגליו.

6. האדן השני עליו סומכים באי כוח המערער את טענותיהם הוא נכונות הקביעות של פסק הדין. במרכז טיעונם תוקפים באי כוח המערער את קביעת בית המשפט המחוזי כי המערער לא חשד שהמנוח הוא מחבל. קביעה זו ביסס בית המשפט על שלושה נימוקים. ראשית, על תגובתו הספונטנית של המערער לאחר הירי, לפיה מדובר ב"תמונה כבדה". באי כוח המערער טוענים ביחס לנימוק זה, כי מדובר בדברים שנאמרו לראשונה בבית המשפט, ומכל מקום, מדובר בתגובה הטבעית של מי שהורג לראשונה בחייו אדם. שנית, על כך שאת הטענה כי סבר שמדובר במחבל לא העלה מיד אלא רק בשלב מאוחר יותר. ביחס לכך טוענים באי כוח המערער כי המערער טען למן הרגע הראשון, עוד בזירת האירוע, שמדובר במחבל ובאדם המסכן את חיי התלמידות. שלישית, מאחר ומחילופי הדברים שקדמו לירי יכול היה המערער להתרשם שלמנוח

אין סממן המעיד כי מדובר במחבל. באשר לנימוק זה נטען, כי לפי ההנחיות ונוהלי המשטרה, וכן הניסיון בתחום זה, אין מאפיינים ברורים או סימנים ודאיים בהופעתו של אדם המזהים אותו כמחבל. מנגד, התנהגותו של המנוח, שסירב להזדהות והשתמש בכוח על מנת להיכנס לשטח בית הספר, ולא עצר על אף שליפת הנשק והירי לאוויר, העלו את החשד בליבו של המערער כי אכן מדובר במחבל. כן נטען, כי בית המשפט שגה בקובעו כי פעל מתוך זעם ועלבון.

7. לאור גרסתו של המערער, לפיה סבר כי מדובר במחבל, טוענים באי כוחו כי מנקודת ראותו פעל המערער על-פי הנהלים, ועשה שימוש בנשקו רק כמוצא אחרון. כן נטען, כי שגה בית המשפט המחוזי בקובעו כי הירייה השלישית בוצעה עת היה המנוח שכוב על הארץ, בהתעלמו מאימרה שהוגשה בהסכמת הצדדים המלמדת כי המנוח נפל לאחר שנורתה הירייה השלישית. בנוסף, לטענת באי כוח המערער, קיימות סתירות בין דברי שני עדי הראיה שעל עדויותיהם בוססה קביעה זו, כמו גם תמיהות ביחס לכל אחת מהעדויות, וכן קיימת עדות נוספת של העדה עדנה אהרון הסותרת את דבריה בעדות בבית המשפט ובחקירתה במשטרה, אליה לא התייחס בית המשפט בהכרעת דינו. הם מדגישים, כי גם אם נורתה הירייה השלישית עת היה המנוח שכוב על הארץ, עדיין אין משמעות הדבר שהמערער יכול היה להסיק בהכרח כי המנוח מנוטרל. כן טוענים באי כוח המערער למחדלי חקירה, ביניהם אי בדיקת בגדי המנוח לצורך מרחק ירי, והימנעות המשטרה מאיתור הקליע של הירייה האחרונה.

8. לחלופין, נטען כי גם אם טעותו של המערער לא הייתה סבירה, הרי שמדובר בטעות כנה, ויש לזכותו מעבירת ההריגה ולהרשיעו בעבירה של גרימת מוות ברשלנות.

לחלופי חלופין, נטען כי העונש שהושת על המערער חורג באופן קיצוני לחומרה מהעונש ההולם את המעשה, וסוטה ממדיניות הענישה המקובלת בעבירת ההריגה. באי כוח המערער מציינים, כי בית המשפט סטה מהעונש המקובל במקרים דומים, והעונש שגזר על המערער מציב אותו בשורה אחת עם נאשמים שקטלו חיי אדם ללא כל הצדקה. כן נטען, כי בית המשפט לא נתן משקל ראוי לנסיבותיו האישיות של המערער. באי כוח המערער מצביעים גם על השלכת גזר דינו החמור של בית המשפט על התנהלות המאבטחים במדינה.

9. באת כוח המשיבה טוענת, כי אין להתערב בממצאים העובדתיים שקבע בית המשפט המחוזי, המבוססים על התרשמות בלתי אמצעית מן העדים. בראש ובראשונה, היא טוענת, המערער לא האמין כי המנוח הוא מחבל. דבר זה נלמד מדבריו לאנשים

שהיו בזירת האירוע לאחר הירי, לכולם אמר שירה במנוח בשל סירובו להזדהות ולהישמע להוראותיו ובשל האלימות שנקט כלפיו, כאשר את הטענה כי חשב שמדובר במחבל העלה לראשונה רק בתחנת המשטרה; מדבריו העקביים לפיהם המנוח הרגיו; מכך שלפי אחת העדויות המנוח הזכיר למערער כי הם מכירים; וכן מהתנהגותו כלפי העד שרון גבע, טכנאי "בזק" שנכנס לבית הספר באותו יום. לטענת המשיבה, הקריאה למאבטח ברזילי אינה מחלישה את מסקנות בית המשפט אלא אף מחזקת אותה, מאחר והמערער לא המתין לבואו של ברזילי, אלא ירה במנוח את הירייה השלישית הקטלנית לפני הגעתו. כן היא טוענת כי העובדה שהירייה השלישית בוצעה עת היה המנוח שכוב על הקרקע ומנוטרל בוססה כדבעי על-ידי בית המשפט המחוזי. בשל כך, לדברי המערער, לא חלים הסייגים לאחריות הפלילית, ויש להותיר את ההרשעה על כנה.

המשיבה מסכימה כי יש להקל בעונש שנגזר על המערער, אולם לדבריה ההקלה צריכה להיות מידתית ומתונה. המשיבה טוענת כי פסקי הדין שהובאו על-ידי המערער עוסקים בנסיבות השונות מענייננו, וכי יש ליתן משקל לכך שהירי בוצע על אף שהמערער לא חשד שהמנוח הינו מחבל.

10. שמענו את דברי בא כוח איגוד הקב"טים ומנהלי בטחון ברשויות המקומיות (להלן: איגוד הקב"טים) אשר, הגיש בקשה להצטרף להליך כידיד בית משפט. לדבריו, פסק דינו של בית המשפט המחוזי משליך על כלל ציבור המאבטחים במדינה. לטענתו, פסק הדין מאיין בפועל את הוראות הפתיחה באש לפיהן פועלים מאבטחים בישראל, יוצר מציאות קשה בה נבחנת פעולת המאבטחים בחוכמה שלאחר מעשה לפי העובדות שנתגלו בדיעבד, ועלול להרתיע מאבטחים מלמלא תפקידם כהלכה ולפעול בנחישות במצבים מסוכנים.

דיון

במקרה שלפנינו, אין מחלוקת כי מתקיימים כל יסודותיה של עבירת ההריגה. השאלה שבמחלוקת הינה האם עומדת למערער הגנה מההגנות שבחוק העונשין.

המסגרת הנורמטיבית

11. אף שבאי כוח המערער לא ציינו במפורש מהי ההגנה אשר לטעמם עומדת לו, ההגנות הרלבנטיות בענייננו הינן שילוב בין הסעיפים בחוק העונשין המתייחסים

להגנה העצמית או להגנת הצידוק, לבין הסעיף המתייחס לטעות במצב דברים. נביא את הסעיפים כלשונם:

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; ואולם, אין אדם פועל תוך הגנה עצמית מקום שהביא בהתנהגותו הפסולה לתקיפה תוך שהוא צופה מראש את אפשרות התפתחות הדברים.

34.ג. צידוק

לא יישא אדם באחריות פלילית למעשה שעשה באחד מאלה:

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

.....

34.ז. חריגה מן הסביר

הוראות סעיפים 34, 34 ו-34 יב לא יחולו כאשר המעשה לא היה סביר בנסיבות הענין לשם מניעת הפגיעה.

34.ח. 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.
(ב) סעיף קטן (א) יחול גם על עבירת רשלנות, ובלבד שהטעות היתה סבירה, ועל עבירה של אחריות קפידה בכפוף לאמור בסעיף 22(ב).

12. בדיוננו להלן אתמקד בהגנה העצמית. הגנת הצידוק שבסעיף 34(ג) נידונה בפסק דין ע"פ 486/88 אנקונינה נ' התובע הצבאי הראשי, פ"ד מד(2) 353 (1990). התנאים שקבע הנשיא שמגר בפסק הדין להגנת הצידוק – יחס סביר בין הרעה אותה מבקשים למנוע לבין האמצעי שננקט, התנאי לפיו האמצעי נדרש על אחר, והתנאי הדורש כי מדובר באמצעי החמור פחות להשגת המטרה כך שלא ניתן למנוע את הרעה

בדרך אחרת (שם, בעמ' 373), חופפים לתנאים המקובלים בפסיקה ובספרות המשפטית לקיומה של הגנה עצמית, כפי שנראה להלן. תחולתה של ההגנה העצמית באופן מלא על אנשים אחרים זולת הנתקף, מצמצמת מאוד את ההבדל הקיים בין הגנת הצידוק לבין ההגנה העצמית. ואכן, לא אחת ראו בפסיקה ובספרות המשפטית את המקרים בהם איש רשות או מאבטח עושה שימוש בכוח קטלני במסגרת תפקידו ככאלו הצריכים להיבחן במסגרת ההגנה העצמית ולא במסגרת הגנת הצידוק (ראו: ע"פ 6454/03 טדסה נ' מדינת ישראל, תק-על 2004(2) 2796, 2798 (2004); ע"פ 5242/04 מדינת ישראל נ' עבדאללה, תק-על 2005(2) 1761, 1762 (2005); בועז סנג'רו הגנה עצמית במשפט הפלילי 142-143; 429-430 (2000) (להלן: סנג'ר)). כמובן, אין הדבר מיתר את ההתייחסות, בין מכלול השיקולים, לתפקידו של המערער כמאבטח ולהוראות שקיבל מן הממונים עליו. אלו ישמשו אותנו כעזר בבחינת תנאיה של ההגנה העצמית, ובבחינת מצבו הנפשי של המערער בעת המעשה.

התנאים לקיומה של הגנה עצמית

13. שישה הם התנאים שבהתקיימם עומדת לנאשם ההגנה העצמית, כפי שהוגדרו בחוק, ופורשו בפסיקה ובספרות. הראשון הוא תנאי התקיפה שלא כדין. השני הוא תנאי הסכנה. תנאי מוקדם למעשה ההתגוננות הוא קיומה של "סכנה מוחשית של פגיעה בחייו, בחירותו, בגופו או ברכושו, שלו או של זולתו". על הסכנה להיות מוחשית ולא סכנה שהסתברות התממשותה ערטילאית גרידא (ע"פ 20/04 קליינר נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(6) 80, 90 (2004)). התנאי השלישי הוא תנאי המידיות. לפי לשון החוק, נדרש כי מעשה ההתגוננות היה "דרוש באופן מיידי" על מנת להדוף את התקיפה. תנאי זה בוחן את עיתוי המעשה, על שני היבטיו: על ההגנה להתבצע רק מרגע שהמעשה דרוש באופן מיידי על מנת להדוף את התקיפה, ועליה להיפסק מרגע שלא נדרש עוד מעשה התגוננות על מנת להדוף את התקיפה (וראו: ש"ז פלר יסודות בדיני עונשין כרך ב- 426-427 (1987) (להלן: פלר, כרך ב); סנג'רו, בעמ' 18; ובאשר להיבט השני של דרישת המידיות ראו: ע"פ 6157/03 הוך נ' מדינת ישראל, תק-על 2005(3) 3996, 4009 (2005); ע"פ 8687/04 חילף נ' מדינת ישראל, תק-על 2005(4) 2640, 2643 (2005)). התנאי הרביעי הינו שהאדם לא נכנס למצב בהתנהגות פסולה, וכלשון החוק "...הביא בהתנהגותו הפסולה לתקיפה תוך שהוא צופה מראש את אפשרות התפתחות הדברים". התנאי החמישי הוא תנאי הנחיצות. נדרש שלא ניתן היה להדוף את התקיפה בדרך אחרת פוגענית פחות בתוקף (ראו למשל: ע"פ 1713/95 פרידמן נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(1) 265, 274 (1996)). תנאי הנחיצות כולל בתוכו הן את הנחיצות האיכותית (בפני העושה לא עמדו אלטרנטיבות אחרות) והן את הנחיצות הכמותית (העושה לא יכול היה

לנקוט בכוח מועט יותר) (ראו: עניין קליינר, בעמ' 90; סנג'רו, בעמ' 178). את תנאי הנחיצות ניתן לראות כמגולם בקביעת סעיף 34 לחוק העונשין לפיה על המעשה להיות "דרוש באופן מידי" לצורך הדיפת התקיפה (והשוו: ע"פ 11/99 ויניצקי נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(2) 145, 148 (1999), שם נראה כי נערכה הבחנה בין הנחיצות הכמותית, שהיא חלק מדרישת הסבירות, לנחיצות האיכותית, המגולמת במילה "דרוש"), או בסעיף 34טז לחוק העונשין הקובע כי ההגנה העצמית נשללת מקום בו המעשה "לא היה סביר בנסיבות הענין לשם מניעת הפגיעה" (ראו: ע"פ 1520/97 חדד נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(2) 337, 354 (2000)). התנאי השישי הוא תנאי הפרופורציה. נדרש יחס ראוי בין הנזק הצפוי מפעולת המגן לנזק הצפוי מן התקיפה (סנג'רו, 206; אהרן אנקר הכרח וצורך בדיני עונשין 112-114 (1977)). לפי תנאי זה, למשל, לא תתאפשר המתת התוקף על מנת למנוע נזק לרכוש, אף אם אין דרך אחרת למנוע את הפגיעה ברכוש מלבד ההמתה. תנאי זה כלול בסעיף 34טז לחוק העונשין.

14. לעניין התנאים שפורטו לעיל יוער, כי בפסיקה לא תמיד נערכה ההבחנה בין תנאי הנחיצות לבין תנאי הפרופורציה (ראו למשל: עניין קליינר, בעמ' 91-90). סיבה אפשרית לכך היא ששני התנאים עוסקים ביחס בין האמצעי שננקט למטרה, ואת שניהם גזר בית המשפט מדרישת סבירות האמצעי. עם זאת, הבחנה זו עשויה להיות חשובה לטעמי בנסיבות מסוימות. בין שני התנאים קיים הבדל. יתכן אמצעי שהוא נחוץ, אך אינו פרופורציונאלי, ולהיפך. ניתן להשוות זאת להבחנה שנעשית במסגרת המשפט החוקתי בפסקת ההגבלה בין מבחן המידתיות השני (מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה) לבין מבחן המידתיות השלישי (מבחן האמצעי המידתי (במובן הצר)) (ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221, 436-437 (1995)).

15. יש להבחין בין חמשת התנאים הראשונים, אשר הינם יסודות עובדתיים מובהקים, לבין התנאי השישי (תנאי הפרופורציה), שהינו תנאי נורמטיבי, הנקבע על-ידי בית המשפט. כך, למשל, השאלה האם יכול היה הנאשם להדוף את התקיפה באמצעי שיסב פחות נזק לתוקף מזה שנבחר על ידו היא שאלה שבעובדה. לא כן, כאמור, תנאי הפרופורציה. טעות ביחס להתקיימותו של תנאי זה מהווה טעות בידיעת החוק ולא טעות בעובדה (להבחנות אלו ראו: אנקר, בעמ' 127-128; סנג'רו, בעמ' 325 ו-338).

16. במקרה דנן אין מחלוקת שלא נתקיימו התנאים של ההגנה העצמית במציאות החיצונית. בדיעבד נתברר כי המנוח הוא טכנאי מזגנים אשר הוזמן לבצע עבודה בבית הספר, הוא לא היה חמוש, ולבטח לא נשקפה ממנו אותה סכנה לתלמידות ממנה,

לטענת הסניגורים, ניסה המערער להתגונן. לפיכך ההגנה לה טוען המערער היא "הגנה עצמית מדומה", הגנה הקמה משילוב בין סעיף 34 לסעיף 34 לחוק העונשין. לפי הגנה זו, נאשם הפועל מתוך אמונה מוטעית כי מתקיימים תנאיה העובדתיים של ההגנה העצמית, ישא באחריות פלילית רק במידה בה היה נושא אם היה המצב לאמיתו כפי שדימה אותו. בשונה מהיסוד הנפשי הנדרש לשם הרשעה בעבירה – בו המודעות ליסוד העובדתי בעבירה היא רכיב נדרש לשם הרשעה, הבא בנוסף לכל דרישות היסוד העובדתי, והיעדרה שולל אחריות פלילית – בהגנה העצמית המדומה, מחשבתו המוטעית של העושה המדמה לעצמו כי התקיימו יסודותיה העובדתיים של ההגנה, מהווה תחליף להתקיימותם של אלה בפועל (סנג'רו, בעמ' 328), וקיומה שולל אחריות פלילית. בניגוד למצב ששרר בעבר במשפטנו, הרי שלפי קביעת סעיף 34 לחוק, לצורך שלילת אחריות פלילית בעבירות של מחשבה פלילית לא נדרש עוד כי הטעות תהא טעות סבירה, ודי בכך כי הנאשם טעה טעות כנה באשר להתקיימות התנאים לתחולת ההגנה. עם זאת, ברור כי סבירותה של הטעות תשמשנו כאבן בוחן להערכת כנותה (ראו: ע"פ 2598/94 דנינו נ' מדינת ישראל, תק-על 95(4) 120, 126 (1995); ע"פ 2534/93 מליסה נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(2) 597, 609 (1997)).

17. עבירת ההריגה, כידוע, היא עבירה של מחשבה פלילית, ולכן די בטעות כנה ביחס ליסודות ההגנה העצמית על מנת על מנת שתקום למערער הגנה. לפיכך, עלינו לבחון האם מתקיימים תנאיה העובדתיים של ההגנה העצמית מבעד לנקודת מבטו של המערער בעת המקרה. די בכך שהמערער יעורר ספק סביר בכך שנתקיימו לפי נקודת מבטו תנאיה של ההגנה העצמית, ושהמשיבה לא תפריך ספק סביר זה, על מנת שיחול הסייג, והמערער לא יורשע בעבירת ההריגה (לעניין נטל ההוכחה בהגנות ראו: סעיף 34 כב(ב) לחוק העונשין; ע"פ 4675/97 רוזוב נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(4) 337, 369-371 (1999)).

18. יצוין, כי קיימת מחלוקת מלומדים בשאלה האם טעות כנה ביחס לתנאי הנחיצות, שהינו, כאמור, דרישה עובדתית טהורה, מספיקה על מנת לשלול אחריות פלילית לעבירות של מחשבה פלילית או שמא ביחס לדרישת הנחיצות נדרוש שהטעות תהיה סבירה. בגישה הראשונה תומכים פרופ' אנקר וד"ר סנג'רו (אנקר, בעמ' 127-128; סנג'רו, בעמ' 325 ו-338) ואילו בזו האחרונה מצדד פרופ' פלר (פלר, כרך ב', בעמ' 445). יצוין עם זאת, כי פסקי דין שניתנו בעבר, בפרשם את דרישת הנחיצות כחלק מסבירות האמצעי, הניחו כי מדובר בדרישה אובייקטיבית הנבחנת לאור נסיבות המקרה ומתעלמת מאמונתו של העושה ביחס להתקיימותה (ראו למשל: עניין דנינו, בעמ' 126; ע"פ 4590/98 שרעבי נ' מדינת ישראל, תק-על 99(1) 1100, 1101 (1999);

עניין טדטה, בעמ' 2798). לשתי הגישות עשוי להימצא עיגון בנוסח חוק העונשין לאחר תיקון 39. באם נראה את דרישת הנחיצות כחלק מדרישת סבירות האמצעי שבסעיף 34טז, ניתן לראות בכך מבחן אובייקטיבי המצריך טעות סבירה באשר להתקיימות התנאי. מנגד, ניתן לטעון כי סעיף 34 יח העוסק בטעות במצב דברים חל על כל הנתונים העובדתיים הנדרשים להקמת ההגנה, ויש לראות את מצב הדברים כפי שהנאשם דימה אותו; או לחלופין, למקם את דרישת הנחיצות כחלק מהתיבה "דרוש" שבסעיף 34. כשלעצמי, אינני רואה סיבה להבחנה בין טעותו של נאשם ביחס לקיומה של סכנה לבין טעותו ביחס לנחיצות התגובה – זו כזו הן טעויות ביחס ליסוד עובדתי, והתשובה לשאלה האם נדרוש טעות סבירה או נסתפק בטעות כנה, אמורה להיות דומה לגבי שתיהן. אולם, בנסיבות המקרה סבורני כי ניתן להשאיר את השאלה לעת מצוא, מאחר, וכפי שאפרט בהמשך, לא מצאתי שהמערער טעה טעות כנה ביחס ליסוד הנחיצות, וממילא השאלה אינה מתעוררת.

התערבות בממצאים עובדתיים

19. המעיין בטענות המערער ייווכח, כי רובן ככולן מופנות נגד הממצאים העובדתיים שקבע בית המשפט קמא. על בסיס הקביעה העובדתית לפיה המערער לא סבר כי המנוח הוא מחבל, דחה בית המשפט את טענות המערער כי פעל תחת סייגים לאחריות הפלילית של צידוק, הגנה עצמית וטעות במצב דברים. ברור כי קיים שוני משמעותי בין השקפה על המעשה ככזה שבוצע תוך שהמערער סבר כי המנוח הוא מחבל, לבין הסתכלות על המעשה שלא תוך הנחה זו. בנוסף לתקיפת ממצאי בית המשפט ביחס לתנאי הסכנה, טוענים באי כוח המערער כי התקיים תנאי המידיות, וכי מנקודת מבטו של המערער המנוח לא היה מנוטרל עת נורתה הירייה השלישית. במסגרת זו מבקשת ההגנה לקעקע ממצא עובדתי נוסף שנקבע על-ידי בית המשפט קמא, כי את הירייה השלישית ירה המערער במנוח עת היה שכוב על הארץ. לחלופין, נטען כי המערער לא הבחין שהמנוח היה שכוב על הארץ, ועל כל פנים, מחבל מתאבד אינו מנוטרל לאחר שנפל והוא ממשיך להוות איום. כן טוענים הסניגורים, כי בנסיבות העניין הירי לעבר הגוף נעשה כמוצא אחרון.

20. נחזור ונזכיר מושכלות ראשונים בעניין התערבות ערכאת הערעור בממצאי עובדה שנקבעו על-ידי הערכאה הדיונית. לבית המשפט שלערעור סמכות להתערב בממצאים שנקבעו על-ידי הערכאה הראשונה. סעיף 212 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982 קובע, כי "בית המשפט רשאי להסיק מחומר הראיות שהיה לפני הערכאה הקודמת או לפניו מסקנות שונות משהסיקה הערכאה הקודמת או לקבוע

כי אין בו יסוד למסקנותיה". ברגיל, הכלל הוא כי ערכאת הערעור אינה נוהגת להתערב בממצאים עובדתיים שקבעה הערכאה הדיונית. דברים אלה נכונים בפרט במקרים בהם הערכאה הדיונית השתיתה את קביעותיה העובדתיות על התרשמותה הישירה והבלתי אמצעית מן העדים (ע"פ 1258/03 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(6) 625, 632-634 (2004); ע"פ 6124/05 בן נתן נ' מדינת ישראל, תק-על 2006(1) 3159, 3162 (2006)). כן צוין כי הערכאה הדיונית בקיאה בחומר הראיות ושולטת בו על כל דקויותיו (ע"פ 1258/03 הנ"ל בעמ' 633). עם זאת, דברים אלה נכונים רק מקום בו אכן לערכאה הדיונית ישנו יתרון על ערכאת הערעור בקביעת הממצאים העובדתיים. עמד על כך המשנה לנשיא ש' לוי, באומרו:

"...הסיבה שבגללה נמנע בית-המשפט שלערעור להתערב במימצאי הערכאה הראשונה אינה נעוצה אפוא בטעמים עקרוניים, אלא בעובדה שלעניין מימצאים של מהימנות אין נתונים, כרגיל, לבית-המשפט שלערעור הכלים שהיו בידי הערכאה הראשונה, שראתה את העדים ויכלה להתרשם מאופן מסירת עדותם. מכאן הכלל, שכרגיל אין בית-משפט זה נוהג להתערב במימצאי עובדה שנקבעו בערכאה ראשונה" (ע"פ 9352/99 יומטוביאן נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(4) 632, 644).

והשופט זמיר הוסיף לעניין זה באותה פרשה:

הרתיעה של בית-המשפט הדן בערעור לבחון מימצאים עובדתיים שנקבעו על-ידי בית-המשפט ששמע את העדויות מוצדקת רק כאשר לערכאה הדיונית נודעת עדיפות בקביעת העובדות על פני ערכאת הערעור. לכן הרתיעה נחלשת, ולעתים אף נעלמת, כאשר ערכאת הערעור מתבקשת להפוך מימצאים עובדתיים שנקבעו על-ידי הערכאה הדיונית לא בדרך של התרשמות מן העדים, אלא בדרך של התרשמות מחפץ או ממסמך או בדרך של בדיקת העדויות במבחן ההיגיון (שם, בעמ' 644-645).

21. הנה כי כן, המקרים בהם נוטה ערכאת הערעור להתערב הם מקרים בהם השתית בית המשפט את מסקנתו על שיקולים שבהיגיון ובסבירות או כאשר מדובר בהסקת מסקנות מן העובדות הראשוניות שנקבעו (ע"פ 109/82 מרקוס נ' מדינת ישראל, פ"ד לז(1) 225, 234 (1983); ע"פ 4977/92 ג'ברין נ' מדינת ישראל, פ"ד מז(2) 690, 696 (1993)). במקרים חריגים עשויה ערכאת הערעור להתערב אף בממצאים עובדתיים המבוססים על התרשמות ממהימנות העדים, למשל כאשר קיימות סתירות בעדויות

היורדות לשורשו של עניין, כאשר הגרסה העובדתית שאימץ בית המשפט אינה מתקבלת על הדעת, כאשר הערכאה הדיונית התעלמה מגורמים רלבנטיים להערכת משקל העדות, או כאשר מנמק בית המשפט את הגורמים שהביאוהו להעדיף גרסה אחת על פני השנייה ונימוקים אלה אינם עומדים במבחן הביקורת (ראו: עניין מרקוס, בעמ' 234; עניין ג'ברין, בעמ' 696; ע"פ 10009/03 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(6) 769, 785 (2004)).

עיינתי בתמליל חקירתו של המערער, בעדויות השונות, וכן צפיתי בקלטת השחזור. כעת, מצוידים בהלכות אלו, נבחן את קביעות בית המשפט כלפיהן מופנות טענות המערער.

הירייה השלישית הקטלנית

22. כאמור, בית המשפט המחוזי אימץ את עמדת התביעה וקבע כי המערער ירה את הירייה השלישית לעבר ראשו של המנוח מטווח קצר בעת שהיה שוכב על הרצפה. את קביעתו זו ביסס בית המשפט על עדויותיהם של העדים עדנה אהרון (להלן: אהרון) ואלדד דנצר (להלן: דנצר), ועל העובדה שהמערער טען בעקביות כי אינו זוכר את אשר אירע בנוגע לירייה השלישית, כאשר טענת חוסר זיכרון אינה טענה שבכוחה לסתור את גרסת עדי התביעה. ההגנה טוענת לקשיים אינהרנטיים בעדויות ראייה לאירוע שכזה, לסתירות משמעותיות בין העדויות ובתוך כל אחת מהן, ולהתעלמות בית המשפט מהודעה שהוגשה בהסכמה, היא הודעתו של אברהם שמעון (להלן: שמעון).

בטרם הדיון אציין, כי כפי שקבע בית המשפט המחוזי, גרסתו של המערער, הן בחקירתו במשטרה, הן במשפט והן כפי שהוצגה על-ידי סניגוריו בערעור, הייתה שאינו זוכר מה היה מצבו של המנוח בעת שירה לעברו את הירייה השלישית, והאם היה שוכב על הארץ או לא. על כן, אין מנוס מלהיבנות מעדותם של עדי הראייה.

23. עיינתי בעדויות ובסתירות לכאורה עליהן מצביעה ההגנה, וכן בהודעתו של שמעון במשטרה, וכן צפיתי בקלטת צילום הזירה, ולא מצאתי כי מקרה זה נופל לגדר אותם מקרים חריגים בהם מוצדק להתערב בממצאי העובדה שקבע בית המשפט על סמך התרשמותו הישירה מהעדים. אהרון, הגרה בפניה מול בית הספר, ראתה את האירוע מחלונה, אותו פתחה לאחר ששמעה את שתי היריות הראשונות. היא ראתה את המערער הולך אחר המנוח, כשלמנוח יורד דם מהיד. לדבריה, הם עמדו אחד מול השני והחליפו מילים. אז, כך סיפרה בעדותה, ראתה את המנוח נופל על הרצפה, ואת

המערער מכוון אליו את האקדח כלפי מטה. היא צעקה למערער "אל תירה בו", ושמעה את הירייה כשהמנוח שכוב על הרצפה. דנצר, העובד כסדרן בחברת "דן" מול בית הספר, העיד כי שמע שני קולות פיצוץ, יצא החוצה והבחין במערער רץ בתוך שטח בית הספר עם אקדח שלוף אחר המנוח. לאחר מספר מטרים המנוח מעד ונשכב על הרצפה והמערער הגיע אליו, נעמד מעליו וירה בו. הנה כי כן, שני העדים מתארים את הירייה השלישית באופן דומה, לפיו המערער ירה במנוח בעודו שכוב על הארץ. הסתירות בין דבריהם עליהן ניסו הסניגורים להצביע, בכך שאהרון תיארה הליכה וחילופי דברים ואילו דנצר תיאר ריצה ללא חילופי דברים אינן עומדות בלב התיאור, ואינן מחייבות את דחייתו כבלתי מהימן של הקטע הדומה בעדויות כאשר למצב המנוח בעת שנורתה הירייה השלישית. גם הסתירות בין הודעתה של אהרון מיום האירוע בקלטת צילום הזירה (להלן: הקלטת) לבין עדותה במשפט אינן משמעותיות. בקלטת מספרת אהרון כי ראתה את המערער הולך אחר המנוח, הם החליפו מילים, המנוח נפל, המערער כיוון אליו את האקדח ואז שמעה את הירייה. לאחר מכן היא מוסיפה: "ראיתי את הירייה אני לא יודעת אם שמעתי אותה". לפני הירי צעקה, לטענתה, לעבר המערער "אל תירה בו". לדבריה, היא ידעה שהמערער עומד לירות במנוח כי ראתה אותו מכוון אליו את האקדח. המנוח שכב על צידו הימני, והמרחק ביניהם היה 40 ס"מ עד חצי מטר. בהמשך, כאשר שואל אותה השוטר האם לפני הירי אחז המנוח במשהו שעלול לאיים על חיי השומר, היא עונה שלא. לאחר שחזר על השאלה שנית, היא ענתה שוב שלא, ולאחר שחזר על השאלה בשלישית, היא ענתה: "אני לא יודעת אם ראיתי נכון, אז אם הוא הרים את היד על הראש, לא יודעת מה... כבר באיזה שלב הוא שכב...".

24. השוואה בין הקלטת לעדותה בבית המשפט מעלה כי למעשה, החלק הארי של דברי אהרון ביום האירוע תואם את דבריה במשפט. ההגנה כיוונה את טענותיה בעיקר כלפי דבריה בתמליל שראתה את הירייה אך אינה יודעת אם שמעה אותה, הסותרים את דבריה בבית המשפט לפיהם שמעה את הירייה השלישית. אולם, אינני רואה בסתירה זו דבר המחייב התערבות בממצאים העובדתיים שקבע בית המשפט. יש להסתכל על מכלול עדותה של העדה ולא ניתן לבודד משפט אחד ולנתקו מההקשר הכולל. העדה מציינת בעקביות כי המערער ירה במנוח לאחר שזה נפל, וכי ראתה אותו מכוון אליו את אקדחו, ואף הספיקה לצעוק לעברו שלא לירות, ואז ראתה את הירייה. העובדה שצעקה למערער שלא לירות מלמדת שהייתה שהות בידה להבין כי המנוח נפל על הארץ וכי המערער עומד לירות במנוח פעם נוספת כשהוא שכוב על הארץ, כפי שאכן אירע. יצוין עוד, כי פעמים מספר בעדותה במשפט וכן פעם אחת בקלטת מציינת אהרון כי שמעה את הירייה השלישית; ואכן, גרסה זו משתלבת בעדותה, לפיה שמעה את שתי היריות הראשונות ולאחריהן פתחה את החלון והתמקדה באירוע, ובעדויות העדים

האחרים, אשר שמעו את הירייה השלישית. ביחס לקטע האחר אליו מתייחסת הסניגוריה, אותו קטע בו אומרת אהרון שאינה יודעת אם ראתה נכון, מדובר במשפט קטוע שאינו נשמע בבירור, במענה לשאלה שנשאלה אהרון פעם שלישית אם החזיק המנוח משהו מאיים בידיו, ואין בכך, לטעמי, כדי להשליך על המצב בו היה עת נורתה הירייה השלישית.

25. לאחר עדותה של אהרון בבית המשפט, התגלה לסניגורו הקודם של המערער כי קיימת הודעה נוספת של אהרון בקלטת צילום הזירה, ובית המשפט הציע לו להסתפק בהגשת ההודעה הנוספת ובהתייחסות אליה בסיכומים. הסניגור הסכים, אולם מאוחר יותר הודיע כי לאחר ששקל זאת הוא מבקש לזמן את אהרון לחקירה בשנית. בית המשפט סירב. יתכן כי ראוי היה שיינתן לו מבוקשו, אולם משלא נעשה כן, והקלטת נמצאת בפניי, לא מצאתי כי הסתירות בין האמור בה לבין העדות בבית המשפט מכרסמות באמון שנתן בית המשפט בעדותה. כידוע, כאשר הסתירות אינן מהותיות ואינן יורדות לשורשו של עניין, רשאי בית המשפט שלא לראות בהן גורם הפוגע במהימנות העדות (יעקב קדמי על הראיות - הדין בראי הפסיקה חלק שלישי 1608-1609 (2003)). סיכומם של דברים, שתי העדויות תומכות בכך שהמערער ירה במנוח עת היה שוכב על הארץ.

26. גם הודעתו של שמעון אשר הוגשה בהסכמה אינה מעוררת ספק סביר בשאלת עיתוי הירייה השלישית. שמעון, עובר אורח אשר שהה בתחנת אוטובוס הסמוכה לבית הספר, מספר כי שמע ויכוחים ואז שמע ירייה. הוא רץ למקום וראה את המורה יחיאל ג'רשי אומר למערער "אל תירה בו". לאחר מכן הוא שמע שתי יריות וראה את המערער יורה במנוח. באי כוחו של המערער מתמקדים בקטע הבא בהודעה:

ש. מה ראית לאחר הירי
ת. את הבחור נופל לאחר שנורה. לפני כן היה (כך במקור, ע.א.) לו יריה ביד ואח"כ הוא ירה שוב פעם/פעמיים (לא ברור. המילה היא "פעם" או "פעמיים", ע.א.)

כל אחד מהצדדים טוען לפירוש אחר של תשובתו של שמעון. ההגנה טוענת כי שמעון מתאר את נפילת המנוח לאחר הירי. לפני כן הוא ראה ירייה באויר, אותה מכנה העד "היה לו יריה ביד" ואחר כך המערער ירה שוב פעמיים, ואז, לאחר הירייה השלישית, נפל המנוח.

המשיבה, לעומת זאת, טוענת כי יש לפרש את דברי העד "היה לו יריה ביד" כפשוטם, כך שהם מכוונים לקליע שפגע בידו של המנוח. לכן, לדבריה, אם שמעון אמר כי לאחר הירייה ביד נורו עוד שתי יריות, לא ניתן לסמוך על עדותו, שכן אין מחלוקת כי לאחר הירייה ביד נורתה רק ירייה אחת. כן היא טוענת כי לא ניתן לקעקע את המסקנה העולה מעדות אהרון ודנצר על-ידי הודעה זו והיה על המערער לזמן את שמעון כעד הגנה לשם כך.

27. עיון בהודעה מלמד כי לא ברור ממנה באיזה שלב בדיוק נפל המנוח. יש לזכור כי שמעון היה, על-פי גרסתו, עד לשתי היריות האחרונות בלבד, מאחר והחל לרוץ לעבר זירת האירוע רק מששמע את הירייה הראשונה. על כן, ניתן להניח כי בדבריו הוא מתאר חלק זה של ההתרחשות. מכל מקום, מתשובתו לשאלה מה ראה לאחר הירי לא ברור האם כוונתו למה שראה לאחר הירייה השלישית או לאחר הירייה השנייה. בפרט מתערפלת תשובתו לאור המשכה – שמעון מציין כי לפני כן "היה לו יריה ביד" ואחר כך הוא ירה בו שוב פעם או פעמיים – ולא ניתן להבין האם המילה "אחר כך" מתייחסת למה שקרה לאחר הנפילה או לאחר הירייה ביד. גרסתה של ההגנה לפיה הירייה ביד מתייחסת לירייה באוויר היא מוקשית ביותר. ניתן אולי היה לפרש את הדברים כך שהמילה "אחר כך" מתייחסת למה שקרה אחר הירייה ביד, אך לפני הנפילה. עם זאת, הודעה זו, הניתנת לפירושים שונים, אין בכוחה לעורר ספק באשר לקביעת בית המשפט המחוזי כי הירייה השלישית נורתה עת היה המנוח על הקרקע, קביעה שבוססה על שני עדי ראיה מהם התרשם בית המשפט קמא במישרין ועל היעדר גרסה לעניין זה מצד המערער. זאת ועוד: בכתב האישום נאמר כי לאחר שהמנוח התמוטט ארצה ירה בו המערער בראשו. אם עדותו של שמעון הייתה כה ברורה, עד שיש בכוחה, באופן בלתי תלוי בשאר העדויות, לעורר ספק סביר בשאלת עיתויה של הירייה השלישית ולסתור את הנאמר בכתב האישום, מסתמא שהצדדים לא היו מסכימים על הגשתה, ומכל מקום לא ניתן לקבוע מראש כי היא שוללת מבית המשפט את האפשרות להעדיף את גרסתם הברורה של שני עדים אשר נשמעו בבית המשפט. יצוין, כי לו רצתה הסניגוריה להפריך את דבריהם של אהרון ודנצר לגבי עיתוי הירייה השלישית באמצעות דבריו של אברהם, סביר להניח שהייתה מתעקשת על העדות, וסיבותיה עמה מדוע לא עשתה כן. יתרה מזאת אוסיף, כי כידוע, בהתאם להוראת סעיף 10ב לפקודת הראיות [נוסח חדש], תשל"א-1971, לא די בהסכמת הצדדים על מנת להפוך אמרה בכתב שניתנה מחוץ לבית המשפט לקבילה כראיה בהליך פלילי, אלא נדרש גם כי "...תוכן האמרה לא היה שנוי במחלוקת", תנאי שאינו מתקיים בענייננו.

28. דבר נוסף שיש בו כדי לתמוך במידת מה בכך שהמערער ירה במנוח עת היה המנוח שכוב על הארץ, אשר לא נזכר בפסק דינו של בית המשפט המחוזי, הוא דברי המורות רבקה גורביץ ואסתר רפפורט (להלן: גורביץ ו-רפפורט בהתאמה), אשר היו עדות לשתי היריות הראשונות, והודעותיהן הוגשו בהסכמת הסניגוריה. לדברי גורביץ, לאחר שהשומר ירה את הירייה השנייה לכיוון בטנו של המנוח המנוח התקפל, תפס את הבטן, והלך עוד כמה מטרים בצורה שפופה, ואז יצא מטווח הראייה שלה (ת/3, עמ' 1 ש' 13-14; עמ' 2 ש' 27-28). לדברי רפפורט, לאחר שהשומר ירה לכיוון בטנו של המנוח, המנוח התכופף, תפס את הבטן, הסתובב ורץ לתוך החצר (ת/4, עמ' 1, ש' 18-24). התקפלותו של המנוח ותפיסתו את בטנו לאחר הירייה השנייה עשויים להסביר את נפילתו כעבור כמה מטרים עוד בטרם נורתה הירייה השלישית, נפילה אותה תיאר אהרון ודנצר.

29. באשר למחדלי החקירה עליהם הצביעו הסניגורים. ראשית, ביחס לאי בדיקת בגדי המנוח. נטען, שפרופ' היס ציין כי מאחר והבגדים לא הועברו לבדיקה, לא ניתן להעריך מאיזה מרחק נעשה הירי. דא עקא, עיון בחוות דעתו של פרופ' היס מלמד שלא כך הם הדברים. דברי פרופ' היס כי לא ניתן להעריך את טווח הירי מאחר והבגדים לא הועברו לבדיקה, נאמרו ביחס לפצע שנגרם כתוצאה מהירייה השנייה. ביחס לפצע שנגרם כתוצאה מהירייה השלישית, היא הירייה שהמרחק ממנו נורתה שנוי במחלוקת, קבע פרופ' היס כי טווח הירי הוא קרוב לוודאי מעבר למטר (ת/10א'). לפיכך, בהחלט היה מקום להסתמך על העדויות כדי לקבוע שהירייה השלישית נורתה ממרחק קצר, בשעה שהמחדל החקירתי הנוגע לאי בחינת הבגדים משפיע על המרחק ממנו התבצעה הירייה השנייה בלבד, עניין אשר איננו שנוי במחלוקת.

30. שנית, באשר להיעדר ממצאים ביחס למציאת קליע או סימני קליע מתחת לראשו של המנוח. ראשית יש לציין, כי בניגוד לנטען על-ידי ההגנה, לפי חוות דעתו של פרופ' היס פצע יציאת הקליע נמצא בצוואר מימין ולא בראש (ת/10א', בעמ' 2-3, 5). ההגנה לא הוכיחה מדוע אם נורה המנוח בעת ששכב על הרצפה, וישנו פצע יציאת קליע בצוואר מימין, חייב להימצא קליע מתחת לראשו דווקא. שנית, אף אם היה מקום לערוך חיפוש שכזה, כעת, משהבדיקה לא נעשתה, יש לבחון מה משמעות יש לתת להיעדר הבדיקה. כידוע, ההלכה באשר למחדלי חקירה היא שיש לבוחנם על רקע הראיות הקיימות, והמחדל עשוי להוות שיקול ביחס לאפשרות הנטענת על-ידי ההגנה (ע"פ 4384/93 מליקר נ' מדינת ישראל, תק-על 94(2) 1988, 1997 (1994)). "נפקותו של המחדל תלויה בתשתית הראייתית הפוזיטיבית הספציפית שהציגה התביעה, מחד, ובספקות הספציפיים אותם מעורר הנאשם, מאידך" (ע"פ 10735/04 גולדמן נ' מדינת

ישראל, תק-על 2006(1) 2387, 2398 (2006)). לאחר בחינת מכלול הראיות שהעמידה התביעה לעניין הירייה השלישית אל מול הספקות שניסתה להגנה להראות, לא ניתן לקבוע כי אי מציאת הקליע מעוררת ספק סביר ביחס לקביעה כי המנוח נורה כשהיה שכוב על הארץ.

משמצאתי כי אין להתערב בקביעת בית המשפט המחוזי, לפיה נורתה הירייה השלישית עת היה המנוח שכוב על הקרקע, יש לבחון את הכרעת בית המשפט כי המנוח לא נחזה בעיני המערער כמחבל.

האם חשד המערער במנוח כמחבל? בחינת התקיימותו של תנאי הסכנה

31. כאמור, בית המשפט קמא קבע כי המערער לא חשד במנוח כי הוא מחבל, אלא אך חשד בו כאדם שנכנס לשטח בית הספר בלי להזדהות ובלי להיענות לדרישת המאבטח. את קביעתו זו ביסס בית המשפט על שלושה נימוקים, והוסיף נימוק נוסף בגזר הדין. כבר עתה אדגיש כי כל הנימוקים האמורים אינם מתבססים כלל ועיקר על התרשמותו הבלתי אמצעית של בית המשפט מן העדים, או על דחיית גרסתו של המערער בשל חוסר מהימנותו. אדון בנימוקים אלו אחד לאחד. בשל טיב הדיון בנימוקים אלה, לא אדרש אליהם כסדרם.

הנימוק הראשון: תגובת המערער למראה גופת המנוח לאחר שירה בו

32. הנימוק הראשון לקביעת בית המשפט המחוזי כי המערער לא חשד שהמנוח הוא מחבל הוא תגובתו הספונטנית של המערער לאחר שירה במנוח. כדברי בית המשפט:

“גרסת הנאשם כי סבר שמדובר במחבל נסתרת נוכח תגובתו הספונטנית, לאחר שירה במנוח וגרם למותו, אשר אותה תיאר כ”תמונה כבדה”. גרסה זו אינה מתיישבת עם מי שסבור כי הציל חייהם (כך במקור) של ילדות שהיו נתונות בסכנת חיים נוכח כוונתו של ההרוג”.

נימוק זה של בית המשפט מתבסס על דבריו של המערער בעדותו במשפט, בצינו “כשראיתי דם (העד מתקשה לענות) זו היתה תמונה כבדה. לא יכולתי להסתכל” (עמ’ 71, ש’ 19). לשאלת בית המשפט ענה כי על אף שסבר כי מדובר במחבל היה קשה לו לראות כל כך הרבה דם (שם, ש’ 21-23). סבורני כי הסבר זה של המערער משכנע,

ואין ללמוד מכך שהיה קשה לו לחזות במראה המנוח לאחר שירה בו שלא חשב כי מדובר במחבל. ניתן להניח כי לאדם ללא עבר פלילי, שמעודו לא ירה באדם אחר, קשה היה לחזות בגופת המנוח מתבוסס בדמו, אף אם חשב שמדובר במחבל. ואכן, כפי שציין סניגורו הקודם של המערער, אף עדים אחרים – העד שירזי (עמ' 36, ש' 4-3), העדה שמחה הרוש (עמ' 38, ש' 20-19) והעד יחיאל ג'רשי (עמ' 42, ש' 2) – אמרו כי המראה בזירה היה קשה ביותר לצפייה.

הנימוק השני: הגרסה שהמערער חשד במנוח כמחבל היא גרסה מאוחרת

33. הנימוק השני שמביא בית המשפט הוא כי "מעיון בגרסה שמסר הנאשם במשטרה עולה כי כשנשאל, מיד לאחר הירי, מדוע ירה במנוח, לא העלה את הטענה שסבר כי מדובר במחבל, אלא רק בשלב מאוחר יותר". בגזר הדין מוסיף בית המשפט וקובע כי "...הגירסה שהועלתה במהלך המשפט נולדה מאוחר יותר, לצרכי המשפט בלבד". דא עקא, קביעה זו אינה מתיישבת באופן מלא עם חומר הראיות. מעיון בתמליל חקירתו של המערער במשטרה (ת/31/א, ת/31/ב ו-ת/31/ג) עולה כי הוא שב וחזר על כך שסבר כי המנוח הוא מחבל במספר הזדמנויות, על אף שלא ציין זאת מיד בתחילת החקירה. בשלב מסוים מציין המערער כי חשש שלמנוח יש חגורת נפץ בתוך החולצה (ת/31/א, עמ' 30). מאוחר יותר, בתשובה לשאלת החוקר אם ירה במנוח כי פחד שהוא מחבל הוא מאשר זאת (ת/31/ב, עמ' 32) ואחר כך מעלה זאת שוב מיוזמתו (ת/31/ב, עמ' 40). כמו כן, בדו"ח המעצר (ת/21) רושם שוטר הסיור מנשה ליוברוב כי תגובת העצור הייתה "חשבתי שהוא מחבל". בעדותו במשפט ציין ליוברוב כי מדובר בתגובתו של המערער בתחנת המשטרה (עמ' 27, ש' 12). ואכן, אף המשיבה מסכימה בתשובתה כי המערער אמר כי חשב שמדובר במחבל כבר בתחנת המשטרה. מכאן, אני רואה קושי בקביעת בית המשפט קמא כי מדובר בגרסה שנולדה מאוחר יותר, לצרכי המשפט בלבד. חשוב להדגיש, כי המערער הובא לתחנת המשטרה זמן קצר מאוד לאחר האירוע: המערער נעצר בשעה 13:17, האירוע התרחש בסביבות השעה 13:00, וחקירתו של המערער החלה בשעה 14:00 ונמשכה עד שעה 17:33, כאשר במשך כל הזמן הזה לא נפגש המערער עם עורך דין (ראו דו"ח המעצר ת/21 וכן עמ' 52 לפרוטוקול, עדותו של פקד משה מועלם). על כן, ברור שאין מדובר בעדות כבושה אשר נולדה לצרכי המשפט בלבד.

34. לא זאת אף זאת: שלושה עדים דיווחו כי המערער ציין באוזניהם כבר בזירת האירוע כי סבר שמדובר במחבל. שמחה הרוש, אחראית הביטחון בבית הספר הגיעה אל המערער לאחר שהזעיקה עזרה. בעדותה סיפרה כי היא שאלה אותו מדוע עשה מה

שעשה, ולדבריה "הוא אמר שהוא בטוח ב-100% שהוא מחבל" (עמ' 37, ש' 1). שוטר הסיור דני סדיס אמר בעדותו כי "הנאשם אמר לי שהוא חשד בבחור שמטפס כמחבל. רשמתי זאת בדו"ח 'חשד בו השומר'" (עמ' 26, ש' 6-7). אליהו שירזי, מפקח אזורי של חברת "יפתח" בבני ברק, ציין בחקירתו הנגדית כי כשהגיע למקום ושאל את המערער מה קרה, אמר לו המערער פעמיים שחשב שהמנוח הוא מחבל (עמ' 35, ש' 20-21). בחקירה החוזרת אמר כי לא אמר זאת בהודעה במשטרה כי לא חשב על זה בלהט הדברים, ונזכר בדברים שאמר לו המערער לאחר ששמע שמועות שהיו בבית הספר, וכן ציין כי אינו יודע אם המערער אמר לו את הדברים, ויתכן ששמע זאת כשהמערער דיבר עם אחרים (עמ' 36, ש' 2-6). אף אם לא נייחס משקל רב לעדותו של שירזי, עדיין קיימות שתי העדויות האחרות, מטעם אנשים שאינם בעלי עניין – הרוש וסדיס, המלמדות כי כבר בזירת האירוע, ברגעים הראשונים לאחר ביצוע הירי, סיפר המערער כי חשד שהמנוח הוא מחבל. אומנם, למאבטח ברזילי, למורה ג'רשי, לסגנית המנהלת חנה גפני ולאשתו לא אמר המערער כי ירה במנוח מאחר וסבר שמדובר במחבל, אלא נימק מעשיו בכך שהוא אמר למנוח לעצור והוא לא עצר, וכן בכך שלא שמע לו. לאשתו, לפי גרסתה במשטרה, הוא סיפר רק כי הותקף על-ידי המנוח שהיה בריון. אולם אין בכל אלו כדי לפגום בגרסתו של המערער כי סבר שהמנוח הוא מחבל ושצפויה לו ולבנות בבית הספר סכנת חיים. יש לזכור כי מיד לאחר הירי יצאה סגנית המנהלת גפני אל החצר, וצעקה כי המערער הרג את טכנאי המזגנים של בית הספר. אך טבעי כי המערער היה נסער ומבולבל, וכך גם מעידים עדים רבים, ובתגובתו הראשונה הוא מנסה להסביר לסובבים אותו, ואולי אף לעצמו, מדוע עשה מה שעשה. על כן תגובתו "הוא לא ענה לי", וכן "הוא לא עצר" אינה עומדת בסתירה לגרסה כי סבר שמדובר במחבל.

35. נסכם נקודה זו: עיון בדברי המערער בחקירתו ובעדויות השוטרים ואנשים נוספים שהיו בזירה מעלה כי גרסת המערער כי חשד במנוח כמחבל, אף אם לא התגבשה לכדי סיפור שלם ומלא, ולא עלתה בכל הזדמנות בתיאור שסיפק לאירועים (למשל היא נעדרת מן השחזור), הועלתה על ידו כבר בשלב מוקדם בזירת האירוע, ולא ניתן לראות בה גרסה שנולדה לצורך המשפט בלבד.

הנימוק הרביעי (שהובא בגזר הדין): אופן ביצוע הירי מנוגד להוראות ביחס למפגע מתאבד

36. בגזר הדין סיפק בית המשפט קמא נימוק נוסף לקביעה כי המערער לא סבר שהמנוח הוא מחבל. בית המשפט התייחס להוראות הפתיחה באש לפי נוהל מפגע מתאבד אשר הופץ למוסדות המאובטחים ולקב"טים זמן לא רב לפני האירוע. לפי

הנוהל, כאשר המאבטח מזהה בוודאות מפגע מתאבד, עליו לנטרל את החשוד, תוך עדיפות לירי לכיוון הראש, כדי למנוע את הפעלת חגורת הנפץ (עדותו של מנהל הכשרות מאבטחים, מיכאל הולנדר, עמ' 84-83). בית המשפט קבע, כי אם אכן היה המערער סבור כי המנוח הוא מחבל, הוא היה יורה, בהתאם להוראות, ישירות בראשו של המנוח, ולא פועל בצורה מדורגת כפי שפעל: ניסיון לעצור את המנוח בגופו, איום באקדח, ירי אזהרה באוויר וירי לעבר החזה.

37. אף נימוק זה אינו משכנע. כאמור, מדובר בנוהל שדורש זיהוי ודאי של החשוד כמפגע מתאבד בטרם ביצוע הירי לעבר ראשו. על-פי גרסת המערער, וכך ציין גם בחקירתו, הוא לא חשד במנוח מיד כשראה אותו, אלא התנהגותו של המנוח נוכח פעולותיו המדורגות של המערער היא שהגבירה את חשדו של המערער כי מדובר במחבל. על כן, אין בעובדה שהמערער ביצע פעולות הדרגתיות ולא ירה מיד לעבר ראשו של המנוח כדי לשלול את גרסתו כי סבר שמדובר במחבל. ניתן אף לומר כי יש טעם לפגם בנימוק זה, אשר עלול חלילה לעודד מאבטחים לירי מיידי לעבר ראשו של החשוד, מבלי שינסו לנקוט בצעדים מדורגים וחרifiים פחות, מקום בו הם עדיין אינם משוכנעים כי מדובר במפגע מתאבד, דבר המנוגד, כמובן, לנוהל מפגע מתאבד האמור.

הנימוק השלישי: היעדר סממנים אובייקטיביים שיחשידו את המנוח כמחבל

38. הנימוק השלישי שנתן בית המשפט לקביעתו שהמערער לא חשד כי המנוח הוא מחבל הוא שבין המערער למנוח היו חילופי דברים טרם נורה המנוח והמערער היה יכול להתרשם שלמנוח לא היה מבטא או סממן כלשהו אחר כמו לבוש כבד ביום קיץ וכן לא נראה היה שנשא בידו תיק או חפץ כלשהו. בגזר הדין הוסיף בית המשפט כי הלבוש הקצר של המנוח אף הראה בבירור כי אינו מסתיר כל חגורת נפץ או חומר מסוכן אחר על גופו ושחזותו לא עוררה חשד.

39. סבורני כי נימוק זה הוא בעל משקל רב יותר משלושת הנימוקים הקודמים. הטעם לכך הוא שכאשר עסקינן בהגנה עצמית מדומה, עניין מרכזי הדורש הכרעה הוא מהי אותה סכנה אשר ראה הנאשם לנגד עיניו עת פעל כפי שפעל. בית המשפט אינו בוחן כליות ולב. אין בכוחו להחזיר את השעון אחורנית, להיכנס לראשו של הנאשם ולדלות משם מה היו מחשבותיו ותחושותיו בעת שביצע את המעשים. לפיכך, שומה על בית המשפט לבחון את אמונתו של הנאשם באשר לסכנה מולה ניצב לאור נתונים אובייקטיביים שלפניו, כמו גם לפי דברי הנאשם מיד לאחר האירוע ובחקירתו. כן עליו לבחון מה מידת ההיגיון והסבירות שניתן לייחס לאמונה שכזאת. עם זאת, 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.

40. לפיכך, הבחינה שערך בית המשפט לסבירות גרסתו של המערער כי חשב שהמנוח הוא מחבל הייתה ראויה, כל עוד מדובר בסבירות הטעות כאינדיקציה לכנותה. מהעדויות עולה כי המנוח היה לבוש בחולצת טריקו אדומה קצרה ובמכנסיים ירוקות. כן קיימות עדויות לכך שבינו לבין המערער היו חילופי דברים עובר לביצוע הירי, באופן שהמערער יכול היה להתרשם ממבטאו. למנוח לא היו מאפיינים שסיווגו אותו באופן מובהק כמחבל. דבר זה יש בו כדי להשליך, כמובן, על בחינת היסוד הנפשי של המערער. יחד עם זאת, רשימת המאפיינים שמנה בית המשפט קמא למחבלים לצורך זיהויים אינה רשימה סגורה. לצערנו, וכפי שציין איגוד הקב"טים בבקשתו להצטרף להליך וכן העד הולנדר, אין דפוס אחיד למראם של מחבלים ולאופן פעולתם. בשנים האחרונות השתכללו שיטותיהם של המפגעים באופן המקשה להבחין ולומר בביטחון מיהו מחבל ומי אינו מסווג ככזה. לא פעם עטו מחבלים על עצמם תחפושת, למשל לבשו לבוש של חרדים, וכך לא עוררו כל חשד עובר לביצוע פיגוע ההתאבדות. על כן, גם אם יש ממש בדברי בית המשפט באשר לכך שהמערער יכול היה להתרשם כי למנוח אין מבטא ערבי, לבוש מיוחד או תיק שהוא נושא על גופו, אין להפריז בחשיבותו של שיקול זה. מן העבר השני להיעדר סממנים חיצוניים האופייניים, לכאורה, למחבל מתאבד, התנהגותו של המנוח בזמן האירוע היה בה בהחלט כדי ליצור חשד כי מדובר במחבל אשר נשקפת ממנו סכנת חיים. לפי קביעת בית המשפט קמא, המנוח סירב להזדהות בפני המערער והתנהג בצורה אגרסיבית תוך שימוש בכוח. כן נקבע כי המנוח המשיך בכניסתו לתוך שטח בית הספר ולא נעתר לבקשת המערער להזדהות ולעצור, גם לאחר שהמערער קרא לעזרה במכשיר ה"מירס", שלף את אקדחו, דרך אותו ואיים בו על המנוח, וגם לאחר שהמערער ירה יריית אזהרה באוויר. נוכח התנהגותו האגרסיבית של המנוח מחד גיסא, וסירובו להזדהות ולעצור ללא סיבה נראית לעין מאידך גיסא, אך מתבקש הדבר שיתעורר חשד בלב המערער כי מדובר באדם מסוכן שכוונותיו רעות ונשקפת ממנו סכנת חיים, וכי יש צורך למנוע את כניסתו לבית הספר והתקרבותו לכיוון הילדות בחצר.

41. עוד יש להביא בחשבון כי מביטים אנו על הסיטואציה בדיעבד, ויש להניח כי בשעת מעשה, בלחץ, במהירות ובנתוני המקום, לא תמיד נבחנים כל המאפיינים ומשוקללים כל הנתונים בקור רוח ובשקילה מעמיקה על-ידי המאבטח, בפרט נוכח הקשיים האובייקטיביים בזיהוי מחבלים, וכאשר מדובר בעולה מאוקראינה, שסביר כי מנהגי הארץ וההבחנה בין האוכלוסיות השונות אינם נהירים לו.

ניתן להוסיף, כי לבושו של המנוח, על רקע הסביבה ובית הספר החרדיים, על אף שלא החשיד אותו אוטומטית כמחבל, סימן אותו כחריג בנוף המקומי, דבר שתורם עוד יותר לחשד בו, לאור התנהגותו האגרסיבית.

להשלמת הבדיקה לעניין תנאי הסכנה יש לבחון את גרסתו של המערער, כפי שעלתה מדבריו לאחר האירוע – לסובבים אותו, בחקירתו ובשחזור.

דברי המערער לאחר האירוע

42. סקרתי את תגובותיו של המערער לסובבים אותו בזירת האירוע. על אף שמספר אנשים סיפרו כי המערער אמר להם כי חשב שהמנוח הוא מחבל, לא ניתן ללמוד מהדברים על החשש המדויק שהיה בליבו של המערער. לשם כך עלינו לבחון את דבריו בחקירה שנערכה זמן קצר לאחר האירוע.

ברי כי בעת החקירה היה המערער נסער. פרטים רבים מהאירוע הוא חזר ואמר שאינו זוכר. המערער התקשה לזכור כמה כדורים ירה, אף כי ציין שהוא חושב שמדובר בשלושה כדורים וכן הוא לא זכר אם ירה את הירייה השלישית בשעה שהמנוח עדיין רץ, או שמא המנוח כבר היה שרוע על הארץ. לכך יש להוסיף את קשיי השפה של המערער כמי שעברית אינה שפת אימו. בפעם הראשונה שנדרש לספר על אירוע הירי, הוא לא הזכיר חשש קונקרטי שהיה לו:

"ולא ידעתי מה לעשות. הוא לא רוצה לענות, לא רוצה לצאת, לא רוצה לדבר איתי... כלום. כמה פעמים צעקתי: 'צא מחצר, קודם כל!'. אבל הוא היה אגרסיבי. אז... אני מוציא אקדח, ויריתי" (ת/א, עמ' 6).

ומיד בהמשך:

"ו... מסביב המון ילדים... והם פחדו, צועקים... ונדמה לי שאני... מתי יריתי פעם אחת – לא פגעתי, והוא ברח... ואני רצתי אחרי הוא... ויריתי עוד. אבל... אתה מבין, איך ב... שיגעון הזה יריתי. לא יודע איך. זהו" (ת/א, עמ' 7).

43. זהו, אם כן, ההסבר המפורט הראשון שסיפק המערער לירי לעבר המנוח. בדבריו מודגשת תחושת חוסר האונים שהרגיש והלחץ הרב בו היה שרוי נוכח

האגרסיביות שגילה המנוח, כאשר המנוח סירב להזדהות ולצאת והמשיך להתקדם לעבר בית הספר. עולה מהדברים כי המערער, בחששו כי רב, נכנס למצב של מצוקה קשה ולחץ, אותו תיאר כ-"שיגעון", אשר תחתיו פעל עת ירה במנוח. מדבריו עולה דבר אחד בלבד – כי נוכח תחושת הסכנה, שנבעה מתוקפנותו ואי-עצירתו של המנוח, ניסה המערער לעצרו בכל מחיר.

44. אני רואה חשיבות במונחים בהם השתמש המערער בהמשך החקירה לתאר את הסכנה שדימה ואת הסיבה לפעולותיו. לשאלה מדוע רצה לעצור את המנוח בכוח ענה כי "הוא לא רצה לעצור... בטובות, במילים... הוא דוחף אותי כמו מה שאני... מיותר כאן" ((ת/31/א, עמ' 9). המערער סיפר שחשש בשלב זה שהמנוח ייקח ממנו את אקדחו (שס, בעמ' 22, 26). לשאלה האם המנוח נראה כישראלי ענה המערער שהוא לא היה בטוח אם המערער הוא ערבי או ישראלי, כי יש בישראל המון ישראלים שדומים לערבים (ת/31/א, עמ' 10). המערער הוסיף כי לא היה בטוח שלמנוח היה מבטא ערבי, אולם הוא יכול להגיד שהוא לא היה אשכנזי (שס, בעמ' 29). המערער סיפר כי בפעם הראשונה לא כיוון לגופו של המנוח, אולם בפעם השנייה כבר כיוון לעבר גופו (שס, בעמ' 21). לדבריו, לא הבחין כי למנוח יורד דם לפני שנפל (ת/31/ב, עמ' 32). לשאלה מדוע ירה במערער ענה "סכנה... סכנה שהוא נראה אגרסיבי..." והוסיף כי הייתה סכנת חיים (ת/31/א, עמ' 12). את סכנת החיים ממנה חשש תיאר המערער כך: "עוד שנייה הוא יכול להוציא סכין או אקדח, לא יודע מה...". (שס, בעמ' 13), ועל אף שלא ראה על גופו של המנוח דבר, "מה שאני רואה – זה לא הכל...". כן תיאר המערער את הסכנה באופן הבא: "איך אני יכול לדעת לאן הוא רץ, ומה הוא יכול לעשות? אם הוא לא רוצה לעצור, לא רוצה לצאת, לא רוצה להסביר לי... אז יש לו בראש איזה מטרה... לאן הוא רץ? באמת היה פחד" (שס, בעמ' 25). המערער סיפר כי חשש שמדובר במפגע מתאבד לראשונה בשלב מאוחר יחסית בהודעתו (לאחר כשעה לאחר תחילת החקירה), כשהסביר מדוע לא פעל אחרת:

"אם הוא נכנס, אם הוא... בתוך החולצה יש לו... חגורה – אז הוא נכנס בבית ספר ו... בזמן שאני אשתמש עם המירס – יתפוצץ כל הבית ספר. 500... אני לא יודע כמה, בנות... ומה יהיה אחר כך? מה יגידו לי, אם אני נשאר חי – שאני דיברתי ב... במירס?" (שס, בעמ' 30).

45. בתשובה לשאלת החוקר, תיאר המערער את חולצתו של המנוח כ"חולצה חופשית, ככה בחוץ", שאי אפשר להיות בטוח שאין משהו מתחתיה (שס, בעמ' 33). לפני שהמנוח נפל חשב המערער שלא פגע בו (ת/31/ב, עמ' 32). מאוחר יותר הוסיף

המערער "...תסביר לי, אם אני שומע את זה (את הקריאה שלא לירות – ע.א.), ורואה שזה לא מחבל – אז בשביל מה אני שובר חיים שלי? אם אני יורה במישהו סתם – אז אני שובר חיים שלי, לגמרי. אז בשביל מה עשיתי את זה?" (ת/31/ב, עמ' 40). לדבריו, "אני לא הייתי בטוח שזה לא מחבל" (שם, בעמ' 45). לשאלה מדוע ירה במנוח כשכבר שכב על הרצפה, מנוטרל, ענה: "אני לא ראיתי את זה שהוא היה ברצפה – ואני יריתי. זה... זה אני לא זוכר, לא ראיתי, לא הרגשתי... המצב שלי לא היה מצב של בן אדם רגוע, שמסתכל את זה מבחינתו" (שם, בעמ' 46). כך, במקומות שונים ציין המערער כי המנוח לא עצר ולא הזדהה למרות האיום בנשק והירייה באוויר, אלא נהיה יותר אגרסיבי, בשונה מהתנהגות אותה הגדיר המערער בחקירתו כהתנהגותו של "אדם נורמלי" (שם, בעמ' 48, 51). בשחזור ציין, כי העובדה שלמרות כל מה שאמר ועשה המנוח עדיין לא עצר, חיזקה אותו שבאמת מדובר באדם חשוד (ת/26/ג, עמ' 6). לשאלה האם ירה את הירייה השלישית כדי לוודא שהמנוח מת ענה שלא יכול להיות שרצה לעשות זאת בכוונה (ת/31/ג, עמ' 8).

46. לסיכום הדברים, כפי שהם עולים מנסיבות המקרה ומדברי המערער, סבורה אני, שלא כמו בית המשפט המחוזי, כי הגם שלא חשד מלכתחילה שמדובר במחבל, סביר להניח שתוקפנותו של המנוח, סירובו להזדהות והמשך כניסתו לשטח בית הספר אכן עוררו אצל המערער את החשד כי המנוח הוא אדם חשוד ומסוכן, ואולי אף מחבל שעלול לפגוע בתלמידות בית הספר, וצפויה ממנו סכנת חיים. מהדברים עולה כי ככל שנקפו הרגעים, והמנוח המשיך בניסיונותיו להתקדם לשטח בית הספר, גברו החשש והפחד בליבו של המערער. יצוין, כי בית המשפט קמא הסכים כי המערער חשד במנוח, אולם קבע כי חשד בו לא כמחבל אלא כאדם שנכנס לשטח בית הספר בלי להזדהות ובלי להיענות לדרישת המאבטח. דא עקא, מדברי בית המשפט לא ברור מהו אותו חשד שקינן בליבו של המערער, בית המשפט קבע חשד אמורפי וחסר תוכן ממשי, מבלי להתייחס לסכנה שצפה המערער שעלולה להיגרם כתוצאה מכניסתו של אותו אדם שמסרב להזדהות ונוהג באלימות. דומני כי כאשר מאבטח עומד בפני אדם, אשר ללא סיבה נראית לעין מסרב להזדהות ומנסה להתפרץ באלימות לבית הספר, סביר להניח כי יסבור שמדובר באדם מסוכן, ועל רקע המצב הבטחוני במקומותינו והפיגועים שהיו מנת חלקינו באותה תקופה, יחשוש כי מדובר במחבל שבא לפגוע בילדות. עוד אוסיף, כי מפסק הדין של בית המשפט המחוזי עולה כי הוא דחה מכל וכל את טענת ההיכרות בין המערער למנוח וכן את עדות הילדה שהמנוח "צחק" עם המערער. מכך נדחית גם טענת המשיבה לפיה המנוח היה דמות מוכרת באזור, דבר הפוגע, לדבריה, בסבירות טענת המערער כי חשד שמדובר במחבל. על כן, התקיים תנאי הסכנה הנדרש בהגנה

העצמית המדומה, ומבחינת מצב הדברים שדימה המערער התקיימה סכנה מוחשית של פגיעה בחיים ובגוף, שלו ושל התלמידות.

47. עם זאת אדגיש, כי מהראיות שבפניי לא עולה כי למערער היה חשד ספציפי כי מדובר במחבל מתאבד דווקא, שעומד לפוצץ את עצמו בשטח בית הספר. בזירת האירוע אמר המערער כי סבר שהמנוח הוא מחבל סתם, ובפני החוקרים מעלה המערער את האפשרות כי מדובר במפגע מתאבד רק כאפשרות אחת מני רבות. כאמור, ביטא המערער פעמים רבות את חששו שהלך והתגבר כי המנוח הוא מסוכן ואין לדעת מה יעשה. אף בשחזור שנערך באותו יום לא דיבר המערער על חשש ממחבל דווקא, אלא על חשש כללי מאדם חשוד, שלא ניתן לצפות מה יעשה (ת/26/ג, עמ' 4). לעניין זה חשיבות בבחינת תנאי הנחיצות והמידיות.

48. עוד יצוין, כי עדותו של המורה ג'רשי אינה מחזקת במידה רבה את הטענה כי המערער סבר שהמנוח הוא מחבל מתאבד. לדברי ג'רשי, כשהגיע לזירת האירוע וניגש אל המנוח, הוא הרים לו את החולצה מאחר וחשב שהוא מחבל לפי צורת לבושו, שכן זהו לבוש חריג בבני ברק. לא רק שג'רשי העלה עניין זה בשלב מאוחר ביותר, במסגרת רענון לקראת ישיבת ההוכחות בפרקליטות, אלא שחשוב לזכור שהוא ראה את המנוח לראשונה כשזה שכב על הארץ, מתבוסס בדמו, לאחר שנורה על-ידי המערער, ולאחר ששמע את הקריאה למאבטח ברזילי. סביר להניח כי נסיבות אלה תרמו במידה רבה לסברתו כי מדובר במחבל מתאבד.

סיכומה של נקודה זו, ניתן לקבוע כי המערער הצליח לעורר ספק סביר באשר לאמונתו בדבר התקיימותו של תנאי הסכנה בהגנה העצמית המדומה, בכך שחשד במנוח כאדם מסוכן או אף כמחבל שנשקפת ממנו סכנת חיים. עם זאת, לא השתכנעת כי המערער חשד במנוח כמחבל מתאבד דווקא, וכי בליבו היה חשש קונקרטי שמולו ניצב אדם עם חגורת נפץ אותה הוא עלול לפוצץ.

49. מהקביעה כי הוכחה אמונתו של המערער בדבר התקיימותו של תנאי הסכנה, עולה כי התקיימה גם דרישת הפרופורציה. מקובל כי מבחינה נורמטיבית מותר להפעיל כוח מגן קטלני על מנת להציל את חייהם של הנתקפים (ראו בעניין זה גם: סנג'רו, בעמ' 220). על כן, השאלה המרכזית שנבחן להלן היא האם התקיימו התנאים האחרים של ההגנה העצמית, ובפרט תנאי הנחיצות והמידיות.

הירייה השנייה ותנאי הנחיצות – האם לא הייתה דרך אחרת לעצירת התקיפה?

50. בתחילת האירוע פעל המערער באופן מדורג. הוא ביקש מהמנוח להזדהות, ניסה לחסום אותו בגופו ולדחוף אותו, קרא במירס לעזרת המאבטח בבית הספר הסמוך, שלף את נשקו ודרך אותו באיום וכן ירה באוויר. לאחר שהמערער כבר שלף את אקדחו, הוא עוד צעק על המנוח שישכב על הרצפה, וזה עשה תנועת התנגדות (דברי עדת התביעה גורביץ בהודעתה ת/3, עמ' 1, ש' 4-7, אשר הוגשה בהסכמת הסניגוריה). בכך, וזו אף הייתה קביעת בית המשפט המחוזי, פעל המערער כדין. מיד לאחר שירה את הירייה הראשונה, משהמשיך המנוח בכניסתו לשטח בית הספר, כיוון המערער, על-פי דבריו, לעבר גופו של המנוח וירה בו. בחינת הדברים מעלה כי בפי המערער לא הייתה טענה כי על-פי תמונת עולמו לא היה ניתן לעצור את המנוח מהמשך הכניסה מבלי להיזקק לכוח קטלני המכוון כנגד הגוף. המערער היה מודע לחובה לנסות לירות לעבר הרגליים אם הדבר אפשרי, חובה הקבועה גם בפנקס הכיס למאבטח במוסדות חינוך, אותו נשא המערער על גופו (ואותו קרא (ת/31/ב, עמ' 3-4):

”לצורך הדיפת התקיפה שמסכנת חיים מותר לפתוח באש לעבר גופו של התוקף, במגמה לפגוע בו כך שיימנע ממנו להשלים את ביצוע מעשה התקיפה. ואולם, אם ניתן לסכל את התקיפה באמצעות ירי לעבר רגלי התוקף, יש להעדיף ירי כזה” (ת/22, עמ' 16. ההדגשה במקור, ע.א).

המערער לא הסביר, לא בחקירתו במשטרה ולא בעדותו במשפט, מדוע לא ניסה לירות לעבר רגלי המנוח, ומדוע ירי כזה לא היה די בו, על-פי הסכנה אותה דימה, כדי לעצור את המנוח מהמשך כניסתו לבית הספר. לפי דבריו בחקירתו במשטרה, הוא אינו זוכר דבר מפרק הזמן בו ירה (ת/31/א, בעמ' 20; ת/31/ב, בעמ' 51), אך בכך אין כדי ללמד כי סבר בטעות שירי לעבר הגוף הוא הדרך היחידה לעצירת התקיפה.

51. בכתב הערעור טוענים הסניגורים כי בנסיבות העניין, ובפרט נוכח ריצתו של המנוח אל תוך חצר בית הספר לאחר ירי האזהרה לאוויר, רשאי היה המערער לירות לעבר גופו של המנוח. דא עקא, ריצתו של המנוח דווקא מחזקת את המסקנה כי היה על המערער לירות לעבר רגליו. נזכור, כי המנוח לא רץ לתוך בית הספר אלא מסביב לו, ליד החלק הפנימי של הגדר, והסכנה ממנה חשש המערער הייתה שהמנוח יחדור לבית הספר דרך השער האחורי. בתחילת האירוע היו המערער והמנוח קרובים זה לזה והיה ביניהם מגע פיזי. המערער חשש, לדבריו, שהמנוח ייקח את אקדחו, ויתכן שלא ניתן היה לירות לעבר רגליו. אולם, בשלב האמור, עת ירה את הירייה השנייה, אין מדובר בסיטואציה דומה. דווקא התרחקותו של המנוח מהמערער לחלק האחורי של בית

הספר, אפשרה למערער לירות לעבר רגליו, אך הוא לא עשה כן. כמו כן, המנוח לא היה חמוש בכלי נשק באופן הנראה לעין, מה שעשוי היה להצריך את הירי לעבר הגוף (השוו: ע"פ 298/88 טו"ט נ' מדינת ישראל, פ"ד מד(1) 151, 155 (1989)). 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. עוד יש לציין, כי אין שייכות לנוהל המשטרה אשר קבע כי יש לירות לכיוון ראשו של חשוד כאשר יש זיהוי וודאי כי מדובר במפגע מתאבד (נוהל אשר לפי עדותו של הולנדר, עמ' 82, ש' 4 ועמ' 83, ש' 25, הועבר למערער בהכשרה בה השתתף כחודשיים ועשרה ימים לפני האירוע). כאמור, למערער לא היה חשד קונקרטי כי בפניו ניצב מפגע מתאבד, ולראייה – בשום שלב הוא אינו מספר כי כיוון לעבר ראשו של המנוח דווקא.

לסיכום, 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. משכך, לא עמד המערער בדרישת חוק העונשין, סטה מהנהלים לפיהם אמור היה לפעול, וניתן לקבוע כי אף נוכח הסכנה שדימה חרג הכוח שהפעיל מהמידה הנחוצה לשם הגנה על עצמו ועל התלמידות. על כן, לא התקיים תנאי הנחיצות, ושוב אין המערער יכול לחסות תחת ההגנה העצמית המדומה.

תנאי המידיות – האם בעת הירייה השלישית חשב המערער כי נשקפת לו סכנה?

52. די בכך שהמערער חרג ממידת הכוח הנחוצה לעצירת המנוח על מנת לקבוע שלא קמה למערער ההגנה העצמית המדומה. עם זאת, ניתן לקבוע בנוסף כי המערער חרג מתנאי ההגנה העצמית המדומה גם ביחס לתנאי המידיות, עת ירה במנוח כשזה שוכב על הארץ. ההגנה טוענת לעניין זה כי מבחינת תמונת עולמו של המערער, גם אם המנוח – בו ראה המערער מחבל – נפל על הארץ, עדיין לא ניתן לומר כי הוא היה מנוטרל, וכן נטען כי בית המשפט התעלם מאמרתיו של המערער לפיהן לא שם לב שהמנוח נפל לפני שירה בו.

דא עקא, גרסה זו אינה מתישבת עם הראיות האובייקטיביות. לפי עדותו של דנצר, לאחר שהמנוח מעד ונשכב על הרצפה, הגיע אליו המערער, נעמד מעליו וירה בו (עמ' 21). לפי עדותה של אהרון, לאחר שהמנוח נפל, כיוון אליו המערער את האקדח כלפי מטה, היא הספיקה לצעוק לו לא לירות, ושמעה את הירייה (עמ' 32). עדויות אלו מלמדות על כך שהירייה השלישית לא נורתה במקביל לנפילתו של המנוח, אלא חלף

פרק זמן, אף אם קצר, בין הנפילה לירייה, פרק זמן במהלכו היה סיפק בידי אהרון לצעוק למערער שלא יירה, ובו המערער כיוון את אקדחו כלפי מטה וירה. אל מול עדויות אלו לא מעמידה ההגנה דבר שעשוי לסתור מסקנה זו, מלבד האופי המהיר של האירוע שלא אפשר למערער לשים לב לנפילת המנוח. ההגנה ניסתה לטעון כי לפי דברי המערער בחקירתו, הוא זכר כי ירה במנוח לפני שנפל. אולם אם נדייק בדבריו של המערער, הוא אינו טוען כי הוא זוכר שירה במנוח בשעה שזה עדיין היה במהלך ריצה, אלא טוען שאינו זוכר אם כשירה במנוח את הירייה השלישית שכב המנוח על הארץ. על חוסר זכרוננו בנקודה זו חוזר המערער פעמים רבות בחקירתו (ת/31/2, עמ' 23 ; שם, בעמ' 35-36) ובשחזור (למשל בת/26/ג', עמ' 7 : "מתי היה ירי אחרונה באיזה מצב הוא היה אני לא יכול לענות"). לכל היותר, ואם נאמץ את גרסת המערער בחקירתו במלואה, הרי שניתן לקבוע כי הוא לא עצר ובדק באיזה מצב היה המנוח בעת שירה בו, והדבר לא היה בתודעתו בעת שירה את הירייה השלישית. בכך אין כדי להקים למערער את ההגנה של טעות, מאחר ולא בדק בשלב בו ירה את הירייה השלישית האם עדיין נשקפת סכנה. בעניין זה, יפים הם דברי השופט מצא :

"משבחר המערער להיתלות בטענה כי אינו זוכר דבר, נסתתמה יכולתו לסמוך על טענת טעות. טענת טעות ראויה להיבחן רק מקום שהנאשם מעלה אותה וסומך עליה, או למצער כשהאפשרות שטעה מסתברת מגירסתו העובדתית. משמע, מקום בו אין 'טועה' אף 'טעות' אין. וכשהנאשם אינו טוען כי טעה, אלא מעיד כי אינו זוכר דבר, אין בית-המשפט נוטל על עצמו להפך באפשרות היפותטית, שמא הנאשם טעה" (ע"פ 2534/93 מליסה נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(2) 597, 608-609 (1997), ההדגשות במקור).

53. בדומה, הטענה כי מחבל אינו מנוטרל לאחר שנפל דינה להידחות. טענה זו נכונה אולי למחבל מתאבד עם חגורת נפץ על גופו או למחבל הנושא כלי נשק. בענייננו, כאמור, לא הוכח שהיה חשש קונקרטי בלב המערער כי המנוח נושא חגורת נפץ על גופו, הוא לא נשא כלי נשק באופן גלוי, והעובדה שלא שלף נשק בכל שלב משלבי האירוע מפחיתה את החשש ממנו לעניין זה. יתרה מכך, מדובר בטענה שהמערער עצמו לא העלה בחקירתו במשטרה – גרסתו הייתה, כאמור, גרסה של חוסר זיכרון טוטאלי של מה שאירע לאחר שהחל לירות על המנוח (למשל ת/31/ב, עמ' 51). כל שטען היה שניסה לנטרל את המנוח בכל מחיר וירה את שתי היריות לעבר גופו. לפיכך, יש לקבוע כי גם מבחינת תמונת עולמו של המערער לא הייתה הירייה השלישית בגדר מעשה התגוננות ה"דרוש באופן מיידי" לשם הדיפת התקיפה, וגם מסיבה זו לא התקיימו תנאיה של ההגנה העצמית. בכל מקרה, הקביעה כי המערער השתמש בכוח

מופרז וחרג מדרישת הנחיצות אשר נכונה הייתה לירייה השנייה, נכונה עוד יותר באשר לירייה השלישית. במצבו של המנוח, אם נותר בליבו של המערער חשש, יכול היה לנטרלו באמצעות ירי לרגליו, ולא היה צריך לירות לעבר ראשו דווקא, או כטענת ההגנה – לירות לעבר גופו.

54. סיכומם של דברים: בית המשפט המחוזי השתית את קביעתו כי המנוח לא סבר שהמנוח הוא מחבל על נימוקים שבהיגיון. בנימוקים אלה אין מניעה שתתערב ערכאת הערעור. שוכנעתי כי המערער הצליח לעורר ספק סביר בכך שחשש כי מהמנוח נשקפת סכנת חיים לו ולתלמידות בית הספר, ואף אולי האמין כי מדובר במחבל. באשר לירייה השנייה, המערער הפעיל כוח מוגזם (כפי שקבע גם בית המשפט קמא), ואף לפי תמונת עולמו די היה בירי לעבר רגלי המנוח על מנת לעצור את הסכנה שראה לנגד עיניו. באשר לירייה השלישית, על אף שלא ראיתי להתערב בממצא שקבע בית המשפט המחוזי לפיו נורה המנוח בעת ששכב על הארץ, סבורה אני כי נוכח פרק הזמן הקצר בין נפילת המנוח לירייה, הלחץ בו היה שרוי המערער והתנהגותו בחלקו הראשון של האירוע, הצליח המערער לעורר ספק סביר באשר לכך שהיה מודע להיותו של המנוח שוכב על הארץ בעת שירה את הירייה השלישית.

55. אף על פי כן, כאמור, סבורה אני כי יש לדחות את הערעור ביחס להכרעת הדין. לשם הקמת ההגנה המדומה, נדרש שהעושה ידמה כי יסודותיה התקיימו. שלא כמו ביחס ליסודות העבירה – שאז אם העושה לא נתן דעתו לפרט מפרטי היסוד העובדתי לא ניתן להרשיעו – לצורך הקמתה של הגנה מדומה נדרש שהעושה יהיה מודע ליסודות ההגנה ואי-מודעותו משמעה שההגנה לא קמה. משלא נתן המערער את דעתו בעת ביצוע המעשים ליסוד הנחיצות וליסוד המידיות (וזאת בהניחי את ההנחות הטובות ביותר מבחינת גרסתו), בהתקיים "חלל תודעתי" בראשו של המערער ביחס לתנאיה של ההגנה העצמית המדומה, אין ההגנה עומדת לו.

הערעור על חומרת העונש

56. כאמור, בית המשפט המחוזי גזר על המערער עונש של 16 שנות מאסר. המשיבה מסכימה להקלה מתונה בעונש. יאמר כבר כעת: אני סבורה כי העונש שנגזר על המערער חורג באופן משמעותי מן העונש ההולם את העבירה שביצע, נוכח הנסיבות בה בוצעה והתקופה בה מדובר.

57. על אף שאני סבורה כי יש להותיר את הרשעת המערער בעבירת ההריגה על כנה, כפי שפורט בהרחבה בהכרעת הדין, אני רואה עם בית המשפט המחוזי עין בעין את ניתוח האירוע ומידת אשמתו של המערער בו. בית המשפט המחוזי חילק למעשה את האירוע לשני חלקים. בחלק הראשון, המערער, שלא זיהה את המנוח שסירב להזדהות ונכנס לשטח בית הספר תוך שימוש בכוח, לא ביקש לריב עם המנוח ועשה שימוש באקדחו לצורך איום וירי אזהרה באוויר, במסגרת מילוי תפקידו ובמטרה לעצור את המנוח מלהתקדם לתוך בית הספר, שימוש שהיה מוצדק. בית המשפט הוסיף כי יתכן ואף ירי לעבר רגלי המנוח עשוי היה להיות מוצדק. אולם, את חלקו השני של האירוע ראה בית המשפט באופן שונה בתכלית. לדבריו, המערער נגרר אחר רגשותיו וכעס על כך שהמנוח לא מציית לו, ולכן ביצע פעולה אסורה של ירי לעבר גופו, וכאשר נפל ולא היווה עוד סכנה לאיש, ירה בראשו מטווח קצר בכוונה להרגו, כחלק מחיסול חשבונות בגין התנהגות המנוח שפגעה בכבודו של המערער. לדברי בית המשפט המחוזי, הירייה השלישית מעלה את מעשהו של המערער "לדרגה של מעשה זדוני, אלים, שיש בו אטימות, רשע, רוע ואכזריות", ומעלה את דרגת החומרה של המעשים "לדרגה המתקרבת לרף הענישה המקסימלי שהמחוקק קוצב".

58. לטעמי, התנהלותו הכוללת של המערער באירוע אינה מתיישבת עם התנהגות של מי שפעל מתוך חמת זעם וחיסול חשבונות בגין התנהגות המנוח שפגעה בו. למיצער, לדידי הצליח המערער לעורר ספק ביחס לאפשרות שלאורך כל האירוע פעל על בסיס חשדו תוך כוונה לבצע את תפקידו ולמנוע את כניסת המנוח לבית הספר, וגם אם הפריז בכוח בו השתמש בירייה השנייה והשלישית, או לא הפעיל שיקול דעת נכון בהערכת חומרת הסכנה עת ירה את הירייה השלישית, אין לומר שפעל באכזריות וברשעות וממניעים של עלבון ונקם או חיסול חשבונות, כפי שהגדיר זאת בית המשפט המחוזי. זאת, גם בתיתי דעתי לעדותו של טכנאי "בזק" גבע, אשר עורר את חמתו של המערער מוקדם יותר באותו יום.

59. כפי שנקבע על-ידי בית המשפט המחוזי, המערער פעל באופן הדרגתי. הוא ביקש מהמערער להזדהות, וזה סירב. הוא ניסה למנוע ממנו להיכנס בגופו. הוא שלף את אקדחו ודרך אותו באיום. הוא צעק על המנוח שישכב על הרצפה. הוא ירה באוויר. הוא הזעיק מאבטח מבית ספר סמוך. הנקיטה בכל האמצעים האלו אינה מתיישבת עם כעס וחיסול חשבונות. ההפרדה שערך בית המשפט קמא בין חלקו הראשון של האירוע, בו ביצע המערער את תפקידו ונהג כראוי, לבין חלקו השני, בו פעל מתוך כעס ועלבון, נראית מלאכותית ואינה משכנעת. האם אותו מאבטח, אשר בתחילת האירוע פעל בדרכים שונות ומתונות על מנת לעצור את המנוח החשוד, ולא ירה בו מיד על אף

השימוש בכוח ואי הציות מצד המנוח, נתקף פתאום בחמת זעם לאחר שירה באוויר והמנוח המשיך בהתקדמותו, עד שגמלה בליבו ההחלטה לחסל את המנוח כדי לנקום בו על התנהגותו? מה קרה בפרק הזמן הקצר שלאחר הירייה הראשונה באוויר, שגרם למערער להחליט להמית את המנוח בשל הפגיעה בכבודו? הסבר זה להתנהגותו באירוע נראה תמוה ביותר.

60. הדרך להבין את התנהגותו של המערער באירוע היא בפרספקטיבה של הלחץ, המצוקה והפחד בהם היה שרוי, גם אם איני שוללת כי מעורב באלה גם הכעס מתגובות המנוח. הביטויים בהם השתמש המערער בחקירתו, של "שיגעון" ו-"עצבנות", מלמדים על לחץ גדול, על סערת רגשות ופחד. יש לזכור כי המערער, שעלה לארץ כעשר שנים לפני המקרה, אינו שולט היטב בעברית, השפה בה התנהלה חקירתו. המערער לא הצליח לעצור את המנוח בגופו, ולא הצליח להרתיעו באיום באקדח. כדבריו בחקירה בתשובה לשאלה מדוע לא קרא לעזרה במקום לירות במנוח כפי שעשה במקרה אחר בעבר: "עכשיו היה לחץ יותר...יותר גבוה. הוא רץ...הוא נכנס בכוח. אני לא יכול ל...לעשות כלום. אני רואה שהוא יותר חזק..." (ת/31/א, עמ' 31). על כן, וכתוצאה מהפחד וחוסר האונים שחש, נוכח הניסיון לעצור אדם הצעיר ממנו בכ-18 שנים (המערער היה בן 54 שנים בעת האירוע), הוא נכנס למין מצב של "שיגעון", כדבריו, שבמסגרתו ניסה לנטרל את המנוח בכל מחיר, מבלי לבחון דרכי פעולה חלופיות ומבלי לבחון האם המנוח אינו מהווה עוד סכנה. כפי שקבעתי, תחושות ההיסטריה ואובדן השליטה של המערער, אין בכוחן כדי לספק לו את ההגנה מפני עבירת ההריגה. אולם, יש בכוחן להשליך במידה משמעותית על העונש שייגזר עליו.

61. כאמור, העונש שנגזר על המערער חורג לחומרה באורח קיצוני מהעונש ההולם את התנהגותו באירוע בנסיבות בהן אירע. נראה כי העונש חמור גם ביחס לעובדות אותן קבע בית המשפט המחוזי, של מעשה אכזרי שתחילתו בהיתר – דבר המסביר את הסכמת המשיבה, הסומכת ידיה לחלוטין על פסק דינו, להקלה בעונשו של המערער. לבטח חורג העונש לחומרה לאור המסקנות השונות אליהן הגעתי. כאמור, מדובר במאבטח, אשר במסגרת תפקידו לשמור על תלמידות בית הספר ניסה לעצור אדם שסירב להזדהות ללא סיבה הגיונית, והשתמש בכוח על מנת להיכנס לשטח בית הספר, באופן שניתן היה לסבור כי צפויה ממנו סכנת חיים לתלמידות. המערער פעל בתחילה באופן הדרגתי ושקול, אולם בהמשך, נוכח התנהגות המנוח, בהתחשב באירועי התקופה ובאחריות הכבדה המוטלת על כתפיו, נלחץ, איבד את עשתונותיו והשתמש בכוח מופרז על מנת לבצע את תפקידו.

62. בית משפט זה הקל לא פעם בצורה משמעותית בעונשם של נאשמים שחרגו מתנאי ההגנה העצמית, הכל כמובן לפי נסיבותיו המיוחדות של כל מקרה ומקרה (ראו: ע"פ 229/62 גרז'צקי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יז(2) 1077, 1080 (1963); ע"פ 61/83 שוקרון נ' מדינת ישראל, פ"ד לח(2) 617, 630 (1984); דעת המיעוט של השופט ש' לוין בע"פ 4785/90 ג'בארין נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(5) 221, 227 (1995) (הרוב פסק שיש לזכות את המערער)). בפרט ראוי להקל בעונשו של מי שחרג מתנאי ההגנה העצמית, כאשר הוא היה שרוי במצב נפשי מיוחד בעת המעשה – פחד, בלבול, לחץ וכיוצא באלו (ראו גם: סנג'רו, בעמ' 355). כאמור, התרשמתי כי המערער היה שרוי בעת ביצוע העבירה במצב של מצוקה קשה ולחץ, אשר מצדיקים הקלה משמעותית בעונשו. בפרט ראוי לעשות כן במקרה כמו המקרה דנן, בו למערער לא רק הייתה הזכות, אלא אף החובה לעצור את המערער מלהיכנס לבית הספר, ובמעשיו ניסה להגן לא רק על עצמו, אלא בעיקר על תלמידות בית הספר, כ-1200 במספר, שחלקן עוד שהו בשטח בית הספר.

63. כן אין להתעלם מהתקופה בה בוצע המעשה. הימים ימי פיגועים קשים. די אם נזכיר את הפיגוע שאירע בגבעה הצרפתית בירושלים ב-22.9.04, כחודש לפני האירוע, בו פוצצה עצמה מחבלת מתאבדת בשעה שנבדקה בידי שוטרי מג"ב, וכתוצאה מהפיצוץ נהרגו שני לוחמי מג"ב ונפצעו 33 אנשים; ואת הפיגוע שאירע בבאר-שבע ביום 31.8.04, כחודשיים לפני האירוע, בו פוצצו עצמם מחבלים מתאבדים בשני אוטובוסים בו זמנית, וכתוצאה מהפיצוצים נהרגו 16 בני אדם וכ-100 נפצעו. המערער עבר זמן מה לפני האירוע תדריך בו הוזהר מתרחיש של פיגוע חבלני. בכל זה היה כדי ליצור אצלו דריכות מיוחדת והרגשה שהוא נושא באחריות כבדה, תחושות שהתעצמו נוכח סירובו של המנוח להזדהות והתעקשותו להיכנס לחצר בית הספר.

במסגרת הנסיבות לקולא יש למנות עוד את נסיבותיו האישיות של המערער, ובהן גילו המתקדם, העובדה שזו לו ההסתבכות הראשונה עם החוק, וכן עדויות האופי החיוביות שנשמעו על אודותיו.

64. מנגד, אין לשכוח כי נקטלו חיי אדם ונפגעה משפחה שלמה שחייה לא ישובו להיות כשהיו. זאת ועוד: למנוח לא היו מאפיינים מחשידים בולטים, לאורך כל האירוע הוא לא שלף נשק או הראה כוונה לעשות זאת, והיריות בו נורו עת נמלט בריצה מסביב לבית הספר, כשבעת הירייה הקטלנית היה שכוב על הקרקע. המערער השתמש בכוח מופרז, מבלי לבחון ולשקול את פעולותיו, בחינה הנדרשת גם ברגעי לחץ ומתח. על כתפיו של אדם המשמש בתפקיד מאבטח ונושא נשק, רובצת אחריות כבדה, ועל אף

המצב הבטחוני בארצנו, אין זה מתקבל על הדעת שיתרופפו התנאים המוקדמים לשימוש בירי על מנת להרוג, עד כדי שיתורו פעולות שנעשות בסערת רגשות וללא שיקול דעת. כן יש לזכור, כי למערער היה ניסיון כמאבטח מספר שנים לפני המקרה.

65. סיכום הנסיבות לחומרא ולקולא מעלה כי מעשיו של המערער אינם נמצאים במדרג העליון של עבירת ההריגה. יש להענישו על כך שלא הפעיל שיקול דעת, נקט בכוח מוגזם ולא עצר להעריך את הסכנה מולה ניצב בטרם פעל, עת ירה באדם השרוע על הארץ והביא למותו; יש לתת ביטוי לצורך להרתיע את נושאי הנשק שידם לא תהא קלה על ההדק. מנגד, יש לזכור כי בוחנים אנו את הדברים בדיעבד, כי מדובר באירוע מתגלגל, שנמשך זמן לא רב, בתנאי מצוקה ולחץ, ובעונש שייגזר על המערער יש ליתן ביטוי גם ללחץ ולמצוקה בהם היה שרוי בשל התנהגותו של המנוח, לחששו כי הוא ניצב בפני סכנה, למורכבות תפקידו כמאבטח, לקשיים האינהרנטיים בזיהוי מחבלים ולאחריות הכבדה שרבעה על כתפיו לשלום תלמידות בית הספר, ולאופן השקול והמדורג בו נהג בחלקו הראשון של האירוע.

66. על כן, אם תשמע דעתי, אציע לחבריי לדחות את הערעור על הכרעת הדין, אולם לקבל את הערעור על גזר הדין, כך שתחת העונש שנגזר על המערער בבית המשפט קמא ייגזר עליו עונש של חמש שנות מאסר לריצוי בפועל, וכן מאסר על תנאי לתקופה של שלוש שנים, והתנאי הוא שלא יעבור עבירת אלימות במשך שלוש שנים מיום שחרורו ממאסר.

ש ו פ ט ת

השופטת מ' נאור:

1. אני מצטרפת למסקנתה של חברתי השופטת ארבל הן לעניין ההרשעה והן לעניין העונש זאת אף שבענין אחד נפרדות דרכנו.

2. חברתי השופטת ארבל מאשרת את ממצאו של בית המשפט המחוזי לפיו המערער ירה במנוח את הירייה השלישית בעת שזה האחרון שכב על הארץ, לממצא זה מסכימה אני. לעומת זאת - בליבי לא מתעורר ספק סביר בשאלה אם המערער היה מודע לעובדה שהמנוח שכב על הרצפה בעת שירה את הירייה השלישית. ספק בנושא זה יכול היה להתעורר לדעתי רק נוכח גרסה פוזיטיבית של המערער אך גרסה כזו לא נשמעה מפיו. על כן גם לשיטתי ההרשעה בהריגה צריכה לעמוד על כנה.

3. עם זאת מסכימה אני עם חברתי כי יש להפחית בעונש, וזאת כמוצע על ידה. מדובר, לכל הדעות, באירוע מלחיץ ביותר. אילו היה המדובר בעבירת רצח, ניתן היה בנסיבות עניין זה להטיל על המערער עונש מופחת. באנלוגיה לכך: במסגרת עבירת ההריגה ניתן, בנסיבותיו של עניין זה כפי שתוארו על ידי חברתי להסתפק בעונש פחות.

4. על כן מצטרפת אני למסקנתה של חברתי.

ש ו פ ט ת

השופט ס' ג'ובראן:

אני מסכים.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינה של השופטת ארבל.

ניתן היום, ג' בחשון תשס"ז (25.10.06).

ש ו פ ט

ש ו פ ט ת

ש ו פ ט ת