



בבית הדין הצבאי לערעורים

בפני :

אלוף דורון פיילס - הנשיא
אלוף איל איזנברג - שופט
תא"ל אבי פלד - שופט
אל"ם יגאל פליטמן - שופט
אל"ם צבי סגל - שופט

בעניין :

מ/XXXXX סמל אלאור אזריה - המערער (ע"י ב"כ, עו"ד יורם שפטל ; עו"ד עינת גלוסר)

נ ג ד

התובע הצבאי הראשי - המשיב (ע"י ב"כ, סא"ל (מיל') נדב ויסמן ; רס"ן תאה שליט ; סרן אבישי קפלן ; סרן נדב גלס)

ובעניין :

התובע הצבאי הראשי - המערער (ע"י ב"כ, סא"ל (מיל') נדב ויסמן ; רס"ן תאה שליט ; סרן אבישי קפלן ; סרן נדב גלס)

נ ג ד

מ/XXXXX סמל אלאור אזריה - המשיב (ע"י ב"כ, עו"ד יורם שפטל ; עו"ד עינת גלוסר)

ערעורים על פסק דין של בית הדין הצבאי המחוזי במחוז שיפוט המרכז שניתן בתיק מרכז (מחוזי) 182/16 (אל"ם מאיה הלר – אב"ד ; אל"ם כרמל ווהבי – שופט ; סא"ל ירון סיטבון – שופט) ביום 21.2.2017. ערעור ההגנה (הכרעת הדין וחומרת העונש) נדחה. ערעור התביעה (קולת העונש) נדחה.

תוכן עניינים

4	1. כללי.....
5	2. הכרעת הדין של בית הדין המחוזי.....
6	1.2. עבירת ההריגה.....
7	2.2. גרסת המערער במצ"ח.....
12	3.2. כנות הטעות – גרסת המערער לאחר סיום האירוע.....
14	4.2. כנות הטעות – התפתחויות מאוחרות לאחר חקירת מצ"ח.....
15	5.2. כנות הטעות – גרסתו של המערער בראי הצילומים מן האירוע.....
22	6.2. הגנה מן הצדק.....
26	3. ערעור ההגנה כנגד הכרעת הדין.....
38	4. תגובת התביעה הצבאית.....
39	5. דיון והכרעה.....
39	1.5. בקשה להוספת ראיות נוספות בערעור.....
45	2.5. עבירת ההריגה.....
49	1.2.5. עדותו של רב"ט ת' מ'.....
59	1.2.5. עדותו של רס"ן נעמן.....
62	3.2.5. גרסת המערער.....
76	3.5. סייגים לאחריות פלילית.....
86	4.5. הגנה מן הצדק.....
89	1.4.5. מן הכלל אל הפרט.....
106	5.5. סיכומם של דברים בעניין הערעור על ההרשעה.....
106	6. הערעורים בעניין העונש.....
106	1.6. קביעת בית הדין קמא.....
109	2.6. ערעור ההגנה כנגד חומרת העונש.....
110	3.6. ערעור התביעה כנגד קולת העונש.....
112	4.6. דיון.....
117	1.4.6. ערעור התביעה על גזר הדין – דעת רוב השופטים.....
125	2.4.6. ערעור התביעה על גזר הדין – דעת המיעוט הראשונה.....
125	1.2.4.6. פתח דבר.....
132	2.2.4.6. הנתיב לקביעת העונש ; עמדתנו אל מול דעת הרוב.....
149	3.2.4.6. התוצאה המוצעת.....
149	4.2.4.6. הגיגים והערות בטרם נעילה.....

156.....	3.4.6. ערעור התביעה על גזר הדין – דעת המיעוט השנייה
156.....	1.3.4.6. פתח דבר
157.....	2.3.4.6. העבירה
157.....	3.3.4.6. העמדה לדין
157.....	4.3.4.6. הגנה מן הצדק
157.....	5.3.4.6. אכיפה בררנית
158.....	6.3.4.6. מתחם הענישה וגזר הדין
159.....	7. סוף דבר

פ ס ק - ז י ן**כללי**

1. כנגד סמל אלאור אזריה (להלן: המערער), חובש בפלוגה המבצעית של גדוד שמשון, הוגש כתב אישום, אשר ייחס לו עבירה, שעניינה **הריגה**, לפי סעיף 298 לחוק העונשין, התשל"ז-1977; ועבירה, שעניינה **התנהגות שאינה הולמת**, לפי סעיף 130 לחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955.

2. על-פי הנטען בכתב האישום, בבוקר יום חמישי, 24.3.2016, הגיעו שני מחבלים פלסטיניים לעמדת הבידוק בצומת ג'ילבר שבחברון, ותקפו את הקצין והחייל שניצבו בעמדה, בסכינים. החייל נפצע בכתפו. הקצין והחייל השיבו אש לעבר המחבלים. כתוצאה מכך, אחד המחבלים נפגע ומת בזירת האירוע, סמוך לאחר שנורה. המחבל השני, עבד אל-פתאח יוסרי עבד אל-פתאח אלשריף (להלן: "המחבל אלשריף" או "המחבל"), נפצע משישה קליעים שפגעו בגופו. המחבלים נותרו שכובים בזירת האירוע. מספר דקות לאחר הירי במחבלים הגיע המערער לזירת האירוע, כחלק מכוחות התגבור שהוזעקו למקום. המערער סייע בטיפול בחייל הפצוע, עד שפונה על-ידי אמבולנס לקבלת טיפול רפואי. בשלב מסוים, ניגש המערער לאסוף את קסדתו, שהייתה מוטלת על הקרקע, והחל לנוע לכיוון המחבל אלשריף. המערער ניגש אל חברו ליחידה, רב"ט ת' מ', מסר לו את קסדתו, תוך שביקש ממנו להחזיקה. לאחר מכן דרך את נשקו האישי, מסוג M-4, כלפי מעלה, התקרב מספר צעדים לעבר המחבל אלשריף וירה כדור בודד לעבר ראשו. מותו של המחבל אלשריף נקבע לאחר מכן. על-פי כתב האישום, המערער ביצע את הירי בניגוד לנהלי הפתיחה באש וללא הצדקה מבצעית, שעה שהמחבל אלשריף שכב פצוע על הקרקע, ולא היווה סכנה מיידית ומוחשית למערער ולשוהים במקום. על-פי כתב האישום, במעשים אלה גרם המערער למותו של המחבל אלשריף, שלא כדין. נוכח האמור, יוחסה למערער אף עבירה, שעניינה התנהגות שאינה הולמת את דרגתו ועמדתו בצבא.

3. המערער כפר באשמה שיוחסה לו. במסגרת המענה בכתב לכתב האישום, טען המערער כי בעקבות חששו כי המחבל נושא על גופו מטען חבלה, לנוכח הסכין שהייתה מונחת על הכביש בקרבת המחבל, ולאור כך שהבחין במחבל מזיז את ידו עובר לירי, סבר המערער כי המחבל מנסה לבצע פיגוע משולב. משחש בסכנת חיים

מוחשית ומיידית פעל על מנת להגן על עצמו ועל השוהים בזירה. עוד טען המערער להיעדר קשר סיבתי בין הירי שביצע לבין מות המחבל. נטען, כי מות המחבל נגרם עוד קודם לירי שביצע המערער, כתוצאה מהיריות שנורו לעברו על-ידי חיילי צה"ל, שהיו בעמדת הבידוק. המערער הוסיף וטען לתחולתם של סייגים לאחריות פלילית: טעות במצב הדברים במשולב עם צידוק, צורך והגנה עצמית, אשר יש בהם כדי לפוטרו מאחריות פלילית. ההגנה אף עתרה לביטול כתב האישום מטעמים של הגנה מן הצדק. נטען, כי פתיחת חקירת מצ"ח והגשת כתב האישום כנגד המערער נעשו מתוך רצון לרצות את הדרג הצבאי הבכיר; כי הגשת כתב האישום עולה כדי אפליה פסולה של המערער לעומת מקרים דומים רבים, שבגינם לא ננקטו הליכים משפטיים; כי ההליך המשפטי זוהם, לאור התבטאויותיהם של שר הביטחון דאז ושל הרמטכ"ל, קודם לסיום התחקיר המבצעי ולאור התבטאויות מפקדי המערער, אשר השפיעו על תוכן העדויות שמסרו החיילים במצ"ח ולאחר מכן בבית הדין; כי התחקיר המבצעי זלג לתוככי חקירת מצ"ח וההליך המשפטי, בניגוד להוראות חוק השיפוט הצבאי; וכי נגרם למערער נזק ראייתי כתוצאה מהחזרת גופת המחבל, בטרם עלה בידי ההגנה לבקש את נתיחתה על-ידי מומחה מטעמה.

4. לאחר שמיעת פרשת הראיות, הורשע המערער בעבירות שיוחסו לו. בגין הרשעתו בדין הושתו עליו, בדעת רוב השופטים, 18 חודשי מאסר לריצוי בפועל, בניכוי תשעה ימים, שבהם היה נתון במעצר ממשי. השופט שבמיעוט סבר, כי יש להטיל על המערער עונש מאסר בפועל בן 30 חודשים. פה אחד, נגזרו על המערער שנים-עשר חודשי מאסר על-תנאי למשך שלוש שנים, לבל יעבור עבירה לפי סעיף 298 לחוק העונשין; שישה חודשי מאסר על-תנאי למשך שנתיים, לבל יעבור עבירה, שעניינה שימוש בלתי חוקי בנשק והורדה לדרגת טוראי.

5. המערער עתר לזיכוי ולחילופין להקלה בעונשו. התביעה הצבאית סבורה, כי עונש המאסר מקל יתר על המידה ובערעורה היא עותרת להחמרה במידת עונש המאסר בפועל שהוטל על המערער.

הכרעת הדין של בית הדין המחוזי

6. כאמור, ביום 4.1.2017 הרשיע בית הדין המחוזי, פה אחד, את המערער בעבירת הריגה ובעבירה נלווית, שעניינה התנהגות שאינה הולמת. הכרעת הדין, מפורטת

ומקיפה, מנתחת בהרחבה את גרסתו של המערער, תוך השוואתה לגרסאותיו במצ"ח ולעדויות בבית הדין, ואת השתלבות גרסתו עם העדויות שמסרו עדי התביעה ועדי ההגנה, ביניהם קצינים, חיילים, אזרחים וגורמים אחרים, ששהו בזירת האירוע וכאלה ששוחחו עם המערער לאחר שירה, וכן את השתלבות גרסתו של המערער עם ראיות אובייקטיביות שהוגשו, ובכלל זה סרטון שצולם על-ידי תחקירן של ארגון "בִּפְּלָם", שתיעד את המערער יורה במחבל, וכן סרטונים נוספים שצולמו בזירת האירוע. אחר כל אלה, דן בית הדין המחוזי בסייגים לאחריות פלילית שהעלה המערער וכן בטענתו בדבר הגנה מן הצדק. נעמוד להלן על עיקרי הכרעת הדין.

עבירת ההריגה

7. לאחר שסקר את המסגרת הנורמטיבית של עבירת ההריגה, הדגיש בית הדין קמא כי המערער לא חלק על כי ירה בראשו של המחבל מטווח קצר, ובמהלך עדותו בבית הדין אישר כי היה מודע לכך כי הירי שביצע "מנטרל את המערכות", "הורג בסבירות גבוהה" וכן "נוטל כנראה חיים של אדם". בנסיבות אלה נקבע, כי החשש המדומה אשר לו טען המערער, אשר הצדיק, לגישתו, את הירי לעבר המחבל, הוא הסוגיה המרכזית אשר יש להכריע בה. צוין, כי לצורך הכרה בסייג הטעות במצב הדברים, על-פי החוק, לא נדרש עוד כי הטעות תהא טעות סבירה, ודי בכך שהנאשם טעה טעות כנה ביחס להתקיימות התנאים לתחולת הסייג. יחד עם זאת צוין, כי סבירותה של הטעות תשמש כאבן בוחן להערכת כנותה. לאחר מכן, נדרש בית הדין המחוזי לבחינת השאלה האם התקיים קשר סיבתי בין הירי שביצע המערער לבין מותו של המחבל. בעניין זה העידו בפני בית הדין המחוזי שלושה עדים מומחים – מטעם התביעה הצבאית העידה ד"ר גיפס, רופאה משפטית מהמכון הלאומי לרפואה משפטית, אשר ניתחה את גופתו של המחבל, ומטעם ההגנה נשמעו עדויותיהם של פרופ' היס, מומחה ברפואה משפטית, ושל פרופ' שמעון, מנתח לב וחזה. לאחר שמיעת עדויות המומחים ובחינת חוות דעתם, בראי התשתית העובדתית הכוללת, מצא בית הדין המחוזי לאמץ את מסקנת המומחית מטעם התביעה הצבאית, ד"ר גיפס, וקבע כי מותו של המחבל נגרם כתוצאה מהירי שביצע המערער לעבר ראשו. צוין, כי ד"ר גיפס הסבירה היטב כיצד מתיישבים ממצאי הניתוח עם המסקנה כי המחבל היה חי כאשר נורה בראשו. כזכור, טענת המערער הייתה כי עובר לירי הבחין בידו של המחבל וזה. בעניין זה קבע בית הדין קמא, כי בהעדר ביסוס עובדתי לאפשרות כי אנשים מתים יזוזו, נשמטת הקרקע תחת טענת ההגנה, כי המחבל כבר היה מת בעת שנורה על-ידי המערער. יצוין, כי בערעור נזנחה הטענה בדבר היעדר

קשר סיבתי בין הירי של המערער לבין מותו של המחבל וקיומו של קשר כזה אינו עוד במחלוקת.

8. על מנת להכריע בשאלת התקיימות היסוד הנפשי הדרוש בעבירת ההריגה ולשם הכרעה בטענת המערער לקיומה של טעות במצב הדברים, המהווה את הבסיס ליתר הסייגים לאחריות פלילית שלטענתו חלים בעניינו, נפנה בית הדין המחוזי לבחון את גרסתו של המערער ואת ראיות התביעה.

גרסת המערער במצ"ח

9. תחילה נבחנה אמרתו הראשונה במצ"ח של המערער, אשר נגבתה ממנו ביום האירוע. לפי גרסתו, הירי בוצע הן לאור חשש מסכין, שהייתה מונחת על הכביש, במרחק נגיעה מהמחבל ולעברה הזיז המחבל את ידו, והן לאור חשש ממטען, לנוכח קריאות אזרחים ששהו במקום, שלפיהן המחבל נושא על גופו מטען, זמן קצר לפני שירה המערער במחבל.

10. על-מנת לבחון את כנות טעותו של המערער עמד בית הדין המחוזי על גרסת המערער סמוך לאחר הירי. משכך, נפנה לבחון את עדותו של עד התביעה, רב"ט ת' מ', החייל אשר קיבל מידיו של המערער את קסדתו עובר לירי, ועמד בסמוך על ידו עת ירה. צוין, כי הודעותיו של רב"ט ת' מ' במצ"ח הוגשו בהסכמה ומשכך לא הייתה מחלוקת ביחס לאמיתות תוכן. רב"ט ת' מ' מסר במצ"ח, כי שוחח עם המערער מיד לאחר הירי, וזה אמר לו "מש[ה]ו בסגנון שדקרו את חבר שלו וניסו להרוג אותו אז גם לו מגיע למות...". כן הוסיף, כי שמע את המערער אומר למפקד הפלוגה, רס"ן נעמן, "את אותו המשפט שהוא אמר לי שדקרו את חבר שלו וניסו להרוג אותו לכן מגיע למחבל למות" (ת/62). בית הדין המחוזי מצא ליתן לדבריו של רב"ט ת' מ' במצ"ח משקל מלא ולהשתית עליהם ממצאים. בית הדין קמא עמד על כך שרב"ט ת' מ' והמערער אישרו כי הם חברים טובים, אשר שירתו יחדיו מתחילת שירותם הצבאי. צוין, כי הן בחקירתו במצ"ח והן במהלך עדותו בבית הדין, ניכר היה כי רב"ט ת' מ' ניסה לסייע למערער ככל הניתן, תוך מילוי חובתו להעיד אמת. משכך נקבע, כי לא ניתן לחשוד ברב"ט ת' מ' כי ניסה להעליל על המערער. בית הדין קמא דחה את ההסתייגויות שהעלה רב"ט ת' מ' במהלך עדותו בבית הדין, בכל הנוגע לרמת הדיוק בפרטים שמסר במצ"ח, בהתבסס על כך שחלקם הגדול של הפרטים שמסר במצ"ח נכתבו בכתב ידו.

11. בית הדין המחוזי פירט אילו חיזוקים חיצוניים נמצאו בחומר הראיות לגרסתו של רב"ט ת' מ', אשר למשפט שלדבריו אמר המערער. צוין, כי סמ"ר א' א', שעמד בסמוך למחבל על-מנת לאבטח אותו, העיד כי לאחר הירי צעק המערער "הוא דקר את חבר שלי" ואף סמל א' ר', שעמד בסמוך למחבל, העיד כי לאחר הירי אמר המערער "דקרו את חבר שלי רצו להרוג אותו". חיזוק משמעותי נוסף לגרסתו של רב"ט ת' מ' מצא בית הדין בגרסתו של מפקד הפלוגה, רס"ן תום נעמן, שעליה יורחב בהמשך הדברים.

12. על יסוד האמור לעיל קבע בית הדין קמא, כי המערער לא העלה בפני רב"ט ת' מ' את החשש מהסכין או מהמטען, כסיבה לכך שירה במחבל. הוטעם, כי דבריו של המערער בפני רב"ט ת' מ' מלמדים על סיבה אחרת, שאיננה קשורה בחשש עתידי מן המחבל, אלא במעשיו הקודמים של המחבל. צוין בהקשר זה, כי ההגנה לא ביררה עם רב"ט ת' מ', במסגרת חקירתו הנגדית, האם המערער העלה בפניו הסבר הקשור לחשש מהסכין או מהמטען, והדבר מלמד כי העניין לא שנוי במחלוקת.

13. בית הדין קמא הוסיף וציין, כי נראה שבמהלך חקירתו במצ"ח היה המערער מודע היטב לקשיים שגרסתו של רב"ט ת' מ' מציבה בפניו, ומשכך הכחיש בתחילת החקירה את עצם שיחתו עם רב"ט ת' מ' ואף התנה תנאים לעריכת עימות עמו. הוטעם, כי המערער אישר במצ"ח, כי יתכן שרב"ט ת' מ' "שמע אותי אומר את זה אחרי הירי... את האמרה הוא דקר חבר ומגיע לו למות, יכול להיות שהוא שמע את זה רק אחרי הירי", ובהמשך אותה אמרה ציין כי "אם הוא [רב"ט ת' מ' – בית הדין הצבאי לערעורים] ותום אמרו שאמרתי שמגיע לו למות אני לא זוכר את זה אבל אם אמרתי אז כן". נקבע, כי בכך אישר המערער, למעשה, את גרסתו של רב"ט ת' מ'. צוין, כי במהלך עדותו בבית הדין חזר המערער לטעון, כי לא זכורה לו שיחה כלשהיא עם רב"ט ת' מ', לא לפני הירי ולא לאחריו, למעט בקשתו מרב"ט ת' מ', לפני הירי, לקחת ממנו את הקסדה. נקבע, כי בכך אישר המערער כי לא ציין בפני רב"ט ת' מ' את החשש ממטען, "חרף אישורו את העובדה כי לאחר הירי ייכול להיות שרב"ט מ' ציין בפניו כי הירי שביצע לא היה תקין". הודגש, כי המערער בחר שלא להשיב באופן ישיר לשאלה האם הירי במחבל בוצע ממניעים נקמניים, והתייחס באופן מתחמק לעדויות חבריו בנוגע לתגובתו מיד לאחר הירי. נוכח האמור מצא בית הדין המחוזי לדחות את הסברו של המערער, וקבע כי לאחר הירי אמר

המערער באוזניו של רב"ט ת' מ' כי "דקרו את חבר שלי וניסו להרוג אותו אז גם לו מגיע למות". נקבע, כי:

"להתבטאות זו של הנאשם משקל משמעותי ביחס להכרעה השיפוטית בענייננו. שמיעת עדי הזירה שבאו בפנינו נועדה לסייע בידינו להבין את שהתחולל בראשו של הנאשם, כאשר קיבל את ההחלטה לירות במחבל. זהו לב לבו של התיק. על כך יקום או יפול דבר. שכן, הנאשם טוען לסכנה מדומה אשר לכאורה חייבה אותו לפעול באופן מידי" (פסקה 84 להכרעת הדין) [ההדגשה הוספה – בית הדין הצבאי לערעורים].

הודגש, כי דבריו של המערער מיד לאחר האירוע נאמרו באופן ספונטאני ובהמשך ישיר לאירוע הירי. ומשכך נקבע, כי בהתאם לפסיקה, דבריו עולים כדי ראשית הודיה.

14. בהמשך, נפנה בית הדין המחוזי לבחון את עדותו של מפקד הפלוגה, רס"ן נעמן, אשר שוחח עם המערער בזירת האירוע מיד לאחר הירי. רס"ן נעמן העיד בפני בית הדין קמא, כי מיד לאחר הירי "ניגשתי אליו שאלתי אותו מי אישר לו לירות, למה הוא עשה את זה והוא ענה לי 'המחבל הזה היה חי, הוא צריך למות'....". העד מסר, כי המערער "לא התייחס לסכין וגם לא למטען". לגרסתו של רס"ן נעמן מצא בית הדין המחוזי תימוכין רבים. ראשית, צוין, כי גרסתו מחוזקת על-ידי העובדות שמסר רב"ט ת' מ', כמפורט לעיל. שנית, צוין, כי גרסתו מחוזקת בפרטים שמסר מפקד הגדוד, סא"ל דוד שפירא, בעדותו בבית הדין, שלפיהם במהלך שהותו בזירת האירוע שאל את רס"ן נעמן "אם היה משהו חריג בזירה" ונענה על ידי רס"ן נעמן כי "האירוע חריג יותר ממה שאני חושב", וכי "הוא לקח את אלאור הצידה ושאל אותו למה הוא ביצע את הירי והתשובה שאלאור אמר לו [לרס"ן נעמן – בית הדין הצבאי לערעורים]... היא ש'הוא מחבל והוא צריך למות'". נקבע, כי בדברים אלה יש כדי לאמת את דבריו של רס"ן נעמן. שלישית, צוין, כי גרסת רס"ן נעמן נתמכת בפרטים שמסר מפקד החטיבה, אל"ם יריב בן-עזרא, בעדותו בפני בית הדין, שלפיהם, עם הגעתו לזירה "ניגש אלי רבש"ץ הישוב היהודי, יוני בלייכברד, ואומר לי שבמהלך האירוע היה ירי חריג שאני צריך לבדוק אותו". לפיכך, פנה מפקד החטיבה למפקד הגדוד ולמפקד הפלוגה ושאל "מה ההסבר לאירוע, הם מסבירים לי שלא ברור ומתארים לי את המשפט שנאמר על ידי החייל שלמיטב זכרוני זה היה 'שמחבלים צריך להרוג'". הוטעם, כי גם רס"ן נעמן לא נשאל במסגרת חקירתו הנגדית, האם המערער העלה את חששו מהסכין או מהמטען, כסיבה לביצוע הירי.

15. בית הדין קמא בחן את גרסת המערער אשר לשיחה שהתקיימה בינו לבין רס"ן נעמן וקבע, כי מדובר בגרסה מתפתחת ומתפתלת. צוין, כי בתחילת חקירתו במצ"ח ציין המערער כי הסביר לרס"ן נעמן על אודות הסכנה מהסכין בלבד – "שראיתי את היד שלו וזה לכיוון הסכין שהוא התחיל להזיז את היד". בהמשך החקירה טען המערער כי לא זכורה לו ששיחה כאמור התקיימה ואף סירב לערוך עימות עם רס"ן נעמן. במהלך עדותו בבית הדין העלה המערער גרסה חדשה לחלוטין, שלפיה לאחר הירי הסביר לרס"ן נעמן על אודות הסכנה מהסכין ומהמטען – "שהרגשתי סכנה, הסכין קרובה אליו, שלא יקום, מסביר לו על המטען... ואומר לו את שתי הסכנות". נקבע, כי גרסתו האחרונה של המערער היא גרסה כבושה, אשר לא תואמת את הפרטים שמסרו רב"ט ת' מ', רס"ן נעמן ועדים נוספים. צוין, כי בגרסה זו נכללה טענה חדשה, שלפיה רס"ן נעמן סטר לפניו של המערער בזירת האירוע "שתי סטירות.. מול כולם", אולם אף על עניין זה לא נחקר רס"ן נעמן בחקירתו הנגדית, כפי שיפורט להלן.

16. בית הדין המחוזי נתן דעתו לאי-התאמות שעלו בין הודעתו הראשונה של רס"ן נעמן במצ"ח לבין יתר ההודעות שמסר במצ"ח ולעדותו בפני בית הדין, ביחס לשני עניינים מרכזיים: האחד, תשובתו של המערער לרס"ן נעמן אשר לסיבת הירי; השני, מרחק הסכין מהמחבל. אשר להסבריו של המערער בכל הנוגע לסיבת הירי, מסר רס"ן נעמן בהודעתו הראשונה במצ"ח, כי לאחר הירי שאל את המערער לפרש מעשיו והמערער "אמר שראה אותו וזו והוא אמר שירה בו. לא היתה לו תשובה אינטליגנטית לתת בשלב הזה". בהודעה מאוחרת מסר כי המערער הסביר את הירי באומרו "הוא חי הוא צריך למות". בהודעה נוספת מסר רס"ן נעמן בהקשר זה כי "הוא אמר לי שהמחבל היה חי וצריך למות. ציטוט: 'המחבל חי הוא צריך למות' זה בערך מה שאני זוכר, יכול להיות שניסח זאת אחרת. יכול להיות שהשתמש במילה אחרת כמו: 'חייב', 'הלוואי', זהו בערך משהו בתחום ובמילים נרדפות של המילה 'צריך'". כשהוצג בפני רס"ן נעמן גרסתו של רב"ט ת' מ' לעניין תגובת המערער לסיבת הירי, ציין: "לא זוכר בוודאות אבל אם ת' אמר שזה קרה יתכן וזה קרה". בהודעתו האחרונה נדרש רס"ן נעמן להסביר את אי-ההתאמות בדבריו והשיב "לא זכור לי במדויק מה אלאור אמר לי בסמוך למועד האירוע... לדעתי אלאור מסר לי כאשר שאלתי אותו למה ירית או עשית את זה משהו בסגנון של 'הוא חי'/'הוא ז'י' 'הוא חייב למות' או 'הוא צריך למות'". בעדותו בבית הדין שב רס"ן נעמן על התשובות שמסר בהודעותיו המאוחרות, תוך שהסביר את הפער בין תשובות אלו

לתשובתו בהודעתו הראשונה הן בכך שהחוקר לא דקדק עמו ביחס לניסוח המדויק של דברי המערער, בשונה מבקשת החוקרים בשלב מאוחר יותר כי ידייק בנוסח התשובה, והן בכך שלאחר שהוצגה לו גרסתו של רב"ט ת' מ', חודד זכרונו. אשר לעניין מרחק הסכין מהמחבל מסר רס"ן נעמן בהודעתו הראשונה כי הסכין הייתה "מונחת ליד המחבל... כמה סנטימטרים מידו השמאלית". לעומת זאת, בעדותו בבית הדין מסר כי מרחק הסכין מהמחבל היה 80 ס"מ "לא מרחק שתשלח את היד ותגיע". בית הדין המחוזי קבע בעניין זה:

"גם אם ניתן להעלות תהיות ביחס לאי ההתאמות שפרטנו, וזאת נוכח הצניפה מכל עד, קל וחומר קצין בדרגתו, כי ימסור פרטים מדויקים, ככל שניתן, בתשובותיו בהודעות במצ"ח, הרי שמצאנו לקבל את הסבריו של רס"ן נעמן ביחס לפערים שהוצגו לעיל בגרסאותיו והתרשמנו ממהימנותם. לעניין התבטאות הנאשם, הרי שכבר בחלוף **שעות בודדות** ממסירת הודעתו הראשונה, שעה שנדרש לדייק בתשובותיו, מסר רס"ן נעמן את הגרסה אשר פורטה אף בפני בית הדין, כך שלא ניתן לטעון כי זו הומצאה לצורך ההליך המשפטי. חשוב מכך, גרסתו זו של רס"ן נעמן עולה בקנה אחד עם דבריו של רב"ט מ', שכאמור, הוא חברו של הנאשם. גם ביחס למרחק הסכין מהמחבל מצאנו לקבל את הסבריו של רס"ן נעמן, שלפיהם לא התמקד בזמן אמת במיקום הסכין ביחס למחבל. לדבריו: 'לא ראיתי את החלק הזה כל כך, לא התמקדתי. התנועה עם הראש שלו משכה את תשומת ליבי. התמקדתי בזה כמה שניות' (ס/12 עמוד 8 שורות 10-7). בנוסף, ביחס למיקומה של הסכין הוצגו בפנינו סרטונים המלמדים על כי בפועל לא היתה הסכין ממוקמת במרחק נגיעה מידו של המחבל ולפיכך הלך רוחו של רס"ן נעמן, עת תיאר עניין זה, עולה בקנה אחד עם הראיות האובייקטיביות שהונחו בפנינו" (פסקה 93 להכרעת הדין) [ההדגשה במקור].

נוכח האמור לעיל, מצא בית הדין קמא ליתן לגרסתו של רס"ן נעמן משקל מלא, תוך דחיית גרסתו הכבושה של המערער. נקבע, כי:

"במהלך אותה שיחה שנערכה עם רס"ן נעמן, לא העלה הנאשם את החשש מפני הסכין או מפני המטען, כסיבה לביצוע הירי במחבל, **אלא נימק את הירי במעשיו הקודמים של המחבל**. דברים אלו נאמרו על ידי הנאשם באופן ספונטאני ובהמשכו של אירוע הירי, ולפיכך יש לייחס להם משקל משמעותי מאוד, בבחינת הפללה עצמית בכל הנוגע להלך הרוח, שהוביל את הנאשם לביצוע הירי" (פסקה 94 להכרעת הדין) [ההדגשה במקור].

17. בהמשך, עמד בית הדין קמא על עדותו של מפקד הגדוד, סא"ל שפירא, אשר שוחח עם המערער בזירה כשעה וחצי לאחר האירוע. העד מסר בפני בית הדין, כי במהלך השיחה עם המערער "שאלתי את אלאור למה הוא ביצע את הירי ואלאור אמר לי שהוא זיהה שהמחבל זז, זיהה תנועות של הראש שלו והוא זיהה ליד המחבל סכין. שאלתי את אלאור 'אתה עומד קרוב אליו למה לא ניגשת ובעטת את הסכין ממנו למה היית צריך לבצע את הירי?' אלאור אמר 'חשתי בסכנה'. אמרתי לאלאור שיש לי תחושה שהוא לא בדיוק אומר את האמת מכיוון שסמוך לאירוע הוא אמר למ"פ משהו אחר לחלוטין ואלאור שתק ולא הגיב". העד הוסיף, כי אף גורם לא התריע בפניו על סכנה ממטען. כן ציין, כי עדכן את המערער, על כך שישלח לתחקיר אצל מפקד חטיבת כפיר, והודיע לו שהוא מושעה מתפקידו עד לסיום הבירור בעניין. בית הדין קמא קבע, כי מהאמור עולה, כי אך שעה וחצי לאחר האירוע העלה המערער, לראשונה, את החשש מהסכין כהסבר לירי במחבל, וכי בשלב זה, לא דיבר כלל על החשש ממטען. בחקירה במצ"ח סירב המערער להתייחס לשיחתו עם סא"ל שפירא בטענה כי "הייתי בבלקאאוט", וכי "גם אם הייתי זוכר משהו העו"ד אמרו לי שכל תחקיר שעברתי עם המפקדים שלי הוא תחקיר מבצעי ואסור [ל]י לדבר עליו" (ת/11, עמוד 3, שורות 28-36). לעומת זאת, במהלך עדותו בבית הדין שינה המערער את גרסתו, חדל לחשוש מפני פגיעה בחסיון התחקיר, וטען כי במסגרת השיחה עם סא"ל שפירא "אני אמרתי לו על שתי הסכנות". צוין, כי במסגרת חקירתו הנגדית של סא"ל שפירא נמנעה ההגנה מלברר עמו, האם המערער התייחס לסכנה ממטען. נקבע, על-כן, כי גרסתו של המערער ביחס לשיחה זו מעלה תהיות רבות, שלא התקבל בעניינן כל הסבר. בית הדין המחוזי מצא ליתן לדבריו של סא"ל שפירא משקל מלא. צוין, כי סא"ל שפירא לא חסך שבחים מהמערער ולא היסס לפרט כי המערער העלה בפניו את החשש מהסכין. בית הדין המחוזי מצא לדחות את טענתו של המערער, שלפיה סא"ל שפירא שיקר בבית הדין, נוכח חששו מה"עיתונאות, מה יגיד העולם" ומשום שהוא "לפני תפקיד חדש", כך לפי דברי המערער בעדותו בבית הדין. נקבע, כי אין להסברים ולהשערות אלו כל בסיס.

כנות הטעות – גרסת המערער לאחר סיום האירוע

18. בהמשך, עמד בית הדין על עדותה של סמל ד' ש', הפרמדיקית הגדודית, ששוחחה עם המערער בטלפון בשעה 10:43, כשעתיים לאחר סיום האירוע. סמל ד' ש' העידה "כי בשלב הראשון שאלתי את הנאשם מה קרה באירוע, אחרי שלא קיבלתי תשובה ברורה ושאלתי אותו אם הוא ירה במחבל מנוטרל, תחילה אמר

שהוא לא זוכר, אחר כך הוא אמר שהוא כן ירה במחבל והוא תיאר את האירוע, אמר שבאירוע היה מחבל מנוטרל, בחיים עדיין, שלידו הייתה סכין וברגע שהמחבל הזיז יד וראש לעבר הסכין שהייתה לידו, הנאשם הרגיש איום ולכן הוא ירה במחבל...". מתוקף תפקידה, הגיעה סמל ד' ש' לזירת האירוע וקבעה את מותו של המחבל. בית הדין קמא קבע, כי מעדותה של סמל ד' ש' ניתן ללמוד כי המערער לא העלה בפניה כל חשש ביחס לקיומו של מטען, ואף בזירה עצמה לא התריע בפניה ובפני צוות התאגיד, שפינה את גופת המחבל, על סכנה כלשהיא הנשקפת ממנו. נקבע, כי סמל ד' ש' מסרה עדות מדויקת והתייחסה ברצינות לכל עניין שהועלה בפניה, ומשכך נמצא ליתן לדבריה משקל מלא. צוין, כי העדה אינה משרתת כמפקדת בכירה ומשכך לא ניתן לטעון כי היה לה מניע סמוי, כזה שביקש המערער לייחס ליתר מפקדיו. כן צוין, כי שיחתה עם המערער התקיימה לפני פתיחת החקירה או עריכת התחקיר, כך שלא ניתן לטעון כי דבריה היו מוטים לאור "עמדת המפקדים". צוין גם, כי ניתן היה להתרשם שהעדה ניסתה לסייע למערער בזמן אמת, בכך שהמליצה לו "לדעת קצת יותר מה לענות" ואף יצרה בתום השיחה עמו קשר עם קצין בריאות הנפש החטיבתי, נוכח התרשמותה ממצוקתו, בכדי שזה יסייע למערער. הוטעם, כי ההגנה נמנעה מלברר עם סמל ד' ש' האם המערער העלה בפניה את חששו ממטען. נקבע, כי להימנעות זו משקל משמעותי, שכן רק במהלך עדותו בפני בית הדין, לאחר שמיעת עדותה של סמל ד' ש', טען המערער, לראשונה, כי "אמרתי לה בדיוק מה שאמרתי למ"פ... את שתי הסכנות גם של המטען וגם של הסכין...". בית הדין המחוזי עמד על כך שלקראת עדותו בבית הדין, העביר המערער לידי התביעה מסמך "רענון זיכרון" (ת/65), ובו נשטחו פרטים חדשים "שעלו בזכרונו ואשר לא נמסרו על ידו בזמן החקירות במצ"ח". הודגש, כי גרסת המערער, שלפיה סיפר לסמל ד' ש' על אודות שתי הסכנות, לא פורטה באותו מסמך. בית הדין קמא הוסיף וקבע, כי לא הובא בפניו הסבר ל"מנגנון ההיזכרות" של המערער, אשר עדיין לא נזכר, כביכול, ביום שבו מסרה סמל ד' ש' את עדותה בבית הדין, כי פירט באזניה "את שתי הסכנות", ורק בחלוף מספר ימים נזכר בכך, במסגרת מסמך "רענון הזיכרון" שהוגש.

19. בהמשך, עמד בית הדין קמא על שיחות נוספות שהתקיימו בין המערער לבין גורמים אחרים לאחר האירוע. נקבע, כי תשתית הראיות מלמדת, כי ביום האירוע, בשעה 13:25, שוחח המערער עם עורך דין, ואך אחרי שיחה זו העלה, לראשונה, את טענת החשש המדומה מהמטען, הן בפני סמ"ר אב' א', החייל שליווה אותו אל

המפגש עם אל"ם בן עזרא, והן בפני סגן מפקד הפלוגה, סגן י' א' (יצוין, כי ככל הנראה נפלה שגגה בקביעה זו של בית הדין קמא, שכן מפלט השיחות שהופק ממכשיר הטלפון הנייד של המערער (ת/26) עולה, כי שיחת הטלפון הראשונה בין המערער לבין עורך דין התקיימה בשעה 12:58. על שיחה זו, ועל משמעויותיה, ככל שקיימות, נעמוד להלן, בפרק שעוסק בדיון והכרעה).

כנות הטעות – התפתחויות מאוחרות לאחר חקירת מצ"ח

20. בית הדין המחוזי הוסיף ועמד על כך, שבמהלך עדותו בבית הדין טען המערער, לראשונה, כי לאחר הירי, מפקד הפלוגה, רס"ן נעמן, צרח עליו ונתן לו שתי סטירות אל מול כלל הנוכחים בזירה. בעניין זה הוטעם, כי איש לא הבחין בסטירות אלו ואיש לא העיד כי המערער סיפר לו עליהן. כן הודגש, כי בחקירתו במצ"ח אישר המערער כי רס"ן נעמן כלל לא כעס עליו לאחר שביצע את הירי.

21. על רקע האמור, נפנה בית הדין קמא הנכבד לבחון את חוות הדעת של הפסיכיאטר, ד"ר הרמן, שהוגשה מטעם ההגנה, אשר ביקשה להסביר את שינויי גרסאותיו של המערער, ואת הסיבה שבגינה "שכח" המערער פרטים מסוימים בתחילת החקירה ובמהלך פרשת התביעה, ונזכר בהם בטרם עלה לדוכן העדים, במסגרת פרשת ההגנה. בית הדין המחוזי קבע, כי הבסיס העובדתי שעליו נסמכת חוות הדעת, בכל הנוגע להתנהגות המערער ולקשיים שמהם הוא סובל, לכאורה, לא הוכח בפניו. בית הדין קמא מצא לדחות את קביעתו של ד"ר הרמן, שלפיה המחסור, לכאורה, בשעות שינה עובר לאירוע, בשילוב קשיי קשב וריכוז שמהם סובל המערער, הביאו אותו לבצע את הירי לעבר המחבל; וכך גם את הטענה כי המערער סובל מהפרעת דחק פוסט-טראומטית – PTSD. נקבע, כי בחוות הדעת לא צוין אלו סימפטומים של ההפרעה מתקיימים אצל המערער; וכי ד"ר הרמן קבע קביעות כה נחרצות בעניין סיבת הירי, מבלי לברר את עמדתו של המערער לגביה. הודגש גם, כי על-פי גרסת המערער עצמו הוא לא סבל ממחסור בשעות שינה בימים שקדמו לאירוע.

22. לא נעלמה מעיני בית הדין קמא העובדה, כי מספר עדים ציינו שמצבו הנפשי של המערער, בשלבים שונים לאחר האירוע, לא היה מיטבי. נקבע בהקשר זה, כי העובדה שזמן קצר קודם לכן נטל המערער חיייו של אדם, אף אם מדובר במחבל, היא שהביאה למצב הנפשי שבו היה שרוי באותה העת. אשר על כן, נקבע, כי אין בעדויות אלו, "כדי להשליך על ממצאי הכרעת הדין ולהסביר את הפערים

וההתפתחויות בגרסאותיו" של המערער (פסקה 116 להכרעת הדין). נוכח האמור הגיע בית הדין קמא לכלל מסקנה, כי יש לדחות את גרסתו המאוחרת של המערער, בעניין הסטירות שקיבל מרס"ן נעמן.

23. בית הדין המחוזי הוסיף ועמד על התפתחויות נוספות בגרסתו של המערער. האחת, נוגעת לטענה שהעלה המערער במהלך עדותו בבית הדין, בדבר שיחה שקיים בזירת האירוע לאחר הירי, עם סמל א' ת', שבמהלכה ציין בפניו את שתי הסכנות שהובילוהו לביצוע הירי. צוין, כי במסגרת מסמך "רענון הזיכרון" לא הזכיר המערער כלל כי שוחח עם סמל א' ת' לאחר ביצוע הירי, וסמל א' ת' כלל לא זומן להעיד מטעם ההגנה, והדבר פועל לחובת המערער. נקבע, כי מעדותו של סמל א' ת' במצ"ח ניתן ללמוד, כי הוא שוחח עם המערער רק "מתי שהוא היה בסופה למעצר", ולא במועד מוקדם יותר, כטענת המערער. התפתחות נוספת בגרסתו של המערער, עניינה בשיחה שערך המערער, לכאורה, עם האזרח אהרון (אשי) הורביץ, אשר לדבריו ניגש אליו ו"אומר לי כל הכבוד... אני גם זיהיתי את המחבל מזיז את היד, הייתי בטוח שיש עליו מטען...". צוין, כי האזרח הורביץ העיד בבית הדין כעד מטעם ההגנה, אולם הכחיש כי קיים שיח כלשהו עם המערער.

כנות הטעות – גרסתו של המערער בראי הצילומים מן האירוע

24. בהמשך, פנה בית הדין המחוזי לבחון את השתלבות גרסתו של המערער עם ראיות אובייקטיביות שהוגשו – מספר סרטונים, אשר תיעדו את זירת האירוע מזוויות צילום שונות, עובר לירי של המערער, במהלך הירי ולאחריו. תחילה דן בית הדין קמא בשאלת קבילותם של הסרטונים שהוגשו. את קבילות הסרטונים ביסס בית הדין קמא על חוות הדעת שערך מומחה מז"פ, רס"ם רון גור-אל, שבדק את כל הסרטונים והגיע למסקנה כי מדובר בקבצים שלא נעשה בהם כל שינוי. בית הדין קמא הדגיש, כי האנשים שצילמו את הסרטונים העידו בבית הדין, ולאחר שצפו בסרטונים מסרו בצורה מפורשת כי לא נעשו בהם פעולות של עריכה או שינוי. על יסוד האמור נקבע, כי הסרטונים שהוגשו לבית הדין אותנטיים וקבילים, כראיה לאמיתות תוכנם. יצוין, כי אף קבילות הסרטונים אינה עוד במחלוקת בערעור.

25. בית הדין בחן את גרסתו של המערער אל מול הנתונים העולים מן הסרטונים. לשם הנוחות נביא להלן את הדברים שמסר המערער במהלך גביית עדותו הראשונה במצ"ח:

"כשאני הגעתי שמעתי מישהו אומר 'הוא עדיין' זז, זה היה אחרי שכבר פיננו את א'. אני לא יודע מי אמר את זה, היו שם המון אנשים. הסתכלתי עליו וראיתי שהוא באמת מזיז את הראש והיד את הראש הוא גלגל כזה משמאל לימין *נחקר מדגים* היד שלו היתה מרחק נגיעה מהסכין שאיתה הוא דקר את א', סכין שחור, הוא הזיז אותה לכיוון הסכין *נחקר מדגים* באותה שנייה מישהו, אני חושב שאחד האזרחים, צועק 'תיזהרו יש עליו אולי מטען' כאילו חגורת נפץ. היו סביבו אנשים וחיילים דיי שאננים ובזמן שאני היתי דרוך הם התנהגו כאילו האירוע נגמר וראיתי אותו עם מעיל שחור גדול, אני חושב סגור, והתחילו לרוץ לי סרטים על החוליית חמאס שאמרו לנו שמתכננת לעשות פיגוע איכות, יכול להיות התאבדות, המעיל שלו היה פרוותי וגדול נראלי ביום שמש חם ממש, 30 מעלות, כל הסרטים גרמו לי לקבל החלטה לא פשוטה ממש בשבריר של שנייה, אני דורך את הנשק, אומר לאנשים שיזוזו, אמרתי 'זוזו, זוזו' דורך ויורה לו כדור אחד בראש. הוא הזיז את הראש וזהו. אני רוצה להוסיף שיכול להיות שהוא מת עוד בכלל לפני הירייה שלי, אני לא יודע או יכול להגיד כי אני לא פתולוג או רופא אם זו כי גסס ואז מת. זה צריך לבדוק. זהו כעיקרון בגדול האירוע הזה" (ת/7, עמוד 4 שורה 17 – עמוד 5 שורה 11).

26. אשר למרחק הסכין מהמחבל ותזוזת המחבל, קבע בית הדין קמא הנכבד כי צפייה בכל הסרטונים שהוגשו מלמדת, כי אין כל בסיס לטענת המערער, שלפיה ידו של המחבל "היתה מרחק נגיעה מן הסכין". נקבע, כי הסרטונים מלמדים, כי לפני הירי הייתה הסכין במרחק של מספר מטרים מן המחבל. הוטעם, כי לסרטון שצילם עופר אוחנה, נהג האמבולנס שהגיע לזירה לאחר פיגוע הדקירה, חשיבות רבה, שכן הוא משקף את הזווית שממנה ראה המערער את מיקום הסכין ביחס למחבל, אלא שגם מאותה זווית נראית הסכין רחוקה מאוד מהמחבל. נקבע גם, כי המרחק של הסכין מהמחבל, כנצפה בסרטון, מתאים להערכת המרחק שמסרו מרבית עדי הזירה – כשניים עד חמישה מטרים. בית הדין קמא ציין, כי הסרטון שצולם על-ידי תחקירן "בָּצָלָם" הוצג למערער במהלך חקירתו במצ"ח, אך במקום להתמודד עם תוכנו, הסותר את טענתו ביחס למרחק הסכין מהמחבל, פטר המערער עצמו באומרו ש"אני לא מאמין לסרטון הזה". הודגש, כי בעדותו הראשית זנח המערער את טענתו במצ"ח, שלפיה הבחין במחבל כשהוא מקרב את ידו לעבר הסכין. בית הדין קמא קבע, כי הסרטונים מלמדים כי דקות ארוכות לפני ביצוע הירי היה המחבל שכוב על גבו, כאשר עיניו עצומות וידיו שרועות לצדדים. חוות דעת מז"פ, שהוגשה ללא

התנגדות ההגנה, מלמדת כי תנועת היד האחרונה של המחבל נעשתה כשש דקות לפני הירי שביצע המערער. לאור הסתירה שבין דבריו של המערער בנוגע למיקום הסכין, לבין הממצאים העולים מהתיעוד של האירוע, כמו גם נוכח עדויות של גורמים שנכחו בזירה, מצא בית הדין קמא לדחות את גרסתו של המערער ביחס למיקום הסכין ולתזוזת המחבל, כבלתי מהימנה.

27. לאחר מכן נפנה בית הדין קמא לבחון את עיתוי הצעקה שנשמעה בדבר סכנה ממטען על גופו של המחבל ואת התנהגות המערער בזירה. בחקירתו במצ"ח טען המערער כי ביצע את הירי תוך "שבריר שנייה", מיד לאחר שאחד האזרחים בזירה צעק "תיזהרו יש עליו אולי מטען". בית הדין המחוזי קבע, כי דברים אלו של המערער אינם מתיישבים עם הסרטונים, שמתעדים את הצעקה האמורה של האזרח אורי עופר. צוין, כי אותה צעקה נשמעה כשתי דקות לפני הירי שביצע המערער – עובדה אשר שומטת את הקרקע תחת "המיידיות" שבה נדרש המערער לפעול, כטענתו. צוין, כי קושי זה הוצג למערער במהלך חקירתו הנגדית, אולם הוא לא ידע להתמודד עמו וטען "כנראה בחקירות לא זכרתי במדויק את עיתוי הצעקה", וכי בזירת האירוע "לא עמדתי עם טיימר". הוטעם, כי אין בהסברים אלו כדי לרפא את הקושי המובנה הטמון בפער הזמנים שבין הצעקה לבין הירי, שכן היה זה המערער אשר תלה את הירי באותה צעקה. לפיכך נקבע, כי למידת סמיכות הזמנים שבין הצעקה לבין הירי נודעת חשיבות מכרעת בבחינת מהימנות גרסתו של המערער. עוד נקבע כי הסרטונים מלמדים, כי לאורך כל האירוע התנהל המערער בשיוויון נפש וללא כל דחיפות. נקבע, כי התנהגותו של המערער בזירה לא עולה בקנה אחד עם תחושת סכנה שחייבה מענה מיידי ובהול, שנועד "להציל חיים" של חיילים ואזרחים שהתקבצו "בצורה שאננה" בקרבת המחבל, כטענתו. הודגש, שמהסרטונים ניתן לראות, כי גם ההכנות לירי שביצע המערער נעשו בצורה איטית, חרף העובדה כי המערער תורגל בביצוע ירי אינסטינקטיבי במצבים של סכנה, כפי שעלה מעדויות מפקדיו. עוד צוין, כי משהתבקש המערער, במהלך עדותו בבית הדין, להסביר מדוע המתין שתי דקות שלמות ממועד הצעקה ועד לביצוע הירי, לא ידע להסביר את התנהגותו. אולם במקום אחר, מסר תשובה סותרת, שלפיה הבין את מיידיות הסכנה רק "אחרי שאני זורק למי את הקסדה". עוד נקבע, כי התנהגות המערער אף לאחר ביצוע הירי אינה תואמת תחושת סכנה ממטען המצוי עדיין בזירה. נקבע, כי הסרטונים מלמדים, כי לאחר הירי ראה המערער את צוות התאג"ד מטפל בגופת המחבל, אולם לא מצא לנכון להזהירם מפני הסכנה הנשקפת מהמחבל לנוכח מטען

חבלה, שיתכן שהוא נושא על גופו. הודגש, כי גם בשלב שלאחר הירי לא נצפה המערער נתון בסערת רגשות או בהלם, כפי שטען, אלא פוסע בנחת ומשוחח עם הסובבים אותו באופן חופשי.

28. בית הדין קמא מצא לדחות אף את טענתו של המערער ביחס ללבושו החריג של המחבל. צוין, כי מחוות דעת מומחה בתחום המטאורולוגיה, ניתן ללמוד כי בקרבת היישוב בחברון נמדדה בשעה הרלבנטית טמפרטורה הנעה בין 17.4-19.4 מעלות, כך שטענתו של המערער כי שרר "מזג אויר שרבי" איננה נכונה. שנית, צוין, כי צפייה בסרטונים מלמדת כי באירוע הקונקרטי לבשו חלק נכבד מהנוכחים בזירת האירוע לבוש חם, ובכלל זה מעילים. שלישית, נקבע, כי מצפייה בסרטונים ניתן לראות כי המעיל שלבש המחבל איננו "פרוותי" או "גדול" או "עבה", כטענת המערער.

29. בטרם הכריע בטענת ההגנה בדבר טעות במצב הדברים, נפנה בית הדין המחוזי לבחון את סבירות טעותו של המערער, אשר יש בה כדי להשליך על כנות הטעות. לצורך כך עמד תחילה בית הדין קמא על עמדת המפקדים בשטח – מפקד הפלוגה, מפקד הגדוד ומפקד החטיבה, אשר סברו כי לא הייתה כל הצדקה לירי. בית הדין קמא נתן לעמדת המפקדים משקל משמעותי, נוכח היכרותם את הוראות הפתיחה באש העדכניות והרלבנטיות לגזרה ולנוכח היכרותם את הגזרה ואת מאפייניה. נקבע, כי עמדת המפקדים עולה בקנה אחד עם הוראות הפתיחה באש, שלפיהן מותר לפתוח באש על מנת להסיר את האיום רק כאשר סכנת החיים היא ממשית ומיידית. הודגש, כי אין מחלוקת כי המערער לא זיהה מטען על גופו של המחבל, ובהתאם להוראות הפתיחה באש, בהיעדר "זיהוי וודאי" לא הייתה הצדקה לירי. אשר לחשש מהסכין, נקבע, כי אין עוד מחלוקת כי הסכין לא הייתה הסיבה לירי שביצע המערער, הן משום קביעת בית הדין כי הסכין הייתה רחוקה מהמחבל, והן לאור העובדה כי המערער זנח במהלך עדותו בבית הדין את טענתו כי ירה במחבל בשל הסכין. בית הדין קמא מצא לדחות את טענת המערער, שלפיה לא תודרך בנושא מטענים, שכן המערער אישר בעדותו, כי הוא בקיא בהוראות הפתיחה באש, ובהן מפורטת סוגיית "זיהוי מטען וכוונה להפעילו". כן נקבע, כי בעובדה כי במסגרת הערכת המצב החטיבתית, הנחה מפקד החטיבה לחדד בפני הכוחות את איום המטענים, אין כדי ללמד שהמדובר באיום מרכזי. צוין, כי הנחיה זו התייחסה לאיום באופן כללי, ולא כללה התייחסות פרטנית לחגורת נפץ.

30. לא נעלמה מעיני בית הדין טענתו של מפקד המחלקה, סגן מ' א', שלפיה חשש ממטען על גבי המחבל בזירה ואף דיווח על כך למפקד הפלוגה. סגן מ' א' היה המפקד הראשון שהגיע לזירת האירוע, ועשה מספר פעולות שנועדו לתת מענה מפני איום של סכין או של מטען על גבי המחבל: הפך את המחבל על גבו, חשף את ידיו שהיו מוסתרות, בעט את הסכין והרחיקה ממנו, והציב את סמ"ר א' א' לאבטח את המחבל. סגן מ' א' מסר כי דיווח למפקד הפלוגה, רס"ן נעמן, עם הגיעו לזירה, על אודות החשש ממטען, אולם רס"ן נעמן העיד כי לא קיבל דיווח הנוגע לחשש ממטען. בהקשר זה קבע בית הדין קמא, כי ייתכן שדיווח זה של סגן מ' א' לא נקלט בחושיו של רס"ן נעמן, שכן רס"ן נעמן שוחח באותה העת עם מפקד הגדוד ולא היה בקשב מלא. בית הדין המחוזי מצא ליתן משקל של ממש לעדותו של סגן מ' א'. צוין, כי מאחר, שעדותו של סגן מ' א' הובאה לשם בחינת סבירות הטעות שלה טוען המערער, יש לבחנה על מכלול הנסיבות המופיעות בה – משעלה חשש בליבו של סגן מ' א' לקיומו של מטען על גבי המחבל, הוא לא הותיר חשש זה בעלמא, אלא ביצע פעולות מקדימות ופרופורציונאליות לקידום בחינת חשש זה, עד כדי שהיה במעשיו "לנטרל איום".

31. לאחר מכן בחן בית הדין קמא את עמדת החיילים בשטח. צוין, כי מרבית החיילים שנכחו בזירה, וביניהם סמ"ר א' א', סמל א' ר' ורב"ט מ' ב', שעמדו בסמוך למחבל, מסרו במהלך עדותם בבית הדין כי לא חשו סכנה מהמחבל. לעומתם, גרסו החיילים סמל ר' ו' וסמל א' ו', כי חשו סכנה מן המחבל. הודגש, כי צפייה בסרטונים מלמדת כי חיילים אלו לא היו עדים להתרחשויות בשלב הרלבנטי של האירוע, שכן סמל א' ו' טופל בזירה ולאחר מכן פונה על-ידי האמבולנס, ואילו סמל ר' ו' עזב את הזירה סמוך לפני הצעקות שנשמעו בדבר סכנה ממטען, והתנהגותו לא מתיישבת עם הטענה כי חש בסכנה.

32. בית הדין קמא הוסיף ועמד על עמדת האזרחים בשטח. צוין, כי כלל האזרחים אשר נכחו בזירת האירוע והעידו מטעם ההגנה, ובכלל זה תושבי היישוב היהודי בחברון, אנשי כיתת הכוננות ואנשי מגן דוד אדום, מסרו כי חשו סכנה בזירה. התרשמותו של בית הדין קמא מעדויות אלה הייתה, כי נועדו כל כולן לסייע למערער, לרבות במחיר של הטיית האמת, שכן חלק מהדברים שנמסרו לא תאמו את התנהגות העדים במהלך האירוע עצמו. הוטעם, כי מדובר בעדים בעלי ניסיון רב בזירות פיגועים, ומשכך לא ברור מדוע אותם עדים, שחשו, לדבריהם, סכנה ממטען, לא התריעו בפני איש על אודות הסכנה ולא פנו אל המפקדים בשטח.

מכאן פנה בית הדין המחוזי לבחון את סבירות טעותו של המערער בראי עמדת המפקדים בדימוס שהעידו בפניו – עדי ההגנה האלוף (מיל') דיין, האלוף (מיל') ביטון ותא"ל (מיל') זכאי, אשר ציינו, בין היתר, כי האירוע היה צריך להיות מטופל בהליך משמעותי וכן התייחסו לשאלות הנוגעות להוראות הפתיחה באש; ליחס שבין התחקיר המבצעי לבין ההליך הפלילי ולהשפעת התבטאויות הרמטכ"ל ושר הביטחון דאז על ההליך הפלילי. יצוין, כי במהלך המשפט התברר, כי היה זה צוות ההגנה שניסח את חוות דעתו של האלוף ביטון; כי חלקים רבים מחוות דעתו הם העתק זהה לחלקים בחוות דעתו של תא"ל זכאי; וכי אף חלק מסוים מחוות הדעת שהוגשה באמצעות תא"ל זכאי נכתבה על-ידי צוות ההגנה. נקבע, כי עניינים אלה פוגמים במשקל שניתן לייחס לחוות הדעת. עוד נקבע, כי עדויותיהם ביחס לאירוע מעוררות קשיים בלתי מבוטלים, גם לנוכח העובדה כי לא נכחו בזירת האירוע וגם לאור העובדה כי בזמן הרלבנטי לא היו אמונים על אותה גזרה ולא היו בקיאים בהוראות העדכניות לפתיחה באש בגזרת אזור יהודה ושומרון ובמרחב התפר. נקבע כי:

"במקרה שבפנינו, בו מיוחסת לנאשם עבירה של מחשבה פלילית, חוות דעת כאמור לא יכולות לסייע, שכן תוצאת ההליך נקבעת לאור קביעות עובדתיות של בית הדין ביחס לאשר התחולל בראשו של הנאשם, עובר לביצוע הירי. אין עניין זה נתון במומחיותם הצבאית של עדי ההגנה הללו, תהא דרגתם אשר תהא. הדברים נכונים תמיד, אולם נכונים שבעתיים שעה שהם לא נחשפו למלוא חומר הראיות בתיק. אותם מפקדים אף ציינו בצורה מפורשת בחוות דעתם, כי בחינת מעשיו של הנאשם לא צריכה להיעשות לפי הנתונים שנודעו בדיעבד, אלא על סמך השאלה, האם בזמן אמת הרגיש הנאשם בסכנת חיים. שאלה זו היא כאמור, שאלה עובדתית, שההכרעה בה מסורה לבית הדין, **ולו בלבד**" (פסקה 158 להכרעת הדין) [ההדגשה במקור].

מטעם ההגנה הוגשה בהסכמה חוות דעת נוספת, של ד"ר עמיר כהן, רופא במקצועו, ששימש בעבר כקצין הרפואה באזור יהודה ושומרון. ד"ר כהן עיין בחלקים מחומר הראיות ומסר בחוות דעתו, כי "כל חייל סביר שיגיע לזירה דומה, צפוי להסיק שהמחבל לא היה מנוטרל בזמן הירי ועשוי היה להוות סיכון עבורו ועבור הסביבה". נקבע, כי בחינת חוות דעתו של ד"ר כהן, בראי מכלול הראיות שהונחו בפני בית הדין, מעוררת קשיים לא מבוטלים, שכן חלק מהניתוח ומהמסקנות שבחוות הדעת חורגים מתחום מומחיותו, הוא תחום הרפואה.

33. על יסוד האמור לעיל, קבע בית הדין המחוזי הנכבד כי יש לדחות כבלתי מהימנות את גרסאותיו של המערער במצ"ח ובבית הדין ודחה את הסבריו המאוחרים של המערער ביחס לסיבת הירי. מסקנה זו התבססה הן על התרשמותו השלילית מעדותו של המערער והן לנוכח הסתירות בגרסתו והסתירות בין דבריו לבין דברים שמסרו עדים אחרים. מסקנה זו התבססה גם על הימנעות ההגנה מזימון עדים החיוניים לה ומהימנעותה מלהציג שאלות מהותיות לעדים מרכזיים. נקבע, כממצא שבעובדה:

"בהסתמך על ההתבטאויות של הנאשם בסמוך לפני ולאחר הירי, כי הסיבה לירי לא הייתה נעוצה בתחושת סכנה כלשהי של הנאשם, אלא בהסבר שסיפק מייד בתום הירי – 'כי הגיע למחבל למות', משום שדקר את חברו קודם לכן. פשוטו כמשמעו" (פסקה 165 להכרעת הדין) [ההדגשה במקור].

34. אשר על כן, נקבע כי המערער לא טעה טעות כנה, ולא התקיימו התנאים הנדרשים לביסוס סייג הטעות במצב הדברים, ואף לא קם ספק סביר בעניין זה. מאחר שלגישת ההגנה, טעות זו "מתקיימת במשולב עם צידוק, צורך והגנה עצמית", נשמטה הקרקע תחת הסייגים הנטענים הנוספים לאחריותו הפלילית של המערער. למעלה מן הדרוש, בחן בית הדין קמא את התקיימות סייגים אלו בעניינו של המערער.

35. אשר לסייג ההגנה עצמית, צוין, כי במהלך עדותו זנח המערער את הטענה, שלפיה המחבל קירב את ידו לסכין וטען כי הירי בוצע בעיקר לנוכח החשש ממטען. משגרסה זו של המערער לא נמצאה מהימנה על בית הדין, נקבע, כי די היה בכך, כדי לשמוט את הקרקע תחת טענת ההגנה העצמית. יחד עם זאת, קבע בית הדין קמא, כי אף אם גרסת המערער, בעניין החשש שהובילו לביצוע הירי, הייתה מתקבלת, ספק אם גרסתו הייתה מבססת את כל היסודות של סייג ההגנה העצמית. כך, גרסה זו אינה מקיימת יסודות אחרים של ההגנה, דוגמת יסוד הסכנה המוחשית. צוין, כי מאחר שהמערער לא הבחין במטען, ניתן לומר כי קיים פער משמעותי בין חששו של המערער לבין קרבת הסכנה, אשר חייב בירור ובדיקה, שבלעדיהם אין הצדקה לירי. נקבע גם, כי בגרסתו של המערער אין כדי לבסס את תנאי המיידיות, שכן כלל "תמרורי האזהרה" שעליהם דיבר המערער, הגיעו לתודעתו כשתי דקות לפני ביצוע הירי, ובפרק הזמן שחלף עסק המערער בעניינים איזוטריים ביחס לסכנה שטען לה.

כן נקבע, כי אין בגרסת המערער כדי לבסס את יסוד הפרופורציונאליות, שעה שבפני המערער עמדו מספר חלופות, פחותות בחומרתן, לצורך קידום פני הסכנה.

36. הניתוח ביחס ליסודות ההגנה העצמית, יפה גם ליסודות המקבילים בהגנת הצורך – יסודות המוחשיות והפרופורציונאליות. משכך צוין, כי מאחר שחלק מאותם יסודות לא מתקיימים, גם הגנה זו לא הוכחה, אף לא לפי גרסת המערער עצמו.

37. אשר לסייג הצידוק, טענת המערער הייתה, כי הוראות הפתיחה באש חייבו אותו לפעול, או למצער הסמיכו אותו לפעול, כפי שפעל. בית הדין קמא קבע בהקשר זה, כי הירי שביצע המערער אינו עולה בקנה אחד עם ההוראות, שלפיהן אין מקום לבצע ירי רק מחמת חשד, ובהעדר זיהוי ודאי של האמצעי. הוטעם, כי על-פי הוראות הפתיחה באש, הירי יהיה מוצדק רק אם נעשים מעשים גלויים, המשקפים כוונה לתקיפה מיידית, והשימוש בנשק ייעשה כמוצא אחרון, רק כאשר לא ניתן להסתפק באמצעי חלופי, פחות בחומרתו. נקבע, כי פרשנותו המוטעית של המערער, שלפיה מותר לירות במצבים, שבהם "אם יש ספק, אין ספק", נוגדת בצורה מפורשת את הוראות הפתיחה באש. הספק מחייב נקיטת כל הפעולות האפשריות כדי לברר את החשד ולא להותירו מעומעם. נקבע, כי הכשרת ירי שנועד להרוג, רק על בסיס חשד, הוא אסור. מעשה שכזה פוגע בחוסנו המוסרי של הצבא, בחוסן חייליו, ואף במקצועיותו. נוכח האמור קבע בית הדין קמא, כי אף לו הייתה מתקבלת גרסתו של המערער ביחס לחשש ממטען, אין למצוא בכך כל צידוק לירי קטלני, המתבסס כל כולו על חשד שלא נבדק ולא בוסס.

הגנה מן הצדק

38. בעניין זה, הלינה ההגנה כי הגשת כתב האישום וניהול ההליך הפלילי כנגד המערער עומדים בסתירה מהותית לעקרונות של צדק והגינות משפטית. משכך ביקשה להורות על ביטול כתב האישום. ההגנה פָּרטָה טיעון זה למספר טיעוני משנה. ראש הטיעון הראשון, עניינו בסוגיית פתיחת חקירת מצ"ח נגד המערער והגשת כתב האישום נגדו. נטען, כי החלטות אלו נתקבלו ממניעים פסולים וזרים, דהיינו, לא משום שהמעשה הצדיק חקירה שכזו או העמדה לדין פלילי, אלא משום שהפרקליט הצבאי הראשי ביקש, במעשיו, לרצות את הדרג הפוליטי – שר הביטחון, ואת הדרג הצבאי הבכיר – הרמטכ"ל, אשר הוקיעו את מעשיו של המערער מיד בסמוך לאירוע ועוד בטרם הסתיים התחקיר המבצעי. בית הדין המחוזי קבע, כי מעדויות מפקד

חטיבת יהודה, מפקד הגדוד וראש צוות החקירה המיוחד, עלתה תמונה עובדתית אחידה, שלפיה, לאחר שמפקד הגדוד ומפקד חטיבת יהודה ערכו בשטח בירור פיקודי ראשוני, התגבשה תמונה עובדתית כי המדובר באירוע חריג. תמונה זו התעצבה טרם נחשפו מפקד חטיבת יהודה ומפקד הגדוד לסרטון "בְּצֶלֶם". בשלב זה, שוחחו מפקד חטיבת יהודה ומפקד חטיבת כפיר על האפשרות, כי יִנְקְטוּ כנגד המערער הליכים משמעתיים על-ידי מפקד חטיבת יהודה, שאף יבצע את התחקיר המבצעי. לאחר מכן שוחח מפקד חטיבת יהודה עם מפקד האוגדה ועם מפקד חטיבת כפיר, אשר שוחח סמוך לפני כן עם הפרקליט לעניינים מבצעיים, והתקבלה החלטה, שלפיה, נוכח חריגותו של האירוע, יעבור הטיפול בו לחקירת מצ"ח, ומפקד חטיבת כפיר ינהל את התחקיר המבצעי. עוד נקבע, כי מהתשתית הראייתית עלתה תמונה, שלפיה פעלו הגורמים הרלוונטיים בפרקליטות הצבאית ובמצ"ח בד' אמות סמכותם ובהתאם למדיניות הנהוגה ביחס לפתיחת חקירה במצ"ח בנסיבות דומות. הודגש, כי לאחר שהתעורר חשד בקרב המפקדים לקיומו של אירוע ירי "שיסודו בהתנהגות אסורה", אשר גרם למותו של פלסטיני, קמה החובה לפתוח בחקירת מצ"ח, בהתאם למדיניות שהוצהרה על-ידי הפרקליט הצבאי הראשי ואשר אושרה בבג"ץ. בית הדין קמא הטעים, כי למסקנה זוהי היה מגיע אף אם הייתה ההחלטה בנוגע לפתיחת החקירה מתבססת על הסרטון שהופץ, אשר מהווה ראיה ככל ראיה אחרת, אשר יכולה לשפוך אור על נסיבות המקרה בכללותו ועל חלקו היחסי של המערער באירוע. נקבע גם, כי ההגנה לא הציגה ולו בדל ראיה לביסוס הטענה, שלפיה ההחלטה להורות על פתיחת החקירה במצ"ח הושפעה מהתבטאויות של שר הביטחון דאז ושל הרמטכ"ל. על יסוד האמור לעיל, נקבע, כי בהחלטה להורות על פתיחת חקירת מצ"ח לא נפל רבב.

39. עוד נקבע, כי אף לביסוס הטענה, שלפיה ההוראה להגיש כתב אישום כנגד המערער ניתנה משיקולים זרים, לא הציגה ההגנה תשתית ראייתית מינימאלית. צוין, כי אף אם נשמעו התבטאויות בעניין אשמתו של המערער מפי שר הביטחון ומפי הרמטכ"ל, עובר להגשת כתב האישום, אין מתחייבת מכך המסקנה, כי הפרקליט הצבאי הראשי הושפע מאמירות אלו, במידה כזו שהורה על הגשת כתב האישום בניגוד לעמדתו המקצועית, תוך שקילת שיקולים זרים ובלתי ענייניים. הוטעם, כי הפרקליט הצבאי הראשי פעל בהתאם לסמכויות המוקנות לו בחוק השיפוט הצבאי, בהיותו מפקח על השלטת המשפט בצבא ואחראי על אכיפת הדין בו. צוין, כי לפרקליט הצבאי הראשי מסור שיקול דעת רחב בשאלה האם להעמיד

לדין חייל, אם לאו, ובהינתן התשתית הראייתית הגולמית, ניתן לקבוע כי הצטברו די ראיות, המקימות סיכוי להרשעה לצורך הגשת כתב האישום. כן נקבע, כי אף מבחינת האינטרס הציבורי קמה חובה על הפרקליט הצבאי הראשי להורות על הגשת כתב האישום, שעה שמעשיו של המערער פגעו בערכים מוגנים של קדושת החיים ושל טוהר הנשק.

40. ראש הטיעון השני ביחס לטענת ההגנה מן הצדק, עסק באכיפה בררנית. ההגנה טענה, כי הגשת כתב האישום כנגד המערער מהווה אפליה פסולה ביחס למקרים דומים, שבגינם לא הוגשו כתבי אישום. בעניין זה הפנתה לשתי דוגמאות: האחת, עניינה נסיבות מותו של פלסטיני מירי שביצע לעברו אל"ם שומר (יצוין, כי חלקים מסוימים מחוות דעת הפרקליט הצבאי הראשי, שבמסגרתה הוחלט לסגור את התיק כנגד אל"ם שומר, הועברו לידי ההגנה, במסגרת בקשתה לפי סעיף 108 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982, אולם, מטעמיה שלה, נמנעה ההגנה מלהגישה כראיה במשפט). השנייה, עניינה בנסיבות מותו של פלסטיני עקב ירי, שהתברר בבג"ץ 143/12 **ג'ילאני נ' היועץ המשפטי לממשלה** (טרם פורסם, 20.7.2014), שם נדחתה עתירה כנגד סגירת התיק. בית הדין קמא קבע, כי משבחרה ההגנה שלא להגיש את חוות דעתו של הפרקליט הצבאי הראשי בעניינו של אל"ם שומר כראיה במשפט, אין בפניו כל ראיה אשר לנסיבות הירי שהביא למותו של הפלסטיני, ומשכך, העדר התשתית הראייתית לביסוס הטענה, עומד להגנה לרועץ. אשר לעניין **ג'ילאני**, קבע בית הדין קמא כי קיימת הבחנה עניינית בין המקרים. צוין, כי בפרשת **ג'ילאני**, מדובר היה באירוע מתגלגל ורציף, שבו היה מעורב היורה מתחילתו ועד סופו, תוך שביצע לעבר הפלסטיני נוהל מעצר חשוד, אשר לו לא שעה. בעניין **ג'ילאני** אף נקבע, כי עובדתית, לא ניתן היה לשלול הן את העובדה כי מבחינה אובייקטיבית, בעת ששכב הפלסטיני על הכביש, נשקפה ממנו סכנה וכי אף מבחינה סובייקטיבית האמין היורה בכך בכנות. לעומת זאת, צוין, כי בעניין דנן, הייתה עמדת הפרקליטות הצבאית עקבית, כי שינויי גרסאותיו של המערער מלמדים על העדר כנותו ביחס לנסיבות הירי במחבל, שעה שגרסתו הראשונה היתה כי ירה במחבל משום ש"הגיע לו למות". נקבע גם, כי אין די בהצבעה על מקרה בודד לשם ביסוס טענה של אכיפה בררנית, וכי יש להראות שלאורך זמן ובאופן שיטתי קיבלו הרשויות במקרים דומים החלטות שונות מאלה שנתקבלו במקרה דנן. לפיכך, נקבע כי לא עלה בידי ההגנה לבסס את הטענה בדבר אכיפה בררנית. למען שלמות התמונה נציין, כי לאחר שבית הדין קמא הורה על העברת חלקים מחוות דעת

הפרקליט הצבאי הראשי בעניינו של אל"ם שומר לעיון ההגנה, הגישה ההגנה בקשה נוספת, לפי סעיף 108 לחוק סדר הדין הפלילי, שבמסגרתה ביקשה לקבל "את כל מסמכי חומרי החקירה ואת חוות דעת הפרקליט הצבאי הראשי בתיקים בהם נהרגו אזרחים פלסטיניים, הן בתיקים בהם הוחלט על סגירה והן בתיקים אשר בהם הוחלט על הגשת כתב אישום, עפ"י הטבלה בדוח של ארגון 'בצלם' ושל ארגון 'יש דין'", על מנת לאפשר לה לבסס טענה של אכיפה בררנית. בית הדין קמא דחה את הבקשה בקובעו כי ההגנה לא עמדה בנטל ראיתי ראשוני לביסוס בקשתה. צוין, כי המדובר בבקשה רחבה וגורפת, המבקשת את כל חומרי החקירה וחוות הדעת של הפרקליטות הצבאיות ביחס למקרים שבמהלכם נהרגו פלסטינים, מבלי להתייחס לנסיבות של אותם מקרים.

41. ראש הטיעון השלישי עניינו בטענה כי ההליך המשפטי זוהם, נוכח התבטאויות של שר הביטחון דאז ושל הרמטכ"ל בטרם הסתיים התחקיר המבצעי. לצד זאת נטען, כי מפקדיו של המערער, בדרגים השונים, ערכו שיחות עם פקודיהם ביחידה, שבמהלכן הביעו עמדתם כי מעשיו של המערער פסולים, ובכך השפיעו על החיילים אשר העידו במצ"ח ולאחר מכן בבית הדין. תחילה עמד בית הדין קמא על תוכן עדויות המפקדים והחיילים שהעידו בפניו בכל הנוגע להתבטאויות המפקדים. נקבע, כי מהעדויות שנאספו עולה תמונה ברורה, שלפיה השיח נסב סביב האירוע שהתרחש, תוך שהודגש כי המדובר באירוע חמור, שאינו תקין מן הבחינה המבצעית. הוטעם, כי תכליתן של שיחות המפקדים הייתה לימוד הכוחות את המותר והאסור בפעילות המבצעית הבאה, והכל בהתאם לממצאי התחקיר המבצעי. הודגש, כי העדים נשאלו מפורשות האם נגרמה הטייה של עדותם כתוצאה מהשתתפותם בשיחה עם מי מהמפקדים, והשיבו בשלילה, והדגישו כי דבקו באמת. צוין, כי "אכן, חלק מן העדים העיד אודות קיומה של השפעה על החיילים באופן כללי, אך אין בכך די כדי לבסס הגנה מן הצדק. משכך, משלא הונחה תשתית ראייתית מתאימה לביסוס השפעה קונקרטית אין מקום לקבל את הטענה".

42. בבסיס ראש הטיעון הרביעי ניצבה הטענה בדבר זליגת התחקיר המבצעי לתוככי חקירת מצ"ח וכפועל יוצא לתוככי ההליך המשפטי. בית הדין דחה את טענת ההגנה בקובעו, כי הטענה לא בוססה מבחינה ראייתית. הוטעם, כי נקודת המוצא של חוות הדעת של עדי ההגנה, אלוף (מיל') ביטון ותא"ל (מיל') זכאי, הייתה כי התחקיר המבצעי הודלף ופורסם. יחד עם זאת, נקבע, כי הדברים נכתבו בעלמא, שכן לא הוצגה לכך תשתית ראייתית מתאימה, ומשכך דינם להידחות. הודגש, כי פרטים

מתוך התחקיר המבצעי לא הובאו לתוככי אולם המשפטים, וכל העדים הוזהרו כנדרש. במקרים הבודדים, שבהם הועלתה אי-וודאות ביחס למתן תשובה מצד עד, הובהרו הכללים פעם נוספת, והעד הגביל את תשובתו, בהתאם.

43. ראש הטיעון החמישי עסק בקיומו של נזק ראייתי, שעניינו החזרת גופת המחבל בטרם עלה בידי ההגנה לבקש את נתיחת גופתו על-ידי מומחה מטעמה. בית הדין קמא קבע, כי ההגנה שקטה על שמריה ולא עשתה דבר על מנת למנוע את החזרת גופת המחבל. משבחרה שלא להציג ראיות ולא לבסס את טענתה בדבר נזק ראייתי, על דרך חקירתם של העדים המומחים ד"ר גיפס ופרופ' היס בעניין, אין להגנה אלא להלין על עצמה. יצוין, כי אף טענה זו נזנחה בערעור.

44. לבסוף, קבע בית הדין קמא כי מעשיו של המערער, היינו הירי בראשו של המחבל, בשל פציעת חברו ליחידה, תוך מודעות לכך שהירי יגרום למותו, בעודו משרת כחובש פלוגתי ועונד דרגות סמל, מקיים את יסודות העבירה, שעניינה התנהגות שאינה הולמת.

ערעור ההגנה כנגד הכרעת הדין

45. לטענת ההגנה, יש לזכות את המערער מחמת הגנה מן הצדק. בעניין זה חזרה ההגנה על טענותיה בערכאה קמא. ראשית, נטען, כי התבטאויותיהם של שר הביטחון דאז ושל הרמטכ"ל על המערער, כמי שביצע מעשה חמור ותיוגו של המערער, כטענת הסניגור כ"רוצח מתבהם שסרח", עוד בטרם החלו התחקיר המבצעי וחקירת מצ"ח, זיהמו את הליכי החקירה והמשפט. הוטעם, כי התבטאויות אלה פוגעות במראית העין של ההליכים המתנהלים כנגד המערער, משפיעות על אמון הציבור ברשות השופטת ובעקרונות המשטר הדמוקרטי, ומצדיקות, אפוא, איון מלא של ההליך, היינו, ביטולה של הכרעת הדין המרשיעה. הודגש בעניין זה, כי מעדויות מפקד הפלוגה וראש צוות החקירה המיוחד של מצ"ח עלה, כי קודם לפרסום סרטון "בִּצְלָם" בתקשורת הייתה כוונה לשפוט את המערער בדין משמעת. משכך נטען, כי "גורלו של המערער לשבט, נחרץ למעשה עם הוקעתו ע"י שר הביטחון והרמטכ"ל", וכי החקירה הפלילית במצ"ח, שהחלה בעקבות פרסום הסרטון, הייתה "חקירה בראיית מנהרה מובהקת". המערער תמך טיעונו בחוות הדעת של האלוף (מיל') ביטון ושל תא"ל (מיל') זכאי, שלפיהן ההתבטאויות כאמור

מאיינות "כל אפשרות להליך שיפוטי נקי". כן טען, כי פרסום התחקיר המבצעי הוא מעשה שמנוגד לחוק השיפוט הצבאי.

46. שנית, בהודעת הערעור טען המערער, כי במהלך המשפט קודמו שלושת השופטים בערכאה קמא, כמו גם שלושה עדים מרכזיים – מפקד הפלוגה, מפקד הגדוד ומפקד החטיבה. הודגש, כי מינויי השופטים לא יכלו לבוא לעולם ללא מעורבותו האישית של הרמטכ"ל, "שהוא זה שכאמור, מלכתחילה סימן את המערער כרוצח שסרח. תרחיש זה של מעורבות הרמטכ"ל, בקידום שופטיו של המערער, כמי שחפץ בהרשעתו של המערער, כשזיכויו של המערער יגרום לרמטכ"ל להיות למשל ושנינה לעיני כל, הינו בלתי נסבל לחלוטין". עוד הוסיף "ואם יאמר האומר, כי שלושת שופטיו של המערער ממילא עמדו להיות מקודמים... כי אז נשיב לו לאומר, כי בכל הנוגע לפגיעה קשה במראית פניה הצדק, אין זה כלל מעלה או מוריד... החשוב והמהותי הוא עצם הקידום, תוך כדי מהלך המשפט, תרחיש שכל משקיף אובייקטיבי מן הצד עלול ובצדק לפרשו כתמריץ להרשעתו של המערער". במהלך הדיון בערעור סייג הסניגור את דבריו וטען, כי "אין אבק ראייה שמשוה נעשה פה בזדון, אבל יש ראייה מוחלטת שזה פוגע אנושות במראית עין, ואין דבר חשוב מזה במשפט, כי אין כמו מראית עין שבו תלוי אמון הציבור במערכת המשפט". לאור כך נטען, כי אף בשל סיבה זו יש לבטל את הכרעת הדין, מחמת הגנה מן הצדק.

47. עוד הלין המערער כנגד העובדה כי כל שדרת הפיקוד של החטיבה, שבה שירת המערער, הבהירה לחיילי הפלוגה, עובר לחקירתם במצ"ח ולעדויות בבית הדין, כי הירי במחבל היה מעשה פסול שלא ייעשה. נטען, כי הדבר מהווה זיהום חמור של ההליך ויש בו כדי להוביל לביטול פסק הדין. בהערת אגב נטען, כי במהלך החקירות הציגו גורמי מצ"ח לנחקרים את סרטון "בָּצָלָם", בשילוב הכותרת "חייל מוציא להורג פלסטיני השרוע על הרצפה לאחר שזה דקר חייל". נטען, כי אמנם בכך אין כדי זיהום הליך החקירה עד כדי איונו, אולם הכותרת השפיעה על חלק מהנחקרים.

48. לבסוף גרס המערער, כי ננקטה בעניינו אכיפת חוק בררנית, שצריכה להביא לביטול כתב האישום שהוגש נגדו ולאין את הרשעתו. לתמיכה בטענתו ביקש המערער להציג, במסגרת בקשה להוספת ראיות חדשות בערעור, שורה של מקרי הרג של פלסטינים, שהסתיימו ללא הגשת כתב אישום, אשר דומים, לשיטתו, לעניין דנן. ואולם, לא מצאנו להתיר זאת, למעט מקרה אחד, כפי שיפורט להלן. בא-כוח

המערער הפנה לשני מקרים, שבהם הוחלט שלא להגיש כתב אישום, אשר הוצגו לבית הדין קמא, כאמור: האחד, עניין נסיבות מותו של פלסטיני בגין ירי שביצע לעברו אל"ם שומר. השני, עניין נסיבות מותו של פלסטיני עקב ירי, שהתברר בבג"ץ ג'ילאני, כמפורט לעיל. בא-כוח המערער עמד על הדמיון הרב, לשיטתו, שבין עניין ג'ילאני לבין המקרה דנן וכן על הנימוקים שנקבעו בבג"ץ ג'ילאני, ביחס לדחיית העתירה, וטען, כי מאותם נימוקים בדיוק חלה חובה שלא להגיש כנגד המערער כתב אישום. עוד צוין, כי בדומה לאירוע בעניין ג'ילאני, גם האירוע דנן היה אירוע מתגלגל ורציף, והדבר אף צוין, להשקפתו, בגזר דינו של בית הדין המחוזי. כן הודגש, כי בעניין ג'ילאני שינה לוחם מג"ב את גרסתו בצורה קיצונית, ואף על פי כן לא נמצאה גרסתו מתפתחת ומתפתלת, כפי שנקבע ביחס לגרסת המערער. אשר לעניין אל"ם שומר, צוין בא-כוח המערער כי סגוריו הקודמים של המערער טענו ארוכות בסיכומיהם, על יסוד חוות דעת הפרקליט הצבאי הראשי, והתביעה לא הביעה כל התנגדות לטיעונים. משכך נטען, כי שגה בית הדין קמא עת פסל את טענת המערער, אך בשל אי-הגשתה של חוות הדעת.

49. בא-כוח המערער הוסיף וטען כנגד החלטת בית הדין קמא, אשר דחתה את בקשת ההגנה לקבל חומרי חקירה, הנוגעים לתיקי מצ"ח שנסגרו ללא הגשת כתב אישום, בעניין הרג של פלסטינים, תושבי יהודה ושומרון, על-ידי חיילי צה"ל, בקובעו כי המערער לא הניח תשתית ראייתית ראשונית לביסוס בקשתו. נטען, כי תשובת התביעה הצבאית, שלפיה אין בנמצא מקרים דומים למקרהו של המערער, היא תשובה מטעה, אשר מנעה מן המערער להציג אירועים דומים. נוכח האמור, נטען, כי נמנעה מן המערער האפשרות להגיש בקשה שתעמוד במבחנים, שנקבעו בפסיקה, בכל הנוגע לרף הראיות הדרוש שעל הנאשם להציג לעניין הוכחת טענת הגנה מן הצדק. בד בבד עם הערעור, הגיש המערער בקשה להוספת ראיות חדשות בערעור, שבה פירט חמישה-עשר מקרי הרג של ערבים תושבי יהודה ושומרון על-ידי חיילי צה"ל ושוטרי משטרת ישראל, אשר לשיטתו זהים בחומרתם ואף עולים בחומרתם על עניינו של המערער, ובהם הוחלט שלא להגיש כתב אישום. יצוין כבר עתה, שבתחילת הדיון בערעור מצאנו, לאחר ששמענו טיעוני הצדדים בעניין, לדחות את בקשת המערער בעניין זה, למעט מקרה אחד – פרשת הירי של השוטר המתנדב ביפו, שם ניתנה החלטת פרקליט המדינה, שלא לפתוח בחקירה פלילית, לאחר שניתן פסק הדין בערכאה קמא – ומשכך הורינו לתביעה להעביר לעיונו של בא-כוח המערער את חוות דעת זו (הנימוקים המפורטים להחלטתנו יובאו בהמשך). על יסוד

חוות דעתו של פרקליט המדינה בעניין פרשת הירי ביפו, טען הסנגור, כי אף על פי שבאותו עניין דובר היה בירי חמור עשרות מונים מעניינו של המערער, שכן מדובר ב"ירי כבקשתך" (היינו, בלחץ הקהל שמסביב), לא זו בלבד שהשוטר המתנדב שירה לא הועמד לדין, אלא שהחלטת פרקליט המדינה בעניינו הייתה שלא לפתוח כלל בחקירה פלילית. לבסוף הודגש, כי בבית המשפט העליון ישנם שופטים אשר דוגלים בגישה, שלפיה די במקרה בודד ומובהק של אכיפת חוק בררנית, בכדי להוכיח את הטענה (דעת השופט פוגלמן בע"פ 6328/12 **מדינת ישראל נ' פרץ** (טרם פורסם, 10.9.2013)).

50. מעבר לטענות בדבר הגנה מן הצדק ולטענות כלליות נוספות, התמקד הערעור במישור העובדתי. עיקרו נעוץ בטענה, כי מכלול הראיות שנאספו בתיק אינו מספיק כדי להוכיח, מעבר לספק סביר, כי לאחר הירי נימק המערער את הירי במחבל בכך ש"דקרו את חבר שלי ניסו להרוג אותו ולכן גם לו מגיע למות". נטען, כי "בניגוד גמור לאמור בהכרעת הדין, המערער לא הפליל את עצמו מייד ובסמוך לאחר הירי ו/או מאוחר יותר, אלא הבהיר כי ירה במחבל-רוצח, כי האחרון זו וכי היה חשש שמטען חבלה על גופו" וכי בנסיבות אלה "הירי במחבל, לא רק שמותר היה, אלא אף נדרש היה". את עיקר הזרקור הפנה המערער לעבר עדויותיהם של שני עדים מרכזיים – רב"ט ת' מ', לוחם בפלוגה שבה שירת המערער, ורס"ן נעמן, מפקד הפלוגה, שעל יסודן קבע בית הדין קמא כי המניע לירי במחבל היה כי "דקרו את החבר שלי וניסו להרוג אותו אז גם לו מגיע למות".

51. אשר לעדותו של רב"ט ת' מ', טען המערער, כי מדובר בעדות בלתי מהימנה, שאין לייחס לה כל משקל, שכן רב"ט ת' מ' המציא "בלשונו המדומיינת", כי המערער אמר לו לאחר הירי את המשפט האמור. כן נטען, כי קביעת בית הדין קמא, שלפיה הודעותיו של רב"ט ת' מ' במצ"ח הוגשו בהסכמה "ואין מחלוקת באשר לאמיתות תוכנן", היא קביעה מופרכת, שכן רב"ט ת' מ' נחקר בבית הדין קמא בחקירה נגדית, שכל מטרתה הייתה לערער את גרסתו במצ"ח, בכל הנוגע לאמירה המפלילה שהוא מייחס למערער. בא-כוח המערער הוסיף וציין, כי בית הדין קמא התעלם מן העובדה, כי רב"ט ת' מ' הובא לחקירת מצ"ח כשהוא כבול באזיקים (ניצוין, כי ההגנה נסוגה מטענה זו לאחר שהתביעה הבהירה כי רב"ט ת' מ' לא הובל לחקירה כשהוא כבול באזיקים) ונחקר באזהרה כי הוא חשוד שידע כי היה בכוונת המערער לבצע את הירי, אך לא מנע זאת. נטען, כי "החשד המלאכותי וחסר היסוד ברב"ט מ', בא לעולם אך ורק כדי להלך עליו אימים ולסחוט ממנו תוך כדי כך,

הודעה מפלילה כנגד המערער וזאת כדי לנקות את עצמו מכל חשד, כפי שאכן אירע בפועל". עוד נטען, כי חקירותיו במצ"ח של רב"ט ת' מ' התאפיינו בשאלות מדריכות, עד כדי ניסיון בוטה לשים בפיו את התשובות, שאותן רצה החוקר לשמוע. צוין, כי שאלות אלו מוכיחות כי מדובר בחקירה הלוקה ב"ראיית מנהרה" מובהקת, שמטרתה "לרצות ולהתיישר" עם רצונם של הרמטכ"ל ושל שר הביטחון דאז. לשיטת המערער, בעניינים אלו יש כדי לאיין לחלוטין כל ממצא מפליל נגד המערער, שיסודו בעדות, שהיא תוצר של חקירה פסולה כזו. בהמשך ניתח בא-כוח המערער בדקדקנות את הודעותיו של רב"ט ת' מ' במצ"ח. נטען, כי בתחילת חקירתו הראשונה במצ"ח מיקד רב"ט ת' מ' את האשמה כלפי המערער, אולם מאחר שהוא לא אמר את האמת, הוא עשה זאת בהיסוס רב, תוך שסייג את המשפט שלשיטתו אמר לו המערער, ואף ציין כי המערער היה "בלחץ". צוין, כי כשנשאל "האם אלאור דיבר עם מישהו אחרי האירוע" השיב רב"ט ת' מ', כי ראה אותו מדבר עם מפקד הפלוגה ועם עוד כמה חיילים. נטען, כי תשובה זו היא בעלת המשקל הרב ביותר, שכן ממנה ניתן ללמוד כי רב"ט ת' מ' כלל לא שוחח עם המערער לאחר הירי במחבל. עוד צוין, כי אף אחד מהחיילים שהשתתפו בשיחה, לכאורה, לא העיד על כך שהמערער אמר או נשמע אומר את המשפט שרב"ט ת' מ' ייחס לו. צוין גם, כי במקומות אחרים בחקירתו ציין רב"ט ת' מ' כי אינו זוכר האם המערער אמר דבר-מה לאחר הירי. נטען, כי תשובות אלו סותרות את תשובותיו הקודמות בנוגע לשיחתו עם המערער. עוד נטען, כי מאחר שרב"ט ת' מ' לא השתתף בשיחה שבין המערער לבין מפקד הפלוגה, אמירתו כי "אני חושב שאלאור אמר למ"פ את אותו המשפט שהוא אמר לי", היא עדות סברה. הסנגור הוסיף וציין, כי בחקירתו השנייה של רב"ט ת' מ' במצ"ח הוצג לו תוכן עדותו של סמ"ר א' א' במצ"ח, שלפיה שמע את המערער צועק מייד לאחר הירי "הוא דקר חבר שלי". צוין, כי רב"ט ת' מ' אישר את תוכן אמירתו של סמ"ר א' א' "כפי שזו הושמה בפיו ע"י חוקרי מצ"ח". בעניין זה נטען, כי לא זו בלבד שראיות חפציות, היינו שלושה-עשר סרטונים שצולמו בזירה, שמהם עולה כי לאחר הירי המערער לא צעק דבר וכלל לא שוחח עם רב"ט ת' מ', סותרות את אמירתו של רב"ט ת' מ', אלא שאף מפקד הפלוגה סתר אותה, כשהעיד כי לאחר הירי המערער לא אמר דבר, למעט תשובה לשאלתו "מי ירה" – "אני". נוכח האמור נטען, כי מדובר ב"הליך בוטה של 'תפירת תיק' גסה ונטולת רסן באמצעות תיאום עדויות... בין עדותו השיקרית של סמ"ר א', לבין עדות רב"ט מ', בעניין הצעקה שלא הייתה מייד לאחר הירי". עוד הדגיש, כי, לעמדתו, תשובתו של

רב"ט ת' מ' בחקירתו השלישית במצ"ח, שלפיה "אחרי שהוא ירה הבנתי שהיה עליו מטען..." מדגימה כי רב"ט ת' מ' כלל לא ידע מה הוא סח במהלך חקירותיו במצ"ח, שכן, אף מטען לא התגלה על גופו של המחבל. הוטעם, כי כאשר עומת רב"ט ת' מ' עם העובדה כי המערער מכחיש את הדברים השיב רב"ט ת' מ' "אני אומר יכול להיות שהוא אמר משהו בסגנון" ובכך סייג את דבריו, שכן כלל לא היה בטוח שהמשפט אכן נאמר. נוכח האמור נטען, כי אין תימה שרב"ט ת' מ' סירב לערוך עימות עם המערער. עוד הודגש, כי בחקירתו השלישית במצ"ח, שבמהלכה לא נחקר תחת אזהרה, התנער רב"ט ת' מ' מן האמירה המפלילה שייחס למערער בחקירתו הראשונה, אולם "רק כאשר שמו בפיו את התשובה הרצויה לחוקר", הפליל את המערער, תוך שהדגיש שהמערער פעל כראוי. בהמשך חקירתו השלישית ציין רב"ט ת' מ' כי "אני חושב שהמשפט שאלאור אמר, היה רק מכיוון שהוא היה נרגש ובשוק שראה את החבר שלו נדקר ולאחר שהוא ראה את המחבל זז, הוא חשב שיש לו פצצה עליו ופעל לפי האינסטינקט". נטען, כי הדבר מהווה חיזוק "רב עוצמה" לגרסתו של המערער, אשר לסיבת הירי במחבל. צוין, כי במהלך עדותו בבית הדין מסר רב"ט ת' מ' "שמהלך החקירה בגלל היותו חשוד בעצמו ובגלל עצבנותו וצעקותיו של החוקר ובגלל העובדה שהאחרון שם בפיו את תשובותיו ומעל לכל בגלל איומים של החוקר לעוצרו, אם לא ישיב כרצונו לשאלותיו, כמו גם בגלל השוק שבו היה מייד לאחר הירי, כל אלה גורמים לכך, שכלל אינו בטוח מה אמר לו המערער לאחר הירי ומכאן שאינו בטוח בנכונות תשובותיו". עוד הלין כנגד העובדה, כי על אף שרב"ט ת' מ' סירב לערוך עימות עם המערער, הדבר לא גרע ממשקל עדותו, אולם כשהמערער סירב לערוך עימות, בית הדין קמא זקף זאת לחובתו.

52. בא-כוח המערער הוסיף וטען, כי שלושה-עשר הסרטונים שצולמו בזירה מוכיחים כי, בניגוד לעדותו של רב"ט ת' מ', לאחר הירי המערער לא צעק דבר, ובשום שלב לאחר הירי לא נראה משוחח עם רב"ט ת' מ'. צוין כי הסרטונים מפריכים גם את עדותו של סמ"ר א' א', שלפיה שמע את המערער צועק "דקרו את החבר שלי". על יסוד האמור לעיל, נטען, כי מאחר שעדותו של רב"ט ת' מ' היא היסוד העובדתי המהותי ביותר בהכרעת הדין, היינו "לב ליבו של התיק", על פי פסקאות 84 ו-94 להכרעת הדין, ברי כי הכרעת הדין המרשיעה אינה יכולה עוד לעמוד.

53. טענה מרכזית נוספת של הסניגור מתייחסת לעדותו של מפקד הפלוגה, רס"ן נעמן. נטען, כי מדובר בעדות כבושה, מתפתחת ומתפתלת, אשר "תפורה בתפרים

גסים ע"י חקירת מצ"ח". הסנגור תומך יתדותיו בדבריו של רס"ן נעמן, בהודעתו הראשונה במצ"ח, אשר נגבתה ממנו ביום האירוע. בהודעה זו מסר רס"ן נעמן, כי לאחר הירי במחבל לקח את המערער הצידה ושאל אותו לפשר מעשיו. העד ציין, במספר הזדמנויות, כי המערער נימק את הירי במחבל בכך ש"ראה אותו זז". העד אף הוסיף, כי "לא הייתה לו [למערער – בית הדין הצבאי לערעורים] תשובה אינטליגנטית לתת בשלב זה". מן האמור ביקש הסניגור ללמוד, כי אלה היו "דבריו היחידים של המערער בחילופי הדברים בינו לבין רס"ן נעמן", וכי זהו הסברו הראשוני של המערער לירי, ולא כפי שגרס רס"ן נעמן בהמשך. בא-כוח המערער הלך על כך שרס"ן נעמן זומן למתן עדות שנייה במצ"ח כבר באותו היום, באישון לילה, לאחר גביית עדותו של רב"ט ת' מ', בכדי "להביא אותו לכך שיחזור בו מעדותו המזכה את המערער ובמקום זאת יעליל עליו עלילה שיקרית...". הסניגור עמד על כך שבתחילת חקירתו השנייה, עת נשאל האם שמע את המערער צועק דבר-מה לאחר הירי, השיב רס"ן נעמן, כי "היה שקט". נטען, כי תשובה זו סותרת את עדויותיהם של סמ"ר א' ושל רב"ט ת' מ', שלפיהן המערער צעק "הוא דקר את החבר שלי". נטען, כי רק לאחר שהוצגו לרס"ן נעמן דבריו של רב"ט ת' מ' במצ"ח – "אני חושב שאלאור אמר למ"פ את אותו משפט שהוא אמר לי" – "התאים" רס"ן נעמן את עדותו שלו לעדותו של רב"ט ת' מ', "כדי לרצות את רצון חוקרו" וציין, "אני זוכר שאלאור אמר משהו כמו: 'הוא היה צריך למות', לא זוכר בוודאות". הודגש, כי בניגוד לעדותו הראשונה במצ"ח, שלפיה המערער ירה במחבל בגלל שראה אותו זז, עדותו השנייה "הושמה בפיו, בצורה בוטה", ומהווה שיבוש הליכי חקירה ומשפט. עוד הלך המערער כנגד העובדה שחוקר מצ"ח נמנע מלשאל את רס"ן נעמן האם הוא מוכן לערוך עמו עימות. הסניגור הוסיף ועמד על דבריו של רס"ן נעמן בחקירתו השלישית במצ"ח. נטען, כי אף בתחילת חקירה זו מסר רס"ן נעמן כי לא שמע את המערער צועק דבר-מה לאחר הירי, תוך שהדגיש כי היתה "דממה". נטען, כי בכך סתר העד את עדותו של סמ"ר א' ושל רב"ט ת' מ' פעם נוספת. עוד צוין, כי עת נשאל רס"ן נעמן, בשאלה פתוחה, מה אמר לו המערער השיב "הוא חי/זז הוא חייב/צריך למות". לשיטת הסניגור, מדובר בחזרה של רס"ן נעמן לאמירותיו בהודעתו הראשונה, היינו כי המערער ירה במחבל כי הוא זז. הוטעם, כי אילו אמר המערער למפקד הפלוגה את המשפט שמיוחס לו, אזי היה על מפקד הפלוגה ליטול ממנו את נשקו האישי ולהשעותו באופן מיידי, וכך לא נעשה.

54. נטען גם, כי הסבריו של רס"ן נעמן לסתירות בין הדברים שמסר בהודעתו הראשונה במצ"ח לבין אלה שמסר בהמשך – "החוקר לא שאל אותי בצורה ברורה" וכן "החוקר לא ירד איתי לרזולוציה של המשפט המדויק בעדות הראשונה" – הם הסברים חסרי שחר ונטולי כל היגיון. צוין, כי שגה בית הדין קמא עת התעלם משקריו של רס"ן נעמן ומעדותו הכבושה והמתפתחת ונתן לדבריו פרשנות מוטעית. ביחס למרחק הסכין מידו של המחבל, נטען, כי יש לקבוע ממצאים אך ורק על בסיס עדותו הראשונה של רס"ן נעמן במצ"ח, שלפיה הסכין הייתה "כמה סנטימטרים מידו השמאלית", משום שזו נגבתה ממנו ביום האירוע, ולא על בסיס עדותו בבית הדין, שם מסר כי הסכין נמצאה "מרחק משמעותי" מידו של המחבל. הסנגור הביע תרעומת על חוסר העקביות בהנמקת בית הדין קמא, שלפיה מסירת גרסתו המלאה של המערער בתוך חמש שעות מאז קרות האירוע לימדה, כי מדובר בגרסה כבושה, מתפתחת ומתפתלת. ואילו בעניין גרסתו של מפקד הפלוגה, אשר השתנתה "מן הקצה אל הקצה", קבע בית הדין קמא כי הדבר נעשה אך "בחלוף שעות בודדות... כך שלא ניתן לטעון כי זו הומצאה". עוד נטען, כי בחיזוקים החיצוניים שמצא בית הדין קמא לעדותו של רס"ן נעמן, אין כל ממש. צוין, כי עדויותיהם של רב"ט ת' מ' ושל סמ"ר א' א', הן עדויות בלתי מהימנות, ומשכך אין הן יכולות להוות חיזוק חיצוני. אשר לעדותו של מפקד הגדוד, שלפיה מפקד הפלוגה אמר לו "שהתשובה שאלאור אמר לו היא ש'הוא מחבל והוא צריך למות'", נטען, כי מדובר בעדות שמיעה שאינה קבילה. הוטעם, כי מפקד הגדוד העיד, שהמערער ציין בפניו כי ירה במחבל משום שזיהה שהוא זז, וכן זיהה על-ידו סכין. לפיכך נטען, כי עדותו של מפקד הגדוד אך תומכת במהימנות גרסתו של המערער. אשר לסרטונים, שמהם למד בית הדין קמא כי בפועל הסכין לא הייתה ממוקמת במרחק נגיעה מידו של המחבל, נטען, כי על פי עדות מומחה מז"פ, רס"ם גור-אל, לא ניתן לקבוע, על יסוד הסרטונים, את מרחק הסכין מידו של המחבל. נטען, על-כן, כי מאחר שעל-פי הכרעת הדין, עדותו של רס"ן נעמן מהווה את ליבת הכרעת הדין, שעליה "יקום ויפול דבר", וזו אינה מהימנה – הרשעתו של המערער אינה יכולה לעמוד.

55. עוד הלין הסניגור על כך שבית הדין קמא מצא ליתן לעדויות מפקד הגדוד ומפקד החטיבה, שטענו כי לא הייתה הצדקה לירי, משקל מלא, אף על פי שהגיעו לזירת האירוע אך לאחר הירי. נטען, כי מדובר, לכל היותר, בטעות מבצעית, שאין מעמידים עליה לדין. עוד נטען, כי מעדויות שנגבו מחיילים, ביניהם סמ"ר א' א'

וסמ"ר אב' א', עולה כי החיילים לא עברו הדרכות בכל הנוגע להימצאות מטען חבלה בזירה.

56. בא-כוח המערער הוסיף וטען, כי גרסת המערער בכל הנוגע למניע לירי במחבל היא גרסת אמת, אשר נתמכת בראיות חפציות – הסרטונים שבהם אין ניתן לראות את המערער אומר את שיוחס לו. צוין, כי על-פי פסיקת בית המשפט העליון, אין די בהבעת חוסר אמון מוחלט בגרסת הנאשם כדי להביא להרשעתו, וזו יכולה לבוא לעולם אך ורק על יסוד ראיות שהציגה התביעה. משכך נטען, כי לאור משקלן האפסי של ראיות התביעה, הדיון בגרסת המערער הוא בבחינת למעלה מן הדרוש. על-פי גרסת המערער, המניע לירי במחבל נעוץ בשתי סכנות שנשקפו מן המחבל – האחת, חששו מסכין: "שהוא ישלח יד לכיוון הסכין וינסה לדקור את מי שעומד לידו והלאה", השנייה, לאור חשש שהמחבל נושא על גופו מטען חבלה – "במקרה הגרוע יותר הוא פשוט יתפוצץ". לשיטת המערער, לנוכח העובדה שהמחבל לבש מעיל נפוח ביום חם; לנוכח קריאות האזרחים בזירה רגעים ספורים לפני הירי, שלפיהן יש חשש שהמחבל נושא על גופו מטען; לנוכח העובדה שהמחבל הזיז את ידו זמן קצר לפני הירי; ולנוכח התראה על "פיגוע איכות", שתודרך לגביה שבועות קודם לאירוע, זיהה סכנה מוחשית ומיידית, שנשקפה מן המחבל. משכך, קיבל החלטה "תוך שבריר שנייה" וירה לעבר ראשו של המחבל, על מנת לנטרל את הסכנה ולהגן על חייו שלו ושל הסובבים אותו. לעמדתו, גרסה זו בדבר החשש מהסכין וממטען נאמרה למספר גורמים, כבר בזירת הירי. כך למשל, מייד לאחר הירי שוחח עם רס"ן נעמן ומסר לו כי הסיבה לירי נעוצה בשתי הסכנות, כאמור. אף בשיחה הטלפונית עם הפרמדיקית, סמל ד' ש', ציין באזניה המערער כי ירה במחבל, משום שלידו הייתה מונחת סכין וכשהבחין בכך שהמחבל הזיז יד וראש לעבר הסכין הרגיש איום. בניגוד לאמור בעדותה של סמל ד' ש', ציין המערער כי פירט באזניה אף את חששו כי המחבל נושא על גופו מטען. לפי גרסת המערער, אין הוא זוכר שצעק לאחר הירי כי "המחבל דקר את חבר שלי", ואף אינו זוכר שיחות שקיים בזירה עם סמ"ר א' א' ועם רב"ט ת' מ'. לטענתו, אם אמר את הדברים, כוונתו הייתה לכך שנשקפה מן המחבל סכנה. הודגש, כי אך 20 שניות לפני הירי התפנה המערער מטיפול בחייל הפצוע, ובמהלך 11 שניות מתוכן הוא הלך לאסוף את קסדתו. "כלומר, הוא בקשר עין עם המחבל בפועל 9 שניות. לא 11 דקות".

57. צוין, כי עדים רבים, הן מטעם התביעה והן מטעם ההגנה, העידו כי חשו סכנה מן המחבל, אולם הכרעת הדין התעלמה מכך. כך למשל, סגן מ' א', שלעדותו ניתן

משקל מלא, מסר כי חשש שהמחבל נושא על גופו מטען, ומשכך הציב את סמ"ר א' לאבטח את המחבל, ואף דיווח על כך לרס"ן נעמן. נטען גם, כי הכרעת הדין מתעלמת ממצבו הנפשי של המערער לאחר הירי. בהקשר זה צוין, כי עדים רבים מסרו, כי בשעות שלאחר הירי נראה המערער "נרגש", "נסער", "לחוץ" ואפילו "בשוק". משכך נטען, כי בעובדה שהמערער מסר את מלוא הסבריו לירי אך שעה וחצי לאחר האירוע, אין כל רבותא. צוין גם, כי בהינתן מצבו הנפשי של המערער, אין לזקוף לחובתו את העובדה שנזכר בפרטים רבים שהתרחשו באירוע, אך ימים ספורים לפני עדותו בבית הדין. בהקשר זה הוטעם, כי לא הייתה זו הפעם הראשונה, שבה נזכר המערער בפרטים מן האירוע במועד מאוחר. כך לדוגמה, רק בחקירתו השלישית במצ"ח נזכר המערער כי התבקש לאסוף את מוחו של המחבל בזירה, ועניין זה אושר על-ידי מפקד הפלוגה. עוד נטען, כי בעובדה שהמערער היה נתון בסערת רגשות, יש כדי להסביר את התנהגותו בסמוך לאחר הירי – היינו, שלא הזהיר את צוות התאגיד שטיפל בגופת המחבל מפני הסכנה, שנשקפה מן המחבל, ולא התרחק בעצמו.

58. בא-כוח המערער הביע תרעומת על קביעת בית הדין קמא, שלפיה המערער "המציא", לראשונה, את הגרסה בדבר סכנה ממטען אך לאחר שנועץ בעורך דין. צוין, כי על-פי פלט השיחות ממכשיר הטלפון הנייד של המערער (ת/26), השיחה הראשונה של המערער עם עורך הדין התקיימה בשעה 13:25 וארכה 46 שניות. נטען, כי אין מדובר בזמן מספיק דיו לקבלת ייעוץ כלשהו. עוד צוין, כי מעדותו של סמ"ר אב' א' עולה, כי השיחה שקיים עם המערער, שבה ציין בפניו המערער את חששו מן המטען, התקיימה בין השעות 12:50-13:00, ללמדך, כי המערער דיווח על אודות חששו מן המטען, לפני שנועץ בעורך דין.

59. בא-כוח המערער הטעים, כי המערער לא שינה את גרסתו במהלך עדותו בבית הדין, בכל הנוגע למרחק הסכין מן המחבל, אלא עמד על כך ש"אני ראיתי את הסכין קרובה למחבל בזמן אמת". צוין, כי לגרסתו של המערער ביחס למרחק הסכין מן המחבל נמצאו חיזוקים רבים – הן בעדותו הראשונה של רס"ן נעמן במצ"ח והן בעדויותיהם של עדי הגנה רבים, שהעידו כי הסכין הייתה קרובה למחבל. עוד טען, כי מצפייה בסרטונים שהוגשו ניתן ללמוד, כי שניות ספורות לפני הירי הזיז המחבל את ידו ואת ראשו, בניגוד לקביעת בית הדין קמא, שלפיה תנועת היד האחרונה שלו נעשתה כשש דקות לפני הירי. אשר לעיתוי הצעקה שנשמעה בזירה, בדבר הסכנה ממטען על גופו של המחבל, צוין, כי הצעקה מהווה רק נדבך אחד ממכלול גרסתו של

המערער, שכוללת את מרחק הסכין, לבושו החריג של המחבל, התראות קודמות, האווירה בזירה ותזוזת המחבל. אשר ללבוש המחבל, נטען, כי עדים רבים, ביניהם רב"ט ת' מ' ואנשי מגן דוד אדום, העידו כי מראהו היה חשוד, לאור העובדה שלבש מעיל ביום חם ואף בסרטון ניתן לראות כי המעיל היה נפוח.

60. נוכח גרסתו של המערער, כפי שפורטה לעיל, טען הסנגור המלומד כי עלה בידו להוכיח כי טעותו של המערער הייתה טעות כנה, שיש בה כדי להקים לו סייג לאחריות פלילית בדבר טעות במצב הדברים, בשילוב הגנה עצמית, הגנת הצורך והגנת הצידוק. כן הוטעם, כי בעובדה שחלק מגרסתו מאומתת על-ידי ארבעה עדים – מפקד הפלוגה, מפקד הגדוד, הפרמדיקית וסמ"ר אב' א' – יש כדי לבסס את כנות טעותו ואת כנות גרסתו. לשיטת הסנגור, כל ששת התנאים, שבהתקיימם עומדת לנאשם הגנה עצמית, חלים במקרה דנן. ביחס ליסוד התקיפה שלא כדין צוין, כי מדובר היה במחבל, שעשר דקות קודם לכן ניסה לרצוח שני חיילים, לידו הייתה מונחת סכין, היה חשש סובייקטיבי וכן שהוא נושא על גופו חגורת נפץ, כששניות לפני הירי הזיז המחבל את ידו – "זוהי התקיפה הכי חמורה שיכולה להיות". אשר לתנאי הסכנה, טען הסנגור, כי בזירה שררה אווירה של סכנה. המחבל, כאמור, ביצע פיגוע עשר דקות קודם לכן, הוא לבש מעיל נפוח וכן נשמעו התרעות בדבר קיומו של מטען על גופו של המחבל. כשעומת עם העובדה כי על הסכנה להיות מוחשית, הפנה הסנגור לבג"ץ גילאני ושאל מדוע במקרה זה, שבו ירה לוחם מג"ב בפלסטיני על סמך חשד בלבד, נקבע כי אכן שררה סכנה מוחשית. הודגש, כי פעמים רבות פרט לסכין או לאקדח נושאים מחבלים על גופם גם חגורות נפץ, ומשכך מדובר בסכנה מוחשית. ביחס לתנאי המיידיות ציין הסנגור, כי שלושים שניות לפני הירי נאמר בזירה "תביאו חבלן תביאו חבלן". כן ציין, כי המערער היה בקשר עין עם המחבל במשך תשע שניות לפני הירי, כששניות ספורות עובר לירי המחבל הזיז את ידו. הודגש, כי חגורת נפץ ניתנת להפעלה תוך שנייה ומשכך הירי של המערער במחבל עומד אף בתנאי המיידיות. אשר לתנאי הנחיצות הפנה המערער לפרשת הירי ביפו, שם ירה השוטר המתנדב במחבל, אף על פי שעמדו בפניו אפשרויות אחרות לפעולה. הוטעם, כי "ההתמודדות עם הפן המשפטי... היא באמצעות פסיקה על מקרה שאפשר להשליך ממנו למקרה שלנו". צוין, כי גם אם טעה המערער, אזי מדובר בטעות מבצעית, שבגינה לא מעמידים לדין. אשר לתנאי היחסיות, נטען, כי ירי לעבר היד לא מנטרל סכנה מחגורת נפץ, שיכולה לגרום למוות. נטען, כי בנסיבות האלה

"זה מאוד פרופורציונלי לירות בראש" וכי "כל ירי אחר יגרום לצרה יותר גדולה". יצוין, כי לא הייתה מחלוקת כי המערער לא "נכנס למצב בהתנהגות פסולה".

61. הסניגור הוסיף וציין, כי המקרה דנן נמנה עם אותן ארבע האפשרויות החריגות שהפסיקה קבעה, שבהתקיימן תנאפשר התערבותה של ערכאת הערעור בממצאי עובדה ובממצאי מהימנות. אשר לחריג, אשר קובע כי תיתכן ביקורת של ערכאת הערעור על ממצאים שבעובדה, כאשר אלו מתבססים על שיקולים שבהיגיון או על סבירותה של העדות ביחס למכלול הראיות, נטען, כי הרוב המכריע של ממצאי העובדה והמהימנות בהכרעת הדין, יסודו "באופן המובהק ביותר ובראש ובראשונה מתחום ההיגיון, והינם גם מוטעים לגמרי". אשר לחריג השני, שמאפשר התערבות במסקנות שהסיקה הערכאה הדיונית מן העובדות שהוכחו, נטען, כי "לא זו בלבד שבית הדין הנכבד קמא טעה במסקנותיו שעל יסוד העובדות שבפניו, אלא, שהוא אף התעלם מראיות חפציות – הסרטונים – הסותרות, מניה וביה את מסקנותיו המוטעות". אשר לחריג המאפשר התערבות בהערכת ראיות בכתב או כל ראייה חפצית אחרת, צוין, כי "חריג זה כאילו בא לעולם במיוחד עבור סלילת הדרך להתערבות בקביעותיו של בית הדין הנכבד, הסותרות... שלל ראיות חפציות – למעלה מ-10 סרטונים – המובילים למסקנה אחת... ממצאי העובדה והמהימנות של בית הדין הנכבד קמא, הינם מוטעים בעליל וזאת בליבת התיק". ביחס לחריג הרביעי, אשר קובע כי תתאפשר התערבות של ערכאת הערעור בקביעות עובדתיות כאשר ישנן סתירות בעדויות היורדות לשורשו של עניין, אשר הערכאה הדיונית לא נתנה דעתה להן, נטען כי קביעות המהימנות בהכרעת הדין סותרות שלל ראיות חפציות חד-משמעיות.

62. לתמיכה בטענותיו, כאמור, נסמך בא-כוח המערער על ההחלטה בערעור המערער. צוין, כי החלטה זו ניתנה כאשר רובו ככולו של חומר הראיות היה מונח בפני בית הדין הצבאי לערעורים והתרחיש העובדתי שנקבע בהחלטה, היה מחמיר עם המערער: כך למשל, אין בהחלטה כל אזכור לכך שרס"ן נעמן שינה את גרסתו, ואין כל אזכור לסירובו של רב"ט ת' מ' לערוך עימות עם המערער. צוין, כי במהלך המשפט הראיות המפלילות כנגד המערער אך הלכו ונחלשו. משכך נטען, כי אם בתרחיש מחמיר נקבע, לכאורה, כי אין ברשות התביעה ראיות להוכחת האישום בהריגה, אזי לאחר שמיעת הראיות, הרשעתו של המערער ודאי שאינה יכולה עוד לעמוד.

תגובת התביעה הצבאית

63. התביעה הצבאית סמכה ידיה על הכרעת דינו של בית הדין קמא ועתרה להותיר את הכרעת הדין המרשיעה על כנה. נטען, כי בבסיס הכרעת הדין מונחות קביעות עובדתיות, שפורטו ובוארו על-ידי בית הדין קמא הנכבד, אשר בהן, על דרך הכלל, נמנעת ערכאת הערעור מלהתערב. הודגש, כי גרסת המערער נמצאה בלתי מהימנה לאור מכלול של נדבכים: התרשמותו הישירה של בית הדין קמא מן המערער; ההתבטאות הספונטנית של המערער מיד לאחר הירי – "הוא דקר את חבר שלי ומגיע לו למות", אשר נמצאו לה חיזוקים; העובדה כי המערער החליף חמש גרסאות, סתר את עצמו וסתר עדים אחרים; בדיות של המערער, כגון, עניין הסתירות והשיחה שהתקיימה, לכאורה, עם סמל א' ת'; העובדה כי גרסתו של המערער נסתרת בממצאים אובייקטיביים. כך למשל צוין, כי הוכח שהסכין הייתה רחוקה מהמחבל ואף הטענה כי ראה את המחבל מזיז את ידו לכיוון הסכין נזנחה בבית הדין קמא; התנהגותו של המערער לפני הירי ולאחריו, אשר אינה מתיישבת עם מי שחושש ממטען; העובדה כי המערער הפר את הוראות הפתיחה באש וירה, ללא כל הצדקה מבצעית. לאור כל אלה טענה התביעה, כי אין מקום להתערב בממצאים המבוססים של בית הדין קמא. התביעה הצבאית הדגישה, כי הטענה, שלפיה עדותו של מפקד הפלוגה "נתפרה" על-ידי גורמי מצ"ח, מתעלמת מן העובדה כי כבר בשטח שמעו מפקד הגדוד ומפקד החטיבה את אותם הפרטים ממפקד הפלוגה. הודגש, כי המחבל היה מנוטרל, שכוב על הקרקע, כשעיניו עצומות וידיו פרושות, המחבל לא הזיז את ידיו מספר דקות לפני הירי ולכן לא הייתה הצדקה לירי. צוין גם, כי אין בעובדה שהמשפט שאמר המערער לאחר הירי לא נקלט בעדשת המצלמה, כדי להוכיח כי המשפט כלל לא נאמר. בהקשר זה צוין, כי מומחה מז"פ ערך סרטון משולב, שכלל את כל הסרטונים שצולמו בזירה, לפי ציר זמן כרונולוגי. הודגש, כי בסרטון המשולב קיימות נקודות זמן שבהן אין תיעוד מצולם. כן הודגש, כי לאחר הירי התמקדה עדשת המצלמה במחבל ולא במערער ולכן לא ניתן לומר שהסרטונים מפריכים את הטענה כי המערער אמר את המשפט שמיוחס לו. צוין גם, כי אף שהשיחה שנערכה בין המערער לבין מפקד הפלוגה לא נתפסה בעדשת המצלמה, לא היה חולק כי זו אכן התקיימה. עוד הטעימה התביעה, כי רב"ט ת' מ' לא שוחח עם כל גורם טרם הגיעו לחקירת מצ"ח, וכי עומת עם עדותו של סמ"ר א' א' אך בחקירתו השנייה. משכך צוין, כי לא ניתן לומר כי עדותו של סמ"ר א' א' השפיעה על תוכן עדותו שלו. עוד צוין, כי בית הדין קמא קבע כי עדויותיהם של

סמ"ר א' א' ושל סמל א' ר' הן עדויות מהימנות, ולא הייתה להם כל סיבה להעליל על המערער. התביעה הצבאית הוסיפה וטענה, כי המערער לא עמד בנטל השכנוע המוטל עליו להוכיח כי האמין באופן סובייקטיבי וכן כי המחבל נושא על גופו מטען חבלה. כן הודגש, כי בעניינו של המערער לא מתקיימים כל ששת היסודות הדרושים לתחולת סייג ההגנה העצמית המדומה, ואף לא התעורר ספק סביר אשר לקיומו של הסייג. אשר לטענה בדבר אכיפה בררנית הוטעם, כי ההגנה בחרה שלא להגיש את חוות דעת הפרקליט הצבאי הראשי בעניין אל"ם שומר ומשכך לטענות בערעור אין כל בסיס. ביחס ליתר הפרשות, שאליהן הפנתה ההגנה, עמדה התביעה על ההבדלים המהותיים, לטענתה, בין פרשות אלה לבין עניינו של המערער, שבגינם הסתיימו הפרשות האחרות ללא הגשת כתב אישום. ההבדל הראשון, עניינו בעובדה שהן בפרשת ג'ילאני והן בפרשת הירי ביפו דובר היה באירוע מתגלגל. בעניין ג'ילאני הירי התבצע לאחר מרדף שהתנהל אחר הפלסטיני ובפרשת הירי ביפו השוטר שירה נטל חלק במרדף אחר המחבל וביצע את הירי שניות בודדות לאחר שהמחבל נפל ארצה, בעוד המחבל אוחז בסכין. הודגש, כי במקרה דנן דובר היה בירי שהתבצע אחת-עשרה דקות לאחר שהמחבל נוטרל ולא היווה עוד סיכון. ההבדל המשמעותי השני שעליו הצביעה התביעה, נוגע למשפט שאמר המערער מיד לאחר הירי, ודברים ברוח דומה לא נאמרו במקרים האחרים. הוטעם, כי על-פי הפסיקה על הנאשם להראות, כי לאורך זמן ובאופן שיטתי קיבלה הרשות המנהלית במקרים דומים החלטות שונות מאלה שנתקבלו במקרה שלו. התביעה הצהירה, כי על-פי המדיניות הנוהגת בכל המקרים שבהם נאספו ראיות קבילות לביצוע ירי קטלני מכוון על-ידי חיילים, בניגוד לכללי הפתיחה באש וללא כל הצדקה מבצעית, ובהתחשב באינטרס הציבורי – הוגשו כתבי אישום. בעניין זה הפנתה התביעה לע"פ 6392/07 **מדינת ישראל נ' יחזקאל** (טרם פורסם, 30.4.2008); ע"פ 8133/09 **מזרחי נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם, 21.7.2010); וכן לע/33/02 **רב"ט והייב נ' התובע הצבאי הראשי** (2002).

דיון והכרעה

בקשה להוספת ראיות נוספות בערעור

64. כאמור, בד בבד עם הגשת הודעת הערעור, הגיש בא-כוח המערער שתי בקשות להוספת ראיות חדשות בערעור. הראשונה, עניינה בהודעת דואר אלקטרוני ששלחו סנגוריו הקודמים של המערער, שבו מתועדת, כך נטען, אמירתו של הפרקליט הצבאי

הראשי, שלפיה התביעה הצבאית תגיש ערעור על קולת העונש שהוטל על המערער אך ורק אם המערער יגיש ערעור על הכרעת הדין. השנייה, עניינה בחמישה-עשר מקרי הרג של ערבים תושבי יהודה ושומרון על-ידי חיילי צה"ל ושוטרי משטרת ישראל, אשר כנטען, זהים בחומרתם ואף עולים בחומרתם על עניינו של המערער, ולגביהם הוחלט שלא להגיש כתבי אישום, או שכלל לא נפתחה חקירה פלילית. לאחר ששמענו בהרחבה את טיעוני הצדדים בעניין, מצאנו, ביום 3.5.2017, לדחות את הבקשה הראשונה ולהיעתר לבקשה השנייה באופן חלקי. להלן יובאו הנימוקים המפורטים להחלטתנו.

65. הלכה היא, כי הגשת ראיות חדשות בשלב הדיון בערעור, היא בגדר **חריג** לכלל, הקובע כי על בעלי הדין להביא את ראיותיהם בפני הערכאה הדיונית. הליך יוצא דופן זה מעוגן בסעיף 435 לחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955 (השוו לסעיף 211 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982), המתיר לבית הדין שלערעור לגבות ראיות בעצמו ככל ש"הדבר דרוש לעשיית משפט צדק", וראו: ע"פ 10830/02 **מדינת ישראל נ' פלוני** (טרם פורסם, 11.3.2004); וכן ע/193/02 **סמ"ר דהן נ' התובע הצבאי הראשי** (2003).

66. פסיקת בית המשפט העליון התוותה שלושה שיקולים עיקריים, שאותם נדרשת ערכאת הערעור לבחון, בבואה להכריע בבקשה להוספת ראיות בשלב הערעור. ראשית, ערכאת הערעור תבחן האם יכול היה המבקש להציג את הראיות המבוקשות בהליך שהתנהל בפני הערכאה המבררת. אם יימצא כי היה באפשרותו של המבקש להגיש את הראיות, תיטה ערכאת הערעור שלא לאפשר לו את הצגתן. שנית, יילקח בחשבון האינטרס בדבר שמירה על עקרון סופיות הדיון. שלישית, ערכאת הערעור תבחן את טיבן ומשקלן של הראיות הנוספות ואת הפוטנציאל הטמון בהן לשינוי תוצאת המשפט (ע"פ 5622/08 **משה נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם, 17.2.2015); ע"פ 2064/14 **קואסמי נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם, 24.2.2015)).

67. הודעת הדואר האלקטרוני, מושא בקשתו הראשונה מלמדת, לשיטת הסגור, כי ערעור התביעה כנגד קולת העונש הוגש ממניעים פסולים ונפסדים – "אך ורק משום שנכשל הלחץ הבלתי מתון... שהופעל על המערער באמצעות סגוריו הקודמים, שלא להגיש ערעור על הרשעתו", ולא מן הנימוקים הכתובים בו. הוטעם, כי הודעת ערעור על קולת העונש, אשר מוגשת כ"פעולת תגמול בעקבות הגשת ערעור על הרשעה",

עולה כדי ניהול ההליך הפלילי בסתירה מהותית לעקרונות של צדק והגיונות משפטית, ויש בה כדי להביא למחיקת ערעור התביעה, מטעמי "הגנה מן הצדק". התביעה הצבאית התנגדה לבקשה ועתרה לדחותה על הסף, ממספר נימוקים. ראשית, צוין, כי על-פי הפסיקה, תנאי סף להגשת ראייה חדשה בשלב הערעור הוא היות הראייה ראייה קבילה. נטען, כי הראייה מהווה עדות מפי השמועה, שאינה קבילה, ולפיכך אין לקבלה. שנית, נטען, כי הבקשה מנוגדת לעקרונות יסוד של התדיינות משפטית, שכן היא מבקשת לחשוף פרטי משא ומתן בין הצדדים. הוטעם, כי קבלת הבקשה עלולה לשדר מסר הפוגע בכל ניסיון הידברות בין צדדים להליך פלילי, וכי משא ומתן שלא הבשיל לכדי הסכם אינו מקים למערער זכות הסתמכות. שלישית, הודגש, כי ניסיונו של הסנגור לחשוף את הערכאה השיפוטית לדברים שהוחלפו במהלך פגישת משא ומתן בין הצדדים עלול לעלות כדי עבירה אתית. לבסוף נטען, כי לראייה המבוקשת אין נגיעה לסוגיה נשוא הערעור, ואין בכוחה לשנות את תוצאת ההליך.

68. בנסיבות המקרה דנן, אמנם הודעת הדואר האלקטרוני נולדה לאחר סיום ההליך בערכאה קמא, אך אין לה כל רלוונטיות להליך דכאן. בראייה המבוקשת, כשלעצמה, אין כדי לשפוך אור חדש על תוצאות פסק דינו של בית הדין קמא והיא אינה בעלת משקל, אשר בכוחו לשנות את תוצאת המשפט. המדובר בראייה שהיא **חיצונית** להליך הפלילי, אשר נוצרה במסגרת משא ומתן שהתנהל בין הצדדים, לאחר שההליך בערכאה הראשונה **הסתיים**. לא זו בלבד שאין בה כוח ראייתי העשוי לשנות את תוצאת ההליך, **אלא שאין לה אף כל נגיעה לשאלות שבמחלוקת**. קבלת הבקשה, שמטרתה האחת היא להביא לדחיית ערעור התביעה הצבאית על-הסף, מבלי שמיעת טיעוניה לגופו של עניין, עשויה להוביל לתוצאה שאין הדעת סובלתה, שלפיה תיחסם דרכה של התביעה הצבאית להשמיע טיעוניה בפני ערכאת הערעור לעניין העונש שהושת על המערער, שעה שעונשו ממילא צפוי היה להידון בפני בית דין זה במסגרת ערעור ההגנה. ויודגש, כי משא ומתן בין צדדים, גם בהליך פלילי, ובכל שלביו, נהוג ומקובל ואין בו פסול. פרטיו, לפי טבעם, וזו גם ההלכה הפסוקה – חסויים (ראו: רע"א 2235/04 **בנק דיסקונט לישראל בע"מ נ' שירי** (טרם פורסם, 27.6.2006), בפס' 16; עלב"ש 110/16 **טור' מזר נ' התובע הצבאי הראשי** (2016)). אם בסופו של יום אין הוא נושא פרי, רשאי כל צד לחזור לעמדותיו המקוריות, ואין הדבר צריך לעמוד לו לרועץ בגדרי המשפט הפלילי. מכל מקום, הוברר כי מדובר

בעדות מפי השמועה ואף מטעם זה, משאין מדובר בראיה קבילה, דין הבקשה להידחות.

69. בקשתו השנייה של המערער עניינה, כאמור – לקבל כראיות חדשות בערעור "את תיקי החקירה והחלטת הפצ"ר בחמישה עשר מקרי הרג של ערבים תושבי יו"ש, ע"י קציני וחיילי צה"ל, כמו גם שוטרים וקציני משטרה... המוכיחים כולם כי עסקינן במקרים הזוהים ב'חומרתם' ואף עולים ב'חומרתם' על עניינו של המערער. בכל המקרים... או שכלל לא נפתחה חקירת מצ"ח, או שנפתחה לאחר זמן רב – שנים – או שהוחלט בסיום חקירת מצ"ח שלא להגיש כתבי אישום". בבקשתו הכתובה מפרט הסנגור תמצית של עובדות והחלטות של רשויות התביעה בשורה של אירועים. לטענתו, יהיה בכך לבסס טענה של "אכיפה בררנית" כלפי המערער, במסגרת הדוקטרינה של "הגנה מן הצדק".

70. יוזכר, כי בבית הדין קמא, התבקש בית הדין להורות לתביעה להמציא לידי המערער "את כל מסמכי חומרי החקירה ואת חוות דעת הפצ"ר בתיקים בהם נהרגו אזרחים פלסטינים, הן בתיקים בהם הוחלט על סגירה והן בתיקים אשר בהם הוחלט על הגשת כתב אישום, עפ"י הטבלה בדוח של ארגון 'בצלם' ושל ארגון 'יש דין'". בית הדין קמא מצא לדחות את הבקשה, בהיותה רחבה וגורפת, ומבלי שהונחה לה תשתית ראייתית ראשונית. הסנגור ביקש, לחלופין, לראות בבקשתו משום ערעור על החלטה זו.

71. התביעה הצבאית התנגדה לבקשה. לעמדתה, אף אחד מהמקרים שפורטו בבקשה אינו דומה בנסיבותיו לעניינו של המערער – שבעניינו הוגש כתב האישום בגדר יישום מדוקדק של מדיניות התביעה המתחייבת בכגון דא, ומשכך, אין כאן, אף לא לכאורה, חשש לאפליה. תחילה טענה התביעה, כי יש לדחות את הבקשה לנוכח פגמים מקדמיים שנפלו בה. צוין, כי המסמכים המבוקשים אינם בידי ההגנה וחלקם אף אינו מצוי בידי התביעה ומשכך יש לעמול ולאתרם; אין כל בסיס לעובדות הנטענות בבקשה ולא ידוע מקורן; המערער לא הסביר מדוע טענות אלה לא הוצגו לבית הדין קמא; המערער לא ביאר למה הוא חותר בעצם הגשת הבקשה, שכן, אין להעלות על הדעת כי בית הדין לערעורים יבחן בדקדקנות כעת האם בכל אחד ואחד מהמקרים האמורים, לנסיבותיו, היו או לא היו די ראיות להעמדה לדין. התביעה הוסיפה וטענה, כי הבקשה אינה עומדת באמות המידה הקבועות בפסיקה לקבל ראיות חדשות בערעור. צוין, כי כל המקרים נשוא הבקשה אירעו זה מכבר, אך

המערער נמנע מלהציגם בערכאה המבררת; כי קבלת הבקשה תפגע בעיקרון סופיות הדיון; וכי אין בכוח "הראיות" האמורות לשנות את התוצאה, משום שממילא אין בידי ההגנה להוכיח על סמכן אכיפה בררנית, שעה שהאישום כנגד המערער הוגש בהתאם למדיניות התביעה. עוד נטען, כי יש לדחות את בקשתו של המערער לראות בבקשה זו כערעור על החלטת בית הדין קמא בבקשתו לפי סעיף 108 לחוק סדר הדין הפלילי. בעניין זה הודגש, כי החומרים שנדרשו מן התביעה בבית הדין קמא היו שונים מהותית מהחומרים המבוקשים כעת, ואף הגדרת הבקשה הייתה קבלת חומרים מן התביעה ולא הגשת ראיות חדשות. עוד צוין, כי המערער לא הצביע על תקדים כלשהו, שבו התקיים, בשלב הערעור, דיון בבקשה להגשת ראיות חדשות בערעור, כדי לברר טענה של אכיפה בררנית, לא כל שכן על תקדים, שבו בוטלה הרשעה בעבירת הריגה, עקב אכיפה בררנית.

72. לא מצאנו, למעט חריג אחד, כפי שיפורט להלן, לקבל בקשה זו. בענייננו, בקשת המערער נסמכת אך ורק על השיקול השלישי והוא הסיכוי שהגשת הראיות תביא לשינוי התוצאה שאליה הגיע בית הדין קמא. אכן, שיקול זה הוא שיקול מרכזי, אך אין בו כדי לייתר את השיקולים האחרים. "ביסודה, הפעלת סמכות שבשיקול דעת – כגון זו המסורה לבית המשפט של הערעור לאשר הגשת ראיות חדשות – נשענת על שקילת כל השיקולים הרלוונטיים והגעה להחלטה המאזנת כראוי בין שיקולים אלה" (ע"פ 9447/12 פלוני נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 2.2.2014)). בחינת שני השיקולים הנוספים פועלת לרעת המערער – היה בידי ההגנה, בערכאה הראשונה, להעמיק את ניסיונה לבסס טענה של אכיפה בררנית עובר להחלטה האמורה של בית הדין קמא ולאחריה. הדבר לא נעשה, על אף, שכמתואר בבקשה, מדובר באירועים מן העבר. במהלך הדיון בפנינו הודה הסגור בפה מלא כי ניתן היה להגיש את הראיות המבוקשות בבית הדין קמא, שכן כלל המקרים המפורטים בבקשה מוצגים במרשתת באופן נגיש וניתן לאתרם בנקל. לא עלה בידי ההגנה לספק הסבר, המצדיק את אי-הגשת הראיות בבית הדין קמא.

73. ביחס לשיקול השני בדבר סופיות הדיון, יש לזכור כי על ערכאת הערעור להימנע מהרחבת גדר המחלוקת בין הצדדים ומפתיחת הדיון מחדש. קבלת הבקשה משמעותה, כעת, בערעור, להתחקות אחר חומר חקירה רב ולהידרש אליו ולשאר הראיות, בפרוטרוט. לא לכך נועד הליך ערעור. מדובר, אפוא, בניסיון לערוך "מקצה שיפורים" ביחס לבקשה הכללית והגורפת שהוגשה בבית הדין קמא, אשר חותר תחת עקרון סופיות הדיון.

74. יחד עם זאת, ראינו להבחין בין המקרים שאירעו זה מכבר, הרבה לפני סיום משפטו של המערער, לבין פרשת הירי ביפו. ביחס למקרים מן העבר, לא הייתה כל מניעה מצד המערער להציגם לפני הערכאה הדיונית והמערער לא הצביע על כל טעם, שהצדיק את אי-הגשתם. לעומת זאת, החלטת פרקליט המדינה שלא לפתוח בחקירה פלילית בפרשת הירי ביפו התקבלה **לאחר** מועד מתן פסק הדין בעניינו של המערער, ומשכך ההגנה לא הייתה יכולה להציגה בפני בית הדין הנכבד קמא. נוכח האמור, הורינו להעביר את החלטת פרקליט המדינה בפרשת הירי ביפו לידי ההגנה, על מנת שתוכל להתייחס אליה במסגרת טיעוניה בערעור (עניינה של החלטה זו יידון בהרחבה להלן, בפרק שעוסק בטענת הגנה מן הצדק).

75. אשר לבקשתו החלופית של הסנגור – הבקשה המקורית בבית הדין המחוזי הייתה **לקבלת חומר מן התביעה**. נקבע ובצדק, כי אין לקבלה וממילא, בקשה לקבלת ראיות בערעור, אינה ערעור על ההחלטה האמורה. בכפוף לאמור, הבקשות נדחו.

76. יצוין, כי ימים ספורים לפני היום שנועד למתן פסק הדין בערעור הגיש בא-כוח המערער בקשה נוספת להגשת "סרטון המתעד את אחד משלושת המחבלים-רוצחים, אשר נורה ע"י לוחמי משמר הגבול בעת מעשה טרור רצחני בהר הבית... – העמיד פני מת וכשניגש אליו חבלן 'לאחר הירי הראשוני בו וכיוצ"ב נטרולו', לפתע ה'מת' קם על רגליו והחל לרוץ במהירות ואז נורה שוב, והפעם למוות". נטען, בין היתר, כי האירוע נשוא הסרטון, אשר התרחש לאחר שהסתיימו ההליכים בערכאה הראשונה, מוכיח עד כמה "נכון ומתחייב" נהג המערער, עת ירה במחבל. מצאנו לדחות את הבקשה מהטעמים המפורטים בהחלטתנו מיום 25.7.2017 (ראו ב"ש 114/17 **סמל אזריה נ' התובע הצבאי הראשי** (2017)). בתמצית קבענו, כי על פני הדברים אין הבקשה מדברת בראיה של ממש, שעה שמדובר בעניין שטרם מוצתה בדיקתו וחקירתו; כי בעובדה שבאירוע אחר, שהתרחש בנסיבות שונות בתכלית אמנם עשויים היו להיות קווי דימיון מסוימים לאירוע דנן, אולם אין בכך כדי להצדיק הבאת ראיות חדשות בענייננו; משהליכי שמיעת הערעורים הסתיימו ומשפסק הדין בערעור עתיד היה להינתן בימים הקרובים להגשת הבקשה, אף לשיקול סופיות הדיון משקל משמעותי.

מכאן נפנה לדון בערעור גופו.

עבירת ההריגה

77. סעיף 298 לחוק העונשין, שעניינו עבירת ההריגה קובע:

"הגורם במעשה או במחדל אסורים למותו של אדם, יאשם בהריגה, ודינו – מאסר עשרים שנים".

היסוד העובדתי של עבירת ההריגה כולל רכיב התנהגותי שהגדרתו רחבה – "מעשה או מחדל אסורים" ורכיב תוצאתי – "מותו של אדם". עבירת ההריגה היא עבירה תוצאתית של מחשבה פלילית. על-פי סעיף 20(א) לחוק העונשין נדרשת "מודעות לטיב המעשה, לקיום הנסיבות ולאפשרות הגרימה לתוצאות המעשה, הנמנים עם פרטי העבירה". לענין הרכיב התוצאתי נדרש גם אחד מאלה: מעשים המלווים בכוונה, כאלה שלא נתמלאו לגביהם הדרישות של "כוונה תחילה", כמשמעותה בסעיף 301 לחוק העונשין; או שיתקיים הלך נפש של פזיזות כלפי אפשרות התרחשותה של תוצאה זו, העשוי לבוא לידי ביטוי, בין באדישות, היינו, שוויון נפש לאפשרות גרימת התוצאה, ובין בדרך של קלות דעת, היינו, תוך נטילת סיכון בלתי סביר לאפשרות גרימת התוצאה, מתוך תקווה להצליח למונעה (ע"פ 4230/99 **אבו ג'נאם נ' מדינת ישראל**, פ"ד נו(1) 34 (2001)). כבכל עבירה תוצאתית יש להצביע על קיומו של קשר סיבתי, עובדתי ומשפטי, בין מעשיו של הנאשם לבין התוצאה הקטלנית (ראו ע"פ 5656/11 **שולמן נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם, 5.8.2012); ע"פ 9723/03 **מדינת ישראל נ' בלזר**, פ"ד נט(2) 408 (2004)). הקשר הסיבתי העובדתי בא על סיפוקו על-פי מבחן אובייקטיבי של "הסיבה-בלעדית-אין", דהיינו, כי התנהגותו של הנאשם שימשה סיבה מהותית והכרחית, מנקודת ראות פיזית-אובייקטיבית, להתרחשות התוצאה (ראו עניין **בלזר** בפסקה 5). מבחן הקשר הסיבתי המשפטי כולל שני מבחני משנה: האם ניתן היה לצפות באורח סביר את התוצאה, והאם צריך היה לצפות אותה באופן סביר. בעניין **אבו ג'נאם** קבע השופט (כתוארו אז) ריבלין, כי בעבירות הדורשות מחשבה פלילית בכלל, ובעבירת ההריגה בפרט, אין צורך לבחון את הקשר הסיבתי המשפטי, כאשר הנאשם צפה בפועל את תוצאת מעשיו, משום שאם התקיימה בנאשם צפיות סובייקטיבית, ממילא התקיימה בו גם צפיות אובייקטיבית (כן ראו ע"פ 5870/01 **חסיין נ' מדינת ישראל**, פ"ד נו(1) 221 (2002) ואת ספרו של המלומד יעקב קדמי, **על הדין בפלילים חוק העונשין** חלק שלישי, 1066-1068 (מהדורה מעודכנת, 2006)). גישה זו של השופט ריבלין התקבלה בפסיקה. עם זאת, בע"פ 9647/10 **פלוגי נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם, 3.1.2013) נקבע, כי יש

להותיר פתח צר למקרים, שבהם ייקבע, משיקולי מדיניות משפטית, כי אף שהנאשם צפה תוצאה קטלנית, הוא לא היה חייב לצפות תוצאה זו ולכן אין להרשיעו בהריגה.

78. המערער אינו חולק על קיומו של היסוד הפיסי של העבירה – כי ירה בראשו של המחבל מטווח קצר. המערער אף הודה במהלך עדותו בבית הדין קמא, כי הירי שביצע "מנטרל את המערכות", "הורג בסבירות גבוהה" וכן "נוטל כנראה חיים של אדם". המערער אינו מכחיש כי במעשיו ביקש לגרום למותו של המחבל ובדיון שנערך לפנינו אישר הסנגור, כי המערער "ירה על מנת להרוג". אין עוד מחלוקת, כאמור, על קיומו של קשר סיבתי בין הירי שביצע המערער לבין מותו של המחבל. טענתו של המערער, היא כי ירה במחבל משום שסבר שהמחבל היווה סכנה מוחשית ומיידית לחייו ולחיי הנוכחים בזירה – לאור חשש מהסכין שהייתה בקרבתו ולאור חשש כי המחבל נושא על גופו מטען חבלה. בנסיבות אלה, נטען, כי הירי שבוצע היה ירי מוצדק, שעולה בקנה אחד עם הוראות הפתיחה באש. לתמיכה בטענתו הפנה המערער את עיקר חיצי אל ממצאי העובדה והמהימנות שנקבעו על-ידי בית הדין קמא הנכבד, ובכלל זה אל האמון שניתן בעדויותיהם של רב"ט ת' מ' ושל מפקד הפלוגה, רס"ן נעמן, ואל היעדר האמון שניתן בגרסתו של המערער.

79. כידוע, מושכלות ראשונים הם, כי לא בנקל תתערב ערכאת הערעור בממצאי עובדה, לא כל שכן בממצאי מהימנות, שאותם קבעה הערכאה הדיונית. הטעם להלכה זו הוא היתרון האינהרנטי הנתון לערכאה הדיונית להתרשם באורח ישיר ובלתי-אמצעי מן העדים שהופיעו בפניה, מאופן מסירת עדויותיהם, מהתנהלותם על דוכן העדים ומשפת גופם (ראו ע"פ 6171/13 פלוני נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 28.6.2017); ע"פ 7493/12 מוחמד נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 10.2.2013); כן ראו פסיקת בית דין זה: ע/147,152/10 רס"ל שרף נ' התובע הצבאי הראשי (2011); ע/10/16 רס"ל יהודה נ' התובע הצבאי הראשי (2017)). יכולת זו נעוצה בכלים העומדים לרשות בית המשפט לצורך קביעת מהימנות עדים, ובכלל זה "התנהגותם של העדים, נסיבות העניין ואותות האמת המתגלים במשך במשפט" (סעיף 53 לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971)). יפים בהקשר זה דברי כב' השופטת פרוקצ'יה בע"פ 2485/00 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(2) 918 (2001):

"הכלל הוא כי שאלת המהימנות מופקדת כולה ביד הערכאה הראשונה, הרואה, שומעת ומתרשמת מהעדים באורח ישיר ובלתי אמצעי... ערכאת הערעור תיטה

להתערב בממצאים שנקבעו על ידי הערכאה הראשונה על יסוד התרשמותה ממהימנות עדים שהופיעו לפניו רק אם הגרסה העובדתית שאומצה על ידה אינה מתקבלת על הדעת... אולם ככלל, ראוי לסמוך על 'תחושתו' על הגיונו ועל שיקול דעתו של השופט בערכאה הראשונה... לערכאה הראשונה יתרון על פני ערכאת הערעור משהעדויות החיות נשמעו בפניה והיא בחנה את חומר הראיות על דקויותיו ועל כל פרטיו... ההתרשמות הישירה מטבעם של העדים, מאישיותם ומאמינותם הינה ללא תחליף כאשר מעבר לכתוב בפרוטוקול נעזר שופט הערכאה הראשונה 'במראות ובקולות' שעברו לנגד עיניו במהלך המשפט".

בית המשפט העליון הסביר, כי שלושה טעמים עומדים ביסודה של הלכה זו:

"הטעם הראשון הוא השליטה והבקיאות שיש לערכאה הדיונית בחומר הראיות על כל דקויותיו; הטעם השני מקורו ביתרון שממנו נהנית הערכאה הדיונית, שראתה את העדים, שמעה אותם והתרשמה מהם באופן ישיר ובלתי אמצעי; הטעם השלישי הוא הניסיון השיפוטי של שופטי הערכאה הדיונית בהערכת מהימנותם של עדים, כמי שנדרשים לשאלות של מתן אמון כעניין של יום ביומו" (ע"פ 10166/09 פלונית נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 11.10.2010)).

יפים לכאן דבריו של כב' השופט זילברג בע"פ 377/62 לוי נ' היועץ המשפטי, פ"ד יז(2) 1065 (1963):

"יסוד מוסד הוא בהלכות ראיות, כי מהימנותו של העד שהעיד מסורה ללבו של השופט הדין בענין, ואינה – בדרך כלל – חוזרת ונבדקת על-ידי בית-המשפט לערעורים. טעמו של דבר כנראה בעליל הוא, שהמניע הפסיכולוגי למתן או אי-מתן אמון בדברי העד, מקורו כרגיל בדבר שאינו 'שקול' ולא 'מדוד' ולא 'מנוי' אלא כמעט 'סמוי' מן העין", כמו עקימת שפתיים, שטף דיבור, היסוס פורתא, אזיל סומקא ואתי חיוורא (או להיפך) – כל אלה, בגדר דק-מן-הדק – עד-אין-נבדק על-ידי בית-משפט גבוה יותר שלא שמע ולא ראה את העד שהעיד".

עוד נאמר, כי:

"...ניתוח עובדתי חייב להיות מבוסס על שליטה מוחלטת ומושלמת בחומר..."

בתחום חשוב זה, נמצאת הערכאה הראשונה בעמדת יתרון על פני ערכאת הערעור, שכן שונה מצבו של שופט החי רק

מפי הפרוטוקול שבפניו ממצבו של השופט החי מפי הפרוטוקול בצרוף מה שקלט לפני כן ממראה עיניים ומשמע אוזניים של העדויות החיות אשר באו בפניו, כאשר קליטת הפרוטוקול מחיה ומרעננת אצלו את זכרון העדויות שקלט ואל האותיות היבשות מצטרפים המראות והקולות" (מרדכי קרמניצר "קריטריונים לקביעת ממצאים עובדתיים והתערבות ערכאת ערעור בממצאים המתייחסים למהימנות של עדים", **הפרקליט** לה 411, 407 (תשמ"ג-תשמ"ד)).

80. כלל זה, שלפיו ערכאת הערעור אינה מתערבת בממצאי עובדה ומהימנות, איננו כלל מוחלט. ברבות השנים נקבעו בפסיקת בית המשפט העליון חריגים, שבהתקיימם מוקנה לערכאת הערעור מתחם התערבות רחב יותר, ביחס לקביעותיה של הערכאה הדיונית (ראו: ע"פ 5633/12 **נימן נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם, 10.7.2013); ע"פ 502/10 **מחאמיד נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם, 22.10.2012)). החרג הראשון מצוי באותם מקרים, שבהם ממצאי הערכאה הדיונית מתבססים על שיקולי היגיון ושכל ישר או על סבירותה של העדות, אז חופשית ערכאת הערעור לבחון האם אותם שיקולים עומדים במבחן ההיגיון (ע"פ 5937/94 **שאבי נ' מדינת ישראל**, פ"ד מט(3) 832 (1995); ע"פ 3166/09 **פלוני נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם, 19.1.2010)). עמד על כך כב' השופט טל בעניין **שאבי**:

"כאשר מדובר בסבירותה של גירסה ולא במהימנות העדים, יכול גם בית המשפט שלערעור לשקול את הסבירות. יש שאי הסבירות שבגירסה פלונית נעוץ בנסיון החיים, ובמציאות המוכרת על ידי שופט היושב בתוך עמו, ואז גם ההתערבות של בית המשפט שלערעור אינה באה על נקלה".

החרג השני, עניינו במצב שבו ממצאי הערכאה הדיונית מתבססים על ראיות שבכתב ולא על הופעתם, התנהגותם ודבריהם של העדים:

"הרתיעה נחלשת, ולעתים אף נעלמת, כאשר ערכאת הערעור מתבקשת להפוך ממצאים עובדתיים שנקבעו על ידי הערכאה הדיונית, לא בדרך של התרשמות מן העדים, אלא בדרך של התרשמות מחפץ או מסמך או בדרך של בדיקת העדויות במבחן ההיגיון" (ע"פ 9352/99 **יומטוביאן נ' מדינת ישראל**, פ"ד נד(4) 632 (2000)).

החרג השלישי, עניינו במצב שבו נפלו טעויות מהותיות בהערכת מהימנות העדויות על-ידי הערכאה הדיונית. טעויות שכאלה עשויות לנבוע, בין היתר, מהתעלמות

מסתירות היורדות לשורשו של עניין, אשר נתגלו בעדויות שעליהן נסמכה הערכאה הדיונית:

"כאשר החולשות הדבקות בגירסתו של עד, שנמצא מהימן על ידי בית משפט קמא, הן מאוד בולטות, וכאשר משתכנע בית המשפט לערעורים, כי אפילו בהנחה שהעד האמור עשה כללית רושם חיובי על הערכאה הראשונה, לא יכלה עדות זו, בהתחשב בכל אותם פגמים אובייקטיביים, לשמש תשתית מספקת להרשעת נאשם בדיון פלילי, הרי ההתערבות היא לא רק מותרת, אלא היא מתבקשת" (ע"פ 610/91 **חיון נ' מדינת ישראל** (לא פורסם, 1.8.1991)).

החריג הרביעי טמון באותם מקרים, שבהם הוצגו לערכאת הערעור עובדות או ראיות ממשיות, המובילות למסקנה ברורה וחד-משמעית, כי ממצאי המהימנות, כפי שנקבעו בערכאה הדיונית, אינם מתקבלים על הדעת (ראו דברי כב' השופט דנציגר ברע"פ 3352/06 **בוזגלו נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם, 12.6.2008)). לעניין זה על הטוען נגד ממצאי הערכאה הדיונית להראות עובדות ממשיות שאינן מאפשרות את קביעת הממצאים שנקבעו ולא די בהעלאת תמיהות ביחס לממצאים אלו (ע"פ 1645/08 **פלוני נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם, 3.9.2009)) וראו האסמכתאות המאוזכרות שם).

עדויות של רב"ט ת' מ'

81. נזכיר תחילה, כי הודעותיו של רב"ט ת' מ' במצ"ח הוגשו לבית הדין קמא על-ידי התביעה, בהסכמת ההגנה. לפיכך, קבע בית הדין קמא, כי אין כל מחלוקת ביחס לאמיתות תוכנו. בערעור חלקה ההגנה על קביעה זו וטענה, כי הסכמתה להגשת ההודעות לא היוותה הסכמה לאמיתות תוכנו, ולראיה – רב"ט ת' מ' נחקר חקירה נגדית ארוכה וצולבת, שכל מטרתה הייתה לקעקע את הדברים שמסר במצ"ח. בהקשר זה ראינו לציין, כי על אף שבית הדין קמא קבע, כי משהודעותיו של העד הוגשו בהסכמה, אין כל מחלוקת ביחס לאמיתות תוכנו, **למעשה**, הוא ניתח את הודעותיו של רב"ט ת' מ' במצ"ח וכן את עדותו בבית הדין בצורה ביקורתית, בחן באופן יסודי ומעמיק, על כרעיהן ועל קרבן, והתמודד היטב עם טיעוני ההגנה בדבר ההסתייגויות וחוסר העקביות שבדבריו של העד. משכך, לטרוניה זו של המערער אין כל נפקות מעשית.

82. כאמור, המערער תוקף את עדותו של רב"ט ת' מ' לכל אורכה ומבקש שלא לייחס לה כל משקל. נטען, בין היתר, כי רב"ט ת' מ' בדה את האמרה שהוא מייחס למערער, לאחר שעדותו "נתפרה" על-ידי חוקרי מצ"ח, אשר איימו לעוצרו אם לא ישיב לשאלות כרצונם. עוד נטען, כי רב"ט ת' מ' הודה בחקירותיו, כי אין הוא בטוח מהו הנוסח המדויק של האמירה שנאמרה מפי המערער לאחר הירי, והדבר מלמד, כי רב"ט ת' מ' כלל לא שמע את המערער אומר זאת. נביא להלן את עיקרי עדויותיו של רב"ט ת' מ'.

83. רב"ט ת' מ' הובא לחקירה ראשונה במצ"ח ביום האירוע בשעה 21:23. העד נחקר תחת אזהרה, כי הוא חשוד שידע כי היה בכוונת המערער לבצע את הירי, אך לא מנע זאת. להלן יובאו עיקרי אמרתו הראשונה:

ש: מה אלאור אמר לך לפני הירי?
 ת: אלאור היה נראה לי נרגש וכועס על זה שדקרו את חבר שלו ואמר לי איך זה שחבר שלי שנדקר על ידי מחבל ונשאר חי.

.....
 ש: האם אלאור דיבר עם מישהו אחרי האירוע?
 ת: .. ראיתי את המ"פ [ת]ום נעמן מדבר איתו ועוד כמה חיילים.

....
 ש: דיברת עם אלאור לאחר הירי?
 ת: כן דיברתי איתו אחרי הירי אמרתי לו שזה לא תקין והוא לא היה צריך לעשות את זה.
 ש: ומה הוא ענה?

ת: ראיתי את אלאור עדיין בלחץ ואני חושב שגם הוא לא ממש הבין את חומרת המעשה. הוא אמר מש[ה]ן בסגנון שדקרו את חבר שלו וניסו להרוג אותו אז גם לו מגיע למות... אני חושב שאלאור אמר למ"פ את אותו המשפט שהוא אמר לי שדקרו את חבר שלו וניסו להרוג אותו לכן מגיע למחבל למות.

ש: שמעת את זה באוזניים שלך?
 ת: כן.

...
 ש: מדוע אלאור אמר לך מה שאמר לפני הירי?
 ת: אלאור לא אמר לי את זה לפני הירי. לפני הירי הוא אמר לי מה קרה בזירה ואחרי הירי הוא אמר שדקרו את חבר שלו וניסו להרוג אותו אז מגיע גם לו למות.

....
 ש: האם הוא הביע חרטה אחרי הירי?
 ת: אלאור אמר שדקרו את חבר שלו וניסו להרוג אותו לכן מגיע לו גם למות, לא שמעתי אותו אומר שהוא מתחרט אבל ראיתי על הפרצוף שלו מבט של לא יודע מה

לעשות והוא היה נראה לחוץ" (ת/62, עמודים 10-2)
[ההדגשות הוספו – בית הדין הצבאי לערעורים].

דברים דומים מסר העד בעדותו השנייה במצ"ח, מיום 27.3.2016:

"שאלה: מפנה אותך לעמוד 5 שורה 1, מה צעק אלאור
לאחר שירה במחבל?
תשובה: כן הוא אמר 'הוא דקר חבר שלי'
שאלה: בוודאות שמעת את אלאור אומר 'הוא דקר חבר
שלי'?
תשובה: כן נראה לי" (ת/63, עמ' 1, שורות 5-10).

וכן בעדותו השלישית במצ"ח:

"שאלה: כתוב בדף שאני מציג בפניך כי שמעת את אלאור
אומר 'איך זה שחבר שלי שנדקר ע"י מחבל ונשאר חי?'
האם שמעת אותו אומר את זה?
תשובה: אלאור אמר מש[ה]ן בסגנון של דקר את חבר שלי
והמחבל חי.

....

שאלה: מה אלאור אמר לאחר הירי?
תשובה: אלאור היה לחוץ ונירגש ואמר מש[ה]ן בסגנון של
הוא דקר את חבר שלי וניסה להרוג אותו וגם לו מגיע
למות..." (ת/64, עמ' 3 שורות 3-8, 13-16).

במהלך חקירתו הראשית אישר העד את הדברים שמסר במצ"ח, כאמור. כשנשאל
"מה הוא [המערער – בית הדין הצבאי לערעורים] אמר לך על מה שהמחבל עשה?"
השיב "הוא אמר לי שדקרו את א.ו. והוא עוד חי משהו בסגנון". העד אישר ששמע
את האמרה באזניו, וכי הדברים שמסר במצ"ח שיקפו את מה שרצה לומר באמת,
ולא כי שמע איזושהו מפקד בכיר בצבא מביע את דעתו על האירוע.

84. לאחר שבחנו בקפידה את מכלול עדותו של רב"ט ת' מ' ואת השגותיו של
המערער לגביה, לא מצאנו כל פסול במסקנותיו של בית הדין קמא הנכבד בעניין
מהימנותו. רב"ט ת' מ' העיד בפני בית הדין המחוזי שעות ארוכות ונחקר חקירה
נגדית ארוכה. בית הדין קמא התרשם מן העד ומהתמודדותו עם השאלות שהוטחו
בפניו באורח ישיר ובלתי אמצעי ומצא ליתן לעדותו משקל מלא. לא מצאנו לקבל
את התזה שהעלה המערער, שלפיה רב"ט ת' מ' בדה מליבו את המשפט המיוחס
למערער, על מנת לרצות את רצון חוקריו ו"להתיישר" עם רצונם של הרמטכ"ל ושל
שר הביטחון דאז. ראשית יש להדגיש, כי העד מסר הן במהלך חקירתו הראשית והן
במהלך חקירתו הנגדית, כי טרם הגיעו לחקירת מצ"ח לא שוחח עם מי מהמפקדים

על האירוע ולא עבר כל תדרוך בנושא (עמ' 304 לפרוטוקול הדיון, שורות 22-23; עמ' 306, שורות 33-36). שנית, יצוין, כי חלק הארי של תשובותיו לשאלות שנשאל במצ"ח נכתבו בכתב ידו של העד כבר ביום האירוע, על גבי לא פחות מארבע אמרות, ולאחר מכן, בעדות נוספת, חמישה ימים לאחר האירוע. הדבר מחזק את המסקנה כי הדברים נמסרו לפי שיקול דעתו של העד, ולא הושמו בפיו על-ידי החוקר, כטענת הסניגור (השוו לרישום הודיה בכתב ידו של חשוד: ע"פ 556/80 **עלי נ' מדינת ישראל**, פ"ד לז(3) 169 (1983); ע"פ 115/82 **מועדי נ' מדינת ישראל**, פ"ד לח(1) 197 (1984)). ויודגש, כי העד נשאל בחקירתו הראשית "כשכתבת את הדברים כתבת מה שרצית?" והשיב בחיוב. גם לשאלה דומה – האם "כל מה שאתה כתבת שיקף את מה שרצית לומר" השיב בחיוב. העד אישר כי כשביקש לתקן את תשובותיו הדבר לא נמנע ממנו (עמ' 321 לפרוטוקול, שורות 15-19). בית הדין קמא הטעים, כי רב"ט ת' מ' והמערער אישרו שהם חברים טובים, ששירתו יחד מתחילת גיוסם לצה"ל, ומשכך לא ניתן לחשוד כי רב"ט ת' מ' ניסה להעליל על המערער עלילת שווא. **אין כל ראייה** לטענת הסניגור, שלפיה המשפט המיוחס למערער "הושתל" בפיו של רב"ט ת' מ'. למקרא הודעותיו של רב"ט ת' מ' במצ"ח ניתן להתרשם, כי רב"ט ת' מ' הוא שהעלה **לראשונה** את המשפט המיוחס למערער. העד מסר את הדברים **באופן ספונטני וביוזמתו שלו, מבלי** שהמשפט המיוחס למערער **נאמר לו או הוצג בפניו** (ראו: ת/62, עמ' 2, שורות 13-15). רב"ט ת' מ' חזר על הדברים פעם אחר פעם במסגרת חקירותיו השונות, ובמהלך חקירתו הראשית בבית הדין לא נסוג מן הגרסה שמסר בעניין זה. בחקירה הנגדית עומת עם עדותו במצ"ח: "תסתכל שנייה בעמוד 7... אתה אומר 'אלאור לא אמר לי את זה לפני הירי, לפני הירי הוא אמר לי מה קרה בזירה ואחרי הירי הוא אמר שדקרו את חבר שלו וניסו להרוג אותו אז מגיע גם לו למות' והשיב "נכון". כן אישר שהמשפט לא נאמר לו בשתי הזדמנויות, אלא רק לאחר שהמערער ירה במחבל (עמ' 312 לפרוטוקול, שורות 15-20).

85. נתנו דעתנו להסתיוגויות שבדבריו של רב"ט ת' מ', שעליהן הצביעה ההגנה, הנוגעות לנוסח המדויק של המשפט שאמר המערער. נטען, בין היתר, כי בחקירתו הראשונה במצ"ח ציין רב"ט ת' מ', כי אינו זוכר האם המערער אמר דבר-מה לאחר הירי (ת/62, עמ' 4, שורות 16-17), ובמהלך חקירתו הנגדית אישר, במספר הזדמנויות, כי אינו יודע בדיוק מהו המשפט שאמר המערער. כך למשל, כשנשאל העד "אתה גם לא יודע בדיוק מה הוא אמר" השיב "נכון". בהמשך נשאל "בגלל זה לא היית גם מוכן לערוך איתו עימות כי לא היית בטוח מה המשפט שהוא אמר"

והשיב – "נכון" (עמ' 312 לפרוטוקול, שורות 26-32). בהזדמנות נוספת אישר, כי אינו משוכנע בתוכן המשפט (עמ' 316 לפרוטוקול, שורות 28-29). לא מצאנו כי יש בהסתייגויות אלה כדי להשליך על מהימנות גרסתו של רב"ט ת' מ', בכללותה. אשר לעובדה שבמהלך חקירתו הראשונה במצ"ח ציין העד, כי אינו זוכר האם אמר המערער דבר-מה לאחר הירי – עיון בעדותו זו מלמד, כי העד מסר את הדברים **אחרי** שכבר ציין כי **לפני הירי** "אלאור היה נראה לי נרגש וכועס על זה שדקרו את חבר שלו ואמר לי איך זה שחבר שלו נדקר על ידי מחבל ונשאר חי". לאחר מכן ביקש העד לתקן את תשובתו וציין, כי המערער אמר זאת לאחר הירי. ביחס להסתייגויות הרבות שהעלה העד במהלך חקירתו הנגדית, מהקשר הדברים עולה, כי אלה נמסרו בלחץ החקירה הנגדית. עיון בפרוטוקול עדותו מלמד, כי רב"ט ת' מ' השתדל לדייק בדבריו, ככל האפשר, והודה כי אינו זוכר את הנוסח המדויק של המשפט. יחד עם זאת, דבריו לא העמידו בספק את העובדה שהאמירה אכן נאמרה. ויודגש, כי אין זו הפעם הראשונה שרב"ט ת' מ' ביקש להבהיר כי אין הוא זוכר את הנוסח המדויק של המשפט. אף בחקירותיו במצ"ח ציין, במספר הזדמנויות, "יכול להיות שהוא אמר מש[ה]ו בסגנון", ואף במענה לשאלת ההבהרה של בית הדין קמא אישר "המשפט הוא נאמר אבל לא ב... משהו בסגנון הזה" (עמ' 323 לפרוטוקול, שורות 20-22). בהקשר זה נקבע, לא אחת, כי "אין לצפות מאדם כי יזכור פרטי אירוע טראומתי כאילו תיעד אותו בזמן אמת" (ע"פ 993/00 שלמה נ' **מדינת ישראל**, פ"ד נו(6) 205 (2002); ע"פ 4555/13 **יארסלבסקי נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם, 9.12.2014)). סברנו, כי גרסתו של רב"ט ת' מ' היא גרסה רציפה, אשר נותרה **בעיקרה אחידה וקוהרנטית** לכל אורך הדרך. ערים אנו לקושי הטמון במצב הרגיש והמורכב שבו ניצב העד, עת נדרש להעיד כנגד חברו הטוב. דומה, כי מקורן של התשובות המהוססות, שבהן נתלה המערער, הוא בתחושת אי-הנוחות שקיננה בקרבו של רב"ט ת' מ'. בהקשר זה קבע בית הדין קמא הנכבד, כי התרשם שגם בחקירתו במצ"ח וגם במהלך עדותו בפניו, ניסה רב"ט ת' מ' לסייע למערער ככל הניתן, אך זאת תוך מילוי חובתו להעיד אמת. התרשמות זו של בית הדין קמא מעדותו של העד בפניו, שלפיה ניסה לסייע לחברו, המערער, ככל הניתן מחזקת את המסקנה כי עדותו במצ"ח היא עדות מהימנה, שאין בבסיסה אינטרס אישי. עדות זו נתמכת על ידי עדים נוספים, כפי שיפורט להלן. המערער הוסיף וטען, כי שגה בית הדין קמא שעה שלא זקף לחובתו של רב"ט ת' מ' את סירובו לערוך עימות עם המערער. אין בידינו לקבל טענה זו. רב"ט ת' מ' סירב להשתתף בעימות עם המערער בטענה כי "יכול להיות שאלאור

בלהט הרגע פלט משפט שהוא לא זוכר או שהמשפט שאני חושב שהוא אמר לא בדיוק אותו משפט כמו שהוא אמר ולכן הוא טוען שהמשפט לא נכון" (ת/62, עמ' 11 שורות 15-20). בעדות נוספת ציין, כי הוא "לא מרגיש בנוח" (ת/64, עמ' 5, שורות 6-11). דומה, כי אף היעדר רצונו של רב"ט ת' מ' להשתתף בעימות עם המערער נעוץ בתחושת אי-הנוחות שחש, כאמור. משכך, לא מצאנו כי יש בסירוב זה כדי לגרוע ממשקל עדותו. נקדים ונאמר, כי אף המערער עצמו, על אף השינויים בגרסאותיו והעובדה כי לא היסס להטיל דופי בשורת עדים, לא אמר מפורשות כי רב"ט ת' מ' אינו דובר אמת, בהקשר לדברים שהוא מייחס לו.

86. ויודגש, כי גרסתו של רב"ט ת' מ' לא עמדה לבדה, והיא נתמכה בעדויותיהם של סמ"ר א' א' וסמל א' ר', שנמצאו אמינות (בית הדין קמא מצא תימוכין אף בעדותו של רס"ן נעמן, ועל כך בהמשך). כך, סמ"ר א' א' העיד, כי לאחר הירי צעק המערער "הוא דקר את חבר שלי". העד נשאל האם שמע את המערער ממשיך לצעוק והשיב "שמעתי אותו צועק ועוד אזרחים שם, לא זוכר מה" (עמוד 221 לפרוטוקול הדיון, שורות 7-16). בהקשר זה ראינו להדגיש, כי אכן, התובע מסר בדיון שנערך לפנינו, כי רב"ט ת' מ' נחקר לראשונה במצ"ח לפני שנגבתה עדותו של סמ"ר א' א'. אולם, מחומר הראיות עולה, כי עדותו של סמ"ר א' א' הוצגה בפני רב"ט ת' מ' אך במהלך עדותו השנייה במצ"ח, להסיר כל טענה כי עדותו של סמ"ר א' א' הושמה בפיו של רב"ט ת' מ', כפי שטען הסניגור. אף סמל א' ר' מסר, כי לאחר הירי אמר המערער "דקרו את חבר שלי רצו להרוג אותו" (עמוד 327 לפרוטוקול הדיון, שורות 24-32). סמל א' ר' מסר כי הוא והמערער חברים טובים, ודיבר בשבחו של המערער – "בן אדם רגיש ועדין, לא מתלהם... מאוד משפחתי" (עמוד 330 לפרוטוקול, שורות 35-33). לא מצאנו כי למי מן העדים היה מניע זר להעליל על המערער, ומשכך לא ראינו להתערב בממצאי המהימנות שנקבעו לגביהם. המדובר, אפוא, בשלושה עדים, שמסרו דברים ברוח דומה. עדויותיהם משתלבות זו בזו ומספקות זו לזו חיזוקים הדדיים בעלי משקל רב: רב"ט ת' מ' מסר, כי המערער אמר לו "דקרו את חבר שלי ניסו להרוג אותו ולכן גם לו מגיע למות", סמ"ר א' א' מסר, כי לאחר הירי צעק המערער "הוא דקר את חבר שלי" וסמל א' ר' מסר, כי לאחר הירי אמר המערער "דקרו את חבר שלי רצו להרוג אותו". אמנם הדברים אינם זהים בנוסחם או במידת הפירוט שלהם, אולם דומים הם ברוחם, כי הסיבה לירי נעוצה **במעשיו הקודמים** של המחבל ולא **בחשש עתידי** ממעשיו. כל אחד מן העדים ניצב בעמדה שונה בזירה ומשכך יש להניח, כי מסר את הפרטים שנקלטו בחושיו שלו. דברים אלו מלמדים על

אותנטיות הזיכרון שהעדים תיארו בעדויותיהם, על כך שהשתדלו למסור תיאור מדויק ככל האפשר של האירוע ועל כך שאין מדובר בעדויות מתואמות. בל נשכח, כי דובר היה בזירת פיגוע, וכי האירוע בכללותו היה אירוע מסעיר. בנסיבות אלה, אין לצפות מהעדים לזכור באופן מדויק מהו המשפט שנאמר על-ידי המערער (השוו: עניין יארוסלבסקי לעיל).

87. המערער טען כי עדותו של רב"ט ת' מ' נסתרת בראיות חפציות – שלושה-עשר סרטונים, שמוכיחים כי לאחר הירי המערער לא נראה משוחח עם רב"ט ת' מ', וכן כי לא נשמעה כל צעקה מפיו. אין בידינו לקבל טענה זו. לבית הדין קמא הוגשו שני סרטונים משולבים, שנערכו על-ידי מומחה מז"פ. שני הסרטונים המשולבים מאחדים את "הסרטונים הקבילים" שהוגשו לבית הדין קמא, והם מתעדים את זירת האירוע מזוויות צילום שונות. הסרטונים המשולבים ערוכים באופן כרונולוגי, על-פני ציר זמן, כאשר על צג המסך הוסף מונה זמן שמשקף באופן מוחשי את סדר התרחשות האירועים בזירה. ניכר, כי לא כל פינה בזירה צולמה כל העת, משכך, ברגעים שבהם אין תיעוד מצולם מופיע על הצג מסך שחור. הדקות הרלוונטיות לענייננו מתחילות לאחר הירי של המערער, שהתרחש בשעה 08:33:21. מיד אחר כך ניתן לשמוע את מפקד הפלוגה צועק "מי ירה?" ואת המערער צועק "אני". בשלב זה מתמקדת עדשת המצלמה במחבל שנורה החל מדקה 08:33:29 ועד 08:34:14, אז מבטל הצלם את אפקט ה"זום אין" שבמצלמה, וניתן לשוב לראות את הזירה. למעשה, בדקות אלה נותר המערער "מחוץ לפריים" משך 45 שניות. אין פלא, אם כך, כי המערער לא נראה בסרטון משוחח עם רב"ט ת' מ'. ויוטעם, כי אף השיחה שהתקיימה בין המערער לבין מפקד הפלוגה, שאין מחלוקת שהתרחשה באותו פרק זמן, איננה מתועדת בסרטונים. אכן, בסרטונים המשולבים לא ניתן לשמוע כי לאחר הירי צעק המערער את האמירה המיוחסת לו. יחד עם זאת, כאמור, מדובר בסרטונים שצולמו מזוויות צילום שונות, חלקם מתוך הזירה עצמה וחלקם ממרחק רב ביחס אליה. הסרטונים צולמו על-ידי מצלמות באיכויות שונות, ברזולוציות צילום שונות ובפורמט הקלטות שונה (ראו חוות דעת מז"פ – ת/22 ו-ת/24). בהתאם לכך, בחלק מן הקטעים המצולמים ניתן לשמוע היטב את הנאמר בזירה ובחלק האחר לא ניתן לשמוע דבר. מהסרטון המשולב עולה, כי המצלמה, אשר תיעדה את השניות שלאחר הירי, הייתה ממוקמת מחוץ להתרחשות בזירה ובמרחק רב, כך שהצלם נאלץ להפעיל את אפקט ה"זום אין" הדיגיטאלי, לצורך צילום תקריב של המחבל הירוי. אין תמה, על כן, כי איכות השמע של הסרטון המתעד את הדקות

שלאחר הירי דלה, ואין ניתן לשמוע את המערער אומר את המשפט המיוחס לו. במישור העקרוני יש לציין, כי המערער נתלה בכך שהדברים לא נקלטו בעין המצלמה, אולם, כידוע, "לא ראינו אינה ראייה" (ע"פ 433/77 מדינת ישראל נ' חג'ג', פ"ד לב(1) 548 (1978); ע/33/12 רס"ס קסוס נ' התובע הצבאי הראשי (2012); ע/95/04 טור' יודוב נ' התובע הצבאי הראשי (2006)). ה"יש" הראיתי במקרה זה מספיק כדי לבסס את המסקנה, שלפיה המערער אמר את האמירה המיוחסת לו – שלושה עדי זירה שונים מסרו, כאמור, דברים דומים, שלפיהם המערער נימק את הירי במחבל לאור מעשיו הקודמים – דקירת חברו החייל. העובדה ששלושה עדים שונים מסרו דברים דומים מפיגה כל חשש שמא מי מן העדים בדה מליבו את המשפט האמור, כפי שייחס להם הסניגור. יפים לכאן דבריהם של כב' השופטת (כתוארה אז) נאור ושל כב' השופט דנציגר:

"בהכרעת הדין אין חובה לספק הסבר לכל מה שהיה או לא היה ואין חובה לפתור את כל 'החידות' העולות. מלאכת הרכבת התמונה הכוללת המצטיירת מן הראיות, איננה מחייבת שכל אבני תמונת ההרכבה 'יימצאו' ויונחו במקומן. די בכך שהמעין בתמונה המורכבת מאבני תמונת ההרכבה הקיימות, אף שאינן מלאות, יוכל לקבוע בוודאות: אני רואה בית, אני רואה עץ, אני רואה שמיים. די בכך שבית המשפט הקובע את העובדות, אף שלא כל רכיביה של תמונת ההרכבה מצויים לנגד עיניו, יהיה מסוגל להרכיב את חלקיה המהותיים של התמונה, אף שלא את התמונה המלאה לפרטי פרטיה" (ע"פ 4354/08 מדינת ישראל נ' רבינוביץ (טרם פורסם, 22.4.2010)).

88. ההגנה הטיחה האשמות חמורות בחוקרי מצ"ח, אשר, לשיטתה, ניהלו את החקירה באופן "בוטה של תפירת תיק גסה ונטולת רסן... והכל כדי לכוון לרצונו של הקודקוד". כן טענה, כי רב"ט ת' מ' נחקר באזהרה "אך ורק כדי להלך עליו אימים ולסחוט ממנו תוך כדי כך הודעה מפלילה כנגד המערער". ראשית, יצוין, כי במהלך הדיון בפנינו נסוגה ההגנה מן הטענה, כי העד הובל לחקירה כשהוא כבול באזיקים, ועל כך אין עוד מחלוקת. שנית וחשוב מכך, לא עלה בידי ההגנה להמציא כל ראיה לתמיכה בטענתה זו (הטענה בדבר השפעותיהן, ככל שהיו, של התבטאויות הרמטכ"ל ושל שר הביטחון דאז על ההליך ידונו בהרחבה בהמשך). אכן, בחקירתו הנגדית אישר רב"ט ת' מ' כי החוקר היה עצבני, צעק עליו ואף איים עליו במעצר, אם ישקר בחקירה. יחד עם זאת, עמדנו בהרחבה על כך שהעד אישר בעדותו בבית הדין, כי התשובות שכתב על גבי אמרותיו במצ"ח נכתבו על-פי דעתו. כן אישר כי

כתב את הדברים כפי שרצה, ולא נמנעה ממנו האפשרות לתקן את תשובותיו ככל שחפץ בכך. העד אישר בחקירתו הנגדית, כי החוקר ניסה לשכנעו כי האימרה "מגיע לו למות" נאמרה לפני הירי ולא אחרי הירי. אף על פי כן, עמד הוא איתן על גרסתו, שלפיה האימרה נאמרה לאחר הירי. ללמדנו, כי לא הייתה לכך, בפועל, השפעה על עדותו של רב"ט ת' מ'. נתנו דעתנו לטענת הסניגור, שלפיה העובדה שלעד הוצג סרטון, שכותרתו "חייל..." השפיעה על עדותו. ואולם, עיון בפרוטוקול עדותו מעלה, כי העד אישר, כי עוד קודם להצגת הסרטון בפניו מסר במצ"ח כי כבר בשטח אמר למערער כי המעשה שעשה אינו תקין (עמוד 319 לפרוטוקול, שורות 13-21). אף המערער עצמו לא סבר כי רב"ט ת' מ' שיקר:

"ת: ת' מ' עד שקרן לדעתך?

נ: אני לא חושב.

....

ת: אתה חושב שבעדות שלו הוא בא להזיק לך?

נ: לא, לא נראה לי".

(עמ' 470 לפרוטוקול הדיון, שורות 20-21, עמ' 471, שורות

5-6).

89. ויודגש, כי המערער יכול היה לזמן לעדות מטעמו את חוקריו של רב"ט ת' מ' במצ"ח לצורך הוכחת טענתו, אך הוא לא עשה זאת, מסיבותיו שלו. הלכה פסוקה היא, כי "הימנעות מהזמנה לעדות של עד הגנה, אשר לפי תכתיב השכל הישר עשוי היה לתרום לגילוי האמת, יוצרת הנחה, שדבריו היו פועלים לחיזוק הגירסה המפלילה בה דוגלת התביעה" (ע"פ 437/82 אבו נ' מדינת ישראל, פ"ד לז(2) 85 (1983); ע"פ 6171/13 פלוני נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 28.6.2017); ע"פ 2098/08 פרעוני נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 28.12.2011)). כזכור, אמרותיו של רב"ט ת' מ' הוגשו לבית הדין קמא בהסכמת ההגנה. הסכמה זו ניתנה ללא הסתייגות, מבלי שנטען דבר ביחס להפעלת אמצעים פסולים בחקירות ומבלי שזומנו החוקרים למתן עדות על אודות הדינאמיקה של החקירות. לפיכך, אין בידינו לקבל את הטענה, שלפיה מדובר היה בחקירה דורסנית.

90. את מארג הראיות שהציגה התביעה הצבאית השלימה גרסתו הכבושה של המערער, שעליה נעמוד בהרחבה בהמשך, שלפיה, בין היתר, המערער העלה בפני רב"ט ת' מ' את חששו מהסכין שהייתה מונחת בסמוך למחבל ומהמטען, שלכאורה נשא המחבל על גופו, כסיבה לביצוע הירי. יחד עם זאת, ההגנה נמנעה מלברר עם רב"ט ת' מ' במהלך חקירתו הנגדית, האם המערער העלה בפניו הסבר הקשור לחשש

מהסכין או מהמטען. בית המשפט העליון עמד, לא אחת, על חשיבותה של החקירה הנגדית, שהוכרה כזכות דיונית מן המעלה הראשונה:

"על זכות זו נאמר כי 'רואים אותה כמכשיר היעיל ביותר שהומצא עד היום ומשמש בידי בעלי הדין לשם גילוי האמת במשפט' (ראו: בג"ץ 124/58 היועץ המשפטי לממשלה נ' השופט המנהל את החקירה המוקדמת, פ"ד יג 5, 23 (1959); ע"פ 5329/98 דג'אני נ' מדינת ישראל, פ"ד נז(2) 273, 280 (2003)). החקירה הנגדית נועדה בין היתר לחלץ מפי העד עובדות שלא סיפר עליהן בחקירה הראשית (או בהודעה שמסר במשטרה) וכן ליתן לנאשם הזדמנות לערער על מהימנות העד ולהראות כי היו לו מניעים נפסדים למסירת עדותו (ע"פ 4763/11 **יעקובי נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם, 20.5.2014)).

היעדרה של חקירה נגדית משמעותית בעניין זה מלמדים באופן ברור, כי העניין אינו שנוי במחלוקת:

"במסגרת חקירה שכנגד מחויב הצד היריב לחקור את העד בכל נקודה של מחלוקת ואי הסכמה, על-מנת לתת לעד הזדמנות 'להגן' על גרסתו, ולאפשר לבית המשפט להתרשם מהאופן בו יעשה הדבר. על כן, כאשר לא מוצגות שאלות בקשר לסוגיה מסוימת במסגרת חקירה נגדית, בהיעדר הסבר סביר אחר, ההנחה היא כי אין חולקים על דברי העד באותה סוגיה" (ע"פ 4609/14 **בסט נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם, 1.3.2015); ראו גם: ע"פ 6171/13 **פלוני לעיל**, בפסקה 29; וכן יעקב קדמי **על סדר הדין בפלילים** חלק שני כרך ב 1574 (מהדורה מעודכנת, 2009), והאסמכתאות הנזכרות שם)).

נוכח האמור לעיל, קבע בית הדין קמא כי המערער לא העלה בפני רב"ט ת' מ' את החשש מהסכין או מהמטען כסיבה לביצוע הירי, ולא מצאנו יסוד להתערב בקביעה עובדתית זו.

91. סיכומו של דבר, עדותו של רב"ט ת' מ' היא עדות אמינה, ברורה וקוהרנטית. קביעותיו של בית הדין קמא בעניינה נומקו כדבעי, וטענותיו של המערער לא שכנעו בדבר קיומה של טעות ממשית בהכרעת הדין, או מסקנה המנוגדת לשכל הישר, המצדיקים התערבות בממצאי המהימנות ובקביעות העובדתיות שקבע בית הדין קמא ביחס אליה. היא משתלבת, כאמור, בראיות מהימנות נוספות.

עדותו של רס"ן נעמן

92. כזכור, המערער טען כי עדותו של מפקד הפלוגה, רס"ן נעמן, היא עדות כבושה ומתפתחת, וביקש לקבוע ממצאים אך על יסוד הדברים שמסר מפקד הפלוגה במהלך עדותו הראשונה במצ"ח, שלפיהם המערער נימק את הירי במחבל בכך ש"ראה אותו זו". עוד טען, כי לאחר הירי ציין באזני מפקד הפלוגה את חששו מן הסכין ומהמטען כסיבה לביצוע הירי. לאחר עיון מדוקדק בחומר הראיות, ובכלל זה בארבע הודעותיו של העד במצ"ח ובפרוטוקול עדותו בבית הדין קמא, מצאנו, כי עדותו של רס"ן נעמן היא עדות בעייתית, שיש קושי להעניק לה משקל מלא ולבסס עליה ממצאים, נבאר.

93. רס"ן נעמן נחקר לראשונה במצ"ח ביום האירוע בשעה 18:35 (ס/12). לגרסתו, "צעקתי מי ירה מי ירה, 3-4 שניות אף אחד לא ענה ומישהו צעק אלאור או צעקו 'אני יריתי' לא זוכר, ניגשתי לחייל ושאלתי אותו למה עשה את זה והוא אמר שראה אותו זו והוא אמר שירה בו לא היתה לו תשובה אינטיליגנטית לתת בשלב הזה". עוד הוסיף:

"תשובה: כששאלתי לאחר האירוע את אלאור בצד מה קרה הוא אמר לי שראה אותו זו ובגלל זה ירה.
שאלה: האם אוראל [צ"ל: אלאור] ציין כי היה חשש לחייו באותו רגע?
תשובה: לא אמר משהו כזה נראה לי הוא היה די בשוק מהאירוע הוא ילד טוב חייל שקט, הוא רק ציין שראה את המחבל זו ולכן ירה".

.....
שאלה: האם לדעתך אלאור הרגיש סכנה מהמחבלים ששכבו?
תשובה: לא יודע לא נראה לי אולי ראה אותו זו ונבהל"
(ס/12, עמודים 3-9) [ההדגשות הוספו – בית הדין הצבאי לערעורים].

עינינו הרואות, כי על פי גרסתו הראשונה של העד, המערער נימק את הסיבה לירי במחבל בעובדה שראה אותו זו. ואולם כפי שנדגים להלן, במשך הזמן עברה גרסה זו אי-אלו תהפוכות. רס"ן נעמן נחקר במצ"ח בשנית באותו הלילה, בשעה 01:24. העד נשאל פעם נוספת "האם שמעת את אלאור צועק משהו לאחר הירי?" והשיב "לא, היה שקט ושאלתי מי ענה, וזה עיצבן אותי". לאחר שהוצגה לו עדותו של רב"ט ת' מ', שלפיה שמע את המערער אומר לרס"ן נעמן את המשפט שנאמר לו, היינו

"שדקרו את חבר שלו וניסו להרוג אותו אז גם לו מגיע למות", השיב העד: "אני זוכר שאלאור אמר משהו כמו 'הוא חי הוא צריך למות' לא זוכר בוודאות" (ס/13, עמ' 1, שורות 6-14). במהלך עדותו השלישית במצ"ח נשאל העד שוב "האם שמעת את אלאור צועק משהו לאחר הירי" והשיב "לא. היה דממה היה שקט..." (ס/14, עמ' 2, שורות 24-25). כשנשאל על מה שוחח עם המערער בזירה השיב:

"בפעם הראשונה שאלתי אותו למה הוא עשה זאת והוא אמר לי שהמחבל היה חי וצריך למות. ציטוט: 'המחבל חי הוא צריך למות' זה בערך מה שאני זוכר יכול להיות שניסח זאת אחרת יכול להיות שהשתמש במילה אחרת כמו: 'חייב', 'הלוואי', זהו בערך משהו בתחום ובמילים נרדפות של המילה 'צריך'" (ס/14, עמ' 3, שורות 15-19) [ההדגשה הוספה – בית הדין הצבאי לערעורים].

כשעומת פעם נוספת עם העובדה שרב"ט ת' מ' טען ששמע את המערער אומר לו "מגיע למחבל למות" השיב: "אני לא זוכר אם הוא השתמש במושג 'מגיע לו' אך אני זוכר שהוא אמר משהו דומה כמו 'צריך' או העביר מסר דומה... לא זוכר בוודאות אבל אם ת' אומר שזה קרה אז ייתכן וזה קרה" (ס/14, עמ' 4, שורות 3-6). באמרתו הרביעית במצ"ח התבקש העד להסביר את הסתירות שבין הדברים שמסר במהלך אמרתו הראשונה לבין הדברים שמסר במסגרת חקירותיו המאוחרות, בכל הנוגע לדברים שאמר לו המערער לאחר הירי. העד ציין: "לדעתי אלאור מסר לי כאשר שאלתי אותו למה ירית או עשית את זה משהו בסגנון של 'הוא חלואו זה' 'הוא חייב למות' או 'הוא צריך למות'" (ס/15, עמ' 1, שורות 9-10). במהלך חקירתו הראשית חזר העד על הדברים שמסר בעדויותיו המאוחרות יותר וטען, כי המערער אמר לו **"המחבל הזה היה חי, הוא צריך למות"**. כן ציין כי המערער לא העלה בפניו כל תחושת סכנה מסכין או ממטען שגרמה לו לירות במחבל. במסגרת חקירתו הנגדית התבקש העד להסביר את התפתחות גרסתו בכל הנוגע לסיבה לירי שהעלה בפניו המערער וטען "העדויות הראשונה הייתה ארוכה וכללית ובעדויות השנייה והשלישית הם ירדו לאינפוט של מה נאמר". כן הוסיף "החוקר לא ירד איתי לרזולוציה של המשפט המדויק, לא שאל אותי את המשפט המדויק בעדות הראשונה ובעדות השנייה הוא שאל אותי יתגיד בדיוק מה נאמר". כשנשאל לאן נעלמו צמד המילים "הוא זה" השיב "חוקר מצ"ח לא שאל אותי לגבי האמרה 'הוא זה'". העד אישר כי לאחר שהוצגה לו גרסתו של רב"ט ת' מ' "זה חידד את המשפט הזה". עוד יש לציין כי בהודעתו הראשונה במצ"ח ציין העד, כי הסכין הייתה "מונחת ליד המחבל עם החולצה השחורה... כמה סנטימטרים מידו השמאלית" (ס/12, עמוד 8, שורות 2-6).

לעומת זאת, במהלך עדותו בבית הדין מסר כי מרחק הסכין מהמחבל היה 80 ס"מ "לא מרחק שתשלח את היד ותגיע" (עמוד 132 לפרוטוקול הדיון, שורות 35-38). כן הוטעם, כי גרסה זו של מפקד הפלוגה עולה בקנה אחד עם דבריו של רב"ט ת' מ'. ביחס למיקום הסכין נקבע, כי תיאורו של רס"ן נעמן את מרחק הסכין עולה בקנה אחד עם הסרטונים המלמדים על כי בפועל לא הייתה הסכין ממוקמת במרחק נגיעה מידו של המחבל.

94. בית הדין קמא נתן דעתו לסתירות ולא-ההתאמות שבדבריו של רס"ן נעמן, כאמור, ומצא – כאחד הנימוקים למתן אמון ולהענקת משקל משמעותי לעדותו – לקבל את הסבריו של העד ביחס לפערים שהוצגו בגרסאותיו עת ציין כי "כבר בחלוף **שעות בודדות** ממסירת הודעתו הראשונה, שעה שנתבקש לדייק בתשובותיו, מסר רס"ן נעמן את הגרסה אשר פורטה אף בפני בית הדין, כך שלא ניתן לטעון כי זו הומצאה לצורך ההליך המשפטי" (פסקה 93 להכרעת הדין). מן הראוי להתעכב קמעא על הנמקה זו, שהיא, בכל הכבוד, מוקשית בעינינו; זאת, בהינתן שבמקביל לכך, אחת ההנמקות של בית הדין קמא לאי מתן אמון בגרסת המערער – אחת מני רבות אחרות שאותן אימצנו, כפי שיפורט בהמשך – הייתה עת ציין, שלוש פסקאות קדימה, כי על החשש מהסכין בידי המחבל, כהסבר לכך שירה בו, מסר המערער לראשונה למפקד הגדוד סא"ל שפירא "....רק שעה וחצי לאחר האירוע..." (פסקה 96 להכרעת הדין). עינינו הרואות – לצורך הנמקת מתן אמון בגרסת מפקד הפלוגה, מסירת גרסה מדויקת מצדו **כבר בחלוף מספר שעות** – מהווה נדבך משכנע; ואילו כנדבך להנמקה מדוע אין להאמין לגרסת המערער, נסמכת הערכאה קמא, בין השאר, על העובדה כי הגרסה בנדון נמסרת **רק בחלוף שעה וחצי**.

נגזר מן השוואה בין שתי ההנמקות הללו בדבר מתן (או אי מתן) אמון בגרסת עד, כי למצער זו הנוגעת למתן אמון בגרסת מפקד הפלוגה מוחלשת בעינינו.

95. בכל הכבוד, איננו רואים עין בעין עם קביעות בית הדין קמא הנכבד בהקשר זה, של מתן אמון בדברי מפקד הפלוגה גם בשל סיבות נוספות. במהלך חקירתו הראשונה במצ"ח מסר העד, **במספר הזדמנויות**, כי המערער אמר לו כי ראה את המחבל זו ולכן ירה. העד נשאל מפורשות האם מדובר במניע של נקמה והשיב "אני לא חושב שהיה שם משהו מתוכנן". רק כעבור מספר שעות, במסגרת עדותו השנייה במצ"ח, ואך לאחר שעומת עם עדותו של רב"ט ת' מ', מסר העד, לראשונה, **גרסה אחרת ושונה בתכלית** מן הגרסה הראשונה שמסר, שלפיה אמר לו המערער "משהו כמו 'הוא חי הוא צריך למות'". כשנשאל העד מדוע לא מסר כך למן תחילת החקירה

ציין כי "החוקר לא שאל אותי בצורה ברורה" וכי "החוקר לא ירד איתי לרזולוציה של המשפט המדויק". אלא, שעיון בעדותו הראשונה של העד מלמד, כי ההפך הוא הנכון. העד התבקש לתאר את התרחשות הדברים וחזר פעם אחר פעם **בנחרצות** על כך שהמערער אמר שראה אותו זו ולכן ירה. העד עמד על דעתו ואף כשנשאל האם המערער ציין כי חשש לחייו בחר להדגיש "הוא **רק** ציין שראה את המחבל זו ולכן ירה". בהזדמנות נוספת ציין כי למערער לא הייתה "תשובה אינטליגנטית לתת בשלב הזה". סברנו גם, כי אף השינוי הקיצוני שבדבריו בכל הנוגע למרחק הסכין מידו של המחבל מעורר תמיהה. לא מצאנו כי הסבריו של העד מספקים נימוק משכנע להתפתחות שבגרסאותיו והם למעשה הסברים סתמיים וסתומים. לא ניתן אף לפלג את עדותו, שכן המדובר בשינוי גרסה מהותי, שלא נמצא לו כל הסבר המניח את הדעת. אכן, גרסתו המאוחרת של רס"ן נעמן מתיישבת עם חלק מחומר הראיות, ובמיוחד עם עדויותיהם של רב"ט ת' מ', סמ"ר א' א' וסמל א' ר', לפיכך, ומבלי לקבוע מסמרות בעניין בשלב זה, מצאנו ליתן לה אך משקל מסוים ומועט. יחד עם זאת, סברנו, בשים לב למכלול האמור, כי אין ניתן להשתית ממצאים עובדיים על דבריו של רס"ן נעמן, בין אם הם פועלים לטובת המערער ובין אם לרעתו.

גרסת המערער

96. אל מול האמון המלא שנתן בעדי התביעה, דחה בית הדין קמא את גרסתו של המערער כבלתי מהימנה, וקבע:

"סברנו כי יש לדחות כבלתי מהימנה את גרסתו של הנאשם במצ"ח ובבית הדין ואין מקום לקבל את הסבריו המאוחרים לגבי סיבת הירי. מסקנתנו זו מתבססת גם על התרשמותנו השלילית מעדותו של הנאשם לנוכח הסתירות בגרסתו והסתירות בין דבריו לבין דברים שמסרו בפנינו עדים אחרים. כן מתבססת מסקנתנו זו על הימנעות ההגנה מזימון עדים החיוניים לה והימנעותה מלהציג שאלות מהותיות לעדים מרכזיים. אנו קובעים אפוא, **בהסתמך על ההתבטאויות של הנאשם בסמוך לפני ולאחר הירי, כי הסיבה לירי לא הייתה נעוצה בתחושת סכנה כלשהי של הנאשם, אלא בהסבר שסיפק מיידי בתום הירי – 'כי הגיע למחבל למות', משום שדקר את חברו קודם לכן.** פשוטו כמשמעו" (פסקה 165 להכרעת הדין) [ההדגשה במקור].

לא ראינו כל סיבה להתערב בקביעות אלה. כמו בית הדין קמא, אף אנו סבורים, כי גרסתו של המערער היא גרסה כבושה ומתפתחת, שאין ליתן בה אמון. עיון

באמרותיו של המערער במצ"ח, כמו גם בפרוטוקול עדותו בבית הדין קמא, מלמד כי לאורך חקירותיו במצ"ח ובמהלך משפטו התקשה המערער להעמיד גרסה אחת, קוהרנטית, יציבה וברורה למהלך התרחשות הדברים. גרסתו המפורטת של המערער הוצגה **בשלמותה** אך בשלב מתקדם של ההליך, לאחר סיום פרשת התביעה, עת שלחו סנגוריו, ערב מתן עדותו, עם פתיחת פרשת ההגנה, גרסה משלימה בכתב (ת/65), שבה גיבש המערער קו הגנה הכופר בכך שחלה התפתחות כלשהי בגרסתו, סותר את עדויות מפקד הפלוגה ומפקד הגדוד, ומשנה מגרסתו במצ"ח (שם התבקש לציין למי מסר על סכנת המטען, ושתק), וזאת כארבעה חודשים לאחר שנעצר ונחקר לראשונה. נזכיר, כי על-פי גרסה זו, המניע לירי במחבל נעוץ בשתי סכנות שנסקפו מן המחבל – האחת, חששו מסכין, והשנייה, חשש שהמחבל נושא על גופו מטען חבלה. לעמדתו, גרסה זו בדבר החשש מהסכין ומהמטען נאמרה למספר גורמים עוד בזירת הירי: למפקד הפלוגה ולמפקד הגדוד ובהמשך לגורמים נוספים, ביניהם לסמל ד' ש', הפרמדיקית הגדודית, ולסמל א' ת', כפי שיפורט להלן. עוד טען המערער, כי אין הוא זוכר שצעק לאחר הירי כי "המחבל דקר את חבר שלי", ואף אינו זוכר שיחות שקיים בזירה עם סמ"ר א' א' ועם רב"ט ת' מ'. גרסה מלאה זו ניתנה, כאמור, לאחר רצף של גרסאות משתנות, שאותן מסר בחקירותיו במצ"ח. כידוע, הלכה היא כי משקלה של גרסה כבושה הוא, ככלל, מועט:

"בהערכת גרסה כבושה, מתחייבת זהירות מיוחדת, ומשקלה של גרסה כזו הינו מועט כל עוד לא ניתן הסבר סביר לכבישה. כלל זה חל לא רק על הערכת עדות הניתנת בבית המשפט, אלא גם על גרסה כבושה שנולדה באיחור בעת חקירת משטרה... העלאת גרסה כבושה בשלב מאוחר של החקירה עשויה להצביע על חוסר אמינותה, ולחזק בכך את ראיות התביעה... שינויי גרסאות של חשוד בחקירותיו במשטרה שאינן מתיישבות זו עם זו עשויות ללמד על שילוב של שקרים וגרסאות כבושות כאחד. גרסאות סותרות בחקירה מצביעות על קיומם של שקרים לפחות בחלק מן הגרסאות. גרסה המאוחרת מבין הגרסאות ניתנת לאחר שקודם לכך הועלמו פרטים חדשים הנטענים עתה, ונכבשו. הסברו של נאשם לשקרים ולסתירות, וכן לכבישת הגרסה האחרונה שהוא טוען לה צריך להבהיר באופן סביר את הטעמים שהביאו אותו הן לסתירות ולשקרים, והן לדחיית העלאתה של גרסת האמת" (ע"פ 2132/04 קייס נ' **מדינת ישראל** (טרם פורסם, 28.5.2007)).

97. בית הדין קמא הנכבד ניתח בדקדקנות את עדויותיו של המערער והצביע על ההתפתחויות שחלו בגרסתו. כך למשל, צוין, כי בחקירתו הראשונה במצ"ח הכחיש המערער, כי לאחר הירי שוחח עם רב"ט ת' מ' בצינו "לא דיברתי איתו" (ת/7, עמ' 26, שורה 12). המערער אף התנה תנאים לעריכת עימות עם רב"ט ת' מ' – רק ביחס לכך שהמשפט לא נאמר לו לפני הירי. יחד עם זאת, בהמשך החקירה ולאחר שעייין באמרותיו של רב"ט ת' מ' לא שלל המערער את עצם אמירת הדברים וציין "יכול להיות שהוא שמע אותי אומר את זה אחרי הירי, 'את האמרה הוא דקר את חבר שלי ומגיע לו למות'". כשנשאל "איך פתאום הגעת להבנה" כזו? השיב "זה גרם לי להבין שאם הוא טוען שאמרתי לו דבר כזה אז כנראה זה רק אחרי הירי" (ת/9, עמ' 49-50, שורות 899-919). בהזדמנות נוספת לא שלל כי אכן התקיימה ביניהם שיחה – ש: מה תגובת החיילים בפלוגה על הירי שביצעת במקום? ת: בזמן ששני המחבלים עדיין שם באו אלי שאלו אותי אם זה בגלל שראיתי שהוא התחיל לזוז... **אם תשאלו אותי שם אני חושב שת' מ' "**(ת/7, עמ' 18, שורות 1-4). על אף האמור, במהלך עדותו בפני בית הדין קמא חזר המערער לטעון, כי לא זכורה לו שיחה כלשהיא עם רב"ט ת' מ', לא לפני הירי ולא לאחריו, למעט בקשתו מרב"ט ת' מ' לקחת ממנו את הקסדה. אף גרסתו של המערער ביחס לשיחה שהתקיימה בינו לבין מפקד הפלוגה הלכה והתפתחה במשך הזמן. בתחילת חקירתו הראשונה במצ"ח ציין המערער, כי לשאלת מפקד הפלוגה "מה קרה" השיב "שראיתי את היד שלו זזה לכיוון הסכין שהוא התחיל להזיז את היד" (ת/7, עמוד 16, שורות 7-15). בחקירתו השנייה טען המערער כי, כלל אינו זוכר ששוחח עם מפקד הפלוגה בזירה ואף סירב להשתתף בעימות עמו (ת/9, עמוד 41, שורות 737-745). במהלך עדותו בפני בית הדין קמא, העלה המערער גרסה **חדשה** לגמרי, שלפיה לאחר הירי הסביר למפקד הפלוגה "שהרגשתי סכנה, הסכין קרובה אליו, שלא יקום, מסביר לו על המטען... ואומר לו את שתי הסכנות". בהקשר זה יצוין, כי ימים ספורים לפני עלייתו לדוכן העדים הגיש המערער "מסמך רענון זיכרון" (ת/65), שבמסגרתו העלה טענה חדשה נוספת, שלפיה מפקד הפלוגה סטר לפניו בזירת האירוע "שתי סטירות". משההגנה בחרה שלא לזמן את רס"ן נעמן למתן עדות נוספת בבית הדין על מנת לחקור אותו על כך בחקירה נגדית, ומשאיש מקרב 22 העדים שהעידו לא הבחין בסטירות ולא העיד על כך במשפט, דחה בית הדין קמא את גרסתו של המערער בעניין הסטירות כבלתי מהימנה. אמנם במהלך הערעור אישר הסנגור, כי אין לו כל טענה בעניין זה, אך התפתחות דרמטית זו בגרסתו של המערער ביחס לסטירות מלמדת, כי המדובר

בגרסה בלתי אמינה, ובוודאי שלא ניתן להתערב בממצאי המהימנות של בית הדין המחוזי ביחס לכך.

התפתחות נוספת בגרסתו של המערער נגעה לעדותו של מפקד הגדוד, סא"ל שפירא, אשר שוחח עם המערער בשטח כשעה וחצי לאחר תחילת האירוע. מפקד הגדוד מסר, כי שאל את המערער מדוע ירה "ואלאור אמר לי שהוא זיהה שהמחבל זז, זיהה תנועות של הראש שלו והוא זיהה ליד המחבל סכין. שאלתי את אלאור 'אתה עומד קרוב אליו למה לא ניגשת ובעטת את הסכין ממנו למה היית צריך לבצע את הירי?' אלאור אמר 'חשתי בסכנה'". העד ציין, כי המערער "לא דיבר איתי בשיחה הזאת על חשש ממטען". בית הדין קמא מצא את עדותו של סא"ל שפירא מהימנה ומשכך נתן לדבריו משקל מלא. בחקירתו במצ"ח טען המערער כי אינו זוכר ששוחח עמו – "הייתי בבלקאאוט... גם אם הייתי זוכר משהו העו"ד אמרו לי שכל תחקיר שעברתי עם המפקדים שלי הוא תחקיר מבצעי ואסור [ל]י לדבר עליו" (ת/11, עמוד 3, שורות 34-36). רק לאחר שנשמעה עדותו של מפקד הגדוד במשפט, טען המערער, לראשונה, כי במהלך שיחתו עם מפקד הגדוד "אני אמרתי לו על שתי הסכנות" (עמוד 547 לפרוטוקול, שורות 6-15). ראשית, יודגש, כי ההגנה נמנעה מלברר עם מפקד הגדוד בחקירתו הנגדית האם המערער ציין בפניו את דבר חששו ממטען, ומכך ניתן ללמוד כי העניין אינו שנוי במחלוקת (ר' הפסיקה שהובאה בפסקה 90 לעיל). שנית, יוטעם, כי במהלך עדותו הרבה מפקד הגדוד לדבר בשבחו של המערער ואף לא היסס לתאר כי המערער העלה בפניו את חששו מהסכין. משכך אין אלא לתמוה מדוע ישקר מפקד הגדוד בעניין החשש ממטען דווקא, כטענת ההגנה. משלא הוצג הסבר מתקבל על הדעת למניע שהיה למפקד הגדוד לשקר במשפט בעניין, לא מצאנו כל עילה להתערב בממצאי המהימנות שקבע בית הדין קמא לגביו. כאן המקום לציין, כי במהלך עדותו בבית הדין קמא ציין מפקד הגדוד, כי במענה לפניית מפקד החטיבה, תיאר בפניו כי במהלך שהותו בזירת האירוע שאל את מפקד הפלוגה "אם היה משהו חריג בזירה" ונענה על-ידי מפקד הפלוגה, כי "האירוע חריג יותר ממה שאני חושב" וכי מפקד הפלוגה "לקח את אלאור הצידה ושאל אותו למה הוא ביצע את הירי והתשובה שאלאור אמר לו... היא ש'הוא מחבל והוא צריך למות'" (עמוד 343 לפרוטוקול, שורות 18-28). דברים ברוח דומה מסר מפקד החטיבה, אל"ם יריב בן-עזרא, שלפיהם עם הגעתו לזירה "ניגש אלי רבש"ץ הישוב היהודי, יוני בלייכברד, ואומר לי שבמהלך האירוע היה ירי חריג שאני צריך לבדוק אותו". לפיכך, פנה אל מפקד הגדוד ואל מפקד הפלוגה ו"שואל מה ההסבר לאירוע, הם מסבירים לי שלא

ברור ומתארים לי את המשפט שנאמר על ידי החייל שלמיטב זכרוני זה היה 'שמחבלים צריך להרוג' (עמוד 248 לפרוטוקול, שורות 11-26). מאחר שאמירותיו של המערער לא נאמרו על-ידיו במישרין למפקד הגדוד ולמפקד החטיבה אלא למפקד הפלוגה, עדויות אלו אינן קבילות להוכחת אמיתות תוכן, בהיותן עדויות מפי השמועה. יחד עם זאת, עדויות אלו קבילות להוכחת עצם אמירת הדברים על-ידי מפקד הפלוגה (ראו לדוגמה, ע"פ 9256/11 **פידיניאן נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם, 23.9.2014); וכן יעקב קדמי **על הראיות** חלק ראשון 481-487 (2003)).

גרסתו של המערער הוסיפה להתפתח ולהשתנות במהלך עדותו בבית הדין קמא, אז טען, לראשונה, כי על חששו ממטען דיווח אף לסמל ד' ש', הפרמדיקית הגדודית, במסגרת שיחת טלפון שנערכה ביניהם כשעתיים לאחר סיום האירוע. אלא שמעדותה של סמל ד' ש' למד בית הדין קמא, כי המערער לא העלה בשיחה כל חשש לקיומו של מטען. לדבריה, "בשלב הראשון שאלתי את הנאשם מה קרה באירוע, אחרי שלא קיבלתי תשובה ברורה ושאלתי אותו אם הוא ירה במחבל מנוטרל, תחילה אמר שהוא לא זוכר, אחר כך הוא אמר שהוא כן ירה במחבל והוא תיאר את האירוע, אמר שבאירוע היה מחבל מנוטרל, בחיים עדיין, שלידו הייתה סכין וברגע שהמחבל הזיז יד וראש לעבר הסכין שהייתה לידו, והנאשם הרגיש איום ולכן הוא ירה במחבל... מה שאמרתי לו אחר כך זה שסביר להניח שהרבה ירצו לדבר איתו ולשאול אותו... אמרתי לו שכדאי שידע קצת יותר מה לענות". המערער לא טען בערעורו כנגד מהימנות גרסתה של סמל ד' ש', אולם חשוב להדגיש, כי אף ביחס לעדותה חלו התפתחויות בגרסאותיו של המערער – החל בשלב החקירה במצ"ח, שם טען בנוגע לתוכן השיחה ביניהם, כי מדובר היה אך בשיחת עבודה: "חמישי בדר"כ שולחים לה תמונות של המעקבים בבוקר... יכול להיות שלא שלחתי לה... ויכול להיות שהיא דיברה איתי על זה", וכלה בעדותו בפני בית הדין קמא, שבמהלכה טען, כאמור, כי ציין באזניה את חששו ממטען – "לא אמרתי שהיא שיקרה, אבל כמו מספר לא מבוטל פה של עדים שכחה להגיד כמה דברים" (עמ' 469 לפרוטוקול, שורה 17). בית הדין קמא עמד על התפתחות משמעותית נוספת בגרסתו של המערער שנרשמה במהלך עדותו בבית הדין קמא, שלפיה לאחר הירי, שוחח עם סמל א' ת' בזירה וציין בפניו את שתי הסכנות שהובילוהו לביצוע הירי. נקבע, כי סמל א' ת' לא זומן להעיד מטעם ההגנה כדי לספר על אודות השיחה כאמור, וכי מעדותו של סמל א' ת' במצ"ח ניתן ללמוד, כי הוא שוחח עם המערער רק כשהמערער היה בדרך למעצר ולא במועד מוקדם יותר, בזירת האירוע, כטענת המערער, ומשכך דחה את

הטענה. ואולם, אף אם ניתן היה לחקור את המערער בחקירה שכנגד ולשאול אותו בגדרה על תגובתו לגרסה הרלוונטית לעניין שמסר סמל א' ת' באמרתו במצ"ח, הרי משאמרה זו לא הוגשה לבית הדין קמא וסמל א' ת' גם לא היה עד במשפט, ומשהמערער בחקירתו הנגדית לא אישר את תוכנה, לא ניתן היה להשתית עליה ממצאים, כפי שנעשה, ובכך נפלה שגגה מלפני בית הדין קמא. יחד עם זאת, משההגנה לא הציגה כל תימוכין לתמיכה בטענתה, ובהינתן קביעתנו, שאימצה את קביעת הערכאה קמא, בדבר אי אמינות גרסת המערער בכללותה, גם לטענה זו אין על מה להישען.

טענה דומה העלה המערער ביחס לשיחה שערך, לכאורה, עם האזרח אהרון (אשי) הורביץ, אשר, לדבריו, ניגש אליו ו"אומר לי כל הכבוד... אני גם זיהיתי את המחבל מזיז את היד, הייתי בטוח שיש עליו מטען... אמר לי בדיוק כמו שאני אמרתי על שתי הסכנות" (עמוד 450 לפרוטוקול, שורות 30-32; עמוד 500 לפרוטוקול, שורות 12-17), אלא שמר הורביץ, שהעיד בפני בית הדין קמא כעד מטעם ההגנה, הכחיש כי קיים שיחה כלשהי עם המערער (עמוד 753 לפרוטוקול, שורות 25-28).

98. ויודגש, כי בחקירתו השלישית במצ"ח התבקש המערער, באופן מפורש, להצביע על גורם אחד, שבפניו העלה את חששו ממטען: "מי יכול לחזק את מה שאתה אומר... סיפרת את זה לחברה שלך? לאבא? לד? לא? למג"ד? תוס? ת?!", אולם המערער בחר לשתוק ולאחר מכן ציין "אין לי אני לא זוכר". חרף זאת, במהלך עדותו בבית הדין קמא עמד המערער איתן על גרסתו החדשה, כאמור, כי כבר בשטח דיווח על אודות חששו ממטען. חוסר ההתאמה בין גרסאותיו הראשונות של המערער לבין גרסתו המאוחרת בולט לעין, עד שנראה כי במהלך עדותו בבית הדין קמא ניסה המערער לעצב את גרסתו בהתאם למידע שנחשף בפניו במהלך המשפט. יפים לכאן הדברים שנקבעו בענין גרסה כבושה המוצגת לראשונה לאחר סיום פרשת התביעה במשפט:

"...כאשר גירסה זו מכוונת להשמטת הבסיס מתחת לקיומה של עובדה חיונית שהתביעה הביאה ראיות להוכחתה, מקימה השהיית החשיפה, מטבע הדברים, בסיס לחשש, שמא כבישת הגירסה עד לאותו שלב נועדה ל'התאמתה' – אם לא למעלה מזה – לראיות שהובאו מטעם התביעה, ול'הכשלה' מלכתחילה של האפשרות לבדוק את אמיתותה על ידי הצגתה בפני עדי התביעה" ע"פ 5730/96 גרציאני נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 18.5.1998); ע"פ 9385/10 אבו צעלוק נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 27.12.2011).

ועוד נקבע בענין גרציאני לעיל, כי:

"גם נאשם הכובש את גרסתו חייב ליתן הסבר סביר ואמין בדבר הטעם לכבישתה של הגירסה; ובמקום שלא ניתן טעם כזה, נושאת הגירסה המאוחרת תווית של חשד, שמא היא כוזבת. תווית כזו טעונה הסרה; וכל עוד לא הוסרה הריהי מעיבה על אמינותה של הגירסה".

99. לטענת בא-כוח המערער, ההסבר להתפתחות בגרסתו של המערער ולהיזכרותו בפרטים רבים בשלב מאוחר של ההליך, נעוץ במצבו הנפשי הקשה סמוך לאחר האירוע, שעליו העידו עדים רבים. כך למשל, סמל ד' ש' העידה, כי במהלך השיחה עם המערער "הוא היה מאוד מבולבל" ולכן בתום השיחה התקשרה לקצין בריאות הנפש החטיבתי (עמוד 398 לפרוטוקול, שורות 1-24). כך העיד גם רב"ט ת' מ', כי לאחר הירי היה המערער לחוץ, נרגש וכועס (עמוד 303 לפרוטוקול, שורות 4-20). ואולם, לא מצאנו, כי יש בעדויות אלה כדי להסביר את הפערים המהותיים שבין הגרסאות ואת ההתפתחויות המשמעותיות שחלו בהן. בית הדין קמא נתן דעתו למצבו הנפשי של המערער וקבע, בצדק רב, כי מאחר שמדובר בירי היחיד שביצע המערער בנסיבות כאלה, אין זה מפתיע כי לאחריו יהיה "לחוץ", "נרגש", "נסער" ו"בשוק", כפי שהתרשמו ממצבו עדים רבים. בית הדין קמא סמך את קביעתו על חוות דעת המומחה מטעם התביעה הצבאית, פרופ' וייזר, שערך למערער בדיקה. על-פי חוות דעתו, המערער סובל מתסמינים פוסט-טראומאטיים מסויימים וכן מקשיים מסויימים בקשב ובריכוז. יחד עם זאת, הסימפטומים הפוסט-טראומאטיים של המערער אינם גורמים להפרעות בזיכרון; וכן לא ניתן לייחס את התנהגותו של המערער לחסך בשינה או להפרעות קשב וריכוז, שמהם הוא סובל. מנגד, מצא בית הדין קמא לדחות את חוות הדעת הפסיכיאטרית של ד"ר הרמן, שהוגשה מטעם ההגנה, ולפיה סבל המערער מאובדן זיכרון בשל מצבו הנפשי. בית הדין קמא היה רחוק מלהתרשם מעדותו של ד"ר הרמן בפניו עת קבע, כי לא ניתן לבסס על סמך חוות דעתו כל ממצא. צוין, בין היתר, כי ד"ר הרמן איבחן את המערער כמי שסובל מהפרעת דחק פוסט-טראומטית, מבלי שציין אלו סימפטומים של ההפרעה מתקיימים בו; כי חוות הדעת הפליגה לנושאים שד"ר הרמן כלל לא התבקש להתייחס אליהם, ובכלל זה העדר "אינדיקציות לנטיות נקמניות" אצל המערער. בית הדין קמא מצא לדחות אף את קביעתו של ד"ר הרמן, שלפיה המחסור, לכאורה, בשעות שינה עובר לאירוע, בשילוב קשיי קשב וריכוז, שמהם סובל המערער,

הביאוהו לבצע את הירי. המדובר בממצאים עובדתיים, אשר כפי שפורט בהרחבה לעיל, אין זו מדרכה של ערכאת הערעור להתערב בהם. כלל זה חל, ביתר שאת, לגבי העדפה של חוות דעת מומחה אחת על פני אחרת, ובפרט בנוגע לקביעות מומחים בתחום הפסיכיאטרי (ראו: ע"פ 774/13 סלאם נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 27.11.2014)). קביעותיו של בית הדין קמא בעניין זה נומקו ובוססו כדבעי ולא ראינו יסוד להתערב בהם.

100. תמימי דעים אנו עם קביעתו של בית הדין קמא, כי גרסתו של המערער אינה מתישבת עם הראיות האובייקטיביות שהוגשו. צפייה בכל הסרטונים המתעדים את מהלך ההתרחשויות בזירה – עובר לירי, במהלך הירי ולאחריו – מלמדת, כי גרסתו של המערער נסתרת בנתונים העולים מן הצילומים. בית הדין קמא מצא, כי יש בכך כדי לתמוך באי-מהימנות גרסתו של המערער, ואין לנו אלא להסכים עם קביעתו. לצורך בחינת הגרסה נזכיר את הגרסה שמסר המערער באמרתו הראשונה במצ"ח:

"כשאני הגעתי שמעתי מישהו אומר 'הוא עדיין' זז, זה היה אחרי שכבר פינו את א'. אני לא יודע מי אמר את זה, היו שם המון אנשים. הסתכלתי עליו וראיתי שהוא באמת מזיז את הראש והיד. את הראש הוא גלגל כזה משמאל לימין *נחקר מדגים* היד שלו היתה מרחק נגיעה מהסכין שאיתה הוא דקר את א', סכין שחור, הוא הזיז אותה לכיוון הסכין *נחקר מדגים* באותה שנייה מישהו, אני חושב שאחד האזרחים, צועק 'תיזהרו יש עליו אולי מטען' כאילו חגורת נפץ. היו סביבו אנשים וחיילים דיי שאננים ובזמן שאני היתי דרוך הם התנהגו כאילו האירוע נגמר וראיתי אותו עם מעיל שחור גדול, אני חושב סגור, והתחילו לרוץ לי סרטים על החוליית חמאס שאמרו לנו שמתכננת לעשות פיגוע איכות, יכול להיות התאבדות, המעיל שלו היה פרוותי וגדול נראלי ביום שמש חם ממש, 30 מעלות, כל הסרטים גרמו לי לקבל החלטה לא פשוטה ממש בשבריר של שנייה, אני דורך את הנשק, אומר לאנשים שיזוזו, אמרתי 'זוזו, זוזו' דורך ויורה לו כדור אחד בראש. הוא הזיז את הראש וזהו" (ת/7, עמוד 4 שורה 17 – עמוד 5 שורה 11).

בית הדין קמא בחן את הטענה כי הסכין הייתה "מרחק נגיעה" אל מול הנתונים העולים מן הצילומים ואל מול עדויותיהם של עדי הזירה וקבע, כממצא עובדתי, כי הסכין הייתה רחוקה מהמחבל, באופן שלא היה בה כדי לסכן איש. המערער נאחז בחוות הדעת שנערכה על-ידי מומחה מז"פ (ת/24), אשר קבע כי לא ניתן על סמך הסרטונים לקבוע במדויק היכן הייתה הסכין ביחס למחבל. אולם, כעולה מחומר

הראיות, סגן מ' א' אישר, כי עובר לירי בעט את הסכין למרחק של "שלושה ארבעה מטרים" מן המחבל (עמ' 695 לפרוטוקול, שורות 12-13). אף מרבית עדי הזירה העידו כי הסכין הייתה במרחק של כשניים עד חמישה מטרים מידו של המחבל. אף שנקבע בחוות הדעת האמורה, כי לא ניתן לקבוע במדויק מה המרחק של הסכין ביחס למחבל, צפייה בסרטונים מלמדת, כי אכן, עובר לירי, הייתה הסכין במרחק מן המחבל, כזה שאינו מאפשר את תפיסתה בהושטת-יד. עוד יודגש, כי **רק לאחר הירי הממית** בעט העד עופר אוחנה בסכין וקירב אותה שוב לגופת המחבל, כפי הנראה בסרטון. בהקשר זה נציין כבר עתה, כי עמדתו של המערער כלפי חוות הדעת האמורה אינה עקבית. מחד גיסא, הוא מבקש להסתמך על ממצאי חוות הדעת הקובעים, כי לא ניתן להעריך במדויק את מרחק הסכין כדי לתמוך בגרסתו בעניין זה. אולם מאידך גיסא, כשממצאי חוות הדעת לא התאימו לגרסתו – בכל הנוגע לעיתוי תנועת ידו של המחבל, עובר לירי (ועל כך להלן) – טען כי אין ניתן להסתמך עליה. חוות דעת מז"פ קובעת, כי בטרם ירה המערער, נותר מיקום הסכין קבוע, ואכן, רק לאחר הירי נצפה האזרח עופר אוחנה מקרב את הסכין לעבר המחבל. בית הדין קמא הדגיש, כי הסרטון שצילם עופר אוחנה משקף את הזווית שממנה ראה המערער את מיקום הסכין ביחס למחבל, עובר לביצוע הירי – קרי, רחוקה מכדי שיוכל להושיט ידו ולגעת בה. יצוין, כי במהלך עדותו בבית הדין קמא אישר המערער "אם אתה מסתמך על הסרטון אז כן הסכין לא קרובה ליד שלו" (עמ' 511 לפרוטוקול, שורה 29). מובן, כי טענה בעלמא אינה יכולה לגבור על תיעוד מצולם וברור, שאין מחלוקת על מהימנותו, ועל עדים, שלגבי מהימנותם אין מחלוקת, שמוסרים עובדות שתואמות את שנראה בצילומים.

בא-כוח המערער הוסיף וטען, כי המערער היה בקשר עין עם המחבל משך תשע שניות לפני הירי, ולא 11 דקות כפי שייחסה לו התביעה, וכי שניות ספורות עובר לירי הזיז המחבל את ידו. בהסתמך על חוות דעת מומחה מז"פ קבע בית הדין קמא, כי תנועת היד האחרונה של המחבל הייתה **כשש דקות** לפני הירי, ולאחריה הזיז המערער אך את ראשו ואת רגלו (ת/24). צפינו חזור וצפה בסרטון ולא מצאנו בסיס כלשהו לטענות המערער. דקות ארוכות לפני ביצוע הירי נצפה המחבל שכוב על גבו, עיניו עצומות וידיו שרועות לצדדים. הפעם הראשונה, שבה נצפה המערער יוצר קשר עין עם המחבל הייתה בשעה 08:28:59, היינו **כארבע דקות** לפני הירי. בשלב זה ניתן לראות את המערער עומד בחוסר מעש ומביט במחבל למשך מספר שניות, כאשר סמוך אליו ניתן לראות אזרח וחייל שמעניקים טיפול לחייל הפצוע. לא מצאנו כל

יסוד לטענת הסנגור, שלפיה המחבל הזיז את ידו שניות ספורות לפני ביצוע הירי. צפייה בסרטונים מעלה, כי הפעם האחרונה שהמחבל הזיז את ידו הייתה בשעה 08:27:21, היינו כשש דקות לפני הירי, והדבר אף נתמך בחוות דעת מז"פ האמורה. לאחר מכן הזיז המחבל רק את ראשו ואת רגלו. על יסוד האמור, לא מצאנו להתערב בקביעות הערכאה קמא בעניין זה.

101. בדומה, לא מצאנו כי הסברו של המערער, כי ירה במחבל לאור חששו כי המחבל נושא על גופו מטען חבלה, הוא נימוק משכנע. ראשית נתייחס לטרוניית בא-כוח המערער כנגד הממצא העובדתי שקבע בית הדין קמא, שלפיו גרסתו של המערער בדבר חששו ממטען נולדה אך לאחר היוועצותו בעורך דין – "ביום 24/03/2016 בשעה 13:25, שוחח הנאשם עם עורך דין... שלאחריה העלה לראשונה את טענת החשש המדומה מהמטען" (ר' פסקה 105 להכרעת הדין). אכן דומה, כי גם בעניין זה נפלה שגגה בהכרעת דינו של בית הדין קמא הנכבד, ולכך הסכימה התביעה הצבאית במהלך הדיון בערעור. שכן, מפלט השיחות שהופק ממכשיר הטלפון הנייד של המערער (ת/26, שורה 26) עולה, כי המערער שוחח עם עורך דין, לראשונה, כבר בשעה 12:58 ולא בשעה 13:25. שיחה זו ארכה 09:54 דקות, זמן מספיק דיו לקבלת ייעוץ משפטי. לשיטת הסנגור, אף בהינתן עובדה זו, לא ניתן לקבוע כי "גרסת המטען" באה לעולם אך לאחר היוועצותו בעורך דין. למרות שהמערער ויתר על חיסיון עורך דין-לקוח במהלך עדותו בבית הדין על אודות עניין זה (עמ' 452 לפרוטוקול, שורות 31-33; וכן עמ' 453 לפרוטוקול, שורות 22-23), ההגנה לא זימנה את עורך הדין הראשון, שייצג נכון לעת ההיא את המערער, להעיד על תוכן השיחה. עם זאת, ולו מחמת הספק, לאחר שבחנו בדקדקנות את חומר הראיות, באנו לכלל מסקנה, כי תשתית הראיות אינה מאפשרת לקבוע ממצא ברור וחד-משמעי, כי המערער העלה את חששו מן המטען אך לאחר שנועץ בעורך דין. מעדותו של סמ"ר אב' א' עולה, כי "בסביבות 12:30" התקשר אליו מפקד הפלוגה וביקש ממנו ללוות את המערער אל מפקד החטיבה. "סיימנו את השיחה, אחרי כמה דקות התקשרתי ללירן שיבוא להחליף אותי..." בחמ"ל. כשנשאל מתי הגיע מחליפו השיב "20 דקות, 30 דקות, אני לא יכול להגיד במדויק". העד אישר שבאמרתו במצ"ח מסר, כי המחליף, לירן, הגיע בסביבות השעה 13:00-13:30. לדבריו, השיחה עם המערער התקיימה "דקה שתיים לאחר שלירן החליף אותי בחמ"ל" (עמ' 728 לפרוטוקול, שורה 11 – עמ' 729 לפרוטוקול, שורה 16). מהאמור עולה, כי לא ניתן להצביע על שעה קונקרטית מדויקת שבה התקיימה השיחה בין השניים. מכל מקום נציין, כי

אין ניתן לדעת מה היה תוכן השיחה בין המערער לבין עורך הדין. דבר אחד נהיר הוא, כי המערער העלה לראשונה את חששו ממטען אך בשעות הצהריים, ולא מצאנו כל נפקות לשאלה האם הטענה עלתה לאחר השעה 12:58, אז נועץ בעורך דין, או קודם לכן.

102. לגופה של הטענה בדבר החשש ממטען. אכן, עדים רבים העידו כי נשמעו בזירה צעקות אזהרה, שלפיהן המחבל נושא על גופו מטען. גם בסרטונים ניתן לשמוע זאת בבירור. יחד עם זאת, לעיתוי הצעקה ולהתנהגות המערער בזירה חשיבות מכרעת לבחינת מהימנות טענה זו. אכן, כפי שטען הסנגור, כשלושים שניות לפני האירוע ניתן לשמוע מישהו אומר "חבלן, חבלן". יחד עם זאת מהסרטונים עולה, כי הקריאות שהזהירו את הנוכחים שלא להתקרב למחבל עד לבוא חבלן, ניטעו אצל המערער **הרבה קודם** לביצוע הירי – בשעה 08:31:32 ניתן לראות את המערער בסביבת אנשי מגן דוד אדום, בקרבת אמבולנס, מטפל בפינוי החייל הפצוע. באותו אזור נשמעה האזהרה כי ייתכן והמחבל נושא עליו מטען באופן ברור וחד. אף על פי כן, המתין המערער **כשתי דקות** שלמות עד אשר ירה במחבל. בית הדין קמא עמד על כך שקריאות האזהרה היו קריאות מידתיות, אשר טמנו בחובן הצעה שלא להתקרב למחבל עד לבוא חבלן, וכי חרף אותן קריאות, לא ראו יתר הנוכחים בזירה לירות במחבל. נקבע, ובצדק, כי בנסיבות אלה לא הייתה הצדקה לירי. גם העובדה שהמערער המתין שלושים שניות מרגע הקריאה "חבלן, חבלן" ועד שירה, שומטת את הקרקע תחת טענתו, כי קריאה זו חייבה מענה מיידי לנטרול הסכנה. צפייה בסרטונים מלמדת, כי לאורך כל האירוע התנהל המערער בנינוחות ובשוויון נפש. בשום שלב, לא לפני הירי ולא לאחריו, לא נראה המערער כמי שנקלע למצב לחץ ודחק, ולא הפגין פחד או סערת רגשות. טבעו של אדם החושש לחייו ולחיי הסובבים כי יפעל בנמרצות, יזעיק את המפקדים ויזהיר את הנוכחים בזירה מפני המטען. אולם המערער לא נהג כך. שניות לפני הירי פסע המערער לאיטו לעבר קסדתו ולא חשש להפנות את גבו אל עבר המחבל. גם הכנותיו לביצוע הירי נעשו בצורה איטית, באופן מחושב ובקור רוח, באופן שאינו עולה בקנה אחד עם תחושת סכנה מיידי, שחייבה מענה מיידי, בירי אינסטינקטיבי – כך, מסר המערער תחילה את קסדתו לרב"ט ת' מ'; לאחר מכן דרך את נשקו ב-60 מעלות, "נכנס בין כוונות", שיפר את זווית עמידתו והתקדם מעט לעבר המחבל, התמהמה שניות נוספות, עת צעק "זוזו, זוזו" וירה לעבר ראשו של המחבל. זאת ועוד, המערער בחר שלא לחבוש את קסדתו עובר לירי, על אף שמסר במהלך עדותו, שסטייה של הנשק יכולה הייתה להביא

לפגיעת הכדור במסת גופו של המחבל וכפועל יוצא לפיצוץ המטען, לכאורה. אף התנהגות זו אינה מתיישבת עם מי שמבקש להגן על חייו. עוד עולה מהסרטונים, כי גם לאחר הירי היה המערער רגוע ונינוח. המערער לא התריע בפני שום גורם על אודות סכנה ממטען על גופו של המחבל. המערער לא התרחק מהמחבל ואף לא הרחיק אחרים, אלא נצפה מחויך ומשוחח באופן חופשי עם גורמים שונים בזירה. ניתן לראות, כי גם בשלב שבו צוות התאג"ד פינה את גופת המחבל לא התריע המערער בפניהם על סכנה, וגם כאשר צוות התאג"ד חלף על פניו, כשהוא נושא את גופת המחבל, לא עשה המערער דבר. התנהגותו של המערער, כמתואר לעיל, אינה מתיישבת עם תחושת סכנה ממשית, שמחייבת מענה מיידי ובהול, אשר נועד להציל את חייו של המערער ואת חייהם של הנוכחים בזירה.

המערער נימק את חששו מהמחבל, בין היתר, בכך ש"המעיל שלו היה פרוותי וגדול נראלי ביום שמש חם ממש, 30 מעלות". בית הדין קמא דחה את הסברו של המערער ולא מצאנו מקום להתערב בקביעתו. קביעתו של בית הדין קמא בעניין זה נתמכה בחוות דעת מומחה בתחום המטאורולוגיה, שממנה עלה כי בקרבת היישוב בחברון נמדדה בשעה הרלוונטית טמפרטורה הנעה בין 17.4-19.4 מעלות, ללמדך כי לא דובר "ביום שמש חם ממש". זאת ועוד, גם לו היינו מקבלים את טענתו של המערער בדבר מעיל "פרוותי וגדול" שלבש המחבל, צפייה בסרטונים מלמדת כי חלק מהנוכחים בזירה לבשו מעילים, כך שאין מדובר בלבוש חריג. מצפייה בסרטונים עולה גם, כי התיאור "פרוותי וגדול" הוא, למצער, תיאור מופרז.

103. מה היו, אפוא, הנסיבות המדויקות שהולידו את המערער לביצוע הירי? מה ראה המערער לנגד עיניו שהפחיד אותו כל כך שמא ייגרם אסון אלמלא ידרוך את נשקו ויירה? אם חשש ממטען שנשא המחבל, האם ירי שלא בידי צלף או מפקד מיומן ומנוסה יותר לא יכול היה דווקא לסכן כל הנוכחים בזירה בפיצוץ בלתי מבוקר? ואם אכן משימוש קטלני בסכין בידי המחבל הפצוע חשש (ונניח לרגע כי אכן המדובר בפעולה אפשרית), שמא לא די היה בפעולת מנע קיצונית פחות מאשר זו שננקטה? אם מפקד הפלוגה ומפקד המחלקה שהיו סמוכים יותר למחבל לא מצאו לנכון לנקוט פעולה נוספת כלשהי נגדו, מדוע נחפו המערער לירות בו בראשו? מה מנע מבעד המערער לצעוד עוד מטרים ספורים נוספים ולהיוועץ בקצין שעמד בסמוך או לנקוט כל פעולה חלופית אחרת? עיון מוקפד בסרטונים לא מצייר תסריט קיצון העולה בקנה אחד עם פעולת ירי מתבקשת, לא כל שכן הכרחית.

104. בזירה אכן נשמעו הדברים הבאים: **"יש עליו (המחבל) כנראה מטען. שימו לב. עד שלא בא חבלן לא נוגעים בו"**. אלא, שבאותה עת ממש, קצינים, חיילים ואזרחים הלכו ועמדו, ממש בסמוך למחבל השרוע על הרצפה. ברי כי חשש ריאלי ממטען אמור להיות מתורגם לפעולה סדורה: גידור, שימוש בכריזה, עמידה על מרחק ביטחון בין הנוכחים בזירה לבין מוקד הסיכון, הצבת תצפיתן או צלף בעמדת שליטה, שיוכל להגיב באופן מיידי לכל פעולה של המחבל החי, ניהול מוקפד של הזירה באמצעות צמצום מספר הנוכחים בה למינימום ההכרחי וכיוצ"ב. ברם, מלבד האזהרות הכלליות על אודות מטען, איש בזירה לא התנהל כמי שחושש ממנו, הלכה למעשה.

105. במעשי המערער, מרגע שהחל פוסע מכיוון האמבולנס לעבר חברו, אשר לו הוא מסר את הקסדה בטרם ירה, צפינו שוב ושוב. ניסינו לצוד פיסות מידע, התרשמויות ואותות אמת שאולי חמקו מעיני הערכאה הדיונית ומצדיקים את הירי. הרי בנקודה זו ערכאת המערער אינה ניצבת בעמדת נחיתות ביחס לערכאה הדיונית שצפתה באותו סרטון ממש. ודוק: מכוחה של התרשמות בלתי אמצעית מראיה גולמית זו ייתכן שניתן לגבש מסקנה בעלת ערך להגנתו של המערער. אולם, גם לאחר צפייה דקדקנית לא זיהינו שום בהילות או נחיצות בתנועותיו של המערער לפני ביצוע הירי או ממש בסמוך לאחריו. שמענו את הקולות ואת קריאות הגנאי כלפי המחבלים, אך לא התרשמנו משום סיכון פיזי מיידי שנשקף מהמחבל השרוע על הכביש, מנוקב מכדורים, שהצדיק לירות לראשו. נבאר.

ראשית, המערער שהה בסמוך לאמבולנס ופנה לעבר חברו **בהליכה מדודה**, שאינה **משקפת מצב חירום**. דהיינו, באותה נקודת זמן טרם הבחין המערער בעילה כלשהי לביצוע הירי, אלא אם זו קיננה בקרבו כבר אז מבלי שמצאה ביטוי חיצוני לחשש כזה;

שנית, לאחר הגיעו לחברו הסב את גופו ומבטו לעבר המחבל השרוע על הרצפה, כל זאת **ללא סימני דחק או מצוקה**. כלומר, גם עת התקיים אותו מפגש בין השניים לא שידר מי מהם סימן או רמז לבאות;

שלישית, המערער נצפה מוסר את הקסדה שבידו לחברו ולא בתנועה נמרצת. ברי, כי אם באותו רגע או לפניו זיהה המערער סיכון פיזי מיידי הנשקף מן המחבל, מסירת הקסדה מיד ליד, באופן שנעשתה, אינה הולמת התרשמות זו ואף מדגימה התנהלות שגרתית. זאת ועוד, ניכרת השהייה במסירת הקסדה, שאינה סבירה, אם מחירה הפוטנציאלי מגולם באסון שביקש לכאורה המערער למנוע (לפי הסברו

המאוחר של המערער התבקשה חבישת הקסדה או השלכתה ארצה במהירות או פשוט הרפיית האחיזה בה, כאינדיקציה למצב חירום חריג המחייב תגובה נמרצת לאלתר);

רביעית, בשלב זה המערער דרך את נשקו בזהירות המתחייבת, תוך הטייתו כלפי מעלה והכין עצמו לירי, תוך הרפיית רצועת הנשק. מִקְצָב הפעולה ואופייה, גם הפעם, אינם מלמדים על התנהלות במצב חירום. זו התנהלות אופיינית למטווח ולא לזירת פיגוע טרור, שלדידו עומדת לספוג מהלומה נוספת, בצורת מטען שבכוונת המחבל החי להפעיל. קור הרוח שניכר כי ליווה את המערער באותן שניות של פעולה מחושבת ורב-שלבית עומד בסתירה חזיתית לקו ההגנה. יובהר, כי אם צרח או צעק או הזהיר המערער מאן דהוא באותן שניות גורליות, אין לכך עדות בראיות;

חמישית, המערער פסע מספר צעדים לעבר המחבל, כיוון נשקו וירה. בהחלט ייתכן כי זווית הירי והמרחק ממפקד הפלוגה, ממפקד המחלקה ומאנשים נוספים חייבו את המערער, מבחינה בטיחותית, לצמצם טווח לכיוון המחבל, לבל ייפגעו כוחותינו מן הירי. יחד עם זאת, אם הירי נועד למנוע הפעלה של מטען, מדוע נטל על עצמו המערער סיכון מיותר נוסף ובזבז זמן יקר, שמא יחמיץ את ההזדמנות הרגעית לסיכולה המיידי? למותר לציין, כי כל עוד המחבל עדיין שרוע על הכביש, חשש כי ישתמש בסכין לא הצדיק דווקא שימוש בנשק חי, לעומת אמצעי נטרול אחרים, מתונים יותר;

שישית, התנהגותו של המערער מיד בסמוך לאחר הירי רחוקה שנות אור מן המצופה והִסְבִּיר לו אכן בנטרול של סיכון מיידי המדובר היה. ודוק: אין סימני פורקן מתח מצד המערער או עדכון מיידי של מפקד הפלוגה או של מפקד המחלקה על-ידיו או כל רמז להתרגשות של חייל שעמד בגבורה בנטל הנפשי ובמשימה המבצעית שהטיל על עצמו, כמי שהבחין בסיכון המיידי הנשקף לסובבים ולמעשה הציל חיי אדם רבים. חלף זאת, נצפה המערער לאחר הירי צועד פסיעות מספר לאחר, מכונס בתוך עצמו ואדיש כלפי אלה שלכאורה הציל.

106. אשר על כן, סברנו, כי בדין קבע בית הדין קמא הנכבד, כי גרסתו של המערער ביחס לקיומן של שתי סכנות שהובילוהו לביצוע הירי, היא גרסה כבושה, שאינה עולה בקנה אחד עם הדברים שמסר המערער מייד לאחר הירי, שמהם עולה כי הסיבה לביצוע הירי, היא "שדקרו את חברו שלו וניסו להרוג אותו ולכן גם לו מגיע למות".

יפים לכאן דבריו של כב' השופט הנדל:

"לא בכל פעם נפתח בפני בית המשפט צוהר לעולמו הפנימי של הנאשם, דרכו הוא יכול להביט – כמעט במישרין וללא תיווך - בפס הייצור של מעשה העבירה, בכור ההיתוך של המחשבה הפלילית" (ע"פ 2553/15 האדי נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 1.8.2016)).

כללו ועיקרו של דבר, הוכח כנדרש שבזמן אמת, בזירת האירוע, עת התבקש להסביר את מעשיו, אמר המערער אמת, והאמת היא שהוא ירה כי חש שמגיע למחבל למות, משום שדקר את חברו. מאוחר יותר, עת הבין את חומרת מעשהו, הוא ניסה להצדיקו בתחושת סכנה, אך גם אז עדיין לא העלה חשש ממטען, משום שרעיון זה טרם עלה בדעתו. הסכנה ממטען הגיחה לעולם רק בשלב השלישי, בסמוך לפגישתו עם עורך דינו הראשון (בלי להטיל כל דופי בעורך הדין). העובדה שלאורך כל הבורק שלאחר הירי המערער, ששוחח טלפונית עם חבריו, חברתו, הוריו ובני משפחתו (על פי הפלטים שהוצאו ממכשירו הסלולארי, ת/48, עמ' 147 לפרוטוקול, שורה 37), לא העלה בפניהם את טענת החשש ממטען (והראיה לכך – אף אחד מהם לא הוזמן כעד מטעם ההגנה להעיד על ההיפך מכך), מצביעים על חוסר אמינות גרסתו. הנה כי כן, דבריו של המערער מייד לאחר אירוע הירי (אשר כאמור, קביעתו של בית הדין קמא לגביהם, היא לעמדתנו, קביעה מבוססת וראויה) הם, למעשה, תגובתו הראשונית והספונטאנית לאירוע שיצאה מפיו באופן טבעי והיא מבטאת את הלך נפשו בשעת מעשה. בשלב זה לא הייתה למערער שהות לגבש גרסה או להתיעץ, והדבר מלמד על אותנטיות הדברים, שלפיהם הירי במחבל נעוץ במעשיו הקודמים של המחבל, ולא בסכנה עתידית האורבת ממנו.

סייגים לאחריות פלילית

107. הוראת סעיף 34 לחוק העונשין עוסקת בנטל ההוכחה וקובעת כך: "מלבד אם נאמר בחיקוק אחרת, חזקה על מעשה שנעשה בתנאים שאין בהם סייג לאחריות פלילית". הוראת סעיף 34(ב) לחוק העונשין מורה, כי "התעורר ספק סביר שמא קיים סייג לאחריות פלילית, והספק לא הוסר, יחול הסייג". נקודת המוצא היא, אפוא, כי מעשה המקים עבירה פלילית נעשה בתנאים שאינם מקימים סייג לאחריות פלילית. יחד עם זאת, על נאשם הטוען כי חל סייג לאחריות פלילית בעניינו, רובץ הנטל להביא ראיות בדבר קיומו של הסייג. רק אם הצליח הנאשם לעורר ספק בכך

חוזר נטל ההוכחה העיקרי אל התביעה, להסיר כל ספק בדבר קיומו של הסייג (ראו ע"פ 7164/10 ג'אן נ' **מדינת ישראל** (טרם פורסם, 1.12.2011); ע"פ 4784/13 סומך נ' **מדינת ישראל** (טרם פורסם, 18.2.2016)).

108. אין מחלוקת, כי בדיעבד נתברר, כי המחבל לא נשא על גופו מטען חבלה, ומשכך לא נשקפה ממנו כל סכנה. למעשה, הסייג אשר לו טען המערער, היא טענת ההגנה העצמית המדומה, המתבססת על שילוב הוראות סעיף 34 לחוק העונשין וסעיף 34 לחוק העונשין, שעניינו הוא ב"טעות במצב הדברים". במצב כזה:

"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... וקיומה שולל אחריות פלילית (ע"פ 4191/05 **אלטגאוז נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם, 25.10.2006)).

עוד טען המערער, כי עומדים לו סייגי הצידוק והצורך הקבועים, בהתאמה, בסעיפים 34 ו-34א לחוק העונשין.

109. סייג טעות במצב הדברים קבוע בסעיף 34 לחוק העונשין, וזו לשונו:

"(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)".

הסייג של טעות במצב הדברים דורש, כי הנאשם ידמה מצב דברים שונה מן המצב העובדתי האמיתי, היינו מצב דברים שאינו קיים. סעיף קטן (ב) אף מורה כי בעבירות של מחשבה פלילית, להבדיל מעבירות רשלנות, אין הכרח להוכיח כי הטעות הייתה סבירה. יחד עם זאת, בפסיקה נקבע, כי הסבירות עשויה לשמש אמת מידה לבחינת אמינותה של גרסתו של הנאשם, כי עשה את המעשה מחמת טעות במצב דברים (ראו: ע"פ 5938/00 **אזולאי נ' מדינת ישראל**, פ"ד נה(3) 873 (2001);

ע"פ 4463/04 פלוני נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 7.9.2005)). כדי שבית המשפט ישתכנע כי הנאשם דימה מציאות שונה מזו הממשית, עליו לבחון את התשתית הראייתית המוצגת בפניו. תשתית זו כוללת את התרשמותו של בית המשפט מעדותו של הנאשם, המגוללת את טענת הטעות וכן ראיות חיצוניות ואובייקטיביות נוספות (ראו עניין האדי הנ"ל).

110. האם מוצדקת התערבותנו בקביעתו של בית הדין קמא, כי המערער לא טעה לחשוב כי המחבל נושא על גופו מטען חבלה, כבקשת המערער? איננו סבורים כך. בית הדין קמא קבע, כעניין שבעובדה, כי "הנאשם לא טעה טעות כנה באשר לתנאים שהובילו אותו לביצוע הירי ולא התקיימו התנאים הנדרשים לביסוס סייג הטעות במצב הדברים, ואף לא קם ספק סביר בעניין זה". בית הדין קמא הגיע למסקנה זו על בסיס מכלול הראיות שהובאו בפניו ולאחר בחינת עמדותיהם של המפקדים, של החיילים ושל האזרחים בשטח, כמו גם על רקע היכרותו של המערער את הוראות הפתיחה באש. בהקשר זה ציין בית הדין קמא, כי כבר בשטח, ובטרם פורסם סרטון "בָּצָלָם", סברו מפקד הגדוד ומפקד החטיבה כי דובר היה בירי חריג, שלא הייתה לו כל הצדקה. בית הדין קמא למד על חוסר סבירות התנהגותו של המערער מעדותו של סגן מ' א', שאף על פי שמסר כי חשש ממטען, בשונה מן המערער, לא הותיר חשש זה בעלמא, אלא ביצע פעולות לקידום פני הסכנה – הפך את המחבל, חשף את ידיו, בעט בסכין על מנת להרחיקה ממנו והציב את סמ"ר א' א' לאבטח את המחבל. בית הדין קמא הוסיף וציין, כי חיילים רבים שנכחו בזירה ועמדו בסמוך למחבל, ביניהם רב"ט ת' מ', סמ"ר א' א' וסמל א' ר' העידו כי לא חשו בסכנה מהמחבל. בית הדין קמא נתן דעתו לכך שאזרחים רבים, ביניהם גורמי כוחות ההצלה, העידו על כי חששו ממטען. אולם, בית הדין קמא התרשם באורח ישיר מעדויותיהם וקבע, כי אותם עדים ביקשו לסייע למערער, לרבות במחיר של הטיית האמת. בהקשר זה הוטעם, כי אף על פי שמדובר בעדים בעלי ניסיון רב בזירות פיגועים, הם לא התריעו על אודות הסכנה, לא פנו אל המפקדים בשטח ולא דאגו לפינוי הזירה ולהרחקת הנוכחים בה, אלא המשיכו להסתובב בזירה ואף התקרבו אל המחבל. לא מצאנו עילה להתערב בממצאי מהימנות מובהקים אלה. גם התנהגותו שוות הנפש של המערער לאורך כל האירוע, שעליה עמדנו בהרחבה לעיל, מפריכה את טענתו בדבר חשש סובייקטיבי וכן ממטען. המערער פעל בצורה שאינה עולה בקנה אחד עם הוראות הפתיחה באש, שאותן הכיר. כעולה מהוראות הפתיחה באש "מותר לפתוח באש ע"מ להסיר את האיום רק כאשר סכנת החיים היא ממשית ומיידית" (ת/36).

דהיינו, נדרש שיתקיימו שני תנאים מצטברים, שבהיעדרם אין הצדקה לירי. האחד, **מיידיות האיום** – יש לשאול "האם יש לי זמן לנתח את המצב ולפעול אחרת לפני שמתממש האיום?". השני, **ממשיות האיום** – יש לשאול "עד כמה מסכן אותי או אחרים? בהירות ועוצמת האיום, האם מזוהה בוודאות נשק כלשהו? האם מזוהה אמצעי איום אחר? האם ברורה מגמת האיום והאם מזוהה כוונה לתקיפה?". הוראות הפתיחה באש מפרטות אירועים שעשויים להוות סכנת חיים ממשית ומיידית, בין היתר, "זיהוי מטען וכוונה להפעילו באופן שמסכן חיים אדם". כן הן קובעות מפורשות, כי כאשר מדובר ב"תנועה מחשידה" או "חשד לזיהוי נשק ללא זיהוי וודאי", אין מדובר בסכנת חיים ממשית ומיידית, ומשכך אין לפתוח באש (ת/36, סעיפים 5-6). חרף העובדה שהמערער אישר במהלך עדותו, כי הוא יודע להבחין בין סכנה מיידית ומוחשית לבין סכנה כללית, וכן כי ידוע לו שאסור לבצע ירי לעבר מחבל שלא מהווה סכנה, הוא פעל בניגוד מוחלט להוראות הפתיחה באש. מעל כל אלה גילה המערער את הלך נפשו בשעת מעשה, עת אמר מיד לאחר הירי – "דקרו את חבר שלי ניסו להרוג אותו לכן גם לו מגיע למות". אמירה זו מחזקת, כאמור, על-ידי שלושה עדי זירה שונים: רב"ט ת' מ', סמ"ר א' א' וסמל א' ר'. על יסוד האמור לעיל, סברנו, כקביעת בית הדין המחוזי, כי המערער לא ירה במחבל מתוך חשש סובייקטיבי וכן שהוא עומד להפעיל מטען חבלה, ומשכך אין מתקיימים התנאים הנדרשים לביסוס סייג טעות במצב הדברים.

111. אף לו היינו מקבלים את טענותיו של המערער, שלפיהן חשש כי המחבל ייטול את הסכין וידקור באמצעותה את הנוכחים בזירה, או שהמחבל יפעיל מטען חבלה שהוא נושא על גופו, לא היה בכך כדי לאפשר לו לחסות בצלו של סייג ההגנה העצמית. סייג ההגנה העצמית קבוע בסעיף 34 לחוק העונשין, וזו לשונו:

"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".

סעיף 34טז, שכותרתו "חריגה מן הסביר", מוסיף על כך, כי:

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

ההוראה בסעיף 34 לחוק העונשין קובעת שישה תנאים, שבהתקיימם עומדת לנאשם ההגנה העצמית, ואלה פורשו בפסיקה ובספרות (ראו: פרשת **אלטגאוז** לעיל; ע"פ 20/04 **קליינר נ' מדינת ישראל**, פ"ד נח(6) 80 (2004)); עניין **סומך** לעיל; ע"פ 735/12 **פלוני נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם, 29.8.2013); וכן בועז סנג'רו **הגנה עצמית במשפט הפלילי** 178 (2000)).

התנאי הראשון, עניינו **תקיפה שלא כדין**, היינו שהמותקף ביקש להדוף תקיפה שהעמידה אותו או את זולתו בסכנת פגיעה מוחשית. התנאי השני הוא **תנאי הסכנה המוחשית**. לפי לשון החוק, תנאי מוקדם למעשה ההתגוננות הוא קיומה של "סכנה מוחשית של פגיעה בחייו, בחירותו, בגופו או ברכושו, שלו או של זולתו". יש לדרוש כי הסכנה תהייה מוחשית, שהסתברות התממשותה גבוהה ולא ערטילאית ורחוקה (עניין **קליינר הנ"ל**). התנאי השלישי הוא **תנאי המיידיות** – ניתן לפעול במסגרת ההגנה רק מרגע שהמעשה דרוש באופן מידי על מנת להדוף את התקיפה. תנאי נוסף הוא **תנאי הנחיצות**, היינו, שמעשהו של המותקף היה דרוש כדי להדוף את התקיפה. תנאי הנחיצות פורש בפסיקה ככזה הכולל הן נחיצות איכותית – יש לשאול האם בפני המותקף עמדו חלופות פחות פוגעניות לפעולה, והן נחיצות כמותית – יש לשאול האם העושה יכול היה לנקוט בכוח מועט יותר לשם הדיפת הסכנה. זוהי למעשה דרישת הסבירות (ראו עניין **קליינר הנ"ל** וכן בועז סנג'רו בספרו **הגנה עצמית במשפט הפלילי**). הוראת סעיף 34טז לחוק העונשין, שעל לשונה עמדנו לעיל, פורשה בספרות ובפסיקה ככזו אשר כוללת גם את **תנאי הסבירות** (ראו: ע"פ 735/12 **פלוני** לעיל; ע"פ 5266/05 **זלנצקי נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם, 22.2.2007)). על-פי תנאי זה נדרש, כי יתקיים יחס ראוי בין הנזק הצפוי ממעשה ההתגוננות לנזק הצפוי מהתקיפה. תנאי זה גם קובע, כי על מעשה ההתגוננות להיפסק ברגע שהסכנה חלפה – "זהו גם קו הגבול שבין שימוש בכוח כהגנה, לבין שימוש בכוח ממניעי נקמה" (עניין **קליינר** לעיל). יפים לכאן דבריה של כב' השופטת דורנר:

"מעשה החורג מן המידה הדרושה להגנה על החיים איננו עומד בדרישת הסבירות, שכן, הוא מאבד את אופיו ההגנתי המקנה לו פטור מאחריות פלילית והופך לתקיפה שמטרתה להעניש את התוקף. מעשה 'ענישה' בתגובה לתקיפה איננו סביר" (ע"פ 4785/90 **ג'בארין נ' מדינת ישראל**, פ"ד מט(5) 221 (1995)).

עוד נקבע שם, כי סבירות ההתנהגות נקבעת על סמך הנסיבות הקונקרטיות של כל מקרה ומקרה, שבגדרן יש לתת את הדעת למצב הלחץ והמצוקה שבו נתון הנתקף. תנאי נוסף לקיומה של הגנה עצמית הוא, כי המותקף לא הביא בהתנהגותו הפסולה לתקיפה, תוך שהוא צופה מראש את אפשרות התפתחות הדברים. ואולם, כאמור, לא הייתה מחלוקת בין הצדדים כי המערער לא "נכנס למצב בהתנהגות פסולה".

112. דיני ההגנה העצמית במשפט העברי מתירים לנרדף שנשקפת סכנה לחייו להרוג את התוקף, בבחינת "הקם להרגך השכם להורגו" (בבלי, ברכות, סב, ע"ב). ואלה דברי המשנה במסכת סנהדרין, פרק ח', משנה ז':

"ואלו הן שמצילין אותן בנפשן: הרודף אחר חבירו להורגו, אחר הזכור ואחר הנערה המאורסת".

פוסק הרמב"ם, כי ההיתר להרוג את הרודף חל רק במקום, שבו לא ניתן לעשות זאת באמצעים פוגעניים פחות:

"כל היכול להציל באבר מאיבריו, ולא טרח בכך אלא הציל בנפשו של רודף והרגו, הרי זה שופך דמים, וחייב מיתה; אבל אין בית דין ממיתין אותו" (משנה תורה, ספר נזקים, הלכות רוצח ושמירת נפש, פרק א', הלכה י"ג).

היינו, כשהנרדף יכול לנטרל את הסכנה בפגיעה שאינה קטלנית – "באחד מאבריו", אך בכל זאת נעשה שימוש בכוח בלתי סביר, אין המעשה חוסה תחת ההגנה העצמית. הרמב"ם מוסיף, כי לאחר מעשהו של הרודף, אין לפגוע בו ורק בית דין מוסמך לגזור את דינו:

"רוצח שהרג בזדון – אין ממיתין אותו העדים ולא הרואים אותו, עד שיבואו לבית דין ודינוהו למיתה: שנאמר 'ולא ימות הרוצח', עד עומדו לפני העדה למשפט' (במדבר לה, יב)" (משנה תורה, ספר נזקים, הלכות רוצח ושמירת נפש, פרק א', הלכה ה').

גישת הרמב"ם אומצה למעשה על-ידי המחוקק הישראלי בסעיף 34טז לחוק העונשין, הוא הדין החל על ענייננו.

113. מן הכלל אל הפרט. בית הדין קמא ניתח ויישם את יסודות ההגנה העצמית על עניינו של המערער, וקבע כי אלו לא מתקיימים. קביעה זו מקובלת עלינו. תחילה

ראינו להעיר, כי הסנגור המלומד ציין בפנינו, כי בחינת ההגנות העומדות למערער, על רקע הגרסה שהציג, היא, לדבריו, בבחינת "למעלה מן הצורך". פעמים רבות, במקום להתמקד במתן הסבר משכנע מדוע חלים בעניינו של המערער כל התנאים המבססים את סייג ההגנה העצמית, בחר הסנגור להפנות לבג"ץ ג'ילאני ולפרשת הירי ביפו ותמה מדוע בפרשות אלו, הדומות, לשיטתו, לעניין דנן התקיימו התנאים הנדרשים לתחולתו של הסייג. לא מצאנו, כי עלה בידו להרים את הנטל להוכיח את דבר קיומם של התנאים המקימים את סייג ההגנה העצמית, ולו כדי הותרת ספק סביר אשר לקיומו של סייג זה. אף כי, ברגיל, ניתן לראות במחבל "תוקף של כדיון", בענייננו דובר היה במחבל "מנוטרל", אשר נורה קודם, שכב פצוע וחסר אונים, ולא היווה עוד סכנה. כאמור, לא מצאנו להתערב בקביעות העובדתיות של בית הדין קמא, שלפיהן הירי במחבל נעשה עקב מניע נקמני, ולא לאור חשש מסכין וממטען חבלה. לא הוכח, כי מראהו של המחבל היה מחשיד באופן כזה, שניתן היה לחשוב כי הוא נושא על גופו מטען חבלה. אף הסכין הייתה רחוקה מידו של המחבל. בנסיבות אלה לא מתקיים תנאי "התקיפה שלא כדיון". אף יתר התנאים לתחולתו של סייג זה אינם מתקיימים. על מנת לבחון את אמונתו של המערער ביחס לסכנה המוחשית שמולה ניצב בזירה, נבחנו הראיות האובייקטיביות שבתיק. הסרטונים מלמדים, כי לא ניתן להבחין במטען או במתג הפעלה שנשא המחבל על גופו ואף המערער אישר זאת. עוד עולה מהסרטונים, כי המחבל, שהיה פצוע מן היריות שנורו לעברו עוד קודם לכן, שכב דקות ארוכות על הקרקע, כשידיו פרושות לצדדים ועיניו עצומות. רבים מן הנוכחים בזירה (בשלב מסויימים – 15 חיילים ואזרחים ושלושה כלי רכב) התקרבו אליו, כך שהיה ביכולתו להפעיל, לכאורה, את המטען עוד הרבה קודם לירי של המערער. אכן, בפרשת אלטגאוז נתן בית המשפט העליון דעתו לכך, כי "בשעת מעשה, בלחץ, במהירות ובנתוני המקום, לא תמיד נבחנים כל המאפיינים ומשוקללים כל הנתונים בקור רוח ובשקילה מעמיקה". ואולם בענייננו, התנהגותם של כלל עדי הזירה מלמדת על כך שלא נשקפה מן המחבל סכנה מוחשית. בית הדין קמא עמד על הפער המשמעותי שבין החשש של המערער לבין קרבת הסכנה המוחשית. צוין, כי חרף העובדה כי נשמעו צעקות שהתריעו מפני האפשרות, כי המחבל נושא עליו מטען, לא ראו יתר הנוכחים בזירה לירות במחבל. בנסיבות אלה, מצופה היה מן המערער, כי טרם ביצוע הירי יפעל לבירור החשד בדרך של פנייה אל המפקדים בזירה. אף התנהגותו של המערער בזירה, שעליה עמדנו בהרחבה לעיל, ובפרט העובדה שהמערער לא חשש להפנות את גבו לעבר המחבל, עת הלך לאסוף

את קסדתו, מלמדת על כי נעדרה אצלו תחושת סכנה ממשית שנשקפה מן המחבל. זאת ועוד, גרסתו של המערער אף אינה מקיימת את תנאי המיידיות. בהקשר זה יצוין, כי אף על פי שהצעות שנשמעו בזירה בדבר חשש שהמחבל נושא על גופו מטען הגיעו לתודעתו של המערער מספר דקות לפני שירה במחבל, בחר הוא להתמהמה דקות ארוכות עד שירה. המערער עצמו לא ידע להצביע מתי התגבשה אצלו ההבנה כי מדובר בסכנה מיידית. תחילה מסר, "אני לא יכול להגיד למה לפני כן לא ביצעתי את הירי" (עמוד 576 שורה 37 – עמוד 577 שורה 30). אחר כך ציין, כי הבין את מיידיות הסכנה רק "אחרי שאני זורק למ' את הקסדה" (עמוד 574 לפרוטוקול, שורות 23-29). דרך התנהלותו של המערער עובר לירי אינה מלמדת כי סבר שנשקפה מן המחבל סכנה מיידית – המערער לא פעל מתוך תחושת דחק, אלא כלכל את צעדיו באופן מחושב – שניות לפני הירי בחר ללכת לאסוף את קסדתו, כי "לא רציתי שייקחו אותה" (עמוד 574 לפרוטוקול, שורות 16-22). אילו היה מדובר בתחושת סכנה מוחשית ומיידית, מצופה היה כי ישליך את קסדתו על הקרקע, אולם המערער בחר למסור אותה לרב"ט ת' מ'. את פעולת הירי ביצע המערער באופן מסודר ומושכל – דרך את הנשק, "נכנס בין כוונות", שיפר את זווית עמידתו והזהיר את הסובבים אותו מפני הירי. מהסרטונים עלה, כי המערער יצר קשר עין עם המחבל הרבה קודם לביצוע הירי, אך התמהמה כארבע דקות עד שירה. אין מדובר בתגובה בהולה ומיידית לנוכח תזוזת ידו של המחבל, כטענת המערער, שכן, כאמור, זו הייתה כשש דקות לפני שירה. משעמדו בפני המערער דרכי פעולה פחות פוגעניות לקידום פני הסכנה, מלבד ירי לראשו של המחבל – אזהרת הנוכחים בזירה מהמחבל על מנת שלא יתקרבו אליו והמתנה עד לבוא החבלן; וכן פנייה למפקדיו, שעמדו בסמוך אליו, כדי להתריע מפני הסכנה או לקבל הנחיות – אין מתקיימים בעניינו תנאי הנחיצות ותנאי הסבירות. אשר על כן, משלא מתקיימים כל התנאים הדרושים לביסוס סייג ההגנה העצמית, אין ההגנה עומדת לו.

114. בית הדין קמא דחה גם את טענת הצידוק שהעלה המערער, בקובעו, כי המערער הפר את הוראות הפתיחה באש. עיינו בניתוח הערכאה קמא את הראיות ואת הוראות הפתיחה באש ולא מצאנו דופי בקביעתה. הגנת הצידוק קבועה בסעיף 34ג לחוק העונשין, כדלקמן:

"לא יישא אדם באחריות פלילית למעשה שעשה באחד

מאלה:

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

(2) עשהו על-פי צו של רשות מוסמכת שהיה חייב לפי דין
לציית לה, זולת אם הצו הוא בעליל שלא כדין;
(3)...."

115. המערער טען, כי הוראות הפתיחה באש חייבו או לכל הפחות הסמיכו אותו לפעול כפי שפעל. "הוראות הפתיחה באש לחיילים באיו"ש ובמרחב התפר הנחיית מאו"ג" (ת/36), הוראות הנסמכות על הופ"א 8 – כללי הפתיחה באש לחיילים ביהודה ושומרון ובמרחב התפר (ת/35) ומחמירות הימנה, מפרטות את מדיניות האוגדה ביחס לפתיחה באש. הוראות אלה קובעות את "**המקסימום המותר**", כך לפי לשון ההוראות, ופתיחה באש תיעשה על-פיהן בלבד. העקרונות המנחים בהוראות הפתיחה באש נגזרים מערך טוהר הנשק, והם קובעים, בין היתר, כי החובה להפעיל אש מכוונת אך ורק נגד איום ממשי; כי השימוש בנשק ייעשה כאמצעי אחרון; כי פתיחה באש תיעשה, במידת האפשר, על-ידי המפקד בשטח או על-פי הוראתו; כי ייעשה שימוש בכמות האש המינימאלית הנדרשת להשגת המטרה; וכי יש לתת טיפול רפואי הולם לכל מי שנפגע במידת האפשר. אשר לתהליך קבלת ההחלטה על פתיחה באש מורות ההוראות, כי תחילה יש לזהות "מהר ובמדויק" מצב המאיים או חשוד כמאיים, והוא הבסיס להחלטה ביחס לאופן הפתיחה באש. לאחר מכן, יש לבצע הערכת מצב של האיום – יש לשאול האם מדובר בסכנת חיים שהיא **ממשית ומיידית**, ככל שהתשובה חיובית, יש להחליט מהי עוצמת התגובה הנדרשת, כאשר ההוראות דורשות הפעלתה של "העוצמה המינימאלית" לצורך הסרת האיום. עמדנו לעיל על כך שההוראות מפרטות אילו אירועים נחשבים בבחינת "סכנת חיים ממשית ומיידית" ואילו אירועים אינם כאלה. כזכור, "תנועה מחשידה" או "חשד לזיהוי נשק ללא זיהוי וודאי" אינם עונים על הדרישה של סכנת חיים ממשית ומיידית. לא זו אף זו, ניתן להתגונן מפני תקיפה גם לפני שזו בוצעה, אך זאת בתנאי ש"**נעשים מעשים גלויים המבטאים כוונה לתקיפה מיידית באמצעות נשק חם או דוקרני**" (ת/35 בסעיף 5(ב)).

116. על מעמדן המחייב של הוראות הפתיחה באש עמד בית המשפט העליון בעניין **לרנר**:

"תוקפן המחייב של הוראות אלה נובע, בראש ובראשונה, מהיותן חלק מפקודות הצבא, שבהתאם לסעיף 3(א) לחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955, רואים אותן כ"דינים" (ע"א 3889/00 **לרנר נ' מדינת ישראל**, פ"ד נו(4) 304 (2002)).

עוד נקבע שם, כי :

"תכליתן העיקרית של הוראות הפתיחה באש היא מבצעית: להורות את חיילי צה"ל, באופן אחיד ומוסמך ומפי הדרג הפיקודי העליון, בדבר דרכי הפעולה אותן עליהם לנקוט במצבים טיפוסיים מסוימים העשויים לחייב, או להצדיק, שימוש בנשק. אך לקביעתן של הוראות אלו יש גם פן חינוכי, בכך שהן מסייעות לחייל להפנים ערכי-יסוד, כמו טוהר הנשק וזכויות החשוד, ומגבירות את הסיכוי לשמירתם של ערכים אלה על-ידו גם בהיקלעו למצבי לחץ ודחק. בענייננו דומה שלא הייתה מחלוקת, כי הוראות הפתיחה באש נלמדות ומשוננות על-ידי החיילים, כחלק משיגרת אימוניהם, ואף מחולקות להם במתכונת נוחה לנשיאה, 'פנקס כיס לחייל'. מתכליות אלה של הוראות הפתיחה באש נגזר בדרך כלל גם אופן ניסוחן, הנוטה – בניגוד לעולת הרשלנות – להיות פסקני וחד משמעי".

אף בית דין זה קבע בע/64/04 **סרן קורצקי נ' התובע הצבאי הראשי** (2004):

הוראות אלו מבטאות לא רק את הפקודה הצבאית שבתוקף, אלא גם את העמדה המקצועית, המוסרית והאתית של צה"ל, מזה שנות דור וכפי שקיבלה לאחרונה ביטוי בכתב, במסמך הידוע כ'רוח צה"ל'; מסמך המבטא ערכים מקצועיים ומוסריים העומדים ביסוד פעילותו של הצבא, ובהם, בין היתר, הערך של 'טוהר הנשק'..." (וראו גם ע/62/03 **התובע הצבאי הראשי נ' סמל אילין** (2003)).

117. ההוראות המפורטות בהוראות הפתיחה באש, הרלוונטיות לענייננו, זהות במהותן ליסודות ההגנה העצמית שנדונו לעיל, לרבות יסוד התקיפה שלא כדין, יסוד הסכנה המוחשית, יסוד המיידיות ויסוד הנחיצות. נמצאנו למדים, אפוא, כי המערער פעל **בניגוד גמור** לקבוע בהוראות הפתיחה באש, כל זאת חרף העובדה שתודרך לגביהן פעמים רבות, ואף אישר במהלך עדותו, כי הוא בקיא בהוראות הפתיחה באש; כי הוא יודע שההוראות דורשות זיהוי של "אמצעי, כוונה ויכולת" טרם הסרת האיום; כי הוא יודע להבדיל בין סכנה מיידית ומוחשית לבין סכנה כללית; וכי ידוע לו שאסור לבצע ירי לעבר מחבל שלא מהווה סכנה (עמוד 455 לפרוטוקול שורה 8; עמוד 486 שורות 17-19 וכן 35-39; עמוד 493 שורות 25-30, עמוד 493 שורה 31-38; עמוד 494 שורות 20-21; עמוד 543 שורה 2). נקודת המוצא, היא כי ירי בנשק הוא מעשה אסור, זולת בתנאים הקבועים בהוראות הפתיחה באש, ועל בסיסן בלבד. הוראות אלה נועדו למנוע מצב שבו "איש הישר בעיניו יעשה".

טענתו של המערער, שלפיה "אם יש ספק, אין ספק", אין לה על מה להישען, שכן ירי על בסיס חשד בלבד הוא מעשה אסור. ודוק: משקבענו, מחד גיסא, כי המניע לירי של המערער הוא מניע נקמני, ומשדחינו, מאידך גיסא, את טענת המערער, כי מדובר בירי מוצדק, נדחית מאליה הטענה כי דובר היה בטעות מבצעית, שאין מעמידים עליה, כנטען, לדין.

118. אשר להגנת הצורך. סעיף 34 לא לחוק העונשין קובע לאמור:

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

בית הדין המחוזי הנכבד עמד על כך שקיימת חפיפה חלקית בין יסודותיה של הגנת הצורך לבין יסודותיה של ההגנה העצמית, בהיבט התקיימות מוחשיות הסכנה ותנאי הסבירות. נקבע, כי משקמה חובה למלא אחר כל היסודות שבבסיס הגנת הצורך לשם התקיימותה, ומאחר שחלק מאותם יסודות אינם מתקיימים, כפי שפורט בהרחבה לעיל בפרק הדין בסייג ההגנה העצמית, אף הגנה זו אינה עומדת למערער, ואין לנו אלא להסכים עם קביעתו.

הגנה מן הצדק

119. כזכור, טען המערער בהרחבה, כי יש לזכותו מכל אשמה, מחמת הגנה מן הצדק. נטען, כי ננקטה בעניינו אכיפה בררנית, ביחס לשלושה מקרי הרג של פלסטינים, שנגרמו על-ידי כוחות צה"ל ושוטרי משטרת ישראל, שהסתיימו ללא העמדה לדין; כי התבטאויותיהם של שר הביטחון דאז ושל הרמטכ"ל בתקשורת זיהמו את הליכי החקירה והמשפט; כי קודם לפרסום סרטון "בָּצָלָם" הייתה כוונה לשפוט את המערער בדין משמעותי, והעמדתו לדין פלילי נעשתה על מנת "להתיישר" עם רצונם של שר הביטחון דאז והרמטכ"ל; וכי פרסום התחקיר המבצעי הוא מעשה שמנוגד לחוק השיפוט הצבאי, שכן חלקים ממנו זלגו לחקירת מצ"ח ולהליך המשפטי. לצד זאת הלין המערער על קידום של שלושת השופטים בערכאה קמא, כמו גם של מפקד הפלוגה, מפקד הגדוד ומפקד החטיבה, במהלך המשפט. נטען גם, כי העובדה שכל שדרת הפיקוד של החטיבה, שבה שירת המערער, הבהירה לחיילי

הפלוגה, עובר לחקירתם במצ"ח ולעדויותם בבית הדין, כי מעשה המערער היה מעשה פסול, מהווה זיהום חמור של ההליך המשפטי.

120. כידוע, ברבות השנים הלכה והתפתחה בפסיקה הישראלית דוקטרינת "ההגנה מן הצדק", אשר הוכרה בפסיקת בית המשפט העליון כבר בע"פ 2910/94 **יפת נ' מדינת ישראל**, פ"ד נ(2) 221, 370 (1996). דוקטרינת ההגנה מן הצדק מכירה בסמכותו של בית המשפט לבטל כתב אישום שהגשתו או בירורו סותרים עקרונות של צדק והגינות משפטית, במנותק משאלת אשמתו או חפותו של נאשם (ע"פ 6328/12 **מדינת ישראל נ' פרץ** (טרם פורסם, 10.9.2013) (להלן: **עניין פרץ**); ע"פ 4855/02 **מדינת ישראל נ' בורוביץ**, פ"ד נט(6) 776 (2005) (להלן: **הלכת בורוביץ**)). דוקטרינה זו עוגנה, בשלב מאוחר יותר, כטענה מקדמית, בסעיף 149(10) לחוק סדר הדין הפלילי, התשמ"ב-1982 (חוק סדר הדין הפלילי (תיקון מס' 51) (הגנה מן הצדק) התשס"ז-2007, ס"ח 2095 (ובמקביל הוסף סעיף 351(ב)(6) לחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955)) – ואולם גם לאחר התיקון לחוק, נותרו המבחנים להחלתה של ההגנה אלה אשר נקבעו בהלכת **בורוביץ** (ע"פ 371/06 **פלוני נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם, 30.4.2008)). הלכת **בורוביץ** קובעת, כי בבחינת הטענה של הגנה מן הצדק יש להביא בחשבון מגוון רחב של שיקולים, ובכלל זאת את חומרת העבירה, נסיבות המקרה וכן שיקולים של גמול והרתעה; את האינטרס הציבורי בקיום המשפט, במיצוי הדין עם עבריינים ובשמירה על ביטחון הציבור. מנגד, יש להביא בחשבון גם את זכויות הנאשם, את טוהר ההליך הפלילי, את השאיפה להביא לפסילת מהלכים נפסדים של התביעה ולשמור על אמון הציבור בבית המשפט. עם השנים הורחבה תחולתה של הדוקטרינה:

"והפכה – בנוסף להיותה אמצעי פיקוח על שיקול דעתן של רשויות התביעה על עצם הגשת כתב האישום – לכלי בידי בית המשפט המאפשר לאזן את ההליך עם ערכי הצדק וההגינות של המשפט הפלילי. ההגנה, באופייה החדש, מרחיבה את העדשה דרכה בוחן בית המשפט את מעשה העבירה ואת ההליך המשפטי, ומאפשרת לבית המשפט – אף במקרים בהם הוכחו כל יסודות העבירה – להביט אל עבר הרגע שלפני ביצוע העבירה ואף אל התנהלות ההליך הפלילי הנמצא בעתידו של מעשה העבירה" (ע"פ 7621/14 **גוטסדינר נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם, 1.3.2017) ראו גם: ע/50,59,60/16 **טור' כרדי נ' התובע הצבאי הראשי** (2017)).

ההצדקה העיקרית לשימוש בדוקטרינה "היא הרצון להבטיח כי רשויות החוק ינהגו באופן ראוי, כמתחייב ממעמדן כגוף שלטוני" (ע"פ 4596/05 רזנשטיין נ' מדינת ישראל, פ"ד ס(3) 353 (2005)).

121. טענת האכיפה הבררנית חוסה תחת קורת הגג של דוקטרינת ההגנה מן הצדק. האיסור על אכיפה בררנית נקבע, לראשונה, בבג"ץ 6396/96 זקין נ' ראש עיריית באר שבע, פ"ד נג(3) 289 (1999), שם נפסק, כי חרף העובדה שאין הרשות מחויבת באכיפה מוחלטת, חל איסור על אכיפה חלקית, מטעמים שיש בהם מטרה פסולה, שיקול זר או שרירותיות. יחד עם זאת, נקודת המוצא, היא כי רשות התביעה נהנית מחזקת תקינות פעולות המנהל (בג"ץ 8756/07 עמותת "מבוי סתום" נ' הוועדה למינוי דיינים (טרם פורסם, 3.6.2008)). בהיבט האכיפה הפלילית הותיר לה המחוקק שיקול דעת רחב, שבגדרו יכולה היא לשקול מגוון של שיקולים. עם זאת, כמו כל רשות מנהלית מחובתה לפעול על-פי אמות מידה שוויוניות וללא משוא-פנים. עמד על כך בית המשפט העליון בעניין פרץ הנ"ל:

"בבסיס השוויון בפני הדין הפלילי ניצבת ההנחה כי כל אדם העובר עבירה ייתן על כך את הדין... חרף הנחה זו, מעניק סעיף 62 לחוק סדר הדין הפלילי לרשויות התביעה שיקול דעת אם להעמיד לדין אדם אם לאו - שיקול דעת היוצר קשת אפשרויות סבירות. אלא שגם בגדרי שיקול דעת זה, על הרשות לפעול בשוויון. שוויון זה, כידוע, אינו טכני. פרשות נבדלות זו מזו במאפייניהן ובנסיבותיהן, והדין וההלכה הפסוקה מתירים לרשויות מרחב תמרון נכבד בהיבטים הנוגעים לאכיפה הפלילית, בכפוף לכך שהתובע קיבל החלטתו תוך שקילת השיקולים הרלוונטיים ושיקולים אלה בלבד, ושפעל בתום לב, בהגינות, ללא הפליה ובסבירות.... בדל"ת אמות שיקול דעת זה, עשויה הרשות לבכר להימנע מלהעמיד לדין אדם זה או אחר מטעמים טובים וענייניים. התביעה יכולה להביא בגדר שיקוליה שיקולים שונים הנוגעים לאינטרס הציבור; לשאוף למקד את אכיפתה במקרים חמורים; ושיקולים נוספים כיוצא באלה. סדרי עדיפויות באכיפה הם שיקול לגיטימי... על כן, אכיפה בררנית אינה היפוך של אכיפה מלאה. למעשה, בשל מחסור אינהרנטי במשאבים אנושיים וחומריים, אכיפה מלאה אינה מעשית ואינה אפשרית. הבעיה באכיפה הבררנית אינה טמונה אפוא בהיותה חלקית, אלא בפגמים הקשורים בהפעלת שיקול הדעת של רשויות האכיפה".

הלכה היא, כי לא כל הבחנה בין שני אנשים, היא עניינים דומה ככל שיהא, היא הבחנה פסולה, שיש בה אכיפה בררנית. לעיתים אף שקיים דמיון בין מעשיהם של שניים, קיים שוני מהותי, אשר מצדיק התייחסות שונה לכל אחד מהם בשאלת ההעמדה לדין (עניין זקין לעיל). אשר על כן, קבע בית המשפט העליון, כי:

"על הטוען להראות, בראש ובראשונה כי מדובר בהבחנה בין מי שהדמיון ביניהם רלוונטי לעניין, במובן זה שהוא מצדיק התייחסות דומה בשאלת הגשתו של כתב אישום. בשלב השני יהא על הטוען להראות כי בבסיס ההבחנה ניצב מניע פסול, בין אם בדמות שרירותיות, התחשבות בשיקולים שאינם מן העניין, או חלילה שקילת שיקולים שאינם ראויים. מטבע הדברים מדובר בשני שלבים השלובים זה בזה, ואשר רב המשותף להם. הנטל להוכיחם, שאיננו פשוט כלל וכלל, מוטל על הנאשם, באשר הפרקליטות, ככל רשות מינהלית, נהנית מהחזקה לפיה פעולותיה נעשות כדין" (ע"פ 3215/07 פלוני נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 4.8.2008)).

על כתפיו של הטוען לאכיפה בררנית, רובץ, אפוא, נטל כבד מאוד. אין די שיוכיח דמיון בין המקרים, שלגביהם התקבלו החלטות שונות, אלא עליו להראות כי הבחנה זו נעשתה משיקולים בלתי ענייניים. משעה שהוצג בסיס ראיתי כאמור, מתערערת חזקת התקינות והנטל יעבור אל כתפי הרשות המינהלית, אשר תתבקש להוכיח כי האכיפה התבססה על שיקולים ענייניים בלבד (עניין זקין לעיל, עניין פרץ לעיל; ע"פ 8551/11 סלכגי נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 12.8.2012)).

מן הכלל אל הפרט

122. כזכור, ביקש הסגור לבסס את טענתו בדבר אכיפה בררנית על שלושה מקרי מוות של פלסטינים, אשר זהים, לשיטתו, לעניין דנן, ובהם הסתיימו ההליכים ללא הגשת כתב אישום ולגבי חלקם לא נפתחה חקירה פלילית כלל: עניין נסיבות מותו של פלסטיני בגין ירי שביצע לעברו אל"ם שומר; עניין נסיבות מותו של פלסטיני עקב ירי, שהתברר בבג"ץ ג'ילאני; ועניין נסיבות מותו של מחבל שביצע פיגוע ביפו, בשל ירי של שוטר מתנדב. עוד טען, כי שגה בית הדין קמא הנכבד, בקובעו, כי "אין די בהצבעה על מקרה בודד, אף אם היה מתאים בנסיבותיו, לשם ביסוס טענה של אכיפה בררנית". לאחר שבחנו בקפידה את טענות המערער, סברנו, כי לא עלה בידינו לשכנע כי מקרים אלו זהים למקרה שלפנינו. נציין, כי אכן, קיימת מחלוקת בין

שופטי בית המשפט העליון בשאלה האם די במקרה בודד או למעלה מכך לצורך הוכחה של אכיפת חוק בררנית. יחד עם זאת, דעת הרוב בעניין **פרץ** סברה, כי כדי שטענת האכיפה הבררנית תתקבל, על הנאשם להראות כי לאורך זמן ובאופן שיטתי או קרוב לכך, קיבלו רשויות התביעה במקרים דומים החלטות שונות מההחלטה שנתקבלה בעניינו (ראו דברי כב' הנשיא גרוניס ודברי כב' השופט (כתוארו אז) ג'ובראן; וכן ע"פ 6237/12 **ג'ולאני נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם, 6.9.2016)). בענייננו הציגה ההגנה שלושה מקרים, כך שאין אנו נדרשים להחליט איזו מבין שתי הגישות תחול כאן. מכל מקום, מצאנו, כי שלושת המקרים שהוצגו אינם זהים לעניין דנן, כפי שיבואר להלן.

123. אשר לאירוע הירי שעליו נחקר אל"ם שומר. תמימי דעים אנו עם קביעתה של הערכאה קמא, שלפיה, משבחרה ההגנה שלא להגיש את חוות דעתו של הפרקליט הצבאי הראשי בעניין זה, אף על פי שחלקים משמעותיים מחוות הדעת הועברו אליה **לבקשתה**, אין בפנינו ראיה ביחס לנסיבות הירי שהביאו למותו של הפלסטיני, ואף לא אשר לשיקולים שבגינם הוחלט לסגור את התיק. בא-כוח המערער ניסה להיבנות מן הטענה, כי, משסנגוריו הקודמים של המערער טענו ארוכות במסגרת סיכומיהם על יסוד חוות הדעת, מבלי שהתביעה הצבאית הביעה התנגדות לטיעונים, לא הייתה מתחייבת הגשת חוות הדעת. אין בידינו לקבל את טענתו. עיון בסיכומי התביעה העלה, כי התביעה טענה כי חוות דעת הפרקליט הצבאי הראשי בעניין אל"ם שומר לא הוגשה כראיה, ולפיכך יש לדחות את טענתו בדבר אכיפה בררנית. כידוע, במקרים המתאימים, יכול בית המשפט להתיר הגשת ראיות אף לאחר שלב הסיכומים (ע"פ 951/80 **קניר נ' מדינת ישראל**, פ"ד לה (3) 505 (1981)). אלא שגם בשלב זה, שבו הופנתה תשומת לב ההגנה לכך, נמנעה ההגנה מלהגיש את חוות הדעת. הלכה היא, הן במשפט הפלילי והן במשפט האזרחי ש"אם נמנע בעל-דין מהצגת ראיה רלבנטית שהיא בהישג ידו, ואין לו לכך הסבר סביר, ניתן להסיק, שאילו הובאה ראיה, הייתה פועלת נגדו" (ע"א 548/78 **פלונית נ' פלוני**, פ"ד לה (1) 736 (1978); ע"פ 11331/03 **קיס נ' מדינת ישראל**, פ"ד נט (3) 453 (2004)).

124. ביחס לשני המקרים האחרים שעליהם הצביעה ההגנה, סברנו, כי מדובר באירועים שונים בהיבטים מהותיים, אשר נבדלים במאפייניהם ובנסיבותיהם ממאפייני המקרה דנן. בעניין **ג'ילאני** דובר היה באירוע **מתגלגל ורציף**, שבו נטל היורה, לוחם מג"ב, חלק מתחילתו ועד סופו. האירוע החל בפיגוע דריסה של קבוצת שוטרים – אשר התרחש **לנגד עיניו** של היורה. מיד לאחר מכן, החל מרדף אחר

המחבל, שבו השתתפו היורה וחברו. במהלך המרדף ביצעו השניים **נוהל מעצר חשוד** – צעקו לעבר הפלסטיני שיעצור, ירו בנשקם לאוויר וכן ירו לעבר רכבו, אולם הפלסטיני **לא שעה** לבקשתם. בשלב מסוים, נורה הפלסטיני ונפל ארצה, אולם גם לאחר נפילתו המשיך להתנהג באופן **מחשיד**. מיד לאחר שהפלסטיני הזיז את ידו פעל היורה באופן **בהול, ללא שהיות**, וביצע ירי **אינסטינקטיבי**, ללא הכנה מוקדמת ומבלי שהתכוון לפגוע בראשו: "ביצעתי ירי בלי להיכנס לכוונת. סך הכל באתי לבדוק אותו וכפי שידוע לי פגעתי לו בראש. אני לא יודע בוודאות שפגעתי לו בראש, זה היה בזמן לחץ". לאור האמור נקבע, כי הירי בוצע בהתאם להוראות הפתיחה באש. בית המשפט העליון עמד על כך שהתיק נסגר **מחוסר ראיות** ולא מחוסר אשמה. צוין, כי אין ניתן לקבוע, כי בעת מעשה התגבש אצל היורה היסוד הנפשי הדרוש לעבירה. הודגש, כי **עובר לירי** היה היורה נתון בלחץ ובחרדה עקב פגיעת הרכב בשוטרים, ומשכך לא ניתן לשלול את הטענה כי ירה מתוך אמונה כנה, כי נשקפת סכנה ממשית לחייו. לעומת זאת, בענייננו, בפני הפרקליט הצבאי הראשי היו די ראיות לכאורה להוכחת היסוד הנפשי הדרוש לעבירת ההריגה – עדויות של עדי זירה, שמסרו כי מיד לאחר הירי נימק המערער את הסיבה לירי בכך ש"דקרו את חבר שלי ניסו להרוג אותו ולכן גם לו מגיע למות", ולא בחשש ממטען חבלה או מסכין. זאת ועוד, בענייננו, אין מדובר באירוע רציף ומתגלגל. המערער הגיע לזירה **לאחר סיומו** של פיגוע הדקירה, על מנת להעניק טיפול רפואי לפצועים. בשלב זה, היה המחבל שכוב על הכביש, כשהוא מדמם מהירי שנורה לעברו קודם לכן, ולא היווה עוד סכנה. הירי שבוצע לעבר המחבל לא היה ירי אינסטינקטיבי – עמדנו בהרחבה על כך שהמערער התמהמה וביצע הכנות מוקדמות לירי. גם אלמנט המיידיות לא התקיים, שכן הירי לא בוצע מייד לאחר תזוזת ידו של המחבל. בשונה מעניין **ג'ילאני**, בעניין דנן לא הוצגו ראיות, כי **עובר לירי** היה המערער שרוי בחרדה ובבהלה שהובילה אותו לבצע את הירי. בסמוך על ידו עמדו מפקדים, שהיה יכול לפנות אליהם על מנת להתריע על החשד, אם היה כזה, ולקבל הנחיות. לפיכך, ובשונה מעניין **ג'ילאני**, נקבע, כי הירי בוצע בניגוד להוראות הפתיחה באש. נתנו דעתנו לטענות שהעלה בא-כוח המערער בדבר שינוי גרסתו של היורה בבג"ץ **ג'ילאני** – היורה וחברו לא דיווחו על הירי שביצע היורה במסגרת חקירותיהם הראשונות, אלא רק בשלב מאוחר יותר. ואולם, בשונה מהעניין דנן, בבג"ץ **ג'ילאני** קבע בית המשפט העליון, כי **עובר לירי** היה היורה נתון בלחץ ובחרדה עקב פגיעת הרכב בשוטרים וייתכן שמשום כך לא זכר את הפרטים. בעניין **ג'ילאני** הסכים היורה

לערוך שחזור בזירה, אז נזכר שירה בפלסטיני, **ביוזמתו שלו**, בלי שהדבר הוטח בפניו. בענייננו, כאמור, הציג המערער גרסאות שונות, שהלכו והתפתחו לאורך כל המשפט, ללא הסבר משכנע לשינוי הגרסאות.

125. אשר לפרשת הירי ביפו, נציין, בתמצית, כי עניינה של פרשה זו בפיגוע דקירה שהתרחש ביום 8.3.2016. לאחר שהתקבל דיווח על אודות מחבל, שדוקר בסכין עוברים ושבים בנמל יפו, הגיעו למקום שוטר סיור ומתנדב. עם הגיעם למקום הבחינו במחבל, אשר אחז בסכין וניסה לדקור אותם ואת יתר הנוכחים. שוטר הסיור ירה מספר יריות מנשקו, עד שהמחבל נפל ארצה. בד בבד, החל לדווח בקשר על כי המחבל נוטרל והזעיק סיוע, כשלפתע ירה המתנדב ירייה אחת נוספת לעבר המחבל. לאחר שעיינו בהחלטת פרקליט המדינה שלא לפתוח בחקירה פלילית, מצאנו, כי גם פרשה זו נבדלת מענייניו של המערער. כמו בעניין **ג'ילאני**, גם כאן דובר היה באירוע **מתגלגל ורציף**, אשר המתנדב השתתף בו מתחילתו ועד סופו. המתנדב הגיע למקום כשהפיגוע עדיין **בעיצומו**, ובעודו מנסה למנוע מהמחבל להמשיך לבצע את זממו ניסה המחבל לדקור את השוטר המתנדב עצמו באמצעות הסכין שבידו ואת יתר הנוכחים במקום. היינו, שניות עובר לירי שביצע המתנדב היו נתונים חייו **בסיכון מוחשי**. כעולה מההחלטה, **שניות בודדות בלבד** עובר לירי, הניע המחבל את ראשו, **בעודו אווז בידו בסכין**, ומייד לאחר מכן המתנדב ירה בו. גרסתו של המתנדב, שלפיה חשש כי המחבל יקום וימשיך לסכן את הנוכחים במקום נתמכה בעדויות של עדי ראייה נוספים. בהחלטה נקבע, כי גם אם טעה המתנדב בשיקול דעתו, בהתחשב בכך שמדובר באירוע מלחיץ, שבמסגרתו, שניות קודם לכן, היו חייו של המתנדב נתונים בסיכון, מדובר בטעות סבירה וכנה שנעשתה "בתאוצת הקרב". עוד נציין, כי בשונה מענייננו, בפרשה זו גופת המחבל לא נותחה, כך שלא היה ברור האם הירי של המתנדב הוא שגרם למות המחבל. החלטת פרקליט המדינה מתייחסת גם לסרטון שהופץ בתקשורת, שבהסתמך עליו טען בא-כוח המערער כי מדובר ב"ירי כבקשתך". לשיטת הסנגור, מהסרטון עולה, כי השוטר המתנדב ירה במחבל לבקשת הקהל שהתאסף וצעק: "תירו בו, תהרגו אותו, יא מלך! תחסל אותו. זה רוצח זה". החלטת פרקליט המדינה קובעת, כי הסרטון, אשר לא ברור מה מקורו, משקף רק חלק מצומצם בלבד מן האירוע, מזווית מסוימת בלבד. בענייננו הוגשו סרטונים קבילים, אשר נבדקו על-ידי מומחה, ומתעדים את הזירה ממספר זוויות צילום, באופן שניתן היה לסמוך עליהם ממצאים.

126. על כן, סברנו כי בהחלטה בדבר העמדתו לדין של המערער אין משום אכיפה בררנית. למעלה מן הדרוש, נציין, כי אף אם היינו מניחים לטובתו של המערער, כי עלה בידו להראות כי המדובר במקרים זהים, שניתנה בהם החלטה שונה, עדיין על כתפיו רובץ הנטל להוכיח, כי החלטת התביעה בעניינו נתקבלה ממניעים נפסדים ובלתי ענייניים. כזכור, טענת המערער בהקשר זה הייתה, כי רשויות התביעה הושפעו מהתבטאויות הרמטכ"ל ושר הביטחון דאז, שהוקיעו את מעשי המערער, כך שההוראה על הגשת כתב האישום כנגד המערער נועדה "להתיישר" עם רצונם. בית הדין קמא קבע, כי המערער לא הניח ולו תשתית ראייתית מינימאלית להוכחת הטענה, וכי "אף אם נצא מנקודת מוצא שלפיה נשמעו התבטאויות בעניין אשמו של הנאשם הן על ידי שר הביטחון והן על ידי הרמטכ"ל, עובר למועד הגשת כתב האישום, הרי שאין מתחייבת מכך המסקנה, כי הפרקליט הצבאי הראשי הושפע מאמירות אלו בכלל ובמידה כזו שהורה על הגשת כתב האישום בניגוד לעמדתו המקצועית, תוך שקילת שיקולים זרים ובלתי ענייניים". מקובלות עלינו קביעות אלו. הפרקליט הצבאי הראשי הוא הגורם הבכיר המופקד על אכיפת החוק בצבא. בהתאם להנחייה מס' 9.1002 להנחיות היועץ המשפטי הממשלה, שכותרתה "הפרקליט הצבאי הראשי":

"הפצ"ר קובע את מדיניות אכיפת הדין והחקירה בצה"ל. הפצ"ר עומד בראש מערכת התביעה הצבאית, ואחראי, באמצעות התובע הצבאי הראשי, על הגשת כתבי אישום נגד חיילים ועל הנחייתה המקצועית של התביעה הצבאית בשאלות מדיניות, לרבות סדרי העדפות, טיפול בהליכי אכיפה רגישים ובנושאים מערכתיים ועוד" (ראו גם: בג"ץ 4723/96 עטייה נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נא(3) 714 (1997)).

דברים דומים נקבעו בבג"ץ אבו רחמה:

"הפצ"ר עומד בראש התביעה הצבאית ומפקח על פעילותה. בתפקידו זה הוא מפקח על השלטת המשפט בצבא. הוא ממונה על התביעה הצבאית, ומפעיל את סמכויותיו תוך התחשבות באינטרס הציבור, ובכלל זה באינטרס הצבא. הפעלת סמכויות הפצ"ר במסגרת אינטרס הצבא היא עניין נורמטיבי, המתבסס על הכרעה ערכית באשר לתועלת ולנזק שיצמחו למסגרת הצבאית מהחלטה כזו או אחרת... הפרקליט הצבאי, ככל נושא משרה שלטונית, חייב לפעול בהגיונות, ביושר לב ובתום לב; עליו לפעול בסבירות ובמידתיות; עליו להתחשב בשיקולים הרלבנטיים, ובהם בלבד, ועליו להימנע מכל

הפלייה פסולה; עליו לגלות עצמאות בהחלטתו, בהיותו אחראי לשלטון החוק בצבא" (בג"ץ 7195/08 **אבו רחמה נ' תא"ל אביחי מנדלבליט** (טרם פורסם, 1.7.2009)).

עמדנו לעיל, על כך שלתביעה עומדת חזקת תקינות המינהל. בהתאם לחזקה זו, הרשות אינה נדרשת להראות שפעולתה תקינה, אלא עומדת לה החזקה שאלה הם פני הדברים. על הפרט הטוען לאי-תקינות להביא ראיות, שיש בהן כדי להטיל ספק מהותי בשיקוליה של הרשות או להצביע על אי-תקינות אחרת בפעולתה לשם סתירת החזקה (ע"א 3901/11 **מחקשווילי נ' רשות המיסים בישראל** (טרם פורסם, 7.8.2012)). המערער לא הציג כל תימוכין לטענתו לגבי מניעה הפסולים, לכאורה, של התביעה. התביעה הצבאית הצהירה, כי כתב האישום כנגד המערער הוגש בהתאם למדיניותה, וכי "כל אימת שייאספו ראיות קבילות לכך שאדם ביצע עבירה חמורה, כמו העבירה בגינה עומד הנאשם לדין – יוגש נגדו כתב אישום". בעניין זה הפנתה לעניין **יחזקאל**, לעניין **מזרחי** ולעניין **והייב** הנזכרים לעיל. לא מצאנו, כי העמדתו של המערער לדין מהווה חריגה ממדיניות התביעה הנהוגה במקרים כגון דא.

משבעניינו של המערער נאספו די ראיות, המקימות סיכוי להרשעה, שקלה התביעה הצבאית את מכלול השיקולים הצריכים לעניין, ביניהם חומרת מעשיו של המערער והאינטרס הציבורי שבהעמדתו לדין, ולאחר שאיזנה ביניהם כדבעי, החליטה על העמדתו לדין. אף על פי שבשעות הראשונות שלאחר קרות האירוע שקל מפקד חטיבת יהודה את האפשרות לשפוט את המערער בדין משמעתי, על-פי התשתית העובדתית שקבע בית הדין קמא, לאחר התייעצותו של מפקד חטיבת כפיר עם הפרקליט לעניינים מבצעיים, עלה חשד כי הירי של המערער עולה כדי עבירה פלילית. בנסיבות אלה, קובעת הוראת סעיף 62 לפקודת מטכ"ל 33.0304, כי חלה חובה לפתוח בחקירת מצ"ח:

"כאשר קיים יסוד לחשוד כי נעברה אחת מן העבירות המפורטות להלן, לא ימנה קצין שיפוט בכיר קצין בודק ולא יערוך את הבדיקה בעצמו, אלא יעביר את התלונה ואת יתר החומר שבידו לעריכת בדיקה, ליחידת מצ"ח, אשר בתחומה נעברה העבירה:

...(א)

...(ב)

(ג) כל עבירה לפי חוק העונשין, התשל"ז-1977, שאין לה מקבילה צבאית בחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955;

ואולם במקרה בו נסיבות העבירה אינן בעלות זיקה לשירותו של החייל, לא תיפתח חקירת מצ"ח, בכפוף לאישורו של פרקליט צבאי".

הרציונל העומד ביסוד הוראה זו הוא, כי כאשר קיים יסוד לחשוד כי נעברה עבירה חמורה, קיימת חובה לפתוח בחקירת מצ"ח (ראו: ע/167/01 רב"ט ניסימוב נ' **התובע הצבאי הראשי** (2002)). משהתעורר חשד כי מות המחבל נגרם עקב התנהגות אסורה, המהווה הפרה של הדין, התחייבה פתיחה בחקירה.

הנה כי כן, ההחלטה האם להעמיד אדם לדין פלילי היא פרוגרטיבה של התביעה. במקרה דנן הצטברו ראיות מספיקות להוכחת אשמתו של המערער. היה על הטוען שאישום זה הונע משיקולים זרים להרים נטל כבד, שכלל לא הורם כאן. ויודגש, הפעילות הצבאית של חיילי צה"ל איננה נפסקת ולו לרגע, ומפקדים נדרשים כל העת לנקוט עמדות פיקודיות ברורות בכל תרחיש אפשרי – צפוי ובלתי צפוי. על החיילים להיות מודעים בבירור כיצד עליהם לנהוג באירוע עתידי העלול להתרחש בכל רגע, ומי שאמור להנחותם בנדון הם המפקדים. משכך, אין לפנינו "רוח מפקד עליון" אשר הקרינה והשפיעה על ההליך הפלילי מראשית החקירה, דרך איסוף הראיות, ועד הגשת כתב האישום וניהול המשפט מראשיתו ועד אחריתו, שהרי גורמי התביעה, בראשות הפרקליט הצבאי הראשי, נהנים מאי-תלות מוחלטת ושיקוליהם אינם נסמכים אלא על הפן המקצועי, היינו – ראיות קבילות שיש להן, לכאורה, משקל ממש, היכולות במידת סבירות גבוהה להביא לידי הרשעה.

ואף זאת, בצדק קבע בית הדין קמא, כי אף אם הייתה ההחלטה בנוגע לפתיחת החקירה מתבססת על הסרטון שהופץ, אין בכך כל פסול. סרטון המתעד את מעשיו של המערער, מהווה ראיה ככל ראיה אחרת שנאספה בתיק. משהסרטון העלה חשד כי המערער עבר עבירה פלילית, שומה היה על הרשויות לפתוח בחקירה פלילית לצורך בירור החשד. לא מצאנו עילה להתערב בקביעת בית הדין קמא, כי החלטת התביעה על העמדתו של המערער לדין אינה נגועה בפגם כלשהו.

127. בהודעת הערעור הכתובה העלה בא-כוח המערער טענה נוספת, שלפיה פרסום התחקיר המבצעי נעשה בניגוד לחוק השיפוט הצבאי. בית הדין קמא עיין בסעיף 25 לחוות הדעת של תא"ל זכאי (ס/48), שכותרתו "פרסום התחקיר המבצעי והתבטאויות הדרג המדיני והצבאי" ובסעיפים 22-24 לחוות הדעת של האלוף ביטון, שכותרתם "פרסום התחקיר המבצעי" (ס/37), וקבע, כי נקודת המוצא של כתיבת חוות הדעת בהקשר זה, היא כי התחקיר המבצעי הודלף ופורסם, אולם חוות הדעת

עצמן אינן מפנות לתשתית ראייתית כלשהי לביסוס הטענה. נקבע, כי בהעדר תשתית ראייתית מתאימה, דברים אלו נכתבו בעלמא ודינם להידחות. בהודעת הערעור הכתובה מפנה בא-כוח המערער, כתמיכה לטענתו זו, לסעיפים האמורים לעיל בחוות הדעת של עדי ההגנה, האלוף ביטון ותא"ל זכאי. עיינו בסעיפים האמורים ומצאנו, כי קביעת בית הדין קמא בהקשר זה היא קביעה מבוססת, שאין מקום להתערב בה. חוות הדעת, אכן, נכתבו כאילו ידוע לכל כי התחקיר המבצעי הודלף ופורסם – "הייתה כאן פגיעה חמורה בהיגיון של בסיס החוק". יחד עם זאת, ההגנה לא הציגה בדל ראיה לתמיכה בטענה זו.

128. בית הדין קמא דן בהרחבה, במסגרת הכרעת הדין ואף בגזר הדין בטענות בדבר השפעת התבטאויות של גורמים שונים בגנות מעשהו של המערער על עדים – בחקירה ובמשפט, ועל בית הדין עצמו. אחת הטענות עסקה בכך שכל שדרת הפיקוד של החטיבה, שבה שירת המערער, ערכה לחיילי הפלוגה שיחות, עובר לחקירתם במצ"ח ולעדויות בבית הדין, שבמסגרתן הבהירה כי מעשה המערער היה מעשה פסול, שיש בו זיהום חמור של ההליך המשפטי. בהכרעת הדין נקבע, לאחר סקירה מקיפה של העדויות שנשמעו בעניין מפי מפקדים וחיילים, כי **"השיח נסב סביב האירוע שהתרחש, תוך שהודגש כי המדובר באירוע חמור, שאינו תקין מן הבחינה המבצעית"** (פסקה 250 להכרעת הדין), וכי **"...המפקדים הקפידו לשוחח על האירוע ולא על מחולל האירוע (שם, בפסקה 255). כך למשל, מפקד הגדוד העיד כי "בכל ההתייחסויות שלי התייחסתי למה שמצופה בהוראות הפתיחה באש בחריגה שאני כמפקד מבין של ירי על מחבל פצוע, גדוד מבצעי, פלוגה מבצעית, חייבים להמשיך ולהתקיים ולעמוד במשימותיהם..."** (עמוד 353 שורות 10-30); מפקד המחלקה מסר, כי התכנים שעלו בשיחות נגעו ל"תוכן השתלשלות האירועים והסכנות, לקחים מבצעיים וזה שצריך לקחת את זה ולהתעלות מהדבר הזה כי עדיין יש לנו קו מבצעי לשמור עליו" (עמוד 673 שורות 4-5); ורב"ט ב' ח' העיד, כי המפקדים שוחחו על אודות אירוע הירי, אך לא שוחחו כלל על המערער (עמוד 777 שורות 13-18). בית הדין קמא קיבל את עמדת המפקדים כי דובר באירוע חריג, שתוחקר וכי יש להביא את ממצאי התחקיר לידיעת המפקדים והחיילים, אשר נדרשים להמשיך ולפעול בשטח ועשויים להיתקל בסיטואציות דומות, בבחינת "התחקיר של היום הוא התדריך של מחר", כדבריו של מפקד הגדוד, סא"ל שפירא. לא מצאנו פגם בממצאיו העובדתיים של בית הדין המחוזי בעניין. מסקנתו, כי חובת המפקדים לתדרך את חייליהם בעקבות לקחים מאירוע מתוחקר, ובלבד שנשמרים הגדרים, באופן שלא

תפגע החקירה – מקובלת עלינו. מטרת השיחות עם החיילים לגיטימית שלא לומר – הכרחית. אם אירע אירוע בלתי תקין ביחידה חובה על המפקדים לציין זאת מפורשות, שכן אחרת יהא בכך, לכאורה, מתן הכשר שבשתיקה. עמדה פיקודית בדבר אופן ההתנהלות חייבת להיאמר בבירור, על המותר ועל האסור בגדרה. עם קרות אירוע חובה על המפקדים להשלים את התחקיר (במקביל לחקירת המערכת החוקרת, תוך קיום הפרדה מוחלטת ביניהם), וזאת אך ורק בכפוף למגבלה הקבועה בסעיף 539א לחוק השיפוט הצבאי (חיסיון, שמטרתו להגן על מוסד התחקיר המבצעי, למען לא יחששו חיילים וקצינים מלבוא למסור דברי אמת בפני הגורמים המתחקרים גם בעתיד). הא ותו לא. בית הדין הדגיש גם, כי העדים העידו, והעידו אמת, על עובדות ולא על מידת הנורמטיביות שבמעשהו של המערער ועדויותיהם נבחנו, לגופן ועל רקע מכלול הראיות, כמקובל (שם, בפסקאות 256-257). צוין, כי אכן, חלק מן העדים העיד על אודות קיומה של השפעה כללית, אולם אין מדובר בהשפעה קונקרטית, שהביאה אותם למסור עובדות שקריות בחקירה או בבית הדין. קביעות אלה מקובלות עלינו. בית הדין קמא קבע ממצאים עובדתיים מבוססים, אשר מעוגנים היטב בחומר הראיות שהיה לפניו. נמצא, כי המערער לא הניח תשתית ראייתית לביסוס טענתו, ומשכך לא מצאנו כל יסוד להתערב בממצאים אלה.

129. רובד אחר של טיעוני ההגנה נגע בהתבטאויות ציבוריות של שר הביטחון דאז, של הרמטכ"ל ושל דובר צה"ל בגנות המערער ומעשיו. להשקפת ההגנה היה בדברים אלה כדי להשפיע על כל שדרת הפיקוד ואף על בית הדין. לעניין זה התייחס בית הדין קמא בשלב גזירת הדין. נביא את קביעותיו בעניין כבר כעת:

"חרף הערות אלו, לאחר בחינת הפרסומים שהניחה ההגנה בפנינו, נמצאנו למדים, כי אכן בסמוך לאחר האירוע, השמיעו שר הביטחון דאז, הרמטכ"ל ודובר צה"ל, התבטאויות שכללו הבעת דעה נחרצת, באשר למשמעות הניבטת ממעשיו של הנאשם ולפגם הערכי שדבק בהם. בשלב זה חקירת מצ"ח ביחס לאירוע הייתה בראשיתה. לא יכולה להיות מחלוקת, כי הדרג הצבאי הבכיר רשאי, **ולעתים אף חייב**, להביע עמדה ברורה ומידית ביחס לנושאים המצויים על סדר היום. אולם, כשמדובר בנושאים הנתונים תחת חקירה פלילית, ראוי להמתין עד להתבהרות התמונה העובדתית העולה מן החקירה, וככל שקיימת נחיצות להשמעת אמירה פיקודית בשלב כה מוקדם – אזי למתן את האמירה ולסייג אותה באשר לתוצאת החקירה. אלא שקביעה זו כוחה יפה לשיטתנו, ביחס לכל התבטאות שמושמעת, ובכלל זאת, גם על ידי נבחרי הציבור, לרבות הבכירים שבהם, ביחס להליכים

המתנהלים לפני הערכאה השיפוטית. אומנם ביושבם בדין, אין לשופטים מרות זולת מרות הדין, ועדיין להתבטאויות המושמעות מפי בכירי הציבור יש השלכה רחבה מאוד על עמדות הציבור ועל אימון הציבור ברשות השופטת. כיבוד עקרון הפרדת הרשויות מחייב אפוא להתבטא בריסון ובזהירות ביחס לעניינים התלויים ועומדים לפני בית המשפט, והפרת חובה זו עלולה לפגוע פגיעה קשה בעקרונות שעליהם מושתת המשטר הדמוקרטי במדינת ישראל" (פסקה 85 לגזר דינה של הערכאה קמא) [ההדגשה במקור].

130. על אף שמרבית הדברים לא באו בפני בית הדין כראיה, בתוך עמנו אנו יושבים, ובעידן זה, רווי במידע זמין, איננו יכולים לטמון ראשנו בחול (השוו ע"פ 3372/11 **קצב נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם, 10.11.2011), בפסקה 395). מודעים אנו היטב לכך שפרט לאותן התבטאויות שעליהן מלין המערער, עוררו חקירתו ומשפטו של המערער עניין ציבורי יוצא דופן ובצדו מחלוקת עמוקה – בין התומכים במערער למבקריו. לאורך החקירה, המשפט בערכאה הראשונה ואף במהלך הערעור סוקרה הפרשה בהרחבה רבה בכל אמצעי התקשורת. עניין זה הוא בלתי נמנע, וכל עוד אין הסיקור חוצה את מגבלות האיסור החוקי, הקבוע בסעיף 326 לחוק השיפוט הצבאי (מקבילו של סעיף 71 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984), הכיסוי התקשורתי רצוי ונדרש, במדינה דמוקרטית שבה "זכות הציבור לדעת" (לשאלת האיזון בין חופש הביטוי לטוהר ההליך השיפוטי ראו ע"פ 696/81 **אזולאי נ' מדינת ישראל**, פ"ד לז(2) 565 (1983)).

131. אלא שבפרשה זו פשתה תופעה, שלפחות לפי היקפה, איננו סבורים שיש לה תקדים – בעלי תפקידים, בצבא ומחוצה לו, נבחרו ציבור, מהם בכירים מאוד, נציגי התביעה לדרגיהם וסנגוריו של המערער – כולם התבטאו תוך כדי ההליך, חרצו את דינו של המערער לשבט או לחסד. והיו גם שפעלו, באופן אקטיבי, על אף מעמדם הממלכתי, לנקוט עמדה בשאלת אחריותו הפלילית של המערער – והכל, בעוד ההליכים המשפטיים מתנהלים. לפני שנות דור ביקר היועץ המשפטי לממשלה דאז תופעה דומה (בקשר לפרשת "המחתרת היהודית"). דבריו החדים יפים גם לכאן :

"לא אוכל לסיים את דברי בנושא זה, בלי להביע את דעתי בקשר לתביעה שהושמעה בפומבי, בעקבות שחרור המחבלים... לשחרר גם את הנאשמים במשפט זה. תביעה כזאת, במיוחד אם היא נשמעה מפי אנשים בעלי מעמד רשמי, פוגעת בטוהר ההליך השיפוטי... ברור שפרסום

דעות על חומרת העבירה, על המניעים של הנאשמים ועניינים אחרים שבית המשפט אמור לדון בהם, ובמיוחד הפעלת לחץ ציבורי בשאלת שחרור הנאשמים, שעה שהמשפט עדיין תלוי ועומד, פסולים בתכלית, בין אם באים מצד אלה התובעים את שחרורם, ובין אם הם באים מצד אלה המתנגדים לכך. בצורה זו נעשה הדבר לאחרונה, זוהי תופעה חמורה ביותר, דומני ללא תקדים, בתחום זה. הלחץ, המופעל כאילו בשם הצדק, בפועל הוא עלול לחבל בעשיית הצדק, ולסכן את אושיות המשפט. הממשלה וכל שר בממשלה, שמעמדם וסמכויותיהם נובעים מן החוק... ראוי שיעמדו בראש המחנה הנלחם על טוהר ההליך השיפוטי" (דברי היועץ המשפטי לממשלה מצוטטים במאמרו של דוד חשין "אי תלות השפיטה והתערבות מוסדית בהליכה או בתוצאותיה" **משפט וצבא** 9, 29, 49 (1988)).

132. אמנם, לעיתים, כשיש חשד כי נעברה עבירה חמורה על-ידי משרת ציבור, וחייל בכלל זה, מצפה הציבור לשמוע התייחסות לדבר מממלאי תפקיד בכירים, מנבחר הציבור וממנהיגיו. אלה צריכים להביא בחשבון את משקלה הציבורי הסגולי של עמדתם ואת חובתם, גם כזו הצופה פני עתיד, שלא לפגוע בטוהרו של ההליך השיפוטי העתידי האפשרי. הכל, כדי למנוע חשש מהשפעה על בית המשפט וגם, חשוב לא פחות, העניין שעליו מלין הסנגור – למנוע פגיעה במראית פני הצדק. התבטאויות כאלה צריכות להיות אחראיות, מרוסנות ומסויגות היטב, בכך שהעניין נתון בחקירה ואולי יתנהל לגביו משפט. התבטאויות בשלבים מאוחרים יותר, כשכבר מתנהלים הליכים בבית המשפט (או בבית הדין, כבענייננו), ועל אחת כמה וכמה מעשים אקטיביים של תמיכה או של התנגדות להליכי המשפט, לתוכנם או להחלטות שיפוטיות, הם התבטאויות ומעשים פסולים בהחלט. ניצול המעמד הציבורי כדי להשפיע על הליך משפטי מתנהל מערער את יסודות המשטר ויש בו כמובן כדי לפגוע באמון הציבור, חשוב מאין כמותו, בבתי המשפט. בפרשה זו נחצו גבולות, בהקשר זה, שקשה היה להעלות על הדעת קודם לה כי יִחָצוּ. אנו תקווה, כי לא יִשָּׁנוּ הדברים לעתיד לבוא, וכי יִזְכְּרוּ הכל, כי יש לאפשר לרשות השופטת למלא את תפקידה, באין המנסה להשפיע ולהפריע, כי יש לחזקה ולא לנסות ולהחלישה.

133. ועל אף זאת,

"חזקה על בית המשפט, נוכח ניסיונו הרב בשפיטה ומקצועיותו, כי יהא בידו לשקול אך את הראיות העומדות בפניו והעדים הנשמעים בפניו ולא ישית ליבו לפרסומים

שהובאו במסגרת פרשה זו, הגם שמדובר בהיקף נרחב של פרסומים נוכח העניין הציבורי הרב שיש בפרשה. חזקה על השופטים כי מוכשרים הם דיים על-מנת לשקול את שבא בפניהם בראיות קבילות ולהתעלם מהשפעות חיצוניות שיכולות וינשבו בדעת הקהל, כשהמשפט מעורר עניין ציבורי רב..." (עניין קצב לעיל, בפסקה 395).

"חזקה על בתי-המשפט, זה של הערכאה הדיונית וככל שיידרש גם ערכאת הערעור, כי יעמדו בפרץ, ולא יתנו דעתם אלא על הראיות שבפניהם. זהו מבחנם של השופטים, זו נשמת אפה של מערכת המשפט" (בג"ץ 5699/07 פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה (טרם פורסם, 26.2.2008), בפסקה 55).

134. לגוף הדברים בענייננו, לא סברנו כי הדברים שהושמעו גרמו נזק למערער, באופן אשר צריך להשפיע על הרשעתו. ראשית, ההתבטאויות נשמעו לרוב, מן המקטרגים על המערער ומן המצדדים בו, ואין ניתן לומר כי ניסיון ההשפעה כאן (בבחינת שפיטה על-ידי הציבור) היה חד צדדי. שנית, וחשוב מכך – משפטו של המערער התנהל מלוא רוחבו, נשמעו בו עדים רבים, מכאן ומכאן. ניתנה בו הכרעת דין מפורטת ומנומקת, שלא הותירה סוגיה לא מבוררת. מצאנו את ממצאיה של הערכאה קמא בתמונה הכוללת של הדברים, ראויים, מושתתים על התרשמותה המפורטת מן העדים, כמו גם על ראיות חפציות ועל השילוב ביניהם. לא מצאנו הטיה בהכרעתה, אלא בחינה מדוקדקת וטובה.

135. מפי ההגנה נשמעו טענות כי בית הדין קמא היה מוטה לחובת המערער. נטען, כי התבטאויותיהם של שר הביטחון דאז ושל הרמטכ"ל, במהלך החקירה ובטרם משפט, בלשון חריפה, כי המערער עבר במעשיו עבירה חמורה, שאינה תואמת את המצופה מחיילי צה"ל ואת ערכיו של הצבא, השפיעו על עדים שנחקרו, כאמור לעיל, והשפיעו על בית הדין המחוזי, בדרך ניהולו את המשפט, באופן שהיה מוטה כנגד המערער לכל אורכו ובקביעותיו בסופו. עוד נטען, כי קידום של שלושת חברי מותב בית הדין המחוזי, בין במהלך המשפט ובין סמוך לאחריו, הוא עניין בלתי נסבל, לפי מהותו ולפי מראיתו, והדבר מלמד על הטיה זו, לחובת המערער.

136. הטענה כי שופטיו של בית משפט בר סמך במדינת ישראל מטים משפט, בשל תלות מוסדית ובשל שיקולי קידום אישיים, היא טענה קשה, שאם תתקבל, מזעזעת את ערכי היסוד בשיטתנו ובמשטרנו, מניעה את אמות הספים ממש. טענה קשה כזו, יש לבסס בעובדות מוצקות, שאחרת, מוטב לה שלא תישמע, משאין בה אלא לשון

הרע, ורוחה הרעה עלולה, שלא בצדק, לערער את אמון הציבור בבית המשפט ובשופטיו (בדומה לזהירות הרבה המתבקשת לגבי בקשות לפסילת שופט. ראו יגאל מרזל **דיני פסלות שופט** 52 (התשס"ו-2006)).

137. אשר לאופן ניהול המשפט נטען, כי שופטי בית הדין קמא הפגינו קוצר רוח ונוקשות כלפי באי-כוחו של המערער, לא שעו לבקשותיהם והעירו להם תדיר. עוד נטען, כי השופטים הפליגו בשאלות שהפנו אל העדים, ובכך ביקשו לעשות את מלאכתה של התביעה. לא מצאנו בפרוטוקול הדיון תימוכין לגישה זו. ענייננו במשפט רחב היקף, שהתנהל על פני ישיבות ארוכות רבות ונשמעו בו עדים רבים, מטעם התביעה ומטעם ההגנה. לא אחת נתגלעו ויכוחים בין הצדדים, נשמעו התנגדויות ועלו בקשות ובית הדין נדרש להחליט במחלוקות. אין עולה מן הפרוטוקול תמונה של יחס מיטיב לתביעה ויחס מוטה לרעה כלפי המערער ובאי-כוחו. אכן, קריאת פרוטוקול הדיון מעלה, כי שופטי בית הדין המחוזי הפנו למי מהעדים שאלות הבהרה, לעיתים אף באריכות יתר מהנדרש. הם עשו כך כשהעידו עדי תביעה וגם כשהעידו עדי הגנה. יפים לכאן הדברים שנקבעו בעניין **פלוני** מפי כב' השופט שהם:

"...הכלל הקבוע בסעיף 175 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982 (להלן: החסד"פ), לפיו: 'סיימו בעלי הדין את חקירתם, רשאי בית המשפט לחקור את העד; ורשאי הוא לשאול עד שאלה גם במהלך חקירתו בידי בעלי הדין להבהרת ענין שנתעורר בה'. סעיף זה מתיר, אפוא, לבית המשפט לקחת חלק בחקירתו של עד, ככל שהדבר דרוש לשם הבהרת סוגייה העולה מעדותו של אותו עד... הוראות אלו ואחרות, מטרתן לספק לבית המשפט כלים על מנת להגיע לחקר האמת ולקיים משפט צדק, תוך שמירה על אובייקטיביות ונייטרליות בין הצדדים... כפי שציין השופט ס' גובראן, בע"פ 2842/10 קלדרון נ' מדינת ישראל, פסקה 15 (23.1.2012):

'נכון הוא הדבר כי אל לו לשופט לרדת מכסאו וליטול לעצמו את מלאכתם של בעלי הדין. אך מנגד, אין תפקידו של השופט מתמצה בצפייה סבילה במתרחש לפניו. עליו לשמור על קיומו של הליך הוגן ויעיל. בנוסף, אם נדרש הוא לשאלות הבהרה – על מנת שיוכל להגיע לחקר האמת – רשאי הוא להפנות שאלותיו לעדים. מידת ההתערבות הנדרשת או כמות השאלות הדרושה (עליה מלין המערער במקרה שלפנינו), איננה ניתנת או צריכה הגדרה מראש. היא נגזרת ממורכבותו וייחודיותו של כל תיק ותיק. עיקר הוא, שהשאלות המופנות יהיו חסרות צבע, בל יתפש או ייכנס בית המשפט לנעליו של אחד הצדדים'" (ע"פ 30/15

פלוני נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 20.4.2016), בפסקה 71; וראו ע"פ 919/14 **פלוני נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם, 3.9.2015), בפסקה 67)).

לא מצאנו פגם, לא כל שכן פגם היורד לשורשו של עניין, גם בעניין זה. בערעור לא נשמעה, למעשה, טענה כלפי החלטות ביניים של בית הדין המחוזי, למעט עניין קבלת הראיות לגבי אירועים, שנטען כי הם דומים לעניינו של המערער. יתרה מכך, בשום שלב לא התבקשה בבית הדין קמא פסילת ההרכב או מי משופטיו. "ביסוסן של טענות חמורות אלו צריך שיהיה נתמך בראיות מהותיות, ומקומן – ככלל – בהליך הפסלות" (ע"פ 2842/10 **קלדרון נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם, 23.1.2012), בפסקה 14).

138. הטענה החמורה מכל, היא טענת התלות המוסדית והתמורה שבצידה. כידוע,

"מערכת השיפוט הצבאית איננה מערכת שיפוט משמעתית-פנימית, אלא בית משפט בן סמך של מערכת השיפוט הישראלית. מערכת השיפוט הצבאית היא מערכת שיפוט פלילית ספציאלית, בעלת סמכות מקבילה למערכת השיפוט הרגילה בעניינים פליליים, ובנסיבות מסויימות אף רחבה ממנה, כאמור בסעיפים 14 ו-15 לחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955, אשר חלה על קבוצות אוכלוסיה מסויימות עקב כפיפותן בזמן נתון לשיפוט הצבאי" (ע"א 503/87 **שפק נ' "אגד" אגודה שיתופית לתחבורה**, פ"ד מב(1), 162 (1988)).

השופטים המשפטיים של בתי הדין הצבאיים נבחרים לכהונתם בידי ועדה לבחירת שופטים, שהרכבה מגוון ונכבד (בראשה שר הביטחון וחבריה – שר (או שרת) המשפטים, נשיא (או נשיאת) בית המשפט העליון, שופט של בית המשפט העליון, ראש המטה הכללי של צה"ל, ראש אגף כח אדם בצה"ל, נשיא בית הדין הצבאי לערעורים, שופט של בית הדין הצבאי לערעורים ונציג לשכת עורכי הדין – ראו סעיף 187 לחוק השיפוט הצבאי), וממונים בידי נשיא המדינה. הליכי הבחירה ותנאי הכשירות דומים לאלה הנוגעים למינוי שופטים למערכת השיפוט הכללית. בדו"ח מס' 2 של הוועדה לעניין איוש תפקידי השופטים הצבאיים-המשפטיים בבתי-הדין הצבאיים, בראשות השופט (כתוארו אז) מ' שמגר הודגש:

"סיכומו של דבר, מערכת בתי-הדין הצבאיים הינה המסגרת השיפוטית היחידה מחוץ לבתי-המשפט הכלליים שהחוק מעניק לה סמכות שיפוט פלילית מקבילה מלאה לזו האזרחית... אין אלה בתי-דין משמעתיים בעלי סמכות מוגבלת אלא בתי-דין אשר סמכויותיהם ודרכי פעולתם

זהות בכל לבתי-המשפט הכלליים הדנים בעניינים פליליים. מבחינת מהות תפקידם ובשים לב לאופי פעולתם, הרי בתי-הדין הצבאיים הינם במידה רבה חלק ממערכת השיפוט הכללית, אשר בגלל צרכיה המיוחדים של המסגרת הצבאית פועלים מבחינה ארגונית כמערכת נפרדת" (ראו גם ע/123/02 אל"ם ש' י' נ' התובע הצבאי הראשי (2004), בפסקה 38).

עקרון עצמאות שיקול הדעת השיפוטית מעוגן בסעיף 184 לחוק השיפוט הצבאי, שכותרתו "אי-תלות של שופטים", וזו לשונו:

"בעניני שפיטה – אין על שופט צבאי מרות זולת מרותו של הדין ואין הוא נתון למרות כל שהיא של מפקדיו".

עקרון זה חל הן על השופטים המשפטיים והן על השופטים הצבאיים אשר מכהנים במושב בית הדין, והוא טבוע, יום יום, שעה שעה, בקרב שופטי בתי הדין. יצוין, בתמצית, כי תיקוני חקיקה ביטלו, ברבות השנים, את סמכויות הדרג הפיקודי בעניינים שונים הנוגעים להליך השיפוט בבית הדין, עד כדי עצמאות מלאה (כך בוטלו סמכויות שונות של הרשות המאשרת – ראש המחוז השיפוט, וביניהן הסמכות לבטל כתבי אישום, לסגור דלתיים ועוד. ובוטל זה מכבר הצורך באישור גזרי הדין על-ידי הרשות המאשרת – ראו חוק השיפוט הצבאי (תיקון מס' 42), התשס"ד-2003). כמבואר לעיל, בתי הדין הצבאיים הם חלק מן הרשות השופטת, ובהיבט הארגוני, מצויים הם בתוך הצבא. השופטים (המשפטיים והצבאיים) הם קציני צבא. ככאלה, הם נושאים דרגות קצונה. כבכל מערכת היררכית, לעיתים הם מקודמים. אין הטעם לקידום ועיתויו תלוי או קשור בתיק זה או אחר או בתוצאותיו. קידום, הוא פרי של ותק, ניסיון מצטבר וקביעת הגורמים הרלוונטיים כי פלוני ראוי לקידום לדרגה ולתפקיד בכירים מהדרגה והתפקיד שהוא נושא. עיתויו הוא תולדה של סיום כהונת הקצין שמילא את התפקיד קודם לכן.

139. הנה כי כן, מוטב היה לטענה שלא נשמעה משהושמעה ונציין עוד להנחת דעת הטוען, כי שר הביטחון שעמד בראש הוועדה למינוי שופטים צבאיים משפטיים ואשר אישר את מינוי השופטים לתפקידי אל"ם אינו שר הביטחון שעל דבריו יצא קצפו של המערער.

140. כפי שביארנו לעיל ועוד נבהיר להלן, התרשמנו כי בית הדין המחוזי עשה מלאכתו נאמנה, ביושר, בהעמקה ובקפדנות, תוך ירידה לפרטים, ליבונם וניתוחם. לא מצאנו רבב בהתנהלות שופטי המותב במשפט ולא עלה בדל של ראיה כי היטו

משפט או נשאו פנים. בפרשת **בשן** נטען, כי עמדה אוהדת של התביעה כלפי השופטת שהתבקשה פסילתה הטתה את החלטתה לטובת התביעה. הנשיא ברק קבע בהקשר זה דברים שכוחם יפה לענייננו:

"... אין די בטענה בעלמא של המערער, כאילו ניתן להניח שבקשת איסור הפרסום הסבה נחת או תועלת לשופטת והפכה אותה לבעלת חוב של התביעה. טענה זו זרה היא לתפקיד השיפוט. עצמאותו ומקצועיותו של השופט מחסנים אותו בפני טענות מסוג זה. **המסורת השיפוטית, החינוך השיפוט, הערכים השיפוטניים – כל אלה מעצבים את התנהגות השופט**, וטענה כי מכיוון שהפרקליטות פעלה, כפי שחשבה לנכון לפעול בנסיבות המקרה על פי חובתה שלה, השופט ירגיש צורך להיטיב עם התביעה, אין לה על מה שתסמוך. **לא כך פועלים, ולא כך חושבים, שופטי ישראל**" (ע"פ 344/99 **בשן נ' מדינת ישראל**, פ"ד נג(2) 599 (1999) בפסקה 35) [ההדגשות הוספו – בית הדין הצבאי לערעורים].

דבריה הנכוחים של כב' השופטת חיות בפרשת **ברכה** כאילו נכתבו לכאן:

"לבסוף, לא מצאתי מקום לקבל את השגותיו הכלליות של המערער, כאילו פעל בית משפט קמא בהליך זה באופן מוטה, וטענות אלה מוטב היה להן אלמלא נטענו. ככל שסבר המערער כי התנהלותו של בית משפט קמא נגועה במשוא פנים, היה עליו לנקוט בהליך פסלות המיועד לטענות מסוג זה ומכל מקום, הטענות שהעלה המערער בהקשר זה משוללות על פני הדברים כל תשתית עובדתית לתמיכה בהן. כמפורט בהרחבה לעיל, הוציא בית משפט קמא תחת ידו פסק-דין מפורט וממצה הנסמך על חומר הראיות שהוצג בפניו. אוסיף ואומר כי לאחרונה אנו עדים לתופעה חדשה ומצערת לפיה בצד הטענות המועלות בערעור לגופם של דברים, רואים מערערים שונים להעלות בערעוריהם טענות חסרות שחר לגופם של השופטים שישבו בדין בערכאה קמא. זוהי תופעה שיש לשרשה ויפה שעה אחת קודם..." (ע"פ 8748/08 **ברכה נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם, 10.10.2011), בפסקה 30).

וכל המוסיף – גורע.

141. לפני שנחתום פרק זה ראינו להעיר הערה נוספת. לאורך כל טיעוניו ביקש הסנגור להסתמך על ההחלטה בערעור המעצר. נטען, כי אם בראשית שלביו של ההליך המשפטי נקבע, לכאורה, כי אין ברשות התביעה ראיות להוכחת האישום בהריגה, אזי לאחר שמיעת הראיות, עת הלכו הראיות ונחלשו, אין הרשעתו של

המערער יכולה עוד לעמוד. לא מצאנו לקבל את טענתו. הערנו על כך במהלך הדיון, וככל שעוד יש צורך בכך, נוסיף ונדגיש כי אין דינן של ראיות לכאורה כדין הראיות שעל בסיסן משתית בית המשפט את הכרעתו בסופו של דיון. על טיבן של ראיות לכאורה עמד בית המשפט העליון בבש"פ 8087/95 **זאדה נ' מדינת ישראל**, פ"ד (2) 133 (1996):

"קיים הבדל מהותי בין 'ראיה לכאורה' הדרושה למעצר עד תום ההליכים לבין 'ראיה רגילה' (או 'ראיה מוחלטת') הדרושה להרשעה או לזיכוי. 'ראיה לכאורה' היא מטבעה ראיה גולמית. היא טרם עברה את כור ההיתוך של ההליך הפלילי. אין כל אפשרות להכריע על פיה את אשמתו או את חפותו של נאשם... מהותה של הראיה לכאורה היא, אפוא, בפוטנציאל ההוכחתי הטמון בה. פוטנציאל זה יוצא מהכוח אל הפועל במהלך ההליך השיפוטי, לאחר חקירה ראשית ונגדית, וקביעת אמינות ומשקל. הראיה ה'רגילה' אשר תישלף מהראיה לכאורה תיבחן על-פי מידת ההוכחה הדרושה במשפט הפלילי להוכחת אשמה או חפות, כלומר, הדרישה שהאשמה תוכח מעל לכל ספק סביר. כל עוד אנו מצויים בשלב הלכאורי, בחינה שכזו אינה נעשית ואינה יכולה להיעשות. הראיה לכאורה נשארת ראיה גולמית".

ההחלטה בערעור המעצר קבעה, כי ב"צד ההשקפה, שלפיה ממכלול הראיות עולה, לכאורה, תמונה של ירי שאין לו הצדקה והוא נעשה כמעשה נקמה, ניצב, לכאורה, תסריט אפשרי, שלפיו המשיב סבר בטעות כי המחבל ממולכד". בשלב זה טרם נפרשה היריעה הראייתית כולה לפני בית הדין, והיה עליו לפסוק בעניין המעצר, על פי חומר הראיות הגולמי, שהניחה התביעה לפניו, "תוך מודעות לכך שהתמונה המצטיירת רחוקה מלהיות התמונה המלאה, נוכח האפשרות שבמהלך המשפט יתווספו ראיות מחזקות או מסייעות" (בש"פ 5588/12 **ניאמצ'יק נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם, 24.9.2012)). בשלב זה לא נדרש בית הדין לשאלות של מהימנות ושל משקל שיש לייחס לגרסתם של העדים השונים, אשר שמורות להליך העיקרי. בהליך העיקרי נשמעו בפני בית הדין המחוזי עדים, שנחקרו על-ידי הצדדים ובית הדין קמא התרשם מהם באופן בלתי אמצעי. עדויות אלה וראיות אובייקטיביות נוספות השתלבו לכלל תמונה ראייתית כוללת, שעל בסיסה מצא בית הדין להרשיע את המערער.

סיכומם של דברים בעניין הערעור על ההרשעה

142. מן המקובץ לעיל עולה, כי לא מצאנו כל עילה להתערב בקביעות העובדתיות ובממצאי המהימנות שקבע בית הדין קמא הנכבד, למעט בעניינו של מפקד הפלוגה, רס"ן נעמן, שביחס לעדותו קבענו, כי לא ניתן להשתית עליה ממצאים. יחד עם זאת, סברנו, כי אף בלא להסתמך על עדותו של מפקד הפלוגה, **עומדת הרשעת המערער איתן על אדניה**. כאמור, מצאנו, כי עצם אמירת הדברים על-ידי המערער לגבי הטעם לירי, משום שסבר שמגיע למחבל למות, מבוסס על שלושה עדי זירה, ששמעו אותו אומר אותם לאחר הירי: רב"ט ת' מ', סמ"ר א' א' וסמל א' ר'. די בכך כדי להוכיח במידת הנדרש בפלילים כי האמירה נאמרה מפיו, וכי הירי שביצע המערער לעבר ראשו של המחבל נעשה עקב **מניע נקמני** – "דקרו את חבר שלי רצו להרוג אותו ולכן גם לו מגיע למות", ולא מתוך תחושת סכנה אמיתית וכנה מסכין או ממטען חבלה. המערער לא הקים ספק סביר כלשהו אשר לאחריותו הפלילית. לא הוכח קיומו של סייג מבחינה אובייקטיבית ובמישור הסובייקטיבי נקבע כי גרסתו אינה ראויה לאמון, ומאחר שכך, גם אין הוא יכול לחסות תחת סייג מדומה כלשהו, וסייג שאיננו מדומה – כלל לא הוכח. בסיס ראייתי נפרד ועצמאי בעל משקל ניכר יש גם בסרטונים המעידים, כשלעצמם, על אופן התנהלותו של המערער בזירה, שמהם לא ניכר כל חשש מצדו מפני סכנה. כן לא מצאנו, כי ננקטה כלפיו אכיפה בדרנית או שהתקיימו טענות אחרות המקימות לו הגנה מן הצדק, בהתחשב במכלול הנסיבות, ובראשן – חומרת העבירה. הרשעתו של המערער בעבירת הריגה, לפי סעיף 298 לחוק העונשין, ובעבירה שעניינה התנהגות שאינה הולמת, לפי סעיף 130 לחוק השיפוט הצבאי, עומדת בעינה. ערעור ההגנה על ההרשעה נדחה, אפוא.

הערעורים בעניין העונש

קביעת בית הדין קמא

143. בבואו לקבוע את מתחם העונש ההולם עמד בית הדין קמא הנכבד על החומרה הרבה, הטמונה בעבירות שבהן הורשע המערער וכן על הערכים החברתיים שנפגעו מביצוע העבירות – ערך קדושת החיים וערך טוהר הנשק. בהמשך בחן בית הדין קמא את הנסיבות הקשורות בביצוע העבירות. נקבע, כי ניתן למנות מספר שיקולים, שיש לראות בהם נסיבות מקלות: העובדה כי האירוע בכללותו התרחש בזירה עוינת

ומורכבת, כאשר דקות ספורות לפני הירי ביצעו שני מחבלים פיגוע דקירה וביקשו לקטול את חייהם של חיילי צה"ל, ואף הצליחו לפצוע חייל; וכי ברקע עמדה התרעה מודיעינית לביצוע פיגוע באזור הקונקרטי. בית הדין קמא מצא לקבל את עמדת התביעה הצבאית, שממנה עלה, כי יש להניח לטובת המערער, כי ההחלטה לבצע את הירי התגבשה זמן מועט טרם הירי, ומבלי שהירי בוצע לאחר תכנון מוקדם. לצד זאת, ניתן משקל לעובדה, כי המדובר באירוע "האמת" המבצעי הראשון, שבו נטל המערער חלק; וכי זהו המקרה הראשון, שבו הוא נדרש לטפל בפציעה של חייל, חברו ליחידה, בנסיבות מבצעיות. צוין גם, כי לא ניתן להתעלם מכך, כי במהלך ביצוע הירי, הייתה הזירה פעילה והאירוע המבצעי טרם הגיע לכלל סיום. כן ניתן משקל מה לכך שהאווירה הכוללת בזירה הייתה מורכבת ומתוחה, לנוכח הקריאות שנשמעו בזירה בדבר הסכנה שנשקפה מהמחבל. בשל מורכבות האירוע ומידת הניסיון המבצעי שיש לייחס למערער, מצא בית הדין קמא להתחשב במידת מה בעובדה שבמהלך האירוע לא קיבל המערער פקודות סדורות, ביחס לאופן ההתנהלות המצופה ממנו. מנגד, ניתנה הדעת לכך, שהמערער גרם למותו של המחבל, מבלי שהייתה לכך כל הצדקה, ותוך חריגה מהוראות הפתיחה באש. צוין, כי הירי נעשה מתוך כוונה לגרום למות המחבל, בשל מעשיו הנפשעים הקודמים, כשהמערער מבין היטב את משמעות מעשיו. הוטעם גם, כי הנזק שנגרם מביצוע העבירה הוא הנזק החמור ביותר – מוות. בהמשך, בחן בית הדין את מדיניות הענישה הנוהגת, תוך שסקר את פסקי הדין שהציגו הצדדים, איש לשיטתו, אשר עוסקים באירועים, שנסיבותיהם דומות.

144. בבוא בית הדין קמא לקבוע את מתחם העונש ההולם נתפלגו דעות השופטים. כל השופטים סברו, כי במעשיו פגע המערער פגיעה חמורה בערך קדושת החיים ובערך טוהר הנשק. יחד עם זאת, ציינו רוב השופטים כי לא יכלו להתעלם, בעת קביעת מתחם העונש ההולם, ממכלול הנסיבות הייחודיות של האירוע, הקשורות בביצוע העבירה. אשר על כן, קבעו רוב השופטים, כי מתחם העונש ההולם בנסיבות העניין, נע בין 18 עד 48 חודשי מאסר בפועל. השופט שבמיעוט סבר, כי יש מקום ליתן משקל משמעותי יותר לערכים המוגנים שנפגעו על-ידי מעשי המערער. לדידו, עניינו של המערער מדגים היטב את הצורך בהדגשת הרף הערכי הגבוה, שאליו חיילי צה"ל צריכים לשאוף בעת ביצוע משימותיהם, אף אם המדובר בנסיבות מבצעיות מורכבות. השופט שבמיעוט הדגיש, כי על צה"ל לחרות על דגלו את הצורך בשמירתו הקפדנית של ערך קדושת החיים, הרם מכל הערכים, לאור התוצאות הקשות הנלוות

להפרתו ולפגיעה בו. מאחר שנקבע, כי המערער ירה לעבר המחבל מתוך כוונה לגרום למותו, על רקע מעשיו הקודמים של המחבל, סבר השופט שבמיעוט, כי מתחם העונש, ההולם מדרג זה של הרשעה, נע בין 30 עד 60 חודשי מאסר בפועל.

145. בעת גזירת העונש בתוך מתחם העונש ההולם, זקף בית הדין קמא לזכותו של המערער את התנהגותו החיובית ואת תרומתו לחברה. בהקשר זה צוין, כי המערער עשה מאמצים עילאיים על מנת להתנדב ולשרת ביחידה קרבית כחייל וכמפקד ולסכן את חייו למען בטחונה של מדינת ישראל; כי המדובר בחובש פלוגתי מקצועי, איכותי, אחראי ומסור לתפקידו, אשר זכה לתעודת הוקרה על הצטיינותו; וכי המערער סייע רבות לחבריו ליחידה, אף מעבר לשעות הפעילות הרגילות, תוך שהפגין חמלה, נדיבות ואנושיות רבה כלפי אחרים. עוד מצא בית הדין קמא להתחשב בפרק הזמן המשמעותי – למעלה מעשרה חודשים, באותה העת – שבו שהה המערער במעצר הפתוח, ובהתנהגותו החיובית והתורמת של המערער גם במהלך תקופה זו. כן התחשב בכך שבמהלך תקופת מעצרו הפתוח, מפקדיו של המערער לא הגיעו לבקרו. בית הדין קמא מצא ליתן משקל להיות המערער נעדר עבר פלילי, ולכך שמדובר בכישלון חד-פעמי, שאינו מאפיין את אישיותו ואת שירותו הצבאי המצטיין, עד לאירוע זה. בית הדין קמא נתן דעתו לנזקים שנגרמו למערער ולמשפחתו – היות המערער נתון במצוקה; ההידרדרות הקשה שחלה בבריאותם של הוריו ושל דודו; והעובדה שאחות המערער הפסיקה את לימודיה האקדמאיים על מנת לסייע למשפחה. בהקשר זה, הודגש, כי למערער נגרמו נזקים, החורגים מגדר הנזקים המלווים הליך משפטי ככלל – המערער ובני משפחתו נאלצים להתמודד עם איומים המושמעים כלפיהם מצד גורמים עוינים בשל עצם ביצוע העבירה, אשר מדירים שינה מעיניהם. עוד ניתנה הדעת לכך שלהרשעה יש השלכה משמעותית ומתמשכת במישור הרישום הפלילי. בית הדין קמא הוסיף והתייחס להתבטאויות שהשמיעו שר הביטחון דאז, הרמטכ"ל ודובר צה"ל, בשלב שבו חקירת מצ"ח הייתה בראשיתה. נקבע, כי כיבוד עקרון הפרדת הרשויות מחייב להתבטא בריסון ובזהירות ביחס לעניינים התלויים ועומדים לפני בית המשפט, וכי הפרת חובה זו עלולה לפגוע פגיעה קשה בעקרונות שעליהם מושתת המשטר הדמוקרטי במדינת ישראל. הוטעם, כי תיוגם של מעשי המערער, כמעשים הנוגדים את ערכי צה"ל, בטרם מוצתה החקירה, עלולים היו לפגוע בו. משכך מצא בית הדין קמא, כי אף עניין זה מצדיק התחשבות מסוימת בקביעת העונש, אף אם לא הוכחה פגיעה שכזו בשלב בירור האשמה. מנגד, צוין, כי המערער לא נטל אחריות על מעשיו, גם לאחר הרשעתו,

ומשכך אין הוא זכאי להקלה אשר לה ראויים אלו המודים באשמה. כל השופטים קבעו, כי לא קיימים טעמים המצדיקים סטייה ממתחם העונש ההולם, לחומרה או לקולה.

146. כאמור, ביחס לרכיב המאסר בפועל, נחלקו דעות השופטים בעת קביעת מתחם העונש ההולם. שופטי הרוב סברו, כי מתחם העונש ההולם את נסיבות המקרה, נע בין 18 ועד 48 חודשי מאסר בפועל. השופט המיעוט סבר, כי מתחם העונש ההולם נע בין 30 ועד 60 חודשי מאסר בפועל. כל השופטים היו מאוחדים בדעה, כי לנוכח הנסיבות שאינן קשורות בביצוע העבירה, יש מקום להשית על המערער עונש המצוי בספו התחתון של המתחם. ברוב דעות נגזרו על המערער 18 חודשי מאסר לריצוי בפועל, בניכוי תשעה ימים, שבהם היה נתון במעצר ממשי; שנים-עשר חודשי מאסר על תנאי למשך שלוש שנים, לבל יעבור עבירה לפי סעיף 298 לחוק העונשין; שישה חודשי מאסר על תנאי למשך שנתיים, לבל יעבור עבירה שעניינה שימוש בלתי חוקי בנשק; והורדה לדרגת טוראי. לו דעת השופט שבמיעוט הייתה מתקבלת, היה מורה להטיל על המערער עונש מאסר בפועל בן 30 חודשים.

ערעור ההגנה כנגד חומרת העונש

147. בערעורה עתרה ההגנה "לאיין את כל עונש המאסר שנגזר על המערער ולחילופין, לגזור עליו ימי מחבוש עפ"י אמות המידה של הרף התחתון של ימי המחבוש שרשאי לגזור קצין שיפוט".

148. נטען, כי אף אם תידחה טענת המערער בדבר הגנה מן הצדק, הנסיבות המקלות, שתוארו בגזר הדין של בית הדין המחוזי, מצדיקות את איונו של עונש המאסר בפועל שהושת על המערער. המערער הפנה לשלושה מקרים שנדונו בפסיקת בית המשפט העליון ואוזכרו בגזר הדין של בית הדין המחוזי: ע"א 5604/09 חמד נ' **מדינת ישראל**, פ"ד נח(2) 498 (2004); ע"א 3684/98 **מדינת ישראל** נ' **אחלייל** (לא פורסם, 7.3.1999) וכן לבג"ץ **ג'ילאני** הנ"ל. נטען, כי בית הדין קמא עמד על כך שבמקרים אלה נקבע, כי "כאשר שוטרים או חיילים פועלים בתנאי לחץ וחירום שלא הם גרמו... יש לבחון את סבירות פעולתם במסגרת תנאים מיוחדים אלה", אך לא נתן לאמור בהם את המשקל הראוי, "קרי גזירת עונש מאסר מותנה בלבד על המערער".

149. נטען גם, כי על בית הדין קמא היה ליתן משקל רב יותר לכך שמדובר באירוע המבצעי הראשון מסוג זה, שאליו נקלע המערער, וכן לעובדה שהמערער לא קיבל פקודות סדורות ממפקדיו בשטח.

150. נטען, כי על-פי הדין בישראל, בכל הנוגע לנטילת חיים, קיימת נפקות לעניין העונש למיהותו של הקורבן. בעניין זה הפנה לחוק שחרור על-תנאי ממאסר, התשס"א-2001, הקובע, כי ועדת השחרורים לא תמליץ על קציבת עונשו של אסיר עולם, שהורשע ברצח ראש הממשלה עקב מניע פוליטי-אידאולוגי. משכך נטען, כי כאשר עסקינן במחבל, שדקות ספורות קודם לכן זמם לרצוח חיילים, העונש חייב להיות "סמלי בלבד".

151. לבסוף נטען, כי בנסיבותיו הייחודיות של האירוע, "כמו גם בהינתן לעמדתו של רוב רובו ומניינו של העם היושב בציון ומאחר ובית דין נכבד זה יושב בתוך עמו, כי אז, הכלי החשוב ביותר שעל יסוד השימוש בו, יש לגזור את דינו של המערער, הנו: לב יהודי חס", ולפסוק במידת הרחמים.

ערעור התביעה כנגד קולת העונש

152. התביעה הצבאית עתרה להחמיר בעונש המאסר בפועל שהוטל על המערער. נטען, כי מתחם הענישה שקבעה דעת הרוב חורג לקולה מן המתחייב מקביעותיו של בית הדין קמא הנכבד עצמו, ביחס לחומרת מעשיו ולמידת אשמו של המערער. בהקשר זה הודגש, כי המערער הורשע במדרג החמור ביותר של עבירת ההריגה – הוא נטל את החוק לידי; בחר להפר את הוראות הפתיחה באש, שאותן הכיר היטב; עשה שימוש בנשקו הצבאי, שהופקד בידי לצרכים צבאיים; ובחר לפגוע במכוון בערך קדושת החיים. נטען, כי דעת רוב השופטים נמנעה, בניגוד למתחייב, מליתן את המשקל הראוי למידת אשמו של המערער, שהיא הגבוהה ביותר האפשרית בעבירת ההריגה, וכשופט המיעוט היה עליה לתת משקל משמעותי ליסוד הנפשי שעמד ביסוד מעשיו של המערער.

153. עוד טענה התביעה, כי מתחם הענישה שקבעה דעת הרוב חורג באופן משמעותי לקולה מרמת הענישה הנהוגה בנסיבות דומות או אף בנסיבות קלות משמעותית מאלה שבהן הורשע המערער – הן בהיבט היסוד הנפשי והן באספקלריה של מצב הדברים שעמד ברקע הירי האסור. הוטעם, כי בית הדין קמא התבסס בגזר הדין על

פסיקת בית המשפט העליון ועל פסיקת בית דין זה, לשם בחינת מדיניות הענישה הנוהגת, קבע כי עניינו של המערער חמור יותר מאותם מקרים, וחרף כך קבע מתחם ענישה החורג לקולה מזה אשר נקבע בפסקי דין אלו. בעניין זה הפנתה התביעה לעניין **מזרחי** לעיל, שם קיבל בית המשפט העליון את ערעור התביעה והעמיד את עונשו של המערער על 30 חודשי מאסר לריצוי בפועל; לעניין **אלטגאוז** לעיל, שם הקל בית המשפט העליון בעונשו של המערער והעמידו על חמש שנות מאסר לריצוי בפועל; לעניין **והייב** לעיל, שם נידון המערער לשבע שנות מאסר בפועל בגין עבירת ההריגה. התביעה הצבאית הוסיפה ועמדה על נקודות השוני הרבות שבין עניינו של המערער לבין עניינו של סמל נ' ר' (נדון בע/66/05 **סמל נ' ר' נ' התובע הצבאי הראשי** (2005)). נטען, כי אף על פי שעניינו של המערער חמור משמעותית מעניינו של סמל נ' ר', על סמל נ' ר' הוטל עונש מאסר חמור יותר – שנתיים מאסר לריצוי בפועל. נטען גם, כי שגה בית הדין קמא עת קבע, כי נסיבות האירוע שנדון בע"פ 6454/03 **טדסה נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם, 23.6.2004), חמורות מאלה שבהן הורשע המערער. הודגש, כי במקרה של **טדסה** הירי האסור בוצע בתוך רצף אירועים של מאבק עם הנורה, וכי בשונה מעניינו של המערער, בעניינו של **טדסה** נקבע, כי ניתן להניח לטובתו שחש באופן סובייקטיבי בסכנת חיים ממשית, וכי המדובר בפעולה פזיזה ובלתי שקולה של **טדסה**. הודגש, כי אין תקדים לעבירת הריגה שבוצעה מתוך יסוד נפשי של כוונה ואשר בגינה הוטל עונש של 18 חודשי מאסר בלבד.

154. התביעה הצבאית הוסיפה וציינה, כי אכן עומדות למערער נסיבות קולה משמעותיות, הקשורות בביצוע העבירה. נסיבות אלה הן אשר הביאו את התביעה לעתור, מלכתחילה, למתחם ענישה מתון ומידתי שבין 36 לבין 60 חודשי מאסר בפועל. יחד עם זאת, שגה בית הדין קמא עת שקל לזכותו של המערער את העובדה, כי ביום האירוע הייתה התראה מודיעינית קונקרטית לביצוע פיגוע; את העובדה שבזירת האירוע נשמעו צעקות על אודות סכנה אפשרית מהמחבל; ואת העובדה שהמערער לא קיבל פקודות ברורות ממפקדיו. בהקשר זה הדגישה התביעה את קביעותיו החד-משמעיות של בית הדין קמא בהכרעת הדין, כי מעשיו של המערער לא היו פרי טעות, אלא תוצר של כוונה. לשיטתה, הותרת עונשו של המערער על כנו, עלולה להתפרש כרף ענישה חדש, נמוך מזה שהיה מקובל עד כה בעבירות גרימת מוות בכלל, ובעבירות מסוג זה בפרט. כן צוין, כי הדבר עלול להשליך על רמת הענישה בעבירות אחרות שנעברו בנסיבות מבצעיות, כגון עבירת ההתעללות לפי סעיף 65 לחוק השיפוט הצבאי.

155. עוד טענה התביעה הצבאי לקיומו של פער משמעותי בין הכרעת הדין של בית הדין קמא לבין גזר הדין של דעת הרוב בבית הדין קמא. הוטעם, כי הכרעת הדין העבירה מסר ברור וחד-משמעי, כי קיפוח חיי אדם שלא לצורך, אף אם מדובר במחבל, הוא פסול מוסרית ומנוגד לערכי צה"ל. ואולם, מתחם הענישה שנקבע והעונש שהושת על המערער בגדרו, אינם הולמים את קביעות בית הדין קמא, כאמור. נטען, כי הדבר עלול לפגוע במסר החשוב שעולה מהכרעת הדין. עוד נטען, כי שגה בית הדין קמא כשלא נתן משקל משמעותי לפגיעה החמורה של מעשי המערער בערך טוהר הנשק ולפגיעה המתחייבת מכך בצבא ובחוסנו המוסרי.

156. לאור המקובץ, עתרה התביעה הצבאית להחמיר בצורה ממשית במתחם הענישה שקבעה דעת הרוב בבית הדין קמא ובעונש המאסר שהוטל על המערער.

דיון

157. מצאנו, כאמור, כי מרביתם של ממצאי המהימנות והממצאים העובדתיים שקבע בית הדין קמא, גם אם לא כולם, הם ממצאים נכונים, שנלמדים באופן מובהק מחומר הראיות הרב שבא בפני בית הדין המחוזי ונבחן לעומקו. קבענו לעיל, כי הרשעתו של המערער בעבירת הריגה ובעבירה הנלווית של התנהגות שאינה הולמת, אשר מבוססת על הממצאים האמורים, שרירה ועומדת. נדרשים אנו עתה לדון בערעורי הצדדים על עונשו של המערער.

158. בבואנו לדון במידת העונש נדרשים אנו גם להיבט סטייתו של המערער מן הערכים הראויים, שחיילי צה"ל חייבים לנהוג לאורם. טיעונים על כך נשמעו בהרחבה, בדיונים בערעורים בפנינו, על-ידי התביעה ומפי הסגגורים, איש לשיטתו. כאמור, אף אין זה סוד שהפרשה גרמה למחלוקת עמוקה בחברה הישראלית, שקולותיה נשמעו ועדיין נשמעים, בד בבד עם התנהלות ההליכים המשפטיים (לגופה של סוגיה זו התייחסנו בפסקאות 129-134 לעיל).

159. צה"ל הוא צבא העם. עם ישראל שולח את מיטב בניו ובנותיו, בשחר בגרותם, לשרת בצבא ולהבטיח את קיומה, שגשוגה ובטחונה של מדינת ישראל. מכל שדרות החברה ומגזריה מתגייסים הצעירים והצעירות. לאלה שמשרתים בתפקידי לחימה נכון שרות קשה ותובעני, שרבים בו רגעי הדחק, העייפות והמאמץ הגופני והנפשי. לוחמי צה"ל מסכנים את שלמות גופם ואת חייהם במלאם את שליחותם. ליבה של

החברה הישראלית יוצא אל חייליו. עם ישראל חרד לשלומם ולביטחונם של הלוחמים. במובן זה, התפיסה של המערער ויתר לוחמי צה"ל, כ"ילדים של כולנו" (ביטוי שנזכר בפתח הודעת הערעור), שדאגת הציבור נתונה להם, מובנת. תפיסה זו מבטאת, בין היתר, לכידות חברתית והכרה בכך שבטחון המדינה מסור במידה רבה בידי צעיריה, אשר תורמים את מיטב שנותיהם בשירות צבאי קרבי והחברה חבה להם תודה ותמיכה. אין תמה, על כן, שהסתבכותו של חייל לוחם בחקירה ובמשפט פלילי, על רקע שירותו כלוחם, ולנוכח הטענה מפיו כי לא עבריון הוא, אלא מי שפעל לפי ערכיו, מצפונו ומיטב שיפוטו באותו הרגע, להצלת עצמו והסובבים, מעוררת אמפתיה.

160. ואולם, לא על סמך טענתו לבדה מוכרע העניין, ולא בכיכר העיר, על-פי דעת הקהל. במדינת חוק מתוקנת מוכרע דינו של נאשם בפלילים בבית משפט מוסמך, בהליך משפטי הוגן, על-פי ראיות קבילות. לעיתים דעת הקהל מצדדת בהרשעתו של פלוני. לעיתים בזיכוי של אלמוני. לעיתים הדעות חלוקות. כל אלה טובים לדיון ציבורי, ואסור בתכלית האיסור שיסיטו את בית המשפט מדרך המלך של משפט פלילי, על כלליו ודקדוקיו. אותם צעירים, עם גיוסם, הופכים חיילים. על חיילים חלים כללים מיוחדים ומוטלות עליהם חובות, שאינן מוטלות על אזרחים. משהפכו האזרחים הצעירים לחיילים חייבים הם לנהוג תמיד, אף בפעילות מבצעית או אגב פעילות מבצעית, בהתאם לערכי הצבא ולפי כללי המשמעת הצבאית.

161. פועלו של צבא ההגנה לישראל, מראשית ימיו, מושתת על שורת ערכים, שברבות השנים רוכזו והועלו עלי כתב וכל חייל נושא אותם עמו, בכל אשר ייעשה. החיילים, כולם, מחונכים ומחויבים לפעול בהתאם לאותם ערכים, אשר מפורטים במסמך "רוח צה"ל", הוא הקוד האתי של הצבא. במסמך מפורטים המקורות שמהם הוא יונק, וטוב להביאם כאן: מסורת צה"ל ומורשת הלחימה שלו כצבא ההגנה לישראל; מסורת מדינת ישראל על עקרונותיה הדמוקרטיים, חוקיה ומוסדותיה; מסורת העם היהודי לדורותיו; וערכי מוסר אוניברסליים המבוססים על ערך האדם וכבודו. בית דין זה עמד, בפרשת **שגיא** על מקומו של "רוח צה"ל" בבחינת עונשם של חיילים:

"המסמך הידוע כ'רוח צה"ל' הוא מסמך הקובע את ערכיו של צה"ל. מסמך זה מהווה, על-פי לשונו, את 'תעודת הזהות הערכית של צה"ל, אשר ראוי שתעמוד ביסוד הפעולות של כל חייל וחיילת במסגרת צה"ל', והוא קובע את הרף הערכי הנדרש

מחיילי צה"ל. כבר אמרנו בעניינים אחרים, כי מסמך זה איננו מסמך בעל תוקף משפטי ועל-כן, מבחינה משפטית, 'העובר' על הוראותיו איננו עבריין (ראו, למשל, ע/62/03 התצ"ר נ' סמל אילין; להלן: עניין אילין)... אך בבואנו לבחון את חומרת מעשיו, לצורך שקילת עונשו, יש להתחשב, בין היתר, בפגיעתו של המשיב באתוס הלחימה – במוסר ובערכי הלחימה – כפי שהתגבשו בצה"ל... (ע/153/03 סא"ל שגיא נ' התובע הצבאי הראשי (2004), בפסקה 32).

כמה מן הערכים המפורטים שם צריכים באופן בולט לענייננו. הערך "חיי אדם" – "החייל ינהג באופן מושכל ובטיחותי בכל פעולותיו, מתוך הכרה בחשיבותם העליונה של חיי אדם. בעת לחימה יסכן את עצמו ואת רעיו במידה הנדרשת לביצוע המשימה"; הערך "טוהר הנשק" – "החייל ישתמש בנשקו ובכוחו לביצוע המשימה בלבד, אך ורק במידה הנדרשת לכך, וישמור על צלם אנוש אף בלחימה. החייל לא ישתמש בנשקו ובכוחו כדי לפגוע בבני אדם שאינם לוחמים ובשבויים, ויעשה כל שביכולתו למנוע פגיעה בחייהם, בגופם, בכבודם וברכושם"; הערך "אחריות" – "החייל יראה עצמו שותף פעיל בהגנה על ביטחון המדינה, אזרחיה ותושביה. החייל יפעל תוך גילוי מתמיד של מעורבות, יוזמה ושקידה, בשיקול דעת ובמסגרת סמכותו, כשהוא נכון לשאת באחריות לתוצאות פעולותיו; הערך "משמעת" – "החייל יפעל כמיטב יכולתו לביצוע מלא ומוצלח של הנדרש ממנו על פי הפקודות ועל פי רוחן. החייל יקפיד על מתן פקודות חוקיות בלבד, ולא יציית לפקודות בלתי חוקיות בעליל". ערכים אלה והערכים הנוספים המפורטים באותו המסמך הם עמוד השדרה המוסרי של צה"ל, אשר מבחין ומבדיל אותו מאויביו. הם המבטיחים כי הצבא יפעל באומץ, בנחישות ובדבקות כדי להגן על המדינה ותושביה, אולם – מבלי לנצל לרעה את הכח והסמכות שניתנים בידי חייליו, על בסיס כללים ידועים של מותר ואסור בהפעלת כח ונשק, מתוך משמעת ומילוי פקודות ותוך הפעלה נבונה ומושכלת של שיקול דעת, בגדרי כללים אלה. בעניין ליברמן ורוזנר הוטעם:

"בית הדין הצבאי לערעורים נדרש לאחרונה לעסוק לא אחת במגבלות החלות על הפעלת הכוח המסור בידי חיילי צה"ל. למגבלות אלו מקורות מספר: מוסריים, משפטיים, מקצועיים ואתיים. תוקפם של מקורות אלו ומשקלם היחסי משתנים בהתאם לנסיבותיו של כל מקרה ומקרה שבו יש להגביל את הפעלת הכוח הצבאי. על פי תפיסתנו המוסרית והמשפטית, מקום שבו מוענק כוח לבעל שררה, יש ליצור מערכת נורמטיבית שעניינה

הגבלת כוחותיו, לבל יעשה בהם שימוש לרעה. קביעה זו יפה לכל סוג של חברה אנושית, על שלל מנגנוניה ותפקידיה, היוצרים יחסי תלות ומרות; על אחת כמה וכמה, שהיא נחוצה בחברה הצבאית, שיש בה, מכוח הגדרת תפקידה, מאפיינים אלימים וכוחניים הטבועים בה. על כן, הפעלת כוחם של חיילי צה"ל חייבת להיות מוגבלת במקום, בזמן ובמידה הראויה; היא חייבת להיות תלויה הקשר: אך ורק, במידה ובהקשר הנכונים, לצורך מילוי התפקידים המוגדרים שהוטלו עליהם, בנסיבות נתונות. המגבלות החלות על הפעלת הכוח הצבאי תקפות ביחס לפעולות של כל חייל וחיילת המשפיעות על הסובבים אותם. כך ביחסים הראויים שבין מפקד לפקודו ובין חייל לעמיתו החייל; ביחסים שבין חייל לאזרח מבני עמו או לתושב מדינתו או לזר השוהה בה; ביחס הראוי שבין חייל לאויבו – חייל מצבא אחר, או אזרח בן עם אחר, הנלחם כנגדו – או כלפי כל אדם הנמנה עם בני עמו של אויבו. בכל אלו נדרשים חיילי צה"ל להפגין איפוק ולהפעיל את הכוח המסור בידם רק במידה הראויה. זו חובתו האישית: המוסרית, המשפטית, המקצועית והאתית של כל חייל בצבא ההגנה לישראל, וזו גם חובתו המוסדית של צה"ל, כארגון לוחם. אמור מעתה: שמירה קפדנית על התנהגות המפנימה את כבוד האדם – של כל אדם, בין אוהב ובין אויב – נדרשת מכל חייל. היא נדרשת, בראש ובראשונה, מעצם היותו אדם, באשר היא שומרת על צלם האדם שבו, אך היא גם מקנה לו יתרונות מקצועיים ומוסריים, כחייל וכמפקד, כלפי עמיתיו ופקודיו, כמו גם כלפי אויביו" (ע/128,146/03 **התובע הצבאי הראשי נ' רב"ט רוזנר ורב"ט ליברמן** (2003), בפסקה 12).

בפרשת **אילין** לעיל בואר כי –

"ערך 'טוהר הנשק' ברוח צה"ל השכיל לעגן שני כללים מרכזיים – למעשה, את שני הכללים המרכזיים – של אתיקה צבאית, בקשר להפעלת כוח בשעת לחימה. הראשון, פוזיטיבי. עניינו, במידתיות הפעלת כוח כנגד אויב, ולפיו חייל ומפקד יפעיל את הכוח המסור לידי, כנגד אויב, אך ורק לצורך ביצוע המשימה הצבאית, ורק 'במידה הנדרשת לכך'. כל שימוש בכוח מעבר לנדרש הוא שימוש פסול, אף אם הוא מוכוון נגד אויב ולצורך ביצוע המשימה..."

שימוש שלא לצורך או מעבר למידה הנדרשת בכח ובנשק, בוודאי באופן קטלני, הוא, אפוא, אסור, אינו מוסרי, אינו מועיל ואף מזיק. צה"ל אינו מיליציה פורעת חוק. הוא צבא הגנה מאורגן של מדינת חוק מתוקנת. לוחמיו מצווים להילחם במחבלים

שבאים עליהם להורגם. אולם אל להם לבוא עימם חשבון לאחר שחלפה הסכנה שנשקפה מהם. זו מלאכתה של מערכת אכיפת החוק.

162. הפעילות השוטפת של לוחמי צה"ל באזור יהודה ושומרון קשה, שוחקת וללא ספק מסוכנת. העייפות והשחיקה, כמו גם הכעס כלפי מחבלים שמנסים ולעיתים מצליחים לפגוע בחיילים, הם כר פורה לשחרור הרסן, להפעלת שררה וכח שלא לצורך ושלא כדין. אין להשלים עם מעשים כאלה, אשר פוגעים בצבא ובמדינה. יפים לכאן דבריו של דוד בן-גוריון במסגרת נאום שנשא ביום 19 ביוני 1948 :

"צבא נשען לא רק על כמויות, על ציוד, על נשק, על אימון. אמנם בלי אלה אין צבא, אך אלה בלבד אינם מספיקים. הנשק העיקרי של הצבא הוא כוחו המוסרי. ואם יכולנו לעמוד – ואכן יכולנו! – בחדשים האחרונים בפני צבאות שעלו עלינו לא רק במספרם, אל גם באימוןם, בנסיונם, בנשק ובפיקודם [...] הרי זה בעיקר בגלל יתרון אחר שהיה לנו – היתרון המוסרי" (דוד בן-גוריון **יחוד ויעוד** 11, 32 (1971)) [ההדגשות הוספו – בית הדין הצבאי לערעורים].

ברוח דומה קבע בית דין זה, כי :

"החוסן המוסרי של צבא ההגנה לישראל, ערכיו ורוחו, הם הבסיס לחוסנו הצבאי ולעוצמתו. חיילים, אשר נוהגים באלימות לא מוצדקת, בשררה ובאכזריות כלפי מי שנתון למרותם באותה השעה, ונותנים פורקן ליצריהם, בניגוד גמור לערכי המדינה והצבא, מחלישים את הצבא כלפי פנים- הם מפרים ברגל גסה את הצו שלא לנהוג באלימות ופוגעים במרקם של המשמעת הצבאית. הם מבלים שלא לצורך שנאה ומעשיהם עלולים להביא להינע נוסף לפגוע בחיילים או באזרחים ישראלים. הם מחלישים את הצבא ואת המדינה כלפי חוץ- בפוגעם פגיעה קשה בתדמיתה של המדינה ובאופן שבו נתפסות פעולות הצבא על ידי המתבונן מן החוץ. אלימות עלולה להיות נגע מדבק. למרבה הצער נתקלים אנו, אף לאחרונה, במקרים לא מעטים של חיילים אשר נוהגים באלימות אסורה ומיותרת כלפי תושבים פלסטינים. ההיכנעות ליצר, ההיסחפות לאלימות של חיילים צעירים, בנסיבות שתוארו, של שירות קשה ומסוכן, בסביבה עוינת, יש לה פוטנציאל רב. בהעדר רסנים ברורים עלולה התופעה להתפשט ולכרסם עוד במשמעת הצבא, היא עלולה לפרוץ מחוץ למסגרת של הפעילות המבצעית, ליחסים בין החיילים לבין עצמם, בינם לבין מפקדיהם. היא עלולה להפוך טבע שני לחיילים גם מחוץ למסגרת הצבאית" (ע"מ/35/09 **סגן א' מ' נ' התובע הצבאי הראשי** (2009); ע/51/14 **סג"ם ד' ט' נ'**

התובע הצבאי הראשי (2014); ע"מ/24/08 סמל א' מ' נ'
התובע הצבאי הראשי (2008).

163. בענייננו, נמצא, כקביעת בית הדין קמא, שראינו לאשרה, כי הטעם לכך שהמערער ירה במחבל לא היה מניעת סכנה אלא כעס על כך שהמחבל פצע את חברו. עמדנו בהרחבה על כך שמעשיו עולים כדי עבירת הריגה, בת עונשין. בצד האחריות הפלילית יש במעשיו של המערער הפרה חריפה של שורת הערכים שפרטנו קודם – הערך של קדושת החיים, חייו של כל אדם, הם ערך יסוד בחברתנו והוא גם ערך יסוד של צה"ל. במעשיו רמס המערער ערך זה, כשהרג, ללא צורך מבצעי, את המחבל, שהיה באותה השעה מוטל פצוע וחסר אונים. בנשק השתמש המערער שלא לצורך, שלא לשם ביצועה של משימה, אלא כדי לבוא חשבון עם המחבל. הוא עשה כן תוך הפרה בוטה של הוראות הפתיחה באש הרלוונטיות, ושל כללי המשמעת – כשעשה מעשה אסור חמור, בסמוך למפקדו, ללא הצדקה וללא הרשאה. המערער לא נטל על עצמו, בכל השתלשלות ההליכים אחריות למעשה ולא הביע שמץ הרהור או פקפוק אחריו. ענייננו, אפוא, בעבירה חמורה, שיש בצידה כישלון ערכי חמור. אין ניתן לומר, על כן, כי עונש המאסר שהשית בית הדין קמא חמור מן הראוי. אין בערעור ההגנה בעניין חומרת העונש ממש, והוא נדחה, אפוא, על דעת כל השופטים.

164. בשאלה האם ראוי לקבל את ערעורה של התביעה על קולת העונש נחלקו דעותינו. נביא להלן את דעת הרוב, של שלושה מן השופטים, ולאחריה את דעות המיעוט, של שניים מן השופטים.

ערעור התביעה על גזר הדין – דעת רוב השופטים

165. אכן, כפי שציין בית הדין המחוזי בפתח גזר הדין – קשה היא בענייננו מלאכת גזירת הדין.
 כידוע,

"תיקון 113 לחוק קובע מנגנון תלת-שלבי להליך גזירת העונש: בשלב הראשון יקבע מתחם ענישה הולם בהתחשב בעבירה ובנסיבות הקשורות בביצועה; בשלב השני יבחן בית המשפט התקיימותם של שיקולים חריגים המצדיקים סטייה מן המתחם שנקבע – פוטנציאל שיקום מיוחד או הגנה על הציבור; בשלב השלישי יגזור בית המשפט את העונש הראוי בתוככי המתחם שנקבע, בהתחשב בנסיבות שאינן קשורות לביצוע העבירה. כל זאת בכפוף לשלב

המקדמי בו ייבדק האם הנאשם הורשע במספר עבירות, וככל שכך הוא, יש לבחון האם הן מהוות אירוע אחד או מספר אירועים נפרדים לשם עמידה על מספר מתחמי הענישה שראוי לקבוע בנסיבות העניין" (ע"פ 4609/14 בסט נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 1.3.2015)).

בהתאם לחוק נקבע מתחם הענישה,

"...בהתאם לעיקרון ההלימות, ועל מנת ליישמו יתחשב בית המשפט בשלושה אלה: ראשית, בערך החברתי שנפגע מביצוע העבירה ובמידת הפגיעה בו; שנית, במדיניות הענישה הנהוגה; ושלישית, בנסיבות הקשורות בביצוע העבירה... עקרון ההלימות מביא בחשבון את חומרת מעשה העבירה בנסיבותיו ואת מידת אשמו של הנאשם. כלומר, יש להתחשב לא רק בסוג העבירה שבוצעה, אלא גם בנסיבות שבהן בוצעה ובמידת אשמו של הנאשם בביצועה. על כן, אין זה מן הנמנע כלל, שלאותה עבירה יהיו כמה מתחמי ענישה שונים הנגזרים מן הנסיבות הספציפיות שבהן נעברה" (ע"פ 8641/12 סעד נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 5.8.2013)).

166. בבית הדין המחוזי נחלקו דעות השופטים בשאלת קביעת מתחם העונש הראוי. כל שופטי הערכאה קמא סבורים היו, כי "...נגרמה פגיעה חמורה לערך קדושת החיים ולערך טוהר הנשק, כתוצאה ממעשי הנאשם, עת ירה במחבל, אשר לא היווה סכנה לנאשם או לאחרים במועד הרלוונטי. המדובר בערכים נעלים, שצה"ל מחויב בשמירתם, לא רק לשם שמירה על חוסנו המוסרי והערכי, אלא, ובעיקר משום שאלמלא אלו, ייחלש כוחו של צה"ל פנימה וכן ייחלש מעמדו התדמיתי כצבא מוסרי, באופן שיאפיל על כל הישג מבצעי וטקטי" (פסקה 72 לגזר הדין). רוב שופטי בית הדין קמא ציינו כי אינם יכולים, בקביעת המתחם, להתעלם מנסיבותיו המיוחדות של האירוע, אשר קשורות בביצוע העבירה, ובתמצית – "המדובר באירוע המבצעי הראשון דוגמת זה בו נטל הנאשם חלק, תוך שהוא נדרש, זמן קצר עובר לירי, לטפל בפציעת חברו, כתוצאה מפיגוע דקירה, במהלכו ניסו שני מחבלים בזויים להרוג שניים מחיילי צה"ל, שעמדו על משמרתם, והכל בזירה עוינת ומורכבת, שאווירת הלחץ שררה בה, כמו-גם, צעקות אזרחים ואנשי כוחות מד"א באשר לסיכון שנשקף מהמחבל" (שם). הם ציינו כי בעבירת ההריגה מנעד ענישה רחב. אבחנו את הפסיקה שהוצגה להם לחומרה ולקולה וקבעו, כי מתחם העונש ההולם כאן נע בין שמונה-עשר לארבעים ושמונה חודשי מאסר לריצוי בפועל. שופט המיעוט

בערכאה קמא סבור היה, כי יש ליתן משקל משמעותי יותר בעת קביעת המתחם לערכים המוגנים שנפגעו ממעשי המערער. שופט זה סבור היה כי עניינו של המערער "מדגים היטב את הצורך בהדגשת הרף הערכי הגבוה אליו חיילי צה"ל צריכים לשאוף בעת ביצוע משימותיהם, אף אם המדובר בנסיבות מבצעיות מורכבות... על צה"ל, ככל מסגרת מתוקנת, לחרוט על דגלו את הצורך בשמירתו הקפדנית של ערך קדושת החיים, הרם מכל הערכים וזאת לאור התוצאות הקשות הנלוות להפרתו ולפגיעה בו". ועל כן, כאשר נקבע כי המערער ירה לעבר המחבל בכוונה לגרום למותו, על רקע מעשיו הקודמים של המחבל – קביעת המתחם צריכה להלוך מדרג זה של הרשעה. השופט שבמיעוט הדגיש את הצורך לעמוד על ערכי מוסר וכבוד האדם גם בעתות לחימה, וגם כלפי אויב. משכך, ולאור הענישה במקרים דומים, סבור היה שופט זה, כי מתחם הענישה ההולם עומד על שלושים עד שישים חודשי מאסר בפועל.

167. גדרי מתחם העונש ההולם היו, אפוא, עיקר סלע המחלוקת בין שופטי בית הדין המחוזי, והם שבבסיס המחלוקת גם ביננו לבין עמיתינו, בעלי דעת המיעוט. לעמדתנו, על אף שהעונש אשר בקצהו התחתון של מתחם הענישה שקבעו רוב שופטי הערכאה קמא מקל, בשל הצבר נסיבות אשר קשורות בביצוע העבירה, יכול מתחם זה, מלוא רוחבו, לעמוד גם במבחן הערעור. נבאר.

"מתחם העונש ההולם הוא אמת-מידה נורמטיבית, המשקללת את הערך החברתי שנפגע כתוצאה מן העבירה, מדיניות הענישה הנהוגה ביחס לעבירה זו ונסיבות ביצועה, לרבות מידת אשמו של הנאשם" (ע"פ 1323/13 חסן נ' **מדינת ישראל** (טרם פורסם, 5.6.2013), בפסקה 7).

הוטעם, כי על אף שבשלב זה אין מביאים בחשבון את נסיבותיו של הנאשם שאינן קשורות לביצוע העבירה

"...אין בכך כדי לגרוע מהצביון האינדיבידואלי שהעניק המחוקק לשלב עיצוב המתחם, אשר בא לידי ביטוי בהוראה להתחשב בסוג העבירה בנסיבות המסוימות שבהן היא בוצעה..." (שם).

הובהר כי,

"היות שבקביעת מתחם הענישה על בית המשפט להתחשב לא רק בסוג העבירה, אלא גם בנסיבות ביצועה ובמידת האשם של הנאשם בביצועה, סביר כי לאותה עבירה יהיו כמה מתחמי ענישה שונים, הנגזרים כל אחד מנסיבות

שונות. בפרשה קודמת הבעתי דעתי כי אין להמציא הגלגל מחדש בכל מקרה ומקרה בו אנו נדרשים לקביעת מתחם עונש הולם, שהרי בכך נרוקן מתוכן את התיקון לחוק, ובמידה רבה אף נסכל את מטרת 'הבניית שיקול הדעת' שהתיקון כיוון אליה (ככותרתו). עם זאת, הוספתי כי לא ראוי לקבוע מתחם ענישה כללי ורחב לעבירה אשר לה ייתכנו נסיבות שונות ורבות ברמות חומרה משתנות... חברתי, השופטת ע' ארבל, עמדה בפרשה אחרת על דקות זו, וקבעה, כי בעת קביעת מתחם הענישה לא ניתן להסתמך אך ורק על הענישה הנוהגת, ולקבוע 'מתחם כללי', שכן גם בכך, לא תוגשם תכלית התיקון לחוק, המבקשת לעמוד על הנסיבות הספציפיות של כל מעשה עבירה, טרם קביעת המתחם. חברתי הטעימה בעניין זה כי גודלו של מתחם הענישה ייקבע ממקרה למקרה, בהתאם לנסיבות מעשה העבירה ולשונות... (ע"פ 1127/13 גברזגיי נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 15.1.2014), בפסקה 25).

168. עמדנו לעיל על כך שאכן, מידת הפגיעה בערכים המוגנים שבמעשהו של המערער, ובעיקר בערך קדושת החיים ובערך טוהר הנשק רבה מאוד. המערער ההין לירות באדם, גם אם מחבל נקלה בעל כוונות רצחניות, כשהוא מוטל חסר אונים, ללא צורך, כדי לבוא עם המחבל חשבון על מעשיו, הנפשעים כשלעצמם. אין זה דרכה של מדינת ישראל, אין זה דרכו של צה"ל. המדובר במעשה אסור, חמור, לא מוסרי, אשר ממיט קלון על המערער ועל הצבא. אכן, במדרג סוגי המחשבה הפלילית הגלומים בעבירת ההריגה, למערער הייתה כוונה להרוג את המחבל.

169. בבחינת רמת הענישה הנוהגת, הוצגה שורה של פסקי דין, מבתי המשפט ומבתי הדין הצבאיים, שבהם הודגמה ענישה מגוונת, במקרים קרובים בנסיבותיהם, פחות או יותר, לעניינו. האמת ניתנת להיאמר, באף אחד מהם לא נקבע רף תחתון בן שמונה-עשר חודשים. בעניינו של **טדסה**, שבית הדין המחוזי סבר שהוא חמור מעניינו של המערער, נגזרו שנתיים מאסר – דובר היה במאבטח של סניף בנק, שניסה למנוע את כניסתו של המנוח לסניף הבנק לאחר שעות הפעילות, התפתח עימות ביניהם, ובסופו ירה בו המאבטח למוות. ההשוואה בין שני המקרים אינה קלה. שם אמנם יוחסה למערער דרגת אשם נמוכה יותר, של פזיזות, אולם מעשיו, לפי נסיבותיהם, חמורים לא פחות. ועל אף כל אלה, בבחינת רכיב הנסיבות הקשורות בביצוע העבירה, מצאנו כאמור, כי בעניינו של המערער נקבצו מספר לא

מבוטל של נסיבות ייחודיות, אשר מצדיקות רף תחתון קל יחסית של מתחם הענישה. נסקור נסיבות אלה.

170. אמנם, המערער ירה כשכבר לא היה כל צורך מבצעי לירות במחבל. עם זאת, אין לשכוח כי קדם לירי פיגוע דקירה חמור, שהוביל לפציעתו של חברו ליחידה של המערער. למערער היה זה אירוע מבצעי ראשון. הוא הגיע לזירה מורכבת, זמן לא רב לאחר הפיגוע. מן הסרטונים ניכר היה כי, למרבה הצער, זירת האירוע לא הייתה מנוהלת, עובר לירי (ואף לא אחריו). קצינים, חיילים ואזרחים הסתובבו במקום, חלקם קראו קריאות קולניות. לא ניכר ידו של מפקד שינחה את הנוכחים כיצד לפעול. לא ניתנו לאיש, גם לא למערער, פקודות מסודרות איך להתנהל בזירה. זה הרקע המידי עובר לאירוע. בראיה רחבה מעט יותר, דובר בתקופה מתוחה, רוויות טרור, כנגד חיילים ואזרחים, שלא אחת גרם לאבדות ולפגיעות. המקום – חברון, היה אז ועודנו, למוד מתח, עימותים ופיגועים. למדנו, שבעת האירוע עמדה ברקע התראה קונקרטית לפיגוע. שגרת השירות של המערער וחבריו, עובר לאירוע הייתה שגרה תובענית. המערער עצמו מילא משימות רבות, באופן אינטנסיבי. אמנם לא הוכח כי המערער סבל מבעיה נפשית עובר לאירוע הירי, אולם הדעת נותנת כי מכלול זה של נסיבות עמד ברקע ההחלטה הארוכה, בת הרגע (שכן נקבע כי המערער לא תכנן את המעשה מראש), לירות במחבל כדי להורגו.

171. הבאנו לעיל מפסיקת בית המשפט העליון אשר הדגישה, כי אין להסיק על מתחם העונש ההולם רק מן הפסיקה הנוהגת וכי בעיצוב המתחם משקל לנסיבות הקונקרטיות, אשר משתנות ממקרה למקרה. רוב שופטי בית הדין קמא, סברו, כי בצד הפגיעה הקשה, המקוממת והמיותרת של המערער בערכים שעליהם באה להגן עבירת ההריגה, ובפרט ביישומה בהקשר של פעילות חיילי צה"ל, ועל אף מידת האשם הגבוהה שבבסיס מעשהו של המערער – אותו צבר נסיבות מיוחד מצדיק "צביון אינדיבידואלי", מתון מן המקובל ברגיל לגבי עבירת ההריגה. ואכן, אותו רקע, של **מתיחות ואירוע מסעיר זה מקרוב, חוסר ניסיון מבצעי וריק פיקודי**, לא באו לידי ביטוי בתמונת הפסיקה שהוצגה בפני בית הדין קמא ובפנינו. בכך נבדל עניינו של המערער ומצדיק התייחסות יוצאת דופן, בקביעת ספו התחתון של המתחם.

172. מתחם העונש ההולם שקבעו רוב שופטי הערכאה קמא הוא מתחם רחב למדי, שבין שנה וחצי לארבע שנות מאסר. דעת הרוב בחרה לקבוע עונש בקצהו התחתון

של המתחם שקבעה. נמנו בעניין זה שורת נסיבות שאינן קשורות לביצוע העבירה. בראשן, אישיותו החיובית של המערער. מפקדים, חברים לשירות, בני משפחה ומכרים תיארו כולם את המערער כאדם חיובי, תורם, שרואה לנגד עיניו את טובת זולתו. המערער ביקש לשרת שירות קרבי, הביא עצמו לכך במאמצים רבים ושירת, עד לאותו יום מר ונמהר, שירות תובעני, במסירות רבה ואף הוכתר כחייל מצטיין. הובהר כי האירוע שעליו נותן המערער את הדין אינו מעיד על דרכו הרגילה של המערער. בית הדין קמא נתן דעתו לפגיעתה של הפרשה במערער ובמשפחתו. שירותו הצבאי של המערער נקטע, הוא שהה פרק זמן ארוך במעצר פתוח. למשפחתו נגרם משבר קשה. בריאותם של הוריו ודודו נפגעה. המערער ומשפחתו סופגים איומים. על אף אופיו החיובי ילווה את המערער רישום פלילי שיהיה לו למכשול בבניית חייו. בית הדין קמא מצא ליתן משקל מסוים בקביעת העונש בתוך המתחם להתבטאויות שהשמיעו שר הביטחון דאז, הרמטכ"ל ודובר צה"ל בגנות מעשהו של המערער, בטרם מוצתה החקירה. צוין, כי אין לחרוג לקולה ממתחם העונש ההולם בשל חומרתה היתירה של העבירה ומשום שהמערער לא לקח אחריות על מעשיו.

173. אף להשקפתנו עומדות לזכותו של המערער נסיבות רבות אשר תומכות בקביעת עונש מתון, בתוך המתחם שקבעו רוב שופטי הערכאה קמא. אכן, מצער כי דווקא המערער, שכל נתיבותיו, כאדם וכחייל, טובות ומבטיחות היו, נכשל כישלון כה חרוץ ומהדהד. משפחתו של המערער היא משפחה נורמטיבית, שגידלה את ילדיה לתרומה לחברה. ניכר היה במהלך המשפט כי הפרשה גורמת להם טלטלה קשה, שמצאה ביטויה, למרבה הצער, גם בהידרדרות מצבם הרפואי של ההורים ושל הדוד. האיומים שהופנו כלפיהם, כנטען, מוסיפים דאגה וכאב. המערער עצמו סובל מאז האירוע ממצוקה נפשית. הרישום הפלילי ודאי יכביד עליו בעתיד. נשמעה גם מורת-רוח מן היחס שזכה לו המערער, עוד בטרם הורשע, מצד הממסד הצבאי ומצד מפקדיו. אף אם אין באלה כדי להשפיע השפעה משמעותית על מידת העונש – ראויים הדברים להישמע וראוי להפיק מהם תובנות לעתיד לבוא.

174. העונש שנקבע על-ידי רוב שופטי בית הדין קמא הוא עונש מתון, אף בהתחשב בכל אותן נסיבות שהבאנו לעיל. בולטת מאוד העובדה כי המערער בחר, לכל אורך הדרך, עד לסיום ההליכים שלא להביע צער או חרטה. מובן כי זכותו לעמוד על חפותו ועל כך אין לנו תלונה. המערער בחר, במהלך החקירה והמשפט, להטיל דופי כמעט בכל מי שמסר דברים שלא התאימו לגרסאותיו ואשר סיבכוהו. הוא עשה כן, כפי שפירטנו לעיל, בפרק שדן בהרשעה, גם כשהדברים זעקו אחרת. המערער לא

ניסה, בשום שלב, לפחות לא כלפי חוץ, להעלות שמץ הרהור – שמא טעה, אולי היה נמהר במעשיו. אנו תקווה כי גם אם לא כעת, בבוא העת יעשה כך. מכל מקום – העדר הודאה וחרטה אינם, כמובן טעם להחמרה, אולם אין הוא זכאי להקלה שלה זוכה זה הנוטל אחריות על מעשיו. התלבטנו, האין העונש שנגזר מקל מדי והאם לא ראוי יהיה להחמירו, בתוככי מתחם העונש ההולם שנקבע. מצאנו בסופו של דבר שלא לעשות כן, מכמה טעמים: ראשית, אנו סבורים, כי מכלול הנסיבות שעומדות לזכותו של המערער צריכות בכל מקרה להביא לגזירת העונש בחלקו התחתון של המתחם, ומשכך – ההחמרה מושא התלבטותנו אינה החמרה רבה מאוד. שנית, המערער היה מצוי במעצר פתוח כשנה וארבעה חודשים. זוהי תקופה ארוכה, שראוי להתחשב בה (על אף שאין מנכים את ימי המעצר הפתוח מתקופת המאסר באופן אריתמטי. השוו לאשר נקבע אך לאחרונה בע"פ 7768/15 פלוני נ' **מדינת ישראל** (טרם פורסם, 20.4.2016) ביחס להתחשבות בנסיבות של מאסר באיזוק אלקטרוני – "על הערכאה הדיונית לתת דעתה לאורך תקופת המעצר בפיקוח אלקטרוני; להיקף ההגבלה על חירותו של הנאשם במסגרת תנאי המעצר; ולריחוקו של מקום המעצר בפיקוח אלקטרוני מביתו, ממשפחתו וממרכז חייו של הנאשם". וראו גם: ע"פ 5750/16 **מדינת ישראל נ' חשאן** (טרם פורסם, 23.4.2017), במיוחד בשים לב להתנהגותו הטובה שם ולכך, שלמרבה הצער, מאיגרא רמא לבירא עמיקתא – לוחם מסור ומצטיין העביר חלק נכבד משירותו הצבאי, לא בין חבריו לנשק, באימונים ובהגנת המדינה, אלא במעצר פתוח. לכך תצטבר תקופת מאסר בת שנה וחצי, שאינה תקופה של מה בכך. שלישית, "כלל הוא, שלא בנקל תתערב ערכאת הערעור במידת העונש שקבעה הערכאה הדיונית, אלא במקרים חריגים שבהם העונש שנגזר חורג במידה ניכרת מרמת הענישה הנוהגת במקרים דומים או כאשר דבק פגם מהותי בגזר הדין... הדברים נכונים ביתר שאת שעה שהערעור... מכוון נגד קולת העונש ולא כלפי חומרתו, שכן כידוע ערכאת הערעור אינה נוטה למצות את הדין עם הנאשם" (עניין **חשאן** לעיל, בפסקה 10). זאת ועוד, נפסק, כי "על דרך הכלל, בחינת ערכאת הערעור מתמקדת בתוצאה העונשית הסופית, להבדיל מאופן יישום הוראות החוק ביחס להבניית שיקול הדעת בענישה" (ע"פ 8810/15 פלוני נ' **מדינת ישראל** (טרם פורסם, 19.7.2017); וכן ע"פ 8109/15 **אביטן נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם, 9.6.2016)).

175. סופם של דברים, ערעור התביעה נדחה אף הוא.

176. בעת נעילה נבקש לומר גם זאת –

אמרנו קודם כי פרשה זו הסעירה ועודנה מסעירה את המדינה. יש הרואים במערער קורבן – חייל שביקש למלא חובתו ולהציל ומצא עצמו נאשם ונענש. יש הרואים בו עבריין ובמעשהו הפרת נורמות וערכים יוצאת דופן בחומרתה, אשר ראויה להוקעה. דומה כי משפט זה חרג, בשיח הציבורי, מגבולותיו הקונקרטיים, לשאלות רחבות יותר – וביניהן על ערכים, על הכח ומגבלותיו, על מעמדה של מערכת המשפט, על חוסנם של חיילי צה"ל במלאם את תפקידם, על יחסי צבא וחברה ועוד. יתכן כי תהיה לו השפעה גם לעתיד לבוא. נשאל, אפוא, מעבר להכרעה הקונקרטית, מה הנחיל משפטו של המערער לחברה הישראלית.

אמרנו כבר, כי הכל זכאים להחזיק בדעה. הדיון הציבורי רצוי ובלבד שאינו פולש ומנסה להתערב בהליך משפטי מתנהל. הדיון הציבורי וטוהר ההליך המשפטי, שניהם מאפיינים חשובים ונדרשים של חברה מתוקנת, במדינה דמוקרטית. צריך שיחיו זה בצד זה. הם יכולים לחיות זה בצד זה, ובלבד שהאיזון ביניהם נשמר.

היו, במהלך הדברים מי שניסו להפר אותו. על ניסיונות ההשפעה וההתערבות עמדנו קודם. היו גם גילויי אלימות ואיומים. כל אלה ניסו לטלטל את ספינת שלטון החוק. ללא הצלחה. העוגן נשאר נטוע במקומו. התנהל משפט ארוך, לפרטיו. התקבלו החלטות והכרעות מנומקות ומבוססות, לפי כללי משפט מקובלים והוגנים.

בסופו של דבר, לא לחץ, לא דברי בלע, לא אלימות ואיומים, לא קול המון הכריע – כי אם הכרעה שיפוטית. כך ראוי. זהו הלקח הראשון.

הרשעתו של המערער מבוססת על עובדות ועל הדין. לא על דעות, לא על עמדה חברתית או פוליטית, אלא על עובדות, שנקבעות כדין, בהליך משפטי. עובדות אלה הן שצריכות לעמוד בבסיס הדיון והמחלוקת הציבורית. כשהדיון אינו מבוסס על העובדות, האמת יוצאת נפסדת. זה הלקח השני.

במשפטו של המערער נקבע, כי עבר עבירה חמורה וכי נחל כישלון ערכי קשה. העונש שנקבע, שאותו אישרנו בערעור הוא עונש משמעותי, אך לא מכביד מדי, ביחס לחומרת העבירה. התביעה הביעה חששה, כי אם יאושר גזר דינם של רוב שופטי הערכאה קמא יהיה בכך מסר מקל ראש לעתיד לבוא. לטעמנו, לא כך הוא.

הרשעתו הברורה של המערער שבה והזכירה לחיילי צה"ל ולמפקדיו ולכל החברה הישראלית את ערכי מוסר הלחימה של צה"ל, שאינם נסוגים בעת צוקה וקושי והם עומדים יציבים, גם אם הם אינם אהודים בקרב חלקים בציבור, בעת מסוימת. זהו החשוב במסרים.

התוצאה העונשית המתונה אינה אות להקלת ראש בחומרת הדברים, אלא פרי איזון אינדיבידואלי, אשר מביא בחשבון את הנסיבות העובדתיות הקונקרטיות ואת ההיבטים המיוחדים למערער, אשר עומדים לזכותו, ואף זה מסר חשוב – כי בעת פקודה נשקלים גם ההישגים, המעלות האישיות והנוק שנגרם.

דומה כי פרשה זו שימשה ברומטר, אולי סייסמוגרף, לתהליכים שונים בחברה ובצבא. היא החצינה מתחים וקונפליקטים במישורים שונים בחברה הישראלית. ואולי מעז יצא מתוק – והדברים ילמדו ויבחנו, והטעון תיקון וחידוד יועמד על מכונו.

ערעור התביעה על גזר הדין – דעת המיעוט הראשונה

פתח דבר

177. לאחר מקרא דברי שלושת חברינו לדעת הרוב בעניין העונש, וזו הפעם לא חובה בלבד – אלא מסע כבד הכרוך בנסיבות יוצאות דופן; לאחר קריאת ושמיעת טיעוני הצדדים, מזה ומזה; לאחר עיון בהנמקות שעמדו בבסיס התוצאה העונשית אליה הגיעו דעת הרוב ודעת המיעוט בבית הדין קמא; ובתום הגותנו, לא נוכל, בכל הכבוד הראוי, לאמץ את התוצאה העונשית אליה הגיעה דעת הרוב בשתי הערכאות. להלן תובהר עמדתנו ויובאו הנמקותינו, ובשל נסיבותיו המיוחדות של מקרה זה, כמודגש לא אחת בהכרעתנו בערעור על ההרשעה, ייעשה הדבר בהרחבת מה.

לעיל סקרנו באריכות את המצע העובדתי והמשפטי המהווה תשתית ראויה ומספקת להכרעתנו בערעור על הכרעת הדין, שמטבע הדברים היא שמהווה את העוגן המשמעותי ממנו ניתן לדלות, מעבר למצע העובדתי העשיר, גם חתכי הסתכלות על המערער, שהינם רלוונטיים גם לשלב ערעורי שני הצדדים על גזר דינו של בית הדין קמא; מטעם המערער – לקולא, ומטעם התביעה הצבאית – לחומרא.

גזר הדין שניתן, כמוהו כהכרעת הדין, אינם אך בגדר מסמכים משפטיים לאורך מסע הנע בין ראיות, עדויות, מוצגים וטיעונים. זהו כמובן עיקר עניינו של בית הדין לדון בו. אך מעבר לכך, גזר הדין, כמו גם הכרעת הדין שקדמה לו, הינם אחים למסע אל קרביה של החברה הישראלית, ממנה ומתוכה מגויסים חיילי צה"ל למשימות קרביות באזורי מתיחות מיוחדים, כמו גזרת חברון בתיק דנא; והם שניהם גם מסע

פנימי שלנו, אל עצמנו, אל נבכי נפשנו, עת נחשפנו לתופעה ומקרה שאיש לא יכול היה לשער כי קיים כדוגמתו במקומותינו, בעידן בו מתחנכים חיילינו על הקפדה מרבית של שמירה על רמת מוסר גבוהה, ערך קדושת החיים וטוהר הנשק, קודם צאתם למשימותיהם בגזרות לחימה שונות אליהן הם נשלחים במצוות מפקדיהם.

178. המערער הורשע, כאמור, בעבירת הריגה לפי סעיף 298 לחוק העונשין, התשל"ז-1977 ובעבירה של התנהגות שאינה הולמת לפי סעיף 130 לחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955. בגדר הכרעתנו בערעור על ההרשעה, נדרשנו מטבע הדברים לפירוט ממצאי עובדה, כך שעתה אין צורך לפירוט מחודש, למעט מספר היבטים והדגשים – לדידנו, מהותיים ורלוונטיים לפרשת העונש.

179. נושאים פסיכולוגיים-אנושיים רבים, כך נדגיש כבר בראשית הדברים, המתמלאים לעתים תוכן פסיכולוגי מורכב משום שהסתום והבלתי סביר הוא לעתים מרובה מן הגלוי והסביר, הציפנו והיו מנת חלקנו בתיק זה. מעבר לגרסה (שלא לומר – חמש גרסאות) שמסר המערער בשאלת העילה לירי שירה והרג, שנדחתה על ידי בית הדין קמא ושנימוקי דחייתה אומצו גם על ידינו, למעט ההנמקה לירי שמסר המערער ממש בסמוך לאחריו, תחילה לרב"ט ת' מ' ולאחריו למפקד הפלוגה רס"ן נעמן, שאומצה הן על ידי הערכאה קמא והן על ידינו (בהסתייגות שקבענו לגבי משקל עדותו של מפקד הפלוגה רס"ן נעמן, לאחר שזו נותחה על ידינו בשנית, מעבר לניתוח שעשתה הערכאה קמא, ובשונה ממסקנתה הסופית לגביה), נגלו לעינינו המראות הממשיים שהתרחשו בזירה באמצעות מכלול שלם של עדויות וראיות, לרבות ובעיקר בסיוע הסרטונים שצולמו במהלך האירוע, עובר לירי ובסמוך לאחריו.

לאחר שהתוודענו לכל פיסה מהמכלול הראיתי שעמד בבסיס דחיית הערעור על ההרשעה, שאז, הבדיקה המקצועית-משפטית היא בלבד זו שהנחתה אותנו כשופטי ערכאת ערעור, ללא כל שיקול לבר-משפטי, הגענו אל סיפה של ההכרעה בערעורי הצדדים על העונש. או אז, פלשה הפרשה כולה למעמקי תודעתנו והפרה באחת את הנחות המוצא עמן פסענו מידי יום לשגרת יומנו. לדאבון הלב, רבים הם התיקים הקשים המגיעים לשולחנם של בתי המשפט ובתי הדין השונים. אולם, גם בסביבה זו

של תיקי פשע חמור, כהגדרתם בחוק, כאלה שהעונש המרבי להם צפוי נאשם על-פי החוק הוא עשר שנים ומעלה, מהווה התיק דנן (בו העונש המרבי שהמחוקק קבע כי ניתן להטיל בגינו עומד על 20 שנה) תופעה יוצאת דופן מכמה היבטים. כל המראות הללו, שחלקם הארי הוסרט והוצג כראיה בתיק יחד עם שאר הראיות שהוצגו בבית הדין, היוו, להבנתנו, רק את הקליפה החיצונית של הדברים. הסתכלותנו עמוסת המחשבה ניסתה לשאוב לתוכה את כלל הנתונים החיצוניים, כדי לסייע להבנתנו בפענוח כל המידע שקלטו אברי החישה השונים שלנו אודות מעשה ההמתה שביצע המערער, עובר לו ובסמוך לאחריו, כמו גם את האווירה הכללית העומדת בבסיס הרקע לפעילות הצבאית השגרתית בזירת הלחימה הבלתי פשוטה, בלשון המעטה, בחברון.

180. במלאכת השפיטה, בבואנו לגזור הדין כערכאת ערעור, ובהכירנו בכך שאין זה נוהג של ערכאת ערעור להתערב בעונשים שגזרה הערכאה קמא אלא אך במקרים חריגים, מחויבים אנו, ראש לכל בהתבוננות. העין המתבוננת תשמש עבורנו, זו הפעם במיוחד, בתפקיד מתווך אמיתי בין שבילי המיית הלב הנוהים מדרך הטבע כלפי חייל קרבי מצטיין, שנשלח למשימתו הקשה והמסוכנת בכל מובן שהוא, לבין המודעות המזדקרת בשל תוצאתו הקשה ביותר של מעשה העבירה החמור מאוד שביצע, כנגלה לעיני הצופים בסרטון המשולב, על השלכותיו החמורות לו, לצה"ל ולחברה הישראלית בכללותה; חברה שהתפצלה מאז פרצה הפרשה לתודעת הציבור לשני גושים נפרדים זה מזה, חלוקים במובהק זה על זה; פיצול כה חד, שלדאבת הכל עדיין שריר וקיים במלוא עוזו, ותקווה בליבנו שיתאחה ברובו אם לא במלואו מוקדם ככל שניתן, בין השאר באמצעות המסרים אותם ניתן לדלות מהכרעות שתי הערכאות בתיק זה. עין מתבוננת זו תתור בשבילים אלה, אשר לעיתים סלולים וחלקים הם, ולעיתים מחותחתים מייגעים ואף סותרים. עין זו ככלל, מצווה בראייה נבונה של הקיום האנושי גם במצבים בלתי צפויים, והיכולת לאזן בשכלתנות וברגישות אין-קץ את כושר ההפנמה וההחצנה של נפשנו. לעתים, כמו בעניין דנן, נדרשים אנו – במסגרת יכולתנו וסמכותנו השיפוטית בלבד ולא מעבר לכך – למלא את הפערים שבין השיטין; עלינו להתקרב ולחבור לאמיתות החבויות, ולהרחיב ככל האפשר את יריעת המסרים הנצרכים חידוד.

181. כשופטים, לא אחת אנו שואלים את עצמנו מה צודק בנסיבות העניין. שאלה זו נדמית כרלוונטית יום יום שעה שעה עבור השופט עת מבקש הוא לקבל החלטה – בעיקר שעה שהוא נדרש לגזור את דינו של נאשם. אך זאת יש לזכור ולהזכיר: הצדק הוא לעולם יחסי. לעולם לא נוכל לצקת לתוכו יסודות מוחלטים. להגיע תמיד אך ורק אל הטוב, הצודק, ההוגן והנכון המוחלטים תהא בבחינת יומרה. משכך, נדמה כי עלינו כשופטים בשר ודם לבקש להגיע תמיד אל הצודק האפשרי, בידיעה שאיננו מוחלט.

ברי, כי ישנם מקרים בהם ברור מהו הכלל על פיו נפסוק, שכן תוכנו קל לזיהוי ורצון המחוקק משתקף ממנו בבהירות; או אז, נוכל ליישמו במהרה ולהחיל גם את הסנקציה הנלווית לו, גם אם זו בעלת אופי עונשי קשה. הבעיה מתעוררת באותם מקרים המכונים "מקרים קשים ביותר להכרעה"; במקרים אלו, נחיל גם סטנדרטים ולא רק כללים. סטנדרטים מעצם טיבם וטבעם דורשים כי נפעיל קריטריונים מסוימים העשויים לגלם בחובם ערכים מסוימים. החלה של נורמה אינה מעשה טכני בעיקרו אלא דורשת מרחב פעולה של שיקול דעת שיפוטי.

נזכיר בהקשר זה גם את קיומם של עקרונות בסיסיים, כמו למשל שהמשפט הוא דינמי, ומכאן, שלנורמה אשר עמדה בבסיס החקיקה שקבעה את מידת העונש המרבי בעבירת ההריגה, חובה עלינו כשופטים להוסיף נורמות-רקע וערכים ציבוריים נרחבים יותר, ולהבין כי למרות הרצון בפשטות ובבהירות, המשפט בחברה דמוקרטית משקף את האופי המסובך שלה, זה המלא ניגודים; וכמו השיח הדמוקרטי, גם השיח המשפטי הוא שיח שנמשך, המנסה לאזן בין רוב למיעוט, בין יחיד לכלל הציבור, בין אני לזולתי.

בטרם נחל מסענו, נעמוד בקצירת האומר על תוכנם של שלושה מושגים רלוונטיים לענייננו.

182. **"שימוש בנשק"** – המשתמש בנשק חם מחויב בזהירות יתר. רמת הסיכון כרוכה אינהרנטית בפוטנציאל הנזק שעלול כלי נשק מסוים להסב לניצב בנתיב פעולתו, לרבות לאוחז בו. לצורך העניין נפשט ונגדיר, כי נזק משמעו פגיעה פיזית –

קלה, בינונית, חמורה או חלילה קטלנית; גווניו, עשירים במיני מכאובים ואין לנבא מראש את שיעורו. משתנים רבים ובלתי צפויים יכריעו את הכף בשרשרת הסיבתיות. אופיו של הנשק הנבחר מותאם לתכליתו הקונקרטית. תכליתו הכללית של הנשק היא להוות כלי או מכשיר "שובר שוויון", שבכוחו להביא לכלל תוצאה מוחצת, היינו – הכרעה, "ניצחון" או למצער הוכחת עליונות נטולת עוררין בקונטקסט נתון. לכן, כלי הנשק הנבחר לסיטואציה הקונקרטית ואופן השימוש בו בגדרה, אמורים להיגזר ממלאכת מחשבת של התאמת האמצעי למטרה.

יהא נושא הנשק משורות הצבא, המשטרה או אזרח – אם ביכר הוא לעשות שימוש דווקא בנשק על פני כל חלופה אפשרית אחרת, אפילו נמנעה פגיעה בגוף או בנפש, עדיין יידרש עיון בשאלה אם אילוף מזן של "אין ברירה" הוא שהוליד פעולה האוצרת בחובה את קשת הסיכונים. על פי הוראות הפתיחה בירי, כמובא לעיל בפרק ההכרעה בערעור על ההרשעה שדן בשאלת הגנת "הצידוק", נדרשת הצדקה כבדת-משקל לעצם השימוש בנשק חם, כאילוף הנכפה על-ידי תנאי השטח ומכלול הנסיבות, ולא כמפגן כח גרידא או הבעת רגשות הומים שחמקו תחת רדאר משטר שיקול הדעת. שמא נסבור שאותו אילוף ייחרץ בעיני המתבונן בלבד בהיות טיבו סובייקטיבי טהור? באומרנו אילוף, כוונתנו למסקנה – לעתים שכלתנית ותפורה רציונלית שתי וערב, הנסמכת על סדרת היקשים והערכות מצב מדודות ומתמשכות בזמן; ולעתים – אינטואיטיבית ואינסטינקטיבית, כמעט מיידית ונטולת מרווח נשימה למחשבה סדורה. ככל שהדבר נתון לבחירה, ברי כי עדיפה החלופה הראשונה, הרב-שלבית, הכפופה לביקורת, המאפשרת התייעצות, הניתונה לשינוי ולתיקון ולהערכה מחדש בהתאם לתהליך הלמידה של הסיכון והסיכוי המתגבשים. ברם, מצבי חירום מסוימים אינם מותירים מקום או פנאי להחלת תרשים זרימה אידיאלי של קבלת החלטות, ואלמלא ינוהלו ביד רמה על ידי אדם בעל כושר סביר ומוכח של קבלת החלטה מהירה, עלולים להסתיים באסון.

183. לא שדה קרב במלחמה כזירת אירוע בפיגוע טרור. במלחמה כוללת החושים מוצפים, שלא לומר קהים. העייפות הולכת ומצטברת. המפגש בין החייל האינדיבידואלי לבין צבא האויב הקולקטיבי עלול להוליד תחושות קשות של חוסר אונים והעדר שליטה, פחד מושרש ואף אולי חרדה קיומית של ממש המתעצמת עם נקוף ימי-לוחמה ואינה מתנקזת. זירות מתחלפות תדיר ואפופות אש ועשן, זרועות

רעשי תופת וקולות תלויים בחלל האוויר. זאת ועוד: לא כל הנראה הוא שקיים, יחידות מיוחדות ואמצעים טכנולוגיים מתקדמים בהחלט עשויים להיות פזורים אם לא במרחב הפיזי אז וודאי בתודעה שחונכה לקראתם.

לעומת כל אלה, הטרור ניתך כמהלומת גרזן. האלימות האצורה בו מתפרצת בהפתעה במקום ובזמן. זהות הנוטלים בו חלק תיחקר והללו יעמדו לדין של מעלה, ובתקווה – גם של למטה בבוא יומם. תהא העוצמה הכרוכה בו מרקיעת שחקים וחסרת תקדים בהשלכותיה הקטלניות ככל שתהא, הרי שעדיין – למצער לפי כוחות הביטחון שאמונים על הטיפול בו – הלוחמה הפיזית המיידית הנדרשת נגד מבצעיו תתנהל לרוב בתצורת מרדף לטובת מעצרים או חיסולם. עם זאת יודגש, כי אם הללו נותרו חיים בסביבת זירת ביצועו מתוקף מהותו (תכנון מוקדם) או מחדליו (הסתבכות בלתי צפויה, פגיעה וכיו"ב), יידרשו גם אז מעצרים או חיסולם אך ורק בהתאם לחוק, ובענייננו – בהתאם להוראות הפתיחה בירי.

כך או אחרת, קיימת דיספרופורציה קיצונית ואינהרנטית בין היקף כוחות הטרור הפועלים בזירה כלשהי לבין מערך הכוחות הממסדיים המגויס נגדם. יתרון זמני מוחץ של הטרור על פני הממסד המותקף חולף עובר לו, וההשתלחות משולחת הרסן בעץ החיים שבחר הטרוריסט לגדוע, מוסבת באחת לנחיתות דרמטית שלו, כמותית ואיכותית כאחד, בדרך כלל בסמוך לאחר הוצאתו לפועל של מעשה הטרור מטעמו. הנה כי כן, נקודת הפתיחה של כוחות הביטחון באירוע טרור, מוטה מלכתחילה לטובתם, אם לא בטווח הזמן המאוד קצר, אז וודאי הארוך קצת יותר. לאחר פקיעת אלמנט ההפתעה והשבת השליטה על הזירה תוך נטרול סיכון פיזי מיידי שאולי עדיין פועם בגדרה, חוסה האירוע במחוזות התבונה והשכל הישר של כוחות הביטחון השונים האמונים על הטיפול המבצעי בזירת האירוע.

טווח הטעות בהפעלת שיקול הדעת בשדה-קרב גועש מטחי-ירי ורווי סכנת-חיים ממשית ותמידית שאורבת בכל פינה, נרחב ועשיר עשרות מונים מזה המגולם בזירת פיגוע טרור המצומצמת בזמן ובמרחב; קל וחומר עת מבצעו פצועים, עסוקים בהימלטות, מבוצרים או מוקפים, או אפילו נלחמים על חייהם, בעוד הזירה מנוטרת ונשלטת על-ידי כוחותינו. אלמנט ההפתעה שאבד, והיות המחבל הטרוריסט נרדף פיזית על-ידי כוחות הביטחון של המדינה מאפשרים, לאחר נטרול סיכון פיזי מיידי

ככל שעדיין קיים, תהליכי חשיבה ויצירה, נקיטת יוזמה ומשנה זהירות, תוך ניטור ובקרה של סיכונים עתידיים בפועל ובכוח.

184. **"טוהר הנשק"** – האם הינו בחזקת אוקסימורון ציני? מאין נשאבה התעוזה לסנתז טוהר מקודש עם נשק מוכתם בדם? קדושת החיים, כשלעצמה, מאלצת שימוש מושכל וזהיר בנשק. הפוטנציאל הקטלני האצור בשימוש בנשק מרוסן באמצעות חינוך ותרגול מוקפדים בעת שגרה, ויישומם ייבחן בשעת חירום, כמו גם עריכת תחקיר מעמיק והפקת לקחים בדיעבד עם שוך הסערה. דווקא מדינה שקמה מאפר ההשמדה ההמונית וקיבוץ גלויות, ולכאורה יכלה להיבנות על התנהלות ביטחונית משולחת כל רסן למען יראו וייראו, ביכרה, ובכל הענווה – בצדק רב, נאמנות לקוד אתי נעלה המקדש את החיים. צבא הגנה לישראל לא קם לצרכי כיבוש או עריכת מפגני ראווה של כח משחית. כשמו כן הוא. אמנם, בלית ברירה בכוחו של צה"ל להנחית מהלומה קשה וכואבת על אויב המאיים לכלותנו בדרך של מתקפת מנע, אך זהו החריג ולא הכלל. במזרח תיכון רועם פגזים ועשן מיתמר, במדינה למודת מלחמות ופיגועים אכזריים שאדמתה ספוגה בין היתר בדם קורבנות טרור חפים מפשע, מדרון חלקלק עד מאוד אורב בכל פינה, בכל ממשק חיכוך המפריד "בינינו" ל"בינם". הנה כי כן, טוהר הנשק אינו בגדר מושג מילוני מופשט הנלמד באקדמיה הצבאית ונזנח ונשכח בשטח. מדובר ברוח המפקד, בדרך חיים, בבחירה מודעת, בכל פעם מחדש, בהיות חייל, ראש לכל, אדם מוסרי ורציונלי. הנוו מצפים, כי כל חייל יפעיל שיקול דעת מירבי ומיטבי בטרם ייאבד שליטה על קליע שנורה מקנה כלי-נשק שבידיו ושעלול לקטול חיים – בזויים ונקלים ככל שיהיו לדידו בכל קנה מידה. הדברים מקבלים משנה-תוקף בזירה נקודתית בה האויב כבר מנוטרל במידה משביעת רצון, ועשויים בהחלט לאבד מתוקפם במידה זו או אחרת באירוע לוחמה מורכב וכללי. כל מקרה ייבחן לגופו.

185. **"מחבל"** – הינו כותר טעון במחוזותינו. גם אם נדביק למחבל שמות תואר שישקפו רגשות שנאה ובוז ככל שרק נחפוץ, נרחיבם, נעצימם ונקצינם באש יוקדת אמונה וביטחון בלתי מעורערים; עדיין, למצער לפי מערכת המשפט, חוקי היסוד והדין, המשקפים את חזונה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית – אדם הינו ולא חיה או חפץ. משכך, כשלעצמו, לדידנו אף אם לא בעיני עצמו, נכבד אותו בהעמדתו לדין, וחיו לא ייקטלו בטרם עת מכוחם של שרירות הלב או המחשבה.

יהא ראוי למיתה ככל שיהא על פי צו ליבנו, לעולם לא ניטול לעצמנו הרשות ליזום אותה אלא בהינתן נסיבות ייחודיות הקבועות בדין. ודוק: כאשר התנאים מאפשרים זאת, גם מחבל שנפצע על תקן היותו אויב על-פי כל קנה מידה זכאי לקבלת טיפול רפואי נאות שעשוי להציל את חייו. אין לסבול אדישות לחיי אדם. אין להתיר התרת דם. כך אף לא ניישם באופן עיוור את הכלל שהוזכר על ידי דעת הרוב: "הקם להורגך השכם להורגו", מבלי שנשתכנע במידת הוודאות הנדרשת כי הרישא אכן מתקיימת. אין להכביר מילים כי חריגים לרוב עשויים לגבור על כל כלל או הפשטה שהוצגו לעיל. שיקול דעת של לוחם נסמך לעתים על מסד כה מורכב ונרחב של נתונים אובייקטיביים וסובייקטיביים עד שמן הנמנע לשחזרו בתנאים סטיריליים בדיעבד, לא בתחקיר הנערך בחדר המבצעים, לא כל שכן באמצעות כלים משפטיים קלאסיים.

186. **מן הכלל אל הפרט:** עלינו לתור, ראש לכל, אחר הסטנדרט הראוי לציון ולהדגשה, ובבואנו להכריע במקרה כה קשה, נדגיש את המובן מאליו: איננו שועים לסקרים מה חפץ הרוב באוכלוסייה שנחליט, אלא אנו מבקשים למצוא את הסטנדרט שעולה בקנה אחד, באופן המיטבי והמרבי האפשרי, עם הערכים והסטנדרטים אליהם מחויבת החברה הישראלית; בחוק, על פי רצון המחוקק, בפסיקה הרלוונטית, ותוך התחשבות במורשת ההיסטורית והתרבותית שלנו כעם וכיחידים. כשופטים, יש להדגיש, איננו יוצרים יש מאין. אנו מוגבלים על ידי המבנה הנורמטיבי והערכי של השיטה. אין ספק, שעל כתפינו מונחת בתיק זה מטלה קשה ולא פשוטה.

ולאחר שאמרנו את אשר אמרנו בדברי ההקדמה, ובהכירנו בנטל המונח על כתפינו, נצא לדרך.

הנתיב לקביעת העונש; עמדתנו אל מול דעת הרוב

187. ראש לכל נשוב ונדגיש את הידוע והמוכר: אובדן חיים שלא כדרך הטבע, יהא טיבו של הקרבן אשר יהא, **ומחבל נבזה שבא לפגוע ולהרוג חייל צה"ל בכלל זה**, הוא תוצאה חמורה ביותר ובלתי מתקבלת על הדעת בחברה מתוקנת, המנקזת את סכסוכיה ומאבקה עד כמה שניתן לאפיקים תרבותיים; לדין ודברים שמקומו בשיח הדמוקרטי הנוהג, וודאי לא בחריגה כה קיצונית מהוראות הפתיחה בירי ופגיעה

בקדושת החיים, מושגים כה חשובים שעוד נשוב אליהם בגדרה של הנמקתנו לעניין התוצאה בערעורים על העונש, ולא בכדי.

בגדר העובדות שהוכחו המערער קיפד חייו של מחבל נבזה ונפשע לאחר שסיים את הטיפול בחייל שנדקר על ידו. או-אז, על פי הנצפה בסרטון המשולב, סר המערער למעלה הדרך, למקום בו הניח בסמוך לפני כן את קסדתו, הרים אותה, פסע חזרה בבטחה נראית לעין, וחלף חבישתה על ראשו או הטלתה המהירה ארצה כדי לחסוך לדידו שיהוי מיותר, העביר אותה למשמורת לרב"ט ת' מ'. או-אז, דרך את נשקו, פסע מספר צעדים נוספים לעבר המחבל השרוע פצוע קשה על הכביש כשזרועותיו פרושות מעלה לצדי ראשו, מנוטרל לחלוטין, לאחר שכ-11 דקות קודם לכן נורו לגופו שישה קליעים בתגובה מידית – **נכונה ומוצדקת מבחינת הדין** – לדקירות שדקר את הסמל א' ו', כיוון את נשקו לעבר ראשו, כשבינו לבין המחבל השרוע עומדים אותה עת קרוב יותר למחבל מפקד הפלוגה ומפקד המחלקה, כשגבם מופנה למערער, וירה, ללא כל צורך מבצעי ובהתעלם מנוכחות מפקדיו הישירים בסמוך אליו ומבלי לשתפם בכוונותיו, כדור אחד שפילח את גולגולתו והרגו.

הנה כי כן, בלהט הרגע והיצרים, וחרף תכונותיו האישיות האכזריות ומעלותיו כאדם וכלוחם, איבד המערער צלם אנוש דווקא בשעת מבחן, או-אז גם נסדק שלדו המוסרי.

188. דעת הרוב בשתי הערכאות מצאה, כי נסיבות המקרה בכללותן מצדיקות קביעת מתחם ענישה שבין 18 לבין 48 חודשי מאסר. בין נסיבות אלה, נמנו הרקע לאירוע, העובדה שהיה זה אירוע ראשון מסוגו עבור המערער ומורכבות הזירה. בהמשך לכך, העמידה דעת הרוב בערכאה קמא ובערעור את עונש המאסר בפועל על סיפו הנמוך של המתחם, היינו – על 18 חודשי מאסר לריצוי בפועל בצירוף עונשים נלווים. שופט המיעוט בערכאה קמא קבע, כי הגם שיש לתת משקל לנסיבותיו של האירוע, נדרש לתת משקל הולם לערכים המוגנים בהם פגע המערער – ובראשם קדושת החיים; זאת, תוך הדגשת הרף הערכי הגבוה שבו נדרשים לעמוד חיילי צה"ל גם בנסיבות מבצעיות. משקל ממשי בקביעת מתחם הענישה ניתן גם לעובדה, שמעשי המערער בוצעו מתוך כוונה לגרום למותו של המחבל על רקע מעשיו

הקודמים. בשים לב לכל אלה, הציע שופט המיעוט לקבוע מתחם ענישה שבין 30 לבין 60 חודשי מאסר בפועל, וכנגזרת מכך להשית על המערער עונש של 30 חודשי מאסר לריצוי בפועל, אף הוא על סיפו הנמוך של המתחם.

שני הצדדים, הגם שהיו חלוקים על גדרי המתחם העונשי, הסכימו שהעונש שיושת יעמוד על הרף הנמוך של המתחם.

189. דעתנו, כאמור בראשית דברינו, הן באשר למתחם העונשי והן באשר לעונש ההולם בגדרו של המתחם, שונה. בגדר הנמקת עמדתנו נפתח ראש לכל בפן המשפטי הפורמלי.

כיום, אנו מונחים לפעול ברוח סימן א'1 שכותרתו: **"הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה"**, כפי שנחקק בחוק העונשין (ס"ח 2330, מיום ט"ו בטבת התשע"ב, 10.1.2012, להלן: תיקון 113). בהתאם לתיקון 113, על סעיפי המשנה השונים שבסעיף 40 לחוק העונשין ולעיקרון המנחה שהוא עיקרון ההלימה (סעיף 40 ו-440 לחוק העונשין), שומה על בית הדין לעבור שלושה שלבים בטרם יגזור הדין.

בשלב הראשון – על בית המשפט לקבוע את **מתחם העונש ההולם** בין חומרת מעשה העבירה בנסיבותיו ומידת אשמו של הנאשם, לבין סוג העונש המוטל עליו ומידתו (סעיף 40ג(א) לחוק העונשין). מתחם העונש ההולם עשוי להשתנות ממעשה עבירה אחד לאחר **בהתאם לחומרתו**, ומנאשם אחד למשנהו **בהתאם למידת אשמו**.

רשימת הדוגמאות לשיקולים המשפיעים על החומרה כוללת, בין השאר, את תכנון העבירה, חלקו היחסי של הנאשם בביצועה ומידת השפעתו על אחרים, הנזק שהעבירה גרמה או צפויה הייתה לגרום, המניע לעבירה, יכולתו של הנאשם להבין את הפסול שבמעשה או את משמעות המעשה, לרבות בשל גילו, יכולתו להימנע מביצוע המעשה, לרבות בשל קנטור או התגרות, ומידת האכזריות בביצועה. מנגד לכך, נסיבות שאינן קשורות בביצוע העבירה כוללות את הנזק שהעבירה גרמה ותגרום לנאשם או למשפחתו, התנהגותו הכללית של הנאשם ותרומתו לחברה,

קבלת אחריות של הנאשם ומאמציו לתיקון הנזקים, נסיבות חייו, התנהגות רשויות האכיפה בעניינו, חלוף הזמן מאז ביצוע העבירה ועברו הפלילי.

וידוגש, הרשימה דלעיל אינה סגורה. אלו הן אך דוגמאות שנועדו להמחיש אילו נסיבות ייחשבו כמרכיבות את חומרת מעשה העבירה ואשמו של הנאשם ולכן ישפיעו על המתחם, ואילו לא ייחשבו ככאלה. בית הדין מונחה לשקול בסופו של איזון את חומרתו של מעשה העבירה ואשמו של הנאשם גם תוך התחשבות במדיניות הענישה הנוהגת, ובהתאם למכלול לקבוע את מתחם העונש ההולם.

בשלב השני – יש לקבוע אם יש מקום לחרוג ממתחם העונש שנקבע (ס' 40ג(ב) לחוק העונשין), לצורכי שיקום (ס' 40ד לחוק העונשין), או לשם הרחקה מהציבור כדי להגן על שלום הציבור (ס' 40ה לחוק העונשין).

בשלב השלישי (בהנחה שאין מקום לחריגה מהמתחם) – נדרש בית המשפט להכריע מה יהיה העונש בתוך מתחם הענישה (ס' 40 ג(ב) לחוק העונשין); לצורך זה, רשאי בית המשפט לשקול נסיבות אחרות שאינן קשורות בביצוע העבירה. רק אם בית המשפט מצא, כי הוכח שיש **סיכוי של ממש** שרמת הענישה תשפיע על ההרתעה האישית או הכללית, רשאי הוא לשקול את השפעת העונש על ההרתעה (ס' 40 ו ו-40 לחוק העונשין).

הנה כי כן, תיקון 113 חולל שינוי יסודי בהליך גזירת הדין של נאשם שהורשע עת קבע מדרג ברור של שיקולים במסגרת מובנית של שלושה שלבים. העיקרון המנחה נגזר במידה רבה מהתפיסה הגמולית-מידתית בגדרו **"מסר ההחמרה היה ככל הנראה הכיוון הכללי"** (עניין סעד הנ"ל, מפי כב' השופט א' רובינשטיין). על פי שיקול זה, יש לוודא שמתקיים יחס הולם ומידתי בין חומרת המעשה בנסיבותיו ומידת אשמו של הנאשם, לבין העונש שמוטל עליו ומידתו. זהו השיקול שאותו יפעיל בית המשפט בשלב הראשון של הליך גזירת הדין, ועל פיו יקבע את מתחם העונש ההולם. בהתאם לסעיף 40ד לחוק העונשין, ניתן גם להחליף את עיקרון הגמול באמצעות חריגה ממתחם ההלימה, אם הנאשם השתקם או ניתן לשקמו, אלא אם כן מעשה העבירה הוא בעל חומרה יתרה.

אף אם בפסיקה טרם נקבע מה נכלל בגדר המונח **"חומרה יתרה"**, הרי עבירה של **הריגה בכוונה**, כבמקרה דנן, חייבת לדידנו להיכלל בגדר עבירה בעלת חומרה יתרה שאינה מאפשרת חריגה מהמתחם. תיתכן אפוא החלפה בין שני השיקולים **רק בנסיבות יוצאות דופן** (סעיף 40ד(ב) לחוק העונשין). עיקרון זה יכול לבוא לידי ביטוי רק באמצעות חריגה לחומרה, שאינה ניכרת, ממתחם העונש ההולם (סעיף 40 לחוק העונשין). ויודגש, הרתעת היחיד והרתעת הרבים – יכולים כיום להישקל **רק בתוך מתחם העונש ההולם**, וכמצוין לעיל – רק אם הוכח שיש **סיכוי של ממש** שהחמרה בעונשו של הנאשם תביא להרתעה. מדובר אפוא בשינוי מהותי לעומת המצב טרם חקיקת התיקון. ועוד נשוב לעקרונות תיקון 113 גם בהמשך.

190. **חומרת העבירה ומידת האשמה** – לעיל ציינו, כי לאחר שעיינו עיין היטב בחומר הראיות כולו וצפינו שוב ושוב בסרטון המתעד את פעולותיו של המערער בזמן אמת – לפני, בזמן ובסמוך לאחר הירי – נראה על פניו שהמערער פעל בקור רוח מלא. יחד עם זאת, לא נעלמה מאתנו הידיעה גם על מצבו הנפשי בסמוך **לאחר הירי**, כפי שנלמד מפי חבריו לנשק שנכחו בזירת האירוע, ומפי הפסיכיאטר מטעם התביעה הצבאית, פרופ' וייזר (לעדות הפסיכיאטר שהעיד מטעם ההגנה לא ייחס בית הדין קמא משקל ממש, ואנו לא נידרש לכך ולו בשל כך שנושא זה נזנח לחלוטין על ידי הסנגוריה במהלך הערעור). אין חולק, כי אצל המערער התגלו – **לאחר הירי** – תסמונות פוסט-טראומטיות; ויודגש, אלה לא נתגלו לפני הירי, אלא רק לאחריו, ויש אפוא להניח, באין ראיה לסתור, שתסמונות אלו נוצרו כתוצאה ישירה ממעשה ההמתה עצמו שבא בעקבות דקירת חברו החייל בסמוך לפני כן. ודוק: אופן ביצוע הירי, כמתואר לעיל – מעיד בהכרח על הכוונה להמית (עובדה המתיישבת עם דבריו לרב"ט ת' מ' ולמפקד הפלוגה רס"ן נעמן בסמוך לאחר הירי, כמובא בגדר ההכרעה בערעור על ההרשעה). לא זו אף זו, יש באופן ביצוע הירי לא רק להצביע על **דרגת החומרה הגבוהה ביותר של עבירת ההריגה**, בכך שבחר ליטול החוק לידיו, להפר בראש חוצות את הוראות הפתיחה בירי אותן הכיר היטב, בנשק שהופקד בידיו לצרכים צבאיים-מבצעיים בלבד, ובחר לפגוע בערך קדושת החיים, אלא גם (ומבלי שהדבר ישפיע על קביעת המתחם – לפי הקבוע בתיקון 113) להצביע על קיומה של אפשרות פוטנציאלית אצל המערער כמי שעלול, בנסיבות מסוימות, לאו דווקא חריגות במיוחד או קשות לעיכול, לאבד לפתע ללא סיבה נראית לעין, קשר עם

ערכים יסודיים עליהם חונך הן בבית הוריו, הן במסגרת לימודיו והן במסגרת שירותו הצבאי, ובראשם – ערך החיים וקדושתם.

היסוד הנפשי העומד אפוא בבסיס המעשה שביצע המערער, היינו – **כוונה להרוג**, מחייב ליתן לכך את המשקל הראוי באשר למידת אשמו של המערער (בהתאם לנקבע בדנ"פ 3371/98 **אזולוס נ' מדינת ישראל**, פ"ד נד(4) 502 (2000)). דא עקא, שעיון בגזר הדין של בית הדין קמא, אשר אומץ על ידי דעת הרוב, לא מעניק לדידנו, בכל הכבוד, את המשקל הראוי למידת אשמו של המערער בעת ביצוע מעשה ההמתה, שהתאפיין בחומרה מופלגת המצריכה את שיבוץ המעשה בנורמה עונשית הולמת, שמידתו כמידת החומרה שבמעשה.

כאן גם המקום לציין, כי בעת קביעת המתחם (כמו גם בשלב השני עת בוחנים אם לחרוג מהמתחם) אין להפריד בין חומרתו של מעשה העבירה (על נסיבותיו) לבין מידת אשמו של הנאשם. שקלול **שני** הגורמים הללו משמש הן לקביעת מתחם העונש ההולם בשלב הראשון והן לקביעת החומרה היתרה בשלב השני של גזירת הדין.

191. **הפסיקה הרלוונטית** – נשוב ונזכיר את הפסיקה העיקרית הרלוונטית שהוצגה גם לפנינו, ושגם בית הדין קמא ודעת הרוב בערעור התייחסו אליה: בעניינו של **מזרחי הנ"ל**, גזר בית המשפט העליון **30 חודשי מאסר** חלף 15 חודשים שגזר בית המשפט המחוזי, ובית הדין קמא קבע כי עניינו של המערער דנן **חמור** יותר מעניינו של מזרחי; בעניינו של **אלטגאוז** לעיל הקל בית המשפט העליון את עונשו של הנאשם וגזר עליו **5 שנות מאסר**, ובית הדין קמא קבע כי עניינו של המערער דנן **חמור** יותר מעניינו של אלטגאוז; ואילו בעניינו של **טדסה**, הנזכר לעיל, שדינו נגזר ל-**24 חודשי מאסר בפועל**, קבע בית הדין קמא כי נסיבותיו, בשונה ממה שנקבע על ידו לגבי שאר המקרים שצוטטו לעיל, חמורות יותר מנסיבותיו של המערער דנן (ובשל כך, יש להניח, הציב את הרף הנמוך של המתחם על 18 חודשים). דא עקא, שמסקנתנו בנדון שונה. להלן נבהיר את עמדתנו: טדסה, ששימש מאבטח בבנק, ירה בלקוח של הבנק לאחר שהאחרון ניסה להיכנס לסניף לאחר שעת הסגירה ותוך עימות עמו. בית המשפט העליון הניח לטובתו של טדסה, כי כתוצאה מהעימות האמור הוא חש סכנת פגיעה מוחשית מאת המנוח. עם זאת נקבע, כי היה על טדסה לנקוט באמצעי סביר

יותר למיגור הסכנה, כגון ירי לכיוון רגליו של המנוח. בקביעת **מדרג החומרה**, דעתנו שונה אפוא מזו של בית הדין קמא, שכן בעניינו של טדסה, כמו גם בעניינם של מזרחי ואלטגאוז, **הירי האסור בוצע בתוך שרשרת האירועים הרצופה של מאבק עם מושא הירי**. לא זו אף זו, בעניינו של טדסה נסב הדיון על מידת סבירותו של פעולותיו, לאחר שנקבע **פוזיטיבית**, כי ניתן להניח לטובת טדסה שאכן חש סובייקטיבית סכנת פגיעה מאת המנוח; זאת, בשונה מהקביעה העובדתית בעניינו של המערער. ואף זאת – בעניינו של טדסה קבע בית המשפט, כי מותו של המנוח נגרם כתוצאה ממעשה **פזיזות** בלתי שקול של טדסה, בשונה ובמדרג **נמוך** יותר מזה שנקבע בעניינו של המערער (**כוונה להרוג**). לשון אחר, גם **בהיבט היסוד הנפשי עניינו של טדסה קל מעניינו של המערער**.

לפסיקה דלעיל שהוצגה בפנינו ובפני הערכאה קמא נבקש להוסיף פסק דין שניתן ממש לאחרונה (ביום 28.5.2017), בגדרו נגזר דינו של **קטין** שהרג את חברו, אף הוא קטין, בנסיבות של מריבה עמו (ת"פ 13785-12-16 (מחוזי נוער י-ם) **מדינת ישראל נ' פלוני** (קטין) (טרם פורסם, 28.5.2017), מאת כב' השופט א' אברבנאל). אמנם, המקרה מושא האישום דנן שונה בנסיבותיו ממקרהו של הקטין אך יש בכל זאת לשים לב לפרטים הבאים: הנאשם הקטין, בן 16 ו-10 חודשים (כשלוש שנים צעיר מהמערער), **הודה בעבירה ולא ניהל הוכחות** (להבדיל מהמקרה דנן בו נוהלו הוכחות), עובדה המובאת בדרך כלל בחשבון השיקולים לקולת העונש; הוסכם על הצדדים כי מדרג היסוד הנפשי של הקטין ביחס לתוצאות המוות היה **קלות דעת**, שהוא הרף **הנמוך ביותר** בעבירת הריגה (להבדיל מהמקרה דנן בו מדרג היסוד הנפשי עומד על **כוונה**, שהוא הרף **הגבוה ביותר** בעבירת הריגה). והנה, על אף נסיבות קלות לאין שיעור מהמקרה דנן, שהרי במכלול שיקולי ענישתו של קטין בגיל כה צעיר, אשר המחוקק הורנו כי בעניינם של קטינים יש בדרך כלל להעניק את הבכורה לאינטרס השיקום (ולכן תיקון 113, שעיקרון הגמול הוא העומד בבסיסו, לא חל בעניינם של קטינים), נגזר דינו **לחמש שנות מאסר בפועל** ולעונשים נלווים כמו מאסר על-תנאי ומתן פיצוי כספי.

ודוגמה נוספת, אף היא בתחום שונה לחלוטין מענייננו (תעבורה), אך בנסיבות העניין ראויה לציון ולהשוואה: בע"פ 467/09 **זילברמן נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם, 2.2.2010), דחה בית המשפט העליון את ערעורו של המערער על חומרת העונש

(וההרשעה) שקבע בית המשפט המחוזי בירושלים. המערער נהג בכביש במהירות העולה על המותר, וניסה לעקוף כלי רכב לפניו. כשניסה לבלום מחשש להתנגשות, איבד שליטה על הרכב והתנגש במעקה בטיחות, אשר חדר לתא הנוסעים וגרם למותו של חברו המנוח. בית המשפט קבע, כי נהיגת המערער מהווה "התרשלות רבת" שיש בה כדי להקים חזקה עובדתית בדבר התקיימותה של מחשבה פלילית של **קלות דעת**. התנהגותו היוותה **רשלנות פושעת**, אשר כל בר דעת היה מבין את הפוטנציאל הקטלני הגלום בה.

העונש שגזר בית המשפט המחוזי בירושלים, שאושר כאמור על ידי בית המשפט העליון, עמד על **42 חודשי מאסר בפועל** בנוסף לעונשים נלווים.

192. לא נצא ידי חובתנו אם לקראת קביעת מתחם העונש ההולם לא נתייחס גם לעובדות הבאות המעידות, כשלעצמן, על מידת החומרה והאשמה של המערער: בהינתן שגרסת המערער בנוגע להתקיימותם של סייגי ההגנות בפלילים, עליהן תלה המערער את יהבו בערעור, נדחתה על ידינו, כמפורט בפרק הרלוונטי בערעור על ההרשעה; בהינתן שהוכח כדין כי אופן הירי של המערער מלמד על **כוונה להמית** מצדו; בהתחשב בכך שהתביעה הצבאית בחרה, מנימוקיה, להגיש כתב אישום על עבירת הריגה, ואיננו באים **בביקורת על כך**, או אז, שומה עלינו לבחון היבט משפטי נוסף והשלכתו **לעניין העונש בלבד**. סעיף 300 (א) {2} לחוק עונשין – ה"גורם בכוונה תחילה למותו של אדם" – מהווה אחת החלופות לעבירת הרצח, שאינה מסתפקת בפחות מאשר "כוונה תחילה" להמית אדם, ו"כוונה תחילה" בהקשר זה היא "כוונה רצח", שהיא הרמה הגבוהה ביותר מבין רמות הלך הנפש כלפי התוצאה, ולה הגדרה ממצה בסעיף 301 לחוק העונשין.

נזכיר את שלושת הרכיבים המצטברים שיש למושג "כוונה תחילה":

הראשון – **ההחלטה להמית**. הוכח במקרה דנן מעל לספק סביר, כי המערער צפה **במישור השכלי** את התוצאה הקטלנית של ירי בראשו של המחבל, וכי **במישור הרגשי** רצה בתוצאה זו. ונדגיש (בין השאר, בהתייחס לאמירת דעת הרוב בסעיף 170 סיפא, לפיה ההחלטה של המערער הייתה "בת רגע" וכי הוא "לא תכנן את המעשה מראש"), כי יסוד ההחלטה להמית אינו צריך להיות מתוכנן זמן ניכר קודם למימושו, ויכול להתגבש כהרף עין, אף במהלכו של האירוע הקטלני גופו; וכי המבחן

היחיד להתקיימותו נעוץ בשאלה האם בפרק הזמן הקצר ביותר, אכן חזה המערער את תוצאות מעשיו וחפץ בהגשמת כוונתו. כוחה של התנהגות המערער בשעת מעשה להוכיח את ההחלטה להמית נעוץ במידתו, אופיו וטיבו של הסיכון שיצר המערער לחייו של המחבל, והלכה למעשה ה"סיכון" במקרה זה של ירי מטווח קרוב לראשו של המחבל מדבר בעד עצמו, לאמור: ככל שהסיכון שיצר המערער במעשהו לחייו של המחבל חמור יותר, וודאי יותר, כך ייטה בית הדין לראות ביצירתו משום כוונה להביא למימושו. אשר על כן, השימוש בנשק הקטלני משמש במקרה דנן גורם המצביע על קיומה של כוונת קטילה.

השני – **"בלי שקדמה התגרות בתכוף למעשה"**. אף כי הצדדים לדיון כלל לא נדרשו לניתוח סוגיה זו, שכאמור כלל לא הועמדה להכרעה, הוכח לכאורה במקרה דנן, שלא היה קנטור מידי אשר שלל שיקול ויישוב דעת אצל המערער, ואף כלל לא נטען לפנינו שהיה קנטור. מתיחות נפשית שבה היה המערער, עקב הטיפול בחברו שנדקר עובר לביצוע המעשה, לא תסייע בידו בהקשר זה, שכן צריך שהקנטור יעמוד גם במבחן אובייקטיבי, והמבחן האובייקטיבי – בוחן את "האדם הסביר" ולא את האדם המתוח בנעלי המערער. לא זו אף זו, לא נשללה מהמערער, ולו לרגע, גם סובייקטיבית, יכולת השליטה העצמית שלו על מעשיו. נדגיש, כי "התגרות" יכולה שתבוא במעשה תקיפה מצדו של הקורבן, ובלבד שיישמר יחס נאות בין חומרת הסיכון הכרוך במעשה התקיפה לבין אופייה הקטלני של התגובה; ובמקרה דנן קבענו בערעור על ההרשעה, כי לא נשקף כל סיכון מצדו של המחבל. זה וגם זה, אם המערער ירה במחבל רק כעבור פרק זמן מסוים (כפי המקרה דנן), מעידה עובדה זו, כשלעצמה, שהוא החליט לעשות כן לאחר שיקול ויישוב הדעת ושלא פעל במצב של חוסר בשליטה עצמית.

השלישי – **יסוד ההכנה**, אודותיו אין להכביר מילים. החזקת הנשק ודריכתו עובר לירי מספקת להוכחת יסוד ההכנה.

הנה כי כן, האמור לעיל מביאנו לכלל מסקנה, ושוב – לכאורה בלבד, כי שילובם של ההיבט העובדתי שהוכח ("המעשה הפלילי") בצירוף היבט היסוד הנפשי שהוכח ("כוונה תחילה"), מקרבים אותנו אל סיפה של עבירת הרצח בכוונה תחילה. ואם

יאמר מי שיאמר כי למרות כל אלה לא נחצה הרף מעבירת ההריגה לעבירת הרצח נשיב, כי הוא לפחות משיק לו, לבטח לא רחוק הימנו.

בכל מקרה נשוב ונדגיש, כי בסמכותה המלאה של התביעה הצבאית לקבוע סעיף אישום קל יותר בכתב האישום גם אם הראיות מאפשרות הגשת סעיף אישום חמור יותר, ולדידנו, חזקה על התביעה הצבאית כי משנהגה כך – צדקה בשיקוליה.

מה משמעות הדברים שנאמרו בפרק זה לענייננו? אין להימלט מן המסקנה, כי לו הועמד המערער לדין בעבירה חמורה יותר של רצח, או אז, אפשר שכלל לא היינו נדרשים להתלבט עתה, לא בדעת רוב ולא בדעת מיעוט, בקביעת מתחם העונש בסדרי הגודל שקבעה הערכאה קמא, ושאושרה גם על ידי חברינו למותב הערער. שכן, המחוקק אמר את דברו כי בגין עבירה מסוג רצח יש להשית עונש מנדטורי – מאסר עולם (למעט חריגים). בפועל, אפוא, התביעה הצבאית התחשבה במערער עת בחרה להעמידו לדין בעבירה פחותה בחומרתה, היינו – בהריגה (אמנם ברף העליון שלה – כוונה). אלא, שבבואנו לקבוע את מתחם העונש, ולאחר מכן את העונש בגדרו, אין ביכולתנו להתעלם מהנתונים הללו.

193. הארת נושא קביעת המתחם העונשי כשלעצמו, על כלל היבטיו, כמפורט בהרחבה לעיל, תוך שימת לב לעימות בינו לבין אינטרסים אחרים עליהם עמדה דעת הרוב, הם מעיקרו של הדיון והמחלוקת בפנינו. השאלה אם להותיר המתחם שקבעה הערכאה קמא ואישרה דעת הרוב בערער, או לשנותו, היא מטבעה אישית, ציבורית ונורמטיבית גם יחד, בה התחבטנו הן בפרהסיה (במהלך הדיונים) והן בנימי נפשנו (עובר למתן החלטתנו). התשובה לשאלה זו הבשילה לכלל הכרעה רק לאחר שקלא וטריא מעמיק המתחבטת בכובד ראש במורכבות הנושא, כפי שטענו לו הצדדים.

חזקה אמונתנו, כי עלינו כשופטים מוטלת החובה להצביע על מתחם עונשי שיהא בו, בין שאר מטרותיו, גם חד משמעיות ללא עמעומי בהירות וגמגום משפטי, כדי להציבו כתמרור הוריה ואזהרה לרבים. לכן, קביעת מתחם ענישה (ובגדרו, בשלב הבא, השלישי על פי תיקון 113, קביעת עונש קונקרטי) שאינו נחרץ, שאינו הולם ובלתי משמעותי, עלולה חלילה לעודד אחרים לסבור, ש"הפסדה" של ענישה יוצא

"בשכרו" של מעשה, וכי לפנינו רף חדש, נמוך יותר, ולמעשה – **הנמוך ביותר שנקבע על פי הפסיקה שהוגשה וצוטטה**, של ענישה בעבירת הריגה מתוך כוונה בכלל, ובכזו המתבצעת בנסיבות צבאיות – בפרט.

הנמקת דעת הרוב, לפיה "אותו רקע של **מתיחות ואירוע מסעיר זה מקרוב, חוסר ניסיון מבצעי וריק פיקודי**, לא באו לידי ביטוי בתמונת הפסיקה שהוצגה בפני בית הדין קמא ובפנינו. בכך נבדל עניינו של המערער ומצדיק התייחסות יוצאת דופן, בקביעת ספו התחתון של המתחם" (ההדגשה במקור; פסקה 171 סיפא לעמדת הרוב), מתעלמת לדעתנו מהקביעה הבסיסית, שלהבנתנו שופטי הרוב אינם חולקים עליה, לפיה מקובל היה על שופטי הערכאה קמא, כי **הנסיבות הכוללות**, שעמדו ברקע כל אחד מפסקי הדין הרלוונטיים שהוצגו, היו **פחות חמורות מנסיבותיו הכוללות של המקרה דנן**, ובכללן גם אלו שצוינו במודגש לעיל בדעת הרוב בערעור, שלבטח היו בידיעת ובתודעת הערכאה קמא עובר להנמקתה את קביעת גבולות המתחם (למעט בעניין "טדסה", לגביו סברנו אחרת מבית הדין קמא, כמנומק לעיל, ולהבנתנו גם דעת הרוב התלבטה בנדון); והנה נוכחנו, כי עונשי המאסר שהושתו בכל אותם מקרים פחות חמורים בנסיבותיהם, היו חמורים יותר מהעונש במקרה דנן.

הנה כי כן, הכוח המכונן שיש לנקודת המוצא השיפוטית על הרכב השיקולים שעל כפות המאזניים הבסיסי מחייב לדעתנו, **הן בהיבט של היסוד הנפשי של הריגה ברמה הגבוהה שלו, והן בהיבט של מצב הדברים שעמד ברקע הירי האסור**, קביעת מתחם עונשי גבוה לאין שעור מזה שקבעה דעת הרוב. יחד עם זאת, שומה עלינו להזכיר לעצמנו, כי גם בעידנא דחומרה עדיין מצווה השופט לבדוק בפרטי העבירה והנאשם אשר לפניו, ואין הוא רשאי לפטור עצמו בהצבעה על חומרתה וקשיותה בלבד. ואכן, תוך התחשבות גם בהיבט של האידך גיסא, כמפורט בהרחבה בכל חוות הדעת של השופטים בשתי הערכאות, נציע אנו לקבוע מתחם עונשי גבוה יותר, אך עדיין לא כזה המשקף לדעתנו את אופי העבירה החמורה מאוד שבה הורשע המערער.

194. **סיכומו של פרק קביעת המתחם** – בהתחשב באופי העבירה בעלת החומרה היתרה שבה הורשע המערער, נסיבותיה, מידת אשמו המוחלטת והבלעדית של המערער, והפסיקה הנוהגת והרלוונטית שהוצגה לפני הערכאה קמא ולפנינו – הן **בהיבט היסוד הנפשי והן בהיבט מצב הדברים שעמד ברקע הירי האסור** – נראה לנו, כי גם תוך התחשבות מרבית במערער, על כלל הנסיבות הרלוונטיות לשם כך, נכון היה, לו נשמעה דעתנו, להעמיד את מתחם העונש **לפחות**, ולא בלי היסוס, על זה שקבעה דעת המיעוט בבית הדין קמא, היינו – **בין 30 לבין 60 חודשי מאסר בפועל**.

נפנה עתה לשלב הבא של מסענו.

195. **קביעת העונש ההולם בתוך המתחם** – ראש לכל נטעים, כי לא ניתן להתעלם מהעובדה, לפיה המערער, לדאבון הלב, מאז ירה והרג ועד היום, טרם מצא מקום להביע ולו המיה של חרטה על המעשה שעשה. לא זו אף זו, המערער לא הסתפק במעשה הנורא שביצע, אלא שבמהלך המשפט אף בחר להפנות אצבע מאשימה לעבר מפקדיו בזירה, החל ממפקד הפלוגה, עבור דרך מפקד הגדוד וכלה במפקד החטיבה, בטענה שכולם כאחד רקמו נגדו מזימה וכיזבו בעדותם בבית הדין (למעט רב"ט ת' מ'). גרסה זו נדחתה מכל וכל, ודי אם נזכיר בהקשר זה את שצינו לעיל בעת הדיון בערעור על ההרשעה, כי על אף הטענות הקשות שבחר המערער להטיח במפקדיו במהלך עדותו, אף אחד מהם לא נחקר נגדית על ידי הסנגוריה בנוגע ל"כזב שכיזב", כביכול (בין אם במהלך פרשת עדי התביעה, ובין אם במהלך פרשת ההגנה, בהינתן שהגרסה הרוחבית בדבר דברי הכזב הועלתה לראשונה על ידי המערער רק לאחר תום פרשת עדי התביעה, עובר למתן עדותו בבית הדין). מצופה היה אפוא, שהמערער, בשלב זה או אחר, יחוש ויביע – בדרך זו או אחרת – רגשות טבעיים של כאב, אשמה וחרטה; כוללת או אפילו רק חלקית. משלא נעשה כן, אף לא בפנינו עת העלינו ביוזמתנו נושא זה לקראת תום שמיעת הערעור, המסקנה המצערת המסתברת מכך הינה, שהפנמת האיסור שבמעשיו עדיין ממנו והלאה. האירוע בכללותו יצא מכלל שליטה בזירה עצמה, ומאז ואילך, עת ניהל את הגנתו כפי שבחר לנהל, נזקק המערער למסע שלם של למידה עצמית והפקת לקחים, בו טרם החל כלל מטעמים שטיבם טרם הובהר דיו.

וידוגש – אי הבעת חרטה בדרך כלשהי כאמור, משמעותה – ניתוב מידת העונש לכיוון מעלה מהרף התחתון שבמתחם.

196. מאידך, מהו המשקל שראוי לתתו לשיקולים האינדיבידואליים של המערער, על רקעו האישי והרקע לביצוע ההרג, והאם רשאים אנו, ואם כן – באיזו עוצמה, להביא בחשבון, בנסיבותיו הכוללות של תיק זה, גם את רגש הרחמים או החמלה שיש לעשות בו שימוש בעת גזירת העונש בכלל? אין ספק, כי מבחינה מושגית ונורמטיבית הרחמים הם חלק מן ההליך השיפוטי ולכן אין מקום להסתירו או להצניעו (ראו: ד"ר דורון מנשה ופרופ' יחיאל קפלן "רחמים בשיפוט ובענישה" **עיוני משפט** לב 583, חוברת 3 (התשע"א-2011); למחלוקת בין השופטים אלון וברק ראו: ע"פ 10/86 זגל נ' **מדינת ישראל**, פ"ד מ(2) 769 (1986); וכן ראו עמדת המשפט העברי בנדון בחוות דעתו של השופט דרורי בתפ"ח (מחוזי י-ם) 40044-01-11 **מדינת ישראל נ' מזרחי** (טרם פורסם, 6.12.2011) פסקאות 36-38).

למערער, חייל קרבי צעיר, מארג חברתי תומך וחם, שחרף מעשהו החמור, שהכתיים את שמם של חיילי צה"ל ושל החברה הישראלית בכללותה בארץ ומחוצה לה, ביכר לעמוד לצדו ולתמוך בו. סוללת עדי ההגנה לעונש שהביאה ההגנה לבית הדין קמא לעניין זה, ואין בידינו אלא להביע את הערכתנו הרבה כלפי אצילות נפשם של חלקם, שלא נחבאו אל הכלים גם ביום הדין, ולמרות הכאב, בוודאי אף תסכול ואכזבה בליבם, אך גם אמונה ואהבה פיעמו בקרבם, קולם בבית הדין קמא נשמע צלול. ודוק: הללו ברובם מכירים את המערער שנים רבות, בתקופות שונות של חייו, ולא בכדי העטירו על אישיותו מיני תכונות שאינן עולות בקנה אחד עם דמותו של מבצע מעשה הרג פסול במחבל פצוע-ירי ומנוטרל. בני משפחתו של המערער, חבריו לנשק, מכריו, לרבות מוריו, שידעו צער עמוק ותחושות קשות נוכח פרשה זו, עומדים מאז לצדו ומביעים נכונות לספק בעבורו סביבה חמה ואוהדת, משפחה תומכת.

התרשמנו, כי אין לפנינו נאשם שרקעו מלמד חלילה על היותו אטום לערכים ואשר נהג ונוהג לתעל דרך קבע את פורקנו למעשה אלימות. לכן, תקווה בליבנו כי המערער, מתוקן בשורשו ובאופיו, ללא עבר פלילי כלשהו, חייל קרבי מצטיין באורחותיו טרם הירי, יפיק במהרה מהאירוע דנן את הלקח המתבקש. אנו ערים

לכך, שחששותיו העכשוויים של המערער, כמו גם אלו של בני משפחתו, לופתים את נפשו (ונפשם), ומן ההכרה שנבזקה בו (ובהם) לאור כל מה שאירע למשפחה מאז קרות האירוע, נראה כי הפיכחון עברו (ועבורם) עדיין קשה; אלא, שבסופו של יום השאלה אותה חייבים אנו להעמיד לבחינה ולהכרעה היא זו: האין זה מוגזם לקבוע, שרגישות מועצמת, מוצדקת ומתחייבת לשלום הציבור והשמירה על ערכיה של החברה הישראלית בכלל ושל צה"ל בפרט, נדרשת – **בעבירה כה חמורה ובמידת אשמה כה חמורה** – לנסיגה, מכוח עמדת ההגנה שעתרה להתחשב התחשבות יתר בעיקר עם המערער?

אנו נכונים להניח, כי למערער צפויים ימים קשים נוספים, מעבר לתקופה הקשה שעברה עליו מאז ביצוע העבירה ועד היום, של התמודדות בלתי פוסקת עם קולות העבר. אתגר עצום ניצב לפתחו, ותעצומות נפש עליו לגייס לצורך עמידתו בו בכבוד. הננו נכונים להאמין, כי על אף נסיבותיו החמורות ביותר של המקרה, אין לפנינו מערער המהווה סכנה מידית וממשית לציבור. לפנינו, כך אנו מבקשים לקוות, מקרה קונקרטי מיוחד ויוצא דופן; מקרה בו גם לדעת הערכאה קמא, דעת הרוב בערעור על העונש ואף לדעתנו אנו, נמצא המערער לראשונה בסיטואציה של טיפול בחבר פצוע שנפגע כתוצאה מפעילות טרור של מחבל כ-11 דקות לפני שהמערער ירה בו, כשהאירוע התרחש בלב העיר חברון, מקום קשה ומורכב אשר ידע פיגועים רבים ושהשירות בו כחייל צה"ל שנשלח לשירות מכוח חובת הגיוס הינו קשה ומאתגר ביותר, והסיטואציה בכללותה לא הייתה מוכרת למערער.

לפיכך, ראש לכל פתרון התפור למידותיו של המערער הוא שנדרש; אך לא רק למערער, אלא גם לכל חייל ומפקד במצבו באשר הוא.

למותר לציין, כי במסגרת שיקולי הענישה בתוככי המתחם תובא בכלל חשבון גם תקופת מעצרו הממשי של המערער בתיק זה (9 ימים) וכן תקופת המעצר הפתוח הממושך בו שהה עד לאחרונה, שוודאי נצרבה בזיכרונו כאלמנט הרתעתי בעל נפקות ומשקל של ממש.

197. אנו ערים לכך, שהמערער חש מתוסכל בצומת חייו הנוכחיים. ברם, אין בנסיבותיו האישיות כדי להשכיח או לרכך את חומרת המעשה או השלכותיו בפועל או בכוח. הנחזה לנגד עינינו בסרטונים ומתוך מקבץ הראיות שהונח לפתחנו הוא, שהמערער שם לקלס את ערך חיי האדם וקדושת החיים כאילו היה קרבן לחשכת מאורות כללית שערכים בסיסיים ושיקול דעת נאלמים דום בצילה. הקלות הבלתי נסבלת בה נוטל לעצמו אדם רשות לנקוט במעשה אלימות מכל זן ומין, לא כל שכן מעשה המתה מכוון, גם בנסיבות יוצאות דופן בקשיותן, אינה מותרת בחברה מתוקנת, ומשכך, חובתו של כל חייל, קל וחומר – של מפקד, שלא לפתח אדישות או סבלנות או הבנה כלפי התופעה המצערת, אלא לצאת נגדה בכל הזדמנות מתוך כוונה למגרה.

198. לאופן פעילותו של המערער השלכות רוחב ועומק מרחיקות לכת, בעלות נפקות בשדה החברתי והצבאי, ואלמלא תמוגר – מחירים כבדים ליחיד, לרבים ולמדינה גלומים בה. לא זו אף זו, האטמוספירה בה הננו חיים זמן רב תחת איום מתמשך של טרור ממומש באכזריות וניזון בשורשיו מסבלם ומצוקתם של אזרחים תמימים, הפוגע לא אחת גם בחיילים העושים לילות כימים על משמרתם, ובענייננו – בזירת חברון, ללא ספק זירה חמה ביותר, אם לא החמה ביותר לפחות בתקופה הרלוונטית בה נפגעו מגל הטרור הפלסטיני החל מספטמבר 2015 ועד אוקטובר 2016, קרוב ל-500 נפגעים, בהם 40 הרוגים ו-459 פצועים, מתוכם 42 פצועים באורח קשה, 12 פצועים באורח בינוני עד קשה, 75 פצועים באורח בינוני, 18 פצועים באורח קל עד בינוני ו-312 פצועים באורח קל (הנתונים פורסמו על ידי מגן דוד אדום) – משמשת קונטקסט "חיי" עבור בית המשפט. אף על פי כן, נאמר בקול צלול ורם: יידעו גם המערער ועמו גם הללו שבכוונתם לילך בדרכו, **לא זו הדרך!**

199. ריצדו להם לנגד עינינו לאורך כל מהלך הדיונים והכתיבה אותות האמת המשפטית, כמו גם אותם קודים ערכיים ומקודשים עליהם עמדנו ואותם הזכרנו, משל היו שחקנים אנונימיים חסרי פנים בהצגת תיאטרון טראגית במיוחד, נעו מעלה-מטה, לימין ולשמאל, סחור סחור ולפנים. בתנועתם, התוו תמונות שבהשתלבותן האחת ברעותה הרכיבו דרמה אנושית דחוסת-גוונים. והצללים – מילים להן, לחן מיוחד, מלוות בשפת גוף אישית מורכבת, תולדת חייל צה"ל

מצטיין, לוחם בשר ודם בדמות המערער. והטרגדיה – מחזה אפל שלא מן העולם הזה"לי השכיח כביכול, אשר נוסח ותואר בידי המאשימה כמפורט בכתב האישום, ובתום המשפט – במסגרת הכרעת-דין מקיפה. והלב נקרע, שהרי המסקנה שעלתה היא כי דמו של אדם (מחבל נבזה, אך עדיין אדם, יצור אנוש חי) חסר אוניס נשפך. וכתולדה מכך, כאבק נספגו עקרונות היסוד: כבוד האדם, קדושת החיים וטוהר הנשק, באדמת טרשים של העיר המדממת חברון, זירת לחימה למודת סבל, עליה צעד המערער מוכה בעיוורון חושים לתוצאות מעשיו.

ייתכן בהחלט וכנראה אף סביר, כי מבחינה רגשית המה ליבו של המערער וגעש. עם-זאת, רגשות אלו לא נבעו כתוצאה מסיכון פיזי מיידי כלשהו שנשקף מהמחבל ממש בטרם נורה, ובזאת נשללה האפשרות לקשר סיבתי ביניהם. לכן, אין לייחס לתוצאה הקטלנית ולו קורטוב של הכרח. המערער חלף על פני מספר צמתים בדרכו לתחנה האחרונה. לא בריצה נוטף זיעה ומתנשף, לא מוקף אימת מוות במסגרת מלחמה כוללת, אף לא לבדו מול מחבל מסוכן בזירה פרוצה ומוכת אלימות פעילה, אלא בצעדים מדודים, בתנועות גוף שקולות, לא היסס ובקור רוח מצמרר, בין חיילים וקצינים (ואזרחים) במקום, כיוון היטב את נשקו וקיפד חיים.

200. בבואנו לאזן אפוא בין כלל האינטרסים המנוגדים הרלבנטיים בתיק דנן, הננו מביאים בחשבון מחד את שיקולי הענישה המניעים את כף המאזניים לחומרה; ומאידך, גם את אלה המאטים את תנועתם ומכבידים על נטייתה האמורה, שלא לומר – אף הופכים מגמתה – לקולא.

אין שום הלימה סבירה בין הממצאים העובדתיים שקבע בית הדין קמא ושאותם אימצנו ביתר שאת לאחר עיון מוקפד בראיות הגולמיות מזירת האירוע ושמיעת הצדדים באריכות יתרה, לבין העונש שהושת. למותר לציין, כי לו המדובר היה בדיסוננס זניח לא היינו נוטלים לעצמנו הרשות להתערב במתחם שיקול הדעת של הערכאה הדיונית. אך ורק בשל כך שמדובר בסטייה של ממש מרף הענישה המתחייב בנסיבות העניין ושאינן בלתו, שומה עלינו להחיל את סולם הערכים המשפטי שעל פיו נבחנים כלל אזרחי המדינה, אף על המערער.

מנגד, לא נסתר מעינינו כי הראיות שנשמעו לעונש בבית הדין קמא וודאי מעניקות למערער נקודות זכות רבות שאיש אינו רשאי ליטול ממנו וכבודן במקומו מונח. התמיכה והאהבה הציבורית המורעפות על המערער, חייל צה"ל מצטיין שנשלח לזירת אירוע טרור ומוצא עצמו בבחינת נאשם במשפט פלילי, טבעיות לחלוטין בהתחשב במטענים הרגשיים הכרוכים במחיר שגובה הטרור ללא רחם.

כל אלה מצדיקים התחשבות בקביעת העונש **בתוך המתחם**, שאלמלא הנסיבות האישיות שצוינו לעיל, **המטות בסופו של יום את הכף לעבר הרף התחתון של המתחם**, מן הדין היה לקבוע עונש חמור לאין שעור, למצער כזה המתקרב למחציתו של המתחם העונשי שנקבע, אם לא למעלה מכך. זאת, בהתאם למדיניות הענישה הנהוגה בעבירות הריגה שבהן נקבע כי היסוד הנפשי שעמד בבסיס המעשה היה הגבוה ביותר, היינו – כוונה להרוג.

201. בהמשך לכך, אין כל הצדקה במקרה דנן לחרוג ממתחם העונש ההולם בשל **נסיבות שאינן קשורות בביצוע העבירה**, היינו – משיקולי שיקום (סעיף 40 לחוק העונשין), מאחר שלשיקולי ההלימה והגמול מוענקת הבכורה במקרה בו מעשה העבירה ומידת אשמו של המערער הם בעלי **"חומרה יתרה"**, ובהקשר זה, אנו מאמצים את עמדת בית הדין קמא (פסקה 91 לגזר הדין).

שקלנו גם אם יש לעשות שימוש בעמדה שמביע פרופ' אורן גזל-אייל (דיקאן הפקולטה למשפטים באוניברסיטת חיפה) במאמרו **"חריגה ממתחם העונש ההולם"** (ספר דורית בייניש), לפיה בנוסף לאפשרות הנ"ל לחריגה מהמתחם שקבע המחוקק, יש גם אפשרות לחריגה מהמתחם (בנוסף למקרים בהם קיים הסדר טיעון, שאינו רלוונטי לענייננו), גם מטעמים של צדק. הגם שהדבר לא צוין בתיקון 113, מסתמך המחבר המלומד על השיקול החוקתי, האוסר פגיעה מעבר לנדרש בחרות ממאסר, כאשר הטלת העונש במסגרת המתחם אינה מידתית, כפי שאימץ זאת בית המשפט העליון (כב' השופט פוגלמן) בע"פ 5669/14 **לופליאנסקי נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם, 29.12.2015), פסקאות 196-225. בסופו של יום, לא מצאנו שבמקרה דנן המתחם שקבענו עומד בניגוד לכללי הצדק ולכן גם לא מצאנו לחרוג הימנו.

התוצאה המוצעת

202. משהוסכם על התביעה הצבאית בבית הדין קמא (כמו גם על הסנגוריה), לפיו יעמוד עונשו של המערער על הרף התחתון שבמתחם העונש שייקבע; ובהינתן שעל פי מצוות המחוקק בסעיף 40א(1) **הפגיעה שהעונש יגרום לנאשם צריכה להישקל רק במסגרת בחירת העונש בתוך המתחם** (ולא במסגרת קביעת המתחם עצמו); ומשאיזנו כאמור בין המגמות המנוגדות המזינות במאוחד את משוואת הענישה הכללית תוך התחשבות בעקרונות הענישה שנידונו לעיל, לרבות במסגרת ביחס לעבירות דנן לעניין תקופת המאסר בפועל; לו נשמעה דעתנו, היינו (בנוסף לדחיית ערעור המערער על העונש כמצוין בפסקה 163 לעיל) מקבלים את ערעור התביעה הצבאית על העונש, ומעמידים אותו על **30 חודשי מאסר בפועל**, בניכוי 9 ימים בהם היה עצור בתיק זה, כעמדת דעת המיעוט בבית הדין קמא, וזאת חלף עונש המאסר שקבעה הערכאה קמא ואישרה דעת הרוב בערכאת הערעור. את שאר העונשים שקבעה הערכאה קמא היינו מותירים על כנם.

הגיגים והערות בטרם נעילה

203. תרבות – הינה מגוון של התנהגות אנושית. אל לנו לצקת למושג זה תכנים מעוותים גם בבואנו לחוס על חייל שסטה סטייה חדה מקוד ההתנהגות הנדרשת. אל לו למערער, אף אם גילו צעיר, שכמבואר בהכרעתנו בערעור על ההרשעה בוודאי לא נדרש להגנה עצמית כמשמעותה בחוק העונשין, ואף לא עומדת לזכותו אף אחת מטענות ההגנה האחרות בפלילים, להטות את מחשבותינו מעוולתנו לעוולת אחרים, לרבות לעבר מפקדיו, כפי שנעשה לצערנו על ידיו בשתי הערכאות, טענה שנדחתה על ידי הערכאה קמא ונדחית גם על ידינו; זאת, כאמור, בלי להפחית כהוא זה מביקורתנו כלפי חלק ממפקדיו לא רק על ניהול בלתי מוצלח של הזירה בזמן אמת לאחר שתם אירוע הירי הממית, אלא גם במהלך החקירה והמשפט, כמובא בפסק דינו של בית הדין קמא, ושאף אנו נבליט מספר הדגשים נדרשים בהמשך, אף מעבר לאשר צוין בגדר ההכרעה בערעור על ההרשעה.

204. הפרשה דנן מהווה תמרור אזהרה חד משמעי עבור כולנו. העובדה כי בכוחו של המערער לשמש מודל לחיקוי לאחרים אף היא עומדת לנגד עינינו. הזעזוע שזרע המערער בקרב החברה הישראלית בכללותה, ובעיקר בין חיילי צה"ל הממלאים

משימתם בדבקות תוך חירוף נפשם, לעתים בנסיבות בלתי אפשריות, לא צפוי להתפוגג מעצמו, ולרבים וטובים מקרבנו חובה לשנן ולאמץ מושכלות יסוד כדי לשרש כל תופעה בעלת פוטנציאל הרסני לרקמה הרגישה של החברה בה אנו חיים.

205. עד כמה רפת אונים בינתנו לנוכח מעשהו החמור של המערער, שלא בוצע על ידי כוח טבע ואיתניו הבלתי נשלטים, אלא על ידי הנעה פנימית רצונית חסרת מעצורים, שתורגמו על ידיו למעשה חמור ביותר שיש בו תסמונת מדאיגה של היסחפות קצרת-רואי אחר יצר נקמנות. יש די והותר חרסים אחרים לגרד בהם את פצעי החברה הישראלית בתקופה זו מלבד מעשים כאלה. מאבק זה איננו קשור אך לצורך בשינויי טעם קצרי-טווח אלא בתיקון שיבושים וקלקולים הנוגעים בתהליכי עיצובה של חברה ותרבות ישראלית מתוקנת.

206. קבענו, ושבנו והדגשנו, כי בזירת האירוע לא נדרש שום שימוש בנשק בשלב בו סחט המערער את ההדק. המחבל הוכרע במידה מספקת וכך בדיוק התנהלה הזירה עד לרגע הירי. טווח שיקול הדעת שעמד בפני המערער לאורך כל שרשרת פעולותיו לא הוגבל או צומצם מכח הנסיבות המבצעיות האובייקטיביות, לכן גם אין להכשיר טעות בהפעלתו. המערער הכתים את מושג טוהר הנשק בו יוצק צה"ל תכנים יומם וליל ללא לאות. לא זו אף זו, גם אם המדובר במחבל נבזה מצוויים אנו לכבדו במעמד "אדם", הנושא באחריות מלאה למעשיו. לכן, אם ישרוד ויחיה, יעמוד לדין. לא נבוא חשבון עם אויבינו הפצועים בקליעים הנורים בפורמט "המערב הפרוע" על-ידי שריף "נועז" המבצע "קיצור דרך" לצדק ראוי לסברתו, כי אם בכפוף לחוק הכללי עליו אמונות רשויות מוסמכות, כמו גם לסדרי דין – מפרכים ומעיקים ומתמשכים ככל שיהיו. דווקא במקרה ייחודי זה, איננו סבורים כי קיים פער לאו-בר-גישור בין האמת לאמיתה לבין האמת המשפטית. אמיתות כה חמורות-סבר נושאות מסר עונשי ברור וחד משמעי.

207. סבורים אנו, כי כל חייל צה"ל, בעיקר הקרביים ביניהם, מחויב עם תום הקורסים שעבר והוכשר כלוחם לפעול ככל יכולתו למען שמירה על טוהר הנשק וקדושת החיים ללא שיקולים זרים. לא בכדי השתמש מכונן חוק יסוד כבוד האדם וחירותו בביטוי "קדושת חייו" המעמיד את ערך חייו של אדם באשר הוא "לערך

היסודי ביותר שבלעדיו כמעט אין תקומה לערכים אחרים... (ע"פ 4688/09 ראב נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 29.12.2009), מפי כב' השופט רובינשטיין והאסמכתאות המאוזכרות בפסקאות י"ז-י"ט).

כל חייל צה"ל חייב להיות דרוך-מעש ואמונת-ייעוד לשמירה מוקפדת על היותו חלק מצבא מוסרי המקפיד למלא את משימותיו אך ורק במסגרת הדין. על כל מפקד בצה"ל להדגיש שוב ושוב בפני פקודיו, לצד הוראות הפתיחה בירי, גם את קדושת החיים **"כערך הטמון בצופן הפנימי של מורשת המשפט העברי ובאתוס היהודי של היחס לחיי אדם"** (שם, פסקה כ"א), **ולוודא את הפנמתו**. על משמורתן של כל אלה הופקדו חיילי ומפקדי צה"ל יומם ולילה לעמוד על המשמר, תרתי משמע, בכל עת ובכל שעה.

208. על אף ההערות שנשמעו מכיוון ספסלי הסגוריה, בין אם בגדרה של טענת ה"הגנה מן הצדק" ובין אם מחוצה לה וללא קשר אליה, לפיהן לא היה מקום להביא המקרה דנן לפתחו של בית הדין, דעתנו הינה, ראש לכל, כי הנחת מוצא בסיסית יסודית-דמוקרטית-חברתית-מוסרית מניחה, ובצדק, כי חובה לחקור מקרים המחייבים זאת. לפיכך, **בבחינת אמירת המובן מאליו**, חקירה פלילית באמצעות מצ"ח הייתה חייבת להתבצע גם במקרה דנן ולא ניתן לקבל מציאות או אמירות הסוברות שלא היה ראוי לחקור תיק זה, בשל הנסיבות החריגות והמורכבות של הנוכחות הצבאית הישראלית בשטחי יהודה ושומרון. להיפך – החקירה הפלילית הייתה חשובה בתיק זה משני טעמים עיקריים:

הראשון – מן הפן **הפנימי**: בניגוד לסברת הטוענים אחרת, ואלה על פי התרשמותנו אינם מעטים, היא מחזקת ומעצימה לדעתנו את יסודותיה של החברה הישראלית כלפי פנים ומבערת תופעות שליליות. היא גם מרתיעה (לא במובן המושג "הרתעה" לפי תיקון 113 לחוק העונשין) חיילים מפני חריגה מכללי המוסר ונהלי הלחימה דווקא באזורים בהם הם מחויבים להקפיד בהם עוד, כדי שלא לאבד את הרסנים המוסריים במלחמה ובשהייה בשטחי יהודה ושומרון, שעה שבמקרים רבים חלק מתפקידי החיילים הם תפקידי שיטור גרידא.

השני – מן הפן **החיצוני** : בעשורים האחרונים מגבשת הקהילה הבינלאומית מנגנונים שיפוטיים שתפקידם לאכוף את הדין הפלילי. כך, בית הדין לפשעי מלחמה ביוגוסלביה לשעבר ובית הדין הפלילי בהאג, וכך מפעילות מדינות שונות בעולם סמכות שיפוט על הפרות של המשפט הבינלאומי שנעשו במדינות אחרות, הנקראת **סמכות שיפוט אוניברסאלית**. מלחמתה של מדינת ישראל בארגוני הטרור, כמו מלחמתן של מדינות אחרות, כפופה לכללי המשפט הבינלאומי. שנים רבות נעשים ניסיונות שונים להעמיד לדין חיילי וקציני צה"ל במנגנוני שיפוט בינלאומיים שונים, בגין הפרות של המשפט הבינלאומי. מדינת ישראל מתנגדת לכך, עד כה בהצלחה, בטענה כי יש למדינה מערכת חקירה עצמאית לחלוטין, המסוגלת להתמודד עם כל הפרה של הדין. חתירה תחת יסוד זה עלולה להוביל לפגיעה גם במישור החיצוני הזה, היינו – חשיפת חיילי צה"ל ומפקדיו, עד הבכירים ביותר מהם, לפורומים בינלאומיים. אך מעבר לכך, מרגע שנפתחה חקירה פלילית (והסיבות לפתיחתה יכולות לנבוע בשל סיבות מוסריות, כמו – בירור שלא נפל פגם מוסרי-חוקי במעשי החייל אזריה; החשש מפני חשיפת חיילי צה"ל בפני פורומים משפטיים בינלאומיים; חדירת התקשורת ואמצעי הטכנולוגיה השונים והחשש מפני "סגירת" תיקים שקטה, ועוד כיוצא באלה), שבעקבותיה הוחלט על הגשת כתב אישום בתיק זה על פי הסמכות הנתונה בחוק לתביעה הצבאית, או אז, נהיר לכל כי רק באמצעות המשפט – ארוך ומקיף לכל הדעות, בגדרו הוגשו כל הראיות הרלוונטיות לדידם של באי כוח הצדדים לצורך הכרעה בכל צמתי הדיון המשפטי הדורשים הכרעה בשתי הערכאות – יקומו הדין והצדק המשפטי וייכוונו. בלתי מתקבל על הדעת להותיר בעולם הממשי פיסות דרמטיות של אירוע פלילי כה חמור, רב-נפקויות בחיי כה רבים, שטובתם, שלומם ולמעשה עצם איכות חייהם כבני אנוש בחברה דמוקרטית מופקדים בידי בתי המשפט ובתי הדין השונים – מחוץ לטווח השגתו של עולם המשפט. לשם מילוי תכלית ראויה זו נשמעו עשרות עדים ונשמעו טענות מצד שני הצדדים. לצורך עמידה באתגר נשגב זה גדושות הכרעות הדין של בית הדין קמא ושלנו בעובדות ובנתונים המשתרעים על פני מאות עמודים, לאחר שכל אלה נשקלו והוערכו מבחינת הקבילות, הרלוונטיות והמשקל האצורים בהם.

וידגש למעלה מן הצורך, כי במובחן מן המובא בהרחבה לעיל, **המצוי כל כולו בגדר סמכותנו כשופטים הדנים בתיק פלילי קונקרטי, על פי אמות המידה המוקפדות שמקנים לנו ומחייבים אותנו החוקים השונים הרלוונטיים** (כמו: חוק העונשין, חוק

השיפוט הצבאי, פקודת הראיות וחוק סדר הדין הפלילי); שיקולים אחרים שקנו להם שביתה סביב האירוע מושא תיק זה מהבחינה הציבורית-חברתית, **לבר משפטיים בעיקרם**, בגדרם "נשאבו" אל האירוע דן פוליטיקאים, לרבות הבכירים שבהם, אישי ציבור אחרים, קצינים בכירים במילואים, תיאורטיקנים מוסריים ועוד ועוד, שלכל אחד מהם הייתה, ועדיין יש, דעה בנדון שאותה, לצערנו, כלל לא הסתירו מתודעת הציבור – הן בסמוך לאחר קרות אירוע הירי וההמתה, הן עובר להגשת כתב האישום בתיק זה והן במהלך כל ההליכים המשפטיים שלאחריו מאז ועד עתה – ככל שיימצא שהם רלוונטיים למערער בתיק זה, **ואיננו מביעים עמדה בנדון**, אינם בגדר סמכותנו.

209. תם המשפט והלב נחמץ. ההתחייבויות הבסיסיות המחייבות כל לוחם צה"ל לנהוג לאורן נרמסו בידי מי שאמון על יישומן. דוגמא ומופת אישי לא שימשו נר לרגלי המערער. למדנו בתיק זה כי קדושת תפקידו של לוחם צה"ל נותרה תיאורטית לפרק זמן קצר, ובמקומה הזדקרו דרקוני יצרי-אנוש ושאר מיני חולשותיו ועטפיה בפרגוד אטום וכבד-משקל.

בעקבות כל אלה, בחרנו להשיא עצה והמלצה ישירה למערער:

אנו יכולים להבין את זעקת כאבך ומחאתך – שלך ושל הוריד ומקורבך, שאיננה נמדדת על ידינו אך ורק בכלים להערכת כאבים הבוקעים מלב מורתח. על אף רתיחת המרי שבנפשך, על אף שאולי פקע מיתר ציפיותך המיוגע מאז הוגבלו תנועותיך, עליו העמסת את תקוותיך מאתנו, דע כי אף אנו לא יכולנו לחטוף עצמנו ולהימלט מבין אותם קרני דילמה שפורטה על ידינו בהרחבה רבה לעיל. ומשכך, בסופו של יום הוכרע עונשך, לא בטרם נערכה בדיקה ביקורתית ובחינה ממשית שלא מתוך ראייה חד צדדית של כל הטעון שקילה, מזה ומזה. שומה עליך לנצל כל רגע מתקופת מאסרך הקרובה לטובת חיזוק והעמקת יסודותיך הטובים עליהם למדנו מעדי האופי שהעידו מטעמך בבית הדין קמא, למען תאסוף כוחות ותעצומות, עד כי בבוא היום יוכרזו אלה כמכריעים גורלך. לו כך תפעל, או אז, אף אם חלילה סכנה חדשה תארוב לפתחך ביום מן הימים, או לפתח רעיד לנשק, בסדיר ובמילואים, חזקה עליך שתשכיל אתה וישכילו חבריך הלוחמים להתמודד עמה בכוח חוכמתכם ולא זרועכם. לכן, הגם שריצוי מאסר בפועל לתקופה שנקבעה מהווה תוצאה קשה

בעבורך, הרי שבנסיבות העניין לא רק שזה מתחייב, אלא שיש בכך משום מוטיב של תקווה, אותו הננו מאחלים לך לחצות בהצלחה, אם רק נחוש וממוקד תהא במסרים שנשלחו לעברך (ולעבר בני משפחתך וכל שאר מקורבין) על ידי בית הדין. לו כך אכן תנהג – או אז בעיקר תאחז.

210. מבקשים אנו על סף סיום ובטרם חתימה, לשוב ולגעת בנקודה נוספת הנראית לנו מהותית וקריטית בתיק זה, שדיון אודותיה ומתן הסבר לה התבקש על ידינו גם במהלך דיוני הערעור ושהיא על דעת כל אחד מחברי המותב. עיקר בניינה של נקודה זו נסוב על התנהלות הנוכחים בזירה, לרבות המערער, אך לא רק הוא, מיד לאחר הירי הממית. המראות שנגלו לעינינו מעוררים בליבנו סימני שאלה, שלצדם מזדקרים להם לא מעט סימני קריאה. לא רק שהמערער, בהיותו חובש קרבי, נמנע במסגרת תפקידו הצבאי מהגשת טיפול רפואי נדרש למחבל השרוע על הקרקע כשהוא פצוע קשה כתוצאה משישה קליעים שירו החיילים לגופו בסמוך מאוד למעשה הדקירה שלו את החייל (כמובהר לעיל, פעולת תגובה מוצדקת לחלוטין גם מבחינת הדין!), כדי לנסות, בתוקף מיומנותו וחובתו המקצועית, להציל את חייו ולאפשר בכך את העמדתו לדין פלילי מאוחר יותר בגין העבירה שביצע ולמצות עמו הדין עד תום כמתחייב במדינת חוק; אלא, שגם לא מצאנו בסרטון כל תגובה, לא כל שכן תגובה חריגה מתבקשת מצד מאן דהוא בזירה ממנה ניתן היה להסיק כי מעשה הירי הממית הרעיד בליבו ובגופו את אמות הסיפים – לא אצל המפקדים שנכחו במקום, לא אצל החיילים שנכחו במקום ולא אצל האזרחים שהסתופפו שם בין החיילים. אף אחד מהנוכחים בזירה לא ספק כפיים ולא הרים קולו בתדהמה למראה המעשה החמור שבוצע זה מקרוב על ידי חייל צה"ל. הכל המשיכו לנוע בזירה בשקט ובשלווה סטואית יחסית – תגובה בעלת משמעות מטרידה ומדאיגה מאוד כשלעצמה, והקצינים במקום אף אפשרו למערער להמשיך בשגרת פעילותו המבצעית (שנקטעה אך ורק מאוחר יותר עם הגיע מפקד הגדוד לזירה, עת נלקח ממנו נשקו האישי), כאילו דבר חריג כלל לא אירע זה עתה בנוכחותם. בעיקר מתעצמת תחושה קשה זו נוכח הידיעה כי אף אחד מהחיילים הנוכחים בזירה לא העלה על דעתו שהוא מצולם (ואולי גם בשל כך). ודוק: מיד לאחר ביצוע הירי לא ניכרו שום דיסוננס או קונפליקט (בהנחה שאיש לא הבין מדוע בוצע הירי מלכתחילה), או הכרת תודה ושבח (בהנחה שהסיכון בו הבחין המערער נצפה או הורגש במישרין גם על ידי אחרים שחייהם ניצלו בזכותו) בין המערער לבין סביבתו

הקרובה, כמו חש וידע מראש כי חוסה הוא תחת אילן גבוה היונק ממעיינות המשטמה. ההשלמה הבלתי נסבלת עם המעשה יורדת למעמקי שורשי הווייתנו כצבא וכחברה מקוטבת ומשוסעת, בהתייחסותנו לטרור.

הקבלה שבשתיקה ונטולת העוררין של הירי על ידי המפקדים בזירה כה מטלטלת, מאחר שהיא מייצגת, לכאורה, תעודת הכשר שלו בדיעבד, עליה חתום צה"ל בזירת האירוע. זו אף עלולה חלילה לשקף בטעות את האווירה הכללית שמכוחה הוטען המערער בקליע שירה במחבל.

הפקת לקחים רבתי נדרשת. האמירה כי צה"ל הנו הצבא הטוב בעולם מקבלת תוקף לא רק לאור יכולותיו המבצעיות המזהירות לפגוע באויבנו בכל מצב או תנאי שיידרש לכך, אלא גם בגין השלד המוסרי יצוק הפלדה שלו המצדיק את עצם פעולתו מלכתחילה. כאב חד פילח אפוא את ליבנו נוכח העדות הישירה לכך כי לאחר ביצוע הירי נצפתה פתולוגיה צה"לית חמורה ובלתי מתקבלת על הדעת. לא נצפתה מנהיגות או דוגמא אישית, כי אם אדישות ורפיון.

ותמהנו: היכן המפקדים האחראיים בשטח, בזמן האירוע, שאמורים לשאת את לפיד המנהיגות? איה הדוגמא האישית? האם אלו פני הצבא למוד הקרבות ושבע השכול? קליע שנורה במחבל שרוע על הכביש, מיטלטל בין חיים למוות כתוצאה מירי של שישה קליעים לגופו כ-11 דקות קודם לכן, רוצץ את גולגולתו, והתגובה לכך – כמו נחשב אותו ירי בגדר של מה בכך, או שמא נחשב הדבר בעיני הנוכחים בזירה אך ורק בבחינת רעש כה מוכר וצפוי שכלל אין להתייחס אליו.

האם רשאים אנו לאבד צלמנו וכבודנו רק אם כך מבכר אויבנו לנהוג כלפינו? תשובתנו מוחצת: לא!! טוהר הנשק לא יקופח תחת עננת הטרור, לא יוזנח ולא יידום. חשבון נפש מעמיק נדרש ואף מתחייב לאורך השדרה כולה, ממפקד ועד אחרון החיילים.

האם נדרשה מצלמה על-מנת להבטיח זאת? לתומנו סברנו, כי כל אחד מחיילי וקציני צה"ל, ללא יוצאים מן הכלל, נושא בקרבו מצלמה פנימית נעלה מכל

טכנולוגיה ושיטת שידור, המגולמת במצפון האישי ובצדקת הדרך הקולקטיבית. עדיין הננו מאמינים בכך.

רגע נדיר זה, בטרם חתימה סופית, הוא רגע נאות לכולנו להרים ראש לשעה קלה, לשטוף את הזיעה מעל הפנים ולהפנות את הלב לחשוב במודעות צלולה, גם אם בבדידות קודרת לעתים, על הבית הזה שלנו שאנו חוסים בצלו כבר כשבעה עשורים, מפני שהוא מעניק לנו את מתת החירות לחיות בבית משלנו, בו נבקש ליישם את האמונה המופגנת בערכי היסוד של תרבות האדם ואת ההכרה האמיצה בחשיבותם של דברים שעליהם מושתתים מצוקי זכויות האדם. הנה כי כן, גם בהתחשב במציאות האובייקטיבית המורכבת, חוסר הסטריליות של הזירה במקרה דנן, מורכבות המציאות הביטחונית בשנים האחרונות לה היו ועדיין חשופים חיילים צעירים שנשלחו למשימתם, הצטיירה תמונה מדאיגה ומדירת שינה המעוררת מחשבות ובעיקר תהיות רבות החייבות להטריד לא רק אותנו כשופטים, אלא ראש לכל את המפקדים הבכירים בזירה הספציפית, אך בהחלט לא רק אותם אלא בכירים מהם בדרגה ובתפקיד, עד קצה הפירמידה. לנגד עינינו נחשפה תמונה (מצולמת), לפיה שגרת הפעילות המבצעית התקינה הדירה נוכחותה והשאר כבר היסטוריה שיש מכאן ואילך לעמוד על משמעותה בכל במה ציבורית ראויה.

תקווה בליבנו, שמנגנוני בקרה הולמים, כמו גם שינון מוקפד של כל הטעון חזרה ולימוד, כמפורט בהרחבה רבה לעיל, יונחו מכאן ואילך בכל נתיב בו יפסעו חיילי צה"ל ומפקדיו, בהווה ובעתיד.

הנה כי כן, תם אך לא נשלם.

ערעור התביעה על גזר הדין – דעת המיעוט השנייה

פתח דבר

211. לאחר עיון בדעת הרוב ובדעת המיעוט, החלטתי לצרף דעתי לדעתו רחבת היריעה וצחת הביטוי של חברי לדעת המיעוט. מעבר לכך, מצאתי לנכון להוסיף דברים שהם יסוד ועיקר, קצרים וברורים, לחיזוק ותמיכה בה.

העבירה

212. שמונת שופטיו של בית דין זה על שתי ערכאותיו הגיעו לכלל תמימות דעים ואחדות מסקנה, שנסיבות ביצוע העבירה על ידי המערער, הינן כאמור בהכרעת הדין המרשיעה את המערער.

לאמור: המערער, סמל מצטיין וחובש פלוגתי, ירה במחבל, אשר היה שרוע על הארץ במשך דקות ספורות, כשהוא פצוע בגופו מקליעי רובה שנורו לעברו, בעת שניסה מוקדם יותר להרוג חיילי צה"ל. באותו שלב של ביצוע הירי לא סיכן המחבל את המערער ואת יתר הנוכחים בזירה והירי לא בוצע על מנת לקדם פני סכנה. הירי נעשה בכוונה, מתוך מחשבה תחילה ובקור רוח, מטווח קצר לראש המחבל, על מנת שיגרום למותו משום, כמאמר המערער, "שמגיע לו למות". זהו פשע ההריגה בו הורשע המערער פה אחד.

העמדה לדין

213. משאלה הן נסיבות ביצוע העבירה, "העמדה לדין היא אלף בית. מושכל ראשון. לא ייתכן כי לא יעיר הפשע את החוק" ומבצע הפשע לא יועמד לדין.

הגנה מן הצדק

214. משאלה הן נסיבות ביצוע העבירה, לא ייתכן שתישמע כאן טענת ההגנה מן הצדק. הצדק אינו יכול לדור בכפיפה אחת עם טענות ההגנה, כאשר כריכתו עימן יחדיו הינה בבחינת תרתי דסתרי, ההופכת מהותו על פיה.

אכיפה בררנית

215. משאלה הן נסיבות ביצוע העבירה, לא ייתכן שתישמע כאן טענת אכיפה בררנית. צריך להיות ברור, שמעשה כמעשהו של המערער, שלא תוך כדי פעילות מבצעית ולא על מנת לקדם פני סכנה, לא רק שמצדיק ומחייב העמדה לדין והרשעה; אלא מצדיק ומחייב אכיפה בלתי בררנית ומיצוי הדין עם כל עושי אותו מעשה כמותו.

אין אפשרות ליתן פטור לפרט מעבירת הריגה בנסיבות שכאלה, כאשר הנורמה המקדשת חיי אדם מחייבת העמדה לדין של כלל עוברי אותה עבירה. "פרט וכלל כאן המה צמד כחוק", והעמדה לדין היא האפשרות האחת והיחידה שאין בלתה.

מתחם הענישה וגזר הדין

216. נצא מנקודת הנחה שנסיבות המקרה ונסיבותיו האישיות של המערער מצדיקות גזירת עונשו על פי הרף הנמוך של מתחם הענישה. גבולות מתחם הענישה צריכות להיגזר בעיקרו של דבר, קודם כל, על פי האשם וגמולו.

לא ייתכן, שבנסיבות ביצוע העבירה – ירי של חובש בראשו של מחבל, השרוע על הארץ מתבוסס בדמו, בכוונה ומתוך מחשבה תחילה, בקור רוח ומטווח קצר על מנת להרגו – העונש על כך יסתכם בשמונה-עשר חודשי מאסר, על פי גזר דינו של בית הדין קמא. לא ייתכן, שההלכה בישראל תרד לשפל מדרגה של רף תחתון שכזה, שיש בו משום זילות חיי אדם.

עבירת ההריגה בנסיבות המקרה, משמעה, ויש לקרוא לדברים בשם המפורש – עשיית דין עצמית מתוך יצר נקם של הוצאה להורג, ועוד על ידי חובש. משאלה הם הדברים, הגמול על מעשה שכזה של נטילת חיים, הסותר מכל וכל ערך חיי אדם, מחייב קביעת רף ענישה מינימלי גבוה בהרבה מזה שנגזר – עונש של שלושים חודשי מאסר לפחות. כך יש לגזור את עונשו של המערער, אם לא למעלה מכך.

סוף דבר

217. פה אחד, מצאנו לדחות את ערעורי ההגנה כנגד הכרעת הדין וכנגד חומרת העונש. ביחס לערעור התביעה על קולת עונש המאסר שהוטל על המערער נחלקו דעותינו. לדעת רוב השופטים, דין ערעור התביעה להידחות. שופטי המיעוט סברו, כי יש להחמיר ברכיב המאסר שהוטל על המערער. הוחלט, אפוא, בדעת רוב השופטים. העונשים שהוטלו על המערער יוותרו על כנם.

ניתן והודע היום, ז' באב התשע"ז, 30 ביולי 2017, בפומבי ובמעמד הצדדים.

_____	_____	_____	_____	_____
שופט	שופט	שופט	שופט	הנשיא