www.nevo.co.il

עפ 4784/13 ניר סומך נ' מדינ

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפ

ע"פ 4784/13

לפני:	כבוד השופט י' עמית כבוד השופט נ' סולברג כבוד השופטת ע' ברון
המערער:	ניר סומך
	נ ג ד
המשיבה:	מדינת ישראל

ערעור על הכרעת הדין מיום 24.1.2013 ועל גזר הדין מיום 20.5.2013 של בית המשפט המחוזי בבאר שבע בתפ"ח 1130/09 [פורסם בנבו] שניתנו על-ידי סגן הנשיא ב' אזולאי והשופטים נ' זלוצ'ובר וי' רז-לוי

תאריך הישיבה:	כ"ו באלול התשע"ה	(10.09.2015)
בשם המערער:	עו"ד יאיר גולן; עו"ד אבי חימי; עו"ד נחשון שוחט; עו"ד משה וייס	
בשם המשיבה:	עו"ד דגנית כהן ויליאמס	

חקיקה שאוזכרה:

חוק העונשין, תשל"ז-1977: סע' 34ה, 34י, 40ט(7), 300א(ב), 34טז, 34יו, 34כב(ב), 378

חוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב-1982: סע' 212

ספרות:

ש"ז פלר, יסודות בדיני עונשין (כרך א, תשמ"ד)

ב' סנג'רו, הגנה עצמית במשפט הפלילי (2000)

כתבי עת:

דורון מנשה, רביע עאסי, "טעות בזיהוי חשודים: הזמנה", משפטים, כרך לה (תשס"ה-תשס"ו) 205

--- סוף עמוד 1 ---

מיני-רציו:

* בימ"ש פסק כי אין חולק שהמערער ירה לעבר המנוח שלושה כדורים לפחות, מטווח קרוב, ובכך גרם למותו ובנסיבות אלו, מעשיו מקימים לכאורה את עבירת הרצח או ההריגה. יחד עם זאת, המערער הצליח לעורר ספק סביר בדבר קיומו של סייג ההגנה העצמית, ולפיכך, המערער זוכה מעבירת ההריגה, שבה הורשע ויש להורות על שחרורו ממאסר.

* דיון פלילי – הרשעה – ביטולה

* דיון פלילי – הרשעה – ספק סביר

* דיון פלילי – ערעור – התערבות במימצאים עובדתיים

* עונשין – הגנות – הגנה עצמית

.

המערער, קצין מבצעים במשמר הגבול, הורשע בבימ"ש המחוזי בהריגתו של בן טל ז"ל (להלן: המנוח) לאחר שזוכה מעבירת הרצח. על המערער הושת עונש מאסר למשך 14 שנים, בניכוי ימי מעצרו. עיקר הדיון נסב או השאלה האם המנוח הניף מנעול הגה לעברו של המערער ואודות השאלה, אם אמנם הונף מנעול ההגה, האם יש בכך כדי להקים למערער את סייג ההגנה העצמית.

.

בית המשפט העליון (מפי השופט סולברג ובהסכמת השופטים עמית וברון) קיבל את הערעור ופסק כי:

נקודת המוצא היא כי מעשה המקים עבירה בוצע בתנאים שאין בהם סייג לאחריות פלילית. בענייננו, אין חולק כי המערער ירה לעבר חזהו וראשו של המנוח שלושה כדורים לפחות, מטווח קרוב, ובכך גרם למותו. בנסיבות אלו, מעשיו מקימים לכאורה את עבירת הרצח או ההריגה. יחד עם זאת, אם יצליח המערער לעורר ספק סביר בדבר קיומו של אחד מן הסייגים לאחריות פלילית, כאשר נטל הבאת הראייה מוטל עליו, אזי כל עוד לא הוסר הספק, יחול הסייג. במקרה זה המערער הצליח לעורר ספק סביר לגבי קיומו של סייג ההגנה העצמית והמשיבה לא הסירה את הספק.

אשר לשאלה העובדתית האם המנוח הניף את מנעול ההגה שהיה ברכבו לעבר המערער, נפסק, בניגוד לקביעת בימ"ש קמא ותוך התערבות בממצאיו העובדתיים, כי אין לשלול את האפשרות שכך היה. העובדה שהמנוח יצא ממכוניתו לעבר המערער, כשהוא אוחז במנעול ההגה; החולשות שמגלות עדויות הראייה; הראיות הנסיבתיות על אודות הלך רוחם של המערער והמנוח; גרסתו של המערער, ושאר פרטי העניין מעוררים ספק סביר שמא הניף המנוח את מנעול ההגה לעברו של המערער, ומכל מקום, לא ניתן לשלול את האפשרות שכך אירע.

אשר לששת תנאי סייג ההגנה העצמית: הנפת מנעול ההגה על-ידי המנוח לעבר המערער עולה כדי איום שנשקפה ממנו 'סכנת פגיעה מיידית', ולפיכך מדובר בתקיפה שלא כדין; קיימת סכנה מוחשית. מנעול הגה, אם היה מוטח בעוצמה בראשו של המערער, כי אז יש יסוד סביר להניח שהיה מסב לו נזק גופני כבד וממשי, עד כדי חשש להריגתו; כן מתקיים תנאי המיידיות. המערער ירה את הכדור הראשון רק לאחר שזיהה בבירור את הסכנה קרֵבה לבוא, וחדל לירות מיד לאחר שנוטרלה; לא נפל פסול בהתנהגות המערער עובר לירי; בנסיבות בהן המערער היה צפוי לספוג נזק גופני ממשי כבד, עד כדי חשש לקיפוח חייו, אזי הירי במנוח אינו בלתי-פרופורציונאלי.

אשר לסייג השישי – נחיצות – אף כי ניתן היה לנקוט בחלופות פחות פוגעניות, בנסיבות העניין, אין לומר שהייתה חובה לעשות כן, ושאכן די היה בחלופה מן החלופות הללו כדי לנטרל את הסכנה. הירי

--- סוף עמוד 2 ---

שירה המערער לעבר מרכז גופו של המנוח לא חרג בנסיבות מגדר תגובה נחוצה, במצב הדברים הפיזי והתודעתי שנוצר בזמן אמת בשטח, הדרושה לשם הדיפת הסכנה; משלא נהדפה התקיפה, ומנעול ההגה נותר בגדר איום ממשי ומוחשי על חיי המערער, היה זה נחוץ לירות פעם נוספת לעבר המנוח. משלא נהדפה התקיפה לאחר הירי הראשון, והסכנה נותרה ממשית ומוחשית כשהייתה, לא

היה זה לכאורה בלתי-סביר לשוב ולירות פעם נוספת לעבר המנוח לשם נטרול הסכנה. הסכנה שנשקפה למערער הייתה מוחשית וממשית, ועצם האחיזה באקדח (מבלי שימוש בו) לא הקנתה לו יתרון או שליטה כלשהם בסיטואציה. המערער, קצין משטרה מיומן, פעל בהתאם לתרגולת המקובלת במצב של 'סכנת חיים'. תגובתו של המערער לא הייתה, בנסיבות העניין, בלתי-סבירה. ואחרי ככלות הכל, נותר לכל הפחות ספק סביר בדבר נחיצותו וסבירותו של הירי הנוסף לעבר ראשו של המנוח. לכן, יש לפחות ספק סביר, שמא קם למערער סייג לאחריות פלילית – הגנה עצמית. לפיכך, הרשעת המערער אינה יכולה להיוותר על כנה ושי לזכותו מחמת הספק מעבירת ההריגה ולהורות על שחרורו מבית הסוהר לאלתר.

פסק-דין

השופט נעם סולברג:

פרשה כואבת מבחינה אנושית, קשה לניתוח משפטי: קדושת החיים מזה וחירות האדם מזה; אישום ברצח, הרשעה בהריגה, מאסר בעקבותיה; וספק שלא נותן מנוח.

רקע

1. ניר סומך, קצין מבצעים במשמר הגבול, ואשתו טלי, עברו בשנת 2005 להתגורר במשק שרכשו במושב גבעת ישעיהו. ביתם של בני הזוג סומך שכן בסמוך לבית הוריו של בן טל ז"ל, אשר התגורר ביחידת דיור צמודה לבית הוריו במושב. לא היתה זו היכרותם הראשונה של ניר וטלי סומך עם בן; שנים רבות קודם לכן הכירוהו, בימי נעורותם, בתיכון שבו למדו השלושה בצוותא.

2. לאחר שעברו להתגורר בגבעת ישעיהו, בשנים 2005-2008, התפתחה מערכת יחסים הדוקה בין בני הזוג ניר וטלי סומך לבין בן. שעות רבות בילה בן בבית המשפחה, סייע בעבודות הבית השונות, שמר מעת לעת על בנותיהם של ניר וטלי, ולמעשה היה בן לבן-בית של ממש. כפי דברי עדותה של גב' מיכל שרוני, חברה קרובה של ניר וטלי: "כמו שהיה בבית מקרר, תנור וגז, אז היה גם את בן, הוא היה חבר של המשפחה וחלק בלתי-נפרד ממנה" (עמוד 612 לפרוטוקול, שורות 6-7). בשנים הללו התנהל הקשר של ניר וטלי סומך עם בן על מי-מנוחות, באופן תקין ושגרתי.

--- סוף עמוד 3 ---

3. המפנה חל בחודש פברואר של שנת 2008, אז נתן בן בידה של טלי מכתב ובו התוודה על אהבתו אליה. טלי שמרה על דבר המכתב בסוד, ולא סיפרה על כך לניר בעלה. בינתיים המשיך בן לבלות שעות רבות בביתם של ניר וטלי סומך, בעיקר במחיצתה של טלי. בשלב מסוים הגיעו הדברים לידי כך שטלי ובן התנשקו בסלון הבית. טלי העידה כי בן יזם את הנשיקה, וכי בתחילה אמנם שיתפה עמו פעולה, אך לאחר מספר שניות התעשתה והדפה אותו ממנה. לדבריה, ראתה בכך "חצייה של קו אדום" (עמוד 557 לפרוטוקול, שורה 8), וביקשה מבן לצאת מן הבית ולא לשוב אליו

עוד. לאחר מספר דקות חזר בן כשבידו אקדח (השייך לאחיו), דרך את האקדח, הצמידו לרקתו, ואמר לטלי כי אם תספר לניר על אשר אֵרע, שוב לא יוכל להגיע לביתם, ואז – אין עוד טעם לחייו. טלי דיברה על לבו של בן, הבטיחה לו כי ישכחו את מה שקרה, ולבסוף הצליחה לשכנעו ליתן בידה את האקדח. סמוך לאחר מכן התקשרה טלי לאמו של בן, אביבה טל, סיפרה לה כי בן ניסה להתאבד, וכי האקדח נמצא ברשותה. השתיים סיכמו להיפגש בערבו של יום כשאביבה ובעלה, הוריו של בן, ישובו לביתם. בערב השיבה טלי את האקדח להוריו של בן וסיפרה להם על קורות אותו היום. אביבה אמרה לטלי כי עליה להתרחק מבן, אולם טלי מֵאנה לקבל זאת, באומרה כי היא חוששת שאם תתרחק ממנו עלול בן לפגוע בעצמו. על כך השיבה אביבה כי אם אמנם יפגע בן בעצמו אזי אין הדבר באחריותה של טלי.

4. חרף דבריה של אביבה המשיכה טלי לשמור על קשר עם בן. טיב הקשר בין טלי ובן במהלך אותה תקופה שנוי במחלוקת. טלי העידה כי בן הפך להיות "יותר אובססיבי ושתלטן" (עמוד 560 לפרוטוקול, שורה 7), אך למרות זאת לא הרחיקה אותו לגמרי משום שחששה כי אם תעשה זאת יפגע בן בעצמו. לדבריה, ניסתה להרחיקו מעט, ולמתן את הקשר ביניהם, אך בתגובה היה בן מאיים להתאבד. כך, למשל, סיפרה טלי כי יום אחד הגיע לביתם כשבידו כוס שבה היה רעל, לטענתו, ואיים לשתותו, אך היא הדפה את הכוס מידו. בפעם אחרת ניסה בן, ואף הצליח, לפגוע בעצמו לנגד עיניה של טלי. היה זה כאשר לקח סכין שהיתה מונחת במטבח ביתם של בני הזוג סומך ודקר את עצמו בבטן. טלי התקשרה מיד לאביבה אמו, וזו שלחה את אחיו של בן כדי שיפנה אותו בדחיפות לקבלת טיפול רפואי. בנוסף העידה טלי כי בן אמר לה שהיה מתענה, צם, לא אוכל ולא שותה, כיוון שלא מצא טעם לחייו כל עוד טלי מרחיקה אותו ממנה. בשלב מסוים אף החל לבטא, לדברי טלי, קנאה כלפי ניר, והיה מביע כעס לנוכח גילויי חיבה בינה לבין ניר. טלי העידה כי בכל אותה תקופה שמרה את הדברים לעצמה, וכי ניר לא ידע דבר מכל העניין.

--- סוף עמוד 4 ---

5. גרסתה של אביבה על אודות טיב הקשר שבין טלי לבין בן שונה קמעא. לטענתה, אף שלא ראתה מגע אינטימי, היו רמזים לכך שמתנהל ביניהם קשר רומנטי: "ראינו מגע ידיים רופף, ראינו מבטים, ראינו חיוכים מסתירי סוד, בן וטלי היו עד שעות מאוחרות בלילה לבד, מה יש לבחורה נשואה עם רווק להיות עד 02:00 לפנות בוקר?" (עמוד 22 לפרוטוקול, שורות 11-12). לדברי אביבה, המשיכה טלי לשמור על קשר עם בן, חרף בקשותיה והפצרותיה כי תתרחק ממנו.

6. מצב דברים זה הלך ונמשך עד ליום 19.4.2009, אז נודע לניר על דבר אהבתו של בן לטלי אשתו ועל הנשיקה שהתנשקו בסלון ביתם. אותו יום, בשובם לביתם, הבחינו ניר וטלי בניידת משטרה ובאמבולנס מחוץ לבית הוריו של בן. הרקע לאירוע שארע באותו יום שנוי במחלוקת: לטענת טלי, ככל שחלף-עבר הזמן גברה האובססיה של בן, והוא החל להשמיע איומים מפורשים כלפיה וכלפי ניר (אובססיה, על-פי מילון אבן שושן היא – "טֵרדוֹן, רעיון המשתלט על אדם ואינו מרפה ממנו, שגעון לדבר אחד, 'דיבוק'"). משהבינה טלי כי אינה יכולה עוד להתמודד עם המצב שנוצר לבדה, גמלה בלבה החלטה לספר על כך לניר. לדבריה, כשהבין בן כי בכוונתה לגלות לניר על דבר רגשות אהבתו כלפיה, הלך לביתו וביקש להתאבד. מנגד, לפי עדותה של אביבה, בימים שקדמו לאותו אירוע היה בן שרוי במשבר לאחר שהבין כי טלי מתכוונת להיפרד ממנו. משראו כי הוא נסער וכעוס, החליטו הוריו של בן, ליתר ביטחון, להזעיק לביתם ניידת משטרה ואמבולנס, ככל שיהיה צורך בכך.

7. כך או אחרת – ניר, שעל-פי עדותו שמע את בן צורח "צרחות אימה" (עמוד 396 לפרוטוקול, שורה 26), ביקש לגשת למקום ולהגיש סיוע, אך טלי עצרה בעדו. טלי ביקשה מניר שלא יגש לשם, ואמרה כי ברצונה לשוחח עמו. באותה שיחה גילתה לו טלי לראשונה, את מה שלא סיפרה לו קודם לכן, על אודות הנשיקה, על רגשותיו של בן כלפיה, על התנהגותו האובססיבית, ועל איומיו וניסיונותיו להתאבד.

8. יום או יומיים לאחר מכן ביקש ניר להיפגש עם אביבה. בפגישתם שוחחו השניים על אודות הקשר בין טלי ובן, אולם ישנה מחלוקת באשר לתוכנה המדויק של השיחה. לטענת ניר, השיחה נועדה לחשוב יחדיו ולטכס עצה כיצד אפשר לעזור לבן. לדברי ניר, אביבה התחננה לפניו שלא יפנה למשטרה ולא יספר על מעשיו של בן, ובתגובה הרגיע אותה, אמר שלא יפנה למשטרה, וכי הוא מעוניין כי הם יסייעו ביחד לבן. ניר סיפר עוד על דבריה של אביבה, שאם יוכל בן לכתוב לניר מכתב על אשר ארע

--- סוף עמוד 5 ---

בחודשים שלפני כן, יהא הדבר לעזר. ואמנם, באותו יום העבירה אביבה לניר, לדבריו, מכתב מאת בן. במכתב תֵּאר בן את הרומן שניהל לכאורה עם טלי – אמיתי או מדומיין – עד כדי פירוט מדוקדק וגרפי של היחסים האינטימיים ביניהם. לטענת ניר, הוא לא האמין לפתובים; אדרבה – המכתב עזר לו, לדבריו, להבין את אשר עבר על טלי במהלך כל אותה תקופה.

9. מנגד, לטענת אביבה, נראה ניר באותה פגישה כמי שדבר הקשר בין בן לטלי כואב לו מאד, והבינה ממנו עד כמה הוא פגוע מסיפור המעשה. לדבריה, אמר לה ניר, כי הוא נשאר עם טלי רק בגלל בנותיהם, וכי הוא זה שביקש ממנה לא לספר על כך לאף אחד. כמו כן, הכחישה אביבה כי העבירה מכתב כלשהו מבן לניר, וטענה כי את המכתב שעל אודותיו מדבר ניר מצאה רק לאחר מותו של בן ביחידת הדיור בה התגורר (בעיקרי הטיעון שהגישה, אימצה המשיבה בנקודה זו את גרסתו של ניר, לפיה קיבל את המכתב מאביבה כחצי שנה לפני האירוע. על בסיס זה טענה המשיבה כי ניר ניסה להצניע ולמזער בחקירותיו במשטרה ובעדותו בבית המשפט את דבר המכתב ואת השפעת תוכנו עליו).

10. בתקופה שלאחר מכן פעלו ניר וטלי להחלשת הקשר שבין טלי ובן עד כדי ניתוקו. אין מחלוקת כי בן לא היה מוכן להשלים עם 'גזירת' הניתוק, והמשיך ליצור קשר, באובססיה, כמי שאחוז דיבוק, על בסיס כמעט יומיומי, עם ניר ועם טלי. אין זה המקום להרחיב בטֶרדוֹן שבן לקה בו. אציין אך זאת, כי בן כתב לטלי מכתבי אהבה; ביקש מטלי להתלבש בצניעות; ביקש מניר ומטלי שלא לגלות גילויי חיבה הדדיים ביניהם לפניו; איים לפגוע בהם ואף איים להתאבד. הכל עשה במנות גדושות, באופן חוזר ונשנה, בכתב, בטלפון ופנים אל פנים. בכל אותה תקופה התקיימו שיחות רבות בין ניר ובן, בהן דיברו על ניתוק הקשר. בשלב מסוים הציע ניר לבן לנסוע לחו"ל לזמן-מה או לעבור להתגורר במקום אחר; בן סָרב.

11. משנוכחו ניר וטלי לדעת ולהבין כי בן אינו שועה לבקשותיהם, ובתקווה להביא לכדי ניתוק מוחלט של הקשר האובססיבי, גמלה בלבם החלטה לעזוב את בֵּיתם בגבעת ישעיהו לזמן מה על מנת להתרחק מבן. כך, ביום 14.8.2009 העתיקו ניר וטלי סומך את מקום מגוריהם דרומה, לקיבוץ זיקים, תוך שהם מסתירים מבן את הפרטים על אודות מקום מגוריהם החדש, מספרי הטלפון החדשים, ומקום עבודתה החדש של טלי.

--- סוף עמוד 6 ---

12. מהלך זה צלח רק לפרק זמן קצר של שבועות ספורים בלבד. בן, שידע כי טלי עובדת בתחום החינוך, החליט לנסות לאתרה דרך מקום עבודתה החדש. דבר זה נודע רק בדיעבד, לאחר מותו של בן, כשעל גופו נמצא פתק ובו רשימת טלפונים של 45 מוסדות חינוך באזור הדרום. בדיקת פלט השיחות ממכשיר הטלפון הסלולרי של בן העלתה כי ביצע 84 שיחות במשך 4 ימים לכל מוסדות החינוך שצוינו ברשימה, במטרה לאתר את טלי. מאמציו של בן הניבו לבסוף פרי, ועלה בידו לאתר את מקום עבודתה החדש, את מספר הטלפון החדש שלה, ואת מקום מגוריהם החדש של ניר

וטלי בקיבוץ זיקים. בדיעבד התברר, כי בפרק זמן של כשבועיים-ימים לפני הריגתו, ביצע בן מאות נסיונות חיוג טלפוניים לבני הזוג סומך; ליתר דיוק – 360 שיחות יוצאות לטלי ו-71 שיחות יוצאות לניר. בחלק מן הפעמים ענו ניר וטלי להתקשרויותיו של בן. לדבריהם, בשיחות אלו הביע בן תרעומת על כך שניתקו עמו את הקשר, והוא אף איים לפגוע בהם. ניר העיד כי באותה תקופה קיים כמה שיחות טלפוניות עם בן, בהן רמז לו בן כי בכוונתו להתאבד בקרוב. ניר היה מודאג מאד ממצבו של בן, לדבריו, ומספר פעמים אף יצר קשר עם אביבה אמו על מנת שתשגיח עליו.

13. ביום 12.9.2009, יום לפני אירוע הירי, נסעו ניר ומשפחתו לבקר את הוריו של ניר, המתגוררים אף הם במושב גבעת ישעיהו. ניר וטלי העידו כי בשלב מסוים החל הטלפון בבית הוריו לצלצל, אך בכל פעם שענו נותקה השיחה. לאחר שהדבר חזר על עצמו עשרות פעמים, הבין ניר כי בן הוא שעומד מאחורי הצלצולים הבלתי-פוסקים, והחליט לנתק את מכשיר הטלפון. לדברי ניר, כעשר דקות לאחר מכן התקשר בן למכשיר הטלפון הסלולרי שלו ואמר לו כי תהיה 'דרמה', כפי שהבטיח. ניר העיד כי באותה שיחה דיבר על לבו של בן, והשניים שוחחו "מלב אל לב" עד שהשיחה הסתיימה "בצורה יפה". לקראת חצות הלילה, בשעה 23:48, בלילה שלפני הריגתו, התקשר בן לטלי, ומשלא זכה למענה השאיר הודעה קולית בזו הלשון: "את יודעת שאני אוהב אותך, את יודעת שאני לא יכול לחיות בלעדייך, על הזלזול שלך את תשלמי, על ההחלטה שלקחת יחד עם ניר [קיטוע] את אחראית בדיוק כמוהו, באותה המידה".

14. למחרת, ביום 13.9.2009, בשעת צהריים, שמעה טלי את ההודעה הקולית ומחמת דאגתה הפנתה את תשומת לבו של ניר לכך. ניר שמע את ההודעה אף הוא, אך מאחר שהיה רגיל לאמירות דומות מצדו של בן לא התרגש מהדברים ואמר לטלי שזו דרכו של בן להביע את עצמו בתקופה זו. מספר שעות לאחר מכן, לפנות ערב, מעט לאחר השעה 17:50, הגיע בן לביתם של ניר וטלי בקיבוץ זיקים, מבלי שהודיעם קודם לכן כי בכוונתו להגיע. אותה שעה שהו בבית טלי, בנותיה ואביה. אחת הבנות הסבה

--- סוף עמוד 7 ---

תשומת לבה של טלי לכך שבן הגיע ונמצא מחוץ לביתם. טלי ניגשה אל פתח הבית, ועל-פי דברי עדותה ראתה את בן עומד שם בפנים קפואות. לטענתה, ניסתה לבוא איתו בדברים, שאלה אותו כיצד מצאם, ובן השיבה כי ימצא אותם בכל מקום. לאחר מכן, כך העידה, שאל אותה בן מתי ניר חוזר הביתה. טלי השיבה שאינה יודעת,

שאלה מדוע הוא מבקש לדעת, ובן השיבה כי אם ניר יבוא "יהיה בלאגן". בשלב זה התקשרה טלי לניר, בנוכחות בן, ואמרה לו כי הגיע לביתם. ניר ביקש לשוחח עם בן, אך הלה סֵרב. טלי, שביקשה לדבריה להפחית מן המתח, ליוותה את בן למכוניתו, שם המשיכה לשוחח עמו עד להגעתו של ניר. לדבריה, במהלך שיחתם עד להגעתו של ניר, האשים אותה בן כי היא מזלזלת בו, אמר כי בכוונתו להתאבד, וכי יעשה זאת "ברעש גדול".

15. בינתיים, מיד לאחר שטלי עדכנה אותו על הגעתו של בן, עשה ניר את דרכו לביתם בקיבוץ זיקים. במהלך הנסיעה התקשר לאביבה, עדכן אותה על דבר בואו של בן לביתם, והביע באוזניה תרעומת על כך, שכן רק מספר ימים קודם לכן אמר לה כי בן מאיים להתאבד וביקש ממנה שלא תאפשר לו לקחת את המכונית. השיחה בין ניר לאביבה ארכה 5 דקות ו-18 שניות, החל מהשעה 18:14:33 וכלה בשעה 18:19:51. בשעה 18:19:21 צולמה מכוניתו של ניר כשהיא חולפת בשער הכניסה לקיבוץ זיקים, קרי, בעת כניסתו בשער הקיבוץ עדיין שוחח ניר עם אביבה. על-פי עדותו של ניר, לאחר שעבר בשער הקיבוץ, ונוכח דבריו של בן כי אם יבוא יהיה 'בלאגן', עלתה בראשו המחשבה שמא עשויה להתעורר פרובוקציה כלשהי מצדו של בן, ולכן עצר לרגע בצד הדרך, כ-20 שניות, כדי לשים בכיסו את האזיקים שהיו מונחים בתא הכפפות. ניר הדגיש בעדותו כי לא חשב שבן ינסה לפגוע בו פיזית, אך עשה זאת ליתר ביטחון.

16. ניר המשיך בנסיעתו, וכחצי דקה לאחר מכן, כשהתקרב לביתו, ראה את בן וטלי משוחחים, כאשר בן יושב בתוך מכוניתו במושב הנהג וטלי עומדת בסמוך לחלון המכונית שהיה פתוח. גרסתו המלאה של ניר לאשר אֵרע בשניות הבאות תובא להלן – על פרטיה ודקדוקיה – בהרחבה. בשלב זה אסתפק בתיאור עיקרי העובדות שעליהן אין עוררין. ניר, שראה את בן רוכן ימינה לכיוון תא הכפפות, עצר את מכוניתו במקביל למכוניתו של בן (כאשר המכוניות פונות לכיוונים מנוגדים) מרחק של מספר מטרים ממנה, יצא במהירות ממכוניתו-שלו והתקדם לעבר מכוניתו של בן. בעוד בן יושב במכוניתו, רוכן לעבר תא הכפפות, הכניס ניר את פלג גופו העליון למכוניתו של בן ומשך אותו בחזרה לכיוונו. לאחר מכן עזב ניר את בן, נסוג לאחור, מרחק של כמטר

--- סוף עמוד 8 ---

וחצי-שניים ממכוניתו של בן, ובן יצא מן המכונית לעברו. בשלב זה שלף ניר – כאמור, קצין מבצעים במג"ב – את אקדחו האישי וירה לעברו של בן שלוש יריות לפחות, שתיים מהן לפחות פגעו בגופו של בן – באצבע כף ידו הימנית, בצווארו

ובקודקוד ראשו משמאל – וגרמו למותו. ירייה אחת פגעה בדופן השמאלית של מכוניתו של בן.

17. מיד לאחר הירי, בשעה 18:23:13, התקשר ניר למוקד 100 של המשטרה, דיווח על אדם שניסה לפגוע בו, כי ירה בו, יש אדם הרוג, וביקש לשלוח עזרה באופן מיידי. מיד לאחר מכן התקשר ניר לאביבה, אמו של בן, וסיפר לה כי הרגו. בנוסף התקשר ניר אל מפקדו האישי ועדכן אותו באשר אֵרע. בדקות שלאחר הירי הגיעו למקום תושבים וחברים מן הקיבוץ, ובהם גם חוקר מז"פ ששמר על זירת האירוע עד להגעת כוחות משטרה נוספים.

18. בזירת האירוע, על הכביש, לצד גופתו של בן, נמצא מנעול הגה עשוי ברזל בצבע אדום. המנעול, אולי, יהיה לנו למפתח.

עיקרי הכרעת הדין של בית המשפט המחוזי

19. הכרעת הדין מפורטת ומקיפה, מנתחת בהרחבה את הראיות השונות שהובאו לפני בית המשפט המחוזי. להלן אעמוד בפירוט יחסי על הראיות שנדונו בהכרעת הדין, ועל קביעותיו של בית המשפט המחוזי לגביהן. תשתית זו תשמש אותנו בהמשך, בבואנו לבחון את מכלול הראיות, כמו גם את קביעותיו ומסקנותיו של בית המשפט המחוזי, בשלב הדיון וההכרעה.

20. לאחר שסקר בתמצית את הרקע העובדתי, הגדיר בית המשפט המחוזי את יריעת המחלוקת בין הצדדים. עיקרה – במהלך האירוע והשתלשלות העניינים בשניות הבודדות שבין הגעתו של ניר למקום ועד לירי שירה בבן. בתשובתו לכתב האישום הודה ניר כי ירה בבן וגרם למותו, אולם לטענתו פעל מתוך הגנה עצמית, לאחר שבן הניף לעברו מנעול הגה עשוי ברזל שהיה במכוניתו. מנגד, טענה המשיבה כי אף לא אחד מעדי הראייה שהיו עדים לאירוע הבחין בבן מחזיק בידיו חפץ כלשהו, ומשכך יש לדחות את טענתו של ניר כי פעל מתוך הגנה עצמית. תורף הכרעת הדין אפוא במחלוקת שבין התביעה להגנה, באשר לטענת ההגנה העצמית, והיא זו העומדת במוקד ניתוח הראיות השונות, החל בעדויות הראייה, דרך גרסאות ניר וטלי, וכלה בממצאים הפורנזיים. מחלוקת נוספת בין התביעה להגנה היא בשאלה אם ניר פעל בעקבות קנטור.

--- סוף עמוד 9 ---

בסיכומיהם, וזאת אך לחלופין, טענו באי-כוחו של ניר, כי נוכח מסכת ההטרדות הקשה, החריגה והממושכת שהטריד בן את ניר ומשפחתו, מתחייבת המסקנה כי ניר פעל מחמת קנטור. לפיכך, אף אם תידחה טענתו בדבר הגנה עצמית, אין להרשיע את

ניר ברצח. המשיבה ביקשה לדחות טענה זו. לדידה, אין לראות במעשיו של בן משום קנטור, ודאי לא קנטור מיידי, בתכוף להריגתו.

21. לאחר שהגדיר את יריעת המחלוקת פנה בית המשפט המחוזי לסקור ממעוף הציפור את הראיות שהוגשו מטעם ההגנה והתביעה. בפרשת התביעה העידו שלושה עדי-ראייה על אודות ההתרחשות שראו בעיניהם; עדים מומחים שונים, בכללם רופא מהמכון לרפואה משפטית אשר ביצע את הנתיחה בגופתו של בן, וכן מומחי מז"פ של המשטרה שבדקו ממצאים שונים מזירת האירוע; חוקרי משטרה, שהעידו על פעולות חקירה שביצעו; וכן אמו של בן, אביבה, שהעידה על טיב הקשר שבין ניר לבן, ובין טלי לבן בתקופה שקדמה להריגתו. כמו כן העידה אביבה על מצבו הנפשי של בן בשנים עברו, על שיחותיה עם ניר בקשר לכך, ועל שיחתה עם ניר דקות לפני אירוע הירי, שעה שעשה את דרכו בנסיעה לביתו בקיבוץ זיקים. לצד העדויות הוגשו אמרותיו של ניר בחקירותיו במשטרה; תכתובי השחזורים שנעשו עמו; מזכרים שנכתבו על-ידי חברי צוות החקירה; תכתובי שיחות למוקד 100 שבהן דווח על האירוע; שלושה מכתבים שכתב בן לניר ולטלי, ועוד.

22. בפרשת ההגנה העידו ניר וטלי על השתלשלות האירועים, החל מקביעת משפנם בביתם החדש במושב גבעת ישעיהו בסמוך לבית הוריו של בן, עבור דרך העתקת מגוריהם לקיבוץ זיקים, וכלה באירוע הירי והריגתו של בן סמוך לביתם. כמו כן, העידו כמה מתושבי הקיבוץ שהגיעו למקום האירוע סמוך לאחר הירי, אך לא היו עדים לירי עצמו; חברה קרובה של טלי, שסיפרה על אודות היכרותה עם טלי, ניר ובן; קצין בריאות הנפש במחוז דרום של המשטרה, עמו התייעץ ניר לגבי מצבו הנפשי של בן חודשים אחדים לפני האירוע; וכן גם שני עדים מומחים שניתחו את הממצאים הפורנזיים והעידו על טווח וזווית הירי. בנוסף, הוגשו תמונות שצולמו על-ידי ההגנה בזירת האירוע; אמרותיה של טלי בחקירותיה במשטרה, ועוד.

עדויות הראִייה

--- סוף עמוד 10 ---

23. בפתח שלב הדיון וההכרעה בחן בית המשפט המחוזי את שלוש עדויות הראייה לאירוע הירי. עדי הראייה, כך הוסכם על דעת הצדדים, הם חברי קיבוץ שנקלעו למקום האירוע דרך מקרה, אובייקטיביים, ללא היכרות מוקדמת עם ניר, טלי או בן. יחד עם זאת, בין הצדדים נתגלעה מחלוקת באשר לשאלה אם אמנם "ניתן לקבוע ממצאים עובדתיים על בסיס אותן עדויות, בשל מגבלות הקליטה החושית, טבעו הסובייקטיבי של הזיכרון האנושי, מגבלת הדיוק של מסירת עדות בבית משפט, והטייה טבעית הקיימת אצל עדים" (פסקה א.2 לפרק הדיון וההכרעה; כל ההפניות להלן הן מתוך פרק זה). בשלב ראשון בחן בית המשפט המחוזי כל אחת מעדויות הראייה

כשלעצמה, על הגיונה הפנימי. בשלב השני העמיד בית המשפט המחוזי את העדויות זו אל מול זו, בחן את האופן שבו הן משתלבות זו בזו, וכיצד הן מתיישבות עם הראיות האחרות.

24. עדות אחת היא של ניצה ירושלמי. על-פי עדותה, היתה בדרכה למרפול של הקיבוץ, כיוון הליכתה לעבר מקום האירוע, כאשר בשלב מסוים שמעה קול אישה צועקת "אל תירה אל תירה". כשהישירה מבטה לפנים ראתה במרחק של כ- 40-50 מטר את טלי, עומדת בצד שמאל של הכביש. מיד לאחר מכן שמעה קול חריקה של דלת מכונית נפתחת, וראתה טנדר לבן עומד בצד ימין של הכביש. העדה ירושלמי ראתה את דלת הטנדר הלבן נפתחת, ואת בן מתחיל לצאת דרכה מן המכונית. בשלב זה ראתה ירושלמי את ניר מגיע מצד שמאל ויורה מספר יריות לכיוון דלת המכונית שנפתחה. לאחר הירי ראתה את ניר וטלי ממשיכים להתקדם בהליכה עד פתח מכוניתו של בן. ירושלמי הדגישה בעדותה כי מיד לאחר מכן עזבה את המקום והלכה לביתה על מנת להתקשר ולדווח על האירוע לאיש הביטחון של הקיבוץ ולמשטרה. בשיחתה עם המשטרה, ובעודה נתונה בסערת רגשות, אמרה ירושלמי, בין היתר, כך: "באמצע קיבוץ זיקים, ראיתי מישהו פותח את הדלת של האוטו ואישה צועקת שלא ירו והוא ירה..." (ת/12 עמוד 380).

25. באי-כוחו של ניר טענו כי לא ניתן לסמוך על עדותה של ירושלמי, משום שאינה מתיישבת עם הממצאים הפורנזיים בזירת האירוע, לפיהם נורה בן כשנמצא מחוץ למכוניתו. בית המשפט המחוזי דחה טענה זו וקבע כי עדותה של ירושלמי אינה סותרת את הממצאים מהזירה. כפי שעולה מעדותה, מרגע שהבחינה ירושלמי בניר התרכזה אך ורק בו. מיד לאחר מכן עזבה את מקום האירוע מבלי שראתה את בן בשלב הירי ולאחריו. בית המשפט המחוזי קבע כי אין בדברי עדותה אמירה המלמדת כי בן נורה בעודו במכוניתו.

--- סוף עמוד 11 ---

26. נקודה מרכזית נוספת בעדותה של ירושלמי היא צעקתה, לכאורה, של טלי "אל תירה, אל תירה", והדברים שעליהם דיווחה ירושלמי בשיחת הטלפון למוקד 100 של המשטרה דקות אחדות לאחר מכן. בית המשפט המחוזי מצא כי יש לייחס לעדותה של ירושלמי בחלק זה את מלוא המשקל, וקבע כי מן הדברים הללו עולה בבירור שאף טלי, אשתו של ניר, שהיתה בלִבּה של זירת האירוע, לא סברה בזמן אמת שניר היה נתון בסכנת חיים שהצדיקה את תגובת הירי הקטלנית.

27. עדות נוספת היא זו של יעקב קרדון, אשר חלף על פני טלי ובן שעה שעשה את דרכו מעבודתו לביתו. קרדון ראה את בן יושב במושב הנהג של מכוניתו ואת טלי

עומדת לצדו ומשוחחת עמו. קרדון, שלא הבחין בדבר מה חריג, המשיך בדרכו כשהוא חולף על פניה של ירושלמי. מספר שניות לאחר מכן, כשגבו מופנה לזירת האירוע, שמע צעקות. קרדון הסתובב אז לאחור וראה את מכוניתו של בן עומדת במקביל למכוניתו של ניר (אותה לא ראה כשעבר שם כמה שניות לפני כן) שעמדה בצדו השני של הכביש. ניר ("איש עם מדים אפורים") עמד מחוץ למכוניתו עם אקדח ביד ימין, ובן עמד מחוץ למכוניתו-שלו. קרדון שמע את בן צועק לעברו של ניר "תירה, תירה", ואז ראה את ניר יורה 2-3 יריות לעברו של בן. קרדון ראה את בן נופל על הכביש, ואת טלי קופצת מספר קפיצות על הכביש והולכת מהמקום.

28. בית המשפט המחוזי קבע כי עדותו של קרדון כשלעצמה הותירה רושם חיובי, והיא אף עולה בקנה אחד עם עדותה של ירושלמי ביחס לסדר ההתרחשויות. העובדה שקרדון ראה את בן כשהוא כבר עומד מחוץ למכוניתו מלמדת כי הוא החל לצפות באירוע בשלב מאוחר יותר מירושלמי, שכן הוא לא ראה את השלב שבו יצא בן ממכוניתו.

29. עדות ראייה שלישית היא זו של אלון צימרמן, שעמד במרחק של כ-30-40 מטר ממקום האירוע בעת התרחשותו, כשהוא עסוק בהשלכת פסולת גינה. בעדותו סיפר כי בתחילה ראה את מכוניתו של בן עומדת בצד הדרך, כאשר טלי יושבת במושב הנהג ורגליה פונות החוצה, ובן עומד בסמוך לה מחוץ למכונית. צימרמן העיד כי בעת האירוע דלת הנהג היתה פתוחה, כך שחצצה בינו לבין בן, אך ציין כי הדבר לא מנע ממנו לראות את המתרחש. צימרמן העיד כי לא היה מרוכז במתרחש בזירת האירוע, עד שבשלב מסוים הרים את ראשו וראה את ניר עומד לפני בן, מרחק של כמטר – מטר וחצי ממנו, ובן עומד כשגבו למכוניתו. צימרמן העיד כי ראה את ניר ובן משוחחים, "דיבור שנראה קולני עם תנועות ידיים, קדימה ומצד לצד, כאשר הידיים היו חשופות"

--- סוף עמוד 12 ---

(פסקה ד.1), וכי לא ראה את בן מחזיק בידיו חפץ כלשהו. לאחר מכן ירה ניר שלושה כדורים לאזור צווארו של בן, כאשר יד שמאל אוחזת באקדח, ויד ימין מושטת קדימה, נוגעת-לא נוגעת בבן.

30. בית המשפט המחוזי דחה את טענות ההגנה לפיהן עדותו של צימרמן היא עדות 'מתפתחת' הלוקה באי-דיוקים, וקבע כי עדותו "מהימנה ומשמעותית ביותר" (פסקה ד.2), ועולה בקנה אחד עם הממצאים מזירת האירוע.

31. לאחר שבחן כל אחת מעדויות הראייה כשלעצמה, פנה בית המשפט המחוזי לבחון את האופן בו משתלבות העדויות זו בזו וציין כך: "בחינת מכלול העדויות על רצף הזמן בו כל אחד מהעדים החל לקלוט את האירועים, ובהתחשב במקומות, בזויות

ובמרחקים השונים בהם היו, מגלה כי אותו שוני וסתירות בין העדויות, אינו כה מהותי ובודאי שהוא פחות קרדינאלי, ממה שנראה במבט תחילה ממעוף הציפור" (**פסקה ה.5**).

בד בבד, דחה בית המשפט המחוזי את האופן בו ניתחו באי-כוחו של ניר את עדויות הראייה: "התייחסות כמו זו שנעשתה על ידי באי כוח הנאשם המלומדים בסיכומיהם, תוך פירוק כל עדות למקטעים זעירים ועריכת השוואה בין כל מקטע ומקטע בכל עדות ועדות יוצרת מעין 'רשימת מכולת' של סתירות. בחינה כזו בכל הכבוד, אינה הבחינה הראויה לטעמנו ומתעלמת מכך שמצרף הראיות מגלה 'עמוד שדרה' ברור העובר כחוט השני בכל העדויות. עדויות העדים קרדון, צימרמן וניצה [**ירושלמי**] משתלבות זו בזו ויוצרות פסיפס ראייתי ברור מובחן, שניתן ללמוד ממנו על שארע במקום, ולחלץ ממצאים עובדתיים בנקודות העיקריות בהן אנו נדרשים להכרעה" (**שם**).

32. **לשיטת בית המשפט המחוזי, 'עמוד השדרה' העולה מתוך מצרף העדויות הוא זה: ניר ירה בבן לאחר שזה יצא ממכוניתו; בן לא נקט באלימות כלשהי כלפי ניר; בן לא החזיק בידיו חפץ כלשהו, וממילא גם לא הניף חפץ כלשהו בתנועה מאיימת לעבר ניר. מן האמור עולה כי על-פי עדויות הראייה ניר הוא שנהג בתוקפנות כלפי בן במהלך האירוע כולו, כאשר אין בעדויות ולו צל צלו של תיאור לפיו בן הוא שתקף את ניר. אשר לסתירות ולהבדלים בין העדויות קבע בית המשפט המחוזי, כי** "אין המדובר בסתירות מהותיות, או כאלו היורדות לשורשו של עניין, ואין בהן כדי להביא לאיון משקלן של העדויות" (**פסקה ה.7**).

33. **בסיכומו של דבר קבע בית המשפט המחוזי כי עדויות הראייה מהימנות, משמעותיות ועקביות, וכי ניתן להתבסס עליהן לעניין האופן שבו התפתח האירוע;**

--- סוף עמוד 13 ---

התנהגות ניר ובן במהלך האירוע; האופן שבו בוצע הירי; והדברים ששמעו העדים במהלך האירוע.

גרסת ניר

34. **לאחר מכן פנה בית המשפט המחוזי לבחון את גרסתו של ניר, הן כשלעצמה, הן ביחס לעדויות ולראיות הנוספות. גרסתו של ניר, שפורטה בהכרעת הדין, מבוססת על הגרסה הראשונית שמסר ב'שטח', שעה קלה לאחר האירוע; שלוש החקירות שנחקר במשטרה; שני השחזורים שבוצעו עמו בזירת האירוע; ועדותו בבית המשפט.**

35. **גרסת ניר על אשר התרחש במהלך החודשים שלפני אירוע הירי – חייו עם טלי בצל האובססיה מצִדו של בן – הובאה לעיל. להלן אתייחס לחלק שעניינו בפרק הזמן שבין הגעתו של ניר לזירת האירוע ועד לדקות שלאחר הירי. לטענתו, לאחר שעבר את שער הכניסה לקיבוץ זיקים, עלתה בראשו מחשבה שמא ינסה בן לעורר**

מהומה. לפיכך עצר ניר בצד הדרך, הוציא את האזיקים שהיו מונחים בתא הכפפות של מכוניתו, הניחם בכיסו, והמשיך בנסיעה לכיוון ביתו. כחצי דקה לאחר מכן הבחין במכונית מסוג 'סיטרואן ברלינגו' לבנה אותה זיהה כשייכת לאביו של בן, כשהיא עומדת בצד הדרך. המכונית עמדה במרחק של כ-50 מטר מביתם של ניר וטלי, כשבן יושב במושב הנהג, דלת המכונית סגורה, וטלי משוחחת עמו מבעד לחלון הפתוח של המכונית.

36. ניר המשיך בנסיעה 'שגרתית' לעברם, כשכוונתו היתה, לדבריו, להחנות את המכונית במגרש חנייה סמוך ולבוא לשוחח עם בן. בשלב זה, כשהוא חולף באיטיות ליד מכוניתו של בן, הבחין ניר בבן מישיר מבט חד שמאלה לכיוונו, ומיד לאחר מכן מתכופף בחדות ימינה לעבר תא הכפפות. ניר חשש כי יש ברשותו של בן אקדח (אותו אקדח שבו השתמש בן כחצי שנה קודם לכן על מנת לאיים על טלי כי יתאבד), וכי זוהי ה'דרמה' וזהו ה'בלאגן' עליהם דיבר בן. משזיהה את הסכנה פעל ניר, לדבריו, 'באופן אינסטינקטיבי': הוא יצא במהירות ממכוניתו לעבר מכוניתו של בן (כשהוא משאיר את אורות הדרך דולקים; דלת הנהג פתוחה; תא הכפפות פתוח; ידית ההילוכים במצב 'ניוטרל'; ידית בלם היד מורמת; והמפתח במתנע), הכניס את פלג גופו העליון ושתי ידיו למכוניתו של בן דרך חלון הנהג (שהיה כאמור פתוח), בידו הימנית הִפה את בן בפניו, ובידו השמאלית משך את בן בחזרה לכיוונו, כדי למנוע ממנו להגיע לתא הכפפות. במקביל צעק ניר לטלי להתרחק מהמקום, ולבן, שהיה לדבריו "אחוז תזזית", צעק שיירגע.

--- סוף עמוד 14 ---

37. בשלב זה, כשפלג גופו העליון נמצא בתוך מכוניתו של בן, חשש ניר שמא בן יתחיל בנסיעה ויגרור אותו עמו, ולכן הוציא את גופו מן המכונית ונעמד במרחק של כמטר וחצי - שניים ממנה. בשלב זה זיהה ניר את בן מתכופף פעם נוספת ימינה לכיוון רצפת המכונית שמתחת לתא הכפפות ומוציא משם מנעול הגה אדום עשוי ברזל באורך של כמטר. ניר שלח את ידיו כדי לשלוף את אקדחו שהיה חגור בנרתיק על מותנו הימנית ומאובטח בסקוץ' ('צמדן'), אך הסתבך בשליפתו. לבסוף שלף ניר את האקדח יחד עם הנרתיק, הוציא את האקדח, השליך את הנרתיק ארצה, ודרך את האקדח בגובה המותן.

38. לדברי ניר, עד שהספיק לדרוך את האקדח כבר היה בן מחוץ למכוניתו כשמנעול ההגה בידיו. ניר, שהבחין בבן מניף את מנעול ההגה לעברו חש סכנת חיים מיידית, כיוון את אקדחו לעבר חזהו של בן וירה כדור אחד. ניר ראה את בן נרתע מעט לאחוריו, אולם משהבחין כי בן עודנו מחזיק במנעול ההגה כשהוא מונף

לעברו, כיוון את האקדח לראשו של בן וירה שני כדורים נוספים ברצף. בן שמט את מנעול ההגה מידיו ונפל על צדו השמאלי, ראשו מונח בקרבת הגלגל השמאלי האחורי של מכוניתו, כאשר מנעול ההגה עף לצדו הימני של בן, מרחק של מטרים ספורים מגופתו. ניר הדגיש כי האירוע כולו היה מהיר ודינאמי, נמשך שניות ספורות בלבד, וכי בין הירייה הראשונה לבין שתי היריות הנוספות היתה הפסקה קצרה של כשנייה אחת. אשר למיקום של טלי בעת האירוע ציין ניר כי היה ממוקד בבן, לא ראה היכן עמדה בדיוק, ורק שמע אותה צועקת ברקע.

39. לאחר הירי פרק ניר את נשקו וניגש אל בן כדי לעמוד על חומרת הפגיעה שספג. משהבין כי בן מת, פנה 'לטפל בזירה', קרי – לוודא כי אף אחד אינו מתקרב או נוגע באיזה מן הממצאים בזירה. דקות ספורות לאחר מכן הגיע לזירת האירוע טכנאי מז"פ המתגורר בשכנות לניר, והוא שהשגיח על הזירה עד להגעת כוחות משטרה נוספים למקום. במקביל, ערך ניר מספר שיחות טלפון, למוקד 100 של המשטרה כדי לדווח על האירוע; לאביבה, אמו של בן, ולמפקדו.

40. בית המשפט המחוזי בחן את גרסתו של ניר וקבע כי דינה להידחות, וזאת על יסוד כמה טעמים: ראשית, גרסתו אינה עולה בקנה אחד עם שלוש עדויות הראייה, אשר כאמור אף אחת מהן אינה תומכת בטענת ניר כי הותקף על-ידי בן באמצעות מנעול הגה; שנית, גרסתו אינה מתיישבת עם העדרם של סימני דם או ירי על מנעול

--- סוף עמוד 15 ---

ההגה שנמצא בזירת האירוע; שלישית, בית המשפט המחוזי התרשם כי גרסתו של ניר 'התפתחה', ועברה "שינויים והתאמות" (פסקה ו.4), החל מן הגרסה הראשונה שסיפק ניר ב'שטח', שעה קלה לאחר האירוע, ועד לעדותו בבית המשפט. התפתחות זו, המצביעה על אי-מהימנות גרסתו, ניכרת ביחס לתיאור מעשיו של בן בעת האירוע ותחושת הסכנה שחש ניר; השלב שבו שלף ניר את אקדחו; ושאלת מנח גופו של בן בעת הירי. כל אלו הועצמו לדעת בית המשפט המחוזי על-ידי ניר ככל שהתפתחה החקירה, ומשהבין כי עליו להצדיק את התנהלותו במהלך האירוע; רביעית, בית המשפט המחוזי קבע כי העובדה שניר לא סיפר בתשאול הראשוני שבוצע עמו ב'שטח' על השלב הראשוני של העימות עם בן, שבו הכניס ניר את פלג גופו העליון למכוניתו של בן והיכהו בפניו, מעוררת אף היא קושי ליתן אמון בגרסתו.

גרסתה של טלי

41. בשלב הבא בחן בית המשפט המחוזי את עדותה של טלי, אשתו של ניר. ההודעה הראשונה נגבתה מטלי על-ידי המשטרה שעות ספורות לאחר האירוע, ובה מסרה את גרסתה לאשר התרחש. בחקירות שלאחר מכן סֵרבה טלי לשתף פעולה עם

חוקרי המשטרה בטענה כי אינה יכולה לסמוך עליהם, שכן הם מדליפים דברים מן החקירה לתקשורת. את גרסתה המלאה, המקיפה והמפורטת למסכת האירועים מסרה למעשה רק בעדותה בבית המשפט. לעיל הובאו הפרטים שמסרה טלי בעדותה לגבי השלב שבין הגעת בן לביתם בקיבוץ זיקים ועד לשלב שבו הגיע ניר בעלה. להלן, בתמצית, דברי עדותה של טלי ביחס לפרק הזמן שלמִן הגעתו של ניר למקום ועד לאחר הירי, שאותו היא זוכרת לדבריה רק ב'תמונות', ולא ברצף. כאמור, טלי סיפרה כי שוחחה עם בן כשהוא יושב במושב הנהג של מכוניתו, והיא עומדת מחוץ למכונית כשהחלון פתוח. בשלב מסוים הגיע ניר, יצא ממכוניתו, התקדם לעבר בן ושאל אותו "משהו כמו בן מה קורה?" (עמוד 572 לפרוטוקול, שורה 29). התמונה הבאה שזכרה טלי, לפי עדותה, היא של בן מתכופף ימינה ולוקח מנעול הגה שהיה לידו, יוצא ממכוניתו, ומניף את המוט לעבר ניר כשיש לו "מבט מטורף... מבט של מוות בעיניים" (עמוד 573 לפרוטוקול, שורה 2, 6). טלי סיפרה כי צרחה, שמעה יריות ברצף, אם כי לא ראתה אותן, ואז ראתה את בן מוטל על הארץ שותת דם. טלי הדגישה כי התמונה שנחרתה בזכרונה באותן שניות היא של בן מניף את מנעול ההגה ועומד להרוג את ניר. אשר לצעקות במהלך האירוע, ולטענה כי צעקה לניר "אל תירה, אל תירה" ציינה טלי כי אינה זוכרת מה צעקה, אך לא נראה לה כי אֵלו הם דברי צעקתה. לגבי החלק הראשון של האירוע, שבו הכניס ניר את פלג גופו העליון למכוניתו של בן, ציינה טלי כי לא ראתה אירוע מעין זה, ורק שמעה על כך לאחר מכן.

--- סוף עמוד 16 ---

42. בית המשפט המחוזי בחן את אמרותיה של טלי בהודעתה הראשונה במשטרה ואת דברי עדותה בבית המשפט, ובא לכלל מסקנה "כי אין ליתן אמון בגרסתה, בעיקר בחלק הנוגע לעדותה בדבר הנפת מנעול ההגה על ידי בן" (פסקה 1.ז), וזאת מן הטעמים הבאים: ראשית, נקודת המוצא היא כי מדובר בעדה לא אובייקטיבית, המעוניינת מטבע הדברים בטובתו של ניר; שנית, עיון בהודעתה במשטרה, שעות ספורות בלבד לאחר האירוע, מעלה כי בשלב שבו נשאלה טלי שאלות מפורטות יותר על אודות מנעול ההגה ביקשה להפסיק את החקירה. רק לאחר שהובהר לה כי אם לא תשתף פעולה תעוכב, נאותה טלי להמשיך ולהשיב לשאלות החוקרים; שלישית, ונקודה זו הודגשה על-ידי בית המשפט המחוזי, טלי לא תארה בהודעתה במשטרה ולא בעדותה בבית המשפט המחוזי פרטים חשובים בקשר עם ההנפה, בכללם – כיצד בדיוק אחז בן במנעול ההגה, לאיזה גובה הניפו, באיזה צד של גופו הניפו וכיוצא בפרטים הללו. תחת זאת, הסתפקה טלי בתיאור כללי בלבד

לפיו ראתה את מנעול ההגה עומד לפגוע בניר; רביעית, שתיקתה של טלי בחקירותיה, למעט בחקירה הראשונה, כאשר כעדה, שאינה חשודה, אין לה זכות שתיקה – "תמוהה מאד ומלמדת כי היא לא ראתה את מנעול ההגה בכלל, קל וחומר שלא ראתה אותו מונף" (שם); חמישית, בדומה לעדותו של ניר, גם עדותה של טלי 'מתפתחת', ונצבעת "בצבעים עזים" (שם) רק בשלבים מאוחרים יותר של המשפט.

43. נוכח האמור הגיע בית המשפט המחוזי למסקנה כי אין עדות התומכת בגרסתו של ניר. העובדה שאשתו, אשר עמדה בסמוך אליו בעת האירוע לא היתה מסוגלת לתאר, לא במשטרה ולא בבית המשפט, מה בדיוק התרחש וכיצד תקף בן, לכאורה, את ניר, היא הנותנת כי לא היתה הנפה של מנעול ההגה כלל; ומשכך, דין גרסתה של טלי ודין גרסתו של ניר – להידחות.

מנעול ההגה

44. לאחר שקבע כי עדויות הראייה הן מהימנות, ומשנדחתה גרסתם של ניר ושל טלי, פנה בית המשפט המחוזי להתמודד עם השאלה המתחייבת מן הממצאים העובדתיים: כיצד ניתן להסביר את הימצאותו של מנעול ההגה בזירת האירוע, "נתון שבודאי יש ליתן לו משקל בבחינת גרסת הנאשם בכללותה" (פסקה ח.2)?

45. תחילה התייחס בית המשפט המחוזי לטענת ב"כ המדינה כי ניר או טלי הוציאו את מנעול ההגה ממכוניתו של בן מיד לאחר הירי. נקבע כי טענה זו לא הוכחה ונותרה

--- סוף עמוד 17 ---

בגדר אפשרות תיאורטית בלבד. אפשרות נוספת שהעלה בית המשפט המחוזי היא כי במהלך יציאתו הבהולה של בן ממכוניתו נפל מנעול ההגה החוצה. אפשרות זו יכולה לעלות בקנה אחד עם דברים שאמרה אביבה, אמו של בן, בעדותה, לפיהם מנעול ההגה הוחזק בדרך כלל לצד מושב הנהג, ברווח שבין המושב לדלת. מכל מקום, ומחמת הספק, היה מוכן בית המשפט המחוזי להניח לטובת ניר כי בן אכן יצא ממכוניתו כשהוא אוחז במנעול ההגה. בית המשפט המחוזי הטעים כי אפשרות זו יכולה להתיישב עם הסברה לפיה לאחר שהותקף על-ידי ניר, יצא בן כשמנעול ההגה בידו על מנת להתגונן או להרתיע את ניר מפני תקיפה נוספת, וכי מנעול ההגה נשמט מידיו של בן. כך או אחרת, ההנחה כי בן יצא ממכוניתו כשמנעול ההגה בידיו אין בה, לדברי בית המשפט המחוזי, כדי להוביל למסקנה כי בן הניף את מנעול ההגה במטרה לתקוף את ניר.

46. לשיטת בית המשפט המחוזי, הנחה זו אינה פוגמת בעדויותיהם של עדי הראייה, והן יכולות לדור בכפיפה אחת עם ההנחה שבן יצא ממכוניתו כשהוא אוחז

במנעול ההגה. כך, בהתייחס לעדותו של צימרמן הוסבר כי מכיוון שמנקודת מבטו, פלג גופו התחתון של בן היה מוסתר על-ידי דלת המכונית, אזי אף אם יצא בן כשמנעול ההגה בידיו ולא הניפו, לא יכול היה צימרמן לראותו. אשר לעדותו של קרדון הוסבר כי אפשר שבן אחז את מנעול ההגה ביד ימין, שהיתה בצד המרוחק מקרדון, ולפיכך לא הבחין בו קרדון. לגבי עדותה של ירושלמי הוסבר כי לפי עדותה לא ראתה כלל את בן לאחר שיצא ממכוניתו, וכי בשלב זה של האירוע התמקדה אך ורק בניר. משכך, אף אם יצא בן ממכוניתו כשמנעול ההגה בידו, הרי שירושלמי לא היתה אמורה לראותו.

47. בסיכומם של דברים קבע בית המשפט המחוזי כי הוא מוכן להניח, מחמת הספק, שבן יצא ממכוניתו כשהוא אוחז במנעול ההגה. יחד עם זאת, בית המשפט המחוזי דחה את גרסאותיהם של ניר וטלי וקבע כי "הוכח מעבר לכל ספק סביר, שלא היתה כל הנפה של המוט על ידי בן בשלב הירי" (פסקה ח.11); לאמור – אחיזה כן, הנפה לא.

טווח הירי

48. לאחר מכן נפנה בית המשפט המחוזי לדון במחלוקת שבין הצדדים על טווח הירי, בדגש על השאלה האם בוצע הירי בהצמדה מלאה או חלקית לראשו של בן, או ללא הצמדה כלל. משמעותה של שאלת ההצמדה לענייננו היא זו: אם אמנם בוצע הירי

--- סוף עמוד 18 ---

בהצמדה (מלאה או חלקית) של האקדח לראשו של בן, אזי יש בכך כדי לתמוך בטענות ב"כ המדינה כי ניר לא היה נתון במצב של סכנת חיים שהצדיקה את הירי בבן. נהפוך הוא, ירי בהצמדה מלמד על כך שניר היה דומיננטי במהלך האירוע, והוא ש'שלט' במצב. לעומת זאת, אם לא בוצע הירי בהצמדה, כי אז יש בכך כדי לתמוך במידה מסוימת בגרסתו של ניר לאשר אֵרע, ולהיותו נתון בסכנה ממשית (בהנחה שמנעול ההגה אכן הונף לעברו).

49. המחלוקת ביחס לשאלה זו של טווח הירי התעוררה באופן חריג, וכמעט כבדרך אגב, רק במהלך חקירתו הנגדית של ד"ר נחמן ריקרדו, הרופא מטעם המכון לרפואה משפטית אשר ביצע את הנתיחה שלאחר המוות בגופתו של בן. חוות הדעת הראשונה שהכין ד"ר ריקרדו לאחר הנתיחה לא כללה התייחסות לסוגיית טווח הירי, זולת הערה קצרה: "טווח ירי – מותנה בתוצאות מז"פ". תוצאות בדיקת מז"פ לא הובאו לידיעתו של ד"ר ריקרדו, וחוות דעתו הוגשה אפוא לבית המשפט המחוזי מבלי שהתייחס למשמעות הממצאים על גופתו של בן בקשר לטווח הירי. לאחר

שהתעוררה הסוגיה במהלך חקירתו הנגדית הכין ד"ר ריקרדו, לבקשת בית המשפט, חוות דעת משלימה בה פירט את הטעמים למסקנתו כי הירי בוצע בהצמדה. ניר הגיש מצדו שתי חוות דעת, אחת מאת ד"ר וינסנט דימאיו, מומחה בעל שם עולמי לרפואה משפטית, והשנייה מאת מר אבנר רוזנגרטן מומחה למדע פורנזי, לביסוס טענתו כי הירי לא בוצע בהצמדה, לא מלאה ולא חלקית.

50. עוד לפני שסקר את חוות דעת המומחים ואת המסקנות העולות מהן, ציין בית המשפט המחוזי כי למרות הדיון הארוך והמעמיק שהתקיים בסוגיית טווח הירי במהלך המשפט, הרי שלא נודעת לשאלה זו חשיבות מכרעת לענייננו. הצדדים מסכימים כי הירי בוצע מטווח קצר מאד, ומשכך, הפרמטרים המרכזיים הקשורים בירי ואשר להם נודע משקל מכריע להכרעת הדין הם מספר היריות; המקום אליהן כוונו; ומיקום הפגיעות.

51. מכל מקום, בית המשפט המחוזי סקר וניתח את חוות הדעת ואת המחלוקת שבין המומחים ביחס לשאלת ההצמדה, ואף עשה זאת בהרחבה יחסית. מבלי להיכנס לפרטי חוות הדעת, זוהי בתמצית המחלוקת שבין המומחים: ד"ר ריקרדו סבור כי שני ממצאים אשר נמצאו בפצע הירייה בראשו של בן (סימן הטבעה והפרדה תת-עורית), מלמדים כי הירי לראשו בוצע בהצמדה מלאה או חלקית. מאידך גיסא, ד"ר דימאיו

--- סוף עמוד 19 ---

שלל אפשרות זו נוכח העדרם של סימנים מובהקים שאמורים להופיע במצב של ירי בהצמדה, וכמו כן חלק על עצם הימצאותו של סימן הטבעה.

52. בית המשפט המחוזי סבר כי חוות דעתו של ד"ר ריקרדו, לפיה הירי בוצע בהצמדה, עדיפה על חוות דעתם ההפוכה של ד"ר דימאיו ושל ד"ר רוזנגרטן, וזאת מכמה טעמים: ראשית, ד"ר דימאיו התרכז ב'אין', היינו באותם סימנים שהיה מצופה למצוא במצב של ירי בהצמדה, אך לא סיפק הסבר מניח את הדעת ל'יש', היינו לממצאים שאבחן ד"ר ריקרדו; שנית, עדותו של ד"ר ריקרדו היתה מקצועית, מהימנה ואובייקטיבית, בעוד עדותו של ד"ר דימאיו – מטבע הדברים, ומבלי לגרוע ממקצועיותו – נועדה לחזק את עמדת ניר; שלישית, ד"ר ריקרדו הוא אשר בדק את גופתו של בן והתרשם מן הממצאים באופן בלתי-אמצעי, נתון בעל משקל שעה שעסקינן בפענוח משמעותם של אותם ממצאים.

53. יחד עם זאת, אף שסבר בית המשפט המחוזי כי חוות דעתו של ד"ר ריקרדו עדיפה על אלו של ד"ר דימאיו וד"ר רוזנגרטן, נותרו לדעתו קשיים מסוימים שהותירו ספק אם אמנם בוצע הירי בהצמדה: ראשית, שאלת ההצמדה התעוררה רק

בשלב מאוחר יחסית שבו כבר לא ניתן היה לבצע בדיקות שיש בהן כדי לאשש או להפריך את עמדתו של ד"ר ריקרדו; שנית, העדרם של סימנים מובהקים, עליהם עמד ד"ר דימאיו בחוות דעתו, שהיה מצופה למצוא בגופת בן אם אמנם בוצע הירי בהצמדה; שלישית, רפואה משפטית אינה מדע מדויק, ויש לכך משקל בבחינת קביעותיו של ד"ר ריקרדו; רביעית, חוות דעתו של רוזנגרטן, שלא נסתרה על-ידי המשיבה (הגם שאין לייחס לחוות הדעת כשלעצמה משקל ניכר).

54. בסיכומם של דברים קבע בית המשפט המחוזי כי ניר זכאי להנות מהספק שנותר, ולפיכך בא לכלל מסקנה כי לא הוכח מעבר לספק סביר שהירי לעבר בן בוצע בהצמדה מלאה או חלקית.

זווית הירי

55. גרסתו של ניר היא כי בעת הירי עמד אל מול בן. דא עקא, גרסה זו אינה מתאימה לכאורה לממצאי הדוח הפתולוגי ממנו עולה כי מסלול הקליעים הוא מלמעלה למטה. בית המשפט המחוזי סקר את עדויות המומחים השונות ביחס לסוגיה זו וקבע כי "לא ניתן לקבוע ממצא ביחס לזווית הירי, בהיעדר ידיעה ברורה על המנח המדויק של הנאשם ושל המנוח... עם זאת, עדיין יש במסלול הקליע בתוך גופתו של המנוח בכדי להעיד

--- סוף עמוד 20 ---

על עליונות מסוימת של הנאשם על המנוח בעת הירי, בין בשל הפרשי גובה בין הנאשם למנוח, ובין בשל תנוחותיו האפשריות של המנוח בעת הירי" (פסקה י.10).

טענת ההגנה העצמית

56. לאחר שקבע כי מבחינה עובדתית אין בסיס לטענת ניר כי בן הניף לעברו את מנעול ההגה, וכי לכל היותר – גם זאת מחמת הספק – יצא בן ממכוניתו כשמנעול ההגה בידיו, פנה בית המשפט המחוזי לדון בטענתו של ניר כי פעל מתוך הגנה עצמית. בית המשפט המחוזי בחן את ששת התנאים אשר בהתקיימם עומדת לנתקף טענת ההגנה העצמית, קבע כי אף לא אחד מן התנאים התקיים בענייננו, ודחה את טענת ניר מכל וכל.

57. ראשית, ניר לא הותקף על-ידי בן. אדרבה – בן הוא שהותקף על-ידי ניר; שנית, מאחר שניר לא הותקף על-ידי בן ממילא גם לא היה נתון בסכנה ממשית, מבחינה אובייקטיבית או סובייקטיבית; שלישית, גם דרישת המיידיות לא התקיימה, שכן לניר לא נשקפה כאמור סכנה כלל, ואף אם היתה סכנה מסוימת, לא היה בה כדי להצדיק את תגובתו של ניר – שלוש יריות לכיוון איברים חיוניים; רביעית, תנאי הנחיצות האיכותית לא התקיים, שכן לפני ניר עמדו דרכי פעולה אחרות, כגון: ירי לאוויר, נסיגה לאחור ועוד, וכך גם תנאי הנחיצות הכמותית, שכן ניר יכול היה

להסתפק בירייה אחת חלף שלוש יריות מטווח קרוב לאיברים חיוניים; חמישית, אין יחס סביר בין הנזק שהיה צפוי להיגרם לניר לבין הנזק שנגרם לבן. הירי שביצע ניר לא היה מידתי ביחס לסכנה שנבעה מאחיזת בן במנעול ההגה ללא הנפתו, במיוחד כאשר לפני ניר עמדו דרכי פעולה חלופיות שפגיעתן פחותה. ששית, ניר הוא שהכניס את עצמו לעימות עם בן, תוך שהוא צופה מראש את האפשרות שייאלץ להגן על עצמו. ניר ידע כי הגעתו של בן לקיבוץ זיקים היא מצב נפיץ מאד, ואף על-פי כן בחר להגיע לשם לבדו, מבלי שביקש עזרה או סיוע.

58. בית המשפט המחוזי הוסיף והדגיש, כי אף לוּ היה מקבל את גרסת ניר לפיה מנעול ההגה הונף לעברו, לא היה בכך כדי להצדיק את מעשיו: "ירי כמו שירה הנאשם במודע לעבר פלג הגוף העליון, ממרחק קרוב מאד, טווח אפס... הינו אמצעי דרסטי ובלתי סביר, גם לו הונף מנעול ההגה" (פסקה יא.10). זאת ועוד, בית המשפט המחוזי ציין כי אִילוּ היה מרחיק לכת ומניח (הנחה אותה שלל) כי ניר אכן פעל במטרה להתגונן, "קשה להבין מדוע היה צורך בשלוש יריות, ואפילו אם נניח שהירייה הראשונה לא פגעה ורק השנייה והשלישית פגעו במנוח, קשה להבין מדוע היה צורך בירייה השלישית" (שם) וזאת בשים לב לכך שמדובר בקצין משטרה מיומן ומנוסה.

--- סוף עמוד 21 ---

59. בית המשפט המחוזי בחן גם את טענתו של ניר כי אף אם לא התקיימו התנאים לסייג ההגנה העצמית, הרי שלמצער קמה לו הטענה בדבר הגנה עצמית מדומה בשל טעותו הכנה כי היה נתון במצב של סכנת חיים. בית המשפט המחוזי דחה טענה זו וקבע כי משנדחתה טענתו העובדתית של ניר לפיה בן הניף לעברו את מנעול ההגה, שוב אין מקום לטענת ההגנה העצמית המדומה. למעלה מן הצורך צוין, כי אף לוּ התקבלה טענתו של ניר בדבר הנפת מנעול ההגה לא היה בכך כדי לסייע בידו, שכן בית המשפט המחוזי לא נתן אֱמון בטענתו של ניר לפיה "טעה טעות כנה וסבר כי הוא מצוי במצב של סכנת חיים ממשית" (פסקה יב.5).

יסודות עבירת הרצח

60. לאחר שקבע את תמונת המצב העובדתית, ודחה את טענתו המשפטית של ניר בדבר קיומו של סייג ההגנה העצמית, פנה בית המשפט המחוזי לבחון אם התקיימו יסודות עבירת הרצח בה הואשם ניר. בית המשפט המחוזי קבע ללא קושי כי התגבשה אצל ניר החלטה להמית, וכי שליפת האקדח לעבר בן עולה כדי מעשה הכנה. עיקר הדיון בחלק זה התמקד אפוא בתנאי שעניינו העדר קנטור.

61. בראשית דבריו נדרש בית המשפט המחוזי לשאלה אם ניתן להעלות טענת קנטור כטענה חלופית לטענת הגנה עצמית. סוף סוף טענות אלו סותרות לכאורה זו את זו, באופן שאינן יכולות לדור בכפיפה אחת. בהסתמך על ההלכה שיצאה מלפני

בית משפט זה, קבע בית המשפט המחוזי כי "מקום שטענת הגנה חלופית עולה מחומר הראיות עצמו, אל לו לבית המשפט להימנע מלבחון הטענה" **(פסקה יד.7). בית המשפט המחוזי קבע שבחינת נסיבות העניין דנן מלמדת** "כי קיימת תשתית עובדתית ביחס לטענת הקנטור העולה באופן סביר מחומר הראיות" **(פסקה יד.8): הרומן שהתקיים, לכאורה, בין בן לטלי; מכתביו של בן המציגים באופן בוטה את הקשר האינטימי בינו לבין טלי; ההטרדות הבלתי-פוסקות מצד בן; ניסיונות ההתאבדות של בן; האיומים לפגוע בניר ובמשפחתו; הפגיעה בפרטיותם ובשגרת חייהם שהביאתם עד כדי העתקת מקום מגוריהם – כל אלו יש בהם** "כדי להצביע על אפשרות שמעשיו של בן עלו כדי קנטור מתמשך" **(פסקה יד.31).**

62. **אשר לתכיפות הקנטור למעשה ההריגה קבע בית המשפט המחוזי כי התנהגותו של בן ביום האירוע, קרי – הגעתו לבית טלי וניר בקיבוץ זיקים; יציאתו מהמכונית**

--- סוף עמוד 22 ---

כשהוא אוחז במנעול ההגה; וקריאתו לניר 'תירה, תירה', **יש בהם כדי לבסס אירוע בלתי-צפוי שכמוהו כעליית מדרגה לעומת האירועים שקדמו לו. נוכח האמור דחה בית המשפט המחוזי את גרסת ניר, לפיה הגיע למקום האירוע** 'שלו ורגוע', **וקבע כי** "שילוב הדברים מוביל למסקנה, גם אם לא בלי היסוס, כי מחמת הספק לא ניתן לשלול אפשרות שגם אדם מן הישוב, היה עלול להגיע למצב של אובדן שלוות הרוח ולאבד את השליטה העצמית, ולהגיב בדרך האסורה בה הגיב הנאשם" **(פסקה יד. 34).**

63. סוף דבר: **בזהירות המתחייבת ומחמת הספק, זיכה בית המשפט המחוזי את ניר מעבירת הרצח, והרשיעו בהריגה.**

גזר הדין

64. **ביום 20.5.2013 נגזר דינו של ניר. בטיעוניו לעונש עתר ב"כ המדינה לקביעת מתחם ענישה שבין 12 ל-18 שנים, אשר יהלום את חומרת מעשיו של ניר; את פגיעתו בערך קדושת החיים; ואת העובדה שלא נטל אחריות, לא הביע חרטה על מעשיו, ותחת זאת בחר להטיל את האשמה על בן. כמו כן, ביקש ב"כ המדינה כי לא ינתן משקל רב לאיומים ולהטרדות של בן כלפי ניר וטלי, שכן לא היתה לו כוונה לפגוע בהם. לדבריו, בית המשפט כבר התחשב בנסיבות אלו כאשר זיכה את ניר מעבירת הרצח,** "ואין להוסיף חמלה על חמלה" **(פסקה 12 לגזר הדין).**

65. מנגד, **באי-כוחו של ניר הדגישו כי** "מדובר בקנטור חריף בעוצמתו, בכמותו ובהיקפו, קנטור עז ומתמשך אשר לא ניתן להתעלם ממנו, כאשר יש להקל במידת העונש בהתאם לעוצמת הקנטור" **(שם, פסקה 13). לכך יש להוסיף את העובדה שניר הוא**

שוטר וקצין מצטיין, ללא היסטוריה של אלימות, שהביע צער על תוצאתו הטראגית של האירוע.

66. לאחר הצגת טיעוני הצדדים לעונש פנה בית המשפט המחוזי לגזור את העונש ההולם בהתאם להוראות תיקון 113 לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין או החוק). בראשית דבריו עמד בית המשפט המחוזי על הפגיעה הקשה בערך קדושת החיים בכלל, ועל חומרת מעשיו של ניר בפרט. במיוחד הדגיש בית המשפט את העובדה שלאורך כל הדרך, ובפרט ביום האירוע, נמנע ניר מלשתף גורמים נוספים,

--- סוף עמוד 23 ---

ו"בחר בהשתקת העניין וב'טיפול' במנוח בעצמו, מקום בו קיימת אפשרות כי פנייה לרשויות יכלה למנוע את התוצאה הטרגית" (שם, פסקה 22).

67. בקביעת מתחם העונש ההולם שקל בית המשפט המחוזי את הערך החברתי שבו פגע ניר – קדושת החיים; את מדיניות הענישה הנהוגה; ואת הנסיבות הקשורות בביצוע העבירה. בעניין אחרון זה ציין בית המשפט את מספר היריות; העובדה כי נורו מ'טווח אפס'; עליונותו הברורה של ניר, קצין משטרה מיומן המצויד באקדח, על בן; והנזק שנגרם מביצוע העבירה – מותו של בן, כנסיבות מחמירות המחייבות ענישה ממשית ומוחשית. מנגד, בית המשפט המחוזי קבע כי בהתאם לסעיף 40ט(7) לחוק, שעניינו במעשה שנעשה בעקבות התגרות של נפגע העבירה, הרי שמעשיו של בן עובר לאירוע, כפי שפורטו בהכרעת הדין, מהווים נסיבה לקולא בגזירת עונשו של ניר. בסיכומם של דברים הגיע בית המשפט המחוזי לכלל מסקנה כי מתחם העונש ההולם הוא בין 12 ל-17 שנים.

68. בקביעת העונש המתאים בתוך המתחם נתן בית המשפט המחוזי את דעתו על הפגיעה של העונש בניר ובמשפחתו; על התנהגותו החיובית של ניר במהלך השנים ותרומתו לחברה; ולהיותו נעדר עבר פלילי. לצד זאת ציין בית המשפט המחוזי כי יש משקל לכך שניר לא נטל אחריות על מעשיו והטיל אותה על בן. בסופו של דבר, גזר בית המשפט המחוזי על ניר עונש מאסר למשך 14 שנים, בניכוי ימי מעצרו.

מכאן הערעור שלפנינו.

עיקרי טענות ניר

69. הודעת הערעור ארוכה, סדורה, מפורטת, מנומקת היטב. דומה כי באי-כוחו של ניר לא הותירו אבן שלא הפכוה. לערעור חמישה ראשים עיקריים: עדויות הראייה, גרסאותיהם של ניר וטלי, הראיות במישור המדעי-פורנזי, טענת ההגנה העצמית, והערעור על חומרת העונש. להלן, בתמצית, עיקרי הטענות.

עדויות הראייה

70. לטענת באי-כוחו של ניר שגה בית המשפט המחוזי כשביסס את הרשעתו על שלוש עדויות הראייה, כאשר גם בית המשפט הכיר בקושי העולה מהשוואת העדויות זו לזו ומהעמדתן אל מול הראיות האחרות. לטענתם, "הלוגיקה ששימשה את בית המשפט... לניתוח העדויות לצורך התגברות על הפגמים שבהן ועל הסתירות שביניהן הינה

--- סוף עמוד 24 ---

שגויה ומסוכנת, ואינה עולה בקנה אחד עם רמת ההוכחה הנדרשת במשפט פלילי" (עמוד 21 להודעת הערעור).

71. באי-כוחו של ניר מנו שורה ארוכה של שגיאות לגבי האופן שבו ניתח בית המשפט המחוזי את עדויות הראייה: ראשית, בניגוד לקביעת בית המשפט המחוזי, ישנם הבדלים מהותיים בין העדויות ביחס למספר רב של פרטים הנמצאים בליבת האירוע: המיקום של הנפשות הפועלות; מצב דלת המכונית של בן (פתוחה או סגורה); הצעקות שנשמעו במהלך האירוע; מנח גופו של בן בעת הירי; טווח הירי; אופן ביצוע הירי (יד ימין או שמאל); והנימוקים השונים לכך שהעדים לא הבחינו בבן אוחז במנעול ההגה. לטענת באי-כוחו של ניר מדובר בסתירות בולטות ביחס לפרטים מרכזיים, ויש ליתן לאלה את מלוא המשקל בבחינת העדויות.

72. שנית, שגה בית המשפט המחוזי בכך שתלה את הסתירות בין העדויות במיקומם השונה של העדים, כאשר ברור כי נקודת התצפית השונה של כל אחד מן העדים אינה יכולה להסביר את ההבדלים בין הגרסאות.

73. שלישית, וזו לשיטת באי-כוחו של ניר השגיאה המשמעותית ביותר, שגה בית המשפט המחוזי בכך שתלה את הסתירות בין העדויות בנקודת הזמן השונה בה החל כל אחד מן העדים לקלוט את האירוע. לטענת באי-כוחו של ניר, תזה זו – אותה כינו 'תזת השלבים על פני הרצף' – לא הוצגה לעדים (שכן הועלתה לראשונה רק בשלב הסיכומים), ואינה משקפת את גרסתם לאשר אירע; אינה מיישבת אלא חלק קטן בלבד מהסתירות בין העדויות; אינה מסבירה כראוי את הממצאים הפיזיים בזירה; ומה גם שנכונותה העקרונית של התזה עצמה לא הוכחה ברמה הנדרשת בפלילים, ואינה מתיישבת עם עקרון ה'הנאה מן הספק'.

74. רביעית, אף אם נאמץ את 'תזת השלבים על פני הרצף', הרי שהכרעת הדין עצמה מסתייגת מעדויותיהם של שניים מן העדים. כך, ביחס לעדותה של ירושלמי נקבע, כי לא ראתה את בן בתכוף לירי, ועל כן עדותה איננה רלבנטית כלל לעניין מנעול ההגה. אשר לעדותו של קרדון, הרי שבכל הנוגע לטווח הירי עומדת עדותו בסתירה לממצאים הפורנזיים כפי שנקבעו בהכרעת הדין. אכן, בית המשפט המחוזי קבע כי אין לייחס משקל לסתירה זו, משום שמדובר בטעות טבעית והגיונית

בהתחשב בסערת הרגשות בה היה נתון קרדון באותם רגעים, ומכיוון שלא לכל אחד יש את

--- סוף עמוד 25 ---

הכלים להעריך מרחקים באופן מדויק. ברם, לטענת באי-כוחו של ניר, טעותו של קרדון אינה טעות שבאומדן בלבד, אלא תיאור שונה לחלוטין של העובדות הפיזיות.

75. חמישית, הקושי להסתמך על עדויות הראייה אינו נובע אך מפאת הסתירות הבולטות ביניהן, אלא גם מחמת פגמים בולטים בכל אחת מן העדויות כשלעצמה: פרטים בהם לא הבחינו העדים (כגון המכה שנתן ניר לבן כשעוד ישב במכוניתו), תיאורים שאינם עולים בקנה אחד עם הממצאים הפורנזיים, שינויי גרסה, קשיים בקליטת האירוע (מחמת מרחק, זווית ראייה או לקויות פיזיות) ועוד פגמים מפגמים שונים.

76. ששית, שגה בית המשפט המחוזי כשהתעלם מן הסתירה בין שלוש עדויות הראייה ששללו את הטענה לפיה בן החזיק בידיו חפץ כלשהו, לבין הממצא העובדתי הברור, עליו אין חולק, כי בזירת האירוע נמצא מנעול הגה. מתבקש, כך לפי באי-כוחו של ניר, כי סתירה זו תכרסם באופן משמעותי במשקלן של העדויות. לשיטתם, ההסברים שניתנו לתמיהה מדוע לא הבחינו העדים במנעול ההגה סותרים זה את זה ואינם משכנעים. זאת ועוד, באי-כוחו של ניר מדגישים כי בשום שלב של החקירה לא הוצג מנעול ההגה לעדים, גם לא בשחזורים, ולא נבדקה בזירת האירוע עצמה יכולת התצפית של העדים ומגבלותיה ביחס למנעול ההגה. אשר לאפשרות הנוספת שהעלה בית המשפט המחוזי לפיה מנעול ההגה נפל מן המכונית במהלך יציאתו החפוזה של בן, טענו באי-כוחו של ניר כי עצם העלאתה של אפשרות זו – "הקלושה, הדמיונית והמרוחקת" – תמוהה בעיניהם, וגם אינה מתיישבת עם המרחק מן המכונית שבו נמצא מנעול ההגה בזירה. בהתייחס להנחה שהניח בית המשפט המחוזי לטובתו של ניר, מחמת הספק, לפיה בן יצא ממכוניתו כשהוא אוחז במנעול ההגה, טענו באי-כוחו כי הנחה זו היתה צריכה להיקבע כממצא פוזיטיבי, ולא מחמת הספק. העובדה כי בן אחז במנעול ההגה הוכחה באופן קונקלוסיבי, ולמולה עמדה רק האפשרות הקלושה והבלתי-מעשית, כאמור, לפיה מנעול ההגה נפל מן המכונית אגב יציאתו של בן ממנה.

77. שביעית, בסיכומיהם, הציגו באי-כוחו של ניר הסברים פסיכולוגיים, שלדבריהם מעוגנים היטב בספרות המחקרית, על אודות מגבלות הקליטה והזיכרון האופייניות לעדי ראייה (ולשם כך אף צורף נספח מיוחד להודעת הערעור). על-פי

הסברים אלו, הסתמכות על עדים מהימנים ואובייקטיביים איננה בטוחה כל צרכה, אינה מבטיחה תיאור מדויק של ההתרחשויות, וזאת במיוחד ביחס לאירועי אלימות.

--- סוף עמוד 26 ---

לטענת באי-כוחו של ניר, שגה בית המשפט המחוזי משלא נתן להסברים אלו את המשקל הראוי בנסיבות העניין.

גרסאותיהם של ניר ושל טלי

78. לטענת באי-כוחו של ניר, בניגוד לעמדת בית המשפט המחוזי, גרסתו עקבית, איתנה ומפורטת. לטענתם, שגה בית המשפט המחוזי באופן שבו ניתח את גרסתו של ניר, אותה הגדיר כגרסה 'מתפתחת' שעברה 'שינויים והתאמות', וכי ההבדלים עליהם עמד בית המשפט בין גרסתו בחקירת המשטרה לבין גרסתו בבית המשפט הם לכל היותר שינויי סגנון, אך אין בהם שינוי בתיאור העובדות הגולמיות. לדברי באי-כוחו, כל הניסיונות להפריך את גרסתו עלו בתוהו, ולא נמצא בה ולו 'שקר נאשם' אחד. זאת ועוד, גרסתו של ניר זוכה לתימוכין ממשיים הן בעדותה של טלי, הן בראיות הפורנזיות, הן בראיות הנסיבתיות, ושגה בית המשפט המחוזי משלא יִחס לתימוכין אלו את המשקל הראוי להם.

79. לגבי גרסתה של טלי טענו באי-כוחו של ניר, כי שגה בית המשפט המחוזי בקביעתו כי אין בעדותה כדי לתמוך בגרסתו, ומשפסק באופן מרחיק לכת כי העובדה שטלי אינה מסוגלת לתאר במדויק את אופן הנפת מנעול ההגה, היא הנותנת כי לא היתה הנפה כלל. לטענת באי-כוחו, עדותה תומכת בגרסתו של ניר באופן מובהק, ומן הדין היה לייחס לה משקל רב. בהקשר זה ציינו כי במסגרת ניתוח גרסתה של טלי בולטת בחסרונה העובדה שנשללה האפשרות של תיאום גרסאות בינה לבין ניר, מה שמחייב את המסקנה כי גרסתה עצמאית ובעלת משקל ממשי. אף אם יש מקום לסייג את המשקל שיש לעדותה בשל העדר 'מסוימות' ותיאור מדויק של הפרטים, הרי שאין בכך כדי לאיין כליל את גרסתה, לא כל שכן להסיק מכך מסקנות לחובתו. באי-כוחו של ניר הוסיפו וציינו כי בולט במיוחד הפער שבין ההתייחסות המחמירה שנקט בית המשפט המחוזי כלפי עדותו-שלו ועדותה של טלי, לעומת היחס המקל ביותר שננקט כלפי שלושת עדי הראייה.

80. על סמך האמור סבורים באי-כוחו של ניר כי נקודת המוצא הראייתית בתיק זה היא כי עלה בידיהם לעורר לכל הפחות ספק סביר ביחס לטענת ההגנה העצמית, ספק שלא עלה בידי המשיבה להסיר.

המישור המדעי-פורנזי

--- סוף עמוד 27 ---

81. לטענת באי-כוחו של ניר, מאמציה הרבים של המשיבה למצוא דופי בגרסתו תוך הסתייעות בראיות מהמישור המדעי-פורנזי – נכשלו. לדבריהם, כישלון זה איננו בעל משמעות נייטראלית. העובדה שגרסתו נמצאה תואמת את כל הממצאים הפיזיים והפורנזיים בזירת האירוע מחזקת את ההסתברות לכך שמדובר בגרסת אמת.

82. באי-כוחו של ניר הוסיפו וטענו, כי ניהול ההליך במישור המדעי-פורנזי לא נעשה ברמת האחריות המתבקשת, גם אם נעשה הדבר בתום לב, והתאפיין בחוסר תיאום ואי-הסכמה בין מומחי המשיבה (מבלי שהמשיבה מעמתת בין הדעות הסותרות או מיישבת ביניהן); התעלמות, 'עצימת עיניים' וטשטוש של ספקות; שינויי חזית תכופים; אי-ביצוע בדיקות הכרחיות; והחמור מכל – קידום טענות במסגרת החקירות הנגדיות גם לאחר שמומחי המשיבה הסתייגו מהן באופן מפורש, ואף שללו אותן.

83. באי-כוחו של ניר מתייחסים בטענותיהם לסוגיות המרכזיות במישור המדעי-פורנזי: טווח הירי והטענה בדבר ירי בהצמדה (מלאה או חלקית); זווית הירי; העדר הממצאים על מנעול ההגה; ואי-בדיקתו של הקליע המעוך שנמצא בזירת האירוע. התייחסות זו היא בבחינת למעלה מן הצורך, שכן בית המשפט המחוזי קבע כי טענות המשיבה במישור זה לא הוכחו. אף אני לא ארחיב את הדיבור בסוגיות אלו אלא במקום הצריך לכך.

טענת ההגנה העצמית

84. לטענת באי-כוחו של ניר, משהגיע לכלל מסקנה עובדתית כי בן לא הניף לעברו את מנעול ההגה, לא נדרש בית המשפט המחוזי לדיון משפטי ממצה ומקיף בטענת ההגנה העצמית, ולא ראה צורך להתמודד עם הטיעון המשפטי הסדור שהעלו בסיכומיהם. ככל שיצלח הערעור במובן זה שתתקבל גרסתו של ניר כי בן אכן הניף את מנעול ההגה לעבר ראשו, או למצער יעלה ספק סביר בקשר לכך, אזי שבה ומתעוררת הסוגיה המשפטית בעניין ההגנה העצמית במלוא עוזה.

85. במישור העקרוני טוענים באי-כוחו של ניר כי יש להיזהר מלפרש וליישם את סייג ההגנה העצמית באופן מצומצם שירוקן אותו מתוכן של ממש. בחינת התנאים לקיומו של סייג ההגנה העצמית צריכה להתחשב "בנסיבות המקרה כפי שחווה אותן הנאשם בזמן אמת, באילוצי הזמן והמרחב שבהם פעל, בשלל הגורמים המשפיעים. אין להחיל על המקרה אמות מידה בלתי-מעשיות" (עמוד 104 להודעת הערעור). עוד הם טוענים, כי צריך היה לדחות על הסף את טיעוני המשיבה לגבי חלק מיסודות ההגנה

--- סוף עמוד 28 ---

העצמית (ובפרט, נחיצות התגובה וסבירותה), שכן הללו הועלו לראשונה בסיכומיה, מבלי שנטענו במהלך המשפט כלל, ובמהלך חקירתו הנגדית של ניר בפרט. זאת, שכן

עד לשלב הסיכומים בחרה המשיבה לדבוק בטענה כי מנעול ההגה כלל לא היה חלק מאירוע הירי, ולפיכך בחרה משיקוליה-שלה שלא לבחון טענות אלו במסגרת שלב ההוכחות.

86. לאחר מכן עומדים באי-כוחו של ניר על כל אחד מששת התנאים המקימים את סייג ההגנה העצמית, ומסבירים מדוע כל אחד מהם התקיים בענייננו. לחלופין הם טוענים כי תגובתו באה בגדרה של טענת ההגנה העצמית המדומה, שכן אף אם נגיע למסקנה כי הירי אינו עומד בתנאי הנחיצות והסבירות, עדיין יש לומר כי ניר פעל כפי שפעל מתוך טעות פנה לגבי מצב הדברים בעת האירוע והסכנה שנשקפה לו, לתחושתו, באותם שברירי שניות. לדברי באי-כוחו, במצב הלחץ הקיצוני שבו היה נתון, טעותו לא זו בלבד שהיא פנה, אלא גם סבירה.

לחלופין – ערעור על גזר הדין

87. ככל שלא תתקבל טענתו כי פעל מתוך הגנה עצמית, ואם לא יזוכה מאשמה, משיגים באי-כוחו של ניר על חומרת עונשו. לטענתם, העונש שגזר בית המשפט המחוזי הוא עונש "קשה, דרסטי, סופני במובן אי-הותרת מרחב של תקווה לניר ולמשפחתו להתאושש ולהשתקם מן הפרשה הקשה" (עמוד 126 להודעת הערעור). קונקרטית, מצביעים באי-כוחו של ניר על שלוש שגיאות עיקריות בגזר הדין: ראשית, קיים פער משמעותי בין קביעותיו של בית המשפט המחוזי ביחס לסוגיית הקנטור, לבין הביטוי שקיבלו קביעות אלו בפועל בגזר הדין; שנית, גזר הדין אינו מבטא את יחודה של הפרשה, ואת ה'מאזן המוסרי' שבינו לבין בן בנסיבות הפרשה כולה; שלישית, גזר הדין אינו נותן משקל מעשי לנסיבות האישיות יוצאות הדופן של ניר, ולכך שמותו של בן הוא אירוע טראגי גם מבחינתו.

88. נוכח האמור, מבקשים באי-כוחו של ניר להפחית מעונשו באופן משמעותי – כדי מחציתו לפחות.

עיקרי טענות המשיבה

89. עיקרי הטיעון שהוגשו מטעם המשיבה הם למעשה סקירה תמציתית של הכרעת הדין. תשובתה העקרונית של באת-כוח המשיבה להודעת הערעור מסתכמת בכך: "המשיבה תטען כי הערעור מופנה כנגד ממצאי מהימנות ועובדה שקבע בית המשפט קמא,

--- סוף עמוד 29 ---

אשר אין כל יסוד להתערב בהם" (פסקה 29). בהמשך לכך טענה באת-כוח המשיבה, כי "בדין נדחתה טענת ניר להגנה עצמית, ולמשנה זהירות תדגיש המשיבה, כי אפילו התקבלה גרסת ניר במלואה, לא היתה עומדת לו ההגנה הנטענת" (פסקה 30). אשר לחומרת העונש טוענת באת-כוח המשיבה כי בית המשפט המחוזי גזר את העונש

"לאחר שהתחשב במכלול השיקולים הצריכים לעניין" (**פסקה 127**), **ואין אפוא עילה להקל בעונשו של ניר.**

דיון והכרעה

90. **שתי שאלות מרכזיות מונחות לפתחנו: הראשונה, עובדתית-פוזיטיבית באופייה, האם הניף בן את מנעול ההגה לעברו של ניר? השנייה, משפטית-נורמטיבית באופייה, אם אמנם הונף מנעול ההגה, האם יש בכך כדי להקים לניר את סייג ההגנה העצמית? שתי משוכות ניצבות אפוא בדרכו של ניר, ורק אם יצלח את שתיהן – כי אז יֵצא זכאי בדין. מכל מקום, אף אם יצלח ניר את המשוכה הראשונה בלבד, קרי – ישכנענו כי בן אכן הניף לעברו את מנעול ההגה, כי אז אף אם לא יעלה בידו להוכיח כי התקיימו כל תנאי ההגנה העצמית, עדיין נודעת לכך משמעות לעניין העונש ההולם.**

91. **ראשית חכמה, נגדיר את מסגרת הדיון. שתי הוראות חוק רלבנטיות לענייננו: הראשונה, הוראת סעיף 34ה לחוק העונשין, שכותרתו 'נטל ההוכחה', המורה כך: "מלבד אם נאמר בחיקוק אחרת, חזקה על מעשה שנעשה בתנאים שאין בהם סייג לאחריות פלילית"; השנייה, הוראת סעיף 34כב(ב) לחוק העונשין, שכותרתו 'נפקותו של ספק', המורה כך: "התעורר ספק סביר שמא קיים סייג לאחריות פלילית, והספק לא הוסר, יחול הסייג". במאמר מוסגר אציין, כי בעבר היה הנטל על הנאשם להוכיח את קיומו של הסייג על-פי מאזן ההסתברויות, בדומה לנטל ההוכחה במשפט האזרחי. למן תיקון מספר 39 לחוק, די לו לנאשם לעורר ספק סביר, והנטל חוזר אל התביעה לעשות להסרת הספק על מנת להביא להרשעתו של הנאשם (ראו דברי ההסבר להצעת חוק העונשין (חלק מקדמי וחלק כללי), התשנ"ב - 1992, ה"ח 2098, 134).**

92. **הנה כי כן, נקודת המוצא היא כי מעשה המקים עבירה בוצע בתנאים שאין בהם סייג לאחריות פלילית. בענייננו, אין חולק כי ניר ירה לעבר חזהו וראשו של בן שלושה כדורים לפחות, מטווח קרוב, ובכך גרם למותו. בנסיבות אלו, מעשיו מקימים לכאורה את עבירת הרצח או ההריגה. יחד עם זאת, אם יצליח ניר לעורר ספק סביר בדבר קיומו של אחד מן הסייגים לאחריות פלילית, ולעניין זה נטל הבאת הראייה מוטל על כתפיו, אזי כל עוד לא הוסר הספק – יחול הסייג. בנידון דידן, טוען ניר לקיומו של**

--- סוף עמוד 30 ---

סייג ההגנה העצמית. האם הצליח ניר לעורר ספק סביר לגבי קיומו של הסייג? ואם אמנם הצליח, האם עלה בידי המשיבה להסיר את הספק?

93. **בטרם דיון בדברים לגופם, ראיתי לנכון להעיר הערה מקדמית לעניין התערבותה של ערכאת הערעור בממצאי הערכאה הדיונית. כאמור, השאלה הראשונה שאנו נדרשים לבחון היא שאלה עובדתית באופייה: האם הניף בן את מנעול ההגה לעבר ניר. כידוע, לבית משפט שלערעור נתונה הסמכות להתערב בממצאים שנקבעו על-ידי הערכאה הדיונית.** סעיף 212 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982 **מורה כי** "בית המשפט רשאי להסיק מחומר הראיות שהיה לפני הערכאה הקודמת או לפניו מסקנות שונות משהסיקה הערכאה הקודמת או לקבוע כי אין בו יסוד למסקנותיה". **על דרך הכלל, תימנע ערכאת הערעור מלהתערב בממצאים העובדתיים שנקבעו על-ידי הערכאה הדיונית. הגיונו של כלל זה טמון בכך שהערכאה הדיונית היא זו שהתרשמה באופן ישיר ובלתי-אמצעי מן העדים, והיא שבקיאה בחומר הראיות ושולטת בו על כל דקויותיו** (ע"פ 4191/05 אלטגאוז נ' מדינת ישראל [פורסם בנבו] (25.10.2006) פסקה 20). **מכלל לאו אתה שומע הן, ולפיכך במקום שבו אין עדיפות לערכאה הדיונית על פני ערכאת הערעור בקביעת הממצאים – דהיינו, כאשר הממצאים מבוססים על ראייה חפצית, או על שיקולים שבהיגיון – לא תימנע ערכאת הערעור מלהתערב:**

> "הרתיעה של בית-המשפט הדן בערעור לבחון מימצאים עובדתיים שנקבעו על-ידי בית-המשפט ששמע את העדויות מוצדקת רק כאשר לערכאה הדיונית נודעת עדיפות בקביעת העובדות על פני ערכאת הערעור. לכן הרתיעה נחלשת, ולעתים אף נעלמת, כאשר ערכאת הערעור מתבקשת להפוך ממצאים עובדתיים שנקבעו על-ידי הערכאה הדיונית לא בדרך של התרשמות מן העדים, אלא בדרך של התרשמות מחפץ או ממסמך או בדרך של בדיקת העדויות במבחן ההיגיון" (ע"פ 9352/99 יומטוביאן נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(4) 632, 644-645 (2000)).

94. **חריג נוסף המאפשר התערבות בממצאיה העובדתיים של הערכאה הדיונית מתקיים** "כאשר נפלו טעויות מהותיות בהערכת המהימנות של העדויות על ידי הערכאה הדיונית, כגון התעלמות מסתירות בעדות היורדות לשורשו של עניין או התעלמות מגורמים רלבנטיים להערכה של משקל העדות" (ע"פ 175/10 חנובייב נ' מדינת ישראל [פורסם בנבו]

--- סוף עמוד 31 ---

(28.7.2011) פסקה 36 (להלן: עניין חנובייב)). **כאמור, המשיבה טוענת כי הערעור מופנה נגד ממצאי מהימנות ועובדה שקבע בית המשפט המחוזי, ואין יסוד להתערב בהם. מאחר שהקביעה העובדתית לפיה מנעול ההגה לא הונף לעברו של ניר**

מושתתת במידה רבה על "בדיקת העדויות במבחן ההיגיון", ומכיוון שלטענת ניר נפלו טעויות מהותיות רבות בהערכת העדויות, סבורני כי היה זה ראוי למשיבה להתייחס בעיקרי הטיעון שהגישה לאופן שבו ניתח בית המשפט המחוזי את הראיות השונות (ובפרט את עדויות הראייה), תחת אשר תסתפק באמירה כללית ולקונית כי מדובר בממצאים עובדתיים שאין יסוד להתערב בהם. לא זו אף זו, כפי שיפורט להלן, דומני כי בנידון דידן אכן התקיימו החריגים המצדיקים את התערבותנו בממצאי העובדה שנקבעו על-ידי בית המשפט המחוזי.

קיומו של ספק סביר בדבר הגנה עצמית

95. טענת ניר כי פעל מתוך הגנה עצמית מבוססת על ארבעה נדבכים ראייתיים: ראשית, גרסתו-שלו, החל בדברים שאמר בשיחת הטלפון למוקד 100 של המשטרה שניות לאחר האירוע ודברים שאמר בשיחת טלפון לאביבה, דרך חקירותיו במשטרה, ועד לעדותו בבית המשפט; שנית, גרסתה של טלי, שהיתה לצדו בעת האירוע ותמכה בטענתו כי הותקף על-ידי בן באמצעות מנעול ההגה; שלישית, הימצאותו של מנעול ההגה בזירת הירי; רביעית, ראיות נסיבתיות שעניינן בהלך רוחם של ניר ובן עובר לאירוע הירי.

96. מנגד, מציבה המשיבה נדבך ראייתי משמעותי ביותר – עדויות ראייה של שלושה עדים מהימנים ואובייקטיביים הטוענים כי בן לא החזיק בידיו מנעול הגה, וממילא גם לא תקף את ניר בכל צורה ואופן. בנוסף, המשיבה מצביעה על מספר ממצאים במישור המדעי-פורנזי שיש בהם לדעתה כדי להפריך, ולמצער להחליש, את טענת ניר כי פעל מתוך הגנה עצמית.

97. בית המשפט המחוזי בחן את חומר הראיות ובא לכלל מסקנה כי אין בהן כדי לעורר ספק סביר באשמתו של ניר: "לאחר שמיעת הראיות, התרשמותנו מהן, ולאחר בחינת טענות הצדדים, נראה לנו שלא זו בלבד שהנאשם לא הצליח לעורר ספק סביר, ביחס לאפשרות של קיום תנאי ההגנה העצמית... אלא שמאותן ראיות מוצקות עולה, מעבר לכל ספק סביר, כי הנאשם גרם למות המנוח, לאחר הכנה ומתוך החלטה להמית אותו" (פסקה 3 תחת הכותרת 'עיקרי התוצאה').

--- סוף עמוד 32 ---

98. לאחר שבחנתי בעיון רב את הראיות השונות, צפיתי בשחזורים, צללתי לעומקם של מאות עמודי הפרוטוקול – באתי לכלל מסקנה כי הכרעת הדין אינה חפה מקשיים. להלן אבקש להתחקות, עקב בצד אגודל, אחר הדרך שעשה בית המשפט המחוזי בהכרעת הדין. אבחן את הראיות, אדון בטענותיו השונות של ניר לפנינו ובתשובת המשיבה. כבר עתה אוכל לומר כי 'סימני הקריאה' שהציב בית המשפט המחוזי לאחר כמה מקביעותיו לאורך הכרעת הדין – בפרט אלו המתייחסות

להתנהלותו התוקפנית לכאורה של ניר במהלך האירוע – אינם יכולים להישאר ולעמוד על מכונם. חלף 'סימני הקריאה' צפים ועולים 'סימני שאלה' רבים המחייבים אותנו לבחינה מחודשת – זהירה, מדודה ומדוקדקת – של הראיות השונות. מטבע הדברים, מלאכה זו קשה היא על השופט היושב בערכאת הערעור, והיא נעשית באי-נוחות, לנוכח מה שעשוי להחשב להסגת גבולה של הערכאה הדיונית. סוף סוף, אין טוב ממראה עיניים ומשמע אוזניים. עמודי הפרוטוקול, מפורטים ומדויקים ככל שיהיו, לעולם אינם משקפים באופן שלם את אשר התרחש באולם הדיונים. ואף על-פי כן – זו מלאכתנו, זוהי חובתנו, ואין אנו בני חורין להיבטל ממנה.

כיצד הגיע מנעול ההגה לזירת הירי?

99. עמדת המשיבה ביחס לתפקיד שמילא מנעול ההגה באירוע לא היתה עקבית. לאורך רוב ההליך, למן חקירת המשטרה, דרך הגשת כתב האישום, ועד לעדויות בבית המשפט, הקו שהובילה המשיבה היה כי בן לא אחז בשום שלב של האירוע במנעול ההגה, לבטח לא הניף אותו לעבר ניר. לשיטתה, לא היה מנעול ההגה חלק מאירוע הירי כלל. והנה, בשלב הסיכומים, שינתה המשיבה את טעמה והודתה כי ישנה אפשרות שבן לקח את מנעול ההגה שהיה במכוניתו על מנת להגן על עצמו, אך שמט אותו מבלי שהניפו. "לטעמנו", סיכם ב"כ המשיבה, "לא ניתן לדעת מה בדיוק ארע" (עמוד 700 לפרוטוקול, שורה 16).

100. תפנית זו בעמדת המשיבה, כך נראה, היא תולדה של המתח בין עדויות הראייה מחד גיסא – מהן עולה כי בן לא אחז בידיו חפץ כלשהו, לבין העובדה הבלתי-ניתנת לערעור כי בזירת הירי נמצא מנעול הגה שהגיע מתוך מכוניתו של בן מאידך גיסא – עובדה שהמשיבה לא הצליחה להסביר. כפי שיבואר להלן, לתפנית זו נודעת משמעות לענייננו, שכן העמדה לפיה בן לא אחז במנעול ההגה כלל השליכה באופן ישיר על פעולות החקירה שננקטו – ולמעשה, על אלו שלא ננקטו – במטרה לעמוד על טיבה של גרסת ניר לאירוע.

--- סוף עמוד 33 ---

101. כיצד הגיע אפוא מנעול ההגה לזירת הירי? בית המשפט המחוזי בחן שלוש אפשרויות: הראשונה, ניר או טלי הם שהוציאו את מנעול ההגה ממכוניתו של בן ו'שתלו' אותו בזירת האירוע מיד לאחר הירי; השנייה, מנעול ההגה, שהיה מונח בין מושב הנהג לדלת נפל החוצה במהלך יציאתו הבהולה של בן מן המכונית; השלישית, בן הוא שהוציא את מנעול ההגה מן המכונית.

102. האפשרות הראשונה נדחתה על-ידי בית המשפט המחוזי, שקבע כי "טענה זו לא נטענה בכתב האישום, לא הוכחה, ואותם חשדות שהועלו עוד במהלך החקירה, לא

הבשילו כדי ראיות ונותרו בגדר אפשרות בלבד, אחת מיני רבות" (**פסקה ח.2**).

103. גם האפשרות השנייה לא נטענה בכתב האישום, לא הוכחה, ונותרה בגדר אפשרות גרידא. מבלי להיכנס לשאלה אם אפשרות זו קלושה ודמיונית, כפי שטען ניר, סבורני כי די בכך שאפשרות זו מעולם לא נבחנה ברצינות, 'בשטח', כדי לדחותה בשתי ידיים. באין שחזור, עדות או כל ראייה אחרת שיכולה לתמוך באפשרות זו – אין לקבלה. מן הראוי לתת את הדעת לעדותו של ראש צוות החקירה לגבי אפשרות זו: "לפי עדויות שיש לנו [עדותה של אביבה, אמו של בן – נ' ס'], יש מצב שהמוט היה בצידו השמאלי של דלת הנהג, בתא של הדלת. יכול להיות מצב שהוא נפל באיזה שהיא צורה. אבל הכל הנחות" (**עמוד 104 לפרוטוקול, שורות 16-17**). **בכל הכבוד, במשפט פלילי – הנחות יש לגבות. טענת 'יש מצב' המועלית כלאחר יד בשלב זה של המשפט מעוררת אי-נוחות, בוודאי כך כאשר בחקירת רצח עסקינן.**

104. למען הסר ספק: ראוי ורצוי כי גורמי החקירה והתביעה יעלו ויבחנו כל כיוון חקירה אפשרי המתקבל על דעתם. החובה לרדת לחקר האמת והשכל הישר מחייבים זאת. טוב אפוא עשתה המשיבה כשנתנה דעתה לאפשרות שמנעול ההגה 'הושתל' בזירה לאחר הירי, כמו גם לאפשרות שנתגלגל לשם אגב אורחא. יחד עם זאת, משראתה המשיבה כי אין בידה ראיות חותכות לקיומה של אחת מאפשרויות אלו – והיה זה בשלב מוקדם יחסית של החקירה – מן הראוי היה כי תיתן דעתה באופן רציני לאפשרות שבן הוא שהוציא את מנעול ההגה מן המכונית. תחת זאת בחרה המשיבה לדבוק בהנחות מהנחות שונות, הגם שלא הוכחו ולא נבחנו כדבעי, ובלבד שלא לקבל את גרסת ניר. אינני מתעלם ממורכבות הדברים בנידון דידן. סוף סוף שלושה עדי ראייה מהימנים העידו כי לא ראו מנעול הגה כלל. גם מסלול הקליעים בגופו של בן, כפי שתואר בדוח הפתולוגי, אינו מתיישב באופן 'אינטואיטיבי' עם גרסתו של ניר. ואף על-פי כן – אנשי החקירה והתביעה לא היו בני חורין לפטור עצמם מלספק תשובה

--- סוף עמוד 34 ---

מניחה את הדעת לשאלה העומדת בלב החקירה: כיצד הגיע מנעול ההגה לזירת הירי ומה היה חלקו באירוע. מדוע לא כללו השחזורים עם עדי הראייה שימוש במנעול ההגה בניסיון 'לעמת' אותם עם גרסת ניר? מדוע לא נעשה ניסיון לבחון באופן רציני האם אמנם נפל מנעול ההגה החוצה אגב יציאתו הדחופה והבהולה של בן ממכוניתו? מדוע 'שכב' מנעול ההגה כאבן שאין לה הופכין במשרדי המחלקה לחקירות שוטרים במשך תשעה ימים עד אשר נשלח לבדיקות מעבדה? מדוע לא נערכו בדיקות מעבדה שונות שהיה בהן כדי לשפוך אור על אשר התרחש, ובכלל זה

בדיקת הקליע המעוך שנמצא בזירה? אין זה כי אם בשל העובדה שעד לשלב הסיכומים כלכלה המשיבה את צעדיה על בסיס הנחת העבודה שמנעול ההגה 'הושתל' בזירת האירוע על-ידי ניר או טלי לאחר האירוע, אף שלא היו ברשותה ראיות המוכיחות זאת.

105. הנה כי כן, אם לא 'הושתל' מנעול ההגה בזירת הירי, ולא נתגלגל לשם אגב יציאת בן ממכוניתו, נותרה האפשרות כי בן הוא שהוציא את מנעול ההגה מן המכונית. ואמנם, בית המשפט המחוזי הניח, מחמת הספק, כי בן יצא מן המכונית כשהוא אוחז במנעול ההגה. לצד זאת, בית המשפט המחוזי ראה לנכון לציין כי ב'מאזן הסתברויות' היה דווקא מקום לקבוע "שמנעול ההגה כלל לא יצא מרכבו של המנוח, טרם הירי" (פסקה ח.11). ניר טען לפנינו כי לנוכח דחייתן של האפשרויות האחרות, הרי שהמסקנה המתחייבת היא כי בן יצא כשמנעול ההגה בידיו, כפי שגרס לאורך כל הדרך, ואין זו הנחה גרידא שצריך להניח 'לטובתו' מחמת הספק. יש טעם בטענה. כך או אחרת, מאחר שבדיון שנערך לפנינו הסכימה ב"כ המשיבה כי נקודת המוצא לדיון תהא שבן יצא ממכוניתו כשמנעול ההגה בידו, שוב איני נדרש להכריע בעניין זה.

106. להנחת מוצא זו נודעת חשיבות רבה לענייננו. בניגוד לעמדתה לאורך הדרך, שאומצה (ולו במאזן הסתברויות) על-ידי בית המשפט המחוזי, כי מנעול ההגה לא היה חלק מאירוע הירי, והוצא ממכוניתו של בן על-ידי ניר או טלי לאחר מכן, מסכימה עתה המשיבה כי בן הוא שהוציא את מנעול ההגה ממכוניתו, ובכך 'מיישרת קו', אמנם במידה חלקית, עם גרסתו של ניר לגבי אופן התרחשותו של האירוע.

107. זוהי אפוא התמונה המצטיירת לפנינו בשלב זה: בן – ככל הנראה אדם שנפשו מסוכסכת, שהטריד באובססיביות את ניר וטלי ואף פגע בעצמו ואיים לפגוע בהם – נוטל את מנעול ההגה שהיה במכוניתו – מוט ברזל שאורכו כמטר, יוצא החוצה, מבקש להתייצב אל מול פני ניר, 'מרחק נגיעה' ממנו. זאת, כפי שיובהר להלן, עוד בטרם שלף

--- סוף עמוד 35 ---

ניר את אקדחו, ובניגוד לתמונה שצייר בית המשפט המחוזי לפיה ניר הוא שנהג בתוקפנות לאורך כל האירוע ללא הצדקה, לעומת בן שלא גילה "צל צילה של אלימות" (פסקה ה.6). מצב דברים זה, גם מבלעדי הנפת מנעול ההגה, מהווה למצער 'ראשית הגנה עצמית', ומחייב לבחון מחדש כדבעי את גרסתו של ניר.

108. עתה הוכבד הנטל על כתפי המשיבה, ועליה להסביר באופן שיוכל להניח את הדעת מדוע אין לקבל את גרסת ניר לפיה בן לא רק שאחז במנעול ההגה, אלא אף

הניפו לעברו. לשם כך על המשיבה להציע הסבר חלופי ביחס למהלך העניינים לאחר יציאת בן ממכוניתו, מה עשה בן במנעול ההגה, וכיצד זה לא הבחינו עדי הראייה במנעול הגה כלל ועיקר. מן הראוי להדגיש: השאלה המונחת לפתחנו, אם הניף בן את מנעול ההגה אם לאו, מתייחסת לפרק זמן קצר ביותר של כשנייה או שתיים. הרף עין. על אשר אירע באותם שברירי שניות – למן יציאתו של בן ממכוניתו אחוז במנעול ההגה ועד לירי שירה ניר בבן – יקום או יפול דבר.

עדויות הראייה

109. שלושה עדי ראייה העידו על אירוע הירי כפי שקלטו אותו מנקודת מבטם. עדויותיהם מהוות את העוגן המרכזי והמשמעותי ביותר עליו סמכה המשיבה את טענתה כי בן לא אחז מנעול הגה בידיו בשום שלב של האירוע, לא הניפו, וממילא גם לא סיכן את ניר בשום צורה ואופן. גרסה זו נתקבלה על-ידי בית המשפט המחוזי, שמצא את עדויות הראייה מהימנות, משמעותיות ועקביות.

110. משהוסכם כי בן יצא ממכוניתו כשמנעול ההגה בידו, עומדים אנו נבוכים לנוכח עדויות הראייה מהן עולה לכאורה כי לא כך אירע. כאמור, בית המשפט המחוזי הניח מחמת הספק בלבד, כי בן הוא שהוציא את מנעול ההגה מן המכונית. אלא שגם הנחה מחמת הספק – הנחה היא, ובית המשפט המחוזי נדרש להסביר כיצד יכולה הנחה זו לדור בכפיפה אחת עם עדויות הראייה. בשלב זה נכנסה לתמונה 'תזת השמיטה' שהעלתה המשיבה בסיכומיה, ואשר אומצה על-ידי בית המשפט המחוזי, לפיה בן יצא ממכוניתו כשמנעול ההגה בידיו כדי להתגונן מפני ניר, אך שמט אותו מידיו מיד לאחר מכן:

> "לאור גרסת הנאשם, כי עוד קודם לכן הוא תקף את המנוח ונתן לו אגרוף בעודו יושב ברכב, הרי אין לשלול אפשרות כי המנוח נטל את אותו מנעול הגה, מתוך רצון להתגונן מפני
>
> --- סוף עמוד 36 ---
>
> תקיפת הנאשם, או להרתיעו מתקיפה נוספת, ולא מתוך כוונה לתקוף את הנאשם. כמו כן קיימת אפשרות שמנעול ההגה נשמט מידו של המנוח ועל כן נמצא במקום בו היה – לפני רגליו כפי שנראה בתמונות מן הזירה" (**פסקה ח.4**).

111. ישאל השואל: מה עניין שמיטה להריגה, ומדוע זה שמט בן את מנעול ההגה מידיו סתם כך, בפתע פתאום? על כך השיבה המשיבה: שליפת האקדח היא שגרמה לשמיטת מנעול ההגה. לאמור, משראה בן את אקדחו של ניר מופנה לעברו, שמט את

מנעול ההגה מידיו. הסבר זה, יש לציין, לא נתמך בעדות או ראיה כלשהי, ונשאר בגדר הנחה בעלמא. מכל מקום, נוכח עדויות הראייה ששללו את הנפת מנעול ההגה מכל וכל, נותרה המשיבה "נעולה", ובעקבותיה גם בית המשפט המחוזי; זו וזה איתנים בדעתם כי מנעול ההגה לא הונף ולא הורם לעבר ניר באופן שסיכן את חייו וחִייב את תגובתו.

112. כדי ליישב בין דבר השמיטה לבין עדויות הראייה הסביר בית המשפט המחוזי, בקצרה, כיצד זה לא הבחין כל אחד מן העדים במנעול ההגה. אשוב ואזכיר כי השחזורים עם עדי הראייה בוצעו מבלי לדמות את מנעול ההגה, וללא מאמץ של ממש לבחון האם וכיצד אפשר שבן יצא ממכוניתו כשהוא מחזיק במנעול ההגה מבלי שעדי הראייה הבחינו בכך. אני מוצא בכך טעם לפגם, נסיבה המחייבת להתייחס בספקנות להסברים המשוערים שהעלה בית המשפט המחוזי. כפי שפירטתי לעיל, ניר מנה לפנינו שורה ארוכה של שגיאות, טענות ומענות ביחס לאופן שבו ניתח בית המשפט המחוזי את עדויות הראייה. איני מתכוון לדון בכל אחת ואחת מהן. בכוונתי להתמקד בכשלים המרכזיים שנפלו לטעמי בניתוח עדויות הראייה, אלו שיש בהם כדי לגרוע ממשקלן של העדויות הללו.

113. נבחן עתה את ההסברים לגופם, תחילה לעדותה של ירושלמי. עדותה של זו אינה רלבנטית כלל לשאלת הנפת מנעול ההגה. כפי שעולה מעדותה וכפי שקבע בית המשפט המחוזי, לאחר שראתה את בן מתרומם כדי לצאת מן המכונית, סטה מבטה לכיוונו של ניר ובו התמקדה עד לאחר הירי. לפיכך, אין חולק כי ירושלמי "לא היתה אמורה לראות את מנעול ההגה בידי המנוח, שכן לא ראתה [את] המנוח כלל מחוץ לרכב, אלא בשלב היציאה בלבד" (פסקה ח.8). אשר לצעקה ששמעה ירושלמי 'אל תירה, אל תירה' אותה הזכירה דקות ספורות לאחר מכן בשיחתה למוקד 100, זו תידון להלן בדיון על גרסתה של טלי. אציין, כי המשיבה ביקשה להסתמך על עדותה של ירושלמי,

--- סוף עמוד 37 ---

שהעידה כי לאחר הירי ראתה את ניר וטלי מתקרבים למכוניתו של בן, כדי לתמוך בטענה כי ניר או טלי הם ש'שתלו' את מנעול ההגה בזירה. כאמור, אפשרות זו לא הוכחה, ואיני צריך להידרש לחלק זה בעדותה.

114. אם כן, רק שניים מתוך שלושת עדי הראייה רלבנטיים לשאלת הנפת מנעול ההגה – קרדון וצימרמן. נבחן את עדותו של צימרמן. כפי שציין ב"כ המשיבה בשלב הסיכומים, עדותו של זה היתה המשמעותית ביותר מבין עדויות הראייה: "אנחנו היום סבורים, שהעד שמשקף בצורה ברורה ומעיד באופן ברור על הסרט כולו, החל בשלב

שקודם לירי ועד לשלב שלאחר הירי, הוא צימרמן" (עמוד 701 לפרוטוקול, שורות 32-31). כזכור, בעדותו סיפר צימרמן כי ראה את ידיו של בן חשופות, ושלל מכל וכל את האפשרות כי החזיק בידיו חפץ כלשהו. את הסתירה בין דברי עדותו לבין עובדת הימצאותו של מנעול ההגה בזירת הירי תלה בית המשפט המחוזי בזווית הראייה ממנה השקיף צימרמן על האירוע, ובכך שדלת מכוניתו של בן היתה פתוחה אותה שעה: "לו אכן היה המנוח מוציא עם יציאתו מהרכב את מנעול ההגה, ומחזיקו בידו, ללא שהוא מניף אותו כלפי הנאשם, לא יכול היה צימרמן לראות זאת, שכן, על פי עדותו במצב זה, דלת הרכב היתה מסתירה לו את ידו של המנוח ואת המוט" (פסקה ח.6).

115. הסבר זה, הגם שלא גובה בראיות נוספות, אפשרי כמובן מבחינה תיאורטית. דא עקא, ההסבר אינו מתיישב עם עדותו של צימרמן גופה. ראשית, בחקירתו הנגדית נשאל צימרמן 'ברחל בתך הקטנה' על אודות האפשרות שלא ראה את מנעול ההגה מחמת שהיה מוסתר על-ידי דלת מכוניתו של בן, ושלל אפשרות זאת: "נכון שזה אפשרי שלא אראה כלי שמוחזק בידי המנוח כשהוא מחזיק את הכלי כלפי מטה בחלק שבין הירך לברך, אך אני גם ראיתי את הידיים כלפי מעלה ולא ראיתי כלי בידיו" (עמוד 35 לפרוטוקול, שורות 4-3); שנית, בחקירתו במשטרה, שעה קלה לאחר האירוע, נשאל צימרמן האם שמר על 'קשר עין' רצוף עם המתרחש בזירת האירוע מהרגע שהבחין בניר עד לירי, והשיב כך: "כן, כל זה שנייה או שתיים, היה דיבור ביניהם ואז ראיתי תנועות ידיים של שניהם ואז ראיתי יד אחת החזיקה אותו ויד השנייה שלפה אקדח והוא ירה... ראיתי תנועות ידיים של שניהם, כמו ויכוח ישראלי שמדברים עם תנועות ידיים ואז המגבניק שלף את האקדח וירה" (ת/37, שורות 57-58, 60-62). סדר ההתרחשויות שמתאר צימרמן הוא אפוא זה: ניר ובן עומדים זה מול זה כשבן בגבו למכוניתו; בין ניר לבן יש 'דיבור' הכולל תנועות ידיים "חשופות ופתוחות"; ניר שולף את אקדחו ויורה בבן. תיאור זה אינו עולה בקנה אחד עם 'תזת השמיטה' שאימץ בית המשפט המחוזי. כאמור, על-פי תזה זו יצא בן ממכוניתו אחוז במנעול ההגה, אך שמט אותו לנוכח

--- סוף עמוד 38 ---

האקדח ששלף ניר לעברו. אם כך אמנם אירע, הרי שבמהלך חילופי הדברים בין ניר לבן, בהם הבחין צימרמן, שהתרחשו עוד קודם לשליפת האקדח, היה אמור לכאורה מנעול ההגה להיות בידיו של בן (שהרי טרם באה לעולם הסיבה לשמטו). אם פנים דברינו, הרי שההסבר ששם בית המשפט המחוזי בפיו של צימרמן באשר לשאלה מדוע לא הבחין במנעול ההגה אינו יכול להתיישב עם גרסתו-שלו.

116. נפנה לבחון את עדותו של קרדון. בית המשפט המחוזי הסביר כי מכיוון שקרדון צפה באירוע מצדו השמאלי של בן, ישנה אפשרות לפיה יצא בן ממכוניתו

כשמנעול ההגה בידו הימנית, קרי – ביד המרוחקת מקרדון, ולפיכך לא ראה קרדון את מנעול ההגה. נוכח האמור סבר בית המשפט המחוזי כי ההנחה בדבר הוצאת מנעול ההגה מהמכונית על-ידי בן "יכולה לדור בכפיפה אחת עם עדות קרדון" (פסקה ח.7).

117. בדומה להסבר שניתן לגבי עדותו של צימרמן, גם הסבר זה לא נתמך בראיות נוספות אך אפשרי כמובן מבחינה תיאורטית. יתרה מזאת, בניגוד להסבר שניתן לגבי עדותו של צימרמן, הסבר זה יכול להתיישב גם עם עדותו של קרדון גופה. כזכור, בעת שהאירוע מתחיל עומד קרדון בגבו להתרחשות, ולאחר שהוא מסתובב הוא מבחין בניר כשידו מושטת קדימה, אוחזת באקדח המופנה לעברו של בן. אין זה בלתי-סביר אפוא שבאותו רגע ממש, אולי שבריר שנייה לפני כן, שמט בן את מנעול ההגה מידו למראה האקדח המופנה לעברו, מבלי שקרדון הבחין בכך.

118. יחד עם זאת, ישנם לטעמי שני קשיים מרכזיים בעדותו של קרדון: ראשית, לא ניתן להתעלם מן הסתירה בין עדותו של קרדון לעדותו של צימרמן (שעדותו משקפת כאמור לדעת המשיבה את אופן התרחשות האירועים בצורה הברורה ביותר). כך, בעוד צימרמן מתאר 'ויכוח ישראלי' מלווה בתנועות ידיים, העיד קרדון כי בן עמד פאסיבי לאורך כל האירוע, ידיו למטה, מבלי שראה "שום תנועה בידי המנוח" (עמוד 66 לפרוטוקול, שורה 15). בית המשפט המחוזי לא התרשם מסתירה זו (כמו גם מסתירות רבות אחרות), וביקש ללמוד מן הצד השווה שבעדויותיהם. לאמור, היו תנועות ידיו של בן אשר היו, הנפה של מנעול הגה – לא היתה. קביעה זו היא חלק מאותו "מארג ראייתי משותף", אשר גילה לשיטת בית המשפט המחוזי "עמוד שדרה ברור וקונסיסטנטי במספר עניינים מהותיים להכרעה" (פסקה ה.6).

--- סוף עמוד 39 ---

119. צודק בית המשפט המחוזי בקביעתו העקרונית כי ככל שלא מדובר בסתירות מהותיות בין עדויות הראייה, או כאלו היורדות לשורשו של עניין, אזי אין בהן כדי להביא לאיון משקלן של העדויות (פסקה ה.7). זו גם העמדה המקובלת בפסיקתו של בית משפט זה:

> "ברי כי כל אדם, ודאי מי שנמצא בסיטואציה טראומטית שבה הוא מותקף, יתקשה לזכור מה היה צבעה של חולצת הדוקר ובאיזו יד החזיק התוקף בסכין. יש להבחין בין סתירות הנעוצות בטבע האנושי ובנסיבות המקרה לבין סתירות המעלות חשש למהימנות הגרסה. סתירות קלות בין גרסאותיהם של מי שהיו עדים לאותו אירוע כמעט תמיד

ניתן יהיה למצוא, אך סתירות אלה אינן אלא תזכורת לטבעו של הזיכרון האנושי" (**עניין חנוכייב, פסקה 37**).

120. **ניר מנה לפנינו שורה ארוכה של סתירות בין עדויות הראייה. לגבי חלקן, דוגמת צבע חולצתו של בן או היד בה אחז ניר באקדח, שותף אני לעמדתו של בית המשפט המחוזי כי הללו אינן יכולות להחשב לסתירות מהותיות, לפחות לא בנסיבות העניין דנן. יחד עם זאת, איני מסכים לקביעה כי סתירה ביחס לתנועות ידיו של בן עובר לירי אינה יורדת לשורשו של עניין. לטעמי, סתירה זו היא חלק מאותם** "עניינים מהותיים הקשורים לליבת האירוע" (**פסקה ה.7**). **ההבדלים בזווית הראייה או בנקודת הזמן בה החל כל אחד מן העדים לצפות באירוע אינם מספקים הסבר שיש בו כדי להניח את הדעת לגבי סתירה זו.**

121. שנית, **עדותו של קרדון עומדת בסתירה לממצאים עובדתיים שאינם שנויים במחלוקת. כך, אם אכן עמד בן כשידיו כלפי מטה, ולא עשה תנועה בידיו, ואם ניר ירה לכיוון חזהו וראשו של בן, כיצד אפוא יש להסביר את דבר הקליע שפגע באצבעו של בן? זאת ועוד, קרדון העיד כי מרחק הירי (לאחר שמחשבים את אורך ידו של ניר המושטת קדימה) היה כ-2 מטרים. כפי שקבע בית המשפט המחוזי,** "אין חולק כי קרדון טעה בהערכת מרחק הירי, שהרי לפי חוות דעתה של המומחית אסיה וינוקורוב, מרחק הירי היה פחות משישים סנטימטר" (**פסקה ה.9**). **אף על-פי כן, בית המשפט המחוזי לא מצא כי יש בכך כדי לפגום במשקלה של עדותו:**

> "הן מן השחזור אותו ערך ובו צפינו, והן מעדותו במשטרה, אנו למדים כי האירוע היה טראומתי מאוד בשבילו והוא היה נסער,
>
> --- סוף עמוד 40 ---
>
> כאשר הוא עצמו סיפר על כך שהיה מבולבל מאוד מיד לאחר הירי ובתו נתנה לו משהו להרגעה. מבלי לפגום בכנות ובאותנטיות עדותו, הרי בנקודות מסוימות, כמו הערכת מרחק, נראה כי שגה, והדבר אך טבעי והגיוני, במיוחד בסיטואציה כה מלחיצה בה היה מצוי; כאשר הוא רואה אדם שולף אקדח ויורה באחר; משהוא אינו אמון על הערכת מרחקים, וכאשר מדובר בהערכה של מרחק הנתון לאומדנא, ולא לכל אחד הכלים להעריך באופן מדויק" (**שם**).

122. **בית המשפט המחוזי נקט אפוא גישה סלחנית בנקודה זו כלפי עדותו של קרדון. אף אני אינני מטיל ספק בכנות עדותו של קרדון, או של מי מעדי הראייה האחרים. יחד עם זאת, אין ספק כי הדברים מדברים בעד עצמם, ומחדדים את הקושי להסתמך על עדותו של קרדון באשר לשאלה האם הניף בן את מנעול ההגה, אם לאו.**

אם אמנם טבעי והגיוני הדבר כי קרדון ישגה ב"נקודות מסוימות", וכאשר עומדת עדותו בסתירה לעדות ראייה אחרת – זו הנחשבת לברורה ביותר מבין עדויות הראייה, ואינה מתיישבת עם ממצאים פורנזיים שעליהם אין חולק, אין זה פשוט לטעון כי עדות זו מלמדת – מעבר לספק סביר – על כך שמנעול ההגה לא הונף לעברו של ניר. לא בכדי השיב ראש צוות החקירה, מר דרור אילני, לשאלת בית המשפט המחוזי כיצד מתיישבת עדותו של קרדון עם עדויות הראייה האחרות, כך: "אני משיב, אני רק משער, יכול להיות שקרדון רק הסתובב וראה את השניה האחרונה, את הנפילה" (עמוד 95 לפרוטוקול, שורות 7-8).

123. הנה כי כן, אף שבמבט ראשון הן נחזות להיות 'ראייה ניצחת', כזו שאין לערער עליה ולהרהר אחריה, דומה כי בענייננו יש להתייחס לעדויות הראייה בספקנות מסוימת. לא נעלם מעינַי הקושי הטמון במסקנה זו. סוף סוף שני עדי ראייה, שאין חולק על כנותם ומהימנותם, העידו בביטחון ובנחרצות כי לא ראו את בן מניף מנעול הגה לעברו של ניר. יחד עם זאת, איני יכול להתעלם מן הקשיים המאפיינים עדויות אלו, כמו גם מן הסתירות המהותיות שבין העדויות עצמן, ובינן לבין ממצאים עובדתיים אחרים. אכן, נפלאות ונסתרות דרכיו של הזיכרון האנושי. "כפי שהראו מחקרים רבים בתחום הפסיכולוגיה הקוגניטיבית, הזיכרון האנושי מועד לכשלים ולהטיות, ועשוי להתגלות בסיטואציות רבות כמשענת קנה רצוץ" (דורון מנשה ורביע עאסי "טעות בזיהוי חזותי של חשודים: הזמנה למחקר ורפורמה" משפטים לה 205, 251 (תשס"ה)). כך גם בענייננו. ההסתמכות על עדויות הראייה מחייבת זהירות רבה.

--- סוף עמוד 41 ---

124. נפנה עתה לבחון את גרסתם של ניר וטלי לגבי אירוע הירי. חשיבותן של גרסאות אלו לענייננו היא רבה, שכן אֵלו הן הראיות הפוזיטיביות היחידות לטענת ההגנה העצמית של ניר. אם תימצאנה גרסאות אלו עקביות ואיתנות, כי אז ימצֵא חיזוק לאפשרות שמנעול ההגה אכן הונף לעברו של ניר. מאידך גיסא, ככל שיימצאו פגמים מהותיים בגרסאותיהם עלול הדבר להחליש אפשרות זו.

גרסת ניר

125. בית המשפט המחוזי דחה את גרסתו של ניר מכמה נימוקים, אבחן אותם כסדרם. על-פי הנימוק הראשון, דין גרסתו של ניר להידחות שכן היא עומדת בסתירה חזיתית לעדויות הראייה בכל הקשור להחזקת מנעול ההגה והנפתו. משמצאתי כי ישנו קושי להסתמך על עדויות הראייה לעניין תנועות ידיו של בן עובר לירי, וכי יש לבחון אותן בזהירות רבה, שוב לא די בהן לטעמי כדי לשלול באופן נחרץ את גרסתו של ניר בדבר הנפת מנעול ההגה.

126. **הנימוק השני מתמקד בסתירה שבין גרסת ניר לממצאים הפורנזיים, ובפרט ב**"העדרם של סימנים כלשהם על מנעול ההגה, כאלו המתבקשים אם אכן מנעול ההגה היה מעורב בזירת הירי" (פסקה ו.ג). **על פני הדברים, יש קושי לא מבוטל בכך שמנעול ההגה, אשר לפי גרסת ניר מילא חלק מרכזי באירוע הירי, יצא ממנו 'ללא פגע', היינו ללא סימן כלשהו שיעיד על כך. ואמנם, בחקירתו מיום 24.9.2009 נשאל ניר כיצד יתכן שלא נמצאו על מנעול ההגה סימני דם. לטענת ניר, לאחר שהצביע לפני המשיבה (במהלך דיון בבקשה למעצרו עד תום ההליכים) על כך שהטענה בדבר העדר סימני דם על מנעול ההגה חסרת ערך כל עוד היא אינה מגובה בחוות דעת מומחה, פנתה המשיבה למומחים מטעמה כדי לבחון סוגיה זו.**

127. **במכתבו מיום 1.11.2009 (כחודש וחצי לאחר אירוע הירי) כתב ראש צוות החקירה, מר דרור אילני, אל ד"ר מיה פרוינד מהמכון לרפואה משפטית כך:** "נתבקשתי ע"י הפרקליט המטפל... לברר האם במידה והחשוד החזיק את המוט בשתי ידיו בחוזקה והחשוד נפגע באצבע ידו האם בהכרח שימצא סימני דם או סימני dna על המוט". **תשובתה של ד"ר פרוינד לא אחרה לבוא, ובמכתבה מיום המחרת השיבה כך:** "התשובה לסיטואציה שתיארת במכתבך: לא בהכרח ימצאו סמני דם או דנ"א על המוט". **תשובתה של ד"ר פרוינד סותמת לכאורה את הגולל על האפשרות לדחות את גרסת ניר מחמת העדר סימנים על מנעול ההגה. ואולם, בית המשפט המחוזי לא ראה את תשובתה של ד"ר**

--- סוף עמוד 42 ---

פרוינד כ'סוף פסוק': "אכן, ד"ר פרוינד ציינה כי אין הכרח שימצאו סימני דם... אך עדיין באם ידי בן אחזו במנעול ההגה בשלב בו פגע הכדור בידו, הסיכוי למציאת סימני דם, הינו ברור וגבוה" (פסקה ו.ג). **עד כמה גבוה סיכוי זה, מעבר לספק סביר או פחות מכך? על-פי אלו אמות מידה קבע בית המשפט המחוזי שהסיכוי למציאת סימני דם הוא "ברור וגבוה", שעה שד"ר פרוינד, המומחית מטעם המשיבה, לא סיפקה הערכה הסתברותית בחוות דעתה? סתם בית המשפט המחוזי ולא פירש. נראה שבעניין זה ביסס בית המשפט המחוזי את קביעתו על עדותו של ד"ר דימאיו, המומחה מטעם ניר, שציין בחקירתו הנגדית כי אם אמנם החזיק בן במנעול ההגה כפי שסיפר ניר, אזי היה מצפה למצוא סימני ירי ודם על מנעול ההגה. אמנם, בחקירתו החוזרת אישר ד"ר דימאיו צורת אחיזה מסוימת של מנעול ההגה שהוצגה לו על-ידי באי-כוחו של ניר, התואמת את הפגיעה באצבעו של בן באופן שהסבירות כי ימצאו סימני דם על מנעול ההגה, נמוכה יותר, אולם בית המשפט המחוזי דחה זאת, מאחר שצורת אחיזה זו אינה תואמת את צורת האחיזה אותה הדגים ניר בעדותו.**

128. ניר טוען כי עצם העלאתה מחדש של הטענה בדבר העדר סימני דם וירי על מנעול ההגה בחקירתו הנגדית של ד"ר דימאיו, לאחר הגשת חוות דעתה של ד"ר פרוינד כראייה מוסכמת מטעם המשיבה, הוא "צעד בלתי-תקף מבחינת סדרי הדין ונטלי הראיה וההוכחה, הגובל בהטעיה", והמשיבה אף מושתקת ומנועה מלעשות כן (עמוד 95 להודעת הערעור). לטענתו, אין להסתמך על תשובתו של ד"ר דימאיו אשר ניתנה בחקירה נגדית "בנקודה שהוא לא התבקש לבחון לעומקה לקראת העדות" (שם, עמוד 96), כשמנגד עומדת חוות דעת מומחה שהוגשה כראייה מוסכמת על-ידי המשיבה. לעניין אי-ההתאמה בין אופן האחיזה שהדגים בא-כוחו של ניר לפני ד"ר דימאיו לבין אופן האחיזה שהדגים ניר בעדותו טוען ניר כי יהיה זה בלתי-מעשי ובלתי-הוגן לשפוט את גרסתו ברזולוציה כזו, דהיינו עד למנח אצבעותיו המדויק של בן על מנעול ההגה, כאשר בסיטואציה קצרה, מהירה וטראומתית עסקינן.

129. הנה כי כן, התהפכו היוצרות: המשיבה מבקשת להסתמך על חוות דעתו של המומחה מטעם ניר, ואילו ניר מבקש להסתמך על חוות דעתה של המומחית מטעם המשיבה. מכל מקום, אינני מוצא פגם בכך שהמשיבה שבה והעלתה נקודה זו בחקירתו של ד"ר דימאיו, וממילא גם בכך שהסתמכה על חוות דעתו כדי לטעון שהיה מצופה למצוא סימני דם על מנעול ההגה, אף שחוות דעת זו מנוגדת לכאורה לחוות דעת המומחה שהוגשה מטעמה. מומחה הוא מומחה הוא, ואנו בחקר האמת עסקינן. "ככל שתהא בפני בית המשפט תמונה מלאה יותר, כך ייטיב לעשות צדק" (ע"פ 7702/10

--- סוף עמוד 43 ---

כהן נ' מדינת ישראל [פורסם בנבו] (29.5.2014) פסקה ד' לפסק הדין של השופט (כתארו אז) א' רובינשטיין). מסקנה זו עולה בקנה אחד עם המגמה הידועה בדיני הראיות שעניינה במעבר מ'קבילות' ל'משקל': "כיוון הזרימה הכללי של דיני הראיות הוא מעֶבר מקבילות למשקל, דהיינו התנתקות מכבלים פורמאליים החוסמים את הדרך בפני שימוש בראיה מסוימת, תוך תרגום תמרורי אזהרה המאפיינים אותה, לזהירות יתר בדרך לקביעת ממצא עובדתי על סמך המידע המצוי בה" (ע"פ 7450/01 אבו ליטאף נ' מדינת ישראל [פורסם בנבו] (31.7.2007) פסקה 35).

130. זאת ועוד. בניגוד לטענת ניר, בחינה מדוקדקת של הדברים מלמדת כי דבריו של ד"ר דימאיו אינם עומדים בהכרח בסתירה לחוות דעתה של ד"ר פרוינד. היא קבעה כי 'אין הכרח' למצוא סימני דם, והוא העיד כי 'רוב הסיכויים' הם למצוא סימני דם (כאשר צורת האחיזה היא כמו זו שהוצגה לו על-ידי ב"כ המשיבה).

בנסיבות אלו, ודאי שאין מקום לקבוע כי המשיבה היתה מושתקת מלחקור את ד"ר דימאיו בעניין זה.

131. מקובלת עלי טענת ניר כי משלא התקין עצמו ד"ר דימאיו ליתן במסגרת עדותו תשובה מלומדת ומבוססת בנקודה זו, ונתמך לעניין זה רק ב'שכל הישר' וב'ניסיון החיים', הרי שיש לכך חשיבות לגבי המשקל שיש ליתן לעדותו בהקשר הנדון. במיוחד אמורים הדברים כאשר מנגד עומדת עדותה של ד"ר פרוינד, שנשאלה שאלה זו בכתב, 'ברחל בתך הקטנה', והיה סיפק בידה לבחון את התשובה לכך 'בתנאי מעבדה'. על רקע זה דומני כי נכון להעדיף את עמדתה המקצועית שלה. מכל מקום, גם אילו הייתי מעדיף את חוות דעתו של ד"ר דימאיו, עדיין לא היה בכך כדי לשכנעני מעבר לספק סביר כי מנעול ההגה לא הונף. לו היתה מוגשת לפנינו חוות דעת מומחה הקובעת באופן נחרץ (ולמצער מעבר לספק סביר) כי אין אפשרות שלא ימצאו סימני דם על מנעול ההגה, כי אז אפשר שהיה בכך כדי לשלול את האפשרות שמנעול ההגה הונף לעברו של ניר. משחוות דעת מעין זו אינה בנמצא, שוב אין בהעדר סימני דם על מנעול ההגה כדי לסייע בידה של המשיבה די הצורך.

132. הנימוק השלישי עליו התבסס בית המשפט המחוזי כדי לדחות את גרסתו של ניר עניינו בהתפתחות שחלה לכאורה בגרסתו למן הגרסה הראשונה שנתן ב'שטח', שעה קלה לאחר האירוע, ועד לעדותו בבית המשפט. בית המשפט המחוזי מנה שורה של עניינים בגרסת ניר שלדבריו התפתחו, שונו או הותאמו, דבר המצביע על אי-מהימנות גרסתו. תחילה עמד בית המשפט המחוזי על תיאור ה'שעטה' לכאורה של בן לעבר ניר, אותה הדגיש ניר מספר פעמים בעדותו, וקבע כי "אותה 'שעטה' נולדה לה אי

--- סוף עמוד 44 ---

שם בזמן שחלף מן האירוע ועד לעדות בבית המשפט, שכן לא בא זכרה בעדויות הנאשם במשטרה או בשחזורים" (פסקה ו.3.א). אכן, עובר לעדותו בבית המשפט לא נקט ניר לשון 'שעטה'. יחד עם זאת, אין בכך כדי להפוך את עדותו ל'מתפתחת'. בחינת התיאור העובדתי שסיפק ניר בחקירות ובשחזורים מלמדת כי מוטיב התנועה, המהירות והדינאמיות שאפיין לפי גרסתו את הסיטואציה מודגש לאורך כל הדרך. כך, כבר בחקירתו הראשונה במשטרה, שניתנה שעות ספורות לאחר האירוע, תיאר ניר כי "התנועה שלו [של בן – נ' ס'] היתה רציפה משליפת המוט ואחיזתו בשתי ידיו, הוא התיישר בישיבה על מושב הנהג עליו הוא ישב ותוך כדי הוא פתח את דלת הנהג שלו ונעמד מולי כשהוא מניף את המוט למעלה מהראש שלו" (ת/1, שורות 285-287). כמו כן, במסגרת השחזור הראשון שנערך למחרת האירוע, כאשר ניר תאר את יציאת בן מן המכונית הוא ציין "אני מזהה אותו בחוץ. הוא מרים את המוט, אני בשלב הזה

שולף, אני כבר בשלב הזה כבר האקדח מבחינתי ביד... ואני מבין עכשיו שהוא רץ עלי [**בהקלטה נאמר 'אלי' – נ' ס'**]" (**ת/6, עמוד 43**). **כמו כן, בתום השחזור הדגיש ניר כי השחזור היה** "מאד סטרילי", **וכי** "מהלך האירוע היה מהיר מאד" (**שם, עמוד 52**). **גם במהלך השחזור השני הדגיש ניר את יסוד התנועתיות שאפיין את הסיטואציה:** "אני בכל שלבי החקירה אמרתי שהוא היה בתנועה כל הזמן. הוא לא עמד מולי והיה לי זמן לדבר איתו או לכוון אליו את הנשק. חשוב שתבין, הוא עמד מולי בשלב של... הוא לא עמד פיזית וחיכה שאני אירה בו. הבן אדם זז, הוא יצא, הכל היה תוך כדי תנועה" (**ת/7, עמוד 25**). **בתגובה לתיאור זה שאל החוקר אלכס אור את ניר:** "אז אם ככה... המסקנה היא שהוא היה בתנועה כלפיך, אליך"? **ניר השיבו בחיוב. בהמשך השחזור נשאל ניר מדוע הגיב בירי קטלני לעבר בן ולא מנע את יציאתו מן המכונית על-ידי היצמדות לדלת הנהג? זו תשובתו:** "בשלב השני [**לאחר שהוציא ניר את פלג גופו העליון ממכוניתו של בן – נ' ס'**] זה היה כל כך מהיר, שאני יכול להיות שגם תוך כדי הוא כבר פתח ואני הייתי רחוק, הסיטואציה שנוצרה היתה סיטואציה של אין ברירה, של אין ברירה, אני חייב לעבוד, לפעול מהר. אני ראיתי את האטרף שלו, הוא גם עצמו הוא זז מהר, אני לא יודע איך להסביר, אני התרחקתי, הוא זז מהר מאוד" (**שם, עמוד 32; ההדגשה הוספה**).

133. **מן האמור עולה אפוא בבירור כי ל'שעטה' שתיאר ניר בעדותו בבית המשפט, יש נקודת אחיזה מוצקה בחקירותיו של ניר במשטרה ובשחזורים שנעשו עמו. מאחר שלבטח היה בית המשפט המחוזי מודע אף הוא לתיאוריו של ניר בדבר הדינאמיות והתנועתיות שאפיינו את האירוע, ראיתי לנכון לחדד בהקשר זה נקודה עקרונית. נאשם רשאי לנקוט בעדותו בתיאורים ומונחים המעצימים ומחזקים את גרסתו, גם אם לא עשה שימוש באותם מונחים בדיוק בחקירותיו הראשונות. השאלה המרכזית שיש**

--- סוף עמוד 45 ---

לבחון בהקשר זה היא האם יש בתיאוריו של הנאשם משום סטייה מן התיאור העובדתי ה'יבש' שמסר קודם לכן. בל נשכח, ככל שמתקדם ההליך המשפטי מעומת הנאשם עם טענות שונות שמטרתן 'לדחוק אותו לפינה', ומחייבות אותו לחדד ו'להדק' את גרסתו. דברים שנראו בתחילה מובנים מאליהם, אולי מיותרים, דורשים עתה הבהרה וליבון. מתקבל אפוא על הדעת כי נאשם – ובכלל זה ניר דנן – שגרסתו 'מותקפת' ומוטלת בספק, יבקש להגן עליה בכל מאודו, גם אם הדבר כרוך ב'צביעתה' בצבעים עזים יותר. אכן, כמעט מיותר לציין שבית המשפט הדן בגרסתו של נאשם רשאי שלא להתרשם מאי-אלו תיאורים וביטויים בהם נוקט הנאשם אם סבר כי הללו אינם אלא 'תיאורים בומבסטיים' (השוו: פסקה י"א.4) וגוזמאות

בעלמא. יחד עם זאת, אין להלום כי ביטויים ומונחים המעצימים את גרסתו של הנאשם יֻחשבו, מיניה וביה, ל'פיתוח' או 'שיפור' של הגרסה, כזה המצדיק את דחייתה.

134. נקודה נוספת בה ניכרת לדעת בית המשפט המחוזי 'התפתחות' בגרסת ניר עניינה בשלב שבו שלף את אקדחו והסיבה לעשותו כן. בית המשפט המחוזי ציין כי בעדותו בבית המשפט ביקש ניר לטשטש דברים שאמר בחקירתו הראשונה במשטרה, לפיהם ניסה לשלוף את האקדח עוד בשלב מוקדם של האירוע, כאשר בן עדיין יושב במכוניתו, לכל היותר מתכופף. בית המשפט המחוזי לא נתן אמון בטענת ניר "כי חשב שבן התכופף לקחת אקדח מתא הכפפות" (פסקה ו.3.ב), וקבע כי בן לא עשה דבר שהצדיק את שליפת האקדח. עיינתי בחקירתו הראשונה של ניר, בחנתי את עדותו בבית המשפט, ולא ירדתי לסוף דעתו של בית המשפט המחוזי. לא מצאתי כי ניר ניסה לשנות או לטשטש בכל דרך שהיא את עדותו בנקודה זו. מאחר שלדידי אין כאן 'התפתחות' כלל, ומה גם שאיני מסכים עם קביעותיו של בית המשפט המחוזי לגופן לפיהן ניר נהג בתוקפנות "ללא כל סיבה נראית לעין" (פסקה ו.3.ט), מצאתי לנכון להביא, גם אם באריכות מה, את הדברים שאמר ניר בחקירתו הראשונה במשטרה ובעדותו בבית המשפט.

135. אלו הדברים שאמר ניר בחקירתו במשטרה:

> "בשלב הזה כשראיתי שבן קלט אותי שהגעתי אני מבחין בבן מתכופף לעבר תא הכפפות שברכבו בצד ימין של הרכב, באותה שנייה עלה במוחי הזיכרון שיש ברשותו אקדח וחששתי שזו שעת הדרמה... באותו רגע פעלתי בצורה אוטומטית, זיהיתי סכנה... אין פה עדיין אמצעי אבל זו סיטואציה ומחשבה
>
> --- סוף עמוד 46 ---
>
> -
>
> שאני הייתי נתון בה... בגלל החדות של המבט וחדות התנועה לעבר תא הכפפות. אני התכוונתי על פי התוכנית האוטומטית שעלתה במוחי פשוט לתפוס אותו לנטרל אותו ולכבול אותו באזיקים... אני זוכר שהכנסתי את 2 ידיי לתוך הרכב שלו דרך חלון הדלת שהיתה פתוחה וכן את פלג גופי העליון... בשלב הזה נתתי לבן מכה בפנים בצד שמאל שלו אם אני לא טועה בלחי שמאלית שלו עם יד ימין שלי... וביד שמאל שלי משכתי את אחד הידיים של בן כלפי כדי שלא יצליח לקחת את מה שאני חשבתי או הסקתי ושעלה במוחי שהוא רוצה לקחת מתוך תא הכפפות... אחרי שהוצאתי את

הידיים וחלק גוף עליון נשארתי לעמוד כחצי מטר או מטר מדלת הנהג של הרכב של בן כאשר הוא עדיין יושב ברכב. זה עניין של אלפית השנייה התרחקתי כחצי מטר מהרכב והבחנתי שוב בבן עושה את אותה תנועת כיפוף לעבר תא הכפפות שוב כנראה כדי לקחת משם משהו. בשלב הזה אני מזהה שהוא מרים מעין לום בצבע אדום גדול בערך כמטר ובא לצאת מהרכב לכוון שלי, בשלב הזה בן מספיק לצאת מדלת הרכב לגמרי, אני שעמדתי במרחק של מטר אולי מטר וחצי ממנו ניסיתי לשלוף את האקדח שלי ביד ימין שלי מתוך נרתיק שהיה על גופי בצד ימין סגור בסקו"ץ" (**ת/1, שורות 225-254; ההדגשות הוסופו**).

136. **והנה הדברים שאמר ניר בעדותו בבית המשפט:**

"האקדח נמצא בנרתיק, אני לא יצאתי מהרכב ביריות ולא – לא יודע איך ניסו לתאר את זה. אני פשוט פורק מהרכב, פשוט במחשבה להניא אותו מהמחשבה, מהרצון שלו להגיע לאקדח שאני בטוח שהוא הולך לשלוף, פשוט למשוך אותו. אני נכנס לרכב, אני צועק לו תירגע... ואני פשוט נכנס כשיד אחת דוחפת לו את הפנים, נותנת לו סוג של מכה בצד, יד שמאל אני תופס לו את היד ופשוט מושך אותו. והוא פשוט אחוז תזזית, הכל קופץ, ניסיתי להרגיע... בשלב הזה אני חושש שפלג הגוף שלי בתוך הרכב, שהוא פשוט ישלב הילוך וייקח אותי איתו... אני מוכרח לצאת מהרכב, אני יוצא מהרכב, מתרחק איזה מטר מטר וחצי, ואיך שאני יוצא, הוא פשוט חוזר לאותו מקום, מבחינתי זה להביא אקדח. אני ממש בשלב הזה מסיט את הידיים שלי לכיוון הנשק, הוא בשלב הזה עוד פעם, זה ממש ברצף, הוא

--- סוף עמוד 47 ---

-

תופס את המוט, אני רואה אותו מתכופף, לא לאזור תא הכפפות, אלא מתחת ליד המושב, של תא הנהג, מוציא לום, באורך ככה... ואני רואה אותו מתרומם ועכשיו הידיים שלי כבר על האקדח, אני שולף את האקדח, אבל הסברתי מקודם שהאקדח בכלל היה מאובטח... הוא תפוס. אני מסתכל אני מבין מה קורה, אני מהר מאוד משחרר את האבטוח הכפול ומשחרר את הנרתיק ודורך בגובה המותניים" (**עמוד 415 לפרוטוקול, שורות 8-31; ההדגשות הוספו**).

137. מן הדברים עולות מאליהן שתי מסקנות מרכזיות לענייננו: ראשית, אין 'התפתחות' או 'שיפור עמדות' בגרסת ניר ביחס לשליפת האקדח, אשר תורה מגיע רק לאחר שניר מזהה את בן מתכופף בשנית ולוקח את מנעול ההגה לידיו; שנית, דומה כי על רקע הדברים הנ"ל, קביעתו של בית המשפט המחוזי לפיה ניר הוא שהסלים את האירוע ונהג באלימות כלפי בן "ללא שבן, אף על פי גרסת הנאשם, עשה דבר שהצדיק את אותה אלימות וניסיון שליפת האקדח" (פסקה ו.3.ב) אינה מדויקת. אציין, כי אין בדברי בשלב זה כדי להצדיק את הירי הקטלני שביצע ניר, אשר ידון להלן במסגרת בחינת קיומם של התנאים לסייג ההגנה העצמית. מכל מקום, האמור לעיל מבהיר כי התיאור החד-צדדי שתיאר בית המשפט המחוזי, ניר – תוקפן, בן – קורבן, אינו מדויק כלל ועיקר.

138. נקודה נוספת בגרסת ניר עליה עמד בית המשפט המחוזי מתייחסת למנח גופו של בן בעת הירי. לפי קביעת בית המשפט המחוזי, משהבין ניר כי הוא ניצב לפני ממצא פורנזי משמעותי העומד בעוכריו, קרי – מסלול הקליעים בגופו של בן שכיוונם מלמעלה למטה, ערך לפתע 'חידושים והתאמות' ובנה נראטיב חדש בדבר תנוחת הכיפוף של בן בעת הירי אותה צייר ב'צבעים עזים'. בית המשפט המחוזי תמך את קביעתו, בין היתר, בדברים שאמר ניר במהלך השחזור הראשון: "הצופה בשחזור הראשון שעשה הנאשם, למחרת היום, מגלה שלא רק שהנאשם לא מדבר כלל על כך שהמנוח התכופף, אלא כאשר הוא נשאל אם המנוח התכופף הוא משיב – 'לא, הוא היה הרי הוא יצא, הוא היה די, מה זה מכופף? הוא היה בתנועה של להלום. הוא לא עמד הוא היה בתנועה של להלום'" (פסקה ו.3.ח; ההדגשה במקור). אלא שאם בוחנים את תשובתו של ניר על רקע השאלה שנשאל במלואה, כפי שטען ניר לפנינו, מתברר שדבריו הוצאו מהקשרם. ניר נשאל: "איך היתה הפוזיציה שלו, הוא היה זקוף או שהוא היה מכופף כשאתה פגעת בו?" (ת/6, עמוד 49), והשיב: "לא [הוא לא היה זקוף – נ' ס'], הוא היה הרי הוא יצא [ולכן לא היה זקוף – נ' ס']... הוא לא עמד הוא היה בתנועה של להלום". הדברים מדברים בעד עצמם. לא ניתן ללמוד מדבריו של ניר כאילו גם לשיטתו-שלו לא היה בן כפוף.

--- סוף עמוד 48 ---

139. לצד זאת, לא ניתן להתעלם מהעובדה שגרסת ניר באשר לתנוחת בן במהלך הירי אינה חד-משמעית. ניר תלה את העמימות המסוימת בגרסתו במהירות בה התרחשו הדברים, ובכך שכל מעייניו היו נתונים לנטרול הסכנה שלדבריו נשקפה לו. כך, במסגרת השחזור השני, כאשר עימתו החוקרים את ניר עם מסלול הקליעים בגופו של בן השיב ניר כך:

"עוד פעם, אני... מחדד ואומר, אני לא מומחה לבליסטיקה. האיש בן היה תוך כדי תנועה, אני מתאר לעצמי שבשלב השני הוא מעיף את המוט או בורח לו המוט, הוא מסתובב אלי. הוא מקבל כדור ראשון, הכדור מזיז אותו ואז הוא מקבל את הכדור השני... אני אדגים לך, עוד פעם, אני לא מומחה, אני מדגים לך מה שנראה לי כבן אדם... אני ראיתי רק בין כוונות. היו פעמיים... שפתחתי את העיניים בין הירי הראשון לשני, ובסוף האירוע. באמצע הכל מבחינתי אני רק מזהה מה שנקרא את האיום ופועל לנטרול הסכנה... אני מדבר על אלפית השנייה. אני יורה כדור אחד, פותח לראות מה קורה... זה עניין של שנייה, אפילו לא שנייה. אני רואה את התנועה ורואה את החזרה... הוא בלהט מטורף ומיד אני מוציא עוד שתי כדורים... לא היה הפסקה פה. היה פה רצף של דברים חד, מאוד חד, מאוד חד. עוד פעם, כשאני אומר שנכנסתי לזה, זה לא שהורדתי הסתכלתי, חיכיתי. זה טווח של מטר" (ת/7, עמודים 25-27; **ההדגשות הוספו**).

140. **לא למותר לציין בהקשר זה כי עצם הניסיון לקעקע את גרסתו של ניר תוך הסתמכות על ממצאים פורנזיים שעניינם זווית הירי, כפי שנעשה במסגרת השחזור השני, היה לקוי מיסודו. באותו שחזור הסתייעו החוקרים בבובת פלסטיק שעליה סומנו חורי הכניסה והיציאה של הקליעים שפגעו בבן (ת/41). החוקר אלכס אור, שהוביל את השחזור, ציין לפני ניר כי בעזרת הבובה** "אפשר לשחזר את זווית הירי שלך" (ת/7, עמוד 23) **וביקש את התייחסותו לדברים. אלא שבעת עריכת השחזור השני טרם ניתנה (ולמעשה טרם נתבקשה) חוות דעת מומחה מטעם המשיבה לעניין זווית הירי ומנח**

--- סוף עמוד 49 ---

גופו של בן בעת הירי. רק ביום 26.10.2009, כחודש לאחר השחזור השני, ניתנה חוות דעתו של מר נדב לוין, ראש מעבדת סימנים וחומרים במשטרה, שכתב כי "לגבי השאלות מה היתה תנוחתו המדוייקת של הקורבן (האם היה כפוף קדימה, וכד') – אין באפשרותנו לקבוע דעה בעניין זה" (ת/22). **כשנשאל החוקר אור בעדותו על מה התבססה התזה שלו ביחס לזווית הירי, בשים לב לחוות דעתו הנוגדת של מר נדב לוין, השיב אור כי** "עם כל הכבוד לנדב, אני חושב שהפעולות שביצעתי הרבה יותר רציניות מההתייעצות שהוא ניהל בעקבות פקס שקיבל. האם הוא ראה את הרכב? את הזירה? את תמונות הפגיעה? את חוות הדעת הפתולוגית? אני חושב שהפעולות שביצעתי הן הרבה יותר מקצועיות בעניין זה" (**עמוד 78 לפרוטוקול, שורות 25-28**). **חשוב להדגיש, אין חולק כי מר לוין הוא המומחה מטעם המשיבה לעניין זווית הירי, ולא**

בכדי הוא הגורם המקצועי שאליו פנה ראש צוות החקירה, מר דרור אילני, כשביקש לברר על אודות מנח גופו של בן בעת הירי. החוקר אור לעומת זאת, וכך קבע גם בית המשפט המחוזי, אינו הגורם המומחה לעניין זה: "לא מצאנו לקבל את עמדתו החד משמעית של מר אלכס אור, משלא מדובר במי שזו מומחיותו ומשנראה כי מדובר בהשערות שהועלו מצידו ונותרו בסופו של יום ללא ביסוס" (פסקה י.4). אם פנים דברינו, אזי כאשר מטיח החוקר אור בניר במהלך השחזור כי אפשר "לראות באופן ברור שזוויות הירי אינם תואמות את מה שאתה מספר ומתאר ולכן אני מבקש לקבל את ההתייחסות שלך לנקודה הזאת" (ת/7, עמוד 24) ומציב לפניו כביכול ממצאים פורנזיים "קשים ומדאיגים מבחינתו" (פסקה ו.3.ז), אין זה כי אם 'תחושת בטן' עטופה באצטלה מדעית (וזאת מבלי להמעיט חלילה מכשרונו וניסיונו רב השנים של החוקר אור). לא זו אף זו, גם ד"ר ריקרדו, הפתולוג שביצע את הנתיחה שלאחר המוות בגופת בן, אשר הוא זה שסייע לצוות החקירה לשחזר את חורי הירי על בובת הפלסטיק, העיד כי לא היה בסימונים שביצע כדי ללמד על זווית הירי: "לשאלה האם אותו שוטר ביקש ממני לסמן בבובה את המיקום של חור הירי שאני ראיתי בנתיחה, אני אומר שעד כמה שאני רואה לפי התוצאה, מה שנתבקשתי לעשות זה להצביע או לסמן או לגרום לזה שיבינו יותר מה המסלול של מעבר הקליע, עם כיוון מסלול הקליע בראש, לא זוית הירי... כשאתה אומר לי שלכן כל ההדגמה על הבובות האלה שעומדות בתנוחה אנטומית ישרה של 90 מעלות זה נושא מאוד בעייתי, שלא יאפשר לנו להגיע למסקנה ממצה איפה עמד היורה ומאיזו זוית נורה הקורבן, אני אומר שאני מסכים" (עמוד 162 לפרוטוקול, שורות 9-11, 22-24). אם כך, מה פלא אפוא שניר, אשר חוזר ומעיד על עצמו כי אינו מומחה לעניין זה, 'מתפתל' ומתקשה לספק תשובה מניחה את הדעת?

141. לבסוף, הנקודה האחרונה שעוררה לדעת בית המשפט המחוזי קושי ליתן אֵמון בגרסתו של ניר היא העובדה שלא סיפר במסגרת התשאול הראשוני שנערך לו,

--- סוף עמוד 50 ---

'בשטח', על אודות האגרוף שנתן לבן בעודו יושב במכוניתו. בית המשפט המחוזי ראה בכך ביטוי נוסף לניסיונותיו של ניר להסתיר את העובדה שהוא היה הגורם התוקפן במהלך האירוע, וקבע כי ניר סיפר זאת רק לאחר שהבין כי לאירוע יש ככל הנראה עדי ראייה נוספים פרט לטלי. ראשית, לא ברור על מה מבסס בית המשפט המחוזי את קביעתו כי ניר בחר לספר על אודות האגרוף רק לאחר שהבין כי ישנם עדי ראייה נוספים. להשערה זו לא ניתנו תימוכין, ואין סיבה טובה להניח לחובתו של ניר (לא למותר לציין כי בדיעבד התברר שאף לא אחד מעדי הראייה ראה את ה'אגרוף', וכי עדותו של ניר היא המקור היחיד לכך); שנית, מקובלת עלי טענת ניר

כי אופי התשאול שערך רפ"ק פורטל היה כללי, לקוני ובלתי-סדור. בנסיבות אלו, כשכל התשאול היקפו כשלושה משפטים בלבד, אין לתת משקל רב לכך שהחלק הראשון והפחות מרכזי של האירוע לא קיבל ביטוי בדבריו של ניר.

142. מעבר לכל האמור עד כה, חיזוק מסוים לגרסת ניר אני מוצא בדברים שאמר לאביבה, אמו של בן, בטלפון, שניות לאחר הירי. על-פי עדותה של אביבה, באותה שיחה אמר לה ניר כי הרג את בן, ולשאלתה מדוע עשה זאת השיב שבן "הרים עליו מוט ברזל, וניתק" (פסקה א.12). כאמור, משלא עלה בידי המשיבה להוכיח כי ניר 'שתל' את מנעול ההגה בזירת הירי, ומשהסכימה ב"כ המשיבה כי בן יצא ממכוניתו כשמנעול ההגה בידו, הרי שיש לראות באֶמרה זו של ניר כמעין 'רס גסטה', התבטאות כנה התומכת בגרסתו לפיה היה למנעול ההגה חלק מרכזי באירוע הירי.

143. לסיכום חלק זה: שגה לעניות דעתי בית המחוזי בקביעתו כי גרסתו של ניר 'השתפרה' ו'התפתחה'. בחינה מדוקדקת של גרסתו, הן בחקירותיו במשטרה, הן בשחזורים, הן בעדותו בבית המשפט, מלמדת על גרסה עקבית ואיתנה. אכן, בנקודות מסוימות ניר הדגיש, 'צבע' וחידד את גרסתו, ככל שהתקדם ההליך, אולם אין בכך כאמור כדי לפגום במהימנותה. יחד עם זאת, בנקודות מסוימות, מהותיות, לא עלה בידו של ניר לספק תיאור חד, מדויק וברור של הפרטים. כיצד בדיוק אחז בן במנעול ההגה? באיזה אופן הניפו? שאלות אלו נותרו מעט עמומות. גם אם לוקחים בחשבון את טענות ניר כי אין זה מציאותי לצפות ממנו לשחזר כל פרט ופרט כאשר הוא רואה את ההתרחשות 'בין כוונות', עדיין יש בכך כדי לגרוע ממשקלה של גרסתו.

גרסתה של טלי

144. אבקש תחילה להתייחס לטענת המשיבה כי אין לשלול את האפשרות שטלי וניר תֵאמו ביניהם גרסאות בדקות שלאחר הירי. לאחר שהפכתי בדבר באתי לכלל

--- סוף עמוד 51 ---

מסקנה כי טענה זו אינה אלא השערה בעלמא שלא גובתה בראיות של ממש, ולפיכך דינה – להידחות. אדרבה, מהודעתה במשטרה של גב' מרלן מוסקוביץ' (נ/14; להלן: מוסקוביץ') עולה כי השערה זו אינה מסתברת. מוסקוביץ' הגיעה לזירת האירוע שניות ספורות לאחר הירי, לקחה את טלי לביתם של בני הזוג סומך, ושהתה במחיצתה בדקות שלאחר האירוע. לדבריה, טלי היתה נתונה בסערת רגשות גדולה ו"נרגעה רק לאחר שבעלה הגיע לבית לשנייה – חבקה אותו ואז הוא אמר לה שהוא בסדר וחייב לחזור – היא נרגעה כאשר ראתה אותו שהוא בסדר" (שם, גיליון מספר 5, שורות 4-6). כשנשאלה האם ניר אמר משהו לטלי בזמן שהתחבקו השיבה

מוסקוביץ', כי "הוא אמר לה, אל תדאגי, אני בסדר וחזר למקום האירוע. לציין שבשלב שהוא הגיע לבית לפגוש את טלי שוטר ליווה אותו לבית וחזר אתו למקום האירוע" (שם, שורות 11-14). אמנם, בעדותה בבית המשפט ניכר כי מוסקוביץ' אינה זוכרת כמה זמן בדיוק שהה ניר יחד עם טלי לאחר האירוע. יחד עם זאת, אין מחלוקת כי היה זה פרק זמן קצר של דקות ספורות לכל היותר, כאשר גם מוסקוביץ' וגם שוטר נוסף נוכחים במקום. בנסיבות אלו, אין להלום את הטענה, ואין יסוד של ממש לחשש בדבר תיאום גרסאות.

145. לגופם של דברים. בית המשפט המחוזי קבע כי אין ליתן אֵמון בגרסתה של טלי. אכן, לעדותה של טלי יש ליתן משקל נמוך בנסיבות העניין; גרסתה תומכת אמנם בגרסתו של ניר, אך במעט. יחד עם זאת, אין בידי לקבל את מסקנת בית המשפט המחוזי כי העובדה שטלי, אשר היתה במוקד האירוע, אינה מסוגלת לתאר את מה שראתה בכל הנוגע למנעול ההגה "מעידה כאלף עדים" כי מנעול ההגה לא הונף. אסביר.

146. מקובלת עלי קביעת בית המשפט המחוזי כי טלי אינה עדה אובייקטיבית, וכי יש להניח שהיא מעוניינת בטובתו של ניר. עובדה זו כשלעצמה אינה מאיינת אמנם את המשקל שיש ליתן לעדותה, אך היא מחייבת מטבע הדברים לבחון את עדותה בזהירות המתבקשת, בבחינת "כבדהו וחשדהו". גם התנהלותה של טלי בחקירותיה אינה מעוררת אמון רב בגרסתה. בקשתה להפסיק באמצע את מתן הודעתה במשטרה מיד לאחר האירוע בדיוק בשלב שבו נתבקשה להסביר ביתר פירוט על אודות הנפת מנעול ההגה, כמו גם שתיקתה בחקירות שלאחר מכן, מותירה את הרושם שטלי אינה גלויה עם חוקריה, ולחלופין אינה זוכרת מה באמת התרחש. גם הגרסה שמסרה לגופה באשר למהלך אירוע הירי, הן בחקירתה הראשונה במשטרה, הן בעדותה בבית המשפט – כללית, עמומה, מהוססת, נעדרת פרטים מהותיים, זולת אותה 'מנטרה' של הגנה עצמית עליה חזרה מספר פעמים ("אני ראיתי שהמוט הזה עכשיו הורג את ניר", עמוד 584

--- סוף עמוד 52 ---

לפרוטוקול, שורה 27). לצד זאת, אין בידי לקבל את דברי בית המשפט המחוזי כי יש לדחות את גרסתה של טלי מן הטעם ש'צבעה' את גרסתה ב'צבעים עזים' בשלבים מאוחרים יותר של ההליך. כפי שציינתי גם ביחס לגרסת ניר, הדגשה והעצמה של פרטים מסוימים אינה בלתי-לגיטימית כל עוד אין בה סטייה או שינוי מן הגרסה העובדתית שניתנה קודם לכן. בחינת אִמרתה של טלי במשטרה לעומת עדותה בבית המשפט מלמדת כי הללו אינן מגלות הבדלים מהותיים כלל. קביעת בית המשפט

המחוזי כי טלי אינה מתארת מה עשה בן במנעול ההגה, וכי "אותו תיאור צבוע בצבעים עזים של הרמה או הנפה מעל הראש" **(פסקה ז.1) מגיע רק מאוחר יותר, בשלב עדותה בבית המשפט, אינה מדוייקת. כשנשאלה טלי במסגרת הודעתה הראשונה במשטרה מה עשה בן במנעול ההגה, השיבה כי** "הוא הניף את המוט באוויר כלפי ניר" **(נ/18, שורות 154-155). כך או אחרת, בסיכומם של דברים סבורני כי בדין קבע בית המשפט המחוזי שגרסתה של טלי אינה מעוררת אמון, ולפיכך משקלה בנסיבות העניין, נמוך.**

147. **יחד עם זאת, שגה בית המשפט המחוזי כשקבע באופן חד-משמעי כי** "העובדה שאשת הנאשם אשר עמדה בסמוך לנאשם ולמנוח, לא מסוגלת לתאר, לא במשטרה, ולא בבית המשפט, מה קרה עם מנעול ההגה, היא הנותנת שלא היתה כל הנפה" **(פסקה ז.5). אינני סבור כי מסקנה זו מתחייבת, כעניין שבהיגיון. אכן, התנהלותה של טלי בחקירותיה ובעדותה כמו גם תוכן גרסתה מעוררים חשד בדבר נכונות הדברים. בכך יש בוודאי כדי לגרוע ממשקל הטענה על הנפת מנעול ההגה. יחד עם זאת, אין לשלול את האפשרות שטלי אינה מסוגלת לתאר במדויק את התרחשות הדברים בשל סערת הרגשות שבה היתה נתונה באותם רגעים.**

148. **לפני סיום חלק זה, אתייחס בקצרה לדבר הצעקה ששמעה עדת הראייה ירושלמי, 'אל תירה אל תירה', אשר יוחסה לטלי. כאמור, בית המשפט המחוזי ראה לייחס לעדותה של ירושלמי בנקודה זו את מלוא המשקל:**

> "מדובר במשפט שנצרב בזיכרונה של העדה, נקלט בחוש השמע, ובשים לב לכך שמדובר בעדה מהימנה ואובייקטיבית, הרי שאין לדבר כלל על האפשרות כי בדתה את הדבר מהרהורי לבה... משמעות האמור היא חדה וברורה: טלי, אשת הנאשם, אשר נמצאת בלב זירת האירוע, רואה את הנאשם אל מול המנוח על יחסי הכוחות ביניהם, צועקת לנאשם לא לירות, והכל בשלב שהמנוח עדיין מצוי ברכב. משמע אפילו אשת הנאשם לא חושבת שהנאשם נמצא בסכנה, או שעליו להתגונן,
>
> --- סוף עמוד 53 ---
>
> אלא להיפך, היא מזהה הסלמה מצד הנאשם אשר הודה ששלף את אקדחו בשלב ראשוני, באופן שלא נדרש כלל כשהוא לא מותקף ומכאן מנסה לעצור אותו מלירות" **(פסקה ב.10).**

149. **באי-כוחו של ניר טענו לפנינו כי** "כל נושא הצעקות הוא מבולבל ולחלוטין לא ברור ואין לקבל כל ממצא המבוסס עליו", **ובכלל זה** "ממצא ביחס לתוכן צעקה זו או

אחרת" (עמוד 41 להודעת הערעור). כשלעצמי, מסופקני אם היה ראוי בנסיבות העניין ליתן לעדותה של ירושלמי בנקודה זו את המשקל המרבי. סוף סוף שני עדי הראייה הנוספים שהיו במקום לא שמעו צעקה מעין זו. מכל מקום, ירושלמי עדה אובייקטיבית ומהימנה, וגם אם אניח כי טלי אכן צעקה 'אל תירה, אל תירה', אין הדבר שולל בהכרח את האפשרות שמנעול ההגה אכן הונף. אין זה מן הנמנע כי בסערת האירוע לא הבינה טלי אל-נכון את עוצמת הסכנה שנשקפה לניר, ורק לאחר מעשה עיכלה את משמעות הדברים. כזכור, כבר בחקירתו הראשונה ציין ניר את התרשמותו כי באותם רגעים טלי אינה מודעת לסכנה שנשקפה מבן.

150. לסיכום חלק זה, אף שעדותה של טלי נמצאה בעלת משקל נמוך, אינני סבור כי יש בכך כדי להפריך את האפשרות שמנעול ההגה שבן אחז בידו הונף לעברו של ניר.

טווח הירי וזווית הירי

151. בית המשפט המחוזי הקדיש זמן שיפוטי רב, כמו גם חלק ניכר מהכרעת הדין, לבירורן של שאלות טווח הירי וזווית הירי. החשיבות בבירורן של שאלות אלו היא זו: אם היתה המשיבה מוכיחה כי ניר ביצע את הירי בהצמדה לראשו של בן כשהוא מכופף, היינו, בעמדת נחיתות לעומת ניר – היה בכך כדי להחליש באופן משמעותי את טענתו של ניר כי חש סכנה לחייו ופעל מתוך הגנה עצמית. לאחר שדן בדברים באריכות קבע בית המשפט המחוזי כי טענות המשיבה בהקשר זה לא הוכחו מעבר לספק סביר (הגם שסבר כי הן עדיפות על טענותיו של ניר). כך, באשר לסוגיית טווח הירי ולשאלת הירי בהצמדה (מלאה או חלקית) קבע בית המשפט המחוזי:

"מצאנו כי בשאלת ההצמדה החלקית לראש המנוח, יש מקום להעדיף את חוות דעתו של ד"ר ריקרדו על פני חוות הדעת הנוגדות. עם זאת, עדיין נותר ספק מסוים בעניין זה... ועל כן אין בידנו לקבוע כי עובדת ההצמדה החלקית של האקדח לראשו של המנוח, הוכחה מעבר לכל ספק סביר כנדרש" (פסקה ט.37). ביחס לסוגיית זווית הירי, לאחר שסקר את העדויות השונות, קבע בית המשפט המחוזי כך: "מסקנתנו היא כי לא ניתן לקבוע ממצא ביחס לזווית הירי, בהיעדר ידיעה ברורה על המנח המדויק של הנאשם ושל המנוח, כשמדובר בסיטואציה של שליפת נשק, התגוננות ממול וכיו"ב. עם זאת, עדיין יש במסלול הקליע בתוך גופתו של המנוח בכדי להעיד על עליונות מסוימת של הנאשם על המנוח בעת הירי,

--- סוף עמוד 54 ---

בין בשל הפרשי גובה בין הנאשם למנוח, ובין בשל תנוחותיו האפשריות של המנוח בעת הירי" (פסקה י.10; ההדגשה במקור). משאֵלו הם פני הדברים, אין בטענותיה של המשיבה בעניין זווית ומרחק הירי כדי לשלול את האפשרות שבן אכן הניף את

מנעול ההגה לעברו של ניר, וממילא גם איננו צריכים להיכנס בעובי הקורה של סוגיות אלו.

סיכום ביניים: הונף או נשמט?

152. בחנתי את הראיות השונות, לכל אחת קבילותה ומשקלה, מעלותיה ומגרעותיה. באה העת להכריע: כלום הניף בן את מנעול ההגה לעברו של ניר, או שמא שמטו מידיו? בתמצית, אלה הדברים אשר הראנו לדעת עד כה: אין עוררין על כך שבן יצא ממכוניתו לעברו של ניר, אוחז במנעול ההגה. המחלוקת בין הצדדים עניינה במעשיו של בן בשבריר השנייה שלאחר יציאתו ממכוניתו: מן העבר האחד ניצבת גרסתו של ניר – אותה מצאתי (בניגוד לבית המשפט המחוזי) עקבית ואיתנה, כזו שיש לייחס לה משקל גבוה – לפיה בן הניף לעברו את מנעול ההגה במטרה לפגוע בו; מן העבר השני ניצבת גרסתם של שני עדי ראייה, מהימנים ואובייקטיביים, שלדבריהם לא הבחינו בהנפה של מנעול ההגה, לא מיניה ולא מקצתיה; בתווך – הראיות הפורנזיות, אשר מחד גיסא אין בהן כדי לשלול את גרסתו של ניר, אך מאידך גיסא גם אינן תומכות בה.

153. הפכתי בדבר וחזרתי והפכתי, לא בלי היסוס באתי לכלל מסקנה כי אינני יכול לשלול את האפשרות שבן אכן הניף את מנעול ההגה לעברו של ניר. ניתנת האמת להֵאמר: לא בנקל יקבל בית המשפט את אפשרות התקיימותו של ממצא עובדתי אשר עומד בסתירה לעדויותיהם של שני (!) עדי ראייה מהימנים. מן הראוי שיֵעשה כן רק באותם מצבים חריגים וייחודיים המצדיקים זאת; כזה הוא לטעמי הנידון דידן. כמה טעמים מוצא אני לכך שאין לשלול את האפשרות שמנעול ההגה אכן הונף; כל אחד מהם כשהוא לעצמו, אפשר שלא די בו כדי לבסס מסקנה זו. ברם, כשהם מצטרפים זה לזה, יש בהם לטעמי כדי להטות את הכף ולהקים ספק סביר לגבי האפשרות כי מנעול ההגה הונף.

154. ראשית, החולשות שמגלות עדויות הראייה. העובדה שעדי הראייה אינם מבחינים במנעול ההגה כלל (אף שכאמור אין עוד חולק בשלב זה כי בן יצא ממכוניתו כשמנעול ההגה בידו), כמו גם העובדה שבמסגרת השחזורים עמם לא נעשה ניסיון של ממש להבין כיצד זה לא הבחינו במנעול ההגה, ולתקף את 'תזת השמיטה', מפחיתות במידה מסוימת מן המשקל שיש ליתן לעדויותיהם. זאת ועוד, הסתירה שבין 'תזת השמיטה' לבין עדותו של צימרמן (שהיא כאמור לעמדתה של המשיבה עדות הראייה

--- סוף עמוד 55 ---

המשמעותית ביותר); הסתירה שבין עדותו של קרדון לבין ממצאים עובדתיים שאינם שנויים במחלוקת; והסתירה שבין עדותו של צימרמן לבין עדותו של קרדון – כל אלו סתירות המתייחסות ללב העניין השנוי במחלוקת, קרי – תנועות ידיו של בן עובר לירי, ומחייבות להתייחס בזהירות מסוימת לאמינותן של העדויות ביחס לנקודה קריטית זאת. ודוק: אמינותן של העדויות – לא מהימנותן; מהימנות ואמינות – לאו חד הן. פעמים שעד פלוני יהא מהימן על בית המשפט, ואף על-פי כן תימצא עדותו גופה בלתי-אמינה. יפים לעניין זה דבריו של השופט י' טירקל ב[ע"פ 10009/03 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד נח](6) 769, 787 (2004):

> "מותר, דומני, לומר כי משקבע בית-המשפט היושב לדין שעד פלוני מהימן עליו, טבועה בקביעה זאת, בדרך-כלל – כביכול מניה וביה וכמעט כפן שני שלה – גם הקביעה שהעובדות שעליהן העיד העד הן עובדות אמיתיות. אולם לא תמיד אלה פני הדברים. יש שבית-המשפט משוכנע שעד פלוני דיבר אמת, ובעת ובעונה אחת אינו משוכנע כי העובדות שעליהן העיד אותו עד הן העובדות כהווייתן. ומן המפורסמות הוא כי האמת ה'סובייקטיבית' של העד אינה בהכרח האמת ה'אובייקטיבית', וגם 'האמת המשפטית' אינה בהכרח האמת העובדתית... כך גם נקבע – אמנם לעניין זיהויו של אדם – כי מהימנותו של העד המזהה אין בה כדי למנוע הטלת ספק באמינותו של הזיהוי... אכן, אין דרכה של ערכאת הערעור להתערב בקביעה של מהימנות של עד על-ידי הערכאה הדיונית, אולם כאשר דברים אמורים בקביעה המושתתת על אמינותו – שאני" (**ההדגשה האחרונה הוספה**).

155. שנית, הראיות הנסיבתיות, קרי – הידוע לנו על אודות הלך רוחו של ניר לעומת הלך רוחו של בן עובר לאירוע הירי. מחד גיסא ישנו בן, אובססיבי, אשר מטריד את ניר וטלי בכפייתיות, על בסיס כמעט יומיומי, משך תקופה של מספר חודשים, לעתים עד כדי איומים מפורשים לפגוע בהם. לדאבון הלב, גם מעבר מגוריהם של ניר וטלי לקיבוץ זיקים וההתרחקות הפיזית מבן לא הובילו להטבה בהתנהגותו; ההפך הוא הנכון. ביטא זאת היטב בית המשפט המחוזי בהכרעת הדין:

> "עולה מחומר הראיות, כי בתקופה האחרונה [**שלפני אירוע הירי – נ' ס'**], חלה החמרה בהתנהגותו של המנוח לנוכח

--- סוף עמוד 56 ---

> העזיבה והפרידה הפיזית. ניסיונותיו של המנוח לאתרם [**את ניר וטלי – נ' ס'**] וההתקשרויות האובססיביות והאיומים, החמירו בשבועיים שקדמו לאירוע, ובפרט בימים שקדמו לאירוע ובכלל זה, ההודעה המאיימת שהושארה בלילה שלפני האירוע במשיבון של טלי... המהווה הודעת איום של ממש והטלת האחריות בגין ההחלטה על פרידה ממנו ומעבר לקיבוץ. הודעה זו הושארה ערב קודם לאירוע נשוא כתב האישום, בשעה לא שגרתית, ונימת הייאוש בקולו, ממחישה את המצב הנפשי בו היה המנוח" (**פסקה יד.13**).

156. **מאידך גיסא, אין ולוּ ראייה אחת המעידה על גילויי אלימות או איומים מצדו של ניר כלפי בן עובר לאירוע הירי. גם אביבה, אמו של בן, שעל עדותה נסמך בית המשפט המחוזי בקביעתו כי ניר** "כעס על המנוח הן על הרומן, והן על התנהלותו האובססיבית כלפיו וכלפי טלי" (**פסקה יג.32**), **העידה כי למיטב ידיעתה ניר לא נקט באלימות כלשהי כלפי בן עובר לאירוע הירי (עמוד 27 לפרוטוקול, שורות 1-4; כך מסר גם אביו של בן, נתן טל, בהודעתו במשטרה מיום האירוע). אכן, הדעת נותנת, לבטח חש ניר כעס ותסכול לנוכח מעשיו של בן. יהיה זה בלתי-מציאותי ולא אנושי לצפות לתגובה אחרת ממי שנתון במצב מעין זה. ברם, לא מצאתי ראיה לכך שהיה זה כעס 'חריג', כזה המגיע עד כדי 'אבדן עשתונות'. אביבה, אשר שוחחה עם ניר כשעשה את דרכו לקיבוץ, דקות לפני הירי, העידה כי הוא נשמע אמנם** "מאוד כועס" (עמוד 14 לפרוטוקול, שורה 31), **אך היא לא העידה על התבטאויות חריגות של ניר, או על צורת התנהגות חריגה אחרת (כגון צעקות וכיוצא בזה), שיש בהן כדי לרמז על כך שמבחינתו של ניר** "הגיעו מים עד נפש" (**פסקה יד.3**). **דברַי אלו משליכים מטבע הדברים על קביעתו של בית המשפט המחוזי, מחמת הספק, כי מעשיו של ניר נעשו מתוך אובדן עשתונות, לאחר שקונטר על-ידי בן. לטעמי, כפי שניתן להסיק, אֵלו אינם פני הדברים. מכל מקום, המשיבה מצדה לא ערערה על קביעותיו של בית המשפט המחוזי בהקשר זה, ואינני נדרש להרחיב בדבר.**

157. **גם בחינת מעשיו של ניר בסמוך לפני הירי מלמדת כי לא התקין עצמו לעשות שימוש באקדחו במהלך האירוע, ותומכת במידה מסוימת בגרסתו כי לא העלה בדעתו שהדברים יתפתחו כדי כך, באופן שבו התפתחו. כפי שמספר ניר בחקירותיו ובעדותו, לאחר שנכנס בשער הקיבוץ, עצר למשך 20 שניות בצד הדרך על מנת לקחת את האזיקים שהיו מונחים בתא הכפפות והניחם בכיסו. זאת ועוד, יש לזכור כי בחלקו**

--- סוף עמוד 57 ---

הראשון של האירוע, כשניר זיהה את בן רוכן לעבר תא הכפפות, הוא לא מיהר לשלוף את אקדחו, אלא יצא במהירות ממכוניתו, הכניס את פלג גופו העליון למכוניתו של בן, הֵכּה בפניו, וזאת במטרה למנוע ממנו להגיע למה שניר חשב לאקדח. לא זו אף זו, ניר העיד שכאשר זיהה את הסכנה מצד בן ביקש לשלוף את האקדח, אך לא הצליח לעשות זאת באופן מיידי: "אני פה הסתבכתי עם האקדח, האקדח לא היה מוכן לעבודה, אני אמרתי, לא היה מוכן לעבודה, הוא היה רכוס בסקוצ', האקדח נמשך לי יחד עם הנרתיק. אני מהר מאוד מפרק את הנרתיק תוך כדי הפירוק של הנרתיק אני מזהה אותו [את בן – נ' ס'] כבר בחוץ" (ת/6, עמוד 43).

158. לבסוף, גרסתו של ניר: עקבית, איתנה, יחודית, במובן זה שלא נמצא בה ולו 'שקר נאשם' אחד (זולת שאלת ההנפה השנויה במחלוקת). במיוחד ראויה להדגשה העובדה שאף לא אחת מהראיות הפורנזיות שוללת את גרסתו של ניר, וזאת חרף המאמצים שהשקיעה המשיבה במישור זה. כמו כן, אף שמצאתי לייחס לגרסתה של טלי משקל נמוך, הרי שגם בה יש כדי לחזק קמעא את גרסתו של ניר. כאמור, אין לטעמי יסוד של ממש לחששה של המשיבה בדבר תיאום גרסאות בין ניר וטלי, ובנסיבות אלו מהווה גרסתה 'דבר מה נוסף' לחיזוק גרסתו של ניר.

159. הנה כי כן, העובדה שבן יצא ממכוניתו לעברו של ניר, כשהוא אוחז במנעול ההגה; החולשות שמגלות עדויות הראייה; הראיות הנסיבתיות על אודות הלך רוחם של ניר ובן; גרסתו של ניר, ושאר פרטי העניין המפורטים לעיל – כל אלו מעוררים לדידי ספק סביר שמא הניף בן את מנעול ההגה לעברו של ניר, ומכל מקום, אין לאל-ידי לשלול את האפשרות שכך אירע.

הגנה עצמית

160. עתה, משהתייצבה תמונת המצב העובדתית, בשונה מזו שהועמדה בבית המשפט המחוזי, שבה ומתעוררת במלוא עוזה טענת ההגנה העצמית. אכן, בית המשפט המחוזי לא פסח על טענה זו, בחן את קיומם של התנאים הנדרשים לשם הקמתו של הסייג, ודחה את הטענה מכל וכל, גם כאשר היה מוכן להניח לטובתו של ניר כי מנעול ההגה אכן הונף לעברו (ראו: פסקה יא.10). אף על-פי כן, כפי שציינו לפנינו בצדק באי-כוחו של ניר, דומה כי לנוכח קביעותיו העובדתיות הנחרצות, לא נדרש בית המשפט המחוזי לדיון מקיף וממצה בסוגיית ההגנה העצמית. לדיון זה אפנה עתה.

161. סעיף 34י לחוק העונשין, כותרתו 'הגנה עצמית', וזו לשונו:

--- סוף עמוד 58 ---

> "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".

162. **כידוע, ששה תנאים נדרשים לשם הקמתו של סייג ההגנה העצמית, ואלו הם:** ראשית, **קיומה של תקיפה שלא כדין**; שנית, **קיומה של סכנה מוחשית לפגיעה בחייו, בחירותו בגופו או ברכושו, של האדם המתגונן או של זולתו**; שלישית, **מיידיות, דהיינו** – "על ההגנה להתבצע רק מרגע שהמעשה דרוש באופן מיידי על מנת להדוף את התקיפה, ועליה להיפסק מרגע שלא נדרש עוד מעשה התגוננות על מנת להדוף את התקיפה" (**עניין** אלטגאוז, **פסקה 13**); רביעית, **שהאדם המתגונן לא** "הביא בהתנהגותו הפסולה לתקיפה תוך שהוא צופה מראש את אפשרות התפתחות הדברים"; חמישית, **נדרשת פרופורציה**, "יחס ראוי בין הנזק הצפוי מפעולת המגן לנזק הצפוי מן התקיפה" (**שם**); ששית, **קיומה של נחיצות, קרי – טענת הגנה עצמית תקום לו לאדם רק כאשר לא היתה לו אפשרות להדוף את התקיפה בדרך אחרת, פחות פוגענית. אבחן אפוא האם התקיימו התנאים בעניין שעל הפרק.**

163. "המונח 'תקיפה' לענין ההגנה הפרטית איננו זהה למונח זה כמשמעו בסעיף 378 לחוק העונשין [**עבירת התקיפה – נ' ס'**] אלא הוא רחב וכולל גם מעשים שאינם באים בגדר עבירת התקיפה, כגון: המאיים באופן שיש ממנו סכנת פגיעה מיידית במאוים" (**מתוך דברי ההסבר להצעת חוק העונשין (חלק מקדמי וחלק כללי), התשנ"ב-1992, ה"ח 2098, 136**). **אין חולק כי הנפת מנעול ההגה על-ידי בן לעברו של ניר עולה כדי איום אשר נשקפה ממנו 'סכנת פגיעה מיידית', ולפיכך התנאי הראשון** – תקיפה שלא כדין – **מתקיים.**

164. **התנאי השני, קיומה של סכנה מוחשית, מתקיים אף הוא. על מנת שתֵחשב למוחשית, על הסכנה להיות "סכנה ממשית שקיימת הסתברות גבוהה שתתממש", ולא סכנה** "ערטילאית או רחוקה" (**ע"פ 5266/05** זלנצקי נ' מדינת ישראל[פורסם בנבו] (22.2.2007) **פסקה 15.ד (להלן: עניין זלנצקי)). מנעול הגה, מוט ברזל שאורכו כמטר, אם היה מוטח בעוצמה בראשו של ניר, כי אז יש יסוד סביר להניח שהיה מסב לו נזק**

--- סוף עמוד 59 ---

גופני כבד וממשי, עד כדי חשש להריגתו. בסיכומיו בבית המשפט המחוזי טען ב"כ המשיבה, כי המסוכנות שנשקפה לכאורה ממנעול ההגה אינה רבה כפי שתֵאר זאת ניר: "לא מדובר באקדח שאם תוך שניה אתה לא מגיב, אתה יכול למצוא עצמך בעולם אחר, לא מדובר בסכין שהמסוכנות משמעותית יותר. מדובר בסך הכל במנעול הגה, לא

עבה במיוחד" (עמודים 716-717 לפרוטוקול, שורות 32, 1). עמדה זו לא גובתה בחוות דעת מומחה, או ראיה דומה שיש בה כדי ללמד על כך שהמסוכנות הנשקפת ממנעול הגה אכן אינה משמעותית. כשלעצמי, אין לי אלא מה שרואות עיניַ, ומן התמונות שהגישו הצדדים לעיוננו נקל להתרשם כי כוחו של מנעול ההגה להזיק הריהו ניכר ורב, לבטח כאשר הוא מוטח בעוצמה בחמת זעם על-ידי בחור צעיר וחסון כבן. פוטנציאל הנזק הגלום בפגיעת מנעול ההגה בראשו של ניר, כמו גם ההסתברות הממשית להתרחשותה של הפגיעה (אלמלא הירי), מובילים למסקנה כי ניר היה נתון בסכנה ממשית ומוחשית לחייו, ולמצער לשלמות גופו.

165. גם התנאי השלישי, תנאי המיידיות, מתקיים בענייננו. "שני פנים לה לדרישת המיידיות. על ההגנה הפרטית המוצדקת להתבצע לכל המוקדם כשהסכנה היא כבר קרובה, ולא מוקדם מדי, ולכל המאוחר כשהסכנה או חלקה עדיין קיימת ולא מאוחר יותר" (בועז סנג'רו הגנה עצמית במשפט הפלילי 189 (2000) (להלן: סנג'רו)). על-פי גרסתו של ניר, אשר לא נסתרה, את הכדור הראשון ירה רק לאחר שזיהה בבירור את הסכנה קרֵבה לבוא, וחדל לירות מיד לאחר שנוטרלה:

> "אני מבחין בבן יוצא לגמרי מהרכב ובשלב שהוא מניף את אותו מוט כדי לפגוע בי אני מצליח להוציא את האקדח מהנרתיק לדרוך אותו לכיוון מטה ואז ראיתי בבירור את המוט בדרך לראשי ופה ראיתי את המוות שלי ולא היה לי זמן לחשוב ולהגיד לו עצור, הרמתי את האקדח שלי וכיוונתי על החזה של בֵן עם האקדח ויריתי בו כדור אחד לכיוון החזה. אחרי הכדור שיריתי לכוון החזה בן עדיין זז, אמנם חשבתי שפגעתי בו אבל לא הבנתי כמה ואחרי הכדור הראשון בן עוד עשה תזוזות קצת לאחור ואני הרגשתי וראיתי שבן ממשיך את התנועה לכיוון הראש שלי עם אותו מוט ואז כיוונתי את האקדח לראשו של בן ויריתי עליו 2 כדורים ברצף ואז בן נפל שמאלה לחלק האחורי של הרכב שלו בצמוד לגלגל האחורי" (ת/1, שורות 256-264).

--- סוף עמוד 60 ---

166. על-פי התנאי הרביעי, לא תקום לו לאדם טענת הגנה עצמית מקום שבו הביא "בהתנהגותו הפסולה לתקיפה תוך שהוא צופה מראש את אפשרות התפתחות הדברים" (מתוך סעיף 34י לחוק). בית המשפט המחוזי קבע כי התנהגותו של ניר, עובר לאירוע ובמהלך האירוע עצמו, היתה פסולה, והיא אשר הובילה להסלמה. כך, ניר בחר להגיע לזירת האירוע לבדו, מבלי לבקש סיוע מאת גורם רשמי או אחר, אף שידע כי הגעתו של בן לקיבוץ, על רקע האיומים השונים שהשמיע קודם לכן, יוצרת

"סיטואציה נפיצה מאד" (**פסקה יא.8.ו). כמו כן, היה זה ניר שתקף ראשון את בן כשהִפהו בפניו, והוא אשר ניסה לשלוף את אקדחו בשלב מוקדם יחסית של האירוע. בית המשפט המחוזי סיכם את דבריו כך:** "נראה שלא מדובר במי שנקלע לסיטואציה בה נאלץ להתגונן, אלא מדובר במי ששש אלי קרב, מה שגם מתאים לרקע של היחסים הבעייתיים בין שלושת המעורבים – בן, טלי וניר" (**שם**).

167. "'התנהגות פסולה' מתייחסת למצב שבו ההתקפה היא תולדה של מעשה התגרות או מעשה פסול אחר אשר הוביל לתקיפתו של זה הטוען להגנה עצמית. במצבים אלה אין הצדקה לראות במותקף כמי שהותקף על לא עוול בכפו וכמי שההתקפה הפתיעה אותו, ולא לתרחיש זה נועדה ההגנה שבחוק" (**עניין קליינר, עמוד 94). גבי דידי, לא נפל פסול של ממש בהתנהגותו של ניר. ראשית, עצם הגעתו של ניר לזירת האירוע, מבלי שהזעיק עזרה ולא ביקש סיוע, אינה יכולה, בנסיבות העניין, להחשב לו כהתנהגות פסולה. כפי שסיפר ניר בחקירותיו במשטרה ובעדותו בבית המשפט, מששמע כי בן הגיע לביתם בקיבוץ זיקים, עלתה אמנם בלבו המחשבה שמא יבקש בן לחולל דרמה, אולם לא חשש לרגע שבן אכן יממש את איומיו לפגוע פיזית בו או בטלי. לדבריו, באותו שלב כבר היה מורגל בהטרדות ואיומים מצדו של בן, וגם לאחר ששמע את ההודעה הקולית המאיימת שהשאיר בן בליל אמש, לא יִחס לה חשיבות רבה מדי:** "אני ברגע ששמעתי [**את ההודעה הקולית – נ' ס'**] לא לקחתי את זה רחוק מדי, אחר כך הדברים התחברו לי, התקשרתי לטלי, אמרתי לה טלי, עזבי, אלה ימים קשים, אנחנו נעבור אותם" (**עמוד 413 לפרוטוקול, שורות 9-11). כיוצא בזה, כשמספרת לו טלי על הגעתו של בן לביתם בקיבוץ זיקים, ניר אינו מתרגש ולא חושש באופן מיוחד:** "אמרתי לטלי שתרגיע אותו לא צריך לפחד, אני בדרך לדבר איתו. אני רוצה להגיד שבאופן אישי לא פחדתי ולא נלחצתי כי זה משהו שחוזר על עצמו בתקופה של 5 חודשים לערך ולעולם אני זה שתמיד הצלחתי להרגיע אותו. למרות שעדיין הייתה במוחי המחשבה שהוא בא במטרה לעשות איזושהי דרמה התחלתי לנסוע בנהיגה שגרתית" (**ת/1, שורות 195-199). רק ב'רגע האחרון', כשניר כבר מגיע למקום, ומבחין בבן רוכן בחדות ימינה לעבר תא הכפפות באופן חשוד, רק אז 'נופל לו האסימון' כי הפעם זהו 'הדבר האמיתי'. ואמנם, בעדותו,**

--- סוף עמוד 61 ---

הכיר ניר בכך שבדיעבד שגה לגבי האופן שבו פירש את איומיו של בן: "אני לא לקחתי את זה למקום של איום. אם הייתי לוקח את זה במקום חלילה לא הייתי מעמיד את בנותי ואת אשתי ואת עצמי בסכנה כל כך גדולה. וזה הסיבה גם שהיה חשוב לי להגיד לכם שנכון, היה לי טעות מאד מאד משמעותית בשיקול הדעת שלי, בהבנה של האירוע עצמו בכללותו, מבחינת האיומים שאני ספגתי. ראיתי את זה כאיזה שהוא סוג של מסכנות" (**עמוד 547 לפרוטוקול, שורות 21-26). היוצא מדברַי: ניר לא צפה כי**

הגעתו למקום האירוע עלולה להתפתח כפי שהתפתחה. בנסיבות אלו, על רקע 'גבולות הגזרה' של השיגעון, ששׂורטטו במציאות, בטיב האירועים ובעצימות היחסים במשולש המורכב ניר-טלי-בן בחודשים שקדמו לאירוע – החלטתו של ניר לחזור לביתו ולשוחח עם בן מבלי להזעיק עזרה אין לראותה כ'התנהגות פסולה'.

168. שנית, התנהלותו של ניר גם במהלך האירוע, עובר לירי, אינה עולה לטעמי כדי 'התנהגות פסולה' כל עיקר. כפי שציינתי בהרחבה לעיל (פסקאות 135-137), אינני סבור כי נכון לסווג את ניר כמי שהיה הגורם התוקפן באותה סיטואציה, מי שהוביל להסלמה ללא הצדקה נראית לעין. ניר מתאר באופן עקבי, הן בחקירותיו, הן בעדותו, כי כשהגיע בסמוך למכוניתו של בן ראה אותו רוכן ימינה, בפתאומיות ובחדות, לעבר תא הכפפות, וחשש אז כי זוהי 'שעת הדרמה' שמפניה התריע בן. בשלב זה ניר עדיין אינו שולף את האקדח, אלא מזנק ממכוניתו לעברו של בן, בידיים חשופות, בניסיון למנוע ממנו להגיע אל מה שניר חשב להיות אקדח (ובדיעבד התברר להיות מנעול הגה). ניר מכניס את פלג גופו העליון למכוניתו של בן, מושך אותו ומפהו בפניו – מכה שעל פני הדברים נועדה למנוע מבן להשיג את מבוקשו יותר מאשר לתקוף אותו – מבקש ממנו להֵרגע; אך בן בשלו, נסער, אינו נעתר לבקשתו. בשלב זה, לאחר שניר נסוג מעט לאחור, הוא מזהה את בן נוטל לידיו את מנעול ההגה, ורק אז מתחיל בשליפת האקדח. משאֵלו הם פני הדברים, איני מוצא פסול בהתנהלותו של ניר עובר לירי.

169. התנאי החמישי להקמתה של טענת הגנה עצמית הוא קיומו של יחס ראוי – פרופורציה – בין הנזק שצפוי להיגרם מפעולתו של התוקף, לבין הנזק שצפוי להיגרם מפעולתו של הנתקף. מקובל לראות את תנאי הפרופורציה כחלק מדרישת הסבירות המעוגנת בסעיף 34טז לחוק העונשין (ע"פ 6147/07 אביסידריס נ' מדינת ישראל [פורסם בנבו] (2.7.2009) פסקה 32 (להלן: עניין אביסידריס); סנג'רו, עמוד 435) ולהבחין בינו לבין תנאי הנחיצות, אשר ידון להלן (סנג'רו, שם; עניין אלטגאוז, פסקה 14). הפרופורציה הנדרשת היא 'גמישה' במהותה, ואינה מחייבת הלימה מלאה בין הנזק

--- סוף עמוד 62 ---

הצפוי לתוקף לבין הנזק הצפוי לנתקף: "דוגמה בולטת לגמישות זו של דרישת הפרופורציה היא ההנחה המקובלת כי הפעלת כח מגן קטלני מוצדקת גם כשהסכנה לנתקף אינה מוות אלא נזק גופני חמור" (סנג'רו, עמודים 204-205). בנסיבות דנן, כשניר היה צפוי לספוג נזק גופני ממשי כבד, עד כדי חשש לקיפוח חייו (ראו פסקה

164 לעיל), אזי תגובתו – הירי שירה בבן, אשר נסתיים למרבה הדאבה במותו – אינה בלתי-פרופורציונאלית.

170. באנו עתה לתנאי הששי והאחרון, שעניינו דרישת הנחיצות, ובו נתקשיתי יותר מכל. כידוע, שני פנים לה, לדרישת הנחיצות: נחיצות איכותית, בגדרה נבחנת השאלה האם עמדו לפני הנתקף חלופות נוספות, פוגעניות פחות, לשם הדיפת התקיפה. כך, למשל, אם די בירי אזהרה לאוויר לשם הדיפת התוקף ונטרול הסכנה, יהא הירי בגופו בלתי-נחוץ מבחינה איכותית; ונחיצות כמותית, בגדרה נבחנת מידת הכוח המגן שהפעיל הנתקף. לאמור, אם די בירייה אחת בלבד לשם הדיפת התוקף ונטרול הסכנה, תהא סדרה של מספר יריות כאלה בלתי נחוצה מבחינה כמותית (סנג'רו, עמוד 178). "עיגון לתנאי זה עשוי להימצא בדרישה הקבועה בסעיף 34י לחוק העונשין כי מעשה ההגנה יהיה 'דרוש באופן מיידי' להדיפת התקיפה, כמו גם בדרישת הסבירות הקבועה בסעיף 34טז לחוק העונשין" (ע"פ 8133/09 מזרחי נ' מדינת ישראל [פורסם בנבו] (21.7.2010) פסקה 9; עניין אלטגאוז, פסקה 13).

171. "אדם הפועל לשם הדיפת זה שבא לתקוף אותו, ממלא למעשה את תפקידן של רשויות האכיפה, ועל-כן עליו להראות כי פנה לשימוש בכוח רק משנוכח כי לא היה ניתן להדוף את התוקף באמצעות שימוש בחלופות אחרות, פוגעניות פחות" (ע"פ 20/04 קליינר נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(6) 80, 90 (2004); להלן: עניין קליינר). האם, בנסיבות העניין, היה באפשרותו של ניר לנקוט בדרך פעולה אחרת, פוגענית פחות, על מנת לנטרל את האיום שנשקף לו מצִדו של בן? לשון אחר, האם היה זה נחוץ כי ניר ירה שלושה כדורים אל פלג גופו העליון של בן, אחד לכיוון חזהו ושניים לעבר ראשו? בית המשפט המחוזי קבע, כי הירי הקטלני לעברו של בן לא היה נחוץ כלל ועיקר, שכן היו לו לניר חלופות עדיפות לשם הדיפת התקיפה: ראשית, ניר יכול היה לסגת לאחור ולברוח. בהקשר זה הדגיש בית המשפט המחוזי את העובדה שלניר היו "אפשרויות תמרון ונסיגה רחבות ביותר... וכי בנסיגתו לא היה נגרם לו כל נזק, פרט לפגיעה באגו" (פסקה י"א.8.ד); שנית, ניר יכול היה לירות ירי שאינו קטלני, קרי – ירי אזהרה לאוויר, או ירי לעבר פלג גופו התחתון של בן; שלישית, בסיום חלקו הראשון של האירוע, לאחר שניר הוציא את פלג גופו העליון ממכוניתו של בן, וראה לדבריו את בן נוטל את

--- סוף עמוד 63 ---

מנעול ההגה לידיו, היה באפשרותו 'להקדים רפואה למכה', להיצמד לדלת מכוניתו של בן, ולמנוע ממנו את אפשרות היציאה מהמכונית.

172. שקלתי חלופות אלה, שהציע בית המשפט המחוזי, אך אינני תמים-דעים עמו. אשר לאפשרות הנסיגה, דומה כי לניר לא היתה אפשרות לסגת מן המקום

בִּבְטחה, מבלי שיגביר בכך את הסיכון שנשקף לו ולטלי. "אין ספק כי אין חובת נסיגה מקום שהיא עלולה להגביר את חשיפתו של הנתקף לפגיעה מטעם התוקף. במקרה כזה אף מן הנמנע לדבר על אפשרות ריאלית של נסיגה; היא עשויה רק להחריף את הסכנה בה נתון הנתקף, ולקרב את הגשמתה" (ש' ז' פלר יסודות בדיני עונשין **כרך ב 430** (תשמ"ז)). **כאמור, המרחק בין ניר לבֵן בעת הנפת מנעול ההגה היה קצר ביותר, כמטר וחצי-שניים; קצב התרחשות האירועים, למן נטילת מנעול ההגה על-ידי בֵן ועד להנפתו לעבר ניר, היה מהיר מאד, שתיים או שלוש שניות לכל היותר; בכל אותו זמן עומדת טלי בסמוך, צועקת, חשופה אף היא לפגיעתו הרעה של מנעול ההגה, כשניר אינו יודע אל-נכון היכן בדיוק היא נמצאת:** "אני רק שמעתי אותה צועקת לא יודע איפה היא עמדה. רק צעקתי לה שתלך מתוך חשש שתיפגע" (ת/1, שורות 360-361). **יש לזכור כי החשש שמא ינסה בֵן לפגוע בטלי, אף שלא נטלה חלק פעיל בעימות, לא היה בלתי-סביר. די לשוב ולהזכיר את הדברים שאמר בֵן בהודעה הקולית המאיימת שהשאיר בתיבת הדואר הקולי של טלי בלילה שלפני האירוע, ושטלי השמיעה לניר:** "על הזלזול שלך את תשלמי, על ההחלטה שלקחת יחד עם ניר [קיטוע] את אחראית בדיוק כמוהו, באותה המידה". **בנסיבות אלו, נסיגה מן המקום אינה יכולה להֶחשב לאפשרות סבירה. לא למותר לציין כי גם ב"כ המשיבה, כשהתייחס במסגרת שלב הסיכומים (לראשונה) לסוגיית ההגנה העצמית, לא הציג את אפשרות הנסיגה כאחת החלופות שעמדו על הפרק, ולא טען שכך צריך היה ניר לעשות.**

173. **בהקשר זה, מנקודת מבט רחבה יותר, נזכור כי העימות בין ניר לבֵן מתרחש כמטחווי קשת מביתם של ניר וטלי, לאחר שבֵן הוא שהגיע מיוזמתו לביתם (שאת מיקומו ביקשו להסתיר מפניו), ללא הודעה מוקדמת, כביכול 'מסיג את גבולם'. במובן זה, הסיטואציה בה עסקינן קרובה במשהו, ולוּ רעיונית ופסיכולוגית, לזו של** "הגנת בית מגורים" (סעיף 34י לחוק העונשין) **שבה חובת הנסיגה – נסוגה (עד כמה? עניין זה הושאר בצריך עיון בע"א 11172/05 אלון נ' חדד [פורסם בנבו] (21.10.2009) פסקה 18). ודוק: כזכור, היו אֵלו ניר וטלי אשר עברו לקיבוץ זיקים מיוזמתם. מבקשים לֵישב בשלווה, עד אשר שב וקפץ עליהם רוגזו של בֵן, פועל יוצא מקנאתו האובססיבית.**

--- סוף עמוד 64 ---

הלכה למעשה, ניר וטלי נסוגו מפניו של בֵן, והוא זה אשר סירב להרפות, 'חתר למגע', המשיך להטרידם, ולבסוף גם הצליח, בדרך לא דרך, לאתר את מקום מגוריהם החדש.

174. האפשרויות לירות ירי אזהרה לאוויר, או לעבר פלג גופו התחתון של בן, אף הן לא היו, בנסיבות העניין, מעשיות. יוטעם ויודגש: אין ספק כי מבחינה מעשית-טכנית יכול היה ניר לנקוט בפעולות אלו. אפשר גם, ולו מבחינה תיאורטית, כי די היה בכך לשם הדיפת התקיפה. ברם, אין לצפות מן הנתקף למצות דרכי פעולה חלופיות, פחות פוגעניות, "אם כרוכה בכך החמרה משמעותית של הסכנה לאינטרס הלגיטימי, ולפיכך גם אין לראות באי-מיצוי אפשרויות מסַכְּנות שכאלה שלילה של נחיצות המעשה" (סנג'רו, עמוד 182). כאמור, המרחק בין ניר לבן עובר לירי היה קצר ביותר; קצב התרחשות הדברים היה מהיר מאד; והסכנה – מיידית ומוחשית. במצב דברים זה, ירי לאוויר או לפלג הגוף התחתון – שסיכוייו לנטרל את הסכנה, על פני הדברים, נמוכים במידה משמעותית בהשוואה לירי לעבר מרכז הגוף – היה 'הימור' גדול מדי, שניר לא היה נדרש לעשותו (ראו גם ע"פ 298/88 טויטו נ' מדינת ישראל, פ"ד מד(1) 151, 156 (1989) פסקה 6). זאת ועוד. איננו רשאים להתעלם ממימד הדחיפות והבהילות שמאפיין סיטואציה כזו: "יש לתת את הדעת על המצוקה שבה שרוי המתגונן במהלך התקיפה, ועל-כן יש להיזהר מגלישה לפרשנות דווקנית של דרישת הנחיצות האיכותית, הואיל ופרשנות כזו עלולה לרוקן את ההגנה העצמית מתוכן" (עניין קליינר, עמוד 90). בנסיבות העניין, שהאירוע קצר, מהיר, דינאמי, בלתי-צפוי ומסעיר, החלטתו של ניר לירות לעבר מרכז גופו של בן היתה אפוא מוצדקת וסבירה.

175. על רקע האמור, יש לדחות גם את הטענה לפיה היה באפשרותו של ניר להיצמד לדלת מכוניתו של בן, ובכך לנטרל את האיום עוד לפני שבא לעולם. שוב, אין ספק כי מבחינה מעשית-טכנית הדבר היה אפשרי, אלא שבנסיבות העניין לא היה זה מתחייב לפעול כך. כשנשאל ניר במהלך השחזור השני, מדוע לא נצמד לדלת המכונית כדי לנטרל את הסכנה, השיב כך: "זה היה כל כך מהיר, שאני יכול להיות שגם תוך כדי הוא כבר פתח ואני הייתי רחוק, הסיטואציה שנוצרה הייתה סיטואציה של אין ברירה, של אין ברירה, אני חייב לעבוד, לפעול מהר. אני ראיתי את האטרף שלו, הוא גם עצמו הוא זז מהר, אני לא יודע איך להסביר, אני התרחקתי, הוא זז מהר מאוד... אם הייתי חושב בשבריר השנייה שאני מסוגל לעשות את זה, הייתי עושה את זה. לא היה פה מקום לעשות את זה" (ת/7, עמוד 32). הדברים מדברים בעד עצמם; בסערת האירוע, החלטתו של ניר שלא להיצמד לדלת מכוניתו של בן, לא הייתה בלתי-סבירה. יתרה מזאת, מסופקני אם אמנם היצמדות לדלת המכונית הייתה מונעת את התהוות הסכנה. סוף סוף, חלון

--- סוף עמוד 65 ---

המכונית היה פתוח, ובן יכול היה לתקוף את ניר באמצעות מנעול ההגה דרך החלון, להדוף אותו אחורנית, ולצאת לעברו.

176. הנה כי כן, נסיגה; ירי אזהרה לאוויר; ירי לעבר פלג הגוף התחתון; היצמדות לדלת מכוניתו של בן – כולן חלופות פחות פוגעניות, וככאלה יתכן שהיה נכון לנקוט באיזו מהן; אך בנסיבות העניין כמתואר, בשיפוט שמטבעו נעשה בדיעבד, אין לומר שהיתה חובה לעשות כן, ושאכן די היה בחלופה מן החלופות הללו כדי לנטרל את הסכנה. הירי שירה ניר לעבר מרכז גופו של בן (מה שניר כינה 'מרכז מסה') לא חרג בנסיבות מגדר תגובה נחוצה – במצב הדברים הפיזי והתודעתי שנוצר בזמן אמת בשטח – הדרושה לשם הדיפת הסכנה.

177. דא עקא, תגובתו של ניר לא התמצתה בירי כדור בודד בלבד. על-פי גרסתו, לאחר שירה את הכדור הראשון לעבר מרכז גופו של בן, הבחין כי בן עודנו ממשיך בתנועת מנעול ההגה לעברו, ולפיכך ירה שני כדורים נוספים לעבר ראשו. האם ירי שני הכדורים הנוספים שירה ניר לעבר ראשו של בן חוסה בצְלה של דרישת הנחיצות – האיכותית והכמותית? תשובתו של בית המשפט המחוזי לשאלה זו הייתה נחרצת:

> "ניר ירה בבן שלוש יריות לפחות ברצף... אלו נורו למקום שבו הפגיעות קטלניות, הראשונה לאזור החזה – מרכז המסה והשתיים האחרות לכיוון הראש... [**עובדות אלו**] מצביעות על כך שניר מיד כאשר החל לירות, לא עצר לרגע, וירה על מנת לפגוע ואף להמית. העובדה שניר ירה שלוש יריות ברצף; ללא שעצר לאחר יירייה אחת, או לאחר השנייה... היא כשלעצמה, אינה מאפשרת לקבל את טענתו בדבר הגנה עצמית... יודגש, לניר אין הסבר ממשי לשאלה מדוע ירה שלוש יריות, מטווח כה קרוב, ולנחיצות בירי כה מסיבי. ניר מנסה להסביר זאת בכך שנראה היה לו לאחר היירייה הראשונה, כי בן ממשיך ועושה שוב תנועה לעברו עם מנעול ההגה. גם לו קיבלנו את גרסת ניר בעניין זה, אותה דחינו כאמור לעיל, עדיין הסברו על פניו לוקה בחסר, וניכר היסוס בתשובותיו ובהסבר שניתן על ידו בעניין זה"
>
> (**פסקה יא.3-4; ההדגשות הוספו**).

178. עיון בגרסתו של ניר, הן בחקירותיו, הן בשחזורים שנעשו עמו, מלמד כי לא כך הם פני הדברים. בחקירתו הראשונה, שעות ספורות לאחר האירוע, סיפר ניר כך:

--- סוף עמוד 66 ---

"אחרי הכדור שיריתי לכוון החזה בן עדיין זז, אמנם חשבתי שפגעתי בו אבל לא הבנתי כמה ואחרי הכדור הראשון בן עוד עשה תזוזות קצת לאחור ואני הרגשתי וראיתי שבן

ממשיך את התנועה לכיוון הראש שלי עם אותו מוט ואז כיוונתי את האקדח לראשו של בן ויריתי עליו 2 כדורים ברצף" (**ת/1, שורות 260-263**). **כך גם בהמשך:** "הייתה פה סיטואציה של סכנת חיים ממשית. ניסיתי לנטרל אותה. אם זה היה עוזר ביירייה הראשונה אני משוכנע שלא הייתי ממשיך לאור העובדה שסכנת החיים לא חלפה והאמצעי מורד לכיווני. הייתי חייב לנטרל אותו" (**שם, שורות 315-318**). **כך עולה גם, באופן מפורש יותר, מדבריו של ניר במסגרת השחזור השני. לאחר שנשאל מדוע לא נקט בדרך פעולה פחות פוגענית, השיב ניר כך:** "אני לא יריתי עד שלא ראיתי בוודאות שאני עומד למות, זה או אני או הוא ועשיתי הפסקה בירי וראיתי שהאיום ממשיך, רק אז המשכתי את הירי. לא באתי וחוררתי בו איזה עשר מחסניות... עשיתי מעין הפסקה, הפסקה בעבודה, אני מזהה שעדיין קיים איום, ממשיך" (**ת/7, עמוד 33-32**). **זאת ועוד, גרסתו של ניר לגבי ההפסקה הקצרה שעשה בין היירייה הראשונה לבין שתי היריות הנוספות, נתמכת בהודעתה של מרלן מוסקוביץ', אשר הגיעה לזירת האירוע שניות ספורות לאחר הירי, וסיפרה על אודות קולות הירי ששמעה:** "הייתה יירייה אחת, שנייה הפסקה, ומיד 2 יריות נוספות ברצף" (**נ/14, שורות 7-8**).

179. **אם כן, גרסתו העקבית והמפורטת של ניר בנקודה זו, והחיזוק שניתן לה בדבריה של מוסקוביץ', מובילה למסקנה כי ניר לא ירה את שלושת הכדורים ברצף. לאחר שירה את הכדור הראשון, השתהה ניר למשך שנייה, זיהה את מנעול ההגה ממשיך בתנועה לעברו, הבין כי הסכנה טרם נוטרלה, כיוון את האקדח מספר סנטימטרים למעלה, וירה שני כדורים נוספים לעבר ראשו של בן. אכן, משלא נהדפה התקיפה, ומנעול ההגה נותר בגדר איום ממשי ומוחשי על חייו של ניר, היה זה, על פני הדברים, נחוץ ומוצדק לירות פעם נוספת לעברו של בן. ברם, האם היה זה נחוץ מבחינה כמותית לירות שני כדורים נוספים לעברו של בן? חשוב מכך, האם היה זה נחוץ מבחינה איכותית לירות את שני הכדורים הנוספים לעבר ראשו של בן? כלום הייתה לו לניר בשלב זה דרך אחרת, פחות פוגענית, להדוף את התקיפה?**

180. **את החלטתו לירות שני כדורים לעבר ראשו של בן תלה ניר בהכשרתו כקצין משטרה. לדבריו, באותם שברירי שניות, פעל בדיוק כפי שאומן, בהתאם לתרגולת המקובלת במצבים אלו:** "הייתי חייב לנטרל אותו. לא עזר מרכז מאסה, בית החזה, שלב הבא זה הראש, ככה אנחנו מתאמנים על מנת להגן על עצמנו והתמלאו פה מבחינתי כל התנאים לסכנת חיים" (**ת/1, שורות 317-319**). **וכן בהמשך:** "אני חשבתי רק על לנטרל את הסכנה... פעלתי על פי תרגולת. כאשר הפגיעה במרכז מאסה, דהיינו חזה, לא נטרלה

--- סוף עמוד 67 ---

את האמצעים מהמכוון, סכנת החיים עדיין ממשיכה ומיידית צריך לנטרל אותו על ידי כדור בראש" (**שם, שורות 328-330**). **כשנשאל ניר מדוע ירה שני כדורים לעבר ראשו**

של בן, ולא הסתפק בירי כדור אחד בלבד, השיב כך: "בסיטואציה מעין זו אני רגיל לירות במטחים של 2 כדורים ולכן גם ציינתי שלא מן הנמנע שיש גם כדור רביעי, דהיינו שגם הירי למרכז חזה היה 2 כדורים ולא אחד" (שם, שורות 334-335). באופן דומה השיב ניר על שאלה זו במהלך השחזור הראשון: "אני באימונים שלי יודע שכשאתה נותן מכת [אש] אז זה מינימום שני כדורים... אני לא מכיר את עצמי יורה כדור אחד. לא מכיר את עצמי יורה כדור אחד באקט כזה של לחימה או איך שתגדיר את זה" (ת/6, עמוד 51). בית המשפט המחוזי לא קיבל הסברים אלו. לשיטתו, דווקא מכיוון "שמדובר בקצין משטרה המיומן להתמודד עם תקיפה, לא על ידי ירי" (פסקה יא.10), הייתה תגובתו של ניר בלתי-סבירה ובלתי-מידתית.

181. איני סבור כי בנסיבות העניין היה מצופה מניר, מיומן ככל שיהיה, להדוף את התקיפה שלא באמצעות ירי. כאמור, משלא נהדפה התקיפה לאחר הירי הראשון, והסכנה נותרה ממשית ומוחשית כשהיתה, לא היה זה לכאורה בלתי-סביר לשוב ולירות פעם נוספת לעברו של בן לשם נטרול הסכנה. יחד עם זאת, לעת הכרעה בשאלת נחיצותו של הירי הנוסף, טרדה את מנוחתי עד מאד שאלה זו: כפי שסיפר ניר עצמו, הכדור שירה לעבר מרכז גופו של בן הדף במשהו את התקיפה ("ראיתי זעזוע, הוא הלך אחורה וחזר"; ת/6, עמוד 44). אם כן, מדוע אפוא לא הסתפק ניר בירי של כדור נוסף אחד בלבד לעבר מרכז גופו של בן, פעולה שכבר הוכיחה עצמה כיעילה במידה מסוימת, ושעל פני הדברים היא פחות פוגענית מאשר ירי לעבר הראש? ואם אמנם אפשר היה לכאורה לפעול באופן זה לשם הדיפת התקיפה, האם יש בכך, מיניה וביה, כדי להפוך את תגובתו של ניר לבלתי-נחוצה ובלתי-סבירה בנסיבות העניין?

182. בהיותה 'יסוד עובדתי מובהק' (עניין אלטגאוז, פסקה 15), נבחנת דרישת הנחיצות באופן אובייקטיבי (סנג'רו, עמוד 341). השאלה איזו פעולה תֵּחשב לנחוצה, לא יכול שתהא נקבעת בהתאם להשקפתו הסובייקטיבית של כל נתקף, שאז איש הנחוץ בעיניו יעשה, ונמצאנו מערערים את יציבותו של הסדר החברתי-משפטי (ואיני מדבר במצב שבו טעה הנתקף ביחס למצב הדברים, שאז עשוי לקום לו סייג ההגנה העצמית המדומה; ראו עניין אלטגאוז, פסקה 18 והאסמכתאות שם). יחד עם זאת, כבר עמדתי לעיל על הזהירות שיש לנקוט בפרשנותה וביישומה של דרישת הנחיצות, שמא נפרשה פירוש דווקני יתר על המידה, כזה אשר עלול לרוקן את סייג ההגנה העצמית מתוכנו. סוף סוף, לא ראי מעשה שעל ביצועו הוחלט ביישוב הדעת, ב'קור רוח', באיזמל

--- סוף עמוד 68 ---

מנתחים, כראי מעשה שההחלטה לבצעו נתקבלה בשבריר שנייה, מתוך דחיפות ולחץ, באימה וביראה, לנוכח סכנת חיים מתקרבת. היטיב לבטא זאת בלשונו הצחה השופט מ' זילברג, **לפני למעלה מיובל שנים:**

> "אין אנו מוכנים להיכנס כאן לכל אותן ההבחנות הדקות, עם המידות והשיעורין; מכה זו מותרת, מכה זו אסורה... כל הקטטה כולה, על שני חלקיה גם יחד, ארכה כרגע וחצי, ב'נוכחות' האקדח וכמעט מול הלוע שלו, ואין לדרוש מאדם לכלכל מעשיו בפלס ולמדדם בשעל בשעת סכנה שכזאת" (ע"פ 95/60 ולדמן נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד טו 53, 55 (1961); **ראו גם** ע"פ 89/78 אפנג'ר נ' מדינת ישראל, פ"ד לג(3) 141, 158 (1979) (**להלן: עניין** אפנג'ר)).

183. **אכן, יהיה זה מלאכותי להתמקד במעשיו של הנתקף, ולא צודק להתעלם מן התמונה במילואה. התחשבות בנסיבות העניין, ו'ריכוך' מסוים של הבחינה האובייקטיבית, מתיישבים אפוא עם תחושת הצדק והשכל הישר (ראו גם עניין** אלטגאוז, **פסקה** 41; ע"פ 3490/13 אבראהים נ' מדינת ישראל [פורסם בנבו] (19.8.2015) **פסקה** 3; ע"פ 4785/90 ג'בארין נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(5) 221, 228 (1995)). **דא עקא, 'ריכוך' זה הוא מן הדברים שאין להם שיעור; שראשיתם בתחושת הצדק, ואחריתם מי ישורנה. ואמנם, בספרות ובפסיקה הובע החשש מפני 'מדרון חלקלק' ביחס ל'ריכוך' אופייה האובייקטיבי של דרישת הנחיצות, והודגשה הסכנה הטמונה בכך:** "התלבטתי לא מעט אם אין מקום לריכוך הדרישות האובייקטיביות של ההגנה הפרטית תוך 'פזילה' למצבו הסובייקטיבי של העושה, וזאת כדי להימנע מקשיחות ודקדקנות אבסורדית... אלא שקיימת סכנה כי גם התחשבות וריכוך כאלה יאבדו את כל המידות, השיעורין והגבולות" (**סנג'רו, עמודים** 118-119; **אמנם, דומה כי גם סנג'רו מסכים שאין לנעול לגמרי את הדלת לפני מצבו הסובייקטיבי של הנתקף, ואף הוא סבור שיש להיזהר מלפרש את דרישת הנחיצות** "פירוש דווקני ואבסורדי"; **שם, עמוד** 179). **כיוצא בזה מצינו גם בדברי השופט (כתארו אז)** א' רובינשטיין **ב**ע"פ 6392/07 מדינת ישראל נ' שמואל יחזקאל [פורסם בנבו] (30.4.2008) (**להלן: עניין** יחזקאל), **שהתייחס לגישה העקרונית שהובעה בעניין** אפנג'ר, **לפיה אין מדקדקים עם נתקף הפועל בשעת סכנה:** "כשלעצמי הייתי מדקדק כיום בביטוי 'אין מדקדקים עמו'; מדקדקים כן – כדי למנוע 'אצבע קלה על ההדק' ומדרון חלקלק, ולחייב שיקול דעת בכל מקרה

--- סוף עמוד 69 ---

לגופו" (פסקה ל"ט; ראו גם דבריו ב[ע"פ 4082/08](#) גורוביץ נ' מדינת ישראל [פורסם בנבו] (13.1.2011) פסקה י"א (להלן: עניין גורוביץ)).

184. הנה כי כן, דקדקנות – כן; דווקנות – לא; וכל מקרה – לגופו. לא מחשב ואריתמטיקה, אלא שׂכל ישר ואנושיות טבעית. דברים אלו יפים להלכה, אך קשים למעשה. פעמים רבות, ההבדל בין מעשה נחוץ למעשה שאינו נחוץ הריהו "דק על דק עד אין נבדק" (בהשאלה מן הפיוט "יוצר" לנישואין, ספר "קרבן מנחה"). כיצד אפוא יכריע בית המשפט בכגון דא, ועד כמה ראוי לדקדק עם הטוענים להגנה עצמית? דומה כי אין בנמצא 'פתרון קסם', ולעולם תהא ההכרעה מסורה לשיקול דעתו הרחב של בית המשפט, בהתאם לנסיבותיו של כל עניין לגופו. יחד עם זאת, סבורני כי ניתן להצביע על שני שיקולים מרכזיים (אך לא יחידים) שיכולים לסייע בידיו של בית המשפט בהקשר זה: מחד גיסא, יש לבחון את פוטנציאל הנזק הגלום במעשיו של הנתקף; ככל שפוטנציאל הנזק גדול יותר, כן תגבר נטייתנו לדקדק עמו בבחינת נחיצות המעשה. מאידך גיסא, יש לבחון את מידת מוחשיותה ומיידיותה של הסכנה הנשקפת לנתקף; ככל שהסכנה מוחשית ומיידית יותר, כן תפחת נטייתנו לדקדק עמו בבחינת נחיצות המעשה. בית המשפט יאזן בין השיקולים, יקבע את נקודת 'שיווי המשקל', ובהתאם לכך יכריע אם היו מעשיו של הנתקף נחוצים, אם לאו. אמחיש את דברַי.

185. ניטול לדוגמה מצב שבו די לכאורה במכת אגרוף יחידה לבטנו של התוקף לשם הדיפת התקיפה, אך הנתקף (בלהט האירוע, מתוך לחץ, מצוקה וכדומה) הוסיף והיכה את התוקף מכת אגרוף גם בפניו. מחד גיסא, מכת האגרוף הנוספת אל פניו של התוקף לא הייתה נחוצה – הן מבחינה איכותית, הן מבחינה כמותית. מאידך גיסא, פוטנציאל הנזק הגלום במכת האגרוף הנוספת אינו עצום ורב. אכן, מכת אגרוף לפניו של התוקף לבטח תרע במידה מסויימת את מצבו הפיזי, אולם סביר להניח שלא תהא זו הרעה ניכרת עד מאד. במצב דברים זה, תהא נטייתנו 'לרכך' את הבחינה האובייקטיבית של דרישת הנחיצות. אין פירוש הדבר כי מכת האגרוף הנוספת תבוא בהכרח בגִדרה של דרישת הנחיצות, אלא שבית המשפט יִטה במצבים מעין אלו לדקדק מעט פחות עם הנתקף. אין זה מקרה אפוא שדווקא ביחס לתקיפה בידיים חשופות קבע השופט מ' זילברג כי "אין אנו מוכנים להיכנס כאן לכל אותן ההבחנות הדקות, עם המידות והשיעורין; מכה זו מותרת, מכה זו אסורה" (ראו גם עניין אפנג'ר, עמוד 158, שם יושׂמה גישתו של השופט זילברג בהתייחס ל"דקדוקי דחיפות"). כשלעצמי, אינני בטוח כי גישה 'ליברלית' מעין זו רצויה מקום שבו פוטנציאל הנזק רב יותר. כך, למשל, ניטול מצב שבו די

--- סוף עמוד 70 ---

לכאורה בכדור אחד לעבר פלג גופו התחתון של התוקף לשם נטרול הסכנה, אך הנתקף, אחוז פחד ובהלה, לא הסתפק בכך, הוסיף וירה כדור נוסף לעבר חזהו של התוקף. במצב דברים זה, לא רק שירי הכדור הנוסף לא היה נחוץ מבחינה איכותית וכמותית, אלא שפוטנציאל הנזק השולי הגלום בירי של כדור נוסף לעבר חזהו של התוקף הריהו גבוה ומשמעותי. אדגיש, אין פירוש הדבר כי ירי מעין זה לעולם לא יבוא בגִדרה של דרישת הנחיצות, אשר צריך שתיבחן בהתאם לנסיבות העניין הקונקרטיות. ברם, כאשר בנשק חם עסקינן (כמו גם בשאר כלי משחית), כשפוטנציאל הנזק בכל ירייה נוספת רב ומשמעותי, בפרט כאשר הירי מכוון לעבר אזורים חיוניים בגופו של אדם, כי אז תגבר נטייתנו לדקדק עם הנתקף, להיכנס לכל אותן הבחנות דקות, עם המידות והשיעורין; ירייה זו מותרת, ירייה זו אסורה.

186. לצד בחינה של פוטנציאל הנזק, עלינו להתחשב גם במידת הסכנה בה היה נתון הנתקף. אכן, פוטנציאל הנזק הגבוה הגלום בכל יריית אקדח (או דקירת סכין וכיוצא באלו) מחייב לדקדק היטב עם הנתקף, שמא לא היה מעשהו דרוש באמת ובתמים לשם הדיפת התקיפה. ברם, ככל שהיתה הסכנה לחייו או שלמות גופו (ולעניין זה כוונתי לנזק פיזי חמור) קרובה יותר, מוחשית יותר, ממשית יותר; ככל שנדרש הנתקף להגיב מהר יותר – כי אז יש להחמיר עמו פחות, לגלות הבנה רבה יותר – שִׂכלית ואנושית – לסיטואציה המורכבת בה היה נתון.

187. ומן הכלל אל הפרט. פוטנציאל הנזק הגבוה מאד הגלום במעשיו של ניר – ירי שני כדורים לעבר ראשו של בּן – מחייב כי נדקדק עמו היטב, עד דק, בנחיצות מעשהו. נעלה מכל ספק, כי ירי לעבר ראשו של אדם, מטווח קצר, חייב להיות בגדר 'מוצא אחרון', צעד השמור אך ורק לאותם מצבים קיצוניים ביותר המצדיקים זאת. אם יכול היה ניר לכאורה להסתפק בירי של כדור בודד נוסף לעבר מרכז גופו של בּן, כי אז לא היה צורך בירי שני כדורים לעבר ראשו. אלא שבנסיבות העניין, ההנחה כי אמנם יכול וצריך היה ניר לפעול באופן זה אינה חפה מקשיים. אכן, כשבוחנים את מהלך הדברים 'בהילוך איטי', "באוירה השקטה יחסית של אולם בית המשפט" (עניין גורוביץ, פסקה י"ב), האפשרות להסתפק בירי ממוקד של כדור אחד בלבד לעבר מרכז גופו של בּן נראית מחוייבת המציאות. ברם, דומני כי בנסיבותיו האובייקטיביות של האירוע דנן, בסיטואציה המסעירה והמורכבת בה היה נתון ניר, אין זו כי אם חכמה שלאחר מעשה. אדגיש: איני סבור כי בשל נסיבות העניין איננו יכולים להעביר תחת שבט הביקורת ולשפוט את מעשיו של ניר, בחינת "אל תדין את חברך עד שתגיע למקומו" (השוו: שם).

--- סוף עמוד 71 ---

רשאים אנו לעשות כן, ואף חייבים. זהו תפקידנו. אלא שאין אנו יכולים לדון את ניר מבלי שניתן את הדעת על 'מקומו', דהיינו על מערכת הנסיבות העובדתית המורכבת שבה היה נתון.

188. כאמור, גם לאחר ירי הכדור הראשון לעבר מרכז גופו של בן, חומרת הסכנה שנשקפה לניר מפני פגיעתו הרעה של מנעול ההגה נותרה רבה, עד כדי חשש להריגתו; בעת הירי, הייתה סכנה זו מיידית וממשית, כאשר ניר ובן ניצבים מרחק קצר ביותר זה מזה, כמטר וחצי לערך, ומנעול ההגה מונף לעברו של ניר (חרף הכדור שכבר ירה ניר); פרק הזמן שעמד לרשותו של ניר, בגדרו נדרש להחליט כיצד לפעול היה אותה הפסקה קצרה – שבריר שנייה – שבין הירי הראשון לירי השני, כאשר כל האירוע כולו, למן הגעתו של ניר למקום ועד לתום הירי, ארך שניות ספורות בלבד; והסיטואציה כולה – סוערת, מהירה, מלווה בצעקות, מבלי אפשרות של ממש לצפות את האופן בו יתפתחו הדברים. במובן זה, שונה הוא הנידון דידן מעניינים אחרים, בהם לא היתה הסכנה קרובה וממשית כפי שהיה הדבר בענייננו, והשהות שעמדה לנתקף לשם שקילת צעדיו היתה, באופן יחסי, ארוכה יותר (ראו והשוו: ע"פ 6056/13 שיבלי נ' מדינת ישראל [פורסם בנבו] (21.9.2015) פסקה 26; ע"פ 1964/14 שימשילשווילי נ' מדינת ישראל [פורסם בנבו] (6.7.2014) פסקאות 32-34; עניין אביסידריס, פסקה 33; עניין זלנצקי, פסקאות 17 ו-24; ע"פ 4898/04 לוי נ' מדינת ישראל [פורסם בנבו] (11.1.2007) פסקה 8; עניין אלטגאוז, פסקה 51; ע"פ 6157/03 הוך נ' מדינת ישראל [פורסם בנבו] (28.9.2005) פסקה 14.ז; ע"פ 6454/03 טדסה נ' מדינת ישראל [פורסם בנבו] (23.6.2004) פסקה 4; ע"פ 9431/03 פרל נ' מדינת ישראל [פורסם בנבו] (1.3.2004) פסקה 5; ע"פ 1713/95 פרידמן נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(1) 265, 273 (1996). לעומת זאת, ראו ע"פ 298/88 טויטו נ' מדינת ישראל, פ"ד מ"ד(1) 151, 156 (1989), שם זוכה המערער (הנתקף) מהריגת תוקפו: "בנסיבות עניינו, כשהוברר שכל שלוש היריות שנורו על-ידי המערער נורו שעה שהייתה סכנה מוחשית לחייו, ועל-מנת להתגונן מפני סכנה זו, אין לשלול ממנו את הגנת ה'צורך' אך בשל כך שלא הסתפק ביירייה אחת, אלא ירה במנוח שלוש יריות". באותו עניין היה אמנם הנתקף נתון לאיומי אקדח, אולם מבחינה מהותית הדברים דומים לענייננו).

189. במסגרת הערכת נחיצות תגובתו של ניר, נתתי דעתי על שאלת יחסי הכוחות שבינו לבין בן (סנג'רו, עמוד 183): מן העבר האחד, קצין משטרה מיומן חמוש באקדח; מן העבר השני, 'אזרח פשוט' חמוש במוט ברזל 'בלבד'. אולם, בנסיבות העניין, לא מצאתי שיש בכך כדי לשנות ממסקנתי. כאמור, הסכנה שנשקפה לניר היתה

--- סוף עמוד 72 ---

מוחשית וממשית, ועצם האחיזה באקדח (מבלי שימוש בו) לא הקנתה לו יתרון או שליטה כלשהם בסיטואציה שנוצרה. אשר למיומנותו של ניר, דומני כי טענה ברוח זו יכולה לפעול לשני הכיוונים: אכן, מעשים שבכל יום, שאנשי משטרה מוצאים עצמם במצבי סיכון ולחץ. משכך, הציפייה כי יפעלו לנטרולן של סכנות שונות באופן מידתי ומתון, יש לה אפוא על מה שתסמוך, לבטח כאשר בקצין שטח מיומן ומנוסה עסקינן. מאידך גיסא, ניתן לומר כי דווקא המיומנות הרבה המיוחסת לניר, היא הנותנת לכאורה כי פעל כפי שפעל רק משהבין כי כלתה אליו הרעה מאת בן להמיתו. בהקשר זה, לא מיותר להדגיש את העובדה, שכאשר הסביר ניר לחוקריו כי ירה שני כדורים לעבר ראשו של בן, מאחר שכך אומן לעשות במצבים מעין אלו, מפני שזוהי התרגולת, העלה מיוזמתו את האפשרות שגם בירי הראשון נורו שני כדורים (ובסך הכל ארבעה כדורים). אין זה דבר של מה בכך, שקצין משטרה מנוסה, המבין היטב מהי המשמעות של כל כדור נוסף שנורה בסיטואציה כזו, מודה כי אפשר שירה כדור נוסף. בדברים אלו אני מוצא 'אות אמת' משמעותי, המחזק את גרסתו של ניר כי פעל בהתאם לתרגולת המקובלת במצב של 'סכנת חיים'. לטעמי, יש בכך כדי לחזק את המסקנה כי תגובתו של ניר לא היתה, בנסיבות העניין, בלתי-סבירה.

190. לא אכחד, לעת הכרעה התלבטתי שמא הנדון דידן בא בגדרם של אותם מצבים בהם "מעשהו של הנאשם חרג במידה מועטה, בנסיבות העניין, מתחום הסבירות הנדרשת לפי סעיף 34טז לשם תחולת הסייג של הגנה עצמית" (סעיף 300א(ב) לחוק העונשין). ברם, לאחר איזון ושקילה של הצריך לענייננו, סבורתי כי בשיווי המשקל העדין שעניינו ההכרח לדקדק עם ניר במעשיו מחד גיסא, והצורך להתחשב בנסיבות העובדתיות הפרטניות המורכבות של המצב שבו היה נתון מאידך גיסא, נוטות כפות המאזניים, גם אם במעט, לטובתו של ניר. אכן, הכרעה זו – גבולית היא. התוצאה, לפיה ירי שני הכדורים לעבר ראשו של בן לא חרג מתחום הסביר בנסיבות העניין, אינה מובהקת כלל ועיקר. זהו טיבם וטבעם של מקרי-גבול, שהטענות מזה ומזה ראויות וחזקות. ואחרי ככלות הכל, בסוף כל הסופות, סבורני כי נותרנו לכל הפחות עם ספק סביר בדבר נחיצותו וסבירותו של הירי הנוסף שירה ניר לעבר ראשו של בן.

191. אשר על כן, לאחר התלבטות רבה, על הגבולין, באתי לכלל מסקנה כי ישנו לפחות ספק סביר, שמא קם לו, לניר, סייג לאחריות פלילית – הגנה עצמית. סעיף 34כב(ב) לחוק מורה, כי אם "התעורר ספק סביר שמא קיים סייג לאחריות פלילית, והספק

--- סוף עמוד 73 ---

לא הוסר, יחול הסייג". **משלא עלה בידה של המשיבה להסיר את הספק, יש לזכות את ניר מעבירת ההריגה בה הורשע.**

לפני סיום – בין הצלת נפשות לשפיכות דמים

192. **יסוד מוסד בעולמה של יהדות הוא** "שכל המאבד נפש אחת, מעלים עליו כאילו איבד עולם מלא; וכל המקיים נפש אחת, מעלים עליו כאילו קיים עולם מלא" (**משנה, סנהדרין ד, ה**). **ראשונה במעלה היא המצווה להציל את הנפש. הרמב"ם פוסק להלכה:** "הרודף אחר חברו להרגו, אפילו היה רודף קטן, הרי כל ישראל מצווין להציל הנרדף מיד הרודף ואפילו בנפשו של רודף... ואם יכולים להצילו באבר מאברי הרודף כגון שיכו אותו בחץ או באבן או בסייף ויקטעו את ידו, או ישברו או רגלו, או יסמו את עינו – עושין. ואם אינן יכולין לכוון ולהצילו אלא אם הרגוהו לרודף, הרי אֵלו הורגין אותו אף על פי שעדיין לא הרג..." (**משנה תורה, הלכות רוצח ושמירת הנפש א, ו-ז**). **ומה דינו של אדם שלא פעל באופן פרופורציונלי, לא הציל את הנרדף באבר מאברי הרודף, אלא הרגו?** "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" (**שם, יג**). **עינינו הרואות, דילמה אנושית דרמטית ומסעירה, שאין עוד כמותה: אדם נקלע לסיטואציה שבה הוא מצווה להציל את הנפש; אם יעלה בידו** – "כאילו קיים עולם מלא"; **ואולם, אם הציל את הנרדף בנפשו של רודף, מקום בו יכל להצילו באחד מאבריו** – "הרי זה שופך דמים וחייב מיתה". **ברגע האמת שנזדמן לו, לאדם, בעל כורחו ובאופן בלתי צפוי, הוא-הוא השופט. לא 'יד קלה' על ההדק, לא 'יד כבדה'; יד אחראית על ההדק, להבחין בין הצלת נפש לבין שפיכות דמים. אחריות אדירה מוטלת על האדם להכריע כיצד לפעול:** "דע שיש בידך כוח לעשות, ועתיד אתה ליתן את הדין" (**משנה תורה, הלכות תשובה ה, ט**).

193. **כאמור, אם יכל אדם להציל את הנרדף באבר מאבריו של הרודף, ולמרות זאת הרג את הרודף, הריהו** "שופך דמים וחייב מיתה". **על המעשה הנורא מכל, מוטל העונש החמור מכל. אם כך, תֵּימה, מדוע פוסק שם הרמב"ם** "אבל אין בית דין ממיתין אותו"? **יתכן לומר, כי כאשר כפסע הוא המרחק בין שופך דמים למציל נפשות, קצרה ידו של בית דין של מטה, שאינו בוחן כליות ולב, מלהכריע את הדין; לפיכך – לא רשאי להמיתו (ראו והשוו: עניין יחזקאל, פסקה מ"ג לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) א' רובינשטיין). ברם, עתיד הוא ההורג ליתן דין וחשבון לפני מי שאמר והיה העולם, שאין דבר נעלם ממנו ואין נסתר מנגד עיניו.**

--- סוף עמוד 74 ---

194. פריבילגיה זו, הנתונה לבית הדין במשפט העברי, אינה עומדת לו, לבית המשפט האזרחי. במערכת המשפט הדתית, שבה יושב גבוה-מעל-גבוה, יכול בית דין של מטה למשוך את ידו מן ההכרעה, ולהותירה בידי שמיים. לא כן במערכת המשפט האזרחית האנושית, בגְדרה אנו פועלים, שבה שומה על בית המשפט לחרוץ את דינו של הנאשם – לשבט או לחסד – יהא היקפן וטיבן של הראיות שלפניו אשר יהא. בנדון דידן, לא היתה מלאכת הכרעת הדין קלה. הראיות – אינן חד-משמעיות; השאלה המשפטית – כבדת-משקל; לא כל הספקות הותרו. קרוב לוודאי כי לעולם לא נדע אל-נכון, מה בדיוק אירע באותו רגע מר ונמהר שבו ניצבו בן וניר, זה אל מול זה, בפעם האחרונה. בסופו של דבר, סבורני כי נותר ספק סביר שמא אכן קיים אותו סייג של הגנה עצמית לאחריות הפלילית של ניר בגין הריגתו של בן. לפיכך, גבי דידי, הרשעתו של ניר אינה יכולה להיוותר על כנה.

195. אשר על כן, אמליץ לחברַי להעתר לערעור, לזכות את ניר מחמת הספק מעבירת ההריגה בה הורשע, ולהורות על שחרורו מבית הסוהר לאלתר.

ש ו פ ט

<u>השופט י' עמית</u>:

1. המערער (להלן: ניר) הועמד לדין בעבירת רצח בכוונה תחילה, הורשע בעבירת הריגה, וחברי השופט נ' סולברג הגיע למסקנה כי יש לזכותו בגין הסייג של הגנה עצמית.

דומני כי הדבר אך ממחיש את מורכבות הסיפור הטרגי שנפרס בפנינו. עוד לפני שנכנסים לעומקן של עובדות, כפי שעשה חברי השופט נ' סולברג ביסודיות רבה כדרכו, ברי כי אין מדובר במעשה רצח מסוג המקרים הפליליים-השכיחים המובאים תדיר לפתחו של בית המשפט. אף ניתן לתהות אם היה ראוי מלכתחילה לייחס לניר עבירת רצח בכתב האישום. מכל מקום, גם אם הייתי מגיע למסקנה כי יש להותיר על כנה את עבירת ההריגה, הרי שבנסיבות המיוחדות של המקרה, העונש של 14 שנות מאסר שהושתו על המערער על ידי ערכאה קמא נחזה כחמור על פניו.

--- סוף עמוד 75 ---

2. משנכנס חברי השופט סולברג בעובי הקורה, איני רואה לחזור על הדברים, אלא להביט ממעוף הציפור על מהלך הדברים, בבחינת טרגדיה במספר מערכות, כאשר במערכה הסופית כל העלילה מתנקזת אל מספר שניות גורליות, שמא שניה אחת בלבד, שמבחינתו של המערער, הן שמבדילות בין רצח לבין הריגה ולבין זיכוי. לא כך מבחינתו של בן ז"ל, שלסופן של אותן שניות גופתו השרועה מוטלת לפנינו ליד מכוניתו.

3. בן השתחרר מהצבא בשנת 1996, לאחר שירות סדיר במג"ב, עבד במשק הוריו ובעבודות מזדמנות של גינון ושיפוצים, לא היה לו עבר פלילי ומעולם לא הסתבך בעבירה של אלימות. מצבו הנפשי של בן באותם ימים היה קשה. לא ניתן בדיעבד לסווג ולאבחן את מצבו הנפשי של בן, ונניח אפוא לעובדות, שלגבי מרביתן אין חולק, לדבר בעד עצמן:

(-) בן שוחרר ממילואים על ידי קב"ן, לגרסת אמו, לאחר שאובחן כסובל מ"פוסט טראומה" (עדות אביבה, עמ' 21 לפרוטוקול).

(-) בן מבלה שעות רבות בביתם של ניר וטלי, כדי כך שהוא הופך לבן בית, שנוכחותו בבית מתקבלת כדבר מובן מאליו.

(-) בפברואר 2008 בן מוסר לטלי מכתב בו הוא מתוודה על אהבתו אליה וממשיך לבלות שעות רבות במחיצתה.

(-) בעקבות אפיזודת הנשיקה טלי מבקשת מבן לעזוב את הבית ולא לחזור. לאחר מספר דקות בן חוזר עם אקדח, דורך את האקדח ומצמידו לרקתו.

(-) בתקופה שלאחר מכן, בן הופך לאובססיבי ושתלטן. כאשר טלי מנסה להרחיקו הוא מאיים שוב ושוב בהתאבדות. באחת הפעמים הוא אף דוקר את עצמו בסכין באיזור הבטן.

(-) בן מספר לטלי כי הוא מתענה, לא מביא אוכל לפיו, אינו מוצא טעם לחייו, הוא מתחיל להביע כעס נוכח גילויי חיבה בין ניר לטלי.

--- סוף עמוד 76 ---

(-) לאחר שטלי אומרת לבן כי בדעתה לחשוף בפני ניר את מצב הדברים, בן מגיב באופן חריף ודרמטי, כדי כך שהוריו מוצאים לנכון להזעיק אמבולנס וניידת משטרה.

(-) בן מעביר מכתב לניר ובו הוא מתאר באופן מדוקדק יחסים אינטימיים שלטענתו ניהל עם טלי. בעמוד האחרון למכתב נאמר "מעל חלק מהתקופה והמצב המתוארים ריחפה הידיעה שלה שאני אוהב אותה עד מוות ואעשה הכל כדי לשמור על הקשר שלי איתה ... ושאני מעדיף למות ולא לוותר על הקשר הזה ועל אהבתי אליה".

(-) בן ממשיך ליצור קשר כמעט יומיומי עם ניר וטלי, למרות שנתבקש להפסיק. הוא כותב לטלי מכתבי אהבה; דורש מטלי להתלבש בצניעות; מכתיב לטלי ולניר כיצד עליהם להתנהג במחיצתו; מאיים לפגוע בהם; מאיים להתאבד. כל זאת, פעמים רבות ובאופן חוזר ונשנה, בכתב, בטלפון ופנים אל פנים. שעות של שיחות

שכנוע ושיחות נפש של ניר וטלי עם בן אך ללא הועיל. בעל כורחם של ניר וטלי, הופך בן להיות צלע במשולש שהולך ונעשה פתולוגי יותר ויותר.

(-) ניר מעדכן את אביבה, אמו של בן, כי בן לא עוזב את טלי, כי הוא מטריד אותה בטלפונים וכי טלי אמרה שבן יתאבד אם היא תעזוב אותו, ובחודשים שקדמו לאירוע היו הרבה שיחות בינה לבין ניר (עדות אביבה, עמ' 18 לפרוטוקול). באחת הפעמים התקשר ניר לאביבה ואמר לה כי "בן פסיכוטי, את צריכה לאשפז אותו" וכאשר אביבה הטיחה בו על סמך מה הוא אומר זאת, ניר ביקש סליחה והתנצל (עדות אביבה, עמ' 12 לפרוטוקול).

(-) לאחר שניר וטלי עוזבים את היישוב, האובססיביות של בן באה לידי ביטוי במאמצים שהוא עושה כדי לאתרם. בן עושה 84 שיחות תוך 4 ימים למוסדות חינוך כדי לברר היכן טלי עובדת. במהלך השבועיים שלפני מותו הוא מתקשר 360 פעמים לטלי ו-71 פעמים לניר. בפעמים הספורות שנענה, הוא מאיים לפגוע בהם ולהתאבד.

(-) יום לפני האירוע הטרגי, כאשר ניר וטלי מגיעים לביקור אצל הוריו של ניר בגבעת ישעיה, בן מתקשר עשרות פעמים לבית ההורים.

(-) ניר מנהל עם בן שיחה בטלפון משך שעות עד כמעט חצות.

--- סוף עמוד 77 ---

(-) זמן קצר לאחר מכן בן משאיר הודעה קולית לטלי "את יודעת שאני אוהב אותך. את יודעת שאני לא יכול לחיות בלעדייך, על הזלזול שלך את תשלמי, על ההחלטה שלקחת יחד עם ניר את אחראית בדיוק כמוהו, באותה המידה".

(-) יום האירוע ה-13.9.2009: בן מגיע ללא הודעה מוקדמת למושב זיקים, לביתם החדש של ניר וטלי, וניצב מחוץ לבית.

4. לפנינו תקופה ארוכה שבמהלכה בן גולש למחוזות של דכאון ואובססיה קשה של קנאה ורכושנות. מה היה מצבו הנפשי של בן בעת שהגיע למושב זיקים וניצב מחוץ לביתם של ניר וטלי? אילו רק ניתן היה להחזיר את הגלגל לאחור, כמו בדלתות מסתובבות, נדמיין לעצמנו תסריט אחר, על-פיו טלי הייתה מזעיקה את המשטרה וזו הייתה עוצרת את בן בגין איומים והטרדה מאיימת. על פי הכלי להערכת מסוכנות שנמצא בשימוש בכל תחנת משטרה, לפנינו סיטואציה מובהקת של אובססיביות קיצונית, קנאה קיצונית, רכושנות, הטרדה מאיימת, ואיום קונקרטי בפגיעה ובהתאבדות על רקע תחושת האובדן של בן לאור נטישת בני הזוג את המושב והיעלמותה של טלי מחייו. האם היה בן מובא למחרת היום להארכת מעצר בבית המשפט? האם היה סניגורו של בן מבקש לשלוח אותו לבדיקה פסיכיאטרית?

איננו יודעים, ואיננו יכולים כיום לדעת. אם הדלת המסתובבת הייתה מוליכה לנתיב אחר, ובן היה פוגע בדרך כלשהי בטלי או בניר או מתאבד נגד עיניהם, הרי שלפנינו שורה של סימנים, עליהם נוהגים לומר, לעיתים בדיעבד, כי "הכתובת הייתה על הקיר".

5. מנגד, ניר וטלי עשו כמעט כל מה שניתן על מנת שבן לא יפגע בעצמו, שהרי בסופו של דבר, הוא היה חבר ילדות שגדל עם ניר במושב ולמד עם טלי באותה שכבה, שכן שהפך לבן בית אצלם. הם דיברו על ליבו משך שעות; עמדו בקשר עם אמו; ניר הציע לבן לנסוע לחו"ל או לעזוב את היישוב; הם אפילו נעתרו לדרישותיו להימנע מגילויי חיבה בפניו; ניר התייעץ עם פסיכולוג משטרתי לגבי התנהלותו של בן. הכל נעשה תחת צילו של החשש כי בן, השכן וחבר הילדות, יפגע בעצמו. ולבסוף – טלי וניר עוקרים ממקום מגוריהם בגבעת ישעיהו אל מושב זיקים תוך הסתרת עקבותיהם על מנת לנתק מגע מבן. אך ללא הועיל – בן הגיע אליהם, אל המושב החדש בו נטעו את ביתם, אל הבית עצמו.

--- סוף עמוד 78 ---

6. יש להסיר מעל השולחן את הנרטיב לפיו ניר הגיע זועם אל הזירה כדי לחסל אחת ולתמיד את בן. הדברים אינם מתיישבים עם דרך התנהלותו של ניר לכל אורך הדרך, ממש עד שניות לפני האירוע. בדרכו אל מושב זיקים, ניר ניהל שיחה עם אמו של בן משך למעלה מחמש דקות, שיחה שנמשכה עודנו נכנס בשער המושב. לא היה מדובר בשיחה נזעמת, ניר לא איים כי יפגע בבן, אלא כהרגלו, ולא בפעם הראשונה, שוחח עם אמו של בן כדי לפתור את הבעיה, כפי שעשה פעמים מספר קודם לכן. אם נתקף ניר בחמת זעם, הוא יכול היה לירות בבן מיד כאשר הגיע למקום, בעוד בן יושב במכונית.

דבר מה גרם לניר לשנות את התנהלותו בשניות שחלפו מאז הכניס את פלג גופו העליון אל המכונית בה ישב בן (לגרסתו כדי למנוע מבן להוציא אקדח מתא הכפפות) ועד שירה בו. כיום ידוע לנו כי בן יצא מהמכונית ובידו מוט ברזל. בנקודת זמן זו ועד ליריות שקיפחו את חייו של בן חלפו עוד מספר שניות.

7. שלושה עדים, מזויות ראיה שונות, ואף אחד מהם לא העיד כי ראה מוט ברזל בידו של בן.

אלא שלא ניתן לחלוק על העובדה כי מוט הברזל, מנעול ההגה, נמצא מוטל ליד המכונית. בית המשפט המחוזי ציין כי במאזן ההסתברויות יש להניח כי מנעול ההגה לא יצא כלל מהרכב טרם הירי, אך היה נכון להניח מחמת הספק כי בן יצא

ממכוניתו כשהוא אוחז במנעול ההגה. דומני כי אותו ספק הוא שהוביל את בית משפט קמא לתוצאה אליה הגיע, ולמצער, לעונש שהושת על ניר.

כשלעצמי, איני רואה כל מקום לספק בנקודה זו. האפשרות כי מנעול ההגה נפל לפתע מדלת המכונית שעה שבן יצא ממנה, היא אפשרות קלושה שלא נבחנה. האפשרות שניר או טלי הספיקו "לשתול" את מנעול ההגה בזירה היא כמעט דמיונית, באשר היא מייחסת לניר קור רוח עילאי כמי שירה בבן, חיפש ומצא במכונית את מנעול ההגה, הניח אותו מחוץ למכונית, כאשר עדים כבר צופים בזירה ולאחר מכן אף התקשר לאביבה, אמו של בן, ואמר לה כי הרג את בן לאחר שזה הרים עליו מוט ברזל (עדות אביבה, עמ' 15 לפרוטוקול). ניר התקשר מייד גם למשטרה והודיע כי הרג אדם שניסה לפגוע בו. כפי שציין חברי, השיחות המיידיות של בן למשטרה ולאביבה, תוך

--- סוף עמוד 79 ---

ציון העובדה כי בן הניף מוט ברזל, יש בהן כדי לחזק עד מאוד את גרסתו של ניר, בבחינת מעין "רס גסטה".

8. אנו מגיעים אפוא לאפשרות ההגיונית ביותר, שגם המאשימה נכונה כיום לקבלה, ולפיה בן יצא מהמכונית עם מנעול הגה בידו.

בן שרוי במצב נפשי קשה. פחות מ-24 שעות לפני כן השאיר הודעה מאיימת במשיבון של טלי. במציאות האובססיבית שבן בנה לעצמו הוא עומד כעת מול ניר ש"בגד" באמונו בעזיבתו הפתאומית את המושב עם טלי, שמא גם "מתודלק" בזעם על כך שניר הכה אותו שניה-שתיים לפני כן. וכעת, השניים ניצבים זה מול זה כאשר בן מחזיק במנעול ההגה.

9. אף אחד משלושת עדי הראיה לא רואה את מנעול ההגה, אבל הנה הוא מונח לפנינו בתצלומי הזירה. העדה ירושלמי שמעה את הצעקה של טלי "אל תירה, אל תירה". אני בהחלט נכון לקבל עדות זו אודות הצעקה שנחרתה בזכרונה של העדה, שאף אמרה זאת בדיווח שלה למוקד 100. בן עומד להכות את ניר במוט ברזל, טלי רואה כי ניר שולף את אקדחו מהנרתיק, היא מבקשת למנוע את הטרגדיה שעומדת להתרחש נגד עיניה, והיא צועקת לניר אינסטינקטיבית "אל תירה, אל תירה". איני סבור כי מצעקה זו ניתן בהכרח להסיק שבן שמט את מוט הברזל או עמד עם מוט הברזל מבלי לעשות דבר. לטעמי, את הצעקה של טלי, ניתן גם לפרש כתגובה טבעית נוכח המחזה בו צפתה. למותר להזכיר כי מבחינתה של טלי, כמו גם מבחינתו של ניר, בן לא היה אדם זר, אלא מי שחייו נקשרו בחייהם משך תקופה ארוכה. אך טבעי כי טלי מבקשת למנוע את מה שעומד להתרחש מול עיניה.

10. חברי ניתח בפירוט את עדותם של שלושת עדי הראייה המהימנים, ולא אחזור על הדברים. העדה ירושלמי היא עדה מהימנה שניתן לקבל את עדותה לגבי מה ששמעה, אך כעדת ראייה היא אינה רלוונטית, כי בכלל לא ראתה את בן כשהוא יוצא מהרכב, עובדה שאינה שנויה במחלוקת. העד קרדון הסתובב וצפה באירוע ככל הנראה ממש בסופו והבחין בניר אוחז באקדח. ואילו העד צימרמן, שנתפס כעד המרכזי, צופה על ההתרחשות כאשר יש לו אמנם שדה ראיה מלא אל הזירה, אך מזווית ראיה בה הדלת הפתוחה במכוניתו של בן מסתירה את ידיו של בן, מה שמסביר את העובדה שלא הבחין בכך שבן אוחז במנעול ההגה.

--- סוף עמוד 80 ---

11. בנקודה זו אנו מגיעים לשניה אחת אליה מתנקז כל התיק שבפנינו – בן אוחז במנעול ההגה כשהוא עומד מול ניר. האם הניף בן את מנעול ההגה?

בית המשפט קבע כי בן שמט את מנעול ההגה, אך ניתן היה לצפות כי שניה לפני הירי, צימרמן יבחין בחפץ שנופל מתחת לדלת המכונית. מנגד, ולחובתו של ניר, ניתן היה לצפות כי שניה לפני הירי, צימרמן יבחין בניר מניף מוט ברזל מעל גובה דלת המכונית. צימרמן לא הבחין לא בזה ולא בזה, וכאמור, לא הבחין כלל כי בן מחזיק בידו מנעול הגה. על הדברים עמד חברי בניתוח המפורט שעשה בפסק דינו ולא אחזור על הדברים.

12. לכך אוסיף ואומר כי המונח "הנפה", שבו נעשה שימוש לכל אורך הדרך על מנת לבחון את האפשרות כי ניר "הניף" את מוט הברזל, הוא מונח שמנתב את השומע לתמונה מסויימת של האירוע. באופן טבעי, כאשר אנו מדברים על "הנפה" של חפץ כמו אלה, מוט ברזל או סכין, אנו רואים נגד עיננו הנפה של החפץ מעל גובה הראש או הכתף. כך גם הדגים השוטר בשחזור, כשהוא עומד מול ניר, ואציין כי ניר לא תיקן את השוטר במהלך השחזור. אך אם במקום המילה "הנפה" נחשוב במונחים של "תנופה", של האפשרות כי בן עמד להכות בניר במוט הברזל כמו אלת ביסבול, הרי שיש בכך כדי להסביר מדוע צימרמן, מזוית הראיה בה עמד, לא ראה מוט ברזל מעל או מתחת לגובה דלת המכונית שהסתירה את ידיו של בן. אנו מדברים בשניה אחת, שמא שבריר שניה, כאשר ניר, לגרסתו, חש כי בן עומד להכותו במוט הברזל, תוך שהוא "נאבק" בנרתיק האקדח כדי לשלוף את האקדח. האם אכן הספיק בן "להניף" את המוט? או שמא אך עשה תנועה ממנה הבין ניר כי בן עומד לחבוט בו במוט הברזל שבידו והוא מיהר להגיב יתר על המידה, כמי שאומן לכך במסגרת שירותו במשטרה? בנקודה זו נכנס לתמונה הספק הסביר, וכאמור, על מנת ליהנות מהסייג של הגנה עצמית, די בספק זה כדי לזכות את ניר.

13. סוף דבר, שאני מצטרף לפסק דינו של חברי, השופט נ' סולברג, כי בסיפור המעשה הטרגי שנגול בפנינו, יש לזכות את המערער מחמת הספק.

ש ו פ ט

השופטת ע' ברון:

--- סוף עמוד 81 ---

דעתי היא כדעתם של חבריי, כי יש לזכות את המערער בגין הסייג של הגנה עצמית ומחמת הספק, מעבירת ההריגה שבה הורשע, ולהורות על שחרורו ממאסר.

הסיפור שהיטיב לגולל חברי השופט נ' סולברג, הוא סיפורה של אהבה נכזבת, שהתפתחה לכדי קנאה עזה ואובססיה, עד שלמרבה הצער העבירה את הקורבן (להלן: בן) על דעתו. לא סתם אהבה נכזבת, אלא כזו הנתונה לאשת איש – היא טלי, רעייתו של המערער שהיה גם חברו של בן (להלן: ניר). תחילה נשמרה היא בסוד, עד אשר גילה בן את נבכי ליבו לאוזניה של טלי בלבד. אך ככל שהתחוור לו לבן כי לא יוכל לממש את אהבתו, לא ניתן היה עוד להכמין את הסוד. הוא דרש את קרבתה של טלי, התעקש להכתיב את אורחותיה, ואיים כי יטול את חייו אם לא תיענה לאהבתו. שגרת חייהם של ניר וטלי נהפכה על פיה. על בסיס יומיומי, בן תבע קשר עם טלי והשמיע איומים על חייהם של בני הזוג, בכתב, בטלפון ופנים מול פנים.

ניר וטלי גילו סבלנות עד אין קץ להתנהלותו המטרידה והמאיימת של בן, אף באופן שיש בו כדי לעורר תמיהה. בשיחות שנמשכו שעות על גבי שעות ניסה ניר לדבר על ליבו של בן, ולשכנע אותו להמשיך הלאה בחייו. ניר שיתף את אימו של בן במתרחש, התייעץ עם איש מקצוע מתחום בריאות הנפש, והרושם הוא שלקח על עצמו "לרפא" את בן "מהמחלה" שבה לקה. אלא שמסתבר כי האובססיה של בן לטלי היתה חשוכת מרפא.

רק משכלו כל הקיצין, ניר וטלי עקרו עצמם מן המושב שבו התגוררו, וביקשו להמשיך בחייהם במקום רחוק מהישג ידו של בן. ואולם גם זאת בן לא איפשר. במשך 4 ימים הוא ערך עשרות רבות של שיחות טלפון לכל מוסדות החינוך באזור הדרום – עד שהצליח לאתר את מקום עבודתה החדש של טלי. הצעד הבא של בן היה להופיע בפתח ביתם החדש של בני הזוג, לא לפני שהתקשר לטלי ואיים על חייהם של השניים – משלא יכול היה לשאת עוד את התנתקותם ממנו. זוהי זירת הרצח, ונוכחות בה שלוש הדמויות שנקשרו במשולש יחסים בלתי אפשרי. האהבה האובססיבית, שהלכה והתעצמה במשך חודשים ארוכים, מתנקזת לאותו רגע גורלי שבו הגיע ניר ברכבו אל החניה הסמוכה לביתו, לאחר שהוזעק לשם על ידי טלי,

ועצר לצד הרכב שבו ישב בן ומתוכו שוחח עם טלי. בתוככי הבית שהו בנותיהם של ניר וטלי ואביה של טלי.

בחלוף זמן קצר, רגעים ספורים מעת שעצר את הרכב, ירה ניר בבן שלוש יריות מנשקו האישי והרג אותו. בית המשפט המחוזי דחה מכל וכל את גרסתו של ניר כי הירי היה מעשה של הגנה עצמית, תגובה לכך שבן יצא מרכבו כשהוא אוחז במנעול הגה

--- סוף עמוד 82 ---

מברזל וביקש להלום באמצעותו בניר. כממצא עובדתי נקבע כי ניר היה התוקפן מבין השניים, וכי בעת הירי לא נשקפה מבן סכנה מיידית כלשהי. ככלל, אין זו דרכה של ערכאת הערעור להתערב בממצאי עובדה ומהימנות עדים שנקבעו על ידי הערכאה הדיונית. ואולם בצידו של כלל זה – חריגים. כפי שהשכיל השופט סולברג לבאר, בתשתית העובדתית כפי ששורטטה בהכרעת דינו של בית המשפט המחוזי נפלו טעויות מהותיות – ואלה מצדיקות את התערבותנו בממצאים שקבע. הדברים פורטו ביסודיות ובבהירות על ידי חברי השופט סולברג בפסק דינו המלומד, וכל המוסיף גורע.

אומר רק זאת. שותפה אני לעמדתו של השופט סולברג, כי מנעול ההגה שנמצא בזירה הוא המפתח לזיכויו של ניר מחמת הספק. כפי שכבר צוין מדובר במוט ברזל, שאורכו כמטר, צבוע אדום, שנמצא על ידי חוקרי המשטרה סמוך לגופתו של בן ואין חולק שהיה שייך לו. אף על פי כן, וחרף גרסתם של ניר וטלי כי מנעול זה שימש ככלי בידיו של בן על מנת לתקוף את ניר – המשיבה נקטה התעלמות מוחלטת מראיה מהותית זו. משל כלא היתה. בתוך כך, השחזורים עם עדי הראייה בוצעו מבלי לדמות כלל את מנעול ההגה. למעשה, עד לשלב סיכומי הטיעונים בפני בית המשפט המחוזי בחרה המשיבה לדבוק בטענה כי מנעול ההגה כלל לא היה חלק מהאירוע. משכך ובהעדר תשתית ראייתית ראויה, העלה בית המשפט מצידו שורה של ספקולציות – החל מכך שמנעול ההגה הושתל בזירה על ידי ניר, וכלה בתרחיש שלפיו המנעול נפל מרכבו של בן והתגלגל מעצמו לאדמה – תרחישים שאף אחד מהם לא הוכח. לא היה אפוא יסוד לקבוע כי גרסתו של ניר, שלפיה בן הוציא את מנעול ההגה מרכבו והניף אותו על מנת לתקוף, היא סבירה פחות מכל גרסה היפותטית שהועלתה, גם אם אפשרית. לאחר שהעמקנו בחומר הראייתי הרב שהובא בפנינו, התמונה שהצטיירה היא שבכל הנוגע לרגעי חייו האחרונים של בן – רב הנסתר על הגלוי. "חור שחור" נפער בגרסתה העובדתית של המשיבה, וקיים לכל הפחות ספק סביר כי ניר אכן הגיב לתקיפה מצידו של בן.

אין לכחד, טורדת היא שאלת נחיצות תגובתו של ניר לעוצמת האיום מצידו של בן. כאמור, בהינתן שבן איים להכות בניר במוט ברזל, ניר מצידו ירה בבן שלוש יריות מטווח קצר – אחת לעבר מרכז הגוף, ושתיים לכיוון הראש. ברי, אפוא, כי מדובר בירי על מנת להרוג. ואולם לנוכח נסיבותיו הייחודיות והחריגות של המקרה, גם אני באתי לכלל דעה כי אין לומר שתגובתו של ניר היתה בלתי סבירה או בלתי מידתית. ניר הוא אמנם קצין מג"ב מנוסה, המתורגל בשימוש בנשק ואולי אף במצבים של סכנת חיים. ואולם דבר לא הכינו ולא הכשירו להתמודדות בסיטואציה שבה לא רק שקיים איום

--- סוף עמוד 83 ---

ממשי ומיידי על חייו – אלא גם על רעייתו הנמצאת אף היא בזירה, בקרבת ביתם, בשעה שבנותיו שוהות בתוכו, והמאיים הוא מי שהיה בן בית שהפך אויב מבית. למרבה הטרגדיה והצער שבדבר, בן שילם בחייו.

ש ו פ ט ת

הוחלט כאמור בפסק הדין של השופט נעם סולברג.

ניתן היום, ט' באדר א' התשע"ו (18.2.2016).

ש ו פ ט ת ש ו פ ט ש ו פ ט

העותק כפוף לשינויי עריכה וניסוח. עב 13047840_O09.doc
מרכז מידע, טל' 077-2703333 ; אתר אינטרנט, www.court.gov.il
י' עמית 54678313-4784/13
נוסח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה
בעניין עריכה ושינויים במסמכי פסיקה, חקיקה ועוד באתר נבו – הקש כאן

--- סוף עמוד 84 ---