 

**בפני:**

סא"ל מיכל שחר - סגנית הנשיא

רס"ן צ'לצ'או נדאו - שופט

סרן גילה ליוסטרנק - שופטת

**בעניין:**

**התובע הצבאי**

(באמצעות ב"כ רס"ן מתן פורשט, סרן שחר גורני וסגן שרון גנץ)

**נגד**

**ח/XXXXXX סמ"ר (מיל.) ט' א'**

(באמצעות ב"כ עו"ד שלומי ציפורי ועו"ד רן כהן)

ג ז ר ד י ן

# פתח דבר

ביום 20 במארס 2019 מצא את מותו, בטרם עת, אחמד ג'מאל מחמוד מנאסרה ז"ל (להלן - **המנוח**).

ירי מעמדת שמירה הביא לפציעתו של מר עלאא (להלן - **עלאא**), ולמותו הטראגי של המנוח, אשר הותיר אחריו הורים ושתי אחיות. כאבם קשה מנשוא. את החלל שנפער בגין מותו של המנוח, למרבה הצער, לא ניתן למלא.

הנאשם, לוחם בגדוד חילוץ - סמ"ר (במיל.) ט' א' (להלן **הנאשם**) הורשע על פי הודאתו, במסגרת הסדר טיעון, בעבירה שמהותה גרם מוות ברשלנות, לפי סעיף 304 לחוק העונשין, התשל"ז- 1977.

גזר דין זה דן בשאלת **סבירות העונש** שעתרו הצדדים במשותף להטיל על הנאשם, שביצע את הירי הרשלני לעבר המנוח, אשר הביא למותו.

# נסיבות המעשה

כתבהאישוםומסמך הפרטים הנוספים גיבשו במקובץ את העובדות המוסכמות הניצבות בבסיס הרשעת הנאשם באירוע. הרקע למעשה ונסיבותיו יפורטו להלן:

1. ביום 20.3.2019 הוצב הנאשם בעמדת שמירה בפילבוקס שבצומת הניצב בין הכניסה לישוב אפרת לכניסה לכפר אל-ח'דר (להלן- **הצומת**). בעת השמירה היה הנאשם חמוש בכלי נשק מסוג 16-M. בהתאם לפרטים הנוספים, הייתה זו הפעם הראשונה שבה הוצב הנאשם בשמירה בעמדת פילבוקס (סעיף 7 ב- ת/1).
2. כמתואר בכתב האישום, סמוך לשעה 21:00 הגיע מכיוון אל-ח'דר לעבר הצומת, כלי רכב שבו נהג עלאא. עמו נסעו בכלי רכב אשתו ושתי בנותיו. לפני שהגיע רכבו של עלאא לצומת, חלף על פניו כלי רכב אחר והתנגש בו. כלי הרכב עקפו זה את זה מספר פעמים, ובשלב מסוים, עצר עלאא את רכבו, בקרבת הצומת, יצא מהרכב ונופף בידיו לעבר נהג כלי הרכב השני, שהתרחק מהצומת.
3. הנאשם הבחין בעלאא מעמדת השמירה, שמע רעש חזק וחריג מכיוון הצומת, וסבר כי עלאא מיידה אבנים לעבר מספר כלי רכב ישראלים הנעים בצומת לכיוון אפרת ובכך מסכן את ביטחונם וחייהם של אזרחים הנעים בכביש. מן הפרטים הנוספים עולה, כי במהלך אותו חודש, אירעו באיו"ש מספר הפרות סדר ואירועי פח"ע חמורים, ובעקבות זאת, החיילים נדרשו "לגלות ערנות ונחישות". עוד עולה, כי 4-3 דקות לפני התרחשות האירוע, הועברה לנאשם "התרעה מודיעינית חמה" על חשש להתרחשות "פיגוע חמור" בגזרה שבה שהה (סעיפים 5,9 ב- ת/1).
4. לפיכך, קרא הנאשם לעבר עלאא קריאות אזהרה וירה שתי יריות באוויר במסגרת "נוהל מעצר חשוד". בהמשך, משסבר הנאשם כי על אף אזהרותיו, עלאא ממשיך ליידות אבנים ולסכן את ביטחונם של העוברים בצומת, ירה הנאשם לכיוונו של עלאא ובקרבתו מספר יריות ופגע בבטנו.
5. הנאשם, שהיה בעת האירוע לבדו בעמדת התצפית בפילבוקס, דיווח לחמ"ל הפלוגתי על הירי האמור, מיד לאחר ביצועו. כאשר עלה לפילבוקס לוחם אחר, תיאר בפניו הנאשם את אשר אירע וביקש ממנו "לפרוק מהפילבוקס לעבר מי שהוא ראה כחשוד" (סעיפים 6,8 ב- ת/1).
6. בד בבד, הגיע מכיוון הכפר אל ח'דר רכב נוסף. ברכב היו המנוח ושלושה נוסעים נוספים. לבקשת אשתו של עלאא, פינו שלושת הנוסעים בכלי הרכב הנוסף את עלאא לבית החולים. המנוח נשאר במקום, נכנס לכלי הרכב של עלאא וניסה להתניעו. בשלב מסוים, יצא המנוח מכלי הרכב והנאשם ירה לכיוונו. הנאשם עשה כן, לאחר שסבר בטעות כי המנוח הוא מיידה האבנים שזיהה, קודם כן, וכי הוא ממשיך במעשה יידוי האבנים לעבר כלי הרכב החולפים בצומת, וזאת חרף העובדה כי בפועל המנוח לא יידה אבנים.
7. בשלב זה, התרחק המנוח מהצומת לכיוון הכפר אל ח'דר, והנאשם המשיך בירי לעברו, ובכלל זה לעבר מרכז גופו. בהתאם לכתב האישום, הירי לעבר המנוח היה **רשלני** ועמד **בניגוד לכללי הפתיחה באש**. כתוצאה מהירי נפגע המנוח בחזהו ובזרועותיו, וזמן קצר לאחר הירי נקבע מותו.

# הסדר הטיעון ועמדות הצדדים

1. בהתאם להסדר הטיעון שגובש, עתרו הצדדים במשותף להטיל על הנאשם **תשעים ימי** מאסר לריצוי בפועל, בדרך של **עבודה צבאית**, עונש מאסר מותנה לשיקול דעת בית הדין והורדה לדרגה טוראי. לצד האמור, עתרו לכך שבשולי גזר הדין יורה בית הדין על כך ש"אין מניעה משפטית לזמן את הנאשם למילואים בעתיד, בהתאם לשיקול הדעת של מפקדיו" (עמ' 6 ש' 17-16; עמ' 10 ש' 18-17).
2. התובע הצבאי טען שכתב האישום משקף השתלשלות אירועים "קשה ומצערת" וכי בראש ובראשונה נשקלו **חומרת המעשים ותוצאתם הטראגית**, כמו גם **חריגת** הנאשם מכללי הפתיחה באש והעובדה שירה **ירי רשלני**. מנגד, טען התובע, כי ניתן משקל לשורת **שיקולים ראייתיים ומשפטיים**. הובהר, כי נקודת המוצא היא "המציאות העובדתית כפי שראה אותה הנאשם במהלך האירוע" (עמ' 5 ש' 22). צוין, כי זמן קצר לפני התרחשות האירוע התקבלה אצל מפקדי הנאשם התרעה ממוקדת על פיגוע שאמור לצאת לפועל בגזרה הרלוונטית וזו הצטרפה לאירועי פח"ע נוספים שהתרחשו באותה תקופה. נטען, שלכך יש להוסיף את העובדה כי הייתה זו הפעם הראשונה שבה הוצב הנאשם בעמדת פילבוקס לבדו, ללא מפקדיו, וכי גם התדריך הפיקודי שקיבל טרם עלייתו לעמדה "לא היה מושלם ואף חסר" (עמ' 5 ש' 26). עוד נטען, "שייתכן כי התמונה העובדתית שהנאשם ראה לנגד עיניו במהלך האירוע הקצר והרגעי הייתה שגויה" (עמ' 5 ש' 27), אולם לאחר בחינה מעמיקה של הראיות, להשקפת התביעה, "אף אם נפלה טעות" לא ניתן לומר לגבי **חלק** משלביו של האירוע שהטעות אינה "כנה וסבירה" (עמ' 5 ש' 29). בהקשר זה, עמדה התביעה על אופיו **המבצעי המובהק** של האירוע, והוסיפה כי סמוך לרכבו של הפצוע נמצאו שברי אבנים ולכן "בכתב האישום לא כתוב שלא היו יידוי אבנים" (עמ' 5 ש' 37-31). נטען כי נתונים אלה בשילוב המורכבות העובדתית, משליכים על סבירות הטעות. נטען כי בשונה משלביו הראשונים של האירוע שבהם לא ברור מה מידת החריגה מכללי הפתיחה באש (עמ' 5 ש' 38), בשלביו המאוחרים של האירוע, בפרט בשלב שבו התרחק המנוח מהרכב והתקדם לכיוון הכפר אל-ח'דר, פחתה מידת הסיכון הנשקפת ממנו, הוא לא נצפה כמי שיידה אבנים ולכן הירי בשלב זה "חוצה את רף הסבירות", שכן החריגה מכללי הפתיחה באש "בוטה" יותר (עמ' 6 ש' 3-1). לכך, הוסיפה התביעה, היבטי נטילת האחריות וההודאה באשמה בעבירה שאינה קלת ערך. התובע הפנה לשני תקדימי ענישה שבהם הוטל עונש מאסר לריצוי בפועל בעבודה צבאית, שזהה במשכו לעונש שהוצע בהסדר הטיעון שלפנינו, ואבחן לחומרה את שני המקרים מנסיבות המקרה דנן. התביעה ציינה כי הסדר הטיעון גובש לאחר שנשקלה עמדתם של נפגעי העבירה. תצהירו של הפצוע עלאא, מסמכי פציעתו ומכתב שיחה עם רעייתו הוגשו במסגרת ראיות התביעה לעונש, תוך הדגשה, כי זווית הראיה "לא בהכרח אומצה על ידינו אחרי בחינה של מכלול הראיות" (עמ' 6 ש' 21).
3. ההגנה הצטרפה לעתירה לכבד את הסדר הטיעון. ראשית, ציין הסנגור את הקושי שחש הנאשם ביחס לתוצאה הטרגית של המעשה. תוארו בהרחבה נסיבות הרקע להתרחשות אירוע הירי, שהיה בהתאם לתפיסתו הסובייקטיבית של הנאשם אירוע פח"ע, שנמשך דקות ספורות, שבו היה מעורב אדם אחד בלבד (עמ' 8 ש' 38). הסנגור הוסיף וציין כי חקירות הנאשם היו קשות וארוכות וכך גם האמצעים החקירתיים שננקטו (עמ' 9 ש' 3), וכי קשיים אלה נתנו אותותיהם במצבו הנפשי של הנאשם בהתאם לחוו"ד ברה"ן שהוצגה לעיון. נטען, כי בכל אחת מחמש החקירות, חזר הנאשם כחוט השני על גרסתו בנוגע לאירוע שהיה לתפיסתו אירוע פח"ע. נטען כי מחומר הראיות משתקפת תמונה ברורה בנוגע לכנות ולסבירות הטעות "מנקודת מבטו של לוחם שיושב בלילה בפילבוקס לבד בצומת... רואה עימות בין שני אנשים, אדם יוצא מהרכב מנופף בידיו, הרכב האחר לוקח רוורס במהירות, ובורח לכיוון אפרת" (עמ' 9 ש' 11-8), הנאשם חש שהוא נתון באירוע מבצעי מובהק. הסנגור עמד באריכות על המתיחות הביטחונית שמצאה ביטוי בימים שקדמו לאירוע, צוין שבתחילת השבוע, התרחש אירוע דקירה קשה בצומת אריאל, שנתפס כאירוע "מטלטל" בצה"ל, וכי בהמשך אותו שבוע היו כחמישים אירועי פח"ע בגזרת איו"ש (עמ' 9 ש' 19). נטען כי הנאשם עלה לעמדת השמירה בפילבוקס לראשונה בחייו, עם סיומו של צום תענית אסתר. סמוך לעלייתו לעמדת המשמר קיבל מידע מודיעיני שלפיו קיים חשש לפיגוע נוסף נגד חיילים, וכי דקות ספורות לאחר מכן, שמע הנאשם רעש חריג מתחת לפילבוקס במרחק של כחמישים מטרים ממנו, וראה בעיניו אירוע שמסכן את אזרחי ישראל, ובהתאם לכך פעל על מנת למנעו. ההגנה הוסיפה, כי היה זה אירוע הירי החי הראשון שבו היה הנאשם מעורב בלא שעבר תדריך מטעם מפקדיו. בטיעוניו חידד הסנגור, כי לאור מכלול הדברים האמורים ומשהבחין הנאשם בעימות שהתפתח בין עלאא לכלי הרכב שהתנגש בו, אין לומר כי את הירי הראשון, הוא עשה תוך חריגה מהנהלים (עמ' 9 ש' 37). לטענת ההגנה, בתווך שבין אירוע הירי הראשון שלגביו לא יוחסה לנאשם אחריות פלילית, לאירוע הירי השני, היו כ- 25 שניות שבמהלכן הסתובב הנאשם, דיווח בקשר על אירוע הירי, ופתח את הדלת לחייל שהצטרף אליו לעמדה וביקש ממנו "לפרוק" מהפילבוקס לכיוון האירוע (עמ' 10 ש' 2). נטען כי בפרק הזמן הזה ככל הנראה "מתחלפות הדמויות", ולאור נתוני "לבוש ונראות" (עמ' 10 ש' 7), בשעת לילה, לא הבחין הנאשם בכניסת עלאא הפצוע לכלי הרכב ובכך שמאותה נקודה ואילך מי שניצב בצומת מחוץ לכלי הרכב הוא המנוח. לצד היבטים אלה, הדגיש הסנגור היבטי קולה הנוגעים לנסיבותיו האישיות והמשפחתיות של הנאשם, למוטיבציה שהפגין לכל אורך הדרך להתגייס לצה"ל ולתרום. הסנגור עמד על הצעדים הפיקודיים שננקטו כלפי הנאשם לאחר האירוע. כמו כן הדגיש את עברו הנקי ואת ההערכה שלה זכה הנאשם מצד מפקדיו. לבסוף, עמד הסנגור על הקושי של הנאשם לשאת בעונש ההורדה בדרגה, שלה חשיבות ממשית כלפיו.

# עמדת נפגעי העבירה

1. בדיון נכחו נפגעי העבירה - אבי המנוח מר ג' מ', מר עלאא ובא כוחם עו"ד שלמה לקר. הגם שתצהירו של עלאא הוגש במסגרת ראיות התביעה לעונש (ת/3), הוא השמיע, בהסכמת הצדדים, גם במהלך הדיון לפנינו את דברו (ראו למשל ע"פ 1660/19 **Edika Kvartskhava נ' מדינת ישראל**, בפס' 11 (פורסם בנבו, 23.10.2019)). עלאא תיאר את השתלשלות האירועים מנקודת מבטו, ופירט על-אודות הכדור שפילח את גופו ופצע אותו. עלאא עמד על הקשיים שעימם הוא מתמודד מאז הפציעה, אשר השליכו עליו במישור הפיזי, מקשים גם כיום על תפקודו ואף פוגעים בפרנסתו (עמ' 6 ש' 10). עלאא הוסיף ותיאר גם את הקושי הנעוץ בכך שהמנוח מצא את מותו כאשר ביקש לעזור למשפחה שלו. עו"ד לקר, הביע את התנגדות נפגעי העבירה להסדר הטיעון בטענה כי הוא מקל, לנוכח אופי האירוע ותוצאותיו הטרגיות. הוא תיאר את הפגיעה במנוח שמלמדת להשקפתו על עוצמת הרשלנות שבמעשיו של הנאשם. הוא טען לפנינו כי המנוח הותיר אחריו משפחה דואבת, אשר חוותה למרבה הצער, טרם פטירת המנוח, אובדן נוסף. אחי המנוח, שחלה במחלה תורשתית, נפטר גם הוא (עמ' 8 ש' 13). עו"ד לקר טען כי הסדר הטיעון פוגע אנושות בערך חיי אדם ובעקרונות הצדק (עמ' 8 ש' 12). נטען כי גם במישור המשפטי הסדר הטיעון שהוצע אינו מתיישב עם עוצמת הרשלנות הגבוהה הטמונה במעשיו של הנאשם, וכי אימוצו יביא לפגיעה קשה בנפגעי העבירה ובציבור רחב מאוד בישראל (עמ' 8 ש' 30).
2. **לפנים משורת הדין**, עיין הרכב השופטים, **ערב הקראת גזר הדין**, גם ב"תצהיר משלים בכתב" שהוגש מטעם ב"כ נפגעי העבירה. בעניינו של **עלאא,** כעולה מהשלמת התצהיר בכתב, מלבד הנזקים הגופנים, הנפשיים, המשפחתיים והתעסוקתיים שפורטו לעיל, צוין כי העובדות המוסכמות בהסדר הטיעון הביאו לפגיעה נוספת בו, באשר מדובר באדם כבן 40 בעל משפחה, הנעדר כל עבר פלילי או בטחוני אשר הוצג כמי ש"אינו דובר אמת" (פס' 6 למסמך המשלים). בעניינה של משפחת **מנאסרה**, חידד בא כוח נפגעי העבירה כי ייגרם להם נזק נפשי אם תתקבל עסקת הטיעון (פס' 7 למסמך המשלים). במאמר מוסגר יצוין, כי אמנם בהחלטת ההרכב אתמול - 8.12.2020 קבענו כי שורת הדין מחייבת את **דחיית הבקשה להגשת ההשלמה האמורה מטעמים פרוצדורליים ומהותיים** כאחד. אולם, בשולי ההחלטה ו**לפנים משורת הדין**, המלצנו לצדדים לשקול בחיוב הסכמה להגשת התצהיר המשלים, ובלבד שהשלמה זו תוגבל בתוכנה ל"הצהרת נפגע" (ראו בהקשר זה סעיף 18 לחוק זכויות נפגעי עבירה; לתוכנו של תצהיר נפגע עבירה, ראו, למשל, גם ע"פ 9150/08 **מדינת ישראל נ' ביטון** (פורסם בנבו, 23.7.2008)). בפועל במסמך התצהיר המשלים נכללו פרטים רבים **החורגים** מתצהיר נפגע עבירה. מובן כי לפרטים החורגים **מהעובדות המוסכמות** **שבכתב האישום ובפרטים הנוספים ביחס לתשתית העובדתית של האירוע,** לא ניתן משקל.

# נסיבות העושה

1. הנאשם עלה ארצה מקולומביה לפני כחמש שנים מטעמים ציוניים והחל את שירותו הצבאי בצה"ל כלוחם חילוץ והצלה ביום 8.8.2017 (ת/1). הוא השלים שירות צבאי מלא וטוב. ביום 7.4.2020 בתעודה הערכה לחייל המשתחרר נכתב כי התנהגותו "ראויה לציון" ותוארו הערכים והתכונות הטובות שאפיינו אותו במהלך שירותו הצבאי. ממכתב המלצה של מפקד המחלקה עולה כי הנאשם זכה למלוא הערכת מפקדיו וחבריו לשירות הצבאי (ס/1, ס/2). כיום משרת הנאשם בשירות מילואים. עברו המשמעתי דל (ת/2). עברו הפלילי נקי. למשפחת הנאשם קשיים במישור הכלכלי והוא מסייע בפרנסת המשפחה (חוו"ד רמ"ד גחל"ת ושיקום, מיום 5.8.2020).
2. בחקירת מצ"ח שיתף הנאשם פעולה והביע חרטה על אובדן חיי האדם באירוע (סעיף 4 ב - ת/1). כעולה מחוו"ד מערך ברה"ן מיום 3.9.2019 שהוצגה לעיון, האירוע ותוצאותיו השליכו על מצבו הנפשי של הנאשם, ובמהלך החקירה הוא סבל "ממצוקה נפשית מתונה". מטיעוני ההגנה עולה, כי בעקבות האירוע ננקטו כלפי הנאשם צעדים פיקודיים מגבילים. נשקו האישי נלקח ממנו למשך חודש ימים והוא הושעה מפעילות מבצעית במשך תקופה בת חודשיים (עמ' 10 ש' 18).
3. **בדברו האחרון** תיאר הנאשם את נסיבות עלייתו ארצה ואת המוטיבציה הגבוהה לשירות צבאי ולתרומה למדינה. הוא הדגיש כי את המעשה, שבגינו הורשע, עשה מתוך "ביטחון אמיתי" שהוא מסכל פיגוע נגד אזרחי ישראל ופועל לפי הנוהל ובהתאם לציפיות ממנו כחייל. הוא עמד על נסיבות הרקע לאירוע, הכרוכות בתקופה רווית התרעות פח"ע ואירועי ביטחון וציין כי לילה קודם נזרק בקת"ב לעבר המוצב שבו שהה. הוא ציין כי הייתה זו הפעם הראשונה שבה שהה לבד בפילבוקס, לאחר צום. הנאשם הביע חרטה על מותו של המנוח ועל פציעתו של עלאא, לאחר שהתברר שלא היו מעורבים בפיגוע. הוא הבהיר כי "בזמן אמת הייתי משוכנע שזה מה שהם עושים, אחרת לא הייתי יורה" (עמ' 10 ש' 36). עוד הודגשו מפיו, הבחירה להודות באשמה, ליטול אחריות ולשאת בעונש. הנאשם חתם את דברו האחרון בכך שהעונש ה"כבד" ביותר מבחינתו הוא החשש כי לא יוכל להוסיף ולתרום בשירות מילואים.

# בחינת הדברים

1. מלאכת גזירת הדין, בנסיבות המקרה דנן היא **קשה ומורכבת**. מן העבר האחד, ניצב כישלונו המר של הנאשם, שפעל באורח רשלני, בעת אירוע בעל אופי מבצעי, לאחר **שטעה לחשוב** כי מן המנוח נשקף סיכון בטחוני בשל יידוי אבנים לעבר כלי הרכב החולפים בדרך.

מן העבר האחר, ניצבות תוצאות המעשה הרשלני, שהן קשות וכואבות. חייו של המנוח **נגדעו באחת** בשל מעשיו של הנאשם. כל שביקש המנוח היה להושיט עזרה למשפחתו של עלאא, אך בשל טעות בזיהוי נורה למוות על ידי הנאשם. אין זאת אלא ש**הכישלון הנעוץ ברשלנותו** של הנאשם **ותוצאותיו**, מחייבים **הטלת אחריות פלילית וענישה** **הולמת**.

בראי המתח האמור נדרשים אנו לבחון את **סבירות הסדר הטיעון** שהציגו הצדדים.

1. ראש וראשון **לערכים המוגנים** שנפגעו כתוצאה מכישלונו של הנאשם הוא הנעלה בערכים **ערך קדושת החיים**. לפיכך, על אף שככלל מחייב הדין הפלילי "מחשבה פלילית" לשם ייחוס אחריות פלילית, הציב המחוקק בסעיף גרם מוות ברשלנות בחוק העונשין, "סטנדרט מחמיר" (ע"פ 119/93 **לורנס נ' מדינת ישראל**, פ"ד מ"ח(4) 1, 12 (1994)). לאור חשיבות ערך קדושת החיים, ניתן על פי הדין, להרשיע בפלילים אדם עקב רשלנות שהביאה לאובדן חיי אדם, תוך ייחוס מודעות בכוח (ע/64/04 **סרן קורצקי נ' התובע הצבאי הראשי**, בפס' 11 (2004)). בקביעת סטנדרט האחריות הפלילית בעבירה זו, נקבע כי גם לשאלת **מקור הנזק**- האם הוא חפץ מסוכן מטבעו או דבר הטומן בחובו סכנה פוטנציאלית ישנה משמעות. בואר, כי "ביחס לחפץ הטומן בחובו סכנה מובנית, נדרשת רמת זהירות גבוהה במיוחד" (רע"פ 9188/06 **עדי נ' מדינת ישראל**, בפס' 33 (פורסם בנבו, 5.7.2010)).
2. אשר לשימוש בנשק צבאי הניתן לכל צעיר או צעירה המשרתים בצה"ל, נקבע כי ערך "טוהר הנשק" ברוח צה"ל מבטא את חובת החייל לנהוג **באיפוק מרבי** בעת הפעלת הכוח הצבאי המסור בידיו וכי המידתיות בהפעלת הכוח הצבאי, נגזרת, כמובן, מן ההקשר הצבאי של משימת החייל, בכל מקרה לפי נסיבותיו (ע 62/03 **התובע הצבאי הראשי נ' סמל אילין**, בפס' ה2 (2003)). אך מובן כי **אחריות כבדה** מוטלת על חיילי צה"ל האוחזים בנשק "לא 'יד קלה' על ההדק, לא 'יד כבדה'; יד **אחראית** על ההדק, להבחין בין **הצלת נפש לבין שפיכות דמים**" (ע"פ 4497/18 **מדינת ישראל נ' דרי**, בפס' 23 לחוו"ד של כב' הש' סולברג (פורסם בנבו, 19.8.2018)).
3. במקרה שלפנינו, **נסיבות ביצוע העבירה** כוללות **ירי רשלני** של הנאשם מכלי הנשק האישי שהופקד בידיו, במסגרת השירות הצבאי, שהביא לפגיעה ב**חיי אדם**. מדת הרשלנות המיוחסת לנאשם בעת שירה **לעבר המנוח** "חוצה את רף הסבירות". בהתאם לעמדת התביעה, בשלב הירי כלפי **המנוח**, אין חולק כי המנוח **לא** יידה אבנים, הוא התרחק מן הצומת ונע לעבר הכפר XXX (עמ' 6 ש' 6-1). בנקודה זו, כטיעון התובע, מדת הסיכון מהמנוח היא "פחותה" וחריגת הנאשם **מהוראות הפתיחה באש** "היא חריגה בוטה יותר" (עמ' 6 ש' 6).
4. **הוראות הפתיחה באש** פותחו על רקע תנאי אי הוודאות השוררים בפעילות מבצעית, והצורך לקבל במסגרתם החלטות **מושכלות, מקצועיות, מוסריות ונכונות בתנאי לחץ**" (ענין **קורצקי** לעיל בפס' 23). שיקול הדעת המופעל על ידי חייל צריך להתיישב עם אמות המידה המנחות וסטייה מהם תיבחן אל מול סבירות הפעולה על מכלול נסיבותיו של המקרה **בשעת המעשה** (ע"פ 486/88 **סמ"ר אנקונינה נ' התובע הצבאי הראשי**, פ"ד מ"ד (2) 353, 382 (1990)). בהקשר אחר נקבע, כי תכליתן של הוראות הפתיחה באש היא כפולה. התכלית האחת היא **מבצעית** לעגן באופן אחיד ומוסמך מפי הדרג הפיקודי העליון מהן דרכי הפעולה שבהן יש לנקוט במצבים טיפוסיים המחייבים שימוש בנשק. התכלית האחרת היא **חינוכית** שכן מסייעת לחייל "להפנים ערכי יסוד, כמו טוהר הנשק וזכויות החשוד" וכי הן "מגבירות את הסיכוי לשמירתם" גם כאשר נקלע החיל למצבי דחק ולחץ (ע"א 3889/00 **לרנר נ' משרד הבטחון**, פ"ד נ"ו(4) 304, 314-313 (2002)).
5. המשך הירי לעבר המנוח, כאשר התרחק מהצומת לכיוון הכפר ולא נשקף ממנו כל סיכון בטחוני לסובבים עמד **בניגוד להוראות הפתיחה באש**, והיווה חריגה מאמת המידה שהותוותה בדין. היא עמדה בניגוד לאיפוק והריסון הנדרש בהפעלת הכוח רק במידה הראויה, ובניגוד לחובה האישית, המוסרית, המשפטית, המקצועית והאתית של כל חייל בצבא ההגנה לישראל, כמו גם בניגוד לחובתו המוסדית של צה"ל, כארגון לוחם (ע/146/03 **התובע הצבאי הראשי נ' רב"ט רוזנר ורב"ט ליברמן**, בפס' 12 (2003)).
6. וממעשה העבירה לתוצאה. **תוצאת המעשים** הרת אסון. בחור צעיר קיפד את חייו. הלב נחמץ לנוכח העובדה שכל מבוקשו של המנוח היה לסייע למשפחתו של עלאא, והוא שילם על כך בחייו. **הנזק** אשר נגרם למשפחת מנאסרה **בלתי הפיך**. מפי ב"כ נפגעי העבירה, ניתן היה ללמוד על עומק הכאב שהביא עמו האובדן לחיי המשפחה. הובא לידיעתנו כי המנוח השלים לאחרונה את לימודי החשבונאות באוניברסיטת בית לחם והיה לעמוד התווך של משפחתו. צוין, כאמור, כי המשפחה ידעה אובדן נוסף, בעקבות פטירת אחי המנוח ממחלה. צוין הקושי הנפשי של האם שמצויה במשבר מאז מות המנוח, ואף קשיים רפואיים של אבי המנוח, שמסר לבא כוחו כי עתיד פרנסת המשפחה צפוי היה להיות מוטל על שכם המנוח (עמ' 8 ש' 17). תוצאת המעשה הרשלני היא, אפוא, **קשה וכואבת**.
7. בעת בחינת ה**נזק** שנגרם כתוצאה ממעשה הנאשם, יש לתת את הדעת גם **לפציעתו של עלאא** אשר **קדמה** לביצוע עבירת הירי הרשלני במנוח, הגם **שלא** יוחסה לנאשם אחריות **פלילית** לפציעתו של עלאא, בשל היבטיו המבצעיים של הירי לעברו, (על כך בהרחבה בסעיף 27 להלן), הצדדים לא חלקו על העובדה, כי הירי של הנאשם בעלאא הוא שהביא לפציעתו. בהקשר זה, בעמדנו על **הנזק** שנגרם לעלאא שקלנו את תצהירו ואת סיכום שיחה עם רעייתו (**ת/3-ת/4**). מן הראיות עולה כי עלאא ספג פציעה תוך בטנית חמורה **(ת/5**). בדברו לפנינו העיד עלאא על הפגיעה הפיזית והתעסוקתית שחווה. הוא ציין כי עבד שנים רבות כרַצָף במדינת ישראל, וכי מאז הפציעה הוא מתמודד עם קושי פיזי ונעדר יכולת לבצע פעילות גופנית מאומצת (עמ' 6 ש' 34-32). ראיות אלה מלמדות על הנזק שהסבו מעשיו של הנאשם לעלאא.
8. עמדנו לעיל על שורת **היבטים מחמירים** **בנסיבות ביצוע העבירה ועל הנזק** שנגרם בעטיים. מעשה הירי הרשלני לא היה אפוא **מינורי**. בצל רשלנות זו **איבד המנוח את חייו**. בצל מעשי הנאשם, נפגע המרקם העדין שמתחייב מהצורך בריסון הנדרש בהפעלת הכוח, בעת שמירת הביטחון והסדר באזור בעל מורכבות ורגישות ביטחונית. בצל המעשים נתערער ערכו של **טוהר הנשק**. המעשים חרגו מהוראות הפתיחה באש ונפגעה **תדמיתו של צה"ל**.
9. אל מול שיקולים אלה, מצאנו לתת משקל לשורת **שיקולי קולה הנגזרים מנסיבות ביצוע העבירה**. בטיעוניהם עמדו הצדדים באריכות על נסיבות **הרקע** למעשה הירי הרשלני במנוח, ובכלל זה לירי שבוצע לעבר עלאא ו**הסיבות** שבגינן הנאשם ירה לעברם. עמדת הצדדים הייתה כי **אין** לשלול את **נקודת המבט** של הנאשם, כי בעת הירי על כל שלביו היה נתון, להשקפתו, בעיצומו של אירוע בעל אופי **מבצעי** וכי לנוכח קשיים ראייתיים העולים מבחינה "מדוקדקת" של הראיות כולן, יש "למתוח קו" בין נסיבות הירי לעבר הפצוע עלאא לבין הירי לעבר המנוח **בשלביו המאוחרים**. נעמוד על שיקולים אלה בהרחבה להלן:
10. **הימים שקדמו לביצוע העבירה**. אין לנתק את התנהגות הנאשם בעת התרחשות מעשה העבירה, מנסיבות הרקע וממידת הדריכות הביטחונית ה"כללית" ששררה בימים שקדמו לו. אירוע הירי התרחש כזכור ביום 20.3.2019 ערב צאת צום תענית אסתר. מן הפרטים הנוספים עולה, כאמור, כי "במהלך החודש שבו אירע האירוע התרחשו באיו"ש ובגזרת החטיבה והגדוד מספר אירועי פח"ע חמורים והפרות סדר, ובעקבות זאת נדרשו החיילים לגלות ערנות ולנהוג בנחישות" (סעיף 7 ב -ת/1). כעולה מדברי הסנגור, **בראשית** אותו שבוע, ביום 17.3.2019 התרחש פיגוע קשה בצומת אריאל, שבמסגרתו מחבל דקר חייל, חטף את נשקו האישי והרגו, בהמשך ירה המחבל ופצע שני מאבטחים שניצבו בטרמפיאדה, המחבל הוסיף וירה מהצומת לעבר כלי רכב חולפים, בהמשך האירוע, ירה המחבל למוות ברב אטינגר ז"ל ופצע קשה חייל נוסף (עמ' 9 ש' 14). תואר כי האירוע הקשה עורר טלטלה בצה"ל ובגדוד של הנאשם. בהמשך אותו שבוע, אירעו כאמור אירועי פח"ע רבים נוספים בגזרה, וביניהם: אירוע דריסת שוטר מג"ב, ניסיון דקירת חיילת מהגדוד של הנאשם, יידוי אבנים ובקבוקי תבערה לעבר כלי רכב ישראלים, בין היתר, בצומת שבו התרחש האירוע שבכתב האישום (עמ' 9 ש' 20-19). בהתאם לפרטים הנוספים יום לפני האירוע, מטען צינור הושלך, כאמור, לעבר המוצב הפלוגתי של הנאשם. לנוכח המתיחות האמורה, הוקפצו הנאשם וחיילים נוספים מהגדוד לתפוס עמדות. הנאשם נקרא לתפוס עמדה בפילבוקס (סעיף 6 ב- ת/1). מפקדת הפילבוקס היתה בפעילות יזומה עם שני חיילים נוספים, כך שגם התדריך שקיבל הנאשם, טרם עלייתו לעמדה, ובו פירוט בנוגע למענה המבצעי הראוי במקרה של תרחיש מסוג זה, לקה בחסר (עמ' 5 ש' 26). הנאשם ניצב לבדו, בפעם הראשונה בחייו בפילבוקס, מבלי שבפילבוקס נכח מפקד. היה זה האירוע הראשון שבו ירה בנשק חי (סעיפים 6, 7 ב - ת/1). בנוסף, אין מחלוקת כי דקות בודדות לפני האירוע, הועברה לנאשם "התרעה מודיעינית חמה", על אפשרות להתרחשות פיגוע חמור בגזרה בה שהה, וכי התרעה זו הכניסה את הנאשם למצב של "דריכות מוגברת, מתח וחשש" (סעיף 5 ב - ת/1).
11. **אירוע מבצעי**. כאשר בתודעתו של הנאשם מכלול הפרטים שצוינו לעיל, שמע הנאשם רעש חריג מן הצומת, ולאחריו הבחין באדם אשר נופף בידיו לעבר הצומת, בעוד כלי רכב אחר, שנמצא עימו בעימות, לאחר שהשניים עוקפים זה את זה, מתרחק במהירות לכיוון אפרת. בהקשר זה נטען כי "מנקודת מבטו של החייל הניצב לבדו בעמדה בחושך", הוא נתון ב**אירוע מבצעי מובהק** (עמ' 6 ש' 7; עמ' 5 ש' 37), בסברו שאותו אדם שנופף בידיו לעבר כלי רכב ישראלים "הנעים בצומת לכיוון אפרת... מסכן את ביטחונם וחייהם של אזרחים הנעים על הכביש" (סעיף ד לכתב האישום). בהתחשב במכלול האמור לעיל, ועל רקע העובדה כי זוהי הפעם הראשונה שבה ניצב הנאשם לבדו בפילבוקס ונדרש לירות באש חיה, **אין לשלול**, כעולה מעמדת הצדדים, **את סבירות הטעות של הנאשם ואת כנותה**, שעה שבחר לפעול בהתאם ל"נוהל מעצר חשוד" כלפי אדם שנשקפת ממנו, כך בעיני הנאשם, סכנה לבאי הצומת. בהתאם לתפיסה כי הוא ניצב באירוע מבצעי שבמסגרתו נדרש לסכל את פעילותו של אותו אדם, פעל הנאשם על פי הפקודות, קרא לעברו קריאות אזהרה, ירה שתי יריות באוויר, ובהמשך משסבר כי אותו אדם המשיך במעשיו ולא שעה לאזהרותיו, ירה לעברו ופצע את עלאא. מיד לאחר אירוע הירי האמור, כעולה מהפרטים הנוספים, דיווח הנאשם לחמ"ל הפלוגתי על הירי. אחד הלוחמים חבר אליו לעמדת הפילבוקס, הנאשם הסביר לו את שארע וביקש ממנו "לפרוק מהפילבוקס לעבר מי שהוא ראה כחשוד" (סעיף 8 ב - ת/1). בפרק הזמן הזה, כמתואר בכתב האישום, פּוּנָה עלאא הפצוע לבית החולים, המנוח ניסה לסייע לאשתו של עלאא להתניע את כלי רכב, ובשלב מסוים יצא מכלי הרכב לצומת (סעיף ו' בכתב האישום). כעולה מעמדת הצדדים, נתוני הרקע בכללותם הביאו **לטעות מתמשכת בזיהוי**, ולכך שהנאשם ירה לעבר המנוח, מתוך הנחה מוטעית כי דובר באותו אדם שאותו זיהה קודם לכן, ולעברו ירה קודם לכן.

**שורת התרעות כלליות וקונקרטיות** אשר נבעו מהמתיחות הביטחונית, העדר ניסיון קודם של הנאשם לבדו בעמדת הפילבוקס, שמיעת רעש חריג וזיהוי דמות המנופפת בצומת שעליו הוא מופקד, הציבה את החייל **במצב מורכב ומאיים**.

להיבטי **המבצעיות** של הפעולה יש השלכה על הבחינה שעושה בית הדין. בחינה זו צריכה להיות "זהירה", לא בדיקה "סטרילית בתנאי מעבדה", אלא כזו שתביא בחשבון "את נסיבות האירוע, תנאי השטח **ותחושות** הנפשות הפועלות **בזמן אמת**" (עניין **דרי** לעיל בפס' 26). כדברי כב' הנשיא ברק -

"כאשר שוטרים או חיילים פועלים בתנאי לחץ וחירום שלא הם גרמו, המונעים מהם שקילה ובחינה רגילים של החלופות והמחייבים החלטה מהירה שלא ניתן להתכונן אליה מראש, יש לבחון את סבירות פעולתם במסגרת תנאים מיוחדים אלה. אין לנתק את ההתנהגות מהתנאים שסבבו אותה. אין להעתיק את ההתנהגות ל'תנאי מעבדה'" (ע"א 5604/94 **חמד נ' מדינת ישראל**, פ"ד נח(2) 498 (2004))

1. **קשיים ראייתיים בעת בחינת התנהלות הנאשם באירוע.** היבטים אלה שפורטו בסעיפים 26 ו - 27 לעיל, **מצטרפים** לטעמים עובדתיים וראייתיים, שנאספו במהלך חקירת מצ"ח. נטען כי גרסאות הנאשם וגרסאות עדים ומעורבים נוספים, וכן ממצאים פורנזיים שנאספו מהזירה, הביאו את התביעה הצבאית לכלל מסקנה כי בנוגע לחלקו הראשון של הירי שביצע הנאשם לעבר עלאא, אין לשלול בהכרח את כנות וסבירות הטעות של הנאשם, כשהחליט להפעיל כלפיו "נוהל מעצר חשוד", הגם שאין מחלוקת כי בדיעבד היה **הירי לעבר עלאא מוטעה**. מסקנה זו מוצאת אחיזה בפסיקה. בהקשר אחר קבע בית המשפט העליון, כי -

"אכן, חייל או שוטר המצוי במצב לחימה עלול לטעות. את מעשיו יש לבחון על רקע הסיטואציה המורכבת. לעתים הדבר עשוי אף להקים **סייג מאחריות פלילית, ולהביא לזיכּויוֹ ממעשה שתוצאתו** איומה **ונוראה** (ראו פסק דיני בת"פ (מחוזי י-ם) 2005/06 מדינת ישראל נ' יחזקאל (18.4.2007); ע"פ 6392/07 מדינת ישראל נ' יחזקאל (30.4.2008)). **בוודאי שהדבר עשוי להוות שיקול משמעותי לקולא בענישתו.**" (עניין **דרי** לעיל, בפס' 22 לחוו"ד של כב' הש' סולברג).

למכלול היבטי החומרה והקולה בנסיבות ביצוע העבירה, שפורטו לעיל, יש לתת משקל בקביעת מתחם העונש ההולם. מחד גיסא, **מדת הרשלנות** בירי לעבר המנוח והתוצאה **הקשה**; מאידך גיסא, שיקולים **עובדתיים, ראייתיים ומשפטיים**, שיסודם **ברקע לאירוע ובאופי המבצעי** שאותו שיווה הנאשם לאירוע, הניצבים **בזיקה הדוקה** למעשה הירי גופו ומהווים **הסיבות והטעמים** לביצוע מעשה הירי.

1. **תקדימי הענישה**, אשר במסגרתם נתנו חיילים לוחמים את הדין על ירי רשלני **אינם רבים**. מטעם התביעה הצבאית הופנינו לשני מקרים שהתרחשו **לפני למעלה משנות דור**. בעניין **שלמה** הורשע **קצין** בדרגת סרן על פי הודאתו בירי רשלני של קליע פלסטיק לעבר נער פלסטינאי, במסגרת אירוע יידויי אבנים. לא קמה מחלוקת באותו עניין כי יידוי האבנים לא העמיד בסיכון את אנשי הכוח, וכי לקצין לא היתה סמכות לפתוח באש. על קצין הוטלו שלושה חודשי מאסר לריצוי בפועל בדרך של עבודה צבאית, ועונש מאסר מותנה שמשכו חודש (ע/181/90 **התובע הצבאי הראשי נ' סרן שלמה** (1990)). הוצג גם עניין **מקונן**, אשר במסגרתו לוחם בדרגת רב"ט שהיה נתון במצב של מרדף אחרי מידיי אבנים, ירה בגבו של ילד פלסטינאי כבן 12, במטרה להגן על עצמו, לאחר שחש לטענתו "סכנה מוחשית לחייו". בתום הליך הוכחות, נדחתה טענת ההגנה כי הירי בוצע מתוך הגנה עצמית. החייל הורשע בגרימת מותו ברשלנות של הנער, והוטלו עליו שלושה חודשי מאסר לריצוי בפועל בדרך של עבודה צבאית (ע/60/94 **רב"ט מקונן נ' התובע הצבאי הראשי** (1994)). בטיעוניו ציין התובע כי מקרים אלה חמורים יותר בנסיבותיהם מהמקרה דנן.

בחלוף עשר שנים, בעניין **קורצקי**, לאחר ניהול הליך הוכחות, הורשע קצין בדרגת סרן בירי רשלני לעבר חומת מפגע, שהביא למותו של נער פלסטינאי. נקבע שם כי "משנתקפחו חיי אדם לשווא" אין מנוס מענישה **משמעותית** שלה שני רכיבים משלימים: הורדה בדרגה שתבטא את הכישלון הפיקודי, ומאסר בפועל שיענה על "היבטיו הפליליים המובהקים של המעשה". באותו ענין הוטלו על הקצין ששה חודשי מאסר לריצוי בפועל, מתוכם **שני** חודשי מאסר בכליאה ממשית ו**ארבעה** חודשי מאסר לריצוי בדרך של עבודה צבאית, וזאת לצד עונש מאסר מותנה והורדה לדרגת סגן (עניין **קורצקי** לעיל).

**מתחם העונש ההולם**

1. לנוכח מידת הפגיעה בערכים החברתיים המוגנים, היבטי חומרה וקולה בנסיבות ביצוע העבירה שפורטו בהרחבה לעיל ובראי מדיניות הענישה הנוהגת, מצאנו כי מתחם העונש ההולם ראוי כי ינוע בין **שלושה לששה** חודשי **מאסר**.כפי שיפורט בהמשך, בין השופטים **לא** שררה תמימות דעים ביחס לשאלה האם מתחם זה ראוי שירוצה כולו בכליאה ממשית או שיכול ויכלול שילוב של רכיבי כליאה ממשית ועבודה צבאית. יש להוסיף ולקבוע כי ראוי שתמהיל הענישה יכלול גם רכיבים צופים פני עתיד של **עונש מאסר מותנה** **והורדה בדרגה**.
2. בעת בחינת העונש הראוי לנאשם, **בתוך** מתחם העונש ההולם, נתנו דעתנו ל**נסיבותיו של העושה**. הנאשם עלה כזכור ארצה על מנת להתגייס לשירות בצה"ל כלוחם, החל את שירותו הצבאי בראשית חודש אוגוסט 2017 (ת/1). כאמור בפס' 1312 לעיל שירותו הצבאי היה תורם וחיובי עד לאירוע הניצב בבסיס כתב האישום. ממכתב ההמלצה של מפקדו עולה, כי לאורך שירותו, הפגין הנאשם מסירות חריצות ויושר (ס/2). גם בתעודת ההערכה שניתנה לו עם שחרורו צוינו, תכונותיו הטובות (ס/1). נתנו דעתנו לכך שעצם העמדתו לדין פלילי של מי שעלה ארצה והתנדב לשירות משמעותי בצה"ל, בתפקיד לחימה תובעני, אינה ענין של מה בכך. הסתבכותו באירוע פלילי שאליו נקלע במסגרת התפקיד הצבאי בסיטואציה שלתפיסתו היתה מבצעית, והכתמתו ברישום פלילי, מהווה צעד אשר לבדו אין למעט בהשלכותיו. שקלנו את השפעת הליכי החקירה על מצבו הנפשי של הנאשם (פס' ‎1413 לעיל). הנאשם הוא אדם צעיר בראשית חייו, נעדר כל עבר פלילי, ויש לשקלל היבטי **שיקום** הנוגעים לעתידו. נכונות הנאשם ליטול אחריות על האירוע, השתקפה בשיתוף הפעולה עם נציגי הגוף החוקר, ומצאה ביטוי בהודאתו בהזדמנות הראשונה, תוך ויתור על טענות הגנה. חרטת הנאשם על תוצאות המעשה, מצאה ביטוי בחקירתו ובדברו האחרון בבית הדין.
3. משהגענו עד הלום, נדרשים אנו לבחון האם הסדר הטיעון שהוצג **סביר ומאוזן**, בראי מכלול השיקולים שפורטו לעיל. בפסק הדין המנחה של בית המשפט העליון, בעניין **פלוני** שעניינו הסדרי טיעון נקבע כי -

"הסדר הטיעון, כשהוא לעצמו, מהווה **שיקול מרכזי בגזירת-הדין**, הן מטעמים של אינטרס הציבור והן כדי למלא אחר ציפיות הנאשם המוותר בהודייתו על זכותו לניהול ההליך הפלילי עד תומו. לכל אלה ייתן בית-המשפט **משקל רב** בעת שהוא מפעיל את שיקול-דעתו בשלב גזירת-הדין. עם זאת, **אין מדובר בשיקול בלעדי**" (ע"פ 1958/98 **פלוני נ' מדינת ישראל**, פ"ד נז(1) 577, 608 (2002))

באותו עניין, נקבע "מבחן האיזון", שלפיו ייבחן האיזון שבין "**טובת ההנאה**" שמעניק ההסדר לנאשם, לבין **"האינטרס הציבורי"** כפי שהוא בא לידי ביטוי בעונש שהיה נגזר על הנאשם אלמלא ההסדר. הובהר כי -

"על בית-המשפט לבחון מה היה העונש הראוי לנאשם אלמלא הסדר הטיעון באמצעות שקילת שיקולי הענישה הרלוונטיים, לרבות סוג העבירה, חומרתה, נסיבות ביצועה, ונסיבותיו האישיות של הנאשם. בהמשך, על בית-המשפט לבחון מהי מידת ההקלה שניתנה לנאשם בגין ההסדר ולצורך כך, עליו לשוות לנגד עיניו את מידת הוויתור שוויתר הנאשם נוכח סיכויי ההרשעה או הזיכוי אלמלא ההסדר; את הקשיים הצפויים בניהול המשפט, לרבות התחשבות בנפגע העבירה והצורך לחסוך ממנו מתן עדות וחקירות. כן ייתן בית-המשפט דעתו לאינטרס הציבורי במובנים נוספים. בצד אלה, יש לקחת בחשבון גם את ציפיותיו של הנאשם, אשר הודה על סמך הסדר טיעון וויתר על זכותו לניהול הליך משפטי. בית-המשפט ידחה הסדר טיעון אם מצא כי נפל פגם או פסול משמעותי בשיקולי התביעה... " (ע"פ 351/07 **פלוני נ' מדינת ישראל**, בפס' 9 (פורסם בנבו, 6.6.2007)).

אולם דומה כי שאלת היחס שבין שיקולי הענישה המנויים בתיקון 113 לחוק העונשין לשיקולים המנחים בעת בחינת שאלת כיבודם של הסדרי טיעון, לא לובנה עד תום, ובפסיקה ישנן גם גישות אחרות (לגישה שלפיה אין להרחיב במלאכת קביעת מתחם העונש ההולם, כאשר הסדר הטיעון לא חורג, על פניו, ממתחם העונש ההולם, ראו ע"פ 6943/16 **גלקין נ' מדינת ישראל**,בפס' 3 (פורסם בנבו, 28.1.2018); בעניין **שפרנוביץ**, בואר כי מערכת שיקולים שונה בין תיקון 113 לטעמים לקיומו של הסדר טיעון, עשויה להוביל למסקנות שונות בדבר העונש הראוי (ע"פ 2524/15 **שפרנוביץ נ' מדינת ישראל**, בפס' 18 (פורסם בנבו, 8.9.2016); וגם בעניין **אבו שארב** בואר כי השיקולים העומדים ביסוד קביעת מתחם הענישה וגזירת העונש בתוכו, שונים מאלו העומדים בבסיס ההתקשרות בין צדדים לכתב אישום במסגרת הסדר טיעון (ע"פ 2745/18 **אבו שארב נ' מדינת ישראל**, בפס' 15-14 (פורסם בנבו, 8.8.2018)).

1. בבחינת סבירותו של הסדר הטיעון, נתן הרכב השופטים **כולו** דעתו לכך **שלא בנקל** ידחה בית הדין **הסדר טיעון** המובא לאישורו, וזאת בשל שורת טעמים מהותיים שיסודם בחשש לכרסום במעמדם של הסדרי טיעון כמו גם בציפייה ובוודאות שהם נוסכים בנאשם החותם על ההסדר. יתרונם של הסדרי הטיעון מנקודת מבטו של הנאשם ושל האינטרס הציבורי כאחד, מאפשר הטלת אחריות פלילית במקרים המתאימים המצדיקים זאת, חרף קשיים ראייתיים, במסגרת הליך יעיל, המגביר את אכיפת ההרשעות, בעוד הנאשם זוכה לוודאות באשר לסעיפי הרשעתו ועונשו, וכל זאת במסגרת הליך שהוא קצר באופן יחסי (ע"פ 2021/17 **מצגר נ' מדינת ישראל**, בפס' 11 (פורסם בנבו, 30.4.2017)). חשיבות נוספת בהקשר זה ראינו בכך שהסדר זה, כעולה מטיעון התובע, נבחן ואושר על ידי הגורמים **הבכירים ביותר** בפרקליטות הצבאית, לאחר בחינה מדוקדקת של התשתית הראייתית ומורכבותה.
2. שקלנו בכובד ראש גם את **עמדת נפגעי העבירה ביחס להסדר הטיעון**, כפי שמצאה ביטוי בדבריו של עו"ד לקר הנכבד (ראו פס' ‎1111 לעיל). הפסיקה הכירה, כידוע, במעמדם של נפגעי העבירה בהליך הפלילי ובזכותם להשמיע את קולם בהתאם לחוק זכויות נפגעי עבירה, התשס"א- 2001. בישיבת הטיעונים לעונש, ביקשנו לתת לנפגעי העבירה את יומם בבית הדין. דבריו של עלאא נשמעו כאמור בעל פה, בהסכמת הצדדים, אף לאחר שהוגש בהסכמה תצהירו כחלק מראיות התביעה. אבי המנוח שנכח בדיון בחר שלא לשאת דברים לפנינו, אך ההרכב כולו התרשם מעוצמת הכאב שהוא נושא עמו. מתורגמן לשפה הערבית ישב לצדו, על מנת שיוכל לעקוב אחר הדיון. נפגעי העבירה באמצעות בא כוחם הביעו **הסתייגותם הממשית** מהסדר הטיעון, בשל תוצאות המעשה הקשות והשלכתן על נפגעי העבירה, ובשל היקף הפגיעה בקדושת ערך חיי אדם ובערכי מוסר וצדק, כאמור בפס' ‎1111 לעיל. שקלנו עמדה זו של נפגעי העבירה, תוך הבנה מלאה לכאבם, ובהתאם להלכה הפסוקה המנחה כי עמדת נפגעי העבירה היא אחד השיקולים שנדרשת התביעה לשקול, במסגרת מכלול השיקולים המונחים על הכף (בג"ץ 5961/07 **פלוני נ' פרקליט המדינה**, פ"ד סב(3) 206, 221 (2007); בג"ץ 5298/17 **פלונית נ' פרקליטות מחוז מרכז**, בפס' 5 (טרם פורסם, 31.10.2017)).

# ההכרעה

1. טעות בזיהוי היא שהביאה את הנאשם למעשה הרשלני ולא כוונה לפגוע בחפים מפשע, רצון לזלזל בהוראות או נכונות ליטול את הדין לידיו. לכף זכות, אפוא, יש לשקול את כוונותיו של הנאשם שביקש במעשיו להבטיח את ההגנה על האזרחים החולפים בצומת. אף על פי כן , מצאנו לקבוע כי **כוונתו הסובייקטיבית** של הנאשם **איננה** משחררת אותו מעונש (ראו והשוו לעניין **קורצקי** לעיל בפס' 34).
2. **כלל** שופטי ההרכב סברו כי מידת הפגיעה בערכים החברתיים המוגנים, מידת רשלנותו של הנאשם לאחר שהוסיף וירה לעבר המנוח גם כשהתרחק מהצומת לכיוון הכפר, והתוצאה הטרגית של המעשה, חייבו, בהתאם לשיקולי הענישה המנחים, רכיב עונשי של מאסר **לריצוי בפועל** בדרך של **כליאה ממשית**. בהעדר רכיב עונשי זה סבר ההרכב **כולו** כי הסדר הטיעון שהוצג הוא הסדר **מקל** ביחס למדת העונש הראויה. אף על פי כן, בעת בחינת **היקפו** **של הפער** בין העונש הראוי לעונש המוסכם שהוצג והאם הוא מצדיק **התערבות** **בהסדר הטיעון** **נחלקו** **דעותינו**.
3. **רוב** השופטים סברו כי משהוצג לבית הדין הסדר טיעון, ראוי בהתחשב במכלול הטעמים שהוצגו מפי הצדדים, **לכבדו**. להשקפתם, בבסיס הכרעה זו, ניצבים בעיקרם, היבטים **משפטיים** **וראייתיים** העולים מדרך ניתוח הראיות בתיק זה, המצטרפים לצורך בכיבוד מוסד הסדרי הטיעון. ההסדר שהוצג הוא פרי הליך משא ומתן ממושך שהתקיים בין הצדדים, ואשר במסגרתו נערך ניתוח ראייתי ומשפטי "מדוקדק" ביחס לסיכויי הרשעתו של הנאשם במיוחס לו. מטבע הדברים, לא נחשף הרכב השופטים לראיות בכללותן ולקשים הראייתיים העולים מהם, ואין לו אלא להסתמך על **המסגרת העובדתית המוסכמת** ועל טיעוני הצדדים. נקודת המוצא שאומצה, היא כי הנאשם חש שהוא נתון בעיצומו של **אירוע מבצעי מובהק**. בחינת המעשים שהביאו לגרימת המוות, צריכה להיעשות, אפוא, תוך התחשבות **באווירה המתוחה** שבה היה נתון הנאשם בעת מעשה. אין זה ראוי לנתק את מעשי הנאשם **מהאירועים שקדמו לו**, **מהמתיחות** הכללית ששררה, **מההתרעה הקונקרטית** שקיבל, וממידת מוכנותו וכושרו לביצוע המשימה, שעה **שהתדריך שקיבל לקה בחסר** והייתה זו הפעם **הראשונה** שבה הופקד על הפילבוקס. בפרט יש לתת את הדעת **לטעמים ראייתיים ומשפטיים** המצביעים על כך שאין לשלול את **כנות וסבירות הטעות** שאפפה את נסיבות הירי לעבר הדמות שבה הבחין בצומת (ראו והשוו לעניין **דרי** לעיל, בפס' 7 לחוו"ד של כב' הש' אלרון). על אף המורכבות שאליה נקלע בזמן אמת על מכלול השלכותיה כלפיו, הפגין הנאשם לכל אורך הדרך, שיתוף פעולה מלא ונטל אחריות למעשיו. הודאתו באשמה ונכונותו ליטול אחריות, חסכה הדיינות ארוכה שעלולה הייתה להוסיף לצער ולכאב שהם מנת חלקם של נפגעי העבירה.
4. אכן, על רקע התוצאה הרת האסון מובן הקושי לקבל את המורכבות המשפטית שבניתוח המעשים ואת הקשיים הראייתיים שעליהם עמדו הצדדים בטיעוניהם. בעניין **נגר** עמד בית המשפט העליון על כך **שלא אחת ניצבת עמדת הצדדים בהסדר טיעון בניגוד לאינטואיציה של הציבור אשר אינו בקיא ברזי הדין הפלילי, ואינה מתיישבת עם כאבם של נפגעי העבירה, משפחתם וחבריהם**. בואר שם, כי "במקרים שבהם האמת איננה ברורה ואפופה בספקות והצדק איננו בהישג יד, הסדרי הטיעון שהתביעה והנאשמים מגיעים אליהם אינם באים להכחיש שום אמת וממילא אינם שוללים את הצדק. הסדרים אלו הם הכרח בל-יגונה שעושים את המיטב מבחינתו של כל צד להליך" (בג"ץ 2925/19 **נגר נ' פרקליטות מחוז הצפון**, בפס' 7 (טרם פורסם, 24.6.2019)).
5. רוב השופטים סבורים כי הסדר הטיעון משקף, אפוא, את נקודת האיזון המשפטית, שאליה הגיעו הצדדים בראי מכלול השיקולים האמורים אשר אינה חורגת **ממתחם** הסבירות. לפיכך, אף כי **ראוי** היה **בשונה מעתירת הצדדים** לכלול גם רכיב עונשי של מאסר לריצוי בפועל **בכליאה ממשית**, סבורים שופטי **הרוב** כי מדת עונש המאסר בפועל שראוי היה להטיל לצד עונש העבודה הצבאית **אינו** מהווה סטייה **המצדיקה התערבות**. לפיכך, מוצאים הם **לכבד את הסכמת הצדדים לעניין העונש**. וזאת, מבלי לגרוע כמלוא הנימה מחומרת תוצאת מעשיו של הנאשם שהביאו לאובדן חייו של נער צעיר ולפציעתו של אחר. אין בכך כדי להמעיט גם בצער, בסבל ובפגיעה הקשה שהסבו המעשים למשפחת המנוח שנאלצה להתמודד עם מות בנם בטרם עת; ואף לא מעוצמת הפגיעה של מעשי הנאשם בכאבו של עלאא על הפציעה שספג והשלכותיה על משפחתו.
6. דעת **שופט המיעוט** שונה. להשקפתו, למידת הרשלנות והיקפה כמו גם לתוצאות הרות האסון של מעשה הנאשם, השלכה מכרעת על מידת העונש ההולם אותם. בפסיקת בית המשפט העליון נקבע, בהקשר אחר, כי -

 "מנקודת מבט מוסרית ומשפטית יש לתת ביטוי לערך קדושת החיים, וזאת לא רק באמצעות הטלת איסור פלילי על פגיעה בערך זה, אלא גם בגזירת העונש המתאים. על העונש להיקבע מתוך ההבנה הבסיסית כי כל אדם הוא עולם ומלואו, ופגיעה בו היא, כשלעצמה, מעשה חמור מאין כמותו. יתרה מכך: פגיעה באדם אחד פוגעת לא רק בעולמו שלו, אלא גם בעולמות של אלו הקרובים לו - משפחה וחברים, שנאלצים להתמודד עם קשיים שאין דבר שיכול לרככם. לכך יש לתת את המשקל הראוי" (ע"פ 3545/18 **קיקס נ' מדינת ישראל**, בפס' 5 (24.2.2019))

1. בפסיקותיו שב ועמד בית המשפט העליון על הצורך בכך שיינתן ביטוי עונשי הולם לכל קיפוח של חיי אדם, וכי העיקרון העונשי המנחה האמור, אינו מתייחד רק לעבירות רצח, אלא גם לעבירות אחרות שתוצאתן היא מות הקורבן (רע"פ 4157/06 **פלוני נ' מדינת ישראל**, בפס' 3 (25.10.2007)). אף בפסיקה הצבאית נקבע כי קיפוח חיי אדם לשווא מעלה כי אין מנוס מענישה ממשית שתכליתה "להמחיש את חשיבותו של ערך זה" (עניין **קורצקי** בפס' 34).
2. אכן, גם מעיניו של שופט המיעוט לא נעלמה נקודת מבטו של הנאשם בנוגע להיבטיה **המבצעיים** של הפעולה. אולם שופט המיעוט סבור, כי במסגרת תפקידם המורכב והרגיש של מפקדי צה"ל וחייליו היבטי **חינוך והרתעה** מחייבים השתת ענישה ממשית על כל חייל שחרג במעשיו מאמות המידה המחייבות. מעשה חייל שאין מחלוקת כי חרג מהוראות הפתיחה באש וביצע ירי רשלני במסגרת המשימה הצבאית שהוטלה עליו, קל וחומר כאשר הביא במעשיו לפגיעה בשלמות גופו ובקדושת חייו של אדם חף מפשע, מחייב נקיטת ענישה הולמת בכליאה ממשית (ראו למשל קביעותיו של בית הדין הצבאי לערעורים בע"מ/29/03 **התובע הצבאי הראשי נ' סמל זמיר** (2003)).
3. שופט **המיעוט** סבור כי מתחם העונש הראוי מלכתחילה הוא בין שלושה לשישה חודשי מאסר לריצוי **בפועל בכליאה ממשית**, וכי לכל הפחות צריך היה לכלול רכיב עונשי של מספר חודשי מאסר לריצוי בפועל **בנוסף** לשלושת חודשי העבודה הצבאית שעתרו הצדדים להטיל על הנאשם בתיק זה. אולם, תוך נתינת הדעת לעובדה שהודאת הנאשם ניתנה במסגרת הסדר טיעון, ועל רקע הציפייה והוודאות שנסך הסדר הטיעון בנאשם החותם על ההסדר, סבר שופט **המיעוט** כי ראוי היה לקבוע שאת **כלל תקופת המאסר** המנויה בעתירת הצדדים, ירצה הנאשם בדרך של **כליאה ממשית**. בהתאם לדעת שופט המיעוט ראוי היה שעל הנאשם יוטל עונש של 90 ימי מאסר בפועל **בכליאה ממשית**.

# סוף דבר

בדעת **רוב** השופטים ייגזרו על הנאשם את העונשים הבאים:

1. תשעים (90) ימי מאסר לריצוי **בפועל**, **בעבודה צבאית,** על פי התנאים שנקבעו בחוות הדעת של רמ"ד שיקום (מיום 5.8.2020). הנאשם יתייצב לריצוי עונשו ביום 20.12.2020 לא יאוחר מהשעה 9:00 בבסיס ציוד תל השומר.
2. שלושה (3) חודשי מאסר על תנאי למשך שנתיים לבל יעבור את העבירה שבה הורשע או עבירות שיש בהן יסוד של התרשלות שתביא לפגיעה בגוף.
3. הורדה לדרגת טוראי.

**לנוכח הפגמים בתדרוך הנאשם טרם עלייתו לעמדה, בראי המתיחות הגבוהה ששררה בערב האירוע, ולנוכח התוצאה הרת האסון יועבר העתק הפרוטוקול ללשכת אלוף פיקוד העורף לצורך הפקת הלקחים הנדרשים.**

**לאור בקשת ההגנה לקיים דיון בסוגית איסור הפרסום ועל מנת לאפשר לצדדים להיערך לטיעוניהם בהתאם לחוות הדעת של הגורם המקצועי המוסמך, יוארך צו איסור הפרסום בתיק עד החלטה אחרת. העתק לרל"שית נשיא יבד"ץ.**

**זכות ערעור כחוק.**

**ניתן היום, 9.12.2020, כ"ג בכסלו התשפ"א, והודע בפומבי ובמעמד הצדדים.**

**\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_ \_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_ \_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_**

**שופט סגנית הנשיא שופטת**

נוסח זה כפוף לתיקוני הגהה ועריכה