



בבית הדין הצבאי לערעורים

בפני :

- אלוף דורון פילס - הנשיא
- תא"ל אורלי מרקמן - המשנה לנשיא
- אל"ם ראמטין סבטי - שופטת

בעניין :

התובע הצבאי הראשי – המערער (ע"י ב"כ, רס"ן מתן פורשט ; סרן שגב רוס)

נגד

ב/XXX טור' י' כ' – המשיב (ע"י ב"כ, סרן ליאור עייש ; סגן איתי המר) ב/
XXX טור' י' מ' – המשיב (ע"י ב"כ, סרן עומר קנובלר)

ובעניין :

ב/XXX טור' י' כ' – המערער (ע"י ב"כ, סרן ליאור עייש ; סגן איתי המר)
ב/XXX טור' י' מ' – המערער (ע"י ב"כ, סרן עומר קנובלר)

נגד

התובע הצבאי הראשי – המשיב (ע"י ב"כ, רס"ן מתן פורשט ; סרן שגב רוס)

ערעור על פסק דין של בית הדין הצבאי המחוזי במחוז שיפוטי העורף שניתן בתיק עורף (מחוזי) 37/15 (סא"ל שחר גרינברג – אב"ד ; רס"ן יפית שר לוי – שופטת ; סרן מור בן אלישע – שופטת) ביום 1.8.2016. ערעור התביעה (הכרעת הדין) התקבל. ערעור התביעה (קולת העונש) נדחה. ערעורי ההגנה (הכרעת הדין) נדחו.

פ ס ק - ד י ןכללי

1. הן התביעה הצבאית והן המשיבים משיגים על פסק-דין של בית הדין המחוזי בעניינם של טורי י' כ' (להלן – "המשיב 1"), וטורי י' מ' (להלן – "המשיב 2").
2. כנגד המשיבים הוגש לבית הדין המחוזי כתב אישום אשר ייחס לשניהם עבירה שעניינה פציעה בנסיבות מחמירות, לפי סעיף 334 בנסיבות של סעיפים 335(א)(1) ו-335(א)(2) (וסעיף 29(ב) לחוק העונשין, התשל"ז-1977. על-פי הנטען, ביום 23.4.2014, בבסיס יחידת מפקע"ר, ניגשו המשיבים למרפאה בבקשה להיבדק על-ידי רופא. לאחר שהתברר כי לא נותרו תורים פנויים, ולאחר דין ודברים בין המשיבים לפקידת הקבלה במרפאה, המשיבים תקפו ופצעו את המתלונן, חובש במרפאה. נטען, כי לאחר שהמשיבים החלו לצעוק על פקידת המרפאה, הגיע המתלונן וביקש מהמשיבים שלא להרים את קולם. בתגובה, החלו המשיבים להתווכח עם המתלונן. בשלב זה, ניגשה למקום אחראית המרפאה וביקשה מהמשיבים להירגע. או אז, החל המשיב 2 לגדף את אחראית המרפאה והמשיב 1 אמר למתלונן "בוא, בוא החוצה, נראה אם אתה גבר". לאחר שהמתלונן השיב לו "יש לכם מזל שאני לא רוצה להסתבך וללכת לכלא", התקרב המשיב 2 לעברו של המתלונן והכה אותו. המשיב 1, כך נטען, התקרב אף הוא לעבר המתלונן, תפס בראשו וחנק אותו. בהמשך, בעודו אוחז בראשו של המתלונן, משך המשיב 1 את ראשו של המתלונן לכיוון הרצפה ואילצו להתכופף. בשלב זה, הוריד המשיב 2 מהקיר שבמרפאה שתי תעודות ממוסגרות עם כיסוי זכוכית, הכה באמצעותן בראשו של המתלונן ואף בעט בו. כתוצאה מהמכות, חש המתלונן כאבים בצווארו ונשרט בפניו ובגבו.
3. המשיבים כפרו במיוחס להם. משכך, באה בפני בית הדין המחוזי פרשת הראיות. מטעם התביעה הצבאית העידו המתלונן, חוקרי מצ"ח ועדי ראיה שנכחו במרפאה בעת האירוע המיוחס למשיבים. מטעם ההגנה העידו המשיבים. לאחר סקירת הראיות וקביעת ממצאים עובדתיים, מצא בית הדין המחוזי כי התביעה הצבאית לא עמדה בנטל ההוכחה של העבירה שעניינה פציעה. בשים-לב למחדלי החקירה שנמצאו, לשיהוי הניכר בהגשת כתב האישום ולהיות האירוע ספונטני – מצא בית הדין המחוזי להרשיע את המשיבים בעבירה שעניינה אלימות כלפי חייל, לפי סעיף 61 לחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955, חלף העבירה שיוחסה להם בכתב האישום. נוכח הרשעתם, הושתו על כל אחד מהמשיבים שלושה חודשי מאסר על-תנאי, קנס בסך 500 ש"ח, ופיצוי למתלונן בסך 1,000 ש"ח, שישולם על-ידי כל אחד מהמשיבים.

פסק הדין בבית הדין המחוזי

4. בית הדין המחוזי סקר בהרחבה את עדויות העדים הרבים שבאו לפניו, לרבות עדותם של אור – המתלונן; ענבר – אחראית המרפאה; ויקה – פקידת המרפאה; מתן – חובש במרפאה; נתן – חובש במרפאה; ספיר – קצינת חקירות במצ"ח, אשר גבתה את אמרתו של המשיב 1; דניאל – חוקרת מצ"ח, אשר ערכה את העימות בין המשיב 2 למתלונן; ולידור – אף היא חוקרת מצ"ח שנטלה חלק בחקירה. כך גם, סקר בית הדין את עדויותיהם של המשיבים לפניו ואת אמרותיהם של המשיבים במצ"ח. לאחר שעמד בהרחבה על גרסאותיהם של שלל העדים שנשמעו בפניו, מצא בית הדין המחוזי **לדחות את גרסת המשיבים**, שלפיה המתלונן הוא שהחל באלימות הפיזית והם נאלצו להכותו, כהגנה עצמית. בית הדין מצא **לבכר את גרסת המתלונן**, שנתמכה להשקפתו בעדויות רבות של חיילים שנכחו במקום.

5. עוד צוין, כי כתב האישום כנגד המשיבים הוגש בחלוף למעלה משנה לאחר קרות האירוע, ושמיעת הראיות החלה רק כשנה ומחצה לאחריו, באופן שהשפיע על זיכרונם של העדים את פרטי האירוע לאשורם. עם זאת, נקבע כי על-אף הבדלים לא משמעותיים בין דבריהם של עדי התביעה, הרי שלגבי "הגרעין הקשה" של האירוע, דווקא מחזקות עדויות אלה האחת את השנייה. בית הדין מצא את עדותו של המתלונן ואת עדויותיהם של עדי התביעה מהימנות, אמינות ומשכנעות, ומצא, על כן, ליתן להן משקל ממשי. לעומת ההתרשמות החיובית מעדי התביעה, התרשמותו של בית הדין קמא מהמשיבים הייתה "שלילית". בגרסתו של המשיב 2 נמצאו "פרכות משמעותיות" ולגבי המשיב 1 נקבע כי מסר תיאור "שלא עולה בקנה אחד עם אף אחד (צ"ל – אחת) מהעדויות בתיק". נוכח האמור, מצא בית הדין קמא להעדיף את גרסת עדי התביעה על-פני גרסת המשיבים, וקבע לפיהם ממצאים עובדתיים כדלקמן:

"ביום 23/4/2014 הגיעו יי ויי למרפאה ופנו לויקה על מנת לקבל תור לרופא. ויקה מסרה להם כי אין תורים. בתגובה לכך, הרימו הנאשמים את קולם על ויקה... אור, שישב בחדר סמוך, שמע את הצעקות, ויצא למקום בו היו הנאשמים וצעק עליהם שלא ירימו את קולם... בתגובה, אמר יי לאור מי הוא שידבר אליהם כך. ענבר, אחראית המרפאה... יצאה וביקשה מאור שיכנס חזרה לתוך המרפאה. אור החל להיכנס חזרה למרפאה ואז יי אמר בקול מה הוא בא אלינו בפוזה, בתגובה חזר אור למקום ואמר לנאשמים שיש להם מזל שהוא לא רוצה להסתבך... יי אמר לנאשם כי אם זו הסיבה, אז שייצאו החוצה ויפתרו את העניין בחוץ. בשלב זה, תפס יי בחולצתו של אור, ואור בתגובה דחף את יי לקיר.

י' קפץ על אור מאחור, לפת את צווארו וקיפל את אור לכיוון הרצפה. בזמן זה בעט י' באור לכיוון רגליו ובטנו. במהלך הקטטה ניסו... להפריד בין הנאשמים לאור. בשלב מסוים לקח אחד הנאשמים תמונה ממוסגרת עם זכוכית שהייתה תלויה על הקיר והכה בה על אזור גבו של אור".

6. משנמצא כי המשיבים הם אלה שהחלו בנקיטת האלימות הפיזית, נדחתה טענתם כי עומד להם סייג ההגנה העצמית. בבוא בית הדין המחוזי לבחון את התקיימות יסודות העבירה של פציעה בנסיבות מחמירות, מצא כי התביעה לא עמדה בנטל ההוכחה של "פציעה", בקבעו כי "לא הובא כל מסמך רפואי בעניינו של המתלונן". מה שעמד בפני בית הדין קמא בעניין מצבו הרפואי היו עדויות החיילים שנכחו במקום האירוע ולוח תצלומים שערכה המשטרה הצבאית לאחר האירוע. מכיוון שלוח התצלומים שהוגש היה "מטושטש [ו]לא ברור", ולאחר שנקבע כי "מעדויות החיילים שנכחו באירוע, לא ניתן היה לקבל נתונים משמעותיים לגבי מצבו הרפואי של המתלונן בעקבות האירוע" – קבע בית הדין המחוזי כי "אין די ראיות על מנת לבסס הרשעה... בעבירה שעניינה פציעה". חלף זאת, מצא בית הדין קמא כי התקיימו יסודותיה של העבירה שעניינה אלימות כלפי חייל.

7. בשולי הכרעת הדין, עמד בית הדין המחוזי על כך שהתגלו בתיק "מחדלי חקירה ממשיים". כך, למשל, עמד בית הדין קמא על כך שאחת מהעדות לאירוע, ששמה עלה במהלך החקירה, לא נחקרה כלל; על כך שהתמונות המקוריות של זירת האירוע ושל הפגיעות שנגרמו למתלונן אבדו; וכן על כך שעל-אף שנערך עימות בין המשיב 2 למתלונן, לא נערך כל עימות בין המשיב 1 למתלונן, למרות פערי הגרסאות ביניהם. נוכח מחדלי החקירה, השיהוי הניכר בהגשת כתב האישום והעובדה שמדובר באירוע ספונטני שהסתיים "ללא נזק רפואי ממשי מוכח" – מצא בית הדין שלא להרשיע את המשיבים בעבירה שיוחסה להם והרשיעם, חלף זאת, בעבירה שעניינה אלימות כלפי חייל.

8. בגזר הדין, עמד בית הדין המחוזי על חומרת מעשיהם של המשיבים ועל ריבוי מקרי האלימות כלפי אנשי צוותים רפואיים בתוככי הצבא ובכלל. בית הדין המחוזי התחשב, במסגרת שיקוליו, בהיות האירוע לא מתוכנן ובעובדה כי המתלונן "לא נפצע פציעות חמורות" מחד גיסא; ובכך שמדובר באירוע אלימות שנעשה בתוככי מרפאה צבאית ולנגד עיני הצוות הרפואי, בשימוש שנעשה בתמונה ממוסגרת עם זכוכית להכאת המתלונן ובכך שלמשיבים היו מספר הזדמנויות להפסיק את הסלמת האלימות ולצאת מהמרפאה כלעומת שבאו, מאידך גיסא. לאחר שעמד על מדיניות הענישה הנהוגה בעבירות של אלימות כלפי חיילים בכלל ואלימות כלפי צוות רפואי בפרט, קבע בית הדין המחוזי כי

מתחם העונש ההולם את מעשה העבירה שבוצע הוא מאסר בפועל, שאפשר שירוצה בעבודה צבאית, לתקופה של בין 30 ל-60 ימי מאסר, לצד עונש מאסר מותנה, תשלום פיצויים למתלונן וקנס.

9. בית הדין המחוזי מצא כי נוכח העובדה שהמשיבים שוחררו זה מכבר משירותם הצבאי, השתלבו בחיים האזרחיים ושניהם עובדים – יש לחרוג ממתחם העונש ההולם מטעמי שיקום, בהתאם להוראות סעיף 40ד(א) לחוק העונשין, התשל"ז-1977. עוד נקבע כי הנסיבות שאינן קשורות בביצוע העבירה "מאזנות לקולא את חומרת הנסיבות שכן קשורות בביצוע העבירה". בהקשר זה, שקל בית הדין קמא את חלוף הזמן ממועד האירוע; השיהוי המשמעותי בהגשת כתב האישום; פיטוריהם של המשיבים משירות צבאי; נסיבותיהם האישיות המורכבות והעובדה שהחלו "במסלול שיקום ממשי ואמיתי". נקבע, כי "מקרה זה מצדיק ענישה מקלה, לפני משורת הדין", המצדיקה הימנעות מהטלת עונש הכולל רכיב מאסר בפועל, ואשר תאוזן ב"הכבדת יתר רכיבי הענישה". נוכח האמור, הטיל בית הדין המחוזי על המשיבים עונש של שלושה חודשי מאסר על תנאי, פיצוי כספי למתלונן וקנס כספי, כאמור בפסקה 3.

ערעור התביעה

10. ערעור התביעה מופנה הן כנגד זיכויים של המשיבים מהעבירה שעניינה פציעה בנסיבות מחמירות והרשעתם, חלף זאת, בעבירה שעניינה אלימות כלפי חייל, והן כנגד קולת העונש שהוטל.

11. ערעור התביעה בנוגע להכרעת הדין התמקד במסקנותיו המשפטיות של בית הדין המחוזי. התביעה הצבאית הפנתה לממצאי המהימנות והעובדה שנקבעו על-ידי בית הדין המחוזי, אשר מצא לאמץ את עדויות עדי התביעה במישור העובדתי. נטען, כי בניגוד לקביעות בית הדין המחוזי, יסוד הפציעה אכן הוכח בראיות שהובאו בפני בית הדין, ובראשן עדויות עדי התביעה שנמצאו, כאמור, מהימנות על בית הדין קמא. עוד נטען, כי הוכחו מעבר לכל ספק סביר הנסיבות המחמירות של עבירת הפציעה, בשים לב לחבירה לביצוע המעשה והשימוש בנשק קר. בהקשר זה, נטען כי בנתחו את העבירה החלופית שבה הורשעו המשיבים, עמד בית הדין קמא במפורש על נסיבות מחמירות אלה, ומשאין עוד מחלוקת כי אלה התקיימו ברמה העובדתית – נהיר שביחס לעבירה שעניינה פציעה, הן מתקיימות אף ברמה המשפטית-מהותית.

12. הוסיפה התביעה וטענה בערעורה, כי גם אם קביעת בית הדין קמא שלפיה לא הוכח יסוד הפציעה תיוותר על כנה, נכון יהיה להרשיע את המשיבים בעבירה של תקיפה בנסיבות

מחמירות, המתאימה יותר למארג הנסיבות שהוכח בפני בית הדין קמא ומשקפת כנדרש את "האנטי-חברתיות הרבה" הטמונה במעשי המשיבים.

כך גם, טענה התביעה בערעורה כי שגה בית הדין קמא בכך שמצא לבסס את החלטתו להמיר את סעיף האישום, שבו הורשעו המשיבים לעבירה של אלימות כלפי חייל חלף העבירה שיוחסה להם בכתב האישום, על דוקטרינת ההגנה מן הצדק, בשים לב לטעמים שעליהם עמד בית הדין (הנוגעים לליקויים מסוימים באופן ניהול החקירה, לשיהוי שחל בהגשת כתב האישום ולהיות האירוע ספונטני). נטען, כי יישום דוקטרינת ההגנה מן הצדק על ענייננו איננו מצדיק את המרת סעיף האישום או את המסקנה, שאליה הגיע בית הדין קמא, כי אין זה ראוי שהמשיבים יורשעו בעבירה מסוג פשע. נטען, כי לכל היותר, ניתן היה לשקול שיקולים אלה לעניין העונש. נוכח האמור, עתרה התביעה כי חלף הרשעתם בעבירה של אלימות כלפי חייל, יורשעו המשיבים בעבירה שעניינה **פציעה בנסיבות מחמירות**, ולחילופין, כי יורשעו בעבירה שעניינה **תקיפה בנסיבות מחמירות**.

13. אשר לגזר הדין, עמדה התביעה בערעורה על נגע האלימות הפושה בחברה, על חומרת מעשיהם של המשיבים ועל מדיניות הענישה הנוהגת. נטען, כי בית הדין קמא שגה הן בקבעו מתחם עונש "מקל ורחב" מעבר לראוי והן בהחלטתו לסטות ממתחם העונש שקבע, מטעמי שיקום. נטען גם, כי העונש שהוטל על המשיבים אינו משקף את נסיבות החומרה המשמעותיות הניבטות ממעשיהם ואת פגיעתם בערכים המוגנים. על כן, עתרה התביעה להחמיר "באופן משמעותי" בעונש שהוטל ולהשית על המשיבים עונשי מאסר בפועל לתקופה משמעותית, שתענה על שיקולי ההלימה וההרתעה המתקיימים בעניין.

ערעורי המשיבים

ערעור המשיב 1

14. המשיב 1 עתר לזכותו כליל מן העבירה שבה הורשע. בתמצית, טען המשיב 1 בערעורו כי יש לבחון את הראיות מראשיתן ולהתערב בממצאיו העובדתיים "הבלתי סבירים" של בית הדין המחוזי. המשיב 1 טען בערעורו כי בית הדין המחוזי שגה בהתייחסו אליו ולמשיב 2 כאל "יישות אחת". כך למשל, נטען, כי בראשית האירוע המתואר התווכחו פקידת המרפאה והמתלונן עם המשיב 2 דווקא. אשר לנקיטת האלימות הפיזית נטען, כי עדותה של אחראית המרפאה הייתה "רצופת סתירות" וכי מכל מקום, לפי עדות המתלונן היה זה המשיב 2 ש"רק הרים את ידו, ולא נקט באלימות פיזית". כן נטען, כי בית הדין קמא לא נימק מדוע התרשם מהמשיב 1 התרשמות שלילית, למעט הפער בין עדותו בבית הדין לבין

עדותו במצ"ח. לשיטתו, היה על בית הדין קמא לקבל את גרסתו ולקבוע כי המתלונן הוא שנקט אלימות פיזית כלפי המשיב 2.

אשר לשבירת התמונה, טען המשיב 1 בערעורו כי יש לדחות את עדותה של ענבר, אחראית המרפאה, כבלתי מהימנה וככזו שאינה מתיישבת עם ההיגיון ועם יתר הראיות בתיק. נטען, כי לא הוכח מעבר לכל ספק שהמשיבים שברו את התמונה על גופו של המתלונן, וכי, מכל מקום, גם אם נמצא כי יש די ראיות לביסוס שבירת התמונה – הרי שבנקל ניתן להצביע על כך שדווקא המשיב 2 הוא ששבר אותה, בשים לב לעדויות עדי התביעה ולחתכים שנמצאו בידיו של המשיב 2.

15. המשיב 1 עמד בערעורו על כך שלא הוכחה פציעתו של המתלונן ולא הוכח קשר סיבתי בין השימוש לכאורה בנשק הקר לבין הפציעה, בשים לב למקום פגיעת התמונה ולמקום הפציעה. כן עמד המשיב 1 על כך שלא ניתן לקבוע כי המשיבים פעלו בצוותא על-מנת לפגוע במתלונן וכי בחינת הראיות מלמדת דווקא כי מטרתם של המשיבים הייתה שונה – בעוד שהמשיב 2 לקח חלק פעיל בוויכוח שהלך והסלים, המשיב 1 ביקש לעצור את ההסלמה ולמנוע פגיעה במשיב 2 על-ידי המתלונן. לפיכך, לא השתכללו היסודות המחמירים של עבירת הפציעה בנסיבות מחמירות, בהיעדר היסוד של פעולה בצוותא.

16. לבסוף, שב המשיב 1 על הטענות שהעלה בפני בית הדין קמא וטען כי ראוי היה לעשות בעניינו שימוש בסייג ההגנה העצמית שבחוק העונשין. נטען גם כי יש להורות על ביטול כתב האישום כנגדו בשל אכיפה בררנית, שעה שגם המתלונן נטל חלק אינטגרלי באירוע האלימות המתואר בכתב האישום וכנגדו לא ננקטו כל הליכים. נוכח מכלול טענותיו בערעור, ביקש המשיב 1 כי נורה על זיכויו המוחלט ולמצער על ביטולו של כתב האישום מטעמי צדק.

ערעור המשיב 2

17. אף המשיב 2 בערעורו עתר לזיכויו המוחלט, או לחילופין, לביטול כתב האישום. תחילה, הפנה המשיב 2 למסד העובדתי שנקבע על-ידי בית הדין קמא ועתר להתערבות בממצאים העובדתיים שנקבעו. נטען, כי מהעדויות שבאו בפני בית הדין המחוזי עלה כי המשיב 2 הגיב לאלימות שהופעלה כלפיו מצד המתלונן, באופן המצדיק את זיכויו מכל אשם. כמו כן, אף המשיב 2, בדומה למשיב 1, טען כי יש לזכותו אף על רקע קיומו של סייג ההגנה העצמית, ולחילופין, על רקע אכיפה בררנית, בשים לב לכך שכנגד המתלונן לא ננקטו כל הליכים משפטיים.

18. אשר למסד העובדתי שנקבע על-ידי בית הדין קמא, טען המשיב 2 כי שתי קביעות "קריטיות" בפסק הדין – זהות יוזם האלימות הפיסית והשימוש בתמונה על-פני גבו של המתלונן – אינן עולות בקנה אחד עם עדותו של המתלונן עצמו, ולמעשה מבוססות, בעיקרן, על עדותה של מנהלת המרפאה, שהיא עדות "מופרכת". נטען, כי למעשה המתלונן הוא אשר פתח בקטטה, כאשר המשיבים הגנו על גופם, הא ותו לא. כן נטען, כי במקרה זה מוצדקת התערבות ערכאת הערעור בממצאי העובדה שנקבעו, בשים-לב לכך שבית הדין המחוזי נמנע מלהקנות משקל ראוי לסתירות מהותיות בעדויות. המשיב 2 הפנה לסתירות שעלו בדברי ענבר, שמסרה כי המשיבים הם אלה שהחלו באלימות הפיסית, וטענה בקשר לעדויותיהם של עדים נוספים כי אין בהם כדי לחזק את המסקנה שלפיה המשיב 2 הוא שהחל באלימות הפיסית.

19. כך גם, טען המשיב 2 כי בחינת העדויות מלמדת שאין כל בסיס לקביעת בית הדין קמא שלפיה בשלב מסוים לקח אחד מהמשיבים תמונה ממוסגרת עם זכוכית והכה עימה על גבו של המתלונן. המשיב 2 הפנה בהקשר זה לגרסאותיהם של העדים השונים בנושא והצביע על הבעייתיות הקיימת, לדידו, בעדויות אלה.

20. לצד טענותיו כנגד המסד העובדתי שנקבע על-ידי בית הדין קמא, טען המשיב 2 שתי טענות משפטיות המצדיקות, לדידו, את זיכוי המוחלט. ראשית, טען כי בנסיבות העניין מתקיים סייג ההגנה העצמית שבסעיף 34 לחוק העונשין, שעה שלטענתו היה זה המתלונן שהחל באלימות הפיסית, כך שמעשיו של המשיב 2 מהווים הגנה עצמית שנועדה להדוף את תקיפתו של המתלונן. שנית, טען המשיב 2 כי מחומר הראיות שנפרש בפני בית הדין קמא עולה כי המתלונן היה חלק אינטגרלי מאירוע האלימות, במידה שאינה נופלת מחלקם של המשיבים. נטען, כי על-אף שהטענות על התנהגותו האלימה של המתלונן היו ידועות בשלב החקירה, הרשויות לא פעלו לבירור האמת ומעלו בתפקידם. המשיב טען, אפוא, לאכיפה בררנית, שעה שבעניינו של המתלונן לא נערכה אף פעולת חקירה, באופן הפוגע בשוויון ובתחושת הצדק וההגינות. לטענת המשיב 2, המדובר ב"פגם עוצמתי", הנובע מהתנהלותה הרשלנית של הרשות, אשר לצד מחדלי החקירה והשיהוי בהגשת כתב האישום – אינו מאפשר את קיום ההליך הפלילי בצורה הוגנת. המשיב 2 סבור כי לא ניתן לרפא את הפגמים שנפלו, אלא על-ידי ביטולו של כתב האישום, כך שמצבו המשפטי יושווה למצבו המשפטי של המתלונן.

דיון והכרעה**ערעורי המשיבים**

21. טענות ההגנה בערעור תוקפות, בעיקרן, את ממצאי העובדה והמהימנות שנקבעו בבית הדין המחוזי. למעשה, עיקר טענותיהם של המשיבים הוא כי יש להעדיף את גרסתם, שלפיה היו הם אלה שהותקפו על-ידי המתלונן תחילה ובמעשיהם, למעשה הגנו על עצמם. הלכה ידועה היא כי ערכאת הערעור אינה נוטה להתערב בממצאי עובדה ומהימנות שנקבעו בערכאה הדיונית, אשר לה הכלים והיתרון לקבוע קביעות המבוססות על שמיעת עדויות והערכת משקלן (ראו למשל: ע"פ 193/14 **נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם, 26.10.2014); ע"פ 2485/00 **פלוני נ' מדינת ישראל**, פ"ד נה(2) 918, 924 (2001); ע"פ 9352/99 **יומטוביאן נ' מדינת ישראל**, פ"ד נד(4) 632, 643-644 (2000); וכן פסיקת בית-דין זה ב-ע/10/16 **רס"ל יהודה נ' התובע הצבאי הראשי** (2017); ע/82/07 **טור' סעדי נ' התובע הצבאי הראשי** (2007); ע/41/08 **התובע הצבאי הראשי נ' רב"ט צורף** (2008)).

22. אמנם, קיימים חריגים לכלל, שלפיהם עשויה להתגבש הצדקה להתערבות בממצאי הערכאה הדיונית. עם זאת, התערבות ערכאת הערעור בממצאי עובדה ובקביעות מהימנות שקבעה הערכאה הדיונית שמורה לנסיבות מיוחדות או למקרים שבהם "מסקנות הערכאה הדיונית אינן מתיישבות עם נתונים אובייקטיביים שהוכחו, ואינן עולות בקנה אחד עם הניתוח האנליטי של הראיות שהובאו ועם מושכלות החיים וההתנהגות האנושית" (ע"פ 6295/05 **וקנין נ' מדינת ישראל** (לא פורסם, 25.1.2007); ע/65/14 **התובע הצבאי הראשי נ' רס"ר מ' מ'** (2014)).

23. בענייננו, לא מצאנו כי התקיימו החריגים המצדיקים לסטות מכלל אי-ההתערבות כאמור. לא ניתן לומר כי הערכאה קמא שגתה באופן משמעותי בעת הערכת העדויות או כי הסיקה מסקנות אשר אינן עומדות במבחן השכל הישר (ראו, למשל, ע"פ 605/87 **מרציאנו נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם, 8.4.1990); ע"פ 9352/99 **יומטוביאן נ' מדינת ישראל**, פ"ד נד(4) 632, 643-645 (2000); ע"פ 7532/12 **איטל נ' מדינת ישראל**, פסקאות 133-136 (טרם פורסם, 11.12.2016)). בית הדין קמא דן בפירוט רב בכלל הראיות שהובאו בפניו והציג תשתית עובדתית מנומקת. ממצאי המהימנות שנקבעו היו חד משמעיים ונבעו מהתרשמות ישירה ובלתי אמצעית של בית הדין המחוזי משלל העדויות שנשמעו לפניו. לפיכך, לא מצאנו כי מקרה זה נמנה עם אותם חריגים המצדיקים חריגה מהכלל, שלפיו ערכאת הערעור לא תתערב בממצאי עובדה של הערכאה הדיונית.

24. המשיבים בערעוריהם ביקשו להפנות לסתירות שעלו מדבריהם של חלק מעדי התביעה, המקעקעות, לפי הטענה, את מהימנותם, באופן המצדיק התערבות ערכאת הערעור בממצאי מהימנות ועובדה. ואכן, חלק מעדויות עדי התביעה אינן נקיות מאי-דיוקים ואינן תואמות באופן מושלם עדויות אחרות בתיק. יחד עם זאת, אין מדובר בסתירות מהותיות, שיש בהן כדי לקעקע את אמינותם של עדי התביעה. כידוע, "סתירות בעדותם של עדים אין בהן, כשלעצמן, כדי למנוע את בית המשפט מקביעת עובדות שלגביהן חלו הסתירות" (סעיף 57 לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971). הכלל בהקשר זה הוא, כי מהימנותו של עד נפגעת פגיעה של ממש רק מקום שבו קיימות סתירות מהותיות היורדות לשורשו של עניין (ע"פ 2977/06 פלוני נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 17.3.2008)). בענייננו, הסתירות שעליהן הצביעו המשיבים בערעוריהם אינן סתירות מהותיות אלא אי-דיוקים, המתייחסים לעניינים שוליים בעיקרו של דבר. בפסיקה ענפה, נקבע, כי "שכיחים הם המקרים שבהם קיימות אי-התאמות בין עדויות אמינות של עדי ראיה שונים לאירוע אחד; ולהיפך, נדירים הם דווקא המקרים שבהם עדים שונים מוסרים עדויות זהות במדויק, והדבר אף עשוי להצביע על תיאום עדויות פסול ביניהם. ואכן, אי-התאמות וסתירות בעדויות הם בגדר חזון נפרץ בעדויותיהם של עדים, וככלל, אין בהם בהכרח כדי לפגום במהימנות העדויות – כל עוד אינם נוגעים לפרטים מהותיים, או כאשר יש להם הסבר המניח את הדעת" (ע/109/06 סמל כדורי נ' התובע הצבאי הראשי (2007), ע/82/07 טור' סעדי נ' התובע הצבאי הראשי (2007)).

25. הדברים יפים ביתר שאת בשים-לב לאופי העבירות ולנסיבות נוספות הקשורות בפרשייה שלפנינו. המדובר באירוע שהתדרדר במהירות לאלימות פיזית. מטבע הדברים, אירועי אלימות מסוג זה מאופיינים במהירות שבה מתרחשים הדברים ובאנדרלמוסיה השוררת במקום בעת האירוע. וכבר נפסק בכגון דא, כי:

"נסיון החיים מלמד כי בתאור של אירוע מסויים עשויות להתקבל מפי העדים להתרחשותו או אף מן המעורבים בו עדויות שאינן תואמות בהכרח זו את זו בכל תג ותו, בייחוד כאשר האירוע מתרחש כהרף עין. לעתים קורה הדבר משום שכל אחד מאותם עדים היה נתון בעת האירוע לענייניו שלו וקלט רק חלקים מן ההתרחשות בחושיו, או משום שזווית מבטו היתה שונה מזו של חברו. חוסר התאמה כזה, העשוי להתגלות בהשוואה בין עדותם של עדי ראיה או מעורבים שונים, אין בו בהכרח כדי להוביל אל המסקנה כי לא ניתן לסמוך עליהן או על אחת מהן, אם שוכנע בית המשפט כי מדובר בעדים מהימנים ובעדות שאינה מוטה ובמקרה כזה רשאי בית המשפט לנסות ולדלות מתוך אותן העדויות

תשתית עובדתית אשר תשתלב לכדי מארג ראייתי כולל ותהא מוצקה דיה לשמש בסיס לממצאים ולמסקנות בהכרעת הדין, על אף חוסר ההתאמה או הדיוק בפרט כזה או אחר" (ע"פ 9184/06 **מדינת ישראל נ' כהן** (טרם פורסם, 19.9.2007); ראו גם: ע"פ 458,718/14 **אדרי נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם, 29.1.2015)).

26. זאת ועוד, בענייננו, חלף זמן לא מבוטל מאז קרות האירוע ועד שמיעת העדים השונים בפני בית הדין המחוזי. בכל אלה, יש כדי להסביר את הקושי של עדי התביעה לספר באופן מפורט ומדויק על שהתרחש באירוע קצר מועד, שאירע לפני זמן רב ואת המשקל שיש לייחס לעיקרי עדויותיהם ולפרטים המרכזיים, שצינו ביחס לאירוע. במצב הדברים האמור, הגם שקיימים אי-דיוקים מסוימים או תמיהות בתיאור האירועים השונים על-ידי עדי התביעה, לא מצאנו כי יש בהם כדי לקעקע את מהימנותם. הדברים נבחנו והוערכו על-ידי בית הדין קמא, אשר בראי התמונה הכוללת, בסופו של דיון, מצא לקבוע ממצאי מהימנות ברורים ומוחלטים ולייחס לעדויות משקל רב. לאחר שעיינו היטב בחומר שהונח לפנינו ובחנו את טענות המשיבים כנגד ממצאי המהימנות והעובדה שנקבעו – מצאנו כי אין מדובר בסתירות מהותיות ומכל מקום, אין בהן כדי לכרסם בממצאי המהימנות שנקבעו על-ידי בית הדין המחוזי.

27. בנסיבות המקרה דנן, נחה דעתנו כי קביעותיו העובדתיות של בית הדין המחוזי נומקו כדבעי בממצאי מהימנות אשר עוגנו בהתרשמותו הישירה מן העדים השונים. משלא מצאנו כל פגם בניתוח הראיות ולא מצאנו עילה להתערב בממצאי המהימנות שנקבעו על-ידי בית הדין המחוזי – אין לנו אלא לדחות את טענות ההגנה כנגד קביעותיו העובדתיות של בית הדין קמא. תוצאת הדברים היא, כי ממצאיה העובדתיים של הערכאה הראשונה יוותרו על כנם. על בסיס קביעותיו העובדתיות של בית הדין קמא, נפנה לבחון את טענותיהם המשפטיות של המשיבים – סייג ההגנה העצמית ודוקטרינת ההגנה מן הצדק.

סייג ההגנה העצמית

28. כזכור, לצד טענותיהם במישור העובדתי, העלו המשיבים בערעוריהם טענה משפטית, שלפיה יש לזכותם מהעבירה שבה הורשעו, בשל **תחולת סייג ההגנה העצמית** הקבוע בסעיף 34 לחוק העונשין, התשל"ז-1977. כידוע, עניינו של סייג ההגנה העצמית בשלילת פלילותו של מעשה שנעשה כלפי "תוקף" במטרה "להדוף תקיפה שלא כדין" מצדו, כאשר המעשה עומד בארבעת התנאים המנויים בסעיף: שהמעשה שנעשה היה "דרוש באופן

מיידית"; "כדי להדוף תקיפה שלא כדין"; "שנשקפה ממנה סכנה מוחשית"; של "פגיעה בחייו, בחירותו, בגופו או ברכושו, שלו או של זולתו". פסיקת בתי המשפט הרחיבה את התנאים לתחולת הסייג וקבעה כי לצד התנאים המנויים בסעיף יש להוכיח גם שהאדם לא נכנס למצב של התגוננות בהתנהגות פסולה; שלא ניתן היה להדוף את התקיפה בדרך אחרת, פוגענית פחות; וכי קיים יחס ראוי בין הנזק הצפוי מפעולת המגן לנזק הצפוי מן התקיפה (ע"פ 4191/05 אלטגאוז נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 25.10.2006); ע"פ 8311/09 מזרחי נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 21.7.2010)).

המשיב 1

29. לשיטת המשיב 1, אף אם יידחו טענותיו כנגד קביעותיו העובדתיות של בית הדין המחוזי, יש לקבוע כי מתקיים בעניינו סייג ההגנה העצמית, הואיל וניסה להדוף את תקיפת המתלונן כלפי המשיב 2. לפיכך, נטען, כי שעה שהמתלונן תקף את המשיב 2, ופעולתו של המשיב 1 נועדה למנוע מהמתלונן לתקוף את חברו – יש לזכות את המשיב 1 בשל סייג ההגנה העצמית.

30. לא ניתן לקבל את טענות המשיב 1 בנוגע להתקיימות סייג ההגנה העצמית. ראשית, טענות המשיב 1 בנוגע לסייג זה מבוססות על ההנחה, שלפיה פעל על-מנת למנוע מהמתלונן לתקוף את חברו. דא עקא, שהאמור אינו עולה בקנה אחד עם קביעותיו העובדתיות של בית הדין קמא, שמצא, כאמור, כי היה זה המשיב 2 שהחל לתקוף את המתלונן, כאשר תפס בחולצתו (ולא המתלונן הוא שהחל לתקוף את המשיבים). נמצא, אפוא, כי הבסיס שעליו מושתתת טענת המשיב 1 בנוגע לסייג ההגנה העצמית **חסר עיגון עובדתי** ועומד **בסתירה לממצאים העובדתיים שנקבעו** בבית הדין קמא, שבהם, כאמור, מצאנו שלא להתערב. למעלה מן הצורך, נציין כי גם אילו צדק המשיב 1 בטענתו, שלפיה פעל על-מנת למנוע מהמתלונן לתקוף את חברו – סברנו כי גם אז אין במעשיו כדי להקים לטובתו את סייג ההגנה העצמית שבסעיף 34 לחוק העונשין. זאת, משום שהסייג השולל אחריות פלילית מכוחה של הגנה עצמית לא יחול – כאמור בסיפא של סעיף 34 לחוק העונשין – כאשר המתגונן **גרם בהתנהגותו הפסולה לתקיפה**, תוך שהוא צופה מראש את אפשרות התפתחות הדברים. בענייננו, גם אילו הייתה מתקבלת טענתו העובדתית של המשיב 1 (ולא כך הם פני הדברים) – מצאנו כי עולה בבירור שהמשיב 1 אכן הביא בהתנהגותו הפסולה, בצוותא עם המשיב 2, לתקיפה, תוך שהשניים צפו מראש את התפתחות הדברים בבירור. אמנם, היה זה בעיקר המשיב 2 שהביא בהתנהלותו הפסולה לתקיפה, עת התבטא באופן מתריס כלפי המתלונן ואף הציע לו "שייצאו החוצה ויפתרו

את העניין בחוץ" (ולפיכך ברור הדבר כי לא זו בלבד שהמשיבים צפו מראש את התפתחות הדברים, אלא אף יזמו את ההסלמה שאירעה בפועל). יחד עם זאת, גם המשיב 1 תרם את חלקו בהתנהגותו הפסולה להתפתחות האלימה, שעה שהרים את קולו על ויקה ובהמשך גם על המתלונן, וחבר למשיב 2, כאשר השיח בין הנוכחים התדרדר והסלים עד לכדי אלימות של ממש. נוכח האמור, מצאנו לדחות את טענת המשיב 1 לתחולת סייג ההגנה העצמית.

המשיב 2

31. המשיב 2 מבסס את טענתו המשפטית בדבר תחולתו של סייג ההגנה העצמית על טענתו העובדתית, שלפיה המתלונן הוא שהחל באלימות הפיסית כנגדו, באופן שבו מעשיו מהווים "הגנה עצמית מובהקת שנועדה להדוף את תקיפתו". בערעורו, עומד המשיב 2 בהרחבה על המבחנים שנקבעו בפסיקה להתגבשות התנאים לתחולת סייג ההגנה העצמית, ומנמק מדוע, לדידו, אלה מתקיימים בעניינו. דא עקא, שכאמור לעיל, טענתו העובדתית של המשיב 2, שלפיה היה זה המתלונן שהחל בנקיטת האלימות הפיזית כנגדו, נדחתה על-ידי בית הדין המחוזי. משעה שמצאנו כי אין מקום להתערב בממצאי מהימנות ועובדה שקבע בית הדין המחוזי – לא יכולה להישמע טענת המשיב 2 בנוגע להגנה עצמית, משזו מבוססת על **טענה עובדתית שנדחתה כבר**. לפיכך, מצאנו לדחות גם את טענת המשיב 2 לתחולת סייג ההגנה העצמית.

הגנה מן הצדק – אכיפה ברחיק

32. כזכור, טענו המשיבים בערעוריהם כי יש לזכותם מכל אשמה גם מהטעם שכנגד המתלונן – שנטל אף הוא חלק משמעותי באירוע האלימות – לא נפתחו הליכים משפטיים כלל. לדידם, מדובר באכיפה ברחיק הפוגעת בשוויון ובתחושת הצדק וההגינות, באופן המצדיק את זיכויים. לצד זאת, הצביעו המשיבים על פגמים נוספים שנפלו בפעולות הרשות החוקרת ועל מחדליה, בין היתר בכך שלא נחקרה עדה שנכחה בזירת האירוע; לא נערך עימות בין המתלונן לבין המשיב 1; התמונות המקוריות שתיעדו את זירת האירוע ותוצאותיו אבדו; וכתב האישום הוגש בשיהוי משמעותי, שהקשה על זיכרונם של העדים. נטען, כי מכלול הפגמים אינו מאפשר את קיומו של ההליך הפלילי בצורה הוגנת וכי לא ניתן לרפא את הפגמים שנפלו באמצעי מתון יותר מביטולו של כתב האישום.

33. כידוע, ברבות השנים הלכה והורחבה בפסיקה הישראלית דוקטרינת "ההגנה מן הצדק", אשר הוכרה עוד בע"פ 2910/94 **יפת נ' מדינת ישראל**, פ"ד נ(2) 221, 370 (1996).

נקבע, כי מקום שבו נפלו פגמים בדרך התנהלותה של הרשות, באופן שקיומו של ההליך הפלילי פוגע באופן ממשי בתחושת הצדק וההגינות, תעמוד לזכותו של הנאשם "הגנה מן הצדק" במנותק משאלת אשמתו או חפותו (ע"פ 4855/02 **מדינת ישראל נ' ד"ר בורוביץ**, פ"ד נט(6), עמ' 776 (2005)). אף לאחר חקיקת חוק סדר הדין הפלילי (תיקון מס' 51) [נוסח משולב], התשס"ז-2007 ותיקונו של סעיף 149 לחוק, אשר הוסיף את טענת ההגנה מן הצדק לרשימת הטענות המקדמיות (תיקון מקביל נערך בהוראת סעיף 351(ב)(6) לחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955) – נקבע כי המבחנים להחלתה של ההגנה, נותרו אלה אשר נקבעו בהלכת **בורוביץ'** (ראו ע"פ 371/06 **פלוני נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם, 30.4.2008)).

עם זאת, לאחרונה בואר, כי ברבות השנים חל "שינוי דוקטרינרי" בנושא, וכי תחולתה של ההגנה מן הצדק הורחבה -

"עם השנים, התרככה הדוקטרינה של הגנה מן הצדק והפכה – בנוסף להיותה אמצעי פיקוח על שיקול דעתן של רשויות התביעה על עצם הגשת כתב האישום – לכלי בידי בית המשפט המאפשר לאזן את ההליך עם ערכי הצדק וההגינות של המשפט הפלילי. ההגנה, באופייה החדש, מרחיבה את העדשה דרכה בוחן בית המשפט את מעשה העבירה ואת ההליך המשפטי, ומאפשרת לבית המשפט – אף במקרים בהם הוכחו כל יסודות העבירה – להביט אל עבר הרגע שלפני ביצוע העבירה ואף אל התנהלות ההליך הפלילי הנמצא בעתידו של מעשה העבירה." (ע"פ 7621/14 **גוטסדינר נ' מדינת ישראל**, פסקה 44 לפסק-דינו של השופט הנדל, (טרם פורסם, 1.3.2017))

באותו עניין, נקבע על-ידי השופט הנדל, כי "יש לבדוק האם, ככלות הכול, בנסיבות בהן הוגש כתב האישום נפגעה תחושת הצדק וההגינות", וכי אף מקום בו לא נפל פגם משמעותי בהתנהלות התביעה (בהתאם לשלב הראשון במבחן התלת שלבי שנקבע בעניין **בורוביץ'** לעיל) – "אין להיעצר בשלב הראשון של המבחנים שנקבעו בעניין **בורוביץ'**, וכי יש לבחון אף את השלב השני: 'האם נפגעה תחושת הצדק וההגינות המשפטית?' " (עניין **גוטסדינר** לעיל, פסקה 44). דעה שונה במקצת מצויה בפסק-דינה של השופטת ברק ארז, אשר סברה, כי במקרה של טענה לאכיפה בדרנית, "על-פי המבחן שנקבע ב... עניין **בורוביץ'**... יש להצביע על פגם בהחלטת הרשות, אלא שפגם זה עשוי להיות גם הפליה שאינה מכוונת, ובלבד שהיא הפליה משמעותית". השופט עמית, שנמנע מלהכריע בסוגיה, הוסיף וביאר, כי לדידו "יש להיזהר מפני הרחבה בלתי מבוקרת של דוקטרינת ההגנה מן הצדק... ובמיוחד טענה

המבוססת על הפליה תוצאתית, כמקימה הגנה מן הצדק בדין הפלילי. ככלל, אני סבור כי אין זה נכון לתקן 'טעות בטעות ועוול בעוול' (שם, פסקה 59 לפסק דינו של השופט עמית). 34. לאחר שבחנו את טענות המשיבים באשר להתנהלותן של רשויות החקירה והתביעה בניהול ההליך הפלילי בעניינם, בהתחשב בממצאי המהימנות בנוגע למשיבים ובממצאי העובדה ביחס לאירוע, אשר בבסיס כתב האישום – הגענו לכלל מסקנה כי אין מקום להחיל את דוקטרינת ההגנה מן הצדק במקרה שבפנינו. את עיקר יחבם, משליכים המשיבים על טענת האכיפה הבררנית וטוענים, כי שעה שלא נפתחו כל הליכי חקירה כנגד המתלונן, יש לבטל כנגדם את כתב האישום או, למצער, לזכותם מכל אשמה. דא עקא, שטענה זו מבוססת אף היא, על טענתם **העובדתית** בדבר זהות יוזם האלימות, אשר **נדחתה** זה מכבר הן בערכאה הדיונית והן על-ידינו. ההחלטה על אי-הגשת כתב אישום כנגד המתלונן התקבלה על סמך התמונה הראייתית שהתגבשה במהלך החקירה, שלפיה התנהגותו של המתלונן באירוע הייתה פועל יוצא של האלימות שבה נקטו המשיבים כלפיו, והיותה, בנסיבות העניין, הגנה עצמית לכל דבר ועניין. משרשויות החקירה פעלו לבירור הנושא ומצאו כי כך היה, לא היה מקום בפתיחת הליכי משפט כנגד המתלונן. זו הייתה גם מסקנתו של בית הדין המחוזי, לאחר שהתרשם באופן בלתי אמצעי מהעדים הרבים שנכחו באירוע והעידו לפניו, לרבות המתלונן והמשיבים. מכל מקום, שיקול הדעת אם להגיש כתב אישום אם לאו מסור לרשויות התביעה, ומשעה שהשיקולים לאי-הגשת כתב אישום ולא-חקירת המתלונן **מקורם במישור הראייתי**, לא מצאנו כל דופי בהחלטת רשויות החקירה שלא לחקור את המתלונן באזהרה ובהחלטת רשויות התביעה שלא להעמיד את המתלונן לדין.

35. משכך, יש לקבוע, כי המשיבים לא עמדו בנטל הראייה המוטל על הטוען לאכיפה בררנית, ולא הצביעו על כך שאי-הגשת כתב אישום כנגד המתלונן נועדה לשם השגת מטרה פסולה או על יסוד שיקול זר (ראו: בג"ץ 6396/96 **זקין נ' ראש עיריית באר-שבע**, פ"ד נג(3) 289, 305 (1999)). כאמור, ההחלטה שלא לחקור את המתלונן באזהרה ושלא להגיש כנגדו כתב אישום לא נבעה משיקולים זרים או מהפעלת מדיניות אכיפה שרירותית, כי אם **מהתמונה הראייתית שהתגבשה במהלך החקירה** ולפיה פעל המתלונן על-מנת להגן על עצמו מפני האלימות שנכפתה עליו, ובהתאם, נוכח **התמונה הראייתית שהתגבשה בסיום המשפט**, אין לקבוע כי נפגעה תחושת הצדק וההגינות המשפטית בעניינם של המשיבים. משכך, ברי כי אין מתקיימים כאן התנאים החריגים המצדיקים את ביטולו של כתב

האישום או את זיכויים של המשיבים מכוח דוקטרינת ההגנה מן הצדק. נוכח האמור, מצאנו לדחות את טענות המשיבים בנוגע לאכיפה בררנית.

36. אף טענות המשיבים בנוגע לשיהוי בהגשת כתב האישום והטענות למחדלי חקירה, אינם מצדיקים נקיטת צעד כה חריף בדמות ביטול כתב האישום או זיכוי מאשמה. הלכה היא, כי –

"תפקידו של הגורם החוקר איננו מתמצה באיתור ראיות, המפלילות את החשוד. תפקידו הוא לנסות ולהגיע לחקר האמת, בין אם זו מיטיבה עם החשוד בין אם היא מזיקה לו... 'מטרת החקירה - לגלות את האמת. היא לא נועדה לבסס את גרסתה של התביעה, של החשוד או של אדם אחר כלשהו, אלא לגלות את העובדות לאשורן'" (ע/51,52/12, **התובע הצבאי הראשי נ' רב"ט פרץ** (2012), וראו האסמכתאות שצויינו שם).

ואולם, לצד זאת נפסק, כי :

"אין הרשות החוקרת חייבת לאסוף - ואין התביעה חייבת להציג - את כל הראיות הקיימות במקרה פלוני, וניתן להסתפק בראיות המספיקות לשם הרשעה במידה הנדרשת בפלילים... גם כאשר לקחה פעולת הרשות החוקרת במחדלים שהובילו לידי כך שראיות רלוונטיות אינן בנמצא... אין הדבר מאיין את משקלן של הראיות שהושגו. הנפקות המשפטית של מחדלים כאלה נקבעת לעולם על-פי מידת הפגיעה ביכולתו של הנאשם להתגונן, ואם אותם מחדלים מעוררים ספק סביר באשמה" (ע"פ 37/07 **פרג נ' מדינת ישראל**, (טרם פורסם, 10.3.2008); וראו גם : ע/147/10 **רס"ל שרף נ' התובע הצבאי הראשי**, בפס' 42-43 (2011)).

משכך, אף אם נפלו פגמים בחקירה, "יש לבוחנם על רקע הראיות הקיימות, והמחדל עשוי להוות שיקול ביחס לאפשרות הנטענת על-ידי ההגנה... 'נפקותו של המחדל תלויה בתשתית הראייתית הפוזיטיבית הספציפית שהציגה התביעה, מחד, ובספקות הספציפיים אותם מעורר הנאשם, מאידך'" (ע"פ 4191/05 **אלטגאוז נ' מדינת ישראל**, פס' 30 (טרם פורסם, 25.10.06)). המבחן לקבלת הטענה נעוץ בשאלה: "האם המחדל כה מהותי עד כי יש חשש לקיפוח הגנת הנאשם, משום שהתקשה להתמודד כראוי עם חומר הראיות" (עניין **פרץ** לעיל, וראו גם : ע/10/10 **סג"ם מזרחי נ' התובע הצבאי הראשי** (2010); ע/29/10 **רב"ט**

בנשמעון נ' התובע הצבאי הראשי (2010), והאם יש בו כדי להקים ספק סביר באשמת הנאשם בנסיבות העניין (ע/3/08 **סרן וקנין נ' התובע הצבאי הראשי**, פס' 23 (2009); ע/166/08 **סמ"ר אייזן נ' התובע הצבאי הראשי**, פס' 26 (2010); וע/31,33/15 **סמ"ר סוויסה נ' התובע הצבאי הראשי (2016)**).

בענייננו אין לומר, כי נפגעה זכותם של המשיבים להליך הוגן, או כי קופחה הגנתם באופן שהקשה עליהם להתמודד עם חומר הראיות נגדם. בהקשר זה, שונה עניינם של המשיבים מן המקרה, שאליו הפנה בית הדין קמא כאסמכתה להמרת סעיף האישום מטעמים של צדק (פסקה 122 להכרעת הדין). באותו מקרה, הגם שבדומה לענייננו היה מדובר באירוע אלימות קצר, הרי שבשונה מענייננו, האירוע שם לא כלל שימוש בנשק קר ונסיבות האירוע שם לא חייבו פתיחה בחקירת מצ"ח. נסיבות אלה, ובראשן היעדר החובה לפתוח בחקירה פלילית, הן שהכריעו את הכף באותו עניין להמיר את סעיף האישום לקל מזה שיוחס מלכתחילה, על בסיס מחדלי החקירה שאירעו וטעמים של "הגנה מן הצדק". ענייננו, אפוא, שונה בתכלית. מעשיהם האלימים והחמורים של המשיבים חייבו פתיחתה של חקירת מצ"ח, והם אף כללו, כפי שפורט בהרחבה לעיל, שימוש בנשק קר (ע/38,39,40/15 **התובע הצבאי הראשי נ' סמל שריקי (2015)**). בנסיבות אלה, מצאנו לדחות את טענות המשיבים להגנה מן הצדק, אף בהקשר זה.

ערעור התביעה

37. כאמור לעיל, מצא בית הדין המחוזי להרשיע את המשיבים בעבירה קלה מזו שיוחסה להם מלכתחילה, הן מהטעם שלפיו לא הוכחו בפניו יסודות עבירת הפציעה בנסיבות מחמירות, והן על בסיס מחדלי חקירה ומטעמים של "הגנה מן הצדק". ערעור התביעה הופנה, אפוא, כנגד זיכויים של המשיבים מהעבירה שעניינה פציעה בנסיבות מחמירות והרשתם, חלף זאת, בעבירה שעניינה אלימות כלפי חייל.

יסודות העבירה

38. התביעה ביקשה לסמוך על קביעות המהימנות והעובדה שנקבעו בבית הדין המחוזי, וטענה אך כנגד **קביעותיו המשפטיות** של בית הדין המחוזי, שלפיהן לא הוכחו יסודות עבירת הפציעה בנסיבות מחמירות. נפנה, אפוא, לבחון את קביעותיו המשפטיות של בית הדין המחוזי, אשר להתקיימות יסודות עבירה זו.

39. עבירת הפציעה קבועה בסעיף 334 לחוק העונשין, אשר לפיו "הפוצע חברו שלא כדין, דינו – מאסר שלוש שנים". "פצע" מוגדר בסעיף 34 כד לחוק העונשין כ – "חתך או דקירה המבתרים או בוקעים כל קרום חיצוני של הגוף, ולעניין זה קרום חיצוני הוא כל קרום שאפשר לנגוע בו בלי לבתר או לבקוע כל קרום". עבירת הפציעה בנסיבות מחמירות קבועה בסעיף 335, כדלקמן:

"(א) נעברה עבירה לפי סעיפים 333 או 334 - (1) כשהעברין נושא נשק חם או קר, דינו - כפל העונש הקבוע לעבירה; (2) כשהיו נוכחים שניים או יותר שחברו יחד לביצוע המעשה בידי אחד או אחדים מהם, דינו של כל אחד מהם - כפל העונש הקבוע לעבירה".

40. כזכור, **טעם מרכזי** להמרת סעיף ההרשעה נבע מקביעת בית הדין המחוזי כי **לא הוכחה בפניו פציעה**. בהקשר זה, נקבע כי:

"התביעה הצבאית לא עמדה בנטל ההוכחה של העבירה שעניינה פציעה, כדרישת הדין. בפני בית הדין **לא הובא כל מסמך רפואי**, בעניינו של המתלונן. מה שעמד בפני בית הדין, בעניין מצבו הרפואי של המתלונן הם **עדויות החיילים שנכחו במקום האירוע, ולוח תצלומים** שערכה המשטרה הצבאית... לאחר האירוע... לוח התצלומים... היה למעשה העתק צילומי התמונות המקוריות שאבדו. ההעתק... היה מטושטש, לא ברור, ברמת הדפסה נמוכה... **מעדויות החיילים שנכחו באירוע, לא ניתן היה לקבל נתונים משמעותיים, לגבי מצבו הרפואי של המתלונן בעקבות האירוע, על פיו ניתן לקבוע כי המתלונן נפצע**... במצב ראייתי זה, מצא בית הדין כי אין די ראיות על מנת לבסס הרשעה, במידה הדרושה בפלילים, של למעלה מספק סביר בעבירה שעניינה פציעה".

41. ההכרעה בשאלה האם הוכחו יסודות עבירת הפציעה מסורה לבית המשפט, והיא הכרעה משפטית בעיקרה. הקביעה המשפטית, אם הוכחו יסודות עבירת הפציעה אם לאו, מושתתת, מטבע הדברים, על התשתית הראייתית שהוכחה בפני בית המשפט. בענייננו, נפרשה בפני בית הדין קמא תשתית עובדתית על אודות טיב הפגיעה שנגרמה למתלונן בעקבות מעשיהם של המשיבים, המבוססת, רובה ככולה, על עדויותיהם של עדי תביעה רבים, לצד לוח תצלומים שהוגש. נפנה, אפוא, לבחון, האם היה בתשתית הראייתית שהונחה בפני בית הדין המחוזי כדי לגבש את יסודות עבירת הפציעה, או שמא, כקביעת

בית הדין המחוזי, התביעה הצבאית לא עמדה בנטל ההוכחה לעניין זה. לצורך כך, נפנה לסקור את התשתית הראייתית שהונחה בפני בית הדין המחוזי בהקשר זה.

42. עדי תביעה רבים אשר העידו בפני בית הדין המחוזי, ואשר עדויותיהם נמצאו מהימנות על-ידיו, התייחסו בדבריהם לטיב ולאופי פציעתו של המתלונן. כך, למשל, מסרה ענבר, באמרתה במצ"ח, כי המתלונן "**דימם** מעל הגבה" (ת/7, עמ' 3 ש' 1), ובעדותה בבית הדין הוסיפה כי לאחר האירוע "**חבשנו** את אור" (עמ' 64 לפרוטוקול, ש' 33). העד נתן מסר כי ראה **שריטות ופציעות** בגב העליון ובאזור השכמות (עמ' 91 לפרוטוקול, ש' 9 ואילך) שנגרמו כתוצאה מניפוץ הזכוכית, באזור העורף או הראש. בית הדין המחוזי קבע, בהקשר זה, כי העד הבהיר שהשריטות על המתלונן נגרמו כתוצאה מניפוץ התמונה ושבירת הזכוכית על גבו (פסקה 98 להכרעת הדין). העדה ויקה ציינה כי למתלונן נגרמו "**שריטות בפנים** ומשהו בעין" (עמ' 6 לפרוטוקול, ש' 9), ואף העד מתן מסר כי נגרמה למתלונן "**שריטה** לצד העין" (עמ' 24 לפרוטוקול, ש' 33). אף המתלונן עצמו העיד כי נגרמו לו "שני סימנים באזור המצח... אני זוכר שהיה לי סימן בגב מהתמונה" (עמ' 52 לפרוטוקול, ש' 4-5).

43. כזכור, בית הדין המחוזי מצא את עדויותיהם של עדים אלה מהימנות – את עדויותיהם של ענבר ונתן מצא בית הדין "מהימנה, אמינה ומשכנעת" (פס' 93 להכרעת הדין ופסקה 98 להכרעת הדין, בהתאמה); את עדותה של ויקה מצא "אמינה ומשכנעת" וקבע כי העדה "מעידה על הדברים שהיא זוכרת בלבד, ונזהרת שלא להעיד על דברים בהם אינה בטוחה" (פס' 96 להכרעת הדין); את עדותו של מתן מצא בית הדין קמא "מהימנה מאד" והיא אף "זכתה למשקל ממשי, בעיקר נוכח הקפדתו של העד לתחום בין הדברים לגביהם אין הוא גילה בעיית זיכרון, לבין הפרטים לגביהם אין הוא בטוח" (פס' 97 להכרעת הדין). אף את עדותו של המתלונן מצא בית הדין קמא "מהימנה, אמינה ומשכנעת" וקבע כי הוא "לא ביקש להעצים את תיאור האירוע".

44. אף על פי שבית הדין המחוזי נמנע מלקבוע ממצאי עובדה ברורים בנוגע לטיב הפגיעה שנגרמה למתלונן, נקבעו ממצאים עובדתיים התומכים בעדויות עדי התביעה בהקשר זה. כך, למשל, קבע בית הדין המחוזי כי "בשלב מסוים לקח אחד הנאשמים תמונה ממוסגרת עם זכוכית שהייתה תלויה על הקיר והכה בה על אזור **גבו** של אור" (פס' 111 להכרעת הדין). כך גם, נקבע כי "לא מצאנו לקבוע פוזיטיבית מי מבין הנאשמים הוא זה אשר הכה את המתלונן עם התמונה ושבר אותה על **ראשו**" (פס' 109 להכרעת הדין).

45. נמצא, אפוא, כי התשתית הראייתית שהונחה בפני בית הדין קמא, באמצעות עדי התביעה שמהימנותם לא הוטלה בספק, מצביעה על כך, שכתוצאה ממעשי המשיבים נגרמו למתלונן **שריטות** באזור המצח ומעל הגבה וכן **שריטות** בגבו העליון, אשר לפחות אחת מהן **גרמה לדימום** והצריכה **חבישה**. אמנם, המדובר בנזק רפואי קל, באופן יחסי. עם זאת, הנזק עונה על הגדרת ה"פציעה" בחוק. כזכור, חוק העונשין מגדיר פציעה כ"חתך או דקירה המבתרים או בוקעים כל קרום חיצוני של הגוף". ככלל, כל שריטה, גורמת, מיניה וביה, בקיעה או ביתור של העור, בדרגות חומרה שונות. "שריטה" מוגדרת במילון אבן שושן כ-"פציעה בעור" וכ-"חריץ דק". כך גם, העובדה שהמתלונן **דימם** – גם אם דימום קל – מהשריטות שקיבל, מצביעה **בהכרח** על ביתור העור, באופן המלמד על קיומה של פציעה, כמשמעותה בחוק העונשין.

46. גם הידרשות לפסיקת בתי המשפט השונים, אשר הרשיעו נאשמים בעבירה של פציעה, מלמדת על כך שחומרת הפגיעה איננה רלוונטית להוכחת יסוד הפציעה, וכי לא פעם הורשעו נאשמים בעבירה זו הגם שחומרת הפגיעה הייתה קלה מאד, כל עוד מדובר היה ב"חתך או דקירה המבתרים או בוקעים קרום חיצוני של הגוף" (ראו והשוו: ע/192/08, 1/09/רס"ל **מרעי נ' התובע הצבאי הראשי** (2009); וכן ראו: ספרו של המלומד קדמי, **על הדין בפלילים**, בעמוד 1277 (2006); ע"פ 601/85 **מנשרוב נ' מדינת ישראל** (1986); ע"פ 48/12 **מדינת ישראל נ' בלקוול** (2012)). כך, למשל, הכירה הפסיקה בפצעים קלים ושטחיים כ"פצע" לצורך הרשעה בעבירה לפי סעיף 334:

"שני הפצעים בקרקפת עד 2 ס"מ שאובחנו אצל חאלד... יכולים היו להיחשב לחבלה חמורה אולם, מכיוון שמדובר בפצעים קלים ושטחיים יחסית, בדין ייחסה המאשימה לנאשמים בקשר לחאלד, עבירה של 'פציעה' בנסיבות מחמירות ולא חבלה חמורה בנסיבות מחמירות. זאת כיוון ש'פצע' מוגדר בסעיף 34כד. לחוק העונשין כ'חתך או דקירה המבתרים או בוקעים כל קרום חיצוני של הגוף, ולעניין זה קרום חיצוני הוא כל קרום שאפשר לנגוע בו בלי לבתר או לבקוע כל קרום" (ת"פ (חיפה) 14611-05-12 **מדינת ישראל נ' עיסא** (טרם פורסם, 10.7.2013)).

בדומה, בית המשפט המחוזי הרשיע נאשם בעבירה של **פציעה**, לפי סעיף 334 לחוק העונשין, לאחר שגרם למתלונן במעשיו "**שפשופים ושריטות** בידו ובגבו" (ראו ת"פ 17746-10-14 **מדינת ישראל נ' עכריה** (טרם פורסם, 15.10.2015)). נאשם נוסף הורשע בעבירה של

פציעה בנסיבות מחמירות, לפי סעיף 334 ו-335(א)(2) לחוק העונשין, לאחר שגרם למתלונן במעשיו להמטומות סביב העיניים, שבר ללא תזוזה באף ו**שפשופים** רבים בפנים (ת"פ 35788-10-14 **מדינת ישראל נ' פלוני** (טרם פורסם, 19.5.2015)). נאשם אחר הורשע בעבירה של פציעה לפי סעיף 334 לחוק העונשין ובעבירה נוספת, לאחר שגרם למתלונן במעשיו **"שריטה באורך 6 ס"מ במותנו"** (ע"פ 43844-02-12 **ברנס נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם, 30.7.2012)). נאשם נוסף הורשע בעבירה של **פציעה**, בגין כך שגרם למתלונן במעשיו **"לפציעה, דהיינו, שריטות בראש באזור הרקה הימנית"** (ת"פ 18535-03-11 **מדינת ישראל נ' קוהול** (טרם פורסם, 11.7.2011)). פסיקת בתי המשפט אשר הרשיעה לא פעם בעבירה של פציעה נאשמים שגרמו לשריטות בלבד, מצביעה אף היא על כך שפציעת המתלונן בענייננו, על-אף היותה בדרגת חומרה קלה, מגלמת את יסודות עבירת הפציעה שבחוק העונשין.

47. די בעדויות עדי התביעה כאמור, אשר נמצאו מהימנות על-ידי בית הדין המחוזי, לצורך הסקת מסקנה זו, ולפיכך מתייתר הצורך לדון בטיבן של התמונות שהוצגו על-ידי התביעה בפני בית הדין המחוזי. מכל מקום, אין בעובדה כי לא הוצגו מסמכים רפואיים המצביעים על טיב הפגיעה שנגרמה למתלונן כדי לפגום במסקנה האמורה. ראשית, לטענת התביעה אי-הצגת מסמכים רפואיים לא נבעה ממחדל חקירתי אלא מכך שאלה לא היו קיימים מלכתחילה. שנית, והוא עיקר: אין ב"חסר" זה כדי לפגוע ב"יש" הראייתי הקיים, המבוסס כדבעי על עדויות מספר עדי תביעה שונים, שנמצאו מהימנים על-ידי בית הדין קמא. נוכח האמור, בניגוד לקביעת בית הדין המחוזי, מצאנו כי התביעה הצבאית עמדה בנטל ההוכחה המוטל עליה להוכיח את רכיב הפציעה שבסעיף 334 לחוק העונשין.

48. אשר לנסיבות המחמירות של עבירת הפציעה, הגם שבית הדין המחוזי קבע כי אין מקום לדון בהתקיימותן – הלכה למעשה דן בית הדין המחוזי בהרחבה בנסיבות אלה וגילה דעתו כי אלה אכן התקיימו. כך למשל, קבע בית הדין בגזר הדין כי:

"השימוש שעשו הנאשמים בתמונה ממוסגרת עם זכוכית, להכאת המתלונן באמצעותה, מהווה נסיבה לחומרה. מעשה זה מצביע על הלך הנפש של הנאשמים, אשר לא היססו להחמיר את האירוע, באופן שלאלימות הפיזית תתווסף אלימות תוך שימוש בנשק קר, ולהסתכן בתוצאות הרוחניות של שימוש בחפץ ובו זכוכית, לשם פגיעה במתלונן" (פסקה 26 לגזר הדין).

49. בחינת התשתית העובדתית שנקבעה על-ידי בית הדין המחוזי, שאותה מצאנו לאמץ, מצביעה אף היא על התקיימותן של נסיבות מחמירות במעשיהם של המשיבים – הן בשל החבירה לביצוע המעשה והן בשל השימוש בנשק קר. אשר לחבירה יחדיו – סעיף 335 לחוק העונשין מורה כי עבירה שנעברה לפי סעיף 334 **"כשהיו נוכחים שניים או יותר שחברו יחד לביצוע המעשה בידי אחד או אחדים מהם, דינו של כל אחד מהם – כפל העונש הקבוע לעבירה"**. בענייננו, המשיבים שניהם נטלו חלק בביצוע העבירה, שעה שכל אחד מהם השתתף בתקיפת המתלונן ולא מנע את התנהגותו של השני. דין הוא, כי בבסיס האחריות של מבצעים בצוותא מצויה חבירה של מספר בני אדם לצורך ביצועה של משימה עבריינית משותפת; כאשר לכל אחד מן החברים בחבורה "תפקיד" במבצע הכולל של הגשמת המשימה (ע"פ 4503/99 **אפרים נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם, 5.4.2001), והאסמכתאות שם). המבצעים בצוותא משמשים "גוף אחד לביצוע המשימה העבריינית. כולם עבריינים ראשיים" (ע"פ 4389/93 **מרדכי נ' מדינת ישראל**, פ"ד נ(3) 239, 249 (1996)). אמנם בענייננו, דומה, כי לא היה כל תכנון בין המשיבים לתקוף את המתלונן עובר לכניסתם למרפאה. מדובר בהתפתחות שאירעה רק לאחר חילופי הדברים בין הנוכחים במרפאה, שהביאה לחבירה ספונטנית, בלא תכנון מוקדם. יחד עם זאת, הלכה ידועה היא כי שותפות לדבר עבירה איננה מוגבלת אך למקרים שבהם נועדו מבצעי העבירה קודם לביצועה, אלא יכולה לקום באורח ספונטאני. כידוע – "גם שותפות ספונטנית שותפות היא, ועושה עבריינים למבצעים בצוותא" (ראו: ע"פ 259/97 **סובחי נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם, 28.4.1998) והאסמכתאות המובאות שם). האמור נכון בנסיבות שבהן:

"כל אחד מבני החבורה נוטל חלק בביצוע עבירה ואינו מונע את ההתנהגות הקבוצתית" (ראו ע"פ 4693/01 **מדינת ישראל נ' בביזאיב**, פ"ד נו(5) 580 (2002)).

50. בענייננו, כמובא לעיל, כל אחד מהמשיבים נטל חלק בביצוע העבירה. כל אחד מהם היה מודע למעשיו של האחר, והם פעלו למטרה משותפת אחת – פגיעה במתלונן. מודעותם של השניים, כל אחד למעשיו של זולתו, ופעולתם המשותפת להשגת המטרה, הפכה אותם למי ש"חברו יחדיו לביצוע המעשה", גם אם מדובר היה בחבירה ספונטנית (השוו: ע"פ 5022/01 **מדינת ישראל נ' אטיאס**, פ"ד נו(1) 856, 864 (2002); וכן ראו: ע"פ 7704/13 **מרגולין נ' מדינת ישראל**, פסקה 18 לפסק-דינו של השופט א' שהם (טרם פורסם, 8.12.2015), וההפניות המובאות שם; ע"פ 2247/10 **ימיני נ' מדינת ישראל**, פסקה 22

(טרם פורסם, 12.1.2011). משכך, מצאנו כי התקיימה הנסיבה המחמירה המנויה בסעיף 335(א)(2) לחוק העונשין.

51. אך בכך לא די. בענייננו, כפי שאף קבע בית הדין המחוזי בגזר הדין, התקיימה נסיבה מחמירה נוספת שעניינה **שימוש בנשק קר**. כידוע –

"ניסיון החיים והשכל הישר מלמדים שניהם כי מעשי אלימות המבוצעים תוך שימוש באמצעי שהוא חיצוני ונוסף לאברי גופו של האדם הינם ככלל בעלי פוטנציאל לגרימת פגיעה קשה יותר מאלו המבוצעים ללא אמצעי חיצוני כאמור, ועל רקע זאת התקבלה בשיטתנו - הן בחוק והן בפסיקה - התפיסה כי יש לראות בעבירת אלימות שבוצעה באמצעות נשק כעבירה בדרגת חומרה גבוהה יותר מעבירה של מעשה אלימות רגיל" (ע"פ 371/08 מדינת ישראל נ' ביטאו (טרם פורסם, 27.10.2008)).

52. הגדרת המונח "נשק" בהקשר זה נדונה בפסיקת בתי המשפט לא פעם. ההלכה היא, כי "נשק", ובעיקר "נשק קר", אינו רק כלי שיועד מלכתחילה להוות "נשק" במובנו ה"קלאסי", אלא גם חפץ תמים לכאורה, שלא יועד לשמש למטרה אלימה כלל, עשוי להיחשב כ"נשק" כאמור, אם נעשה בו שימוש אלימים:

"פרשנות זו היא פרשנות המביאה בחשבון את התכלית החקיקתית, לפיה יש לראות עבירת אלימות שבוצעה באמצעות נשק או כלי פוגעני שנעשה בו שימוש כבנשק, כעבירה בדרגת חומרה גבוהה יותר מעבירה של מעשה אלימות רגיל. פרשנות זו אינה ייחודית לפסיקתנו. בתי המשפט במדינות ששיטותיהן מבוססות על שיטת המשפט המקובל נתנו דעתם לשאלה מהו מכשיר או כלי שניתן לראות בו 'נשק' בעבירות אשר חומרתן נעוצה בשימוש בנשק. הפסיקה במדינות הללו נתנה ביטוי למגמה הפרשנית לפיה נשק אינו רק כלי שנועד מעצם טיבו וסגולותיו לפגוע באדם, אלא גם כל כלי אחר שנעשה בו שימוש למטרות אלימות, אף אם לא סוגל לכך מלכתחילה, ובלבד שיש בו פוטנציאל פוגעני בעת השימוש כאמור" (ע"פ 1184/00 ג'מאל נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 29.6.2000); ההדגשה הוספה).

ואכן, הגדרתו של חפץ כ"נשק קר" תלויה במטרה שמחזיקו הועיד לו (ראו: ע"פ 4277/14 אלזבידי נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 28.5.2015), ע"פ 193/14 נסראללה נ' מדינת

ישראל (טרם פורסם, 26.10.2014)). כך למשל, בע"פ 194/94 **מדינת ישראל נ' בסנו** (טרם פורסם, 16.12.1996), ראה בית המשפט העליון בשימוש שנעשה באגרסל שהוטח על ראשו של אדם כשימוש ב"נשק קר" כמשמעותו בחוק העונשין, בשל השימוש האלים שנעשה בחפץ התמים במהותו. בעניין אחר, קבע בית המשפט העליון כי "אחריתו של כלי, מבחינת השימוש, מלמדת על ראשיתו מבחינת סיווגו לצורך החוק" (ע"פ 187/76 **מדינת ישראל נ' אסרף**, פ"ד לא(1) 150 (1976)). ברוח זו, בשורה ארוכה של פסקי-דין קבעו בתי המשפט כי כלים וחפצים שונים כדוגמת סכין גילוח, צינור, אגרסל ושרפרף, כאשר נעשה בהם שימוש אלים, היוו "נשק קר" (ראו: עניין **בסנו** ועניין **אסרף** לעיל. כן ראו: ע"פ 454/74 **חווה נ' מדינת ישראל**, פ"ד כט(2) 589 (1975); ע"פ 556/74 **פדידה נ' מדינת ישראל**, פ"ד כט(2) 387 (1975); 532/74 **מדינת ישראל נ' שמש**, פ"ד כט(2), 581 (1975)).

53. פסיקת בתי המשפט עיצבה שני מבחנים בשאלת פרשנותו של המונח "נשק": עיקרו של המבחן הראשון **במטרה שלשמה נעשה שימוש בחפץ** באותו מקרה, ועניינו בבחינה האם השימוש שנעשה בחפץ נעשה **במטרה לפגוע**. המבחן השני נוגע לשאלת פוטנציאל הפגיעה הגלום בחפץ, ולפיו יש לבחון האם החפץ שבו נעשה שימוש הוא בעל פוטנציאל לגרום לחבלה חמורה (עניין **ביטאו** לעיל). ביישום לענייננו, כקביעת בית הדין המחוזי, אין מחלוקת כי המשיבים התכוונו לפגוע במתלונן עת עשו שימוש בתמונה הממוסגרת, ואין חולק כי פוטנציאל הפגיעה הטמון בהטחת תמונה מזכוכית על ראשו ועל גבו של אדם הוא רב. משתפס אחד המשיבים את התמונה הממוסגרת בזכוכית והטיחה על גופו של המתלונן, עשה אחד מהמשיבים בחפץ זה שימוש אלים ופוגעני. אף מבחן פוטנציאל הפגיעה מתקיים, בשים לב לחומר שממנו עשויה התמונה הממוסגרת – זכוכית – שהוא בעל פוטנציאל ברור לפגיעה ממשית, כשנעשה בו שימוש אלים. לפיכך, משהתקיימו שני המבחנים לעיל, מתקיימת בענייננו גם הנסיבה המחמירה שעניינה שימוש בנשק קר.

המרת סעיף מטעמי צדק

54. כאמור, קבע בית הדין קמא, כי אף נוכח מחדלי החקירה, השיהוי הניכר בהגשת כתב האישום והעובדה שמדובר באירוע ספונטני שהסתיים "ללא נזק רפואי ממשי מוכח" – יש להרשיע את המשיבים בעבירה חלופית, קלה יותר, של אלימות כלפי חייל, חלף העבירה של פציעה בנסיבות מחמירות שיוחסה להם בכתב האישום. לשיטתה של התביעה, לא נפלו במקרה דנן פגמים או מחדלי חקירה, אשר ראויים לסעד של המרת סעיף האישום, בוודאי, שלא נוכח חומרת המעשים, כפי שהוכחו לפני בית הדין קמא.

55. כידוע, מששוכנע בית המשפט שקיומו של ההליך אכן כרוך בפגיעה חריפה בתחושת הצדק וההגינות, עליו לבחון מהו הסעד המתאים לריפוי הפגמים. כך למשל נקבע, כי :

"בין היתר, עשוי בית המשפט לקבוע כי הפגיעה שנגרמה לנאשם, אף שאינה מצדיקה את ביטול כתב-האישום שהוגש נגדו, מצדיקה היא את **ביטולם של אישומים ספציפיים**, או תהא ראויה **להישקל לטובתו בקביעת עונשו**, אם יורשע. כן עשוי בית-המשפט לקבוע כי תיקון הפגיעה יכול שיעשה במסגרת בירורו של המשפט, כגון **בבירור שאלת קבילותה של ראיה שהושגה תוך שימוש באמצעים פסולים**" (עניין **בורוביץ**, עמ' 807-808, הדגשות הוספו; ראו גם: ע"פ 1292/06 **תורק נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם, 20.7.2009); עניין **גוטסדינר** לעיל; ע/70,72/16 **רב"ט סוייד נ' התובע הצבאי הראשי** (2016)).

על בית המשפט הדן בעניין ליתן דעתו לאינטרס החברתי לבירור האמת ולאכיפת הדין, ולנקוט סעד מידתי והולם (ראו דעתו של כב' השופט מלצר בע"פ 10715/08 **ולס נ' מדינת ישראל**, בפסקה 3 (טרם פורסם, 1.9.2009), וכן עניין **סוייד** לעיל). לפיכך, שומה עליו לבחון את התמונה המלאה והכוללת, לרבות חומרת העבירות והאינטרס הציבורי הכרוך במיגורן; טיבם של הפגמים בהליך והיקפם; הפגיעה בזכויות הנאשם ובעיקר – יכולתו לנהל הליך הוגן טענות לאפליה; היקף הנזק שנגרם ועוד (שם, פסקאות 59-61).

56. במקרה דנן, נוכח אופייה החמור של האלימות שנקטו המשיבים, נסיבות המקרה ובהן, תקיפת אנשי צוות רפואי, במהלך פנייה לקבלת שירותי רפואה, העובדה כי בוצעה בצוותא ובאמצעות נשק קר ואף היבטי הפגיעה במשמעת הצבאית המתקיימים במקרה דנן, בשים לב לקביעתנו כמפורט בפסקאות 34-36 לעיל, שלפיה לא נפגעה זכותם של המשיבים להליך הוגן – לא היה מקום לנקוט סעד של המרת סעיף אישום מטעמים של צדק (לעניין מעמדו של האינטרס החברתי להגן על צוות רפואי מפני אלימות מצדם של הפונים לקבלת טיפול רפואי, ראו: סעיף 382א לחוק העונשין, ע"פ 4565/13 **חאלד נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם, 4.11.2013), ע/47,48/08 **סמל סרור נ' התובע הצבאי הראשי** (2008)). עם זאת, כפי שנראה להלן, מצאנו כי יש להתחשב לקולה בשיהוי שחל בהגשת כתב האישום בעניינם של המשיבים, במסגרת בחינת העונש הראוי בעניינם (על האפשרות ליתן משקל לפגמים בהליך החקירה וההעמדה לדין בשלב העונש ראו: עניין **גוטסדינר** לעיל).

57. נוכח מכלול האמור, מצאנו לקבל את ערעור התביעה באשר להכרעת הדין ולהרשיע את המשיבים בעבירה של **פציעה בנסיבות מחמירות**, לפי סעיף 334 בנסיבות של סעיפים 335(א)(1) ו-335(א)(2) (וסעיף 29(ב) לחוק העונשין. בהתאם, מתייטר הצורך לדון בעתירתה החלופית של התביעה בערעור, בנוגע להתקיימות יסודותיה של עבירת התקיפה בנסיבות מחמירות.

העונש הראוי למשיבים

58. בערעורה, עתרה התביעה הצבאית להחמרה בעונש שהוטל על המשיבים. נטען, כי נוכח נגע האלימות הפושה בחברה ובשים-לב לחומרת מעשיהם של המשיבים, שגה בית הדין המחוזי בקבעו עונש מקל מעבר לראוי מטעמי שיקום.

59. כזכור, בית הדין המחוזי שקל בגזר הדין את מכלול נסיבות המקרה, לקולה ולחומרה. כך, עמד בית הדין המחוזי בהרחבה על חומרת מעשיהם של המשיבים ועל כך שמדובר באירוע אלים שנעשה בתוככי מרפאה צבאית לנגד עיני הצוות הרפואי; על השימוש שנעשה בתמונה ממוסגרת עם זכויות להכאת המתלונן ולכך שלמשיבים היו מספר הזדמנויות להפסיק את הסלמת האלימות ולעזוב את המקום. כך גם, עמד בית הדין המחוזי על היות האירוע ספונטני, ללא כל הכנה מוקדמת; על העובדה שהנזק שנגרם למתלונן לא היה רב; על כך שהמשיבים שוחררו משירותם הצבאי והשתלבו בחיים האזרחיים ועל נסיבות נוספות לקולה.

60. שקלנו בכובד ראש את טענות התביעה הצבאית בערעור על העונש שהוטל על המשיבים. נוכח הפגיעה החמורה בערך המוגן שעניינו שמירה על שלמות הגוף, והעובדה שהמעשים בוצעו בתוככי מחנה צבאי כלפי צוות רפואי, באופן שהביא לפגיעה קשה במשמעת, מצאנו כי ברגיל, אכן ראוי היה להחמיר בעונש שהוטל על המשיבים ולהשית עליהם עונשי מאסר בפועל.

61. עם זאת, בנסיבות המקרה דנן, מצאנו לדחות את ערעור התביעה באשר לענישה שהוטלה. בית הדין המחוזי שקל בגזר הדין את מכלול נסיבות המקרה, לקולה ולחומרה. בנסיבות העניין, התוצאה העונשית שאליה הגיע, **הגם שהיא מקלה**, אינה מקימה עילה להתערבות. כאמור לעיל, הנזק הרפואי שנגרם למתלונן לא היה רב, והוא כלל, בעיקרו של דבר, שריטות במספר מקומות על גופו של המתלונן. כך גם, לא נעלמה מעניינו העובדה שחלף זמן לא מבוטל ממועד ביצוע העבירות – קרוב לשלוש שנים – בין היתר, נוכח השיהוי המשמעותי בהגשת כתב האישום. בינתיים, פוטר המשיבים משירות צבאי והחלו להשתלב

בחיים האזרחיים. כמו כן, נוכח קבלת ערעור התביעה הצבאית בנוגע להכרעת הדין והרשעתם בערכאת הערעור בעבירה מסוג פשע – צפוי ללוות את המשיבים רישום פלילי בחייהם האזרחיים למשך שנים לא מעטות. במאזן הכולל של הדברים, **לאחר התלבטות**, מצאנו כי העונש שהוטל, על-אף קולתו, אינו מצדיק את התערבות בית-דין זה.

סוף דבר

62. ערעור התביעה באשר להכרעת הדין מתקבל, כך שחלף הרשעתם בעבירה שעניינה אלימות כלפי חייל, מורשעים המשיבים בעבירה שעניינה פציעה בנסיבות מחמירות, לפי סעיף 334 בנסיבות של סעיפים 335(א)(1) ו-335(א)(2) וסעיף 29(ב) לחוק העונשין, התשל"ז-1977. נוכח האמור, נדחה ערעור המשיבים בדבר הרשעתם. ערעור התביעה באשר לעונשים שהוטלו על המשיבים נדחה אף הוא.

ניתן והודע היום, כ"ח באדר התשע"ז, 26 במארס 2017, בפומבי ובמעמד הצדדים.

הנשיא		המשנה לנשיא	שופט
חתימת המגיה: _____		העתק	נאמן
		סגן	קורל
תאריך: _____		קצינת	בית
			למקור
			מכני
			הדין