



בית הדין הצבאי המחוזי

מחוז שיפוט ז"י

בפני: סא"ל מאיה גולדשמידט - אב"ד
 רס"ן צבי פרנקל - שופט
 סרן גיא אליאסי - שופט

בעניין: **התובע הצבאי** (ע"י ב"כ, סגן עידן בטונר ; קמ"ש דניאל אלברג)

נגד

הנאשם: **XXX/ח סגן ג' ל' (ע"י ב"כ, עו"ד רחל תורן ; עו"ד אריאל סלטו)**

הכרעת- דין

א. מבוא

1. כנגד הנאשם, סגן (מיל.) ג' ל', הוגש ביום 9/1/2017 כתב אישום המייחס לו עבירה של חבלה חמורה בנסיבות מחמירות, לפי סעיף 333 וסעיף 335(א)(1) לחוק העונשין, תשל"ז – 1977 (להלן: "חוק העונשין") והתנהגות שאינה הולמת, לפי סעיף 130 לחוק השיפוט הצבאי, תשט"ו – 1955 (להלן: "החש"צ").
 2. בכתב האישום מתואר כי הנאשם, אשר שירת בתקופה הרלוונטית כקמ"ן ביחידת יהל"ם רכש, באופן פרטי, בחודש ינואר 2016, אקדח מסוג גלוק 26, לאחר שהוציא רישיון אזרחי מתאים. את האקדח נשא עד ליום האירוע (29/3/2016) כשהוא טעון במחסנית, ללא היתר מפקדיו, בניגוד להוראת בטיחות מבק"א יבשה מס' 3.4 בדבר תפעול, נשיאה ואחזקה של אקדח וחרף הבהרה מפורשת בדבר איסור זה על ידי מפקדו, סרן ג' ו'.
- ביום 29/3/2016 בשעות אחר הצהריים, ישבו הנאשם וסג"ם ע' ל' במשרדו של הנאשם ביחידה, ושוחחו על טיב האקדח ואופן תפעולו. בשלב מסויים העביר הנאשם לידי

- סג"ם לי את האקדח לצורך בחינתו, לאחר שווידא כי בית הבליעה ריק מכדורים. בהמשך שוחחו השניים על מבנה האקדח, והנאשם פירק את האקדח מחלקיו, ומסרו, כשהוא ללא מכלול, לידי סג"ם ל'. לאחר מכן נטל הנאשם את האקדח מידי סג"ם ל', הרכיב את חלקיו וטען אותו במחסנית שהכילה X כדורי 9 מ"מ.
- השניים המשיכו לשוחח בעניין האקדח, ובשלב מסוים, על מנת להדגים לסג"ם ל' כיצד דורכים את האקדח באמצעות חגורת המכנסיים, עשה כן הנאשם. סמוך לאחר מכן, כיוון הנאשם את האקדח לפינה הימנית – תחתונה במשרד, ובשעה שסג"ם ל' קם ממקום מושבו, לחץ על הדק האקדח (נקר). או אז נורה מהאקדח כדור, אשר חדר דרך הבטן לפלג גופו התחתון של סג"ם ל' וגרם לפציעתו. כתוצאה מהפציעה נגרמו לסג"ם ל' קרעים ברקמות פנימיות באזור העכוז וכן שברים בעמוד השדרה, הוא נותח מספר פעמים, נקבע לו פרופיל 21 והוא פוטר מהשירות הצבאי.
3. פרט האישום בדבר התנהגות שאינה הולמת מיוחס לנאשם בשל דרגתו ומעמדו בצה"ל בעת ביצוע המעשים המפורטים לעיל.
4. הנאשם כפר באשמה ולפיכך נשמעו ראיות הצדדים. יצוין כבר עתה, כי בעת שמיעת הראיות התברר כי המחלוקת העובדתית בין הצדדים מצומצמת למדי, ונסבה, בעיקר בדבר השאלה האם הייתה מחסנית באקדח ומה הייתה מידת מודעותו של הנאשם ביחס לכך. למעשה, המחלוקת העיקרית בין הצדדים היא משפטית, ביחס לסעיף העבירה המתאים למעשיו של הנאשם. ביחס לכך גם נטענו טענות שעניין הגנה מן הצדק, הנוגעות למעורבות המפקדים בהטמעת הוראות הבטיחות וכן לאכיפה ברגנית בעת בחירת סעיף האישום – והכל כפי שיפורט בהמשך.
5. במהלך שמיעת הראיות נשמעו בפנינו מס' עדים מטעם התביעה: סג"ם ע' ל', נפגע העבירה, רס"ן ג' ו', אשר שירת ביחידת הנאשם בתקופה הרלוונטית, סא"ל אייל דגן, אשר שירת כרע"ן בטיחות במבק"א מז"י, בח"ג אילן מרקוס שבחן את תקינות האקדח שנשא הנאשם לאחר האירוע, וחוקרות מצ"ח שטיפלו בפרשה, סגן קים נטף וסמ"ר סוזנה ידגורב. עוד הוגשו מסמכים שונים. מטעם ההגנה העיד הנאשם והוגשו מספר מסמכים.

ב. התשתית העובדתית

6. כאמור, התשתית העובדתית, ברובה, אינה מצויה במחלוקת בין הצדדים, ותפורט להלן בקצרה. לולוע

השתלשלות העניינים עובר לאירוע

7. הנאשם שירת, בעת האירוע, כקצין מודיעין ביחידת יהל"ם. טרם הכשרתו לקצונה שירת בתפקידים מבצעיים כלוחם וכמפקד בחטיבת כפיר. בראשית 2016 ביקש הנאשם לרכוש אקדח פרטי בשל המצב הביטחוני ששרר באותה עת ("אינתיפאדת הסכינים"), והוא החל בהליכים לעשות כן. בין השאר נדרש לקבל המלצה ממפקד בדרגת סא"ל ומעלה, ועל כן פנה למפקדו הישיר, סא"ל רותם שמר שכתב לו המלצה (ס/3). לאחר שעמד הנאשם בכלל הקריטריונים שנקבעו על ידי המשרד לביטחון פנים, המאפשרים מתן רישיון להחזקת כלי ירייה פרטי (ר/ס/5) הוא רכש אקדח ביחד עם אביו בחנות כלי נשק פרטית, ועבר הדרכה על ידי מדריך מוסמך מטעם המשרד לביטחון פנים, אשר כללה גם מטווח של 50 כדורים. לדברי הנאשם, גם נערכה פריקה של האקדח, בתוך החנות, במסגרת ההסבר שניתן לו אודות האקדח.

8. לאחר רכישת האקדח הגיע עימו הנאשם פעמים ספורות ליחידה. מוסכם כי שעה שנשא אותו הנאשם ביחידה, הייתה המחסנית במצב "הכנס", שכן זהו המצב המקובל בעת החזקת אקדח. בין הצדדים קיימת מחלוקת לגבי שאלת מודעותו של הנאשם לכך שהוא נדרש לקבל אישור מקצין בדרגת אל"ם לנשיאת אקדח פרטי, ועניין זה יפורט בהמשך.

אירוע הירי

9. השבוע בו אירע אירוע הירי החל בהשתתפותו של הנאשם בתרגיל שהתקיים בדרום הארץ, במהלכו ישן לסירוגין, מבלי שזכה לשנת לילה רצופה. ביום 29/3/2016 שב להפסקה קצרה לבסיסו, בשעות הצהריים, לפני שימשיך לתרגיל נוסף. לאחר שנח מעט והתרענן, שב למשרדו, והבחין בסג"ם ע' ל', קמב"ץ היחידה, כשהוא ישוב במשרדו. הנאשם הזמין את סג"ם ל' לשתות עימו קפה במשרדו (דבר שנמסר כי היה שכיח, כיוון שהשניים היו ביחסי חברות). סג"ם ל' הצטרף אליו לאחר זמן מה והשניים שתו קפה ביחד. סג"ם ל' ביקש מהנאשם לראות את אקדחו הפרטי. הנאשם פרק את האקדח, הוציא את המחסנית והניח אותה על השולחן מולו. הפריקה התבצעה בזווית של 45 מעלות לפינה הימנית רחוקה של המשרד - כך לדברי הנאשם הונחה לעשות בעת שרכש את האקדח. לאחר מכן הגיש הנאשם את האקדח לסג"ם ל', אשר הביע עניין במבנהו ושאל אותו על המבנה הטכני ועל משקלו של האקדח. הנאשם הציע לסג"ם ל' לפרק את האקדח ולהסביר לו על מבנהו הפנימי, וכך אכן עשה. סג"ם ל' החזיק את החלקים

השונים ושאל אותו שאלות על האקדח. לאחר שסג"ם לי סיים לבחון את האקדח, הוא החזיר אותו לנאשם, אשר מצידו חיבר והרכיב אותו בחזרה.

10. השניים המשיכו לשוחח על האפשרות לדרוך את האקדח באמצעות החגורה. הנאשם סיפר לסג"ם לי על כתבה שקרא אודות אדם בעל יד אחת שדורך את אקדחו באמצעות החגורה, והוא רצה להדגים לסג"ם לי כי הדבר אפשרי. לשאלות בית הדין מסר הנאשם, כי לא ראה את הדריכה על החגורה כמשחק באקדח, אלא כ"הדגמה" כהגדרתו. באותה עת עמד סג"ם לי מול שולחנו של הנאשם. הנאשם דרך את האקדח על החגורה וכחלק מהשלמת הפריקה הסיט את האקדח ונקר אותו לעבר פינת המשרד בזווית 45 מעלות לקרקע (בשחזור שנערך הובהר, כי מדובר בפינה שקרובה יותר למקום עמידתו של סג"ם לי מולו). לדברי הנאשם באמרתו, בשלב זה ממש, החל סג"ם לי, אשר עמד קודם לכן בצד השולחן שהפריד בינו ובין הנאשם, להתקרב אליו בתנועה פתאומית ומפתיעה. בשלב זה נפלטה ירייה והחדר כולו הוחשך.

סוגיית מקום הימצאה של המחסנית

11. כמפורט לעיל, המחלוקת העובדתית העיקרית בין הצדדים נסבה בדבר השאלה, האם בעת נקירת האקדח הייתה מחסנית באקדח ומה הייתה מודעותו של הנאשם לעניין מקום הימצאה של המחסנית. מדובר, כפי שיפורט להלן, בשאלה מהותית לצורך בחינת אחריותו של הנאשם לאירוע. נפרט איפוא את התשתית הראייתית שהונחה בפנינו בסוגיה זו.

12. **סג"ם ע' לי**, נפגע העבירה, מסר בעדותו, בחקירה הראשית, כי זכור לו שהנאשם הדגים דריכה של האקדח, אך לא זכור לו שהייתה נקירה ושהמחסנית הייתה בפנים. כשנשאל על כך מפורשות, מסר כי זכור לו שראה את המחסנית על השולחן (לאחר שהאקדח פורק לחלקים) אך לא זכור לו שהיא הוזזה משם. בחקירתו הנגדית, עת נשאל על הדברים שאמר בעדותו במצ"ח, לפיהם לא ראה שהנאשם הכניס בחזרה את המחסנית לאקדח מסר, כי בשלב כזה או אחר ראה את המחסנית על השולחן; אך הוא אינו יודע לומר אם בעת ביצוע הירי המחסנית הייתה במצב "הכנס". בהמשך ציין, כי זכור לו שבתחילה ראה את המחסנית על השולחן, אך לא ידוע לו מה קרה עימה לאחר מכן. כך או כך, לא זכור לו שראה שהמחסנית הוכנסה לאקדח. כן אישר, כי אם היה רואה שהמחסנית בפנים, ככל הנראה היה מתריע על כך בפני הנאשם.

13. **הנאשם** מסר גרסאות שונות בנושא, במצ"ח ובעדותו בפנינו. באמרתו מיום 29/3/2016, ת/1, מסר את הדברים הבאים, שבשל חשיבותם להכרעתנו יובאו במלואם (מעמ' 3, שורות 26-10, עמ' 4, שורה 1) – וזאת מיד לאחר תיאור השיחה שהתנהלה בינו לבין סג"ם ל' שכללה את פירוק האקדח והחזקתו על ידי סג"ם ל' :

"ביקשתי שיחזיר לי את האקדח כדי להרכיב אותו וזהו, לא רציתי שנשחק יותר באקדח ובאתי להחזיר אותו לנרתיק של האקדח. כמובן שבשלב הזה אין מחסנית באקדח, הוא נמצא על השולחן במרחק מהאקדח, אני מקבל את האקדח, אני מרכיב אותו והועלה הנושא של דריכה של האקדח על ידי החגורה. לשאלתך, אני חושב שהוא העלה את הנושא וזהו. הכנסתי את המחסנית והוא המשיך לדבר על זה. בדיעבד אני זוכר שהכנסתי את המחסנית כי קרה מה שקרה, והמשכנו לדבר על הנושא של הדריכה על החגורה, תוך כדי שאני יושב ביצעתי את הפעולה, כמובן שלא עשיתי את זה תוך ידיעה שיש מחסנית באקדח, זה היה מתום לב, אני יודע שאסור לשחק באקדח, אני לא עושה את הדברים האלה. לאחר דריכה באתי לנקור לכיוון הפינה של החדר, מתוך כוונה להשלים את הפריקה עצמה. אחרי שביצעתי את זה, לא הייתי מכוון לכיוונו, לא הייתי דורך את האקדח אם הייתי יודע שיש מחסנית. כיוונתי אל הפינה הרחוקה של החדר, וביצעתי נקירה. במקביל הוא התקרב אלי בפתאומיות. אני נקרתי והוא לא היה מתקרב אלי אם הוא היה רואה שהכנסתי מחסנית. הוא התקרב אליי, ביצעתי את הנקירה, פלטתי את הכדור..."

14. בהמשך האמרה ציין הנאשם: "זה ממש לא מתוך כוונה, זה טעות, זה חוסר עירנות מוחלט שלי" (עמ' 4, שורה 12). עוד התנהל בינו לבין החוקרת הדיאלוג הבא (עמ' 10, שורות 10-2) :

"ש : מתי הכנסת את המחסנית לאקדח ?

ת : הייתי בישיבה, לא קמתי, הרכבתי את האקדח, הכנסתי את המחסנית כחלק מהשלב של ההרכבה של האקדח והכנסתי מחסנית. זה היה תוך כדי שדיברנו וכנראה לא שמתי לב שעשיתי את זה.

ש : תפרט לי כיצד טענת את האקדח.

ת : זה חגורה מבד, פשוט שמתי את הכוונות האחוריות, הן בולטות יותר, על החגורה, ומשכתי למטה את האקדח. כמובן ללא ידיעה שיש בפנים את המחסנית, אחרת בחיים לא הייתי עושה את זה. כחלק מהשלמת פעולת הפריקה שזה טעינה ונקירה, נקרתי לפינת החדר וקרה מה שקרה"

15. ולבסוף, בתשובה לשאלה מפורשת - האם ידע שיש מחסנית באקדח כשנקר אותו ונפלט כדור - השיב הנאשם בשלילה.

16. באותו יום גם נערך שחזור מצולם בהשתתפות הנאשם (ת/5 ות/5א). במהלך השחזור מסר הנאשם כי במהלך הרכבת האקדח מחדש, הכניס את המחסנית לאקדח "באינסטינקט", כלשונו, תוך שפירט כי עשה זאת בדיוק כפי שהוא עושה גם בביתו, וכפי שראה שגם עושים ביחידה וגם בהדרכה שקיבל בעת קניית האקדח.

17. מהנאשם נגבתה אמרה נוספת ביום 3/4/2016 (ת/2), שעסקה בעיקר בסוגיית היכרותו עם הוראה 3.4 ונהלי נשיאת אקדח ביחידה; אולם במהלכה שב ופירט בקצרה גם את מהלכו של האירוע, מבלי שביקש לשנות כל פרט מאמרתו, ת/1.

18. בעדותו בחקירה הראשית, מסר הנאשם, כי לאחר שהוחזר לו האקדח המפורק על ידי סג"ם ל', הוא חיבר אותו בחזרה והרכיב אותו, כאשר כל אותה עת המחסנית לא הייתה ליד האקדח. גם כאשר ביקש להדגים לסג"ם ל' את הדריכה מהחגורה, המחסנית לא הייתה בתוך האקדח, שכן הוא ראה אותה שניות ספורות קודם לכן על השולחן. הנאשם פירט, כי הוא משוכנע שהמחסנית נותרה על השולחן בעת הנקירה, וזאת בשל שני טעמים. הראשון הוא כי הבחין כאמור במחסנית על השולחן, שניות ספורות לפני הנקירה. השני הוא לאור מבנה האקדח מסוג "גלוק" שהוא קטן, ונוח לאחיזה. מאקדח זה הוסר החלק האחרון של ידית האחיזה והמחסנית מהווה את האצבע האחרונה של ידית האחיזה. כאשר הוא נקר, הוא לא חש באצבע הזרת על המחסנית, דבר המלמד על כך שהמחסנית לא הייתה בפנים. כן הדגיש, כי לא העלה בדעתו שיש כדור בקנה בעת הנקירה, ואם היה סבור כך לא היה נוטל סיכון שכדור ייפלט מהנקירה. בחקירתו הנגדית, אישר הנאשם כי הוא לא הכניס פיזית את אצבעו על מנת לבדוק שאין שם כדור או מחסנית, אך זאת לטענתו משום שבשלב הזה ידע שהמחסנית על השולחן. הנאשם גם אישר, כי הוא היה היחיד שפירק את האקדח ונגע במחסנית.

19. עת התבקש הנאשם, בחקירתו הנגדית, להתייחס לדברים שמסר באמרתו, ת/1, בנוגע לסוגיית הכנסת המחסנית, טען כי היה "בהלם" כהגדרתו ובלחץ, בשל האירוע, בעת החקירה. לדבריו, תשובתו לחוקרת הייתה "כדי לנסות קודם כל להסביר לעצמי איך קרה מה שקרה. לא הייתה לי שום כוונה להכניס את המחסנית המשכנו לדבר ולא עשיתי את זה. ההתייחסות שלי לאינסטינקט הייתה להגיע למצב שלהבין איך קרה שהאקדח ירה עד היום אני לא מצליח להבין" (עמ' 70, שורות 9-12). הנאשם טען, כי אמר את האמת במצ"ח, אך תשובתו לגבי המחסנית נבעה מניסיון שלו לשחזר מה שקרה, אז הגיע למסקנה שככל הנראה הכניס את המחסנית. עד היום, לדבריו, כאשר הוא חווה "פלאשבקים" מהאירוע, הוא לא רואה את המחסנית בפנים; ואם היה רואה אותה בפנים, לא היה מבצע כל פעולה באקדח. כך גם הסביר הנאשם תשובות שמסר בשחזור.

20. הנאשם הוסיף והסביר כי לאחר פירוק האקדח והרכבתו מחדש, הוא נדרש לפרוק אותו מחדש, לרבות דריכה ונקירה. על כן טען, כי לא הייתה לו כל סיבה להכניס את המחסנית כשהוא צריך לפרוק ולנקור מחדש.

21. כשנשאל הנאשם איך הוא מסביר איפוא את הירי באקדח, טען כי הדבר לא ידוע לו, והוא יכול לשער מניסיונו עם נשקים אחרים, שאולי היה דבר מה שגרם למעצור או לכדור תקוע באקדח. יצוין, עם זאת, כי כשנשאל הנאשם בחקירתו הנגדית האם הפעיל שיקול דעת מוטעה, השיב בשלילה, תוך שציין כי: "הדבר היחיד שאני מתחרט עליו הוא שלא בדקתי מליון פעם את המחסנית ושסמכתי על הזיכרון שלי שהמחסנית נמצאת על השולחן". (עמ' 77 לפרוטוקול, שורות 3-1).

הפעולות שנעשו לאחר הירי וחקירת מצ"ח בפרשה

22. מיד לאחר פליטת הכדור, התברר כי הוא פגע בסג"ם ע' ל'. הנאשם סייע לסג"ם ל' להתפנות מהמקום אל המרפאה ומשם פונה על ידי מד"א לבית החולים. סג"ם ל' פירט בפניו באריכות את הפגיעה שנגרמה לו ואף הוגשו לנו מסמכים רפואיים (ת/13), אולם הדברים לא יפורטו בהרחבה עקב צנעת הפרט. בקצרה ניתן לציין, כי הקליע פגע בבטנו התחתונה ובמעיו. סג"ם ל' עבר בעקבות פגיעה זו במשך מספר חודשים ניתוחים והליכים רפואיים מורכבים, שהובילו אותו כמעט לסכנת חיים. גם היום הוא מתמודד עם השלכות הפגיעה, עקב הפגיעה במעיו, אשר מגבילה באופן משמעותי מאוד את תפקודו, את השליטה על צרכיו ואת התזונה שהוא צורך. עקב מצבו הרפואי של סג"ם ל', הוא גם מתקשה להתנייד מביתו למקומות הדורשים נסיעה ממושכת, ועל כן גם באופן חריג נעתרנו לבקשת התביעה ושמענו את עדותו של סג"ם ל' בבית הדין בצפון, בסמוך למקום מגוריו.

23. לבסיס נקראו באופן מיידי חוקרי מצ"ח דן, אשר החלו בחקירת האירוע. לעניין זה נשמעו עדותן של סגן קים נטף, קצינת החקירות שניהלה את החקירה וסמל (מיל.) סוזנה ידגרב, אחת החוקרות בפרשה. במקום צולמו צילומים של המשרד ושל האקדח, וכן אותר קליע בפינה הימנית התחתונה של המשרד. עוד הוחרמה מחסנית האקדח ובה 9 כדורים (ר' ת/14 וכן ת/11, תע"צ המעיד על החרמת המחסנית והעברתה לחדר המוצגים). באותו היום נגבו עדויות של גורמים שונים ביחידה, לרבות אמרת הנאשם, ואף בוצע השחזור ביחד עימו. הנאשם גם ערך שרטוט של המקום בעת גביית אמרתו

(ת/6), בו מתוארים המנח שלו ושל סג"ם ל' טרם הירי וכן כיוון הירי. הכדור והתרמיל והקליע הוחרמו והועברו לאחסון במצ"ח (ר' תע"צ שסומנו ת/8, ת/9 ות/10).

24. על דו"ח ביקור במקום (ת/3) מיום 29/3/2016, חתמו חמישה חוקרי מצ"ח, החל ממפקד בסיס מצ"ח דן באותה עת, רס"ן גלעד בדיון, קצינת החקירות, סגן נטף, וכן החוקרים, רב"ט שחף הרוש, רב"ט דיאנה קזניקוב ורב"ט ליעד ברש. מעדויותיהן של סגן נטף וסמל ידגרוב עלה, כי הן לא ידעו לומר מי מהחוקרים ערך את המסמך המלא.

25. מת/3 עלה, כי ההודעה בדבר האירוע התקבלה במצ"ח דן בשעה 18:00, ולאחר כ-45 דקות הגיעו חוקרי המצ"ח לאזור. כאשר הגיעו החוקרים למקום היה משרדו של הנאשם נעול; ונמסר על ידי סמל אביעד כאסשריר, סמל מחלק המודיעין, ששמר על דלת הכניסה, כי אל החדר נכנס קצין מטעם היחידה על מנת לפרוק את האקדח, ולמיטב ידיעתו לא נכנס מאז איש נוסף לזירה. למקום הגיעו שני טכנאי מז"פ, אשר מצאו את התרמיל במשרד (כמפורט, כאמור בת/14). הקליע שנפלט כתוצאה מפליטת הכדור אותר בצמוד לקיר הצפון מערבי של החדר. בזירה נגבו עדויות ממספר מעורבים, לרבות סגן ד' א', סמ"פ ס' ביחידת יהל"ם, אשר לפי הנטען פרק את אקדחו של הנאשם.

26. זה המקום לציין, כי שמו של סגן א' לא נכלל ברשימת עדי התביעה. לאחר שנשמעו חלק ניכר מעדי התביעה, הגישה התביעה בקשה לתקן את כתב האישום ולהוסיפו כעד מטעמה. ההגנה התנגדה לכך, נוכח השלב הדיוני בו היה מצוי ההליך, ואנו דחינו את הבקשה בהחלטה מפורטת מיום 31/10/2017, הנסמכת, אכן, על השלב המאוחר בו הוגשה הבקשה, לאחר שההגנה כבר גיבשה את קו ההגנה שלה וחקרה את עיקר עדי התביעה, ועל מנת שלא לקפח את הגנת הנאשם. בקשה נוספת לזמן אותו ועדים נוספים כעדי הזמה, נדחתה אף היא על ידינו.

27. האקדח ונרתיק האקדח הוחרמו אף הם ביום האירוע, על ידי סמל י', והועברו לאחסון בחדר המוצגים במצ"ח (ר' תע"צ, ת/4 ות/7). ביום 15/5/2016 ניתנה חוות דעת מומחה מטעם בח"ג אילן מרקוס, ראש צוות אחזקת נק"ל בענף מערכות הנשק בחטיבה הטכנולוגית בזרוע היבשה. בחוות דעתו מסר כי קיבל את האקדח במסירה ידנית, וערך לו בדיקה חזותית לשלמות החלקים, בדיקה תפעולית יבשה של מנגנון ההדק ומכלולי האקדח ובדיקת מדידים (שחיקת קדח קנה, הרחק ראש תחמיש, מרווח מחלץ וכוח סחיטת הדק). בסיום הבדיקה מצא, כי האקדח תקין ויכול לבצע ירי בתחמושת תקינה.

28. בח"ג מ' אף העיד בפנינו, ומסר כי ערך את הבדיקה במעבדה שבמשרדו. לדבריו, במרבית המקרים נערכת הבדיקה באופן מיידי עם הבאת הנשק, אל מול החוקר או השליח מטעם מצ"ח שמוסר את האקדח לבדיקה; ובהתאם לכך גם נרשמת חוות דעתו במקום. העד

מסר, כי אינו נוהג לרשום נסיבות נוספות הנוגעות לאקדח (נסיבות הירי וכיו"ב), וכי בדיקתו מתמצה בבחינה האם כלי הנשק תקין מבחינה טכנית בעת הבדיקה עצמה. עוד ציין, כי מדובר היה באקדח תקין וחדש לחלוטין, אשר גם היה נקי (לעניין זה צוין, כי תנאי לכלוך קיצוניים עלולים להשפיע על מצבו, וכי אם האקדח היה מלוכלך ברמה שאינה מאפשרת בדיקה או מחייבת ניקיון, הדבר היה מצוין בחוות הדעת); וכי ההנחה היא שאקדח שהגיע אליו במצב תקין, היה תקין גם קודם לכן, שכן תקלה בטיחותית אינה יכולה "לתקן את עצמה" כהגדרתו. כן ציין, כי חוות דעתו מתייחסת לתקינות האקדח ולא לנושא תקינות התחמושת של האקדח.

29. מעדותה של **סגן קים נטף**, האחראית על החקירה, עלה כי נוכח חלוף הזמן הרב מאז האירוע ועד לעדותה, נשתכחו פרטים רבים מזיכרונה. כך למשל, לא ידעה לומר אילו פעולות נעשו לשם תיעוד נוכחות כלל האנשים שהיו בזירה לאחר האירוע; לא זכרה מי נתן את ההנחיות השונות באשר לפעולות חקירה שנעשו או שלא נעשו בתיק, ולא ידעה לומר מדוע סגן א', אשר כנטען פרק את האקדח לאחר האירוע לא נחקר באזהרה, בשל פריקת האקדח בתוך המשרד; כמו כן לא ידעה לומר מדוע לא נחקרו מפקדיו של הנאשם משהתברר כי לא ניתנו האישורים המתאימים מבחינתם להחזקת האקדח; תוך שציינה, אמנם, כי ככל הנראה התמקדה החקירה באירוע פליטת הכדור ולא בעניינים שמסביב לכך. העדה גם לא ידעה לומר האם נבדקה תוכנית הבטיחות ביחידה ואם לא – מדוע. כמו כן לא ידעה לומר כמה אנשים נגעו באקדח מעת פליטת הכדור ועד הגעתם של חוקרי מצ"ח ומדוע לא נבדקו טביעות אצבע על האקדח.

30. **סמל סוזנה יזגרוב**, ששימשה כאחת מהחוקרות בתיק, מסרה בעדותה כי גבתה את עדויות הנוכחים בזירה לאחר האירוע, ובין השאר את עדותם של סגן א' וסמל כ'. העדה אישרה, כי מגביית העדויות עולה, כי ככל הנראה היה יותר מאדם אחד בזירה לאחר האירוע וכי אינה יודעת בכמה אנשים מדובר. כן ציינה, כי לטעמה, מעשיו של סגן א', עת פרק את האקדח במשרד, הם תקינים, על אף האיסור לפרוק אקדח בחלל סגור, וזאת בשים לב לכך שהפריקה נדרשה לאחר האירוע, על מנת לוודא כי איש לא ייפגע. לעדה הוצג ס/2, המתעד כי החזירה לסמל כ' את נשקו האישי, מסוג M-16 ביום האירוע, אולם העדה לא זכרה כיצד הגיע הנשק לידי מצ"ח והיכן הוא היה עד להחזרתו. עוד אישרה העדה, כי היא החרימה את האקדח מהזירה, כעולה מת/4, והעבירה אותו לסגן נטף, אולם היא לא העבירה אותו לידי בח"ג מרקוס.

הפקודות המחייבות לנשיאת אקדח והיכרות הנאשם וגורמי היחידה את ההוראות

31. כפי שכבר פורט לעיל, ההוראה המחייבת בנוגע לנשיאת אקדחים בצה"ל מצויה במסגרת הוראות הבטיחות של זרוע היבשה, הוראה 3.4 "אקדח – תפעול, נשיאה ואחזקה", העוסקת הן בהחזקת אקדח פרטי והן בהחזקת אקדח צבאי מבצעי (כאשר חלק מההוראות משותפות לשני סוגי האקדחים). להלן נפרט את עיקרי ההוראה הרלוונטיים לענייננו, בין השאר לאור טענות שנטענו מפי ההגנה (כפי שיפורט להלן) בדבר אחריות מפקדיו של הנאשם לאי היכרות עם ההוראות הרלוונטיות ואי עמידה בכללים שנקבעו בהן.

32. הוראות הנוגעות לאחריות המפקדים – בסעיף 3.4.3.1 להוראה נקבע כי באחריות המפקדים לוודא כי נושאי האקדח ביחידה, בין אם פרטי או צבאי, הוכשרו לכך ועברו ריענון כמתחייב (כאשר מדובר בנשיאת אקדח פרטי מדובר בהכשרה אזרחית והחובה לכך מוטלת על קצין בדרגת אל"ם ומעלה המהווה סמכות פיקודית על המבקש). על מפקדי היחידה לאשר שמית פרטנית אל כלל נושאי האקדח הפרטי במהלך תפקידם הצבאי, כולל ביצוע מעקב ורישום.

33. הוראות הנוגעות לאופן אחזקת האקדח ביחידה ותפעולו – בסעיף 3.4.3.2 נקבע כי נשיאת האקדח מותרת בנרתיק בלבד, וכי אסורה הוצאת האקדח מהנרתיק לכל מטרה שהיא, בתחומי הבסיס ומחוצה לו, למעט לצרכי ניקוי במקום המיועד לכך ולצרכי שימוש כדין. כן נקבע כי האקדח יימצא ברשות בעליו, ואין להעבירו לאדם אחר, לכל מטרה שהיא. עוד נקבע, אמנם ביחס לאנשי מילואים הנושאים אקדח פרטי בשמ"פ, כי אין לבצע פעולות של ניקוי, הדגמה, הצגת האקדח או העברתו לאדם אחר. בסעיף 3.4.3.3 להוראה נקבע כי חל איסור לבצע כל שימוש בכלי אקדח שלא לשם אחזקתו או שלא בהתאם לפקודות הצבא.

בסעיף 3.4.3.9 להוראה, העוסק בניקוי אקדחים נקבע כי ניקוי אקדח יבוצע במקום שהוגדר לכך ביחידה; וכי חל איסור על חיילים לנקות אקדחים במגורים ובחללים סגורים, למעט במוצבי לחימה מאוימים, באישור מח"ט גזרתי ובנוכחות מפקד מוגדר. בסעיף 3.4.3.10 להוראה, העוסק בבדיקת אקדח ופריקתו, נקבע כי בעת בדיקת אקדח יופנה הקנה כלפי מטה בזווית של 45 מעלות/חומת מפגע; וכי בדיקת או פריקת אקדחים תיעשה במצבים הבאים – ובין השאר – בעת העברת אקדח מחייל לחייל, ולפני ניקוי או פירוק של האקדח. עוד נקבע כי בעת הדגמה במתן שיעור, חל איסור להכניס ולהדגים באמצעות תחמושת חיה במהלך שיעור/הדגמה.

34. להוראה צורפו שני טפסים המהווים אישור לנשיאת אקדח – טופס 12 העוסק באישור לנשיאת אקדח צבאי וטופס 13 העוסק באישור לנשיאת אקדח פרטי/אזרחי, אשר נרשם על גבו כי הוא יוחזק על ידי בעל האקדח במהלך הימצאותו ביחידה. בטופס מופיעים פרטי נושא האקדח, פרטי האקדח וכן נדרש לחתום על הצהרה לפיה ידוע לבעל האקדח כי אינו רשאי להוציא את האקדח מהנרתיק לשום צורך (ניקוי, הדגמה וכו') למעט להגנה עצמית בעת אירוע. הטופס נדרש להיחתם עוד על ידי סגן מפקד היחידה, שהוא קצין הבטיחות היחידתי, אשר מאשר בין השאר כי החייל עבר תדריך בנושא עבריינות בנשק - ולבסוף נדרש להיחתם על ידי קצין בדרגת אל"ם הנותן את אישורו לנשיאת האקדח.

35. **סא"ל אייל דגן**, אשר שירת כרע"ן בטיחות במחלקת הבטיחות של זרוע היבשה בעת האירוע, פירט בעדותו כי נדרש להכין ביחידה מסמך מרכז שעליו כתובים שמות בעלי התפקידים שאושרו לשאת אקדח פרטי ביחידה. כן ציין, כי הדרישה לקבלת אישור אל"ם להחזקת אקדח פרטי, אינה טכנית, אלא מהותית. טרם קבלת האישור, נדרש האל"ם לבחון את כשירות המחזיק, הבנתו וידיעתו בנושא. עוד הובהר, כי האחריות לפנות לאל"ם לשם קבלת אישור מוטלת על החייל המבקש לקבלו, אשר צריך לפנות למפקדיו בנושא. בחקירתו הנגדית הגדיר זאת העד כאחריות בסיסית של נושא האקדח עצמו, ולא של מפקדיו.

36. העד הדגיש, כי ההוראות בנוגע לאקדחים צבאיים ופרטיים הן שונות, שכן באשר לאקדח אזרחי פרטי, גם אם ניתן אישור לנשיאתו ביחידה, נאסר לעשות איתו כל פעולה שהיא, לרבות ניקוי, ירי, פירוק וכיו"ב בתוך הבסיס, וההנחה היא שהוא נדרש להגנתו האזרחית של המחזיק מחוץ לבסיס. מעבר למתן האישור לא אמורים מפקדי היחידות לעסוק בכלל בנושא אחזקת אקדחים אזרחיים, אחסנתם וכשירותם. לדבריו, גם ההוראה עוסקת בניקוי כלי אקדח (סעיף 3.4.3.9) עניינה באקדחים צבאיים. עת התבקש בחקירתו הנגדית להסביר, היכן נאסר באופן מפורש ביחידה על הבאת אקדחים אזרחיים ועיסוק בהם, טען, כי הדבר נובע מההוראות הדורשות אישורים מיוחדים לנשיאת אקדחים פרטיים ביחידה, מנורמות הבטיחות הכלליות וכן ממנשרים שהוצאו על ידי מבק"א יבשה לכלל יחידות צה"ל ונלמדים על ידי כלל המפקדים והחיילים בכנסי בטיחות, ובהם תיאור אירועים, לקחים מרכזיים, דגשים ופקודות הנוגעים לנשיאת אקדחים. ענף בטיחות עוסק בהטמעת ההוראות בקרב היחידות, ומעבר לכך מוטלת על מפקדי היחידות החובה להטמיע את הוראות הבטיחות בקרב פקודיהם. חובת הפיקוח והתיעוד של מחזיקי אקדחים אזרחיים מוטלת בדרך כלל על קצין הבטיחות או סגן מפקד היחידה. אשר לתדריך הבטיחות שנדרש לעבור כל נושא אקדח, מדובר בעניין חשוב, והאחראי להעברת התדריך הוא קצין הבטיחות, מפקד היחידה או סגנו.

37. בעת שהתייחס לאירוע, ציין העד, כי הוא רואה אותו כמעשה של עבריינות באקדח, בשים לב לכך שקצין, הוציא אקדח אזרחי (בין אם הוא שייך לו או לא – בתחילה סבר העד כי מדובר באקדח שאינו של הנאשם), פירק אותו ופלט כדור לעבר חברו וכלשונו: "יש פה את כל הלאווים האפשריים בחדר אחד" (עמ' 47, שורה 34). בחקירתו הנגדית, עת עומת עם העובדה כי הנאשם לא כיוון את האקדח לעבר סג"ם ל', ציין, כי סבר בעת עדותו שהאקדח כן כוון אליו, אך גם אם לא כך נעשה, עדיין הוא רואה בכך כעניין שאינו תקין. כן הבהיר, כי כל שימוש באקדח שאינו מאושר או למטרתו הספציפית, כגון הצלת חיים, הגנה אישית, מטווח וכיו"ב הוא מבחינתו עבריינות באקדח ומהווה תפעול בלתי חוקי באקדח, לרבות פריקת האקדח בתוך חלל סגור.

38. העד פירט עוד, כי מאז אירוע מותו של יניב פוזואריק ז"ל (אירוע מצער של פליטת כדור שהובילה למות חייל, אשר נדון במסגרת פסיקת בית הדין הצבאי לערעורים בעניין **ולטוצ'יאנו**, כפי שיפורט בהמשך - בית הדין), אירוע הנחשב כמכונן מבחינת העיסוק בעבריינות בנשק, קיימת ההבנה בכלל צה"ל כי קיים איסור על ניקוי ועיסוק באקדח במקומות סגורים (שכן כל ניקוי מחייב גם פריקת האקדח). לדבריו, קיימת פעילות בכלל צה"ל על מנת להפנים בכל היחידות, בדרך של תדריכים, פלקטים וכיו"ב והדבר גם נלמד בקורסי פיקוד שונים, את האיסור על "ניקוי והתעסקות עם נשקים" כך כלשונו, בתוך מקומות סגורים, וזו ההבנה הקיימת לפי ידיעתו בכל צה"ל. כן הבהיר, כי לראיתו אין כל סיבה לפרוק או לנקות אקדח אזרחי בתוך הבסיס, אלא רק מחוצה לו, וזאת על אף שההוראה אינה מפרידה בעניין זה בין אקדחים צבאיים ופרטיים. לטענתו, אף אם הדבר אינו נובע באופן ישיר מההוראה, הרי שמדובר בנורמת בטיחות הקיימת בצה"ל וידועה למפקדים.

39. לאחר שעומת בחקירתו הנגדית עם סעיף 3.4.3.4 להוראה, המאפשר לקצין בדרגת סא"ל לאשר לקצינים ונגדים מיחידתו לבצע מטווח לשמירת כשירות במסגרת הצבאית, לאקדחיהם הפרטיים, טען העד כי לפי הידוע לו אין מקרים כאלה בצה"ל, מלבד אולי ביחידת הלוט"ר. כן ציין, כי מעשית הדבר לא יכול להתבצע, שכן אין קצינים ומש"קים המוסמכים לנהל מטווחי אקדח, למעט ביחידות ספורות בהן יש הסמכה מבצעית ספציפית (לרבות יחידת הנאשם), אך אז לא מדובר באקדח אזרחי.

40. העד מסר, כי לכל יחידה צבאית יש תכנית בטיחות יחידתית באישור קצין בדרגת סא"ל ומעלה, וכך גם ביחידתו של הנאשם, יהל"ם. כל יחידה נדרשת לבצע תדריכי בטיחות עיתיים (התדירות משתנה בהתאם לאופי היחידה), והדבר נבדק בביקורות שנערכות על ידי ענף בטיחות שהוא עמד בראשו עד לפרישתו מצה"ל (זמן קצר לפני מתן עדותו). במסגרת תדריכים אלה מועברים גם נורמות הבטיחות של היחידה. באם תכנית

הבטיחות אינה קובעת הנחיות לגבי תנועה עם אקדחים אזרחיים, מדובר בעניין שאינו תקין. לפי הידוע לו לא היה קצין בטיחות ביחידתו של הנאשם בתקופת האירוע (העד הכיר פער של שבועיים, בעוד שההגנה מסרה כי מדובר בפער של חצי שנה). אף זה עניין שאינו תקין, עם זאת, לטעמו, אין לכך כל משמעות, בעת בחינת האירוע עצמו, שכן הנאשם הפר נורמות בטיחות בסיסיות אשר אמורות להיות מוכרות לכל חייל, וודאי כאשר מדובר בלוחם ובוגר בית הספר לקצינים; והאחריות לבטיחות נשענת על המפקדים ועל כל לוחם או קצין באופן אישי.

41. לעד הוצג תחקיר שנערך ביחידתו של הנאשם (אליו נידרש בהמשך בעת דיון בטענות של הגנה מן הצדק שהעלתה ההגנה) ממנו עולה, כי הוראה 3.4 אינה מוכרת ביחידה. העד טען, כי אינו מסכים עם אמירה זו. האחריות להשריש את נורמות הבטיחות מוטלת על המפקד, בסיוע סגנו וקצין הבטיחות ביחידה והוראות הבטיחות עוסקות גם במגוון הדרכים שבהם יש לעסוק בהטמעתן. מעבר לכך נערכו גם כנסים ודיונים במהלך 2016, בהם הוצגו אירועים של פליטות כדורים מאקדח, לצורך למידה והפקת לקחים. ביחס לנושאים נוספים שעלו בתחקיר – כי לא רוענו הנחיות והמפקדים לא הונחו לוודא מתן תדריך למי שמבקש לשאת אקדח אזרחי ביחידה, מסר העד כי על אף שהנחלת הוראות הבטיחות מוטלת על המפקדים, הרי שגם בהעדר טיפול המפקדים בעניין חלה בראש ובראשונה האחריות על קצין ולוחם להכיר את נורמות הבטיחות הבסיסיות המצופות ממנו בעת "התעסקות" עם אקדח בחדר; וזאת כחלק מה"DNA המקצועי והבטיחותי שמצופה מכל חייל וקצין", כך כלשונו.

42. רס"ן ג' ו', שירת בתקופה הרלוונטית כסגן מפקד הפלגה בה שירת הנאשם כקמ"ן, כך שלמעשה שימש כאחד ממפקדיו. מפקד הפלגה היה סא"ל רותם שמר. עם זאת כמעט ולא היו לעד ממשקי עבודה עם הנאשם והוא פגש אותו אחת לשבוע או אף בתדירות נמוכה יותר. בעדותו הוא מסר, כי הכיר את החובה המוטלת על נושא אקדח פרטי לקבל אישור של קצין בדרגת אל"ם. לדבריו, נתקל בנאשם טרם האירוע (לאחר רענון זכרונו ציין כי היה זה ב-22/2/2016) עת נכנס למשרדו והבחין שם באקדח. במהלך שיחתם סיפר לו הנאשם כי רכש אקדח פרטי ועבר את כל ההליכים הנדרשים להוצאת רישיון. לדברי העד, הוא אמר לו באותה עת שהוא צריך לפעול לקבלת אישור אל"ם, וכי מדובר בתנאי לנשיאת האקדח במסגרת הצבאית. לדבריו, הנאשם השיב "בסדר", ועל כן סבר כי הוא הבין את דבריו.

43. בחקירתו הנגדית דחה העד את טענת ההגנה לפיה הייתה מוטלת עליו החובה לפנות לקבל את האישור עבור הנאשם מקצין בדרגת אל"ם, והסביר זאת באופן בו מתנהלים יחסי העבודה והפיקוד בפלגה. העד הסביר, כי הפלגה בה הוא והנאשם שירתו הם

בבחינת גדוד הכפוף פיקודית ליחידת יהל"ם, שהיא היחידה הרישומית המחייבת לצורך העניין. כלל החובות המוטלות על היחידה, כגון עריכת רשימה של מחזיקי אקדחים אזרחיים והטיפול בכל ההיבטים הנוגעים לנשיאת אקדחים היו מוטלים על קצין הבטיחות של יחידת יהל"ם או על רמ"ד לוחמה במטה היחידה, שהוא הגורם שטיפל בנושא האקדחים ביחידה (כאשר הודגש כי מדובר בעיקר באקדחים צבאיים, שכן לא נתקל בעוד אקדח אזרחי בפלגה מלבד זה של הנאשם). העד כסגן מפקד הפלגה היה אחראי על הבטיחות במסגרת הפלגה ולא ביחידה כולה, ועל כן הבהיר כי גם ממצאים שונים שנמצאו בתחקיר שנערך ביחידה עצמה, אינם רלוונטיים אליו. עם זאת במסגרת תפקידו כסגן מפקד הפלגה האחראי גם על הבטיחות, הובאו לידיעתו תחקירים הנוגעים לאירועי פליטת כדור והוא דאג להוסיףם לתדריכי הבטיחות ביחידה. כן נתן את ההוראה המחייבת מבחינתו לתנועה עם אקדח בפלגה, בכך שאמר לנאשם כי נדרש לקבל אישור של קצין בדרגת אל"ם לנשיאתו.

44. אשר לחובה לפנות לקבלת אישור קצין בדרגת אל"ם, הבהיר העד כי ההאחריות לכך מוטלת בראש ובראשונה על בעל האקדח לעניין זה, אשר היה צריך לפנות למפקד יחידת יהל"ם באמצעות מפקדו הישיר, סא"ל שמר. כאשר ראה את הנאשם עם האקדח לאחר השיחה האמורה הנית, לאור היכרותו עם הנאשם כקצין בוגר, ממושמע ואחראי, כי הוא אכן פנה לקבלת אישור מתאים, ולא עשה דבר על מנת לבדוק זאת - לדבריו לא היה זה מתפקידו לעשות כן

45. **הנאשם** מסר כבר באמרתו, ת/1, ועל כך גם חזר בעדותו, כי במסגרת השיחה שהתנהלה בינו לבין רס"ן ו' בנושא האקדח, לא נאמר לו שעליו לפעול לקבלת אישור מקצין בדרגת אל"ם, וכי אם היה יודע זאת, היה פועל בהתאם. בחקירתו הנגדית ציין הנאשם, כי אינו מבקש לטעון שרס"ן ו' משקר, ויתכן שלא שם לב לדברים שנאמרו.

46. **הנאשם** מסר באמרתו, ת/2, כי לא הכיר את הוראה 3.4, ואם היה מכיר אותה, היה פועל בהתאם. לאחר שהוצגה בפניו הפקודה הוא מבין כי לא היה צריך לפרוק את אקדחו במשרד. בעדותו בפניו הוסיף, כי לא הכיר כל הוראה לפיה נאסר לפרוק אקדח בחדר סגור, וכאמור, גם כאשר רכש את האקדח נעשתה הפריקה בחנות בחלל הסגור. כמו כן בעת ששירת ביחידות קרביות במוצבים וגם בבה"ד X נערכו הדגמות על נשקים גם בכיתות סגורות. עוד ציין הנאשם, כי לא נאמר לו, לא בהליך ההכשרה האזרחי ולא על ידי מפקדו, כי נדרש לערוך לו תדריך ביחידה בנוגע להחזקת האקדח. הוא פנה לקמ"ן אחר ביחידה מיוזמתו כדי לשאול אותו אם נדרש תדריך, ובמטרה ללמוד עוד על נושא האקדח, אך לא חשב כי מדובר בתנאי לנשיאת האקדח ביחידה.

ג. דיון והכרעה**בחינה עובדתית - האם הייתה מחסנית באקדח בעת הירי**

47. ייאמר מיד, כי לאחר שמיעת הראיות השתכנענו, כי הוכח מעבר לספק סביר שהנאשם הכניס את המחסנית לאקדחו בשעה שהרכיב אותו מחדש; ומצאנו לדחות את טענת ההגנה לפיה המחסנית נותרה מחוץ לאקדח בעת הירי.

48. מסקנה זו מבוססת בראש ובראשונה על בחינת המארג הנסיבתי, אשר אינו מאפשר כל מסקנה אחרת. אקדחו של הנאשם ירה לאחר שהנאשם ביצע את כל הפעולות המוליכות לירי. המשמעות היא כי האקדח היה טעון. כידוע קיימת חזקה עובדתית לפיה כלי נשק איננו יורה מאליו. על מנת שתיווצר יריה, עליו להיות טעון בכדור ובלתי נצור (ר' ע/163/10 התצ"ר נ' טור' אלכסיי מרטיננקו, עמ' 5 (2010)). טעינת האקדח נעשית באמצעות הכנסת המחסנית. כזכור, הנאשם פירק את האקדח, לרבות הוצאת המחסנית, והרכיבו שוב לפני ביצוע הנקירה. במסגרת השחזור פירט הנאשם כיצד פירק את כל חלקי האקדח לרבות המכלול, עד למקסימום האפשרי ונתן אותו לסג"ס ל' כשהוא ריק מכל מחסנית או כדור; כך שגם טענות בעלמא, כגון הגעת כדור לבית הבליעה באופן שאינו מוסבר, לאחר הרכבת האקדח מחדש ומבלי שהוכנסה מחסנית לתוכו, אינן יכולות להסביר את הירי.

49. מעבר לכך, הובא בפנינו כאמור, כי אקדחו של הנאשם היה תקין לחלוטין, ואף בכך יש תימוכין למסקנה זו. לא התעלמנו מהקשיים שהציגה ההגנה בכל הנוגע לחוות דעתו של בח"ג מרקוס. זאת בשים לב לכך שקיים פער בלתי מוסבר בשרשרת המוצגים בין הפקדת האקדח להעברתו לידי הבוחן – וכן קיים פער זמנים של כחודש וחצי בין החרמת האקדח והפקדתו במצ"ח לבין חוות הדעת של הבוחן. עם זאת נזכיר, כי מדובר באקדח חדש, אשר נקנה כחודשיים לפני האירוע, לא נעשה בו כל שימוש לפני האירוע, לפי עדות הנאשם, מלבד לצורך מטווח אחד, ולמעשה גם במסגרת האירוע תפקד האקדח באופן תקין לחלוטין: בתגובה לפעולות שנעשו בו הוא ירה כדור (וזאת במובחן ממקרה בו היה האקדח "מתנהג" באופן שאינו תקין במהלך האירוע, ולאחר מכן הייתה נקבעת תקינותו). אף בח"ג מרקוס הבהיר, כזכור, כי תקלה בטיחותית אינה "מתקנת את עצמה", וכי ההנחה היא שכלי נשק שהגיע אליו במצב תקין היה תקין גם קודם לכן. על

כן גם בהינתן התמיהות הנוגעות לחוות הדעת אין כל סיבה להניח כי מדובר באקדח שאינו תקין.

50. מעבר לכל האמור, הנאשם עצמו הוא זה שהעיד באופן ספונטני ומיידני על הכנסת המחסנית לאקדח (וכאשר אין כל מחלוקת כי הוא היה הגורם היחיד שטיפל באקדח בעת הרכבתו מחדש). לעניין זה מצאנו להעדיף באופן מובהק את הדברים שמסר הן באמרתו, ת/1 והן בשחזור המצולם, על פני הגרסה שמסר בעדותו בפנינו. אנו סבורים, לאחר בחינת כלל התשתית הראייתית, כי הנאשם הכניס את המחסנית, אכן מתוך "אינסטינקט", כפי שהגדיר בעצמו בעת הרכבת האקדח מחדש, ולמעשה פעל בעניין זה מתוך הרגל, שכן הוא עצמו העיד על כך שהכנסת המחסנית היא חלק שגרתי מהרכבת האקדח. מכאן שגם לא היה כל טעם לכך שלא יכניס את המחסנית; שהרי בשלב זה טרם שוחח עם סג"ם ל' על אפשרות הדריכה בחגורה, ולא תכנן לעשות פעולות נוספות באקדח. עם זאת, הכנסת המחסנית כפי הנראה נשכחה מליבו, בשים לב לכך שהרכבת האקדח נעשתה "על הדרך" בעודו ממשיך בשיחה עם סג"ם ל', וכן בהתחשב במצב עייפותו באותו עת לאחר יומיים של תרגיל ושינה שאינה רצופה; כיוון שאנו סמוכים ובטוחים כי הנאשם לא חפץ בתוצאה הקשה שאירעה וגם לא היה אדיש לאפשרות התרחשותה (והכל כפי שנפרט עוד בהמשך) ודאי לא היה נוקר את האקדח אם היה נותן את דעתו לעניין באותו הרגע.

51. אנו סבורים, איפוא, כי בפרק הזמן שבין הכנסת המחסנית תוך כדי הרכבת האקדח, לבין הנקירה, אכן נשכח עניין הכנסת המחסנית מליבו של הנאשם. עם זאת, הנאשם הבין בעצמו כי אין כל דרך שבה האקדח יכול היה לירות, לולא הוכנסה המחסנית לתוכו; ועל כן גם מסר במסגרת ת/1, באופן ספונטני את המסקנה היחידה האפשרית, שאלה הגיע אף הוא עצמו, לפיה אכן הכניס את המחסנית לתוך האקדח.

52. לא מצאנו גם לקבל טענות שטען הנאשם בעדותו בפנינו, על כך שהלחץ בו היה נתון בעת חקירתו גרם לו לומר דברים שאינם מדויקים. אנו מניחים כמובן כי הנאשם היה נסער בעת גביית אמרתו ודאג לחברו שנפצע; אולם מצפייה בשחזור המלא של האירוע, שצולם שעות בודדות לאחריו, ניתן להבחין כי הנאשם מתנהג באופן שקול ומדוד, בוחן את מילותיו בקפידה ויודע להסביר את עצמו היטב. לכך יש להוסיף, כי הנאשם לא ביקש לשנות מאמרתו לעניין זה גם בעת גביית אמרה נוספת מפיו, ת/2, **מספר ימים לאחר האירוע**.

53. גרסת הנאשם בעדותו בפנינו, במסגרתה הסביר מדוע ידוע לו כעת, באופן פוזיטיבי, כי לא הכניס את המחסנית לאקדח, היא בבחינת עדות כבושה, אשר כידוע משקלה מועט, אלא אם ניתן הסבר לכבישתה (ר' ע"פ 3396/09 **יהודה אלהיב נ' מדינת ישראל** (2011))

בפסקה 24); ולא ניתן לומר כי הנאשם נתן לכך הסבר המניח את הדעת. נכון הדבר, כי גם במסגרת חקירתו במצ"ח הסביר הנאשם את נושא הכנסת המחסנית כמעין הסקה שבדיעבד, אולם ניכר מדבריו (וכאמור גם לאור השחזור) כי הוא אכן מפרט את התהליך באופן מלא. רק בעדותו בפנינו, **כשנה ומחצה לאחר האירוע**, ציין הנאשם לראשונה כי הוא **יודע** בוודאות שהמחסנית **לא** הוכנסה לאקדח. זאת הן משום שראה אותה על השולחן והן משום שחש באצבעו בחסרונה. עניין זה, שהוא חשוב ומהותי, לא הוזכר על ידי הנאשם ולו במילה באמרתו ובשחזור הסמוכים לאירוע; ומצופה היה, אם כך אכן היו פני הדברים, שהנאשם יזכיר זאת בחקירתו, תוך הבעת תמיהה על כך שנורה כדור מבלי שקיימת כל אפשרות שכך יקרה, נוכח הביטחון בכך שלא הייתה מחסנית באקדח. לא למותר להזכיר עוד, כי הנאשם אישר בחקירתו הנגדית, כי לא ערך בדיקה בבית המחסנית תוך הכנסת האצבע, אלא הסתפק בכך שלא חש, לדבריו, בעת הירי את המחסנית; והעלאת טענה זו לאחר זמן כה רב, משלא עלתה בהזדמנות הראשונה, והיא מנוגדת גם להיגיון ולשכל הישר, נדחית מכל וכל.

54. נזכיר שוב, כי גם סג"ם ל', על אף שאישר כי ראה את המחסנית מונחת על השולחן, ציין כי אינו יודע לומר מה אירע עימה לאחר מכן. אין חולק כי אכן המחסנית הייתה מצויה לפרק זמן מסוים על השולחן; והעובדה כי סג"ם ל' אינו יודע מה קרה עימה לאחר מכן מלמדת כי ככל הנראה לא שת ליבו לעניין זה. כידוע, העובדה כי עד לא הבחין בדבר, אינה מלמדת שאירוע לא התרחש, שכן "לא ראינו אינה ראייה" (ר' ע"פ 4456/14 **אביגדור קלנר ואחרים נ' מדינת ישראל** (2015)), בפסקה 85 לפסק דינו של כב' השופט ג'ובראן).

55. נציין אמנם, כי ככלל, התרשמותנו מהנאשם הייתה חיובית. שמענו את עדותו של רס"ן ו' על כך שמדובר בקצין אחראי וממושמע. התרשמו גם מהנאשם עצמו, כי מדובר במי שעבר כברת דרך בשירותו הצבאי, כלוחם, כמפקד וכקצין ואף שואף להמשיך ולתרום במסגרת שירות המילואים (ר' ס' 4). ניתן היה גם להתרשם מעדותו של הנאשם, כי הוא מתחרט מאוד על האירוע, שוודאי לא חפץ בהתרחשותו, ועל הקושי שלו מבחינה נפשית להתמודד עם הידיעה לפיה במעשיו גרם לפציעה כה משמעותית של חברו. אנו סבורים כי לאור האמור ניסה הנאשם במידה רבה לשכנע את עצמו, בדיעבד, כי אינו אחראי לאירוע, ומכאן גם נובעת עדותו בפנינו. עם זאת, ועל אף כל הצער שבדבר, את עדותו בסוגיה זו לא נוכל לקבל, מהטעמים שפורטו לעיל. מצאנו איפוא לקבוע, כי באקדח הייתה מחסנית, שהוכנסה אליו כחלק אינהרנטי מהרכבתו מחדש; וכי לאחר מכן, שעה שביקש הנאשם להדגים את הדריכה בחגורה ולפרוק את האקדח, נשכחה מליבו העובדה כי המחסנית נותרה באקדח, והוא גם לא ערך בדיקה על מנת לברר האם המחסנית באקדח, אם לאו.

המסגרת הנורמטיבית

56. כעת עלינו לבחון, לאור התשתית העובדתית שהונחה בפנינו, מהי המשמעות המשפטית שיש לייחס למעשיו של הנאשם, והאם הוכחו יסודות העבירות המיוחסות לו בכתב האישום.

57. הגדרת העבירה שעניינה גרימת חבלה חמורה בסעיף 333 לחוק העונשין היא "החובל בחברו שלא כדין". בסעיף 335(א)(1) לחוק העונשין, המיוחס אף הוא לנאשם, נקבעו הנסיבות המחמירות, דהיינו, שימוש בנשק חם. מדובר איפוא בעבירה "תוצאתית" אשר לשם הוכחתה נדרש כי יוכח קשר סיבתי בין מעשה החבלה לתוצאה שנגרמה.

58. אשר **ליסוד העובדתי ולקשר הסיבתי** של האירוע – כאמור, קבענו כי הנאשם ירה באקדחו בו הייתה מחסנית באותה עת; ואף ההגנה אינה חולקת על כך שהיריה שנפלטה מאקדחו של הנאשם הובילה לגרימת חבלה חמורה לסג"ם ל', כפי שזו הוגדרה בסעיף 34כד לחוק העונשין. הן מעדותו בפנינו והן מהמסמכים הרפואיים, ת/13, עולה, כי למרבה הצער נגרמו לסג"ם ל' חבלות ונזקים בריאותיים ניכרים מהאירוע, הן בטווח המיידי והן, ככל הנראה גם בטווח הארוך. המחלוקת העזה בין הצדדים נטושה איפוא, בנוגע לקיומו של **היסוד הנפשי**, הדרוש לשם הוכחת העבירה, ובעניין זה נרחיב כעת.

59. היסוד הנפשי בבסיס העבירה הוא של "מחשבה פלילית"; ומכיוון שמדובר בעבירת תוצאה המשמעות היא כי נדרשת מודעות להתנהגות ולנסיבות ומספיקה פזיזות ביחס לתוצאה. הפזיזות הוגדרה בסעיף 20(א)(2) לחוק העונשין כאחת מאלה: א. אדישות – בשוויון נפש לאפשרות גרימת התוצאות האמורות. ב. קלות דעת – בנטילת סיכון בלתי סביר לאפשרות גרימת התוצאות האמורות, מתוך תקווה להצליח למנען; ולא למותר לציין, כי פסיקת בית המשפט העליון קבעה שהוכחת יסוד המחשבה הפלילית בעבירה של גרימת חבלה חמורה זהה ליסוד הקיים בעבירת ההריגה (ר' ע"פ 2619/14 **שעשוע נ' מדינת ישראל** (2014) פסקה 35); ע/8/17 **סמ"ר רונן אוסטרייכר נ' התצ"ר** (2017)).

60. **התביעה** סבורה, כי מהצבר מעשיו של הנאשם, דהיינו - פריקת האקדח ונקירתו בחדר סגור, במרחק קטן מסג"ם ל', וללא עריכת בדיקה מתאימה בדבר הימצאות המחסנית - ניתן ללמוד כי הנאשם פעל בקלות דעת, בשים לב לאופן בו פירשה הפסיקה מונח זה. **ההגנה** מנגד, סבורה כי הנאשם נקט בכל אמצעי הזהירות הסבירים בנסיבות

העניין ועל פי מיטב הבנתו : הנאשם לא היה מודע לאיסור על פריקת האקדח בחדר סגור ולא הודרך לכך על ידי מפקדיו, והוא אף היה עד לפריקת האקדח בחדר בעת רכישת האקדח בחנות; מבחינת מצבו התודעתי לא היה הנאשם מודע לקיומה של המחסנית בנשק; והנאשם פעל על מנת למנוע את הסיכון כאשר כיוון את הנשק בזווית של 45 מעלות כפי שלימדו אותו, ובכך הוסיף לעשות על מנת לנטרל כל סיכון אפשרי. מכאן שנטען, כי לכל היותר ניתן להרשיעו ברשלנות (המובילה להרשעתו בעבירה לפי סעיף 85 לחש"צ) בשל אי עריכת בדיקה פוזיטיבית להימצאותה של המחסנית באקדח; ובוודאי שלא ניתן לקבוע כי מתקיימת בו המחשבה הפלילית הנדרשת לשם הרשעה בעבירה לפי סעיף 333 לחוק העונשין.

61. על פי ההגדרות שנקבעו בחוק העונשין ובפסיקה שפירשה אותו, ניתן לסבור כי קיימת הבחנה ברורה בין המחשבה הפלילית לבין הרשלנות. לצורך הוכחת מחשבה פלילית שעניינה קלות דעת, נדרש להוכיח מודעות לאפשרות כי המעשים יביאו לתוצאה, מקום בו אין רצון כי היא תתרחש, אך תוך נטילת סיכון בלתי סביר. אמנם לא נדרש כי המודעות תתייחס לאפשרות התרחשותה של התוצאה המדויקת שאירעה, ודי במודעות לסיכון הגלום במעשים (ר' ע"פ 6206/11 **טמטאווי נ' מדינת ישראל** (2014) בפסקה 31); אך מדובר ביסוד הנפשי הסובייקטיבי האישי של הנאשם, תוך שנדרשת צפיות בפועל של סיכון ממשי לקורבן. לעומת זאת, בעבירת הרשלנות עסקינן בהעדר מודעות סובייקטיבית לסיכון הממשי לקורבן, בנסיבות בהם אדם סביר היה רואה סיכון זה (ע"פ 4230/99 **אבו ג'נאם נ' מדינת ישראל**, פ"ד נו(1) 34, 42 (2001)).

62. על אף האמור, שרטוט קו הגבול בין המחשבה הפלילית לבין הרשלנות אינו תמיד קל וברור, ולעיתים ההפך הוא הנכון. עניינו של הנאשם, כמו גם מקרים אחרים שנדונו בפסיקה, המחישו את הקושי הקיים לבחון מה היה הלך רוחו של הנאשם ומה מידת מודעותו לאפשרות התרחשות התוצאה. לפיכך נקבע בפסיקה כי ניתן להיעזר לשם כך בחזקות עובדתיות שונות. כך למשל דן בית המשפט העליון בע"פ 8827/01 **שטריינזשטט נ' מדינת ישראל**, פ"ד נז(5) 506, עמ' 522-524 (2003) בסוגיה זו וציין שתי חזקות ידועות. הראשונה שבהן היא כי אדם מודע למשמעות התנהגותו, מבחינת טיבה הפיזי, התקיימות נסיבותיה ואפשרות התרחשותן של התוצאות הטבעיות הנובעות ממנה - חזקה המאפשרת לאפשר את הוכחתו של רכיב המודעות. חזקה נוספת, הנוגעת להוכחת היחס החפצי הנדרש, קובעת כי התנהגות המצביעה על התרשלנות רבתי מצד העושה מלמדת לכל הפחות על התקיימותו של מצב נפשי מסוג קלות דעת. עם זאת, לצד האמור, הובהר בפסק הדין, כי יצירת החזקה תלויה בנסיבות כל מקרה ומקרה; והוכחתה של

רשלנות רבתי אינה מעבירה את הנטל אל הנאשם להוכיח כי לא פעל מתוך מודעות לסכנה או לקלות דעת.

63. פרשנות המונח "קלות דעת" נדונה במאמרה של ד"ר קרן שפירא – אטינגר "קלות הדעת במשפט הפלילי – האם יש משקל לדעת?" **מחקרי משפט** יד (תשנ"ח עמ' 179, 195-200), שם היא מציינת, בין השאר כי קלות דעת היא הלך רוח ולא סוג של מחשבה המצריכה נתינת דעת צרופה או קבלת החלטות מושכלת; ואין כל ניגוד בין ביצוע פעולות בהיסח הדעת, באורח מפוזר או בלתי מרוכז, ובין קיומה של מודעות אצל המבצע. מדובר במבחן סובייקטיבי של העושה שלא הקדיש תשומת לב מספיקה לפגיעה האפשרות בקורבן, אף על פי שמידע על אודות הפגיעה היה ברשותו - וזאת משום שדעתו קלה עליו, והוא אינו בודק את מעשיו בזהירות ובשיקול דעת, אלא פועל באופן נמהר, מבלי לבחון את משמעות הנתונים הידועים לו. על כן הוא אחראי לבחירה שלא תתקיים אצלו מודעות מלאה, שכן כל הנתונים שהוא זקוק להם לשם קבלת החלטה מושכלת וזהירה נמצאים בידיו, אך הוא בוחר שלא לחשוב ולשקול את מעשיו.

64. מכאן נפנה לדרך בה פירשה הפסיקה את המונח האמור, בהיבט הנוגע לשימוש בנשק: כאמור, נוכח הקושי בשרטוט קו הגבול בין קלות הדעת לבין רשלנות, נדונה לא אחת הסוגיה, הן בפסיקת בית המשפט העליון והן בפסיקת ערכאות צבאיות.

65. אחד מפסקי הדין המנחים בסוגיה זו ניתן בע"פ 1982/88 **מירו נ' מדינת ישראל**, פ"ד נב(5) 145. באותו עניין דובר במי שישב בחדר ביחד עם חבריו - שוטר שהחזיק ברשותו אקדח והמנוח, שהיה חברו. האקדח נשר מחגורתו של השוטר והנאשם, מירו, נטל אותו, כיוונו לעבר חברו ונקר. הירי הוביל למותו של החבר. ההגנה טענה באותו עניין, כי אי מודעותו של מירו לקיומה של מחסנית באקדח שוללת את מודעותו הסובייקטיבית לסכנה הקונקרטית. בית המשפט העליון דחה טענה זו, תוך שהבהיר (מפי השופט קדמי) כי :

"טעון כזה אינו הולם טיפול בכלי נשק, שהסיכון הכרוך בטיפול בו טבוע בו מטבע ברייתו. 'סיכון טבוע' מסוג זה אינו מצריך ידיעה מוקדמת שהכלי 'טעון' ו'מוכן' לירי. כלי נשק כחפץ מסוכן מעצם טבעו נחשב לעולם 'מוכן' לירי, וכל אדם ממוצע בר-דעת מוחזק כמי שמודע לטיבו זה. תו אופי של כלי נשק, אינו רק מכתוב כללי זהירות המחייבים את בדיקתו לפני הטיפול בו, אלא קובע אותו מלכתחילה בין הכלים המועדים תמיד לירי. החובה לבדוק כלים מסוג זה מדברת בשלילת הסיכון ולא בבירור אם הוא קיים. נקודת המוצא היא שהסיכון קיים, וכל אדם

ממוצע בר - דעת מוחזק כמי שיודע זאת. סיכומם של דברים : חזקה על כל אדם שהוא ער ומודע לקיומה של אפשרות ממשית להתרחשותה של ירייה כתוצאה מלחיצה על הדק של כלי ירייה, ואין זה מעלה או מוריד אם היה מודע לכך שאותו כלי ירייה טעון ומוכן לירי אם לאו. אקדח, ככלי נשק שסיכון הירי טבוע בו, לעולם נחשב כמוכן לירי ומי שמטפל בו מוחזק כמי שמודע לכך".

66. מכאן, כי אין צורך להוכיח מודעות לכל תו ותו הנוגע לאופן התרחשות האירועים שהביאה לבסוף להתרחשות התוצאה, ודי במודעות לסיכון הנוצר על ידי נסיבות המקרה (ר' לעניין זה גם את ע"פ 3158/00 **מגידיש נ' מדינת ישראל**, פ"ד נד(5) 80, 93 (2000).

67. אף בפסיקת בתי הדין הצבאיים נקבע לא אחת, כי על חייל המשתמש בנשקו מוטלת החובה לוודא או לשלול באופן פוזיטיבי את הסיכון, עובר ללחיצה על ההדק, שכן כלי נשק נחשב תמיד כמוכן לירי. כך למשל נקבע, כי מקום בו חייל **שכח** את דבר הכנסת המחסנית לנשק או את עובדת היות הנשק בלתי נצור - אין בכך כדי להועיל; שכן העדר בדיקה של מצב המחסנית והנצרה הובילה לכך שלא שלל ולא יכול היה לשלול את האפשרות כי הנצרה פתוחה וכי הנשק טעון במחסנית (ר' ע/93/91 **רב"ט סלומון נ' התצ"ר** (1993) בפסקה 16; רע"פ 4394/93 **רב"ט סלומון נ' התצ"ר** (1993)).

68. כך גם נקבע, כי במקום בו חייל ירה בנשק לאחר ששכח כי ביצע פעולת דריכה בו זמן קצר קודם לכן, השתכלל היסוד הנפשי של קלות הדעת (ר' ע/95/105 **רב"ט קורסיה נ' התצ"ר** (1995)).

69. אחד מפסקי הדין המשמעותיים שניתנו בבית הדין הצבאי לערעורים בסוגיה זו, בשנים האחרונות, הוא ע/42,45/10 **רב"ט דן ולטוצ'יאנו נ' התצ"ר וערעור שכנגד** (2011). באותו עניין ניקה הנאשם את נשקו האישי בחדרו במוצב, שעה שישב במיטתו אל מול מיטת המנוח. לאחר פריקה וניקוי של הנשק, הוא הרכיב אותו, פרק אותו בתוך החדר, והכניס מחסנית לבית המחסנית. בהמשך הבחין בלכלוך בידית הדריכה של הנשק, ובעוד הנשק מונח על המיטה, משך את הידית כשהאקדח טעון במחסנית וניקה את הידית. לאחר מכן שחרר את ידית הדריכה, וכך גרף כדור אל מכלול האקדח. בשלב זה הבחין בלכלוך נוסף על ידית הדריכה. הוא נטל את הנשק לידי, הוציא את המחסנית ממנו, ולאחר שניקה את הכלל, פתח את נצרת הנשק ולחץ על ההדק, מבלי לבדוק את בית הבליעה של

הנשק, ולהיכן הוא מכוון. למרבה הצער פגעה יריה שנפלטה מהנשק במנוח, יניב פוזואריק ז"ל. הנאשם טען, כי שכח שדריכת האקדח הביאה לגריפת כדור לבית הבליעה, והוא לא שם לב לכך. הוצאת המחסנית מהנשק בלבלה אותו, ומובן שכאשר לחץ על ההדק לא העלה על דעתו כי יש בפנים כדור.

בפסיקתו קבע בית הדין הצבאי לערעורים, כי במקרה זה לא נשמרו כללי זהירות בסיסיים, לרבות ניקוי הנשק בחדר סגור; טענת ההגנה לפיה אין מקום להרשיע את הנאשם בעבירה של הריגה, נוכח העדר מודעות מבחינתו להימצאות כדור בבית הבליעה ולכך שקנה הנשק מכוון למנוח – נדחתה. זאת תוך שצוין, כי נוכח טבעו של הנשק ככלי מסוכן, ובשים לב לכך שמדובר בחייל, הבקיא בהפעלת הנשק, עמדו לרשותו הנתונים הנדרשים על מנת להביאו למסקנה, כי מעשיו מסכנים באופן ממשי חיי אדם אחר. כן הובהר, כי ההרשעה בעבירת התרשלות (גרם מוות בהתרשלות במקרה של מות נפגע העבירה) נכונה למקרים בהם נקבע באופן פוזיטיבי כי הנאשם סבר בפועל שמתקיימת עובדה מסויימת השוללת את הסיכון וטעה באשר לעובדה זו - ועל כן היה נתון במצב תודעתי של חוסר מודעות מוחלט באשר לעובדות כהווייתן. לעומת זאת מתקיימים יסודות עבירת ההריגה, מקום בו פעל הנאשם מתוך אי נתינת הדעת לעובדה מסויימת, הגם שהיו ברשותו כל הנתונים הנדרשים, וכאשר שימת לב להם הייתה עשויה לנטרל את הסיכון.

70. גישה דומה הנחתה את בית הדין הצבאי לערעורים, אך לאחרונה, עת נדון, אמנם בשלב זה רק במסגרת ערעור מעצר, עניינו של מי שנטל את אקדחו של חייל אחר, בתוך אולם סגור, לאחר שנפגע העבירה פרק אותו קודם לכן והרכיבו מחדש. הנאשם דרך את האקדח, מבלי שבדק אם יש בו מחסנית ואם הוא נטען בכדור, ולחץ על ההדק. יצוין כי האקדח לא היה מכוון אל נפגע העבירה, אולם שניהם היו בתנועה באותה עת. כדור שנורה פגע בברכו של נפגע העבירה. ההנחה העובדתית ביחס למצב התודעה של הנאשם, הייתה, כי הוא סבר שיש באקדח תותב ושאין בו כדור חי, אך הוא לא בדק זאת בפועל. בית הדין דחה טענה לפיה לא מתקיימים יסודות העבירה שעניינה גרימת חבלה חמורה, ונקבע כי בנסיבות העניין, די בהיעדר בדיקה של המחסנית, כדי לייחס לנאשם יסוד נפשי של קלות דעת ולא רשלנות בלבד (ר' ע"מ 64/17 סמל אלמוג כהן נ' התצ"ר (2017)).

71. לבסוף נזכיר, את פסק דינו של בית הדין הצבאי המחוזי בתיק מר/83/17 התובע הצבאי נ' רב"ט טרס קירילישיין (2017) שניתן לפני חודשים ספורים. שם נדון עניינו של חייל שנקר באקדח, שלא היה שלו, ומבלי לבדוק אותו טרם הירי,

לעבר דלת; וכל זאת כאשר הייתה לו מודעות כללית לכך שמאחורי הדלת האמורה ישנו מסדרון ובו מגורי חיילים. מהאקדח נפלטה ירייה שהובילה לפציעתו של חייל אחר. באותו עניין, שב וקבע בית הדין, לאחר שבחן את הפסיקה המנחה בנושא ואת נסיבות המקרה, כי מתקיים בנאשם היסוד הנפשי של קלות הדעת והרשיעו בעבירה של גרימת חבלה חמורה.

יישום לענייננו

72. ההגנה, ביקשה לאבחן את עניינו של הנאשם מהנסיבות שנדונו בפסיקה שפורטה לעיל. להשקפתה, לא ניתן להחיל ביחס לנאשם את החזקות היוצרות מודעות סובייקטיבית לאפשרות של גרימת התוצאה. נטען, כי הקביעות המשפטיות בעניין **מירו** נדרשות להיבחן בהקשר המתאים, בשים לב שפסק הדין דן בעבירת ההריגה, ונוכח תוצאתה הקשה מנשוא של עבירה זו, ואין מקום ליישמן בענייננו; מעבר לכך נטען, כי מבחינה עובדתית לא ניתן לגזור גזירה שווה מהאירועים שנדונו בפסיקה בעניין **מירו**, **ולטוצ'יאנו** וכיו"ב, שכן שם נקבע עובדתית כי הנאשמים כיוונו נשק לעבר אחרים, בניגוד לנאשם אשר נקט באמצעי זהירות מתאים על מנת לנטרל את הסיכון, אמצעי שנקבע גם בהוראות הבטיחות, כאשר כיוון את אקדחו בזווית של 45 מעלות לכיוון הרצפה. כן צוין, כי בעניין **מירו וקירילישיין** דובר על מי שנטלו אקדחים של אחרים מבלי לערוך כל בדיקה, בעוד שהנאשם ירה באקדחו שלו שאותו הוא מכיר ותוך שלא היה מודע לקיומה של מחסנית בו (כאמור, ההגנה גם טענה כי הנאשם כלל לא הכניס את המחסנית, אולם טענה עובדתית זו נדחתה על ידינו). עוד צוין, כי הוראה 3.4 אינה אוסרת על פריקת אקדח בחלל סגור, והנאשם לא היה מודע לקיומו של איסור כזה, אלא ההיפך הוא הנכון, שכן חזה בפריקת האקדח בחדר הסגור בעת רכישת הנשק. לבסוף טענה ההגנה, כי קבלת עמדת התביעה, משמעה ביטול סעיף 304 לחוק העונשין והאפשרות כי תיתכן הרשעה בעבירת רשלנות בעת טיפול באקדח. לעניין זה הפנתה לקביעה דומה בת"פ (מחוזי-ב"ש) 22024-05-16 **מדינת ישראל נ' ויזמן** (2016). על כן סבורה ההגנה, כי לא ניתן לקבוע שהנאשם נטל סיכון בלתי סביר במודע, באופן המאפשר לקבוע כי הוא נהג בקלות דעת.

73. באי כוח הנאשם טענו כל שביכולתם על מנת לשכנעו לקבל את עמדתם; אך למרות זאת אין ביכולתנו לקבל טענות ההגנה. לצד התרשמותנו החיובית מהנאשם, אשר ביצע שירות צבאי, ממשי, מועיל ותורם, אנו סבורים כי התנהלותו

באירוע זה מצביעה על כך שמתקיים בו היסוד הנפשי של פזיזות, שעניינו קלות דעת, עקב נטילת סיכון בלתי סביר; וכי גם אם הנאשם ביצע מעשים מסוימים על מנת לנטרל את הסיכון, הוא לא עשה די, וגרם למרבה הצער לתוצאה קשה מאוד שפגעה בסג"ם ל' באופן ממשי, והיא ככל הנראה בעלת השלכות גם לטווח הארוך לגביו. נכון הדבר, כי התנהלותו היא בעלת חומרה פחותה מבחינת היסוד העובדתי מאשר אלו שנדונו **במירו, קירילישיין וולטוצ'יאנו**; ועניין זה ייבחן במסגרת שיקולינו בעת בחינת עונשו של הנאשם, אולם ככלל מדובר בהתנהלות שבחינתה, בהתאם לאמות המידה שנקבעו בפסיקה, מלמדת על נטילת סיכון בלתי סביר להתרחשות התוצאה.

74. להמחשת הדברים נזכיר שוב את התנהלותו של הנאשם באירוע: מדובר במי שלא ישן באופן רציף ביומיים שקדמו לאירוע, וסבל מעייפות מצטברת; הנאשם פירק והרכיב את אקדחו, על מנת להציגו לסג"ם ל'; ונקבע עובדתית על ידינו, כי תוך כדי הפירוק וההרכבה הכניס בהיסח הדעת גם את המחסנית; לאחר מכן ביקש להדגים לסג"ם ל' "דריכה בחגורה". בהמשך, לצורך פריקת האקדח כיוון אותו לעבר הרצפה בזווית של 45 מעלות ונקר. על אף שהאקדח לא כוון אל עבר של סג"ם ל', אלא כלפי הרצפה, הרי שהכיוון הכללי היה סמוך יותר למקום בו עמד סג"ם ל' (לצד פינת השולחן שהפרידה בינו ובין הנאשם) ולא לצד השני של החדר, כפי שניתן היה לצפות בנסיבות העניין, על מנת להקטין את הסיכון; וכל זאת עשה הנאשם, שעה שנשכחה ממנו העובדה כי באקדח נותרה המחסנית, אולם הוא גם לא עשה פעולה פוזיטיבית לצורך בדיקת הדבר. בראי הפסיקה שניתחה את סוגיית השימוש בנשק והיסוד של קלות דעת, מדובר בהצבר נסיבות, המלמד אכן על נטילת סיכון בלתי סביר, המוביל לקביעה כי בנאשם התקיימה מחשבה פלילית מסוג פזיזות בחלופה שעניינה קלות דעת.

75. הצדדים נחלקו בשאלה האם מעשיו של הנאשם הם בבחינת "משחק בנשק"; שכן התביעה סבורה כי כל שימוש בנשק שאינו למטרותיו מהווה משחק שכזה, ואילו ההגנה הגדירה זאת כ"הדגמה". ההכרעה בסוגיה זו אינה דרושה לנו, שכן אינה רלוונטית לקביעה בדבר היסוד הנפשי של הנאשם. עם זאת, אף אם ניתן להניח לטובת הנאשם כי לא התכוון לערוך משחק בנשק; ווודאי שאין זה מקרה דומה למשחקי נשק שנדונו בפסיקה כגון משחקי "שליפות", "רולטה רוסית" וכיו"ב, הרי שעדיין מדובר בשימוש אסור ובלתי מורשה באקדח, שלא היה לו כל צורך מבצעי, והוא מנוגד להוראה 3.4, האוסרת על כל פעולה באקדח פרטי בתוך בסיס צבאי. יוער עוד, כי אף ביחס לניקוי אקדח (אשר מחייב את פריקתו) נקבע כי הניקוי יבוצע רק במקום מוגדר ביחידה, וכי חל איסור על חיילים לנקות אקדחים במגורים ובחללים סגורים.

76. אין צורך לומר, כי הוראה 3.4, בהיותה פקודה צבאית, מהווה "דין", על כל המשתמע מכך, ומובן כי אי היכרות עם החוק אינה פוטרת מאחריות. יש אמנם להצר על כך, שנראה (כך לאור התחקיר שהוצג על ידי ההגנה) כי כללי הבטיחות הקפדניים שנקבעו בהוראות מבק"א יבשה לא הוטמעו די הצורך ביחידת הנאשם; ועל אף האמור, יש לציין, כי הנאשם היה בעת האירוע קצין בשירות סדיר בדרגת סגן, בעל ותק כחייל קרבי, המוחזק כמי שמכיר את הוראות הבטיחות והטיפול בנשק. טענת הנאשם לפיה לא נתקל עד כה באיסור על פריקת נשק בחלל סגור מנוגדת להיגיון ולשכל הישר. כאמור עוד בעניין **ולטוצ'יאנו** התריע על כך בית הדין הצבאי לערעורים (תוך שהתייחס לכך כעניין בסיסי של שמירה על בטיחות, לאו דווקא בשל קיומה של הוראה כזו או אחרת; ועל העובדה כי מדובר בכלל בטיחותי בסיסי ניתן ללמוד מכך שגם ולטוצ'יאנו עצמו, חייל צעיר בעל וותק של מספר חודשים בשירות הצבאי, ידע לספר כי האיסור לפרוק נשקים בחדר סגור הועבר לחיילים על ידי מפקדיהם והיה מוכר להם היטב). העובדה כי כך נעשה במקום אזרחי בו רכש את הנשק, אינה פוטרת את הנאשם מבירור והיכרות עם כללי הבטיחות המחייבים בצה"ל, כללי בטיחות שלא בכדי נאמר עליהם כי "נכתבו בדם".

77. מצאנו אמנם, כי יש לזקוף לזכותו של הנאשם את העובדה שניסה לנטרל את הסיכון, שעה שכיוון את אקדחו בזווית של 45 מעלות לרצפה, כפי שנדרש. עם זאת, לא ניתן להתעלם גם מכך שהאקדח כוון בסמוך יחסית למקום בו עמד סג"ס ל', כמטר ממנו, עניין שיש בו כדי להגדיל את הסיכון; ואכן יתכן שתזוזתו של סג"ס ל' תרמה אף היא לתוצאה הקשה. אולם תזוזה שכזו הייתה צפויה, שכן סג"ס ל' כאמור עמד ולא ישב, באופן שיש בו כדי להגדיל את הסיכוי לתנועה מצידו - ודאי מקום בו לא נאמר לו על ידי הנאשם, כי בכוונתו לפרוק את אקדחו.

78. נזכיר כי על פי הכללים שנקבעו בפסיקה, נוכח ההנחה כי נשק הינו תמיד מוכן לירי, העדר בדיקה שנערכת עובר ללחיצה על ההדק, לצורך בחינה כי רכיב חיוני להיווצרות הירייה אינו מתקיים, מהווה נטילת סיכון מוחשי ובלתי סביר כי הלחיצה תביא להפעלת הנשק ולפגיעה גופנית באחר; **וזאת אף אם הנשק אינו מכוון בהכרח כלפי אדם מסוים** (ר' עניין **קירילישיין** פסקה 102; כן ר' עניין **אלמוג כהן**, שאוזכר לעיל, פסקה 41, שם נקבע כי גם הנשק לא כוון ברגע הירי לעבר הנפגע, הרי שהיה על היורה להביא בחשבון גם את אלמנט התנועה בחשבון מעשיו). ניסיון החיים מלמד, כפי שאירע הן בענייננו, הן בעניין **קירילישיין** והן בעניין **כהן** שאוזכר לעיל, כי גם מקום בו מתרחש ירי שאינו מכוון לעבר אדם, עלולה להיווצר פגיעה, ודאי כאשר מדובר בירי במקום סגור. מכאן שהחובה העיקרית שהוטלה על הנאשם בענייננו, הייתה לוודא כי אין באקדחו תחמושת חיה - והעדר הבדיקה בעניין זה מהווה כשלעצמה משום נטילת סיכון בלתי סביר לירי.

79. עיינו אף בעניין **ויזמן** שאליו הפנתה ההגנה, שם הורשע לוחם משמר הגבול בעבירה של גרם מוות ברשלנות, לאחר שכיוון נשקו כלפי שוטר אחר, דרך ונקר - שעה שהניח כי אין מחסנית או כדור באקדח. עם זאת, אנו סבורים כי קיימות בפסק הדין האמור נסיבות ייחודיות שאינן רלוונטיות לענייננו. ניכר מפסק הדין, כי בית המשפט התלבט רבות בסוגיית סעיף העבירה המתאים - הריגה או גרם מוות ברשלנות; ולבסוף הוחלט להרשיע את הנאשם בעבירת גרם מוות ברשלנות בשים לב בעיקר לשתי נסיבות משמעותיות שאינן קיימות בענייננו. הראשונה נוגעת לחסר ראייתי, שנבע מכך שהצדדים הציגו עובדות מוסכמות, עניין אשר מנע התחקות משמעותית יותר אחר הלך רוחו של הנאשם, לצורך קביעת היסוד הנפשי. החסר הראייתי נזקף מטבע הדברים לחובת התביעה; שיקול נוסף נוגע להתחשבות בכך שעם הנאשם נקשר בתחילה הסדר טיעון, במסגרתו הוסכם כי יורשע בעבירה של גרם מוות ברשלנות, אולם התביעה חזרה בה מהסדר הטיעון, נוכח התנגדות משפחת נפגע העבירה; וכל זאת תוך שצויין כי מדובר במקרה גבולי ובהתרשלות ברמה גבוהה.

80. כך או כך, איננו סבורים כטענת ההגנה, כי הרשעת הנאשם משמעה איון וריקון עבירות הרשלנות מתוכן. כפי שכבר בואר לעיל, הפסיקה קבעה כי הרשעה בעבירות שהיסוד הנפשי בהן הוא רשלנות, תיתכן מקום בו אפשר לשלול באופן פוזיטיבי את המודעות הסובייקטיבית של הנאשם, למשל בשל טעות בעובדה. דוגמה לכך ניתן למצוא בת"פ (מחוזי - נצרת) 1076/02 **מדינת ישראל נ' גוהרי** (2003), שם נקבע כי הנאשם טעה לחשוב שאכן לא הייתה בנשקו מחסנית, בשל העובדה שהבחין במחסנית מונחת לידו (שרק בדיעבד התברר כי לא הייתה שייכת לו). לא כך הם פני הדברים, מקום בו מדובר בהיסח הדעת, שכחה ו"אינסטינקט" כפי שהיה בענייננו.

81. לאור האמור לעיל, מצאנו לקבוע כי התביעה הוכיחה מעל לספק סביר כי בנאשם התקיים יסוד נפשי שעניינו פזיזות - מסוג קלות דעת.

טענות בדבר מחדלי חקירה

82. בפי ההגנה טענות שונות בנוגע לקיומם של מחדלי חקירה, נוכח הימנעות גורמי החקירה מבצוע פעולות חקירה מהותיות שיכולות היו לשפוך אור, כך נטען, הן על פעולות הנאשם עובר לאירוע, הן על האירועים שהתרחשו בזירה מיד לאחר האירוע והן על המצב השורר ביחידה ורשלנות מפקדי היחידה בכל הנוגע להטמעת אופן התנועה והטיפול באקדחים, ובכך פגעו בזכות הנאשם להליך הוגן.

83. כך למשל הצביעה ההגנה על כך שחוקרי מצ"ח שהגיעו לזירה לא ידעו לומר כמה אנשים בדיוק נכחו בה לאחר הירי; לא נערכו בדיקות טביעות אצבע לאקדח על מנת לברר מי נגע בו בזירה; לא נבדקה תוכנית הבטיחות של היחידה, בניגוד להמלצה שניתנה על ידי רע"ן בטיחות במהלך עדותו במצ"ח; לא נבדק עניין קיומם של נהלים בנוגע לתדרוך נושאי אקדחי אזרחיים; לא נחקר מפקדו של הנאשם, סא"ל רותם שמר, בנוגע לפנייה לקבלת אישור אל"ם; לא נחקר מפקד היחידה בנוגע לפעולות שנקט בנוגע להטמעת הכללים הנוגעים לנשיאת אקדחים אזרחיים ביחידה, ולבסוף - צוין החוסר בתיעוד בשרשרת המוצגים בנוגע להעברת האקדח לבדיקת תקינותו.

84. לאחר בחינת טענות ההגנה, לא מצאנו כי יש בהן כדי לשנות את מסקנתנו. כידוע יש במחדלי חקירה כדי להביא לזיכוי של נאשם, רק מקום בו הפגמים הנטענים הם כה חמורים ויורדים לשורשו של עניין, עד כי קם חשש שהנאשם יתקשה להתמודד כראוי עם חומר הראיות העומד כנגדו והגנתו תימצא חסרה ומקופחת - וזאת בהתחשב במכלול הראיות העומדות בפני הערכאה השיפוטית (ר' ע"פ 7874/15 פלוני נ' מדינת ישראל (2017) בפסקה 37 והפסיקה המאוזכרת שם). לא סברנו כי כך הם פני הדברים בענייננו. אשר לנושא בדיקת תקינות האקדח - כבר ציינו לעיל, כי היעדר התיעוד בשרשרת המוצגים מהווה מחדל חקירתי, אולם בנסיבות העניין ונוכח התשתית הראייתית הכוללת אין בכך כדי לשנות מהמסקנה לפיה הנשק היה תקין. אשר לטענות הנוגעות לאופן בדיקת הזירה - איננו סבורים כי יש משמעות רבה לשאלה מה אירע בזירה לאחר האירוע, משנאספו ראיות ברורות באשר למהלך התרחשות האירועים הנוגעת לשימוש באקדח לפני האירוע ובמהלכו. כך גם באשר לנטילת טביעות האצבעות מהאקדח - משהנאשם אישר כי הוא זה שהרכיב את הנשק וירה בו, עניין זה מאבד מחשיבותו. הטענות הנוגעות לאי עריכת בדיקה ביחידה אשר להטמעת ההוראות הנוגעות לטיפול באקדח ורשלנות מפקדים עניינן בפריפריה של החקירה; ואין בכך כדי להשליך על החקירה המהותית שהתקיימה באירוע, שעניינה זיהוי הגורם היורה ובדיקת השתלשלות העניינים שהובילה לירי.

85. סוף דבר, לא מצאנו לקבל את טענות ההגנה כי מתקיימים במקרה זה מחדלי חקירה שיש בהם כדי לקפח את הגנת הנאשם ולהשפיע על הכרעתנו.

טענות בדבר הגנה מן הצדק

86. עוד טרם החלה שמיעת הראיות, טענה ההגנה מספר טענות שעניינן הגנה מן הצדק והתביעה השיבה לכך. לאחר שמיעת טיעוני הצדדים, הוסכם כי כיוון שמדובר בטענות הדורשות גם בחינה של המסד הראייתי, תתקבל החלטה בעניין זה במסגרת הכרעת הדין. להלן נפרט בקצרה את הטענות שנשמעו בפנינו בעניין זה ואת הכרעתנו.

טענת ההגנה כנגד סעיף האישום שנבחר

87. לטענת ההגנה, סעיף האישום המתאים לעניינו של הנאשם הוא סעיף 85 לחש"צ, וכי בחירת התביעה לייחס לנאשם עבירה של פשע הקבועה בחוק העונשין, מנוגדת להנחיות תצ"ר ומהווה גם אכיפה בררנית לעומת מדיניות האכיפה בצה"ל הנוגעת למקרים דומים. לעניין זה הפנתה ההגנה למספר הנחיות: הנחיה 1.03 המורה כי יש להעדיף עבירות צבאיות על פני המקבילה האזרחית; הנחיה 2.07 בנוגע לאכיפה בסעיף 85 לחש"צ, כאשר לטענת ההגנה עניינו של הנאשם מבחינה עובדתית מתאים בדיוק למקרים הנדונים בהנחיה זו. גם הנחיה 2.01 העוסקת בעבירה של הריגה וגרם מוות ברשלנות, מלמדת כי זהו אינו מקרה מתאים להגשת כתב אישום בעבירה המניחה מחשבה פלילית ומודעות. עוד הציגה ההגנה שורה של פסקי דין צבאיים, שהם דומים, ולהשקפתה בחלקם אף חמורים יותר, בהם הוגשו כתבי אישום בעבירה לפי סעיף 85 לחש"צ.

88. **התביעה** טענה מנגד, כי לא מתקיימת מבחינה עובדתית ומשפטית התשתית העובדתית לקביעה בדבר אכיפת הדין באופן בררני. סעיף האישום נבחר, כך הובהר, בהתאם לנסיבות האירוע ותוצאותיו, ובהתאם לפררוגטיבה הנתונה לתביעה. כן נטען כי הגשת כתב האישום גם עולה בקנה אחד עם הנחיות התצ"ר, שכן בחש"צ אין סעיף אישום העוסק בפעולה בלתי חוקי באקדח שהסתיימה בפציעה, ועל כן יש לשוב אל המקבילה המתאימה בחוק העונשין.

89. בעת בחינה טענה זו נציין, כי ידועה ההלכה, לפיה רשות הקובעת לעצמה הנחיות ונהלים פנימיים נדרשת ככלל לפעול לפיהן, אלא אם יש הצדקה מיוחדת שלא לעשות כן; ופעולה בניגוד להנחיות האמורות, שלא ניתנה לה הצדקה עשויה להביא לטענות הגנה מן הצדק

ואף לשינויים בסעיפי האישום שיוחסו לנאשמים (ר' אך לאחרונה את פסק דינה של כב' השופטת וילנר, פסקה 49, בע"פ 106/17 **אסי מסיקה ואח' נ' מדינת ישראל** (2018)). על כן עיינו היטב בהנחיות התצ"ר אליהן הפנתה ההגנה, על מנת לבחון האם אכן נהגה התביעה, בעת בחירת סעיף האישום בעניינו של הנאשם, בניגוד להנחיות שקבעה לעצמה; אולם הגענו למסקנה כי לא כך הם פני הדברים.

90. בהנחיה 1.03 העוסקת ב"ניסוח כתבי האישום והפרטים הנוספים" צוין, בסעיף 8, כי "ככלל, יש להעדיף אישום בעבירה צבאית על פני מקבילתה האזרחית, למעט באותן עבירות שלצידן עונש מינימום... **או בעבירות שהיסוד העובדתי שלהן אינו זהה והן משקפות את האינטרס הנפגע בצורה מתאימה יותר**" (ההדגשה אינה במקור – בית הדין).

מהנחיה מס' 2.07 העוסקת בעבירה שעניינה שימוש בלתי חוקי בנשק, לפי סעיף 85 לחש"צ, ניתן ללמוד כי מדובר בעבירה המשתרעת על קשת רחבה של מעשים אסורים בנשק. אשר למדיניות העמדה לדין נכתב בסעיף 10 להנחיה, כי יש להגיש כתב אישום (וזאת במובחן מהעמדה לדין משמעתי שדונה בסעיף 11 להנחיה) במקרים שונים, לרבות - מקום בו נפצע אדם עקב השימוש הבלתי חוקי בנשק; ולבסוף נקבע בסעיף 13 להנחיה, כי "ככלל מקום בו לשימוש בנשק הייתה תוצאה, יש לשקול הגשת כתב אישום בעבירה שלה יסוד תוצאתי ההולם את התוצאה שנגרמה, והיא תואמת את היסוד הנפשי של החשוד ביחס לגרימת אותה תוצאה".

הנחיה מס' 2.01 להנחיות התצ"ר עוסקת בעבירות הריגה וגרם מוות ברשלנות. הסיפא של ההנחיה עוסק באפשרות להגשת כתבי אישום בעבירת ההריגה הנוגעים למשחקים בנשק, והדברים רלוונטיים גם לענייננו, בשים לב לכאמור, לכך שהיסוד הנפשי בעבירת ההריגה הוא גם זה הנדרש בענייננו. בסעיף 15 להנחיה נקבע, כי: "ככלל יוגש כתב אישום בגין הריגה, מקום שהנאשם כיוון לעבר חברו את נשקו מבלי לנקוט צעדים פוזיטיביים על מנת לעקר את הסכנה, כיוון בדיקת הנשק ופריקתו. **גם במקרים אחרים בהם התנהג העושה באופן שיש בו סטייה גסה מסטנדרט הזהירות המחייב, אפשר שתוסק פזיזות ולפיכך הריגה בהתאם לנסיבות**" (ההדגשה אינה במקור – בית הדין).

91. מהמקובץ ניתן ללמוד, לטעמנו, כי הגשת כתב האישום בגין עבירה לפי חוק העונשין עולה בקנה אחד עם האמור בהנחיות התצ"ר, ובוודאי שאינה מנוגדת להן. העובדה כי קיימת האפשרות להגיש את כתב האישום **גם** בעבירה של שימוש בלתי חוקי בנשק, אינה פוטרת, על פי ההנחיה, לבדוק מהי העבירה המתאימה **יותר**, בהתאם ליסוד הנפשי המיוחס לעושה - ודאי מקום בו לשימוש בנשק הייתה תוצאה; ומקום בו לא קיימת עבירה צבאית מתאימה מאפשרת ההנחיה פנייה אל העבירה המתאימה בחוק העונשין.

למעשה התביעה אף מחוייבת לבחור את הנורמה הפלילית המשקפת באופן הנכון ביותר את המסכת העובדתית (ר' בג"צ 7195/08 **אבו רחמה נ' הפצ"ר**, פ"ד סג(2) 325 (2009)). העבירה לפי סעיף 85 לחש"צ היא עבירה שאין בה רכיב של תוצאה; והתביעה הניחה בענייננו, בטרם הגשת כתב האישום, על סמך ניתוח נסיבות המקרה ביחס לקביעות בפסיקה במקרים דומים, כי לנאשם יסוד נפשי של קלות דעת (וכפי שפורט לעיל אנו קבענו כי אכן הוכח היסוד הנפשי האמור). כפי שמלמדת אותנו ההנחיה הנוגעת להריגה, התביעה אף רשאית להניח כי היסוד הנפשי האמור קיים, גם מקום בו לא היה כיוון של הנשק לעבר הנפגע, וזאת בהתאם לבחינת הנסיבות הקונקרטיות של המקרה ומידת הסטייה מסטנדרט הזהירות המחייב.

92. לאור האמור לעיל, לא מצאנו כי התביעה פעלה שלא כדין בעת בחירת סעיף האישום בענייניו של הנאשם. איננו מתעלמים מהתוצאה הקשה עבור הנאשם, בהכתמתו בעבירה מסוג פשע, הנושאת רישום פלילי מלא; עם זאת, מדובר בעניין הנתון באופן בלעדי לשיקול דעתה של התביעה, וכידוע מורה ההלכה, כי שיקול הדעת של הרשות בתחום החקירה, העמדה לדין וניהול ההליך הפלילי הוא רחב ביותר (בג"צ 308/17 **פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה** (2017)). בית הדין לא ישים עצמו בנעלי התביעה ואינו יכול להתערב בשיקול דעתה, מקום בו פעלה בהתאם לכללים שקבעה והפעילה את שיקול דעתה באופן סביר.

טענה בדבר אכיפה בררנית בענייניו של הנאשם לעומת מקרים דומים אחרים

93. במסגרת טענה זו הציגה ההגנה כתבי אישום ופסקי דין במקרים דומים, להשקפתה, בהם הוגש כתב אישום בגין עבירה לפי סעיף 85 לחש"צ, תוך שנטען כי הדין נאכף באופן בררני כלפי הנאשם. מנגד טענה התביעה כי מדובר בחלקם בכתבי אישום ישנים שאינם משקפים את עמדתה העדכנית של התביעה. כן הציגה התביעה מספר רב של כתבי אישום מהעת האחרונה, במקרים דומים, בהם נבחר סעיף האישום שעניינו גרימת חבלה חמורה.

94. הטענה בדבר אכיפה בררנית היא אחת מהסוג הטענות שעניינן "הגנה מן הצדק". עסקינן באכיפה הפוגעת בשוויון במובן זה שהיא מבדילה בין בני אדם דומים או מצבים דומים, לשם השגת מטרה פסולה, על יסוד שיקול זר או מתוך שרירות גרידא (בג"צ 6396/96 **זקין נ' ראש עיריית באר שבע**, פ"ד נג(3) 289 (1999)). תנאי ראשוני להוכחת טענה זו היא הנחת תשתית ראייתית מתאימה (ר' ע"פ 3157/11 **אילנה שמשון נ' מדינת ישראל**

(2013)). בע"פ 8551/11 **יצחק כהן סלכגי נ' מדינת ישראל** (2012) נקבע כי יש לבחון את הטענה בדבר אכיפה בררנית תוך התייחסות לשלוש שאלות שונות:

- א. מהי קבוצת השוויון עימה נמנה הנאשם המעלה את הטענה.
- ב. במידה ואכן לא ננקטה אותה מידה של אכיפה כלפי כל מי שנמנה עם אותה קבוצת שוויון – כיצד יש להבחין בין אכיפה בררנית ופסולה, מאכיפה חלקית מטעמים של מגבלת משאבים וסדרי עדיפויות אשר עשויה להיות לגיטימית בנסיבות העניין.
- ג. מהו הנטל הראייתי המוטל על מי שמעלה טענת אכיפה בררנית במסגרת משפטו.

95. הפסיקה קבעה בעניין **סלכגי**, כי לא נדרש להוכיח מניע פסול, בעת קיומה של אכיפה בררנית, אלא די בהוכחת תוצאה מפלה – אולם בעניין זה נשמעו גם דעות אחרות. כך למשל בע"פ 8204/15 **מוחמד זלום נ' מדינת ישראל** (2015) פסקאות 23-24, שם נדונה טענה דומה בדבר אכיפה בררנית בשל אי העמדה לדין של מעורבים נוספים שחומר הראיות קשר אותם לאירוע, ציין בית המשפט כי: "העובדה כי פלוני הועמד לדין ואלמוני שאפשר כי היה מעורב באותו אירוע פלילי, לא הועמד לדין, אינה מוכיחה, מניה וביה, כי מדובר באכיפה בררנית. על המבקש לחסות בצילה של הגנה מן הצדק בטענה של אכיפה בררנית להוכיח כי ההבחנה בין המעורבים השונים מבוססת על שיקולים בלתי ענייניים של המאשימה... ויודגש כי לצורך הוכחת טענה לאכיפה בררנית, מן ההכרח להציג תשתית עובדתית מבוססת..." נזכיר עוד לעניין זה, כי לזכות התביעה עומדת החזקה לפיה היא פועלת כדין.

96. ביישום לענייננו, בחנו את טענות ההגנה בסוגיה זו ומצאנו לדחותן. אנו סבורים כי בעת בחינת קבוצת השוויון, יש לבחון את מדיניות האכיפה העכשווית של התביעה בשנים האחרונות, ולא מקרים מהעבר, אשר אינם רלוונטיים עוד (ר' לעניין זה גם את עניין **קירילישיין** בפסקה 139). מעבר לכך, מקרים בהם יוחסה מלכתחילה עבירה הנושאת רישום פלילי, אשר הסתיימה בסעיף אישום מקל יותר במסגרת הסדר טיעון (כגון תיק מר/מח/441/16 **התובע הצבאי נ' סמ"ר ליכטר**, אליו הפנתה ההגנה) אינם מצויים אף הם במסגרת קבוצת השוויון, נוכח השוני המהותי הקיים בעת תיקון כתב אישום במסגרת של הסדר טיעון (ר' ע/48,49/14 **התצ"ר נ' סמ"ר לידור כהן** (2015) פסקאות 13-15).

97. כמו כן עיון בכתבי אישום שהוצגו על ידי התביעה מלמד, כי אכן הוגשו במספר מקרים שאינו מבוטל בשנים האחרונות כתבי אישום בגין עבירות לפי חוק העונשין, הנושאות

רישום פלילי מלא ומייחסות לנאשמים את היסוד הנפשי של קלות דעת - והכל בשל אירועי שימוש בנשק שהסתיימו בחבלה, דוגמת המקרה שנדון בענייננו. לא נפרט את כולם, אולם די לציין את עניין **קירילישיין** ואת עניין **אלמוג כהן** שאוזכרו לעיל, שניהם מהעת האחרונה ממש – וזאת נוסף לכתבי אישום רבים נוספים שהוצגו בפנינו.

98. המשמעות היא כי לא הוצגה בפנינו תשתית ראייתית מספיקה, על מנת לקבוע כי התביעה נקטה בענייניו של הנאשם באכיפה בררנית בעת בחירת סעיף האישום; ולמעלה מן הצורך יצוין, כי אף אם במקרים מסויימים טענה התביעה בעת ייחוס סעיף העבירה, הרי שנקבע בע"פ 6328/12 **מדית ישראל נ' פרץ** (2013) בפסק דינם של שופטי הרוב, כי על ההגנה להצביע על כך שלאורך זמן ובאופן שיטתי קיבלה הרשות המנהלית במקרים דומים החלטה שונה מזו שבעניינו של הנאשם; אולם תשתית עובדתית לטענה שכזו לא הונחה בפנינו.

טענה לאכיפה בררנית בגין לאי העמדתו לדין של סגן דודי אלמקייס

99. ההגנה טענה, כי ההחלטה שלא לחקור באזהרה את סגן אלמקייס שפרק את האקדח בחדר הסגור, לאחר האירוע, בדיוק כמו הנאשם, וזאת ליד אחרים שהיו בחדר, מהווה אף היא אכיפה בררנית ביחס לנאשם. מנגד טענה התביעה, כי החלטתו של סגן אלמקייס לפרוק את האקדח, לא הובילה לפליטת כדור, והייתה מוצדקת בנסיבות העניין, בשים לב לכך שהכוונה הייתה לוודא כי האקדח אינו מהווה עוד סכנה לאחר הירי שאירע. כך או כך צוין, כי משהנ"ל לא העיד - לאור התנגדות ההגנה - הרי שהדבר גם לא הוכח.

100. ייאמר מיד, כי אכן סגן אלמקייס לא העיד בפנינו, ואף לא הוצגה לנו עדותו, כפי שלא נחשפנו לעדויותיהם של מי מהקצינים והחיילים שהגיעו לזירה מיד לאחר הירי. מלכתחילה לא ביקשה התביעה לצרף את סגן אלמקייס כעד, וכפי שפורט לעיל - כאשר ביקשה לתקן את כתב האישום ולהביאו למתן עדות, התנגדה לכך ההגנה נוכח השלב המתקדם בו היה מצוי ההליך, ואנו קיבלנו את עמדת ההגנה. יחד עם זאת, משלא נחשפנו לתשתית הראייתית המלאה בעניין פעולותיו של סגן אלמקייס, יקשה כעת מצד ההגנה לטעון כי יש להעמידו לדין בשל אותן פעולות בדיוק.

101. די בכך כדי לדחות את טענת ההגנה; אולם למעלה מן הצורך, נציין עוד כי על פי המידע שכן הובא לידיעתנו, אמנם מפי השמועה (מתוך דו"ח הביקור במקום, ת/3), סגן אלמקייס פעל על מנת לפרוק את האקדח מיד לאחר קרות האירוע. בנסיבות העניין, כאשר מדובר במי שפעל בספונטניות על מנת לוודא כי האקדח פרוק, מיד לאחר שמאותו

אקדח נפלט כדור שהוביל לפציעה - לא סברנו כי מדובר בפעולה שנפל בה פגם או פסול, באופן המחייב את חקירתו באזהרה או העמדתו לדין. למותר לציין עוד, כי בשל מעשיו של סגן אלמקייס גם לא נגרמה כל תוצאה; והתביעה ציינה כי לו היה הנאשם דורך את אקדחו מבלי לגרום לירי, כלל לא היה הדבר מוביל לנקיטת הליכים גם נגדו.

טענות בנוגע לאכיפה בררנית כלפי מפקדים ביחידה

102. ההגנה טענה כי התביעה נקטה באכיפה בררנית כלפי הנאשם, ביחס לגורמים אחרים ביחידה. בעיקר כיוונה את טענותיה כלפיה אי חקירתו והעמדתו לדין של סא"ל רותם שמר, מפקדו של הנאשם, אשר היה אחראי, להשקפת ההגנה, לוודא שהנאשם עומד בכלל התנאים הנוגעים לנשיאת אקדח ביחידה, לרבות קבלת אישור אל"ם ומעבר תדריך מתאים. מעבר לכך נטענו טענות בדבר רשלנות מפקדים ביחידה, אשר לא הכירו את הוראות הבטיחות ולא דאגו להטמיען ביחידה. ההגנה הפנתה לתחקיר האירוע שנערך ביחידה (אשר יש לציין כי הובא בפנינו בשלב הטענות המקדמיות אולם לא הוגש כראיה), המלמד כי גורמי היחידה הרלוונטיים לא הכירו את הוראה 3.4, לא פעלו לפיה ולא עסקו בהטמעתה בקרב מחזיקי האקדח ביחידה, לרבות וידוא כי ניתנים אישורים מתאימים ומועברים התדריכים המתאימים. בנוסף לכך לא הייתה ביחידה תכנית בטיחות וגם לא היה בה קצין בטיחות במשך מחצית השנה שקדמה לאירוע. על אף האמור לא נחקר ולא הועמד לדין איש מהאחראים לכלל המחדלים האמורים; כן נטען כי מתקיימת אכיפה בררנית, עקב החלטת הפרקליטות שלא לחקור ולטפל בשורה של מקרים אחרים בהם אירעו תאונות אקדח ופליטות כדור ביחידה. גם לעניין זה הפנתה ההגנה לתחקיר ובו פירוט האירועים האמורים, תוך שנטען כי גם אם מדובר במחדל של היחידה שלא דיווחה למצ"ח על האירועים ולכן הם לא נחקרו, הרי ש"המדינה היא אחת", כך כלשון ההגנה.

103. מנגד טענה התביעה, כי האחריות לקבלת אישור אל"ם לנשיאת אקדחו הפרטי הייתה מוטלת על הנאשם ולא על מפקדו, ולכן אין מקום לטענה בדבר רשלנות המפקד; כי אירועי פליטת הכדור שתוארו בתחקיר היו ישנים, בחלקם כלל לא הובילו לפציעה והם שונים מעניינו של הנאשם. כך או כך נטען, כי מדובר באירועים שלא דווחו בזמן אמת למצ"ח או לפרקליטות ועל כן אין מקום לטענה כלפי הרשות על כך שהחליטה לאכוף באופן בררני את הדין. אשר לטענות בדבר התרשלנות המפקדים הנוגעות לתחקיר, נטען כי לא מדובר בעניין שיש בו כדי להשליך על האירוע עצמו, אלא לכל היותר בנוגע לאי קבלת האישור לנשיאת האקדח, עניין שהוא פריפריאלי לאירוע.

104. גם ביחס לטענה זו של ההגנה נעיר, כי היא מבוססת בעיקר על תחקיר שנערך ביחידה, אשר כאמור לא הוגש כראיה, ומהווה כשלעצמו עדות שמועה, שכן לא נשמעה עדותו של איש מהנוכחים בתחקיר או של עורכו. גם רס"ן ו' שהיה הגורם הפיקודי היחיד שהעיד בפנינו, הבהיר כי אינו גורם מטה ביחידה, הוא כלל לא היה נוכח בתחקיר ולא הכיר אותו. אף בעדותו של סא"ל דגן בעניין זה לא היה כדי להועיל. סא"ל דגן לא שירת ביחידה ולא הכיר את האופן בו היא מטמיעה את הוראות הבטיחות. במסגרת שירותו כרע"ן בטיחות עסק בהפצת הוראות הבטיחות לכלל צה"ל, אך הוא אינו יכול לשלוט או להיות אחראי על הדרך בה מופצות ההוראות מדרג המפקדים הבכירים בכל יחידה אל פקודיהם.

105. כך או כך, אף אם נצא מנקודת ההנחה הנוחה להגנה, לפיה אכן הייתה התרשלות ביחידת יהל"ם בהיעדרה של תכנית בטיחות, ובהטמעת ההוראות המחייבות בנוגע לתנועה עם אקדחים ביחידה – אין בכך לטעמנו, כדי להועיל לנאשם. טענה דומה נדחתה כבר בעניין **ולטוצ'יאנו** שאוזכר לעיל, שם נקבע כי רשלנות גורמי הפיקוד לחוד - ואחריות הנאשם לחוד, לפחות בכל הנוגע להרשעה (וזאת במובחן מהשלכת טענה זו על שיקולי הענישה. ראוי עם זאת לציין, כי בעניין **ולטוצ'יאנו** הובאו בנושא זה ראיות ממשיות, שלא כבעניינו). קל וחומר הדברים אמורים בעניינו, שעה שהנאשם אינו חייל פשוט, אלא קצין, גורם פיקודי, בעל ותק וניסיון בשימוש בנשק. למעשה הטענות הנוגעות להטמעת הוראות הבטיחות ביחידה נוגעות לכל היותר לפריפריה של האישום ואינן משליכות על עצם קרות האירוע; שכן בסופו של דבר מעשיו של הנאשם אינם בגדר הפרה טכנית של הוראות הבטיחות כי אם סטייה מסטנדרט התנהגות הנדרש מכל מי שמחזיק בנשק, ודאי כאשר מדובר במי שנושא דרגות קצונה והוא בעל עבר של שירות כלוחם. מכאן שהנאשם ומפקדיו כלל אינם מצויים באותה קבוצת שוויון, בהתאם למבחן שנקבע בפסיקה לעניין זה.

106. לא מצאנו גם לקבל את הטענות הנוגעות להתנהלותו של סא"ל שמר, שכן לא סברנו כי האחריות להוצאת האישור ולמעבר התדריך הייתה מוטלת עליו. הנאשם היה קצין, מפקד, בעל אחריות, ובעל הידע בדבר המועד בו קיבל את רישיון נשיאת האקדח והחל לקחתו ליחידה. על כן מורה אותנו ההיגיון והשכל הישר, כי האחריות לפנות לקבלת כלל האישורים המתאימים מוטלת בראש ובראשונה על כתפיו; ולא למותר לציין, כי כך סבר גם סא"ל דגן בעדותו. באם היה הנאשם פונה לסא"ל שמר והאחרון לא היה מפנה זאת למפקד היחידה, הרי שניתן היה להטיל אחריות בנושא זה על סא"ל שמר; אך כאמור הנאשם אף לא ביצע את הפנייה הראשונית. איננו סבורים גם כי האחריות בעניין זה מוטלת על רס"ן ו', אשר הובהר כי שימש כסגן מפקד הפלגה בה שירת הנאשם

ולא כגורם מטה ביחידה העוסק בסוגיה זו. הדעת נותנת, כי מי שמחזיק בכלי נשק אזרחי יברר את הפקודות הרלוונטיות ויפעל על מנת לעמוד בהן, וודאי כאשר מדובר בקצין בדרגת סגן ולא בחייל פשוט, ולא יצפה כי מפקדיו יפעלו עבורו בעניין זה.

107. לצד האמור נציין, כי אף בהינתן ההסתייגויות שהבענו ביחס לתוכן התחקיר, המהווה עדות שמועה, נראה, גם לאור עדות הנאשם, כי אכן ביחידתו של הנאשם לא הייתה מודעות מספקת לצורך בקבלת אישור אל"ם ומעבר תדריך לשם החזקת האקדח האזרחי. זה המקום לציין, כי אנו סבורים שגם לא הוכח מעבר לספק סביר כי הנאשם היה מודע לדרישה לקבלת אישור אל"ם והתעלם ממנה באופן מכוון. אמנם לא מצאנו לפקפק בדבריו של רס"ן ו' על כך שהוא אמר לו את הדברים; אולם לצד האמור, התרשמנו כי מדובר בשיחה שהתנהלה אגב אורחא, ולא באופן מסודר תוך מתן הנחיות בנושא והטמעת הכללים שנקבעו בהוראה 3.4. לצד זאת התרשמנו כאמור, כי הנאשם היה קצין אחראי וממושמע, ואף רס"ן ו' אישר דברים אלה. נזכיר עוד כי הנאשם הבהיר כבר למן אמרתו הראשונה, ת/1, כי לא היה מודע לצורך בכך, בעוד שבאמרה זו סיפר באופן שנחזה כגלוי ואמיתי את כל השתלשלות האירועים שקדמה לירי. נוכח אופי השיחה שהתנהלה בין הנאשם לבין רס"ן ו', לא מן הנמנע כי הדברים לא נקלטו כלל אצל הנאשם, במסגרת השיחה הכוללת - ר' לעניין זה ע"פ 9184/06 **מדינת ישראל נ' אושר כהן** (2007), בפסקה 8, שם צוין, כי יתכנו מקרים של חוסר התאמות מפי עדים שונים בנוגע לאותו אירוע, משום שכל אחד מהם היה נתון בעת האירוע לעניינו שלו וקלט רק חלקים מההתרחשות, או זווית מבטו הייתה שונה מזו של חברו; ואין בכך כדי להוביל בהכרח למסקנה לפיה אין מקום לסמוך על עדויות אלה).

108. לבסוף מצאנו לדחות גם את טענת ההגנה בנוגע לאי העמדתם לדין של מי שהיו מעורבים באירועים מהעבר שפורטו בתחקיר בהם אירעו פליטות כדור. לעניין זה נשוב ונציין, כי הונחה בפנינו תשתית עובדתית חסרה. אין לנו כל מידע בדבר תוכנם של אירועים אלה, תוצאתם המדויקת, מידת ההתרשלות וכיו"ב. מעבר לכך, הובהר כי מדובר באירועים שנאספו ביחידה ולא הועבר דיווח בגינם למצ"ח. יתכן שבכך יש משום התרשלות של היחידה, אולם בוודאי שלא ניתן לטעון כנגד גורמי האכיפה שלא פתחו בחקירה או שקלו העמדה לדין בשל אירועים שלא היו ידועים להם. איננו יכולים גם לקבל לעניין זה את טענת ההגנה לפיה "המדינה היא אחת". יחידתו של הנאשם אינה גורם משפטי, וגם אם טענה בעניין זה, ודאי שלא ניתן לטעון כלפיה לאכיפה בררנית או להשית את המחדל על גורמי האכיפה. טענות של אכיפה בררנית כשמן כן הן – טענות בנוגע לטיב האכיפה; ולפיכך מטבע הדברים הן מופנות אל הגורמים העוסקים באכיפה, דהיינו גורמי השיטור והתביעה, אשר כאמור, לא ידעו בזמן אמת על האירועים.

109. ביחס לעניין אחרון זה הוסיפה ההגנה וטענה, כי עם קבלת התחקיר היה על הפרקליטות לפעול כדי לחקור את המקרים האמורים. עם זאת, מקובלת עלינו בנסיבות העניין תשובת התביעה, לפיה התחקיר לא הועבר אליה בזמן אמת והוא מפרט אירועים ישנים למדי, אשר בנסיבות העניין לא היה טעם להתחיל בחקירתם.

110. **סוף דבר** - בע"פ 4855/02 **מדינת ישראל נ' איתמר בורוביץ'** פ"ד נט(6) 776 (2005), נקבע כי מטרתה הטענה שעניינה הגנה מן הצדק היא להבטיח קיומו של הליך פלילי, ראוי, צודק והוגן – אך ביטולו של הליך פלילי מטעמי הגנה מן הצדק הוא מהלך קיצוני שאין להיזקק לו, אלא במקרים חריגים ביותר, ומתוך עריכת איזון נאות בין הערכים, העקרונות והאינטרסים השונים הכרוכים בהליך הפלילי. לפיכך נקבע באותו עניין מבחן תלת שלבי, כדלקמן:

בשלב הראשון יש לזהות את הפגמים שנפלו בהליכים שננקטו בעניינו של הנאשם ולעמוד על עוצמתם במנותק משאלת אשמתו או חפותו.

בשלב השני יש לבחון האם בקיומו של ההליך הפלילי חרף הפגמים יש משום פגיעה חריפה בתחושת הצדק וההגינות.

בשלב השלישי, באם ניתן להשתכנע כי קיומו של ההליך כרוך בפגיעה חריפה בתחושת הצדק וההגינות, יש לבחון האם לא ניתן לרפא את הפגמים באמצעים מתונים ומידתיים יותר מאשר ביטול כתב האישום.

111. לאחר ניתוח טענות ההגנה, כמפורט לעיל, אנו סבורים כי ביחס למרביתן ניתן לקבוע כי הן לא הצליחו לבסס אף לא את השלב הראשון שנקבע בעניין **בורוביץ'**, דהיינו כי לא נמצאו פגמים בהליך. הדברים ודאי אמורים ביחס לנושא בחירת סעיף האישום ועמידה בהנחיות התצ"ר. ביחס לטענות אחרות הנוגעות להתרשלות מפקדי הנאשם הרי שגם אם נמצאו פגמים בהתנהלותם, עניין שכאמור גם הוכחתו לא הייתה מיטבית, לא מדובר בפגמים בעלי עוצמה שיש בהם כדי לפגוע בתחושת הצדק וההגינות, נוכח השוני הרב בין מעשי הנאשם ותוצאתם הקשה לבין התנהלות המפקדים המצויה בפריפריה של האירוע. לפיכך לא מתקיים השלב השני שנקבע בעניין **בורוביץ'**; ומכאן שדין טענות ההגנה להידחות.

העבירה שעניינה התנהגות שאינה הולמת

112. ההגנה עתרה גם להימנעות מהרשעת הנאשם בעבירה הנגזרת שעניינה התנהגות שאינה הולמת, בטענה כי על פי הנחיות התצ"ר יש להידרש לעבירה זו, במקרים של

שימוש בלתי חוקי בנשק, במקרים של כישלון פיקודי וחינוכי - אולם נסיבות האירוע אינן מלמדות על כישלון שכזה.

113. כידוע, העבירה שעניינה התנהגות שאינה הולמת הינה עבירת מסגרת, הנדרשת לערכי היסוד הנתבעים ממפקד (ר' ע/88/11 **התצ"ר נ' אל"ם חיים מור חיים** (2012)). בעניין **מור חיים** ניתח בית הדין הצבאי לערעורים את העבירה (ר' פסקאות 16-23) בהמשך לפסיקה רבת שנים שעסקה בכך. בית הדין חזר על ההלכה הידועה, לפיה אין מקום להגדיר בהגדרה נוקשה וממצה את גבולות העבירה, אולם יש לקבוע מבחנים שינחו את בתי הדין בעת שרטוט הגבולות האמורים. אחד המבחנים נוגע להיותו של המעשה כזה שאינו מתיישב עם דרכי התנהגות ואתיקה המקובלים באותו מקצוע ומסגרת, מעשה המהווה פגם בהתנהגות או בהליכות, ופוגע בערכי היסוד של המסגרת הצבאית.

114. בראי המבחן האמור, אנו סבורים כי יש קיימת הצדקה להרשעת הנאשם גם בעבירת ההתנהגות שאינה הולמת. מדובר בקצין ומפקד, אשר פעל בניגוד להוראות הבטיחות הבסיסיות המחייבות בצה"ל, ובכך הביא לפגיעה חמורה של חברו. ודאי שיש בכך כדי להוות כישלון פיקודי ופגם הפוגע בערכי היסוד של המסגרת הצבאית.

ד. סיכום

115. במסגרת הכרעת דיננו קבענו כי מתקיימים הן היסוד העובדתי והן היסוד הנפשי של העבירה שעניינה גרימת חבלה מחמירה בנסיבות מחמירות. משכך, ומשאין מחלוקת כי העבירה בוצעה תוך שימוש בנשק חם, מצאנו להרשיע את הנאשם בעבירה המיוחסת לו בפרט האישום הראשון במלואה. עוד מורשע הנאשם בפרט האישום השני שעניינו התנהגות שאינה הולמת.

116. לא נחתום את הכרעת דיננו, בטרם נעיר, כי צר לנו מאוד על האירוע ועל נסיבות התרחשותו אשר הובילו להרשעת הנאשם בעבירה של פשע. התרשמנו כי הנאשם שירת כקצין ערכי, מסור ואחראי, בעל מוטיבציה רבה, ויש להצר מאוד על התרחשותו של אירוע זה שהוביל הן לקטיעת דרכו הצבאית והן להכתמתו ברישום פלילי מכביד. לצד האמור לא ניתן לשכוח גם את תוצאותיו החמורות של אירוע זה, את הפגיעה הקשה

שנגרמה לסג"ם ל' ואת הצורך לשוב ולהתריע מפני פעולות בנשק חס הנעשות בקלות ראש, מנוגדות להוראות הבטיחות ומלמדות על חוסר הבנה והפנמה של מידת הסיכון הנשקפת מהשימוש בנשק; ולשם כך נדרשת גם אכיפה קפדנית של הדין בנושא זה. אנו תקווה הן כי מצב בריאותו של סג"ם ל' ישתפר והן כי הנאשם ימצא את הדרך, בכלים העומדים לרשותו, להתמודד עם תוצאות הרישום הפלילי באופן שלא יפגע יתר על המידה ביכולתו להשתלב כאזרח נורמטיבי בחברה.

117. בשולי הדברים אנו סבורים, כי ראוי שהתמונה העגומה שהצטיירה בתיק זה תובא, באמצעות התביעה, לידיעת גורמי הבטיחות בצה"ל. כאמור, ועל אף שהדברים לא הוכחו בפנינו במסגרת ראיות קבילות, הוצג בפנינו תחקיר המלמד כי ביחידתו של הנאשם לא הייתה כלל מודעות לכללי הוראה 3.4 העוסקת בנושא הטיפול באקדחים; כך גם ניתן היה להתרשם מעדות הנאשם, הן ביחס למידת היכרותו עם ההוראה והן ביחס לכך שמפקד היחידה ביקש ממנו להדגים את אשר אירע באירוע בתוך חדר סגור מיד לאחר התרחשותו. מדובר מאירוע משנת 2016, ואנו תקווה כי אירוע זה הוביל לשינוי מידי ועמוק בהתנהלות גורמי הפיקוד העוסקים במלאכה.

ניתנה והודעה היום, 5/2/2018, בנוכחות הנאשם והצדדים.

(-)
שופט

(-)
אב"ד

(-)
שופט

גזר דין

ה. מבוא

118. הנאשם, סגן (מיל.) ג' ל', הורשע ביום 5/2/2018, לאחר שמיעת ראיות, בעבירות שעניינן גרימת חבלה חמורה בנסיבות מחמירות והתנהגות שאינה הולמת. נסיבות האירועים תוארו בהרחבה בהכרעת הדין. בקצרה נזכיר, כי ביום 29/3/2016, ישב הנאשם במשרדו ביחד עם חברו, נפגע העבירה, סג"ם ע' ל'. השניים שוחחו על אקדח מסוג גלוק 26, שהנאשם רכש זמן לא רב לפני כן, והנאשם אף העביר לסג"ם ל' את האקדח לצורך בחינתו, לאחר שווידא כי בית הבליעה ריק מכדורים. בהמשך שוחחו

השניים על מבנה האקדח, והנאשם פירק את האקדח מחלקיו, ומסרו, כשהוא ללא מכלול, לידי סג"ם ל'. לאחר מכן נטל הנאשם את האקדח מידי סג"ם ל', הרכיב את חלקיו וטען אותו במחסנית שהכילה X כדורי 9 מ"מ. בשלב מסוים, על מנת על מנת להדגים לסג"ם ל' כיצד דורכים את האקדח באמצעות חגורת המכנסיים, עשה כן הנאשם. סמוך לאחר מכן, כיוון הנאשם את האקדח לפינה הימנית – תחתונה במשרד, ובשעה שסג"ם ל' קם ממקום מושבו, לחץ על הדק האקדח. או אז נורה מהאקדח כדור, אשר חדר דרך הבטן לפלג גופו התחתון של סג"ם ל' וגרם לפציעתו. כתוצאה מהפציעה נגרמו לסג"ם ל' קרעים ברקמות פנימיות באזור העכוז וכן שברים בעמוד השדרה, הוא נותח מספר פעמים, נקבע לו פרופיל 21 והוא פוטר מהשירות הצבאי.

119. בהכרעת הדין דחינו טענות של הנאשם, על כך שלא הכניס את המחסנית לאקדח טרם פריקתו. כמו כן דחינו את טענת ההגנה, כי מדובר בעבירה של רשלנות וקבענו כי מתקיימים יסודות העבירה שעניינה חבלה חמורה בנסיבות מחמירות, לרבות היסוד הנפשי שעניינו פזיזות מסוג קלות דעת. עוד נדחו טענות שעניינן מחדלי חקירה והגנה מן הצדק. עם זאת קבענו, כי מהבחינה העובדתית עניינו חמור פחות מאשר המקרים שנדונו בפסיקה שהובאה לעיוננו, נוכח ניסיונות הנאשם לנטרל את הסיכון באופן של הפניית האקדח אל רצפת החדר; וכן קבענו כי עניין זה יישקל על ידינו בעת בחינת העונש הראוי לנאשם.

ו. ראיות הצדדים

120. מהראיות שהובאו בפנינו עלה, כי הנאשם, שהוא בן 25 שנים, התגייס בשנת 2011 לצה"ל, החל במסלול כלוחם בחטיבת כפיר ואף הוכר כחייל מצטיין. בהמשך יצא לקורס קציני מודיעין. הנאשם נעדר עבר פלילי ולחובתו עבירה משמעתית אחת בלבד. הוצגו לנו חוות דעת מטעם מפקד יהל"ם, אל"ם ירון בית און וסרן עומרי מימון, מפקדו הישיר של הנאשם, אשר תיארו אותו כקצין אסרטיבי, בעל יכולות פיקוד, מוטיבציה ויכולות אישיות גבוהות. מחוות הדעת עלה, כי הוא ביצע את תפקידו על הצד הטוב ביותר והיה אהוב על כל הסובבים אותו. הנאשם סיים את שירותו הצבאי עקב האירוע; וממכתב שהוצג לנו כבר בעת שמיעת הראיות (ס/4), אותו כתב הנאשם לקמנ"ר בפברואר 2017, עלה, כי הנאשם מבקש לשוב, לתרום וליטול חלק במערך המילואים.

121. הוריו של הנאשם, העידו בפנינו. מעדותם עלה, כי הנאשם מגיע ממשפחה שחרטה על דגלה את השירות הצבאי, ההתנדבות והתרומה למדינה. אביו פרש לאחרונה משירות מבצעי ואימו היא מעצבת תעשייתית. בעת האירוע שהה האב בחו"ל במשימה מבצעית,

ממנה שב על מנת לתמוך בבנו. בהמשך החליט לפרוש, על מנת לתמוך בנאשם אשר חווה באופן קשה מאוד את האירוע. ההורים תיארו את השבר שחוה הנאשם עקב האירוע ואת ניסיונותיו, תוך סיוע משפחתי, לתמוך בסג"ם ל' ובמשפחתו, אשר בסופו של דבר נתקלו בסירוב. כן תיארו את השינוי המשמעותי שחל בנאשם, אשר היה לפני האירוע אדם שמח וחברותי, ומאז האירוע מצוי בדעיכה. הנאשם נסע לחו"ל לטיול בניסיון להתנתק, אולם שב לפני הזמן; הוא פנה לטיפולים נפשיים, אולם נראה כי אלה לא הצליחו לסייע לו עד כה; והמשפחה כולה מתמודדת עם הקשיים שהוא חווה. הנאשם בדברו האחרון הביע את חרטתו הרבה על האירוע, וציין כי מעולם לא רצה לפגוע באדם אחר. לדבריו **"הלב שלי עם ע' והמשפחה שלו ואין יום או דקה שאני לא חושב עליו ועל הנזק שנגרם לו וזה הורס אותי כבר שנתיים וזה יותר קשה מכל דבר אחר"**. כן הביע את רצונו העז לשוב לתרום בשירות מילואים במסגרת יחידתו.

122. עוד הוצגו בפנינו מסמכים הנוגעים לפניית הנאשם לסיוע נפשי. מיד לאחר האירוע טופל הנאשם על ידי מכון הקבע; ואובחן כבעל מצוקה נפשית, עם ביטויים דיכאוניים חרדתיים, על רקע האירוע, תוך שצוין כי ניכר היה הסבל הנפשי אותו חווה סביב האירוע, רצונו לסייע לחברו ככל שניתן וניסיונו בהשקעת כוחות רבים להתמודד עם האירוע. הטיפול הסתיים עקב שחרורו של הנאשם משירות. כן הוצגו בפנינו מסמכים נוספים על פניות הנאשם לסיוע נפשי לאחר שחרורו מצה"ל, מהם עלה כי הוא עודנו שרוי במשבר קשה, מצב רוחו ירוד והוא רדוף רגשות אשם. מחוות דעתו של ד"ר אורי מילר עולה, כי התמונה הקלינית היא טיפוסית לתסמונת פוסט טראומטית עם דיכאון נלווה, וכי הומלץ על טיפול רפואי ונפשי. המלצה דומה להמשך טיפול פרטני, ניתנה גם על ידי הגב' ענת טל, עובדת סוציאלית קלינית ופסיכותרפסטית, שציינה כי הנאשם זקוק לטיפול על מנת להמשיך לעבד את הבושה שפגעה וטלטלה את הדימוי העצמי שלו, תחושת הירידה בערך העצמי ותחושות המלוות בביקורתיות, השפלה ובוז עצמי.

123. יצויין עוד, להשלמת התמונה, כי במהלך שמיעת הראיות הובאו בפנינו נתונים הן באמצעות מסמכים רפואיים (ת/13) והן במסגרת עדותו המפורטת של נפגע העבירה, סג"ם ל', בדבר מצבו הרפואי בעקבות הפגיעה. לא נאריך בתיאור המצב, נוכח צנעת הפרט; אולם ניתן להתרשם שהפגיעה בסג"ם ל' הייתה משמעותית. הפגיעה העיקרית בו הייתה באזור מערכת העיכול. בשלב הראשוני הוא נדרש לניתוחים רבים ולהליך שיקום משמעותי, סבל מכאבים ומקשיים רפואיים חוזרים ונשנים. למרבה הצער, גם היום הוא סובל מהגבלות הנובעות ממצבו הרפואי, הן בהיבט התזונתי והן מבחינת האפשרות שלו לקיים חיים רגילים, הכוללים לימודים, נסיעות וכו', וזאת נוכח קשיים בשליטה על מערכת העיכול. לצד האמור עלה מדברי התביעה, כי סג"ם ל' לא ביקש להביע כל עמדה

ביחס לעונש שיוטל על הנאשם, על אף זכותו לעשות כן, כנפגע העבירה. יתר על כן, ניתן היה להתרשם גם מעדותו בפנינו, וגם מס'1 שהוגש בעת שמיעת הראיות (התכתבות בין הנאשם לבין סג"ם ל') כי הוא מעדיף שלא להיות מעורב בהליכים המשפטיים, וכי בינו לבין הנאשם אכן שררה חברות עד לאירוע.

ז. טיעוני הצדדים

124. בין הצדדים נטושה מחלוקת משמעותית ביחס לעונש הראוי לנאשם. **התביעה** עתרה להשית על הנאשם עונש מאסר בפועל ממושך, העולה על שנה, מאסר מותנה והורדה לדרגת סמל. כן עתרה לפיצויו של נפגע העבירה, סג"ם ל', באופן המקסימלי האפשרי.

125. בטיעוניה עמדה התביעה על הצורך להחמיר בענישה במקרים של טיפול לקוי בנשק תוך חריגה מכללי הבטיחות המחייבים, צורך אשר גם בא לידי ביטוי במדיניות הענישה שנקבעה בעבירה זו, הן בפסיקת ערכאות אזרחיות והן בפסיקת בתי הדין הצבאיים (תוך שהפנתה לפסיקה מתאימה). כן ביקשה להדגיש כי הנאשם הוא האחראי היחיד לביצוע העבירה, אשר נזקה הפוטנציאלי רב מאוד ויכולה היה להסתיים במוות - וגם האופן בו הסתיימה גרם לנזק משמעותי מאוד לנפגע העבירה. הובהר כי הנאשם עשה בנשק שימוש אסור ופסול, וזאת על אף היותו קצין בעל עבר קרבי, המכיר את האיסורים בנושא, ונדרש לסטנדרט התנהגות מחמיר יותר מחייל שאינו נושא דרגת קצונה. עונש מאסר שיוטל עליו, גם אם יפגע בו, אינו כזה שיחמיר את מצבו הנפשי. נטען עוד כי הנאשם לא נטל אחריות על מעשיו, בכך שניהל את התיק באופן של שמיעת ראיות.

126. מנגד עתרה **ההגנה** להטיל על הנאשם עונש מאסר שירוצה בדרך של עבודה צבאית וללא פגיעה בדרגותיו. בד בבד לא התנגדה לתשלום פיצויים ככל שיידרש ואף קנס, על אף שהתביעה לא עתרה לכך, באם יהיה בכך כדי למתן את העונשים הנוספים. ההגנה עמדה על עברו של הנאשם כלוחם וקצין מצטיין, על הרקע המשפחתי ממנו הוא מגיע והתרומה הרבה שלו ושל משפחתו למדינת ישראל, כמו גם רצונו העז להמשיך לתרום בשירות המילואים. כן טענה כי הנאשם הורשע מכוחן של חזקות משפטיות המניחות את קיומה של הפזיזות, מבלי שהיה מודע לנסיבות הקונקרטיות של האירוע, מבלי שרצה בו ותוך שהוא משלם מחיר נפשי כבד בגינו. כן נטען, כי הנאשם עשה כל שביכולתו על מנת להפחית את הסיכון, בכך שכיוון את הנשק כלפי הרצפה, וכפי שנקבע בהכרעת הדין, עניין זה צריך להישקל במסגרת עונשו. ההגנה חלקה על טענת התביעה כי הנאשם לא

נטל אחריות, והבהירה כי התיק נוהל בעיקר ביחס למישור המשפטי. אף ההגנה הפנתה לפסיקה וטענה, כי היא מלמדת על מנעד ענישה רחב, שאינו מחייב מאסר בכליאה ממשית דווקא. ביחס לסוגיית הדרגה, ציינה ההגנה, כי העונש של פגיעה בדרגה עבור קצין בכלל והנאשם בפרט הוא דרמטי; זאת נוכח הרקע המשפחתי ממנו מגיע הנאשם ורצונו העז להמשיך ולתרום גם בהמשך.

ח. דיון והכרעה

127. בשלב הראשון נפנינו לקבוע את מתחם הענישה, ביחס לשני רכיבי ענישה שונים. הרכיב הראשון עניינו המאסר והרכיב השני נוגע לסוגיית הדרגה.

קביעת מתחם ענישה ביחס לעונש המאסר

128. במסגרת עיקרון ההלימה, שהוא העיקרון המרכזי העומד בבסיסו של תיקון 113 לחוק העונשין, נקבע יש לקיים יחס הולם בין חומרת מעשה העבירה בנסיבותיו ומידת אשמו של הנאשם ובין סוג ומידת העונש המוטל עליו. מכאן שבעת קביעת מתחם העונש ההולם, אין די בהתייחסות לסעיף העבירה בה הורשע הנאשם, אלא העיקר הוא בעובדות ובנסיבות האירועים הספציפיים בגינם הורשע (ר' ע"פ 5980/15 מדינת ישראל נ' פרי זדה (2016)). מכאן שלצד בחינת שיקולים הנוגעים למדיניות הענישה והפגיעה בערכים המוגנים, יש לבחון גם הנסיבות האינדיווידואליות הנוגעות לביצוע העבירה. לעניין זה מנחה אותנו סעיף 40ט' לחוק העונשין לבחון את התכנון שקדם למעשה העבירה, את הנזק שצפוי היה להיגרם וזה שנגרם בפועל, הסיבות שהביאו אותו לבצע את העבירה וכיו"ב.

129. אין צורך לומר, כי בעבירה בה הורשע הנאשם גלומה פגיעה קשה בערך המוגן שעניינו שלמות הגוף ומניעת סיכון לחיי אדם; לפיכך גם נקבעה מדיניות ענישה מחמירה בגינה, הכוללת בדרך כלל עונשי מאסר. עם זאת, מדובר בעבירה שקיים לצידה מנעד ענישה רחב, כיוון שהיא עשויה לכלול בחובה, במדרג הגבוה של החומרה, גם מקרי אלימות שבוצעו מתוך כוונה לפגוע או לכל הפחות מתוך אדישות – וכן מקרים, דוגמת עניינו, בהם מתקיים אמנם יסוד המחשבה הפלילית, אולם במדרג הנמוך ביותר שלה, פזיזות מסוג קלות דעת.

130. פסיקת בית המשפט העליון עמדה על כך שהעבירות הנוגעות לשימוש בלתי מורשה בנשק, שעה שנגרמה פציעה או מוות, הן קשות ומורכבות מבחינת שיקולי הענישה; שכן כמעט תמיד הנאשמים הם אנשים נורמטיביים (פעמים רבות כאלה המשתתפים בכוחות הביטחון ולכן הופקד בידיהם נשק), אשר לא חפצו בפגיעה בקרבן, אולם נטלו סיכון בלתי סביר בעת השימוש בנשק, שהוביל לתוצאות קשות, ולעיתים גם למוות (ר' ע"פ 389/08 **ברדה נ' מדינת ישראל** (2008)). הצורך להילחם בתופעה פסולה זו ולמגרה, הוביל, ככלל, לקביעת מדיניות ענישה מחמירה בעבירות מעין אלה; תוך שנקבע לא אחת כי לפסיקת בתי הדין הצבאיים תפקיד חשוב בהקפדה על הוראות הבטיחות בנשק, והם נדרשים לתרום את תרומתם במיצוי הדין עם מי שכשל בשמירה על הוראות אלה. מכאן שנקבעה מדיניות ענישה הכוללת בדרך כלל עונשי מאסר בפועל, לצד הורדה בדרגה. כך למשל, במספר מקרים שנדונו בפסיקת בתי הדין הצבאיים בשנים האחרונות: בתיק ז"י/108/15 **התובע הצבאי נ' טור' יונתן שיצר** (2015) הוטל עונש של 364 ימים על הנאשם, במסגרת הסדר טיעון בין הצדדים. באותו עניין, שהה הנאשם בדירתו של הנפגע, חברו, ודרך את נשקו רוס"ק 16-M, באופן שהוביל ליציאת התקן ה"מק פורק" מהנשק. הנאשם החזירו למקומו. בהמשך הכניס מחסנית לנשק. בשלב מאוחר יותר, דרך את הנשק, שעה שעמד כ-3-4 מטרים ממקום ישיבתו של הנפגע, והמק פורק יצא מהמקום. הנאשם הסתובב, הרים את הנשק באוויר לכיוונו הכללי של הנפגע ונקר, בלי שבדק לפני כן שהנשק נצור (הוסכם עם זאת על הצדדים כי הנאשם סבר שהנשק נצור). כתוצאה מהנקירה נורה כדור שפגע בפניו של נפגע העבירה, וגרם לו לפציעה שהוגדרה בינונית עד קשה. הנפגע אושפז במחלקה לטיפול נמרץ, הורדם ונותח מספר פעמים, נגרמו לו שברים רבים בפניו, הוא נדרש לטיפולים פיזיותרפיים ושיקום, וסבל מירידה בשמיעה ונזקים נוספים. עלה עוד מהחקירה כי בעברו של הנאשם היו אירועים קודמים, מינוריים אמנם, של שימוש בלתי חוקי בנשק.

בתיק חא/574/14 **התובע הצבאי נ' רב"ט משה סלומון** (2015) הושת עונש של 364 ימים על הנאשם, לאחר שהורשע בעקבות שמיעת ראיות (אך העונש, לאחר ההרשעה, הוטל במסגרת הסדר טיעון). באותו עניין הגיע נפגע העבירה לביתו של הנאשם, ופירק את נשקו שהיה מונח על הרצפה. הנפגע לא הצליח להרכיב את הנשק בחזרה, ולכן הנאשם נטל אותו והרכיב אותו מחדש, תוך שהכניס את ה"מק פורק" לבית הבליעה. בשלב זה החל הנאשם להדגים לנפגע מצבי ירי, כשהנפגע סמוך אליו. בין השאר הרים את הנשק והדגים מצב ירי בעמידה, דרך את הנשק שהיה טעון במחסנית, העביר את הנצרה למצב בודדת וירה. כתוצאה מכך נפלט כדור לעבר הנפגע שגרם לו לחבלה מעל ולשמאל עצם הפוביס ולחבלה בירכו.

לאחרונה ניתן פסק הדין בתיק מט/595/17 **התובע הצבאי נ' סמל אלמוג כהן** (2017). באותו עניין היה הנאשם מדריך לוחמה, אשר החל לערוך עם נפגע העבירה תרגילי קרב מגע, בתוך אולם ביחידתם, כחלק ממשחק. הנאשם שיער כי באקדח שהיה במקום הונח תותב, דרך את האקדח ולחץ על ההדק מבלי לבדוק האם יש באקדח מחסנית, אם נטען בכדור עקב הדריכה או אם ישנו תותב בקנה. מהאקדח נורה קליע, שפצע את נפגע העבירה בברכו. הפציעה הובילה לצורך בניתוח, בגיבוס ובשימוש בקביים במשך שלושה חודשים. הנאשם נעצר באופן מיידי בעקבות האירוע, והושת עליו, במסגרת הסדר טיעון, עונש של חמישה חודשי מאסר בפועל והורדה לדרגת רב"ט.

תיק נוסף שנדון בחודשים האחרונים, ואוזכר גם במסגרת הכרעת דינו הוא מר/83/17 **התובע הצבאי נ' רב"ט טרס קירילישין** (2017). נזכיר כי באותו עניין, מדובר במי שנטל אקדח של חברו, שלא עבר עליו הכשרה והוא נעדר את הידע לגביו ואינו מכיר את מנגנון הפעולה שלו, והכל מתוך התלהבות ועניין. הנאשם טיפל באקדח בעת שהותו בחדר מגורים בסמוך לחיילים אחרים, ונקר, מבלי לבדוק את הימצאה של מחסנית, לכיוון דלת של חדר מגורים, תוך שהיה מודע לכך שיש חיילים המצויים מעבר לדלת. כתוצאה מכך גרם לפציעה של חייל אחר, אשר אושפז ונזקק לתקופת שיקום ארוכה. על הנאשם באותו מקרה הוטל עונש של שמונה חודשי מאסר בפועל. כן הורד לדרגת טוראי.

מדיניות ענישה שונה ומקלה יותר ננקטה בע"פ 5982/08 **יותם כהן נ' מדינת ישראל** (2009) שם נדון עניינו של שוטר ששתה ביחד עם חברו משקאות אלכוהוליים, וביקש להתפאר באקדחו בפני החבר ובת זוגו. בשלב מסוים החל לשחק באקדח, בכך שהוציא והכניס את המחסנית מהאקדח, דרך אותו ושלף אותו לכיוון ראשו של המתלונן, תוך שאמר לו: "תראה איך כדור של 9 מ"מ נכנס לך לראש". כשהגיעו השלושה לביתו, בטרם יצא מן הרכב, כשהוא מחזיק את האקדח בידו, ירה הנאשם ירייה לכיוון רגליו של המתלונן, אשר נפצע בשוק ימין, אושפז ועבר מספר ניתוחים וטיפול משקם. לאחר אירוע זה קרע הנאשם את מכנסיו במטרה לטעון כי הירייה בוצעה כשהאקדח היה תפוס במכנסיו ועקב כך. הנאשם הודה במסגרת הסדר טיעון, שנקשר בין הצדדים, במהלך שמיעת ראיות. במסגרת הסדר הטיעון התחייבה התביעה לטעון לעונש מאסר של שישה חודשים בעבודות שירות; אולם בית המשפט לא קיבל את ההסדר וגזר עליו עונש מאסר של שישה חודשים בכליאה ממשית. במסגרת ערעורו של הנאשם לבית המשפט העליון נחלקו דעות השופטים. דעת המיעוט סברה כי יש להותיר על כנה את הענישה שהוטלה בבית המשפט קמא. דעת הרוב החליטה לקבל את הסדר הטיעון ולגזור על הנאשם עונש מאסר בדרך של עבודות שירות.

131. בעת בחינת נסיבות ביצוע העבירה נציין, לצד החומרא, כי הנאשם הוא קצין, אשר מוחזק כמי שמכיר את הוראות הבטיחות. הנאשם השתמש באקדחו, במצב של עייפות,

לאחר שלא ישן רבות ביומיים שקדמו לכך, עקב השתתפותו בתרגיל. השימוש באקדח נבע מרצונו להדגים לחברו את אופן השימוש בו, ולא היה מחוייב מבחינה מבצעית. הנאשם הכניס את המחסנית לאקדח בהיסח הדעת ולא וידא טרם פריקתו כי המחסנית אינה בפנים. עם זאת, מצאנו כי יש לתת משקל משמעותי גם למספר נסיבות מקלות, אשר כפי שקבענו בהכרעת דינו, מבחינות את עניינו של הנאשם ממקרים חמורים יותר שנדונו בפסיקה שפורטה לעיל. לעניין זה מצאנו להתחשב בכך שבניגוד לאותם מקרים, הירי נגרם כתוצאה מרצונו של הנאשם לפרוק את הנשק ולא ממשחק אסור. אמנם ראוי היה כי הנאשם לא ישתמש כלל באקדח בתוך החדר הסגור, אולם כל מהלך האירוע מלמד על כך שהנאשם נקט אמצעי זהירות הכרוכים בפירוק האקדח, בטרם הציג אותו לחברו; ולבסוף נגרם הירי כאשר ביקש לפרוק את נשקו טרם החזרתו למקומו. יתר על כן, נסיבה חשובה ומשמעותית ביותר עניינה בכך שהנאשם ניסה לנטרל את הסיכון, בכך שכיוון את האקדח אל הרצפה בזווית של 45 מעלות, כפי שאכן נדרש לעשות בעת הפריקה - וזאת בניגוד למקרים האחרים שתוארו לעיל, שבהם כוון הנשק ישירות אל הנפגע או למקום שבו היה ידוע כי יש אנשים נוספים. נזכיר עוד כי ככל הנראה נע סג"ס ל', בעת הירי ממש, דבר שהנאשם לא היה מודע לו בעת הלחיצה על ההדק.

132. התביעה טענה, כי עניינו של הנאשם חמור יותר מהמקרים שנדונו בפסיקה שאוזכרה לעיל, נוכח מידת הפגיעה בסג"ס ל', שהיא קשה וחמורה יותר מאשר זו שנגרמה לנפגעי העבירה באותם מקרים. על כך נאמר, כי אמנם איננו מתעלמים מהתוצאה הקשה והמצערת שנגרמה לסג"ס ל'. סוגיית התוצאה, על אף שהיא מקרית ולא מתוכננת, משפיעה במקרים רבים על רמות הענישה (כך למשל, אין ספק, כי הדיון היה שונה לחלוטין לו, חס וחלילה, היה גורם הנאשם במעשיו למותו של נפגע העבירה - או להיפך, לו לא הייתה הירייה פוגעת בו כלל). עם זאת, בשים לב למקריות הכרוכה בתוצאה; ולכך שתיקון 113 לחוק העונשין מבקש להדגיש את קביעת הענישה ההולמת את מידת אשמו של הנאשם ונסיבות ביצוע העבירה האינדוידואליות, הרי שיש לבחון בעיקר את אופן התנהלותו של הנאשם באירוע, לעומת מקרים אחרים וחמורים יותר של משחקים אסורים בנשק.

133. הנסיבות המקלות הכרוכות בביצוע העבירה, שהן משמעותיות (שכן הן מלמדות על רצונו של הנאשם להפחית את הסיכון, גם אם בסופו של דבר נכשל באי בדיקת המחסנית), מובילות אותנו למסקנה, כי על אף הצורך בקביעת מדיניות ענישה מחמירה בעבירות מעין אלה, הרי שבמקרה זה יש מקום לקבוע מתחם ענישה מרוכך יותר, המתקרב לרמת הענישה שנקבעה בעניין אלמוג כהן ויותם כהן (שהם מקרים חמורים יותר מבחינת עובדותיהם מזה שבענייננו). מצאנו איפוא לקבוע מתחם ענישה הנע בין

חמישה לבין עשרה חודשי מאסר בפועל, הכולל גם אפשרות לריצוי עונש המאסר בפועל בדרך של עבודה צבאית.

134. לבסוף נציין, כי את ההקלה היחסית בנוגע לריצוי עונש המאסר, מצאנו לאזן, בהסכמת ההגנה, גם בהוספת עונש נוסף בדמותו של קנס בסכום שאינו סמלי, כפי שיפורט בהמשך.

קביעת העונש הראוי בתוך מתחם הענישה

135. לאחר קביעת מתחם הענישה, נבחנות הנסיבות שאינן קשורות לעבירה (ר' סעיף 40א' לחוק העונשין), וביניהן: פגיעת העונש בנאשם ובמשפחתו, הנזקים שנגרמו לנאשם מביצוע העבירה והרשתתו, נטילת אחריות, שיתוף פעולה עם רשויות החוק, נסיון הנאשם לכפר על מעשיו ולתקן את הנזק שנגרם עקב העבירה, עברו הפלילי של הנאשם או העדרו, התנהגות חיובית של הנאשם ותרומה לחברה, התנהגות רשויות אכיפת החוק וכן חלוף הזמן מעת ביצוע העבירה בהתחשב בכלל הנסיבות יש לגזור על הנאשם עונש המצוי בתוך מתחם הענישה שנקבע – וזאת אלא אם יש נסיבות המצדיקות לחרוג ממנו לחומרא, לצורך הגנה לשלום הציבור או לקולא, בשל סיכויי שיקום משמעותיים.

136. שעה שבחנו את הנסיבות המפורטות בסעיף 40א' לחוק העונשין, לא מצאנו כי יש לחרוג מהמתחם שנקבע. עם זאת, סברנו כי את עונשו של הנאשם יש להעמיד באופן יחסי ברף הנמוך של מתחם הענישה, כאשר ההתחשבות העיקרית בו תהא בעת קביעת **אופן** ריצוי של המאסר - בדרך של עבודה צבאית ולא בדרך של מאסר בכליאה ממשית.

137. לעניין זה התחשבנו במסלול חייו ושירותו הצבאי של הנאשם, עד לאירוע. מדובר במי שמגיע ממשפחה נורמטיבית, אשר שירת בצה"ל במשך כחמש שנים עד ששירותו הצבאי נקטע בשל האירוע המצער. הנאשם, שהוא נעדר עבר פלילי כאמור, שירת כלוחם ולאחר מכן כקצין מודיעין, השקיע בשירותו הצבאי את כל מאודו ועל תרומתו הרבה אין עוררין. למעשה, הנאשם גם ביקש להמשיך בשירות במסגרת כוחות הביטחון והאירוע הטרגי הוא זה שקטע את מסלול שירותו. יתר על כן, הנאשם בעל מוטיבציה רבה להמשיך ולתרום גם במסגרת שירות המילואים בעתיד.

138. לכך נוסיף, כי איננו מקבלים את טענת התביעה לפיה הנאשם לא נטל אחריות בגין האירוע. נכון הדבר כי הנאשם ניהל את משפטו, אולם מדובר בניהול שהוא בעיקרו משפטי (ביחס לסעיף העבירה). הנאשם שיתף פעולה באופן מלא, עם גורמי החקירה, וגם בפנינו הביע את צערו וחרטתו ונטל אחריות ביחס למעשים. זאת אף אם ביקש להפחית מאחריותו בנוגע לשאלה עובדתית אחת מסויימת הנוגעת לנושא הכנסת המחסנית. ניכר

גם מהתנהלותו כי הוא מבין שהאחריות לאירוע רובצת על כתפיו; וכן ניכר הקושי שלו להתמודד עם כך. לעניין זה נציין גם את מאמציו לסייע לנפגע העבירה, שאמנם לא זכו (באופן שבהחלט ניתן להבינו, בנסיבות העניין) לשיתוף פעולה מצידו.

139. מכאן גם התרשמותנו, בנוגע לפגיעה הרבה שנגרמה לנאשם ולמשפחתו עקב האירוע. מובן כי אין בכך כדי להפחית מהצער והכאב שנגרמו לנפגע העבירה ולמשפחתו; מדובר בפגיעה קשה וכואבת, אך לא ניתן להתעלם, מנגד, גם מהפגיעה הנפשית שנגרמה לנאשם, המשליכה עד היום על התנהלותו. הנאשם לא חפץ כמובן בתוצאה הקשה, והוא מתקשה להתמודד עם הידיעה כי הוא אחראי לאירוע כה טרגי ולפגיעה קשה בחברו. עולה מהמסמכים שהוצגו בפנינו, כי עד היום מתקשה הנאשם להשתלב במסלול חיים תקין, וכי ניסיונות שלו לעשות כן, לא צלחו. אנו סבורים איפוא, כי הנאשם חווה פגיעה שאינה פשוטה; אין ספק כי כל עונש שיוטל עליו יוסיף לפגיעה זו, אולם בנסיבות העניין יש מקום למתן את מידת הפגיעה ואין מקום לאסרו מאחורי סורג ובריא.

140. עוד נציין, כי הנאשם הורשע בעבירה של גרימת חבלה בכוונה מחמירה, שהיא עבירה מסוג פשע, ולכך השלכות מבחינת הרישום הפלילי לצד העבירה, אשר ישפיע על עתידו של הנאשם. עמדנו בהכרעת הדין על כך שאכן מעשיו של הנאשם מקיימים את יסודות העבירה האמורה; אולם נזכיר כי מדובר בהרשעה בגין מחשבה פלילית ברף הנמוך שעניינה פזיזות מסוג קלות דעת, ועל אף האמור נובעת ממנה תוצאה רישומית חמורה. על אף שהרישום הפלילי אינו חלק מרכיבי הענישה באופן "רשמי" ולא נועד לשם הענשת העבריין, הרי שבפועל הכירה הפסיקה בכך שלעיתים תוצאות הלוואי של הרישום הפלילי חמורות יותר מבחינת הנאשם מאשר העונש שיוטל עליו (ר' ע/81/16 **רב"ט שובל דתנר נ' התצ"ר** (2017) בפסקה 77); ולטעמנו יש להתחשב בכך בעת בחינת השיקול שעניינו הנזקים שנגרמו לנאשם עקב הרשעתו.

141. שיקול נוסף ומשמעותי שעמד לנגד עינינו, עניינו בחלוק הזמן מאז האירועים. נכון הדבר כי חלק מחלוק הזמן רובץ לפתחו של הנאשם, עקב ניהול משפטו. עם זאת, כתב האישום הוגש בשיהוי, שלא ניתן לו הסבר, כעשרה חודשים לאחר האירוע. היום אנו מצויים כשנתיים לאחר ביצוע העבירה. מדובר בפרק זמן ניכר, שיש לו השלכות גם על סוגיית הענישה. בכך נבדל עניינו של הנאשם ממקרים שנדונו בפסיקה שאוזכרה לעיל, שם דובר במי שנעצרו בסמוך לאחר האירוע, ומשפטם נוהל בעת שהיו עצורים.

142. לבסוף מצאנו לתת משקל מסוים, גם אם מוגבל בהיקפו, לאווירה הכוללת ששררה ביחידתו של הנאשם. נזכיר לעניין זה, כי עמדנו בהכרעת הדין על כך שלא הייתה מודעות מספקת ביחידה לנהלים וההוראות המחייבות בנוגע להחזקת אקדח פרטי, ומפקדו של הנאשם אף ביקש ממנו להדגים לו את אשר אירע בחדר סגור. אמנם אין לכך

השלכה ישירה על התנהלות הנאשם באירוע - מדובר במי ששירת כקצין וכאמור מצופה ממנו להכיר ולנהוג לפי הנורמות המחייבות בתחום הבטיחות בנשק. מכאן גם כי לא מצאנו לתת לשיקול זה משקל משמעותי, אולם מצאנו שלא להתעלם ממנו כליל.

143. בשים לב לכלל הנסיבות האמורות, מצאנו, כאמור, כי על אף שראוי להטיל על הנאשם עונש מאסר בפועל, לתקופה משמעותית, הרי שיש מקום למתן את משכו ואת אופן ריצויו. מכאן שמצאנו להורות כי הנאשם ירצה שישה חודשי מאסר בדרך של עבודה צבאית.

סוגיית הדרגה

144. בפסיקת בתי הדין הצבאיים נדונה לא אחת המשמעות הגלומה בפגיעה בדרגה, כאשר מדובר במי שרכש את דרגות הקצונה תוך השקעת עבודה קשה ומאמץ. בע/144/06 **התצ"ר נ' סרון משה בוטביה** (2008) עמד בית הדין הצבאי לערעורים על משמעות הקצונה במילים נכוחות אלה:

"בידי הקצין מופקדת אחריות כבדה. מותר הקצין מן החייל במנהיגותו, באחריותו היתרה, בדוגמה האישית. חובותיו של הקצין הן במישור האופקי והאנכי גם יחד. הקצין חב חובת אמון לפקודיו, למפקדיו, ולמקביליו בשדרת הפיקוד. הוא חב חובת אמון לבני המשפחות של פקודיו ולעם ישראל כולו...מעמד הקצונה הוא מעמד מחייב. קל וחומר כאשר המדובר בקצין הנושא בתפקיד פיקודי מובהק...תמונת הראי לסמכותו של המפקד היא האחריות המוטלת עליו במישורים הרבים שאזכרו לעיל. סמכות הפיקוד שניתנה בידי הקצין מאת הצבא, ניתנה בידי לאמון ולמשמרת. על המפקד להוות סמל ומופת לפקודיו בהילוכו, בנורמות ההתנהגות שלו, במקצועיותו, בכל אשר יפנה ויעשה. מעילה באמון מצד המפקד משליכה על הזכות ועל היכולת להמשיך ולשאת את דרגתו".

145. לאור האמור, נדרשו הערכאות הצבאיות לא אחת לשאלת משמעותה של פגיעה בדרגה, כאשר מדובר בנאשמים הנושאים דרגת קצונה. פסק דין מנחה ומקיף בסוגיה זו ניתן בע/74/09 **תא"ל משה תמיר נ' התצ"ר** (2009). באותו עניין

עמד בית הדין הצבאי לערעורים על כך שהדרגות הם מסימני ההיכר המובהקים של מערכת צבאית, וכי דרגת הקצין מסמלת ומסמנת את מעמדו בהיררכיה הצבאית. ייחודה של הדרגה הצבאית הוא בהיותה בעלת מאפיינים חיצוניים מובהקים ומעמד המפקד ניכר לעיני כל. הדרגה מלמדת איפוא על הסטטוס והסטיגמה הנלווית לפגיעה בדרגה היא בעלת משמעות ייחודית ויש בה מימד של "קלון חיצוני" (ר' פסקה 11 לפסק הדין).

146. בהמשך לכך, עמד בית הדין הצבאי לערעורים בפרשת **תמיר** על כך שבפסיקה חלה עם השנים התפתחות ביחס לעונש ההורדה בדרגה. בעוד שבעבר הייתה הנחה כי כישלון פיקודי משמעותי מחייב את שלילת דרגת הקצונה, הרי שברבות השנים, עם התפתחות תורת המידתיות ולצידה תורת האיזונים במשפט, השתנתה ההשקפה ביחס לענישה זו, תוך יצירת מתאם בין מידת הכישלון הפיקודי וכלל הנסיבות לבין מידת ההורדה בדרגה. זאת תוך שהובהר כי יש לתת את הדעת למכלול רכיבי הענישה שהוטלו ולמשקלו של עונש ההורדה בדרגה במסגרת כלל העונשים המוטלים; אך תוך שהפסיקה הכירה בכך שיש מקרים שבהם מתחייבת פגיעה בדרגה אך אין מקום לשלילתה המלאה.

147. בעת בחינת מתחם הענישה הראוי שקלנו כאמור, כי הנאשם פגע במעשיו בערכים המחייבים כמפקד, בעת שהפר באופן משמעותי את הוראות הבטיחות המחייבות כל חייל, ובוודאי את מי שמשרת כקצין וכמפקד. מכאן שלא ניתן לקבל את עתירת ההגנה לקבוע כי אין כל מקום לפגיעה בדרגה בנסיבות העניין. עם זאת, בהתחשב בשיקולי הקולא הנוספים שנמנו לעיל, הנוגעים לאופן ביצוע העבירה, יש מקום גם לשקול פגיעה מידתית יותר בדרגה. לפיכך מצאנו לקבוע את מתחם הענישה ככזה הנע בין הורדה בדרגה אחת להורדה לדרגת סמל.

148. באשר לקביעת מידת העונש בתוך המתחם, מצאנו כי אין מקום לפגוע כליל בדרגת הקצונה של הנאשם; ועל אף שפגיעה בדרגתו מתחייבת כאמור, יש לנקוט באופן מידתי יותר ולהורות על הורדתו בדרגה אחת, דהיינו לדרגת סג"ם. לעניין זה התחשבנו בשיקולים הנוגעים לשירותו הטוב והמועיל של הנאשם כחייל וכקצין, וכן בשיקולים הנוספים שהנחו אותנו לעניין קביעת עונש המאסר, כמפורט לעיל, לרבות רצונו העז של הנאשם להמשיך ולתרום במסגרת שירות המילואים שלו בעתיד.

149. נציין עוד, כי כשלנו העיקרי של הנאשם הוא בכך שהפר את הוראות הבטיחות, ולכך יש אמנם משמעות נכבדה, אשר כאמור אינה מאפשרת את הותרתו בדרגה הנוכחית; אולם לא מדובר בכישלון מהסוג הערכי או המוסרי. אנו סבורים, כי ניתן להסיק במידה רבה על הענישה הראויה בעניינו של הנאשם מהענישה שננקטה בע/86/09 **התצ"ר נ' סגן יניב לידיני** (2009). הנאשם באותו עניין הורשע (ביחד עם חייל נוסף)

בעבירה של גרימת מוות ברשלנות בגין אחריותו למות חייל בתאונת דרכים. בית הדין הצבאי לערעורים עמד על כך שככלל ראוי לשקול הורדה בדרגה בעבירות מעין אלה, אולם בעת בחינת מידת הפגיעה בדרגה, ובפרט כאשר מדובר בקצין, השאלה האם מתחייבת שלילת דרגות קצונה, תלויה בנסיבות העניין. באותו עניין עמד בית הדין על כך שסגן לידיני יצר סיכון בלתי סביר לחיילים שעל שלומם היה מופקד, אך מנגד כי מדובר באירוע טראגי בעיצומה של עשייה במסגרת התפקיד, כשהוא נתון בלחץ רב בשל ריבוי משימות; וכן כי מדובר בקצין מצטיין, מוערך, ערכי ונורמטיבי שכישלונו בעבירה אינו מאפיין את אישיותו. על כן נקבע כי יש מקום להורדתו בדרגה אחת. נראה כי דברים אלה יפים גם לענייננו.

עונשים נוספים

150. מטעוני ההגנה עלה כי היא אינה מתנגדת לכל ענישה שיהא בה כדי לאזן הקלה עם הנאשם בעונשי המאסר וההורדה בדרגה. על כן בצד העונשים שנקבעו לעיל, מצאנו לאזן את ההקלה המסויימת שננקטה בעת קביעת עונש המאסר, גם בהוספת עונש של קנס בסכום משמעותי. לכך יש להוסיף גם כי ההגנה לא התנגדה לתשלום פיצוי למתלונן, כעתירת התביעה, בסכום המקסימלי (בהתאם להגבלות שנקבעו בסעיף 35(א) לחוק השיפוט הצבאי, בדבר תשלום סכום שלא יעלה על עשרה שיעורים של שכר יסוד של טוראי); וכך מצאנו לעשות. זאת לצד עונש מאסר מותנה, שאף הוא לא היה במחלוקת.

151. בטרם נסיים את גזר דיננו, נשוב ונציין, כפי שפורט גם בהכרעת הדין, כי אנו מצרים מאוד על אירוע זה, שהוא כה מיותר ובעל תוצאות קשות לכל המעורבים בו. אנו תקווה, כי סג"ם ל' יצליח להשתקם וכי מצב בריאותו ישתפר ברבות הימים, וכן כי גם הנאשם יצליח עם חלוף הזמן להותיר אירוע זה מאחוריו ולהשתלב בחיים תקינים; ובעיקר אנו תקווה כי אירועים כאלה לא יבואו עוד לפתחנו, וכי הצורך לשמור באופן קפדני ודקדקני על כלל הוראות הבטיחות בנשק, יופנם בקרב כלל העושים במלאכה.

152. סוף דבר, מצאנו להטיל על הנאשם את העונשים הבאים :

א. שישה (6) חודשי מאסר בפועל, בדרך של עבודה צבאית, בהתאם לתנאים שנמנו בחוות דעתה של רמ"ד שיקום במקמז"ר. הנאשם יתייצב לריצוי עונשו ביום 10/4/2018 עד השעה 10:00.

ב. שישה (6) חודשי מאסר מותניים למשך שלוש שנים, לבל יעבור הנאשם את העבירה בה הורשע, וכן כל עבירה שיש בה יסוד של שימוש בלתי חוקי בנשק, או עבירה של חבלה או פציעה של אדם אחר.

ג. הורדה לדרגת סג"ם.

ד. קנס בסך שמונת אלפים (8,000) ש"ח אשר ישולם ב-10 תשלומים שווים, חודשיים ורצופים החל מיום 1/4/2018. באם לא ישלם הנאשם את אחד מהתשלומים במועדו, יעמוד הקנס כולו לפירעון מיידי. באם לא ישולם הקנס ייאסר הנאשם למשך 10 ימים.

עוד אנחנו מורים כי הנאשם יפצה את נפגע העבירה, סג"ם ע' ל', בסכום של 8,000 ש"ח, אשר ישולם ב-10 תשלומים, החל מיום 1/4/2018.

ניתן והודע היום, 25/3/2018, בנוכחות הנאשם והצדדים.

(-)
שופט

(-)
אב"ד

(-)
שופט

העתק נכון מן המקור
עו"ד ליבי יעקובי סגן
ע. משפטית לנשיא ביה"ד

תאריך הדפסה: 22/04/2018

חתימת המגיה
נערך על ידי ר.ס