



בבית הדין הצבאי המחוזי
במחוז שיפוט עורף
בפני:

סא"ל אחסאן חלבי – שופט

(ע"י ב"כ, סרן הדר חגאי)

בעניין: התובע הצבאי

נגד

(ע"י ב"כ, סרן פואד ארקאב ורס"ן יוסי דסקל)

ח/XXX סמל א' ג'

הכרעת דין

א. כתב האישום והתשובה לו

נגד הנאשם, סמל א' ג', הוגש כתב אישום בו יוחסה לו עבירה של התעללות, לפי סעיף 65 (א) + (ג) לחוק השיפוט הצבאי, תשט"ו – 1955 (להלן: "חוק השיפוט הצבאי"), וכן עבירה נגזרת, נוכח דרגתו, של התנהגות שאינה הולמת, לפי סעיף 130 לחוק השיפוט הצבאי.

על פי עובדות כתב האישום, בליל יום 8 באוקטובר 2015, עצר כוח מגדוד XXX את התושב הפלסטיני אחמד שאדי ג'מאל זעול (להלן: "העצור"), בביתו בכפר חוסאן. העצור הועבר למוצב בית"ר, והוחזק בחדר המועדון כשהוא אזוק בידיו ומכוסה עיניים. בשעות הבוקר של יום 9 באוקטובר 2015, נכנס הנאשם לחדר המועדון וזיהה שמוחזק שם עצור. לאחר מכן, פנה הנאשם לחדרו במוצב ויידע את הנוכחים בחדר באותו הזמן על אודות הימצאותו של עצור בחדר המועדון והציע להם להכותו. בעקבות כך, חברו סמל ד' מ' ורב"ט י' א' לנאשם ונכנסו לחדר המועדון על מנת להכות את אותו עצור. עם כניסתם לחדר המועדון קילל סמל ד' מ' את העצור בשפה הערבית, הכה אותו, בזמן שישב על הרצפה, בשתי "כאפות" בראשו ובעיטה בשוק רגלו. מיד לאחר מכן, היכו הנאשם ורב"ט י' א' את העצור בחלק האחורי של

ראשו באמצעות ידם הפתוחה. השלושה לא פסקו ממעשיהם על אף שסמל ניק ז'וקוב, אשר שמר על העצור באותו הזמן, ביקש מהם להפסיק. על פי האישום, את המעשים ביצע הנאשם שלא כדין ובנסיבות מחמירות לרבות ביצוע המעשים בצוותא עם אחרים, ממניעים גזעניים ובהיות העצור קטין, אזוק בידיו ומכוסה עיניים.

בתשובה שמסרה ההגנה לאישום צוין כי "הנאשם מודה, כי ביום 9 באוקטובר 2015, בהיותו חייל בצה"ל, בחדר המועדון במוצב "XXX", הכה את העצור אחמד שאדי גמאל זעול, בחלק האחורי של ראשו, מכה קלה בודדת, באמצעות כף ידו הפתוחה". ההגנה ציינה כי הנאשם כופר ביתר עובדות כתב האישום.

ההגנה טענה כי הנאשם מודה בעבירה של התנהגות שאינה הולמת, לפי סעיף 130 לחוק השיפוט הצבאי, ככל שהדבר נוגע לביצוע המעשים בהם הודה לעיל, והוסיפה וטענה כי הוא כופר בביצוע יתר העבירות המיוחסות לו בכתב האישום. ההגנה טענה גם כי "הנאשם יטען, בין היתר, כי ייחוס סעיפי העבירה המנויים בפרט האישום הראשון עומדת בסתירה מהותית לעקרונות של צדק והגינות משפטית, כאמור בסעיף 351(ב)(6) לחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955. זאת, לעניין עצם בחירת סעיפי האישום, ולעניין אכיפה בררנית".

ב. יריעת המחלוקת

נוכח גדר הכפירה של הנאשם, אך גם בהינתן קו ההגנה שננקט הלכה למעשה, ובשים לב לסיכומי ההגנה, ניתן לקבוע כי יריעת המחלוקת בין הצדדים מתייחסת לשאלת היוזמה והתכנון שקדמו למעשה; פרטי האירוע ובעיקר שאלת החבירה; וכן שאלת המניע לביצוע המעשה.

מלבד המחלוקת העובדתית, הצדדים היו חלוקים לגבי שאלת קיום יסודות העבירה, ובפרט שאלת המשמורת; שאלת קיום הנסיבות המחמירות במקרה דנן, ובפרט קיומו של מניע גזעני וביצוע המעשה בצוותא; ושאלת משקלם של טעמים מן הצדק בייחוס האשמה.

ג. הפרק העובדתי

לשם הוכחת האמור בכתב האישום, הציגה התביעה מטעמה את עדויותיהם של השוטרים הצבאיים- רב"ט ירין שטרית, שגבה את אמרת הנאשם אשר הוגשה לתיק בית הדין, וסג"ם קים נטף, המשמשת כקצינת החקירות, וכן עדויותיהם של חיילים

מיחידת הנאשם- סמל ניק ז'וקוב, אשר היה עד לאירוע, סמל אברהם שחר ברן, רב"ט י' א' וסמ"ר יובל גבאי.

במסגרת פרשת ההגנה העיד הנאשם, חברו ליחידה סמל ד' מ', שהופיע ברשימת עדי התביעה אולם האחרונה ויתרה על שמיעת עדותו מטעמה, סמל מיכאל בורק וסמ"ר תומר דה פז.

1.ג. אמרת הנאשם בחקירה

עיון חטוף באמרת החוץ שנגבתה מן הנאשם במהלך החקירה במשטרה הצבאית החוקרת (להלן: "מצ"ח"), מלמד כי היא מקפלת בתוכה, לכאורה, הודיה ברוב המוחלט של העובדות והנסיבות המנויות בכתב האישום שהוגש נגד הנאשם. במצב דברים זה, ושעה שקיימת מחלוקת באשר לחלקים מן האמרה הזו, סברנו כי יהיה זה נכון לייחד את הדיון הראשון בהודאת הנאשם בחקירה, מעמדה ומשקלה, ולהתייחס, לאחר מכן, גם לעדותו בפני בית הדין. ייאמר מיד, כי הטענה העיקרית של הנאשם באשר לאמרה, שהיא נגבתה, וגם תועדה, בשפה העברית ולא בשפת אמו, השפה הצרפתית.

סעיף 12(א) לפקודת הראיות [נוסח חדש], תשל"א – 1971 (להלן: "פקודת הראיות"), קובע לגבי הודאה שמסר נאשם מחוץ לכותלי בית המשפט, את הדברים הבאים:

"עדות על הודיית הנאשם כי עבר עבירה, תהא קבילה רק אם הביא התובע עדות בדבר הנסיבות שבהן ניתנה ההודיה ובית המשפט ראה שההודיה היתה חופשית ומרצון" (ההדגשה הוספה).

בדומה לו, קובע סעיף 477 לחוק השיפוט הצבאי כי:

"לא יקבל בית דין צבאי הודאת נאשם כראיה, אלא אם שוכנע כי ניתנה על ידי הנאשם מרצונו הטוב" (הדגשה הוספה).

ההסדר הקבוע בסעיף 12 לפקודת הראיות, דומה להסדר הקבוע בסעיף 477 לחוק השיפוט הצבאי, וכך קבע בית המשפט העליון בעניין זה בפרשת יששכרוב:

"אין חולק בין הצדדים לפנינו כי מבחן "הרצון הטוב" הקבוע בסעיף 477 לחוק השיפוט הצבאי, דומה במהותו למבחן "חופשיות הרצון" הקבוע בסעיף 12 לפקודת הראיות. לפיכך, אף שדיוננו להלן ייסוב על פרשנותה של הוראת-סעיף 12 לפקודת הראיות, הרי מסקנותינו הפרשניות יהיו תקפות גם בנוגע לסעיף 477 לחוק השיפוט הצבאי". (ע"פ 5121/98 טור' (במיל'))

יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי ואח' [פורסם בנבן] (4.05.2006) (להלן: "הלכת יששכרוב") וראו גם את ע/96/05 טור' **והייב נ' התובע הצבאי הראשי [פורסם בנבן]** (10.08.2006); ע/98/06 **רב"ט נבון נ' התובע הצבאי הראשי [פורסם בנבן]** (20.02.2007).

הוראת החוק קובעת, אפוא, שהודאת נאשם שנמסרה מחוץ לכותלי בית המשפט תתקבל כראיה לחובתו, אם היא ניתנה בצורה חופשית ומרצון, ובמידה ולא – הרי שאינה יכולה לשמש כראיה.

לצד כלל זה, נקבע בפסיקה המנחה כלל נוסף. בהלכת יששכרוב, אימץ בית המשפט העליון דוקטרינת פסילה יחסית של ראיות, לרבות הודאות בחקירה, שהושגו שלא כדין. על פי הדוקטרינה האמורה, "לבית-המשפט מסור שיקול-דעת לפסול קבילותה של ראיה בפלילים, אם הוא נוכח לדעת כי הראיה הושגה שלא כדין וכי קבלתה במשפט תיצור פגיעה מהותית בזכותו של הנאשם להליך פלילי הוגן החורגת מגדריה של פיסקת ההגבלה".

בית המשפט העליון קבע כי ראיה שאינה כדין היא "ראיה שהושגה באמצעי חקירה בלתי חוקיים, קרי - מנוגדים להוראה הקבועה בחוק, בתקנה או בנוהל מחייב; באמצעים בלתי הוגנים; או באמצעים הפוגעים שלא כדין בזכות-יסוד מוגנת", כאשר הבחינה צריכה להיעשות לגופו של כל מקרה.

נוסחת האיזון העקרונית שנקבעה על ידי בית המשפט העליון לעניין פסילת ראיה שהושגה שלא כדין היא, כי הראיה תיפסל "רק אם נוכח בית-המשפט לדעת כי קבלתה במשפט תוביל לפגיעה משמעותית, שלא לתכלית ראויה ובמידה שעולה על הנדרש בזכות להליך פלילי הוגן". בית המשפט העליון הצביע על שלוש קבוצות עיקריות של אמות-מידה להפעלת שיקול הדעת השיפוטי, במסגרת הדוקטרינה

האמורה: אופייה וחומרתה של אי החוקיות שהייתה כרוכה בהשגת הראיה; מידת ההשפעה של אמצעי החקירה הפסול על הראיה שהושגה; וההשפעה שתהא לפסילת הראיה על מלאכת עשיית הצדק במובנה הרחב, או הנזק מול התועלת החברתיים הכרוכים בפסילת הראיה, בשים לב בעיקר לחשיבות הראיה להוכחת האשמה ולמהות העבירה המיוחסת לנאשם ולחומרתה.

על הליך גביית אמרתו של חשוד חולשים כללים שונים, בחקיקה הראשית ובחקיקת המשנה. הסדרים ספציפיים קבועים, בהקשר הזה, גם בחוק השיפוט הצבאי. הכללים המצוינים בסעיפים אלו מתייחסים, בין היתר, לכללים הרלוונטיים להליך גביית אמרתו של נחקר על ידי "קצין בודק" (לרבות "שוטר צבאי שהפרקליט הצבאי הראשי הסמיכו בכתב, דרך כלל או למקרה מסויים, לערוך בדיקה"). בנידון דידן, קובע סעיף 266 לחוק השיפוט הצבאי כהאי לישנא:

"לא יגבה קצין בודק עדותו של אדם שהוא סבור, כי יש מקום להאשים אותו בעבירה, ולא יקבל ממנו אמרה אלא לאחר שהזהירו, בשפה שהחשוד שומע ובמלים פשוטות, ולאחר שראה שהאזהרה הובנה על ידיו" (ההדגשה הוספה).

בכל הנוגע לשפת החקירה, מתייחסות הוראות חוק אלו לכללים הרלוונטיים, משנקבע בסעיף 271 לחוק השיפוט הצבאי, כי:

"חשוד המביע רצונו למסור אמרה, ויש בידו להעלותה על הכתב בעצמו, יכתוב אותה בעצמו – לאחר שהזהר כאמור – ובשפה שיבחר לו" (ההדגשה הוספה).

ובאשר לאמרה שנמסרת בעל-פה, קובע סעיף 272 לחוק השיפוט הצבאי כי:

"חשוד המוסר אמרה בעל פה, ירשום בפניו הקצין הבודק בנוכחותו את דבר האזהרה שהזהירו ואת אמרתו כלשונה, בשפה שנמסרה, יקרא את הדברים לפניו, יתן לו הזדמנות לתקנם ויחתימו עליהם; סירב מוסר האמרה לחתום, ירשום הקצין הבודק את דבר הסירוב; נמסרה האמרה בשפה שאין הקצין הבודק שומעה, תירשם כלשונה בידי מי שהקצין הבודק ימנה לשם כך" (ההדגשה הוספה).

סעיף 478 לחוק השיפוט הצבאי קובע, בהמשך לאמור בסעיף 477 שצוטט לעיל, כי:

"העובדה שאמרת נאשם שיש בה הודאה נתקבלה שלא בהתאם לכללים הנקובים בסעיפים 266 עד 272 אינה מונעת את בית הדין מקבוע כי ההודאה ניתנה מרצונו הטוב של הנאשם" (ההדגשה הוספה).

בדין הכללי גם נקבעה הסדרה באשר לסוגיית השפה בה ייחקר חשוד, בכך שבסעיף 2 לחוק סדר הדין הפלילי (חקירת חשודים), תשס"ב – 2002, נקבע כי:

"חקירת חשוד תתנהל בשפתו או בשפה שהחשוד מבין ודובר אותה, לרבות שפת הסימנים".

כן נקבע כי במידה והתיעוד של החקירה נעשה בכתב, הרי שהוא ייעשה בשפה שבה התנהלה החקירה. במסגרת אותו חוק נקבע, בסעיף 16 (ג) כי: "השר לביטחון פנים רשאי בצו, באישור השר הממונה בהתייעצות עם שר המשפטים, ובאישור ועדת החוקה חוק ומשפט של הכנסת, להחיל את הוראות חוק זה, כולן או מקצתן, ובשינויים המחויבים, על רשות אחרת המוסמכת לחקור על פי די; ואולם לגבי חקירת חשודים לפי חוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955, תהיה הסמכות האמורה נתונה לשר הביטחון, בהתייעצות עם שר המשפטים, ובאישור ועדת החוקה חוק ומשפט..." ברם הפסיקה מצאה לקבוע את תחולת ההסדר גם על חקירות שמתנהלות על ידי מצ"ח עוד טרם החלת הוראות החוק, משנקבע כי:

"אמנם, חוק חקירת חשודים טרם הוחל באורח ישיר על חקירות, שנערכות במסגרת צה"ל, אך ברור ומובן הוא, כי על רשויות הצבא לפעול לאורו: חוק זה אינו אלא מתן ביטוי חרות לנגזרות של זכויותיהם החוקתיות של חשודים ונאשמים. כידוע, המדים אינם חוצצים בין החייל לבין זכויותיו החוקתיות." (ע/124/10 סמ"ר מ' א' נ' התובע הצבאי הראשי [פורסם בנבו] (13.07.2011)).

בכל מקרה, החוק הוחל, למעט סעיפים בודדים, על חקירות שמתנהלות על ידי המשטרה הצבאית החוקרת בצו סדר הדין הפלילי (חקירת חשודים) (חקירת

חשודים לפי חוק השיפוט הצבאי), תשע"ד – 2014, שנכנס לתוקפו ביום 17 במרץ 2015.

מדובר, אפוא, במתן ביטוי קונקרטי על ידי המחוקק לחשיבות הרבה שבקיום חקירה בשפת הנחקר, או בשפה שהוא מבין ודובר, וכן בתיעוד החקירה בשפה בה היא התנהלה, כאשר עוד קודם לכן נקבעו כללים בהלכה הפסוקה שלפיהם:

"מובן שבמקרה המתאים, כאשר הודעה שנגבתה כאמור מעוררת חשש בדבר מהימנותה עקב רישומה שלא בשפת המקור, לא נהסס לפוסלה, ומכל מקום, אפשר שלא ניתן לה כל משקל. יתרה מזו, אם תמשיך המשטרה להתעלם אף מפקודות הקבע ומהנחיותיה שלה בעניין זה, ייתכן שלא יהיה מנוס במקרה המתאים מלתת ביטוי לחומרת הפגם גם על דרך פסילת ההודעות. נוסף עוד, כי מוכנים אנו להניח כי על חוקרי המשטרה מוטלת התמודדות קשה עם חקירות שמעורבים בהן מתלוננים, עדים ונאשמים דוברי שפות שונות שהעברית אינה שגורה בפייהם. זה חלק ממצאות חיינו. מציאות זו אינה יכולה לפטור מהצורך למצוא פתרונות שיבטיחו הגנה על נאשמים וקיום הליך הוגן" (ע"פ 1746/00 **ברילב נ' מדינת ישראל**, פ"ד נה(5) 145, עמ' 148 וראו גם את ע"פ 3477/09 **מדינת ישראל נ' חדר** [פורסם בנבו] (4.02.2010) וע"פ 7974/07 **לין נ' מדינת ישראל** [פורסם בנבו] (3.11.2010),

בעניין אחר, וכשבפני בית המשפט העליון עמד ערעור על החלטת בית משפט לעניינים מנהליים שדן בעתירה לגבי שאלות שנכללו במבחן ההסמכה של לשכת עורכי הדין, נבחנה החלטת הוועדה המקצועית לקבוע את התשובה הנכונה לשאלה הנוגעת לסעיף 2 לחוק סדר הדין הפלילי, שצוטט לעיל, וכך נקבע:

"אשר לגוף הדברים. סעיף 2 לחוק סדר הדין הפלילי (חקירת חשודים), התשס"ב – 2002 קובע, כי "חקירת חשוד תתנהל בשפתו או בשפה שהחשוד מבין ודובר אותה, לרבות שפת הסימנים." הוראת החוק ותכליתו ברורים: נחקר ייחקר בשפה המובנת לו.

יתכן וניתן לקרוא לתוך הסעיף סדר עדיפויות, היינו – שבמידת האפשר יש להעדיף חקירה בשפתו של הנחקר (שפת אם), על פני חקירה בשפה אחרת אותה הוא דובר גם כן. ואולם אין ספק שאין מניעה לנהל חקירה בכל שפה בה שולט הנחקר, לרבות שפת הסימנים" (עע"מ 989/15 לשכת עורכי הדין נ' סובח [פורסם בנבו] (13.04.2015)).

ויוער. אין מדובר בפסק דין שמתייחס ישירות לחקירה שהתנהלה בפועל אלא רק לנכונות התשובה שנקבעה לשאלה בהקשר זה במבחן ההסמכה של לשכת עורכי הדין, אולם הגיונם של הדברים ברור.

בשים לב למכלול הדברים שלעיל, ניתן לסכם ולציין כי מעמדה של הודאת חוץ של נאשם נבחן, תחילה, על פי השאלה אם היא ניתנה בצורה חופשית ומרצון, ולאחר מכן, על פי השאלה אם היא הושגה שלא כדין, לפי אמות המידה שנקבעו בכלל הפסילה הפסיקתית. בנוסף, וכידוע, יש לבחון את המשקל שיש להעניק להודאת החוץ, בהתאם לתבחינים שונים.

למעשה, ההגנה לא עתרה לפסילת האמרה בהיותה בלתי קבילה, אלא ביקשה לטעון נגד משקלה, בעיקר לאור כך שהיא נגבתה בשפה העברית ולא בשפה הצרפתית שהיא שפת אמו של הנאשם. אף עניין שפת החקירה ותיעודה הוסדר בדין, במקורות שונים, תוך שנקבע כי חקירה תיעשה בשפתו של החשוד או בשפה שהוא מבין ודובר. הוראת החוק הרלוונטית, על פי הפשט, אינה קובעת כלל מוחלט לקיום החקירה אך ורק בשפת אמו של הנחקר, אלא קובעת כלל יחסי שתכליתו קיומה של חקירה בה החשוד מבין ומובן. אף הפרשנות שניתנה להוראת החוק מתייחסת לקיומו של חשש בדבר מהימנותה של אמרת החשוד עקב דרך גבייתה או תיעודה. ההיגיון התכליתי שבבסיס ההוראה שבחוק סדר הדין הפלילי (חקירת חשודים), תשס"ב – 2002, הוא שמתקיים גם בהוראות חוק השיפוט הצבאי, אשר מהן ניתן ללמוד לגבי הצורך בקיום חקירה בשפה המובנת לחשוד, נוכח השימוש במילים – "בשפה שהחשוד שומע" ולא דווקא בשפת אמו. מכל מקום, בחוק השיפוט הצבאי נקבע מפורשות, כפי שהדבר מתבקש, כי אי קיום הכללים הרלוונטיים לחקירת חשוד, אינו יכול למנוע, כהוא זה, מבית הדין לקבוע כי ההודאה ניתנה מרצונו של החשוד.

במקרה דנן, ובשים לב לכלל אמות המידה שצוינו לעיל, ולאחר בחינה פנימית של אמרת ההודיה ומשקלה, מצאנו לקבוע את הדברים הבאים.

האמרה שנגבתה מהנאשם, בה הוא מודה במיוחד לו, היא אמרה קבילה שמשקלה רב.

גורמי החקירה לא הפרו את הוראות החוק כשחקרו את הנאשם בשפה העברית ותיעדו את החקירה בשפה זו, שעה שהם עשו כן לאחר שהתרשמו מיכולתו להיחקר בשפה העברית, וכן לאחר שבדקו את רמת העברית שלו ברשומת הצבאית. הנאשם מבין את השפה העברית ויכול לבטא את עצמו בשפה זו במידה טובה, כפי שנלמד הדבר מעדות גורמי החקירה, ובמידה מסוימת גם מעדות חבריו, ומהתרשמותנו הבלתי אמצעית, בפרט בחלקים בהם דיבר הנאשם בשפה העברית במהלך עדותו, אך גם במהלך המשפט בכללותו. נדמה גם שהנאשם עצמו לא התכחש לכך בעדותו בפנינו.

האמרה שנגבתה מן הנאשם במצ"ח שיקפה את הדברים שאמר בשפה העברית לחוקר, ובכל מקרה, לא הוצבו לפתחנו הסברים לדברים שנכתבו בגוף אמרת ההודיה שמתבססים על פערים בהבנה ובדיבור בשפה העברית.

טעמינו למסקנות אלו יובאו להלן, תוך התייחסות לאמרה עצמה, לעדויות גורמי החקירה ובהמשך, גם לעדות הנאשם בפני בית הדין.

אמרת הנאשם, שסומנה ת/1, נגבתה ביום 2/11/2015 בשעה 13:55, כאשר בפתחה צוין בפניו שהוא חשוד ב"נסיבות הכאתו של המקומי אחמד זעול בתאריך 8 אוקטובר 2015 במוצב בית"ר". על פי האמרה, לנאשם הוצגו במעמד זה זכויותיו, והוא בחר שלא להיוועץ בסניגור, ולאחר מכן נערך עמו תשאול בעל פה שלא ארך זמן רב והסתיים בשעה 14:19. הנאשם נשאל אם הכה את העצור הפלסטיני והשיב:

"כן, הבאתי לו כאפה", ולאחר מכן תיאר את השתלשלות העניינים כדלקמן:

"ירדתי מסיור בסביבות 6:00 בבוקר במוצב בית"ר, הלכתי למועדון לראות מה קורה, כי ראיתי את סמל ניק ז'וקוב מבחוץ יושב שם, נכנסתי למועדון ושאלתי אותו מה הוא עושה פה ואז הסתובבתי לצד שמאל שלי וראיתי שיש שם עצור, אז שאלתי אותו "מה זה הג'וני", לשאלתך ג'וני זה כינוי לעצור, והוא אמר לי כן וראיתי שזה עצור, הלכתי חזרה לחדר להתארגן לשינה ואז דיברתי עם כל החדר

ואמרתי להם יש ג'וני, בואו נרביץ לו ואז ד' מ' וי' א' באו איתי למועדון, נכנסנו, מ' דיבר איתו בערבית אני לא יודע מה הוא אמר לו ואז הוא הביא לו כאפה ובעט לו ברגל וישר אחרי זה אני וי' הבאנו לו סטירה מאחורי הראש לשאלתך, אני לא דיברתי ואמרתי כלום במהלך האירוע וי' אני לא זוכר אם אמר משהו אבל ד' דיבר איתו בערבית לפני שהביא לו את הכאפה ובעט לו ברגל, אחרי שהבאנו לו את הכאפה ישר יצאנו משם".

נציין כבר כעת, כי עינינו הרואות שדברי הנאשם לגבי השתלשלות העניינים נאמרו ברצף, ושהעברית בה נעשה שימוש, מפיו של הנאשם, היא עברית פשוטה, והיא כוללת ביטויים שמקורם מהנאשם בלבד, כגון המילה "ג'וני" ככינוי לעצור.

הנאשם נשאל על ידי החוקר מדוע קרא לחבריו להרביץ לעצור והשיב: "כי הוא היה ערבי", הנאשם אישר כי מדובר בעצור ערבי ראשון שבו הוא נתקל. כמו כן, נשאל הנאשם מדוע שני חבריו האמורים התלוו אליו והוא השיב כי אינו יודע, וחזר ותיאר, במענה על שאלות, את השתלשלות העניינים. הנאשם אישר כי העצור לא היווה כל סיכון ושהוא היה אזוק בידיו ומכוסה עיניים. הנאשם שב ונשאל מדוע היכו את העצור והפעם ציין: "לא יודע, בלי סיבה".

הנאשם מסר כי לאחר שד' מ' דיבר בערבית עם העצור והכה אותו, הוא בעצמו הכה את העצור ואחריו עשה כן י' א'. הנאשם תיאר את המכות שנתן ד' מ' לעצור כך: "קודם הוא הביא לו סטירה עם יד ימין ללחי שמאל בעוצמה בינונית ומיד לאחר מכן אם אני לא טועה הביא לו את הבעיטה עם רגל ימין שלו לרגל שמאל של הפלסטינאי בעוצמה חלשה מאוד". לגבי המכה שנתן הנאשם עצמו, הוא אמר: "עם יד ימין לאחורי הראש שלו, סטירה בעוצמה חלשה", ולגבי המכה שנתן י' א' לעצור, אמר: "כמוני, עם יד ימין סטירה חלשה לאחורי הראש שלו". הנאשם מסר כי סמל ניק ז'וקוב כלל לא דיבר איתם במהלך האירוע.

מהחלק הזה עולה בבירור, כי הנאשם ידע לתאר את המכות שניתנו לעצור הפלסטיני וידע להבחין בתיאורו בין עוצמת המכות השונות, כאשר עשה אבחנה בין עוצמה בינונית, חלשה וחלשה מאוד. תיאור זה יכול ללמד על כך שהתיעוד משקף את המענה שסיפק הנאשם בחקירה.

הנאשם נשאל בפעם השלישית האם יש סיבה למעשים, והוא השיב כך: "כן, בן דוד שלי נהרג בצוק איתן וזה גרם לי לעצבים כשראיתי את העצור והבאתי לו את הסטירה הזאת, הייתי יכול לעשות יותר ורציתי גם אבל עצרתי את עצמי כי אני לא רוצה להיכנס לכלא". הנאשם אישר, לאחר מכן, שעשה מעשה שאינו חוקי, ושוב נשאל מדוע עשה כן והשיב: "בגלל הסיבות שאמרתי קודם". הנאשם כן מסר כי העצור לא הגיב ולא זו כתוצאה מהמכות.

הנאשם מסר, בתשובה לשאלות, כי לבש בגדים אזרחיים בעת האירוע ואילו חבריו היו לבושים ב"מדי אי מלאים עם גלח"ץ בנעליים", וששלושתם לא החזיקו כלי נשק איתם.

בהמשך האמרה, תיאר הנאשם את המקום בו ישב העצור הפלסטיני, על הרצפה, כשרגליו ישרות קדימה, וידיו אזוקות. הנאשם שב ואמר כי העצור לא דיבר כלל במהלך האירוע. הנאשם נשאל אם זו הפעם הראשונה בה הוא "משתמש באלימות כלפי מקומי" והוא השיב שזו הפעם הראשונה והאחרונה. הנאשם גם הביע הסכמה לפעולות חקירה שונות ועולה כי לכאורה חתם על טפסים שונים לשם כך.

ראוי לציין, כפי שניתן לראות, כי מהאמרה לא עולה הרושם שהנאשם נוטה לסבך עצמו יתר על המידה, אלא ההפך. הנאשם ידע לדחות עניינים שעלו בשאלות החוקר וידע להסביר את עצמו.

בשלב זה, הוצגו לנאשם חלקים מעדותו של סמל ניק ז'וקוב, עם הפניה לעמודים ושורות, ואליהם הוא התייחס בציינו כי דבריו של ז'וקוב הם נכונים, מלבד זה שהם לא קיללו אותו והוא, הכוונה לסמל ז'וקוב, לא דיבר איתם, וכן בציינו כי יתכן והתיאור של סמל ז'וקוב באשר לדרך בה היה העצור אזוק, נכון.

מכך, ניתן ללמוד שני עניינים חשובים. ראשית, זהו השלב בו הוצגה לנאשם עדותו של עד הראיה היחיד לאירוע, ולא לפני כן, ומכאן שזה רק מחזק את האותנטיות שבדברי הנאשם ונכונותם נוכח התאמתם, לרוב, עם דבריו של סמל ז'וקוב. שנית, שלנאשם הוצגו חלקים מעדות כתובה, עם הפניות ספציפיות, ומכך ניתן לראות שהוא הבין את האמור שם נוכח התייחסותו שלו. יוער, כי ההגנה לא ביקשה לברר עם החוקר במסגרת חקירתה הנגדית כיצד הוצגה אמרת העד לנאשם, והכיצד היא הובנה על ידו לשם מתן התייחסות, אולם מה שבטוח הוא שהנאשם הבין את האמור שם והתייחס לגופם של הדברים לעניין.

לקראת סיום האמרה, הוזהר הנאשם בשנית בשל היותו חשוד ב"נסיבות הכאתו של המקומי אחמד זעול בתאריך 8 אוקטובר 2015 במוצב בית"ר ממניעים גזעניים", והנאשם אישר זאת בחתימתו. הנאשם נשאל מדוע הכה את העצור הפלסטיני והשיב: "כי הוא היה ערבי וזה העלה לי את העצבים בגלל מה שקרה לבן דוד שלי בצוק איתן". הנאשם נשאל אם הוא מודע לכך שנקט באלימות מסיבות גזעניות והוא לא שלל זאת לחלוטין, אלא ציין: "לא רק, זה גם בגלל מה שקרה עם בן דוד שלי". אי לכך, נשאל הנאשם אם העצור הוא זה שהרג את בן דודו, ומשהשיב בשלילה נשאל לקשר בין השניים וענה: "כי בגלל שהוא ערבי וערבי הרג את בן דוד שלי אז זה העלה לי את העצבים". הנאשם אישר שמה שעשה זה "לא בסדר", והוסיף כי יכול היה "לעשות יותר" אך עצר את עצמו בזמן. הנאשם נשאל אם המעשה שעשה הוא חוקי והוא השיב: "לא, יש חוקים בצבא ואסור להרביץ לערבי סתם". הנאשם נשאל אם הוא היה עושה זאת שנית והשיב כי אינו יודע מה היה עושה, ולבסוף נשאל אם אחת הסיבות להכאת העצור היא סיבה גזענית, והוא השיב בחיוב.

מהחלק האחרון, ניתן להבין כי גורמי החקירה מצאו לנכון להזהיר את הנאשם מחדש בתקיפה ממניעים גזעניים לאור כך שקודם לכן ציין באחת מתשובותיו כי הכה את העצור בשל היותו ערבי. הנאשם אמנם לא סיפק תשובה אחידה לפני האזהרה המחודשת, אולם המענה שניתן לאחר האזהרה מחדש היה ברור, וזאת למספר שאלות חוזרות, דבר שרק מחזק את המסקנה בדבר ההבנה שלו. כמו כן, מדובר בהפניית אזהרה פרטנית ושאלות פרטניות בעניין זה, ומתשובות הנאשם ומהשיח שהתנהל, ניתן להתרשם מהבנתו את שנאמר.

עוד יוער, כי בשום שלב באמרה לא נאמר מפיו של הנאשם כי הוא מתקשה בהבנת השפה או כי הוא מבקש להיחקר בשפה אחרת, והדבר אף לא נטען בעדותו של הנאשם בפני בית הדין.

על כן, וכבר מקריאת האמרה, בעומדה לבדה, ניתן להתרשם כי היא תוצר של שיח ושיח שהתנהל בין הנאשם לבין החוקר, שמתוכנו ניתן לראות כי הנאשם הבין את שנאמר לו והתייחס אליו בתשובותיו השונות, ואלו תועדו בהתאם, והכל בשפה שהוא דובר ומבין.

מכאן, ולאחר בחינת האמרה בכללותה, נכון לעבור לעדויות שמסרו גובה האמרה וקצינת החקירות בבסיס מצ"ח. כבר כעת, יובהר, כי העדויות של גורמי החקירה הותירו אצלנו רושם חיובי ביותר, ולמעשה לא נמצאו סתירות מהותיות או אי דיוקים משמעותיים בדבריהם. ניכר היה כי החקירה עוד זכורה להם, במרביתה, וכי דבריהם משקפים את האמת.

רב"ט ירין שטרית מסר בעדותו שהוא משמש כחוקר מצ"ח מזה מספר חודשים, וכי הוא היה זה שחקר את הנאשם. העד מסר כי כבר בתחילת החקירה זיהה שיש לנאשם "מבטא צרפתי" ועל כן, ועוד טרם הסברת הזכויות, הוא ניגש לבדוק את סימול העברית שלו בתיק האישי ומצא כי הסימול הוא 7 "שזה סימול עברית טוב". העד מסר כי הסביר לנאשם את החשד וכן את זכויותיו כנחקר, והוא ווידא עם הנאשם את הבנתו.

העד תיאר את השלב שלאחר הסברת הזכויות כך: "לאחר מכן התחלתי תשאול בעל פה של 10-15 דק' שקודם כל וידאתי שהוא מבין את השפה העברית, דיברתי איתו, ראיתי שהוא עונה תשובות הגיוניות לשאלות שאני שואל, וראיתי שהוא מבין את כל מה שאני מדבר איתו, ואחר כך דיברתי איתו על העבירה. במהלך התשאול הוא מסר לי את כל הסיפור ישר" (עמוד 39 לפרוטוקול, שורות 19-22). העד מסר כי הנאשם שיתף פעולה בחקירה באופן מלא, וכי מהלך התשאול תועד על גבי זיכרון דברים. העד תיאר במה הודה הנאשם בפניו במהלך התשאול, וציין כי כל מה שמסר הנאשם בתשאול הוא מסר לאחר מכן על גבי האמרה. העד נשאל לגבי התרשמותו מרמת העברית של הנאשם והוא ענה: "התרשמתי שהוא מבין את כל מה שאני אומר לו, שרמת העברית שלו טובה. כמו שאמרתי מקודם, הוא עונה תשובות הגיוניות לשאלות שלי, נתקלתי בקושי במהלך התשאול עם מילה אחת בלבד שהוא מסר שהוא לא מבין" (עמוד 40 לפרוטוקול, שורות 16-18). העד אמר כי נעזר בתרגום ב google translate, אם כי אינו זוכר איזו מילה זו הייתה, אך מעבר לכך לא היו קשיים נוספים.

העד נשאל לגבי המניעים שמסר הנאשם במהלך התשאול לגבי העצור הפלסטיני והוא השיב כי הנאשם מסר שהסיבה היא "שהוא היה ערבי".

באשר לאמרה (ת/1), אישר העד כי זו האמרה שגבה מן הנאשם, ובמענה לשאלת התובע מסר כי הנאשם הוזהר פעם נוספת בעבירה של תקיפה ממניעים גזעניים

לאחר שבמהלך החקירה הוא מסר כי המניע שלו היה שהעצור הוא ערבי, והוא שב והסביר לו את זכויותיו מחדש.

גם בחקירה הנגדית נשאל העד לגבי עניין זה, בין יתר הדברים עליהם נשאל, והוא מסר כי ווידא שהנאשם אכן שולט בשפה העברית ומבין אותה, וכי הסיבה שבירר את סימול העברית שלו הייתה ששמע את המבטא של הנאשם בזמן העיכוב שלו. הנאשם נשאל מדוע לא שאל את הנאשם עצמו והשיב: "לא שאלתי כי לא ראיתי צורך בכך. הוא הבין טוב מאוד את כל מה שאני אומר. במקרים קודמים שהרגשתי שנחקר לא מבין מה שאני אומר, שאלתי אותו ואף הבאתי מתורגמן שיגבה איתי את האמרה בשפה של הנחקר".

ההגנה עימתה את העד בחקירה הנגדית עם כך שבמהלך החקירה נגבו אמרות מאחרים שבהן נמסרו פרטים שונים מאלו שנמסרו על ידי הנאשם, ובפרט בעניין הודאתו שלפיה הוא קרא לחבריו להכות את העצור בזמן שהיו בחדר, והעד התייחס לכך, ובין היתר ציין כי למיטב הבנתו, לא היו הכחשות ממש לדברי הנאשם באמרתו ומכל מקום, אלו היו לאחר שהוא גבה את האמרה ועל כן החלטות בעניין זה היו אמורות להתקבל על ידי מי שאחראי על החקירה.

העד שב ונשאל לגבי הבנת הנאשם למה שנאמר בחקירה והוא מסר: "לפי מה שזכור לי השיחה עם הנאשם הייתה מובנת, גם לי וגם לו. פרט למילה שתיארתי. לא זכור לי שהיו עוד מילים שהוא לא הבין. לפי מה שאתה מתאר אולי לחזור על דברים זה לא שהוא לא מבין את המילה אלא צריך להגיד לו שוב את המילה כדי שהוא יבין אותה אבל לא צריך להגיד לו אותה בשפה שלו, זה מה שזכור לי מהחקירה" (עמוד 48 לפרוטוקול, שורות 35-38). העד מסר כי אין חוקרים דוברי צרפתית אולם במחנה ישנם שוטרים שדוברים צרפתית, והוא נשאל מדוע לא ביקש לקרוא למתורגמן והשיב: "כי לא הרגשתי צורך במקרה הזה שצריך מתורגמן. אני הבנתי את כל מה שהוא אמר ולפי מה שראיתי גם הוא הבין אותי..." (עמוד 49 לפרוטוקול, שורות 7-8).

העד מסר כי העביר את האמרה לנאשם לאחר כתיבתה, והוא חתם עליה, והוא נשאל אם ווידא שהנאשם יודע לקרוא ואם הקריא לו בעצמו, והוא השיב כי אינו זוכר מה עשה במקרה זה. בהמשך, נשאל העד שוב מדוע לא הציג בפני הנאשם את האפשרות להיחקר בשפת אמו והוא אמר: "אני חושב שאם הוא לא היה מבין את

מה שאני אומר לו, הוא היה יכול לבקש ממני לבצע את החקירה באמצעות מתורגמן, שוב במקרים קודמים שבהם ראיתי שנחקר מתקשה בשפה תמיד אני משתמש במתורגמן, במקרה הזה לא ראיתי צורך" (עמוד 50, שורות 1-3). באשר לשאלה אם התייעץ בעניין זה עם אחרים מסר העד קודם לכן: "לא זוכר, יכול להיות עם הקצינה שלי אבל זה משהו שאני לא בטוח בו". העד עמד על כך גם כאשר נאמר לו על ידי ההגנה כי מדובר בזכות שאינה תלויה שיקול דעת והשיב כי למיטב ידיעתו הזכות היא לנחקר שלא מתמצא בשפה.

העד אישר שכתב בזכ"ד מהלך החקירה את הדברים הבאים: "הבנתי ממנו כי הינו חש שנאה רבה לערבים בעקבות כך שבן דודו נהרג בצוק איתן במהלך פעילות מבצעית...", וכשנשאל מדוע חזר ושאל את הנאשם לגבי מניע זה באמרה מספר פעמים הוא ציין כי בתשאל הוא שאל בכדי להבין את הסיבות, ולאחר מכן שאל בכדי להעלות זאת על הכתב באמרה, ובהמשך שאל לאחר שהוזהר הנאשם מחדש, ולבסוף נשאל לאור תשובה "מתחמקת" שסיפק הנאשם קודם לכן. ההגנה אמרה לעד כי ההסבר של הנאשם הוא הסבר אישי וכי "כל המניע הגזעני הוא משהו שגוף החקירה הכניס על מנת להעצים את המעשה", והעד השיב: "לראשונה מה שהוא מסר לי שהיה מניע זה שהוא הכה אותו בגלל שהוא ערבי, לפי מה שאני מבין כאן זה אומר שהוא הכה אותו מסיבות שהן כן גזעניות וגוף החקירה לא הכניס את המניע הזה לחקירה אלא הסביר לו את החשדות כנגדו לאחר שהוא מסר את המניע, הבהיר לו את החשדות נגדו יותר נכון" (עמוד 51 לפרוטוקול, שורות 13-18).

הנה כי כן, גובה אמרתו של הנאשם אומר בצורה סדורה כי ווידא את סימול העברית של הנאשם לאחר ששמע כי יש לו "מבטא צרפתי" וכי הלכה למעשה ראה כי הוא דובר את השפה העברית ומבין אותה ברמה טובה. העד אמר פעם אחר פעם, במענה לשאלות שונות, כי לא ראה צורך להסתייע במתורגמן משהתנהלות החקירה הייתה מובנת לו ולנאשם וכי האחרון לא העלה טענות בעניין זה. דברי העד נמצאו אמינים בעינינו, והם מתיישבים גם עם המסקנות העולות מקריאת האמרה גופה.

קצינת החקירות, סג"ם קים נטף, העידה בפנינו מטעם התביעה הצבאית. לקצינת החקירות הוצגו שאלות שונות בנוגע לתחילת החקירה, להתנהלות החקירה בכללותה, וכן בנוגע לפעולות חקירה שלטענת ההגנה לא בוצעו כאשר היה צריך לבצען, לרבות בנוגע לחשדות לביצוע עבירות דומות בעבר. בהקשר הרלוונטי לחקירת הנאשם עצמו, נשאלה הקצינה מדוע לא הוצגו לו אמרות של אחרים שבהן

פרטים שונים מאלו שהוא עצמו אמר וכן מדוע לא בוצעו עימותים, והיא השיבה כי להבנתה לא נאמרו דברים חד משמעיים ובכל מקרה סברו כי הראיות שנאספו מספקות. לגבי ההחלטה להזהיר את הנאשם מחדש, מסרה העדה כי הנושא עלה, אם כי אינה זוכרת "ספציפית לגבי כל אמרה".

באשר לסוגיית שפת החקירה, אישרה העדה כי החוקר רב"ט שטרית מסר לה שלנאשם "מבטא צרפתי", ועל כן הנחתה אותו לבדוק אם יש לו בעיה להיחקר בעברית, וכי הם בדקו את רמת העברית שלו "שהוא יכול להיחקר בעברית". העדה, בתשובה לשאלה, מסרה כי אינה זוכרת את נוסח ההנחיה אולם כן אמרה לחוקר לשאול את הנאשם לגבי חקירה בעברית. העדה שבה ואמרה כי למיטב הכרתה יש לשאול את הנחקר בתחילת החקירה "האם יש לו בעיה להיחקר בשפה העברית, האם הוא מדבר עברית, מבין עברית, לבדוק את רמת העברית שלו במחשב" (עמוד 81 לפרוטוקול, שורות 16-17). בתשובה לטענה כי החוקר לא אמר כי שאל את הנאשם כל שאלה בעניין זה, מסרה העדה: "אני זוכרת שעלה הנושא הזה בוודאות עם השפה, ושדיברתי על זה עם ירין, ובדקנו את זה ועדכנו את זה, שלא יצא מצב שהוא לא מבין. דיברתי עם החשוד. החשוד צחק עם חלק מהחוקרים בשפה העברית, הוא דיבר עם אמא שלו בעברית לידי. לא ראיתי סיבה כלשהי שהוא לא יכול להיחקר בשפה העברית" (עמוד 81, שורות 23-26). בנוגע לשאלה אם החוקר סטה מההנחיה שלה השיבה העדה: "אני זוכרת שירין עדכן אותי שהוא שאל, ואני ערכתי בדיקה במחשב וראיתי את רמת העברית שלו. יכול להיות שהפעיל שיקול דעת במהלך החקירה לעשות משהו אחר, לא שזכור לי שזה היה. בסופו של דבר חוקרי מצ"ח בחקירה צריכים לא לפעול לפי ההנחיות שלי כמו רובוטים. יש להם מקום להפעיל שיקול דעת" (עמוד 81, שורות 30-32).

מהאמור עולה, שגם קצינת החקירות הייתה מעודכנת בעניין שפת החקירה של הנאשם, וכי בדקה יחד עם החוקר את רמת העברית שלו. כמו כן עולה כי קצינת החקירות שמעה את הנאשם מדבר עברית עם חלק מהחוקרים וכן עם אמו, וזה רק מחזק את עניין הבנת הנאשם לשפה העברית.

באשר להנחיה שלכאורה ניתנה לחוקר לברר עם הנאשם אם הוא יכול להיחקר בשפה העברית, הרי שבסופו של דבר אמרה קצינת החקירות כי לא ראתה סיבה כלשהי שהנאשם לא ייחקר בשפה העברית ושכל מקרה לחוקר נתון שיקול דעת. מכל מקום, אין באי קיום ההנחיה של קצינת החקירות במלואה בכדי לשנות מההתרשמות שלנו מתוכן האמרה ומעדות החוקר, שלפיהם הנאשם הבין את

שנאמר לו ודבריו היו מובנים לחוקר, נוכח שליטתו בשפה העברית. כמו כן, דומה בעינינו כי פועלו של החוקר, שחקר את הנאשם בשפה העברית לאחר שהתרשם שהוא מבינה ברמה טובה, וכשלא עלתה בקשה אחרת מצד הנאשם, עונה על דרישות החוק ולא מהווה הפרה להן.

לצד כלל האמור, נציין גם כי חבריו של הנאשם לשירות שהעידו בפנינו לא מסרו בעדויותיהם כי הנאשם אינו שולט בשפה העברית.

לצד כלל האמור, הייתה לבית הדין גם התרשמות בלתי אמצעית מעדותו של הנאשם וכן מן המשפט בכללותו. הנאשם ידע למסור משפטים שלמים בעברית, בשפה נכונה ובהירה, ולעתים השיב על שאלות טרם תרגומן לצרפתית. כמו כן, העלה הנאשם טענות לגבי טיב התרגום במהלך אחד הדיונים.

על כן, ולאור כלל האמור, הגענו למסקנה כי האמרה שנגבתה מהנאשם, בה הוא מודה במיוחד לו, היא אמרה קבילה שמשקלה רב, לאחר שהתרשמנו כי גורמי החקירה לא הפרו את הוראות החוק כשחקרו את הנאשם בשפה העברית ותיעדו את החקירה בשפה זו, לאור כך שהנאשם מבין את השפה העברית ויכול לבטא את עצמו בשפה זו במידה טובה, כאשר החוק, בניגוד לטענת ההגנה, אינו קובע כלל נוקשה לחקירה בשפת האם דווקא, אלא מבקש לקיים חקירה בשפה שהנחקר מבין. על כן, האמרה שנגבתה מן הנאשם במצ"ח שיקפה את הדברים שאמר בשפה העברית לחוקר ולכן היא משקפת את הודאתו לאשורה.

על כל פנים, ואף אם ניתן לקבוע כי ראוי אולי היה לגבות את אמרתו של הנאשם בשפה הצרפתית, משזו שפת אמו, בה הוא שולט טוב יותר, לא סברנו כי המחדל מלעשות כן הביא לפגיעה במהימנות דבריו במסגרת האמרה, כפי שנלמד לעיל בבירור.

זאת ועוד, במהלך החקירה הנגדית, ואמנם רק בעניין אחד, ביקשה ההגנה לציין בפני החוקר כי החלק הקשור למניע הגזעני הוא דבר ש"הוכנס" על ידי גורמי החקירה, ולא על ידי הנאשם עצמו, והדברים נדחו מכל וכל על ידי החוקר. כמו כן, במהלך עדות הנאשם בפני בית הדין, בהתייחסו לאמרה שנגבתה ממנו והיכן שנדרש להסביר אמירות שונות, הועלו טענות לדברים שנאמרו ולא נרשמו וכן טענות, לדברים שלא נאמרו אך כן הופיעו על גבי האמרה. ראוי לציין, כבר בשלב זה, כי כלל

הנושאים הללו לא הוצגו לחוקר במהלך החקירה הנגדית, וברי כי מדובר בטענה שונה מן הטענה הכללית לגבי שפת החקירה. מכל מקום, וכפי שקבענו לעיל, אמרת ההודיה של הנאשם שיקפה את החקירה לאשורה, ללא גריעות או תוספות מצדו של החוקר, וודאי שלא בעניינים הקשורים לליבת ההודיה.

ג.2. העדים לאירוע

לאחר הדיון הנרחב באמרת ההודיה של הנאשם, ניגש לדון בעדים שמסרו עדויות באשר לאירוע המיוחס בכתב האישום, אשר קשור להכאת העצור הפלסטיני. בחלק זה, נתייחס לעדותו של סמל ניק ז'וקוב, וכן לעדויות סמל י' א', שהעיד מטעם המאשימה, וכן סמל ד' מ', שהעיד מטעם ההגנה בסופו של ההליך. מובן כי בהמשך, תובא התייחסות בהקשר זה ובכלל, לעדות הנאשם בפני בית הדין.

ג.2.א. סמל ניק ז'וקוב

עד הראיה היחד של האירוע, למעט השותפים למעשה, לכאורה, היה סמל ניק ז'וקוב.

סמל ניק ז'וקוב היה הראשון להעיד מטעם התביעה, ובעדותו הראשית הוא נתבקש לתאר את האירוע, ותיארו כך: "אז אני שמרתי על העצור, בסביבות השעה 7 וחצי נכנסו למכולה של המועדון הפלוגתית, ד' מ', א' ג', וי' א'. הם התחילו להתקרב לעצור בזמן שד"ר הוביל אותם ואני חושב, לא זוכר את הסדר, יודע שד"ר הוביל, הראשון שנכנס, שאלתי אותם למה נכנסו, לא זוכר תשובה. משם ד"ר התקרב אל העצור שישב על הרצפה מתחת לחלון במרכז של המכולה בערך, משם מ"ר, אפילו לפני שהגיע לעצור עצמו הוא קילל אותו, לא זוכר את המילים שבדיוק אמר, מילות גנאי, משם הוא בעט לו ברגל אני חושב שזה היה ימין, לא זוכר איזו רגל הייתה בדיוק, עוד אמר לו כמה מילים ואמר לו להוריד את הראש והביא לו ס"ט"ר על החלק האחורי של הראש. אמרתי לו למה עשה את זה או שלא זוכר בדיוק מה היה חילופי המילים ביני לביניהם אני רק זוכר שהיה משהו ששאלתי למה ואמרתי להם שיפסיקו. לאחר שמי נתן את המכה בראש, לא זוכר מי היה לפני מי אבל א' וי' הביא אחד אחרי השני הם נתנו לו גם כן מכה במאחורה של הראש..." (עמוד 2 לפרוטוקול, שורות 12-21).

העד מסר כי העצור נעצר על ידי מחלקה מספר 1 בפלוגה שלהם, וכי הוא נתבקש לשמור על העצור בבוקר מוקדם, כשהעצור הוחזק במועדון הפלוגה, כשהוא אזוק בידיו ומכוסה עיניים. העד אמר כי הנאשם ושני האחרים נכנסו "ביחד" לתוך המועדון, וכי בזמן שדי' מ' הכה את העצור הם עמדו מאחוריו במרחק של כמטר או שניים ממנו, וסמוך לאחר מכן הם היכו את העצור גם כן. העד תיאר את המכות שנתנו השלושה, כאשר אמר כי המכות של די' מ' היו "... לא נחמדים, לא הייתי רוצה לקבל מכה כזאת" ואילו המכות של הנאשם וי' א' היו "לא יותר מדי עוצמתיות אך מורגשות". העד ציין כי במהלך האירוע הוא עמד באזור הכניסה כחמישה מטרים מהעצור והנאשמים.

העד נשאל לגבי כך שדיבר עם הנאשם וחבריו, והוא השיב: "לא בדיוק דיברתי איתם לא היה דו שיח, שאלתי למה זה תורם לכם, כאילו תפסיקו, תשובה קונקרטית מהם לא קיבלתי". העד מסר כי לא התערב פיזית בנעשה מפני שחשש שיגיבו להתערבות שלו ופחד לעשות כן.

העד אמר כי לאחר המקרה לא ידע מה לעשות, אולם בערב סיפר לחברו ליחידה, שהוא חבר טוב שלו, שחר ברן, והם דנו מה לעשות, ושחר אמר לו שיפנה למפקדים ולמצ"ח.

בחקירה הנגדית מסר העד כי קיבל הוראה לשמור על העצור מאת מ"כ במחלקה מספר 1, וכי לא עבר תדרוך וכן לא נאמר לו מה החשד שבגיניו נעצר העצור הפלסטיני. העד נשאל גם על הנאשם, ועל מידת ההיכרות ביניהם, וכן נשאל אם לנאשם קשיים בהתבטאות בשפה העברית ועל כך השיב: "יש, לא משהו מוגזם" (עמוד 7 לפרוטוקול, שורה 2-3). בחקירה החוזרת אף הוסיף העד שהנאשם מדבר עם מפקדיו וחבריו בעברית.

לעד הוצגו שאלות רבות לגבי שיחות שקיים עם אחרים על עדותו ובפרט עם שחר ברן, ולאחר מכן נשאל לגבי עוצמת המכה של הנאשם ואמר: "לא יודע את העוצמה ביחידות או בנתונים אך יודע שהמכה לא הייתה ליטוף, העצור כן הרגיש אותה" וכי: "כן הזיז את הראש מהמכה, המכה לא הייתה נעימה" (עמוד 14, שורות 20-23). העד מסר כי העצור לא "הוציא מילה מהפה" בזמן האירוע, כשנשאל אם העצור צעק, בכה או נאנח מכאב.

העד נשאל לגבי כך שלא מנע את האירוע, וחזר על תשובותיו מקודם, וכן נשאל מדוע לא דיווח מיד לאחר מכן על מה שנעשה, והעד מסר, בין היתר, כי סבר שאם ידווח למפקד הפלוגה "הוא לא הולך לעשות כלום עם המידע", בשל היחס שלו, כך לגישתו, לאוכלוסיה הפלסטינית, וסבר כי יש לערב את המשטרה הצבאית, ובהמשך שוחח עם שחר שדיבר עם המפקדת שלהם. העד נשאל לגבי הבדלים, לכאורה, בין שתי האמרות שנגבו ממנו, וציין כי בראשונה הוא מסר "סיפור מקרה" ואילו בשנייה, בה נחקר לאחר אזהרה, הוא נשאל שאלות לעומק וענה בהתאם, העד התייחס גם בשנית לסוגיית הדיווח.

במענה לשאלות בית הדין מסר העד כי סבר שהעצור הוא בן 17 "ואפילו יותר" אם כי אחר כך נאמר לו שמדובר בבן 15 שנים.

התרשמנו כי העד, סמל ניק ז'וקוב, אומר אמת בעדותו. העד תיאר את אשר עיניו ראו, ובהחלט נמנע מלספק תיאורים מוגזמים ומוטים. אמנם בחלקים בהם נשאל על כך שלא עשה מעשה אקטיבי למנוע את תקיפת העצור, ניכר היה כי הוא מבקש לגונן על עצמו, אולם סברנו כי עניין זה לא גרם להטיה בתיאורו הכולל לאירוע. העד, שהיה עד הראיה היחיד, מלבד הנאשם ושני האחרים, תיאר את החלקים שקלט בעיניו, לרבות כאלו שהם "לטובת" הנאשמים, לכאורה. כך, ציין העד שהעצור לא צעק ולא הוציא מילה מהפה כשנשאל אם העצור נאנח מכאב, צעק או בכה, וכך גם בכל הקשור לתיאור עוצמת המכות שניתנו לעצור. בדומה לכך, לא התיימר העד לציין את הסדר שבו הותקף העצור על ידי הנאשם וי' א', משהדבר לא היה זכור לו. ההתרשמות מהדברים הינה גם התרשמות בלתי אמצעית מן העד במהלך העדות, לרבות בחקירתו הנגדית, והיא נתמכת בכך שדברי העד מאומתים, למעשה, ברובם, באמרת הנאשם בחקירה (ת/1). השוני בין דברי העד ובין אמרת הנאשם הוא בכך שהעד אמר שביקש מהנאשם והאחרים להפסיק את מעשיהם ואילו הנאשם לא אישר זאת באמרתו, ובנוסף, העד ציין כי ד' מ' קילל את העצור עם כניסתו, ואילו הנאשם אמר באמרתו שהלה אמר דברים כלשהם לעצור.

לטעמנו, ניתן לסמוך על עדותו של העד הזה בדבר השתלשלות העניינים לאור אמינותם ומהימנותם בעינינו, ולאור התרשמותנו שהם משקפים את האמת. ושוב, לא סברנו כי נמצאו פרכות או סתירות מהותיות בדברי העד באופן כזה שייפגמו במהימנות שלה.

יוער, כי לא נעלמה מעינינו העובדה שהנאשם דיבר עם העד שחר ברן, חברו הטוב, באשר לעדות, עובר למסירתה בבית הדין, ואף במהלך ההפסקה, אולם סברנו כי בהינתן ההתרשמות הכללית מדבריו, ובהינתן העובדה ששחר ברן אינו עד ראיה לאירוע, וכן בהינתן התאמת הדברים לאמרת הנאשם שלגביה קבענו שהיא בעלת משקל רב, אין בכך לעורר ספקות מהותיים בדבריו.

משכך, תהווה עדותו של עד זה מסד אמין לקביעת הממצאים העובדתיים לגבי מה שהתרחש במהלך האירוע.

ג.2. (ב). סמל י' א'

התביעה ביקשה להציג את עדותו של סמל י' א', אשר נגדו התנהל הליך נפרד בו הוא הואשם בעבירה דומה לזו שיוחסה לנאשם. משכך, הוסבר לעד המצב המשפטי הקשור לעדותו, ולאחר שהוא אמר כי הינו מבין, החלה חקירתו.

בתחילת העדות מסר העד, בהתייחסו לאירוע, כי נכנס למועדון עם ד' מ' לבד, והוא חזר על כך גם לאחר שרוענן זכרוננו דרך הצגת האמרה שנגבתה ממנו בחקירה. לאחר מכן, מסר העד כי יתכן שבאמרתו אמר שנכנס גם הנאשם אך הוא לא זוכר את הסדר שבו הם נכנסו למועדון. העד מסר כי העצור היה אזוק ומכוסה עיניים וכי במועדון נכח סמל ז'וקוב.

משנשאל העד לגבי מה שעשה באירוע, הוא ציין כי המענה לשאלה יכול להפלילו ומשכך, ניתנה החלטה בה מצאנו לחייב את העד למסור תשובה לשאלה, וכן לשאלות עתידיות שבכוון להפלילו, תוך שנקבע כי הדברים הללו לא ישמשו נגדו במשפטו שלו, וזאת בכדי לאפשר "עדות רציפה" וחקירה מיטבית של הצדדים.

לאחר מכן מסר העד בתשובה לשאלה הקודמת את הדברים הבאים: "הכאפה שלי הייתה חלשה מאוד, ידידותית לא היה בה רגש כלל, אותו מעשה לא נעשה מתוך כוונות גזעניות, לא כי הוא היה פלסטיני, לא כי הוא מחבל, מעשה שטותי לגמרי" (עמוד 66, שורות 13-14).

באשר לנאשם, מסר העד כי לא ראה אותו, מפני שכנראה נכנס לאחר שהוא יצא. התביעה ביקשה לרענן את זכרוננו של העד דרך הצגת אמרתו, והוא ציין כי אינו זוכר מה היה בחקירה, והוסיף כי בחקירה היה תחת לחץ. העד המשיך וציין כי: "עכשיו

שאני רואה את האמרה אני נזכר, שכן היה מעשה אבל לא מעשה כזה חמור, לא בעוצמה.. לשאלת האב"ד, מעשה של א', חלשה מאוד, לא נהננו מזה. לא התמלאנו גאווה, לא ששמחתי לעשות את זה." (עמוד 66, שורות 21-23).

העד אישר כי נכנס לחדר יחד עם הנאשם ועם ד' מ'. העד נשאל לגבי מעשיו של ד' מ' ובהתחלה הוא ציין כי לא ראה, ולאחר שהוצגה האמרה בפניו ושוב טען כי היה תחת לחץ. הוא ציין: "לא זוכר כל כך מה הוא עשה אבל אני חושב שהוא נתן סטירה, לא זוכר אם זה שתי סטירות, לא חושב שזה שתי סטירות, חלשות מאוד, לא בעוצמה גבוהה בכלל" (עמוד 66, שורות 36-37). העד העריך כי בין המכות של ד' מ' לבין המכות שלו ושל הנאשם עברה "שנייה. אין זמן מתמשך בכלל...". העד מסר כי גם בין המכה שלו למכה של הנאשם עברה "שנייה גם".

העד נשאל לגבי סמל ניק ז'וקוב ששמר על העצור וציין כי הוא ישב בכיסא והסתכל על מה שהם עושים, אך לאחר שהוצגה אמרתו לרענון זכרוננו הוא מסר: "... כפי האמרה שלי בחקירה אמרתי שהוא כן אמר לעזוב מילולית אך לא פעל פיזית. לא נמרחנו יותר מדי, לא היה עימות בינינו לבין ניק, אירוע שקרה שנייה בדיוק ויצאנו מהמועדון".

העד אמר כי העצור נראה לו כבן עשרים, אך אישר כי בחקירה אמר שהוא נראה לו כבן 16-17 שנים, אולם זו הייתה השערה בלבד. העד השיב כי לא נאמר לו בשום שלב מה גילו של העצור.

העד אישר כי שלח הודעה לחברה שלו בה נכתב "הבאנו ערבי קטן לפלוגה וקרענו אותו מכות", אך הוסיף ואמר: "... הודעה זו לא מוכיחה את המעשים, מה שנאמר בהודעה זה לא מה שהיה בכלל, הודעה זו נכתבה לחברתי סתם כך, סתם איך עבר השבוע ומה עשינו, לא היה לזה שום כוונה מוגזמת, סתם מטאפורה. זה שאמרתי ערבי קטן לא נאמר שוב מתוך גזענות אלא סתם כתיאור כלשהו וזהו" (עמוד 67, שורות 34-37). העד אמר כי כשכתב "קרענו" הוא התכוון לשני האנשים שהיו איתו, הנאשם וד' מ', וכי לא היה אדם נוסף. העד אישר הודעה אחרת ששלח שבה נכתב "הורדנו לו את הראש ורק כאפות ובעיטות", אך ציין כי זה לא מה שקרה באירוע, וכי סתם רצה להקצין את זה.

בסוף החקירה הראשית שב ונשאל העד עם מי ניגש למועדון והוא ענה תחילה כי הלך לבדו אך מיד אמר שהצטרף אליהם, אך לא ידע שיש עצור במועדון. כשנשאל מה כוונתו במילה "אליהם" הוא ציין כי הכוונה היא לנאשם ולד' מ' והוסיף את הדברים הבאים: "... לא הייתה כוונה של חבירה בכלל, לא תכנון התחלתי. מקרה של שנייה בלי כוונה נוספת" (עמוד 68, שורות 18-19). העד נשאל מדוע הלך למועדון אפוא וענה: "זה היה דקה לפני שיצאתי הביתה. במועדון הזה יש טלוויזיה, ספות, מקרר, גם בטלוויזיה יש יס, שוב לא היה תכנון וזהו" (עמוד 68, שורות 21-22).

בחקירה הנגדית אישר העד כי התכוון להתרברב כששלח את ההודעות וכי האמור בהן לא היה נכון וכן אישר שהסכים לעריכת עימות אולם לא נעשה כזה. לגבי הקשר עם הנאשם, מסר העד: "חבר טוב. איתי שנה ושמונה. מהיום הראשון של הטירונות עד הקו האחרון בגוש עציון, כל חדר ביחד, אותו חדר ביחד כביכול, משימות, סיורים, שמירות, הכל ביחד. שורה תחתונה אח שלי בעצם" (עמוד 69, שורות 2-4). לגבי רמת הבקיאיות בעברית של הנאשם אמר העד: "לא יותר מבינוני. א[[השפה של א[[בשפה עברית מאוד קשה, הוא יכול לדבר איתי ב[[בואי נלך, אני כן אבין אותו, קשה לו בעברית זהו", וכן "אני מבין את א[[והוא יכול לפעמים לא להבין אותי" (עמוד 69, שורות 7-10).

העד נשאל אם שמע את הנאשם אומר שיש עצור במועדון ואם שמע אותו מציע ללכת להכותו וענה: "לא שמעתי אותו אומר דבר כזה בכלל, לא זכור לי בכלל", ואחר כך חידד: "לא שמעתי". העד אישר כי הסיבה שהוא יצא מהחדר לא הייתה שהנאשם אמר לו לבוא, וגם שלא דיבר עם הנאשם על הכאת העצור.

בניגוד לדברים שאמר העד בחקירה הראשית, הוא ציין כי כשנכנס למועדון לא הבחין בנאשם וכי אחרי שהכה את העצור הוא יצא ולא עניין אותו מה הנאשם עושה עם העצור. העד חזר ואמר בתשובות לשאלות בית הדין כי הם פעלו כיחידים ולא כקבוצה, ושזה היה מקרי ששלושתם נכנסו למועדון בפערים של שניות. התביעה ביקשה להבהיר את עניין הכניסה למועדון בהמשך, לאחר שאלות בית הדין, והעד אמר שלא נכנסו כקבוצה, אם כי מבחינת פערי זמנים ביניהם זה היה "עניין של שנייה", אם כי "בלי תכנון מוקדם".

בדומה למה שמסר סמל ז'וקוב, אישר העד כי הנאשם "לא מנהיג משום בחינה כלשהי", אך בולט מבחינה חברתית, ומנסה להשתלב.

העד מסר, במענה לשאלת הסנגור, כי לא הייתה כל תוכנית להכות את העצור. במענה לשאלות בית הדין מסר העד שגם לא היה שיח כלשהו לגבי העצור, בלי קשר למכות, וגם לא שיח הקשור למצב במדינה.

העד נשאל על ידי בית הדין מדוע נכנס למועדון בבוקר מוקדם, והוא ענה: "דקה לפני שזה קרה עשינו תדריך יציאה הביתה, אני אישית הייתי שם וסתם נכנסתי למועדון, אמרתי הייתה שם טלוויזיה, מועדון כיפי להנאה". משנשאל העד לפרש מעשיו במועדון אם הוא בדרך הביתה הוא השיב: "סתם אין לי סיבה". ההגנה שאלה את העד בהמשך לשאלות בית הדין, והוא מסר כי לפעמים הוא עובר במועדון, וכי זה לא עניין שהוא חושב עליו.

באשר לעדותו של העד י' א', סברנו כי יש להתייחס אליה בחשדנות ובהירות, ולקבוע ממצאים על פיה, רק אם הם נתמכים בראיות אחרות, וזאת לאור מספר טעמים.

ראשית, גרסתו של העד בפנינו הייתה גרסה מתפתחת בנושאים שונים. העד מסר תחילה כי הנאשם לא היה במועדון, ולאחר מכן אישר את נוכחותו; העד מסר תחילה כי הנאשם לא הכה את העצור, אך לאחר מכן אישר שהוא עשה כן, אמנם במכה חלשה; הוא הדין לגבי ד' מ' שלגביו גם מסר בהתחלה שלא הכה, אך לאחר מכן אישר זאת; העד אמר תחילה כי סמל ז'וקוב רק הסתכל לעברם ולאחר מכן אישר כי הוא הביע התנגדות מילולית למעשים, אך לא פיזית.

שנית, מדובר בעד אשר תלוי ועומד נגדו הליך שיפוטי, בגין העבירה המיוחסת לנאשם בכתב האישום, וניכר היה בדבריו כי הוא מבקש לחזור על הכחשתו לתכנון מוקדם, חבירה יחדיו וקיומם של מניעים גזעניים. בפרטים אלו ניכר הקושי לסמוך על דברי העד בהיותם בלתי עקביים ובלתי מהימנים.

שלישית, מדובר בעד שמלבד העובדה שהוא מואשם כשותף לעבירה, אומנם באישום מקביל ולא באותו כתב האישום, הוא מעיד על עצמו כי הוא והנאשם חברים טובים, וניכר רצונו להגן עליו, בפרט בנקודות המשותפות שנטען כי הן במחלוקת אל מול האמור בכתב האישום.

רביעית, העדות של העד כללה סתירות, על אף שלא הייתה ארוכה במיוחד, בפרט באשר לתיאור הכניסה למועדון והשתלשלות העניינים שם. כאמור, בתחילת הדברים מסר העד כי נכנס רק עם ד' מ' למועדון, אך לאחר מכן אישר גם את כניסת הנאשם, תוך שתיאר כי שלושה הכו את העצור הפלסטיני בפערי זמן של שנייה. בהמשך, הוא טען כי הוא נכנס למקום וכלל לא ראה את הנאשם, ולאחר מכן עזב, כשזה לא מסתדר עם פער הזמנים שציין קודם לכן. הוא הדין גם לגבי כך שמסר כי הנאשם הכה את העצור, במכה חלשה, אך לאחר מכן אמר כי לא ראה מה הנאשם עשה וזה גם לא עניין אותו.

חמישית, העד לא סיפק הסבר משכנע לכניסתו למועדון בשעות הבוקר המוקדמות, כשהוא עתיד לצאת לביתו לאחר שעבר תדריך יציאה. תחילה מסר העד כי יש שם טלוויזיה אולם אישר בעצמו כי לא הייתה לו סיבה להיכנס למועדון בשעת בוקר, כשהוא בדרכו לביתו. כמו כן, ניכר היה כי העד מנסה להמעיט מהאמור בהודעות ששלח לחברה שלו ולציין כי האמור שם לא משקף את מה שנעשה, אם כי, וזאת יש לומר, בלי משים, ציין העד כי הדיבור ברבים התייחס אליו, לנאשם ולד' מ', בניגוד לטענתו באשר לתכנון ולחבירה יחדיו. העד גם עשה שימוש בצורת הרבים קודם לכן בעדותו כשאמר "לא נהננו מזה".

כל אלו, מובילים למסקנה שלפיה עדות העד היא מתחמקת, בלתי אמינה ובלתי מהימנה, ומכאן שלא ניתן להסתמך עליה לגיבוש ממצאים עובדתיים בנושאים בהם ניכר רצונו של העד להרחיק את עצמו ולהרחיק את הנאשם, בפרט נושא התכנון, החבירה והמניעים למעשה.

ניתן אף לומר, כי עדותו של העד דווקא חיזקה את העובדה שלפיה הייתה חבירה לביצוע העבירה, לאור היעדרו של הסבר להגעתו למועדון, וכן לאור תוכן ההודעות בהן נעשה שימוש ברבים ומענה העד לכך, אף אם הודעות אלו אינן בסיס עובדתי למה שאירע בפועל. העדות גם מחזקת, ולו במעט, את שאלת המניע שעה שהעד עושה שימוש במילים "ערבי קטן" בהודעה ששלח, וזאת אף אם נקבל את טענתו בעדות כי הדבר נעשה לשם התרברבות, וכי מה יש להתרברב בהכאת "ערבי" אם בבסיס הדבר אין טעמים גזעניים? אכן, אין ראיה שקושרת את הנאשם עצמו להודעה זו ששלח העד, אך הדברים מתחברים עם דברי הנאשם באמרתו שפורטה לעיל, ועם הרצון העז של כלל המעורבים להרחיק את הטענה בדבר חבירה משותפת.

יצוין כי עד זה אישר שסמל ניק ז'וקוב הביע התנגדות מילולית למעשים, אך לא פיזית.

ג.2.ג). סמל ד' מ'

המעורב השלישי באירוע, שאף נגדו הוגש כתב אישום שהתנהל בהליך נפרד, הוא סמל ד' מ'. עד זה הופיע ברשימת עדי התביעה אולם זו וויתרה על עדותו והוא זומן למתן עדות מטעם ההגנה.

אמנם, דרך המלך היא לבחון את הוכחת האשמה והעובדות שבבסיסה על סמך ראיות המאשימה, תחילה, אולם סברנו, כי בנסיבות נכון להביא את עיקרי עדותו של סמל ד' מ' לאירוע וכן את מסקנותינו לגבי העדות, כבר בשלב זה, למען השלמת התמונה העובדתית בקשר לאירוע עצמו.

בדומה לסמל י' א', אף לסמל ד' מ' הוסבר המצב המשפטי בקשר לעדותו, בשים לב להליך שהתנהל נגדו במקביל, ובהמשך אף ניתנה החלטה על ידנו לחייבו למסור מענה לשאלות שהתשובות עליהן מפלילות אותו, תוך שקבענו כי הדבר לא ישמש נגדו במשפטו שלו.

העד מסר בתחילת העדות כי הוא והנאשם חברים טובים מאוד "תומכים אחד בשני כשצריך". לגבי קשיי ההתבטאות של הנאשם בשפה העברית אמר העד: "כשאתה מדבר איתו רגיל מתוך מאה אחוז הוא מבין שבעים ויש מילים יותר מסובכות ואז צריך להסביר לו ולפעמים לא מצליחים" (עמוד 108, שורות 24-25). העד העריך את אוצר המילים של הנאשם ב"רמה בינונית" וציין כי יש שיח שהוא יכול לקיים.

העד מסר כי לא שמע שהנאשם אמר שיש עצור אולם לא ציין ממי הדבר נודע לו, אם כי הדגיש כי זה לא בגדר סוד בפלוגה. העד מסר כי לפני האירוע הוא התארגן לצאת וכי בשלב מסוים התנהל שיח "על עצורים, על ערבים", והוסיף שזה קורה כל יום. העד אמר גם, כי לא שמע את יובל גבאי, לאחר שנכנס לחדר, אומר משפט כמו "לא להרביץ לעצורים אבל אפשר לשים להם בצל בפלנלית".

העד אמר כי יצא לכיוון המועדון, לבדו, בכדי "להרביץ לעצור", וכי אף אחד לא אמר לו לעשות כן. העד נשאל אם הנאשם נכנס לחדר ואמר "יש עצור בואו נלך להרביץ לו", והשיב כי לא שמע דבר כזה. בהמשך אמר העד כי לא שמע את השיח בתוך חדר המגורים. העד אמר כי בדרך למועדון היה לבדו וגם כשנכנס לשם, וכי סמל ניק ז'וקוב לא אמר לו מילה עם כניסתו. העד נשאל לפרש מעשיו לאחר שנכנס והשיב: "מה אני עושה? מדבר עם הערבי, לא זוכר מה אמרתי לו, זוכר שדיברתי איתו. נתתי לו כאפה לראש ובעיטה לרגל" (עמוד 110, שורות 21-22). העד אמר כי אינו זוכר מה אמר לעצור, אך לא קילל אותו. העד מסר כי לאחר מכן יצא, וכי ביציאה הוא ראה את הנאשם ו"א", וכי לא ראה מה שניהם עשו לעצור, וכי רק לאחר מכן, לאחר החקירה הוא הבין זאת. העד לא זכר אם דיבר עם הנאשם ועם י"א' על האירוע לאחר קרותו.

העד נשאל על מערכת היחסים שלו ושל הנאשם עם סמל ז'וקוב ותיאר אותה כ"בסדר" אם כי הוסיף שהם לא מתחברים. בהסבריו לכך אמר: "מבחינת דעות 'שמאלנים', הדעות שלהם בוטות. אנחנו מדברים על ניק ושחר. איך להסביר את זה? נגיד עכשיו יש הפס"ד ויש הוראה לזרוק כמות מסוימת של רימונים, אז הם לא מאלה שינסו לעזור לתפעל את ההפס"ד. הם יעמדו מאחורה ויתנו לנו לעשות את זה. הם יגידו אנחנו לא מאלה שפוגעים בהם" (עמוד 111, שורות 30-33). העד אמר כי סמל ז'וקוב לא אמר דבר במהלך האירוע.

בסוף החקירה הראשית, נשאל העד אם הנאשם הוא דמות מובילה וציין כי "בגלל שקשה לו כל העברית והתרבות, הוא הולך עם הזרם". כמו כן, מסר העד כי הבעיטה שנתן הייתה בינונית "אפילו טיפה פחות" וכי "הכאפה" הייתה בינונית.

בחקירה הנגדית, חזר העד ואמר כי הוא הלך לכיוון העצור מיוזמתו, ולשאלה איך ידע שיש עצור השיב: "... זאת פלוגה לא של הרבה חיילים. זה מעצר כל הפלוגה על הרגליים כולם ערים ויודעים. יום לפני מגיעים שניים שלושה דוידים וכמה זאבים, רואים אי אפשר לפספס" (עמוד 112, שורות 29-30). העד אמר כי אם העצור בורח הוא ירוץ לתפוס אותו. לגבי כך שהנאשם אמר שדיבר איתם על כך שיש עצור, אמר העד שאם היה שומע ממנו היה אומר זאת. כן נאמר לעד כי החייל שחר ברן התייחס לשיחה בחדר, והוא השיב כי בכל הסיטואציה הזו הוא כלל לא ראה את שחר ברן וכי הוא אמר את מה שאמר כי יש לו אינטרסים להגיד זאת, וכדבריו: "שהוא שמאלני קיצוני ושי'הוא מעדיף אותם עלינו' נקרא לזה ככה אז אם הוא יכול לקחת

משהו קטן ולעשות אותו גדול, הוא ישמח" (עמוד 113, שורות 13-14). באשר לשיחה האמורה, שב העד ואמר כי לא ישב ודיבר איתם ולא שמע את מה שהנאשם אמר. העד עמד על דבריו גם כשעומת עם כך שהעד יובל גבאי אמר ששמע שיחה מתלהמת, שבה גם דיבר העד עצמו.

העד עמד על כך שלא ראה מה עשו הנאשם וי' א', גם כשעומת עם דבריו בחקירה שלפיהם היה בחדר בעת שהם הכו את העצור, וציין כי יתכן והדבר נבע מבלבול, כשמקודם העלה העד טענות לגבי מהלך חקירתו במצ"ח. העד נשאל מדוע בשאלות הנוגעות לשני חבריו הוא שמר על זכות השתיקה בחקירה, והוא טען כי זה קשור לכך ששאלו אותו את אותן השאלות "אלף פעם" "... וגם בקטע הזה שבחקירה אמרתי שאני לא מלשין על חבר. אותי חינוכו שאם שואלים אותך תענה על עצמך ולא על אחרים" (עמוד 117, שורות 1-3), ובהמשך אמר כי שמר על זכות השתיקה בכדי לא לדבר עליהם באופן כללי, לאו דווקא להפילם, וזו הסיבה שעל שאלות אחרות שלא נוגעות לחברים שלו הוא לא שמר על זכות השתיקה.

לטעמנו, ומעבר לעובדה כי מדובר במי שמואשם בשותפות לדבר עבירה, לכאורה, שהתנהל נגדו הליך בגין האירוע, ומעבר לעובדה שהוא והנאשם חברים, אשר היו מצריכות זהירות באשר לתוכן העדות, הרי שניתן להיווכח כי העד מבקש להרחיק את הנאשם וכן את י' א' מכל מעורבות באירוע, אף אם הדבר בא בסתירה לדברים שאמר בעצמו וכן לדברים שמסרו האחרים. בזאת, ניכר קושי לסמוך בעניינים הללו על דברי העד, כשבאופן כללי עדותו לא הותירה אצלנו רושם מהימן.

שוכנענו כי העד לא ביקש לתאר את השתלשלות העניינים כהווייתה מתוך מגמתו הברורה שלא "להלשין" על חבריו, דבר שחזר ואמר אותו מפורשות, ובכך, לא ניתן מטעמו הסבר לפרטים שצוינו על ידי הנאשם עצמו, בעניין זה, ועל ידי עדים אחרים, באשר לאירוע ובאשר למה שקדם לו. בעניין זה, יצוין כי על אף שניתן להתרשם מאי רצונו של העד למסור אמת לגבי השיחה שקדמה לאירוע, כנראה בשל הקשרה לחבירה יחדיו, הרי שבכל מקרה אומר העד שלא שמע את השיחה שהתנהלה.

משכך, לא ניתן להסתמך על עדותו של העד כמסד כלשהו לבירור עובדתי, ויש לדחותה מכל וכל.

3.ג. העדים לשיחה שקדמה לאירוע

לאחר הדיון באמרת ההודיה של הנאשם, וכן בעדויות של העדים לאירוע המיוחס בכתב האישום, נכון להתייחס לפרק הזמן שקדם לאותו אירוע, שעה שאף הוא עומד בבסיס מחלוקת עובדתית בין הצדדים, בפרט בשאלות התכנון והחבירה יחדיו לביצוע המעשה.

כפי שהובא לעיל, הנאשם מסר באמרתו כי לאחר שסיים משמרת הוא הבחין בעצור במועדון ולאחר מכן ניגש לחדר המגורים ואמר לנוכחים שישנו עצור ואף הציע להכותו, כשסמוך לאחר מכן התרחש האירוע המתואר בכתב האישום.

מעבר לנאשם, שניים מהעדים שהובאו לעיל, סמל י' א' וסמל ד' מ', התייחסו לשיחה שקדמה לאירוע, ואיננו רואים צורך לחזור על דבריהם בהרחבה, וגם לא על המסקנות שלנו לגבי העדויות שלהם, באשר אלו אינן משתנות, יחד עם זאת, נחזור על דבריהם בקצרה ממש, ונתייחס לאחר מכן לעדים נוספים שעדותם רלוונטית אך לפרק זמן זה, והם סמ"ר יובל גבאי וכן הצוער אברהם שחר ברן.

העד י' א', מסר בעדותו כי כלל לא התקיים שיח בחדר באשר לעצור הפלסטיני ואף לא שיח הנוגע למצב הביטחוני, בניגוד למה שאמרו אחרים. העד ד' מ' ציין כי לא שמע את הנאשם אומר שישנו עצור, ולא שמע אותו מציע לאחרים ללכת להכותו. עד זה אמנם אישר שהתקיימה שיחה "על המצב", כמו בכל יום, אך חזר וציין כי לא דיבר עם אחרים ולא שמע את השית. כן מסר העד שלא שמע את סמ"ר יובל גבאי אומר משפט לגבי הנחת בצל בפלנלית של העצורים.

כפי שצוין לעיל, לא סברנו כי ניתן להסתמך על דברי שני העדים הללו בעניין זה מהטעמים שצוינו.

סמ"ר יובל גבאי, ששירת כמ"כ, וביום האירוע אף כמ"מ מחליף, העיד בפנינו וציין כי העצור הפלסטיני נעצר על ידי מחלקה מספר 1, וכי הוצבו חיילים שהיו במוצב בכדי לשמור עליו, ביניהם חיילים ממחלקה מספר 2 שהיא המחלקה שלהם. העד ציין כי בבוקר יום 9 באוקטובר 2015 הגיע לחדר של המחלקה, ושם שמע שיחה בין החיילים: "שמעתי שהם קצת מתלהמים, קצת כועסים, קצת קיללו, הבנתי מזה שיש עצור במוצב", "שמעתי אותם מתלהמים וכועסים על כל המצב שהיה במדינה, של הפיגועים, של הדקירות ותמיד היה את החשש שזה יגיע אלינו ומזה גם [א]ל העצור" (עמוד 54, שורות 26-31). העד אמר ששמע קללות, וכן דברים שאמר החייל

סמל ד' מ', וכי שהה בחדר למשך דקה-שתיים. העד נחקר לאחר מכן לגבי כך שבחקירתו לא ציין את סדר הדברים שנאמר בעדותו, והשיב כי יתכן שלא הבינו את מה שאמר, אך ציין כי בחדר הוא ראה את שחר ברן והנאשם שסיימו שמירה, אולם אינו יודע מה היה לפני כן. העד אישר כי בשיחה אמר שאפשר לשים בצל בפלנלית של העצורים אך ציין כי זה נאמר בצחוק. בהמשך, מסר העד כי לא שמע את החיילים אומרים להכות את העצור, ולא שמע על כוונה אלא שמע חיילים שמקללים. העד עמד על כך שבדבריו לא עודד אחרים לאלימות וכי לא נתן כל פקודה בהקשר זה.

באשר לעדותו של סמ"ר יובל גבאי, אליה הגיע, אגב, בליווי בא-כוחו, ניכר בעינינו שהוא מבקש להתגונן, בפרט בחלקים הקשורים לאמירותיו בעת השיחה שהתקיימה בחדר המגורים של מחלקה מספר 2. העד אמנם אישר את דבריו לגבי "הבצל בפלנלית" אולם ניסה לספק להם הסברים שונים. העד אכן תיאר שיחה מתלהמת, אך אמר כי לא הובעה כוונה לפגוע בעצור הפלסטיני, ולא ייחס דבר לנאשם, כשלדבריו אינו יודע מה היה לפני שהגיע לחדר.

ספק אם מדובר בעדות שהיא בעלת חשיבות מכרעת ליריעת המחלוקת. כמו כן, ספק אם יש בכוחה של העדות בכדי להיות בעלת חשיבות ורלוונטיות לדברי הנאשם המיוחסים באישום, בשים לב לתיאורו של העד. לטעמנו, כל שניתן לחלץ מן העדות, ועליו ניתן לסמוך, הוא שאכן התקיימה שיחה מתלהמת בחדר המחלקה, שנוגעת למצב הביטחוני ולעצורים הפלסטינים, שבמהלכה אמר העד את אשר אמר לגבי "הבצל בפלנלית". מעבר לאמור, לא ניתן לקבוע כל ממצא על סמך עדותו של עד זה, ושעה שהעד אומר שאינו יודע מה קדם להגעתו, הרי שאין בדבריו בכדי להוות סתירה למה שמסר הנאשם באמרתו.

העד האחרון בהקשר זה, הוא הצוער אברהם שחר ברן, שבאותה העת שירת כלוחם במחלקה 2 באותו הגדוד. למעשה, וכך עלה מהעדות, מדובר במי שיזם את הפניה למצ"ח, לאחר ששמע את הדברים מסמל ניק ז'וקוב, ולאחר שקיים שיחה עם מפקד הפלוגה.

בעדותו, מסר עד זה פרטים לגבי מה ששמע מסמל ז'וקוב, אך גם פרטים למה ששמע במהלך השיחה בחדר המגורים של המחלקה לאחר שסיים את השמירה. על פי עדותו של העד, הנאשם והאחרים, דיברו בצורה מפורשת על הכאת העצור שהוחזק

במועדון הפלוגה, לאחר שיחה "כללית" יותר של החיילים, וכך תיאר העד את מה שהיה: "... לאחר מכן השיחה הצטמצמה טיפה, התמקדה יותר באותו עצור שהוחזק במועדון, בחלק הזה של השיחה השתתפו שלושה חיילים, אותם שלושה, [ד] ו[י], והנאשם והם דיברו על כך שיש הזדמנות ללכת ולהרביץ לאותו עצור שנמצא ברשותנו, דיברו על איך שרוצים ללכת להכניס לו מכות, לכסח אותו, ביטויים כאלה. באותו זמן הסמל של המחלקה היה בחדר, יובל גבאי, שמע את הדברים, בתגובה הוא אמר חבר'ה אל תעשו את זה אתם תסתבכו, במקום אתם יכולים לחתוך בצל ולשים אותו בפלגית של אותו עצור. לאחר מכן שלושת החיילים האלה, [ד] מ[י], [י] א[י] והנאשם דיברו ביניהם על מי עכשיו נמצא עם העצור, מי שומר עליו. כשהן אמרו שזה ניק הם תהו, שקלו אם הוא, אם כשהם עושים משהו אם הוא ידווח, אם הוא ילשין. דיברו על זה קצת ובסוף הגיעו למסקנה לא חד משמעית אבל המסקנה שלא חשבו שהוא ידווח. זהו שם נגמרה השיחה" (עמוד 20, שורות 15-24).

מדובר בעד שנון ואינטליגנטי, וכן בעל תפיסת עולם מגובשת וברורה. עדותו ניתנה בצורה סדורה ובשפה רהוטה. בתורנו, סברנו כי קיים קושי מסוים להסתמך על דברי העד בכל הנוגע לדברים ששמע מהנאשם והאחרים לגבי התכנון המפורט להכות את העצור, כפי שתיאר בעדותו. ודוקו, איננו סבורים כי כלל הדברים שתוארו על ידי העד אינם מדויקים, אולם סברנו כי בשל מספר טעמים, מתחייבת זהירות מיוחדת לקבוע ממצאים על סמך עדות זו, כאשר בכל הנוגע לטיב התכנון ופרטיו, מדובר בעדות יחידה.

להלן, נביא את טעמינו בקצרה.

ראשית, וכאמור, אין בחומר הראיות ראיה נוספת של מי מהנוכחים באשר לשיחה המפורטת שתיאר העד בדבריו, אלא ההיפך, לרבות עדותו של סמ"ר יובל גבאי, שאף אם היא לא נקייה מספקות, היא חשובה מפני שהעד קושר אותו לעיצומה של השיחה.

שנית, התיאור שהובא על ידי העד מלמד על תכנון ממשי להכות את העצור הפלסטיני, כאשר לכל אורך השיחה, וגם זו "הכללית" שקדמה לה אשר לפי העד כללה אמירות קשות לפגיעה בערבים, העד לא פצה פיו ולא אמר דבר, כשברור שהעניין אינו מתיישב כלל עם תפיסת עולמו שלו. זאת אף זאת, העד נמנע מלעשות מעשה גם לאחר ששמע את התוכנית להכות את העצור הפלסטיני שהיה בחזקתם,

והוא לא דיווח על כך. כאשר העד עומת עם כך שלא אמר דבר ולא עשה דבר, בניגוד לתפיסת עולמו, הוא ניסה להסביר ולציין כי סמך על כך שסמל ז'וקוב הוא זה ששומר על העצור, וכי בעבר נשמעו דברים ביחידה לגבי תכנונים, אם כי פחות ספציפיים. העד אמר כי במקרה זה שפט את המצב בצורה לא נכונה.

שלישית, העד הוא זה שיזם את התלונה במצ"ח לאחר שיחתו עם סמל ניק ז'וקוב, אשר היה עד למעשי האלימות. ברם, סמל ז'וקוב לא אמר בכל שלב בעדותו כי במעמד אמירת הדברים לעד זה, אמר האחרון כי אכן שמע שיחה לגבי תכנון מוקדם, כאשר נדמה כי הדבר היה צריך לעלות בנסיבות מעין אלו. בנוסף, גם התיאור הרציף של העד לגבי הדיווח למפקדת הכיתה ולמפקד הפלוגה מתייחס רק למה ששמע מסמל ז'וקוב, ולא כולל את הפרטים ששמע לגבי התכנון (עמוד 21, שורות 27-36), זאת שעה שלאחר מכן, בחקירה הנגדית, הוא אומר שהתכנון הוא חלק משמעותי מהמעשה הפלילי.

רביעית, ההגנה ציינה, והתביעה לא חלקה על כך כי "עצם קיומה של השיחה עלה במשרדי התביעה בהכנה לעדות" ולא במהלך החקירה (עמוד 20 שורות 36-38), ואף לכך קיימת חשיבות. הדברים גם אושרו על ידי העד בחקירה הנגדית (עמוד 32 שורה 26 – עמוד 34 שורה 29), במובן זה שבחקירה במצ"ח לא נמסרו הדברים המפורטים שמסר העד בעדותו בעניין זה.

יוער, ובמאמר מוסגר, כי ההגנה עימתה את העד הזה עם דברים שנאמרו במהלך החקירה, והעד השיב עליהם, אולם חלקים רבים מהם לא הוצגו במהלך פרשת ההגנה, כפי שהיה מתבקש אם היה בכוונת ההגנה להסתמך על האמת האמורה בדברים אליהם הפנתה.

לאור טעמים אלו, בהצטברותם יחדיו, לא יכולים אנו לקבוע כי התקיימה השיחה הפרטנית המתוארת על ידי העד, בין הנאשם ושני המעורבים הנוספים, לגבי הכאת העצור הפלסטיני, ומשכך לא ניתן לקבוע כי היה תכנון מפורט. יחד עם זאת, עדותו של העד מתיישבת עם דברי עדים אחרים באשר לעצם קיומה של שיחה מתלהמת בנושא זה, שבה גם עלו עניינים הקשורים לאלימות כלפי עצורים, ואף מתיישבת עם עדות הנאשם עצמו.

4. עדות הנאשם בבית הדין

כבר בפתח הדברים, נבקש לציין כי מצאנו לדחות את עדות הנאשם בפנינו משזו נמצאה כבלתי אמינה ובלתי מהימנה בעינינו. מסקנתנו באשר לעדות הנאשם הייתה חד משמעית והיא נובעת מההתרשמות מעדותו בכללותה, מהגרסאות הנוספות שביקש לפתח, מהסתירות הרבות ומההסברים הבלתי משכנעים.

הנאשם מסר בעדותו כי עלה לארץ, לבדו, לפני כחמש שנים מטעמים ציוניים ומשרת בצה"ל מזה כשנתיים. הנאשם ציין כי בן דודו, ג'ורדן בן סימון ז"ל, שהיה קרוב אליו מאוד, נהרג במהלך מבצע צוק איתן וזה השפיע עליו רבות.

לגבי יום האירוע, מסר הנאשם כי סיים את משמרת הלילה ורצה לראות סרט במועדון, ואז הבחין שיש שם עצור. הוא ניגש לחדר המגורים ושאל את החיילים שהיו שם אם ראו את העצור והתפתח דיון ביניהם ביחס למצב הביטחוני במדינה, והיו כאלה שהרימו את הקול ואף קיללו. מספר דקות לאחר מכן נכנס לחדר סמ"ר יובל גבאי ואז הוא שמע את הדיון ואמר שעדיף במקום להרביץ לעצורים "לשים להם בצל בפלנלית", וכולם התחילו לצחוק.

לאחר מכן, כך לדברי הנאשם, יצאו מספר חיילים מהחדר, והוא יצא כי רצה לגשת לשירותים והבחין בסמל ד' מ' ורצה לשאול אותו אם הוא יכול להשאיל לו את "הוסט" שלו לשבת, אך הוא לא שמע אותו וכשהבחין שהוא נכנס למועדון הוא נכנס אחריו וכמה דקות לאחר מכן גם סמל י' א' נכנס. סמל ד' מ' ניגש לעצור והכה אותו בראשו וכן בעט ברגלו, כשלפני כן דיבר איתו בערבית, וגם סמל י' א' הכה את העצור בראשו. לדברי הנאשם, באותו רגע "חש את המוות של בן דודו" ועשה טעות בכך שהתקרב לעצור הפלסטיני ונתן לו סטירה מאחורי הראש. הנאשם מסר כי סמל ניק ז'וקוב שהיה במקום לא אמר דבר. הנאשם העריך שהעצור היה בן 18-21 שנים.

בהתייחסו לחקירה אמר הנאשם: "זאת פעם ראשונה בחיי. אני לא יודע איך זה קורה, אני לא מכיר את הזכויות שלי. אני לא יודע, מה שאני יכול להגיד היה הרבה יותר קל אם היה יכול להיות לי חוקר בצרפתית, זה היה יכול להיות יותר טוב. אם הייתי יודע את הזכות הזאת, הייתי מבקש את זה בעצמי. הבעיה הייתה שלא ידעתי את הזכויות שלי. אני לא יודע בדיוק מה הוא כתב כי מאוד קשה לי לקרוא. הוא בעצמו לא ביקש ממני לקרוא כדי לשאול אותי אם אני מבין. אם הוא היה יכול לקרוא את מה שהוא כתב אבל הוא אפילו לא שאל אותי" (עמוד 88, שורות 9-4).

בחקירה הנגדית נשאל הנאשם תחילה על שליטתו בשפה העברית ולאחר מכן נשאל על האירוע ושב וציין כי הם לא נכנסו יחדיו למועדון אלא בהפרש של שניות, כשקודם אמר שי' אי' נכנס לאחר מספר דקות. הנאשם עומת עם כך שבאמרתו נכתב כי הם נכנסו ביחד, והוא אמר כי לא אמר זאת וכי יתכן שהחוקר לא כתב הכל, וכי הוא לא קרא את האמרה לאחר מכן. הנאשם חזר על דברים אלו גם במענה לשאלות אחרות והוסיף כי היו דברים שנכתבו באמרה שהוא לא אמר, כמו המשפט שמופיע באמרה שהוא הציע לאחרים להרביץ לעצור.

הנאשם נשאל מדוע אמר כי הציע להכות את העצור בשל היותו ערבי, והוא ענה כי ערבב בין הדברים, וכשרצה להגיד "טרוריסט" או מחבל אמר ערבי, זאת על אף שכל אחת מן המילים מוכרת לו. הנאשם אמר, בהקשר לשאלה שבה נתבקש להסביר את העובדה שחזר על עניין המניע הגזעני האמור מספר פעמים באמרתו: "אני לא יכול להסביר את זה. ככה זה יצא. אני חשבתני על מחבל ולא חשבתני על ערבי. שוב, אין לי בעיות עם ערבים יש לי חברים ערבים. יש לי חברים בצרפת שאני עדיין בקשר איתם. כולנו יודעים שלא כל הערבים מחבלים" (עמוד 92, שורות 34-36).

הנאשם מסר כי נאמר לו שהעצור עומד בראש קבוצה של מיידי בקבוקי תבערה וכי הוא פעיל חמא"ס, אך לא ידע לציין מי מסר לו את המידע הזה, וציין כי לא אמר זאת באמרתו, כי לא הגיעו לדבר על זה.

הנאשם בחקירתו הנגדית חזר וציין כי הוא היה האחרון בחדר המועדון וכשהכה את העצור חבריו לא היו שם, ולכן לא ראו אותו, על אף שי' אי' טען שראה אותו. הנאשם נשאל מדוע באמרתו מסר סדר אחר, והוא השיב כי זה הסדר שאמר לחוקר, ואף מסר זאת בעברית לבקשת התביעה.

הנאשם נשאל בחקירה הנגדית על שפת החקירה ואמר כי דיבר "ברמה של העברית" שהוא מכיר, והוסיף כי החוקר הבין שהעברית שלו היא לא כמו עברית של ישראלי ולקח זאת בחשבון. כשנשאל הנאשם לגבי הבעיות שהיו בעניין זה במהלך החקירה אמר: "מספר נקודות שלא ציינתי, או מספר נקודות שצינתי שלא נכתבו, העובדה גם שיש לי קשיים בקריאה" (עמוד 101, שורות 12-13). כשנשאל הנאשם מספר פעמים איך העניין הזה קשור לשפה, הוא אמר שהוא יכול היה לקרוא ולתקן, ובמילותיו "לא עצם הדיבור אלא הקריאה, לקרוא את מה שכתוב" (עמוד 101, שורה 23) ובהמשך מסר: "יש לי יותר בעיה לקרוא ולכתוב מאשר לדבר, ברור"

(עמוד 101, שורה 36). הנאשם ציין עוד כי בחקירה הוא דיבר בעברית שהחוקר יבין והחוקר דיבר בעברית שהוא יבין, ושלא הייתה בעיה לתקשר איתו, אך בצרפתית זה היה יותר קל ויותר מהר. הנאשם גם אישר שלא היו מילים בחקירה שלא הצליח לבטא מלבד מילה אחת שהחוקר חיפש מה התרגום שלה.

לטעמנו, הנאשם ביקש להציג סיפור עובדתי אחר מזה שנמסר באמרה, ועל אף שהיה נדרש שיסביר, קודם כל, את האמור באמרתו, הוא הותיר חלקים רבים ללא הסבר מניח את הדעת.

הנאשם מסר כי לאחר המשמרת עצר במועדון בכדי לראות סרט ואז הוא הבחין בעצור, כשרצונו לצפות בסרט בשעה מוקדמת בבוקר, לאחר שמירה, מעט תמוה. הנאשם מסר כי כשיצא מחדר המגורים בהמשך בדרכו לשירותים הוא הבחין בד' מ' ורצה שישאיל לו את "הוסט" לשבת, אך הלה לא שמע אותו וכך הוא נכנס אחריו למועדון, ובסמוך לכך גם י' א' נכנס. בהמשך, הנאשם כלל לא שב אל ד' מ' לקבל ממנו את "הוסט", ולא הונח טעם לעניין הזה, כשבעדותו הוא ציין כי לא חיכה לד' מ' בחדר מפני שלא רצה לקחת סיכון שהוא יצא הביתה. הדעת נותנת כי אילו היה זה נושא כה חשוב, היה הנאשם חוזר ופונה לחברו, ולו בטלפון, והוא לא עשה כן ואף לא סיפק הסבר לכך בחקירה הנגדית.

הנאשם אמנם ציין כי היה מעדיף שיהיה חוקר דובר צרפתית, אולם תלה זאת ביכולת שלו לקרוא את האמרה לאחר כתיבתה ולתקן את אשר דרוש תיקון. הנאשם לא טען למעשה כי נתקל בקושי להבין או לדבר עם החוקר, אלא רק שהיה יכול לקרוא את האמרה לאחר כתיבתה משום שהוא מתקשה בקריאת עברית. אגב, כך, לא טען הנאשם שביקש מהחוקר שיקריא לו את האמרה ועל אף זאת הוא חתם. כמו כן, כשעומת הנאשם עם הודאתו באמרה, הוא לא סיפק הסבר הנוגע לשפה בה התנהלה החקירה, אלא הסבריו היו שאמר דברים שלא נכתבו, כמו זה שהם נכנסו למועדון בהפרש זמנים ביניהם, וכי נכתבו דברים שלא אמר, כמו כך שהוא קרא לאחרים להרביץ לעצור, כאשר הטענות הפרטניות הללו כלל לא עלו בחקירה הנגדית של החוקר, על כל המשתמע מכך.

הנאשם ניסה להסביר את המניע שמסר בחקירה להכאת העצור הפלסטיני, שזה היותו ערבי, בכך שהוא ערבב בין המושג "מחבל" למושג "ערבי". הסברו של הנאשם היה קלוש ובלתי משכנע, בלשון המעטה, והוא לא מסתדר עם תוכן האמרה ופרטיה.

יוער, כי בעניין זה לא הוצגו לחוקר בחקירה הנגדית שאלות בעניין זה, עד כמה שהדבר אפשרי, אלא הוא עומת עם כך שעניין המניע הוכנס לאמרה על ידו ולא על ידי הנאשם, בניגוד למה שהנאשם טען לאחר מכן בעדותו. זאת אף זאת, הנאשם ציין כי הכה את העצור מפני שתמונות של בן דודו הציפו אותו באותו רגע שראה את העצור, אולם, הנאשם עצמו ציין כי עוד קודם לכן הוא עבר דרך המועדון ופגש בעצור שהוחזק שם, ומשכך זה לא היה מפגשו הראשון עמו.

אף הדברים שלפיהם שמע שהעצור הוא פעיל חמא"ס שעוסק בפעילות טרור, בדומה לגרסאות אחרות שהוסיף במהלך העדות, הם דברים כבושים, שהנאשם ניסה להתאימם לגרסתו הנוכחית, והוא לא הצליח לתאר מי העביר אליו את המידע הזה, ולא סיפק הסבר משכנע הכיצד עניין זה לא עלה בחקירה.

הנאשם, למעשה, אישר בחקירה הנגדית שהחקירה הייתה מובנת לו והוא הצליח לתקשר עם החוקר, אם כי בצרפתית היה לו קל יותר. משכך, השליך הנאשם את טענותיו נגד החלקים השנויים במחלוקת באמרתו בכך שהם נכתבו על אף שלא אמר אותם או שלא נכתבו על אף שאמר אותם, כאשר טענה זו לא עלתה, כפי שהיה מתבקש, בחקירה הנגדית של גורמי החקירה.

אף בעניין סדר ההכאה של העצור, כאשר באמרה מסר הנאשם כי הוא היה השני שהכה את העצור ואילו בעדות אמר שהיה האחרון, נדמה כי היה ניסיון להמעיט מעניין החבירה והביצוע המשותף, וגם כאן לא ניתן הסבר לשוני. בכל מקרה, ולפי הגרסה החדשה, לא היה בידי הנאשם לשכנע שכניסתו למועדון וכניסת האחרים במקביל, הייתה מקרית.

לאור כלל האמור סברנו כי עדות הנאשם היא בלתי אמינה ואינה יכולה לעמוד.

ד. המסקנות העובדתיות

כאמור, מצאנו לקבל את אמרת ההודיה של הנאשם בחקירתו במצ"ח כאמרה קבילה ובעלת משקל רב, וככזו היא מבססת את הרוב המוחלט של עובדות האירוע ונסיבותיו. האמרה נתמכת בראיות חיצוניות, ובפרט בעדותו של סמל ניק ז'וקוב, שכאמור לעיל, מצאנו לקבלה כעדות אמינה ומהימנה ומשכך ניתן לסמוך עליה ממצאי עובדה. מעבר לאלו, ציינו לעיל את התרשמותנו מהעדים הנוספים ואת המסקנות לגבי העדויות הללו, בעיקר בהיבט הממצאים העובדתיים.

בהינתן האמור, הגענו למסקנות העובדתיות הבאות.

הנאשם, לאחר שראה את העצור בחדר המועדון של היחידה במוצב, כשהוא יושב על הרצפה, אזוק ומכוסה עיניים, ניגש לחדר המגורים של המחלקה ואמר לנוכחים כי ישנו עצור והציע להכותו. בחדר התקיימה שיחה מתלהמת, אשר קשורה למצב הביטחוני בישראל, שכללה גם דברים לגבי אלימות כלפי עצורים. לאחר האמור, יצאו הנאשם, סמל י' א' וסמל ד' מ', יחדיו, לכיוון חדר המועדון בו הוחזק העצור כשהוא יושב על הרצפה, אזוק בידיו ועיניו מכוסות, ונכנסו לתוכו כקבוצה. סמל ד' מ' הפנה קללות כלפי העצור, ולאחר מכן הכה אותו בראשו ובעט בו ברגלו, ולאחריו הכה הנאשם את העצור בכף ידו, באזור ראשו, ולאחריו גם סמל י' א' במכה דומה. המעשים נעשו כאשר סמל ניק ז'וקוב הביע את התנגדותו המילולית בפניהם. השלושה חברו יחדיו לביצוע המעשה כמבצעים בצוותא, אם כי לא הוכח כי היה תכנון מפורט קודם לכן. הנאשם ביצע את המעשה מטעמים גזעניים, מפני שרצה להכות את העצור בשל היותו ערבי.

למעשה, כלל העובדות שמנתה התביעה בכתב האישום הוכחו ברמה שמעבר לכל ספק סביר, למעט הנסיבה שלפיה העצור הינו קטין, אשר נזנחה על ידי התביעה בטיעוניה.

ה. הפרק המשפטי

ה.1. קיומה של משמורת

ההגנה טענה בסיכומיה, כי במקרה דנן לא ניתן להוכיח את יסודות עבירת ההתעללות, כאשר העצור לא היה במשמורת הנאשם, אלא במשמורת מי שהופקד בפועל לשמור עליו. לגישת ההגנה, המחוקק ביקש לקבוע אחריות מוגברת דווקא למי שנושא בתפקיד או במשימה של החזקת העצור במשמורת.

על שאלת המשמורת אשר קבועה כחלק מהנסיבות הרלוונטיות לביצוע העבירה, נקבעו הדברים הבאים :

"... אין חולק כי יסוד מיסודות עבירת ההתעללות, הינו שקורבן העבירה יהיה נמוך בדרגתו מן החייל המכה, או לחלופין יהיה נתון במשמורת שהחייל המכה הופקד עליה. בנסיבות שלפנינו, נחה דעתנו כי המתלונן היה נתון במשמורתו של המערער.

המערער נטל חלק ממשי בפעולת מעצרו של המתלונן. כמפקד חוליית הסריקה, היה המערער חלק מכוח הליווי שהוביל את המתלונן העצור. בהיותו חלק מהכוח העוצר, אין לקבל את הטענה כי המערער לא הופקד על משמורתו של המתלונן, שהרי גם אליבא דגרסת המערער בעדותו, המפגש בין השניים לא היה אקראי. במסגרת פעולת מעצרו של המתלונן, ניצל המערער את מצבו כעצור כפות, שענינו מכוסות, כדי להתעמר בו ולהשפילו. לא זו בלבד, עמדנו לעיל על חשיבותו של ערך כבוד האדם באתוס הצה"לי. כן ציינו את חשיבותו של טוהר הנשק. מדובר בערכי יסוד המחייבים מתן פרשנות מרחיבה להגדרתו של "אדם הנמצא במשמורת שהחייל מופקד עליה". האינטרס המוגן שבשמירה על כבודם של עצורים, אף אלה החשודים בפשעים חמורים, והימנעות מדיכויים והשפלתם שלא לצורך, מחייב לראות את מי שנתון תחת פיקוחם של חיילים שפשטו על ביתו במהלך פעולה מבצעית ועצרוהו, כמו במקרה דנן, כמי שנתון במשמורתם. " (ע/63/06 סמל **חיימוביץ'** נ' **התובע הצבאי הראשי** [פורסם בנבו] (19.06.2007) (להלן: "עניין חיימוביץ'")).

מהדברים עולה בבירור כי המבחן אינו יכול להסתכם, כמו שטענה ההגנה, במבחן מצומצם שלפיו תחול הוראת החוק רק על מי שהופקד בפועל ובמישרין לשמור על העצור. מתחייבת, כפי שנקבע, פרשנות מרחיבה.

אכן, במקרה דנן לא היה הנאשם חלק מהכוח שביצע את המעצר בפועל, אולם מדובר במעצר שבוצע על ידי מחלקה אחרת באותה הפלוגה, ועל השמירה בפועל הופקדו לשמור חיילים שונים, לרבות חייל מהמחלקה של הנאשם עצמו. סמל ניק ז'וקוב ששמר על העצור במועדון, קיבל משימה זו מאת מ"כ במחלקה מספר 1, ולדברי סמ"ר יובל גבאי השמירה הוטלה על כל החיילים מהפלוגה שנותרו במוצב במהלך סוף השבוע, ומכאן שעל פי הראייה הפיקודית, האחריות על החזקת העצור הייתה של חיילי הפלוגה שהיו במוצב. במובן זה, נהיר כי עד להעברת העצור לרשויות המוסמכות, היה הוא נתון למשמורת הכוח האורגני שעצר אותו, והוא הוחזק במבנה הרלוונטי לפלוגה אליה השתייך הנאשם, כעצור של הפלוגה. ודוקו, מדובר בהחזקת עצור במוצב, על כל המשתמע מהדבר. המפגש שהתקיים בין

הנאשם לעצור לא היה מפגש מקרי או אקראי, אלא מפגש שהתקיים מכוח העובדה שהנאשם שירת כחייל לוחם בכוח שחלק ממנו ביצע את המעצר, והעצור הוחזק בחדר ששייך לכוח זה, בתוך מוצב. מלאכת השמירה בפועל הופקדה על חיילים מאותו כוח, לרבות מהמחלקה של הנאשם, וברי כי אין צורך בקיום שמירה על ידי כלל חיילי הכוח בכל זמן נתון.

מעבר לטעמים אלו, ניתן לציין כי קביעה כשיטת ההגנה תוליד בהכרח מצבים אבסורדיים שאינם מתיישבים עם תכלית החוק ותכלית האכיפה הפלילית. טול לדוגמה מקרה בו חייל מתחלף בשמירה על העצור, ובדקה שהוא מפקיד את השמירה בידיו של אותו חייל, הוא מכה את העצור. האם יהיה זה נכון לקבוע כי בחלוף שניות אלו מתחלף מסד הנורמות הפליליות שחל על אותו חייל ולא ניתן לחייבו בעבירת התעללות, במידה ומתקיימים כלל יסודותיה? דוגמה נוספת שיכולה להיות אבסורדית היא כזו שבה חוברים שני חיילים יחדיו, האחד הוא זה שמופקד בפועל לקיים שמירה על העצור, והשני הוא כזה שהיה במקום בכדי לארח לו חברה, או כי היא צפוי להתחיל את השמירה בעוד פרק זמן מסוים. האם יהיה זה נכון לקבוע כי הכאת העצור על ידי שני החיילים יחדיו תחייב אחד מהם בעבירת התעללות ואת השני בעבירה של תקיפה?

נדמה כי קיימות דוגמאות רבות שיכולות רק לשכנע כי קביעת סוגיית המשמורת צריכה להתבסס על אדני פרשנות מרחיבה, כפי שנקבע מפורשות על ידי בית הדין הצבאי לערעורים בפסק דין בעניין חיימוביץ', כאשר יש להדגיש כי בקשת רשות הערעור שהוגשה לבית המשפט העליון – נדחתה (רע"פ 6322/07 סמל חיימוביץ' נ' **התובע הצבאי הראשי** [פורסם בנבו] (16.04.2008)).

בנוסף, וכעולה מעניין חיימוביץ', הפרשנות המרחיבה מתחייבת מטעמים מוסריים וערכיים. כבודו של אדם, כל אדם, הוא ערך עליון, וכוחותיה הלוחמים של המדינה, שהם בעלי הסמכות החוקית להפעיל כוח בשמה ובשם אזרחיה, מחויבים לשמר מכל משמר בכל מקום ובכל עת. הדבר מתחייב מפאת כבודו של העצור כאדם אך גם מפאת כבודו של החייל שפועל בשמה של מדינת חוק, ובשם של ערכים.

במקרה זה, וכפי שנאמר קודם, הוחזק העצור במוצב, בחדר ששייך לכוח אליו השתייך הנאשם, במרחק מספר מטרים מחדר המחלקה שלו, כאשר קודם לכן נעצר, כך עולה, על ידי מחלקה אחרת וחיילים מכל הפלוגה נדרשו לבצע שמירה בפועל

במקום בו הוחזק העצור. בנסיבות אלו, לא יכולה לדידנו להתעורר שאלה בדבר קיומה של משמורת בין הנאשם לבין העצור, וכל מסקנה אחרת אינה מתיישבת עם השכל הישר.

אגב, בעניין כהן, אליו נתייחס בהמשך, הורשע אדם בסיוע להתעללות בנסיבות מחמירות לפי סעיף 65(ג) לחוק השיפוט הצבאי, שעה שהוא צילם אחרים מכים עצור פלסטיני אזוק ומכוסה עיניים. שם, לא נקבע כי הנאשם היה אמון על שמירתו של העצור דווקא, אלא ההיפך, צוין מפורשות שהוא הגיע לחדר בו הוחזק עצור כשאחרים נכחו במקום, כשמכך ניתן ללמוד שכלל לא היה אמון על שמירת העצור בפועל. יחד עם זאת, ובצדק, לא היה ויכוח לגבי השאלה אם קיימים יחסי תלות בין הנאשם לבין העצור בהיותו אחראי, מכוח תפקידו, על המשמורת בה העצור נתון (ע/48/14 התובע הצבאי הראשי נ' סמ"ר לידור כהן [פורסם בנבו] (8.01.2015) (להלן: "עניין כהן")).

ה.2. ביצוע בצוותא

סעיף 29(ב) לחוק העונשין קובע:

" המשתתפים בביצוע עבירה תוך עשיית מעשים לביצועה, הם מבצעים בצוותא, ואין נפקה מינה אם כל המעשים נעשו ביחד, או אם נעשו מקצתם בידי אחד ומקצתם בידי אחר".

על פי הפסיקה, המבצע בצוותא, הוא מי ש:

"...למבצע בצוותא שליטה פונקציונלית, יחד עם האחרים, על העשייה העבריינית והתפתחותה, הוא אדונה... הוא חלק מתבניתה המשותפת" (ראו: ע"פ 4389/93 מרדכי נ' מדינת ישראל פ"ד נ(3) 239, 250).

ונקבע גם כי:

"המאפיין את המבצע בצוותא שהוא אדון לפעילות העבריינית. בידי השליטה הפונקציונלית-מהותית, יחד עם המבצעים בצוותא האחרים, על העשייה העבריינית. הוא חלק מהחלטה משותפת

לביצוע העבירה. הוא חלק מהתכנית הכוללת להגשמת הפעולה העבריינית האסורה. הוא פועל עם המבצעים בצוותא האחרים, כך שכל אחד מהם שולט – יחד עם האחרים – על הפעילות כולה. מעמדו ביחס להחלטה לביצוע העבירה הוא של איש "פנים". תרומתו היא "פנימית". חלקו הוא מהותי להגשמת התכנית המשותפת... (ע"פ 2796/95 פלונים נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(3) 388, עמ' 403).

בעניין כהן שהובא לעיל, נקבע על ידי בית הדין הצבאי לערעורים כי מדובר במסייע ולא במבצע בצוותא, וכך נומק הדבר:

"בחינת מעשיו מעלה כי לא יזם את ההכאה עצמה ולא השתתף בה, ועל כן אין לראות בהם ככאלה שהם במעגל הפנימי של ביצוע העבירה. זאת ועוד, המשיב ניסה להפסיק את הכאת המסתנן פעם אחר פעם, בלא שהאחרים נשמעו לו, וכעולה מאמרתו בחקירה המשטרתית, שאותה מצא בית הדין לאמץ, הוא חדל מלצלם את האירוע בפתאומיות ועזב את זירת ההתרחשות, עוד טרם הסתיים האירוע. אף הדברים שנאמרו לו עת נמסר לידי הטלפון מעלים, כי בראיית המבצעים העיקריים, הוא נמצא במעגל חיצוני להם- הם המכים והוא גורם חיצוני ונפרד מהם..."

הנאשם במקרה דנן יזם את האירוע, או לכל הפחות קרא לאחרים לעשותו, הוא נטל בו חלק, ולצורך העניין אין נפקא מינה מה מהות החלק שנטל, אם היה ראשון המכים או שמה האחרון, אם היה זה שהפליא במכותיו ואם היה זה שנתן מכה "קלה", כאשר ברור כי השלושה פנו יחדיו במטרה להכות את העצור הפלסטיני. אף יתר הטעמים שהובאו לעיל לא מתקיימים, והנה לך כי מדובר במבצע בצוותא שנמצא במעגל הפנימי של המעשה העברייני.

יובהר, התיאור שלפיו הנאשם וסמל י' א' וכן סמל ד' מ' נכנסים ומכים את העצור בזה אחר זה, כשאין הסבר משכנע לטענת המקריות, די בו בכדי ללמד על חבירה וביצוע בצוותא. ברם, מאמרת הנאשם ניתן ללמוד פוזיטיבית על הליכה משותפת לכיוון החדר בו הוחזק העצור, וכן מעדויות אחרות ניתן ללמוד על השותפות בפועל.

ה.3. תקיפה או התעללות?

על היחס שבין עבירת ההתעללות לבין עבירת התקיפה נאמר כי:

"...התעללות, והתעללות גופנית בגדרה, מתייחסת למקרים שמחמת אופיים וטיבם – המצפון והרגש אינם מאפשרים להתייחס אליהם כאל מקרי תקיפה בלבד. היותה של ההתעללות התנהגות הטומנת בחובה אכזריות, הטלת אימה או השפלה... מקנה לה את התווית הסטיגמטית הבלתי מוסרית, שאינה נלווית בהכרח לכל מעשה עבירה הכרוך בהפעלת כוח" (ע"פ 4596/98 פלונית נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(1) 145, עמ' 168).

לעתים, כך נקבע בפסיקה המנחה, גם מעשה חד פעמי יכול להוות מעשה התעללות ואין דרישה למעשים חוזרים ונשנים (ע"פ 1752/00 מדינת ישראל נ' נקאש, פ"ד נד(2) 72).

באותו עניין הוטעם כי:

"מאפיין מובהק של התעללות הוא מצב שבו הקורבן מצוי בעמדת נחיתות או ביחסי תלות כלפי מי שמבצע בו מעשים פוגעניים. פער הכוחות והמעמדות בין בעל השליטה והסמכות לבין מי שהוא חסר יכולת התנגדות, מותיר את הקורבן ללא הגנה מפני ניצול לרעה של הכוח המצוי בידי בעל הסמכות. המחוקק קבע כמה הוראות חוק שנועדו להגן על החלש מפני בעל המרות והשליטה בנסיבות מובהקות של פערי כוחות. כך אסר המחוקק במפורש בהוראת סעיף 65 לחוק השיפוט הצבאי, תשט"ו-1955 על התעללות של חייל בחייל הנמוך ממנו בדרגה או באדם הנמצא במשמורתו, וכך נקבע גם בהוראת סעיף 368 לחוק, אשר נועד להגן על קטינים ועל חסרי ישע, תוך שהמחוקק החמיר במיוחד עם מי ש"אחראי על קטין או חסר ישע". (שם, עמ' 80).

בעניין חיימוביץ' הואשם המערער שם בכך שבסמוך למחסום חווארה בחטמ"ר שומרון, היכה הוא עצור פלסטיני, שידיו היו אזוקות ועיניו מכוסות, במכת אגרוף ובבעיטה בפניו. כתוצאה מכך נפל העצור, נחבל בראשו ודימם.

הרקע למעשה המתואר, הובא בציטוט מהכרעת הדין של בית הדין המחוזי כדלקמן:

"הנאשם מסר בעדותו בפנינו, כי בעת האירוע שירת בתפקיד לוחם ומפקד חולית סריקה. בתום שבוע, שהיה עמוס בפעילות מבצעית, תדרך מפקד היחידה על מידע בדבר מבוקש בעיר שכם, שנגיש לאמל"ח וחומרי נפץ, ומתכוון לבצע פיגוע.

הכוח יצא לבית המבוקש במטרה לעוצרו. הבית כותר, ובעקבות קריאות חוזרות יצאו ממנו המבוקש ואשתו. חוליית הסריקה, בפיקוד הנאשם, סרקה את הבית הריק לצורך איתור אמל"ח, ומחיפושה עלה, כי המבוקש מחזיק בכלי הנשק. תחקור המבוקש גילה כי האקדח מוצפן בבגדי האישה, והוא נתפס והוחרם.

בסיום הפעולה, בעת שהכוח היה בדרכו חזרה לבסיס, נתקבלה הודעה בקשר על פעילות מבצעית נוספת במחנה פליטים בלטה, המחייבת השתתפות חוליית הסריקה. לצורך המשימה בוצעה החלפת רכבים, והמבוקש, שהיה אזוק ומכוסה עיניים, הועבר לרכב הספארי בו נסע עד אז הנאשם. בשלב זה, היכה הנאשם את העצור באגרוף לגופו ובבעיטה לפניו. העצור נפל לרצפה, כשהוא מדמם מראשו, ולמקום הגיעו חובשים, שטיפלו בו."

לאחר שהובאה קביעת בית הדין המחוזי באשר לפרשנות המונח "היכה" שבהוראת החוק הרלוונטית שלפיה:

"... בית הדין קמא ביקש, מחד גיסא, לצמצם את המונח "היכה" הקבוע בסעיף 65(א) מ"אלימות סתם". ברם, מאידך גיסא, ביקש הוא להרחיב את גדריה של עבירת ההתעללות הצבאית מזו המנויה בחוק העונשין; זאת, לאור התפיסה המוסרית והמשפטית, לפיה בחברה צבאית שבה טבועים מאפייני אלימות ומוקדי כוח היררכיים, נחוץ ריסון של הכוח המוענק לבעלי שררה, מפאת החשש מניצול לא ראוי של כוח זה, בפרט כלפי הנמוכים בדרגה או הנתונים במשמורת."

נקבע על ידי בית הדין הצבאי לערעורים כי:

"לכאורה, מלאכתו של העוסק בפרשנות המונח "התעללות" שבחש"ץ, קלה מזו של המפרש את המונח "התעללות" שבחוק העונשין (ראו, למשל, סעיף 368 לחוק העונשין: "העושה בקטין או בחסר ישע מעשה התעללות גופנית, נפשית או מינית..."). פרשנות מילולית דווקנית של עבירת ההתעללות שבחש"ץ, תיטה לכך שכל הכאה של הנמוך בדרגה או הנתון במשמורת תהיה התעללות. ברם, פרשנות שכזו חוטאת להגיון ולשכל הישר, ומטשטשת את קו הגבול שבין עבירת ההתעללות לבין עבירת האלימות כלפי חייל המנויה בסעיף 61 לחש"ץ, באופן בלתי ראוי. בצדק הוסיף בית הדין קמא, כי פרשנות מרחיבה שכזו, גם איננה מתיישבת עם מגמת התיקון של עבירת ההתעללות בחש"ץ, במסגרת תיקון תשנ"ג (חוק השיפוט הצבאי (תיקון מס' 23), התשנ"ג-1993)".

לאחר שמתייחס בית הדין הצבאי לערעורים לפרשנות שניתנה למונח התעללות ככל שהיא רלוונטית לסעיפים בחוק העונשין, הוא קובע כי:

"בשורת פסקי דין שב בית המשפט העליון וקבע שמונח ההתעללות "מסרב לתחום עצמו בדל"ת אמות של מושגיות מדויקת", וזיהה במסגרת מאפייניה הבולטים של ההתנהגות העבריינית, את יסודות ההשפלה והביזוי הבולטים של הקורבן, העובדה שנועדה להטלת מרות או הפחדה, וכי בדרך כלל המתעלל נמצא בה בעמדת כוח או מרות כלפי קורבנו, המצוי בעמדת נחיתות ובלא הגנה (ע"פ 5598/99 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(5) 1, 7-8 (2000); ע"פ 405/03 פלוני נ' מדינת ישראל, תק-על 2004(1) 3667, 3669 (2004)). כן נקבע, כי פער הכוחות עלול לגרום לכך שפעמים רבות יהיו ההשפלה והטלת האימה על הקורבן, שלובים באופן מובנה במעשה ההתעללות; וכן כי חוסר הישע של הקורבן עשוי להוות, אף הוא, שיקול בקביעה האם לפנינו התעללות. הכאה הכוללת השפלה, תהווה סממן נוסף לאבחנה בין מעשה תקיפה להתעללות. כך גם הכאה שאינה נעשית רק בידיים, אלא גם באמצעים אחרים, כגון רגליים, תטה להיתפס כהתעללות. אף במקרה שבו ההכאה נעשית ברשות הציבור ולא ברשות היחיד, כך שמלבד התקיפה עצמה יש בכך משום רמיסת כבוד הקורבן, יטה בית המשפט לקבוע כי מדובר בהתעללות...".

ובאשר לאותו מקרה שנידון בפניו, מצא בית הדין הצבאי לערעורים שלא להכריע בשאלה העקרונית לגבי פרשנות המונח התעללות שבחוק השיפוט הצבאי לעומת זה שבחוק העונשין, בצינו כי המקרה בו כשל המערער שם, מקיים את הגדרת עבירת ההתעללות שקבועה בחוק העונשין ממילא, וכך נקבע:

"דומה כי המקרה שלפנינו מגלם בתוכו רבים מן המאפיינים שמנתה הפסיקה, בהתוותה את גבולותיה של עבירת ההתעללות שבחוק העונשין. המקרה דנן הוא מקרה מובהק, שבו קיימים פערי כוחות מובנים בין המערער למתלונן, וניצול בלתי ראוי של הכוח על ידי בעל הסמכות. במה דברים אמורים? המערער היה מפקד חוליית סריקה, בפעולה צבאית שנועדה לשם מעצרו של המתלונן בביתו; והמתלונן, מבוקש שזה עתה נעצר, הובל על ידי קבוצת חיילים, כשהוא אזוק ועיניו מכוסות. במצב זה היה המתלונן בעמדת נחיתות וחוסר אונים, ללא יכולת ממשית להגן על עצמו. המערער היכה את המתלונן באגרופו, ובעט בו ברגלו, לעיני כל, באופן משפיל ומבזה, תוך ניצול בלתי ראוי של פערי הכוחות ביניהם. אין המדובר, אפוא, במקרה גבול שנמצא על קו התפר שבין עבירת אלימות או תקיפה "סתם" ובין עבירת ההתעללות, אלא במקרה מובהק של התעללות כהגדרתה בדין הפלילי הנוהג. משכך, אין המקרה שלפנינו מעלה כל צורך ממשי להכריע בשאלה מתי הכאה תעלה כדי התעללות, ובשאלה האם עבירת ההתעללות אשר בחוק העונשין זהה לעבירת ההתעללות המנויה בחש"ץ. נותיר, אפוא, שאלות אלה בצריך עיון".

כוחם של הדברים נכון למקרה שבפנינו מכוח קל וחומר. מדובר במקרה מובהק "שבו קיימים פערי כוחות מובנים בין המערער למתלונן, וניצול בלתי ראוי של הכוח על ידי בעל הסמכות"; מדובר בעצור "שהוא אזוק ועיניו מכוסות... בעמדת נחיתות וחוסר אונים, ללא יכולת ממשית להגן על עצמו"; הנאשם הכה את העצור, ביחד עם חיילים אחרים, ובפני חייל נוסף, במועדון היחידה, תוך ניצול של פערי הכוחות, בזמן שגם אחרים הכו אותו, כשהראשון בהם גם בעט בו, ולא הסתפק במכות באמצעות הידיים.

די באלו, על פי האמור בעניין חיימוביץ' בכדי לבסס עבירה של התעללות ולא עבירה אחרת של תקיפה.

הנסיבות הנוספות הרלוונטיות לענייננו יכולות רק לחזק את המסקנה תוך מעבר לרף חומרה גבוה יותר, של התעללות בנסיבות מחמירות, ובכך נדון בהמשך. אולם מעבר לנסיבות אלו, יצוין כי בשונה מענייננו, ומבלי להקל ראש כלל, בעניין חיימוביץ' דובר באלימות שננקטה כלפי עצור שהיה מבוקש לאורך זמן בסמוך לאחר מעצרו ולאחר איתור אמצעי לחימה בביתו ובבגדי רעייתו, וכשהועבר לרכב בו שהה המערער כשה נדרש להשתתף בפעילות נוספת, כאשר המערער טוען כי עשה את המעשה על רקע הלחץ ובשל המתח הנפשי הכבד שחש, וכן בעומס הפעילות שבו היה נתון, בתקופה בה ביצע את המיוחס לו בכתב האישום. ויוער שוב, אין בדברים בכדי לבטא משום יחס מקל לכל מעשה אלימות שלא נעשה כדין, אולם להם חשיבות להבנת התמונה בכללותה בעת ניתוח התקיימות יסודות העבירה.

במקרה שבפנינו, הנאשם יזם את מעשה האלימות, והכאת העצור, בנסיבות שתוארו, לא הייתה בסמוך למעצרו כלל, אלא פרק זמן לאחר מכן, כשהעצור היה כבר בתוככי חדר המועדון במוצב. כמו כן, בעת התקיפה, וכפי שקבענו לאור דחיית גרסת הנאשם בעדותו, לא היה ידוע לנאשם ולאחרים מדוע בוצע המעצר ובגין אלו חשדות.

בדומה לכך, נקבע בעניין כהן כי :

"סעיף 65 לחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955 קובע כהתעללות, גם מצב דברים שבו: "חייל שהיכה... אדם הנמצא במשמורת שהחייל מופקד עליה". על פי חלופה זו כלשונה, אין הכרח, לעניין ביצוע העבירה, כי תופעל אלימות בהיקף נרחב ועוצמתי דווקא. כל שנבחן הוא האם התקיימו יחסי תלות של מי שהוא אחראי על משמורת, שהיכה מי שנתון במשמורתו".

וממשיך בית הדין הצבאי לערעורים וקובע לגבי אותו מקרה :

"גם נסיבות המקרה שבפנינו מבססות את עבירת ההתעללות, באופן מובהק, בשים לב לכך שמדובר בהכאה חוזרת ונשנית על ידי כמה חיילים, כשהמוכה נתון למשמורתם והוא אזור ומכוסה עיניים."

כאשר חייל, לוחם, שנמצא בעמדת כוח, מכה עצור כפות ומכוסה עיניים, ולמעשה נטול הגנה על גופו ואף אינו יכול לצפות אם תבוא פגיעה נוספת ומתי, הוא מלמד על עצמו שהוא רואה בעצור חפץ חסר הגנה, בפרט כאשר לא היה הדבר בלהט הקרב, ולא קדמה לו התגרות מצדו של העצור או התנגדות כל שהיא לפעולה חוקית. מעשה כזה, שמנצל את הנחיתות המובנית בידי מי שהופקדה בידיו סמכות מטעם המדינה, ובקיום פער כה משמעותי, הוא מעשה אכזרי, משפיל ומבזה, וכזה – הוא מעשה התעללות.

ה.4. התעללות בנסיבות מחמירות

כידוע, סעיף 65 לחוק השיפוט הצבאי אמנם קובע עבירה של התעללות בנסיבות מחמירות לצד עבירה של התעללות, תוך קביעת עונש מרבי חמור יותר, אולם אינו קובע אלו נסיבות תחשבנה לנסיבות מחמירות.

על כך נקבע על ידי בית הדין הצבאי לערעורים כי :

"למעלה מן הצורך לעניין דנן, נשאל מהן ה"נסיבות המחמירות" בעבירת ההתעללות, המצדיקות החמרה בעונש? נראה כי התעללות שיש בה נסיבות מחמירות, היא התעללות שבה המתעלל נושא עימו או עושה שימוש במסגרת ההתעללות בכלי נשק קר או חם (ראו לעניין זה את ע"פ 1184/00 מחמיד נ' מדינת ישראל, פ"ד נד (3) 159 (2000), שם נקבע כי "פרשנות זו היא פרשנות המביאה בחשבון את התכלית החקיקתית, שלפיה יש לראות עבירת אלימות שבוצעה באמצעות נשק או באמצעות כלי פוגעני שנעשה בו שימוש בנשק, כעבירה בדרגת חומרה גבוהה יותר מעבירה של מעשה אלימות רגיל"); התעללות שבה יש ריבוי עבריינים (ראה לדוגמא סעיף 335(א)(2) לחוק העונשין, שלפיו עבירות של חבלה חמורה ושל פציעה ייחשבו כבעלות נסיבות מחמירות שעה ש- "...היו נוכחים שניים או יותר שחברו יחד לביצוע המעשה"); התעללות במספר קורבנות וכן תכנון מוקדם (כך, סעיף 335(א)(2) לחוק העונשין קובע כי עבירות אלימות מסוימות ייחשבו כבעלות נסיבות מחמירות שעה ש- "...חברו יחד לביצוע המעשה", כאשר הפסיקה פירשה את המונח "שחברו יחד" כאלמנט המצריך הידברות מוקדמת או תכנון מוקדם של מעשה העבירה [ראה י' קדמי, על הדין בפלילים – חוק העונשין

(חלק שלישי, 2006) בעמ' 1529]]. מובן, שאין רשימה זו מתיימרת להיות רשימה סגורה של מקרים, וראוי לבחון את חומרת הנסיבות בכל מקרה לגופו" (ע/10/10 סג"ס **פלק-מזרחי נ' התובע הצבאי הראשי** [פורסם בנבו] (22.02.2010) וראו את ע/166/08 **התובע הצבאי הראשי נ' אייזן ואח'** [פורסם בנבו] (31.01.2010)).

בית המשפט העליון, בדונו בבקשת רשות ערעור על פסק הדין האמור של בית הדין הצבאי לערעורים קבע כי :

"לבסוף, למעלה מן הצורך, בית הדין לערעורים התייחס לשאלה מהן הנסיבות המחמירות בעבירת ההתעללות, ומנה מספר קריטריונים להתקיימותה של חלופה זו. בין היתר, בית הדין לערעורים ציין את השימוש בכלי נשק קר או חס; ריבוי עבריינים; התעללות במספר קורבנות וכן תכנון מוקדם, כנסיבות שעשויות להוות נסיבות מחמירות במסגרת עבירת ההתעללות. עוד קבע בית הדין לערעורים, כי אין רשימה זו מתיימרת להיות רשימה סגורה של מקרים, וראוי לבחון את חומרת הנסיבות בכל מקרה לגופו" (רע"פ 2350/10 סג"ס **פלק-מזרחי נ' התובע הצבאי הראשי**, [פורסם בנבו] (10.08.2010)).

וגם :

"אכן, כפי שהצביע המבקש וכפי שקבע בית הדין לערעורים במקרה שלפנינו, בחוק השיפוט הצבאי נעשה שימוש בתיבה "נסיבות מחמירות", מבלי שאלה יוגדרו במדויק. במקרים כאלה, הנסיבות המקימות את החלופה המחמירה נקבעות, בדרך כלל, עקב בצד אגודל, בפסיקת בתי הדין הצבאיים הבוחנים כל מקרה הבא בפניהם בהתאם לנסיבותיו המיוחדות. ההימנעות מפירוט הנסיבות המחמירות בגוף החוק משמעה מתן העדפה לכך שבתי הדין יצקו את התוכן הראוי לתיבה זו ממקרה למקרה. יציקת תוכן זו יכול שתיעשה על דרך החיוב – קרי, על ידי קביעה מפורשת של אותן נסיבות מחמירות המצדיקות הרשעה בחלופה המחמירה, ויכול שתיעשה על דרך השלילה – כלומר, על ידי הכרעה אילו נסיבות אינן נחשבות נסיבות מחמירות".

בתהליך זה של הגדרת הנסיבות המחמירות בעבירת ההתעללות, בתי הדין יכולים ללמוד ולהקיש מן הפרשנות שניתנה לעבירת ההתעללות בחוק העונשין, או מן הפרשנות של עבירות אחרות בחוק העונשין אשר גם בהן קיימת דרישה להוכחת נסיבות מחמירות לצורך הרשעה בחלופה המחמירה של העבירה ואף זאת מבלי להגדיר מהותן של אותן נסיבות מחמירות..."

באשר לקיומן של נסיבות מחמירות, קובע בית הדין הצבאי לערעורים בעניין כהן את הדברים הבאים:

"המשיב לא השיג על קביעת הערכאה קמא בדבר קיום נסיבות מחמירות לעבירת ההתעללות במקרה זה, אלא אך על מהות האישום שבו הורשע, כמסייע. נציין בתמצית, כי קביעת הערכאה קמא שאכן מתקיימות נסיבות מחמירות מקובלת עלינו, וזאת נוכח הכאה חוזרת ונשנית מצד כמה חיילים, כשהמוכה אזוק ומכוסה עיניים, והאירוע כולו מצולם ומתועד".

הוא הדין גם לענייננו ואף ביתר שאת.

כאשר הנאשם יזם אלימות כלפי העצור, לאחר שראה אותו מוחזק אזוק ומכוסה עיניים, והוא קרא לחבריו להכותו. הנאשם ביצע את המעשה בצוותא חדא עם אחרים, לאחר קריאתו, וכך חברו להם שלושה חיילים שהכו את העצור בזה אחר זה, מי במכות לראשו ומי בבעיטה לרגלו, כשקודם לכן הופנו כלפיו קללות מצד אחד המעורבים. כל זאת כאשר העצור ממשיך להיות אזוק ומכוסה עיניים, וכשרצונו של הנאשם להכותו הוא טעמים גזעניים, בשל היותו ערבי. לעניין זה יש לציין כי המעשים האלימים לא בוצעו בעידנא דריתחא, ולא בלהט הרגע, ולא בסמוך לאחר המעצר, אלא לאחר שהעצור כבר היה מוחזק על ידי חיילי הפלוגה במועדון היחידה במוצב.

כפי שקבע בית המשפט העליון, את הנסיבות המחמירות ניתן לקבוע גם בהסתייע בהוראות חוק אחרות בחוק העונשין, ובאשר לסוגיית המניע הגזעני נכון להפנות לסעיף 144 לחוק העונשין שלפיו:

"(א) העובר עבירה מתוך מניע של גזענות כהגדרתה בסימן א'1 או של עוינות כלפי ציבור מחמת דת, קבוצה דתית, מוצא עדתי, נטיה מינית או היותם עובדים זרים, דינו – כפל העונש הקבוע לאותה עבירה או מאסר עשר שנים, הכל לפי העונש הקל יותר.

(ב) בסעיף זה, "עבירה" – עבירה נגד הגוף, החירות או הרכוש, עבירה של איומים או סחיטה; עבירות של בריונות ותקלות לציבור ושל מטרדים הכלולים בסימנים ט' וי"א בפרק זה, ועבירה בשירות הציבור וכלפיו הכלולה בפרט ט' סימן ד', הכל למעט עבירה שהעונש שנקבע לה הוא מאסר עשר שנים ומעלה".

מניע גזעני לאלימות כלפי אדם שנתון במשמורת, בעבירת ההתעללות, יכול בהחלט לשמש כנסיבה לחומרה כפי שהדבר יוחס על ידי המאשימה בכתב האישום (וראו את ע"פ 9507/11 סביליה נ' מדינת ישראל [פורסם בנבו] (4.04.2012)). הדברים נכונים שבעתיים בהצטרף המניע לנסיבה שהוכרה בפסיקה כנסיבה לחומרה, והיא – ביצוע המעשה על ידי מספר אנשים שחברו להם יחדיו.

לגישתנו, חייל שמכה עצור פלסטיני אזור ומכוסה עיניים, בצוותא חדא עם חיילים אחרים, שאף הם מכים אותו, בחדר המועדון של היחידה בו הוחזק זמן מה לאחר המעצר, מטעמים גזעניים – מבצע עבירה של התעללות בנסיבות מחמירות.

ה. הגנה מן הצדק

ההגנה העלתה בפנינו בסיכומיה, כפי שכבר ציינה בגדר הכפירה, טענה של הגנה מן הצדק בפרט לאור קיומה של אכיפה בדרנית, ולשם כך אף הועברו לעיונו מספר רב של אסמכתאות להליכים פליליים או משמעתיים במקרים שנטען כי יש בהם משום דמיון למקרה שבפנינו (וראו ע"פ 4855/02 מדינת ישראל נ' בורוביץ', פ"ד נט(6), 776).

מצאנו לדחות טענה זו.

ראשית, במקרה דנן קיימות הנחיות כתובות ברורות באשר להליך ההעמדה לדין, אשר נדמה כי קיים על ידי המאשימה. הנחיה מס' 2.02 להנחיות התביעה הצבאית הראשית, עדכון אחרון אוגוסט 2009, בדבר עבירות אלימות והתעללות, נקבע כי

"במקרים של אלימות/התעללות של חיילים כלפי תושבים מקומיים באיו"ש ואזח"ע יש להעמיד לדין לפי סעיף 65(א) או (ג) לחש"ץ...". כמו כן, נקבע בהנחיה כי מאחר ולא נקבע יסוד הנסיבות המחמירות, עשוי הדבר להילמד בלשונו של חוק העונשין ו"לכן, במצב שבו מייחסים את עבירת ההתעללות, ומתקיימות נסיבות מחמירות כמובן בחוק העונשין, יש לייחס התעללות בנסיבות מחמירות לפי סעיף החוק בחש"ץ. בכל מקרה אחר, ניתן לשקול לייחס התעללות בנסיבות מחמירות, בהינתן קיומן של נסיבות אחרות, הגם שאינן ממין אלה המוגדרות בחוק העונשין".

קיומן של הנחיות כתובות מלמד על כך שהליך ההעמדה לדין לא נבחן בצורה שרירותית, והדברים נכונים בהחלט שעה שהגשת כתב האישום עומדת באמור בהנחיות הללו. בנסיבות אלו, הנטל למי שטוען לקיומה של אכיפה בררנית הוא נטל כבד ומשמעותי.

שנית, על מי שטוען לקיומה של אכיפה בררנית להראות אבחנה למקרים דומים בנסיבותיהם, מפני שאחרת לא יכולה להתקיים השוואה עניינית. ויוער, הליכים בהם התגבשו הסדרי טיעון והסכמות למיניהן, אינם יכולים ללמד, אף בהתקיים דמיון בנסיבות, לגבי קיומה של אכיפה בררנית, שעה שישנם אין-ספור שיקולים שעשויים להישקל במסגרת הסדרי טיעון והסכמות בין הצדדים. כך או כך, מדובר בנטל כבד להוכחת תשתית מבוססת לקיומה של אכיפה בררנית.

יפים לענייננו דבריו של בית המשפט העליון שלפיהם:

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

(4.8.2008), פסקה 37 וראו את ע"פ 8204/14 זלום נ' מדינת ישראל
[פורסם בנבו] (15.04.2015).

לאחר שבחנו את טיעוני ההגנה לעומק, לא סברנו כי הורם הנטל להראות כי המאשימה נקטה בדרך של אכיפה בררנית עם הנאשם בייחוס האישום נגדו, שעה שהעובדות מלמדות על מעשה תקיפה חמור של שלושה חיילים, נגד עצור פלסטיני אזוק ומכוסה עיניים, בתוך המוצב בו שהו, פרק זמן לאחר המעצר, ללא כל סכנה או צורך מבצעי, וכאשר המניע הוא מניע גזעני.

וכך קבע בית הדין הצבאי לערעורים בעניין כהן, היכן שהמבצעים העיקריים נדונו לעבירה שאינה התעללות, ואילו המערער הורשע בעבירה של סיוע להתעללות בנסיבות מחמירות :

"בסופו של יום המשיב הוא היחיד מבין המעורבים במעשה ההכאה של המסתנן שהורשע כמסייע לעבירה החמורה יותר שעניינה התעללות בנסיבות מחמירות. תוצאה זו, נבעה מבחירת המשיב לטעון לחפותו, כשבית הדין קמא קיבל את מקצת טיעוניו, וקבע כי המשיב אינו נמנה עם מעגל מבצעי העבירה בצוותא, וכי אחריותו היא כמסייע לעבירה. במצב דברים זה, הרישום הפלילי בעניינו של המשיב יהא על עבירה שביסודה חמורה יותר מהעבירה שתרשם למעורבים האחרים- ביניהם המעורבים הדומיננטיים שהשתתפו בהכאת המסתנן. אמנם בשני המקרים מדובר ברישום פלילי בלתי מסויג, בשים לב לענישה הנקובה בצד כל אחת מהעבירות, שעה שנעברו בנסיבות מחמירות. מאחר שאין ניתן לזקוף תוצאה רישומית זו להתנהלות התביעה, ומאחר שהאישום שיוחס למערער היווה את הכסות המשפטית הראויה וההולמת, אין נסיבות אלה מקימות זכות לסעד מן הצדק על דרך של שינוי ההרשעה מטעם בית הדין, כעתירת המשיב. מכל מקום, העובדה כי המשיב, שלא היה המעורב הדומיננטי באירוע, שנמצא כי הוא אחראי לעבירה כמסייע גרידא, הוא היחיד שיישא ברישום פלילי בעבירה בעלת חומרה יתרה ושלה נודעת תדמית שלילית יותר, ראוי לה להישקל, עת תעמוד על המדוכה שאלת העונש ההולם לו, למשיב".

אם הדברים נאמרו בנוגע לשותפים לדבר עבירה, שהם הם המבצעים העיקריים של המעשה, אזי שכוחם יפה, בכל הנוגע למתן סעד מן הצדק, למקרה דן בו עותרת ההגנה לסעד כאמור בשל שורה של מקרים בפסיקה, שלא דווקא דומים למקרה דן.

ההגנה טרחה והציגה שורה של הפניות לשיפוט משמעותי בבית הדין המשמעותי במשטרת ישראל, בהן המקרים שונים בתכלית מהמקרה כאן, וכן הציגה פסקי דין של בתי דין צבאיים. בנוסף למה שנאמר כבר לעיל, המקרים הם שונים ולא ראינו לנכון להתייחס לכל אחד מהם שעה שמדובר בעשרות. בכל אופן, הפסיקה לימדה כי יש להצביע על מדיניות שיטתית וממושכת שלאורה מתקיימת האכיפה הבררנית, מה שאינו מתקיים כאן כלל ועיקר (ע"פ 6328/12 **מדינת ישראל נ' פרץ** [פורסם בנבו] (10.09.2013)).

לאור האמור, לא מצאנו ממש בטענת ההגנה לקבלת סעד מן הצדק.

הוא הדין אגב, בכל הנוגע לטענות ההגנה לגבי אחריותם של חיילים אחרים לאירועים אלו, וכן לגבי אירועי עבר ביחידה של הנאשם, לרבות האווירה שהייתה בה. אף אם יש בטענות אלו מן האמת, אין בכוחן להפוך קערה על פיה כלל, כאשר במקרה דן מדובר במעשה אלימות חמור.

כידוע, מתן סעד הנוגע לטיב האישום במסגרת הגנה מן הצדק, הוא לא בגדר הכלל אלא החריג לו, ואך מובן כי הטוען לסעד מן הצדק, הצדק צריך להיות עמו. המקרה שבפנינו אינו כזה.

ההגנה העלתה טענות נוספות, כגון מחדלי חקירה ועוד, וגם בהן לא סברנו כי בכדי לשכנע, כאשר הרשעת הנאשם התבססה על אדנים ראייתיים מוצקים, אף אם ניתן היה לבצע חקירה בפרק זמן קצר יותר ולנהלה בצורה שונה.

ו. סוף דבר

לאור כלל המובא לעיל, מצאנו להרשיע את הנאשם במיוחס לו בפרט האישום הראשון, משהוכח ביצוע עבירה של התעללות בנסיבות מחמירות, למעט הנסיבה הקשורה לקטינות העצור הפלסטיני, וכפועל יוצא מכך, ולאור דרגת הנאשם,

מצאנו להרשיעו במיוחס לו בפרט האישום השני משזו התנהגות שאינה הולמת את דרגתו ומעמדו בצה"ל.

לא ניתן לחתום הכרעת דין זו מבלי להביע דאגה מהתמונה שהצטיירה בפנינו באשר לשגרת היום ביחידה של הנאשם ויתר העדים. ניכר היה, כי בניגוד לפקודות ולתפיסות היסוד של צה"ל כצבא העם, מתקיים ביחידה שיח מפלג שבבסיסו תפיסות אידיאולוגיות ושיוך פוליטי ואף מפלגתי. מציאות מעין זו אסור שתתקיים בצה"ל, ובפרט ביחידה לוחמת. חזקה כי גורמי הפיקוד יפיקו את הלקחים הנדרשים מהעניין.

אני סבורים כי נכון שיועבר העתק למטה פיקוד העורף.

• **ניתנה היום, 07/02/2016, בפומבי ובמעמד הצדדים.**

שופט

אב"ד

שופטת

גזר דין

הנאשם הורשע, לאחר שמיעת הוכחות, בעבירות שעניינן התעללות בנסיבות מחמירות, לפי סעיף 65(א)+(ג) לחוק השיפוט הצבאי, תשט"ו – 1955 והתנהגות שאינה הולמת, לפי סעיף 130 לחוק השיפוט הצבאי, תשט"ו – 1955.

בהכרעת הדין מצאנו לקבוע כי הוכחו בפנינו העובדות הבאות, אשר מבססות את האישומים נגד הנאשם, כדלקמן:

"הנאשם, לאחר שראה את העצור בחדר המועדון של היחידה במוצב, כשהוא יושב על הרצפה, אזוק ומכוסה עיניים, ניגש לחדר המגורים של המחלקה ואמר לנוכחים כי ישנו עצור והציע להכותו. בחדר התקיימה שיחה מתלהמת, אשר קשורה למצב הביטחוני בישראל, שכללה גם דברים לגבי אלימות כלפי עצורים. לאחר האמור, יצאו הנאשם, סמל י' א' וסמל ד' מ', יחדיו, לכיוון חדר המועדון בו הוחזק העצור כשהוא יושב על הרצפה, אזוק בידיו ועיניו מכוסות, ונכנסו לתוכו כקבוצה. סמל ד' מ' הפנה קללות כלפי העצור, ולאחר מכן הכה אותו בראשו ובעט בו ברגלו, ולאחריו הכה הנאשם את העצור בכף ידו, באזור ראשו, ולאחריו גם סמל י' א' במכה דומה. המעשים נעשו כאשר סמל ניק ז'וקוב הביע את התנגדותו המילולית בפניהם. השלושה חברו יחדיו לביצוע המעשה כמבצעים בצוותא, אם כי לא הוכח כי היה תכנון מפורט קודם לכן. הנאשם ביצע את המעשה מטעמים גזעניים, מפני שרצה להכות את העצור בשל היותו ערבי.

למעשה, כך נקבע, כלל העובדות שמנתה התביעה בכתב האישום הוכחו ברמה שמעבר לכל ספק סביר, למעט הנסיבה שלפיה העצור הינו קטין, אשר נזנחה על ידי התביעה בטיעוניה.

בסיום הכרעת הדין, השמיעו הצדדים את טיעוניהם. התביעה ביקשה להשית על הנאשם עונש מאסר בפועל בן מספר חודשים לצד עונש מאסר מותנה והורדה לדרגת טוראי, ואילו ההגנה ביקשה להסתפק בימי מעצרו הסגור של הנאשם כימי מאסר

בפועל, לצד עונש מאסר מותנה. ההגנה גם הותירה את העתירה להורדת הנאשם לדרגת טוראי לשיקול דעת בית הדין.

נסיבות המעשה פורטו בהרחבה על גבי הכרעת הדין ועל כן איננו רואים מקום, גם בשל קוצר הזמן, לשוב ולציין בהרחבה במסגרת גזר הדין, מעבר לתמצית העובדתית שהובאה לעיל. משכך, ניתן לגשת למסלול המובנה להכרעת דינו של הנאשם.

לא יכולה להיות מחלוקת כי העבירה בה הורשע הנאשם היא עבירה שיועדה להגן על גופו של אדם ועל כבודו. מדובר בערכים חברתיים בדרגה גבוהה ביותר, ומתוקף כך יש ליתן להם הגנה מרבית. מידת הפגיעה בערך החברתי ניתנת לבחינה לצד נסיבות המקרה, כאשר במקרה דנן מדובר במי שהבחין בעצור אזוק ומכוסה עיניים בחדר השייך לפלוגה, ולאחר מכן ניגש לחבריו והציע להם להכותו. לנאשם הצטרפו שניים מחבריו, ובזמן שהעצור מצוי בחדר בו הוחזק, הוא הוכה על ידם בזה אחר זה, כאשר הראשון הכה אותו בראשו ובעט בו, לאחר שקילל אותו, הנאשם שהיה השני הכה אותו בראשו והשלישי עשה כמוהו. המעשים בוצעו, מצדו של הנאשם, מטעמים גזעניים בשל היות העצור ממוצא ערבי. יוער גם, כי המעשה שעשו הנאשם וחבריו בוצע בצוותא חדא, וזאת כאמור שלא בסמוך למעצרו של העצור הפלסטיני אלא רק לאחר שהובא למוצב בו שהתה היחידה, והוחזק שם.

התמונה המצטיירת היא תמונה קשה, שבה אכזריות, ביזוי והשפלה. העצור לא היווה כל סכנה לסובבים אותו, והוא לא הביע כל התנגדות לשום פעולה חוקית, ומשכך, הנאשם וחבריו הפכו אותה לחפץ חסר ערך וחשיבות שמוכה על ידם מכל עבר. אכן, אין בידינו לקבוע בצורה חד-משמעית מה עוצמת המכות שהיו, על אף התיאור המהימן שניתן על ידי עד הראיה, אולם לכל הדעות מדובר במעשה כואב ומשפיל כשהעצור כלל לא יכול לצפות את האלימות ומקורה, ולא יודע להעריך מתי תיפסק. הדברים מתחדדים מכוח כך שמדובר במעשה שנעשה בשל מניעים גזעניים.

מנגד, לא התעלמנו מכך שלא היה תכנון מפורט של המעשה, כפי שביקשה התביעה הצבאית להוכיח במהלך שמיעת הראיות.

רמת הענישה הנוהגת הוצגה בעיקריה על ידי התביעה הצבאית, וככלל הפסיקה מדברת על ענישה של מאסר לריצוי בפועל בן מספר חודשים. יוער, כי לא נמצאו

תקדימים לפסיקה למקרה של התעללות בעצור כפות ומכוסה עיניים מטעמים גזעניים, כאשר הדעת נותנת שמניע זה בכוחו להחמיר בעונש שיש לגזור לנאשם, בדומה לקבוע בסעיף 144 לחוק העונשין, תשל"ז – 1977.

ואולם, במקרה דנן מצאו השופטים להתייחס בעיקר לעונש שנגזר על שותפו של הנאשם כבסיס לגזירת העונש כאן. אכן, ככלל לא ניתן ללמוד על רמת ענישה מהסדרי טיעון, אך נדמה כי החריג לכלל הרחב הזה הוא כשמדובר בשותפים לדבר עבירה, מפני שאחרת זה יכול להוביל למצבים לא רצויים של פערי ענישה לא מוצדקים בין שני אנשים שעשו את אותו המעשה העברייני.

על כן, ולאחר בחינת רמת הענישה הנוהגת במקרים דומים, וכן לאור העונש שנגזר על השותף סמל ד' מ' בתיק עורף (מחוזי) 105/15, מצאנו לקבוע כי מתחם העונש ההולם צריך להיות בין שלושה לשבעה חודשי מאסר לריצוי בפועל, בנסיבות מקרה זה.

באשר לעונש הסופי שיש לגזור על הנאשם, הרי שנתנו את דעתנו לפגיעה של ההרשעה והעונש על הנאשם ומשפחתו. הנאשם הורשע בעבירה של התעללות בנסיבות מחמירות, ומשכך ילווה בכתם הרשעה פלילית לאורך שנים ארוכות, בפרט לאור תכונותיו של הנאשם להישאר בארץ ולחיות בה. נדמה כי גם משפחת הנאשם תיפגע מההרשעה.

הנאשם, חייל בודד, עלה לארץ לפני כחמש שנים מטעמים ציוניים וביקש לשרת, כשלא היה חייב בכך לטענתו, ביחידה קרבית בדומה לבן דודו, ממנו היה מושפע רבות, ג'ורדן בן סימון ז"ל אשר נהרג במבצע צוק איתן בעזה. מגיל 4 גדל הנאשם ללא צל של דמות אבהית בבית, וגם הפרידה מאמו כשעלה לארץ לוותה בקשיים לא מעטים.

הנאשם ביקש להביע צער על המעשה בדברו האחרון, וחזר ארוכות על המוטיבציה הרבה שגילה ועודנו מגלה, לשירות תורם כלוחם בצה"ל.

באשר לעונש, נחלקו דעות השופטים. המחלוקת נוגעת במידת ההקלה שיש לתת לנאשם לעומת שותפו, ד' מ'. ודוק, כלל השופטים לא ראו לנכון ליתן עונש חמור מזה שהוטל על ד' מ' במסגרת הסדר טיעון בו נקשרה המאשימה עמו, בשים לב לכך

ששם דובר במי שכשל במעשה נוסף של הכאת עצור פלסטיני, גם אם בנסיבות חמורות פחות ממקרה דנן. העובדה כי מדובר בנאשם שלחובתו מעשה קודם של הכאת עצור פלסטיני היא עובדה חשובה לעניין העונש, לעניין הצורך בהרתעה, וכן לעניין בחינת מידת החרטה וקבלת האחריות, אף אם שם הסתיים ההליך בהודאה לאחר שמיעת פרשת הראיות.

אחד משופטי ההרכב סבר כי הכתם הפלילי שילווה את הנאשם הוא כה חמור, ולצד העובדה שהאלימות שנקט היא פחותה מזו שנקט אותו שותף למעשה, על אף היותם מבצעים בצוותא, ועל כן ראה לנכון להטיל על הנאשם שלושה חודשי מאסר לריצוי בפועל בכליאה ממשית, בניכוי ימי מעצרו הסגור. שופט שני משופטי ההרכב סבר כי העונש צריך להיות חמור יותר ועליו לבטא בחומרה נוספת את הכשלים ואת ההיבטים שצינו בכללותם במסגרת הכרעת הדין, תוך איזון הטעמים לקולא שנסקלו אף על ידי השופט הראשון. לטעמו של שופט זה יש להטיל על הנאשם ארבעה חודשי מאסר לריצוי בפועל בכליאה ממשית בניכוי ימי מעצרו הסגור. השופט השלישי סבר כי היבטי החומרה הניכרים מהמעשה של הנאשם בפרט ההצעה לאחרים להכות את העצור בהיותו אזוק ומכוסה עיניים, וכן הביצוע בצוותא והמניעים הגזעניים, מחייבים ענישה מכבידה יותר שדומה מאוד לעונש שהוטל על השותף. לדעתו של שופט זה יש מקום להטיל על הנאשם חמישה חודשי מאסר לריצוי בפועל בכליאה ממשית בניכוי ימי מעצרו הסגור.

כלל השופטים סברו כי יש להטיל עונש מאסר מותנה בדומה לזה שהוטל על השותף וכן יש להוריד את הנאשם מכל דרגה פיקודית לאור הפגם הפיקודי והמוסרי שבמעשה.

בהינתן הוראות החוק רואים את דעתו של השופט המחמיר כמצטרפת לדעתו של השופט המחמיר פחות ממנו ומשכך מוטלים על הנאשם העונשים הבאים:

א. ארבעה (4) חודשי מאסר לריצוי בפועל בכליאה ממשית, בניכוי ימי מעצרו הסגור. הנאשם יתייצב לריצוי יתרת העונש ביום 12/02/2016 עד השעה 10:00.

ב. שלושה (3) חודשי מאסר על תנאי למשך שלוש (3) שנים והתנאי הוא שלא יעבור כל עבירה שעניינה התעללות או אלימות.

ג. הורדה לדרגת טוראי.

לקראת הדיון הגישה התביעה בקשה לבטל את צו איסור הפרסום הנוגע לפרטיו של הנאשם. מאחר ומדובר בהחלטה שמסיימת את ההליך בעניינו של הנאשם בערכאה זו סברנו כי אין מנוס משמיעת עמדות הצדדים בעניין זה והכרעה בבקשה, וזאת מבלי לקבוע מסמרות בעניין קיומה של סמכות לדון בשאלה זו גם לאחר סיום ההליכים.

בדומה לעניינו של סמל ד' מ', סברנו כי יש לנהוג על פי הכלל ולפיו יש לפרסם את פרטיו של הנאשם. למסקנה זו הגענו גם בשים לב להחלטה בעניינו של השותף אך בעיקר לאור שני טעמים. הטעם הראשון הוא בכך שהיום ניתנה הכרעת דין מרשיעה בעניינו של הנאשם ומובן כי אין דינו של חשוד כדינו של נאשם ואין דינו של זה כדינו של מי שהורשע בדיון. הטעם השני הוא בכך שההגנה לא הצביעה על טעם מיוחד, כמצוות המחוקק, שמאפשר לחרוג מן הכלל שלפיו יש לפרסם פרטי נאשמים והרשעות בהליכים פליליים. בעניין זה יצוין כי בחנו את חוות הדעת של נציג חטיבת המבצעים ונתנו את דעתנו לכך שנקבע כי נשקף סיכון נמוך.

ההגנה ביקשה לעכב את ההחלטה בנוגע לאיסור הפרסום בשבועיים ימים בכדי להצטייד בחוות דעת עדכנית משום שלדעתה ריבוי הפרסומים בתקשורת יכול להוביל לכך שתהיה הערכה מחודשת וחוות דעת שונה. ראינו לנכון שלא לדחות את ההכרעה בבקשה הן לאור השאלה הכללית הנוגעת לסמכות בית הדין לאחר סיום ההליכים בעניינו של הנאשם במתן גזר הדין הסופי, אך גם לאור העובדה שיינתן פרק זמן להגנה, כעיכוב ביצוע החלטה זו, שבמהלכו תוכל לבחון את צעדיה על פי הדין ובכל מישור שהיא סבורה שיש לנקוט בו.

על כן, מצאנו לעכב את ההחלטה בדבר פרסום פרטיו של הנאשם עד ליום 21/02/2016 בשעה 12:00.

• זכות ערעור כחוק.

- ניתנה היום, 07/02/2016, כ"ח בשבט התשע"ו, והודעה בפומבי ובמעמד הצדדים.

שופט	אב"ד	שופטת
------	------	-------

העתק	נכון	מהמקור
רס"ן	איריס	קלי
ק'	בית	הדין

נערך על ידי: מילי מלצב
בתאריך: 07/02/2016
חתימת המגיה: א' ב'