



בבית הדין הצבאי המחוזי

במחוז שיפוטי מרכז

בפני כבוד השופטים:

סא"ל רונן שור – אב"ד

סרן יובל פריץ – שופט

סרן נופר נסים – שופטת

בעניין: התובע הצבאי

(ע"י ב"כ, סרן אבישי קפלן וסגן בר סיון)

נגד

ח/XXX רב"ט ר' ס'

(ע"י ב"כ, עו"ד יובל קגן)

הכרעת דין

רקע

1. כנגד הנאשם, רב"ט ר' ס', הוגש כתב אישום, המייחס לו שתי עבירות של התעללות בנסיבות מחמירות, לפי סעיף 65(א) ו-(ג) לחוק השיפוט הצבאי, תשט"ו – 1955, כאשר פרט האישום השני מייחס לו ביצוע בצוואת עם אחר.

2. בתמצית נטען, כי בשתי הזדמנויות שונות בחודש אוקטובר 2015 עצר כוח מגדוד XXX שני פלסטינים, הביאם למוצב XXX ואלו הושמו במתחם הפלוגה בו משרת הנאשם. העצורים היו אזוקים בידיהם ומכוסים עיניים. המעשים המיוחסים לנאשם יתוארו בהתאם לנוסח כתב האישום ולהסכמות העובדתיות בין הצדדים, כמו גם בעקבות תיקוני כתב האישום.

3. באירוע הראשון מבחינה כרונולוגית (פרט האישום השני) חיבר הנאשם לצווארו של העצור, אוסיד חסן, מכשיר חשמלי מסוג touchtens (להלן – המכשיר החשמלי), השולח זרמים חשמליים באמצעות אלקטרודות, והפעילו תוך שהוא מגביר את עוצמת הזרם על אף תחינותיו של העצור, בעוד רב"ט ב' תיעד את ההתרחשות באמצעות טלפון נייד. בנוסף, רב"ט ב' הכה את העצור בראשו ובעט בו כשהנאשם נוכח במקום. רב"ט ב' דרך על רגליו של העצור בזמן שהנאשם סידר את כיסוי העיניים של העצור. התביעה ציינה, כי המתלונן לא הגיש תלונה ולא אותר על-ידי גורמי החקירה. התביעה הבהירה, כי הנסיבות המחמירות לשיטתה הינן: ביצוע המעשים בצוותא עם אחר, השימוש במכשיר החשמלי לשם ביצוע המעשים, צילום המעשים, ועובדת היותו של העצור אזוק ומכוסה עיניים בעת ביצוע המעשים.

4. באירוע השני (פרט האישום הראשון), שהתרחש ארבעה ימים לאחר מכן, בחמ"ל הפלוגה, חיבר הנאשם לראשו של העצור, תאאר אקטיש, את המכשיר החשמלי והפעילו. התביעה הבהירה, כי הנסיבות המחמירות לשיטתה הינן: שימוש במכשיר החשמלי לשם ביצוע המעשים ועובדת היותו של העצור אזוק ומכוסה עיניים בעת ביצוע המעשים.

5. בעקבות הסכמות עובדתיות ודיוניות בין הצדדים גדר הכפירה היה מצומצם ולבית הדין הוגשו ראיות מוסכמות. בפרט האישום הראשון כפר הנאשם כי מעשיו הקימו את העבירה המיוחסת לו בכתב האישום, הן בבסיסה והן ביחס לנסיבות המחמירות. בפרט האישום השני חלק הנאשם על הניסוח שעניינו תחינותיו של העצור, העובדה כי רב"ט ב' תיעד את האירוע ומודעות הנאשם לעצם התייעוד. בנוסף, שלל הנאשם את אחריותו הפלילית למעשיו של רב"ט ב' ואת יסודות העבירה בכללותה. בנוסף, הועלתה טענת הגנה מן הצדק בשל התחקיר שנערך ביחידה (טענה ממנה חזר הסנגור בהמשך), הפרת נהלים מצד היחידה בכל הנוגע לשמירה על עצורים וכן אכיפה בררנית מול נאשמים אחרים בפרשה ונוכח מקרים נוספים שהובאו בפני הדין הצבאיים בשנים האחרונות.

סיכום הראיות

6. **תאאר קטיש**, תושב עתיל ונשוא האירוע בפרט האישום הראשון, מסר באמרתו (ת/1) כי בעת שנעצר ניסו חיילי צה"ל להרביץ לו אך התגונן מפניהם. לאחר שהובא למחנה ושמוהו ליד קיר, הכוהו חזק בבטנו ליד הצלעות וחש "**שאני עומד למות**". בנוסף, חיזקו את אזיקי הפלסטיק והרגיש "**זרם קטן של כמו חשמל**" שהחיילים שמו לו "**ממש חלש**" ברקות משני צדי המצח; תוך שהדגיש כי הזרם שחש היה "**קטן ממש רק במצח**". לדבריו, ניסו להכותו בשנית אך התגונן ולאחר מכן הוסיף כי מפעם לפעם מישוהו עבר והכהו באגרופים למותנו ולרגליו. העד היה עם פלגלית ולא הבחין בזהות החיילים הרבים ששהו במקום. העד שלל כי הייתה עילה לאלימות שהופנתה כלפיו.

7. **רב"ט מור משה**, לוחם בגדוד נצח יהודה, סיפר באמרתו (ת/6), כי ראה את הנאשם מחבר מכשיר עיסוי לעצור פלסטיני, ולטענתו המדובר ב"**משחק**" שמניסיונו לא גורם לכאב של ממש. העד מסר כי לנעליו של רב"ט ב' – שאת קולו זיהה בסרטון שהוצג בפניו – יש צבע ייחודי.

8. **סרן אלעד גפן**, מפקד מכון הפיזיותרפיה בצריפין, מסר באמרתו (ת/5), כי המדובר במכשיר טיפולי שנועד למטרה רפואית-תפקודית בלבד: הפחתת כאב וסיוע בחיזוק השרירים של המטופל, תוך שימוש בזרמים חשמליים שמזרזים החלמה של הרקמה. המכשיר לא גורם לנזק אם מונח במקום בו לא קיימת בעיה רפואית, אך בעוצמה גבוהה הוא עלול לגרום לכוויות. מעבר לכך, אסור להניח את המכשיר במקומות ובסיטואציות מסוימות (כגון פלטינות או קוצב לב), והעד לא נתקל במצב בו המכשיר מחובר לרקות. כיוון שתחושת הכאב היא סובייקטיבית ואינה בידיעת המפעיל, הרי שעוצמת המכשיר מווסתת על-ידי המטופל. כאשר הזרם חזק עבור המטופל הוא יחוש כאב ואף עשוי לגרום ל"הרמת יד" מצדו ללא משים. בנוסף, הפעלת השריר על-ידי המכשיר בצורה לא רצונית, עשויה להוביל לכיווץ במקום אחר בגוף כתגובה הגנתית.

9. לבית הדין הוגש **מדריך** קצר לשימוש במכשיר החשמלי (ס/1), בו מתואר המכשיר, אופן הפעלתו העצמאי תוך שליחת אימפולסים חשמליים עדינים דרך העור, תוך ציון כי להפעלה אין תוצאות לוואי. בד בבד, קיימת אזהרה

לפיה אין להשתמש במכשיר על כאב שלא אובחן; כאשר מותקן קוצב לב; או על בטן בזמן הריון.

10. כעולה מתחקיר של גדוד נצח יהודה (ס/2) – שאינו נוגע להתרחשויות נשוא כתב האישום – ביום 14.10.15 הכו מספר חיילים, בהזדמנויות שונות, עצור פלסטיני שהובא למוצב והושם בחמ"ל, שלא בנוכחות מפקדים שתדרכו את החיילים בדבר התנהגות נאותה. מהתחקיר עלה, כי הנוהל לטיפול בעצור אינו ברור לכלל המפקדים, חרף העובדה כי הימצאות עצורים בגדוד היא תדירה; בעוד שהחיילים מודעים להנחיה לפיה אסור מגע עם עצור שלא לצורך מבצעי ולאירועים פסולים בעבר. נמצא כי הגורמים התורמים לאירוע היו הותרת העצור במקום מרכזי ונגיש, ללא מפקד אחראי. המג"ד התרשם, כי בקרב החיילים נוצרה אווירה של התעלמות מטיפול לא נאות בעצור; וקבע, כי הכשלים טמונים הן באי-הקפדה על נוהל טיפול בעצור והן באי-מימוש התפקיד מצד המפקדים.

11. לפי נוהל השהיית עצור בגדוד (ס/3), עולה כי על עצור להיות בהשגחת מפקד, בחדר מוגדר ולא במרחב ציבורי, אזוק ולפי שיקול-דעת עיניו מכוסות. אחת לשעה על המפקד לבדוק מול עצור האם ברצונו לשתות או להתפנות לשירותים.

12. סרן דניאל בצלאל, מ"פ בגדוד XXX, העיד כי מהתחקיר שביצע עלה כי מפקדים הכפופים לו לא הכירו ולא יישמו את נוהל השהיית עצור בגדוד, שנועד למנוע אלימות כלפי העצור; אולם חידד כי הובהר לחיילים באופן בלתי משתמע כי אין להכות או לגעת בעצור. העד הופתע מריבוי המעשים הפסולים שבוצעו כלפי עצורים. כיסוי העיניים נעוץ בחשש לחשוף את העצור לחומר מסווג המצוי בפלוגה.

13. בית הדין קיבל כראיה שני סרטונים, שנמצאו במכשיר הטלפון הסלולארי של רב"ט ב' המתעדים את עיקר ההתרחשות שבפרט האישום השני (ת/10).

14. בסרטון הראשון (מסומן בסופו 09), שאורכו 27 שניות, נצפה הנאשם בתוך חדר ובו ציוד (ככל הנראה החמ"ל), ולצידו העצור כורע על הרצפה, אזוק בידיו מאחור ועיניו מכוסות בפלנלית. כבר מתחילת הסרטון מחובר המכשיר החשמלי לצדו האחורי של העצור, כאשר הוא רועד ברגליו. הנאשם לוחץ על המכשיר מספר פעמים ובתגובה העצור נשמע מתחנן פעם אחר פעם "לא", עד שהנאשם מנתק את המכשיר (לאחר כעשר שניות). במהלך האירוע נשמע צחוקו של חייל אחר (ככל הנראה הצלם) ואילו הנאשם עצמו מוחיך. הצלם קורא לעברו של העצור "אוסקוט", "יא מג'נונה" ו"הדא מג'נונה הדא", תוך שהנאשם יוצא בחיוך מהחדר ומסתכל לעברו של הצלם, בעוד העצור ממשיך לרעוד בגופו. לקראת סוף הסרטון, נשמע קול שאומר לצלם: "רואים את הפנים שלי, אני יהרוג אותך אני אומר לך".

15. בסרטון השני (מסומן בסופו 05), שאורכו 32 שניות, נראה העצור יושב במסדרון, אזוק בידיו ועיניו מכוסות בפלנלית. בסמוך לצלם ולעצור נראים שני חיילים בפלג גופם התחתון, אחד מהם יתברר לאחר מכן כנאשם. הצלם ניגש לעצור, אומר "בשבילך הקדוש ברוך הוא", מכה עם ידו פעם אחר פעם בראשו ובעורפו של העצור תוך כדי אמירת "שמע ישראל ה' אלוהינו ה' אחד" בד בבד לצחוק. חייל אחר אומר "תוריד לו את הפלנלית סדר לו אותה.. סדר לו אותה אם אני אגע בו אני יהרוג אותו, ראית אני מתאפק". הנאשם, שעמד בסמוך, ניגש לעצור ומסדר את הפלנלית על עיניו, בעוד שהצלם בועט ברגליו של העצור והנאשם ממשיך במעשיו. לאחר מכן נשמע קול שאומר "זה כואב רצח אחי", והסרטון מסתיים בצילום החמ"ל.

גרסת הנאשם

16. הנאשם נחקר לראשונה ביום 21.10.15 ולאחר שהוזהר כדין וויתר על זכותו להיוועצות בעו"ד התנהל תשאול בעל-פה (ת/4). הנאשם הודה כי בשני אירועים בהם נעצרו פלסטינים והובאו למוצב חרמש השתמש במכשיר החשמלי המשמש עבורו לצרכים רפואיים (כפי שגם הוסכם בין הצדדים), ואשר מחובר למספר אלקטרודות השולחות זרמים חלשים. בהזדמנות אחת חיבר את המכשיר החשמלי לעורפו של עצור ובהזדמנות נוספת לידיו של עצור אחר וזאת על-מנת להבהילו (תוך שאישר את תיעוד המקרים בסרטונים

שנתפסו). בשני האירועים הבחין בחיילים נוספים מכים את העצורים, כאשר בראשון מהם רב"ט ב' הכה את העצור בבעיות ובאגרופים ובאירוע השני שלושה חיילים אחרים הכהו את העצור. כן הביע חרטה על מעשיו.

17. באמרתו (ת/2) שב הנאשם בפירוט על התוודותו האמורה. באירוע הראשון, שהתרחש כשבועיים קודם לחקירה, הדביק את המכשיר החשמלי לעורפו של העצור (בשל היותו של המקום חשוף) והפעילו. לאחר מכן, העצור הוצא מחוץ לחמ"ל בו שהה הנאשם ושם מספר חיילים הרביצו מפעם לפעם לעצור, בבטנו בצלעותיו וברגליו, באמצעות בעיטות ואגרופים. הנאשם אישר, כי סידר את הפלגלית לעצור כאשר הנאשם הוכה על-ידי רב"ט ב' (אותו זיהה בסרטון לפי נעליו הצבאיות). באירוע השני, שהתרחש אף הוא בחמ"ל, חיבר הנאשם את המכשיר החשמלי למשך מספר שניות לחלק התחתון של זרוע העצור, אשר הגיב בבהלה תוך שהזיז את ידיו וגופו. לאחר מכן הוציא הנאשם את העצור למסדרון, הושיבו בצורה אגרסיבית – הן בשל אי-הבנתו של העצור את רצונו של הנאשם והן לאור התרבות האגרסיבית הנהוגה במקום כלפי עצורים – ושם הוכה העצור על-ידי מספר חיילים.

18. הנאשם תיאר כי הכאתם של עצורים פלסטיניים היא עניין שבשגרה, אפופה בשתיקה ונובעת מתסכול בשל המצב הביטחוני. הנאשם לא היה מעורב באליומות כלפי העצורים מחשש כי יסתבך וכי תוצאתה עלולה למנוע את קליטתם למעצר. עם זאת, לא מנע את האלימות שהופעלה שכן "זו הייתה האווירה במוצב" ואיש לא עצר בעדם. לטענתו, הפעלת המכשיר החשמלי – אירוע שרווח אף בין החיילים עצמם – בוצעה כ"בדיחה לא מוצלחת" ו"ברוח שטות"; וכי המעשה אינו גורם לכאב אלא נועד להבהיל ולהלחיץ את העצורים, בשל עיוורונם למקור הזרם. הנאשם – שהיה מודע לפליליות מעשיו וכעת מתחרט אודותם – טען כי לא התכוון לפגוע בעצורים ובפועל לא הכאיב או פגע בהם, כפי שלשיטתו עולה מסרטון שהוצג בפניו ותיעד את המתרחש.

19. באמרה נוספת שמסר לאחר מספר ימים ובהמשך להיוועצות בסגור צבאי, אישר הנאשם את גרסתו הראשונה. עם זאת, טען כי אינו זוכר את תוכן חקירתו, לרבות זהותם של החיילים שנקטו באליומות כלפי העצורים, כיוון

שאותה עת היה לחוץ ובסערת רגשות וקיווה כי שיתוף פעולה בחקירה **"יבוא בחשבון בהתייחסות אליי בדין"**.

20. במסגרת פרשת ההגנה העיד הנאשם, כי ככלל עצורים הגיעו לפלוגה לפרק זמן קצר והושמו בחמ"ל או במסדרון, כאשר ידיהם אזוקות מאחורי גבם ועיניהם מכוסות. לדבריו, לא תודרך היכן להחזיקם וכיצד לשמרם. עם זאת, הנאשם הטעים כי לו היה מצוי בחמ"ל ועצור היה מעוניין להתפנות – היה מבקש מחייל אחר לקחתו; וכי בכל מקרה אם העצור ינסה לברוח יעצרו. הנאשם אף אישר, כי חשש להסתבך, בין היתר, אם ירביץ לעצור – קרי, כי האירוע ידווח למפקדים ותיפתח חקירה. בנוסף, נמנע מלדווח אודות מעשי אחרים כיוון **"שזו הייתה האווירה במוצב"** וגם **"לא רציתי שהם יסתבכו"** **"זה לא פשוט, אלו חברים מהיחידה"**. טענתו על אודות מודעות המפקדים למעשים התבססה על שמועות ואינה נסמכת על אירוע קונקרטי; ולדבריו כיוון לדרג הזוטר, הגם שאישר כי שמע על אודות אירוע בו מ"מ ("חדש") מנע מחיילים להכות עצור.

21. הנאשם תאר את השימוש שערכו הוא וחבריו במכשיר החשמלי ואת תפקידיו. הוא אישר, כי מי שאינו מכיר את המכשיר עלול להיבהל בשל השפעותיו, המבוטאות אף בתזוזה גופנית, הגם שלמיטב ידיעתו לא נגרמות תוצאות לוואי לשימוש במכשיר.

22. באירוע הראשון נשא עמו הנאשם את המכשיר החשמלי, חיברו לעצור למשך מספר שניות וניתקו כאשר הבחין כי השימוש מציק לעצור. הנאשם טען כי לא התכוון להתעלל בו אלא המדובר ב**"בדיחה לא מוצלחת"**, **"סתם שטות"** וניסיון להצחיק את הנוכחים. עם זאת, אישר כי ניסה להבהיל את העצור ולהלחיצו, בדומה להתנהלותו עם חבריו (הגם שהבין כי מצבם ומעמדם שונה משל העצור). הוא אמנם טען כי מניסיונו שלו בשימוש במכשיר העצור לא סבל, אך הודה כי השפילו (כאשר בחקירה החוזרת הסביר שהבנתו התגבשה בעת הצפייה בסרטון במצ"ח). כמו כן, הנאשם הגביר את עוצמת ההפעלה **"בשביל שהוא ירגיש את זה"** וכי העצור – שהיה עיוור לנעשה סביבו – נתקף בבהלה. תחילה, גרס הנאשם כי אינו זוכר אם היה חייל נוסף במקום אותה עת, לאחר מכן שיער כי רב"ט ב' היה בסמוך אליו ולבסוף הודה שידע על

נוכחותו של האחרון בזמן אמת. חרף האמור, טען כי הנסיבות אינן מלמדות על תכנון משותף.

23. בדומה, טען הנאשם כי לא ידע בזמן אמת שהאירוע צולם – הוא משער שעל-ידי רב"ט ב', נוכח קולו ונעליו – והכחיש כי תכנן עמו לתעד את ההתרחשות; ולדבריו חש בושה בעת שצפה בסרטון בחקירה. עם זאת, הנאשם הודה שלא רצה כי יצולם, אישר כי לאחר ניתוק המכשיר מהעצור הסתכל לעברו של רב"ט ב' (כפי שניתן להתרשם מהסרטון) ולא השכיל להסביר הכיצד רב"ט ב' ידע לתעד דווקא את חיבור המכשיר החשמלי לעצור עוד טרם תחילתו של המעשה. בנוסף, ניסה הנאשם להכחיש כי שאל את המצלם אם רואיו את פניו וטען שאינו זוכר שאמר למתעד **"אני אהרוג אותך אם רואים את הפנים שלי"** (כפי שנשמע בסרטון); הגם שלא הצביע על מקור חלופי לזהות הדובר.

24. לאחר מכן, כאשר הוצא העצור למסדרון, סידר הנאשם את הפלנלית לעצור, לאחר שזו נשמטה ולבקשתו של חייל אחר, שכן אחרת העצור יכול היה להבחין במתרחש סביב. הנאשם עשה כן בעת שרב"ט ב' הרביץ לעצור – כשלטענתו לא ידע על כוונתו של רב"ט ב' ולא היה שותף למעשה (**"לא היה בנינו שום הסכמות"**) – והודה כי טעה שלא מנע ממנו את הדבר.

25. באירוע השני, בעת ששימש במשרת בחמ"ל, חיבר את המכשיר לידו של העצור, אך אינו זוכר אם גם לראשו (כשלדבריו הבין כי ניתן לחבר את המכשיר לכל מקום בגוף). הנאשם הוסיף, כי לא תאר **"שזה יגיע לממדים כאלו, שאני אגיע לבית הדין"** וציין כי הוא בוש במעשיו המנוגדים לחינוכו.

26. לטעמנו, עדותו של הנאשם נמסרה בצורה מהוססת ותמציתית, מבלי שהכביר בפרטים. התרשמנו בצורה בלתי אמצעית, כי זכרנו בגד בו לא פעם, אף שהמדובר בהתרחשויות מן העת האחרונה, במיוחד כאשר דובר בפרטי אירועים שאינם נוחים עבורו. לעתים תשובותיו היו מיתממות ובלתי סבירות – בפרט ביחס לשאלות העובדתיות השנויות במחלוקת – והן סתרו הן את התיעוד המצולם והן את השכל הישר. אמנם נדמה כי בדיעבד הנאשם מכה על

חטא התנהגותו הפסולה, אולם מצאנו כי ביקש למזער את מעשיו ואת השלכותיהם, תוך ניסיון לגמד את מעורבותו במכלול האירועים.

27. לפיכך, לא נוכל להסתמך על הפרטים ה"מזכים" בעדותו ופועל יוצא לניסיונו הכושל – באמרתו ובעדותו – לצמצם אחריותו ולטשטש מעשיו. מצאנו כי יש לפצל את אמרתו ועדותו של הנאשם, כך שניתן יהיה להתבסס על החלקים העובדתיים העיקריים שבהן, בכל הנוגע לעצם התרחשות המעשים; ולדחות את טענותיו ככל שהן עומדות בסתירה לראיות האובייקטיביות, שחלקן אף הוגש בהסכמה, להיגיון הבריא ולשכל הישר.

ממצאים עובדתיים

28. חלק נכבד מן האירועים אינו מצוי במחלוקת. עם זאת, עלינו להכריע במספר שאלות עובדתיות הנוגעות להתרחשות שבפרט האישום השני, שהיווה את תחילתה של השתלשלות העניינים בפרשה בה מעורב הנאשם. חלק מאותן קביעות תסייענה בידינו אף ביחס לסוגיות השנויות במחלוקת בפרט האישום הראשון, נוכח העובדה כי ההתרחשות הכרונולוגית במסגרתו היא מאוחרת לזו שבפרט האישום השני. הכרעה ביחס לשאלות נורמטיביות, חלקן כרוכות ותלויות בממצאים העובדתיים, תיעשה בהמשך.

29. באשר ליסודות העובדתיים של העבירה, פרט האישום השני נסמך בעיקרו על גרסת הנאשם מזה ועל תיעוד האירוע בסרטונים מזה. נודה ולא נבוש, כי הצפייה בסרטונים – חזור ושנה בכדי לעמוד במדויק על המתרחש בהם – הייתה קשה עבורנו. אולם, הסרטונים היוו הזדמנות בלתי אמצעית וכלי ראיתי משמעותי להתרשמות מעיקרי האירוע המתוארים בכתב האישום, להבנת השתלשלות העניינים וההתרחשויות במהלכה ולהכרעה בדבר מעורבותו של הנאשם באירוע הן מבחינה העובדתית והן מן הבחינה המשפטית. הסרטונים אף מאפשרים לבית הדין לבחון האם ועד כמה גרסתו של הנאשם, כפי שהוצגה הן בחקירה והן בעדותו, עומדת במבחן המציאות.

30. אכן, הסרטון הראשון אינו מתעד את ההתרחשויות שקדמו לחיבור המכשיר החשמלי לגופו של העצור. בדומה, נוצרה הפסקה שלא ברור משכה בין התיעוד בסרטון הראשון לתיעוד בסרטון השני. עם זאת, כעולה מ-2/ ת הסרטון השני הוא מאוחר כרונולוגית לסרטון הראשון, שכן תחילה חיבר הנאשם את המכשיר החשמלי לגופו של העצור כאשר שהה בחמ"ל ולאחר מכן הוצא העצור למסדרון, שם הפליא בו רב"ט ב' את מכותיו.

31. מכל מקום, מצאנו כי הסרטונים משקפים היטב את המעשים הפסולים שהתרחשו בפלוגה באותה עת. למעשה, לא נשמעה מפי הנאשם טענה כי הסרטונים מתארים התרחשויות שאינה מופיעה בגרסתו והוא אף אישר את המתועד בהם. אם התיעוד המצולם אינו מכיל את האירוע מתחילתו ועד סופו הרי שאין בכך כדי לשנות, שכן הנאשם מבקש להסתמך על אמרתו המתארת לפרטים את שהתרחש ומשלימה את השתלשלות העניינים.

32. זאת ועוד. כפי שנראה בהמשך הדברים, התיעוד הממוקד של האירועים המתוארים בפרט האישום השני מלמד אותנו היטב כי הצילום היווה חלק בלתי נפרד מן ההתרחשויות ומן המטרה שנלוותה למעשים. הצילום לא היה מקרי ולא אקראי, הוא לא היה תיעוד חיצוני ונטול הקשר, אין המדובר אך ב"מצלמה שהעדשה שלה פתוחה" בה המתעד "רק מצלם את מה שמולי, לא שופט ולא מביע דעה" (כריסטופר אישרוד, פרידה מברלין, הוצאת מחברות לספרות, 2007; ראו בהקשר זה: בג"ץ 7195/08 אבו רחמה נ' הפרקליט הצבאי הראשי (2009), בפסקה 4 לפסק-דינו של השופט מלצר).

33. הנאשם חלק על העובדה ביחס לתחינותיו של העצור, אולם הטענה נסתרת במפורש בעת הצפייה בסרטון, כאשר זעקותיו של האחרון נשמעות בבירור פעם אחר פעם, רק לאחר שהנאשם מגביר את עוצמת המכשיר החשמלי שחיבר לגופו של העצור. ניתן להסיק באופן ברור כי החיבור של המכשיר ובעיקר הגברת עוצמתו הם אלו שהובילו את העצור להתחנן; בעוד שהשערות אחרות למקור קריאותיו הנואשות של העצור הן חסרי אחיזה במציאות. עוד נדגיש, כי המכשיר היה מחובר לגופו של העצור לפחות 10 שניות, והנאשם אמנם ניתק את המכשיר אך עשה זאת בקור רוח ובמתינות רק לאחר שהעצור התחנן בפניו פעם אחר פעם וניסה להניאו ממעשיו. לא ניתן להתעלם מהלך

רוחו של הנאשם, שהתבטא בחיוכו הרחב ומן העובדה שאף שוועותיו הראשוניות של העצור לא הניעוהו לנתק את המכשיר החשמלי מגופו של האחרון. הדברים מקבלים משנה חשיבות, נוכח הודאתו של הנאשם כי הגביר את עוצמת הזרם **"בשביל שהוא ירגיש את זה"**.

34. טענה מרכזית של הנאשם הייתה, כי לא היה מודע לצילום האירוע. עם זאת, מכלול הראיות והנסיבות מצביע על מודעותו הברורה לצילום, ונדמה כאמור כי התיעוד היווה חלק בלתי נפרד מן ההתרחשות ומן המניע שנלווה למעשים.

ראשית, הנאשם סתר עצמו כאשר טען תחילה כי לא היה מודע לנוכחותו של רב"ט ב' במקום ולבסוף הודה כי אכן ידע בזמן אמת כי רב"ט ב' עמד בסמוך אליו בעת שחיבר את המכשיר החשמלי לגופו של העצור. הן מאמרתו והן מעדותו של הנאשם, כמו גם מ-6/ת ניתן ללמוד כי רב"ט ב' לא רק עמד במקום אלא אף הוא זה שתיעד את האירוע, ולמעשה כל גרסה אחרת אינה מתקבלת על הדעת.

שנית, הצילום הוא ממוקד ומתחיל לאחר שהנאשם חיבר לגופו של העצור את המכשיר החשמלי. נדמה כי לא בכדי תיעוד האירוע החל בנקודת הזמן האמורה והוא מסתיים בסמוך לניתוק המכשיר מן העצור על-ידי הנאשם. מכלול הנסיבות מלמד כי הצלם ידע היטב מתי להתחיל ומתי לסיים את התיעוד, והיכן להתמקם כדי לבצע את הצילום בזווית המתאימה. פועל יוצא הוא כי הנאשם היה, למצער, מודע היטב לכוונתו של רב"ט ב' לתעד את מעשיו של הראשון.

שלישית, הנאשם חיך ואף נצפה מסתכל לעברה של המצלמה כאשר יצא מן החמ"ל לאחר שניתק את המכשיר מגופו של העצור. לו נוכחותו של רב"ט ב' במקום הייתה תמימה, לא ברור מדוע נדרש הנאשם למקד מבטו דווקא לעברו של רב"ט ב'. דווקא עמידתו של האחרון בסמוך ממש להתרחשות מול הנאשם וזווית הצילום, בצירוף יתר הנסיבות – מצביעות על כי הנאשם היה מודע היטב כי רב"ט ב' מחזיק במכשיר הטלפון הסלולארי ומתעד את המתרחש.

רביעית, הנאשם נשמע מתקרב אל רב"ט ב', חולף בסמוך אליו ומסנן לעברו **"רואים את הפנים שלי, אני יהרוג אותך אני אומר לך"**. במקום נכחו אך רב"ט ב' והנאשם, והאחרון לא הצביע על מקור חלופי הגיוני לזהות הדובר. נדמה כי הדברים מדברים בעד עצמם, וכי הנאשם אמנם היה מודע בזמן אמת ומלכתחילה לתיעוד האירוע ולצילומו של העצור ושלו עצמו, אך ביקש שלא לחשוף את פניו דווקא נוכח חששו להסתבך, בדומה לטעם שהניעו שלא להכות את העצור.

35. במאמר מוסגר נציין, כי העובדה שרב"ט ב' לא הובא לעדות מטעם התביעה, ככל הנראה מטעמים ראייתיים, אינה מעלה ואינה מורידה, שכן הסרטונים שהוגשו כראיה מדברים בעד עצמם ומאפשרים לבית הדין להתרשם מן האירוע בצורה בלתי אמצעית. בנוסף, הנאשם עצמו לא הכחיש כי רב"ט ב' הוא שעומד מאחורי התיעוד אלא דווקא העריך כי ידו הייתה במעל. לא ניתן אף להתעלם מן העובדה, כי לו רצתה ההגנה לסתור את הדברים יכולה הייתה להביא את רב"ט ב' לעדות אולם נמנעה מלעשות כן.

36. ביחס לחלקו האחר של האירוע, הנוגע להכאתו של העצור על-ידי רב"ט ב'. כרקע להתרחשויות יש לציין את אמירתו של הנאשם כי הכאת עצורים פלסטינים הייתה עניין שבשגרה גם אם לא הוכח שהדבר נעשה מתוך ידיעה של המפקדים (**"כולם יודעים שאם יש עצור פלש' אז יש מכות"** – ת/2, עמ' 8 ש' 11). כלומר, העובדה כי ננקטה בפלוגה אלימות באופן שאינו נדיר כלפי עצורים פלסטינים הייתה חלק מהלך נפשו של הנאשם. אין מחלוקת כי הנאשם עמד בסמוך לרב"ט ב' בעת שזה הפליא את מכותיו בעצור, ולבקשתו של חייל אחר סידר את הפלגלית על עיניו של העצור כאשר מייד לאחר מכן המשיך רב"ט ב' ובעט ברגלו של העצור. זאת בניגוד לגרסתו של הנאשם בחקירה לפיה באותה עת ישב בחמ"ל **"ולא תמיד ראיתי מה קורה בחוץ, ישבתי בפנים, לא מול הדלת, לפעמים הסתכלתי לפעמים לא, סתם ישבתי שם"** (ת/2, עמ' 3 ש' 10-2).

37. ממכלול הנסיבות עולה, כי סידור הפלגלית על-ידי הנאשם נעשה במסגרת האלימות שהופנתה כלפי העצור. לא ניתן לקבל את הסברו של הנאשם, כי היה אך סטטיסט שעמד במקום ומילא בצורה אוטומטית את הבקשה לסידור

הפלגלית על עיניו של העצור, וכחלק מנוהל מקובל בפלוגה. יוזכר, כי באותה עת שהה העצור במסדרון מחוץ לחמ"ל ומצפייה בסרטון ניתן להתרשם כי המדובר במקום ניטראלי ולא מסווג (ראו גם ת/2, עמ' 3 ש' 2-4, ממנה עולה כי זו אף הייתה הסיבה להוצאת העצור למסדרון). מכל מקום, כיסוי העיניים לא נשמט מעיניו של העצור באופן שדרש למהר ולסדרו. הקשר הדברים מלמד, כי סידורו של כיסוי העיניים בנקודת הזמן האמורה נעשה כחלק בלתי נפרד ושלא ניתן לנתקו מהיחס האלים והמשפיל כלפי העצור, ונועד ככל הנראה בכדי שהעצור לא יבחין בזהות תוקפיו ושאר הנוכחים במקום. באשר להשלכות הנורמטיביות הנובעות ממעשיו של הנאשם בחלק זה של האירוע נדון בהמשך הדברים.

38. למסקנה דומה ביחס למודעות הנאשם לתיעודו של רב"ט ב' אנו מגיעים אף ביחס לחלקו השני של האירוע, בעת שהאחרון הכה את העצור, וזאת בהמשך לצילום הקודם שנעשה ולאור נוכחותו הסמוכה עד מאוד של הנאשם לרב"ט ב'.

פרט האישום הראשון

39. אין למעשה מחלוקת עובדתית על מעשיו של הנאשם ביחס לפרט האישום הראשון. השאלה העיקרית שיש לדון בה היא האם המעשים מקימים עבירה של התעללות בנסיבות מחמירות.

40. סעיף 65 לחוק השיפוט הצבאי קובע כך :

(א) חייל שהיכה חייל הנמוך ממנו בדרגה או שהיכה אדם הנמצא במשמורת שהחייל מופקד עליה, או שהתעלל בהם אחרת, דינו - מאסר שלוש שנים.

(ב) נעברה העבירה בנסיבות מחמירות, דין המתעלל - מאסר שבע שנים.

א. שאלת המשמורת

41. עוד קודם לבחינת מעשיו של הנאשם, כשלעצמם, יש להכריע בשאלה האם העצור היה במשמורת שהנאשם מופקד עליה. התביעה טענה, כי הן נוכח עדותו של הנאשם והן לאור מגמת הפסיקה יש להשיב על שאלה זו בחיוב. ההגנה לעומתה טענה, כי הנאשם כלל לא היה אחראי ומופקד על שמירתו של העצור ולא ניתן להרחיב בצורה מלאכותית את גבולותיה של עבירת ההתעללות.

42. לאחר שבחנו את מכלול הנסיבות במקרה דנן מצאנו, כי העצור אכן היה נתון במשמורת שהנאשם היה מופקד עליה הן מן הבחינה האובייקטיבית והן מן הבחינה הסובייקטיבית. למעשה, אין מחלוקת כי המתלונן נעצר על-ידי כוח מפלוגתו של הנאשם, הגם שהאחרון לא היווה חלק מן הכוח. האחריות על החזקת העצור הייתה של חיילי הפלוגה שנכחו במוצב. מפגשם של הנאשם והעצור לא היה אקראי. בעת האירוע נשוא פרט האישום הראשון הנאשם שימש בתפקיד רשמי בפלוגה, כאשר ביצע משמרת בחמ"ל. העצור שהה בשלב מסוים בתוך החמ"ל, כאשר במקום נכחו הנאשם וחייל נוסף במסגרת תפקידם. הנאשם אף ציין ברחל בתך הקטנה, כי לאחר שחיבר את המכשיר החשמלי לגופו של העצור וניתקו, **"הוצאנו אותו מהחמ"ל, הושבנו אותו בחוץ"** (ת/2, עמ' 3 ש' 26 – עמ' 4 ש' 1); **"כשהוצאנו אותו למזדרון (כך במקור – בית הדין) הושבתי אותו אבל רק כדי שיתישב, ומשכתי אותו עד הקיר, התיחסתי באגרסיביות, גם כי זו תרבות במוצב האגרסיביות כלפיהם וגם כי היתי צריך פשוט להושיב אותו והוא לא הבין"** (ת/2, עמ' 4 ש' 26 – עמ' 5 ש' 3). דפוס פעולה דומה התרחש אף באירוע הקודם, נשוא פרט האישום השני. אף מעדותו של הנאשם בבית הדין עולה, כי הנאשם ראה עצמו כמי שאחראי – אף אם לא בלעדי – לשמירתו של העצור ולרווחתו. גם אם לא תודרך כראוי היכן להחזיק את העצור וכיצד לשמרו, הנאשם הבין את מערכות היחסים והגומלין בינו לבין העצור, ודווקא ניצולן הפסול והנפסד מלמד שהנאשם ידע היטב כי העצור נתון בידי כחומר ביד היוצר (השוו גם לאחרונה: עורף (מחוזי) 106/15 **התובע הצבאי נ' סמל א' ג'** (2016), בפרק ה'1 להכרעת הדין).

43. אכן, כפי שעלה מהראיות, המפקדים לא יישמו את הנוהל לפיו יש לשמור את העצור בחדר מוגדר ובהשגחת מפקד. אולם, לא ניתן להרחיק לכת ולטעון כי הרשלנות באופן השמירה על העצור מלמדת על הפקרות רבתי וכי איש לא היה

מופקד על משמורתו. קבלת קו הטיעון של ההגנה תוביל למצב בו אי-הקפדה במילוי נהלי השמירה תוביל לריקונה מתוכן של עבירת ההתעללות. יהיה בכך כדי לחתור תחת הערכים העומדים ביסודה של העבירה. כפי שקבע בית הדין הצבאי לערעורים, חשיבותו של ערך כבוד האדם באתוס הצה"לי, כמו גם עוצמתו של ערך טוהר הנשק, כערכי יסוד בצבא, מחייבים מתן פרשנות **מרחיבה** לשאלת המשמורת (ע/63/06 סמל חיימוביץ נ' התובע הצבאי הראשי (2007), בפסקה 10; צפון (מחוזי) 559/13 התובע הצבאי נ' סמ"ר לידור כהן (2014), בעמ' 23-4; ראו גם לאחרונה: ע"מ/73/15 רב"ט ד' ס' נ' התובע הצבאי הראשי (2015), בפסקה 31; עניין א' ג' לעיל).

ב. האם המדובר בהתעללות?

44. התשתית העובדתית לעניין פרט האישום הראשון נסמכת הן על עדותו של הנאשם והן על אמרתו של העצור, שהוגשה בהסכמה. כעולה מפסיפס הראיות, הנאשם הצמיד את המכשיר החשמלי לראשו של העצור והפעילו, ככל הנראה למשך מספר שניות. הזרם החשמלי שנשלח לגופו של העצור היה חלש.

45. בית המשפט העליון אפיין כך את עבירת ההתעללות:

"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... עבירת ההתעללות הינה עבירה התנהגותית ולא עבירה תוצאתית. מכיוון שכך, אין התביעה נדרשת להוכיח גרימת נזק בפועל לקורבן בבואה להוכיח ביצועה של עבירת ההתעללות..."
(פרשת פלונית לעיל, בעמ' 168)

46. בעקבות האמור, עמד בית הדין הצבאי לערעורים על מספר סממנים אופייניים להתנהגות המהווה התעללות, ואשר **אינם** מהווים רשימה סגורה, וביניהם:

"סדרה מתמשכת של מעשים, אכזריות, הטלת פחד ואימה משמעותיים על הקורבן, השפלה וביזוי בולטים של הקורבן, פוטנציאל חמור במיוחד של פגיעה (פיזית או נפשית) בקורבן, התנהגות שנועדה להטלת מרות, להפחדה, לענישה או לסחיטה וכן עמדת כוח של המתעלל כלפי הקורבן" (עניין פלק מזרחי לעיל, בפסקה 48).

47. בית הדין הצבאי לערעורים שב ושנה, כי **"מונח ההתעללות 'מסרב לתחום עצמו בדל"ת אמות של מושגיות מדויקת" ועמד על**

"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... 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... 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" (עניין חיימוביץ לעיל, בפסקה 8)

48. מן הכלל אל הפרט. המקרה דנן מהווה דוגמא **מובהקת** להתקיימותה של עבירת ההתעללות, ולא ניתן להגדירו כתקיפה גרידא. המתלונן נעצר לא מכבר על-ידי כוח צה"ל ונותר בהמתנה במתחם הפלוגה. הנאשם, כחייל בפלוגה וכמי ששימש אותה עת בחמ"ל, היה בעמדת כוח ומרות כלפי המתלונן. המתלונן הושם על הרצפה, כשידיו אזוקות מאחור ועיניו מכוסות. מטבע הדברים, המתלונן היה נתון אותה עת בדיס-אוריינטציה באשר למצבו ולמתרחש סביבו, חסר אונים וללא יכולת ממשית להגן על עצמו. הנאשם חיבר מכשיר חשמלי לראשו של המתלונן, כאשר המדובר בשימוש חריג ביותר – הן בייעודו והן בנסיבותיו – במכשיר, אשר שלח זרמים חשמליים לאיבר רגיש

בגופו של המתלונן. הנאשם ביצע את המעשה בכדי להפחיד את העצור ולהבהילו. אין ספק, כי המעשה במהותו ובהקשר הנתון נועד אף להשפילו וכי הנאשם ביזה את המתלונן ורמס את כבודו. לא למותר לציין, כי אין המדובר בהתרחשות נקודתית וחד-פעמית, אלא בדפוס פעולה חוזר ונשנה מצדו של הנאשם, כאשר היה מודע כבר בפעם הקודמת לפוטנציאל הנזק שבמעשים. לא ניתן אף לטעון לקיומה של סיטואציה מבצעית מלחיצה או במעשה שבוצע בלהט הרגע או בשל מתח נפשי בו היה נתון הנאשם, אלא בהתנהגות שבוצעה בקור רוח מלא. כפי שקבע בית הדין הצבאי לערעורים, המדובר בהתנהגות **"לא רק שהיא אסורה, אכזרית ובעלת מימד של הטלת אימה והשפלה אלא שיש בה גם סטייה רבתי מן הראוי, בהיבט המוסרי, שאינה נלווית בהכרח לכל מעשה של הפעלת כוח גם אם הוא אסור"** (עניין פלק מזרחי לעיל, בפסקה 50).

ג. התעללות בנסיבות מחמירות

49. בית הדין הצבאי לערעורים קבע, כי **"היקפם של המעשים, שיטתיות המעשים, מעמדו של העבריין והנזק שנגרם, כולם נבדקים כאשר באים לבחון את התקיימותה של עבירת התעללות לבדה"**. משכך הודגש, כי על מנת להרשיע בעבירה של התעללות בנסיבות מחמירות **"נדרשות נסיבות אחרות, הנוספות לאלה של 'התעללות סתם'"** (עניין פלק מזרחי לעיל, בפסקה 55). בית הדין לערעורים עמד על מספר מאפיינים אפשריים לקיומן של **"נסיבות מחמירות"**, ובהם: נשיאה או שימוש בכלי נשק קר או חס, ריבוי עבריינים, התעללות במספר קורבנות וכן תכנון מוקדם. הוטעם, כי אין המדובר ברשימה סגורה של מקרים וראוי לבחון את חומרת הנסיבות בכל מקרה לגופו (שם, בפסקה 56).

50. כפי שקבענו, במקרה דנן מתקיימים מאפיינים של השפלה, ניצול פסול של כוח ומרות ופער כוחות בין הנאשם לבין המתלונן. אולם לכך נוספים מספר מאפיינים חמורים כשלעצמם, כאשר השילוב ביניהם עולה כדי התעללות בנסיבות מחמירות, וזאת מעבר לעובדה כי המדובר בדפוס פסול של התנהגות מצד הנאשם.

51. לא דומה מי שמושפל על-ידי בעל כוח המטיל עליו את מרותו למי שכבודו נרמס כאשר הוא אזוק בידיו ועיניו מכוסות. עמדנו לעיל ונשוב ונדגיש אף הפעם, כי הנאשם ניצל למעשה את עיוורונו של העצור והיותו שרוי באפלה בכדי לבצע את המעשים המבזים. בדומה, המתלונן נותר חסר ישע וללא יכולת להגן על עצמו נוכח המגבלות הפיזיות שהוטלו עליו (ונציין, כי אלו כשלעצמן לגיטימיות, כפי שמופיע בנוהל ס/3). המדובר, אם כן, במעשה אכזרי כאשר האימה בה נתון הקורבן היא כפולה ומכופלת. השפלתו של הקורבן מועצמת שבעתיים.

52. מעבר לכך, הנאשם עשה שימוש במכשיר חשמלי שמטרתו רפואית-טיפולית לייעוד שונה לחלוטין, פסול ולא אנושי. כעולה מהראיות שהוגשו לבית הדין, כל מטרתו של המכשיר היא טיפולית בלבד והוא נועד להחלמה של רקמה פגועה או כואבת. אמנם נטען במדריך ס/1, כי להפעלה אין תוצאות לוואי, אולם צוין במקביל כי אין להשתמש במכשיר על כאב שלא אובחן. אמנם, אם המכשיר מונח במקום בו לא קיימת בעיה רפואית, הוא אינו גורם לנזק כשלעצמו, אך הפעלתו בעוצמה גבוהה עלולה לגרום לכוויות; ואף השימוש הרגיל בו עשוי להביא לתגובות הגנתיות של המטופל. מעבר לכך, אסור להניח את המכשיר במקומות ובסיטואציות מסוימות, וחיבורו לראשו של אדם הוא חריג ביותר. עיקר הדברים הוא, שתחושת הכאב היא **סובייקטיבית** ואינה בידיעת המפעיל, וזו הסיבה שעוצמת המכשיר מווסתת על-ידי **המטופל**.

53. כפי שנקבע בפסיקה:

"מאחר שבמקרים רבים מצוי הקורבן בעמדת נחיתות וביחסי תלות כלפי המתעלל בו, הרי שבהערכת טיבה של ההתנהגות, עוצמתה ומידת הפוגענות שבה, קשה ליתן משקל רב לעמדת הקורבן. יתכן שהקורבן אף לא הרגיש את ההשפלה או שלא הכיר ביחס האכזרי שהופנה כלפיו... נקודת המבט המכריעה לצורך קביעת התקיימותה של התנהגות העולה כדי עבירת התעללות היא זו של המתבונן מן הצד, קרי נקודת המבט האובייקטיבית הבוחנת את התנהגותו של המתעלל כלפי הקורבן" (ע"פ 4596/98 פלונית נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(1)

145, 169 (2000). על הלכה זו חזר בית הדין הצבאי לערעורים
(ע/10,14/10 סג"ס פלק מזרחי נ' התובע הצבאי הראשי
(2010), בפסקה 51)

54. מעניין לציין, כי המבחן האובייקטיבי בעבירת ההתעללות שולט אף בערכאות
השיפוט הצבאיות בארה"ב (ראו הפרשנות לסעיף 93 ל- UCMJ העוסק ב-
"Maltreatment and cruelty". כך לדוגמה במקרה בו חייל חיבר אלקטרודות
חשמליות לגופו של עצור: U.S. v. Herman, 68 MJ 325 (2010); U.S. v.
(2003) 58 MJ 164 (Springer).

55. פועל יוצא של הדברים הוא, שהנאשם עשה שימוש חורג וחריג במכשיר טיפולי
למטרה זרה לחלוטין לייעודו, מתוך רצון וכוונה להפחיד ולהבהיל את העצור
נוכח הזרם החשמלי הנשלח לגופו. הנאשם אף ציין באמרתו, כי אכן העצור
"נבהל מזה, הגוף שלו הגיב בבהלה, הזיז את הידיים והכל" (ת/2, עמ' 3 ש'
24-5). גם אם עוצמת ההפעלה הייתה נמוכה ואף אם העצור עצמו לא חש כאב,
אין הדבר מעלה או מוריד באשר לנקודת המבט האובייקטיבית הנדרשת
בעבירה.

56. ודוק: הנאשם לא יכול היה לדעת מראש ואף בזמן אמת מה עלולות להיות
ההשלכות של הפעלת המכשיר על העצור. גם אם אין המדובר במכשיר שנועד
מעצם טיבו וסגולותיו לפגוע באדם, הרי שבמכשיר נעשה שימוש למטרה
פסולה והיה בו פוטנציאל פוגעני בעת השימוש האמור (השוו: ע"פ 1184/00
מחמיד נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(3) 159, 172). הנאשם לא בדק מראש את
מצבו הרפואי והנפשי של העצור; הוא חיבר את המכשיר לאיבר רגיש ביותר
בגופו של העצור, כאשר בעבר לא חיבר זאת לראשו של איש; הנאשם היה
מודע לכאב שעלול להיגרם לעצור, כפי שאף חזה בעצמו מספר ימים קודם
לכן, בעת ההתרחשות המתוארת בפרט האישום השני; העצור לא שלט על
עוצמת המכשיר; העצור היה נתון בדיס-אוריינטציה נוכח היותו אזוק ומכוסה
עיניים ובסיטואציה מלחיצה נוכח מעצרו זה מקרוב, תוך שהוא מצוי בחוסר
אונים ובנחיתות מובהקת מול הנאשם.

57. חשוב להבהיר, כי קיים פער משמעותי ומהותי בין ה"משחקים" עם המכשיר עליהם העיד הנאשם לבין חיבור המכשיר לעצור בסיטואציה הייחודית האמורה ובפערי הכוחות בין השניים. נדמה שאף הנאשם עצמו השכיל להבין זאת בזמן אמת. השימוש במכשיר החשמלי בנסיבות הללו, גם אם היה קצר מועד, מהווה מעשה אכזרי המובחן מנקיטת אלימות באופן חשוף וגלוי כלפי אדם. השילוב של הפעלת המכשיר עם מצבו הפיזי של המתלונן שהיה אזוק בידיו ועיניו מכוסות – מצביע על היותה של ההתעללות כזו שבוצעה בנסיבות מחמירות.

58. באשר ליסוד הנפשי של העבירה, הרי שהמדובר בעבירה התנהגותית ועל כן נדרשת "מחשבה פלילית" כמשמעותה בסעיף 20(א) לחוק העונשין, תשל"ז - 1977. משכך, "אין נדרשת הוכחת כוונה להתרחשותה של תוצאה מזיקה, ובלבד שהתקיימה מודעות לטיב ההתנהגות (למעשים או למחדלים) ולקיום הנסיבות הרלוונטיות הקבועות בעבירה הנדונה" (פרשת פלונית לעיל, בעמ' 171). גם אם לא התכוון הנאשם לגרום נזק למתלונן, הרי שהעדר כוונה להתעלל או לגרום נזק מצד הנאשם אינו רלוונטי לצורך התקיימות העבירה. הנאשם אמנם התייחס אל מעשיו ככאלו שבוצעו ב"רוח שטות" וכ"בדיחה לא מוצלחת", אולם בד בבד ציין כי ביקש להבהיל ולהפחיד את העצור והיה מודע לאלמנט ההשפלה במעשיו. הנאשם היה מודע לטיב ההתנהגות שביצע וקבענו לעיל כי היה מודע אף לקיום הנסיבה הרלוונטית שעניינה היותו של המתלונן נתון במשמורת עליה הופקד הנאשם.

59. סיכומם של דברים, מעשיו של הנאשם עולים כדי התעללות בנסיבות מחמירות.

פרט האישום השני

60. בהתאם לממצאים העובדתיים שנקבעו לעיל, הנאשם חיבר לצווארו של עצור אחר ששהה במתחם הפלוגה את המכשיר החשמלי והפעילו תוך שהוא מגביר את עוצמת הזרם על אף תחינותיו של העצור, בעוד רב"ט ב' תיעד את ההתרחשות באמצעות טלפון נייד, כאשר הנאשם היה מודע לצילום המעשה

ואף התרה בחברו שלא לצלם את פניו בכדי שלא יזוהה. הנאשם חייך במהלך האירוע ורבי"ט ב' נשמע צוחק. בנוסף, רבי"ט ב' הכה את העצור בראשו ובעט בו כשהנאשם נוכח במקום. רבי"ט ב' דרך על רגליו של העצור בזמן שהנאשם סידר את כיסוי העיניים של העצור, ומצאנו כי לא ניתן לנתק את המעשה מן האלימות שהופנתה על-ידי רבי"ט ב' כלפי העצור.

61. תחילה נציין, כי העצור שהה במשמורת. הנאשם ציין באמרתו, כי לאחר שהעצור שהה בפתח החמ"ל "הוצאנו אותו כי אמרו שזה לא טוב שהוא יהיה בחמ"ל עם הנשקים והמסווגים" (ת/2, עמ' 3 ש' 2-3) וכי שב לשבת בחמ"ל (שם, ש' 5-6, 10). בנוסף, כפי שצינו לעיל מעדותו של הנאשם בבית הדין עלה, כי הנאשם ראה עצמו כמי שאחראי לשמירתו של העצור ולרווחתו. קביעותינו העקרוניות באשר למערכת היחסים בין הנאשם כחייל בפלוגה לבין העצור, כמו גם הפרשנות המרחיבה של הפסיקה בהקשר הנוכחי – יפים אף לפרט האישום השני. משכך, מצאנו כי הנסיבה הרלוונטית, לעניין היותו של העצור נתון במשמורת שהנאשם מופקד עליה, מתקיימת גם במקרה דנן.

62. באשר למעשים שביצע הנאשם נחלק את הדיון לחיבור המכשיר החשמלי לגופו של העצור ולאלימות שהופנתה כלפיו על-ידי רבי"ט ב'.

א. חיבור המכשיר החשמלי

63. קביעותינו לעיל באשר להגדרת מעשיו של הנאשם כעולים לכדי התעללות בנסיבות מחמירות נכונים ביתר שאת אף בענייננו ומתעצמים שבעתיים. צפייה בסרטון, המתעד את מעשיו של הנאשם, מלמדת אותנו כאלף עדים על המתרחש ופועל יוצא מצביעה על הסטיגמה המוסרית שיש להטיל בהתנהגותו הפסולה של הנאשם.

64. העצור היה נתון כשהוא כורע על ברכיו, והנאשם חיבר את המכשיר החשמלי לצווארו של הקורבן. העצור היה אזוק בידיו מאחור ועיניו מכוסות. הנאשם הגביר את עוצמת ההפעלה של המכשיר "בשביל שהוא ירגיש את זה" וביצע

את מעשיו בכדי להבהיל ולהפחיד את העצור, תוך כדי השפלתו. העצור התחנן בפני הנאשם מספר פעמים וניסה להניאו ממעשיו, בעוד שהוא רועד בכל חלקי גופו. הנאשם לא נענה לשוועותיו של העצור, שהחלו בעקבות הגברת עוצמת המכשיר, וניתק את המכשיר מגופו של האחרון רק לאחר כעשר שניות לפחות. לא ניתן להתעלם מחיוכו הרחב של הנאשם בעת ביצוע המעשים ומצחוקו של רב"ט ב', כאשר עולה הן מעדותו של הנאשם והן מהקשר הדברים כי המעשה בוצע בכדי להצחיק את השניים, ללעוג לעצור ולהשפילו. מעשיו של הנאשם תועדו על-ידי רב"ט ב', כאשר הנאשם היה מודע היטב לצילום ואף התרה בחברו שלא לתעד את פניו בכדי שלא יזוהה ומתוך חשש להסתבכות עתידית (כפי שאכן ארע בסופו של יום). המעשים בוצעו בצוותא חדא, כאשר הנאשם מחבר את המכשיר לעצור ואילו רב"ט ב' מתעד את האירוע ומעודד בפועל, גם באמצעות צחוקו, את הנאשם במעשיו.

65. במקרה הנוכחי חברו מספר רכיבים משמעותיים המלמדים על כך, שלא רק שעסקינן ב"התעללות" גרידא אלא בהתעללות "בנסיבות מחמירות". עמדנו כבר לעיל על השימוש במכשיר החשמלי בנסיבות הייחודיות של פערי הכוחות בין הצדדים ובהינתן דיס האוריינטציה של העצור. בנוסף, הדגשנו את עובדת היותו של העצור אזוק ומכוסה בעיניו. אולם במקרה דנן ישנן נסיבות מחמירות נוספות, שכל אחת כשלעצמה ובוודאי שזירתן יחדיו, מצביעה כי המדובר בהתעללות בנסיבות מחמירות: הגברת העוצמה של המכשיר החשמלי כאשר הנאשם שומע היטב את תחינותיו של העצור ונענה להן רק באיחור, נוכחותו של חייל נוסף במקום ותיעוד האירוע על-ידי רב"ט ב' באופן המשפיל בצורה ניכרת את העצור (ראו לעניין זה גם את עניין **Herman** לעיל). המדובר בשורה של נסיבות, המעצימות אף יותר את רמיסת כבודו של הקורבן, ואשר עולות כדי נסיבות מחמירות של התעללות, לפי כל קנה מידה אנושי.

66. באשר ליסוד הנפשי נשוב על קביעותינו לעיל, באשר למודעותו של הנאשם לטיב ההתנהגות שביצע ולנסיבות העבירה. נדמה כי במקרה דנן מחשבתו הפלילית של הנאשם מתחדדת נוכח מגוון הרכיבים המחמירים והפסולים בהתנהגותו, כאשר בין היתר נתנו דגש אף להודאתו לפיה הגביר את עוצמת המכשיר החשמלי בכדי שהעצור יחוש בזרמים החשמליים שנשלחו לגופו.

נדמה כי הניכור והקהות הרגשית שבמעשיו של הנאשם העמיקו אף יותר בהתרחשות המתוארת בפרט האישום הנוכחי.

67. סיכומם של דברים, מעשיו של הנאשם עולים כדי התעללות בנסיבות מחמירות, בצוותא חדא עם אחר.

ב. האלימות כלפי העצור

68. לאחר שהנאשם ניתק את המכשיר מגופו של העצור, הוצא האחרון למסדרון. כפי שעולה מן הסרטון המתעד את המעשים, בסמוך לעצור נכחו מספר חיילים, ובהם רב"ט ב' והנאשם. במהלך האירוע, הנאשם לא הכה את העצור אולם לבקשתו של חייל אחר סידר את הפלנלית על עיניו של העצור, כך שלא יתאפשר לו להבחין במתרחש. קבענו לעיל, כי מעשהו של הנאשם בנקודת הזמן האמורה אינו מנותק מהקשר הדברים ומצביע על מעורבות בביצוע העבירה.

69. השאלה שעומדת לפתחנו היא, האם מעורבותו של הנאשם בסידור הפלנלית על עיניו של העצור, בעת שננקטה אלימות כלפי האחרון על-ידי רב"ט ב' הפכה את הנאשם למבצע עיקרי או שמא הוא מסייע גרידא.

70. הסיווג וההבחנה בין הצדדים לעבירה אינם חדים ונהירים, ולא אחת הגבול בין המבצע העיקרי או המבצע בצוותא לבין המסייע מטושטש ועמום כמעין "תחום אפור" (ראו: ע/48,49/14 **התובע הצבאי הראשי נ' סמ"ר כהן** (2015), בפסקה 9; ע"פ 4188/93 **לוי נ' מדינת ישראל**, פ"ד מט(1) 539, 559 (1995)). האבחנה בין המבצע בצוותא לבין המסייע מוכרעת על-פי היסוד העובדתי (מהות העשייה של העבריין) ועל פי היסוד הנפשי (יחסו לביצוע העבירה).

71. במישור המעשה, בית המשפט העליון עמד על חלקו של המבצע בצוותא במשימה העבריינית, חלקו המהותי בהגשמת התכנית המשותפת והשליטה הפונקציונאלית שיש ברשותו על העשייה העבריינית והתפתחותה, בהיותו

אדוניה. לעומתו, תרומתו של המסייע היא חיצונית במובן זה שאינו היוזם של העבירה ואין הוא מחליט או שולט על ביצועה, אלא מהווה עזר כנגדו של העבריין העיקרי (ע"פ 4389/93 **מרדכי נ' מדינת ישראל**, פ"ד נ(3) 239, 246 (1996); ע"פ 5781/01 **אעמר נ' מדינת ישראל**, פ"ד נח(3) 581, 590 (2004)). המסייע נמצא מחוץ למעגל הפנימי של הביצוע (ע"פ 6522/10 **נקר נ' מדינת ישראל** (2013), בפסקה 23). כפי שציין בית הדין הצבאי לערעורים "המסייע הוא שותף עקיף ומשני, שהתנהגותו מתאפיינת בתרומה משנית לביצועה של העבירה העיקרית. הוא מסייע ביצירת התנאים לביצוע העבירה על ידי העבריין העיקרי" (עניין **כהן** לעיל, בפסקה 9). עוד הטעים בית הדין לערעורים, כי הדגש אינו מושם על האפקטיביות בהתנהגות המסייעת או כי הייתה תנאי בלעדיו אין לביצועה של העבירה, "די להראות כי הסיוע יכול היה לעזור להגשמתה של העבירה העיקרית" (שם).

72. במישור היסוד הנפשי, הובהר בפסיקה כי,

"יש להוכיח שנתקיימה אצל הנאשם מודעות לטיב התנהגותו המסייעת. כמו כן, נדרשת מודעות לביצוע העבירה העיקרית (או לכך שהיא עומדת להתבצע), או למצער כי התעורר אצל המסייע חשד ממשי לביצוע העבירה, אותו הוא נמנע מלברר. לבסוף, לצורך הוכחת היסוד הנפשי יש להראות כי לנאשם הייתה מטרה לסייע לעבירה העיקרית או לכל הפחות כי הלה צפה, ברמה של קרבה לוודאות, את האפשרות שהתנהגותו תסייע לביצוע העבירה העיקרית" (עניין **נקר** לעיל, בפסקה 23)

73. מן הכלל אל הפרט. לאחר שרבי"ט ב' תיעד את חיבור המכשיר החשמלי של הנאשם לגופו של העצור, הוצא האחרון למסדרון וכעבור זמן לא מוגדר החל רבי"ט ב' לפעול כלפיו באלימות תוך תיעודה. לא מצאנו, כי הוכחו תכנון או חלוקת תפקידים מוקדמים בין רבי"ט ב' והנאשם. עצם התיעוד של ההכאה כפי שתיעד את מעשיו הקודמים של הנאשם אינו מלמד בהכרח כי היה תכנון משותף ומוקדם בין השניים כי העצור יוכה על-ידי רבי"ט ב'. אף שהנאשם היה מודע לכך שאלימות כלפי עצורים פלסטיניים אינה נדירה, הרי שלא רצה

לנקוט בעצמו אלימות כלפיהם, הגם שלא ממניע מוסרי אלא מחששו להסתבך. הנאשם לא יזם את הכאת העצור ולא השתתף בה אלא רב"ט ב' הוא ששימש העבריין העיקרי, בעת שחבט פעם אחר פעם במקומות שונים בגופו של העצור. אכן, גם חבירה ספונטנית בלא תכנון מוקדם עשויה להפוך עבריין למבצע בצוותא, בנסיבות מסוימות (עניין כהן לעיל, בפסקה 10; ע/166,169,172/08 התובע הצבאי הראשי נ' סמ"ר אייזן (2010), בפסקה 28; ע"פ 4693/01 מדינת ישראל נ' בביזאייב, פ"ד נו(5) 580, 590 (2002)). עם זאת, בחינת מכלול הנסיבות מלמדת לטעמנו, כי הנאשם היה במעגל חיצוני לעבריין העיקרי ושימש גורם חיצוני ונפרד ממנו, ובוודאי שלא ניתן לומר כי שלט על ההתרחשות או שימש כאדונה של העשייה העבריינית בחלק זה של האירועים.

74. בד בבד, הנאשם נטל חלק מסוים במימושה של התכנית העבריינית. תחילה, כאשר רב"ט ב' החל להכות את העצור, הנאשם עמד בצורה פסיבית אולם נוכחותו במקום חיזקה למעשה את ידיו של רב"ט ב' ואפשרה לו לבצע את המעשה ללא חשש. מכל מקום, לאחר שהנאשם צפה באלימות שהופנתה כלפי העצור על-ידי רב"ט ב', ובמהלך ההתרחשות עצמה, הוא סידר את הפלנלית על עיניו של העצור בכדי שלא יוכל לחזות במתרחש, ובכך הקל על רב"ט ב' לבצע את המעשה בהבטיחו כי קורבן העבירה לא יוכל לזהותו. לאחר מכן, אף המשיך רב"ט ב' להכות את העצור. קבענו לעיל, כי התנהגותו של הנאשם ומעשיו אינם מנותקים ואינם עומדים בפני עצמם, אלא היוו חלק מן ההתרחשות הכוללת.

75. מעשהו של רב"ט ב' היווה בנסיבות המקרה התעללות בנסיבות מחמירות. המדובר בהפניית אלימות חוזרת ונשנית כלפי עצור מצד מי שמצוי בעמדת כוח ומרות כלפיו. העצור היה אזוק בידיו ועיניו מכוסות, ונותר חסר אונים מבלי יכולת להתנגד ולמנוע את הכאתו הקשה על-ידי רב"ט ב'. האחרון השפיל את העצור קשות, והרהיב עוז ללוות את התנהגותו האלימה בהיגדים יהודיים מובהקים, שרב המרחק בינם לבין מעשיו הפסולים, תוך ניסיון לשוות אצטלה דתית להתרחשות. לא זאת אף זאת. האירוע תועד על-ידי רב"ט ב', ובכך הוסיף חטא על פשע והעצים את מימדי ההשפלה ורמיסת כבודו של העצור. המעשים בוצעו בנוכחותם של מספר חיילים (ראו בהקשר זה: ע"פ 5598/99

פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(5) 1, 14), כאשר רב"ט ב' משמש כעברייך העיקרי ואילו הנאשם מסייע בידו (ראו גם: עניין **כהן** לעיל, בפסקה 12).

76. מכלול הנסיבות שפורטו לעיל מצביע על כי הנאשם היה מודע לטיב התנהגותו המסייעת ולביצוע העבירה העיקרית. הנאשם סייע לרב"ט ב', לאחר שכבר החל לנקוט באלימות כלפי העצור, והיה מודע הן לביצוע העבירה העיקרית על-ידי רב"ט ב' – נקיטה באלימות חוזרת ונשנית כלפי עצור אזור ומכוסה עיניים תוך תיעוד האירוע, בנוכחותם של מספר חיילים; והן לטיב התנהגותו המסייעת – בדמות סידור הפלגלית על עיניו של העצור. מהקשר הדברים עלה, כי לנאשם הייתה מטרה לסייע לעבירה העיקרית – אף אם לא חפץ הוא עצמו בנקיטת אלימות כלפי העצור – ולמצער, הנאשם צפה ברמה של קרבה לוודאות את האפשרות כי סידור הפלגלית באותה עת, שנועדה למנוע את זיהוי הנוכחים על-ידי העצור, תסייע לרב"ט ב' לנקוט באלימות כלפי העצור ולהקל עליו את ביצוע המעשים. לא למותר לציין, כי הימנעותו של הנאשם מלהכות את העצור בעצמו נבעה מרצונו שלא להסתבך ולהבטיח את קליטתו במעצר, ולא מרצונו לחוס על שלומו וגופו של הקורבן. אף בכך יש כדי ללמד על יחסו הנפשי של הנאשם לאירוע בכלל ולאלימות שהופנתה כלפיו בפרט.

77. סיכומם של דברים, מעשיו של הנאשם בחלקו השני של האירוע היוו **סיוע** להתעללות בנסיבות מחמירות.

טענות הגנה מן הצדק

78. ההגנה העלתה שתי טענות שעניין הגנה מן הצדק. הראשונה, כי התקיימה אכיפה בררנית מול חיילים שנאשמו באותה פרשייה ובמקרים דומים. השנייה, כי התנהלות היחידה בכל הקשור לטיפול בעצורים פלסטינים מהווה התנהגות המצדיקה את זיכוי הנאשם או למצער המרת סעיף האישום.

א. כללי

79. כידוע, הגנה מן הצדק קמה מקום בו "הגשת כתב האישום או ניהול ההליך הפלילי עומדים בסתירה מהותית לעקרונות של צדק והגינות משפטית" (סעיף 351(ב)(6) לחוק השיפוט הצבאי). בפסיקה נקבע, כי תחילה "על בית המשפט לזהות את הפגמים שנפלו בהליכים שננקטו בעניינו של הנאשם ולעמוד על עוצמתם במנותק משאלת אשמתו או חפותו". רק אם יימצא כי קיימים פגמים, יהיה מקום לבחון "אם בקיומו של ההליך הפלילי חרף הפגמים האמורים יש משום פגיעה חריפה בתחושת הצדק וההגינות", תוך איזון בין אינטרסים רלבנטיים שונים ולאור הסתכלות על נסיבות המקרה הפרטני. בשלב השלישי, ורק אם שוכנע בית המשפט כי קיום ההליך אכן כרוך בפגיעה חריפה בתחושת הצדק וההגינות, עליו לבחון את התרופה המתאימה לפגמים שהתגלו (ע"פ 4855/02 מדינת ישראל נ' בורוביץ, פ"ד נט(6) 776 (2005)).

ב. אפליה כלפי חיילים אחרים

80. במסגרת חקירתו של הנאשם הוגשו כתבי-אישום כלפי חיילים נוספים, שהתגלתה מעורבותם במעשים אסורים אלו ואחרים.

81. כנגד רב"ט ס' א' הוגש כתב אישום המייחס לו עבירה של התעללות בנסיבות מחמירות, במסגרתו הכה עצור פלסטיני (נשוא פרט האישום הראשון בעניינו) באמצעות אגרופים לצלעותיו. במסגרת הסדר טיעון תוקן כתב האישום, באופן שייחס לו עבירה של התעללות. כעולה מהפרטים הנוספים שהוגשו בעניינו של רב"ט ס' א', העצור תיאר את הפגיעה בו כמכה חזקה הגם שלא נפצע כתוצאה מהמעשה. רב"ט ס' א' מסר כי היה מעורב במעצרו של המתלונן והיה "טעון".

82. כנגד רב"ט ד' ס' הוגש כתב אישום המייחס לו שתי עבירות של התעללות בנסיבות מחמירות, לפיו הכה בשתי הזדמנויות שונות באותו יום ויחד עם חיילים נוספים עצור פלסטיני, תוך שהוא אזוק ועיניו מכוסות. במסגרת הסדר טיעון הוגש כתב אישום מתוקן, המייחס לרב"ט ד' ס' עבירה אחת של התעללות הנוגעת להכאה חד פעמית של העצור. עניינו של רב"ט ש' פ' היה דומה לזה של רב"ט ד' ס'.

83. לאחר שבחנו את עניינם של שאר החיילים ושל הנאשם דנן, מצאנו לדחות את הטענה של אכיפה בררנית. כפי שקבע בית הדין הצבאי לערעורים בפרשה דומה:

"אין כל מניעה כי התביעה תתקשר בהסדרי טיעון עם מקצת המעורבים במעשה העבירה ובמסגרת זו תתקן את כתב האישום בעניינם, על דרך של ייחוס עבירה קלה יותר, שבה יודו אותם מעורבים. אין בהסדר טיעון מסוג זה בכדי למנוע מהתביעה לעמוד על הרשעת מעורבים אחרים באותה פרשה באישום המקורי כפי שיוחס, בהנחה שחומר הראיות מבסס הרשעה כאמור, ובלבד שבהליכים לגבי כלל המעורבים בעבירה, לא ייקבעו ממצאים עובדתיים סותרים. העובדה כי חלק מהמעורבים הורשעו בעבירה קלה יותר על פי הודאתם במסגרת הסדר טיעון, אינה מהווה ממצא עובדתי סותר לממצאי העובדה שנקבעו בעניינו של המשיב שהורשע אחר שמיעת ראיות ועל כן אין לראות בהם משום עילה שתצדיק שינוי סעיף האישום שבו הורשע המשיב" (עניין כהן לעיל, בפסקה 14)

84. אף בחינה פרטנית תמצא כי אין הנדון דומה לראיה. מעשיהם של הנאשם ושל שאר החיילים היו **שונים מלכתחילה ואין** המדובר במעורבים באותו מעשה עבירה. הנאשם התעלל בנסיבות מחמירות **בשני** עצורים שונים בהזדמנויות אחרות ובפרק זמן של מספר ימים. מעשיו בוצעו באמצעות **מכשיר חשמלי**, כאשר עמדנו לעיל על ייחודיות השימוש באמצעי האמור. לא מצאנו דופי בבחירת סעיף האישום שעניינו התעללות בנסיבות מחמירות כלפי הנאשם. האישומים שיוחסו לנאשם משקפים כיאות את טיבם של האירועים הפליליים הנטענים. מלכתחילה ייחסה התביעה עבירה דומה גם לשאר החיילים בגין מעשיהם האמורים ורק לאחר שנכרתו עמם, מטעמים אלו ואחרים, הסדרי טיעון – שונו כתבי האישום בעניינם. בכך אין דופי ונוכח השוני בתשתית העובדתית התחילית, ברי כי לא נקבעו ממצאים עובדתיים סותרים בהקשר לכלל החיילים.

85. גם עיון בפסקי הדין בעניינם של חיילים אחרים לא מעלה כי נוצרה אכיפה בררנית בעניינו של הנאשם. סא"ל ע' ב' ביים מסכת הפחדה כלפי עצור במהלך אירוע ביטחוני בשטח והואשם בעבירה של איומים, כאשר הורה לחייל אחר לדרוך כדור בנשקו האישי (מ/5/08). רב"ט ת' כ' הורשע במסגרת הסדר טיעון, בכך שהכה באמצעות אצבעו בראשו של עצור וצילם את מעשיו (מרכז) (מחוזי) 329/08. סמ"ר ע' ע' הורשע במסגרת הסדר טיעון, כי נקט באלימות כלפי עצור בהזדמנות חד פעמית (מרכז) (מחוזי) 537/14. סמ"ר ג' ר' הורשע במסגרת הסדר טיעון בעבירה של תקיפה בנסיבות מחמירות בכך שהכה בהזדמנות חד-פעמית מסתגן אזור ומכוסה עיניים תוך צילום המעשים על-ידי חייל אחר (ע/59/14). סמל נ' ח' הורשע בעבירה של התעללות בכך שהכה עצור פלסטיני, אזור ומכוסה עיניים, ושנחבל כתוצאה מהמעשים (ע/63/06).

86. אף שמידת חומרתם של המעשים מגוונת, הרי שיש לזכור כי חלק מן הנאשמים הורשע במסגרת הסדר טיעון, ולא ניתן להשוות בינם לבין הנאשם שעמד על חפותו וניהל משפט הוכחות (ראו עניין כהן לעיל). לנאשם אף מיוחסות שתי עבירות שונות של התעללות בנסיבות מחמירות ביחס לשני עצורים פלסטינים, בהזדמנויות אחרות, ומידת ההתעללות בהם הייתה לא מועטה, נוכח היותם אזורקים ומכוסים עיניים והשימוש במכשיר חשמלי, ולאור מעורבותו הנוספת כמסייע לאלימות שהופנתה כלפי אחד העצורים.

ב. התנהלותה של היחידה

87. כפי שנקבע לעיל, מצאנו כי מפקדים בפלוגה לא הכירו ולא יישמו את נוהל השהיית עצור בגדוד, שנועד למנוע אלימות כלפי העצור. עם זאת, הובהר לחיילים באופן בלתי משתמע כי אין להכות או לגעת בעצור.

88. הגם שאין לכחד כי התנהלותה של הפלוגה ורשלנותם של המפקדים אינם ראויים בכל הנוגע לאופן השמירה על עצורים, הרי שלא מצאנו כי המדובר בפגמים הקשורים להליך שננקט בעניינו של הנאשם. למצער, אין המדובר בפגם שעוצמתו פוגעת בצורה חריפה בתחושת הצדק וההגינות.

89. בכל הכבוד הראוי, החובה שהוטלה על החיילים להימנע ממגע לא נדרש עם העצורים, קל וחומר להכותם, הובהרה להם ברחל בתך הקטנה. אמנם, הנוהל להשהיית עצור בגדוד נועד למנוע מחיילים ששיקול-דעתם השתבש לנקוט באלימות כלפי עצורים, אולם העדר יישומו של הנוהל לא העניק לגיטימציה כל שהיא למעשיהם הפסולים של הנאשם וחבריו. חובתו המוסרית והאנושית של הנאשם שלא להתעלל באנשים חסרי ישע הנתונים למרותו אינה מתאינת ואינה נפגמת כחוט השערה גם אם מפקדיו לא עמדו על המשמר כנדרש. רשלנות המפקדים באי-יישומו של הנוהל מזה והתנהלותו של הנאשם מזה, ואין הלימה כל שהיא בין השניים. במאמר מוסגר נתהה, האם חייל שביצע פריצה למחסן צבאי יעלה טענה כי רשלנות באבטחתו מהווה התנהגות שערורייתית מטעם רשויות הצבא, המצדיקה את זיכוי או את המרת הסעיף בעניינו. נדמה כי התעללות בבני אדם היא בגדר קל וחומר לדוגמה שהובאה.

90. למען הסר ספק נבהיר, כי עניינו של הנאשם רחוק ת"ק פרסה מעניינם של נאשמים אחרים, בהם הובהר כי התקיימו נסיבות **ייחודיות**, ששזירתן יחדיו הובילה לקביעה כי נוצרו פגמים **משמעותיים** הקשורים באופן **ישיר** להליכים הפליליים שנקטו בעניינם. כך, לדוגמה, בעניינו של סמ"ר א' ב' ש', מפקדו של הנאשם פעל בניגוד לדין, באופן שגרם לפגיעה קשה בזכויות הנאשם, כאשר הברור הפיקודי שבוצע השליך באופן ישיר על החקירה והיה קשור במובהק להליך הפלילי שנמסך על הודאת הנאשם בחקירה (מרכז (מחוזי) 211/13). בעניינו של רס"ם ב' ב' נמצאו מספר ממצאים חמורים ביחס להתנהלותו של גורמי היחידה, שלהם היה קשר ישיר ומובהק לעבירה המיוחסת לנאשם (ע/94/09). בעניינם של סמל א' ש' וטור' י' ר' דובר במחדלי חקירה אליהם הצטרפו טעמים הנוגעים לנסיבות מתונות של ביצוע העבירה כמו גם העדר חובה לפתיחה בחקירת מצ"ח וייחוס נוסח מחמיר בכתב האישום (ע/38,39,40/15).

91. לפיכך, החלטנו לדחות את טענות ההגנה מן הצדק, הן ביחס לאכיפה בררנית והן ביחס להתנהלות היחידה.

92. נוכח האמור, ולאחר שמצאנו כי הנאשם ביצע את המיוחס לו בשני פרטי האישום, אנו **מרשיעים** את הנאשם **בשתי** עבירות של **התעללות בנסיבות מחמירות**, כאשר ביחס ל**אלימות** שהופנתה כלפי העצור בפרט האישום השני הנאשם מורשע **כמסייע** להתעללות בנסיבות מחמירות (ולא כמבצע בצוותא).

- ניתנה היום, 16/02/2016 ז' אדר א תשע"ו, והודעה בפומבי ובמעמד הצדדים.

שופטת

אב"ד

שופט

גזר דיןרקע

1. הנאשם, רב"ט ר' ס', הורשע לאחר ניהול משפט הוכחות בשתי עבירות של התעללות בנסיבות מחמירות, לפי סעיף 65(א) ו-(ג) לחוק השיפוט הצבאי, תשט"ו – 1955. בפרט האישום השני הורשע הנאשם כמבצע בצוותא באשר לחלקו הראשון של האירוע, ואילו כמסייע לחלקו השני.
2. כפי שפורט בהכרעת הדין, בשתי הזדמנויות שונות בחודש אוקטובר 2015 עצר כוח מגדוד XXX שני פלסטינים, הביאם למוצב חרמש ואלו הושמו במתחם הפלוגה בו משרת הנאשם. העצורים היו אזוקים בידיהם ומכוסים עיניים.
3. באירוע הראשון מבחינה כרונולוגית (פרט האישום השני) חיבר הנאשם לצווארו של העצור, אוסיד חסן, מכשיר חשמלי מסוג touchtens (להלן – המכשיר החשמלי), השולח זרמים חשמליים באמצעות אלקטרודות, והפעילו תוך שהוא מגביר את עוצמת הזרם על אף תחינותיו של העצור, בעוד רב"ט אליהו ב' תיעד את ההתרחשות באמצעות טלפון נייד. ביחס לאירוע זה הורשע הנאשם כמבצע בצוותא לעבירה של התעללות בנסיבות מחמירות שכוללות שימוש במכשיר חשמלי והגברת עוצמתו חרף תחינותיו של העצור, היותו של העצור אזוק בידיו ומכוסה עיניים, תיעוד האירוע ונוכחותו של אחר.
4. לאחר מכן, רב"ט ב' הכה את העצור בראשו ובעט בו כשהנאשם נוכח במקום. רב"ט ב' דרך על רגליו של העצור בזמן שהנאשם סידר את כיסוי העיניים של העצור, תוך כדי תיאור האירוע. ביחס לאירוע זה הורשע הנאשם כמסייע לעבירה של התעללות בנסיבות מחמירות הכוללות את היותו של העצור אזוק בידיו ומכוסה עיניים, נוכחותם של מספר חיילים ותיעוד האירוע.
5. באירוע השני (פרט האישום הראשון), שהתרחש ארבעה ימים לאחר מכן, בחמ"ל הפלוגה, חיבר הנאשם לראשו של העצור, תאאר אקטיש, את המכשיר החשמלי

והפעילו. ביחס לאירוע זה הורשע הנאשם בעבירה של התעללות בנסיבות מחמירות, נוכח השימוש במכשיר חשמלי והיותו של העצור אזוק בידיו ומכוסה עיניים.

ראיות וטענות לעונש

6. הנאשם שירת במסלול הנח"ל החרדי והחליט לבצע שירות צבאי מלא. הוא גויס בחודש יולי 2014, שירת כלוחם במשך כשנה ומחצה בגדוד נצח יהודה ונעדר עבר משמעותי. לבית הדין הוגשו מספר מסמכים מגורמים חינוכיים ופיקודיים שונים (ס/9-5) וכן העידו אנשים מתחום החינוך והקהילה אשר ליוו את הנאשם בשנים האחרונות, כמו גם אביו של הנאשם.

7. כלל הראיות והעדים הצביעו על הנאשם כעל אדם שחונך לערכים ולתרומה לקהילה ולמדינה. הנאשם התנדב בסיטואציות שונות בקהילה ובמכינה הקדם-צבאית, חנך אדם בעל מוגבלות וקבע עתים לתורה. הנאשם תואר כאדם טוב לב, רגיש, מסור, משקיע ומוביל חברתית. הנאשם היה חדור מוטיבציה להצליח, להגיע לשירות צבאי ולשמש בתפקידי פיקוד (אף כי האפשרות לצאת לקצונה נמנעה ממנו בשל בעיות בריאותיות בגין נדרש לשימוש במכשיר החשמלי). אביו של הנאשם תיאר בהתרגשות אירוע טראומתי, כאשר בן משפחה נהרג בפיגוע של יידוי אבנים בערב ראש השנה האחרון. כן עמד על מצבה הרפואי המורכב של אם הנאשם, שמנע ממנה להגיע לדיונים ולבקר את הנאשם. כלל העדים הדגישו, כי האירועים בהם הורשע הנאשם הם בגדר חריג, שאינו מאפיין כלל ועיקר את אישיותו של הנאשם ומעשיו לאורך השנים.

8. **התביעה הצבאית** ביקשה כי בית הדין יקבע שני מתחמי ענישה נפרדים לכל אחד מהאישומים בכתב האישום, וזאת לאור העובדה כי מדובר באירועים שהתרחשו בפרקי-זמן שונים, הנוגעים לשני עצורים נפרדים ונעדרים קשר הדוק. התביעה עמדה על הערכים שנפגעו מביצוע העבירות ובראשם שלמות גופו וכבודו של האדם, במיוחד בשים לב להשפלה ולביזוי של נפגעי העבירות, כמו גם בשל השימוש במכשיר החשמלי ותיעוד האירוע בפרט האישום השני. התביעה הדגישה אף את הפגיעה בחוסנו המוסרי של צה"ל ובערך טוהר הנשק, במיוחד בתקופה בה מעשיו של הצבא נבחנים בשבע עיניים. התביעה פירטה ביחס לכל אחד מפרטי האישום את הנסיבות הקשורות לביצוע העבירה, וביניהם היותו של הנאשם יוזם העבירה, התכנון שקדם

למעשים, האכזריות המתגלמת בהיותם של העצורים כפותים ומכוסים עיניים ונעדרים יכולת להתגונן מפני המעשים כמו גם השימוש במכשיר החשמלי, וכן ניצול המעמד ופער הכוחות בין הנאשם לקורבנותיו. התביעה הציגה מספר פסקי-דין ואבחנה את הנסיבות המתוארות בהם וביקשה כי ייקבעו מתחמי ענישה מתחמים. התביעה חידדה את העובדה כי המעשים בוצעו שלא בנסיבות מבצעיות. התביעה ציינה את הצטברות המעשים והצורך בהרתעת הרבים כשיקולים המובילים לקביעת העונש בתקרת מתחמי הענישה שייקבעו וביקשה כי העונש בגין מתחמי הענישה ירוצה במצטבר. לסיכום, עתרה התביעה לענישה של מאסר בפועל, מאסר מותנה, הורדה לדרגת טוראי ופיצויים לנפגעי העבירה.

9. **ההגנה**, לעומתה, סבורה כי בשל פרקי הזמן הקצרים בו בוצעו המעשים ומהותם, יש לקבוע מתחם ענישה אחד לשני האירועים, ולמצער להטיל עונש אחד כולל בגינם. ההגנה עמדה על הפער הניכר בנסיבות האירועים השונים, כאשר המתלונן בפרט האישום הראשון תיאר את תחושותיו הקלות יחסית בעקבות השימוש במכשיר, ובשני המקרים לא נגרם נזק פיזי לעצורים. ההגנה חידדה, כי הנאשם לא שמר באופן מוגדר על מי מהעצורים והזכירה את כשלי היחידה באשר לאופן השמירה עליהם. ההגנה ציינה, כי בניגוד לר"ט ב' שהורשע כמבצע עיקרי של כלל המעשים בפרט האישום השני, הנאשם הורשע אך כמסייע ביחס לאלימות שנקטה על-ידי רב"ט ב' בפרט האישום השני. בשונה מרב"ט ב' שלא שיתף פעולה בחקירה, הרי שהנאשם נטל אחריות וחשף בפרטים את המעשים ומבצעייהם והצטער על שביצע. ההגנה הדגישה כי מעשי הנאשם אינם מאפיינים את התנהלותו והזכויות הרבות שצבר לאורך השנים כפי שהוכח בראיות ומפי העדים שהעידו בפני בית הדין. עוד עמד הסנגור על המשמעויות הקשות שתהיינה להרשעתו של הנאשם, על מעצרו הממושך בעוד שלא יצא לחופשה ממתקן הכליאה, ועל מצבה הרפואי הקשה של אם הנאשם. הסנגור ביקש כי בית הדין יגלה מידה של חסד ויסתפק בתקופה בה שהה הנאשם עד כה במעצר. הסנגור התנגד להטלת פיצויים נוכח העובדה כי לא הוכח קיומו של נזק למי מהעצורים, אך השאיר לשיקול דעת בית הדין את העתירה להורדת הנאשם בדרגה.
10. **הנאשם**, בדברו האחרון, מסר כי הוא מבין את חומרת המעשים והשלכותיהם, וכי הוא מצטער ומתבייש בהם. הנאשם ביקש מבית הדין כי יתחשב בו בקביעת העונש ועמד על שירותו התקין.

דיון והכרעה

מתחם העונש ההולם

11. במסגרת הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה, נקבע בסעיף 40 לחוק העונשין, התשל"ז – 1977, כי העיקרון המנחה בענישה הוא קיומו של יחס הולם בין חומרת מעשה העבירה בנסיבותיו ומידת אשמו של הנאשם ובין סוג ומידת העונש המוטל עליו.

א. ריבוי עבירות

12. סעיף 40 לחוק העונשין קובע את הדרך בה על בית הדין ללכת מקום בו הורשע הנאשם במספר עבירות. כעולה מהוראת הדין, יש לבחון תחילה אילו עבירות מהוות "אירוע אחד" ואזי ייקבע מתחם עונש הולם לאירוע כולו תוך גזירת עונש כולל לכל העבירות בשל אותו אירוע. אם ישנן עבירות המהוות כמה "אירועים", על בית הדין לקבוע מתחם עונש הולם לכל "אירוע" בנפרד, ולאחר מכן רשאי הוא לגזור עונש נפרד לכל אירוע או עונש כולל לכל האירועים (תוך קביעת מידת החפיפה בין העונשים או הצטברותם). ביחס למנגנון התלת-שלבי שנקבע לגזירת העונש ראו, בין היתר: ע"פ 8641/12 סעד נ' מדינת ישראל (2013), בפסקאות 22-29.

13. בפסיקה אומץ "מבחן הקשר ההדוק" לצורך הכרעה בשאלה אימתי מספר מעשים או עבירות ייחשבו ל"אירוע אחד" לצורך קביעת העונש ההולם. כך, הוטעם, כי עבירות שבוצעו בסמיכות זמנים או שהן חלק מתכנית עבריינית אחת ואף כאשר ניתן היה להפריד ביניהן ולחדול לאחר ביצוע כל אחת מהן – ייחשבו כ"אירוע אחד", אשר ביחס אליו ייקבע מתחם עונש הולם אחד (הגם שהעובדה שהאירוע כולל כמה מעשים יכולה לשוות לו מידה נוספת של חומרה בעת קביעת מתחם העונש ההולם). כלומר, נבחנת עוצמת הקשר בין העבירות. בית המשפט העליון ציין, כי אישומים המופנים כלפי קורבנות שונים מהווים מספר אירועים – אף אם יש במעשים קווי אפיון דומים (ראו: ע"פ 4910/13 ג'אבר נ' מדינת ישראל (2014), פסקי-דינים של השופטים ברק-ארז ופוגלמן; ע"פ 1605/13 פלוני נ' מדינת ישראל (2014), בפסקה 18; רע"פ 4760/14 קיסלמן נ' מדינת ישראל (2015), בפסקה 20; ע"פ 1261/15 מדינת ישראל נ' דלאל (2015), בפסקה 22).

14. במקרה דנן, המדובר בשני אירועים שבוצעו בפער של מספר ימים האחד מן השני. אמנם, הנאשם חיבר מכשיר חשמלי לגופו של עצור בכל אירוע, אולם המדובר בקורבנות שונים כאשר האירוע בפרט האישום השני כלל שותף ואופיין במעשה חמור נוסף של אלימות לו סייע הנאשם (כאשר מעשה האלימות וחיבור המכשיר החשמלי

בוצעו כלפי אותו עצור ובפרק זמן קצר האחד מן השני). לפיכך, בהתאם למבחנים שנקבעו בפסיקה, אנו סבורים כי יש מקום לקבוע מתחם ענישה נפרד לכל אחד משני פרטי האישום, כאשר המעשים בפרט האישום השני ייחשבו כאירוע אחד. בד בבד, מצאנו לקבוע עונש אחד כולל לשני האירועים, לאור העובדה כי המדובר במעשי התעללות בעצורים פלסטינים שהוחזקו באותו מוצב ועל רקע אותו מניע לביצוע העבירה.

ב. פרט האישום הראשון

15. בהכרעת הדין הבאנו את אפיונו של בית המשפט העליון את עבירת ההתעללות :

"התעללות, והתעללות גופנית בגדרה, מתייחסת למקרים שמחמת אופיים וטיבם – המצפון והרגש אינם מאפשרים להתייחס אלינם 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... עבירת ההתעללות הינה עבירה התנהגותית ולא עבירה תוצאתית. מכיוון שכך, אין התביעה נדרשת להוכחת גרימת נזק בפועל לקורבן בבואה להוכיח ביצועה של עבירת התעללות..." (ע"פ 4596/98 פלונית נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(1) 145, 168 (2000))

16. אכן, מהותה של העבירה מלמדת על הערכים המוגנים במסגרתה. המחוקק ביקש להגן הן על שלמות גופו של האדם והן ובעיקר על כבודו של מי שמצוי במעמד המיוחד של משמורת חוקית. נוכח הכוחות שהוענקו לבעל השררה, נוצרה בהתאם מערכת נורמטיבית שתגביל את כוחותיו בכדי שלא יעשה בהם שימוש לרעה. בית הדין הצבאי לערעורים פסק פעם אחר פעם, כי "שמירה קפדנית על התנהגות המפנימה את כבוד האדם – של כל אדם, בין אוהב ובין אויב – נדרשת מכל חייל. היא נדרשת, בראש ובראשונה, מעצם היותו אדם, באשר היא שומרת על צלם האדם שבו, אך היא גם מקנה לו יתרונות מקצועיים ומוסריים, כחייל וכמפקד, כלפי עמיתיו ופקודיו, כמו גם כלפי אויביו" (ע/128,146/03 התובע הצבאי הראשי נ' רב"ט רוזנר ורב"ט ליברמן (2003), בפסקה 12; כן ראו בהקשר אחר: ע/62/03 התובע הצבאי הראשי נ' סמל אילין (2003)).

17. מי שנתון למשמורתו של חייל זכאי שיישמרו כבודו וגופו וכי בריאותו – הפיזית והנפשית כאחת – תישמר על-ידי מי שמופקד על משמרתו. כפי שהבהיר בית הדין הצבאי לערעורים:

"כבוד האדם נבחן לא רק בכיבוד ידידך ואוהבך אלא גם, ולעיתים בעיקר, בכיבוד שונאך ואויבך. עקרון זה מטיל חובות על חיילי צה"ל. הוא יוצר סטנדרט ערכי וממנו אין לסטות. ביסודו עומדת התובנה: 'כי בצלם אלהים עשה את האדם' (בראשית, ט, ו). מכאן עולה החובה הנגזרת לשמור את כבוד האדם: כל אדם, בין אוהב ובין אויב. שכן, לכולם צלם אנוש: 'חביב אדם שנברא בצלם' (מסכת אבות ג, יח)" (עניין רוזנר וליברמן לעיל, בפסקה 14)

18. בית המשפט העליון הטעים אף הוא, כי **"העבירות בהן מדובר – כלפי האדם האזוק וכסוי העיניים – יש בהן לכאורה הן משום פגיעה בכבוד הבריות, ובכבודו של האדם הלא יהודי שכננו, אף אם הוא פוגע בנו, הן משום חילול השם"** (בג"ץ 7195/08 אבו רחמה נ' הפרקליט הצבאי הראשי (2009), בפסקה י"ד לפסק-דין של השופט (כתוארו אז) רובינשטיין).

19. למותר לציין, כי ערך חברתי נוסף שנפגע מביצוע עבירה של התעללות, קל חומר בנסיבות מחמירות, וכאשר עסקין במי שהוא עצור פלסטיני – הוא ערך טוהר הנשק. חוסנו המוסרי של צה"ל, על הנורמות והערכים המונחים בבסיסו, מגלם את עוצמתו של הצבא. השמירה על רמתו המוסרית של צה"ל, במיוחד בפעילות הנוגעת לתושבים הפלסטיניים ביהודה ושומרון, היא חיונית ברמה הצבאית והלאומית כאחת. בעת שהתנהגותם של חיילים נבחנת בשבע עיניים ומקבלת הד ציבורי של ממש, חובה על הצבא לאכוף את הדין ללא היסוס ולבער את הרע מקרבנו. כפי שהוטעם בעבר, המדובר בהתנהגות המטילה קלון על הנאשם, מכתימה את יחידתו, **"פוגעת במוסר הלחימה של צה"ל ומשליכה, למעשה, על דמות הצבא כארגון ועל דמות לוחמיו"** (עניין רוזנר וליברמן לעיל, בפסקה 15).

20. מידת הפגיעה של הנאשם בערכים העומדים בבסיס העבירה אינה קלה, במיוחד בעת שנבחנות הנסיבות הקשורות בביצועה. בין הנאשם, כחייל בפלוגה וכמי ששימש אותה עת בחמ"ל, לבין המתלונן היו פערי כוחות של ממש, המתחדדים על רקע מצבו של המתלונן שהושם על הרצפה כשהוא כפות ועיניו מכוסות. הנאשם יזם את ביצוע העבירה. אף אם לא היה תכנון מפורט והיה זה אירוע ספונטאני, הרי שעדיין נדרשת התארגנות מסוימת בביצוע המעשה.

21. הנאשם חיבר מכשיר חשמלי לראשו של המתלונן, כאשר המדובר בשימוש חריג ביותר – הן בייעודו והן בנסיבותיו – במכשיר, אשר שלח זרמים חשמליים לאיבר רגיש בגופו של המתלונן. כפי שצינו בהכרעת הדין, לא דומה מי שמושפל על-ידי בעל כוח המטיל עליו את מרותו למי שכבודו נרמס כאשר הוא אזוק בידיו ועיניו מכוסות. הנאשם ניצל למעשה את עיוורונו של העצור והיותו שרוי באפלה בכדי לבצע את המעשים המבזים. בדומה, המתלונן נותר חסר ישע וללא יכולת להגן על עצמו נוכח המגבלות הפיזיות – המוצדקות כשלעצמן – שהוטלו עליו.

22. מעבר לכך, הנאשם עשה שימוש במכשיר חשמלי שמטרתו רפואית-טיפולית לייעוד שונה לחלוטין, פסול ולא אנושי. הנאשם עשה שימוש חורג וחריג במכשיר טיפולי למטרה זרה לחלוטין לייעודו, מתוך רצון וכוונה להפחיד ולהבהיל את העצור נוכח הזרם החשמלי הנשלח לגופו. אין ספק, כי המעשה במהותו ובהקשר הנתון נועד אף להשפילו וכי הנאשם ביזה את המתלונן ורמס את כבודו. בעינינו השימוש במכשיר החשמלי בנסיבות הללו, גם אם היה קצר מועד, מהווה מעשה אכזרי המובחן מנקיטת אלימות באופן חשוף וגלוי כלפי אדם. מנגד, לקחנו בחשבון כי משך השימוש במכשיר החשמלי היה קצר, עוצמת ההפעלה הייתה נמוכה והעצור עצמו לא חש כאב וכי לא נגרם לו נזק פיזי.

23. אין המדובר בהתרחשות נקודתית וחד-פעמית, אלא בדפוס פעולה חוזר ונשנה מצדו של הנאשם, כאשר היה מודע כבר בפעם הקודמת לפוטנציאל הנזק שבמעשים. לא ניתן אף לטעון לקיומה של סיטואציה מבצעית מלחיצה או במעשה שבוצע בלהט הרגע או בשל מתח נפשי בו היה נתון הנאשם או כתגובה להתגרות או סיכון מצד העצור, אלא בהתנהגות שבוצעה בקור רוח מלא. כפי שקבע בית הדין הצבאי לערעורים, המדובר בהתנהגות "לא רק שהיא אסורה, אכזרית ובעלת מימד של הטלת אימה והשפלה אלא שיש בה גם סטייה רבתה מן הראוי, בהיבט המוסרי,

שאינה נלווית בהכרח לכל מעשה של הפעלת כוח גם אם הוא אסור (ע/10,14/10, סג"ם מזרחי נ' התובע הצבאי הראשי (2010), בפסקה 50).

24. בחנו אף את מדיניות הענישה הנוהגת בעבירות מסוג זה:

א. עניין ר' ול' לעיל – הנאשמים הורשעו על-פי הודאתם בעבירות של התעללות בנסיבות מחמירות בצוותא. הנאשמים, חיילים במשטרה הצבאית, הכו שני עצורים קטינים במהלך ליוויים ברכב, תוך שרב"ט רוזנר עשה שימוש בקסדה ובקנה נשקו. על רב"ט רוזנר נגזרו 10 חודשים לריצוי בפועל ואילו על רב"ט ליברמן נגזרו 7 חודשי מאסר בפועל.

ב. ע/166/08 התובע הצבאי הראשי נ' סמ"ר אייזן ואח' (2010) – הנאשמים הורשעו בעבירות של תקיפה ו/או התעללות בנסיבות מחמירות כנגד פלסטיני וקרובי משפחתו. על סמ"ר אייזן נגזרו 5.5 חודשי מאסר בפועל ואילו על סמ"ר טהל נגזרו 5 חודשי מאסר בפועל.

ג. ע/59/14 התובע הצבאי הראשי נ' סמ"ר רום (2014) – הנאשם, שהורשע בעבירה של תקיפה בנסיבות מחמירות, הכה מסתנן פלסטיני שנעצר, תוך שהיה כפות וכסוי עיניים, בעוד המעשה מתועד על-ידי חייל אחר, וכאשר הנאשם עזב את זירת ההתרחשות טרם הסתיים האירוע. על הנאשם נגזרו חודשיים מאסר בפועל.

ד. ע/48/14 התובע הצבאי הראשי נ' סמ"ר כהן (2015) – הנאשם הורשע בעבירה של סיוע להתעללות בנסיבות מחמירות, כאשר תיעד אירוע הכאה של מסתנן פלסטיני. על הנאשם נגזרו חודשיים מאסר בפועל.

ה. ע/63/06 סמל חיימוביץ נ' התובע הצבאי הראשי (2007) – הנאשם הורשע בעבירה של התעללות בגין הכאה חד-פעמית של עצור פלסטיני כפות וכסוי עיניים במהלך פעילות מבצעית. על הנאשם נגזרו 45 ימי מאסר בפועל.

25. לא למותר לציין, כי על רב"ט ב' – שותפו של הנאשם לפרט האישום השני – נגזרו לאחרונה 7 חודשי מאסר בפועל בגין תיעוד האירוע של הפעלת המכשיר החשמלי ובגין האלימות שנקט הוא עצמו כלפי העצור וכן בגין אירוע אלימות נוסף (מרכז (מחוזי) 483/15 התובע הצבאי נ' רב"ט ב' (2016)). עיינו אף בפסקי-דין נוספים של ערכאה ראשונה, הגם שאין בהם כדי ללמד על רמת הענישה המחייבת (לדוגמה, מרכז (מחוזי) 481/15 התובע הצבאי נ' רב"ט ס' א' (2015)).

26. לאחר שבחנו את מכלול הדברים, נחלקו דעותינו ביחס למתחם הענישה הראוי בגין האירוע הראשון. רוב השופטים סבורים כי מתחם הענישה ההולם צריך לנוע בין 4-8 חודשי מאסר לריצוי בפועל, לצד עונשים אחרים, ואילו שופט המיעוט סבר כי מתחם הענישה ההולם צריך לנוע בין 3-6 חודשי מאסר לריצוי בפועל, לצד עונשים אחרים.

ג. פרט האישום השני

27. אין צורך להכביר מילים בשנית על הערכים החברתיים שנפגעו בביצוע העבירה. עם זאת, במקרה דנן מידת הפגיעה בערכים החברתיים כפולה ומכופלת, בשים לב אף לנסיבות הקשורות בביצוע העבירה.

28. ראשית, הנאשם הגביר את עוצמת המכשיר החשמלי, "בשביל שהוא ירגיש את זה" (כדברי הנאשם עצמו), בעוד הוא שומע היטב את תחינותיו של העצור ונענה להן רק באיחור. המכשיר היה מחובר לגופו של העצור לפחות 10 שניות, והנאשם אמנם ניתק את המכשיר אך עשה זאת בקור רוח ובמתניות רק לאחר שהעצור התחנן בפניו פעם אחר פעם וניסה להניאו ממעשיו. לא ניתן להתעלם מהלך רוחו של הנאשם, שהתבטא בחיוכו הרחב ומן העובדה שאף שוועותיו הראשוניות של העצור לא הניעוהו לנתק את המכשיר החשמלי מגופו של האחרון, ומצחוקו של רב"ט ב' שתיעד את המעשה.

29. שנית, לאירוע חברו שני חיילים, כאשר למעשה נוצרה חלוקת תפקידים בין השניים: האחד – הנאשם – מחבר את המכשיר החשמלי לגופו של העצור ואילו חברו – רב"ט ב' – מתעד את האירוע. לאחר מכן, סייע הנאשם לרב"ט ב' שהכה את העצור בצורה נמרצת, באמצעות סידור הפלנלית על ראשו של העצור. זאת כחלק בלתי נפרד ושלא ניתן לנתקו מהיחס האלים והמשפיל כלפי העצור, ונועד ככל הנראה בכדי שהעצור לא יבחין בזהות תוקפיו ושאר הנוכחים במקום.

30. שלישית, תיעוד האירוע הגביר את האלמנט של השפלת העצור וביזויו. הצילום היווה חלק בלתי נפרד מן ההתרחשות ומן המטרה שנלוותה למעשים. הצילום לא היה מקרי

ולא אקראי, הוא לא היה תיעוד חיצוני ונטול הקשר; ונעשה מתוך מודעות מלאה של הנאשם. האפשרות כי תיעוד האירוע יופץ ברבים, במיוחד נוכח הנגישות הטכנולוגית, מעצימה אף היא בתורה את הפגיעה הן בכבודו של קורבן העבירה והן בחוסנו המוסרי של הצבא ובמעמדו בארץ ובעולם.

31. בד בבד, אף באירוע הנוכחי, לא הובאו ראיות באשר לקיומו של נזק פיזי שנגרם לעצור כתוצאה מהשימוש במכשיר החשמלי או כתוצאה מהאלימות שננקטה כלפיו על-ידי רב"ט ב'. עוד לקחנו בחשבון את מידת מעורבותו של הנאשם כמסייע בלבד לאלימות בחלקו השני של האירוע ואת העדר רצונו לנקוט באלימות כלפי עצורים.

32. גם ביחס לאירוע השני נדגיש, כי מעשי הנאשם לא בוצעו במהלכה של פעילות מבצעית מלחיצה או במעשה שבוצע בלהט הרגע או בשל מתח נפשי בו היה נתון הנאשם או כתגובה להתגרות או סיכון מצד העצור.

33. לאחר שבחנו את מדיניות הענישה הנוהגת, כפי שפורטה לעיל, נחלקו דעותינו ביחס למתחם הענישה הראוי בגין פרט האישום השני. רוב השופטים סבורים כי מתחם הענישה ההולם צריך לנוע בין 6-10 חודשי מאסר לריצוי בפועל, לצד עונשים אחרים, ואילו שופט המיעוט סבר כי מתחם הענישה ההולם צריך לנוע בין 4-8 חודשי מאסר לריצוי בפועל, לצד עונשים אחרים.

גזירת העונש בתוך מתחמי העונש ההולמים

34. כבר בתחילה נציין, כי לא סברנו שיש מקום לחרוג ממתחם העונש ההולם של כל אחד מהאירועים, משיקולי הגנה על שלום הציבור או משיקולי שיקום. אנו סבורים, כי ניתן להלום בין חומרת מעשי העבירה בנסיבותיהם ומידת אשמו של הנאשם ובין סוג ומידת העונש המוטל עליו, באמצעות גזירת העונש בתוך מתחמי הענישה שנקבעו.

35. רובן ככולן של הנסיבות שאינן קשורות בביצוע העבירה משותפות לשני מתחמי הענישה שהוגדרו, ולכן נפרט את מכלול השיקולים הרלוונטיים ביחס לגזירת העונש במשותף לשני המתחמים.

36. אין ספק, כי עונש מאסר בפועל מהווה פגיעה של ממש בנאשם ובמשפחתו, במיוחד בשים לב למצבה הרפואי של אם הנאשם, לתקופת המעצר הממשית בה הוא נתון עד כה ולכתם הפלילי שילווה את הנאשם בגין הרשעתו בעבירות של התעללות בנסיבות מחמירות. גם בעת גזירת עונשו של מי שכשל במעשים חמורים, לא ניתן להתעלם מבחירתו של הנאשם לבצע שירות צבאי מלא, מהעדר העבר הפלילי או המשמעותי ומתרומתו הרבה לקהילה ובעת שירותו כלוחם במשך תקופה בת כשנה ומחצה.

37. נודה ולא נבוש, כי קיים פער של ממש בין דמותו של הנאשם כפי שהצטיירה בפנינו על-ידי העדים שהעידו לזכותו בבית הדין ובאמצעות המסמכים שהוגשו לנו על-ידי ההגנה, לבין המעשים שביצע קשה להלום כיצד אדם, שחונך בצורה ערכית ותרם רבות הן לקהילתו והן למדינה, כשל בצורה כה ממשית במעשים פסולים ומבזים.

38. הנאשם עצמו טען בחקירה, כי בפלוגה שררה תרבות "אגרסיבית", במיוחד כלפי עצורים פלסטינים. ייתכן שהכשלים בתפקוד היחידה באשר לשמירה על עצורים תרמו אף הם לאירועים שהתבצעו על-ידי הנאשם וחבריו. מכל מקום, החובה שהוטלה על החיילים להימנע ממגע לא נדרש עם העצורים, קל וחומר להכותם, הובהרה להם ברחל בתך הקטנה. אמנם, הנוהל להשהיית עצור בגדוד נועד למנוע מחיילים ששיקול-דעתם השתבש לנקוט באלימות כלפי עצורים, אולם העדר יישומו של הנוהל לא העניק לגיטימציה כל שהיא למעשיהם הפסולים של הנאשם וחבריו. חובתו המוסרית והאנושית של הנאשם שלא להתעלל באנשים חסרי ישע הנתונים למרותו אינה מתאינת ואינה נפגמת כחוט השערה גם אם מפקדיו לא עמדו על המשמר כנדרש.

39. לעניין נטילת האחריות של הנאשם, לא התעלמנו משיתוף הפעולה של הנאשם בחקירה ומפירוט המעשים שביצע, הגם שכפי שקבענו בהכרעת הדין נדמה כי הנאשם ביקש לגמד במידת מה את אחריותו למעשים, אף שאלו נחשפו חלקם בסרטונים שהוצגו לבית הדין. אמנם, בחירתו של הנאשם לנהל משפט הוכחות חלקי אינה עומדת לחובתו ולקחנו בחשבון את הכרת החטא המאוחרת בדברו האחרון בפני בית הדין. עם זאת, לא ניתן להתייחס אליו כאל מי שהודה בהזדמנות הראשונה, נטל אחריות מלאה על המעשים וחסך בצורה ממשית בזמן שיפוטי.

40. בסופו של יום, אין המדובר במעידה חד-פעמית מצידו של הנאשם. למרבה הצער, נחשפנו לעובדה כי התבצעו בפלוגה מעשים פסולים, חלקם כלפי העצורים שצוינו בכתב האישום דנן, ומשכך יש צורך של ממש אף בהרתעת הרבים.

41. כפי שציינו לעיל, העונש הכולל יתייחס לשני מתחמי הענישה ההולמים כאחד. כלל השופטים סברו, כי נוכח מהות המעשים שביצע הנאשם יש להורות על הורדת הנאשם לדרגת טוראי וכן לקבוע עונש מאסר מותנה ממש, הצופה פני עתיד. בנוסף, סברו כלל השופטים כי אין מקום להטיל פיצויים בנסיבות העניין לטובת נפגעי העבירה, לאור העדרו של נזק ממשי שנגרם לאותם עצורים ובשים לב לעונש המאסר שיוטל על הנאשם.

42. ביחס לעונש המאסר בפועל, נחלקו דעות השופטים, וזאת בהתאם למתחמי הענישה השונים שנקבעו לעיל.

43. שופט המיעוט סבר, כי לאור נסיבותיו האישיות של הנאשם ושירותו התורם וכן העדרם של נזקים ממשיים כתוצאה ממעשיו, יש מקום לקבוע כי עונשו הכולל של הנאשם יעמוד על שבעה חודשי מאסר לריצוי בפועל.

44. שופטי הרוב סברו כי נוכח חומרתם הממשית של המעשים והצורך בהרתעת הרבים, הרי שנסיבותיו האישיות של הנאשם אינן יכולות לקבל משקל מרכזי. לפיכך, מצאו רוב השופטים לקבוע כי עונשו הכולל של הנאשם יעמוד על תשעה חודשי מאסר לריצוי בפועל.

45. לפיכך, וכדעת רוב השופטים, נגזרים על הנאשם העונשים הבאים:

- א. תשעה (9) חודשי מאסר לריצוי בפועל, מיום מעצרו של הנאשם.
- ב. שישה (6) חודשי מאסר על תנאי למשך שלוש (3) שנים, שלא יעבור כל עבירה שיש בה יסוד של אלימות.
- ג. הורדה לדרגת טוראי.

• ניתנה היום, 16/02/2016, והודעה בפומבי ובמעמד הצדדים.

- זכות ערעור כחוק.

שופט	אב"ד	שופטת
------	------	-------

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

נערך על ידי: מילי מלצב
בתאריך: 16/02/2016
חתימת המגיה: א' ב'