



בבית הדין הצבאי לערעורים

בפני :

אלוף דורון פיילס - הנשיא

תא"ל אורלי מרקמן - המשנה לנשיא

תא"ל יורם לרדו - שופט

בעניין :

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

נגד

מ/XXX סגן ג' ל' – המשיב (ע"י ב"כ, עו"ד רחל תורן ; עו"ד אריאל סלטו)

ובעניין :

מ/XXX סגן ג' ל' – המערער (ע"י ב"כ, עו"ד רחל תורן ; עו"ד אריאל סלטו)

נגד

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

ערעורים על פסק דין של בית הדין הצבאי המחוזי במחוז שיפוטי זרוע היבשה שניתן בתיק ז"י (מחוזי) 15/17 (סא"ל מאיה גולדשמידט – אב"ד ; רס"ן צבי פרנקל – שופט ; סרן גיא אליאסי – שופט) ביום 25.3.2018. ערעור ההגנה (הכרעת הדין) נדחה. ערעור התביעה (קולת העונש) התקבל.

פ ס ק - ד י ן**מסגרת ההליכים**

1. **המערער**, סגן (מיל') ג' ל', הורשע, לאחר שמיעת ראיות, בעבירות שעניינן חבלה חמורה בנסיבות מחמירות, לפי סעיף 333 וסעיף 335(א)(1) לחוק העונשין, התשל"ז-1977; והתנהגות שאינה הולמת, לפי סעיף 130 לחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955.

2. בעקבות הרשעתו, השית בית הדין קמא על המערער, שישה (6) חודשי מאסר בפועל, בדרך של עבודה צבאית; שישה (6) חודשי מאסר על תנאי למשך שלוש שנים, לבל יעבור המערער את העבירה שבה הורשע, וכן כל עבירה שיש בה יסוד של שימוש בלתי חוקי בנשק, או עבירה של חבלה או פציעה של אדם אחר; הורדה לדרגת סג"ם; וקנס בסך 8,000 ש"ח. בית הדין הורה אף, כי המערער ישלם פיצויים בסך 8,000 ש"ח לנפגע העבירה.

3. ההגנה לא השלימה עם הכרעת הדין, ואילו התביעה ערערה על קולת העונש. נדון תחילה בערעור ההגנה על הכרעת הדין.

הערעור על הכרעת הדין**השתלשלות העניינים ועיקרי הכרעת הדין**

4. ביום 9.1.2017 הוגש כנגד המערער כתב האישום, בעבירות כמפורט לעיל. בכתב האישום נטען, כי המערער, אשר שירת בתקופה הרלוונטית כקצין מודיעין ביחידה מובחרת, רכש בחודש ינואר 2016, באופן פרטי, אקדח מסוג גלוק 26, לאחר שהוציא רישיון אזרחי מתאים. את האקדח נשא עד ליום האירוע, 29.3.2016, כשהוא טעון במחסנית, ללא היתר מפקדיו, בניגוד להוראת בטיחות מבק"א יבשה מס' 3.4, בדבר תפעול, נשיאה ואחזקה של אקדח וחרף הבהרה מפורשת בדבר איסור זה על-ידי מפקדו, סרן ועקנין. ביום 29.3.2016, ישבו המערער וסג"ם לוי במשרדו של המערער ביחידה. השניים שוחחו על טיב האקדח ועל אופן הפעלתו. בשלב מסוים העביר המערער לידי סג"ם לוי את האקדח לצורך בחינתו, לאחר שווידא כי בית הבליעה ריק מכדורים. בהמשך שוחחו השניים על מבנה האקדח, והמערער פירק את האקדח מחלקיו, ומסרו, כשהוא ללא מכלול, לידי סג"ם לוי. לאחר מכן נטל המערער את האקדח מידי סג"ם לוי, הרכיב את חלקיו וטען אותו במחסנית שהכילה עשרה כדורי 9 מ"מ. השניים המשיכו לשוחח בעניין האקדח, ובשלב מסוים, הדגים המערער לסג"ם לוי כיצד דורכים את האקדח באמצעות חגורת המכנסיים. סמוך לאחר מכן, כיוון המערער את האקדח לפינה הימנית – תחתונה במשרד, ובשעה שסג"ם לוי קם

ממקום מושבו, לחץ על הדק האקדח. מן האקדח נורה כדור, אשר חדר דרך הבטן לפלג גופו התחתון של סג"ם לוי וגרם לפציעתו. לסג"ם לוי נגרמו קרעים ברקמות פנימיות בפלג גופו התחתון וכן שברים בעמוד השדרה. הוא נותח מספר פעמים ונקבע לו פרופיל 21, שבעקבותיו קיבל פטור מהשירות הצבאי.

5. המערער כפר באשמה ולפיכך נשמעו ראיות הצדדים. במהלך שמיעת הראיות, התברר כי המחלוקת העובדתית בין הצדדים מצומצמת, ונסבה על השאלה האם היתה מחסנית באקדח, ומה היתה מידת מודעותו של המערער ביחס לכך. המחלוקת העיקרית בין הצדדים עסקה בשאלה המשפטית, איזו הוראת חוק הולמת את נסיבות המקרה. ההגנה טענה, כי במקרה דנן, ניתן להוכיח, לכל היותר, יסוד נפשי של רשלנות ולא יסוד נפשי של פזיזות וכן, כי אף מטעמים של צדק, נוכח טענותיה לאחריות המפקדים באשר לאי-הטמעת הוראות הבטיחות ביחידה – יש להרשיע את המערער בסעיף חלופי, שאינו גורר אחריו רישום פלילי "מלא".

6. לאחר שמיעת הראיות, קבע בית הדין קמא, כי הוכחו לפניו, למעלה מכל ספק סביר, העובדות הבאות:

"מדובר במי [המערער] שלא ישן באופן רציף ביומיים שקדמו לאירוע, וסבל מעייפות מצטברת; הנאשם פירק והרכיב את אקדחו, על מנת להציגו לסג"ם לוי; ונקבע עובדתית על ידיו, כי **תוך כדי הפירוק וההרכבה הכניס בהיסח הדעת גם את המחסנית**; לאחר מכן ביקש להדגים לסג"ם לוי 'דריכה בחגורה'. בהמשך, לצורך פריקת האקדח כיוון אותו לעבר הרצפה בזווית של 45 מעלות ונקר. על אף שהאקדח לא כוון אל עבר של סג"ם לוי, אלא כלפי הרצפה, הרי שהכיוון הכללי היה סמוך יותר למקום בו עמד סג"ם לוי (לצד פינת השולחן שהפרידה בינו ובין הנאשם) ולא לצד השני של החדר, כפי שניתן היה לצפות בנסיבות העניין, על מנת להקטין את הסיכון; וכל זאת עשה הנאשם, שעה שנשכחה ממנו העובדה כי באקדח נותרה המחסנית, אולם הוא גם לא עשה פעולה פוזיטיבית לצורך בדיקת הדבר".

7. לאחר קביעת העובדות, פסק בית הדין בכל הנוגע ליסוד הנפשי, כי:

"אנו סבורים כי התנהלותו באירוע זה מצביעה על כך שמתקיים בו היסוד הנפשי של פזיזות, שעניינו קלות דעת, עקב נטילת סיכון בלתי סביר; וכי גם אם הנאשם ביצע מעשים מסוימים על מנת לנטרל את הסיכון, הוא לא עשה די, וגרם למרבה הצער לתוצאה קשה מאוד שפגעה בסג"ם לוי באופן ממשי".

8. בהתאם, ולאחר שבית הדין קמא דחה את טענות ההגנה בנוגע ל"הגנה מן הצדק", נקבע, כי יש להרשיע את המערער בעבירות שיוחסו לו בכתב האישום, כמפורט לעיל.

טענות ההגנה בערעור

9. ההגנה לא חלקה על ממצאי המהימנות והקביעות העובדתיות של בית הדין קמא, לרבות על הקביעה שבמהלך האירוע, **הכניס המערער את המחסנית לאקדח,**

ומיקדה את טענותיה בערעור בשאלת היסוד הנפשי, כעולה מאותן עובדות. לדידה של ההגנה, לא הוכח יסוד נפשי של פזיזות. נטען, כי בנסיבות המקרה, משנקבע, כי המערער שכח שהאקדח טעון במחסנית ואף משכיון את אקדחו לרצפה, בזווית של 45 מעלות, על-מנת לפרוק את האקדח – אין לקבוע, כי היה מודע לאפשרות גרימת החבלה החמורה לסג"ם לוי.

10. ההגנה סבורה, שהקביעות העובדתיות במקרה דנן, אינן מקימות חזקה, שלפיה המערער היה ער לסיכון שנשקף והתממש, ובהתאם, אין הן מלמדות על חזקה, שלפיה נטל המערער, במודע, סיכון מוחשי ובלתי סביר. לשיטת ההגנה, פסקי הדין בנושא, תומכים אף הם בעמדתה (בעניין זה הפנתה ההגנה לניתוח וליישום פסיקתו של בית המשפט העליון בנושא, כפי שנעשה בת"פ (ב"ש) 22024-05-16 **מדינת ישראל נ' ויזמן** (2016)). לפיכך, סבורה ההגנה, כי לא הוכח במקרה דנן, שהתקיימה במערער פזיזות ואין לקבוע כי התקיים בו יסוד נפשי של קלות דעת.

11. בתוך כך, טענה ההגנה, כי בית הדין קמא נתפס לכלל טעות, משהניח, בניגוד לקביעותיו שלו עצמו, כי סג"ם לוי, עמד בזמן שהמערער כיוון את אקדחו בזווית של 45 מעלות, עובר לירי. בהקשר זה, נעיר כבר עתה, כי אמנם, כעולה מקביעות נוספות של בית הדין קמא, ואף מסקירת העובדות בגזר הדין – **ניתן להניח לטובת המערער, כי המתלונן ישב על כיסא רגע לפני פריקת הנשק, ונעמד במהלך ביצוע הפריקה של האקדח.** אף התביעה לא חלקה על נתון עובדתי זה.

12. נטען גם, כי בית הדין קמא שגה בעת שהניח, כי קיימת הוראה תקפה, אשר אוסרת על פריקת אקדח בתוככי חדר ("בחלל סגור").

13. עוד נטען, כי לנוכח חסר בתייעוד של שרשרת הטיפול באקדח, במהלך החקירה, לא ניתן לקבוע, כי האקדח היה תקין עובר לירי ולכן אין לשלול כי תקלה מכנית הובילה לירי.

14. לאור כל האמור, עתרה ההגנה להורות על זיכוי של המערער מעבירה של חבלה חמורה בנסיבות מחמירות.

תשובת התביעה

15. התביעה עתרה להימנע מלהתערב בהכרעת הדין ולהותירה על כנה. נטען כי נסיבות המקרה, כפי שהוכחו, מצביעות על נטילת סיכון בלתי סביר באופן מודע מתוך קלות דעת.

16. התביעה הדגישה, כי עסקינן בקצין קרבי, בעל ניסיון בטיפול בנשק ומי שבקיא בהוראות הבטיחות. לצד זאת, נטען, כי לא פעל להסדרת אישור לנשיאת אקדח פרטי ביחידה, כנדרש על-פי ההוראות וכי התנהלותו בחדר, עובר לירי, מצביעה על הפרה מתמשכת של כללי הבטיחות הידועים. נטען גם, כי המערער היה צריך

להקפיד שבעתיים, לנוכח מצב עייפותו וכי מעשיו, ששיאם בפריקת האקדח בתוככי חדר סגור, בסמוך לסג"ם לוי, מצביעים על נטילת סיכון בלתי סביר, שאכן התממש.

17. לשיטת התביעה, התנהלותו של המערער לכל אורך האירוע, בהתאם לפסיקת בית המשפט העליון בע"פ 1982/98 מירו נ' מדינת ישראל, פ"ד נב(5) 145 (1998), ופסיקת בית הדין הצבאי לערעורים בע/42,45/10 רב"ט ולטוצ'אנו נ' התובע הצבאי הראשי (2011) – מגבשת חזקה ראייתית של פזיזות.

דיון והכרעה

המסגרת הנורמטיבית

18. כאמור, פרט האישום המרכזי בכתב האישום, עניינו בעבירה של חבלה בנסיבות מחמירות, לפי סעיפים 333 ו-335(א)(1) לחוק העונשין. סעיף 333 לחוק העונשין קובע כי "החובל בחברו חבלה חמורה שלא כדין, דינו – מאסר שבע שנים". סעיף 335(א)(1) קובע כי מקום שבו נעברה עבירה לפי סעיף 333, כשהעבריין נושא נשק חם – דין העבריין כפל העונש. ככל עבירה פלילית, מורכבת העבירה מיסוד עובדתי ומיסוד נפשי (ראו הניתוח ביחס לעבירה הנ"ל בע"פ 3729/12 דאוויתא נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 24.2.2014)). במקרה שלפנינו, לא הייתה מחלוקת על קיומו של היסוד העובדתי בעבירה, הכולל את הירי באמצעות אקדח, אשר פגע בסג"ם לוי וגרם לו לפציעה חמורה, שהוא מעשה החבלה באחר, בנסיבות מחמירות, ותוך גרימת התוצאה.

19. הבריה התיכון בערעור ההגנה מצוי בטענותיה כנגד קיומו של היסוד הנפשי בעבירה. עבירה של חבלה בנסיבות מחמירות כוללת יסוד נפשי מסוג "מחשבה פלילית", המוגדרת בסעיף 20 לחוק העונשין כדלקמן:

"(א) מחשבה פלילית - מודעות לטיב המעשה, לקיום הנסיבות ולאפשרות הגרימה לתוצאות המעשה, הנמנים עם פרטי העבירה, ולעניין התוצאות גם אחת מאלה ...;

(2) פזיזות שבאחת מאלה: (א) אדישות - בשוויון נפש לאפשרות גרימת התוצאות האמורות; (ב) קלות דעת - בנטילת סיכון בלתי סביר לאפשרות גרימת התוצאות האמורות, מתוך תקווה להצליח למנוען" (הדגשות הוספו).

20. התביעה הצבאית סבורה כי מכלול הפעולות אשר ביצע המערער בנשק, על רקע הוראות הבטיחות הרלוונטיות, בנסיבות המקרה דנן – מבססת חזקה עובדתית, שלפיה המערער היה מודע לכלל מעשיו, לנסיבות הירי ולאפשרות גרימת התוצאה המצערת שנגרמה בעטיים, וכן שהתקיימה בו קלות דעת ביחס לאפשרות כי מעשיו יגרמו לפגיעה קשה בנפגע. מנגד, כאמור, טענה ההגנה כי לא מתקיים במערער יסוד נפשי של "פזיזות", אלא של רשלנות בלבד, שכן נקבע שהמערער שכח על קיומה של

מחסנית בנשק, ופעולת הירי הייתה אגב ניסיונו לפרוק את האקדח, כשהוא מכוון לרצפה, בזווית של 45 מעלות.

מה בין מחשבה פלילית לרשלנות?

21. בפתח חלק זה של הדיון נבהיר, כי חלק מפסקי הדין שייסקרו להלן, עוסקים בהבדל בין פזיזות לרשלנות ביחס לעבירות המתה; ואולם כוחן של הלכות אלו יפה גם לענייננו, שכן כידוע, "יסוד המחשבה הפלילית בעבירה של גרימת חבלה חמורה זהה ליסוד בעבירת ההריגה" (ע"פ 2619/14 **שעשוע נ' מדינת ישראל**, פסקה 35 (טרם פורסם, 30.11.2014); וראו גם: ע"פ 8250/05 **מדינת ישראל נ' שלום** (טרם פורסם, 3.10.2006); ע"פ 8103/05 **עותמאן נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם, 19.12.2005); ע"פ 4351/00 **מדינת ישראל נ' אבו אלהווא**, פ"ד נה(3) 327 (2001)).
22. על ההבחנה בין מחשבה פלילית לבין רשלנות עמד בית המשפט העליון בע"פ 467/09 **זילברמן נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם, 2.2.2010), כדלקמן:

"מבחינה עקרונית, ההבחנה בין רשלנות ובין מחשבה פלילית המתאפיינת בקלות דעת נעוצה בשאלת המודעות. כך, בעוד שבמרכז של קלות הדעת מצויה המודעות לאפשרות כי מעשי העושה יביאו לתוצאה, אף ללא חפץ מצדו בהתרחשותה אך תוך נטילת סיכון בלתי סביר להתרחשותה, הרי שרשלנות משמעותה היעדרה אף של מודעות זו... אין הכרח כי מודעות זו תתייחס לאפשרות התרחשותה של התוצאה המדויקת אשר נתרשה בנסיבותיו הייחודיות של המקרה, ודי במודעות לסיכון הגלום במעשים" (הדגשות הוספו; ראו גם ע"פ 2566/14 **גלפונד נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם, 17.2.2016); ע"פ מ/64/17 **סמל כהן נ' התובע הצבאי הראשי** (2017)).

23. למעשה, בעוד שהרשלנות בוחנת את קיומו של יסוד נפשי אובייקטיבי, הפזיזות, מחייבת להראות קיומו של יסוד נפשי סובייקטיבי:

"מבחנה של הפזיזות הוא מבחן סובייקטיבי אישי, ואין דרישת הפזיזות באה על סיפוקה אלא אם הנאשם אכן חזה בפועל סיכון ממשי לקורבן. בכך נבדלת עבירת ההריגה מהעבירה של גרם מוות ברשלנות: באחרונה, הלך הנפש מתאפיין בהעדר ראיית הנולד אצל הנאשם, היינו: בכך שהנאשם לא היה ער, באופן סובייקטיבי לסיכון הממשי לקורבן, בנסיבות שבהן אדם סביר בנעליו היה רואה סיכון זה" (ע"פ 4230/99 **אבו ג'נאם נ' מדינת ישראל**, פ"ד נו(1) 34 (2001); וראו גם ע"פ 6026,6303/11 **טמטאווי נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם, 24.8.2015)).

דרך ההוכחה

24. בשלב הבא, שומה עלינו לבחון כיצד יש להוכיח את רכיב המודעות לאפשרות גרימת התוצאה האסורה ולאחר מכן, להוכיח קיומה של "קלות דעת" כלפי התוצאה. ידועה ההנחה, שלפיה, על-פי רוב, קיים קושי ראייתי להתחקות אחר הלך רוחו וצפונות ליבו של אדם, ובתוך כך – אחר מידת מודעותו לאפשרות התרחשות

התוצאה. בהתאם, הלכה פסוקה היא, מימים ימימה, כי במקרים אלו, מוסמך בית המשפט להיעזר **בחזקות עובדתיות**, שבבסיסן חכמת החיים, ההיגיון והשכל הישר. בואר, כי:

"הוכחתה של מודעותו זו של העושה לאפשרות התרחשותה של התוצאה הקטלנית כתוצאה ממעשיו נעשית, על פי רוב, בהיעדר יכולת להתחקות אחר צפונות ליבו של אדם, באמצעות הסתמכות על **חזקות שבעובדה, המאפשרות ללמוד ממעשיו אודות מחשבתו**. חזקה עובדתית אחת מסוג זה הינה כי אדם מודע למשמעות התנהגותו, מבחינת טיבה הפיזי, התקיימות נסיבותיה ואפשרות התרחשותן של התוצאות הטבעיות הנובעות ממנה. חזקה זו נועדה לאפשר את הוכחתו של רכיב המודעות, בהסתמכה על כך **שמטבע הדברים אדם מודע לרוב למשמעות מעשיו ולהשלכותיהם הטבעיות**. חזקה נוספת שבעובדה, הנוגעת להוכחתו של היחס החפצי הנדרש במסגרת המחשבה הפלילית, קובעת כי **התנהגות המצביעה על רשלנות רבתי מצד העושה מלמדת לכל הפחות על התקיימותו של מצב נפשי מסוג קלות דעת... שתי חזקות אלו משתלבות במקרים מהסוג הנדון, ליצירתה של מסקנה עובדתית אודות מחשבתו הפלילית של הנאשם**" (עניין זילברמן לעיל, פסקה 14; וראו גם: ע"פ 8827/01 שטרייזנט נ' מדינת ישראל פ"ד נז(5) 506, 523 (2003); ועניין שעשוע לעיל).

הוטעם, כי בבסיסה של החזקה כאמור, מצויה "הנחה... נסמכת על כך 'שכל אדם בר-דעת רוכש ניסיון מינימאלי בחיי יום-יום, המלמד אותו להיות ער לפרטי התנהגותו מבחינת טיבה, נסיבותיה ותוצאותיה'... וכך, מקום שאדם עושה מעשה העלול באופן אובייקטיבי לגרום למות קורבנו - תוך שהוא מודע לכל היסודות המהווים את הרכיב העובדתי של העבירה - **רשאים אנו להניח, בהיעדר ראיה לסתור, כי היה מודע גם לתוצאה הקטלנית**" (עניין שטרייזנט לעיל; ראו גם: ע"פ 5373/12 אבורמד נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 15.4.2015); ע"פ 2772/11 נחמני נ' מדינת ישראל, בפסקה 28 (טרם פורסם, 21.3.2012)).

25. נבהיר, כי חזקת המודעות, כמו גם החזקה על קיומו של יחס נפשי מסוג קלות דעת, אינן חזקות משפטיות המעידות על קיומה של מחשבה פלילית, אלא חזקות עובדתיות, שניתן לסתור אותן, וכי "אין להסיק הלך נפש של פזיזות מעוצמת הרשלנות, מבלי לבחון את מלוא הנסיבות הקונקרטיות" (עניין ולטוצ'אנו לעיל, בעמ' 8). שנאמר:

"הוכחתה של רשלנות רבתי אינה מעבירה אל הנאשם נטל להוכיח כי לא פעל מתוך מודעות לסכנה או בקלות דעת. ענייננו הוא בחזקה עובדתית גרידא, חזקה המבוססת על ניסיון החיים והמוסקת מן הנסיבות הקונקרטיות של המקרה העומד לדיון לפני בית המשפט. יצירתה של החזקה תלויה בנסיבותיו של כל מקרה ומקרה, והפרכתה של החזקה יכולה שתבוא כמסקנה נדרשת ממכלול הראיות שהובאו לפני בית המשפט" (הדגשות הוספו, עניין שטרייזנט לעיל, בפסקה 40).

ובדומה, נפסק, כי :

"אחת הדרכים המקובלות להוכחת יסוד נפשי היא ההסתמכות על חזקות. במספר לא קטן של פסקי דין ניתן למצוא, כך צוין שם, בהקשר לתאונות דרכים קטלניות ולתאונות נשק קטלניות, התבטאויות המעידות לכאורה על קיומה של חזקה מיוחדת הקושרת את דרגת הרשלנות לקיומה של מחשבה פלילית. ואולם, מאמירות אחרות עולה במפורש כי **אין המדובר בחזקה משפטית אלא בחזקה עובדתית גרידא, שיצירתה תלויה בנסיבות המוחשיות של כל מקרה ומקרה**. הנה כי כן, על קיומה של ה-Mens rea (או היעדרה) על בית המשפט ללמוד מכל נסיבות המקרה וגם כאשר קמה חזקה עובדתית בעניין קיומה של מחשבה פלילית על שתי צורותיה יכול בית המשפט להשתכנע מראיות אחרות ובראש ובראשונה, מעדותו של הנאשם עצמו שלא הייתה בלבו מחשבה פלילית. די לו לנאשם, לעורר ספק סביר לעניין זה" (ע"פ 9815/07 רון נ' **מדינת ישראל** (טרם פורסם, 26.11.2008)).

על חזקות עובדתיות באירועים של שימוש בנשק חם שלא כדין

26. ברבות השנים, על-פי רוב בעקבות ניסיון מר שנצבר, נקבע, כי בסיטואציות שבהן מעורב **אמצעי קטלני, בנסיבות מסויימות**, ניתן להצביע על **רשלנות רבתי**, המקימה חזקת מודעות לאפשרות גרימת התוצאה האסורה ואף חזקה בדבר קיומו של יחס מסוג "קלות דעת" בנוגע להתרחשות התוצאה (כך, על הכלל בדבר קיומה של מודעות לגבי האפשרות שהתנהגות **נהג ברכב** תגרום לתוצאה הקטלנית, ראו ע"פ 8002/13 **בדארנה נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם, 21.5.2015)).

27. בעניין **מירו הנ"ל**, נדון עניינו של מי שעשה שימוש **באקדח**, מבלי שהיה מודע לכך שיש בו מחסנית. בבואו לדון בשאלת היסוד הנפשי שהתקיים במערער, חזר בית המשפט על ההלכה שלפיה קיומה של "רשלנות רבתי" אינו מוביל **בהכרח** למסקנה בדבר מודעות לסיכון הממשי הטמון ברשלנות זו, אלא יש להכריע בדבר על-סמך נסיבותיו הקונקרטיות של כל מקרה ומקרה. בצד זאת, הודגש, כי "הכול מסכימים שאפשר, בנסיבות מתאימות, להסיק מסקנות מן ההתנהגות". לגופו של עניין, **דחה** בית המשפט העליון בעניין **מירו** את טענת ההגנה, שלפיה אי-מודעותו של המערער לקיומה של מחסנית באקדח, שוללת, מניה וביה, את מודעותו הסובייקטיבית לסכנה הקונקרטית. הוטעם, כי :

"השאלה היא למה צריך הנאשם להיות מודע כאשר אנחנו אומרים שצריכה להיות מודעות לסכנה הקונקרטית בנסיבותיו של כל מקרה ומקרה. הסנגור סבור שבנסיבות המקרה שלנו הנאשם צריך לדעת שיש מחסנית באקדח. נראה לי שבזאת טעותו. גם כשאנחנו אומרים שהוא צריך להיות מודע לכל רכיבי היסוד העובדתי שבעבירה אין זאת אומרת שהוא צריך לדעת שיש מחסנית באקדח. **די בכך שהוא יודע שהאקדח כלי מסוכן, שיש כללי זהירות שצריך לנהוג לפיהם כדי לנטרל סכנה זו ושהוא לא נקט כללים אלו אף-על-פי שהוא יודע שאי-נקיטת אמצעי זהירות יכולה להיות קטלנית...** עניות דעתי היא שדי בכך שהנאשם מודע לכך שהוא מחזיק בידו כלי מסוכן שנועד להרוג, אינו בודק אם הוא

טעון ועושה פעולות הדרושות לשם ירייה. דהיינו, דורך את האקדח ולוחץ על ההדק – כל זאת כשהוא מכוון אותו אל אדם העומד מולו – כדי לקיים הן את הרכיב העובדתי והן את הרכיב הנפשי של עבירת ההריגה. כוונתי היא לרכיב הנפשי בדרגה של 'קלות דעת' (הדגשות הוספו, פסק דינו של השופט אילן, שם, בעמ' 154-155).

28. בואר, גם, כי :

"לכאורה יש הגיון בטענה זו: שהרי ללא ידיעה שהאקדח טעון, על שום מה צריך היה המערער לחשוש שתתרחש ירייה כאשר יסחוט את ההדק. ברם, **טיעון כזה אינו הולם טיפול בכלי נשק, שהסיכון הכרוך בטיפול בו טבוע בו מטבע ברייתו.** 'סיכון טבוע' מסוג זה אינו מצריך ידיעה מוקדמת שהכלי 'טעון' ו'מוכן' לירי. **כלי נשק – כחפץ מסוכן מעצם טבעו – נחשב לעולם 'מוכן' לירי, וכל אדם ממוצע בר-דעת מוחזק כמי שמודע לטיבו זה.** תו אופי זה של כלי נשק, אינו רק מכתוב כללי זהירות המחייבים את בדיקתו לפני 'הטיפול' בו, אלא קובע אותו מלכתחילה בין הכלים המועדים 'תמיד' לירי. **החובה לבדוק כלים מסוג זה מדברת ב'שלילת' הסיכון, ולא ב'בירור' אם הוא קיים.** נקודת המוצא היא שהסיכון קיים, וכל אדם ממוצע בר-דעת מוחזק כמי שידע זאת. **סיכומם של דברים: חזקה על כל אדם, שהוא ער ומודע לקיומה של אפשרות ממשית להתרחשותה של ירייה כתוצאה מלחיצה על הדק של כלי ירייה, ואין זה מעלה או מוריד אם היה מודע לכך, שאותו כלי ירייה טעון ו'מוכן' לירי אם לאו. אקדח, ככלי נשק שסיכון הירי 'טבוע' בו, לעולם נחשב כ'מוכן' לירי, ומי שמטפל בו מוחזק כמי שמודע לכך" (הדגשות הוספו, פסק דינו של השופט קדמי, שם, בעמ' 157-158).**

29. בקשה לקיום דיון נוסף בפרשה נדחתה על-ידי כב' הנשיא (דאז) ברק, שקבע את הדברים הבאים :

"**בית משפט זה עמד לא פעם על הסיכון הטמון בשימוש בנשק ועל הצורך לנקוט באמצעי זהירות בעת השימוש בו, ואין בפסק הדין כל חידוש בעניין...** העותר שירת בצבא והיה מיומן בהפעלת נשק ובשימוש בו. העותר אף העיד בפני הערכאה הראשונה כי ידע שאין לשחק בנשק וידע על הסיכון הטמון בו. **בנסיבות אלה, בהן נקבע כי העותר היה מודע בפועל לאפשרות התרחשות התוצאה, אין לומר כי ההלכה שנקבעה יוצרת יש מאין, או מרחיבה שלא כדין את הגדרת היסוד הנפשי הדרוש לצורך ההרשעה" (דנ"פ 6939/98 מירו נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 24.2.1999)).**

30. נבהיר בהקשר זה, כי אין בדינו לקבל את טענת ההגנה, שלפיה החזקה העובדתית שנקבעה בפסק הדין בעניין **מירו** לעיל, מוגבלת לגרימת תוצאה קטלנית ולעבירת הריגה. עניין לנו במודעות לסיכון לשלום הזולת, הטבוע בעצם השימוש בנשק. כאשר קיימת מודעות לאפשרות לגרימת מוות, **מקל וחומר** שקיימת מודעות לאפשרות לתוצאה **פחות חמורה**, כגון חבלה חמורה.

מן הכלל אל הפרט

31. כאמור, נקבע, כי המערער, שהיה עייף מאד, ישב במשרדו ביחידה, ביחד עם סג"ם לוי. על-פי הראיות, השניים ישבו משני צדדיו של שולחן משרדי בחדר צר מידות, ושוחחו על האקדח שהיה ברשות המערער. המערער אף מסר את האקדח לידי סג"ם לוי, שביקש לבחון אותו, לאחר שוודא כי בית הבליעה ריק מכדורים. בהמשך, פירק המערער את האקדח לחלקיו, ומסרו, כשהוא ללא מכלול, לידי סג"ם לוי. לאחר מכן נטל המערער את האקדח לידי, הרכיב את חלקיו וטען אותו במחסנית שהכילה עשרה כדורי 9 מ"מ. בשלב מסוים, הדגים המערער לסג"ם לוי כיצד דורכים את האקדח באמצעות חגורת המכנסיים. סמוך לאחר מכן, כיוון המערער את האקדח לפינה הימנית – תחתונה במשרד ולחץ על הדק האקדח. מהאקדח נורה כדור שפגע בסג"ם לוי, אשר באותו זמן קם ממקום מושבו, מעברו השני של השולחן (כאמור, זו הייתה ההנחה העובדתית המוסכמת). הכדור חדר דרך בטנו של סג"ם לוי לפלג גופו התחתון של סג"ם לוי וגרם לפציעתו החמורה.

32. מסכת עובדתית זו מעלה בבירור כי המערער היה מודע למעשים אשר גרמו לחבלה וכן היה מודע לנסיבות הנדרשות. הסוגיה המרכזית המונחת לפתחנו, עניינה בשאלה האם, בנסיבות המקרה הקונקרטי, ניתן לקבוע, כי המערער היה מודע לאפשרות גרימתה של החבלה החמורה והאם התקיים בו יחס של קלות דעת כלפי תוצאה זו. למעשה, כעולה מן ההלכה הפסוקה, יש לבחון האם מעשיו של המערער מצביעים על רשלנות רבתי, המקימה חזקה שבעובדה כי היה מודע לאפשרות גרימת התוצאה ובהתאם, משפעל חרף המודעות לסיכון האמור, היה פזיז ("קל דעת") כלפי התוצאה.

33. בחנו את הקביעות העובדתיות שהוכחו לפני ולפנים. **רצף העובדות והשתלשלות העניינים** אינם יכולים להצביע, אלא, על **רשלנות רבתי ונטילת סיכון מודע לשלום גופו של סג"ם לוי**. עסקינן בקצין שהיה בקיא **היטב בשימוש בנשק**, בעת שהיה נתון במצב של **עייפות מתקדמת**, היושב בתוככי **חדר צר מידות**, כאשר חברו הטוב **יושב בסמוך אליו**, מעברו השני של שולחן משרדי פשוט. המערער **מסר את האקדח** אשר בבעלותו והעבירו מיד ליד, **פרק את האקדח מחלקיו והרכיבו מחדש, טען אותו במחסנית, הדגים דריכה באמצעות מכנסיים, וביצע פריקה של האקדח, מבלי שהוא מוודא שאינו טעון, בתוככי החדר הצר, ובסמוך לנפגע העבירה, והכל – שלא לצורך**, לשם הסקרנות גרידא.

34. זאת ועוד, במעשיו, הפר המערער את ההוראה המחייבת בנוגע לנשיאת אקדחים בצה"ל. הוראה 3.4 להוראות הבטיחות של זרוע היבשה, שכותרתה "אקדח – תפעול, נשיאה ואחזקה", עוסקת הן בהחזקת אקדח פרטי והן בהחזקת אקדח צבאי מבצע. על-פי אותה הוראה, נשיאת האקדח בתוככי הבסיס מותרת **בנרתיק בלבד**. ההוראה אוסרת על הוצאת האקדח מהנרתיק לכל מטרה שהיא, בתחומי הבסיס ומחוצה לו,

למעט **"לצרכי ניקוי במקום המיועד לכך ולצרכי שימוש כדין"**. נקבע גם, כי האקדח יימצא ברשות בעליו, ואין להעבירו לאדם אחר, לכל מטרה שהיא, ובואר, כי "חל איסור לבצע כל שימוש באקדח שלא לשם אחזקתו או שלא בהתאם לפקודות הצבא". עולה אם כן, כי **חל איסור על שימוש באקדח הפרטי בתחומי הבסיס, למעט לצרכי ניקוי**. אשר לאופן הניקוי, סעיף 3.4.3.9 להוראה קובע, כי ניקוי אקדח יבוצע במקום שהוגדר לכך ביחידה; וכי **"חל איסור על חיילים לנקות אקדחים במגורים ובחללים סגורים**, למעט במוצבי לחימה מאויימים, באישור מח"ט גזרתו ובנוכחות מפקד מוגדר". סעיף 3.4.3.10 להוראה, העוסק בבדיקת אקדח ופריקתו, קובע, כי בעת בדיקת אקדח יופנה הקנה כלפי מטה בזווית של 45 מעלות או כלפי חומת מפגע; וכי בדיקת או פריקת אקדחים תיעשה במצבים הבאים: "בעת העברת אקדח מחייל לחייל, ולפני ניקוי או פירוק של האקדח". עוד נקבע כי בעת הדגמה במהלך שיעור, חל איסור להכניס לאקדח תחמושת חיה ולהדגים באמצעות השימוש בה.

35. המערער, במעשיו, הפר שורה של איסורים הקבועים בדין – הוא הוציא את האקדח הפרטי לשם הדגמה וסקרנות (שלא לצורך הקבוע בהוראה); מסרו בידי אחר; טען אותו במחסנית במהלך הדגמה, ופרק אותו בתוככי חדר סגור. **להפרת ההוראה המחייבת משמעות ראייתית**. כידוע, הלכה היא כי איסור או סטנדרט שנקבע בחיקוק, עשוי לשמש נורמה או כלל התנהגות סביר, שסטייה ממנו היא רשלנות (ראו והשוו: ע"פ 84/85 ליכטנשטיין נ' מדינת-ישראל, פ"ד מ(3) 141 (1986); עניין רון לעיל). ניתן להוסיף ולקבוע, כי כאשר עסקין בסטייה בולטת מהוראות מחייבות בכל הנוגע לטיפול בנשק, שהוא מטיבו כלי מסוכן, בעל פוטנציאל קטלני, הסטייה עשויה ללמד אף על רשלנות רבתי.

36. ההגנה סבורה, כי המערער, במעשיו, הפריך את חזקת המודעות וסתר את החזקה בדבר קיומה של "קלות דעת" כלפי התוצאה. נטען, כי משהמערער שכח את דבר קיומה של מחסנית באקדח ומשכיוון את האקדח בזווית של 45 מעלות כלפי מטה, לפינת החדר – נסתרו בעניינו החזקות העובדתיות באשר ליסוד הנפשי של פזיזות. להלן, נבחן את שתי הטענות, כסדרן.

37. בעניין **ולטוצ'אנו** לעיל, עמד בית-דין זה בהרחבה על ההבחנה בין פזיזות לרשלנות, בסיטואציה של שימוש אסור בנשק. בואר, כי "יסודות עֲבֵרַת ההריגה התקיימו, מקום בו הנאשם פעל מתוך אי-נתינת הדעת לעובדה מסוימת, הגם שהיו ברשותו כל הנתונים הנדרשים וכאשר שימת לב להם עשויה הייתה לנטרל את הסיכון, שלדאבון הלב התממש". בדומה, מצא בית המשפט העליון **לדחות** טענה שלפיה העובדה, כי המערער שכח שטען שוב את האקדח במחסנית (לאחר שהוציאה מן האקדח), סותרת את חזקת המודעות –

"המערער לא חפץ חלילה בתוצאת הקטילה של חברו הטוב, הוא גם לא היה אדיש לאפשרות גרימתה של תוצאה שכזו כתוצאה ממעשיו. הוא פרק את האקדח מהמחסנית לפני תחילת משחקי הירי, וכשלחץ את הלחיצה הקטלנית בהדק האקדח נעלמה מזכרונו העובדה כי אך לפני דקה או שתיים הוא שב וטען את המחסנית באקדח. מחדלו התבטא אפוא, על פי הטענה, בכך שלא שב ובדק את הנשק בטרם לחץ על ההדק בסיבוב השלישי. הוא עצמו - כך הטענה - לא היה מודע בעת מעשה כי יתכן והאקדח טעון. מודעותו בשעת מעשה היתה הפוכה, כי המחסנית איננה באקדח, שכן היא נפרקה על ידו בתחילת משחקי הנשק... לכאורה, יש היגיון בטענה זו, שהרי ללא ידיעה שהאקדח טעון, על שום מה צריך היה המערער לחשוש שתתרחש ירייה כאשר יסחוט את ההדק. ברם, טיעון כזה אינו הולם טיפול בכלי נשק, שהסיכון הכרוך בטיפול בו טבוע בו מטבע ברייתו. 'סיכון טבוע' מסוג זה אינו מצריך ידיעה מוקדמת שהכלי 'טעון' ו'מוכן' לירי. כלי נשק - כחפץ מסוכן מעצם טבעו - נחשב לעולם 'מוכן' לירי, וכל אדם ממוצע בר דעת מוחזק כמי שמודע לטיבו זה. תו אופי זה של כלי נשק, אינו רק מכתוב כללי זהירות המחייבים את בדיקתו לפני 'הטיפול' בו, אלא קובע אותו מלכתחילה בין הכלים המועדים 'תמיד' לירי. החובה לבדוק כלים מסוג זה מדברת ב'שלילת' הסיכון ולא ב'בירור' אם הוא קיים. נקודת המוצא היא שהסיכון קיים, וכל אדם ממוצע בר דעת מוחזק כמי שידוע זאת. סיכומם של דברים: חזקה על כל אדם, שהוא ער ומודע לקיומה של אפשרות ממשית להתרחשותה של ירייה כתוצאה מלחיצה על הדק של כלי ירייה, ואין זה מעלה או מוריד אם היה מודע לכך, שאותו כלי ירייה טעון ו'מוכן' לירי אם לאו. אקדח, ככלי נשק שסיכון הירי 'טבוע' בו, לעולם נחשב כ'מוכן' לירי, ומי שמטפל בו מוחזק כמי שמודע לכך" (ע"פ 9112/07 חייפץ נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 6.5.2008)).

38. הדברים יפים אף לענייננו. ברשותו של המערער היו הנתונים הנדרשים על-מנת לבדוק ולנטרל את הסיכון, הנובע מעצם טיבו של האקדח ומשנמנע מלעשות כן – די בכך כדי לבסס יסוד נפשי של מחשבה פלילית (ראו והשוו עניין ולטוצ'אנו לעיל, באותו מקרה המערער אכן הוציא את המחסנית מהנשק, אך בהמשך, פתח את נצרת הנשק ולחץ על ההדק, מבלי שבדק את בית הבליעה של הנשק; וראו גם: ע/91/93 רב"ט סלומון נ' התובע הצבאי הראשי (טרם פורסם, 13.10.93)).

39. בדומה, נקבע, כי:

"השערות והנחות באשר למצב העובדתי, שאינן מבוססות על בדיקה בפועל – אין בהן, בדרך כלל, כדי לערער את חזקת מודעותו של הנאשם למעשיו ולתוצאות התנהגותו" (ע/105/94 רב"ט קורסיה נ' התובע הצבאי הראשי (1995); וראו גם: ע/7/75 טור' כהן נ' התובע הצבאי הראשי (1975)).

40. הנה כי כן, המסקנה שלפיה כלי נשק מסוכן מטבעו ונחשב תמיד כמוכן לירי – היא שמקימה את החובה לבדקו ולשלול את הסיכון הטמון בו. בהתאם, היה על המערער, קצין ולוחם ותיק, הבקיא בנשק, מכיר את מצב עייפותו, שעשה באקדח

שימוש שלא כדין – מסרו בידי אחר, פרקו והרכיבו ואף הדגים באמצעותו דריכה, בתוככי חדר סגור, כשחברו מצוי בסמוך אליו – לבדוק את מצב האקדח בטרם הלחיצה על ההדק. יש לקבוע כי כלל הנתונים היו בידי והיה עליו לוודא כי האקדח אינו טעון והמחסנית אינה מצויה בו. נבהיר עוד, כדי להניח את הדעת, כי בפסק הדין שאליו הפנתה ההגנה (ת"פ (ב"ש) 22024-05-16 **מדינת ישראל נ' ויזמן** (2016)), נסבה ההרשעה על עבירה של גרימת מוות ברשלנות חלף עבירה של הריגה, בעיקר על חסר ראייתי בסוגיית המודעות של הנאשם, לנוכח סימני שאלה שלא לובנו בעובדות המוסכמות שהציגו הצדדים, מה שלא מתקיים בענייננו.

41. בדומה, לא מצאנו כי כיוון האקדח כלפי מטה לעבר פינת החדר, בזווית של 45 מעלות, הוא האמצעי המתאים לנטרול הסכנה. המערער יכול היה לבדוק, בנקל, האם יש מחסנית באקדח; להודיע לחברו, כי הוא מעוניין לפרוק את האקדח; להרחיקו ועוד. בהתאם, אין בידינו לקבוע, כי המערער הפריך את חזקת המודעות המתקיימת **בנסיבות הכוללות** של המקרה.

42. כמפורט לעיל, אחת מטענות ההגנה בעניין, הייתה כי **הלכת מירו** אינה רלוונטית לענייננו, באשר תחולתה מוגבלת למקרים שבהם **כוון הנשק כלפי אדם**. ואולם, כפי שנראה להלן, מטבע הדברים ומטעמים של שכל ישר, אין לסייג, אפריורי, את ההלכה על קיומה של חזקה עובדתית (הניתנת לסתירה), למקרים שבהם כוון הנשק כלפי אדם. החזקה שנקבעה **בהלכת מירו**, מעלה בבירור כי אדם הבקיא בשימוש בנשק, אשר מבצע פעולות אסורות בנשק, **מוחזק כמי שמודע לסיכון הנשק ממעשים אלה**, ועל-כן, **עליו לשלול** קיומו של סיכון לירי ופגיעתו באחר (ראו ההנמקה בפסק דינו של השופט קדמי, עניין **מירו** לעיל).

43. כאמור, מקורו של הרציונל העומד מאחורי המסקנה הראייתית בדבר קיומה של מודעות ואף של "קלות דעת" בעת שימוש פסול באקדח, מצוי בהנחה **המתבקשת**, שלפיה אקדח הוא כלי נשק מסוכן מטבעו. בהתאם, יש לקבוע, כי **בנסיבות מסויימות**, כוחו של הרציונל יפה גם כאשר אין מדובר בכיוון הנשק לגופו של אדם, בעיקר, כאשר עסקינן ברצף של פעולות אסורות בנשק, **בסביבת בני אדם ובסמיכות להם**. הדגשנו, כי החזקה העובדתית, כמפורט לעיל, נלמדת בהתאם לנסיבות הקונקרטיות של כל מקרה ומקרה, ואכן, בנסיבות שפורטו לעיל, נוכח החזקת האקדח והלחיצה על ההדק **בסמיכות רבה לגופו של נפגע העבירה** (אשר, על-פי עדותו של המערער בבית הדין קמא, עמד בשלבים **קודמים** של השיחה בין השניים, לפרקים), בתוככי חלל קטן, גם אם בזווית של 45 מעלות כלפי מטה – ניתן להניח, כי המערער היה ער לסיכון של גרימת חבלה חמורה לנפגע העבירה ובתוך כך, הגם שבדאי לא היה מעוניין בתוצאה המרה, לא נלוותה למעשיו עשייה הולמת לשם מניעת התממשותה. המערער היה בעל האקדח והיה אחראי להשתלשלות העניינים,

ששיאה בלחיצתו שלו על ההדק, בנסיבות כאמור. לפיכך, יש לקבוע כי פעל מתוך קלות דעת ביחס לתוצאה.

44. הנה כי כן, פעולותיו המסוכנות של המערער בנשק, בשים-לב לקביעות בדבר בקיאותו בנשק; מצב עייפותו; הפרת ההוראות המחייבות; וכן כיוון האקדח ולחיצת ההדק בסמוך לנפגע העבירה, בתוככי חדר סגור – כאשר המערער לא עשה די לשם שלילת הסיכון, הגם שיכול היה לעשות כן בנקל (למשל לוודא כי המחסנית אינה בנשק ולבצע פריקה באזור המרוחק מעם נפגע העבירה) – כל אלו, מקימות חזקות עובדתיות, שלפיהן המערער היה מודע לאפשרות גרימת התוצאה וקל דעת ביחס אליה. חזקות שלא נסתרו על-ידיו.

45. נבהיר עוד, כי אף בטענת ההגנה **לחסר בשרשרת** הטיפול באקדח כמוצג ובאפשרות לכשל טכני שהוביל לירי, אין כדי להועיל. המערער הוא בעל האקדח ולפיכך, ברי, כי האחריות לתקינתו ולנקיטת אמצעי זהירות במהלך הטיפול בו מוטלת בראש ובראשונה עליו (ראו והשוו דחית הטענה להשלכה של רשלנות המפקדים בהטמעת הוראות הבטיחות והזהירות בנשק על אחריות היורה, עניין **ולטוצ'אנו** לעיל, פסקה 14). בהתאם, אף אם ניתן היה להניח כי האקדח לא היה תקין, על המערער, הבעלים, מוטלת האחריות לתיקון הליקוי שבו, ובוודאי שהוא אחראי להימנע משימוש פזיז בו.

46. לסיום חלק זה של הדיון, נדגיש: אין חולק כי הנפגע היה חברו הטוב של המערער, ומובן כי המערער לא רצה בהיווצרות התוצאה ואף לא היה אדיש לה. אין ספק גם, כי המערער מצר מאד וכואב על אשר אירע לחברו. עם זאת, אין בכך כדי להשליך על מסקנתנו, כי המערער היה מודע לעובדה כי בידו כלי מסוכן, וכי בביצוע הפעולות בנשק, כמתואר לעיל, בלא שבדק ושלל את האפשרות כי הנשק טעון במחסנית, ומשלחץ על ההדק בסמוך לנפגע העבירה – נטל סיכון רבתי לאפשרות גרימת התוצאה, מתוך תקווה להצליח למנעה.

47. נמצא אפוא, כי יש לדחות את ערעור ההגנה על הכרעת הדין. קביעותיו העובדתיות של בית הדין קמא מעוגנות היטב בממצאי מהימנות שבוארו ונומקו, ויש בהן כדי להוכיח את יסודות העבירות שיוחסו למערער.

הערעור על העונש

הראיות לעונש

48. כעולה מן הראיות לעונש, המערער, יליד חודש דצמבר 1992, התגייס לשירות צבאי בשנת 2011. תחילה שירת כלוחם בחטיבת כפיר ואף הוכר כחייל מצטיין. בהמשך יצא לקורס קציני מודיעין ובעת האירוע מושא כתב האישום, שירת, כאמור, כקצין מודיעין ביחידת יהל"ם. בחודש יולי 2016 סיים את השירות הצבאי. עברו של

המערער תקין לחלוטין ומפקדיו מסרו, כי ביצע את תפקידו על הצד הטוב ביותר והיה אהוב על כל הסובבים אותו.

49. כעולה מגזר הדין, הוריו של המערער מסרו בעדותם בבית הדין קמא, כי המערער נמנה עם משפחה "שחרטה על דגלה את השירות הצבאי, ההתנדבות והתרומה למדינה". אביו של המערער שירת עד לאחרונה בשירות מבצעי ופרש מתפקידו, על-מנת לתמוך בבנו, בעקבות המקרה דנן. ההורים תיארו בעדויותיהם את השבר הנפשי שחווה בנם וציינו, כי חל בו שינוי משמעותי מאז המקרה. המערער פנה לקבל עזרה נפשית, אך ההורים התרשמו כי זו לא הועילה. עוד ציינו, כי המערער פנה לסייע לנפגע העבירה ולבני משפחתו, אך מאמציו נדחו.

50. לבית הדין הוצגו גם מסמכים בנוגע למצבו הנפשי של המערער, אשר לאחר המקרה טופל במכון הקבע בצה"ל. המערער אובחן כבעל מצוקה נפשית עם ביטויים דיכאוניים-חרדתיים, על רקע האירוע. עם סיום שירותו הצבאי פנה לקבל עזרה נפשית מחוץ למסגרת הצבא. ההגנה הציגה את המסמכים המלמדים על מצבו מאז, ובהם, חוות-דעת של פסיכיאטר, שלפיה, התמונה הקלינית שהתקבלה "היא טיפוסית לתסמונת פוסט טראומטית עם דיכאון נלווה". הפסיכיאטר המליץ על טיפול פסיכו-תרפויטי וטיפול תרופתי. המלצה דומה, ניתנה גם על-ידי עובדת סוציאלית קלינית ופסיכותרפיסטית, שצינה כי המערער זקוק לטיפול על-מנת "להמשיך לעבד את הבושה שפגעה וטלטלה את הדימוי העצמי שלו, תחושת הירידה בערך העצמי ותחושות המלוות בביקורתיות, השפלה ובוז עצמי".

51. בדבריו לפני בית הדין קמא, מסר המערער, כי "אין יום או דקה שאני לא חושב עליו [סג"ם לוי] ועל הנזק שנגרם לו וזה הורס אותי כבר שנתיים. זה יותר קשה מכל דבר אחר. הייתי רוצה... לחזור ליחידה שלי ולהמשיך לתרום". ההגנה אף הציגה את מכתבו של המערער לקמנ"ר, שבמסגרתו ביקש להוסיף ולתרום במערך המילואים.

52. להשלמת התמונה, יש לציין, כי במהלך שמיעת הראיות הובאו לפני בית הדין קמא המסמכים הרפואיים ועדותו של נפגע העבירה, סג"ם לוי, בדבר מצבו הרפואי בעקבות הפגיעה. מטעמים של צנעת הפרט לא נרחיב בעניין זה. נציין רק, כי הפגיעה בסג"ם לוי הייתה משמעותית. הוא נדרש לניתוחים רבים ולהליך שיקום ממושך, ואף היום הוא סובל מהגבלות הנובעות ממצבו הרפואי.

עיקרי גזר הדין

53. במסגרת הדיון במתחם העונש ההולם, עמד בית הדין על "הפגיעה הקשה בערך המוגן שעניינו שלמות הגוף ומניעת סיכון לחיי אדם; לפיכך גם נקבעה מדיניות ענישה מחמירה בגינה, הכוללת בדרך כלל עונשי מאסר". בד בבד, הובהר, כי במקרה שלפנינו, מצויים אנו במדרג הנמוך של העבירה לנוכח היסוד הנפשי של פזיזות מסוג קלות דעת, שהתקיים במערער. בואר, כי "הצורך להילחם בתופעה פסולה זו [שימוש

מסוכן בנשק] ולמגרה, הוביל, ככלל, לקביעת מדיניות ענישה מחמירה בעבירות מעין אלה; תוך שנקבע לא אחת כי לפסיקת בתי הדין הצבאיים תפקיד חשוב בהקפדה על הוראות הבטיחות בנשק, והם נדרשים לתרום את תרומתם במיצוי הדין עם מי שכשל בשמירה על הוראות אלה. מכאן שנקבעה מדיניות ענישה הכוללת בדרך כלל עונשי מאסר בפועל, לצד הורדה בדרגה". בבוחנו את מדיניות הענישה הנוהגת, הפנה בית הדין לעונשים שנגזרו בבתי הדין הצבאיים המחוזיים (ראו מרכז (מחוזי) 83/17 **התובע הצבאי נ' רב"ט קירילישיין** (2017)), ולע"פ 5982/08 **כהן נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם, 22.4.2009).

54. אשר לנסיבות ביצוע העבירה, שקל בית הדין את הפרטים הבאים:

"נציין, לצד החומרא, כי הנאשם הוא קצין, אשר מוחזק כמי שמכיר את הוראות הבטיחות. הנאשם השתמש באקדחו, במצב של עייפות, לאחר שלא ישן רבות ביומיו שקדמו לכך, עקב השתתפותו בתרגיל. השימוש באקדח נבע מרצונו להדגים לחברו את אופן השימוש בו, ולא היה מחוייב מבחינה מבצעית. הנאשם הכניס את המחסנית לאקדח בהיסח הדעת ולא וידא טרם פריקתו כי המחסנית אינה בפנים. עם זאת, מצאנו כי יש לתת משקל משמעותי גם למספר נסיבות מקלות... הירי נגרם כתוצאה מרצונו של הנאשם לפרוק את הנשק ולא ממשחק אסור. אמנם ראוי היה כי הנאשם לא ישתמש כלל באקדח בתוך החדר הסגור, אולם כל מהלך האירוע מלמד על כך שהנאשם נקט אמצעי זהירות הכרוכים בפירוק האקדח, בטרם הציג אותו לחברו; ולבסוף נגרם הירי כאשר ביקש לפרוק את נשקו טרם החזרתו למקומו. יתר על כן, נסיבה חשובה ומשמעותית ביותר עניינה בכך שהנאשם ניסה לנטרל את הסיכון, בכך שכיוון את האקדח אל הרצפה בזווית של 45 מעלות, כפי שאכן נדרש לעשות בעת הפריקה... נזכיר עוד כי ככל הנראה נע סג"ם לוי, בעת הירי ממש, דבר שהנאשם לא היה מודע לו בעת הלחיצה על ההדק".

55. בואר, כי לנוכח "הנסיבות המקלות הכרוכות בביצוע העבירה, שהן משמעותיות (שכן הן מלמדות על רצונו של הנאשם להפחית את הסיכון, גם אם בסופו של דבר נכשל באי בדיקת המחסנית)", ניתן לקבוע מתחם עונש הולם הנע **"בין חמישה לבין עשרה חודשי מאסר בפועל, הכולל גם אפשרות לריצוי עונש המאסר בפועל בדרך של עבודה צבאית"**.

56. אשר למידת עונש המאסר בפועל, ציין בית הדין קמא את הדברים הבאים:

"לא מצאנו כי יש לחרוג מהמתחם שנקבע. עם זאת, סברנו כי את עונשו של הנאשם יש להעמיד באופן יחסי ברף הנמוך של מתחם הענישה, כאשר ההתחשבות העיקרית בו תהא בעת קביעת **אופן** ריצויו של המאסר - בדרך של עבודה צבאית ולא בדרך של מאסר בכליאה ממשית. לעניין זה התחשבנו במסלול חייו ושירותו הצבאי של הנאשם, עד לאירוע. מדובר במי שמגיע ממשפחה נורמטיבית, אשר שירת בצה"ל במשך כחמש שנים עד ששירותו הצבאי נקטע בשל האירוע המצער. הנאשם, שהוא נעדר עבר פלילי כאמור, שירת כלוחם ולאחר מכן כקצין מודיעין, השקיע בשירותו הצבאי את כל מאודו ועל תרומתו הרבה אין עוררין. למעשה, הנאשם גם ביקש להמשיך בשירות במסגרת כוחות הביטחון והאירוע הטרגי הוא זה שקטע את מסלול שירותו. יתר על כן, הנאשם בעל מוטיבציה רבה

להמשיך ולתרום גם במסגרת שירות המילואים בעתיד. לכך נוסיף, כי איננו מקבלים את טענת התביעה לפיה הנאשם לא נטל אחריות בגין האירוע... הנאשם שיתף פעולה באופן מלא עם גורמי החקירה, וגם בפנינו הביע את צערו וחרטתו ונטל אחריות ביחס למעשים. זאת אף אם ביקש להפחית מאחריותו בנוגע לשאלה עובדתית אחת מסויימת הנוגעת לנושא הכנסת המחסנית. ניכר גם מהתנהלותו כי הוא מבין שהאחריות לאירוע רובצת על כתפיו; וכן ניכר הקושי שלו להתמודד עם כך. לעניין זה נציין גם את מאמציו לסייע לנפגע העבירה, שאמנם לא זכו (באופן שבהחלט ניתן להבינו, בנסיבות העניין) לשיתוף פעולה מצידו. מכאן גם התרשמותנו, בנוגע לפגיעה הרבה שנגרמה לנאשם ולמשפחתו עקב האירוע... בנסיבות העניין יש מקום למתן את מידת הפגיעה ואין מקום לאסרו מאחורי סורג ובריח".

57. בהמשך, משעמד בית הדין על השלכות הרישום הפלילי בעניינו של המערער, על חלופי הזמן (כתב האישום הוגש כעשרה חודשים לאחר האירוע), ואף על "האווירה הכוללת ששררה ביחידתו... שלא היתה מודעות מספקת ביחידה לנהלים וההוראות המחייבות בנוגע להחזקת אקדח פרטי" – נמצא, כי "על אף שראוי להטיל על הנאשם עונש מאסר בפועל, לתקופה משמעותית, הרי שיש מקום למתן את משכו ואת אופן ריצויו. מכאן שמצאנו להורות כי הנאשם ירצה שישה חודשי מאסר בדרך של עבודה צבאית".

58. בכל הנוגע לרכיב הפגיעה בדרגה, בואר, כי:

"הנאשם פגע במעשיו בערכים המחייבים כמפקד, בעת שהפר באופן משמעותי את הוראות הבטיחות המחייבות כל חייל, ובוודאי את מי שמשרת כקצין וכמפקד. מכאן שלא ניתן לקבל את עתירת ההגנה לקבוע כי אין כל מקום לפגיעה בדרגה בנסיבות העניין. עם זאת, בהתחשב בשיקולי הקולא הנוספים שנמנו לעיל, הנוגעים לאופן ביצוע העבירה, יש מקום גם לשקול פגיעה מידתית יותר בדרגה. לפיכך מצאנו לקבוע את **מתחם הענישה ככזה הנע בין הורדה בדרגה אחת להורדה לדרגת סמל**. באשר לקביעת מידת העונש בתוך המתחם, מצאנו כי אין מקום לפגוע כליל בדרגת הקצונה של הנאשם; ועל אף שפגיעה בדרגתו מתחייבת כאמור, **יש לנקוט באופן מידתי יותר ולהורות על הורדתו בדרגה אחת, דהיינו לדרגת סג"ם**. לעניין זה התחשבנו בשיקולים הנוגעים לשירותו הטוב והמועיל של הנאשם כחייל וכקצין, וכן בשיקולים הנוספים שהנחו אותנו לעניין קביעת עונש המאסר, כמפורט לעיל, לרבות רצונו העז של הנאשם להמשיך ולתרום במסגרת שירות המילואים שלו בעתיד" (הדגשות הוספו).

59. לצד זאת, בהיעדר התנגדות מעם ההגנה, ועל-מנת "לאזן הקלה עם הנאשם בעונשי המאסר וההורדה בדרגה", הורה בית הדין למערער לשלם קנס בסך 8,000 ש"ח, ופיצויים לטובת נפגע העבירה, בסך 8,000 ש"ח.

60. נציין, כי בהוראת בית-דין זה, לבקשת התביעה, עוכב ריצוי עונש המאסר בפועל בעבודה צבאית.

טענות התביעה בערעור

61. התביעה הצבאית סבורה כי העונשים שהושתו על המערער "רחוקים מלשקף את חומרתם המפליגה של מעשיו, ואינם נותנים ביטוי ראוי לסכנה החמורה שנשקפה מהם לשלום הזולת. סכנה זו... התממשה והביאה לפגיעה קשה ובלתי הפיכה בנפגע העבירה". הודגש, כי המערער הפר באופן בוטה את האיסורים שהיו ידועים לו כלוחם וכקצין, ובמעשיו פגע גם בערך טוהר הנשק ובמשמעת הצבאית. לדידה של התביעה, השתלשלות העניינים במהלך האירוע מלמדת על זלזול בהוראות המחייבות ועל התעלמות מן הסיכון הברור הנשקף ממעשיו. נטען גם, כי בית הדין לא ייחס המשקל הראוי לנזק המשמעותי שנגרם לנפגע העבירה.

62. כמו כן נטען, כי יש להחמיר בעונשו של המערער אף משיקולים של הרתעת היחיד והרתעת הרבים. לשיטת התביעה, שיקולי ההלימה וההרתעה מחייבים להחמיר את עונשו במידה ניכרת ולהורות על עונש מאסר בפועל, **בכליאה ממשית**, לתקופה העולה על שנה. התביעה סבורה כי אין להלום את חומרת המעשים ואת צורכי ההרתעה במקרה דנן, בעונש מאסר בעבודה צבאית.

63. עוד נטען, כי חלופת הזמן אינו רובץ לפתחן של רשויות האכיפה, שכן החקירה ארכה פחות מארבעה חודשים וכתב האישום הוגש בחלוף עוד כחצי שנה. לצד זאת, נטען כי פרק הזמן שחלף מאז, הוקדש להליך של שמיעת הראיות, שבמסגרתו נדחו טענות ההגנה העובדתיות והמשפטיות.

64. נטען גם, כי לנוכח הסיכון הטמון בעבירה שבה הורשע המערער, האינטרס הציבורי מחייב להחמיר בעונשו ומנגד, אינו מאפשר לייחס לנסיבות האישיות, אלא משקל מוגבל.

65. התביעה סבורה, כי הכישלון הפיקודי הכרוך במעשיו של המערער, אשר הפר שורה ארוכה של כללי בטיחות בנשק, שלא לצורך ופגע בחברו ליחידה, מחייב שלא להתירו בדרגת קצין ולהורידו לדרגת סמל.

תשובה ההגנה

66. מנגד, עתרה ההגנה להימנע מלהתערב בעונש שהוטל על המערער. נטען, כי בהתאם לקביעת בית הדין המחוזי בגזר הדין (ראו פסקה 54 לעיל), אין לפנינו "משחק בנשק", אלא ירי תוך כדי פריקת הנשק, בזווית של 45 מעלות, כלפי מטה. לדידה של ההגנה, נסיבות אלו של האירוע, תרומתו של המערער לאורך השירות הצבאי, וחוות הדעת החיוביות של מפקדיו, מלמדות על קצין מצטיין וערכי, שאינו מזלזל בהוראות הבטיחות ואף דואג לשלום הזולת.

67. נטען גם, כי יש להתחשב בחלופת הזמן, בפגיעה במערער בעקבות האירוע ובמשבר הנפשי שאליו נקלע.

68. לשיטת ההגנה, תמהיל הענישה שנקבע מאזן נכונה בין כלל שיקולי הענישה ומביא לידי ביטוי התחשבות ראויה במלוא הנתונים הרלוונטיים.

דיון והכרעה

על מתחם העונש ההולם

69. ההגנה על שלמות גופו של האדם זכתה למעמד חוקתי והיא מעוגנת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (סעיף 4). עסקינן בערך חברתי מרכזי, שהוא חלק בלתי נפרד מזכות העל – הזכות לחיים. על כך נאמר, "הזכות לחיים ולכל דבר שהחיים תלויים בו - הזכות לנשום, הזכות לשתות, הזכות לאכול - היא אם-כל-הזכויות, היא האדם" (בג"ץ 606/93 **קידום יזמות ומו"לות (1981) בע"מ נ' רשות השידור**, פ"ד מח(2) 1 עמ' 25-26 (1994)). בהתאם, מצא המחוקק להעמיד את העונש המרבי על פגיעה בגופו של הזולת, שהביאה לחבלה חמורה, על שבע שנות מאסר, ובעת שהחבלה נגרמה באמצעות נשק חם, שהוא, כאמור, מטיבו בעל פוטנציאל הרסני – על כפליים העונש.

70. להקפדה על ערך החיים וההגנה על שלום הגוף משנה חשיבות במסגרת הצבאית. במסגרת זו משרתים, מכוח חובת הגיוס הכללית, לוחמים צעירים, אשר בידיהם מופקד נשק מסוכן לטובת הכשרה מתאימה והצלחה במשימה – ההגנה על בטחון המדינה ועל שלום תושביה. כבר נפסק, בהקשר אחר, כי "על צה"ל מוטלת חובה לעשות הכול על מנת לדאוג לכך שחייליו, אשר הופקדו בידיו על ידי הוריהם, ישובו לביתם בתום שירותם הצבאי, שלמים ובריאים בגופם ובנפשם... חובה מוסרית זו טומנת בחובה ציווי לנקוט סנקציה חריפה מקום שבו מסכנים במזיד חייו של חייל שלא לצורך" (ע/128/09 **רב"ט בן זאב נ' התובע הצבאי הראשי (2009)**). בהתאם, בואר כי:

"במטרה לצמצם – אם לא להפסיק – את מעגל האסונות המתרגשים עלינו בתדירות בלתי נסבלת, רואים אנו לנקוט בגישה מחמירה ובלתי מתפשרת כלפי העבריינים. זאת, על מנת להבהיר, הבהר היטב, לאוחרים בנשק, כי העמדת הזולת בסכנת פגיעה גופנית, במהלך משחק או עקב טיפול רשלני בנשק, תגרור אחריה ענישה קשה ומכאיבה שביטויה העיקרי מאסר בפועל לתקופה משמעותית" (ע/163/94 **רב"ט נופך נ' התובע הצבאי הראשי (1995)**; וראו גם ע/105/94 **רב"ט קורסיה נ' התובע הצבאי הראשי (1995)**).

דברים נכוחים אלה שנאמרו לפני למעלה משני עשורים, לצערנו, לא נס ליחס!

71. בדומה, בכל הנוגע למדיניות הענישה הראויה, הוטעם, כי:

"השיקול העונשי-הרתעתי במצב זה מחייב משנה החמרה. יסוד המודעות לתוצאות העלולות להיגרם מהמשחק המסוכן (בנשק) וההיזקקות לו כפרי פעולה מכוונת ומודעת, מצדיקים גם ברמה האינדיבידואלית ענישה מחמירה... כבר חזרנו ואמרנו כי נוכח חומרת התופעה של שימוש פסול

בנשק ונפוצותה, והצורך המובהק בביעורה, **הקו העונשי הראוי בסוג זה של עבירות מצדיק בדרך כלל עונש מאסר ממשי לתקופה מיידית**, אלא אם מתקיימות בעניינו של נאשם נסיבות אישיות חריגות ומיוחדות אשר משקלן בנסיבות הענין גובר על האינטרס העונשי הכללי" (ע"פ 10843/07 דהן נ' מדינת ישראל, פסקה 16 (טרם פורסם, 9.4.2008)).

72. לפנינו אירוע מצער, שבו, בתוככי חדר סגור וצר מידות, בסמוך לנפגע העבירה ולאחר שורה של פעולות אסורות בנשק, לחץ המערער על הדק אקדחו הפרטי ופגע פגיעה קשה בחברו. טענת ההגנה שלפיה אין להגדיר את מעשיו של המערער כ"משחק בנשק", אשר נסמכה, כאמור, אף על קביעת בית הדין המחוזי בעניין, אין בה כדי לשנות מחומרת הדברים. **מלכתחילה**, השתמש המערער באקדחו הפרטי שלא לצורך, תוך הפרת שורה של כללים ואיסורים ותוך נטילת סיכון מודע, משמעותי, לשלום חברו, סיכון שאף התממש. **שרשרת המעשים**, שבמהלכם פירק המערער את האקדח, מסרו לידי אחר, הרכיבו, טען בו את המחסנית ופרק את האקדח, והכל – בתוככי חדר סגור ובסמוך למתלונן, **שלא לצורך ובניגוד לכללים – כל אלה, יחד, הם בבחינת שימוש פסול ומסוכן** באקדח, שחומרתו רבה.

73. חומרה יתרה מצויה בהפרת ההוראות המחייבות על-ידי המערער, קצין ולוחם, הבקיא בכללי השימוש והזהירות בנשק, שממנו מצופה אף להנחיל עקרונות אלה לחיילים צעירים ממנו ונמוכים ממנו בדרגה, ובוודאי שלא להפר אותם ברגל גסה! (ראו והשוו: ע/13/68 **התובע הצבאי הראשי נ' סג"ם גרפונקל** (1968)).

74. בואר, כי:

"בחברה הישראלית, הצבא על כל שלוחותיו הוא צבא העם. הוא מקיף את כל שדרות הציבור... השימוש בנשק אישי, תוך חריגה מכללי הבטיחות, או לצורך משחקים מסוכנים, מהווה סטייה חמורה מנורמת הזהירות המושגית הנדרשת דרך כלל; הוא מהווה הפרה רבתי של הכללים וההנחיות הקיימים בצבא ובמשטרה ביחס לאופן השימוש בנשק. **נדרש מאבק עיקש של הרשויות כולן בתופעת הפרת כללי הבטיחות בשימוש בנשק אישי, כדי לבערה מנוף החברה הישראלית.** מאבק זה צריך להתפרש על פני כל זרועות האכיפה - הזרוע הארגונית והמשמעתית, והזרוע העונשית-משפטית. במסגרת האכיפה העונשית, **נדרש מסר עונשי-הרתעתי ברור וחד משמעי, אשר יפעל לא רק להרתעת הנאשם הספציפי, אלא יבהיר לציבור הרחב באורח שאינו משתמע לשתי פנים את טיבו של האיסור על שימוש רשלני בנשק, ובמיוחד משחקים מסוכנים בנשק, ואת מהות הסנקציה הקשה העלולה לבוא בעקבות הפרתו.** במדינה שבה רוב העם נחשף לשימוש בנשק, בין בעיתות שלום ובין בעיתות מלחמה, קיים צורך מיוחד בהרתעה זו כדי להביא להפנמת התודעה בדבר האיסור המוחלט להשתמש בנשק שלא למטרה לה הוא יועד, ובדבר האיסור המוחלט לטפל בנשק בצורה רשלנית, ובמיוחד לשחק בו משחקים מסוכנים. חשוב להטמיע את המודעות לכך שרשלנות רבתי בטיפול בנשק, או שימוש בנשק לצורך משחקים מסוכנים, עלולים להסתכם בכליאה בין סורג ובריח גם של אזרחים נורמטיביים וחיילים מצויינים. הענישה המחמירה היא אחת הדרכים בהן יש לנקוט לביעורה של התופעה הנפוצה הזו, וכמובן וכתמיד, בכפוף

לנסיבות אינדיבידואליות ומיוחדות לנאשם, שעניינו עומד להכרעה" (עניין דהן לעיל, פסקה 14; ראו גם ע"פ 389/08 ברדה נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 4.6.2008)).

75. מנגד, בבואנו לאמוד את מידת אשמו של המערער, יש ליתן את הדעת לכך שבעת פריקת האקדח, נקט אמצעי זהירות, הגם שאינו מספק, וכיוונו בזווית של 45 מעלות מטה, לעבר פינת החדר. כמו כן, יש ליתן משקל מה יש לאווירה ביחידה, לאחר שבעולה מן הראיות שהוצגו בבית הדין קמא, אף המפקדים נהגו לפרוק אקדחים באופן דומה, בחדרים (ראו והשוו: עניין ולטוצ'אנו לעיל, עמ' 18). זאת ועוד, נחזור ונזכיר כי המערער הורשע "במדרגה" הנמוכה ביותר של פזיזות – "קלות דעת", ואף לכך קיימת חשיבות (שם).

76. בחינת התמונה הכוללת, בראי הערכים המרכזיים שנפגעו, מעלה כי אין להתערב במתחם העונש ההולם שנקבע, בין חמישה לעשרה חודשי מאסר בפועל, הגם שהוא מקל במידת מה (על מידת ההתערבות של ערכאת הערעור במתחם העונש ההולם, השמורה למקרים חריגים, ראו ע"פ 2599/16 פלוני נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 14.1.2018)).

77. בצד זאת יש לציין, כי קביעת בית הדין קמא, שלפיה נקבע מתחם עונש מאסר בפועל "הכולל גם אפשרות לריצוי עונש המאסר בפועל בדרך של עבודה צבאית", מבלי להבחין בין החלופות לנשיאת עונש מאסר בפועל – מעוררת קושי. בית-דין זה כבר נדרש לסוגיה זו והעיר, כי:

"ככלל, כבר בעת בחינת מתחם העונש ההולם, ראוי יהיה ליתן משקל אף ליחס בין משכו של עונש מאסר בפועל בכליאה לבין משכו של עונש מאסר בפועל בעבודה צבאית (על היחס ועל ההבדל האיכותי והכמותי בין עונש מאסר בפועל בעבודה צבאית לעונש מאסר בפועל בכליאה ממשית, ראו: רע"פ 4944/14 פינקס נ' מדינת ישראל, פסקה 10 (16.7.2014); רע"פ 483/14 אמסלם נ' מדינת ישראל (19.5.2014), ע"פ 5026/12 פלוני נ' מדינת ישראל (10.2.2013); ע/ע 62/16 התובע הצבאי הראשי נ' סמל ברום (2016); ע/ע 58/17 טור' חנון נ' התובע הצבאי הראשי (2017); והשוו גם בין הוראת סעיף 404א(ב)(2) להוראת סעיף 404א(ב)(4) לחוק השיפוט הצבאי, בכל הנוגע לתקופת המאסר בפועל, אשר אינה נושאת 'רישום פלילי מלא', על-פי תיקון 63 לחוק השיפוט הצבאי" (ע/ע 64/17 התובע הצבאי הראשי נ' רב"ט רחמים (2017)).

בהתאם, לעתים, יהיה מקום לקבוע מתחם עונש שונה למאסר בפועל בעבודה צבאית, לעומת מתחם עונש הולם למאסר ממשי.

מידת עונש המאסר בפועל

78. בפתח חלק זה של הדיון ראוי לציין, כי במדרג שיקולי הענישה, לא ניתן לייחס לשיקול השיקום במקרה דנן מעמד בכורה. לפיכך, אין לחרוג לקולה ממתחם העונש ההולם. יפים לכאן הדברים הבאים:

"חומרתן של העבירות הכרוכות בשימוש פסול בנשק, והמסר הציבורי-חינוכי הנדרש לביעורן, מחייב מדיניות ענישה מחמירה ובלתי מתפשרת, שניתן וראוי לסייגה רק בהתקיים נסיבות אינדיבידואליות חריגות ויוצאות דופן של הנאשם. היבט הנורמטיביות של הנאשמים המורשעים בשימוש פסול בנשק הוא ללא ספק שיקול עונשי חשוב שאין להתעלם ממנו. יחד עם זאת, הנורמטיביות של הנאשם היא קו אופייני בפרופיל המוכר של נאשמים בעבירות מסוג זה, ואין זו, דרך כלל, נסיבה חריגה ויוצאת דופן המצדיקה הקלה. המסר הציבורי-עונשי לא יושג בלא ענישה כואבת ומרתיעה גם כלפי אנשים ישרים שמעולם לא עברו על החוק עד לאירוע הנדון" (ע"פ 5982/08 **כהן נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם, 22.4.2009)).

79. **בתוך** מתחם העונש ההולם, יש ליתן משקל לתרומתו הרבה של המערער לאורך שירותו הצבאי כלוחם וכקצין, לגילו הצעיר ולעברו הנקי, לנזק הנפשי שנגרם לו בעקבות האירוע, להשלכותיו של הרישום הפלילי עליו ולפגיעה שחוותה משפחתו, אשר אף פועלה ראוי להערכה. ואולם, חומרת המעשים והפגיעה הרבה בערך החברתי יקר הערך של שלמות הגוף, כמו גם היקף הנזק שנגרם לנפגע העבירה – כל אלה, בהתחשב בשיקולי ההלימה ובצורכי ההרתעה – אינם מאפשרים להימנע ממאסר בפועל **בכליאה ממשית**. וכבר נפסק, לאמור:

"לעיתים קרובות, האחראים לשימוש הפסול בנשק הם צעירים נורמטיביים שאין להם דבר וחצי דבר עם עולם העבריינות והפלילים. רגע נמהר של שימוש פסול בנשק אישי משנה את עולמם בהבזק אחד, ומעבר לתחושת האשם על המחיר הכבד ששילם חברים בגופו או בנפשו, הם עוברים באחת מעולם החיים הנורמטיבי לעולם המדביק להם תווית של עבריון, וגוזר עליהם עונש פלילי כאחד העבריינים. אולם זהו מחירו הבלתי נמנע של אותו רגע מר ונמהר, והוא אינו מיוחד רק למשחקים בנשק. הוא מאפיין גם תחומי פעילות אחרים שבהם עלולים אנשים נורמטיביים לסטות כהרף עין מכללי ההתנהגות הנורמטיביים המתחייבים, ולגרום נזק כבד לזולתם עקב שימוש רשלני או מכוון בחפצים מסוכנים שבשליטתם. כך הוא, למשל, בתחום השימוש המסוכן בכלי רכב, המביא לתאונות דרכים; הנורמטיביות של האדם היא כמובן שיקול רלבנטי לעונש גם במקרים אלה, אך אין הוא שיקול מכריע. הגורם הדומיננטי בענישה בתחום זה, חייב לשקף את תכלית ההרתעה והמסר החינוכי ההכרחי לפיהם השימוש בנשק אישי למטרה שאיננה קשורה במישרין בצרכי התפקיד פסול מעיקרו. דרך ההרתעה היא בהוקעה חד משמעית של שימוש כזה, ותיוגו כעבירה חמורה על החוק, ובדרך של ענישה ראויה אשר תביא להפנמה של המסר הציבורי השולל מכל וכל מעשי הרפתקנות של מחזיקי נשק אישי בנשקם" (עניין **כהן** לעיל, פסקה 11).

80. נסיבות המקרה והעושה, לנוכח הפרת ההוראות המחייבות בכל הנוגע לטיפול בנשק, ובהתחשב בנזק לנפגע העבירה – כל אלה מגבילים את מידת ההתחשבות בשיקולים האינדיבידואליים ומחייבים תגובה עונשית הולמת, הכוללת **מאסר ממש** **בפועל**. בצד זאת, נוכח חלוף הזמן ואף בהתחשב באווירה ביחידה, כמפורט לעיל,

מתוך שאין דרכה של ערכאת הערעור למצות עם המשיב את הדין בקבלה את ערעור התביעה, ובשים-לב לקביעתו בנוגע לדרגתו של המשיב, כמפורט להלן – מצאנו להימנע מלהחמיר במשך המאסר בפועל, אך להורות, כי **המערער יישא שלושה חודשים מתוכו בכליאה ואת היתרה יישא בדרך של עבודה צבאית.**

על רכיב הפגיעה בדרגה

81. ככלל, אמות המידה המצופות ממפקד בצבא גבוהות יותר ומשקלה של חובת האמון הציבורית כבדה יותר (ראו: בג"ץ 1284/99 **פלונית נ' הרמטכ"ל**, פ"ד נג(2), 62(1999)). כבר נפסק, כי:

"על רקע ייעודו של צה"ל, חשיבותו ומקומו המרכזי בחברה הישראלית, מתחייבת הדרישה בדבר אמת מידה ראויה של התנהגות מצד מפקדיו, בבחינת 'ממני תראו וכן תעשו' (שופטים ז', י"ז)" (ע/88,89/11 **התובע הצבאי הראשי נ' אל"ם מור חיים** (2012), וראו גם: ע/123/02 **אל"ם ישי נ' התובע הצבאי הראשי**, פסקה 27 (2004)).

82. בית-דין זה עמד על מאפייני הקצונה בקבעו:

"בידי הקצין מופקדת אחריות כבדה. מותר הקצין מן החייל במנהיגותו, באחריותו היתרה, בדוגמה האישית. חובותיו של הקצין הן במישור האופקי והאנכי גם יחד. הקצין חב חובת אמון לפקודיו, למפקדיו, ולמקביליו בשדרת הפיקוד. הוא חב חובת אמון לבני המשפחות של פקודיו ולעם ישראל כולו... תמונת הראי לסמכותו של המפקד היא האחריות המוטלת עליו במישורים הרבים שאזכרו לעיל. סמכות הפיקוד שניתנה בידי הקצין מאת הצבא, ניתנה בידי לאמון ולמשמרת. על המפקד להיות סמל ומופת לפקודיו בהילוכו, בנורמות ההתנהגות שלו, במקצועיותו, בכל אשר יפנה ויעשה" (ע/144/06 **התובע הצבאי הראשי נ' סרן בוטביה**, פסקה 9 (2008), ראו גם: ע/74/09 **תא"ל תמיר נ' התובע הצבאי הראשי** (2009)).

83. בעניינו, משנטל המערער סיכון רב לשלמות גופו של חברו ליחידה, תוך שהוא מפר שורה של הוראות מחייבות – יש לקבוע, כי מעשיו מבטאים, באופן מובהק, כישלון פיקודי וערכי (ראו עניין **מור חיים** לעיל, פסקה 18). ואכן, המערער הורשע אף בעבירה של התנהגות שאינה הולמת.

84. ברבות השנים, נוכח ההשלכות מרחיקות הלכת של רכיב הפגיעה בדרגה על המפקד, לרבות הפגיעה הצפויה בתדמיתו ובמעמדו, פותחה ההלכה, שלפיה, בחינת היקף הפגיעה בדרגה ראוי כי תעשה באופן מידתי, בהתאם לתמונה הכוללת (עניין **תמיר** לעיל, פסקה 11; ע/143/13, ע/25/14 **התובע הצבאי הראשי נ' סא"ל קרקו**, בפסקה 67 (2015)). נזכיר, כי "זכותו של אדם לשאת דרגה צבאית, שאותה השיג בעמל רב, [היא] זכות הקשורה לכבודו כאדם, אשר פגיעה בה היא פגיעה בכבודו" (הצ"ח הממשלה, התשס"ד מס' 67, בעמ' 232, לעניין תיקונו של סעיף 533 לחוק השיפוט הצבאי). שיקול נוסף בפיתוח ההלכה מצוי בכך, שלא פעם, עסקין

במפקדים, שצברו לאורך השירות נקודות זכות ותרמו לביטחון המדינה. בואר גם, כי על רקע שיקולי הענישה השונים ונוכח אופייה האינדיבידואלי, יש להתחשב אף **בתמהיל** הענישה הכולל, ולבחון מהו היחס המתאים בין מרכיבי העונש השונים (ע/153/03 סא"ל שגיא נ' **התובע הצבאי הראשי** (2004)).

85. במקרה דנן, מסכת הראיות לעונש מלמדת על פגיעה משמעותית בתדמיתו ובמעמדו של המערער בעיניו ובעיני הסובבים אותו, ועל התמודדות מורכבת שלו ושל בני משפחתו עם השלכותיה.

86. עם זאת, נוכח מימדי הכישלון הפיקודי והערכי, בשים-לב לסיכון שנשקף ממעשיו של המערער, להפרת ההוראות ולנזק שנגרם לנפגע העבירה; משיקולים של הלימה והרתעה ולנוכח ההקלה שלה זכה המערער בקביעת משך המאסר בפועל – סברנו, כי חרף נקודות הזכות של המערער וההתחשבות במצבו כעת, אין מנוס מפגיעה נוספת בדרגותיו ויש להורידו **לדרגת סמל**.

87. ערים אנו לתוצאה הקשה הנגרמת מהפגיעה בדרגה במקרה זה, שמשמעה שלילת דרגת קצונה (ראו והשוו: ע/193/01 **התובע הצבאי הראשי נ' סג"ס יוגב** (2002); ע/51/14 **סג"ס טימקוב נ' התובע הצבאי הראשי** (2014); עניין **גרפונקל** (לעיל). ברם, בנסיבות המקרה, לנוכח מידת אשמו של המערער – מתחייבת תוצאה זו. הפרת הכללים והסיכון הרב שהיה כרוך במעשים, מלמדים על כישלון פיקודי משמעותי ואינם מאפשרים להותיר את המערער בדרגת קצונה. נציין עוד, כי אף שהפגיעה בדרגה "משיגה את מעמדו הפיקודי לאחור" (עניין **טימקוב** לעיל), אין בה, "לסכל את יכולתו של המערער ליטול חלק בפיקוד הזוטר" (שם).

88. בעקבות השינוי בתמהיל הענישה, לנוכח ההכבדה באופן נשיאת המאסר בפועל וההחמרה ברכיב הפגיעה בדרגה – מצאנו לבטל את הקנס שהוטל על המערער.

89. לפני סיום, לנוכח מורכבותה של מלאכת הענישה בעניינו של המערער, נזכיר את הדברים הבאים:

"פעמים רבות, הנפגע מהשימוש בנשק הוא אדם הנמנה על סביבתו הקרובה של הפוגע - חבר קרוב, חבר לנשק, בן משפחה, וכיוצא באלה, והטרגדיה שבמעשה מקבלת מימד מורכב וקשה מבחינת כל המעורבים. מצבים קשים אלה אינם מתמצים בתוצאות הטרגיות לנפגע, ולעתים גם לפוגע. הם פוגעים בחברה הישראלית כולה, חברה אשר חייה מתנהלים תחת צל של מלחמות וטרור מתמיד, המאבדת מטובי בניה בקרבות ובמוקדי טרור בלב ישובים אזרחיים. חברה כזו אינה יכולה להרשות לעצמה להשלים עם פגיעות מיותרות באזרחים תמימים עקב משחקים חסרי פשר ותכלית בנשק אישי, המופקד בידי איש בטחון לצורך תפקידו. פגיעות בנפש ובגוף שהן בגדר הבלתי נמנע בקרב או בפגיעה הוא ענין אחד. פגיעות בנפש ובגוף שהן פרי פזיזות ילדותית, יוהרה, וחוסר אחריות בטיפול בנשק המופקד בידי איש בטחון הם ענין אחר לגמרי, ועימם אין להסכים, ואותם אין לקבל. בעניין זה, שומה על מערכות החינוך, הביטחון ואכיפת החוק לנקוט יד חזקה ובלתי פשרנית, ברורה וחד משמעית לביעור תופעה נלוזה זו, כדי להבטיח שלא יופקרו חיי אדם לריק, ולא

תיגזר על אדם צעיר נכות קשה לכל ימי חייו בשל מעשה יוהרה מטופש של חברו בכלי מסוכן שהופקד בידיו בנאמנות לצורך הגנה עצמית. בחברה שבה רובם המכריע של הצעירים משרתים במערכות הביטחון, ונושאים נשק אישי במסגרת תפקידם, יש משמעות מיוחדת למסר בדבר החובה להימנע ממשחקים מסוכנים בנשק, כדי להבטיח את בטחון הפרט והציבור" (עניין יותם לעיל, פסקה 10).

סיכומם של דברים

90. ערעור ההגנה על הכרעת הדין נדחה. ערעור התביעה לעונש מתקבל, באופן שהמערער יישא שלושה חודשים מתוך עונש המאסר בפועל בכליאה ואת היתרה יישא בדרך של עבודה צבאית. כמו כן, יורד המערער לדרגת סמל. עונש הקנס יבוטל. אין שינוי ביתר רכיבי העונש.

91. על המערער להתייצב ביום א', 22.7.2018, עד לשעה 10:00, בבס"כ XXX, לשם ריצוי עונש המאסר בפועל בכליאה. בהמשך, לאחר שיסיים לשאת בעונש הכליאה, ביום א' שסמוך לאחר מכן, עד לשעה 10:00, עליו להתייצב בבסיס בצ"ת ח"י, בהתאם לחוות-דעתה של הממונה על עבודה צבאית במקמצי"ר, לשם ריצוי עונש המאסר בפועל בעבודה צבאית.

ניתן והודע היום, ג' באב התשע"ח, 15 ביולי 2018, בפומבי ובמעמד הצדדים.

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