

-בלמ"ס-



בבית הדין הצבאי מחוז מרכז

בפני ההרכב:

אל"ם מאיה הלר	-	אב"ד
אל"ם כרמל ווהבי	-	שופט
סא"ל ירון סיטבון	-	שופט

הכרעת דין

בעניין:

התובע הצבאי

(ע"י ב"כ, סא"ל (במיל.) נדב ויסמן; רס"ן תאה שליט)

נגד

סמל א' א'

(ע"י ב"כ, עו"ד אילן כץ; עו"ד אייל בסרגליק)

תוכן עניינים

1.	פתח דבר	4
2.	כתב האישום	4
3.	המענה לכתב האישום	5
3.1	המענה העובדתי	5
3.2	סייגים לאחריות פלילית	7
3.3	טענת הגנה מן הצדק	8
4.	גדר המחלוקת	8
5.	עבירת ההריגה	9
5.1	המסגרת הנורמטיבית	9
5.2	בחינת הקשר הסיבתי	12
5.2.1	ד"ר גיפס	13
5.2.2	פרופ' שמעון	13
5.2.3	פרופ' היס	15
5.2.4	חוות דעת ההזמה	18
5.2.5	סיכום	20
5.3	בחינת גרסת הנאשם	21
5.3.1	הגרסה במצ"ח	21
5.3.2	כנות הטעות - הגרסה בסמוך לאחר הירי	22
5.3.2.1	רב"ט ת. מ.	22
5.3.2.2	רס"ן תום נעמן	28
5.3.2.3	סא"ל דוד שפירא	31
5.3.3	כנות הטעות - הגרסה לאחר סיום האירוע	33
5.3.3.1	סמל ד. ש.	33
5.3.3.2	שיחות נוספות	34
5.3.4	כנות הטעות - התפתחויות מאוחרות לאחר חקירת מצ"ח	35
5.3.4.1	הסטירות	35
5.3.4.2	הפסיכיאטרים	36
5.3.4.3	"השיחה" עם סמל ת.	38
5.3.5	כנות הטעות - השתלבות גרסתו של הנאשם בראי הצילומים מן האירוע	40
5.3.5.1	קבילות הסרטונים	40
5.3.6	גרסת הנאשם	41

42.....	5.3.6.1 מרחק הסכין ותזוזת המחבל
43.....	5.3.6.2 עיתוי הצעקה והתנהגות הנאשם בזירה
45.....	5.3.6.3 לבוש המחבל ותנאי מזג האוויר
45.....	5.3.6 סבירות הטעות - עמדת המפקדים בשטח
48.....	5.3.7 סבירות הטעות - עמדת החיילים בשטח
48.....	5.3.8 סבירות הטעות - עמדת האזרחים בשטח
51.....	5.3.9 סבירות הטעות - עמדת המפקדים בדימוס
54.....	5.3.10 גרסת הנאשם - סיכום
54.....	5.4 סייגים לאחריות פלילית
54.....	5.4.1 הגנה עצמית
58.....	5.4.2 הגנת הצורך
58.....	5.4.3 הגנת הצידוק
61.....	5.5 הגנה מן הצדק
62.....	5.5.1 הגנה מן הצדק – כללי
65.....	5.5.2 ראש טיעון ראשון: פגמים בפתיחת חקירת מצ"ח ובהגשת כתב האישום
66.....	5.5.2.1 דרך הצגת עובדות ונתונים – כללי
66.....	5.5.2.2 פתיחת החקירה במצ"ח
69.....	5.5.2.3 ההוראה על הגשת כתב האישום
72.....	5.5.3 ראש טיעון שני: אכיפה ברגנית
73.....	5.5.3.1 דיון והכרעה - כללי
74.....	5.5.3.2 מן הכלל אל הפרט
76.....	5.5.4 ראש טיעון שלישי: זיהום ההליך המשפטי – השפעה על עדים
77.....	5.5.4.1 דיון והכרעה
86.....	5.5.5 ראש טיעון רביעי: זליגת התחקיר המבצעי לתוככי חקירת מצ"ח
89.....	5.5.6 ראש טיעון חמישי: החזרת גופת המחבל – נזק ראייתי
92.....	5.6 עבירה ההריגה – סיכום
94.....	6. עבירת ההתנהגות שאינה הולמת
97.....	7. סוף דבר

1. פתח דבר

1. ביום 24.3.2016 נורה המחבל עבד אל-פתאח יוסרי עבד אל-פתאח אלשריף (להלן: "**המחבל אלשריף**") או ("**המחבל**") ונקבע מותו. הנאשם, סמל א' א', שימש כחובש הפלוגה המבצעית בגדוד שמשון. במועד הרלוונטי שירת הגדוד בגזרת חברון. במסגרת משימותיו בגזרה, פעל הגדוד תחת פיקודה ואחריותה של החטיבה המרחבית יהודה. הפלוגה, בה שירת הנאשם, קיבלה אחריות על גזרת תל רומידה. תפקידה של הפלוגה היה, בין היתר, להגן על בטחונם של התושבים והעוברים ושבים, שבשטח הגזרה, ולצורך כך אחת המשימות הקבועות היתה הצבת כוח בצומת ג'ילבר (להלן: "**צומת ג'ילבר**" או "**חסם ג'ילבר**"). משימת החסם היא למנוע חדירה לשכונה ולמוצב ולסכל טרור בגזרתה (ס/26).

2. בשעה 08:00 לערך סיימו סמ"ר א. ר. וסמ"ר א. א. את משמרתם בחסם ג'ילבר וחזרו למוצב. הם הוחלפו על ידי סגן מ"ס וסמל א"ו. מספר דקות לאחר מכן, התקדמו לעבר המחסום המחבל רמזי עזיז מוצטפא קצראוי (להלן: "**המחבל קצראוי**") והמחבל אלשריף. בהגיעם לחסם ג'ילבר תקפו את סמל א"ו וסגן מ"ס, באמצעות סכינים. סמל א"ו נפצע בכתפו. סגן מ"ס וסמל א"ו ירו אל עבר המחבלים. המחבל קצראוי נפגע ומת בזירת האירוע, בסמוך לאחר שנורה. המחבל אלשריף נפצע משישה קליעים שפגעו בגופו. המחבלים נותרו שכובים בזירת האירוע. בעקבות כך הוקפצו כוחות לזירה וביניהם הנאשם. בשעה 08:33:22 ירה הנאשם כדור בודד לעבר ראשו של המחבל אלשריף, מנשקו האישי מסוג M-4. לאחר מכן נקבע מותו של המחבל.

3. הכרעת דין זו תעסוק בשאלת אחריותו של הנאשם, סמל א' א', למוות זה.

4. פרשה זו, שהובאה בפנינו, עוררה התעניינות ציבורית רבה והובילה לדיון ציבורי רחב היקף, כמותו לא ידעה מערכת המשפט הצבאית בשנים האחרונות. לא לנו לפרש את הטעמים שהובילו לכך. לצורך הכרעת דין זו נדרש להיבטים מסויימים של המחלוקות "הציבוריות", והכל במסגרת הטענות העובדתיות והמשפטיות שהועלו במשפט. נוכח האמור, ראינו לבאר כבר כעת, כי הכרעת דינו של הנאשם, מושתתת רק על הראיות שהובאו ונשמעו בין כותלי בית הדין, ועליהן בלבד, שהרי "**אין לדיין אלא מה שעיניו רואות**" (בבלי, בבא בתרא, קל"א, א). שיקול דעתו השיפוטי וצו מצפונו הם המנחים אותו. זהו לוז עקרון עצמאות המערכת השיפוטית. מכאן יושרתה ומכאן גם עוצמתה. וכבר נפסק: "חזקה על בתי המשפט... כי יעמדו בפרץ ולא יתנו דעתם אלא על הראיות שלפניהם. זהו מבחנם של השופטים. זו נשמת אפה של מערכת המשפט" (בג"ץ 5699/07 פלונית (א') נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד סב(3) 550, 648, 732 (2008)).

2. כתב האישום

5. כתב האישום מייחס לנאשם עבירה שעניינה הריגה, לפי סעיף 298 לחוק העונשין, התשל"ז – 1977 (להלן: "**חוק העונשין**") ועבירה נלוות שעניינה התנהגות שאינה הולמת, לפי סעיף 130 לחוק השיפוט הצבאי, תשט"ו – 1955 (להלן: "**חוק השיפוט הצבאי**").

6. **בכתב האישום נטען**, כי לאחר הירי שביצעו סמל א"ו וסגן מ"ס לעבר המחבלים, נותר המחבל אלשריף, כאמור, שכוב על הקרקע, בעודו בחיים, מבלי שיצר סכנה מיידית ומוחשית לחיי האזרחים והחיילים שהיו מסביבו. הנאשם, שהוקפץ למקום והגיע לזירת האירוע מספר דקות לאחר הירי במחבלים, החל לטפל בסמל א"ו וליווה אותו לאמבולנס שהגיע למקום. לאחר מכן, שהה הנאשם בזירת האירוע עוד זמן מה. בשלב מסוים, ניגש הנאשם ואסף את קסדתו שהונחה על הארץ והחל לנוע לכיוון המחבל אלשריף. הנאשם ניגש אל רב"ט ת. מ. אשר עמד בסמוך, מסר לו את קסדתו וביקש ממנו להחזיקה. לאחר מכן דרך את נשקו האישי - מסוג M-4 מסט"ב 344416 - כלפי מעלה, התקרב מספר צעדים לעבר המחבל אלשריף וירה כדור אחד מטווח קצר, תוך שהוא מכוון לעבר ראשו של המחבל אלשריף ופוגע בו. כל זאת ביצע הנאשם בניגוד לנהלי הפתיחה באש וללא הצדקה מבצעית, שעה שהמחבל אלשריף היה שכוב פצוע על הקרקע, לא ביצע עוד תקיפה ולא היווה סכנה מיידית ומוחשית לנאשם או לאזרחים ולחיילים שהיו במקום. **לפי כתב האישום, במעשיו אלו גרם הנאשם למותו של המחבל אלשריף שלא כדין.**

7. בגין מעשים נטענים אלו, ובהיותו נושא בדרגת סמל, יוחסה לנאשם עבירה נילוות שעניינה התנהגות שאינה הולמת. נטען, כי התנהגות הנאשם כמובא לעיל, לא הולמת את דרגתו ואת עמדתו בצבא.

8. הנאשם כפר באשמה. גדר הכפירה יפורט להלן, אך נציין, כבר עתה, כי המחלוקות שבין הצדדים היו רחבות ועמוקות ונסבו סביב סוגיות עובדתיות ומשפטיות כאחד.

9. לאחר שמיעת פרשת הוכחות ארוכה, שלא נותרה בה אבן על אבן, הגיעה העת להכריע בסוגיות שבמחלוקת והכל בראי התשתית הראייתית שהונחה לפנינו, בהתחשב בטיעונים שהושמעו על ידי באי כוח הצדדים ובשים לב להוראות החוק וההלכה הפסוקה.

3. המענה לכתב האישום

10. הנאשם מסר מענה מפורט לכתב האישום וזה הוגש לבית הדין ביום 23/05/2016. מענה זה כלל התייחסות לעובדות הנטענות בכתב האישום, טענות בדבר סייגים לאחריות פלילית וטענה של הגנה מן הצדק. להלן נפרט.

3.1 המענה העובדתי

11. הנאשם לא חלק על כך, כי בתאריך 24/03/2016 בשעות הבוקר, בחסם גילבר אשר בחברון, תקפו המחבלים קצראוי ואלשריף את סמל א"ו וסגן מ"ס באמצעות סכינים, תוך שגרמו לפציעתו של סמל א"ו. בנוסף, לא חלק הנאשם על כך, כי סמל א"ו וסגן מ"ס השיבו אש לעבר המחבלים, שכתוצאה ממנה נהרג המחבל אלקצראוי ואילו המחבל אלשריף נפגע בריאה ובמפשעה.

12. הנאשם כפר בכך, כי לאחר הירי שבוצע על ידי סמל א"ו וסגן מ"ס, לא היווה עוד המחבל אלשריף סכנה מיידית ומוחשית לחיי האזרחים והחיילים שהיו מסביבו, שכן "המחבל [אלשריף] זז" ו- "צעקות האזרחים ואחרים בסביבה, ועדויותיהם מעידות כאלף עדים על הסכנה הממשית שהייתה בסיטואציה ועל שאננות המפקדים, נוכח האיום המוחשי".

13. הנאשם לא חלק על כך, כי בתקופה הרלבנטית הוא נמנה עם כוח חפ"ק המ"פ וכן שימש כחובש פלוגתי. לאחר אירוע הדקירה, הוקפץ למקום והגיע לזירה מספר דקות לאחר הירי במחבלים. הנאשם אף לא חלק על כך, כי עם הגיעו לזירה, הוא החל לטפל בסמל א"ו וליווה אותו לאמבולנס אשר הגיע למקום. בנוסף, הנאשם לא חלק על כך, כי לאחר הטיפול בסמל א"ו הוא נותר בזירה עוד זמן מה וכי בשלב מסוים אסף את קסדתו, אשר הונחה על הארץ, והחל לנוע לכיוון המחבל אלשריף. אין גם מחלוקת, כי בשלב זה ניגש הנאשם אל רב"ט מ., אשר עמד במקום, מסר לו את קסדתו ולאחר מכן ביצע את הירי לעבר ראשו של המחבל אלשריף, באמצעות נשקו האישי כמפורט וכמתואר בכתב האישום.

14. במסגרת המענה לאישום, חלק הנאשם על כך שהירי נגד את הוראות הפתיחה באש ונעדר הצדקה מבחינה מבצעית. הנאשם טען, כי הירי בוצע "היות והוא חשב באופן סובייקטיבי כי נשקפת סכנה מוחשית ומיידית לו ולחבריו". הנאשם הוסיף, כי לאור:

"סכנה מיידית ומוחשית לחייו ולחיי חבריו אשר שהו קרוב למחבל, זאת בעקבות חששותיו כי המחבל נושא עליו מטען וסכין ומנסה לבצע פיגוע משולב ולאור ניסיונותיו לזוז וליוזם את המטען ובשל רצונו למנוע פגיעה בו ובחבריו אשר שהו ליד המחבל ביצע ירייה אחת לנטרול המחבל... כי המחבל זו שעה שביצע את הירי לעברו".

15. אשר להתקיימות קשר סיבתי בין הירי לבין מותו של המחבל אלשריף, הנאשם טען כי:

"מהדוח הפתולוגי עולה מחד, כי הירי הקטלני היה הירי בראש, ומאידך, עולים נתונים כי עובר לפגיעה בראשו של המחבל הוא נפגע כתוצאה מהירי לעברו בריאה כאשר היא קרסה עם דם בתוך הריאה, וכן במפשעה, והדו"ח לא נתן מענה לשאלה האם ניתן לשלול את הפגיעות בריאה ובמפשעה לעניין שלילת סיבת המוות של המחבל כאשר משך הזמן שעבר מרגע הפגיעה במחבל (08:24) עד סיום האירוע (10:43), הינו פרק זמן ארוך ביותר."

16. לצד האמור, אישר הנאשם במענה לכתב האישום, כי "בירי יתכן וגרם למותו של המחבל אולם בוודאי גרם לנטרולו של המחבל".

17. הנאשם אף כפר בפרט האישום השני שעניינו התנהגות שאינה הולמת וטען כי הן במהלך האירוע והן לאחריו, הוא פעל "לפי הנדרש והמצופה ממנו".

3.2 סייגים לאחריות פלילית

18. במסגרת המענה לאישום, טען הנאשם לתחולתם של מספר סייגים לאחריות פלילית: **טעות במצב הדברים** ש"מתקיימת במשולב עם צידוק, צורך והגנה עצמית". הנאשם טען, כי נוכח קריאות שנשמעו בזירת האירוע, לפיהם "המחבל הזה עוד חי.. יש עליו כנראה מטען שימו לב, עד שלא בא חבלן לא נוגעים בו.. הוא חי שמשוהו יעשה משהו", הוא טעה לחשוב כי "המחבל נושא עליו מטען חבלה, העלול להתפוצץ בכל שנייה, וכל אשר על המחבל לעשות הינו רק ליזום את הפעלת המטען שעל גופו ובכך לגרום לנפגעים רבים אשר שהו בקרבת המחבל וכך ראה זאת הנאשם". לטענת הנאשם, חשד זה התגבר לנוכח העובדה כי יום האירוע "היה חם מהרגיל ושרבי והמחבל לבש מעיל שחור ועבה" וכן לנוכח תדרוך שניתן לו מספר שבועות לפני האירוע, ממנו עלה כי קיים "אאא". הנאשם הוסיף וטען, כי חששו בדבר הימצאות מטען חבלה על גוף המחבל אלשריף, הושפע אף מן העובדה, כי באותו היום "עתידה הייתה להתקיים 'עדלאידע' בעיר והנאשם חשש לחייהם של המשתתפים ולא רק [ל]חבריו". הוטעם עוד, כי לכל אלה נוספה העובדה כי המחבל הגיע למקום בכוונה להרוג חיילים, דקר את חברו, סמל א'ו, ולכן המחבלים "לא יהססו לפגוע שוב במידה ויוכלו, בעודם מנסים לבצע פיגוע משולב". לטענת הנאשם, צירופן של כל העובדות הללו הוביל אותו למסקנה "אחת ויחידה כי המחבל נושא על גופו, תחת המעיל, חגורת נפץ והוא אף זו להפעילה". לפיכך, בהסתכלות "מבעד לעיני הנאשם באותה העת, אשר חש סכנת חיים ברורה מיידית ומוחשית לו ולחבריו אשר שהו אותו הזמן בזירת הפיגוע, כי ישנו לפחות ספק סביר, אם לא למעלה מכך, שמא קיים סייג לאחריותו הפלילית של הנאשם".

19. אשר לסייג הצידוק, נטען כי הנאשם סבר ש"פעל בסמכות ומעשיו נכנסים לתוך התחומים שהותוו בפקודות הצבאיות שקבעו את כללי המותר והאסור בכל הנוגע לפתיחת אש בעת מקרה כמקרה דנן, זאת כאשר חש סכנה ברורה ומיידית לחייו ולחיי חבריו ליחידה בנסיבות שתוארו". עוד נטען, כי התנהגותו "הייתה בגדר קיום בכנות של ההדרכה שניתנה לו אשר התירה שימוש בנשק כאשר חשים סכנה ברורה ומיידית". הנאשם הוסיף וגרס, כי בנסיבותיו של המקרה לא חלה עליו חובת נסיגה עובר לביצוע הירי או החובה "להתריע בפני יתר הכח אשר שהו בסמוך מאד אל המחבל, כל שכן גם אם היה מתריע לא היה להם זמן לשפר עמדות לאחור מבלי להיפגע במידה והמחבל היה מפוצץ עצמו עם חגורת הנפץ אותה דימה הנאשם שהמחבל נושא עליו".

20. אשר לסייג הצורך, צוין כי "טענת הגנה זו לא טוען הנאשם כשהיא לעצמה, אלא על בסיס הגנת טעות במצב דברים". הנאשם טען, כי הוא "דימה מצב בו לאור כל הנסיבות אשר הובאו לעיל כי המחבל נושא על עצמו חגורת נפץ וסכין במהלך פיגוע משולב וכי תנועותיו נועדו להפעיל החגורה שעל גופו ובכך לגרום לפיגוע 'איכותי' כנאמר בתדרוך שניתן לו. הנאשם פעל בשבריר של שנייה וכל זאת על-מנת להביא לנטרול המחבל ומניעת פגיעה בו ובחבריו שעמדו בסמוך למחבל". הנאשם הוסיף וטען, כי "לשיטתו הבין שעשה מעשה שהיה דרוש באופן מדי להצלת חייו שלו ושל חבריו לפלוגה, ולא ראה דרך אפשרית אחרת להצלת חייו וחייהם".

21. טענת ההגנה המרכזית שהעלה הנאשם עניינה **הגנה עצמית**. נטען כי הנאשם "חש, סובייקטיבית, סכנה מוחשית לחייו ולחיי חבריו מפני תקיפה שלא כדין, ודרוש היה מעשה מידי כדי להדוף את התקיפה. תגובת הנאשם אכן באה באופן מידי, זאת כאשר חש כי המחבל עומד להפעיל המטען והיא הייתה מידתית ביחס לסכנת החיים שהנאשם סבר שהיה נתון בה, מבחינת עוצמתה ומידותיה. האמצעי שבו בחר הנאשם היה מתאים בנסיבות העניין. כזכור, הנאשם לא פתח באש מייד כשהבחין במחבל שכוב – אלא רק כאשר חש כי הוא עומד להפעיל המטען שדימה שיש עליו. הנאשם העדיף למנוע את הסכנה על-ידי כך שהמחבל ינוטרל, ולפיכך ירה בו כדי להרגו ועל מנת להציל חיים, של חבריו ושלו עצמו".

22. הנאשם לא התעלם **מהדרישה הסטטוטורית לסבירות**, וזאת בכל הנוגע לסייג הצורך וההגנה העצמית, ואף לא חלק על כך, כי הסבירות נקבעת במהותה על סמך מבחן אובייקטיבי. יחד עם זאת, נטען כי "סבירות ההתנהגות נקבעת על-סמך הנסיבות הקונקרטיות של כל מקרה ומקרה, שבגדרן נותנים את הדעת למצב הלחץ והמצוקה שבו נתון הנתקף". משכך, בעניינו "קיים מיתאם סביר בין חומרת הסכנה מצידו של המחבל – לפי מצב הדברים המדומה בעיני רוחו של הנאשם – **לבין הירי על מנת להרוג**, מצידו של הנאשם. לא בפעולת ענישה עסקינן, אלא בהגנה. לפי סברתו של הנאשם, שהמחבל עומד לפוצץ עצמו, הרי שהירי נחוץ ולא חרג מן המידה שהייתה דרושה להגנה על חייהם של הנאשם או חבריו לפלוגה".

3.3 טענת ההגנה מן הצדק

23. במסגרת המענה לאישום, העלה הנאשם טענה נוספת שלפיה, לאור טעמים של צדק, יש להורות על ביטול כתב האישום. זאת, לאור העובדה כי "במקרה זה מדובר ברדיפה והתנהגות בלתי נסבלת של הרשות שקודם ירתה את החץ ולאחריו סימנה את המטרה בדמות כתב אישום, אשר הוגש רק לאור התערבות גורמי ראשי הדרג הצבאי, ולאחריהם הפרקליטות ומצ"ח אשר פעלו עפ"י רוח המפקד". נטען, כי בסמוך לאחר האירוע, החליט מפקד החטיבה להעמיד את הנאשם לדין משמעותי, אולם "לאחר שהדברים הובאו בתקשורת ולאחר ביטויים של ראשי הדרג הצבאי.. הוחלט בכל זאת להתחיל נגדו הליכים פליליים". זאת, על אף העובדה "כי מי שנכח בזירה עצמה ושמע ממקור ראשון את מי שהיה שם, לא חשב כלל כי בוצעה עבירה פלילית ואף לא טען בפני המח"ט כי צריך לערב את מצ"ח במקרה".

24. עוד נטען, כי ננקטה בעניינו של הנאשם מדיניות של **אכיפה ברונית**, תוך הפליית הנאשם לרעה ביחס למקרים דומים.

4. גדר המחלוקת

25. אין מחלוקת אפוא, כי הנאשם ירה כדור אחד בראשו של המחבל אלשריף מטווה קצר. כך גם אין מחלוקת כי לאחר הירי האמור, נמצא המחבל מת ולאחר מכן התברר כי על גופו לא נמצא מטען. מנגד,

קיימת מחלוקת באשר לקיומו של קשר סיבתי בין הירי שביצע הנאשם, לבין מותו של המחבל, וזאת לאור העובדה כי עובר לירי שביצע הנאשם, נפצע המחבל משישה קליעים שנורו לעברו ופגעו בו.

26. בנוסף, וחרף העובדה כי במסגרת המענה לכתב האישום, אישר הנאשם **כי ירה במחבל "על מנת להרוג"**, הרי שבמהלך שמיעת הראיות חזר בו הנאשם מהדברים, תוך שהושמעה הטענה כי הירי נועד אך כדי **"לנטרל את המחבל"** או על מנת **"להציל את חיי הסובבים"**. בד בבד, אישר הנאשם כי הוא מודע לכך שירי כאמור **"מנטרל את המערכות"** ו-"הורג בסבירות גבוהה". כן אישר **"שבירי לראש אני גם מבין שאני נוטל כנראה חיים של אדם, מחבל אבל אדם"**.

27. זאת ועוד, הנאשם טען להחלת **סייגים לאחריותו הפלילית**, לצד טענות שלפיהן ניהול ההליך הפלילי בעניינו פוגע בתחושת הצדק וההגיונות.

28. לאחר ששמענו באריכות עשרות עדי תביעה ועדי הגנה ולאחר שהוגשו לעיוננו ראיות למכביר, בשלה העת להכריע את דינו של הנאשם. תחילה נקבע מהי התשתית העובדתית שהוכחה והאם זו מקיימת את יסודות עבירת ההריגה. אם נחצה משוכה זו, נבחן האם מתקיימים בעניינו של הנאשם סייגים לאחריותו הפלילית. במידת הצורך, נדון בטענות ההגנה מן הצדק. לאחר מכן, ככל שנידרש, נבחן האם התקיימו יסודות העבירה שעניינה התנהגות שאינה הולמת.

5. עבירת ההריגה

5.1 המסגרת הנורמטיבית

29. סעיף 298 לחוק העונשין קובע לאמור:

"הגורם במעשה או במחדל אסורים למותו של אדם, יאשם בהריגה, ודינו - מאסר עשרים שנה"

30. הפסיקה הגדירה את המונח **"מעשה אסור"** באופן הבא:

"כל מעשה (או מחדל) המסכן את חיי הזולת, הנעשה מתוך מחשבה פלילית והגורם לתוצאה קטלנית הוא בגדר מעשה אסור, שכן הוא נוגד את טובת הציבור ואת המוסר הציבורי, אליה יתוסף, היסוד הנפשי של פזיזות, המתבטא ב"לא אכפתיות" של הנאשם לגבי התוצאה." (ע"פ 1100/93 סובאח נגד מדינת ישראל, מז(3) 635, סעיף 9 לפסק הדין (1993) (להלן: **"עניין סובאח"**); וראו גם ספרו של המלומד י. קדמי, **על הדין בפלילים: חוק העונשין**, חלק שלישי, מהדורה 2006, עמוד 1059)

31. **היסוד העובדתי** בעבירת ההריגה כולל רכיב התנהגותי שהגדרתו רחבה - "מעשה או מחדל אסורים", ורכיב תוצאתי - "מותו של אדם". על התביעה להוכיח כי התנהגותו של הנאשם היוותה סיבה בלעדית אין למותו של המחבל. במילים אחרות, יש להוכיח קיומו של קשר סיבתי בין המעשה לבין התוצאה (ע"פ 9723/03 **מדינת ישראל נ' בלזר**, תק-על 2004(4), 211 בעמוד 4 לפסק הדין).

32. **היסוד הנפשי** הנדרש לצורך גיבוש עבירת ההריגה הוא של מחשבה פלילית. בהתאם לכך, מאופיינת עבירת ההריגה בקיומה של מודעות לכלל הרכיבים של היסוד העובדתי, לרבות לאפשרות גרימתה של התוצאה הקטלנית. כן נדרש יחס חפצי לתוצאה מסוג כוונה או פזיזות:

"עבירת ההריגה דורשת מחשבה פלילית: **מודעות לרכיבים העובדתיים של העבירה**, ובפרט לאפשרות של גרימת התוצאה, **וכן כוונה או פזיזות באשר לתוצאה** זו. הפזיזות באה לידי ביטוי בחזות מראש של התרחשות התוצאה האסורה, כשלצידה אדישות לאפשרות גרימת התוצאה, או, למצער, קלות דעת ביחס אליה, לאמור: מודעות לאפשרות של גרימת התוצאה תוך תקווה שהיא לא תגרם." (ע"פ 4230/99 **סברי אבו גנאם ואח' נגד מדינת ישראל**, פ"ד נו(2) 34, 43 (להלן: "**עניין אבו גנאם**"))

33. יוצא אפוא, כי **לעניין הרכיב התוצאתי נדרשת כוונה או פזיזות**. הכוונה מוגדרת בסעיף 20(א) לחוק העונשין כ-"מטרה לגרום לאותן תוצאות". סעיף קטן (ב) מוסיף וקובע כי "לעניין כוונה, ראיה מראש את התרחשות התוצאות, כאפשרות קרובה לוודאי, כמוה כמטרה לגרמן". הפזיזות יכולה ללבוש אחת משתי צורות: אדישות, דהיינו שוויון נפש לאפשרות גרימת התוצאה; או קלות דעת, דהיינו נטילת סיכון בלתי סביר לאפשרות גרימת התוצאה, מתוך תקווה להצליח למנעה (סעיף 20(א) לחוק העונשין).

34. המבחן לקיומה של פזיזות הוא **מבחן סובייקטיבי אישי**, בגדרו נבחנת השאלה האם הנאשם **צפה בפועל** את אפשרות גרימת מותו של הקורבן (**עניין אבו גנאם**, עמ' 43). בכך למעשה נבדלת עבירת ההריגה מזו של גרימת מוות ברשלנות, הקבועה בסעיף 304 לחוק העונשין, ואשר לגביה די להוכיח קיומה של **צפיות בכוון** לאפשרות התרחשות התוצאה הקטלנית (ע"פ 7832/00 **יעקובוב נ' מדינת ישראל**, פ"ד נו(2) 534, 545 (2002)).

35. עוד נקבע, כי אין צורך להוכיח מודעות לדרך המדויקת של השתלשלות האירועים שהביאו בסופו של יום למותו של אדם, אלא די במודעות לסיכון הנוצר על ידי נסיבות המקרה (ע"פ 3158/00 **מגדיש נ' מדינת ישראל**, פד"י נד(5) 80, 93; ע"פ 11/99 **ויניצקי נ' מדינת ישראל**, פ"ד נג(2) 145). פסיקת בית המשפט

העליון הבהירה בהקשר זה, כי דרישת המודעות ביחס לתוצאה הקטלנית, אין בה כדי להשפיע על מקרים שבהם הנאשם היה מודע לכך שהתנהגותו עלולה לגרום למוות. שכן, לנוכח **חזקת המודעות**, חזקה על אדם כי היה מודע לאפשרות שהתנהגותו, שבפועל גרמה למוות, תביא לתוצאה כזאת. כך נקבע **בעניין פלוני** (ע"פ 7159/98 **מדינת ישראל נ' פלוני** נג' (2) 632, 640):

"הדבר נכון על אחת כמה וכמה אם מדובר בהתנהגות אלימה או התנהגות אחרת שמטבעה היא חבלנית. לנוכח זאת הורשעו נאשמים בהריגה גם באותם פסקי-הדין שבהם הובעה דעה – ולבסוף אומצה הלכה – כי בעבירת הריגה נדרשת מודעות לאפשרות של גרימת מוות. כך, בע"פ דנינו הנ"ל נקבע, כי מודעות הנאשם לאפשרות של פגיעה בשלמות הגוף כתוצאה מירי, כללה גם מודעות לאפשרות כי הפגיעה תהא קטלנית. בע"פ פרידמן הנ"ל נפסק, כי דקירת הקורבן בסכין בחזה ובירך והפקרתו ללא טיפול לימדו על מודעות הדוקר לאפשרות כי כתוצאה ממעשיו ייגרם מותו של הקורבן. בע"פ מלכה הנ"ל נפסק, שאם אכן צפה נהג המכונה את האפשרות שתיגרם תאונת דרכים, בה במידה צפה את האפשרות שתוצאותיה יהיו קטלניות. זאת, בהתחשב במהירות שבה נסע (80 קמ"ש) ובמהירות כלי-הרכב האחרים בכביש בין-עירוני. בע"פ ויניצקי הנ"ל נפסק, כי מכת אגרוף עזה בראש הקורבן, כשהמכה היה מודע לכך כי בכוחו במכה אחת להכריעו ארצה, לימדו על מודעותו לאפשרות כי המכה תהיה קטלנית."

36. אשר להתקיימות הסייגים **לאחריות הפלילית**, הרי שעל פי מצוות החוק וההלכה הפסוקה, מוטל נטל ההוכחה על כתפי הנאשם וזאת בהתאם לאמור בסעיף 34 לחוק העונשין הקובע כי "חזקה על מעשה שנעשה בתנאים שאין בהם סייג לאחריות פלילית" (ע"פ 1531/01 **טגניה נגד מדינת ישראל**, פורסם בנבו 03/07/09, עמוד 5). יחד עם זאת, די לנאשם כי יעורר **ספק סביר** ביחס לקיומו של הסייג לשם החלתו (וראו סעיף 34 כב(ב) לחוק העונשין).

37. כפי שתואר לעיל, טענות ההגנה שהעלה הנאשם שלובות בבסיסן עם טענת הגנה שעניינה **טעות במצב הדברים**. בהתאם לפסיקה, לצורך שלילת האחריות הפלילית על הטעות להיות כנה:

"בניגוד למצב ששרר בעבר במשפטנו, הרי שלפי קביעת סעיף 34, לצורך שלילת אחריות פלילית בעבירות של מחשבה פלילית לא נדרש עוד כי הטעות תהא טעות סבירה, ודי בכך כי הנאשם טעה טעות כנה באשר להתקיימות התנאים לתחולת ההגנה. עם זאת, ברור כי סבירותה של הטעות תשמשו כאבן בוחן להערכת כנותה (ראו: ע"פ 2598/94 דנינו נ' מדינת ישראל, תק-על 95(4) 120, 126 (1995); ע"פ 2534/93 מליסה נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(2) 597, 609 (1997))" (ע"פ 4191/05 **אלטגאוז נגד מדינת ישראל**, פורסם בנבו, 06/10/25, פסקה 16, להלן: "**עניין אלטגאוז**").

38. בענייננו, אין כאמור מחלוקת כי הנאשם ירה בראשו של המחבל מטווח קצר, לאחר שכיוון את הנשק לראשו, ולא יכולה להיות מחלוקת כי ירי כאמור יש בו כדי "לסכן את חיי הזולת". הנאשם אף היה מודע לכך כי הירי שביצע "מנטרל את המערכות", "הורג בסבירות גבוהה" וכן "נוטל כנראה חיים של אדם". בנסיבות אלו, החשש המדומה לו טוען הנאשם, ואשר הצדיק לגישתו את הירי לעבר המחבל, הוא הסוגיה המרכזית שבית הדין נדרש להכריע בה, כאשר לצורך הכרה בסייג הטעות במצב הדברים, על בית הדין להשתכנע, כי טעות הנאשם הייתה כנה.

39. אולם תחילה נכריע בשאלה האם התקיים קשר סיבתי בין הירי שביצע הנאשם לבין מותו של המחבל.

5.2 בחינת הקשר הסיבתי

40. בסוגיית הקשר הסיבתי העידו בפנינו שלושה עדים מומחים. מטעם התביעה הצבאית העידה ד"ר גיפס, רופאה משפטית מהמכון הלאומי לרפואה משפטית ואשר ביצעה את נתיחת גופתו של המחבל, ומטעם ההגנה נשמעה עדותם של פרופ' היס, מומחה ברפואה משפטית, ושל פרופ' שמעון, מנתח לב וחזה.

41. **טענת ההגנה בעניין הקשר הסיבתי הלכה והתפתחה במהלך שמיעת הראיות בתיק.** תחילה נטען, כי מות המחבל נגרם כתוצאה מהירי הראשוני שבוצע על ידי החיילים האחרים ולא בשל הירי שביצע הנאשם לראשו של המחבל. הוטעם, כי אין לשלול את האפשרות שהמוות נגרם כתוצאה מ"חזה אויר בלחץ", ולא מהירי שביצע הנאשם. בשלב הראשוני, לא העלתה ההגנה כל טענה ביחס לעיתוי מותו של המחבל (לפני או אחרי הירי שביצע הנאשם). על בסיס טענה זו, במהלך עדותה הראשונה נחקרה עדת התביעה ד"ר גיפס ביחס לתיאוריית "חזה אויר בלחץ", ועליה בלבד. רק בשלב מאוחר יותר, העלתה ההגנה טיעון חדש, לפיו המחבל כבר היה מת כאשר הנאשם ירה בו. לשם כך זומנה ד"ר גיפס למסור עדות הזמה, במהלכה התייחסה לתיאוריית "תסחיף אויר ללב". חרף הטענה החדשה, מומחי ההגנה לא ביססו את האפשרות העובדתית כי אדם מת יכול לזוז, וזאת נוכח טענת הנאשם שהמחבל זז בטרם ירה בו (כפי שאף מצאנו לכך תימוכין בחוות דעת מז"פ עליה נפרט בהמשך). ללא ביסוס עובדתי לטענה כי אדם מת יכול לזוז, נשמטת הקרקע תחת הטענה כי המחבל כבר היה מת בעת שירה בו הנאשם. יוצא אפוא, כי לאור קביעתה החד משמעית של ד"ר גיפס לפיה אדם מת לא יכול לזוז, קביעה שלא נסתרה כלל על ידי מומחי ההגנה, הרי שדי בכך כדי לדחות קו הגנה זה של הנאשם. בהעלותו קו הגנה מאוחר זה, מבקש הנאשם למעשה לאחוז את החבל משני קצותיו: מצד אחד לטעון לטעות כנה במצב הדברים לעניין מידת הסכנה שנשקפה מהמחבל, בין היתר, לאור התזוזה שביצע עובר לירי; ומהצד האחר לטעון כי בזמן הירי המחבל כבר היה מת, באופן שנותק הקשר הסיבתי בין הירי שביצע לבין המוות. נבחן את התשתית הראייתית שהונחה בפנינו בעניין זה.

5.2.1. ד"ר גיפס

42. עדותה הראשונה של ד"ר גיפס התבססה על חוות הדעת שערכה בעקבות נתיחת גופתו של המחבל (ת/27). מסקנתה, גם במסגרת חוות הדעת וגם בעדותה בפנינו, היא כי **מותו של המחבל נגרם כתוצאה מהירי בראשו**. לדברי ד"ר גיפס "במקרים של מעבר קליע, בכל רקמה ובעיקר דרך המוח נוצרות שתי תעלות, **התעלה הקבועה** במסלול הקליע, שאותה יוצר הקליע כאשר הוא עובר דרך הרקמה ומשאיר חור, תעלה. בנוסף הסיבוב של הקליע משחרר אנרגיה בעוצמות שונות בהתאם למהירות שלו אשר גורמת להרס של הרקמה מסביב בקוטר יותר גדול מהנראה לעין בתעלה הקבועה וזאת נקראת **התעלה הזמנית**. מאחר והגולגולת היא קופסא סגורה ולמוח ולאנרגיה שנוצרת אין לאן לברוח ההרס הוא מאוד נרחב במיוחד כאשר מדובר בקליע בעל מהירות לוע גבוהה, ואת זה גם ניתן לראות בשברים המאוד מאוד נרחבים ורבים שנמצאו בגולגולת עצמה". על סמך האמור, הגיעה ד"ר גיפס לכלל מסקנה, כי **הירי בראשו של המחבל גרם "למוות מיידי או כמעט מיידי"** (ת/27 עמוד 10; עמוד 90 שורות 1-16). חיזוק למסקנתה זו מצאה ד"ר גיפס **בדימומים הנרחבים** שנראו סביב פצעי מעבר הקליע בשכבה הפנימית של הקרקפת ובשרירי הרקה, כאשר ה"דימום מצביע על כך **שליבו של המנוח עדיין פעם כשהקליע עבר דרך ראשו**, עדיין הגיע דם למוח" (עמוד 90 שורות 29-36). ד"ר גיפס מסרה עוד, כי "יתר החבלות והנזקים שנמצאו בגופת המחבל לא היו קטלניים, לא באופן מיידי" כאשר "עם קבלת טיפול רפואי מתאים, קרוב לוודאי שהיה נותר בחיים" ו"גם ללא קבלת טיפול רפואי ייתכן והמחבל היה נותר בחיים" (עמוד 91 שורות 3-5). אשר לחבלה בריאה הימנית של המחבל, ציינה ד"ר גיפס בחוות דעתה כי "בנתיחה שבוצעה נצפתה הריאה הימנית בתמט **חלקי בלבד**, והריאה השמאלית נראתה מאווררת" כאשר "**לא סביר כי [חזה אוויר בלחץ] היווה סכנת חיים מיידי** באדם צעיר עם ריאה אחת לא פגועה ודרכי אוויר פתוחות" (ת/27 עמוד 10). בעדותה בפנינו, ביקשה ד"ר גיפס לחדד כי מאחר שבגוף המחבל נראתה "ריאה שמאלית טובה ומאווררת וחלקים מהריאה הימנית נראו מאווררים, כלומר הריאה לא הייתה בצורת כדור קטן ומכווץ שזה מה שרואים בחזה אוויר משמעותי" אזי "**לא סביר שחזה אוויר או חזה דם גרם לתסמינים משמעותיים**". במצב זה, חזה אוויר או חזה דם "יכול לגרום למצוקה נשימתית כלשהי אך לא למוות" (עמוד 102 שורות 3-14). עוד הוסיפה ד"ר גיפס בפנינו, כי במנותק מקצב הצטברות חזה האוויר אצל המחבל "האבחנה שלי התבססה על כך כפי שאמרתי שהריאות נראו במצב שמאפשר תפקוד טוב יחסית **כך שחזה אוויר לא היה משמעותי**" (עמוד 104 שורות 20-25).

43. כפי שצינו לעיל, במהלך עדותה זו של ד"ר גיפס, לא ביקשה ההגנה לברר עימה את הטענה כי המחבל מת כתוצאה מ"תסחיף אוויר ללב" עוד טרם הירי שביצע בו הנאשם.

5.2.2. פרופ' שמעון

44. חוות דעתו של פרופ' שמעון, התבססה למעשה על פענוח בדיקת טומוגרפיה ממוחשבת (CT) של גופת המחבל, פענוח שבוצע על ידי ד"ר אקשטיין, רדיולוג במקצועו (ס/30). נוכח תוצאות הפענוח, המלמדות על הימצאות אוויר בכלי דם רבים בגופו של המחבל, הגיע פרופ' שמעון לכלל מסקנה כי "**תסחיף אוויר מסיבי**

בליבו, בכלי הדם הגדולים ובמוחו היו לדעתי הסיבה למותו". הוסיף פרופ' שמעון וקבע כי "לדעתי, לא מן הנמנע שהירי בראשו שהיה למעלה מ-20 דקות מאוחר יותר היה למעשה לאחר מותו" (ס/30 עמודים 5-6).

45. לאחר בחינת הדברים, ראינו לדחות את חוות דעתו של פרופ' שמעון, לאור העדר מומחיות בתחום הרלבנטי. פרופ' שמעון איננו מומחה בתחום הרפואה המשפטית אלא "מנתח לב וחזה", ולפיכך אין בידו את כל הכלים הדרושים לצורך קביעת סיבת המוות (עמוד 820 שורות 19-26). גם ד"ר אקשטיין, שעל הפענוח שערך נסמכת חוות דעתו של פרופ' שמעון, איננו מומחה בתחום הרדיולוגיה הפורנזית. לפיכך גם בידו אין כל הכלים הנחוצים לצורך פענוח בדיקת טומוגרפיה ממוחשבת של גופה. נעיר, כי המומחה מטעם ההגנה בתחום הרפואה המשפטית, פרופ' היס, אישר בפנינו כי רדיולוגיה פורנזית עוסקת בתהליכים שלאחר המוות וזאת להבדיל מהרדיולוגיה הקלינית, שהיא תחום מומחיותו של ד"ר אקשטיין (עמוד 985 שורות 1-36). קביעה זו אף משתקפת באסמכתא המדעית שהוצגה לפרופ' שמעון במהלך עדותו, ואשר לקוחה מהספר "Forensic Radiology" (ת/74), שעליה לא חלק (עמוד 822 שורה 27 – עמוד 823 שורה 2). בנוסף, אישר פרופ' היס את הקביעה לפיה הגזים שנוצרים כתוצאה מהתהליכים הרקבוניים שעוברים על הגופה לא צריכים להימנות "בצורה מוטעת כהצטברות גזים פתולוגיים שיכולים היו לתרום למוות או לגרום למוות כמו תסחיף אוויר, חזה אוויר, אוויר בבטן וגזים מזיהומים" (עמוד 986 שורות 11-19). פרופ' שמעון לא חלק אף הוא על נחיצותה של ההתמחות בתחום הרדיולוגיה הפורנזית, שנועדה לאפשר, בין היתר, הבחנה בין אוויר שהצטבר בכלי הדם לפני המוות לעומת אוויר שהצטבר בכלי הדם לאחר המוות (עמוד 821 שורה 26 – עמוד 822 שורה 4). חרף זאת, בבואו לגבש את חוות דעתו, בחר פרופ' שמעון להתעלם לחלוטין מהפענוח שערכו הרדיולוגיים הפורנזיים – ד"ר וסרמן וד"ר ברמן (ת/79), וזאת לא בכדי – שכן בחוות דעתם אין כל עדות להימצאות אוויר באזור הלב. משהפענוח האמור הוצג לו בחקירתו הנגדית, חלק פרופ' שמעון על ממצאיו.

46. אלא שבכך לא סגי. אחת האסמכתאות שעליה ביקש פרופ' שמעון לבסס את חוות דעתו, מלמדת דווקא כי תסחיף אוויר הוא תופעה נדירה הנגרמת לרוב על ידי פעולות רפואיות, דוגמת הנשמה, שדוחקות באוויר לווריד הריאה (ת/81 - Systemic Air Embolism after Lung Trauma, עמוד 565; עמוד 829 שורה 1 – עמוד 830 שורה 7). בנוסף, פרופ' שמעון לא ידע להסביר כיצד המחבל סבל מתסחיף אוויר כאשר הוא נשם באופן עצמוני, שכן הוא לא חלק על הקביעה שלפיה במצב דברים זה, הלחץ בתוך כלי הדם גבוה יותר מהלחץ החיצוני, כשלצורך התפתחות תסחיף אוויר צריך להיווצר "מפל לחץ חיובי בין חלל קרום הריאה לבין כלי הדם הריאתיים" (עמוד 830 שורות 8-23). פרופ' שמעון אף לא ידע להסביר את הפענוח של ד"ר אקשטיין, הטוען להימצאות אוויר בשני צידי הלב של המחבל, שכן הוא לא חלק על כך כי תסחיף אוויר לצידו השמאלי של הלב מגיע מהעורקים ואילו תסחיף אוויר לצידו הימני של הלב מגיע מהוורידים. כשטענתו למעבר אפשרי של אוויר בין חדרי הלב נשללה מבחינה עובדתית במהלך הנתיחה, נטען – תוך התבססות על הפענוח של ד"ר אקשטיין – כי לא ניתן לשלול שמקור האוויר הוא "מפגיעת רסיס או קליע באזור הכתף הימנית עם חדירת אוויר לכלי הדם הוורידיים באזור תת בריחי מימין" ומשם לחדרי הלב. אלא שד"ר אקשטיין כלל לא הזכיר אפשרות זו במסגרת הפענוח שערך, ובכך נשמט הבסיס העובדתי שבחוות דעתו

של פרופ' שמעון (ס/30 עמוד 4; עמוד 834 שורה 4 – עמוד 837 שורה 14). התוצאה היא, כי פרופ' שמעון לא הצליח להסביר כיצד הגיע תסחיף האויר הנטען לשני חדרי הלב, ובכך לכאורה גרם למותו.

47. נוכח כל האמור, ובעיקר משום שפרופ' שמעון הסתמך על פענוח של בדיקת טומוגרפיה ממוחשבת שבוצעה על ידי מי שאינו מומחה ברדיולוגיה פורנזית, ובהינתן כי גם פרופ' שמעון אינו מומחה ברפואה משפטית, מצאנו לדחות את חוות דעתו של פרופ' שמעון.

48. לא ניתן לחתום פרק זה מבלי להתייחס לאירוע חריג, שהתרחש במהלך עדותו של פרופ' שמעון. בחקירתו הנגדית, כאשר נשאל ביחס לסוגיית תסחיף האויר, החל פרופ' שמעון **להתייחס להיתכנות התזוזה של אנשים מתים**, על אף שלא נשאל על כך ועל אף שהדבר לא צוין בחוות דעתו ולא הוצגה לגביו אסמכתא מדעית כלשהי. וכך ציין:

"יש מיתוס שאנשים מתים לא זזים, 30 או 40 אחוז מהאנשים שיש להם מוות זזים לאחר

המוות יש להם תנועות מאוד מביכות, ספינליות" (עמוד 827 שורות 28-30)

49. נעיר, כי ראוי היה שפרופ' שמעון יימנע מלהתייחס לנושא שכלל לא נזכר בחוות דעתו ואף לא נשאל עליו, לא על ידי התביעה וגם לא על ידי ההגנה. בכל מקרה, ועל כך אין מחלוקת, במהלך המשפט כולו לא הוצגה אסמכתא כלשהי המלמדת על קיומה של אפשרות שכזו. אשר על כן, אנו דוחים את התזה האמורה שנטענה על ידי פרופ' שמעון בעלמא ולא בוססה כדבעי בראיות מדעיות.

5.2.3. פרופ' היס

50. פרופ' היס קבע בחוות דעתו, כי "על סמך הנתונים מנתיחת הגופה ודימות כל גופית ובהתחשב במסקנות בחוות דעת של פרופ' דב שמעון סביר להניח שמותו של... [המחבל].. נגרם מכשל נשימתי חריף בשילוב עם תסחיף אוויר ללב ולמוח בעקבות פגיעה בריאה ימנית ע"י שני קליעים. לא ניתן לשלול אפשרות שפגיעת הקליע בראש המנוח נגרמה אחר מותו" (ס/34 עמוד 12). לאחר בחינת חוות דעתו של פרופ' היס, ולאור התרשמותנו מעדותו בפנינו, מצאנו לדחות את מסקנותיו. להלן נפרט את נימוקינו לקביעה זו.

51. ראשית, חוות דעתו של פרופ' היס לא מתמודדת כלל עם הממצא המרכזי של ד"ר גיפס, לפיו **הדימומים הנרחבים** בשכבה הפנימית של הקרקפת ובשרירי הרקה, מעידים על כך שהמחבל היה חי כאשר נורה בראשו. במסגרת חוות דעתו, פטר פרופ' היס עצמו מלדון בסוגייה, בכך שחלק על הקביעה בדבר הימצאות דימומים נרחבים סביב תעלת הקליע בראש - הא ותו לא (ס/34 עמוד 9 סעיף 2 וכן עמוד 11 בסעיף 10). במהלך עדותו, אישר פרופ' היס כי אכן "לא כתבתי בחוות דעתי התייחסות מיוחדת לקרקפת ושרירי הרקה" תוך שהבטיח "להציג את הספרות הרלוונטית בעדות הזמנה של דר' גיפס" (עמוד 1002 שורות 5-7). אלא שחוות דעתה של ד"ר גיפס על כלל נספחיה, ואף פרוטוקול עדותה בפנינו, הועברו לעיונו של פרופ' היס

לפני שערך את חוות דעתו. היעלה על הדעת, כי חוות דעת המומחה מטעם ההגנה לא תתייחס לטיעון המרכזי של עורכת הנתיחה בדבר סיבת המוות? היעלה על הדעת כי המומחה מטעם ההגנה יעלה בחוות דעתו תיאוריה חלופית בדבר סיבת המוות, מבלי להתמודד בצורה יסודית ורצינית עם הממצאים של עורכת הנתיחה, לרבות הנמקת המחלוקת העובדתית שלה הוא טוען? אם לא די בכך, הרי שפרופ' היס לא עמד בהבטחתו ובמהלך עדות ההזמה של ד"ר גיפס, לא הוצגה ה"ספרות רלוונטית", להתייחסותה. מכל מקום, כאשר פרופ' היס התבקש להתייחס למסקנותיה המקצועיות של ד"ר גיפס הוא מסר כי "איני יכול לקבל את ההבחנה של דר' גיפס כי היא לא מתיישבת עם הגיון ישר, הייתי מצפה שבמידה והאדם נפגע בחיים לאורך כל תעלת הקליע יהיו דימומים, כנראה גם דר' גיפס חושבת כך כי היא הוסיפה זאת בעדותה מה שלא היה בנתיחה בבדיקת הגופה" (עמוד 1002 שורות 26-31). דא עקא, שממצא זה הוא העומד בבסיס חוות דעתה של ד"ר גיפס. כאמור, פרופ' היס, לא התמודד עם ממצא עובדתי זה ופועל יוצא מכך, שלא סתר את המסקנה הנלמדת מקיומו של אותו ממצא. אכן, התיאור הקונקרטי "דימומים נרחבים" לא נכלל בחוות דעתה של ד"ר גיפס (ת/27). אולם בחוות הדעת צוין **בצורה מפורשת**, כי קיימים "דימומים בין קרומי המוח" ובמהלך עדותה הסבירה ד"ר גיפס והבהירה עניין זה בצורה יסודית וממצה, תוך שהפנתה לתצלומים שמראים בבירור דימומים נרחבים אלו (עמוד 90 שורות 7-36). לעומתה, לא ביקש פרופ' היס לעיין בתצלומים ולהסביר לבית הדין מדוע מסקנתה הפורנזית שגויה, אלא הסתפק באמירה כללית שלפיה איננו מקבל את אבחנתה בדבר הדימומים במוח. זאת ועוד, פרופ' היס אף **סירב להתייחס, ולו באופן תיאורטי, לטיעון שהציגה ד"ר גיפס לפיו הימצאות אותם דימומים במוח מעידים בבירור כי המחבל היה בחיים בעת שנורה בראשו**. פרופ' היס נשאל פעם אחר פעם: "אם אתה עושה נתיחת גופה ורואה שיש דם נרחב מתחת בשכבה הפנימית של הקרקפת ובשרירי הרקה, תאשר לי כי זו אינדיקציה טובה לכך שהאדם הזה מת כתוצאה מירי" - אולם התחמק ממתן מענה (עמוד 1002 שורה 5 – עמוד 1003 שורה 32). הימנעותו של פרופ' היס מליתן מענה לשאלות אלו, המתייחסות ללז מסקנתה של ד"ר גיפס שלפיה נגרם המוות **לאחר הירי**, מדברת בעד עצמה.

52. שנית, חוות דעתו של פרופ' היס התבססה כאמור על חוות דעתו של פרופ' שמעון, כפי שתיארנו לעיל (ס/34 עמודים 9,12). משמצאנו לדחות את חוות דעתו של פרופ' שמעון, בין היתר, לאור כשלים בתשתית העובדתית עליה הסתמכה חוות דעתו, הרי שהדבר פוגם אף במשקל חוות דעתו של פרופ' היס. קושי זה הוצג לפרופ' היס במהלך חקירתו הנגדית, אולם גם בעניין זה פטר עצמו פרופ' היס מלהתמודד עם הבעיה, בצינו כי היה מגיע ממילא לאותן מסקנות "מכיוון שהיא מבוססת על ספרות רפואית משפטית שאין לה קשר לחלק הקליני אותו הביא פרופסור שמעון" (עמוד 982 שורות 25-35). אם כך, נשאלת השאלה מדוע נדרש פרופ' היס, **מלכתחילה**, להסתמך על חוות דעתו של פרופ' שמעון, בהיות פרופ' היס מומחה בתחום הרפואה המשפטית, ובידעו את ההבחנה הברורה בין מומחים פורנזיים למומחים קליניים? גם על שאלה זו לא קיבלנו מענה. התייחסות דומה מסר פרופ' היס כאשר הוצג בפניו הפענוח של הרדיולוגים הפורנזיים, שבו, כאמור, אין כל עדות להימצאות אוויר באזור הלב. תשובתו הייתה "אני לא זקוק לפיענוחים שלהם.. לא צריך להשתמש בתוצאות של בדיקות מעבדה.. מכיון שבכל ספר של רפואה משפטית שאני מכיר נמצא במכון.. ישנו פרק שאומר שחבלה בריאות יכולה לגרום לתסחיף אוויר לתוך הלב ולכלי דם הכלילים ולמוח

ולגרום למוות שבמשך שניות או עד דקות או מעט יותר" (עמוד 987 שורות 13-28). בכך, סתר פרופ' היס את דבריו שלו, באשר לחשיבותה של הרדיולוגיה הפורנזית וכרת באבחנת תשובה את הענף שעליו היא יושבת.

53. שלישית, הספרות המקצועית עליה ביקש פרופ' היס להסתמך **לא תומכת במסקנתו**. כך למשל, בספרו של **פרופ' דימאיו, "Gunshot Wounds"** משנת 2016, המוקדש כולו לפצעי ירי, אין כל אזכור לתזה שהעלה פרופ' היס, שלפיה פצע ירי יכול לגרום לתסחיף אויר. אף שפרופ' היס לא הכחיש את הדברים, הרי שלדבריו "אני לעולם לא אחפש בספר על קליעים סוגיות הקשורות לתסחיפי אוויר" (עמוד 988 שורות 2-12). תשובה זו של פרופ' היס התקשנו להבין. אם כגרסתו, יכול פצע ירי לגרום לתסחיף אויר, הרי מדוע שלא יימצא הדיון האקדמי ביחס אליו, בספר הנ"ל. ואף זאת יש לומר, ספרו של פרופ' דימאיו, אינו האסמכתא היחידה שהוצגה לפרופ' היס. במהלך חקירתו הנגדית, הציגה התביעה הצבאית בפניו מאמר שחיברו הוא וד"ר גיפס, משנת 2015, במסגרתו נסקרו **כל הנתיות** שבוצעו במכון לרפואה משפטית בישראל בין השנים 2000-2008, ביחס למקרי מוות כתוצאה מירי בפלג הגוף העליון. פרופ' היס אישר, כי אף לא אחד מהמקרים הנזכרים במאמר אובחן כמוות שנגרם מתסחיף אויר. פרופ' היס ביקש להסביר את ממצאי המאמר בהיעדר בדיקות טומוגרפיה ממוחשבת בחלק מהתקופה הנסקרת (ת/80; עמוד 988 שורה 13 – עמוד 989 שורה 24). תמהנו, הכיצד הסברו זה של פרופ' היס משתלב עם הצהרתו הקודמת, לפיה הוא איננו זקוק לאותן בדיקות שכן "בכל ספר של רפואה משפטית שאני מכיר ונמצא במכון.. ישנו פרק שאומר שחבלה בריאות יכולה לגרום לתסחיף אוויר לתוך הלב..". אותה הצהרה של פרופ' היס אף לא מתיישבת עם העובדה כי באף אחת מהנתיות **שהוא** ביצע במרכז הלאומי לרפואה משפטית בשנים האחרונות לכהונתו, למעלה מ-200 נתיות, לא בוצעה בדיקה של תסחיף אויר בלב, ולא נקבע כי סיבת המוות היא תסחיף אויר ללב (עמוד 990 שורות 1-9).

54. בנוסף, במהלך חקירתו הנגדית, נשאל פרופ' היס ביחס לספרו של **פרופ' נייט "Knight's Forensic Pathology"** במסגרתו צוין כי "כל דרגה של רקבון בגוף סותרת אבחנה של תסחיף אויר בגלל ייצור גז עקב רקבון". פרופ' היס הסכים עם קביעה זו ואף הסכים כי ספרו של פרופ' נייט מהווה ספר יסוד בתחום הרפואה המשפטית (ת/82 עמוד 348; עמוד 991 שורה 12 – עמוד 992 שורה 18). אלא שזו איננה הקביעה היחידה בספרו של פרופ' נייט. פרופ' היס טען בפנינו כי תסחיף האויר שנגרם לכאורה אצל המחבל הוא **תסחיף אויר עורקי**, וזאת בשונה מתסחיף אויר **וריד**. דא עקא, שלפי פרופ' נייט תסחיף אויר עורקי, הגם שיכול להיגרם כתוצאה מפציעה בריאות, הוא תופעה נדירה: "Always mentioned in books, but **virtually never seen**". גם לקביעה זו הסכים פרופ' היס, אך לא ידע להתמודד עימה (ובלשונו "לנייט יש גישה הומוריסטית"; ת/82 עמוד 347; עמוד 994 שורה 13 – עמוד 996 שורה 22).

55. אלא שגם בכך לא די. לפרופ' היס הוצג המאמר "Systemic Air Embolism after Lung Trauma" (ת/81), והוא אישר כי על מנת שיווצר תסחיף אויר אין די בפצע בריאה, אלא נדרש "מפל לחץ חיובי בין חלל קרום הריאה לבין כלי הדם הריאתיים". יחד עם זאת, פרופ' היס לא ידע להסביר מהו המנגנון שגרם ללחץ חיובי כאמור אצל המחבל, שעה שנשם באופן עצמוני ולא עבר לאורך האירוע טיפול רפואי כלשהו.

לדבריו, "זה לא בתחום מומחיותי.. אני מסתמך רק על מה שכתוב בספרות הרפואית המשפטית שבה כתוב מה שאמרתי 20 פעם" (ת/81; עמוד 992 שורה 20 - עמוד 993 שורה 22). אלא שחזרה על טענה, גם מספר פעמים רב, אין היא המבחן המשפטי כדי להעניק לה משקל ולאפשר לבית הדין לאמצה. אימוץ טענה או תזה של עד מומחה מחייב הנמקה וביסוס, ואלו לא הונחו כנדרש. **גם כאן**, התחייב פרופ' היס להמציא "בתוך 24 שעות" מאמר המבסס את הטענה שלפיה תסחיף אויר יכול להיווצר כתוצאה מפציעה בריאה, אולם הדבר לא נעשה (עמוד 999 שורה 34 – עמוד 1000 שורה 14).

56. נוכח כל האמור, שוכנענו, כי לא עלה בידי ההגנה להציג ראיות, הסותרות את עדותה של ד"ר גיפס לעניין סיבת המוות ושעליהן נוכל להשתית ממצאים. אין אלא לקבוע כי הטענה שהעלה פרופ' היס היא **טענה תיאורטית** שאין בה כדי לעורר ספק סביר באשר לקיומו של קשר סיבתי בין הירי שביצע הנאשם לבין מותו של המחבל. יפים לענייננו הקביעות הבאות:

"הלכה היא בהקשר זה כי **"המערער איננו יוצא ידי חובתו בהצעת תזה של חפות המתבססת על היתכנותה של מערכת נסיבות היפותטית"** (ע"פ 2264/09 פלוני נ' מדינת ישראל [פורסם בנבו] (03.08.2011), בפסקה 11 לפסק דינו של השופט א' א' לוי). אכן, אין די בהצגת אפשרות רחוקה ותיאורטית כדי לסתור אשמה שהוכחה בראיות מוצקות (ראו, ע"פ 8899/06 ארמין נ' מדינת ישראל [פורסם בנבו] (29.7.2007), בפסקה 13 לפסק הדין; ועניין מירופולסקי, בפסקה 7 לפסק דינו של השופט א' א' לוי)" (ע"פ 4555/13 מיכאל יארוסלבסקי נגד מדינת ישראל (פורסם בנבו, 09.12.2014), פסקה 21 לפסק הדין)

57. נוכח המקובץ לעיל, לא ראינו לבסס על חוות דעתו של פרופ' היס ועדותו בפנינו, ממצאים.

5.2.4. חוות דעת ההזמה

58. במסגרת חוות דעתה המזימה (ת/92), חזרה ד"ר גיפס על קביעתה לפיה מותו של המחבל נגרם כתוצאה מהירי לראשו, וכדבריה:

"**החבלה היחידה הקטלנית באופן מיידי במנוח היא תעלת הקליע בראש**. תעלה זו גרמה לנזק מוחי נרחב ולמוות מיידי. הירי לראש בוצע כאשר המנוח היה עדיין בחיים וליבו פעם. קביעה זו מתבססת על דימומים נרחבים בקרקפת, בשרירי הרקה ובין קרומי המוח. קביעה זו מתחזקת לנוכח החומרה הפחותה באופן משמעותי של יתר החבלות" (ת/92 עמוד 16 סעיף 2)

59. ד"ר גיפס שללה את האפשרות כי המחבל מת כתוצאה מתסחיף אויר:

"מעבר הקליע גרם לשברים נרחבים בעצמות כיפת ובסיס הגולגולת ולקשר בין האוויר החיצוני לכלי הדם הקרועים במוח, אשר גרמו להופעת אוויר בכלי הדם ובלב בבדיקת CT. שינויי הטמפרטורה אליהם נחשפה גופת המנוח ותחילת הריקבון בגופה תרמו להצטברות האוויר. **תסחיף אוויר כסיבת מוות הינו נדיר ביותר.** אבחנה של תסחיף אוויר כסיבת מוות מתבצעת רק בהעדר סיבות אחרות. בגופת המנוח לא נמצאו ממצאים המתאימים לתסחיף אוויר, כגון דם קצפי או בצקת ריאות, **ולא תואר מנגנון שיכול לגרום לתסחיף אוויר מהריאה** כמו הנשמה בלחץ או פגיעה בכלי דם ראשי. הגז שנמצא בכלי הדם ובלב הוא ממצא שכיח ורגיל בבדיקות דימות בגופות ואינו מצביע על סיבת המוות. בנתיחה לא נמצאו קרעים בכלי דם גדולים בבית החזה כמקור לתסחיף אוויר בלב הימני. לא נמצאו קרעים בסמוך לשער הריאה או לסימפונות מרכזיים כמקור לתסחיף אוויר בלב השמאלי. לא נמצא מעבר אנטומי בין שני צידי הלב המסביר את האוויר בשתי המערכות הנפרדות. לא נמצאו בצקת ריאות או דם קצפי כסימנים לתסחיף אוויר" (ת/92 עמוד 16 סעיף 3)

60. כן שללה ד"ר גיפס את האפשרות כי המחבל מת כתוצאה מ"חזה אוויר" או מ"חזה דם":

"**חזה-אוויר כסיבת המוות** - חזה-אוויר הוא מצב רפואי נפוץ אשר אינו מסכן חיים בטווח הקצר ולעיתים קרובות גם לא בטווח הארוך. הממצאים בבדיקת הדימות שוללים חזה-אוויר בלחץ. בנתיחת המנוח נצפה תמט חלקי בלבד של הריאה הימנית בנוכחות ריאה שמאלית מתפקדת, השוללים כשל נשימתי מחזה-אוויר כסיבת המוות.

חזה-דם כסיבת המוות - כמות הדם שנמצאה בבית החזה מימין היא קטנה. כמות זו אינה מספקת ליצירת לחץ חיצוני על הריאות או לאיבוד דם כסיבות מוות אפשריות. לא ניתן להעריך כמה מהדם זלג לחלל הצדר לאחר המוות" (ת/92 עמוד 16 סעיפים 4-5)

61. במסגרת חוות דעתה, ד"ר גיפס אף **שללה מכל וכל את הטענה לפיה אדם מת יכול לזוז.** במענה לדבריו של פרופ' שמעון בבית הדין, ציינה ד"ר גיפס כי "**תזוזה לאחר המוות היא-היא המיתוס...** תזוזת שרירים לאחר המוות אינה אפשרית מבחינה פיזיולוגית ללא גירוי חיצוני, יתכנו תזוזות שרירים אגונליות בעת הגסיסה, **כאשר הלב עדיין פועם**" (ת/92 עמוד 15). בהתייחס **לתופעת לזרוס**, אליה הפנתה ההגנה במהלך עדותה הראשונה בפנינו, מסרה ד"ר גיפס כי זו "מיוחסת לאנשים שמתו מוות בדרך כלל לבבי" ו"לאחר החייה ממושכת חוזרים לחיים... אנשים שחוזרים לחיים וקמים ממוות לאחר החייה כל כך ממושכת שרוב האנשים לא קמים ממנה". היא הוסיפה, כי פרט לכך אין בספרות המקצועית כל אזכור לתנועות המתבצעות לאחר המוות (עמוד 1250 שורות 1-16).

62. בנוסף, שללה ד"ר גיפס את הטענה שלפיה הדימומים שנראו בשרירי הרקה של המחבל הצטברו כתוצאה מהטלטול שעברה הגופה לצורך אחסונה (עמוד 1258 שורה 36 - עמוד 1259 שורה 7). ד"ר גיפס אף דחתה

את הטענה - שעלתה לראשונה במהלך עדות ההזמה ולא נתמכה בחוות הדעת של המומחים מטעם ההגנה - לפיה היה מקום לקבע את המוח בפורמלין לצורך בדיקתו. היא הוסיפה, כי פרוצדורה זו מתבצעת במקרים מתאימים בלבד, שלא כבעניינו של המחבל. עוד הוסיפה, כי פרופ' היס "הנחה אותי ולימד אותי והגיש אותי לקבלת תואר מומחה, בכל השנים האלה הוא לא דרש או ביקש ממני שאקח מוח לקיבוע". לדבריה, כך תמיד "ובפרט במקרי ירי בהם כמעט תמיד התעלה ברורה לעין, בעיקר מאז שהכנסנו את הסי.טי לשימוש במכון" (עמוד 1262 שורה 2 - עמוד 1264 שורה 29). ד"ר גיפס שללה גם את הטענה, לפיה היה מקום ליטול דגימות היסטולוגיות מגופת המחבל, שכן לדבריה לא היה ערך בנטילתן בהינתן הממצאים שבגופה. בחוות הדעת המזימה של ד"ר גיפס צוין, בהקשר זה, כי "לא ניתן להבדיל בבדיקה מיקרוסקופית (היסטולוגית) בין דימום ברקמה לבין זליגת תאי דם מתוך כלי הדם והתפרקות התאים לאחר המוות, מאחר שהשינוי ברמה התאית קודם לשינוי ברקמה כולה" כאשר "האבחנה המאקרוסקופית (בעין בלתי מזוינת) בין דימומים לבין שינויים הנובעים מריקבון היא בבסיס ההכשרה של רופא משפטי, והיא אחת מהמיומנויות היסודיות הנדרשות" (ת/92 עמוד 2 סעיף 7; ראו גם סעיפים 8-11 לחוות הדעת, שם מפורטות סיבות נוספות לאי עריכת בדיקות מסוג זה והמקרים שיש הצדקה לבצען).

63. במסגרת עדותה, חזרה ד"ר גיפס ושללה גם את האפשרות שלפיה הקרעים בריאה הימנית של המחבל גרמו לתסחיף אויר, שכן לגישתה "כדי שיווצרו תנאים לתסחיף אוויר, ראשית, צריכה להיות פגיעה של כלי דם גדול יחסית בסמוך לפגיעה של כלי נשימה כלומר סימפון צמוד אליו, ללא אפשרות של יציאת אוויר למקום אחר. אני אסביר את התנאי הזה. לא מספיק שיפגעו כלי דם וסימפונות הם צריכים ליצור מעגל סגור בו האוויר ישאב לתוך כלי הדם. זה אחד מהתנאים יש עוד הרבה". משכך, ומאחר שהפגיעה בריאה הימנית של המחבל "אינה משמעותית", הרי ש"מאוד לא סביר" כי אותם קרעים יגרמו לתסחיף אויר (עמוד 1295 שורות 8-19). ד"ר גיפס אף שללה את האפשרות לפיה תסחיף האויר נגרם כתוצאה מפגיעה בכתף ימין של המחבל (עמוד 1305 שורות 1-25).

5.2.5. סיכום

64. עדותה של ד"ר גיפס בפנינו, הייתה מקצועית ביותר, והותירה רושם חיובי. ד"ר גיפס ענתה בצורה רצינית לכל השאלות שהופנו אליה ותשובותיה התבססו היטב על הספרות המקצועית בתחום. מקצועיותה של העדה באה לידי ביטוי גם במידת הזהירות שנקטה כאשר השיבה לשאלות שנשאלה. ד"ר גיפס הסבירה בפנינו כיצד מתיישבים ממצאי הנתיחה עם המסקנה כי המחבל היה חי כאשר נורה בראשו, וכן הסבירה היטב מדוע אין לקבל את הטענה לקיומו של תסחיף אויר שגרם למותו של המחבל. התרשמנו, כי ההגנה לא הצליחה לכרסם במומחיותה של ד"ר גיפס ובמסקנותיה המנומקות המתבססות על נתיחת הגופה.

65. נוכח האמור, אנחנו מאמצים את מסקנתה של ד"ר גיפס וקובעים כי מותו של המחבל נגרם כתוצאה מהירי שביצע הנאשם בראשו.

66. משקבענו כי התקיים היסוד העובדתי של העבירה, וכי קיים קשר סיבתי בין הירי שביצע הנאשם לבין מותו של המחבל, הרי שלפנינו מקרה שבו הוכח מעל לכל ספק סביר, כי הנאשם ירה בראשו של המחבל, שמת כתוצאה מן הירי. בשלב זה, שומה עלינו לבחון את ראיות התביעה ואת גרסתו של הנאשם, על מנת להכריע בשאלת התקיימות היסוד הנפשי וכן לשם הכרעה בטענת הנאשם לקיומה של טעות מדומה במצב הדברים, המהווה את הבסיס ליתר הסייגים שהעלה בעניין אחריותו הפלילית.

5.3 בחינת גרסת הנאשם

67. לצורך בחינת גרסת הנאשם בחקירתו במצ"ח, ולאחר מכן בעדותו בפנינו, נציג תחילה את העובדות שמסר הנאשם בחקירתו, ובהמשך, את השתלבות הדברים בהתאם לציר הזמנים של האירוע, על פי סדר כרונולוגי. נוכח העובדה כי האירוע תועד במספר מצלמות, וכלל הסרטונים הוצגו בפני בית הדין ואף הוגשו כראייה, הרי שקיימות בפנינו ראיות אובייקטיביות שיש גם בהן כדי לסייע בעת בחינת מהימנותה של גרסת הנאשם.

5.3.1 הגרסה במצ"ח

68. לזו גרסתו של הנאשם במהלך החקירה במצ"ח מתואר באמרה הראשונה שנגבתה ממנו ביום האירוע (ת/7):

"כשאני הגעתי שמעתי משהו אומר 'הוא עדיין' זז, זה היה אחרי שכבר פינו את א'. אני לא יודע מי אמר את זה, היו שם המון אנשים. הסתכלתי עליו וראיתי שהוא באמת מזיז את הראש והיד. את הראש הוא גלגל כזה משמאל לימין *נחקר מדגים* היד שלו היתה מרחק נגיעה מהסכין שאיתה הוא דקר את א', סכין שחור, הוא הזיז אותה לכיוון הסכין *נחקר מדגים* באותה שנייה משהו, אני חושב שאחד האזרחים, צועק 'תזזהרו יש עליו אולי מטען' כאילו חגורת נפץ. היו סביבו אנשים וחיילים די שאננים ובזמן שאני היתי דורך הם התנהגו כאילו האירוע נגמר וראיתי אותו עם מעיל שחור גדול, אני חושב סגור, והתחילו לרוץ לי סרטים על xxx, המעיל שלו היה פרוותי וגדול נראלי ביום שמש חם ממש, 30 מעלות, כל הסרטים גרמו לי לקבל החלטה לא פשוטה ממש בשבריר של שנייה, אני דורך את הנשק, אומר לאנשים שיזוזו, אמרתי 'זוזו, זוזו' דורך ויורה לו כדור אחד בראש. הוא הזיז את הראש וזהו. אני רוצה להוסיף שיכול להיות שהוא מת עוד בכלל לפני הירייה שלי, אני לא יודע או יכול להגיד כי אני לא פתולוג או רופא אם זו כי גסס ואז מת. זה צריך לבדוק. זהו כעיקרון בגדול האירוע הזה" (עמוד 4 שורה 17 – עמוד 5 שורה 11)

69. לפי גרסה זו של הנאשם, בוצע הירי הן לאור חשש מסכין - לעברה הזיז המחבל לכאורה את ידו במרחק נגיעה, והן לאור חשש ממטען - וזאת נוכח קריאת האזרח רגעים ספורים לפני ביצוע הירי כי המחבל

נושא מטען על גופו. כידוע, "ערכה של עדות שבעל פה ומהימנותם של עדים הם עניין של בית המשפט להחליט בו, על פי התנהגותם של העדים, נסיבות העניין ואותות האמת המתגלים במשך המשפט" (סעיף 53 לפקודת הראיות (נוסח חדש), התשל"א – 1971). הלכה היא, כי משקלן של עדויות ומהימנות עדים נתונים לשיקול דעתם של השופטים הרואים והשומעים את העדים (ראו ע"פ 6251/94 **בן סימון נ' מ"י**, פ"ד מט (3) 45 וע"פ 635/88 **אדרי נ' מ"י**, פד"י מד(4) 234). אותות האמת, אשר בהם מדבר הסעיף האמור, כוללים הן את התנהגות העד על דוכן העדים והן את המסקנות שניתן להסיק ממכלול הנתונים העובדתיים ומן ההסברים השונים הנפרשים לפני בית המשפט והמאמתים או סותרים גרסאותיו של עד (ראו ע"פ 406/78 **בשירי ואח' נ' מ"י**, פ"ד לד(3) 436, ע"פ 4701/94 **אוחיון נ' מ"י**, תק-על 95(2) 814). בבואו לקבוע את מהימנות העדים המעידים לפניו, מפעיל בית הדין את הכושר השיפוטי, ניסיון החיים והתבונה האנושית שיש בידי שופטיו. על בית הדין, בהפעילו מבחנים אלה, להתרשם באופן ישיר ובלתי אמצעי מהופעת העד במהלך מסירת העדות, ולהשוות את העדות עם ראיות אחרות ועם מכלול הנתונים העובדתיים הפרושים לפניו.

70. נוכח זאת, נבחן את גרסתו של הנאשם תוך השוואתה לגרסאות אחרות אשר מסר בשלבים מוקדמים ואף במהלך עדותו בבית הדין, וכן נבחן את השתלבות גרסתו עם העדויות שמסרו בפנינו עדי התביעה ועדי ההגנה, לרבות השתלבות הגרסה עם ראיות אובייקטיביות שהוגשו.

5.3.2 כנות הטעות - הגרסה בסמוך לאחר הירי

5.3.2.1 רב"ט ת. מ.

71. **רב"ט ת. מ.** העיד כי שוחח עם הנאשם בסמוך לפני הירי שביצע ומייד לאחריו. הודעותיו של העד בחקירתו במצ"ח (ת/62-64) הוגשו בהסכמה ואין כל מחלוקת באשר לאמיתות תוכן. כך תיאר העד במצ"ח את השיח בינו לבין הנאשם:

"ש:	מה א' א' אמר לך לפני הירי?
ת:	א' א' היה נראה לי נרגש וכועס על זה שדקרו את חבר שלו ואמר לי איך זה שחבר שלי שנדקר על ידי מחבל ונשאר חי.
.....	
ש:	האם המחבל היה חי לפני הירי של א' א'?
ת:	אני חושב שכן כי ראיתי אותו אז קצת.
ש:	באיזה חלק בגוף הוא אז?
ת:	הוא אז באזור הידיים.
.....	
ת:	אחרי שא' א' אמר לך את מה שאמר ודרך את הנשק הבנת מה הולך לעשות?

ת: הייתי בשוק ממה שקרה שם לא הפעלתי שיקול דעת ולא חשבתי שהוא הולך לבצע ירי על המחבל... אם הייתי יודע שהוא הולך לירות במחבל המנוטרל הייתי עוצר אותו.

.....

ש: הם א' א' דיבר עם משהו אחרי האירוע?

ת: .. ראיתי את המ"פ [ת]ום נעמן מדבר איתו ועוד כמה חיילים.

ש: על מה הוא דיבר עם המ"פ?

ת: המ"פ אמר לו שזה חמור שהוא עשה את זה וזאת טעות ולאחר מכן לקח אותו לצד ודיבר איתו.

....

ש: דיברת עם א' א' לאחר הירי?

ת: כן דיברתי איתו אחרי הירי אמרתי לו שזה לא תקין והוא לא היה צריך לעשות את זה.

ש: ומה הוא ענה?

ת: ראיתי את א' א' עדיין בלחץ ואני חושב שגם הוא לא ממש הבין את חומרת המעשה. הוא אמר משו בסגנון שדקרו את חבר שלו וניסו להרוג אותו אז גם לו מגיע למות... אני חושב שא' א' אמר למ"פ את אותו המשפט שהוא אמר לי שדקרו את חבר שלו וניסו להרוג אותו לכן מגיע למחבל למות.

ש: שמעת את זה באוזניים שלך?

ת: כן.

.....

ש: א' א' דיבר על זה שפחד שיש למחבל פצצה?

ת: לא זכור לי שא' א' דיבר על זה...

....

ש: אם היית מבין שהוא מתכוון לירות בו מה היית עושה?

ת: הייתי עוצר אותו חד משמעת, ירי על מחבל מנוטרל לא הכרחי ונוגד את עקרונות צה"ל.

....

ש: מדוע א' א' אמר לך מה שאמר לפני הירי?

ת: א' א' לא אמר לי את זה לפני הירי. לפני הירי הוא אמר לי מה קרה בזירה ואחרי הירי הוא אמר שדקרו את חבר שלו וניסו להרוג אותו אז מגיע גם לו למות.

....

ש: האם הוא הביע חרטה אחרי הירי?

ת: א' א' אמר שדקרו את חבר שלו וניסו להרוג אותו לכן מגיע לו גם למות, לא שמעתי אותו אומר שהוא מתחרט אבל ראיתי על הפרצוף שלו מבט של לא יודע מה לעשות והוא היה נראה לחוץ. (ת/62 עמודים 10-2)

72. עוד הוסיף רב"ט מ. במצ"ח באשר לפרטים ששמע מהנאשם, כי:

"ש: מה א' א' אמר לאחר הירי?
ת: א' א' היה לחוץ ונירגש ואמר משו בסגנון של הוא דקר את חבר שלי וניסה להרוג אותו וגם לו מגיע למות..

....
ש: הוא אמר את זה בוודאות לאחר הירי?
ת: כן.
ש: האם בוודאות א' א' אמר לאחר הירי "מגיע לו למות"?
ת: נראה לי שכן. (ת/64, עמוד 3 שורה 13 – עמוד 4 שורה 17)

73. לא ניתן לחשוד ברב"ט מ. כמי שניסה להעליל על הנאשם. אף הנאשם לא סבור כך (עמוד 470 שורות 18-19). רב"ט מ. והנאשם אישרו כי הם חברים טובים ואף משרתים יחדיו עוד מתחילת גיוסם (עמוד 299 שורות 24-27 ועמוד 305 שורות 16-19). ניכר, כי גם בחקירתו במצ"ח וגם במהלך עדותו בפנינו, ניסה רב"ט מ. לסייע לנאשם ככל הניתן, אך זאת תוך מילוי חובתו להעיד אמת. במהלך עדותו אישר רב"ט מ. את נכונות הפרטים שמסר במצ"ח, אשר כאמור הוגשו לבית הדין בהסכמה ואין חולק על תוכנם (עמוד 301 שורה 35 - עמוד 303 שורה 26; עמוד 304 שורות 28-30; עמוד 323 שורות 14-22). זה המקום לציין, כי החלק הארי של הפרטים שמסר רב"ט מ. במצ"ח, נכתבו בכתב ידו. לפיכך מצאנו לדחות את ההסתייגויות שרב"ט מ. ניסה להעלות במהלך עדותו, בפנינו באשר לרמת הדיוק של אותם פרטים, שעה שתלה הסתייגויות אלו בחלופי הזמן.

74. מעבר לכך, מצאנו בחומר הראיות חיזוקים חיצוניים לגרסתו של רב"ט מ., באשר לפרטים שציין בפניו הנאשם. סמ"ר א. א. העיד כי לאחר הירי צעק הנאשם "הוא דקר את חבר שלי" (עמוד 221 שורות 7-18). בנוסף, סמל א. ר. מסר בפנינו כי לאחר הירי אמר הנאשם "דקרו את חבר שלי רצו להרוג אותו" (עמוד 327 שורות 24-32). חיזוק משמעותי נוסף לגרסתו של רב"ט מ. מצאנו בגרסתו של המ"פ, רס"ן תום נעמן, כפי שנפרט בהמשך.

75. על רקע האמור, מצאנו ליתן לדבריו של רב"ט מ. במצ"ח משקל מלא ולהשתית עליהם ממצאים.

76. עיננו הרואות, הנאשם לא העלה בפני רב"ט מ. את החשש מהסכין או מהמטען כסיבה לביצוע הירי. נהפוך הוא. דבריו של הנאשם בפני רב"ט מ. הן לפני הירי, ובוודאי לאחריו, מלמדים לכאורה על סיבה אחרת שאיננה קשור בחשש עתידי מן המחבל, אלא במעשיו הקודמים של המחבל. גם חלקי הדברים

שנקלטו בחושיהם של רב"ט א. וסמ"ר ר. מדברים על התייחסות הנאשם למעשים שנעשו בעבר, ולא על סכנה עתידית שאורבת מהמחבל, ולכך חשיבות רבה.

77. יצויין בהקשר זה, כי ההגנה לא ביקשה לברר עם רב"ט מ., במסגרת חקירתו הנגדית, אם הנאשם העלה בפניו או בפני המ"פ, שלחלק מהשיחה של הנאשם עימו היה רב"ט מ. עד, הסבר הקשור לחשש מהסכין או מהמטען. בהתאם לפסיקה, הימנעות מחקירה נגדית בעניין מהותי מלמדת כי העניין לא שנוי במחלוקת:

"שיטתנו המשפטית בתחום הראיות, בהשראת המשפט המקובל, מניחה דגש של ממש על מוסד החקירה הנגדית, כדי לאפשר לנאשם למצות את זכויותיו, ולהטיל ספק בנאמר בחקירתו הראשית של עד, בודאי עד מרכזי. השכל הישר ונסיון החיים מורים אותנו כי הימנעות מחקירה נגדית נובעת ככלל מחשש פן יסובך הנאשם עוד יותר על-ידיה. מכל מקום, הימנעות נוטל עליו לא אחת נאשם הנמנע מחקירה נגדית של עד מרכזי, ומשול הדבר בהיקש להימנעות הנאשם עצמו מעדות ומהיחשפות לחקירה נגדית מצד התביעה" (ע"פ 9141/10 אברהם סטואר נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 28.04.2014), פסקה פ"ח).

78. ועוד נקבע, כי:

"נקודת המוצא היא, שבדרך כלל, כאשר בעל דין נמנע מחקירה נגדית של עד מבלי שהציג הסבר סביר להימנעותו זו, ההנחה היא כי אינו חולק על דברי העד, ועל בית המשפט להביא עובדה זו בבואו להעריך את משקלה הראייתי של אותה עדות (ראו למשל: ע"פ 7653/11 ידען נ' מדינת ישראל ([פורסם בנבו], 26.7.2012) (להלן: עניין ידען), בפסקה 40; יעקב קדמי על הראיות, חלק רביעי 1952-1953 ((2009)). הגיונה של הנחה זו נעוץ בהכרה בתרומתה המשמעותית של החקירה הנגדית לבירור האמת ולהערכה נכונה של משקל העדות (עניין ידען, שם). (ע"פ 5606/10 דוד בוניפד נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 19.12.2012), פסקה 27)

79. נראה, כי במהלך חקירתו במצ"ח היה הנאשם ער היטב לקשיים שגרסתו של רב"ט מ. מציבה בפניו. לא בכדי, בתחילת החקירה הוא הכחיש את עצם שיחתו עם רב"ט מ.:

"קח"ק מצ"ח מקריאה בפני את אמרתו של ת. מ....

ת: אני לא יודע לא דיברתי איתו.

ש: אז הוא סתם יגיד את זה?

ת: לא יודע לא דיברתי איתו"

(ת/7, עמוד 26, שורות 10-14)

"ש: באיזה שלב אתה אומר לת. שדקרו את חבר שלך ואיך זה יכול להיות [ש]חבר שלך נדקר והמחבל נשאר חי?
 ת: לא זוכר את זה.
 ש: לא זוכר שאמרת לו את זה בכלל?
 ת: לא.
 ש: לא זוכר זה לא היה או כן היה?
 ת: כנראה שלא היה אבל אני לא זוכר שאמרתי את זה.

 ש: הוא מספר שאתה מנהל איתו שיחה בזירה טרם הירי.
 ת: אני לא זוכר שדיברתי איתו בכלל בזירה."
 (ת/9, עמוד 33, שורות 585-594)

80. לא זו בלבד שהנאשם הכחיש תחילה את עצם קיומה של השיחה עם רב"ט מ., אלא שבעת שהוצע לו לערוך עימות עימו, בשל הפער הבולט שבין הגרסאות של השניים, התנה הנאשם תנאים לעריכת העימות האמור:

"ת: דיברתי עם העורך דין אני רוצה לקרוא עוד פעם את העדויות של א., תום, מ. ור., על מנת לקבל החלטה סופית לעניין העימותים...
 האמרה הופסקה לצורך מעבר של החשוד על האמרות הרלבנטיות בשעה 18:51.
 האמרה הומשכה בשעה 19:00.
 ת: דבר בטוח שלפני הירי לא דיברתי עם מ. מלבד 'זוז רגע, תחזיק לי את הקסדה שנייה' לא אמרתי לו שום דבר אחר.. אני מוכן לעימות רק עם מ. לגבי האמרה הזו
 על זה שאמרתי לפני הירי" (ת/9, עמוד 49, שורות 892-905)

81. בד בבד עם הצבת התנאים לעריכת העימות, אישר הנאשם כי יתכן שרב"ט מ. "שמע אותי אומר את זה אחרי הירי, 'את האמרה הוא דקר חבר ומגיע לו למות' יכול להיות שהוא שמע את זה רק אחרי הירי" (ת/9, עמוד 49, שורות 900-901). אלא שזוהי בדיוק גרסתו של רב"ט מ., אותה הנאשם אישר. במקום אחר, באותה אמרה במצ"ח, ציין הנאשם כי "אם הוא [רב"ט מ.] ותום אמרו שאמרתי שמגיע לו למות אני לא זוכר את זה אבל אם אמרתי אז כן" (שם, עמוד 33, שורות 595-597), ובכך אישר את גרסתו של רב"ט מ., ואף את גרסתו של רס"ן תום נעמן שעליה, כאמור, נעמוד בהמשך.

82. חרף האמור, במהלך עדותו בפנינו חזר הנאשם לטעון, כי לא זכורה לו שיחה כלשהי עם רב"ט מ., לא לפני הירי ולא לאחריו, למעט בקשתו מרב"ט מ. לקחת ממנו את הקסדה. בכך, אישר הנאשם כי לא ציין בפני רב"ט מ. את החשש ממטען, וזאת חרף אישורו את העובדה כי לאחר הירי "יכול להיות" שרב"ט מ. ציין בפניו כי הירי שביצע לא היה תקין (עמוד 544 שורה 23 – עמוד 545 שורה 24). כשהתבקש להתייחס לטענה, כי הירי במחבל בוצע ממניעים נקמנים, בחר הנאשם שלא להשיב באופן ישיר, תוך שהתייחס

באופן מתחמק לעדויות חבריו בדבר תגובתו מיד לאחר הירי. הנאשם אף כלל בתשובתו טיעונים עובדתיים חלופיים. נביא את הדברים כלשונם וככתבם:

"ס: גם בחקירות וגם בדיוני ההוכחות.. עולה טענה שהוטחה.. שביצעת את הירי כסוג של נקמה כי פגעו בחבר שלך א"ו. תתייחס.

נ: אני לא חושב שאמרתי את המשפט הזה, אני לא בטוח גם שאמרתי אותו, די בטוח שלא אמרתי. בייחוד עור כששמעתי פה עדויות שאומרות שזה היה כמה שניות לאחר הירי, אם כבר הולכים להתבסס על סרטונים, אפשר לשמוע שאין שום צעקה. בנוסף, במידה ואמרתי, זה נראה לי משפט חסר. שדואגים לפרש אותו לא כמו שהתכוונתי. אני אגדיר את זה ככה, אסביר את זה. מחבל שמהווה סכנה מיידית וממשית לכוח, לאנשים שנמצאים באזור, מהווה להם סכנה, כן, הוא צריך למות על מנת שאנחנו... שלא יהווה סכנה ולא ייפגעו חיים של אזרחים, חיילים, אנשים שהיו באירוע" (עמוד 456 שורה 30 – עמוד 457 שורה 1. ראו גם: עמוד 499 שורות 28-32)

83. כאמור, הכחשתו של הנאשם במהלך עדותו, כי אמר לרב"ט מ. את הסיבה לביצוע הירי, משפט שגם אחרים כאמור, קלטו בחושיהם, לא עולה בקנה אחד עם גרסתו של הנאשם במצ"ח, במסגרתה לא שלל את עצם אמירת הדברים. הכחשה זו אף לא עולה בקנה אחד עם הימנעות ההגנה מלחקור את רב"ט מ. על עניין זה במסגרת חקירתו הנגדית. הסברו של הנאשם, כאמור, כולל טענות עובדתיות חלופיות, החשודות על מהימנותן, כך על פי ההלכה הפסוקה (ע"פ 9274/08 פלוני נ' מדינת ישראל, תק-על 2009(4), 3249). משכך, ראינו לדחות את הסברו האמור של הנאשם, ואנו קובעים כי לאחר הירי אמר הנאשם באוזניו של רב"ט מ. כי "דקרו את חבר שלי וניסו להרוג אותו אז גם לו מגיע למות".

84. להתבטאות זו של הנאשם משקל משמעותי ביחס להכרעה השיפוטית בעניינו. שמיעת עדי הזירה שבאו בפנינו נועדה לסייע בידינו להבין את שהתחולל בראשו של הנאשם, כאשר קיבל את ההחלטה לירות במחבל. זהו לב לבו של התיק. על כך יקום או יפול דבר. שכן, הנאשם טוען לסכנה מדומה אשר לכאורה חייבה אותו לפעול באופן מידי. בהתאם לפסיקה:

"כאשר עסקין בהגנה עצמית מדומה, עניין מרכזי הדורש הכרעה הוא מהי אותה סכנה אשר ראה הנאשם לנגד עיניו עת פעל כפי שפעל. בית המשפט אינו בוחן כליות ולב. אין בכוחו להחזיר את השעון אחורנית, להיכנס לראשו של הנאשם ולדלות משם מה היו מחשבותיו ותחושותיו בעת שביצע את המעשים. לפיכך, שומה על בית המשפט לבחון את אמונתו של הנאשם באשר לסכנה מולה ניצב לאור נתונים אובייקטיביים שלפניו, כמו גם לפי דברי הנאשם מיד לאחר האירוע ובחקירתו. כן עליו לבחון מה מידת ההיגיון והסבירות שניתן לייחס לאמונה שכזאת" (פרשת אלטגאוז פסקה 39)

85. דבריו האמורים של הנאשם מייד לאחר האירוע - גם בפני רב"ט מ. וגם בפני רס"ן נעמן - נאמרו באופן ספונטאני ובהמשך ישיר לאירוע הירי. בהתאם לפסיקה, דברים אלו עולים כדי ראשית הודיה:

"להתוודות האמורה, מעבר להיותה הודאת בעל-דין בביצוע העבירה, יש משקל מוגבר שכן היא למעשה מהווה רכיב בהתרחשות העבירה, עד כדי היותה חלק ממנה, בבחינת "RES GESTAE"; קרי - אמרה ספונטאנית תוך כדי האירוע, המסבירה את המעשה והמבטאת הלך נפש של האומר בעת אמירתה. רציונאל זה, בדבר משקלם המוגבר של אמרות המושמעות אגב האירוע העברייני, מהווה בסיס לקבילות אמרות של עדים (ראו והשוו: קדמי, על הראיות, חלק שני, תש"ע-2009 עמוד 587, 588). בענייננו, כאשר מדובר באמרת נאשם בתכופ לאירוע, נותן הרציונל האמור משקל מוגבר להפללה העצמית" (ת"פ (מחוזי י-ם) 10-102 מדינת ישראל נ' נחום בן יצחק (פורסם בנבו, 15.01.2014), פסקה 62. ראו גם: ע"פ 4205/14 נחום בן יצחק נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 29.05.2016), פסקה 35; ע"פ 42/05 סגן א.ב. נ' התובע הצבאי הראשי (פורסם בנבו, 30.07.2006), פסקה 26)

5.3.2.2 רס"ן תום נעמן

86. רס"ן תום נעמן שוחח עם הנאשם מייד לאחר הירי. רב"ט מ. היה עד לחלק מאותה שיחה. רס"ן נעמן מסר במהלך עדותו בפנינו, כי מייד לאחר הירי:

"ניגשתי אליו שאלתי אותו מי אישר לו לירות, למה הוא עשה את זה והוא ענה לי 'המחבל הזה היה חי, הוא צריך למות'. כעסתי עליו שהוא עשה את זה, כי בעצם בוצע ירי בתוך זירה שאני המפקד שלה, ללא אישורי, ללא עדכוני" (עמוד 117 שורות 1-5)

87. רס"ן נעמן ציין במהלך עדותו, כי הנאשם "לא התייחס לסכנה.. לא התייחס לסכין וגם לא למטען" (עמוד 117 שורות 6-10).

88. לגרסתו של רס"ן נעמן מצאנו תימוכין רבים בתשתית הראייתית שהונחה לפנינו. ראשית, היא מחוזקת על ידי העובדות שמסר רב"ט מ., כפי שפורט לעיל. שנית, היא מחוזקת בפרטים שמסר בפנינו המג"ד, סא"ל דוד שפירא, לפיהם במהלך שהותו בזירת האירוע שאל את רס"ן נעמן "אם היה משהו חריג בזירה" ונענה כי "האירוע חריג יותר ממה שאני חושב" וכי "הוא לקח את א' א' הצידה ושאל אותו למה הוא ביצע את הירי והתשובה שא' אמר לו.. היא ש'הוא מחבל והוא צריך למות'" (עמוד 343 שורות 18-28). גם אם דברים אלו נאמרו רק במענה לפניית המח"ט, כפי שנפרט, הרי שיש בהם כדי לאמת את תוכן דבריו של רס"ן נעמן. שלישית, גרסה זו נתמכת בפרטים שמסר בפנינו המח"ט, אל"ם יריב בן-עזרא, שלפיהם עם הגעתו לזירה

"ניגש אלי רבש"ן הישוב היהודי, יוני בלייכברד, ואומר לי שבמהלך האירוע היה ירי חריג שאני צריך לבדוק אותו". לפיכך פנה המח"ט למג"ד ולמ"פ ו"שואל מה ההסבר לאירוע, הם מסבירים לי שלא ברור ומתארים לי את המשפט שנאמר על ידי החייל שלמיטב זכרוני זה היה 'שמחבלים צריך להרוג'. בשלב זה אני מבין שיש אירוע חריג, אני מעדכן את מפקד האוגדה" (עמוד 248 שורות 11-26).

89. חשוב להדגיש, כי גם רס"ן נעמן לא נשאל בחקירתו הנגדית, אם הנאשם העלה את החשש מהסכין או מהמטען כסיבה לביצוע הירי. נוכח הדברים שמסרו רב"ט מ. ורס"ן נעמן, היה מקום לברר עניין זה במסגרת חקירותיהם הנגדיות של השניים, ועל משמעות ההימנעות מכך, עמדנו לעיל.

90. בכך לא סגי. בחינת גרסת הנאשם ביחס לשיחה שהתקיימה בינו לבין רס"ן נעמן מעלה תהיות וקשיים רבים. בתחילת החקירה ציין הנאשם כי רס"ן נעמן שאל אותו "מה קרה" והוא השיב לו "שראיתי את היד שלו וזה לכיוון הסכין שהוא התחיל להזיז את היד" (ת/7, עמוד 16, שורות 7-15). בהמשך החקירה טען הנאשם כי "אני לא זוכר שדיברתי איתו" וסירב לערוך עימו עימות (ת/9, עמוד 41, שורות 737-745). במהלך עדותו בפנינו, העלה הנאשם גרסה חדשה לחלוטין, לפיה לאחר הירי הסביר לרס"ן נעמן "שהרגשתי סכנה, הסכין קרובה אליו, שלא יקום, מסביר לו על המטען.. ואומר לו את שתי הסכנות" (עמוד 449 שורות 22-38). הנה כי כן, בפנינו גרסה מתפתחת ומתפתלת של הנאשם, שתחילתה בטענה כי הסביר לרס"ן נעמן אודות הסכנה מהסכין בלבד, המשכה בטענה כי לא זכורה לו שיחה כאמור התקיימה, וסופה בטענה כי אותה שיחה התקיימה בפועל ובמהלכה הסביר לרס"ן נעמן הן אודות החשש מהסכין והן אודות החשש מהמטען. אלא שגרסה אחרונה זו של הנאשם – שהיא לכל הדעות גרסה כבושה – לא תואמת את הפרטים שמסרו רב"ט מ., רס"ן נעמן, ועדים נוספים, כפי שכבר פירטנו וכפי שעוד נוסיף ונפרט בהמשך. באותה גרסה אף נכללה טענה חדשה, לפיה רס"ן נעמן סטר לפניו של הנאשם בזירת האירוע "שתי סטירות... מול כולם". אלא שגם על עניין זה לא נחקר רס"ן נעמן בחקירתו הנגדית, ולכך נדרש בהמשך.

91. לא נעלמו מעינינו אי התאמות שעלו בין הודעתו הראשונה של רס"ן נעמן לבין יתר ההודעות שמסר בהמשך (12/ס – 15/ס) ובעדותו בפנינו, וזאת ביחס לשני עניינים מרכזיים: האחד, תשובתו של הנאשם לרס"ן נעמן באשר לסיבת הירי; השני, מרחק הסכין מהמחבל. להלן נתייחס לעניינים אלו. אשר לעניין הסבריו של הנאשם באשר לסיבת הירי, מסר רס"ן נעמן בהודעתו הראשונה (12/ס), כי לאחר הירי שאל את הנאשם לפרט מעשיו והלה "אמר שראה אותו וזוהי שירה בו. לא היתה לו תשובה אינטליגנטית לתת בשלב הזה" (עמוד 3 שורות 14-15; וראו גם עמוד 5 שורות 4-6). בהודעה מאוחרת (13/ס) מסר כי הנאשם הסביר את הירי באומרו "הוא חי הוא צריך למות" (עמוד 1 שורות 13-14; וראו גם עמוד 1 שורות 22-25). בהמשך, מסר שתי הודעות נוספות. בהודעתו מיום 27/03/2016 (14/ס) מסר רס"ן נעמן בהקשר זה כי "שאלתי אותו למה עשה זאת והוא אמר לי שהמחבל היה חי וצריך למות. ציטוט: 'המחבל חי הוא צריך למות' זה בערך מה שאני זוכר, יכול להיות שניסח זאת אחרת. יכול להיות שהשתמש במילה אחרת כמו: 'חייב', 'הלוואי', זהו בערך משהו בתחום ובמילים נרדפות של המילה 'צריך' " (עמוד 3 שורות 12-19). כשהוצגה בפני רס"ן נעמן גרסתו של רב"ט מ. לעניין תגובת הנאשם לסיבת הירי, אישר את תוכן הדברים, באומרו: "לא זוכר בוודאות אבל אם ת.

אמר שזה קרה יתכן וזה קרה" (עמוד 4 שורות 1-6). בהודעתו האחרונה מיום 29/03/2016 (ס/15) נדרש להסביר את "הסתירה בדבריי" והשיב: "לא זכור לי במדויק מה א' א' אמר לי בסמוך למועד האירוע ... לדעתי א' א' מסר לי כאשר שאלתי אותו למה ירית או עשית את זה משהו בסגנון של 'הוא חי'/'הוא זז' 'הוא חייב למות' או 'הוא צריך למות'; שאלה: מדוע בעדותך הראשונה לא מסרת את הפרטים 'הוא חייב למות' ? ; תשובה: לדעתי בהמשך פירטתי יותר ... או שהחוקר לא שאל אותי בצורה ברורה" (עמוד 1 שורות 8-17). בעדותו בבית הדין שב רס"ן נעמן על התשובות שמסר בהודעותיו המאוחרות, תוך שהסביר את הפער בין תשובות אלו לתשובתו בהודעתו הראשונה הן בכך שהחוקר לא דקדק עימו ביחס לניסוח המדויק של דברי הנאשם, וזאת בשונה מבקשת החוקרים בשלב מאוחר יותר כי ידיק בנוסח התשובה, והן בכך שלאחר שהוצגה לו גרסתו של רב"ט מ., חודד זכרוננו באשר לסיטואציה (עמוד 127 שורות 27 – עמוד 128 שורה 3).

92. אשר לעניין מרחק הסכין מהמחבל מסר רס"ן נעמן בהודעתו מיום 24/03/2016 (ס/12 עמוד 8 שורות 2-6) כי הסכין הייתה "מונחת ליד המחבל עם החולצה השחורה... כמה סנטימטרים מידו השמאלית". לעומת זאת, בעדותו מסר כי מרחק הסכין מהמחבל היה 80 ס"מ "לא מרחק שתשלח את היד ותגיע" (עמוד 132 שורות 35-38). עוד ציין, כי בהודעתו במצ"ח לא זכר "את הטווח כמה היא היתה בדיוק אבל זכרתי שהיא לא סיכנה, לא היתה קרובה מספיק" (עמוד 132 שורות 32-34).

93. גם אם ניתן להעלות תהיות ביחס לאי ההתאמות שפרטנו, וזאת נוכח הצפייה מכל עד, קל וחומר קצין בדרגתו, כי ימסור פרטים מדויקים, ככל שניתן, בתשובותיו בהודעות במצ"ח, הרי שמצאנו לקבל את הסבריו של רס"ן נעמן ביחס לפערים שהוצגו לעיל בגרסאותיו והתרשמנו ממהימנותם. לעניין התבטאות הנאשם, הרי שכבר בחלוף **שעות בודדות** ממסירת הודעתו הראשונה, שעה שנדרש לדיק בתשובותיו, מסר רס"ן נעמן את הגרסה אשר פורטה אף בפני בית הדין, כך שלא ניתן לטעון כי זו הומצאה לצורך ההליך המשפטי. חשוב מכך, גרסתו זו של רס"ן נעמן עולה בקנה אחד עם דבריו של רב"ט מ., שכאמור, הוא חברו של הנאשם. גם ביחס למרחק הסכין מהמחבל מצאנו לקבל את הסבריו של רס"ן נעמן, שלפיהם לא התמקד בזמן אמת במיקום הסכין ביחס למחבל. לדבריו: "לא ראיתי את החלק הזה כל כך, לא התמקדתי. התנועה עם הראש שלו משכה את תשומת ליבי. התמקדתי בזה כמה שניות" (ס/12 עמוד 8 שורות 7-10). בנוסף, ביחס למיקומה של הסכין הוצגו בפנינו סרטונים המלמדים על כי בפועל לא היתה הסכין ממוקמת במרחק נגיעה מידו של המחבל ולפיכך הלך רוחו של רס"ן נעמן, עת תיאר עניין זה, עולה בקנה אחד עם הראיות האובייקטיביות שהונחו בפנינו.

94. נוכח כל האמור לעיל, ולאור התרשמותנו ממהימנות דבריו של רס"ן נעמן, שלגרסתו חיזוקים משמעותיים במכלול חומר הראיות שהונח בפנינו, מצאנו לתת לגרסתו משקל מלא, תוך דחיית גרסתו הכבושה והבעייתית של הנאשם באשר לתוכן השיחה שהתקיימה בינו לבין רס"ן נעמן ובאשר לאופייה הנוזף. לפיכך, אנו קובעים כי במהלך אותה שיחה שנערכה עם רס"ן נעמן, לא העלה הנאשם את החשש מפני הסכין או מפני המטען, כסיבה לביצוע הירי במחבל, **אלא נימק את הירי במעשיו הקודמים של המחבל**. דברים אלו נאמרו על ידי הנאשם באופן ספונטאני ובהמשכו של אירוע הירי, ולפיכך יש לייחס

להם משקל משמעותי מאוד, בבחינת הפללה עצמית בכל הנוגע להלך הרוח, שהוביל את הנאשם לביצוע הירי, וגם על כך עמדנו לעיל.

5.3.2.3 סא"ל דוד שפירא

95. סא"ל שפירא שוחח עם הנאשם בזירה "כשעה וחצי אחרי תחילת האירוע", וכך הוא תיאר בפנינו את השיחה האמורה:

"ת: מה היה בשיחה הזאת?

ע: בשיחה שאלתי את א' א' למה הוא ביצע את הירי וא' א' אמר לי שהוא זיהה שהמחבל זו, זיהה תנועות של הראש שלו והוא זיהה ליד המחבל סכין. שאלתי את א' א' אתה עומד קרוב אליו למה לא ניגשת ובעטת את הסכין ממנו למה היית צריך לבצע את הירי? א' א' אמר 'חשתי בסכנה'. אמרתי לא' א' שיש לי תחושה שהוא לא בדיוק אומר את האמת מכיוון שסמוך לאירוע הוא אמר למ"פ משהו אחר לחלוטין וא' א' שתק ולא הגיב. זה היה תוכן השיחה. משפט נוסף שאמרתי לו לאחר מכן, 'בעיני מדובר באירוע חריג של ירי מחבל פצוע ושהוא ישלח בזמן הקרוב לתחקיר אצל מפקד חטיבת כפיר, אל"מ גיא חזות, ושאני מודיע לו שהוא מושעה כרגע מתפקידו עד לסיום הבירור בעניין' " (עמוד 344 שורות 4-18)

96. הנה כי כן, רק שעה וחצי אחרי האירוע העלה הנאשם לראשונה בפני גורם כלשהו את החשש מהסכין כהסבר לירי במחבל. בשלב זה, הנאשם לא דיבר כלל על החשש ממטען:

"ת: אני רוצה לחזור לשיחה עם א' א' ולשאול אותך, באיזו מידה ואם בכלל א' א' ציין בפניך חשש ממטען על המחבל?

ע: א' א' לא דיבר איתי בשיחה הזאת על חשש ממטען אלא אך ורק על חשש מסכין שהייתה מונחת לדבריו סמוך למחבל.

ת: שהיית בשטח עד לפינוי הגופות, באיזשהו שלב מישוהו מתריע בפניך על סכנה אפשרית למטען על המחבל?

ע: אף אחד לא התריע בפני על סכנה ממטען. אני אישית עברתי צמוד לגופות של שני המחבלים ולא זיהיתי משהו חריג ואף אחד לא פנה אלי ואמר שיש משהו כזה.

ת: חייל? אזרח? שוטר?

ע: אף אחד.

(עמוד 344 שורות 27-36)

97. גם ביחס לעד זה נמנעה ההגנה מלברר, במסגרת החקירה הנגדית, אם הנאשם התייחס לסכנה ממטען, ועל המשמעויות הנגזרות מכך, עמדנו לעיל. נראה, כי לא בכדי נמנעה ההגנה מלעשות כן, שהרי בחינת גרסתו של הנאשם ביחס לשיחה זו מעלה אף היא תהיות רבות שלא קיבלנו לגביהן כל הסבר. בחקירה במצ"ח סירב הנאשם להתייחס לשיחתו עם סא"ל שפירא בטענה כי "הייתי בבלקאאוט" וכי "גם אם הייתי זוכר משהו העו"ד אמרו לי שכל תחקיר שעברתי עם המפקדים שלי הוא תחקיר מבצעי ואסור [ל]י לדבר עליו" (ת/11, עמוד 3, שורות 28-36). אולם בעדותו בפנינו, שינה הנאשם את גרסתו ולכאורה חדל לחשוש מפני פגיעה בחסיון התחקיר, תוך שטען כי במסגרת השיחה עם סא"ל שפירא "אני אמרתי לו על שתי הסכנות" (עמוד 547 שורות 6-15).

98. עדותו של סא"ל שפירא הותירה עלינו רושם חיובי ומהימן, ולפיכך מצאנו ליתן לדבריו בפנינו משקל מלא. כמו רס"ן נעמן, כך גם סא"ל שפירא, לא חסך שבחים מהנאשם ולא היסס לפרט כי הנאשם העלה בפניו את החשש מהסכין. בנוסף, ההתפתחות שחלה בגרסת הנאשם ביחס לאותה שיחה מלמדת על החשיבות שהנאשם עצמו ייחס לתוכנה, ולא בכדי לא ידע הנאשם להסביר מדוע נדרש סא"ל שפירא "לשקר" - כך לדברי הנאשם - באשר לתוכן השיחה עימו. הנאשם טען כי **המניע** שעמד ברקע עדותו השקרת לכאורה של סא"ל שפירא נעוץ בחששו מה"עיתונאות, מה יגיד העולם" ובגלל שהוא "לפני תפקיד חדש" (עמוד 547 שורות 19-25). אלא שאין בין הסברים והשערות אלו לבין ההתרחשות במציאות, דבר. סא"ל שפירא לא נכח כלל בזירה במהלך האירוע, והוא אף החל בתפקידו החדש עוד טרם מסירת עדותו בפני בית הדין.

99. מעבר לכך, שמענו את מפקדיו של הנאשם ואת התשובות שהשיבו בחקירותיהם הממושכות ולא מצאנו דופי בפרטים שמסרו בפנינו. עדים אלו השיבו על כלל השאלות שנשאלו, גם כאשר המדובר היה בשאלות קשות ושאינן נוחות להם. דבריהם אומתו בראיות חיצוניות וניתן היה להתרשם כי במהלך עדותם גילו מתינות כלפי הנאשם, לא חסכו ממנו שבחים ודיברו **לגופו של עניין** ולא לגופו של הנאשם. הנאשם בחר בדרך הפוכה ויצא למתקפה אישית נגד המפקדים. הוא אף ביקש, באמצעות אחד מסגוריו "לחסל את המח"ט" בסיועו של עד ההגנה, הרבש"ץ יוני בלייכברד, אשר בזמן אמת פנה למח"ט והתריע בפניו על הירי ה**חריג** שביצע הנאשם בזירה (עמוד 1228 שורות 28-29). נדמה, כי אותן מתקפות נעשו, לעתים, חלף מתן מענה ענייני לשאלות שהופנו כלפיו. לקו הגנה זה שבו בחר הנאשם נודעת משמעות ראייתית, בין משום שהנאשם לא השיב בצורה עניינית לחלק מהשאלות שהופנו אליו בחקירתו הנגדית ובין משום שבעת שהשיב לחלק אחר של השאלות, היו גרסאותיו מתפתחות ופתלתלות. ניסיונות אלו של הנאשם ראינו לדחות מכל וכל ועל משמעותן מבחינה ראייתית נעמוד להלן.

5.3.3. כנות הטעות - הגרסה לאחר סיום האירוע

5.3.3.1 סמל ד. ש.

100. **סמל ש.**, הפראמדיקית הגדודית, שוחחה עם הנאשם בטלפון זמן קצר לאחר סיום האירוע, בשעה 10:40 ומיד לאחר מכן בשעה 10:43 (ת/26), וכך היא תיארה את השיחות האמורות:

ת: תעני בבקשה לשאלת השופט שביקש שתתארי את השלבים בשיחה, מה היה בדיוק אחד אחרי השני?

ע: בשלב הראשון שאלתי את הנאשם מה קרה באירוע, אחרי שלא קיבלתי תשובה ברורה ושאלתי אותו אם הוא ירה במחבל מנוטרל, תחילה אמר שהוא לא זוכר, אחר כך הוא אמר שהוא כן ירה במחבל והוא תיאר את האירוע, אמר שבאירוע היה מחבל מנוטרל, בחיים עדיין, שלידו הייתה סכין וברגע שהמחבל הזיז יד וראש לעבר הסכין שהייתה לידו, הנאשם הרגיש איום ולכן הוא ירה במחבל... מה שאמרתי לו אחר כך זה שסביר להניח שהרבה ירצו לדבר איתו ולשאול אותו... אמרתי לו שכדאי שידע קצת יותר מה לענות" (עמוד 398 שורות 12-24)

101. מתוקף תפקידה, הגיעה סמל ש. לזירת האירוע לאחר הירי שביצע הנאשם וקבעה את מותו של המחבל. במהלך עדותה, הוצג לסמל ש. הסרטון שמתעד אותה ואת צוות התאג"ד מטפלים בגופת המחבל ומוציאים אותה מהזירה. העדה נשאלה, האם בשלב זה הנאשם התריע בפניה או בפני אחרים על סכנה כלשהי הנשקפת מהמחבל, והשיבה בשלילה (עמוד 397 שורות 14-18).

102. חשיבות עדותה של סמל ש. ברורה. ראשית, היא לא משמשת כמפקדת בכירה ולא ניתן לטעון כי היה לה מניע סמוי כפי שביקש הנאשם לייחס ליתר מפקדיו (ואף בסיכומי ההגנה צוין כי אין הם מטילים דופי במהימנותה). שנית, השיחה שביחס אליה העידה בפנינו התקיימה לפני פתיחת החקירה או עריכת התחקיר, כך שלא ניתן לטעון כי דבריה היו מוטים לאור "עמדת המפקדים". שלישית, ניתן להתרשם כי העדה ניסתה לסייע לנאשם בזמן אמת, בכך שהמליצה לו "לדעת קצת יותר מה לענות" ואף יצרה קשר בתום השיחה עם קצין בריאות הנפש החטיבתי, נוכח התרשמותה ממצוקתו, בכדי שזה יסייע לנאשם (עמוד 397 שורה 23 – עמוד 398 שורה 24). סמל ש. מסרה בפנינו עדות מדויקת והתייחסה ברצינות לכל עניין שהועלה בפניה. היא הותירה עלינו רושם חיובי ומצאנו ליתן לדבריה משקל מלא.

103. מעדותה של סמל ש. ניתן ללמוד פרטים מהותיים מאוד ביחס לאירוע: ראשית, הנאשם לא העלה בפניה כל חשש באשר לקיומו של מטען ואף בזירה עצמה לא התריע בפניה ובפני צוות התאג"ד על סכנה כלשהי הנשקפת מהמחבל. שנית, הנאשם אישר בפניה כי עובר לירי היה המחבל חי ואף ניסה לקרב את ידו לעבר

הסכין. פעולה זו שייחס הנאשם למחבל היא פעולה רציונאלית שכלל לא מתיישבת עם הטענה המאוחרת שהעלה, שלפיה היה המחבל מת עוד לפני שירה לעברו.

104. גם ביחס לעדה זו, נמנעה ההגנה מלברר אם הנאשם העלה בפניה את חששו מהמטען. הימנעות זו צריכה לקבל משקל משמעותי, שכן רק במהלך עדותו בפנינו - דהיינו לאחר שמיעת עדותה של סמל ש. במשפט, טען הנאשם לראשונה כי "אמרתי לה בדיוק מה שאמרתי למ"פ... את שתי הסכנות גם של המטען וגם של הסכין.. אני אומר לה שחשתי בסכנה והיא לא מתייחסת" (עמוד 451 שורות 11-15; עמוד 469 שורות 14-39). זה המקום להדגיש, כי לקראת עדותו בבית הדין, העביר הנאשם לידי התביעה מסמך ובו מפורטים פרטים חדשים "שעלו בזכרונו ואשר לא נמסרו על ידו בזמן החקירות במצ"ח" (ת/65), אלא שגרסתו זו של הנאשם - לפיה סיפר לסמל ש. אודות שתי הסכנות - לא פורטה גם באותו מסמך. המסמך האמור נושא את התאריך 19/07/2016, בעוד שסמל ש. העידה בפנינו ימים בודדים קודם לכן, ביום 13/07/2016, ואין אלא לתמוה הכיצד פרט כה מהותי לא עשה את דרכו למסמך האמור שהעביר הנאשם לתביעה. זאת ועוד, לא הובא בפנינו הסבר למנגנון ההיזכרות של הנאשם, אשר כביכול, ביום בו מסרה סמל ש. את עדותה, עדין לא נזכר בעובדה, כי פירט באזניה "את שתי הסכנות", ולפיכך לא נשאלה על גרסה זו דבר במהלך עדותה, וכן נזכר בפרטים בחלוף שלושה ימים, לאחר מכן.

5.3.3.2 שיחות נוספות

105. תשתית הראיות מלמדת כי ביום 24/03/2016 בשעה 13:25, שוחח הנאשם עם עורך דין (ת/26; שיחה נוספת עימו התקיימה בשעה 14:01), שלאחריה העלה לראשונה את טענת החשש המדומה מהמטען, הן בפני סמ"ר א. א. (עמוד 724 שורות 4-8; עמוד 729 שורות 5-6), והן בפני סגן י. א., הסמ"פ (בשעה 13:38, ת/26). יחד עם זאת, כבר בזמן אמת, סבר סגן א. ביחס לירי שביצע הנאשם כי "לא הצלחתי להבין בדיוק מה היו הסיבות, הדיבורים על מטען היו נשמעים לי קצת מוזרים, זה לא קורה ביום יום" (עמוד 847 שורות 4-23). סגן א. אף אישר בפנינו את דבריו במצ"ח לפיהם "מטען נשמע לי רחוק והזוי כי בדרך כלל אין את הדיבורים על מטענים". הוא גם אישר בפנינו כי "להגיד שיש מטען על מחבל צריך להיות לזה סיבות" (עמוד 872 שורות 14-21).

106. במהלך עדותו בפנינו, יצא סגן א. מגדרו כדי לסייע לנאשם, אלא שבשיחת הטלפון, בזמן אמת, הוא לא יכל להסתיר את ההפתעה למשמע ההסבר שהעלה הנאשם שעניינו חשש ממטען. על משמעות פליאה זו נעמוד בהמשך.

107. גרסת הנאשם במצ"ח, כפי שפירטנו לעיל, נמסרה לאחר השיחה שקיים עם עורך הדין, וכן לאחר השיחה האמורה עם סגן א.. לפני אותן שיחות הנאשם לא הזכיר כלל חשש ממטען. לא בכדי, במהלך החקירה במצ"ח נתבקש הנאשם לפרט את שמות האנשים שבפניהם העלה לכאורה את החשש ממטען, אולם לא ידע להשיב על כך (ת/11, עמוד 9, שורות 147-149).

5.3.4 כנות הטעות - התפתחויות מאוחרות לאחר חקירת מצ"ח

5.3.4.1 הסתיירות

108. הגרסה שמסר הנאשם הוסיפה, כאמור, להתפתח גם לאחר סיום החקירה במצ"ח. במסגרת מסמך "רענון הזיכרון" הנ"ל (ת/65), ולאחר מכן במהלך עדותו בפנינו, טען הנאשם לראשונה כי **רס"ן נעמן סטר** **לו בזירת האירוע אל מול כלל הנוכחים :**

"אחרי הירי המ"פ צועק 'מי ירה מי ירה', מצליח להגיד לו שאני. הוא בא אלי, **צורח עלי 'מה אתה עושה, מה אתה עושה מה אתה דפוק'.** הוא מביא לי שתי סטירות ואומר לי 'למה עשית את זה' אני מסביר לו ואומר שהרגשתי סכנה, הסכין קרובה אליו, שלא יקום. מסביר לו על מטען, הוא אומר פה שלא, הוא קוטע אותי, צועק עלי. הוא אומר לי מה אתה עושה, הוא גמור, יש לו קריסת מערכות. אני לא מבין למה הוא מגיב אלי ככה. זה מ"פ שאני והוא יודעים טוב מאוד כמה עשיתי בשבילו, האמנתי בו. זה מ"פ שאמור להוביל אותי בקרב, במלחמה. עשיתי כל מה שביקש ממני ומעבר. אני לא מבין למה הוא מגיב ככה מול כולם, להבין אותי ולהרגיע, לקחת אותי לצד או משהו. לא ברור לי. **אני עדיין מההלם של האירוע עצמו, עוד יותר אני בהלם מהמ"פ, מהמפקד שלי"** (עמוד 449 שורות 22-31)

109. אלא שאיש לא הבחין בסטירות האמורות ואיש לא העיד כי שמע מהנאשם אודותיהן, לא בזמן אמת ולא לאחר האירוע. בנוסף, רס"ן נעמן לא נחקר לגבי סטירות אלו במסגרת החקירה הנגדית. כך גם יתר עדי התביעה. אף עדי ההגנה, שהעידו לאחר עדות הנאשם בבית הדין, לא נשאלו על כך. הנאשם טען, כי רס"ן נעמן סטר לו מייד לאחר שביצע את הירי (עמוד 449 שורות 23-26), אולם הדבר לא עולה בסרטונים שמתעדים את האירוע, וכלל לא הוזכר על ידי רב"ט מ. שנכח בזירה בסמוך למקום השיחה שקיים רס"ן נעמן עם הנאשם, מייד לאחר הירי. מעבר לכך, נזכיר, כי **בחקירתו במצ"ח אישר הנאשם כי רס"ן נעמן כלל לא כעס עליו לנוכח הירי שביצע.**

110. ואם לא די בכל אלה, הרי שטענה זו של הנאשם ביחס לסטירות הוסיפה להתפתח גם לאחר שהועלתה. בעוד שבמסמך "רענון הזיכרון" (ת/65) גרס הנאשם כי "המ"פ נתן סטירות לנאשם כששאל אותו מה קרה... המ"פ ביקש לאחר שסיים לצעוק על הנאשם... כי ישאירו את הדברים ביניהם עד שיבואו אליהם אם יבואו", הרי שבעדותו טען הנאשם כי בקשת רס"ן נעמן להשאיר את הדברים ביניהם עלתה **רק בתום האירוע**, כאשר הנאשם עשה את דרכו חזרה למוצב (עמוד 450 שורות 34-36). מדובר בסתירה משמעותית ביחס לגרסה כבושה שהעלה הנאשם, ואשר נוגעת לעיתוי אמירת הדברים המיוחסים לרס"ן נעמן.

5.3.4.2 הפסיכיאטרים

111. על רקע האמור, נפננו לבחון את חוות הדעת הפסיכיאטרית שהוגשה מטעם ההגנה (ס/35), ואשר באה לכאורה להסביר את שינויי גרסאותיו של הנאשם, ובעיקר את המנגנון בגינו "שכח" הנאשם פרטים מסויימים בתחילת החקירה ובמהלך פרשת התביעה, ונזכר בהם בטרם עלה לדוכן העדים, במסגרת פרשת ההגנה. כידוע, חוות דעת פסיכיאטרית לא יכולה להוות תחליף לעובדות שהיה על ההגנה להניח בפני בית הדין לצורך הוכחת טענת הנאשם. כפי שצינו לעיל, ההגנה נמנעה מלהפנות שאלות לעדי ההגנה שהתייצבו על דוכן העדים לאחר שהנאשם העיד ומסר את הפרטים בהם "נזכר". בשלב זה, כבר הועלתה במפורש הטענה כי רס"ן נעמן סטר לכאורה לנאשם אל מול כלל הנוכחים בזירה. על אף שההגנה העידה מטעמה מספר רב של עדים שנכחו בזירה, היא נמנעה מלשאל עדים אלו האם הבחינו בסטירות הנטענות ולא הציגה תימוכים חיצוניים לטענתו הכבושה של הנאשם.

112. מעבר לכך, בחינת חוות הדעת הפסיכיאטרית שהציגה ההגנה מעלה אף היא קשיים. ראשית, הבסיס העובדתי עליו נסמכת חוות הדעת בכל הנוגע להתנהגות הנאשם והקשיים מהם הוא סובל לכאורה, לא הוכח בפני בית הדין והדבר עלול לשמוט את הבסיס מתחת למסקנותיו של ד"ר הרמן (ע"פ 09-05-10222 (ח"י) פלוני נ' מדינת ישראל, (פורסם בנבו) מיום 18.3.2010, עמוד 12 לפסק הדין). כך למשל, חיווה ד"ר הרמן דעתו, כי הנאשם מתקשה בביצוע משימות, כגון - קריאת ספר וזכירת פרטיו, שעה שבבית הדין טען הנאשם כי קרא את כל אמרותיו וכי הוא בקיא בתוכן. כך גם אנו התרשמנו כי הנאשם שלט בפרטי התיק על בוריו. בנוסף, אותם קשיים שתוארו בחוות הדעת לא עולים בקנה אחד עם שירותו הצבאי של הנאשם, ההכשרות שעבר - ובכלל זה הכשרה מורכבת כחובש קרבי, ולא תואמים את הציון הגבוה שבו סיים את ההכשרה האמורה. לא נעלם מעניינו האבחון הדיקטטי שביצע הנאשם בשנת 2012 (ס/24), ואולם המדובר באבחון נקודתי לשפה האנגלית בלבד, ותוכנו אינו מלמד על כלל הקשיים עליהם עמד ד"ר הרמן. שנית, הגם שד"ר הרמן עשה שימוש בפרמטרים המשמשים לצורך אבחנה של Acute Stress Disorder (להלן: "ASD"), בפועל לא אובחן הנאשם על ידו כמי שסובל מכך ביום הבדיקה, אלא כמי שסובל מ PTSD וזאת מבלי לציין אלו סימפטומים של הפרעה האמורה מתקיימים בנאשם. שלישית, ד"ר הרמן מסר בפנינו, כי משך תופעת ה-ASD הוא בין שלושה ימים לחודש אחד, לאחר החשיפה לטראומה (עמוד 1021 שורות 14-20), אלא שהנאשם לא זכר עובדות משמעותיות, לרבות את הסטירות שהוא מייחס לרס"ן נעמן במשך כארבעה חודשים. כך גם לגבי העובדה כי מסר אודות "שתי הסכנות" גם לרס"ן נעמן, גם לסא"ל שפירא וגם לסמל ש.. לפיכך, אבחנה זו אינה יכולה לסייע לנאשם גם לשיטתו של ד"ר הרמן. רביעית, עיון בחוות הדעת מלמד בבירור כי היא הפליגה לנושאים שד"ר הרמן כלל לא התבקש להתייחס אליהם, ובכלל זה "מצפוניותו הטובה" של הנאשם והעדר "אינדקציות לנטיות נקמניות". כאשר ביקשנו לברר עם ד"ר הרמן מדוע בחר להתייחס לעניינים אלו, על אף שלא נתבקש לכך במסגרת השאלות שהפנתה אליו ההגנה, לצורך הכנת חוות דעתו, לא קיבלנו מענה מספק (עמוד 1023 שורה 29 - עמוד 1025 שורה 16).

113. בנוסף, מצאנו לדחות את קביעתו הבלתי מבוססת של ד"ר הרמן, לפיה המחסור, לכאורה, בשעות שינה עובר לאירוע, בשילוב קשיי קשב וריכוז מהם סובל הנאשם, הביאו אותו לבצע את הירי לעבר המחבל. ראשית, ד"ר הרמן אישר בפני בית הדין כי לא בירר עם הנאשם את השאלה הפשוטה והמתבקשת "מדוע ירית?", הגם שבמסגרת השאלות שהפנתה אליו ההגנה הוא התבקש להתייחס להשפעת הפרעות הקשב והריכוז, כמו גם הצעקות, מראות הדם בזירה ומצב המחבל, על "תחושת סכנה מוגברת ומיידית" שגרמה לנאשם "להגיב כפי שהגיב". ד"ר הרמן אף לא בירר עם הנאשם במישורין את "החווייה שלו" במהלך האירוע (ס/35, סעיף 2; עמוד 1017 שורה 32 - עמוד 1020 שורה 10). לא ברור, הכיצד יכול ד"ר הרמן לקבוע קביעות כה נחרצות בעניין **סיבת הירי**, מבלי לברר את עמדתו של הנאשם לגביה ותוך התבססות על מידע חלקי, שהועבר אליו על ידי גורם אחר, שאיננו הנאשם. לטעמנו, די בכך כדי לשמוט את הבסיס תחת מסקנותיו של ד"ר הרמן, אך כאמור הצבענו גם על כשלים עובדתיים נוספים הפוגמים בחוות הדעת. שנית, הלך רוחו של הנאשם עובר לביצוע הירי מהווה עניין עובדתי שמצוי בסמכותו של בית הדין וכל קביעה של ד"ר הרמן בעניין זה מהווה הסגת גבול לעניינים שבסמכותו הבלעדית של בית הדין. קושי זה אף הוצג לד"ר הרמן במהלך עדותו בפנינו וכאמור, לא זכה למענה רציני (עמוד 1024 שורה 21 - עמוד 1025 שורה 16). שלישית, הוכח בפנינו, כי הנאשם לא סבל ממחסור בשינה בימים שקדמו לאירוע, וזאת בהתאם לגרסת הנאשם עצמו. כשנתונים אלו הוצגו לד"ר הרמן, הוא אישר בפנינו כי "**ביום האירוע [הנאשם] לא היה בחוסר שינה מתמשך**" ומאידך לא יכול היה לאשר כי העובדה שבבילה שקדם לאירוע ישן הנאשם רק חמש שעות יכולה לפגוע בתפקודו הקוגניטיבי. ובלשונו: "שנת לילה שהיא מקוצרת מפריעה לשיקול הדעת במידה קטנה מאשר חוסר שינה בכלל" (עמוד 1005 שורה 36 - עמוד 1011 שורה 26). נוכח כל אלו, שוכנענו כי לא ניתן לבסס ממצאים על חוות דעתו של ד"ר הרמן.

114. פשיטא, כי בהעדר ביסוס מדעי לפערי המידע שמסר הנאשם במועדים שונים למעורבים שונים, הרי שנותרות גרסאותיו המתפתחות של הנאשם ללא הסבר ענייני או משכנע.

115. למעלה מן הצורך נעיר, כי מצאנו לקבל את קביעתו המקצועית והמאוזנת של המומחה מטעם התביעה הצבאית, עד ההזמה, פרופ' וייזר (ת/90). בהתאם לחוות דעתו, הסימפטומים הפוסט-טראומטיים של הנאשם "אינם קשים ולדעתי לא גורמים להפרעות בזיכרון, לדעתי לא סביר שהוא קיבל סטירות על ידי המ"פ בשטח, לא זכר זאת בשעות ובימים אחרי האירוע, ונזכר בהם רק לאחר מכן" (ת/90 עמוד 4). עוד קבע במסגרת מסקנותיו המקצועיות, כי לא ניתן לייחס את התנהגותו של הנאשם לחסך בשינה או להפרעות קשב וריכוז. קביעה זו של פרופ' וייזר מתבססת על בדיקה שערך לנאשם ועל עובדות שהוכחו בפנינו, וזאת בניגוד למסד העובדתי הרעוע עליו נסמך ד"ר הרמן. מעבר לכך, ניתן לראות כי פרופ' וייזר נהג בנאשם בצורה זהירה ושקולה, ואף קבע, בצורה מפורשת, כי הנאשם סובל מתסמינים פוסט-טראומטיים מסויימים וכן מקשיים מסויימים בקשב ובריכוז. אבחנה זו של פרופ' וייזר אף עולה בקנה אחד עם המסקנות שאליהן נאלץ להגיע ד"ר הרמן על דוכן העדים, כאשר התמונה העובדתית המלאה הוצגה בפניו.

116. אכן, העידו בפנינו מספר עדים שצינו כי מצבו הנפשי של הנאשם, בשלבים שונים לאחר האירוע, לא היה מיטבי. כך העידה סמל ש. כי במהלך השיחה עם הנאשם "הוא היה מאוד מבולבל" ולכן בתום השיחה התקשרה לקב"ן החטיבה "לומר לו שמהתרחשותי הנאשם מאוד מבוהל ... וביקשתי אם יוכל לדבר איתו ולשמוע ממנו מה קרה" (עמוד 398 שורות 1-24). כך גם רב"ט ב. שמסר כי הבחין שהנאשם נראה לאחר הירי "לבן, צבע העור שלו היה לבן" (עמוד 295 שורות 31-33). גם רב"ט מ. העיד כי לאחר הירי היה הנאשם לחוץ, נרגש וכועס (עמוד 303 שורות 4-20). פשיטא, כי מי שזה מקרוב נטל חייו של אדם, תהא תגובתו הרגשית תואמת מצב זה גם אם המדובר בירי כלפי מחבל. זאת במיוחד, משידוע לנו כי זהו הירי היחיד שביצע הנאשם בנסיבות שכאלה. אשר על כן, לא סברנו כי יש בעדויות אלו, כדי להשליך על ממצאי הכרעת הדין ולהסביר את הפערים וההתפתחויות בגרסאותיו.

117. לאור כל המקובץ לעיל, ולאחר שסקרנו את העדויות הרלוונטיות בסוגייה האמורה, ראינו לבסס ממצאים על ראיות מסויימות וקבענו כי אין ליתן משקל ראייתי לראיות אחרות, והכל כמפורט לעיל. באנו לכלל מסקנה, כי יש לדחות אפוא את גרסתו הכבושה והכוזבת של הנאשם לפיה קיבל סטירות מרס"ן נעמן, גרסה שנועדה לתרץ את הסיבה בגינה לא התריע, כביכול, בפניו מפני החשש בזירה הן מהסכין והן מהמטען, דהיינו משום שאיבד לכאורה אמון במפקדו ומיאן להמשיך ולשוחח עימו. אלא שלהתפתחות זו בגרסתו של הנאשם השפעה משמעותית על התרחשויות הכוללת ממהימנותו. בהצטרף עניין זה לסתירות ולהתפתחויות בגרסאותיו של הנאשם, שהוצגו עד כה, הרינו קובעים שגם גרסה כבושה זו, אודות הסטירות שייחס לרס"ן נעמן, דינה להידחות כבלתי מהימנה.

5.3.4.3 "השיחה" עם סמל ת.

118. התפתחות נוספת בגרסתו של הנאשם נוגעת לשיחה אשר לטענתו קיים בזירת האירוע, לאחר הירי, עם סמל א. ת., במהלכה ציין בפניו את שתי הסכנות שהובילוהו לביצוע הירי :

"בזמן הזה אם אני לא טועה אני מדבר עם חייל, א. ת., ומסביר לו, הוא היה בכוח של הפילבוקס שהגיעו למקום. אני מסביר לו מה שהיה, מה שקרה, שתי הסכנות. אני לא כל כך זוכר מה אמר לי, אני עדיין בתוך האירוע בכלל, אמר לי אני חושב טוב בסדר.

.....

בא אלי א. ת. ושואל מה קרה. אני מספר לו מה שהיה, את השיחה שלנו [עם המג"ד]. הוא מתעצבן ובאותו רגע שמר בגילבר. הוא אמר שהוא הולך, לא רוצה להישאר. בא לעזוב את העמדה. לא מבין למה עושים לי את זה. אני תופס אותו ואומר לו שלא יעשה כלום, יש פה בטחון של אזרחים, שלא יעשה שטויות. אני מצליח להשאיר אותו בעמדה" (עמוד 450 שורה 14 – עמוד 451 שורה 31)

119. ראשית יש לציין, כי במסגרת מסמך "רענון הזיכרון" (ת/65) לא הזכיר הנאשם כלל כי שוחח עם סמל ת. לאחר ביצוע הירי. בנוסף, לא זומן סמל ת. להעיד מטעם ההגנה כדי לספר אודות שיחתו האמורה עם

הנאשם בזירת האירוע. מעדותו בחקירה במצ"ח של סמל ת. ניתן לכאורה ללמוד, כי הוא שוחח עם הנאשם רק "מתי שהוא היה בסופה למעצר", ולא במועד מוקדם יותר כטענת הנאשם. כאשר הוצגה תמיהה זו במהלך חקירתו הנגדית, מסר הנאשם תשובה מתחמקת:

- ת: תראה, אתה טענת במסגרת החקירה הראשית, שאמרת לא. ת. אחרי הירי על סכנת הסכין וסכנת המטען. נכון?
- נ: נכון.
- ת: אתה עומד על טענתך זו?
- נ: אני עומד עליה.
- ת: א. ת. נחקר במצ"ח ושואלים אותו בעמוד 3 שורה 2, "האם דיברת עם א' א' לאחר הירי?" והוא עונה "כן". שואלים אותו "מה הוא אמר לך?", הוא עונה "זה היה מתי שהוא היה בסופה למעצר והוא לא דיבר איתי על זה". איך אתה מסביר?
- נ: אפשר לראות?
- ת: כן. מציג לנאשם את כל האמרה של א. ת.. איך אתה מסביר שא. ת. לא מאשר את מה שאתה אמרת?
- נ: אוקי.
- ת: מה התייחסותך?
- נ: שוב. לא יודע למה, אולי הוא גם לא זכר או היה בשוק מהאירוע ולמה הוא אמר את זה. אבל התביעה יכולה לשאול אותו במידה והיו מביאים אותו גם בתור עד תביעה"
- (עמוד 561 שורה 32 – עמוד 562 שורה 10)

120. ניתן אף לומר, כי תשובה זו של הנאשם היא מתחכמת וטומנת בחובה ניסיון ומנסה להפוך את נטל הבאת הראיות במשפט הפלילי. שהרי, הנאשם מבקש לסתור את החזקה הקבועה בדין, לפיה הנחת המוצא היא כי מעשה לא מקיים את הסייג לאחריות פלילית. משבחרה ההגנה שלא לזמן את סמל ת., להעיד בנקודה כה קריטית לצורך בחינת טענת ההגנה שהעלה הנאשם, פועל הדבר לחובת הנאשם והכללים ידועים (ע"פ 437/88 אבו נגד מדינת ישראל, פ"ד לו (2) 85 (1983), עמוד 97).

121. טענה דומה העלה הנאשם ביחס לשיחה שערך לכאורה עם האזרח אהרון (אשי) הורוביץ (בחקירתו הראשית מסר כי המדובר בחייל ותיקן עצמו בחקירתו הנגדית), אשר לדבריו ניגש אליו ו"אומר לי כל הכבוד.. אני גם זיהיתי את המחבל מזיז את היד, הייתי בטוח שיש עליו מטען... אמר לי בדיוק כמו שאני אמרתי על שתי הסכנות" (עמוד 450 שורות 30-32; עמוד 500 שורות 12-17). יחד עם זאת, במסגרת מסמך "רענון הזכרון" (ת/65) אין כל זכר לאותה שיחה. בנוסף, להבדיל מסמל ת., האזרח הורוביץ העיד בפנינו כעד מטעם ההגנה, אולם הכחיש כי קיים שיח כלשהו עם הנאשם, לא לפני האירוע ולא לאחריו (עמוד 753 שורות 25-28).

122. פשיטא, כי אף אלו מצטרפים לתצרף הראיות המצוי לחובתו של הנאשם ויש בו כדי לבסס את אי מהימנות גרסתו.

5.3.5 כנות הטעות - השתלבות גרסתו של הנאשם בראי הצילומים מן האירוע

123. במהלך המשפט שבה ההגנה וטענה כנגד ערכן הראייתי של הסרטונים (ת/6) שהוגשו כראייה. בעניין זה לא ראינו עין בעין עם ההגנה. לדידנו, כוחם הראייתי של הסרטונים רב. מדובר בראיה אובייקטיבית ועצמאית שמאפשרת לבית הדין "לחזור" לזירת האירוע ולבחון את השתלשלות העניינים כפי שתועדו "בזמן אמת" (ע"פ 3220/98 דוד בן דוד נגד מדינת ישראל (פורסם בנבו, 03.02.1999); ת"פ (מחוזי ת"א) 40238/08 מדינת ישראל נגד שי סימון (פורסם בנבו, 14.02.2010)). נדון להלן בשאלת קבילות הסרטונים.

5.3.5.1 קבילות הסרטונים

124. לא יכולה להיות מחלוקת באשר לקבילות הסרטונים שהוגשו לבית הדין. האנשים שצילמו אותם העידו כולם בפנינו, ולאחר שהסרטונים הוצגו להם, מסרו בצורה מפורשת כי הם אותנטיים וכי לא נעשו בהם פעולות של עריכה או שינוי. עימאד אבו שמסיה צילם, באמצעות מצלמת וידאו, שבעה סרטים שהוגשו לבית הדין וסומנו 843007-843001. עד זה מסר בפנינו, כי הוא אשר צילם את הסרטונים, כי לא ערך בהם שינויים כלשהם, ואף לא ערך שינויים בכרטיס הזכרון שעליו נשמרו הסרטונים, ושאותו מסר לחוקר מצ"ח ביום האירוע. העד אומנם טען, כי לפני העברת כרטיס הזכרון לחוקר מצ"ח, הוא העביר אותו, באמצעות בנו, לתחקירני "בצלם", אולם ציין כי חרף האמור "החומר נשאר מקורי" (ת/1; עמודים 63-71). עארף ג'אבר צילם, באמצעות מכשירו הסלולארי, ארבעה סרטים שהוגשו לבית הדין וסומנו 20160324083736, 20160324084342, 20160324084637, 20160324084722. העד מסר בפנינו כי לא ערך בסרטונים כל שינוי, וכי לאחר הצילום העביר את הסרטונים לתקליטור, אותו מסר לחוקר מצ"ח (ת/6; עמודים 72-78). באמצעות מכשירו הסלולארי של עופר אוחנה צולמו שמונה סרטונים, אותם העביר למצ"ח, כשלבדבריו "כל הסרטים שמסרתי הם חומר גלם נטוי" (עמוד 185 שורות 27-28). סרטוני התצפית הוגשו בהסכמה במסגרת ת/6, וההגנה לא חלקה על תוכנם.

125. לא ראינו לפקפק בדברים שמסרו בפנינו העדים האמורים בכל הנוגע לאותנטיות של הסרטונים שצילמו ולעובדה כי לא נערכו בהם שינויים כלשהם. עם זאת, נוכח העובדה כי הסרטונים שצולמו על ידי אבו שמסיה ועארף ג'אבר לא היו נתונים תחת השגחתם המלאה והרציפה, סברנו כי אין לבסס את הקבילות של הסרטונים על עדויותיהם של הצלמים. בד בבד, אין לקבל את טענת ההגנה לפיה הסרטונים אינם קבילים כראיה לנוכח "קשיים בשרשרת הראיות". שכן "התפתחותה של ההלכה הפסוקה בנושא זה - ככל הנראה בעקבות ההתפתחות הטכנולוגית בתחום ההקלטה - 'ריכוזה' את הטענות כנגד הקבילות הטכנית של סרט ההקלטה במסגרת 'טענת גג' כוללת, המדברת בקיומו של חשש שסרט ההקלטה אינו משקף נכונה את השיחה המוקלטת" (ע"פ

2801/95 **יעקב קורקין נ' מדינת ישראל**, נב (1) 791, סעיף 9 לפסק הדין). בכך "נזנחו" חלק משמעותי מהמבחנים המסורתיים שנקבעו בעבר בפסיקה (ע"פ 869/81 **שניר נ' מדינת ישראל**, פ"ד ל"ח (4) 169).

126. את קבילות הסרטונים ראינו אפוא לבסס על חוות הדעת שערך מומחה מז"פ, רס"ם רון גור-אל (ת/22 ו-ת/24). רס"ם גור-אל הוא מומחה לראיות דיגיטאליות שבדק את כל הסרטונים האמורים והגיע למסקנה כי מדובר בקבצים שלא נעשה בהם כל שינוי :

"בכל החומרים ודגש על כרטיס הזיכרון שלו נתתי משקל מקורי הכי גבוה שנמצא בהגדרות, לא מצאתי שום סימן שמעיד שהייתה התערבות בתוכן שכן הייתי מצפה לשינוי בחותמת הזמן של הקבצים, שינוי בהתערבות המתא דטא כלומר החלק האחורי של הקובץ ואם הייתה התערבות עריכתית הרי שהייתי רואה את זה" (עמוד 87 שורות 23-32 ; ת/22 עמודים 2, 34, 36 ; ת/24 עמודים 31, 52)

127. יצוין, כי דבריו אלו של רס"ם גור-אל נמסרו במענה לשאלת בית הדין ביחס לטענת "השרשרת" שהעלתה ההגנה. עוד חשוב לציין, כי ההגנה כלל לא חלקה על מומחיותו של רס"ם גור-אל ולא חלקה על המסקנות אליהן הגיע בנוגע לכל אחד ואחד מהסרטונים. נוכח האמור, ולאחר בחינת חוות דעתו של רס"ם גור-אל, **אנו קובעים כי הסרטונים שהוגשו לבית הדין אותנטיים כולם**, ולפיכך **קבילים כראיה לאמיתות תוכנם**.

128. רס"ם גור-אל ערך שני סרטונים משולבים, המתבססים על הסרטונים הקבילים שהוגשו לבית הדין, ולפיכך אנו קובעים כי גם **הסרטונים המשולבים קבילים כראיה לאמיתות תוכנם**. לצורך השלמת התמונה יצוין, כי במהלך שמיעת הראיות הוצגו הסרטונים לחלק הארי של העדים, ולא היה מי שחלק על אמיתות תוכנם.

5.3.5.2 גרסת הנאשם

129. לאור חשיבות הדברים, נציג שוב את גרסתו של הנאשם ביחס לאירוע, כפי שנמסרה במהלך חקירתו במצ"ח :

"כשאני הגעתי שמעתי משהו אומר 'הוא עדיין' זז, זה היה אחרי שכבר פינו את א'. אני לא יודע מי אמר את זה, היו שם המון אנשים. הסתכלתי עליו וראיתי שהוא באמת מזיז את הראש והיד. את הראש הוא גלגל כזה משמאל לימין *נחקר מדגים* **היד שלו היתה מרחק נגיעה מהסכין** שאיתה הוא דקר את א', סכין שחור, הוא הזיז אותה לכיוון הסכין *נחקר מדגים* **באותה שנייה משהו**, אני חושב שאחד האזרחים, **צועק 'תזזהרו יש עליו אולי מטען'** כאילו חגורת נפץ. היו סביבו אנשים וחיילים דיי שאננים ובזמן שאני היתי דרוך הם התנהגו כאילו האירוע נגמר וראיתי אותו עם מעיל שחור גדול, אני חושב סגור, והתחילו לרוץ לי סרטים על החוליית חמאס שאמרו לנו שמתכננת לעשות פיגוע איכות, יכול להיות התאבדות, **המעיל שלו היה פרווה וגדול נראלי ביום שמש חם ממש, 30 מעלות**, כל הסרטים גרמו לי לקבל

החלטה לא פשוטה ממש בשבריר של שנייה, אני דורך את הנשק, אומר לאנשים שיזוזו, אמרתי 'זוזו, זוזו' דורך ויורה לו כדור אחד בראש. הוא הזיז את הראש וזהו. אני רוצה להוסיף שיכול להיות שהוא מת עוד בכלל לפני הירייה שלי, אני לא יודע או יכול להגיד כי אני לא פתולוג או רופא אם זו כי גסס ואז מת. זה צריך לבדוק. זהו כעיקרון בגדוך האירוע הזה" (ת/7, עמוד 4 שורה 17 – עמוד 5 שורה 11)

130. נבחן כעת גרסה זו אל מול הנתונים העולים מהסרטונים.

5.3.5.3 מרחק הסכין ותזוזת המחבל

131. צפיה בכל הסרטונים שהוגשו לבית הדין מלמדת בבירור כי **אין כל בסיס לטענת הנאשם** לפיה ידו של המחבל "היתה מרחק נגיעה מן הסכין". הסרטונים מלמדים, כי לפני ביצוע הירי הייתה הסכין במרחק של מספר מטרים מן המחבל, שכן בשלב מוקדם יותר של האירוע הזיז אותה סגן א. למורד הכביש. למעשה, רק לאחר הירי קירב האזרח עופר אוחנה את הסכין בחזרה לעבר הנאשם - **מסיבה אשר לא הובררה בחקירה המשטרתית שהתבקשה**. לסרטון שצילם עופר אוחנה חשיבות רבה, שכן הוא משקף את הזווית שממנה ראה הנאשם את מיקום הסכין ביחס למחבל, עובר לביצוע הירי. אלא שגם מאותה זווית נראית הסכין רחוקה מאוד מהמחבל, דהיינו רחוקה דיה ביחס לאפשרות כי יושיט את ידו לעברה. המרחק של הסכין מהמחבל, כפי שניתן לראות בסרטונים, אף עולה בקנה אחד עם הפרטים שמסרו מרבית עדי הזירה (כשניים עד חמישה מטרים). זה המקום לציין, כי הסרטון שצולם על ידי פעיל בצלם, אבו שמסייה, הוצג לנאשם במהלך חקירתו במצ"ח, אך במקום להתמודד עם תוכנו הסותר את טענתו באשר למרחק הסכין מהמחבל, פטר הנאשם עצמו באומרו ש"אני לא מאמין לסרטון הזה" (ת/9, עמוד 28, שורות 498-505). כך גם בעדותו בבית הדין – חרף החובה לעסוק בתוכנו של הסרטון, בחר הנאשם להמתמקד ב**כותרת** שניתנה לסרטון ובמידת השפעת כותרתו על דברי העדים במצ"ח.

132. הנאשם, שהיה ער לחוסר ההשתלבות של גרסתו במצ"ח עם הסרטונים, **נאלץ במהלך עדותו בפנינו למתן את התיאור שמסר בחקירתו** וטען כי הסכין הייתה "קרובה אליו" וכן "לידו אני רואה סכין קרובה" (עמוד 446 שורות 23,3). בכך, זנח הנאשם את הטענה כי המחבל היה "במרחק נגיעה" מן הסכין. בעדותו הראשית אף זנח הנאשם את **טענתו במצ"ח, שלפיה הבחין במחבל כשהוא מקרב את ידו לעבר הסכין**, וזאת לא בכדי - שכן מלבד הנאשם אף לא אחד מהעדים מסר כי ראה את המחבל מבצע פעולה זו. הסרטונים מלמדים עוד, כי דקות ארוכות לפני ביצוע הירי היה המחבל שכוב על גבו, כאשר עיניו עצומות וידיו שרועות לצדדים. חוות דעת מז"פ, שהוגשה ללא התנגדות ההגנה, מלמדת כי **תנועת היד האחרונה של המחבל נעשתה כשש דקות לפני הירי** שביצע הנאשם, כאשר לאחר מכן, הזיז הנאשם רק את ראשו, בשלוש הזדמנויות, וכן את רגלו, בהזדמנות אחת (ת/24 עמודים עמודים 53-53). אותה חוות דעת מתייחסת גם לקיומו של "קו ראייה" בין המקום שבו עמד הנאשם לפני הירי לבין המקום שבו שכב המחבל. למעשה אין מחלוקת על עובדה זו, שכן בהתאם לחוות הדעת הבחין הנאשם במחבל טרם הירי.

פשיטא, כי אם לא היה נשמר קו ראייה, היה נתון זה מרע את מצבו של הנאשם, שכן אילולא היה מבחין בתזוזות שביצע המחבל, ברי כי אסור היה לו לבצע ירי לעברו.

133. במהלך עדותו בפנינו, אישר הנאשם כי מצפייה בסרטונים נדמה כי הסכין ממוקמת רחוק מהמחבל (עמוד 510 שורות 25-27). עם זאת, כשהוקרן לו הסרטון שצילם אוחנה - שכאמור משקף את הזווית שממנה ראה הנאשם את המחבל ואת הסכין - חזר לטעון, כי "בשטח זה היה קרוב" (עמוד 512 שורה 3).

134. נוכח האמור, לאור הסתירה החזיתית שבין דבריו של הנאשם לגבי מיקום הסכין, לבין הממצאים העולים בבירור מהתיעוד של האירוע, כמו-גם נוכח עדויות גורמים אחרים שנכחו בזירה לגבי מיקום הסכין, הרי שנדחית גרסתו של הנאשם כבלתי מהימנה. זה המקום לשוב ולהזכיר, כי בתשובת הנאשם לאישום עלתה טענה **שכלל לא הושמעה בבית הדין, לפיה הנאשם חשש כי המחבל נושא את הסכין על גופו**.

5.3.5.4 עיתוי הצעקה והתנהגות הנאשם בזירה

135. בחקירתו במצ"ח טען הנאשם כי ביצע את הירי **מייד לאחר** שאחד האזרחים בזירה צעק "תזזהרו יש עליו **אולי מטען**", וכדברי הנאשם - תוך "**שבריר שנייה**" (ת/7: עמוד 4 שורה 17 - עמוד 5 שורה 11; עמוד 12 שורות 3-5; ת/9 עמוד 37 שורות 670-672). אלא שגם דבריו אלו של הנאשם לא מתיישבים עם הסרטונים שמתעדים את הצעקה האמורה של האזרח אורי עופר. **אותה צעקה נשמעה כשתי דקות לפני הירי שביצע הנאשם**. עובדה זו שומטת את הקרקע תחת "המיידיות" שבה נדרש הנאשם לפעול, כטענתו. קושי זה הוצג לנאשם במהלך חקירתו הנגדית, אולם הוא לא ידע להתמודד עימו. הנאשם טען כי "כנראה בחקירות לא זכרתי במדויק את עיתוי הצעקה" וכי בזירת האירוע "לא עמדתי עם טיימר" (עמוד 526 שורה 16 - עמוד 527 שורה 38). ברי, כי הסברים אלו אינן בהם כדי לרפא את הקושי המובנה הטמון בפער הזמנים שבין הצעקה לבין הירי, שכן **היה זה הנאשם אשר נימק את הירי באותה צעקה**. לפיכך למידת סמיכות הזמנים שבין הצעקה לבין הירי נודעת חשיבות מכרעת בבחינת מהימנות גרסתו של הנאשם. אומנם בסרטונים שומעים את האזרח אוחנה צועק כי המחבל "עוד חי", אולם לפי גרסת הנאשם עצמו, צעקה זו לא היוותה בסיס לביצוע הירי שכן היא נשמעה לפני הצעקה של האזרח אורי עופר. זאת ועוד, הנאשם גרס, כי שמע צעקה אחת בלבד. בהתאם לתוכן הצעקה עליה דיווח, המדובר בדבריו של האזרח אורי עופר (ת/7, עמוד 4 שורה 17 - עמוד 5 שורה 8).

136. הסרטונים מלמדים עוד, כי לאורך כל האירוע התנהל הנאשם בשיוויון נפש וללא כל דחיפות. לא ניתן לזהות פרק זמן כלשהו שבו נדרך הנאשם. גם בבואו לבצע את הירי, ניכר כי פעל הנאשם בצורה מחושבת, ולראיה עובר לרגע הירי עצמו אמר לסובבים אותו "זוזו, זוזו", על מנת שלא יפגעו מהירי שהתכוון לבצע. הסרטים מלמדים אף זאת, שבין עיתוי הצעקה של אורי עופר לבין הירי בפועל, **לא הרחיק הנאשם אחרים מן הזירה ולא פעל להזהירם מפני המטען**. חלף זאת, הוא הפנה את גבו אל המחבל, התרחק

ממנו כדי ליטול את קסדתו ורק לאחר מכן חזר והתקרב אל עבר המחבל לצורך ביצוע הירי. **התנהגות זו של הנאשם לא עולה בקנה אחד עם תחושת סכנה שחייבה מענה מיידי ובהול** שנועד "להציל חיים" של חיילים ואזרחים שהתקבצו "בצורה שאננה" בקרבת המחבל. ניתן לראות עוד, כי גם ההכנות לירי שביצע הנאשם נעשו בצורה איטית: עתותיו של הנאשם היו בידיו למסור את הקסדה לרב"ט מ.. רק לאחר מכן דרך הנאשם את הנשק ב-60 מעלות וירה, לא לפני שהשתהה עד פרק זמן קצר, ואף שיפר את זוית עמידתו כלפי המחבל. כל זאת, חרף העובדה כי הנאשם תורגל בביצוע ירי אינסטנקטיבי במצבים של סכנה (עמוד 570 שורות 15-37). בנוסף, לא ברור מדוע הנאשם בחר להסיר את הקסדה אם חשש כי המחבל נושא עליו מטען חבלה, שכן הנאשם אישר כי גם אם כיוון את הירייה אל ראשו של המחבל, יכול היה הקליע לפגוע בגופו, בשל סטייה של הנשק, ובכך לגרום לפיצוץ המטען ולהתממשות הסכנה.

137. במהלך עדותו בפנינו, ביקשנו מהנאשם להסביר מדוע המתין שתי דקות שלמות עד לביצוע הירי, שכן כלל "תמרורי האזהרה" עליהם הצביע ואשר גיבשו את החלטתו לבצע ירי, הגיעו לתודעתו עובר לצעקה, והתגבשו באופן סופי עם שמיעת אותה הצעקה, כך לגרסתו. הנאשם לא ידע להסביר את התנהגותו וענה כי "אני לא יכול להגיד למה לפני כן לא ביצעתי את הירי" (עמוד 576 שורה 37 – עמוד 577 שורה 30). במקום אחר, מסר הנאשם תשובה סותרת לפיה הבין את מיידיות הסכנה רק "אחרי שאני זורק למ. את הקסדה", דהיינו מייד בסמוך לפני הירי (עמוד 574 שורות 23-29).

138. גם התנהגות הנאשם לאחר ביצוע הירי לא עולה בקנה אחד עם תחושת סכנה ממטען המצוי עדין בזירה. הסרטונים מלמדים, כי לאחר הירי ראה הנאשם את צוות התאג"ד מטפל בגופת המחבל, אולם לא ראה לנכון להזהירם מפני הסכנה הנשקפת מהמחבל לנוכח מטען חבלה שיתכן שהוא נושא על גופו. על כך העידה בפנינו סמל ש. והדברים הובאו לעיל. אזהרת כוח התאג"ד התחייבה בנסיבות העניין, שהרי שבדיוק לאור אותו חשש בחר הנאשם, כטענתו, לבצע את הירי. "נטרול" המחבל יכול אולי לאיין את אפשרות הפעלת המטען על ידו, אולם אין בו כדי לאיין לחלוטין את הסכנה הנשקפת ממטען המצוי בזירה. בחקירתו במצ"ח, אישר הנאשם כי בעבר היה עד לאירוע במסגרתו הושלך מטען דמה על מנת לתרגל את הכוחות ולדבריו "אני זוכר שאחד הגששים ממש בפחד לקח סיכון ובעט בזה וברח אחורה, **התחיל לרוץ אחורה** כי הוא פחד שזה יתפוצץ, זה היה **אחרי שניקו את הסביבה וחסמו כבר את המקום**" (ת/9, עמוד 14, שורות 233-241). בנוסף, סמל א"ו מסר בעדותו, כי המפקדים תדרכו את החיילים בהתאם לנוהל, שלפיו במקרים של חשש ממטען "דבר ראשון לא להתקרב למחבל ולתחום את האזור" (עמוד 1135 שורות 13-15). הנה כי כן, הנאשם ידע כי ממטענים צריך להתרחק **ולפיקך היה מצופה ממנו לסיים את המלאכה בה התחיל**, כלומר, לו ירה הנאשם במחבל כדי למנוע את הפעלת המטען, היה עליו להרחיק את החיילים מקרבת המחבל גם לאחר הירי. לא זו בלבד שהנאשם לא הרחיק את חברי צוות התאג"ד מהמחבל, אלא שבשלב מסוים צוות התאג"ד שנשא את המחבל חלף על פניו של הנאשם, וזה האחרון לא עשה דבר – לא התרחק בעצמו ולא הרחיק אחרים. התרשמנו כי גם בשלב שלאחר הירי לא היה הנאשם נתון בסערת רגשות או בהלם, כפי שטען. ולראייה, מתועד הנאשם כשהוא פוסע מעדנות ואף משוחח עם הסובבים אותו באופן חופשי (עמוד 574 שורה 34 – עמוד 575 שורה 12).

5.3.5.5 לבוש המחבל ותנאי מזג האוויר

139. הנאשם נימק את חששו מהמחבל, בין היתר ב**לבושו החרוג**, וזאת ביחס למזג האוויר ביום האירוע: "המעיל שלו היה פרוותי וגדול נראלי ביום שמש חם ממש, 30 מעלות". במסגרת גדר הכפירה אף העצים הנאשם את חריגות הלבוש עת טען כי ביום האירוע "היה חם מהרגיל ושרבי והמחבל לבש מעיל שחור ועבה". צפיה בסרטונים מלמדת, כי אין לקבל גם הסבר זה של הנאשם. ראשית, הוגשה לנו חוות דעת מומחה בתחום המטאורולוגיה, ממנה ניתן ללמוד כי בקרבת היישוב בחברון נמדדה בשעה הרלבנטית טמפרטורה הנעה בין 17.4-19.4 מעלות (ת/5), כך שטענתו של הנאשם כי דובר ב"מזג אויר שרבי" עם טמפרטורה של "30 מעלות" פשוט איננה נכונה. שנית, גם אם יכול לבוש שכזה לעורר חשד, הרי שצפיה בסרטונים מלמדת כי באירוע הקונקרטי לבשו חלק נכבד מהנוכחים בזירת האירוע לבוש חם, ובכלל זה מעילים, ומכאן שטענת הנאשם כי המחבל היה לבוש חריג, לא מתיישבת עם המציאות. הטיב לתאר זאת עד ההגנה מנחם אוריאל, שציין בפנינו כי בחברון "יש 4 עונות ביום, חורף, אביב, קיץ, סתיו" (עמוד 950 שורות 20-21). דברים ברוח דומה מסר בפנינו גם אל"ם בן-עזרא בצינו כי הלבוש של המחבל "ממש לא חריג.. חצי מהאנשים בחטיבת יהודה מסתובבים עם מעילי פליז, כי זה מזג האוויר בגזרתנו" (עמוד 250 שורות 6-8). שלישית, ניתן לראות כי המעיל שלבש המחבל איננו "פרוותי" או "גדול" או "עבה". כך אף עולה בבירור מהתמונות שצורפו לחוות דעת המכון לרפואה משפטית (ת/27, תמונות מספר 9, 10). כשלנאשם הוצג כי גם אחרים לבשו מעילים במהלך האירוע, הוא האשים - שוב - את המפקדים ש"לא טרחו לומר לנו על לבוש מסוים שהוא יכול להיראות חריג בחברון" וכי הלבוש של המחבל היה חריג "עקב זה שזה גם מחבל שלפני .. כמה רגעים.. עשה פיגוע" (עמוד 532 שורות 34-37). דבריו אלו של הנאשם אינם יכולים לדור בכפיפה אחת זה עם זה: או שלא היו בידיו הכלים לקבוע אימתי לבוש ייחשב לחריג (ובכל זאת ירה במחבל), או שהחלטה לירות במחבל לא התבססה כלל על לבושו של המחבל אלא על העובדה כי זמן קצר קודם לכן, ביצע אותו מחבל פיגוע. כך או אחרת, נימוק זה שהעלה הנאשם בדבר הלבוש החרוג של המחבל, לא יכול לשמש אינדיקציה לצידוק לירי.

140. בחנו לעיל את מהימנות טענתו של הנאשם לטעות במצב הדברים. בטרם נכריע בסוגיה זו, נפנה לבחון אף את סבירות הטעות, אשר יש בה כדי להשליך על כנותה.

5.3.6 סבירות הטעות - עמדת המפקדים בשטח

141. ציינו לעיל, כי לצורך שלילת האחריות הפלילית בעבירות של מחשבה פלילית אין עוד דרישה כי הטעות תהיה סבירה - להבדיל מכנה, אולם בהתאם להלכה הפסוקה מהווה סבירות הטעות אבן בוחן להערכת כנותה (פרשת אלטגאוז, פסקה 16; ע"פ 2598/94 דנינו נגד מדינת ישראל, תק-על 95(4) 120, 126 (1995); ע"פ 2534/93 מליסה נגד מדינת ישראל, פ"ד נא(2) 597, 609 (1997)).

142. למעשה, שלושת המפקדים - המ"פ, המג"ד והמח"ט סברו **שלא הייתה כל הצדקה לירי**. לעמדת המפקדים האמורים יש ליתן משקל משמעותי, נוכח היכרותם את הוראות הפתיחה באש העדכניות והרלבנטיות לגזרה והיכרותם את הגזרה ומאפייניה, מתוקף הפיקוד עליה ביומיום ומתוקף האחריות שבה הם נושאים לאותה גזרה. מפקדים אלו אף שהו בזירה, מי במהלך האירוע ומי מייד בסיומו.

143. רס"ן נעמן מסר במהלך עדותו בפנינו, כי "על הגופה לא זיהיתי צורות חריגות בלבד, הביגוד שלו היה יחסית צמוד, לא היה ביגוד רפוי במיוחד, משהו שהוא יחסית צמוד על הגוף גם המכנסיים וגם החולצה, לא היו סימנים לחוטים או לאיזשהי הפעלה חנ"מית" ולפיכך לא הייתה כל הצדקה מבצעית לירי (עמוד 117 שורה 26 – עמוד 118 שורה 1). יודגש, כי רס"ן נעמן עמד קרוב מאוד למחבל, קרוב אף יותר מהנאשם, בעת שבוצע הירי. בסרטונים שהוגשו ניכר כי הוא הופתע מאוד מהירי שבוצע. עמדה זהה מסר בפנינו סא"ל שפירא, שציין כי "האירוע חריג להבנתי מכיוון שהירי בוצע לא בשלב הראשוני שבו הייתה סכנה ממשית לכוח שהותקף אלא בשלב שבו אותו מחבל לא היווה איום למי שנמצא בסביבה... ההבחנה היא כי מדובר מבחינתנו בירי כלפי מחבל פצוע שלא מהווה סכנה באותו שלב" (עמוד 344 שורות 21-26). גם אל"ם בן-עזרא ציין כי הירי התבצע "במצב שבו להבנתי אין סכנת חיים וכל שצפיתי בסרט בשלב מאוחר יותר הבנתי זאת בצורה טובה יותר... להבנתי לא הייתה סכנת חיים בשלב זה של אירוע הירי" (עמוד 249 שורות 19-29). חשוב לציין בהקשר זה, כי דבר הירי של הנאשם הובא לידיעת מפקד החטיבה עוד לפני שפורסם הסרטון על ידי ארגון "בצלם", ללמדנו כי אותם מפקדים סברו בזמן אמת כי דובר באירוע חריג שמחייב בדיקה. התייחסותנו לטענות בהקשר זה יובאו בהמשך.

144. עמדתם של המפקדים האמורים עולה בקנה אחד עם הוראות הפתיחה באש, לפיהן "מותר לפתוח באש ע"מ להסיר את האיום רק כאשר סכנת החיים היא ממשית ומיידית" (ת/36). ההוראות דורשות כתנאים מצטברים לביצוע ירי, בלעדיהם אין, גם דרישה של מיידיות האיום וגם דרישה של ממשיות האיום. לצורך בחינת המיידיות יש לשאול "xxx". לצורך בחינת הממשיות יש לשאול "xxx". הוראות הפתיחה באש לא מסתפקות בהגדרות כלליות בלבד, אלא מפרטות דוגמאות קונקרטיות כדי להנחות מתי מותר לבצע ירי, ומתי הדבר אסור. ההוראות קובעות בצורה מפורשת, כי כאשר מדובר ב"אאא" או "אאא" הרי שלא מדובר בסכנת חיים ממשית ומיידית, ולפיכך חל איסור לבצע ירי (ת/36, סעיפים 5-6). בענייננו, אין מחלוקת כי הנאשם לא זיהה מטען על גופו של המחבל, ובהתאם להוראות הפתיחה באש, xxx אין הצדקה לירי. אשר לסכין, אין עוד מחלוקת כי זו לא הייתה הסיבה לירי שביצע הנאשם, הן משום קביעתנו כי הסכין הייתה רחוקה מהמחבל, באופן שלא היה בה כדי לסכן איש והן לאור העובדה כי הנאשם זנח את טענתו כי ירה במחבל בשל הסכין (עמוד 507 שורות 8-30) ועל כך נעמוד גם בהמשך. הנאשם אישר, כי הוא בקיא בהוראות הפתיחה באש, כי עבר בהצלחה את המבחן המסמך לכך וכי ידוע לו ש"במידה ואתה מרגיש סכנה מיידית וממשית, אתה פועל על מנת לנטרל את הסכנה" (עמוד 455 שורה 1-5).

145. חרף הבקיאיות שגילה בהוראות הפתיחה באש, טען הנאשם כי "לא תדרכו ולא אמרו לנו דבר בנושא" המטענים (עמוד 455 שורות 1-15). אלא שטענה זו של הנאשם אין לקבל. ראשית, סוגיית "אאא" מפורטת

בהוראות הפתיחה באש ואין בה כל הבחנה בין סוגי המטענים השונים. שנית, הנאשם אישר בחקירתו במצ"ח כי היה עד לאירוע שבמהלכו הונח מטען דמה לצורך תרגול הכוחות ופירט את הפעולות שנעשו כדי להתמודד עם האיום, ובכלל זה "ניקוי הסביבה וחיטת המקום" לפני הסרת האיום. שלישית, הגם שקצין ההנדסה החטיבתי וקצין המודיעין החטיבתי לא שללו קיומו של איום מטענים בגזרה, הם ציינו כי המדובר xxx (עמוד 1077 שורות 28-32; עמ' 1092 שורות 31-36). אחד המסמכים שהוגש מטעם קצין ההנדסה מפרט בבירור, כי xxx (ס' 38 עמודים 28-29). גם יתר המסמכים שהוגשו מטעם ההגנה באמצעות קצינים אלו מתייחסים לxxx (ס' 39 – ס' 40; ס' 42 – ס' 43). העובדה כי במסגרת xxx, אין בה כדי ללמד שהמדובר באיום מרכזי. xxx (ס' 41 סעיף 5(ב)).

146. חרף המפורט בהוראות הפתיחה באש, עליהן עמדנו לעיל, העיד סגן א., כי הירי שביצע הנאשם היה מוצדק. לצורך כך העלה סגן א. את הטענה לפיה הדרישה לסכנה "מיידיית וממשית" הושמטה מהוראות הפתיחה באש. כדבריו, ניתן לירות במחבל "אם הוא יוצר סכנה לאנשים מסביבו, הורידו את מיידיית וממשית. ההגדרה היא פשוט אם הוא יוצר סכנה לאנשים מסביבו. חיילים או אזרחים" (עמוד 854 שורות 13-21; עמוד 875 שורות 18-27). כאמור, התרשמנו, כי סגן א. עשה את כל המאמצים האפשריים כדי לסייע לנאשם לבסס את טענתו הכבושה. אך לא בזה העיקר, אלא שעדותו נוגדת את לשון הוראות הפתיחה באש וניסיונו "לנסחן מחדש" ולפרשן בדרך שתתיישב עם גרסת הנאשם, פוגעת עד מאוד במהימנותו ובמקצועיותו. זאת ועוד, הגם שסגן א. שימש בתקופה הרלבנטית כסגן מפקד הפלוגה ושימש זמן בלתי מבוטל כמפקד הגזרה בפועל, הרי שהוא לא נכח בזירה ביום האירוע - וזאת בניגוד למפקדים האחרים שמנינו לעיל. פירטנו לעיל, כי כאשר שוחח הנאשם עם סגן א. ביום האירוע והסביר את הירי בשל חששו ממטען, סבר סגן אלצור, בזמן אמת, כי המדובר בטענה מופרכת וכי מוטב לו שלא ידבוק בה בשיחתו המיועדת עם המח"ט, ללמדנו, כי איום המטענים לא היה איום ממשי בגזרה. נוכח מכלול השיקולים שמנינו, לא מצאנו ליתן לדבריו של סגן א. משקל ממשי.

147. עד נוסף שטען כי חשש ממטען על גבי המחבל בזירה ואף דיווח על כך למ"פ, הוא סגן א. (עמוד 676 שורות 8-17). נזכיר כי סגן א. היה המפקד הראשון שהגיע לזירת האירוע. לדבריו, הוא ביצע את סדר הפעולות הבסיסי, שנועד לתת מענה מפני איום של סכין או מטען על גבי המחבל, ובלשונו: "תפקידי באופן כללי בזירת אירוע הוא דבר ראשון לנטרל איום וזה מה שעשיתי" (עמוד 670 שורה 10). לשם כך ביצע סגן א. את הפעולות הבאות: הפך את המחבל על גבו, חשף את ידיו שהיו מוסתרות, בעט את הסכין והרחיקה ממנו, הציב את סמל א. לאבטח את המחבל, תוך שהבהיר לו "לשים עליי עין שלא יעשה שום דבר" (ת' 70, עמוד 3, שורות 16-25). הגם שנמצאו סתירות בין עדותו של סגן א. לבין פרטים שמסרו רס"ן נעמן וסמ"ר א., עליהן נעמוד להלן, סברנו כי אין בכך כדי לאיין את עדותו בפנינו. באשר לרס"ן נעמן מסר סגן א. כי דיווח לו עם הגיעו לזירה אודות החשש ממטען, בד בבד עם הדיווח אודות מצב הפצוע, מצב המחבלים, אופן פריסת הכוחות והפעולות שבוצעו עד לאותו שלב. כאמור, רס"ן נעמן העיד כי לא קיבל דיווח בשטח אודות חשש ממטען. בבואנו לבחון האם קיימת סתירה בין השניים, באנו לכלל דעה כי לא כך היא. סגן א. הסביר כי רס"ן נעמן שוחח בעת קבלת הדיווח ממנו עם המג"ד ולא היה בקשב מלא ("תום לא מדבר

הרבה, אומר טוב... וממשיך ... היה נראה לי בטלפון עם המג"ד, משהו כזה", עמוד 681 שורות 21-27). לפיכך, אף אם נקבל את דבריו של סגן א. לפיהם מסר לרס"ן נעמן אודות החשש ממטען, הרי שיתכן שדיווח זה לא נקלט בחושיו של האחרון. יש להעיר, כי ההגנה לא שאלה את רס"ן נעמן אודות שיח זה שהתנהל בין השניים, כך שלא ניתנה לרס"ן נעמן ההזדמנות להתייחס לפער זה. זאת ועוד, סגן א. העיד כי דיווח לסמ"ר א. שאייש את החמ"ל אודות החשש ממטען והצורך להזמין חבלן. סמ"ר א. לא אישר קיומה של שיחה זו עם סגן א. (עמוד 726 שורות 13-20). חרף סתירה זו, ראינו ליתן משקל של ממש לעדותו של סגן א., אשר היתה ככלל קוהרנטית. מאחר שעדותו של סגן א. הובאה לשם בחינת סבירות הטעות שלה טוען הנאשם, הרי שיש לבחון אותה על מכלול הנסיבות המופיעות בה. רוצה לומר, כי שעה שעלה חשש בליבו של סגן א. לקיומו של מטען על גבי המחבל, הרי הוא לא הותיר חשש זה בעלמא אלא ביצע פעולות מקדימות ופרופורציונאליות לקידום בחינת חשש זה, עד כדי שהיה במעשיו "לנטרל איום זה מה שעשיתי".

5.3.7 סבירות הטעות - עמדת החיילים בשטח

148. מרבית החיילים שנכחו בזירה - ובכללם סמ"ר א., סמ"ר ר. ורב"ט ב. שעמדו בסמוך למחבל, מסרו במהלך עדותם כי לא חשו סכנה מהמחבל לפני הירי שביצע הנאשם. גם רב"ט מ. וסגן מ"ס מסרו דברים דומים (עמוד 220 שורות 8-9; עמוד 289 שורות 2-5; עמוד 315 שורות 28-32; עמוד 336 שורה 8-9; עמוד 385 שורות 23-28; עמוד 931 שורות 3-10).

149. לעומתם, גרסו החיילים סמל ר. ו. וסמל א"ו, כי חשו סכנה מן המחבל. ודוק, עיון בסרטים מלמד כי חיילים אלו לא היו עדים להתרחשויות בשלב הרלבנטי של האירוע, שכן סמל א"ו טופל בזירה ולאחר מכן הוכנס לתוך האמבולנס, ואילו סמל ו. עזב את הזירה בסמוך לפני הצעקות שנשמעו והתנהגותו, כעולה מהסרטונים שהוצגו לנו, לא מתיישבת עם הטענה כי חש בסכנה (עמוד 1105 שורה 1 – עמוד 1106 שורה 7).

5.3.8 סבירות הטעות - עמדת האזרחים בשטח

150. כלל האזרחים אשר נכחו בזירת האירוע והעידו מטעם ההגנה, ובכללם תושבי היישוב היהודי בחברון, אנשי כיתת הכוננות ואנשי מד"א, מסרו כי חשו סכנה בזירה. יחד עם זאת, התרשמנו כי עדויות אלו היו גורפות ונועדו כל כולן לסייע לנאשם, לרבות במחיר של הטיית האמת, שכן חלק מהדברים שמסרו בפנינו לא תאמו את התנהגות העדים במהלך האירוע עצמו. חשוב להבהיר, כי מדובר בעדים בעלי ניסיון רב בזירות פיגועים. לא ברור אם כן, מדוע אותם עדים, שחשו לדבריהם סכנה ממטען, לא התריעו בפני איש אודות הסכנה ובכלל זאת לא פנו אל המפקדים בשטח כדי להתריע אודות הסכנה ולדאוג לפינוי הזירה ולהרחקת הנוכחים בה. אין חולק כי האזרחים הוסיפו להסתובב בזירה, גם כשכבר לא היה צורך במתן מענה רפואי לסמל א"ו. חלקם אף התקרבו אל המחבל על מנת לצלמו ממרחק קרוב ביותר.

151. בהקשר זה נשמעו בפנינו הסברים מהסברים שונים, שאת כולם מצאנו לדחות. כך למשל, הקב"ט, סא"ל (במיל). **אליהו ליבמן**, שאין חולק על ניסיונו המבצעי ותרומתו ארוכת השנים לביטחון המדינה, מסר בבית הדין כי לא התריע בפני המפקדים אודות הסכנה הנטענת, לאור העובדה כי היה עסוק בסריקת השטח וכן נוכח העדר רצון להתערב למ"פ בניהול הזירה. כשנשאל, מדוע לא התריע בפני המח"ט אודות הסכנה הנשקפת מהמחבל גם לאחר הירי, מסר כי באותו שלב "הסכנה היא כבר פחות רלבנטית מבחינת המיידיות שלה" וכי נזהר בכבודם של המפקדים בשטח (עמוד 593 שורה 33 - עמוד 594 שורה 7; עמוד 608 שורה 14 - עמוד 609 שורה 5; עמוד 616 שורות 9-14; עמוד 618 שורות 28-30). בכל הכבוד, הסברים אלו לא ניתן לקבל. כשנשקפת סכנה מוחשית ומיידית ממחבל, שלפי הטענה הוא "ממולכד", הרי שלא ניתן לבכר את שיקולי הכבוד והרגישות שבהעברת עצות ומידע למפקדים בשטח, בזמן אמת, שהרי בחיי אדם עסקינן. התנהגותו של סא"ל (במיל). ליבמן בזירה מעידה בבירור, כי הוא לא חש סכנה כפי שטען, שאחרת היה פועל כדי להתריע ולהזהיר. זאת ועוד, במהלך עדותו נשאל אודות חריגות הירי ששמע והשיב ש"פתאום יש ירי, ... אני מעיף מבט להבין, חטפנו ירי מרחוק" (עמ' 624 שורות 9-16). ללמדנו, כי סא"ל (במיל). ליבמן, קב"ט חברון, לא סבר בזמן אמת, כי המדובר בירי של כוחותנו כאפשרות ראשונה, משמע, כי לא ראה הצדקה לירי שכזה. שוכנענו, כי לאור ניסיונו רב השנים והעובדה כי היה עד למחיר דמים כבד, כפי שהעיד עליו, הרי שלא היה מסכן לשווא חיי אדם (חיילים ואזרחים כאחד) לו סבר כי אלו נתונים בסכנה של ממש.

152. גם העדויות של נהג האמבולנס - **אלימלך קרזן** ושל הפרמדיק - **זכי יהב**, היו מגמתיות ולא תאמו את התנהגותם על העדים הללו בזירה. אשר לעד קרזן, הרי שבניגוד לדבריו בפנינו, עד זה מסר במצ"ח כי תנועות המחבל שבהן הבחין לא היו "כאלה מאיימות" ומן הטעם הזה נכנס לאמבולנס והזיז אותו מהמקום, אלא שאז העד הותיר את נשקו האישי בתוך האמבולנס, דבר שלא מתיישב עם תחושת הסכנה שתיאר בפנינו (עמוד 620 שורה 28 - עמוד 641 שורה 22). אשר לעד **זכי יהב**, לא ברור לנו כיצד הוא יכול להעיד ביחס לסכנה בזירה, כאשר שהה בה פרק זמן קצר מאוד של כ- 30 שניות וזאת **מבלי שהבחין במחבלים** (עמוד 797 שורה 5-21; עמוד 787 שורות 33-34). מעבר לכך, הסרטונים סותרים את טענת העד לפיה תחושת הסכנה נבעה מהצעקות שנשמעו בזירה, שכן בפרק הזמן הרלבנטי לא נשמעה בסרטון אף צעקה (ראו הסרטון המשולב 515, 08:32:44 - 08:33:28; עמוד 785 שורה 11 - עמוד 787 שורה 38). חשוב להדגיש ביחס לשני עדים אלו, כי **מנכ"ל מד"א וסגן מנהל אגף המבצעים במד"א** מסרו בבית הדין, כי התנהלות אנשי מד"א במהלך האירוע לא תואמת את נהלי הארגון ביחס לזירה שיש בה חשש למטען, ללמדנו כי העדים לא חששו ממטען, וזאת בניגוד לנטען בפנינו (עמוד 978 שורות 34-38; עמוד 1151 שורות 18-22).

153. אמירה זו של בכירי ארגון מד"א נכונה גם ביחס להתנהלותו של **עופר אוחנה** בזירה. ניתן לראות, כי עופר אוחנה מתקרב אל המחבלים מספר פעמים, הן לצורך התייעוד והן לצורך ביצוע פעולה שנראית כמו שיבוש מכון של הראיות בזירת האירוע. התנהגות זו, המתועדת לאורך כל זמן שהותו בזירה, מעידה כאלף עדים כי הוא לא חש כל סכנה מן המחבל. זה המקום לציין, כי מכיוון שעופר אוחנה צילם בעצמו

סרטונים רבים בזירת האירוע, הוא אף תיעד את התבטאויותיו המלוות צילומים אלו. באחד הסרטונים (ת/6, סרטון מספר 20160324-083220 בתיקיית עופר אוחנה), שבמהלכו מתעד אוחנה את גופות שני המחבלים ואת הממצאים בזירה לגביהם, נשמע אומר את הדברים הבאים: "פיגוע דקירה.. שני מחבלים מגיעים עם סכינים.. פוצעים חייל צה"ל, ברוך השם מחוסלים.. עם הסכינים אלה". רוצה לומר, בזמן אמת, בסמוך לאחר הירי, בשטח, התייחס עופר אוחנה **אך ורק** אל הסכינים אשר נשאו המחבלים ואשר סיכנו את כוח צה"ל. הימנעותו מלהזכיר חשש ממטען מדברת בעד עצמה ומלמדת על כי חשש זה לא היה ממשי מבחינתו.

154. **רס"ר א. ש.**, חבלן במשטרת ישראל, העיד מטעם ההגנה ומסר כי על גופת המחבל לא נמצא מטען (עמוד 660 שורות 1-2). עוד העיד כי התנהגות האזרחים בשטח לא מתיישבת עם חשש ממטען (עמוד 657 שורות 4-6). גם החבלנים **עופר אשקורי וסנ"צ (בדימוס) חיים קפאח**, מסרו בפנינו כי ההתנהלות בשטח עומדת בסתירה לחשש ממטען (עמוד 910 שורות 3-5; עמוד 914 שורות 6-11), דבר המחליש את הטענות שהשמיעו האזרחים בבית הדין.

155. על העדר תחושת הסכנה בזירת האירוע ניתן ללמוד גם מהתנהגותו של **הרבש"ץ יוני בלייכברד**, אשר פנה אל המח"ט בסמוך לאחר האירוע ודיווח לו, בהתאם לדברי האחרון, אודות ירי חריג ש"צריך לבדוק אותו... ירי שלא ברור למה בוצע". ההגנה אמנם חלקה על דבריו האמורים של המח"ט, ביחס לתוכן שיחתו עם יוני בלייכברד. עם זאת, ההגנה לא הפנתה למח"ט אף שאלה בעניין זה במסגרת חקירתו הנגדית. על המשמעות הראייתית הנודעת מכך עמדנו לעיל. הרבש"ץ התייצב למתן עדות בבית הדין לאחר ניסיונות חוזרים ונשנים להתחמק מביצוע חובה זו ובעל כורחו (עמוד 1228 שורות 15-25). בהתייחסותו בעדותו לתוכן שיחתו עם המח"ט, עלה באופן בולט הטעם בגינו ביקש לחמוק ממתן העדות. תחילה, ניסה לחמוק ממתן תשובה ביחס להתבטאות שייחס לו המח"ט. לאחר מכן טען, כי איננו זוכר את תוכן שיחתם. אחר כך טען, שאיננו סותר את דברי המח"ט אך גם לא מאשר אותם. בהמשך גרס, כי הוא זוכר את תוכן השיחה ובמהלכה דיווח למח"ט אודות חשש ממטען. לאחר מכן, שוב, חזר בו מהטענה כי התריע בפני המח"ט אודות חשש ממטען. בנוסף, טען, כי למילה "חריג" ניתן למצוא פרשנויות רבות ולבסוף הכחיש כי דיווח למח"ט אודות ירי חריג מצד הנאשם. התפתלויות אלו של עד ההגנה בלייכברד עולות בקנה אחד עם דבריו במצ"ח, מספר ימים לאחר האירוע, שם נמנע לחלוטין מלהזכיר את השיחה האמורה עם המח"ט, ולא בכדי (ראו עמודים 1221-1240). נוכח כל האמור, מצאנו לדחות את גרסאותיו המתפתחות של העד בלייכברד בפנינו, ולעדיף על פניהן את גרסתו הברורה של המח"ט באשר לתוכן השיחה האמורה, שיחה שהמח"ט דיווח אודותיה למג"ד בזמן אמת, כפי שפירטנו לעיל. פשיטא, כי הרבש"ץ ניסה להתחמק ממתן העדות שכן הוא ניצב בין הפטיש לסדן. מצד אחד, אישר העד, כי יחסיו עם המח"ט הם יחסים טובים, לאור היכרות ארוכת שנים, והפעילות הביטחונית המשותפת. מן הצד האחר, אישר העד כי הוא התבקש על ידי אחד הסגגורים "**לסייע בחיסול המח"ט**" (עמוד 1228 שורות 26-29; עמוד 1229 שורות 1-3), באופן שברור היה כי הוא נדרש לסתור את דברי המח"ט, כדי לנסות ולקעקע את מהימנותו. אין לנו אלא להצטער, על כי העד בחר שלא להעיד אמת.

156. בטרם סיום הדיון בחלק זה של הכרעת הדין, נעיר, כי ממסכת שמיעת הראיות נפקד מקומו של עד הגנה מרכזי שהיה בכוחה של עדותו לשפוך אור על האירוע שבו עסקינו. ההגנה בחרה, משיקוליה שלה, שלא להזמין את העד **אורי עופר**, שנצפה בסרטון כמתייחס לחשש ממטען. על המשמעויות הנגזרות מכך עמדנו לעיל.

5.3.9 סבירות הטעות - עמדת המפקדים בדימוס

157. עדי ההגנה האלוף (במיל.) דיין, האלוף (במיל.) ביטון ותא"ל (במיל.) זכאי, הם ללא ספק קצינים בעלי ניסיון צבאי עשיר וארוך שנים, שתרומתם לבטחון המדינה לא תסולא בפז. יחד עם זאת, עדויותיהם ביחס לאירוע מעוררות קשיים בלתי מבוטלים, גם לנוכח העובדה כי לא נכחו בזירת האירוע וגם לאור העובדה כי בזמן הרלבנטי לא היו אמונים על אותה גזרה ולא נשאו באחריות לנעשה בתחומה. מטבע הדברים, עדים אלו לא מכירים את האיומים הקונקרטיים הנשקפים בזירה בתקופה הרלבנטית ואינם בקיאים באיומים העדכניים, כפי שנקבע על ידי הדרג הפיקודי. לאור האמור, ספק אם דבריהם יכלו לסייע לבית הדין להגיע לחקר האמת, במקרה שלפנינו. עמד על כך בית המשפט העליון, במסגרת הפרשה שאליה הפנתה התביעה הצבאית בסיכומיה:

”חוות-הדעת החדשה שהציגה העותרת מטעמה היא, של האלוף (במיל.) גיורא איילנד, אשר אין אנו מטילים ספק במומחיותו הצבאית, אינה יכולה להצדיק דיון מחודש בהיבט הביטחוני. יתרה מכך, הלכה היא כי **האחריות והסמכות** לאזן בין השיקולים השונים ובין זכויות האדם של 'התושבים המוגנים' ושל הישראלים באזור, **הן בידי המפקד הצבאי. עליו מוטלת האחריות לביטחון האזור, ובית המשפט נותן משקל מיוחד למומחיותו הצבאית, בהתחשב באותה אחריות. כאשר קיימת מחלוקת מקצועית בינו לבין מומחים אחרים, ניתן משקל לעמדתו ועל המבקש העדפת עמדתו של מומחה אחר מוטל נטל כבד ביותר**” (בג”ץ 1361/08 **פילנדנדרוס 12 בע”מ נ’ מפקד כוחות צה”ל באזור יהודה ושומרון** (פורסם בנבו 10.08.08), פסקה 9 לפסק הדין)

158. מעבר לכך, מקובלים עלינו דברי התביעה הצבאית, לפיהם חוות דעת כדוגמת אלו רלבנטיות יותר למקרים בהם מיוחסות עבירות של רשלנות, שאז חוות דעת המפקד הבכיר והמנוסה יכולה לסייע לבית הדין לצורך קביעת סטנדרד ההתנהגות המצופה מבעל התפקיד העומד לדין. במקרה שבפנינו, בו מיוחסת לנאשם עבירה של מחשבה פלילית, חוות דעת כאמור לא יכולות לסייע, שכן תוצאת ההליך נקבעת לאור קביעות עובדתיות של בית הדין ביחס לאשר התחולל בראשו של הנאשם, עובר לביצוע הירי. אין עניין זה נתון במומחיותם הצבאית של עדי ההגנה הללו, תהא דרגתם אשר תהא. הדברים נכונים תמיד, אולם נכונים שבעתיים שעה שהם לא נחשפו למלוא חומר הראיות בתיק. אותם מפקדים אף ציינו בצורה מפורשת בחוות דעתם, כי בחינת מעשיו של הנאשם לא צריכה להיעשות לפי הנתונים שנודעו בדיעבד,

אלא על סמך השאלה, האם בזמן אמת הרגיש הנאשם בסכנת חיים. שאלה זו היא כאמור, שאלה עובדתית, שההכרעה בה מסורה לבית הדין, ולו בלבד.

159. במהלך עדותו התייחס האלוף (במיל.) דיין לשאלות כלליות שנוגעות להצדקת הפתיחה בחקירה במקרים בעלי אופי מבצעי וכן ליחס שבין התחקיר המבצעי להליך הפלילי. לחלק מן הדברים נתייחס בהמשך, כאשר נדון בטענת ההגנה מן הצדק. די אם נציין כעת, כי במהלך עדותו בפנינו אישר האלוף (במיל.) דיין כי בחלק מן הדוגמאות אליהן התייחס נפתחו חקירות פלילית ואף התנהלו הליכים פליליים, וזאת בניגוד לנטען תחילה על ידו. בנוסף, מצאנו קשיים לא מבוטלים בעמדתו הגורפת של האלוף (במיל.) דיין כי "מחבלים דינם למות", וזאת מבלי שסייג את דבריו, דהיינו מבלי שנאמרה על ידו אמירה ברורה באשר לנסיבות הייחודיות בהן יהיה מותם מוצדק (עמוד 1040 שורה 15 – עמוד 1041 שורה 8). לאמירות של מפקדים בכירים נודעת חשיבות רבה, לא בהכרח על ההליך המשפטי המתנהל בין כותלי בית הדין, אלא על הציבור בכללותו. נדמה, כי עמדתו של האלוף (במיל.) דיין, ביחס להצדקת הירי במחבלים, לא תואמת באופן מלא את הוראות הפתיחה באש שלאורן פועלים חיילי צה"ל, בוודאי באיו"ש ובמרחב התפר.

160. עדותו של האלוף (במיל.) ביטון עוררה קשיים מיוחדים. הסתבר, כי היה זה צוות ההגנה שכתב את חוות הדעת שהוגשה לנו, ולא האלוף (במיל.) ביטון עצמו. סעיף 20 לפקודת הראיות [נוסח חדש], תשל"א – 1971, קובע כי "בית משפט רשאי, אם אין הוא רואה חשש לעיוות דין, לקבל כראיה, בכתב, חוות דעתו של מומחה...". חוות דעת המומחה מהווה אפוא ראיה, שבמסגרת החריגים שנקבעו בדין, ניתן להגישה לבית הדין בכתב, ומשכך ספק, אם ניתן לאפשר מצב שבו אותה ראיה תהיה יציר כפיהם של באי כוח הצדדים ולא תהיה כתובה וערוכה על ידי העד המומחה. בענייננו, קושי זה אף מחריף, וזאת לאור העובדה כי **חלקים רבים מחוות הדעת הם העתק זהה לחלקים המופיעים בחוות דעתו של תא"ל (במיל.) זכאי**. נוכח האמור, גם אם בנסיבות אלו עוברת חוות דעתו של האלוף (במיל.) ביטון את משוכת הקבילות, הרי שהדבר פוגם במשקל שניתן לייחס לה. מסקנה זו מתבקשת גם לאור תוכן חוות הדעת, שלא מסתפק בבחינה מקצועית של הסיוטאציה שבה עסקין, אלא כולל אמירות קשות ונוקבות כנגד המ"פ, המג"ד והמח"ט, מבלי שמלוא התשתית הראייתית הונחה בפני האלוף (במיל.) ביטון. בעדותו בפנינו, חלק האלוף (במיל.) ביטון על ההחלטה להעמיד לדין את החייל, ולדבריו "המפקדים הם אלה שצריכים לבחון את זה, את הסוגיה של סבירות ההחלטה של החייל" (עמוד 1057 שורות 15-30). אלא שבכך סתר האלוף (במיל.) ביטון את האמור בחוות דעתו-שלו, שהרי **מפקדיו של החייל בחנו את סבירות מעשיו של הנאשם**, כפי שהעידו בפני בית הדין, אולם הגיעו למסקנה הפוכה. נוסף על האמור, במהלך עדותו גילה האלוף (במיל.) ביטון חוסר בקיאות בכללי הפתיחה באש באיו"ש ובמרחב התפר, ומהתייחסותו נשמט מרכיב מרכזי שמתייחס ל"זיהוי האמצעי" כחלק מהתנאים המוקדמים לביצוע הירי (עמוד 1048 שורות 15-35 ; ת/35). על חשיבות מרכיב זה בהוראות הפתיחה באש, וכפועל יוצא על בחינת מעשיו של הנאשם, נעמוד בהמשך.

161. גם חוות הדעת שהוגשה באמצעות תא"ל (במיל.) זכאי לא נכתבה כולה על ידו. החלק של ה"סיכום", שטומן בחובו תובנות באשר לאופן הסיום "הראוי" של ההליך ו"מידת הנזק שהתיק גורם לצה"ל", נכתב אף

הוא על ידי **צוות ההגנה** (עמוד 1167 שורות 10-19; סעיף 26 בס/48). אולם מעבר לכך, תא"ל (במיל.) זכאי, אישר כי איננו בקיא בהוראות העדכניות לפתיחה באש בגזרת איו"ש, ואף אינו מכיר את "הערכות המצב" לגזרת חברון בתקופה הרלבנטית (עמוד 1169 שורות 9-10). התייחסותו לירי שביצע הנאשם מתבססת על הסרטונים של האירוע ולדבריו "האופן שבו" הוא ביצע את הירי שמתועד בסרטונים מעיד כעדות שלא נדרשת יותר לפירושים ופולפולים **שהחייל ירה מכיוון שחש סכנה**" (עמוד 1175 שורות 1-4). מצאנו קשיים במסקנתו של תא"ל (במיל.) זכאי. ראשית, מפקדיו של הנאשם, שאמונים על הזירה ונכחו במקום האירוע, הגיעו למסקנה הפוכה. שנית, הסרטונים מהווים חלק מהתשתית הראייתית, וכדי לברר מה "חש הנאשם" נחשף בית הדין למכלול שלם של ראיות, שמובילות אף הן למסקנה כי סיבת הירי לא הייתה קשורה לתחושת סכנה כלשהי. למעשה, העד כלל לא נחשף לגרסאותיו של הנאשם לעניין סיבת ביצוע הירי, כפי שנמסרו **על ידו** במהלך חקירתו או בבית הדין, שכן צוות ההגנה העביר לעד זה את "עדויות המח"ט, המג"ד, המ"פ בבית הדין ובמצ"ח" (ראו ס/48, סעיף 6 - רשימת המוצגים עליהם נסמכת חוות הדעת). סברנו, כי ניתוח הסרטונים ללא חשיפה לתשתית הראייתית המלאה, פוגמת ביכולת להסיק מסקנות כה גורפות ביחס לאירוע שבו עסקין.

162. מטעם ההגנה הוגשה חוות דעת נוספת של **ד"ר עמיר כהן** (ס/47). חוות דעת זו הוגשה לבית הדין **בהסכמה**, ומבלי שד"ר כהן העיד בפנינו. עורך חוות הדעת הינו רופא במקצועו ששימש בעבר כקצין הרפואה באיו"ש והוא בעל ניסיון בהדרכת צוותי הרפואה בצה"ל, ובכלל זה טיפול בפצועים בשדה הקרב. ד"ר כהן עיין **בחלקים** מחומר הראיות והביע עמדה לפיה "כל חייל סביר שיגיע לזירה דומה, צפוי להסיק שהמחבל לא היה מנוטרל בזמן הירי ועשוי היה להוות סיכון עבורו ועבור הסביבה". בנוסף, הגיע ד"ר כהן לכלל מסקנה כי "פעילות הכוח בזירה הייתה שגויה, לא אחראית ומנוגדת להאמנות בינלאומיות" וכי "צה"ל חייב לעדכן, לחדד ולתקן את נהלי נטרול המחבלים, כך שיהיו ברורים". ד"ר כהן חתם את חוות דעתו בקביעה כי "ללא תיקון וגיבוש נהלי נטרול מתאימים, אירועים שבהם יגיב חייל זה או אחר באופן בלתי צפוי, כדוגמת המקרה הזה, צפויים לחזור". בחינת חוות דעתו של ד"ר כהן, בראי מכלול הראיות שהונחו בפנינו, מעוררת קשיים לא מבוטלים. ראשית, אין תפקידו של ד"ר כהן לקבוע מיהו "**חייל סביר**". הזכרנו לעיל, כי כתב האישום מייחס לנאשם עבירה של מחשבה פלילית שלא כלול בה יסוד של סבירות, ומשכך דעתו האמורה של ד"ר כהן, אינה רלבנטית לצורך הכרעתנו. שנית, חלק מהניתוח ומהמסקנות שבחוות הדעת חורגים מתחום מומחיותו של ד"ר כהן, שהינו בתחום הרפואה. לפיכך, מצאנו קושי בכך שד"ר כהן הביע דעה כה נחרצת באשר לשיקול דעתם המבצעי של המפקדים בשטח, במהלך ניהול הזירה. שלישית, קריאתו של ד"ר כהן "לעדכן, לחדד ולתקן את נהלי נטרול המחבלים" מהווה למעשה קריאה לשינוי הוראות הפתיחה באש, עניין הצופה פני עתיד וחורג מהסוגיות הדורשות את הכרעתנו. נעיר עם זאת, כי הוראות הפתיחה באש, מפורטות ככל שתהיינה, לא יכולות לתת מענה לכל סיטואציה שבה עלולים להימצא חיילי צה"ל, ולפיכך ספק אם תצמח תועלת מקריאתו זו של ד"ר כהן. בנוסף, פירוט יתר של הוראות הפתיחה באש עלול דווקא לצמצם את שיקול הדעת של חיילי צה"ל, ולכך השפעות שליליות.

5.3.10 גרסת הנאשם - סיכום

163. הראיות שנסקרו לעיל מלמדות כי הגרסה שהציג הנאשם במצ"ח ולאחר מכן בפני בית הדין, ביחס לקיומן של שתי סכנות בגינן ירה לכאורה במחבל, היא גרסה כבושה שלא עולה בקנה אחד עם הפרטים שמסר באופן ספונטאני לפני ביצוע הירי ומייד לאחריו. על אותן התבטאויות העידו בפנינו מספר עדים, כפי שפרטנו לעיל. עדויותיהם, כאמור, השתלבו זו בזו, חיזקו האחת את רעותה ואף השתלבו בראיות חיצוניות. בנוסף, הצבענו על כך שהגרסאות שמסר הנאשם לאחר מכן הלכו והתפתחו, לרבות במהלך עדותו בבית הדין ולא ראינו כי הונח הסבר מניח את הדעת לשינויי הגרסאות ולכבישתן מלכתחילה.

164. עוד הראינו, כי עדותו של הנאשם נסתרת גם בראיות אוביקטיביות, ביחס למספר נתונים עליהם התעקש. כך למשל, גרסתו הכבושה של הנאשם לא עולה בקנה אחד עם הסרטונים שתעדו את האירוע, ובכלל זה את מרחק הסכין מהמחבל, עיתוי הצעקה שלדברי הנאשם הובילה לירי, חריגות הלבוש של המחבל, תנאי מזג האוויר ביום האירוע וכן התנהלותו של הנאשם ושל יתר הנוכחים בזירה לפני הירי ולאחריו. בנוסף, הראינו כי גרסתו של הנאשם לא עולה בקנה אחד עם הוראות הפתיחה באש, עליהן עמדנו לעיל, וכן לא תואמת את הערכתם המקצועית של מפקדיו באשר למוצדקות הירי מבחינה מבצעית.

165. במצב דברים זה, לאור הניתוח שהובא לעיל, סברנו כי יש לדחות כבלתי מהימנה את גרסתו של הנאשם במצ"ח ובבית הדין ואין מקום לקבל את הסבריו המאוחרים לגבי סיבת הירי. מסקנתנו זו מתבססת גם על התרשמותנו השלילית מעדותו של הנאשם לנוכח הסתירות בגרסתו והסתירות בין דבריו לבין דברים שמסרו בפנינו עדים אחרים. כן מתבססת מסקנתנו זו על הימנעות ההגנה מזימון עדים החיוניים לה והימנעותה מלהציג שאלות מהותיות לעדים מרכזיים. אנו קובעים אפוא, בהסתמך על ההתבטאויות של הנאשם בסמוך לפני ולאחר הירי, כי הסיבה לירי לא הייתה נעוצה בתחושת סכנה כלשהי של הנאשם, אלא בהסבר שסיפק מייד בתום הירי - "כי הגיע למחבל למות", משום שדקר את חברו קודם לכן. פשוטו כמשמעו.

166. פועל יוצא, שעה שלא השתכנענו מכנות עדותו של הנאשם ומגרסתו במצ"ח, הרי שאנו קובעים כי הנאשם לא טעה טעות כנה באשר לתנאים שהובילו אותו לביצוע הירי ולא התקיימו התנאים הנדרשים לביסוס סייג הטעות במצב הדברים, ואף לא קם ספק סביר בעניין זה. מאחר שלגישת ההגנה, טעות זו "מתקיימת במשולב עם צידוק, צורך והגנה עצמית", הרי שממילא נשמטה הקרקע תחת הסייגים הנוספים לאחריותו הפלילית של הנאשם, ובכך מתייתר הצורך לדון בהם. חרף האמור נייחד לטענות ההגנה ביחס לסייגים אלו דיון קצר, וזאת למעלה מן הנדרש.

5.4 סייגים לאחריות פלילית**5.4.1 הגנה עצמית**

167. טענת ההגנה העצמית מעוגנת בסעיף 34 לחוק העונשין :

"לא יישא אדם באחריות פלילית למעשה שהיה דרוש באופן מיידי כדי להדוף תקיפה שלא כדין שנשקפה ממנה סכנה מוחשית של פגיעה בחייו, בחירותו, בגופו או ברכושו, שלו או של זולתו; ואולם, אין אדם פועל תוך הגנה עצמית מקום שהביא בהתנהגותו הפסולה לתקיפה תוך שהוא צופה מראש את אפשרות התפתחות הדברים".

168. לטענת ההגנה העצמית שישה יסודות, שרק עמידה **בכולם**, תבסס את ההגנה : יסוד התקיפה שלא כדין ; יסוד הסכנה המוחשית ; יסוד המיידיות ; העדר כניסה למצב בהתנהגות פסולה ; יסוד הנחיצות ; ויסוד הפרופורציונאליות (**עניין אלטגאוז**, פסקה 13).

169. **בעניין אלטגאוז**, התייחס בית המשפט העליון לטענת ההגנה העצמית הנסמכת על טעות במצב הדברים, וכך קבע :

"לפי הגנה זו, נאשם הפועל מתוך **אמונה מוטעית** כי מתקיימים תנאים העובדתיים של ההגנה העצמית, ישא באחריות פלילית רק במידה בה היה נושא אם היה המצב לאמיתו כפי שדימה אותו. בשונה מהיסוד הנפשי הנדרש לשם הרשעה בעבירה – בו המודעות ליסוד העובדתי בעבירה היא רכיב נדרש לשם הרשעה, הבא בנוסף לכל דרישות היסוד העובדתי, והיעדרה שולל אחריות פלילית – בהגנה העצמית המדומה, מחשבתו המוטעית של העושה המדמה לעצמו כי התקיימו יסודותיה העובדתיים של ההגנה, מהווה תחליף להתקיימותם של אלה בפועל (סג'ורו, בעמ' 328), וקיומה שולל אחריות פלילית" (פסקה 19 לפסק הדין)

170. אלא שבמצב זה, קיימת **דרישת יסוד לפיה על בית הדין להשתכנע בכנות "האמונה המוטעית"** שמתוכה פעל הנאשם. נציין תחילה, כי במהלך עדותו בפנינו זנח הנאשם את הטענה לפיה המחבל קירב את ידו לסכין וטען כי הירי בוצע בעיקר לנוכח החשש ממטען ולא לאור החשש מהסכין (עמוד 507 שורות 8-30). כאמור, גרסה זו של הנאשם לא נמצאה מהימנה על בית הדין. די בכך, כדי לשמוט את הקרקע תחת טענת ההגנה העצמית. אולם, גם אם היינו נותנים משקל מלא לגרסת הנאשם בעניין החשש שהובילו לביצוע הירי, ספק אם גרסתו הייתה מבססת את **כל היסודות** של סייג ההגנה העצמית. להלן נפרט.

171. לו גרסתו של הנאשם הייתה מתקבלת, ניתן היה לכאורה לטעון כי מתקיים בעניינו יסוד התקיפה שלא כדין. יחד עם זאת, אין לומר כי גרסה זו מקיימת יסודות אחרים של ההגנה, דוגמת **יסוד הסכנה המוחשית**. בהתאם לפסיקה על הסכנה להיות "סכנה ממשית שקיימת הסתברות גבוהה שתתממש" ואין די בסכנה "ערטילאית או רחוקה" (ע"פ 5266/05 **זלנצקי נגד מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 07/02/22), פסקה 15; וגם : ע"פ 20/04 **אבי קליינר נ' מדינת ישראל**, נח(6) 80 (2004)). בעניינו, אין מחלוקת כי **הנאשם לא הבחין במטען** ולפיכך הספק שעליו דיבר **חייב בירור נוסף** כדי לבחון את מוחשיות הסכנה שקיננה לכאורה בליבו. בהתאם לפסיקה :

"מה הדין במצב בו הנאשם אינו יודע אם הותקף (או עומד להיות מותקף) אם לאו? ד"ר סנג'רו מזכיר מצב דברים זה בספרו (ב' סנג'רו **הגנה עצמית במשפט הפלילי** (נבו, תש"ס-2000)) בעמ' 331 ומציין:

"לסיום הדיון בטיעונים בעד הדרישה של סבירות הטעות, ברצוני להעלות את האפשרות הבאה, שלא מצאתיה בספרות המשפטית: **ייתכן מצב שבו העושה אינו בטוח אם מותקף הוא אם לאו. במצב שכזה יש טעם רב לחייבו בבדיקת המצב לאשורו בטרם יפעיל כוח מגן, טעם שאותו ניתן לבסס על ההקבלה האפשרית למצב של "עצימת עיניים" בנוגע לנסיבה הקבועה בהגדרת העבירה. כידוע, "עצימת עיניים" משמשת תחליף מהותי למודעות בפועל להתקיימות הנסיבה, ובענייננו היא עשויה אולי לשמש לשלילת התקיימותה של אמונה של העושה בהתקיימות הנסיבות המצדיקות".**

.....

במצב דברים זה, אני סבור **שלא מתקיימים בנאשם תנאי ההגנה העצמית, גם לפי מצב הדברים המדומה שדימה לעצמו. ספק בעיני אם מצב דברים זה, של העדר וודאות לגבי זהותה של הדמות, טמן בחובו "סכנה מוחשית" לפגיעה בחייו או בגופו של הנאשם** 1, כדרישת סעיף 34' לחוק העונשין" (ת"פ (י-ס) 3150/02 **מדינת ישראל נ' מהדי בן סלים עבדאללה** (פורסם בנבו 12.2.2004), פסקה 56)

172. ראינו, כי בזירת האירוע נכחו מפקדים, חיילים, כוחות הצלה אזרחיים ואחרים. הנאשם בחר שלא לפנות לאיש על מנת לאמת את החשד. מאחר שהנאשם לא הבחין במטען, ניתן לומר כי קיים **פער משמעותי** בין "החשש" של הנאשם לבין "קרבת הסכנה". על הפער הזה אף ניתן ללמוד מהתנהגות הכוחות הצבאיים והתנהגות האזרחים בזירה, שכן חרף העובדה כי נשמעה צעקה שהתריעה מפני האפשרות כי המחבל נושא עליו מטען, לא ראו יתר הנוכחים בזירה לירות במחבל. אין גם לשכוח, כי אותה צעקה הייתה "מידתית" וטמנה בחובה הצעה שלא להתקרב למחבל עד להגעת חבלן. לפיכך, הפער בין החשד של הנאשם לבין קרבת הסכנה חייב בירור ובדיקה, שבלעדיהם אין הצדקה לירי, בוודאי לא ירי לראש שבהסתברות גבוהה מוביל למוות. הימנעות הנאשם מבירור זה עולה, לכל הפחות, כדי **עצימת עיניים**. כלל הוא, כי "מי שהיה מודע לקיומה של נסיבה או חשד בקיומה ונטל במודע סיכון שהיא מתקיימת, אינו יכול להיחשב כמי שטעה טעות כנה לגביה" (ע"פ 5938/00 **אזולאי נ' מדינת ישראל**, פ"ד נה (3) 873, 895 (2001)). המסקנה היא, אפוא, כי אף אם גרסת הנאשם הייתה מתקבלת, הרי שגרסה זו לא הייתה מקיימת אחר יסוד הסכנה המוחשית, וכפועל יוצא לא הייתה מבססת את סייג ההגנה העצמית, במידת ההוכחה, כנדרש על פי חוק.

173. גרסתו של הנאשם אין בה אף כדי לבסס את תנאי המיידיות. כאמור, הוכח בפנינו, בין היתר על סמך התייעוד החזותי של האירוע, כי כלל "תמרורי האזהרה" שעליהם דיבר הנאשם, הגיעו לתודעתו כשתי

דקות לפני ביצוע הירי. לפיכך, גם על פי גרסת הנאשם, לא נדרש הירי לביצוע באופן מיידי. בפרק הזמן שחלף, עסק הנאשם בעניינים איזוטריים ביחס לסכנה שטען לה: הוא נטל את קסדתו שהונחה על המדרכה בקרבת מקום, וכשנשאל באשר לפשר הדבר השיב כי "השאירתי אותה שם בזמן הטיפול בא"ו ולא רציתי שייקחו אותה" (עמוד 574 שורות 16-21). דבריו אלו של הנאשם באים ללמדנו, כי לנאשם היה פנאי לדאוג לכך שקסדתו לא תאבד. פנאי זה לא התבטא אך במחשבה שטרדה אותו, אלא בכך שהתפנה גם לעסוק בה. פשיטא, כי במצב דברים זה, לא מתקיים יסוד המיידיות בעניינו של הנאשם, וגם בכך יש כדי לשמוט את הקרקע תחת סייג ההגנה העצמית שלו טען.

174. כמו-כן, אין בגרסת הנאשם כדי לבסס את **יסוד הפרופורציונאליות** שבהגנה העצמית. בהתאם לפסיקה, יסוד זה שונה מיתר היסודות הנלמדים מהוראת סעיף 34 לחוק העונשין:

"יש להבחין בין חמשת התנאים הראשונים, אשר הינם יסודות עובדתיים מובהקים, לבין **התנאי השישי (תנאי הפרופורציה)**, שהינו **תנאי נורמטיבי, הנקבע על-ידי בית המשפט**. כך, למשל, השאלה האם יכול היה הנאשם להדוף את התקיפה באמצעי שיסב פחות נזק לתוקף מזה שנבחר על ידו היא שאלה שבעובדה. לא כן, כאמור, תנאי הפרופורציה. **טעות ביחס להתקיימותו של תנאי זה מהווה טעות בידיעת החוק ולא טעות בעובדה** (להבחנות אלו ראו: אנקר, בעמ' 127-128; סנג'רו, בעמ' 325 ו-338) " (פרשת אלטגאוז, פסקה 15)

175. לפיכך, אף לו היינו מקבלים את גרסתו של הנאשם באשר לחשש ממטען כמהימנה, מה שנסתר במקרה דנן, הרי שעמדו בפניו מספר חלופות, **פחותות בחומרתן**, לצורך קידום פני הסכנה, ובנסיבות העניין לא הייתה הצדקה לבצע ירי לראשו של המחבל, ירי ש"**מנטרל את המערכות**" ו-"**הורג בסבירות גבוהה**". לגרסת הנאשם, מעשיו נועדו כדי להציל את חיי החיילים והאזרחים שנכחו בזירת האירוע וגילו "שאננות" מפני הסכנה שנשקפה מהמחבל. אולם בפני הנאשם עמדה האפשרות להזהיר את הנוכחים מהמחבל על מנת שלא יתקרבו אליו. בפני הנאשם אף עמדה האפשרות לפנות למפקדו שעמד במרחק קרוב ממנו כדי להתריע מפני הסכנה או לקבל הנחיות. ראינו, כי הנאשם המתין כשתי דקות בין גיבוש אותם "תמרורי האזהרה" לבין הירי, ואם בפרק הזמן הזה מצא הנאשם את הזמן ליטול את קסדתו כדי "שלא ייקחו אותה", **אזי בוודאי שהיה סיפק בידו לפנות למפקדו במקום או להרחיק את הנוכחים מהמקום, כפי שנכון וראוי היה לעשות. בכך היה מקיים הנאשם את רצונו, שלא לומר את חובתו, להגן על הסובבים אותו, אך בה בעת נמנע מביצוע ירי לראשו של המחבל, ירי שכלל לא נדרש באותה נקודת זמן**. על ציפייה זו מהנאשם עמד רס"ן נעמן בעדותו, תוך שציין כי היה עליו "קודם כל להכריז מטען, לידע את המפקד הבכיר בשטח ולחכות לפקודות להמשך" (עמוד 145 שורות 32-34). זה המקום להדגיש, כי העובדה שהאדם שהיה מוטל על הארץ הוא מחבל, שזמן קצר קודם לכן ביקש לקטול את חייהם של חיילי צה"ל שנכחו במקום, **אין בה כשלעצמה כדי להצדיק פעולה לא מידתית. עקרון המיידיות מוטמע בצורה ברורה בהוראות הפתיחה באש, שלאורן מחוייב הנאשם לפעול, והוא ביטוי לאיזון המתחייב בין ערכים נוגדים, ובכלל זה עקרון קדושת החיים של כל אדם - גם מחבל**. על כך נעמוד גם בהמשך.

176. נוכח כל האמור לעיל, דין טענת ההגנה להידחות, גם לפי גרסת הנאשם.

5.4.2 הגנת הצורך

177. הגנת הצורך קבועה בסעיף 34 לחוק העונשין, שזו לשונו:

"לא יישא אדם באחריות פלילית למעשה שהיה דרוש באופן מיידי להצלת חייו, חירותו, גופו או רכושו, שלו או של זולתו, מסכנה מוחשית של פגיעה חמורה הנובעת ממצב דברים נתון בשעת המעשה, ולא היתה לו דרך אחרת אלא לעשותו."

178. בהתאם לפסיקה, הגנת הצורך "הינה הגנה נדירה" ש"אינה רלבנטית למקרה.. בו נטען להגנה עצמית מפניו של המנוח" (ע"פ 6056/13 שיבלי נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 21.9.2015), פסקה 29). בנוסף, קיימת חפיפה חלקית בין יסודותיה של הגנת הצורך, לבין יסודותיה של ההגנה העצמית, כאשר יסודות המוחשיות והפרופורציונאליות נדרשים לצורך גיבוש כל אחת מהן.

179. הניתוח שפורט לעיל ביחס ליסודות ההגנה העצמית, יפה גם ביחס ליסודות החופפים לו בהגנת הצורך. משקמה חובה למלא אחר כל היסודות שבבסיס ההגנה לשם התקיימותה, ומאחר שחלק מאותם יסודות, עליהם עמדנו לעיל, לא מתקיימים, הרי שגם הגנה זו לא הוכחה, אף לא לפי גרסת הנאשם עצמו.

5.4.3 הגנת הצידוק

180. הגנת הצידוק קבועה בסעיף 34ג לחוק העונשין, כדלקמן:

"לא יישא אדם באחריות פלילית למעשה שעשה באחד מאלה:

- (1) הוא היה חייב או מוסמך, לפי דין, לעשותו;
- (2) עשהו על-פי צו של רשות מוסמכת שהיה חייב לפי דין לציית לה, זולת אם הצו הוא בעליל שלא כדין;
- (3)...."

181. גם יסודותיה של הגנת הצידוק חופפים במידה לא מבוטלת ליסודותיה של ההגנה העצמית, במיוחד כאשר נטען להגנה "על אנשים אחרים זולת הנתקף", כבעניינו (פרשת אלטגאוז, פסקה 12; וראו גם: ע"פ 5242/04 מדינת ישראל נ' עבדאללה, תק-על 2005(2) 1761, 1762 (2005); ע"פ 6454/03 טדסה נ' מדינת ישראל, תק-על 2004(2) 2796, 2798 (2004)). חרף אותה חפיפה בין ההגנות, כשעניין לנו בטענה של חייל שלפיה הפעיל את נשקו בהתאם להוראות הפתיחה באש, קיים צורך לקיים דיון ביסודותיה של הגנת הצידוק, שכן:

"מן הבחינה העקרונית נסמכים כללי הפתיחה באש (לחייל שמשרת באזורי ממשל) על דיני העונשין הכלליים בישראל – ולא על המשפט הבינלאומי או על חיקוק מיוחד... כללים אלה בוססו בעיקרם על שתי הגנות כלליות בדין הפלילי, כפי שהתפתחו במרוצת השנים: הגנת הצורך, לפי סעיף 22 לחוק העונשין (כיום –הגנה עצמית, לפי סעיף 34 ו-34 טז לחוק העונשין) והגנת הציודוק "בביצוע הדין" לפי סעיף 24 (א)(1) לחוק העונשין (כיום קובע סעיף 34 יג (1) לחוק העונשין, כי לא ישא אדם באחריות פלילית למעשה, ש"הוא היה חייב או מוסמך, לפי דין, לעשותו") (ע/67/98) **התובע הצבאי הראשי נ' סג"ם טרבלסי** (29.12.99), פסקה 36)

182. בית המשפט העליון הכיר בכך שהוראות הפתיחה באש הן "דין", כהגדרת המונח בסעיף 3(א) לחוק השיפוט הצבאי :

"אין חולק שככלל, נדרשים חיילי צה"ל לפעול על-פי הוראות הפתיחה באש, אולם תוקפן המחייב של הוראות אלה נובע בראש ובראשונה מהיותן חלק מפקודות הצבא, שבהתאם לסעיף 3(א) לחוק השיפוט הצבאי, תשט"ו-1955, רואים בהן כ'דינים' " (ע"א 3889/00 **יצחק לרנר נ' מדינת ישראל ואח'**, נו(4) 304 (2002), פסקה 13 לפסק הדין; וראו גם: תיק עורף (מחוזי) 105/14 **התובע הצבאי נ' א. ר.** (2015/05/17)).

183. טענת הנאשם היא, כי הוראות הפתיחה באש חייבו אותו לפעול, או למצער הסמיכו אותו לפעול כפי שפעל, וכדברי ההגנה במסגרת גדר הכפירה: הנאשם "פעל בסמכות ומעשיו נכנסים לתוך התחומים שהותוו בפקודות הצבאיות שקבעו את כללי המותר והאסור בכל הנוגע לפתיחת אש בעת מקרה כמקרה דנן, זאת כאשר חש סכנה ברורה ומיידית לחייו ולחיי חבריו ליחידה בנסיבות שתוארו". הוראות הפתיחה באש הרלבנטיות לענייננו מפורטות בת/36, והן נגזרות מהופ"א 8 - כללי הפתיחה באש לחיילים ביהודה ושומרון ובמרחב התפר (ת/35). עמדנו לעיל על הוראות אלו והראינו כיצד הירי שביצע הנאשם לא עולה בקנה אחד עם ההוראות, שכן xxx עוד ציינו, כי xxx. עיון בהוראות האמורות אף מלמד, כי השימוש בנשק ייעשה **כמוצא אחרון**, ורק כאשר לא ניתן להסתפק באמצעי חלופי, פחות בחומרתו (ת/36 סעיף 3(א)(2); ת/35 סעיף 3(ב)(1)). הוראות אלו מהוות הלכה למעשה יישום של הדין, ובכלל זה של היסודות הדרושים לצורך התקיימות הסייג לאחריות פלילית. **את הוראות הפתיחה באש יש לקיים באופן דווקני, שכן בבסיסן עומד עקרון קדושת החיים המתבטא בערך טוהר הנשק. ודוקו: אין בפרשנות זו כדי לצמצם את שיקול הדעת של חיילי צה"ל בהפעלת הכוח, אלא דרישה חד משמעית לפיה הפעלת שיקול הדעת תיעשה בד' אמות הוראות הפתיחה באש, שהרי בדין עסקינן, ועל הדין, בוודאי במשפט הפלילי, לא ניתן להתנות.**

184. בעדותו בפנינו לא חלק הנאשם על בקיאותו בהוראות הפתיחה באש ועל דרישת ההוראות ל"אמצעי, **כוונה ויכולת**" (עמוד 455 שורה 8; עמוד 486 שורות 17-19 וכן 35-39; עמוד 493 שורות 25-30). הנאשם ידע להבחין בין סכנה מיידית ומוחשית לבין סכנה כללית ואף ציין כי ידוע לו שאסור לבצע ירי לעבר

מחבל שלא מהווה סכנה (עמוד 493 שורה 31-38; עמוד 494 שורות 20-21; עמוד 543 שורה 2). מעבר לכך, מפקדו של הנאשם, רס"ן נעמן, העיד אודות התדרוכים שהעביר לפלוגה בנושא הוראות הפתיחה באש, ובכלל זה הדרישה לשימוש בנשק כמוצא אחרון וכאשר קיימת סכנת חיים ממשית ומיידית. רס"ן נעמן אף הדגיש, כי הבהיר בתדרוכים כי תנועות מחשידות לא מהוות סכנת חיים ממשית ומיידית (עמודים 120-121).

185. כאמור, הנאשם העלה טענה לפיה לא תודרך ביחס לאיום המטענים. נדמה, כי טענה זו, המבקשת לשים את עיקר הדגש דווקא על הסוג הפרטני של האיום, נועדה להסיט את הדיון מהנושא המרכזי שעניינו **בחינת הירי שביצע הנאשם לעבר המחבל ועמידת נסיבות הירי בהוראות הפתיחה באש**. כבר ציינו, כי הוראות הפתיחה באש נותנות מענה גם לאיום המטענים. סא"ל שפירא העיד בהקשר זה ומסר כי "מעבר על הוראות הפתיחה באש והדגשת הכלל של פתיחה באש רק במצב של אמצעי כוונה ויכולת הוא מבחינתי ממצה באופן מספיק בשביל שחייל ידע אם מותר לו לפתוח באש כתוצאה מסכנת חיים ממטען או לא" (עמוד 348 שורות 20-23). אומנם במהלך עדותו אישר רס"ן נעמן כי חיילי הפלוגה לא תודרכו באופן ספציפי ביחס לאיום ה"xxx", אולם במסגרת xxx (עמוד 144 שורות 29-3).

186. נוכח האמור, פרשנותו המוטעת של הנאשם, שלפיה מותר לירות בסיטואציות בהן "אם יש ספק, אין ספק" - במיוחד כשהדבר מוביל לירי שנועד להרוג, **נוגדת בצורה מפורשת את הוראות הפתיחה באש**. הספק מצדיק, שלא לומר מחייב, נקיטה בכל הפעולות האפשריות כדי לברר את החשד ולא להותירו מעומעם. אולם, כל עוד לא הוסר הספק מעל עננת זיהוי של המטען, הוא האמצעי, הרי שאין באותו ספק כדי להצדיק ירי, שמטרתו נטילת חיים. למעשה, על פי דברי הנאשם ביחס לאופן הבנת הוראות הפתיחה באש, לא עלתה שגיאתו של הנאשם בהבנת ההוראות כדי טעות בעובדה, **אלא טעות בהבנת הדין, אשר אין בה כדי לפטור את הנאשם מאחריות**. אמור מעתה: **הכשרת ירי שנועד להרוג רק על בסיס חשד הינו אסור**. מעשה שכזה יפגע בחוסנו המוסרי של הצבא ובחוסן חייליו, ואף יפגע במקצועיותו. אין להכשיר ירי בגינו יקופחו חיי אדם על נקלה, ללא עמידה על קצה קצהן של הוראות הפתיחה באש. עמד על כך בית הדין הצבאי לערעורים בע/64/04 סרן קורצקי נ' התובע הצבאי הראשי (פורסם בנבו, 15/11/2004):

"[הוראות הפתיחה באש] פותחו על רקע תנאי אי הוודאות השוררים בפעילות מבצעית, והצורך לקבל במסגרתם החלטות מושכלות, מקצועיות, מוסריות ונכונות בתנאי לחץ. גם אם כל חייל נושא בתרמילו את שרביט הגנרל אין הוא נושא בצקלוננו את גרסתו שלו בדבר הוראות פתיחה באש. מלאכה זו שמורה למפקדיו בלבד, המונחים, אף הם, על-פי הדין. באמצעות הוראות אלו הם מאפשרים לחייליהם להתכונן מראש למגוון סיטואציות בפעילותם המבצעית ופוקדים עליהם את דרכי הפעולה הרצויות להתמודד עמן; תכליתן לאזן בין ערכים מנוגדים. מחד, השלמת המשימה ושמידה על חייהם וגופם של חייליהם; מאידך, הצורך להימנע מפגיעה שלא לצורך בכבודם - חייהם, גופם ורכושם - של תושבים תמימים, כמו גם של חשודים, הנמצאים במרחב הלחימה" (שם, פסקה 23)

187. נוכח כל האמור, גם אם הייתה מתקבלת גרסתו של הנאשם ביחס לחשש ממטען, אין למצוא בכך כל צידוק לירי קטלני המתבסס כל כולו על חשד שלא נבדק ולא בוסס.

5.5. הגנה מן הצדק

188. במסגרת גדר הכפירה העלה הנאשם, באמצעות באי כוחו, טענה של הגנה מן הצדק. נטען כי הגשת כתב האישום או ניהול ההליך הפלילי עומדים בסתירה מהותית לעקרונות של צדק והגינות משפטית. בהתאם, נתבקשו להורות על ביטול כתב האישום. ההגנה פָּרטה טיעון זה למספר טיעוני משנה. תחילה פורטו שני ראשי טיעון במסגרת גדר הכפירה שהוגש, כמתואר לעיל. לאחר מכן, במסגרת ניהול ההליך בפנינו ובמהלך סיכומיה, הוסיפה ההגנה שלושה ראשי טיעון נוספים.

189. ראש הטיעון האחד עוסק בסוגיית **פתיחת חקירת מצ"ח נגד הנאשם והגשת כתב האישום נגדו**. נטען, כי מלכתחילה "לאחר שהדברים הובאו בתקשורת ולאחר ביטויים של ראשי הדרג הצבאי, הוחלט ע"י מפקדיו להעמיד את הנאשם לדין משמעתי ותו לא, ובהמשך הוחלט בכל זאת להתחיל נגדו הליכים פליליים, וזאת לאחר שנחקר על רקע מניע של 'פעולות איבה' מניע שלא נמצא לו כל בסיס" (מענה לכתב האישום מיום 23/05/2016). ביסוד טענה זו, כך הוטעם, ניצבים דברים שמסר סא"ל שפירא בהודעתו במצ"ח מיום 29/3/2016 (ראיה זו לא הוגשה לבית הדין), לפיהם, המח"ט התכוון להעמיד את הנאשם לדין משמעתי ולאחר התייעצות עם גורמי הפרקליטות הצבאית "הוחלט שהטיפול יועבר למצ"ח". לדידה של ההגנה "אין כל ספק כי במקרה דנן מדובר ברדיפה והתנהגות בלתי נסבלת של הרשות שקודם ירתה את החץ ולאחריו סימנה המטרה בדמות כתב האישום, אשר הוגש רק לאור התערבות גורמי ראשי הדרג הצבאי, ולאחריהם הפרקליטות ומצ"ח אשר פעלו עפ"י 'רוח המפקד'".

190. ראש הטיעון השני עניינו **אכיפה בורנית**. נטען כי הגשת כתב האישום בעניינו של הנאשם מהווה אפלייה פסולה ביחס למקרים דומים רבים בגינם לא הוגשו כתבי אישום.

191. ראש הטיעון השלישי מוביל אף הוא לטענת "הגנה מן הצדק" ובבסיסו הטענה כי **ההליך המשפטי זוהם** נוכח התבטאויות של שר הביטחון ושל הרמטכ"ל עוד טרם סיום התחקיר המבצעי. לצד זאת, כך נטען, גם מפקדיו של הנאשם, בדרגים השונים, החל מהמ"פ וכלה במח"ט, ניהלו שיחות עם פקודיהם, החיילים והקצינים הזוטרים ביחידת הנאשם, במהלכן הביעו עמדתם כי מעשיו של הנאשם פסולים. הוטעם כי במצב דברים זה, השפיע תוכן שיחות המפקדים על החיילים אשר מסרו גרסאותיהם במצ"ח ולאחר מכן העידו בפני בית הדין.

192. בבסיס ראש הטיעון הרביעי ניצבת הטענה בדבר **זליגת התחקיר המבצעי** לתוככי חקירת מצ"ח ופועל יוצא מכך להליך המשפטי.

193. ראש הטיעון החמישי עוסק בקיומו של **נזק ראייתי**, שהינו תולדה של החזרת גופת המחבל טרם עלה בידי ההגנה לבקש את נתיחת הגופה על ידי מומחה מטעמה.

194. בפתח הדברים, נסקור בתמצית את התפתחותה של דוקטרינת ההגנה מן הצדק בשיטת משפטנו ונעמוד על המבחנים שנקבעו במסגרתה. לאחר מכן נדון בכל אחת ואחת מטענות ההגנה.

5.5.1 הגנה מן הצדק – כללי

195. מעת קליטתה של דוקטרינת ההגנה מן הצדק בשיטתנו, תחילה בפסיקה ולאחר מכן בחקיקה, נתונה לבתי המשפט, בכלל ולבתי הדין הצבאיים בפרט, הסמכות להפעיל ביקורת שיפוטית הן על העמדתו לדין פלילי של נאשם והן על אופן ניהול ההליך הפלילי בעניינו, בנסיבות בהן עלו מעשי הרשות כדי סתירה לעקרונות של צדק והגינות משפטית. ההצדקה המרכזית לשימוש בסמכות זו נעוצה ברצון להבטיח כי רשויות החוק ינהגו באופן ראוי. ההגנה נועדה לשמש בלם מפני אכיפת דין הפוגע בזכויות הנאשם ובערכי שלטון החוק.

196. לראשונה הוכרה דוקטרינת ההגנה מן הצדק על ידי בית המשפט העליון בע"פ 2910/94 **יפת נ' מדינת ישראל** (פד"י נ(2) 221), שם נקבע מבחן מחמיר שעניינו "מבחן ה'התנהגות הבלתי נסבלת של הרשות', היינו התנהגות שערורייתית, שיש בה משום רדיפה, דיכוי והתעמרות בנאשם. המדובר במקרים שבהם המצפון מזדעזע ותחושת הצדק האוניברסלית נפגעת, דבר שבית המשפט עומד פעור פה מולו ואין הדעת יכולה לסובלו" (שם, בעמוד 370).

197. בחלוף כעשור, בע"פ 4855/02 **מדינת ישראל נ' בורוביץ** (פד"י נט(6) 776) (להלן: "**פרשת בורוביץ**"), נקבע מבחן מרוכב יותר לבחינת התנהגותה של הרשות. מוקד הבחינה הוסט מהתנהגות הרשות אל ההסתכלות הכוללת על נסיבות ההליך. בד בבד, נקבע כי יש לבחון את האפשרות לרפא את הפגמים שנתגלו באמצעים מידתיים ומתונים יותר מאשר ביטולו של כתב האישום. וכך נפסק:

"עיקר עניינה של ההגנה מן הצדק הוא בהבטחת קיומו של הליך פלילי ראוי, צודק והוגן. בעיקרון עשויה אפוא ההגנה לחול בכל מקרה שבו קיומו של ההליך הפלילי פוגע באופן ממשי בתחושת הצדק וההגינות כפי שזו נתפסת בעיניו של בית-המשפט. מטרת החלתה של ההגנה היא לעשות צדק עם הנאשם, ולא לבוא חשבון עם רשויות האכיפה על מעשיהן הנפסדים... ואולם לרוב (אם כי לא תמיד) תיוחס הפגיעה בצדקתו ובהגינותו של ההליך הפלילי להתנהגות נפסדת של הרשויות, ובמקרים כאלה אכן מוטל על בית-המשפט לבקר את מהלכיהן.

ברם, לא כל מעשה נפסד, שעשו הרשויות החוקרת או המאשימה, או רשות מעורבת אחרת, יצדיק את המסקנה שדין האישום להתבטל מטעמי הגנה מן הצדק בין מפני שבאיזון בין האינטרסים הציבוריים המתנגשים גובר העניין שבקיום המשפט, ובין (וזה כמדומה המצב

השכיח) מפני שבידי בית-המשפט מצויים כלים אחרים לטיפול בנפסדות מהלכיהן של הרשויות. ביטולו של הליך פלילי מטעמי הגנה מן הצדק מהווה אפוא מהלך קיצוני שבית-המשפט אינו נזקק לו אלא במקרים חריגים ביותר. בדרך כלל יידרש הנאשם להראות, שהתקיים קשר סיבתי בין התנהגותן הנפסדת של הרשויות לבין הפגיעה בזכויותיו" (שם, עמוד 806 - 807).

198. לשם החלתה של ההגנה מן הצדק על מקרה קונקרטי, נקבעה **בפרשת בורוביץ** בחינה בת שלושה שלבים :

"**בשלב ראשון** על בית-המשפט לזהות את הפגמים שנפלו בהליכים שנקטו בעניינו של הנאשם ולעמוד על עוצמתם, וזאת במנותק משאלת אשמתו או חפותו. **בשלב השני** על בית המשפט לבחון אם בקיומו של ההליך הפלילי חרף הפגמים יש משום פגיעה חריפה בתחושת הצדק וההגינות. בשלב זה, נדרש בית-המשפט לאזן בין האינטרסים השונים, ... תוך שהוא נותן דעתו לנסיבותיו הקונקרטיות של ההליך שבפניו. בתוך כך עשוי בית-המשפט לייחס משקל, בין היתר, לחומרת העבירה המיוחסת לנאשם; לעוצמת הראיות (הלכאוריות או המוכחות) המבססות את אשמתו; לנסיבותיהם האישיות של הנאשם ושל קורבן העבירה; למידת הפגיעה ביכולתו של הנאשם להתגונן; לחומרת הפגיעה בזכויות הנאשם ולנסיבות שהביאו לגרימתה; למידת האשם הרובץ על כתפי הרשות שפגעה בהליך או בנאשם, וכן לשאלה אם הרשות פעלה בזדון או בתום-לב. ברי כי בגיבוש האיזון בין השיקולים הנגדיים ייחס בית-המשפט לכל אחד מהשיקולים את המשקל היחסי הראוי לו בנסיבותיו הקונקרטיות של המקרה הנתון. כך, למשל, ככל שמעשה העבירה חמור יותר, יגבר משקלו של האינטרס הציבורי שבהעמדה לדין; וככל שמעשה הרשות שערורייתי יותר ופגיעתו בנאשם ובזכויותיו חמורה יותר, יגבר משקלו של האינטרס הציבורי שבשמירת זכויותיו של הנאשם ובריסון כוחה של הרשות; **בשלב השלישי**, ... עליו לבחון האם לא ניתן לרפא את הפגמים שהתגלו באמצעים יותר מתונים ומידתיים מאשר ביטולו של כתב-האישום. בין היתר, עשוי בית-המשפט לקבוע כי הפגיעה שנגרמה לנאשם, אף שאינה מצדיקה את ביטול כתב האישום שהוגש נגדו, מצדיקה היא את ביטולם של אישומים ספציפיים, או תהא ראויה להישקל לטובתו בקביעת עונשו, אם יורשע. כן עשוי בית-המשפט לקבוע, כי תיקון הפגיעה יכול שייעשה במסגרת בירורו של המשפט, כגון בבירור שאלת קבילותה של ראיה שהושגה תוך שימוש באמצעים פסולים" (שם, עמוד 807 - 808)

199. טענת ההגנה מן הצדק, כטענה מקדמית, נחקקה בספר החוקים בישראל בשנת 2007 בסעיף 149(10) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב - 1982. בד בבד, תוקן בחוק השיפוט הצבאי, תשט"ו - 1955, סעיף 351(ב) על דרך של הוספת ס"ק (6), שזו לשונו :

"351. קריאת כתב האישום וטענות טרומיות"

(א) משנתסיימה פרשת הרכב מותב בית הדין יקרא אב בית הדין את כתב האישום ויסביר לנאשם את מהות האשמה;

(ב) לאחר מכן יודיע בית הדין לנאשם על זכותו לטעון טענות טרומיות אלו:
(6) הגשת כתב האישום או ניהול ההליך הפלילי עומדים בסתירה מהותית לעקרונות של צדק והגיונות משפטית.

200. בחינת השאלה כיצד עיגונה של ההגנה מן הצדק בחוק מפורש והעדפת מבחן "הסתירה המהותית" השפיע על פרשנותה והיקפה, נדון בע"פ 5672/05 **טגר נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 21.10.2007). באותו מקרה נפסק כי המחוקק לא התכוון להביא לשינוי דרמטי באופייה, כך שההגנה "הייתה ונותרה טענה שיש לקבלה במקרים חריגים בלבד" (שם, עמוד 78). עוד נקבע, כי לשם בחינת התקיימותה של ההגנה, אין סיבה לשנות מהמבחן ה"תלת שלבי" שנקבע ב**פרשת בורוביץ**.

201. אשר לעיתוי העלאת הטענה נפסק, כי הגם שזו סווגה כטענה מקדמית, הרי שאין מניעה מלהעלותה גם בשלבים מתקדמים יותר של המשפט (**פרשת בורוביץ**, עמוד 809 וראו גם בספרו של המלומד י. נקדימון, **הגנה מן הצדק**, מהד' שנייה (2009), עמוד 478; בג"ץ 2291/06 **אפל נ' בית משפט השלום בת"א-יפו**, פורסם בנבו, 26.3.06).

202. הגנה מן הצדק, כדין כל טענה מקדמית או טענת סייג למימוש אחריות פלילית אחרת, טעונה תחילה הכרעה עובדתית (קדמי, **על סדר הדין בפלילים**, חלק שני, הליכים שלאחר כתב אישום א, מהד' 2009, עמוד 1338, עמוד 1346). פשיטא, כי לערכאה הדיונית הכלים לבירור הסוגיות העובדתיות (ראו בג"ץ 1563/96 **כץ נ' היועמ"ש**, פד"י נה(1) 529; בג"ץ 9131/05 **ניר עם כהן ירקות אגודה שיתופית בע"מ נ' מדינת ישראל**, פורסם בנבו, 6.2.06). לעניין **נטל הוכחת התשתית העובדתית** נפסק כי זה מוטל על כתפי הטוען להגנה:

"על בית המשפט, במסגרת בדיקת הטענה, ליתן דעתו לאיזון מורכב ועדין זה, כאשר הנטל להוכחת התשתית העובדתית בטענת "הגנה מן הצדק", מוטל על הטוען. בין היתר, על הטוען להוכיח, כי לעיני המאשימה עמדו שיקולים זרים ומטרות פסולות. בנוסף, הנטל על הטוען, להניח תשתית ראויה, המצביעה על קיום קשר סיבתי ברור, בין ההתנהגות הנפסדת של הרשות לפגיעה בזכויותיו. זאת ועוד, טענה זו, נועדה ליתן פתרון למקרי קיצון ולא למקרי אמצע, כשעוצמת הפגיעה חייבת להיות ברורה ומוחשית, המעלה תחושה שאין אמצעי מתון אחר, זולת ביטול כתב האישום (ראו: יעקב קדמי **על סדר הדין בפלילים** חלק שני א' 1338-1354 (מהדורה מעודכנת תשס"ט, 2009), וההפניות שם). " (ת"פ (מחוזי י-ם) 12-49530-11 **מדינת ישראל נ' אלטמן ואח'**, פורסם בנבו 7.3.2013)

203. בראי העקרונות שפורטו לעיל, עלינו לבחון תחילה האם הוכחה תשתית ראייתית המבססת פגם בפעולת הרשות, בעצם הגשת כתב האישום או בניהול ההליך הפלילי. לאחר מכן נדרש לקבוע מהי עוצמתו של

הפגם ולערך איזון בין חומרתו ופגיעתו בנאשם לבין האינטרס הציבורי שבהמשך ניהול ההליך המשפטי בעניינו. לבסוף יהא עלינו לבחון מהו הסעד המידתי בו יש לנקוט לשם ריפוי הפגם.

5.5.2 ראש טיעון ראשון: פגמים בפתיחת חקירת מצ"ח ובהגשת כתב האישום

204. כאמור, העלתה ההגנה טענות כבדות משקל כנגד עצם ההחלטה בדבר פתיחת חקירת מצ"ח בעניינו של הנאשם ולאחר מכן כנגד ההחלטה להגיש נגדו כתב אישום. הוטעם, כי החלטות אלו נתקבלו ממניעים פסולים וזרים, דהיינו לא משום שהמעשה הצדיק חקירה שכזו או העמדה לדין פלילי, אלא משום שהפרקליט הצבאי הראשי ביקש במעשיו לרצות את הדרג הפוליטי (שר הביטחון) והדרג הצבאי הבכיר (הרמטכ"ל), אשר הוקיעו את מעשיו של הנאשם מיד בסמוך לאירוע ועוד בטרם הסתיים התחקיר המבצעי. וכך פתח הסנגור המלומד, עו"ד כץ, את סיכומיו בפנינו: "אני אומר אם שר הביטחון יעלון לא היה ממנהל להתבטא שהחיל סרח והתבהם טרם היה תחקיר לא הייתה קיימת כל תקלה. ... אותה אמירה אומללה, אחריה החזיקו הרמטכ"ל, שרשרת הפיקוד ומשרד הפרסום הגדול ביותר במדינה, דובר צה"ל. ... אנחנו טוענים שההחלטות שהחליט הפצ"ר בהעמדתו את א' א' לדין, הייתה לאחר שהוא שמע את 'רוח המפקד' " (עמוד 1340 שורה 30 - עמוד 1341 שורה 14). כאמור בגדר הכפירה, הוסיפה ההגנה וציננה, כי ההחלטה לגבי פתיחת החקירה והגשת כתב האישום נעשו כאקט של "רדיפה".

205. נזכיר, כי כביסוס לטענה זו הפנתה ההגנה, בגדר הכפירה, לחומר חקירה, ממנו עלה כי מח"ט יהודה סבר כי ניתן להסתפק בהעמדתו של הנאשם לדין משמעתי ורק לאחר שהובאה לידיעתו התייעצותו של מח"ט 900 עם גורמי הפרקליטות הצבאית, הועבר הטיפול לחקירת מצ"ח.

206. נטען עוד, כי הסיבה להפניית ההליך המשמעתי לאפיק של חקירת מצ"ח, נעוצה בסרטון שהופץ ברשת האינטרנט והמתעד את מעשיו הלכאוריים של הנאשם. ההגנה הפנתה בסיכומיה בהקשר זה, לעדותו של מפקד מצ"ח ב"ש ומי ששימש כראש צוות החקירה, רס"ן רם קינן, אשר העיד כי המח"ט החליט על העמדתו של הנאשם לדין משמעתי מכיוון "שטרם היה להם את הסרטון" (עמוד 23 שורה 38 – עמוד 24 שורה 4). לאחר שהסרטון הופץ שוחח מפקד מצ"ח ב"ש עם הפרקליט הצבאי לעניינים מבצעיים ועם מח"ט 900 והוחלט שלא להעמיד את הנאשם לדין משמעתי אלא לפתוח בחקירה פלילית.

207. טענותיה של ההגנה בראש טיעון זה הינן טענות נוקבות וחריפות, הבאות לתקוף את תקינות המעשה המנהלי, תוך אמירה נחרצת כנגד הפעלת שיקול דעת הפרקליט הצבאי הראשי, באופן העולה כדי רדיפת הנאשם, והכל ממניעים זרים.

208. בית המשפט העליון הכיר זה מכבר בחזקת תקינות פעולות המנהל, הקובעת כי ברגיל ניתן להניח לטובתה של הרשות כי נהגה כדין. עוד נקבע, כי רשויות המינהל אינן צריכות, כעניין שבשגרה, להתמודד עם טענות שיחייבו אותן להוכיח, פעם אחר פעם, כי ההחלטות שהתקבלו על ידן והמשמשות בסיס לפעולותיהן, אכן התקבלו כדין (ראו ע"מ 4072/11 עיריית בת ים נ' לוי ואח', פורסם בנבו, 6/11/2012).

עמוד 13, והפסיקה המוזכרת שם). בד בבד נפסק, כי על מי שמבקש לסתור מוטל הנטל לטעון ולהוכיח כי במקרה הקונקרטי נסתרה החזקה בעובדות ובראיות מתאימות (רע"פ 1088/86 מחמוד נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה הגליל המזרחי, פ"ד מד(2), 417, עמוד 419 (1990)). אף בעניין ע"פ 3372/11 קצב נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 10/11/2011, להלן: "פרשת קצב") ביקש הנאשם כי כתב האישום בעניינו יבוטל מטעמים של צדק. בית המשפט העליון פסק כי "הנטל להעלאת הטענה ונטל ההוכחה מוטל על כתפי הנאשם, שעה שהרשות עצמה נהנית מחזקת תקינות מעשה המינהל" (שם, עמוד 218).

209. נבחן להלן האם הונחה בפנינו תשתית ראייתית לביסוס הטענות.

5.5.2.1. דרך הצגת עובדות ונתונים – כללי

210. כפי שצינו בפתיח הכרעת הדין, אין לו לדיין אלא מה שענינו רואות. בית הדין הצבאי קובע את ממצאיו בהתאם לראיות קבילות שהובאו בפניו. כפי שנאמר: "כלי העבודה של השופט מוגבלים הם ואין לדיין אלא מה שבפניו, שהרי 'האדם יראה לעינים, והד' יראה ללבב' (שמואל א, טז, ז)" (ע"פ 5582/09 פלוני נ' מדינת ישראל, תק-על 2010(4) 743, 822; וראו פרשת קצב, סעיף 152).

211. הגם שמדובר במושכלות יסוד של שיטת משפטנו, סברנו כי ראוי לחזור ולהזכיר בפרק זה וזאת בשים לב לטענות מרחיקות הלכת שהעלתה ההגנה בעניין זה, מבלי שהובאה בדל ראייה לביסוסן ומתוך הנחה, כי הדברים המתפרסמים בכלי תקשורת שונים אינם דרושים הוכחה. נבאר דברנו.

5.5.2.2. פתיחת החקירה במצ"ח

212. העדים הרלוונטיים אשר העידו בפנינו לעניין נסיבות פתיחת החקירה הינם מח"ט יהודה, אל"ם בן עזרא; המג"ד, סא"ל שפירא וראש צוות החקירה, רס"ן קינן.

213. מעדויות מח"ט יהודה, המג"ד ורס"ן קינן עולה תמונה עובדתית אחידה שלפיה לאחר שהמג"ד ומח"ט יהודה ערכו בשטח בירור-פיקודי-ראשוני, התגבשה תמונה עובדתית על פיה המדובר באירוע חריג. תמונה זו התעצבה טרם נחשפו מח"ט יהודה והמג"ד לסרטון המדובר. בשלב זה, שוחחו מח"ט יהודה ומח"ט 900 על האפשרות, כי ינקטו נגד הנאשם הליכים משמעתיים וזאת על ידי מח"ט יהודה שאף יבצע את התחקיר המבצעי. לאחר מכן שוחח מח"ט יהודה עם מפקד האוגדה ועם מח"ט 900, אשר שוחח בסמוך לפני כן עם הפרקליט לעניינים מבצעיים, והתקבלה החלטה שלפיה, נוכח חריגותו של האירוע, יעבור הטיפול בו לחקירת מצ"ח ומח"ט 900 ינהל את התחקיר המבצעי.

214. לשאלת ההגנה הבהיר מח"ט יהודה, כי ההחלטה שלפיה יפסק הטיפול באפיק המשמעותי התקבלה "לפחות שלוש שעות לפני [הצפייה בסרטון]" על ידו ועל ידי מח"ט 900. (עדות מח"ט יהודה: עמוד 248 שורה 25 – עמוד 249 שורה 12; עמוד 262 שורה 30 – עמוד 264 שורה 7; עמוד 275 שורה 10 – 15. עדות

המג"ד: עמוד 345 שורה 3 – 6; עמוד 375 שורה 16 – 27. **עדוּתו של רס"ן קינן:** עמוד 3 שורה 28 – 31; עמוד 17 שורה 34 – 37; עמוד 23 שורה 23 – עמוד 24 שורה 9). ההגנה הקשתה בחקירתה הנגדית על מח"ט יהודה וביקשה את עמדתו לעניין סוגיית פתיחת החקירה אלמלא קיומו של הסרטון והלחץ הציבורי שהחל. נביא את הדברים כלשונם:

ס": אני אומר לך שאם לא היה סרטון וחשש ולחץ של דעת קהל אתם לא הייתם

פותחים בחקירה פלילית ההליך מבחינתך כמו שנעשה במקרים אחרים היה נגמר

בכל היותר בדין משמעתי אולי נזיפה.

ע: **אתה טועה לחלוטין,** הוא היה נסגר באיך שמצ"ח וגורמי אכיפה בצבא היו רואים

לסגור את ההליך. כל אחד ותפקידו הוא. " (עמוד 264 שורה 3 – 7)

215. בשעה 13:30 קיבל רס"ן קינן ממפקדו, מפקד מצ"ח דרום, הודעה אודות האירוע נשוא האישום לאחר שעודכן שמפקד מצ"ח שוחח עם הפרקליט לעניינים מבצעיים והוחלט על פתיחת חקירה. מיד לאחר מכן נשלח אליו ממפקדו גם הסרטון. בשלב זה לא עלתה האפשרות כי הנאשם יישפט בדין משמעתי והאחרון היה בדרכו למח"ט 900 לצורך השתתפות בתחקיר המבצעי (עמוד 38 שורה 28 – עמוד 39 שורה 11). גם מרס"ן קינן בקשה ההגנה את התייחסותו לטענה שלפיה פתיחת החקירה לא נבעה מטעמים עניינים אלא מ"רוח המפקד של הצבא". ההגנה אף הטיחה בעד כי מטעם זה אף הוחשד הנאשם בעבירה שעניינה רצח. וכך באו הדברים לכדי ביטוי בפרוטוקול:

ס": אני אומר את זה כי אני למד את זה מחומר החקירה, עולה כי רוח המפקד של הצבא

וגם התבטאויות של דרגים גם כלפי הפרקליטות וגם דרככם, גרמה לכם לפתוח

בחקירה בחשד לרצח דווקא, בחשד שלאחר מכן לאור הערות שלנו בדיוני המעצר

זה הפך להיות הריגה.

ע: אחד, אציין כי ביום החקירה לא שמעתי שום התבטאות של אף גורם בתקשורת, זה

לא השפיע עליי, לא בתחילת החקירה ולא באמצע, ולא בסוף. את ההחלטה לחקור

אותו בחשד לרצח קיבלה הפרקליטות בהתייעצות איתנו בחשד שעמד באותו רגע

לעיננו שעיקרו היה הסרטון.

...

ס: הייתה לכם גם בהתייעצויות ביניכם, בשיחות ואני קורא לזה לא בכדי רוח המפקד

מחשבה שהאירוע הזה פוגע בתדמית של צה"ל ובמדינת ישראל וזה מהווה סוג של

דלק להסתה ונקמה ולכן בהתייעצות החלטתם לחקור דווקא על רצח או לחקור

בכלל?

ע: לא, החשד נבע מהחשדות שהיו לנו באותה העת אין קשר להתבטאות של מישו

כזה או אחר. " (עמוד 29 שורה 18-31)

216. ההגנה לא הציגה ראיות הסותרות את דברי העדים האמורים לעניין נסיבות פתיחת החקירה. כפי שצינו, העדויות האמורות משתלבות זו בזו ומחזקות האחרת את רעותה ולא נמצאה הצדקה שלא לאמץ ככתבן וכלשונו. אמנם, הועלתה על ידי הנאשם הטענה כי הובא בפני מח"ט 900 על מנת להישפט בדין משמעתי ולא לשם עריכת תחקיר מבצעי ואולם בין כך ובין כך, אין בכוחה של ההכרעה בשאלה זו, דהיינו, מהו טיב ההליך שהתקיים בפני מח"ט 900, כדי להשליך על העדויות שנשמעו בפנינו לעניין נסיבות פתיחת החקירה. בכל מקרה, ההוראה על פתיחת החקירה ניתנה בטרם הושלם התחקיר המבצעי (וככל הנראה אף בטרם החל) ובמנותק לו.

217. זאת ועוד, מהתשתית הראייתית שבפנינו עולה תמונה, שלפיה פעלו הגורמים הרלוונטים בפרקליטות הצבאית וביחידת מצ"ח בד' אמות סמכותם ובהתאם למדיניות הנהוגה ביחס לפתיחת חקירה במצ"ח בנסיבות דומות, דהיינו "הוראת פתיחה בחקירה עקב מוות של פלסטינאי" (עמוד 17 שורה 26 - 30). מדיניות הפרקליט הצבאי הראשי לפתיחת חקירה במצ"ח במקרה שבו נהרג פלסטיני מירי של חיילי צה"ל נדונה ואושרה בבג"ץ 9594/03 **בצלם נ' הפרקליט הצבאי הראשי** (פורסם בנבו, 21.8.2011) והיא נבדקה על ידי הועדה לבדיקת אירועי המשט לעזה, בראשות השופט בדימוס טירקל. וכך נפסק:

"ההגנה על הזכות לחיים מחייבת את הכוח הלוחם במגוון רחב של פעולות שונות והימנעות מפעולות אחרות. ... לעצם החקירה השלכה על ההגנה על הזכות לחיים - החקירה מאפשרת בראש ובראשונה העמדה לדין במקרים המתאימים, והטלת אחריות על החורגים מהדין. מעבר לכך, חקירה פלילית פועלת לשמירת הרכיב הצופה פני עתיד של החובה להגן על החיים, בכך שהיא מרתיעה פוגעים עתידיים, מונעת זילות היחס לזכות לחיים ותורמת לאווירה של קיום שלטון החוק. **יודגש: החובה אינה לחקור כל מקרה מוות, אלא לחקור כל מקרה מוות שיש חשש שיסודו בהתנהגות אסורה - כאשר מתעורר חשש להפרה של הדין ולעבירה פלילית. חובה זו חלה הן בעת לחימה והן בעת רגיעה - כאשר ישנו חשד להתנהגות אסורה, יש לפתוח בחקירה לצורך בירור חשד זה. עם זאת, נקודת האיזון ויציאת תוכן לתבנית "חשד להתנהגות אסורה" משתנים על פי נסיבות האירוע הפרטני, והנסיבות המצדיקות פתיחה בחקירה הן תמיד שאלות שהן תלויות נסיבות. מהודעתו המעדכנת של המשיב עולה, כי במקרים שאינם "בעלי אופי לחימתי של ממש", המתרחשים באיו"ש, סבור המשיב כי עצם מותו של אזרח פלסטיני מעלה חשד להתנהגות שאינה כדין, על פי הדינים החלים על האזור ועל פעילויות אלה, ולפיכך מצדיק פתיחה בחקירת מצ"ח." (שם, פסקה**

(10)

218. הנה כי כן, עיננו הרואות, כי לאחר שהתעורר חשד בלב המפקדים לקיומו של אירוע ירי "שיסודו בהתנהגות אסורה", אשר גרם למותו של פלסטיני, קמה החובה לפתוח בחקירת מצ"ח, בהתאם למדיניות שהוצהרה על ידי הפצ"ר ואשר אושרה בבג"ץ. למותר להוסיף, כי הוראה זו אף תואמת את הוראת פקודת מטכ"ל 33.0304 שעניינה "בדיקה וחקירת מצ"ח" הקובעת בסעיף 62(ג), כי חלה חובה לפתוח

בחקירת מצ"ח כאשר קם חשד לביצוע עבירה בניגוד לחוק העונשין, שאין לו מקבילה בחוק השיפוט הצבאי.

219. עוד יש לציין, כי למסקנה זהה היינו מגיעים אף אם היתה ההחלטה בנוגע לפתיחת החקירה מתבססת על הסרטון שהופץ. סרטון זה, המתעד את מעשיו של הנאשם, מהווה ראיה ככל ראיה אחרת, היכולה לשפוך אור על נסיבות המקרה בכללותו ועל חלקו היחסי של הנאשם באירוע. בשלב ראשוני זה, יש לבחון את המעשה כפשוטו. ניתן לדמות זאת לצפייה בסרט אילם המוקרן בשחור-לבן. רק בשלב מאוחר יותר, הוא שלב איסוף הראיות וגביית העדויות, ניתן ליצוק פרשנות לתוכן הסרט, להוסיף לו צבע וקול, לאמוד את טיבו ולהסיק מסקנות ביחס למשקלו הראייתי. כאמור, צפייה בסרט בתצורתו הגולמית, מצביעה על קטילת המחבל בידי הנאשם, באמצעות ירי כדור מנשקו האישי אל עבר ראשו של המחבל, שעה שהאחרון שרוע על גבו במשך פרק זמן מסויים, בעקבות ירי קודם אשר פגעו בגופו, ואינו מבצע תזוזות משמעותיות. על פניו, מעלות תמונות אלו חשד להפרה של הוראות הדין ולביצוע עבירה. חשד זה יש לחקור.

220. מעבר לכך, ממעשה זה עלולות לנבוע השלכות משמעותיות במספר מישורים וזאת לנוכח הרגישות הביטחונית הקיימת באזורנו. בכגון דא, עלולה לנבוע ממעשיו של הנאשם, אם יוכחו, פגיעה אנושה בתדמיתו ובמוסריותו של הצבא ושל המפקדים והחיילים המשרתים בו. במצב דברים זה, קיים אינטרס ציבורי מובהק בבירור החשדות, וזאת במסגרת חקירה פלילית (והשוו מרכז (מחוזי) 420/07, 419 **התובע הצבאי נ' סגן י.ג.** (25.9.2007)).

221. יוצא אפוא, כי **ההגנה לא הציגה ולו בדל ראיה לביסוס טענתה שלפיה, ההחלטה להורות על פתיחת החקירה במצ"ח, הושפעה מהתבטאויות של שר הביטחון והרמטכ"ל ונועדה כל כולה להפיס את דעתם. למעלה מן הצורך, נעיר, כי ההגנה לא הציגה ראיות באשר לעיתוי האמירות אשר נועדו כביכול להשפיע על הפרקליט הצבאי הראשי טרם החלטתו. לבית הדין אין ידיעה שיפוטית ביחס לעניין זה. אך כאמור, דברים אלו נכתבו למעלה מן הצורך, שכן שוכנענו, כפי שפורט לעיל, כי בעצם ההחלטה להורות על פתיחת חקירת מצ"ח, לא נפל רבב.**

222. דינה של הטענה אפוא, להידחות.

5.5.2.3 ההוראה על הגשת כתב האישום

223. כתב האישום נגד הנאשם הוגש ביום 18.4.2016. נטען על ידי ההגנה כי ההוראה להגיש את כתב האישום בעניינו של הנאשם ניתנה משיקולים זרים, והכל כמפורט לעיל. **גם ביחס לטענה זו לא הציגה ההגנה תשתית ראייתית ולו מינימאלית לביסוסה.** די בכך למעשה, כדי לדחותה על הסף.

224. חרף זאת, סברנו כי האשמות חמורות אלו, אותן הטיחה ההגנה בפרקליט הצבאי הראשי, אינן יכולות לרחף באוויר, ללא בדיקתן לגופן.

225. **בפרשת קצב**, כאמור, הועלתה טענת הגנה מן הצדק הנשענת על שלושה ראשי טיעון. לענייננו, רלוונטית הטענה העוסקת בשפיטתו המוקדמת של **קצב**, בין היתר על ידי היועץ המשפטי לממשלה, אשר התבטא והציג את דעתו האישית על אשמתו בפומבי וזאת עוד בטרם הוחלט על הגשת כתב האישום נגדו. נטען עוד, כי גם התבטאויות של נבחרי ציבור לא אפשרה את ניהול ההליך הפלילי נגדו באורח ראוי והוגן (ראו **פרשת קצב**, עמוד 230 ואילך). בית המשפט העליון קבע כי יש ממש בטענות העוסקות בהתבטאויות המוקדמות של היועץ המשפטי לממשלה ופסק כי: "לא היה זה ראוי שהיועץ המשפטי לממשלה יתייחס בתקשורת התייחסות מרשיעה או התייחסות המנתחת את הראיות. אנו מסכימים, כי התנהלות זו מהווה תקלה קשה ומצערת וטוב היה לו דברים אלה לא היו נאמרים כלל, במיוחד לא מפי הגורם המשפטי הבכיר ביותר במערכת התביעה, אשר ללא ספק משפיע על עיצוב דעת הקהל. אל לו ליועץ המשפטי לממשלה, כמו גם יתר האחראים על אכיפת החוק, להיגרר אחר התקשורת ולהתבטא באשר לראיות או רמת ומידת החשדות בטרם גובשה העמדה אם להעמיד לדין או לסגור התיק." (שם, שם). יוער, כי חרף הביקורת שהושמעה, לא התקבלה עתירת ההגנה לביטול כתב האישום וזאת לאחר עריכת איזון בין מהות הפגם אל מול האינטרס הציבורי המובהק בניהול ההליך המשפטי. בכל מקרה, בהידרשנו לטענות שנשמעו בפנינו, הרינו קובעים כי אין הנדון דומה לראייה.

226. תחילה נציין, כאמור, כי בהיעדר תשתית ראייתית מתאימה, לא ניתן לבצע את ההיסק הלוגי שמבקשת ההגנה שנבצע. אולם, אף אם נצא מנקודת מוצא שלפיה נשמעו התבטאויות בעניין אשמו של הנאשם הן על ידי שר הביטחון והן על ידי הרמטכ"ל, עובר למועד הגשת כתב האישום, הרי שאין מתחייבת מכך המסקנה, כי הפרקליט הצבאי הראשי הושפע מאמירות אלו בכלל ובמידה כזו שהורה על הגשת כתב האישום בניגוד לעמדתו המקצועית, תוך שקילת שיקולים זרים ובלתי ענייניים, בפרט. נזכיר, כי הפצ"ר פעל בהתאם לסמכות המוקנית לו בחוק השיפוט הצבאי עת בחן את חומר החקירה שנאסף והורה על הגשת כתב האישום. בהתאם לסמכויות המוקנות בחוק השיפוט הצבאי (סעיף 178 לחוק השיפוט הצבאי), מפקח הפרקליט הצבאי הראשי על השלטת המשפט בצבא והוא אחראי על אכיפת הדין בו. במסגרת תפקידו, מוסמך הפרקליט הצבאי הראשי להורות לתובע להגיש כתב אישום נגד חייל שלגביו נאספו ראיות מספיקות להוכחת אשמתו.

227. באשר למעמדו של הפצ"ר כמופקד על מדיניות אכיפת החוק בצבא, קבע בית המשפט העליון כי "בתוך המערכת של השיפוט הצבאי, הפרקליט הצבאי הראשי הוא הגורם הבכיר המופקד על אכיפת החוק, בדומה ליועץ המשפטי לממשלה במערכת המשפטית כולה" בבג"צ 4723/96 **אביבית עטייה נ' היועץ המשפטי לממשלה** (פ"ד נא(3) 714, 727 – 728). כפי שנקבע ביחס ליועץ המשפטי לממשלה, כך גם לפרקליט הצבאי הראשי מסור שיקול דעת רחב בשאלת האם להעמיד לדין חייל, אם לאו. בית המשפט העליון חזר ושנה, לא אחת כי:

"ההחלטה אם יש בעניין פלוני די ראיות לצורך העמדה לדין ... מצויה בגרעין הקשה של סמכותו של היועץ המשפטי לממשלה. זו ההכרעה היסודית אשר עליו

לעשות על-פי החוק ... בתוך כך, רשאי היועץ המשפטי לממשלה, בהחליטו אם להגיש כתב-אישום, להעריך את תוצאותיו הצפויות של משפט אם ייערך, ואת הסיכויים להרשעה ... הוא רשאי להידרש גם למידת המהימנות שעשוי בית-המשפט לייחס לראיות ולסיכוי, שעל אף קיומן של ראיות לכאורה, הנאשם יזוכה בסיומו של ההליך ... המדובר הוא בשאלה מובהקת של הערכה – עובדתית ומשפטית. מעצם טיבה, ייתכנו לגבי החלטה מעין זו עמדות והערכות שונות. בהפעילו את שיקול-דעתו בעניין זה, נשען היועץ המשפטי לממשלה על ידע, על מקצועיות ועל ניסיון, כלים המסייעים בידו להעריך את תוצאות ההליך המשפטי, אם יחליט על קיומו. בזכות כלים אלה העומדים לרשותו נמסרה בידו הסמכות, רבת החשיבות, להחליט על העמדה לדין. עולה מכך, כי שיקול-הדעת המסור ליועץ המשפטי לממשלה לעניין זה הוא רחב" (בג"ץ 2534/97 **יהב נ' פרקליטת המדינה**, פ"ד נא(3) 1, 30 (1997) וראו גם בג"ץ 6410/14 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' פרקליט המדינה**, פורסם בנבו, 4.2.2015; ע"פ 7659/15 **רוני זיר** **הרוש נ' מדינת ישראל**, פורסם בנבו, 20.4.2016, פסקה 37, להלן: "**פרשת הרוש**").

228. התביעה הצבאית הבהירה בסיכומיה כי "הנאשם הועמד לדין משום שהצטברו ראיות מספקות להוכחת אשמתו" (סעיף 592). האמנם כך?

כאמור, אין בית הדין מחליף את שיקול דעת הפצ"ר בהערכת הראיות – קבילותן, טיבן ומשקלן. עם זאת, כמבואר לעיל ובהינתן התשתית הראייתית הגולמית, אליה נחשפנו במהלך פרשת ההוכחות, הרי שניתן לקבוע כי הצטברו די ראיות, המקימות סיכוי להרשעה וזאת לצורך הגשת כתב האישום. בד בבד, הננו קובעים כי אף מבחינת האינטרס הציבורי קמה חובה על הפרקליט הצבאי הראשי להורות על הגשת כתב האישום, וזאת שעה שמעשיו הנטענים של הנאשם פגעו לכאורה בערכים מוגנים, צבאיים וציבוריים כאחד, של קדושת החיים וטוהר הנשק, ערכים המחוייבים בשמירה קפדנית עליהם. יפים לענייננו קביעותיו של בית המשפט העליון בע"פ 6392/07 **מדינת ישראל נ' שמואל יחזקאל**, (פורסם בנבו, 30/04/2008):

"אפשר להבין את רגישותה של התביעה וחששה מפני "מדרון חלקלק", של הרג בלא משפט, פן:

'מתן היתר לדבר הנראה על פניו בגדר הנסבל, יכול להוביל להיתר נוסף, וממנו להיתר אחר, עד לתקלה גדולה, חלילה. נמצאנו למדים ... שעניינים שיש בהם חריגה מן הנורמות הבסיסיות מחייבים זהירות רבה מאין כמוה, שלא יימצא מי שיגלה בהם פנים שלא כהלכה, ותיפרץ הפרצה' (ראו רשימתי, "מי לה' אלי... והרגו איש את אחיו" פרשת השבוע 65 (תשס"ב)).

מסיבה זו ברי כי יש לעשות שימוש זהיר עד מאוד באותן הוראות חוק המאפשרות הפעלת כוח, לא כל שכן כוח קטלני. אין לבוא איפוא בטרוניה כלפי הרשויות על דאגתן, התואמת כשלעצמה גם את ערכי מדינת ישראל כמדינת חוק.

229. **סיכומם של דברים**, ההגנה לא בחלה בהאשמות חמורות למדי שכוונו כלפי התביעה הצבאית בכלל והעומד בראש מערכת אכיפת הדין בצה"ל, הפרקליט הצבאי הראשי, בפרט. מדובר בטענות חמורות אשר אנו לא מצאנו להן בסיס ואנו קובעים כי נטענו בעלמא. בהעדר תשתית ראייתית, אך גם לאחר בחינת הטענות לגופן, הננו קובעים כי דין הטענה להידחות.

5.5.3 ראש טיעון שני: אכיפה בירנית

230. כפי שצינו לעיל, טענה ההגנה כי העמדתו של הנאשם לדין בפני בית הדין מפלה אותו לרעה ביחס למקרים דומים אחרים ולכן קמה לו הגנה של טענה מן הצדק בגין **אכיפה בירנית**. במסגרת סיכומי ההגנה הפנה ב"כ הנאשם לשתי דוגמאות על מנת להמחיש את טענתו: "דוגמא אחת מהחלטת הפצ"ר... אלוף משנה שומר, שבית הדין דאג שנקבל את חוות הדעת בעניינו... אל"ם, מח"ט חי"ר, מפקד חטיבה והפצ"ר סגר את התיק. ... אז ראינו כי במקרה הזה היה מי ששמר על אלוף משנה שומר ולא סתם שמר עליו עד כדי כך שהוא אפילו לא הורה להעמיד אותו לדין משמעת. המקרה השני .. בג"ץ 143/12 [ג'ילאני ואח' נ' היועץ המשפטי למשלה ואח', פורסם בנבו, 20.7.2014, להלן: "בג"ץ ג'ילאני"]...הוגשה עתירה ... בגין סגירת התיק ובג"ץ דחה את העתירה" (עמוד 1342).

231. בסיכומיהם בכתב, הקדישה ההגנה חלק נכבד לטענה האמורה. צויין כי "הגם שבקשת ההגנה, לקבלת כל אותם תיקים, שצינו הארגונים בצלם ויש דין, בתיקים בהם נהרגו אזרחים פלסטיים בהם הוחלט על סגירה ותיקים בהם הוחלט על הגשת כתב אישום, נדחתה (מבלי שבית הדין עיין בתיקים) ביום 29.9.16, ובכך נמנעה ממנה הלכה למעשה, אפשרותה להוכיח, כי נעשתה איפה ואיפה בין א' א' למקרים אחרים", הרי ש"מבחינת ההגנה, הגם שפורמלית לא סומן המוצג [הכוונה לחוות דעת הפצ"ר בענינו של אל"ם שומר – הערת בית הדין], כמוצג הגנה, חלקי חוות הדעת שהתקבלו, הם ראיה לכל דבר וההגנה התייחסה אליהם, בפרק סיכומיה לעניין שומר" (מתוך סעיף 2139). ההגנה שבה והפנתה אל חוות דעתו של הפצ"ר בעניין אל"ם שומר וטענה כי מתקיים דימיון עובדתי בין שני המקרים. יתר על כן, נטען, כי נוכח פערי הדרגות, התפקידים והניסיון, שבין אל"ם שומר לבין הנאשם, אזי המורכבות שבזירה, אשר נזקפה לזכותו של אל"ם שומר, במסגרת השיקולים לסגור את תיק החקירה בעניינו, צריכה הייתה להיזקף אף לזכותו של הנאשם, מכוח קל וחומר.

232. בסיכומיה, עמדה התביעה הצבאית על כך שההגנה לא הרימה את הנטל המוטל עליה לסתור את חזקת תקינות פעולות המנהל אף בהקשר זה, שכן לא הציגה ראיות לביסוסה. התביעה הצבאית ציינה כי ההגנה פנתה מספר פעמים לבית הדין לשם קבלת חומרי חקירה הקשורים בחקירות של אירועים אחרים, ובית הדין נעתר לבקשתה באופן מצומצם, עת החליט להעביר להגנה מקטעים מחוות דעת הפצ"ר בעניין נסיבות מותו של פלסטיני, עקב ירי שביצע כלפיו אל"ם שומר. והנה, על אף שחוות הדעת האמורה

הועברה להגנה, בהתאם להוראת בית הדין, **נמנעו** הסגורים מלהגישה כראיה לבית הדין. למעלה מן הצורך, הוטעם כי עניינו של אל"ם שומר שונה מעניינו של הנאשם בשל מספר מדדים: אל"ם שומר ביצע **נוהל מעצר חשוד באופן מיידי כמענה להתקפתו הישירה**, הגם שאופן ביצוע הנוהל היה שגוי מבחינה מקצועית, בעוד הנאשם הגיע לזירת האירוע **לאחר שהפיגוע הסתיים**, הבחין במחבל שאינו מהווה סכנה **מיידי** וממשית וביצע לעברו ירי מדויק לראשו מן הטעם ש"מגיע לו למות".

1.5.5.3.1. דיון והכרעה - כללי

233. עמדנו על כך, ששיקול דעתו של הפצ"ר בהעמדה לדין, רחב הוא. יחד עם זאת, עליו להפעילו בצורה שוויונית:

"עקרון השוויון הוכר זה מכבר כעיקרון יסודי בשיטתנו המשפטית ... בית המשפט העליון קבע, כי עקרון השוויון חל על מכלול הפעולות של רשויות השלטון, כאשר בבסיסו עומד האיסור על נקיטת יחס שונה כלפי שווים (בג"ץ 1213/10 ניר נ' יו"ר הכנסת, פס' 11 (פורסם בנבו, 23.2.2012) והאסמכתאות שם). מובן, שבהליך הפלילי על תובע להפעיל את שיקול דעתו מתוך שוויון וללא הפליה. הפעלה ראויה של ההליך הפלילי מבוססת על אמון הציבור, כי רשויות התביעה מקבלות את החלטותיהן מתוך שוויון ונמנעות מיחס של אִיפָה ואִיפָה בהעמדה לדין. מקום בו מצויה אבחנה הפוגעת בשוויון, קרי 'מבדילה לצורך אכיפה בין בני אדם דומים או בין מצבים דומים לשם השגת מטרה פסולה, או על יסוד שיקול זר או מתוך שרירות גרידא', הרי הדבר 'הרסני לשלטון החוק', 'מקומם מבחינת הצדק' ו'מסכן את מערכת המשפט' (ראו: בג"ץ 6396/96 זקין נ' ראש עיריית באר-שבע, פ"ד נג(3) 289, 306-307 (1999), כן ראו: דנ"פ 5189/05 איילון – חברה לביטוח בע"מ נ' מדינת ישראל, פס' 14 (פורסם בנבו, 20.4.2006); בג"ץ 935/89 גנור נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מד(2) 485, 511-512 (1990); ישגב נקדימון הגנה מן הצדק 389-390 (2009))" (ע/88/11 התובע הצבאי הראשי נ' אל"ם ח.מ. (פורסם בנבו, 29/11/2012, פסקה 30).

234. בהידרשו לאופי בחינתה של טענת "האכיפה הבררנית" ציין בית המשפט העליון:

"את טענת האכיפה הבררנית יש לבחון תוך התייחסות לשלוש שאלות: השאלה הראשונה היא מהי קבוצת השוויון שעמה נמנה מי שמעלה את טענת האכיפה הבררנית... השאלה השנייה היא - ... כיצד יש לאבחן מצבים של אכיפה בררנית פסולה ממצבים רגילים ולגיטימיים של אכיפה חלקית מטעמים של מגבלת משאבים וסדרי עדיפויות. השאלה השלישית היא מהו הנטל הראייתי המוטל על מי שמעלה טענה של אכיפה בררנית – באופן כללי, ובמשפט פלילי בפרט. יודגש, כי שלוש השאלות שהוצגו הן נפרדות, אך בחינתן צריכה להתקיים בזיקה הדוקה זו לזו...

בהקשרו של ההליך הפלילי, יש להוסיף ולבחון האם האכיפה הבררנית מגיעה עד כדי הדרגה המקימה 'הגנה מן הצדק' או שמא, חרף הפגם, התשובה המתאימה היא במישור הענישה"

(ע"פ 8551/11 סלכגי נ' מדינת ישראל, פס' 21 (פורסם בנבו, 17.7.2012, להלן:

"פרשת סלכגי")

235. פשיטא, כי גם טענה זו, לפיה מופעלת מדיניות של **אכיפה בררנית** בהעמדה לדין, מטילה על הטוען לה את הנטל להראות, כי ההבחנה בין מעורבים שונים מבוססת על שיקולים זרים או שנעשית היא למטרה זרה, **תוך התבססות על ראיות** (ע"פ 7696/14 עזרא (שוני) גבריאל נ' מדינת ישראל, פורסם בנבו, 11.2.2015; ע"פ 2681/15 בן שטרית נ' מדינת ישראל, פורסם בנבו, 14.2.2016).

5.5.3.2. מן הכלל אל הפרט

236. הסנגורים בקשו לבסס טענתם על שני מקרים. האחד - עניין נסיבות מותו של פלסטיני בגין ירי שביצע אל"ם שומר; השני - עניין נסיבות מותו של פלסטיני עקב ירי שהתברר בבג"ץ ג'ילאני לעיל.

237. בבואנו ליישם את המבחנים שפורטו בפרשת **סלכגי** על ענייננו, נמצאנו למדים, כי אין בפנינו כל ראייה באשר לנסיבות הירי שהביא למותו של הפלסטיני, במקרה שעליו נחקר אל"ם שומר. באי כוח הנאשם פנו לבית הדין, בהתאם לסעיף 108 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב] התשמ"ב – 1982, על מנת לקבל לעיונם מסמכים מתוך החקירה, כאמור, לרבות חוות דעתו של הפצ"ר, וזאת על מנת לבסס טענה של אכיפה בררנית. ההגנה נימקה בקשתה בדמיון שבין המקרים ובצורך להצביע בפני בית הדין על קבלת החלטה מפלה כלפי הנאשם, שבעניינו הוגש כתב האישום אל מול ההחלטה לסגור את תיק החקירה כנגד אל"ם שומר. לאחר שהונחה בפנינו תשתית ראייתית ראשונית, נעתרנו והורינו על העברת חלקים משמעותיים מחוות דעת הפצ"ר באותו עניין, לעיון ההגנה. במסגרת החלטתנו (מיום 25/9/2016) קבענו עוד, כי "מבחינה מעשית באפשרות ההגנה להעלות את טיעוניה, תוך **התבססות** על מכלול היריעה עליה מתבססת חוות הדעת..." (סעיף 22).

238. חרף כל אלו, בחרה ההגנה, מטעמים שלא בוארו לנו, שלא להגיש את חוות דעתו של הפצ"ר כראייה. יוער, כי ההגנה שקטה על שמריה אף לאחר שבסיכומי התביעה הצבאית צויין כי לא הובאה תשתית ראייתית בעניין זה. הלכה היא, כי במקרים המתאימים, יכול בית הדין להתיר הגשת ראיות אף לאחר שלב הסיכומים (ע"פ 951/80 קניר נ' מדינת ישראל, פ"ד לה(3) 505), אך משלא נדרשנו לכך, אין לה להגנה אלא להליך על עצמה. במצב דברים זה, ומשבחרה ההגנה שלא להגיש את חוות הדעת כראייה במשפט, עומד לה לרועץ העדר התשתית הראייתית המתאימה לביסוס טענתה, ביחס לבחינת סגירת תיק החקירה בעניינו של אל"ם שומר.

239. אשר לטענה כי ההחלטה לסגור את תיק החקירה בעניין נסיבות המוות שנבחנה בבג"ץ ג'ילאני – מצאנו להידרש לנסיבות האירוע כעולה מפסק הדין, להנמקת היועץ המשפטי לממשלה בעניין ולהנמקת בית המשפט העליון בפסק הדין, והכל – כפי שבאו לידי ביטוי בפסק הדין בבג"ץ ג'ילאני.

240. תחילה נבהיר, כי ההגנה לא דקא פורתא בטיעוניה, ביחס להפרדה הברורה שעשה בית המשפט העליון בנמקו את אי התערבותו ביחס לשני שלבי האירוע באותו מקרה. לענייננו רלוונטיות ההנמקות העוסקות אך בחלקו השני של האירוע, דהיינו, ביחס לירי שביצע משיב 2, לעבר ראשו של המנוח, שעה שהלה שכב על הכביש.

241. בית המשפט העליון קבע בהקשר זה, כי הוא מקבל את הנמקת היועץ המשפטי לממשלה, לפיה לא ניתן לשלול את האפשרות כי משיב 2 האמין "בתום לב כי המנוח ממשיך לסכן את חייהם ואת חיי הנוכחים במקום, גם לאחר שהוא נפל ארצה, וזאת לנוכח טענת המשיבים, לפיה המנוח הזיז את ידיו לאחר הנפילה. ...". נקבע גם "כי אין מקום להתערב בהחלטתו של פרקליט המדינה לסגור את התיק נגד המשיב 2 מחוסר ראיות. ייאמר מייד, כי אין באמור לעיל משום קביעה כי המשיב 2 פעל כשורה וכי הירי במנוח לאחר נפילתו לקרקע היה מוצדק. עם זאת, סבורני כי החלטתו של פרקליט המדינה, לסגור את התיק בעניינו של המשיב 2 מחוסר ראיות, אינה החלטה בלתי סבירה באופן קיצוני, המצדיקה את התערבותו של בית משפט זה. ... לא ניתן לקבוע בענייננו, לאור החומר שהונח לפנינו, כי לא נשקפה סכנה למשיב 2 מהמנוח. ... בחינת חומר הראיות בתיק מעלה, כי לא ניתן לשלול את האפשרות כי המשיב 2 סבר בכנות כי נשקפת לו ולאחרים סכנת חיים ברורה ומיידית מצד המנוח, גם שעה שהמנוח היה מוטל על הקרקע. למסקנה זו ניתן להגיע על יסוד הראיות המלמדות על הלך רוחו של המשיב 2 בזמן האירוע ולאחריו, מהן עולה כי המשיב 2 היה נסער ביותר בעקבות פגיעת מכוניתו של המנוח בחבריו והוא התייחס לכך כפיגוע חבלני קשה נגד חבריו השוטרים, שהיו במקום. המשיב 2 מסר בהודעותיו, כי הירי בראשו של המנוח נעשה מתוך חשש כי הלה מסכן את חייו שלו ושל חבריו:

שאלה: מסיבה כלשהי ירית אליו [למנוח]. אני מבקש שתגיד מה גרם לך לירות בו ומדוע?

תשובה: התזוזה של היד שלו כשהוא שוכב על הבטן, ואז ברגע שראיתי שהיד שלו זזה הוא היה יכול להוציא כל דבר, ואז מהפחד שלא יסכן אותי ואת שאדי [המשיב 3] בגלל שהייתי קרוב למחבל יריתי בו" (הודעתו של המשיב 2 במח"ש מיום 28.6.2010, עמוד 4 ש' 140-144).

242. נבהיר תחילה, כי לדידנו, בכל הנוגע לקבוצת הייחוס, אין רבותא האם עניין לנו בשוטרי מג"ב או בחיילי צה"ל. אלה גם אלה נקלעים לסיטואציות קשות ומורכבות במשימותיהם היומיומיות שנועדו למיגור הטרור ושמירה על הביטחון. משעברנו משוכה זו, בחנו האם מדובר באכיפה בררנית או שמא בהבחנה לגיטימית, ושוכנענו כי קיימת הבחנה עניינית בין המקרים, אשר אינה מאפשרת קביעה שלפיה הנאשם הופלה באופן שקמה לו הגנה מן הצדק. בעוד שבעניין ג'לאני, מדובר היה באירוע מתגלגל ורציף, בו היה מעורב היורה מתחילתו ועד סופו, תוך שביצע לעבר המנוח נוהל מעצר חשוד, לו לא שעה. עוד נקבע מבחינה עובדתית, כי לא ניתן היה לשלול הן את העובדה כי מבחינה אובייקטיבית, בעת ששכב המנוח על

הכביש, נשקפה ממנו סכנה וכי הן מבחינה **סובייקטיבית** האמין היורה בכך בכנות. לעומת זאת, בענייננו, הייתה עמדת הפרקליטות הצבאית עקבית וגרסה, כי שינויי גרסאותיו של הנאשם מלמדות על העדר כנותו ביחס לנסיבות הירי במחבל, אשר נמסרו בחקירתו, שעה שגרסתו הראשונה, אותה אמר למפקדו ולחבריו בשטח, בסמוך לאחר הירי, היתה כי ירה במחבל משום ש"הגיע לו למות".

243. מעבר לכך, כי אין די בהצבעה על מקרה **בודד**, אף אם היה מתאים בנסיבותיו, לשם ביסוס טענה של אכיפה בררנית. על הנאשם להראות כי "לאורך זמן ובאופן שיטתי (או קרוב לכך) קיבלו הרשויות המינהליות במקרים דומים החלטות שונות מאלה שנתקבלו במקרה שלו" (ע"פ 6328/12 **מדינת ישראל נ' פרץ**, פורסם בנבו, 10.9.2013, פסקה 4 לפסק דינו של הנשיא (דאז) גרוניס).

244. במצב דברים זה, הננו קובעים, כי לא עלה בידי ההגנה להצביע על כי החלטת הפצ"ר להורות על הגשת כתב האישום, הינה בלתי סבירה באופן שמלמד על הפלייתו של הנאשם ועל ביסוסה של טענת הגנה מן הצדק בעניינו של הנאשם.

5.5.4 ראש טיעון שלישי: זיהום ההליך המשפטי – השפעה על עדים

245. ראש פרק זה עוסק בהשפעת התבטאויות בגנות מעשיו של הנאשם על עדים פוטנציאליים. נטען, כי לא רק שאמירות ברורות של שר הביטחון והרמטכ"ל כנגד מעשי הנאשם השפיעו על העדים, הן בעת מסירת עדותם במצ"ח והן בפני בית הדין, אלא שגם המפקדים, בכל שרשרת הפיקוד: בחטיבה, בגדוד ובפלוגה, אליה השתייך הנאשם, ערכו שיחות עם דרג הפיקוד הזוטר והחיילים ביחידה, והבהירו עמדתם בדבר הפסול שדבק במעשים. הוטעם, כי בהינתן שצה"ל הוא מערכת היררכית מובהקת, הרי שעמדת המפקדים שהובעה באופן נחרץ, עמדה לנאשם לרועץ, עת העידו נגדו חבריו ליחידה, תחילה במצ"ח ולאחר מכן בפני בית הדין.

246. וכך נכתב בסיכומי ההגנה: "גם טענה שמוכחת, כגון זיהום ההליך, מכיוון שמפקדים **שטפו את המוח** של חיילים (לא ערכו שיחות) כלפי חיילים שנחקרו במצ"ח, והעידו בהמשך במשפט, וגם חיילים שלא העידו במצ"ח, ויכלו לשמש כעדי הגנה, גם מפקדים שכאלו, וגם בנוסף, ועניין זה נשכח על ידי התביעה, שאותם עדי תביעה שהעידו, משפיעים הלכה למעשה, על עדים פוטנציאליים אחרים, ניתן לטעון אותה, במסגרת הגנה מן הצדק, אף אם לא נרשמה תחילה, בכתב האישום" (סעיף 2104). עוד נכתב, בסיכומיה, כי אף אם היתה מטרת השיחות לגיימיות, הרי שלא ראוי היה להתייחס בהן באופן קונקרטי אל מהימנותו של הנאשם, מבלי שהדבר יפגע בהמשך ההליך המשפטי בנאשם. נטען אף זאת, ש"חיילים רבים, אשר ההגנה לא יכולה לדעת אודותם, לא העידו לטובת א' א', שעה שנאמרו האמירות" (סעיף 2173).

247. התביעה הצבאית לא התעלמה בתשובתה מן העובדה כי אכן בוצעו שיחות של הדרג הפיקודי הבכיר עם הדרג הפיקודי הזוטר והחיילים, אך זאת לאור החובה "להעביר לחיילים את הלקחים שהופקו מהאירוע, על מנת שטעויות שהתרחשו בו לא יישנו בפעילות המבצעית הבאה" (סעיף 610). הוטעם, כי עמדה פיקודית חייבת להיות ברורה וחייבת להאמר (סעיף 612; עמוד 1336): "אם המפקדים חושבים שבוצע ירי בניגוד להוראות הפתיחה באש חובתם לומר זאת" (שם, שורה 27). משכך, בהעדר פסול שדבק במעשי המפקדים, הרי שלא עלה בידי ההגנה לעבור את המשוכה הראשונה במבחן התלת שלבי שנקבע **בהלכת בורוביץ**, ודין הטענה להידחות אך בשל כך. התביעה הצבאית הוסיפה וטענה כי גם אם נפל פגם בהתנהלות המפקדים (הגם שאין היא סבורה כך), אזי לא עלה בידי ההגנה להצביע, ולו על עד אחד, אשר הושפע בעת שמסר את הודעתו במצ"ח או בעת שמסר את עדותו בית הדין, למסור עדות שאינה אמת, ואף מטעם זה דין הטענה להידחות.

5.5.4.1. דיון והכרעה

248. כפי שצינו לעיל, טענת הגנה מן הצדק מחייבת בראש ובראשונה בירור **עובדתי**. לפיכך, נפנה תחילה לעדויות אשר נשמעו בפנינו, לגבי תוכן השיחות שערכו המפקדים עם החיילים. לאחר מכן נבחן האם נפל פגם בשל ההתבטאות עצמה, בשים לב לטיבה ותוכנה. ככל שנדרש נוסיף ונבחן האם התבטאויות המפקדים השפיעו על עדים בפועל או עדים בכוח, וכפועל יוצא מכך נבחן האם דבק פגם או פסול במעשי הרשות אשר פגעו ביכולתו של הנאשם להתגונן ומנעו ממנו לנהל את הגנתו כדבעי.

249. להלן נפנה לעדויות שנשמעו בפנינו ביחס להתבטאויות המפקדים:

א. מח"ט יהודה

"... את התחקיר המבצעי של האירוע העברתי למאות חיילים ולא לחייל אחד כי זאת הדרך שלנו המקצועית ללמוד וצריך לזכור שבאירוע הספציפי יש אירוע גדול מסביב וכל **אירוע מבחינתנו זה למידה לאירוע הבא** ולכן לא אחד שמע אותי אלא מאות, מפקדים, כדי לסבר את האוזן, מאוקטובר עד אתמול עברו אצלי למעלה מ-43 גדודים שכל גדוד כזה עבר אצלי מפקדים תדריך הוראות פתיחה באש כך שכל אלה שמעו את ההתייחסות שלי לאירוע." (עמוד 254 שורות 30 – 36).

ובהמשך -

ס': כשאתה אומר את מה שאתה אומר אתה מדבר מול אנשים שהם עדים במשפט.

ע: מן הסתם.

ס: ואתה לא חושב שאתה אומר דברים שאין לך ביסוס להם זה משפיע על העדויות שלהם פה. אתה המפקד שלהם.

ע: יש לי ביסוס כי עשינו תחקיר מקצועי אל מול האנשים שהיו בזירה ולא עלה הנושא הזה.

...

ע: אין לי מושג את כל רשימת החיילים שעומדים להעיד פה. כשמגיע גרוד חדש לגזרה שמגיע בלי שום ידע וניסיון לחטיבה לפני האירוע ואחרי האירוע, המפקדים שלו עוברים תחקירים ותדריכים ושיעור הוראות פתיחה באש על מנת להכין אותו למשימה. כשאני עושה את העבודה שלי, נכון שיש חקירה שמתנהלת אני מכין את החיילים בצורה הכי טובה. אני לא אשים את זה על HOLD את הלקחים מהתחקיר עד שיסתיים ההליך המשפטי וההתייחסות שלי היא מקצועית. לסיבת הירי אני זוכר שהתייחסתי בשום תדריך או שיחה עם חיילים מאז האירוע." (עמוד 255 שורה 29 – עמוד 256 שורה 8).

ב. המג"ד

"הסיבה שדיברנו עם הלוחמים היא בכדי להבהיר כי מדובר באירוע שלהבנתנו הוא אירוע חריג. הדגשנו כי הוא נמצא בחקירה על ידי מצ"ח ובעיקר כדי להדגיש ללוחמים את מה שמצופה מהם באירוע מבצעי ובכדי שיצאו ואני מצטט את מה שאמרתי להם 'עם אפס סימני שאלה, עם סימני קריאה ברורים לאופן ההתנהלות שמצופה מהם באירוע המבצעי הבא'. והאירועים המבצעים הבאים מפרש את זה קרי מחבלת נוספת שהגיעה לזירה, קרו כבר ביום למחרת, מתוך חובה ואחריות שלחיילים יהיה ברור שעליהם לפעול על פי הוראות הפתיחה באש ועל פי רוח צה"ל וערכי צה"ל ללא כל חשש ובלבד שיקפידו על כללים אלו." (עמוד 346 שורה 35 – עמוד 347 שורה 3)

ובחקירתו הנגדית -

ע: אני מפקד שלהם ושל חיילים בגדוד וגם של המפקדים, למשל תום נעמן, חובתי לדבר איתם ובלבד שלא אדבר איתם על החקירה עצמה. מעבר לחובתי לדבר איתם על הנושאים שעלו בתחקיר המבצעי.

...

ע: אני בכל ההתנהלות שלי מולם מתנהג כמו שמפקד אמור להתנהג ולפקד על יחידתו. הכל דברים קונקרטיים שקשורים להמשך הפעילות והעשייה. ... בשתי השיחות שעשיתי לפלוגה המבצעית דיברתי על כך שמדובר באירוע חריג." (עמוד 351 שורה 2 – עמוד 351 שורה 10)

ובהמשך -

ע: מבחינתי ההתייחסות היא להבנת החריגה שיש באירוע הזה וצורת ההתנהלות המצופה והחריגה מהוראות הפתיחה באש והחובה שלי כמפקד שהחיילים יהיו בקיאים בהוראות הפתיחה באש ופעולה לפי ערכי צה"ל ועל כך התייחסתי בשיחתי והדגשתי כי א' א' נחקר ומי שיקבע האם הוא אשם או לא זה בית הדין ויש לו את זכות החפות עד שיוכח אחרת.

...

ע: המפקדים בצה"ל התחקיר של היום הוא התדריך של מחר. אני כמפקד מחויב לתת להם כמה שיותר מהר את הדגשים שלי וההבנות שלי מהתחקיר המבצעי של האירוע ולתת להם דגשים שיהיה ברור להם איך עליהם להתנהג ולכן אני לא רואה בזה פסול במה שעשיתי אלא חובה שלי כמפקד בצה"ל.

...

ע: בכל ההתייחסויות שלי התייחסתי למה שמצופה בהוראות הפתיחה באש בחריגה שאני כמפקד מבין של ירי על מחבל פצוע, גדוד מבצעי, פלוגה מבצעית, חייבים להמשיך ולהתקיים ולעמוד במשימותיהם ולכן אינני רואה סיבה שלאור האירוע מפקד הפלוגה, מפקדי מחלקות ולוחמים לא יהיו נוכחים בשיחה שלי ולא ימשיכו בתפקידים בגלל שהם עדים במשפט.

(עמוד 353 שורות 10-30)

- ג. **המ"פ**, רס"ן נעמן, לא נשאל אודות שיחות שניהל עם החיילים, וההגנה לא עימתה אותו עם טענותיה בנושא.
- ד. **הסמ"פ**, סגן א., העיד כי נכח בתדריכים רבים של המפקדים בהם נאמר כי האירוע חמור וכי **הנאשם שיקר** (עמוד 805 שורה 35 – עמוד 808 שורה 30). העד הוסיף, כי מטרת השיחות היתה "לגרום לזה שלא יהיו אירועים כאלה בעתיד." (עמוד 808 שורות 33 - 34).
- ה. **המ"מ**, סגן מ"ס, מסר כי לא נכח בשיחות המפקדים.
- ו. **המ"מ**, סגן א., העיד כי עלו בשיח המפקדים התכנים הבאים: "תוכן השתלשלות האירועים והסכנות, לקחים מבצעיים וזה שצריך לקחת את זה ולהתעלות מהדבר הזה כי עדיין יש לנו קו מבצעי לשמור עליו" (עמוד 673 שורות 4 - 5). העד עמד על כך שהיה חשש מפני תופעת מרד בפלוגה ואף מטעם זה עלה צורך לשוחח עם החיילים. העד אישר לשאלת הסגור, כי נאמר אף שהמדובר **באירוע חמור** ובהתאם לכך העביר את הדברים גם לפקודיו בשיחה המחלקתית (עמוד 672 שורות 2 - 3).
- ז. **סמ"ר א.** העיד כי המפקדים ציינו כי המדובר **באירוע לא תקין וחמור** (עמוד 225 שורה 33 – עמוד 226 שורה 7).
- ח. **סמ"ר ס.** העיד כי המפקדים שוחחו אודות "אירוע לא טוב, אירוע חמור המציג את א' א' בצורה שלילית הבאה להוריד אותו" (עמוד 916 שורה 34).
- ט. **סמל ו.** העיד כי המפקדים התבטאו בשיחות אודות המעשה החמור ועל כך שהנאשם שיקר, אך משנדרש לפרט אודות תוכן השיחות במדויק השיב: "בשיחות היה בעיקר כאילו המעשה עצמו, שכאילו הוא לא טוב וכאילו הם מצידם לא היה מטען והם לא..". (עמוד 1098 שורות 26 - 29).
- י. **סמל א"ו** העיד כי "לא תמיד דיברתי עם מפקדים ואף אחד לא באמת יכל להגיד דעתו כי החקירה לא הסתיימה, האוירה הכללית הייתה שהאירוע לא היה טוב, שידרו את זה כל הזמן, שהאירוע כל הזמן לא נראה טוב... שהאירוע לא היה תקין..." (עמוד 1114 שורות 25 - 28).

יא. **רב"ט ב.** העיד כי הגם שאינו זוכר את תוכן השיחות עם המפקדים באופן מדויק, הרי שעיקרי הדברים נסבו סביב חששם של החיילים מפני חוסר גיבוי מצד המפקדים. כן ציין שהמפקדים מסרו ש"האירוע לא בסדר" (עמוד 290 שורה 26 – עמוד 291 שורה 9).

יב. **רב"ט ב.ח.** העיד כי המפקדים שוחחו אודות אירוע הירי, אך לא שוחחו כלל אודות הנאשם. ובלשונו: "ע: לא, אף אחד לא הזכיר מה שא' א' אומר, רק את המעשה, את הירי עצמו.

ס: מישוהו מהמפקדים אמר לכם לגבי משהו שא' א' אמר?

ע: לא. בשום שלב. (עמוד 777 שורות 13 - 18)

יג. **הקמ"ן, רס"ן א.מ.**, מסר בעדותו כי המסר הכללי בשיחות היה "שמדובר באירוע חמור שצריך לראות שאין אירועים נוספים כאלה..." (עמוד 1079 שורות 26 - 28)

250. לא בכדי פירטנו את תוכן דברי המפקדים אשר נמסרו לפקודים בשיחות במסגרות השונות ביחידה. מהעדויות שנאספו עולה תמונה ברורה לפיה **השיח נסב סביב האירוע שהתרחש**, תוך שהודגש כי המדובר באירוע חמור, שאינו תקין מן הבחינה המבצעית. אמנם, סגן א. העיד כי המפקדים הביעו את מסקנתם לגבי גרסת הנאשם וצינו כי הוא שיקר, ואולם ראינו לדחות גרסה זו כבלתי מהימנה. גרסה זו ניצבה לבדה והן המפקדים שהעידו והן החיילים שהעידו לא תמכו בה. נהפוך הוא. עד ההגנה, רב"ט ב.ח., עמד על כך שהמפקדים לא התייחסו אל גרסאותיו של הנאשם **בשום שלב**.

251. משקיבלנו כמהימנות את עדויות המח"ט והמג"ד לעניין תכני השיח שבוצע עם החיילים, שומה עלינו לקבוע האם עניין לנו בהתבטאות תקינה, או שמא דבק בה פגם. תכליתן של שיחות המפקדים הוגדרו באופן מיטבי וממצה על ידי המג"ד, סא"ל שפירא: "**התחקיר של היום הוא התדריך של מחר**". דהיינו, לימוד הכוחות את המותר והאסור בפעילות המבצעית הבאה, והכל בהתאם לממצאי התחקיר המבצעי. שוכנענו, כי טענות ההגנה לפיהן נועדו השיחות לשם "רדיפה" של הנאשם, "שטיפת מוחם" של החיילים נגד הנאשם או על מנת לפגוע בהגנת הנאשם, לא בוססו מבחינה עובדתית והן מנוגדות לראיות שהובאו בפנינו, לרבות על ידי ההגנה עצמה.

252. האם מטרה זו מכשירה את שיח המפקדים?

התחקיר המבצעי הינו כלי מרכזי ומהותי לחקירת אירוע שהתרחש במהלך פעילות מבצעית והוא מושרש עמוק בהווה הצבאית. ככזה, קיימת חשיבות כי התחקיר יתבצע בסמוך לאחר האירוע ועל ידי גורמים המצויים בפעילות המבצעית. חקירת האירוע המבצעי נדרשת לשם ביצוע תהליך של למידה והפקת לקחים, במבט צופה פני עתיד. במצב דברים זה, חיוני כי מסקנותיו של התחקיר הצבאי יופצו וילמדו וזאת הן לצורך יישום מיידי ובמקרים המתאימים אף לצורך ביצוע תהליכים ארוכי טווח. עריכת תחקיר מבלי להפיץ את מסקנותיו היא פעולה עקרה החוטאת לתכליתה. למעשה, חובתם של המפקדים היא לתדרך את פקודיהם, בהתאם למסקנות התחקיר, ובכלל זאת ללמדם כיצד לנהוג באירוע המבצעי הבא,

תוך שימת דגש על אופן יישומן של הוראות הפתיחה באש, מתן דוגמאות ביחס למותר והאסור והסרת אי בהירויות שעלולות לנבוע, תוך מענה לשאלות. כבר נפסק –

"תכלית התחקיר היא אפוא למידה. הלמידה היא לא להלכה, לשם שמיים, אלא לצורך מוגדר. עניינה הוא בחיי המעשה, לשם הפקת לקחים. התחקיר מחייב, אפוא, בירור ממצה ונוקב של תשתית עובדתית, המתייחסת לאירועים שהתרחשו בעבר. הגם שמטרתו העיקרית של התחקיר היא הפקת לקחים, יש לו גם תרומה חשובה לעיצוב אופיו של הצבא כארגון לומד, ולשיפור אמינות חיילי צה"ל ומפקדיו, בדורשו מהמתחקר לדווח אמת, לעמוד בפני ביקורת, ולהודות בטעויותיו.

... כך, לקח שנלמד במסגרת תחקיר ראוי לו שיופנם, בראש ובראשונה, ביחידה המתחקרת וממנה, ובאמצעותה, במקרים המתאימים, יופץ וילמד בכל צה"ל " (ב"ש 42/03 **התובע הצבאי נ' אלדד בנימין**, פורסם בנבו, 5.5.2004, פסקאות 27 ו-28 (להלן: "**עניין בנימין**"); וראו בש"פ 6883/15 **פלוגי נ' מדינת ישראל**, פורסם בנבו, 7.12.2015 (להלן: "**עניין פלוגי**")).

253. האלוף (במיל.) עוזי דיין, שהובא כעד מטעם ההגנה, התייחס אף הוא בעדותו לחשיבות הנודעת להעברת מסקנות התחקיר מהר ככל שניתן לכוחות בשטח, מבלי להמתין לסיום ההליך המשפטי: "חשוב לי כאלוף פיקוד שכל אירוע בשטח שיש לו משמעויות לשאר הכוחות צריך מה שיותר מהר, שכולם ידעו את המסקנות העיקריות שלו. מכאן חשיבות התחקיר" (עמוד 1036 שורות 16 - 21). האלוף (במיל.) דיין הדגיש כי אין המדובר בעניין הנתון לשיקול דעת המפקדים, ואישר את אמירת התובע לפיה מוטלת עליהם **החובה** "לשדר לפקודים שלהם מסרים ברורים לגבי מה נכון ומה לא נכון ולגבי כל אירוע שיש לו משמעות מבצעית עתידית" (שם, שורות 25 - 27).

254. עוד נפסק **בעניין בנימין** כי בהתאם להוראות חוק השיפוט הצבאי, פועלות מסגרת התחקיר ומסגרת החקירה הפלילית במקביל, זו לצד זו. וכך נפסק:

"היו ימים, בהם מערכות אלה היו פועלות בשילוב זרועות, ומידע היה עובר בין מערכת אחת לרעותה. כיום, על פי קביעת המחוקק, קיימת הפרדה. ואולם, הפרדה זו אין משמעותה שהמערכת המתחקרת קופאת במקום, מאימת הפגיעה בהליך החקירתי. **חובה על מפקדים להשלים את התחקיר ולומר את עמדתם בבירור, ואין בכך כל פסול**. המגבלה על פי חוק השיפוט הצבאי היא אך ורק כקבוע בסע' 539 לחוק השיפוט הצבאי, ולא למעלה מכך" (**עניין בנימין**, פסקה 31).

255. דברים אלו יפים לענייננו ככפפה ליד. כאמור, אין המפקדים פועלים בריק. המציאות הביטחונית היומיומית מחייבת מתן מענה על אתר לסוגיות מבצעיות מורכבות, לצד שאלות נורמטיביות שהמציאות מכתובה. המפקדים מחויבים במתן הוראות והנחיות ברורות לכוחות שתחתם. לא ניתן להשאיר

עמימות או אי וודאות. ועדיין, קביעה נורמטיבית לפיה אירוע מבצעי נוהל באופן "לא תקין", ואף אם הוגדר כ"אירוע חמור", אינה פורצת את הגדר התוחמת את מסגרת התחקיר אל עבר ה"ספירה הפלילית", זאת במיוחד שעה שהמפקדים הקפידו לשוחח על **האירוע** ולא על **מחולל האירוע**. במצב דברים זה, אנו קובעים כי לא רק שלא נפל פגם בהתנהלות המפקדים, אלא שהם פעלו לשם מימוש אחריותם הפיקודית ובמסגרת חובתם כמפקדים (והשוו ואבחנו את ע/150, 148 **סמל גדסי נ' התובע הצבאי הראשי** (10.8.2011), שם עלה חשש שלפיו לא נשמרה הפרדה ברורה בין ההליך המשפטי להליך הפיקודי (בדמות נזיפה פיקודית), ובית הדין הצבאי לערעורים סבר כי עלולה להיפגע תחושת הצדק וההגינות המשפטית וראה להשיב את התיק לערכאה קמא לצורך בירור התשתית הראייתית העובדתית).

256. נראה עוד, למעלה מן הצורך, כי ממילא, לא השפיע שיח המפקדים על העדים שנשמעו בפנינו :

א. **סגן מ"ס** העיד כי כלל לא נכח בשיחה שבה המפקדים הגדירו את האירוע כ"חמור" (עמוד 388 שורות 27 – 35), כך שלא יכול היה להיות מושפע מדברים אלו.

ב. **סגן א.** העיד כי הושפע משיחות המפקדים : "שבתחלה חשבתי משהו אחד, ולאחר מכן בעקבות השיחות שיניתי דעתי, כל פעם הסתכלתי על זה בצורה אחרת וברור לי שהשיחות השפיעו גם עלי בדברים מסוימים, עמדות מסוימות, לפחות בימים הראשונים לא חשבתי ככה, אני מעריך את המח"ט שלי שהוא אדם רציני וברגע שחוזרים על אותם דברים, לפחות היכן שאני הייתי עשרות פעמים זה בסוף משפיע." (עמוד 807 שורות 31 – 35). עם זאת, כשנשאל הכיצד השפיעו השיחות על החיילים, הסביר כי היו תחושות קשות של היעדר גיבוי מהמפקדים וחיילים חששו להשאר ביחידה מבצעת. העד לא הצביע על חייל אחד אשר הושפע למסור עובדות שגויות או לא נכונות על מנת לרצות את המפקדים, לפיכך העיד כי הוא מסר אמת במצ"ח ובבית הדין, וכך אף הנחה את כל פקודיו לעשות (עמוד 879 שורות 10 – 18).

ג. גם **סגן א.** מסר כי העיד רק אמת וכי כך הונחו כל החיילים לעשות (עמוד 690 שורות 23 – 26 ; עמוד 716 שורות 30 – 38).

ד. **סמ"ר ר.** מסר כי שיחות המפקדים השפיעו עליו, אך לא הסביר באיזה אופן, ובכל מקרה, העיד רק אמת (עמוד 335 שורות 2 – 8).

ה. **סמ"ר א.** העיד כי לא נכח בשיחות עם מפקדים בטרם מסר את הודעתו במצ"ח. לדבריו, גם שיחות מאוחרות לכך לא השפיעו עליו ועל עדויותיו (עמוד 226 שורות 8 – 9).

ו. **סמ"ר ס.** העיד כי מסר בחקירתו ובבית הדין את העובדות הכי מדוייקות (עמוד 931 שורות 20 – 24).

ז. **סמל ו.** מסר כי העיד רק אמת (עמוד 1104 שורות 12 – 17).

ח. **סמל א"ו** מסר כי העיד רק אמת (עמוד 1130 שורות 32 – 33).

ט. **רב"ט ב.ח.** מסר בעדותו כי "הבנתי שאני אמור לחשוב שזה ארוע לא טוב" (עמוד 771 שורה 19 – 22), אך לא הסביר כיצד הבנה זו הביאה לכדי עיוות העובדות בעת שמסר את עדותו במצ"ח או בבית הדין.

י. **רב"ט ב.** שלל תחילה את הטענה כי דברי המפקדים השפיעה על עדותו (עמוד 291 שורה 18), אם כי בעקבות שאלה נוספת השיב : "אם כל הזמן יגידו לך שתה קולה, אתה תשתה קולה, אז אני בסוף אשתה קולה"

(עמוד 291 שורה 20). בהמשך חזר לעמדתו הראשונה לפיה לא מסר עובדות שאינן נכונות בחקירתו או בעדותו בפני בית הדין, בעקבות שיח המפקדים (עמוד 291 שורה 32 - 34).

257. ואף זאת יש לומר, עדים עובדתיים בהליך פלילי מעידים על עובדות. אין תפקידם לקבוע את המשמעות הנורמטיבית של העובדות שעליהן הם מעידים. **בפועל אף לא עשו כן**, לא במצ"ח ולא בפני בית הדין. לפיכך, טענתו של עד ההגנה, האלוף (במיל.) ביטון (ס/37 סעיף 19 בעמוד 10) שלפיה "אם מפקד יגיד לחייל שמדובר באירוע חמור, חייל יעיד שמדובר באירוע חמור וגם הפוך" היא אמירה ריקה מתוכן.

258. נזכיר עוד, כי העדויות שנשמעו, כמקובל, עוברות בכור ההיתוך של הראיות כולן ובסופו של דבר מתקבלת הכרעת בית הדין על יסוד **מכלול** הראיות. אף בכך יש כדי להפחית את הסיכון ל"זיהום ההליך המשפטי" שכן, כאמור, נתונה לבית הדין הסמכות, בצד המומחיות והניסיון, לקבוע ממצאים "על פי התנהגותם של העדים, נסיבות הענין ואותות האמת המתגלים במשך המשפט" (סעיף 53 לפקודת הראיות).

259. הנה כי כן, אף אם היינו מאתרים פגם בהתנהלות הרשויות ועוברים לבחינת התקיימות השלב השני במבחן ה"תלת שלבי", הרי שראוי היה לקבוע, כי מידת הפגיעה ביכולתו של הנאשם להתגונן כראוי, **מזערית, אם בכלל**, וזאת שעה שלא הובאו ראיות להשפעה **בפועל** על תיאור העובדות, כפי שנמסרו על ידי העדים. העדים נשאלו מפורשות האם נגרמה הטייה של עדותם כתולדה מהשתתפותם בשיחה עם מי מהמפקדים, והשיבו בשלילה, תוך שהדגישו כי דבקו באמת. זאת ועוד, ההגנה העידה מטעמה 31 עדים. לא שמענו ולו עדות אחת ממנה עולה כי בחקירה או בפני בית הדין נמסרו עובדות שקריות **לחובת הנאשם** על מנת לסבר את אוזני המפקדים ולהפיס את דעתם. אכן, חלק מן העדים העיד אודות קיומה של השפעה על החיילים באופן **כללי**, אך אין בכך די כדי לבסס הגנה מן הצדק. משכך, משלא הונחה תשתית ראייתית מתאימה לביסוס השפעה **קונקרטית** אין מקום לקבל את הטענה (והשוו **פרשת קצב**, פסקה 395, לעניין השפעה בכוח על עדים, שאין בכוחה לבסס טענה של הגנה מן הצדק, שעה שלא הוכחה השפעה בפועל). לפיכך, גם השלב השני שנקבע **בהלכת בורוביץ** לצורך ביסוס טענת הגנה מן הצדק לא מתקיים.

260. לא נוכל לחתום פרק זה מבלי להתייחס לשלוש טענות נוספות של ההגנה, אשר עלו מבין השיטין ואשר מתקשרות באופן מסויים לסוגיית התחקיר המבצעי או לסוגיית זיהום העדויות. **טענה ראשונה - הנאשם לא השתתף בתחקיר**. ההגנה חזרה ושתנה, כי אבי כל חטאת נעוץ בעובדה כי הנאשם לא השתתף בתחקיר המבצעי. משכך, נפל פגם בהליך המתודי של ניהול התחקיר, באופן קביעת ממצאי התחקיר ובהסקת המסקנות. משעה שמסקנות התחקיר הן שהובילו לתפיסת המפקדים את האירוע כ"אירוע חמור", עמדה אשר פורטה בהמשך בשיח עם החיילים, הרי שנפל פגם בהליך בכללותו. **הערה ראשונה -** לא ראינו להרחיב אודות עקרון "קדושת חסיון התחקיר" אשר יושם באדיקות במהלך משפטו של הנאשם, משהדברים ברורים וידועים. במהלך ניהול ההליך המשפטי לא נחשפנו לפרטי התחקיר ובכלל זאת לא הובאה לידיעתנו רשימת החיילים והמפקדים שנטלו בו חלק. בהעדר תשתית ראייתית **מלאה**,

אין לנו הכלים לקבל את טענת ההגנה. **הערה שנייה** – משקבענו, כי אין ליתן אמון בדברי הנאשם, ומנגד ביכרנו את עדויות המפקדים, עולה כי הנאשם הוסע לחטמ"ר עציון על מנת להשתתף בתחקיר המבצעי. עדות אחרת, עליה ראינו לבסס ממצאי עובדה לא הוצגה לנו. **הערה שלישית** – לו חפצה ההגנה לחזק את עדותו של הנאשם ביחס לטענתו כי לא תוחקר על ידי מח"ט 900, אלא אמור היה להידון בפניו בדין משמעתי יכולה היתה ההגנה לזמן כעד מטעמה את הרס"ר, אשר לטענתה ליווה את הנאשם למשרדו של מח"ט 900 לשם שיפוטו בדין משמעתי. משלא עשתה כן, מדברים הדברים בעד עצמם. אשר לזימונו של מח"ט 900 עצמו, מובן הקושי הכרוך בכך, בהיותו עורך התחקיר המבצעי. בעת בחינת ראש הטיעון הבא, נעמוד על עקרון חסיון התחקיר.

261. **טענה שנייה – איסור קיום בירור ראשוני על ידי המפקדים.** נטען, כי הבירור הראשוני שערכו המפקדים בשטח אל מול הנאשם מהווה תחילתו של "תחקיר מבצעי" ולפיכך, ממצאי חוסים תחת חסיון התחקיר. מנגד, הוטעם כי אם המדובר בבירור המוביל לחקירת מצ"ח, אזי נפגעו זכויותיו המהותיות של הנאשם, שעה שהנאשם לא הועמד על זכויותיו להימנע מהפללה עצמית ולהיועץ בעורך דין, טרם עריכת הבירור עימו. נביא את הדברים ככתבם וכלשונם: "לא ברור כיצד להגדיר את השיחה של הנאשם עם המג"ד. [המג"ד] מגדיר את השיחה כבירור, יש בינו לבין א' א' יחסי מרות. אם הוא חשב כי א' א' יישפט בדין משמעתי אין לי בעיה אך אם הוא חשב על חקירת מצ"ח הוא צריך להבין איך בגלל יכול שיש ידיעה על חקירת מצ"ח, איך המג"ד יכול לשאול אותו ומה המשמעות? אין תשובה ברורה על באיזה שעה הוחלט על חקירת מצ"ח. אם נקבל את טענת המג"ד, ... הוא אומר אחרי שהוא מפרט את השתלשלות האירועים. המג"ד אומר כי מהשלב הזה הוא מפסיק לעסוק באירוע הירי. ניסינו להגיד שאם השיחה של המג"ד, יש רצף של 3 שאלות ואין עליהן תשובה ברורה. אם השיחה עם המג"ד היא קשורה לבירור אז מה הוא טיב הבירור? אם השיחה היא על חקירה של מצ"ח אז מדוע הוא מעמיד אותו על מצב של הפללה עצמית? אם השיחה היא תחקיר איך היא הגיעה למצ"ח ולכאן?" (עמוד 1351 שורות 9 - 18).

262. בית הדין הצבאי לערעורים נדרש לסוגייה דומה במסגרת ע/6/09; 8/09 **התצ"ר נ' רב"ט אביחי אדרי** (19/3/2009). באותו מקרה נקבע, כי כאשר תכליתו העיקרית של הבירור היא "לברר אחריות לחריגה נורמטיבית חמורה, אשר נטען כי אירעה במהלך הפעילות המבצעית", דהיינו "מקום בו נהגו אותם חיילים באורח בלתי נורמטיבי, דהיינו פלילי – עברייני במהותו, והתנהגותם היא הנבדקת במסגרת הבירור, לא יהיה נכון להגדיר בירור זה כתחקיר מבצעי".

263. בבואנו ליישם מבחן זה, נמצאנו למדים כי בשלב הבירור הראשוני עם הנאשם לא ביקש המג"ד (ולפניו המ"פ) לעסוק בהפקת לקחים צופי פני עתיד, אלא להתחקות אחר סיבת הירי, כלומר, לבדוק האם היתה הפרה בתחום הנורמטיבי. עוצמת ההפרה הנורמטיבית, היא אשר תקבע בשלב מאוחר יותר את השאלה האם תפתח חקירת מצ"ח וההליך יתוייג כפלילי, או שמא די בקיומם של הליכים פיקודיים – משמעתיים. בנסיבות אלה, לא ניתן להגדיר את הבירור כ"תחקיר מבצעי" ולפיכך מוסר החשש כי חסיון התחקיר נפגע.

264. מן העבר השני, אף לא ניתן לקבל את הטענה כי על המפקדים חל איסור לברר עם הנאשם באופן ראשוני את החשד כי ירה בניגוד להוראות הפתיחה באש. יפים לענייננו קביעותיו של בית הדין הצבאי לערעורים בעניין **אדרי**, הנ"ל –

"מחד גיסא, מובן הוא כי חקירה פלילית כפופה לכללים אשר נקבעו לעריכתה בדין. כללים אלו נועדים להגן על זכויות החשוד והנחקר ולהעמידם על זכותם להימנע מהפללה עצמית. זהו אדן מוסד של שיטתנו המשפטית.

מאידך גיסא, יחידה צבאית באשר היא, ובפרט יחידה הנושאת בנטל מבצעי, חייבת להתנהל באורח תקין וראוי. חלק מהתנהלות זו כוללת הטלת אחריות על המפקדים בכל הנוגע לתפקוד היחידה וחייליה ומתן סמכויות בידי המפקדים לפעול לפי הבנתם למימוש אחריותם זו. **מובן כי בגדר סמכויות אלו נתונה הסמכות לערוך בירור ראשוני, שמטרתו היא בחינת רצינות החשד אשר הועלה בפניהם.** הדברים ודאי נכונים כאשר עניין לנו ביחידה מבצעית, וכשהתקלה הנבדקת עלולה להיות בעלת השלכות ביטחוניות-מבצעיות. ודוק: **הבירור עוסק בפעולות שיש להן השלכות מבצעיות, בעוד שתחקיר מבצעי עוסק בפעולות שהן עצמן מבצעיות.** אכן, גם לחיילים המשרתים ביחידות השונות אינטרס מובהק שיימנעו חקירות מיותרות מקום שבו החשד המתגבש איננו רציני די צורכו. סינון מקדים על ידי עריכת בירור ראשוני ביחידה אף ימנע הטלת נטל מיותר על רשויות החקירה, אשר ידיהן עמוסות לעייפה בלאו הכי.

דומה שהאיזון בין שני האינטרסים הללו מחייב, מחד גיסא, לאפשר מרחב פעולה מסוים למפקדים לערוך בירור ראשוני, שכאמור, מטרתו העיקרית היא לעמוד על קיומו של ממש בחשד שהועלה עוד טרם הפניית בדיקת הנושא לחקירת מצ"ח: האם החשד מבוסס; מה טיבן המדויק של ההתרחשויות; והאם לפי מהותן הן מחייבות פתיחת חקירת מצ"ח. מרחב פעולה זה חייב להיות רב יותר ככל שעניין לנו בתקלה או באירוע שלו השלכות ביטחוניות-מבצעיות. מרחב פעולה זה ראוי שיופנה בעיקר לתחום המבצעי ולבירור ההשלכות המבצעיות של האירוע.

ככל שמסתמן בעיני המפקדים המבררים כי קיים חשד ממשי לפגם **במישור הערכי-נורמטיבי** בפעילות החיילים, וככל שמסתמן שהיקף הסיכון המבצעי הוברר וניתן לו מענה מידי מספק, כך **מצטמצם** מרחב התמרון הפיקודי, וכך **גובר המרחב החקירתי-פלילי**, המחייב הפניית העניין אל גורם בודק על פי דין (קצין בודק או חקירת מצ"ח). בנקודה זו נוטלות זכויות החשוד את מקום הבכורה והן דוחקות לקרן זוית את צורכי היחידה." (שם, עמוד 15 ואילך)

265. כך נהגו המפקדים אף בענייננו. משנשאל המג"ד מה הייתה מטרת שיחתו עם הנאשם בסמוך לאחר האירוע, השיב: "שיחה ראשונית שמפקד מדבר בשטח עם חייל שלו כדי להבין מה היה היא לצורך הבנת הנתונים בשטח והיא לא הייתה חלק מהתחקיר המבצעי. התחקיר המבצעי המלא התחיל בצד של א' א' שהוא הגיע למח"ט כפיר ואצל האנשים האחרים בשלב מאוחר יותר ... אני עשיתי בשטח עם א' א' שיחה שמטרתה בירור ראשוני בכדי להבין מה

היה בשטח ... זה מה שמפקד מחוייב לעשות כדי להבין למה בוצע הירי. בעיני גם הבירור שתום עורך וגם הבירור שאני עורך עם א' א' אינם חלק מהתחקיר המבצעי אלא בירור ראשוני שמחוייב להתבצע על ידי מפקד בשטח" (עמוד 356 שורה 23 – עמוד 357 שורה 16). אף המ"פ, כאשר נחקר בנושא, השיב: "זה לא תחקיר כמו שזה להבין למה הוא עשה את זה. ס: זו שיחה לצורך הפקת לקחים? ע: לצורך הבנה" (עמוד 134 שורות 18 - 22).

266. הוסיפה ההגנה וטענה בסיכומיה, כי המפקדים ביצעו את הבירור הראשוני עם הנאשם, שעה שידעו כי צפויה להיפתח חקירת מצ"ח נגדו והימנעותם בשלב זה מלהעמיד את הנאשם על זכויותיו פוגעת בעקרונות של צדק וניהול הוגן של הליך משפטי. יש להצטער על כי ההגנה לא דקא פורתא בטענותיה ולא התייחסה אל לוחות הזמנים אשר הוכחו בראיות שהובאו בפנינו. הבירור שנערך עם הנאשם נעשה על ידי המ"פ מיד לאחר הירי ופעם נוספת, בסמוך לאחר הגעת המג"ד. באותה עת המח"ט עדין לא הגיע לזירת האירוע, כך שבשלב זה עדין לא שמע מהרבש"ץ, יוני בלייכברד, אודות התרחשותו של ירי "ללא הצדקה". כאמור לעיל, אמירה זו היא המניע לבחינת נסיבות הירי וגרימת מותו של המחבל ואלמלא זו מי ישרנו.

267. ברי, כי הבירור הראשוני שערכו המ"פ והמג"ד לנאשם, בהינתן לוחות הזמנים האמורים, מצביע באופן מובהק על כך שבאותה עת לא הועלתה האפשרות כי הנאשם ייחקר במצ"ח. בהתאם, אין לקבוע, כי נפגעו זכויותיו של הנאשם, עת נשאל לסיבת הירי על ידו, בשלב הראשוני.

268. **טענה שלישית – השפעת התביעה הצבאית על העדים.** במסגרת סיכומיה הכתובים הוסיפה ההגנה והעלתה טענה, שבמסגרתה הטילה דופי באופן הכנת העדים על ידי התביעה הצבאית. טענה זו, ביקשה ההגנה להמחיש בסיכומיה, עת הפנתה להכנת עדותו של עד התביעה, רב"ט ב.. נכתב כי מאחר שהודעתו במצ"ח אחזה 3 עמודים, ועל אף שהעד הבהיר כי שעות ההכנה הוקדשו לצפייה בראיות (סרטונים שונים), "עולות תהיות רבות באשר להשפעה של התביעה על העד" (סעיף 996). אכן, הנייר סופג הכל. אך תמהנו אודות עזות המצח לטעון כנגד מקצועיותה ויושרתה המקצועית של התביעה הצבאית, מבלי להציג ולו בדל ראיה לתמיכה בטענה. גם אם עולה חשש להשפעה על עדים על ידי ההגנה, הרי שהטלת דופי ביושרתה של התביעה הצבאית, צריכה להיעשות בזהירות מירבית ואף זאת רק לאחר הנחת תשתית ראייתית מתאימה.

269. סוף דבר, בהעדר תשתית ראייתית מתאימה, נדחית טענת ההגנה בדבר זיהום עדויות, באופן שפגע ביכולתו של הנאשם לנהל משפט צודק והוגן.

5.5.5 ראש טיעון רביעי: זליגת התחקיר המבצעי לתוככי חקירת מצ"ח

270. בפרק זה נדרש לטענת ההגנה שלפיה זלגו חלקים מהתחקיר המבצעי לתוככי חקירת מצ"ח, ופועל יוצא מכך אל תוככי ההליך המשפטי. נטען, כי "עלה כי התחקיר המבצעי הודלף לתקשורת בימים שלאחר האירוע,

עניין שבכל הכבוד, בדיקה עובדתית פשוטה יכולה להוכיח וגם הוכחה במשפט שעה שהלכה למעשה, התביעה לא חקרה בעניין זה, ושעה שאלופים ותא"ל אישרו כי הם ניסחו ותיקנו את חוות הדעת, הרי שאין מחלוקת, גם על כך" (סעיף 2105 לסיכומי ההגנה). הוסיפה ההגנה וכתבה בסיכומיה "התביעה אף לא חולקת על כך, ואין לנו, כהגנה, כל ספק, כי האמירות של שר הביטחון, הרמטכ"ל ודובר צה"ל, חזור ושנה, אודות אותו תחקיר, הגיעו גם לידיעת כבוד השופטים" (סעיף 2181).

271. עמדנו על כך, כי בית הדין אינו ניזון מהדלפות לתקשורת ופוסק אך על פי הראיות שהובאו בפניו. לפיכך, תמוהה הטענה לפיה הדלפת התחקיר המבצעי לתקשורת "הוכחה במשפט".

272. בחוות דעתו של עד ההגנה, תא"ל (במיל.) זכאי (ס/48), התייחס העד לנושא "פרסום התחקיר המבצעי וההתבטאויות הדרג המדיני והצבאי" (סעיף 25). עיינו באמור בסעיף ולא מצאנו כי תוכנו מחזיק את כותרתו. סעיף 25 לחוות הדעת האמורה אינו עוסק כלל בפרסום התחקיר המבצעי, הגם שעוסק הוא באריכות בהתבטאויות הדרג המדיני והצבאי. לפיכך, אם נקודת המוצא של כתיבת כותרת סעיף 25 לחוות הדעת היא כי התחקיר המבצעי הודלף ופורסם, אזי בהעדר תשתית ראייתית מתאימה, לא נותר לנו אלא לקבוע, שדברים אלו נכתבו בעלמא, ודינם להידחות.

273. בחוות דעתו של האלוף (במיל.) ביטון (ס/37), התייחס לנושא "פרסום התחקיר המבצעי" (סעיפים 22 - 24). נכתב כי "לגבי פרסום התחקיר המבצעי: פרסום התחקיר המבצעי, נעשה בניגוד לחוק ומתוך הפרה ברורה של חוק השיפוט הצבאי, תשט"ו - 1955". נקודת המוצא של כתיבת תוכן חוות הדעת בהקשר זה היא כי התחקיר המבצעי הודלף ופורסם. אך חוות הדעת עצמה אינה מפנה לתשתית ראייתית כלשהי לביסוס המסקנה וכפי שצינו, לא הונחה תשתית ראייתית שכזו בפנינו במהלך ניהול המשפט. לפיכך, אין לנו אלא לקבוע כי הדברים נכתבו בעלמא ודינם להידחות.

274. סעיף 539א לחוק השיפוט הצבאי, תשט"ו - 1955 קובע כדלקמן:

"539א. תחקיר צבאי

(א) בסעיף זה –

"תחקיר" – בירור שנערך בצבא, בהתאם לפקודות הצבא, בנוגע לאירוע שהתרחש במהלך אימון או פעילות מבצעית, או בקשר אליהם;

"גוף חוקר" – קצין בודק, משטרה צבאית חוקרת או שופט חוקר;

"גוף ציבורי" – משרדי הממשלה, או גוף אחר ששר הביטחון קבעו בצו;

"משפט" – כהגדרתו בסעיף 538(ב);

"קצין בודק" – קצין בודק כמשמעותו בסעיף 252(א)(2) ו-(3).

(ב) על אף האמור בכל דין, יחולו לענין תחקיר הוראות אלה:

- (1) הדברים שהושמעו בתחקיר, פרוטוקול התחקיר, כל חומר אחר שהוכן במהלכו, וכן הסיכומים, הממצאים והמסקנות (להלן – חומר התחקיר), **לא יתקבלו כראיה במשפט, למעט במשפט בשל מסירת ידיעה כוזבת או העלמת פרט חשוב בתחקיר;**
- (2) **חומר התחקיר יהיה חסוי בפני כל אדם ואולם הוא יימסר, כולו או חלקו, רק לאותם גופים בצבא שהתחקיר דרוש להם לצורך מילוי תפקידם; ...**
- (3) **חומר התחקיר לא יימסר לגוף חוקר;**

” ...

275. המגבלה הקבועה בסעיף נוגעת לכך שאין לחשוף במסגרת ההליך החקירתי, ובהמשך במסגרת ההליך המשפטי, את תוכן דבריו של אדם בתחקיר המבצעי כפי שאלה נמסרו על ידו, ותוכן הדברים לא ישמש כראיה במסגרת הליכי החקירה והמשפט.

276. הרציונל בבסיס סעיף 539א פורט **בעניין בנימין**:

”הסעיף מאזן, אפוא, בין שני אינטרסים ציבוריים העשויים, לעיתים, להתנגש. מחד, הדרישה המקצועית-צבאית של דיווח אמת בתחקיר. אימוצה מחייב, כעולה מדיוננו לעיל, מתן חיסיון מוחלט לחומר התחקיר, תוך יצירת מרחב מוגן ומנותק מפני התערבות המשפט הפלילי. מאידך, קיים אינטרס ציבורי של שמירת היכולת להעמיד עבריינים לדין, ועל-כן לחקור חקירה פלילית את האירועים, נשוא התחקיר. על-פיו, גילוי אמת בתחקיר אינו מצדיק הענקת חסינות לעברייני פלילים. האיזון שאומץ בסעיף, מעניק חיסיון רחב מאד, גם אם לא מוחלט, לחומר התחקיר. כאמור, זו בחירתו המודעת של המחוקק: ליצור חומה המגנה על התחקיר, אך גם לקבוע בה פתחים. לאמץ חיסיון, לכאורה מוחלט, אך, בו-זמנית, לפגום בטהרתו.” (עניין בנימין, פסקה 43).

277. עמדנו לעיל על כך שהתחקיר המבצעי והליך החקירה הפלילית, כמו-גם ניהול המשפט הפלילי הם הליכים הדרים זה לצד זה, במקביל, ללא תחומי חפיפה. בהתאמה, לא הובאו פרטים מתוך התחקיר המבצעי לתוככי אולם המשפטים. העדים הוזהרו כנדרש. במקרים הבודדים בהם הועלתה אי וודאות באשר למתן תשובה, מצד עד כזה או אחר, הובהרו הכללים פעם נוספת, והעד הגביל את תשובתו כנדרש (ראו למשל עמוד 383 שורה 1). בנוסף, במהלך המשפט נכחה באולם הדיונים נציגת הפצ"ר, אשר נחשפה לתוכן התחקיר. בהזדמנות אחת בה עלה חשש לחריגה מהוראות החוק, הביאה נציגת הפצ"ר את הדברים לפתחם של באי כוח הצדדים ושל בית הדין והפרוטוקול תוקן **בהסכמה**, בהתאם (עמוד 286 שורות 7 - 15).

278. אשר על כן, גם ראש טיעון זה נדחה על ידינו נוכח אי ביסוסו מבחינה ראייתית.

5.5.6 ראש טיעון חמישי: החזרת גופת המחבל – נזק ראייתי

279. ההגנה הלינה על כך שביום 27/05/2016 הוחזרה גופתו של המחבל לרשות הפלסטינית, לשם קבורתה, שעה שבאותו שלב עדין לא עלה בכוחה למנות מומחה ברפואה משפטית מטעמה, אשר יוכל לבחון את חומר הראיות ובמידת הצורך, לבקש לנתח את הגופה באופן עצמאי.

280. ביום 29/5/2016, למעלה מחודשיים לאחר האירוע, פנתה ההגנה לבית הדין ב"בקשה ליתן הוראות מבית הדין הנכבד", בעניין החזרת גופת המחבל ובעקבות הנזק הראייתי הבלתי הפיך, כך לגישה, נגרם להגנה בשל פעולה זו. במסגרת הבקשה עתרה ההגנה כי נורה לתביעה להסביר מדוע הוחזרה הגופה ומדוע לא הועברה הודעה בעניין זה להגנה, טרם החזרת הגופה.

281. התביעה הצבאית השיבה, כי אך בהודעה זו לבית הדין, ציינה ההגנה, לראשונה, כי היה בכוונתה לבדוק את גופת המחבל, שעה שעד לאותו מועד הועלה אך ורק הצורך במינוי מומחה מטעם ההגנה לצורך בחינת חוות דעתה של ד"ר גיפס. הטעימה התביעה הצבאית עוד, כי נתיחת גופה אפשרית אך מכוח חוק חקירת סיבות מוות, התשי"ח – 1958 ולפיכך ממילא, אין הסדרה בהוראות החוק לאפשרות תיאורטית של נתיחת הגופה על ידי נציג מטעם ההגנה.

282. בהחלטתנו מיום 30/05/2016 הורינו להגנה להצביע על אסמכתא לתמוך בבקשתה האמורה. ההגנה הפנתה את בית הדין ל"סמכותו הטבועה". בדיון ההוכחות שנערך ביום 01/06/2016 חזרה ההגנה מבקשתה כי בית הדין יורה על השבת הגופה וציינה כי תפנה תחילה לקבלת מידע מהתביעה הצבאית (עמוד 42 שורה 32 - 34). גם לאחר שההגנה העלתה טענתה זו פעם נוספת במהלך סיכומיה, שבנו וביקשנו כי תצביע על אסמכתא מדעית (המסבירה כי יש טעם וערך מקצועי בנתיחה שכזו) או משפטית (המצביעה על סמכות לבצע נתיחה עצמאית) לביסוס טענתה. ההגנה לא הצביעה על אסמכתאות שכאלו.

283. אין ספק כי על רשויות החקירה מוטלת החובה לפעול **לחקר האמת**. בית המשפט העליון קבע לא אחת כי חקירה מקצועית, מקיפה וממצה היא חלק מזכותו של נאשם למשפט הוגן. בע"פ 846/10 **בדוי נ' מדינת ישראל** (תק-על 2014 (3), 2023, 2043), נקבע כי:

"חובת הרשויות לניהול ומיצוי הליכי חקירה כראוי, מהווה גם חלק מזכות הנאשם למשפט תקין והוגן, בהיותו אמצעי לחשיפת האמת. לאור האמור, נקבעה ההלכה בעניין מחדלי חקירה, לפיה על בית המשפט לבחון האם אכן התקיימו מחדלים שכאלה והאם קופחה בעטיים הגנתו של הנאשם באופן שהקשה עליו להתמודד עם חומר הראיות נגדו (ראו למשל: ע"פ 6679/04 **סטקלר נ' מדינת ישראל** (11.5.2006) (להלן: פס"ד סטקלר); ע"פ 2511/92 **חטיב נ' מדינת ישראל** (5.7.1993); ע"פ 173/88 **אסרף נ' מדינת ישראל**, פ"ד מד(1) 785, 792 (1990)). עוד נקבע לעניין נפקותם של מחדלי החקירה, כי:

"כאשר 'חסרה' ראייה כאמור לתביעה - נזקף ה'מחדל' החקירתי' לחובתה, שעה שנערך מאזן הראיות ונדונה השאלה האם הרימה התביעה את נטל ההוכחה המוטל עליה. ואילו מקום שהעדרה של הראייה 'חסרה' להגנה, תוכל זו להצביע על ה'מחדל' כשיקול בדבר קיומה של ה'אפשרות' הנטענת על ידה, הכל בהתאם לנסיבות המיוחדות של הענין הנדון [...]" (ע"פ 4384/93 מליקר נ' מדינת ישראל, פס' 6(ג) (17.6.1997)).

284. עוד נקבע בפסיקה, כי הבחינה באשר לעוצמת הפגיעה בהגנתו של הנאשם נעשית תוך התחשבות בטיב המחדל החקירתי, בנוק הראייתי שנגרם והכל תוך השוואתו אל מול מארג הראיות הכולל (ע"פ 5386/05 אלחורטי נ' מדינת ישראל (18.05.2006); ע"פ 8529/11 אטקשייב נ' מדינת ישראל (24.05.2012); ע"פ 12/2489 פלוני נ' מדינת ישראל (13.8.2012)).

285. מבג"ץ 2586/16 עבד אלפתאח אשריף נ' מדינת ישראל ואח' (31/3/2016) (ת/47), אשר הוגש בהסכמה, עולים שני נושאים הרלוונטיים להכרעתנו דכאן. העניין הראשון - העתירה הוגשה על ידי משפחת המחבל, אשר ביקשה להחזיר את הגופה מבלי שתנותח. לחלופין הועלתה דרישה כי רופא מטעם המשפחה ישתתף בנתיחה. בית המשפט העליון פסק כי הנתיחה תתבצע במכון לרפואה משפטית על ידי רופא מטעם המכון וכי רופא-פתולוג מטעם משפחת המחבל יהיה רשאי להיות נוכח בעת ביצוע הנתיחה, אך לא לבצע פעולות בעצמו. העניין השני – העותר דרש, לחלופין, את החזרת גופתו של המחבל לאחר הנתיחה "כדי שניתן יהיה לבצע בה נתיחה נוספת מטעם המשפחה". עמדת המדינה הייתה כי "מאחר ומדובר ב'ראיה מתכלה' לא תהיה אפקטיביות בביצוע נתיחה נוספת". בית המשפט העליון הורה "באשר לבקשת המשפחה להשיב לה את גופת המנוח לאחר ביצוע הנתיחה, פתוחה הדלת לפני העותר לפנות בבקשה מתאימה למפקד הצבאי".

286. התביעה הצבאית הבהירה כי "פעולת החקירה הזו, נתיחת הגופה, לרבות העיכובים שנובעים מההליכים בבג"ץ, פורטה בגלוי במהלך דיוני המעצר" (עמוד 1360 שורה 13 - 14). ההגנה לא חלקה על כך. ביום 18/4/2016 הוגש כתב האישום נגד הנאשם, פעולות החקירה, ככלל, הסתיימו וחומר החקירה הועבר להגנה. רוצה לומר, על פי לוחות הזמנים שפורטו לעיל, כבר ביום 31/3/2016, לכל המאוחר, היה על ההגנה להיות ערה לפניית משפחת המחבל להשיב את גופתו לרשות הפלסטינית. חרף זאת, נמנעה ההגנה מלפנות בהליכים מנהליים, אשר ימנעו את החזרת גופת המחבל לרשות הפלסטינית (למשל, פנייה למפקד הצבאי להימנע מהחזרת הגופה מטעמים ראייתיים; הגשת עתירה למתן צו המורה להימנע מהחלטה בדבר החזרת הגופה מטעמים ראייתיים וכיוצ"ב). אף אם עשתה כן, לא הציגה לנו ראיות לעניין זה.

287. זאת ועוד, עובר ליום 31/03/2016, נמסר לבית המשפט העליון, על ידי הגורמים המקצועיים, כי נתיחה מאוחרת של גופת המחבל לא תהיה אפקטיבית מבחינה מדעית. פרופ' היס, מומחה לרפואה משפטית, אשר הגיש את חוות דעת, כעד מומחה מטעם ההגנה (ס/34) ואף העיד ארוכות בפנינו, לא נשאל ולו שאלה אחת, על ידי ההגנה, לעניין המשמעות הראייתית (מבחינה פורנזית) לביצוע נתיחה בגופה, בחלוף למעלה מחודשיים מיום המוות (ונזכיר כי ביום 29/5/2016 עדין לא הועלתה דרישה שכזו על ידי ההגנה).

288. גם כאשר הועלתה הסוגיה במהלך עדותה של דר' גיפס (עמוד 91), הודיעה ההגנה כי אין בכוונתה לשאול שאלות בעניין "נתיחה שנייה". נביא את הדברים ככתבם וכלשונם:

ת: המחבל שניתחת, נקבר לפני שלושה שבועות בתאריך 28/05/2016 שזה קצת יותר

מחודשים לאחר שנהרג, אם במקום להיקבר במועד הזה הוא היה עובר נתיחת גופה נוספת, באיזה מידה זה היה יכול להניב נתונים נוספים שרלוונטיים לחוות הדעת?

ס: בתור מה היה יכולה להגיד ואני לא מדבר על המומחיות שלה, אני מדבר על חלק אחר. היא עשתה נתיחה נוספת? היא יכולה לדעת? אין נתיחה נוספת, חבריי טרחו לשלוח את הגופה כפי שהיא. זאת שאלה שהעדה לא מתייחסת למומחיות שלה אלא זה שאלה היפוטטית.

ע: זה בתחום המומחיות שלי, אני יכולה לענות על מה ידוע על נתיחות שניות בלי קשר לזמן קבירת הגופה.

ס: חבריי העבירו שאלות לרופאה, השאלה לא הופיעה בשאלות מטעם התביעה או מטעם גורמי התביעה באופן רחב, העדה אני מניח שעברה רענון זיכרון אצל חברי, לא קיבלנו מסמך נוסף שכזה, זה לא השלמת חקירה לא ניתן לשאול את השאלה.

ת: מאחרי וחבריי העלו דברים כאלו ואחרים בפני בית הדין, אני מוצא לנכון לבקש מהעדה לענות כמומחית על השאלה של מה הם עושים במסגרת הנתיחה הראשונה ובאיזה מידה ניתן לבצע נתיחה שנייה.

ס: ההגנה הולכת היום לחקור את העדה חקירה ארוכה. לגבי נתיחה שנייה אני לא מתכוון לשאול את העדה. הכל תלוי בצורך שלי לאור החקירה הנגדית. אין השלכות לקו ההגנה, כי הנזק הראייתי שנגרם הוא עובדתי.

ת: דווקא לאור תשובת הסנגור אני חושב כי צריך להתיר את השאלה. אם חברי לא מתכוון להפנות את השאלה חשוב לדעת מה עמדת העדה על מנת כמו שבית הדין העיר לחסוך עדויות הזמה.

289. בהתאם להצהרת ההגנה, כפי שבאה לידי ביטוי בפרוטוקול, החלטנו שלא להתיר לתביעה הצבאית לשאול את העדה שאלות בסוגייה זו, וכך קבענו: "התובע הצבאי אישר כי לא הועבר מבעוד מועד חומר חקירה העוסק בשאלה האחרונה שהפנה לעדה המומחית. מטעם זה לא ראינו להתיר את השאלה על מנת שהדברים לא יפתיעו

את ההגנה. רשמנו לפנינו את עמדת ההגנה כי אין בכוונתה לשאול את העדה המומחית שבפנינו שאלות הקשורות לסוגיית הנתיחה הנוספת, על כל המשתמע מכך. בפועל, ההגנה לא חקרה את העדה, ד"ר גיפס, אודות האפשרות לבצע נתיחה נוספת בחלוף זמן כה רב ממועד המוות.

290. הנה כי כן, בהתאם להלכה הפסוקה, בטרם נוכל לבדוק מה עוצמתו של הנזק הראייתי שנגרם להגנה, והאם קופחה הגנתו של הנאשם בעטיו, יש לבסס תחילה קיומו של נזק ראייתי שכזה. כפי שהראינו, ההגנה שקטה על שמריה ולא עשתה דבר על מנת למנוע את החזרת גופת המחבל, הגם שידעה כי משפחתו עתרה בעניין זה כבר בחודש מרץ 2016 (והשוו ע/96/05 טור' והייב נ' התובע הצבאי הראשי, 10.8.2006). משהוחזרה הגופה לרשות הפלסטינית, טענה לנזק ראייתי כמוצאת שלל רב, ועדיין, משבחרה שלא להציג ראיות בהקשר זה ולא לבסס את טענתה, לא על דרך של חקירתה של ד"ר גיפס בעניין ואף לא על דרך חקירה של פרופ' היס בעניין, אין לה אלא להלין על עצמה.

291. סוף דבר, נדחית גם טענת ההגנה לקיומו של נזק ראייתי, בהעדר תשתית ראייתית לביסוסה.

5.6 עבירה ההריגה – סיכום

292. בהתאם לסעיף 298 לחוק העונשין, הגורם במעשה אסור למותו של אדם מבצע עבירת הריגה. הפסיקה קבעה, כי מעשה אסור הוא כל מעשה המסכן את חיי הזולת, הנעשה מתוך מחשבה פלילית והגורם לתוצאה קטלנית. במקרה בו עסקין, אין מחלוקת כי הנאשם ירה בראשו של המחבל אלשריף מטווח קצר, לאחר שכיוון את הנשק לעבר ראשו, ולא יכולה להיות מחלוקת כי ירי כאמור יש בו כדי "לסכן את חיי הזולת". הנאשם אף היה מודע לכך כי הירי שביצע "מנטרל את המערכות" ו"הורג בסבירות גבוהה". בין הצדדים נתגלעה מחלוקת בשאלת הקשר הסיבתי בין הירי שביצע הנאשם לבין מותו של המחבל, וכן מחלוקת באשר להצדקת הירי האמור. בעוד שהתביעה טענה כי לירי של הנאשם לא הייתה כל הצדקה, טענת הנאשם הייתה כי הוא חשש שהמחבל נשא מטען על גופו, ולנוכח אותו חשש – תאם הירי את הוראות הפתיחה באש. לחלופין נטען, כי גם אם היה החשש מדומה, הרי שלאור הנסיבות בזירת האירוע, קמו לנאשם סייגים לאחריותו בפלילים.

293. נוכח האמור, פנינו תחילה לבחון את הקשר הסיבתי שבין הירי של הנאשם לבין מותו של המחבל. הראינו, כי טענת ההגנה בעניין הקשר הסיבתי הלכה והתפתחה במהלך שמיעת הראיות בתיק. בעוד שבתחילה נטען, כי מות המחבל נגרם כתוצאה מ"חזה אויר בלחץ" שנבע מהירי הראשוני שבוצע על ידי חיילים אחרים, הרי שבשלב מאוחר יותר, העלתה ההגנה תיאוריה חדשה, לפיה המחבל מת כתוצאה מ"תסחיף אויר ללב", וזאת עוד בטרם ירה בו הנאשם. בסוגיית הקשר הסיבתי העידו בפנינו שלושה עדים מומחים: מטעם התביעה הצבאית העידה ד"ר גיפס, ומטעם ההגנה העידו פרופ' היס ופרופ' שמעון. לאחר שמיעת עדויותיהם, וכן לאחר בחינת חוות דעתם בראי התשתית העובדתית הכוללת, העדפנו את

חוות דעתה המנומקת והמקצועית של ד"ר גיפס. אותה חוות דעת, שאת הנימוקים לאימוצה פירטנו בהרחבה, קובעת כי מותו של המחבל נגרם כתוצאה מהירי שבוצע לראשו, תוך שלילת האפשרות, כי המחבל מת כתוצאה מ"חזה אויר בלחץ" או מ"תסחיף אויר ללב". אותה חוות דעת אף שוללת מכל וכל את האפשרות העובדתית, שלא בוססה כלל על ידי מומחי ההגנה, לפיה אדם מת יכול לזוז. לעניין אחרון זה מצאנו ליתן חשיבות רבה, שכן טענת הנאשם היא כי המחבל זז בטרם ירה בו, ובהעדר ביסוס עובדתי לאפשרות התזוזה של אנשים מתים, נשמטת ממילא הקרקע תחת הטענה כי המחבל כבר היה מת בעת שנורה בידי הנאשם. נוכח כל האמור, קבענו, כעניין שבעובדה, כי מותו של המחבל נגרם כתוצאה מהירי שביצע לעברו הנאשם.

294. הלכה פסוקה היא כי בנסיבות המקרה דנן, מי שירה בראשו של אחר, ממרחק קצר, חזקה היא כי התכוון להביא למותו, משצפה כי התנהגותו תגרום לתוצאה הקטלנית כאפשרות קרובה לוודאי (ראו: עניין **סובאח**; וכן פלר **יסודות בדיני עונשין, חלק א**, פסקה 717). משכך, פנינו בהמשך, לבחון את הגרסה שהציג הנאשם במצ"ח ובבית הדין, וזאת במטרה להכריע במחלוקת הנוגעת להצדקת לירי. בחינת התשתית הראייתית במלואה, הובילה אותנו למסקנה, כי הגרסה שהציג הנאשם במצ"ח ולאחר מכן בפני בית הדין, ביחס לקיומן של שתי סכנות בגין ירה לכאורה במחבל, היא גרסה כבושה, שלא עולה בקנה אחד עם הפרטים שמסר באופן ספונטאני לפני ביצוע הירי ומייד לאחריו. על אותן התבטאויות העידו בפנינו מספר עדים, שעדויותיהם השתלבו זו בזו, חיזקו האחת את רעותה ואף השתלבו בראיות חיצוניות. בנוסף, הגענו לכלל מסקנה, כי הגרסאות שמסר הנאשם בשלב מאוחר יותר הלכו והתפתחו, לרבות במהלך עדותו בבית הדין ולא הונח בפנינו הסבר מניח את הדעת באשר לשינויי הגרסאות של הנאשם ולכבישתן מלכתחילה. זאת ועוד, בחינת התשתית הראייתית הוכיחה, כי עדותו של הנאשם נסתרה בראיות אוביקטיביות, ביחס למספר נתונים שעליהם התעקש. נוכחנו לראות, כי גרסתו הכבושה של הנאשם אינה עולה בקנה אחד עם הסרטונים שתעדו את האירוע, ובכלל זה את מרחק הסכין מהמחבל, עיתוי הצעקה שלדברי הנאשם הובילה לירי, סוגיית הלבוש של המחבל, תנאי מזג האוויר ביום האירוע וכן התנהלותו של הנאשם ושל יתר הנוכחים בזירה לפני הירי ולאחריו. כמו כן, נוכחנו לדעת כי גרסתו של הנאשם אינה עולה בקנה אחד עם הוראות הפתיחה באש וכן אינה תואמת את הערכתם המקצועית של מפקדיו באשר להצדקת הירי מבחינה מבצעית.

295. נוכח האמור, הגענו לכלל מסקנה כי יש לדחות את גרסתו של הנאשם במצ"ח ובבית הדין ולקבוע כי אינה מהימנה וכי אין מקום לקבל את הסבריו המאוחרים לגבי סיבת הירי. מסקנתנו זו התבססה על התרשמותנו השלילית מעדותו של הנאשם ולנוכח הסתירות בגרסתו וכן הסתירות בין דבריו לבין דברים שמסרו בפנינו עדים אחרים. נשוב ונזכיר גם את הימנעותה של ההגנה מזימון עדים חיוניים, בהתאם לגרסתו של הנאשם ואת הימנעותה מלהציג שאלות מהותיות לעדים מרכזיים. לאור זאת, ובהסתמך על התבטאויות הנאשם בסמוך לפני ולאחר הירי, שהוכחו לפנינו למעלה מכל ספק סביר, קבענו כעניין שבעובדה כי הסיבה לירי שביצע הנאשם לא הייתה נעוצה בתחושת סכנה, אלא בהסבר שסיפק מייד בסיום הירי ולפיו "הגיע למחבל למות" כיוון שדקר את חברו קודם לכן.

296. שעה שדחינו את גרסתו של הנאשם בפנינו וקבענו כי גם גרסתו במצ"ח אינה מהימנה, פסקנו גם, שהנאשם לא טעה טעות כנה באשר לתנאים שהובילו אותו לביצוע הירי וכפועל יוצא לא התקיימו בעניינו התנאים הנדרשים לביסוס סייג הטעות במצב הדברים, שלגביו אף לא קם ספק סביר. נוכח עמדת ההגנה שלפיה אותה טעות "מתקיימת במשולב עם צידוק, צורך והגנה עצמית", קבענו כי בנסיבות אלו, ממילא נשמטה הקרקע תחת הסייגים הנוספים שביקש הנאשם להחיל, באופן שמיתר את הצורך לדון בהם. חרף האמור, קיימנו דיון ביחס לסייגים והראינו כי מעשיו של הנאשם, גם לפי גרסתו, לא מקיימים את יסוד המוחשיות, יסוד המיידיות ויסוד הפרופורציונאליות, באופן ששומט את הבסיס תחת אותם סייגים.

297. אחר כל אלה, דנו בטענות שהעלה הנאשם במטרה לבסס הגנה מן הצדק. באנו לכלל מסקנה, כי בעניינו של הנאשם לא נפלו פגמים בהחלטה להורות על פתיחה בחקירה, וכן לא נפלו פגמים בהחלטה להורות על נקיטת הליכים משפטיים על דרך של הגשת כתב האישום. אשר ליתר הטענות שהעלתה ההגנה - אכיפה בררנית, זיהום ההליך כתוצאה מזליגת התחקיר המבצעי, השפעה על העדים כתוצאה מעמדת המפקדים והדרג הבכיר בצבא, וכן נזק ראייתי כתוצאה מהחזרת גופת המחבל, הגענו לכלל מסקנה כי לא הונחה בפנינו תשתית ראייתית מספקת לצורך ביסוסן. נוכח האמור, מצאנו לדחות גם טענות אלו של הנאשם.

298. סיכומם של דברים, לא היתה מחלוקת על כך שהנאשם ירה בראשו של המחבל. קבענו, כי הירי היה אסור בנסיבות המקרה. בנוסף, הוכח בפנינו למעלה מכל ספק סביר, כי מתקיים קשר סיבתי בין הירי שביצע הנאשם לבין מותו של המחבל אלשריף. קביעות אלה מבססות את היסוד העובדתי של עבירת ההריגה. כמו-כן, הוכח בפנינו למעלה מכל ספק סביר, כי הירי שביצע הנאשם לא היה נעוץ בסכנה שנשקפה מהמחבל, אלא במעשיו הקודמים. בעניין זה קבענו, כעניין שבעובדה, כי הסיבה לירי נעוצה בכך שהמחבל תקף בסכין את חבריו של הנאשם ליחידה ואף פצע אחד מהם, ולפיכך "הגיע למחבל למות". הראינו כי הנאשם היה מודע לכך שירי לראש גורם בסבירות גבוהה למוות. אשר על כן, אנו קובעים כי הוכח במידת הוודאות הדרושה בפלילים, כי הירי שביצע הנאשם לראשו של המחבל מקיים יחס חפצי של כוונה בהתאם לסעיף 20(א)(1) לחוק העונשין, ולו נוכח קיומו של התנאי שעניינו "ראייה מראש את התרחשות התוצאה הקטלנית, כאפשרות קרובה לוודא" (ראו סעיף 20(ב) לחוק העונשין).

299. בשים לב לגזרת המחלוקת אותה פירטנו לעיל, ומשלא מתקיימים סייגים כלשהם לאחריותו הפלילית של הנאשם, אין אלא לקבוע כי הוכחו בפנינו יסודותיה של עבירת ההריגה למעלה מכל ספק סביר.

6. עבירת ההתנהגות שאינה הולמת

300. פרט האישום השני מייחס לנאשם עבירה שעניינה התנהגות שאינה הולמת, לפי סעיף 130 לחוק השיפוט הצבאי שזה לשונו:

"חייל בדרגת סמל או בדרגה גבוהה מזו שהתנהג באופן שאינו הולם את דרגתו או את עמדתו בצבא, דינו – מאסר שנה"

301. ניסוח העבירה מלמד על כי המדובר בעבירה בעלת "רקמה פתוחה", אשר כוללת בחובה צורות התנהגות מגוונות, אשר להן מאפיין משותף, שעניינו כשל התנהגותי-פיקודי, שאינו הולם בעל דרגה בכירה בצבא. ודוק, הוראת החוק מדברת בהתנהגות שאינה הולמת בעל דרגה בכירה מסמל ומעלה, ובכך היא יוחדה רק לבעלי דרגות פיקודיות, על פי מעמדם בהיררכיה הצבאית.

302. בית הדין הצבאי לערעורים עמד בע"88/11, 89 התובע הצבאי הראשי נ' אל"ם מור חיים (פורסם בנבו, 29/11/2012) על תכלית הוראת חוק זו ועל יסודותיה:

"... המדובר בעבירה, הנדרשת לערכי היסוד, הנתבעים ממפקד. כבר נאמר כי:

יש לצה"ל תפקיד בעל חשיבות עליונה במישור המוסרי והערכי. צה"ל תורם תרומה גדולה ועצומה לגיבוש אישיות המשרתים בו ומציידם בערכים שיעצבו את התנהגותם בחברה בעתיד ואת תפיסותיהם הנורמטיביות לגבי המותר והאסור. דווקא משום כל אלה על צה"ל להצטיין בחוסן מוסרי וערכי חזק ואיתן. נושאי דגל זה הם קציניו ובמיוחד אלו העומדים בראש הפירמידה. מאלו יש לצפות להקדין דוגמא אישית. עם אלה יש להקפיד ולדקדק כחוט השערה." (בג"ץ 1284/99 פלונית נ' ראש המטה הכללי, פ"ד נג(2) 62, 71-70 (1999)).

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). בפסיקת בית דין זה בואר כי:

'האמון שרוחש הציבור לצה"ל, לתקינות פעולותיו ולטוהר המידות של מפקדיו וחייליו, הוא תנאי הכרחי לקיומו ולשימורו כצבא הגנה לישראל – צבא העם' של מדינה יהודית ודמוקרטית... (ע/123/02 אל"ם ישי נ' התובע הצבאי הראשי, פס' 27 (2004)).

303. בבג"צ 7195/08 אבו רחמה ואח' נ' הפרקליט הצבאי הראשי ואח' (פורסם בנבו, 01/07/2009) בחן בית המשפט העליון את אופיה ומהותה של העבירה האמורה, על רקע החלטת הפרקליט הצבאי הראשי דאז, להורות על הגשת כתב אישום כנגד מפקד גדוד ופקודו, חייל בדרגת סמ"ר, בגין עבירה של התנהגות שאינה הולמת, בגין ירי בעותר בעודו כפות ואזוק, על ידי החייל, בעוד המג"ד אוחז בו. יפים לענייננו הקביעות הבאות:

"אין להתעלם מהיותה של המערכת הצבאית מסגרת שחלים עליה כללים מיוחדים המתאימים לגוף היררכי, הנושא באחריות עליונה לבטחון המדינה, והנתון

לאילוצים מיוחדים, פרי הצרכים הבטחוניים המכתיבים את אופי פעילותו ודרך התנהלותו. מציאות מיוחדת זו הביאה ליצירת כללי התנהגות מיוחדים לצבא, שנועדו להסדיר את הייחוד שבפעילותו. דוקא לאור מעמדה המיוחד של המערכת הצבאית, נדרשת הקפדת-יתר באכיפת הנורמות המוסריות-ערכיות בפעילות הצבא וחייליו, במיוחד בכל הקשור לחובת השמירה הקפדנית על כללי הריסון וההגבלה בשימוש בכוח הנשק והשררה הצבאית. בענין זה יש להקפיד, בקלה כבחמורה, ולתת עדיפות ברורה לצורכי אכיפת הנורמות הערכיות של החוק גם על פני אינטרסים מערכתיים של הצבא ושיקולים אישיים פרטניים הנוגעים לחייל שסטה מדרכו. רף האכיפה בעניינים הנוגעים לשימוש פסול בכוח המרות הצבאי כלפי תושבים מקומיים, הנמנים על הצד היריב, או כלפי נחקרים, שבויים, ונתונים למשמורת הצבא, ראוי שיימצא במדרגה הגבוהה ביותר, כדי להטמיע את המסר הערכי לא רק בפרט שכשל, אלא בציבור החיילים כולו ובמערכת הצבאית כולה.

השמירה על שלטון החוק, וההכרה בחירויות הפרט, הם מאפייני של תפיסת הדמוקרטיה העומדת בבסיס המשטר בישראל. היא גם מרכיב חשוב בתפיסת הבטחון בישראל (בג"צ הועד הציבורי, בעמ' 845). כיבוד זכויות אדם, והשמירה על כבוד האדם גם כאשר הוא נמנה על האויב, טבועים באופייה של המדינה כמדינה יהודית ודמוקרטית. ערכים אלה צריכים למצוא את ביטויים גם באכיפת החוק הפלילי כלפי מי שבהתנהגותו הפר עקרונות אלה. אכיפה זו היא מרכיב חשוב גם בתפיסת הבטחון של ישראל, ובעמידה על כושרו ורמתו של צה"ל. "כוחו של צה"ל תלוי ברוחו לא פחות מאשר בעוצמתו הפיזית ובשכלול כליו" (בג"צ 01/585 קלכמן נ' הרמטכ"ל, פ"ד נח(1) 719, 694 (2003)). רוחו וצביונו המוסרי של הצבא תלויים, בין היתר, בשמירה על טוהר הנשק ובהגנה על כבודו של הפרט, באשר הוא." (שם, פסקאות 89, 90)

304. ברוח דברים אלו נבחן את מעשיו של הנאשם.

305. כאמור, ירה הנאשם במחבל, אשר היה שרוע על הכביש במשך דקות ספורות, כשהוא פצוע בגופו מקליעי רובה שנורו לעברו בעת שניסה, מוקדם יותר, להרוג חיילי צה"ל. באותו שלב לא סיכן המחבל את הנאשם ואת יתר הנוכחים בזירה, והירי בו נעשה שלא על מנת לקדם את פני הסכנה. כפי שקבענו, הירי בוצע משום ש"מגיע לו למות", בשל מעשיו הנפשעים הקודמים.

306. כפי שהראינו, עבירת ה"התנהגות שאינה הולמת" נועדה להגן, בין היתר, על חוסנו המוסרי והערכי של צה"ל ושל חייליו. אכן, המציאות הבטחונית הנוכחית, מאלצת את חיילי ומפקדי צה"ל להתמודד עם משימות קשות ועם אתגרים מבצעיים יומיומיים. במסגרת זו מחויבים חיילי ומפקדי צה"ל אף בהפעלת כוח לצורך עמידה במלוא משימותיו. דא עקא, שהפעלת כוח זו אסור שתעשה מעבר לנדרש ואשר תחטא לערכי צה"ל ובהם ערך **טוהר הנשק**, הקובע כי "החייל ישתמש בנשקו ובכוחו לביצוע המשימה

בלבד, אך ורק במידה הנדרשת לכך, וישמור על צלם אנוש אף בלחימה. החייל לא ישתמש בנשקו ובכוחו כדי לפגוע בבני אדם שאינם לוחמים ובשבויים, ויעשה כל שביכולתו למנוע פגיעה בחייהם, בגופם, בכבודם וברכושם". יוצא אפוא, כי בעת שירה במחבל עשה הנאשם שימוש בכוח מעבר לנדרש וכבר נפסק כי שימוש שכזה "הוא פסול, אף אם הוא מכוון נגד אויב ולצורך ביצוע המשימה" (ע/62/03 **התובע הצבאי הראשי נ' סמל אילין**, 27/05/2003). מכוח קל וחומר, שימוש בכוח, שלא לצורך ביצוע משימה מוגדרת, תוך קיפוח חיי אדם, אף אם המדובר במחבל - פסול. מעשיו של הנאשם, אשר נוגדים את ערכי צה"ל ומערערים את חוסנו המוסרי של צה"ל אינם מתיישבים עם התנהגות המצופה ממפקד, שעה שדבקה במעשים דרגה בולטת של פסול מוסרי (וראו את סקירת המבחנים העולים כדי התנהגות שאינה הולמת בע/365/81 **רס"ן בנימיני נ' התצ"ר**, 26/11/1981).

307. זאת ועוד, העבירה מתייחסת אף להתנהגות שאינה הולמת הנובעת ממעמדו ותפקידו של הנאשם בשירות הצבאי. כאמור, הנאשם שירת כחובש פלוגתי. בתפקידו זה היה למעשה הדרג הצבאי-הרפואי הבכיר בזירה ולפיכך, היה הגורם המוסמך באותה עת להחליט מיהו הפצוע הקשה ביותר בזירה ולקבוע את סדר הטיפול, בהתאם. במצב דברים זה, קיים ניגוד קוטבי בין תפקידו של הנאשם – לטפל ולהציל חיים, לבין מעשהו – נטילת החיים.

308. נוכח המפורט לעיל, באנו לכלל דעה, כי מעשיו של הנאשם, דהיינו הירי בראשו של המחבל, בשל פציעת חברו ליחידה, תוך מודעות לכך שהירי יגרום למותו, בעודו משמש כחופ"ל ועונד דרגות סמל, מקיים את יסודות העבירה של התנהגות שאינה הולמת.

7. סוף דבר

309. נוכח כל האמור, אנו מרשיעים את הנאשם, פה אחד, בעבירה שעניינה הריגה, לפי סעיף 298 לחוק העונשין, התשל"ז – 1977 ובעבירה שעניינה התנהגות שאינה הולמת, לפי סעיף 130 לחוק השיפוט הצבאי, תשט"ו – 1955.

- ניתנה והודעה היום, ו' בטבת התשע"ז, 4 בינואר 2017, בפומבי ובמעמד הנאשם והצדדים.

שופט

אב"ד

שופט

- נוסח זה כפוף לשינויי הגהה ועריכה