



בבית הדין הצבאי המיוחד

בפני :

אל"ם יואל צור - אב"ד
אל"ם אורלי מרקמן - שופטת
אל"ם רמי בן עמי - שופט

בעניין :

התובע הצבאי הראשי – המאשים

(ע"י ב"כ, סא"ל (מיל') רונן קצף ; סרן טל זיסקוביץ')

נגד

ק/XXX סא"ל ע' ב' – הנאשם

(ע"י ב"כ, אל"ם אהוד בן אליעזר ; סא"ל (מיל') שלומי ציפורי)

מ/XXX סמ"ר ל' ק' – הנאשם

(ע"י ב"כ, עו"ד אשר חן)

הכרעת - דין**תוכן עניינים**

1.	מבוא	4
2.	פרשת התביעה	6
2.1	אמרותיו של נאשם מספר 1	6
2.2	אמרותיו של נאשם מספר 2	9
2.3	עיוות בין נאשם מספר 1 לנאשם מספר 2	11
2.4	סמ"ר עידן XXX	12
2.5	עדויות של מר אשרף אבו-רחמה	13
2.6	עדויות של הגברת סלאמה ג'מל אחסן עמירה	15
3.	פרשת הגנה – נאשם 1	16
3.1	עדויות של נאשם מספר 1	16
3.2	עדויות של לוחם מג"ב, נאור XXX	20
3.3	עדויות של מר אילן גדיש	20
3.4	עדויות של רפ"ק רם XXX	20
3.5	עדויות של לוחם מג"ב, דוד XXX	21
3.6	עדויות של רס"ן יניב XXX	22
3.7	עדויות של מח"ט בנימין, אל"ם אביב רשף	23
4.	פרשת הגנה – נאשם 2	23
4.1	עדויות של נאשם מספר 2	24
4.2	עדויות של מר איתן אורטל	27
5.	הערכת מהימנותם של העדים	28
5.1	כללי	28
5.2	מן הכלל אל הפרט	29
5.2.1	רפ"ק רם XXX	29
5.2.2	מר אילן גדיש	30
5.2.3	סגן מוח'תאר XXX	30

30.....	מר איתן אורטל	5.2.4
32.....	אל"ם אביב רשף	5.2.5
32.....	רס"ן XXX	5.2.6
33.....	המתלונן	5.2.7
33.....	הגברת סלאמה ג'מל אחסן עמירה	5.2.8
34.....	לוחם מג"ב, נאור XXX	5.2.9
34.....	לוחם מג"ב, דוד XXX	5.2.10
35.....	סמ"ר עידן XXX	5.2.11
36.....	נאשם מספר 1	5.2.12
39.....	נאשם מספר 2	5.2.13
43.....	5.3 סיכום ביניים	
44	המסגרת העובדתית שהוכחה	6.
45	עבירת האיומים – נאשם מספר 1	7.
45.....	7.1 עמדת התביעה	
48.....	7.2 יסודות העבירה – כללי	
49.....	7.2.1 היסוד העובדתי	
50.....	7.2.2 היסוד הנפשי	
50.....	7.3 מן הכלל אל הפרט	
50.....	7.3.1 האחריות לעבירת האיומים	
56.....	7.3.2 טענות ההגנה בדבר הגנה מן הצדק וצו מבחן ללא הרשעה	
59.....	7.3.3 הערתו של אחד השופטים	
68	8. עבירה של שימוש בלתי חוקי בנשק – נאשם מספר 2	
72	9. התנהגות שאינה הולמת	
73	10. סוף דבר	

1. מבוא

1. בתאריך 22/07/09 הוגש נגד שני הנאשמים כתב אישום מתוקן. בכתב האישום יוחסה לסא"ל ע' ב', (להלן: "נאשם מספר 1"), במסגרת פרט אישום מספר 1, עבירה של איומים לפי סעיף 192 לחוק העונשין, התשל"ז – 1977 (להלן: "חוק העונשין"). ע"פ פרט האישום הראשון, האירוע ארע בתאריך 07/07/2008, בעת שהנאשם שימש כמפקד גדוד XXX, במסגרת פעילות של הכוחות, בעקבות הפרות סדר שהתקיימו באזור הכניסה לכפר נעלין. אל המקום, צומת 418, הובא אחד מן העצורים בעקבות הפרות הסדר. העצור, מר אשרף אברהים אבו רחמה (להלן: "אשרף"), הושב על הקרקע כשהוא אזוק ועיניו מכוסות. כנטען בכתב האישום, בשלב מסוים, בעוד שהנאשמים עומדים בסמוך לאשרף, אמר נאשם מספר 1 לסמ"ר ל' ק' (להלן: "נאשם מספר 2"): "מה אתה אומר נירה עליו גומי". נאשם מספר 2 השיב לנאשם מספר 1: "אין לי בעיה לירות בו גומי". נאשם מספר 1 הרים את אשרף והוליכו לכיוון ג'יפ שעמד בסמוך (להלן: "ג'יפ מג"ב"), תוך שהוא מורה לנאשם מספר 2 לדרוך כדור בנשקו האישי. נאשם מספר 1 נעמד בסמוך לג'יפ המג"ב, ואחז את אשרף כך שזה עמד על רגליו, בעוד הנאשם מספר 2 הלך אחריו, ונעמד מאחורי ג'יפ המג"ב. בכך, כעולה מהוראת סעיף 192 לחוק העונשין, טוענת התביעה כי נאשם מספר 1 איים על אדם בפגיעה בגופו, בכוונה להפחידו או להקניטו.

2. פרט האישום השני בכתב האישום יוחס לנאשם מספר 2. ע"פ פרט אישום זה, עשה נאשם מספר 2 שימוש בלתי חוקי בנשק, כאמור בהוראת סעיף 85 סיפא לחוק השיפוט הצבאי, תשט"ו-1955 (להלן: "החש"ץ") והפעיל את נשקו האישי ללא סמכות וללא נקיטת אמצעי זהירות נאותים, לאחר ש"בעקבות השתלשלות האירועים המתוארת בפרט האישום הראשון", ביצע הנאשם מספר 2 ירי של כדור גומי אחד לעבר נעלו השמאלית של אשרף, מטווח של מטרים ספורים, שגרם לחבלה בבוהן השמאלית של אשרף.

3. פרט האישום השלישי, מיוחס לשני הנאשמים בצוותא ועניינו בעבירה של התנהגות שאינה הולמת, לפי סעיף 130 לחש"ץ, בכך שבעשותם את המיוחס להם, כמפורט בפרטי האישום 1 ו-2 התנהגו באופן שאינו הולם את דרגתם.

4. בישיבת תזכורת שהתקיימה בתאריך 29/07/2009 בפני כבוד השופט אל"ם אבי לוי, נשיא בית הדין הצבאי המיוחד באותה עת, הבהירה התובעת הצבאית הראשית, כי הפרטים המצויים בפרט

האישום השני, קרי: הירי לעבר אשרף, אינם מיוחסים לנאשם מספר 1 "אם אדוני שואל אם הוא מואשם בזה, התשובה היא לא".

5. בהמשך, בפתח ישיבת ההוכחות הראשונה, שהתקיימה בתאריך 24/09/09, העלו באי כוחו של נאשם מספר 1 טענות מקדמיות שעיקרן בהחלטת בג"ץ, אשר בעקבותיה הגישה התביעה כתב אישום מתוקן. במהלך הדיון ומשבית הדין שב והדגיש, את המובן מאליו, לפיו בירור האשמה ייעשה אך ורק מתוך בחינת העדויות והמוצגים שיובאו בפני בית הדין במהלך פרשת ההוכחות – חזרו בהם באי כוחו של נאשם מספר 1 מטענותיהם בנושא.

6. בא כוחו של נאשם מספר 2 העלה אף הוא טענה מקדמית, לפיה כתב האישום אינו מגלה אשמה. לשיטתו, הירי שביצע נאשם מספר 2, הינו בבחינת קיום הוראה חוקית של נאשם מספר 1. בהמשך, לאור הערות בית הדין, הודיע הסנגור כי אינו עומד על טיעונו בנושא בשלב זה, וכי ישוב ויעלה אותם במשפט גופו.

גדר הכפירה:

7. נאשם מספר 1 הודיע בכתב, כי העצור אשרף, לא נעצר על ידו, אלא הובא כשידיו באזיקים ועיניו מכוסות לצומת, לאחר שנעצר ע"י שוטרי מג"ב עקב הפרת צו מפקד צבאי והשתתפות בהפרות סדר. הנאשם הכחיש כל אמירה או הוראה לבצע ירי וטען, כי לא אמר מילים שניתן לפרשן כהיתר לירות באשרף. בהתאם, טען, כי מעשיו לא לוו במטרה לאיים על אשרף. נאשם מספר 1 טען, כי לא שמע את נאשם מספר 2 משיב כי אין לו "בעיה לירות בו גומי". עוד הכחיש כי הורה לנאשם מספר 2 לדרך כדור בנשקו האישי. הנאשם טען, כי בהמשך האירוע הוביל את אשרף לצדו השני של הכביש ושם אחז בזרועו, כאשר הוא ניצב מאחורי ג'יפ מג"ב, שדלתותיו האחוריות היו פתוחות לרווחה, וכי החל מהשלב בו הוביל את אשרף מהמקום בו ישב – לא היה קשר עין בינו לבין נאשם מספר 2, ונאשם מספר 1 לא ראה אותו כלל. בהמשך, נטען, כי נוכח האמור לעיל, לא מתגבשים גם יסודות העבירה, כאמור בפרט האישום השלישי, ובכל מקרה, העובדות שהוכחו אינן מצדיקות הרשעתו של נאשם מספר 1 בעבירה זו.

8. נאשם מספר 2 טען בפתח תשובתו לאשמה, כי המיוחס לו, הינו פועל יוצא של השתלשלות האירועים המפורטת בפרט האישום הראשון. בנוסף, טען, כי המשימה שהוטלה עליו אינה נמנית עם המשימות אשר לביצוען הוכשר במהלך שירותו הצבאי, אלא היא פעולת שיטור, במסגרתה הוא פועל ע"פ הוראות המפקדים. הנאשם טען, כי מקבץ האמירות והפעולות כמפורט בפרט האישום

הראשון הינו בבחינת פקודה לביצוע הירי ומכל מקום, מעשיו של הנאשם נעשו לאחר קבלת פקודה ישירה ובהיותה, לשיטתו, חוקית. בהתאם, נטען כי הנאשם פעל בסמכות. ב"כ הנאשם הוסיף, כי למרות הפקודה שקיבל, ירה נאשם מספר 2 כדור גומי לכיוון הרצפה ולפיכך, לא ביצע פעולה שהינה בבחינת "התנהגות שאינה הולמת".

9. בתאריך 30/11/09 נפתחה פרשת ההוכחות. כעת, לאחר שבתאריך 14/04/10 הושלמו סיכומי הצדדים - באים אנו להכריע בשאלת אחריותם של הנאשמים לאשמות שיוחסו להם בכתב האישום, לכף זכות או חובה, והכול – לפי מיטב שיקול דעתנו ומצפוננו.

תחילה, נביא בתמצית את עיקר העדויות והמוצגים שהובאו לפנינו.

2. פרשת התביעה

2.1 אמרתיו של נאשם מספר 1

1. באמרתו הראשונה, מתאריך 20/07/08 (ת/1), מסר הנאשם, אשר שירת באותה עת כמפקד גדוד במשך שנה לערך, כי במהלך חודש מאי באותה שנה, החלו מהומות באזור הכפר נעלין, אשר פרצו בעקבות פעילות להקמת גדר הפרדה (מדידות בשטח). במסגרת ההתמודדות עם ההפגנות והפרות הסדר, שולבו תחת פיקודו גם XXX צוותי מג"ב. הנאשם הסביר, כי ההפגנות היו אלימות, ובמהלכן אף נפצעו חיילים. ההפגנות נמשכו שעות ארוכות, במשך ארבעה - חמישה ימים בשבוע, והתפרשו על פני אזור רחב. במהלך הימים עובר לאירוע מושא כתב האישום, חלה הסלמה והמפגינים יידו אבנים ובקבוקי תבערה, תקפו רכבי ביטחון ואף חטפו נהג טרקטור מקומי.

2. ביום האירוע, נערכו הפגנות אלימות במספר אזורים, בין היתר באזור הכפר נעלין. בהפגנה באזור נעלין נעצרו אשרף ובחור נוסף. השניים הושבו על הקרקע כשידיהם באזיקים ועיניהם מכוסות ב"פלנלית".

3. סביב השעה 12:00, עבר הנאשם בסמוך לאשרף ומסר לו בשפה העברית: "נו, עכשיו אתה תפסיק להפגין כנגד כוחות צה"ל?" (מתוך עמוד 7). אשרף ענה דבר מה בשפה הערבית והנאשם הבין, כי הוא מבקש לומר לו שאינו מבין עברית. בהמשך, מוסר הנאשם את הדברים הבאים:

"החלטתי בהחלטה לא חכמה להפחיד אותו. ואמרתי לחייל שלי 'ל' ק' בוא נפחיד אותו, נאיים עליו, 'נשקשק' לידו את הנשק. שהוא יחשוב שאנחנו רוצים לירות עליו כדור גומי ואז הרמתי אותו, את אשרף. שאמרתי את זה 'ל' ק' הוא עמד לידי ואמר לי כן, בסדר. כאילו הבין אותי, אני הבנתי שהוא מבין אותי, גם אי אפשר להבין זאת בצורה אחרת. הרמתי את אשרף כפי שצינתי, עמדתי לידו ואז צעקתי 'ל' ק', אני לא זוכר אם צעקתי לו: 'ל' ק' תשקשק' או רק 'ל' ק'", מבלי שאני רואה אותו. פתאום אני שומע בום ואת אשרף לידי צועק. רצתי מהר 'ל' ק' וצרחתי עליו: 'מה אתה עושה? למה ירית? מי אמר לך לירות?' משהו בסגנון 'מה אתה מפגר' והוא אמר לי: 'חשבתי שאמרתי לי לירות', אמרתי לו: "אני אמרתי לך לירות על בן אדם קשור וכפות? אמרתי לך רק לשקשק את הנשק". אז הוא אמר לי שכבר היה לו תחמיש טעון והבין שאמרתי לו שהוא יירה. לא אמרתי לו בחיים פקודה, גם לא נתתי לו פקודת אש. לא אמרתי את המילה 'תירה' וגם לא ראיתי את 'ל' ק' בעיניים, לא ראיתי שהוא בעצם מחזיק את הנשק ומכוון לרגל, גם לא חיפשתי לראות את זה. הפקודה שלי שרק לשקשק את הנשק הייתה מאד ברורה..." (עמוד 7).

4. בשלב זה, הציג החוקר לנאשם את הסרטון שצולם במהלך האירוע. הנאשם הדגיש בגוף האמרה כי הסרטון מתייחס רק לשלב בו הקים את אשרף מן הרצפה והוא נקטע לאחר הירי. הנאשם הסביר כי הרים את אשרף "כדי להזיז אותו הצידה קצת בלי שום קשר לג'יפ שנראה בתמונה" (עמוד 8). הוא הבהיר, כי לא הבחין בשלב זה בנאשם מספר 2 והוסיף, כי לו היה מבחין בו היה מורה לו, מייד, לחדול מן הירי. הנאשם הוסיף, כי את ההנחיה "ל'שקשק' את הנשק" מסר לנאשם מספר 2 "בשלב שנעמדנו ליד הג'יפ". לשאלת החוקר הבהיר, כי במקום היה רעש, אך הוסיף, כי נאשם מספר 2 עמד במרחק של כחצי מטר ממנו, בזמן שאמר את הדברים ואף אישר כי הבינם במילה "בסדר".

5. הנאשם פירט כי הקפיד לתדרך את חייליו לנהוג באורח נורמטיבי. ואף לאחר האירוע, כינס את החיילים, הבהיר את חומרתו של המקרה וכן, "שאינו לוקח את האחריות עלי ולא על החייל, למרות שהוא פעל בניגוד להוראות פתיחה באש". במקביל, דיווח הנאשם למח"ט בנימין ולמח"ט האורגני שלו (מח"ט 188) על האירוע. בהנחיית מח"ט בנימין, ערך תחקיר והעביר אותו לידיעת המפקדים בגזרה.

6. הנאשם שב והדגיש כי תכלית מעשיו הייתה "רק הפחדה" והוסיף "וגם זה מעשה שלא היה צריך להיעשות" (עמוד 10).

7. מייד לאחר הירי, הנאשם רץ לעבר נאשם מספר 2. אח"כ פנה לטפל באשרף. הוא הנחה להסיר מעליו את האזיקים וכיסוי העיניים. תוך דקות ספורות, הגיע למקום רופא שקבע כי אשרף אינו זקוק לטיפול רפואי. אשרף נפגע בקצה הבוהן (דרך הנעל). לאחר מכן, שוחרר אשרף לדרכו.

8. לנאשם הוצגה עדותו של נאשם מספר 2 מתאריך 20/07/08. בתגובה, הסביר, כי ככלל מושיבים את העצירים על הקרקע, על מנת להקשות עליהם לברוח. באירוע עצמו, לאחר הירי, הנאשם ניגש אל נאשם מספר 2 ודחף אותו לאחור, מאחר שלא הבין מדוע ירה.

9. הנאשם מסר באמרה, כי נאשם מספר 2 הוא "חייל שלוקח לו זמן להבין דברים ולפעמים אני צריך להסביר לו מספר פעמים עד שהוא מבין מה אני רוצה ממנו..."

10. באמרתו השנייה, מתאריך 24/07/08 (ת/2), לאחר שהוצגה לנאשם אמרתו של נאשם מספר 2 מתאריך 22/07/08, במסגרתה נטען, כי הנאשם אמר לנאשם מספר 2: "בו (כך במקור) לצד ונירה בו גומי", השיב הנאשם כי אינו זוכר שאמר דברים מעין אלה. "מה שאני אמרתי לו זה בו (כך במקור) נעשה כאילו אנחנו יורים, כדי להפחיד את הפלשתינאי". הנאשם טען, כי אינו זוכר את המילים המדוייקות שאמר, אך הדגיש כי לא נקט במלה "ירי" ולא נתן אישור מפורש או משתמע לבצע ירי.

11. בהמשך, הוצגה לנאשם אמרתו של סמ"ר עידן XXX (חייל מיחידתו) מתאריך 23/07/08, במסגרתה טען החייל, כי שמע את הנאשם אומר לנאשם מספר 2: "ל' ק', אתה רוצה לירות גומי?". הנאשם שב והכחיש כי נתן הוראה מפורשת, או משתמעת לירי והוסיף, כי בשום שלב, לא הבחין בנאשם מספר 2 מכוון את נשקו. הנאשם אף ציין, כי הירי מנוגד לתפיסת העולם שלו, ובכל מקרה, במקום נכחו אזרחים רבים, לרבות אנשי תקשורת. הירי אף סיכן אותו, ואין שום טעם הגיוני לבצע אותו.

12. הנאשם חזר על דבריו, לפיהם מהלך הדברים נועד לגרום לאשרף להגיב בעברית, על מנת שניתן יהיה לנהל עמו דיאלוג, ולגרום לו לחדול מהפרות הסדר.

13. באמרתו השלישית והאחרונה של הנאשם, מתאריך 28/07/08 (ת/3), שב הנאשם על דבריו לפיהם אינו זוכר את המילים המדוייקות שנאמרו לנאשם מספר 2, "אני יודע בוודאות שכן אמרתי לחייל... 'בוא נשקשק' בנשק על מנת להפחיד אותו, בכך שהוא יחשוב שאנחנו רוצים לירות בו כדור גומי".

14. התביעה הגישה לעיונו תיעוד של שחזור שערכו החוקרים עם נאשם מספר 1 (ת/10) ואף הציגה לנו לוח תצלומים (ת/6ב), שנערך ע"פ הצבעתו של נאשם מספר 1. צפייה במוצגים מעלה, כי

נאשם מספר 1 הציב עצמו כמי שעמד מאחורי ג'יפ המג"ב, כמעט במרכזו ומבלי שהיה בינו לבין נאשם מספר 2 - קשר עין (בין היתר, בשל דלת אחורית שהייתה פתוחה לרווחה).

15. במסמך שכותרתו "סיכום אירוע – ירי כדור גומי לעבר פלסטיני אזוק במרחק קצר" (ת/11),

שערך נאשם מספר 1 והופנה אל מח"ט בנימין ומח"ט 188, ציין הנאשם כי באותו מועד, נעצר "פלשתינאי שזרק אבנים והינו בין המסיתים הראשיים בהפגנה". בנוסף, כתב הנאשם כי הפלשתינאי טען שאינו מבין עברית וכי הוא "שמכיר הפלשתיני מהפגנות קודמות ... שהינו זורק אבנים כנגד כוחותינו והינו בין המסיתים הראשיים בהפגנה, פנה ללוחם בצוות החפ"ק – סמ"ר ל' ק' וביקש ממנו שישקשק את הנשק". בהמשך, נכתב כי נאשם מספר 2, נעמד כשלושה מטרים מהפלשתינאי וכיוון הנשק לעבר רגלו הימנית – לכף הרגל, וירה כדור גומי אשר פגע לפלשתיני בבוהן הרגל השמאלית. נאשם מספר 1 צעק על נאשם מספר 2, מדוע ירה, ונאשם מספר 2, השיב, כי זה מה שהבין. גם בתחקיר שנערך, טען נאשם מספר 2, כי "זה מה שהבין שצריך לבצע".

16. בפרק המסקנות, ציין הנאשם, כי הירי "הינו תקלה הן מבצעית והן ערכית מוסרית". הוא הוסיף, כי "הפער בהבנה של הלוחם ל' ק' לבין מה שהתכוון הח"מ הינו פער מהותי ומשמעותי – ההבדל בין לדרוך נשק לבין לבצע ירי, נבע מכך שהלוחם ל' ק' ביצע את מה שהבין שעליו לבצע, ולא הבין שהח"מ מתכוון להשמיע לאוזניו של הפלשתינאי איום בלבד של לבצע ירי, כשבפועל אמורה להתבצע רק דריכת נשק". הנאשם סיכם, כי מדובר באירוע חמור ומיותר והוסיף "אין לשים מכשול בפני עיוור..! החייל לא אשם בכך שלא הבין את כוונתי. הטעות הינה שלי בלבד. יש לצפות מהחייל שיבין שפקודה זו הינה בלתי חוקית בעליל ויסרב לה".

2.2 אמרתיו של נאשם מספר 2

1. באמרתו הראשונה, מתאריך 20/07/08 (ת/4), מסר הנאשם כי הוא משרת מזה כשנתיים וחצי בגדוד XXX, ומזה למעלה משמונה חודשים בחוליית הפיקוד הקדמית (חפ"ק) של נאשם מספר 1, מפקד הגדוד. הנאשם תיאר, כי נכח בהפגנות רבות, רובן אלימות ומסוכנות. גם באזור נעלין, עובר לאירוע המדובר, נערכו הפגנות אלימות, וחלק מן החיילים נפגעו מאבנים ובקבוקי תבערה. הנאשם ציין, כי אחד ממיידי האבנים היה אשרף, אשר נעצר במקום והובא על ידם לצומת 418, בכניסה לנעלין. העצור הושב במקום, כשידיו באזיקים ועיניו קשורות. הנאשם נעמד ליד ג'יפ החפ"ק והמג"ד, נאשם מספר 1, פנה אליו במילים: "ל' ק', מה אתה אומר נירה עליו גומי?".

"ואני עניתי בקטע של צחוק בכדי להפחיד את העצור 'כן אין לי בעיה לירות בו גומי'. ואז המג"ד לקח את העצור והרים אותו, לקח אותו תוך כדי הליכה אמר לי:

'בו (כך במקור) נלך לצד ונדרוך כדור'. ואני בהלם ומבין שהוא רציני שהוא לוקח אותו... אני עניתי לו 'יש לי כבר כדור בקנה'. ואז אני רואה את המג"ד הולך ואני אחריהם. כל זה קורה כל כך מהר. אני הולך אחרי המג"ד. נעמד מאחורי איזה ג'יפ, המג"ד אומר לי: 'נו תירה כבר תירה כבר'. ואני את כל החלק הזה מבין שזה רציני. ואני חשבתי לירות לא לירות לו ברגליים, אני אירה לו בסוליה של הנעל... כשיריתי בו המג"ד החזיק אותו כאילו הוא חיכה. אני חשבתי שזאת פקודה מג"ד וביצעתי אותה. לאחר הירי המג"ד רץ אלי ודחף אותי לצד. הוא צעק עלי 'מה פתאום? איך אתה עושה דבר כזה? יורה בבן אדם כבול וקשור?' ואני אמרתי לו שזה מה שהבנתי ממנו וזאת הפקודה שהוא נתן לי..." (מתוך עמוד 3).

2. הנאשם נשאל האם לא ידע שאסור לירות באדם כבול והשיב, כי הכיר את האיסור, אך כיוון שקיבל פקודה "אז אתה לא חושב". בדיעבד, הבין מדברי נאשם מספר 1, שהמג"ד לא שמע אותו משיב לו, כי יש ברשותו כדור בקנה. הנאשם הוסיף, כי הוא חושש מפני נאשם מספר 1, אשר לא פעם ליווה את פקודותיו בצעקות, בעיקר כאשר הנאשם מתקשה להבין את הנחיותיו.

3. **באמרתו השנייה, מתאריך 22/07/08 (ת/5)**, שב הנאשם על טענתו לפיה שמע את הנאשם מספר 1, מורה לו: "בו נלך לצד ונירה בפלשתינאי". הנאשם מסר את הדברים:

"אני נשענתי על הקדימה של הג'יפ, המג"ד עמד מולי ושאל אותי 'ל' ק', יש לך גומי עליך?' ואני עונה לו: 'כן, יש לי גומי עלי'. הוא אמר לי מה אתה אומר: 'בו (כך במקור) נירה בו גומי' (בכדי שהעצור יפחד), ואני אמרתי: 'אין לי בעיה לירות בו גומי'. בשלב שהמג"ד מקים את הפלשתינאי ממקום התיישבותו (כך במקור) ואומר לי בוא לפינה ונירה בו (כך במקור) גומי, ואני הבנתי מזה שהמג"ד רציני והוא רוצה שאני ארה בו גומי. תוך כדי שהמג"ד לוקח את הפלשתינאי, תוך כדי שהוא הולך, מרים את העצור הפלשתינאי, הוא עובר אותי ואומר לי 'תדרוך כדור' ולא 'תשקשק', כמו שהוא אומר לכם. ואני עניתי לו תוך כדי הליכה לפינה שהכדור כבר בקנה. במצב הזה... המג"ד מחזיק ומתרחק עם הגוף כדי שהכדור לא יפגע בו..."

4. הנאשם חזר בו מטענתו, לפיה בעת שנאשם מספר 1 הולך את העצור, הוא הורה לו: "תירה כבר תירה כבר" וטען, כי נאשם 1 הורה לו לדרוך כדור. את הסתירה בין דבריו הסביר, בכך שהתכוון לומר כי כך הבין את דבריו של המג"ד.

הנאשם הוסיף, כי החייל עידן XXX, יוכל להעיד על הדברים שמסר לו המג"ד.

5. התביעה הציגה לעיונו דיסק המתעד **שחזור שנערך עם נאשם 2 (ת/10) ולוח צילומים (ת/6א)**, בו תמונות שצולמו בהתאם לגרסתו של נאשם מספר 2. הנאשם מיקם את הניצבים, כך שהן נאשם מספר 1 והן אשרף, עמדו משמאל לג'יפ, מעבר לדלת האחורית, שהייתה פתוחה לרווחה, מול נאשם מספר 2 ובקשר עין איתו.

2.3 עימות בין נאשם מספר 1 לנאשם מספר 2

1. בעימות שנערך בין שני הנאשמים (ת/10, התמליל סומן ת/8), לאחר שנאשם מספר 1 העמיד את נאשם מספר 2 על טעותו, אישר נאשם מספר 2, כי אשרף לא נעצר על ידם. נאשם מספר 2 תיאר, כי אשרף הושב "קרוב יותר לרכב שלנו ... אני עמדתי ליד הרכב, המג"ד עמד איתי ואז הוא כביכול רצה להפחיד". ובהמשך: "עכשיו הייתי שם ליד הרכב שלנו ואז המג"ד כביכול רצה להפחיד אותי אז הוא אמר לו, אמר לי, אם יש גומי עלי ואז אמרתי לו שכן ואז הוא אמר לי בו (כך במקור) נירה עליו גומי, כאילו מה אתה אומר, נירה עליו גומי, אמרתי לו אין בעיה לירות עליו גומי. עד עכשיו זה כאילו מובן בצחוק כזה, זה נשמע. ובשלב ש' ב' הרים את העצור ואמר בו נלך לצד. הבנתי שזה רציני, זאת אומרת הכל קורה מהר ותוך כדי שהוא הולך איתו הוא אומר לי תדרך כדור ואני אומר לו הכדור כבר בקנה".

2. נאשם מספר 2 נשאל ע"י נאשם מספר 1, "מה היה הרגע שגרם לך לשחרר את הכדור?", והשיב: "נעמדת וחיכית שאני אירה בו, בום" ובהמשך: "עצם העובדה שאתה מחכה". נאשם מספר 1 מצידו, הוסיף: "אבל עמדנו שם כמה זמן, דיברתי עם שוטר מג"ב, דיברתי עם אשרף" ונאשם מספר 2 השיב: "אני הייתי בשלי ובפקודה".

3. נאשם מספר 2 אישר, כי אינו זוכר האם נאשם מספר 1 אמר לו את המילים "תירה בו" והוסיף, כי מה שגרם לו "ללחוץ על ההדק" הוא: "שהוא אמר בוא נלך לצד נירה בו". נאשם מספר 1 טען בתוקף, כי לא נתן לנאשם מספר 2 פקודה לירות.

4. נאשם מספר 1 תיאר, כי ביקש לשוחח עם אשרף בעברית, והאחרון השיב שאינו מבין. לכן, אמר לנאשם מספר 2: "בוא נפחיד אותו, תשקשק את הנשק" ונאשם מספר 2 הגיב "כאילו בסדר". נאשם מספר 2 טען, כי לא שמע את המילים "נפחיד אותו", אלא: "בוא יש לך גומי עליך", אמרתי לך כן, בוא נירה בו גומי. אמרתי לך אין לי בעיה. ישר אתה הרמת אותו והלכת למטרה של יופי בו נירה בו, אבל בצד, שכביכול לא יראו אנשים ואני אמרתי כאילו טוב". נאשם מספר 1, הקשה עליו ושאל האם הוא אמר לו "בוא ניקח אותו הצידה, כדי שאף אחד לא יראה". נאשם מספר 2 אישר "לא, זה מובן כזה... ואני שם לב שאתה לוקח אותו כאילו זה רציני ואמרתי לי תדרוך, תוך כדי שאתה הולך איתו ואמרתי לך יש לי כדור בקנה כבר ואני כבר מגיע לשפה...".

5. נאשם מספר 2 טען, כי נאשם מספר 1 הורה לו לדרוך את הנשק ואילו נאשם מספר 1, שב וטען, כי

הורה לנאשם מספר 2 – "לשקשק".

6. נאשם מספר 2 הסביר, שהסיטואציה החלה בשיחה בינו לבין נאשם מספר 1, בעוד שהפלשתינאי יושב בסמוך להם, "אני והמג"ד מדברים אני ממש על מכסה המנוע נשען והוא..., לידו, מדבר איתי". נאשם מספר 1, בתגובה, ציין כי אינו זוכר בדיוק, היכן עמדו הוא ונאשם מספר 2, אם כי נאשם מספר 2 שמע היטב את דבריו, באותה השיחה.

7. בהמשך, נאשם מספר 1 ציין, כי לא הבחין בנאשם מספר 2 מכון את הנשק כלפי אשורף. נאשם מספר 2, בתגובה, מסר: "אני רואה את הפנים שלו". ברם, הוסיף, כי בגלל המשקפיים שהרכיב, לא ידע להיכן הביט נאשם מספר 1. בתגובה לשאלה של נאשם מספר 1, פירט נאשם מספר 2 כי פניו של נאשם מספר 1 הופנו לעברו. נאשם מספר 2 אישר, כי מייד לאחר הירי, ניגש אליו נאשם מספר 1 בריצה, והחל מנער אותו וצועק עליו.

8. נאשם מספר 1 ביקש מנאשם מספר 2 לאשר, כי אמר לו "לשקשק", אך נאשם מספר 2 הכחיש זאת, "מה על דעת עצמי אני אחליט שאני יורה במישהו?". נאשם מספר 2 הוסיף, כי לאחר שנאשם מספר 1 פנה אליו, הוא עצמו הבהיר לו ש"כבר יש לי כדור קנה", והעדר התגובה של נאשם מספר 1 תרמה להבנתו, כי עליו לירות.

2.4 סמ"ר עידן XXX

1. סמ"ר עידן XXX, לוחם בגדוד XXX, שירת אף הוא בחפ"ק של נאשם מספר 1, תחת פיקודו של נאשם מספר 1 ולצדו של נאשם מספר 2. העד מסר, כי במהלך האירוע מושא כתב האישום, נכח בתוך הג'יפ של המג"ד (להלן: "ג'יפ המג"ד"), בכניסה לנעלין, ואכל ארוחת צהריים. הדלתות האחוריות בג'יפ היו פתוחות. נאשם מספר 2 עמד בצד ימין, מאחורי הג'יפ ונאשם מספר 1 הגיע מסביב לג'יפ, מצד ימין. כשהגיע נאשם מספר 1, פנה האחרון ואמר: "ל' ק', אתה רוצה לירות גומי". נאשם מספר 2, השיב במילה: "בוא, ואז המפקד אמר לו בוא נלך לצד". בחקירה נגדית נשאל העד מדוע מופיעה באמרתו המילה "עצור", בהקשר של השיחה בין הנאשמים. סמ"ר XXX הבהיר, כי בעת שהיה עד לשיחה בין הנאשמים, לא הבחין בפלשתינאי והסביר כי המילה "עצור" נשתרבה לאמרתו, אך הוא לא הבחין בו ולא ידע במי דובר.

2. העד אישר, בחקירה נגדית, לשאלת סנגורו של נאשם מספר 1, כי דבריו של נאשם מספר 1 ביחס לירי כדור גומי, נוסחו בדרך של שאלה.

3. העד נותר בג'יפ, עד ששמע ירייה, אז יצא לראות במה מדובר. בחקירה נגדית, אישר כי הירייה נורתה מספר דקות לאחר השיחה בין נאשם מספר 1 לנאשם מספר 2.

4. כעבור מספר ימים, לאחר שנאשם מספר 2 שב אל היחידה ממעצר, סיפר האחרון לעד על "ההתרחשות, אמרתי לו מה שמעתי וזהו, לא דיברנו על זה יותר מדי". לאחר מכן, העד זומן למצ"ח ומסר עדותו בנושא, בתאריך 23/07/08. בחקירה נגדית, מסר, כי לא שוחח על המקרה עם נאשם מספר 2, בטרם שב האחרון ממעצר, ואף לא עם חייל אחר, שכן לא ייחס לדברים חשיבות.

5. לשאלת בא כוחו של נאשם מספר 2, הבהיר העד, כי נאשם מספר 1 מוערך כמפקד דומיננטי, שאין חולקים על הוראותיו. העד אף אישר, כי ירי לעבר עצור כפות, מנוגד לכל ההוראות המקובלות והוא אסור.

6. **אמרתו של העד** מתאריך 23/07/08, התקבלה לבקשת סנגורו של נאשם מספר 2, בהסכמה, **וסומנה 2/ס**. באמרה מסר העד, כי בעת האירוע שהה בתוך הרכב של המג"ד, מאחור ואכל ארוחת צהריים. נאשם מספר 2 עמד מצד ימין של הרכב (בצד שליד הנהג), מאחור. נאשם מספר 1 הגיע ואמר לנאשם מספר 2: "ל' ק', אתה רוצה לירות גומי". ואז ל' ק' אמר לו בוא, והמג"ד אמר טוב, אז בוא נלך לצד, וזהו. הוא הלך לבד, ודקה אחרי, אפילו קצת יותר, שמעתי את ה'בום'. העד ציין, כי לאחר שנאשם מספר 2 שב ממעצר, הוא ציין בפניו, כי שמע את נאשם מספר 1 אומר לו "לירות", ולא "לשקשק", בניגוד לגרסתו של נאשם מספר 1, כפי שהוצגה לו ע"י נאשם מספר 2.

2.5 עדותו של מר אשרף אבו-רחמה

1. העד הינו תושב הכפר בילעין. הוא תיאר את מעשיו במהלך יום ה – 07/07/08. בחקירה ראשית, טען כי באותו היום הלך לתומו, לכיוון גדר ההפרדה. בדרך, נעצר ע"י שוטרי מג"ב שהובילו אותו לצומת הכניסה לנעלין. לאחר מכן, הוצא מן הרכב, הושם באזיקי ידיים ורגליים, ועיניו כוסו. העד מסר, כי נותר לשבת במשך שלוש שעות לערך, תחת השמש. לאחר מכן, אחז מאן דהוא בידו הימנית והוא נעמד (בחקירה נגדית פירט, כי הוליכו אותו מספר מטרים). בהמשך, הופתע לשמע הירייה, חש שנפגע ברגלו ונפל לארץ. בחקירה נגדית פירט: "אני עמדת במקום, זה לא לקח הרבה זמן, זה לקח כמה שניות, הם דיברו ביניהם ואז קרה הירי". העד לא זכר האם שמע חילופי דברים גם בשלבים קודמים, כשישב על הקרקע.

2. העד ציין, כי נפגע בבוחן שמאל (ראו גם **התמונות ת/7**). מישהו שטף במים את הבוחן ולאחר מכן, חבש את אצבעו החבולה. החיילים נתנו לו תרופה ושחררו אותו לדרכו. הוא ניגש לבית החולים ברמאללה, קיבל טיפול ושוחרר לביתו.

3. העד טען, כי אינו דובר עברית ולא הבין את חילופי הדברים בעברית סביבו "לא הבנתי שום דבר בכלל". בחקירה נגדית, עומת העד עם דבריו באמרה, לפיהם קלט במהלך חילופי הדברים את המילה "גומי". העד טען, כי אינו מבין את המילה והכחיש, כי קלט מילה זו במהלך חילופי הדברים במקום. העד טען, כי במהלך מסירת עדותו במצ"ח, לא היה מרוכז.

4. בחקירה נגדית, אישר כי נטל חלק בהפגנות שהתקיימו באותו היום באזור. בתחילה טען, כי לא עשה דבר בהפגנה, בהמשך, אישר כי הניף דגל. העד השיב, כי הייתה זו ההפגנה היחידה בה נטל חלק, אך אישר, כי בעבר עלה על מנוף שעבד במקום. משהתבקש העד למסור פרטים ביחס לחקירות, במסגרתן הוגשו נגדו שני כתבי אישום בגין הפרות סדר (ראו למשל, 3/ס), טען כי לא היו דברים מעולם והוסיף, כי ביום האירוע, בעת שהועלה לג'יפ והורד ממנו – הוכה ע"י חיילים. לשאלת בא כוחו של נאשם מספר 1, השיב כי על אף שבאותו מעמד לא היו עיניו מכוסות – הוא אינו יודע לזהות מי הכה אותו.

5. במסגרת פרשת ההגנה של נאשם מספר 2, העיד **קצין חקירות במצ"ח סגן (מיל) מוח'תאר XXX**. העד נשאל אודות מהלך גביית האמרה של אשרף ומסר, כי אשרף נחקר בשפה הערבית ואמרתו תורגמה ע"י העד לעברית. העד ציין, כי להערכתו, אשרף אינו בקיא בשפה הערבית, והוא יודע מילים בודדות, כמו "לשתוק". לאחר שעין באמרה, אישר העד, כי אשרף הכיר גם את המילה "גומי".

6. **אמרתו של אשרף מתאריך 21/07/08 הוגשה באמצעות החוקר, וסומנה 15/ס-15/א** (מקור ותרגום). באמרה טען העד, כי הגיע למקום על מנת להעביר תרופות ומזון לתושבים. בדרכו, החיילים השליכו עליו רימון הלם ועצרו אותו ותושב נוסף. ברכב, בזמן שהעד לא היה נתון באזיקים ועיניו לא היו קשורות, הוא הוכה ע"י החיילים. כשהגיעו לצומת נעלין, הוצא העד מן הרכב, הושם באזיקים ועיניו נקשרו. העד נותר לשבת על הארץ במשך כשלוש שעות. לאחר מכן העמידו אותו. הוא שאל לאן הוא עתיד להילקח ונענה בעברית לשתוק. לאחר מכן שמע חילופי דברים, וזיהה את המילה "גומי". בהמשך נורה בבוחן רגלו השמאלית ונפל ארצה. אז הסירו מעליו את האזיקים וכיסו העיניים, שטפו את המקום החבול והוא המתין לבדיקת רופא.

7. במסגרת פרשת ההגנה של נאשם מספר 1, הוגשה לעיונו, בהסכמה, **אמרתו של ד"ר XXX אריק, רופא בגדוד XXX, מתאריך 21/07/08 (6/ס)**. באמרתו תאר העד, אשר הוזעק למקום האירוע, כי הבחין ב"מכה יבשה בבוהן של כף רגל שמאל. לא היה שבר, סדק, דמם, ראייה לנזק בלתי הפיך. הייתה לו מכה יבשה". העד מסר לאשרף כדור נגד משכך כאבים ושחרר אותו לדרכו "לא היה צורך לחבוש". העד ציין, כי להערכתו, אם אשרף היה נפגע מכדור גומי, הייתה נגרמת לו חבלה רצינית יותר.

2.6 עדותה של הגברת סלאמה ג'מל אחסן עמירה

1. העדה, נערה בת 18, תושבת הכפר נעלין, מתגוררת בבית המצוי מול מחסום שהציב צה"ל. העדה מסרה כי ברשותה מצלמת וידאו שנתן לה אחיה, וכי ביום 07/07/08, צלמה את המתרחש באזור המחסום. כעבור שבועיים, הגיעה למקום אזרחית שבדית. העדה מסרה בידיה קלטת הוידאו שהועברה בהמשך לידי ארגון "בצלם".

2. העדה טענה, כי לא ערכה שינויים בסרט, אך ציינה, כי הצילום נקטע עם הישמע הירי, מאחר שנבהלה. העדה הסבירה, כי ברקע התמונות נשמעים הקולות שלה ושל אחיה. הסרט צולם מן הקומה השנייה בביתה.

3. אשר לאירוע, העדה פרטה כי צילמה את התושב שלעברו ירו (אשרף) בתהלוכה, ולאחר מכן, כשנעצר. העדה סירבה למסור בידי רשויות החקירה, ובהמשך לידי גורמי התביעה ובית הדין, את הקלטת המקורית, אך טענה, כי ההעתק נאמן למקור. העדה הסבירה, כי לא צילמה את השתלשלות האירועים ברצף. היא צילמה את אשרף, בעת שישב על הקרקע ובהמשך, כאשר נלקח ע"י "קצין". לאחר מכן הבחינה בחייל מחזיק בנשק לעבר אשרף, היא הפעילה את המצלמה והמתינה לראות מה יעשה. כאשר נורתה הירייה, נבהלה ושמטה את המצלמה. העדה הדגישה, כי לא מחקה קטעים מן הקלטת.

סרט האירוע ת/9

4. בהסכמת הצדדים, בהמשך לחוות הדעת שהציגה התביעה, שנערכה ע"י מר גור מאיר, הנדסאי צילום ומדיה דיגיטלית מן המז"פ במשטרת ישראל, ולפיה: "הסרט צולם עם מספר רב של הפסקות" (יזומות), אך "לא נמצאו סימני עריכה או השתלת פריימים או התערבות כלשהי בקטע הנבדק" – קיבלנו את העתק הסרטון כמוצג.

5. צפייה בסרטון מראה, כי הוא בנוי מקטעי צילום. באחד הקטעים ניתן לזהות את אשרף מנופף בדגל ומסמן V באצבעותיו. בהמשך, הוא נצפה יושב על הקרקע, עיניו מכוסות וידיו באזיקים מאחורי גבו, בסמוך ל"בטונדה" זוהרת. לאחר מכן, מצוי בסרטון קטע בו נראית אותה "בטונדה" זוהרת ובמקום נראים חיילים רבים, ביניהם שני הנאשמים. בקטע זה, אשרף אינו מופיע.

6. בקטע נוסף, מאוחר יותר, נראה נאשם מספר 1 בסמוך לג'יפ המג"ב, אוחז באשרף ומשוחח עם לוחם מג"ב בחולצה לבנה. הנאשם נראה כשהוא מרחיק את אשרף לשמאלו (מהכיוון המצולם). במקביל, ניתן לזהות את נאשם מספר 2 בדרכו אל צידו השמאלי של ג'יפ המג"ב (מהכיוון המצולם). נאשם מספר 2 נראה מכיוון את נשקו לעברו של אשרף, פוסע מספר צעדים לאחור, עולה על מדרכה ושוב מכיוון. אז נשמעת הירייה, ומייד לאחר מכן, הצילום נקטע. נבהיר, כי צפייה בקטע בו ניתן לזהות את נאשם מספר 2 אינה מאפשרת לקבוע בבירור לאן הסתכל נאשם מספר 1 ואינה מאפשרת לקבוע האם היה במועד הירי קשר עין בין שני הנאשמים. נאשם מספר 1 צולם מאחור, כשהוא מרכיב משקפי שמש, ובהעדר נתונים ביחס לזווית הצילום והמרחק, קשה לדעת האם דלת הג'יפ האחורית, שהייתה פתוחה לשמאל, הסתירה מעיניו את נאשם מספר 2 במהלך אותם רגעים, או בחלקם.

3. פרשת הגנה – נאשם 1

3.1 עדותו של נאשם מספר 1

1. הנאשם, סא"ל ע' ב', תיאר בפתח דבריו את מסלול שירותו הצבאי ואת התפקידים אותם ביצע, לרבות חלקו בפעילות מבצעית ותרומתו במסגרת מלחמת לבנון השנייה. בשלהי חודש יולי 2007, החל בתפקידו כמג"ד XXX. בהמשך, פירט הנאשם אודות אופיו התובעני והשוחק של השירות בגזרה, בה ארע האירוע אשר בבסיס כתב האישום. הנאשם ציין, כי הקפיד להנחיל לחייליו את הוראות הפתיחה באש וליישמן באופן דקדקני, כך עשה אף ביחס להטמעת ההגדרה של "פקודה בלתי חוקית בעליל". בהקשר זה, הבהיר הנאשם כי ירי כדור גומי משמש לפיזור הפגנה אלימה, ואין לבצעו, אלא ממרחק של XXX מטרים ומעלה. הירי מתבצע רק באישור מפקד, מרמת מ"פ ומעלה. הנאשם ציין, כי חיילים שחרגו מן ההוראות, נשפטו ונענשו על-ידו ולראייה הציג שני טופסי תלונה (7/0 – 8/0).

2. בתקופה עובר למועד הנקוב בכתב האישום, חלה הסלמה. הפרות הסדר הפכו להיות אלימות ומסוכנות יותר. ההפגנות הפכו להיות המוניות יותר וכללו יידיי אבנים ובקבוקי תבערה לעבר החיילים, ואף חטיפת נהג של רכב מכוחות הביטחון.

3. אשר לאשרף, זה היה דמות מוכרת לכוחות הביטחון כמי שנוטל חלק בהפגנות ובהפרות סדר. ביום האירוע, הנאשם הבחין באשרף בעת שישב בסמוך ל"בטונדה". להמחשת הסיטואציה הפנה הנאשם אל 1/0, תמונה שצולמה במקום לאחר האירוע ואל 4/0, תמונה מתוך הסרטון שצולם במהלך האירוע (ת/9). לאחר מכן, ניגש הנאשם אל אשרף ואמר לו: "נו אשרף, תפסיק להפגין כנגד כוחות צה"ל עכשיו?". אשרף השיב לו בערבית, כי אינו מבין עברית. הנאשם הסביר, כי ביקש להזהיר את אשרף, לבל ימשיך ליטול חלק בהפרות סדר.

4. אז ניגש אל נאשם מספר 2, שעמד בסמוך לג'יפ המג"ד ואמר לו: "בוא נשקשק לידו את הנשק, שהוא יחשוב שאנחנו רוצים לירות גומי". הנאשם לא ידע להסביר את עדותו של סמ"ר XXX, בנושא. אשר לאמרותיו של נאשם מספר 2, הבהיר הנאשם, כי נאשם מספר 2 שיקר באמרה במקום בו טען, כי הוא, נאשם מספר 1, אמר לו את המילים "תירה, תירה".

5. הנאשם הבהיר, כי הרעיון, אותו הוא מגדיר בדיעבד כרעיון טיפשי, נועד להוות תחבולה על מנת לגרום לאשרף לדבר בעברית "לגרום לאשרף לתגובה ספונטנית בעברית לרעש השקשוק". העד הסביר, כי במילה "שקשוק" התכוון לצליל של רעש בנשק "כאשר הנשק מופנה כלפי מעלה". לשאלת ביה"ד, אישר הנאשם, כי כדור גומי נורה מצינור, שמחובר לנשק, ולא בדרך של דריכת הנשק. לשאלה הכיצד מתיישב נתון זה עם רצונו של הנאשם להפחיד את אשרף באמצעות "שקשוק" בנשק, "שהוא יחשוב שאנחנו רוצים לירות גומי", השיב הנאשם: "ככה זה הצטייר לי. לא תכננתי את זה. עכשיו הייתי יכול לחשוב על תחבולה יותר חכמה, אם בכלל". בדומה, גם לשאלה, הכיצד מרעש ה"שקשוק" בנשק, אמור אשרף להבין, כי עתידים לירות דווקא לעברו, השיב הנאשם: "אני לא מתווכח שהתחבולה היא לא חכמה". הנאשם הוסיף, כי ביקש מנאשם מספר 2 לבצע "שקשוק" בנשק ולא עשה כן בעצמו, מכיוון שנשקו היה טעון במחסנית בעלת כדורים חיים, בעוד שבנשקו של נאשם מספר 2 היו כדורי גומי.

6. שני הנאשמים עמדו קרובים זה לזה, בסמוך לג'יפ המג"ד, בצד הקדמי ונאשם מספר 2, השיב לו בחיוב. הנאשם טען, כי הדברים נאמרו לאוזניו של נאשם מספר 2, על מנת שאשרף, בהנחה שהוא מבין עברית, לא ישמע אותם. הנאשם הוסיף, כי במקום היו רעש והמולה.

הנאשם לא הבחין בסמ"ר XXX. בחקירה נגדית, לשאלה של בא כוח נאשם מספר 2, הבהיר הנאשם, כי השיחה בינו לבין נאשם מספר 2, התקיימה במרחק של כשניים-שלושה מטרים מאשרף, על מנת שהאחרון לא ישמע את תוכנה.

7. לאחר מכן, ניגש הנאשם אל אשרף, אחז בו והרים אותו. השניים צעדו כמה צעדים לעבר ג'יפ אחר (להלן: "ג'יפ המג"ב"). בדרך, צעק הנאשם לעבר נאשם מספר 2 "ל' ק'", או משהו כזה". ולשאלת סנגורו של נאשם מספר 2: "באיזשהו שלב, בין הג'יפים, אני צועק רק 'ל' ק'", או 'ל' ק' תשקשק', זה כשאתי מוביל את אשרף". בהקשר זה, נשאל הנאשם באשר להגיון מאחורי דבריו, שהרי, אם אשרף מבין עברית, כפי שחשד, הרי שיבין שהנאשם הורה לנאשם מספר 2 "לשקשק" ולא לירות לעברו כדור גומי, כפי שביקש לגרום לו להבין. על כך מסר הנאשם: "כול להיות שאמרתי רק 'ל' ק'... אני לא זוכר בדיוק מה אמרתי".

8. בחקירה נגדית, נשאל הנאשם מדוע אחז באשרף והעמידו לצד ג'יפ המג"ב. הנאשם השיב: "הלכתי איתו משהו כמו ארבעה צעדים שמאלה. שישמע את השקשוק, היה שם פחות רעש". בדומה, אישר הנאשם לשאלת התובע, כי נאשם מספר 2 אמור היה לבצע את חלקו בתחבולה שתכנן, בסמוך לג'יפ המג"ב, מאחוריו, במקום בו אחז הנאשם באשרף וכן, כי קרא לנאשם מספר 2, ממנו נפרד לפני מספר שניות (לאחר השיחה בסמוך לג'יפ המג"ב) "במסגרת אותו תהליך". הנאשם הסביר, כי "האיום המתוכנן", היה: "ליד ג'יפ המג"ב, ל' ק' יעמוד ליד וליד אשרף וישקשק...". ובהמשך: "מבחינתי, כדי שהתחבולה תצא לפועל היה צריך לשקשק את הנשק".

9. בהגיעו לג'יפ המג"ב, שוחח הנאשם עם שוטר מג"ב. השניים שוחחו במשך שתיים-שלוש דקות. במהלך השיחה, המשיך הנאשם לאחוז באשרף, ואז נשמעה הירייה. בחקירה נגדית, הסביר הנאשם כי אחז באשרף "שלא יפול... אני גם מחזיק את אשרף שלא יברח...".

10. הנאשם הבהיר, כי החל מן הרגע בו סיים לשוחח עם נאשם מספר 2 בסמוך לג'יפ המג"ב, ועד לאחר שנורתה הירייה, לא הבחין בנאשם מספר 2 ולא היה ביניהם קשר עין.

11. מייד לאחר שנורתה הירייה, הנאשם רץ לקצה השני של ג'יפ המג"ב, הדף את נאשם מספר 2 ונתן לו מכה על הקסדה. הנאשם שהיה מופתע מן הירייה, צעק על נאשם מספר 2: "למה ירית" וזה השיבו: "זה מה שהבנתי שאני צריך לעשות". הנאשם הוכיח את נאשם מספר 2 על

שירה באדם כפות וקשור ובמקביל החל מטפל באשרף ובהזמנת רופא למקום.

12. אשר לצילום הקלטת (ת/9), הנאשם העריך כי זו צולמה ממרחק של כששים מטרים מן הצומת.

13. הנאשם מסר כי עוד באותו היום דיווח על הנעשה למח"ט 188 ולמח"ט בנימין, עמו גם נפגש במהלך היום. בערב, עם הגיעו לגדוד, החליט הנאשם לבצע תחקיר. הוא הנחה את סגנו לבדוק מול נאשם מספר 2 מה בדיוק ארע, והתחקיר הופץ כבר למחרת. כעבור יומיים-שלושה, ערך מח"ט בנימין בירור בעניין ונזף בנאשם, בנוכחות קצינים נוספים. בהמשך, כעבור מספר ימים, נקרא הנאשם לסיים את תפקידו.

14. לשאלות התובע, הבהיר העד, כי על אף שהסמג"ד ערך את התחקיר (ת/11), הרי שניסוחו בגוף ראשון מלמד כי מי שחתם עליו ערך אותו, קרי: הנאשם בעצמו. הנאשם אישר, כי לא דייק בדבריו בתחקיר, לפיהם ידע שאשרף מיידה אבנים לעבר כוחות צה"ל והסביר, כי הניח זאת, בעקבות מעצרו של אשרף במהלך ההפגנה. בנוסף, התקשה הנאשם להסביר מדוע אין במסמך פירוט ביחס לגרסתו של נאשם מספר 2 אלא תמצית מצומצמת לפיה נאשם מספר 2, לא הבין את הוראתו של נאשם מספר 1. המסמך כולל פירוט ביחס לגרסתו של נאשם מספר 1, לפיה הורה לנאשם מספר 2 "לשקשק". הנאשם טען, כי האחריות בעניין זה מוטלת על סגנו, שערך את התחקיר, בהנחייתו.

15. בחקירה נגדית, פירט הנאשם, כי לאחר המקרה, לא הורה על העמדתו לדין משמעתי של נאשם מספר 2.

16. במהלך עדותו, הנאשם הציג לעיונו מסמך הנושא את הכותרת "**תחקיר אירוע ירי גומי לעבר פלשתינאי שעוכב בנעלין- חטמ"ר בנימין**" (ס/10). מסמך זה התקבל לעיונו בהסכמת הצדדים ובהתאם להחלטתנו מיום 15/12/09 (עמוד 109 לפרוטוקול). ע"פ האמור במסמך, בסעיף 6ח, נאשם מספר 1 הכיר את אשרף מהפגנות קודמות, כמי שמידה אבנים לעבר כוחות צה"ל. נאשם מספר 1 פנה לנאשם מספר 2 "וביקש ממנו שישקשק את הנשק". בהמשך, לאחר שנאשם מספר 2 ירה כדור גומי לעבר רגלו הימנית של אשרף, פנה אליו נאשם מספר 1 בצעקות ונאשם מספר 2 השיב "שזה מה שהבין" (סעיף 6 למסמך). גם בתחקיר, נאשם מספר 2 טען, "כי זה מה שהבין שצריך לבצע". בסיכום המח"ט נקבע, כי מדובר באירוע חמור

מן ההיבט המקצועי וההיבט הערכי, וכי "על המפקדים להיות ברורים ומדויקים במתן פקודות".

3.2 עדותו של לוחם מג"ב, נאור XXX

17. במועד האירוע, הגיע העד מתוך הכפר אל הצומת. העד מסר, כי במקום שררו המולה ורעש. הוא עמד במרחק של כמטר וחצי מאחורי ג'יפ מג"ב, מצד ימין, בזמן שנאשם מספר 1 שוחח עם לוחם מן הפלוגה בשם דודי. נאשם מספר 1 ודודי עמדו במרחק של כחצי מטר מג'יפ מג"ב ושוחחו במשך כדקה וחצי. נאשם מספר 1, דודי והעד, הופתעו למשמע הירייה. העד טען, כי להערכתו לא היה קשר עין בין נאשם מספר 1 לנאשם מספר 2, מאחר שהדלת האחורית של ג'יפ המג"ב, אשר הייתה פתוחה לרווחה ("כמעט בתשעים מעלות"), הסתירה לנאשם מספר 1 את שדה הראייה מעבר לה. העד אישר, כי לא הבחין בנאשם מספר 2, עובר לירייה. לאחר שבחקירה נגדית הוצג לעד קטע מתוך הסרטון (ת/9), אישר העד, כי אשרף עמד, כך שהדלת האחורית של ג'יפ המג"ב לא הסתירה אותו ונאשם מספר 1 עמד במרכז, "נוטה לשמאל".

העד ציין, כי ע"פ ההוראות, אין לירות כדור גומי ממרחק קצר מחמישים מטרים.

3.3 עדותו של מר אילן גדיש.

18. העד משמש כסגן מפקח האבטחה מטעם משרד הביטחון, במנהלת מרחב התפר. במסגרת תפקידו, עליו לקשר בין הגורמים האזרחיים, המבצעים עבודות במרחב לבין הכוחות המבצעיים במקום. העד תיאר את שגרת העבודה בגזרה ואת הקושי להתמודד עם הפרות הסדר והאלימות שנועדו להכשיל את העבודות במקום. העד ציין, כי אשרף נטל חלק מרכזי בעימותים ובהפרות סדר קשות בגזרה.

19. במועד האירוע, נפגש עם נאשם מספר 1 לשיחה, בשעות אחר הצהריים המוקדמות. העד הבחין שדבר מה אינו כשורה, ולשאלתו, מסר הנאשם כי ארעה תקלה בגדוד "הקשר שלו ירה בפלשתינאי... שהוא היה כפות. הוא אמר לי שהוא לא מבין איך זה קרה... מה פתאום הוא ירה." הנאשם מסר לו, כי לפני כן, הוא עצמו פנה אל הקשר, על מנת שיפחיד את הפלשתינאי, באמצעות "שקשוק" בנשק.

3.4 עדותו של רפ"ק רם XXX

20. העד שמש כמפקד פלוגת מג"ב, שנטלה חלק באחריות לאבטחת הגזרה בה ארע האירוע, אשר בבסיס כתב האישום. העד ציין, כי באותה תקופה למד להכיר את נאשם מספר 1,

כמפקד ערכי, המקפיד על תדריכים מסודרים לקראת פעילויות. כאשר ניתנת פקודה לבצע ירי של כדור גומי, ע"פ ההוראות, יש לירות ממרחק שאינו נופל מארבעים מטרים, ורק לעבר גפיים תחתונות (בעניין זה נפנה גם להוראות פתיחה באש, 9/0, המצויות בכספת בית הדין מטעמים של ביטחון מידע). העד הבהיר, כי הכוחות בשטח נוהגים לעכב מסיתים, הנוטלים חלק בידוי אבנים ומסכנים את הכוחות. הוא הדגיש, כי במקום בו לא נשקפת סכנת חיים - אין לכוון נשק כלפי אחר, "עצור או לא עצור".

3.5 עדותו של לוחם מג"ב, דוד XXX

21. העד שמש בתקופה הרלוונטית כמפקד צוות במג"ב. בתחילת דבריו, מסר כי חקירתו במצ"ח, נעשתה תחת לחץ. העד זיהה את עצמו בתמונה (13/0), מתוך הסרטון (9/ת), כמי שעמד לצד נאשם מספר 1, בחולצה לבנה, בעת שהנאשם אחז באשרף, עובר לירי. הוא הצביע על מיקומו מעל גבי תרשים של הצומת (12/0).

22. במועד הנקוב בכתב האישום, בשעות הצהריים, יצא הצוות של העד מן הכפר, להפסקת צהריים. הצוות החנה את ג'יפ המג"ב והעד נעמד מאחורי הג'יפ, "מרחק נגיעה, פחות מחצי מטר" בסמוך לנאשם מספר 1, "מרחק נגיעה בינינו". השניים שוחחו על אירוע שארע בכפר, במשך שתיים-ארבע דקות. העד לא שמע את נאשם מספר 1 פונה אל נאשם מספר 2 והוא עצמו לא הבחין בנאשם מספר 2:

"ע' ב' הרים את העצור לפי מה שזכור לי, החזיק אותו ביד, העצור היה מול הג'יפ, מול החלק האחורי של הג'יפ, ביקשתי מע' ב' להזיז אותו הצידה, יש ציוד אלפא... שהוא לא צריך לראות, ע' ב' הזיז אותו, המשכתי לדבר עם ע' ב' על האירוע, פתאום נשמעה ירייה... גם ע' ב' נבהל, רץ לחייל שלא ראיתי אותו לפני כי הדלת הסתירה אותו, רץ אליו, נתן לו מכה בחזה, צעק עליו: 'מה אתה עושה?'..."

23. העד טען, כי חשש שמא אשרף יוכל לראות מה מצוי בג'יפ, גם דרך כיסוי העיניים ("פלנלית"). בחקירה נגדית, משעומת עם סנגורו של נאשם מספר 2, על כך שבחקירה במצ"ח, לא טען, כי הוא זה שביקש מנאשם מספר 1 להרחיק את אשרף מג'יפ המג"ב, השיב: "המקרה היה אחרי שלושה שבועות מהאירוע, הוציאו אותי מלחץ של הפגנה, לא הכול זכור בראש". העד טען, כי דבריו בבית הדין מדויקים יותר. הוא הוסיף, כי אין לו היכרות עם אף אחד מן הנאשמים, וכי לא בא לסייע למי מהם. העד נשאל, הכיצד מתיישבת טענתו הנ"ל עם העובדה שהעצורים מובלים בג'יפ, ולכאורה יכולים לצפות בציוד אותו ביקש להסתיר מעיניו המכוסות של אשרף. על כך השיב: "אין מה לעשות, יש אילוצים, כשאתה מעלה עצור לג'יפ, הוא מוריד את הראש,

אתה מכבה את הקשר". בדומה, עומת העד עם העובדה, כי נאשם מספר 1, בעצמו, לא טען שהתבקש ע"י העד להרחיק את אשרף מן הג'יפ. העד מסר: "זה מה שאני אמרתי". בהמשך נשאל, הכיצד העובדה שאשרף הוסט מעט הצידה, סיכלה את יכולתו לראות את תכולת הג'יפ, אם אמנם הוא יכול לראות דרך כיסוי העיניים, כפי שטען העד. העד השיב, כי אשרף לא יכול היה להזיז את עיניו, מאחר שכיסוי העיניים מהודק לראשו. בדומה, התקשה להסביר הכיצד המרחק הקצר אליו הורחק אשרף, סיכל את יכולתו להאזין למכשיר הקשר שפעל בג'יפ.

24. העד אישר, כי ע"פ הוראות הפתיחה באש, אין לירות כדור גומי ממרחק הקטן מארבעים מטרים.

3.6 עדותו של רס"ן יניב XXX

25. העד שמש במועד האירוע כסגנו של נאשם מספר 1, סמג"ד XXX. העד מסר, כי שמע את תיאור האירוע מפי נאשם מספר 1 ביום האירוע. למחרת, התבקש ע"י נאשם מספר 1 "לתחקר את ל' ק' ולרשום תחקיר לאירוע". העד זימן את נאשם מספר 2 למשרדו ושמע את דבריו. את הממצאים מן התחקיר ערך במחשב ושלח לנאשם 1 בדואר אלקטרוני. העד ציין כי המסמך ששלח אינו ברשותו ולמיטב ידיעתו, לא נשמר. העד לא תחקר אחרים ביחס לאירוע, אף לא את לוחמי המג"ב, שנכחו במקום בזמן הירי.

26. לשאלת התובע הבהיר העד, כי נאשם מספר 1 מסר לו שהורה לנאשם מספר 2 "תדרוך ול' ק' אמר לא, חד משמעית המג"ד אמר לי תירה". את התחקיר חתם העד בשמו שלו. העד ביקש להימנע מלהתייחס לדברים הרשומים במסמך בנושא (ת/11) בטענה כי אינו זוכר מה מתוך הדברים נוסח על ידו ומה ניסח נאשם מספר 1. עם זאת, אישר, כי נאשם מספר 2, טען בפניו שנאשם מספר 1 הורה לו לירות. לשאלת נוספת מעם התובע, הבהיר העד כי המילה "לשקשק" אינה מוכרת לו בהקשר של התחקיר:

"פעם ראשונה שאני שומע את זה בהקשר של האירוע. אני זוכר את המילה תדרוך ול' ק' אומר את המילה תירה".

27. לאחר שאלות נוספות בנושא, אישר העד, כי הפרק הקרוי סיכום וחלק מפרק המסקנות, כאמור במסמך החטיבה (10/0), לא נוסח על ידו ובאשר לפרק הממצאים (סעיפים 6-7), מסר, כי אינו יכול לזהות מה נוסח על ידו ומה על ידי אחר. העד הסביר, כי על אף שהיה מכותב למסמך של נאשם מספר 1 (ת/11), הוא עצמו לא עיין בו, מפאת עומס העבודה בגזרה. לטענתו, גם את

סיכום המח"ט בנושא (10/0) – לא קרא.

3.7 עדותו של מח"ט בנימין, אל"ם אביב רשף

28. העד מסר, כי במועד האירוע שמש כמח"ט הגזרה, לאחר שנכנס לתפקידו שבוע קודם לכן. במועד האירוע קיבל דיווח דרך החמ"ל (17/0), ומייד לאחר מכן, התקשר אליו נאשם מספר 1 ומסר לו פרטים ביחס לאירוע. העד ציין, כי שמו של אשרף היה מוכר לו מאירוע קודם של הפרת סדר. נאשם מספר 1 דיווח לו, כי ארעה טעות חמורה וחייל מן החפ"ק שלו ירה בפלסטיני.

29. בהמשך היום נפגשו השניים והעד ציין, כי כעס על נאשם מספר 1 "מבחינת מיקום המפקד והאירוע... המג"ד מתעסק אישית עם עצור ומתחקר אותו... והוא לא צריך להיות שם". שגיאה נוספת שזיהה העד בהתנהלותו של נאשם מספר 1, המג"ד, עניינה בפקודות: "צריך לתת פקודות ברורות. אם אתה לא מתכוון שיבצעו ירי, המבחן הוא מבחן התוצאה, מה הבין החייל, מה הוא הבין ומה הוא עושה עם זה. לטענתי עצם העובדה שהחייל לא הבין את הפקודה או ביצע אותה אחרת, משמע שהחייל לא הבין נכון את הפקודה". העד הנחה את נאשם מספר 1 להציג את המקרה ואת התקלות שאירעו במהלכו למפקדים זוטרים, ואכן כך נעשה, כבר באותו השבוע.

30. בנוסף, שוחח העד על המקרה עם הסמג"ד. העד אישר, לשאלת ב"כ של נאשם מספר 1, כי הסמג"ד לא העלה בפניו כל טענה ביחס לשוני בין התחקיר שערך לבין המסמך שהופץ (10/0).

31. העד מסר, כי סיכום החטיבה הופץ ביום בו נערך, לפני פרסום האירוע בכלי התקשורת. לשאלת התובע, אישר כי בבסיס סיכום החטיבה, מצויה הייתה ההנחה כי נאשם מספר 1 מדייק בדיווח. בנוסף, הסביר, כי גרסתו של נאשם מספר 1 הייתה, כי הורה לנאשם מספר 2, "לשקשק" בנשק, על מנת להפחיד את אשרף. העד הבהיר, כי אף פעולה מעין זו הינה פסולה.

4. פרשת הגנה – נאשם 2

4.1 עדותו של נאשם מספר 2

1. בפתח עדותו, הנאשם פירט אודות מסלול השירות שלו כלוחם וחלקו בפעילות מבצעית. במועד האירוע, שמש הנאשם בתפקידי קלע, נהג וקשר בחפ"ק המג"ד. הנאשם הסביר, כי ע"פ התדריכים של נאשם מספר 1, הובהר כי אין לירות ללא פקודה ישירה שלו ובמקום בו חייל מוצא עצמו לבד, מול סכנה, עליו לנהוג בהתאם להוראות פתיחה באש.

2. ביום האירוע, הבחין הנאשם באשרף, כשהוא כפות באזיקים ועיניו קשורות, בצומת נעלין. באותו מועד, נערכה הפגנה בכפר. הנאשם נעמד בסמוך לחלק הקדמי של ג'יפ המג"ד, לצד מכסה המנוע, והבחין בנאשם מספר 1 מנסה לדובב את אשרף. אשרף ישב על הקרקע. נאשם מספר 1 עמד בצד הג'יפ ואשרף ישב לצדו, בצד הרחוק של הג'יפ. הנאשם לא ידע כיצד הועבר אשרף מן "הבטונדה" למקום בו ישב. בהמשך, התנהלה השיחה הבאה:

"ע' ב' שואל אותי: ל' ק' יש עלייך גומי, ואני עונה לו שכן, יש עלי גומי, ואז הוא אומר, מה אתה אומר נירה בו גומי? בצעקה כזאת, ע' ב' שואל אותי. ואז אני אמרתי אין לי בעיה לירות בו גומי, וכשע' ב' בעצם מרים את אשרף מהרצפה ואומר בוא נלך הצידה ונירה בו גומי, תוך כדי שהוא מרים את אשרף, אחרי שהוא מתייעץ איתי והוא מרים את אשרף ותוך כדי הוא אומר בו נלך הצידה ונירה בו גומי... הוא מתחיל ללכת איתו, הוא עובר אותי פה (בקדמת הג'יפ) ואומר לי תדרך כדור... ע' ב' הולך עם אשרף אני הולך אחריהם, מגיע מאחורי ג'יפ המג"ב, ואז אני עובר אותם, מאחוריהם, הצידה, ובעצם כשאני מגיע לשם, ע' ב' עומד ליד אשרף והוא עומד איתו ומחכה שאני אבצע את הירי... ואז ביצעתי את הירי... הייתי בזווית שאני רואה את ע' ב', אחרי זה התרחקתי ועליתי על המדרכה"

3. הנאשם הבהיר, כי השיחה בינו לבין נאשם מספר 1 התקיימה בצדו הימני של ג'יפ המג"ד, בעת שאשרף ישב בצדו הימני הקדמי של הג'יפ. כאמור, הנאשם לא ידע להסביר כיצד הגיע למקום אשרף ואף לא את טענת אשרף לפיה הפעם הראשונה בה הוקם, היה בעת שאחזו בו והובילו אותו, עובר לירי. בנוסף, התקשה הנאשם להסביר את מיקומו של אשרף לפי גרסתו, מאחורי הג'יפ, מקום שלטענת סנגורו של נאשם מספר 1, הינו מבודד יחסית.

4. בחקירה נגדית, הבהיר הנאשם כי ניתן היה להבחין בכך שנשקו טעון במחסנית "הוא שואל אותי שאלה רטורית, הוא רואה שיש עלי גומי, הכוונה לבצע איזה שהוא מהלך ... בשלב שהוא מרים אותו ואומר בוא נלך הצידה ונירה בו גומי, אני מבין שהוא רציני... זה השלב שאני מבין ואני עונה לו הכדור כבר בקנה". הנאשם אישר בחקירה נגדית, כי במהלך אותה שיחה הבין שנאשם מספר 1 מבקש להפחיד את אשרף:

"כי אף פעם ע' ב' לא שאל אותי לדעתי, מה דעתך נירה בו גומי? בהפגנתיות"

כזאת, אז עניתי לו באותו סגנון: אין לי בעיה לירות בו גומי. ואז כשהוא הרים את אשרף ואמר בוא נלך הצידה ונירה בו גומי, זאת בעצם הפקודה, הבנתי שהוא לא צחק".

5. ובהמשך: "אני הייתי בחשיבה שהוא כביכול רצה רק להפחיד אותו בדיבורים, וזה שהוא מרים אותו, זה המחיש את הרצינות, הוא אומר לי לדרוך כדור, תוך כדי שהוא עובר אותי ...". לשאלת התובע הוסיף: "הוא אמר את זה בקול כדי להפחיד את אשרף. והבנתי שזה להפחיד אותו. בגלל זה עניתי שאין לי בעיה לירות בו. ברגע שהוא הרים אותו ואמר לי בו נלך הצידה, נירה בו גומי, אז אני הבנתי שזה ברצינות ואני הולך אחריו מבולבל, והכל קורה במהירות".

6. הנאשם אישר, כי לאחר שנאשם מספר 1 "עובר אותי ואומר לי לדרוך כדור" - לא ניתנה לו פקודה נוספת, אך הוסיף וטען, כי עובר לירי הבחין בנאשם מספר 1 מסתכל עליו והיה ביניהם קשר עין. הנאשם אישר כי נאשם מספר 1 הרכיב משקפי שמש. בנוסף, הנאשם מסר כי עקב אחר נאשם מספר 1 לכל אורך הדרך, אך אישר, כי לא הבחין בו משוחח עם לוחם מג"ב (דודו).

7. הנאשם הכחיש כי נאשם מספר 1 אמר לו: "לשקשק".

8. את הירי ביצע לעבר הקרקע, בין הרגליים של אשרף "לא רציתי לפגוע באשרף" (בהמשך, לשאלות ביה"ד, הבהיר, כי הבין שנאשם מספר 1 הורה לו לפגוע באשרף, אך הוא ביקש למזער את הנזק ולכן ירה בסמוך לרגליו). בחקירה נגדית פירט כי ירה לעבר "הסולייה, שזה בין הרגליים" וטען, כי כך מסר גם באמרות במצ"ח. לשאלת התובע, הבהיר הנאשם, כי ידע שאין לכוון ירי גומי לעבר איברים כמו בטן.

9. הנאשם הבהיר, כי ירה מאחר שקיבל מנאשם מספר 1 פקודה לירות (הנאשם הסביר כי את הפקודה קיבל בסמוך לג'יפ, והבין שעליו לבצעה בהמשך, במקום נסתר יותר). לאחר הירי, נתקל בזעמו של נאשם מספר 1, על עצם ביצוע הירי כלפי אדם כפות. נאשם מספר 2 הסביר לנאשם מספר 1 כי כך הבין ונאשם מספר 1, בתגובה, "הביא לי מכות על הקסדה: איך אתה עושה דבר כזה".

10. כעבור שבועיים, בעקבות האירוע, הנאשם נעצר למשך 24 שעות. כאשר שב אל היחידה ניגש אליו חייל בשם אדם שמסר לו כי החייל XXX שמע את השיחה בינו לבין נאשם מספר 1. הנאשם פנה אל XXX ואף מסר לו לדווח למצ"ח על כך ששמע את השיחה בין הנאשמים. בחקירה נגדית, טען,

כי בפרק הזמן שמן האירוע ועד לחקירת מצ"ח, כשבועיים לאחר האירוע, לא שוחח על המקרה עם XXX, על אף היות המקרה חריג. הנאשם טען, כי נאשם מספר 1 הנחה אותו שלא לדבר על המקרה. הנאשם לא ידע להסביר מדוע XXX טען ששוחח רק עם הנאשם על המקרה, ולא שוחח עם חיילים אחרים וכן, מדוע XXX טען שהשיחה נערכה בצד האחורי של הג'יפ.

11. הנאשם טען, כי התחקיר שביצע הסמג"ד ביחס לאירוע, נערך לאחר הפרסום בכלי התקשורת, בעת שנאשם מספר 1 לא היה ביחידה.

12. לשאלת בא כוחו, הבהיר, כי נאשם מספר 1 לא אמר לו בשום שלב "תירה, תירה" וכי דבריו אלו נרשמו בחקירה, נוכח הקושי שלו לבטא עצמו "אמרתי לחוקר, כשע' ב' עמד עם אשק, הוא כאילו חיכה נו, תירה בו, תירה בו, אני לא התכוונתי למלל..." ובהמשך: "אני רואה אותו מחכה ומסתכל עליו, כאילו הוא תירה בו". הנאשם אישר כי אמר דברים דומים בנוסח "תירה, תירה" גם במסגרת ראיון בערוץ 10. גם שם טען, כי נאשם מספר 1 הורה לו לירות, בעת שעמד בסמוך לג'יפ המג"ב. על כך השיב: "הראיון הזה היה מהיר ופזיז... אני לא שיקרתי פשוט לא הסברתי את עצמו נכון".

13. הנאשם ציין ששיתף פעולה בחקירה והסכים לעימות ושחזור. משעומת עם ההבדלים בין המיקום בו העמיד את הניצבים במהלך השחזור (ת/10), לבין מיקום הנוכחים באירוע, ע"פ הסרטון שצולם במהלכו (ת/9), השיב: "העמדת אותם לפי מקום שבו אני רואה אותם". הנאשם שב על טענתו לפיה, עובר לביצוע הירי, ראה את נאשם מספר 1 ואת אשק גם יחד.

14. בחקירה נגדית, טען הנאשם כי אכן למד על ערכי צה"ל, אך אינו זוכר מה הייתה ההתייחסות ל"פקודה בלתי חוקית בעליל" ו"לטוהר הנשק" ועליו לרענן את הדברים. משנשאל האם "לירות באדם מכוסה עיניים זה לא חוקי בצורה מובהקת", השיב: "אז למה הוא ביקש ממני לירות, לא הבנתי את זה באותו הזמן". הנאשם טען, כי לא הכיר את המונח "פקודה בלתי חוקית בעליל", אך אישר כי עשה שימוש באותו מונח בראיון לערוץ 10 ("...יצא לי להגיד את זה, לא ייחסתי לזה שום חשיבות"). בהמשך, השיב, כי ברור לו שהכאת עצור, או ירי בעצור באמצעות כדור חי – הינן פעולות בניגוד לחוק. בדומה, אישר כי לירות כדור גומי בעצור הינו מעשה "בלתי חוקי בצורה בולטת". לשאלה בחקירה נגדית, אישר, כי ע"פ הפקודות אין לירות בכדור גומי מטווח קצר מארבעים מטרים. הנאשם אישר, כי ירי החורג מן ההוראות, עשוי לגרום לנזק פיזי חמור.

15. הנאשם הסביר, כי לא פרק את הנשק, אף לא במהלך הפסקת הצהריים. לטענתו, לא הכיר הוראה

לפיה במהלך הפסקה, עליו לפרוק את הנשק.

4.2 עדותו של מר איתן אורטל

16. נאשם מספר 2 ביקש להעיד מטעמו את מר איתן אורטל, בוגר בית ספר למולטימדיה, צלם עיתונות, העובד במכון פרטי, בשם "מכון למדע פורנזי", כמומחה המתיימר, על בסיס צפייה בסרטון שצולם במהלך האירוע (ת/9) - לקבוע מסקנות ביחס להתנהגות החייל היורה ומפקדו (16/ו).

17. ע"פ המסמך שערך, ביצע העד לסרטון בדיקה לאיתור הפסקות ברצף ההקלטה, במסגרתה מצא, כי ההקלטה אינה רציפה. העד ניסה לבדוד את הקול הנשמע במהלך הסרטון והצליח לזהות רק שיחה בערבית, שהתקיימה בסמוך למצלמה. העד העריך, כי המצלמה הוחזקה במרחק של כמאה מטרים ממיקום החזקת העציר, אם כי לשאלת ביה"ד, הוסיף: "מרחב הטעות הוא רחב".

18. מתוך צפייה בסרטון בדרך של "האטת" הקרנתו, קבע העד כי "החייל מרים את הראש מהכוונת ומלמל בשפתיו לעבר המג"ד..." (סעיף 6ג), ובהמשך, כי "המג"ד מפנה מבטו בתגובה לעבר החייל באופן בו עורפו לעבר המצלמה ושפתיו אינן נראות" (סעיף 6ד). לאחר הירי, קובע העד, כי "המג"ד כמעט ואינו נרתע לשמע הירייה" (סעיף 6ז).

19. לסיכום קבע העד, כי "העציר הועמד בקו ירי באופן מכוון" (סעיף 5), "המג"ד והחייל ראו איש את רעהו עובר לירי" (סעיף 6), "המג"ד אינו נרתע למשמע הירי" (סעיף 7) ומתוך כך עולה כי "הירי בוצע תוך תכנון מראש ובידיעת המג"ד" (סעיף 8).

20. בחקירה נגדית, הסביר העד, כי לא ביצע לסרטון בדיקה במכשיר או באמצעות תוכנה מיוחדת, אלא: "לקחת את הסרט, להאט אותו במחשב, לצפות בו בצורה מסודרת מספר פעמים". בהמשך לכך, העד נשאל הכיצד הגיע למסקנה שנאשם מספר 1 העמיד את אשרף "באופן מכוון" והשיב: "כמו שנדרשתי, לפרש את הדברים". העד הבהיר, כי לא ביצע חישובים, מדידות של מרחקים, זוויות ראייה/צילום, אלא: צפה בסרט "ביסודיות". ואישר, כי: "לא ניתן להגיע לתוצאה מספיק מדויקת עם הנתונים כפי שהובאו, חסרים נתונים".

21. אשר למסקנתו בדבר קשר עין בין נאשם מספר 1 לנאשם מספר 2, עובר לירי, אישר העד, כי צפה בנאשם מספר 1 מאחור (צד העורף) ולא יכול היה לעקוב אחר מבטו, ועל כן זו מסקנה אישית שלו, מסקנה שנלמדה על ידו מכך שנאשם מספר 1 הסיט את ראשו הצידה, לשמאל. העד אף אישר, כי

ייתכן שדלת הג'יפ מסתירה את שדה הראייה. למעשה, העד חזר בו מקביעתו בנושא והסכים, כי לא ניתן לקבוע שהיה קשר עין בין נאשם מספר 1 לבין נאשם מספר 2. העד הודה, כי מסקנתו בעניין נסמכה על תנועת הראש של נאשם מספר 1, הפניית הראש הצידה, כפי שצולמה מאחור "לא ניתן לראות מבט... אני מקבל את התיקון...". בהמשך, הוסיף העד, לשאלת ביה"ד, כי נאשם מספר 1 הרכיב משקפי שמש נתון שאף הוא מקשה לזהות להיכן הביט.

22. לעניין מסקנתו ביחס להעדר רתיעה של נאשם מספר 1 בעקבות הירי, העד עומת עם העובדה שבעוד שבפרק הממצאים, ציין העד, כי נאשם מספר 1 "כמעט ואינו נרתע" למשמע הירי, הרי שבפרק המסקנות קבע נחרצות, כי "המג"ד אינו נרתע למשמע הירי". לכך השיב: "השמטתי את ה'כמעט'". העד אישר, כי הצילום נקטע, מייד לאחר הירי וכי "רואים תגובה שנעצרת". ולשאלה: "יכול להיות שיש המשך רתיעה מיד אחרי זה?" השיב: "יכול להיות".

23. למעשה, העד אישר, כי מסקנתו ביחס למהלך הדברים אינה היחידה מבין המסקנות שניתן להסיק מתוך צפייה בסרטון. העד הבהיר, כי האחוזים בהם נקב ביחס לסבירות מסקנותיו הם בבחינת הערכה כללית בלבד "ואין נתון סטטיסטי שהיא מתחשבת בה". הוא אף ציין, כי אין לו ידע בסטטיסטיקה.

24. העד מסר, כי ישנו בסרטון קטע במהלכו אשרף לא נראה יושב בסמוך ל"בטונדה" הזוהרת. קטע זה מופיע לאחר הקטע בו נצפה אשרף, כשהוא יושב בסמוך ל"בטונדה" הזוהרת, ולפני קטע הירי. העד אישר, כי קיימת אפשרות שקטע הירי צולם קודם, והקטע בו לא נראה העצור יושב לצד ה"בטונדה" הזוהרת צולם בהמשך, אך הקלטת הוחזרה לאחור לצורך הצילום.

25. במהלך עדותו של העד, במסגרת חקירה נגדית מטעמו של נאשם מספר 1, התבקש העד להצביע על מיקום הנוכחים באירוע, ביחס לג'יפ דומה לזה של ג'יפ המג"ב, שמוקם בחצר בית הדין. העד הסביר, כי בהעדר נתונים מדויקים, אין ביכולתו למקם את המעורבים באירוע, ביחס לג'יפ שהובא.

5. הערכת מהימנותם של העדים

5.1 כללי

1. כידוע, מהימנותם של העדים, נבחנת בהתאם להוראת סעיף 53 לפקודת הראיות [נוסח חדש]

התשל"א-1971, על פי "התנהגותם של העדים, נסיבות העניין ואותות האמת, המתגלים במשך המשפט". משקלן של עדויות ומהימנות עדים נתונים לשיקול דעתם של השופטים הרואים והשומעים את העדים ועל הערכאה הדיונית להכריע בסוגיית המהימנות. ההכרעה משוכה מליבו של כל שופט וממצפוננו שלו, בהתאם להתרשמותו מהעדים, אשר באו לפניו (ע"פ 6251/94 בן-סימון נ' מדינת ישראל, פד"י מט (3) 45). אמת המידה הננקטת הינה כזו של סבירות, שכל ישר וניסיון חיים שיפוטי (ע"פ 6289/94 דזנושוילי נ' מדינת ישראל, פד"י נב (2) 175).

2. 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 ומאמתים או סותרים את גרסאותיו של עד. מכאן נובע כלל נוסף, לפיו על בית המשפט להשהות הכרעתו בענייני מהימנות לאחר שמיעת כל העדים, שכן לעדויות עדים שונים עשויה להיות השלכה ביחס למהימנותם של עדים אחרים (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). עולה אם כן, כי אין המדובר בתהליך אוטומטי של מיון עפ"י סיווג כללי של הראיה, אלא בחינה מושכלת של תוכן הדברים.

5.2 מן הכלל אל הפרט

1. בענייננו, עסקין באירוע קצר בזמן, בן מספר דקות ובו מספר מצומצם של מעורבים. המעורבים העיקריים הם כמובן, שני הנאשמים. בנוסף להם, כנטען, היה סמ"ר עידן XXX עד לחלק הראשון של האירוע - השיחה שנערכה בין שני הנאשמים, בסמוך לג'יפ המג"ד. חיילי מג"ב, בעיקר עד ההגנה דוד XXX, היו עדים (מזווית הראייה שלהם), לחלקו האחר של האירוע - שלב הירי. עדים רלוונטיים נוספים לאירוע הם כמובן אשרף, מי שנפגע מן הירי, והצלמת, אשר מעבר לתיעוד חלקו האחרון של האירוע במצלמתה, היא בבחינת עדת ראייה לאותו שלב באירוע.

2. העדים האחרים שזומנו כעדי הגנה מטעמו של נאשם מספר 1, או מטעמו של נאשם מספר 2, הובאו בעיקר, על מנת לתמוך במהימנות גרסאותיהם של הנאשמים, כל אחד בנפרד. נתחיל בבחינת מהימנותם של העדים שמעורבותם באירוע מושא כתב האישום פחותה, על מנת לבחון את מידת השפעתם על הערכת מהימנותם של העדים המרכזיים - הנאשמים.

5.2.1 רפ"ק רם XXX

3. רפ"ק XXX, קצין מג"ב, הובא לעדות מטעמו של נאשם מספר 1. עדותו של העד אינה מתייחסת

במישרין לאירוע אשר בבסיס כתב האישום. עם זאת, לא למותר לציין, כי העד הפגין בקיאות רבה בכל הנוגע לנוהלי הפתיחה באש וההיערכות המבצעית בגזרה המדוברת ונראה היה כי הוא בעל ניסיון רב בתחום. בנוסף, ניכר היה, כי העד רוכש הערכה רבה לנאשם מספר 1, המג"ד. על רקע בקיאותו וניסיונו של העד, יש לייחס משקל לדבריו, לפיהם בהתאם לנהלים המקובלים והתדריכים השונים – במקום בו לא נשקפת סכנת חיים - אין לכוון נשק כלפי אחר, "עצור או לא עצור".

5.2.2 מר אילן גדיש

4. עד "רחוק" נוסף היה **מר אילן גדיש**. אף עד זה, ידידו של נאשם מספר 1, הפגין הערכה רבה כלפיו. התרשמו מרצינותו של מר אילן גדיש ועדותו הייתה עניינית וברורה. עם זאת, פרק הזמן הרב שחלף מאז מועד השיחה בינו לבין נאשם מספר 1, בעקבות האירוע, כמו גם מהלך השיחה ומפגשים נוספים מאוחרים יותר, בין העד לבין נאשם מספר 1 – הקשו עלינו לייחס משקל רב לדבריו, לפיהם נאשם מספר 1 ציין בפניו, כי הורה לנאשם מספר 2 "שקשקש בנשק". ואכן, העד אישר בכנות, כי אינו זוכר במדויק את דבריו של נאשם מספר 1, ואינו בטוח בניסוח המקורי – "חד משמעית הוא אמר לו בוא תפחיד אותו ואני כמעט משוכנע שהוא אמר לו בוא תשקשקש בנשק" (הדגשה שלנו).

5.2.3 סגן מוח'תאר XXX

5. סגן מוח'תאר, לשעבר קצין חקירות במצ"ח, העיד כעד מטעמו של נאשם מספר 2. התרשמו מעדותו חסרת הפניות של העד וממקצועיותו. ניכר היה, כי העד מבקש לדייק בתשובותיו ומקום בו לא היה בטוח בהן, הקפיד להבהיר זאת. בהתאם, ניתן לייחס משקל להערכתו לפיה אשרף אינו בקיא בשפה העברית, אם כי זיהה והכיר את המילה "גומי".

5.2.4 מר איתן אורטל

6. בניגוד לעדות הרצינית והמדויקת של סגן XXX, עדותו של העד השני שהובא מטעמו של נאשם מספר 2, **מר איתן אורטל**, הייתה מגמתית ובלתי מבוססת. עד זה התיימר לחוות דעה כמומחה, בכל הנוגע להתנהלותם של שני הנאשמים באירוע, לרבות מודעותם ויחסם להשתלשלות העניינים, והכל – מתוך צפייה בסרטון שצולם במהלך האירוע, ת/9.

7. על אף שלא היו ברשותו של מר אורטל נתונים בסיסיים, כמו המרחק בין המצלמה למקום האירוע וזווית הראייה, לא נמנע האחרון מלקבוע קביעות נחרצות ביחס לנושאים כמו קשר עין בין נאשם מספר 1 לבין נאשם מספר 2, וזאת, מבלי שהיה מסוגל למקם את הנאשמים ביחס לדלת הג'יפ הפתוחה ובכלל. כאמור, העד הבהיר, כי לא ביצע חישובים, או מדידות של מרחקים וזוויות ראייה או צילום ואישר, כי: "לא ניתן להגיע לתוצאה מספיק מדויקת עם הנתונים כפי שהובאו, חסרים נתונים" וכן: "מרחב הטעות הוא רחב". בדומה, כאשר התבקש העד למקם את המעורבים בסמוך לג'יפ שהובא לחניית בית הדין, על מנת לבדוק את תקפות מסקנותיו – נאלץ העד להודות, כי לא ניתן לעשות כן, על פי מסד הנתונים הקיימים.

8. לא זו אף זו, בחוות דעתו, העד הגיע למסקנה בדבר קשר עין בין שני הנאשמים, על אף שבסרטון, במרבית הזמן, נראה נאשם מספר 1 מאחור וכשהוא מרכיב משקפי שמש כהים, באופן שאינו מאפשר לעקוב אחר מבטו. את מסקנתו הנ"ל ביסס העד על כך שהבחין בתזוזה של ראשו של המג"ד לשמאל (מכיוון המצלמה), וכן על כך שהבחין בנאשם מספר 2 מרים את הראש וממלמל דבר מה. נדגיש, כי העד עצמו הבהיר, כי לא ניתן היה לשמוע את דבריו של נאשם מספר 2 והאחרון אף לא טען, כי שוחח עם נאשם מספר 1 באותו שלב באירוע. למעשה, העד עצמו, בעדותו, לאחר שעומת עם הנתונים הקיימים, ביקש לחזור בו ממסקנותיו בכל הנוגע לקשר עין בין שני הנאשמים, עובר לירי: "אני מקבל את התיקון".

9. העד גם לא היסס לקבוע, כי נאשם מספר 1 לא נרתע בעקבות הירי (על אף שמספר שורות קודם לכן, ציין במסמך שערך, כי "המג"ד כמעט ואינו נרתע לשמע הירייה", הדגשה שלנו). העד הגיע למסקנה נחרצת אף בעניין זה, על אף שהכיר בכך שהצילום נקטע מייד עם הישמע הירי (ולדבריו: "רואים תגובה שנעצרת").

10. למעשה, העד הגיע למסקנותיו השונות לאחר שצפה בסרטון בצורה איטית יותר, במספר הזדמנויות, ומסקנותיו אינן אלא פרשנות שלו למהלך הדברים, מבלי שהיו בידו הנתונים המתאימים, ומבלי שעשה שימוש במכשור מקצועי שיכול היה להעניק לו יתרון משמעותי על פני כל צופה אחר. כך, משנשאל הכיצד הגיע למסקנה שנאשם מספר 1 העמיד את אשרף "באופן מכוון", השיב: "כמו שנדרשתי, לפרש את הדברים". בסופו של הדיון, אישר העד כי מסקנותיו ביחס למהלך הדברים אינן היחידות מבין המסקנות שניתן להסיק מתוך צפייה בסרטון ולא ניתן להעריך את מידת הסתברותן.

11. עולה מן המקובץ – כי לא ניתן לייחס משקל למסקנותיו של העד, מר איתן אורטל. את מסקנותינו אנו מן הצפייה בסרטון נביא להלן.

5.2.5 אל"ם אביב רשף

12. אל"ם רשף, מח"ט בנימין, הוזמן להעיד במסגרת פרשת ההגנה מטעמו של נאשם מספר 1. התרשמנו מרצינותו של העד ומתשובותיו הבהירות. העד השיב בסבלנות ובאורח ענייני על כלל השאלות שנשאל. בהתאם, מצאנו לייחס משקל לדבריו לפיהם נאשם מספר 1 דיווח לו על שארע, עוד ביום האירוע וכי מסמך התחקיר, שנערך ע"י נאשם מספר 1 בסיוע הסמג"ד, הוכן בסמוך לאחר האירוע והופץ לידיעת הקצינים בגזרה, עוד לפני פרסום האירוע בכלי התקשורת.

13. העד, מפקד מנוסה, הבקיא בהוראות הפתיחה באש, ובמאפיינים המיוחדים של הפעילות המבצעית בגזרה, הבהיר, כי נאשם מספר 1 שגה במתן פקודות שאינן ברורות דיין, לנאשם מספר 2, והדגיש, כי אף מתן הוראה ל"שקשק" בניסיון לאיים על עצור, הינה בבחינת הוראה פסולה.

5.2.6 רס"ן XXX

14. אשר לעדותו של רס"ן יניב XXX, כאמור, עד זה שמש כסגנו של נאשם מספר 1 והובא להעיד כעד מטעמו. תשובותיו של העד היו מהוססות והוא התחמק משאלות רבות. העד נמנע מלהתייחס לגופו של המסמך המכונה "תחקיר", תוך שהוא טוען כי הוא מתקשה לזכור מה נכתב על ידו ומה נוסח על ידי נאשם מספר 1, והוסיף, באופן לא משכנע, כי לא טרח לעיין בסיכום הסופי לאירוע, סיכום שהופץ מטעם החטיבה, על בסיס דבריו. ניתן היה להתרשם, כי העד חושש ממתן תשובות העשויות לסבך את נאשם מספר 1, מפקדו לשעבר.

15. דווקא התרשמותנו הנ"ל, הובילה אותנו ליתן משקל רב לדבריו של העד בכל הנוגע לדברים שמסרו לו הנאשמים, בעיקר נאשם מספר 1, ככל שאינם תואמים את גרסתו של האחרון. העד פירט, כי הובא לידיעתו, בסמוך לאחר האירוע, במסגרת עריכת התחקיר, כי נאשם מספר 1 הורה לנאשם מספר 2 לדרוך את הנשק, וכי המילה "לשקשק", לא הוזכרה בדבריו של נאשם מספר 1 בהקשר של התחקיר.

"פעם ראשונה שאני שומע את זה בהקשר של האירוע. אני זוכר את המילה 'תדרוך' ול' ק' אומר את המילה 'תירה'".

16. נוסח זה של הדברים אף מתיישב עם פרק המסקנות בסיכום שערך נאשם מספר 1, ע"פ הבירור שערך העד (ת/11).

5.2.7 המתלונן

17. **מר אבו רחמה אשרף**, מסר עדות מבולבלת ורצופת סתירות. כך, בעוד שבאמרתו במצ"ח מסר, כי נכח במקום על מנת לחלק לתושבים תרופות ומזון, בבית הדין, בחקירה ראשית, טען, כי הלך לו לתומו. רק בחקירה נגדית אישר, כי נטל חלק בהפגנה. בדומה, טען תחילה, כי לא עשה דבר בהפגנה ורק לאחר שעומת עם הצילום בו הוא נראה מניף דגל, אישר זאת. העד הוסיף וטען, כי הייתה זו לו ההפגנה הראשונה בה נטל חלק, אך בהמשך, אישר כי טיפס בעבר על מנוף שהובא למקום במסגרת הקמת הגדר, ולא ידע להסביר את הרשעתו בעבר בעבירה של הפרת סדר. ניכר היה כי העד עויין את צה"ל, ועדותו הייתה מגמתית ומוגזמת.

18. עם זאת, בהתחשב בעדותו של סגן מוח'תאר, כמפורט לעיל, מצאנו לקבל את דבריו לפיהם הוא אינו בקיא בשפה העברית. בד בבד יש לקבוע, כי במהלך גביית עדותו במצ"ח, נקט העד במילה "גומי", עת תיאר את חילופי הדברים ששמע בסביבתו.

19. נציין, כי בהתאם להסכמת הצדדים, כעולה מאמרתו של ד"ר XXX אריק, **רופא בגדוד XXX**, ואף ע"פ דבריו של העד אשרף - בעקבות הירי, סבל העד מחבלה יבשה בבוהן כף רגלו השמאלית, חבלה שלא הצריכה טיפול רפואי. לא ניתן לקבוע כי כדור הגומי פגע ברגלו של העד באופן ישיר.

5.2.8 הגברת סלאמה ג'מל אחסן עמירה

20. העדה הפגינה אף היא עוינות כלפי צה"ל ומדינת ישראל. היא סירבה להעביר לידי התובעים ואף לרשות בית הדין, את הסרטון המקורי שצלמה. אף ההסברים השונים שמסרה ביחס לתכלית הצילומים ומקור המצלמה שברשותה - היו חלקיים. עם זאת, העדה הקפידה לדייק בדיווחה ביחס לצילומים המצויים בסרטון (ת/9). היא הסבירה, כי אלה עשויים קטעים נפרדים, שאינם רצופים, וכי מייד עם הישמע הירי, המצלמה נשמטה מידיה. בדומה, מסרה העדה תשובות תמציתיות אך ענייניות, ביחס להשתלשלות האירועים, באופן אשר ככלל, השתלב עם מהלך הדברים, כפי שתועד במצלמתה.

5.2.9 לוחם מג"ב, נאור XXX

21. עד זה העיד על עצמו כי עובר לירי, היה מצוי מימין לג'יפ המג"ב וכלל לא הבחין בנאשם מספר 2. התרשמנו, כי על אף שהעד התיימר למסור נתונים מדויקים ביחס למהלך הדברים בפרק הזמן בו שוחחו נאשם מספר 1 וחברו לפלוגה, דוד XXX, ובעיקר – בכל הנוגע למיקומם ביחס לג'יפ מג"ב ומצבן של הדלתות האחוריות - לא ניתן לסמוך על עדותו בנושא. ניכר היה, כי פרק הזמן שחלף מאז האירוע, ובהיות מהלך הדברים, עד לרגע הירייה, מהלך שגרתי שלא משך אליו תשומת לב מיוחדת - מקשים על העד לדייק בנושאים אלה. ואמנם, בניגוד לדבריו הבטוחים בחקירה ראשית, אישר העד בחקירה נגדית, לאחר שהתבקש לצפות בסרטון, כי אשרף הועמד במרחק מה מן הג'יפ ואף מעבר לדלתות, וכי נאשם מספר 1 עמד משמאל למרכז הג'יפ.

5.2.10 לוחם מג"ב, דוד XXX

22. בדומה, התקשינו לייחס משקל משמעותי לעדותו של לוחם מג"ב, דוד XXX, בכל הנוגע למרחק בינו לבין נאשם מספר 1, ולמרחק בין השניים לבין דלתות ג'יפ המג"ב. חשוב לציין, כי גרסתו של העד, לפיה הוא זה שביקש מנאשם מספר 1 להרחיק את אשרף לשמאל על מנת שלא יתבונן בצידוד המצוי בג'יפ, הינה בבחינת גרסה כבושה (למשקלה של עדות כבושה אשר אין בצדה הסבר ענייני לכבישתה, ראו ע/135/01 **רס"ם אלברט נורברט נגד התצ"ר**, בעמוד 15). העד לא מסר גרסה זו במהלך גביית אמרתו במצ"ח והסברו בעניין היה מלאכותי ובלתי משכנע. העד אף התקשה להסביר את ההיגיון העומד מאחורי דבריו, בהתחשב בכך שעניו של אשרף היו מכוסות ואף בהתחשב בכך, שקודם לכן, הובל אשרף, כמו כל עצור אחר, בתוך ג'יפ דומה. נדגיש, כי נאשם מספר 1, בעצמו, לא טען שהתבקש ע"י העד להרחיק את אשרף מפתחו האחורי של הג'יפ, והסברו בעניין היה שונה ("כדי להזיז אותו הצידה קצת בלי שום קשר לג'יפ שנראה בתמונה" (מתוך עמוד 8 לאמרתו הראשונה של נאשם מספר 1, ת/1)

23. עם זאת, עדויותיהם של שני העדים, נאור XXX ודוד XXX, ביחס להפתעה שאחזה את נאשם מספר 1 ותגובתו למשמע הירי, משתלבות עם עדויות אחרות שהוצגו לנו, לרבות עדותו של נאשם מספר 2, ובהקשר זה - יש ליתן להן משקל (על יישומו של הכלל המאפשר לפלג עדויות במסגרת הערכת משקלן, הכלל המכונה "פלגין דיבורא", ראו ע/123/02 **אלי"ם ישי נגד התובע הצבאי הראשי**, בעמוד 14).

5.2.11 סמ"ר עידן XXX

24. עד זה שימש כלוחם בחפ"ק של נאשם מספר 1, המג"ד, ושירת לצדו של נאשם מספר 2. ייאמר מייד כי התרשמנו ממהימנותו של העד ורצינותו. ניכר היה כי העד מבקש להשיב באורח ענייני על השאלות שנשאל ועדותו הייתה סדורה, בהירה וקולחת. ככלל, משתלבת עדותו של העד באמרה שמסר במצ"ח בתאריך 23/07/08 (כשבועיים לאחר האירוע), והעד הקפיד לדייק בתשובותיו ולהימנע מהפרזות. כך, אישר כי לא הבחין בעצור והסביר, כי המילה "עצור" המופיעה באמרתו, השתרבבה לשם בשגגה. נבהיר, כי הסברו בנושא נשמע הגיוני ואמין.

25. כפי שנראה בהמשך, לא מצאנו כי הסתירות בין דבריו, בנוגע להשתלשלות העניינים שהובילה לשיחה בינו לבין נאשם מספר 2, עובר לחקירה במצ"ח, לבין דבריו של נאשם מספר 2 בנושא – מכרסמות במשקל עדותו. בדומה, כפי שנציג להלן, לא מצאנו כי ההבדלים בין התיאור שמסר העד ביחס למיקומם של שני הנאשמים לבין התיאורים השונים שמסרו הנאשמים בנושא (אליהם נתייחס בהמשך), מפחיתים ממשקל עדותו. דלתות הג'יפ האחוריות היו פתוחות והקלו על העד להאזין לשיחה בין הנאשמים.

26. למעשה, כפי שנראה בהמשך, התרשמותנו הישירה מעדותו של נאשם מספר 1 ומעדותו של נאשם מספר 2, אף תומכות בהתרשמותנו הבלתי אמצעית, ממהימנות העד.

27. בהתאם, מצאנו לייחס משקל של ממש לעדותו של העד לפיה, בעת ששהה בג'יפ המג"ד בצומת הכניסה ליישוב נעלין, תוך שהוא מצוי בהפסקת צהריים, הבחין בנאשם מספר 2 מצידו הימני של הג'יפ (הצד הסמוך למושב שלצד הנהג) ובנאשם מספר 1, מגיע לעברו. אז פנה נאשם מספר 1 אל נאשם מספר 2 בשאלה: "ל' ק', אתה רוצה לירות גומי?" ונאשם מספר 2 השיב: "בוא". נאשם מספר 1, בתגובה, המשיך ואמר: "בוא נלך לצד". העד נותר בג'יפ וכעבור זמן קצר (למעלה מדקה), נורתה הירייה. העובדה כי העד לא הבחין באשרף, אשר כאמור ישב על הארץ בעוד שהעד יושב בתוך ג'יפ, שקוע בארוחת הצהריים, אינה פוגמת במשקל עדותו.

28. לא למותר להזכיר, כי העד, לוחם מן השורה, הבהיר כי ע"פ הכללים השונים והתדרוכים שקיבל לאורך שירותו - ירי לעבר עצור כפות, מנוגד לכל ההוראות המקובלות והוא אסור.

5.2.12 נאשם מספר 1

29. כעולה מעדויות המפקדים והחיילים שהעידו לפנינו, כמו גם מהתרשמותנו הבלתי אמצעית מן הנאשם, ניתן לקבוע כי האחרון הינו קצין איכותי ורציני. עם זאת, לא ניתן היה להימנע מהרושם לפיו, בכל הנוגע לשלב הראשון באירוע, ובעיקר – למהלך השיחה בינו לבין נאשם מספר 2, מסר הנאשם גרסה מתפתחת, בניסיון להמעיט מאחריותו ולצמצם את מעורבותו באירוע.

30. ובמה דברים אמורים? הנאשם טען, כי בשיחה בינו לבין נאשם מספר 2, שיחה שנערכה בסמוך לג'יפ המג"ד, לשיטתו, שלא בנוכחות אשרף, הורה לנאשם מספר 2 ל"שקשק בנשק" וכי בהמשך, עת אחז באשרף והרימו מן הקרקע, אמר "ל" ק", או "ל" ק' תשקשק". מנגד, טען נאשם מספר 2, בדומה לעדותו של סמ"ר XXX, כי הנאשם פנה אליו בשאלה "מה אתה אומר, נירה עליו גומי?", בנוכחותו של אשרף, ובהמשך, תוך שהוא אחז באשרף ומרים אותו מן הקרקע, הפטיר כלפיו את המילים "ל" ק', תדרוך". כפי שנראה להלן, עדותו של נאשם מספר 1, בכל הנוגע לחלק זה של האירוע, לוקה בחסר ומעוררת תמיהות, באופן שאינו מאפשר לייחס לה משקל רב.

31. ראשית נציין, כי במהלך החקירה הנגדית, בעיקר לשאלות התובע אודות השיחה בין הנאשמים, שאלות במהלכן, בין היתר, עומת הנאשם עם עדויותיהם של נאשם מספר 2 וסמ"ר XXX בנושא - ניכר היה כי הנאשם מתקשה להשיב והוא שידר חוסר נוחות. ברוח זו, משנשאל הנאשם מה מתוך האמרות של נאשם מספר 2 אינו אמת, הפנה לדבריו באמרה הראשונה, לפיהם בעת שאחז באשרף, הוא פנה אל נאשם מספר 2 במילים "תירה, תירה". הנאשם לא ציין את תיאור השיחה בינו לבין נאשם מספר 2 בשלב הקודם, כפי שהציגו נאשם מספר 2 באמרות, כתיאור שקרי. נזכיר גם, כי הנאשם מסר בחלק מן האמרות במצ"ח (ת/2 ו - ת/3), שאינו זוכר במדויק מהם הדברים שמסר לנאשם מספר 2, במהלך השיחה שנערכה בסמוך לג'יפ המג"ד.

32. בהקשר זה, אף ראוי לשוב ולהזכיר את עדות סגנו של הנאשם, רס"ן יניב XXX, לה ייחסנו משקל בנושא, ולפיה שמע האחרון את הנאשם מתאר את דבריו לנאשם מספר 2, תוך שהוא נוקט במילה "תדרוך" ולא במילה "תשקשק". המילה "תדרוך" הופיעה גם בפרק הסיכום של מסמך התחקיר שערך הנאשם (ת/11). ללמדנו, כי הנאשם ייחס למילה "שקשוק" משמעות רחוקה, מנותקת ממהלך ירי, להבדיל מן המילה "תדרוך", אשר עניינה בשלב אינהרנטי של מהלך הירי – וזאת במטרה להרחיק עצמו מן המשמעות הקרובה למהלך של ירי.

33. זאת ועוד, גרסתו של הנאשם בהקשר זה אינה הגיונית, ומעוררת סימני שאלה רבים. כך למשל,

הנאשם טען, כי: "באיזשהו שלב, בין הג'יפים, אני צועק רק 'ל' ק', או 'ל' ק' תשקשק', זה כשאני מוביל את אשרף". הנאשם עומת עם הקושי הלוגי הטמון בגרסתו, שהרי, ממי נפשך, אם אשרף דובר עברית, כפי שחשד, הרי שמן הסתם יבין שהנאשם הורה לנאשם מספר 2 "רק" לשקשק ולא לירות לעברו כדור גומי, כפי שביקש לגרום לו להבין, והדבר יסכל את מטרתו של הנאשם להבהילו. על כך השיב הנאשם תשובה מתחמקת: "יכול להיות שאמרתי רק 'ל' ק'... אני לא זוכר בדיוק מה אמרתי".

34. חוסר ההיגיון ואי הבהירות, מצויים אף בחלקים נוספים בגרסתו של הנאשם. כך, הנאשם טען, כי ביקש מנאשם מספר 2 לבצע את "התחבולה", מכיוון שהיו ברשותו כדורי גומי בעוד שלו עצמו הייתה תחמושת חיה. כאמור, הנאשם טען, כי ביקש מנאשם מספר 2 "לשקשק" בנשקו והסביר, כי במילה "שקשוק" התכוון לצליל של רעש בנשק "כאשר הנשק מופנה כלפי מעלה". דא עקא, שהנאשם אישר, כי כדור גומי נורה מצינור, שמחובר לנשק, ולא בדרך של טעינת הנשק. לשאלת בית הדין, הכיצד מתיישב נתון זה עם רצונו להפחיד את אשרף באמצעות "שקשוק" בנשק ("שהוא יחשוב שאנחנו רוצים לירות גומי"), השיב הנאשם: "ככה זה הצטייר לי. לא תכננתי את זה. עכשיו הייתי יכול לחשוב על תחבולה יותר חכמה, אם בכלל". בדומה, גם לשאלה, הכיצד מרעש ה"שקשוק" בנשק, אמור אשרף להבין, כי עתידים לירות דווקא לעברו (שהרי עיניו היו מכוסות), השיב הנאשם: "אני לא מתווכח שהתחבולה היא לא חכמה".

35. הנאשם אף התקשה להסביר את חוסר הדיוק המצוי בסיכום שערך לאחר האירוע (ת/11), אותו סיכום שהוא הפיץ למפקדיו. הנאשם ציין באותו מסמך כי הוא "...מכיר הפלשתיני מהפגנות קודמות ... שהינו זורק אבנים כנגד כוחותינו והינו בין המסיתים הראשיים בהפגנה". ברם, בחקירה נגדית, אישר, כי לא הכיר את אשרף באופן אישי (אם כי שמע עליו) וכי לא היה ברשותו מידע על כך שאשרף נטל בעבר חלק בידיו אבנים לעבר כוחות הביטחון. בעדותו לפנינו, מסר הנאשם, כי אמנם לא דייק בדבריו בתחקיר, לפיהם ידע שאשרף מיידיה אבנים לעבר כוחות צה"ל, וביקש להסביר את חוסר הדיוק בדבריו, בהנחה שהניח ולפיה אשרף יידה אבנים, וזאת, בעקבות מעצרו של אשרף במהלך ההפגנה.

36. ברוח זו, התקשה הנאשם להסביר מדוע אין באותו מסמך פירוט ביחס לגרסתו של נאשם מספר 2 לאירוע, אלא תמצית דלה לפיה נאשם מספר 2 טוען, כי לא הבין את הוראתו של נאשם מספר 1. בהקשר זה, טען הנאשם, כי האחריות בעניין מוטלת לפתחו של סגנו שערך את הברור, בהנחייתו. כאמור, אף תשובות אלה של הנאשם, מתיישבות עם התרשמותנו ממגמתו להרחיק עצמו מן

האחריות לאירוע.

37. בנוסף, ראוי לציין, כי עדותו של הנאשם ביחס למיקומו שלו ומיקומו של נאשם מספר 2 בשלב השיחה ביניהם (בסמוך לג'יפ המג"ד) והיעדרותו של אשרף ממעמד זה, הינה בבחינת גרסה כבושה, שלא נטענה קודם לכן. בעדותו בבית הדין, טען הנאשם לראשונה, כי הוא ונאשם מספר 2 עמדו בקדמת ג'יפ המג"ד, וזאת, בניגוד לדבריו של העד XXX בנושא ואולי בניסיון להחליש את עדותו. נדגיש, כי באמרותיו במצ"ח, הנאשם לא פירט דבר ביחס למיקומו ומיקומו של נאשם מספר 2 בעת השיחה, ובמהלך העימות בינו לבין נאשם מספר 2, אף טען, כי אינו זוכר במדויק היכן עמדו. התקשינו להאמין, כי דווקא חודשים רבים לאחר האירוע, נזכר הנאשם, בעדותו בבית הדין, במיקום המדויק.

38. כאמור, גם עדותו של הנאשם לפיה אשרף לא נכח בחלק זה של השיחה, היא בבחינת גרסה כבושה, שהושמעה לראשונה בבית הדין, מבלי שניתן כל הסבר לכבישתה. העדרה של הגרסה משלב האמרות והעימות בולט, בהתחשב בגרסתו של נאשם מספר 2, כפי שהוצגה לנאשם, ולפיה נאשם מספר 2 הבין שחלקה הראשון של השיחה נעשה בבדיחות ולא ברצינות, לאוזניו של אשרף, ומתוך רצון להטעותו (לעניין משקל המופחת של גרסה כבושה, נפנה שוב לע/135/01 הנ"ל).

39. הנאשם אף נמנע מלהסביר מדוע אחז באשרף והרימו, ולא ביאר נושא זה בחקירה ראשית, באמרות, או בעימות. רק בשלב החקירה הנגדית, משנשאל ישירות ע"י התובע, השיב: "הלכתי איתו משהו כמו ארבעה צעדים שמאלה. שישמע את השקשוק, היה שם פחות רעש". הנאשם פירט בהזדמנות זו, כי נאשם מספר 2 אמור היה לבצע את חלקו בתחבולה שתוכננה על ידו, בסמוך לג'יפ המג"ב, מאחוריו, במקום בו אחז נאשם מספר 1 באשרף והוסיף, כי קרא לנאשם מספר 2, ממנו נפרד שניות ספורות קודם לכן (לאחר השיחה בסמוך לג'יפ המג"ד) משום ש "האיום המתוכנן", היה ש"ליד ג'יפ המג"ב, ל' ק' יעמוד ליד וליד אשרף וישקשק...". (עם זאת, בהמשך מסר תשובה שונה, מלאכותית מה, וטען כי אחז באשרף "שלא יפול... אני גם מחזיק את אשרף שלא יברח...").

40. כעולה מן המקובץ, מצאנו כי לא ניתן לייחס משקל משמעותי לעדותו של הנאשם ביחס לחלק הראשון באירוע, הן ביחס לדברים שאמר לנאשם מספר 2, בסמוך לג'יפ המג"ד, בנוכחות אשרף, והן ביחס לדברים שמסר לנאשם מספר 2, בעת שאחז באשרף והרימו מן הרצפה, תוך שהוא מוליכו לעבר ג'יפ המג"ב. כפי שעולה אף מהתרשמותנו מסמ"ר XXX ונאשם מספר 2, כמפורט

להלן, השאלה שהפנה הנאשם לנאשם מספר 2 הייתה שאלה רטורית – "אתה רוצה לירות גומי" - ונועדה לאוזניו של אשרף. ברוח זו, הנחה הנאשם את נאשם מספר 2 לסור הצידה, תוך שהוא מורה לו לדרך את נשקו.

41. שונים הם פני הדברים ביחס לחלקו השני של האירוע, שלב הירי (אף בהקשר זה נפנה לכלל בדבר "פליגין דיבורא" ולע/123/02 בעמוד 14). כפי שנראה בהמשך, עדויות כל המעורבים, נאשם מספר 2 ושני חיילי מג"ב, תומכים בעדותו של נאשם מספר 1 לפיה הופתע למשמע הירי והגיב בזעם רב כלפי נאשם מספר 2. בהקשר זה, ראוי לציין כי הצפייה בסרטון שצולם במהלך האירוע ונקטע מייד עם הירי, אינה סותרת את הדברים ומעלה, כי לא ניתן לשלול את טענתו של נאשם מספר 1 לפיה לא עקב אחר נאשם מספר 2, בעת שהאחרון נערך לירי ולא הבחין בו יורה באשרף. גרסתו הנ"ל של הנאשם מתיישבת אף היא עם עדויות כלל המעורבים באירוע בכל הנוגע לתגובותיו הספונטאניות, הנזעמות לאחר הירי.

42. בדומה, מצאנו לייחס משקל ממשי לחלק בעדותו של נאשם מספר 1, בו אישר לשאלות ישירות של התובע, כי השלב בו אחז באשרף והובילו לעבר ג'יפ המג"ב, היווה חלק מתוכניתו לאיים על אשרף, וכי נאשם מספר 2 אמור היה לדרך את נשקו לאוזניו של אשרף בסמוך לג'יפ המג"ב. תשובותיו של נאשם מספר 1 בנושא זה, מתיישבות עם תכלית מעשיו, כפי שהסבירה ועם הגיונם של הדברים והן נתמכות בעדויותיהם של נאשם מספר 2 וסמ"ר XXX, באשר לתוכנה של השיחה שהתנהלה קודם לכן, בסמוך לג'יפ המג"ד.

5.2.13 נאשם מספר 2

43. בפתח דברינו נציין, כי ככלל, התרשמנו מרצינותו וכנותו של נאשם מספר 2. עם זאת, אף ביחס לעדותו של נאשם זה, מצאנו, כי קיימת נטייה להפרזה ביחס לנושאים שונים, אשר אף היא, בדומה להתרשמותנו מעדותו של נאשם מספר 1, הינה חלק מן המגמה להפחית מאחריותו לאירוע ולייחסה לפתחו של נאשם מספר 1. ניכר היה שהנאשם להוט לשכנע אותנו בכנות דבריו. בנושאים מרכזיים, כפי שנראה להלן, אכן סברנו כי יש לקבלם. עם זאת, ביחס לחלקים אחרים בעדותו, כפי שנראה בהמשך, מצאנו כי קיימים אי דיוקים ולא ניתן לייחס להם משקל מלא. למעשה, הנאשם עצמו, התקשה להסביר אי דיוקים שנפלו בדבריו, בעיקר במהלך גביית האמרות והראיונות לטלביזיה, ונראה כי אלה נבעו מניסיונו להפחית מאחריותו לאירוע.

44. דוגמא לכך מצוייה באמרתו הראשונה של הנאשם (ת/4), בה טען, כי לאחר שצעד בעקבות נאשם מספר 1 לכיוון ג'יפ המג"ב ונעמד מאחורי הג'יפ, פנה אליו נאשם מספר 1 במילים: "נו תירה כבר תירה כבר". הנאשם אישר, כי דבריו אלו אינם נכונים. הדברים לא נאמרו על ידי נאשם מספר 1, והנאשם הסבירם בכך שהניח, כי נאשם מספר 1 התכוון לכך. הנאשם ביקש להסביר את העדר הדיוק בדבריו בקושי שלו לבטא עצמו בחקירה. למרות זאת, הנאשם אישר, כי שב על גרסה זו בהמשך, במהלך ראיון בערוץ 10. הפעם ביקש להסביר את חוסר הדיוק בדבריו באופן הבא: "הראיון הזה היה מהיר ופזיז... אני לא שיקרתי פשוט לא הסברתי את עצמו נכון".

45. ברוח זו, מצאנו את תשובותיו של הנאשם בכל הנוגע לידיעותיו בסוגיה בדבר "פקודה בלתי חוקית בעליל" – מיתממות. כאמור, במסגרת חקירה נגדית, אישר הנאשם כי אכן למד על ערכי צה"ל, אך טען שאינו זוכר מה למד ביחס למונחים כמו "פקודה בלתי חוקית בעליל" ו"טוהר הנשק". כאשר נשאל הנאשם באופן ישיר האם "לירות באדם מכוסה עיניים זה לא חוקי בצורה מובהקת?", התחמק ממתן תשובה עניינית והשיב: "אז למה הוא ביקש ממני לירות". בהמשך טען, כי "לא הבנתי את זה באותו הזמן" ואף מסר, כי עד לשלב המשפט, לא הכיר את המונח "פקודה בלתי חוקית בעליל". משעומת הנאשם עם השימוש שעשה במונח "פקודה בלתי חוקית בעליל" עוד קודם למשפט, במהלך הראיון בערוץ 10, השיב: "...יצא לי להגיד את זה, לא ייחסתי לזה שום חשיבות". לשאלות נוספות בנושא מסר, כי ברור לו שהכאת עצור, או ירי בעצור באמצעות כדור חי – הינן פעולות המנוגדות לחוק. בהתאם, נאלץ להודות, כי ירי כדור גומי בעצור הינו מעשה "בלתי חוקי בצורה בולטת". הנאשם אף אישר, כי ע"פ הפקודות המקובלות - אין לירות בכדור גומי מטווח הקצר מארבעים מטרים וירי החורג מן ההוראות, עשוי לגרום לנזק פיזי חמור.

46. לא למותר לציין בהקשר זה את עדויות כל העדים הרלוונטיים, אשר עסקו בפעילות בגזרה, החל באל"ם רשף, מח"ט בנימין וכלה בלוחם הצעיר, סמ"ר XXX, לפיהן ברור וידוע לכל, כי כוון נשק כלפי עצור, לא כל שכן ירי כדור גומי לעברו – אסור והוא מנוגד לחוק.

47. גם בנושאים כמו עיתוי הבירור שנערך לנאשם על ידי סגנו של נאשם מספר 1, רס"ן XXX, והשתלשלות העניינים שהובילה לשיחה בינו לבין סמ"ר XXX, עובר לחקירה במצ"ח, התקשינו לסמוך על עדותו של הנאשם. מצאנו כי דבריו נאמרו בלהט וברהיטות, אותם יש לייחס לשכנוע עצמי עמוק, המקשה על דיוק בפרטים. התרשמותנו הנ"ל, פרק הזמן הממושך שחלף, עדותו של אל"ם רשף ביחס לעיתוי בו נערך הבירור, ועדותו של סמ"ר XXX בנוגע למהלך הדברים, קודם לשיחה בינו לבין נאשם מספר 2, עדויות להן ייחסנו משקל – אינם מאפשרים לנו לקבל את עדותו

של נאשם מספר 2 בנושאים אלה.

48. בדומה, ההצבעה שערך הנאשם על מיקומם של המעורבים באירוע, במהלך החקירה במצ"ח (ראו ת/10 ו- ת/8), הייתה מוגזמת ואינה מתיישבת עם צילומי האירוע (ת/9). הנאשם טען, כי מיקום את המעורבים בשחזור ע"פ מבחן קשר העין בינו לביניהם. לעומתו, טען נאשם מספר 1 כי לא הבחין בשלב זה במעשיו של נאשם מספר 2. בעניין זה נזכיר, כי הנאשם לא הבחין בלוחם מג"ב, דוד XXX, אשר כאמור, עמד בסמוך לנאשם מספר 1. בנוסף, במהלך העימות בין הנאשמים, מסר הנאשם כי הבחין בתנועת ראש של נאשם מספר 1 ולכן סבר, כי פניו הופנו לעברו, אך במקביל, אישר הנאשם, כי מאחר שנאשם מספר 1 הרכיב משקפיים כהים, לא ניתן היה לזהות בבירור להיכן הופנה מבטו של נאשם מספר 1. ודוק, גם אם בתחילת תנועתו של נאשם מספר 2 אל צדו האחורי של ג'יפ המג"ב, יכול היה האחרון לקיים קשר עין עם נאשם מספר 1, לא ניתן לקבוע, במידה הנדרשת במשפט פלילי, כי אכן התקיים קשר עין שכזה ביניהם בהמשך, ובכל מקרה, לא ניתן לקבוע כי נאשם מספר 1 מיקד את מבטו במהלכו של נאשם מספר 2. נתון זה, אף עולה בקנה אחד עם תגובתו הספונטאנית והנזעמת של נאשם מספר 1 למשמע הירי, תגובה עליה מעיד אף נאשם מספר 2.

49. נושא נוסף שהיה שנוי במחלוקת בין הנאשמים עניינו במיקומם ביחס לג'יפ המג"ד, בשלב הראשון של האירוע, במהלך השיחה ביניהם, ולא פחות חשוב – עניין נוכחותו של אשרף באותה שיחה. בעניין זה, בהתאם לעדותו של סמ"ר XXX לה ייחסנו, כאמור, משקל רב – מצאנו כי שני הנאשמים נעמדו בסמוך לג'יפ המג"ד, מקום בו יכול היה סמ"ר XXX לשמוע היטב את השיחה ביניהם.

50. בנוסף, יש לקבל את עדותו של נאשם מספר 2 לפיה השיחה נערכה בנוכחותו של אשרף. תכלית השיחה היה להקניט ולהפחיד את אשרף. על כן נוסחו דבריו של נאשם מספר 1 כלפי נאשם מספר 2 (ע"פ עדותו המהימנה של סמ"ר XXX, המתיישבת עם עדותו של נאשם מספר 2 בנושא) – כשאלה. נזכיר, כי גם אשרף זיהה את המילה גומי, כמילה שהושמעה במהלך חילופי הדברים, אם כי התקשה למקמה בציר הזמן. השאלה שהפנה נאשם מספר 1 כלפי נאשם מספר 2 היוותה חלק מניסיונו להפחיד את אשרף, וכך גם הבין אותה נאשם מספר 2, שהשיב עליה בחיוב. ברור היה לכל הנוכחים (נאשם מספר 2 וסמ"ר XXX), כי נאשם מספר 1, המג"ד, אינו מתכוון לשאול לדעתו של נאשם מספר 2, הלוחם הזוטר, בנושא, וגם ע"פ הבנתו של נאשם מספר 2, השאלה נועדה לאוזניו של אשרף. בהתאם, ועל אף שבנושאים מסוימים נטה נאשם מספר 2 להפרזה ולחוסר דיוק, בסוגייה זו, בכל הנוגע לנוכחותו של אשרף בשיחה, ומהלכה, מצאנו להעדיף את דבריו, על

פני גרסתו של נאשם מספר 1. עדותו של נאשם מספר 2 בנושא, מתיישבת עם עדותו של סמ"ר XXX ועולה בקנה אחד עם הגיונה ותכליתה של השיחה ששמע. בנוסף, כפי שפירטנו לעיל, לא מצאנו לייחס משקל רב לעדותו של נאשם מספר 1, לפיה אשרף לא נכח בחלק זה של השיחה.

51. כפי שפירטנו לעיל, העובדה שסמ"ר XXX לא הבחין באשרף, אינה מכרסמת מן המשקל שבחרנו לייחס לדבריו של נאשם מספר 2 בנקודה זו. כאמור, סמ"ר XXX יושב בתוככי הג'יפ והיה עסוק בארוחת צהריים. דרך חלונות ודלתות הג'יפ הוא הבחין בנאשמים אשר עמדו. בניגוד להם, אשרף ישב על הקרקע, בסמוך לג'יפ. זאת ועוד, אשרף אמנם מסר, כי הוקם ממקומו, פעם אחת בלבד (ככל הנראה זכר את השלב בו נלקח לעבר ג'יפ המג"ב) ואילו אליבא דנאשם מספר 2, בשלב השיחה בינו לבין נאשם מספר 1, אשרף ישב מצידו האחר של ג'יפ המג"ב, ולא בסמוך ל"בטונדה" הזוהרת (כפי שנצפה בסרטון, ת/9), דא עקא, שלא ניתן לשלול את האפשרות כי אשרף, אשר ישב פרק זמן ממושך כשידיו ועיניו קשורות, אינו זוכר את מהלכם המדויק של האירועים, וכי הוקם פעם נוספת ממקומו. אפשרות זו אף מתיישבת עם הצילומים בסרטון (ת/9), לפיהם גם בשלב אחר של האירוע, ככל הנראה לאחר שאשרף כבר נצפה יושב ליד ה"בטונדה" הזוהרת, נראית אותה "בטונדה", כאשר אשרף אינו מצוי בסמוך לה. בכל מקרה, כאמור, מצאנו לקבוע, כי השיחה בין נאשם מספר 1 לנאשם מספר 2 נערכה בנוכחותו של אשרף, יהא מיקומו המדויק אשר יהיה, ונועדה לאוזניו.

52. בהקשר זה, יש לציין, כי באמרותיו ואף במהלך העימות עם נאשם מספר 1, טען נאשם מסר 2, כי לאחר שנאשם מספר 1 אחז באשרף, תוך שהוא מרים אותו מן הקרקע וצועד עמו לעבר ג'יפ המג"ב, פנה האחרון אליו במילים "ל' ק' תדרוך" (מה שמתיישב עם עדותו של רס"ן XXX בנושא), ונאשם מספר 2 השיבו, כי יש כבר כדור בקנה. בעדותו לפנינו, נאשם מספר 2 לא חזר באופן מפורש על הדברים ולא טען, כי השיב לנאשם מספר 1 תשובה, לפיה "יש כבר כדור בקנה". בכל מקרה, גם נאשם מספר 2, בעימות ובאמרתו הראשונה במצ"ח, הבהיר כי נאשם מספר 1 לא הגיב על תשובתו הנ"ל, והוא עצמו הניח, כי נאשם מספר 1 לא שמע אותה.

אשר לירי עצמו, כבר באמרה הראשונה במצ"ח (ת/4), כמו בעדותו בבית הדין, טען הנאשם בתוקף, כי בחר שלא לירות לאשרף לעבר הרגליים, כמקובל בירי של כדור גומי, אלא לכיוון הסוליה של הנעל, "הסוליה, שזה בין הרגליים".

5.3 סיכום ביניים

1. כעולה מן המקובץ, בהתאם להתרשמותנו הישירה מן העדים, תוך בחינה משולבת של העדויות השונות שהובאו בפנינו ובראי המוצגים השונים, מצאנו לייחס משקל משמעותי לעדותו של סמ"ר XXX. לעומת זאת, ביחס לעדויות שני הנאשמים, לאחר שהתרשמנו לגבי שניהם ממגמה של הפרזה, בניסיון לצמצם, כל אחד, את אחריותו לאירוע, סברנו כי נכון יהיה להתייחס אליהן בזהירות. כפי שפירטנו לעיל, בהתחשב בהתרשמותנו מן העדויות ולאחר שמצאנו תימוכין שונים בחומר הראיות, נקטנו בכלל "פלגין דיבורא" ביחס לעדויות הנאשמים, ומצאנו כי ניתן לייחס משקל לחלקים מתוכן.

2. בכל הנוגע לחלקו הראשון של האירוע, שעניינו בשיחה שנערכה בין הנאשמים, בסמוך לג'יפ המג"ד, מצאנו להעדיף את עדותו של נאשם מספר 2 על פני עדותו של נאשם מספר 1, ביחס לתוכן הדברים וביחס לנוכחותו של אשרף בשיחה. עדותו של נאשם מספר 2 משתלבת ומתיישבת עם עדותו של סמ"ר XXX ואף עם דבריו של רס"ן XXX, סגנו של נאשם מספר 1 שהובא לעדותו מטעמו. נוכחותו של אשרף מתיישבת עם הגיונם של הדברים ועם הסגנון, הטון והניסוח, בו נקט נאשם מספר 1 במהלך השיחה. בהמשך לעדותו של נאשם מספר 2 ביחס למהלך השיחה ותוכנה, מצאנו כאמור, לייחס משקל לתשובתו של נאשם מספר 1 בעדותו בבית הדין, לפיה אחז באשרף והובילו לכיוון ג'יפ מג"ב, מתוך כוונה שבסמוך לשם, ידרוך נאשם מספר 2 את נשקו, לאוזניו של אשרף.

3. אשר לחלקו השני של האירוע, שלב הירי בסמוך לג'יפ המג"ב - מצאנו לקבל את עדותו של נאשם מספר 1 לפיה הופתע מן הירי. לא ניתן לקבוע, במידה הנדרשת בפלילים, כי באותו שלב היה קשר עין בין נאשם מספר 1 לבין נאשם מספר 2, ויש להניח לטובתו של נאשם מספר 1, כי לא הבחין במעשיו של נאשם מספר 2 עובר לירי, והיה עסוק בשיחה עם לוחם מג"ב, דוד XXX. כאמור, צילום האירוע נקטע מייד עם הירי, אך אין חולק כי נאשם מספר 1 הגיב עליו בהפתעה והפגין זעם כלפי נאשם מספר 2, בצעקות ואף באופן פיזי. לכך היו עדים נאשם מספר 2 ושני לוחמי מג"ב שנכחו במקום.

4. בהתאם לממצאי המהימנות שפירטנו לעיל, נפרוס להלן את התשתית העובדתית שהוכחה לנו למעלה מכל ספק סביר. בהמשך, נבדוק האם תשתית זו מקיימת את יסודות העבירות שיוחסו לנאשמים, תוך דיון בטענות הצדדים.

6. המסגרת העובדתית שהוכחה

1. למעשה, אין חולק, כי בתאריך 07/07/08, נעצר מר אשרף אברהים אבו רחמה, אחד ממפרי הסדר בהפגנה. העצור הובא לצומת בכניסה ליישוב נעלין, כשידיו נתונות באזיקים ועיניו מכוסות. נאשם מספר 1, ששמש באותה עת כמג"ד XXX, פנה אל העצור על מנת להזהירו לבל ייטול חלק בהפרות סדר ונענה ע"י אשרף, בערבית, כי אינו דובר עברית.
2. נאשם מספר 1 אשר סבר כי אשרף מבין את השפה העברית, החליט להפחידו ולגרום לו להשיב באורח ספונטאני בעברית, וזאת על מנת להזהיר אותו פן ישוב למעגל מפירי הסדר. לכן, פנה אל נאשם מספר 2, לוחם בחפ"ק המג"ד, אשר נכח במקום, בסמוך לאשרף (ליד ג'יפ המג"ד). נאשם מספר 1 פנה אל נאשם מספר 2 בהפגנתיות, כך שאשרף יוכל לשמוע את הנאמר, במילים: "מה אתה אומר נירה עליו גומי?". הנאשם ניסח את דבריו כשאלה.
3. נאשם מספר 2, הבין מטון הדברים ומן האופן בו הוצגו לו, כי אלה נועדו לאוזניו של אשרף, על מנת להפחידו ולא כהוראה המופנית אליו לביצוע. על כן השיב בסגנון דומה: "אין לי בעיה לירות בו גומי".
4. נאשם מספר 1 אחז באשרף, הרימו מן הקרקע והוליכו לעבר ג'יפ מג"ב שחנה בסמוך. שם תכנן נאשם מספר 1, כי נאשם מספר 2 ידרוך את נשקו לאוזניו של אשרף. בדרך הנחה נאשם מספר 1 את נאשם מספר 2 לדרוך את נשקו.
5. במאמר מוסגר מזכיר, כי דבריו של הנאשם ביחס למטרתו לפיה נאשם מספר 2 ידרוך את נשקו בסמוך לאשרף, באזור ג'יפ המג"ב - הועלו ע"י נאשם מספר 1, לראשונה, במהלך חקירה נגדית בבית הדין. רק אז, לשאלות התובע, הנאשם הסביר, כי "האיום המתוכנן", היה אמור להתבצע: "ליד ג'יפ המג"ב, ל' ק' יעמוד ליד וליד אשרף וישקשק...". ובהמשך: "מבחינתי, כדי שהתחבולה תצא לפועל היה צריך לשקשק את הנשק". תכלית מעשיו של נאשם מספר 1, לא בוארה על ידו באמרות שמסר במהלך החקירה, אך בכל מקרה, ניתן היה ללמוד עליה מרצף המעשים של נאשם מספר 1, אשר כאמור, צוינו בכתב האישום המתקן, במסגרת עבירת האיומים שיוחסה לו.
6. נאשם מספר 2 החל לחשוד כי נאשם מספר 1 התכוון להורות לו לירות לעברו של אשרף כדור גומי.

הוא הלך בעקבותיו של נאשם מספר 1 ונעמד מצידו השמאלי האחורי של ג'יפ המג"ב.

7. בהגיעו לג'יפ המג"ב, שוחח נאשם מספר 1 עם לוחם מג"ב, תוך שהוא אווז באשרף ומרחיקו לשמאל. כאמור, לא ניתן לקבוע כי היה בשלב זה קשר עין בין הנאשמים ובכל מקרה, יש להניח לטובתו של נאשם מספר 1, ולו מחמת הספק, כי לא הבחין בנאשם מספר 2 נערך לירי לעבר אשרף. במקביל, אחז נאשם מספר 2 בנשקו האישי וכיוונו לעבר סוליית הנעל של אשרף, "בין הרגליים".

8. נאשם מספר 2 ירה כדור גומי לעברו של אשרף, ממרחק של מטרים ספורים. מוסכם על הצדדים, כי לא ניתן לקבוע שהכדור פגע באשרף, ויש להניח כי האחרון נחבל קלות בבוהן שמאל, ככל הנראה, מפגיעת נתז. נאשם מספר 1 הגיב בהפתעה גמורה על הירי והפגין זעם רב על מעשיו של נאשם מספר 2.

9. ודוק, לא ניתן לקבוע כי נאשם מספר 1 הבחין בהיערכותו של נאשם מספר 2 לקראת הירי ובמהלכו. בעניין זה, חשוב להדגיש, כי בעוד שהמתבונן בסרטון שצולם במהלך האירוע, עשוי לסבור כי נאשם מספר 1 עקב אחר מעשיו של נאשם מספר 2, עובר לירי – הרי שבהיעדר נתונים ביחס למיקום המצלמה והמרחק בינה לבין הנאשמים; בהעדר נתונים ביחס למיקומם המדויק של הנאשמים והמרחק ביניהם, כמו גם המרחק מהם אל דלת הג'יפ הפתוחה; בהתחשב באופן הקיצוני בו הגיב נאשם מספר 1 על הירי – יש לקבוע, כי לא הוכח, במידת הוודאות הנדרשת בפלילים, שנאשם מספר 1 הבחין במעשיו של נאשם מספר 2 עובר לירי.

7. עבירת האיומים – נאשם מספר 1

7.1 עמדת התביעה

1. בשלב הסיכומים, עתרה התביעה לראשונה, להרשיע את הנאשם בעבירה המוגמרת של איומים, בין היתר, "על סמך העובדה שנעשה שימוש בנשק שהפחיד את המתלונן". כפי שתיארנו בהרחבה בפתח הכרעת הדין, פרט האישום הראשון, המייחס לנאשם מספר 1 את עבירת האיומים, אינו עוסק בירי לעבר אשרף והפירוט העובדתי המצוי בו מסתיים בשלב בו נאשם מספר 1 אווז באשרף בסמוך לג'יפ המג"ב ונאשם מספר 2 נעמד מאחורי הג'יפ.

2. לא זו אף זו, כידוע כתב האישום תוקן בידי התביעה בעקבות הוראת בג"ץ בפרשה. כאמור, לאחר הגשת כתב האישום המתוקן, עובר לשמיעת הראיות בתיק, נערכה ישיבת תזכורת בבית הדין הצבאי המיוחד. במעמד אותה ישיבה, לשאלת נשיא בית הדין דאז, הבהירה התובעת הצבאית הראשית, כי הפרטים המצויים בפרט האישום השני, קרי: הירי לעבר אשורף, אינם מיוחסים לנאשם מספר 1 "אם אדוני שואל אם הוא מואשם בזה, התשובה היא לא".

3. רק בשלב הסיכומים להכרעת הדין, שינתה התביעה מעמדתה המקורית ועתרה להרשיע את נאשם מספר 1 בעבירה של איומים, גם בהתחשב בירי לעבר אשורף. התביעה נימקה את עתירתה החדשה והמפתיעה בטענה, כי אין מדובר בהרשעה בעבירה השונה מזו שיוחסה לנאשם בכתב האישום, אלא בעובדות נוספות שהתבררו וממילא הופיעו בכתב האישום (במסגרת פרט האישום שיוחס לנאשם מספר 2). לשיטת התביעה, מטבע הדברים, ניתנה להגנה הזדמנות להתגונן מפניהן והיא אמנם עשתה כן.

4. באי כוחו של נאשם מספר 1 התנגדו נחרצות לעתירת התביעה וטענו לחוסר הגינות הכרוך בעצם העלתה. בכל מקרה, טענו באי כוח הנאשם, כי החקירות שחקרו את נאשם מספר 2 והעדים מטעמו בנושא, כוונו מצידם אך לשאלת מהימנותו של נאשם מספר 2 שהיה עד מרכזי לחובתו של נאשם מספר 1 ולא לעצם אחריותו של נאשם מספר 1 לירי. כך, פירטו הסנגורים והבהירו הכיצד, הלכה למעשה, הושפע קו הגנתו של הנאשם מספר 1 מן העובדה כי פרטי האישום כנגדו לא ייחסו לו את מעשה השימוש הבלתי חוקי בנשק. נטען, כי ההגנה מטעמו של נאשם מספר 1 לא התמקדה ולא בחנה באורח יסודי את סוגיית קשר העין בין נאשם מספר 1 לבין נאשם מספר 2, בשלב הירי, משום שהירי לא יוחס לחובתו ואחריותו של נאשם מספר 1. ההגנה ציינה, כי בהתאם, לא ביקשה לקיים ביקור בזירת האירוע ולא הביאה מומחים מטעמה בנושא.

5. במחלוקת אשר בין הצדדים, סברנו כי הצדק עם ההגנה. במה דברים אמורים,

סעיף 382 לחש"ץ, שכותרתו "שינוי אשמה ללא שינוי כתב האישום", קובע לאמור:

"בית דין רשאי, מבלי לשנות את כתב האישום, להרשיע נאשם בניסיון לבצע את העבירה שבה הואשם, או בשותפות לעבירה לאחר מעשה, או בעבירה אחרת, אף אם לא הואשם כך בכתב האישום, ובלבד שהאשמה שעליה הורשע כאמור הוכחה על ידי הראיות שהובאו לפניו במהלך הדיון והעונש שנקבע לפי הדין על העבירה האחרת אינו חמור מהעונש שנקבע בחוק על העבירה הכלולה בכתב האישום".

6. כאמור התביעה עותרת לכך שגרשיע את הנאשם בעבירה שיוחסה לו בכתב האישום אך זאת, ע"פ עובדות שלא יוחסו לו בכתב האישום, אלא לנאשם אחר. ניתן לטעון, כי הוראת סעיף 382

מתייחסת גם לאפשרות זו, בבחינה המרובה המכיל את המועט. בהקשר זה, קובע סעיף 184 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982 (להלן: "החסד"פ"), שכותרתו "הרשעה בעבירה על פי עובדות שלא נטענו בכתב האישום", לאמור:

"בית המשפט רשאי להרשיע נאשם בעבירה שאשמתו בה נתגלתה מן העובדות שהוכחו לפניו, אף אם עובדות אלה לא נטענו בכתב האישום, ובלבד שניתנה לנאשם הזדמנות סבירה להתגונן; אולם לא יוטל עליו בשל כך עונש חמור מזה שאפשר היה להטיל עליו אילו הוכחו העובדות כפי שנטענו בכתב האישום."

7. סעיף 382 לחש"ץ אינו כולל תנאי, לפיו יש להצביע על "מתן הזדמנות סבירה לנאשם להתגונן", ברם, בית הדין הצבאי לערעורים הבהיר, כי יש לקרוא תנאי זה לתוך הוראת סעיף 382 לחש"ץ (ראו ע/43/01 **התובע הצבאי נגד סמל אסף אטדגי**). אשר לתוכנו של התנאי בדבר "הזדמנות סבירה להתגונן", פסק בית המשפט העליון כהאי לישנא:

"הסעיף מעמיד שני תנאים: הראשון, כי אשמתו של הנאשם התגלתה מן העובדות שהוכחו בפני בית המשפט. השני, כי ניתנה לנאשם הזדמנות סבירה להתגונן. לצורך התקיימותו של תנאי זה יש להראות קיומם של שני יסודות: האחד טכני שעניינו ההזדמנות של הנאשם לחקור עדים ולהביא ראיות באשר לעובדות האישום בו הוא מורשע שלא על-פי כתב האישום; השני הינו יסוד מהותי אשר עניינו ביכולתו של הנאשם לפתח קו הגנה במהלך הדיון כנגד אותו אישום. הנשיא ברק סיכם את יסודותיו של תנאי זה באופן הבא: 'נראה לי כי תנאי שני זה - "הזדמנות סבירה להתגונן" - כולל בחובו שני יסודות. היסוד האחד הוא טכני דיוני, דהיינו, הזדמנות סבירה העומדת לרשות הנאשם להתנגד להבאת ראיות לעניין עובדות שאינן מוזכרות בכתב האישום, לחקור עדים, ולהביא ראיות משלו. היסוד האחר הוא עניני מהותי, דהיינו, הזדמנות סבירה העומדת לרשות הנאשם לפתח ולייצב קו הגנה כנגד אישום שאינו מופיע בכתב האישום אך העולה מתוך העובדות שהובאו לפני בית-המשפט. לעניין יסוד שני זה השאלה היא אם הנאשם הופתע, והאם כתוצאה מכך נמנעה ממנו האפשרות לפתח קו הגנה חדש שיש בו כדי להתגונן כנגד האישום בו הורשע, אף שזכרו לא בא בכתב האישום. על כן מקובל הוא לשאול נאשם, הטוען להיעדרה של הזדמנות סבירה להתגונן - במה היית מתגונן, ואיזה קו הגנה נמנע ממך' (ע"פ 152/56 **משה יגולניצר נגד היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד י (3) 1821, פ"ע כו 152). (מתוך ע"פ 5204/07 **עלי אבוסמור נ' מדינת ישראל** תק-על 2007(3), 3504, עמ' 3510).

8. בענייננו, כאמור, התביעה תקנה את כתב האישום, כך שהעובדות הנוגעות לשלב הירי לא יוחסו לנאשם מספר 1. תיאור העובדות בעבירת האיומים המיוחסת לנאשם מספר 1, מסתיים בשלב בו נעמד הנאשם יחד עם אשרף, בסמוך לג'יפ המג"ב, לפני הירי. בישיבת תזכורת שנערכה לפני מתן התשובה לאשמה ולפני פרשת הראיות, התביעה הבהירה בצורה מפורשת, שאינה משתמעת לשניים, כי הירי שביצע נאשם מספר 2 אינו מיוחס לנאשם מספר 1 ולא נטען כי הוא אחראי לו. בהתאם, הניחו באי כוחו של נאשם מספר 1 כי הוא איננו צריך להתגונן מפני אחריותו לנושא וכך כלכלו את הגנתם. כפי שהסבירו, החקירות שחקרו את עדי ההגנה ביחס לשלב זה, כמו גם עדי ההגנה שהובאו מטעמו של נאשם מספר 1, נועדו לפגום במהימנותו של נאשם מספר

2, שהיה עד מרכזי לחובתו של נאשם מספר 1 במסגרת עבירת האיומים שיוחסה לו בכתב האישום ולא התמקדו בבחינת הלך הרוח והיקף המודעות של הנאשם ביחס לירי.

9. רק בשלב הסיכומים, בניגוד לעמדתה המוצהרת הקודמת של התביעה, עליה הסתמכו באי כוחו של נאשם מספר 1, התבקשו לבחון את אחריותו של נאשם מספר 1 לירי, במסגרת עבירת האיומים. על כן, נוכח הצהרתה של התביעה, אשר בהתאם לה כלכל צוות ההגנה של נאשם מספר 1 את קו ההגנה ולאור העיתוי המאוחר בו הוצגה עתירתה המפתיעה של התביעה - לא מצאנו כי יהיה זה הוגן לבחון את אחריותו של נאשם מספר 1 בראי עובדות שלא יוחסו לו כתב האישום. במאמר מוסגר נעיר, כי התקשינו להתחקות אחר שיקולי התביעה שבחרה במסגרת כתב האישום המתוקן, להפריד הפרדה מלאכותית בין שלבי האירוע השונים.

10. נדגיש, כי מטבע הדברים ומטעמים של יעילות, נבחנה התשתית העובדתית על ידינו במאוחד, מבלי שנקטנו הפרדה (מלאכותית) בין השלבים השונים של האירוע. בחינה שכזו חיונית להערכת מהימנות העדים והיא מהווה תשתית ראוייה לבחינת אחריותם של הנאשמים, אך מטעמים של צדק והגינות עשינו כן בגבולות ובראי העובדות שייחסה התביעה לכל אחד מן הנאשמים בכתב האישום.

11. לאור האמור לעיל, להלן נבחן את שאלת אחריותו של נאשם מספר 1 לעבירת האיומים, על בסיס התשתית העובדתית שיוחסה לו בפרט האישום, אשר מצאנו כי הוכחה בפנינו כנדרש.

7.2 יסודות העבירה – כללי

1. סעיף 192 לחוק העונשין, שכותרתו "איומים", קובע לאמור:

"המאיים על אדם בכל דרך שהיא בפגיעה שלא כדין בגופו, בחירותו, בנכסיו, בשמו הטוב או בפרנסתו, שלו או של אדם אחר, בכוונה להפחיד את האדם או להקניטו, דינו - מאסר שלוש שנים".

2. עיון בסעיף העבירה מלמד על עבירה התנהגותית המלווה במטרה "להפחיד את האדם או להקניטו" (ראו רע"פ 2038/04 שמואל לם נ' מדינת ישראל (תק-על 2006(1), 66), סעיף 7 לפסק הדין, להלן: "הלכת לם").

7.2.1 היסוד העובדתי

3. **הרכיב ההתנהגותי בעבירה** מוגדר במילים "המאיים... בכל דרך שהיא". המחוקק בחר להגדיר את המעשה הפיזי באמצעות הגדרה רחבה, "בכל דרך שהיא". על לשונו הרחבה של המחוקק עמד ביהמ"ש העליון במסגרת הדיון בהלכת לם הנ"ל, בקובעו כי:

"ההיגד 'בכל דרך שהיא'....מבטא את מגמת החוק לקבוע מרחב בלתי מסויג של צורות התנהגות אסורות, ובלבד שהן עולות מבחינה מהותית כדי 'איום'. התייחסות זו לעבירת האיומים היא התייחסות הבוחנת את מהותו ותוכנו של הביטוי ולא את צורתו החיצונית." (וראו גם פסק הדין המרכזי בסוגייה, ע"פ 103/88 **ליכטמן נגד מדינת ישראל**, פ"ד מג(3) 373, להלן: "הלכת ליכטמן")

4. הבחינה האם תוכן ביטוי הנו מאיים, נעשית עפ"י אמת מידה אובייקטיבית, היינו מנקודת מבטו של אדם מן היישוב, המצוי בנסיבותיו של המאיים (לעניין זה ראו ע"פ 237/53 **כהן נ' היועץ המשפטי**, פ"ד ח(1) 295, 299), הלכת ליכטמן הנ"ל, בעמוד 379; ע"פ 3779/94 **חמדני נ' מדינת ישראל**, פ"ד נב(1) 408, בעמוד 416, ורע"פ 11043/04 **לידני נ' מדינת ישראל** (לא פורסם), פסקה 4). יפים לעניין זה הדברים שנפסקו בנושא במסגרת הלכת לם הנ"ל:

"כפי שציין לעיל, המבחן אותו מפעיל בית המשפט בבחינה ביטוי החשוד כאיום הוא מבחן של אדם מן היישוב **הנמצא בנעליו של המאיים**, דהיינו, באותן נסיבות בהן היה נתון המאיים. בית המשפט אינו בוחן את הביטוי באופן מנותק מסביבתו, אלא הוא בוחן את מכלול הנסיבות בהן נמסר הביטוי ובהן **זהות המאיים והמאיים**, הקשר או מערכת היחסים ביניהם, הרקע לביטוי וכן ההתרחשויות או התוצאות שבאו לאחר הביטוי. ניתוחם של הנתונים הנסיבתיים השונים יעשה תוך הסתמכות על ההיגיון, השכל הישר וניסיון החיים. מכיוון שבית המשפט בוחן את מהותו של הביטוי בתוך הקשר הרחב של הדברים, אין צורך להוסיף למבחנים אלה רכיב עובדתי מחייב וקשיח של "זיקת ענין" שכן, כאמור, זוהי רק נסיבה אחת מהנסיבות האופפות את מסירת האיום, ונסיבה זו תישקל ביחד עם הנסיבות הרלוונטיות האחרות." (הדגשות שלנו)

5. **אשר לרכיב הנסיבתי**, יש להראות כי האיום הופנה כלפי אדם, וכי תוכנו "פגיעה שלא כדין בגופו, חירותו, בנכסיו, בשמו הטוב, או בפרנסתו....". הלכה פסוקה היא, כי הדרישה של "שלא כדין" קשורה קשר הדוק לתוכנו של האיום (ראו פרשת ליכטמן בעמודים 379, 383 ו- 385 - 386 לפסק הדין, וע"פ 3779/94 **חמדני נ' מדינת ישראל** הנ"ל, בעמודים 417 - 418 לפסק הדין).

6. בכל הנוגע לרכיב הנסיבתי לפיו המבצע מאיים "על אדם", נפסק, כי לרכיב זה שני פנים. האחד, היות האיום מופנה כלפי אדם והשני, הדרישה לקליטת דברי האיום באמצעות אדם (בהמשך להגדרת הרכיב ההתנהגותי, הבוחנת כאמור, במסגרת ה"איום" אף את זהות המאיים). נדגיש, כי בעוד שנדרש להצביע על אדם שקלט את האיום, הפחדה בפועל של קולט האיום או מושא האיום אינה יסוד מיסודות העבירה, ולפיכך אין צורך שהאיום יישא פרי וישיג ייעודו. כאשר האיום לא נקלט

בקרב המאויים, לא הושלמה העבירה ויש לבחון האם מתקיימת בנסיבות העניין, האחריות לניסיון לביצוע העבירה, שנאמר:

"הדרישה כי האיום ייקלט בתודעתו של המאויים היא אינהרנטית לעבירת האיומים נוכח הערכים עליהם נועדה העבירה להגן - שלווה נפשו, בטחונו וחירות פעולתו של המאויים. גישת הקליטה מדגישה את התכלית של מניעת ההפחדה ותכלית זו עומדת במרכז. נראה, אפוא, כי מאפייניה של גישת הקליטה עולים בקנה אחד עם הערכים המוגנים שביסוד עבירת האיומים. לפיכך, דומה כי במצבים בהם אין המאויים יודע על דבר האיום, אין לומר כי נפגעו הערכים המוגנים שביסוד עבירת האיומים. ודוק: יש להבחין בין מקרים בהם האיום נקלט אצל המאויים אך אינו פועל את פעולתו ואינו גורם לו לפחד, לבין מקרים בהם האיום לא נקלט כלל. הפחדה בפועל של המאויים אינה יסוד מיסודות העבירה ולפיכך, העובדה שהמאויים אינו פוחד אינה מעלה ואינה מורידה לענין השלמת העבירה. מנגד, כאשר האיום כלל לא נקלט על ידי המאויים הרי המאויים לא הועמד בסכנה כי יופחד והמעשה שבוצע בכוונה להפחיד או להקניט עשוי לעלות לכל היותר כדי ניסיון לבצע עבירה." (הלכת לם, סעיף 22 לפסק הדין)

7.2.2 היסוד הנפשי

7. בהתאם להוראת סעיף 20 לחוק העונשין, מורכב יסוד זה, מהוכחת המודעות מצד מבצע העבירה לטיב המעשה ולקיום הנסיבות ומן ההוכחה אודות "כוונה להפחיד את האדם או להקניטו" (ראו ההגדרה כאמור בסעיף 90א לחוק העונשין). בהקשר זה נפסק, כי "ביחס לעבירת האיומים ברי כי היא מבוצעת מתוך שאיפה להשיג את ההפחדה או ההקנטה וזוהי המטרה הניצבת לנגד עיניו של המאיים בהשמיעו את דבר האיום" (הלכת לם בסעיף 34 לפסק הדין).

7.3 מן הכלל אל הפרט

1. בכל הנוגע ליישום העובדות הרלוונטיות שהוכחו לנו, בראי יסודות עבירת האיומים – מצאנו, כי בעניינו של נאשם מספר 1, התקיימו יסודות העבירה של ניסיון לאיומים ולפיכך, יש מקום להרשיעו בעבירה לפי סעיפים 192, 25 ו- 26 לחוק העונשין. להלן, נפרוס את נימוקינו בנושא.

7.3.1 האחריות לעבירת האיומים

2. בחינת התשתית העובדתית שהוכחה לנו במידה הנדרשת בפלילים, מעלה כי, במסגרת מאמציו של הנאשם להרתיע את אשרף מליטול חלק בהפרות סדר, ביקש הנאשם להפחידו, ובלשונו שלו - "לאיים" עליו. הנאשם תכנן לגרום לאשרף לחשוב שעתיד להתבצע ירי לעברו, ובכך ביקש לאיים בפגיעה בגופו, על מנת להרתיעו.

3. על מנת לקדם את מטרתו, פנה הנאשם אל נאשם מספר 2 באורח הפגנתי, לאוזניו של אשרף, במילים: "מה אתה אומר, נירה עליו גומי?". הדברים נוסחו בדרך של שאלה, אך הנאשם לא ציפה לתשובה, ועצם העלאתם נועדה להפחיד את אשרף. בהמשך, מתוך רצון להוסיף ולהפחיד, אחז הנאשם באשרף, אשר כאמור, היה נתון באזיקים ועיניו מכוסות, והובילו למקום אחר, תוך שהוא אומר לנאשם מספר 2: "ל' ק', תדרוך". בעדותו בבית הדין, הבהיר הנאשם כי הוביל את אשרף למקום אחר, שם תכנן שנאשם מספר 2, חייל תחת פיקודו, ידרוך את נשקו לאוזני אשרף. כך ביקש הנאשם להוסיף ולהפחיד את אשרף ולהזהירו פן יוסיף ליטול חלק בהפרות סדר.

4. כאמור, מעשה הדריכה לא התבצע, ונשאלת השאלה האם במעשים אותם ביצע הנאשם, תוך שהם מלווים במטרה להפחיד את אשרף, התקיימו יסודות העבירה, ובעיקר, היסוד העובדתי בה.

5. ע"פ המבחנים המקובלים, דומה כי לית מאן דפליגי, שמעשיו של הנאשם, עצם הפנייה לחייל שלו במילים "מה אתה אומר, נירה עליו גומי?", בנוכחותו של אשרף, אחיזתו באשרף תוך שהוא מורה לאותו חייל לדרוך את הנשק והובלת אשרף למקום בו אמורה להתבצע דריכת הנשק, מהווים ניסיון לביצוע העבירה, החורג במידה ניכרת משלב ההכנה.

6. סעיף 25 לחוק העונשין מגדיר את הניסיון כעבירה נגזרת, באופן הבא:
"אדם מנסה לעבור עבירה אם, במטרה לבצעה, עשה מעשה שאין בו הכנה בלבד והעבירה לא הושלמה".

7. המלומד י' קדמי, בספרו **על הדין בפלילים** (חלק א', בע' 292), מזהה את קו הגבול בין הכנה לניסיון באופן הבא:

"... 'מעשה ההכנה' – קרי: פעילות המכוונת אמנם למימושה של כוונה לבצע עבירה, אך טרם הגיעה לכלל 'מעשה גלוי' העשוי לבסס הרשעה בעבירה של ניסיון.."

8. בע"פ 7399/95 **נחשתן תעשיות מעליות בע"מ נ' מדינת ישראל** (פ"ד נב(2), 105, עמ' 130-131), קובע בית המשפט העליון לאמור:

"הגדרת הניסיון בסעיף 25 לחוק העונשין - לאחר תיקון מס' 39 לחוק זה - מדברת בעשיית 'מעשה שאין בו הכנה בלבד' (במטרה לבצע עבירה והעבירה לא הושלמה); ואין החוק מגדיר 'הכנה' מהי. בהנחה - המקובלת עלי - שהמחוקק לא התכוון בתיקון מס' 39 לחוק העונשין לסטות מהגדרת הניסיון המסורתית, ניתן לפנות בהקשר זה אל ההלכה הפסוקה שקדמה לתיקון. על פי ההלכה הפסוקה - שבבסיסה ההגדרה שהייתה בשעתו, לפני תיקון מס' 39, בסעיף 33 לחוק העונשין - **די לעניין זה בעשיית מעשה 'המבטא את תחילת תהליך הביצוע של העבירה המושלמת, ובלבד שיש בכך כדי לגלות בצורה חד**

משמעית את כוונת העבריין (ע"פ 355/88, **רפאל לוי נגד מדינת ישראל** מג(3) 221, 264). (ההדגשה אינה במקור, להרחבה ביחס למבחן זה ולמבחנים נוספים ראו ע"פ 9849/05 **מדינת ישראל נ' ראובן ברוזר** תק-על 2006(4), 1894, עמ' 1897).

9. מעשיו של הנאשם היו מעשה גלוי, המבטא מעשה איום, אשר חורג במידה בולטת מתחילת ביצוע העבירה המושלמת, וגילו באופן חד משמעי את כוונתו לאיים על אשרף הן בדרך של אמירות כגון **"מה אתה אומר, נירה עליו גומי"** ובהמשך, אף באמצעות דריכת נשק לאוזניו (מה שלא ארע).

10. עצם הפנייה של נאשם מספר 1 אל נאשם מספר 2 בשאלה **"מה אתה אומר נירה עליו גומי?"**, בשלב בו נאמרה, נתפסה כאיום שנועד להפחיד את אשרף (ראייה לכך מצוייה למשל, בתשובתו של נאשם מספר 2 לנאשם מספר 1, אשר ניתנה אף היא ברוח זו). הקושי הכרוך ביישום רכיבי העבירה לשלב הזה של האירוע, במנותק מהתכנון של הנאשם להוסיף ולבצע את שלב הדריכה בנוכחות אשרף, בסמוך לג'יפ המג"ב, נעוץ ביסוד העובדתי בעבירה ולמעשה, בכך שיש להניח לטובתו של נאשם מספר 1, כי אשרף, מושא האיום, לא היה בקיא בשפה העברית ועל כן, כל עוד לא הושמע לאוזניו רעש דריכת הנשק, לא יכול היה לקלוט את האיום, להבין את תוכן הדברים.

11. בהקשר זה, יש להפנות לסעיף 26 לחוק העונשין שכותרתו **"חוסר האפשרות לעשיית העבירה"**. סעיף זה קובע, כי

"לעניין ניסיון, אין נפקא מינה אם עשיית העבירה לא הייתה אפשרית מחמת מצב דברים שהמנסה לא היה מודע לו או טעה לגביו".

12. סוגיית זו, הידועה בכינויה **"ניסיון בלתי צליח"** (עוד מן התקופה שקדמה לתיקון החלק הכללי לחוק העונשין), נדונה בהרחבה בפסק דינו של בית הדין הצבאי לערעורים במסגרת ע/153/00 **התובע הצבאי הראשי נ' סמל דימיטרי שובין** תק-צב 2001(3), 14, 19 (2001) (ובהמשך, בכל הנוגע ליסוד הנפשי במקרה של **"ניסיון בלתי צליח"** לעשות שימוש בסם מסוכן, בפסק דינו של בית המשפט העליון, ברע"פ 7560/01 **התובע הצבאי הראשי נגד סמל שובין** פ"ד נט(3) 931). בית הדין הצבאי לערעורים מסביר כי הרציונל העומד ביסוד ענישת **"ניסיון בלתי צליח"** הוא, שמבצע העבירה גילה את מסוכנותו לחברה בנסותו לעבור עבירה.

13. בנוסף, מבהיר בית הדין הצבאי לערעורים, כי חוסר האפשרות בו עסקין הוא עובדתי, להבדיל ממשפטי. בעניין זה מפנה בית הדין הצבאי לערעורים לספרו של המלומד י. קדמי, אשר כותב את הדברים הבאים:

"(1) 'חוסר האפשרות' לבצע את העבירה המושלמת, הינו חוסר אפשרות 'פיסי', הנעוץ ב'מצב דברים' - במשמעות הרחבה הכוללת, כאמור, גם שימוש באמצעים בלתי מתאימים - שהמנסה לא היה מודע לו או טעה לגביו. וזאת - להבדיל מחוסר אפשרות משפטי, הנעוץ בכך שהמעשה המושלם אינו מהווה עבירה. פשיטא, שאם המעשה המושלם אינו מהווה עבירה - אין בטעותו של הנאשם כדי להפוך לעבירה את הניסיון לבצעו. (2) כפי שהוסבר לעיל: 'חוסר האפשרות' לבצע את העבירה יכול שיהיה נעוץ ב'אי התאמת האמצעים' שננקטו לביצועה (גורם שהיה משולב לפני התיקון בהגדרת הניסיון); ויכול שיהיה נעוץ ב'אי היכולת הפיסית' להשלים את ביצוע העבירה." (י. קדמי, **על הדין** בפלילים (חלק ראשון, עדכון והשלמה, 62-63, 1998)

14. בדומה, קבע בית המשפט העליון בפסק דין מרכזי בסוגייה (קודם לתיקון 39 לחוק העונשין), לאמור:

"נראה לי ... כי עבירת הניסיון נעברת, כאשר על-פי הידוע לנאשם הוא נקט אמצעים, אשר הם מסוג האמצעים אשר באופן אובייקטיבי יכולים להביא להשלמת העבירה.... אם מנסה הוא לירות על קרבנו המיועד באקדח, שזהו אובייקטיבית אמצעי מתאים לגרימת מותו של אחר, ואין הוא יודע, כי חסר נוקר באקדח ושהאקדח אינו מסוגל איפוא לירות כדור, הרי יהיה הוא, לדעתי, אשם בניסיון לעבור את העבירה." (ע"פ 675/85 **גרציאנו נ' מדינת ישראל**, פ"ד מ (3) 769, 763).

15. בענייננו, נאשם מספר 1 הבהיר במהלך חקירתו במצ"ח, כי הניח שאשרף בקיא בשפה העברית. הנאשם שב על דבריו אלו בעדותו בבית הדין, שם הסביר:

"בהבנה שלי הוא יודע עברית. מי שהיה בכלא ישראלי יודע עברית. ואני חושב שהוא יודע ושהוא סתם אומר שלא. ואני רציתי שיגיד איזו מילה ואני אוכל לדבר איתו ולשחרר אותו." (עמוד 87 לפרוטוקול)

16. בהתאם, יש לקבוע כי הנאשם, מבחינתו ובהתאם לידיעתו, איים על אשרף, במילים "מה אתה אומר, נירה עליו גומי?" ובהמשך, במילים: "ל' ק' תדרוך", שנאמרו לאוזניו של אשרף. העובדה כי המאויים, אשרף, לא קלט את תוכנו של האיום ומשמעותו, בשל כך שאינו דובר את השפה בה הושמע, היא בבחינת "חוסר אפשרות עובדתית" לבצע את העבירה "שהמנסה טעה לגביו". ולכן, גם בהיבט זה, אחראי הנאשם לניסיון לעבור את עבירת האיומים.

17. זאת ועוד, ניסיונו של נאשם מספר 1 לאיים על אשרף, לא התמצה באמירת הדברים לאוזניו. הנאשם המשיך במעשיו, עת אחז באשרף והובילו בסמוך לג'יפ המג"ב, שם אמר היה נאשם מספר 2, בהתאם למטרתו של נאשם מספר 1, לדרוך את נשקו לאוזניו של אשרף. גם שלב זה שלא הסתיים בדריכת הנשק, מהווה ניסיון לאיומים, בהתאם להוראות סעיפים 192 ו- 25 לחוק העונשין.

18. בטרם נחתום פרק זה של הכרעת הדין, מצאנו להוסיף ולבחון גם את סוגיית הרכיב הנסיבתי שעניינו במונח **"שלא כדין"**. הצדדים אמנם לא התייחסו לרכיב זה, וסנגוריו של נאשם מספר 1 לא העלו טענה כנגד קיומו, ובכל זאת, ניתן לתהות האם הקשרו של המעשה, כחלק מפעילות של כוחות הביטחון בהתמודדות יומיומית עם הפרות סדר קשות, לעיתים אלימות, בניסיון לקדם משימה חיונית שהוטלה עליהם, לאבטח את הפעילות להקמת גדר ההפרדה – משליך על חוקיות המעשה (ראו הדין בבג"ץ 4550/94 **נסים אישה נגד היועץ המשפטי לממשלה ואחרים** פ"ד מט(5) 859).

19. לטעמנו יש להשיב על כך בשלילה (לדין נוסף בנושא, ראו בהמשך את הערתו של אחד השופטים). נבהיר במה דברים אמורים: בית הדין הצבאי לערעורים הנחה בפסיקתו העקבית רבת השנים, כי **"הלחימה איננה תירוץ, גם לא דחוק, להפעלת כוח בלתי-ראוי"** (ע/146/03 **התובע הצבאי הראשי נ' רב"ט ליאור ליברמן ואח'**, תק-צב 2003(3), 130, 136 (2003)). יתר על כן, נפסק כי: **"השגת מטרה צבאית, כשלעצמה, איננה מכשירה פעולה פלילית. הציווי המקצועי של דבקות במשימה לאור המטרה' - המהווה בצה"ל עיקרון יסודי, כחלק מעשרת עקרונות המלחמה אותן אימץ - אינו בלתי מוגבל"** (ע/153/03 **סא"ל גבע XXX נ' התובע הצבאי הראשי**, תק-צב 2004(3), 27, 42 (2004)), להלן: **"פרשת גבע XXX"** וראו גם ע/64/04 **סרן צבי קורצקי נ' התובע הצבאי הראשי**, תק-צב 2004(4), 84, 106 (2004), והאסמכתאות שם, להלן: **"פרשת צבי קורצקי"**.

20. בפרשת גבע שגיא מרחיב בית הדין הצבאי לערעורים וקובע לאמור:

"אכן, כפי שצינו לא פעם, התמודדות חיילי צה"ל עם המשימות הקשות המוטלות עליהם בלחימה הנוכחית, איננה פשוטה כלל ועיקר. ואולם, חוסנו המוסרי של הצבא ושל העם נמדד בעיקר בזמנים קשים...
גם בעניין **רוזנר** הדגשנו את הצורך לשמור על דפוסים של התנהגות מוסרית דווקא במצבים ובזמנים קשים, ובמיוחד כלפי שונאים ואויבים:
'הציווי שבו נצטוו חיילי צה"ל לשמור על כבוד האדם איננו סיסמה בעלמא. זהו ציווי אופרטיבי, הנבחן, דווקא, במצבים קשים ובתנאים, שאינם בהכרח נוחים. כבוד האדם נבחן לא רק בכיבוד ידיך ואוהבך אלא גם, ולעיתים בעיקר, בכיבוד שונאך ואויבך. עקרון זה מטיל חובות על חיילי צה"ל. הוא יוצר סטנדרט ערכי וממנו אין לסטות. ביסודו עומדת התובנה: 'כי בצלם אלהים עשה את האדם' (בראשית ט, ו). ומכאן עולה החובה הנגזרת לשמור את כבוד האדם: כל אדם, בין אוהב ובין אויב"(מתוך פרשת גבע שגיא, שם, וראו את דבריו של הנשיא ברק בבג"ץ 5100/94 **הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל ואח' נ' ממשלת ישראל ואח'**, פ"ד נג(4) 817, 836, ביחס לחקירות השב"כ).

21. בדומה, במסגרת פרשת צבי קורצקי, פוסק בית הדין הצבאי לערעורים, אגב בחינת סבירות

ההתנהגות, כחלק מיסודות העבירה של גרימת מוות ברשלנות, כי:

"אנשי כוחות הביטחון אינם פועלים בחלל ריק בעת פעילות מבצעית. הם אינם נדרשים לקבוע – איש איש כפי הבנתו ועל פי הישר בעיניו – את נהלי הפתיחה באש הסבירים בעיניהם. במסגרת הפקודות החלות עליהם נקבעו ב"הוראות הפתיחה באש" מסגרות מחייבות, תבניות פעולה, המסדירות את פעילותם המבצעית... תכליתן לאזן בין ערכים מנוגדים. מחד, השלמת המשימה ושמירה 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. ...

לקביעתן של הוראות אלו יש גם פן חינוכי, בכך שהן מסייעות לחייל להפנים ערכי יסוד, כמו טוהר הנשק וזכויות החשוד, ומגבירות את הסיכוי לשמירתם של ערכים אלה על-ידיו גם בהיקלעו למצבי לחץ ודחק. ...

הוראות אלו מבטאות לא רק את הפקודה הצבאית שבתוקף, אלא גם את העמדה המקצועית, המוסרית והאתית של צה"ל, מזה שנות דור וכפי שקיבלה לאחרונה ביטוי בכתב, במסמך הידוע כ"רוח צה"ל"; מסמך המבטא ערכים מקצועיים ומוסריים העומדים ביסוד פעילותו של הצבא, ובהם, בין היתר, הערך של "טוהר הנשק"... (מתוך פרשת צבי קורצקי הנ"ל, שם, וראו גם ע/62/03 **התובע הצבאי הראשי נ' סמל אילין**).

22. לשיטתנו, אף במנותק משלב הירי באירוע, אותו כאמור בחרה התביעה שלא לייחס לנאשם מספר

1 בכתב האישום המתוקן, יש לקבוע כי מעשיו של הנאשם הם בבחינת איום "שלא כדין" על חייו ועל שלמות גופו של המתלונן, אשרף. אין חולק, כי האיום בירי כדור גומי לעבר אשרף, אשר נועד להפחיד אותו, לא נעשה במהלך פעילות מבצעית, לחימה, ואף לא בעיצומה של פעולת שיטור (על ההבחנה בין פעולות לחימה לפעולות שיטור והשוני בכל הנוגע להיקף הסמכויות הנתונות לכוחות הביטחון בהקשר זה ראו ע"א 5604/94 **אוסמה חמד ואחרים נגד מדינת ישראל**, פ"ד נח(2), עמוד 498). אמנם, המתלונן נעצר בעקבות מעורבותו בהפרות סדר, אשר כאמור נועדו לשבש את מהלך הקמת גדר ההפרדה, ובכך היוו פגיעה באינטרס בטחוני-ציבורי של מדינת ישראל, והפרות הסדר אף גלשו לא פעם, לפסים אלימים – ברם, מעשיו של הנאשם בוצעו במקום שהיה נתון לשליטה מלאה של כוחות הביטחון, לאחר שהמתלונן נעצר. הנאשם לא ידע כלל מה חלקו של אשרף בהפרות הסדר ומה הוביל למעצרו. מעשיו של הנאשם, אשר ביקש לגרום למתלונן להאמין שמתבצע ירי לעברו, בזמן שהוא עצור, ידיו כפותות ועיניו קשורות, והוא אינו מהווה כל סיכון לנאשם או למי מחייליו – אינם יכולים להיחשב פעולה חוקית.

23. בהקשר זה ראו גם דבריו של אל"ם אביב רשף, מח"ט בנימין באותה תקופה, לפיהן עסקין בפעולה פסולה. ניסיון לדמות ירי לעבר עצור כפות שעיניו מכוסות, אינו מידתי, גם לא כאשר הוא מתבצע במסגרת מאמצי של כוחות הביטחון לשמור על הסדר ולקדם אינטרס ציבורי חיוני של מדינת ישראל, ויש בו כדי לפגוע בערכי יסוד כמו טוהר הנשק וכבוד הזולת.

24. כעולה מן המקובץ, הוכח לנו כי נתקיימו יסודות העבירה של ניסיון לאימים, בהתאם להוראות סעיפים 192, 25 ו- 26 לחוק העונשין.

7.3.2 טענות ההגנה בדבר הגנה מן הצדק וצו מבחן ללא הרשעה

25. במהלך הסיכומים, העלו באי כוחו של נאשם מספר 1, לראשונה, טענה של "הגנה מן הצדק". הסנגורים המלומדים טענו, כי בנסיבות העניין, בהתאם לגרסתו של נאשם מספר 1, לפיה הורה לנאשם מספר 2, שלא בנוכחותו של אשרף, "לשקשק" בנשק, על מנת להפחיד אותו, בהתחשב ברקע למעשים – יש להורות על המרת סעיף האישום, או על ביטולו, כך שהנאשם יורשע לכל היותר, בעבירה של התנהגות שאינה הולמת, לפי סעיף 130 לחש"ץ, כזו שאינה נושאת רישום פלילי. מנגד, טענו התובעים המלומדים, סא"ל (מיל") רונן קצף וסרן טל זיסקוביץ, כי אין לבית הדין סמכות להמיר את סעיף האישום ובכל מקרה, לא נתקיימו כאן התנאים להחלת "הגנה מן הצדק".

26. כאמור, בכל הנוגע לשיחה בין הנאשמים ומהלך הדברים עובר לשלב בו נעמדו נאשם מספר 1 ואשרף בסמוך לג'יפ המג"ב, מצאנו להעדיף את עדותו של נאשם מספר 2, המשתלבת בעדותו של סמ"ר XXX, על פני גרסתו של נאשם מספר 1, ודומה, כי ניתן היה לסיים בכך את הדיון בנושא. בכל מקרה נבהיר, כי הגם שסבורים אנו כי במסגרת הוראת סעיף 351(6) לחש"ץ, אכן קיימת לבית הדין הסמכות להורות על המרת סעיף אישום מכוח הגנה מן הצדק (ראו ההחלטות בתיק דר/5/07 **התובע הצבאי נגד אריאל סקצר** ובתיק דר/24/08 **התובע הצבאי נגד טור' דוד חוודדה**) - לא נתקיימו בענייננו התנאים להחלתה.

27. הלכה פסוקה היא כי הבדיקה, האם יש ליתן לנאשם סעד מכוחה של דוקטרינת ההגנה מן הצדק, תוסיף להיערך במסגרת המבחנים שנקבעו בפרשת **בורוביץ** (ע"פ 4855/02 **מדינת ישראל נ' ד"ר איתמר בורוביץ**, פ"ד נט(6), 776), וזאת, גם לאחר עיגונה החקיקתי של הדוקטרינה (ישגב נקדימון, **הגנה מן הצדק** (מהדורה שניה, 2008, פורסמה במאגר נבו), פרק חמישי: "פרשנות ה'הגנה מן הצדק' החקוקה – בעמ' 37, 39). כך נקבע גם בפסיקה, באופן עקבי (ראו והשוו ע"פ 7014/06 **מדינת ישראל נ' אהרון לימור**, תק-על 2007(3), 3779, בעמ' 3804; רע"פ 727/08 **איל גוטליב נ' מדינת ישראל**, תק-על 2008(1), 5414, בעמ' 5420; ע"פ 5672/05 **טגר בע"מ נ' מדינת ישראל**, תק-על 2007(4), 395, בעמ' 436).

28. המבחן ה"תלת שלבי" ליישום הדוקטרינה, כפי שנזכר בפרשת **בורוביץ**, קובע כדלקמן:

"שאלת החלטה של הגנה מן הצדק על מקרה נתון טעונה בחינה בת שלושה שלבים. בשלב הראשון על בית-המשפט לזהות את הפגמים שנפלו בהליכים שננקטו 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 וההגנות. בשלב זה, נדרש בית-המשפט לאזן בין האינטרסים השונים, שהעיקריים שבהם פורטו לעיל, 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, מששוכנע בית-המשפט כי קיומו של ההליך אכן כרוך בפגיעה חריפה בתחושת הצדק וההגנות, עליו לבחון האם לא ניתן לרפא את הפגמים שנתגלו 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" (ע"פ 4855/02 בורוביץ הנ"ל, בעמ' 808-807).

29. נמצא אפוא, כי בין לפי הדוקטרינה הפסיקתית, ובין לפי זו החקיקתית – "אם לא זוהה מעשה או מחדל העולה כדי פגם בהליכים, תסתיים בחינת תחולת ההגנה כבר בשלב זה" (נקדימון, לעיל פרק חמישי, בעמ' 39, וראו גם ע"פ 8168/05 תמיר פלינק נ' מדינת ישראל, תק-על 2007(2), 2593, בעמ' 2612: "נראה לי כי במקרה הנוכחי - לא עלה בידי המערער לעבור אפילו את השלב הראשון, שעל כן מתייתר הדיון בשלבים הנוספים. לא נפלו פגמים, או מכל מקום המערער לא חשף פגמים, בדרך ניהול ההליכים במשפט המקורי" וכן הניתוח והסקירה המשפטית המופיעים בתיק דר/24/08 התובע הצבאי נגד טור' דוד חודדה הנ"ל).

30. בענייננו, ההגנה לא הצביעה על פגמים, העונים על יסודותיו של השלב הראשון ביישום הדוקטרינה של הגנה מן הצדק ולא הציגה לעיוננו תשתית ראייתית המלמדת על פגמים בהליך, לא כל שכן פגמים הפוגעים "פגיעה חריפה בתחושת הצדק וההגנות" (מתוך פרשת בורוביץ) וכבר נפסק, בהקשר דומה, כי:

"לשם העלאת טענה בדבר "הגנה מן הצדק", הנשענת על טענה לאכיפה בדרנית, יהיה על הטוען להראות, בראש ובראשונה כי מדובר בהבחנה בין מי שהדמיון ביניהם רלוונטי

לעניין, במובן זה שהוא מצדיק התייחסות דומה בשאלת הגשתו של כתב אישום. בשלב השני יהא על הטוען להראות כי בבסיס ההבחנה ניצב מניע פסול, בין אם בדמות שרירותיות, התחשבות בשיקולים שאינם מן העניין, או חלילה שקילת שיקולים שאינם ראויים. מטבע הדברים מדובר בשני שלבים השלובים זה בזה, ואשר רב המשותף להם. הנטל להוכיחם, שאיננו פשוט כלל וכלל, מוטל על הנאשם, באשר הפרקליטות, ככל רשות מינהלית, נהנית מהחזקה לפיה פעולותיה נעשות כדין " (ע"פ 3215/07 פלוני נ' מדינת ישראל, תק-על 2008(3), 2008, בעמ' 2015-2017. וראו גם ע"פ 4596/05 זאב רוזנשטיין נ' מדינת ישראל, תק-על 2005(4), 2082, בעמ' 2089-2090).

31. למעשה, מבקשים באי כוחו של נאשם מספר 1, כי נימנע מהרשעתו של הנאשם, או נורה להרשיעו בעבירות חלופיות, שאינן נושאות רישום פלילי, נוכח הפגיעה הצפויה מן ההרשעה בהקשרים שונים, בדומה לבקשתם החלופית, כי נורה על העמדתו של הנאשם למבחן ללא הרשעה. ברם, כפי שנראה להלן, גם עתירה זו יש לדחות.

32. מבלי להכריע בשאלת סמכותם של בתי הדין הצבאיים להורות על צו מבחן ללא הרשעה, שאלה השנויה במחלוקת (ראו ההחלטות התומכות במתן סמכות לבתי הדין הצבאיים בסוגייה בתיק מר/3164/06 **התובע הצבאי נ' רב"ט יואש זוהר** ותיק דר/150/07 **התובע הצבאי נגד רב"ט מור אדרי**, לעומת ההחלטות בתיק ז"י/213/08 **התובע הצבאי נ' רב"ט אברהם דנילוב**, בתיק מט/397/09 **התובע הצבאי נ' רב"ט תמר לוקמיש** ובתיק מר/544/08 **התובע הצבאי נ' רב"ט אלכסנדר מאיסקובסקי**, שם נותרה הסוגייה בצריך עיון), גם לעניין האפשרות להימנע מהרשעה, נפסק כי

"משהוכח ביצועה של עבירה יש להרשיע את הנאשם וראוי להטיל אמצעי זה רק במקרים יוצאי דופן, בהם אין יחס סביר בין הנזק הצפוי לנאשם מן ההרשעה לבין חומרתה של העבירה" (ע"פ 2083/96 **תמר כתב נ' מדינת ישראל**, פ"ד נב(3), 337, בעמ' 341-342).

33. וזאת, מתוך הנחה כי הצורך במיצוי של ההליך הפלילי בדרך של הרשעת העבריין מביא להשגתו של "גורם ההרתעה והאכיפה השוויונית של החוק. שיקול ציבורי זה פועל במשנה תוקף ככל שחומרת העבירה גדולה יותר והנזקים לפרט ולציבור מביצועה גוברים" (ע"פ 2669/00 **מדינת ישראל נ' פלוני ו-3 אח'**, פ"ד נד(3), 685, בעמ' 690-691). בפסיקת בית המשפט העליון נקבע, כי הימנעות מהרשעה היא כלי שיש לעשות בו שימוש במקרים יוצאי דופן, בהם אין יחס סביר בין הנזק הצפוי לנאשם מן ההרשעה, לבין חומרתה של העבירה (רע"פ 432/95 **גדעון רומנו נ' מדינת ישראל**, תק-על 85(3) 737; רע"פ 1189/06 **גילי בר-לב נ' מדינת ישראל**, תק-על 2006(3) 4133).

34. ולענייננו, אמנם, על הנאשם, מפקד גדוד XXX, הוטלה משימה כבדת משקל, לאבטח את הקמת גדר ההפרדה לטובת בטחון המדינה והנאשם, אשר הניח כי אשרף נטל חלק בהפרות סדר שתכליתן לשבש את הקמת גדר ההפרדה, ביקש להרתיעו פן ישוב על מעשיו – דא עקא, שהנאשם ביקש לגרום לאשרף להניח שחייל צה"ל יורה בו כדור גומי, בעת שהיה עצור, ידיו כפותות ועיניו קשורות, ולא היווה כל סיכון לכוחות הביטחון. נסיבות אלה, אינן מובילות למסקנה, כי הרשעת הנאשם בעבירה הנושאת רישום פלילי, עומדת בסתירה מהותית לעקרונות של צדק והגינות משפטית (בהתאם למבחנים שנקבעו בפרשת **בורוביץ**), או יוצרת יחס בלתי סביר "בין הנזק הצפוי לנאשם מן ההרשעה לבין חומרתה של העבירה" (כאמור ברע"פ 432/95 הנ"ל), ויש בהן כדי ללמד על פגיעה קשה בערכי יסוד כמו כבוד האדם וטוהר הנשק, ובפגיעה משמעותית בתדמיתם של צה"ל, מפקדיו וחייליו.

35. זאת ועוד, הנאשם במעשיו, החטיא את פקודו, נאשם מספר 2, עת בנוכחותו, איים על עצור כפות באזיקים, שעניו קשורות, בירי גומי לעברו, ותוך שהוא מנחה את פקודו לדרוך את נשקו לאוזניו של העצור. בהקשר כללי יותר, פסקו בתי הדין הצבאיים כי התבטאויות מפקדים, מהן ניתן ללמוד על אפשרות לנקיטת כוח, עלולות להביא להעברתו של מסר פסול לחיילים, אף אם לא נאמרו מתוך כוונה כזו (מתוך תיק מר/205/09 **התובע הצבאי נגד סגן אדם מלול**, בעמוד 85 וראו את דבריו של בית הדין לערעורים בע/247/96 **התובע הצבאי הראשי נ' אילן (ביטון) ברוש** [פדאור (לא פורסם) 97 (5) 286], בעמוד 8 (1997)). קל וחומר עת עסקין באמירה מפורשת לחייל, לעשות שימוש בלתי חוקי בנשק ולאיים על עצור שעניו קשורות, כך שידמה כי בוצע לכיוונו ירי. לא למותר להזכיר גם, כי הנאשם עצמו, באמרתו (ת/1), הסביר, כי נאשם מספר 2 הוא "חייל שלוקח לו זמן להבין דברים ולפעמים אני צריך להסביר לו מספר פעמים עד שהוא מבין מה אני רוצה ממנו...".

36. כעולה מן המקובץ, ההגנה לא השכילה להצביע על פגם שנפל במהלך החקירה, או בשלב ההעמדה לדין, במלאכתם של רשויות אכיפה החוק, ואף לא על טעם המצדיק בחינתה של סוגיית הסמכות להורות על מבחן ללא הרשעה. המסקנה העיקרית היא, כי בפועל, קיומו של ההליך כנגד הנאשם אינו מעורר "פגיעה חריפה בתחושת הצדק וההגינות". אשר על כן דין הטענות בהקשר זה להידחות.

7.3.3 הערתו של אחד השופטים

1. בהמשך לדיון בשאלת הגדרת מעשיו של נאשם מספר 1 כאיום "שלא כדין" (כאמור בסעיפים 19-24 לפרק 7.3.1 לעיל), מצא אחד השופטים להעיר הערה נוספת ולבחון את הנושא מזווית שונה, תוך שהדגיש לצד הראיות שהובאו בתיק זה ראיות נוספות שיש להן השלכה על שיקוליו. שופט זה, סמך ידו על ממצאי המהימנות והתשתית העובדתית כפי שפירטנו קודם, ברם לשיטתו, ראוי לבחון בחינה אחרת את מעמדה המשפטי של השאלה שהפנה נאשם מספר 1 כלפי נאשם מספר 2. בחינה הנסמכת על ההשקפה לפיה השאלה שהפנה נאשם מספר 1 מהווה חלק מתכסיס מבצעי שנועד לברר אם אשרף מדבר עברית, על מנת להזהירו מלהשתתף בעתיד בהפגנות.

2. לטעמו של השופט, תכסיס זה מבוסס על ההנחה שאם מזהירים את מנהיגי המסיתים והמפגינים מלהמשיך במעשיהם, הדבר ימנע או יקטין את הפעילות האלימה מצד המסיתים (השופט הפנה בעניין זה לעדותו של פקד רם XXX שהעיד בפרוט' בעמ' 131 ש' 6, שמזהירים את המתפרעים "שזה לא יחזור על עצמו כמו אבא לילד. מדברים איתם בשקט ובשלווה").

3. בהתאם, ביקש שופט זה לבחון, האם התכסיס בו נקט נאשם 1 במטרה לברר האם אשרף מדבר עברית כדי להזהירו מפני השתתפות בהפגנות בעתיד מגיע לכדי עבירה פלילית של איומים והתנהגות בלתי הולמת של קצין. לטעמו של שופט זה, הפסיקה לא התמודדה ישירות עם חוקיות השימוש בתכסיס מהסוג שהוא נשוא דיונו. ההתמודדות בפסיקה בעיקרו של דבר הייתה תמיד באשר לשאלה אם נגבתה עדות בתחבולה, מה ערכה של עדות אשר כזו. להלן, נביא בהרחבה את ניתוח הסוגייה וחוות דעתו של השופט בנושא:

4. אין חולק על כך שזכות ההפגנה והתהלוכה היא זכות יסוד מרכזית של האדם בישראל (בג"צ 6658/93 **כלביא ואח' נ' מפקד משטרת ירושלים**, פ"ד מח (4) 793 וכן בג"צ 96 / 4712 **סיעת מר"צ, ישראל הדמוקרטית, ר"צ, מפ"ם, שינוי נ' מפקד מחוז ירושלים, משטרת ישראל** פ"ד נ (2) 822, עמוד 824 בעמ' 796). ביהמ"ש העליון קבע לא אחת ש"דומה, כי חופש ההפגנה והאסיפה עומד על בסיס אידיאולוגי רחב, אשר במרכזו ההכרה בערכו של האדם, בכבודו, בחופש הניתן לו לפיתוח אישיותו, וברצון לקיים צורת משטר דמוקרטית" (ראו בג"צ 153/83 **לוי ואח' נ' מפקד המחוז הדרומי של משטרת ישראל**, פ"ד לח (2) 353 בעמ' 398). עוד ייאמר ש"קיומה של אסיפה ותהלוכה הוא אחד האמצעים העומדים לרשות בני הציבור כדי להביע את השקפותיהם בענינה של המדינה, אמצעי שהוא לעיתים יעיל יותר וממשי יותר מאמצעי הביטוי האחרים" (ראו בג"צ 148/79 **סער ואח' נ' שר הפנים והמשטרה ואח' פ"ד** לד (2) 169 בעמ' 171-172). עם זאת, ככל זכות יסוד, גם חירות ההפגנה והתהלוכה היא חירות

יחסית. היא אינה מוחלטת. יש לאזנה מול ערכים אחרים. היא כפופה למגבלות. בענייננו, האיזון הנדרש הוא בין זכות היסוד להפגנה ותהלוכה לבין פגיעה אפשרית בסדר הציבורי ובשלום הציבור. הקושי העומד ביסוד מקרה זה נעוץ באפשרות ריאלית שאירעה לא אחת של אלימות פיזית קשה, בה נפצעו אנשים ואף נהרגו.

5. בעניין האפשרות של הפגנה או תהלוכה להתדרדרות אלימה כתבה כב' השופטת פרקצ'יה בבש"פ 1821/05 נמבורג נ' מדינת ישראל ש"הרקע האידיאולוגי העומד ביסוד ההפגנה שהפכה להתפרעות, אינו מעלה ואינו מוריד לעניין חומרתן של הפרות חוק... קיים סיכון בהסתברות גבוהה כי מאורעות נוספים העשויים להתרחש במסגרת מהלכים מדיניים שונים, עלולים להצית את תגובותיהם הרעיוניות של העוררים, באופן העלול להניעם להשתתף בפעולות מחאה אלימות, העלולות לצאת מגדר שליטה.... חופש ההפגנה שיסודו בחופש הביטוי אכן מקודש בשיטה המשפטית שלנו, אולם זאת, כל עוד הוא נעשה בגדרי החוק. חופש הביטוי וחופש ההפגנה אינם ערכים מוחלטים הדוחקים הצדה ערכים אחרים ובתוכם שמירה על החוק וקבלת מרות אנשי החוק.... דברים אלה משקפים את המתח שבין זכות ההפגנה וחופש הביטוי לבין שמירת החוק והצבת גבולות כדי להימנע מהידרדרות לאלימות...". זו ידיעה שיפוטית המגובה בפסיקה נרחבת, שלא מעט הפגנות נגד הגדר, כולל בשטח נשוא דיוננו, התדרדרו לפגיעות וחבלות של ממש וגם בעדויות שהובאו בתיק זה היו עדויות בכיוון זה שתפורטנה להלן.

6. בבואי לדון בעניין כתב אישום זה, שמתני לנגד עיני את דברי ביה"ד הצבאי לערעורים ב-ע/146/03 התצ"ר נ' רועי רוזנר (21.08.03), באומרו (פסקה 12 לפסק הדין):

"על פי תפיסתנו המוסרית והמשפטית, מקום שבו מוענק כוח לבעל שררה, יש ליצור מערכת נורמטיבית שעניינה הגבלת כוחותיו, לבל יעשה בהם שימוש לרעה. קביעה זו יפה לכל סוג של חברה אנושית, על שלל מנגנוניה ותפקידיה, היוצרים יחסי תלות ומרות; על אחת כמה וכמה, שהיא נחוצה בחברה הצבאית, שיש בה, מכח הגדרת תפקידה, מאפיינים אלימים וכוחניים, הטבועים בה. על כן, הפעלת כוחם של חיילי צה"ל חייבת להיות מוגבלת במקום, בזמן, ובמידה הראויה; היא חייבת להיות תלויה הקשר; אך ורק במידה ובהקשר הנכונים, לצורך מילוי התפקידים המוגדרים שהוטלו עליהם, בנסיבות נתונות. המגבלות החלות על הפעלת הכח הצבאי תקפות ביחס לפעולות של כל חייל וחיילת, המשפיעים על הסובבים אותם. כך ביחסים הראויים שבין מפקד לפקודו, ובין חייל לעמיתו החייל; ביחסים שבין חייל לאזרח מבני עמו, או לתושב מדינתו או לזר השוהה בה; ביחס הראוי שבין חייל לאויבו – חייל מצבא אחר, או אזרח בן עם אחר הנלחם נגדו, או כלפי כל אדם הנמנה עם בני עמו של אויבו. בכל אלה נדרשים חיילי צה"ל להפגין איפוק, ולהפעיל את הכח המסור בידם רק במידה הראויה. זו חובתו האישית, המוסרית, המשפטית, המקצועית והאתית של כל חייל

בצבא הגנה לישראל, וזו גם חובתו המוסדית של צה"ל, כארגון לוחם. אמור מעתה: שמירה קפדנית על התנהגות המפנימה את כבוד האדם – של כל אדם, בין אוהב ובין אויב – נדרשת מכל חייל. היא נדרשת בראש וראשונה מעצם היותו אדם, באשר היא שומרת על צלם האדם שבו, אך היא גם מקנה לו יתרונות מקצועיים ומוסריים כחייל וכמפקד, כלפי עמיתיו ופקודיו, כמו גם כלפי אויביו".

7. **באמרתו הראשונה, מתאריך 20/07/08 (ת/1), מוסר נאשם 1, אשר שירת באותה עת כמפקד גדוד במשך שנה לערך, כי במהלך חודש מאי באותה שנה, החלו מהומות באזור הכפר נעלין, המהומות פרצו בעקבות פעילות להקמת גדר הפרדה (מדידות בשטח). במסגרת ההתמודדות עם ההפגנות והפרות הסדר, שולבו תחת פיקודו גם חמישה צוותי מג"ב. הנאשם הסביר, כי ההפגנות היו אלימות, ובמהלכן אף נפצעו חיילים. ההפגנות נמשכו שעות ארוכות, במשך ארבעה - חמישה ימים בשבוע, והתפרסו על פני אזור רחב. במהלך הימים עובר לאירוע מושא כתב האישום, חלה הסלמה והמפגינים יידו אבנים ובקבוקי תבערה, תקפו רכבי ביטחון ואף חטפו נהג טרקטור מקומי. אשרף נראה בסרטון כמי שהיה ממנהיגי ההפגנה; הוא נראה אוחז בדגל פלסטין מוביל את המפגינים.**

8. **בתחקיר האירוע שנמסר למח"ט בנימין (10/0) תוארו הנסיבות והרקע שקדם לאירוע נשוא כתב האישום וכך תואר: "גדוד XXX מבצע מבצע גדודי בכפר נעלין XXX. המבצע החל ביום שישי לפנות בוקר בשעה 04.00. בימים שישי-שבת בוצע XXX על הכפר נעלין מזרח. ובימים ראשון-שני הכפר היה נתון בעוצר. המבצע נועד לאפשר קיום עבודות הגדר המתבצעות בפתחת החשמונאים. הפגנות הכפר בשבועיים האחרונים היו אלימות מאד והקשו על ביצוע העבודות ואף מנעו קיומן בחלק מהזמן. ביום שני בסביבות השעה 10.30 לערך החלו הפרות סדר כנגד פעילות כוחותינו בכפר הסמוך לנעלין מערב-נעלין מזרח, יידו אבנים והבערת צמיגים. ההפגנות הינן אלימות ומסוכנות עקב היות הכפר שוכן בסמוך לציר XXX ציר המשמש יהודים וערבים בנסיעתם והינו ציר מרכזי בגזרה". זהו, אם כן, הרקע, שקדם לאירועים נשוא כתב האישום.**

9. **עד ההגנה אילן גדיש שהיה בעת האירוע סגן מפקד האבטחה מטעם משרד הביטחון מטעם מנהלת מרחב התפר, העיד (ראו פרוט' עמ' 103 ש' 25 ואילך) כדלהלן: "גזרת נעלין היא גזרה שלפחות מההיבט שלנו עד שהתחלנו לעבוד שם, לא דמתה לשום גזרה אחרת שעבדנו. מהניסיון שהיה לנו עבדנו לא מעט בגזרות אחרות שהיו שם הפרות סדר. גזרת נעלין מהיום הראשון שבו נכנסו המודדים עוד לפני הכלים, על מנת לסמן את השטח, כשהם היו מאובטחים**

עם מאבטחים אזרחיים מטעמנו יחד עם לוחמים מגדוד XXX נתקלנו בהתנגדות מצד המקומיים שירדו לתוואי שהלכו ברגל מרחק של 2 ק"מ, עצרו בגופם את המודדים שברגע הראשון פחדו ורצו לצאת מהשטח ולא רצו לחזור....המקומיים איימו ללא הפסקה, אמרו שלא יאפשרו את העבודות, שמבחינתם זה קודש הקודשים ומייד בימים שלאחר מכן הם תגברו את עצמם בישראלים יהודים, בזרים תושבי חוץ לארץ ותקשורת זרה ומקומית".ובהמשך עדותו התייחס העד לאשרף ואמר (ראו עמ' 113 ש' 7 ואילך) : "אני ראיתי והרגשתי אותו ואת חבריו בגזרת בלעין בהפרות הסדר הקשות שהיו בתקופת העבודות, הפרות הסדר בבלעין ממשיכות גם היום, וגם בגזרת נעלין ראיתי אותו יותר מפעם אחת, הוא היה חלק מהעימותים, חלק מרכזי מהעימותים הקשים". ולבסוף קטע נוסף ואחרון מדברי העד הנ"ל מצוי בעמ' 114 ש' 1 ואילך וכך העיד העד: "כן, היתה שם אלימות קשה מאד, אני פה עומד רגוע בפני ביהמ"ש אבל לעבור את הדברים האלה אני לא מאחל לאף אחד. לעבור את המסתערים שמנפצים כלי רכב ממוגנים, על אחת כמה וכמה פוגעים פיזית ושוברים איברים של עובדים, של מאבטחים ושל לוחמים. התרחישים הם מידיים והכוח שצריך לאפשר את העבודות ולאבטח את האזרחים לפעמים זה עניין של שניות, אם הוא מפספס יש נפגעים וזה קרה. ראיתי לוחמים שנפצעו וצועקים מכאבים ולרגע מאבדים את העשתונות שלהם ומנסים להחזיר כדרך אינסטינקט. ראיתי את ע' ב' כמג"ד קולט את הדברים, חוזר אחורה, תופס ומנער את הלוחמים נותן להם מכות בקסדות ומחזיר אותם לפוקוס".

10. הנני סבור שמיותר יהיה לחזור על קביעת ביהמ"ש העליון באותם מקרים שבחנו את תוואי גדר ההפרדה שלפיה הגדר בתוואי המתוכנן מוקמת מטעמים ביטחוניים צבאיים. הגדר נועדה להחליף את מבצעי הלחימה הצבאיים והאמצעים הצבאיים האחרים, בדרך של חסימה פיזית של פעילות טרור מפני חדירה לירושלים. הגדר לא נועדה לשם "סיפוח" שטחים. השיקולים שהובילו לקביעת תוואי הגדר הינם, אם כן, שיקולים הקשורים בביטחון ובטובתה של האוכלוסייה. המפקד הצבאי מוסמך היה לשקלם (ראו למשל בג"צ 5488/04 מועצה מקומית אלראם נ' ממשלת ישראל). פעולות המחאה של אשרף וחבר מרעיו נועדו לשבש את בניית הגדר שעליה החליטה ישראל כדי להימנע מפגיעים שנכפו על ישראל ע"י ארגוני החבלה שמסביבנו. אי בניית הגדר תיצור מצב שהאזור שבו אמורה להיבנות הגדר יהיה פתוח והדבר יקל על המפגעים להיכנס לישראל ולפגע ללא הבחנה גם באזרחי ישראל וגם בכל אדם שייקלע לאזור הפיגוע וזה יכול לכלול גם עובדים זרים וגם אנשים מהשטחים שהורשו להיכנס לישראל.

11. השימוש בכדורי גומי נדון ע"י כב' השופט א. רובינשטיין בבש"פ 3355/05 טבגר ואח' נ' מ"י וכך קבע באותו עניין תוך שציטט פס"ד אחר שנתן בהזדמנות קודמת:

"נושא השימוש בירי שלישיות כדורים נדון בדו"ח ועדת החקירה הממלכתית לבירור ההתנגשויות בין כוחות הביטחון לבין אזרחים ישראלים באוקטובר 2000 (דו"ח מחודש אלול תשס"ג, ספטמבר 2003). הדו"ח מזכיר את הנחיית היועץ המשפטי לממשלה (הח"מ) מחודש יוני 2002, 'לבחון מעבר מהפעלת גלילוני הגומי, שליבתם מתכת, לכדורי גומי שאין בהם מרכיבי מתכת והם פוגעניים פחות' (עמ' 460), וכן דו שיח בין היועץ המשפטי למשטרה, בנושא השימוש בכלל בכדורים אלה - גישי 'להגביל באופן דרסטי, ולמעשה להפסיק, את השימוש באמצעי זה' (עמ' 461), ודעתה השונה של המשטרה" (ע"א 9561/05 חטיב נ. מדינת ישראל (טרם פורסם) פסקה כ"ב; להלן פרשת חטיב).
ברם, יש לזכור כי לכל הדעות - וכך גם במסקנות ועדת אור - במקרים בהם קיימת סכנה המצדיקה שימוש באש חיה עדיף השימוש באמצעי פוגע פחות, לרבות בכדורי גומי (ראו בין היתר עמ' 462 לדו"ח הוועדה)".

במילים אחרות, עצם השימוש בכדורי גומי לפיזור הפגנות בלתי מורשות הוא לגיטימי.

12. יש לבחון האם נאשם מספר 1 בהשתמשו בתכסיס הנ"ל כדי למנוע הישנותן של הפגנות שלא אחת הסתיימו בפצועים ואף הרוגים, פעל במסגרת הכלל שנקבע בביהמ"ש העליון שלפיו "אסור שזכויות האדם יהפכו קרדום לשלילת ביטחון הציבור והמדינה" (ראו דנ"פ 7048/97 פלוני נ' שר הביטחון, פ"ד נד(1) 721, 741 המצטט את ע"ב 2/84 ניימן נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה-11, פ"ד לט(2) 225). בהקשר זה כתב בזמנו כב' השופט גולדברג בבג"צ 411/89 תנועת נאמני הר הבית וארץ ישראל ואח' נ' מפקד משטרת מרחב ירושלים פ"ד מג (2) 17 שם נאמר כדלהלן:

"...בחינת סבירותם של האמצעים שבידי המשטרה לנקוט כדי להבטיח את הסדר הציבורי בעת התהלכה אינה נעשית על-פי אמת מידה תיאורטית, אלא בהתחשב במכלול הנסיבות הקונקרטיות, ובכלל זה נסיבות של הזמן והמקום. שכן האמצעים העומדים לרשות המטרה (בכוח אדם ובציוד) כדי למלא אותה שעה את כל משימותיה אינם בלתי נדלים, כשם שיש שתנאי המקום אינם מאפשרים למשטרה, בכל מקרה, שליטה אפקטיבית בנעשה ומניעת הסכנה הצפויה. מכאן המסקנה, כי 'חברה דמוקרטית, המבקשת לשמור על כבוד האדם, נפשו וגופו, והדואגת לקיומם של סדרי ממשל דמוקרטיים, חייבת לעתים לשלול או להגביל את חופש הביטוי ואת זכות ההפגנה והתהלכה, גם אם המשמעות המעשית היא במתן וטו-דה-פקטו לקהל עוין ובריוני'... יש, על-כן, שהכרח-בל-יגונה הוא, כי בהתנגשות בין האינטרסים והזכויות תיסוג זכות ההפגנה והתהלכה מפני האינטרס הציבורי של שמירת הסדר והביטחון".

13. פסק דין חשוב ביותר בעניין סמכויות שוטר בעת פיזור הפגנות ומתייחס לפעולה שיטורית שנעשתה בזמנו בשפרעם בשנת 1959- הוא ע"א 751/68 חמאמה רעד, בשמה וכאפוטרופא הטבעית של ילדיה הקטינים נ' מדינת ישראל, פ"ד כח(1), 197, 215-216 (1971) שם קבע

ביהמ"ש מפי הנשיא אגרנט בקשר לשוטר - והדברים חלים מוטטים מוטנדים גם על נאשם 1- במקרה שלפנינו כדלהלן:

"אכן, בעיית-הפרשנות, שעוררו הצדדים, היא בעיה נכבדה, שאינה נתונה לפתרון קל, באשר היא יורדת לשאלת הסטנדרדים, שעל-פיהם חייבים אנשי המשטרה לכלכל את מעשיהם בבואם לדכא מהומה זו או אחרת, ולתפוס את המשתתפים בה. מצד אחד, מוטלת עליהם האחריות לקיים את הסדר הציבורי ולהגן על החיים והרכוש; ומבחינה זו רצוי שלא להצר, יתר-על-המידה, את צעדיהם ואת השימוש בשיקול-דעתם באשר לאמצעים שהם רואים אותם כנחוצים כדי שתיפסק המהומה ולשם הבטחת הבאתם לדין של האחרים לה, מה עוד שהם מצווים לפעול, לעתים, בתנאים של מתיחות ושעת-חירום. מן הצד האחר, חשוב מאד, כי אנשי המשטרה יפעלו, ככל האפשר, בדרך שאינה מסכנת את חייהם ושלמות גופם של אחרים, אף אם מדובר בחייו או בשלמות גופו של אדם שהיתה לו יד במהומה, כל-שכן, של אדם שלא השתתף בה ואשר נוכחותו במקום היא מקרית, שהרי הוראת-החסינות חלה - וענין זה בא להחריף את הבעיה - גם על המקרה שבו נהרג (או נחבל) אדם במצבו של זה האחרון, עקב פעולת המשטרה. כפי שיתבהר להלן. מה שמוסיף סיבוך לבעייתנו הוא, שלפי החוק מורשים אנשי המשטרה, לצורך מילוי תפקידם האמור, שלא לסגת מפני התקפת המתפרעים ולהחזיק מעמד במקום שבו הם פועלים כדי להתגבר עליה (to stand their ground and not to retreat) ולכן, אם עקב כך נשקפת סכנה לחייהם או לגופם, כי אז יהיו מוצדקים להשתמש באותם האמצעים הנראים להם כדרושים למניעת הסכנה ולהתגברות על המתפרעים כאחד, כולל השימוש בנשק חם ואף אם זה עלול לגרום מוות או נזק גופני אחר לאלו מהמתפרעים או לאדם "תמים", שנזדמן למקום באקראי. עם זאת, הכרחי להסכים כי אפילו בתנאים אלה, לעולם אין להצדיק פעולת ירייה מכוונת או לא-איכפתית מצד איש המשטרה, אשר גרמה לתוצאה כנ"ל ואשר נעשתה אמנם בלהט המהומה אך מתוך רצון ענשי-נקמני גרידא, אשר אין בינו לשימוש בכוח סביר ולא כלום."

14. להלן הנחייתו של הנשיא אגרנט, ז"ל, באותה פרשה שהייתה בפרעם (ראו עמ' 215-214)

כך:

"יש לזכור כי השוטרים פעלו כל הזמן בתנאי חירום (emergency), כאשר מוטל עליהם התפקיד לדכא מהומה של המון אנשים, שהיו רוגמים אותם באבנים אף תוך נסיגתם, כך שנשקפה להם, לשוטרים, הסכנה של ספיגת חבלות חמורות, אם לא סכנה לחייהם. בתנאים אלה, ולאור האופי ההררי-הסלעי של האזור הנטוע בחלקו עצים, כך שטווח הראיה היה מוגבל, מן הנמנע שנמדוד את התנהגותם בעת שירו לעבר חורשת הזיתים, לפי אותה רמת זהירות, שניתן לדרוש מהאדם שגרם לתאונה בהיותו נתון במצב 'נורמלי'. כאמור, בדרך כלל, נהגו השוטרים בהתאפקות רבה והם ירו אך יריות אזהרה באוויר ואף הכדור שפגע במנוח נורה בכיוון מלמטה כלפי מעלה. גם אין לחשוב, כי בתנאים האמורים, היה על השוטרים, כולל השוטר שירה את היריה הקטלנית, לצפות כי בזמן היריות הספיקו 20-30 מבין המתפרעים לסגת למקום המחצבה ולהתבצר שם. בבואנו להעריך אם היה על אנשי המשטרה להבחין בעובדה האחרונה, מחובתנו להביא בחשבון את אווירת-המתח, שבה היו נתונים בשעת מעשה, ולא לקבוע את הערכתנו רק על-סמך העובדות היבשות, שנודעו לאחר המעשה, כאשר בידינו לשקול אותן באווירה שקטה."

15. הדברים הנ"ל מבוססים גם על פסיקה אמריקאית שניתנה בעניין *Barboursville Barboursville* (1934), 92 A.L.R. 1093, 1097-1098, *v. Taylor*, שם נפסק כדלהלן:

"In the stress of such circumstances, if an officer uses greater force than the circumstances really require, as later deliberately appraised by a court or jury in the tranquility of a court-room, such appraisal does not necessarily operate in condemnation of the officer. His conduct must be weighed in the light of the circumstances as they arose".

16. הפסיקה האירית למשל, מצדיקה מצב בו שוטר הפעיל את נשקו (ולא כדור גומי כמו במקרה דנן) וגורם למותו של מי שהשתתף בהפגנה ואלה דברי ביהמ"ש בעניין פרשת לינץ' נ' פיצג'רלד:

Lynch v. Fitzgerald, Irish Reports 382, 402, (1938):

"ARMS - NOW AT SUCH A STATE OF 'PERFECTION THAT THEY CAN... NOT BE EMPLOYED WITHOUT GRAVE DANGER TO LIFE AND LIMB EVEN OF DISTANT AND INNOCENT PERSONS - MUST BE USED WITH THE GREATEST OF -CARE, AND THE GREATEST PAINS MUST BE EXERCISED TO AVOID THE INFLECTION OF FATAL INJURIES' BUT IF IN RESISTING CRIMES OF FELONIOUS VIOLENCE -ALL RESOURCES HAVE BEEN EXHAUSTED AND ALL POSSIBLE ETHODS EMPLOYED WITHOUT SUCCESS, THEN IT BECOMES NOT ONLY JUSTIFIABLE BUT IT IS THE DUTY OF DETECTIVE OFFICERS, OR OTHER MEMBERS AUTHORISED TO CARRY ARMS, TO USE THESE WEAPONS ACCORDING TO THE RULES JUST ,ENUNCIATED, AND, IF DEATH SHOULD UNFORTUNATELY ENSUE, THEY WILL NEVERTHELESS, BE JUSTIFIED"

17. כאשר שוטרים או חיילים נאלצים לפעול בתנאי לחץ וחירום שלא הם גרמו, המונעים מהם שקילה ובחינה רגילים של החלופות והמחייבים החלטה מהירה שלא ניתן להתכונן אליה מראש, יש לבחון את סבירות פעולתם במסגרת תנאים מיוחדים אלה. אין לנתק את ההתנהגות מהתנאים שסבבו אותה. אין להעתיק את ההתנהגות ל"תנאי מעבדה". כבר בע"א 3889/90 לרנר נ' מדינת ישראל פ"ד נ(4) 304 קבע ביהמ"ש מפי כב' השופט מצא בין היתר כדלהלן:

"בנסיבות שבהן מוצדק לפעול להגנת עצמו או להגנתם של אחרים לא יהיה זה בהכרח בלתי סביר, מבחינתו של החייל, שלא לדבוק בהוראות "נוהל מעצר חשוד", יהא ניסוחן פסקני ככל שיהא, ואת סבירות פעולתו יהיה מן הדין לבדוק לאור הנסיבות שבהן נאלץ, לטענתו, לפעול כפי שפעל. אמנם, גם במקרה שמתעורר בו צורך לפעול להגנה עצמית הותוו כללים בהוראות הפתיחה באש (שלא במסגרת "נוהל מעצר חשוד"), אולם הרציונל שבדברי הנשיא שמגר חל גם בסיטואציות חריגות אחרות, אשר אינן מוסדרות בהוראות הפתיחה באש. משמעות הדבר היא כי לעולם ייתכנו מצבים שבהם יתקיים הכרח בעצירתו של חשוד, ואשר "נוהל מעצר חשוד" לא יתאים לטיפול סביר בהם (או, לכל הפחות, לא ימצה את מכלול הפעולות שסביר לנקוט בנסיבות העניין). מסקנה זו נגזרת במישרין מאופיו ה"פתוח" והעמום של סטנדרד הסבירות, אשר לא ניתן לכולאו במסגרות קשיחות. כדבריו הנכוחים של השופט זמיר בהתייחסו,

בהקשר ענייני שונה, לעמימות הביטוי "נסיבות אחרות": "העמימות של ביטויים אלה היא טעם החיים שלהם. הם אמורים לרחף, בלתי מוגדרים, מעל הכללים. אסור לקצץ את כנפיהם ולכלוא אותם בכלוב של כלל נוקשה. כלל כזה עלול להרוג אותם (ע"פ 7826/96 רייש נ' מדינת ישראל [8], בעמ' 496-497)."

18. בהקשר זה ראוי להזכיר את סיכום המח"ט בתחקיר (ת/10) בו הוא מציין בסעיף ב' כדלהלן: **"המח"ט קובע, כי מדובר באירוע חמור מאד הן בהיבט המקצועי והן בהיבט הערכי. אירוע מסוג זה אסור שיקרה לכוחותינו ובוודאי שלא למפקדים. אנו כמפקדים חייבים לדעת כי לעיתים במצבי לחץ, חיילים יבצעו את הפקודות כלשונן (או כפי שהם הבינו אותם) ולכן על המפקדים להיות ברורים ומדויקים במתן הפקודות".** הריני לאמץ הערה זו אשר יהיה לה משקל בשיקולים שיהיו בקשר לנאשם 2. בסעיף ג' לסיכום המח"ט בתחקיר הנ"ל כותב המח"ט ש"האירוע מחדד את סוגיית מיקום המפקד באירועים מסוג זה ודרך התנהגותו. מפקד חייב, שיוביל את כל פיקודיו בכל משימה אך יחד עם זאת, אסור שימצא עצמו מתעמת עם גורמים בעלי עניין כגון תקשורת, ומסיתים ראשיים ובמקביל, עליו לשמור על איפוק מרבי וקבלת החלטות שקולה ומקצועית". יש גם לציין שנאשם 1 העיד על עצמו כי התייסר בעקבות האירוע.

19. ובכל זאת, עת נדרשים ליישם את נסיבות המקרה בראי כללי הפסיקה, יש לקבוע כי מעשיו של נאשם מספר 1 חרגו מן התחבולה הלגיטימית והן בבחינת איום "שלא כדין", המהווה עבירה לפי סעיף 192 לחוק העונשין. אמנם, הנסיבות בהן פעל הנאשם היו נסיבות קשות וברקע עמדו לנגד עיניו, כמפקד הגדוד, האפשרות שההתפרעות של המפגינים (שנעשתה ללא כל רישיון) כנגד פעולה חוקית שעליה החליטה ממשלת ישראל, עלולה להתפתח כבעבר למהומה ולנפגעים. חובתו הייתה לדאוג לסדר באזור ולהרתעתו של אשרף ומפגינים אחרים מפני מהומות דומות. עם זאת, בנסיבות הזמן והמקום בו התרחש האירוע נשוא דיוננו, לא היה סיכון לכוחות צה"ל ואשרף עצמו היה נתון באזיקים ועיניו קשורות. בנוסף, מעשיו של נאשם מספר 1 לא התמצו בניסיון ליצור קומוניקציה עם אשרף, על דרך של אמירות מילוליות, אלא נמשך בדרך של הנחיית חייל נוסף לדרוך את נשקו לאוזניו של אשרף.

20. במקרה דנן, וכפי שצינתי לעיל, לאירוע נשוא כתב האישום קדמו מהומות. בתחקיר האירוע (10/0) תוארו הנסיבות והרקע שקדם לאירוע נשוא כתב האישום אשר צוטטו בס"ק 7 דלעיל. היה זה מצב בו ההפגנות בכפר נעלין במשך שבועיים היו אלימות מאד והקשו על ביצוע העבודות בגדר ואף מנעו קיומן בחלק מהזמן. ביום האירוע היו הפרות סדר כנגד פעילות

כוחותינו בכפר הסמוך לנעלין מערב-נעלין מזרח, יידי אבנים והבערת צמיגים. אשרף נראה בסרטון כאחד ממנהיגי ההפגנה. ההפגנות הינן אלימות ומסוכנות עקב היות הכפר שוכן בסמוך לציר XXX ציר המשמש יהודים וערבים בנסיעתם והינו ציר מרכזי בגזרה. נאשם 1 ציין בהודעתו הראשונה שבמהלכן של ההפגנות אף נפצעו חיילים. הן נמשכו שעות ארוכות, במשך ארבעה - חמישה ימים בשבוע, והתפרסו על פני אזור רחב. במהלך הימים עובר לאירוע מושא כתב האישום, חלה הסלמה והמפגינים יידו אבנים ובקבוקי תבערה, תקפו רכבי ביטחון ואף חטפו נהג טרקטור מקומי. עד ההגנה אילן גדיש העיד, כפי שראינו לעיל, שבעת ההפגנות פגעו פיזית ושברו אברים של עובדים, של מאבטחים ושל לוחמים. לדבריו: **"התרחישים הם מידיים והכוח שצריך לאפשר את העבודות ולאבטח את האזרחים לפעמים זה עניין של שניות, אם הוא מפספס יש נפגעים וזה קרה. ראיתי לוחמים שנפצעים וצועקים מכאבים ולרגע מאבדים את העשתונות שלהם ומנסים להחזיר כדרך אינסטינקט"**.

21. לכאורה, אילו הנסיבות בעת הפעלת התכסיס היו של לחץ מיוחד, לטעמי, היה מקום לזכות את הנאשם מכל הטעמים הנ"ל. ברם, בשל העובדה שהאירוע בהתאם לממצאים שפורטו לעיל, לא היה אירוע שהצדיק את הפעלת התכסיס הנ"ל (שתכנן אותו נאשם מספר 1) וגם לא היה מידתי בנסיבות הזמן והמקום שבו תוכנן לעשות שימוש בתכסיס הנ"ל - בחרתי להצטרף לדעת חברי ולהורות על הרשעתו של הנאשם בעבירות של ניסיון לאיומים והתנהגות שאינה הולמת.

8. עבירה של שימוש בלתי חוקי בנשק – נאשם מספר 2

1. אין חולק כי נאשם מספר 2 אשר ירה כדור גומי לעבר עצור, שהיה כפות באזיקים, בעוד שעניו קשורות, ממרחק של מטרים ספורים, גם אם ירה לכיוון "סוליית" נעליו, הפעיל את נשקו "ללא סמכות או ללא נקיטת אמצעי זהירות נאותים" (ראו הוראת סעיף 85 סיפא לחש"ץ). ירי כדור גומי בנסיבות העניין, מנוגד באופן מובהק להוראות הפתיחה באש שהיו ידועות היטב לכלל החיילים, לרבות לנאשם מספר 2, ויש בו כדי לסכן את העצור, אשר כאמור, לא היווה סיכון לנאשם או למי מהנוכחים האחרים.

2. בא כוחו המלומד של נאשם מספר 2, טען, כי הנאשם מילא אחר פקודה של נאשם מספר 1, מפקדו, ועל כן עומדת לזכותו הגנת הצידוק. לעומתו, טענה התביעה, כי לא ניתנה לנאשם פקודה לירות כדור גומי לעבר העצור. להלן, נדון בטענת ההגנה בנושא.

3. סעיף 34(2) לחוק העונשין, שכותרתו "צידוק", קובע כי "לא יישא אדם באחריות פלילית למעשה שעשה באחד מאלה: ... עשהו על-פי צו של רשות מוסמכת שהיה חייב לפי דין לציית לה, זולת אם הצו הוא בעליל שלא בדין". בהקשר זה, יש לציין אף את הוראות סעיפים 122, 123 ו-133 לחש"ץ, הקובעות כעבירה, אי מילוי פקודה שנתן מפקד לחייל. תנאי לתחולתה של ההגנה, הוא קיומה של פקודה, לה כאמור, חייב החייל לציית, זולת אם הייתה "בלתי חוקית בעליל". בהקשר זה פסק בית הדין הצבאי לערעורים כהאי לישראל:

"אמר מיד צודקת התביעה בטיעוניה כי, ככלל, חלה הגנת הצידוק בצבא רק כאשר פקוד מקיים הוראה בלתי חוקית של מפקדו. אין ההגנה חלה כאשר פקוד מבצע מעשה בלתי חוקי באישור מפקדו... צו של רשות מוסמכת שחייל חייב לפי הדין לציית לה, פירושו בצבא, פקודה של מפקד שהחייל חייב לציית לו מכח ס' 122, 123 ו-124 וככל הנראה, גם מכח ס' 133 לחש"ץ. הרציונאל להחלת הגנת הצידוק בצבא, הוא הצורך בקיומו של צבא ממושמע המקיים את פקודות מפקדיו. צבא ללא משמעת אינו אלא מועדון ויכוחים, לעיתים אף צבא ליסטים, שלא יצלח למלא משימותיו. טול מהצבא את יסוד המשמעת, ונטלת ממנו את נשמת אפו. זו הסיבה מדוע מצא המחוקק לנכון ליתן הגנה למי שממלא פקודה בלתי חוקית של מפקדיו, וליטול מהמעשה האסור את פליליותו. ניתן היה לסבור, כי איש אינו מוסמך לעבור על החוק, אף לא במצוות מפקדו. יכול היה שיקבע, כי מפקד אינו רשאי להכשיר את שאסר הדין, ולפיכך אין ניתן להעניק הגנה למי שמבצע עבירה בהוראת מפקדו. לא זו הדרך שבה צעד המחוקק הישראלי. המחוקק מצא לנכון ליתן הגנה למבצע פקודה בלתי חוקית, שכן סבר כי דרך המלך שבין הצורך להשיג משמעת בצבא, לבין עקרון החוקיות והצורך לחייב את כולם לציית לחוק, היא לקבוע חובת ציות לפקודה חוקית ובלתי חוקית, וחובת סירוב לקיים פקודה בלתי חוקית בעליל ... הגנת הצידוק, שבחוק העונשין ו-ס' 125 לחש"ץ, אינה אלא נוסחת איזונים שבין עקרון החוקיות, לבין צרכי המשמעת המיוחדים של הצבא. נוסחת איזונים זו אינה נדרשת במקרה שבו מפקד מאשר לפקודו לבצע עבירה. מעשה פלילי שאושר ע"י מפקד ולא בוצע כלל אינו פוגם במשמעת הצבא. לעומת זאת עשיית מעשה, האסור על פי הדין, אף שאושר על ידי מפקד, פוגמת קשות בשלטון החוק ובערכיה של חברה נאורה. ... לנוכח האמור לעיל, אין להשלים עם מצב שבו תורחב הגנת הצידוק, הרחבה נוספת וניכרת, באופן שלפקוד תוענק גם הגנה בשל פעולה בלתי חוקית שנעשתה באישור מפקדו. הרחבה כזו, אינה עולה בקנה אחד, עם לשון הסעיף דלעיל והיא אינה נדרשת. ככל הנראה, האמור לעיל, הביא לכך שפסיקת בית-הדין לערעורים, שעסקה בסוגייה הנדונה, לפני שנים הרבה, לא ראתה באישור מפקד, הגנה במובנה של הגנת הצידוק (ראו: ע/145/60, ע/53/60 וכן ע/111/64). (ע/147/00 **התצ"ר נ' יפית אזרן**, לא פורסם בע' 26-28 לפסק-הדין, וראו גם ע/137/00 (ערעורים צה"ל) **סג"ם אחי מאיר פורת נ' התובע הצבאי הראשי**, תק-צב 2001(2), 1, 6 (2001))

4. בענייננו, כפי שנראה מייד, קיים פער דרגות רחב ומעמדו של נאשם מספר 1 כמפקדו הבכיר של נאשם מספר 2, היה מובהק. דא עקא שלא ניתנה לנאשם מספר 2 פקודה לירות כדור גומי לעבר אשרף, ולמעשה, כפי שנראה להלן, גם נאשם מספר 2 לא סבר שניתנה לו פקודה שכזו.

5. כפי שקבענו במסגרת התשתית העובדתית שהוכחה לנו, נאשם מספר 1 התכוון לאיים על אשרף ולגרום לו להבין שעתיד להתבצע לעברו ירי של כדור גומי. נאשם מספר 1 ביקש להפחיד את אשרף באמירות ואף בדריכת כדור לאוזניו. נאשם מספר 1 לא היה מעוניין לירות באשרף כדור גומי ואף לא הורה לנאשם מספר 2 לעשות כן. נאשם מספר 1 פנה אל נאשם מספר 2 במילים "מה אתה אומר, נירה עליו גומי?", מילים שנוסחו כשאלה רטורית הפגנתית לאוזניו של אשרף.

6. למעשה, נאשם מספר 2 הבין היטב, כי אין עסקין בפקודה לירות כדור גומי לעבר אשרף, אלא בניסיון להפחיד את האחרון. לכן גם השיב בסגנון זה: "אין לי בעיה לירות בו גומי". כך, מסביר נאשם מספר 2 באמרתו הראשונה (ת/4): "ואני עניתי בקטע של צחוק בכדי להפחיד את העצור". הנאשם חוזר על דבריו באמרתו השנייה (ת/5) ואף בעימות: "עד עכשיו זה כאילו מובן בצחוק כזה, זה נשמע". בדומה, בחקירה נגדית, השיב הנאשם "הוא שואל אותי שאלה רטוריות, הוא רואה שיש עלי גומי, הכוונה לבצע איזה שהוא מהלך ... כי אף פעם ע' ב' לא שאל אותי לדעתי, מה דעתך נירה בו גומי? בהפגנתיות כזאת, אז עניתי לו באותו סגנון: אין לי בעיה לירות בו גומי".

7. הנאשם הבין שדבריו של נאשם מספר 1 לא נאמרו כפקודה לירות באשרף כדור גומי, אלא כחלק מניסיון להפחיד את אשרף. למעשה, הוא מעיד על עצמו, כי רק בשלב בו אחז נאשם מספר 1 את אשרף והקים אותו תוך שהוא מורה לנאשם מספר 2 לדרוך את הנשק, החל תוהה, שמא נאשם מספר 1 מעוניין שיירה לעבר אשרף כדור גומי. בחקירה נגדית הסביר "אני הייתי בחשיבה שהוא כביכול רצה רק להפחיד אותו בדיבורים, וזה שהוא מרים אותו, זה המחיש את הרצינות, הוא אומר לי לדרוך כדור, תוך כדי שהוא עובר אותי ...". והוסיף: "הוא אמר את זה בקול כדי להפחיד את אשרף. והבנתי שזה להפחיד אותו. בגלל זה עניתי שאין לי בעיה לירות בו. ברגע שהוא הרים אותו ואמר לי בו(א)... אז אני הבנתי שזה ברצינות ואני הולך אחריו **מבולבל**, והכל קורה במהירות" (הדגשה שלנו).

8. כאמור, הנאשם חזר בו מגרסתו, כאילו נאשם מספר 1 הורה לו, עובר לירי, לירות באשרף והסביר, כי התנהלותו של נאשם מספר 1 שאחז באשרף והעמידו בסמוך לג'יפ המג"ב, על רקע הדברים שנאמרו, גרמו לו לחשוד שמא נאשם מספר 1, מפקדו, מעוניין שיירה כדור גומי לעבר אשרף.

9. כך בעימות: "עד עכשיו זה כאילו מובן בצחוק כזה, זה נשמע. ובשלב שע' ב' הרים את העצור ואמר בו נלך לצד. הבנתי שזה רציני..." ולאחר שנשאל ע"י נאשם מספר 1, "מה היה הרגע שגרם לך

לשחרר את הכדור?", הוא משיב: "נעמדת וחייכת שאני ארה בו, בום... עצם העובדה שאתה מחכה". נדגיש, כי לשאלת התובע, הנאשם אישר כי לאחר שנאשם מספר 1 "עובר אותי ואומר לי לדרוך כדור" - לא ניתנה לו פקודה נוספת. הנאשם אמנם טען, כי עובר לירי הבחין בנאשם מספר 1 מסתכל עליו והיה ביניהם קשר עין, אך במקביל אישר שנאשם מספר 1 הרכיב משקפי שמש כהים כך שלא יכול היה לעקוב אחר מבטו ובדומה, על אף שטען כי עקב אחר נאשם מספר 1 לכל אורך הדרך, אישר שכלל לא הבחין בנאשם מספר 1 משוחח עם לוחם מג"ב (דודו), עובר לירי.

10. והכול – ללמדך, כי **לכל הפחות**, הנאשם עצם עיניו מלברר מהו מצב הדברים לאשורו, האם ניתנה לו פקודה ומה תוכנה. בעניין זה נפנה להלכה הפסוקה ביחס לקשר בין הדרישה לכנותה של "טעות במצב דברים", כאמור בהוראת סעיף 34 לחוק העונשין, לבין הכלל בדבר "עצימת עיניים", כאמור בהוראת סעיף 20(ג)(1) לחוק העונשין, לפיה:

"בית משפט זה קבע לא אחת כי כאשר קיימות נסיבות המקימות בסיס לחשד סביר הרי שהימנעות מבדיקת החשד שוללת את האפשרות להחלטה של הגנת טעות במצב הדברים [ראו והשוו: פסק דינו של השופט י' אנגלרד בע"פ 115/00 **טייב נ' מדינת ישראל**, פ"ד נד(3) 289, 311 (2000) בו נקבע כי בהתקיים עצימת עיניים נשמטת הקרקע להחלטה של הגנת טעות במצב דברים; כן, ראו והשוו פסק דינו של השופט ס' ג'ובראן בע"פ 4463/04 **פלוגי נ' מדינת ישראל** (לא פורסם, 7.9.2005)]" (מתוך ע"פ 1160/09 **אדם אזולאי נ' מדינת ישראל**, תק-על 2009(4), 438, 450 (2009); וראו גם חוות דעתו של השופט מלצר בע"פ 4930/07 **ד'ט' נ' מדינת ישראל**, תק-על 2009(4), 3560, 3574 (2009), המפנה למאמרה של דוקטור קרן שפירא אטינגר "עצימת עיניים - סיפור על שועלים ועל יענים" ספר מנשה שאוה - **מחקרים במשפט** לזכרו 625 (2006))

11. לא זו אף זו, נאשם מספר 2, שכאמור לא קיבל פקודה לירות כדור גומי לעבר אשרף, אלא חשד שמפקדו מעוניין בכך, התקשה להבין מה בדיוק מצופה ממנו והפעיל שיקול דעת, עת בחר על דעת עצמו, לירות לעבר סוליית נעליו של אשרף: "ואני חשבת לירות לא לירות לו ברגליים, אני אירה לו בסוליית של הנעל" (מתוך אמרתו הראשונה, ת/4).

12. עולה מן המקובץ, כי לא ניתנה לנאשם מספר 2 פקודה לירות כדור גומי לעבר אשרף ואף לא ניתן לטעון, כאילו הנאשם טעה לחשוב שניתנה לו פקודה שכזו. הנאשם הבין שתכלית מעשיו של נאשם מספר 1 הייתה להפחיד את אשרף, כך שידמה כי עתיד להתבצע ירי של כדור גומי לעברו. בהמשך, מבלי שניתנה לו הוראה לירות כדור גומי, לאחר שנאשם מספר 1 אחז באשרף והובילו למקום אחר, החל תוהה בינו לבין עצמו וחושד שמא מפקדו מעוניין שיירה כדור גומי לעבר העצור. הנאשם לא עצר על מנת לברר איזו פקודה ניתנה לו ומה תוכנה, אם בכלל, אלא הפעיל שיקול דעת ופעל ע"פ בחירתו שלו.

13. בטרם נחתום פרק זה של הכרעת הדין, במאמר מוסגר ולמעלה מן הנדרש, נבהיר, כי אף לו הייתה ניתנת לנאשם פקודה לירות כדור גומי, ממרחק של מטרים ספורים, לעברו של עצור, כפות באזיקים שעיניו קשורות - לא הייתה עומדת לזכותו של הנאשם הגנת הצידוק. בנסיבות אלה, ראוי היה לקבוע, כי פקודה מעין זו היא בבחינת "פקודה בלתי חוקית בעליל" שחובה על הנאשם להימנע מלציית לה, פקודה שאי החוקיות שבה "דוקרת את העין ומקוממת את הלב" (ע/137/00 סג"מ אחי מאיר פורת נ' התובע הצבאי הראשי הנ"ל וכן ראו הוראת סעיף 34(2) לחוק העונשין, הוראת סעיף 125 לחש"ץ והמבחנים להגדרת פקודה כ"בלתי חוקית בעליל" כפי שהוגדרו בפרשה הידועה כפרשת כפר קאסם, במסגרת תיק מר/3/57 התובע הצבאי נ' רס"ן מלינקי, ובהמשך בבית הדין הצבאי לערעורים, בע/283/58-279 עופר נ' התצ"ר).

14. בהקשר זה, לא למותר להזכיר את דבריו של נאשם מספר 2 בעדותו בבית הדין, לפיהם היה מודע לכך שבדומה להכאת עצור, או ירי בעצור באמצעות כדור חי, אף ירי כדור גומי בעצור הינו מעשה "בלתי חוקי בצורה בולטת", העשוי לגרום לנזק פיזי חמור (לשאלת הזיקה בין מודעותו של החייל ביחס לאי חוקיות הפקודה לבין הגדרת הפקודה כ"פקודה הבלתי חוקית בעליל" ראו ע/264/84 טור' אלקובי נ' התצ"ר ומאמרו של פרופסור ש.ז. פלר "צו 'בעליל' שלא כדין השולל את הגנת הצידוק", עיוני משפט טו' 217).

15. אשר על כן, יש לדחות את טענת ההגנה בדבר קיומה של הגנת הצידוק ולהרשיע את הנאשם בעבירה של שימוש בלתי חוקי בנשק, בהתאם להוראת סעיף 85 סיפא לחש"ץ.

9. התנהגות שאינה הולמת

1. התביעה ייחסה לשני הנאשמים אחריות לעבירה של התנהגות שאינה הולמת, כאמור בהוראת סעיף 130 לחש"ץ. כל אחד, בהתאם לחלקו באירוע וכנגזרת ממעמדו, מדרגתו ומתפקידו בצבא.

2. העובדות שהוכחו לנו, ושימשו להרשעת נאשם מספר 1 בעבירה של ניסיון לאימים, גוררות באופן ישיר גם הרשעה בעבירה של התנהגות שאינה הולמת. נאשם מספר 1, בעת ששמש מפקד בכיר בדרגת סא"ל, חטא באיום כלפי גופו של עצור, שלא היווה סיכון, שעה שהיה כפות ועיניו קשורות. הוא ביקש לגרום לעצור להבין כי מתבצע לעברו ירי של כדור גומי, בין היתר ע"י שימוש בנשק, ותוך

שהוא מחטיא ומשתף במעשים חייל נוסף, ששרת תחת פיקודו. במעשים אלה נהג הנאשם באופן שאינו הולם את מעמדו ודרגתו בצבא.

3. בדומה, גם מעשיו של נאשם מספר 2, לוחם וותיק בדרגת סמ"ר, אשר ירה כדור גומי לעבר עצור כפות (גם אם לעבר סוליית נעליו), הינם בבחינת התנהגות שאינה הולמת. לאחר שדחינו את הטענה בדבר הגנת הצידוק ועל רקע העובדות שהוכחו לנו (ראו סעיף 6 לעיל), מצאנו להורות על הרשעתו של נאשם מספר 2 גם בעבירה של התנהגות שאינה הולמת.

10. סוף דבר

אנו מורים על הרשעתו של נאשם מספר 1 בעבירה של ניסיון לאימים, בהתאם להוראות סעיפים 192, 25 ו- 26 לחוק העונשין ובעבירה של התנהגות שאינה הולמת, לפי סעיף 130 לחש"ץ.

אנו מורים על הרשעתו של נאשם מספר 2 בעבירה של שימוש בלתי חוקי בנשק, לפי סעיף 85 סיפא לחש"ץ ובעבירה של התנהגות שאינה הולמת, לפי סעיף 130 לחש"ץ.

ניתן והודע היום, 15/07/10, בפומבי ובמעמד הצדדים.

שופט

שופטת

אב"ד

גזר - דין

1. מבוא

1. מלאכת גזירת עונשו של נאשם בפלילים היא מלאכה מורכבת ואולי הקשה מבין אלה המוטלות על כתפי השופט. וכבר נפסק לאמור:

"הקשה בתפקידי השופט הוא בגזירת עונשו של נאשם" (ע"פ 8164/02 פלונים נ' מדינת ישראל (טרם פורסם 17.3.2003)). אכן, אחריות השופט בחריצת מידת העונש היא כבדה ביותר. היא מצריכה הפעלת שיקול דעת רחב ומעמיק. היא מחייבת ראיית תמונה רב-מימדית, הנוגעת הן לאדם הקונקרטי (עקרון הענישה האינדיבידואלית) והן לנסיבות ההרשעה (עקרון ההלימה והשוויוניות בענישה). ספר החוקים והלכות הדין אינם אלא נקודת מוצא לבחינת מידת העונש. לתוצאה העונשית הראויה והמידתית בעניין הקונקרטי יוכל השופט להגיע רק לאחר שבחן בקפידה ואיזון בין כלל השיקולים, אשר בדרך הטבע מוליכים לכיוונים נוגדים..." (ע/74/09 (ערעורים צה"ל) תא"ל משה תמיר נ' התובע הצבאי הראשי, תק-צב 2009(4), 1, 9 (2009)).

אף במקרה דנן, עניין לנו במקרה מורכב, בו מלאכת הענישה כבדה היא ביותר. להלן, נבאר במה דברים אמורים.

2. כמפורט בהרחבה בהכרעת הדין, עניינם של שני הנאשמים נתגלגל והובא לחקירת מצ"ח ובהמשך, לכדי ההליך המשפטי שהובא לפתחנו - בעקבות תיעוד מצולם של אירוע מיום 07/07/08. באותו יום, נערה פלסטינית, תושבת הכפר נעלין, תיעדה במצלמתה את ההפגנות והפרות הסדר באזור הקמת גדר ההפרדה. בין היתר, עקבה הנערה במצלמתה אחר התנהלותם של גורמי הביטחון באזור צומת הכניסה לכפר. במהלך היום נקלטה במצלמה סיטואציה בה נראה מפקד בצה"ל אוחז בעצור פלסטיני, כשעיניו קשורות וידיו כפותות באזיקים. בעודו אוחז בעצור, נצפה חייל צה"ל, כשהוא מכון נשק לעבר רגליו של העצור ויורה כדור גומי. מייד לאחר אותו שלב – נקטע הצילום.

3. אין חולק כי סיטואציה מעין זו "דוקרת את העין ומקוממת את הלב" (ע/137/00 סג"מ אחי מאיר פורת נ' התובע הצבאי הראשי). כפי שהרחבנו במסגרת הכרעת הדין, אירוע מעין זה, אסור שיתרחש במחוזותינו ויש לגנותו בתוקף. ירי לעבר עצור חסר ישע, הינו בבחינת הפרה בוטה של רוח צה"ל, אשר חרט על דגלו ועיגן בין ערכי היסוד המנחים אותו, את עיקרון הכבוד לזולת, באשר הוא. בהקשר זה, לא למותר לשוב ולהזכיר את הלכת בית הדין הצבאי לערעורים, לפיה:

"הציווי שבו נצטוו חיילי צה"ל לשמור על כבוד האדם איננו סיסמה בעלמא. זהו ציווי אופרטיבי, הנבחן, דווקא, במצבים קשים ובתנאים, שאינם בהכרח נוחים. כבוד האדם נבחן

לא רק בכיבוד ידידך ואוהבך אלא גם, ולעיתים בעיקר, בכיבוד שונאך ואויבך. עקרון זה מטיל חובות על חיילי צה"ל. הוא יוצר סטנדרט ערכי וממנו אין לסטות. ביסודו עומדת התובנה: 'כי בצלם אלהים עשה את האדם' (בראשית ט, ו). ומכאן עולה החובה הנגזרת לשמור את כבוד האדם: כל אדם, בין אוהב ובין אויב." (ע/153/03 סא"ל גבע שגיא נ' התובע הצבאי הראשי, תק-צב 2004(3), 27, 42 (2004), וראו אף דבריו של הנשיא (כתוארו אז) ברק בבג"ץ 5100/94 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל ואח' נ' ממשלת ישראל ואח', פ"ד נג(4) 817, 836, ביחס לחקירות השב"כ).

4. בד בבד, כמקובל בהליך השיפוט, הובאו לפנינו עדויות ומסמכים, אשר נבחנו במבחני המהימנות המקובלים, ושימשו לקביעת ממצאים עובדתיים. כפי שנראה להלן, אותם ממצאים שבעובדה שפכו אור על שארע, ולימדו כי התמונה שנשקפה אלינו מתוך התיעוד המצולם, איננה חזות הכל. מטבע הדברים, זוהי תמונה דו – מימדית, שאינה מלמדת על כלל נסיבות האירוע. התמונה מנציחה **שלב אחד בלבד** מתוך אירוע מתגלגל, רב-שלבי. ודוק: אין לנתק את התיעוד המצולם מן הרקע שקדם לו ומן הנסיבות האופפות אותו, ובעיקר - אין להתעלם מקביעותינו העובדתיות ביחס למצבם התודעתי – נפשי, של הנאשמים, בזמן האירוע.
5. לפיכך, בטרם ניגש למלאכה בסופה נחרץ את עונשם של הנאשמים, חובה עלינו לבחון בכובד ראש מה היה חלקו המדויק של כל אחד מן המעורבים באירוע ומה היה הלך נפשו ביחס למקרה. זאת, במצטבר לבחינת השיקולים האינדיבידואלים המתקיימים ביחס לכל אחד מהם. מכאן - קביעתנו ביחס למורכבותה של מלאכת הענישה במקרה דנן.
6. להלן, ניגש איפוא, לבחון את נסיבות המקרה ונסיבותיהם של הנאשמים, והכל - על מנת שנוכל לקבוע מהם העונשים שראוי להשית עליהם, בהתאם לשיקולי הענישה המקובלים, וע"פ מיטב שיקול דעתנו ומצפוננו.

2. השתלשלות ההליך השיפוטי

10. בתאריך 22/07/09 הוגש נגד שני הנאשמים כתב אישום מתוקן. בכתב האישום יוחסה לסא"ל ע' ב', (להלן: "נאשם מספר 1"), עבירה של איומים לפי סעיף 192 לחוק העונשין, התשל"ז – 1977 (להלן: "חוק העונשין"). לסמ"ר ל' ק' קוריהא, (להלן: "נאשם מספר 2"), יוחסה עבירה של שימוש בלתי חוקי בנשק, כאמור בהוראת סעיף 85 סיפא לחוק השיפוט הצבאי, תשט"ו-1955 (להלן: "החש"ץ"). לשני הנאשמים יוחסה גם עבירה של התנהגות שאינה הולמת, לפי סעיף 130 לחש"ץ.
11. בתאריך 15/07/10, הרשענו את שני הנאשמים, לאחר משפט הוכחות. נאשם מספר 1 הורשע

בעבירה של ניסיון לאיומים. נאשם מספר 2 הורשע בעבירה של שימוש בלתי חוקי בנשק. בנוסף, שני הנאשמים הורשעו אף בעבירה נגזרת של התנהגות שאינה הולמת.

12. כעת, לאחר מספר ישיבות במהלכן שמענו עדי הגנה רבים ולאחר שלמדנו את טיעוני הצדדים, נדרשים אנו לשאלת העונש.

החלטה בבקשה להפרדת דיונים

13. בטרם נעבור לדיון בשאלת העונש, נדרשים אנו לנושא שהועלה עוד בראשית ההליכים שלאחר הכרעת הדין. באותו שלב, עתרו באי כוחו של נאשם מספר 1, כי הדיון בעניינים של הנאשמים 1 ו-2 יופרד בשלב הטיעונים לעונש. לשיטתם, מכיוון שאשמתו והרשעתו של כל אחד מן הנאשמים הינה נפרדת ועצמאית, על מנת לייעל את הדיון ולייתר חקירתם של עדים שאינם צריכים לעניינו של נאשם מספר 2, מן הראוי להורות על הפרדת הדיונים. לבקשה זו התנגדו באי כוח התביעה ובא כוחו של נאשם מספר 2. בהחלטתנו מיום 23/8/10 דחינו את הבקשה, והודענו כי נימוקינו יפורטו במסגרת גזר הדין. להלן איפוא הנימוקים להחלטה;

14. סעיף 362 לחש"ץ, המסדיר את הפרדת המשפט קובע כי: "היו במשפט נאשמים אחדים, רשאי בית הדין, **בכל שלב של הדיון שלפני הכרעת הדין**, להורות על משפט נפרד לאחד או לאחדים מהם, ולהמשיך במשפטם של הנאשמים הנותרים..." (ההדגשה אינה במקור). בדומה, נקבע בסעיף 88 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982, כי "בית המשפט רשאי, **בכל שלב שלפני הכרעת הדין**, לצוות על הפרדת המשפט באישום פלוני שנכלל בכתב האישום, או על הפרדת משפטו של נאשם פלוני שהואשם עם אחרים". מהאמור עולה, כי סמכות בית הדין להורות על הפרדת דיונים קיימת כל עוד **לא ניתנה הכרעת דין** (ראו גם סעיף 90 לחוק סדר הדין הפלילי וכן ע"פ 8585/05 **שבתאי שאלון נ' מדינת ישראל** תק-על 2006(3), 4167, עמוד 4175).

15. אף לגופו של עניין לא סברנו כי קיימת הצדקה להפרדת הדיון. כך, המבחן המרכזי לפיו מחליט ביהמ"ש על הפרדת הדיון בעניינו של נאשם הוא מבחן "עיוות הדין", שכן "הן באיחוד והן בהפרדה יש מעמד מרכזי לשיקול מניעת עיוות-הדין" (ראה ע"פ 350/91 **שרלי ממון נ' מדינת ישראל** (פדי מ"ה(2) 345) דברי כב' הנשיא שמגר בעמ' 350-351 וכן תפ"ח 1138/06 **מדינת ישראל נ' אבוטבול ואח'** (תק-מח 2007(1), 6482).

16. סנגוריו של נאשם מספר 1, טענו בבקשתם, כי קיום הטיעונים לעונש במאוחד, עלול לפגוע בהליך ההוגן, לו זכאי כל אחד מן הנאשמים ועוד הדגישו כי הדבר עשוי להוביל לעינוי דין, שכן עדי ההגנה צפויים לעמוד לחקירה נגדית פעמיים, על אף שאינם רלוונטיים לנאשם מספר 2 (בהקשר זה נזכיר, כי בא כוחו של נאשם מספר 2 התנגד לבקשתם ובכל מקרה, טענת הסנגורים תמוהה, שהרי אם העדים אינם רלוונטיים להגנתו של נאשם מספר 2, הרי שבא כוחו אינו צפוי לחוקרם).

17. למעשה, הסנגורים לא הצביעו על פוטנציאל ממשי וקונקרטי לעיוות דין. זאת ועוד, עיון בפסיקה

בנושאים דומים, מעלה כי בתי המשפט אינם נוהגים לקבל את חששם של הסנגורים מפני עיוות דין שייגרם לנאשמים אחרים, כשיקול להפרדת דיונים (ראו ת"פ 960/05 **מדינת ישראל - הממונה על הגבלים העסקיים נ' מרגלית ואח'** (תק-מח 2006(2), 2492). אשר להתמשכות ההליכים, הרי משעסקין בהרכב יחיד, זהה, האמור לדון בשאלת העונש בעניינם של שני הנאשמים, אין בהפרדת הדיונים משום חיסכון של ממש, בוודאי לא כזה, המטה את הכף לטובת הפרדת הדיונים.

18. לאור כל האמור ומשהבקשה להפרדת הדיונים, הוגשה לאחר מתן הכרעת הדין - החלטנו כאמור, לדחותה.

3. המסגרת העובדתית שהוכחה

10. נוכח מורכבות מלאכת גזירת עונשם של הנאשמים במקרה דנן, כמפורט לעיל – נפרוש תחילה את תמצית העובדות מושא הרשעתם של הנאשמים, אשר פורטו בהרחבה במסגרת הכרעת הדין.

11. ברקע לאירוע מושא כתב האישום עמד ניסיונם המתמיד של כוחות הביטחון לאבטח את הקמת גדר ההפרדה והתמודדותם המורכבת עם הפרות סדר רחבות היקף, מצידם של פעילים פוליטיים ותושבים פלסטינים באזור. הפרות סדר, אשר כפי שלמדנו משלל העדויות שהובאו לפנינו במסגרת פרשת הראיות להכרעת הדין ובמסגרת פרשת הראיות לעונש, סיכנו לא פעם, את שלומם של חיילי צה"ל.

12. באחד מאותם ימים, בתאריך 07/07/08, נעצר מר אשרף אברהים אבו רחמה, אחד ממפרי הסדר בהפגנה נגד בניית גדר ההפרדה באזור הישוב נעלין (להלן: "המתלונן"). המתלונן הובא לצומת בכניסה ליישוב נעלין, כשידיו נתונות באזיקים ועיניו מכוסות. נאשם מספר 1, ששמש באותה עת כמפקד הגדוד (מג"ד) האחראי באזור, והיה אחראי על אבטחת הגזרה, הניח כי העצור נטל חלק באותן הפרות סדר. לפיכך, פנה אליו על מנת להזהירו לבל ימשיך ליטול חלק בהפרות הסדר. הוא נענה ע"י המתלונן, בערבית, כי האחרון אינו דובר עברית.

13. נאשם מספר 1 סבר כי המתלונן אינו דובר אמת וכי למעשה, הוא מבין את השפה העברית. בשל כך, החליט להפחידו ולגרום לו להשיב באורח ספונטאני בעברית, והכול - על מנת להזהירו פן ישוב למעגל מפירי הסדר.

14. משכך, פנה נאשם מספר 1 אל נאשם מספר 2, לוחם בחוליית הפיקוד הקדמית (חפ"ק) של המג"ד, אשר נכח במקום, בסמוך למתלונן. הפנייה נעשתה בהפגנתיות, על מנת שהמתלונן יוכל לשמוע את דבריו של נאשם מספר 1, אשר נקט במילים: "מה אתה אומר נירה עליו גומי?". נאשם מספר 1 ניסח את דבריו כשאלה.

15. נאשם מספר 2, הבין מטון הדברים ומן האופן בו הוצגו לו, כי אלה נועדו לאוזניו של המתלונן, על מנת להפחידו ולא כהוראה המופנית אליו לביצוע. על כן השיב בסגנון דומה: "אין לי בעיה לירות בו גומי".

16. בשלב זה, נאשם מספר 1 אחז במתלונן, הרימו מן הקרקע והוליכו לעבר ג'יפ שחנה בסמוך. תכליתו של נאשם מספר 1 הייתה, כי באזור זה, ידרוך נאשם מספר 2 את נשקו לאוזניו של המתלונן, על מנת להפחידו. בדרך, הנחה נאשם מספר 1 את נאשם מספר 2 לדרוך את נשקו.

17. בשלב זה, החל נאשם מספר 2 חושד כי אין מדובר באיום רטורי וכי נאשם מספר 1 מעוניין שייבצע ירי של כדור גומי לעברו של המתלונן. הוא פסע בעקבותיו של נאשם מספר 1 ונעמד מצידו השמאלי האחורי של הג'יפ.

18. בהגיעו לאזור הג'יפ (בסמוך לחלקו האחורי), שוחח נאשם מספר 1 עם לוחם מג"ב שנכח במקום, תוך שהוא אוחז במתלונן ומרחיקו לשמאל. כפי שפירטנו בהכרעת הדין, לא היה בשלב זה קשר עין בין הנאשמים ונאשם מספר 1 לא הבחין בנאשם מספר 2, בעת שהאחרון נערך לירי לעבר המתלונן.

19. בד בבד, אחז נאשם מספר 2 בנשקו האישי וכיוונו לעבר סוליית הנעל של המתלונן, "בין הרגליים". נאשם מספר 2 ירה כדור גומי לעברו של המתלונן, ממרחק של מטרים ספורים. בהקשר זה, בהתאם להסכמת הצדדים וע"פ המסמכים הרפואיים, פסקנו, כי לא ניתן לקבוע שהכדור פגע במתלונן, ומצאנו להניח כי האחרון נחבל קלות בבוהן שמאל, ככל הנראה, מפגיעת נתז.

20. נאשם מספר 1 הגיב בהפתעה גמורה על הירי. הוא הפגין זעם רב על מעשיו של נאשם מספר 2 ואף דחף אותו.

4. פרשת הראיות לעונש

נאשם מספר 1

37. מעיון בתדפיס האישי ע"ש הנאשם (ת/12), עולה כי האחרון התגייס לצה"ל בתאריך 28/03/93. את מרבית שירותו הצבאי עשה בחיל השריון, שם טיפס ועלה בסולם הדרגות ובמעלה תפקידי הפיקוד, עד לתפקיד המג"ד. בין לבין, יצא הנאשם והשלים לימודים אקדמיים. מאז האירוע (17/08/08), הועבר הנאשם לשרת במרכז לאימוני יבשה. הנאשם נשוי ואב לבת.

38. באי כוחו של נאשם מספר 1 זימנו לפנינו שורה ארוכה של מפקדים בכירים, אשר באו ללמד זכות על הנאשם. להלן, נסקור בתמצית את עיקרי עדויותיהם.

39. **אלוף גרשון הכהן**, מפקד המכללות, הסביר כי הכיר את נאשם מספר 1 כחניך בפו"ם (לימודי פיקודי ומטה), במשך שנה שלמה וכן כסגן מפקד גדוד, בעת שהעד שימש כמפקד אוגדה. העד

ציין, כי במהלך היכרותו עם הנאשם למד, כי ניתן לסמוך על שיקול דעתו, על האיזון האישי שלו ועל רמת התודעה הערכית שלו. אף שהעד הגדיר את האירוע מושא כתב האישום כאירוע המצוי "מחוץ לנורמה", ציין האחרון, כי אין לנתק בינו לבין המסגרת בו אירע, קרי המשימה שהוטלה על כתפי הנאשם והמוטיבציה שלו להשלימה. בעיקר, ביקש העד, לקשור בין האירוע לבין המורכבות והאינטנסיביות של תפקידו של הנאשם באותה עת, מורכבות שהובילה ללחץ ומתח רב. על רקע דבריו, הדגיש העד כי משמעות ההדחה מתפקיד מג"ד, היא בבחינת ענישה קשה עבור הנאשם. עד זה, כמו כל המפקדים הבכירים שביקשו להעיד לטובתו של הנאשם, הדגיש כי די בסנקציה הפיקודית שננקטה כנגד הנאשם ובעצם העמדתו לדין וכי מן הראוי להשיב את הנאשם למסלול תפקידי הפיקוד בלחימה.

40. לשאלת ב"כ נאשם מספר 2, העד אישר, כי אף החיילים במקום, היו נתונים ללחץ ומתח רב.

41. **אלוף סמי תורג'מן**, מפקד זרוע היבשה מזה שנה וחודשיים, ציין כי היכרותו עם הנאשם החלה בשנת 2000, בעת ששמש כמפקד חטיבה. הנאשם שירת אז כסגן מפקד גדוד וקצין אג"ם חטיבה. העד העריך את הנאשם כ"קצין שקט מאוד, אפילו נחבא אל הכלים, צנוע, שקדן, מאוד יסודי, יורד לפרטי פרטים.. קצין שהוא מאוד אחראי, מתייחס בצורה רצינית מאוד למקצוע הצבאי, גם בדוגמא האישית שלו, גם העמקה והכשרה לצורך העניין, כדי לעמוד בסטנדרט הפיקודי הנדרש". העד העריך את השלכותיה של הדחתו של הנאשם מתפקיד מג"ד, כסנקציה הגורמת לתחושה של כישלון אישי עמוק וכצעד המעכב את קידומו של הנאשם בשנים ארוכות. אף הוא העריך, כי יש לקשור בין המקרה לבין המתח הרב והלחץ בו היה נתון הנאשם בתפקידו כמג"ד בגזרת נעלין, לתשישות ולמחסור עמוק בשעות שינה. לשאלת ב"כ של נאשם מספר 2, הוסיף, כי אף החייל הינו חלק מאווירה זו.

42. **האלוף אבי מזרחי** מפקד פיקוד המרכז, פירט, כי הנאשם שמש תחתיו כסגן מפקד גדוד, בעת שהעד שימש כמפקד אוגדה. העד מסר את הדברים הבאים: "אני חושב שהאירוע שקרה היה אירוע שבוצע עליו תחקיר מבצעי, למדנו את האירוע עצמו, את הכשלים שבו, ואני חושב שבהיבט המידתי כמפקד, מה שנקטנו אל מול עי' ב' (הנאשם) לאחר האירוע, היה צריך להספיק לפחות ללמידה מבחינת המערכת". על כך הוסיף, את הערכתו לפיה הדחה מתפקיד מג"ד הייתה משמעותית עבור הנאשם והיא מהווה סנקציה עונשית משמעותית לגביו.

43. **האלוף גדי אייזנקוט** אלוף פיקוד צפון, היה מי שמינה את הנאשם לשמש כמפקד גדוד, בשנת 2007. העד תיאר את הנאשם כקצין "אחראי, מנוסה, דומיננטי וחדור מוטיבציה משימתית". בנוסף, הבהיר, כי בעקבות הצפייה בסרטון של האירוע הגדיר את האירוע כחמור, אך לאחר שיחה עם הנאשם, הבין, כי לא הייתה כוונה לפגוע במתלונן, אלא רק להרתיעו ולהפחידו בהיותו גורם מסית כנגד בניית גדר הפרדה. העד היה מי שהורה על השעייתו הזמנית של הנאשם ובהמשך, על

הדחתו מתפקיד מג"ד וזאת, נוכח הכישלון הפיקודי הכרוך באירוע. לזכותו של הנאשם, זקף העד את דיווחו אודות המקרה ובעיקר - את היותו חריג לאופיו ולהתנהלותו לאורך השנים. אף להערכת עד זה, הצעדים שנקטו הם חמורים דיים ואין צורך להמשיך ולפסול את הנאשם מלשמש כמפקד, או לפגוע בדרגתו.

44. אשר לנאשם מספר 2, ציין העד את הדברים הבאים: "לגבי החייל... אני אמרתי שאני מצפה מחייל בצה"ל שמקבל פקודה כזאת שיבין שזה פקודה בלתי חוקית בעליל, ושיבין שמתנוסס דגל שחור ולא יירה. זה לא זכותו אלא חובתו. גם אם המפקד שגה שגיאה חמורה, אני מצפה שהחייל יבין את הטעות ולא יבצע ירי של פקודה בלתי חוקית בעליל".

45. **תא"ל גיא צור**, ראש חטיבת XXX, שירת בחיל השריון, בין היתר בתפקיד מפקד חטיבה וכמפקד אוגדה. לאחרונה אף שירת כמפקד המרכז לאימוני יבשה (מל"י). הנאשם שירת תחתיו כמפקד טנק, בהיות העד מג"ד והעד היה מי שהפנה אותו לקורס קצינים. לאחר ההדחה מתפקיד מג"ד, הוצב הנאשם לשרת תחת העד כראש ענף שריון וכקצין אג"ם במל"י. העד פירט, כי גם בתפקיד זה, למרות הטראומה הכרוכה בהדחה מתפקיד מג"ד, השכיל הנאשם לתפקד בצורה "מיטבית, איכותית ומקצועית". העד העריך את הנאשם כקצין ערכי ולפיכך, הניח כי המעשה מושא הרשעתו, הינו בבחינת מעידה חריגה, שנבעה מתנאי הלחץ והאווירה הקשה באותם ימים. את צעד ההדחה הגדיר כמכה קשה עבור הנאשם וסנקציה משמעותית.

46. **תא"ל אבי אשכנזי**, משמש כיום כמפקד XXX ושירת בעבר כקצין בחיל השריון, מרמת מפקד הפלוגה ועד לרמת מפקד אוגדה. בנוסף, שמש כמפקד קורס מפקדי פלוגה, כמפקד קורס מפקדי גדוד וכמפקד המכללה לפיקוד של צה"ל. את הנאשם הכיר כאשר שירת תחתיו כחניך בפו"ם ובשנה האחרונה במל"י. העד העריך את הנאשם כקצין בולט לחיוב בתחום הערכי, המנהיגותי והמקצועי. משיחותיו עם הנאשם, למד העד, כי חלומו של הנאשם הוא לשוב ולשמש כמג"ד בצה"ל. העד העריך, כי אלמלא המקרה מושא הרשעתו של הנאשם, היה הנאשם מתקדם לתפקיד סגן מפקד חטיבה ואולי אף מתמנה למפקד חטיבה.

47. **אל"ם (במיל) משה שטרית**, שירת 25 שנים בצה"ל, כולן בחיל השריון. בין היתר, שירת כמפקד פלוגה, כמפקד גדוד, כמפקד חטיבת מילואים ואף כמפקד חטיבה סדירה. באותה תקופה, במהלך מלחמת לבנון השנייה ואף בגזרת מכבים, שירת נאשם מספר 1 תחתיו, כסגן מפקד גדוד. העד העריך את הנאשם כמפקד איכותי, שקט ונעים הליכות. הוא הדגיש אירוע שארע במלחמת לבנון השנייה, במהלכו בעיצומו של קרב ותחת אש אויב כבדה, הפגין הנאשם אומץ רב וקור רוח, עת נדרש לפקד על מבצע מורכב ומסוכן לחילוץ גופות מטנקים פגועים.

48. העד אף הוסיף ותיאר את מורכבות תפקידו של המג"ד בגזרת נעלין, תוך שהוא משווה בינה לבין גזרת מכבים שהייתה נתונה לאחריותו כמפקד חטיבה. הוא פירט אודות האינטנסיביות, המתחים

והקשיים, הכרוכים בביצוע התפקיד, נוכח הפרובוקציות הננקטות כלפי כוחות צה"ל, הנדרשים לאבטח את הקמת גדר ההפרדה.

49. בהמשך, תיאר העד את ההשלכות של נקיטת צעד פיקודי כדוגמת זה שננקט כלפי נאשם מספר 1, בעקבות האירוע. העד הדגיש כי המשמעות של הדחה מתפקיד מג"ד, הינה קשה מאד עבור מי שכל חייו הקדיש לפעילות צבאית מעין זו והתקדם בסולם הדרגות והתפקידים כמפקד בשריון.

50. **סא"ל משה כץ**, מפקד בסיס XXX. מכיר את נאשם מספר 1 מזה 18 שנים עת פיקד עליו כמפקד פלוגה בראשית דרכו הצבאית. העד היה האחראי לשליחתו של הנאשם לקורס מפקדים. הוא ציין, כי ההיכרות בין השניים, באה לאחר שמתוקף תפקידו של העד, טיפל האחרון באוכלוסיות המיוחדות בפלוגה ובהיות הנאשם חייל בודד, זימנו העד לשיחה. העד תיאר את הנאשם כקצין מסור ואחראי, אשר נחלץ לטובת כל משימה, לרבות בתקופה בה שהה בחופשת לימודים. הוא העריך את הנאשם כקצין ערכי, אשר הקריב רבות עבור ביצוע תפקידיו בשירות הצבאי והוכיח דבקות במשימה, בין היתר באותו אירוע ממלחמת לבנון השנייה, עת חילץ גופות של לוחמים מתוך טנקים בוערים, תחת אש אויב כבדה. על רקע מסירותו לתפקיד, הגדיר העד את משמעותה הקשה של סנקציית ההדחה מתפקיד מג"ד, סנקציה אשר ננקטה נגד הנאשם בעקבות האירוע מושא כתב האישום.

51. העד העריך את האירוע מושא הרשעתו של הנאשם כאירוע חד פעמי, שהינו תולדה של הלחץ האינטנסיבי הקיים בסביבה מבצעית, כגון זו בה פעל הנאשם.

52. **אל"ם (מיל) זאב שרוני**, שמש כסגן דובר צה"ל, עד לפני מספר חודשים. בשנים 1996-1998 שימש העד כמג"ד בשריון. נאשם מספר 1 שירת כמפקד פלוגה, תחת פיקודו. העד תיאר את הנאשם כקצין איכותי ובולט, מה שהוביל את העד לשכנע אותו להישאר בצבא, לטובת מדינת ישראל. העד הגדיר את הנאשם כאדם ערכי "מלח הארץ", אשר דואג לרווחת חייליו ומהווה עבורם דוגמה אישית. על רקע היכרותו האישית עם הנאשם, העריך את האירוע מושא הרשעתו כמעידה חריגה, שאינה אופיינית לו. גם עד זה, הגדיר את הצעד הפיקודי של הדחתו של הנאשם מתפקיד מג"ד כצעד הרה גורל, בעל משמעות עצומה עבורו.

53. בחקירה נגדית, אישר העד אשר במועד האירוע שירת כסגן דובר צה"ל, את השלכותיו מרחיקות הלכת של המקרה, כפי שהצטלם, בתקשורת הבינלאומית, ואת מימדיו הרחבים של הנזק שגרם לתדמיתו של צה"ל ותדמיתה של המדינה.

54. **סגן נעמה מאיה** ראש מדור משאבים בXXX, שרתה במועד העדות תחת פיקודו של הנאשם במשך כמעט שישה חודשים. העדה ציינה את איכותו של הנאשם כמפקד, המגבה את פקודיו, חונך אותם בהכשרתם ומסייע להם להשתלב במסגרת הצבאית.

55. **בדברו האחרון** הביע הנאשם חרטה עמוקה על שארע והדגיש כי הוא רואה עצמו אחראי

להשתלשלות העניינים. הנאשם פנה אל נאשם מספר 2, אותו הגדיר כאחד מן הלוחמים הטובים ביותר, וביקש במילים נרגשות את סליחתו.

56. הנאשם תיאר בהרחבה את העומס הפיזי והרגשי שהיה כרוך בביצוע תפקיד המג"ד בגזרה בה ארע האירוע, את הקשיים וריבוי המשימות בתפקיד, בהקשר זה ציין הנאשם את העומס שהקשה על המפקדים במקום להתפנות וללוות את העצורים לחקירה במשטרה והוביל אותם להסתפק באזהרה ולשחררם לדרכם. הנאשם ביקש כי לא נתעלם מהקשר הדברים, אם כי אישר, כי בראייה כוללת, בעוד שתכלית מעשיו, להרחיק את המתלונן ממעגל מפרי הסדר, הייתה לגיטימית, הרי שהדרך בה נקט הייתה בבחינת "שטות", שאין לשוב עליה. הנאשם הבהיר, כי דיווח על המעשים למפקדיו, ולמרות המבוכה, גם לפקודיו, מייד לאחר האירוע, נטל את האחריות למקרה והבין את הכישלון הטמון בו.

57. הנאשם סיפר על הסבל שחווה והוא עדיין חווה בעקבות הפרסומים נגדו והוסיף, כי בחברה ובתקשורת הוא נתפס כמי שהורה על הירי כנגד העצור, על אף הקביעות בהכרעת הדין, לפיהם, לא נתן הוראה שכזו.

58. הוא פירט במילים נרגשות אודות שאיפתו לשוב לתפקיד פיקוד בלחימה. הוא הסביר כי בחר להקדיש את חייו לטובת התרומה לביטחון המדינה, כלוחם וכמפקד של לוחמים והוסיף, כי למרות המחיר האישי והמשפחתי הכבד, משאלת ליבו הינה לשוב ולתרום בתפקידים אלו. בשלב זה, פרץ הנאשם בבכי, והתקשה להמשיך בדבריו. הנאשם תיאר את תחושת הכישלון וחוסר האונים שחש עת נמנע ממנו לתרום כמפקד במבצע "עופרת יצוקה" ומסר, כי למרות זאת, על מנת לתרום ללחימה, הצטרף למבצע כלוחם בחפ"ק של מפקד מל"י.

טענות ההגנה ביחס לאותנטיות של הקלטת המתעדת חלקים מן האירוע

59. במסגרת פרשת הראיות לפני הכרעת הדין, קיבלנו לעיונו תקליטור ובו העתק מן הקלטת שצילמה תושבת נעלין, אשר תיעדה בין היתר, חלקים מן האירוע, לרבות את שלב הירי (ת/9). בשלב פרשת ההגנה לעונש, עתרו באי כוחו של נאשם מספר 1 להציג לעיונו את חוות דעתו של מר נחום שחף, בעל תואר מוסמך בפיזיקה, לפיה נעשו בקלטת שינויים מכוונים ובעיקר – הושמטו ממנה קטעים שצולמו, לרבות השלב בו הגיב נאשם מספר 1 בזעם רב על הירי. נוכח טענות התביעה ביחס למשקלו של הנזק התדמיתי שנגרם לצה"ל ולמדינת ישראל, בעקבות מעשיהם של הנאשמים, במסגרת שיקולי הענישה - התרנו להגנה להעיד את המומחה, ככל שעדותו מתייחסת לאפשרות שאף השלב בו דחף נאשם מספר 1 בזעם את נאשם מספר 2, בתגובה על הירי, צולם במקור והושמט במכוון מן הקלטת, על מנת להעצים את הנזק התדמיתי המדובר.

60. בחוות דעתו של מר שחף טען האחרון, בין היתר, כי מן הסרט "הושמטו וטושטשו תמונות שצולמו מייד לאחר הירי" וכי "טענת הצלמת שהקטעים לאחר הירי לא צולמו על ידה משום שהמצלמה נשמטה

מידה, אינה תואמת את הממצאים הנראים בסרט". את מסקנותיו הנ"ל, ביסס מר שחף, בין היתר, על טענתו לפיה קיימים מסכים אפורים, ריקים, בסמוך לאחר התמונה בה נצפה המתלונן כשהוא אוחז בדגל פלסטין בהפגנה; על כך כי בחלק מן התמונות שלאחר הירי, בוצעו "תנועות (מריחות)" שאינן אפשריות מבחינת הפיזיולוגיה של הצלם; על כך שהמשך קול הד הירי מלמד, לשיטתו, על עריכה באולפן; ואף על "העדר קול פגיעה ברצפה" והעובדה כי התמונות משלב הנפילה נותרו בגובה החלון ואינן מתעדות את המצוי מתחתיו. בהתחשב באלה ועוד, ביסס העד את מסקנתו לפיה בוצעה בסרטון התערבות באמצעות תוכנת עריכה ("פוטושופ") וייתכן כי הוא כולל גם צילומים שצולמו במצלמה אחרת.

61. לעומתו, במסגרת עדות הזמה מטעם התביעה, טען רפ"ק אלן צייקובסקי, ראש תחום ראייה דיגיטלית במעבדה לזיהוי פלילי של משטרת ישראל, אשר קיבל לבדיקה את הקלטת לגביה נטען כי היא מקורית, כי "הסרט צולם עם מספר רב של הפסקות (צילום והפסקת צילום יזומה על ידי הצלם, בין הקטעים)" ומסקנתו, אשר נסמכה על בדיקות שערך לקלטת במעבדה, הייתה כי "כל הקטעים שצולמו בקלטת... הינם קטעים אותנטיים. לא נמצאו סימני עריכה, עיבוד תמונה (פוטושופ וכדומה) או כל התערבות מסוג אחר".

62. בקליפת אגוז נבהיר, כי לאחר שבחנו את חוות הדעת של שני המומחים ועדויותיהם לפנינו, לא מצאנו כי ההגנה ביססה את עמדתה כדבעי, ולא ניתן לקבוע, במידה הנדרשת להוכחת טענת הגנה, כי בסרטון בוצעו שינויים מכוונים. בעניין זה, נפנה בין היתר לפס קול הסרט, מייד לאחר שלב הירי.

63. ודוק, אין חולק כי הסרטון צולם ע"י גורמים המבקשים להנציח התנהגות פסולה של כוחות הביטחון, ככל שישנה כזו לתפיסתם. זאת ועוד, כפי שאף פירטנו בהרחבה במסגרת הכרעת הדין, אין חולק כי נאשם מספר 1, מייד לאחר הירי, הגיב בזעם רב כלפי נאשם מספר 2 ואף דחף אותו בעקבות מעשיו. אין גם חולק כי שלב זה באירוע, כמו גם השיחה בין הנאשמים שקדמה למקרה - לא תועדו במצלמה. עם זאת, בשים לב לשתי חוות הדעת המנוגדות שהוצגו לפנינו, על אף שחוות דעתו של מר שחף מעוררת חשד לעריכה מכוונת של הסרטון, לא מצאנו כי ההגנה הוכיחה לפנינו במידה הנדרשת, כי הקטע העוסק בזעמו של נאשם מספר 1 ביחס לנאשם מספר 2, מייד לאחר הירי, הושמט בכוונה מן הסרט, ע"י עריכה.

הערת אחד השופטים:

64. אחד השופטים מבקש להעיר, כי עיון מדוקדק בחוות הדעת של ההגנה ושל התביעה באשר לסרטון שהוגש בתיק זה, מעורר חשדות כבדים שמא נעשו שינויים מניפולטיביים בסרטון. חשדות אלה מתייחסים לאפשרות הוצאתם של חלקים מתחילת הסרטון, בעיקר כאלה המבליטים את פעילותו של המתלונן, אשר רק חלק ממנה תועד במצלמות. לשיטתו, קיים גם חשד כי התמונות שהוצגו

בציבור והסרט שנמסר לעיונו כוללים הצמדה מלאכותית של קטעי צילומים שצולמו במועדים שונים ובמקומות שונים, ואף השמטה וטשטוש של תמונות שצולמו מייד לאחר הירי. שופט זה סבור, כי קיים ספק שמא טענת הצלמת שהקטעים שלאחר הירי לא צולמו על ידה משום שהמצלמה נשמטה מידיה, איננה תואמת את הממצאים הנראים בסרטון.

נאשם מספר 2

1. מעיון בתדפיס האישי ע"ש הנאשם, עולה כי האחרון התגייס לשירות הצבאי בתאריך 27/11/05 וסיימו בתאריך 18/11/08, בדרגת סמ"ר. הנאשם שירת כלוחם בחיל השריון ועברו תקין לחלוטין.
2. מטעמו של נאשם מספר 2 העידו שניים מחבריו לפלוגה. XXX **חכים**, סטודנט למדעים, שירת שלוש שנים בחיל השריון כמפקד טנק ובמחלקת המבצעים של הגדוד. העד הכיר את נאשם מספר 2 כבר למן היום הראשון בשירות, שכן השניים שרתו באותו מסלול הכשרה. הוא הגדיר את הנאשם כחייל צייתן, ממושמע ומקצועי, הגאה בתפקידו כלוחם בשריון. הוא ציין, כי הנאשם יועד לקורס מפקדים, אך בעקבות אירוע חטיפתו של החייל גלעד שליט, שארע ביחידתו, בחר הנאשם לוותר על מסלול זה והעדיף להמשיך ולשרת בצוותא עם חבריו למסלול. העד הדגיש, כי הנאשם היה אהוד ומקובל על חבריו לפלוגה, וכי נהג לסייע לחיילים המתקשים בביצוע משימותיהם.
3. XXX **אמיתי**, שירת במשך שנתיים, בצוותא עם נאשם מספר 2 באותה פלוגה. העד תיאר את הנאשם כחייל מצטיין, שנבחר לצאת לקורס מפקדים. הוא הגדיר אותו כחייל אכפתי, מקצועי ומסור, הדואג לחבריו ליחידה.
4. ההגנה אף הציגה לעיונו שורה של מסמכים המלמדים על מצבה הכלכלי הקשה של משפחתו של הנאשם, ועל מצבו הבריאותי של אביו הנכה. כן הוצגו לעיונו חוות דעת של מפקדים, המפרטות אף הן אודות מצבה של המשפחה ומחלתו של האב. מחוות הדעת ומתעודות ההערכה שהוצגו לעיונו, למדנו על היותו של הנאשם לוחם מצטיין, שהוערך ע"י מפקדיו כחייל אמיץ, מסור, ממושמע ואהוד על חבריו ליחידה (ראו 19/0).
5. **בדברו האחרון לעונש**, הנאשם התקשה מאד למסור את דבריו. ניכר היה כי הוא נשנק מבכי ומוצף רגשית מן המעמד. למרות זאת, הצליח הנאשם להביע את חרטתו העמוקה. הנאשם הבהיר כי הוא מצר מעומק ליבו על מעשיו וביקש להביע את התנצלותו לפני המתלונן ואף לפני נאשם מספר 1 ומשפחתו. הוא הדגיש את רצונו העז להמשיך ולתרום לצבא במסגרת שירות מילואים, אותו הגדיר כ"זכות" ותיאר את תחושתו הקשה, עת נמנעה ממנו האפשרות להילחם לצד חבריו במהלך מבצע "עופרת יצוקה".
6. הנאשם הודה לחברים ולאחותו שליוו אותו במהלך ההליך המשפטי והסביר, כי נאלץ לחוות אותו ללא תמיכת הוריו, מאחר שאלה מתקשים בהבנת השפה העברית ובהבנת הסיטואציה. הנאשם

ציין כי אביו נכה ופירט כי הוא עצמו, גדל בפנימיות. בנוסף, מסר כי שאיפתו הייתה להמשיך ולתרום, בין אם בשורות המשטרה ובין אם בתפקיד ביטחוני אחר, אך הדבר נמנע ממנו, עקב הליך המשפטי ותוצאותיו.

5. עתירותיהם של הצדדים

עמדת התביעה

1. באי כוח התביעה המלומדים, סא"ל (מיל") רונן קצף וסרן טל זיסקוביץ, הבהירו כי לשיטתם, עיקר החומרה בפרשה זו מצוי בפגיעה הערכית הכרוכה במעשיהם של הנאשמים, כל אחד בנפרד, במסגרת העבירה שיוחסה לו. פגיעה זו כרוכה במסר הפסול שהועבר לחיילים שנכחו במקום, לתושבים המקומיים ובפגיעה בתדמית צה"ל בעולם. התובעים הדגישו את חובתם של המפקדים והלוחמים בצה"ל לנקוט יחס אנושי כלפי הזולת, לרבות האויב, בוודאי בהיותו עצור המוחזק ברשותו צה"ל, ואת מגבלות השימוש בכוח המוטלות על מפקדי וחיילי צה"ל.
2. התביעה עתרה כי בין השיקולים לעונש יינתן משקל משמעותי לנזק התדמיתי שגרם הסרטון המתעד חלק מן האירוע, לתדמית המדינה. בהקשר זה, הפנו באי כוח התביעה לעדותו של עד ההגנה, אל"ם (מיל") שרוני, אשר שמש באותה עת כסגן דובר צה"ל, במסגרתה פירט אודות הקושי להתמודד עם השלכות הסרטון ברחבי העולם. התובעים ביקשו להטעים כי שאלת עריכתו של הצילום אינה משמעותית, שכן אף אם צולם ע"י גורמים העויינים את מדינת ישראל ואת לוחמי צה"ל, מתוך רצון לפגוע בתדמית המדינה, הרי שבמקרה דנן, תיעדו גורמים אלה את מעשיהם של הנאשמים, באופן המשתלב בקביעת העובדות במסגרת הכרעת הדין, קביעה שלא נסמכה על הצפייה בסרטון.
3. אשר לנאשם מספר 1, אישרו התובעים כי עסקינן במפקד איכותי, שהרבה לתרום לביטחון המדינה ועברו ללא רבב. התובעים לא חלקו על משמעותה הקשה של הדחתו של הנאשם מתפקיד המג"ד, אך בד בבד הדגישו, כי במעשיו, נכשל הנאשם כישלון מוסרי ופיקודי כאחד, לאחר שהורה לחייל אחר לדרוך את הנשק, על מנת להרתיע את המתלונן, בהיותו עצור, על מנת שיסבור כי עתיד להתבצע לעברו ירי, והכול – בנוכחות קהל רב. באי כוח התביעה, הבהירו כי אין הם מתעלמים מעדויות המפקדים ומעמדותיהם לפיהן מן הראוי להשיב את הנאשם למסלול הפיקודי בלחימה ואין לפגוע בדרגתו, אלא שאלה, לשיטת התביעה, גובשו מבלי שהעדים למדו את פרטי הכרעת הדין ומבלי שהכירו את העובדות לאשורן.
4. התביעה עתרה להשית על הנאשם עונש הכולל רכיב של מאסר, ולו בדרך של עבודה צבאית ורכיב של פגיעה בדרגות. כאסמכתא לעתירתם הפנו התובעים אל ההחלטות בע/153/03 סא"ל גבע

שגיא, מ/1/90 התובע הצבאי נגד אל"ם יהודה מאיר וע/192/08 התובע הצבאי הראשי נגד רס"ל יחיא מרעי וערעור שכנגד. התובעים ביקשו לאבחן את המקרה דנן מן האמור בהחלטה בע/74/09 תא"ל משה תמיר נגד התובע הצבאי הראשי.

5. אשר לנאשם מספר 2, באי כוח התביעה בהגיונותם, ציינו כי עסקין בלוחם קרבי ואיכותי, חדור מוטיבציה שעברו נקי ללא רבב. התובעים הדגישו כי הנאשם נקלע לסיטואציה מושא הרשעתו, שלא מרצונו. סיטואציה לקראתה לא הוכשר ולא הוכן. בהקשר זה, אישרו התובעים כי אלמלא מעשיו של נאשם מספר 1, לא היה נאשם מספר 2 נוהג כפי שנהג ואף ציינו, כי הנאשם ביקש למזער את הנזק, עת ירה לעבר סולית נעלו של המתלונן. התובעים ציינו, כי אלמלא "היה מדובר במקרה גבול, לא היינו מעמידים אותו לדין כלל" (עמוד 408).
6. עם זאת, פרטו התובעים, כי נוכח הכישלון המוסרי הטמון במעשיו של הנאשם, בהיותם מעשים ש"דגל שחור" מתנוסס עליהם, עותרת התביעה להשית על הנאשם עונש של מאסר בדרך של עבודה צבאית והורדה לדרגת טוראי. בהקשר זה, הפנתה התביעה להחלטות בע/27/02 **התובע הצבאי הראשי נגד סמל חזן** ולע/128/03 ו – ע/146/03 **התובע הצבאי הראשי נ' רב"ט רוזנר ורב"ט ליאור ליברמן ואח'.**

עמדתם של באי כוחו של נאשם מספר 1

1. באי כוחו המלומדים של נאשם מספר 1, הסנגור הצבאי הראשי, אל"ם אהוד בן אליעזר וסא"ל (מיל") שלומי ציפורי, ציינו את חובתו של בית הדין להיצמד לעובדות המקרה, כפי שפורטו בהכרעת הדין ועתרו להתחשב בנסיבות האישיות המיוחדות של הנאשם. בהתאם, הדגישו הסנגורים, כי הירי לעברו של המתלונן, כלל לא יוחס לנאשם בכתב האישום המתוקן ולפיכך, אין לזקוף אותו לחובתו של נאשם מספר 1. בדומה, לטעמם, אין לזקוף לחובתו את השלכותיו של הסרטון המתעד את הירי על תדמית המדינה. בהקשר זה, ציינו הסנגורים כי העדר תיעוד מצולם לשיחה שקדמה לירי ובעיקר, העדר התיעוד המצולם לתגובתו הספונטנית הנזעמת של המג"ד – למשמע הירי, אשר לשיטתם הושמט במכוון מן הסרטון – החמיר מאד את הנזק התדמיתי, החמרה שבוודאי אין לזקוף לחובת הנאשם.
2. הסנגורים שבו והדגישו, כי ע"פ הכרעת הדין, נאשם מספר 1 לא הורה לנאשם מספר 2 לירות לעבר המתלונן וביקשו כי נייחס משקל רב לקשר בין מעשיו של נאשם מספר 1, אשר ביקש להרחיק את המתלונן ממעגל מפרי הסדר, לבין האירועים הקשים בגזרה, אשר עמדו בבסיסם. הסנגורים שבו ופרטו אודות מורכבותן של המשימות שהוטלו על נאשם מספר 1, המג"ד, בגזרה – העומס הפיזי והמתח הרגשי בו היה נתון.
3. הסנגורים ציינו את העובדה כי הנאשם דיווח על האירוע למפקדיו, בסמוך לאחר התרחשותו, את

המשמעות הקשה של הדחתו מתפקיד מג"ד ואת עדויותיהם של כלל המפקדים הבכירים לפיהן, בנסיבות העניין, הנאשם נענש דיו על חלקו באירוע ואין מקום לפגוע בדרגותיו. בהקשר זה, הזכירו הסנגורים את התמשכות ההליכים, את עינוי הדין והנזק שהסבו לנאשם הפרסומים הרבים בפרשה.

4. הסנגורים שבו והזכירו את תרומתו של הנאשם לביטחון המדינה, נקודות הזכות הרבות שצבר והשלכותיה של פגיעה בדרגותיו, אשר עשויה להביא לסיום שירותו של הנאשם בצבא, תוך פגיעה אנושה במעמדו, בעתידו ואף בזכויות הכלכליות שצבר.

5. בהתאם, טענו הסנגורים כי עתירת התביעה לעונש איננה מידתית, וכי יש לאבחן את הפסיקה שהגישה התביעה מן המקרה דנן. לעומת זאת, הפנו הסנגורים להחלטה בע/74/09 **תא"ל משה תמיר נגד התובע הצבאי הראשי**, לע/199/98 **סגן אמיר רפ נגד התובע הצבאי הראשי**, לתוצאות פסק הדין בתיק מ/06/97 **התובע הצבאי הראשי נגד סא"ל עמאד פארס** ואף להחלטות בתיק מר/435/02 **התובע הצבאי נגד סג"ם מתן בוכנר** ותיק דר/195/07 **התובע הצבאי נגד רס"ן חמד חלבי**.

עמדתו של בא כוחו של נאשם מספר 2

1. אף בא כוחו המלומד של נאשם מספר 2, עורך הדין אשר חן, הדגיש את העובדה כי לא נגרם למתלונן נזק ממשי. לשיטתו של הסנגור, נתון זה, לצד העובדה כי הנאשם נקלע אל סיטואציה שהחלה בעקבות מעשיו של נאשם מספר 1, שלא מרצונו של נאשם מספר 2, אשר לא הוכשר ולא הודרך לקראתה – מובילים לכך שיש להקל עם הנאשם ולהימנע מהטלת רכיב של מאסר בפועל על הנאשם.

2. בנוסף, ציין הסנגור את ניסיונו של הנאשם למזער את הנזק, אשר בא לידי ביטוי בכיוון הנשק לעבר סוליית הנעל של המתלונן, את התנהגותו הלקויה של נאשם מספר 1 אשר הובילה למעשיו של נאשם מספר 2, ואת פערי הדרגות והאישיות ביניהם. בהקשר זה, הפנה הסנגור לעדותה של סגן XXX מאיה, אשר תיארה את כישוריו של נאשם מספר 1 כמפקד ואת יכולתו להניע את פקודיו. עוד ביקש הסנגור כי ניטול בחשבון את הרקע למעשים והאווירה המתוחה במקום, כמו גם את התנאים הקשים בהם פעלו החיילים. כתימוכין לדבריו, הפנה הסנגור לעדויותיהם של האלוף גרשון הכהן והאלוף סמי תורג'מן בנושא.

3. הסנגור הזכיר את גילו הצעיר של הנאשם; את עובדת שחרורו זה מכבר מצה"ל; חלופה הזמן ועינוי הדין; הרישום הפלילי שנלווה להרשעתו, ותרומתו למסגרת הצבאית בשירות סדיר ובשירות מילואים, בעיקר על רקע נסיבותיו המשפחתיות הקשות.

6. דיון והכרעה**שיקולי ענישה - כללי**

1. האירוע אשר הוביל להעמדתם לדין של שני הנאשמים, הוא אירוע חמור. עסקינן במקרה שראשיתו בניסיונו של נאשם מספר 1, המג"ד, לאיים על עצור כפות באזיקים, שעניו קשורות על דרך של דריכת נשק לאוזניו והמשכו, בירי של נאשם מספר 2 לעבר סוליית נעליו של העצור חסר הישע. מעשים מעין אלה הינם בלתי מוסריים ומהווה הפרה של ערכי היסוד בשיטתנו, כפי שבאו לידי ביטוי במסמך המכונה רוח צה"ל.

2. וכך מפרט מסמך רוח צה"ל ביחס לערך "כבוד האדם" הנמנה על שלושת ערכי היסוד המוגדרים במסמך:

"צה"ל וחייליו מחויבים לשמור על כבוד האדם, כל אדם הוא בעל ערך שאינו מותנה במוצא, בדת, בלאום, במין, במעמד ובתפקיד".

ובהמשך, ביחס לערך "טוהר הנשק", הנמנה על רשימת עשרת הערכים במסמך:

"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 ככל שביכולתו למנוע פגיעה בחייהם, בגופם, בכבודם וברכושם."

3. ברם, וזאת יש להדגיש - כפי שצינו בפתח דברינו, שאלת העונש שראוי להטיל על כל אחד מן הנאשמים, צריכה להבחן בראי העבירה בה הורשע כל אחד מהם, בהתאם לחלקו באירוע, ובהתייחס להלך רוחו כלפי מהלך הדברים.

4. כלל זה נגזר מעיקרון ההלימה, המהווה שיקול הענישה המרכזי בתורת הענישה המודרנית (ראו חוות דעתם של רוב חברי הוועדה לבחינת דרכי ההבניה של שיקול הדעת השיפוטי בגזירת הדין, בראשותו של כבוד השופט גולדברג, מאוקטובר 1997). הרעיון המסתתר מאחורי שיקול זה, עניינו בהטלת עונש מידתי, ההולם את חומרת ההתנהגות העבריינית. במסגרת שיקול זה נלקחים בחשבון תפיסתה של החברה ביחס להתנהגות העבריינית; הנזק הטמון בה; הסבל אשר נגרם לקורבנות העבירה; ופגיעתו של מעשה העבירה בנורמות החברתיות ובאינטרסים הציבוריים, אשר עליהם מגן סעיף העונשין, שהופר. שיקול ההלימה נותן ביטוי לתפיסה החברתית המוסרית של המעשה אשר בוצע, במובן שרואים את העונש כ"הולם" את ההתנהגות העבריינית, המהווה סטייה מההתנהגות הראויה והמוסרית בנסיבות העניין.

5. בהתאם, בחינת עונשו של נאשם באופן החורג מגבולות אחריותו לאירוע וחלקו בו, איננה לגיטימית. חריגה מן הענישה המתחייבת ע"פ צורכי ההלימה, עשויה להוות פגיעה בלתי מוצדקת בזכות היסוד של הנאשמים לכבוד ולהליך הוגן, זכות אשר אף היא מוגנת על ידי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (ראו, כאמור, את חוות דעתם של רוב חברי הוועדה לבחינת דרכי ההבניה של

שיקול הדעת השיפוטי בגזירת הדין בראשונות של השופט גולדברג). וכבר נפסק, לאמור: "אדם שחטא כלפי הזולת צריך להיענש, כדי שלא ישוב הוא לסורו, וכדי שאחרים לא יחושו שאין גמול הולם ורשאים הם לעבור עבירות; ומנגד אין אדם צריך להיענש באופן שיהא לא מידתי בנסיבותיו..." (ע"פ 10549/06 פלוני נ' מדינת ישראל, תק-על 2007(1), 5034, בעמ' 5037 (2007)).

6. אשר על כן, מצאנו לבחון את שאלת עונשו של כל אחד מן הנאשמים בנפרד, בהתחשב בגבולות מעורבותו באירוע ויחסו אליו.

נאשם מספר 1

הכישלון הערכי

7. כפי שפירטנו בהרחבה בהכרעת הדין, חלקו של נאשם זה, בהתאם לכתב האישום המתוקן, שהיווה הבסיס להרשעתו בעבירה של ניסיון לאיומים, עניינו בניסיונו של הנאשם, להרחיק את המתלונן ממעגל מפרי הסדר בגזרה, על דרך של הפחדתו. הנאשם פנה אל נאשם מספר 2, על מנת שידרוך את נשקו לאוזניו של המתלונן, כך שזה יסבור כי עתיד להתבצע נגדו ירי, יגיב בעברית ויזהר ע"י נאשם מספר 1 לבל ישוב ליטול חלק בהפרות הסדר בגזרה.

8. כאמור, אין להתעלם מן הרקע למעשיו של הנאשם. מעשיו של נאשם מספר 1 בוצעו בעת ששמש כמפקד הגדוד האחראי על אבטחת הקמתה של גדר ההפרדה (על הלגיטימיות של השיקולים הביטחוניים-צבאיים, העומדים מאחורי הקמת גדר ההפרדה, וחשיבותם להגנה על חיי אדם, ראו בג"ץ 5488/04 מועצה מקומית אלראם ואחרים נגד ממשלת ישראל ואחרים תק-על 2006(4), 3878 (2006)). התפקיד שהוטל על הנאשם היה תפקיד מורכב, רווי משימות קשות ובוטחות, אשר נזקקו לפיתרון מידי במקביל. וזאת, על רקע התמודדות בלתי פוסקת עם הפרות סדר, אשר גלשו לא פעם לפסים אלימים ועימותים שסיכנו את כוחות הביטחון. כבר בשלב הראיות לאשמה, ובהמשך, במסגרת פרשת הראיות לעונש, שמענו בהרחבה מפי שורה של מפקדים בכירים וזוטרים, אודות מורכבותן של המשימות באזור. ההתמודדות הקשה מדי שבוע עם מספר רב של מוקדים במקביל של הפרות סדר פרובוקטיביות, אשר גלשו לא פעם לפסים אלימים, שסיכנו את כוחות הביטחון, גזלו מן הנאשם את מרבית השעות ביממה והדירו שינה מעיניו. עם זאת, מן הראוי לציין, כי הנאשם לא היה מודע לחלקו המדויק של המתלונן באירועים; המקום בו אירע האירוע המה חיללים, והעיקר – בעת המעשה לא נשקפה מן העצור כל סכנה מיידית.

9. כפי שהבהרנו במסגרת הכרעת הדין, אין בתכלית הלגיטימית של המשימה, על אף צורכי הביטחון ואחריותו של הנאשם לאבטח את הגזרה, כדי לפטור את הנאשם מאחריות להתנהגות שיש בה כדי להפר את עקרונות היסוד המנחים בחברתנו (ראו ע/64/04 סרן צבי קורצקי נ' התובע הצבאי הראשי, תק-צב 2004(4), 84, 106 (2004) והאסמכתאות שם; ע/62/03 התובע הצבאי הראשי

נ' סמל אילין; ע/128/03 ו – ע/143/03 **התובע הצבאי הראשי נ' רב"ט רוזנר ורב"ט ליאור ליברמן ואח' ,** תק-צב 2003(3), 130, 136 (2003), וע/153/03 **סא"ל גבע שגיא נ' התובע הצבאי הראשי, הנ"ל;** ע/66/05 **סמל נ. ר נ' התובע הצבאי הראשי,** תק-צב 2005(3), 308, בעמ' 314 (2005); וע/166,169,172/08 **סמ"ר דמיטרי איזן ואח' נ' התובע הצבאי הראשי וערעורים שכנגד,** בפסקה 41 לפסק הדין (2010).

בהקשר זה, לא למותר להזכיר את דברי הרמטכ"ל, רב אלוף אשכנזי, כפי שהובאו לאחרונה בחוזר מפ"ע 31, התשע"א – 2010, שכותרתו "איגרת הרמטכ"ל בנושא ערכים ומוסר לחימה":

"... איננו פטורים מהצורך לטפל בצורה תקיפה וברורה באותם מקרים חריגים, בהם הופרו פקודת הצבא ומוסר הלחימה של צה"ל – זו אינה רק חובתנו אלא אינטרס מן המעלה הראשונה לכל לוחם ומפקד בצה"ל. אם נעניק חסינות מלאה ואוטומטית לכל מעשה ולכל התנהגות, רק בשל העובדה שהתרחשו בעת קרב, לא נעמוד בציפיות שלנו מעצמנו ולא נשמור על הערכים שהובילו אותנו לאורך דורות של לחימה במאבקנו הצודק."

10. ברם, בשונה משאלת אחריותו של הנאשם לאשמה, בבואנו לגזור עונשו, אין להתעלם מן הרקע למעשים ותכליתם, הקשורים בטבורם למעשה הפסול ויש בהם כדי להפחית מעוצמת הכישלון המוסרי הטמון בו. במעשיו של הנאשם, אשר ביקש לגרום לעצור חסר ישע - לדמות כי מתבצע לעברו ירי, יש כדי לפגוע בערך היסוד של כבוד האדם, בעיקרון "טוהר הנשק", ובהתאם, בחוסנו המוסרי של צה"ל ואף בתדמיתו, אך ברקע למעשים - בעומס הרגשי והפיזי שהוטלו על הנאשם מכוח תפקידו - יש כדי למתן קמעא ממשקלו של הכישלון המוסרי.

הכישלון הפיקודי

11. נתון נוסף אותו יש לזקוף לחובתו של הנאשם, מתייחס לעובדה שהנאשם, מפקד בכיר, החטיא את נאשם מספר 2, לוחם זוט, לאיים על עצור חסר ישע באופן שידמה כי יורים לעברו ממרחק קצר. בכך, נכשל הנאשם כישלון מוסרי ופיקודי כאחד. בהקשר זה, לא למותר להזכיר את פער הדרגות המובהק בין נאשם מספר 1 לבין נאשם מספר 2 ואת מעמדו ותפקידו של הנאשם מספר 1, מפקד הגדוד, לעומת מעמדו של נאשם מספר 2, לוחם בחפ"ק מג"ד.

12. לעניין זה יפים דבריו של בית הדין הצבאי לערעורים אודות מעמדו והיקף מחויבותו של הקצין, המפקד בצה"ל:

"בפקודות הצבא הוגדרה מהותה של הקצונה בצה"ל, כהאי לישנא: 'הקצונה בצה"ל היא התשתית עליה נשענים איכותו וכושרו של צה"ל. ממנה נגזרת שדרת הפיקוד כמו גם המנהיגות המקצועית והניהולית של הצבא. הקצונה מכתובה נורמות התנהגות וסטנדרטים של רמת ביצוע, ומקרינה ערכים על כלל צה"ל. על הקצין לשמש כמופת להזדהות, והנעת פקודיו תיעשה על בסיס מנהיגותו, ניסיונו, כישוריו, סמכותו המקצועית וערכיו' (סעי' 1 להפ"ע 3.0228 'הקצונה בצה"ל - עקרונות קידום - שירות סדיר'). ... 'בידי הקצין מופקדת אחריות

כבדה. מותר הקצין מן החייל במנהיגותו, באחריותו היתרה, בדוגמה האישית. חובותיו של הקצין הן במישור האופקי והאנכי גם יחד. הקצין חב חובת אמון לפקודיו, למפקדיו, ולמקביליו בשדרת הפיקוד. הוא חב חובת אמון לבני המשפחות של פקודיו ולעם ישראל כולו...מעמד הקצונה הוא מעמד מחייב. קל וחומר כאשר המדובר בקצין הנושא בתפקיד פיקודי מובהק...תמונת הראי לסמכותו של המפקד היא האחריות המוטלת עליו במישורים הרבים שאזכרו לעיל. סמכות הפיקוד שניתנה בידי הקצין מאת הצבא, ניתנה בידי לאמון ולמשמרת. **על המפקד להוות סמל ומופת לפקודיו בהילוכו, בנורמות ההתנהגות שלו,** במקצועיותו, בכל אשר יפנה ויעשה. מעילה באמון מצד המפקד משליכה על הזכות ועל היכולת להמשיך ולשאת את דרגתו (ע/144/06 **התובע הצבאי הראשי נ' סרן בוטביה**, פס' 9 (2008)). הנה-כי-כן, על המפקד להוות מופת ודוגמא. **ההיררכיה הפיקודית וסטטוס הקצונה אינם אלא סממנים חיצוניים...**, שמאחוריהם מצופה כי תעמוד אישיות בעלת חוט שדרה ערכי, שתהווה כעמוד אש ההולך לפני המחנה (ראו: בג"ץ 3959/99 **התנועה למען איכות השלטון נ' הוועדה לעיון בעונש**, פ"ד נג (3) 721, 746 (1999); ע/364/83 **רס"ן אבנר נ' התובע הצבאי הראשי**, פס' 4 (1983)). **חוסנם המוסרי של מפקדי הצבא הוא הערובה להבטחת אמון הציבור בצה"ל.** שילוב העוצמה הצבאית עם המחויבות הערכית הם שעומדים ביסוד כוחו של הצבא (בג"ץ 1284/99 **פלוגית נ' ראש המטה הכללי**, פ"ד נג (2) 62, 69-70 (1999)) (הדגשה אינה במקור, מתוך ע/74/09 **תא"ל משה תמיר נגד התובע הצבאי הראשי**, תק-צב 2009(4),1).

13. הדוגמה האישית, מצד מפקדי צה"ל, "הייתה, מאז ומעולם, ליבתה של המנהיגות הצבאית, אשר אימצה את מורשתו של גדעון: "ממני תראו וכן תעשו" (שופטים ז', יז)" (ע/153/03 **סא"ל שגיא נגד התובע הצבאי הראשי הנ"ל**, בעמוד 47 וראו גם ע/247/96 **התובע הצבאי הראשי נגד אילן (ביטון) ברוש** [פדאור (לא פורסם) 97 (5) 286], עמוד 8). בהתאם, גם להיבט זה יש ליתן משקל לחומרא, בבואנו להעריך מהו העונש שראוי להטיל על הנאשם.

סוגיית הנזק התדמיתי למדינת ישראל ולצה"ל

14. כאמור, התביעה עתרה ליתן משקל רב ומשמעותי לחומרא, לנזק התדמיתי העצום שהסבה הפצת הסרטון, המתעד את הירי לעבר סוליית נעלו של המתלונן. עתירתה של התביעה מעוררת קושי רב ואינה עולה בקנה אחד עם ניסוח כתב האישום המתוקן על ידה.

במה דברים אמורים, במסגרת הכרעת הדין עמדנו בהרחבה על האופן בו ניסחה התביעה את כתב האישום המתוקן. כפי שצינו, התביעה ייחסה לנאשם מספר 1 עבירה של איומים ופרטי העבירה התייחסו לדבריו של הנאשם, אשר כוונתו אל נאשם מספר 2, על מנת שידרוך את נשקו לאוזניו של המתלונן. ודוק: התביעה לא ייחסה לנאשם מספר 1 אחריות לשימוש בלתי חוקי בנשק וכלל לא ציינה את שלב הירי לעבר המתלונן בפרט האישום שיוחס לנאשם מספר 1 – אדרבה, תיאור העובדות הסתיים בשלב בו קם הנאשם והולך את המתלונן לעבר הג'יפ שחנה במקום. לא

למותר להזכיר, כפי שפירטנו בהכרעת הדין, כי לאחר תיקון כתב האישום בידי התביעה בעקבות הוראת בג"ץ בפרשה, עובר לשמיעת הראיות בתיק, נערכה ישיבת תזכורת בבית הדין הצבאי המיוחד. במעמד אותה ישיבה, לשאלת נשיא בית הדין דאז, הבהירה התובעת הצבאית הראשית, כי הפרטים המצויים בפרט האישום השני, קרי: הירי לעבר המתלון, אינם מיוחסים לנאשם מספר 1 "אם אדוני שואל אם הוא מואשם בזה, התשובה היא לא".

15. בהתאם, לאחר שלא בוצעה דריכה של הנשק לאוזניו של המתלון ונותר ספק שמא האחרון אינו מבין את השפה העברית - הורשע הנאשם בניסיון לעבור עבירה של איומים כלפי המתלון.

16. עולה מן המקובץ, כי שאלת אחריותו של נאשם מספר 1 לירי שביצע נאשם מספר 2 כלפי המתלון, לא הונחה לפתחנו במסגרת כתב האישום המתוקן, ועל כן, לא נדונה ולא נתבררה על ידיו.

17. זאת ועוד, בהכרעת הדין קבענו, כאמור לעיל, כי נאשם מספר 1 לא הורה לנאשם מספר 2 לירות לעבר המתלון. הוא לא הבחין בנאשם מספר 2, עת נערך האחרון לירי לעברו של המתלון והופתע מאד ממהלך זה. בהקשר זה נשוב ונציין את תגובתו החרפה של נאשם מספר 1 כלפי נאשם מספר 2, מייד לאחר הירי, ואת הטיפול שהושיט למתלון באותו מעמד.

18. עיקר הנזק התדמיתי הכרוך בסרטון שפורסם שהופץ בעולם, עניינו בירי לעברו של המתלון, ירי שכאמור, לא יוחס לנאשם. אכן, אילולא פעל נאשם מספר 1 כפי שפעל, לא היו הדברים מתגלגלים כפי שאירעו, ואולם במסגרת בחינת היקפו של הנזק התדמיתי שנגרם, אין להתעלם מן הניתוק המשפטי – אף לשיטת התביעה – בין מעשיו, לבין עצם התרחשות הירי בפועל.

19. את עיקר שאלת הנזק התדמיתי יש לבחון בהתאם לעובדות שהוכחו לפנינו אשר לנאשם מספר 1, קרי, ניסיונו לאיים על עצור באמצעות דריכת נשקו של חייל אחר לאוזניו, כך שידמה כי עתיד להתבצע ירי לעברו. אף זה נזק שאין להקל בו ראש, וכבר נפסק, כי: "מעשים אלו פגיעתם קשה ורעה במערכת היחסים בין חיילי צה"ל לבין התושבים המקומיים באיו"ש ובאזח"ע, כמו גם בחוסנו המוסרי ובתדמיתו של צבא ההגנה לישראל, מבית ומבחוץ. ... הפגיעה החיצונית הינה הנזק הכבד הנגרם לצה"ל – בעיני החברה הישראלית, הפלשתינאית והעולם כולו – ב'קרב על התודעה', קרב המהווה חזית נוספת בלחימה הנוכחית." (מתוך ע/153/03 סא"ל גבע שגיא נ' התובע הצבאי הראשי, הנ"ל). ברם, נזק תדמיתי זה פחות במידה ניכרת מן הנזק שנגרם בפועל, לו כאמור יש ליתן משקל מוגבל, אם בכלל, במסגרת שאלת עונשו של נאשם מספר 1.

20. עולה מן המקובץ, כי בהתאם לעיקרון ההלימה הנוהג בשיטתנו, שומה עלינו לבחון מהו העונש ההולם את כישלון המוסרי והפיקודי של הנאשם, המפקד, בהתאם להלך רוחו ולמעשיו כפי שהוכחו לפנינו, כמפורט לעיל.

נסיבותיו האישיות של הנאשם - כללי

21. במסגרתה של מלאכת חריצת העונש, יש להתחשב בנסיבותיו האישיות של הנאשם ותרומתו

במסגרת הצבאית. כידוע, "גזירת הדין אינה מדע מדויק כי אם איזון בין מכלול הנסיבות והשיקולים הרלוונטיים לעניין" (ע"פ 10715/05 פלוני נ' מדינת ישראל, וראו גם ע"פ 7113/08 פלוני נ' מדינת ישראל, תק-על 2008(4), 2537, 2539 (2008) וע"פ 4920/01 מדינת ישראל נ' פלוני, פ"ד נו(1) 594, 602 (2001)). תורת הענישה מכירה בצורך להתחשב בנסיבות מיוחדות, המתקיימות במקרה או בנאשם, העשויות להצדיק סטייה מאחד הכללים המנחים, ולעניין זה יפים דבריו של בית המשפט העליון לפיהם:

"הפעלתו של שיקול הדעת מכוונת תמיד לעניין אינדיבידואלי... אך השיקולים אותם רשאי וחייב השופט לשקול הם רבים ומגוונים, והם כוללים בחובם הן שיקולים כלליים והן שיקולים שהם אינדיבידואליים לנאשם העומד לדין... במלאכת הענישה בכל מקרה ומקרה חייב השופט למצוא את המשקל הראוי שיש להעניק לכל אחד מהשיקולים הנזכרים, תוך שהוא מודע לכך כי לעיתים קרובות שיקול אחד בא על חשבונו של שיקול אחר. מכאן, שהעונש אשר מוטל בסופו של דבר על הנאשם, אינו אלא תוצאה 'משוקללת' - אם תרצה פשרה - של השיקולים השונים שיש להביאם בחשבון. מלאכת 'שקלול' זו אינה מלאכה מדעית, אך היא אף אינה מלאכה שרירותית. היא עניין שבשיקול דעת, הנעשה על הרקע הכללי והאינדיבידואלי, במסגרת המדיניות העונשית הכללית כפי שהיא מתבצעת על-ידי בתי-המשפט." (ע"פ 212/79 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד לד(2) 421, 434-435 (1979); וראו ע"פ 11699/05 סרפו נ' מדינת ישראל, תק-על 2008(2), 3957, 3962 (2008)).

בעניינו של הנאשם נצטברו להם מספר שיקולים אינדיבידואליים, אותם שומה עלינו לקחת בחשבון במסגרת גזירת העונש. להלן - נמנה אותם אחד לאחד.

נקודות הזכות שצבר הנאשם

22. שיקול מרכזי ראשון, עניינו בנקודות הזכות שצבר הנאשם במהלך שירותו הצבאי. כאמור, שורה של מפקדים בכירים טרחו ובאו לפנינו ללמד זכות על הנאשם ולפרט אודות תרומתו לצבא ולמדינה. המפקדים סקרו לפנינו בהרחבה את שורת התפקידים אותם מילא הנאשם בהצלחה רבה, את אומץ הלב שהפגין במהלך מלחמת לבנון השנייה, עת פיקד על מבצעים מורכבים ומסוכנים, לרבות מבצע לחילוץ גופות מטנקים פגועים תחת אש, ואת מסירותו לאורך השנים לצה"ל. מסירות וחריצות אשר תבעו ממנו מידה בלתי מבוטלת של הקרבה אישית ומשפחתית.

23. על משקלם של נתונים כגון אלה במסגרת גזירת העונש, עמד בית הדין הצבאי לערעורים בע/74/09 תא"ל משה תמיר נ' התובע הצבאי הראשי הנ"ל, בקובעו לאמור:

"ביום פקודה, בו עומדת להכרעה שאלת ההצדקה להתערבות בגור דינו של בית הדין המיוחד, עלינו לבחון אם ניתן גם המשקל הראוי לאופי שירותו התובעני של המערער שנים רבות, תוך הקרבה אישית ומשפחתית כה משמעותית ושעה שמעידתו בפרשה הנוכחית התרחשה

בעיצומה של תקופה מתוחה ורגישה ביותר, כאשר באחריותו של המערער אותם ימים הייתה מצויה הגזרה, אשר ממנה הופגזו ישובי דרום הארץ יום וליל. " (עמוד 23 להחלטה).

מעידה חד פעמית

24. העדויות בנושא זה, מלמדות על שיקול רלוונטי נוסף, שעניינו בהערכתנו, הנסמכת על התרשמותנו מן הנאשם והפירוט שמסרו העדים, לפיה המקרה מושא הרשעתו של הנאשם הינו חריג ואינו אופייני להתנהלותו לאורך השנים. אכן, עסקינן במעידה חד פעמית, וניכר מתגובתו של נאשם מספר 1 למעשהו של נאשם מספר 2, כי כבר בזמן אמת, הכיר נאשם מספר 1 במשמעויות ובהשלכות הנודעות למעשיו.

25. בהתאם, מאז הדחתו מתפקיד המג"ד, ממלא הנאשם במסירות ואחריות את התפקידים שהוטלו עליו במרכז לאימוני יבשה (מל"י).

26. אף במסגרת דברו האחרון לעונש התרשמו, כי הנאשם מכה על חטא, מצר בכל ליבו על שארע ומפנים היטב את מימדי כישלונם.

השלכותיה של הסנקציה הפיקודית

27. שיקול משמעותי נוסף, עניינו בצעד הפיקודי שכבר ננקט נגד נאשם מספר 1. כאמור, בעקבות האירוע מושא כתב האישום, בתאריך 17/08/08, הודח הנאשם מתפקידו כמג"ד. על משמעותו הקשה של צעד זה עבור קצין במעמדו של הנאשם בכלל ועבור הנאשם בפרט, למדנו בהרחבה מעדי ההגנה הבכירים שהעידו לפנינו. כולם כאחד תיארו בפנינו את תחושת הכישלון הצורב, הנלווית לצעד זה, בהתחשב בהיות הנאשם קצין שכל צעדיו בצבא, מסלול הכשרתו ותרומתו בלחימה, כווננו לתפקידו הפיקודי כמג"ד.

1. על המחיר הרגשי הכבד שגבתה סנקציה זו מן הנאשם, ניתן היה להתרשם באורח בלתי אמצעי, מהתבוננות בנאשם עת מסר את דברו האחרון לפנינו. כאמור, הנאשם התקשה לדבר ונשנק מבכי, עת ביקש לבטא את רצונו העז לשוב לתפקיד המג"ד, תפקיד שהוא פסגת שאיפותיו, על אף המחיר המשפחתי והאישי הכבד שגבה ממנו. נבהיר, כי לא התרשמו שדובר אך בצער של הנאשם על הסנקציות שננקטו נגדו, בעקבות האירוע – אלא יכולנו להתרשם, ברורות, מהפנמה של הפסול שבמעשה, ולקיחת אחריות על הסיטואציה כולה.

2. העדים השונים פירטו לפנינו את השלכותיה של הסנקציה שננקטה על קידומו של הנאשם בשרשרת הפיקוד בצבא. כל העדים העריכו, כי נוכח נתוניו, הרקע של הנאשם והאופן המוצלח בו מילא את שורת התפקידים שהוטלו עליו, הרי שההדחה מתפקיד מג"ד עיכבה את קידומו בתפקיד ואולי אף בדרגה.

3. מכאן, שבבואנו לגזור את עונשו של הנאשם, שומה עלינו להתחשב גם בסנקציה הפיקודית המשמעותית שננקטה נגדו בעקבות האירוע מושא כתב האישום, עוד לפני ההליך המשפטי. על

משמעותם של צעדים פיקודיים, כצעדי ענישה והרתעה, ניתן ללמוד מתוך דבריו של בית המשפט העליון בפרשת **צופאן**:

"ולא למיותר יהיה להדגיש: הדחה וסילוק כאמור, כתגובה להתנהגות פסולה, אינם בעלי אופי עונשי כלפי המודח בלבד, אלא כוחם עמם - אם ננקטים הם במועדם וכהלכתם - לקדם את הענין החינוכי שבתגובה ולהביא על סיפוקו את הגורם ההרתעתי הנלוו אליה. הענין החינוכי בא על סיפוקו בקביעת נורמת ההתנהגות שהצבא מטפח ואינו משלים עם הפרתה; והענין ההרתעתי - יוצא נשכר על ידי קביעת הצפוי בהכרתו של מי שאינו ער לקיומה של אותה נורמה.

ואל נא יובנו הדברים שלא כהלכה, אין אני אומר שבכל מקרה - יהיו הנסיבות אשר יהיו - ניתן להסתפק ב"הדחה וסילוק". כל שרציתי לומר הוא - כי "הדחה וסילוק" כאמור אינם תגובה של מה בכך, כי יש ליתן לתגובה כזו את מלוא המשקל העונשי המתחייב מנקיטה בה וכי אין לשלול את מקומה של תגובה כזו בין השיקולים ששוקל הפצ"ר איזו היא התגובה המספיקה להתנהגות פסולה של מפקד". (בג"צ 425/89 **ג'מאל עבד אל קאדר מחמוד נ' הפרקליט הצבאי**, פ"ד מג(4), 718, עמודים 740-741).

במסגרת בחינת אופיים הייחודי של הצעדים הפיקודיים במסגרת הצבאית, פסק בית המשפט העליון לאמור:

"המערכת הצבאית יחודיותה היא בסנקציות-של-משמעת ובסנקציות-פיקוד שניתן לנוקטן כנגד חיילים וכנגד מפקדים. סנקציות מעין-אלו הנקטות כנגד מפקד כסא"ל ע': כנגד מי שקשר את גורלו בצבא, כנגד מי שרואה את ייעודו בשירות הצבא ואת השירות בצבא כדרך-חיים, יש שהן חמורות מסנקציות של דין פלילי (השווה: פרשת צופאן, שם, 744, 739-740). ויש אף האומרים כי במקרים כגון זה שלפנינו, האפיק הפיקודי-המינהלי עדיף על האפיק הפלילי". (בג"צ 4550/94 **נסים אישה נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד מט(5), 859, 874-875 (1995)).

בדומה, פסק גם בית הדין הצבאי לערעורים, כי יש ליתן משקל של ממש לצעדים הפיקודיים הננקטים כנגד נאשם עוד לפני ההליך המשפטי, במסגרת גזירת העונש:

"רכיבי ענישה והליכים פיקודיים שכבר ננקטו כלפי המשיב - ובענייננו, ריצוי עונש המאסר והדחתו, בפועל, של המשיב מתפקיד פיקודי - משפיעים, אפוא, על נוסחת האיזון שבין העונשים. שיקולי ה"מלכתחילה" (ex-ante) של הענישה נדחים בערכאת הערעור מפני שיקולי ה"בדיעבד" (ex-post). הללו הם בחזקת נתון ושווה עלינו לשקללם." (ע/153/03 **סא"ל גבע שגיא נ' התובע הצבאי הראשי הנ"ל**, בעמוד 44).

השלכותיו של הרישום הפלילי

4. היבט נוסף הכרוך באירוע מושא הרשעתו של הנאשם, עניינו ברישום הפלילי הנלווה להרשעתו

בעבירה של ניסיון לאיומים. בית המשפט העליון הבהיר, כי "יש וחיוב פלילי חמור יותר בתוצאות הלואי שלו מאשר בעצם העונש שהוטל. הכוונה לפסולים והמומים השונים המתלווים אל החיוב או הנובעים ממנו... פרט לפסולים הבלתי פורמליים הדבקים באדם אשר חייב להצהיר על עצמו כי הוא בעל עבר פלילי" (בג"ץ 1935/93 **שלמה מחפוד נגד השר לענייני דתות ואחרים**, פ"ד מח(1) 752). אף בענייננו, ראוי כי העובדה שהנאשם, קצין מצטיין שעברו ללא רבב, הוכתם בעקבות אירוע חריג, שנעשה במסגרת תפקידו, ברישום פלילי, תחשב אף היא לקולא בעת גזירת העונש.

סוגיית הפגיעה בדרגה

5. בטרם נדון בשאלת האיזון הראוי בין מכלול האינטרסים והשיקולים הרלוונטיים, שומה עלינו להידרש לסוגיית הפגיעה בדרגה. על משמעות הפגיעה בדרגה ביחס למפקדים בצה"ל בכלל, ומפקדים בכירים בפרט, עמד בית הדין הצבאי לערעורים במסגרת החלטתו בע/74/09 **תא"ל משה תמיר נ' התובע הצבאי הראשי הנ"ל**. נוכח חשיבותה של סוגייה זו, מצאנו לצטט בהרחבה מתוך דבריו של בית הדין הצבאי לערעורים בהקשר זה:

"הדרגות הם מסממני ההיכר המובהקים של מערכת צבאית. דרגת הקצין מסמלת ומסמנת את מעמדו בהיררכיה הצבאית. כך, סעיף 1 לחוק השיפוט הצבאי מציין כי 'מפקד' הוא בראש ובראשונה 'הגבוה ממנו בדרגה'. ייחודה של הדרגה הצבאית הוא בהיותה בעלת מאפיינים חיצוניים מובהקים. מעמד המפקד ניכר לעיני כל. הדרגה מלמדת אפוא על הסטטוס... מכאן, שהסטיגמה הנלווית לפגיעה בדרגה היא בעלת משמעות ייחודית. יש בה מימד של 'קלון חיצוני'... עונש ההורדה בדרגה הוא עונש ייחודי, הנתון לבתי הדין הצבאיים כערכאת שיפוט פלילית (סעיף 21(4) לחוק השיפוט הצבאי.... בפסיקת בית הדין הצבאי לערעורים באשר לעונש ההורדה בדרגה חלה התפתחות. בעבר הרחוק שלטה בכיפה ההשקפה, כי כשלון פיקודי משמעותי מחייב את שלילת דרגת הקצונה. ברבות השנים, עם התפתחות תורת המידתיות ולצידה תורת האיזונים במשפט כבש את הבכורה קו הענישה, היוצר מתאם בין מידת הכישלון הפיקודי וכלל הנסיבות לבין מידת ההורדה בדרגה. הובהר, כי יש ליתן הדעת למכלול רכיבי הענישה שהוטלו, ולמשקלו של עונש ההורדה בדרגה במסגרת כלל העונשים המוטלים. במקרים המתאימים קבע בית הדין לערעורים (ובעקבותיו בתי הדין המחוזיים), כי העניין מחייב פגיעה בדרגה, אך אין הוא מצדיק שלילתה: 'עונש ההורדה בדרגה - ככל עונש - דורש איזונים שונים בקביעת שיעורו... הדגש הוא על ההורדה בדרגה ועל משמעותה, ולא על הדרגה עצמה ומה שהיא מסמלת'. (עניין ביבאס, בעמ' 509). הפסיקה אף הכירה בכך, שההורדה בדרגה היא 'חמורה, לעיתים, מעונש המאסר. זאת, במיוחד, באשר למי שהדרגה מהווה עבורו סמל לדרך החיים בה בחר' (עניין גבע, פס' 23). התפתחות נוספת בפסיקה הולידה פתרון ייחודי ל'מקרים קשים' (hard cases). דוגמא מובהקת ל'מקרה קשה' היא מקום בו נאשם נושא את דרגת הקצונה הזוטרה ביותר - סגן משנה. פגיעה בדרגתו, ולו גם בדרגה אחת בלבד, משמעה שלילת דרגת הקצונה. במקרים אחדים אשר באו לידי ביטוי בפסיקה נמצאה תוצאה זו כבלתי מידתית וכהחמרה יתרה בענישה. במקרים אלה החמיר

בית הדין ברכיבי הענישה האחרים ולהם צרף המלצה לגורמי הפיקוד לעיכוב קידום הנאשם בדרגה ('ניתן לתת ביטוי ראוי להיבט הפיקודי בענישה לאו דווקא בדרך של הורדה בדרגה אלא בדרך של המלצה לעיכוב בדרגה' - ע/193/01 התובע הצבאי הראשי נ' סג"ם יוגב (2002); ע/32/06 התובע הצבאי הראשי נ' סג"ם בר, פס' 6 (2006)). (ההדגשה אינה במקור,

מתוך ע/74/09 תא"ל משה תמיר נ' התובע הצבאי הראשי הנ"ל, עמודים 16-17)

6. ניתן אם כן לסכם את הלכת בית הדין הצבאי לערעורים, לפיה מקום בו נדרשים בתי הדין לבחון הטלת עונש של פגיעה בדרגה, יש לנקוט מידתיות ואיזון, בשים לב למשמעות ההורדה בדרגה עבור הנאשם, וביחס לתמהיל הענישה הכולל. בית הדין הצבאי לערעורים ציין, כי לעיתים, ניתן יהיה להסתפק בהמלצה לעיכוב דרגה.

7. בעניינו כאמור, עסקין בקצין מצטיין שקשר את חייו בצבא והקדישם לטובת ביטחון המדינה. לגביו, כפי שהעידו לפנינו שורה של קצינים בכירים, הורדה בדרגה עשויה להוות אינדיקציה לסיום דרכו בצבא והינה בעלת משמעויות מרחיקות לכת. למעשה, ניתן להניח כי הורדה בדרגה תסתום את הגולל על שאיפתו וחלומו של הנאשם לשוב לתפקידי פיקוד בלחימה ותהייה כרוכה בפגיעה כלכלית חמורה.

8. בהתאם, שומה עלינו לבחון האם כישלוננו של הנאשם, בנסיבות הרשעתו, מחייב לפגוע בדרגתו, בשים לב לשיקולי הקולא, ובמסגרת תמהיל הענישה הכולל בעניינו, או שמא יש מקום לנקיטת סנקציה מתונה יותר, והכל – בהתאם לעיקרון ההלימה.

ההכרעה לעניין העונש

9. כל השופטים באו לכלל דעה כי - בשים לב לחלקו של הנאשם באירוע; בהתחשב ברקע למעשים; בקביעתנו לפיה מלכתחילה, כוונת הנאשם הייתה לבצע דריכה של הנשק בלבד, ולא עלה על דעתו שהאירוע יתגלגל כפי שקרה בהמשך; בהתחשב בהתמשכות ההליכים ובזמן הרב שחלף; בהיותו של האירוע בבחינת מעידה חד פעמית, עליה ניכר כי הנאשם מתחרט מעומק ליבו; מעידה שאינה אופיינית למהלך התנהלותו בצבא לאורך השנים - אין מקום להטיל על הנאשם רכיב של מאסר בפועל, גם לא על דרך של עבודה צבאית.

10. יש לציין, כי המקרים עליהם נסבה הפסיקה שהציגו גורמי התביעה כאסמכתא לעתירתם לעונש, אינם רלוונטיים לעניינו. באותם מקרים נקטו הנאשמים אלימות קיצונית וקשה כלפי תושבים מקומיים, חלק מן הנאשמים שבו על מעשיהם במספר הזדמנויות וחלקם אף גרמו נזקים של ממש לאותם תושבים. נסיבות אלו אינן ישימות לעניינו ויש לאבחן מן המקרה דנן.

אשר לסוגיית הפגיעה בדרגה

11. כל השופטים תמימי דעים כי במסגרת בחינתה של שאלת הפגיעה בדרגה, הרי שמן הראוי ליתן משקל של ממש לנקודות הזכות הרבות שצבר הנאשם; למשמעות הקשה של פגיעה בדרגה על

עתידי, ובעיקר - להשלכותיה מרחיקות הלכת של הסנקציה הפיקודית שננקטה נגדו על מעמדו ומצבו הרגשי. המחיר האישי הכבד שגבתה הסנקציה הפיקודית מן הנאשם, במצטבר לעינוי הדין ולכתם שדבק בו בעקבות הפרסום השלילי, שהיה כרוך בהפצת הסרטון המתעד את מהלך הירי כלפי המתלונן, מהלך שלא יוחס לנאשם בכתב האישום המתוקן - מהווים ענישה כבדה ומשמעותית עבור הנאשם ומאפשרים, במסגרת שיקולי ההלימה ועיקרון המידתיות, להימנע מפגיעה בדרגתו.

12. לצד זאת, מצאו שופטי הרוב, בהתחשב בנסיבות הרשעתו של הנאשם, כביטוי להיבטי התנהגותו באירוע, להמליץ למפקדיו, כי לא תיבחן האפשרות לקידומו של הנאשם בדרגה, למשך שנתיים מהיום. בנוסף, נוכח היבטי הכישלון הערכי - פיקודי הכרוך במעשים, ממליצים שופטי הרוב, כי במהלך שנה מהיום, לא ימלא הנאשם תפקיד פיקודי. תקופה זו לוקחת בחשבון את העובדה כי הנאשם הודח מתפקידו כמג"ד עוד בחודש אוגוסט 2008, דהיינו לפני כשנתיים וחצי.

13. לעומת זאת, כפי שיפורט בהמשך, סבר שופט המיעוט, כי אין מקום לצרף לעונש המאסר המותנה המלצה לעיכוב בדרגה והמלצה לעיכוב מינוי לתפקיד פיקודי.

נאשם מספר 2

16. כאמור, הנאשם הורשע בעבירה של שימוש בלתי חוקי בנשק, לאחר שבתאריך 07/07/08 ירה כדור גומי לעבר סוליית נעליו של המתלונן, בעוד האחרון כפות באזיקים ועינוי קשורות. לא נגרם למתלונן נזק ממשי. בהכרעת הדין קבענו, כי הנאשם לא קיבל פקודה לירות כדור גומי לעבר המתלונן, אלא חשד שמפקדו, נאשם מספר 1, מעוניין בכך. לאחר שהתקשה להבין מה בדיוק מצופה ממנו, הפעיל שיקול דעת ובחר על דעת עצמו, לבצע ירי לעבר המתלונן, אם כי ביקש למזער את מידת הנזק וירה לעבר סוליית נעליו של המתלונן. הדגשנו, כי אף לו הייתה ניתנת לנאשם פקודה כזו - היינו, ירי של כדור גומי, ממרחק של מטרים ספורים, לעברו של עצור, כפות באזיקים שעינוי קשורות - לא הייתה עומדת לזכותו של הנאשם הגנת הצידוק וראוי היה לקבוע, כי פקודה מעין זו היא בבחינת "פקודה בלתי חוקית בעליל", שחובה על הנאשם להימנע מלציית לה, פקודה שאי החוקיות שבה "דוקרת את העין ומקוממת את הלב" (ע/137/00 סג"מ אחי מאיר פורת נ' התובע הצבאי הראשי הנ"ל וראו אף התייחסותו של האלוף אייזנקוט לנושא זה, כמפורט לעיל).

17. עם זאת, בהתאם לשיקול ההלימה, על אף שאין בנסיבות העניין כדי לפטור את הנאשם מאחריות פלילית למעשיו, יש בהן כדי להוות שיקול משמעותי לעונש. להלן, נבאר מסקנתנו.

18. לא ניתן להתעלם מהבדלי המעמדות, הבדלי הדרגות והבדלי הגיל המובהקים, בין נאשם מספר 1, המג"ד, לבין נאשם מספר 2, הלוחם הצעיר. על רקע נתונים אלה, מן הראוי ליתן משקל של ממש

לאמירות האמביוולנטיות של נאשם מספר 1 ולתוכן הבעייתי, שהיה בו כדי להכשיל את נאשם מספר 2, **אף אם לא במכוון**, ולהוות מצע להתנהגותו הפסולה.

1. בהקשר זה נציין, כי אף על פי שיש לשקול את נסיבותיהם השונות של הנאשמים וחלקם השונה באירוע, הרי שמול נתונים אלה יש לשקול את מעמדם ודרגתם השונה, במעין "מקבילית כוחות". מסקנתנו לפיה אין מקום להשית על נאשם מספר 1 עונש של מאסר כלשהו, מהווה, במסגרת בחינת עיקרון אחדות הענישה, שיקול כנגד הטלת מאסר בפועל על נאשם מספר 2.

2. לכך מצטרפת התמונה שנפרסה לפנינו בפרשת ההגנה לעונש, לפיה עסקין בלוחם איכותי, מקצועי וממושמע, הקשוב לחבריו ומסור מאד לתפקידו; הרקע למעשים, שעניינו במורכבותם של האירועים בגזרה, האינטנסיביות שלהם ומצב תשישותם הפיזית והנפשית של חיילים במקום; ואף העובדה, כי הנאשם לא הוכשר ולא הודרך לקראת משימה של תחקור או טיפול בעצור.

3. נתונים אלה, במצטבר לנסיבות המיוחדות האופפות את האירוע, מובילים למסקנה כי אין מדובר במי שביקש להתעלל במתלונן או להשפילו, ואלמלא מעורבותו וחלקו של מפקדו הבכיר באירוע, לא היה נכשל והיה נמנע מלבצע את המעשים אשר בבסיס הרשעתו. המדובר באירוע נקודתי, שאין מאחוריו רקע דומה ואין אחריו אירועים נוספים.

4. בנוסף, אף בעניינו של נאשם זה, מן הראוי לשקול את השלכותיו של הרישום הפלילי. בהקשר זה, יש ליתן את הדעת לגילו הצעיר של הנאשם, אשר לאחר שהשלים שירות צבאי מלא, מצוי על סף חייו האזרחיים כאזרח מן השורה. יפים לכאן דבריו של בית המשפט העליון אשר פסק כהאי לי שנא:

"... פגיעתו הקשה של רישום פלילי, הרובץ על שכמו של הנאשם שנים לא מעטות, ומגביל את תחום עיסוקיו, כעולה מחוק המרשם הפלילי ותקנת השבים, התשמ"א-1981 (להלן: חוק המרשם הפלילי).

התוצאות קשות שבעתיים כשמדובר בצעירים, אשר אך מתחילים את חייהם העצמאיים אחרי שרותם הסדיר, ובנואם למצוא את עתידם, עלולה דרכם להחסם על ידי הרישום הפלילי. במלים אחרות, תוצאת הלוואי של ההרשעה חמורות יותר מן העונש עצמו אשר מוטל על הנאשם" (ההדגשה אינה במקור, בג"ץ 5000/95 טור' ברטלה גדעון נ' הפרקליט הצבאי הראשי פ"ד מט(5), 64, עמ' 70-71. על הקשר בין השלכות הרישום הפלילי למידת העונש שראוי להטיל על נאשם ראו גם תיק מר/205/09 התובע הצבאי נגד סגן מלול והפסיקה שאוזכרה בו בסעיף 16 לגזר הדין).

5. לכתם זה משמעות ניכרת, בשים לב לרקע המשפחתי הקשה ממנו צמח הנאשם. הנאשם גדל בפנימיות, אביו נכה ומצבה הכלכלי של המשפחה עגום. למרות כל זאת, השכיל הנאשם להשתלב במסגרת הצבאית כלוחם מוערך בחיל השריון ונטל חלק בפעילויות מבצעיות מסוכנות. מפקדיו וחבריו לשירות תיארו את המוטיבציה העזה שלו לתרום בצבא ואף ציינו כי היה מועמד לקורס מפקדים, אך

בחר להמשיך ולהילחם לצד חבריו ליחידה, לאחר אירוע חטיפתו של החייל גלעד שליט. ניתן היה להתרשם מדבריו של הנאשם וההתרגשות הרבה שאחזה בו בדבריו לעונש, עד כמה היה גאה בתרומתו לשירות הצבאי. בדומה, ניתן היה ללמוד על תחושת חוסר האונים והכישלון שחש, עת נמנע ממנו לתרום, לצד חבריו, בלחימה במסגרת מבצע "עופרת יצוקה".

6. הנאשם תיאר בבכי את צעדיו הראשונים ב"חיים האזרחיים", הקושי שלו להתמודד עם הרשתות, אשר סיכלה את רצונו להשתלב בתפקידי ביטחון ואבטחה והתמודדותו עם ההליך המשפטי המתמשך.

7. זאת ועוד, ניכר היה כי הנאשם בוש ונכלם במעשיו והוא מצר עליהם מעומק ליבו. הנאשם הביע חרטה עמוקה וביקש להתנצל בפני המתלונן ואף בפני נאשם מספר 1 ומשפחתו, על המקרה והשלכותיו. התרשמו כי עסקין באזרח נורמטיבי וחיובי, שהמקרה אינו מאפיין אותו והוא חריג להתנהלותו.

8. בבואנו לגזור עונשו של הנאשם, התלבטו שניים מן השופטים האם נוכח כישלוננו של הנאשם, לא יהיה זה ראוי להטיל עליו רכיב של מאסר בפועל בדרך של עבודה צבאית. בסופו של יום, בשים לב לרקע החריג של המקרה, לעובדה כי לא נגרם למתלונן נזק של ממש, לנושנותו של האירוע, התמשכות ההליכים ועינוי הדין, בהתחשב בתמהיל הענישה שהוטל על נאשם מספר 1, בתרומתו של נאשם מספר 2 במסגרת הצבאית ובחרטתו הכנה - מצאנו כי ניתן להימנע מהטלת רכיב של מאסר בפועל, לצד פגיעה משמעותית בדרגתו. ודוק: אלמלא הנסיבות החריגות של המקרה, כמפורט לעיל, ראוי היה להשית על הנאשם מאסר בפועל למשך חודשים ארוכים.

9. אשר לדרגתו של הנאשם, שוב נחלקו דעותינו. רוב השופטים סבורים, כי למרות שהנאשם לא היה הגורם היוזם של האירוע, אלא נקלע לסיטואציה, שלא ביוזמתו ולא באשמתו, ומבלי שהוכשר לקראתה - כישלוננו הערכי מחייב להורות על הורדתו לדרגת טוראי. ירי לעבר עצור חסר ישע, אף בנסיבות החריגות של המקרה ואף שלא נגרם נזק ממשי - מחייב לשיטתנו, פגיעה משמעותית בדרגותיו של הנאשם ואינו מאפשר הותרתו בדרגה פיקודית. לעומתם, שופט המיעוט, כפי שיפורט להלן, סבר כי אין מקום לפגוע בדרגותיו של הנאשם.

חוות דעתו של שופט המיעוט

1. האירוע נשוא דיוננו אשר בגינו ניתן גזר דין זה עניינו בכך שנאשם מספר 1, המג"ד, חפץ להרחיק ממעגל המפגנים, את המתלונן, אשר השתתף בהפגנה בלתי חוקית נגד הגדר. לשם כך ביקש לנקוט בתכסיס שנועד לברר אם המתלונן מדבר עברית כדי להזהירו להימנע להשתתף בעתיד בהפגנות. תכסיס זה היה מבוסס על ההנחה שאם מזהירים את מנהיגי המסיתים והמפגנים מלהמשיך במעשיהם, הדבר ימנע או יקטין את הפעילות האלימה מצד המסיתים. לצורך כך, פנה נאשם מספר 1 אל נאשם מספר 2 על מנת שידרוך את נשקו לאוזניו של המתלונן, כך שזה ידמה כי עתיד להתבצע נגדו ירי, יגיב בעברית ויוזהר ע"י נאשם מספר 1 לבל ישוב ליטול חלק בהפרות הסדר בגזרה. נאשם

מספר 2, סבר שנאשם 1 מצווה עליו לירות, ומבלי לשקול האם מדובר בפקודה בלתי חוקית בעליל אם לאו, ביצע ירי (אף כי, לפי הנסיבות, נראה כי חפץ למזער את הפגיעה במתלונן, אם בכלל וירה לעבר סוליית נעליו).

2. האלוף גרשון הכהן, מפקד המכללות הביע את דעתו בעת עדותו כעד מטעם ההגנה ביחס לשיקולים שראוי לשקול בעת מתן גזר הדין (עמוד 319, שורות 6-7), ואלה דבריו: "**מבחינת ההתרחשות קל לנו מאד לבודד אירוע שאנו לא רוצים אותו ולא שמחים בהתרחשותו ולדון באדם הבודד שהוא המניע לאירוע שהוא היוצר אותו ואחראי לו. נכון שיש אחריות, אבל צריך גם להסתכל על ההקשר, על ההתרחשות, וכמו כל אירוע תאונתי חייבים להתייחס לסביבה שבה העניין הזה מתרחש. לאדם הבודד יש אחריות, אבל כשאנו שופטים את האדם הבודד, לא רק מבחינת השאלה האם המעשה ראוי או לא, אלא מה גם לגבי עתידו, לאחר שקבענו שהמעשה לא ראוי, לתפקיד הזה יש אופי דרמטי. אני חושב שהאירוע מתקיים במשימה שאליה נשלח, משימה לכל דבר, כשליח מדינת ישראל, וגם כשאדם שנשלח חוטא, אנו שופטים אותו גם מתוך הבנה של הסביבה והלחצים שמתרחשים**" (עמ' 319 ש' 7-16). אכן, לפי אמות מידה אלו יש לגזור את דינם של כל אחד מהנאשמים.

3. מה היה במקרה שלפנינו? **באמרתו הראשונה**, מתאריך 20/07/08 (ת/1), מוסר נאשם מספר 1, אשר שירת באותה עת כמפקד גדוד במשך שנה לערך, כי במהלך חודש מאי באותה שנה, החלו מהומות באזור הכפר נעלין, המהומות פרצו בעקבות פעילות להקמת גדר הפרדה (מדידות בשטח). במסגרת ההתמודדות עם ההפגנות והפרות הסדר, שולבו תחת פיקודו גם חמישה צוותי מג"ב. הנאשם הסביר, כי ההפגנות היו אלימות, ובמהלכן אף נפצעו חיילים. ההפגנות נמשכו שעות ארוכות, במשך ארבעה - חמישה ימים בשבוע, והתפרסו על פני אזור רחב. במהלך הימים עובר לאירוע מושא כתב האישום, חלה הסלמה והמפגינים יידו אבנים ובקבוקי תבערה, ואף תקפו רכבי ביטחון. המתלונן נראה בסרטון כמי שאחז בדגל פלסטיני, לצד מפגינים אחרים.

4. כאשר חיילים נאלצים לפעול בתנאי לחץ וחירום שלא הם גרמו, המונעים מהם שקילה ובחינה רגילים של החלופות והמחייבים החלטה מהירה שלא ניתן להתכונן אליה מראש, יש לבחון את סבירות פעולתם במסגרת תנאים מיוחדים אלה. אין לנתק את ההתנהגות מהתנאים שסבבו אותה. **אין להעתיק את ההתנהגות ל"תנאי מעבדה".**

5. שני הנאשמים שלפנינו הם ללא עבר פלילי. זו הפעם הראשונה שהם עומדים לדין. שניהם היו אנשי צבא מעולים. עצם העמדתם לדין ושיבתם על ספסל הנאשמים יש בה משום עונש לא קל עבורם, בה במידה, עצם הרשעתם בדין מהווה עונש בפני עצמו. אלה, כשלעצמם, הם עונשים שאינם כתובים עלי ספר. יש לזכור כי אותם "עונשים" שאינם כתובים עלי ספר אינם מהווים עונש לכל עבריין ועבריין. אדם שיש מאחוריו עבר פלילי מכביד, עצם ישיבתו על ספסל הנאשמים או הרשעתו בדין תהווה עבורו עונש

קטן הרבה יותר מאשר אדם שזו הפעם הראשונה שהוא עומד לדין או שעברו הפלילי אינו מכביד. יש גם עבריינים שהרשעתם בדין לא תפריע כלל לאפשרויות התעסוקה שלהם. ומאידך, יש נאשמים שכשלו פעם אחת ויחידה בחייהם וזו הפעם הראשונה שהם עומדים למשפט ועצם העמדתם לדין וכל ההליך הפלילי הנלווה לכך, החל מהחקירה ועד למשפט וכל המשפט על שלביו השונים והרשעתם בדין מהווים עבורם עונש חמור ביותר. לכן, על בית הדין לשקול בין מכלול שיקוליו את העונש המידתי שראוי להטיל על כל אחד מהנאשמים הללו תוך הבאה בחשבון של נסיבות העבירה והלחץ הנפשי שכל אחד מהם היה נתון בו. לעניין זה יש להביא בחשבון את עברם של כל אחד מהנאשמים, החרטה שהביעו, משך הזמן שחלף מאז ביצוע העבירה והסנקציות שהוטלו עליו בתקופה שמתחילת החקירה ועד לסיום המשפט.

6. בהביאי בחשבון את כל הנתונים הללו ולצידם את המוטיבציה העזה של הנאשמים להמשיך ולתרום לצבא, ואת חרטתם על המעשים שביצעו, הנני סבור שאין להחמיר עם הנאשמים הללו. לפיכך, לו דעתי הייתה נשמעת, הייתי מסתפק בהטלת מאסר מותנה כנגד שני הנאשמים. לטעמי, אין מקום להמליץ על עיכובו של **נאשם מספר 1** בדרגה. עמדתי זו נסמכת על העובדה שהנאשם הועבר מתפקידו כמג"ד לפני חודשים רבים, נוכח חוות הדעת החיוביות שניתנו באשר לנאשם זה ונוכח החרטה שהביע והרצון לשוב לשירות קרבי. אעיר כי לטעמי, אין מניעה למנות את הנאשם לכל תפקיד, אליו יבקשו מפקדיו למנותו. אשר ל**נאשם מספר 2** - נוכח המוטיבציה העזה שלו להמשיך ולתרום לצבא, בשל נסיבות העבירה ובשל חרטתו הכנה – לו דעתי הייתה נשמעת, הייתי נמנע מלהורות על פגיעה בדרגתו.

7. סוף דבר

בהתאם למפורט לעיל, בדעת רוב, אנו מטיילים על הנאשמים את העונשים הבאים:

א. על נאשם מספר 1, עונש של שלושה חודשי מאסר על תנאי למשך שנתיים, לבל יעבור עבירה שעניינה איומים כלפי הזולת.

לצד עונש זה, בדעת רוב, אנו מצרפים המלצתנו לפיה, כביטוי לכלל היבטי התנהגותו באירוע - לא תיבחן האפשרות לקידומו של הנאשם בדרגה, למשך שנתיים מהיום וכן, כי במהלך השנה הקרובה, לא ימלא הנאשם תפקיד פיקודי.

ב. על נאשם מספר 2, עונש של ששה חודשי מאסר על תנאי למשך שנתיים, לבל יעבור עבירה שעניינה שימוש בלתי חוקי בנשק. לצד רכיב זה, בדעת רוב, אנו מורים כי הנאשם יורד לדרגת טוראי.

זכות ערעור כחוק.

ניתן והודע בתאריך 27/01/11, בפומבי ובנוכחות הצדדים.

שופט	שופטת	אב"ד
למקור	נאמן	העתק
גולני	ניר	סגן
הדין	בית	ק'
חתימת המגיה: _____		
תאריך: _____		