



**בבית הדין הצבאי מחוז מרכז  
בפני ההרכבת:**

אל"ם מאיה הדר	-	אב"ד
אל"ם כרמל ווהבי	-	שופט
סא"ל ירון סייטבון	-	שופט

**בעניין:**

### **התובע הצבאי**

(ע"י ב"כ, סא"ל (בAMIL) נדב וייסמן; רס"ן תאה שליט)

### **נגד**

### **סמל אלא/or אזריה**

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

### **ג ז ר - ד י נ**

### **מבוא**

1. עניינו של הנאשם, סמל אלא/or אזריה, ממחיש היטב עד כמה מלאכת גזירות הדין קשה היא ומורכבה. מן הצד האחד, נדרש בית הדין, בעת גזירת העונש להתוות מדיניות עונשנית ברורה, שיש בה כדי לקדם ערכים חברתיים. מן הצד האחר, מתחייבת התבוננות על הנאשם הספציפי, תוך שגירת העונש נעשית בהתאם למידותיו שלו וכן בהתאם לנטיות הקונקרטיות של המקרה הנדון.

2. כך, הורשע הנאשם, בהתאם לקביעותינו בהכרעת הדין, בעבירה שעוניינה הריגה, לפי סעיף 298 לחוק העונשין, התשל"ז – 1977 (להלן: "חוק העונשין"), לצד הרשותו בעבירה שעוניינה בתנהגות שאינה הולמת, לפי סעיף 130 לחוק השיפוט הצבאי, התשטו"ז – 1955 (להלן: "חוק השיפוט הצבאי"). העונש הקבוע בצד עבירת הריגת הוא 20 שנות מאסר, למדנו על החומרה הרבה שמייחס החוק לעבירה זו, כביתי למעטדו העליון של ערך קדושת החיים. מנגד, בשיטת המשפט בישראל, העונשה היא לעולם אינדיבידואלית ונגוררת מנסיבותיו של כל מקרה לגופו (ע"פ 15/1987 דורי נ' מדינת ישראל (2015), ע"פ

-בלמ"ס-

**14/7552 אגאריה נ' מדינת ישראל (2015).** אשר על כן, במסגרת בחינת נסיבות אלו, נדרש לפרטיו של המעשה, אך גם לניסיונו של העושה.

3. העבודות והנסיבות, מושא הרשותו של הנאים, פורטו בהרחבה במסגרת הכרעת הדין. להלן נסקור את עיקרי הקביעות שהכרעת הדין, ככל שהוא דרשו להכרעה בשאלת עונשו של הנאים. בהמשך, נפרט את הראיות, אשר הצדדים פרסו בפנינו, נציג את עתירת הצדדים לעניין העונש, תוך שבחן את טענת ההגנה באשר לניסיונו להשפיע על ההליך המשפטי לאחר מתן הכרעת הדין. בהתאם לאלו, נבחן מהו העונש הרاءו לנאים.

#### הمسגורת העובדתית שהובחה

4. ביום 24.3.2016 בשעה 00:08 Uhr, החלו סגן מ"ס וסמל א"ו, משימת שמירה בהתאם גילבר בחברון. דקotas ספורות לאחר מכן, תקפו המחלבים רמוני עזיז מוצטפא קצראוי (להלן: "המחלбел קצראוי") ועבד אל-פתאח יוסרי עבד אל-פתאח אלשריף (להלן: "המחלбел אלשריף" או "המחלбел") את השניים, באמצעות סכינים. כתוצאה מהתקיפה נפצע סמל א"ו בכתפו. סגן מ"ס וסמל א"ו ירו אל עבר המחלבים. המחלбел קצראוי נפגע ומת בזירת האירוע, בסמוך לאחר שנורה. המחלбел אלשריף נפגע ממשיכת קליעים שפגעו בגופו, אך נותר בחיים. המחלבים נותרו שכובים בזירת האירוע. כוחות נוספים הוקפצו לזרה וביניהם הנאים, אשר שירת כחובש הפלוגה המבצעית בגדור שמשון ונמנה עם חפ"ק המ"פ. הנאים החל לטפל בסמל א"ו וליווה אותו לאמבולנס שהגיע למקום. לאחר מכן, שהה הנאים בזירת האירוע עוד זמן מה. בשלב מסוים, אסף הנאים את קסדו השחונית על הארץ והחל לנוע לכיוון המחלбел אלשריף. הנאים מסר לרבי ט. את קסדו, דרך את נשקו האישי, כלפי מעלה, התקרב מספר צעדים לעבר המחלбел אלשריף, אשר לא היה סיכון באותה עת, וירה מנשקו כדור בודד מטווח קצר, תוך שהוא מכוען עבר ראשו. המחלбел אלשריף נהרג כתוצאה מהירי שביצע הנאים.

5. בהתאם קבענו, כי הירי בוצע בגין ההוראות הפטיחה באש; כי הסיבה לירוי הייתה נעוצה בהסביר שסייע הנאים מיד בסיום הירי ולפיו "הגיע למחלбел למות", מאחר שذكر את חברו קודם לכן וכי הירי בוצע מתוך יחס חפצי של כוונה.

6. בהמשך הכרעת הדין, דחינו את טענות ההגנה באשר להתקיימותם של סיגים לאחריותו הפלילית של הנאים. עוד ראיינו לדחות את הטענה להתקיימותה של הגנה מן הצדק, על רבדיה השונים, משלא בוססה כדבאי.

7. משכך, הורשע הנאים, כאמור, בעבירה של הריגה.

8. כן קבענו, כי מעשיו של הנאים פגעו בערך **טוהר הנשק**, נוכח השימוש בכוח מעבר לנדרש ושלא לצורך ביצוע המשימה הצבאית. זאת ועוד, מצאו, כי המעשים מערערים את חוסנו המוסרי של צה"ל ואינם מתישבים עם התנהגות המצופה ממפקד בדרגת סמל ומחובש פלוגתי, שעה שדבכה בהם דרגה בולטת של פסול מוסרי.

9. משכך, הורשע הנאים, כאמור, גם בעבירה של התנהגות שאינה הולמת.

### פרשת הראות לעונש

#### הנאים – שירותו הצבאי

10. על פי תדפסו האישי, התגיים הנאים לצה"ל בחודש יולי 2014 כלוחם ח"ר, בחטיבת כפיר. הנאים סיים בהצלחה קורס חובשים ואמון מתקדם. הנאים נעדר עבר ממשמעתי.

11. מטעם ההגנה העידו שורה ארוכה של עדים, אשר ביקשה למד זכות על הנאים. עדותם תפורט להלן.

#### **עדויות מפקדים**

12. סרן ג. א. ל., אשר שימש כמ"פ של הנאים, העיד כי הנאים התאפיין בנסיבות לביצוע משימותיו הצבאיות לצד רגשות כלפי חבריו ליחידה. עוד ציין, כי הבחירה לשרת כלוחם אינה מובנת מآلיה וראיה להערכת ולהתחשבות.

13. א. ב., אשר היה מפקדו של הנאים בטירונות, העיד כי הנאים היה מהחילילים המוביילים, אשר גילתה רוח התנדבות ועזר לחילילים שנזקקו לכך. העד ביקש כי נתחשב "בעבר הערבי והמוסרי" של הנאים.

14. סרן ש. ב., קצין הגמ"ר של חטמ"ר עציון, אשר שימש כמ"פ של הנאים בתקופת המסלול במשך ארבעה חודשים, העיד כי הנאים היה חיליל למופת, אשר עשה כברת דרך ממשמעותית בשירותו, חרף קשיים אישיים לא מבוטלים. לפיכך, הומלץ ליציאה לקורס מ"כים ואף זכה לקבל תעודה הוקרה בגין היותו לוחם מצטיין גודזי (ס/77). עוד שמענו, על כך, שהנאים סייע לחילילים בעלי בעיות כלכליות, אף לאחר שעות הפעולות, לרבות על דרך של הזמנתם לבתו.

15. סמ"ר (במייל) צ. ס., סמל המחלקה, העיד כי כמפקד הנאים נהג לבחור בו לביצוע המשימות המורכבות והמסוכנות ביותר, וזאת נוכח הצעירנותו ומקצועיותו הרבה. עוד העיד על היות הנאים "חיליל שלא באחבת אדם, מלא בנטינה".

16. סמ"ר א. א., אשר שימש כמפקד הכיתה של הנאים, העיד כי הנאים היה החיליל הטוב ביותר בכיתה, הן מבחינת המוטיבציה שהפגין, הן מבחינת המקצועיות וההקפדה על ה跳舞 ופק"ל החובש, הן מבחינת העזרה לחבריו והן מבחינת נדיבותו וטוב לבו.

17. ע. ב., אשר שימש כמ"כ במחלקה בה שירת הנאים מסר בהודעתו הכתובה (ס/81), כי הנאים היה חיליל מצטיין וחובש מעולה, אשר עשה הרבה למען חבריו ליחידה.

18. סא"ל איל שלו, אשר שימש כמפקד בסיס נחונים ובמפקדו של הנאים במערך הפתוח, העיד כי דאג לכל צרכיו של הנאים בתחום הת"ש והלוגיסטיקה. העד התרשם מיהוות הנאים ממושמע, מבצע את מלוא משימותיו עד תום ומכיר בהיררכיה הצבאית. העד הוסיף והסביר כי התנהגותו הטובה במערך הפתוח

-בלמ"ס-

איינה מובנת מאליה, לאור תנאי הבסיס ותנאי השירות בו. העד הביע דעתו, כי עונשו של הנאשם צריך להתחשב אף בשיקולי שיקום.

19. **רס"ר ערן טובלי**, רס"ר אוגדה 340, ומפקדו הישיר של הנאשם במערך פתוח, הפליג בשבי הנקש ומסר, כי התרשם מערכיו הרבים, ובהם - משמעת עצמית ומוסר עובודה. כן ציין, לעניין תנאי שהותו במערך הפתוח, כי הנאשם "לא היה מקבל טיפול טוב יותר משקיבל ממנו". בכלל זאת, אף ניסה לסייע להוריו כמייטב יכולתו.

### **עדויות חילילים**

20. ר. ר., חברו של הנאשם למסלול השירות ולקורס החובשים, העיד אודות אופיו הטוב של הנאשם ועל המאמץ שהשקיע בלימודיו בקורס, מתוך רצון להצלחה ולהצטיין.

21. א. א., אשר שירת עם הנאשם באומה המחלקה מאז גיוסו, לרבות בקורס החובשים, העיד אודות תנאי השירות התובעני והקשה שהוא מנת חלקם. העד מסר, כי הנאשם טיפול במהלך שירותו הצבאי גם בפלסטינים והכל כמייטב יכולתו. לדבריו, הנאשם הוא חייל ערבי ומוסרי.

### **עדות הקב"נ**

22. **רס"ן יובל מיאץ**, קב"ן אוגדה 340, העיד כי הנאשם פנה אליו בחודשיים לאחר האירוע מושא כתוב האישום לשינוי. בהתאם, החל לטפל בו בתדריות של כפעם בשבוע, לכל הפחות, החל מחודש يول 2016 (ס/80). העד התרשם מרגשותו של הנאשם לזולת והכבד שהוא רוחש לגורמי סמכות. כן העיד על כך שה הנאשם מצוי במשבר חן בשל היותו נאשں בהליך פלילי וחן לאור האירועים שפקדו את משפחתו.

### **הנאשם - רקע אישי**

23. אביו של הנאשם, **מר צ'ארלי אזריה**, העיד, כי בשנת 1975, עלה עם משפחתו לישראל מכפרים ציוניים. המשפחה, מתגוררת בעיר רמלה. לדבריו, חינך את הנאשם, כמו-גם, אחיו, לערכיהם של כבוד האדם ועוזרה ונתינה לזלota. מעודתו למדנו אודות המאמצים שעשה הנאשם על מנת להתגיים ולשרת ביחידה קרבית, מתוך מוטיבציה גבוהה לתרום תרומה משמעותית בשירות הצבאי. בסמוך לפניו האירוע מושא ההרשעה, היה הנאשם נתון במסבר עקב עומס משימות. האב פנה למג'יד לשם מציאת פתרון למצוקתו של הנאשם. לדבריו, הנאשם לא קיבל כל עזרה. האב הלין עוד על כך שבמהלך כל תקופת המשפט, במשך עשרה חודשים, לא פנה אל המשפחה אף גורם צבאי על מנת לסייע לה.

24. בנוסף, פירט האב אודות ההשפעה הקשה של ניהול ההליך המשפטי על המשפחה, ובעיקר על מצבו הרפואי שהדרדר לאחר שנתקף באירוע מוחי, על הירidea הדрамטית במשקלת של רعيיתו, אמו של הנאשם, ועל כך שאף אחיו, דודו של הנאשם, לקה במהלך המשפט בשני אירועי לב (וראו מסמכים רפואיים ס/70,

ס/71 ו-ס/72). כן שמענו, כי אחותו של הנאשם נאלצה להפסיק את לימודיה האקדמיים על מנת לתמוך במשפחה.

25. עוד שמענו מדברי האב, על כך שבני המשפחה, ובכללם הנאשם, נתונים לאיומים על חייהם מצד גורמים עוויניים (ראו ס/73, ס/74 ו-ס/87) וכי החשש מפני כך מDIR שינה מעיניהם.

26. **מר יואל לביא**, ראש עיריית רملה, העיד כי משפחת הנאשם היא משפחה נורמטיבית. עוד הביע את התרשםותו מנהישותו של הנאשם, לאורך תקופת המשפט כולה, חרף הקשיים האובייקטיבים והסובייקטיביים הנלוים למעמדו. לבסוף, ביקש, כי נshall לשחרר את הנאשם מהשירות הצבאי, חלף הטלת עונש מאסר.

27. **פרופ' יובל אלבשון**, דיקן הפקולטה למשפטים בקריה האקדמית "אונו", העיד כי הוא משתמש בעורך דין קהילתית מאז שנת 1997. לדבריו, לאחר שהנ帀ט מגיע מ"הפריפריה" איז עצם ההרשעה, עלולה לפגוע בו מבחינת יכולת התעסוקה בעתיד, שכן יתקל ב��שי להיות מושך בעיסוק בעל גוון בטחוני. לדבריו, פגיעה שכזו, מהוות עינויה כלפי עצמה.

28. **מר ארנון אברהם**, בעל בית ספר לאומנויות לחימה, העיד כי אימן את הנאשם בצעירותו וכבר אז התרשם מהערכיהם שאפיינו אותו: משמעת עצמית, כבוד לחבריו מכל המגזרים, עזקה לזרת וחתיירה למימוש יעדיו. בכלל זאת, העיד אודות שאיפתו של הנאשם להתגייס לצה"ל כלוחם ועל האכזבה אשר אפפה אותו עם הרשותו.

29. **הגב' פניה חכמוני**, אשר חינכה את הנאשם בבית הספר היהודי, העידה על כך שהנ帀ט היה ילד עני וצנוע, אהוד על חבריו ואחוב על הסובבים אותו. לדבריה, הנאשם התגאה בשירותו הצבאי ובתרומתו לצה"ל ולמדינה.

30. **הגב' אביבה חיימוב**, חברתה של אחות הנאשם, העידה על השבר שפקד את המשפחה מאז הגשת כתב האישום נגד הנאשם ובמהלך התקופה בה נוהל ההליך המשפטי.

#### טענת הגנה מן הצדק

31. ההגנה העלתה טענה של הגנה מן הצדק, שלפיה, לאחר מתן הכרעת הדין, פעלו מפקדים בכירים בצבא ובינויים הרטמיכ"ל, ראש אכ"א, אלף פיקוד מרכז ועו"ז הרטמיכ"ל, על מנת להשפיע על אביו של הנאשם להחליף את צוות ההגנה, ולשכנע להגיע לעסקת טיעון, אשר תכלול את הסכמתו שלא להגיש ערעור על הכרעת הדין ובתמורה ייעדו מפקדים בכירים לטובת הנאשם במסגרת ישיבת הטיעונים לעונש. נטען, כי מעשים שעורורייתיים אלו, מצד רשות הצבא, מצדיקים הקללה משמעותית בעונשו של הנאשם.

32. לצורך ביסוס הטענה הפניה ההגנה אל עדותו של האב ואל השיחות, שנערכו בין מח"ט כפיר, אל"ם חזות.

33. **אביו של הנאשם העיד**, כי באחד הימים לאחר מועד מתן הכרעת הדין, פנה אליו מר אופיר סופר והציג עצמו כמו שמעוניין לסייע. במהלך השיחה בין השניים הוצע, כי האב יייפגש גם עם מח"ט כפיר. בהתאם,

-בלמ"ס-

אורגנה פגישה בין העד, מחי"ט כפир ומר סופר ליום 9.1.2017 במחנה "ידין". תוכן הפגישה הוקלט על ידי העד (ס/75, ס/84, ס/85). פרטי הפגישה יפורטו להלן. הוסכם בין השלושה, כי הפגישה תישאר חשאית. לעומת זאת, שוחח עמו מפקד מחנה נחונים ושאלו על אודות הפגישה. משטרת העד כי זו הודלפה, מיהר לפניו לבאי כוחו של הנאשם ולעדכנים אודותיה. משנשאלו, במהלך עדותנו, מה הייתה מטרת הפגישה, השיב: "אני הרגשתי שודוקים אותו על מנת שאפטר את צוות ההגנה ואכח סגנור צבאי שיעשה עסקה נוספת טוביה מששלוי יעשרו" (עמוד 1475 שורות 10 - 12).

34. **רס"ר ערן טובלי** העיד, כי באחד הימים התקשר אליו רמי"ט אוגדה 340 ושאל האם נכונה המידע שפורסםה, שלפיה נרכחה פגישה בין מחי"ט כפир לאביו של הנאשם, אך העד השיב כי אינו מכיר זאת. לאחר מכן התקשר לאביו של הנאשם.

35. ביום 24.1.2017, לאחר ששמענו את הקלטת השיחה שנערכה במהלך הפגישה במחנה ידין, קבענו כי לנוכח העובדה שבמהלך השיחה "נשמעו הדובריםמושחים אודות המשך ההליך השיפוטי, לרבות האפשרויות הניצבות בפני הנאשם", ובהתאם להצהרכו של מחי"ט כפир באותה שיחה, שלפיה הוא מייצג "את הצבא" בפגישה זו, סברנו כי יש מקום לומן את מחי"ט כפир ואת מר אופיר סופר לעדות במסגרת פרשת הטיעונים לעונש, וכן הורינו.

36. **מר אופיר סופר**, מזכ"ל האיחוד הלאומי, שירות כס מג"ד תחת פיקודו של מי ששמשם היום כמחי"ט כפир, העיד כי לאחר שהנאטם הורשע, פרסם מאמר (ס/82) בו, בין היתר, עמד על התחשזה בקרב חילקים מהציבור הישראלי, שלפיה הנאשם הופקר על ידי מפקדי צה"ל, אף בשל העובדה כי לא הוועמד להגנתו סגנור צבאי, ובהתאם קרא לחו את הנאשם. בתגובה לכתוב במאמר, פנה אליו מחי"ט כפир, אשר חלק על תוכנו. במהלך השיחה בין השניים, עלה הצורך לסייע לנאותם. לפיכך, מתוך דאגה כנה לנאותם, בשל הצפיו לו בעקבות הרשעה, ומצורח **פרטי**, פנה העד לאביו של הנאשם על מנת לשכנעו להיפגע עם מחי"ט כפир, לשם יצירת עורך תקשורת אל מול המפקדים בצה"ל. בהתאם להסכמה, תיאמו מחי"ט כפир ואביו של הנאשם פגישה ביניהם ליום 9.1.2017 והעד ה策ך אליה. במהלך הפגישה הועלו דרישותיו של אביו של הנאשם אל מול הצעותיהם של מחי"ט כפир ומר סופר. בין היתר, הוציא, כי אביו של הנאשם יפגש עם הסגנור הצבאי הראשי (להלן: "הסת"ר"), על מנת לשמעו דעתה נוספת, לעניין אופן התנהלות המשפט. העד הדגיש, כי בשום שלב לא הוציא לאב להחליף את צוות ההגנה הנוכחי. תגובת האב הייתה: "מה שתציע. בוא נשמע. אני פתוחה. אני לא מ Dickinson במייל אלא במסר" (עמוד 1519 שורה 18). לפיכך, לאחר הפגישה, שוחח העד עם הסט"ר, אשר הביע עמדתו, כי אם תהיה הסכמה לפוגשו, יאות לכך. העד עדכן בתשובה זו את אביו של הנאשם. עוד הבהיר, כי למעט מחי"ט כפир והסת"ר, לא שוחח על עניינו של הנאשם עם אף גורם צבאי אחר.

37. לשאלת הסגנור, השיב העד, כי לא ניסה לשכנע את אביו של הנאשם להימנע מהגשת ערעור. כל רצונו היה להביא לשינוי תוצאת ההחלטה הקשה: "על מנת להגיע לתוצאה מיטבית עברו אלאור" (עמוד 1521 שורה 14).

38. העד ציין, כי לא שוחח עם מחי"ט כפир לאחר שנודע לו כי עליו להתייצב ולהעיד. כן הסביר, כי החורץ לשומר את דבר הפגישה בחשי, נועז ברגישותו של המשפט מבחינה ציבורית והרצון שלא לערב את גורמי

התקשרות, והכל מותוך מטרה אמיתית לנשות ולעזר לנאים. ובלשונו: "אני פעلت כי אוצרת ופעלת מותוך אכפתיות ודאגה ורצון להטיב ומותוך רדיפת אמת ואחריות כלפי אלא/or, המשפחה, צה"ל, כלפי המדינה וערכים שאני מייצג" (עמוד 1518 שורות 27 - 29).

39.  **mach"t כפיר, אל"ם גיא חזות,** העיד כי בעקבות יצירת הקשר עם מר סופר, החליט לנשות ליזור קשר עם משפחת אזריה "מותוך דאגה לאלא/or, למשפחה אזריה, ומותוך רצון לראות איך אחורי הכרעת הדין ... אם יש עוד סיכון לאחר עשרה חודשים של נתק להתחבר למשפחה אזריה, אם יש סיכון קטן אני אעשה אותו. כדי לנשות לפטור לאלא/or בעיות ת"ש ... להציג למשפחה אזריה לשם דעה שנייה ואני לא רואה מה הבעיה בזזה" (עמוד 1533 שורות 28 - 35). משענתה האפשרות, כי ייפגש עם אביו של הנאים, הציג בשיחה המראש עם מאן דהוא (ס/84). מטרת ההצעה להפגיש את אביו של הנאים עם הפיקוד הבכיר בצה"ל היתה "לייצר אמון ולאחות שבר שקיים" (עמוד 1535 שורה 29). מטעם זה אף הזכיר במהלך הפגישה את בעלי התפקידים: ראש אכ"א, עוזר הרמטכ"ל, אלוף פיקוד מרכז והסנגור הצבאי הראשי. העד הסביר, כי חשש שלאור הנתק הממושך, מילתו שלו לבדה, לא תספק את אביו של הנאים (ס/85).

40. העד הבכיר, כי על אף שבמהלך השיחה הוא ייצג את הצבא, בהיותו מפקדו הבכיר של הנאים, אז לא הוסמק מטעם איש להציג לנאים עסקת טיעון או להעניק לו יועץ משפטי. נחפוץ הוא. דזוקא בשל העדר סמכותו ובקיומו בהליך המשפטי, הציג כי המשפחה תפגוש בסגנון הצבאי הראשי על מנת לקבל חוות דעת משפטית נוספת, לפני שייגזר דיןו של הנאים. העד הסביר, כי מניסיונו בעבר, סייעה הסגورية הצבאית לחילימש שהיו תחת פיקודו. لكن, לאור מקצועיותה הרבה של הסגورية הצבאית, על פי התרשםותו, ובשל רצונו לסייע לנאים, הועלה שמו של הסצ"ר בפגישה האמורה. עוד ציין, כי בשל סדר הזמנים בהחול, שהוכתב בשל מועד הטיעונים לעונש, לא היה מנוס מלהזכיר את אביו של הנאים לקבלת החלטות מהירות.

41. לאחר הפגישה, ערך העד את מפקדיו בתוכנה. בכלל זאת, עדכן על הצעתו, כי אביו של הנאים ייפגש עם הסצ"ר וכן עם קצינים בכירים נוספים. בתגובה, הבכיר הרמטכ"ל, כי פגישות עם מפקדים בכירים לא יתקיימו, אולם אם ירצה, יוכל האב להיפגש עם הסצ"ר. לפיכך, יידע העד את אביו של הנאים, כי באפשרותו להיפגש רק עם הסצ"ר וכי העד הכתובה לכל פניותיו בתחום הת"ש.

42. עיון בתמליל שיחתם של mach"t כפיר ואביו של הנאים מיום 7.1.2017 (ס/84) מצביע על כך שmach"t כפיר הבHIR את הבhilות בקיומה של הפגישה במלים הבאות: "אתה רוצה שכבר עכשו נקבע מהר, כי תראה, הבעיה היא כזאת: אין לנו יותר מדי זמן. זה לא דברים .. שתליים בנו, **בניגוד לכל האמירות זהה, לנו אין השפעה על בית המשפט** ובית המשפט מהר מאוד יכנס לתחביבים של דין זור דין, ואנחנו רוצים לעשות את זה לפני שזה יקרה" (ס/84 עמוד 3 שורות 14 – 19, ההדגשות הוספו).

43. מעיון בתמליל הפגישה מיום 9.1.2017 (ס/85) עליהם הפרטים הבאים :

א. mach"t כפיר ציין במהלך הפגישה, כי הוא מייצג את הצבא (עמוד 4 שורה 5 ; עמוד 5 שורה 6, ההדגשות כאן ובהמשך הוספו);

-בלמ"ס-

ב. מ"ט כפир הציע לאביו של הנאש להפגישו עם הסגנור הצבאי הראשי "שהוא ישמיע לך איזה אפשרויות אתה יכול ... בין אם זה **בייעוץ נוסף או בין אם זה לצרף מישחו נוסף לצווות של ההגנה...**"

(עמוד 6 שורות 12 – 21). כן הציע, כי אביו של הנאש ישמע גם דעתם בכירים בצבא ובהם: עוזר הרמטכ"ל, ראש אכ"א ואלו"ף פיקוד המרכז (ראו עמוד 15 שורות 19 – 22 ; עמוד 16 שורה 23 – עמוד 17 שורה 2 ; עמוד 22 שורה 1) ;

ג. גם מר סופר הציע לאביו של הנאש לשמע את הסגנור הצבאי הראשי על מנת שישמעו "גם דעתך אחרת" (עמוד 14 שורה 17 – 20 ; עמוד 17 שורה 25 ; עמוד 26 שורות 11 – 16) ;

ד. מר סופר ציין, כי התייעץ עם שרת המשפטים ונמסר לו, כי סיכון הערעור קלושים וכי "הדבר חמי טוב לעשות זה להביא את העונש למינימום של המינימום..." (עמוד 9 שורות 2 – 12 ; וראו גם עמוד 14 שורות 22 – עמוד 15 שורה 3) ;

ה. מ"ט כפир ציין כי "הדרך היחידה לשנות פסיקה של בית משפט, זה ערעור", עם זאת, חוזר על דבריו של מר סופר, שלפיהם סיכון הערעור נמכרים (עמוד 11 שורות 13 – 22) ;

ו. מ"ט כפир חוזר והציג במהלך השיחה, כי אין לו השכלה משפטית וכי הוא אינו בקיא בהליכים המשפטיים (עמוד 6 שורה 17 ; עמוד 7 שורה 9 ; עמוד 11 שורה 21) ;

ז. הגם שמח"ט כפир השתמש במינוח "עסקת טיעון" הוא סיג דבריו ולשאלת אביו של הנאש האם "בטיעונים לעונש לא יהיה עונש? ישחרר הביתה?" השיב מפורשות: "אני לא מוסמך" (עמוד 16 שורות 23 – עמוד 17 שורה 7 ; וראו גם עמוד 19 שורות 16 – 17 ; עמוד 20 שורות 2 – 8 ; עמוד 20 שורות 15 – 20). בהמשך, אמר מ"ט כפир את הדברים הבאים: "אני לא באתי להציג לך את העסקה. זה לא אני, אני לא הגומת לך. אני לא יכול להגיד לך כמה. אני רק רוצה להגיד לך בו. בוא נתחיל בערוץ הזה. תבדוק אותו. תשמע את האנשים. יש אופציות נוספות שהסנגוריה הצבאית יכולה להציג לך. תבחן אותו. תשמע את האנשים. תראה אם אפשר למכת עליו מבחינתך. תעלה את כל מה שאתה רוצה, מבחינתך, אבל נסה אייכשו להתקדם" (עמוד 17 שורות 13 – 19) ;

44. דבר זה"ל, אשר נדרש להתייחס לתוכן הפגישה הגיב, כי לא "הווצה הצעה באשר להקלת בעונש או ביחס לערעור או כהתערבות אחרת כלשהי בהליך המשפטי" (ס/86).

### עתירת הצדדים לעניין העונש

#### עדמת התביעה

45. התביעה הצבאית עמדה על חומרתה היתירה של עבירות החရיגה, אשר בוצעה, בנסיבות המקירה, תוך הפרה של הוראות הפטיחה באש ובניגוד לערכי הצבא. התביעה הצבאית על כך **شمידת אשמו של הנאש גבוהה היא, משחררי בוצע מתוך כוונה לגרום למותו של המחבר, על רקע מעשי הנפשעים הקודמים ולא מתוך קיומה של תחושת סכנה.** נטען, כי מעשיו של הנאש סותרים "נורמות יסוד של שלטון החוק, אין אדם מוסמך ליטול את הדין לידי. לשים עצמו לשופט ולמוסכיא לפועל" (עמוד 1555 שורות 13 – 14). אשר **ערך המוגן שנפגע כתוצאה ממשי הנאש, נטען, כי אין ערך נעלם מערכ קדושת החיים.** עוד נטען, כי הנאש פגע במעשיו בערך טוהר הנשך, הקובל כי "החייב ישתמש בשקו ובכוחו לביצוע המשימה בלבד". לדידיה של התביעה הצבאית, במשיו, ניצל הנאש לרעה את הכוח והסמכות שניתנו לו כחיל בצה"ל, על מנת למש מטרה פסולה. מנגד, עדמה התביעה הצבאית על **נסיבות ביצוע העבירה**, אשר יש בהן כדי

-בלמ"ס-

להביא להקלת בעונשו של הנאשם ובכלל זאת: העדר תכנון מוקדם של המעשים, אשר בוצעו במהלך סיטואציה מבצעית מורכבת, בה נטל חלק מתווך תפקידו הצבאי, ולאחר שנדרש לטפל בחברו הטוב, אשר נפגע זמן קצר קודם לפיגוע דקירה. ביחס **למדיניות הענישה הנוהגת**, סברה התביעה הצבאית כי קיים קושי ללמידה גזירה שווה מפסיקת קודמת, הן לאור תחום המעשים הרחב, הנכלל בעבירות החריגה, והבדל זה מזה בהתאם ליסודות הנפשי ונסיבות העניין, והן לאור מיעוטם של המקרים ממין זה, העוסקים בהטלת עונש על חיל המורשע בעבירות החריגה בנסיבות מבצעיות. עם זאת, הפנתה התביעה הצבאית במספר פסקי דין, אשר יפורטו בהמשך, מהם ביקשה להקשיש לעניינו. בהתחשב בכל אלו, עטרה התביעה הצבאית, כי נעמיד את מתחם העונש החולם בעניינו של הנאשם על **שלוש עד חמיש שנות מאסר בפועל**.

46. אשר לקביעת בעונשו של הנאשם בתוככי מתחם העונש החולם, ציינה התביעה הצבאית את השיקולים הבאים, בהם יש להתחשב **לחובת הנאשם** בעת גזירת דין: אי נטילת האחריות על מעשיו ואופן ניהול החקלאי הפלילי, תוך הטחת טענות כבדות משקל כלפי מפקדיו. מנגד, גרסה התביעה הצבאית, כי יש לשקלול **לחובת הנאשם** את השיקולים הבאים: שירתו המצוין כלוחם וכחופ"ל; היוות המעשה חריג לאורחותיו ולהיותו אדם חיובי ותרום; העדר עבר ממשמעתי ופלילי לנאים; היוותו נתון במעטץ פתוח תקופה משמעותית של מעלה מעשרה חדשניים, והשלכות החקלאי המשפטי על הנאשם ועל מצבם הרפואי של בני משפחתו. ביחס לפגישה שהתקיימה בין מח"ט כפיר ומר סופר לבין אביו של הנאשם, נתען, כי לא נפל בה פגם, שכן פגisha זו היא תולדה של יווזמה עצמאית ונوعדה כל כולה לסייע לנאים, בתום לב. לפיכך, אין בעצם קיומה, כמו-גם בתוכנה, כדי להשליך על מידת העונש שיש לגזור לנאים. בשקלול כל אלו, עטרה התביעה הצבאית, כי נזוזր לנאש **עונש מאסר בפועל שעומד על ספו התחthon של מתחם העונש החולם, לצד מאסר מותנה והורדה לדרגת טוראי**, וזאת לאור הרשותו אף בעבירה שעונייה התנהלות שאינה הולמת, ובהינתן הפגם הערכי הנלווה למעשיו.

#### עמדת ההגנה

47. בא כוחו של הנאשם הדגישו בטיעונם את **נסיבות האירוע** בכללו, כעילה להקלת משמעותית בעונשו של הנאשם, דהיינו היוות המעשים תוכאה ישירה של פיגוע דקירה, במהלך חיבורו של הנאשם; העובה כי עבר לירוי טיפול הנאים בחברו אשר נפגע; בעובדה כי בריגים הרגלונטיים זירת הפיגוע נוהלה באופן לא מקצועי תוך הותרת ואקום פיקודי, כאשר במהלך שנותיו בזירת הפיגוע לא קיבל הנאשם פקדות או הניות מפקדיו ובמקביל שמע את קריואותיהם של אנשי מד"א וארגוני היישוב היהודי בחברון, שנחו במקומות, וקרוואו קרייאות לגבי הסכנה הנשכנת מהמתбел; העובה כי זהו אירוע "האמת" הראשון בו נטל הנאשם חלק. הגנה בקשה, כי נלמד גזירה שווה, לעניין עונשו של הנאשם, **מפסק דין שחצינה**, כפי שפרט להלן. בהסתמך על שלל הטיעונים והפסיקה, נתען, כי מתחם העונש החולם צריך לעמוד על **הטלת עונש מאסר כלל ועד ל- 21 חודשים מאסר בפועל**. ההגנה בחרה, על אף שאלת בית הדין, שלא להתייחס בסיכוןיה לעניין העונש, **לערך המוגן אשר נפגע**.

48. ההגנה עטרה עוד, כי נתחשב **לקולה** בנסיבות האישיות והמשפחתיות של הנאשם. לעניין זה הודגש אופיו החביב והתרום של הנאשם, התנדבותו לשירות צבאי ביחידה קרבית מובילה והיותו חיל מציגין, מקצועני, נדייב ואחד על חבריו ומפקדיו; כן פורטה העובה, כי הנאשם היה נתון במעטץ פתוח תקופה

-בלמ"ס-

ממושכת, וכי חרב זאת, הייתה התנהוגתו מיטבית במהלך כל אותה תקופה. ההגנה ציינה אף שמאז האירוע סובל הנאש מסמנים של פוסט טראומה, והוא זוכה לטיפול של גורמי ברה"ן, באופן תדרי, מזה מספר חודשים. כן Natürlich, כי לנאים נגרם נזק אף מפרטים שלו באמצעות התפקיד השונים ואך לאור התבטאות שליליות בנגדו מצד גורמים בכירים במערכות הצבאית והפוליטית (ס/88). נתקבשו אף להתחשב באירועים המופנים כלפי הנאש ומשפחו, אשר מוסיפים קושי ודאגה בהתמודדות היומיומית עם השלכות הפרשה בכללותה, בעיקר בגין העתיד לבוא. לבסוף טענה ההגנה, כי נסיבותיה של הפגיעה שנערכה בין מחר"ט כפир ומר סופר לאביו של הנאש מחייבת את המסקנה, כי מחר"ט כפир נשלח אליה על ידי הרמטכ"ל וראש אכ"א ואך בכך יש כדי להביא להקלת בעונשו של הנאש. בהתחשב בכל אלו, ועל מנת שלא לפגוע בסיכון שיקומו של הנאש, עתרה ההגנה כי **נטיל על הנאש עונש צופה פני עתיד בלבד**.

49. הנאש לא העיד לעניין העונש, אך בדברו האחrown, פנה אל בית הדין וביקש, כי נדון אותו במידה הרחמים, תוך שנותחשב בנסיבות הקשה של המשפחה.

## דיון והכרעה

### כללי

50. בשנת 2012 ראה המחוקק לתקן את חוק העונשין (תיקון מס' 113).

50. תוק שקבע את עקרונות העונשינה בהם על השופט להתחשב בעת גזירת העונש. נקבע, כי "מקרב מטרות העונשינה השונות, תיקון 113 מעניק בכורה, אם כי לא בלבד, לעקרון ההלימוט, הוא – עקרון הגמול (ע"פ 1523/10 פלונית נ' מדינת ישראל, [פרסום בנב], דברי השופט רובינשטיין בפסקאות י"ז-י"ט 18.4.2012]). על-פי עקרון זה, העונש הרاوي לעברין נוצר ממידת اسمו ומחומרת מעשו, ובלבשו של חוק העונשין: 'העיקרון המנחה בעונשינה הוא קיומו של יחס הולם בין חומרת מעשה העבירה בנסיבותיו ומידת אשמו של הנאש ובין סוג ומידת העונש המוטל עליו...' (סעיף 40ב). זהו העיקרון המנחה". (ע"פ 8641/12 סעד נ' מדינת ישראל (2013))

51. כן נקבע, כי תחילת על בית המשפט לקבוע מהו מתחם העונש **ההולם** למעשה העבירה, שי"הו אמת-מידה נורמטיבית, המשקלה את **הערך החברתי שנפגע** כתוצאה منه העבירה, **מדיניות העונשינה** הנהוגה בגין העבירה זו **ונסיבות ביצועה**, לרבות **מידת אשמו של הנאש**" (ע"פ 1323/13 חסן ואח' נ' מדינת ישראל (2013) – ההדשות הוסף, וראו סעיף 4ג לחוק העונשין). ניתן להיווכח, כי עקרונות העונשינה מחייבים תחילת בחינה של הערכות החברתיים הכלליים שנפגעו, לצד **נסיבות ביצוע העבירה**. רק בשלב מאוחר יותר, לצורך קביעת העונש בתוככי המתחם, או בשיקול לסתות ממנו, על בית המשפט להידרש לנסיבותו של הנאש עצמו, לצד **נסיבות נוספות** הקשורות ביצוע העבירה (סעיף 4יא לחוק העונשין). נפסע אפוא במתווה שקבע המחוקק.

### מתחם העונש **ההולם**

#### **הערך החברתי שנפגע ומידת הפגיעה בו**

52. מעשיו של הנאש פגעו במספר ערכיים חברתיים, אשר שומה עליינו להגן עליהם, על מנת לחזק את חוסנה המוסרי והערכי של החברה בכללותה ושל צה"ל, כצבאה של החברה, בפרט. הערך המוגן **העיקרי**, אשר נפגע כתוצאה מעשיו של הנאש, הינו **עקרון קדושת החיים** וכבר נפסק לגבי כי **ערך החיים** הוא

הנעה בערכיים" (ע/10/42, 45 רב"ט ולטוצ'אנו נ' התובע הצבאי הראשי (2011); וראו גם ע"פ 6392/07 מדינת ישראל נ' שמואל יחזקאל, (2008); ע"פ 8133/09 מזרחי נ' מדינת ישראל ואח' (2010)). כאמור, ביטויו למשמעות הרם של ערך זה, מיתן למדוד אף מהעונש המרבי הקבוע בצד עבירות ההרגה. כפי שפרטנו בהרחבה במסגרת הכרעת הדין, ביצע הנאים את המעשה, מותוך כוונה לקטול את חייו של המחבר, אשר לא היווה סכנה באותה עת. במצב דברים זה, פגע הנאים אף בערך טוהר הנשק, שכן הפעיל כוח קטלני במידה העולה על הנדרש לצורך ביצוע משימותו הצבאית. במשמעות "روح צה"ל" המהווה את "תעודות הזהות הערכיות של צה"ל, אשר ראוי שתעמודו בסיסוד הפעולות של כל חיל וחילטת מסגרת צה"ל" והקובע את הרף הערכי הנדרש מחיליו, הוגדר ערך טוהר הנשק בזו הלשון:

"החיליל ישמש בנשקו ובכוחו לביצוע המשימה בלבד, אך ורק במידה הנדרשת לכך, וישמור על צלם אنسוש אף בלחימה. החיליל לא ישמש בנשקו ובכוחו כדי לפגוע בבני אדם שאינם לוחמים ושבויים, ועשה ככל שביכולתו למנוע פגיעה בהםיהם, בגופם, בכבודם וברכובם".

53. אכן, השימוש הקטלני בכוח הנשק לאחר שהוא מ לחבר, נקלה ושלfel, פצע חיליל צה"ל במהלך דקירה, שהתקיים אך דקוט ספורות קודם לירוי האמור (ולכך עוד נדרש). עם זאת, להשapterנו, גם בנסיבות מורכבות אלו, ואולי דווקא בהן, נדרשים חילילי צה"ל להקפיד למנוע פגיעה בחויי אדם מעבר למחייב. ערך טוהר הנשק משwon על ידי החילילים השכים והערב וחישבותו ברורה במיוחד אל מול פני האויב. חריגה מהוראות הפתיחה באש והפעלת הנשק תוך סטייה מהן, ולמטרה פסולה, עלולות לכרסם בערכי צה"ל ובחזקה המוסרית של פעולותיו. בית המשפט העליון נדרש לפרשנות המונח "טוהר הנשק", בקבועו כי הוא מחייב את החיליל ליתודעת הריסון, האיפוק והמעצרים בשימוש בכוח הנשק כלפי האוכלוסייה האזרחית של הצד היריב וככלפי השבוי, ככלפי העוצר, ככלפי הנחקר וככלפי כל המוחזק במשמרות הצבא" (בג"ץ 7195/08 ابو רחמה נ' הפרקליט הצבאי הראשי, פ"ד סג(2) 325 (2009) (להלן: "ענין ابو רחמה"). לעניינו יפות אף קביעותיו הנוספות של בית המשפט העליון באותו עניין -

"כיבוד זכויות אדם והשמירה על כבוד האדם, גם כאשר הוא נמנה עם האויב, טבועים באופןיה של המדינה כמדינה יהודית ודמוקרטיבית. ערכים אלה צריך שיימצאו את ביטויים גם באכיפת החוק הפלילי כלפי מי שהפר בהתנהגותו עקרונות אלה. אכיפה זו היא מרכיב חשוב גם בתפישת הביטחון של ישראל ובעמידה על צה"ל ועל רמתו. ... רוחו של הצבא וצבינו המוסרי תלויים, בין היתר, בשמירה על טוהר הנשק ובהגנה על כבודו של הפרט, באשר הוא." (שם, בעמוד 374-375).

54. גם בית הדין הצבאי לערעורים נדרש להתייחס למוגבלות השימוש בכוח הצבאי בכלל ובעת לחימה, בפרט, והדגיש, כי דווקא במקרים בהם נעשה השימוש בנשק כלפי האויב, יש לשומר על ערכי המוסר וטוהר הנשק:

"... ערך 'טוהר הנשק' ברוח צה"ל מציג בבירור, ובלשון שאינה משתמשת לשני פנים, את חובת החיליל לנוהג באיפוק מרבי בעת הפעלת הכוח הצבאי המסור בידו. ... ציווי מוסרי זה לעולם עומד. בעת ישומו, המידתיות בהפעלת הכוח הצבאי, נגוררת, כמובן, מן ההקשר הצבאי של MERCHANTABILITY החיליל וככל נסיבות המקרא.

ערך 'טוהר הנשק' ברוח צה"ל השכיל לעגן שני כללים מרכזיים – למעשה, את שני הכללים המרכזיים – של אтика צבאית, בקשר להפעלת כוח בשעת לחימה. הראשון, פוזיטיבי, עניינו, במידתיות הפעלת כוח כנגד אויב, ולפיו חיל ומפקד יפעיל את הכוח המסור לידיו, כנגד אויב, אך ורק לצורך ביצוע המשימה הצבאית, ורק 'במידה הנדרשת לכך'. כל שימוש בכוח מעבר לנדרש הוא שימוש פסול, אף אם הוא מוכoon נגד אויב ולצורך ביצוע המשימה. ..." (ע/03/62 התובע הצבאי הראשי נ' סמל אילון (2003) ההדגשות הוספו; ראו

גם ע/05/66 סמל נ.ר. נ' התובע הצבאי הראשי (2005) (להלן: "פרשת סמל נ.ר."); ע/05/96 טור' והייב נ' התובע הצבאי הראשי (2006))

55. נשוב ונזכיר, כי "בחברה הישראלית הצבא על כל שלוחותיו הוא צבא העם. הוא מקיף את כל שדרות הציבור, וכל עיר או עירייה המשרתים במסגרתו מקבלים נשק אישי לביצוע תפקידים" (ע"פ 10843/07 דהן נ' מדינת ישראל (2008)). משכך, לסתיטה מהירות הקשורות בהפעלת הכוח עלולה להיות השפעה מכרעת על החברה בכללותה. לפיכך, לא ניתן להפריז בחשיבותה של הוקעת חריגה מנורמות אלו, לצורך עיצוב המטען המוסרי של החברה בכללותה. יוצא אפוא, כי חריגה זו יש לבחון לא רק מהפריזמה הפנים צבאית, אלא אף בפרשנטיבתה רחבה יותר שמכירה במרקיזותו של צבא ההגנה לישראל בתוככי הציבוריות הישראלית ובמשמעותם הקיימים ביחסו צבא – חברה.

56. מעבר לכך, חובת השמירה על טוהר הנשק אינה אך חובה מוסרית, אלא שהפרטה עלולה לפגוע במדינת ישראל ובמאםץ הביטחוני שלה (ע/03/153 סא"ל שגיא נ' התובע הצבאי הראשי, (2004) :

"לחימה הנוכחית בשטחים יש שני מרכיבים – רכיב ממשי-פיזי ורכיב תודעתי. בעימות מוגבל – שהוא סכטוך מזוין, שאינו עולה כדי מלחמה כוללת – דזוקא האחרון הוא שעשו להכריע את המערכת. לפיכך, למשלים שיש בהם כדי להחליש את מלחמתו של צה"ל מן היבט התודעתי, יש השלכה מכרעת.

... התקורת איננה ערכאה שיפוטית; ברם, בלחימה הנוכחית, היא מהויה זירת לחימה מרכזית בקרבת על התודעה". כשלון בזירה זו נזקו רב. במקרים רבים השפעתו האסטרטגית של כישלון בקרבת על התודעה מאפיילה על כל הישג טקטי המושג בעמל רב ותוך כדי סיוכן חיילו לוחמים, בזירות הלחימה. הווי אומר: לא רק [הנאים שם] נשבט בתקורת עקב מעשו, אלא גם צה"ל כולו. מעשו .. וכישלונותינו בעליים, אפוא, גם כדי כשלון – של צה"ל, מפקדיו וחיליו – בזירת לחימה עיקרית, למרחב התודעה".

57. מהמקובל לעיל עולה, כי פגיעה מעשו של הנאשם בערכים חברתיים ראשונים במעלה, ובهم ערך קדושת החיים וערך טוהר הנשק, קשה היא.

### **נסיבות הקשורות ביצוע העבירה**

58. בקביעת מתחם העונש ההולם, על בית הדין להתחשב אף בנסיבות הקשורות ביצוע העבירה, כאמור בסעיף 40 ט לחוק העונשיין. התרשםנו, כי בין באי כוח הצדדים הייתה תמיינות דעתם ביחס להשפעה המקלה שיש לנסיבות אלו על קביעת מתחם העונש ההולם.

59. על האירוע שבו עסקין פירטנו בהרחבה במסגרת הכרעת הדין, ולפיכך נפרט להלן את הנסיבות הרלבנטיות לצורך קביעת מתחם העונש ההולם, עניינו.

60. ניתן למנות נסיבות מילוט מספר שיקולים. האירוע בכללותיו התרחש **בזירה עוינית ומורכבת**, כאשר דקרו טירות לפניו הירי התרחש בזירה **פייגע**, שבו נטו חלק שני מוחבלים שהחזיקו בסכינים וביקשו באמצעות קטול את חיים של חיילי צה"ל שביצעו משימנת שמירה ובודוק במידה. יוצא אפוא, כי האיום שנשקף מהמחבלים בשלב מוקדם יותר, לא היה בגדר איום ערטילאי, אלא **איום ממשי**, שעה שאלו הוציאו את כוונתם אל הפעול ולמרבה הצער, **אף הצלicho לפצע חייל צה"ל** וזאת בתקופה שבה נאלצו כוחות הצבא להתמודד עם גל טרור. בכך יש להוסיף, כי לגבי תא השטח הרלוונטי, אף עמדה ברקע

-בלמ"ס-

התראה מודיענית קוונקרטיבית לביצוע פיגוע. אמנים קבענו, כי הנאים ביצעו את הירי שעה שלא נשקפה עוד סכנה מהמחבל. יחד עם זאת, התשתיות הריאיתית שהובאה בפנינו לא לימדה באופן חד משמעי אודות הרגע המדויק שבו גלהו של הנאים החלטה לבצע את הירי שהוביל למותו של המוחבל, ובעניין זה מקבלים אנו את עמדת התביעה הצבאית, ממנה עולה, כי יש להניח לטובת הנאים, כי זו התגבשה זמן מועט טרם היר, ומגלי **שהיר בוצע לאחר תכנון מוקדם**. עוד רأינו לתת משקל לעובדה, כי האירוע האמור, הוא **אירוע "האמת" המבצעי הראשון** שבו נטל הנאים חלק. לכך מצטרפת העובדה כי עברו הנאים זהו המקרה הראשון, שבו הוא נדרש לטפל בפצעה של חיל, חברו ליחידה, בנסיבות מבצעיות. אין גם לחתudem בכך, כי במהלך ביצוע היר, הייתה הזירה פעילה והאירוע המבצעי טרם הגיע לכל סיום. בזירה נכחו הן כוחות צבאיים, הן כוחות הצלה "ازורתיים" והן אזרחים, ובמקומות נשמעו קריאות באשר לסכנה שנשקפה מהמחבל. אמנים קבעו, כי לא היה באוטן קריאות כדי להשליק על כנות טענת הטעות במצב הדברים, אותה העלתה הנאים. יחד עם זאת, אין לכך, כי **האוירה הכלולת בזירה**, במסגרת פעול הנאים, הייתה מורכבת וمتוחה, ואף לכך יש לתת משקל מה במלאת גזירות הדין.

61. הניסיבות שעלייהן עמדו לעיל, הוכרו בפסקת בית המשפט העליון, כשיקולים בני משקל לצורך בחינת פליליות המעשה. נקבע כי -

"אל לנו לבחון את פעולותיהם של אנשי כוחות הביטחון במצבם לחימה, בגדלים נשקייף סיכון ממשי לחיהם ולשלומם, באופן תלווה מהסיטואציה המיוחדת בה הם פועלו. לפיכך, לעניין זה, דברי הנשיא אי' ברק בע"א 5604/94 אוסמה חמד ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(2), 498 (2004) :

'כאשר שוטרים או חיילים פועלים בתנאי לחץ וחירום שלא הם גרמו, המונעים מהם שקיילה ובחינה רגילים של החלופות והחייבים החלטה מהירה שלא ניתן להתכוון אליה מראש, יש לבחון את סבירות פעולתם במסגרת תנאים מיוחדים אלה. אין לנתק את ההתנהגות מהתנאים שבסבבו אותה. אין להעתיק את ההתנהגות ל"תנאי מעבדה"' (שם, בפסקה 12 לפסק דינו של הנשיא ברק)

עוד יש להזכיר, כי בית משפט זה קבע, לא אחת, כי יש להוותיר "מרוווח טעות" לשוטרים ולחילילים הפעילים בתנאי קרב, או במסגרת פעולות מבצעיות. הטעם לעמדת זו, נועז בתובנה לפיה ראוי להוותיר לחילילים מרווה סביר של טעות היכולת להיגרם כתוצאה מתנאי המוקם, השטח והזמן העומדים ברקע האירוע המבצעי שבמחלוקת והחייבים החלטה מהירה ולא התיעצות משפטית על המותר והאסור באותו רגע (ע"א 3684/98 מדינת ישראל נ' אחיליל [פורסם ב公报] 7.3.1999), בפסקה 5 לפסק הדין). עוד ראוי להבaya מדבריו של השופט אי' לוי ברע'א 5203/08 מדינת ישראל נ' אגרליה – ואני סבור כך – כי החילילים שגו בהפעלתו של נוהל מעוצר חדש, דומה כי טעות זו, בנסיבותיו הפרטניות של המקרה דן, נכנסה לגדיר מותם שיקול הדעת אותו יש להעניק לחיליל המתמודד במצבו אמת בשטח' (שם, בפסקה 9 לפסק הדין)." (בג"ץ 143/12 ג'ילאני נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח' (2014))

62. אמנים בענייננו, דחוינו את טענת הטעות וקבעו במסגרת הכרעת הדין, כי קיימת הצדקה להעמדתו של הנאים לדין פלילי. לצד זאת, יש עדין מקום ליתן משקל מהותי לשיקולים אלו במסגרת גזר הדין. לפיכך, חשוב ונכון, כי לא נעלמו מעניינו הניסיבות המבצעיות שבמסגרתן התרחש האירוע מושא גזר הדין, וכי

שאלו פורטו לעיל (וראו ע"פ 4191/05 **אלטאגוז נ' מדינת ישראל** (2006), פסקה 63, והשו פרשת סמל נ.ר., פסקה 9).

63. כאמור, טענה ההגנה, כי יש להתחשב בעת בוחינת נסיבות ביצוע העבירה, אף באופן הלקוי בו נוהלה הזירה על ידי הדרג הפיקודי במקום, ובכלל זה העובדה כי לא ניתן פקודות קונקרטיות לנאים באשר לאופן הפעולה המוצופה ממנו. טענות אלו עלולו על ידי ההגנה, אף בשלב בירור האשמה. במסגרת פרשת הנסיבות, נחשפנו באופן חלקי לפעולות שביצעו המפקדים שנכחו בזירת האירוע, ובכללם המ"פ והמ"מ וזאת במוגבלות המותר נוכח קיומו של תחקיר מבצעי, שתוכנו חסוי מפני בית הדין. בין היתר, נחשפנו לכך, כי המ"פ נזף בשל אופן ניהול הזירה במהלך האירוע. יחד עם זאת, לא הונחה בפנינו תשתיית ראייתית המבוססת קשר כלשהו בין התנהלות, אותה מייחסת ההגנה לדרג הפיקודי בשטח, לבין החלטתה של הנאים לירות במחבל. נוכח האמור, גם אם יש אמת בטענת ההגנה בדבר התנהלות הנטענת של המפקדים, הרי שבנסיבות אלו, אין לתת לה משקל ממשי, ולא בכך לא מצאנו לעסוק בכך בהרחבה במסגרת ההחלטה הדין. לצד זאת, אין מחלוקת, כי במהלך האירוע, הנאים לא **קיבלו פקודות סדרות**, באשר לאופן התנהלות המוצופה ממנו. נוכח כך ו בשל **מורכבות האירוע ומידת הניסיון המבצעי** שיש לייחס לו, מצאנו להתחשב בכך במידה מה, בשל זה של ההליך.

64. מנגד, יש לתת את הדעת לכך, שהנאים גרים למוות של המחבל, מבלתי שהיתה לכך כל הצדקה ותוך חריגה מהוראות הפתיחה באש, ומתוך כוונה לגרום למוות זה, בשל מעשיו הנפשעים הקודמים של המחבל. בנסיבות אלו, הרי **שהנזק שנגרם מביצוע העבירה** הוא החמור האפשרי. בהכרעת הדין, אף קבענו, כי הנאים הבין היטב את משמעותו מעשוו ואף כיוון אליהם.

#### **מדיניות הענישה הנוהגה**

65. בהתאם למציאות החוקק, לצורך קביעת מתחם העונש ההורם, על בית הדין לבחון גם את מדיניות הענישה הנוהגה. בכל הנוגע לעבירות הריגה, שmbטאת מנגד רחב של התנהוגיות, המקימות את יסודותיה, הרי שמלאכה זו היא קשה. עניינו, שהמדובר אף בנסיבות מבצעיות יהודיות, קשה המלאכה שבעתים. עמד על כך בית המשפט העליון בציינו כי -

"עבירות הריגה מכסה כדיוע את התחומים הרחבים מאוד של מעשי הקטילה שמעבר לרגע עבירות גרים המות ברשלנות (לפי סעיף 304) ומתחאת עבירות הרצח (לפי סעיף 300). מידת עונשו של המושרש בעבירה זו תיקבע בראש וראשונה מתוך מכלול הנסיבות המיחדשות באותו אירוע".

נקודות המוצאת בקביעת עונשו של המושרש בהריגה תהיה בראש וראשונה בחומרה היתריה הנודעת למשעה אלימות שתוצאתו בקטילת חי אדם"  
(ע"פ 3769/06 **בן שמחון נ' מדינת ישראל** (2007))

66. במסגרת הסיכומים לעניין העונש, הפנו הצדדים, כל אחד על פי שיטתו, לפסקי דין מהם נתקבשנו להקיש לעניין עונשו של הנאים. נעיר כבר עתה, כי נדרש להלן, אך לפסקי דין העוסקים באירועים שנסיבותיהם דומות והם העיקריים בעלי אופי מבצעי.

-בלמ"ס-

## 67. התביעה הצבאית הציגה בפניו את פסקי הדין הבאים:

א. ע"פ 8133/09 מזרחי נ' מדינת ישראל (2010) (להלן: "ענין מזרחי"). הנאשם, בלש במשטרת ישראל, ביצע פעילות שיטורית, במהלך ניסח המנוח לזרקו באמצעות מברג ונכנס מיד לאחר מכן לרכב.

ה הנאשם ניפץ באמצעות אקדחו את שמשת חלון הנהג. אז ניסח המנוח להימלט באמצעות הרכב ובתווך כך פגע פגעה קלה בנאש, אשר בתגובה ירה לעבר ראשו והרגו. הנאשם הורשע בעבירה שענינה הריגה, ונידון ל- 30 חודשים מאסר בפועל. לדידה של התביעה הצבאית, ענינו של מזרחי, פחות בחומרתו מענינו של הנאשם, נכון קביעות בית המשפט העליון אשר הנית לטובת מזרחי, כי חש "בנסיבות מסוים מצד המנוח", וכן כי מדובר בירי שבוצע לאחר ניסיון תקיפתו שלו על ידי המנוח.

נסיבות מקלות אלו, נטען, אין מתקיימות בענינו של הנאשם;

ב. ע"פ 4191/05 אלטגאו נ' מדינת ישראל (2006). הנאשם, עבר כמאבטח חמוש בבית ספר. ביום האירוע התעמת עם טכני מזגנים אשר סירב להזדהות בפניו הנאש ונכנס, תוך הפעלת כוח, למתחם. בין השניים פרץ ויכוח שככל אליו ובהמשך התפתחה קטטה שבמהלכה שלפ' הנאשם את אקדחו, דרך אותו ואיים בו על המנוח. כל אלו, כמו- גם יריית אזהרה שביצע הנאשם לאוור, לא היה בהם כדי לעזור את המנוח מלהתקדם לעבר בניין בית הספר. הנאשם רדף אחרי המנוח וכאשר האחרון הסתובב לעברו, ירה הנאשם לכיוונו ופגע בחזו. מאוחר יותר ירה ירייה נוספת לעבר ראשו של המנוח וכתוצאה ממנה נגרם מוותו. הנאשם הורשע בעבירה שענינה הריגה. בית המשפט העליון קיבל את ערעור הנאשם והעמידו על 5 שנות מאסר בפועל. לדידה של התביעה, גם נסיבותו של אלטגאו קללות מניסיבותו בענינו של הנאשם, שכן בית המשפט העליון קבע באותו ענין, כי הוא فعل מתוך רצון לבצע את תפקידו כלפי מי שנחсад כמחבל, ולא בנקמה או מחמת זעם;

ג. ע/05/96 טור' והיב נ' התובע הצבאי הראשי (2006). הנאשם, לוחם בגדר הסיור המדברי, ירה באזורה בריטי ששחה ברפיה בסמוך לציר "פילדלפי", ללא הצדקה מבצעית, וגרם למותו. הנאשם הורשע בביצוע מסר עבירות וביניהן הריגה, שבגינה נידון ל- 7 שנות מאסר בפועל. התביעה הצבאית הטעימה בטיעוניה, כי ענינו של והיב חמור מזה של הנאשם, בהינתן כי לא קדם לירי פגוע ולא עמדו ברקע נסיבות מבצעיות;

ד. תפ"ח (חיפה) 4256-06-11 מדינת ישראל נ' בחוס ואח' (2013). מדובר בפרשה שבמסגרתה הורשו מספר מעורבים בעבירה שענינה ניסיון להריגה ותקיפת שוטרים. התביעה הצבאית ציינה כי ענינים של המעורבים קל מענינו של הנאשם, הן לאור סעיף ההרשעה והן לאור העובדה כי גור הדין ניתן בחלוף 8 שנים ממועד האירוע. על שלושה מהנאשמים הוטלו 24 חודשים מאסר בפועל ועל נאשם נוסף הוטלו 20 חודשים מאסר בפועל.

## 68. ההגנה הציגה בפניו את פסקי הדין הבאים:

א. מטכ"ל (מחוזי) 10/16 התובע הצבאי נ' סמ"ר ס.ת. (2012). כתוב האישום המקורי ייחס לנאש, שירות כלוחם, עבירה של הריגה בגין ירי לעבר אדם שהתקדם לעבר כוחות צה"ל, חלק מקבוצה, אחד מחבריה הרים דגל לבן, וזאת בזמן לחימה במבצע "עופרת יצוקה", ברא�ות עזה. בעקבות קשיים ראייתיים ממשיים להוכיח את הקשר הסייעתי בין הירי לבין תוכאת מוותו של אותו אדם, בהעדר זיהויו, לאור פגעה ממשית בהגנת הנאשם ובהגינות ההליך, וזאת נוכח העדר יכולת לעשות שימוש במקרים תחקיר מבצעי באותו ענין, הציג באירוע הנסיבות הסדר טיעון, במסגרת תוקן כתוב

האישום לעבירה שעניניה **שימוש בלתי חוקי בנשק**. הצדדים עתרו במשפט להשתתף להשתתף עונש של 45 ימי מאסר לRICTOI בפועל;

ב. ע"פ 6454/03 **טדשה נ' מדינת ישראל** (2004) (לעיוונו הוגש גור הדין של ביהמ"ש המחויז - ת"פ (י-ם) 2059/02). הנאים, ששימש כמאבטח בנק, ירה בלקוח אשר ניסה להיכנס לבנק לאחר שעת הסגירה ותוך עימות עמו. בית המשפט העליון הניח לטובת הנאים, כי כתוצאה מהעימות חש שנשקפת לו ולהברתו המאבטח, סכנת פגיעה מוחשית מיידי המנוח. עם זאת נקבע, כי היה עליו לנ��וט באמצעות סביר יותר למיגור הסכנה, כגון ירי לעבר הרגלים. הרשותו בעבירה שעניניה הריגה נותרה על כנה וכן גם העונש שנגזר - **24 חודשים מאסר בפועל**;

ג. ע/88/222 **טור' ידיד נ' התובע הצבאי הראשי** (1989). במהלך פעילות לפיזור הפגנה בכפר בידו, ללח הנאים חלק במרדף אחר מי שהשתתף בהתקפות, כדי לעצרו. במהלך המרדף כשל הפלסטיני ונפל ארצתו. אז ירה הנאים רימונו עם קליעי גומי, לעבר ראשו, מטווח קצר ובעת שלא נשקפה מהמנוח סכנה וגרם למוותו. בגין עבירה שעניניה הריגה הושטו על הנאים **21 חודשים מאסר בפועל**;

ד. עורף (מחוזי) 37/13 **התובע הצבאי נ' סמיר מ.מ.** (2013). הנאים, לוחם, הורשע, על פי הודהתו, בעבירה שעניניה **גרימת מוות ברשלנות**. במהלך סיור בגזרת דרום הר חברון, נתקל הכוח הצבאי בקבוצה של כ- 20 פלסטינים שחדרו דרך פרצה בגדר לתוככי ישראל. הכוח הניח שמדובר בשוהים בלתי חוקיים "תמיימים". המ"פ והנאים צעקו לעבר הפלסטינים ואלו החלו לנוס. אז ירה המ"פ ארבעה כדורים באוויר. במקביל, ירה הנאים כדור אחד מנשקו לאזור "ברך ומטה" של המנוח. הקליע פגע במוותו וגרם למוותו. באי כוח הצדדים הציגו בפני בית הדין הסדר טווחים (3 עד 9 חודשים). על הנאים הושטו **7 חודשים מאסר לRICTOI בפועל**;

ה. ת"פ (ת"א) 40182/07 **מדינת ישראל נ' תומר** (2008). הנאים, חייל מג"ב, הוכח לשמור על שווים בלתי חוקיים, אשר אותרו בפעולות שגורתייה ביפו. הנאים דורך נשקו שהונח על כתפו ב"הצלב" וכוון אל המנוח. בהיסח הדעת, תוך כדי הדרכיה, לחץ על החడק והקליע שנורה פגע בצווארו של המנוח וגרם למוותו. הנאים הורשע, על פי הודהתו, בעבירה של הריגה. בית המשפט התחשב בחוסר ניסיונו המבצעי של הנאים, בהיותו טירון, באבחןנו כמו שנთנו במצב פופול טראומטי חרדי קשה, מאז האירוע, בנسبותיו האישיות המורכבות ובעיקר בכך שפעולתו של הנאים ניצבת על דרגת הפיזיות הקלה ביותר, קלות דעת. על הנאים נגזרה **שנת מאסר בפועל**.

69. כן רأינו לצין, את פסק הדין בפרשת סמל ג.ר., הנאים, לוחם, ששימש במועד הRELONNTI כמפקד מוצב באזור רפואי. במקום התנהל מבצע של צה"ל והתקבלה הטרעה של ירי צליפה לעבר הכוחות המשתתפים במבצע ואף לעבר המוצב. הנאים הבחן בפלסטיני עומד על אחד הגגות. חייל אחר שהתבונן עליו במשקפת הבחן כי הוא אוחז בסולס ופניו לעבר האנטנה שהוביצה על הגג. הנאים כיוון את נשקו וירה לעבר הפלסטיני. נקבע, כי לא ניתן להוכיח במידת הווה אוות בפלילים כי הפלסטיני, אשר אוחז ברגלו ונפל מהסולם, נפגע כתוצאה מן הירוי ולפיכך הורשע הנאים בעבירה שעניניה **חבלה בכוונה מחמיתה**, לפי סעיף 329(א)(2) לחוק העונשין. בית הדין הצבאי לעערורים נתן דעתו לביצוע ירי מכובן שנועד לפגוע באדם חרף מפשע, ללא כל עילה. על אף התנדבותו של הנאים לשירות צבאי "בגוזת לחייה מסוכנת", קשה, תוך התמודדות יומיומית עם האויב, בציר פילדפי", הוחמר העונש והועמד על **שתי שנות מאסר בפועל**.

### **קביעת המתחם**

70. הצביעו לעיל, על הערכים החברתיים, אשר נפגוו כתוצאה מעשי הנאש, לצד מידת הפגיעה הקשה בהם. פירטנו אף את הנסיבות הקשורות ביצוע העבירות וכן סקרו את מדיניות הענישה הנוכחית, במקרים דומים על פי אופיים, תוך שטחנו על ייחודיותה של עבירת ההריגה ועל קיומה של מושעת רחבה ביחס לענישה בתחום זה.

71. לאחר כל אלו, בבו בית הדין לקבוע את מתחם העונש ההולם **נתפלגו דעתות השופטים**.

72. **כל השופטים** סבורים כי נגינה פגעה חמורה לערך קדושת החיים ולערך טוהר הנשק, כתוצאה מעשי הנאש, עת ירה במחבל, אשר לא הייתה סכנה לנאים או אחרים במועד הרלוונטי. המדובר בערכים נעלים, שזכה למחוקב בשמרתם, לא רק לשם שמירה על חוסנו המוסרי והערבי, אלא, ובעיקר ממשום שאלא אלו, יוכל כוחו של צה"ל פנים וכן יכולתו תדמיתית כצבא מוסרי, באופן שיופיע על כל הישג מבצעי וטקטטי. לפיכך, אין מחלוקת, כי רק צבא מוסרי וערבי הינו צבא חזק היכול לאויביו. עם זאת, **רוב השופטים** לא יכולו להעתלם, בעת קביעת מתחם העונש ההולם, **ממקלול הנסיבות הייחודיות של האירוע**, הקשורות ביצוע העבירה ואשר צוינו בהרחבה לעיל. כפי שפורט, המדובר באירוע המבצעי הראשון דוגמת זה בו נטל הנאש חלק, תוך שהוא נדרש, זמן קצר עבר לירוי, לטפל בפצעת חברו, כתוצאה מפיגוע דקירה, במהלך ניסיון שני מחבלים בזווים להרוג שניים מחיליא צה"ל, שעמדו על משמרתם, והכל בזירה עונית ומורכבת, שאוירת הלוחץ שרהה בה, כמו-גס, עצות אזרחים ואנשי כוחות מד"א באשר לסיכון שנשקף מהמחבל. רוב השופטים נתנו דעתם אף לכך, שמנגד הענישה בעבירות הריגה רחב הוא. כפי שפורט בסקרים מדיניות הענישה הנוכחית, קשה לאטר פסקי דין שנסיבות המבצע דומות, אך מובן, כי על בית הדין לשקלל את התקדים שפורטו, תוך אבחונים, בהתאם לנסיבותיהם. כך למשל, סבירו רוב השופטים, כי הנסיבות שפורטו בעניינים של **מזרחי ואלטג'וז** קלות מאלו שבעניינו של הנאש, שעה שמעשי התקיפה בוצעו כלפי הנאשמים עצם, והרי, אף שהייתה אסורה, בוצע ברצף הפעולות הישיר, תוך שבית המשפט הניח לטובת הנאשמים, כי חשו בסיכון שנבע מהתנהגות המנוחים. מנגד, סבירו רוב השופטים, כי עניינו של הנאש פחות בחומרתו מעניינו של **טסה**, שכן, על אף תחושת הסיכון הסובייקטיבית (הגם שהוכח), כי הנאש ידע שמדובר בלהוק של הבנק), נעדר האירוע את הרקע המבצעי, המתרחש בזירה עונית וקשה, שעה שזמן קצר קודם לכן מתרשף פיגוע דקירה על ידי המחבר. אשר על כן,رأו רוב השופטים לקבוע את מתחם העונש ההולם, בנسبות העניין, ולהעמידו על **עד 48 חודשים מאסר בפועל**.

73. להשפטו של השופט **שבמייעוט**, אשר סבר אף הוא, כי יש להתחשב בנסיבות הייחודיות הקשורות ביצוע העבירה, כמפורט לעיל, יש מקום ליתן משקל ממשוני יותר, בעת קביעת מתחם העונש ההולם, בערכים המוגנים שנפגוו על ידי מעשי הנאש. לדידו של השופט **שבמייעוט**, עניינו של הנאש מדים היטב את הצורך בהדגשת הרף הערכי הגובה אליו חיילי צה"ל צריכים לשאו ביצוע משימותיהם, אף אם מדובר בנסיבות מבצעיות מורכבות, שנאמר:

"המקורה שלפנינו אכן מעורר קוší בלתי מבוטל בראנו לבחון את גור הדין שהוטל על המערער, וזאת כיון שעסקין בקרה בו מתנגשים באופן מובהק שיקולי הגםול וההרעה והצריך לכבד קדושת חי אדם, אל מול השיקולים הנוגעים לנסיבותיו האישיות של

המערער והركע למשהו. יש לזכור כי המערער הורשע בעבירות הריגה ועל כן על העונש שהוטל עליו לשケף את ערך קדושת חיי האדם במשפטנו. על העונש להלום את חומרת מעשהו של המערער שבירוי בלתי מוצדק גרם למותו של אדם, וזאת אף אם אותו אדם היה ערביין, שאינו מעורר אהדה יתרה. אנו רואים אף חשיבות רבה להבהיר, כי גם שוטרים העוסקים במלאתם אכיפת החוק, הנאלצים להתמודד עם מצבים קשים, כפופים להוראות החוק. על כן בבואם לאכוף את החוק עליהם לעשות כן תוך שימוש באמצעים שהחוק מעניק להם. כאמור, בפרשא שלפנינו נקבע כי המערער לא היה בסכנת חיים לא בהיבט האובייקטיבי ולא בהיבט הסובייקטיבי. הטעם ליריה רצונו למנוע הימלטוו של המנוח. עוד נקבע כי המערער פעל שלא בהתאם להוראות הפתיחה באש של המשטרה, שנועד למצבים מן הסוג שהוא נקלע אליו. בפני המערער היו פتوחות דרכי אחרות לסכל את ניסיון ההימלטות ואילו הוא נקט באמצעי הקיצוני שלא היה נדרש בנסיבות העניין. ערים אנו לכך שהמערער היה שוטר מצטיין ומוריך וביצע את הירוי מתוך דבקות במשימה, נחישות למלא את תפקידו הטוב; מוכנים אנו אף להניח, כאמור, כי המערער חש בסיכון מסוים מצדיו של המנוח, ויש לזכור בהקשר זה כי הירוי בוצע בעקבות מרדף שביצע המערער אחר המנוח, ויתכן שאף לאחר ניסיון של המנוח לתקוף את המערער. אף נתנו דעתנו לעדויות הרבות שהובאו לבית המשפט קמא כדי ללמד על אופיו של המערער ואופיו שירתו. אכן, מן הראווי לתת משקל לכך שהמערער הוא אדם שביקש לתראות לבתוון המדינה הון בשירותו הצבאי, שבמסגרתו הוכר כחיל מצטיין, והן בשירותו במשטרה. בנסיבות אלה יש בעצם ניהול ההליך הפלילי ובשינויו של המערער מושטר שפועל בנסיבות לאכיפת החוק לאדם הניצב מצדיו الآخر של המתרס ומוואשם בהפרת החוק, משום ענישה של המערער; אך בכך אין מענה הולם לתכליות הענישה". (ענין מזרחי, עמוד 678, הדגשות הוסף)

74. השופט שבמיעוט סבור עוד, כי על צה"ל, ככל מסגרת מותוקנת, לחורט על דגלו את הצורך לשמורתו הקפדיות של ערך קדושת החיים, הרם מכל הערכיים וזאת לאור התוצאות הקשות הנלוות להפרתו ולפגיעה בו. בעניינו, כאשר קבענו בהכרעת הדין, כי הנאשם ירה לעבר המחלב מתוך כוונה לגרום למותו, על רקע מעשייו הקודמים של המחלב, הרי שקיימות מתחם העונש ההולם צריכה להלום מדרג זה של הרשעה. וכבר נקבע, כי "תופעות המתאפיינות בחומרה מופלגת מבחינה פגיעהן באמות מידת ערכיות המקובלות הציבור, מצריכות את שיבוצן בnormה עונשית הולמת, שמידתה כמידת החומרה שבמעשה" (ענין ابو רחמה, עמוד 367). בעניין זה, אף ראווי להפנות לפסיקת בית הדין הצבאי לעורורים, המתייחסים להפעלת כוח של חיליל צה"ל בתקופות לחימה:

"ערכי המוסר, אשר צריכים להיות נר לרגלי אנשי כוחות הביטחון, באו לידי ביטוי באחת הפרשיות, שבה נדונה התעללות חמורה של שוטרי משמר הגבול בפלסטינים. בהידרשו לכך הטעים בית המשפט העליון, מפני השופט חשיון:

"עם ישראל מצוי עתה בתקופה קשה של חייו. אירועים שיבואו אפשר יקשו علينا ואולי אף יקשו במאד-מאד. בתוך כל אלה מהותבננו הראשונה היא לשמור על צלם-האנוש שבנו, שארועים שסבירבו לא יגעו בנו ובטפנו ויהפכו אותנו לחיתו-עיר. אין עניינו אך בעבירה שוד, בעבירה אלימות קשה או בעבירה סמים. עניינו בעבירה שאם תפשה במחנה תביא להרס החברה בה חיים אנו, להתפרקות מוסדי שלטון. מה לי לאסכולה מקילה מה לאסכולה מחמירה. אם כך ייפרעו פרעות בישראל, לא תיכון ממלכה ולא תישמר מדינה' (בש"פ 2224/94 מ"י נ' שטרית ואח', פדאור(94) 754(1); וראו גם בג"ץ 425/89 צופאן נ' 735).

#### הפרק ליט הצבאי הראשי, מג(4) 718, 153/03.

בשנים האחרונות באה ידי ביטוי בפסקתנו, הידרשות לסוגיות מגבלות הכוח הצבאי בתקופת לחימה. הדגשנו חזור והציג את הצורך לשמר על ערכי מוסר וכבוד האדם כלפי שונא ואויב. נתנו ביטוי לכך, שהחטא של הצבא נשען על מוסריותו; וכי מבחנו העיקרי של חוסן זה הוא בתקופות לחימה (ראו: ע/ע 153 סא"ל גבע שגיא נ' התציג' (להלן: עניין

גב(ע), ע/02/ 27 התצ"ר נ' סמל חזן וע/03/ 146 התצ"ר נ' רוזנر). ציינו, כי בבואה בית הדין לבחון את חומרת מעשיו של חיליל, לצורך שיקילת עונשו, יש להתחשב, בין היתר, בפגיעהו "באתוס הלחימה – במוסר ובערבי הלחימה – כפי שהתגבעו בצה"ל" (ענין גבע, עמ' 20). אלו באים לידי ביטוי, בין היתר, במסמך הדיעו כ"روح צה"ל", הקובלעת את ערכיו של צה"ל ומהויה, על-פי לשונו, את "תעוזת הזהות הערכית של צה"ל", אשר ראוי שתעמוד בסיסוד הפעולות של כל חיל וחיליל במסגרת צה"ל" (ענין גבע, עמ' 19, וכן ע/03/ 62/ התצ"ר נ' סמל אילין) ... המערער קילף את ערך הטוהר מעל לנש��ו, ובכך הסיר ממנה גם את כנו המוסרי. ללא שכבת המגן הערכית, שקול הנשק לכלי המשחית את מידות הצבא ואת מקור עוצמתו." (פרשת סמל נ.ר., פסקה 8).

75. נכון כל האמור, ובשים לב לעונישה הנוהגה במקרים דומים, כפי שפורט לעיל, ומtook התחשבות בחומרת המעשים מחד ובנסיבות הייחודיות של המקרה מאידך, ראה השופט **שבמיועט** לקבוע את מתחם העונש ההורם ולהעמידו על **עד 60 חודשים מאסר בפועל**.

### **נסיבות שאינן הקשורות בביצוע העבירה**

76. המחוקק קבע עוד, כי בגין רשות העונש מתוך העונישה, רשאי בית הדין להתחשב בהתקיימות נסיבות שאינן הקשורות בביצוע העבירה (סעיף 40יא לחוק העונשין).

77. כולה מהעדויות הרבות ששמענו, עומדות לנאים זכויות רבות, אשר מן הראו כי יובאו במנין שיקולינו לעניין עונשו ביום פקודה. כפי שפורט, מפקדיו וחבריו של הנאים, בעבר ובהווה, הרעיפו על הנאים שבחים וגמרו עליו את ההלל. לפיכך, ראיינו להתייחס תחיליה, במנין השיקולים, **להתנהגותו החיובית של הנאים ותרומתו לחברה**. הנאים עשה מאמצים עילאיים על מנת להתנדב ולשרת ביחידה קרבית, כחיליל וכמפקד ולסקן את חייו למען בטחונה של מדינת ישראל. עסקינו בחובש פלוגתי מCKER, איקוטי, אחראי ומסור לפקידיו, אשר לא בכדי זכה לתעוזת הוקраה על הצלתינו. כך גם נמצאנו למדים, כי הנאים עשה כל אשר לא ידו על מנת לסייע לחבריו ליחידה, אף מעבר לשעות הפעילות הרגילים, תוך שהתנהגותו גילה מה חמה, נדיבות ואנושיות רבה, כלפי אחרים, שגורלם שפר עליהם פחות.

78. זאת ועוד, הנאים נתנו במעטר פתווח בסיס נחטענים מזה למעלה מעשרה חדשים. אף שאין מדובר בשיללת חרונות בדמות מעצר מלא, והגם ששמענו, כי לאורך כל אותה תקופה סופקו מלאו צרכי של הנאים על ידי המפקדים ביחידת המعتר הפתווח, הרי שלא ניתן להמעיט בקשישים הכרוכים בשחוות בתנאים שכאלו, עליהם אף עמד מפקד בסיס נחטענים הקודם, סא"ל שלל, עדותו. משוחראת סעיף 491 לחוק השיפוט הצבאי קובעת, כי אין לנכות תקופה מعتר פתווח מתוקפת העונש המוטלת על הנאים, מצאנו בקביעת עונשו בתוככי מתחם העונש ההורם, להתחשב בפרק הזמן המשמעותי בו שהה הנאים במעטר הפתווח (ע/08/ 109 התובע הצבאי הראשי נ' רב"ט דנילוב (2008) ; ע/04/ 23 סמל בן ابو נ' התובע הצבאי הראשי (2004) ; ע/03/ 137 סמל ישראלב נ' התובע הצבאי הראשי (2003)). מסקנה זו מקבלת משנה תוקף, שעה שהובאו בפנינו ראיות המלמדות על התנהגותו החיובית והתרומות של הנאים גם במהלך מעצרו הפתווח.

79. עוד התחשבנו בעובדה, כי במהלך תקופה זו, מפקדיו מחייבת כפיר, לא פעלו לצורך ביקורו במקום מעצרו. אמנס הובאו בפנינו הסבירו של מח"ט כפיר באשר לשיבות בגין גורמי היחידה חדלו מלהיות

בקשר עם הנאש ומשפחתו. על אף האמור, מצופה היה משרשות הפיקוד בחטיבה, לפעול ליצירת קשר עם הנאש ולבקרו, וזאת אף אם נשמעה הטענה, כי הנאש ומשפחתו הביעו חוסר רצון מכך.

80. בשלב זה, נדרשים אנו להעריך אף את **הפגיעה של העונש בנאש, לרבות בשל גילו**. המדבר במי אשר זיהוי לו הסתמכותו הראשונה עם רשותות החוק, שלפי הראיות אינה מאפיינת את אורתחותו ואף עומדת בסתייה של ממש לאישיותו ולשירותו הצבאי המוצטי עד לאירוע מעור זה. בנוסף, אין לשוכח, כי המדבר בכישלון חד פעמי של הנאש. פשיטה, כי בנסיבות אלו, יש בעצם השמות של הנאש אל מאחורי סוג ובריח, כדי לפגוע במי אשר עד למקרה זה, חי חיים נורטטיבים, חיוביים ותורמים. כך גם למדנו מעדותו של הקב"ן, כי הנאש נתון במצבה מאז האירוע וניהול ההליך הפלילי כנגדו. כמו כן, שמונו נגדינו, את הנזק שנגרם אף למשפחתו של הנאש. בהקשר זה, למדנו אודות ההידדרות הקשה שחלה בבריאותם של הורי הנאש, כמו גם בבריאות דודו (ראו ס/70, ס/71). עוד שמענו, כי הוצרך לסייע לממשפחה, חייב את אחיות הנאש להפסיק את לימודיה האקדמיים, במהלך השנה האחורונה.

81. ניכר עוד, כי נגרמו לנאים נזקים מעצם **ביצוע העבירה ומהרשעתו**, החורגים מגדר הנזקים המלולים הילך משפטי בכלל. בראש ובראשונה, נדרשים הנאש ובני משפחתו להתמודד עם איומים המושמעים ככלפיהם מצד גורמים עוניים וזאת בשל עצם ביצוע העבירה (ס/73 ו-ס/74). איומים מוחשיים אלו מודיעים שינוי מעיני המשפחה ויצריכו, מטבע הדברים, התמודדות שאינה פשוטה (ראו ס/85).

82. לעניין הנזקים שנגרמו מהרשעתו של הנאש, מן הרاءו לשקל אף את השלכות הרישום הפלילי על הנאש, אשר עם סיום שירותו הצבאי, יהיה מצוי על סף חייו האזרחיים, וזאת כחלק מבחןת **הנזקים שנגרמו לנאים מביצוע העבירה ומהרשעתו**. יפים לעניין זה דבריו של בית המשפט העליון, אשר נדרש לסוגיות השלבת הרישום הפלילי, כנלווה להרשעתם של חילילים, בבג"ץ 5000/95 טור' ברטלה נ' הפרקליט הצבאי הראשי (פ"ד מט(5) פ"ד 70 – 71, 1995):

"פגיעהו הקשה של רישום פלילי, הרובץ על שכמו של הנאים שניים לא מעות ומגביל את תחום עיסוקיו, כולה מחוק המרשם הפלילי ותקנות השבבים, תשמ"א-1981 (להלן - חוק המרשם הפלילי). התוצאות קשות שבטעים כshedover בצעירים, אשר אך מתחלים את חייהם העצמאים אחרי שירותם הсадיר, ובבואם למצוא את עתידם, עלולה דרכם להיחסם על-ידי הרישום הפלילי. במילים אחרות, תוצאות הלוואי של ההרשעה חמורות יותר מן העונש עצמו אשר מוטל על הנאים".

83. ההגנה העלתה שתי טענות נוספות, להן ביקש לתת משקל בעת גזירת דיןו של הנאש. נטען, כי לנאים נגרם נזק רחב היקף מגינויו בפומבי, באמצעות התקשרות, זמן מועט לאחר האירוע וזאת על ידי שר הביטחון דאז, ועל ידי הרמטכ"ל ודובר צה"ל (ראו ס/88). הוטעם, כי הוקעתו הפומבית מהווה מושום ענישה המחייבת התחשבות בעת גזירת הדין. טענה זו מוקשת בעניינו, וראינו להקדים לדיוון בה שתי הערות.

84. תחילת נציגו, כי לא ירדנו לסוף דעתה של ההגנה, אשר היא זו שביקשה להסביר את צו איסור הפרסום מעל פרטיו המזהים של הנאים. הסבריה של ההגנה לעניין זה לא הניחו את דעתנו ונעדר מהם ההיגיון. בנוסף, אישרה ההגנה, שקובץ הפרסומים התקשורתיים, שהונח בפניו, היה חלקי בלבד והכיל אך פרסומים

-בלמ"ס-

שליליים נגד הנאים. במצב דברים זה, מתחייבת המסקנה, כי מכך זה לא משקף את כלל ההתבטאות שפורסמו בעניינו של הנאים.

85. חרף הערות אלו, לאחר בחינת הפרטומים שהניחה ההגנה בפניינו, נמצאו למדים, כי אכן בסמוך לאחר האירוע, השמיעו שר הביטחון דאז, הרמטכ"ל ודובר צה"ל, התבטאות שכללו הבעת דעה נחרצת, באשר למשמעות הניבetas מעשי של הנאים ולפגם הערכי שדבק בהם. בשלב זה חקירת מצ"ח ביחס לאיור הייתה בראשיתה. לא יכולה להיות מחלוקת, כי הדרוג הצבאי הבכיר רשאי, **ולעתים אף חייב**, להביע עמדה ברורה ומידית ביחס לנושאים המצוויים על סדר היום. אולם, כשמדבר בנושאים הנטים תחת חקירה פלילית, ראוי להמתין עד להתבהרות התמונה העובדתית העולה מן החקירה, וככל שקיים נחיצות להשמעת אמירה פיקודית בשלב כה מוקדם - אזי לממן את האמירה ולסייע אותה באשר לتوزאת החקירה. אלא שקביעה זו כוחהיפה לשיטותנו, ביחס לכל התבטאות שמושמעת, ובכלל זאת, גם על ידי נבחרי הציבור, לרבות הבכירים שבינם, ביחס להליכים המתנהלים לפני הערקה השיפוטית. אומנם ביישבם בדיון, אין לשופטים מרוח זולת מרוח הדין, וудין להתבטאות המשמעות מפי בכיר הציבור יש השלכה רחבה מאוד על עמדות הציבור ועל אימונו הציבור ברשות השופטת. כיבוד עקרון הפרדת הרשות מחיבב אפוא להתבטא בריסון ובזהירות ביחס לעניינים התלויים ועומדים לפני בית המשפט, והפרת חובה זו עלולה לפגוע פגעה קשה בעקרונות שעלייהם מושתת המשטר הדמוקרטי במדינת ישראל.

86. משאמרנו זאת, ברי, כי תיוגם של מעשי הנאים, כמעשים הנוגדים את ערכי צה"ל בטרם מוצתה החקירה, עלולים היו לפגוע בו. סברנו, כי די בכך, כדי שעניין זה יצדיק התחשבות מסוימת בקביעת העונש, אף אם לא הוכחה פגעה שכזו בשלב בירור האשמה.

87. כאמור עוד, העלה ההגנה טענה מן הצדוק, שלפיה, לאחר מתן הכרעת הדין, פעלו מפקדים בכירים בצבא וביניהם הרמטכ"ל, ראש אכ"א, אלוף פיקוד מרכז וوزיר הרמטכ"ל, על מנת להשפיע על אביו של הנאים להחליף את צוות ההגנה, ולשכנעו להגיע לעסקת טיעון, אשר תכלול את הסכמתו שלא להגיש ערעור על הכרעת הדין ובתמורה יעידו מפקדים בכירים לטובת הנאים במסגרת ישיבת הטיעונים לעונש. נתען, כי מעשיים אלו, מצד רשות הציבור, מצדיקים הקללה משמעותית בעונשו של הנאים (באשר ליחסים הגומلين בין שיקולי צדק לקביעת העונש ראו ע"פ 10715/08 ולס נ' מדינת ישראל (2009) ; ע/10 124/09 מורה נ' **התובע הצבאי הראשי** (2010)). התשתיתית הראיתית בעניין זה פורטה לעיל. לאחר ששמענו בארכיות את העדויות הרלוונטיות לעניין זה, ועינו בראיות שהוגשו (ס/75, ס/84 וס/85), נחה דעתנו, כי לא **עליה בידי** ההגנה **לבסס את טענתה**. ראשית, נבהיר כי ראיינו קיבל את עדויותיהם של מר סופר ואלים חזות כמהימנות. ראיות אלו השתלבו זו עם זו ותאמו את הראיות החפציות שהוגשו. שוכנענו, כי הפגישה עם אביו של הנאים הייתה תולדת צורך וכןاميית להטיב עם הנאים ופרי יוזמתו של מר סופר. עוד הננו קובעים, כי בתכנון עצם קיומה של הפגישה, כמו-גם בתוכנה, לא היו מעורבים גורמים צבאיים אחרים, וזאת חרף הצהרתנו המיותרת של מ"ט כפיר בעניין זה. אשר על כן, לא ראיינו, כי יש בטענות שפורטו לעניין זה, כדי להשליך על שאלת עונשו של הנאים.

88. עד כאן בשיקולים, שיש בהם כדי להקל בעונשו של הנאים בתוך מתחם העונש ההולם. לצד שיקולים אלו, שומה עליינו להתחשב בכך שהנאים בחר **לא לקחת אחריות על מעשיו**, גם לאחר הרשותו. אולם

-בלמ"ס-

בחירתנו של הנאשם לנוהל את הגנתו, היא בחרה לגיטימית שאין בה כדי להצדיק החמורה בעונשו. بد בבד, יש לקבוע, כי הנאשם אינו זכאי להקלת המובנית בחוק, השמורה לאלה שהפנימו את הפסול הטמון בנסיבותיהם ונטלו עליהם אחريות (ע"פ 8421/12 **ח'ם נ' מדינת ישראל** (2013) (להלן: "ענין בן ח'ם") ; ע/11/31 **התובע הצבאי הראשי נ' רב"ט דבך** (2011)).

89. ניכר, כי חלקו הארי, ויש לומר אף המכريع, של הנسبות שאין קשורות בביצוע העבירה, מצדיקות הקללה ממשמעותית בעונשו של הנאשם, מתוך מתחם העונש ההולם. נזכיר, כי זו אף הייתה עתירתו של התביעה הצבאית, אם כי זאת ביחס למתחם העונש ההולם, שלא היו עתרה.

90. לאחר שבחנו את מכלול הנسبות ובכלל זה את תרומתו המשמעותית של הנאשם לצבא ולמדינה כחיל לוחם, את אישיותו החזיבית והיותו אדם נורטטיבי עד להסתמכותו הוכחית, את התקופה הממושכת שבה שהה הנאשם במעצר הפתוח, את הנזקים אשר נגרמו לנאים ולבני משפחתו כתוצאה מהפרשה בכללותה, ואת הרישום הפלילי הנלווה לעצם הרשותו בדיון, שכנוו כל השופטים, כי יש לקבוע את העונש בסוף התחthon של מתחם העונש ההולם.

91. בחנו גם, כמציאות המשפט, האם קיימת הצדקה בנסיבות המקורה, לחזור לקולה ממתחם העונש ההולם, וזאת משיקולי שיקום (סעיף 40 ד' לחוק העונשין). שכנוו, פה אחד, כי לא מתקיימים טעמי כאמור, המצדיקים חריגת מהמתחם עצמו. ראשית, מן המפורט לעיל, עליה בבירור, כי עסקינו במקרה בו "מעשה העבירה ומידת אשמו של הנאשם [הם] בעלי חומרה יתרה". במצב דברים זה קבע המשפט, כי אין לחזור ממתחם העונש ההולם אף אם הנאשם השתקם ואף אם יש סיכוי של ממש שישתקם, אלא בנסיבות מיוחדות ויוצאות דופן, לאחר שבית המשפט שכנוו שהן גוררות על הצורך לקבוע את העונש במתחם העונש ההולם, בהתאם לעיקרו המנחה (סעיף 40(ד)(ב) לחוק העונשין). הנה כי כן, מנוסח הסעיף עליה, כי במקרים בעלי חומרה יתרה, בכלל, ייסוג השיקול השיקומי מפני אינטרס ההלימה והגמול, שלהם הבכורה. לא סברנו כי בעניינו מותקימות נسبות מיוחדות ויוצאות דופן, כאמור. שנית, גם לגופו של ענין, לא ראיינו, כי קיימים בעניינו של הנאשם שיקולי שיקום המצדיקים סטייה ממתחם. יפים בהקשר זה, קביעות בית המשפט העליון בענין בן ח'ם:

"איני סבורה כי בשלב גזירת הדין ניתן להתעלם מהשאלת אם הנאשם נטל אחריות למעשה או אם הוא מושך וכופר בהם. שיקולים בדבר לקיחת אחריות והבעת חריטה נוגעים ליליבת מלאכת הענישה וקשרים בקשר הדוק למורביה שיקולי הענישה – סıcıוני השיקום, הרתעת היחיד והגנה על שלום הציבור. השאלה אם הנאשם, לאחר שנמצא אשם, נוטל אחריות למשעים שבהם הורשע עומדת במרקזו של שיקול השיקום, שכן לקיחת אחריות והבעת חריטה הם קriterיוונים חיוניים שבהם נעזרים בתם המשפט וקציננו שירות המבחן לצורך הערכת פוטנציאלי השיקום של הנאשם שלפניהם. שיקולים אלו מהווים גם אינדיקציה חשובה לצורך בהרתעת הנאשם, שהרי אי לקיחת אחריות מצדדו עשויה להיעיד על צורך בהרתעה קשה יותר באמצעות השחת עונש כבד יותר. כמו כן הם נוגעים לצורך בהגנה על הציבור, שכן היעדר חריטה ואי נטילת אחריות על המעשים מעמידים ברוב המקרים על מסוכנות וחשש מוגבר לחזרה על המעשים בעתיד."

(ההדגשה הוספה)

**התוצאה**

92. כאמור, ביחס לרכיב המאסר בפועל, נחלקו דעתות השופטים בעת קביעת מתחם העונש החולם. שופטי הרוב סבירו, כי מתחם העונש החולם, בנסיבותיו של תיק זה, נע בין 18 ועד 48 חודשים מאסר בפועל, בעוד שדעת השופט שבמיוחד מתחם העונש החולם נع בין 30 ועד 60 חודשים מאסר בפועל. כל השופטים היו מאוחדים בדעה, כי לנוכח הנסיבות שאין קשורות ביצועה העבירה, עליהן עמדנו לעיל, יש מקום להשิต על הנאשם עונש המצוין בספו התחנותן של המתחם. לפיכך, לו דעת השופט שבמיוחד הייתה מתתקבלת, היה מורה להטיל על הנאשם עונש מאסר בפועל בן 30 חודשים.

93. על הנאשם נגורים אפוא, **ברוב דעתות, 18 חודשים מאסר לריצוי בפועל**. מתקופה זו ינכו 9 ימים בהם היה הנאשם נתון במעצר סגור.

94. כל השופטים היו תמיימי דעתם ביחס ליתר רכיבי הענישה. אשר על כן, **פה אחד**, נגורים על הנאשם גם העונשים הבאים:

- א. 12 חודשים מאסר על תנאי למשך שלוש שנים, לבל עبور עבירה לפי סעיף 298 לחוק העונשין, התשל"ז .1977 -
- ב. 6 חודשים מאסר על תנאי למשך שנתיים, לבל עبور עבירה שעוניינה שימוש בלתי חוקי בנשק.
- ג. נוכחות הכישלון הפסיכולוגי והעררכי הגלום במעשהו של הנאשם, **מורוד הנאשם לדרגת טוראי**.

- **ניתן והודיע היום, כ"ה בשבט התשע"ז, 21 בפברואר 2017, בפורمي ובמעמד הנאשם והצדדים.**
- **זכות ערעור בחוק.**

שופט

אב"ד

שופט

- **נוסח זה כפוף לתיקוני הגחה**