

אב"ד: אל"ם יואל צור
שופטת: אל"ם אורלי מרכמן
שופט: אל"ם רמי בן עמי

התובע הצבאי (ע"י סא"ל (מיל') רונן קצף וסרן טל דיסקוביץ)

נגד

1. סא"ל עומר בורברג (ע"י ב"כ אל"ם אהוד בן אליעזר וסא"ל (מיל') שלומי ציפורין)
2. סמ"ר קוראה לאונרדו (ע"י ב"כעו"ד אשר חן)

הכרעת - דין

תוכן עניינים

1.	מבוא	4
2.	פרשת התביעה	6
2.1	אמורתיו של נאשם מס' 1	6
2.2	אמורתיו של נאשם מס' 2	9
2.3	עימות בין נאשם מס' 1 לנאשם מס' 2	11
2.4	סמ"ר עידן XXX	12
2.5	עדותו של מר אشرف ابو-רחמה	14
2.6	עדותה של הגברת סלאמה ג'מל אחסן עמירה	15
3.	פרשת הגנה – נאשם 1	17
3.1	עדותו של נאשם מס' 1	17
3.2	עדותו של לוחם מג"ב, נאור XXX	20
3.3	עדותו של מר אילן XXX	21
3.4	עדותו של רפ"ק רם XXX	21
3.5	עדותו של לוחם מג"ב, דודXXX	21
3.6	עדותו של רס"ן יניב XXX	22
3.7	עדותו של מוח"ט בניין, אל"ם אביב רשף	23
4.	פרשת הגנה – נאשם 2	24
4.1	עדותו של נאשם מס' 2	24
4.2	עדותו של מר איתן XXX	27
5.	הערכת מהימנותם של העדים	29
5.1	כללי	29
5.2	מן הכלל אל הפרט	30
5.2.1	רפ"ק רם XXX	30
5.2.2	מר אילן XXX	31
5.2.3	סגן מוח'תאר XXX	31
5.2.4	מר איתן XXX	31

התובע הצבאי נגד סא"ל עומר בורברג וסמ"ר קוראה לאונרדו

32.....	אל"ם אביב רשף.....	5.2.5
33.....	רס"ן XXX	5.2.6
34.....	המתلون	5.2.7
34.....	הגברת סלאמה ג'מל אחסן עמירה	5.2.8
34.....	לוחם מג"ב, נאור XXX	5.2.9
35.....	לוחם מג"ב, דוד XXX	5.2.10
35.....	סמ"ר עידן XXX	5.2.11
36.....	נאשם מס' 1	5.2.12
40.....	נאשם מס' 2	5.2.13
44.....	5. סיכום ביןיהם	5.3
45	המסגרת העובדתית שהוכחה	6.
46	עבירות האיומים – נאשם מס' 1	7.
47.....	7.1 עמדת התביעה	
49.....	7.2 יסודות העבירה – כללי	
50.....	7.2.1 היסוד העובדתי	
51.....	7.2.2 היסוד הנפשי	
51.....	7.3 מן הכלל אל הפרט	
52.....	7.3.1 האחוריות לעבירות האיומים	
57.....	7.3.2 טענות ההגנה בדבר הגנה מן הצדק וצו מבחן ללא הרשעה	
61.....	7.3.3 הערתו של אחד השופטים	
70	8. עבירה של שימוש בלתי חוקי בנשק – נאשם מס' 2	
74	9. התנהגות שאינה הולמת	
75	10. סוף דבר	

התובע הצבאי נגד סא"ל עומר בורברג וסמ"ר קוראה לאונרדו

1. מבוא

1. بتاريخ 22/07/09 הוגש נגד שני הנאים כתוב אישום מתוקן. בכתב האישום יוחסה לסא"ל עומר בורברג, (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 بتاريخ 07/07/2008, בעת שהנאשם שימש כמפקד גדוד 71, במסגרת פעילות של הכוחות, בעקבות הפרות סדר שהתקיימו באזורי הכנסתה לכפר נעלין. אל המקום, צומת 418, הובא אחד מן העצורים בעקבות הפרות הסדר. העוצר, מר אشرف אברהים ابو רחמה (להלן: "אشرف"), הושב על הקרקע כשהוא אזוק ועינוי מכוון. נטען בכתב האישום, בשלב מסויים, בעודו של הנאים עומדים בסמוך לאشرف, אמר לנאים מספר 1 לסמ"ר לאונרדו קוראה (להלן: "נאשם מספר 2"): "מה אתה אומר נירה עליו גומי". נאשם מספר 2 השיב לנאים מספר 1: "אין לי בעיה לירוט בו גומי". נאשם מספר 1 הרים את אشرف והוליכו לכיוון ג'יפ שעמד בסמוך (להלן: "ג'יפ מג"ב"), תוך שהוא מורה לנאים מספר 2 לדרכו כדור בנסקו האיש. נאשם מספר 1 נעמד בסמוך לג'יפ המג"ב, ואחז את אشرف כר שזה עמד על רגלו, בעוד הנאים מספר 2 הלך אחריו, ונעמד מאחוריו ג'יפ המג"ב. בכך, כולה מהוורת סעיף 192 לחוק העונשין, טענת התביעה כי נאשם מספר 1 איים על אדם בפגיעה בגופו, בכוונה להפחידו או להקנito.

2. פרט האישום השני בכתב האישום יוחס לנאים מספר 2. ע"פ פרט אישום זה, עשה נאשם מספר 2 שימוש בלתי חוקי בנשק, כאמור בהוורת סעיף 85 סיפה לחוק השיפוט הצבאי, תשט"א-1955 (להלן: "החש"ז") והפעיל את נשקו האיש឴י ללא סמכות ולא נקיטת אמצעי זהירות נאותים, לאחר ש"בעקבות השתלשלות האירועים המתוארת בפרט האישום הראשון", ביצע הנאים מספר 2 ירי של כדור גומי אחד לעבר נעליו השמאלית של אشرف, מטווח של מטרים ספורים, שגרם לחבלה בבוון השמאלית של אشرف.

3. פרט האישום השלישי, מיוחס לשני הנאים בצוותא וענינו בעבירה של התנהגות שאינה הולמת, לפי סעיף 130 לחוק"ז, בכך שבבושיםם את המיווחם להם, כמפורט בפרט האישום 1 ו- 2 התנהגו באופן שאינו הולם את דרגתם.

4. בישיבת תזכורת שהתקיימה بتاريخ 29/07/2009 בפני כבוד השופט אל"ם אבי לוי, נשיא בית הדין הצבאי המוחד באותה עת, הבהירה התובע הצבאית הראשית, כי הפרטים המצוים בפרט

התובע הצבאי נגד סא"ל עומר בורברג וסמ"ר קוראה לאונרדו האישום השני, קרי: הירי לעבר אשurf, איןם מיוחסים לנאשם מס' 1 "אם אדוני שואל אם הוא מואשם בזה, התשובה היא לא".

5. בהמשך, בפתח ישיבת ההוכחות הראשונה, שהתקיימה בתאריך 09/09/24, העלו באי כוחו של נאשם מס' 1 טענות מקדמיות שיעירן בהחלטת בג"ץ, אשר בעקבותיה הגישה התביעה כתוב אישום מתוקן. במהלך הדיון ומשבית הדיון שב והdagish, את המובן מלאיו, לפיו בירור האשמה – יעשה אך ורק מתוך בחינת העדויות והמצגים שיובאו בפני בית הדיון במהלך פרשת ההוכחות – חזרו בהם באי כוחו של נאשם מס' 1 מטענותיהם בנושא.

6. בא כוחו של נאשם מס' 2 העלה אף הוא טענה מקדמית, לפיה כתוב האישום אינו מגלה אשמה. לשיטתו, הירי שביצע נאשם מס' 2, הינו בבחינת קיום הוראה חוקית של נאשם מס' 1. בהמשך, לאור הערות בית הדיון, הודיע הסגנור כי איןנו עומד על טיעונו בנושא בשלב זה, וכי ישוב ויעלה אותו במשפט גוףו.

גדר הcpfירה:

7. נאשם מס' 1 הודיע בכתב, כי העוצר אשurf, לא נעצר על ידו, אלא הובא כשיידי באזיקים ועניינו 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 וטعن, כי לא אמר מילים שנייתן לפרשן כהיתר לירות באשרף. בהתאם, טען, כי מעשיו לא היו במטרה לאיים על אשurf. נאשם מס' 1 טען, כי לא שמע את נאשם מס' 2 מшиб כי אין לו "בעיה לירות בו גומי". עוד הכחיש כי הורה לנאשם מס' 2 לדרכ כדור בנשקו האישי. הנאשם טען, כי בהמשך האירוע הוביל את אשurf לצדו השני של הכביש ושם אחז בזרועו, כאשר הוא ניצב מאחורי ג'יפ מג"ב, שדלותותיו האחוריות היו פתוחות לרוחה, וכי החל מהשלב בו הוביל את אשurf מהמקום בו ישב – לא היה קשר עין בין נאשם מס' 2, ונאשם מס' 1 לא ראה אותו כלל. בהמשך, נטען, כי נוכח האמור לעיל, לא מתגבשים גם יסודות העבירה, כאמור בפרט האישום השלישי, ובכל מקרה, העובדות שהוכחו אין מצדיקות הרשעתו של נאשם מס' 1 בעבירה זו.

8. נאשם מס' 2 טען בפתח תשובתו לאשמה, כי המიוחס לו, הינו פועל יוצא של השתלשלות האירועים המפורט בפרט האישום הראשון. בנוסף, טען, כי המשימה שהוטלה עליו אינה נמנית עם המשימות אשר לביצוע הוכיחה במהלך שירותו הצבאי, אלא היא פעולות שיטור, במסגרת הוא

התובע הצביע נגד סא"ל עומר בורברג וסמ"ר קוראה לאונרדו פועל ע"פ הוראות המפקדים. הנאשם טען, כי מקבץ האמירויות והפעולות כמפורט בפרט האישום הראשון הינו בבחינת פקודה לביצוע הירי ומכל מקום, מעשיו של הנאשם נעשו לאחר קבלת פקודה ישירה ובהיותה, לשיטתו, חוקית. בהתאם, טוען כי הנאשם פעל בסמכות. ב"כ הנאשם הווסף, כי למراتות הפקודה שקיבל, ירה נאשם מס' 2 כדור גומי לכיוון הרצפה ולפיכך, לא ביצע פעולה שהינה בבחינת "התנהגות שאינה הולמת".

.9. בתאריך 30/11/09 נפתחה פרשת ההוכחות. כתע, לאחר שבתאריך 10/04/10 הושלמו סיכומי הצדדים - באים אנו להכריע בשאלת אחוריותם של הנאים לampionshipים שלהם בכתב האישום, לכפ' זכות או חובה, והכל – לפ' מיטב שיקול דעתנו ומצפונו.

תחילה, נביא בתוכנין את עיקרי העדויות והמדוברים שהובאו לפניינו.

2. פרשת התביעה

2.1 אמרותיו של הנאשם מס' 1

1. באמרתו הראשונה, מתאריך 20/07/08 (ת/1), מסר הנאשם, אשר שירת באותה עת כמפקד גדוד במשר שנה לעיר, כי במהלך חדש Mai באותה שנה, החלו מהומות באזור הכפר נעלין, אשר פרצו בעקבות פעילות להקמת גדר הפרדה (מדידות בשטח). במסגרת ההתקומות עם ההפגנות והפרות הסדר, שלובו 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 בשבועו, והתפרשו על פני אזור רחוב. במהלך הימים עבר לאיירע מושא כתוב האישום, חלה הסלמה והפגינים ידו אבני ובקבוקי תבערה, תקפו רכבי ביתחון ואף חטפו נהג טרקטור מקומי.

2. ביום האירוע, נערכו הפגנות אלימות במספר אזוריים, בין היתר באזורי הכפר נעלין. בהפגנה באזורי נעלין נעצרו אשraf ובחור נוסף. השניים הושבו על הקרקע כשידייהם באזקיים ועיניהם מכוסות ב"פלנליות".

3. סביב השעה 00:12, עבר הנאשם בסמוך לאשרף ומסר לו בשפה העברית: "נו, עכšíי אתה תפסיך להפgin נגיד כוחות צה"ל?" (מתוך עמוד 7). אשraf ענה דבר מה בשפה הערבית וה הנאשם הבין, כי

התובע הצבאי נגד סא"ל עומר בורברג וס"ר קוראה לאונרדו

הוא מבקש לומר לו שאינו מבין עברית. בהמשך, מוסר הנאשם את הדברים הבאים:

"החלטתי בהחלטה לא חכמה להפחיד אותו. ואמרתי לחייב שלו לאונרדו בוא נפחיד אותו, נאים עליו, 'תשחק' לידיו את הנשך. שהוא יחשוב שאנו רוצים לירוח עליו כדור גומי ואז הרמתו אותו, את אשף. שאמרתי את זה לאונרדו הוא עמד לידי ואמר לי כן, בסדר. כמובן הבין אותו, אני הבנתי שהוא מבין אותו, גם אי אפשר להבין זאת בזורה אחרת. הרמתי את אשף כפי שצינתי, עמדתי לידיו ואז עקמתי לאונרדו, אני לא זוכר אם עקמתי לו: 'לאונרדו תשחק' או רק 'לאונרדו', מבלתי שאני רואה אותו. פתאום אני שומע בום ואת אשף לידי צעק. רצתי מהר לאונרדו וצרחתי עליו: 'מה אתה עושה? למה ירית? מי אמר לך לירות?' משחו בסגנון מה אתה מפגר' והוא אמר לי: 'חשבתי שאתה אמרת לי לירות', אמרתי לו: 'אני אמרתיך לך לירות על בן אדם קשור וכפות? אמרתי לך רק לשחק אט הנשך'. אז הוא אמר לי שכבר היה לו תחמש טען והבין שאמרתי לו שהוא יירה. לא אמרתי לו בחיים פקודה, גם לא נתתי לו פקודת אש. לא אמרתי את המילה 'תירה' וגם לא רأיתי את לאונרדו בעיניהם, לא ראתי שהוא בעצם מחזיק את הנשך ומכוון לרجل, גם לא חיפשתי לראות את זה. הפקודה שלי שرك לשחק את הנשך הייתה מאד ברורה..." (עמוד 7).

4. בשלב זה, הציג החוקר לנאים את הסרטון שצולם במהלך האירוע. הנאשם הדגיש בגוף האמרה כי הסרטון מתייחס רק לשלב בו הקיים את אשף מן הרצפה והוא נקטע לאחר היר. הנאשם הסביר כי הרים את אשף "כדי להציג אותו הצידה קצת בלי שום קשר לג'יפ שנראה בתמונה" (עמוד 8). הוא הבahir, כי לא הבחן בשלב זה בנאים מספר 2 והוסיף, כי לו היה מבחין בו היה מורה לו, מיד, לחදול מן היר. הנאשם הוסיף, כי את ההנחה "לשחק את הנשך" מסר לנאים מספר 2 "בשלב שנעמדנו ליד הג'יפ". לשאלת החוקר הבahir, כי במקום היה רעש, אך הוסיף, כי נאים מספר 2 עמד במרחק של כחצי מטר ממנו, בזמן שאמר את הדברים ואף אישר כי הבנים במילה "בסדר".

5. הנאשם פירט כי הקפיד לתרוך את חיליו לנוהג באורך נורמי. ואף לאחר האירוע, כinos את החילים, הבahir את חומרתו של המקרה וכן, "שאני לוקח את האחריות עלי ולא על החיל, למרות שהוא פועל בנויגוד להוראות פтиחה באש". במקביל, דיווח הנאשם למח"ט בניימין ולמח"ט הארגני שלו (מח"ט 188) על האירוע. בהנחיית מח"ט בניימין, ערך תחקיר והעביר אותו לידיות המפקדים בוגזרה.

6. הנאשם שב והדגיש כי תכליות מעשייו הייתה "רק הפטדה" והוסיף "גם זה מעשה שלא היה צריך להיעשות" (עמוד 10).

7. מיד לאחר היר, הנאשם רץ לעבר נאים מספר 2. אח"כ פנה לטפל באשרף. הוא הנחה להסירות

התובע הצבאי נגד סא"ל עומר בורברג וסמ"ר קוראה לאונרדו מעליו את האזיקים וכיסוי העיניים. תוך דקotas ספורות, הגיע למקום רופא שקבע כי אשף אינו זוקן לטיפול רפואי. אשף נפגע בקצתה הבוהן (דרך הנעל). לאחר מכן, שוחרר אשף לדרכו.

8. לנ羞 הוצאה עדותו של לנש מס' 2 מ-20/07/2020. בתגובה, הסביר, כי ככל מושבים את העצירים על הקרקע, על מנת להקשות עליהם לברוח. באירוע עצמו, לאחר הירי, הנ羞 ניגש אל לנש מס' 2 ודחף אותו לאחר, מאחר שלא הבין מדוע ירה.

9. הנ羞 מסר באמירה, כי לנש מס' 2 הוא "חייב שלוקח לו זמן להבין דברים ולפעמים אני צריך להסביר לו מספר פעמים עד שהוא מבין מה אני רוצה ממנו ...".

10. בamarתו השנייה, מ-24/07/2020 (ת/2), לאחר שהוצאה לנש אמרתו של לנש מס' 2 מ-22/07/2020, במסגרתה טען, כי הנ羞 אמר לנש מס' 2: "בו (כק במקור) לצד ואני בו גומי", השיב הנ羞 כי אין זוכר שאמר דברים מעין אלה. "מה שאני אמרתי לו זה בו (כק במקור) עשה אילו אנחנו יורים, כדי להפחיד את הפלשתינאי". הנ羞 טען, כי אין זוכר את המילים המדוייקות שאמר, אך הדגיש כי לא נקט במלה "ירי" ולא נתן אישור מפורש או משתמע לבצע ירי.

11. בהמשך, הוצאה לנש אמרתו של סמ"ר עידן XXX (חייב מיחידתו) מ-08/07/2023, במסגרתה טען החיל, כי שמע את הנ羞 אומר לנש מס' 2: "לאונרדו, אתה רוצה לראות גומי? .. הנ羞 שב והכחיש כי נתן הוראה מפורשת, או משתמש לירי והוסיף, כי בשום שלב, לא הבחן בנש מס' 2 מכוע את נשקו. הנ羞 אף ציין, כי הירי מנוגד לתפיסת העולם שלו, ובכל מקרה, במקום נ��ו אזרחים רבים, לרבות אנשי תקשורת. הירי אף סיכן אותו, ואין שום טעם הגיוני לבצע אותו.

12. הנ羞 חזר על דבריו, לפיהם מהלך הדברים נועד לגרום לאשף להגיב בעברית, על מנת שניתן יהיה לנו עמו דיאלוג, ולגרום לו לחזור מהפרות הסדר.

13. בamarתו השלישית והאחרונה של הנ羞, מ-28/07/2020 (ת/3), שב הנ羞 על דבריו לפיהם אין זוכר את המילים המדוייקות שנאמרו לנש מס' 2, "אני יודע בוודאות שכן אמרתי לחיל ... 'בוא נשקש' בנשק על מנת להפחיד אותו, בכך שהוא חשוב שאנו רוצים לירות בו כדור

התובע הצבאי נגד סא"ל עומרי בורברג וס"ר קוראה לאונרדו גומי".

14. התביעה הגישה לעיונו תיעוד של שחרור שערכו החוקרים עם נאשם מס' 1 (ת/10) ואף הציגו לנו לוח תלומים (ת/6ב), שנערך ע"פ הצבעתו של נאשם מס' 1. צפיה במצבים מעלה, כי נאשם מס' 1 הצביע עצמו כמו שעמד מאחורי ג'יפ המג"ב, כמעט במרכזו וambil' שהיה בין לבין נאשם מס' 2 - קשר עין (בין היתר, בשל דלת אחורייה שהייתה פתוחה לרוחה).

15. במסמך שכותרתו "סיכון אירע – ירי כדור גומי לעבר פלסטיני אזרח למרחק קצר" (ת/11), שערק נאשם מס' 1 והופנה אל מח"ט בניימן ומח"ט 188, ציין הנאשם כי באותו מועד, נעצר "פלשטייני שזרק אבנים והימן בין המסתיתים הראשיים בהפגנה". בנוסף, כתב הנאשם כי הפלשטייני טען שאינו מבין עברית וכי הוא "שמכיר הפלשטייני מהפגנות קודמות... שהינו זורק אבנים כנגד כוחותינו והימן בין המסתיתים הראשיים בהפגנה, פנה ללחום בצדות החפ"ק – סמ"ר לאונרדו וביקש ממנו שיישקشك את הנשך". בהמשך, כתב כי נאשם מס' 2, נעמד כשלושה מטרים מהפלשטייני וכיוון הנשך לעבר רגלו הימנית – לכף הרגל, וירה כדור גומי אשר פגע לפשטייני בבון הרגל השמאלי. נאשם מס' 1 צעק על נאשם מס' 2, מודיעירה, ונאשם מס' 2, השיב, כי זה מה שהבין. גם בتحقיק שערק, טען נאשם מס' 2, כי "זה מה שהבין שצרכי לבצע".

16. בפרק המסוקנות, ציין הנאשם, כי הירוי "הינו תקלה הן מבצעית והן ערכית מוסרית". הוא הוסיף, כי "הפער בהבנה של הלוחם לאונרדו לבין מה שהתקoon הח"מ הינו פער מהותי ומשמעותי – ההבדל בין לדרכ נשק לבין לדרכ ירי, נבע מכך שהלוחם לאונרדו ביצע את מה שהבין שעליו לבצע, ולא הבין שהח"מ מתכוון להשמע לאוזני של הפלשטייני איום בלבד של לבצע ירי, כשבפועל אמרורה להתבצע רק דרכית נשק". הנאשם סיכם, כי מדובר באירוע חמור ומיותר והוסיף "אין לשיטם מכשול בפני עיוור..". החיל לא אשם בכך שלא הבין את כוונתי. הטעות הינה שלי בלבד. יש לצפות מהחייב שיבין שפקודת זו הינה בלתי חוקית בעיליל ויסרב לה".

2.2 אמרותיו של נאשם מס' 2

1. **באמרתו הראשונה, מתאריך 20/07/08 (ת/4)**, מסר הנאשם כי הוא משרת מזה כשנתיים וחצי בגדר 71, ומזה למעלה משמנה חודשים בחוליות הפיקוד הקדםית (חפ"ק) של נאשם מס' 1, מפקד הגדר. הנאשם תיאר, כי נכון בהפגנות רבות, רובן אלימות ומסוכנות. גם באזור נעלין, עובר

התובע הצביע נגד סא"ל עומר בורברג וסמ"ר קוראה לאונרדו לאירוע המדבר, נערכו הפגנות אלימות, וחולק מן החיללים נפגעו מבנים ובקובוק תבערה. הנאשם ציין, כי אחד ממיידי הבנים היה אשף, אשר נעצר במקום והובא על יד לצומת 418, בכניסה לנעלן. העצור השוב במקום, כשייד בążיקים ועינוי קשורות. הנאשם נעמד ליד ג'יפ החפ"ק והמג"ד, נאשם מס' 1, פנה אליו במילים: "לאונרדו, מה אתה אומר נירה עליו גומי?".

"אני עניתי בקטוע של חוק ברכי להפחיד את העצור 'כן אין לי בעיה לירוח בו גומי'. ואז המג"ד לicked את העצור והרים אותו, לicked אותו תוך כדי הליכה אמר לי: 'בו (כך במקור) נלק לצד ונדרוך כדור'. ואני בהלם ומבחן שהוא רציני שהוא לicked אותו... אני עניתי לו 'יש לי כבר כדור בקנעה'. ואז אני רואה את המג"ד הולך ואני אחראיהם. כל זה קורה כל כך מהר. אני הולך אחרי המג"ד. נעמד מאחוריו איזה ג'יפ, המג"ד אומר לי: 'ט' תירה כבר תירה כבר'. ואני את כל החלק הזה מבין זהה רציני. ואני חשבתי לירוח לא לירוח לו ברגליים, אני אירה לו בסוליה של הנעל... כשרירותי בו המג"ד החזיק אותו כאלו הוא חיכה. ואני חשבתי שזאת פקודה מג"ד וביצעתו אותה. לאחר הירוי המג"ד רץ אליו ודחף אותו לצד. הוא צעק עלי 'מה פתואם? איך אתה עושה דבר זהה? יורה בגין אדם כובל וקשור?' ואני אמרתי לו שזה מה שהבנתי ממנו וזהת הפקודה שהוא נתן לי...". (מתוך עמוד 3).

2. הנאשם נשאל האם לא ידע שאסור לירוח האדם כובל והшиб, כי הכיר את האיסור, אך כיוון שקיבל פקודה "از אתה לא חושב". בධיעבד, הבין מדברי הנאשם מס' 1, שהmag"ד לא שמע אותו מшиб לו, כי יש ברשותו כדור בקנעה. הנאשם הוסיף, כי הוא חשש מפני הנאשם מס' 1, אשר לא פעם ליווה את פקודותיו בצעקות, בעיקר כאשר הנאשם מתנסה להבין את הנחיותיו.

3. **בامرתו השנייה, מtarיך 22/07/08 (ת/5)**, שב הנאשם על טענתו לפיה שמע את הנאשם מס' 1, מורה לו: "בו נלק לצד נירה בפלשתינה". הנאשם מסר את הדברים:

"אני נשענתי על הקדימה של הג'יפ, המג"ד עמד מולו, ושאל אותי 'לאונרדו, יש לך גומי עלייך?' ואני עונה לו: 'כן, יש לי גומי עלייך'. הוא אמר לי מה אתה אומר: 'בו (כך במקור) נירה בו גומי' (בכך שהעוצר יפחד), ואני אמרתי: 'איין לי בעיה לירוח בו גומי'. בשלב שהmag"ד מקיים את הפלשתינאי ממוקם התישבותו (כך במקור) ואומר לו 'בוא לפינה ונירה בו (כך במקור) גומי', ואני הבנתי מזה שהmag"ד רציני והוא רוצה שאני אירה בו גומי. תוך כדי שהmag"ד לicked את הפלשתינאי, תוך כדי שהוא הולך, מרים את העוצר הפלשתינאי, הוא עובר אותו ואומר לי 'תדרוך כדור' ולא 'תשחק', כמו שהוא אומר לכם. ואני עניתי לו תוך כדי הליכה לפינה שהכדור כבר בקנעה. במצב זהה... המג"ד מחזק ומתרחק עם הגוף כדי שהכדור לא יפגע בו...'".

4. הנאשם חזר בו מטענתו, לפיה בעת שנאשם מס' 1 הוליך את העוצר, הוא הורה לו: "תירה כבר תירה כבר" וטען, כי הנאשם מס' 1 הורה לו לדרכו כדור. את הסತירה בין דבריו הסביר, בכך שהתכוון לומר כי כך הבין את דבריו של המג"ד.

התובע הצביע נגד סא"ל עומר בורברג וסמ"ר קוראה לאונרדו הנאשם הוסיף, כי החיל עידן XXX, יכול להעיד על הדברים שמסר לו המג"ד.

5. התביעה הציגה לעיונו דיסק המתעד **שנערך עם נאשם 2 (ת/10) ולוח צילומים (ת/6א)**, בו תמונות שצולמו בהתאם ל氕תו של נאשם מס' 2. הנאשם מיקם את הניצבים, כך שהן נאשם מס' 1 והן אשראף, מעמדו משMAIL לג'יפ, מעבר לדלת האחוריית, שהייתה פתוחה לרוחה, מול נאשם מס' 2 ובקשר עין אליו.

2.3 עימות בין נאשם מס' 1 לנאשם מס' 2

1. בעימות שנערך בין שני הנאים (ת/10, התמליל סומן **ת/8**), לאחר שנאים מס' 1 העמיד את נאשם מס' 2 על טעותו, אישר נאשם מס' 2, כי אשראף לא נעצר על ידם. נאשם מס' 2 תיאר, כי אשראף הושב "קרוב יותר לרכב שלנו ... אני עמדתי ליד הרכב, המג"ד עמד איתי ואז הוא כביכול רצה להפחיח". ובמהמשך: "עכשוו הייתי שם ליד הרכב שלנו ואז המג"ד כביכול רצה להפחיח אותו אז הוא אמר לו, אמר לי, אם יש גומי עלי ואז אמרתי לו שכן ואז הוא אמר לי בו (כך במקור) נירה עלי גומי, כאילו מה אתה אומר, נירה עלי גומי, אמרתי לו אין בעיה לירות עליו גומי. עד עכשוו זה כאילו מובן בצחוק זה, זה נשמע. ובשלב שעומרי הרים את העזר ואמיר בו נלך לצד. הבנתי שהה רציני, זאת אומרת הכל קוראה מהר ותוך כדי שהוא הולך אליו הוא אומר לי תדריך כדורי ואני אומר לו הבדיקה כבר בקנה."

2. נאשם מס' 2 נשאל ע"י נאשם מס' 1, "מה היה הריג שגרם לך לשחרר את הcador?", והשיב: "נעמדת וחיכית שאניaira בו, בום" ובמהמשך: "עcum העבדה שאתה מהכח". נאשם מס' 1 מצדיו, הוסיף: "אבל עמדנו שם כמה זמן, דיברתי עם שוטר מג"ב, דיברתי עם אשראף" ונאשם מס' 2 השיב: "אני הייתי בשל' ובפקודת".

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

4. נאשם מס' 1 תיאר, כי ביקש לשוחח עם אשראף בעברית, והאחרון השיב שאין מבין. لكن, אמר לנאשם מס' 2: "בוא נפחיד אותו, תשകשך את הנשך" ונאשם מס' 2 הגיב "כailo בסדר". נאשם מס' 2 טען, כי לא שמע את המילים "נפחיד אותו", אלא: "בוא יש לך גומי עלי', אמרתי'

התובע הצבאי נגד סא"ל עומר בורברג וסמ"ר קוראה לאונרדו
לך כן, בוא נירה בו גומי. אמרתך לך אין לי בעיה. ישר אתה הרמת אותו והלכת למטרה של יופי בו
נירה בו, אבל בצד, שככיכול לא יראו אנשים ואני אמרתך כאילו טוב". נאשם מספר 1, הקשה עליו
ושאל האם הוא אמר לו "בוא ניקח אותו הצד, כדי שאף אחד לא יראה". נאשם מספר 2 אישר
"לא, זה מובן צזה... ואני שם לב שאתה לוקח אותו כאילו זה רצני ואמרתך לי תדרוך, תוק כדי'
שאתה הולך איתנו ואמרתך לך יש לי כדור בקנה כבר ואני כבר מגיע לשפה...".

5. נאשם מספר 2 טען, כי נאשם מספר 1 הורה לו לדרוך את הנشك ואילו נאשם מספר 1, שב וטען, כי
הורה לנאשם מספר 2 – "לשකש".

6. נאשם מספר 2 הסביר, שהסתוטזיה החלה בשיחה ביןו לבין נאשם מספר 1, בעוד שהפלשתיני
יושב בסמוך להם, "אני והמג"ד מדברים אני ממש על מכסה המנוח נשען והוא... לידו, מדבר
אית'". 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 מכוון את הנشك כלפי אشرف. נאשם
מספר 2, בתגובה, מסר: "אני רואה את הפנים שלו". ברם, הוסיף, כי בכלל המשקפים שהרכיב,
לא ידע להיכן הביט נאשם מספר 1. בתגובה לשאלת נאשם מספר 1, פירט נאשם מספר 2 כי
פניו של נאשם מספר 1 הופנו לעברו. נאשם מספר 2 אישר, כי מיד לאחר הירוי, ניגש אליו נאשם
מספר 1 בריצה, והחל מנער אותו וצעק עליו.

8. נאשם מספר 1 ביקש מנאשם מספר 2 לאשר, כי אמר לו "לשקש", אך נאשם מספר 2 הבהיר
זאת, "מה על דעת עצמי אני אחלייך שאני יורה במישחו?". נאשם מספר 2 הוסיף, כי לאחר שנאשם
מספר 1 פנה אליו, הוא עצמו הבahir 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 בגוד 71, 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 כתוב האישום, נכון
בתוך הג'יפ של המג"ד (להלן: "ג'יפ המג"ד"), בכניסה לנעלין, ואכל ארוחת צהרים. הדלקות
האחריות בג'יפ היו פתוחות. נאשם מספר 2 עמד לצד ימין, מאחורי הג'יפ ונאשם מספר 1 הגיע

התובע הצבאי נגד סא"ל עומר בורברג וסמ"ר קוראה לאונרדו מסביב ליג'יפ, מצד ימין. כשהגיע נאשם מספר 1, פנה האخر ואמר: "לאונרדו, אתה רוצה לירוט גומי". נאשם מספר 2, השיב במילה: "בוא, אז המפקד אמר לו בוא נלך לצד". בחקירה נגדית נשאל העד מודיע מופיעה באמרטו המילה "עצור", בהקשר של השיחה בין הנאים. סמ"ר XXX הבahir, כי בעת שהיא עד לשיחה בין הנאים, לא הבחן בפלשטיינאי והסביר כי המילה "עצור" נשתרבה לאמרטו, אך הוא לא הבחן בו ולא ידע למי מדובר.

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

3. העד נותר ביג'יפ, עד ששמע יריה, אז יצא לראות במה מדובר. בחקירה נגדית, אישר כי היריה נורטה מספר דקות לאחר השיחה בין נאשם מספר 1 לנאשם מספר 2.

4. כעבור מספר ימים, לאחר שנאשם מספר 2 שב אל היחידה ממעצר, סיפר האخر לעד על "התרחשות, אמרתי לו מה שמעתי זהה, לא דיברנו על זה יותר מדי". לאחר מכן, העד זומן למצ"ח ומסר עדותו בנושא, בתאריך 23/07/2018. בחקירה נגדית, מסר, כי לא שוחח על המקרה עם נאשם מספר 2, בטרם שב האخر ממעצר, אף לא עם חיל אחר, שכן לא ייחס לדברים חשובות.

5. לשאלת בא כוחו של נאשם מספר 2, הבahir 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. אמראתו של העד מתאריך 23/07/2018, התקבלה לבקשת סגנונו של נאשם מספר 2, בהסכמה, וסומנה ס/2. באמירה מסר העד, כי בעת האירוע שהה בתוך הרכב של המג"ד, מאחור ואצל ארוחת צהרים. נאשם מספר 2 עמד מצד ימין של הרכב (מצד שמאלה הנאג), מאחור. נאשם מספר 1 הגיע ו אמר לנאים מספר 2: "לאונרדו, אתה רוצה לירוט גומי". אז לאונרדו אמר לו בוא, והmag'd אמר טוב, אז בוא נלך לצד, זהה. הוא הלך בלבד, ודקה אחריו, אפילו קצת יותר, שמעתי את ה'בום'. העד ציין, כי לאחר שנאים מספר 2 שב ממעצר, הוא ציין בפניו, כי שמע את נאים מספר 1 אומר לו "ליירות", ולא "לשකש", בניגוד לගרטתו של נאים מספר 1, כפי שהוזגה לו ע"י נאים מספר 2.

התובע הצבאי נגד סא"ל עומר בורברג וסמ"ר קוראה לאונרדו

2.5 עדותו של מר אشرفabo-רכמה

1. העד הינו תושב הכפר בילען. הוא תיאר את מעשיו במהלך יום ה – 08/07/07. בחקירה ראשית, טען כי באותו היום הלך לתומו, לכיוון גדר ההפרדה. בדרך, נעצר ע"י שוטרי מג"ב שהובילו אותו לצומת הכנסה לנעלין. לאחר מכן, הוצאה מן הרכב, הושם באזקי' ידים ורגליים, עיניו כוסו. העד מסר, כי נותר לשבת במשך שלוש שעות לעיר, תחת המשש. לאחר מכן, אחץ מאן דחוא בידו הימנית והוא נעמד (בחקירה נגדית פירט, כי הוליכו אותו מספר מטרים). בהמשך, הופתע לשמעו הירייה, חש שנפגע ברגלו ונפל לארץ. בחקירה נגדית פירט: "אני עמדתי במקום, זה לא לך הרבה זמן, זה לך כמה שניות, הם דיברו בינם ואז קרה הירי". העד לא זכר האם שמע חילופי דברים גם בשלבים קודמים, כשישב על הקruk.

2. העד ציין, כי נפגע בבוון שמאל (ראו גם **התמונות 7/7**). מישחו שטף במים את הבוון ולאחר מכן חשב את אצבעו החבולה. החילויים נתנו לו תרופה ושחררו אותו לדרך. הוא הגיע לבית החולים ברמאללה, קיבל טיפול ושוחרר לבתו.

3. העד טען, כי אינו דובר עברית ולא הבין את חילופי הדברים בעברית סביבו "לא הבנתי" שום דבר בכלל". בחקירה נגדית, עומרת העד עם דבריו באמרת, 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 מודע.

4. בחקירה נגדית, אישר כי נטל חלק בהפגנות שהתקיימו באותו היום באזר. בתחילת 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 שני כתבי אישום בגין הפרות סדר (ראו למשל, ס/3), טען כי לא היו דברים מעולם והוסיף, כי ביום האירוע, בעת שהועלה לג'יפ והוא ממנה – הוכה ע"י חיילים. לשאלת בא כוחו של הנאשם מס' 1, השיב כי על אף שבאותו מעמד לא היו עיניו מכוסות – הוא אינו יודע לזכור מי הכה אותו.

5. במסגרת פרשת הגנה של הנאשם מס' 2, העד **קצין חקירות במצ"ח סגן (מיל')** מוח'תאר XXX. העד נשאל אודות מהלך גביית האמרה של אشرف ומסר, כי אشرف נחקר בשפה הערבית ואמרה זו תורגמה ע"י העד לעברית. העד ציין, כי להערכתו, אشرف אינו בקיא בשפה העברית, והוא

התובע הצביע נגד סא"ל עומר בורברג וס"ר קוראה לאונרדו יודע מילימ בודדות, כמו "לשtopic". לאחר שעין באמירה, אישר העד, כי אשף הכיר גם את המילה "גומי".

6. אמרתו של אשף מתאריך 21/07/08 הוגשה באמצעות החוקר, וסומנה ס/15-ו/15 (מקור ותרגום). באמירה טען העד, כי הגיע למקום על מנת להוביל תרופות ומזון לתושבים. בדרך, החילים השליכו עליו רימון הלם ועצרו אותו ותושב נוסף. ברכבת, בזמן שהעד לא היה נתון באזיקים ועינו לא היו קשורות, הוא הוכה ע"י החילים. כשהגיעו לצומת נעלין, יצא העד מן הרכבת, הושם באזיקים ועינו נקשרו. העד נותר לשבת על הארץ במשך כשלוש שעות. לאחר מכן העמידו אותו. הוא שאל لأن הוא עתיד להיליך ונענה בעברית לשtopic. לאחר מכן שמע חילופי דברים, וזהה את המילה "גומי". בהמשך נורה בבעונה רגלו השמאלית ונפל ארציה. אז הסירו מעליו את האזיקים וכייסו העיניים, שטפו את המקום החבול והוא המתין לבדיקת רופא.

7. במסגרת פרשת ההגנה של נאש מס' 1, הוגשה לעיונו, בהסכמה, אמרתו של ד"ר XXX אריק, רופא בגדוד 71, מתאריך 21/07/08 (ס/6). באמירתו תאר העד, אשר הוזעק למקום האירוע, כי הבחן ב"מכה יבשה בובון של כף רגלי שמאל. לא היה שבר, סדק, דם, ראייה לנזק בלתי הפיך. הייתה לו מכה יבשה". העד מסר לאשף כדור נגד משכך כאבים ושחרר אותו לדרכו "לא היה צורך לחכוש". העד ציין, כי להערכתו, אם אשף 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 המצו依 מול מחסום שהציב צה"ל. העדה מסרה כי ברשותה מצלמת ידאו שננתן לה אחיה, וכי ביום 08/07/07, צלמה את המתרחש באזור המחסום. בעבר שבועיים, הגיעו למקום אזרחית שבדייה. העדה מסרה בידיה קלטת הוידיאו שהועברה בהמשך לידי ארגון "בצלם".

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

3. אשר לאירוע, העדה פرتה כי צילמה את התושב שלעboro ירו (אשף) בתהלה, ולאחר מכן,

התובע הצבאי נגד סא"ל עומר בורברג וסמ"ר קוראה לאונרדו

כשנעצר. העדה סירבה למסור בידי רשות החוקירה, ובמהמשך לידי גורמי התיבעה ובית הדין, את ההחלטה המקורית, אך טענה, כי ההעתק נאמן למקור. העדה הסבירה, כי לא צילמה את השתלשלות האירועים ברצף. היא צילמה את אشرف, בעת שישב על الكرקע ובמהמשך, כאשר נלקח ע"י "קצין". לאחר מכן הבחינה בחיל מחזיק בנשך לעבר אشرف, היא הפעילה את המצלמה והמתינה לראות מה יעשה. כאשר נורתה היריה, נבהלה ושמטה את המצלמה. העדה הדגישה, כי לא מחקה קטעים מן ההחלטה.

סרט האירוע ת/9

4. בהסכמה הצדדים, בהמשך לחוות הדעת שהציגה התיבעה, שנערכה ע"י מר גור מאיר, הנדסאי צילום ומדיה דיגיטלית מן המז"פ במשטרת ישראל, ולפיה: "הסרט צולם עם מספר רב של הפסיקות" (יזמות), אך "לא נמצא סימני עריכה או השתלת פר"מים או התערבות כלשהי בקטע הנבדק" – קיבלו את העתק הסרטון כמצаг.

5. צפיה בסרטון מראה, כי הוא בניו מקטעי צילום. באחד הקטעים ניתן להזיהות את אشرف מנופף בדגל ומסמן 7 באצבעותיו. בהמשך, הוא נצפה יושב על الكرקע, עיניו מכוסות ידיים באזקיים מאחוריו גבו, בסמוך ל"בטונדה" זזה. לאחר מכן, מצוי בסרטון קטע בו נראה אותה "בטונדה" זזה ובסמוך לה ראיים חילוניים רבים, ביניהם שני הנאים. בקטע זה, אشرف אינו מופיע.

6. בקטע נוסף, מאוחר יותר, נראה נאם מספר 1 בסמוך לג'יפ המג"ב, אוחז באشرف ומשוחח עמו לוחם מג"ב בחולצה לבנה. הנאם נראה כשהוא מרחק את אشرف לשמאלו (מהכיוון המצלום). במקביל, ניתן להזיהות את נאם מספר 2 בדרכו אל צידו השמאלי של ג'יפ המג"ב (מהכיוון המצלום). נאם מספר 2 נראה מכoon את נשקו לעברו של אشرف, פוגש מספר צעדים לאחר, עולה על מדרכה ושוב مكانו. אך נשמעת היריה, ומיד לאחר מכן, הצלום נקטע. נבהיר, כי צפיה בקטע בו ניתן להזיהות את נאם מספר 2 אינה אפשרות לקבוע בביטחון لأن הסתכל נאם מספר 1 אינה מאפשרת לקבוע האם היה במועד הירוי קשר עין בין שני הנאים. נאם מספר 1 צולם מאחור, כשהוא מרכיב משקפי שמש, ובהעדר נתונים ביחס להזיות הצלום והරחק, קשה לדעת האם דלת הג'יפ האחורי, שהייתה פתוחה לשמאלו, הסתירה מעינו את נאם מספר 2 במהלך אותם רגעים, או בחלקם.

3. פרשת הגנה – נאשם 1

3.1 עדותו של נאשם מס' 1

1. הנאשם, סא"ל עומר בורברג, תיאר בפתח דבריו את מסלול שירותו הצבאי ואת התפקידים אותם ביצע, לרבות חלקו בפעולות מבצעית ותרומתו במסגרת מלחמת לבנון השנייה. בשלוי חודש יולי 2007, החל בתפקידו כמג"ד 71. בהמשך, פירט הנאשם אודות אופיו התובעני והשוקק של השירות בגזרה, בה ארע האירוע אשר בבסיס כתב האישום. הנאשם ציין, כי הקפיד להנחיל לחיליו את הוראות הפתיחה באש ולישמן באופן דקדקני, אך עשה אף ביחס להטמעת ההגדירה של "פקודה בלתי חוקית בעיליל". בהקשר זה, הבahir הנאשם כי ירי כדורי גומי משמש לפיזור הפגנה אלימה, ואין לבצעו, אלא מרחק של ארבעים מטרים ומעלה. הירי מתבצע רק באישור מפקד, מרמת מ"פ ומעלה. הנאשם ציין, כי חיללים שחרגו מן ההוראות, נשפטו ונענשו על-ידו ולראיה הציג שני טופסי תלונה (ט/7 ו-ט/8).

2. בתקופה עובר למועד הנקוב בכתב האישום, חלה הסלמה. הפרות הסדר הפכו להיות אלימות ומוסכנות יותר. ההפגנות הפכו להיות המוניות יותר וכלו יידי אבני ובקבוקי תבערה לעבר החיללים, ואף חטיפת נהג של רכב מכוחות הביטחון.

3. אשר לאشرف, זה היה דמות מוכרת לכוחות הביטחון כמי שנוטל חלק בהפגנות ובהפרות סדר. ביום האירוע, הנאשם הבחן באشرف בעת שישב בסמוך ל"בטונדה". להמחשת הסיטואציה הפנה הנאשם אל ט/1, תמונה שצולמה במקום לאחר האירוע ואל ט/4, תמונה מתוך הסרטון שצולם במהלך האירוע (ת/9). לאחר מכן, ניגש הנאשם אל אשraf ו אמר לו: "נו אשראף, תפסיק להפגין נגדי כוחות זה"ל עכשי?". אשראף השיב לו בעברית, כי אינו מבין עברית. הנאשם הסביר, כי ביקש להזהיר את אשראף, לבסוף ימשיך ליטול חלק בהפרות סדר.

4. אז ניגש אל נאשם מס' 2, שעמד בסמוך לג'יפ המג"ד ו אמר לו: "בוא נshallak לידו את הנשק", שהוא יחשב שאנו רוצים לירות גומי". הנאשם לא ידע להסביר את עדותו של סמ"ר XXX, בנושא. אשר לאמורתו של נאשם מס' 2, הבahir הנאשם, כי נאשם מס' 2 שיקר באמירה במקומ בו טען, כי הוא, נאשם מס' 1, אמר לו את המילים "תירה, תירה".

5. הנאשם הבahir, כי הרעיון, אותו הוא מגדיר בדיעדן כריעון טיפשי, נועד להוות תחבולת על

התובע הצביע נגד סא"ל עומר בורברג וסמ"ר קוראה לאונרדו

מנת לגרום לשאוף לדבר בעברית "לגרום לאשרף לתגובה ספונטנית בעברית לרעש השקשוק". העד הסביר, כי במילה "שְׁקָשּׁוֹק" התכוון לצலיל של רعش בנשך "כאשר הנשך מופנה כלפי מעלה". לשאלת בהא"ד, אישר הנאשם, כי כדור גומי נורה מצינור, שמחובר לנשך, ולא בדרך של דרייכת הנשך. לשאלת היכן מתישב נתון זה עם רצונו של הנאשם להפחיד את אשוף באמצעות "שְׁקָשּׁוֹק" בנשך, שהוא יחשוף שאחינו רוצים לירות גומי", השיב הנאשם: "ככה זה הצעיר לי. לא תכננתי את זה. עכשו היתי יכול לחשב על תחבולה יותר חכמה, אם בכלל". בדומה, גם לשאלת, היכן מרעש ה"שְׁקָשּׁוֹק" בנשך, אמר אשוף להבין, כי עתידיים לירות דוקא לעברו, השיב הנאשם: "אני לא מאמין שהתחבולה היא לא חכמה". הנאשם הוסיף, כי ביקש מנאשם מספר 2 לבצע "שְׁקָשּׁוֹק" בנשך ולא עשה כן בעצמו, מכיוון שנשךנו היה טוען במחסנית בעלת כדורים חיים, בעוד שבנשכנו של נאשם מספר 2 היו כדורי גומי.

6. שני הנאשם עמדו קרובים זה לזה, בסמוך לג'יפ המג"ד, לצד הקדמי ונאשם מספר 2, השיב לו בחיווב. הנאשם טען, כי הדברים נאמרו לאוזניו של נאשם מספר 2, על מנת לשאוף, בהנחה שהוא מבין עברית, לא ישמע אותם. הנאשם הוסיף, כי במקום היו רعش והמולה. הנאשם לא הבחן בסמ"ר XXX. בחקירה נגדית, לשאלת של בא כוח נאשם מספר 2, הבהיר הנאשם, כי השיחה בין לבין נאשם מספר 2, התקיימה במרחך של כשני-שלושה מטרים מאשרף, על מנת שהאחרון לא ישמע את תוכנה.

7. לאחר מכן, ניגש הנאשם אל אשוף, אחץ בו והרims אותו. השניים צעדו כמה צעדים לעבר ג'יפ אחר (להלן: "ג'יפ המג"ב"). בדרך, צעק הנאשם לעבר נאשם מספר 2 "לאונרדו", או משחו כזה. ולשאלת סגנונו של נאשם מספר 2: "באיזשהו שלב, בין הג'יפים, אני צועק רק לאונרדו", או 'לאונרדו תשקשוק', זה כשאני מוביל את אשוף". בהקשר זה, נשאל הנאשם באשר להגיוון מאחורי דבריו, שהרי, אם אשוף מבין עברית, כפי שחשד, הרי שיבין שהנאים הורה לנאים מספר 2 "לשקשוק" ולא לירות לעברו כדורי גומי, כפי שביקש לגרום לו להבין. על אף מסר הנאשם: "יכול להיות שאמרתי רק לאונרדו... אני לא זוכר בדיקון מה אמרתי".

8. בחקירה נגדית, נשאל הנאשם מודיע אחץ באשרף והעמידו לצד ג'יפ המג"ב. הנאשם השיב: "הלך איתה כמו ארבעה צעדים שמאליה. שישמע את השקשוק, היה שם פחות רעש". בדומה, אישר הנאשם לשאלת התובע, כי נאשם מספר 2 אמרו היה לבצע את חלקו בתחבולה שתכנן, בסמוך לג'יפ המג"ב, מאחורי, במקום בו אחץ הנאשם באשרף וכן, כי קרא לנאים

התובע הצבאי נגד סא"ל עומר בורברג וסמ"ר קוראה לאונרדו מספר 2, ממנו נפרד לפני מספר שנים (לאחר השיחה בסמוך לג'יפ המג"ד) "במסגרת אותו תהליך". הנאשם הסביר, כי "האים המתוכנן", היה: "ליד ג'יפ המג"ב, לאונרדו יעמוד ליד וליד אשראף וישקשק...". ובהמשך: " מבחינתי, כדי שהתחבולה תצא לפועל היה צריך לשകשך את הנשך".

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

10. הנאשם הבahir, כי החל מן הרגע בו סיימם לשוחח עם הנאשם מספר 2 בסמוך לג'יפ המג"ד, ועד לאחר שנורמה הירייה, לא הבחין בנายן מספר 2 ולא היה ביניהם קשר עין.

11. מיד לאחר שנורמה הירiya, הנאשם רץ לקצה השני של ג'יפ המג"ב, הדף את הנאשם מספר 2 ונתקן לו מכנה על הקסדה. הנאשם שהוא מופתע מן הירiya, צעק על הנאשם מספר 2: "למה רית" זהה השיבו: "זה מה שהבנתי שאני צריך לעשות". הנאשם הוכיח את הנאשם מספר 2 על שירה באדם כפות וקשרו ובמקביל החל מטפל באשראף ובהזמנת רופא למקום.

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

13. הנאשם מסר כי עוד באותו היום דיווח על הנעשה למ"ט 188 ולמ"ט בנימ"ן, עמו גם נפגש במהלך היום. בערב, עם הגיעו לגדוד, החליט הנאשם לבצע תחקיר. הוא הנחה את סגנו לבדוק מול נายן מספר 2 מה בדיק ארע, והתחקיר הופץ כבר למחזרת. כעבור יומיים-שלושה, ערך מ"ט בנימ"ן בירור בעניין ונזף בנายן, בנסיבות קצינים נוספים. בהמשך, כעבור מספר ימים, נקרא הנאשם לשויים את תפקידו.

14. לשאלות התובע, הבahir העד, כי על אף שהסמג"ד ערך את התחקיר (ת/11), הרי שניתסותו בגוף ראשון מלמד כי מי שחתם עליו ערך אותו, קרי: הנאשם בעצמו. הנאשם אישר, כי לא דיבק בדבריו בתחקיר, לפיהם ידע שאשראף מידה אבנים לעבר כוחות צה"ל והסביר, כי הנית זאת, בעקבות מעצרו של אשראף במהלך ההפגנה. בנוסף, התקשה הנאשם להסביר מדוע אין

התובע הצבאי נגד סא"ל עומר בורברג וסמ"ר קוראה לאונרדו במסמך פירוט ביחס לגרסתו של נאשם מס' 2 אלא תמצית מצומצמת לפיה נאשם מס' 2, לא הבין את הוראתו של נאשם מס' 1. המסמך כולל פירוט ביחס לגרסתו של נאשם מס' 1, לפיה הורה לנאשם מס' 2 "לשകש". הנאשם טען, כי האחוריות בעניין זה מוטלת על סגנו, שערך את החקירה, בהנחייתו.

15. בחקירה נגדית, פירט הנאשם, כי לאחר המקרה, לא הורה על העמדתו לדין ממשמעת של נאשם מס' 2.

16. במהלך עדותו, הנאשם הציג לעיונו מסמך הנושא את הכותרת "**חקירהairaע ירי גומי לעבר פלשתינאי שעוכב בגובלן- חטמ"ר בניין**" (ס/10). מסמך זה התקבל לעיונו בהסכמה הצדדים ובהתאם להחלטתנו מיום 15/12/09 (עמ"ד 109 לפורתוקול). ע"פ האמור במסמך, בסעיף 6ח, נאשם מס' 1 הכיר את אشرف מהפגנות קודמות, כמו שמידה אבנים לעבר כוחות צה"ל. נאשם מס' 1 פנה לנאשם מס' 2 "וביקש ממנו שיישקש את הנשך". בהמשך, לאחר שנאשם מס' 2 ירה כדורים גומי לעבר רגלו הימנית של אشرف, פנה אליו נאשם מס' 1 בצעקות ונאשם מס' 2 השיב "זה מה שה賓" (סעיף 6' למסמך). גם בחקירה, נאשם מס' 2 טען, כי זה מה שה賓/ שצורך לבצע. בסיכום המח"ט נקבע, כי מדובר באירוע חמור מן ההיבט המקוצע 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 במרחך של כמטר וחצי מאחוריו ג'יפ מג"ב, מצד ימין, בזמן שנאשם מס' 1 שוחח עם לוחם מן הפלוגה בשם דוד. נאשם מס' 1 ודודי עמדו במרחך של כחצי מטר מג'יפ מג"ב ושוחחו במשריך בדקה וחצי. נאשם מס' 1, דודי והעד, הופתעו למשמע היריה. העד טען, כי להערכתו לא היה קשר עין בין נאשם מס' 1 לנאשם מס' 2, מחשש שהדעת האחורייה של ג'יפ המג"ב, אשר הייתה פתוחה לרוחה ("כמעט בתשעים מעלה"), הסתיירה לנאשם מס' 1 את שדה הראייה מעבר לה. העד אישר, כי לא הבחן בנאשם מס' 2, עובר ליריה. לאחר שבחירה נגדית הוזג לעד קטע מתוך הסרטון (ת/9), אישר העד, כי אشرف עמד, כך שהדעת האחורייה של ג'יפ המג"ב לא הסתיירה אותו ונאשם מס' 1 עמד במרכζ, "נוטה לשמאלי".

העד ציין, כי ע"פ ההוראות, אין לירות כדורים גומי ממראך קצר מחמשים מטרים.

התובע הצבאי נגד סא"ל עומר בורברג וסמ"ר קוראה לאונרדו

3.3 עדותו של מר אילן XXX.

18. העד משמש כסגן מפקח האבטחה מטעם משרד הביטחון, במנחת מרחב התפר. במסגרת תפקידיו, עליו לקשר בין הגורמים האזרחיים, המבצעים עובדות למרחב לבין הכוחות המבצעיים במקום. העד תיאר את שגרת העבודה בヅירה ואת הקושי להתמודד עם הפרות הסדר והאלימות שנעודו להכשיל את העבודות במקום. העד ציין, כי אשraf נטל חלק מרכזי בעימותים ובהפרות סדר קשות בヅירה.

19. במועד האירוע, נפגש עם נאשם מס' 1 לשיחה, בשעות אחר הצהרים המוקדמות. העד הבין שדבר מה אינו כשרה, ולשalto, מסר הנאשם כי ארעה תקלת בגדור "הקשר שלו ירה בפלשתינאי... שהוא היה כפוף. הוא אמר לי שהוא לא מבין איך זה קרה... מה פתאום הוא ירה". הנאשם מסר לו, כי לפניו כן, הוא עצמו פנה אל הקשר, על מנת שיפחיד את הפלשתינאי, באמצעות "شكשוק" בנשק.

3.4 עדותו של רפ"ק רם XXX

20. העד שמש כמפקד פלוגת מג"ב, שנטלה חלק באחריות לאבטחת הヅירה בה ארע האירוע, אשר בסיסו כתוב האישום. העד ציין, כי באותה תקופה למד להכיר את נאשם מס' 1, כמפקד ערבי, המקיים על תדריכים מסוודים לקראת פעילות. כאשר ניתנת פקודה לבצע ירי של כדורי גומי, ע"פ ההוראות, יש לירוט ממරחק שאינו נופל מארבעים מטרים, ורק לעבר גפים תחתונות (בעניין זה נפנה גם **להוראות פתיחה באש, ס/9**, המצוית בסוף בית דין מטעמים של ביטחון מידע). העד הבHIR, כי הכוחות בשטח נהגים לעכב מס' 1, הנוטלים חלק בידי אבנים ומסכנים את הכוחות. הוא הדגיש, כי במקום בו לא נשקפת סכנה חיים - אין לכoon נשק כלפי אחר, "עוצר או לא עוצר".

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 (ס/13), מתוך הסרטון (ת/9), כמו שעדן לצד נאשם מס' 1, בחולצה לבנה, בעת שהנאשם אחץ באשרף, עובר ליר. הוא הצביע על מיקומו מעל גביו **תרשים של הצומת ס/12**.

התובע הצבאי נגד סא"ל עומר בורברג וסמ"ר קוראה לאונדרו

22. במועד הנקוב בכתב האישום, בשעות הצהרים, יצא הוצאות של העד מן הכפר, להפסקת צהרים. הוצאות חנה את ג'יפ המג"ב והעד נעמד מאחוריו הג'יפ, "מרחיק נגעה, פחות מחצי מטר" בסמוך לנאם מס' 1, "מרחיק נגעה ביבינה". השניים שוחחו על אירוע שארע בכפר, במשך שתים-ארבע דקות. העד לא שמע את נאם מס' 1 פונה אל נאם מס' 2 והוא עצמו לא הבחן בנאם מס' 2:

"עומרי הרים את העazor לפי מה שזכור לי, החזיק אותו ביד, העazor היה מול הג'יפ, מול החלק האחורי של הג'יפ, ביקשתי מעומרי להזיז אותו הפעם, יש ציד אלף... שהוא לא צריך לראות, עומרי הזיז אותו, המשכתי לדבר עם עומרי על האירוע, פתאום נשמעה ירייה... גם עומר נבהל, רץ לחיל שלא ראיתי אותו לפני כי הדלת הסתרה אותו, רץ אליו, נתן לו מכח בחזקה, צעק עליו: 'מה אתה עושה?' ...".

23. העד טען, כי חשש שהוא אشرف יכול לראות מה מצוי בג'יפ, גם דרך CISI העיניים ("פלנית"). בחקירה נגדית, משועמת עם סגנו של נאם מס' 2, על קר שבחקירה במצח, לא טען, כי הוא זה שביקש מנאם מס' 1 להרחיק את אشرف מג'יפ המג"ב, השיב: "המקרה היה אחריו שלושה שבועות מהאירוע, הוציאו אותו מליח של הפגנה, לא הכל זכור בראש". העד טען, כי דבריו בבית הדין מדוייקים יותר. הוא הוסיף, כי אין לו היכרות עם אף אחד מן הנאים, וכי לא בא לשיעם למי מהם. העד נשאל, כיצד מתישבת טענתו הנ"ל עם העובדה שהעצורים מוגבלים בג'יפ, ולכואורה יכולים לצפות בצד אוטו ביקש להסביר מעינוי המכוסות של אشرف. על קר השיב: "אין מה לעשות, יש אילוצים, כשאתה מעלה עazor לג'יפ, הוא מוריד את הראש, אתה מכבה את הקשר". בדומה, עומת העד עם העובדה, כי נאם מס' 1, בעצם, לא טען שהتابקש ע"י העד להרחיק את אشرف מן הג'יפ. העד מסר: "זה מה שאני אמרתי". בהמשך נשאל, כיצד העובדה שאشرف הוסט מעט הפעם, סיכלה את יכולתו לראות את תכולת הג'יפ, אםאמין הוא יכול לראות דרך CISI העיניים, כפי שטען העד. העד השיב, כי אشرف לא יכול היה להזיז את עינו, מאחר שכיסוי העיניים מהודק בראשו. בדומה, התקשה להסביר כיצד המרחק הקצר אליו הורחק אشرف, סיכל את יכולתו להאזין למכתיר הקשר שפועל בג'יפ.

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

3.6 עדותו של רס"ן יניב XXX

25. העד שמש במועד האירוע כסגן של נאם מס' 1, סמ"ד 71. העד מסר, כי שמע את תיאור

התובע הצבאי נגד סא"ל עומר בורברג וסמ"ר קוראה לאונרדו

הairoע מפי נאשם מס' 1 ביום האירוע. למחמתו, התבקש ע"י נאשם מס' 1 "לחקור את לאונרדו ולרשום תחקיר לאירוע". העד זמין את נאשם מס' 2 למשרדו ושמע את דבריו. את הממצאים מן החקירה ערך במחשב ושלח לנאשם 1 בדוואר אלקטרוני. העד ציין כי המסמך שלח אינו ברשותו ולמייטב יודיעתו, לא נשמר. העד לא תחקיר אחרים בגין אירוע לאירוע, אף לא את לוחמי המג"ב, שנכחו באותו מקום בזמן הירוי.

26. לשאלת התובע הבהיר העד, כי נאשם מס' 1 מסר לו שהורה לנאשם מס' 2 "תדריך ולואנרדו אמר לא, חד משמעית המג'ד אמר לי תירה". את החקירה חתם העד בשמו שלו. העד ביקש להימנע מלהתיחס לדברים הרשמיים במסמך בנושא (ת/11) בטענה כי אין זוכר מה מתוקן הדברים נסוח על ידו ומה ניסח נאשם מס' 1. עם זאת, אישר, כי נאשם מס' 2, טען בפניו שנאשם מס' 1 הורה לו לירוט. לשאלת נוספת מוספת מעם התובע, הבהיר העד כי המילה "לשකשך" אינה מוכרת לו בהקשר של החקירה:
 "פעם ראשונה שאני שומע את זה בהקשר של האירוע. אני זוכר את המילה תדריך ולואנרדו אומר את המילה תירה".

27. לאחר שאלות נוספות בנושא, אישר העד, כי הפרק הקרי סיכום וחלק מפרק המסקנות, כאמור במסמך החתייה (ס/10), לא נסוח על ידו ובאשר לפרקי הממצאים (סעיפים 7-6), מסר, כי אינו יכול לzechות מה נסוח על ידו ומה על ידי אחר. העד הסביר, כי על אף שהוא מכוון למסמך של נאשם מס' 1 (ת/11), הוא עצמו לא עין בו, מפאת עומס העבודה בヅירה. לטענתו, גם את סיכום המכח"ט בנושא (ס/10) – לא קרא.

3.7 עדות של מחרט בניין, אל"ם אביב רשב

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

29. בהמשך היום נפגשו השניים והעד ציון, כי כעוס על נאשם מספר 1 " מבחינת מיקום המפקח
והairoע... המג"ד מתעוק אישית עם עזר ומתחקר אותו... והוא לא צריך להיות שם". שגיאה
נוספת שזיהה העד בתנהלותו של נאשם מספר 1, המג"ד, עניינה בפקודות: "צריך לחתת

התובע הצביע נגד סא"ל עומרי בורברג וסמ"ר קוראה לאונרדו פקודות ברורות. אם אתה לא מתכוון שיבצעו ירי, המבחן הוא מבחן התוצאה, מה הבין החיל, מה הוא הבין ומה הוא עשה עם זה. לטענתי עצם העובדה שהחיל לא הבין את הפקודה או ביצע אותה אחרת, משמע שהחיל לא הבין נכון את הפקודה". העד הנחה את נאש מס' 1 להציג את המקירה ואת התקלות שאירעו במהלך למפקדים זוטרים, ואכן כך נעשה, כבר באותו השבוע.

30. בנוסף, שוחח העד על המקירה עם הסמג"ד. העד אישר, לשאלת ב"כ של נאש מס' 1, כי הסמג"ד לא העלה בפניו כל טענה ביחס לשוני בין החקירה שערר לבין המסמך שהופץ (10/o).

31. העד מס' 1 סיכום החטיבה הופץ ביום בו נערכ, לפני פרסום האירוע בכל התקשורת. לשאלת התובע, אישר כי בסיס סיכום החטיבה, מציה הייתה ההנחה כי נאש מס' 1 מדייק בדיות. בנוסף, הסביר, כי גרסתו של נאש מס' 1 הייתה, כי הורה לנאש מס' 2, "לשකש" בנסיך, על מנת להפחיד את אشرف. העד הבHIR, כי אף פעולה מעין זו אינה POSSOLA.

4. פרשת הגנה – נאש מס' 2

4.1 עדותו של נאש מס' 2

1. בפתח עדותו, הנאש פירט אודות מסלול השירות שלו כלוחם וחילקו בפעולות מבצעית. במועד האירוע, שמש הנאש בתפקיד קלע, נהג וקשר בחפ"ק המג"ד. הנאש הסביר, כי ע"פ התדריכים של נאש מס' 1, הוביל כי אין לראות ללא פקודה ישירה שלו ובמקום בו חיל מוצא עצמו בלבד, מול סכנה, עליו לנוהג בהתאם להוראות פתיחה באש.

2. ביום האירוע, הבחן הנאש באشرف, כשהוא כפוף באזיזים ועינוי קשות, בצומת נעלין. באותו מועד, נערכה הפגנה בכפר. הנאש נudem בסמוך לחיל הקדמי של ג'יפ המג"ד, לצד מכסה המנווע, והבחן בנאש מס' 1 מנסה לדובב את אشرف. אشرف ישב על הקרקע. נאש מס' 1 עמד בצד הג'יפ ואشرف ישב לצד, בצד הרחוק של הג'יפ. הנאש לא ידע כיצד הועבר אشرف מ"הבטונדה" למקום בו ישב. בהמשך, התרנה השיחה הבאה:

"עומרי שואל אותו: לאונרדו יש עלייך גומי, ואני עונה לו שכן, יש עלי גומי, וזה הוא אומר, מה אתה אומר נירה בו גומי? בצעקה צאת, עומרי שואל אותו. וזה אני

התובע הצבאי נגד סא"ל עומר בורברג וסמ"ר קוראה לאונרדו

אמרתי אין לי בעיה לירות בו גומי, וכשעומרי בעצם מרים את אשרכ' מהרצפה ואומר בוא נלך הצדה ונירה בו גומי, תוק כדי שהוא מרים את אשרכ', אחריו שהוא מתייעץ איתי והוא מרים את אשרכ' ותוק כדי הוא אומר בו נלך הצדה ונירה בו גומי... הוא מתחילה ללקת אותו, הוא עבר אותו פה (בקדמת הג'יפ) ואומר לי תדרך כדור... עומר הולך עם אשרכ' אני הולך אחריהם, מגיע מאחוריהם, ג'יפ המג'ב, ואז אני עבר אותם, מאחוריהם, הצדה, ובעצם נשאנו מגיע לשם, עומר עומד ליד אשרכ' והוא עומד איתו ומכחכה שאני אבצע את היר'... ואז ביצעת את היר'.. היית בחוויות שאני רואה את עומר, אחרי זה התרחקתי ועליתי על המדרשה"

3. הנאם בהair, כי השיחה בין נאשם מספר 1 התקיימה לצד הימני של ג'יפ המג'ב, בעת שאشرف ישב לצד הימני הקדמי של הג'יפ. כאמור, הנאם לא ידע להסביר כיצד הגיע למקום אשרכ' ואף לא את טענת אשרכ' לפיה הפעם הראשונה בה הוקם, היה בעת שאחزو בו והובילו אותו, עבר ליר'. בנוסף, התקשה הנאם להסביר את מיקומו של אשרכ' לפני גרטתו, מאחוריו הג'יפ, מקום שלטענת סגנרו של נאשם מספר 1, הינו מבודד יחסית.

4. בחקירה נגדית, בהair הנאם כי ניתן היה להבחן בכך שנשקו טען במחסנית "הוא שואל אותי" שאלת רטורית, הוא רואה שיש עלי גומי, הכוונה לבצע איזה שהוא מהלך ... בשלב שהוא מרים אותו ואומר בוא נלך הצדה ונירה בו גומי, אני מבין שהוא רציני... זה השלב שאני מבין ואניעונה לו הcador כבר בקנה". הנאם אישר בחקירה נגדית, כי במהלך אותה שיחה הבין שנאשם מספר 1 מבקש להפיח את אשרכ':

"כי אף פעם עומר לא שאל אותי לדעת, מה דעתך נירה בו גומי? בהפגנתיות זאת, אך ענית לו באותו סגנון: אין לי בעיה לירות בו גומי. ואז כשהוא הרים את אשרכ' ואמר בוא נלך הצדה ונירה בו גומי, זאת בעצם הפקודה, הבנתי שהוא לא נכון".

5. ובהמשך: "אני הייתי בחשיבה שהוא כביכול רצה רק להפיח אותו בדיורים, וזה שהוא מרים אותו, זה המשיך את הרצינות, הוא אומר לי לדרכך כדור, תוק כדי שהוא עבר אותו...". לשאלת התובע הוסיף: "הוא אמר את זה בקול כדי להפיח את אשרכ'. והבנתי שהזה להפיח אותו. בגלל זה ענית שайн לי בעיה לירות בו. ברגע שהוא הרים אותו ואמר לי בו נלך הצדה, נירה בו גומי, אז אני הבנתי שהזה ברצינות ואני הולך אחריו מבולבל, והכל קורה במהירות".

6. הנאם אישר, כי לאחר שנאשם מספר 1 "עבר אותו" ואומר לי לדרכך כדור" - לא ניתנה לו פקודה נוספת, אך הוסיף וטען, כי עבר ליר' הבחן בנאשם מספר 1 מסתכל עליו והיה ביניהם קשר עין. הנאם אישר כי נאשם מספר 1 הרכיב משקפי שם. בנוסף, הנאם מסר כי עקב אחר נאשם

התובע הצביע נגד סא"ל עומר בורברג וסמ"ר קוראה לאונרדו

מספר 1 לכל אורך הדרכו, אך אישר, כי לא הבחן בו משוחח עם לוחם מג"ב (דודו).

7. הנאשם הבהיר כי הנאשם מספר 1 אמר לו: "ישקשק".

8. את הירי ביצע לעבר הקruk, בין הרגליים של אشرف "לא רציתי לפגוע באشرف" (בהמשך, לשאלות ביה"ד, הבהיר, כי הבין שנאשם מספר 1 הורה לו לפגוע באشرف, אך הוא ביקש למצער את הנזק ולкан ירה בסמוך לרגליו). בחקירה נגדית פירט כי ירה לעבר "הסוליה", שזה בין הרגלים" 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 מאוחר שקיבל מנאשם מספר 1 פקודה לירות (ה הנאשם הסביר כי את הפקודה קיבל בסמוך לג'יפ, והבין שעליו לביצה בהמשך, במקום נסתר יותר). לאחר הירי, נתקל בזעמו של נאשם מספר 1, על עצם ביצוע הירי לפני אדם כפוף. נאשם מספר 2 הסביר לנאשם מספר 1 כי כר הבין ונאשם מספר 1, בתגובה, "הביא לי מכות על הקסדה: אין אתה עושה דבר זהה".

10. בעבר שבועיים, בעקבות האירוע, הנאשם נעצר למשך 24 שעות. כאשר שב אל היחידה ניגש אליו חיל בשם אדם מסמר לו כי החיל XXX שמע את השיחה בין לבין נאשם מספר 1. הנאשם פנה אל XXX ואף מסר לו לדוחות למצ"ח על כך ששמע את השיחה בין הנאים. בחקירה נגדית, טען, כי בפרק הזמן שמן האירוע ועד לחקירה מצ"ח, כשבועיים לאחר האירוע, לא שוחח על המקרה עם XXX, על אף היוות 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 חילאים אחרים וכן, מדוע XXX טען שהשיחה נערכה מצד האחורי של הג'יפ.

11. הנאשם טען, כי החקירה שביצעה הסמג"ד ביחס לאירוע, נערכו לאחר פרסום בכל התקשורות, בעת שנאשם מספר 1 לא היה ביחידת.

12. לשאלת בא כוחו, הבהיר, כי נאשם מספר 1 לא אמר לו בשום שלב "תירה, תירה" וכי דבריו אלו נרשמו בחקירה, נכון הקושי שלו לבטא עצמו "אמרתי לחוקר, כשעומרי עמד עם אشرف, הוא כאילן חיכתנו, תירה בו, תירה בו, אני לא התכוונתי למלל...". בהמשך: "אני רואה אותו מכהה ומסתכל

התובע הצביע נגד סא"ל עומר בורברג וסמ"ר קוראה לאונרדו עליו, כאילו הוא תירה בו". הנאשם אישר כי אמר דברים דומים בנוסח "תירה, תירה" גם במסגרת ראיון בערוץ 10. גם שם טعن, כי נאשם מס' 1 הורה לו לירוט, בעת שעמד בסמוך לג'יפ המג'ב. על כך השיב: "הראיין הזה היה מהיר ופזיז... אני לא שיקרתי פשוט לא הסברתי את עצמו נכון".

13. הנאשם ציין ששיתף פעולה בחקירה והסכים לעימות ווחזור. משועמת עם ההבדלים בין המקום בו העמיד את הניצבים במהלך השחזר (ת/10), לבין מקום הנוכחים באירוע, ע"פ הסרטון שצולם במהלך (ת/9), השיב: "העמדתי אותם לפי מקום שבו אני רואה אותם". הנאשם שב על טעنته לפיה, עבר לביצוע הiry, ראה את נאשם מס' 1 ואת אشرف גם יחד.

14. בחקירה נגדית, טען הנאשם כי אכן למד על ערכיו זה"ל, אך אינו זוכר מה הייתה הנסיבות לפקוודה בלתי חוקית בעליל" ו"לטוהר הנשך" ועליו לרענן את הדברים. מושנאל האם "ליירוט באדם מכוסה עיניים זה לא חוקי בצורה מובהקת", השיב: "از למה הוא בקש ממני לירוט, לא הבנתי את זה באותה 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 "חסת" לזה שום חשיבות"). בהמשך, השיב, כי ברור לו שהacakt עצור, או ירי בעצור באמצעות כדורי חץ – הין פעולות בנגדו לחוק. בדומה, אישר כי לירוט כדורי גומי בעצור הינו מעשה "בלתי חוקי בצורה בולטת". לשאלת בחקירה נגדית, אישר, כי ע"פ הפקודות אין לירוט 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 נשך, אף לא במהלך הפסקת הצהרים. לטענתו, לא הכיר הוראה לפיה במהלך הפסקה, עליו לפרוק את נשך.

4.2 עדותם של מר איתן XXX

16. הנאשם מס' 2 ביקר להיעד מטעמו את מר איתן XXX, בוגר בית ספר למולטימדיה, צלם עיתונות, העובד במכון פרטி, בשם "מכון למדע פורנזី", כМОמחה המתימר, על בסיס צפיה הסרטון שצולם במהלך האירוע (ת/9) - לקבוע מסקנות ביחס להתנהגות החיל הירוה ומפקדו (ס/16).

17. ע"פ המסתמן שעריך, ביצע העד סרטון בדיקה לאיתור הפסוקות ברצף החקירה, במסגרת מצא, כי החקירה אינה רציפה. העד ניסה לבדוק את הקול הנשמע במהלך הסרטון והצליח לזהות רק שיחה בערבית, שהתקיימה בסמוך לצלמה. העד העריך, כי המצלמה הוחזקה במרחך של כמהה

התובע הצבאי נגד סא"ל עומר בורברג וסמ"ר קוראה לאונרדו מטרים ממיקום החזקת העציר, אם כי לשאלת ביה"ד, הוסיף: "מרחב הטועות הוא רחוב".

18. מתוך צפיה בסרטון בדרך של "האטת" הקרנתו, קבע העד כי "החיל" מרימים את הראש מהכוונה ומלמל בשפטיו לעבר המג"ד..." (סעיף 6ג), ובהמשך, כי "המג"ד מפנה מבטו בתגובה לעבר החיל באופן בו עורפו לעבר המצלמה ושפטיו אין נראות" (סעיף 6ד). לאחר הירוי, קובע העד, כי "המג"ד כמעט ואינו נרתע לשמע הירייה" (סעיף 6ז).

19. לסייעם קבע העד, כי "העציר הוועמד בקהל ירי באופן מכון" (סעיף 5), "המג"ד והחיל רואו איש את רעהו עבר לירוי" (סעיף 6), "המג"ד אינו נרתע למשמע הירוי" (סעיף 7) ומתווך כך עולה כי "הירוי בוצע תוך תכנון מראש ובידיעת המג"ד" (סעיף 8).

20. בחקירה נגדית, הסביר העד, כי לא ביצע סרטון בדיקה במכשיר או באמצעות תוכנה מיוחדת, אלא: "ליקחת את הסרט, להאט אותו במחשב, לצפות בו בזרה מסודרת מספר פעמיים". בהמשך לכך, העד נשאל כיצד הגיע למסקנה שנאשם מספר 1 העמיד את אשרף "באופן מכון" והסביר: "כמו שנדרשתי, לפרש את הדברים". העד הבahir, כי לא ביצע חישובים, מדידות של מרחקים, זווית ראייה/צלום, אלא: צפה הסרט "ביסודות". ואישר, כי: "לא ניתן להגיע לתוצאה מסוימת מדויקת עם הנתונים כפי שהובאו, חסרים נתונים".

21. אשר למסקנתו בדבר קשר עין בין נאשם מספר 1 לנאשם מספר 2, עבר לירוי, 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 מכיר שנאשם מספר 1 הסיט את ראשו הצידה, לשמאלי. העד אף אישר, כי יתכן ששלט הג'יפ מסתירה את שדה הראייה. למעשה, העד חזר בו מקביעתו בנושא והסביר, כי לא ניתן לקבוע שהיה קשר עין בין נאשם מספר 1 לבין נאשם מספר 2. העד הודה, כי מסקנתו בעניין נסכמה על תנועת הראש של נאשם מספר 1, הפניה הראש הצדיה, כפי שצולמה מאחור "לא ניתן לראות מבט... אני מקבל את התיקון...". בהמשך, הוסיף העד, לשאלת ביה"ד, כי נאשם מספר 1 הרכיב משקפי שמש נתן שאף הוא מנסה לזהות להיכן הבית.

22. לעניין מסקנתו ביחס להעד רתיעה של נאשם מספר 1 בעקבות הירוי, העד עומת עם העובדה שבבוד שפרק הממצאים, ציין העד, כי נאשם מספר 1 " כמעט ואינו נרתע למשמע הירוי, הירוי שפרק המסקנות קבע נחרצות, כי "המג"ד אינו נרתע למשמע הירוי". אך השיב: "השמטה את

התובע הצבאי נגד סא"ל עומר בורברג וסמ"ר קוראה לאונרדו ה'כמעט". העד אישר, כי הצלום נקטע, מיד לאחר הירוי וכי "רואים תגובה שנעכרת". 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 צפיה בסרטון. העד הבHIR, כי האחוזים בהם נקבע ביחס לסבירות מסקנותיו הם בבחינת הערכה כללית בלבד "אין נתון סטטיסטי שהיא מתחשבת בה". הוא אף ציין, כי אין לו ידע בסטטיסטיקה.

24. העד מסר, כי ישנו בסרטון קטע במהלךו אשraf לא נראה יושב בסמוך ל"בטונדה" הזזהרת. קטע זה מופיע לאחר הקטע בו נצפה אשraf, כשהוא יושב בסמוך ל"בטונדה" הזזהרת, ולפני קטע הירוי. העד אישר, כי קיימת אפשרות שקטע הירוי צולם קודם, והקטע בו לא נראה העוצר יושב לצד ה"בטונדה" הזזהרת צולם בהמשך, אך הקלהת הוחזרה לאחר מכן לצורך הצלום.

25. במהלך עדותו של העד, במסגרת חקירה נגדית מטעם של נאשם מס' 1, התבקש העד להצביע על מקום הנוכחים באירוע, ביחס לג'יפ דומה לזה של ג'יפ המג"ב, שמדובר בחזרה בית הדין. העד הסביר, כי בהעדר נתונים מדוייקים, אין יכולתו 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 "התנהוגותם של העדים, נסיבות העניין ואותות האמת, המתגלים במהלך המשפט". משקלן של עדויות ומהימנותם עדים נתונים לשיקול דעתם של השופטים הרואים והשומעים את העדים ועל הערכאה הדינונית להכריע בסוגיית המהימנות. ההכרעה משוכחה מליבור של כל שופט וממצפונו שלו, בהתאם להתרשמותו מהעדים, אשר באו לפניו (ע"פ 6251/94 בין סימון נ' מדינת ישראל, פד"י מט (3) 45). אמת המידה הננקטת הינה צו של סבירות, שכן ישר וניסיון חיים שיפוטי (ע"פ 6289/94 דזנושויל נ' מדינת ישראל, פד"י נב (2) 175).

2. אותן אותות האמת, אשר בהם מדובר, כוללים הן את התנהוגות העד על דוכן העדים והן

התובע הצבאי נגד סא"ל עומר בורברג וסמ"ר קוראה לאונרדו

את המסקנות שניתן להסיק מכלול הנתונים העובדתיים ומן ההסברים השונים לפניו בית המשפט ומאਮטיים או סותרים את גרסאותיו של עד. מכאן נובע כלל נוסף, לפיו על בית המשפט להשווות הכרעתו בענייני מהימנות לאחר שמייעת כל העדים, שכן לעדויות עדים שונים עשוי להיות השלכה ביחס למהימנותם של עדים אחרים (ראו ע"פ 406/2014 בשירי ואח' נ' מ"י, פ"ד לד (3) 436, ע"פ 4701/94 אוחיון נ' מ"י, תק-על 95(2) 814). לעומת זאת כן, כי אין מדובר בתהיליך אוטומטי של מילון עפ"י סיווג כללי של הרأיה, אלא בבדיקה 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, כנוטען, היה סמ"ר עידן XXX עד לחלק הראשון של האירוע - השיחה שנערכה בין שני הנאשמים, בסמוך לג'יפ המג"ד. חיליל מג"ב, בעיקר עד הגנה דוד XXX, היו עדים (מצוית הרأיה שלהם), לאחר מכן האחרון של האירוע - שלב הירוי. עדים רלוונטיים נוספים לאירוע הם כמובן אשרף, מי שנפגע מן הירוי, והצלמת, אשר מעבר לティיעוד החלק האחרון של האירוע במצלמתה, היא בבחינת עדה רأיה לאותו שלב באירוע.
2. העדים האחרים שזומנו כדי הגנה מטעמו של נאשם מס' 1, או מטעמו של נאשם מס' 2, הובאו בעיקר, על מנת לתמוך בנסיבות גרסאותיהם של הנאשמים, כל אחד בנפרד. נתחיל בבחינת מהימנותם של העדים שמעורבבותם באירוע מושא כתוב 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 מס' 1. עדותו של העד אינה מתיחסת במישרין לאירוע אשר בסיס כתוב האישום. עם זאת, לא לモטור לציין, כי העד הפגין בקיימות רבה בכל הנוגע לנוהלי הפטיחה באש וההערכות המבצעית בżarra המדווחת ונראה היה כי הוא בעל ניסיון רב בתחום. בנוסף, ניכר היה, כי העד רוכש הערכה רבה לנאשם מס' 1, המג"ד. על רקע בקיומו וניסיונו של העד, יש לייחס משקל לדבריו, לפיום בהתאם לנחים המקובלים והתדריכים השונים – במקום בו לא נשקפת סכנת חיים – אין לכוון נשק כלפי אחר, "עוצר או לא עוצר".

התובע הצבאי נגד סא"ל עומר בורברג וס"ר קוראה לאונרדו

5.2.2 מר אילן XXX

4. עד "רחוק" נוסף היה מר אילן XXX. אף עד זה, ידידו של הנאשם מס' 1, הפגין הערכה רבה כלפיו. התרשםנו מרצינותו של מר אילן גdish ועדותו הייתה עניינית וברורה. עם זאת, פרק הזמן הרב שהחלף מאז מועד השיחה ביןו לבין הנאשם מס' 1, בעקבות האירוע, כמו גם מהלך השיחה ומפגשים נוספים מאוחרים יותר, בין העד לבין הנאשם מס' 1 – הקשו علينا ליחס משקל רב לדבריו, לפיהם הנאשם מס' 1 ציין בפניו, כי הורה לנายג מס' 1 ל"שകש בנסק". ואכן, העד אישר בכך, כי אינו זוכר בבדיקה את דבריו של הנאשם מס' 1, ואני בטוח בנסיבות המקורי – "חד משמעות הוא אמר לו בו תפחיד אותו ואני **כמעט משוכנע** שהוא אמר לו בו תשകש בנסק" (הדגשה שלנו).

5.2.3 סגן מוח'תאר XXX

5. סגן מוח'תאר, לשעבר קצין חקירות במצ"ח, העיד עד מטעמו של הנאשם מס' 2. התרשםנו מעודתו חסרת הפתניות של העד וממקצועיותו. ניכר היה, כי העד מבקש לדיק בתשובותיו ומקום בו לא היה בטוח בהן, הקפיד להבהיר זאת. בהתאם, ניתן ליחס משקל להערכתו לפיה אشرف אינו בקיי בשפה העברית, אם כי זיהה והכיר את המילה "גומי".

5.2.4 מר איתן XXX

6. בוגדור לעדות הרצינית והמדויקת של סגן XXX, עדותו של העד השני שהובא מטעמו של הנאשם מס' 2, מר איתן XXX, הייתה מגמתית ובلتוי מבוססת. עד זה התימר לחוות דעה כМОמה, בכל הנוגע להתנהלותם של שני הנאים באירוע, לרבות מודיעותם ויחסם להשתלשות העניים, והכל – מתוך צפייה בסרטון שצולם במהלך האירוע, ת/9.

7. על אף שלא היו ברשותו של מר XXX נתונים בסיסיים, כמו המרחק בין המצלמה למקום האירוע והזיהות הריאיה, לא נמנע האחרון מלקיים קבועות נחרצות ביחס לנושאים כמו קשר עין בין הנאשם מס' 1 לבין הנאשם מס' 2, וזאת, מבלתי שהיא מסוגל למקם את הנאים ביחס לדלת הג'יפ הפתוחה ובכלל. כאמור, העד הבahir, כי לא ביצע חישובים, או מדידות של מרחקים וזיהויות ראייה או צילום ואישר, כי: "לא ניתן להגיעה לתוצאה 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 תקופות מסקנותיו – נאלץ העד להודות, כי לא

התובע הצבאי נגד סא"ל עומר בורברג וסמ"ר קוראה לאונרדו
ניתן לעשות כן, על פי מסד הנתונים הקיימים.

8. לא זו אף זו, בחוות דעתו, העד הגיע למסקנה בדבר קשר עין בין שני הנאים, על אף שבסרטון, במרבית הזמן, נראה נאש מס' 1 מאחור וכשהוא מרכיב משקפי שמש כהים, באופן שאינו אפשר לעקב אחר מבטו. את מסקנותו הנ"ל ביסס העד על כך שהבוחן בתזוזה של ראשו של המג"ד לשמאלו (מכיוון המצלמה), וכן על כך שהבוחן בנאש מס' 2 מרים את הראש וממלמל דבר מה. נציג, כי העד עצמו הבHIR, כי לא ניתן היה לשמוע את דבריו של נאש מס' 2 והאחרון אף לא טען, כי שוחח עם נאש מס' 1 באותו שלב באירוע. למעשה, העד עצמו, בעודותו, לאחר שעומת עם הנתונים הקיימים, בקש לחזור בו ממסקנותיו בכל הנוגע לקשר עין בין שני הנאים, עובר לירוי: "אני מקבל את התקין".

9. העד גם לא היסס לקבוע, כי נאש מס' 1 לא נרתע בעקבות הירוי (על אף שמספר שורות קודם לכן, ציין במסמך שערך, כי "המג"ד **כמעט** ואינו נרתע **לשמע הירוי**", הדגשה שלו). העד הגיע למסקנה נחרצת אף בעניין זה, על אף שהכיר בכך שהצילום נקטע מיד עם הישמע הירוי (ולדבריו: "**רואים תגובה שנענרתת**").

10. למעשה, העד הגיע למסקנותיו השונות לאחר שזכה בסרטון בצורה איטית יותר, במספר הزادמוניות, ומסקנותיו אין אלא פרשנות שלו למלהר הדברים, מבלתי שהוא בידו הנתונים המתאימים, ובבלתי שהוא שעשה שימוש במקוצר מקצועית שיכל היה להעניק לו יתרון משמעותי על פני כל צופה אחר. כך, מושגאל היכיזה הגיע למסקנה שנאש מס' 1 העמיד את אשרף "באופן מכון", השיב: "**כמו שנדרשתי, לפרש את הדברים**". בסופו של הדיון, אישר העד כי מסקנותיו ביחס למלהר הדברים אין היחידות מבין המסקנות שניתן להסתיק מתוך צפיה בסרטון ולא ניתן להעריך את מידת הסתברותן.

11. עולה מן המקובץ – כי לא ניתן ליחס משקל למסקנותיו של העד, מר איתן XXX. את מסקנותינו אנומן הצפיה בסרטון נביא להלן.

5.2.5 אל"ם אביב רשי

12. **אל"ם רשי**, מח"ט בניין, הזמן להיעיד במסגרת פרשת ההגנה מטעמו של נאש מס' 1.

התובע הצבאי נגד סא"ל עומר בורברג וס"ר קוראה לאונרדו התרשםנו מרצינותו של העד ומתשובותיו הבהירות. העד השיב בסבלנות ובוארה ענייני על כל השאלות שנסחאל. בהתאם, מצאנו לייחס משקל לדבריו לפיהם נאשם מס' 1 דיווח לו על שארע, עוד ביום האירוע וכי מסמך החקירה, שנערך ע"י נאשם מס' 1 בסיווע הסמג"ד, הוכן בסמוך לאחר האירוע והופץ לדיעת הקצינים בגזרה, עוד לפני פרסום האירוע בכל התקשורת.

13. העד, מפקד מנוסה, הבקיא בהוראות הפתיחה באש, ובמאפיינים המייחדים של הפעולות המבצעית בגזרה, הבהיר, כי נאשם מס' 1 שגה במתן פקודות שאין ברורות דיין, לנאשם מס' 2, והציג, כי אף מתן הוראה ל"שകשך" בניסיון לאיים על עצור, הינה בבחינת הוראה פסולה.

רס"ן XXX | 5.2.6

14. אשר לעדותו של רס"ן יניב XXX, כאמור, עד זה שמש כסגנו של נאשם מס' 1 והבא להיעיד עד מטעמו. תשובותיו של העד היו מהווסות והוא התהמק משאלות רבות. העד נמנע מלחתיכו לגוף של המסמך המכונה "חקירה", תוך שהוא טוען כי הוא מתבקש לזכור מה נכתב על ידו ומה נوشך על ידי נאשם מס' 1, והוסיף, באופן לא משכנע, כי לא טרח לעיין בסיכום הסופי לאירוע, סיכום שהופץ מטעם החטיבה, על בסיס דבריו. ניתן היה להתרשם, כי העד חשש ממתן תשובות העשויות לסייע את נאשם מס' 1, מפקדו לשעבר.

15. דווקא התרשםותנו הנ"ל, הובילה אותנו ליתן משקל רב לדבריו של העד בכל הנוגע לדברים שמסרו לו הנאשמים, בעיקר נאשם מס' 1, ככל שאינם תואמים את גרסתו של الآخرן. העד פירט, כי הובא לידיונו, בסמוך לאחר האירוע, במסגרת ערכית החקירה, כי נאשם מס' 1 הורה לנאשם מס' 2 לדרכו את הנשק, וכי המילה "שדקשך", לא הזכרה בדבריו של נאשם מס' 1 בהקשר של החקירה.

"פעם ראשונה שאני שומע את זה בהקשר של האירוע. אני זוכר את המילה 'תדריך' ולאונרדו אומר את המילה 'תירה'".

16. נסוח זה של הדברים אף מתישב עם פרק המסקנות בסיכום שערך נאשם מס' 1, ע"פ הבירור שערך העד (ת/11).

התובע הצבאי נגד סא"ל עומר בורברג וסמ"ר קוראה לאונדו

5.2.7 המתлон

17. מר ابو רחמה אשף, מסר עדות מבולבלת ורצופת סתיירות. כך, בעוד שבammerתו במצ"ח מסר, כי נכח במקום על מנת לחלק לתושבים תרופות ומזון, בבית הדין, בחקירה ראשית, טען, כי הילך לו לתוכנו. 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 טיפול בעבר על מנת שהובא למקום במסגרת הקמת הגדר, ולא ידע להסביר את הרשותו בעבר בעבירה של הפרת סדר. ניכר היה כי העד עזין 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 בקייא בשפה העברית. بد בבד יש לקבוע, כי במהלך גביית עדותו במצ"ח, נקט העד במילה "גומי", עת תיאר את חילופי הדברים ששמע בסביבתו.

19. נציין, כי בהתאם להסכמה הצדדים, כעולה מאמרתו של ד"ר XXX אריק, רופא בגדור 71, ואף על דבריו של העד אשף - בעקבות הירוי, 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 ענינות כלפי צה"ל ומדינת ישראל. היא סירבה להעיר לידי התובעים ואף לרשות בית הדין, את הסרטון המקורי שצלמה. אף ההסברים השונים שמסרה ביחס לתכליות הצילומים ומקור המצלמה שברשותה - היו חלקיים. עם זאת, העדה הקפידה לבדוק בדיעודו ביחס לצילומים המצויים בסרטון (ת/9). היא הסבירה, כי אלה עשויים קטועים נפרדים, שאינם רצופים, וכי מיד עם הישמע הירוי, המצלמה נשמטה מידיה. בדומה, מסרה העדה תשובה תמציתית אך עניינית, ביחס להשתלשלות האירועים, באופן אשר ככל, השתלב עם מהלך הדברים, כפי שתועד בצילמתה.

5.2.9 לוחם מג"ב, נאור XXX

21. עד זה העיד על עצמו כי עבר לירוי, היה מצוי מימין לג'יפ המג"ב וכלל לא הבחן בנאשם מספר 2. התרשםנו, כי על אף שהעד התקיימר למסור נתונים מודיעיקים ביחס למHALך הדברים בפרק הזמן בו

התובע הצבאי נגד סא"ל עומר בורברג וסמ"ר קוראה לאונדו שוחחו נאשם מס' 1 וחברו לפולגה, דוד XXX, ובעיקר – בכל הנוגע למיוקם ביחס לג'יפ מג"ב ומצבן של הדלותות האחוריות – לא ניתן לסמן על עדותו בנושא. ניכר היה, כי פרק הזמן שחלף מאז האירוע, ובהתאם לכך, עד לרגע היריה, מהלך שגרתי שלא משליל תושמת לב מיוחדת – מקשים על העד לדיק בנסיבות אלה. ואמנם, בגין דבורי הבתוים בחקירה ראשית, אישר העד בחקירה נגדית, לאחר שהתקבקש לצפות בסרטון, כי אشرف הוועד במרקח מהן הג'יפ ואף מעבר לדלותות, וכי נאשם מס' 1 עמד משמאלי למרכז הג'יפ.

5.2.10 לוחם מג"ב, דוד XXX

בホームה, התקשינו לייחס משקל ממשמעותו לעדותו של לוחם מג"ב, דוד XXX, בכל הנוגע למרקח בינו לבין נאשם מס' 1, ולמרקח בין השניים לבין דלותות ג'יפ המג"ב. חשוב לציין, כי גרסתו של העד, לפיה הוא זה שביקש מנאשם מס' 1 להרחיק את אشرف לשמאלו על מנת שלא יתבונן בצד המציג בג'יפ, הינה בבחינת גרסה כבושה (למשלה של עדות כבושה אשר אין הצד הסביר ענייני לככשתה, ראו ע/01/135 רס"מ אלברט נורברט נגד התצ"ר, בעמוד 15). העד לא מסר גרסה זו במלבד גביית אמרתו במצ"ח והסביר בעניין היה מלאכותי ובלתי משכנע. העד אף התקשה להסביר את ההיגיון העומד מאחורי דבריו, בהתחשב בכך שעינוי של אشرف היו מכוסות ואף בהתחשב בכך, שקדום לכך, הוביל אشرف, כמו כל עוצר אחר, בתוך ג'יפ דומה. נציג, כי נאשם מס' 1, בעצמו, לא טען שהתקבקש ע"י העד להרחיק את אشرف מפתחו האחורי של הג'יפ, והסביר בעניין היה שונה ("כדי להציג אותו הפעם קצת בלי שום קשר לג'יפ שנראה בתמונה") (מתוך עמוד 8 לאמրתו הראשונה של נאשם מס' 1, ת/1)

23. עם זאת, עדויותיהם של שני העדים, נאור XXX ודוד XXX, ביחס להפתעה שאחזה את נאשם מס' 1 ותגובהו למשמע הירוי, משתלבות עם עדויות אחרות שהוצגו לנו, לרבות עדותו של נאשם מס' 2, ובהקשר זה – יש ליתן להן משקל (על ישומו של הכלל המאפשר לפלא עדויות במסגרת הערצת משקלן, הכלל המכונה "פלגין דיבורא", ראו ע/02/123 אל"ם ישי נגד התובע הצבאי הראשי, בעמוד 14).

5.2.11 סמ"ר עידן XXX

24. עד זה שימש כלוחם בחפ"ק של נאשם מס' 1, המג"ד, ושירות לצדו של נאשם מס' 2. יאמר מיד כי התרשםנו ממהימנותו של העד ורצינותו. ניכר היה כי העד מבקש להסביר באורח ענייני על

התובע הצבאי נגד סא"ל עומר בורברג וסמ"ר קוראה לאונרדו השאלות שנשאל ועדותו הייתה סדורה, בהירה וקולחת. כלל, משתלבת עדותו של העד באמירה שמסר במצ"ח בתאריך 23/07/08 (כשבועיים לאחר האירוע), והעד הקפיד לדיק בתשובותיו ולהימנע מהפרצות. אך, אישר כי לא הבחן בעצור והסביר, כי המילה "עוצר" המופיעה באמירתו, השתרבבה לשם בשגגה. נבהיר, כי הסברו בנושא נשמע הגיוני ואמין.

25. כפי שנראה בהמשך, לא מצאנו כי הסתיירות בין דבריו, בוגע להשתלשות העניינים שהובילה לשיחה בין נאשם מס' 2, עובר לחקירה במצ"ח, לבין דבריו של נאשם מס' 2 בנושא – מקרים מוכרים במשקל עדותו. בדומה, כפי שנציג להלן, לא מצאנו כי ההבדלים בין התיאור שמסר העד ביחס למיקום של שני הנאים לבין התיאורים השונים שמסרו הנאים בנושא (אליהם נתיחס בהמשך), מפחיתים ממשקל עדותו. דלתות הג'יפ האחוריות היו פתוחות והקלו על העד להאזין לשיחה בין הנאים.

26. למעשה, כפי שנראה בהמשך, התרשםותנו הישירה מעודתו של נאשם מס' 1 ומעודתו של נאשם מס' 2, אף תומכות בהתרשםותנו הבלתי אמצעית, ממהימנות העד.

27. בהתאם, מצאנו לייחס משקל של ממש לעודתו של העד לפיה, בעת שששה בג'יפ המג"ד בציגות הכנסתה ליישוב נעלין, תוך שהוא מצוי בהפסקת צהרים, הבחן בנאשם מס' 2 מצדיו הימני של הג'יפ (הצד הסמור למושב שלצד הנהג) ובנאשם מס' 1, מגיע לעברו. אך פנה נאשם מס' 1 אל נאשם מס' 2 בسؤالה: "ילאונרדו, אתה רוצה לירוח גומי?" ונאשם מס' 2 השיב: "בוא". נאשם מס' 1, בתגובה, המשיך ואמר: "בוא נלך לצד". העד נותר בג'יפ וכעבור זמן קצר (למעטה מדקה), נורתה היריה. העובדה כי העד לא הבחן באشرف, אשר כאמור יש על הארץ בעוד שעוד יושב בתוך ג'יפ, שקווע בארכות הצהרים, אינה פוגמת במשקל עדותו.

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

5.2.12 נאשם מס' 1

29. כעולה מעדויות המפקדים והחייבים שהעידו לפניינו, כמו גם מהתרשםותנו הבלתי אמצעית מן הנאים, ניתן לקבוע כי האחרון רינו קצין איקוטי ורציני. עם זאת, לא ניתן היה להימנע מהרשום

התובע הצבאי נגד סא"ל עומר בורברג וסמ"ר קוראה לאונרדו לפיו, בכל הנוגע לשלב הראשון באירוע, ובעיקר – למהלך השיחה בין לבן נאשם מס' 2, מסר הנאשם גרסה מתפתחת, בניסיון להמעיט מאחריותו ולצמצם את מעורבותו באירוע.

30. ובמה דברים אמורים? הנאשם טען, כי בשיחה בין לבן נאשם מס' 2, שיחה שנערכה בסמוך לג'יפ המג"ד, לשיטתו, שלא בנסיבות אשראף, הורה לנאשם מס' 2 ל"שකשך בנשק" וכי בהמשך, עת אחז באשרף והריםו מן הקרקע, אמר "לאונרדו", או "לאונרדו תשകש". מנגד, טען נאשם מס' 2, בדומה לעדותו של סמ"ר XXX, כי הנאשם פנה אליו בשאלת "מה אתה אומר, נירה עליו גומי?", בנסיבות של אשראף, ובהמשך, תוק שהוא אוחז באשרף ומרים אותו מן הקרקע, הפטיר כלפי את המילים "לאונרדו, תדרוך". כפי שנראה להלן, עדותו של נאשם מס' 1, בכל הנוגע לחלק זה של האירוע, לוקה בחסר ומעוררת תהיות, באופן שאינו מאפשר לייחס לה משקל רב.

31. ראשית נזכיר, כי במהלך החקירה הנגדית, בעיקר לשאלות התובע אודות השיחה בין הנאיםים, שאלות במהלך, בין היתר, עומת הנאים עם עדויותיהם של נאשם מס' 2 וסמ"ר XXX בקשר - ניכר היה כי הנאשם מתקשה להסביר והוא שידר חוסר נוחות. ברוח זו, מشنשאל הנאים מה מתווך האمرות של נאשם מס' 2 אינואמת, הפנה לדבריו באמירה הראשונה, לפיהם בעת שאחז באשרף, הוא פנה אל נאשם מס' 2 במילים "תירה, תירה". הנאשם לא ציין את תיאור השיחה בין לבן נאשם מס' 2 בשלב הקודם, כפי שהציגו נאשם מס' 2 באמירות, כתיאור שקרים. נזכיר גם, כי הנאשם מס' 2 בחלק מן האמרות במצ"ח (ת/2 ו – ת/3), שאינו זוכר במידוייק מהם הדברים שמסר לנאשם מס' 2, במהלך השיחה שנערכה בסמוך לג'יפ המג"ד.

32. בהקשר זה, אף ראוי לשוב ולהזכיר את עדות סגנו של הנאים, רס"ן יניב XXX, לה ייחסנו משקל בקשר, ולפיה שמע האחרון את הנאים מתאר את דבריו לנאשם מס' 2, תוק שהוא נוקט במילה "תדרוך" ולא במילה "תשകש". המילה "תדרוך" הופיעה גם בפרק הטיסום של מסמך החקירה שערק הנאים (ת/11). למדנו, כי הנאים ייחס למילה "תשוקש" משמעות רחוכה, מנוטקת 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 הנאים בהקשר זה אינה הגיונית, ומעוררת סימני שאלה רבים. כך למשל, הנאים טען, כי: "באיישחו שלב, בין הג'יפים, אני צועק רק 'לאונרדו', או 'לאונרדו תשקש', זה כשאני מוביל את אשראף". הנאים עומת עם הקושי הלוגי הטמון בגרסה זו, שהרי, ממי נפרש, אם

התובע הצביע נגד סא"ל עומר בורברג וסמ"ר קוראה לאונרדו

אשרף דובר עברית, כפי שחשד, הר' שמן הסתום יבין שהנאשם הורה לנאם מספר 2 "רק לשחק ולא לירות לעברו כדור גומי, כפי שביקש לגרום לו להבין, והדבר יסכל את מטרתו של הנאשם להבהילו. על אף השיב הנאשם תשובה מתחמקת: "יכול להיות שאמרתי רק 'לאונרדו'... אני לא זכר בדיק מה אמרתי".

34. חוסר ההיגיון ואי הבHIRות, מצויים אף בחלקים נוספים בगרסתו של הנאשם. כך, הנאשם טען, כי ביקש מנאשם מספר 2 לבצע את "החבולה", מכיוון שהיו ברשותו כדורי גומי בעודו שעמו הייתה תחמושת חיה. כאמור, הנאשם טען, כי ביקש מנאשם מספר 2 "לשחק" בנשך וסביר, כי במילה "שחקוק" התכוון לצלול של רעש בנשך "כasher הנשך מופנה כלפי מעלה". דא עקא, שהנאשם אישר, כי כדורי גומי נורה מצינור, שמחובר לנשך, ולא בדרך של טעינת הנשך. לשאלת בית הדין, היכן מתישב נתון זה עם רצונו להפחיד את אשרף באמצעות "שחקוק" בנשך ("שהוא חשוב שאנחנו רוצים לירות גומי"), השיב הנאשם: "ככה זה הטעיר לי. לא תכננתי את זה. עכשו היה יכול לחשב על תחבולות יותר חכמה, אם בכלל". בדומה, גם לשאלת, היכן מרعش ה"שחקוק" בנשך, אמרו אשרף להבין, כי עתידיים לירות דיווקא לעברו (שהרי עניינו היו מכוסות), השיב הנאשם: "אני לא מתווכח שהתחבולות היא לא חכמה".

35. הנאשם אף התקשה להסביר את חוסר הדיקט המצוי בסיכום שערק לאחר האירוע (ת/11), אותו סיכום שהוא הפיז למפקדיו. הנאשם ציין באותו מסמך כי הוא "...מכיר הפלשטיini מהפגנות קודמות ... שהימנו זורק אבניים כנגד כוחותינו והימנו בין המסייעים בהפגנה". ברם, בחקירה נגדית, אישר, כי לא הכיר את אשרף באופן אישי (אם כי שמע עליו) וכי לא היה ברשותו מידע על אף שאשרף נטל בעבר חלק בידיו אבניים לעבר כוחות הביטחון. בעדותו לפניו, מסר הנאשם, כי אمنם לא דיק בדבריו בחקירה, לפיהם ידעasherף מיידא אבניים לעבר כוחות צה"ל, וביקש להסביר את חוסר הדיקט בדבריו, בהנחה שהנich ולפיה אשרף יידה אבניים, וזאת, בעקבות מעצרו של אשרף במהלך ההפגנה.

36. בrhoch זו, התקשה הנאשם מודיע אין באותו מסמך פירוט ביחס לगרסתו של נאם מספר 2 לairou, אלא תמצית דלה לפיה נאם מספר 2 טוען, כי לא הבין את הוראותו של נאם מספר 1. בהקשר זה, טען הנאשם, כי האחריות בעניין מוטלת לפתחו של סגן שערק את הבירור, בהנחייתו. כאמור, אף תשובות אלה של הנאשם, מתישבות עם התרשומותנו מגמתו להרחק עצמו מן האחריות לairou.

התובע הצביע נגד סא"ל עומר בורברג וסמ"ר קוראה לאונרדו

37. בנוסף, ראוי לציין, כי עדותו של הנאשם ביחס למיקומו שלו ומיקומו של נאשם מספר 2 בשלב השיחה בינויהם (בסמוך לג'יפ המג"ד) והיעדרותו של אشرف מממד זה, הינה בבחינת גרסה כבושא, שלא נתענה קודם לכן. בעדותו בבית הדין, טען הנאשם לראשוונה, כי הוא ונאשם מספר 2 עמדו בקדמת ג'יפ המג"ד, וזאת, בגין דבריו של העד XXX בנושא ואולי בניסיון להחליש את עדותו. נציג, כי באמרותיו במצ"ח, הנאשם לא פירט דבר ביחס למיקומו ומיקומו של נאשם מספר 2 בעת השיחה, ובמהלך העימות בין לבין נאשם מספר 2, אף טען, כי אין זוכר במדדיק היכן עמדו. התקשינו להאמין, כי דווקא חודשים רבים לאחר האירוע, נזכר הנאשם, בעדותו בבית הדין, במקום המדיוק.

38. כאמור, גם עדותו של הנאשם לפיה אشرف לא נכח בחלק זה של השיחה, היא בבחינת גרסה כבושא, שהושמעה לראשונה בבית הדין, מבל' שניתן כל הסבר לככיסתה. העדרה של הגרסה משלב האמרות והעימות בולט, בהתחשב בගרסתו של נאשם מספר 2, כפי שהוצגה לנאים, ולפיו נאשם מספר 2 הבין שחלוקת הראשונות של השיחה נעשה בבדיקות ולא ברצינות, לאוזני של אشرف, ומtower רצון להטעותו (לענין משקל המופחת של גרסה כבושא, נפנה שוב לע/01/135 הנ"ל).

39. הנאשם אף נמנע מהסביר מדוע אחז באشرف והרימו, ולא ביאר נושא זה בחקירה ראשית, באמרות, או בעימות. רק בשלב החקירה הנגדית, משנשאל ישירות ע"י התובע, השיב: "הלכת' איתנו מההו כמו ארבעה צעדים שמאליה. שישמע את השקשוק, היה שם פחות רעש". הנאשם פירט בהזדמנות זו, כי נאשם מספר 2 אמר היה לבצע את חלקו בתחבולה שתוכננה על ידו, בסמוך לג'יפ המג"ב, מאחריו, במקום בו אחז נאשם מספר 1 באشرف והוסיף, כי קרא לנאשם מספר 2, ממנו נפרד שנית ספורות קודם לכן (לאחר השיחה בסמוך לג'יפ המג"ד) משום ש "האים המתוכן", היה ש"לייד ג'יפ המג"ב, לאונרדו יעמוד ליד ליד אشرف וישקשק...". (עם זאת, בהמשך מסר תשובה שונה, מלאכותית מה, וטען כי אחז באشرف "שלא יפול... אני גם מחזק את אشرف שלא יברוח...").

40. כעולה מן המקובץ, מצאנו כי לא ניתן ליחס משקל ממשמעותו לעדותו של הנאשם ביחס לחלק הראשוני באירוע, הן ביחס לדברים שאמר לנאשם מספר 2, בסמוך לג'יפ המג"ד, בנסיבות אشرف, והן ביחס לדברים שמסר לנאשם מספר 2, בעת שאחז באشرف והרימו מן הרצפה, תוך שהוא מוליכו לעבר ג'יפ המג"ב. כפי שעולה אף מהתרשומותנו מסמ"ר XXX ונאשם מספר 2, כמפורט

התובע הצבאי נגד סא"ל עומר בורברג וסמ"ר קוראה לאונדרדו להלן, השאלה שהפנה הנאשם לנאם מספר 2 הייתה שאלת רטורית – "אתה רוצה לירות גומי" - ונوعדה לאוזני של אشرف. ברוח זו, הנחה הנאשם את נאם מספר 2 לסור הצדה, תוך שהוא מורה לו לדרוך את נשקו.

41. שונים הם פני הדברים ביחס לחלקו השני של האירוע, שלב הירוי (אף בהקשר זה נפנה לכל דברי "פלгинן דיבורה" ולע' 123/02 בעמוד 14). כפי שנראה בהמשך, עדויות כל המעורבים, הנאשם מספר 2 ושני חיליל מג"ב, תומכים בעדותו של הנאשם מספר 1 לפיה הופתע למשמע הירוי והגיב בזעם רב כלפי הנאשם מספר 2. בהקשר זה, ראוי לציין כי הצפיה בסרטון שצולם במהלך האירוע ונקטע מיד עם הירוי, אינה סותרת את הדברים ומעלה, כי לא ניתן לשולח את טענותו של הנאשם מספר 1 לפיה לא עקב אחר הנאשם מספר 2, בעת שהאחרון נערק לירוי ולא הבחן בו יורה באشرف. גרסתו הנ"ל של הנאשם מתיחסת אף היא עם עדויות כלל המעורבים באירוע בכל הנוגע לתגובותיו הספונטניות, הנזעמות לאחר הירוי.

42. בדומה, מצאנו לייחס משקל ממשי לחלק בעדותו של הנאשם מספר 1, בו אישר לשאלות ישירות של התובע, כי בשלב בו אחץ באشرف והובילו לעבר ג'יפ המג"ב, היווה חלק מתוכניתו לאיים על אشرف, וכי הנאשם מספר 2 אמרו היה לדרוך את נשקו לאוזני של אشرف בסמוך לג'יפ המג"ב. תשובותיו של הנאשם מספר 1 בנושא זה, מתיחסות עם תכליות מעשיין, כפי שהסבירה ועם הגיונם של הדברים והן נתמכות בעדויותיהם של הנאשם מספר 2 וסמ"ר XXX, אשר לתוכנה של השיחה שהתנהלה קודם לכן, בסמוך לג'יפ המג"ד.

5.2.13 נאם מספר 2

43. בפתח דברינו נזכיר, כי בכלל, התרשمنו מרצינותו וכנותו של הנאשם מספר 2. עם זאת, אף ביחס לעדותו של הנאשם זה, מצאנו, כי קיימת נטייה להפרזה ביחס לנושאים שונים, אשר אף היא, בדומה להתרשומותנו מעדותו של הנאשם מספר 1, הינה חלק מן המגמה להפחית אחריותו לאירוע וליחסה לפתחו של הנאשם מספר 1. ניכר היה שהנאם להוט לשכנע אותנו בכנות דבריו. בנושאים מרכזיים, כפי שנראה להלן, אכן סבכנו כי יש לקבלם. עם זאת, ביחס לחלקים אחרים בעדותו, כפי שנראה בהמשך, מצאנו כי קיימים אי-דיוקים ולא ניתן ליחס להם משקל מלא. למעשה, הנאשם עצמו, התקשה להסביר אי-דיוקים שנפלו בדבריו, בעיקר במהלך גביית האמרות והראיות לטלביזיה, ונראה כי אלה נבעו מניסיונו להפחית אחריותו לאירוע.

44. דוגמא לכך מצויה באמרתו הראשונה של הנאשם (ת/4), בה טען, כי לאחר שצד עקבות נאים מספר 1 לכיוון ג'יפ המג"ב ונעמד מאחורי הג'יפ, פנה אליו נאים מספר 1 במילימ'ם: "نم תירה כבר תירה כבר". הנאשם אישר, כי דבריו אלו אינם נכונים. הדברים לא נאמרו על ידי הנאשם מספר 1, וה הנאשם הסבירים בכך שהניח, כי נאים מספר 1 התכוון לכך. הנאשם ביקש להסביר את העדר הדיק בדבריו בקושי שלו לבטא עצמו בחקירה. למורת זאת, הנאשם אישר, כי שב על גרסה זו בהמשך, במהלך ראיון בערוץ 10. הפעם ביקש להסביר את חוסר הדיק בדבריו באופן הבא: "הראיון הזה היה מהיר ופזיז... אני לא שיקרתי פשוט לא הסרתי את עצמו נכון".

45. ברוח זו, מצאנו את תשובהו של הנאשם בכל הנוגע לדייעותיו בסוגיה בדבר "פקודת בלתי חוקית בעלייל" – מיתממות. כאמור, במסגרת חקירה נגדית, אישר הנאשם כי אכן למד על ערכיו זהה, אך טען שאינו זכר מה למד ביחס למונחים כמו "פקודת בלתי חוקית בעלייל" ו"טוהר הנשק". כאשר שאל הנאשם באופן ישיר האם "ליירות באדם מכוסה עניינים זה לא חוקי בצורה מובהקת?", הת חמק | ממתן תשובה עניינית והשיב: "از' למה הוא ביקש ממני לירות". בהמשך טען, כי "לא הבנתי את זה באותו הזמן", ואף מסר, כי עד לשלב המשפט, לא הכיר את המונח "פקודת בלתי חוקית בעלייל". משועמת הנאשם עם השימוש שעשה במונח "פקודת בלתי חוקית בעלייל" עוד קודם למשפט, במהלך הראיון בערוץ 10, השיב: "... יצא לי להגיד את זה, לא ייחסתי לזה שם חשיבות". לשאלות נוספות בנושא מסר, כי ברור לו שהacakt עצור, או ירי בעצור באמצעות כדורי ח' – הין פועלות המנגדות לחוק. בהתאם, נאלץ להודות, כי ירי כדורי גומי בעצור הינו מעשה "בלתי חוקי בעירה בלטת". 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 ניתן לציין בהקשר זה את עדויות כל העדים הרלוונטיים, אשר עסקו בפעולות בגזרה, החל באלו"ם רשות, מח"ט בניין וכלה בלחום הצעיר, סמ"ר XXX, לפיהן ברור ידוע לכל, כי כוון נשק כלפי עצור, לא כל שכן ירי כדורי גומי לעברו – אסור והוא מנוגד לחוק.

47. גם בנושאים כמו עיתוי הבירור שנערך לנאים על ידי סגן של הנאשם מספר 1, רס"ן XXX, והשתלשלות העניינים שהובילה לשיכחה בין לבין סמ"ר XXX, עבר לחקירה במצ"ח, התקשינו לסמור על עדותו של הנאשם. מצאנו כי דבריו נאמרו בלט וברහיטות, אותם יש ליחס לשכנוע עצמי عمוק, המקשה על דיקוק בפרטיהם. התרשםותנו הנ"ל, פרק הזמן הממושך שחילף, עדותו של

התובע הצבאי נגד סא"ל עומר בורברג וסמ"ר קוראה לאונדו אל"ם רשות ביחס לעיתוי בו נערך הבירור, ועדותו של סמ"ר XXX בוגע למהלך הדברים, קודם לשיחה בין לבין נאשם מספר 2, עדותה להן ייחסנו משקל – אינם אפשרים לנו לקבל את עדותו של נאשם מספר 2 בנושאים אלה.

48. בדומה, ההצבעה שערק הנאשם על מיקומו של המעורבים באירוע, במהלך החקירה במצ"ח (ראו ת/10 ו – ת/8), הייתה מוגזמת ואיינה מתיחסת עם צילומי האירוע (ת/9). הנאשם טען, כי מיקם את המעורבים בשחזור ע"פ מבחן קשר העין בין לביניהם. לעומת זאת, טען נאשם מספר 1 כי לא הבחן בשלב זה במשוויו של נאשם מספר 2. בעניין זה נזכיר, כי הנאשם לא הבחן בלחום מג"ב, דוד XXX, אשר כאמור, עמד בסמוך לנאשם מספר 1. בנוסף, במהלך העימות בין הנאים, מסר הנאשם כי הבחן בתנועת ראש של נאשם מספר 1 ולכן סבר, כי פניו הפנו לעברו, אך במקביל, אישר הנאשם, כי לאחר 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 האחורי 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 מicked את מבטו במהלךיו של נאשם מספר 2. נתון זה, אף עליה בקנה אחד עם תגובתו הספונטנית והנדעמת של נאשם מספר 1 לשמעו הירוי, תגובה עליה מעיד אף נאשם מספר 2.

49. נושא נוסף שהוא שני בחלוקת בין הנאים עניינו במיקומם ביחס לג'יפ המג"ד, בשלב הראשון של האירוע, במהלך השיחה ביניהם, ולא פחות חשוב – עניין נוכחותו של אשף באותה שיחה. בעניין זה, בהתאם לעדותו של סמ"ר XXX לה ייחסנו, כאמור, משקל רב – מצאנו כי שני הנאים 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 בנסיבות של אשף. תכליית השיחה היה להזכיר ולהפחיד את אשף. על כן נוטחו דבריו של נאשם מספר 1 כלפי נאשם מספר 2 (ע"פ עדותו מהיינה של סמ"ר XXX, המתיחסת עם עדותו של נאשם מספר 2 בנושא) – שאלה. נזכיר, כי גם אשף זיהה את המילה גומי, כמילה שהושמעה במהלך חילופי הדברים, אם כי התקשה למקמה בזמן. השאלה שהפנה נאשם מספר 1 כלפי נאשם מספר 2 הייתה חלק מניסיונו להפחיד את אשף, וכך גם הבין אותה נאשם מספר 2, שהסביר עליה בחוב. ברור היה לכל הנוכחים (נאשם מספר 2 וסמ"ר XXX), כי נאשם מספר 1, המג"ד, אינו מתכוון לשאלת לדעתו

התובע הצבאי נגד סא"ל עומר בורברג וסמ"ר קוראה לאונרדו של נאשם מס' 2, הלוחם החוטר, בנושא, וגם ע"פ הבנתו של נאשם מס' 2, השאלה נועדה לאוזניו של אشرف. בהתאם, ועל אף שבנושאים מסוימים נתה נאשם מס' 2 להפרזה ולהוסר דיוק, בסוגייה זו, בכל הנוגע לנוכחותו של אشرف בשיחה, ומהלכה, מצאנו להעדיף את דבריו, על פניו גרטתו של נאשם מס' 1. עדותו של נאשם מס' 2 בנושא, מתיישבת עם עדותו של סמ"ר XXX ועולה בקנה אחד עם הגיונה ותכליתה של השיחה ששמעו. בנוסף, כפי שפירטנו לעיל, לא מצאנו לייחס משקל רב לעדותו של נאשם מס' 1, לפיה אشرف לא נכח בחלק זה של השיחה.

51. כפי שפירטנו לעיל, העובדה שסמ"ר XXX לא הבחן באشرف, אינה מכרסמת מן המשקל שבחרנו לייחס לדבריו של נאשם מס' 2 בנסיבות זו. כאמור, סמ"ר XXX ישב בתוככי הג'יפ והוא עסוק בARIOHT צהרים. דרך חלונות ודלתות הג'יפ הוא הבחן בנאשימים אשר עמדו. בנגדם, אشرف ישב על הkrkע, בסמוך לג'יפ. זאת ועוד, אشرف אמין מסר, כי הוקם ממקומו, פעמי' אחת בלבד (כל הנראה זכר את השלב בו נלקח לעבר ג'יפ המג"ב) ואילו אליבא דנאשם מס' 2, בשלב השיחה בין לבני נאשם מס' 1, אشرف ישב מצדו האחורי של ג'יפ המג"ד, ולא בסמוך ל"בטונדה" הזורה (כפי שנצפה בסרטון, ת/9), דא עקא, שלא ניתן לשולות את האפשרות כי אشرف, אשר ישב פרק זמן ממושך כשיידי ועינוי קשורות, אינו זוכר את מהלכם המדוייק של האירועים, וכי הוקם פעמי' אחת בלבד ממקומו. אפשרות זו אף מתיישבת עם הצלומים בסרטון (ת/9), לפחות גם בשלב אחר של האירוע, ככל הנראה לאחר שאشرف כבר נצפה יושב ליד ה"בטונדה" הזורה, נראה את אותה "בטונדה", כאשר אشرف אינו מצוי בסמוך לה. בכל מקרה, כאמור, מצאנו לקבוע, כי השיחה בין נאשם מס' 1 לנאשם מס' 2 נערכה בנוכחותו של אشرف, יהא מיקומו המדוייק אשר יהיה, ונועדה לאוזניו).

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

אשר ליריעתו עצמו, כבר באמירה הראשונה במצ"ח (ת/4), כמו בעדותו בבית הדין, טען הנאשם בתוקף, כי

התובע הצבאי נגד סא"ל עומר בורברג וסמ"ר קוראה לאונרדו בחר שלא לירוח לשרפּ לעבר הרגליים, כאמור בירי של כדור גומי, אלא לכיוון הסוליה של הנעל, "הסוליה, שזה בין הרגליים".

5.3 סיכום ביניהם

1. כעולה מן המקובל, בהתאם להתרשומותנו 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 הנאים, לאחר שהתרשמנו לגבי שניהם מנגמה של הפרזה, בניסיון לצמצם, כל אחד, את אחוריותו לאירוע, סבבנו כי נכוון היה להתייחס אליו בזיהירות. כפי שפירטנו לעיל, בהתחשב בהתרשומותנומן העדויות ולאחר שמצאנו תימוכין שונים בחומר הראיות, נקטנו בכלל "פלגין דיבורא" ביחס לעדויות הנאים, וממצאנו כי ניתן לייחס משקל לחלקים מתוכן.
2. בכל הנוגע לחלקו הראשון של האירוע, שעניינו בשיחה שנערכה בין הנאים, בסמוך לג'יפ המג"ד, מצאנו להעדייף את עדותו של נאם מספר 2 על פני עדותו של נאם מספר 1, ביחס לתוכן הדברים וביחס לנוכחותו של לשרפּ בשיחה. עדותו של נאם מספר 2 משתלבת ומתוישבת עם עדותו של סמ"ר XXX ואף עם דבריו של רס"ן XXX, סגנו של נאם מספר 1 שהובא לעדותו מטעמו. נוכחותו של לשרפּ מתוישבת עם הגיונים של הדברים ועם הסגנון, הטון והניסוח, בו נקט נאם מספר 1 במהלך השיחה. בהמשך לעדותו של נאם מספר 2 ביחס למהלך השיחה ותוכנה, מצאנו כאמור, לייחס משקל לתשובתו של נאם מספר 1 בעדותו בבית הדין, לפיה אחץ באשרפּ והובילו לכיוון ג'יפ המג"ב, מתוך כוונה שבסמוך לשם, ידרוך נאם מספר 2 את נשקו, לאוזניו של לשרפּ.
3. אשר לחלקו השני של האירוע, שלב הירי בסמוך לג'יפ המג"ב - מצאנו לקבל את עדותו של נאם מספר 1 לפיה הופתע מן הירי. לא ניתן לקבוע, במידת הנדרשת בפליליים, כי באותה שלב היה קשור עין בין נאם מספר 1 לבין נאם מספר 2, ויש להניח לטובתו של נאם מספר 1, כי לא הבחן במעשיו של נאם מספר 2 עובר לירוי, והוא עסוק בשיחה עם לוחם מג"ב, דוד XXX. כאמור, צילום האירוע נקטע מיד עם הירוי, אך אין חולק כי נאם מספר 1 הגיב עליו בהפתעה והפגין זעם כלפי נאם מספר 2, בנסיבות אף באופן פיזי. בכך היו עדים לנאם מספר 2 ושני לוחמי מג"ב שנכחו באותו מקום.

התובע הצבאי נגד סא"ל עומר בורברג וסמ"ר קוראה לאונרדו

4. בהתאם לממצאי המהימנות שפירטנו לעיל, נפרוס להלן את התשתיות העובדיות שהוכחה לנו למעלה מכל ספק סביר. בהמשך, נבדוק האם תשתיות זו מקיימת את יסודות העבירות שיוחסו לנאים, תוך דיון בטענות הצדדים.

6. המסגרת העובדתית שהוכחה

1. למעשה, אין חולק, כי בתאריך 08/07/07, נעצר מר אشرف אברהים ابو רחמה, אחד ממפלי הסדר בהפגנה. העצור הובא לצומת בכניסה ליישוב געלין, כשידיו נתונות באזיזים ועינויים מכווונים. נאשם מס' 1, ששמש באותה עת כמג"ד 71, פנה אל העצור על מנת להזהירו לבל ייטול חלק בהפרות סדר ונענה ע"י אشرف, בעברית, כי אינו דובר עברית.
2. נאשם מס' 1 אשר סבר כי אشرف מבין את השפה העברית, החליט להפחידו ולגרום לו להшиб באורח ספונטאני בעברית, וזאת על מנת להזהיר אותו פן ישוב למעגל מפלי הסדר. لكن, פנה אל נאשם מס' 2, לוחם בחפ"ק המג"ד, אשר נכח באותו מקום, בסמוך לאشرف (ליד ג'יפ המג"ד). נאשם מס' 1 פנה אל נאשם מס' 2 בהפגנתיות, כך שאشرف יוכל לשמע את הנאמר, במילים: "מה אתה אומר נראה עלי גומי?". הנאשם ניסח את דבריו כשאלתו.
3. נאשם מס' 2, הבין מטען הדברים ומן האופן בו הוצגו לו, כי אלה נועדו לאוזני של אشرف, על מנת להפחידו ולא כהוראה המופנית אליו לביצוע. על כן השיב בסגנון דומה: "אין לי בעיה לירוח בו גומי".
4. נאשם מס' 1 אחץ באشرف, הרימו מן הקruk והוליכו לעבר ג'יפ מג"ב שנחנה בסמוך. שם תכנן נאשם מס' 1, כי נאשם מס' 2 ידרוך את נשקו לאוזני של אشرف. בדרך הנחה נאשם מס' 1 את נאשם מס' 2 לדרכו את נשקו.
5. במאמר מושג רצ'יר, כי דבריו של הנאשם ביחס למטרתו לפיה נאשם מס' 2 ידרוך את נשקו בסמוך לאشرف, באחור ג'יפ המג"ב - הועלו ע"י נאשם מס' 1, לראשונה, במהלך חקירה נגדית בבית הדין. רק אז, לשאלות התובע, הנאשם הסביר, כי "האים המתוכן", היה אמר או הטענה: "ליד ג'יפ המג"ב, לאונרדו עומד ליד אشرف וישקשק...". ובהמשך: " מבחינתי, כדי שהתחבולה

התובע הצבאי נגד סא"ל עומר בורברג וסמ"ר קוראה לאונדרדו תצא לפועל היה צריך לשകשך את הנשק". תכלית מעשו של נאשם מספר 1, לא בוארה על ידו באמרות שמסר במהלך החקירה, אך ככל מקרה, ניתן היה ללמידה עליה מרצף המעשים של נאשם מספר 1, אשר כאמור, ציינו בכתב האישום המתוקן, במסגרת עבירות האיוומים שיוחסה לו.

6. נאשם מספר 2 החל לחשוד כי נאשם מספר 1 התכוון להוורות לו לירות לעברו של אشرف כדור גומי. הוא הילך 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 אוחז באشرف ומרחיקו לשמאלו. כאמור, לא ניתן לקבוע כי היה בשלב זה קשר עין בין הנאים ובכל מקרה, יש להניח לטובתו של נאשם מספר 1, ولو מחתמת הספק, כי לא הבחן בנאשם מספר 2 נערך לירוי לעבר אشرف. במקביל, אחז נאשם מספר 2 בנשקו האישי וכיוונו לעבר סולית הנעל של אشرف, "בין הרגליים".

8. נאשם מספר 2 ירה כדור גומי לעברו של אشرف, מרחק של מטרים ספורים. מוסכם על הצדדים, כי לא ניתן לקבוע שהכדור פגע באشرف, ויש להניח כי האחרון נחבל קלות בבוהן שמאל, ככל הנראה, מפגיעה נתז. נאשם מספר 1 הגיב בהפתעה גמורה על הירוי והפגין זעם רב על מעשו של נאשם מספר 2.

9. ודוק, לא ניתן לקבוע כי נאשם מספר 1 הבחן בהיערכותו של נאשם מספר 2 ליראת הירוי ובמהלכו. בעניין זה, חשוב להציג, כי בעוד שהמתבונן בסרטון שצולם במהלך האירוע, עשוי לסבור כי נאשם מספר 1 עקב אחר מעשו של נאשם מספר 2, עובר לירוי – הרי שבhiveדר נתונים ביחס למיקומם המדויק של הנאים והרחק ביניהם, כמו גם הרחק מהם אל דלת הג'יפ הפתוחה; בהתחשב בכך הקיצוני בו הגיב נאשם מספר 1 על הירוי – יש לקבוע, כי לא הוכת, במידה הווידאות הנדרשת בפלילים, שנאשם מספר 1 הבחן במעשו של נאשם מספר 2 עובר לירוי.

7. עבירות האיוומים – נאשם מספר 1

התובע הצבאי נגד סא"ל עומר בורברג וסמ"ר קוראה לאונרדו

7.1 עמדת התביעה

1. בשלב הסיכומים, עטרה התביעה לראשונה, להרשייע את הנאשם בעבירה המוגמרת של איומים, בין היתר, "על סמך העבודה שנעשה שימוש בנשך שהפחיד את המטלון". כפי שתיארנו בהרחבה בפתח הכרעת הדין, פרט האישום הראשון, המיחס לנאם מספר 1 את עבירת האיומים, אינו עוסק בירי לעבר אشرف והפירוט העובדתי המצוי בו מסתיים בשלב בו הנאשם מספר 1 אוחז באشرف בסמוך לג'יפ המג"ב ונאם מספר 2 נעמד מאחוריו הג'יפ.
2. לא זו אף זו, כדיו כתוב האישום תוקן בידי התביעה בעקבות הוראת בג"ץ בפרשה. כאמור, לאחר הגשת כתוב האישום המתוקן, עובר לשמיית הריאות בתיק, נערכה ישיבת תזכורת בבית הדין הצבאי המួחד. במעמד אותה ישיבה, לשאלת נשיא בית הדין דاز, בהירה התובעת הצבאית הראשית, כי הפרטים המצויים בפרט האישום השני, קרי: הירי לעבר אشرف, אינם מיחסים לנאם מספר 1 "אם אדוני שואל אם הוא מואשם בזה, התשובה היא לא".
3. רק בשלב הסיכומים להכרעת הדין, שניתנה התביעה מעמדתה המקורית ועטרה להרשייע את נאם מספר 1 בעבירה של איומים, גם בהתחשב בירי לעבר אشرف. התביעה נימקה את עתירתה החדשה והمفטיעה בטענה, כי אין מדובר בהרשעה בעבירה השונה מזו שייחסה לנאם בכתב האישום, אלא בעובדות נוספות שהתבררו ומילא הופיעו בכתב האישום (במסגרת פרט האישום שייחס לנאם מספר 2). לשיטת התביעה, מטבע הדברים, ניתנה להגנה הזדמנות להציגן מפניהן והיא אמונה עשתה כן.
4. באי כוחו של נאם מספר 1 התנגדו נחרצות לעתירת התביעה וטענו לחוסר הגינות הכרוך בעצם העلتה. בכל מקרה, טענו באי כוח הנאשם, כי החקירות שחקרו את נאם מספר 2 והעדים מטעמו בנושא, כוונו מצדדים אך לשאלת מהימנותו של נאם מספר 2 שהיא עד מרכזית לחובתו של נאם מספר 1 ולא לעצם אחוריותו של נאם מספר 1 ליר. כך, פירטו הסגנורים והבהירו היכיז, הלכה למעשה, הושפע קו הגנתו של הנאשם מספר 1 מן העובדה כי פרט האישום כנגדו לא ייחסו לו את מעשה השימוש הבלתי חוקי בנשך. נטען, כי ההגנה מטעמו של נאם מספר 1 לא התמקדה ולא בchnerה באורח יסודי את סוגיות קשר העין בין נאם מספר 1 לבין נאם מספר 2, בשלב הירי, משומם שהירי לא ייחס לחובתו ואחריותו של נאם מספר 1. ההגנה צינה, כי בהתאם, לא בקשה לקיים ביקור בזירת האירוע ולא הביאה מומחים מטעמה בנושא.

התובע הצבאי נגד סא"ל עומר בורברג וסמ"ר קוראה לאונרדו

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

סעיף 382 לחש"ז, שכורתתו "שינוי אשמה ללא שינוי כתוב האישום", קובע כאמור:

"בית דין רשאי, מבלתי לשנות את כתוב האישום, להרשיע נאשם בגין לבעיתו שבה הואשם, או בשותפות לעבירה לאחר מעשה, או בעבירה אחרת, אף אם לא הואשם כך בכתב האישום, בלבד שהאשמה שעליה הורשע כאמור הוכחה על ידי הראיות שהובאו לפני הדיון והעונש שנקבע לפי הדיון על העבירה האחרת אינו חמור מהעונש שנקבע בחוק על העבירה הכלולה בכתב האישום".

6. כאמור התביעה עותרת לכך שפרשיע את הנאשם בעבירה שיוחסה לו בכתב האישום אך זאת, ע"פ עובדות שלא ייחסו לו בכתב האישום, אלא לנאים 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"), שכורתתו "הרשעה בעבירה על פי עובדות שלא נתענו בכתב האישום", כאמור:

"בית המשפט רשאי להרשיע נאשם בעבירה שאשמוו בה נתגלתה מן העובדות שהוכחו לפניו, אף אם עובדות אלה לא נתענו בכתב האישום, בלבד שניתנה לנאים ההזדמנות סבירה להתגונן; אולם לא יוטל עליו בשל כך עונש חמור מזה שאפשר היה להטיל עליו אילו הוכחו העובדות כפי שנתענו בכתב האישום".

7. סעיף 382 לחש"ז אינו כולל תנאי, לפיו יש להציב על "מתן ההזדמנות סבירה לנאים להתגונן", ברם, בית הדין הצבאי לערעורים הבהיר, כי יש לקרוא תנאי זה לתוך הוראת סעיף 382 לחש"ז (ראו ע/01 התובע הצבאי נגד סמל אסף XXX). אשר לתוכנו של התנאי בדבר "ההזדמנות סבירה להתגונן", פסק בית המשפט העליון כהיא ליישנה:

"הסעיף מעמיד שני תנאים: הראשון, כי אשמוו של הנאשם נתגלתה מן העובדות שהוכחו בפני בית המשפט. השני, כי ניתנה לנאים ההזדמנות סבירה להתגונן. לצורך התקיימותו של תנאי זה יש להראות קיום של שני יסודות: אחד טכני שענין ההזדמנות של הנאשם לחזור עדים ולהביא ראיות באשר לעובדות האישום בו הוא מושרע 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 - "ההזדמנות סבירה להתגונן" - כולל בחובו שני יסודות. היסוד האחד הוא טכני דינוני, דהיינו, ההזדמנות סבירה העומדת לרשות הנאשם להתנגד להבאת ראיות לעניין עובדות שאין מוזכרות בכתב האישום, לחזור עדים, ולהביא ראיות משלו. היסוד השני הוא עניין מהותי, דהיינו, ההזדמנות סבירה העומדת לרשות הנאשם לפתח וליציב קו הגנה כנגד אישום שאינו מופיע בכתב האישום אך העולה מתווך העובדות שהובאו לפני בית-המשפט. לעניין יסוד שני זה השאלה היא אם הנאשם הופתע, והאם כתוצאה מכך נמנעה ממנו אפשרות הפתוח קו הגנה חדש שיש בו כדי להתגונן כנגד האישום בו הורשע, אף שזכרו לא בא בכתב האישום. על כן מקובל הוא לשאול הנאשם, הטוען להידרכה של ההזדמנות סבירה להתגונן - במה היה מתגונן, ואיזה קו הגנה נמנע מכך' (ע"פ 152/56 משה גולניצר נגד היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד 1821, פ"ע כו 152)."(מתוך ע"פ 5204/07 עלי אבוסמור נ' מדינת ישראל תק-על (3) (3510, עמ' 3504), (3)2007).

8. בעניינו, כאמור, התביעה תקנה את כתב האישום, כך שהעובדות הנוגעות לשלב הירי לא יוחסו לנאם מס' 1. תיאור העבודות בעבירות האיומיים המיויחסת לנאם מס' 1, מסתיים בשלב בו לעמוד הנאם יחד עם אשף, בסמוך לג'יפ המג"ב, לפני הירי. בשיבת תזכורת שנערכה לפני מתן התשובה לאשמה ולפני פרשת הריאות, התביעה הבירה בצורה מפורשת, שאינה משתמשת לשניים, כי הירי שביצע נאם מס' 2 אינו מיוחס לנאם מס' 1 ולא נטען כי הוא אחראי לו. בהתאם, הניתה באי כוחו של נאם מס' 1 כי הוא איננו צריך להתגונן מפני אחריותו לנושא וכן כלכלו את הגנתם. כפי שהסבירו, החוקיות שחקרו את עדי ההגנה ביחס לשלב זה, כמו גם עדי ההגנה שהובאו מטעמו של נאם מס' 1, נועדו לפגום במהימנותו של נאם מס' 2, שהוא עד מרכזי לחובתו של נאם מס' 1 במסגרת עבירות האיומיים שיוחסה לו בכתב האישום ולא התמקד בבדיקה הלק הרוח והיקף המודעות של הנאם ביחס לירי.

9. רק בשלב הסיכומים, בגין העמדתה המוצחרת הקודמת של התביעה, עליה הסתמכה באי כוחו של נאם מס' 1, התבקשנו לבדוק את אחריותו של נאם מס' 1 לירי, במסגרת עבירות האיומיים. על כן, נוכח הצהרתה של התביעה, אשר בהתאם לה כלכל צוות ההגנה של נאם מס' 1 את קזו ההגנה ולאור העיתוי המאוחר בו הוצגה עתירתה המפתחה של התביעה - לא מצאנו כי יהיה זה הוגן לבדוק את אחריותו של נאם מס' 1 בראש עובדות שלא יוחסו לו בכתב האישום. במאמר מוסגר נעיר, כי התקשינו להתחקות אחר שיקולי התביעה שבחירה במסגרת כתב האישום המתוקן, להפריד הפרדה מלאכותית בין שלבי האירוע השונים.

10. נדגיש, כי מطبع הדברים ומטעמים של יעלות, נבחנה התשתיית העובדתית על ידינו במאוחذ, מבלי שנקטנו הפרדה (מלאכותית) בין השלבים השונים של האירוע. בבחינה שצזו חיונית להערכת מהימנות העדים והוא מהוות תשתיית רואיה לבחינת אחריותם של הנאים, אך מטעמים של צדק והגינות עשינו כן בגבולות ובראי העובדות שייחסה התביעה לכל אחד מן הנאים בכתב האישום.

11. לאור האמור לעיל, להלן נבחן את שאלת אחריותו של נאם מס' 1 לעבירות האיומיים, על בסיס התשתיית העובדתית שייחסה לו בפרט האישום, אשר מצאנו כי הוכחה בפנינו כנדרש.

7.2. יסודות העבירה – כלל

1. סעיף 192 לחוק העונשין, שכותרתו "איומיים", קובע כאמור:

התובע הצבאי נגד סא"ל עומר בורברג וסמ"ר קוראה לאונרדו "המאים על אדם בכל דרך שהוא פגיעה שלא כדין בגופו, בחירותו, בנכסיו, בשמו הטוב או בפרנסתו, שלו או של אדם אחר, בכוונה להפחיד את האדם או להקנito, דין - מאסר שלוש שנים".

2. עיון בסעיף העבירה מלמד על עבירה התנהגותית המלאוה במטרה "להפחיד את האדם או להקנito" (ראו רע"פ 2038/04 **شمואל 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 "המאים... בכל דרך שהוא". המחוקק בחר להגדיר את המעשה הפיזי באמצעות הגדרה רחבה, "בכל דרך שהוא". על לשונו הרחבה של המחוקק עמד ביהם"ש העליון במסגרת הדיון בהלכת לם הנ"ל, בקובענו כי:

"היגד 'בכל דרך שהוא'.... מבטא את מגמת החוק לקבוע מרחב בלתי מסוג של צורות ההתנהגות אסורות, ובבלבד שהן עלות מבחינה מהותית כדי 'איום'. התיכוןות זו לעבירות האיומיים היא התיכוןות הבוחנת את מהותו ותוכנו של הביטוי ולא את צורתו החיצונית". (וראו גם פסק הדין המרכזי בסוגיה, ע"פ 103/88 **ליקטמן נגד מדינת ישראל**, פ"ד מג(3) 373, להלן: "הלכת ליקטמן")

4. הבדיקה האם תוכן ביטוי הנהו מאים, נועשית עפ"י אמת מידת אובייקטיבית, היינו מנוקודת מבטו של אדם מן היישוב, המצוי בנסיבותיו של המאים (לענין זה ראו ע"פ 237/53 **כהן נ' היוזץ המשפט**, פ"ד ח(1) 295, 299), הלכת ליקטמן הנ"ל, בעמוד 379; ע"פ 3779/94 **חמדני נ' מדינת ישראל**, פ"ד נב(1) 408, בעמוד 416, ורע"פ 11043/04 **ליידי נ' מדינת ישראל** (לא פורסם), פיסקה 4).

יפים לענין זה הדברים שנפסקו בנושא במסגרת הלכת לם הנ"ל:

"כפי שציינו לעיל, המבחן אותו מפעיל בית המשפט בבחנו ביטוי החשוד כאiom הוא מבחן של אדם מן היישוב **ה נמצא בנסיבותיו של המאים**, דהיינו, באופן נסיבות בהן היה נתון המאים. בית המשפט אינו בוחן את הביטוי באופן מנותק מנסיבותיו, אלא הוא בוחן את מכלול הנסיבות בהן נמסר הביטוי ובן **זהות המאים והמאים**, הקשר או מערכת היחסים ביניהם, הרקע לביטוי וכן ההתרחשויות או התוצאות שבאו לאחר הביטוי. ניתוחם של הנתונים הנסיבתיים השונים יעשה תוך הסתמכות על היגיון, השכל הישר וניסיון החיים. מכיוון שבית המשפט בוחן את מהותו של הביטוי בתוך הקשרם הרחב של הדברים, אין צורך להוסיף למבחןים אלה רכיב עובדתי מחיב וקשה של "זיהות ענין" שכן, כאמור, זהה רק נסיבה אחת מהנסיבות האופפות את מסירת האioms, ונסיבה זו תישקל ביחיד עם הנסיבות הרלוונטיות האחרות". (הדגשות שלנו)

5. אשר **לרכיב הנסיבתי**, יש להראות כי האiom הופנה כלפי אדם, וכי תוכנו "פגיעה שלא כדין בגופו, בחירותו, בנכסיו, בשמו הטוב, או בפרנסתו...". הלכה פסוקה היא, כי הדרישה של " שלא כדין"

התובע הצבאי נגד סא"ל עומר בורברג וסמ"ר קוראה לאונרדו

קשרורה קשר הדוק לתוכנו של האIOS (ראו פרשת LICHTMAN 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 מאIOS "על אדם", נפסק, כי לרכיב זה שני פנים. האחד, להיות האIOS מופנה כלפי אדם והשני, הדרישה לקליטת דברי האIOS באמצעות אדם (בהתאם להגדרת הרכיב ההתנagogטי, הבוחנת כאמור, במסגרת ה"IOS" אף את זהות המAOים). נציג, כי עוד שנדרש להצביע על אדם שקהל את IOS, הפחדה בפועל של קולט IOS או מושא IOS אינה יסוד מיסודות העבירה, ולפיכך אין צורך שהIOS ישא פרי ויישיג ייעודו. כאשר IOS לא נקלט בקרב המAOים, לא הושלמה העבירה ויש לבחון האם מתיקיימות בנסיבות העניין, האחוריות לניסיון לביצוע העבירה, שנאמר:

"הדרישה כי IOS יקלט בתודעתו של המAOים היא אינהרנטית לעבירת IOSים נוכחות הערכיהם עליהם גועדה העבירה להגן - שלוחות נשפו, בוחנות וחירות פעולתו של IOSים. גישת הקליטה מדגישה את התכליות של מניעת ההפחדה ותכלית זו עומדת במרקזה. נראה, אפוא, כי מאפייניה של גישת הקליטה עולמים בקנה אחד עם הערכיהם המוגנים שביסוד עבירת IOSים. לפיכך, דומה כי במצבים בהם אין IOSים יודע על דבר IOSים, אין לומר כי נפגעו הערכיהם המוגנים שביסוד עבירת IOSים. ודוק: יש להבחן בין מקרים בהם IOS נקלט אצל IOSים אך אינו פועל את פעולתו ואינו גורם לו לפחד, לבין מקרים בהם IOS לא נקלט כלל. הפחדה בפועל של IOSים אינה יסוד מיסודות העבירה ולפיכך, העובדה שהIOSים אינם פוחד אינה מעלה ואני מוריידה לעניין השלמת העבירה. מנגד, כאשר IOS כל לא נקלט על ידי IOSים הרי IOSים לא העומד בסכנה כי יופחד והמעשה שבוצע בכוונה להפחיד או להקנית עשו לעלות לכל היתר 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 ולקיים הנסיבות ומן ההוכחה אודות "כוונה להפחיד את האדם או להקניתו" (ראו ההגדירה כאמור בסעיף 90א לחוק העונשין). בהקשר זה נפסק, כי "ביחס לעבירת IOSים פרי כי IOS מבוצעת מטרה שאיפא להציג את ההפחדה או ההקניתה וזיהוי המטרה הניצבת לנגד עיניו של IOS בהמשמעותו את דבר IOS" (הלכת לם בסעיף 34 לפסק דין).

7.3 מן הכלל אל הפרט

1. בכל הנוגע ליישום העבודות הרלוונטיות שהוכחו לנו, בראי יסודות עבירת IOSים – מצאנו, כי בעניינו של נאש מס' 1, התקיימו יסודות העבירה של ניסיון IOSים ולפיכך, יש מקום להרשיעו

התובע הצבאי נגד סא"ל עומר בורברג וס"ר קוראה לאונרדו בעבירה לפי סעיפים 25, 26 – 26 לחוק העונשין. להלן, נפרום את נימוקינו בנושא.

7.3.1 האחריות לעבירות האiomים

2. בחינת התשתיות העובdotית שהוכחה לנו במידה הנדרשת בפלילים, מעלה כי, במסגרת מאמצין של הנאשם להרטיע את אشرف מליטול חלק בהפרות סדר, ביקש הנאשם להפחידו, ובלשונו שלו – "לאיים" עלי. הנאשם תכנן לגרום לאشرف לחשב שעתיד להתבצע ירי לעברו, ובכך ביקש לאיים בפגיעה בגופו, על מנת להרטיעו.
3. על מנת לקדם את מטרתו, פנה הנאשם אל נאשם מס' 2 לאורח הפגנתי, לאוזני של אشرف, במיללים: "מה אתה אומר, נירה עלי גומי?". הדברים נסחו בדרך של שאלה, אך הנאשם לא ציפה לתשובה, ועם העלאתם נועדה להפחיד את אشرف. בהמשך, מתוך רצון להוסיף ולהפחיד, אחז הנאשם באشرف, אשר כאמור, היה נתון באזקים ועינוי מכוסות, והובילו למקום אחר, תוך שהוא אומר לנאשם מס' 2: "לאונרדו, מדሩך". בעדותו בבית הדין, הבahir הנאשם כי הוביל את אشرف למקום אחר, שם תכנן שנאשם מס' 2, חיל תחת פיקודו, ידרוך את נשקו לאוזני אشرف. כך ביקש הנאשם להוסיף ולהפחיד את אشرف ולהזהיריו פן יוסיף ליטול חלק בהפרות סדר.
4. כאמור, מעשה הדrica לא התבצע, ונשאלת השאלה האם בנסיבות אותן ביצעה הנאשם, תוך שהם מלאוים במטרה להפחיד את אشرف, התקיימו יסודות העבירה, ובעיקר, היסוד העובדתי בה.
5. ע"פ המבחן המקובל, דומה כי לית מאן דפליגו, שמעשיו של הנאשם, עצם הפניה לחיל שלו במיללים "מה אתה אומר, נירה עלי גומי?", בנסיבות של אشرف, אחיזתו באشرف תוך שהוא מורה לאוטו חיל לדרכו את הנשק והובלתו אشرف למקום בו אמרה 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 לעبور 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:

התובע הצבאי נגד סא"ל עומר בורברג וסמ"ר קוראה לאונדו

"... 'מעשה ההכנה' – קרי: פעילות המכונת אמונה למיושה של כוונה לבצע עבירה, אך טרם הגיעו לכלל 'מעשה גלוי' העשי לבסס הרשעה בעבירה של ניסיון.."

8. בע"פ 7399/95 נוחשתן תעשיות מעליות בע"מ נ' מדינת ישראל (פ"ד נב(2), 105, עמ' 130-

(131), קובלע בית המשפט העליון לאמור:

"הגדרת הניסיון בסעיף 25 לחוק העונשין - לאחר תיקון מס' 39 לחוק זה - מדברת בעשיות 'מעשה שאין בו הכנה בלבד' (במטרה לבצע עבירה והעבירה לא הושלה); ואין החוק מגדיר 'הכנה' מהו. בהנחה - המקובלת עלי - שהמחוקק לא התכוון תיקון מס' 39 לחוק העונשין לסתות מהגדרת הניסיון המסורתית, ניתן לפנות בהקשר זה אל ההלכה הפסוקה שקדמה לתיקון. על פי ההלכה הפסוקה - שבבסיסה ההגדרה שהיתה בשעתו, לפני תיקון מס' 39, בסעיף 33 לחוק העונשין - ד"י לעניין זה בעשיות **מעשה המבטאת את תחילת תהליך הביצוע של העבירה המושלמת**, בלבד שיש בכר 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 ולמבחן נספים ראו ע"פ 9849/05 מדינת ישראל נ' ראוון ברואר תק-על 2006(4), 1894, עמ' 1897).

9. מעשיו של הנאשם הווו מעשה גלוי, המבטאת מעשה איום, אשר חורג במידה בולטת מתחילה ביצוע העבירה המושלמת, וגילו באופן חד משמעי את כוונתו לאיים על אשurf hon בדרך של אמירות כגון "מה אתה אומר, נירה עליי גומי" ובהמשך, אף באמצעות דריכת נשק לאוזני (מה שלא ארע).

10. עצם הפניה של הנאשם של נאשם מס' 2 ב שאלה "מה אתה אומר נירה עליי גומי?", בשלב בו נאמרה, נתפסה כאיום שנועד להפחיד את אשurf (ראיה לכך מצויה למשל, בתשובתו של נאשם מס' 2 לנאשם מס' 1, אשר ניתנה אף היא ברוח זו). הקושי הכרוך ביחסם רכיבי העבירה לשלב זהה של האירוע, במנוגתק מהתכוון של הנאשם להויסף ולבצע את שלב הדריכה בנסיבות אשurf, בסמוך לג'יפ המג"ב, נעוץ בסיסוד העובדתי בעבירה ולמעשה, בכר שיש להניח לטובתו של נאשם מס' 1, כי אשurf, מושא האיום, לא היה בקייא 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 קובלע, כי

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

12. סוגית זו, הידועה בכינויו "ניסיון בלתי צlich" (עוד מן התקופה שקדמה לתיקון החלק הכללי לחוק העונשין), נדונה בהרחבה בפסק דין של בית הדין הצבאי לעערעורים במסגרת ע/153/00 התובע

התובע הצבאי נגד ס"ל עומר בורברג וס"ר קוראה לאונרדו הצבאי הראשי נ' סמל דימיטרי XXX תק-צב 2001(3), 14 , 19 (2001) (ובהמשך, בכל הנוגע ליסוד הנפשי במקורה של "ניסיונו בלתי צליח" לעשות שימוש בשם מסוכן, בפסק דין של בית המשפט העליון, ברע"פ 7560/01 התובע הצבאי הראשי נגד סמל XXX פ"ד נת(3) 931). בית הדין הצבאי לערעורים מסביר כי הרצינול העומד בסיסו עניית "ניסיונו בלתי צליח" הוא, שמצבע העבירה גילה את מסוכנותו לחברה בנסיבותו לעבור עבריה.

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

"1) 'חוסר האפשרות' לבצע את העבירה המושלת, הינו חוסר אפשרות 'פיס', הנעוז ב'מצוות דברים' - בנסיבות הרחבה הכללית, כאמור, גם שימוש באמצעותים בלתי מתאימים - שהמנסה לא היה מודע לו או טעה לגביו. זאת - להבדיל מחוסר אפשרות משפט, הנעוז בכך שהמעשה המושלם אינו מהויה עבירה. פשיטה, שאם המעשה המושלם אינו מהויה עבירה - אין בטעותו של הנאשם כדי להפוך לעבירה את הניסיון לבצעו. 2) כפי שהסביר לעיל: 'חוסר האפשרות' לבצע את העבירה יכול שייהי נעוז ב'אי התאמת האמצעים' שננקטו לביצועה (גורם שהוא משולב לפני התיקון בהגדרת הניסיון); יכול שייהי נעוז ב'אי היכולת הפיסית' להשלים את ביצוע העבירה." (י. קדמי, על הדין בפלילים (חלק ראשון, עדכון והשלמה, 1998, 62-63).

14. בדומה, קבע בית המשפט העליון בפסק דין מרכז' בסוגיה (קודם לתיקון 39 לחוק העונשין), לאמור:

"נראה לי ... כי עבירת הניסיון נعتبرת, כאשר על-פי הידוע לנאם הוא נקט אמצעים, אשר הם מסווג האמצעים אשר באופן אובייקטיבי יכולים להביא להשלמת העבירה.... אם מנסה הוא לירוט על קרבנו המיועד באקדח, שזהו אובייקטיבית אמצעי מתאים לירוט מותו של אחר, ואין הוא יודע, כי חסר נוקר באקדח ושאקדח אינו מסוגל אייפוא לירוט כדורי, הרי יהיה הוא, לדעתו, אשם בניסיון לעbor את העבירה." (ע"פ 675/85 גרציאנו ב' מדינת ישראל, פ"ד מ (3) 769 (763).

15. בעניינו, נאם מספר 1 הבahir במהלך חקירתו במצ"ח, כי הניח שאشرف בקיי בשפה העברית. הנאם שב על דבריו אלו בעדותו בבית הדין, שם הסביר:

"בבנה של' הוא יודע עברית. מי שייהי בכלל ישראלי יודע עברית. ואני חשב שהוא יודע והוא סתם אומר שלא. ואני רציתי שיגיד איזו מילה ואני אוכל לדבר איתו ולשחרר אותו".
(עמוד 87 לפרקtocול)

16. בהתאם, יש לקבוע כי הנאם, מבחינתו ובהתאם לידעתו, אינם על אשurf, במיללים "מה אתה אומר, נירה עליי גומי?" ובמשך, במיללים: "לאונרדו תדרוך", שנאמרו לאוזניו של אשurf. העובדה כי המואים, אשurf, לא קלט את תוכנו של האיים ומשמעותו, בשל כך שאינו דובר את השפה בה

התובע הצבאי נגד סא"ל עומר בורברג וסמ"ר קוראה לאונדו הושמע, היא בבחינת "חוסר אפשרות עובדתית" לבצע את העבירה "שהמנסה טעה לגביו". ולכן, גם בהיבט זה, אחראי הנשם לניסיון לעבור את עבירת האיוםים.

17. זאת ועוד, ניסיונו של נשם מס' 1 לאים על אشرف, לא התמצה באמירת הדברים לאוזני. הנשם המשיך במעשה, עת אחץ באشرف והובילו בסמוך לג'יפ המג"ב, שם אמרו היה נשם מס' 2, בהתאם למטרתו של נשם מס' 1, לדרוך את נשקו לאוזנו של אشرف. גם שלב זה שלא הסתיים בדרכית הנשך, מהוña ניסיון לאוימים, בהתאם להוראות סעיפים 192 ו- 25 לחוק העונשי .

18. בטרם נחתום פרק זה של הכרעת הדין, מצאנו להוסיף ולבחון גם את סוגיות הרכיב הנסיבתי שעוניינו במונח "**שלא דין**". הצדדים אמנים לא התייחסו לרכיב זה, וסגורוו של נשם מס' 1 לא העלו טענה כנגד קיומו, ובכל זאת, ניתן לתהות האם הקשרו של המעשה, חלק מפעולות של כוחות הביטחון בתמודדות יומיומית עם הפרות סדר קשה, לעיתים אלימות, בניסיוןקדם משימה חיונית שהוטלה עליהם, לאבטח את הפעולות להקמת גדר ההפרדה – משליך על חוקיות המעשה (ראו דין בג"ץ 4550/94 **נסים אישא נגד היועץ המשפטי לממשלה ואחרים פ"ד מט(5) 859**).

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

20. בפרשת גבע XXX מרחיב בית הדין הצבאי לערעורים וקובע לאמור: "אכן, כפי שציינו לא פעם, התמודדות חילו צה"ל עם המשימות הקשות המוטלות עליהם

התובע הצבאי נגד סא"ל עומר בורברג וסמ"ר קוראה לאונרדו

בלחימה הנוכחית, איננה פשוטה כלל ועיקר. ואולם, חוסנו המוסרי של הצבא ושל העם נמדד בעיקר בזמןנים קשים...
גם בעניין רוזנער הדגשנו את הצורך לשמר על דפוסים של התנהגות מוסרית דוקא בנסיבות ובזמן קשים, ובמיוחד כלפי שונאים אויבים:
'הצוווי שבו נצטו חיל' צה"ל לשמר על כבוד האדם איננו סיסמה לעלם. זהו ציווי אופרטיבי, הנבחן, דוקא, במצבים קשים ובתנאים, שאינם בהכרח נוחים. עקרון נבחן לא רק בכבוד ידידך ואוהבך אלא גם, ולעתים בעיקר, בכבוד שנאנך אויבך. עקרון זה מטייל חבות על חיל' צה"ל. הוא יוצרSTDרט ערכי וממנו אין לסתות. בסיסו עמדת התבונה: 'כי בצלם אלהים עשה את האדם' (בראשית ט, ו). ומכאן עוללה החובה הנגזרת לשמר את כבוד האדם: כל אדם, בין אהוב ובין אויב'" (מתוך פרשת גבע XXX, שם, וראן את דבריו של הנשיא ברק בגב"ץ 5100/94 הוועד הצבורי נגד עינויים בישראל ואח' נ' ממשלת ישראל ואח', פ"ד נג(4) 836, 817, ביחס לחקירות השב"כ).

21. בדומה, במסגרת פרשת צבי XXX, פועל בית הדין הצבאי לערעורים, אגב בחינת סבירות ההתנהגות, חלק מסודות העבירה של גרים מות בראשנות, כי:

"אנשי כוחות הביטחון אינם פעילים בחיל ריק בעת פעילות מבצעית. הם אינם נדרשים לקבוע – איש איש כפי הבנתו ועל פי הישר בעיני – את נחלי הפתיחה באש הסבירים בעיניים. במסגרת הפקודות החלות עליהם נקבעו "הוראות הפתיחה באש" מסגרותechnicities, תבניות פעוליה, המסדריות את פעילותם המבצעית... תכליתן לאזן בין ערכיהם מחייבות, תשלמת המשימה ושמירה על חייהם וגופם של חייליהם; מאידך, הצורך להימנע מפגיעה שלא לצורך בכבודם – חייהם, גופם ורכושם – של תושבים תמיימים, כמו גם של חסודים, הנמצאים למרחב הלחימה.
לקביעתן של הוראות אלו יש גם פן חינוכי, בכך שהן מסייעות לחיל להפנים ערכיו יסוד, כמו טוהר הנשק וזכיות החשוד, ומגבירות את הסיכוי לשמרתם של ערכים אלה על-ידיינו גם בהיקלעו למצבים לחץ ודחק.

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

22. לשיטינו, אף במנתק משלב היר' באירוע, אותו כאמור בחרה התביעה שלא לייחס לנאים מספר 1 בכתב האישום המתוקן, יש לקבוע כי מעשי של הנאים הם בבחינת איום "שלא כדין" על חייו ועל שלמות גופו של המתלוון, אشرف. אין חולק, כי האיים ביר' כדור גומי עבר אشرف, אשר נועד להפיחו אותו, לא נעשה במהלך פעילות מבצעית, לחימה, ואף לא בעיצומה של פעולה סיוטור (על ההבחנה בין פעולות לחימה לפעולות סיוטור והשווי בכל הנוגע להיקף הסמכויות הננתנות לכוחות הביטחון בהקשר זה ראו ע"א 5604/94 אסומה חמד ואחרים נגד מדינת ישראל, פ"ד נח(2), עמוד 498). אמנם, המתלוון נעצר בעקבות מעורבותו בהפרות סדר, אשר כאמור נועד לשבש את מהלך הקמת גדר ההפרדה, ובכך היו פגעה באינטרס בטחוני-ציבורי של מדינת ישראל, והפרות

התובע הצבאי נגד סא"ל עומר בורברג וסמ"ר קוראה לאונדרו

הסדר אף גלשׂו לא פעם, לפסים אלימים – ברם, מעשיו של הנאשם בוצעו במקום שהוא נתן לשליטה מלאה של כוחות הביטחון, לאחר שהמתلون נעצר. הנאשם לא ידע כלל מה חלקו של אשרף בהפרות הסדר ומה הוביל למעצרו. מעשיו של הנאשם, אשר ביקש לגרום למATALON להאמין שמתבצע ירי לעברו, בזמן שהוא עצור, ידיו כפותות ועינוי קשורות, והוא אינו מஹוו כל סיכון לנאים או למי מחייב – אינם יכולים להיחשב פוליה חוקית.

23. בהקשר זה רואו גם דבריו של אל"ם אביב רשפּ, מה"ט בנימין באותה תקופה, לפיהן עסקין בפועלה פסולה. ניסיון לדמות ירי לעבר עצור כפות שעינוי מכוסות, אינו מידתי, גם לא כאשר הוא מתבצע במסגרת מאמציהם של כוחות הביטחון לשמר על הסדר ולקדם אינטראס ציבורי חיוני של מדינת ישראל, ויש בו כדי לפגוע בערכיו יסוד כמו טוהר הנשק וכבוד הזולות.

24. כעולה מן המקבץ, הוכח לנו כי נתקיימו יסודות העבירה של ניסיון לאוימים, בהתאם להוראות סעיפים 192, 25 ו – 26 לחוק העונשין.

7.3.2 טענות ההגנה בדבר הגנה מן הצדק וזו מבחן ללא הרשות

25. במהלך הסיכומים, העלו בא' כוחו של נאם מספר 1, לראשונה, טענה של "הגנה מן הצדק". הסגנורים الملומדים טענו, כי בנסיבות העניין, בהתאם לגרסתו של נאם מספר 1, לפיה הורה לנאם מספר 2, שלא בנסיבות של אשרף, "לשකשך" בנשק, על מנת להפחיד אותו, בהתחשב ברקעamus – יש להורות על המרת סעיף האישום, או על ביטולו, כך שהנאשם יORIZATION לכל היוטר, בעבירה של התנהגות שאינה הולמת, לפי סעיף 130 לחש"ז, צזו שאינה נשאת רישום פלילי. מנגד, טענו התובעים الملומדים, סא"ל (AMIL) רון קצף וסגן טל זיסקוביץ, כי אין בבית הדין סמכות להמיר את סעיף האישום ובכל מקרה, לא נתקיימו כאן התנאים להחלת "הגנה מן הצדק".

26. כאמור, בכל הנוגע לשיחה בין הנאשם ומחלך הדברים עובר לשלב בו נעמדו נאם מספר 1 ואשרף בסמוך לג'יפ המג"ב, מצאו להעדי' את עדותו של נאם מספר 2, המשתלבת בעדותו של סמ"ר XXX, על פני גרסתו של נאם מספר 1, ודומה, כי ניתן היה לסייע בכך את הדיון בנושא. בכל מקרה נבחר, כי הגם שסבירים אנו כי במסגרת הוראת סעיף 351(6) לחש"ז, אכן קיימת לבית דין סמכות להורות על המרת סעיף אישום מכוח הגנה מן הצדק (ראו החלטות בתיק דר/07/5 התובע הצבאי נגד אריאל סקצר ובתיק דר/08/24 התובע הצבאי נגד טורי' דוד

התובע הצבאי נגד סא"ל עומר בורברג וסמ"ר קוראה לאונרדו
XXX - לא נתקיתמו בענייננו התנאים להחלטה.

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

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

"שאלת ההחלטה של הגנה מן הצדק על מקרה נתון טעונה בחינה בת שלושה שלבים. בשלב הראשון על בית-המשפט לזהות את הפגמים שנפלו בהליך שנקטו בעניינו של הנאשם ולעומוד על עצמתם, וזאת, במנותק משאלת אשמו או חפותו. בשלב השני על בית-המשפט לבחון אם בקיומו של ההליך הפלילי חרף הפגמים יש ממשום פגיעה חריפה בתחום הראיות (הכלכליות או המוכחות) המבוססת את אשמו; לנسبותיהם הטענים, שהעיקריים שבהם פורטו לעיל, תוך שהוא נוטן דעתו לנטיותיו הקונקרטיות של ההליך שבפניו. בטור כך עשוי בית-המשפט ליחס משקל, בין היתר, לחומרת העבירה המיוחסת לנאשם; לעוצמת הראיות (הכלכליות או המוכחות) המבוססת את אשמו; לנسبותיהם האישיות של הנאשם ושל קורבן העבירה; למידת הפגיעה ביכולתו של הנאשם להציגן; לחומרת הפגיעה בזכויות הנאשם ולנסיבות שהביאו לגורימתה; למידת הנאשם הרובץ על כתפי הרשות שפוגעה בהליך או בנאשם, וכן לשאלת אם הרשות פוללה בזדון או בתום-לב. בר里 כי בגיבוש האיזון בין השיקולים הנגדיים ייחס בית-המשפט לכל אחד מהשיקולים את המשקל היחסי הראו לו בנسبותיו הקונקרטיות של המקרה הנתון. כך, למשל, ככל שמעשה העבירה חמור יותר, יגבר משקלו של האינטראס הציבורי שבחעמדה לדין; וככל שמעשה הרשות שעורורי-תי יותר ופגיעתו בנאשם ובזכויותיו חמורה יותר, יגבר משקלו של האינטראס הציבורי שבסמירות זכויותיו של הנאשם וביריסון כוחה של הרשות. בשלב השלישי, מששוכנע בית-המשפט כי קיומו של ההליך אכן הכרוך בפגיעה בתחום הצדק והגינות, עליו לבחון האם לא ניתן לרפא את הפגמים שנתגלו באמצעותם יותר מתוכנים ומידתיים מאשר ביטולו של כתב-האישום. בין היתר, עשוי בית-המשפט לקבוע, כי הפגיעה שנגזרה לנאשם, אף שאינה מצדיקה את ביטול כתב-האישום שהוגש נגדו, מצדיקה היא את ביטולם של אישומים ספציפיים, או תהא רואיה להישקל לטובתו בקביעת עונשו, אם יורשע. כן עשוי בית-המשפט לקבוע, כי תיקון הפגיעה יכול שייעשה במסגרת בירורו של המשפט, כגון בבירור שאלת קבילהותה של ראייה שהושגה תוך שימוש באמצעותם" (ע"פ 4855/02 בורוביץ הנ"ל, בעמ' 807-808).

29. נמצא אפוא, כי בין לפि הדוקטרינה הפסיקטיבית, ובין לפि זו החקיקטיבית – "אם לא זהה מעשה או

התובע הצבאי נגד סא"ל עומר בורברג וסמ"ר קוראה לאונרדו

מחדל העולה כדי פגם בהליכים, תסתיים בחינת תחולת ההגנה כבר בשלב זה" (נקדימון, לעיל פרק חמישי, עמ' 39, וראו גם ע"פ 8168/05 **תמר פלינק נ' מדינת ישראל**, תק-על 2007(2), עמ' 2593, בעמ' 2612: "נראה לי כי במקורה הנוכחי - לא עליה בידי המערער לעבור אפילו את השלב הראשון, שעל כן מתיתיר הדיון בשלבים הנוספים. לא נפלו פגמים, או מכל מקום המערער לא חשף פגמים, בדרך ניהול הלילכים במשפט המקורי" וכן הניתוח והסקירה המשפטית המופיעים בתיק דר/08/24 התובע הצבאי נגד טור' דוד XXX הנ"ל).

30. בעניינו, ההגנה לא הצביעה על פגמים, העוניים על יסודותיו של השלב הראשון ביחסם הדוקטרינה של הגנה מן הצדק ולא הציגה לעיונו תשתיית ראייתית המלמדת על פגמים בהליך, לא כל שכן פגמים הפוגעים "פגיעה חריפה בתחותה הצדק וההגינות" (מתוך פרשת בורוביץ) וכבר נפסק, בהקשר דומה, כי:

"לשם העלאת טענה בדבר "הגנה מן הצדק", הנשענת על טענה לאכיפה בררנית, יהיה על הטוען להראות, בראש ובראשונה כי מדובר בהבhana בין מי שהධאין ביניהם רלוונטי לעניין, במובן זה שהוא מצדיק התייחסות דומה בשאלת הגשתו של כתב אישום. בשלב השני יהיה על הטוען להראות כי בסיס ההבhana ניצב מנייע פסול, בין אם בדמות שרירותיות, התחשבות בשיקולים שאינם מן העניין, או חיללה שיקילת שיקולים שאינם ראויים. מطبع הדברים מדובר בשני שלבים השונים זה זהה, ואשר רב המשותף להם. הנטול להוכחים, שאינם פשוט כלל וכלל, מוטל על הנאשם, באשר הפרקליטות, ככל רשות מינרלית, נהנית מהחזקקה 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 רוזנשטיין נ' מדינת ישראל, תק-על 2005(4), 2082, בעמ' 2090-2090(4)).

31. למעשה, מבקשים באי כוחו של הנאשם מספר 1, כי נימנע מהרשעתו של הנאשם, או נורה להרשעו בעבירות חלופיות, שאין נושאות רישום פלילי, נוכח הפגיעה הצפוייה מן הרשעה 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 להזכיר בשאלת סמכותם של בתי הדין הצבאיים להורות על צו מבחן ללא הרשעה, שאלת השניה בחלוקת (ראו ההחלטה התומכת במתן סמכות לבתי הדין הצבאיים בסוגיה בתיק מר/06/3164 התובע הצבאי נ' רב"ט יואשXXX ותיק דר/07/150 התובע הצבאי נגד רב"ט מור XXX, לעומת ההחלטה בתיק ז"י/213/08 התובע הצבאי נ' רב"ט אברהם XXX, בתיק מט/09/397 התובע הצבאי נ' רב"ט תמר XXX ובתיק מר/08/544 התובע הצבאי נ' רב"ט אלכסנדר XXX, שם נותרה הסוגיה בצריך עיון), גם לעניין האפשרות להימנע מהרשעה, נפסק כי "משהוכח ביצועה של עבירה יש להרשיע את הנאשם וראוי להטיל אמצעי זה רק במקרים

התובע הצבאי נגד סא"ל עומר בורברג וסמ"ר קוראה לאונרדו

ויצאי דופן, בהם אין יחס סביר בין הנזק הצפוי לנאים מן הרשותה לבין חומרתה של העבירה" (ע"פ 2083/96 תמר כתב נ' מדינת ישראל, פ"ד נב(3), 337, בעמ' 341-342).

33. וזאת, מთוך הנחה כי הצורך במיצוי של ההליך הפלילי בדרך של הרשות הצבאי מביא להשגתו של "גורם ההרתעה והאכיפה השוויונית של החוק. שיקול ציבורי זה פועל במשנה תוקף ככל שחומרת העבירה גדולה יותר והנזקים לפרט ולציבור מוצעה גוברים" (ע"פ 2669/00 מדינת ישראל נ' פלוני ו-3 אח', פ"ד נד(3), 685, בעמ' 690-691). בפסקת בית המשפט העליון נקבע, כי הימנעות מהרשותה היא כל' שיש לעשות בו שימוש במקרים יוצאי דופן, בהם אין יחס סביר בין הנזק הצפוי לנאים מן הרשותה, לבין חומרתה של העבירה (רע"פ 432/95 גدعון רומנו נ' מדינת ישראל, תק-על 1189/06(3) רע"פ 737; רע"פ 06/85(3) גלי בר-לב נ' מדינת ישראל, תק-על 2006(3)).

34. ולענינו, אמן, על הנאים, מפקד גード 71, הוטלה משימה כבדת משקל, לאבטח את הקמת גדר הפרדה לטובת בטוחן המדינה והנאים, אשר הניח כי אشرف נטל חלק בהפרות סדר שתכלייתן לשבש את הקמת גדר הפרדה, ביקש להרתו פן ישב על מעשי – דא עקא, שהנאים ביקש לගרום לאشرف להניח שחיל צה"ל יורה בו כדור גומי, בעת שהיא עצור, ידיו כפותות ועיניו קשריות, ולא היowa כל סיכון לכחות הביטחון. נסיבות אלה, אין מובילות למסקנה, כי הרשות הנאים בעבירה הנושאת רישום פלילי, עומדת בסתריה מהותית לעקרונות של צדק והגינות משפטית (בההתאם למחנים שנקבעו בפרשת בורוביץ), או יוצרת יחס בלתי סביר "בין הנזק הצפוי לנאים מן הרשותה לבין חומרתה של העבירה" (כאמור ברע"פ 432/95 הנ"ל), ויש בהן כדי ללמד על פגיעה קשה בערכי יסוד כמו כבוד האדם וטוהר הנשך, ובפגיעה משמעותית בתדמיתם של צה"ל, מפקדיו וחיליו.

35. זאת ועוד, הנאים במעשי, החטיא את פקוודו, נאים מספר 2, עת בנווכותו, איים על עצור כפות באזיקים, שעיניו קשריות, ביר גומי לעברו, וטור שהוא מנחה את פקוודו לדרוך נשקו לאוזניו של העצור. בהקשר כלל' יותר, פסקו בת' הדין הצבאיים כי התבטאות מפקדים, מהן ניתן ללמוד על אפשרות לנקיית כוח, עלולות להביא להעברתו של מסר פסול לחיללים, אף אם לא נאמרו מთוך כונה צזו (מתוך תיק מר/09/205 התובע הצבאי נגד סגן אדם XXX, בעמוד 85 וראו את דבריו של בית הדין לערעורים בע/96/247 התובע הצבאי הראשי נ' אילן (ביטון) ברוש [פדרור (לא פורסם) 97 (5) 286], בעמוד 8 (1997))). קל וחומר עת עסקין באミירה מפורשת לחיל, לעשות

התובע הצבאי נגד סא"ל עומר בורברג וסמ"ר קוראה לאונרדו
שימוש בלתי חוקי בנשק ולאיים על עצור שעינוי קשרות, כך שידמה כי בוצע לכיוונו ירי. לא לモטור
להזכיר גם, כי הנאשם עצמו, באמרטו (ת/1), הסביר, כי נאשם מספר 2 הוא "חיל 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
ההעודה לדין, במלאתם של רשותות אכיפה החוק, ואף לא על טעם המצדיק בחינתה של סוגית
הסמכות להורות על מבחן ללא הרשעה. המשקנה העיקרית היא, כי בפועל, קיומו של ההליך נגends
ה הנאשם אינו מעורר "פגיעה חריפה בתחשות הצדקה וההגינות". אשר על כן דין הטענות בהקשר
זה להידחות.

7.3.3 הערתו של אחד השופטים

1. בהמשך לדין בשאלת הגדרת מעשי של הנאשם מספר 1 כאiom "שלא כדין" (כאמור בסעיפים - 19
24 לפיק 7.3.1 לעיל), מצא אחד השופטים לעיר הערה נוספת ולבוחן את הנושא מזוויות שונות,

תוך שהדגיש לצד הריאות שהובאו בתיק זה ראיות נוספות שיש להן השלכה על שיקוליו. שופט
זה, סמרק ידו על ממצאי המהימנות והתשתיות העובדתית כפי שפירטנו קודם, ברם לשיטתו, ראוי
לבוחן בחינה אחרת את מעמדה המשפטי של השאלה שהפנה הנאשם מספר 1 כלפי הנאשם מספר
2. בחינה הנסמכת על ההשקפה לפיה השאלה שהפנה הנאשם מספר 1 מהוווה חלק מתוכיס
מבצעי שנועד לבירר אם אشرف בדבר עברית, על מנת להזהיירו מלהשתתף בעתיד בהפגנות.

2. לטעמו של השופט, תוכיס זה מבוסס על ההנחה שגם מזהירותים את מנהיגי המSTITים והמפגינים
מלהמשיך במעשייהם, הדבר ימנע או יקטין את הפעולות האלימה מצד המSTITים (השופט הפנה
בעניין זה לעדותו של פקיד רם XXX שהעיד בפנוי' בעמ' 131 ש' 6, שמחזרים את המתפרעים

"זה לא יחזור על עצמו כמו אבא ליד. מדברים איתם בשקט ובשלווה".

3. בהתאם, ביקש שופט זה לבחון, האם התוכיס בו נקט הנאשם מספר 1 במטרה לבירר האם אشرف בדבר
עברית כדי להזהיירו מפני השתתפות בהפגנות בעתיד מגע לכדי עבירה פלילית של איומים
והתנהגות בלתי הולמת של קצין. לטעמו של שופט זה, הפסיקה לא התמודדה ישירות עם חוקיות
השימוש בתוכיס מהסוג שהוא נשוא דינמו. ההתחממות בפסקה בעיקhor של דבר הייתה תמיד

התובע הצבאי נגד סא"ל עומר בורברג וסמ"ר קוראה לאונרדו באשר לשאלת אם נגבתה עדות בתחלופה, מה ערכה של עדות אשר צו. להלן, נביא בהרחבה את ניתוח הסוגיה וחווות דעתו של השופט בנושא:

4. אין חולק על כך שזכות ההגנה והת浩כה היא זכות יסוד מרכזית של האדם בישראל (בג"ץ 6658/93 כלביא ואח' נ' מפקד משטרת ירושלים, פ"ד מה (4) 793 וכן בג"ץ 96 / 4712 סiyut מר"צ, ישראל הדמוקרטי, ר"צ, מפ"ם, שניוי נ' מפקד מחוז ירושלים, משטרת ישראל פ"ד נ (2) 822, עמוד 824 בעמ' 796). ביהם"ש העליוןקבע לא אחת ש"זומה, כי חופש ההגנה והאסיפה עומדים על בסיס אידיאולוגי רחב, אשר במרכזה ההכרה בערכו של האדם, בכבודו, בחופש הניתן לו לפיתוח אישיותו, וברצונו לקיים צורת משטר דמוקרטי" (ראו בג"ץ 153/83 לוי ואח' נ' מפקד המחז דדרומי שלמשטרת ישראל, פ"ד לח(2) 353 בעמ' 398). עוד יאמר ש"קייםה של אסיפה ות浩כה הוא אחד האמצעים העומדים לרשות בני הציבור כדי להביע את השקפותיהם בעניינה של המדינה, אמצעי שהוא לעיתים עיל יותר וממשי יותר ממוצע הביתי האחרים" (ראו בג"ץ 148/79 סער ואח' נ' שר הפנים והמשטרת ואח' פ"ד לד (2) 169 בעמ' 171-172). עם זאת, ככל זכות יסוד, גם חירות ההגנה והת浩כה היא חירות יחסית. היא אינה מוחלטת. יש לאזנה מול ערכיהם אחרים. היא כפופה למגבילות. בענייננו, האיזון הנדרש הוא בין זכות היסוד להגנה ות浩כה לבין פגיעה אפשרית בסדר הציבורי ובשלום הציבור. הקשי העומדים ביסוד מקרה זה נועז באפשרות ריאלית שאירעה לא אחת של אלימות פיזית קשה, בה נפלו אנשים ואף נהרגו.

5. בעניין האפשרות של הגנה או ת浩כה להתרדרות אלימה כתבה כב' השופט פרוקצ'יה בבש"פ 1821/05 נמברוג נ' מדינת ישראל ש"רקע האידיאולוגי העומד ביסוד ההגנה שהפכה להתרעות, אינו מעלה ואין מורייד לעניין חומרתן של הפרות חוק... קיימ סיכון, בהסתברות גבוהה כי מאורעות נוספים עשויים להתרחש במסגרת מלים מדיניים שונים, עלולים להציג את תוצאותיהם הרעוניות של העוררים, באופן העולם להניעם להשתתף בפעולות מחאה אלימות, העולות ליצאת מגדר שליטה.... חופש ההגנה שיסודה בחופש הביתי אכן מקודש בשיטה המשפטית שלנו, אולם זאת, כל עוד הוא נעשה בגדרו החוק. חופש הביתי והגנה אינם ערכים מוחלטים הדוחקים הצד ערכים אחרים ובתוכם שמירה על החוק וקבלת מרות אנשי החוק.... דברים אלה משקפים את המתח שבין זכות ההגנה וחופש הביתי לבין שמירת החוק והצבת גבולות כדי להימנע מהידדרות לאלימות...". זו ידיעה שיפוטית המגובה בפסקה נרחבת, שלא מעט הפגנות נגד הגדר, כולל בשטח נשוא דיווננו,

התובע הצבאי נגד סא"ל עומר בורברג וסמ"ר קוראה לאונרדו

התדרדרו לפגיעות וחלות של ממש וגם בעדויות שהובאו בתיק זה היו עדויות בכיוון זה שתפורטנה להלן.

6. בבואי לדון בעניין כתוב אישום זה, שמתי לנגד עיני את דברי ביה"ד הצבאי לערעורם ב-ע/03/146.

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 ליזכר מערכת נורמטיבית שענינה הגבלת כוחותיו, לבל יעשה בהם שימוש לרעה. קביעה זויפה לכל סוג של חברה אנושית, על שלל מנוגנויות ותפקידיה, היוצרים יחס תלוות ומרות; על אחת כמה וכמה, שהיא נחוצה בחברה הצבאית, שיש בה, מכח הגדרת תפקידיה, מאפיינים אלימים וכוכניים, הטבועים בה. על כן, הפעלת כוחם של חייל צה"ל חייבת להיות מוגבלת במקום, בזמן, ובמידה הרואיה; היא חייבת להיות תלויה בקשר; אך ורק במידה ובהקשר הנכונים, לצורך ملي"י התפקידים המוגדרים שהוטלו עליהם, בנסיבות נתונות. המגבילות החולות על הפעלת הכוח הצבאי תקפות ביחס לפעולות של כל חייל וחילית, המשפיעים על הסובבים אותם. כך ביחסים הרואים שבין מפקד לפוקדו, ובין חיל לעמיתו החיל; ביחסים שבין חיל לאזרחות מבני עמו, או לתושב מדינותו או לזר השווה בה; ביחס הרואוי שבין חיל לאיבו – חיל מצבא אחר, או אזרח בן עם אחר הנלחם נגדו, או כלפי כל אדם הנמנה עם בני עמו של איבו. בכל אלה נדרשים חיילי צה"ל להפגין איפוק, ולהפעיל את הכוח המסור בידי רק במידה הראوية. זו חובתו האישית, המוסרית, המשפטית, המקצועית והאתית של כל חייל בצבאה הגנה לישראל, וזה גם חובה המוסדית של צה"ל, כארגון לוחם. אמרו מעתה: שמירה קפדנית על התנהגות המפנייה את כבוד האדם – של כל אדם, בין אהוב ובין אויב – נדרשת מכל חייל. היא נדרשת בראש וראשונה מעצמה היוטו אדם, באשר היא שומרת על צלם האדם שבו, אך היא גם מקנה לו יתרונות מקצועיים ומוסריים כחייל ומפקד, כלפי עמיתיו ופקודיו, כמו גם כלפי אויביו".

7. באמरתו הראשונה, מתאריך 20/07/08 (ת/1), מוסר נאשם 1, אשר שירת באותה עת כמפקד גודוד במשר שנה לעיר, כי במהלך חדש Mai באותה שנה, החלו מהומות באזור הכפר נעלין, המהומות פרצו בעקבות פעילות להקמת גדר הפרדה (מדידות בשטח). במסגרת ההתמודדות עם ההפגנות והפרות הסדר, שלובו 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, והתפרטו על פני אזור רחוב. במהלך הימים עבר לארوع מושא כתוב האישום, חלה הסלמה והפגנים ידו אבני ובקוקי תבערה, תקפו רכבי ביטחון ואף חטפו נהג טרקטור מקומי. אשרף נראה בסרטון כמו שהוא מנהיג ההפגנה; הוא נראה אוחז בדגל פלסטין מוביל את המפגינים.

8. בتحقיקת האירוע שנמסר למח"ט בנימין (ו/0) תוארו הנסיבות והרקע שקדם לאירוע נשוא כתוב האישום וכן תואר: "גדוד 71 מבצע מבצע גודוד" בכפר נעלין מערב. המבצע החל ביום שלישי

התובע הצבאי נגד סא"ל עומר בורברג וסמ"ר קוראה לאונדרו לפנות בוקר בשעה 00.04. ביום שישי-שבת בזעע XXX על הכפר נעלין מזרחה. ובימים הראשונים-שני הכפר היה נתון בעוצר. המבצע נעוד לאפשר קיום עבודות הגדר המתבצעות בפתחת החשמונאים. הפגנות הכהר בשבועיים האחרונים היו אלימות מאד והקשו על ביצוע העבודות ואף מנעו קיומו בחלק מהזמן. ביום שני בסביבות השעה 10.30 לערך החלו הפרות סדר כנגד פעילות כוחותינו בכפר הסמוך לנעלין מערב-נעלין מזרחה, ידי אבניים והבערת צמיגים. ההפגנות הינן אלימות ומוסכנות עקב היות הכהר שכון בסמוך לציר XXX ציר המשמש יהודים וערבים בנסיעתם והימנו ציר מרכזי בגזרה". זהו, אם כן, הרקע, שקדם לאיורים נשוא כתוב האישום.

9. עד ההגנה אילן גDIS שהיה בעת האירוע סגן מפקד האבטחה מטעם משרד הביטחון מטעם מנהלת מרחב התפר, העיד (ראו פרוט' עמ' 103 ש' 25 ואילך) דلالון: "גזרת נעלין היא גזרה שלפחות מהabitat שלנו עד שהתחלנו לעבוד שם, לא דמתה לשום גזרה אחרת שעבדנו. מהניסיונו שהוא לנו לעבדנו לא מעט בזרות אחרות שהיה שם הפרות סדר. גזרת נעלין מהיום הראשון שבו נכנסו המודדים ועד לפני הכלים, על מנת לסמן את השטח, כשהם היו מאבטחים עם מאבטחים אזרחיים מטעמו יחד עם לוחמים מגודד 71 נתקלנו בהתנגדות מצד המקומיים שירדו לתוואי שהלכו ברgel מרחק של 2 ק"מ, עצרו בגופם את המודדים שברגע הראשון פחדו ורצו לצעת מהשטח ולא רצו לחזור....המקומיים איימו ללא הפסקה, אמרו שלא יאפשרו את העבודות, שמחיכתם זה קודש הקודשים ומידי ביום לאחר מכן הם תגברו את עצם בישראל יהודים, בזרים תושבי חוץ לארץ ותקורת זרה ומקומית".ובהמשך עדותו התייחס העד לאشرف ואמר (ראו עמ' 113 ש' 7 ואילך): "אני רأיתי והרגשתי אותו ואת חברי בגזרת נעלין בהפרות הסדר הקשות שהיו בתקופת העבודות, הפרות הסדר בבלעין ממשיכות גם היום, וגם בגזרת נעלין רأיתי אותו יותר מפעם אחת, הוא היה חלק מה uninhabitants, חלק מרכז uninhabitants הקשיים". ולבסוף קטע נסוף ואחרון מדברי העד הנ"ל מצוי בעמ' 114 ש' 1 ואילך וכך העיד העד: "כן, הייתה שם אלימות קשה מאד, אני פה עומד רגוע בפני בהם" שאבל לעבור את הדברים האלה אני לא מאמין לאף אחד. לעבור את המסתערים שנמנצאים כל' רכב ממוגנים, על אחת כמה וכמה פוגעים פיזית ושוברים איברים של עובדים, של מאבטחים ושל לוחמים. התறחישים הם מיידיים והכוח שצריך לאפשר את העבודות ולאבטח את האזרחים לפעמים אלה עניין של שנית, אם הוא מפספס יש נפגעים וזה קרה. רأיתי לוחמים שנפצעים וצועקים מכאבים ולרגע מאבדים את העשונות שלהם ומנסים להחזיר בדרך איןסטינקט.

התובע הצבאי נגד סא"ל עומר בורברג וסמ"ר קוראה לאונרדו
**ראיתי את עומר כmag'd קולט את הדברים, חזר אחריה, תופס ומונע את הלוחמים נתן להם
 מקות בכספיות ומחייב אותם לפוקו.**

10. הנני סבור שמיותר יהיה לחזור על קביעתbihם"ש העליון באופןם מקרים שבחנו את תוארי גדר ההפרדה שלפיה הגדר בתוארי המתוכנן מוקמת מטעמים בייטחוניים צבאיים. הגדר נועדה להחליף את מבצעי הלחימה הצבאיים והאמצעים הצבאיים האחרים, בדרך של חסימה פיזית של פעילות טרור מפני חידרה לירושלים. הגדר לא נועדה לשם "סiphon" שטחים. השיקולים שהובילו לקביעת תוארי הגדר הינם, אם כן, שיקולים הקשורים לביטחון ובטבותה של האוכלוסייה. המפקד הצבאי מוסמך היה לשקלם (ראו למשל בג"ץ 5488 **מעצה מקומית אלראם נ' ממשלה ישראל**). פעולות המחאה של אזרח וחבר מרעוי נועדו לשבש את בניית הגדר שעלה החלטה ישראל כדי להימנע מפגיעה 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 ולפגוע ללא הבחנה גם באזרח ישראל וגם בכל אדם שייקלע לאזור הפיגוע זה יכול לכלול גם עובדים זרים וגם אנשים מהשטחים שהורשו להיכנס לישראל.

11. השימוש בצדורי גומיណון ע"י כב' השופט א. רובינשטיין בבש"פ 3355/05 **טברג ואח' נ' מ'**, וכך קבע באותו עניין תוך שיטת פס"ד אחר שנთן בהזדמנות קודמת:

"נושא השימוש בירי שלישיות כדוריםណון בדו"ח ועדת החקירה הממלכתית לבירור ההתנגדויות בין כוחות הביטחון לבין אזרחים ישראלים באוקטובר 2000 (דו"ח חדש אלול תשס"ג, ספטמבר 2003). הדו"ח מזכיר את הנחיתת הייעוץ המשפטי לממשלה (הה"מ) החדש יוני 2002, לבחון מעבר מהפעלת גלילוי הגומי, שילבתם מתכתי, לכדורי גומי שאין בהם מרכיבי מתכתי והם פוגעניים פחות' (עמ' 460), וכן דו' שיח בין הייעוץ המשפטי למשטרת, בנושא השימוש בכלל בצדורי אלה - גישתי' להגביל באופן דרמטי, ולמעשה להפסיק, את השימוש באמצעותם 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 - וכן גם במסקנות ועדת או"ר - במקרים בהם קיימת סכנה מצדיקה שימוש באש חיה עדיף השימוש באמצעות פוגע פחות, לרבות בצדורי גומי (ראו בין היתר עמ' 462 לדו"ח הוועדה").

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

12. יש לבחון האם נאשם מספר 1 בהשתמשו בתכיס הnl כדי למנוע הישנותן של הפגנות שלא אחת הסתיימו בפצעים ואף הרוגים, פעל במסגרת הכלל שנקבע בבייהם"ש העליון שלפיו "אסור

התובע הצבאי נגד סא"ל עומר בורברג וסמ"ר קוראה לאונרדו

שזכויות האדם יpecificו קרדום לשילוט ביטחון הציבור והמדינה" (ראו דנ"פ 7048/97 פלוניים נ' שר הביטחון, פ"ד נד(1) 741, 721 המציג את ע"ב 2/84 נימן נ' י"ר ועדת הבחירות המרכזית לכינוס ה-11, פ"ד לט(2) 225). בהקשר זה כתוב בזמןנו כב' השופט גולדברג בbg'צ 411/89 תנועת נאמני הר הבית וארץ ישראל ואח' נ' מפקד משטרת מרחב ירושלים פ"ד מג (2) 17 שם נאמר כדלהלן:

"...בוחינת סבירותם של האמצעים שבידי המשטרה לנ��וט כדי להבטיח את הסדר הציבורי בעת התהלהכה אינה נשנית על-פי אמת מידת תיאורטית, אלא בהתחשב בכלל הנסיבות ה konkretiyot , ובכלל זה נסיבות של הזמן והמקום. שכן האמצעים העומדים לרשות המטריה (בכוח אדם ובצדוק) כדי למלא אותה שעה את כל משימותיה אינם בלתי נדלים, כמו שיש שתנאיו המקומם אינם אפשריים למשטרה, בכל מקרה, שליטה אפקטיבית בענשה ומונעת הסכנה האפשרית. מכאן המסקנה, כי 'חברה דמוקרטית, המבקשת לשמר על כבוד האדם, נפשו וגופו, והדואגת לקיום של סדר' ממשל דמוקרטיים, ח'יבת לעיתים לשול או להגביל את חופש הביטוי ואת זכות ההפגנה והתהלהכה, גם אם המשמעות היא במתן וטו-דה-פקטו לקהל עין ובריוני'... יש, על-כן, שהכרח-בל-יגונה הוא, כי בהתנגשות בין האינטרסים והזכויות תיסוג זכות ההפגנה והתהלהכה מפני האינטרס הציבורי של שמירת הסדר והביטחון".

פסק דין חשוב ביותר בעניין סמכויות שוטר בעת פיזור הפגנות וمتוייחס לפעולה שיטורית שנעשתה בזמןו בספרעם בשנת 1959 - הוא ע"א 751/68 חמאה רעד, בשמה וכاضטרופה הטבעית של ילדי הקטינים נ' מדינת ישראל, פ"ד כח(1), 197, 215-216 (1971) שם קבע ביהם"ש מפי הנשיא אגרנט בקשר לשוטר - והדברים חלים מוטטיס מוטנדיס גם על נאש 1- במקורה שלפנינו כדלהלן:

"אכן, בעית-הפרשנות, שעוררו הצדדים, היה בעיה נכבהה, שאינה נתונה לפתרון קל, כאשר היא יורדת לשאלת הסטנדרדים, של-פיהם חייבים אנשי המשטרה לככלל את מעשיהם בbowם לדכא מהומה זו או אחרת, ולתפוש את המשתתפים בה. מצד אחד, מוטלת עליהם האחוריות לקיים את הסדר הציבורי ולהגן על החיים והרכוש; ו מבחינה זו רצוי שלא להזכיר, יתר-על-המידה, את צעדיהם ואת השימוש בשיקול-דעתם באשר לאמצעים שהם רואים אותם כנכוצים כדי שתיפסק מהומה ולשם הבטחת הבאותם לדין של האחראים לה, מה עוד שהם מצוים לפעול, לעיתים, בתנאים של מתיחות ושעת-חירום. מן הצד الآخر, חשוב מאד, כי אנשי המשטרה יפעלו, ככל האפשר, בדרך שאינה מסכנת את חיים וسلامות גופם של אחרים, אף אם מדובר בחיה או בשלמות גופו של אדם שהיה לו יד ב מהומה, כל-שכנ, של אדם שלא השתתף בה ואשר נוכחתו במקום היא מקרית, שהרי הוראת-החסינות חלה - ונעין זה בא להחריף את הבעיה - גם על המקורה שבו נהרג (או נחבל) אדם במצבו של זה האחרון, עקב פעולות המשטרה. כפי שיתבהר להלן, מה שימושי סיבור לביעיתנו הוא, שלפי החוק מורשים אנשי המשטרה, לצורך מילוי תפקידם האמור, שלא לסגת מפני התקפת המתפרעים ולהחזיק מעמד במקומות שבו הם פועלים כדי להתגבר עליה (*to stand to their ground and not to retreat*).

כי איזה מצדדים להשתמש באותו האמצעים הנוראים להם כדרושים למניעת הסכנה ולהתגברות על המתפרעים כאחד, כולל השימוש בשתק חם ואם זה עלול

התובע הצבאי נגד סא"ל עומר בורברג וסמ"ר קוראה לאונדו

לגרום מוות או נזק גופני אחר לאלו מהמתפרעים או לאדם "תמיים", שנצדמן למקום באקרה. עם זאת, הכרחי להסביר כי אפילו בתנאים אלה, לעולם אין להצדיק פעלות ירייה מכוונת או לא-aicפטית מצד איש המשטרה, אשר גרמה לתוצאה כנ"ל ואשר נעשתה אمنם בלט המהומה אך מתוך רצון עński-נקמני גרידא, אשר אין בימיו לשימוש בכוח סביר ולא כלום."

14. להלן הנחייתו של הנשיא אגרנט, ד"ל, באותו פרשה שהייתה בספרעם (ראו עמ' 214-215)

כך:

"יש לציין כי השוטרים פעלו כל הזמן בתנאי חירום (*emergency*), כאשר מוטל עליהם התפקיד לדכא מהומה של המון אנשים, שהיו רוגמים אותם באבני אף תוך נסיגתם, כך שנש��פה להם, לשוטרים, הסכנה של ספיגת בלוטות חמורות, אם לא סכנה לחייהם. בתנאים אלה, ולאחר האופי ההורי-הסלי של האזרור הנטווע בחלקו עצים, כך שתווך הרਆה היה מוגבל, מן הנמנע שנמדוד את התנהגותם בעת שבו עברו חורשת הדיתים, לפי אותה רמת זהירות, שכןן לדרש מהאדם שגרם לתאונת بحيותו נתנו במצב 'נורמלי'. כאמור, בדרך כלל, נהגו השוטרים בהתקפותם הרבה והם ירו אך יריות אזהרה באווירה ואף הצדור שפגע במנוח נורה בכיוון מלמטה כלפי מעלה. גם אין לחשב, כי בתנאים האמורים, היה על השוטרים, כולל השוטר שירה את היריה הקטלנית, לצפות כי בזמן היריות הספיקו 30-20 מ"ב בין המתפרעים לסגת למקומם המחצבה ולהתבצע שם. בבואה להעריך אם היה על אנשי המשטרה להבחין בעובדה האחידונה, מחובטנו להביא בחשבון את אוירית-המתח, שבה היו נתונים בשעת מעשה, ולא לקבוע את הערכתנו רק על-סמך העובדות היבשות, שנודיעו לאחר המעשה, כאשר בידינו לשקל אותן באווירה שקטה".

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

"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, מצידה מצב בו שוטר הפעיל את נשקו (ולא כדור גומי כמו במקרה דנן) וגורם למוות של מי שהשתתף בהפגנה ואלה דברי בהם"ש בעניין פרשת **Lynch v. Fitzgerald**:

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 INFILCTION OF FATAL INJURIES' BUT IF IN RESISTING CRIMES OF FELONIOUS VIOLENCE -ALL

התובע הצבאי נגד סא"ל עומר בורברג וסמ"ר קוראה לאונדו

RESOURCES HAVE BEEN EXHAUSTED AND ALL POSSIBLE METHODS 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 גרכו, המונעים מהם שקיילה ובחינה רגילים של החלופות והמחייבים החלטה מהירה שלא ניתן להתכוון אליה מראש, יש לבחון את סבירות פועלתם במסגרת תנאים מיוחדים אלה. אין לנתק את ההתנהגות מהתנאים שסבירו אותה. אין להעתיק את ההתנהגות ל"תנאי מעבדה". כבר בע"א 3889/90 לרנר נ' מדינת ישראל פ"ד נ(4) 304 קבע בהם"ש מפי כב' השופט מצא בין היתר כדלהלן:

"**בנסיבות שבן מוצדק לפעול להגנת עצמו או להגנתם של אחרים לא יהיה זה בהכרח בלתי סביר, מבחינתו של החיל, שלא לדבוק בהוראות "נווהל מעוצר חשוד", יהא ניסוחן פסקני ככל שהוא, ואת סבירות فعلותו יהיה מן הדין לבדוק לאור הנסיבות שבבן נאלץ, לטענותו, לפעול כפי שפועל. אולם, גם למקרה שמתעורר בו צורך לפעול להגנה עצמית הtout כללים בהוראות הפתיחה באש (שלא במסגרת "נווהל מעוצר חשוד"), אולם הרצינון שבבדרי הנשיא שmag חל גם בסיטואציות חריגות אחרות, אשר אין מוסדרות בהוראות הפתיחה באש. ממשמעות הדבר היא כי לעולם יתכן מקרים שבהם יתקיים הכרח בעצירותו של חשוד, ואשר "נווהל מעוצר חשוד" לא יתאים לטיפול סביר בהם (או, לפחות היפות, לא ימצה את מכלול הפעולות שסביר לנ��וט בנסיבות העניין). מסקנה זו נגזרת במישרין מאופיו ה"פתוח" והעומום של סטנדרט הסבירות, אשר לא ניתן לכלהו במסגרת קשיחות. דבריו הנכונים של השופט דמיר בהתייחסו,**
בקשר ענייני שונה, לעמידות הביתי "נסיבות אחרות": "העמידות של ביטויים אלה היא טעם הח"ם שלהם. הם אמורים לרחף, בלתי מוגדרים, מעל הכללים. אסור לקוץ את כנפיהם ולכלוא אותם בכלוב של כל נוקשה. כלל צהה עלול להרוג אותם (ע"פ 7826/96 ריש נ' מדינת ישראל [8], בעמ' 496-497)."

18. בהקשר זה ראוי להזכיר את סיכון המה"ט בחקירה (ת/10) בו הוא מציין בסעיף ב' כדלהלן: "**המה"ט קובע, כי מדובר באירוע חמור מאד הן בהיבט המקצועני והן בהיבט הערכי. אירוע מסוג זה אסור שיקרר לכוחותינו ובוואדי שלא למפקדים. אנו כמפקדים חייבים לדעת כי לעיתים במצב לחץ, חיילים יבצעו את הפקודות לשונן (או כפי שהם הבינו אותם) ولكن על המפקדים להיות ברורים ומדויקים במתן הפקודות.**" הריני לאמץ הערה זו אשר יהיה לה משקל בשיקולים WHETHER בקשר לנאים 2. בסעיף ג' לסיכון המה"ט בחקירה הנ"ל כותב המה"ט ש"**האירוע מחידד את סוגיות מקום המפקד באירועים מסוג זה ודרך התנהגותו. מפקד חי"ב, שיוביל את כל פיקודיו בכל משימה אך יחד עם זאת, אסור שימצא עצמו מתუמת עם גורמים בעלי עניין כגון תקשורת, ומוסיתים ראשיים**

התובע הצבאי נגד סא"ל עומר בורברג וסמ"ר קוראה לאונרדו ובמקביל, עליי לשמר על איפוק מרבי וקבלת החלטות שקופה ומקצועית". יש גם לציין שנאים 1 העיד על עצמו כי התיאר בעקבות האירוע.

19. ובכל זאת, עת נדרשים ליחס את נסיבות המקירה בראשי כל הפסיכיקה, יש לקבוע כי מעשיו של נאשם מס' 1 חרגו מן התחבוללה הלאגיטימית והן בבחינתם אינם "שלא דין", המהווה עבירה לפי סעיף 192 לחוק העונשין. אמנם, הנסיבות בהן פעל הנאשם היו נסיבות קשות וברקע עמדנו לנגד עיניו, כמפקד הגדוד, האפשרות שההתפרעות של המפגינים (שנעשה להלאה ללא כל רישיון) כנגד פעולה חוקית שלילית החלטה ממשלה ישראל, עלולה להתפתח כבעבר למ浩מה ולפוגעים. חובתו הייתה לדאוג לסדר באזרע ולהרתעתו של אשף ומפגינים אחרים מפני מהומות דומות. עם זאת, בנסיבות הזמן והמקום בו התרחש האירוע נשוא דיןונו, לא היה סיכון לכוחות צה"ל ואשרף עצמו היה נתון באזיקים וعنيינו קשרות. בנוסף, מעשיו של נאשם מס' 1 לא התמצאו בניסיון ליצור קומוניקציה עם אשף, על דרך של אמירות מילוליות, אלא נמשך בדרך של הנחיתת חיל נסוף לדרכו את נשקו לאוזני של אשף.

20. במקירה דן, וכי שצינתי לעיל, לאירוע נשוא כתב האישום קדמו מהומות. בחקירה האירוע (ס' 10) תוארו הנסיבות והרקע שקדם לאירוע נשוא כתב האישום אשר צוטטו בס' 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 ממערב-נעלין מזרח, יידי' אבני והבURA צמיגים. אשף נראה בסרטון אחד ממנהגי ההפגנה. ההפגנות הינן אלימות ומסוכנות עקב העובדה הכפר שוכן בסמוך לציר XXX ציר המשמש יהודים וערבים בנטיות והינו ציר מרכזי בגדה. נאשם 1 ציין בהודעתו הראשונה שבמהלך של ההפגנות אף נפצעו חיילים. הן נמשכו שעות ארוכות, במשך ארבעה - חמישה ימים בשבוע, והתפרטו על פני אזור רחב. במהלך הימים עבר לאירוע מושא כתב האישום, חלה הסלמה והמפגינים ידו אבני ובקבוק תבערה, תקפו רכבי ביטחון ואף חטפו נגג טרקטור מקומי. עד ההגנה אילן גדים העיד, וכי שראינו לעיל, שבעת ההפגנות פגעו פיזית ושברו אברים של עובדים, של מאבטחים ושל לוחמים. לדבריו: "התறחשים הם מייד'ים והכוח שצריך לאפשר את העבודות ולאבטח את האזרחים לפעם זה עניין של שנויות, אם הוא מפספס יש נפגעים וזה קרה. ראיתי לוחמים שנפצעים וצועקים מכבים ולרגע מאבדים את העשונות שלהם ומנסים להחזיר כדרך אינסטינקט".

התובע הצבאי נגד סא"ל עומר בורברג וסמ"ר קוראה לאונרדו 21. לכארה, אילו הנسبות בעת הפעלת התכסיס היו של לחץ מיוחד, לטעמי, היה מקום לזכות את הנאשם מכל הטעמים הנ"ל. ברם, בשל העובדה שהairoע בהתאם למצאים שפורטו לעיל, לא היה אירוע שהצדיק את הפעלת התכסיס הנ"ל (שתכנן אותו נאשם מס' 1) וגם לא היה מידתי בנסיבות הזמן והמקום שבו תוכנן לעשות שימוש בתכסיס הנ"ל - בחזרתי להצטרכף לדעת חברי ולהורות על הרשותו של הנאשם בעבירות של ניסיון לאיומים והתנהלות שאינה הולמת.

8. עבירה של שימוש בלתי חוקי בנשק – נאשם מס' 2

1. אין חולק כי הנאשם מס' 2 אשר ירה כדור גומי לעבר עצור, שהוא כפוף באזיזים, בעוד שעינוי הקשור, ממרחך של מטרים ספורים, גם אם ירה לכיוון "סוליט" נعليו, הפעל את נשקו "לא סמכות או ללא נקיטת אמצעי זהירות נאותים" (ראו הוראת סעיף 85 סיפה לחש"ז). ירי כדור גומי בנסיבות העניין, מנוגד באופן מובהק להוראות הפתיחה באש שהו ידועות היבט לכל החיללים, לרבות לנאשם מס' 2, ויש בו כדי לסקן את העצור, אשר כאמור, לא הייתה סיכון לנאשם או למי מהנוכחים האחרים.

2. בא כוחו המלמד של הנאשם מס' 2, טען, כי הנאשם מילא אחר פקודה של הנאשם מס' 1, מפקדו, ועל כן עומדת לזכותו הגנת הצדוק. לעומת זאת, טענה התביעה, כי לא ניתנה לנאשם פקודה לירות כדור גומי לעבר העצור. להלן, נדון בטענת ההגנה בנושא.

3. סעיף 34יג (2) לחוק העונשין, שכותרתו "צדוק", קובע כי "לא יש לאדם באחריות פלילית למעשה שעשה באחד מלאה: ... עשוו על-פי צו של רשות מוסמכת שהיא חייב לפי דין לצית לה, זולת אם הצו הוא בעליל שלא בדיון". בהקשר זה, יש לציין אף את הוראות סעיפים 122, 123 ו- 133 לחש"ז, הקובעות בעבירה, اي מילוי פקודה שניתן מפקד לחיל. תנאי לתחולתה של ההגנה, הוא קיומה של פקודה, לה כאמור, חייב החיל לצית, זולת אם הייתה "בלתי חוקית בעלייל". בהקשר זה פסק בית הדין הצבאי לערעורים כהאי לישנא:

"אמר מיד צודקת התביעה בטיעוניה כי, ככל, חלה הגנת הצדוק בצבא רק כאשר פקד מקיים הוראה בלתי חוקית של מפקדו. אין ההגנה חלה כאשר פקד מבצע מעשה בלתי חוקי באישור מפקדו... צו של רשות מוסמכת שחיל חייב לפי דין לצית לה, פירושו בצבא, פקודה של מפקד שחיל חייב לצית לו מכח ס' 123, 122 ו- 124 וככל הנראה, גם מכח ס' 133 לחש"ז. הרצינו אל להחלת הגנת הצדוק בצבא, הוא הצורך בקיומו של צבא ממשמע המקיימים את פקודות מפקדיו. צבא ללא משמעות אינם אלא מועדון ויכוחים,

התובע הצבאי נגד סא"ל עומר בורברג וסמ"ר קוראה לאונדרו

לעתים אף צבא ליסטים, שלא יכול למלא משימותיו. טול מהצבא את יסוד המשמעת, ונטלת ממנו את נשמת אפו. זו הסיבה מדוע מצא המחוקק לנכון ליתן הגנה למי שמללא פקודה בלתי חוקית של מפקדיו, וליטול מהמעשה האסור את פליליותו. ניתן היה לסבור, כי איש אינו מוסמך לעبور על החוק, אף לא במצבות מפקדו. יכול היה שיקבע, כי מפקד אינו רשאי להזכיר את שאסר הדין, ולפיכך אין ניתן להעניק הגנה למי שבצע 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 החוצר להציג משמעת בצה"ל, לבין עקרון החוקיות והצורך לחיב את כולם לצוית לחוק, היא לקבוע חובת צוות לפקודה חוקית ובלתי חוקית, וחובת סיורם לקיים פקודה בלתי חוקית בעליל ... הגנת הצדוק, שבחוק העונשין ו-ס' 125 לחשי"ז, אינה אלא נסחת האיזונים שבין עקרון החוקיות, לבין צרכי המשמעת המיוחדים של הצבא. נסחת איזונים זו אינה נדרשת במקורה שבו מפקד מאשר לפקודה לבצע עבירה. מעשה פלילי שאושר ע"י מפקד ולא בוצע כלל אינו פוגם במשמעת הצבא. לעומת זאת עשויה מעשה, האסור על פי הדין, אף שאושר על ידי מפקד, פוגמת קשות בسلطון החוק ובערכיה של חברה נארה. ... לנוכח האמור לעיל, אין הביא לכך שפסיקת בית-הדין לערעוריהם, שעסקה בסוגיה הנדונה, לפני שנים רבות, לא ראתה באישור מפקד, הגנה במובנה של הגנת הצדוק (ראו: ע/0/60, 145/60, ע/0/53 וכן ע/4/111). (ע/0/147/00 התצה"ר נ' יפית אדרן, לא פורסם בע' 26-28 לפסק-הדין, וראו גם ע/0/137 (ערעורים צה"ל) סג"ם אח' XXX נ' התובע הצבאי הראשי, תק-צב (2)(2), 6, 1 (2001))

4. בעניינו, כפי שנראה מיד, קיימ פער דרגות רחב ומעמדו של הנאשם מס' 1 כמפקדו הבכיר של הנאשם מס' 2, היה מובהק. דא עקא שלא ניתן לנאים מס' 2 פקודה לירות כדור גומי עבר אשף, ולמעשה, כפי שנראה להלן, גם הנאשם מס' 2 לא סבר שניתנה לו פקודה שכזו.

5. כפי שקבענו במסגרת התשתית העובדתית שהוכחה לנו, הנאשם מס' 1 התקoon לאיים על אשף ולגרום לו להבין שעתיד להתבצע לעברו ירי של כדור גומי. הנאשם מס' 1 ביקש להפחיד את אשף באמירות ואך בדריכת כדור לאוזני. הנאשם מס' 1 לא היה מעוניין לירות באשרף כדור גומי ואף לא הורה לנאים מס' 2 לעשות כן. הנאשם מס' 1 פנה אל הנאשם מס' 2 במילים "מה אתה אומר, נירה עלי' גומי?", מילים שנוסחו כשאלת רטורית הפגנית לאוזניו של אשף.

6. למעשה, הנאשם מס' 2 הבין היטב, כי אין עסוקין בפקודה לירות כדור גומי לעבר אשף, אלא בניסיון להפחיד את الآخرן. لكن גם השיב בסגנון זה: "אין לי בעיה לירות בו גומי". כך, מסביר הנאשם מס' 2 באמרטתו הראשונה (ת/4): "אני עניתי בקטע של חוק בכי להפחיד את העצור". הנאשם חוזר על דבריו באמרטתו השנייה (ת/5) ואף בעימות: "עד עכשוו זה כאילו מובן בצדק צזה,

התובע הצביע נגד סא"ל עומר בורברג וסמ"ר קוראה לאונרדו זה נשמע". בדומה, בחקירה נגידית, השיב הנאשם "הוא שאל אותי שאלה רטוריית, הוא רואה שיש עלי גומי, הכוונה לבצע איזה שהוא מהלך ... כי אף פעם עומר לא שאל אותי לדעת, מה דעתך נירה בו גומי? בהפגניותות זאת, אז עניתו לו באותו סגנון: אין לי בעיה לירוח בו גומי".

7. הנאשם הבין שדבריו של נאשם מס' 1 לא נאמרו כפקודה לירוח באشرف כדור גומי, אלא חלק מניסיונו להפחיד את אשurf. למעשה, הוא מעיד על עצמו, כי רק בשלב בו אחץ נאשם מס' 1 את אשurf והקים אותו תוך שהוא מורה לנאשם מס' 2 לדרכו את הנשך, החל תוהה, שמא נאשם מס' 1 מעוניין שיירה לעבר אשurf כדור גומי. בחקירה נגידית הסביר "אני הייתי בחשיבה שהוא מביכל רצח רק להפחיד אותו בדיורים, וזה שהוא מרימים אותו, זהה המחשיך את הרציניות, הוא אומר לי לדרכו כדור, תוק כדי שהוא עבר אותו ...". והואוסיף: "הוא אמר את זה בקול כדי להפחיד את אשurf. והבנתי שהוא להפחיד אותו. בגלל זה עניתו שאין לי בעיה לירוח בו. ברגע שהוא הרים אותו אמר לי בו(א)... אז אני הבנתי שהוא ברצינות ואני הולך אחרי **مبולבל**, והכל קוראה במהירות" (הדגשה שלנו).

8. כאמור, הנאשם חזר בו מגרסתו, כיילו נאשם מס' 1 הורה לו, עובר לירוי, לירוח באشرف והסביר, כי התנהלותו של נאשם מס' 1alach באشرف והעמידו בסמוך לג'יפ המג"ב, על רקע הדברים שנאמרו, גרמו לו לחשוד שהוא נאשם מס' 1, מפקדו, מעוניין שיירה כדור גומי לעבר אשurf.

9. כך בעימות: "עד עכšíין זה כיילו מובן בצחוק צזה, זה נשמע. ובשלב שעומרי הרים את העצור ואמר בו נלק לצד. הבנתי שזה רציני...". ולאחר שנשאל ע"י נאשם מס' 1, "מה היה הרגע שגרם לך לשחרר את הcador?", הוא משיב: "נעמדת וחיכית שאני אריה בו, בום... עצם העובדה שאתה מהכח". נdagish, כי לשאלת התובע, הנאשם אישר כי לאחר שנאשם מס' 1 "עובר אותו" ואומר לי לדרכו כדור"- לא ניתנה לו פקودה נוספת. הנאשם אמרם טען, כי עובר לירוי הבחן בנאשם מס' 1 מסתכל עליו והיה בינויהם קשר עין, אך במקביל אישר שנאשם מס' 1 הרכיב משקפי שימוש כהים כך שלא יכול היה לעקוב אחר מבטו ובודומה, על אף שטען כי עקב אחר נאשם מס' 1 לכל אורך הדרכו, אישר שככל לא הבחן בנאשם מס' 1 משוחח עם לוחם מג"ב (דודו), עובר לירוי.

10. והכל – למדך, כי **לכל הפחות**, הנאשם עצם עניין מלברר מהו מצב הדברים לאשוור, האם ניתנה לו פקודה ומה תוכנה. בעניין זה נפנה להלכה הפסוקה ביחס לקשר בין הדרישת לכונתה של "טעות במצב דברים", כאמור בהוראת סעיף 34' לחוק העונשין, בין הכלל בדבר "עצימת עניינים",

התובע הצבאי נגד סא"ל עומר בורברג וסמ"ר קוראה לאונרדו

כאמור בהוראת סעיף 20(ג) לחוק העונשין, לפיה:

"בית משפט זה קבע לא אחת כי כאשר קיימות נסיבות המיקומות בסיס לחישד סביר הרי שהימנעות מבדיקת החשד שוללת את האפשרות להחלתה של הגנת טעות במצב הדברים [ראו והשוו]: פסק דין של השופט י' אנגלרד בע"פ 115/00 טיב נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(3) 311 (2000) בו נקבע כי בהתקיים עצמת עינויים נשמטה הkraine להחלתה של הגנת טעות במצבם דבריהם; כן, ראו והשוו פסק דין של השופט ס' ג'ובראן בע"פ 4463/04 פלוני נ' מדינת ישראל (לא פורסם, מתק ע"פ 7.9.2005) (מתוך ע"פ 1160/09 אדם אציג נ' מדינת ישראל, תק-על 2009(4), 450, 438, 450 (2009); וראו גם חוות דעתו של השופט מלצר בע"פ 4930/07 ד.ט. נ' מדינת ישראל, תק-על 2009(4), 3574, 3560 (2009), המפנה למאמרה של דוקטור קרן שפירא אטינגר "עצמת עינויים - סיפור על שועלים ועל עינויים" ספר מנשה שאוה - מחקרים במשפט לזכרו 625 (2006))

11. לא זו אף זו, נאשם מס' 2, שכאמור לא קיבל פקודה לירות כדור גומי לעבר אשraf, אלא חישד שמקודם מעוניין בכך, התקשה להבין מה בדיקת מצופה ממנו והפעיל שיקול דעת, עת בחר על דעת עצמו, לירות לעבר סולית געלו של אשraf: "ואני חשבתי לירות לא לירות לו ברגליים, אני אירה לו בסוליה של הנעל" (מתוך אמרתו הראשונה, ת/4).

12. עולה מן המקובץ, כי לא ניתנה לנאשם מס' 2 פקודה לירות כדור גומי לעבר אשraf ואף לא ניתן לטעון, כילו הנאשם טעה לחשב שנייתה לו פקודה שכזו. הנאשם הבין שתכלית מעשיו של נאשם מס' 1 הייתה להפחיד את אשraf, כך שידמה כי עתיד להתבצע ירי של כדור גומי לעברו. בהמשך, מבלי שנייתה לו הוראה לירות כדור גומי, לאחר שנאשם מס' 1 אחץ באشرف והובילו למקום אחר, החל תוהה בינו לבין עצמו וחושד שהוא מקודם מעוניין שיירה כדור גומי לעבר העוצר. הנאשם לא עצר על מנת לברר איזו פקודה ניתנה לו ומה תוכנה, אם בכלל, אלא הפעיל שיקול דעת ופועל 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, מרחק של מטרים ספורים, לעברו של עצור, כפות באז'יקים שעינויו הקשורות - לא הייתה עומדת לזכותו של הנאשם הגנת הצידוק. בנסיבות אלה, ראו היה לקבוע, כי פקודה מעין זו היא בבחינת "פקודה בלתי חוקית בעליל" שחוובה על הנאשם להימנע מלביצית לה, פקודה שאי החקיקות שבה "דוקרת את העין ומקוממת את הלב" (ע/137/00 סג"מachi XXX נ' התובע הצבאי הראשי הנ"ל וכן ראו הוראת סעיף 34יג (2) לחוק העונשין, הוראת סעיף 125 לחש"ץ וה מבחנים להגדרת פקודה כ"בלתי חוקית בעליל" כפי שהוגדרו בפרשה הידועה כפרשת כפר קאסם, במסגרת תיק מרא/57/3 התובע הצבאי נ' רס"ן מלינקי, ובהמשך בבית הדין הצבאי לערעורים, בע/58/283-279 עופר נ' התצ"ר).

14. בהקשר זה, לא לモותר להזכיר את דבריו של נאשם מס' 2 בעדותו בבית הדין, לפחות אם היה מודע לכך שבdomה להcatsת עצור, או ירי בעצור באמצעות כדורי חימר, אף ירי כדורי גומי בעצור הינו מעשה "בלתי חוקי בצרה בולטת", העשי לגורם לנזק פיזי חמור (לשאלת הזיקה בין מודעותו של החייל ביחס לאי חוקיות הפקודה בין הגדרת הפקודה כ"פקודה הבלתי חוקית בעליל" ראו ע/84/264 טור' אלקובי נ' התצה"ר ומארנו של פרופסור ש.ז. פלר "צ' בעליל" שלא דין השולל את הגנת הצדוק", עיוני משפט טו' 217).

15. אשר על כן, יש לדוחות את טענת ההגנה בדבר קיומה של הגנת הצדוק ולהרשיע את הנאשם בעבירה של שימוש בלתי חוקי בנשק, בהתאם להוראת סעיף 85 סיפה לחש"ז.

9. התנהגות שאינה הולמת

1. התביעה ייחודה לשני הנאים אחראיות לעבירה של התנהגות שאינה הולמת, כאמור בהוראת סעיף 130 לחש"ז. כל אחד, בהתאם לחלקו באירוע וכנגזרת מעמדו, מדרגתתו ומעמדו בצבא.

2. העובדות שהוכחו לנו, ושימשו להרשעת נאשם מס' 1 בעבירה של ניסיון לאיומים, גוררות באופן ישיר גם הרשעה בעבירה של התנהגות שאינה הולמת. נאשם מס' 1, בעת ששמש מפקד בכיר בדרגת סא"ל, חטא באיום כלפי גופו של עצור, שלא הייתה סיכון, שעה שבהיה כפות ועינוי קשורות. הוא ביקש לגרום לעצור להבין כי מתבצע לעברו ירי של כדורי גומי, בין היתר ע"י שימוש בנשק, ותוך שהוא מחייב ומשתף במעשים חיל נסוף, שרתת תחת פיקודו. במעשים אלה נהג הנאשם באופן שאינו הולם את מעמדו ודרגתתו בצבא.

3. בדומה, גם מעשיו של נאשם מס' 2, לוחם וותיק בדרגת סמ"ר, אשר ירה כדורי גומי לעבר עצור כפות (גם אם עבר סולית געליו), הינם בבחינת התנהגות שאינה הולמת. לאחר שדחוינו את הטענה בדבר הגנת הצדוק ועל רקע העובדות שהוכחו לנו (ראו סעיף 6 לעיל), מצאנו להורות על הרשותו של נאשם מס' 2 גם בעבירה של התנהגות שאינה הולמת.

10. סוף דבר

אנו מורים על הרשעתו של נאשם מס' 1 בעבירה של ניסיון לאיומים, בהתאם להוראות סעיפים 192, 25 ו – 26 לחוק העונשין ובבעירה של התנהגות שאינה הולמת, לפי סעיף 130 לחש"ז.

אנו מורים על הרשעתו של נאשם מס' 2 בעבירה של שימוש בלתי חוקי בנשק, לפי סעיף 85 ס'יפא לחש"ז ובבעירה של התנהגות שאינה הולמת, לפי סעיף 130 לחש"ז.

ניתן והודיע היום, 15/07/10, בפורמלי ובמעמד הצדדים

שופט

שופטת

אב"ד