



בבית הדין הצבאי המחו  
במוחוז שיפוטי עורך  
בפני הרכב השופטים:

אל"ם אורלי ירון - אב"ד  
סא"ל טלי פריד - שופטת  
רשות ש"א אבותב - שופט

(ע"י ב"כ, סרו תום מור וסרן יעל כהן וגון)

בעניין: **הטענה הצבאי**

נכז

(ע"י ב"כ, עירד יהיאל לאמש)

ח/XXXXXX סמ"ר מ. מ

הברעתה - דין

על פי הודהתו בכתב האישום ובהתאם לפרטים הנוטפים, מושג הנ羞ם בעבירה של גרים מות  
ברשלנות לפי סעיף 304 לחוק העונשין, התשל"ז-1977.

▪ ניתנה היום, 13/03/18, י"ז ניסן תשע"ג, וחודעה בפומבי ובמעמד הצדדים.

שופט

אב"ד

שופטת

נור דען

1. ביום 12/01/2013, נורה ונחרג יהודי זראוייש (להלן: "המנוח"), בן 21, כתוצאה מירי שביצע  
הנ羞ם, סמ"ר מ. מ, לוחט בגודוד XXXXX של פיקוד העורף.  
2. אירוע טראגי זה התרחששעה שהנ羞ם יצא עם מפקדו, סרן א. ר. (להלן: "המ"פ") ועם הנחרג,  
לטייר בוגרת דרום הר חברון. במהלך הסיור, הבחינו והכוונה במכוניות נושאות מספר רישוי  
פלסטיני, העשוות דרכן לאזרובו קיימת פרצה בגדר המערכת, סמוך XXXXX. הכוונה עצר למשך  
דקה, המשיך בנסיעה ואז החליטה המ"פ כי הוא והנ羞ם ירדו מחרכב ויפעלו למכars של  
הפלסטינים, באס יחצו את הגדר. השניים ירדו מן הרכב בנקודת חמורוחקת מספר עשרות  
מטרים מהפרצה XXXXX והמושתרת מעיני הפלסטינים, והמ"פ הורה להSEGUN להמשיך בנסעה  
איתו על גבי הכביש.

3. הנאשם והם"פ צעדו שטופים בتعلת הניקוז הסמוכה לציר המערכת. כאשר שמעו את קולו של קבוצת הפליטים, עלו אל הכביש השמאלי, זיהו קבוצה בת 20-30 אנשים, העשיהם דרכם אל הגדר וצעקו לעברים בעברית ובערבית לעצור. מן הפרטיטים הנוספים שאושרו על ידי הנאשם עולה כי השניהם לא הבחינו בדבר מה שהעה חשד כי האנשים מהווים סכנה או כי הינם מעבר לשווים בלתי חוקיים (להלן: "שב"חים" "תמיימים").
4. בעקבות צעקותיהם של הנאשם והם"פ, החלח כמחזית מהקבוצה לנוס לשטחי ישראל יותר חברי הקבוצה נסיו למכונן שטחי יהודה ושומרון. הנאשם והם"פ התקדמו לעברים של אלו אשר החלו ל Hatch את מכשול התפר, צעקו לעברים פעמי נספת לעצור וזרכו את נשקם בהפגנתה. או אז יירה המ"פ מנשקו ארבעה כדורים באוויר. במקביל, יירה הנאשם כדור אחד מנשקו, לאזרע "ברך ומטה" של המנוח. הקליע פגע במנוח באזור המותן, הביא לפציעתו ומאוחר יותר למוותו.
5. המנוח טופל רפואיים במקום האירוע על ידי צוות XXXXX בשעה 15:15 ולאחר מכן פונה לביה"ח שם נקבע מותו.

פרק

6. הנאשם משרת בצה"ל וחל מיום 2010/08/03 כלוחם בגוד XXX של פיקוד העורף, ובתקופה הRELVENTITIA לאירוע שימש כקשר מ"פ בפלוגת XXX. במסגרת ה指挥ות הצבאיות הוכשר ככלל, ובכיסו האוווע נשא נשק מטוג XXXX, בעל טלקופ יום XXXXXXXXXX.
7. גדור XXX, בו שרת הנאשם, החל פעילותו בנזרת דרום הר חברון ביום 9 בינואר 2013, דהיינו שלושה ימים בלבד טרם האירוע. ביום הכניטה לנזרת הועבר לכל חיילי הפלוגה, וביניהם הנאשם, על ידי סרן א.ר. המ"פ, תדריך, במסגרת הוסבר כי אין לבצע כל ירי כלפי שב"חים, מקום בו זיהו כשב"חים למטרות עבודה או כשב"חים שאין במטרתם פגיעה. המ"פ, אשר העביר את התדריך, נתן מספר אינדיקטיות ליזהו כשב"חים אלו, לרבות הימצאות כלי רכב קולטים והגעתם למקום בקבוצות גדולות.

ההילן המשפטי:

8. הנאשם היה בעבירה של גרים מוות ברשלנות, לפי סעיף 304 לחוק חעונשין, על כך שביצע ירי בנגד להוראות פתיחה באש המתחייבים באזור קו דיווח XXX, ובכך גרם ברשלנות למוותו של עוזאי דראוש זיל.
9. כתוב האישום והפרטיטים הנוספים לא פירטו מאי לו הוראות חרג הנאשם, וביו הצדדים נתגלתה מחלוקת בעניין זה, עליה נהריב המשמש.

10. מכל מקום, נכון הודהת הטעם ברி כי בועל שביבצע נטול שיכון הייתו ממסגרת הסיכון הסבירים, אשר אדם מן היישוב צריך היה לצפות כי הוא עשוי לנגורם לתוצאה הקטלנית" וע/ר/ 64/ טון קורצקי ב' תובע הגבי תורשי (2004).

#### ראיות לעונש

11. במסגרת ראיות התביעה לעגנון העונש נשמעו עדויותיהם של הורי המנוח וכן עדות דוחתו של המנוח.

12. אימו של המנוח, הגברת נורה דראויש, מסרה בפנינו כי בנה היה ילד גיגע, אהוד על משפחתו, חבריו ושבניו. היא סיפרה כי בקשה להביא לאروسיו של הבן, אולם הוא עמד על כך שימושך לשיעג גפרנסת המשפחה טרם יתארס, שכן היה מודע למצבה הכלכלי קשה, שהגיע כדי רעב. על אף פחדו להיתפס ולהיכלא, נהג לצאת לישראל למטרות עבודה, וכך בקש לעשות אף ביום האירוע. האם חיביטה כעס על הירי שבזעע לעבר בנה, ממתק קרוב ולא כל סיבה. היא הדגישה כי בנה לא היה סכנתו, לא נושא סכין, ابن או כל חפצ' מחסיד. עוד הוסיפה, כי המשפחה מתנסה להתמודד עם הטרגדיה והשלכותיה: מצבאה הבריאות שלה עצמה החמיר, בנה גדול חושש לצאת לעבוד בישראל, ילדה פוחדים, לצאת מהבירות, ואישור העבודה בישראל שהוא לבלה נלקת ממנה, על אף שהיה מוערך ואהוב על מעסיקיו הישראלים. אי לכן, המזוקה הכלכלית בה נתונה המשפחה החמירה.

13. אבי המנוח, מדרamel דראויש, שיתף אף הוא את בית הדין בתחוותו הקשה על מות בנו בטרם עת ולא כל סיבה. לדבריו, האירוע התווך באזרע בו עverbim מיידי יום פעילים פלסטינים רבעים למטרות פרנסת. האב הדגיש כי בנו בקש לחצות את הגדר לישראל על מנת לעבוד ולסייע בפרנסת המשפחה, ונורה ממתק קצר מבלי שהייתה סכינה או איזום. עם מות בנו, חעד האב, אבד לו טעם החיים. כמו כן, ציין כי אישור העבודה שלו בישראל נלקח ממנו לאחר שנים רבות של עבודה וקשר טוב עם מעסיקיו.

14. עדויות הורי המנוח הושמדו באיפוק רב, אף כי היגון והכאב ניכר בהן. שניהם תבילו חוסר שביעות רצון מעתירת התביעה לעונש, וביקשו למצוות את הדין עם החיל שביבצע את הירוי.

15. הגברת ליאור חרזי דראויש, דודתו של המנוח, העידה אף שהיא מטמעת התביעה ושבה והדגישה כי במקומות בו התווך האירוע עובדים מיידי יום פלסטינים רבים על מנת לעבוד בישראל, כפי שביקש לעשות אף המנוח. העידה ציינה שבעקבות הטרגדיה הנדעה פרנסת המשפחה, משות שיתיר העבודה של האב נלקח ממנו, לאחר עשרים וחמש שנים עבודה בישראל. אודוט המנוח סיפורה כי היה ילד מקטים וטוב לב, אשר עזր למשחתו מבהינה כלכלית ותיכן להטארס. העידה ציינה כי על אף האובדן הקשה מנשוא, נוהגת המשפחה באיפוק וברישון, בין היתר נכון

אמונותם בגורל. יחד עם זאת, עתודה כי הנאשם ישולט מוחיר בכך על מעשיו, ביחס ישיר למוחיו הכבד שלילמו המנוח ומשפחהו.

16. במסגרת דאיות ההגנה לעניין העונש נשמעו עדויותיהם של אם הנאשם, מפקד הגדר, ושלושה מבין מפקדיו של הנאשם לאורך שירותו הצבאי. במו כן הוגש מסמכי ת"ש, המאשרים את יתוורו של הנאשם על חקלות ת"ש שהוצעו לו, מסמכים רפואיים ואודוט קביעת פרופיל 27 לנאשם ופריצת דיסק ממנה הוא סובל. וכן מספר ותעודות הערכה והצטיינות שהוענקו לנאשם, הן במסגרת לימודיו התיכוניים והן במסגרת הצבאית.

17. אומו של הנאשם תיארה נער רגש, אשר חונך על ערבים של ציונות ותרומה למולדת, עסק בפעילויות התנדבותית והטאפיין בנתינה לולות. מאז גרושי הוריו לפני שנים רבות, חתנו רור הנאשם עם אימו ואחיו, והמשפחה התמודדה עם קשיים כלכליים מרובים. על אף זאת, תמיד הנאשם בלימודיו וסיים בהצטיינות. שמונה חודשים לפני גירושו של הנאשם לצה"ל נפטר אביו כתוצאה ממחלת קשה. חורף הטרגדייה עימה התמודד, היה הנאשם חדור מוטיבציה לשרת שירות צבאי תורם במעטם להלומה. לאורך מסלול השירות הצבאי היה בן החילום המוביילים, וחთעך לחשיך בمسلול הלחימה, על אף האפשרות לזכות בהקלות ת"ש על רקע נסיבותיו המשפחתיות, הכלכליות וה רפואיות.

18. האם שתהה בפני בית הדין את הקשיי בהתקומות עם האירע ועם ההליך המשפטי שבוקבותיו, ואת התסכול על כך שנבנה, לחות מצטיין, חדור מוטיבציה, אשר פעל בעקבות מפקדו לביצוע משימה צבאית כמייטב יכולתו, מצא עצמו מועדן לדין פלילי. היא הוסיפה והלינה על כן שלא זכתה לתמיכה של גורמי צבא מאז האירע ולאורך ההליך.

19. ט"ל ד.ע. מג"ד XXXXX, העיד אודות היכרתו עם הנאשם ואודות הפעולות בגורלה. אף שאינו מצוי בקשר יום-יומי עם כל חיל בגדוד, ציין כי הנאשם היו לוחם אינטימי ומסור, אשר ביצע את משימותיו בצורה מקצועית וסקטה, סייע לחבריו ליחידה ונתרם לכל משימה. לדבריו, לתפקידו קשור מ"פ נבחנים החילונים הטובים ביותר ביחידת, אלו אשר ניתן לטමך באופן מלא על מקצועיותם, אמינותם וערךיותם, שכן במסגרת תפקיד זה משמש החיליל יד ימינו של המ"פ.

20. אודות הפעולות בגורלה, חידד המג"ד כי הגדר הגיע מאוירה מבצעית שונה בכו נבול מצרים, אשר התאפיינה בעיקר בחוסר חיכוך, הואיל והוגדר שם הינה שמורה (מלאה. לעומת זאת, הדינמיות בגורלה, אליה נכנס הגוזז, הינה שונה. בגורלה זו הוגדר פרוץ ושתוי ההתקומות המרכזיות והן כניסה שבייחס רבים מדי יום וחושש לבניית פחד). חורף החותasketות היומיומית עם שבייחס בגורלה, לא ניתן להסביר את הקשב מן המטרה הצבאית לשם נמצא שם הכוון, שהוא סיכון פיגועים. בمعנה לשאלות התובעת, ציין המג"ד כי לא הייתה התרעה קונקרטית לפחות במועד הרלבנטי לאירוע.

21. עט הכניסה לנזרה ושינוי העריכות הגדוד, ניתן לחיללים הסבר אודות הרקע והנהלים המתייכבים. אשר להוראות הפтиיחה באש, העיד המג"ד כי מקום בו על פי הסמנים בשטו מדבר בכנות שבי"חים בלבד יש לבצע תפיסה ללא ורי כלל, לרבות ירי באוויר. יחד עט זאת, חיזד המג"ד כי זיהוי אירוע כארוע שב"חים אינו מוחלט או בעל הגדרה פשוטה. כוונת פח"ע בקרוב מי שנזהה כשב"ח היא סוגיה, שמעסיקה בשגרה/non את הנסיבות שתופסים את הנזרה ו吞 גורמים בכירים בעה"ל, ובסיומו של דבר מתקבלת החלטה על ידי הלוחמים במקום, שנדרשים לשיכונים ולהפעלה שיקול דעת. כל הזיהוי ניתנים לכוח הימים מוגבלים, ועל כן ההוראה להימנע מביצוע ירי כאשר האנשים נחים כשב"חים "תמים" מגלהת אייזון בין סיכוןים מערכתיים.
22. סון ד.ג, המשמש כיום בתפקיד קצין אמ"ם של הגודז, וב עבר כמ"פ וכמפקדו של הנאש בתקופה שקדמה לאירוע, ציין את היבשותה המעלימה עם הנאשם. לדבריו, מדבר בחיל ערכי ושקט, אשר ביצע את כל שימושתו על הצד הטוב ביותר. נוכחות יכולת ההתקומדות שלו עם MERCHANTABILITY מרכיבות, לצד יכולת התגובה וקבלת החלטה במצעי חסוך וודאות, סמך העד על הנאשם באופן מוחלט, וחתייחס אליו כאל מפקד, אף שהיה חייל.
23. העד הוסיף כי הנאשם היה זכאי להקלות תיש', אותן לא ניתן בשל רצונו להמשיך בתפקיד לחיימה. כמו כן, הוצע לו לעבור לתפקיד בחמ"ל, בתנאי שירות נוספים יותר, אולם הוא סרב מאותו טעם.
24. לדבריו, תפקיד קשר מ"פ, בו שימש הנאשם, היו תפקיד הטומן בחובו אחריות מבצעית הרבה יותר. בהיותו הבכיר מבין חיל החקלאות האחרים והאחראי עליהם, אמון הקשר על הפעלת המעטפת הפלוגתית והגדודית, שעלה שהמ"פ פועל מול המג"ד.
25. אשר לגורה בה התרחש האירוע נשוא כתב האישום, XXXXX, מסר העד כי מדבר בוגרת מרכיבת, הנזונה להתרעות פח"ע באופן תדייר, ובשנים האחרונות יצאו ממנו שני פיגועי פח"ע.
26. סגן ב.ת, ששימש כמ"פ של הנאים כשנה וחצי לפני האירוע ובהמשך כמ"פ מחליף שעה שהנאים כבר שירת בתפקיד קשר מ"פ, הדגיש בעדותו את התעקשותו של הנאשם להמשיך בתפקיד לחיימה, ללא הקלות, ללא ויתורים ולא תלות, על אף הקשיים מבית. לדבריו, מדבר בחיל מקצועני ביותר, ממושמע ומסור. בתפקידו כקשר מ"פ, התפקיד החשוב ביותר ביותר בפלוגה, גילתה אחריות רבה ומקרים.
27. סגן ט.ע, אשר שימש כמ"פ של הנאשם, מסר בעדותו כי מדובר באותו התיילים המקצועיים ביותר במחלקה. בתפקידו כקשר מ"פ היה צמוד למ"פ, מצוי בפעילות בכל עת ומסיע בפיקוד

על משלימות הפלוגה. עוד ציין העד כי הנאשם המשיך להיות חיל מוביל במחلكה, על אף נסיבותיו מבית ובוויות רפואיות מהן סבל.

28. הדוח הפטולוגי שהוגש על ידי ההגנה מלמד כי מותו של המנוח גורם לתוצאה מנוק החמור לבני דם ואיבוד דם, בעקבות מעבר קליע דרך הבطن, כאשר פצע כניסה הקליע היה במותן שמאל וכיוון תעלת הקליע משמאלי לימין, מלמטה למעלה ומאותורה קורימה. באשר לטווח היידי נקבע כי הינו "קרוב לוודאי מעבר למרחק המותר סימני ירי משניים על המטרה, ז"א מעבר לכ- 1 מטר".

29. עדויותיו במציאות של ד"ר חסני אלקדנאווי, אליהו נתיחס בהמשך, הוגשו על ידי ההגנה וועסקות בשלבי הטיפול הרפואי במנות.

30. הנאשם בזמנו האחרון צער על האירוע וציין כי הבין ש"זה לא מה שהוא צריך לקרות". עוד חוסיף, כי פעל בעקבות מפקוד, ובהיר לחותميد בתפקיד לחימה על אף הקשיים. לדבריו, הייתה זו הפעם הראשונה בה נתקל באירוע ירי, והסיטואציה הייתה בלתי מוכרת עבורו.

#### הוראות פתיחה באש:

31. הוצעו לנו על ידי הצדדים הוראות אמ"ץ חיים XX הופ"א 8 "כללי פתיחה באש לחילופים ביחודה ושומרון ובמרחב התפר"- הוראה אחתה מספט' 11' וכן נכתב בה לענייננו :

3. א. כללי אלה קובעים את המקסימום המותר בלבד. בכל מקרה, רשאי מפקוד להוראות על אמצעים פחותים, אך אין הוא רשאי, בשום מקרה, להרחיב את האמצעים והכללים הקבועים בהוראה זו. פתיחה באש תעשה רק בהתאם לכללים אלה.

ב. יש לנקוט אמצעים, שישיגו את המטרה הצבאית, תוך הימנעות, ככל הניתן, מפגיעה בבתים מעורבים, בודגש מיוחד על הימנעות מפגיעה בנשים וילדים. מכך מתחייב:

1. השימוש בנשק יעשה, בכלל, רק כאמצעי אחרון, לאחר שלא הועלו אמצעים אחרים או שימושים אחרים אינם יסייעים.

...

5. נחיות היידי תבחן בכל שלב בשלבי האירע.

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

#### 5. הגדרות

ו. "עהל מעצר תשוד" – נוהל ירי הכלול שלושה שלבים, שמטרתם להביא לתפיסתו ולמעצרו של החשוד ביצוע פשע מסוכן. ואלה השלבים :

שלב א' – קריית אזהרה בעברית...

שלב ב' – ירי אזהרה לאוור...

שלב ג' – ירי מכוון כשהשך ביבודה", על מנת לפגוע ברגלי החשוד ( מתחת לבך) ...

**דגשיט:**

1. המעבר משלב לשלב יבוצע רק אם השלב הקווים לא מאפשר את מעכער החשוד ו/orיו

קיימות נסיבות חמוץirkות את קיום הנהול במלואו עד למעטרא...

2. בנסיבות בו החיל נמצא במסגרת כוח צבאי, לא יבוצע מעבר משלב לשלב, אלא **לפי**

**תובאות המפקד הבכיר בשיטה.**

8. זיהה החיל חשוד בפשע מסוכן, יפעל בהתאם לעזה מעכער החשוד המסתויים בירוי לעבר

חרגליים בלבד ( מתחת לבך), תוך הקפודה על הכללים והaims :

...

ג. אין לירות כאשר לא ניתן לזיהות את נקודת המכוון (רגלי החשוד – מתחת לבך) או

בנסיבות בהן קיים קושי לבצע ירי מזוויק שיבוביל בסבירות גבוהה לפגיעה ברגלי החשוד

( מתחת לבך) מבלי לגרום לפצעינו החמור או הריגתו.

### 32. **בכלליים בזורה פתיחה באש למרחב התפר ולתחום מכשול התפר** נכתבות:

א. מכשול התפר מהויה אמצעי למניעת מעברים של **מפנעים ומסתננים** מאזור יוייש לתחומי מדינת ישראל. מנגד, תוואי המכשול עבר בסיכון לריכוזי אוכלוסייה אזרחית...

ב. הגדרות (לענין סעיף זה)

ג. תחום מכשול התפר – האזור שבין המכשול המונע מצד איזוש לבן המכשול המעכב מצד ישראל (משני צידי הגדר המרתקעה)...

...

5. **מסתען – אדם הנמצא בתחום מכשול התפר שלא בזינו או ללא היתר או אדם שעבר את תחום המכשול**

ג. כללי פתיחה באש בתחום מכשול התפר בשעות היות:

2. **זיהה מסתען שאינו מוחבל – ניתן לעצמו בהתאם לנוהל מעכער חדש.**

33. עוד הוגש פנקס חוראות פתיחה באש לחיליות באירוע ובמרחב התפר – חנויות מאוג'ג מחודש מרץ 12'.

בפניה הפנקס מוגדר החבול בין החוראות הקבועות בו ואילו המופיעות XXXXX כדלקמן:

א. **כלי הפתיחה באש לחילים ביהודה ושומרון ומרחב התפר – הוראה אחת**  
(XXXXXX מיום 20 בספט' 2011) מהווים את הבסיס המשפטי לפתיחה באש. מטבע

הדברים, הכללים מאפשרים מרחב נרחב של שיקול דעת, בהתבסס, בין היתר, על תפיסת הלחם את האיום מולו הוא מתמודד. ב. לאור האמור בסעיף א', אחוריות המפקדים היא לישם את הכללים והוראות למצב מבצעי ספציפי, לניתוח האיום, להקשר המבצעי במשימה ולהערכת המצב השוטף.

ה. על המה"טם והמג"דים האחראים על הגדר והנחיות ברורות לרמת המשימה והעומدة באופן פרטני וברור בתבסטס על הוראה זו.  
ו. הכללים יועברו לחילימ במסגרת תודרכיהם בקרה בורה...  
XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

13. פתיחה באש למרוחק מדרך הבטחון:  
ב. מסתנו או... הוא בבחינת חדש בכירע פשע מסוכן. על בן מותר לבצע כלפיו נוהל מעוצר חדש ובתנאי שבזען ביצוע חונת, החדש נמצא במרחב הגדר XXXXXXXXXX  
XXXXXXX.  
ג. גם אם מתקיימות לגביו נסיבות מחשיות, ביום ובכללה יעוץ המסתנו בנהל מעוצר חדש בלבד.  
ד. XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX  
ה. אין לפתוח באש ואין לבצע נוהל מעוצר חדש הוא בשעות רום והוא בשעות החשיכה כלפי שזהה כאדם תמים שאיןו מסכו את כוחותינו...

34. כאמור בסעיף 7, לחילוי הכוח, לרבות הנאש, ניתן תדריך ספציפי בדבר הוראות הפתיחה באש, כפי שהוחמרו על ידי המה"ט, ראה לעיל.

(כל הדגשות שלנו - ההרכב).

#### סיכום הצדדים

35. התביעה מסרה בפתח סיכומיה כי הצדדים הגיעו להסכמה עונשית, במסגרת העתור ההגנה לעונש מאסר לרצוי בפועל לתקופה שלא יפח משושה חודשים, ואילו התביעה מעutor לעונש מאסר כאמור, לתקופה אשר לא תעלה על תשעת חודשים.

36. בטיעונית קשרה התביעה את העונש הרואין למדת הרשלנות שגילתה הנאשם במעשיו ולתוצאתה הטרוגית. לדידת, העובדה כי הנאשם הפר את הוראות הפתיחה באש, כפי שהיו ידועות לו,

במהלך אירוחו מבצעי בעל עצימות נמוכה יחסית – מצדיקות הטלת עונש מסר לתקופה בת תשעה חודשים מסר לRICTוי בפועל. כן עתירה לעונש של חורזה בדרגה אחת ועונש מסר מותנה.

37. בלב טיעוני התביעה ניצבת העובדה כי הירי שביצע הנאשם, ואשר גרס למותו של המנוח ולחורבן עלם על הוריו, נעשה בגין מובהק להוראות הפטיחה באש, **בפי שהוחמור על ידי המא"ט, זמבלי שנשקרה מהמנוח כל סכנה שהצדקה פתיחה באש.** לדבריה, התביעה ערה לעובדה כי הוראות הפטיחה באש הכליליות מאפשרות ביצוע נוהל מעוצר חדש כלפי מסתננו, אולם ההוראות **פזרות הרלפנטית** הועברו לנאים שלושה ימים בלבד טרם האירוח, והובחר, כי אין לבצע ירי לעוצר שב"חים למטרות עבודה או באלה שאין לגבים אינדיקציה על כוונה לפגעה.

38. בהקשר זה, חפنته התביעה לעדותו של המג"ד, לפיו איסור הירי לעבר שב"חים, מוגטא איזוון טיכוניסים מצד המערכת הביטחונית במדינת ישראל. הוואיל והאוור מתאפיין במעבר שב"חים רבים מיידי יום, ניתנו לנאים וחילILI הפלוגה במטנרת התזיריך אינדיקציות לזרחי שב"חים, בין היתר בהקשר של קיומם רכבים קולטים והגעה בקבוצות גדולות.

39. בנסיבות אלה, טענה התביעה לא הייתה כל הצדקה לביצוע נוהל מעוצר חדש על ידי הנאשם. עוד טענה התביעה, כי הנאשם חריג בהנתגתו אף מן ההוראות המתיקות לעניין נוהל מעוצר חדש. ראשית, משום שהמעבר משלב לשלב (מיורי באויר לירי לעבר רגלי חדש) לא נעשה בהוראת המפקד בשיטה זמבלי שהייתה כל מניעה להמתינו להוראותו, ושנית משום שהירי בוצע בסיטואציה בה לא ניתן היה להזות את יעודת המכוון (ברך ומטה), או בנסיבות בהן קיים היה קושי לבער ירי מדויק, שוביל בטבעיות גמורה לפגיעה מתחות לבך, זמבלי לגורום לפצעה חמורה או רוג.

40. בمعנה לשאלות בית הדין, ציינה התביעה כי בעניינו של המ"פ טרם התקבלה החלטה והתיקול בתיק הוחזר למציה לחשלמת חקירה, לאור הטענה לפניה ההוראות (המאוגדות בפסק מהודש מרכז 21) מתיירות לו (בשוונה מן הנאשם) לבצע בסיטואציה כאמור ירי לאויר. התביעה אישרה כי הירי שביצע המ"פ באוויר במהלך האירוח היוו ותו רלבנטי לקביעות עונשו של הנאשם, אולם, לדיווח, הוא כבר מצא ביטויו בעונש המבוקש על ידה, ובטעיפ האישום אותו בחרה ליחס לנאים.

41. תסנגור, מנגד, ביקש לשכנע אותו כי ההוראה בעניין איסור ירי לעבר שעויים בלתי חוקיים שזוהו שב"חים למטרות עכודה או שב"חים שאין במטרתם לפגעו, שהועברה לחילילים, או עניינה באירוח נשוא האישום. לנשתו, הפלסטינים, שזוהו על ידי המ"פ והנאשס, לא נחזו על ידם מלכתחילה כשב"חים, ועל כן בוצע לעברם כדי ירי חון על ידי המ"פ והן על ידי הנאים. ירי זה הופסק על ידי המ"פ עת זהה ירכבים קולטים מעברת השמי של הגדר. ירי כאמור,

המוצע לעבר מסתנן, רינו מותר בהתאם להוראות הפתיחה באש הכלליות באז"ש ובפרט התפר. בעניין זה הפנה הסגנור לשי 13(ז) בפנקס הוראות הפתיחה באש (א/ג).

42. הסגנור הוסיף וטען כי בהעדר פרטיט אודוות מיקום המזוקק של הנאש והמנוח בעת הירוי, לא בנסיבות חתיבעה את טעתה בדבר העדר אפשרות לכובן בסבירות גבוהה לדוק, לאזרו ירך ומטה.

43. הסגנור עמד על כך שמדובר בנסיבות מבצעית של לוחמים, אשר מטרתם העיקרית הייתה מניעת כניסה פח"ע לישראל. לית מאן דפליג, כי כניסה של שוהים בלתי חוקיים לשטח מדינת ישראל והינה בעל פוטנציאל לסיכון פח"ע.

44. לדידה של ההגנה, מתחזחה, איפוא, הכשל בהганנות הנאש בעובודה כי ביצע ירי לעבר תרגילים מבלי שהמתין להוראת המ"פ ולאחר שנראו במקום ריבטים קולטים, הגם שב"איירע חם", כהגדרת הסגנור יש קושי בהמתנה להוראות.

45. במישור הפרטוני, הדגיש הסגנור את נסיבות חייו של הנאש, על הקשיים שחוווה לאחר גירושו הורי והתגדייה שבמות אביו זמן קצר לפני גירושו. הוא הפנה לעובדה כי סמוך לאחר שהתגללה כי המנוח נפצע מהירוי אמר הנאש "זה לא יכול להיות, זה לא קורה לי שובי", דברים המעידים, לדעתו, על נילוי אמפטייה כלפי המנוח. עוד הדגיש הסגנור כי מדובר בחיל מנוסה וותיק, אשר מפקדיו ואף התקיף בו הוא משמש – קשור מ"פ, מיעדים עליון כי הוא האיכות והכשר שבלוחמי הפלוגה. לעומת, אשר נכוו לחרף את נפשו לטבות מזינית ישראל, על אף שנסיבותו ובעיותו הרפואיות אפשרו לו לבחור בשירות צבאי נוח וקל יותר.

46. לסיום, טען הסגנור המלמד כי הנאש, לוחם מן השורה הראשונה, הגיע עם מפקדו לאירוע בו מערבים פלטינים רבים, שביקשו להסתנן לישראל. הנאש והמ"פ פעלו כנידש וכדין במטרה לעזור לבוצעה זו של פורע חוק, בהתאם למשימה שהוגדרה להם ואליה נשלו על ידי צה"ל ומרינית ישראל. בנסיבות אלה, התרשלותו של הנאש מצויה ברף התחתון, חרף הטעאה הקשה.

#### דינן והכרעה:

47. מלאכת גיירות העונש היא מן המלאכות הקשות ביותר ביחס לרוגצויות על כתפי השופט היושב בדיון. היא מחייבת ליקוט והיר של כלל הנסיבות, הערכת משקלן וחשיבות העונש על יסוד החיזון העדין שכן כולל השיקולים. מלאכה זו מורכבת במיוחד בעבורות רשלנות, בהן הנאש לא ניבש מחשבה פלילית לבצע עבירה וככל, מודיער באדם נורומטי. קשה שבעתים המלאכה, שעה שבאים לגוזר עונשו של מי שהביא ברשלנותו למוות של אדם, עת פעל במסגרת תפקידו, תוך כדי מילוי תפקידו החוקתי לשורת בצבא.

48. בטרם נפיה למלאכה מורכנת זאת מספר העזרות כליליות, בסוגיות שהועלו בטיעוני הצדדים, ווחיקות הכרעה מקדימה:

#### **משמעות שתייקת הנאשם בחקירה ובמשפט :**

49. יש להזכיר על כך שהנאשם לא מסר את גרטתו ביחס לאיורע, אך בחקירה והן במהלך החליך המשפטי, וביחוד ביחס למיניהם שהובילו אותו לנוכח במהלך כפי שנחג.

לשטייקת הנאשם במהלך החקירה והמשפט השלכה אפשרית בשלושה מישורים.

50. ראשית, מסירת גרסה על ידי הנאשם במהלך החקירה, ולמצער בפני בית הדין, הייתה עשויה לשקלול לזכותו לעונש, מושם שיש בה למד ברגע על הפנות הכישלון שבמעשי ולבטא נטילת אחירות עליהם.

51. שנית, שתייקת הנאשם, ככל שנתרtro בין הצדדים נושאים שונים במהלך עובדותית, עשויה להוות ראייה לחובתו. וכך נקבע בסעיף 162 לחוק סדר הדין הפלילי (נוסחת משולב), התשמ"ב-1982, בהקשר זה:

"(א) היימנעות הנאשם מהעד עשויה לשמש חיזוק למשקל הראיות של התביעה וכן סיוע לראיות התביעה במקומות שדרוש להן סיוע, אך לא תשמש סיוע לצורך סעיף 11 לחוק לתקן דיני הוראות (הנתן ידים), התשטי"ו-1955 או לצורך סעיף 20(ד) לחוק הליידי חקירה והעדה של אנשים עם מוגבלות".

עם זאת, למוטר לצין, כי אין בה כדי למלא חסרים, ככל שישנם כאלה בראיות התביעה. וכך נאמרו הדברים בע"פ 10/1132 מדינת ישראל נ' פלוני ואח', תק-על 2012(1), 6769, עמ' 6783.

"וואולם, כוחה המחוק של השטייקה לצורך הרשותו מתחייבת רק כאשר מצויות ראיות מצטברות אחרות. השטייקה אינה יכולה להוות תחליף לחילוף ראיות חסר (חשו: ע"פ 98/2799 טבאג' נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(3) 408, 413 (1999))"

52. ולבסוף, לשטייקת הנאשם עשויה להיות השלכה על נוכנותו של בית המשפט לבחון גרטה, מזכה או מקלה, משזו מעולם לא הועגה על ידו. וכך סוככו הדברים בע"פ נ' 7477/08:

איין נ' ג' מדינת ישראל ואח', תק-על 2011(4), 1577, עמ' 1610:

"... מطبع הדברים, את גרטתו העבודתית לאיורע שמעורבות פלילית בו מיוחסת לו, הנאשם יודע ומכיר. הוא רשאי לבחור לפרוש גרטתו בפני בית המשפט וכיול הוא שלא לעשות כן, תוך שהוא נושא בסיכון כי שטייקתו בבית המשפט עלולה לשמש את בית

המשפט בתוספת ראיות התביעה (סעיף 162(א) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תש"יב - 1982)... אך ברוי גם כי מקום שבית המשפט נוכח מי מכול הראיות שהוצעו בפניו מקיים ספק סביר לאשמו של הנאשם. בין על ביטח תחריש העובדי החולפי המוצע על-ידי הנאשם, בין אם על בסיס תרחיש עובדתי שלא טען לו אך עולה באופן סביר מן הראיות - שומה עלייו להגעה למסקנה מזוכה. כלל זה יפה כוחו גם במצב בו שתק הנאשם, או שגורסתו נמצאה שקרים. כל עוד נותר ספק בלבד של בית המשפט באשר לאשמו, התוצאה המתבקשת היא זיכוי. ודוק: גם במצב זה גורש כי התשתייה הראיות מקימה באופן סביר אלטרנטיבית עובדיות. היא צריכה להיות אותה "אפשרות" שעלייה יתבסס זיכויו של הנאשם ממשית ולא ערטילאות. רק על רכילה גם בהינתן העובדה שתאפשר לא התאפשר לתקופה ולהציג את חולשותיה. רק קביעת רף שכזו תאפשר הימנעות מהרשעת חפים מחג גיסא, ולא تعدד נאים לשומר על שתיקה ולהימנע ממשית גרסה ביודעם כי יוכל לבצע מקצה שיפורים בפניו ערכאת העורר מאיזך גיסא, על-ידי העלאת טענה להि�כנותו של תרחיש עובדיי אפשרי אחריו. מסכימים את הדברים היטב דבריו של השופט רובינשטיין, שהובאו גם בפרשנות רפאלוב: "גירושה שקריות של טאמן אינה מטילה, מינה ובה, ואולם, יתכן מקרים בהם יהא להעלוות גירושאות אחרות, שיש בהן כדי לנורם לאיוכו. ואולם, יתכן מקרים בהם יהא על בית המשפט לבחון אפשרויות סבירות שונות, אף אם לא הועלו על ידי הנאשם ואין הם מתיישבות עם קו ההגנה שבחור הנאשם (עמ' 410/71 הורוביץ נ' מדינת ישראל פ"ד כו(1) 624, 628 (和尚甫 - כתארו אוז - לנדי); עמ' 728/84 חרמוני נ' מדינת ישראל פ"ד מא(3) 612, 632 (המשנה לנשיא בן פורת); אכן ראוי, כי גם במקרה בו ברור בבית המשפט שהגירושה אותה מסר ונחאים שקריות היא, יבחן את מכול הראיות נגד בקפרה, שמא עולה ספק סביר באשמו... במקרים בהם ניתן לחסbir את הראיות על דרך תרחיש תמים, יש לבחות את הנאשם מוחמת הספק. ברם, באותה מידת פשיטה, כי גם תרחיש תמים זה יבחן בתנאי שקיימות תשתיות ראיות עובדיות לו בחומר הראיות (עמ' 261/83 לוי נ' מדינת ישראל פ"ד לח(1) 570, 575- 576 (和尚甫 בד); עמ' 6179/60 זור נ' מדינת ישראל (לא פורסם) (השופט בינייש). אין זו בהעלהה של אפשרות חולפות, שאינה מעוגנת בנסיבות (עמ' 5041/04 אמונה נ' מדינת ישראל (טרם פורסם) (השופט התמונה אוסף), כי שיופיע בנסיבות שונות, שעה שמדובר גיסה מן הנורן ומונחיק. להשלמת הירשה חולפית המועלית בערכאת העורר תהיה קשה עשרת מונים מאשר מקרה בו הוניה לפניה הערכאה היזנית אך מכול של ראיות נסיבותיות" (עמ' 613/04 בן צימרמן נ' מדינת ישראל פסקה ט' (לא פורסם, 4.9.06))."

ראיה והשוואה נס ע"פ 11/11 6415 פולוין נ' מ"י, וכן ע"פ 11/11 3372 קצב נ' מדינת ישראל.

#### נעל על פי כללי אילו בנסיבות ראיות שהוצעו בפניו ומשמעותן

#### 53. האפשרות לחתות את נקודות המגובה

אשר לאפשרות שהיתה לנאות ליהוות את נקודת המכוון (ברך ומיטה) ולבצע ירי מדויק, אפשרות שבלעדיה היה עליו, על פי הופ"א 8 בסעיף 8, להימנע מביצוע ירי כאמור, טענה הוגבעה, כי תוארי השיטה באזור מכשול התפר, כפי שהוא מופיע בתרשים המצורף לזראות הפתיחה באש, מונע ירי מדויק הויאל ומדובר בשיטה בעל עליות וירידות.

לא מצאנו כי טענה זו מבוססת בראיות כלל ועיקר. שרטוטו תוארי מכשול התפר מלמד, אכן, על שטח ומגבהים משתנים, אולם כל עוד לא הוכח בפני בית הדין מידע ביחס למקום הימצאות הנאות ומקום הימצאות המנוח בעת הירי, אין מתאפשרה הסקת המשקנה העובדנית לה טענה הוגבעת, ברמת חוויאות הנדרשת בהליך הפלילי. יתרה מכך, מניסוחו של כתב האישום בו הודה הנאות, עולה כי כיוון עבר אזור "ברך ומיטה" של המנוח.

בහינתנו כך ובהדר תשתית ראייתית כלשהי אודות תוארי השיטה במקום המדוקן של האירוע ואודות מיקומם של המנוח ושל הנאות, לא נוכל הגיעו לממצאו כי הירי בוצע באופן שאינו אפשר, בטבעיות גבואה, פגעה באזור אליו הגיעו הנאות. בטעף, במצב ראייתי זה לא מצאנו כי שתיקות חנאים יש בה כדי לשנות ממיטקנתנו.

#### 54. הזראות הפתיחה באש שניתנו לנאות טרם האירוע –

עניין אחר הדורש התייחסות והמהרה, הין הזראות שניתנו לנאות טרם האירוע ביחס לנבולות המותר והאסור בהפעלת כוח כלפי קבוצת אנשים הרוצה את מכשול התפר.

בפרטים הנוספים נכתב, ומפתח חשיבות הדברים, נקבעו בשונים, שהנאשים תוחרכ "כי אין לבצע כל ירי כלפי שב"חים, מקום בו זוחו שב"חים למטרות עבודה או שב"חים שאין במטרותם פגיעה. המ"פ, אשר העביר את התדריך, נתן מספר אינדיקטות לזהוי שב"חים אלו, לרבות הימצאות כלי רכב קולטים והגעתם למקום בקבוצות גדולות".

על פי פשטונו של ניסוח, איסור הירי חל רק מקום שקיים זיהוי פיזי של החוצים את המכשול כמו שהinct שוהים בלתי חוקיים "תמיימים", ולא הוחזר לחילים כיצד להוגן מוקס בו לא קיימת אינדיקטה לכוונות פχ"ע, אך גם לא קיימת אינדיקטה נוגדת. או במילים אחרות – מה זינס של 30-20 בני אדם המסתננים לשנה ישראלי התאם ذי בגוזל הקבוצה כדי ללמד כי הם "שב"חים למטרות עבודה או שב"חים שאין בכוונות לפגעי" או שההעדר אינדיקטה נוספת לקיים מטרה תמיימה בסיסי כניסה לישראל שבות הזראות הפתיחה באש הכלליות על כן, ואילו המאפשרות ביצוע נוהל מעכער חזוז? נזהור לאי בהירות זו, שלא מצאה תשובה החלטית בראיות שבפינו, בשלב גזירות הדין, בעת שתבחן מידת ההתרשלות של הנאות.

מכל מקום, נאמר כבר עתה כי החסר בראיות התביעה בסוגיה מהותית זו, שענינה הזראות שניתנו לכוח, אינם בר שלמה לדיננו באמצעות שתיקת הנאות. הגם שזו מעוררת חשד כי

האטש ידע שנחוג באירוע שלא כדין, לא ניתן להסיק ממנה כי כשלונו בא לידי ביטוי דווקא בהקשר זה.

#### 55. הטיפול הרפואי שניתנו למנוח:

לענין הטיפול הרפואי שניתנו למנוח, הפנה הסגנון בסיכוןו לעזרתו של ד"ר אלקרנאווי, אשר לאפשרות כי אילו היה הטיפול הרפואי ניתן למנוח בשלב מוקדם יותר, ניתן היה להציל את חייו. טענה זו נשמעה אך לענין העונש ואין ההגנה טוענת כי היה בסוג הטיפול הרפואי שניתנו למנוח, או במידת המהירות שבה סופק, כדי לנתק את הקשר הסיבתי בין המעשה הרשלגי והמוות.

יאמר מיד, כי הראיות שהונאו בפניינו בעניין זה אינן מאפשרות להגיע למסקנה המבוקשת על ידי הסגנון בדבר טיפול רפואי איטי או לוקה בחסר. מעודותתו של ד"ר אלקרנאווי במצ"ח עולה כי לצד ציון העבודה שהכחות הרפואיים העיקריים העיקריים לטיפול רפואי וחומרה כנדרש, מסר שיתכו ופינוי מהיר יותר היה יכול להביא לתוצאה שונה. עוד עולה מעודותו כי לא ברור האם הכוחות הרפואיים שהזעקו למקום האירוע זיהו את פצע כניסה הקלי, אם לאו, וכיitz' אומץ הטיפול במנוח היה משתנה בהתאם לאבחנה הראשונית שנערכה לגבי. ד"ר אלקרנאווי הדגיש את חשיבות גורם הזמן במתן הטיפול הרפואי, אולם לא ניתן את השלכות גורם הזמן במקרה הקונקרטי, מתוך הטיפול הרפואי למנוח.

המג"ץ, בעודותו בפניינו, מציין כי, מסר שהבין מהודיעות של המ"פ שלא יתכן שיש פצע ירי, נוכח דברי המ"פ כי יורה באוויר בלבד, הוביל והנאמש לא זיהוע על ידי לרגילים ונוכח הדיווח שהתקבל מרגשיים. מכיוון שלא היו סימני פצעית ירי בולטים לעין, כאשר הזמן התאג"ד, נמסר שיש אדם שמכבו מדרדר והטיפול אינה ברורה.

לא נשמעו עדויותיהם של אנשי הכוחות הרפואיים שהזעק למקום ולא הובאו ראיות באשר למשך הזמן עד למתן הטיפול הרפואי בשטח ומשך הזמן עד לפינוי. בהתאם, לא נשמעו עדויות מומחים באשר להשלכות שיש ומהירות הטיפול בשטח ולמהירות הפינוי, בנסיבות הקונקרטיות של המקורה שבפניינו, למעט אמרתו הכללית של ד"ר אלקרנאווי. לפיכך, לא מצאנו בסיס לטענות ההגנה במישור זה.

#### 56. הסיבה שהובילת את הנאש לטבע ירי:

כפי שכבר הבחרנו, בהעדר גוסה עובדתית מפי הנאש, לא יותר לנו להסיק מסקנה בהקשר זה אלא מן הראיות שהובאו בפניינו ביחס לנסיבות האירוע.

מצאנו, כי אף שהטענה שהנאש ביצעה את הירי בעקבות הפעולות בחוץ נקט מפקדו ובחמשן לחו, לא הולטה מפיו של הנאש אלא מפי סגנוויל בשלב הסיכון בלבד, יש מקום לבחון אותה לאור הראיות שהוצעו בפניינו.

העובדות אשר אינן שונות בחלוקת בין הצדדים מלבדות כי הנאש ביעץ את היור במקביל למפקדו, שירה ארבעה כורדים באויר, וזאת לאחר שניהם קראו לקובצת הפליטים לעזר וAAF זריכו את נשקם בהפגנותו.

סבירנו כי מקום בו אותו מפקד שמודרך את הכוח ברגע הוראות הפתיחה באש לעבר שביחים, ראה לנכון לדרוך את הנשך בצוותא חרוא עם הנאש, ולאחר מכן ביצע ירי לאויר, וביחוד בראוי אי הבחרות שהייתה בתדריך עלייה עמדנו, יכולה היה לעורר את הנאש לטבורה כי ביצוע זהה מעוצר חשוד מהוות כלי לגיטימי בסיטואציה לשם מעצר של המסתננים, והכל נוכח העבודה שמדובר היה בגורה חדשה ובלתי מוכרת, ובхиיל שלא היה מעורב עד אז באירוע ירי. ובהקשר זה צוין כי דסבורה, לפיה האירוע הצריך גזה מעוצר חשוד, אינה מנתקת מן המציגות, ולפי הוראות הפתיחה באש הכלליות - בשונה מן החומרה של החומרית. מוטר שימוש בירוי כלפי מסתננים במכשול התפר. ואכן, אף התביעה הצבאית הביאה בחשבון נזונים אילו בגיבוש הסדר הטיעונן, הן לעניין בחירות סעיף האישום והן לעניין עתירותו לעונש. מן הטעם הזה בחרה התביעה בטיעוניה להבהיר, כי גם אם סבר הנאש שმפקדו פתח באויר נחיל מנהל מעוצר חשוד, הרי שלא הייתה הצדקה לעבור לשלב הבא במסגרת גזה זה, מעבר המחייב קבלת הוראה מהמפקד בשיטה, ככל שהוא אפשרי.

מנם, לא מצאנו כל הצדקה להזורנותו של נאש לבצע ירי לעבר רגלי אחד המסתננים במקביל ליר באויר ובטרם זה מיצנו את האפקט הטמענו בו. מבלי שקדמה לכך הוראה מצד תקצין שהיה לצידן, ובתנאים בהם לא הייתה דחיפות מיוחדת לעזב זה של גזה מעוצר חשוד. בכך מתמיצה לדיננו עיקר מישלונו של הנאש באירוע, שכאמור הוביל למותו של המנוח.

#### גזרת הדין:

#### הערה מקומית: הסדרי טיעון בראוי תיקון מס' 113 לחוק העונשין

57. ביום 10.7.13 נкос לתיקוף תיקון מס' 113 לחוק העונשין, תשל"ז – 1977. במסגרת הוראות התקון, הותטו השיקולים אותם על בית המשפט לשקל בבוואר לגזר דין של הנאש, ונקבע כי על בית הדין לקבוע ראשית את מתחם הענישה ההולם את מעשה העבירה, ולאחר מכן לקבוע את חעונש הראויב נסיבות המקרה, בין אם מתוך המתוות, או – במקרה מיוחד – מחוץ לו.

58. מצאנו כי מקום בו מוצג בפני בית המשפט הסדר טיעון ובין אם הסדר טיעון "סגור" או הסדר "וטוחים", כבעניינו), על בית הדין לבחון את החסדר על פי משיקולים שקבעו בפסקה לעניין הסדרי טיעון, תוך בשחו, מנתה עצמו על ידי העקרונות, לפיו הסדרי טיעון נועד בכלל ליבור. שיקולים אלה אינם בהכרח זהים לשיקולים המנוימים בתיקון 33 לחוק העונשין.

59. טכnic האמור, נוטים אף אלו לדעה כי מקום בו מוצג בפני בית המשפט הסדר ליעון, ימנע בית הדין מקביעת מתחם העונש החולם, וימקם בחינתו בשאלת זיהות הרואין בין טווח העונשה המוצעת על ידי הצדדים לבין טווח העונשה הרואין בעניין בית המשפט. ככל שקיים סטייה מהותית מטוויה זה, בין לחומרה ובין לכולה, ישקול בית הדין האם יש מקום לאמצץ את הסדר הטיעון, בהתאם להלכה המנוהה בהקשר זה (ראוי תי"פ (י-ס) 27505-12-06; מזינות ישראל נ' אמרה ابو חארתיה [פורסם בכבו], מיום 27.12.12; ח"פ (ב"ש) 5093-02-10; תי"פ 38431-04-12 מזינות ישראל נ' רוזנפלד, [פורסם בכבו], מיום 18.2.13; ואחרונה ח"א (מחוז) 12/130 התוצ"ב נ' טור/גוטסיאן).

60. העקרונות הקבועים בסעיף 113 הם שינחו את בית הדין בבחותו את סבירות החסדר המוצע, וזאת לצד השיקולים הכלליים הייחודיים, הנוגעים לבתיינת הסדרי טיעון, כפי שהוותו בהלכה הפסוקה.

#### קביעת מתחם העונש החולם

61. תיקון 113 לחוק העונשין קובע בסעיף 40 באת העיקרונו המנחה בעונשה, שענינו קיומו של "יחס חולט בין חומרת מעשה העבירה בנסיבותיו ומידת אשמו של הנאשם ובין סוג ומידת העונש המוטל עליו".

62. לעניין זה יש לחתחשב בערך החברתי שנפגע מביצוע העבירה וב מידת הפגיעה בו, בנסיבות העונשה חנוגה ובנסיבות הקשורות ביצוע העבירה, המפורטוות בסעיף 40 לחוק העונשיין.

63. אין חולק בדבר חשיבותו של הערך החברתי שנפגע מביצוע העבירה, שענינו, בראש ובראשונה, בקיושת החיים ובהכרח לשמר עליהם מכל משמר, ככל שהדבר אפשרי במסגרת התנאים, השוררים באוזו.

64. לשם הגנה על ערך זה, החשוב מאיין כמותו, נובשו הוראות פתויחה באש, שהוצאות להן הוא חובה בלתי מתאפשרת בגוף צבאי היררכי, אשר המשמעת הינה מנשמת אף. הוראות אלה מבטאות את העמדת המקצועית, המוסרית והאתנית של צה"ל ביחס למוגבלות השימוש בשתק. וכך נאמר בהקשר זה במסמך "روح צה"יל":

"החיליל ישמש בנסקו ובכוחו לביצוע המשימה בלבד, אך ורק במידה הנדרשת לכך, וישמור על צלם אנוש אף בלחימה..."

65. מידת הפגיעה בערך החברתי, שבעניינו יש לה זיקה הדומה למידת אשמו של הנאשם, עניינה במידת הסטייה של הפעולה מרמת הזיהירות הסבירה המוצופה מן הלוחם הסביר בנסיבות

אליהו נקלע הנאש. הוא מושפעת, איפוא, ממידת החריגה מהוראות הפתיחה באש, שככל מגבשת את נורמת הזירות הנדרשת, ומן הנסיבות בוחן בוצעה חריגה זו.

66. ואין מיזות הסטייה נבחנות כחכמה של אחר מעשה, אלא בראי התנאים הם היה נתון הנאש בעת האירוע, וחומרת הסכנה אותה נדרש למנוע.

67. כפי שקבענו לעלוה חטאו של הנאש מתמקד בעובזה כי מיהר לבצע ירי לעבר הרגליים, במקביל לירוי המייפ לאויר, בשלב בו טرس מוצה אפקט הרוי באויר על ידי המייפ על הקבוצה וambil שקיבל הוראה לכך על ידי הקצין, והכל בנסיבות ברוח לא הייתה מניעה להמתן לקבלת הוראה כאמור.

68. מקובלם علينا דבירה של התובעת לעניין עצמותה של הפעולות המבצעית בתיק דן. כל פעילות מבצעית מתאפיינת בתנאים שונים مثل רעوتה: מידת האיום ומידת הסכנה הנשקפים לכוח הלוחם משתנים ממקרה למקרה, כך גם היקף הכוח שמנגד ואמצעי הלחימה שבשותו; שדה הלחימה - תנאי השטח, תנאי השטח, תנאי מגן האויר ותנאי הראות אף הם שונים ממקרה למקרה: גורמי נספחים בגין משך הלחימה, משך השהייה בתנאי שטח, מידת העייפות והמתוח של חילוחמים משליכים על מאפייניה של הפעולות המבצעית; וכן סמיותו של ערפף הקורי אין דומה בכל הסיטואציות המבצעיות.

69. העונש הרاوي בעירוג נרם מוות ברשלנות, שהתבצעה בנסיבות מבצעיות, נזר באופן מכוון מנסיבות הפעילות המבצעית במסגרת התרחשו האירועים, ומה האיום שהופנה כלפי הכוחות ומידת חשפנת בה היו החילים נתונים. (ראה למשל, ע/ג/92/16 לעניין ירי כלפי מי שלא היה סכנה והיה במנוסה, לעומת ע/ג/25/22 שעניינו בירוי במסגרת פעילות מבצעית אינטנסיבית, על רקע מתחומות במחנה הפליטים, וכן ע/ג/103 ירי במהלך הפרות סדר שבלו ידיו אבניים).

70. מצאנו בהקשר זה כי ככל נסיבות ואירוע בעניינו אכן מלמדות על **פעולות מבצעית גורף** תגמור שלה. מדובר היה בפעולות מבצעיות שביצע חפיק מייפ, אשר הגיע ביוזמתו לאוצר, באור יום. קבוצת האנשים שחצתה את המחלסים לא נזנחה על פניה ככוח לחם, חמוש או מאיים. הכוח הצבאי לא הותקף, לא נדרש להtagונן וננהה, למעשה, מגורם ההפתעה. בנסיבות אלה, לא הייתה כלל הצדקה למעבר מהיר לשלב הירוי לעבר הרגליים, בעת שהמייפ עודנו מבצע ירי לאויר ולא הייתה כל מניעה כי הנאש יתמן להנחיות מפקדו במעבר משלב לשלב, כמתחייב על פי ההוראות.

71. מנגד, בבחינת מידת הסטייה מרמת הזירות הנדרשת, לא נעלמה מעניינו העובדה, שהייתה זו עברו חנasset גוזת פעילות חדשה, אשר זימנה אתגרים בהם לא היה מוכן (ראה והשוו ע/ג/93/103).

72. בכלל הנזיבות אלו קובעים כי מידת התרשלתו של הנאשם ביצועו וחורי עבר המנוחה הינה ממשית.

73. לאור כך, ולאחר שבחנו את "הסדר הטוחנץ" החמעע בראש הכללים המנחים בבחינת השזרי טיעון ולאור רמת העונישה המקובלת באנו למסקנה כי אין במצעת האידיט סטייה מהותית מטווח העונישה הרואית לעבירה בנסיבותיה, ומשבך היא ראוי לבידוד.

#### העונש המותאים לנאשם

74. בוגירות דינו של הנאשם שיינו נגד עינינו את הנאשם העומד בפניו – את נסיבות חייו, תרומתו לחברה, העובזה כי מעולט לא זוקף לחובתו עבר פלילי, ואת השלכות האירוע והעונישה עליו ועל משפטונו (סעיף 40 יא (1), (2) לחוק העונשין).

75. מנגד, שקלנו את עובדות אי שיתוף הפעולה מצידו עם רשות החוק (סעיף 40 יא(6) לחה"ע), שיש בה משום אי נטילת אחירות מלאה ושלמה (סעיף 40 יא(4)).

76. הנאשם משרת בمسلול חלחימה החל מיום גיוסו. הוא התמיד בו לכל אורכו, הציגו במשימותיו זוכה לשבותים וביס מצד מפקדיו. עדי ההגנה ותאורו בפניו לוחם מקצוע, אמין וערבי, מהמובילים שבחוליל הפלוגה, אשר שימש דוגמא לחבריו והיה יד ימינות של מפקדיו. תעודות הציגיות להן זכה במהלך שירותו הצבאי כמו גם בסיכון לקשר מייפ', תפקיד מרכזי ביוטר אליו נבחרים הלוחמים הטובים ביותר, מעודדים על איקויתו ועל יכולותיו.

77. בחירתו בمسلול שירות טובעני וקשה אייננה מובנת מאליה, על רקע התמודדותו עם נסיבות משפחתיות מורכבות - החל מגירושו הורי בגיל צעיר, אשר לו בקשיטים כלכליים ועד למות אביו כשמונה חודשים בלבד טرس גויסו לצה"ל. לאורך שירותו כלוחם, ולאחר שחוכית CISHERIO ויכולתו, הוזמן לנאים אפשרות לעبور לתפקידים נוספים יותר, בתנאי שירות קלים יותר – הוא בשל מצבו הרופאי, הוזן בשל נסיבותיו המשפחתיות. הנאשם דבק בمسلול השירות התורם והמאטגר, ועשה זאת היבט ולשביעות רצונות המלאה של מפקדיו.

78. השלכות האירוע על הנאשם ועל משפטונו עמדו אף הן נגד עינינו בבודאו לגוזר את דינו, כמו גם המשמעות האופרטיבית והסמלית של הפגיעה בדרגתנו.

79. לבסוף, נזון שנשקללה אף העובודה כי הנאשם נתן במעטך פתווחת היל מיום 20/1/2013, וחייבנו פרק זמן של חמישה (5) חודשים (סעיף 40 יא(3) לחה"ע).

סתום של דברית שבאיוזן כלל השיקולים אשר פורטו לעיל, הרינו גוררים על הנאשם את העונשים הבאים:

- א. שבעה (7) חודשים מאסר לריצויו בפועל, בגין ימי מעצרו בגין תיק זה.  
ה הנאשם יתierzב לריצויו עונשו XXXXX ביום 25 ביוני 13' בשעה 00:00.
- ב. חמישה (5) חודשים מאסר על תנאי למשך שלוש (3) שנים, שלא יעבור עבירה  
ביהורשע.
- ג. חזרה לדרגת סמל.

- ניתן וחודע היות, ח' תמוז תשע"ג, 16/06/13, בפורמי ובמעמד הנאים והצדדים.
- זכות עדעור בחקוק, תוך 15 ימים.

העתק	נכון	מהמקורה
רשות	מייל	טנגי
ק'	בית	הדין

שופטת	אב"ד	שופט
-------	------	------

גערן על ידי רב"ט ליטל שורצבלט  
בתאריך 16/06/2013  
חותמת המגילה: ר.ז.