

- בעניין -

המערערת

התובעת הצבאית הראשית

- נגד -

המשיב

ח/8141344 סמל אלאור אזריה

הודעת ערעור

מוגש בזאת ערעור על גזר דינו של בית הדין הצבאי המחוזי מ"ש מרכז שניתן ביום 21/02/2017 בתיק מר/מח/182/16.

המשיב הורשע, לאחר שמיעת ראיות, בעבירה של הריגה, לפי סעיף 298 לחוק העונשין, התשל"ז - 1977 (להלן: "חוק העונשין") ובעבירה של התנהגות שאינה הולמת לפי סעיף 130 לחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו - 1955 (להלן: "חוק השיפוט הצבאי").

בית הדין קמא גזר על המשיב, בדעת רוב, רכיב מאסר בפועל בן שמונה עשר (18) חודשים, בניכוי 9 (תשעה) ימי מעצרו הסגור של המשיב. שופט המיעוט סבר, כי ראוי לגזור למשיב שלוש (30) חודשי מאסר לריצוי בפועל.

בנוסף נגזרו על המשיב, פה אחד, העונשים הבאים:

א. 12 חודשי מאסר על תנאי למשך שלוש שנים, לבל יעבור עבירה לפי סעיף 298 לחוק העונשין.

ב. 6 חודשי מאסר על תנאי למשך שנתיים, לבל יעבור עבירה שעניינה שימוש בלתי חוקי בנשק.

ג. הורדה לדרגת טוראי.

הערעור מופנה כנגד קולת עונש המאסר בפועל שהוטל על המשיב.

נימוקי הערעור

תמצית טיעוני הערעור

1. התביעה תטען כי מתחם הענישה שקבעה דעת הרוב חורג באופן משמעותי לקולא מן המתחייב מקביעותיו של בית הדין קמא הנכבד עצמו ביחס לחומרת המעשה ולמידת אשמו של המשיב.
2. התביעה תטען כי מתחם הענישה שקבעה דעת הרוב חורג באופן משמעותי לקולא מרמת הענישה שנקבעה בתקדימים המשפטיים אשר הוצגו על ידה לבית הדין קמא הנכבד. יתרה מכך, בית הדין עצמו התבסס בגזר הדין על תקדימים אלו, קבע כי עניינו של המשיב חמור מהם, וחרף זאת קבע מתחם ענישה ששני צדדיו חורגים לקולא מן המתחייב לאור התקדימים.
3. התביעה תטען עוד, כי הותרת עונשו של המשיב על כנו עלולה להתפרש כרף ענישה חדש ונמוך מזה שהיה מקובל עד כה בעבירות מסוג זה.
4. התביעה תטען כי בהכרעת הדין העביר בית הדין קמא הנכבד מסר נחרץ וברור באשר לקדושת החיים ולערך טוהר הנשק, והדגיש כי קיפוח חיי אדם שלא לצורך, אף אם מדובר במחבל - בלתי חוקי, פסול מוסרית ומנוגד לערכי צה"ל.
5. ואולם, שגה בית הדין קמא הנכבד בגזר הדין בכך שנמנע מלהוציא את קביעותיו החשובות מן הכוח אל הפועל, בהשיתו עונש מקל, אשר אינו מתיישב עם הקביעות הערכיות בהכרעת הדין.
6. אשר על כן תטען התביעה, כי מן הדין להחמיר בעונשו של המשיב, על דרך של החמרה במתחם הענישה שנקבע והעמדתו על 36 עד 60 חודשים, כעתירת התביעה בפני בית הדין קמא הנכבד, או למצער, להעמידו על המתחם אותו קבע שופט המיעוט בבית הדין קמא הנכבד; וכן על דרך של החמרה ברכיב המאסר בפועל שהושת על המשיב.

פסק דינו של בית הדין קמא

5. המשיב הורשע **בעבירת הריגה**, מן החמורות שבעבירות; וכן בעבירה נגזרת של **התנהגות שאינה הולמת**. נסיבות ביצוע העבירה פורטו בהרחבה בהכרעת הדין, ועל-כן נציין בתמצית בלבד את פרטי הארוע.
6. ביום 24.3.2016 בשעה 08:20 לערך, תקפו המחבלים רמזי עזיז מוצטפא קצראוי ועבד אל-פתאח יוסרי עבד אל-פתאח אלשריף (להלן: "**המחבל קצראוי**" ו"**המחבל אלשריף**") באמצעות סכינים, את סגן מ.ס. ואת סמל א.ו. אשר ביצעו משימת שמירה

בחסם גילבר בחברון. כתוצאה מהתקיפה נפצע סמל א.ו. בכתפו. שני החיילים השיבו אש לעבר המחבלים, המחבל קצראוי נפגע ומת במקום ואילו המחבל אלשריף נפצע משישה קליעים שפגעו בגופו, ונותר שכוב על הקרקע בעודו בחיים. המשיב, אשר שירת כחובש פלוגתי ונמנה עם חפ"ק המ"פ של הפלוגה שאיישה את הגזרה, הגיע לזירה במסגרת הקפצת כוחות נוספים. המשיב טיפל בסמל א.ו. וליווה אותו לאמבולנס שהגיע למקום. זמן מה לאחר סיום הטיפול בסמל א.ו., ולאחר שביצע פעולות נוספות בזירה, דרך המשיב את נשקו האישי, התקרב מספר צעדים לעבר המחבל אלשריף, אשר לא היווה כל סיכון באותה העת, כיוון את נשקו לעבר ראשו וירה לעברו כדור בודד מטווח קצר. זאת עשה המשיב ללא כל הצדקה מבצעית ובניגוד להוראות הפתיחה באש. המחבל אלשריף נהרג כתוצאה מהירי שביצע המשיב.

7. בהכרעת דינו המפורטת, קבע בית הדין קמא, שהמשיב הרג מחבל מנוטרל שלא כדין, תוך הפרת הוראות הפתיחה באש, ובניגוד לערכי צה"ל.
8. בית הדין דחה את טענת המשיב לטעות במצב דברים, כאילו בוצע הירי מתוך הערכה כנה, גם אם שגויה, שהמחבל מסוכן.
9. באשר למניע שעמד ביסוד מעשי המשיב, בעת שביצע את הירי, קבע בית הדין: "כי הסיבה לירי לא הייתה נעוצה בתחושת סכנה כלשהי של הנאשם, אלא בהסבר שסיפק מיידי בתום הירי - 'כי הגיע למחבל למות', משום שדקר את חברו קודם לכן. פשוטו כמשמעו" (פסקה 165 להכרעת הדין).
10. בהתאמה קבע בית הדין קמא, כי "הירי שביצע הנאשם לראשו של המחבל מקיים יחס חפצי של כוונה בהתאם לסעיף 20(א)(1) לחוק העונשין" (פסקה 298 להכרעת הדין).
11. בגזר דינו, סקר בית הדין קמא את נסיבות ביצוע העבירה, את הערכים המוגנים אשר נפגעו כתוצאה ממעשיו של המשיב ואת מדיניות הענישה הנוהגת במקרים כגון דא. כלל השופטים סברו, בעת קביעת מתחם הענישה ההולם, כי מעשיו של המשיב פגעו פגיעה חמורה בערך קדושת החיים ובערך טוהר הנשק.
12. דעת הרוב מצאה, כי נסיבות האירוע מוליכות לקביעתו של מתחם ענישה שבין 18 לבין 48 חודשי מאסר בפועל. בין נסיבות אלה, נמנו הרקע לאירוע, העובדה שהיה זה אירוע ראשון מסוגו עבור המשיב ומורכבותה של הזירה. לאור מתחם ענישה זה, מצאו שופטי הרוב להעמיד את עונש המאסר על 18 חודשי מאסר לריצוי בפועל.
13. שופט המיעוט מצדו, סבר, כי הגם שיש לתת משקל לנסיבותיו של הארוע - נדרש לתת משקל הולם לערכים המוגנים בהם פגע המשיב - ובראשם ערך קדושת החיים. זאת, תוך הדגשת הרף הערכי הגבוה שבו נדרשים לעמוד חיילי צה"ל גם בנסיבות מבצעיות. משקל משמעותי בקביעת מתחם הענישה ניתן גם לעובדה שמעשי המשיב

בוצעו מתוך כוונה לגרום למותו של המחבל על רקע מעשיו הקודמים. בשים לב לאמור, מצא שופט המיעוט לקבוע את מתחם ענישה שבין 30 לבין 60 חודשי מאסר בפועל, והיה מטיל על המשיב עונש של 30 חודשי מאסר לריצוי בפועל.

מתחם הענישה חורג לקולא מחומרת המעשה וממידת אשמו של המשיב

14. **העקרון המנחה** בענישה, כפי שנקבע בתיקון 113 לחוק העונשין, הינו "קיומו של יחס הולם בין חומרת מעשה העבירה בנסיבותיו ומידת אשמו של הנאשם ובין סוג ומידת העונש המוטל עליו" (סעיף 40ב לחוק העונשין).
15. התביעה תטען כי בקביעת מתחם הענישה ההולם את מעשיו של המשיב, ראוי היה, בהתאם למצוות החוק, לבחון בראש ובראשונה, את **חומרת מעשיו** של המשיב בראי הערכים החברתיים המוגנים שנפגעו כתוצאה ממעשה העבירה ואת **מידת אשמו** של המשיב, הנגזרת בראש ובראשונה מן היסוד הנפשי שעמד ביסוד המעשה.
16. כפי שציין בית הדין קמא בפסק דינו, במקרה זה פגע המשיב באחד מערכי היסוד עליו מגינים דיני העונשין:

"הערך המוגן **העיקרי**, אשר נפגע כתוצאה ממעשיו של הנאשם, הינו **עקרון קדושת החיים** וכבר נפסק לגביו כי 'ערך החיים הוא הנעלה בערכים' (ע/42,45/10 רב"ט ולטוצ'אנו נ' **התובע הצבאי הראשי** (2011); וראו גם ע"פ 6392/07 **מדינת ישראל נ' שמואל יחזקאל**, (2008); ע"פ 8133/09 **מזרחי נ' מדינת ישראל ואח'** (2010)). כאמור, ביטוי למעמדו הרם של ערך זה, ניתן ללמוד אף מהעונש המרבי הקבוע בצד עבירת ההריגה." (פסקה 52 לגזר הדין. ההדגשות במקור).

17. אכן, כפי שקבע בית הדין קמא, מנעד העונשים בגין עבירת ההריגה הוא רחב ומגוון. לצד זאת, משקל הבכורה בקביעת מידת העונש בגין עבירה זו ניתן ליסוד הנפשי שעמד בבסיס המעשה. כך קבע בית המשפט העליון:

"למעשה עשויה ההתייחסות לעונשו של מי שהורשע בעבירת הריגה להיות פועל יוצא של עריכת האיזון הראוי בין הבאתה בחשבון לצד ההחמרה של התוצאה הקטלנית מחד לבין הבאתו בחשבון של היסוד הנפשי של העבירה - המחשבה הפלילית (הכוונה, המודעות, הפזיזות או הרשלנות) שקביעת רמתה עשויה להשפיע לכאן או לכאן על חומרת העונש." (דנ"פ 3371/98 מוריס אזואלוס נ' **מדינת ישראל**)

18. בהתאם להכרעת הדין, המשיב הורשע בעבירת ההריגה **במדרג החמור ביותר שלה** - הוא נטל את החוק לידי, בחר להפר את הוראות הפתיחה באש אותן הכיר היטב, עשה שימוש בנשקו הצבאי שהופקד בידיו לצרכים צבאיים - ובחר לפגוע **במכוון**

בערך קדושת החיים. מכאן שמידת אשמו של המשיב היא הגבוהה ביותר האפשרית בעבירת ההריגה.

19. הואיל וזהו עקרון אשר הוכר על-ידי בית המשפט העליון כעקרון מנחה לקביעת מתחם הענישה הראוי, תטען התביעה כי היה על בית הדין קמא לתת משקל משמעותי ליסוד הנפשי שעמד ביסוד מעשיו של המשיב.

20. אלא שמקרא גזר הדין מלמד, כי דעת הרוב לא נדרשה כלל בהנמקתה ליסוד הנפשי שעמד בבסיס המעשים - ודי בכך כדי להצביע, על כך שדעת הרוב בבית הדין קמא נמנעה, בכל הכבוד, ובניגוד למתחייב, מליתן את המשקל הראוי למידת אשמו של המשיב בעת ביצוע המעשים.

זאת, בשונה מדעת המיעוט, אשר נתנה משקל נכבד ליסוד הנפשי, כעולה מפסקה 74 לגזר הדין:

"בענייננו, כאשר קבענו בהכרעת הדין, כי הנאשם ירה לעבר המחבל מתוך כוונה לגרום למותו, על רקע מעשיו הקודמים של המחבל, הרי שקביעת מתחם העונש ההולם צריכה להלוך מדרג זה של הרשעה. וכבר נקבע, כי 'תופעות המתאפיינות בחומרה מופלגת מבחינת פגיעתן באמות מידה ערכיות המקובלות בציבור, מצריכות את שיבוץ בנורמה עונשית הולמת, שמידתה כמידת החומרה שבמעשה' (עניין אבו רחמה, עמוד 367)" (ההדגשות הוספו).

מתחם הענישה חורג לקולא מפסיקתם של בית המשפט העליון ושל בתי הדין הצבאיים

21. התביעה טוען, כי בהתחשב באופי העבירה שבה הורשע המשיב, נסיבותיה ופסיקת הערכאות השונות, מתחייב היה לקבוע מתחם ענישה גבוה משמעותית מזה שנקבע על ידי דעת הרוב.

22. בעתירתה למתחם ענישה, אשר נע בין 36 לבין 60 חודשי מאסר בפועל, הסתמכה התביעה על פסיקה, אשר נסיבותיה דומות, ככל הניתן, לנסיבות שבהן בוצעו מעשיו של המשיב, תוך אבחונה של אותה פסיקה, לקולא או לחומרה, בהשוואה לעניינו של המשיב. גם בית הדין קמא בגזר דינו, הסתמך על פסקי דין אלה לשם בחינת מדיניות הענישה הראויה בעניינו של המשיב. כפי שיפורט להלן, בית הדין קמא קבע כי עניינו של המשיב חמור יותר מן המקרים המרכזיים אשר הציגה התביעה. חרף זאת, מצא בית הדין קמא לקבוע מתחם החורג מפסקי דין אלו והשית על המשיב עונש מקל במידה משמעותית, וגם בכך נפלה שגגה בגזר דינו. נביא להלן סקירה קצרה של המקרים אשר הוצגו על ידי התביעה כרלוונטיים לעניינו של המשיב.

23. ע"פ 8133/09 שחר מזרחי נ' מדינת ישראל וערעור שכנגד:

מזרחי, ששימש כבלש במשטרת ישראל, נטל חלק בפעילות יזומה לחשיפה ומניעה של פריצות לכלי רכב. מזרחי הורשע בהריגתו של המנוח, לאחר שזיהה אותו כמי שמנסה לפרוץ לכלי רכב. בית המשפט העליון היה מוכן להניח לטובתו של מזרחי כי **חש סכנה מסוימת** מצידו של המנוח, לאחר שהמנוח ניסה לדקור אותו באמצעות מברג ובהמשך פגע בו בנסיעה איטית ברכב כאשר ניסה להימלט. בעת זו ירה מזרחי למוות במנוח. בית המשפט העליון דחה את הטענה העובדתית של מזרחי, כי חש סכנה ממשית ומידית לחייו ולגופו מהמנוח, שביקש בבירור להימלט ממקום האירוע. לפיכך הרשעתו של מזרחי בעבירה של הריגה נותרה על כנה.

24. לעניין ערעור המדינה על עונשו של מזרחי, הטעים בית המשפט העליון, כי מזרחי הורשע בעבירה של הריגה, ועל כן שומה על העונש **שהוטל עליו, לשקף את ערך קדושת חיי האדם במשפטנו**. עוד נפסק, כי על העונש להלום את חומרת מעשהו של מזרחי שבירי בלתי מוצדק גרם למותו של אדם, **וזאת אף אם אותו אדם היה עבריין, שאינו מעורר אהדה יתרה**.

בית המשפט העליון ראה חשיבות רבה להבהיר, כי גם שוטרים העוסקים במלאכת אכיפת החוק, ונאלצים להתמודד עם מצבים קשים, כפופים להוראות החוק. על כן, בבואם לאכוף את החוק, עליהם לעשות כן תוך שימוש באמצעים שהחוק מעניק להם. לקולא התחשב בית המשפט העליון, בכך שמזרחי חש בסכנה מסוימת **וכי ביצע את שביצע מתוך דבקות במשימה ונחישות למלא את תפקידו**. עוד נתן בית המשפט העליון משקל לכך שמזרחי הוא אדם שביקש לתרום לביטחון המדינה הן בשירותו הצבאי, שבמסגרתו הוכר כחייל מצטיין, והן בשירותו במשטרה.

לפיכך, **מבלי למצות את הדין**, קיבל בית המשפט העליון את ערעור התביעה ועונשו של מזרחי הועמד, איפוא, על 30 חודשי מאסר לריצוי בפועל, חלף העונש בן 15 חודשי מאסר בפועל שנקבע בבית המשפט המחוזי.

25. בית הדין קמא קבע כי עניינו של המשיב **חמור יותר** מעניינו של מזרחי (פסקה 72 לגזר הדין). ואכן, בעניינו של מזרחי לא היו קביעות חד משמעיות אודות היסוד הנפשי שעמד בבסיס המעשה, אלא נקבע כי המעשה בוצע מתוך דבקות במשימה ונחישות למלא את תפקידו, המצדיקות הקלה בעונשו. בנוסף, הירי של מזרחי בוצע בעיצומו של מרדף ותגרה עם המנוח, וברצף של אותם אירועים, בעוד שמעשיו של המשיב בוצעו דקות ארוכות לאחר שהמחבל אלשריף לא היווה עוד כל איום. אף על פי כן, נגזר על המשיב **עונש קל בהרבה** מעונשו של מזרחי, עונש הקרוב לזה שנגזר על מזרחי בבית המשפט המחוזי ואשר בית המשפט העליון מצא להתערב בו ולהחמירו באופן משמעותי.

26. ע"פ 4191/05 אלטגאוז נ' מדינת ישראל:

המערער בתיק זה, אשר עבד כמאבטח בבית ספר, הורשע בהריגתו של טכנאי מזגנים שביקש להיכנס לבית הספר. בית המשפט העליון התחשב בכך שאלטגאוז סבר ש"המנוח הוא אדם חשוד ומסוכן, ואולי אף מחבל שעלול לפגוע בתלמידות בית הספר, וצפויה ממנו סכנת חיים". בית המשפט אף קבע ש"מבחינת מצב הדברים שדימה המערער התקיימה סכנה מוחשית של פגיעה בחיים ובגוף, שלו ושל התלמידות" (פסקה 46 לפסק הדין). אלטגאוז הורשע בעבירת ההריגה, על אף שהצליח לעורר ספק ביחס לאפשרות שלאורך כל הארוע פעל מתוך רצון לבצע את תפקידו, משום שפעל בפזיזות ונכשל בהוכחת תנאי הנחיצות והמידיות של הירייה הקטלנית בראשו של הטכנאי. בית המשפט העליון הקל בעונשו של אלטגאוז והעמיד אותו על חמש שנות מאסר.

27. אף ביחס להשוואת עניינו של אלטגאוז לעניינו של המשיב, קבע בית הדין קמא, כי נסיבות המקרה שבהן הורשע המשיב שבפנינו חמורות מנסיבות המקרה שבהן הורשע אלטגאוז (פסקה 72 לגזר הדין). גם כאן, נימק זאת בית הדין קמא בכך שבית המשפט העליון הניח לטובת אלטגאוז, כי זה חש בסכנה וכי הירי האסור בוצע ברצף, לאחר פעולות שביצע אלטגאוז לשם ביצוע תפקידו להגן על תלמידות בית הספר. למרות קביעה זו, הרי שבסופו של דבר, גזר בית הדין קמא על המשיב עונש קל באופן משמעותי מזה של אלטגאוז, ודעת הרוב אף קבעה מתחם ענישה שבקצהו העליון אינו מגיע לעונש שהוטל על אלטגאוז.

28. ע/96/05 תייסיר והיב נ' התצ"ר:

המערער היה חייל, אשר איש עמדה בציר פילדלפי, משם ירה, בפזיזות ובניגוד להוראות הפתיחה באש, כדור אחד סמוך לאזנו של המנוח, אדם חף מפשע שלא יצר שום סיכון, ופגע בראשו.

והיב הורשע בעבירות של הריגה, בשיבוש מהלכי משפט, במסירת ידיעות כוזבות ובהתנהגות שאינה הולמת. הוא נדון לשבע שנות מאסר בפועל בגין עבירת ההריגה, ולשנת מאסר בפועל נוספת, בגין העבירות האחרות.

התביעה הצבאית סבורה אף היא, שעניינו של והיב חמור יותר מעניינו של המשיב. ואולם, לגישת התביעה הצבאית, הפער בין רמת הענישה שנגזרה על והיב לבין מתחם הענישה שנקבע על ידי דעת הרוב מוכיח, בכל הכבוד, את הקושי הטמון בגזר דינה של דעת הרוב בבית הדין קמא.

29. בנוסף לתקדימים אלו, מצא בית הדין קמא להתייחס בגזר דינו לע/66/05 התצ"ר נ'

סמל נ.ר.:

באותו מקרה, הורשע סמל נ.ר. בחבלה בכוונה מחמירה לפי סעיף 329(א)(2) לחוק העונשין בגין ירי מכוון לעבר אדם מעמדת פילבוקס ברפיח. בית דין נכבד זה הטיל על

- סמל נ.ר. עונש של שנתיים מאסר לריצוי בפועל, וזאת לאחר שקיבל את ערעור התביעה, בציינו, כי אינו ממצה את מלוא חומרת הדין עם החייל.
30. עניינו של סמל נ.ר. אמנם דומה לעניינו של המשיב בהיבט של היסוד הנפשי "כוונה", ובכך שבית הדין מצא להתחשב ב"מידת המתיחות" ששררה באותה עת במוצב בציר פילדלפי, אך קיימות גם נקודות שוני רבות. כך, בעוד שכוונתו של סמל נ.ר., ככל שהוכחה, הייתה לגרום לחבלה לאדם שלעברו ירה, ובפועל כלל לא הוכח שפגע בו, הרי שכוונתו של המשיב בעניינו הייתה לגרום למותו של המחבל אלשריף, והדבר **אכן עלה בידו**. משכך, נראה שלא ניתן לחלוק, על כך שעניינו של המשיב חמור משמעותית גם מעניינו של סמל נ.ר.. אף על פי כן, עונשו של סמל נ.ר. **גבוה יותר** מזה שנגזר על המשיב - שנתיים של מאסר לריצוי בפועל, מבלי למצות את מלוא חומרת הדין.
31. המקרה היחיד אשר לגביו קבעה דעת הרוב בבית הדין קמא, כי נסיבותיו חמורות יותר מנסיבות עניינו של המשיב, הוא זה שנדון בע"פ 6454/03 **טדסה נ' מדינת ישראל**:
 בפסק דין זה נדון עניינו של טדסה, ששימש כמאבטח בבנק. טדסה ירה במנוח, לקוח של הבנק אשר ניסה להיכנס לבנק לאחר שעת הסגירה ותוך עימות עם טדסה. בית המשפט העליון הניח לטובתו של טדסה כי כתוצאה מהעימות חש שנשקפת לו ולמאבטח נוסף סכנת פגיעה מוחשית מידי המנוח. עם זאת נקבע, כי היה עליו לנקוט באמצעי סביר יותר למיגור הסכנה, כגון ירי לעבר רגלי המנוח. העונש שנגזר על טדסה היה 24 חודשי מאסר לריצוי בפועל.
32. להשקפת התביעה שגתה דעת הרוב, בקבעה, כי נסיבות האירוע שבגינן הורשע טדסה, חמורות מאלה שבהן הורשע המשיב. גם במקרה של טדסה, בדומה לעניינם של מזרחי ואלטגאוז, הירי האסור בוצע בתוך רצף אירועים של מאבק עם מושא הירי. זאת ועוד, בעניינו של טדסה נסב הדיון על סבירות פעולותיו, לאחר שהייתה קביעה **פוזיטיבית**, כי ניתן להניח לטובתו שחש סובייקטיבית סכנת פגיעה מוחשית מידי המנוח, ההיפך מן הקביעה העובדתית בעניינו של המשיב.
33. יתרה מכך, בית המשפט העליון קבע מפורשות כי מותו של המנוח בעניין טדסה הוא תוצר של פעולה **פזיזה** ובלתי שקולה של טדסה, בשונה מעניינו של המשיב. דהיינו, גם בהיבט של היסוד הנפשי עניינו של טדסה קל יותר מעניינו של המשיב.
34. עניינו הרואות, כי מתחם הענישה אשר נקבע בעניינו של המשיב **בדעת הרוב**, אינו תואם את רמת הענישה הנהוגה בנסיבות דומות או אף בנסיבות קלות משמעותית מאלה שבהן הורשע המשיב - הן בהיבט של היסוד הנפשי והן בהיבט של מצב הדברים שעמד ברקע הירי האסור.

35. כפי שהבהירה התביעה הצבאית בטיעונה בפני בית הדין קמא, אכן עומדות לזכות המשיב נסיבות קולא משמעותיות הקשורות בביצוע העבירה:
- לא נמצאו ראיות המלמדות שמעשי המשיב היו פרי תכנון מוקדם; המשיב נמצא לראשונה בסיטואציה בה הוא נדרש לטפל בחבר קרוב שנפצע כתוצאה מפעילות חבלנית עוינת של המחבל שבו ירה המשיב; האירוע התרחש בלב חברון, מקום קשה ומורכב אשר ידע בתקופה שקדמה לאירוע פיגועים רבים ושהשירות בו כחייל צה"ל שנשלח לשירות מכוח חובת הגיוס הינו מאתגר לכל הדעות; והסיטואציה בכללותה, של נוכחות בזירת אירוע והתפקוד בה לא הייתה מוכרת למשיב.
36. ואולם, נסיבות אלה הן שהביאו את התביעה הצבאית לעתור, מלכתחילה, למתחם ענישה מתון ומידתי שבין 36 לבין 60 חודשי מאסר בפועל. אלמלא נסיבות אלה, מן הדין היה להשית על המשיב עונש מאסר חמור בהרבה מזה; זאת בשים לב למדיניות הענישה הנהוגה בעבירות הריגה שבהן נקבע כי ביסוד המעשה עמד יסוד נפשי של כוונה, גם מקום שקדמה למעשה ההריגה התגרות מצד המנוח.
37. דעת הרוב ציינה שיקולים נוספים, אשר הביאו לקביעתו של מתחם הענישה בעניינו של המשיב.
- כך, נשקלה העובדה, כי ביום האירוע הייתה התראה מודיעינית קונקרטית לביצוע פיגוע, העובדה כי בזירת האירוע נשמעו צעקות אודות סכנה אפשרית מהמחבל והעובדה כי המשיב לא קיבל בעת שהותו בזירה פקודות ברורות ממפקדיו (פסקאות 60 ו-63 לגזר הדין).
- התביעה מצידה תציין ותדגיש ביחס לשיקולים אלה את קביעותיו החד משמעיות של בית הדין קמא בהכרעת הדין, כי מעשיו של המשיב לא היו פרי טעות, באשר לאפשרות כי נשקפת מהמחבל אלשריף סכנה כלשהי בעת שהמשיב ירה בו - אלא תוצר של כוונה שנבטה בליבו להביא למותו של המחבל עקב מעשיו הקודמים.
38. בהתאמה, גם פסיקתו החשובה של בית המשפט העליון, אשר אוזכרה בגזר הדין, באשר למרווח הטעות שיש להותיר לחיילי צה"ל ולכוחות הביטחון הפועלים במסגרת פעילות מבצעית, אינה יכולה, בכל הכבוד, להיות רלוונטית בשום אופן, לקביעת עונשו של מי שהורשע בביצוע עבירת הריגה מתוך כוונה להביא למותו של אדם, שלא עקב סכנה כלשהי הנשקפת מאותו אדם.
39. מכל מקום, לא הובהר בגזר הדין כיצד מכל התקדימים שהובאו כדוגמאות למדיניות הענישה הנוהגת בנסיבות דומות לאלה שבהן הורשע המשיב, בחרה דעת הרוב לקבוע את מתחם הענישה ההולם ואת העונש בעניינו של המשיב במדרגה הנמוכה ביותר מכלל המקרים, לרבות אלה שלגביהם נקבע בדעת הרוב כי עניינם קל יותר מזה של המשיב.

40. הדברים עולים בברור אף מסקירת הפסיקה שערך בית הדין קמא: **אין תקדים לעבירת הריגה שבוצעה מתוך יסוד נפשי של כוונה ואשר בגינה הוטל עונש של 18 חודשים בלבד.**

41. ראוי להדגיש עוד, כי הותרת עונשו של המשיב על כנו - לאחר שהורשע בהריגה מתוך כוונה ויחס חפצי לתוצאת המוות - עלולה להתפרש כרף ענישה חדש, נמוך מזה שהיה מקובל עד כה, בכל הנוגע לעבירות גרימת המוות בכלל, ובנוגע לביצוע עבירות מסוג זה בנסיבות צבאיות בפרט. כן עלולה היא להשליך על רמת הענישה בעבירות אחרות בנסיבות מבצעיות, כגון התעללות לפי סעיף 65 לחוק השיפוט הצבאי, גם אם אינן מגיעות כדי חומרתה של עבירת ההריגה אשר מגינה על ערך קדושת החיים.

42. לסיכום, להשקפת התביעה, שגה בית הדין קמא כאשר קבע את מתחם הענישה ההולם למשיב בסטייה משמעותית ממדיניות הענישה הנוהגת בעבירות הריגה בנסיבות דומות ואף בנסיבות קלות מאלה שבהן הורשע המשיב.

העונש שהוטל אינו מתיישב עם המסר הערכי הראוי

43. התביעה תטען לקיומו של פער שלא ניתן ליישבו בין הכרעת דינו של בית הדין קמא, לבין גזר דינה של דעת הרוב בבית הדין קמא. בעוד לשונה של הכרעת הדין ברורה וחדה, ומציבה מסר ערכי חשוב ובלתי מתפשר לחיילי צה"ל ולמפקדיו, הרי שגזר הדין מטיל עונש שאינו עולה בקנה אחד עם הקביעות החד משמעיות הנכללות בהכרעת הדין; ואשר אף עלול לפגוע במסר הנדרש כלפי חיילי צה"ל ומפקדיו, והציבור כולו.

44. כך, הכרעת הדין העבירה מסר ברור וחד משמעי, כי קיפוח חיי אדם שלא לצורך, אף אם מדובר במחבל - הוא פסול מוסרית ומנוגד לערכי צה"ל:

"אכן, המציאות הביטחונית הנוכחית, מאלצת את חיילי ומפקדי צה"ל להתמודד עם משימות קשות ועם אתגרים מבצעיים יומיומיים. במסגרת זו מחויבים חיילי ומפקדי צה"ל אף בהפעלת כוח לצורך עמידה במלוא משימותיו. דא עקא, שהפעלת כוח זו אסור שתעשה מעבר לנדרש ואשר תחטא לערכי צה"ל ובהם ערך טוהר הנשק, הקובע כי 'החייל ישתמש בנשקו ובכוחו לביצוע המשימה בלבד, אך ורק במידה הנדרשת לכך, וישמור על צלם אנוש אף בלחימה. החייל לא ישתמש בנשקו ובכוחו כדי לפגוע בבני אדם שאינם לוחמים ובשבויים, ויעשה כל שביכולתו למנוע פגיעה בחייהם, בגופם, בכבודם וברכושם'. יוצא אפוא, כי בעת שירה במחבל עשה הנאשם שימוש בכוח מעבר לנדרש וכבר נפסק כי שימוש שכזה 'הוא פסול, אף אם הוא מכוון נגד אויב ולצורך ביצוע המשימה' (ע/62/03 התובע הצבאי הראשי נ' סמל אילון, 27/05/2003). מכוח

- קל וחומר, שימוש בכוח, שלא לצורך ביצוע משימה מוגדרת, תוך קיפוח חיי אדם, אף אם המדובר במחבל - פסול. מעשיו של הנאשם, אשר נוגדים את ערכי צה"ל ומערערים את חוסנו המוסרי של צה"ל אינם מתיישבים עם התנהגות המצופה ממפקד, שעה שדבקה במעשים דרגה בולטת של פסול מוסרי." (פסקה 306 להכרעת הדין, ההדגשות במקור).
45. אף בגזר הדין עצמו עמד בית הדין קמא על כך, ש"פגיעת מעשיו של המשיב בערכים חברתיים ראשוניים במעלה, ובהם ערך קדושת החיים וערך טוהר הנשק, קשה היא" (פסקה 57 לגזר הדין).
46. ואולם, מתחם הענישה שנקבע בעניינו של המשיב והעונש שהושת עליו בגדרו של מתחם זה, אינם הולמים את קביעות בית הדין קמא. בכך, תטען התביעה, שגה, בית הדין קמא שגיאה של ממש, אשר עלולה לפגוע במסר החשוב שעולה מהכרעת הדין.
47. בית הדין קמא ביקש לשלוח מסר חד וברור - כי נטילת חיים של כל אדם באשר הוא אדם, מנוגדת לערכי היסוד של החברה, והפוגעים בערך זה ייענשו בחומרה. זאת ברוח הדברים שקבע בית המשפט העליון, בע"פ 4419/95 שחר חדד נ' מדינת ישראל, כי "דמו של עבריין אלים ונתעב אינו סמוק פחות מדמם של אחרים".
48. התייחס לכך גם שופט המיעוט בבית הדין קמא, בהנמקתו בפסקה 73 לגזר הדין, עת הביא מדבריו של בית המשפט העליון בע"פ 8133/09 מזרחי נ' מדינת ישראל:
- "על העונש שהוטל עליו לשקף את ערך קדושת חיי האדם במשפטנו. על העונש להלום את חומרת מעשהו של המערער שבירי בלתי מוצדק גרם למותו של אדם, וזאת אף אם אותו אדם היה עבריין, שאינו מעורר אהדה יתרה." (ההדגשות הוספו)**
49. אכן, המשיב נטל את חייו של מחבל נלוז אשר זמן קצר קודם לכן פגע בחייל צה"ל, חברו של המשיב. ואולם, כבר נקבע כי:
- "הלחימה איננה תירוץ, גם לא דחוק, להפעלת כוח בלתי-ראוי."**
- (ע/146/03 התצ"ר נגד רוזנר וליברמן, פסקה 14)
50. זאת ועוד, המשיב פעל בניגוד מובהק לערכי צה"ל, ובפרט בניגוד גמור לערך טוהר הנשק. במעשיו דרס המשיב ברגל גסה ערכים אלה ופגע פגיעה לא מבוטלת בחוסנו המוסרי של הצבא, על כל המשתמע מכך. יפים לעניין זה דברי בית הדין הצבאי לערעורים בע/66/05 סמל נ.ר. נ' התובע הצבאי הראשי, אשר אוזכרו אף על ידי שופט המיעוט בעת הנמקת חוות דעתו בגזר הדין.
- "מיומו הראשון של החייל בצבא משונן באוזניו ערך טוהר הנשק וחשיבותו, ובמיוחד מול אויב ובעייתות לחימה... חוסנו של הצבא נשען על מוסריותו; וכי מבחנו העיקרי של חוסן זה הוא בתקופות לחימה... בבוא בית הדין לבחון את חומרת מעשיו של חייל, לצורך שקילת עונשו, יש**

להתחשב, בין היתר, בפגיעתו 'באתוס הלחימה - במוסר ובערכי
הלחימה - כפי שהתגבשו בצה"ל... המערער קילף את ערך הטוהר מעל
לנשקו, ובכך הסיר ממנו גם את כנו המוסרי. ללא שכבת המגן הערכית,
שקול הנשק לכלי המשחית את מידות הצבא ואת מקור עוצמתו. על אלה
מצטרפת פגיעתו של המערער ב'קרב על התודעה'..." (פסקה 8 לפסק הדין)

51. התביעה הצבאית תטען עוד, כי שגה בית הדין קמא, עת לא נתן משקל משמעותי
לפגיעה החמורה של מעשי המשיב בערך טוהר הנשק ולפגיעה המתחייבת מכך בצבא
ובחוסנו המוסרי. המשיב שנשקו ניתן לו לשם הגנה על מדינת ישראל ואזרחיה, עשה
שימוש בנשק זה לשם מטרה פסולה אשר מנוגדת ניגוד גמור לערכי הצבא. בהקשר
זה יצוין כי אף חוק העונשין מורה בסעיף 40ט(11) לשקול בעת קביעת מתחם הענישה
את הניצול לרעה של כוחו או מעמדו של המשיב בעת ביצוע העבירה.

52. לכך יש להוסיף את העובדה, שעל פי קביעת בית הדין קמא בהכרעת הדין, לא זו
בלבד שהמשיב לא נטל אחריות על מעשיו בשום שלב של החקירה או המשפט, אלא
אף שיקר לבית הדין לאורך כל עדותו. בית הדין קבע כי עדותו לא הייתה מהימנה,
"**בין משום שהנאשם לא השיב בצורה עניינית לחלק מהשאלות שהופנו אליו
בחקירתו הנגדית ובין משום שבעת שהשיב לחלק אחר של השאלות, היו גרסאותיו
מתפתחות ופתלתלות**" (פסקה 99 להכרעת הדין). בנוסף, על מנת להיחלץ מאשמה,
המשיב הטיח האשמות שווא חסרות שחר במפקדיו.

53. אמנם, כפי שציין בית הדין קמא בגזר דינו, בחירתו של המשיב לנהל את הגנתו היא
בחירה לגיטימית שאין בה כדי להביא להחמרה בעונשו. ובכל זאת, בהתאם להלכת
בית המשפט העליון, קבע בית הדין קמא, כי "**המשיב אינו זכאי להקלה המובנית
בחוק, השמורה לאלה שהפנימו את הפסול הטמון במעשיהם ונטלו עליהם
אחריות**" (פסקה 88 לגזר הדין).


54. סיכומם של דברים, גזר דינו של בית הדין קמא, אינו ממשיך את הדרך החשובה
שנסללה בהכרעת הדין. על המשיב הושת עונש מקל, אשר אינו עולה בקנה אחד עם
מעשיו של המשיב וחומרתם; אינו מתיישב עם רמת הענישה הנוהגת במקרים
דומים, ויתרה מכך, אינו מתיישב עם רמת הענישה הנוהגת במקרים קלים יותר. בית
הדין קמא עצמו התייחס בחומרה למעשיו של המשיב, והציבם בקומה הגבוהה
ביותר של מדרג החומרה - והיה עליו לבטא את המסר הערכי, הציבורי והחברתי
החשוב אשר יש להנחיל לחיילי צה"ל ולחברה כולה - גם בגזר הדין.

סוף דבר

55. לאור המקובץ, תטען התביעה, כי העונש שהושת על המשיב מקל בצורה מופרזת, ואינו עולה בקנה אחד עם רמת הענישה המקובלת והראויה למעשיו של המשיב.
56. התביעה תטען, כי מתחם הענישה שקבעה דעת הרוב בבית דין קמא הנכבד, אינו הולם את מעשיו של המשיב ואת נסיבותיו החמורות של האירוע; חורג בצורה משמעותית לקולא ביחס לרמות הענישה המקובלות על פי פסיקת בית המשפט העליון ובית דין נכבד זה; ואינו מעביר לחיילי צה"ל ולחברה כולה את המסר הערכי הראוי בנסיבות העניין.
57. פועל יוצא מכך, גזר דינו של בית דין קמא הנכבד הינו נוטה לקולא בצורה המחייבת את התערבותו של בית דין נכבד זה.
58. לאור האמור, מתבקש בית דין נכבד זה לקבל את ערעור התביעה, להחמיר בצורה ממשית במתחם הענישה שקבעה דעת הרוב בבית הדין קמא הנכבד, ובעונש המאסר בפועל שהוטל על המשיב בגין עבירת ההריגה.


תאה שליט,
דס"ן

תובעת צבאית
ב"כ התצ"ר


נדב ויסמן, סא"ל (מיל')
תובע צבאי
ב"כ התצ"ר