



**בבית הדין הצבאי לערעורים**

בפני :

**אל"ם מאיה הלר - שופטת**

בעניין :

**ר/XXX סמל א' כ' – המערער (ע"י ב"כ, עו"ד אילן כץ ; עו"ד מאיר סחיווסחורדר)**

**נגד**

**התובע הצבאי הראשי – המשיב (ע"י ב"כ, רס"ן ניר שני ; סרן גלי קטלן)**

ערעור על החלטה של בית הדין הצבאי המחוזי במחוז שיפוטי המטכ"ל שניתנה בתיק מטכ"ל (מחוזי) 595/17 (סא"ל סיגל טורג'מן חזן – שופטת) ביום 23.8.2017. הערעור נדחה.

**ה ח ל ט ה**

**רקע כללי**

1. נגד המערער, סמל א' כ', הוגש כתב אישום המייחס לו עבירה שעניינה חבלה חמורה בנסיבות מחמירות, לפי סעיף 333 לחוק העונשין, התשל"ז-1977 ובנסיבות סעיף 335(א)(1) לחוק העונשין, על כך שביום 15.8.2017 בשעות אחר הצהריים, בעת ששהה עם שלושה חיילים נוספים באולם ביחידה, ולאחר שהנפגע, סמל ע' ס', המשמש כמדריך לחימה, פרק את אקדחו, הרכיבו מחדש והניחו על רצפת האולם, החלו השניים לבצע תרגילי קרב מגע, כחלק ממשחק. במהלך השתלשלות הדברים, הרים המערער את האקדח, דרך אותו בלא שבדק אם יש בו מחסנית ואם הוא נטען בכדור עקב הדריכה ולחץ על ההדק. כתוצאה ממעשיו, נורה קליע אשר פגע בברכו הימנית של סמל ע' ס'. לנפגע נגרם נזק בברכו, הוא נותח וגובס.

2. המערער נעצר ביום האירוע, 15.8.2017, ומעצרו הוארך מעת לעת לצורכי חקירה. עם הגשת כתב האישום ביקשה התביעה את מעצרו של המערער עד לתום ההליכים המשפטיים בעניינו.

3. בית הדין קמא נעתר לבקשת התביעה, באופן חלקי, והורה על מעצרו הממשי של המערער עד ליום 1.10.2017.
4. ההגנה לא השלימה עם החלטה זו ומכאן הערעור שלפניי.

### החלטתו של בית-דין קמא

5. בית הדין קמא התייחס בהחלטתו לטענות עובדתיות של ההגנה לגבי חומר הראיות ואופן ניסוח כתב האישום וקבע כי "כתב האישום מבוסס על חומר הראיות שהוצג בפניי ואף אחת מן הטענות איננה משכנעת ודורשת בחינה אחרת של הבסיס הראייתי". לאחר בחינת גרסאותיו של המערער נקבע, כי "הנאשם לא היה מודע לכך שהתותב לא היה באקדח וכי הייתה בו מחסנית. אולם הנאשם לא ערך כל בדיקה, לאחר שהנפגע פירק את הנאשם והרכיבו מחדש כדי לוודא שהמצב כך. מן העדויות הנוגעות לנהלים הקיימים עולה כי צריך היה הנאשם לערוך בדיקה שכזו". נקבע אף שחזקה על כל אדם שעושה שימוש בנשק כי יהיה מודע לקיומה של אפשרות ממשית שיירה קליע כתוצאה מנקירה ולפיכך, נקבע כי התגבש, לכאורה, יסוד נפשי של פזיזות במערער.

6. לאחר מכן נפנה בית הדין לבחון האם התגבשו עילות למעצרו של המערער ונקבע כי –

"בנסיבות המקרה שלפניי מודעותו של הנאשם למעשה ולסיכון הגלום בו ועל אף שלא כיוון את הנשק לכיוון אדם הצטברו הפעולות שביצע לכדי סיכון ממשי שהוביל לפגיעת הנפגע. לכך התגבשו עילות המסוכנות הכללית לצד המסוכנות הצבאית, כאשר הנאשם ניצל את הגישה הבלתי אמצעית לכלי הנשק מכוח תפקידו. זאת לצד התגבשות עילת הפגיעה במשמעת".

7. בהידרשו לטענה של אכיפה בדרנית, משום שנטען כי נגד הנפגע לא הוגש כתב אישום, חרף התרשלותו בהותרת האקדח ללא תותב בחדר קרב המגע, נקבע כי "רמת החשד שהצביע עליה הסנגור ביחס לנפגע איננה ברת השוואה".

8. עוד נקבע, כי אין בחלופות המעצר שהוצעו על ידי ההגנה כדי להוות חלופה הולמת למסוכנות הנשקפת מן המערער ולפגיעה במשמעת הצבאית בנסיבות העניין, אף שנקבע מבחינה עובדתית כי "מדובר בחייל נורמטיבי הממלא ברגיל את תפקידו נאמנה".

9. לבסוף, כאמור, הורה בית הדין קמא על הארכת המעצר לתקופה קצובה "כדי לקיים ביקורת על התמשכות ההליכים בעניינו".

**טענות ההגנה**

10. ההגנה מיקדה טיעוניה בסוגיית עילות המעצר והימנעות בית הדין קמא מלבחון, באופן מעמיק, אפשרות לנקיטה בחלופת מעצר, במקרה זה. נטען, כי שגה בית הדין קמא בקבעו כי התקיימו עילות המצדיקות את מעצרו הממשי של המערער, מבלי לנמק החלטה זו כדבעי. נטען, כי נסיבותיו הייחודיות של המקרה מצביעות על מסוכנות נמוכה של המערער. כן נטען, כי בית הדין קמא נמנע מלהסביר מדוע בחר שלא ליישם במקרה דנן את ההלכה שלפיה יש לפרש על דרך הצמצום את המקרים בהם יקבע מעצר ממשי בגין התקיימות עילת המעצר שעניינה פגיעה במשמעת הצבא. ההגנה הוסיפה וציינה כי מפקדיו של המערער נכונים לפקח עליו, אם יוחלט על נקיטה בחלופת מעצר, והציעו כי המערער לא יישא נשק בתקופה זו.

11. סוגיה נוספת שהעלתה ההגנה, עוסקת בשאלה האם אשמו התורם של הנפגע, לאור התרשלותו, כאמור, יש בה כדי להשפיע על שאלת מעצרו של המערער. נטען, כי "ככל שיקבע כי הנפגע עבר על נהלי היחידה, תהיה לכך השלכה עצומה על מידת הרשלנות המיוחסת לעורר".

12. בדיון שלפני הוסיפה והדגישה ההגנה את טיעונה שלפיו יקשה על התביעה הצבאית להוכיח קיומו של יסוד נפשי מסוג "קלות דעת", וכי יש לאפשר למערער לנהל הגנתו ולהוכיח כי לכל היותר ניתן לייחס לו יסוד נפשי מסוג "רשלנות", שעה שהוא אינו נתון במעצר.

**עמדתה של התביעה הצבאית**

13. התביעה הצבאית ביקשה להותיר את החלטת בית הדין קמא על כנה. התביעה הצבאית עמדה על כך שהאירוע לא היה חלק משגרת הפעילות והאימונים וכי יש ללמוד מנסיבותיו על כי המדובר במשחק אסור בנשק. לפיכך, גרסה התביעה, כי קיימת תשתית ראיות לכאורה המלמדת על כי התקיים במערער יסוד נפשי של קלות דעת. עוד נטען, כי אף אם המערער לא כיוון את נשקו אל הנפגע באופן ישיר, הרי שמתקיים במקרה זה "הסיכון המכוון" שכן המערער היה לכאורה מודע למעשיו ובפועל יצר במעשיו סיכון כלפי הזולת, אשר התממש. בהקשר זה עמדה התביעה על כך שמעשיו של המערער נעשו בתוך חלל תחום, בעוד נכחו במקום שלושה חיילים, כך שאלו הועמדו, כאמור, בסיכון ברור.

14. התביעה הוסיפה וטענה כי המערער, נוכח תפקידו הצבאי וניסיונו המקצועי, חב בחובות זהירות מוגברות, אותן לכאורה הפר, שעה שלא שלל באופן פוזיטיבי את הסיכון שיצר במעשיו. במצב דברים זה ובהתאם להלכה הפסוקה, נטען, כי קמה

עילת מעצר של מסוכנות כללית, לצד עילות מעצר צבאיות דוגמת המסוכנות הצבאית והפגיעה החמורה במשמעת הצבא.

### דיון והכרעה

#### היסוד העובדתי – תשתית ראיות לכאורה

15. על אף שיהבה של ההגנה הוטל לעבר שלילת התקיימותן של עילות המעצר, שומה עלי תחילה לבחון את המארג הראייתי הלכאורי, אשר יהווה את הבסיס לבחינת התקיימותן של עילות המעצר, או שלילתן.

16. במועד הרלוונטי נכחו בחדר קרב המגע ארבעה חיילים.

17. רב"ט ש' ג' מסרה בהודעתה כי ישבה בחדר האמור עם הנפגע והשניים שוחחו לתומם בעת שנכנסו אליו המערער ורב"ט ד' ג' והתקדמו לעבר הנפגע, אשר הראה להם דבר מה באקדח. "לאחר מכן הוא (הנפגע) פירק את האקדח שלו והראה לד' חלקים באקדח ולאחר מכן הרכיב אותו בחזרה **והניח בצד**. לאחר מכן שלושתם קמו **והתחילו ללכת מכות בצחוק**, [המערער] ו[הנפגע] הראו אחד לשני תרגילים של קרב מגע. [המערער] התגלגל לצד, הרים מהרצפה את האקדח של [הנפגע], התגלגל לכיוון הדלת, אני חושבת שראיתי אותו דורך את הנשק, מניף למעלה ושמעתי את הירייה וגם ראיתי את הפעולה" (הודעה מיום 15.8.2017 עמוד 1 שורה 15 ואילך, ההדגשות, כאן ובהמשך, הוספו). לשאלה האם התרגילים היו חלק מקרב מגע או תרגול לקרב מגע השיבה: "אני לא חושבת, לדעתי הם צחקו, זה לא היה חלק מתרגול לקרב מגע או קרב מגע" (עמוד 2 שורה 16 ואילך). משנשאלה מדוע המערער נטל את נשקו של הנפגע, השיבה: "נראה לי **סתם בתוך התלהבות**, האקדח היה על הרצפה, **הם שיחקו**" (עמוד 3 שורה 4 ואילך). עוד נמסר, כי הנפגע ורב"ט ד' ג' נכחו בסמוך לחדר הקרב מגע לשם ביצוע משימה של סידור מכולות.

18. רב"ט ד' ג' מסר בהודעתו מיום 15.8.2017, כי הארבעה הלכו לחדר קרב המגע בשעה 17:00 לערך, שם ישבו ודיברו. לאחר מכן המערער, הנפגע והוא "**התקוטטנו** **בינינו בצחוק ותרגלנו אחד על השני** תרגילי קרב מגע, ואני אחרי קצת זמן הלכתי לשבת... **ובזמן הזה שניהם... הוציאו את הנשקים שלהם**, ולשאלתך הם היו על גופם, **והכניסו את התותבים לקנות הנשקים**, והם המשיכו עם הצחוקים, בזמן הזה הנשקים היו עליהם. אחרי קצת זמן [הנפגע] לקח את הנשק שלו ופירק אותו לחלקים **ובכך הוציא את התותב**, לשאלתך החלקים היו על הרצפה, [הנפגע] התחיל לשאול אותנו מהו כל חלק סתם כמו חידון בינינו ואז הוא הרכיב את החלקים לנשק אחד **ולא הכניס את התותב**, לשאלתך הוא **הכניס את המחסנית למרות שלא היה תותב**, [הנפגע] שם את האקדח שלו על הרצפה מולו והמשיך **להתקוטט** עם

[המערער]. [המערער] היה על הרצפה, התגלגל על הרצפה ושהוא עשה את זה הוא לקח... את הנשק... דרך את הנשק **ותוך כדי תנועה** הוא לחץ על ההדק" (עמוד 1 שורה 6 ואילך). משנשאל מה היתה סיבת ההתקוטטות השיב: "הם **תרגלו תרגילי קרב מגע אחד על השני**, הם שניהם מדריכים, לשאלתך גם של ירי וגם של קרב מגע" (עמוד 2 שורה 12 ואילך), והוסיף כי "חשוב לציין שאנחנו **לא משתמשים בנשק חם כחלק מתרגילים או בינינו**" (עמוד 3 שורה 22 ואילך).

19. המערער, נחקר ביום 15.8.2017 בחשד לביצוע עבירות שעניינן פציעה וחבלה בנסיבות מחמירות ושימוש בלתי חוקי בנשק. המערער ציין כי "אסור להכנס לאולם [קרב המגע] עם אקדח שחור" (עמוד 2 שורה 24). עוד מסר כי בתחילת האירוע, עם כניסתו לחדר, הבחין כי בנשקו של הנפגע מותקן תותב, המעקר את יכולתו לירות. לאחר מכן שוחחו הארבעה ביניהם ובהמשך "הנפגע" פירק את נשקו האישי ובכל פעם הרים חלק אחר ושאל את ד' מה אותו חלק... בתום ההליך... הרכיב את הנשק ושם אותו על הרצפה" (עמוד 3 שורה 12 ואילך). בהמשך, משנשאל האם יכול היה להבחין "שקיים תותב באקדח" השיב: "לא. **אלא רק אם הייתי לוקח את הנשק ומסתכל**" (עמוד 3 שורה 18 ואילך). לדבריו, באותו שלב "עשינו **חיקויים** של איך מתנהג חייל מסלול באימון קרב מגע, זה היה מתוך **הלצה, ברוח שטות**". בכלל זאת, רב"ט ד' הוציא צרור מפתחות מכיסו, כאילו הוא עומד לתקוף באמצעותו את המערער והלה בתגובה, "החלטתי לעשות **'יבשים' עם האקדח**... הכוונה לירות עם תותב... קפצתי, התגלגלתי, אחזתי בנשק תוך כדי הגלגול, דרכתי אך לא כיוונתי ולחצתי על ההדק... הבנתי שנפלט כדור" (עמוד 4 שורה 3 ואילך). משנשאל מדוע פעל כך, השיב: "אין בזה סיבה מיוחדת. ד' איים עלי בכאילו עם המפתחות אז אני אחזתי את הנשק" (עמוד 6 שורה 14 ואילך). לשאלה מפורשת: "האם זה היה אימון?" השיב: "לא, **זה לא היה אימון קבוע** בגאנט מוגדר כלשהו... עם כמה שקשה לי להגיד – **משחק בנשק**" (עמוד 6 שורה 22 ואילך).

20. סמל ע' ס' נחקר ביום 17.8.2017, בחשד לביצוע עבירה שעניינה אי קיום הוראות הנוגעות לנשיאת נשק. ככלל בחר הנפגע לשמור על זכות השתיקה.

21. סגן קורן מסר בהודעותיו כי חלה חובה על המדריכים בהיכנסם לאימון קרב מגע לוודא כי אין על הנוכחים נשק שחור (הודעה מיום 16.8.2017 שעה 03:00, עמוד 2 שורה 15 ואילך). עם זאת, בשגרה, נשיאת האקדח אינה כוללת הכנסת תותב לקנה (עמוד 2 שורה 22). כן הוסיף, בהודעתו המאוחרת (16.8.2017 שעה 15:19), כי "בשגרת היום יום אין אימון" והמדריכים רשאים לשאת את האקדח כשהוא מחומש, בתוך נרתיק (עמוד 1 שורה 4 ואילך). לכן, כניסה לחדר קרב מגע "במידה ולא מדובר באימון, אז זה נחשב כחלק משגרת היום יום ולכן מדריכי הלוחמה

מסתובבים עם אקדח שחור ומחסנית בהכנס כחלק משגרת היום יום" (עמוד 3 שורה 1 ואילך).

22. בחינת הטענות בראי הראיות שפורטו מעלה **לכאורה**, כי **לא התבצע במועד הרלוונטי אימון או תרגול**. הנוכחים תיארו כי החבירה במקום נעשתה אגב ביצוע משימה אחרת וכי ההתרחשויות נעשו בצחוק, כהלצה או **כמשחק**. לפיכך, אף אם נכתב בזכ"ד מהלך חקירה (מיום 16.8.2017), מפי המערער, כי "כחלק מההווי שלהם כמדריכי קרב מגע ואימון ירי, לקח החשוד את אקדח הגלוק של [הנפגע], נקר ושמע ירייה" (סעיף 4), הרי שאין תימוכין ראיתיים למסקנה זו של קצינת החקירות, שכן אין בהודעות ובאמרות, אזכור לקיומו של הווי שכזה.

23. יותר מכך, עולה כי עם כניסתם של המערער והנפגע לחדר קרב המגע, **נשאו אקדח שחור**, מבלי שהושם בו תותב. רק לאחר זמן מה, הוכנס התותב לקנה הנשקים. התנהלות זו, מתיישבת לכאורה עם הנוהל שפירט סגן קורן, שלפיו, בשגרה, כאשר אין מתבצע אימון קרב מגע, מותר להיכנס לחדר קרב המגע כשהנשק מחומש בנרתיק. כן עולה לכאורה, כי הנפגע פירק את הנשק לחלקיו וכי המערער הבחין בפעולה זו וכן השתתף "בחידון" שעשה הנפגע לרב"ט ד'. בשלב זה, כפי שציין רב"ט ד' **הוסר התותב מהקנה**. חשוב מכך, על-פי הודעתו של רב"ט ד', בשלב הרכבת הנשק, **לא הוכנס אליו התותב** על-ידי הנפגע, וחרף זאת **חומש האקדח במחסנית**. זאת ועוד, לכאורה, האקדח הונח על-ידי הנפגע **בצד**, במתכוון, ושלא כחלק מתרגולת כזו או אחרת. עוד ניתן לקבוע, לכאורה, כי הן המערער והן הנפגע היו **בתנועה** בעת הירי.

24. בשים לב לעובדות לכאוריות אלו, ראיתי לבחון אף את הנהלים וההוראות הרלוונטיות, אשר צורפו לתיק החקירה.

25. המערער חתום על מסמך המכונה – "אירועי 'דגל' לפני קבלת הנשק לקרוא להבין ולפעול ע"פ הפקודות", בו מפורטים חידודי הנחיות הרמטכ"ל לאור כשלים שאירעו בתפעול נשק. נכתב, בין היתר, בהנחיות: "חל איסור לבצע נקירה של ההדק בנשק לאחר פריקה".

26. מהוראת מבק"א יבשה 3.4, שכותרתה "אקדח – תפעול, נשיאה ואחזקה", עולה כי "חל איסור לבצע כל שימוש בכלי נשק שלא לשם אחזקתו או שלא בהתאם לפקודות הצבא". במקרים בהם מתבצע שימוש אסור בנשק חלות החובות הבאות: "לנסות לעצור את החייל ולמנוע ממנו להמשיך במעשיו"; "להתריע על הסיכון בפני חיילים אחרים הנוכחים במקום"; ולדווח באופן מיידי למפקד.

בנוסף, בפרק בנושא "אימון 'יבש' עם אקדחים", נקבע כי –

א. "...

ב. אם אין ביחידה אקדחים אלו ניתן להשתמש באקדחים 'שחורים' אשר הותקנו בהם תותבי קנה ומחסנית יעודית

ג. ...

ד. יש להרחיק משטח האימון את כל התחמושת ולוודא זאת ע"י ביצוע מסדר סטרליות שיבוצע ע"י המפקד האחראי

ה. לפני אימון 'יבש' בו משתמשים במחסניות ריקות, יוודא המפקד האחראי כי המחסניות בהן משתמשים החיילים **אכן ריקות** ואין גישה למחסניות חיות (נעולות בסגר נוסף, בפאוץ' האחורי, עטופות ומסומנות)".

כך, גם בפרק העוסק "בבדיקת האקדח ופריקתו בשעת מתן שיעור" נקבע בהוראות כי "חל איסור להכניס ולהדגים באמצעות תחמושת 'חיה' במהלך שיעור/הדגמה. בדיקה תבוצע לפני ובסיום השיעור. בדיקה תבוצע **בעת העברת האקדח** במהלך השיעור בין מפקדים/חיילים".

27. במסמך "מבחן בטיחות אקדח גלוק", השיב המערער לשאלה 8: "מתי נכניס אצבע לשמורת ההדק? את התשובה: "כאשר אנחנו בין כוונות ורוצים לבצע ירי". לשאלה 10 – "באיזה מצב מותר לכוון את האקדח כלפי אדם?" השיב: "כשיש תותב או כאשר אני לחימה".

28. בשים-לב לתפקידו של המערער ולוותק בשירות הצבאי, חזקה על המערער כי הוא בקיא בהוראות האמורות, אשר קובעות, באופן שאינו משתמע לשתים פנים כי חל איסור לבצע נקירה בנשק אלא במהלך אימון סדור ורק לאחר בדיקה שאין באקדח תחמושת חיה וכאשר זו הורחקה או אוחסנה במקום נעול. כך גם נקבע, כי יש לבצע בדיקה שאין תחמושת חיה באקדח בכל מקרה של תרגול, לפני תחילת ביצועו או בעת שנשק מועבר מאחד לשני.

#### **היסוד הנפשי – תשתית ראיות לכאורה**

29. כאמור, נטען כי המערער לא היה מודע להעדרו של תותב באקדח טרם הירי. נפרט את התשתית הראייתית הלכאורית בסוגיה זו.

30. רב"ט ש' ג' ציינה, לגבי מודעותו של המערער לקיומו של תותב באקדח, כי "לאחר האירוע [המערער] אמר לי שהוא היה בטוח שיש תותב בקנה" (עמוד 3 שורה 2 ואילך).

31. רב"ט ד' ג' מסר אודות תגובתו של המערער לאחר הירי, כי הלה "בכה מאוד, היה בשוק, אמר שהוא ירה בחבר שלו ואיזה מפגר הוא ושהוא הרס את החיים שלו" (עמוד 2 שורה 1 ואילך).

32. המערער מסר באמרתו כי "חשבתי שיש תותב... ביצעתי נקירה מתוך ידיעה שיש תותב בנשק" (עמוד 5 שורה 23 ואילך). עם זאת, לשאלה "האם הייתה לך דרך להבחין בכך שאין תותב בנשק" השיב: "לא. כל הקפיצה על הנשק וסדר הפעולות היה מהיר... ניתן להבחין אך ורק אם מסתכלים אל עבר הקנה" (עמוד 6 שורה 7 ואילך). בהמשך האמרה נשאל שוב האם הבחין בתותב טרם הדריכה והשיב: "לא הבחנתי בדבר, שכן נשק אפשר לדרוך עם/בלי תותב". משנשאל האם הבחין בכך שהאקדח היה טעון במחסנית, השיב: "כן, אבל לא שמתני לב. רק בדיעבד לאחר מעשה הבחנתי... נקרתי מתוך ידיעה שאין תותב ואין מחסנית. בידיעה שלי, במחשבה שלי, לא הייתה מחסנית. רק לאחר מעשה – הבחנתי שיש מחסנית. זה היה בלהט הרגע" (עמוד 7 שורה 2 ואילך).

33. סגן קורן מסר, בהקשר זה, כי לא תמיד ניתן להבחין בכך שהאקדח טעון במחסנית והדבר תלוי בזווית הראיה (עמוד 3 שורות 5-9). דברים דומים מסר גם לגבי היכולת להבחין בקיומו של תותב בקנה (עמוד 3 שורות 17-21).

34. יוצא לכאורה, כי אף שהמערער חשב לתומו, טרם ביצוע הנקירה, כי מורכב באקדח תותב וכי האקדח אינו מחומש, הרי שלא בדק זאת בפועל. עוד נמצאתי למדה, כי המערער היה מודע לכך שאין יכולת לראות את התותב מכל זווית וכי לשם כך, נדרש להתבונן בקנה הנשק. גם באשר למחסנית יש אפשרות כי זו תוכנס לנשק, אך ללא בדיקה עלול נתון זה לחמוק מידיעתו של מי שמבצע באקדח פעולות. ניתן ללמוד עוד, לכאורה, כי המערער תפעל את הנשק באופן מהיר, מבלי לשים לב לפרטים הנדרשים טרם ביצוע הירי ובלהט ההתרחשות, מתוך הנחה כי הנשק לא ירה קליע.

#### היסוד הנפשי – המסגרת הנורמטיבית

35. הלכה ידועה היא כי "סטייה גסה וחמורה מרמת הזהירות הנדרשת, מצביעה על יסוד נפשי של מחשבה פלילית מסוג של קלות דעת" (ע/42,45/10 רב"ט ולטוצ'אנו נ' התובע הצבאי הראשי וערעור שכנגד, בסעיף 12 לפסק הדין (2011)). כך נקבע גם



בהנחה שהנאשם לא נתן את דעתו למצבן של הנצרה, המחסנית, ונפגע העבירה ביחס אליו, משנפסק כי "אין הדבר סותר את החזקות העובדתיות, בדבר מודעותו לאפשרות התרחשותן של התוצאות הטבעיות הנובעות ממעשיו" (שם, שם). לענייננו יפות אף קביעות בית דין זה, בעניין **ולטוצ'יאנו** שלפיהן "האחריות לנקיטת אמצעי זהירות במהלך הטיפול בכלי נשק מוטלת בראש ובראשונה על האוחז בו" (שם, פסקה 14).

36. העבירה המיוחסת למערער, חבלה בנסיבות מחמירות, דורשת יסוד נפשי מסוג "מחשבה פלילית". ה"מחשבה הפלילית", מוגדרת בסעיף 20 לחוק העונשין כדלקמן:

"מחשבה פלילית - מודעות לטיב המעשה, לקיום הנסיבות ולאפשרות הגרימה לתוצאות המעשה, הנמנים עם פרטי העבירה, ולענין התוצאות גם אחת מאלה:

... (2) פזיזות שבאחת מאלה:

(א) אדישות - בשוויון נפש לאפשרות גרימת התוצאות האמורות;

(ב) קלות דעת - **בנטילת סיכון בלתי סביר** לאפשרות גרימת התוצאות האמורות, מתוך תקווה להצליח למנען".

37. כאמור, המחלוקת המרכזית בין באי כוח הצדדים נסבה אודות היסוד הנפשי המתקיים לכאורה במערער. בית המשפט העליון עמד בע"פ 467/09 **זילברמן נ' מדינת ישראל** (2.2.2010) על ההבחנה בין מחשבה פלילית לבין רשלנות, וכך נפסק:

"מבחינה עקרונית, ההבחנה בין רשלנות ובין מחשבה פלילית המתאפיינת בקלות דעת נעוצה בשאלת המודעות. כך, בעוד שבמרכזה של קלות הדעת מצויה המודעות לאפשרות כי מעשי העושה יביאו לתוצאה, אף ללא חפץ מצדו בהתרחשותה אך תוך נטילת סיכון בלתי סביר להתרחשותה, הרי שרשלנות משמעותה היעדרה אף של מודעות זו... אין הכרח כי מודעות זו תתייחס לאפשרות התרחשותה של התוצאה המדויקת אשר נתרחה בנסיבותיו הייחודיות של המקרה, ודי **במודעות לסיכון** הגלום במעשים" (פסקה 13, וראו גם ע"פ 3158/00 **מגידיש נ' מדינת ישראל**, פ"ד נד(5) 80, 93 (2000)).

38. כידוע, בבחינת היסוד הנפשי של פזיזות, יש להידרש ליסוד הנפשי הסובייקטיבי של הנאשם (ע"פ 4230/99 **אבו ג'נאם נ' מדינת ישראל**, פ"ד נו(1) 34 (2001)). לצורך הוכחת מודעותו, הכירה ההלכה הפסוקה באפשרות להסתייע בחזקות עובדתיות,

המבוססות על ניסיון החיים והמוסקות מהנסיבות הקונקרטיות של כל מקרה ומקרה, וככאלו, הן ניתנות לסתירה (עניין זילברמן, פסקה 14). בע"פ 1971/98 מירו נ' מדינת ישראל, פ"ד נב(5) 145 (1998) דחה בית המשפט העליון, במקרה של משחק בנשק, את הטענה שלפיה לא הוכח יסוד נפשי של "פזיזות" וכך נפסק:

"השאלה היא למה צריך הנאשם להיות מודע כאשר אנחנו אומרים שצריכה להיות מודעות לסכנה הקונקרטית בנסיבותיו של כל מקרה ומקרה. הסנגור סבור שבנסיבות המקרה שלנו הנאשם צריך לדעת שיש מחסנית באקדח. נראה לי שבזאת טעותו. גם כשאנחנו אומרים שהוא צריך להיות מודע לכל רכיבי היסוד העובדתי שבעבירה אין זאת אומרת שהוא צריך לדעת שיש מחסנית באקדח. די בכך שהוא יודע שהאקדח כלי מסוכן, שיש כללי זהירות שצריך לנהוג לפיהם כדי לנטרל סכנה זו ושהוא לא נקט כללים אלו אף-על-פי שהוא יודע שאי-נקיטת אמצעי זהירות יכולה להיות קטלנית... עניות דעתי היא שדי בכך שהנאשם מודע לכך שהוא מחזיק בידו כלי מסוכן שנועד להרוג, אינו בודק אם הוא טעון ועושה פעולות הדרושות לשם ירייה. דהיינו, דורך את האקדח ולוחץ על ההדק – כל זאת כשהוא מכוון אותו אל אדם העומד מולו – כדי לקיים הן את הרכיב העובדתי והן את הרכיב הנפשי של עבירת ההריגה. כוונתי היא לרכיב הנפשי בדרגה של 'קלות דעת' " (שם, בעמ' 154-155).

ובהמשך –

"לכאורה יש הגיון בטענה זו: שהרי ללא ידיעה שהאקדח טעון, על שום מה צריך היה המערער לחשוש שתתרחש ירייה כאשר יסחוט את ההדק. ברם, טיעון כזה אינו הולם טיפול בכלי נשק, שהסיכון הכרוך בטיפול בו טבוע בו מטבע ברייתו. 'סיכון טבוע' מסוג זה אינו מצריך ידיעה מוקדמת שהכלי 'טעון' ו'מוכן' לירי. כלי נשק – כחפץ מסוכן מעצם טבעו – נחשב לעולם 'מוכן' לירי, וכל אדם ממוצע בר-דעת מוחזק כמי שמודע לטיבו זה. תו אופי זה של כלי נשק, אינו רק מכתוב כללי זהירות המחייבים את בדיקתו לפני הטיפול בו, אלא קובע אותו מלכתחילה בין הכלים המועדים 'תמיד' לירי. החובה לבדוק כלים מסוג זה מדברת ב'שלילת' הסיכון, ולא ב'בירור' אם הוא קיים. נקודת המוצא היא שהסיכון קיים, וכל אדם ממוצע בר-דעת מוחזק כמי שיוודע זאת. סיכומם של דברים: חזקה על כל אדם, שהוא ער ומודע לקיומה של אפשרות ממשית להתרחשותה של ירייה כתוצאה מלחיצה על הדק של כלי ירייה, ואין זה מעלה או מוריד אם היה מודע לכך, שאותו כלי ירייה טעון ו'מוכן' לירי אם לאו. אקדח, ככלי נשק שסיכון הירי 'טבוע' בו, לעולם נחשב כ'מוכן' לירי, ומי שמטפל בו

**מוחזק כמי שמודע לכך** (שם, בעמ' 157-158). (בקשה לקיום דיון נוסף בפרשה נדחתה, דנ"פ 6939/98 **מירו נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם, 24.2.1999)).

39. יוצא אפוא, כי אדם מיומן בתפעול נשק, אשר מבצע בו פעולות אסורות, מוחזק כמי שמודע לסיכון הנעוץ במעשים אלה ולפיכך, עליו החובה לשלול את קיומו של הסיכון, שכן הנחת המוצא היא כי כלי נשק לעולם מוכן לירי.

### מן הכלל אל הפרט

40. יישום הלכות אלו בעניינו, בשים-לב לכך שהמערער לכאורה, לא ביצע את הפעולות הנדרשות ממנו לשם שלילת הסיכון, פעולות, אשר אף הוא העיד כי ניתן היה לבצע בנקל אלמלא להט ההתרחשויות, מלמד, כי יש בהם, לכאורה, כדי להקים חזקות עובדתיות, שלפיהן היה המערער מודע לאפשרות גרימת התוצאה, אף שלא חפץ בה, דהיינו, היה לכאורה "קל דעת" ביחס אליה. מסקנה לכאורית זו מתבססת על כך שהמערער לא פעל לכאורה, לשם שלילת הסיכון אשר היה טמון במעשיו, שעה שלא בדק הימצאותו של תותב בקנה, והניח, כי האקדח אינו טעון במחסנית, אף כי לא בדק שתי עובדות אלו. נזכיר, כי רב"ט ד', אשר נוכח במקום, באותו המעמד, **הבחין בטעינת המחסנית** באקדח. יתר על כן, משפקודות הצבא מבהירות כי חל איסור לבצע נקירה בנסיבות שכאלו וחזקה על המערער, כאמור, כי היה בקיא בהוראות, הרי שניתן לראות במעשיו, בנסיבות העניין, משום נטילת סיכון בלתי סביר, סיכון אשר לדאבון הלב, אכן התממש. בהקשר זה יש להוסיף ולציין, כי המערער ביצע את הפעולות היוצרות את הסיכון בתוככי חדר סגור, שעה שמצדדיו השונים מצויים חיילים. בהתאם לעדויות עולה כי רב"ט ש' ג' ישה בסמוך לקיר המערבי, בעוד רב"ט ד' ישב בסמוך לקיר הדרומי, ואילו הנפגע עמד בסמוך למערער. לזאת יש להוסיף כי גם המערער וגם הנפגע היו בתנועה בעת הירי, כך שאף אם המערער לא כיוון את הנשק ברגע הירי לעברו של הנפגע, הרי שהיה עליו להביא גם את תנועתו של המערער בחשבון מעשיו, והתוצאה הקשה מלמדת כי לא כך נעשה, והכל לכאורה.

41. לפיכך, אין בהשערותו של המערער, שלפיה הותקן באקדח תותב וכי לא נטען במחסנית כדי לסייע לו. יפים לעניינו גם קביעותיו של בית-דין זה בע/104/94 **רב"ט קורסיה נ' התובע הצבאי הראשי** (1995), בשינויים המחוייבים:

"השערות והנחות באשר למצב העובדתי, שאינן מבוססות על בדיקה בפועל – אין בהן, בדרך כלל, כדי

לערער את חזקת מודעותו של הנאשם למעשיו ולתוצאות התנהגותו".

### עילות המעצר

42. כידוע, "מעשי שימוש בלתי חוקי בנשק מקימים חזקת מסוכנות לפי הוראת סעיף 21(א)(ג)(4) לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), התשנ"ו-1996. חזקה זו ניתנת לסתירה" (ע"מ/5/09 רב"ט בסול נ' התובע הצבאי הראשי, בסעיף 6 להחלטה (2009)).

43. ביקשה ההגנה לשכנעני, כי במקרה זה חברו צבר נסיבות ייחודיות, המצדיקות סטייה מהלכה זו ונקיטה בחלופת מעצר. ההגנה אף הגישה תצהיר מאת מפקדו של המערער, סא"ל וינר, המלמד על שירותו המצטיין, תוך הקפדה על "רמת בטיחות גבוהה והטמעת הבטיחות אצל כלל המתאמנים". כן התחייב המפקד לפקח על המערער, באופן שלא יתקרב לנשק, במהלך מעצרו הפתוח.

44. לאחר שבחנתי את נסיבות המקרה וטיעוני באי-כוח הצדדים, לעומקם, ועל אף היות המערער חייל חיובי, כפי שפורט, סברתי כי מתקיימות בעניינו מספר עילות מעצר, אשר לא ניתן להלמן בנקיטת חלופת מעצר.

45. שוכנעתי, כי יש לקבל את טיעוני התביעה הצבאית שלפיהם דווקא מן המערער יש לדרוש חובת זהירות מוגברת בכל הקשור להימנעות ממשחק בנשק ושימוש דוגמא אישית לכלל החיילים אותם הוא מדריך ומאמן. לפיכך, מעבר לעובדה כי מתקיימת במקרה זה עילת המסוכנות הכללית, משהמערער ביצע לכאורה עבירה בנשק חם אשר הביאה לפציעתו של חברו ליחידה, הרי שקמה, במלוא עוזה, גם עילת המעצר הצבאית הייחודית, בדמות מבחן ה"סיכון המכוון", (ראו ע"מ/11/10 טור' אללוף נ' התובע הצבאי הראשי (2010); ע"מ/83/08 התובע הצבאי הראשי נ' רב"ט כהן (2008)). בואר, כי המערער פעל לכאורה בניגוד לכל נהלי הבטיחות הידועים לו, הן בכך שלא הרחיק תחמושת מהאקדח, הן בעצם ביצוע הנקירה, הן בנטילת אקדח השייך לחייל אחר, ואשר תופעל על-ידי האחר, מבלי שנבדק במהלך "העברתו" והן באי-בדיקת התקנתו של תותב באקדח טרם ביצוע הפעולות שאפשרו את הירי. למעשה, לא היתה כל תכלית למעשה, ואף המערער לא ידע להצביע על תכלית שכזו, למעט "משחק בנשק".

46. אמנם, העבירות הקשורות בשימוש לא ראוי בנשק ובמשחקים אסורים בנשק, מציבות דילמות קשות, משום המורכבות הניבטת מכך שמן הצד האחד ניצב חייל איכותי ומן העבר האחר, המדובר לכאורה בכישלון חמור. עם זאת, במקרה דנן, לאור מידת הסיכון שבמעשה, התממשות הסיכון בפועל, ומידת הפגיעה של המעשה,

בנסיבותיו, במשמעת הצבא, סברתי כי החזרתו של המערער אל תוככי יחידתו, עלולה להעביר מסר אשר יחטא לתכליות המעצר וישדר מסר שלפיו יש להקל ראש עם מי שמפריס את הוראות הבטיחות, אשר כידוע "נכתבו בדם".

47. ערעור ההגנה, נדחה, אפוא.

ניתנה והודעה היום, כ"ג באלול התשע"ז, 14 בספטמבר 2017, בפומבי ובמעמד הצדדים.

מאיה הלר, אל"ם  
שופטת בית הדין הצבאי  
ל ע ר ע ו ר י ם

חתימת המגיה: \_\_\_\_\_ העתק נאמן למקור  
סגן קורל מכני  
קצינת בית הדין תאריך: \_\_\_\_\_