

מפקדת הפרקליט הצבאי הראשי	לשכת
המפקד	טל':
03-5696601	פקס':
03-5694526	(38)פמב
187072	ן
התשס"ח	באב
2008	באוגוסט
	7



לכבוד  
 עו"ד לימור יהודה  
 האגודה לזכויות האזרח בישראל  
 ת"ד 34510  
 ירושלים, 91000  
 (באמצעות פקס': 02-6521219)

שלום רב,

**הנדון: פנייתכם בעניין העמדתו לדין סא"ל עמרי בורברג וסמ"ר ל'**

שלכם: ש/18051 מיום 7.8.08

1. עיינתי במכתבך אליי שבסימוכין, בשמכם ובשם מר אשרף אברהמים אחמד אבו רחמה, "בצלם", "יש דין" והוועד הציבורי נגד עינויים בישראל.
2. כבר בפתח הדברים אציין, כי בראייתי מסקנתכם לפיה הטיפול המשפטי באירוע ירי כדור הגומי בנעלין משדר "מסר של זילות בחיי אדם", אינה מוצדקת. אבקש להביא בפניכם את השתלשלות העניינים, הן של האירוע עצמו והן של הטיפול המשפטי בתיק. במסגרת זו אפרט גם את הנימוקים שעמדו מאחורי החלטותיי בתיק. אני תקווה, כי הדברים יסייעו להאיר את ההחלטות שהתקבלו ביחס לאירוע באור שונה מן האופן בו הוצגו על-יזכס.

**אירוע ירי כדור גומי לעבר מר אשרף אבו רחמה סמוך לכפר נעלין**

3. ממצאיה של חקירת המשטרה הצבאית החוקרת ביחס לאירוע מלמדים, כי השתלשלות האירוע במהלכו נורה כדור גומי לעבר נעלו של מר אבו רחמה סמוך לכפר נעלין, הייתה כדלקמן:
  - א. מזה כמה חודשים, פועל גדוד שריון, תחת פיקודו של סא"ל עמרי בורברג, בגזרת הכפר נעלין. בתקופה זו, עוסק הגדוד באופן תדיר בהתמודדות עם הפגנות אלימות, התפרעויות והפרות סדר, במהלכן מייזדים המפגינים אבנים לעבר כוחות הביטחון, ונוהגים כלפיהם באלימות. במשך חמשת הימים שקדמו לאירוע, עסק הגדוד באכיפת עוצר שהוטל על הכפר. אכיפת העוצר לוותה בידי אבנים על כוחותינו, חסימת כבישים, והפרות סדר שונות שכוונו לעבר הכוחות אשר שהו באופן רצוף בכפר.
  - ב. ביום 7.7.08 התקיימה הפרת סדר אלימה בשני מוקדים בכפר נעלין. במהלך ההפגנה, יודו אבנים לעבר כוחות הביטחון שפעלו לפיזור הפרת הסדר, בכלל זה לעבר מפקד הגדוד, סא"ל בורברג, וחייליו. כוח בראשותו של מפקד הגדוד עיכב חלק מן המפגינים,

בלמ"ס

187072

בכלל זה את מר אשרף אבו רחמה, אשר זוהה כמי שהשתתף בעבר בהפרות סדר אלימות בגזרה.

ג. ידיו של מר אבו רחמה נכבלו ב-"אזיקון" פלסטיק, עיניו כוסו בבד, והוא הובא יחד עם פלסטינים אחרים שעוכבו על-ידי הכוח, לצומת הכניסה לכפר נעלין. הפלסטינים הופרדו זה מזה, על מנת שלא ישוחחו ביניהם. שעה שמר אבו רחמה ישב על הקרקע, פנה אליו המג"ד, אשר הכיר את מר אבו רחמה מהפגנות והפרות סדר רבות בהן השתתף האחרון בעבר, ואמר לו: "נו, עכשיו אתה תפסיק להפגין נגד כוחות צה"ל", או מילים בעלות משמעות דומה. מר אבו רחמה השיב למג"ד בערבית, תשובה ממנה השתמע, כי אינו מבין עברית.

ד. לאחר חילופי הדברים הללו בין מר אבו רחמה למג"ד, אמר המג"ד לסמ"ר ל', פקודו הישיר, אשר עמד בסמוך: "מה אתה אומר, נלך לצד ונירה בו גומי", או מילים בעלות משמעות דומה. בתגובה לשאלתו של המג"ד, השיב החייל "אין לי בעיה לירות בו גומי", או מילים בעלות משמעות דומה. המג"ד לא התכוון, כי יבוצע ירי לעבר מר אבו רחמה, אלא ביקש להפחידו, על-ידי כך שדבריהם ומעשיהם של המג"ד והחייל יגרמו למר אבו רחמה לחשוב, כי עתיד להתבצע לעברו ירי של כדור גומי.

ה. או אז, הרים המג"ד את מר אבו רחמה מן המקום בו היה ישוב, והוליכו לכיוון גיפ צבאי שעמד בקרבת מקום. כשחלפו השניים על פני החייל, אמר המג"ד לחייל "תזרזר כדור", או מילים בעלות משמעות דומה. החייל השיב "יש לי כבר כדור בקנה" או מילים בעלות משמעות דומה.

ו. בעקבות חילופי הדברים האמורים, הלך החייל אחר המג"ד ומר אבו רחמה, ונעמד לצד הגיפ, אשר בסמוך לו עמדו השניים. בעוד המג"ד החזיק את מר אבו רחמה בזרועו ושוחח עם שוטר מג"ב שעמד בסמוך, כיוון החייל את נשקו האישי לעבר נעלו של מר אבו רחמה, וירה כדור גומי לעבר הנעל מטווח קצר.

ז. מייד לאחר הירי, המג"ד דחף את החייל, צעק עליו וגער בו על ביצוע הירי באדם כבול. תגובתו של המג"ד מחזקת מאוד את ההערכה, עליה עמדתי לעיל, כי לא הייתה לו כוונה, כי יבוצע ירי לעבר מר אבו רחמה. החייל השיב למג"ד, כי הבין שקיבל ממנו פקודה לעשות כן.

ח. בעקבות האמור נגרמה חבלה שטחית בבוהן השמאלית של מר אבו רחמה. הוא נבדק במקום על-ידי רופא צבאי ולא נזקק לטיפול רפואי נוסף. עולה מן הראיות, כי אף הוצע למר אבו רחמה להתפנות לבית חולים, אך הוא ביכר לשוב לביתו בכוחות עצמו.

#### הטיפול המשפטי באירוע

4. האירוע נעלן נודע לי לראשונה ביום 20.7.08, עת הועבר לעיוני על-ידי "בצלם" סרט המתעד את האירוע. מיד עם קבלת הסרט, הוריתי על פתיחה בחקירת מצ"ח לבדיקת נסיבות האירוע. החקירה נוחלה במהירות, ותוך ליווי רצוף של התביעה הצבאית.

5. סמוך לאחר תחילת החקירה, המלצתי לגורם הפיקודי המוסמך להשעות לאלתר מתפקידם, את המג"ד ואת החייל. בהמשך לכך, קיים מפקד פיקוד הצפון שימוע למג"ד, ונענה לבקשתו של המג"ד לצאת לחופשה בת 10 ימים. מפקד האוגדה קיים שימוע לחייל, והשעה אותו לאלתר.
6. עם השלמת החקירה, הועברו ממצאיה לעיוני. לאחר שעיינתי בחומר החקירה באתי לכלל מסקנה, כי נסיבות האירוע מחייבות להביא הן את המג"ד והן את החייל היורה לדין בפני בית הדין הצבאי. משכך, הזמנתי את באי כוחם של המג"ד והחייל לשימועים בפניי.
7. על אף טענות שהועלו בשימועים ועל-ידי גורמים שונים, עמדתי בדעתי, כי נסיבות האירוע ואופיו, מחייבים העמדתם של שני המעורבים לדין בפני בית דין צבאי, ואינם מתאימים לדין משמעתי.
8. ביני לביני, ביום 6.8.08, עם תום החופשה לה הוצא המג"ד, קיים הרמטכ"ל הליך פיקודי בעניינו של המג"ד. במסגרת ההליך, קיבל המג"ד על עצמו אחריות לחלקו באירוע, וביקש לסיים את תפקידו כמג"ד. הרמטכ"ל הודיע למג"ד, כי הוא רואה באירוע כשל פיקודי וערכי של המג"ד, וכי מדובר באירוע חמור ופסול. עוד הודיע הרמטכ"ל, כי החליט החלטה פיקודית מטעמו, להעביר את המג"ד מתפקידו לאלתר, נוכח נסיבות האירוע וחלקו של המג"ד בו (זאת, ללא כל קשר לעמדה אותה הביע המג"ד בפניו, בדבר רצונו לסיים את תפקידו).
9. סברתי, כי אין בהליך הפיקודי שנקט הרמטכ"ל, על אף היותו הליך משמעתי וחרף, בעל השלכות קשות מבחינת סא"ל בורברג, כדי לשנות מהחלטתי, כי נסיבות האירוע מחייבות העמדתם של המג"ד והחייל לדין בפני בית הדין הצבאי, וכי לא ניתן להסתפק בהעמדתם לדין משמעתי.
10. כבמקרים רבים, התשתית העובדתית שתוארה לעיל, תואמת במידה זו או אחרת את היסוד העובדתי של מספר עבירות חתונות לסמכותו של בית הדין הצבאי. כבכל תיק, ברירת סעיף האישום, מן הדין שתיתן ביטוי לנסיבות העבירה, לחומרת העונש הראוי, ולמכלול ההשלכות על הנאשם של הרשעה באותה עבירה.
11. במסגרת ברירת סעיף האישום הראוי למעורבים באירוע הירי בנעלון שקלתי, מחד גיסא, את חומרתו הערכית, הנורמטיבית והפיקודית של האירוע, ומנגד, את מניעיהם וכוונותיהם של המעורבים (הגם שכוונותיו של המג"ד היו לכשעצמן פסולות ובלתי ראויות, לא הייתה למג"ד כוונה שיבוצע ירי לעבר העצור; מנגד, החייל שביצע את הירי, סבר בכנות, כי הוא מבצע פקודה של מפקדו הישיר (הגם שאין ספק בעיניי, כי מדובר בפקודה בלתי חוקית בעליל)). שקלתי גם, אם כי במידה מוגבלת, את התוצאות הקלות יחסית שהיו לאירוע (החבלה שנגרמה למר אבו רחמה הייתה שטחית וקלה).
12. כמו כן, אני סבור, כי על אף שההליך הפיקודי במקרה זה לא היה חלק מן הטיפול המשפטי בתיק, הרי שמדיניות ראויה והגונה של התביעה הצבאית, מחייבת לקחת בחשבון את מכלול תוצאותיו של האירוע גם מבחינת הנאשם, במסגרת קבלת החלטות לגבי הטיפול המשפטי באירוע. משכך, נתתי משקל בהחלטתי גם לצעד הפיקודי החרף שנקט ביחס

למג"ד, ולהשלכותיו הקשות על המג"ד. סברתי, כי לא ניתן להתעלם מייחודן של הסנקציות הפיקודיות בצה"ל, שמשמעותן מבחינת הנאשם עולה לעיתים לאין שיעור, על סנקציות עונשיות הניתנות בעקבות הרשעה בבית הדין הצבאי.

13. על יסוד כל האמור, באוני לכלל מסקנה, כי ראוי להעמיד הן את המג"ד והן את החייל לדין, בפני בית הדין הצבאי, בעבירה של התנהגות שאינה הולמת, לפי סעיף 130 לחוק השיפוט הצבאי.

14. כידוע, רק לאחרונה קבע בג"ץ, כי בבחירת סעיפי האישום, על התביעה ליתן ביטוי מיטבי לאינטרס הציבורי על כלל היבטיו, ולבחון את הדברים באספקלריה רחבה.<sup>1</sup> בחלפה מוקדמת יותר נקבע, כי יש מקום להכיר במתחם רחב של סבירות בהחלטותיו של הממונה על התביעה הפלילית (באותו מקרה – היועץ המשפטי לממשלה), עת שהוא מקבל החלטה בנוגע לצעדים המשפטיים בתיק פלוני.<sup>2</sup> אני סבור, כי העמדתם של המג"ד והחייל לדין פלילי בפני בית דין צבאי, שהוא ערכאה פלילית בת סמכא לכל דבר, כמו גם סעיף העבירה שיוחס להם, נותנים ביטוי הולם לפגם הערכי והפיקודי שבהתנהלותם של השניים, בהתחשב בכלל נסיבותיו של האירוע ושל התיק, לחומרא ולקולא, כפי שאלה פורטו לעיל.

15. חשוב להבהיר, כי החלטתי בדבר תוכן כתב האישום, לא נתקבלה במסגרת הסדר טיעון עם מי מן הנאשמים. לעת עתה, אין כל הסדר כזה ביני לבין מי מן השניים (וזגם שלא ניתן לפסול את האפשרות שיושג הסדר כזה בעתיד). הדיווחים בעניין זה באמצעי התקשורת, מוקדמים ואינם מזויקים. מכל מקום, אם יורשעו הנאשמים, הרי שבעתירתה של התביעה לעונש (בין בהסדר ובין שלא בהסדר) יינתן ביטוי למכלול נסיבות המקרה, כפי שפורטו לעיל, ובכלל זה – להשלכות שכבר נודעו לו על כל אחד מן הנאשמים.

16. מטבע הדברים, לא ניתן למסור לידיכם את חומר החקירה בתיק, כל עוד מתנהל הליך משפטי בפני בית הדין. עם סיום ההליך, ואם עדיין תעמדו על בקשתכם זו, אבחן את האפשרות להעמיד לעיונכם את חומר החקירה, בהתאם לכללים המקובלים בעניין זה (לרבות הנחיות פרקליטות המזינה בנושא).

בברכה,  
 אביחי הפרקליט  
 מנדלבלית, הצבאי  
 תא"ל הראשי

<sup>1</sup> בג"ץ 5699/07 פלונית (א) נ' היועץ המשפטי לממשלה (טרם פורסם), סעיף 51 לפסק דינו של כבי' השופט לוי.  
<sup>2</sup> בג"ץ 2534/97 יתב ואחי' נ' פרקליטת המדינה ואחי', תק-על (197) 2(1023).