

**בבית המשפט העליון**  
**בשבתו כבית משפט גבוה לצדק**

**בג"ץ 7195/08**  
**קבוע: 28.9.08**

1. אשרף אבראהים אחמד דאר אבו רחמה
  2. בצלם – מרכז המידע הישראלי לזכויות האדם בשטחים
  3. האגודה לזכויות האזרח בישראל
  4. הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל
  5. יש דין – ארגון מתנדבים לזכויות אדם
- ע"י ב"כ עוה"ד לימור יהודה ואו דן יקיר ואח'  
מהאגודה לזכויות האזרח בישראל  
ת"ד 34510, ירושלים 91000  
טל': 02 - 6521218 ; פקסי: 02 - 6521219

**תעודות**

**נ ג ד**

1. תא"ל אביחי מנדלבלויט, הפרקליט הצבאי הראשי
  2. אל"מ לירון ליבמן, התובע הצבאי הראשי
- ע"י פרקליטות המדינה, משרד המשפטים, ירושלים  
טל': 02-6466590 ; פקס: 02-6467011

3. סא"ל עומרי בורברג
- ע"י ב"כ עוה"ד שלמה צפורי ואו סא"ל אהוד בן-אליעזר  
מרח' יגאל אלון 65, תל אביב-יפו 67443  
טל': 03 - 6242990 ; פקס: 03 - 6242991

4. סמ"ר לי
- ע"י ב"כ עוה"ד אילן כץ ואו רס"ן גלי שטיינר  
מרח' אסף הרופא 1, הוד השרון 45261  
טל': 03 - 5650011 ; פקס: 03 - 5650012

**המשיבים**

**תצהיר תשובה מטעם המשיבים 1-2**

1. ביום 19.8.08, נתן בית המשפט הנכבד צו על תנאי בו הורה לי, הפרקליט הצבאי הראשי ולתובע הצבאי הראשי (להלן: "התצ"ר"), הם המשיבים 1 ו-2 בהתאמה (להלן: "המשיבים"), ליתן טעם מדוע לא נורה על תיקון כתב האישום שהגיש התצ"ר לבית הדין הצבאי המיוחד, בהתאם להוראתי, נגד המשיבים 3 ו-4, בתיק מח/5/08.

בכתב האישום, אשר הוגש ביום 7.8.08, יוחסה לסא"ל עמרי בורברג (להלן: "המג"ד") ולסמ"ר ל' (להלן: "החייל"), עבירה של התנהגות שאינה הולמת, לפי סעיף 130 לחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955 (להלן: "חוק השיפוט הצבאי").  
**העתק כתב האישום מצ"ב ומסומן מש/1.**

2. בתגובה לעתירה זו נטען, כי החלטתי להורות על העמדתם של המג"ד והחייל לדין פלילי בפני בית הדין הצבאי, בעבירה של התנהגות שאינה הולמת, הייתה סבירה בנסיבות העניין, ומשכך – אין ממילא מקום לשנותה. עוד נטען, כי בהתאם לפסיקתו העקבית של בית המשפט הנכבד, אין המקרה זנן נופל בגדר המקרים בהם יתערב בית המשפט הנכבד בהחלטות הממונה על התביעה (במקרה זה – הפצ"ר) בנוגע לבחירת סעיפי האישום שייוחסו לנאשם פלוני.
3. **בחלקו הראשון של התצהיר**, נתאר ביתר פירוט את נסיבותיו של האירוע אשר אירע סמוך לכפר נעלין שבאזור יהודה והשומרון, ביום 7.7.08, בו נטלו חלק המג"ד, החייל והעותר מס' 1, ואשר בעקבותיו הוגש כתב האישום מושא העתירה. במסגרת זו, אפרט את הפרטים הידועים לי אודות האירוע, כפי שאלה נחשפו בחקירת המשטרה הצבאית החוקרת (להלן: "מצ"ח") שהתנהלה בעקבות האירוע. במסגרת זו, נתייחס לגרסאות השונות שמסרו המעורבים באירוע בתקירתם, ולתמונה העובדתית ביחס לאירוע, כפי שהיא עולה מניתוח כלל חומר הראיות בתיק.
4. באופן מצער, ניכר מן העתירה, כי היא נסמכת במידה רבה על עובדות וטענות אשר הוצגו באמצעי התקשורת השונים (לעיתים על דבריהם של בעלי עניין או שמועות), ועל הפרשנות שניתנה על-ידי אנשי תקשורת למהלכים ולהחלטות שנקטו בעקבות האירוע בנעלין. משכך, נודעת חשיבות מיוחדת להבהרת העובדות לאשורן, והן תוצגנה בתגובה זו בהרחבה ובפירוט.
5. **בחלקו השני של התצהיר**, נפרט את הצעדים המשפטיים והפיקודיים שנקטו בעקבות האירוע, ובכלל זה – את השיקולים ששקלתי עובר להחלטתי בדבר העמדתם של המג"ד והחייל לדין בפני בית הדין הצבאי, ובנוגע לסעיף האישום שיוחס לשניים. בחקשר זה, נתייחס בפירוט למשמעות אותה יש לייחס לעצם ההעמדה לדין פלילי בפני בית הדין הצבאי (להבדיל מהעמדה לדין משמעותי); למהותה של עבירת "התנהגות שאינה הולמת" כשהיא מובאת בפני בית הדין הצבאי כאישום פלילי דווקא, ולהתאמתה לנסיבותיו הייחודיות של האירוע; להשלכותיו של הצעד הפיקודי המשמעותי שנקט ביחס למג"ד בעקבות האירוע, ולמשקל הראוי שיש לתת לצעד זה במסגרת קבלת החלטה לגבי הטיפול המשפטי באירוע.
6. כאן המקום להעיר, כי העותרים מלינים בעתירה גם על החלטות שקיבלתי כביכול, בכל הנוגע לעונשים אותם יתבקש בית הדין הצבאי לגזור על המג"ד והחייל אם יורשעו. טענות אלה, נסמכות אף הן על פרסומים בכלי התקשורת. כפי שהבהרתי לעותרים במכתבי אשר צורף לעתירה וסומן ע/16, החלטתי לגבי סעיף האישום שיוחס למג"ד ולחייל, לא הייתה חלק מהסדר טיעון בין התביעה הצבאית לבאי כוחו של הנאשם. עניינם של הנאשמים מצוי עוד בשלבים טרום-מיים, טרם הקראה. דומה שלא בשלה העת, בטרם הורשעו הנאשמים ונקבעו לגביהם קביעות עובדתיות בהכרעת הדין, להעלות טענות לגבי העונש לו ראוי לעתור. לא זו אף זו – ראוי

להזכיר, כי הסמכות לגזור את ענשם של נאשמים, נתונה ממילא לבית הדין הצבאי, המוטמך להטיל על נאשם כל עונש אשר בתחום סמכותו (גם אם לא מדובר בעונש לו עתרו הצדדים). מן הטעמים הנ"ל, אנו סבורים, כי ראוי לדחות על הסף את טענותיהם של העותרים לעניין זה.

7. חלקו השלישי של התצהיר, יוקדש לתיאור מדיניותה הבלתי מתפשרת של הפרקליטות הצבאית בכל הנוגע לטיפול המשפטי באירועים של אלימות או פגיעה במי שמצויים במשמורת כוחותינו, בכלל זה במקרים בהם נעברו עבירות על-ידי קצינים. נראה, כי הפרקליטות-הצבאית נוקטת מדיניות מחמירה וראויה כלפי מי שפגעו במתכוון באלה המצויים במשמורת כוחותינו; כי כל מקרה נבחן ומטופל כראוי לנסיבותיו, וכך היה גם ביחס למקרה דנן; וכי ישראל עומדת, בהקשר זה, גם בחובותיה לפי המשפט הבין-לאומי.

8. חלקו הרביעי והאחרון של התצהיר, יסקור את ההלכות שהוצאו מלפני בית המשפט הנכבד בנוגע להיקף ועילות ההתערבות בהחלטות של הממונה על התביעה (במקרה זה – הפצ"ר) בנוגע לניהול הליכים פליליים.

## חלק ראשון – האירוע בכפר נעלין ביום 7.7.08

### הפרות הסדר בנעלין

9. הכפר נעלין, מצוי באזור יהודה והשומרון והוא סמוך מצפון ליישוב חשמונאים (כמו הכפר בלעין, המצוי ממזרח ליישוב מודיעין עילית), הפך בחודשים האחרונים לאחת הזירות המרכזיות במאבקם של הפלסטינים ושל ארגונים שונים נגד הקמת גדר הביטחון. תחילתן של הפרות הסדר ביום 20.5.08, עם תחילת העבודות להקמת קטע של גדר הביטחון באזור הכפר, המכונה "פתחת חשמונאים".

10. במקום מתרחשות, כמעט מדי יום ביומו, הפרות סדר אלימות ומסוכנות, המלוות בידידי מאסיבי של אבנים ובקבוקי תבערה, ובהבערת צמיגים. הפרות הסדר נעשות, בחלק מן המקרים, תוך הפרה של צו סגירת שטח שהוציא המפקד הצבאי. בהפרות הסדר משתתפים בממוצע בין 150 ל-200 איש, והן זוכות לסיקור תקשורתי נרחב, על-ידי התקשורת הישראלית והבין-לאומית. בתקופה שבין 20.5.08 (אז, כאמור, החלו העבודות להקמת קטע גדר הביטחון העובר בסמוך לכפר) ועד ליום 20.8.08, אירעו בנעלין למעלה מ-50 הפגנות והפרות סדר חמורות. אירועי הפרת חוק אלה נמשכים לעיתים שעות ארוכות, והם מלווים, כאמור, באלימות פיזית, בידידי אבנים ובקבוקי תבערה על-ידי הפלסטינים, המבקשים בכל מחיר למנוע את העבודות להקמת גדר הביטחון במקום. מנגד, נדרשים כוחות צה"ל ומג"ב הפועלים במקום להפעיל בעיקר אמצעים לפיזור הפגנות, לשם התמודדות עם אירועים אלו ולאפשר את העבודות להקמת הגדר. למרבה הצער, הפרות הסדר בנעלין, גבו מחיר בתיי אדם (נער פלסטיני בן 9 נהרג ביום 29.7.08, ונער נוסף בן 17 נפגע בהפרת סדר בכפר ביום 30.7.08 ומת מפצעיו כעבור מספר ימים), והביאו לפציעתם של מפגינים רבים, כמו גם של 2 אזרחים ישראלים, ו-38 מאנשי כוחות הביטחון (בחלק מן המקרים מדובר היה אף בפציעות קשות, אשר הביאו לפינויים של שוטרים ותיילים לבתי חולים; כך, לדוגמא, ביום 29.7.08 נפצע באורח קשה בעינו שוטר מג"ב, ואף היה תשש, כי העין תאבד). בכך יש כדי להצביע על חריפותם של האירועים ועל עצמתם. טבלה המסכמת את האירועים בנעלין בין התאריכים 20.5.08 - 20.8.08 מצ"ב ומסומנת מש/2.

### האירוע מיום 7.7.08

11. ביום 20.7.08 העביר ארגון "בצלם" לעיוני, באמצעות דובר צה"ל, סרטון באורך 1:05 דקות. בתחילת הסרטון נראה העותר מס' 1, כשהוא מניף דגל פלסטיני. מיד לאחר מכן, נראה העותר מס' 1 כשהוא ישוב על הקרקע ליד קוביית בטון, ידיו קשורות מאחורי גבו, ועינו מכוסות בד. בקטע הבא של הסרטון, נראה העותר מס' 1 כשגבו למצלמה, והוא עומד מאחורי גיפ משטרתי. מימינו עומד המג"ד, והוא אוחז בזרועו של העותר מס' 1. מימין למג"ד עומד שוטר משמר הגבול, לבוש חולצה לבנה; המג"ד והשוטר משוחחים ביניהם. משמאל לעותר מס' 1, עומד סמ"ר ל', המכוון את נשקו האישי בכיוונו של העותר מס' 1. כעבור מספר שניות נשמע קול נפץ, ובעקבותיו העותר מס' 1, המג"ד ושוטר המג"ב, נרתעים ממקומם. בנקודה זו נקטע רצף

הטרטון, ובהמשכו נראה העותר מסי' 1 כשהוא שכוב על הקרקע לצד הגיפ המשטרתי. מאחוריו עומדים המגי"ד והחייל ונראה שהם משוחחים ביניהם.

12. האירוע המתועד בסרטון אירע באזור הכפר נעלין ביום 7.7.08. חשוב לציין, כי לאחר האירוע דיווח המגי"ד מיוזמתו על האירוע החמור והחריג הן למפקד החטיבה הגזרתית (מח"ט בנימין) והן למפקד חטיבה נוסף, המשמש כמפקדו הישיר. בנוסף, ערך המגי"ד בו ביום תחקיר מבצעי, שנשלח לשני המח"טים האמורים, ואף כינס את כל המפקדים בגדוד והציג בפניהם את חומרת האירוע, תוך שהוא מתדד את אחריותו לאירוע. בהמשך נערך תחקיר מבצעי נוסף, בראשות מח"ט בנימין.

13. בנוסף, נערך תחקיר מבצעי נוסף של האירוע, לאחר שהסרטון נחשף, בראשות מפקד פיקוד המרכז, ביום 22.7.08. בעקבותיו אף החליט מפקד הפיקוד להנחות על רישום הערה פיקודית בתיקו האישי של מפקד החטיבה המרחבית, מח"ט בנימין, על איכות הדיווח שיצא מהחטיבה ביחס לאירוע. מפקד הפיקוד הדגיש, כי לא היה ניסיון, בשלב כלשהו, להסתיר מידע ביחס לאירוע, אך הדיווח של החטיבה לא חידד מספיק את חומרת האירוע.

14. האירוע אמנם נחקר כאמור במסגרת תחקירים מבצעיים, אך לא היה ידוע לפרקליטות הצבאית או למשטרה הצבאית עד לקבלת הסרטון. מיד עם קבלת הסרטון, הוריתי, באמצעות הפרקליטה לעניינים מבצעיים, על פתיחה בחקירת מצ"ח ביחס לאירוע המתועד בסרטון. החקירה התנהלה ללא לאות, ותוך ליווי צמוד של הפרקליטות הצבאית.

15. במסגרת החקירה, נגבו, תחת אזהרה, אמרותיהם של המגי"ד ושל החייל, אשר אף נבדקו בבדיקות פוליגרף. כן נגבו עדויותיהם של העותר מסי' 1, של עדי ראיה לאירוע (הן הנערה שצילמה את הסרטון, והן עדים לאירוע מקרב כוחות הביטחון), ושל עדים רלוונטיים נוספים. במסגרת החקירה, אף נעשתה פעולת שחזור של האירוע, וכן נערך עימות בין המגי"ד לבין החייל.

16. המגי"ד נחקר 3 פעמים תחת אזהרה, ואילו החייל נחקר פעמיים תחת אזהרה. ראוי להתעכב קמעה על הגרסאות העולות מן העדויות שמסרו המגי"ד והחייל במסגרת חקירתם.

17. בעדותו, תיאר המגי"ד את פעילות הגדוד בגזרת נעלין עובר לאירוע, וציין, כי בחמשת הימים שקדמו לאירוע, עסק הגדוד באכיפת עוצר וכתר שהוטלו על הכפר נעלין, פעילות שלווה ביידוי אבנים לעבר החיילים, חסימת כבישים והפרות סדר שונות שכוונו לעבר הכוחות ששהו באופן ממושך ורצוף בכפר ובסביבתו. ביום האירוע, 7.7.08, התקיימה הפרת סדר אלימה במהלכה התפתחו שני "מוקדים" של התפרעות. במהלך הטיפול בהפגנה עוכבו מספר מפגינים, ביניהם העותר מסי' 1. המגי"ד ציין, כי העותר מספר 1 מוכר כאחד מן המפגינים המרכזיים והבולטים, הנוטלים חלק בהפגנות נגד בניית גדר הביטחון בכפר הסמוך בלעין (כפי שנרחיב להלן, המגי"ד אף זיהה את העותר מסי' 1 כמו שנטל חלק מרכזי בהפגנה נגד בניית בית כנסת ביישוב מודיעין עילית, הפגנה במהלכה התבצר העותר מסי' 1 על גבי מנוף במשך שעות ארוכות, ואשר בעקבותיה

אף נעצר). בהפגנה והפרות הסדר ביום 7.7.08, העותר מס' 1 וכן פלסטיני נוסף, עוכבו ונכבלו, עיניהם כוסו בבד, והם הושבו על הקרקע.

בשעת צהריים, הגיע המג"ד לאזור בו היה מוחזק העותר מס' 1. המג"ד פנה לעותר מס' 1 ואמר לו בעברית "נו, עכשיו אתה תפסיק להפגין נגד כוחות צה"ל". העותר מס' 1 השיב בערבית, כי אינו מבין עברית. בשלב זה, החליט המג"ד ("בהחלטה לא חכמה", כדבריו) להפחיד את העותר מס' 1, על מנת לגרום לו לדבר עימו בעברית (לטענת המג"ד, הוא ידע ממפגשים קודמים עם העותר מס' 1, כי האחרון מבין ודובר עברית). בהמשך, לגרסת המג"ד, פנה הוא לתייל שעמד בקרבת מקום, ואמר לו כי ינסו להפחיד את העותר מס' 1 באמצעות שקשוק הנשק שבידי החייל, כך שיטעה לחשוב שעומד להתבצע ירי כדור גומי. לטענת המג"ד, החייל הבין, כי כוונתו היא אך להפחיד את העותר מס' 1. לאחר שיחתו עם החייל, העמיד המג"ד את העותר מס' 1 על רגליו, וצעק לעבר החייל "לי תשקשק" או רק "לי" (כאן המקום להבהיר, כי בעגה הצבאית הביטוי "שקשוק" מכוון, על-פי רוב, לפעולת דריכה בנשק, שעה שאין בו מחסנית; הואיל ופעולת הדריכה מלווה בצליל ברור ומובחן, פעולת "השקשוק" מיועדת ליצור אצל השומעים את הרושם, כאילו כלי הנשק נדרד, מבלי שתתבצע למעשה גריפה של כדור לבית הבליעה של הנשק). באותה עת, לא היה החייל בקו הראייה של המג"ד. לפתע נשמע קול ירי, והעותר מס' 1 צעק.

מיד לאחר הישמע קול הירי, רץ המג"ד במהירות לעבר החייל, וצעק עליו "מה אתה עושה? למה ירית? מי אמר לך לירות? מה אתה מפגר?". החייל השיב "חשבתי שאמרת לי לירות", והמג"ד השיב "אני אמרתי לך לירות על בן אדם קשור וכפות!! אמרתי לך רק לשקשק את הנשק". החייל השיב, כי נשקו היה טעון בתחמיש גומי, ושהבין, כי המג"ד פקד עליו לירות.

מיד לאחר חילופי הדברים בין המג"ד לחייל, עבר המג"ד לטפל בעותר מס' 1. המג"ד הנחה להתייר את הכבילה מידיו של העותר מס' 1, להסיר את הבד שמיסה את עיניו, ולהביא למקום רופא צבאי. רופא הגיע למקום תוך מספר דקות, בדק את העותר מס' 1, וראה שהאחרון אינו זקוק לטיפול רפואי נוסף. אף העותר מס' 1 עצמו טען, כי אינו זקוק לטיפול רפואי, הוא שותרר ועזב את המקום בכוחות עצמו.

המג"ד תבהיר, כי בשום שלב לא פקד על החייל לבצע ירי, ולא אמר את המילה "תירה"; כי לא ראה את החייל מכוון את נשקו עובר לירי, שכן דלת הגייפ המשטרתי הצצה בינו לבין המקום בו עמד החייל; וכי כלל לא חשש שהחייל יבצע ירי, כיוון שפקד עליו רק "לשקשק" את הנשק. למעשה, הופתע מן הירי וכלל לא ציפה לו. ואכן – בעקבות הירי נרתע ממקומו וגער בחייל על מעשיו. לטענתו, מתן פקודה לבצע ירי בעצור, מנוגדת לחלוטין לתפיסת עולמו ולדרך התנהגותו, ואף הייתה "לא הגיונית" בסביבה שהייתה רוויה אזרחים ועיתונאים. המג"ד טען, כי אילו היה רואה את החייל מכוון את נשקו לעבר העותר מס' 1, היה "מעזיף אותו משם", שכן היה מבין, כי החייל לא ירד לסוף דעתו. המג"ד שב והבהיר, כי – "כל הרעיון היה ליצור אצל הפלסטיני תחושה שאנו הולכים לירות בשביל שיגיב בעברית". זאת על מנת לאפשר דיאלוג בין המג"ד לבין העותר מס' 1, במהלכו ידרוש המג"ד מן העותר מס' 1 להפסיק להשתתף בהפרות סדר. המג"ד ביקש, לדבריו, ליצור אצל העותר מס' 1 "תגובה מבוהלת, ספונטנית, בעברית", אחריה יוכל להמשיך לדבר עימו בתקיפות בעברית.

18. החייל, מסר תיאור של האירוע, השונה מזה שעלה מאמרותיו של המג"ד. לדברי החייל, סמוך לאירוע שהה בצומת הכניסה לכפר, לשם הובאו הפלסטינים שעוכבו במהלך הפרות הסדר. עותר מספר 1 הובא גם הוא לצומת, שם הושב על הקרקע כשידיו כבולות מאחורי גבו, ועיניו מכוסות

בד. החייל עמד ליד גייפ, ואז פנה אליו המג"ד ואמר "לי, מה אתה אומר נירה עליו גומיז", החייל השיב "כן, אין לי בעיה לירות בו גומיז". לטענת החייל, תשובתו למג"ד נועדה להפחיד את העותר מס' 1, ולא טאמרה ברצינות. זאת, כיוון שהחייל סבר, באותה עת, שהמג"ד אינו מתכוון שיבצע ירי, והוא "מתבדח" עימו על מנת להפחיד את העותר מס' 1.

לאחר השיחה בין השניים, העמיד המג"ד את העותר מס' 1 על רגליו, והחל להוליכו לעבר גייפ אחר שהיה בסמוך. תוך כדי הליכה, אמר המג"ד לחייל "בוא נלך לצד ונדרוך כדור" או "תדרך כדור". החייל טען, כי המג"ד לא אמר לו "תשקשק" כפי שטען המג"ד. בשלב זה, הבין החייל, לטענתו, כי כוונתו של המג"ד רצינית, והשיב "יש לי כבר כדור בקנח".

החייל הלך מאחורי המג"ד והעותר מס' 1, ונעמד מאחורי גיפ. בחקירתו הראשונה טען החייל, כי המג"ד אמר לו, בשלב זה, "נו, תירה כבר, תירה כבר". החייל החליט לבצע ירי לעבר "סולית נעלוי" של העותר מס' 1. לטענת החייל, הבין משפת גופו של המג"ד (אשר הרחיק את העצור ממנו תוך שהוא אוחז בזרועו), כי הוא מצפה ממנו לבצע ירי, וכי קיבל למעשה פקודה לבצע ירי, ולכן ביצע את הירי. לטענת החייל, ידע שאסור לבצע ירי לעבר אדם כבול, אך הבין שקיבל פקודה מן המג"ד לבצע ירי ולא הרחר אחריה.

בחקירתו המאוחרת יותר (במהלך ובעקבות העימות שנערך בין המג"ד לבין החייל), חזר בו החייל באופן מפורש מן הטענה, כי המג"ד אמר לו באותו שלב "תירה כבר, תירה כבר" (שוטר מג"ב, שעמד בעת האירוע בסמוך לגייפ ליד המג"ד ושוחח עם המג"ד עובר לירי, העיד, כי עובר לירי לא פקד המג"ד על החייל לבצע ירי). עם זאת, לטענת החייל, הבין את רצינות כוונתו של המג"ד, מכך שהמג"ד אמר לו "תדרך כדור", וכן מן העובדה שהוליך את העצור לעבר הגייפ השני, כמו גם משפת גופו של המג"ד ומן האופן בו אחז בעותר מס' 1.

גם לטענת החייל, לאחר הירי, רץ המג"ד לעברו, דחף אותו וצעק עליו "מה פתאום, איך אתה עושה דבר כזה, יורה בבן אדם כבול וקשורי?". החייל השיב, כי הבין שכך נדרש לעשות על-ידי המג"ד, וכי פעל בהתאם לפקודה שקיבל מן המג"ד. המג"ד אמר "נראה לך שאני אתן לך פקודה לירות בבן אדם?". החייל שב ואמר, כי הבין שהוא פועל בהתאם לפקודה שקיבל מן המג"ד.

לאחר הירי, שוחרר העותר מס' 1 מכבליו, והבד שכיסה את עיניו הוסר. העותר מס' 1 נבדק רפואית, ושוחרר.

19. העותר מס' 1 העיד במצ"ח כי אינו דובר את השפה העברית, וזאת בניגוד למת שסבר המג"ד. בנוסף, מסר העותר מס' 1, כי מתוך חילופי הדברים בין המג"ד לחייל, המילה היחידה שהבין הייתה "גומיז".

20. אם כן, מניתוח של העדויות והראיות בתיק, ניתן להצביע על מספר פערים בין התיאור שמסר המג"ד לבין התיאור שמסר החייל ביחס לאירוע, הנוגעים לשלושת השלבים השונים של האירוע

א. בנוגע לחילופי הדברים בין המג"ד לחייל בראשית האירוע – המג"ד טען, כי אמר במפורש לחייל, כי בכוונתו להפחיד את העותר מס' 1, בכך שיגרום לו לחשוב, כי עומד להתבצע לעברו ירי. החייל, לעומת זאת, טען, כי המג"ד לא הבהיר את כוונתו באופן מילולי, אלא אך שאל את החייל אם ברצונו לבצע ירי כדור גומי לעבר העותר מס' 1. עם

זאת, ראוי להזכיר, כי גם לפי גרסת החייל, בשלב זה של האירוע, סבר החייל, כי המג"ד אינו מתכוון שיבוצע ירי לעבר העותר מס' 1, אלא אך מנסה להפחידו.

דב"ט ע', חייל נוסף ששהה במקום האירוע, העיד במצ"ח, כי שמע את המג"ד פונה לחייל ואומר לו "לי אתה רוצה לירות גומיז", ואת החייל משיב בחיוב. בתגובה אמר המג"ד "טוב, אז בוא נלך לצד". לאחר מכן, התרחקו החייל והמג"ד מן הגיפ, וכעבור כדקה, נשמעה ירייה. גרסתו של רבי"ט ע', תומכת, אפוא, בגרסה שמסר החייל ביחס לשלב זה של האירוע.

סוגיה זו נבחנה גם באמצעות בדיקת פוליוגרף שנערכה למג"ד ולחייל, אשר ממצאיה תמכו גם הם בגרסה שמסר החייל.

נוכת האמור, מצאו המשיבים לאמץ, לעניין תוכנם של חילופי הדברים בין המג"ד לחייל, בראשית האירוע, את גרסתו של החייל.

ב. **בנוגע לחילופי הדברים בין המג"ד לחייל לאחר שהעותר מס' 1 הוקם על רגליו –** המג"ד טען, כי נקט בביטוי "תשקשק", ואילו החייל טען, כי המג"ד פקד עליו "תדרך כדור", וכי השיב לו "יש לי כבר כדור בקנה". לטענת החייל, חילופי הדברים הללו, כמו העובדה שהמג"ד הוביל את העותר מס' 1 לעבר הגיפ המשטרתי, הביאו לכך שהבין, כי המג"ד אכן מתכוון לכך שיבוצע ירי לעבר העותר מס' 1.

חלקו זה של האירוע התרחש שעה שהמג"ד, העותר מס' 1 והחייל היו בתנועה בין הגיפ עליו ישב החייל בתחילת האירוע, לגיפ המשטרתי שבסמוך אליו אירע הירי. לא היו עדים נוספים לחלק זה של השיחה. עם זאת, מצאו המשיבים לאמץ, גם לעניין זה, את גרסתו של החייל.

ג. **בנוגע לירי עצמו –** המג"ד טען, כי עובר לירי עמד החייל בנקודה שלא הייתה בשדה ראייתו (שכן בין השניים חצצה דלת הגיפ, עובדה שנתמכה בשחזור האירוע), כי לא ציפה לכך שהחייל יבצע ירי, וכי הופתע מן הירי. החייל, לעומת זאת, טען, כי המג"ד הרחיק את העצור מגופו (של המג"ד), תוך שהוא אווזו בזרועו, ו-"מכין" אותו לירי (כאמור, החייל העיד בתחילה, כי המג"ד צעק "תירה כבר, תירה כבר", אך מאוחר יותר חזר בו מגרסה זו).

סמל ד', שוטר מג"ב, עמד בעת הירי סמוך למג"ד, ועובר לירי שוחחו השניים ביניהם (ניתן לראות את סמל ד' בסרטון האירוע, עומד מימינו של המג"ד בעת הירי). בעדותו במצ"ח מסר סמל ד', כי דיבר עם המג"ד על אירוע שהתרחש בכפר, וכי במהלך השיחה בין השניים נשמעה ירייה, אחריה נפל העותר מס' 1 על הקרקע וצעק. סמל ד' העיד, כי עובר לירי לא היו חילופי דברים בין המג"ד לחייל. לדברי סמל ד', לאחר הירי בדק המג"ד את העותר מס' 1, וכן "לקח את החייל לצד וצעק עליו, הוא אמר לו 'מה אתה עושה? מה אתה דפוק?'. עדותו של סמל ד', תומכת את טענת המג"ד, כי לא היה מודע לכך שהחייל עומד לבצע ירי לעבר העותר מס' 1, וכי הופתע מן הירי (עובדה הנתמכת גם בתגובתו הספונטאנית והמופתעת של המג"ד לאחר הירי, ומחילופי הדברים בינו לבין החייל).

שוטר מג"ב נוסף שהיה בזירת האירוע, סמ"ר נ', העיד גם הוא, כי מיד לאחר הירי "המג"ד התעצבן ואמר לו [לחייל] "מה אתה עושה? מה אתה דפוק? למה עשית את זה? כנס לגיפ ומהר!". עדות דומה מסר גם קצין תשתיות שהיה במקום, רס"ן ע'.



נוכח האמור, מצאו המשיבים לאמץ, בכל הנוגע לשלב זה של האירוע, את גרסת המג"ד, הנתמכת בעדותם של שוטרי מג"ב (סמל ד' וסמ"ר נ') ובעדותו של רס"ן ע', אינה נסתרת על-ידי גרסתו האחרונה של החייל, ואף מתיישבת עם הסרטון ובו תיעוד של שלב זה של האירוע.

21. ניתן, אם כן, לקבוע כבר עתה, כי בניגוד לטענת העותרים, לא ביכרנו את גרסת המג"ד על פני זו של החייל, אלא בחנו את הגרסאות באופן מדוקדק, על רקע מכלול הראיות שבתיק, ואימצו ככלל את הגרסה שאמינותה (ה-"פנימית" וה-"חיצונית") רבה יותר, היא גרסתו של החייל דווקא (גרסה ה-"מכבידה" על המג"ד).

22. לאחר בחינה מדוקדקת של כלל חומר הראיות בתיק, כמפורט לעיל באנו לכלל מסקנה, כי השתלשלות האירוע הייתה כמפורט להלן (הדברים הובאו גם במכתבי לעותרים, אשר צורף לעתירה וסומן ע/16):

א. זה כמה חודשים, פועל גדוד שריון, תחת פיקודו של המג"ד, בגזרת הכפר נעלין. בתקופה זו, עסק הגדוד באופן תדיר בהתמודדות עם הפגנות אלימות, התפרעויות והפרות סדר, במהלכן ידו המפגינים אבנים לעבר כוחות הביטחון, ונהגו כלפיהם באלימות. במשך חמשת הימים שקדמו לאירוע, עסק הגדוד באכיפת עוצר שהוטל על הכפר. אכיפת העוצר לוותה בידי אבנים ובקבוקי תבערה על כוחות הביטחון, חסימת כבישים, אלימות, 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, ידו אבנים לעבר כוחות הביטחון אשר פעלו לפיזור הפרת הסדר, בכלל זה לעבר המג"ד וחייליו. כוח בפיקודו של המג"ד עיכב חלק מן המפגינים, בכלל זה את מר אשרף אבו רחמה (הוא העותר מס' 1), אשר זוהה כמי שהשתתף בעבר בהפרות סדר אלימות בגזרה.

ג. ידיו של מר אבו רחמה נכבלו ב-"אזיקון" פלסטיק, עיניו כוסו בכד, והוא הובא יחד עם פלסטינים מעוכבים אחרים, לצומת הכניסה לכפר נעלין. הפלסטינים הופרדו זה מזה, על מנת שלא ישוחחו ביניהם. שעה שהעותר מס' 1 ישב על הקרקע, פנה אליו המג"ד, אשר הכיר את העותר מס' 1 מהפגנות והפרות סדר רבות בהן השתתף האחרון בעבר, ואמר לו: "נו, עכשיו אתה תפסיק להפגין נגד כוחות צה"ל", או מילים בעלות משמעות דומה. העותר מס' 1 השיב למג"ד בערבית תשובה ממנה השתמע, כי אינו מבין עברית.

ד. לאחר חילופי חדברים הללו בין העותר מס' 1 למג"ד, אמר המג"ד לחייל, 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 העותר מס' 1, אלא ביקש להפחידו, על-ידי כך שדבריהם ומעשיהם של המג"ד והחייל יגרמו לעותר מס' 1 לחשוב, כי עתיד להתבצע לעברו ירי של כדור גומי. אף החייל הבין, בשלב זה, כי כוונתו של המג"ד אינה, כי יבוצע ירי ממש לעבר העותר מס' 1, וכי הוא אך מבקש להפחידו.

ה. או אז, הרים המג"ד את העותר מס' 1 מן המקום בו היה ישוב, והוליכו לכיוון גיפ של מג"ב אשר חנה בקרבת מקום. כשחלפו השניים על פני החייל, אמר המג"ד לחייל "תדרך

כדור", או מילים בעלות משמעות דומה. החייל השיב "יש לי כבר כדור בקנה" או מילים בעלות משמעות דומה.

- ו. בעקבות חילופי הדברים האמורים, חלך החייל אחר המג"ד והעותר מס' 1 ונעמד מצידו של הגייפ, אשר מאחוריו עמדו השניים. המג"ד החזיק את העותר מס' 1 בזרועו, ושוחח עם שוטר מג"ב שעמד בסמוך (סמל ד'). בשלב זה, התגבשה אצל החייל ההבנה (על בסיס חילופי הדברים בינו לבין המג"ד, כמו גם התנהלותו של המג"ד ושפת הגוף-שלו), כי המג"ד אכן דורש ממנו לבצע ירי לעבר העותר מס' 1. משכך, כיוון החייל את נשקו האישי לעבר נעלו של העותר מס' 1, וירה כדור גומי לעבר הנעל מטווח קצר. העותר נפל על הקרקע וצעק.
- ז. מייד לאחר הירי, זינק המג"ד לעבר החייל, דחף אותו, צעק עליו וגער בו על ביצוע הירי באדם כבול. החייל השיב למג"ד, כי הבין שקיבל ממנו פקודה לעשות כן.
- ח. "אזיקון" הפלסטיק באמצעותו נכבל העותר הותר, הבוד שכיסה את עיניו הוסר, ולמקום הובא רופא צבאי, סגן ד"ר א', אשר בדק את רגלו. הרופא מצא, כי נגרמה חבלה שטחית בבוהן השמאלית של העותר מס' 1 (בעדותו במצ"ח, תיאר הרופא את החבלה כ-"מכה יבשה"). הרופא ציין, כי לא נגרמו לעותר מס' 1 שבר, סדק, דימום, או כל נזק משמעותי אחר. העותר מס' 1 שוחרר, ועזב את המקום בכוחות עצמו.

23. לסיכום, התשתית העובדתית, המשקפת לטעמנו את חומר הראיות בתיק הינה, בתמצית:

- המג"ד התכוון להפחיד את העותר מס' 1, בכך שחילופי הדברים עם החייל וקול דריכת הנשק ע"י החייל (פעולה שבסופו של דבר לא התבצעה), יגרמו לעותר מס' 1 לחשוב כי עתיד להתבצע לעברו ירי של כדור גומי. זאת על מנת לגרום לעותר מס' 1 לשוחח עמו בעברית.
- אף החייל הבין תחילה, כי כוונת המג"ד היא להפחיד בלבד את העותר מס' 1.
- המג"ד הרים את העותר מס' 1, הם חלפו על פני החייל, והמג"ד אמר לחייל "תדרך כדור" או מילים דומות. החייל השיב "יש לי כבר כדור בקנה" או מילים דומות. גם בשלב זה, כוונת המג"ד הייתה כאמור להפחיד את העותר מס' 1, על מנת לגרום לו לשוחח עם המג"ד בעברית.
- בפועל, הסתבר מעדותו של העותר מס' 1 כי לא הבין את השפה העברית, וכי מלבד המילה "גומי" לא הבין דבר מהדיאלוג בין המג"ד לבין החייל.
- המג"ד החזיק את העותר מס' 1 בזרועו ושוחח עם שוטר מג"ב. בשלב זה, התגבשה אצל החייל ההבנה, כי המג"ד דורש ממנו לבצע ירי לעבר העותר מס' 1. משכך, כיוון החייל את הנשק לעבר סולית נעלו של העותר וירה לעברה מטווח קצר. העותר נפל על הקרקע וצעק. יודגש, כי המג"ד לא נתן פקודה לחייל לירות בשלב כלשהו של האירוע.
- המג"ד לא ציפה לביצוע הירי והיה מופתע ממנו לחלוטין. הוא זינק לעבר החייל, דחף אותו וגער בו על כך שביצע ירי לעבר אדם כבול.

24. חשוב להבהיר, כי תשתית עובדתית זו היא המשקפת את חומר הראיות בתיק, היא זו ש"אומצה" על-ידי, ועל בסיסה נתקבלה החלטתי ביחס לתיק, אליה נתייחס בפירוט בהמשך. ניתוח משפטי של החלטתי, מן הראוי שיישען על בסיס עובדתי זה ויתקיים לאורו.

25. בעתירה, הביעו העותרים ספק באמיתותה של גרסה עובדתית זו. העותרים טוענים, כאמור לעיל, כי המשיבים אימצו באופן מלא את גרסת המג"ד, והעדיפו אותה באופן קטגורי. טענה זו משוללת כל יסוד. התמונה העובדתית של האירוע לה תטען התביעה הצבאית בפני בית הדין הצבאי, נסמכת בראש ובראשונה על גרסתו הסופית של החייל, וודאי לא ניתן לומר, כי היא נסמכת דווקא על גרסתו של המג"ד, כפי שטענו העותרים.

26. עיקר ביקורתם של העותרים, נסבה על מסקנת, כי המג"ד לא התכוון לכך שיבוצע ירי לעבר העותר מס' 1. לעניין זה, מעלים העותרים שורה של תהיות ושאלות, התומכות, אליבא דידם, במסקנה הפוכה. בתגובה לכך נטען, כי מרבית התהיות שהועלו על-ידי העותרים בהקשר זה, דווקא מוצאות מענה הולם בחומר הראיות שבתיק, ומשכך, נבקש להתייחס אליהן אחת לאחת, בקצרה –

א. העותרים שואלים – איזו היכרות קודמת הייתה בין המג"ד לעותר מס' 1, אשר גרמה לו לחשוב, כי העותר מבין עברית? בחקירתו במצ"ח העיד המג"ד, כי הכיר את העותר מס' 1 כיוון שהאחרון היה מן הבולטים שבמשתתפי ההפגנות נגד הקמת גדר הביטחון בסמוך לכפר בלעין, וזה אף נטל חלק בהפגנה נגד הקמת בית כנסת ביישוב מודיעין עלית, במהלכה טיפס על מנוף והתבצר עליו למשך מספר שעות. ממפגשים קודמים של המג"ד עם העותר מס' 1, התרשם הראשון (אם כי לאור עדות העותר מס' 1, אפשר שהרושם היה מוטעה), כי האחרון מבין ודובר עברית.

ב. עוד שואלים העותרים – מדוע סבר המג"ד, כי כיוון נשק לעבר אדם מכוסה עיניים, ישרת את מטרת ההפחדה, שעה שאותו אדם אינו יכול לראות את הנשק המכוון לעברו? כאמור, הגרסה העובדתית העולה מחומר החקירה מצביעה על כך שהמג"ד מעולם לא הורה לחייל לכוון את נשקו לעבר העותר מס' 1, ולא התכוון, כי יעשה כן. כוונתו של המג"ד הייתה להפחיד את העותר מס' 1 בכך שזה ישמע את חילופי הדברים בין המג"ד לבין החייל (לפי עדותו של העותר מס' 1 במצ"ח, הוא אכן שמע את המילה "גומי"), ואת דריכת הנשק (לכן הורה המג"ד לחייל לבצע פעולת דריכה בנשק, על מנת לגרום לעותר מס' 1 לשמוע את קולות דריכת הנשק). המג"ד ציפה, כי אלה, יחד עם העובדה שהמג"ד חקיס את העותר מס' 1 על רגליו, והוליכו לאזור אחר, ייצרו אצל האחרון את התחושה, כי עומד להתבצע לעברו ירי של כדור גומי, וכי הדבר ידרבן אותו לשתף פעולה עם המג"ד ולשוחח עימו בעברית. כאמור, המג"ד לא ציפה שהחייל אכן יכוון את נשקו לעבר העותר מס' 1, ולא הסתמך על כך כחלק מ-"תכניתו" להפחיד את העצור. למעשה, "תפקידו" של החייל בתכנית, אמור היה להסתיים לאחר שישמיע קול דריכה בנשק.

ג. נטען על ידי העותרים, כי מן הסרטון עולה, כי המג"ד "הפנה" את העותר מס' 1 כך שגופו יעמוד בזווית לכיוון החייל, בעוד המג"ד עצמו התרחק מן העותר מס' 1, כמרחיק

עצמו מטווח הירי – מחומר הראיות עולה, כי המג"ד העמיד את העותר מס' 1 על רגליו והוליכו לעבר הגייפ המשטרתי, שם שוחח עם שוטר מג"ב סמל ד'. שיחתם של השניים נמשכה עד אשר נשמע קול הירי (בסרטון אף ניתן לראות את השניים משוחחים ביניהם). אותה עת, המג"ד אחז בזרועו של העותר מס' 1 אחיזה רפה. אכן, בסרטון נראה המג"ד כשהוא "דוחק" את העותר מס' 1 שמאלה, אל מעבר לדופן הגייפ המשטרתי. הטעם לכך אינו ברור, אך מעדותו של סמל ד' עלתה האפשרות, כי הדבר נועד למנוע מן העותר מס' 1 לראות את פנים הגייפ (שכן הבד שכיסה את עיניו לא חסם, כנראה, באופן מלא את שדה ראייתו), או כהכנה לכך שהגייפ ייסע נסיעה אחורנית (אפשרות הנתמכת בעובדה שדלתות הגייפ היו פתוחות, כפי שנהוג לעשות טרם נסיעה אחורנית ברכב ממוגן). אלה אמנם השערות גרידא, אך הן עשויות להסביר את תנועת ה-"דחיקה" שבסרטון. מכל מקום, מעדותו של המג"ד, ובעיקר מתגובתו המופתעת והספונטאנית מיד לאחר הירי, שעליה העידו מספר עדים, עולה, כי המג"ד כלל לא היה מודע לכך שהחייל עומד לבצע ירי. בנוסף, טען המג"ד שהחייל לא היה בטווח ראייתו (של המג"ד), והוסתר מעיניו על-ידי דלת הגייפ.

ד. עוד טוענים העותרים, כי מבטו של המג"ד הופנה בשלב מסוים לעבר החייל, שעה שזה מכוון לעברו את נשקו הטעון והדרוך, אך המג"ד לא הגיב לכך אלא הסיט את מבטו ימינה – כאמור לעיל, המג"ד טען, כי החייל לא היה בשדה הראייה שלו, שכן דלת הגייפ המשטרתי חצצה בינם. משכך, כאשר הפנה את ראשו לכיוון החייל, כלל לא ראה אותו מכוון את נשקו, טענה שנבדקה כאמור באמצעות שחזור במהלך החקירה, ולא נשללה. המג"ד הבחיר בעדותו, כי אילו היה רואה את החייל מכוון את נשקו לעבר העותר מס' 1, היה מורה לו מיד לחדול מכך (היה "מעניף אותו משם" כלשונו של המג"ד).

ה. העותרים מצטטים את הפרסומים באמצעי התקשורת לפיהם החייל הורח מסר בחקירתו, כי המג"ד אמר לו שלוש פעמים "תירה כבר" – אכן, טענה זו הועלתה על-ידי החייל בגרסתו הראשונה בפני חוקרי מצ"ח, אולם, כאמור, החייל חזר בו מגרסתו זו, בעדויות מאוחרות יותר שמסר במצ"ח, בעקבות העימות שנערך בינו לבין המג"ד.

ו. העותרים שואלים – כיצד אמור היה החייל לדעת, כי המג"ד אינו מתכוון שאכן יבוצע ירי? אכן, המשיבים סבורים, כי המג"ד לא נקט בכל הפעולות הדרושות על מנת להבטיח, כי החייל יבין את כוונותיו באופן מלא וברור. זהו חלק מן הכשל הפיקודי שמאפיין את מעשיו של המג"ד (זאת, נוסף על הכשל הערכי-מוסרי שבמעשים שעשה המג"ד עצמו, עליו נרחיב להלן). עם זאת, מחומר הראיות עולה, כי אף החייל עצמו הבין בתחילת האירוע, כי המג"ד אינו מתכוון לכך שיבצע ירי ממש, ורק בשלב מאוחר יותר, בהסתמך על התנהגותו של המג"ד, שפת גופו, והעובדה שאמר "תדרך כדור", טעה החייל לחשוב, כי המג"ד אכן מתכוון לכך שיבצע ירי. מכל מקום, מן התמונה הראייתית בתיק עולה שהמג"ד לא נתן פקודת "אש" לאחר ההוראה לחייל לבצע פעולת דריכה בנשק.

27. כפי שאף העותרים עצמם מציינים (סעיף 26 סיפא לעתירה), תגובתו האינסטינקטיבית של המג"ד מיד לאחר הירי, כמו גם חילופי הדברים בינו לבין החייל לאחר הירי, מעידים בבירור על

כך שהירי הפתיע את המגייד. אלה, תומכים באופן חזק וממשי ביותר במסקנה אליה הגעתי, כאמור לעיל, כי המגייד כלל לא התכוון לכך שיבוצע ירי לעבר העותר מסי 1, לא ציפה לכך שיתבצע ירי, ולא היה מודע לאפשרות שעומד להתבצע ירי. התהיות שהעלו העותרים בעניין זה, אכן ממחישות היטב את דבר אי התבנה שנתגלעה בין המגייד לחייל במהלך האירוע, אשר הביאה לבסוף לכך שהחייל ביצע את הירי. עם זאת, לא ניתן להסיק מאי התבנה שנוצרה, מיותרת ומצערת ככל שתהיה, כי המגייד התכוון לכך שיבוצע ירי, אלא שההנחיות שנתן בעניין זה לחייל, לא היו ברורות וחד משמעיות, ולא גילו באורח מספק את כוונותיו. אכן, זהו אחד הכשלים (פיקודי-מקצועי באופיו), אשר התגלה בהתנהגותו של המגייד במהלך האירוע, כפי שיפורט להלן.

28. כעת, נפנה לדון בצעדים המשפטיים והפיקודיים שנקטו בעקבות האירוע.

## חלק שני – הצעדים המשפטיים והפיקודיים שנקטו בעקבות האירוע בנעלינו

29. כאמור, האירוע בנעלינו נודע לפרקליטות הצבאית לראשונה ביום 20.7.08, עת הועבר לעיוני סרטון המתעד את האירוע. מיד עם קבלת הסרט, הוריתי על פתיחה בתקירת מצ"ח לבדיקת נסיבות האירוע. הדבר נעשה בשונה מהנהל המקובל ביחס לאירועים מבצעיים, בהם מתקבלת החלטה רק לאחר עיון בתחקירים המבצעיים. זאת מאחר שסברתי שמקרה זה אינו מסוג המקרים, בהם נכון להמתין לקבלת תחקיר מבצעי, אלא הוא מחייב חקירה פלילית מיידית. החקירה נוהלה ללא לאות, ותוך ליווי רצוף של התביעה הצבאית.
30. סמוך לאחר תחילת החקירה, המלצתי למפקד פיקוד הצפון, הגורם 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, למעשה – עד לקבלת התלטות בנוגע להמשך הטיפול המשפטי באירוע. מפקד האוגדה קיים שימוע לחייל, והשעה אותו לאלתר.
31. עם סיום חקירת מצ"ח ולאחר שבחנתי את תיק החקירה, פניתי לרמטכ"ל בהמלצה כי הרמטכ"ל ינקוט צעד פיקודי ויורה על הדחתו של המשיב 3 מתפקידו כמג"ד.
32. ביום 6.8.08, עם תום החופשה לה הוצא המג"ד, שב המג"ד והתייצב בפני מפקד פיקוד הצפון. המג"ד הביע בפני מפקד הפיקוד את עמדתו, כי עליו (על המג"ד) לסיים לאלתר את תפקידו בעקבות האירוע. מפקד הפיקוד ציין בפני המג"ד, כי הוא רואה את האירוע בנעלינו ככשל פיקודי וערכי של המג"ד, וכי הוא ימליץ לגורמים המוסמכים לקבל את העמדה שהביע המג"ד בנוגע לסיום תפקידו.
33. בהתאם להמלצתי האמורה, בו ביום, זימן הרמטכ"ל את המג"ד להתייצב בפניו, וקיים הליך פיקודי של הדחה בעניינו. במסגרת ההליך, הבהיר המג"ד, כי לא הייתה לו כל כוונה, כי יבוצע ירי לעבר העצור הפלסטיני, והסביר את הנסיבות שהובילו, בראייתו, לאי-ההבנה שנתגלעה בינו לבין החייל. בה בעת, לקח המג"ד על עצמו את האחריות לאירוע, וביקש לסיים את תפקידו כמג"ד. הרמטכ"ל ציין בפני המג"ד, כי הוא רואה באירוע אירוע חמור ופסול, המהווה כשל פיקודי וערכי של המג"ד, וכי הוא רואה במג"ד את האחראי לאירוע ולתוצאותיו. הרמטכ"ל הודיע למג"ד, כי נוכח חלקו באירוע ואחריותו להתרחשותו, התליט, כתחלטה פיקודית עצמאית מטעמו, להעבירו לאלתר מתפקידו כמג"ד. (ויובהר: העברה זו אינה לתקופה קצרה אלא למשך תפקיד שלם, שבמערכי השדה הינו תפקיד של כשנתיים לפחות). הרמטכ"ל מצא לנכון להבהיר, כי החליט להעביר את המג"ד מתפקידו, וכי אין המדובר ב-"היענות לבקשתו של המג"ד" לסיים את תפקידו. עוד ציין הרמטכ"ל, כי הוא אינו פוסל את האפשרות שהמג"ד יחזור בעתיד, לאחר שישלים את התפקיד אליו יועבר, בתום מספר שנים, לתפקיד פיקוד. עם זאת, הנושא ייבחן רק לאחר סיום ההליך המשפטי בעניינו של המג"ד, ובשים לב לתוצאותיו. הרמטכ"ל הנחה, כי סיכום הראיון, יתויק בתיקו האישי של המג"ד.
- העתק סיכום הראיון שקיים הרמטכ"ל למג"ד מצ"ב ומסומן מש/3.

34. יש לציין, כי ההליך הפיקודי שקיים הרמטכ"ל למג"ד נעשה בהתאם להמלצתי. עם זאת, הבהרתי לרמטכ"ל, באופן חד משמעי, כי אין תלות בין ההליכים, וכי החלטתו בעניין הצעדים הפיקודיים שיינקטו נגד המג"ד, מצויה בסמכותו באופן בלעדי. ומנגד, כי החלטתי בדבר הצעדים שיינקטו נגד המג"ד במישור הפלילי, תתקבל באופן עצמאי, תוך שקילת מכלול הנסיבות והשיקולים הצריכים לעניין, ובכלל זה הטיפול הפיקודי במג"ד.

35. חשוב להבהיר בעניין זה, כי מבחינת תוכנו ותוצאותיו של ההליך – העברתו לאלתר של המג"ד מתפקידו, מתיחת ביקורת חמורה על תפקודו באירוע, וקביעה כי מדובר בכשל ערכי ופיקודי חמור – **מדובר בהליך הדחה** (בהוראת הפיקוד העליון 3.0226 שהוזכרה על-ידי העותרים, מוגדרת "הדחה" כ-"פעולה סופית וקבועה שמשמעותה העברתו של חייל מתפקידו כתגובה על מעשה המיוחס לו"). ניתן לצטט, על דרך ההשאלה ותחיקש, את דבריו של כב' השופט קדמי בבג"ץ 425/89 צופאן ואח' ג' הפירקליט הצבאי הראשי ואח', פ"ד מג(4) 718, בעמוד 722 (1989) –

"הנקיטה בלשון נקייה של "הפסקת השירות" – או "סיום השירות" – אינה מבטאת את המשמעות האמיתית של הדיבור. בהקשר הנידון כאן, משמעותו של הדיבור האמור היא: הדחה מתפקיד בכיר באירגון היררכי מובהק, וסילוק משורות הצבא (השקול כנגד גירוש ממנו)."

ובמקרה דנן – הנקיטה בלשון מתונה של "העברת מתפקיד", משמעותה המעשית והערכית היא הדחה של המג"ד מתפקידו, על כל המשתמע מכך, וזהו אף המסר שהועבר בצח"ל בעקבות הצעד הפיקודי בו נקט הרמטכ"ל.

36. ואכן, במכתבי לעותרים כיניתי את החלטת הרמטכ"ל "צעד פיקודי חריף", וצינתי את השלכותיו הקשות של צעד זה על המג"ד. טענותיהם של העותרים בעניין זה, אינן נהירות למשיבים. בעקבות הצעד הפיקודי שנקט נגדו, סיים המג"ד לאלתר את תפקידו, תפקיד המצוי בליבת שדרת הפיקוד של צה"ל, וחוצא למעשה ממסלול הקידום המקצועי בו היה מצוי. תוצאה מעשית זו, כמו העובדה שהחלטת הרמטכ"ל על תוכנה תויקה בתיקו האישי של המג"ד, שקולות לגמרי לתוצאותיו של הליך הדחה פורמאלי. לעניין המשך שירותו של המג"ד, קבע הרמטכ"ל באופן מפורש, כי החלטות בעניין זה יתקבלו רק לאחר שיסיים המג"ד (כאמור, בתום שנתיים לפחות) את התפקיד אליו הועבר במרכז לאימוני יבשה, **ובשים לב לתוצאות ההליך המשפטי בעניינו**. קביעה זו, מתיישבת עם הדברים שצוטטו על-ידי העותרים מפי הרמטכ"ל, לפיהן הרמטכ"ל אינו פוסל את האפשרות, כי המג"ד יחזור בעתיד לציר הפיקוד (ודוק – מדובר בשלב זה באפשרות גרידא, המותנית, בין היתר, בתוצאות ההליך המשפטי בעניינו של המג"ד).

37. בהמשך, נעמוד על המשמעות שייחסתי לצעד הפיקודי שנקט ביחס למג"ד. די לציין, בשלב זה, כי במערכת צבאית היררכית, נודעת משמעות ייחודית לסנקציות פיקודיות. בית המשפט הנכבד עמד במספר הזדמנויות על כך שחריפותם של הצעדים הפיקודיים, מבחינת הפרט ומבחינת המסר המועבר למערכת ולציבור, עולה לעיתים על זו של הליך פלילי או משפטי, חמור ככל

שיהיה. הכתמה במישור הפיקודי אינה פחותה בחומרתה, במקרה דנן, מהכתמה ברישום פלילי, ומהווה צעד אפקטיבי ורב משמעות. משכך, ייחסתי משקל משמעותי, לצעד הפיקודי החרף והברור שנקט בעניינו של המג"ד. אין לפטור צעד זה כלאחר יד, כפי שניסו לעשות העותרים בעתירתם.

38. המג"ד היה מפקד מצטיין לאורך כל שנות שירותו. הוא שימש כסמג"ד תחת אש במלחמת לבנון השנייה, ופיקד על גדוד בגזרה מבצעית רגישה באזור יהודה ושומרון. הגם ששימש בתפקיד המג"ד כשנה בלבד, והיה רחוק מסיום תפקידו, הוא הודה מהפיקוד על הגדוד, ועזב את פקודו במציאות מבצעית מורכבת, לתפקיד שאינו פיקודי. תפקיד המג"ד הוא תפקיד הליכה, המשמעותי ביותר, בקריירה של קצין לוחם בצה"ל. משכך, להדחה מתפקיד זה משקל כבד ונלווה לה כתם שילווה את המג"ד בהמשך שירותו וחיוו. דומה שעמדתם של העותרים, מתעלמת מפגיעתה הקשה של החלטת הרמטכ"ל במג"ד, פגיעה אשר משפיעה ותשפיע על קידומו המקצועי, על המשך שירותו בצה"ל, על תדמיתו כמפקד וכאדם, ועל שמו הטוב.
39. במקביל, עם השלמת החקירה, הועברו ממצאיה לעיון הפרקליטות הצבאית. לאחר שבחנתי את תומר הראיות, באתי לכלל מסקנה, כי נסיבות האירוע מחייבות לכאורה להביא הן את המג"ד והן את החייל היורה לדין בפני בית הדין הצבאי (על משמעותה של החלטה זו, נרחיב בהמשך). משכך, הוזמנו באי כוחם של המג"ד והחייל, לפי בקשתם, לשימועים בפניי. בשימועים אלה, העלו באי כוחם של השניים את הטענה, לפיה עניינם של השניים ראוי להעמדה לדין משמעתי גרידא, ואינו מתאים להעמדה לדין פלילי בפני בית הדין צבאי.
40. על אף הטענות שנטענו בעניין זה, עמדתי סופית על דעתי, כי נסיבות האירוע ואופיו, מחייבים העמדתם של שני המעורבים לדין פלילי בפני בית דין צבאי, על כל המשתמע מכך, ואינם מתאימים לדין משמעתי. כאמור, נרחיב להלן על המשמעות אותה יש לייחס להבאתם של נאשמים לדין פלילי בפני בית הדין הצבאי, שהוא ערכאה פלילית לכל דבר.
41. בכתאם, ביום 7.8.08, למחרת ההליך הפיקודי שקיים הרמטכ"ל למג"ד, הוריתי על העמדתם לדין של המג"ד והחייל בגין עבירה של התנהגות שאינה הולמת, לפי סעיף 130 לחוק השיפוט הצבאי. כתב האישום הוגש בו ביום. נתייחס כעת לטעמים שביסוד החלטה זו, ובתוך כך – למשמעותה של העמדה לדין בפני בית דין צבאי (להבדיל מהעמדה לדין משמעתי), למהותה של עבירת ההתנהגות שאינה הולמת (שעה שהיא נדונה כעבירה פלילית לכל דבר בפני בית הדין הצבאי), ולעמדתנו בנוגע למשמעות אותה יש לייחס לצעדים פיקודיים במסגרת קבלת החלטות בדבר טיפול משפטי באירוע מסוג זה.
42. נקדים ונאמר, כי בדומה למקרים רבים, נסיבותיו העובדתיות של אירוע פלוני, עשויות להתאים במידה זו או אחרת ליסוד העובדתי של עבירות שונות הנתונות לסמכותם של בתי הדין הצבאיים. כבכל תיק, ברירת סעיף האישום על-ידי בעל הסמכות (במקרה זה – אנכי כפצ"ר), צריך שתיתן ביטוי לנסיבות העבירה, כפי שהן עולות מחומר הראיות, ולמכלול ההשלכות על הנאשמים, תוך שמירה על האינטרסים הציבוריים הנוגעים בדבר. בבואן להעמיד נאשם לדין, על



רשויות התביעה לייחס לנאשם את סעיף האישום, התואם, בראייתן המקצועית, באופן הראוי ביותר, את נסיבות המעשה שעשה הנאשם, ואת ההגנה על האינטרסים הציבוריים עליהם הן אמונות. במערכת הצבאית, יש לייחס גם משקל משמעותי להליכים פיקודיים, הננקטים כנגד המעורבים, ובהתאם אף להיבט זה היה משקל משמעותי בהחלטתי. המשיבים סבורים, כי העבירה שיוחסה לנאשמים, עבירת התנהגות שאינה חולמת, היא העבירה המתאימה ביותר לנסיבותיו של התיק – הן מבחינת נסיבותיו של האירוע, הן מבחינת מהותו של הכשל שנכשלו בו הנאשמים, והן מבחינת תוצאותיו הכוללות של האירוע מבחינת הנאשמים.

#### העמדה לדין בפני בית דין צבאי

43. כאמור, עמדתי הייתה ועודנה, כי התנהגותם של המג"ד והחייל באירוע נעלין, מחייבת תבאתם לדין בפני בית הדין הצבאי, וכי לא ניתן להסתפק בעניינם בהעמדה לדין משמעותי. העותרים ביקשו לגמד את משמעותה של ההעמדה לדין בפני בית דין צבאי, ו-"לצבוע" בצבעים מקילים את ההליך הפלילי שיערך למג"ד ולחייל.

44. כאן המקום להזכיר, כי בניגוד לבתי דין אחרים הפועלים בשירות המדינה, בתי הדין הצבאיים הם ערכאות פליליות לכל דבר ועניין. הדברים באו לידי ביטוי בדו"ח השני של הוועדה לעניין איש תפקידי השופטים הצבאיים-המשפטיים בבתי הדין הצבאיים, בראשות כבוד השופט (כתוארו דאז), מאיר שמגר. קטע מתוך הדו"ח תובא בפסק דינו של בית הדין הצבאי לערעורים ב-ע/123/02 אל"ם ש' י' נ' התובע הצבאי הראשי –

"סיכומו של דבר, מערכת בתי הדין הצבאיים הינה המסגרת השיפוטית היחידה מחוץ לבתי-המשפט הכלליים שהחוק מעניק לה סמכות שיפוט פלילית מקבילה מלאה לזו האזרחית... אין אלה בתי דין משמעותיים בעלי סמכות מוגבלת אלא בתי-דין אשר סמכויותיהם ודרכי פעולתם זהות בכל לבתי-המשפט הכלליים הדנים בעניינים פליליים. מבחינת מהות תפקידם ובשים לב לאופי פעולתם, הרי בתי-הדין הצבאיים הינם במידה רבה חלק ממערכת השיפוט הכללית, אשר בגלל צרכיה המיוחדים של המסגרת הצבאית פועלים מבחינה ארגונית כמערכת נפרדת." (ההדגשות במקור).

דברים דומים הובאו גם בע"א 503/87 שפק נ' "אגד" אגודה שיתופית לתחבורה, פ"ד מב(1) 164, 162 (1988).

45. ממהותם של בתי הדין הצבאיים כערכאות פליליות לכל דבר, נגזר גם מהותו של החליף בפני בית הדין הצבאי, שהוא הליך פלילי שאינו נופל במאום (מבחינת חומרנותו, ופגיעתו הקשה בנאשם) מהליך פלילי בפני בית משפט אזרחי. יפים לעניין זה דבריו של כבוד השופט לוי, אשר נכתבו אך

לאחרונה בבג"ץ 5699/07 פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה, תק-על 2954 (1)2008 (2008), פסקה 38 לפסק דינו של כבוד השופט לוי (להלן: "בג"ץ 5699/07 פלונית") -

"... ראש וראשון לחסרונות שבנקיטתו של הליך פלילי מצוי בפגיעה באדם העומד לדין. "המעמד" של נאשם קשה הוא לאדם. עם הגשת כתב-האישום משתנה עולמו. שיווי המשקל הנפשי והחברתי ממנו נהנה מתערער. הוא נתון לסיכונים חדשים. הוא נפגע חברתית. הוא נפגע כלכלית. ימיו וילדותיו אינם כתמול שלשום" - דברי הנשיא ברק..."

דברים דומים כתבה גם כבוד השופטת פרוקצ'יה באותה פרשה -

"העמדה לדין של אדם, באשר הוא אדם, מטילה אחריות כבדה ביותר על שכמה של התביעה. ההחלטה לפתוח בהליך פלילי כנגד אדם, וההכרעה במה וכיצד להאשימו, היא מהלך הכרוך בפגיעה בזכויותיו החוקתיות - בפרטיותו, בשמו הטוב, ולעיתים קרובות בחירותו, בקניינו, ובחופש העיסוק שלו... העמדה לדין היא ענין רציני ורב-השלכות; יש בה כדי לשנות את חייו של אדם ולעשותו אדם אחר..." שם, פסקה 14 לפסק דינה של כבוד השופטת פרוקצ'יה.

46. עוד ברור, כי העמדה לדין בפני בית הדין הצבאי, חמורה באופן משמעותי מהעמדה לדין משמעותי. מטבע הדברים, השוני בין מאפייני הדין הפלילי (החמור יותר) למאפייני הדין המשמעותי, משליכים על מהות העבירות הנדונות בכל מסגרת שיפוט. בית הדין הצבאי עמד על קיומו של "רף" המבחין בין העמדה לדין משמעותי לבין העמדה לדין פלילי, תוך שהוא מצטט את דבריו של פרופ' פלר אשר קבע, כי "גבולו העליון של הדין המשמעותי הוא בדין הפלילי".

47. למעשה, עניין לנו במדרג נורמטיבי של חומרה - בתחתיתו מצויים כללי הנימוס, מעליהם כללי האתיקה, אחריהם כללי המשמעות, ורק בראש המגדל - האיסורים הפליליים. גבולו התחתון של כל "תחום", הוא גבולו העליון של התחום שתחתיו. מטבע הדברים, עבירה המצויה בתחום "גבוה" יותר, עשויה להיחשב אף לחריגה מן הנורמות שבמדרג "נמוך" יותר, אך ככל שעבירה מצויה בתחום ה-"גבוה" יותר, נודעים לה מאפייני חומרה נוספים אשר אינם מאפיינים את העבירות או החריגות המצויות בתחומים ה-"נמוכים יותר". כך, לדוגמא, עבירה משמעותית עשויה להיחשב גם לחריגה מכלל אתי, אך נודעת לה חומרה נוספת, מיוחדת, שעניינה פגיעה במשמעות הגוף אליו משתייך המבצע; בדומה - עבירה פלילית עשויה להיחשב גם לעבירה משמעותית, אך על מנת שתיכנס בגדריו של התחום ה-"פלילי" עליה להתאפיין בחומרה הייחודית למעשים הנחשבים "פליליים".

48. בחוק השיפוט הצבאי קבועות עבירות שונות הנתונות הן לדין פלילי והן לדין משמעותי. אין להסיק מכך, כי דין עבירה פלונית כשהיא נדונה בדין משמעותי, כדין אותה עבירה, כשמבצעה מובא לדין פלילי בפני בית הדין הצבאי. זאת, הגם שמדובר, מבחינה פורמאלית, באותו סעיף

אישום. מפאת חומרתו של הדין הפלילי, "שמורה" העמדה לדין פלילי לאותם מקרים המצויים מעל "רף הפליליות", ואשר מפאת חומרתם מצדיקים יחס עונשי חמור יותר. אמור מעתה – "התנהגות שאינה הולמת", המביאה להעמדה לדין משמעותי, תהא זו שחומרתה מצויה מתחת ל-"רף הפליליות", ואילו "התנהגות שאינה הולמת", המביאה להעמדה לדין פלילי, היא זו שחומרתה מצויה מעל ל-"רף הפליליות" (בלשונו של בית הדין הצבאי ב-ע/123/02 הנ"ל – "כך, למשל, התנהגות שאינה הולמת דרגה או מעמד בצבא היא עבירה צבאית. ניתן להאשים את העובר עליה בפני בית-דין צבאי – הפועל במרחב הפלילי – או בשיפוט משמעותי, בפני מפקדו של הנאשם"). מכאן יוצא, שאותו סעיף עבירה מתמלא, למעשה, תוכן שונה ונלווית לו, לסעיף עצמו, חומרה שונה, עליהם מעיד מהות ההליך בו נדונה העבירה. עמד על כך בית הדין הצבאי לערעורים ב-ע/123/02 הנ"ל –

"אמרו מעתה: רק את "הדבר הגדול" ו"הקשה", שמהותו פלילית, יש להביא בפני בית-דין – שהרי, "כל שלשה ושלשה שעמדו בית דין על ישראל הרי הם כבית דינו של משה" (מסכת ראש-השנה ה', משנה ב') – ואילו את "הדבר הקטן", שליבתו משמעותית, יש להביא בפני "השרים", המפקדים, על-פי דרגתם. המשתנים המשפיעים על ניתוב העבירה, למסלול המשמעותי או הפלילי, הם: חומרת העבירה לאור תכליתה, נסיבותיה, היקף הפגיעה באינטרס המוגן, רמת המודעות של מבצעה ודרגתו. כך, למשל, העבירה הדואלית של פגיעה במשמעת תבורר, בדרך כלל, במקומה הטבעי, הדין המשמעותי. במקרים חמורים, ורק בהם, יש לבררה בפני בית-דין צבאי."

ובאותה הלכה קבע בית הדין הצבאי לערעורים –

"... שומה עלינו בערעור זה, לקבוע היכן עובר קו הגבול המהותי, הצובע התנהגות שאינה הולמת בגוון פלילי, לעומת התנהגות אחרת, שגם אם היא אינה הולמת, היא נתפסת בהקשר משמעותי או אתי גרידא."

49. בהמשך, נעמוד על מאפייניה של העבירה הפלילית של התנהגות שאינה הולמת, כלומר – התנהגות שאינה הולמת המצדיקה העמדתו של מבצעה לדין פלילי בפני בית הדין הצבאי. בטרם נעשה כן, נבקש להתייחס לטענה נוספת של העותרים, כאילו הועמדו המג"ד והחייל לדין בעבירה שהיא עבירה "צבאית" (לחבדיל מעבירה "פלילית"), ושעבירות הנכללות בסיווג זה נופלות מעבירות פליליות "רגילות", ולא היא. דומה שדי לעניין זה בדבריו הנכוחים של כבוד הנשיא (בדימוס) שמגר, בע"א 503/87 הנ"ל –

"מעשהו של המערער מוגדר כעבירה צבאית, בשל כך שהעבירה כלולה בחלק ב' לחוק, אך מהותה ויסודותיה הם של עבירה פלילית, אשר אופייה המיוחד נובע ממהותו של הרכוש שלגביו היא מבוצעת. הכללתה של העבירה בחוק הצבאי באה לבטא את ההגנה המיוחדת הניתנת לרכוש

צבאי, אך אינה משנה מן האופי הפלילי כפשוטו של מעשה שליחת היד ברכוש. משמע, הוצאת רכוש מרכוש הצבא נחשבת אמנם כ"עבירה צבאית", אך אין בכך כדי לשלול את אופייה הפלילי כעבירה נגד הרכוש. כאן אנו באים לעניין השני שמעלה ערעור זה: "עבירה צבאית" ו"עבירה פלילית" אינם מושגים המוציאים זה את זה. רבות הן העבירות הצבאיות המוגדרות בחלק ב' של חוק השיפוט הצבאי, שהן גם עבירות פליליות לפי טיבן, והעבירה בה הורשע המערער בכלל זה. בדברי ההסבר להצעת חוק השיפוט הצבאי, תשי"ד-1954, נאמר לענין זה בעמ' 202:

"העבירות הצבאיות המפורטות ברשימה האמורה הן משני סוגים: (א) מעשים אשר צרכי הבטחון והצבא מחייבים לראותם כעבירות פליליות, אף אם אינם כך על פי הדין הכללי; (ב) מעשים שהם אמנם בני עונשין גם לפי הדין הכללי, אלא שיש צורך לכלול ברשימה מחמת שנוסף יסוד כל שהוא ליסודות העבירה, או מחמת שהוחמר עונשם בצבא, או בגלל צרכי משמעת אחרים."

50. עוד יוער בקשר לטענתם של העותרים בנוגע להעמדתם של המג"ד והחייל לדין בגין עבירת "צבאית", כי גם העבירות התלופיות אשר הוזכרו על-ידי העותרים עצמם כמתאימות יותר, לגישתם, למעשיהם של המג"ד והחייל באירוע בנעלון, נכללות כולן בחלק ב' של חוק השיפוט הצבאי, ומשכך – מהוות אף הן "עבירות צבאיות" לכל דבר ועניין. לא זו אף זו – גם העבירות שהוזכרו על-ידי העותרים, נתונות גם לדין משמעתי. נוכח האמור, כלל לא ברורה למשיבים טענתם של העותרים בעניין עחיתותה, כביכול, של עבירת התנהגות שאינה הולמת, יחסית לעבירות אחרות שהוזכרו על-ידי העותרים, אך בשל היותה עבירה "צבאית".

51. עבירת התנהגות שאינה הולמת היא, אם כן, עבירה פלילית לכל דבר ועניין. העמדתו של פלוני לדין בגין עבירה זו בפני בית הדין הצבאי, כמוה ככל העמדה לדין בעבירה פלילית, בפני ערכאה פלילית לכל דבר, על כל המשתמע מכך מבחינת הפגיעה בנאשם והמסר הציבורי. לא זו אף זו – בחיותה עבירה הנתונה הן לדין משמעתי והן להעמדה לדין פלילי, ניתן להצביע על "מדרגיות" בתוך עבירת התנהגות שאינה הולמת, כאשר חומרתה של עבירה זו, כשהיא נדונה בפני בית דין צבאי בהליך פלילי לכל דבר, רבה יותר מחומרתה כשהיא מביאה להעמדתו של פלוני לדין משמעתי. העותרים התעלמו מהבדלים חשובים אלה, המשליכים באופן מהותי על האופן בו ראוי לנתח את ההחלטה שנתקבלה במקרה דנן.

#### שיקולים בבחירת סעיף האישום

52. משמצאתי להעמיד לדין פלילי את המג"ד והחייל בפני בית הדין הצבאי, נדרשתי להכריע בשאלת סעיף העבירה שייחוס לכל אחד מן המעורבים. ההחלטה בדבר בחירת סעיף האישום, נשענת

כמובן על התמונה העובדתית שהתבררה ביחס לאירוע, ובעיקר - הממצאים שפורטו לעיל ביחס לחלקם של המג"ד והחייל באירוע. נזכיר את עיקריה של התשתית העובדתית:

- המג"ד התכוון להפחיד את העותר מס' 1, בכך שהילופי הדברים עם החייל וקול דריכת הנשק ע"י החייל (פעולה שבסופו של דבר לא התבצעה) יגרמו לעותר מס' 1 לחשוב כי עתיד להתבצע לעברו ירי של כדור גומי. זאת על מנת לגרום לעותר מס' 1 לשוחח עמו בעברית.
- אף החייל הבין תחילה, כי כוונת המג"ד היא להפחיד בלבד את העותר מס' 1.
- המג"ד הרים את העותר מס' 1, הם חלפו על פני החייל, והמג"ד אמר לחייל "תדרך כדור" או מילים דומות. החייל השיב "יש לי כבר כדור בקנה" או מילים דומות. גם בשלב זה, כוונת המג"ד הייתה כאמור להפחיד את העותר מס' 1, על מנת לגרום לו לשוחח עם המג"ד בעברית.
- בפועל, הסתבר מעדותו של העותר מס' 1 כי לא הבין את השפה העברית, וכי מלבד המילה "גומי" לא הבין דבר מהדיאלוג בין המג"ד לבין החייל.
- המג"ד החזיק את העותר מס' 1 בזרועו ושוחח עם שוטר מג"ב. בשלב זה, התגבשה אצל החייל ההבנה, כי המג"ד דורש ממנו לבצע ירי לעבר העותר מס' 1. משכך, כיוון החייל את הנשק לעבר סוליית נעלו של העותר מס' 1 וירה לעברה מטווח קצר. העותר נפל על הקרקע וצעק. יודגש, כי המג"ד לא נתן פקודת לחייל לירות בשלב כלשהו של האירוע.
- המג"ד לא ציפה לביצוע הירי והיה מופתע ממנו לחלוטין. הוא זינק לעבר החייל, דחף אותו וגער בו על כך שביצע ירי לעבר אדם כבול.

53. לעניין השיקולים הראויים בעת קבלת ההחלטה בדבר סעיף האישום הראוי בתיק פלוני, יפים דבריה של כבוד השופטת פרוקצ'יה בבג"ץ 5699/07 פלונית -

"שיקולים של אינטרס ציבורי עשויים לחול לא רק ביחס לשאלה אם להעמיד אדם לדין, או להימנע מכך; הם עשויים להיות רלבנטיים גם למהלכה של התביעה במסגרת הליך פלילי הננקט כלפי אדם, למשל בהקשר לשאלה באלו אישומים להאשימו, או האם להגיע בעניינו להסדר טיעון. עשויים להתקיים שיקולים שונים שבאינטרס ציבורי אשר יצדיקו, בנסיבות מסוימות, הפעלת ההליך הפלילי שלא במלוא היקפו - כגון, בהגשת כתב אישום שאינו משקף את מלוא חומרת העבירות, או בהשגת הסדר טיעון, הכורך ויתורים מסויימים מצד המאשימה. מהלכים כאלה של התביעה עומדים אף הם לביקורת שיפוטית על-פי מבחנים דומים."

פסקה 16 לפסק דינה של כבוד השופטת פרוקצ'יה.

"שאלת הברירה בין החלופות היא קשה ומורכבת. היא ניזונה לא רק מהערכת הפן הראייתי ועוצמת הסיכוי הסביר להרשעה, אלא גם משיקולים שבאינטרס ציבורי; היא מחייבת התייחסות לנסיבות המיוחדות של המקרה; ברירה זו מתקיימת, כעניין של שגרה, בהליכים פליליים נגד אזרחים מן השורה... מדובר במאזן עדין, רגיש ומורכב ביותר של שיקולים והערכות, שמשתלבים בהם יסודות אינדיבידואליים לנאשם, שיקולים רחבים שבאינטרס ההליך הפלילי, ואינטרסים ציבוריים וחברתיים כלליים. הבחירה בין החלופות מצויה בתחום שיקול הדעת הרחב של היועץ המשפטי. על בחירתו בין החלופות לעמוד במבחן הסבירות. תחום הביקורת השיפוטית על בחירה זו מתאפיין בריסון ובאיפוק רב."

שם, פסקה 41 לפסק דינה של כבוד השופטת פרוקצ'יה.

54. הנה כי כן, וכפי שנראה בהמשך, הגם שנסיבותיו העובדתיות של האירוע בנעלין ומעשיהם של המג"ד והחייל במהלכו, תואמים, כבמקרים רבים אחרים, במידה זו או אחרת את היסוד העובדתי של **מספר עבירות**, הנתונות לסמכותו של בית הדין הצבאי, הרי שככל תיק, ברירת סעיף האישום, מן הדין שתיתן ביטוי למכלול רחב של שיקולים, וביניהם הפן הראייתי ועוצמת הסיכוי הסביר להרשעה, נסיבות העבירה, כפי שהן עולות מחומר הראיות, צעדים פיקודיים משמעותיים שננקטו נגד הנאשמים עוד לפני ההליך הפלילי ומכלול האינטרסים הציבוריים הנוגעים בדבר.

אחד מן השיקולים ששקלתי בעת בחירת סעיף האישום, עניינו בצעדים משמעותיים פיקודיים שננקטו נגד המג"ד עוד לפני קבלת ההחלטה על ידי במישור הפלילי.

את העובדות בנושא זה נביא עתה.

#### השלכותיו של הצעד הפיקודי שננקט ביחס למג"ד על בחירת סעיף האישום

55. כאמור, טרם הוריתי על הגשת כתב אישום נגד המג"ד והחייל, קיים הרמטכ"ל הליך פיקודי משמעותי ביחס למג"ד, בסופו מצא להעבירו לאלתר מתפקידו. התייחסנו לעיל בהרחבה לתוכנו של ההליך הפיקודי ולתוצאותיו.

56. כפי שצינתי במכתבי לעותרים, אשר צורף לעתירה וסומן כנספח ע/16, ההליך הפיקודי שקיים הרמטכ"ל לא היה חלק מן הטיפול המשפטי פלילי באירוע, והוא נעשה על ידי הרמטכ"ל באופן שאינו תלוי בטיפול של הפרקליטות הצבאית באירוע.

57. עם זאת, סברתי כי מדיניות ראויה והגונה של מערכת אכיפת הדין הצבאית, מחייבת לייחס משקל משמעותי אף לצעדים הפיקודיים המשמעותיים שנקטו בעקבות האירוע, במסגרת קבלת החלטה לגבי הטיפול המשפטי פלילי בו. עמדה זו, נתמכת בפסיקתו של בית המשפט הנכבד, כפי שנראה מיד.

58. העותרים העלו בהקשר זה מספר טענות. ראשית, נטען, כי הצעד הפיקודי שנקט ביחס למגי"ד הוא מוגבל ביותר. שנית, העלו העותרים טענות בדבר החלטתי לשקול, בין שיקולי בבחירת סעיף האישום, גם את הצעד הפיקודי שנקט ביחס למגי"ד. לעניין זה, טענו העותרים, כי לא היה מקום ליתן משקל לצעד הפיקודי שנקט ביחס למגי"ד. לא זו אף זו – העותרים הגדילו לטעון, כי הצעד הפיקודי שנקט ביחס למגי"ד היה "סלחני", ומשכך, אף ראוי היה להחמיר עימו במישור הפלילי בעקבות צעד זה.

59. עמדנו לעיל על מהותו ומשמעותו האמיתיות של הצעד הפיקודי שנקט הרמטכ"ל. בתמצית, ציינו, כי מדובר בהדחת המגי"ד מתפקידו, תוך קביעה, כי החלטות עתידיות לגבי השבתו לתפקידי פיקוד, יתקבלו רק לאחר שישלים המגי"ד את התפקיד אליו הועבר, ובשים לב לתוצאות ההליכים המשפטיים ביחס למגי"ד. החלטתו זו של הרמטכ"ל, תויקה בתיקו האישי של המגי"ד. בשים לב לאמור, אנו סבורים, כי אין ממש בטענותיהם של העותרים כנגד ההליך הפיקודי גופו. תמונה בעיקר הטענה, כי העברתו לאלתר של מגי"ד מתפקידו, שהוא בליבה הפיקודית של צה"ל, לתפקיד הדרכה, יש לה "נפקות מעטה בלבד בנוגע לקידומו של המגי"ד בצבא". ניסיונם של העותרים לגמד את השלכותיו החריפות של הצעד הפיקודי המשמעותי שנקט הרמטכ"ל, אינו מתיישב כלל עם תוצאותיו ומהותו של הצעד שנקט, הלכה למעשה.

60. המשיבים סבורים, כי החלטתו של הרמטכ"ל להעביר את המגי"ד מתפקידו לאלתר, להוציאו מליבת הפיקוד של צה"ל ולהעבירו לתפקיד הדרכה, היא החלטה נחרצת, אשר עולה ממנה מסר ברור ותד-משמעי. החלטת הרמטכ"ל התקבלה מיד עם סיומם של 10 ימי חופשה אליהם יצא המגי"ד, לבקשתו, ואשר במהלכם התנהלה חקירת מצ"ח ביחס לאירוע. צעד זה, ננקט על-ידי הרמטכ"ל לאחר המלצתי, באופן עצמאי ובלתי תלוי בהליכים המשפטיים בעניינו של הקצין, כביטוי לעמדותיו של הרמטכ"ל בנוגע למצופה מקצינים בדרגתו ובמעמדו של המגי"ד, הן במישור הערכי והן במישור הפיקודי. עמדתו של הרמטכ"ל עולה בבירור מן הדברים שנקתבו בשמו בסיכום הראיון שהוצא בעניינו של המגי"ד, והם מדברים בעד עצמם. אין, לדעת המשיבים, כל מקום להרהר אחר הדברים או לפקפק בהם, או להניח, כי אין תוכם כבד.

61. עוד טענו העותרים, כי החלטתי נתקבלה ונתגבשה עוד טרם ננקט הצעד הפיקודי על-ידי הרמטכ"ל. טענה זו, כמו טענות אחרות בעתירה, התבססה על פרסום באמצעי התקשורת, ממנו עלה, כי סיכמתי כביכול עם מפקד הגדוד, כי האחרון יסיים את תפקידו בעקבות התקרית. פרסום זה הוא בלתי מבוסס עובדתית, ואף לא הגיוני בעליל (שכן החלטות לגבי סיום תפקיד כלל אינן נתונות בידי, אלא בידי מפקדיו של הקצין). אכן, המגי"ד החליט, עוד קודם לפגישתו עם הרמטכ"ל, כי בכוונתו לבקש מן הרמטכ"ל לסיים את תפקידו לאלתר, ועובדה זו הייתה ידועה גם לפרקליטות הצבאית (כאמור, המגי"ד אף הביע בקשתו זו בפני מפקד פיקוד הצפון, אשר המליץ לקבלה). עם זאת, החלטת הרמטכ"ל להעביר את המגי"ד מתפקידו, נתקבלה על-ידי

הרמטכ"ל באופן עצמאי וללא תלות ב-"בקשתו" של המג"ד (למעשה, הרמטכ"ל הבהיר לקצין, כי הוא דוחה את בקשתו של הקצין לסיים את תפקידו מרצונו, ומעביר אותו מתפקידו מתוקף החלטה עצמאית של הרמטכ"ל). כמו כן, החלטת הרמטכ"ל קדמה להוראתי על העמדתם של המג"ד והחייל לדין בפני בית דין צבאי בעבירת התנהגות שאינה הולמת, והיותה שיקול בעל משקל בהחלטתי. משכך, לטענתם של העותרים בהקשר זה, אין על מה שתסמוך.

62. לגופם של דברים – צה"ל הוא מערכת היררכית מובהקת. כבכל מערכת היררכית, משמעותן והשלכותיהן של סנקציות פיקודיות היא רבה ומשמעותית. לעיתים, פגיעתן של סנקציות פיקודיות בפרט, עולה לאין שיעור על פגיעתם של הליכים משפטיים (פליליים או משמעתיים). כך הדבר, ללא ספק, מקום שמדובר בסנקציה פיקודית של הדחה או העברה מתפקיד, הקוטעת או מעכבת את מסלול קידומו של הפרט, מסיטה אותו ממסלול הקידום בו היה מצוי, ומלווה את הפרט בהחלטות עתידיות בדבר קידומו. צעד פיקודי זה אינו פתוח בחומרתו ובכתם שהוא מותיר, בהשוואה להכתמה ברישום פלילי.

63. עמד על כך כבוד השופט חשין בבג"ץ 4550/94 אישה ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח', פ"ד מט(5) 859 (1995) כהאי לישנא –

"המערכת הצבאית ייחודיותה היא בסנקציות-של-משמעת ובסנקציות-פיקוד שניתן לנוקטן כנגד חיילים וכנגד מפקדים. סנקציות מעין-אלו... כנגד מי שקשר את גורלו בצבא, כנגד מי שרואה את ייעודו בשירות הצבא ואת השירות בצבא כדרך-חיים, יש שחן חמורות מסנקציות של דין פלילי... ויש אף האומרים כי במקרים כגון זה שלפנינו האפיק הפיקודי-מנהלי עדיף על האפיק הפלילי..."

שם, פסקה 12 לפסק דינו של השופט חשין.

באופן דומה, בהלכת צופאן שהוזכרה לעיל, עמד השופט קדמי על מהותם וייחודם של ההליכים הפיקודיים בצה"ל, ועל משמעותם מבחינת הפרט –

"המשיב מס' 4 קבע לו את השירות בצה"ל כדרך חיים וקשר את גורלו עם המאבק על בטחון המדינה, בארץ שבה נמשכת המלחמה על עצמאותה, ריבונותה ועצם קיומה מזה ארבע עשרות שנים. הדחה מתפקיד וסילוק מן הצבא של אלוף משנה במיטב שנותיו ובעיצומו של תהליך קידומו – הינם בעלת משמעות המיוחדת להם בלבד, ואין אני סבור כי ניתנת היא להשוואה להרחקה מעיסוק, אפילו היה העיסוק ל"דרך חיים" במשמעותו הלשונית הפשוטה של המושג.

חשירות בצבא למשיב מס' 4 אינו "דרך חיים" במובן המקובל של המושג – השירות מהווה את תמצית החיים עבורו. השירות – הוא תייו; והדחתו וסילוקו מן השירות – משמעותם לאבד את שהושג ולהתחיל הכל מחדש



בעולם זר, מנוכר ובלתי אוהד, לצד ההשלכות החברתיות הקשות המלוות מטבע הדברים הדחה וסילוק כאמור. "

בג"ץ 425/89 חנ"ל, פסקה 3(ג)1 לפסק דינו של השופט קדמי.

שם נאמרו הדברים לגבי סיום שירותו של קצין בכיר בצה"ל, צעד פיקודי שמשמעותו הריפה, כמובן, מהעברתו לאלתר של אדם מתפקידו לתפקיד אחר בצה"ל. עם זאת, יש בדברים כדי להצביע על פגיעתם הקשה של צעדים פיקודיים במי שקשרו את גורלם בגורל צה"ל, על אחרת כמה וכמה שעה שמדובר בקצינים בכירים מן המערך הלוחם.

64. לא זו אף זו – צעדים פיקודיים, נודעת להם גם השפעה מעבר לעניינו של הקצין הפרטני לגביו ננקטו. כשם שאחד האינטרסים בנקיטת צעדים משפטיים נגד מאן דהוא, עניינו במסר ציבורי-חינוכי, כך גם נקיטה בצעדים פיקודיים. כך כתב לעניין זה השופט קדמי –

"ולא למיותר יהיה להדגיש: הדחה וסילוק כאמור, כתגובה להתנהגות פסולה, אינם בעלי אופי עונשי כלפי המודח בלבד, אלא כוחם עמם – אם ננקטים הם במועדם וכהלכתם – לקדם את העניין החינוכי שבתגובה ולהביא על סיפוקו את הגורם ההרתעתי הנלוו אליה. העניין החינוכי בא על סיפוקו בקביעת נורמת ההתנהגות שהצבא מטפת ואינו משלים עם הפרתה; והעניין ההרתעתי – יוצא נשכר על ידי קביעת הצפוי בהכרתו של מי שאינו ער לקיומה של אותה נורמה."

שם, שם.

65. ודוק – בל יובן מן הדברים, כי צעד פיקודי הוא בבחינת "כזה ראה וקדש", או צעד שבלתו אין, ואשר נקיטתו מייטרת נקיטה בצעדים אחרים, לרבות צעדים משפטיים. כל שנטען הוא שלצעד פיקודי, לאור משמעויותיו והשלכותיו מבחינת הפרט והמערכת, משמעויות והשלכות הדומות לחלק מן המטרות והיעדים המקודמים באמצעות נקיטה בצעדים משפטיים, וראוי שאלה יילקחו בחשבון שעה שהפרקליטות הצבאית מגבשת את החלטותיה לעניין הצעדים המשפטיים הראויים בעקבות אירוע כזה או אחר. בצעדים פיקודיים שנקטו יש להתחשב לא רק בעת שקילת העונש הראוי לנאשם (אם כי גם לעניין זה יש להם רלוונטיות רבה), אלא גם בעת שקילת ההחלטה בדבר אופיים ותכנם של הצעדים המשפטיים שיינקטו ביחס למעורבים באירוע, כשיקול אחד בין שיקולים (כן ראו לעניין זה בג"ץ 2702/97 פלוני נ' שר הביטחון ואח', פ"ד נג(4) 97, 116 (1999)). משקלו של שיקול זה, יהא פועל יוצא מטיב הצעדים הפיקודיים שנקטו, מהשלכותיהם ותוצאותיהם על הפרט ועל המערכת, מאופיו של האירוע וממעשיהם של המעורבים בו, כל מקרה ומקרה – לנסיבותיו. כך קבע לעניין זה השופט קדמי –

"ואל נא יובנו הדברים שלא כהלכה, אין אני אומר שבכל מקרה – יהיו הנסיבות אשר יהיו – ניתן להסתפק ב"הדחה וסילוק". כל שרציתי לומר הוא – כי "הדחה וסילוק" כאמור אינם תגובה של מה בכך, כי יש ליתן לתגובה כזו את מלוא המשקל העונשי המתחייב מנקיטה בת וכי אין

לשלול את מקומה של תגובה כזו בין השיקולים ששוקל הפצ"ר איזו היא התגובה המספיקה להתנהגות פסולה של מפקד.  
 הדחה וסילוק מהווים שיקול בין יתר השיקולים, ולא תמיד ולא בהכרח שיקול מכריע: כל מקרה ונסיבותיו, כל מקרה ואופי החומרה המאפיינת אותו, כל מקרה – ועצמת ואופי התגובה ההולמת אותו. "שם, שם.

66. אכן, במרבית המקרים, לא ניתן באמצעות צעדים פיקודיים בלבד, ליתן מענה הולם להתנהגות פלילית של מפקד. מעשים פליליים – ראוי שיזכו לתגובה במישור הפלילי. עמד על כך השופט בייסקי בהלכת צופאן הנ"ל, ודבריו הנכוחים הובאו אף על-ידי העותרים. עם זאת, בדומה לעמדתו של השופט קדמי, אף המשיבים סבורים, כי במערכת צבאית, צעדים פיקודיים ראויים, המקדמים במידה ממשית את האינטרסים העומדים ביסודו של ההליך הפלילי, ואשר משליכים על הנאשם ופוגעים בו, מן הראוי שיילקחו בחשבון, כשיקול משמעותי בין השיקולים המשפיעים על אופיים ותכנם של הצעדים שיינקטו נגד הנאשם במישור הפלילי. עוצמתו של שיקול זה ותוצאותיו, הן פועל יוצא מנסיבותיו של כל מקרה ומקרה, מאופיו של המעשה המיוחס לנאשם, מאופיו ועצמתו של הצעד הפיקודי, ומנסיבותיו האישיות של הנאשם.

67. במקרה שלפנינו, לשיקול זה עוצמה של ממש. בהקשר אחרון זה, שקלתי כאמור אף את הצעד הפיקודי החרף והמשמעותי שננקט ביחס למג"ד על-ידי הרמטכ"ל. סברתי, כי הדחתו של המג"ד מתפקידו, בשים לב לפגיעתו של צעד זה במג"ד, ולמסר המועבר באמצעות צעד זה על-ידי הרמטכ"ל לצה"ל כולו, צריכים להשפיע, בין יתר השיקולים, על בחירת סעיף האישום הראוי ביחס לאירוע נעלן. כפי שראינו, מסקנה זו, מתיישבת היטב עם פסיקתו של בית המשפט הנכבד בדבר השפעתן והשלכותיהן של סנקציות פיקודיות על החלטות בתחום האכיפה הפלילית בצה"ל.

#### בחירת סעיף האישום על פי נסיבות המקרה

68. עמדנו לעיל באריכות על תיאור האירוע בנעלן, על הגרסאות שמסרו המעורבים באירוע ביחס אליו, ועל עמדת התביעה לגבי השתלשלות האירוע. אם נסכם עניין זה בתמצית נוכל לקבוע, כך - א. עיקר החומרה במעשיו של המג"ד נובעת מכך שביקש להפחיד את העותר מס' 1, אשר היה כבול ומכוסה עיניים, על מנת שישתף עימו פעולה וישותח עימו בעברית. זאת, על-ידי כך שיגרום לעותר מס' 1 לחשוב, כי עומד להתבצע לעברו ירי. מעשיו אלה של המג"ד, לכשעצמם, נגועים בכשל מוסרי-ערכי חמור. עם זאת – המג"ד לא התכוון בשום שלב של האירוע, כי יבוצע ירי לעבר העותר מס' 1, ודאי שלא פקד לבצע ירי, לא חפץ בכך, לא צפה את התרחשותה של תוצאה זו, ולא שיער שהחייל אינו מבין את כוונתו.  
 בפועל, המג"ד גם לא השיג את מטרתו, משום שהסתבר כי העותר מס' 1 אינו מבין את השפה העברית.

אמנם, לא ניתן להתעלם מכך שמעשיו של המג"ד הם שחוללו את שרשרת האירועים אשר הובילה לבסוף לירי. עם זאת, ניתן לקבוע, נוכח האמור לעיל, כי בהקשר זה, כישלונו העיקרי של המג"ד היה בכך שלא הבהיר לחייל כדבעי את כוונותיו (הפסולות לכשעצמן), ולא וידא, כי החייל מבין את מהות ה-"תחבולה" אותה ביקש לבצע, לפרטיה. כשלון נוסף זה, הוא, בעיקרו, כשלון פיקודי-מקצועי באופיו, ואינו מבטא פגם או פסול מוסרי-ערכי בהתנהלותו של המג"ד.

ב. מנגד, כישלונו העיקרי של החייל באירוע, נעוץ בכך שלכשסבר, כי המג"ד אכן דורש ממנו לבצע ירי לעבר העותר מס' 1, אשר היה כבול ומכוסה עיניים, ביצע את ה-"פקודה", הגם שזו (אילו אכן ניתנה) הייתה בלתי חוקית בעליל. מעשיו של החייל, שהוא לוחם ותיק בדרגת סמל ראשון, והעובדה שלא נמנע מלבצע פקודה שעניינה ירי כדור גומי לעבר אדם כבול ומכוסה עיניים, נגועים גם הם בכשל ערכי-מוסרי חמור, כמו גם בחריגה מסטנדרט ההתנהגות המצופה מלוחם ותיק בדרגתו של החייל. עם זאת, יש לקחת בחשבון, הן את העובדה שהחייל לא חפץ לפגוע בגופו של העותר מס' 1, ולכן כיוון את הירי לעבר סוליית נעלו של העותר מס' 1 ולא לעבר גופו; וכן את העובדה שה-"פקודה" ניתנה לחייל על-ידי מפקדו הישיר, מפקד הגדוד, אשר בינו לבין החייל קיים פער דרגות ומעמד משמעותי ביותר (פער, אשר במציאות הרווחת ביחידות השדה בכלל, ובגדודי השריון בפרט, חורג אף מזה הקיים "ברגיל" בין קצין בדרגת סגן אלוף לבין חייל בדרגת סמל ראשון), עובדה אשר הקשתה עד מאוד על החייל לסרב לביצוע הפקודה.

ג. מבחינת תוצאת האירוע – הגם שבמהלך האירוע בוצע ירי כדור גומי לעבר נעלו של העותר מס' 1, הממצאים הרפואיים העולים מבדיקתו של האחרון מלמדים, כי הוא לא נפגע, כפי הנראה, פגיעה ישירה בגופו מכדור הגומי. לעותר מס' 1 נגרמה חבלה שטחית ("מכה יבשה" בלשונו של הרופא אשר בדק את העותר מס' 1), והוא עזב את מקום האירוע בכוחות עצמו מבלי שנוקק לטיפול רפואי. העותר מס' 1 אמנם טוען, כעולה מן העתירה, כי סבל כאבים בבוהן במשך כשבועיים לאחר האירוע, אולם גם הוא אינו טוען כי נפגע במידה כזו שנוקק לטיפול רפואי כלשהו.

69. בהסתמך על הממצאים העובדתיים ועל המסקנות האמורות, מצאתי תחילה, כי לא ראוי יהיה לתחמיר עם החייל יותר מאשר עם המג"ד, אשר הוא שחולל את האירוע כולו, והוא המפקד הבכיר והמנוסה מבין השניים.

70. לגוף העניין, נשקלה האפשרות להעמיד את המג"ד והחייל לדין בגין מספר עבירות שונות (אשר אף הוזכרו על-ידי העותרים), אשר מעשיהם של המג"ד והחייל, תואמים במידה זו או אחרת, את היסוד העובדתי הנדרש בהן - עבירת התעללות, לפי סעיף 65 לחוק השיפוט הצבאי; עבירת חריגה מסמכות עד כדי סיכון חיים או בריאות, לפי סעיף 72 לחוק; עבירת שימוש בלתי חוקי בנשק, לפי סעיף 85 לחוק; ועבירת התנהגות שאינה הולמת, לפי סעיף 130 לחוק. לאחר ששקלתי את האפשרויות השונות, סברתי כי על אף קשיים משפטיים בהוכחת חלק מן העבירות שלעיל, כפי שיפורט בהמשך, ניתן לשקול להעמיד את המעורבים בגין כל אחת מהן (אם כי לגבי חלקן מתקיימים כנראה רק יסודות עבירת הנסיון).

71. למרות האמור, סברתי כי רוב העבירות שפורטו אינן מתאימות, שכן או שהן אינן מתאימות במהותן לתיאור האירוע, או שהן אינן משקפות את ליבת המעשים, ואישום בהן ידגיש את הצדדים הפחות מרכזיים באירוע.

72. כבר בשלב זה, לקראת גיבוש עמדתי הסופית, נטיתי להכריע כי עבירת ההתנהגות שאינה הולמת היא המתאימה יותר לנסיבותיו של האירוע, בעיקר נוכח המניע, הפסול כשלעצמו, שעמד בבסיס מעשיו של המג"ד, והעובדה שהמדובר באירוע חד-פעמי – וזאת כפי שיפורט בהמשך. אולם, התלבטותי הוכרעה באופן סופי, עם קבלת החלטת הרמטכ"ל להדיח לאלתר את המג"ד מתפקידו, זאת לנוכח חומרתו של הצעד הפיקודי והבלתי מתפשר שנקט כלפי המג"ד, והמשקל הראוי אותו יש לייחס לצעד פיקודי זה, במכלול השיקולים בעת בחירת סעיף האישום, כפי שפורט בהרחבה לעיל.

73. בסופו של יום, החלטתי כי מדיניות נכונה וראויה של אכיפת חוק, מצדיקה העמדתם של המג"ד והחייל לדין בעבירה של התנהגות שאינה הולמת. מצאתי, כי עבירה זו היא **המתאימה ביותר**, מבין העבירות שהוזכרו לעיל (לרבות עבירת ההתעללות), לנסיבות האירוע בנעליו, תוך מתן משקל מתאים לצעדים הפיקודיים, וכי העמדתם של המג"ד והחייל לדין בעבירה זו, בפני בית דין צבאי כאמור, מגשימה באופן ההולם ביותר את האינטרסים השונים של אכיפת החוק במקרה זה.

74. להלן נסקור בקצרה את יתר העבירות שהוזכרו, ונבהיר מדוע הוחלט שלא להעמיד את הנאשמים לדין בעבירות אלו.

75. מן העתירה עולה, כי אליבא דעותרים, דווקא **עבירת ההתעללות**, לפי סעיף 65 לחוק השיפוט הצבאי, היא המתאימה ביותר לנסיבות האירוע דנן. עבירה זו, עניינה במי שהיכה חייל נמוך ממנו בדרגה או היכה אדם הנמצא במשמורת שהחייל מופקד עליה, או התעלל בהם בצורה אחרת. לא אחת, יוחסה עבירה זו לחיילים ולמפקדים אשר עברו עבירות אלימות כלפי אלה הנתונים במשמורת הצבא. יפות לעניין זה הדוגמאות שהובאו על-ידי העותרים עצמם – סמל ניר חיימוביץ' הורשע (בדעת רוב) בעבירה של התעללות, בגין כך שהכה בפניו עצור פלסטיני אשר ידיו היו אזוקות ועיניו מכוסות, מכות אשר גרמו לנפילת העצור ולחבלה בראשו (ע/63/06 סמל ניר חיימוביץ' נ' התובע הצבאי הראשי); רב"ט ליאור ליברמן ורב"ט רועי רוזנר, הורשעו בעבירה של התעללות בנסיבות מחמירות, בגין כך שהכו עצורים פלסטינים באמצעות ידיהם ובאמצעות קסדה ונשק, במהלך הובלת העצורים לבית המעצר, מעשי אלימות שהופסקו רק בהתערבות מפקדם של השניים (ע/146/03, ע/128/03 התובע הצבאי הראשי נ' רב"ט רועי רוזנר ורב"ט ליאור ליברמן); סמ"ר ב' ס', אשר שימש כמפקד מחסום, הורשע בשורה של עבירות, בהן עבירת התעללות, בגין כך שנקט אלימות כלפי פלסטינים שונים שעברו במחסום, לרבות כלפי פלסטינים אזוקים (ע/28/04 סמ"ר ב' ס' נ' התובע הצבאי הראשי).

76. למרבה הצער, דוגמאות אלו שהובאו בעתירה אינן ייחודיות. כך למשל, מאז ראשית שנת 2008 הוגשו כבר כמה כתבי אישום בגין שורה של מקרי התעללות – כך, לדוגמא, הואשם חייל בדרגת רבי"ט בעבירה של התעללות בנסיבות מחמירות, בגין כך שבעט בגבו של פלסטיני כבול ומכוסה עיניים, בשל כעסו על ריבוי משימות הכוח עימו נמנה; חייל בדרגת רבי"ט הואשם בעבירה של התעללות בנסיבות מחמירות בגין כך שהוליך עצור אזוק ומכוסה עיניים במעגלים, בקצב הולך וגובר, תוך שהוא לועג לו, עד אשר נחבל ראשו של העצור בעמוד ברזל; שלושה חיילים בדרגת סמל ראשון הואשמו בעבירה של התעללות בנסיבות מחמירות, בגין כך שסטרו לעצורים אזוקים ומכוסים עיניים שהיו נתונים למשמורתם, הכו את ידיהם באמצעות "אזיקוני" פלסטיק, הניעו את ראשיהם ותבטו בהם, קיללו אותם, ואף קירבו מפזר חום זולק (במצב "אורור") לפניו של אחד העצורים; חייל בדרגת סמל, אשר שימש סוחר במתקן כליאה צבאי, הואשם בעבירות של התעללות והתעללות בנסיבות מחמירות, לאחר שהכניס כליא לתא בידוד, ושם הכה אותו בידו ובברכו (כתוצאה מכך נגרמו לעצור חבלות קשות), ולאחר שהחייל איים עליו, כי נשקו (של החייל) טעון (בסופו של דבר הורשע החייל בעבירה של תקיפה הגורמת חבלה של ממש, לפי סעיף 380 לחוק העונשין, התשל"ז-1977); וחייל בדרגת רבי"ט, הואשם בעבירה של התעללות בנסיבות מחמירות, לאחר שהכה עצור פלסטיני אזוק ומכוסה עיניים מכת אגרוף חזקה בבטנו, שעה שהאירוע תועד על-ידי חיילים אחרים שהיו במקום.

77. כפי שניתן להתרשם, המעשים בגינם הואשמו והורשעו חיילים (בדרגות שונות) בעבירות של התעללות והתעללות בנסיבות מחמירות, עניינם, ככלל, מעשי אלימות פיזית מכוונת בעצורים חסרי ישע, מתוך מניעים של אכזריות לשמה, לשם גרימת סבל וכאב, או לשם השפלה או ביזוי.

78. יוער, כי המושג "התעללות" אינו מוגדר בחוק, ובית המשפט הוא שיצק את תוכנו. אולם גם על פי פסיקת בית משפט נכבד זה, אף במקרים בהם ננקטת אלימות פיזית, ככלל, יש צורך בסדרה מתמשכת של מעשים (או מחדלים), שהצטברותם והתמשכותם על פני זמן, הם שיביאו לקיומה של התעללות, ומנגד נדרשים מאפיינים ייחודיים כדי שמעשה של הפעלת כוח חד-פעמית ייחשב התעללות פיזית (ע"פ 4596/98 פלוגית נ' מ"י, פ"ד נד(1) 145 (2000)).

79. לאחרונה נדונה היקפה של עבירת ההתעללות על פי החשי"ץ, ואף הועלתה להכרעתו של בית משפט נכבד זה (עניינו של סמל חימוביץ המוזכר לעיל, וראו גם רע"פ 6322/07 סמל חימוביץ/ נ' הנצ"ר). אולם גם בפרשה זו, נקודת המוצא הייתה, כאמור, נקיטת אלימות פיזית, והשאלה הנדונה הייתה האם כל הכאה תעלה כדי התעללות על פי העבירה המנויה בחשי"ץ, ומהו היחס בין עבירת ההתעללות "האזרחית", (סעיף 368 לחוק העונשין, המתייחס להתעללות בקטין או בחסר ישע) לבין זו "הצבאית". בית הדין הצבאי לערעורים, הותיר שאלות אלו בצריך עיון, נוכח העובדה שבמקרה זה מעשיו של הנאשם עלו בביורר בגדר "התעללות גופנית" גם על פי מבחני הפסיקה האזרחית. בית משפט נכבד זה לא מצא לנכון להתערב בעניין זה.

80. אקדים ואומר, כי על פי התשתית העובדתית עליה התבססתי בתחלטתי, כפי שפורטה בהרחבה לעיל, לא ביצע המג"ד מעשים של אלימות פיזית כלפי העותר מס' 1 ואף לא התכוון שאחר יבצעם, ומשכך, מובן שלא ניתן לייחס לו "התעללות גופנית" כהגדרתה בפסיקה. יטען הטוען, כי

מעשיו של המג"ד מהווים "התעללות נפשית". כאמור לעיל, טרם הוכרעה היקפה של עבירת ההתעללות על פי החשיף. יתר על כן- אף בפסיקה המתייחסת לעבירת ההתעללות ה"אזרחית" לא מצאנו קביעה האם גם "התעללות נפשית" שאינה מלווה באליומות עשויה להתגבש באירוע חד-פעמי ואם כן, מתי. ודוק, גם באירוע המתאר לכאורה מקרה בודד של התעללות נפשית (ע"פ 2696/96 פלוני נ' מ"י, תק-על 3)96 (179 (1996) ודנ"פ 9003/96 פיזנטי נ' מ"י, תק-על 4)96 (86 (1996)) המדובר באירוע שבו בוצע אקט פיזי משפיל (גזיזת פאות של ילדים בשנתם), שיכול לעלות כדי תקיפה. טוענים העותרים, כי אירוע בודד של איום על העותר מס' 1, די בו כדי להוות "התעללות נפשית", כאמור לעיל, אין הטענה מבוססת על הדין והחלכה הפסוקה ונוסיף ונציין, כי אין העותרים מתמודדים עם השאלה, האמנם איום יכול להוות עבירת התעללות, במקום שאין הוא מגבש את עבירת האיומים המוגמרת (לפי סעיף 192 לחוק העונשין, תשל"ז-1977) באשר המאויים לכאורה- העותר מס' 1, טוען כי איננו מבין את השפה העברית ולא קלט את דברי האיום, כנדרש לפי "מבחן הקליטה", שאומץ ע"י בית משפט נכבד זה ברע"פ 2038/04 שמואל לם נ' מדינת ישראל, תק-על 2006(1) 66 (2006).

81. העותרים תמהו על ההבדל בין המקרים שהוזכרו על-ידם, בהם הועמדו חיילים לדין בעבירת התעללות, לבין המקרה דנן. לטענתם, ההבדל היחיד בין אותם מקרים לבין המקרה דנן, נעוץ בדרגתו של הנאשם (קרי, דרגתו של המג"ד). לא מניה ולא מקצתיה. כאן המקום להזכיר, כפי שצינו העותרים עצמם (בסעיף 67 לעתירה), כי אך לאחרונה הועמד לדין קצין בדרגת רס"ן בגין הכאת מסתנן אשר היה נתון למשמורתו, וכי התביעה הצבאית פעלה (על דרך של ערעור) למצות עימו את הדין בגין מעשיו אלה, ולהבטיח, כי ייענש עליהם בחומרה הראויה. הדבר מלמד, כי מדיניותה של התביעה הצבאית בנוגע לטיפול בעבירות של פגיעה בעצורים, אינה נגזרת כלל וכלל מדרגתם של הנאשמים (כפי שניסו העותרים לטעון), אלא מנסיבותיו של כל מקרה ומקרה, מהם נגזר הטיפול המשפטי הראוי. לענייננו – קיים הבדל מהותי בין ההתנהגות המאפיינת את עבירת ההתעללות (כמתואר לעיל), לבין התנהגותם של המג"ד והחייל באירוע נעלן, ומשכך – לא מצאתי, כי עבירה זו (גם אם ננית, לצורך העניין, שניתן יהיה להוכיח את התקיימות יסודותיה העובדתיים, ובעניין זה קיים קושי משפטי, כאמור לעיל), היא החולמת ביותר מבחינת אופייה, ומבחינת סוג המקרים לגביהם נעשה בה שימוש, את התנהגותם של המג"ד והחייל באירוע.

82. הבדל זה עיקרו בכך שמעשיהם של המג"ד והחייל, לא נעשו מתוך אכזריות לשמה או מתוך כוונה לפגוע בעותר מס' 1 או להשפילו (וודאי שלא מתוך כוונה לגרום לו "נזק נפשי חמור" כפי שטענו העותרים), אלא מתוך כוונה להפתידו באמצעות "תחבולה", על מנת שגיב בעברית לפניית המג"ד (מניע פסול לכשעצמו, אך שונה במהותו). יודגש, ומבלי להקל ראש במעשיו של המג"ד, כי המדובר באירוע בודד, קצר, ללא הפעלת כוח פיזי כלפי העותר מס' 1. אין דינו של מי שביצע "תחבולה" כדי להביא עצור לשתף פעולה (גם אם תחבולה זו היא פסולה, ואם ביצועה הבלתי-מוצלח הוביל לבסוף לתוצאה קשה מן המתוכנן), כדינו של מי אשר מתוך אכזריות, או לשם השפלה או פגיעה לשמה, ביצע מעשים מכוונים של אליומות או פגיעה חמורה בעצור חסר ישע.

83. בהקשר זה, נבקש לייחד מילים ספורות גם להבדל בין המקרה דנן לבין עניינו של אל"ם יהודה מאיר, אשר נדון בבג"ץ צופאן הנ"ל, ואשר העותרים ניסו לגזור גזירה שווה בין עניינו לענייננו.

כידוע, אותה פרשה עניינה אלימות אכזרית, ותמורה ביותר, אשר ננקטה כלפי עשרות עצורים פלסטינים כפותרים. שם מדובר היה באירוע בו נאספו עשרות צעירים פלסטינים בכפרים ביתא ותווארת, לפי רשימה שמית שהוכנה מראש על-ידי שירות הביטחון הכללי; הצעירים הועלו לאוטובוסים, הורחקו אל מחוץ לכפריהם, שם הורדו מן האוטובוס בקבוצות קטנות והוכו באמצעות אלות ובעיטות רגליים. המכות כוונו לגפיים, ובשעת מתן המכות היו הצעירים כפותרים בידיהם, ולעיתים גם ברגליהם, עיניהם היו מכוסות בד, ובחלק מן המקרים אף נחסם פיהם. אין ולא יכול להיות ספק קל שבקלים, כי האלימות הקשה ביותר שננקטה באותה פרשה כלפי עשרות צעירים פלסטינים כפותרים, במחשבה תחילה, ובאופן שיטתי ומתוכנן, אינה דומה כלל ועיקר למאפייניו של המקרה דנן, שעניינו מעשים שנעשו מתוך כוונה (פסולה לכשעצמה), להפחיד עצור באמצעות "תחבולה", על מנת להביאו לכדי שיתוף פעולה. התבדל המשמעותי הנוסף בין המקרים, הוא שבעניינו של יהודה מאיר, החליט הפצ"ר דאז להעמידו לדין משמעתי בגין המעשים שיוחסו לו, ולא לדין פלילי בפני בית דין צבאי כפי שנעשה בעניינו. משכך, סבורים המשיבים, כי הניסיון להשוות בין המקרים, כאילו יש דמיון בין נסיבותיהם, אינו במקומו.

84. עבירה נוספת אשר שקלת בתחילה, היא עבירת שימוש בלתי חוקי בנשק, לפי סעיף 85 לחוק השיפוט הצבאי. היסוד העובדתי של עבירה זו, עניינו נשיאת נשק, טיפול בו, הפעלתו או שימוש בו באופן אחר, ללא סמכות או ללא נקיטת אמצעי זהירות נאותים. בחינה של נסיבות אירוע נעלין מלמדת, כי השימוש שנעשה בפועל בנשק הוא ירי כדור הגומי שביצע החייל.

85. אלא, כאמור, על פי ניתוח הראיות, המג"ד לא התכוון, בכל שלבי האירוע, כי יבצע ירי על-ידי החייל, ואף לא צפה תוצאה זו או חפץ בה. שכן, כאמור, כוונתו של המג"ד הייתה, כי החייל ישמע קול דריכה, אשר יחד עם הקמת העותר מס' 1 והולכתו, יגרמו לאחרון לחשוב, כי עומד להתבצע לעברו ירי. יוטעם, כי גם פעולה זו, לה כיוון המג"ד, עשויה הייתה להוות לכשעצמה, עבירה של שימוש בלתי חוקי בנשק. אולם, כאמור, הלכה למעשה, כוונתו של המג"ד לא התממשה – החייל לא דרך את נשקו (שכן כבר היה טעון), אך ביצע פעולה בנשק, לה לא כיוון המג"ד ואשר בה לא חפץ (הירי). מעשיו של החייל באירוע – קרי, כיוון הנשק לעבר סולליית נעלו של העותר מס' 1 וביצוע ירי כדור הגומי – נכנסים לכאורה בגדר עבירה של שימוש בלתי חוקי בנשק.

86. דא עקא, שבחירה בסעיף אישום של שימוש בלתי חוקי בנשק, הייתה מובילה לתוצאה בלתי רצויה משתי בחינות – נוכח הקושי לייחס למג"ד עבירה של שימוש בלתי חוקי בנשק בגין הירי עצמו (שכן נכון היה לייחס למג"ד אך את הנחייתו לבצע פעולת דריכה בנשק, פעולה אשר אף לא בוצעה בפועל). בחירה לגביו, בכל זאת, בסעיף אישום שעניינו עבירות בנשק, לא הייתה מבטאת את מלוא החומרה שבמעשיו, ולא הייתה נותנת את המשקל הראוי ללב האירוע, קרי, החלטתו של המג"ד לבצע מעין "תחבולה" פסולה, על מנת לגרום לעותר מס' 1 לשתף עימו פעולה. יוער, כי הערך המוגן על-ידי עבירה זו הוא ערך הבטיחות והזהירות בשימוש בכלי מסוכן, ערך שאינו מבטא נכונה את מהות האירוע במקרה דנן. ואכן, במקרים רבים של ביצוע פעולת דריכה בנשק, על ידי חייל, מבלי שתתלווה לכך פעולה נוספת (כגון כיוון או נקירה, אשר גם במקרה זה אינם מיוחסים למג"ד), מועמדים חיילים לרוב לדין משמעתי בלבד. בנוסף, ייחס עבירה של שימוש בלתי חוקי בנשק לחייל, בגין הירי עצמו, הייתה מובילה להיפוך היוצרות, במובן זה שהיה בה

כדי להציג דווקא את חלקו של החייל באירוע כדומיננטי, הגם שמחולל האירוע היה המג"ד, המפקד הבכיר בשטח. מן הטעמים הללו, סברתי כי אין מקום לייחס למי מן המעורבים באירוע עבירה של שימוש בלתי חוקי בנשק.

87. עבירה שלישית ששקלתי בתחילה, היא עבירת חריגה מסמכות עד כדי סיכון חיים או בריאות, לפי סעיף 72 לחוק השיפוט הצבאי. עבירה זו, עניינה מעשים שעשה חייל, תוך חריגה מסמכות, ואשר גרמו או עלולים היו לגרום חבלה לגופו או נזק לבריאותו של אדם אחר. גם ביחס לעבירה זו, התעוררו קשיים דומים לאלה שאפיינו את האפשרות לייחס למי מן המעורבים עבירה של שימוש בלתי חוקי בנשק.

88. כאמור, הגם שהמג"ד חרג מסמכותו במהלך האירוע, וביצע מעשה פסול, עלה מהראיות כי הוא לא התכוון כלל, כי תבוצע פעולה אשר עלולה הייתה לגרום "חבלה לגופו או נזק לבריאותו" של מאן דהוא. כוונתו הייתה אך להפחיד באופן רגעי את העותר מס' 1, על מנת לגרום לו לשתף עימו פעולה ולשוחח עימו בעברית. אכן, ניתן לנסות ולבסס טיעון משפטי המייחס למג"ד חריגה מסמכות, שצריך היה לצפות כי עלולה היא לגרום לסיכון העצור, בשל כך שלא תבהיר היטב את כוונתו, אך טיעון זה אינו חף מקשיים משפטיים, נוכח מניעיו של המג"ד, הפתעתו המוחלטת מהירי ופעולתו במהלך האירוע. לא זו אף זו – טענתו של החייל, אשר התקבלה כאמינה על-ידי, כי כיוון את נשקו לעבר סוליית נעלו של העותר מס' 1, בכוונה שלא לפגוע בגופו של האחרון או לגרום לו נזק, מקשה עוד יותר לייחס למג"ד אחריות לפעולה אשר עלולה הייתה לגרום לתוצאה האסורה לפי סעיף 72 לחוק השיפוט הצבאי.

89. גם בכל הנוגע לעבירה זו, ייחוסה לחייל, אשר ביצע את הירי בפועל, פשוט יותר, מן הבחינה המשפטית, מאשר ייחוסה למג"ד. אך גם כאן, הדבר לא היה מבטא את העובדה שמתולל האירוע היה המג"ד, המפקד הבכיר בשטח.

90. עוד נוסף, כי ייחוס עבירה של שימוש בלתי חוקי בנשק או חריגה מסמכות עד כדי סיכון חיים או בריאות, היה שם דגש יתר על כשלנו הפיקודי של המג"ד להבחיר לחייל כי אין בכוונתו שהלה באמת יבצע ירי. היבט זה – בעיני – אינו ההיבט העיקרי בו נכשל המג"ד, כאמור לעיל. ויתרה מזו, בגין כשלון זה כבר ננקטו צעדים כנגד המג"ד במישור הפיקודי. על כן, סברתי שיש לבחור סעיף אישום שישקף את עיקר הכשל של המג"ד, היינו – הכשל הקשור לכוונתו הפסולה להפחיד את העצור (מבלי לפגוע בו).

91. התלופה הרביעית אשר נשקלה על-ידי, כאמור לעיל, הייתה עבירת התנהגות שאינה הולמת, לפי סעיף 130 לחוק השיפוט הצבאי. כידוע, זו העבירה אשר יוחסה לבסוף לשני הנאשמים. משכך, נפנה כעת לניתוח מאפייניה של עבירה זו, ולאחר מכן – נצביע על התאמתה הגבוהה להתנהגותם של המג"ד והחייל באירוע, כמו גם ל-"מדרג החומרה" בין השניים.



"התנהגות שאינה הולמת"

92. העותרים טענו, כי עבירת התנהגות שאינה הולמת, היא "עבירת סל כללית, אשר הערך המוגן שלה הוא שמירה על מעמדו של צה"ל ותדמיתו, ועניינה הפרות אתיות". לא בכדי, כמעט ולא תמכו העותרים טענה זו, אשר נטענה מספר פעמים בעתירה, ואף הועלתה במכתבם של העותרים אלי, באסמכתאות כלשהן (לבד מציטוט בודד מתוך פסק דין של בית דין צבאי מחוזי). זאת, כיוון שהתיאור בו נקטו העותרים ביחס לעבירת התנהגות שאינה הולמת, אינו מתיישב כלל עם לשונו של סעיף 130 לחוק השיפוט הצבאי, וודאי שהוא אינו מתיישב עם הפרשנות שניתנה לסעיף על-ידי בתי המשפט ובתי הדין, ועם האופן בו מפרשות אותו רשויות אכיפת החוק הצבאיות.

93. עבירת התנהגות שאינה הולמת, עד כמה שהיא נוגעת למשרתים בצה"ל, מוגדרת בסעיף 130 לחוק השיפוט הצבאי –

"חייל בדרגת סמל או בדרגת גבוהה מזו שהתנהג באופן שאינו הולם את דרגתו או את עמדתו בצבא, דינו - מאסר שנה."

כאן המקום לציין, כי עבירת התנהגות שאינה הולמת הקבועה בחוק השיפוט הצבאי, שונה באופן מהותי מעבירה דומה לכאורה הקבועה בסעיף 17 לחוק שירות המדינה (משמעת), התשכ"ג-1963. שם נקבע, כי יואשם בעבירת משמעת, מי אשר "התנהג התנהגות שאינה הולמת את תפקידו כעובד המדינה או התנהג התנהגות העלולה לפגוע בתדמיתו או בשמו הטוב של שירות המדינה". ודוק – בחוק זה, נקבעה התנהגות שאינה הולמת כעבירת משמעת, בעוד שבחוק השיפוט הצבאי מדובר בעבירה פלילית לכל דבר (ראו לעניין זה ער"מ 1351/95 פינקלשטיין נ' התובע בבית הדין למשמעת של עובדי עיריית ירושלים, פ"ד מט(5) 573, פסקה 8 לפסק דינו של כב' השופט זמיר; כן ראו E. Hillman, "Gentlemen Under Fire: The U.S. Military and Conduct Unbecoming", 26 Law & Ineq. J. 1, 5). הבדל נוסף בין עבירת המשמעת החלה על עובדי שירות המדינה, לעבירה הפלילית של התנהגות שאינה הולמת החלה על מפקדים בצה"ל, טמון בכך שעבירת המשמעת החלה על עובדי שירות המדינה, כוללת שני רכיבים – "התנהגות שאינה הולמת את תפקידו כעובד המדינה" וכן "התנהגות העלולה לפגוע בתדמיתו או בשמו הטוב של שירות המדינה". רכיב שני זה, שעניינו הגנה על תדמית שירות המדינה, נעדר מן ההגדרה של עבירת התנהגות שאינה הולמת שבסעיף 130 לחוק השיפוט הצבאי. אכן, העבירה שבסעיף 130 לחוק השיפוט הצבאי, היא עבירה רחבה גבולותיה אינם מוגדרים באופן מפורש ותד-משמעי בלשון החוק. אולם, ניסוחה הרחב והבלתי-מוגדר של העבירה, אין משמעו שמדובר בעבירה אשר עניינה "הפרות אתיות" גרידא. בתי הדין הצבאיים נדרשו לשאלת גבולותיה של עבירת התנהגות שאינה הולמת, כשהיא מובאת בפני בית הדין כעבירה פלילית לכל דבר (להבדיל מעבירה זו כשהיא מובאת לדין משמעת), ומילאו אותה תוכן. מן הפסיקה עולה, כי עניין לנו בעבירה פלילית חמורה, שעניינה חריגה של ממש מסטנדרט התנהגות המצופה ממפקד בצה"ל, שהעונש שביה"ד הצבאי מוסמך להטיל בגינה עשוי להגיע עד שנת מאסר, זאת, בנוסף לעונשים הנוספים אותם מוסמך ביה"ד הצבאי להטיל (לרבות הורדה בדרגה).

94. בית הדין הצבאי קבע, כי עבירת התנהגות שאינה הולמת נועדה להגן, בראש ובראשונה, על חוסנו המוסרי של צה"ל, ולהעניש את מי שביצעו, בהיותם מפקדים, מעשים החורגים מאמות המידה המוסריות והערכיות של צה"ל. זאת, שלא על מנת להגן רק על תדמיתו של צה"ל (כפי שטענו העותרים), אלא בעיקר על מנת לשמר את "תוט השדרה" הערכי והמוסרי לו מחויב צה"ל על מפקדיו וחייליו. כך כתב בעניין זה בית הדין הצבאי לערעורים –

"... התנהגות שאינה הולמת על ידי מפקד בצה"ל אינה עולה, ככלל, בקנה אחד עם חובת נאמנותו כלפי חייליו ומפקדיו וכלפי הצבא. יש בהתנהגות כזו משום פגיעה בחיילים אחרים, במפקדים, בצבא ובתדמיתו. החובה להתנהג באופן הולם באה לעולם לא רק על-מנת לשמר ולחזק את דמותו של המפקד אלא גם, ובעיקר, כדי להגן על צה"ל, על תדמיתו, על חייליו ועל מפקדיו. אם נכונים דברים אלו לצבא בכלל, הרי נכונים הם שבעתיים לצבא במדינתנו, שחוסנו (לרבות חוסנו המוסרי) הוא ערובה לבטחונה ולקיומה של מדינת ישראל."

ע/256/96 רס"ן דניאל ביבאס נ' התובע הצבאי הראשי, 474.

95. באותה הלכה המשיך בית הדין וקבע, כי למעשים המהווים "התנהגות שאינה הולמת", יתלוו, ברגיל, פגם מוסרי או קלון. למעשה, רק במקרים חריגים, ראוי יהיה להרשיע מפקד בעבירה זו, בגין מעשים שאינם עולים כדי פסול מוסרי או קלון. כך קבע בית הדין –

"מעשים, שיש בהם פסול מוסרי או הממיטים קלון על עושיהם, ייחשבו, ככלל, להתנהגות שאינה הולמת מפקד. המונח "קלון" שאוב מתחום המוסר, והוא פועל יוצא של התנהגות הפגומה מבחינה מוסרית... יש, שהתנהגות המפקד לא תהיה נגועה בפסול מוסרי או בקלון, ובכל זאת תחווה התנהגות שאינה הולמת. יהיו אלה מקרים מיוחדים שאינם מתיישרים עם ערכי ההתנהגות המקובלים בצבא..." (ההדגשה במקור). שם, 478.

בית הדין הצבאי המיוחד חזר על קביעה זו גם בפסק דינו ב-2/02/מ התובע הצבאי הראשי נ' אל"ם עימאד פארס, אשר הוזכר על-ידי העותרים בעתירתם. ועוד כתב בית הדין הצבאי, בהלכה אחרת, על אופיים של המעשים הנכנסים בגדר עבירה של התנהגות שאינה הולמת, כי מדובר ב –

"... התנהגות פסולה במישור הכללי. היינו התנהגות שיש בה דרגת פסול כה בולטת עד שהיא מכתימה, פוגעת בדמותו המוסרית ובעיקרו של דבר ממיטה קלון על כל אדם. בנסיבות שבהן אחראי נגד או קצין להתנהגות כזו – לא זו בלבד שהיא מגלה קלונו של אדם אלא שגם, בד בבד, נפגעת שליחותו כמפקד כדמות מופת הצריכה לחנך בעצם הווייתה והליכותיה. מכאן משמע שהתנהגות

הבאה בעבירה אך איננה עשויה להגדר ב-ד' אמות אמת המבחן הנ"ל – אינה מחוות 'התנהגות שאינה הולמת'.  
 בגדון זה – ובתחום 'המישור הכללי' הזה – ניתן להסכים עם הסניגור הצבאי הראשי המלומד שיעבירה מטבע ברייתה' (Mala in se) אשר טבעה הוא שהיא נתפסת בתודעת הציבור כולו כהפרה מסוכנת של סדרי החברה או כהפרה של עקרונות המוסר – תהווה בסיס להטלת אחריות בעבירה לפי סעיף 130 לחש"פ. מאידך 'עבירה בשל איסור' (Mala prohibita) לא תשמש בסיס כזה."  
 ע/227/86 רס"ר משה קהת ורס"ר סלומון ליבוביץ' נ' התצ"ר.

96. קביעה דומה, בדבר אופייה של עבירת התנהגות שאינה הולמת כמבוססת על סטנדרט התנהגות מוסרי וערכי (ולא אתי-מקצועי גרידא), ניתן למצוא במדריך הצבאי האמריקאי לבתי דין צבאיים (Manual for Courts-Martial United States (2008 Edition)), הקובע, בקשר לעבירת Conduct Unbecoming an Officer and Gentleman, כי –

"There are certain moral attributes common to the ideal officer and the perfect gentleman, a lack of which is indicated by acts of dishonesty, unfair dealing, indecency, indecorum, lawlessness, injustice or cruelty."

רוצה לומר – אף בדין הצבאי האמריקאי, מוגדרת עבירת התנהגות שאינה הולמת לפי קנה מידה מוסרי-ערכי. מעשים אשר ייחשבו ל-"התנהגות שאינה הולמת", כוללים, בין היתר, מעשים חמורים ביותר המוגדרים כ-"פריעת חוק" (lawlessness) או "אכזריות" (cruelty).

97. בפסק דינו ב-ע/365/81, עמד בית הדין הצבאי לערעורים על המבחנים המגדירים את הרף החמור יותר של עבירת התנהגות שאינה הולמת. כפי שניתן להתרשם, מדובר במבחנים המצביעים על כך שהמעשים הנכנסים בגדר העבירה, ודאי אינם מעשים של מה בכך, המחווים אך "הפרות אתיות", אלא מעשים חמורים ופסולים. כך קבע בית הדין –

"... בית דין זה בחן לא פעם שאלה זו לאור המבחנים הבאים:

- א. התנהגות הינה בלתי הולמת, כאשר מעשה או מחדל שבוצע, ממייט קלון על עושהו.
- ב. מעשה היווד לשפל המדרגה מבחינה אנושית או צבאית.
- ג. המעשה צריך להגיע למדרגה בולטת של פסול, בדרך כלל פסול מוסרי.
- ד. התנהגות המטילה כתם על אדם, כמפקד בצה"ל או כאזרח המדינה."

## ע/365/81 רס"ן דוד בנימיני נ' התובע הצבאי הראשי.

בית הדין קבע באותה הלכה, כי האשמתו של פלוני בעבירת התנהגות שאינה הולמת, בגין מעשים שאינם נגועים בפסול מוסרי או בקלון, שמורה למקרים מיוחדים בלבד.

98. בפסק דין שניתן על-ידי בית הדין הצבאי העליון (ע/206/53), ואשר התייחס לעבירה לפי סעיף 95, שקדמה לסעיף 130 לחש"צ וגילמה אותו בתוכה, קבע בית הדין, כי התקנה מתייחסת למעשה לשני סוגי התנהגות –

1. התנהגות איש צבא במדים אשר מבחינת מוסר חברתי היא בזויה ומטילה עליו כתם כאדם ומשום כך גם מביישת אותו ואת מדיו;
  2. התנהגות אשר מבחינת מוסר צבאי מביאה בזיון על עושיה בזה שהיא בנגוד גמור למוסר שנשתרש בצבא בדבר חובות התייל לגביו תפקידיו. "
- הציטוט מתוך ע/206/53, הובא בפסק דינו של בית הדין הצבאי לערעורים ב-ע/227/86 הני"ל.

באופן דומה, ובהתייחס לאותה עבירה הקבועה בחוקת השיפוט, פסק בית הדין הצבאי לערעורים ב-ע/239/57 התובע הצבאי הראשי נ' רס"ר מאיר סלעי, כהאי לישנא –

"לא כל התנהגות האסורה על פי החוק חייבת להראות גם כהתנהגות בלתי הולמת. לצורך זה מן ההכרח שיהיה עם התנהגות זו משום קלון, אי מוסריות או אי הגינות."

ובמילים אחרות – התנהגות שאינה הולמת, היא התנהגות המנוגדת למוסר הצבאי, ולנורמות המסדירות את תובותיו הבסיסיות של חייל – קרי, התנהגות פגומה מן הבחינה המוסרית והערכית.

99. אשר על כן, ניתן לקבוע, כי הפרשנות הבלתי מבוססת שניתנה על-ידי העותרים למהותה של עבירת התנהגות שאינה הולמת, לפי סעיף 130 לחוק השיפוט הצבאי, פרשנות שלא נתמכה בכל אסמכתא שהיא והובאה כטענה בעלמא, אינה מתיישבת עם הפרשנות שניתנה לעבירה זו על-ידי בתי הדין הצבאיים. המשיבים, הפועלים בהתאם לפרשנות שניתנה לעבירה זו על-ידי בתי הדין הצבאיים, רואים בעבירת התנהגות שאינה הולמת, עבירה חמורה, המבטאת את החיוב להימנע מלנהוג בדרך הממיטה קלון או בושה או באופן אשר סוטה סטייה של ממש מנורמות המוסר הבסיסיות, כמו גם את החיוב להימנע ממעשים אשר יש בהם פליליות מובהקת. השאלה האם התנהגות היא הולמת, נבחנת הן במדדים מוסריים-ערכיים (הנורמות המצופות ממפקד בצה"ל), והן במדדים פיקודיים-מקצועיים (ההתנהגות המקצועית המצופה ממפקד בצה"ל). אין המדובר בעבירה המשקפת אתיקה מקצועית (בדומה, אולי, לעבירת המשמעת שעניינה התנהגות שאינה הולמת בשירות הציבורי), אלא בעבירה שעניינה התנהגות בלתי-מוסרית או בלתי-ערכית מן המדרג החמור, המלווה אף בכשל בעל אופי פיקודי.

100. בהתאם, נעשה שימוש בעבירה זו, אף כעבירה יחידה, ביחס למקרים בהם עסקינן בהתנהגות חמורה ופסולה מן הבחינה המוסרית והערכית. כך, לדוגמא, בתיק מר/432/05 התובע הצבאי נ' רס"ן עלי עראידה, הורשע הנאשם בכמה פרטי אישום שעניינם התנהגות שאינה הולמת (כעבירה

יחידה), בגין כך שנקט לשון בוטה ביותר, משפילה ומאיימת כלפי פקודיו (לרבות שימוש במילים "אני אהרוג אותך"; ו-"אני אתקע לך כדור בראש"), זרק לעבר אנשי הסגל של יחידתו חפצים שונים (לרבות פחיות שתייה, מאפרה, מכשיר טלפון סלולארי, מקלדת וקומקום), נופף באקדחו באוויר תוך שהוא מאיים לפגוע במי שלא יבצע את פקודותיו, ואף הדגים "תרגולת" בנשק על פקודו באמצעות הצמדת אקדח לראשו. בית הדין הצבאי לערעורים קבע, כי –

"...המשיב [עראידה] נכשל בשורה של מעשים והתבטאויות תמורים, אשר נתפרשו על פני תקופה ארוכה, כלפי פקודים רבים. המשיב הפגין זלזול בפקודיו והתנשאות כלפיהם, ואף פגע באופן בוטה בכבודם, השפילם וגרם להם מבוכה ותחושת איום... בכל אלה נכשל המשיב כישלון פיקודי חרוץ, ולאורך זמן. מעשיו ודבריו הבוטים של המשיב אינם עולים בקנה אחד עם ההתנהגות החולמת מפקד וקצין, ועומדים בסתירה גמורה לנורמות ולערכים של קצין ומפקד בצה"ל."  
ע/70/06 התובע הצבאי הראשי נ' רס"ן עלי עראידה.

ניתן לציין אף את עניינו של סא"ל שגיא גבע, אשר הוזכר אף על-ידי העותרים. שם הורשע בעבירת התנהגות שאינה חולמת קצין צה"ל אשר ביצע, כלפי פלסטיני חף מפשע, מעשים אשר תוארו על-ידי בית הדין הצבאי לערעורים באופן הבא –

"דומה כי מעשיו של המשיב נכנסים בגדר האיסורים המוחלטים... זאת, הן בשל ההשפלה הרבה הכרוכה בהפשטתו של אדם למול עיניהם הצופות של אחרים; והן בשל האלימות הבוטה כלפי נפשו של הנחקר, אשר באה לידי ביטוי באיומים לשרוף את מבושו ולהושיבו, עירום, על בקבוק שתייה; איומים אשר לוו גם באקטים פיזיים של קירוב מצת בוער לאיבר מינו של טארק ואחיזה בגופו, כאילו לצורך הושבתו על הבקבוק"  
ע/153/03 סא"ל שגיא גבע נ' התובע הצבאי הראשי, 25.

בעניין זה קבע בית הדין, כי –

"כישלוננו של המשיב הוא כשלון חריף. פגיעתו רבה באשיות המנהיגות הצבאית. הדרישה למתן "דוגמא אישית" על-ידי מפקדים בצה"ל הייתה, מאז ומעולם, ליבתה של המנהיגות הצבאית... הדוגמא שנתן המשיב לפקודיו, לצה"ל ולחברה בכללותה, הייתה שלילית ונוזקה – מבית ומחוץ – מי ישורנו."  
שם, 32.

כאמור, מעשיו התמורים של הנאשם באותו מקרה (שהם תמורים לעין שיעור מאלה המיוחסים למג"ד במקרה דנן), הביאו להרשעתו בעבירה של התנהגות שאינה חולמת, נוכח הכשל הפיקודי מחד גיסא, והמוסרי-ערכי מאידך גיסא, אשר אפיין את מעשיו ואשר מאפיין את המעשים העולים כדי התנהגות שאינה חולמת.

עוד יצוין בהקשר זה, כי עבירת התנהגות שאינה הולמת, יוחסה במקרים שונים גם למפקדים אשר עברו עבירות ברכוש הצבא או ברכושם של פקודיהם, ולמפקדים אשר עברו עבירות של הטרדה מינית.

101. נמצאנו למדים, אפוא, כי עבירה של התנהגות שאינה הולמת, כפי שזו פורשה הלכה למעשה על-ידי בתי הדין הצבאיים, נועדה מעצם טיבה וטבעה למקרים בהם ביצעו מפקדים מעשים פסולים מן הבחינה הערכית-מוסרית (אף במקרים בתם מעשים אלה עשויים לעלות כדי עבירה פלילית אחרת), שעה שנתלווה לכך אף כשל בעל אופי פיקודי.

102. בשולי הדברים ולמעלה מן הצורך יצוין, כי אליבא דמשיבים, אין דין עבירת התנהגות שאינה הולמת כשהיא מיוחסת כעבירה יחידה, כדין עבירת התנהגות שאינה הולמת כשהיא אך "נלווית" לעבירה פלילית אחרת. במקרים מן הסוג השני, עיקר החומרה מצוי על פי רוב בעבירה "האחרת", ואילו עבירת התנהגות שאינה הולמת נועדה "להשלים" את כתב האישום בהיבטי הפסול הייחודיים הנוגעים לכשל הפיקודי של מי שעבר עבירה פלילית בהיותו מפקד. לעומת זאת, "רף החומרה" הנלווה לעבירת התנהגות שאינה הולמת, כשהיא מיוחסת כעבירה יחידה, הוא גבוה יותר. העמדה לדין בעבירה של התנהגות שאינה הולמת כעבירה יחידה, מתאימה בעיקר לנסיבות בהן ליבת החומרה נוגעת בשילוב שבין הפגם המוסרי-ערכי החמור שבהתנהגות, לבין הכשל הפיקודי החמור הנלווה לו (ראו לעניין זה ע/180/01, ע/181/01 התובע הצבאי הראשי נ' סמל עופר כספי וסמל יבגני טוקר, פסקה 7 ופסקה 26). זאת, כמובן, נוסף על החומרה המוגברת הנלווית לעבירת התנהגות שאינה הולמת כשהיא נדונה בבית הדין הצבאי, כאישום פלילי לכל דבר, יחסית לאותה עבירה כשהיא נדונה בדין משמעתי.

103. מן הכלל אל הפרט – כאמור, סברתי, כי בהתנהגותם של המג"ד ושל החייל באירוע נעלן, נפל כשל כפול. ראשית, כשל מוסרי-ערכי (אשר התבטא, לגבי המג"ד, בעיקר בכוונתו להפחיד עצור כפות ומכוסה עיניים באמצעות "תחבולה" אשר נועדה לגרום לעצור לחשוב, כי עומד להתבצע לעברו ירי; ולגבי החייל, בכך שלא נמנע מלבצע פקודה בלתי חוקית בעליל (אותה סבר בכנות שקיבל), שעניינה ירי לעבר אדם כפות ומכוסה עיניים, ללא כל הצדקה מבצעית (אם כי סייג אותה, כאמור, על דעת עצמו, בכך שירה רק לעבר סוליית הנעל של העותר מס' 1)). ושנית, כשל פיקודי (אשר התבטא, לגבי המג"ד, הן במעשים האמורים, והן בכך שלא נקט בצעדים הדרושים כדי להבהיר לחייל את כוונתו ולמנוע את אי ההבנה אשר הביאה להתפתחות האירוע כפי שאירע; ולגבי החייל, שוב, בכך שלא נמנע מלמלא אחר "פקודה" בלתי חוקית בעליל של מפקדו הישיר, על אף היותו לוחם ותיק ומנוסה). שילוב זה, שבין כשל מוסרי-ערכי, לבין כשל פיקודי-מקצועי, הוא לב ליבה של עבירת התנהגות שאינה הולמת. שלא כשמה, זו העבירה ה-"הולמת" ביותר את כישלונם של המג"ד והחייל באירוע, והיא המבטאת באופן המיטבי את מהות הפסול שבמעשיהם.

104. ראוי לציין, כי גם הרמטכ"ל, במסגרת ההליך הפיקודי שקיים למג"ד, מצא לנכון לציין, כי התנהגותו של המג"ד נגועה הן בפגם ערכי-מוסרי, והן בפגם פיקודי-מקצועי. עמדתו זו של הרמטכ"ל, שהוא הדרג הפיקודי העליון בצה"ל, תומכת את מסקנת הפצ"ר בדבר אופיו של

הכשל המאפיין את התנהגותם של המגייד והחייל, כשל המוצא ביטוי מיטבי בעבירת התנהגות שאינה הולמת.

105. לא זו אף זו – עבירת התנהגות שאינה הולמת, היא עבירה "תלוית דרגה" – מעצם ניסוחה, היא חלה רק על מי שנושאים דרגת פיקוד (מדרגת סמל ומעלה). יתרה מזאת, הואיל והיא טומנת בחובה רכיב פיקודי, נודעת לה חומרה רבה יותר ככל שהיא מתייחסת למעשים שעשו מפקדים שדרגתם בכירה יותר. כך קבע בעניין זה בית הדין הצבאי ב-ע/256/96 הנ"ל –

"כאמור, עם העלאתו של חיל בדרגה ובמעמד ראוי וניתן לחייבו בסטנדרטים התנהגותיים ברמה גבוהה יותר. מחייל בדרגת נגד בשירות הקבע, ניתן לדרוש יותר מאשר מסמל בשירות חובה, מקצין יש לדרוש יותר מאשר מחוגר, ומקצין בכיר ניתן לצפות ליותר מאשר מקצין זוטר. ככל שהחייל מטפס במעלה הדרגה, כך עולה עמו ואינה יורדת, הדרישה המוסרית והערכית, כך יותר ויותר חייב הוא לשמש דוגמא ומופת לפקודיו."

ע/256/96 הנ"ל, 473.

ובפסק דינו ב-מ/2/02, שהוזכר לעיל, קבע בית הדין הצבאי המיוחד –

"ככל שדרגתו של המפקד ומעמדו גבוהים יותר, כך תידרש ממנו התנהגות ברמה ערכית ומוסרית גבוהה יותר. מקורה של דרישת היתר ממפקד בכיר הינה ניסיונו, אפשרותו להפנים את עקרונות השיטה והמערכת, וחובתו לשמש דוגמא לפקודיו. ככל שהמעידה והסטייה מיוחסים לקצין בכיר יותר, רב גם הנזק, שנגרם לצה"ל, לתדמיתו, ולאמון הציבור בו."

מ/2/02 הנ"ל.

106. לשון אחר – עבירת התנהגות שאינה הולמת, חומרתה נובעת, בין היתר מדרגתו ומעמדו של הנאשם. ייחוס אותה עבירה, בגין אותה מסכת עובדתית, לקצין בדרגת סגן אלוף ולחייל בדרגת סמל ראשון, יוצר מניה ובית "מדרג חומרה" בין מעשיהם של שני הנאשמים, התואם במקרה זה באופן מלא ומדויק את מדרג החומרה בין חלקיהם של כל אחד מן הנאשמים באירוע, כמפורט לעיל. גם בכך, היה כדי לחזק את עמדתו, כי עבירה זו, התנהגות שאינה הולמת, מגשימה באופן מיטבי, את שיקולי האכיפה ביחס למקרה זה.

107. שיקול נוסף ששקלתי, עניינו בכך שהגם שמדובר באירוע חמור לשעצמו, עניין לנו באירוע אשר תוצאותיו אינן מן החמורות, גם בשיקול זה היה כדי לחזק את התחלטה לייחס לנאשמים עבירה המתמקדת בפסול שבמעשים עצמם, ולא בתוצאה שנודעה להם. ברי, כי אילו היה ירי כדור הגומי גורם לתוצאה חמורה יותר, מן הדין היה להעניק לנסיבה זו את המשקל הראוי לה, והדבר ודאי היה משפיע על בחירת סעיף האישום המתאים.

108. אם כן, נמצאנו למדים, כי שלא כטענת העותרים, העבירה שיוחסה למג"ד ולחייל, עת הועמדו לדין בפני בית דין צבאי, היא עבירה פלילית לכל דבר, שעניינה התנהגות פסולה, אשר הפסול בה נובע הן מן הפגם המוסרי-ערכי המאפיין אותה, והן מן הפגם הפיקודי המתגלה בה. כאמור, לאחר שבחן חלופות שונות, באתי לכלל מסקנה, כי עבירה זו היא העבירה המתאימה ביותר, מבחינת מאפייניה השונים, למעשיהם של המג"ד והחייל. החלטתי זו, נתמכת בחומר הראיות בתיק, נבעה משיקולים ראויים וודאי שלא נבעה מן השיקולים הזרים אשר נטענו על-ידי העותרים, והיא משקפת מדיניות ראויה וסבירה של העמדה לדין. אכן, כתב האישום שהוגש נגד המג"ד והחייל משקף "את העובדות, העולות מחומר הראיות שנאסף, ואת העבירות שעובדות אלה מגבשות" (כלשונם של העותרים, בסעיף 88 לעתירה).

109. העותרים מדגישים בעתירתם, את העובדה שהעבירה של התנהגות שאינה הולמת, אינה נרשמת ברישום הפלילי. אכן, הרשעה על-ידי בתי דין צבאיים, גוררת, ככלל, רישום במרשם הפלילי (כך קובע סעיף 2 לחוק המרשם הפלילי). לבית הדין הצבאי אף לא נתונה הסמכות להורות, אם הרשיע אדם, על צו מבחן או על שירות לתועלת הציבור ללא הרשעה (וראה סעיף 71א לחוק העונשין, תשל"ז-1977, סעיפי 1(2), 9 לפקודת המבחן [נוסח חדש], תשכ"ט-1969, סעיף 13 לחוק המרשם הפלילי ותקנת השבים, תשמ"א-1981 והשווה לסעיפים 33א, 541 לחש"ץ). לעומת זאת, נמנתה רשימת עבירות-ובהן העבירה של התנהגות שאינה הולמת, בתקנות המרשם הפלילי ותקנת השבים (פרטי רישום שלא יירשמו או שלא יימסר מידע עליהם ועבירות שהרשעה בהן לא תפסיק את תקופת ההתיישנות או תמחיקת), התשמ"ד-1984, כעבירות שהרשעה בהן לא תירשם במרשם הפלילי. יוצא אם כן, כי חלף שיקול הדעת הפרטני, המוקנה לבתי המשפט האזרחיים, לסייג את תוצאות ההרשעה, במקרים המתאימים, כבולים בתי הדין הצבאיים לסעיף העבירה, שבה הורשע הנאשם- שהיא בלבד, קובעת אם תירשם ההרשעה במרשם הפלילי, אם לאו. סברתי, כי מצב זה אינו מניח את הדעת ועל כן אנו פועלים לתיקון החש"ץ, באופן שמחד יתאפשר גם בבתי הדין הצבאיים רישום מופחת בכל עבירה למעט עבירה מסוג פשע (בדומה להשלכות הרישומיות של הליך "ללא הרשעה" הנוהג בבתי המשפט האזרחיים) ומאידך תבוטל רשימת העבירות שאינן נרשמות במרשם הפלילי (לרבות עבירות ההתנהגות שאינה הולמת) האמורה לעיל. משכך, על פי התיקון המוצע, בכל עבירה בגינה יורשע נאשם בבית דין צבאי (לרבות התנהגות שאינה הולמת), יתלווה להרשעה זו רישום פלילי מלא, או ייקבע לה רישום פלילי מופחת (שתוצאותיו דומות להליך "ללא הרשעה" הנוהג כיום בבית המשפט האזרחי). עמדתי זו, אושרה על ידי היועץ המשפטי לממשלה, והיא באה לידי ביטוי בתזכיר הצעת החוק בנושא, שהופץ לאחרונה.

העתק תזכיר חוק השיפוט הצבאי (תיקון מס') (סיוג השלכות הרשעה), התשס"ח – 2008  
מצ"ב ומסומן מש/4.

110. כך או כך, ההחלטה בדבר בחירת סעיף העבירה נעשתה מטעמים ענייניים, הנגזרים מתוך בחינה יסודית, משפטית-מקצועית, של חומר הראיות, התאמתו של סעיף העבירה מבחינת מהות המעשים, ובחינת יתר נסיבות העניין, לרבות הצעד הפיקודי החמור שנקט נגד המג"ד. על יסוד כל אלה בחרתי בסעיף העבירה המתאים ביותר למכלול נסיבות העניין, ואין מקום לכפות את שינוי הסעיף, רק בשל העובדה כי הסעיף שנבחר אינו נושא רישום פלילי. יש גם לחדד, כי העדר



רישום במרשם הפלילי, אינו שולל את פלילות המעשה או את אופיה של הערכאה, בפניה הוא נדון.

111. בשולי הדברים יצוין, כי תמוהה טענתם של העותרים, כי בבחירת סעיף האישום היה עלי לשקול שורה של טענות, אשר חלקן הועלו רק לאחר שקיבלתי את החלטתי, בדבר אירועים אחרים אשר אירעו, לכאורה, בגזרתי של המג"ד. ראשית, רק לגבי אחד מן האירועים נטען, כי המג"ד עצמו נטל חלק באירוע (מיד עם קבלת תלונה לגבי אירוע זה, הורתה הפרקליטות הצבאית על חקירת מצ"ח ביתס אליו; חקירה זו טרם הסתיימה). שנית, גם אילו מדובר היה באירועים נוספים הנוגעים למג"ד, חובתה של תביעה הגונה, בבואה להכריע בדבר הצעדים המשפטיים הראויים ביתס לאירוע, לבחון את האירוע על נסיבותיו שלו, ואת חלקם של המעורבים באירוע עצמו. לא ברוד איזה משקל ראוי היה לתת, במסגרת קבלת החלטה לגבי האירוע בנעלין, לשורה של טענות (אשר לא הוכחו), בדבר אירועים אחרים, המנותקים כליל מן האירוע דנן, ואשר לגבי רובם המכריע (למעשה, לגבי כולם, למעט אחד), כלל לא הועלתה טענה, כי המג"ד נטל בהן חלק.

112. לסיכום, ברירת סעיף האישום צריך שתיתן ביטוי לנסיבות העבירה, כפי שהן עולות מחומר הראיות, למכלול השלכות האישום על הנאשמים, וליתר נסיבות העניין, תוך שמירה על האינטרסים הציבוריים הנוגעים בדבר. בבואן להעמיד נאשם לדין, על רשויות התביעה לייחס לנאשם את סעיף האישום, התואם, בראייתן המקצועית, באופן הראוי ביותר, את נסיבות המעשה שעשה הנאשם, ואת ההגנה על האינטרסים הציבוריים עליהם הן אמונות. המשיבים סבורים, כי העבירה שיוחסה לנאשמים, עבירת התנהגות שאינה הולמת, היא העבירה המתאימה ביותר לנסיבותיו של התיק – הן מבחינת נסיבותיו של האירוע, והן מבחינת תוצאותיו הכוללות של האירוע מבחינת הנאשמים.

## חלק שלישי – מדיניות הטיפול של הפרקליטות הצבאית באירועי פגיעה בעצורים

113. העותרים טענו, כי החלטתי במקרה זה, מבהירה "קבל עם ועולם, כי אין לצה"ל או למדינת ישראל כוונה ממשית לפעול למניעתם של מעשים נפשעים, ובהם מעשים, העלולים לעלות כדי הפרות חמורות (grave breaches) של אמנת ג'נבה וכדי פשעי מלחמה".

114. הארכנו בניתוח הפרשנות המשפטית הראויה אותה יש לייחס להחלטתי בדבר הבאתם של המג"ד והחייל לדין פלילי בפני בית דין צבאי, על כל המשתמע ממנה. סברתי, כי הצעדים שנקטתי במקרה זה – הוראה מיידיית על פתיחה בחקירת מצ"ח, ופתיחה בהליך פלילי בפני בית הדין הצבאי – מבטאים מסר ברור של חוסר סובלנות מוחלט להתנהגויות מן הסוג שהתגלה באירוע נעליו. מסר זה, מתיישב עם מדיניותה של הפרקליטות הצבאית בכל הנוגע לטיפול המשפטי באירועי אלימות כלפי פלסטינים ופגיעה בהם וברכושם, מדיניות הרחוקה עד מאוד מזו אותה ניסו העותרים לייחס לפרקליטות הצבאית.

115. כך, בחודש אוקטובר 2007, הוקמה בפרקליטות הצבאית "פרקליטות לעניינים מבצעיים", המרכזת את הטיפול, בין היתר, בתיקים הנוגעים לזירה הפלסטינית. הקמת החוליה, מבטאת את הרצינות אותה מייחסת הפרקליטות הצבאית לטיפול המשפטי בעבירות נגד פלסטינים ורכושם. חוליה זו מטפלת, בין היתר, בתיקים הנוגעים לעבירות שבוצעו אגב פעילות מבצעית, לעבירות של אלימות כלפי פלסטינים (לרבות פגיעה בעצורים), ולעבירות של פגיעה ברכוש (לרבות – ביזה, גניבה וכיו"ב).

116. כפי שכבר הצהירה המדינה לבג"ץ בעבר, הפרקליטות הצבאית נוקטת מדיניות בלתי מתפשרת בכל הנוגע לעבירות אלימות של חיילים כלפי פלסטינים, קל וחומר כלפי עצורים פלסטינים. טענות בדבר פגיעה בעצורים, מביאות, ככלל, לפתיחה בחקירת מצ"ח, ובמקרים המתאימים – להעמדה לדין פלילי. בניגוד לאירועים של פגיעה באזרחים במהלך פעילות מבצעית, אשר אינן מביאות בהכרח לפתיחה בחקירת מצ"ח (על הטעמים לכך עמדה המדינה בפירוט תשובותיה בבג"ץ 9594/03 בצלם ואח' נ' הפצ"ר), טענות בדבר פגיעה בפלסטינים על-ידי חיילים **שלא במהלך פעילות מבצעית**, ועל אחת כמה וכמה – טענות בדבר פגיעה בעצורים פלסטינים, מביאות ככלל לפתיחה בחקירת מצ"ח (מקום שהתלונה מגלה, על פניה, עילה מוצדקת לפתיחה בחקירה).

117. מאז ראשית שנת 2008 ועד ליום 1.9.08, התקבלו בפרקליטות לעניינים מבצעיים כ-62 תלונות שעניינן אלימות חיילים נגד פלסטינים. באותה תקופה, ניתנה הוראה על פתיחה בחקירות מצ"ח **ביחס לכ-50 אירועים, 7 אירועים נוספים מצויים בהשלמות בדיקת מהותיות מול ארגוני זכויות אדם וגופים נוספים, ו-5 אירועים נוספים עודם בטיפול הפרקליטות לעניינים מבצעיים**. תלונות אחרות שהועברו למצ"ח במישרין, הביאו גם הן לפתיחה בחקירות מצ"ח. מאז ראשית שנת 2008, הוגשו 10 כתבי אישום, נגד 14 נאשמים, בעבירות של פגיעה בעצורים. נתונים אלה מלמדים על נחישותה של הפרקליטות הצבאית לטפל בטענות בדבר

התעללות ופגיעה בעצורים על-ידי חיילים, תבאה לידי ביטוי אף בהעמדה לדין פלילי (הבאנו לעיל שורה ארוכה של דוגמאות לכתבי אישום שהוגשו נגד חיילים לבתי הדין הצבאיים, בגין עבירות של התעללות ופגיעה בעצורים). כתבי אישום רבים נוספים, הוגשו בעבירות נוספות הנוגעות לפגיעה באוכלוסייה הפלסטינית וברכוש, בכלל זה בגין עבירות של ביזה, גרימת נזק לרכוש וכיו"ב.

118. העותרים טענו עוד, כי החלטתי במקרה זה, אינה מתיישבת עם חובתה של ישראל, לפי המשפט הבין-לאומי, לחקור חשדות להפרות של הוראות המשפט הבין-לאומי, ולמצות את הדין עם מי שביצעו הפרות כאלה. גם טענה זו של העותרים, אינה ברורה כלל. הרי ממה נפשך – גם אליבא דהעותרים, חובתה של המדינה לפי המשפט הבין-לאומי היא "לפעול באופן אקטיבי לאכיפת הפרות של דיני הלחימה". כך בדיוק נעשה במקרה זה – מיד עם היוודע דבר האירוע, הורתה הפרקליטות הצבאית על קיום חקירת מצ"ח ביחס אליו, שהיא חקירה פלילית לכל דבר; על בסיס ממצאי החקירה, הגישה הפרקליטות הצבאית כתב אישום לבית הדין הצבאי, שהוא ערכאה פלילית, המייחס לשני המעורבים באירוע עבירה פלילית – הא לך "פעולה באופן אקטיבי לאכיפת הפרות של דיני הלחימה". ודוק – אף המשפט הבין-לאומי אינו מתיימר להחליף את שיקול דעתן של רשויות אכיפת החוק הלאומיות המוסמכות, או להתערב בו. המשפט הבין-לאומי קובע איסורים, ואת החובה לאכוף איסורים אלה ולטפל בהפרות שלהם. פעולתם של המשיבים במקרה זה, מגשימה באופן מלא והולם חובה זו, ואף טענתם של העותרים בנושא זה, דינה להידחות.

119. לא ניתן לחמוק מן התחושה, בייחוד נוכח האמור בסעיף 87 לעתירה, כי טענותיהם של העותרים בנושא המשפט הבין-לאומי, לא נועדו אלא להלך אימים על המשיבים, ולאותת להם ולבית המשפט הנכבד, כי אי שינוי החלטתי יביא את העותרים או אחרים לנסות "למצות את הדין" (לתפיסתם) עם המג"ד והחייל המעורבים באירוע, בערכאות זרות, כפי שנעשה במקרים אחרים.

## חלק רביעי – התערבות בית המשפט הנכבד בהחלטות הפצ"ר - כללי

120. דנו עד עתה בהיבטים שונים הנוגעים להחלטות גופא. הראינו, כי החלטה זו מעוגנת היטב בתשתית הראייתית ביחס לאירוע בנעלין, מבטאת מדיניות ראויה של תביעה צבאית, ומגשימה באופן הולם את האינטרסים הציבוריים עליהם אמונות רשויות אכיפת החוק בצה"ל.

121. עתה, נבקש לבחון את שאלת מידת התערבותו של בית המשפט הנכבד בהחלטות התביעה במסגרת ההליך הפלילי, ככלל, ובהמשך נבחן את מידת ההתערבות בהחלטות בכל הנוגע לבחירת סעיף האישום, בפרט. נקדים ונאמר, כי אם מידת התערבותו של בית המשפט הנכבד בהחלטות הממונה על התביעה הינה, ברגיל, מצומצמת ומסויגת, הרי בכל הנוגע לבחירת סעיף האישום, היא מצומצמת ומסויגת אף יותר.

122. כידוע, הכלל המותווה בהלכה הפסוקה מימים ימימה הינו, כי מידת ההתערבות של בית משפט זה בהחלטות התביעה הכללית, כמו גם בהחלטות התביעה הצבאית, הינה מצומצמת ביותר.

ובלשונו של כבוד השופט חשין (כתוארו אז) בבג"ץ 4550/94 אישה נ' היועץ המשפטי לממשלה הנ"ל -

"... אין אנו יושבים על כיסאם של המשיבים - משל ישבנו בערעור על פסק-דין של בית-משפט מחוזי - וממילא אין אנו אמורים להחליט כפי שהיינו מחליטים לו היינו אנו במעמדם של המשיבים. המשיבים הם בעלי הסמכות - בעלי הסמכות ובעלי האחריות - ואנו סמכותנו היא סמכות של ביקורת, לאמור, אמורים אנו לבדוק ולדרוש אם פעלו המשיבים כדן בהחליטם את שהחליטו. מה תחא מסגרת הבדיקה, וכיצד נדע אם פעלו המשיבים "כדין"?

להכרעה בשאלה זו אין צורך שנרחיק לכת. אך לפני מספר חודשים נדרשנו לשאלת התערבותו של בית המשפט הגבוה לצדק בהכרעותיה של התביעה הכללית - היועץ המשפטי לממשלה ומערכת התביעה הצבאית, והגם שלגופם של דברים נחלקו השופטים בדעותיהם, הנה באשר לעקרונות ההתערבות לא נתגלעו ביניהם חילוקי דעות. כוונתי לפסק הדין שניתן בבג"צ 6009/94 שפרן ואחי נ' התובע הצבאי הראשי ואחי [1]. בפסק-דינו עומד חברנו, השופט אור, על כך שהדין לעניין התערבות בהחלטותיה של התביעה הצבאית דומה הוא לדין באשר להתערבות בהחלטותיה של התביעה הפלילית הרגילה, וכך אומר הוא בנושא התערבות בהחלטות היועץ המשפטי לממשלה שלא לנקוט הליכים פליליים:

"... (על אף שראוי שבית משפט זה יגלה איפוק בבואו להתערב בהחלטותיו של היועץ המשפטי לממשלה - מ' ח') הוא יוכל להתערב בתחלטתו, אף אם זו נתקבלה בתום-לב, אם זו נגועה ביחוסר סבירות קיצוני או ביעיוות מהותי..." (שם, בעמ' 582).

ובהמשך, שם:

"כפי שנקבע לא אחת, בית המשפט אינו ממיר את שיקול-דעת היועץ המשפטי לממשלה בשיקול-דעתו שלו. אין בית המשפט פועל כיועץ משפטי על, לפיכך לא יתערב בית המשפט בהחלטתו של היועץ המשפטי לממשלה, רק מכיוון שהוא היה מחליט אחרת. אך בית המשפט יתערב בהחלטתו של היועץ המשפטי אם זו לוקה בחוסר סבירות קיצוני או בעיוות מהותי".

את דבריו סומך השופט אור לעיקרי האסמכתאות שלעניין, ובהן: בג"צ 935/89, 940, 943 גנור נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח' [2]; בג"צ 329/81, ב"ש 217/82, 376/83, 670 נוף נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח' [3]; בג"צ 223/88 שפטל נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח' [4]; בג"צ 806/90 בשג"צ 3755/90 הנגבי נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח' [5]; בג"צ 3846/91 מעוז נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח' [6].

השופט אור ממשיך וסוקר בדבריו את סוגיית התערבותו של בית המשפט הגבוה לצדק בהחלטות הפרקליט הצבאי הראשי, ומסקירה זו נמצאנו למדים על הדמיון - דמיון עד כדי זהות - בין העקרונות השולטים בסוגיה זו לבין העקרונות השולטים בסוגיית התערבות בית המשפט הגבוה לצדק בהחלטות היועץ המשפטי לממשלה. כך, למשל, פרשת בג"צ 442/87 שאול נ' הפרקליט הצבאי הראשי ואח' [7], בעמ' 753, שבה דובר על התערבות בהחלטה שנתקבלה מ"טעמים של אי-סבירות מהותית או חוסר-תום-לב..."; פרשת בג"צ 372/88 פוקס נ' הפרקליט הצבאי הראשי ואח' [8], בעמ' 155, שבה דובר על התערבות "אך ורק בנסיבות קיצוניות, שבהן גלוי וברור, שנפל משגה היורד לשורשו של עניין, או שנתגלה עיוות מהותי אחר הדורש את תיקונו". וכך היא פרשת בג"צ 425/89 צופאן ואח' נ' הפרקליט הצבאי הראשי ואח' (פרשת צופאן [9]), שבה קובע בית המשפט כי אותם עקרונות החלים על התערבות בית המשפט הגבוה לצדק בשיקול-דעתו של היועץ המשפטי לממשלה "בוודאי צריכים להיות נר לרגלנו" לעניין התערבות בשיקול-דעתו של הפרקליט הצבאי הראשי, והוא "בנתון לשינויים הנובעים מהמסגרת הצבאית המיוחדת וממעמדו של הפצ"ר, המופקד על מערכת התביעה הצבאית על צרכיה המיוחדים" (שם, בעמ' 727).

אלה הם המפתחות שיפתחו את שערי בית המשפט הגבוה לצדק ויביאו להתערבותו בהחלטות של רשויות התביעה - יועץ משפטי לממשלה או התביעה הצבאית - לעניין אי-פתיחתם של הליכים פליליים (או להחלטות בדומה להן): החלטה שנתקבלה שלא ביושר או שלא בתום-לב; החלטה שנתקבלה ממניעים נפסדים ולא טהורים; החלטה שנתקבלה בסתירה ברורה לאינטרס הציבור (בג"צ 156/56 שור נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח' [10], בעמ' 301-300); החלטה שנתקבלה בחוסר סבירות קיצוני או מהותי (במובנו הרחב); החלטה שהיא בלתי סבירה בעליל; החלטה שנתקבלה בעיוות מהותי; החלטה הנגועה

במשגה היורד לשורשו של עניין. שערים אחדים מוליכים אליו אל הטורקלין, וכל אחד ממפתחות אלה (החופפים בחלקם אלה את אלה) אמור לפתוח אחד מאותם שערים. ואולם רק המחזיק בידו אחד מאותם מפתחות זכאי להתערבותו של בית המשפט הגבוה לצדק." (ההדגשות הוספו).

123. בבג"ץ 935/89 גנור נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מד(2) 485 (1990), ניתח בית המשפט הנכבד בהרחבה את היקף ההתערבות בהחלטות היועץ המשפטי לממשלה בנוגע להעמדה לדין. נביא את הדברים כלשונם –

"אמת, בתחילה צומצם היקף התערבותו של בית-משפט זה אך למקרים בהם נטענה טענה בדבר חוסר תום-לב בהחלטת היועץ המשפטי (ראה: בג"ץ 156/56 [8] הני"ל; בג"ץ 74/69 [29], בעמ' 427; בג"ץ 853/78 [30], בעמ' 168; בג"ץ 665/79 [11] הני"ל) או טענה "הגובלת עם חוסר תום-לב" (בג"ץ 134/62 [31], בעמ' 2897; בג"ץ 340/72 [32], בעמ' 329). במשך הזמן הורחבה היריעה, ונכללו בה טענות בדבר שרירות (בג"ץ 119/59 [33]), בדבר "שיקולים נפסדים" (בג"ץ 4/64 [34], בעמ' 31) ו"שיקולים פסולים" (בג"ץ 746/80 [35], בעמ' 455). בבג"ץ 248/81 [36], בעמ' 540, ציין מ"מ הנשיא, השופט שמגר, כי רשימה זו של מקרים אינה רשימה סגורה, אלא משקפת היא אך את "המגמה העקרונית תוך איזכור עילות מייצגות. כך ייתכן, לדוגמא, שבית-משפט זה יראה להתערב בשיקול הדעת של הקובל, גם אם יתגלה בהחלטתו חוסר סבירות קיצוני, היורד לשורשו של עניין, אף אם אין הוא מתלווה בסימנים של העדר תום-לב דווקא" (שם, בעמ' 541). בעקבות זאת נפסק, כי בית המשפט יתערב בהחלטתו של היועץ המשפטי לממשלה, אם "גלוי וברור, שנפל משגה היורד לשורשו של עניין, או שנתגלה עיוות מהותי אחר הדורש את תיקונו" (הנשיא שמגר בבג"ץ 372/88 [37], בעמ' 155). צוין, כי –

"כוחו של בית-משפט זה להתערב בהחלטותיו של היועץ המשפטי לממשלה אינו מוגבל למקרים בהם מוכח לנו, כי ההחלטה נושא הדין ניתנה בחוסר תום-לב... לדעתי, יש מקום להתערבותנו, גם אם נשתכנע, כי ההחלטה נתקבלה על סמך שיקולים מופרכים וזרים לעניין, והחלטה, אשר על פניה נראית נטולת כל היגיון, אכן עלולה להצביע בכיוון זה. העדר ראייה בדבר חוסר תום-לב לא יצילי החלטה כזו מפני ביטולה או שינויה" (השופט בך בבג"ץ 292/86 [28], בעמ' 411).

מכאן מסקנתו של השופט בייסקי בבג"ץ 425/89 [23] הני"ל, בעמ' 729, כי היקף התערבותו של בית המשפט הזה "אינו מצומצם אך לחוסר תום-לב, העדר יושר או מניעים נפסדים, אלא כולל גם, בין היתר, עיוות מהותי, חוסר סבירות קיצוני היורד לשורשו של עניין, הפליה, או שיקול העומד בסתירה לאינטרס הציבורי". על אותה גישה תזר השופט

קדמי באותה פרשה, שם, בעמ' 736, בציינו, כי אמות המידה להתערבותו של בית-משפט זה בהחלטות תובע - באותה פרשה היה זה הפרקליט הצבאי הראשי - הן שתיים:

"האחת אובייקטיבית, ועיקרה בבחינת 'סבירותה' של החלטת הפצ"ר, כאשר 'אי סבירות מהותית' - הכוללת, בין היתר, הפליה מהותית, משגה היורד לשורשו של עניין ועיוות מהותי אחר - תביא לפסילת ההחלטה; והשנייה סובייקטיבית, ועיקרה בבחינת 'תום-לב' של הפצ"ר, כאשר 'העדר תום-לב' - הכולל, בין היתר, יושר, הגינות ומניעים טהורים - יביא לפסילת ההחלטה".

גם השופט ד' לוי ציין באותה פרשה, שם, בעמ' 742, כי מקובלת עליו הגישה, לפיה -

"נתערב בשיקול-דעת הפצ"ר אך ורק בנסיבות קיצוניות, שבהן גלוי וברור, שנפל משגה היורד לשורשו של עניין, או שנתגלה עיוות מהותי אחר הדורש את תיקונו. הכוונה לאותם מקרים בהם ניתן להצביע על חוסר תום-לב מצד מקבל ההחלטה או על כך שמניעים לא טהורים או נפסדים עמדו ביסוד ההחלטה או שהיא לוקה באי-סבירות מהותית וקיצונית".

ביסוד הכללים בדבר התערבות בית המשפט בהחלטות היועץ המשפטי לממשלה עומדות שלוש הנחות יסוד: האחת, כי ליועץ המשפטי שיקול-דעת נרחב בהחלטה, אם להעמיד חשוד לדין אם לאו. שיקול-דעת זה משמעו כוח בחירה בין מספר החלטות חוקיות. בחירה זו מכוונת, כפי שראינו, בין השאר, על-ידי מתן משקל ראוי לשיקולים השונים, שיש לקחתם בחשבון במסגרת הקביעה אם קיים "עניין לציבור" בהעמדה לדין. בקביעתו של משקל זה קיים תחום תמרון ניכר. הוא מבוסס, בין השאר, על הערכת מציאות פיסיית ונורמטיבית ועל השקפת עולם. אך טבעי הוא, כי יועצים משפטיים שונים ייתנו משקל שונה לשיקולים השונים המגבשים את אמת המידה של "עניין לציבור". כל עוד המשקל שניתן על-ידי היועץ המשפטי לשיקולים השונים פועל במסגרת התכלית לשמה ניתן שיקול הדעת, ההחלטה היא חוקית. מכאן, שיועצים משפטיים שונים עשויים להגיע להחלטות שונות וסותרות באשר לקיומו של "עניין לציבור", שכולן תהיינה חוקיות. במצב דברים זה, בית המשפט הגבוה לצדק לא יתערב בהחלטתו של היועץ המשפטי לממשלה. הטעם לאי-התערבות זו אינו נעוץ בחסינות מיוחדת שיש לו ליועץ המשפטי מפני הביקורת השיפוטית של בית המשפט הגבוה לצדק. הטעם לאי-התערבות זו נעוץ בכך שהחלטתו של היועץ המשפטי לממשלה היא חוקית, ואין עילה להתערבות של בית המשפט. אמת, בית המשפט הגבוה לצדק עשוי לגרוס, כי אילו כוח ההחלטה המקורי היה בידינו, היה הוא מקבל החלטה שונה מזו שקיבל היועץ המשפטי לממשלה. בית המשפט עשוי לאפיין את החלטתו של היועץ המשפטי לממשלה בנסיבות אלה, כהחלטה "מוטעית", אך אין היא החלטה

בלתי חוקית. בית המשפט אינו שם עצמו כיועץ משפטי לממשלה. אין הוא יועץ-משפטי-על. הוא בוחן את חוקיות החלטותיו של היועץ המשפטי - לא את תבונתו. מכיוון שהחלטה "מוטעית" - כלומר, החלטה בוחרת באפשרות חוקית שבית המשפט עצמו, אילו פעל כיועץ משפטי, לא היה בוחר בה - עשויה להיות חוקית, לא יתערב בית המשפט הגבוה לצדק, וזאת בשל היעדר עילה להתערבותו. עמד על כך מ"מ הנשיא, השופט שמגר, בבג"צ 248/81 [36] הנ"ל, בעמ' 541, בצינו: "לא די בכך, שהלשכה השתמשה בשיקול-דעתה באופן הנראה לבית המשפט כמוטעה, כדי להצדיק התערבותו של בית-משפט זה, כל עוד אין בכך כדי להצביע על מידת הפסול וסוג הפגם עליהם דובר לעיל".

ועל גישה זו חזר השופט בן בבג"צ 292/86 [28], בעמ' 411-412, באומרו: "העובדה בלבד, שהחלטה נראית בעינינו בלתי נכונה או מוטעית, אין בה כדי להצדיק התערבות, ואף אם משוכנעים אנו שהיינו מגיעים למסקנה שונה מזו אליה הגיע היועץ המשפטי, לו סמכותו שלו הייתה מסורה בידינו, אין בכך כדי להניענו לקבל עתירה המופנית כנגד החלטת היועץ המשפטי..."

... אכן, מקובל עלי, כי לא די, לשם פסילת שיקול-דעתו של היועץ המשפטי לממשלה, כי נפל בו חוסר סבירות קל. לשם פסילת שיקול הדעת של היועץ המשפטי יש להצביע על כך כי חוסר הסבירות שדבק בו הוא מהותי או קיצוני. מסקנתי זו אינה סומכת עצמה על חסינות מיוחדת של היועץ המשפטי לממשלה. כל שיקול-דעת שלטוני לא נפסל אך בשל חוסר סבירות קל. לשם פסילתו של כל שיקול-דעת מינהלי נדרש חוסר סבירות מהותי..." (ההדגשות הוספו).

124. סוגיית היקף ועילות ההתערבות של בית המשפט הנכבד בהחלטות התביעה, הובאה אך לאחרונה בפני בית המשפט הנכבד, בבג"ץ 5699/07 פלונית. יפים הדברים שנכתבו בפסק דינו של בית המשפט באותו עניין, גם לענייננו שלנו. כך כתב כבוד השופט לוי באותה פרשה -

"אם אבקש לפרוט לפרטים את המשימה המונחת לפתחה של ערכאה שיפוטית הנדרשת להחלטות התביעה, אומר כי מעבר להקפדה על עקרון החוקיות ודרישת תום הלב, עליה למקד את בחינתה בשיקול-הדעת שהופעל, ובשאלה אם לסופו של יום ערכה התביעה שקלול ראוי של מכלול האינטרסים המעורבים. השאלה העיקרית היא כלום שירתה ההחלטה באורח מיטבי את האינטרס הציבורי, על מכלול היבטיו. צוהר להתערבות שיפוטית אפשר שייפתח נוכח אחת משתי מסקנות: כי לא כל הפרמטרים הרלוונטיים הובאו בחשבון; או כי שקלולם יחד לקה בחסר, והוביל להערכה שגויה של מאזן התועלת הנוגע בדבר. אך כל אלה אינם אלא מושגים יחסיים, מונחי שסתום. מה תוכן יש ליצוק בהם? שאלה זו אינה פשוטה כלל ועיקר, אך אין פירוש הדבר כי עליה להיוותר ללא מענה. דומה, כי החלטה שנתקבלה בידי גורמי התביעה לא תוכל לעמוד,



אם היא מקימה סיכון לפגיעה בערכי יסוד של משפט ומוסר ליבראלי; אם היא נוגדת תחושה פנימית וכללית של צדק; אם פגיעתה בתפישותיה הדומיננטיות של חברה דמוקרטית היא קשה; אם מאיימת היא להעיב באורח שקשה להשלים עמו על בירור האמת, מקום בו ניתנת זו לגילוי; ואם עומדת היא בניגוד לערכים מכווננים במשפטנו ובהם, בין השאר, שלטון החוק, עקרון השוויון, חובת הנאמנות של עובד ציבור, ועשייתו של דין צדק עם מי שנתון להליך פלילי...

בתוך כך, כפי שהודגש חזר-ושנה בפסיקתו של בית משפט זה, כפופה הביקורת השיפוטית להבנה, כי אל להם לעוסקים בה לשים עצמם בנעליה של הרשות המוסמכת. את שיקול-דעתו לא יוכל בית-המשפט להניח תחת זה של הרשות... "בג"ץ 5699/07 פלונית, פסקה 51 לפסק דינו של כבוד השופט לוי.

וכך כתבה לעניין זה, באותה פרשה, כבוד הנשיאה ביניש –

"התביעה היא האחראית לבדיקת חומר הראיות שבתיק החקירה, לבחינת מכלול השיקולים הרלוונטיים לעניין, לעריכת האיזון הראוי ביניהם ולקבלת החלטה תהולמת את נסיבות המקרה העומד בפניה. התביעה נשענת על ידע, על מקצועיות ועל ניסיון המסייעים בידת להעריך את האינטרס הציבורי... הסמכות להכריע בכך מצויה בידי היועץ המשפטי לממשלה וגורמי הפרקליטות בהתחשב במומחיותם ובניסיונם, כמו גם באחריות המוטלת על כתפיהם. בית-משפט זה אינו מעמיד עצמו במקום גורמי התביעה ואין הוא שוקל מה היה מתליט אילו הוא היה בעל הסמכות, משל היה "יועץ משפטי-על". בהתחשב בכל אלה, אין חולק כי העיקרון המנחה הינו כי התערבותו של בית-משפט זה בהחלטות היועץ המשפטי לממשלה וגורמי הפרקליטות בנוגע לניהול חקירה ולהעמדה לדין פלילי... הינה מצומצמת ביותר. אף שעניינים אלה אינם חסינים מפני ביקורת שיפוטית, הלכה פסוקה היא כי התערבות בית-המשפט בהן הינה מצומצמת ושמורה לנסיבות מיוחדות כגון: שהחלטה נתקבלה בחוסר תום-לב; או שנתקבלה בנסיבות בהן החלטת היועץ המשפטי לממשלה לוקה במשגה היורד לשורש העניין, בסתירה ברורה לאינטרס הציבורי או בעיוות מהותי אחר הדורש את תיקונו; או כאשר קיימת חריגה מהותית וברורה ממתחם שיקול-הדעת הסביר המסוד בידי היועץ המשפטי לממשלה." (ההדגשה הוספה) שם, פסקה 11 לפסק דינה של כבוד הנשיאה ביניש.

125. הוסיפה על כך אך לאחרונה כבוד השופטת פרוקציה בבג"ץ 5699/07 פלונית כהאי ליסנא –

"... שיקול הדעת של התובע בשאלות של העמדה לדין מוגבל לביצוע התכליות העומדות ביסוד ההליך הפלילי; שיקול הדעת של היועץ

המשפטי בעניינים אלה הוא "שיקול דעת שלטוני, בעל אופי שיפוטי, המוגבל בדליית אמותיו של חוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב]..."  
 שיקול הדעת של היועץ המשפטי בניהול ההליך הפלילי, ובענין העמדה לדין והסכמה להסדר טיעון בכלל זה, חייב לעמוד במבחן הוראות החוק הנוגעות להליך הפלילי, על הערכים שהוא מתכוון להגשים, במשולב עם העקרונות הכלליים של המשפט המנהלי. על היועץ להשתית את החלטתו על שיקולים הוגנים ותמי-לב; עליו לפעול בהגינות וביושר; על החלטתו להתבסס על שיקולים ענייניים בלבד, מתוך כוונה להגשים את המטרות שלשמן נועדה הפעולה העומדת למבחן; החלטתו צריכה לעמוד במבחן השוויון בפני החוק, עקרון המצוי בגרעין הקשה של הצדק בהליך הפלילי...

שיקול הדעת של ראש התביעה בפעולותיו במסגרת ההליך הפלילי חייב לעמוד גם במבחן הסבירות. סבירות בהקשר זה משמעה – שקילת מלוא השיקולים הרלבנטיים לענין, והם בלבד, וייחוס המשקל הראוי לכל אחד מהשיקולים הללו. סבירות ההחלטה נמדדת על-פי המשקל הפנימי-היחסי שניתן לגורמים העיקריים המעצבים את ההחלטה... במסגרת דרישת הסבירות, על היועץ המשפטי לאזן את האינטרסים השונים הפועלים במסגרת הנורמה הכללית שנקבעה על-ידי המתוקק. איזון זה הוא סביר במקום שניתן המשקל הראוי לאינטרסים הרלבנטיים השונים הפועלים בגדר הנורמה החקיקתית שעל הרשות המוסמכת ליישם...  
 לעיתים ניתן לקדם את המטרות שלשמן נעשית הפעולה השלטונית בדרכים שונות, באופן שתיתכנה מספר דרכי פעולה, שכל אחת מהן תימצא במתחם הסבירות. בנסיבות בהן קיים מתחם סבירות, פעולה תיחשב כחורגת מן המתחם מקום שהמשקל שהיא מייחסת לגורמים הרלבנטיים חורג מן המטרות שלצורך קידומן נועדה הפעולה..." (ההדגשות במקור). שם, פסקה 10 לפסק דינה של כבוד השופטת פרוקציה.

## חלק חמישי – התערבות בית המשפט הנכבד בהחלטות הפצ"ר בדבר בחירת סעיף

### אישום

126. כאמור, כי אם מידת התערבותו של בית המשפט הנכבד בהחלטות הממונה על התביעה היא, ברגיל, מצומצמת ומסויגת, הרי בכל הנוגע לבחירת סעיף האישום, היא מצומצמת ומסויגת אף יותר.

127. כידוע, אחת מסמכויותיו המרכזיות של הממונה על התביעה (יהא זה היועץ המשפטי לממשלה או הפרקליט הצבאי הראשי), עניינה ההחלטה אילו סעיפי אישום לייחס לנאשם פלוני, לאחר שהוחלט על עצם העמדתו לדין. כבר בע"פ 117/50 חדד נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד ה(2) 1413, 1426 (1951) כתב כבוד השופט (כתוארו אז) זוסמן, כי מקום שקיימים שני סעיפי אישום שהם רלוונטיים לתשתית עובדתית דומה, הרי שבידי התביעה הכללית הסמכות לבחור בסעיף האישום לפיו יובא הנאשם לדין (הדברים אף צוטטו בהסכמה על-ידי כבוד השופט (כתוארו אז) אגרנט בע"פ 155/59 דרעי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יד(1) 233, 242 (1960).

128. התביעה הכללית (כמו גם התביעה הצבאית), מוחזקת כמפקדת על האינטרסים הציבוריים המגולמים על-ידי העמדה לדין פלילי. ככזו, נסמכים בתי המשפט, ככלל על שיקול דעתה המקצועי של התביעה, בייחוד באותם עניינים (כמו בחירת סעיף האישום), המצויים בתחום סמכותה הטבעי והבסיסית. כך, לדוגמא, נכתב בעניין זה בבג"ץ 9209/96 גינזברג נ' פרקליטות מחוז ת"א ואח', תק-על 96(4) 74 (1996), שם נקבע כי –

"הגשת כתבי אישום נגד תשודים בביצוע עבירות, היא בתחום סמכותה ובמסגרת הפרווגטיבה של הפרקליטות, אליה מועבר חומר החקירה ולפי שיקול דעתה המקצועי, מחליטה היא אם להגיש כתב אישום נגד החשודים ומה הם סעיפי האישום עליהם יש להעמיד את החשודים לדין... מובן מאליו כי כל אלה צריכים להיעשות על פי שיקולים ענייניים, מקצועיים, כשטובת הציבור לנגד עיניה... כל עוד עשתה הפרקליטות את מלאכתה נאמנה, עצמאית היא בעבודתה ואין להתערב בה..."

129. את ההלכה העקרונית בעניין מידת התערבותו של בית המשפט העליון, בשבתו כבית משפט גבוה לצדק, בהחלטותיו של הממונה על התביעה, קבע בתמצית בית המשפט הנכבד בפסק דינו בבג"ץ 372/88 פוקס נ' הפצ"ר ואח', פ"ד מב(3) 154, 155 (1988):

"כמקובל עלינו, מסורות בחירת האישום ובחירתה של הערכאה השיפוטית בידי רשויות התביעה הכללית לסוגיהן, המופקדות על העניין, ובית-משפט זה יתערב בשיקול הדעת של הרשויות הללו אך ורק בנסיבות קיצוניות, שבהן גלוי וברור, שנפל משגה היורד לשורשו של עניין, או שנתגלה עיוות מהותי אחר הדורש את תיקונו." (ההדגשות הוספו).

קביעה זו שבה והזהדה בפסיקתו של בית המשפט הנכבד. כך, לדוגמא, נפסק ברע"פ 6351/01 אטדגי נ' התצ"ר, תק-על 2001(2), 1466 (2001) -

"אין לערכאה שיפוטית - צבאית או אזרחית - סמכות לבחור את סעיפי האישום, ומדובר בפררוגטיבה של התביעה... וההבדלים בטיבם של מנגנוני הענישה הקיימים בין המערכת האזרחית לבין המערכת הצבאית אינם מפחיתים מעוצמתו של עקרון זה."

ועוד כתבה בעניין זה, בדעת רוב, כבוד השופטת פרוקצ'יה, אך לאחרונה בבג"ץ 5699/07 פלונית-

"עילת אי-הסבירות המינהלית קשורה קשר הדוק במתחם שיקול הדעת הנתון לרשות המוסמכת בתחום נתון. מתחם שיקול הדעת מתאר את מינעד אפשרויות הפעולה הנתונות לרשות בענין נתון. מתקיים יחס הפוך בין היקפו של מתחם שיקול הדעת, לבין היקפה של עילת אי-הסבירות המנהלית. ככל שמתחם שיקול הדעת רחב, כך מינעד אפשרויות הפעולה הסבירות במסגרתו מתרחב, ועילת ההתערבות השיפוטית בשל אי-סבירות הולכת ומצטמקת. ככל ששיקול הדעת של הרשות רחב יותר, כך גדל החופש הניתן לה לשקלל שיקלול יחסי את האינטרסים הרלבנטיים השונים, כנדרש לצורך קידום המטרות שלשמן נעשית הפעולה.

מתחם שיקול הדעת הנתון ליועץ המשפטי ולגורמי הפרקליטות בענין העמדה לדין פלילי של נאשם הוא רחב ביותר... פועל יוצא מכך הוא, כי נתון לתביעה מינעד רחב של אפשרויות פעולה בתחום ההעמדה לדין, שנקיטה בכל אחת מהן, אפילו הן שונות זו מזו, עשויה לעמוד במבחן הסבירות. בגדר מתחם שיקול דעת נרחב, נתונה בידי הגורם המחליט היכולת לבחור בין אופציות פעולה שונות, אפשריות, שכל אחת עשויה לקדם בדרכה את המטרות הטמונות בתכלית הפעולה. במצב כזה, נתון בידי הגורם המחליט מרחב תמרון רחב באשר לדרך השיקלול בין הגורמים הרלבנטיים השונים. כרוחב היקפו של כוח זה, כן קטן היקפה של עילת אי-הסבירות, ומצטמצם כוח התערבותה של הביקורת השיפוטית...

שיקול הדעת הרחב הנתון לתביעה הן במישור הערכת הראיות, והן בשיקולי האינטרס הציבורי הקשורים בהעמדה לדין, מצר עד מאוד את היקף עילת אי-הסבירות המינהלית בתחולתה על החלטות התביעה בעניינים אלה. פועל יוצא מכך, הוא הצרה של תחום ההתערבות השיפוטית בהחלטות היועץ המשפטי לממשלה בנושאי העמדה לדין." (ההדגשה הוספה). שם, פסקאות 12 - 13 לפסק דינה של כבוד השופטת פרוקצ'יה.

130. לסיכום נקודה זו, נביא את דבריו הברורים והתמציתיים של כבוד השופט לוי, אשר פסק –

"... נחזור ונדגיש את מה שידוע זה מכבר, לאמור, ההלכה הפסוקה קבעה לא אחת, כי בית המשפט הגבוה לצדק אינו נוטה להתערב בשיקול דעתם של רשויות התביעה בכלל ורשויות התביעה הצבאית בפרט, להעמיד או לא להעמיד לדין, לא כל שכן בהחלטתם לבחור בסעיף אישום זה או אחר. התערבות בית המשפט בתחום זה תהיה רק "בנסיבות קיצוניות, שבהן גלוי וברור, שנפל משגה היורד לשורשו של עניין, או שנתגלה עיוות מהותי הדורש את תיקונו" (בג"ץ 372/88 פוקס נ' הפרקליט הצבאי הראשי, פד"י מב (3), 154, 155; בג"ץ 425/89 צופאן ואח'י נ' הפרקליט הצבאי הראשי, פד"י מג(4) 718). " (ההדגשות הוספו). בג"ץ 11139/02 סמ"ד (מיל') גוליצין פבל נ' התובעת הצבאית הראשית, תק-על 2003(3) 1313 (2003).

131. בית המשפט אף הבהיר, כי ההלכות הכלליות הנוגעות למהות שיקול דעתו של הממונה על התביעה בכל הקשור לניהול ההליך הפלילי, נוגעים גם, ובאופן פרטני, לשיקול דעתו בדבר בחירת סעיף האישום בתיק פלוני. כך כתבה לעניין זה כבוד השופטת פרוקצ'יה בפסקה 16 לפסק דינה בבג"ץ 5699/07 פלונית -

"שיקולים של אינטרס ציבורי עשויים לחול לא רק ביחס לשאלה אם להעמיד אדם לדין, או להימנע מכך; הם עשויים להיות רלבנטיים גם למהלכה של התביעה במסגרת הליך פלילי הננקט כלפי אדם, למשל בהקשר לשאלה באלו אישומים להאשימו, או האם להגיע בעניינו להסדר טיעון. עשויים להתקיים שיקולים שונים שבאינטרס ציבורי אשר יצדיקו, בנסיבות מסויימות, הפעלת ההליך הפלילי שלא במלוא היקפו – כגון, בהגשת כתב אישום שאינו משקף את מלוא חומרת העבירות, או בהשגת הסדר טיעון, הכורך ויתורים מסויימים מצד המאשימה. מהלכים כאלה של התביעה עומדים אף הם לביקורת שיפוטית על-פי מבחנים דומים."

וכן –

"שאלת הברירה בין החלופות היא קשה ומורכבת. היא ניזונה לא רק מחערכת הפן הראייתי ועוצמת הסיכוי הסביר להרשעה, אלא גם משיקולים שבאינטרס ציבורי; היא מחייבת התייחסות לנסיבות המיוחדות של המקרה; ברירה זו מתקיימת, כעניין של שגרה, בהליכים פליליים נגד אזרחים מן השורה... מדובר במאזן עדין, רגיש ומורכב ביותר של שיקולים וחערכות, שמשתלבים בהם יסודות אינדיבידואליים לנאשם, שיקולים רחבים שבאינטרס ההליך הפלילי, ואינטרסים ציבוריים וחברתיים כלליים. הבחירה בין החלופות מצויה בתחום שיקול הדעת הרחב של היועץ המשפטי. על בחירתו בין החלופות לעמוד במבחן

הסבירות. תחום הביקורת השיפוטית על בחירה זו מתאפיין בריסון ובאיפוק רב. שם, פסקה 41 לפסק דינה של כבוד השופטת פרוקציה.

132. אם כן, ההלכה ברורה היא – רק בנסיבות קיצוניות וחריגות, בהן גלוי וברור, כי בהחלטת הפצ"ר נפל משגה היורד לשורשו של עניין, או שהנסיבות מצביעות על עיוות מהותי, וכן באותם מקרים נדירים וחריגים בהם החלטת הפצ"ר נתקבלה שלא ביושר או שלא בתום-לב, ממניעים נפסדים ולא טהורים, בסתירה ברורה לאינטרס הציבור, או בחוסר סבירות קיצוני או מהותי, יפעיל בית המשפט את סמכותו, ויתערב בהחלטתו של הפצ"ר בנוגע לבחירת סעיף האישום אשר ייוחס לנאשמים במסגרת הליך פלילי בפני בית הדין הצבאי. לא בכדי, לא ניתן להצביע ולו על זוגמא אחת בה הפעיל בית המשפט הנכבד סמכות זו, שכן עניין לנו במקרים כה חריגים ונדירים, עד שקשה להעלותם על הדעת.

133. הרחבתי אודות השיקולים שהנחוני בהחלטתי במקרה זה, ולא בכדי. לטעמי, בכל הצניעות, המדובר בשיקולים מקצועיים, ענייניים, וראויים, ואני סבור כי החלטתי נטועה ומבוססת בחומר הראיות הקיים ביחס לתיק. תשובה זו הדגישה את האופן בו שקלתי את האינטרס הציבורי עליו אני מופקד, ואשר אותו מחויבת לשרת מערכת אכיפת החוק הצבאית, והדאתה, כי החלטתי מתיישבת עם אינטרס זה ומקדמת אותו. בנסיבות אלה, ניתן בנקל לקבוע, כי אין בידי העותרים ולו אחד מאותם "מפתחות" שתיאר כבוד השופט חשין (ואף לא צל צילו של "מפתח" כזה), אשר הם תנאי בלעדיו אין להתערבותו של בית המשפט הנכבד בהחלטתי במקרה זה.

**סוף דבר**

134. ביום 7.7.08 אירע בסמוך לכפר נעלין אירוע חמור ומקומם. חייל צה"ל, בדרגת סמל ראשון, ביצע ירי כדור גומי לעברו של פלסטיני כפות ומכוסה עיניים, הוא העותר מס' 1. תמונות האירוע, כפי שתועד על-ידי תושבת הכפר, דוקרות את העין ומקוממות את הלב.

135. אכן, מיד עם היוודע דבר האירוע לפרקליטות הצבאית, הורתי על פתיחה בתקירת מצ"ח ביחס לאירוע. עם סיומה של החקירה, ולאחר שהתבררה התמונה העובדתית ביחס לאירוע, החליט הרמטכ"ל לנקוט ביחס למג"ד אשר נטל חלק באירוע, צעד פיקודי חמור ומשמעותי, והעבירו לאלתר מתפקידו. במקביל, ולאחר שבחנתי את חומר החקירה ביחס לאירוע, החלטתי לנקוט כלפי המג"ד והחייל שהשתתפו באירוע, את האמצעי משפטי חריף וחמור – הורתי על העמדתם של השניים לדין פלילי בפני בית הדין הצבאי המיוחד, בעבירה פלילית של התנהגות שאינה הולמת.

136. העותרים אינם שבעי רצון מהחלטתי. גם ליבם מתקומם ועיניהם משתאות נוכח האירוע בנעלין, והם סבורים, כי הצעדים שנקטתי, אין בהם די כדי ליתן מענה הולם לאירוע זה. דא עקא, שהעותרים אינם עומדים במקומי - הם לא נחשפו למכלול שיקולי, ואף לא לכלל חומר הראיות בתיק. יתרה מזאת – האינטרסים והשיקולים המנחים את העותרים, אינם שקולים בכל לאינטרסים עליהם אני מופקד, ולמכלול השלם של השיקולים אותם אני מחויב לשקול, שעה שאני מפעיל את סמכויותי.

137. הארכנו בתיאור התשתית העובדתית של האירוע בנעלין כפי שהיא עולה מחומר הראיות, ועמדנו על השיקולים שהנחו את התביעה הצבאית בבואה לבור את העובדות להן תטען בבית הדין; הצבענו על משמעותה של ההחלטה בדבר העמדתם של המג"ד והחייל לדין בפני בית הדין הצבאי, ועל מלוא השלכותיה של החלטה זו; עמדנו על מרחב העבירות החלופיות אשר שקלתי כפועל יוצא מתשתית עובדתית זו, וביארנו את מידת התאמתה של כל עבירה ועבירה לעובדות האירוע; ניתחנו את מהותה של עבירת התנהגות שאינה הולמת, והצבענו על התאמתה למעשיהם של המג"ד והחייל באירוע נעלין; נגענו בייחודה של המערכת הצבאית, על הסנקציות הפיקודיות הקיימות בה, ועל השלכותיו הראויות של הצעד הפיקודי שנקט ביחס למג"ד על החלטתי בעניין זה.

138. לבסוף, עמדנו בקצרה על מדיניותה של הפרקליטות הצבאית בכל הנוגע לאכיפת הדין כלפי מי שנהגו אלימות כלפי פלסטינים בכלל, וכלפי עצורים פלסטינים בפרט, או פגעו בהם או ברכושם. כן בחנו את ההלכות שיצאו מפני בית משפט נכבד זה, בדבר היקף התערבותו בהחלטות הממונה על התביעה, ובייחוד – בהחלטותיו בדבר בחירת סעיף האישום אשר יוחס לנאשם פלוני.


139. כל אלה, מולכים למסקנה, כי החלטתי, כפצ"ר, במקרה זה הייתה ראויה וחולמת, וכי אין כל מקום להתערב בה או לשנותה. על יסוד האמור, נבקש כי בית המשפט הנכבד יבטל את הצו-על-תנאי שניתן על-ידו ביום 19.8.08, ויורה על דחיית העתירה.

140. בטרם סיום אבקש לציין, כי לקראת מתן התגובה לצו על תנאי, קיים היועץ המשפטי לממשלה ישיבה, בה פרשתי את שיקוליי בהרחבה, כפי שפורטו לעיל. לאחר שהסבריי ושיקוליי חובאו במלואם בפני היועץ, היועץ סמך ידו על החלטתי להעמיד את המג"ד והחייל לדין בעבירות של התנהגות שאינה הולמת, על נימוקיה, מהטעמים שפורטו לעיל.

141. העובדות המפורטות בתצהיר זה הן אמת למיטב ידיעתי ואמונתי.


142. זהו שמי, זו חתימתי ותוכן תצהירי אמת.

היום, ט"ז אלול תשס"ח  
16 ספטמבר 2008

  
אבי גונן  
אביחי מנדלבלית, תא"ל  
תפרקליט הצבאי הראשי

אישור

אני, הח"מ, עו"ד יעקב מרקוס מאשר/ת בזה כי ביום 16/9/08 הופיע בפני תא"ל אביחי מנדלבלית, המוכר לי באופן אישי, ולאחר שהזחרתינו כי עליו לומר את האמת, שאם לא יעשה כן יהיה צפוי לעונשים הקבועים בחוק, תתם על תצהירו בפני.

  
יעקב מרקוס, עו"ד  
מ.ר. 42117  
חתימה וחתימת