



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 7195/08

בפני : כבוד השופטת א' פרוקצ'יה
כבוד השופט א' רובינשטיין
כבוד השופט ח' מלצר

העותרים : 1. אשרף 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

נגד

המשיבים : 1. תא"ל אביחי מנדלבליט הפרקליט הצבאי
הראשי
2. אל"ם לירון ליבמן התובע הצבאי הראשי
3. סא"ל עומרי בורברג
4. סמ"ר ל'

עתירה למתן צו על תנאי

בשם העותרים : עו"ד לימור יהודה, עו"ד דן יקיר

בשם המשיבים 1 ו-2 : עו"ד שי ניצן

בשם המשיב 3 : עו"ד שלמה ציפורי, עו"ד אהוד בן-אליעזר

בשם המשיב 4 : עו"ד אילן כץ, עו"ד גלי שטיינר

פסק-דין

השופטת א' פרוקצ'יה:

1. נגד המשיב 3, סא"ל עומרי בורברג (להלן – המג"ד), ונגד המשיב 4, סמ"ר ל' (להלן – החייל) הוגש כתב אישום המייחס להם עבירה של התנהגות שאינה הולמת בניגוד לסעיף 130 לחוק השיפוט הצבאי, תשט"ו-1955 (להלן – חוק השיפוט הצבאי או חש"צ); העותר 1, אשרף אבו-רחמה (להלן – העותר), וכן ארבעה ארגונים ציבוריים לזכויות אדם – "בצלם", האגודה לזכויות האזרח, הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל,

ו"יש דין" – ארגון מתנדבים לזכויות אדם, הגישו עתירה זו, שהסעד המבוקש בה הוא – תיקונו של כתב האישום שהוגש נגד המג"ד והחייל באופן שסעיפי האישום ישקפו, כלשון העתירה, "את העבירות הפליליות שבוצעו, לכאורה, על ידי המשיבים 3 ו-4, בשל ארוע בו ירה משיב 4 [החייל] מטווח קצר ביותר בעותר כשהיה במשמורת, כפות ומכוסה עיניים, בעוד משיב 3 [המג"ד] אוחז בו".

2. גרעין הטענה המועלית על ידי העותרים הוא כי נסיבותיו של הארוע, אשר יפורטו להלן, מצביעות על חומרה מיוחדת בהתנהגותם של המג"ד והחייל, המחייבת את אישומם בעבירות חמורות בהרבה מאישום בגין עבירה של התנהגות שאינה הולמת, שבגינה הועמדו לדין. על פי הטענה, החלטת התביעה הצבאית להאשימם בעבירה קלה של התנהגות שאינה הולמת מלמדת על רפיון באכיפת החוק בשורות הצבא, ומעבירה מסר לא ראוי של השלמה עם פגיעה חמורה בערכי יסוד של החברה והצבא, המגינים על כבוד האדם ושלמות גופו, במיוחד כאשר הוא נתון במשמורת, ובמצב של חוסר יכולת להתגונן. על רקע נסיבות הארוע, החלטת הפרקליט הצבאי הראשי (להלן – הפצ"ד) והתובע הצבאי הראשי (להלן – התצ"ד) (הם המשיבים 1 ו-2) להסתפק באישום מינורי, שעניינו עבירה קלה של התנהגות שאינה הולמת, נגועה באי סבירות קיצונית, ומצדיקה התערבות שיפוטית לשינוייה.

הרקע ועובדות

3. אלה נסיבות הארוע, כמתואר בכתב האישום:

במועד הרלבנטי לאישום, שימש המג"ד קצין בדרגת סא"ל, בתפקיד של מג"ד 71, ואילו החייל שירת בצבא בדרגת סמל ראשון תחת פיקודו של המג"ד. הארוע התרחש ביום 7.7.08, בכניסה לכפר נעלין בנסיבות הבאות: במהלך הפגנה אלימה בנעלין, עוכב העותר על ידי שוטרי מג"ב עקב מעורבותו הפעילה בהפרות סדר, והובא אל צומת הכניסה לכפר נעלין. במקום זה הושב על הקרקע, כשהוא אזוק ועינו מכוסות. בשלב זה, פנה אליו המג"ד, שהיה במקום, ואשר הכירו מהפגנות והפרות סדר קודמות, ואמר לו: "נו, עכשיו אתה תפסיק להפגין נגד כוחות צה"ל?", או מילים בעלות משמעות דומה. העותר השיב למג"ד תשובה בערבית שממנה השתמע כי אינו מבין עברית. לאחר חילופי דברים אלה בין המג"ד לעותר, אמר המג"ד לחייל, ששירת תחת פיקודו, ועמד בסמוך למקום: "מה אתה אומר, נלך לצד ונירה בו גומי?", או מילים בעלות משמעות דומה. מילים אלה נאמרו מתוך כוונה של המג"ד להפחיד את העותר כי עתיד להתבצע לעברו ירי של כדור גומי, ובסוברו, מהיכרותו הקודמת את העותר, כי

הוא מבין עברית. בתגובה לשאלה זו של המג"ד, השיב החייל: "אין לי בעיה לירות בו גומי", או מילים בעלות משמעות דומה. אז הרים המג"ד את העותר מהמקום בו היה ישוב, ובעודו אזוק ומכוסה עיניים, הוליכו לכיוון הג'יפ הצבאי שעמד בקרבת מקום. כשחלף המג"ד עם העותר על פני החייל, אמר המג"ד לחייל: "תדרוך כדור", או מילים בעלות משמעות דומה. החייל השיב: "יש לי כבר כדור בקנה", או מילים בעלות משמעות דומה.

בעקבות חילופי הדברים האמורים, הלך החייל בעקבות המג"ד, ונעמד ליד הג'יפ, אשר בסמוך לו עמדו המג"ד והעותר. בעוד המג"ד מחזיק את העותר בזרועו, ומשוחח עם שוטר מג"ב שעמד בסמוך, כיוון החייל את נשקו האישי לעבר נעלו של העותר, וירה לעברו כדור גומי מטוח קצר. מיד לאחר הירי, דחף המג"ד את החייל, צעק עליו, וגער בו על ביצוע הירי באדם כבול. החייל השיב לו כי הבין שקיבל ממנו פקודה לעשות כן. בעקבות הירי נגרמה לעותר חבלה שיטחית בבוהן השמאלית של רגלו. העותר נבדק במקום על ידי רופא צבאי, ולא נזקק לטיפול נוסף.

בגין המעשים האמורים, הוגש נגד המג"ד והחייל כתב אישום המייחס להם עבירה של התנהגות שאינה הולמת, בניגוד לסעיף 130 לחוק השיפוט הצבאי. העונש הנילווה לעבירה זו הוא שנת מאסר אחת.

4. בטרם הוגש כתב האישום, התקיים בעניינם של המג"ד והחייל הליך פיקודי. בסמוך לאחר תחילת החקירה, המליץ הפצ"ר לגורם הפיקודי המוסמך להשעות לאלתר מתפקידם את המג"ד והחייל. בהמשך לכך, ולאחר שימוע, מפקד האוגדה השעה לאלתר את החייל מתפקידו. ביום 6.8.08 קיים הרמטכ"ל הליך פיקודי בענייניו של המג"ד. המג"ד קיבל על עצמו אחריות לחלקו בארוע, וביקש לסיים את תפקידו כמפקד גדוד. הרמטכ"ל הודיע למג"ד כי הוא רואה בארוע כשל פיקודי וערכי, וכי מדובר בארוע פסול וחמור. כן הודיע הרמטכ"ל כי החליט להעביר את המג"ד מתפקידו לאלתר, נוכח נסיבות המקרה. בעקבות זאת, עזב המג"ד את תפקידו כמפקד גדוד, ומונה ביום 12.8.08 לראש ענף שריון במרכז לאימוני יבשה בצאלים. עיקרו של התפקיד כרוך בפעילות הדרכה של חיילים וקצינים.

5. העותרים פנו לפצ"ר וקבלו על חוסר האיזון שבסנקציות הפיקודיות שנקטו כלפי המג"ד, ועל אי התאמתו של כתב האישום שהוגש כנגד החייל והמג"ד לחומרתן של העבירות שנעברו בארוע. הם עתרו לשינוי כתב האישום על ידי האשמת המג"ד

והחייל בעבירות חמורות יותר מעבירה של התנהגות שאינה הולמת את התפקיד, בה הואשמו. הפצ"ר דחה את פנייתם, ומכאן העתירה.

עיקרי העתירה

6. לטענת העותרים, נסיבות הארוע כרוכות בירי שבוצע כלפי עצור כבול וחסר ישע, והן מבססות, לכאורה, את יסודות עבירת ההתעללות בעצור בנסיבות מחמירות, בניגוד לסעיף 65 לחוק השיפוט הצבאי, שעונשה בין שלוש לשבע שנות מאסר. בנסיבות המקרה, היה מקום להעמיד לדין את המג"ד והחייל בעבירה זו. לעמדת העותרים, גם בהנחה כי המג"ד לא התכוון שהחייל יבצע את פקודת הירי, אלא רצה רק להפחיד את העצור באיומי ירי כלפיו, בסוברו כי הוא מבין עברית, גם אז מדובר, במעשה של התעללות, ולמצער, בעבירה של חריגה מסמכות עד כדי סיכון חיים או בריאות, או בעבירה של שימוש בלתי חוקי בנשק, או בעבירות בקשר למעצר, בניגוד לסעיפים 72, 85, ו-115 לחוק השיפוט הצבאי, שהעונש בגינן הוא שלוש שנות מאסר. על פי הטענה, מעשיהם של המג"ד והחייל, בכיצוע ירי מכוון מטווח קצר לעבר עצור כפות וחסר ישע, הם חמורים במידה כזו שמתחייב להאשים בעבירות התואמות את חומרת המעשים. העמדת החייל והמג"ד לדין בעבירה של התנהגות בלתי הולמת איננה הולמת את נסיבות המקרה. עבירה זו נימנית על העבירות הקלות שבחוק השיפוט הצבאי, אשר הערך המוגן ברקעה הוא שמירה על תדמיתו של צה"ל. היא נושאת אופי של הפרת כלל של אתיקה, והרשעה בה אינה גוררת כל רישום פלילי. לאור זאת, טוענים העותרים כי מקרה זה, המתאפיין בהתנהגות אכזרית של מפקד וחייל במסגרת פעילותם הצבאית, הכרוך בהטלת אימה והשפלה כלפי עצור כפות, אינו יכול להסתכם בהעמדה לדין בעבירה קלה בעלת סממנים משמעותיים, הבולטת במתינותה. הפער בין מעמדה של העבירה במידרג החומרה של העבירות לבין הנסיבות העובדתיות של הארוע הוא רב ביותר, ואינו ניתן לגישור.

7. מוסיפים העותרים וטוענים, כי המשפט הבינלאומי מתייחס למעשי התעללות מסוג אלה הנדונים כאן בחומרה יתירה, ומחייב את המדינה להעמיד לדין ולהעניש את המפרים, תוך התייחסות לאופי החמור של המעשים. המשפט הבינלאומי מבטיח את זכותם של אזרחים מוגנים להגנה על גופם וכבודם, ולהגנה מפני מעשי אלימות המופעלים כלפיהם, ומטיל חובה פוזיטיבית על המדינה לפעול באופן אקטיבי לאכיפת דיני הלחימה (למשל, אמנת ג'נבה הרביעית בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה, 1949).

8. העותרים מדגישים בטיעונם, כי העמדה לדין בעבירות ההולמות את אופי מעשי העבירה אינה מצטמצמת לאינטרס הצר להביא לענישתו של הנאשם. הצורך במיתאם בין אופי המעשים לבין העבירה שנבחרה כסעיף אישום בכתב האישום נועד להגשים תכלית שיסודה בהעברת מסר מיידית, בשורות הצבא ומחוצה לו, בדבר הוקעת מעשים בעלי חומרה מיוחדת על ידי אנשי צבא אגב מילוי תפקידם. בהעמדה לדין של המג"ד והחייל בעבירה של התנהגות בלתי הולמת יש משום סיכול המסר הציבורי האמור.

9. טענתם העיקרית של העותרים היא כי החלטת הפצ"ר להעמיד לדין את המג"ד והחייל באשמת התנהגות בלתי הולמת לוקה בחוסר סבירות קיצוני, ודינה להתבטל. אשר לחייל, על פי עובדות כתב האישום, הוא ירה על עצור כפות על פי מה שנחזה להיות פקודה בלתי חוקית בעליל, שכל חייל באשר הוא אמור היה לסרב למלאה; המשקל לקולא שניתן לעובדת פציעתו הקלה של העותר עקב הירי לעברו אינו מידתי, במיוחד לאור העובדה שהירי היה מטווח קצר ביותר. אשר למג"ד – גם אם גרסתו העובדתית לפיה לא התכוון לתת לחייל פקודה לירות בעצור, אלא התכוון רק להפחידו ביצירת מצג מילולי שהולכים לירות בו, גם אז האישום במתכונת הקיימת אינו יכול לעמוד, נוכח חומרת ההתנהגות כלפי אדם כבול המצוי במשמורת הצבא.

10. כן נטען, כי להליך הפיקודי שננקט ביחס למג"ד אין לתת משקל רב. במסגרת ההליך הפיקודי, לא נקבע כי המג"ד יסיים את שירותו הצבאי וכן לא נקבע כי הוא פסול מלכהן בתפקיד פיקודי בצבא בעתיד. הוא נשאר בשירות הצבא, ועבר לשרת בתפקיד הדרכה בבסיס צבאי. הליך פיקודי זה גם הוא אינו מדגיש את חומרת המעשים. בכל מקרה, אילו היה ננקט צעד פיקודי חריף כלפי המג"ד, ניתן היה להתחשב בו לענין העונש, אך לא לענין סוג העבירות שבהן יש להאשים את המג"ד והחייל במקרה זה.

11. במישור המשפטי טוענים העותרים כי הביקורת השיפוטית על החלטות ראש תביעה בענין העמדה לדין היא בדרך כלל צרה, אולם כאשר מדובר בשיקולי אינטרס ציבורי הכרוך בהעמדה לדין, להבדיל מהפן הראייתי הקשור בכך, קיימת נכונות גדולה יותר להתערבות שיפוטית בהחלטת הרשות המוסמכת. נכונות זו ישימה לא רק ביחס להחלטה בדבר עצם ההעמדה לדין, אלא גם בענין מהות האישומים שהוחלט לכלול בכתב האישום. החלטת הפצ"ר להאשים את המג"ד והחייל באישום המתאפיין במתינות מופלגת, פוגעת פגיעה קשה בתחושת הצדק, ובאחריות רשויות הצבא להגן על זכויות אדם באשר הם, גם כאשר מדובר באויב המצוי במשמורת הצבא. בהחלטה זו יש להתערב, כדי לשנותה. כך לעמדת העותרים.

12. בעקבות העתירה, הוצא צו על תנאי, המורה למשיבים ליתן טעם מדוע לא יתוקן כתב האישום כנגד המג"ד והחייל, כדי שסעיפי האישום ישקפו את העבירות הפליליות שלכאורה בוצעו על ידם. כן הוצא צו ביניים המעכב את ניהול ההליך הפלילי בבית הדין הצבאי המיוחד עד להחלטה אחרת.

תשובת הפרקליט הצבאי הראשי והתובע הצבאי הראשי

13. בתצהיר תשובה מטעם הפצ"ר והתצ"ר הועלו הטענות העיקריות הבאות:

קו הטיעון העיקרי בתשובה הינו כי בנסיבות הענין, העמדתם לדין של המג"ד והחייל בעבירה של התנהגות שאינה הולמת הינה סבירה, ואין להתערב בה ולשנותה. יתר על כן, בהתאם להלכה הפסוקה, אין מקרה זה נופל בגדר אותם מקרים נדירים בהם יתערב בית המשפט העליון בהחלטות ראש התביעה, בנוגע לבחירת סעיפי אישום שנכללו בכתב אישום שהוגש נגד נאשם פלוני.

להלן, נתייחס בפירוט לתשובתם של הפצ"ר, והתצ"ר:

הרובד העובדתי על פי התשובה

14. אשר לרובד העובדתי, נטען בתצהיר הפצ"ר והתצ"ר כדלקמן:

אל הפצ"ר נשלח סרטון וידאו המתעד את הארוע, ואשר צולם מתוך בנין סמוך למקום הארוע. בעקבות הארוע, וקבלת הקלטת על ידי הפצ"ר, נפתחה חקירה נמרצת ויסודית בפרשה. במסגרתה, תוארה פעילות הגדוד בראשות המג"ד בגזרת נעלין, אשר קדמה לארוע. הפעילות המבצעית היתה קשה בשל התפרעויות אלימות של תושבי המקום, אשר כללו ידוי אבנים לעבר חיילים, חסימת כבישים, והפרות סדר שונות. העותר עוכב על ידי חיילי צה"ל בשל החלק שנטל בהתפרעות, והתברר כי הוא מוכר כאחד המפגינים המרכזיים, הנוהג להשתתף בהפגנות הנערכות כנגד בניית הגדר בבילעין.

15. על פי התשובה, גרסת המג"ד בחקירה היתה כדלקמן: הוא הגיע למקום בו הוחזק העותר, ופנה אליו בעברית ואמר: "נו, עכשיו אתה תפסיק להפגין נגד כוחות צה"ל?" העותר השיב בערבית כי אינו מבין עברית. בשלב זה החליט המג"ד להפחידו, כדי לגרום לו לדבר עמו בעברית, שכן ידע ממפגשים קודמים שהוא מדבר עברית. הוא פנה לחייל שעמד בסמוך, ואמר לו שהם ינסו להפחיד את העותר על ידי שקשוק נשק בידי החייל, כדי שיחשוב שעומד להתבצע לעברו ירי כדור גומי. לאחר שיחה עם החייל, העמיד המג"ד, לדבריו, את העותר על רגליו, וצעק לעבר החייל "ל' תשקשק". הכוונה במונח "שקשוק" היא לפעולת דריכת נשק ללא הפעלתו. לפתע נשמע קול ירי, והעותר צעק. מיד לאחר מכן, לדברי המג"ד, הוא רץ לעבר החייל וצעק לעברו "מה אתה עושה? למה ירית? מי אמר לך לירות? מה? - אתה מפגר?" החייל השיב: "חשבתי שאמרת לי לירות" ולכך המג"ד ענה: "אני אמרתי לך לירות על בן אדם קשור וכפות? אמרתי לך רק לשקשק את הנשק". החייל השיב כי נשקו היה טעון בתחמיש גומי, והוא הבין כי המג"ד פקד עליו לירות. לאחר חילופי דברים אלה, טיפל המג"ד בעותר, הינחה להתיר את כבילתו ולהסיר את הבד מעיניו, והזעיק למקום רופא צבאי. מאחר שלא נזקק לטיפול רפואי, שוחרר ועזב את המקום בכוחות עצמו.

גרסת החייל בחקירה על פי התשובה

16. החייל מסר תיאור שונה מזה של המג"ד אודות השתלשלות הארוע: כשהעותר היה ישוב כבול עם כיסוי בד על עיניו, פנה אליו המג"ד ואמר: "ל', מה אתה אומר, נירה עליו גומי?" החייל השיב: "כן, אין לי בעיה לירות בו גומי". באותו שלב, חשב החייל לדבריו כי המג"ד אינו מתכוון שיבצע ירי, וכי הוא מתבדח איתו כדי להפחיד את העותר. לאחר שיחה בין השניים, העמיד המג"ד את העותר על רגליו, והחל להוליכו לעבר הג'יפ, ותוך כדי הליכה אמר המג"ד לחייל "בוא נלך לצד ונדרוך כדור" או "תדרוך כדור". החייל טען כי המג"ד לא אמר לו "תשקשק" את הנשק כפי שאמר המג"ד בגרסתו. החייל הבין בשלב זה כי כוונותיו של המג"ד רציניות ביחס לירי, ואמר לו: "יש לי כבר כדור בקנה". ואז החייל החליט לבצע ירי לעבר סוליית נעלו של העותר, כי הבין משפת גופו של המג"ד, אשר הרחיק את העצור ממנו תוך שהוא אוחז אותו בזרועו, כי הוא מצפה ממנו לבצע ירי, וכי בעצם קיבל פקודה לבצע ירי. לכן ביצע את הירי.

17. בחקירתו הראשונה אמר החייל כי המג"ד אמר לו בסמוך לפני היריה "נו, תירה כבר, תירה כבר" אך בחקירותיו המאוחרות חזר בו מאמירה זו, אך עמד על כך שהבין את רצינות כוונותיו של המג"ד כשאמר לו "תדרוך כדור", מכך שהוליך את העצור לעבר הג'יפ, ומשפת גופו של המג"ד והאופן בו אחז בעותר. החייל אישר כי לאתר הירי, רץ אליו המג"ד וצעק עליו מה פתאום הוא יורה בכך אדם כבול וקשור. החייל השיב כי פעל על פי פקודה שקיבל מהמג"ד. החייל חזר ואמר כי הבין שהוא פועל על פי פקודה שקיבל ממפקדו.

גרסת העותר

18. בחקירתו העיד העותר כי אינו מבין עברית, וכל שהבין מחילופי הדברים בין המג"ד לחייל הוא את המילה "גומי".

התשתית העובדתית על פי כתב האישום

19. אשר לחלקו הראשון של הארוע, אימצה התביעה את גרסת החייל להשתלשלות הדברים. אשר לסיומו של הארוע, קבלה התביעה את עמדת המג"ד, לפיה הוא לא היה מודע לכך ולא התכוון לכך שהחייל יבצע ירי לעבר העותר. עמדה זו נתמכה על ידי עדויות של שוטרי מג"ב שנמצאו בסביבה אותה שעה. בעקבות החקירה, אומצה הגרסה העובדתית המופיעה בכתב האישום, שהיא גרסה המתבססת בחלקה הניכר על גרסת החייל ומאמצת את גרסת המג"ד בכל הנוגע לכוונתו להפחיד את העותר, והשוללת כוונה לבצע בו ירי ממש. מודגש, כי מכלל הראיות, לרבות גרסתו של החייל, עולה כי המג"ד לא התכוון לבצע ירי, וגם לא היה מודע לאפשרות כי יתבצע ירי כזה. על פי הנטען, נוצרה סיטואציה של אי הבנה בין המג"ד לחייל, שהיא העומדת ביסוד הארוע. דבריו של המג"ד לחייל כווננו להפחיד את העצור, אך הוא לא התכוון לירות בו. החייל, מצידו, הבין את דבריו ואת התנהגותו של המג"ד בצורה מסולפת, והניח כי קיבל ממנו פקודה לירות, ולכן ביצע את מה שמפקדו הורה לו, לכאורה, לבצע. כך, ביסודם של דברים, משקיפה התביעה על המסכת העובדתית בפרשה זו.

הצעדים המשפטיים והפיקודיים שננקטו בעקבות הארוע על פי התשובה

20. מיד עם העברת סרטון הוידאו שתיעד את הארוע לידי הפצ"ר, הוחל בחקירת מצ"ח לבדיקת נסיבות הארוע. החייל הושעה לאלתר. הרמטכ"ל הודיע למג"ד כי נוכח חלקו בארוע, ואחריותו להתרחשותו, החליט להעבירו מתפקידו כמג"ד. הוא צייץ, כי

אינו פוסל אפשרות שהמג"ד יוחזר לתפקידו בעתיד, לאחר שישלים, עם תום מספר שנים, את התפקיד אליו יועבר, והנושא ייבחן לאחר סיום ההליך המשפטי בעניינו, ובשים לב לתוצאותיו. על פי התשובה, מדובר בהליך של הדחה מתפקיד צבאי, והעברה לתפקיד אחר. המג"ד הוצא מליבת שדירת הפיקוד של צה"ל, וממסלול הקידום המקצועי בו היה מצוי, אף כי לא נשללה האפשרות כי יחזור בעתיד לציר הפיקוד, בכפוף לשיקולים שיישקלו במועד הרלבנטי, ובין היתר, בשים לב לתוצאות ההליך המשפטי. לעמדת המשיבים, הסנקציה הפיקודית שננקטה ביחס למג"ד היא בעלת משמעות כבדת משקל במערכת צבאית היררכית, ומשקל המסר הנילווה לה מבחינת הפרט ומבחינת המסר המועבר באמצעותה לציבור, עולה לעיתים אף על זה של ההליך הפלילי. המג"ד היה איש צבא מצטיין לאורך כל שנות שירותו, ומבחינתו ומבחינת המערכת הצבאית, הסנקציה הפיקודית היוותה מכה קשה ובעלת משמעות כבדת משקל. משמעות זו נשקלה גם ביחס להליך הפלילי, ובמקרה זה היוותה שיקול חשוב בהקלה באישום הפלילי שהוגש נגדו.

21. על פי התשובה, הפצ"ר החליט כי התנהגותם של המג"ד והחייל בארוע נעלין מחייבת הבאתם לדין פלילי בפני בית דין צבאי, ולא ניתן להסתפק בדין משמעתי. לדבריו, ניהול משפט בעבירה של התנהגות שאינה הולמת במסלול הדין המשמעתי, שונה בתכלית מניהול משפט באותו אישום עצמו במסלול שיפוטי פלילי. במקרה זה נבחר מסלול פלילי, להבדיל ממסלול משמעתי, כדי להדגיש את חומרת הארוע, ויש בכך כדי לתת מענה ראוי לאינטרס הציבורי שבהעמדה לדין.

22. הפצ"ר הבהיר בתשובה את שיקוליו בבחירת סעיף האישום בכתב האישום, בהסבירו כי המערכת העובדתית ברקע הארוע עשויה להתיישב עם שורה של עבירות חלופיות הנתונות לסמכות בית הדין הצבאי. ברירת סעיף האישום הראוי במקרה נתון נותנת ביטוי למכלול רחב של שיקולים, ובהם – הפן הראייתי ועוצמת הסיכוי הסביר להרשעה, נסיבות העבירה, צעדים פיקודיים משמעותיים שננקטו נגד הנאשמים לפני ההליך הפלילי, ומכלול אינטרסים בעלי היבט ציבורי הקשורים לעניין.

23. משקל מיוחד בהחלטת התביעה הצבאית ביחס לסעיף העבירה בכתב האישום ניתן להליך הפיקודי שננקט כנגד החייל והמג"ד. משקל זה בנוי על מקומו ומעמדו של ההליך הפיקודי של הדחה מתפקיד במציאות הצבאית, הן מבחינת הפרט והן מבחינה מערכתית. שקילת צעדים פיקודיים שננקטו בעניין איש צבא לצורך ההליך הפלילי היא מקובלת וראויה.

24. על פי התשובה, בבחירת סעיף האשמה בכתב האישום הניח הפצ"ר את ההנחות הבאות: (א) רצונו של המג"ד להפחיד את העותר, בלא שהתכוון לבצע כלפיו ירי, בצד אי הבהרת כוונותיו האמיתיות לחייל; (ב) כשלוננו של החייל, אשר ביצע ירי, חרף העובדה כי גם אם סבר שקיבל פקודה לירות, הרי שזו היתה פקודה בלתי חוקית בעליל, אילו ניתנה. (ג) כן ניתן משקל לעובדה כי החייל לא חפץ לפגוע בגופו של העצור, ומבחינת תוצאות הארוע, מדובר בפגיעה פיסית שטחית בלבד. על רקע כלל הנסיבות האמורות, הוחלט שלא להחמיר עם החייל יותר מאשר עם המג"ד, אף שהוא זה אשר ביצע בפועל את הירי.

25. על פי התשובה, הפצ"ר שקל להעמיד לדין את המג"ד והחייל על עבירת התעללות (סעיף 65 לחוק השיפוט הצבאי); או חריגה מסמכות עד כדי סיכון חיים או בריאות (סעיף 72 לחוק שיפוט הצבאי); או עבירת שימוש בלתי חוקי בנשק (סעיף 85 לחוק השיפוט הצבאי) – ולא שלל מראש את האפשרות להאשים את השניים בכל אחת מעבירות אלה. ההחלטה לבחור בסעיף אישום הנסב על עבירה של התנהגות בלתי הולמת התקבלה בעיקר בעקבות הצעדים הפיקודיים שננקטו כלפי המג"ד והחייל. לדברי הפצ"ר בתשובה:

"מצאתי, כי עבירה זו היא המתאימה ביותר מבין העבירות שהוזכרו לעיל (לרבות עבירת ההתעללות) לנסיבות הארוע בנעלין, 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".

(תצהיר התשובה של הפצ"ר, פסקה 73).

26. מוסיף הפצ"ר בתשובתו וטוען, כי עבירה של התנהגות שאינה הולמת, בה הואשמו המג"ד והחייל אינה בבחינת "הפרה אתית" בלבד. עניינה עבירה פלילית חמורה, הכרוכה בחריגה של ממש מסטנדרט התנהגות המצופה ממפקד צה"ל, והעונש הצפוי לה הוא עד שנת מאסר. עבירה זו, כשהיא נדונה במסגרת הצבאית, נועדה להגן על חוסנו המוסרי של הצבא. המדובר בעבירה שעניינה "התנהגות בלתי מוסרית או בלתי ערכית מן המדרג החמור, המלווה אף בכשל בעל אופי פיקודי" (פסקה 99 לתצהיר התשובה). רף החומרה באישום בעבירה של התנהגות בלתי הולמת כעבירה יחידה בכתב האישום, עולה על רף החומרה הקיים כאשר היא נלווית לעבירה פלילית אחרת, ובודאי כך הדבר כאשר עבירה זו נדונה בבית הדין הצבאי ולא במסלול של דין משמעותי. בנסיבות הענין, ארע כשל מוסרי-ערכי וכשל פיקודי בהתנהגותו של המג"ד,

וכשל מוסרי-ערכי בהתנהגות החייל, וזו העבירה ההולמת את אופי מעשיהם באותו ארוע. הוא הוסיף, כי הפרקליטות הצבאית פועלת עתה לתיקון המצב הקיים על פיו הרשעה בעבירה של התנהגות שאינה הולמת בפני בית דין צבאי אינה גוררת רישום פלילי, במגמה להוביל לכך שהרשעה כאמור תירשם ברישום הפלילי.

27. ואחרון, טוען הפצ"ר כי ההחלטה שנתקבלה בענין סעיף האישום בו יואשמו המג"ד והחייל אינה מהווה עילה מוצדקת להתערבות שיפוטית בבית המשפט הגבוה לצדק, על פי מסורת האיפוק והריסון בביקורת שיפוטית הננקטת, ככלל, בעניינים הנוגעים להעמדה לדין על ידי התביעה. אשר לבחירת סעיף אישום בו יש להאשים נאשם במערכת נסיבות ספציפית, מידת ההתערבות צריכה להיות מצומצמת ומסוייגת במיוחד. בנסיבות ענין זה, לא מתקיימת אף אחת מן העילות המוכרות המצדיקות התערבות בהחלטת ראש תביעה בדבר סעיף האישום בו יש להאשים את הנאשמים הנוגעים בדבר.

טיעוני המג"ד

28. טיעוני המג"ד חוזרים במידה רבה על קו הטיעון של הפצ"ר. המג"ד מדגיש בטיעונו, כי בשום שלב לא ביקש לבצע ירי לעבר העצור, לא נתן פקודה לבצע ירי כזה, לא צפה מראש אפשרות כי יבוצע ירי כזה, ולא שיער כי החייל אינו מבין את כוונתו, שהצטמצמה לדברי הפחדה כלפי העצור שלא היו אמורים להתרגם למעשים. הירי שביצע החייל מקורו באי הבנה מצידו את דבריו ואת כוונתו האמיתית של המג"ד. המג"ד לא טשטש את קרות הארוע, אלא כינס מיד לאחריו את מפקדי הפלוגות וקציני המטה, תיאר בפניהם את ההתרחשות, ונתן הנחיות מתאימות. הוא נטל אחריות מלאה לארוע ולתוצאותיו. בתחקיר המג"ד, שהועבר לממונים, נכתב בידי המג"ד בפרק המסקנות:

"ארוע חמור ומיותר. ברור לי שהארוע הוא בעייתי ומסוכן, התכוונתי למהו אחד, ובוצע בפועל דבר אחר... לא שיערתי שיש מקום להבין שכוונתי היתה שהחייל יירה בפועל על העצור. לא עשיתי זאת בעבר ולא אעשה זאת בעתיד... החייל אינו אשם בכך שלא הבין את כוונתי. הטעות הינה שלי בלבד...".

29. בהמשך, מתואר תיפקודו המצטיין של המג"ד בשירות הצבא, תרומתו המיוחדת לשירות, והאפקט רב העוצמה של קטיעת מהלך התקדמותו בצבא עקב הארוע נשוא העתירה. המג"ד חולק על עמדת הפצ"ר לפיה היה כשל ערכי בהתנהגותו בכך שניסה להפחיד אדם כבול ומכוסה עיניים. לדבריו, מדובר בתחבולה שמטרתה היתה

לנהל דיאלוג בין המג"ד לעצור. לדבריו, זה אינו בבחינת כשל מוסרי, שכן בשום שלב המג"ד לא הניח כי יוצר סיכון לפגיעה בעותר. הצעד הפיקודי שננקט כלפיו היה בעל משמעות מיוחדת. כן יש להתחשב במתקפה התקשורתית והציבורית חסרת התקדים שהוטחה במג"ד, אשר פגעה קשות בו ובמשפחתו. בנסיבות שנוצרו, טוען המג"ד כי ראוי היה להסתפק בהעמדתו לדין משמעתי בלבד, תוך מתן משקל לנסיבות הכלליות שאפפו את הארוע – טיפול במוקדי התפרעויות ושמירה על הסדר הציבורי, ונוכח מעשה התחבולה בו נקט, שלא לווה בכוונה לסכן את שלומו הפיזי של העותר. בנסיבות המתוארות, אין גם טעם לפגם בכך שההליך הפלילי לא יותיר אחריו רישום פלילי, שמשמעותו היא כי לא ילווה את המג"ד כתם פלילי בעתיד, ותימנענה מכך השלכות שונות כלפיו בתחום חופש העיסוק והתנועה, שנפקותן ממילא חורגת ממסגרת השירות הצבאי.

30. בהודעה משלימה, צירף המג"ד תצהיר מטעם קצין שריון ראשי, תא"ל יחזקאל, אשר ציין, בין היתר, כי הצעדים הפיקודיים והמשפטיים שננקטו כנגד המג"ד נתפסים בצבא כחריפים ביותר; גישה דומה נקט גם מפקד פיקוד הצפון, האלוף גדי איזנקוט, בתצהיר מטעמו, אשר הדגיש בדבריו את האיזון הראוי הנמצא בצעדים השונים שננקטו בעניינו של המג"ד; הצטרף לשורת המצהירים ברוח זו גם האלוף אבי מזרחי, מפקד זרוע היבשה בצה"ל.

31. ב"כ המג"ד טען עוד כי במסגרת השיקולים שיש להביאם בחשבון לענין העתירה ראוי להתחשב בכך כי על פי סעיף 380 לחוק השיפוט הצבאי נתונה לבית הדין הצבאי סמכות לבטל את הדיון שבפניו, ולהורות כי נאשם יובא לדין על פי כתב אישום חדש אם מצא כי הנאשם מואשם בעבירה שעונשה קל מעבירה שבה ראוי היה להאשימו. קיום סמכות כזו בידי בית הדין, מצדיק ריסון יתר בביקורת השיפוטית שמפעיל בית משפט זה על סעיף האישום שנכלל בכתב האישום המקורי נגד המג"ד והחייל.

טיעוני החייל

32. החייל תומך בטיעונו בהחלטת הפצ"ר, ומדגיש את היותו חייל מצטיין, ואת הצורך לקחת שיקול זה בחשבון במסגרת הצעדים שיש לנקוט כלפיו. לטענתו, המדובר באירוע חד פעמי, מבחינתו, שאינו מאפיין את רמת שירותו דרך כלל. הוא השתחרר מהצבא בעקבות הארוע, ועושה עתה את צעדיו הראשונים בחיים האזרחיים. בנסיבות

אלה יש משמעות מיוחדת להעדר רישום פלילי בעקבות ההליך הפלילי שיתקיים בעניינו.

הכרעה

33. השאלות המחייבות הכרעה בענייננו הן, בעיקרן, שתיים:

(א) האם שגתה התביעה הצבאית כאשר החליטה להעמיד לדין פלילי את המג"ד ואת החייל בפני בית דין צבאי באשמה של התנהגות שאינה הולמת, בניגוד לסעיף 130 לחוק השיפוט הצבאי, ולהימנע מהאשמתם בעבירות חמורות יותר, כגון בעבירת התעללות, בחריגה מסמכות עד כדי סיכון חיים או בריאות, או בשימוש בלתי חוקי בנשק על פי חוק השיפוט הצבאי;

(ב) אם אכן חל מישגה בבחירת סעיף האשמה המתאים לפרטי העובדות המתוארים בכתב האישום, האם מעמיד משגה זה עילת התערבות שיפוטית של בית משפט זה בהחלטת ראש התביעה הצבאית לתיקון הדבר.

34. אקדים ואומר כי, לגיشتי, בנסיבות העניין, חל משגה בבחירת סעיף האשמה המתאים בכתב האישום שהוגש נגד המג"ד והחייל; יתר על כן, לאור טיבו המיוחד של המקרה, ובהתחשב בכללי הביקורת השיפוטית הנקוטים לענין זה, ישנה הצדקה להתערבות שיפוטית של בית משפט זה כדי להביא לתיקונו של הדבר.

מיתאם נדרש בין ליבת המעשים לסעיפי האישום

35. מושכלות יסוד בהכנת כתב האישום הם כי על התביעה להקפיד כי תיאור העובדות בכתב האישום יכלול את ליבת המעשים המיוחסים לנאשם, ללא שינוי מהותי מאופן התרחשותם בפועל, כעולה מהתשתית הראייתית הלכאורית העולה מחומר הראיות. אשר לבחירת סעיפי האישום בכתב האישום, על התביעה להקפיד על קיום קורלציה ישירה בין תיאור העובדות בכתב האישום לבין אופי וסוג העבירות בהן יואשם הנאשם. תכלית כתב האישום היא להגדיר את העובדות ולברור את סעיפי העבירות שייכללו בכתב האישום, באופן שישקף בצורה ההולמת ביותר את ליבת מעשיו של הנאשם, כעולה מחומר הראיות הלכאורי הקיים נגדו, ויתאר נכונה, בסעיף אישום מתאים, את אופיים של המעשים במישור הנורמטיבי. כללים אלה יפים הן למצב שבו נערך כתב אישום לצורך ניהול משפט הוכחות, והן לצורך משפט המתנהל על פי

הסדר טיעון (בג"צ 5699/07 פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה (26.02.08) (פסקה 9 לפסק דינה של הנשיאה ביניש) (להלן – פרשת קצב); ע"פ 1820/98 אנג'ל נ' מדינת ישראל, פד"י נב(5) 97, 106 (1998) (להלן – ענין אנג'ל).

אכן,

"ראוי הוא שבית המשפט ירשיע נאשם בהתאם למעשיו, ולא על פי מסכת עובדתית מלאכותית ופיקטיבית. אלא שככלל, ראוי גם שסעיפי העבירה המיוחסים לנאשם יהיו מותאמים לעובדות המתוארות בכתב האישום. אין להתעלם מכך, כי בסופו של הליך, נקבעת אחריותו המשפטית של הנאשם על פי סעיפי העבירה שבגינם הורשע"

(ענין אנג'ל, בעמ' 106) (הדגשה לא במקור)

36. מצב של פער משמעותי בין תיאור העובדות בכתב האישום לבין סעיף האשמה שנבחר, אשר נועד לשקף את הנורמה הפלילית שהופרה בגין אותן עובדות, עשוי להגיע כדי פגם מהותי בעריכתו של כתב האישום. מדובר בפגם שעניינו בחירת הנורמה הפלילית שנועדה לשקף את מהות העבירה שנעברה בקשר לארוע עובדתי נתון, ואת מידת חומרתה. הנורמה הפלילית ממקמת את הארוע העובדתי במשבצת הנורמטיבית המתאימה, והעונש הקבוע בצידה של אותה נורמה מגדיר מראש את מידת החומרה שהמחוקק מייחס למעשה ההפרה. בחירת התביעה בסעיף אישום מסוים מביין עבירות חלופיות אפשריות, מקרינה על דרך תפיסתה של התביעה את טיבו של המעשה נשוא האישום, ואת חומרתו היחסית במידרג מידות החומרה של הנורמות שהמחוקק הגדיר במארג הנורמטיבי הפלילי הכולל. כלל יסוד בהכנת כתב אישום הוא כי מביין חלופות אפשריות של סעיפי עבירות, על התביעה לבחור באופציה הנורמטיבית-עונשית ההולמת ביותר את טיבו של הארוע הפלילי, כפי שהוא מתואר בפרשת העובדות בכתב האישום. וכך, פרשת עובדות המתארת ארוע חמור ביותר, המגולמת בסעיף אשמה המבטא נורמה פלילית מתונה וקלה, עשויה להצביע על חוסר מיתאם בין העובדות לבין סעיף האשמה, העלול להגיע כדי פגם מהותי בכתב האישום. מקום שמצויה נורמה פלילית חלופית ההולמת יותר את מערכת העובדות, המבטאת ביתר התאמה את מהות מעשה ההפרה הנטען, יש לבחור בה. חוסר מיתאם מהותי כזה בין מערכת העובדות לבין סוג העבירה בו הואשם הנאשם עשוי, בנסיבות מסוימות, קיצוניות במהותן, להצדיק התערבות שיפוטית לתיקון הליקוי.

37. תופעות המתאפיינות בחומרה מופלגת מבחינת פגיעתן באמות מידה ערכיות המקובלות בציבור, מצריכות את שיבוץ בנורמה עונשית הולמת, שמידתה כמידת

החומרה שבמעשה. ככלל, בהתאמת הנורמה העונשית לתשתית העובדתית אין לייחס משקל מכריע לנסיבותיו האישיות של הנאשם, ולשיקולים אחרים העשויים להיות רלבנטיים לשלב גזירת הדין. משקלו של האינטרס הציבורי בשירוש תופעות קשות החותרות תחת אושיות החברה, מחייב לשמור על מיתאם מהותי בין חומרת המעשים לבין סעיפי העבירות בכתב האישום, תוך הותרת שיקולי הענישה-הרתעה, גמול, וגורמים אחרים לקולא – לשלב גזירת הדין (ע"פ 234/77 ידליון נ' מדינת ישראל, פ"ד לב(1) 31, 38 (1977); בג"צ 6009/94 שפרן נ' התצ"ר, פ"ד מח(5) 573, 589 (1994), דעת המיעוט של השופט מצא).

38. בענייננו, קיים חוסר מיתאם מהותי בין "פרטי העבירה" המתייחסים לתשתית העובדתית של המקרה, כמתואר בכתב האישום, לבין סעיף האשמה המייחס למג"ד ולחייל התנהגות שאינה הולמת כעבירה יחידה. חוסר מיתאם זה משתקף, בעיקרו, בחומרה הרבה המתלווה לנסיבות הארוע, מצד אחד, אל מול קלותו ומתינותו של סעיף העבירה שנבחר לצורך אכיפת הנורמה הפלילית על המעורבים, על פי עובדות המקרה כפרטיהן בכתב האישום.

39. חומרתו של הארוע העובדתי המתואר בכתב האישום בעניינם של המג"ד והחייל עולה מהנסיבות העיקריות הבאות:

40. המג"ד הינו קצין צה"ל בכיר בדרגת סגן אלוף, למוד נסיון צבאי ורב פעלים מבצעיים בצה"ל. בתפקידיו הצבאיים ובעיקר בתפקידו כמג"ד, שימש מופת ודוגמא לחייליו-פקודיו. כפי שצויין בצדק בתשובתו של הפצ"ר, תפקיד מפקד גדוד הוא מהחשובים שבתפקידי הפיקוד הצבאי-מבצעי בצה"ל. מפקדי הגדודים בתפקידיהם המבצעיים משמשים לא רק חוד החנית לביצוע המשימות המבצעיות באמצעות חייליהם. הם מהווים, לא פחות מכך, דמויות בעלות סמכות הנהגה המשמשים בעיני חייליהם דוגמא חינוכית להגשמת ערכים של "טוהר הנשק" ותרבות הקרב, המאפיינים את הצבא הישראלי ואת החברה הישראלית. חייל הנלחם לצד מפקדו שואב ממנו לא רק הכוונה, הדרכה ופקודה כיצד להילחם. הוא אמור לספוג ממנו גם את תודעת הריסון, האיפוק והמעצורים בשימוש בכוח הנשק כלפי האוכלוסייה האזרחית של הצד היריב, וכלפי השבוי, העצור, הנחקר, וכל המוחזק במשמורת הצבא. זכויותיהם הבסיסיות של המוחזקים במשמורת הנמנים על האויב – להגנה על חייהם, על גופם, ועל כבודם האנושי – הוכרו בשיטה המשפטית של החברה הישראלית מזה דורות (בג"צ ברזילי נ' ממשלת ישראל, פ"ד מ(3) 505 (1986); בג"צ 5100/94 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נג(4) 817 (1999) (להלן – בג"צ הוועד

הציבורי)). ניהול חקירות, קיום מעצרים מינהליים, הגשת אישומים פליליים ונקיטת אמצעים אחרים על ידי מערכות המדינה כנגד עצורים פלשתיניים כפופים לעולם לעקרונות חוקתיים המכתיבים את המסגרת המותרת של שלילת החופש, ואת אופיים וטיבם של האמצעים שאותם ניתן לנקוט מבחינת התכלית הראויה והמידתיות, שאינה אמורה לעלות על הנדרש. ערכים אלה אמורים להתרגם בידי הצבא ומפקדיו לשפת יום-יום, ולהשתקף הלכה למעשה בפעילות הצבאית, הן בימי שגרה והן בעיתות מלחמה. ערכים אלה מוטמעים בחינוך הצבאי הערכי הניתן בצה"ל למפקדים ולחיילים מאז קום המדינה. בזה ייחודו של הצבא הישראלי. חינוך ערכי זה אמור למצוא את ביטויו בפעילותו של צה"ל בכל המישורים. בין משימות המפקדים, נימנית החובה לפקח על הגשמת ערכים אלה בכל רמות הפעילות הצבאית, ובכל הדרגים הצבאיים, מהחייל הפשוט ועד למפקד הבכיר.

41. פגיעה באדם עצור, כבול וחסר ישע נחשבה מאז ומתמיד מעשה עבירה חמור ואכזרי, המחייב תגובה עונשית הולמת. כדבריו של הנשיא שמגר בבג"צ 253/88 סג'דיה נ' שר הבטחון, פ"ד מב(3) 801, 823 (1988):

"אם ארעה תופעה פסולה ואסורה כנטען, הרי היא פוגעת לא רק בעציר, והיא משפילה לא רק אותו, אלא גם את מי שנוהג כלפיו באלימות או בשררה;

פגיעה באדם כבול וחסר ישע היא מעשה מביש ואכזרי, והיא מחייבת תגובה ההולמת את חומרת המעשה".

42. תפיסה זו, השוללת מכל וכל פגיעה באדם כבול וחסר-ישע, משתלבת בגישתו הכללית של המשפט בישראל בדבר חובת ההגנה על זכויות יסוד של אנשים המצויים במשמורת גם כאשר הם נחשדים במעשים חמורים ובסיכון חיי אדם. כך מובטחת הגנה על זכויות נחקרים והוגבל הכח להשתמש כלפיהם באמצעי חקירה החורגים מהמידתיות (בג"צ הוועד הציבורי, בעמ' 836); במסגרת חקירה נאסר על הפעלת אמצעי עינויים, נאסר על יחס אכזרי ומשפיל כלפי עצור, והשמירה על כבוד האדם היא קו מנחה בהתנהלות חקירה מכל סוג שהוא. האיסור על מעשי אלימות פסיים או נפשיים הוא מוחלט: "אכן, אלימות כלפי גופו או נפשו של הנחקר אינה מהווה אמצעי סביר בחקירה. שימוש באלימות בחקירה עשוי להטיל על החוקר אחריות פלילית ומשמעתית" (בג"צ הוועד הציבורי, עמ' 836, פסק דינו של הנשיא ברק). בודאי כך הדבר כאשר מופעלת על עצור אלימות נפשית בלא כל קשר לצרכי חקירה. בבג"צ 3278/02 המוקד להגנת הפרט נ' מפקד כוחות צה"ל באזור הגדה המערבית, פ"ד נז(1) 358 (2002) (להלן

– עניין המוקד להגנת הפרט) עמד בית המשפט על החובה להבטיח תנאי מעצר אנושיים לתושבי שטחים, אשר ישמרו על כבודם כבני אדם, באומרו:

”גם החשודים בגרועים שבמעשי טרור זכאים למעצר ברמה אנושית מינימלית, תוך הבטחת צורכי אנוש בסיסיים. אנו עצמנו לא נהיה אנושיים אם לא נבטיח רמה אנושית לעצורים שבמשמורתנו. זו חובתו של מפקד האזור לפי הדין הבינלאומי, וזו חובתו על פי יסודות המשפט המינהלי שלנו. זו חובתו של ממשל ישראלי על פי מהותו האנושית, היהודית והדמוקרטית.”

(עניין המוקד להגנת הפרט, בעמ' 398, פסק דינו של הנשיא ברק).

[השוו גם בג"צ 5591/02 יאסין נ' מפקד מחנה צבאי קציעות פ"ד, נז(1) 403, 411 (2002); בג"צ 4668/01 חה"כ שריד נ' ראש הממשלה, פ"ד נו(2) 282, 265 (2001)]

43. בית הדין הצבאי, לאורך פסיקתו הענפה, נתן ביטוי לחובתו העליונה של צה"ל לשמור בהקפדה על מגבלות הכח הנתון בידי חיילי צה"ל. הוא היטיב לתאר זאת בפרשת ע/146/03 התצ"ד נ' רוני רוזנר (21.08.03), באומרו (פסקה 12 לפסק הדין):

”על פי תפיסתנו המוסרית והמשפטית, מקום שבו מוענק כוח לבעל שררה, יש ליצור מערכת נורמטיבית שעניינה הגבלת כוחותיו, לבל יעשה בהם שימוש לרעה. קביעה זו יפה לכל סוג של חברה אנושית, על שלל מנגנוניה ותפקידיה, היוצרים יחסי תלות ומרות; על אחת כמה וכמה, שהיא נחוצה בחברה הצבאית, שיש בה, מכח הגדרת תפקידה, מאפיינים אלימים וכוחניים, הטבועים בה. על כן, הפעלת כוחם של חיילי צה"ל חייבת להיות מוגבלת במקום, בזמן, ובמידה הראויה; היא חייבת להיות תלויה הקשר; אך ורק במידה ובהקשר הנכונים, לצורך מילוי התפקידים המוגדרים שהוטלו עליהם, בנסיבות נתונות. המגבלות החלות על הפעלת הכח הצבאי תקפות ביחס לפעולות של כל חייל וחיילת, המשפיעים על הסובבים אותם. כך ביחסים הראויים שבין מפקד לפקודו, ובין חייל לעמיתו החייל; ביחסים שבין חייל לאזרח מבני עמו, או לתושב מדינתו או לזר השוהה בה; ביחס הראוי שבין חייל לאויבו – חייל מצבא אחר, או אזרח בן עם אחר הנלחם נגדו, או כלפי כל אדם הנמנה עם בני עמו של אויבו. בכל אלה נדרשים חיילי צה"ל להפגין איפוק, ולהפעיל את הכח המסור בידם רק במידה הראויה. זו חובתו האישית, המוסרית, המשפטית, המקצועית והאתית של כל חייל בצבא הגנה

לישראל, וזו גם חובתו המוסדית של צה"ל, כארגון לוחם. אמור מעתה: שמירה קפדנית על התנהגות המפנימה את כבוד האדם – של כל אדם, בין אוהב ובין אויב – נדרשת מכל חייל. היא נדרשת בראש וראשונה מעצם היותו אדם, באשר היא שומרת על צלם האדם שבו, אך היא גם מקנה לו יתרונות מקצועיים ומוסריים כחייל וכמפקד, כלפי עמיתיו ופקודיו, כמו גם כלפי אויביו".

44. בית הדין הצבאי הדגיש בהכרעותיו הפסוקות כי חובת יישום המגבלות הערכיות והמוסריות על הפעלת הכוח הצבאי, היא בראש וראשונה חובתם של המפקדים, ועליהם החובה לממשן מכח מנהיגותם, ומהיותם דוגמא ומופת ערכי לחייליהם (ע/62/03 התצ"ד נ' אילין (27.05.03), פסקה ה.1 לפסק הדין) (להלן – פרשת אילין). בית הדין עמד על החובה לשמור על כבודם, גופם ובריאותם של כלואים הנתונים במשמורת הצבא. הוא הדגיש את האבחנה בין שימוש בכח הנדרש לצורך ביצוע משימה צבאית, לבין שימוש לרעה בכח כלפי אוכלוסיה אזרחית; הוא עמד על ערך טוהר הנשק, המחייב חייל לנהוג באיפוק בעת הפעלת כח צבאי כלפי אנשים שאינם לוחמים, או כלפי שבויים, ועל חובתו לעשות כל שביכולתו כדי למנוע פגיעה בחייהם, גופם, כבודם, ורכושם (פרשת אילין, פסקה ה.2 לפסק הדין; ע/27/02 התצ"ד נ' סמל חזן (27.02.02), פסקה 6 לפסק הדין).

45. על פי התשתית העובדתית המתוארת בכתב האישום, היתקלות המג"ד עם העותר, שהיה מעורב בהפרות סדר, החלה כאשר העותר כבר הוחזק במשמורת הצבא, ונמצא ישוב על הקרקע, כשהוא אזוק בידיו ועיניו מכוסות בבד. בין השניים הוחלפו דברים, שבעקבותיהם ביקש המג"ד להפחיד את העותר כדי להניע אותו לדבר עברית, שכן סבר מהיכרות קודמת עמו, כי הוא יודע ומבין את השפה. לא ברור מדוע היה חשוב למג"ד לאלץ את העותר לדבר עברית. מכל מקום, מעשה ההפחדה מצד המג"ד (מתוך הנחה כי העותר מבין עברית) התבטא באמירה של המג"ד לחייל שעמד בסמוך: "מה אתה אומר, נלך לצד ונירה בו גומי?" לכך השיב החייל: "אין לי בעיה לירות בו גומי". מיד לאחר מכן, הרים המג"ד את העותר, שהיה, כאמור, ישוב אזוק ומכוסה עיניים, והוליכו לכיוון ג'יפ צבאי שעמד בסמוך. כשחלף על פני החייל אמר לו "תדרוך כדור" והחייל השיב: "יש לי כבר כדור בקנה". בעוד המג"ד מחזיק את העותר בזרועו, ומשוחח עם שוטר מג"ב בסמוך, כיוון החייל את נשקו לכיוון רגליו של העותר, וירה בו כדור גומי מטוח קצר, יריה שגרמה לו חבלה שיטחית ברגלו. מיד לאחר הירי, התרעם המג"ד על החייל על כך שירה באדם כבול. החייל השיב כי הבין שקיבל מהמג"ד פקודה לירות.

46. תיאור עובדתי זה המפורט בכתב האישום, ואשר נלמד מעדויות שונות של המעורבים והנוכחים במקום הארוע, מותיר בעיני תמיהות לא מעטות, שלא ניתן להן מענה, והן בודאי תתבררנה במשפט עצמו כאשר הגורמים הנוגעים בדבר יעלו את גרסותיהם לארועים. האם באמירותיו הברורות לחייל בדבר ירייה לכוון העצור, אכן התכוון המג"ד רק למעשי הפחדה כלפיו, או שמא התכוון לירי ממש, כפי שניתן היה להסיק מאמירותיו? ואם ירי של ממש, האם אפשר שהתכוון לכך שהירי יבוצע לא לכיוון גופו של העותר, אלא אולי כלפי מעלה, כירייה באוויר בתורת אמצעי הפחדה? וכשהתברר לו כי החייל ירה לכיוון רגליו של העצור, הגיב לכך בחומרה וגער בחייל כי הוא יורה באדם כבול? ואם אמנם לא התכוון המג"ד לירי ממש, אלא ביקש לומר דברים שיגרמו לעותר לפחד, הכיצד ניתן ליישב בין אמירותיו הבלתי מסוייגות שהתייחסו לירי ממש, לבין האפשרות שעמדה לו לאותת לחייל כי הוא לא מתכוון לאמירות אלה ברצינות, כאשר אין קל מזה, כאשר העותר כבול ומכוסה עיניים, ואינו מסוגל לצפות באיתות כזה? ועל סמך מה יכול היה המג"ד להניח כי בצד אמירותיו הבלתי מסוייגות על ירי בעצור, החייל "יקרא" את מחשבותיו, ויבין כי כאשר הוא אומר לו "תדרוך כדור" הוא בעצם אינו מתכוון לירי ממש, אלא ל"שקשוק" הנשק בלבד? והכיצד לא ראה המג"ד חובה להבהיר לחייל את כוונתו האמיתית בצורה ברורה (בלא שהעותר ישמע ויבין זאת) כדי למנוע אי הבנה או תקלה אפשרית?

47. הפער הקיים בין תוכן האמירות הבלתי מסוייגות שנאמרו על ידי המג"ד, לבין האופן הטבעי שבו הן התקבלו והובנו כפשוטן על ידי החייל, ולבין תיאור הכוונות שבלב, כפי שהמג"ד הציגן בגרסתו בחקירה, הוא פער משמעותי. במיוחד כך הדבר, כאשר בנסיבות הארוע יכול היה המג"ד להבהיר בנקל את כוונתו לחייל באמצעות סימנים, רמזים ואיתותים שהיו מעבירים על נקלה את המסר שביקש להעביר לחייל בלא שהיו נקלטים אצל העצור, שעניו היו מכוסות. יש להניח כי הערכאה הדיונית תידרש לשאלות ולתהיות אלה.

48. אולם, נניח לשאלות אלה, ונתרכז בעובדות כפי שהן מופיעות בכתב האישום. תמציתן, מבחינת המג"ד היא, כי ביקש להביא את העותר "להודות" כי הוא מבין ומדבר עברית. מדוע ולמה, אין זה ברור. לשם כך, "ביים" אקט הפחדה, שבו העותר, כמי שאמור היה להבין עברית, אמור היה לשמוע את המג"ד והחייל מתכננים לירות בו כדור גומי מטוח קצר ביותר. לצורך כך, הקים המג"ד את העותר העצור ממקום מושבו, הוליך אותו ליד הג'יפ, וכשהוא במצב של עמידה, אחז בזרועו כדי לאפשר,

כביכול, לחייל לבצע לעברו את הירי. תוך כדי כך אמר לחייל "תדרוך כדור" והחייל ענה "יש לי כבר כדור בקנה".

49. מבחינת המג"ד, ביום מסכת הפחדה כזו כלפי אדם עצור, אזוק בידי ומכוסה בעיניו, מצביעה על סטייה עמוקה מנורמות ערכיות המחייבות כל חייל בצה"ל, ועל אחת כמה וכמה, מפקד בכיר בצבא. משמעותה היא – מבחינת היסוד הנפשי של המג"ד – כי כדי להביא את העותר לשיתוף פעולה עם רשויות הצבא, ניתן להעמידו במצב של חרדת מוות כי, הנה, הוא עומד לשמש קרבן-ירי של חייל צה"ל, העומד בסמוך אליו ממש ומתכוון לירות בו ממרחק קצר ביותר. ואמנם, כהרף עין, נורתה יריה לעבר העותר, ופצעה אותו ברגלו.

50. מעשיו של המג"ד, על פי גרסתו שלו, אינם מתיישבים עם נורמות מקובלות של התנהגות חייל ומפקד בצה"ל, ויש בהם כדי לפגוע פגיעה ממשית בזכויות אדם עצור במשמורת הצבא. התנהגותו מצביעה על התאכזרות קשה כלפי עצור כבול ומכוסה בעיניו, בניסיון להעמידו במצב של חרדת מוות או אימת פגיעה קשה מירי העומד להתבצע לעברו מטווח קצר, בלא שיש בידו כל אפשרות להתגונן. בהתנהגות זו יש מן הביזוי וההשפלה של אדם המצוי במצב של חוסר אונים וחוסר ישע מוחלט. יש בה ניצול מעוות של בעל הכח כלפי החלש, שאינו מסוגל להתגונן. יש בה מסר ערכי שלילי ביותר לחיילים-הפקודים הנושאים עיניהם למפקדם כדמות מופת, האמור להנחות ולהאיר את דרכם לא רק בפעילותם הצבאית, אלא גם בהתנהגותם הערכית. יש בכך כשל מוסרי כבר של אדם ושל איש צבא, גם בהנחה שהמג"ד לא התכוון באמירותיו לפגוע בעותר פגיעה פיזית כלשהי.

51. ואשר לחייל, מתשתית העובדות המפורטת בכתב האישום, נראה כי קשתה עליו הבנת כוונותיו המדויקות של המג"ד, ולא בכדי. כאשר המג"ד פנה ואמר לו "נלך לצד, ונירה בו גומי" ולאחר מכן חזר ואמר לו "תדרוך כדור", ובמהלך דברים אלה אף הקים את העצור ממקום מושבו והוליכו לעבר הג'יפ, ואחז בו כשהוא במצב של עמידה, רק טבעי הדבר כי החייל הבין אמירות אלה כהודאה ממפקדו, ואף ענה "יש לי כבר כדור בקנה". לאורך כל שלבי הארוע לא קיבל החייל מהמג"ד כל איתות בתנועה, במבט עין, או ברמז אחר כי כוונתו למילות הפחדה גרידא, להבדיל מפקודה ממשית לפעול. עם זאת, גם אם תפש החייל בתום לב את אמירותיו של המג"ד כאמירות שחובה עליו לקיימן על פי תוכנן, ראוי היה לו, לכאורה, שיימנע מקיומן, בהיותן בבחינת פקודה בלתי חוקית בעליל, כאשר מדובר בירי מטווח קצר על אדם עצור, כפות, ומכוסה עיניים. כאשר ביצע, כהנחתו, פקודה זו ממפקדו, התנכר, לכאורה, לחובה היסודית

החלה על כל חייל צה"ל באשר הוא, לכבד זכויות אדם של מי שמצוי במשמורת הצבא, ולהימנע מניצול הכח והשררה הצבאית בדרך אכזרית הפוגעת בעצור פגיעה קשה, ומתעלמת מזכותו הבסיסית לחיים ולשלמות הגוף. בהתנהגותו, הפר החייל, לכאורה, ערכים יסודיים של כיבוד זכויות אדם המקובלים בחברה הישראלית ומושרשים במסורת פעילותו של צה"ל.

אופציות שונות לסעיפי אשמה

52. את הארוע, כמתואר בפרשת העובדות בכתב האישום, ניתן לשבח למספר נורמות פליליות חלופיות. מבין החלופות הללו, בחרה התביעה הצבאית להאשים את המג"ד והחייל בחלופה המתונה והקלה ביותר, הן מבחינת התוכן הערכי של סעיף העבירה, הן מבחינת העונש הנלווה לה, והן מבחינת ההשלכה העתידית של ההרשעה, אם יסתיים ההליך הפלילי בהרשעה. כן ראתה התביעה שלא להבחין בין המג"ד לבין החייל לענין סעיף העבירה שנבחר לצורך כתב האישום.

53. בתשובתו, הסביר הפצ"ר (פסקה 70 לתצהיר התשובה) כי שקל אפשרות להעמיד לדין את המג"ד והחייל בעבירה של התעללות (סעיף 65 לחש"צ); או בעבירה של חריגה מסמכות עד כדי סיכון חיים או בריאות (סעיף 72 לחש"צ); או בעבירה של שימוש בלתי חוקי בנשק (סעיף 85 לחש"צ). לגישתו, ניתן היה להעמיד את המעורבים לדין פלילי בגין כל אחת מהעבירות האמורות, אף כי לגבי חלקן מתקיימים ככל הנראה רק יסודות עבירת הניסיון. יש לציין, כי כל העבירות הנזכרות לעיל נושאות עימן ענישה מחמירה בהרבה מהעונש הנלווה לעבירת התנהגות שאינה הולמת, שהיא שנבחרה כנורמה הפלילית שבהפרתה הואשמו המעורבים בפרשה.

54. האם עבירה של התנהגות שאינה הולמת, הולמת את נסיבות הארוע כפי שהן מתוארות בכתב האישום?

עבירה של התנהגות שאינה הולמת

55. סעיף 130 לחוק השיפוט הצבאי מגדיר עבירה של התנהגות שאינה הולמת, כדלקמן:

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

עבירת התנהגות שאינה הולמת, נדונה על פי חוק השיפוט הצבאי הן במישור המשמעתי והן במישור הפלילי (סעיף 136 לחוק השיפוט הצבאי).

56. עבירת ההתנהגות שאינה הולמת היא עבירה המצויה בקו המשיק שבין הדין המשמעתי לדין הפלילי. אמנם, על פי ניסוחה, היא מהווה רקמה פתוחה בעלת תשתית גמישה, העשויה לסחוף אל תוכה סוגים שונים ומגוונים של התנהגויות, אך המימד הבולט המאפיין אותה הוא כשל התנהגותי-מערכתי שאינו הולם בעל דרגה בכירה בצה"ל. הוראת החוק מדברת בהתנהגות שאינה הולמת בעל דרגה בכירה מסמל ומעלה, ובכך היא יחדה רק לבעלי דרגות גבוהות על פי מעמדם בהיררכיה הצבאית. לכאורה, מוקד העבירה הוא בכשל פיקודי הנובע מהתנהגות בלתי ראויה בבצוע התפקיד, ואפשר אף מחוצה לו.

57. בעבירה של התנהגות שאינה הולמת, הדגש מושם לא על עצם המעשה המפר את הנורמה הפלילית המהותית, אלא על הכשל הפיקודי הנובע מן המעשה ביחסים שבין בעל הדרגה הבכירה בצה"ל לבין פקודיו. הזיקה המשמעטית המאפיינת עבירה זו ממשיכה ללוות את העבירה גם כשהיא מוחלת במישור הפלילי, להבדיל מהמישור המשמעתי בצבא, וגם בהליך הפלילי היא נועדה, בעיקרה, להגן על הרמה והתדמית המקצועית והערכית של המערכת הצה"לית (ע/70/06 תצ"ד נ' רס"ן עלי עראידה (07.11.06); ע/162/98 תצ"ד נ' רב"ט סגל (08.09.98); ע/180/01 התצ"ד נ' עופר כספי (05.09.02)).

58. בית הדין הצבאי עמד על טיבה של עבירת ההתנהגות שאינה הולמת בענין ע/123/02 ישי נ' התובע הצבאי (17.03.04) (להלן – ענין ישי). הוא איפיין עבירה זו כחלה על מפקדים בלבד, שיסודה בחובת המפקד לשמש דוגמא ומופת לפקודיו (עניין ישי, פסקה 27). התכלית החקיקתית של הוראה זו הובנה כאיסור על התנהגות המהווה פגיעה ב"שליחות המפקד" כדמות מופת בעיני חייליו. כאשר התנהגות המפקד חותרת תחת הסמכות הפיקודית ופוגעת באמון המערכת ברמתו הפיקודית, היא מהווה התנהגות בלתי הולמת (ע/227/86 רס"ד קהת נ' התצ"ד). מטרתה העיקרית של הנורמה המעוגנת בעבירת ההתנהגות שאינה הולמת היא לשמור על "רמת התנהגות ראויה" במילוי התפקיד, ובגישת בית הדין הצבאי להחלטה ניכר דמיון לתפיסת מעמדה של עבירת התנהגות בלתי הולמת בשירות הציבורי. בענין ע/256/96 רס"ן ביבאט נ' התצ"ד (28.08.97) נאמר:

"נראה, אפוא, כי בכואנו לפרש את סעיף 130 לחש"צ, ראוי להסתייע בתקדימי בית המשפט העליון, המתייחסים לעבירה משמעתית של התנהגות שאינה הולמת. יחד עם זאת, כפי שהוסבר לעיל, לאור עקרונות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, בכואנו להחיל אמות המידה הנ"ל, ניישמן ביתר צמצום".

59. כאמור, עבירת התנהגות שאינה הולמת נדונה הן במסגרת הליך משמעתי בצבא והן במסגרת הליך פלילי, וברי כי כאשר היא נדונה בהליך פלילי, תוכנה מקבל מישנה חומרה. אולם, גם כך, לנדון על פיה צפוי עונש מירבי של שנה אחת בלבד, ההופך עבירה זו לאחת הקלות מבין העבירות המנויות בקוד הפלילי הצבאי.

60. על פי המצב המשפטי כיום, הרשעה פלילית בעבירה של התנהגות שאינה הולמת בניגוד לחוק השיפוט הצבאי, אינה נרשמת ברישום הפלילי, והרשעה בה אינה כרוכה בכל השלכה לעתיד (תקנה 1(2)א לתקנות המרשם הפלילי ותקנת השבים (פרטי רישום שלא יירשמו או שלא יימסר מידע עליהם ועבירות שהרשעה בהן לא תפסיק את תקופות ההתיישנות או המחיקה), התשמ"ד-1984). העבירות בחוק השיפוט הצבאי שאינן גוררות רישום פלילי הן ברובן עבירות בתחום המשמעת הפנים-צבאית כמו שחרור ממשמורת, אי קיום פקודה, השתמטות, גיוס במרמה ועוד. בכללן, מצויה גם עבירת התנהגות שאינה הולמת. הערך המוגן העומד מאחורי עבירות אלה הוא בעיקרו משמעתי-צבאי. התייחס לכך אייל טולדנו במאמרו "הרישום הפלילי בצבא" (משפט וצבא 15, 17, 55 (תשס"א)) באומרו:

"המשותף לכל עבירות אלו, הינו כי מדובר בעוונות המעידים על הפרת נורמות שהינן ייחודיות למערכת הצבאית, ועל כן אין ללמוד מהן על מסוכנותו של מבצען לחברה. בהעדר צורך להגן על החברה מפני מבצען, נותר רישומן של עבירות אלו במסגרת הצבאית בלבד, ואינו עובר למרשם הפלילי".

61. שלא כעבירות אלה, המתאפיינות ביסוד משמעתי דומיננטי, עבירות התעללות, שימוש בלתי חוקי בנשק, וחריגה מסמכות עד כדי סיכון חיים ובריאות, גוררות רישום פלילי, שכן האינטרס המוגן בהן נוגע לחובת השמירה על ערכים כלליים הנוגעים לכלל הציבור בישראל, וחורגים מעבר לאינטרס ההגנה על המשמעת ועל רמת הפיקוד בצבא"ל. יש לציין כי מתשובת הפצ"ר עולה כי קיימת כיום יוזמה חקיקתית להוציא את עבירת ההתנהגות שאינה הולמת מגדר העבירות שאינן גוררות רישום פלילי, אך יוזמה זו אינה ישימה לענייננו.

62. עבירת התנהגות שאינה הולמת אינה מיוחדת למערכת הצבאית. היא מוכרת במשפט גם בתחום דיני המשמעת בשירות הציבורי, ובתחום עיסוקים ומשלחי יד שונים בעלי אופי מיוחד. גם במסגרות אלה, התוכן המרכזי המתלווה לעבירה זו מתמקד בנורמה האוסרת התנהגות הפוגעת ברמה המקצועית של הגוף הנוגע בדבר, ועל אופן הציבור בפעולתו. תכנה דרגות חומרה שונות בתחומי עבירה זו, שהיא רקמה פתוחה, אולם, ביסודה, היא נועדה למנוע התנהגות שיש בה משום פגיעה מערכתית, וערעור מעמדם של העובד או בעל המקצוע והשירות בעיני הציבור. הכשל המוסרי-ערכי שבהתנהגות עצמה אינו מהווה מוקד התייחסות עיקרי של העבירה, אלא עיקרה בהשפעה ובהקרנה שיש למעשה ההפרה על הפגיעה המערכתית שנגרמה עקב כשל זה. הסטייה המוסרית-ערכית שבהתנהגות המפרה מהווה לעיתים קרובות מושא להליך פלילי נפרד, השם במוקד את ההיבט הערכי.

63. בענייננו, הערך המוגן בעבירה של התנהגות שאינה הולמת על פי חוק השיפוט הצבאי, הוא הגנה על רמתה ומעמדה של המערכת הפיקודית בצה"ל, והענשת מפקד שנכשל במעשה או מחדל שאינו הולם בעל מעמד פיקודי בצה"ל. המחוקק גילה את דעתו כי עבירת התנהגות שאינה הולמת נמנית על המתונות שבעבירות החש"צ בסולם הדירוג של החומרה, בכך שייחס לה ענישה מירבית מתונה, והורה על אי רישום הרשעה בגינה במרשם הפלילי. הוא נמנע מעשות כן לגבי עבירות אחרות העשויות להיות חלופות להעמדה לדין במקרה זה.

64. עובדות כתב האישום משקפות, לכאורה, מעשה פגיעה קשה באדם הנתון למשמורת חיילי צה"ל, כשהוא כפות ועינוי קשורות, שהופעלו כלפיו מעשי איומים והתעללות נפשית באמצעות מצג כי עומדים להפעיל נגדו נשק חם, ואף בוצע בפועל ירי לעברו. מעשים אלה נעשו בצוותא על ידי מפקד בכיר ופקודו. הם כוללים אמירה בלתי מסוייגת של מפקד בכיר לחייל הנתון למרותו הפיקודית להשתמש באש חיה כלפי מוחזק כפות, אשר הובנה, כלשונה, על ידי החייל, אשר גם ביצע אותה. אמירה זו היתה בלתי חוקית בעליל, אסור היה לאומרה, ובודאי אסור היה לבצעה.

האם האשמה בעבירת התנהגות שאינה הולמת מתאימה לנסיבות מקרה זה?

שיקולי הפצ"ר בהאשמת הנאשמים בעבירה של התנהגות שאינה הולמת

65. הפצ"ר הסביר בתצהירו את שיקוליו להאשמת המג"ד והחייל בעבירת התנהגות שאינה הולמת, בנסיבות מקרה זה. הוא התחשב בגדר שיקוליו בכוונותיו

ובמניעיו של המג"ד, שלא התכוון בפועל לביצוע ירי; באי ההבנה בין המג"ד לחייל, שעמדה ביסוד ארוע הירי; בכך שגם הכוונה המקורית של המג"ד להפחיד את העותר לא נתממשה במציאות, שכן הוברר מאוחר יותר כי העותר כלל לא הבין את חילופי הדברים בין המג"ד לחייל שהתנהלו בעברית. כן הוא לקח בחשבון את עוצמתה הפחותה של הפגיעה הפיסית בעותר כתוצאה מהירי. לאור כשל פיקודי-נורמטיבי זה, שהוביל לירי אסור על ידי החייל, בחרה התביעה הצבאית להאשים את המג"ד והחייל במסלול הפלילי, להבדיל מהמסלול המשמעותי, בחירה המוסיפה חומרה להליך. הפצ"ר הסביר, כי העבירה של התנהגות בלתי הולמת נבחרה, לאחר שעל פי תפיסתו, לא נמצא במניעיו ובכוונותיו הסובייקטיביות של המג"ד יסוד של אכזריות ורוע לב הנדרשים לעבירה של התעללות. מטרתו של המג"ד היתה רק להפחיד את העותר ולא להזיק לו, ולכן האשמתו בעבירת התעללות אינה מתאימה. לגישתו, עבירת התנהגות בלתי הולמת מקיפה את מלוא צדדיו של הארוע, ולא רק פן אחד שבו, שבכך מתאפיינות העבירות החלופיות האחרות. ולבסוף, שיקול מרכזי בין שיקוליו של הפצ"ר היווה מסלול הסנקציות הפיקודי שננקט כנגד המג"ד והחייל, לו יוחס משקל רב. על פי עמדה זו, המסלול השיפוטי והמסלול הפיקודי בצבא הם שני אפיקים נפרדים, המקדמים כל אחד בדרכו שלו את אכיפת הנורמות בצה"ל, אך יש קשר גומלין ביניהם. נקיטת אמצעי פיקודי כנגד איש צבא עשוי להשפיע על אופי האמצעים שיינקטו במסלול השיפוטי. קשר זה מחוייב המציאות כדי להגשים בצורה קוהרנטית את האינטרסים המגולמים באכיפה נורמטיבית במסגרת הצבא. בפועל, הצעדים הפיקודיים שננקטו בצבא כלפי שני המעורבים במקרה זה מהווה סנקציה קשה ביחס לשניהם, ויש בהם גם מסר ברור לחיילים בדבר הפסול והחומרה שבמעשה.

מהות שיקול הדעת הנתון לראש התביעה הצבאית בהעמדה לדין

66. הפצ"ר עומד בראש התביעה הצבאית ומפקח על פעילותה. בתפקידו זה הוא מפקח על השלטת המשפט בצבא. הוא ממונה על התביעה הצבאית, ומפעיל את סמכויותיו תוך התחשבות באינטרס הציבור, ובכלל זה באינטרס הצבא. הפעלת סמכויות הפצ"ר במסגרת אינטרס הצבא היא עניין נורמטיבי, המתבסס על הכרעה ערכית באשר לתועלת ולנזק שיצמחו למסגרת הצבאית מהחלטה כזו או אחרת (בג"צ 2702/97 פלונים נ' שר הבטחון, פ"ד נג(4) 97, 107 (1999), פסק דינו של הנשיא ברק). הפרקליט הצבאי, ככל נושא משרה שלטונית, חייב לפעול בהגינות, ביושר לב ובתום לב; עליו לפעול בסבירות ובמידתיות; עליו להתחשב בשיקולים הרלבנטיים, ובהם בלבד, ועליו להימנע מכל הפלייה פסולה; עליו לגלות עצמאות בהחלטתו, בהיותו אחראי לשלטון החוק בצבא.

67. הפרקליט הצבאי הראשי, בדומה ליועץ המשפטי לממשלה, עומדים כל אחד בראש מערכות התביעה הנתונות לאחריותם, זה בראש התביעה הצבאית וזה בראש התביעה הכללית. על הדמיון באופי תפקיד היועץ המשפטי לממשלה לזה של הפרקליט הצבאי הראשי, כמי שעומדים בראש מערכות התביעה הנתונות לאחריותם, עמד בית משפט זה לא אחת (בג"צ 4723/96 עטייה נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נא(3) 714, 726 (1997) (להלן – פרשת עטייה); בג"צ 425/89 צופאן נ' הפרקליט הצבאי הראשי, פ"ד מג(4) 718, 725-742 (1989) (להלן – עניין צופאן); בג"צ 372/88 פוקס נ' הפצ"ר, פ"ד מב(3) 154, 155 (1988) (להלן – עניין פוקס); בג"צ 6009/94 שפרן נ' התצ"ר, פ"ד מח(5) 573, 583-586 (1994)). דמיון זה באופי התפקיד מביא לדמיון בין היקף הביקורת השיפוטית המופעלת על ידי בית משפט זה ביחס להחלטותיו של הפצ"ר, בראש התביעה הצבאית, לזו המופעלת על החלטות היועץ המשפטי לממשלה, כמי שמופקד על התביעה הכללית (בג"צ 4869/01 פלונית נ' הפצ"ר, פ"ד נו(3) 944, 957 (2002); בג"צ 5960/98 שלפוברסקי נ' שר הבטחון, פ"ד נה(1) 552, 573 (1999); בג"צ 10682/06 אטרש נ' הפצ"ר, פסקה 5 לפסק הדין (לא פורסם, 18.6.07)).

68. בדומה ליועץ המשפטי לממשלה, השליטה במערכת התביעה הצבאית נתונה לפצ"ר על בסיס שיקול דעת רחב ביותר, המשתרע על כל מרחב ההליך הפלילי, החל בהחלטה אם לפתוח בהליך פלילי, וממנו ואילך בכל שלב נוסף הנדרש להליך הפלילי. ביצוע סמכויותיו של הפצ"ר, בדומה ליועץ המשפטי לממשלה, כרוך בהפעלת שיקול דעת רחב מאד, אולם שיקול דעת זה אינו מוחלט (בג"צ 4550/94 אישה נ' היועץ המשפטי, פ"ד מט(5) 859, 871 (1995) (להלן – פרשת אישה); בג"צ 935/89 גנור נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מד(2) 485, 507-508 (1990) (להלן – ענין גנור)). שיקול הדעת של הפרקליט הצבאי הראשי בניהול ההליך הפלילי הוא אמנם רחב מאד, בדומה לזה של היועץ המשפטי לממשלה, אך הוא כפוף לחובה לקיים ולקדם את התכליות והערכים שהנורמות הפליליות מבקשות להגשים. שיקול דעתו צריך לעמוד גם במבחן העקרונות הכלליים של המשפט המינהלי. על ראש התביעה לבסס את החלטתו על שיקולים הוגנים ותמי לב, לפעול ביושר ובהגינות, ועל פי שיקולים ענייניים בלבד. החלטתו צריכה לעמוד במבחן השוויון (עניין צופאן, בעמ' 735). שיקול דעתו צריך 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”

(עניין גנור, בעמ' 514-513, פסק דינו של השופט ברק)

69. במסגרת דרישת הסבירות, על הפרקליט הצבאי לאזן את האינטרסים השונים הפועלים במסגרת הנורמה הכללית שנקבעה על ידי המחוקק. איזון זה הינו סביר במקום שניתן משקל ראוי לאינטרסים הרלבנטיים השונים הפועלים בגדר הנורמה החקיקתית שעל הרשות המוסמכת ליישם (בג"צ 14/86 לאור נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד מא(1) 421 (1987), פסק דינו של השופט ברק; פרשת קצב, פסקה 10 לפסק דיני).

70. לעיתים, ניתן לפעול לקידום המטרות שלשמן נעשית הפעולה השלטונית בדרכים חלופיות שונות, שכל אחת עשויה להימצא במתחם הסבירות. פעולה תיחשב כחורגת ממתחם הסבירות מקום שהמשקל היחסי שהיא מייחסת לגורמים הרלבנטיים או לגורם זה או אחר מביניהם, חורג מן המטרות שלצורך קידומן נועדה הפעולה (עניין גנור, בעמ' 514).

סבירותה של ההחלטה להעמיד לדין את המעורבים בעבירה של התנהגות שאינה הולמת

71. בענייננו, ההחלטה להעמיד את המג"ד והחייל לדין פלילי באשמת התנהגות שאינה הולמת חורגת ממתחם הסבירות המינהלית. במסגרת שיקול הדעת שהופעל, אמנם נלקחו בחשבון שיקולים הצריכים לענין, אולם המשקל היחסי שניתן לשיקולים מסוימים מבין מכלול השיקולים, חרג מזה שהיה ראוי לייחס להם, וזאת במובנים הבאים:

72. נסיבות הארוע, כפי שהן מתוארות בכתב האישום, משקפות בראש וראשונה, כשל ערכי-מוסרי עמוק, מבחינת המג"ד והחייל כאחד. כשל זה הוא העומד במוקד הארוע, והוא האמור לשמש ציר מרכזי שעליו יש להשתית את בחירת הנורמה הפלילית אשר תשקף את טיבם ואת חומרתם של המעשים הנדונים. בנילווה לכך, וכנגזר מכך, משתקף במעשיו של המג"ד גם כשל פיקודי, בעל אופי משמעותי-מערכתי. אולם, הכשל הפיקודי אינו עומד במרכז מעשה ההפרה, אלא רק נילווה לה. הפגיעה הקשה בנורמות המוסריות הבסיסיות העומדות ביסוד הערכים המכוונים את פעילותו של הצבא היא העומדת במרכז ההפרה הנורמטיבית שהתרחשה בארוע זה, ועליה יש לשים את מרכז הכובד בבחירת סעיף העבירה הרלבנטי לאישום.

73. אכן, חומרתו של הארוע מהבחינה הנורמטיבית-ערכית הינה מופלגת וחריגה. טיב התנהגותם של מפקד בכיר בצה"ל וחייל הסר למרותו כלפי עצור במשמורת הצבא, המוחזק כשהוא כפות בידיו וקשור בעינו, היא האמורה להיות גורם מכריע בבחירת הנורמה הפלילית אשר תגדיר את פליליות המעשה. ליבת ההגנה על זכויות אדם הקשורה בפעילות הצבא עם האויב באה לידי ביטוי, בין היתר, במגעים שיש לצבא עם האוכלוסיה האזרחית הנמנית על הצד היריב, וביחס כלפי מוחזקים במשמורת הנימנים על האויב, הנתונים לשליטתם המלאה של כוחות הצבא. החובה לנהוג בצורה אנושית והוגנת כלפי כל אדם הנתון במשמורת הצבא, גם אם הוא נמנה על האויב, היא ערך מרכזי ומהותי בחינוך הערכי בצה"ל. הצורך להטמיע את המודעות בדבר הגבלות השימוש בכח המצוי בידי הצבא, ובחובה להשתמש בו בריסון ובאיפוק לתכליות הכרחיות בלבד, הוא ערך בסיסי בתשתית הערכית המייחדת את דרך פעילותו של הצבא. החובה להימנע מהפעלת כח פיסי או אלימות נפשית על עצור חסר הגנה, גם אם הוא נמנה על האויב, היא חלק מהאתוס החברתי-ערכי עליו נבנתה מסורת הערכים של צה"ל.

74. היטיב לתאר זאת הפצ"ר בהודעתו המשלימה בהליך זה:

"בידיהם של חיילי צה"ל מופקדים אמצעים שפוטנציאל ההרס שלהם הוא רב, ולעיתים אף קטלני. ערך "טוהר הנשק", שהוא אחד מערכי "רוח צה"ל" והקוד הערכי הבסיסי של צה"ל כולו, נועד לרסן את השימוש באמצעים ובכוחות אלה, ולהגביל אותו לאותם מקרים בהם הוא הכרחי ומוצדק. מקרים בהם עושים חיילי צה"ל שימוש פסול בכוחות ובסמכויות העומדים לרשותם, הם בראש ובראשונה מנוגדים לקוד הערכי של צה"ל, ולנורמות היסודיות של ההתנהגות הצבאית. בנוסף, הם עשויים לעלות כדי עבירה פלילית או משמעטית".

(הודעה משלימה מטעם הפצ"ר והתצ"ר, פסקה 17)

75. הפצ"ר מדגיש בתשובתו כי החינוך לערכים בצה"ל נתפס בראש ובראשונה כתפקידם של המפקדים. המפקד אינו רק דמות בעלת סמכות, אלא הוא מופת של התנהגות אישית, המטמיע בפקודיו ערכים ונורמות התנהגות. הוא עושה כן, בראש ובראשונה, על ידי מופת של התנהגות אישית.

וממשיך הפצ"ר ואומר:

"הדברים נכונים ביתר שאת ביחס למפקדים במערך השדה. המפגש בין מפקדים ללוחמים מתקיים לעיתים קרובות בתרחישים בהם מונחים חיי אדם, פשוטו כמשמעו, על כפות המאזניים".

(הודעה משלימה מטעם הפצ"ר והתצ"ר, פסקה 18)
(הדגשה לא במקור)

מציאות זו מחייבת את המפקד להתנהגות ללא רבב, בבחינת דוגמא אישית לפקודיו, וככל שהמפקד בעל דרגה גבוהה יותר בהיררכיה הצבאית, כך סטנדרט ההתנהגות הנתבע ממנו גבוה יותר. מציין הפצ"ר:

"מתפיסת הפיקוד בצה"ל, נגזרת חובה פיקודית-חינוכית-ערכית לטפל בנחישות ובאופן ברור במי שהתנהגותו חורגת מסטנדרט ההתנהגות המצופה מחייל או מפקד במעמדו"

(הודעה משלימה מטעם הפצ"ר והתצ"ר, פסקה 19)

76. אלא שתפיסה נכונה זו שראש התביעה הצבאית כה היטיב לתארה, לא הביאה לבחירת סעיף האשמה שיש בו כדי לשקף בצורה ראויה את חומרת המעשים המתוארים בכתב האישום. בשיקוליו של הפצ"ר לא יוחס משקל ראוי לאכזריות וליסוד ההתעללות שאפיינו את מעשי המג"ד בעצם נסיון ההפחדה שכוון כלפי אדם כפות ידיים וקשור-עיניים, בדרך של איומים ממשיים שהיו מכוונים להפחידו בכך שהוא עומד להיות קרבן ירי מטווח קרוב, כשהוא נטול כל יכולת להתגונן. מנגד, ניתן משקל רב מדי לכוונות שבלב של המג"ד, על פי גרסתו, לפיהן לא התכוון כלל לפגוע בעותר, אף שלא נמצא לכוונות אלה כל ביטוי חיצוני שעל פיו ניתן היה להבין כי אינו מתכוון שאמירותיו תבוצענה הלכה למעשה. מתיאור העובדות מצטיירת לכאורה "עצימת עיניים" מלאה מצד המג"ד לאפשרות כי אמירותיו, שהושמעו יותר מפעם אחת לעבר החייל, תובנה ותתבצענה כפשוטן. עניינו של החייל בהליך זה נדחק, במידה מסוימת, לקרן זווית, אולם יש להניח כי בין יתר השאלות שתתבררנה תעלה גם השאלה – האם התנהגותו של המג"ד, כמפקד בכיר, והוראותיו הבלתי מסויגות לחייל, לא התניעו את תגובתו הבלתי נשלטת של האחרון, שהיה נתון למרותו, והאם אין המג"ד נושא באחריות מוסרית גדולה גם לכשל שכשל בו החייל היורה, אשר ביצע את מה שנחזה כהוראת מפקדו, בלא לתת את הדעת בהבזק של רגע למשמעות מעשיו. ואחרון בשיקולו של הפצ"ר, ניתן משקל רב מעבר למידה הראויה לצעדים הפיקודיים שננקטו כנגד המג"ד והחייל, לעניין בחירת הנורמה הפלילית ההולמת את הנסיבות העובדתיות הנטענות של המקרה.

77. אין להמעיט בערכם החשוב של הצעדים הפיקודיים שנקטו במסגרת הצבא בעניינם של המג"ד והחייל בענייננו. יחד עם זאת, קיים שוני ברור בתכליות וביעדים להם נועדו ההליכים במסלול הפיקודי לבין מטרות אכיפת החוק במסלול הפלילי. לענין זה יש דמיון ביחס שבין המסלול הפיקודי למסלול הפלילי בצבא, לזה הקיים בין המסלול המשמעתי לבין המסלול הפלילי במישור הציבורי-האזרחי.

78. המערכת הפלילית בצבא נועדה להביא לאכיפת נורמות הדין הפלילי באמצעות העמדה לדין, שפיטה, ובמקרה של הרשעה, גם ענישה מידתית. אכיפת החוק הפלילי אמורה להגשים את מטרותיו של הדין הפלילי. עניינה של האכיפה הפלילית נוגעת ביישום נורמות ערכיות כלליות הנוגעות לכלל הציבור בישראל, והן חורגות מעבר למערכת הארגונית הספציפית אליה משתייך הנאשם. עניינה בהגנה על ערכים כלליים של החברה והמדינה, המאחדים ומשותפים לכל הנמנים על הציבור בישראל. לעומת המסלול הפלילי, פניו של המסלול הפיקודי מופנות פנימה, אל תוך המערכת הצבאית, למתן מענה לצרכיה הארגוניים, תוך הקפדה על תפקודה המקצועי היעיל, ההוגן והמוסרי. עניינו של המסלול הפיקודי במימד הארגוני והמערכתי של צורכי הצבא, על היבטיו השונים. הצעדים הננקטים במסגרתו אינם עונשיים, אלא בעלי אופי ארגוני מובהק.

79. בענייננו, ניתן משקל מכריע לצעדים שנקטו כנגד המג"ד והחייל במסלול הפיקודי בבחירת סעיף האשמה הפלילי בו הם הואשמו. הצעדים הפיקודיים שנקטו היוו גורם חשוב בהחלטת הפצ"ר להקל עימם במישור הפלילי. עובדת הדחתם של הנאשמים מתפקידיהם הצבאיים נתפסה כגורם מרכזי בבחירת סעיף עבירה מתון ביותר, על גבול עבירת משמעת כסעיף אישום בכתב האישום.

80. גם אם עשויה להיות השלכה מסוימת לצעדים הפיקודיים שנקטו בעניינם של המג"ד והחייל ביחס למסלול הפלילי, הרי שכאשר מדובר בכשל ערכי-מוסרי, החורג באופן בולט מההקשר המערכתי-משמעתי, אין מקום ליתן לצעדים הפיקודיים משקל מכריע בבחירת סעיף האשמה הראוי בהליך הפלילי (השוו עניין צופאן (פסק דינו של השופט בייסקי); פרשת אישה (פסק דינו של השופט חשין)).

81. החריגה ממידת הסבירות בייחוס עבירה של התנהגות בלתי הולמת למג"ד ולחייל, כעבירה יחידה בנסיבות הארוע בענייננו, היא מהותית וקיצונית. אין מדובר בפער שולי בין סעיף אשמה חמור לבין סעיף אשמה שחומרתו פחותה במידת מה, אלא בפער גדול ורחב בין אישום אפשרי בעבירה הנותנת ביטוי לחומרתו הממשית של

המעשה, לבין אישום בעבירה הנתפסת על ידי המחוקק כקלה שבעבירות המנויות בקוד הפלילי הצבאי, שאף אינה גוררת רישום פלילי. זהו פער עמוק בין נורמה האמורה לשקף הפרה מהותית של חובת כיבוד זכויותיו של עצור המוחזק במשמורת הצבא על הכשל המוסרי-ערכי הנלווה להפרה זו, לבין סעיף אשמה המגדיר הפרה זו ככשל פיקודי-מערכתי, שהיבט ההפרה הערכית-מוסרית שבו נחזה כעניין נילוה בלבד. מדובר, אפוא, בפער של ממש בתפיסת הנורמה הפלילית הראויה לנסיבות המקרה. הבחירה בסעיף העבירה של התנהגות שאינה הולמת, חורג, אפוא, בעיני, חריגה מהותית ממתחם הסבירות, מאחר שברקע בחירה זו עומדים שיקולים שהמשקל היחסי שניתן להם בידי מקבל ההחלטה סטה מהאיזון הראוי, ולא הגשים במקרה זה את התכלית העיקרית שביסוד אכיפת הדין הפלילי בשורות הצבא (השוו עניין צופאן, בעמ' 735).

היקף ההתערבות השיפוטית בהחלטת הפצ"ר בעניינים הקשורים בהעמדה לדין

82. בדומה להיקף ההתערבות השיפוטית בהחלטת היועץ המשפטי לממשלה בענין העמדה לדין, כך גם ביחס להחלטת הפצ"ר בהפעלת סמכותו בשורות הצבא – מידת ההתערבות השיפוטית היא צרה, ושמורה לנסיבות קיצוניות בהן נפל בהחלטה שהתקבלה משגה מהותי היורד לשורשו של עניין, או מקום שנתגלה בה עיוות מהותי המחייב תיקון.

83. בפרשת אישה נפסק:

"אלה הם המפתחות שיפתחו את שערי בית המשפט הגבוה לצדק, ויביאו להתערבותו בהחלטות של רשויות התביעה – יועץ משפטי לממשלה או התביעה הצבאית – לענין אי פתיחתם של הליכים פליליים... החלטה שנתקבלה שלא ביושר, או שלא בתום לב; החלטה שנתקבלה ממניעים נפסדים ולא טהורים; החלטה שנתקבלה בסתירה ברורה לאינטרס הציבור; החלטה שנתקבלה בחוסר סבירות קיצוני או מהותי (במובנו הרחב); החלטה שהיא בלתי סבירה בעליל; החלטה שנתקבלה בעיוות מהותי; או החלטה הנגועה במשגה היורד לשורשו של ענין. שערים אחדים מוליכים אליו, אל הטרקלין, 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".

(עניין אישה, בעמ' 871)

כלל ההתערבות מתמזה בדבריו של הנשיא שמגר:

"בית משפט זה יתערב בשיקול הדעת של התביעה הצבאית, אך ורק בנסיבות קיצוניות, שבהן גלוי וברור שנפל משגה היורד לשורשו של ענין, או נתגלה עיוות מהותי אחר הדורש את תיקונו".

(עניין פוקס, בעמ' 155)

[וכן ראו עניין צופאן, בעמ' 728; בג"צ 741/05 סמיר אל המין נ' התצ"ר (לא פורסם, 14.12.06); בג"צ 6009/94 שפרן נ' התצ"ר, פ"ד מח(5) 573 (1994), פסקה 11 לפסק דינו של השופט אור.]

84. שיקול דעת ראש התביעה ביחס להליך הפלילי הוא אכן רחב מאוד, על כל שלביו, ובכלל זה גם כאשר לבחירת סעיף האשמה ההולם את עובדות העבירה ונסיבותיה, אולם הוא אינו מוחלט. בתחום ההעמדה לדין, על השלכותיה השונות, יתכן שוני במרחב ההתערבות השיפוטית בהיבטים שונים הקשורים בהליך זה. כך למשל, מרחב ההתערבות בפן הראייתי הקשור בהעמדה לדין הוא צר במיוחד. פן זה נתון לידיעתה המיוחדת של התביעה, שאיננה הופכת נחלתו של בית המשפט, וממילא היקף התערבותו בהיבט זה הוא מינימלי ביותר. לא כך הוא בפן הערכי הקשור בהעמדה לדין, הנוגע בהיבט האינטרס הציבורי הכרוך בכך, עליו נמנית גם הבחירה בסעיף האשמה לצורך ההגדרה הנורמטיבית של פרשת העובדות המתוארת בכתב האישום. בחירה זו מערבת שיקולים שבאינטרס ציבורי. להיבט זה של מרחב ההתערבות השיפוטי בהיבט הקשור באינטרס הציבורי שבהעמדה לדין התייחסתי בפרשת קצב:

"שיקול הדעת של היועץ בפן העוסק ב"ענין לציבור" בהעמדה לדין כרוך בהערכה נורמטיבית של ערכים חברתיים שונים. חרף שיקול הדעת הרחב הנתון ליועץ בענין זה, פן זה של החלטתו נגיש יותר לביקורת שיפוטית, מאחר שהוא עוסק בהערכה ושיקול של ערכים נורמטיביים רלבנטיים למקרה נתון".

(פרשת קצב, פסקה 23 לפסק דיני)

במקרה שלפנינו עומדת שאלת האינטרס הציבורי בהתאמת הנורמה הפלילית הראויה לנסיבות העובדתיות המתוארות בכתב האישום.

85. אין חולק, כי המעשים המתוארים בכתב האישום מהווים, למצער, התנהגות שאינה הולמת מבחינת המג"ד והחייל כאחד. אולם, בה בעת הם עשויים להוות, לכאורה, גם עבירה על נורמות פליליות אחרות המצויות בדין הפלילי הצבאי. הפצ"ר, בהגינותו, אישר כי מבחינת יסודות העבירות, ניתן היה להעמיד לדין את המעורבים בעבירות חמורות יותר, ואף כאלה שעונשן מגיע לשלוש שנים ולמעלה מכך. כך למשל, עבירת ההתעללות בדין הפלילי ובחוק השיפוט הצבאי מדגישה בין יסודותיה את יסודות ההשפלה, הביזוי וההפחדה של הקרבן, בהיותו חסר-ישע הנמצא בעמדת נחיתות ביחס לבעל המרות (ע"פ 5598/99 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(5) 1, 7-8 (2000); ע/63/06 סמל חיימוביץ נ' התצ"ר (19.06.07) (להלן – עניין חיימוביץ); ע"פ 6274/98 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(2) 293, 302-3 (2000)). (על הצורך להימנע מהליך משמעותי ולמצות הליך פלילי במקום שקיים חשד למעשה התעללות ראו עניין חיימוביץ, פסקה 12 לפסק הדין). על קיום יסודות העבירה בהקשר להתעללות נפשית ראו ע"פ 1752/00 מדינת ישראל נ' נקאש, פ"ד נד(2) 72, 78-9 (2000)). לכאורה, נסיבות המקרה שלפנינו עשויות להתיישב עם הגדרת עבירת ההתעללות בסעיף 65 סיפא לחוק השיפוט הצבאי.

86. ניתן לתת את הדעת גם לעבירת האיומים המוגדרת בסעיף 192 לחוק העונשין, שדינה מאסר שלוש שנים. עבירת האיומים היא מעשה שנעשה בדרך כלשהי כדי להפחיד או להקניט אדם בכך שיפגעו בגופו, חירותו, נכסיו, שמו הטוב או בפרנסתו, שלו או של אדם אחר. האיום כרוך בדרך כלל בציפייה להתנהגות מסוימת מצד המאויים, שהמאיים מבקש להשיג באמצעות האיום (רע"פ 2038/04 לם נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 4.1.06) (להלן – פרשת לם); ע"פ 103/88 ליכטמן נ' מדינת ישראל, פ"ד מג(3) 373 (1989)). לשם אכיפת האיסור, אין צורך להוכיח כי מטרת האיום הושגה, או כי מעשה ההפחדה או ההקניטה אכן התממש. "די בפעולת האיום עצמה, אם בוצעה מתוך כוונה להפחיד או להקניט, כדי להוות עבירה של איומים" (פרשת לם, פסקה 7 לפסק דינה של הנשיאה ביניש). דוגמאות אלה אינן ממצות את האפשרויות השונות למקם את הארוע נשוא ענייננו במסגרת אחת החלופות העונשיות האפשריות, בין על פי חוק השיפוט הצבאי, ובין על פי חוק העונשין.

87. שאלת ברירת הנורמה הפלילית הראויה בענייננו מבין החלופות העונשיות האפשריות נוגעת, אפוא, בהיבט של אינטרס הציבור בהליך הפלילי. היא בנויה על הערכה נורמטיבית ערכית, החושפת עצמה ביתר קלות לביקורת שיפוטית.

88. דין ההחלטה להאשים את המג"ד והחייל בעבירה של התנהגות בלתי הולמת – להתבטל, וחלף זאת ראוי להאשימם בסעיף עונשי שיבטא בצורה הולמת את חומרת מעשיהם. מקרה זה מדגיש את חשיבות תרומתן של רשויות המשפט בצבא לאכיפת החוק בישראל, לשם ביעור תופעות של התנהגות חריגה בקרב חיילי צה"ל ומפקדיו המופנים כלפי תושבים מקומיים, המצויים במצב של נחיתות וחוסר ישע, ולביסוס נורמות של כיבוד זכותם הבסיסית לחיים, לשלמות הגוף ולכבוד. ממערכת המשפט בצבא, המופקדת על יישום ערכי ההתנהגות בצה"ל, צריך לצאת מסר נחוש של הגנה עיקבית ונחרצת על ערכים בסיסיים לחברה ולצבא, ושל אכיפה בלתי מתפשרת, בכל המישורים – החינוכיים, הפיקודיים, והענישתיים - של עקרונות יסוד משותפים לחברה הישראלית ולצבא הישראלי, המקנים להם את אופיים הערכי והאנושי (ע"מ/03/29 התצ"ר נ' סמל זמיר (08.07.03); והשוו ע"פ 5136/08 מדינת ישראל נ' ינאי לאלזה (לא פורסם, 31.3.09)).

89. אין להתעלם מהיותה של המערכת הצבאית מסגרת שחלים עליה כללים מיוחדים המתאימים לגוף היררכי, הנושא באחריות עליונה לבטחון המדינה, והנתון לאילוצים מיוחדים, פרי הצרכים הבטחוניים המכתיבים את אופי פעילותו ודרך התנהלותו. מציאות מיוחדת זו הביאה ליצירת כללי התנהגות מיוחדים לצבא, שנועדו להסדיר את הייחוד שבפעילותו. דוקא לאור מעמדה המיוחד של המערכת הצבאית, נדרשת הקפדת-יתר באכיפת הנורמות המוסריות-ערכיות בפעילות הצבא וחייליו, במיוחד בכל הקשור לחובת השמירה הקפדנית על כללי הריסון וההגבלה בשימוש בכח הנשק והשורה הצבאית. בענין זה יש להקפיד, בקלה כבחמורה, ולתת עדיפות ברורה לצורכי אכיפת הנורמות הערכיות של החוק גם על פני אינטרסים מערכתיים של הצבא ושיקולים אישיים פרטניים הנוגעים לחייל שסטה מדרכו. רף האכיפה בעניינים הנוגעים לשימוש פסול בכח המרות הצבאי כלפי תושבים מקומיים, הנמנים על הצד היריב, או כלפי נחקרים, שבויים, ונתונים למשמורת הצבא, ראוי שיימצא במדרגה הגבוהה ביותר, כדי להטמיע את המסר הערכי לא רק בפרט שכשל, אלא בציבור החיילים כולו ובמערכת הצבאית כולה.

90. השמירה על שלטון החוק, וההכרה בחירויות הפרט, הם מאפייני של תפיסת הדמוקרטיה העומדת בבסיס המשטר בישראל. היא גם מרכיב חשוב בתפיסת הבטחון בישראל (בג"צ הועד הציבורי, בעמ' 845). כיבוד זכויות אדם, והשמירה על כבוד האדם גם כאשר הוא נמנה על האויב, טבועים באופייה של המדינה כמדינה יהודית ודמוקרטית. ערכים אלה צריכים למצוא את ביטויים גם באכיפת החוק הפלילי כלפי מי שבהתנהגותו הפר עקרונות אלה. אכיפה זו היא מרכיב חשוב גם בתפיסת הבטחון של

ישראל, ובעמידה על כושרו ורמתו של צה"ל. "כוחו של צה"ל תלוי ברוחו לא פחות מאשר בעוצמתו הפיזית ובשכלול כליו" (בג"צ 585/01 קלכמן נ' הרמטכ"ל, פ"ד נח(1) 694, 719 (2003)). רוחו וצביונו המוסרי של הצבא תלויים, בין היתר, בשמירה על טוהר הנשק ובהגנה על כבודו של הפרט, באשר הוא.

91. בענייננו, הפער הערכי בין טיב המעשה המתואר בכתב האישום לבין אופן הערכתו בכתב האישום במסגרת עבירה של התנהגות שאינה הולמת הוא כה עמוק, עד כי אינו יכול לעמוד.

92. בסופו של יום, מסקנתי היא כי החלטת התביעה הצבאית להעמיד לדין פלילי את המג"ד והחייל בסעיף האשמה של התנהגות שאינה הולמת דינה להתבטל, מחמת חוסר סבירות קיצוני. אציע כי ינתן צו מוחלט בדבר ביטול ההחלטה כאמור, בצד החזרת העניין לפרקליט הצבאי הראשי כדי שיחזור וישקול על פי האמור בפסק דין זה מהם סעיפי העבירות שבהם ראוי להאשים את המג"ד ואת החייל בכתב האישום, כל אחד על פי עניינו ונסיבותיו, באופן שהעבירות שתיוחסנה לכל אחד מהם תשקפנה כראוי את טיבן של העובדות ואת אופיים של המעשים המתוארים בכתב האישום.

יש להסיר את צו איסור הפרסום משמו של החייל.

ש ו פ ט ת

השופט א' רובינשטיין:

רקע

א. לא אכחד כי התלבטתי מאוד בתיק זה. הוא מעורר שאלות קשות. לא בקלות מתערב בית המשפט בהחלטות התביעה הצבאית, כמו התביעה הכללית, בדרגיהן הגבוהים ביותר. אומר כבר כאן, כי החלטתי להצטרף לעמדת חברתי שיש להפוך את הצו למוחלט, בנתון להערות שיועלו להלן. לא בקלות החלטתי כן. לא התעלמתי ממכלול השיקולים ששקל הפרקליט הצבאי הראשי בתצהירו המפורט ובעמדתו המשלימה. לא התעלמתי גם מן המורכבות שבמשימה הממושכת והמתישה המוטלת על צה"ל במאבק הטרור הפלסטינאי, לרבות התמודדותו של המשיב 3 אישית, וגם שירותו של משיב 4. היתה לנגד עיני - אף כי ביסודו המדובר בשיקול לעונש ולא בשיקולי העמדה לדין - גם תרומתו רבת השנים והמשמעותית של המשיב 3 לצה"ל ולמדינה,

שכדרך שציין המשנה לפרקליט המדינה בדיון ביום 28.9.08, "בלי אנשים כאלה לא יכולנו לשבת כאן". אך בסופו של יום סבירות החלטתו של הפרקליט הצבאי הראשי נבחנת בכור ערכי מן המדרגה הראשונה - ערכי מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית ורוח צה"ל, והמבט האכיפתי צריך שיהא רחב יותר.

על התשתית

ב. התשתית העובדתית שאל מולה אנו ניצבים היא, לדידי, זו שקבע הפרקליט הצבאי הראשי, ושעל יסודה הגיש התובע הצבאי הראשי את כתב האישום. איני רואה מקום לחלוק על כך מקצועית ועניינית, גם לאחר העיון והצפיה בסרט המתעד. בשונה מחברתי, איני סבור כשלעצמי שעלינו להידרש לתמיהות שהעלתה בפסקה 46 באשר לאישומים, שהרי איננו בית המשפט או בית הדין הדיוני, ואף חברתי בסופו של יום התרכזה בעובדות כתב האישום. הרכיבים הבעייתיים בתשתית זו שבכתב האישום הן אמירתו של המשיב 3 למשיב 4 "מה אתה אומר, נלך לצד ונירה בו גומי?" מתוך כוונתו להפחיד את העותר 1, שהיה אזוק ועניו מכוסות; ואמירתו של משיב 3 למשיב 4, "תדרך כדור"; וכמובן הירי של משיב 4 אל נעלו של העותר 1. אני יוצא גם מן ההנחה, המגולמת בכתב האישום, כי היתה אי הבנה - כי המשיב 3 דחף לאחר מעשה את משיב 4 וגער בו על ירי באדם כבול, והמשיב 4 השיב שהבין כי קיבל פקודה לעשות כן. לפנינו איפוא דיבורים של המשיב 3 שאמורים היו להפחיד את העותר - וברי כי אדם שעניו מכוסות והוא אזוק, אילו הבין את הדברים, יכול היה ליבו ליפול בקרבו, ואימת מוות אפשר שהיתה נופלת עליו (אומר התלמוד הבבלי - ערכין ט"ו, ב', מפי ר' חמא ברבי חנינא, על דברי המקרא "מות וחיים ביד לשון" (משלי י"ח, כ"א): "וכי יש יד ללשון? לומר לך מה יד ממיתה, אף לשון ממיתה"); אך למרבה המזל לא הבין העותר 1 אלא את המלה "גומי", כעדותו. זו איפוא התשתית העובדתית שאותה אנו בודקים אל מול העבירה של התנהגות שאינה הולמת לפי סעיף 130 לחוק השיפוט הצבאי, תשט"ו-1955.

ג. מסכים אני, שהשימוש בעבירה זו במקרה דנא מגלה אי סבירות בולטת. נדמה לי שעסקינן במקרה, בו נבעה פער בין הפרספציה הצבאית-ממשלתית במעגל הפנימי, כפי שבוטאה בכתב האישום ובעמדה שהוצגה בפנינו, לבין צרכי ההתמודדות על פי ערכי מדינת ישראל עם תופעות מעין אלה - במעגל הנורמטיבי הבוחן את הדברים באורח חיצוני וכולל. זאת - אף שאיננו מדברים בעניין המגיע לדרגת החומרה של פרשת צופאן (בג"צ 425/89 צופאן נ' הפרקליט הצבאי הראשי, פ"ד מג(4) 718), שם דובר בהכאה קשה של עצורים כפותים וכסויי עיניים. צה"ל אמנם ראה בחומרה

מוצדקת את המקרה נשוא ענייננו, וביטא זאת בשניים - ראשית, בהעברת המשיב 3 מפיקוד על גדודו, תפקיד שאין צורך להכביר מלים על אודותיו ועל משמעותו, לתפקיד במערך ההדרכה, שאין להפחית מחשיבותו – אך היה בכך משום הדחה ו"הזזה הצדה"; שנית, בהעמדה לדין פלילי ברמת ההתנהגות שאינה הולמת. לגבי משיב 4, אף שהוא שירה, הוחלט שלא להחמיר עמו מעבר לאשר נעשה עם משיב 3. לדעת צה"ל, השילוב בין השניים הוא האיזון ההולם, ודבר זה נתקבל גם על דעתו של היועץ המשפטי לממשלה. אינני מקל ראש בכך. ואולם, עלינו להשקיף אל הדברים במבט רחב יותר, הרואה את הפרשה בגדרי ערכיה של מדינת ישראל, כאמור. ובמבט זה, התנהגות שאינה הולמת אינה יכולה להיות העבירה המתאימה, וככל שנעשה אך בה שימוש בכתב האישום, יש בכך אי סבירות בולטת.

עבירת התנהגות שאינה הולמת – אינה הולמת במקרה זה

ד. מדוע עבירת התנהגות שאינה הולמת היא עבירה שאינה הולמת את המקרה? התשובה היא, כי היא מגמדת אותו. צדקה חברתי בזהותה עבירה זו ביסודה - לא כל שכן משאינה גוררת כיום אף רישום פלילי, בטרם תוקן החוק - כעבירה שבמובהק אינה הולמת את העובדות שבהן מדובר. אני יוצא, כאמור, מן ההנחה שהמשיב 3 לא התכוון לירי אלא להפחדה - אך עבירה שיש בה הפחדה של אדם אזוק וכסוי עיניים, ויהא אויב או יריב, באמצעות כלי נשק ככלל אינה יכולה להיות התנהגות שאינה הולמת "בלבד". אכן, המשטרה משתמשת בתחבולות בעת חקירותיה ויש מהן שהותרו משפטית, ובא כוח המדינה ביקש לראות את התנהגותו של המשיב כ"תחבולה", שכוונה להביא את העותר 1 לדו-שיח, בהנחה כי הוא יודע עברית. ואולם כשעסקינן באדם אזוק וכסוי עיניים כמות שהיה העותר 1 ברגעים הרלבנטיים, ומבקש אני להטעים רכיבים אלה, אין ניתן לראות את הדברים כ"תחבולה".

עבירת התנהגות שאינה הולמת – עולם הקרוב לתחום המשמעת

ה. ההיקש המתבקש בדוננו בעבירת ההתנהגות שאינה הולמת הוא היקש לעולם עבירות המשמעת, שמקרה זה אינו יכול לבוא בקהלן. אציין, בנוסף לדברי חברתי בפרק שהקדישה לעבירה זו בחוות דעתה, כי ברי לדידי גם מתולדות הסעיף ומיקומו בחוק, שמחוקק חוק השיפוט הצבאי ראה עבירה זו באופן בסיסי כעבירה קרובה לדיני המשמעת (זו מן העבירות, אגב, שלפי סעיף 136 לחוק ניתן להביא בה מתחילה לדין משמעתי).

ו. ואכן, ההיסטוריה החקיקתית של סעיף 130 מגלה, כי ראשיתו - בחוק השיפוט הצבאי כפי שהתקבל בראשונה בתשט"ו - בנוסח "חייל בדרגת סמל או בדרגה גבוהה מזו שהתנהג באופן שאינו הולם את דרגתו או עמדתו בצבא, דינו - הורדה בדרגה, ועל אף האמור בחוק זה אין להטיל במקומה עונש מחבוש". ברי כי נוסח זה היה קרוב לעבירה משמעתית; היא היתה - ועודנה - סמוכה לסעיפים 128 ו-129, שגם עניינם התנהגות - פרועה (128) או מבישה (129); בתיקון יסודי לחוק (תיקון מס' 3, תשכ"ד-1964) תוקן הסעיף לנוסחו הנוכחי, קרי, שבמקום הסנקציה הקודמת נקבע "עונש מאסר שנה". בדברי ההסבר (לסעיף זה ולתיקון דומה בסעיף 129) נאמר (הצעות חוק תשכ"ג, 84, 102), כי כיון שלא ניתן היה להטיל על עבירות אלו עונש מאסר "וכן לא ניתן להחליף את האשמה בבית דין לאשמה הקרובה והקלה ממנה - פגיעה במשמעת בניגוד לסעיף 132 לחוק העיקרי - הואיל והעונש המקסימלי על פגיעה במשמעת הוא מאסר שנה, ואין בית דין רשאי להחליף אשמה באשמה חמורה יותר. כדי לאפשר לבתי הדין גמישות בהטלת העונש ואפשרות להתאימו לעבריינין" - הוצע עונש מירבי של שנה; דבר זה יאפשר, בין היתר, "החלפת סעיף האישום במקרה ראוי לעבירה הקלה יותר, פגיעה במשמעת".

ז. עינינו הרואות, כי תיקון החוק מורה בעליל על קרבתו של הסעיף לתחום המשמעת. תזכיר חוק השיפוט הצבאי (תיקון) (סיוג השלכות ההרשעה), תשס"ח-2008, אכן בא לשנות את המצב הקיים לפיו עבירות כמו התנהגות שאינה הולמת אינן נתונות לרישום פלילי, ולקבוע כי לעתים גם הרשעה בעבירה זו תצדיק רישום פלילי; אך אי רישום פלילי עד הנה בעבירה זו מלמד על אופיה הבסיסי, הקרוב לדיני המשמעת.

ח. כללם של דברים באשר לעבירת ההתנהגות הבלתי הולמת, כשעסקינן במעשים הנוגעים, ולוא לשם הפחדה, באדם אזוק וכסוי עיניים, גם אם אין לפנינו פרשה המתקרבת לעניין צופאן, יפה כוחם של דברי השופט בייסקי שם (עמ' 735), כי:

"דווקא במסגרת צבאית, ואף בזמנים קשים, ידע צה"ל לשמור על טוהר הנשק והקפיד על החובות המוטלות על מדינת ישראל על פי משפט העמים; ושמירה על שלומה של האוכלוסייה המקומית בשטחים והשלטת הסדר בהם הן מערכת יסוד של שלטון החוק והאינטרס הציבורי".

וזאת,

"גם אם עומד צה"ל במשימה קשה נוכח ההתקוממות בשטחים..."

ט. כשבכך ענייננו, איננו מצויים בשדה הקרוב למשמעתי, והעמדה לדין על פי סעיף 130 בנסיבות אלה נראית על פניה כלא סבירה באופן בולט, גם אם אין לי ספק שהחלטת הפרקליט הצבאי הראשי נתקבלה בתום לב ובשיקול דעת. חברתי נדרשה (פסקה 77 לחוות דעתה) ל"אמות מידה התואמות את ערכי מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית". ארצה להקדיש בהמשך דברים לפן הערכי הצה"לי ולפן היהודי, שדומה כי ראוי להוסיפם לדברי חברתי ולהשלימם בכך.

על נקייון הדעת

י. בטרם זאת אזכיר, כי אנשי שלטון מחויבים הם בשיקול דעת וגם בנקיון הדעת; לדידי יש ליתן לנקיון הדעת משקל בהחלטות לגביהם, בסיטואציות כגון זו שנדונה בבג"צ 5562/07 שוסהיים נ' השר לבטחון פנים (לא פורסם), יתכן - וראוי - ככלל לשקול מתן ביטוי מהותי למשמעותם הערכית של דברי בלע צופני אלימות, בגסות רוח ובעידוד לשימוש בכוח פיזי, של קציין בכיר (שם קציין משטרה). וכבר הזכרנו את דברי חכמים בעקבות הפסוק "מוות וחיים ביד לשון"; הלשון שנועדה להפחיד יכולה חלילה לגרום יתר על הפחדה, ונמשלה הלשון לחץ, ששולחו יודע את מוצאו אך לא לאן יגיע (ראו ירמיהו, ט', ז').

רוח צה"ל

יא. מסמך "רוח צה"ל", הקוד האתי של צה"ל, כולל שני מדרגי ערכים - ערכי יסוד וערכים אחרים, המסמך קובע בין ערכי היסוד של צה"ל את כבוד האדם, וכלשונו: "צה"ל וחיליו מחויבים לשמור על כבוד האדם. כל אדם הוא בעל ערך שאינו מותנה במוצא, בדת, בלאום, במין, במעמד ובתפקיד". בין הערכים נמנית דוגמה אישית: "החייל ינהג על פי הנדרש ממנו ויקיים את שהוא דורש מזולתו, מתוך הכרה ביכולתו ובאחריותו, בצבא ומחוצה לו, להוות דוגמה ראויה". כן נמנה בין הערכים טוהר הנשק, ולגביו נאמר בין השאר כי "החייל ישתמש בנשקו ובכוחו לביצוע המשימה בלבד, אך ורק במידה הנדרשת לכך, וישמור על צלם אנוש אף בלחימה. החייל לא ישתמש בנשקו ובכוחו כדי לפגוע בבני אדם שאינם לוחמים ובשבויים, ויעשה ככל שביכולתו למנוע פגיעה בחייהם, בגופם, בכבודם וברכושם". חוששני כי הנסיבות דנא, על פני הדברים ועם כל הצער שבדבר, אינן תואמות את רוח צה"ל - במישור כבוד האדם, הדוגמה האישית והשימוש בנשק. למקרא דבריו הנכוחים של חברי השופט מלצר אצרף קולי להזכיר מגישתו של נתן אלתרמן, המתוארת אל נכון בחיבורו החדש של מ' פינקלשטיין "הטור השביעי" ו'טוהר הנשק' - נתן אלתרמן על ביטחון, מוסר ומשפט", (משפט

וצבא 20 (א); ; ראו גם חיבורי "הביטחון והמשפט – מגמות" וספרי נתיבי ממשל ומשפט (תשס"ג-2003), 263, 271-272, דברים שכתב אלתרמן מכבר, לא נס ליחם.

דוד בן גוריון על מפקדי צה"ל כדמויות מופת

י"ב. ראש הממשלה ושר הביטחון הראשון, דוד בן-גוריון, בכתבים ובנאומים רבים שיצאו מתחת ידו בשנות כהונתו הרבות וכונסו בספר יחוד ויעוד - דברים על בטחון ישראל (הביא לבית הדפוס ג' ריבלין, תשל"א-1971), נדרש מתחילה פעם אחר פעם למופת שעל מפקדי צה"ל וחייליו לשמש. נביא מקצת משלו, בלא למצות. על המפקדים אמר, בדברי הפרידה שלו מצה"ל המוצגים במתקני ביטחון רבים בישראל, "... תדע כל אם עבריה שמסרה גורל בנה לידי מפקדים ראויים לכך". בדבריו במפלגת פועלי ארץ ישראל בעיצומה של מלחמת הקוממיות (י"ב בסיון תש"ח – 19.6.48) ציין בן-גוריון, כי "הנשק העיקרי של הצבא הוא כוחו המוסרי" (עמ' 32); בגמר קורס למפקדי מחלקות (ב' בחשון תש"ט-4.11.48) עמד על ריבוי אויבינו מסביב, ואמר "במה איפוא עמדנו עד עכשיו ובמה נעמוד בעתיד? אך ורק ביתרוננו האיכותי, ביתרוננו המוסרי והאינטלקטואלי" (עמ' 43) (הדגשה הוספה - א"ר). בסיום מחזור קצינים צעירים בט"ז באייר תש"ט - 15.5.49 שוחח בן-גוריון על האחריות המוטלת על מפקד, שבשלה עליו "להצטייד בכל התכונות המוסריות והנפשיות ובכל הדעת והכושר שדרושים לביצוע שליחות עליונה זו, שבה תלוי גורל בטחון המדינה, גורל חירות האומה וקיומה הפיסי. רק איש תרומות נעלה יצלח למלאכה זו..." (עמ' 60-61).

י"ג. בהציגו את חוק שירות הביטחון בכנסת, ציין בן-גוריון, כי על מפקד בצה"ל "להיות לאיש מופת ודמות מחנכת. לא די למפקד בידעיות טכנית, מקצועיות ובכושר אדמיניסטרטיבי וקרבי..."; יצלח רק המפקד המסוגל "בעצם הוייתו ובדמותו המוסרית המעוררת אימון... להערות בקרב כל חייל שלו את המקורות הגנוזים של מסירות וגבורה" (עמ' 70). בסיום המחזור הראשון של הפנימיה הצבאית, בתמוז תשט"ו (11.7.55), אמר בן-גוריון כי על המפקד "להיות בראש וראשונה אדם למופת, המחנך את פקודיו לא בכוח הצו והמשמעת – אם כי אי אפשר בצבא בלי אלה – אלא בדוגמת חייו" (עמ' 216). בן-גוריון איחל לחניכים להיות "אנשי מופת ושאר רוח" (שם). על דברים ברוח זו חזר בן גוריון גם בשנים הבאות (ראו שם, עמ' 304, 306, 344 ועוד). עינינו הרואות קו עקבי הנמשך לאורך תקופת שירותו של דוד בן-גוריון כראש הממשלה ושר הביטחון – העברה מתמיד של מסר המוסריות, המפקד כמשמש מופת, האיכות וההצלחה כתלויות בכך. הארכת בדברים אלה, כי בהם לדעתי תשתית ערכית

לרוח צה"ל, ועליהם להיות נר לרגלי המפקד והחייל, כיום כאז. ראו גם להתייחסויות מכיוונים שונים של דוד בן-גוריון והרב שלמה גורן, הרב הראשי לצה"ל, א' אדרעי "מלחמה, הלכה וגאולה; צבא ומלחמה במחשבת ההלכה של הרב שלמה גורן", קתדרה 125 (תשס"ח), 148-119; כן ראו הרב ש' גורן, "מוסר הלחימה לאור ההלכה" בתוך משיב מלחמה א' (תשמ"ז), ג', המטעים: "אין ספק שחיי האדם הם הערך העליון בתורת ישראל ובהלכה, ולפי מוסר הנביאים, והמדובר לא רק בחיי ישראל אלא בחיי כל אדם שנברא בצלם האלקים"; ומכאן נקיש אף לכבוד האדם.

על כבוד האדם וכבוד הבריות במשפט העברי

י"ד. עסקינן בכבוד האדם, יסוד מוסד חוקתי בישראל, בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ובמישור ערכי מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, שהמשפט העברי נכלל ביניהם (ראו בין השאר אהרן ברק, פרשנות תכליתית במשפט (תשס"ג); 453-452; שופט בחברה דמוקרטית (2004), 290). במשפט העברי קרוי כבוד האדם בשם כבוד הבריות. העבירות בהן מדובר - כלפי האדם האזוק וכסוי העיניים - יש בהן לכאורה הן משום פגיעה בכבוד הבריות, ובכבודו של האדם הלא יהודי שכננו, אף אם הוא פוגע בנו, הן משום חילול השם. הדברים הבאים מרחיבים במקצת - ועדיין זו מקצת מן המקצת - בנושא זה, במסגרת ערכית כוללת שבתוכה משתבץ גם ענייננו.

ט"ו. במשפט העברי נתפס כבוד האדם, כבבואה לצלם אלוקים בו נברא האדם, וכיסוד לחובות שבין אדם לחבירו (ראו הרב י"ד סולוביצ'יק, איש האמונה, 15; מאמרי "על חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ומערכת הביטחון", עיוני משפט כ"א (תשנ"ח-1997), וספרי נתיבי ממשל ומשפט, 225, 226). וכך אנו מוצאים מפי הרב אליהו בקשי דורון (הראשון לציון והרב הראשי לישראל):

"גדלותו של האדם וחביבותו כבחיר הנבראים עד שהוגדר בצלם אלוקים הוא בעיקר בכישוריו, בחירותו ובבחירתו החופשית, וכל פגיעה באדם, ולא רק פגיעה פיזית בגופו... יש בה פגיעה ביסוד האמונה... מכאן, שכבוד האדם חשוב ממצוות אחרות שבדת, משום שפגיעה בו יש בה משום פגיעה ביסוד האמונה ובבורא שהעריך את האדם בצלמו" (הדגשה במקור - א"ר), (מובא בלקט כבוד האדם באשר הוא אדם בעריכת אלוף הראבן, תשס"א-2001, 9).

וברוח קרובה אצל הרב ירוחם ליוואוויץ (המשגיח המוסרי בישיבת מיר בפולין בין שתי מלחמות העולם), "כל לימודינו הוא הלכות כיבוד צלם אדם, ובזה נכללו דיני

גניבה וגזילה שהם גם כן נכללים ותלויים באי כיבוד האדם... כיבוד צלם אדם" (דעת חכמה ומוסר, תשל"ב, ס"ג; לסקירה מקיפה ראו נ' רקובר, "גדול כבוד הבריות - כבוד האדם כערך על" (תשנ"ט-1998)).

ט"ז. חשיבותו של כבוד האדם באה לידי ביטוי בכלל התלמודי הידוע, "גדול כבוד הבריות שדוחה את לא תעשה בתורה" (ברכות יט ע"ב; ראו אנציקלופדיה תלמודית, ערך כבוד הבריות). רוצה לומר, חשיבותו של כבוד האדם והצורך שלא לפגוע בו ולבזותו מצדיקים אף לחצות גבולות של איסור הלכתי במקרים מסוימים. כבוד הבריות, כשמו כן הוא, כבודם של כל הבריות. וכבר כתב הרמב"ם: "ואל יהי כבוד הבריות קל בעיניו, שהרי הוא דוחה את לא תעשה של דבריהם, וכל שכן כבוד בני אברהם יצחק ויעקב המחזיקין בתורת האמת..." (הלכות סנהדרין כד, י); וכך גם ר' משה חיים לוצאטו (איטליה - הולנד - ארץ-ישראל, המאה הי"ח) בספר המוסר מסילת ישרים (פרק כ"ב) המטעים את "חילוק הכבוד לכל אדם"; וכמו שמסביר הרב ד"ר אהרן ליכטנשטיין "הרמב"ם פותח בכבוד הבריות הכללי, ורק לאחר מכן הוא מתיחס לבני אברהם, יצחק ויעקב. ממילא צריך אתה לומר, ש'בריות' - גם בני נח במשמע" ("כבוד הבריות", רשם וערך אביעד הכהן, מחניים 5 (תשנ"ג), 8, מובא בדף לתרבות תורנית (בעריכת ד"ר א' סטריקובסקי), 236, תשנ"ט, 4, 5). וכך גם המשנה לנשיא אלון: "כבוד הבריות פירושו כבודם של כל הנבראים, של כל הנברא בצלם אלוקים" (כבוד האדם וחרותו, בית הנשיא, ירושלים תשנ"ה, מובא גם בדף לתרבות תורנית שם, 3); חייבים אנו איפוא בכבוד כל האדם, יהודים ושאינם יהודים, ואף בכבודו של מי שעמדו עמדת יריב וגם אויב.

על חילול השם

י"ז. לדעתי עלולה התנהגות מעין זו להיות לכאורה אף בחינת חילול השם - שעה שאדם חשוב, ולענייננו קצין בכיר, פוגע - ואם בדברים ואם למעלה מזה - בזולת, במקרה זה בעצור אזוק וכסוי עיניים. שם שמים מתחלל, כאשר אדם - ובפרט אדם חשוב - נוהג ברבים באופן בלתי ראוי, ואף במקרים בהם אין מדובר מבחינה משפטית בעבירה (לסקירה ראו אנציקלופדיה תלמודית, ערך "חילול השם"). כך בפני יהודים, וכך בפני מי שאינם יהודים. כותב ר' משה חיים לוצאטו, מסילת ישרים פרק י"א:

"ענפי חילול השם גם כן הם רבים וגדולים, כי הרבה צריך האדם להיות חס על כבוד קונו, ובכל מה שיעשה צריך שיסתכל ויתבונן מאוד שלא יצא משם מה שיוכל להיות חילול לכבוד שמים, חס ושלום... והענין, שכל

אדם לפי מדרגתו ולפי מה שהוא נחשב בעיני הדור,
צריך שיתבונן לבלתי עשות דבר בלתי הגון לאיש
כמותו, כי כפי רבות חשיבותו וחכמתו, כן ראוי שירבה
זהירותו...".

וכך גם הרב י"י וינברג (רוסיה - גרמניה - שווייץ, המאה הכ'), לפרקים (בעריכת הרב
ד"ר א"א וינגורט, הרב א' וקסלשטיין והרב ש"י וינגורט, תשס"ו), תק"ז "יש מידה
ומידה: ומידה לעם ומידה למנהיג...". ובהקשר שלפנינו, כפי שמסכם הרב אברהם
ישראל שריר: "פעולות חריגות ואכזריות מצדנו כלפי אויבינו, גם אם מטרתן היא
למנוע פגיעה בנו, עלולה לגרור לחילול השם, כי חילול השם אינו נבחן במותר או
באסור בראי ההלכה הצרופה, כי אם בשאלה אם הפעולה מתישבת או חורגת מן
המצופה בראיית הגוים אותנו, בנורמות המוסר שאותו הם מיחסים לנו בפעולה זו"
("אתיקה צבאית על פי ההלכה", תחומין כ"ה (תשס"ה) 415; ראו גם י' ורהפטיג,
"מכירת נשק לגוים", תחומין י"ב (תשנ"א), 240, 242). מוסכים הדברים בענייננו גם על
כבוד המדינה שמפקדי צה"ל וחייליו מייצגים.

י"ח. הבאנו כל אלה בגדרי ערכי מדינת ישראל, ויותר משהבאנו מצוי בכתובים -
והאתוס המגולם בהם הוא כעמוד אש לפני המחנה הצבאי הישראלי, כדי לקיים "והיה
מחניך קדוש" (דברים כ"ג, ט"ו). אמנם, אין משמעם של הדברים הימנעות בשמם של
הערכים הללו מלחימה, ככל הנחוץ ובלא לאות, להגנת המדינה ולבטחון תושביה, או
אסטיניסיות שלא במקומה; כלל וכלל לא. אך משמעם נורמות התנהגות גם כלפי אויב,
הטבולות בערכים אלה.

סעיף 380 לחוק השיפוט הצבאי

י"ט. נשוב להכרעתנו: אולי כאן המקום להזכיר, כי בדיון ההמשך ביום 16.12.08
הוצבע בפנינו על סעיף 380 לחוק השיפוט הצבאי, המאפשר לבית הדין הצבאי, אם
מצא כי יש מקום להאשים נאשם - בין השאר - בעבירה שעונשה חמור מזה שבכתב
האישום, לבטל את הדיון כדי שהנאשם יובא לדין על פי כתב אישום חדש. עו"ד ניצן
טען למדינה, כי אולי מן הראוי ללכת בכיוון זה ולהותיר את הדברים לבית הדין
הצבאי, ולאפשר לעותרים לטעון שם, כפתרון יצירתי. סבורני, בכל הכבוד ליצירתיות,
כי אילו הלכנו בדרך זו היינו אך "מגלגלים את הכדור למגרש אחר", ודוחים את הקץ,
ואין מקום לכך.

כ. בכוונת מכוון איננו מכריעים אופרטיבית באשר לעבירה שבה ינקוט הפרקליט הצבאי הראשי בכתב האישום, ושאינה עבירה של התנהגות בלתי הולמת. דבר זה עלה בדיונים, האפשרויות נדונו במהלך הטיפול בתיק, והן מצויות על שולחנו של הפרקליט הצבאי הראשי. ברי כי על הפרקליט הצבאי הראשי לשקול לפי סמכותו, לרבות בשאלה אם מדובר בעבירות שונות לגבי המשיב 3 לעומת המשיב 4, וגם אם בגדרי העבירות יתכנו וריאציות בין עבירה "מלאה" לעבירות ניסיון, שידול וכדומה (כמות שציין עו"ד ניצן לענין חלק מן העבירות).

כ"א. הפרקליט הצבאי הראשי ובא כוחו המלומד הטעימו חזור והטעם את הצעד הפיקודי שננקט כנגד המשיב 3 על-ידי העברתו מתפקידו. כאמור, אין להקל ראש כל עיקר בצעד זה, וגם לא בתצהיריהם של הקצינים הבכירים – שני אלופים ותא"ל – שהביעו דעתם לגביו. דבר זה עשוי להוות חלק מן השיקולים בבוא בית הדין לדון בתיקו של המערער לגופו, והוא שיקול לגיטימי כמובן, אך אין זו שעתו ואין זה מקומו. הקושי הבולט שעליו הוצבע על ידינו, קרי, אי התאמתה של העבירה לנסיבות, אינו יכול להיות קשור לצעד הפיקודי, גם אם כבני אנוש אנו מבינים את הזיקה התודעתית העשויה להיווצר. כל דבר במקומו ובשעתו.

כ"ב. בשכבר הימים (במאמרי הנזכר "על חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ומערכת הביטחון") נזדמן לי לכתוב -

"היחס בין שאלות בנושאי זכויות האדם לבין האתגר הבטחוני והצורך הבטחוני עתיד להישאר לאורך ימים על סדר יומם של החברה הישראלית ובתי המשפט בישראל... יימשך איפוא המתח הטבוע שבין הביטחון לנושאי זכויות האדם, וימצא את ביטויו המשפטי המרכזי בפרשנות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו; יימשך הדיון בשאלות מתי נסוגות הזכויות מפני הביטחון ומהו האיזון בין שמירת הקיום לשמירת צלם האדם - ניסוח המחודד את הדילמה עד תום. נמשיך להתלבט בשאלה מהו המרווח שבין הציווי 'ונשמרתם מאוד לנפשותיכם' כמובנו הקבוצתי ובין 'כי בצלם אלקים עשה את האדם' ו'גדול כבוד הבריות שדוחה את לא תעשה שבתורה'. בית המשפט יבקש את האיזון שבין הביטחון לזכויות, כך שלא יינשא שמו של הביטחון לשוא, אך הביטחון גם לא יופקר".

ובהמשך שם (עמ' 60, נתיבי ממשל ומשפט עמ' 261-262) -

"כל אחד מגורמי מערכת הביטחון, בהגדרתה הרחבה, ראוי שיחנך את אנשיו לנושא הזכויות, כדי שאיש

השב"כ או המפקד הרלוונטי במשטרה או בצה"ל וגורמים אחרים במערכת העלולים לפגוע בזכויות יהיו מודעים לכך משחר תפקודם. הזכויות הן כצמח; אי אפשר להניח ולבטוח שיצמח מעצמו, לאחר שנזרע או נשתל, ויחזיק מעמד בלא שיושקה ויטופח. והטיפוח הוא על-ידי מאמץ חינוכי מתמיד במערכות ההדרכה של הרשויות, אכיפה בשיפוטן המשמעתי הפנימי, וכמובן על-ידי האכיפה הפלילית המתחייבת במקרי כשל. חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו מיסד ומיקד את מה ששמר בית המשפט העליון וקידם לאורך שנים, ועשאו לספר כתוב, למרשם שיש להביט בו בכל עת; כל הרשויות הבטחוניות עוסקות בזכויות, וגם תשומת ליבן אל הזכויות צריכה להיות הלך רוח מתמשך, שעיקרו 'ואהבת לרעך כמוך' דעלך סני, לחברך לא תעביד' - את השנוא עליך אל תעשה לחברך' (התנא הלל, בבלי שבת ל"א, א').

אך מתחייב לא פחות גם מאמץ חינוכי נוסף, ועניינו שמירת האתוס של הביטחון כערך, אם גם במתכונת דינמית ומשתנה. אין קל מלשפוך את התינוק עם המים. כדי לקיים את הביטחון שמדינת ישראל נאבקה עדיין על ביצורו, כדי לעודד את אלה שהופקדו עליו למלא את משימתם, כדי להבטיח שהמתגייס לשירות חובה או למשטרה או לשב"כ יידע כי נקרא למשימה שהיא אכן חובה או כורח וכדי שלא ינופצו כלים ומסגרות בהיעדר תחליף - יש צורך להפנים במערכת החינוך הישראלית אותם ערכים שהביטחון הוא אחד מהם. נרצה, הרי אלה ערכי הציונות הנכללים בהכרזת העצמאות...".

לדידי, יפה כוחם של אלה גם עתה.

כ"ג. אכן, בחתימת הדברים אזכיר, כי חכמינו אמרו, מפני האמורא ריש לקיש (בבלי סוטה ג', א'), "אין אדם עובר עבירה אלא אם כן נכנסה בו רוח שטות". תפקידנו במקרה זה הוא להעמיד על מכונו פן בתפקודו של המשפט הצבאי, בגדרי המשפט הפלילי ותכליותיו כחלק מן המשפט הציבורי, ועל השלכותיו לנורמות ערכיות הנוגעות לכלל הציבור, מעבר לצה"ל. עם זאת אוסיף, כי תהא אשר תהא התוצאה מבחינת כתב האישום וההליך עצמו, וגם אם בסופו של יום יהא מדובר בעבירה הגורמת רישום פלילי – אין בכך כדי לשכוח או למחוק, גם במובן אופרטיבי, את זכויותיו ותרומתו של המשיב 3, את המשימות הקשות שאל מולן ניצב, ואת בקשתו המיידית לסיים את תפקידו לאחר הפרשה; הוא הדין למשיב 4 במקומו שלו ובדרגתו. בנתון לאלה אני מצטרף לחברתי.

השופט ח' מלצר:

1. אני מצרף הסכמתי לפסק דינה המקיף של ראש ההרכב, השופטת א' פרוקצ'יה וכן להערותיו של חברי השופט, א' רובינשטיין ביחס למורשתו של דוד בן גוריון ולדרך ניתוח המקורות שהביא מהמשפט העברי בהקשר לכבוד האדם ולכבוד הבריות.

2. בשל חשיבות הדברים מצאתי לנכון להסביר כאן – בתמציתיות – את עיקרי הטעמים לעמדתי ולהוסיף מספר הדגשים משלי וכן להפנות למשפט משווה רלבנטי וליסודות המוסריים-תרבותיים שבבסיס הדברים. אולם טרם שאנו נכנסים לגופו של עניין מחובתי להקדים הערה. יש לזכור ולהזכיר (ובין השאר לאלו מבין העותרים שקידום זכויות האזרח והאדם בראש מעייניהם) כי פסק דין זה עוסק אך ורק בשאלת סבירות החלטת רשויות התביעה בצה"ל ולא באשמתם, או חפותם של המשיבים 3 ו-4. יפים לענייננו דבריו של השופט א' א' לוי, בפתח פסק דינו ב-בג"ץ 5699/07 פלונית (א') נ' היועץ המשפטי לממשלה (לא פורסם, 26.2.2008) (להלן – פרשת קצב):

"העתירות המונחות בפנינו מחייבות אותנו לזהירות רבה. נוגעות הן לשאלת העמדתו לדין של אדם, המוחזק חף מפשע באשר ענינו טרם הובא בפני ערכאה שיפוטית וממילא טרם הוכרע. מצווים אנו להקפיד הקפדה יתרה בדברים שנאמר, פן יוסג גבול אשר אל לנו לחצותו, ומחשש כי דברינו יישמעו כאילו נפסק בהם משפט בשאלות של אשמה, או חפות. יושבים אנו כבית-המשפט הגבוה לצדק, ומתפקידנו זה לא נסטה ימין או שמאל".

אמת משפטית זו ראוי שתנחה אותנו גם בפסק דיננו זה, וכל הנאמר להלן כפוף לעיקרון זה. עתה נפרט ראשון-ראשון ואחרון-אחרון.

3. התשתית העובדתית שבבסיס העתירה שלפנינו היא זו המובאת בכתב האישום. וכך נאמר שם:

ביום 5 ביולי 2008, או במועד סמוך לכך... לאחר שבמהלך הפגנה אלימה בכפר נעלין, עוכב מר אשרף אברהים אבו-רחמה (להלן: "אשרף"), בעקבות מעורבות בהפרות הסדר, והובא אל צומת הכניסה לכפר נעלין, שם הושב על הקרקע כשהוא אזוק ועיניו מכוסות, פנה אליו הנאשם מס' 1 (המג"ד, המשיב 3 כאן – תוספת שלי – ח"מ) שהיה במקום, ואשר הכיר את אשרף מהפגנות

והפרות סדר רבות בהן השתתף אשרף בעבר, ואמר לו: "נו, עכשיו אתה תפסיק להפגין נגד כוחות צה"ל?", או מילים בעלות משמעות דומה. אשרף השיב לנאשם מס' 1 בערבית, תשובה ממנה השתמע כי אינו מבין עברית.

לפיכך, לאחר חילופי הדברים בין אשרף לנאשם מס' 1, אמר הנאשם מס' 1 לנאשם מס' 2 (הסמ"ר, המשיב מס' 4 כאן – תוספת שלי – ח"מ), פקודו הישיר של הנאשם מס' 1, אשר שירת באותה עת כטען מג"ד 71, ועמד בסמוך: "מה אתה אומר, נלך לצד ונירה בו גומי?", או מילים בעלות משמעות דומה, זאת, מתוך כוונה של הנאשם מס' 1, אשר סבר מהיכרותו הקודמת עם אשרף כי אשרף מבין את השפה העברית, להפחיד את אשרף, על-ידי כך שהנאשם מס' 1 יגרום לאשרף לחשוב, כי עתיד להתבצע לעברו ירי של כדור גומי.

בתגובה לשאלתו הנ"ל של נאשם מס' 1, השיב הנאשם מס' 2 "אין לי בעיה לירות בו גומי", או מילים בעלות משמעות דומה.

או אז, הרים הנאשם מס' 1 את אשרף מהמקום בו היה ישוב, בעודו אזוק ומכוסה עיניים, והוליכו לכיוון ג'יפ צבאי שעמד בקרבת מקום. כשחלף הנאשם מס' 1 עם אשרף על פני הנאשם מס' 2, אמר הנאשם מס' 1 לנאשם מס' 2 "תדרוך כדור", או מילים בעלות משמעות דומה. הנאשם מס' 2 השיב "יש לי כבר כדור בקנה", או מילים בעלות משמעות דומה.

בעקבות חילופי הדברים האמורים, הלך הנאשם מס' 2 אחר הנאשם מס' 1, ונעמד לצד הג'יפ, אשר בסמוך לו עמדו הנאשם מס' 1 ואשרף, ובעוד הנאשם מס' 1 החזיק את אשרף בזרועו ושוחח עם שוטר מג"ב שעמד בסמוך, כיוון הנאשם מס' 2 את נשקו האישי לעבר נעלו של אשרף, וירה כדור גומי לעברו מטוח קצר.

מיד לאחר הירי, נאשם מס' 1 דחף את נאשם מס' 2, צעק עליו וגער בו על ביצוע הירי באדם כבול. נאשם מס' 2 השיב לו, כי הבין שקיבל ממנו פקודה לעשות כן. בעקבות האמור נגרמה חבלה שטחית בבוהן השמאלית של אשרף, אשרף נבדק במקום על ידי רופא צבאי ולא נזקק לטיפול נוסף."

4. האישום הנ"ל נולד כתוצאה מחקירת מצ"ח שנפתחה כשבועיים לאחר האירוע, מיד בסמוך לפרסומו של סרט וידאו ששודר בכלי התקשורת האלקטרוניים ואשר מקורו בצילום שנעשה על ידי גב' סלאם ג'אמל חוסיין עמירה, נערה בת כ-17 תושבת הכפר נעלין, שצפתה בהתרחשות וצילמה אותה מחלון ביתה. עובר לפרסום – דיווח המג"ד על האירוע בצינורות הפיקודיים ואולם התחקיר המבצעי לא הביא לפתיחת הליכים, שכן החומר לא נמסר לפרקליט הצבאי הראשי, או לנציגו, בהתאם לאפשרות המוסדרת בסעיף 539א לחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955 (להלן – החש"צ), וראוי שלגבי העתיד ימוסדו נהלים בהקשר זה. עם זאת, כשראו התמונות אור השתנתה התמונה, שהרי "המצלמה היא מכשיר שמלמד בני אדם לראות בלי מצלמה" (דורותיא לאנג, כפי

שצוטטה בלוס אנג'לס טיימס מתאריך 13.8.1978). כך גם קרה בארצות הברית בפרשת Abu Ghraib, שנפנה אליה בהמשך. הנה לנו הוכחה ש"תמונה שקולה לאלפי מילים". ואולם, אף שהתמונה "תפסה את הרגע" (עיינו: THE PULITZER PRIZE PHOTOGRAPHS: (Newseum, 2007) (CAPTURE THE MOMENT), הרי שמוסכם עלינו כי: "עין מצלמה – לא משקרת, אך מה בפנים – היא לא אומרת" (ו.ה. אודן, שישה טקסטים מוזמנים, מס' 1 (1962); הערה: חלק מהמובאות הנ"ל לקוחות מאיתן בן-נון אוצר הציטטות (ערך: "צילום"), 650-652 (הוצאת מאגנס, 2009)). נוכח האמור נשאלת השאלה האם סעיף העבירה שבו הואשמו המשיבים 3 ו-4 (המג"ד והסמ"ר בהתאמה) – התנהגות שאינה הולמת, במשמעות סעיף 130 לחש"צ – מתאימה למכלול ולנסיבות (על הצורך לכלול בכתב האישום את פירוט העבירות וסעיפי הדין הקובעים אותן – ראו סעיף 304(א) לחש"צ ואת הדוגמאות בתוספת לחש"צ).

5. לי נראה כי ההחלטה על העמדתם לדין של המשיבים 3 ו-4 בסעיף האישום של התנהגות שאינה הולמת, כמשקף את העבירה הנגלית לכאורה מן העובדות הנ"ל ומן התמונות העולות מסרט הוידאו – לוקה בחוסר סבירות מהותי, המחייב את התערבותו של בית משפט זה. אבהיר ואנמק להלן.

6. בבסיס הניתוח המשפטי של המקרה שלפנינו ניצב פסק הדין ב-בג"ץ 935/89 גנור נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מד(2) 485 (1990) (להלן – פרשת גנור), בגדרו נפסק כי אף ששיקול דעתו של היועץ המשפטי – בסמכותו להורות על העמדה לדין – הינו נרחב ביותר, אין מדובר בשיקול דעת מוחלט (ראו: פרשת גנור, 508). עוד נקבע שם כי היקף התערבותו של בית המשפט הגבוה לצדק בהחלטות אלה אמור להיות צר, בגדרי המשפט המינהלי, אך מקרים של חוסר סבירות קיצוני בהחלטות יצדיקו התערבות של בג"צ (ראו: שם, 523). בפסק הדין בפרשת קצב כל שופטי ההרכב המורחב חזרו על הקביעה העקרונית הנ"ל, בהדגישם כי מתחם הביקורת השיפוטית בהעמדה לדין הוא אכן צר בהיבט השיקול הציבורי ("היעדר עניין לציבור", בהתאם לסעיף 62 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב – 1982), ובכל הנוגע לפן הראייתי – מתחם הביקורת השיפוטית הוא צר אפילו עוד יותר (ראו: פרשת קצב, פסקה 24 לפסק דינה של השופטת א' פרוקצ'יה). דא עקא, שבנסיבות המקרה שלפנינו, בהן העתירה מתבססת על תיאור העובדות, כפי שפורטו בכתב האישום (ועל ההקבלה המתבקשת לענייננו בין הפצ"ר לבין היועמ"ש) – השאלה המשפטית נסובה סביב "התאמתם" של סעיפי העבירה, המיוחסים לנאשמים, לסביבה הנורמטיבית הראויה ועל הביקורת השיפוטית האפשרית של בית משפט זה בהקשר האמור. מתחם ההתערבות של בית משפט זה בנושא מעין זה – קיים, כפי שהובהר, אף אם הוא צר מאוד, שהרי מדובר בשאלה

משפטית מובהקת ולא עובדתית, או ראייתית (בהערת אגב אוסיף כי לגבי דידי במקרים מתאימים, מיוחדים ונדירים, ניתן יהיה גם לבקר העמדה לדין בטענה שלא היה מקום לעשות כן, או שההעמדה לדין היתה נגועה בחוסר סבירות מהותית, שכן המכלול חייב האשמה בעבירות מקלות יותר, בו בזמן שהתביעה ייחסה לנאשם עבירות "כבדות" מדי (למשל כדי להתגבר על טענת התיישנות אפשרית).

7. חוזרת איפוא קושיה לדוכתא – האם סעיף האישום שיוחס כאן למשיבים 3 ו-4 – סעיף 130 לחש"צ: התנהגות שאיננה הולמת – הוא "מתאים", שהרי סעיף זה מגלם לכאורה פן פלילי מסוים של ההתנהגות האתית הנדרשת ממפקדים בצה"ל ואין הוא גורר אחריו רישום פלילי. בהקשר זה מסכים אני עם ניתוחה של חברתי, השופטת א' פרוקצ'יה, ולפיו סעיף 130 לחש"צ הנ"ל מגלם יסודות הן מן הדין הפלילי והן מן הדין המשמעתי. סעיף זה קולו, כפי שנאמר פעם בפסיקה הצבאית, כ – "קול ענות חלושה" בסולם הפלילי. לכן אני מצטרף גם למסקנתה לפיה לכאורה אין העמדתם של המשיבים 3 ו-4 לדין בגין הפרתו של הסעיף הנ"ל מספקת בנסיבות הנטענות ולפיכך יש בה חוסר סבירות מהותי, במובנו המשפטי של ביטוי זה (למשמעותו של סעיף 130 לחש"צ, ראו עוד: רב שיח עם נשיא בית המשפט העליון (בדימוס) מאיר שמגר משפט וצבא 16 457, 460 (התשס"ג); עיינו גם: ע/123/02 ישי נ' התובע הצבאי (17.03.04); ע 153/03 שגיא נ' התצ"ר (לא פורסם, 5.8.04) (להלן – פרשת שגיא); נורמות ואתיקה במשפט הצבאי – ערכי רוח צה"ל, פיקוד ומנהיגות – מבחר פסקי דין 6, 95-126 (אלוף ישי בר עורך, 2007)).

כאן המקום להדגיש כי יתכן שאף מבחינת המשיבים 3 ו-4 – העמדתם לדין בגין הפרה של אותו סעיף בחש"צ, שיש בו יסודות אתיים דומיננטיים (של התנהגות באופן שאינו הולם את דרגת המפקד, או את מעמדו בצבא) עלולה להיות לרועץ בסופו של דבר. הטעם לכך הוא שאפשרי הדבר, שלאחר שפסק הדין במשפטם הצבאי יהפוך לחלוט יוכל מאן-דהוא לגרוס כי בשים לב למהות האישום – לא עומדת להם הטענה של: "כבר זוכיתי, כבר הורשעתי" במשפט הפלילי הבינלאומי, ולא אוסיף עוד בסוגיה זו, אם כי נושא זה מביא אותנו לדיון קצר במשפט המשווה.

8. ראוי לציין כי המכלול העומד לבחינתנו בעתירה זו איננו ייחודי לישראל, ורשויות תביעה צבאיות במדינות נוספות נאלצו להתמודד עם השאלה כיצד יש לנהוג – משפטית ומשמעתית – במפקדים ובחיילים שפגעו, או התעללו בעצירים, באסירים, או בשבויים, בפרט במצבים של מלחמה בעצימות נמוכה, או במאבק נגד טרור (יש להעיר עם זאת כי המקרים המוכרים בעולם הינם חמורים הרבה יותר מן המקרה שלפנינו).

האירוע שזכה בשנים האחרונות לפרסום עולמי נרחב – גם הוא בעקבות גילוי ראשוני בתקשורת – היה פרשת ההתעללות באסירים בכלא ABU GHRAIB (להלן – אבו גרייב) שבעיראק, שנעשתה על ידי חיילים אמריקאניים ששימשו כסוהרים בבית הסוהר האמור. כאן המקום להעיר כי ההתנהגות שיוחסה שם לסוהרים הצבאיים היתה חמורה וחריפה בכמה וכמה רמות מן המקרה שלפנינו, ואף כי האירועים אינם דומים, ניתן ללמוד מהם על התנהגות רשויות התביעה בצבא ארצות הברית במקרים של התנהגות פסולה, הנטענת כנגד חיילים ומפקדים.

מבין אותם סוהרים שנטלו חלק בהתעללות באסירים בכלא אבו-גרייב בעיראק, הועמדו לדין בבית משפט צבאי אמריקני מספר חיילים (ולא קצינים) בסעיפי אישום שונים: קשירת קשר להתעללות בעצורים בניגוד לפרק 892, סעיף 81 לחוק השיפוט הצבאי האמריקאי (ה-U.C.M.J. – Uniform Code of Military Justice); הזנחה פושעת בביצוע חובות, בניגוד לסעיף 92 לחוק האמור; אכזריות והתעללות בעצורים, בניגוד לסעיף 93 לחוק האמור; תקיפה בניגוד לסעיף 128 לחוק השיפוט הצבאי האמריקאי; מעשים בלתי הולמים בניגוד לסעיף 134 לחוק האמור וכן הצהרות כוזבות, בניגוד לסעיף 107 ל-U.C.M.J. (ראו: James W. Smith III, *A Few Good Scapegoats: The Abu Ghraib Courts-Martial and the Failure of the Military Justice System*, 27 WHITTIER L. REV. 684 (2005-2006) (להלן – SMITH, A FEW GOOD SCAPEGOATS)). מבין החיילים שהועמדו לדין שם, 12 הורשעו בכל העבירות שיוחסו להן, או בחלקן, מרביתם בהסדרי טיעון, ובעקבות כך הם נדונו לתקופות מאסר משמעותיות, להורדה בדרגה ושחרור מן הצבא בשל התנהגות שלילית. עם זאת, רשויות הצבא האמריקאניות לא פתחו כאמור בהליכים משפטיים כנגד הקצינים שהיו מעורבים בפרשת אבו-גרייב, אלא נקטו כנגדם בצעדים משמעותיים בלבד, כגון: הורדה בדרגה, נזיפה והעברה מתפקיד פיקודי לתפקיד לא פיקודי (מכאן שרשויות התביעה הצה"ליות כאן, ואף בפרשת שגיא למשל, הלכו מעבר למה שנהגו בארצות הברית ויש לקחת גם עובדה זו לתשומת הלב). על התנהלות זו של רשויות התביעה בצבא ארצות הברית נמתחה ביקורת חריפה על ידי משפטנים אמריקאניים ואחרים, ראו:

SMITH, A FEW GOOD SCAPEGOATS; Jason Sengheiser, *Command Responsibility for Omissions and Detainee Abuse in the 'War on Terror,'* 30 T. JERFFERSON L. REV. 693 (2008); Victor Hansen, *What's Good for the Goose is Good for the Gander: Lessons from Abu Gharib: Time for the United States to Adopt a Standard of Command Responsibility Towards its Own,* 42 GONZ. L. REV. 335, 344 (2006-2007); Roberta Arnold *The Abu Ghraib Misdeeds – Will There Be Justice in the Name of the Geneva Conventions?* 2 J. INT'L CRIM. JUST 999 (2004).

9. גם בית המשפט האירופאי לזכויות אדם, נדרש לסוגיה קרובה, במסגרת פרשה שעסקה בהתנהלות הצבא התורכי בעת פלישתו לקפריסין, ופסק כי הפרה של סעיף 3 לאמנה האירופאית להגנת זכויות האדם וחירויות היסוד, בהקשר של יחס משפיל לעצירים – תימדד בהתאם לנסיבות, ובתוך כך:

“Ill-Treatment must attain a minimum level of severity if it is to fall within the scope of Article 3. The assessment of this minimum depends on all the circumstances of the case, such as the duration of the treatment, its physical or mental effects, and, in some cases, the sex, age and state of health of the victim”

ראו: OCALAN V. TURKEY (2003) 37 EHRR 10, para.219

בהתחשב במבחנים אלו – תורכיה נמצאה פטורה מאחריות לגבי עיכובם של אזרחים, איזוק של עצירים, כיסוי עיניהם ועוד. זה המקום לציין כי במשפט הבינלאומי הפילי נבחנת בעשור האחרון “נוסחת הקשר” בין אחריות של מדינות לבין אחריות אישית בהקשרים אלה – עיינו במחקר עדכני בנושא, שפורסם כספר: BEATRICE I. BONAFÈ, THE RELATIONSHIP BETWEEN STATE AND INDIVIDUAL RESPONSIBILITY FOR INTERNATIONAL CRIMES (2009)

10. החומרה הלכאורית בהתרחשות שלנו, בהשוואה לאירועים שהובילו לטענות כנגד תורכיה בבית המשפט האירופאי לזכויות האדם מקורה בניסיון להטיל על העותר 1 אימה ופחד (על מנת לבחון אם הוא מבין עברית) ובניסיון “לביים” ירי (שכנראה, כנטען, עקב אי הבנה) עבר משלב ה”ביום” – לשלב הביצוע וגרם גם לפגיעה בעותר 1.

השתלשלות דומה נדונה במשפט הצבאי בארצות הברית ומאוזכרת במאמרו

של John Sifton: United States Military and Central Intelligence Agency Personnel : Abroad: Plugging the Prosecutorial Gaps, 43 HARV. J. ON LEGIS. 487 (2006)

“In a case from April 2003, a Marine shown to have mock-executed four Iraqi juveniles (by making them kneel next to a ditch and firing his weapon to simulate an execution) was found guilty of cruelty and maltreatment and sentenced to thirty days hard labor without confinement and a fine of \$6336. See United States Marine Corps, *USMC Alleged Detainee Abuse Cases Since Sep 11 01*, at 2 (2004)...

(שם, בעמ' 493 בה"ש 48).

יצוין כי במאמר זה מביא John Sifton (אף שכללית הוא מפגין גישה קטיגוריאלית) את טענות התביעה האפשריות וגם את טענות ההגנה האפשריות באירועים מסוג זה הנדונים כאן, והמתעניין – ילמד.

11. נשוב לענייננו – מצב הדברים שקרה לכאורה באירוע שלפנינו מלמד אותנו גם על עומק הציווי המקראי: "לֹא תִקְלָל חֲרָשׁ, וְלִפְנֵי עֶגְרָא לֹא תִתֵּן מִכְשָׁל... (ויקרא י"ט, יד), ולא נכביר. עם זאת, המקור המקראי הנ"ל מביא אותנו ל"רוח צה"ל", כפי שהתעצבה במרוצת השנים, בין השאר גם בעקבות אירועים חריגים ותגובות של אנשי מוסר ותרבות. מחקר מאלף בנושא זה פירסם בעצם הימים הללו מי שהיה הפצ"ר, אלוף (מיל') מנחם פינקלשטיין (היום שופט בית המשפט המחוזי במחוז מרכז), שכותרתו: "הטור השביעי" ו"טוהר הנשק" – נתן אלתרמן על ביטחון, מוסר ומשפט (משפט וצבא 20, 1 (כרך א', יוני 2009) (להלן - פינקלשטיין). כותב פינקלשטיין על אלתרמן: "... עם כל הערצתו את צה"ל ואת מפקדיו וחייליו – האמין המשורר בכל מאודו כי שמירה על רמתו המוסרית של צה"ל היא חיונית, וכי המטרה אינה מקדשת את כל האמצעים. בכל מקום שבו סבר אלתרמן כי חיילי צה"ל, או מפקדיו התנהגו כשלא כשורה... הגיב על כך בחומרה בטורו השבועי. חוסן צבאי וחוסן מוסרי – חד הם לדעתו של אלתרמן. השוו לפסיקת בית המשפט העליון, למשל, בג"ץ 1284/99 פלונית נ' ראש המטה הכללי, פ"ד נג(2) 62, 69 (1999): "חוסנו ועוצמתן של צה"ל שואבים משני מקורות: האחד, חוסנו המוסרי, על הנורמות, הערכים ודפוסי ההתנהגות המונחים בבסיסו; והשני חוסנו הצבאי, הסומך בין השאר על המשאב האנושי והמקצועי". וכן ראו בג"ץ 320/80 קוואסמה נ' שר הביטחון, פ"ד לה(3) 113, 132 (1980): "הנשק המוסרי אינו נופל בחשיבותו מכל נשק אחר, ואולי עולה עליו – ואין לך נשק מוסרי יעיל משלטון החוק" (שם, בעמ' 2 ובה"ש 2).

ואכן, מראשית הדרך טורי התוכחה של אלתרמן הלכו לפני המחנה בצה"ל. טורו המפורסם "על זאת" (הטור השביעי, כרך א', 149 (19.11.1948)), שהגיב בחריפות על פשע שביצעו חיילי צה"ל, חולק לכל אנשי הצבא – בהוראת ראש הממשלה ושר הביטחון, דוד בן-גוריון (ראו: פינקלשטיין, 142-143).

12. פינקלשטיין מוסיף עוד כי תא"ל (מיל') צבי ענבר, לשעבר הפצ"ר סיפר בסרט אלתרמניה כי הטור "על זאת" הנ"ל השפיע עליו, כאשר נדרש, בשנות השבעים, להחלטות בדבר העמדה לדין של חיילים שהפרו את ערך "טוהר הנשק" (שם, בעמ' 5, ה"ש 81). אף חברי, השופט א' רובינשטיין, בעת ששימש כיועץ משפטי לממשלה, הפנה לאחד מן הטורים ("ישן וגם חדש" – הטור השביעי, כרך א', 295 (7.8.1953)) במאמרו

על "בטחון וזכויות אדם בימי מלחמה וטרור" משפט וצבא 16, 765, 785-786 (התשס"ג). ראו: פינקלשטיין, עמ' 64, ה"ש 64.

הנה כי כן, הכוח המוסרי-ביקורתי שביצירתו של אלתרמן הופנם בצה"ל והן המפקדים והן מקבלי ההחלטות המעין-שיפוטיות בצבא ומחוצה לו ראו עצמם מחוייבים לשיטתו. גישה זו יש לשמר.

13. לפני נעילה אבקש להתייחס בקצרה אף לסוגיית צו איסור הפרסום בתיק שלפנינו. אני מסכים להחלטה בדבר הסרת צו איסור הפרסום כאן בשל שני טעמים עיקריים:

ראשית, שמו של המשיב 4 נחשף ממילא – בטעות – מכתב האישום שהוגש על ידי המשיבים 1-2 ואשר בו נכלל, בשגגה, שמו המלא.

שנית, פרשה זו ראתה אור, כאמור לעיל, עם פרסום התמונות בכלי התקשורת שבהם נראה גם המשיב 4, כך שתועלתו של צו איסור הפרסום פה, מטבע הדברים, מוגבלת מאוד.

עם זאת אבקש לציין כי אינני שולל בעתיד אפשרות של איסור פרסום פרטים מזהים של חיילי צה"ל הנאשמים בעבירות דומות – משיקולים שונים, שאין זה המקום לסקרם ולנתחם.

14. אחרי כל הדברים הללו ראוי לסיים בשתי מובאות משירת אלתרמן:
 "הִדִּין הוּא אֶלֶף-בֵּית. מְשַׁכֵּל רְאשׁוֹן. לֹא יִתְכַן כִּי לֹא יַעִיר הַפֶּשַׁע
 אֶת הַחֵק"

נתן אלתרמן תחום המשולש (1956) הטור השביעי (כרך ב') 355 (1981)

"כִּן נִדְמָה... אֶךְ בְּשִׁבְתְּ שׁוֹפֵט-בְּדִין
 לְמִלְאֲכָתוֹ, שְׁמַגֵּן לְמִדִּינָה וּבְכִסֵּי הַיָּא,
 וּבְנִטְלוֹ אֶת כְּלָיו שֶׁהֵם חֵק וְעֵדִים
 וּפְקֻדוֹת צו-על-תְּנָאִי (אוֹרְדֵר נִיזִי).
 נִתְהַפְּכוּ פְּתַע כָּל מְשַׁגִּים וּמְמַדִּים
 וְנִהְיָ הָעוֹלָם
 מְטַפֵּיטִי..."

נתן אלתרמן לחש סוד (בעקבות דברי הפרקליט הצבאי: יש לי הוראות מן הרמטכ"ל לעד שלא יענה לשאלה זו. העד ולא בית המשפט הוא הקובע מהו סוד צבאי), הטור השביעי (כרך א') 289 (תשל"ז).

15. העולה מן המקובץ מלמד איפוא שיש להפוך כאן את הצו-על-תנאי (ה-order nisi) – למוחלט, והמבין יבין.

ש ו פ ט

לפיכך הוחלט כאמור בפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.

ניתן היום, ט' בתמוז תשס"ט (1.7.09).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט