

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

בג"ץ 7195/08

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

העותרים

נ ג ד

1. תא"ל אביחי מנדלבליט, הפרקליט הצבאי הראשי
2. אל"מ לירון ליבמן, התובע הצבאי הראשי
ע"י פרקליטות המדינה, משרד המשפטים, ירושלים
טל': 02-6466590 ; פקס': 02-6467011
3. סא"ל עומרי בורברג
ע"י ב"כ עוה"ד שלמה צפורי ו/או אל"מ אהוד בן-אליעזר
מרח' יגאל אלון 65, תל אביב-יפו 67443
טל': 03 - 6242990 ; פקס': 03 - 6242991
4. סמ"ד לי
ע"י ב"כ עוה"ד אילן כץ ו/או רס"ן גלי שטיינר
מרח' אסף הרופא 1, הוד השרון 45261
טל': 03 - 5650011 ; פקס': 03 - 5650012

המשיבים

הודעה משלימה מטעם הפצ"ר והתצ"ר לתצהיר התשובה

אני הח"מ, תא"ל אביחי מנדלבליט, המשמש כפרקליט הצבאי הראשי, מבקש להודיע בזאת לבית המשפט את תוצאות הבחינה המחודשת שביצעתי בנוגע לעמדותי בפרשה נושא עתירה זו.

1. בדיון שנערך בעתירה ביום 28.9.08, הציע בית המשפט הנכבד, כי אשוב ואעריך את החלטתי מושא העתירה, בשים לב, בין היתר, להערות שהושמעו על-ידי בית המשפט הנכבד במהלך הדיון. בהתאם להחלטת בית המשפט הנכבד, הריני מתכבד להגיש הודעה משלימה זו, ובה אפרט את עמדותי ואת השיקולים העומדים ביסודה.

2. אקדים ואומר, כי החלטת בית המשפט הנכבד האמורה, העמידה בפניי הזדמנות חוזרת לשוב ולהרהר בהחלטתי שלי בדבר סעיף האישום הראוי למג"ד (הוא המשיב מס' 3) ולחיל (הוא המשיב מס' 4) אשר נטלו חלק באירוע ירי כדור הגומי לעבר מר אשרף אבו רחמה (הוא העותר מס' 1) בכפר נעלין. בייחוד נתתי את ליבי להערות השופטים במהלך הדיון שנערך בעתירה. איני מקל ראש כלל ועיקר במשמעות של המלצת חברי ההרכב הנכבדים, כי אשוב ואבחן את החלטתי, ואני מעריך את ההזדמנות שניתנה לי לשוב ולבחון, בייחוד על רקע הערות השופטים, את ההחלטות שקיבלתי בעקבות אירוע נעלין. לאחר שהפכתי בדבר ושבתי והפכתי בדבר, ושקלתי את הסוגיה בכובד ראש ובלב פתוח, החלטתי שלא לשנות מהחלטתי המקורית בדבר סעיף האישום אשר יוחס למג"ד ולחיל, והנני עומד על דעתי, כי העמדתם של השניים לדין פלילי, בפני בית דין צבאי, בעבירה של התנהגות שאינה הולמת, כשהיא באה לאחר הצעד הפיקודי המשמעותי שנקט ביחס למג"ד, היא התגובה המשפטית החולמת ביותר את נסיבות האירוע.

3. הטעמים העומדים ביסוד עמדותי זו, הובאו בהרחבה בתצהיר התשובה שהגשתי בעקבות הצו-על-תנאי שהוציא בית המשפט הנכבד. טעמים אלה יפים בראייתני גם היום. בהודעה משלימה זו אבקש, לפיכך, להתייחס אך למספר נקודות שהתעוררו ביתר שאת בדיון שנערך בעתירה, והן – מדיניות צה"ל והפרקליטות הצבאית בנוגע לטיפול באירועי פגיעה בפלסטינים, והטיפול באירוע נעלין לאור מדיניות זו; חשיבותם של צעדים פיקודיים בהווייה הצבאית, ועל רקע זה – הסבר בדבר מהות הצעד הפיקודי שנקט ביחס למג"ד והאופן בו ראוי לשקול צעדים פיקודיים מסוג זה בקבלת החלטות בדבר הטיפול המשפטי באירוע; בתוך כך, אתייחס למסר המועבר בצה"ל ובציבור הישראלי באמצעות הצעדים שנקטו בעקבות אירוע נעלין; אדון בקשיים המתלווים, בראייתי, להתערבות של בית המשפט הנכבד בהחלטותיה של התביעה בדבר ברירת סעיף אישום, בדגש על ההשפעות העלולות להיות להתערבות כזו על ניהול התיק הפלילי בבית הדין הצבאי ועל הגנת הנאשמים; לבסוף אתייחס לגבולותיו של מתחם הסבירות במקרה דנן, ולמיקומה של החלטתי בתוך מתחם זה.

4. דומני, כי אין כל חולק שתרחיש כמו זה שאירע נעלין, הוא ייחודי כמעט לגמרי לעולמם של אנשי צבא הפועלים במסגרת העימות בזירה הפלסטינית. מייחודיותו של אירוע נעלין, נגזרות, בראייתי, שתי תוצאות מרכזיות – ראשית, נגזר מכך שיש לבחון את האירוע, על רקע מדיניות הטיפול של צה"ל בחריגות נורמטיביות של חיילים, הפועלים במציאות המיוחדת של הזירה הפלסטינית; שנית, נגזר מכך שהמענה המשפטי לאירוע, צריך ליתן ביטוי מדויק לנסיבותיו של האירוע הפרטני, שהן יוצאות דופן לכשעצמן, ולשם כך – נדרש להתמקד באופן דקדקני במעשיהם, במניעיהם ובכוונותיהם של כל אחד מן המשתתפים באירוע, כמו גם בתוצאות שנובעו, הלכה למעשה, למעשיהם של כל אחד מן המשתתפים.

מדיניות האכיפה כלפי חריגות נורמטיביות בזירה הפלסטינית והטיפול המשפטי באירוע בנעלון

5. אני שותף מלא לעמדה, אשר באה לידי ביטוי בהערותיהם של שופטי ההרכב הנכבדים, בדבר הצורך במדיניות אכיפה נחושה ונחרצת ביחס לאירועים של התנהגות בלתי נורמטיבית בזירה הפלסטינית, בדגש על אירועים של פגיעה בפלסטינים. עמדתי על כך בהרחבה בתצהיר התשובה שהוגש מטעמי בעקבות הצו-על-תנאי. בדומה לדברים שנשמעו במהלך הדיון מפי בית המשפט הנכבד, אף אני סבור, כי מדיניות אכיפה זו צריכה להיות רציפה ובלתי מתפשרת, ולבטא את מאפייניה הייחודיים של המערכת הצבאית – עליה לשקף את סטנדרט ההתנהגות הייחודי המצופה מאנשי צבא, מחד גיסא; ובה בעת – עליה ליתן ביטוי הולם לשיטות האכיפה הנורמטיביות הייחודיות לצה"ל, ולאופי הייחודי של האכיפה הנורמטיבית בצה"ל (להיבט זה אתייחס בהמשך).
6. כפי שצינתי בתצהיר התשובה, הפרקליטות הצבאית נוקטת מדיניות אכיפה קפדנית ביחס לחריגות נורמטיביות של חיילים הפועלים בזירה הפלסטינית. עדות לחשיבות אותה מייחסת הפרקליטות הצבאית לטיפול באירועים אלה, ניתן למצוא בהקמתה לפני כשנה של חוליה ייעודית, הפרקליטות לעניינים מבצעיים, המרכזת את הטיפול בכלל התיקים הנוגעים לאירועים בזירה הפלסטינית. חקמת החוליה נועדה לחזק את הטיפול המקצועי, באופן מרוכז ויעיל, בתלונות הנוגעות לפעילות כוחותינו בזירה הפלסטינית, ואכיפה מיטבית של הדין כלפי מי שחתהגו באופן פסול ופגעו בפלסטינים או ברכושם. זאת, מתוך הכרה בחשיבותה של אכיפה מחמירה ויעילה למיגורן של תופעות פסולות המתרחשות בזירת פעילות ייחודית זו.
7. מקום שמתעורר חשש לפעילות פסולה של חיילים, הועללה לעלות כדי עבירה פלילית, מורה הפרקליטות הצבאית על פתיחה בחקירה פלילית על-ידי המשטרה הצבאית החוקרת. מאז ראשית העימות הנוכחי בזירה הפלסטינית (בסוף חודש ספטמבר 2000), נפתחו קרוב ל-1,500 חקירות של המשטרה הצבאית החוקרת שעניינן חשד לחריגות נורמטיביות של חיילים בזירה הפלסטינית. רק בשנת 2008, הורתה הפרקליטות הצבאית על פתיחה בחקירה ביחס ליותר מ-170 מקרים של חשד להתנהגות פסולה של חיילים בזירה הפלסטינית, מהם כ-50 מקרים הנוגעים לאלימות של חיילים נגד פלסטינים. מאז הוקמה הפרקליטות לעניינים מבצעיים, הוגשו למעלה מ-30 כתבי אישום, נגד יותר מ-40 חיילים, בגין עבירות שנעברו בזירה הפלסטינית. בין העבירות שיוחסו בכתבי האישום הללו, ניתן למצוא את עבירות ההתעללות (וההתעללות בנסיבות מחמירות), שימוש בלתי חוקי בנשק, פגיעה בנסיבות מחמירות, תקיפה ותקיפה הגורמת חבלה של ממש, חבלה חמורה וחבלה במזיד, התנהגות פרועה, התנהגות מבישה, התנהגות שאינה הולמת ועוד.
8. האמור מלמד על השקפתה של הפרקליטות הצבאית, לפיה חריגות נורמטיביות של חיילים הפועלים בזירה הפלסטינית, ראוי שתופלנה, בין היתר, באמצעי אכיפה משפטיים, הכוללים העמדה לדין פלילי בפני בית דין צבאי. הפרקליטות הצבאית שותפה לעמדה, אשר אף הובעה בדיון על-ידי שופטי ההרכב הנכבדים, בדבר סטנדרט ההתנהגות הנורמטיבי הגבוה המצופה

מחיילי צה"ל, בדבר החומרה היתרה שבחריגה מסטנדרט זה במסגרת פעילות צה"ל בזירה הפלסטינית, בדבר הצורך במענה משפטי לחריגות אלה בדמות העמדה לדין, ובדבר הצורך להעביר מסר לציבור בכלל ולמשרתים בצה"ל בפרט בדבר החומרה שבמעשים אלה, בין היתר באמצעות העמדת מבצעייהם לדין פלילי. האמור אף מצביע על כך שהעבירות המבוצעות על-ידי חיילים בזירה הפלסטינית, מטופלות לפי מדרג חומרה המשקף את חומרת המעשים. במקרים המתאימים, מיוחסות לחיילים עבירות חמורות ביותר, כגון תקיפה הגורמת תבלה של ממש, התעללות והתעללות בנסיבות מחמירות, וכיו"ב. לא ניתן לטעון, כי הפרקליטות הצבאית "נרתעת" מליחס לחיילים עבירות חמורות, מקום שהדבר תואם את חומרת מעשיהם. דוגמאות למכביר לעניין זה, הובאו בתצהיר התשובה שהגשתי לבית המשפט הנכבד.

9. ראייה לאיתנותה של מדיניות האכיפה של הפרקליטות הצבאית בכל הנוגע לעימות הנוכחי, ניתן למצוא בעובדה שבית המשפט הנכבד מעולם לא מצא להתערב בשיקול הדעת של התביעה הצבאית בכל הנוגע להעמדה לדין של חיילים בגין עבירות בזירה הפלסטינית בעימות הנוכחי. זאת, על אף שעבודת הפרקליטות הצבאית מצויה, כל העת, תחת בחינה של ארגוני זכויות אדם (בניהם העותרים), הבוחנים בקפידה את החלטותיה של הפרקליטות הצבאית בכל הנוגע לטיפול באירועים של חריגה נורמטיבית, ואף פונים בעניין זה לבית המשפט הנכבד. הגם שבמקרים בודדים נפתחו חקירות מצ"ח בעקבות עתירה שהוגשה לבית המשפט הנכבד, לא חתערב בית המשפט הנכבד בהחלטות שקיבלה הפרקליטות הצבאית בנוגע להעמדה לדין, או אי-העמדה לדין, של חיילים, בגין עבירות שבוצעו בזירה הפלסטינית במהלך העימות הנוכחי. הדבר מלמד הן על היותה של מדיניות האכיפה של הפרקליטות הצבאית ראויה והולמת, והן על כך שמדיניות זו מופעלת כשורה ביחס למקרים פרטניים.

10. מן הכלל אל הפרט – אף האירוע בנעלין טופל בהתאם למדיניות האכיפה הנוהגת בפרקליטות הצבאית – מיד עם היוודע דבר האירוע לפרקליטות הצבאית (באמצעות סרטון שהועבר לעיוני על-ידי ארגון "בצלם"), הוריתי על פתיחה בחקירה פלילית ביחס לאירוע. מהותו של האירוע, אשר כלל פגיעה, לכאורה, באדם כבול וחסר ישע, הביא לכך שהפתיחה בחקירת מצ"ח נעשתה באופן מידי ואוטומטי, ללא כל דיחוי, ומבלי שקדם לכך עיון בתחקיר מבצעי שנערך ביחס לאירוע. לא אכחד – הצפייה בסרטון האירוע, הותירה בי רושם קשה, וסברתי אותה עת, כי מדובר באירוע חמור ביותר, בו נטלו לכאורה חלק באופן ישיר ופעיל הן המגייד והן החייל. לפיכך, הוריתי מיד על פתיחה בחקירת מצ"ח, לשם בירור נסיבותיו המדויקות של האירוע.

11. כפי שצינתי בתצהיר התשובה שהגשתי לבית המשפט הנכבד, חקירת מצ"ח ביחס לאירוע, לוותה על-ידי הפרקליטות הצבאית (ביטוי נוסף לחומרה שיוחסה על-ידינו לאירוע), והיא נוהלה במהירות וביעילות. עם תום החקירה, הובא החומר לבחינתי ולהכרעתי (אף זהו ביטוי לחומרה שיוחסה על-ידי לאירוע, אשר טופל על-ידי באופן אישי).

12. עיון מעמיק בחומר החקירה, הביא לאור היבטים של האירוע שאינם נהירים מצפייה בסרטון המתעד את רגע הירי עצמו. כך, חומר החקירה מלמד על כוונותיו ומניעיו של המג"ד – על אף הפסול שבמעשיו של המג"ד, נראה, כי לא הייתה לו כל כוונה לכך שיבוצע ירי לעבר העותר מס' 1, וכי אילו היה מבהיר את כוונותיו לפקודו באופן ברור יותר, האירוע כולו היה מתפתח באופן שונה בתכלית; עוד למדנו מחומר החקירה, כי בלב האירוע ניצבת אי הבנה שהתגלעה בין המג"ד לבין החייל, ואשר היא שהובילה לבסוף לירי; חומר החקירה אף מלמד, כי גם כוונתו המקורית של המג"ד, להפחיד את העותר מס' 1 באמצעות תחבולה, לא מומשה בפועל, שכן העותר מס' 1 כלל לא חבין את חילופי הדברים בין המג"ד לחייל, אשר היו מיועדים לאוזניו; לבסוף, למדתי מן הממצאים הרפואיים שבחומר החקירה, כי העותר מס' 1 לא נפגע פגיעה ישירה מכדור הגומי שירה החייל לעבר סוליית נעלו, ואף לא נגרמה לו חבלה משמעותית.

13. לא ניתן לחלוק, כי ממצאים משמעותיים אלה, אשר לא היו בפניי כאשר צפיתי לראשונה בסרטון האירוע, "צובעים" את האירוע באור שונה מזה המצטייר מצפייה בסרטון בלבד. הגם שעניין לנו באירוע חמור, הממצאים שתוארו לעיל, משנים את הרושם המתקבל מצפייה בסרטון בלבד.

14. בבואי לקבל החלטה לגבי הצעדים המשפטיים ביחס לאירוע בנעלין, מוטלת עליי החובה לבחון את חומר הראיות כולו, לאמוד אותו בכללותו לאור מדיניות האכיפה, ולקבל החלטה התואמת את נסיבות העבירה ומאפייני האירוע. כך עשיתי במקרה זה. בחינת חומר החקירה לימדתי, כי במוקד האירוע ניצב כשל פיקודי-נורמטיבי חמור מצדו של המג"ד, אשר הוביל, שלא במתכוון, לירי אסור על-ידי החייל. לאור חומרת האירוע, החלטתי, כי לא ניתן היה להסתפק בהעמדה של המעורבים לדין משמעתי (על אף שהיו כאלה, בצה"ל ומחוצה לו, שתמכו בטיפול משפטי בדרך של העמדה לדין משמעתי). סברתי, כי ישנו הכרח לטפל במקרה באמצעות העמדת המג"ד והחייל לדין פלילי, בפני בית דין צבאי. עמדותי בתצהירי על המשמעות הרבה אותה יש לייחס להעמדתם של מפקד וחייל לדין פלילי בפני ערכאה פלילית לכל דבר, ואני סבור, כי הקו המפריד בהקשר זה בין העמדה לדין משמעתי להעמדה לדין פלילי הוא מהותי ומשמעותי, וכי אין להקל ראש במשמעויות של החלטה לבחור במקרה זה באפיק הפלילי. במובן זה, אני רואה בהחלטה בדבר בחירת סעיף האישום, החלטה מסדר שני, וזאת ביחס להחלטה המרכזית והמשמעותית בראייתי, בדבר עצם הגשת כתב אישום פלילי בעקבות האירוע (החלטה), אשר בעיני רבים אף היא לא הייתה מובנת מאליה, נוכח הצעדים הפיקודיים המשמעותיים שננקטו בעקבות האירוע). משנדרשתי להכריע בדבר סעיף האישום המתאים למעשיהם של המג"ד והחייל, מצאתי, כי העבירה המגלמת באופן המקיף ביותר את הכשל בו כשלו השניים, היא עבירת התנהגות שאינה הולמת, שעניינה חריגה של מפקד מסטנדרט ההתנהגות הערכי והפיקודי המצופה ממפקד בדרגתו ובמעמדו.

15. לא מצאתי במניעיו ובכוונותיו הסובייקטיביים של המג"ד, הגם שהם פסולים ומיותרים, אותו יסוד של אכזריות ורוע לב, המאפיינים, בהתאם לפסיקה ולמדיניות של הפרקליטות

הצבאית, את עבירת ההתעללות. המג"ד לא ביקש לגרום נזק לעותר מס' 1, אלא להטעותו, לבלבלו, ולהפחידו על מנת שישתף עימו פעולה. התרשמתי בבירור מן התיק, כי כוונותיו ומניעיו של המג"ד היו פסולים, אך לא התגלה בהם אותו יסוד של אכזריות ורצון לפגיעה מכוונת בעותר מס' 1, שהוא חלק אינטגרלי מעבירת ההתעללות. סברתי, ועודני סבור, כי בנסיבותיו של התיק דנו, לא ראוי ולא נכון היה לייחס למג"ד עבירה של התעללות, המגלמת בתוכה רכיב של אכזריות כאמור, שכן בראייתי, עבירה מעין זו אינה משקפת את נסיבות האירוע כפי שאלה עלו מחומר החקירה.

16. טעמים שונים הביאו לכך שסברתי שלא נכון יהיה להעמיד לדין את המג"ד והחייל בעבירות חלופיות אחרות – שימוש בלתי חוקי בנשק, וחריגה מסמכות עד כדי סיכון חיים או בריאות. עמדתי על טעמים אלה בתצהיר התשובה שהוגש מטעמי. כזכור, הקשיים עליהם הצבעתי בהקשר זה נוגעים הן לפן הראייתי (כך, לדוגמא, סברתי, כי לא ניתן לייחס למג"ד עבירה של שימוש בלתי חוקי בנשק, אלא אך ניסיון לשידול לשימוש בלתי חוקי בנשק, שהיא עבירה נגזרת של עבירה נגזרת), והן לפן המהותי – עבירות חלופיות אלה, מתמקדות כל אחת בחלק אחד של האירוע, ולא באירוע כמכלול. סברתי, כי עניין לנו ברצף של אירועים שראשיתו בשיח בין המג"ד לחייל, וסופו בירי שביצע החייל, וכי ראוי לייחס למג"ד ולחייל סעיף אישום המשקף את האירוע בכללותו, ואינו מפצל אותו באופן מלאכותי למקטעים שונים, כאילו מדובר היה באירועים נפרדים. סעיף האישום אשר עושה כן באופן הראוי וההולם ביותר, בראייתי, הוא סעיף 130 לחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955, שעניינו התנהגות שאינה הולמת.

על אכיפת נורמות בצה"ל כחובה פיקודית ומשפטית

17. לא בכדי הוזכרה בדיון בפני בית המשפט הנכבד מרכזיותו של ערך "טוהר הנשק" בהווייה הצבאית. בידיהם של חיילי צה"ל מופקדים אמצעים וכוחות שפוטנציאל ההרס שלהם הוא רב, ולעיתים אף קטלני. ערך "טוהר הנשק", שהוא אחד מערכי "רוח צה"ל", הקוד הערכי הבסיסי של צה"ל כולו, נועד לרסן את השימוש באמצעים ובכוחות אלה, ולהגביל אותם 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 משמעתית.

18. החינוך לערכים בצה"ל נתפס, בראש ובראשונה, כתפקידם של מפקדים. האתוס הפיקודי בצה"ל, המגולם בביטוי המקראי "ממני תראו וכן תעשו" (שופטים, ז', י"ז), מבטא תפיסה זו – המפקד איננו רק דמות בעלת סמכות, אלא מופת של התנהגות אישית המנחיל בפקודיו, בראש ובראשונה באמצעות התנהגותו שלו, ערכים ונורמות התנהגות. הדברים נכונים ביתר שאת למפקדים במערך השדה – המפגש בין מפקדים ללוחמים מתקיים לעיתים קרובות בתרחישים בהם מונחים חיי אדם, פשוטו כמשמעו, על כפות המאזניים. מצב דברים זה

מכתיב, מטבע הדברים, מערכת יחסים שהיא ייחודית, ולא ניתן כלל להשוותה ליחסי המרות הקיימים, לדוגמא, ביתר מערכות השירות הציבורי.

19. מהשקפת העולם הרואה במפקד דמות חינוכית, עליה מוטל להנחיל לפקודיה ערכים ונורמות התנהגות, נגזרות שתי תוצאות – ראשית, ציפייה ערכית ממפקד להתנהלות נורמטיבית ללא רבב, אשר תשמש דוגמא אישית לפקודיו ולסביבתו. לציפייה זו ישנו היבט היררכי – רוצה לומר, ככל שדרגתו של מפקד רמה יותר, ומוטת השפעתו רחבה יותר, מצופה ממנו לנהוג בהתאם לסטנדרט מחמיר ותובעני יותר. שנית, מתפיסת הפיקוד בצה"ל, נגזרת חובה פיקודית-חינוכית-ערכית לטפל בנחישות ובאופן ברור במי שהתנהגותו חורגת מסטנדרט ההתנהגות המצופה מחייל או מפקד במעמדו. טיפול זה, המכונה לעיתים בשם הכולל "צעדים פיקודיים" – מטרתו הן להעביר מסר חינוכי-ערכי למשרתים בצה"ל, והן להרחיק משדרת הפיקוד (מקום שמדובר במפקד) או ממסגרת העשייה הצבאית (מקום שמדובר בחייל) את מי שהתנהגותם אינה מתיישבת עם סטנדרט ההתנהגות הראוי והמצופה.

20. צרכיה הייחודיים של המשמעת הצבאית, והמשקל הרב המוענק בתפיסת העולם הצבאית למעמדו של המפקד, מחייבים להעמיד בידי מפקדים כלים יעילים, מהירים, ברורים ואפקטיביים לטיפול בחריגות נורמטיביות במסגרת הצבאית. במובן זה, שונים הכלים הפיקודיים בצה"ל, באופן מהותי ומרחיק לכת, מכלים ניהוליים מקבילים לכאורה בשוק העבודה האזרחי, שנועדו לשמר את המשמעת הארגונית במקום עבודה. כאשר מפקד או חייל מתנהגים באופן הסוטה מסטנדרט ההתנהגות הנדרש והמצופה מהם, עלולות להיות לכך השלכות בחיי אדם ממש – של החיילים הסובבים אותם, של אזרחי המדינה שעל ביטחונה הם מופקדים, ושל האוכלוסייה עימה הם באים במגע. משכך, הטיפול בחריגה נורמטיבית של חייל או מפקד, המלמדים על כך שהם אינם ראויים או מתאימים לתפקידם, צריך שיהיה מהיר, תקיף ויעיל.

21. צורך זה, מכתיב בכורה מסוימת, ולו כרונולוגית, לצעדי אכיפה פיקודיים, על פני אמצעי אכיפה משפטיים שהם מטבעם איטיים ומורכבים יותר. מטבע הדברים, טיפול אכיפתי הכרוך בחקירה, בבחינת חומר ראיות, ובניהול הליך אדוורסארי בפני טריבונאל שיפוטני, לא יוכל לעולם ליתן מענה יעיל ומהיר מספיק לצורך האמור. זאת בשונה מצעד פיקודי, בו ניתן לנקוט באופן כמעט מיידי ולאחר הליך פשוט יחסית.

22. מטעם זה, נוהגים בצה"ל, מאז ומעולם, שני אפיקי אכיפה לטיפול בחריגות נורמטיביות – האפיק הפיקודי (המתבטא בצעדים בעלי גוון פיקודי – הערה פיקודית, השעייה, העברה מתפקיד, הדחה וכיו"ב); והאפיק המשפטי (המתבטא בצעדים בעלי גוון משפטי – חקירה, העמדה לדין משמעתי או פלילי, וכיו"ב). שני אפיקים אלה הם נפרדים, והם מקדמים, כל אפיק בדרכו שלו, את האינטרסים של אכיפת הנורמות בצה"ל ושל השמירה על המשמעת הצבאית. בה בעת, עצם העובדה שמדובר באפיקי פעולה שנועדו להתמודד עם אותו מעשה ועם אותם מבצעים, מכתיב "דיאלוג" מסוים בין האפיק הפיקודי לאפיק המשפטי. דיאלוג

כזה הוא לא רק "מחויב המציאות", אלא הכרחי לשם הגשמה קוהרנטית ושלמה של האינטרסים המגולמים באכיפה נורמטיבית. הפעלה בלתי מסונכרנת של כלי האכיפה השונים, תוליד תוצאה בלתי רצויה – בין של אכיפת חסר (שמשמעויותיה ברורות), ובין של אכיפת יתר (שגם היא בלתי רצויה). מעבר לכך, שימוש בכלים פיקודיים ומשפטיים במנותק זה מזה, כאילו כל אחד קיים בפני עצמו, יביא ל-"מיצוי הדין" בכל אחד מן האפיקים, וכתוצאה מכך – ל-"אכיפה כפולה" מבחינת הפרט (אשר ישלם את מלוא "חובו" הן באפיק הפיקודי והן באפיק המשפטי). תוצאות בלתי רצויות אלו, עלולות לפגוע בראש ובראשונה בכלי הפיקודי, שחשיבותו לצה"ל רבה ביותר, שכן מפקדים יחששו לעשות שימוש בכלי זה (אף במקרים בהם הדבר נחוץ והכרחי), מחשש שתיגרם, בסופו של יום, פגיעה רבה מדי בפיקודיהם (שכן הללו "ישלמו" מחיר כפול – באפיק הפיקודי ובאפיק הפלילי). משכך, ראוי שיתקיים כל העת אותו "דיאלוג" בין מפקדים לפרקליטים האמונים על האכיפה במישור המשפטי בצה"ל, דיאלוג אשר נועד להבטיח בכל מקרה ומקרה תמהיל נכון בין הטיפול באפיק האכיפה הפיקודי, לבין טיפול באפיק האכיפה המשפטי.

23. לא זו אף זו – עצם העובדה שצה"ל אינו "מקום עבודה", אלא מסגרת כוללת, החולשת על חיי המשרתים בצה"ל באופן טוטאלי (וודאי על חיי המשרתים במערך השדה), מעניקה משמעות ומשקל מיוחדים לצעדים הפיקודיים הייחודיים לצה"ל. הדברים נכונים ביתר שאת למי שקשרו את גורלם בגורל המדינה והקדישו את חייהם לשירות הצבאי. האופי האבסולוטי, חובק-הכל, של השירות הצבאי, המייחד אותו ביחס לכל מקום עבודה או קריירה, כמו גם מאפייניו הייחודיים של המבנה ההיררכי-פיקודי בצה"ל, מייחדים לצעדים הפיקודיים בצה"ל משמעות ייחודית – אין דומה פלוני שחורחק מתפקידו במפעל או בתאגיד, למפקד שהודח ממעמדו ומתפקידו, והוסט ממסלול שירותו – מסלול חייו; אין דומה מפקד שעמד בפני הממונים עליו ושמע מפייהם, כי כשל נורמטיבית וערכית, וכי הוא אינו ראוי עוד נוכח כישלון זה לשמש בתפקידו, כעובד פלוני שנוזף על-ידי מעסיקו.

24. כפי שציננתי בתצהיר התשובה, בית המשפט הנכבד הכיר, לאורך השנים, בכך שחינוך ערכי ואכיפה פיקודית הם מ-"נשמת אפוי" של המבנה ההירארכי בצה"ל. בית המשפט הנכבד הכיר בהיבטים הייחודיים של האכיפה הפיקודית בצה"ל – בחשיבות קיומם של אמצעים אותם ניתן להפעיל במחירות וביעילות, בפגיעתם הקשה של צעדים פיקודיים מסוימים במשרתים בצה"ל (בדגש על משרתי הקבע המובהק), ובהשלכות של צעדים פיקודיים משמעותיים על תחליך קבלת החלטות באפיק הפלילי.

25. גם בעקבות האירוע דנן, נעשה שימוש בצעדים פיקודיים. צעדים אלה נבעו במישרין מהכרתם של המפקדים בכשל הנורמטיבי-פיקודי שבא לידי ביטוי במעשיהם של המג"ד ושל החייל, בצורך ליתן מענה מחיר וברור לכשל זה, ובחכרה להרחיק את השניים מפעילות המביאה אותם במגע עם פלסטינאים. ביחס למג"ד, אשר היה, כפי שציננתי בעבר, מחולל האירוע כולו, ננקט צעד פיקודי על-ידי הרמטכ"ל עצמו, שהוא הדרג הפיקודי העליון בצבא. העובדה שהרמטכ"ל עצמו קיים הליך פיקודי למג"ד, מעידה הן על החומרה בה רואה הרמטכ"ל את

האירוע, והן על מהותו וחומרתו של הצעד הפיקודי שנקט. הרמטכ"ל הורה, כידוע, על חדתתו של המג"ד מתפקידו, ויתרה מכך – על הרתקתו משדרת הפיקוד של מערך השדה, והעברתו לתפקיד הדרכה מקצועי. פגיעתו של הצעד שנקט הרמטכ"ל במג"ד, היא קשה. חשוב מכך – המסר המועבר בצה"ל כולו באמצעות הצעד שנקט הרמטכ"ל, הוא ברור וחד משמעי – מפקד המבצע מעשים כמו אלה שעשה המג"ד, מפקד הכושל בכשל נורמטיבי ופיקודי מסוג זה, אינו מתנהג באופן הנדרש ממפקד בצה"ל, ומשכך, יש מקום להרחיקו מלמלא תפקיד פיקודי במערך הלוחם של צה"ל, בו הוא מופקד על הובלתם של לוחמים בפעילות מבצעית. מדובר, בראש ובראשונה, בצעד חינוכי וערכי שנקט על-ידי הרמטכ"ל בעקבות האירוע. המסר העולה מצעד זה בדבר פסלותו וחומרתו של המעשה, הוא ברור. כזכור, אף החייל הורחק מתפקידו לחימה, והמשיך את שירותו בתפקיד מנהלתי (בקרב עתיד החייל להשתחרר מצה"ל). גם עובדה זו מעבירה מסר ברור לחיילים שבסביבתו של החייל, כי מעשים כמו אלה של החייל הם מעשים שלא ייעשו, באשר הם חורגים מסטנדרט ההתנהגות הערכי והמקצועי המצופה מלוחם בצה"ל.

26. כפי שצינתי לעיל, צעדים פיקודיים אינם ננקטים ב"בועה". הם קשורים באופן בלתי נמנע לטיפול שנעשה באירוע באמצעים חלופיים, בראשם – באפיק המשפטי. מקרה זה, אינו שונה במאום. גם במקרה זה, יש לראות את הטיפול הפיקודי באירוע, כחלק ממכלול, הכולל גם טיפול באפיק המשפטי. מכלול זה, הוא המעביר מסר בצה"ל ובחברה כולה לגבי יחסו של צה"ל לאירוע, והוא המבטא את החומרה אותה מייחס צה"ל כגוף לאירוע. משכך, לא נכון לבחון כל אחד מן האפיקים בנפרד, שכן הפרדה כזו היא מלאכותית למציאות הצבאית, המחייבת (כפי שתואר לעיל), טיפול אכיפתי המשלב אכיפה פיקודית ואכיפה משפטית.

27. ברוח זו, יש לבחון את הצעד הפיקודי שנקט הרמטכ"ל. מדובר בצעד שהמסר העולה ממנו הוא ברור (יש להרחיק מתפקיד פיקוד על לוחמים את מי שביצע מעשים כמו אלה שעשה המג"ד), ושפגיעתו במג"ד היא קשה (למעשה, הצעד הפיקודי שנקט הרמטכ"ל מסיט את מסלול הקריירה של המג"ד, שהוא מסלול חייו למעשה, מן האפיק בו היה נתון עד כה). עם זאת, מדובר בצעד שאינו "ממצה" את מלוא חומרת האירוע, שכן נלווה אליו הטיפול באפיק הפלילי. לא זו אף זו – התבטאותו של הרמטכ"ל בנוגע לעתידו של המג"ד, מבטאת גם היא את אותו "דיאלוג" בין האפיק הפיקודי לפלילי – הואיל וצעדים פיקודיים ננקטים באופן מהיר, בטרם הסתיים הטיפול המשפטי, ובטרם הוכחה כדבעי אחריותו ואשמתו של מי שנקטו כלפיו הצעדים, נכון תמיד להותיר פתח לשקול בשנית צעדים פיקודיים שנקטו, נוכח תוצאותיו של האפיק המשפטי-פלילי. אכן, כך התבטא הרמטכ"ל ביחס למקרה זה כשציין, כי נכון יהיה לבחון את עתידו של המג"ד, בשים לב לתוצאות החליכים המשפטיים בעניינו. אמירה זו, אינה גורעת מחומרתו או תקפותו של ההליך הפיקודי, אלא נותנת ביטוי הולם למכלול הטיפול האכיפתי באירוע, ולאופי הייחודי של הזיקה בין צעדים פיקודיים ומשפטיים בצה"ל.

28. כאמור לעיל, לקראת קבלת החלטות באפיק הפלילי, לא ניתן להתעלם מן הצעדים הפיקודיים שנקטו ביחס למג"ד ולחייל. התעלמות כזו, עלולה להביא למצב הבלתי רצוי שתואר לעיל – של "אכיפת יתר" ושל פגיעה כפולה בפרט. כתוצאה מכך, עלולה להיגרם פגיעה ביכולת להיעזר בצעדים פיקודיים כחלק מן האכיפה הנורמטיבית בצה"ל. משכך, לא ניתן לקבל את הגישה, המוצאת ביטוי בעתירה ובדברי העותרים בפני בית המשפט הנכבד, כאילו ראוי היה לשקול את הצעדים הפיקודיים שנקטו בעקבות אירוע נעלין אך ורק במסגרת טיעונים לעונש אם יורשעו המג"ד והחייל, ולהתעלם מהם כליל בשלב בחירת סעיף האישום.

29. כפי שהבהרתי בתצהיר התשובה שהגשתי לבית המשפט הנכבד, הצעד הפיקודי המשמעותי שנקט על-ידי הרמטכ"ל ביחס למג"ד אכן נשקל על-ידי בעת ההכרעה בדבר סעיף האישום שיוחס למג"ד. הצעד הפיקודי לא היה בגדר שיקול יחיד, אם כי הוא היה בהחלט שיקול מרכזי, אשר תמך באופן ממשי את מסקנתי העניינית בדבר התאמת סעיף האישום שנבחר למכלול נסיבות האירוע. לטעמי, לא ראוי היה לפעול בעניין זה באופן אחר. האופן בו התייחסתי, במסגרת החלטתי, לצעד הפיקודי שנקט על-ידי הרמטכ"ל, תואם, להבנתי, את התפיסה חקיימת בעניין זה בצה"ל, כמפורט לעיל, ואף את פסיקת בג"ץ בעניין זה.

המסר המועבר למשרתים בצה"ל ולציבור הישראלי באמצעות הפעולות שנקטו בעקבות האירוע בנעלין

30. סוגיה מרכזית שמצאה ביטוי בהערות בית המשפט במהלך הדיון, נוגעת למסר הציבורי המועבר למשרתים בצה"ל בפרט ולציבור הישראלי בכלל באמצעות הפעולות שנקטו בעקבות אירוע נעלין.

31. אני שותף מלא לעמדה, כי אירועים פסולים נורמטיבית כמו האירוע בנעלין, מחייבים תגובה הולמת וברורה, הן מצד המערכת הפיקודית והן מצד המערכת המשפטית. אחת מן המטרות של תגובה זו, היא להעביר מסר חינוכי והרתעתי לכלל המשרתים בצה"ל, וכן לציבור הישראלי בכללותו, בדבר תוסר הסובלנות של המערכת הצבאית להתנהגות שאינה ערכית או שנפל בה גסם נורמטיבי. אני מתרשם, כי תמונת המצב בחקשר זה, שונה במידה לא מבוטלת מן האופן בו מוצגים הדברים על-ידי העותרים.

32. הצעדים שנקטו בעקבות האירוע בנעלין, זכו בציבור הישראלי בכלל, ובקרב המשרתים בצה"ל בפרט, לתהודה רבה – בכלי התקשורת, דווח בהרחבה על אודות ההחלטה לפתוח מיידית בחקירה פלילית של מצ"ח בעקבות תאירוע, מהלכי החקירה סוקרו בחלקם באמצעי התקשורת, וההחלטות הפיקודיות והמשפטיות שהתקבלו במהלך החקירה ואחריה, דווחו ברבים וזכו לסיקור נרחב ומרכזי. התמונה שנשקפה מן הסיקור הייתה חד משמעית – מג"ד בצה"ל, קצין מצטיין ועטור שבתיים, סיים באבחה את תפקידו הפיקודי ו-"הוגלה" לתפקיד הדרכה, הרחק ממסלול הקידום ומשדרת הפיקוד המרכזית; לוחם מצטיין על סף סיום

שירותו, הודח מתפקידו כלוחם והועבר לשרת בתפקיד מנהלתי; שניהם כאחד הועמדו לדין פלילי בפני בית דין צבאי בגין התנהלותם במהלך האירוע; בנוסף – מפקד חטיבה ננוף בשל טיפולו הלקוי באירוע. המסר הציבורי העולה מן הדברים הוא ברור – צה"ל רואה בחומרה את התנהגותם של המגי"ד והחייל, התנהגות התורגת חריגה של ממש מסטנדרט ההתנהגות המצופה ממפקדים וחיילים בדרגתם ומעמדם. חוסר הסובלנות של המערכת להתנהגות מעין זו, מתבטא בראש ובראשונה בהרחקתם של השניים מתפקידיהם, והעברתם, על אף כישוריהם ועברם, מתפקידי לחימה ומליבת העשייה בצה"ל.

33. המסר שהועבר עקב גדיעת מסלול הקריירה של המגי"ד, הובן באופן חד-משמעי בקרב המפקדים והלוחמים בצה"ל. צעד זה הובן היטב ונתפס כתגובה חמורה וחריפה, המבטאת הסתייגות עמוקה של המערכת הצבאית ושל העומדים בראשה ממעשיהם של המגי"ד והחייל. כפי שציינתי לעיל, צעדים פיקודיים הם כלי חינוכי ראשון במעלה בצה"ל, והמסר החינוכי שהועבר באמצעות הצעדים הפיקודיים במקרה זה, היה ברור והובן היטב בקרב המשרתים בצה"ל (ולחבנתי – אף בקרב הציבור בכללותו).

34. לצעדים אלה, נוספה גם העמדתם של המגי"ד והחייל לדין פלילי בפני בית דין צבאי. אני מתרשם, כי צעד זה, כשהוא בא בנוסף לצעד הפיקודי המשמעותי והחריף שנקט בעקבות האירוע, התפרש הן בקרב הציבור בכללותו, והן בקרב המשרתים בצה"ל, כתגובה משמעותית, תקיפה, חמורה והולמת לאירוע בנעליו.

35. בראייתי, אמירות המבקשות לגמד את הצעדים שנקטו בעקבות האירוע, עלולות לפגוע בחריפות המסר שהועבר באמצעות הצעדים שנקטו בעקבות האירוע, ולעמעם אותו. המחלוקת שהתפתחה סביב סעיף האישום שיוחס למגי"ד ולחייל, דומה שטשטשה את המסר המרכזי שהועבר בצה"ל בעקבות האירוע, והסיטה את תשומת הלב מן הסוגיה הנורמטיבית הנוגעת לחומרת המעשים, לסוגיה (צדדית, בראייתם של רבים) הנוגעת לאופייה המדויק של התגובה המשפטית שנקטה בעקבות האירוע, קרי – בחירת סעיף האישום שיוחס למגי"ד ולחייל.

36. אני סבור, כי יש להזכר מלגרוע מתקיפותו וחומרתו של המסר שהועבר בצה"ל בעקבות האירוע בנעליו, ולהמנע מלכרסם באופן משמעותי ומזיק במסר הנורמטיבי והערכי הברור שעלה מן הצעדים שנקטו בצה"ל בעקבות האירוע. לטעמי, ראוי בעת הזו, לחזק מסר זה, ולא להחלישו. גם מטעם זה, אני סבור, כי נכון, לצד גינוי, שהוא אכן מתחייב וראוי, למעשיהם של החייל והמגי"ד, ליתן גושפנקא וגיבוי למהלכים שנקטו בצה"ל בעקבות האירוע, ובאופן זה – לתמוך בשנית את המסר שהועבר באמצעות מהלכים אלה, ולמקד את הדין הערכי והחינוכי בצה"ל ובציבור בכללותו, בסוגיה המרכזית הנוגעת לטיפול הפיקודי והמשפטי במעשים (בכלל זה – בדרך של הגשת כתב אישום בהליך פלילי), ולא בסוגיה הצדדית הנוגעת לסעיף אישום זה או אחר.

התערבות בית המשפט הגבוה לצדק בהחלטה בדבר בחירת סעיף אישום

37. סוגיה אחרונה אליה אבקש להתייחס בקצרה, נוגעת למשמעות של התערבות (תקדימית) של בית המשפט הנכבד בהחלטה הנוגעת לבחירת סעיף אישום (להבדיל מהחלטה הנוגעת לעצם העמדה לדין).

38. סוגיה זו זכתה להתייחסות נרחבת בתצהיר התשובה שהוגש על-ידי לבית המשפט הנכבד, ולא בכדי. מעולם לא התערב בית המשפט הנכבד בהחלטת התביעה בדבר בחירת סעיף אישום, והטעמים לכך הם ברורים. ראשית, החלטה בדבר סעיף אישום מחייבת בחינה ולימוד קפדני של חומר הראיות בתיק. זהו הליך המצוי, בלב מומחיותה ושיקול דעתה של התביעה מטעם זה, נמנע בית המשפט עד היום מלהתערב בהחלטות כאלה המתקבלות על-ידי התביעה, שהיא הבקיאח בחומר החקירה בתיק והיא זו הבותנת את השיקולים השונים הנוגעים לבחירת סעיף האישום. להיבט זה, התייחסתי, כאמור, בהרחבה במסגרת תצהירי.

39. במסגרת הודעה משלימה זו, אבקש ליתן את הדעת להיבט אחר הנוגע לבעייתיות הרבה הכרוכה – אינהרנטית – בהתערבות בית המשפט בהחלטות בדבר בחירת סעיף אישום. היבט זה נוגע לפוטנציאל הפגיעה בהליך הפלילי העתידי העומד להתנהל בפני בית הדין הצבאי. גם לכך התייחס בית המשפט הנכבד במהלך הדיון בעתירה. עצם הדיון בפני בית המשפט הנכבד בשאלת סעיף האישום הראוי בתיק פלוני, דיון המחייב ניתוח של חומר הראיות, והכרעות ראייתיות ונורמטיביות מצד בית המשפט הנכבד, יש בו כדי "להכתיים" את ההליך הפלילי ולפגוע בו – עדים נחשפים לחומר חקירה מתוך תניק באופן העלול להשפיע על עדותם, בית הדין הצבאי נחשף לחומר חקירה שלא באמצעות ההליך הפלילי עצמו, טיעוני הצדדים הנוגעים להליך הפלילי עצמו נחשפים שלא כדרך הטבע בשלב מקדמי ושלא במסגרת החליך, ועוד כיו"ב. קושי זה, הפוגע בראש ובראשונה בהליך הפלילי, ועלול לפגוע גם בזכותו של הנאשם להליך הוגן, מתעצם עשרות מונים מקום שביט המשפט יכריע, לאחר שכבר הוגש כתב אישום, כי יש מקום להחמיר את סעיף האישום המיוחס לנאשם פלוני.

40. כאמור, הכרעה לייחס לנאשם סעיף אישום מסוים, מקפלת בתוכה ניתוח של חומר הראיות ושל שיקולים שונים הנוגעים לתיק, ומחייבת למעשה מסקנה, כי החומר המצוי בתיק תומך, ברמה של סיכוי סביר להרשעה, במסקנה, כי פלוני ביצע את העבירה המיוחסת לו בסעיף שנבחר. כאשר מסקנה זו מושמעת מפי התביעה הצבאית, בית הדין יבחן אותה במסגרת ההליך הפלילי האדוורסארי המקובל. שונים הדברים בתכלית, כאשר מסקנה זו מושמעת מטעמו של בית המשפט העליון. הכרעה של בית המשפט העליון, כי נסיבותיו של אירוע פלוני מחייבות לייחס לנאשם עבירה מסוימת, שונה מזו שיוחסה לו על-ידי התביעה, כמוה כהכרעה של בית המשפט העליון (אשר אף עשוי, בעתיד, לישב כערכאת ערעור על החליך הפלילי בפני בית הדין הצבאי), כי בראייתו ישנו סיכוי סביר להרשעת הנאשם באותה עבירה דווקא. מסר כזה טומן בחובו פוטנציאל מובנה לפגיעה בהליך הפלילי, ועלול אף לפגוע פגיעה ביותר

בזכויותיו של הנאשם, עד כדי כך שהוא עלול אף להקשות על האפשרות לנהל הליך פלילי תקין ונטול פניות בעניינו של הנאשם.

41. גם טעם זה, תומך בעמדה, אשר הוצגה על-ידי בתצהירי ונטענה על-ידי המדינה בדיון, כי התערבותו של בית המשפט בהחלטה בדבר סעיף אישום, היא מחלף חריג ביותר, ומשכך – ראוי ליחדו למקרים חריגים וקיצוניים, בהם קיימת אי התאמה בוטה, בלתי נסבלת ובלתי סבירה בעליל בין סעיף האישום שנבחר לבין המעשים המיוחסים לנאשם, או למקרים בהם החלטת התביעה נגועה חלילה בשיקולים פסולים או בחוסר תום לב. אני סבור, כי גם אם עמדתי (בה אני משוכנע, כאמור) לא לתקבל, וגם אם ישנה אפשרות שבחינת השיקולים המתעוררים ביחס לאירוע בנעלון, תוביל למסקנה שונה בדבר סעיף האישום אותו ראוי היה לייחס למג"ד ולחייל, אין המדובר באותו מקרה קיצוני ומרחיק לכת, המצדיק התערבות של בית המשפט, על המשמעויות שתהיינה להתערבות כזו אף מבחינת ניהול ההליך הפלילי. גם מטעם זה אני סבור, כי לאור עמדתי בדבר התאמתו של סעיף האישום, מטעמים שונים, למעשיהם של המג"ד והחייל במהלך האירוע בנעלון, אין מקום להתערבותו של בית המשפט הנכבד בהחלטתי בדבר בחירת סעיף האישום שיוחס למג"ד ולחייל.

42. היבט זה, מצטרף, כאמור, להיבטים האחרים הנוגעים להיקף התערבותו של בית המשפט הנכבד בהחלטות התביעה, עליהם עמדתי בתצהירי, ואשר לגביהם ציטטתי באריכות מתוך פסיקתו של בית המשפט הנכבד.

מתחם הסבירות

43. ככל החלטה של רשות מנהלית, אף החלטותיי והחלטות התביעה הצבאית בדבר העמדה לדין של חיילים, מחויבות לעמוד בתוך מתחם הסבירות. בדיון שנערך בעתירה, הבהירו שופטי בית המשפט, כי מתחם הסבירות נבחן בשלושה – האם נשקלו כל השיקולים הרלוונטיים טרם התקבלה החלטה; האם נבחנו רק שיקולים רלוונטיים; והאם ניתן לכל שיקול המשקל הראוי לו.

44. באופן פרטני, שמו חברי ההרכב הנכבדים את הדגש על השיקולים בעלי האופי הציבורי. אבהיר, באופן שאינו משתמע לשני פנים, כי בראייתו, השיקולים הנוגעים לשמירה על שלמותו המוסרית של צה"ל, כמו גם להתרעתם של מפקדים וחיילים מלבצע מעשים כמו אלה שהתגלו באירוע נעלון, הם השיקולים שחשיבותם היא הראשונה במעלה והם קודמים לשיקולים אישיים יותר הנוגעים לנסיבותיהם הפרטניות של המג"ד והחייל.

45. מכל מקום, אני סבור, כי אבן הבוחן המרכזית לפיה יש לבחון את הצעדים שנקטו בעקבות האירוע, נעוצה בשאלה אם הצעדים שנקטו בעקבות האירוע, מעבירים מסר חינוכי וערכי

ראוי בדבר חומרת המעשים הפסולים שעשו המגיד והחיל, ומרתיעים את המשרתים בצה"ל מלבצע מעשים נפסדים כאלה בעתיד.

46. הגשמתה של מטרה זו, מאפשרת בחירה במספר דרכי פעולה שונות, המשקפות תמהיל שונה בין צעדי אכיפה פיקודיים לבין צעדי אכיפה משפטיים. כבמקרים רבים, שיקולים שונים תומכים בחלופות שונות, המגשימות כולן מטרה דומה, באמצעים שונים, ואלה מצויות כולן בתוך מתחם הסבירות. כאמור, גבולותיו של מתחם זה, נמדדים לאור המטרה המרכזית, שהיא מתן תגובה ברורה, מרתיעה ובלתי מתפשרת לאירוע פסול מבחינה ערכית ונורמטיבית. זאת, תוך מתן משקל הולם לנסיבותיו הקונקרטיים של האירוע הפרטני, כפי שאלה עולות מחומר הראיות.

47. אני משוכנע, כי הטעמים עליהם עמדתי בתצהירי, כמו גם הטעמים שפורטו בהודעה משלימה זו, מוליקים למסקנה, כי הקו המפריד בין מרחב החלופות הסבירות למרחב החלופות הבלתי סבירות במקרה זה, אינו עובר במרווח הצר שבין סעיף אישום אחד למשנהו, אלא ברווח המשמעותי והמהותי שבין החלטה לנקוט (באפיק המשפטי) בהעמדה לדין משמעת, לבין החלטה לנקוט בהעמדה לדין פלילי לכל דבר בפני בית דין צבאי. אסביר את הטעם לכך.

48. כאמור, המטרה המרכזית שניצבה לנגד עיניי בקבלת החלטה במקרה זה, הייתה ההכרח להעביר, באמצעות הצעדים המשפטיים שיינקטו בעקבות האירוע, מסר ברור ומרתיע למשרתים בצה"ל, ולציבור בכללותו, בדבר חומרת המעשים ופסלותם. כאמור, מטרה זו חייבה בראייתי לנקוט שילוב של צעדים פיקודיים המצויים ברף הגבוה של החומרה (קרי, הדחה מתפקיד), עם צעד משפטי של העמדה לדין פלילי דווקא, ולא עם צעד משפטי קל יותר של העמדה לדין משמעת בלבד. אני סבור, כי תמהיל חמור פחות, מבחינת אופי הצעדים שנקטו (קרי – הסתפקות בהעמדה לדין משמעת, או בצעד פיקודי חמור פחות), עלול היה להחטיא את המטרה המרכזית האמורה, ומשכך – אפשר שלא היה מצוי בגדרו של מתחם הסבירות.

49. בכל הנוגע לתוכנו המדויק של הצעד המשפטי שנקט באפיק האכיפה הפלילית, קרי – בחירת סעיף האישום – סברתי שנכון יהיה ליתן משקל, בין היתר, לשיקולים בעלי אופי ציבורי-ערכי, כמו גם לשיקולים הנוגעים למידת הפגיעה הראויה בכל אחד מן הנאשמים (לאור חלקו של כל אחד באירוע, ובשים לב למכלול הצעדים שנקטו ביחס לכל אחד מהם). שיקולים אלה, היו רלוונטיים לבחירה בין חלופות שונות בנוגע לסעיף האישום שיוחס לכל אחד מן הנאשמים, חלופות המצויות כל אחת בתוך גבולותיו של מתחם הסבירות.

50. אני סבור, כי האמור בתצהירי ובהודעה משלימה זו, מלמד, כי השיקולים שנשקלו על-ידי ביחס לטיפול באירוע בנעלין הם שיקולים ראויים ורלוונטיים. לא שקלתי שיקולים זרים, ולהבנת, לא נעלם מעיניי אף שיקול רלוונטי אשר ראוי היה לקחתו בחשבון. עוד אני סבור,

נוכח האמור לעיל, כי המשקל שניתן על-ידי לשיקולים השונים הרלוונטיים (הן הציבוריים, להם כאמור נתונה הבכורה, והן ה-”אישיים”) היה ראוי.

51. אמנם, ייתכן שאדם אחר בנעליי, היה מכריע לבסוף אחרת מכפי שהכרעתי אני, בבחירה בין סעיפי האישום האפשריים השונים. עדיין, אני מאמין, כי החלטתי במקרה זה היא ההחלטה הנכונה והראויה, וכי ודאי לא ניתן לקבוע, כי החלטתי במקרה זה מצויה מחוץ לגבולותיו של מתחם הסבירות. גם אם יסבור בית המשפט הנכבד, כי ניתן היה לבחור, מבין החלופות השונות במקרה זה, בדרך טיפול שונה במידת מה, אין זה אותו מקרה קיצוני וחריג, בו ימצא בית המשפט להעמיד עצמו בנעלי בעל הסמכות ולהתערב, לראשונה מאז ומעולם, בהחלטת התביעה בדבר סעיף האישום אותו יש לייחס לנאשם.

סוף דבר

52. כבר ציינתי, כי האירוע בנעלין הוא אירוע קשה ומקומם. כל מי שצה”ל יקר לליבו, מתרעם על התנהגותם הנפסדת והפסולה של המגי”ד ושל החייל באירוע. בראש ובראשונה, הדאגה לשלמותו המוסרית של צה”ל, דורשת תגובה הולמת וברורה לאירוע. כאמור, אני סבור, כי נדרשת במקרה זה תגובה אשר תעביר מסר חינוכי וערכי ראוי בדבר חומרת המעשים הפסולים שעשו המגי”ד והחייל, ותרתיע את המשרתים בצה”ל מלבצע מעשים נפסדים כאלה בעתיד.

53. מדיניותה של הפרקליטות הצבאית, בכל הנוגע לטיפול בחריגות נורמטיביות בזירה הפלסטינית, מחייבת טיפול משפטי הולם, לרבות העמדה לדין פלילי, מקום שמתבצעת פגיעה אסורה באדם חסר ישע. כך נהגנו ביחס לעשרות רבות של אירועים. עם זאת, מטבע הדברים, מהותו של הצעד המשפטי הננקט בעקבות אירוע, מחייבת בחינה דקדקנית של חומר הראיות, לשם ברור נסיבותיו המדויקות של האירוע, והתאמת התגובה המשפטית לנסיבות אלה וליתר השיקולים הרלוונטיים, כמכלול.

54. מדיניות זו, בדבר הטיפול האכיפתי-משפטי בתריגות נורמטיביות, משתלבת עם תפיסתו הערכית והחינוכית של צה”ל בדבר חשיבותם ומשמעותם של צעדים פיקודיים, ככלי אכיפתי וחינוכי חשוב בתרבות הנורמטיבית הצבאית. עמדותי בהתבנה על הטעמים שביסוד תפיסה זו. אני מאמין, כי ייחודה של המערכת הצבאית, וייחודם של הצעדים הפיקודיים בצה”ל הנגזר מכך, מחייב לשקול את השימוש בצעדים פיקודיים משמעותיים, כחלק מטיפול כולל ומקיף באירוע של חריגה נורמטיבית.

55. כאמור, אני סבור, כי השיקולים הרלוונטיים במקרה זה, ובראשם – השיקול הציבורי-ערכי – מחייבים לנקוט העמדה לדין פלילי בפני בית דין צבאי זווקא, ולא העמדה לדין משמעותי בלבד (תגובה נמוכה משמעותית בחומרתה). במסגרת זו, ניתן היה להתלבט בין מספר דרכי

פעולה שונות, שעניינן בחירה בסעיפי אישום שונים. המרוות בין דרכי פעולה אלה אינו גדול, ובראייתן, כולן מצויות בתוך מתחם הסבירות (התחום, כאמור, בעצם החלטת לפנות במקרה זה לאפיק הפלילי). כבמקרים רבים, שיקולים שונים תומכים בחלופות שונות, המגשימות כולן מטרה דומה. עמדתי בתרחבה בתצהירי ובהודעה משלימה זו, על השיקולים השונים שהביאוני לבחור באחת מחלופות אלה, בחירה עימה אני שלם גם עתה.

56. אני איתן בעמדתי, כי אין מקום לשנות מן החלטת שקיבלתי ביחס לסעיף האישום שיוחס למגיד ולחיייל. גם אם יסבור בית המשפט הנכבד, כי ניתן היה לבחור, מבין החלופות השונות במקרה זה, בדרך טיפול אחרת, אני סבור, כי לא ניתן במקרה זה לקבוע, כי הפער בין החלטתי לבין זו בה היה אולי בוחר בית המשפט הנכבד, לו ניצב בנעליי, הוא משמעותי וגדול עד כדי כך, שהחלטתי תימצא מחוץ למתחם הסבירות.

57. לא זו אף זו – אני סבור, כאמור, כי התערבות תקדימית בהחלטות התביעה בדבר בתירת סעיף אישום, עלולה לפגוע בהליך הפלילי הפרטני, ולטעמי, עלולה להסיט את הדיון הערכי והנורמטיבי בצה"ל והציבור כולו ביחס למסר הברור שהועבר על-ידי המערכת הצבאית בכללותה בנוגע לאירוע.

58. מן הטעמים הללו, כמו גם מן הטעמים שפורטו בתצהירי, אני שב ומבקש, כי בית המשפט הנכבד ידחה את העתירה, ויותיר על כנה את החלטתי בדבר סעיף האישום שיוחס למגיד ולחיייל.

נתן אלוף אביחי מנדלבלית
הפרקליט הצבאי הראשי