

בג"צ 7195/08
קבוע לדין ליום 28/9/08

בבית משפט העליון
בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

העותרים: 1. אסף אברהם אחמד דאר אבו רחמה וארבעה אחרים

ע"י ב"כ עוה"ד לימור יהודה ו/או דן יקיר ואח'
מחאגודה לזכויות האזרח בישראל
ת.ז. 34510, ירושלים 91000
טל': 02-6521218, פקס: 02-6521219

נגד

1. תא"ל אביחי מנדלבלויט, הפרקליט הצבאי הראשי

2. אל"מ לירון ליבמן, התובע הצבאי הראשי

ע"י פרקליטות המדינה, משרד המשפטים, ירושלים
טל': 02-6466590, פקס: 02-6467011

3. סא"ל עומרי בורברג

ע"י ב"כ עוה"ד שלמה צפורי ו/או אלי"ם אהוד בן אליעזר
מרח' יגאל אלון 65, תל אביב – יפו 67443
טל': 03-6242990, פקס: 03-6242991

4. סמ"ר ל'

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

עיקרי טיעון מטעם המשיב 3

על פי תקנה 16 לתקנות סדר הדין בבית המשפט הגבוה לצדק, התשמ"ד-1984, מוגשים בזאת עיקרי טיעון מטעם המשיב 3, סא"ל עומרי בורברג (להלן: המג"ד).

רקע:

1. החלטת הממשלה להקמת גדר ההפרדה נבעה מצרכים צבאיים-ביטחוניים, על רקע מציאות הטרור הקשה שפקדה את מדינת ישראל מאז ספטמבר 2000, מציאות שיצרה צורך בטחוני חיוני לנקוט אמצעים לשמירת חייהם ושלומם של אזרחי ישראל ע"י שיכוש ומניעת חדירת פעילות חבלנית מתחומי יהודה ושומרון לישראל. חוקיות הקמת גדר ההפרדה בכלל, ותוואי הקמתה באיזור נעלין וישובי גוש מודיעין בפרט, נבחנו על ידי בית משפט נכבד זה במסגרת דיון בבג"צ 2577/04 **טהא אל חוואג'ה ואח' נ' רה"מ ואח'**. בימ"ש נכבד זה אישר את חוקיות הקמת הגדר ואת תוואי הקמתה, תוך שהוא מצמצם ככל הניתן את הפגיעה בחייהם של תושבי נעלין ושומר על הגשמת המטרות הביטחוניות העומדות בבסיס הקמת הגדר.

2. בעקבות החלטת בג"צ החלו עבודות לבניית הגדר בראשית מאי 2008. מייד עם תחילת העבודות החלו הפגנות המוניות ובלתי חוקיות במטרה למנוע ולשבש את עבודות בניית הגדר, בהן נטלו חלק מאות מתושבי נעלין והאיזור כשהם מתוגברים באנשי שמאל מישראל ומחו"ל בליווי תקשורת צמוד. אזור נעלין הפך להיות הזירה העיקרית למאבק הפלשתינאי כנגד הקמת גדר ההפרדה. למאבק זה היו ביטויים אלימים שכללו, בין השאר, פגיעה בציד מיכני-הנדסי, זריקת אבנים, בקבוקי

תבערה, צמיגים בוערים, חסימות צירים ופגיעה בעובדים ובכוחות המאבטחים אותם, חיילי צה"ל ולוחמי מג"ב. במסגרת העימותים האלימים הללו נפגעו עד כה 21 חיילי צה"ל לרבות המגי"ד עצמו, ושני עובדים אזרחים. בתשעה אתונו מהנפגעים מקרב כוחות הביטחון, הוגדרה תומרת הפציעה ברמה בינונית. למרבח הצער, באופן בלתי נמנע מהעימותים עם המפגינים היו פצועים גם בקרב המפגינים.

3. העותר מס' 1 היה פעיל במאבק האמור, ונטל חלק פעיל במרבית ההפגנות והפרות הסדר שהתקיימו באזור נעלין במהלך החודשים מאי-יולי 2008. במהלך אחת ההפגנות אף נעצר, לאחר שטיפס על מנוף שביצע עבודות בניית בית כנסת ביישוב מודיעין-עלית, והיה נתון במעצר במשך מספר ימים.

4. על המגי"ד, הוטל לאבטח את העוסקים בהקמת הגדר, לאפשר את הקמתה ללא עיכובים בהתאם להחלטות הגורמים המוסמכים ופסיקת בית משפט נכבד זה, תוך שמירה על הביטחון והסדר באזור. ראוי להדגיש, כי המגי"ד הינו מפקד קרבי בחיל השריון בעיסוקו היומיומי ובהכשרתו, ומעולם לא הוכשר לטפל בהפרעות סדר המוניות והפגנות אלימות מהסוג בו נתקל. המגי"ד קיבל את האחריות על הגזרה בתחילת מאי 2008, תחת פיקודו של מח"ט בנימין, ולצורך ביצוע משימתו אף תוגבר בכוחות מג"ב.

5. בחודש יוני 2008 החלה הסלמה בעוצמת ההפגנות ובתדירותן, שהפכה להיות יומיומית ולעיתים אף פעמיים ביום, לרבות בשעות הלילה. המפגינים, מרביתם תושבי הכפר נעלין, אף הצליחו לעכב ולשבש את עבודות הקמת הגדר. בין היתר במהלך חודש זה, פגעו המפגינים בטרקטור שעסק בעבודות ההקמה והצליחו לחטוף את נהגו, שחולץ תוך זמן קצר על ידי חיילי הגדוד. בנוסף גרמו המפגינים נזקים לרכב של מאבטחי משרד הביטחון, הניסו את נוסעיו וגנבו את תכולתו. במקביל החלו בחסימות צירים ונעשו על ידם גם ניסיונות לשבש התנועה בציר מרכזי המשמש לתנועת אזרחים ישראלים באזור (בכביש 446 המוביל ממודיעין לבית אריה ואריאל).

6. בעקבות ההסלמה האמורה, החליט מח"ט בנימין על קיום מבצע גדודי בפיקוד המגי"ד החל מיום 4 יולי '08. במסגרת המבצע נדרשו לוחמי הגדוד וכוחות מג"ב לפעול לשם השבת הסדר על כנו על מנת לאפשר המשך ביצוע עבודות להקמת הגדר תוך שמירה על מרקם החיים באזור וחופש התנועה, וזאת, בין השאר, באמצעות הטלת עוצר על הכפר נעלין במרבית שעות היום, ביצוע מעצרים ותפיסות נקודות וצמתים מרכזיים. המטרה העיקרית של המבצע הייתה למנוע יציאת מפרי סדר מהכפר נעלין.

7. ביום האירוע, הגיעה קבוצת מפגינים, תושבי היישוב בלעין והאזור, למתחם בו התקיימו עבודות הקמת הגדר בנעלין. המפגינים, וביניהם עותר מס' 1, שנראה כמי שחובל את הקבוצה, ניסו להגיע לכביש 446, ככל הנראה על מנת לשבש התנועה בציר וכך להסיט את כוחות צה"ל שכתרו את נעלין. העותר מס' 1 ואדם נוסף, נעצרו

ע"י כוח מג"ב והובאו למקום בו שהה המג"ד. לא למותר לציין שהמדובר היה בהפגנה בלתי חוקית, תוך הפרת הצו המכריז על האזור כשטח צבאי סגור.

8. למען שלמות התמונה נציין כי סמוך לאחר האירוע נשוא עתירה זו, ביום 29 יולי 08, על רקע הסלמה נוספת בהפגנות ובהפרות הסדר, הוחלט על ידי מערכת הביטחון להעביר האחריות על גורת הכפר נעלין מצה"ל לידי מג"ב איו"ש.

המסגרת העובדתית

9. סעיף 23 לתצהיר המשיב מס' 1 (להלן: הפצ"ר), מפרט את תמצית הממצאים העובדתיים שעמדו ביסוד החלטתו. מהתמצית האמורה עולה כי האירוע במהלכו בוצע ירי לעבר העותר מס' 1 מקורו ברצונו של המג"ד לבצע "תחבולה" שתכליתה לגרום לעותר מס' 1 לשוחח עימו בעברית, וזאת על רקע סברתו של המג"ד בעקבות מפגשים קודמים עימו, כי הלה דובר עברית על בוריה. המג"ד ציפה כי תילופי הדברים עם המשיב מס' 4 (להלן: החייל) וקול דריכת הנשק יגרמו לעותר מס' 1 לחשוב כי יש כוונה לבצע לעברו ירי של כדור גומי, והדבר יגרום לתגובה אינסטינקטיבית מצידו, בעברית, שתחשוף את שליטתו בעברית ותאפשר קיום שיחה בינו לבין המג"ד שבמהלכה יוכל המג"ד לשכנעו להפסיק לקחת חלק בהפגנות ובהפרות הסדר. במסגרת הדיאלוג הראשוני בין המג"ד לבין החייל אכן הבין האחרון, באותו שלב, כי בכוונת המג"ד אך "להפחיד" את עותר מס' 1, וכי אין בכוונתו לבצע ירי כלשהו לעברו. רק בהמשך האירוע פירש החייל, באופן מוטעה, אמירה נוספת של המג"ד ואת שפת גופו (הולכת העותר מס' 1 הצידה והאופן בו המג"ד אחז בו) כאישור לביצוע ירי (ראו לעניין זה סעיף 18 סייפא לתצהיר הפצ"ר). אין מחלוקת, כי בשום שלב של האירוע, לא ביקש המג"ד לבצע ירי כלשהו לעבר עותר מס' 1, לא נתן מקודה לבצע ירי שכזה, לא צפה ביצוע ירי לעברו, וכמובן שלא שיער כי החייל אינו מבין את כוונתו. ממצאים אלה מעוגנים היטב בחומר הראיות שנאסף בתיק החקירה ואף זכו לאישור נוסף בבדיקת פוליוגרף פרטית שנערכה למג"ד, במסגרתה הוצגו בפניו שאלות לגביהן לא נשאל בבדיקת הפוליוגרף שנערכה ע"י מצ"ח. ממצאי בדיקת הפוליוגרף הפרטית שעבר המג"ד תומכים באמיתות גרסתו גם בכל הנוגע לתוכן הדברים שנאמרו על ידו לחייל לפני הירי.

10. מכלל חומר הראיות שבתיק החקירה עולה עוד כי המג"ד לא ראה את החייל מכיון את הנשק כלפי העותר מס' 1. תגובתו של המג"ד מייד לאחר הירי (דחיפת החייל תוך צעקה לעברו: "ימה פתאום, אין אתה עושה דבר כזה... יורה בבן אדם כבול וקשורי"), כמו גם שאלה ישירה שנשאל על כך בבדיקת הפוליוגרף הפרטית שעבר, תומכות אף הן בממצא זה.

כפי שציין הפצ"ר בתצהירו, אין גם מחלוקת על כך שהירי שביצע החייל מקורו בהבנה מוטעית מצידו את התנהלות המג"ד ושפת הגוף שלו, מבלי שערך, טרם הירי, בדיקה כלשהי מול המג"ד לברר שאכן זו כוונתו.

11. הגם שכאמור עיקר התמצית העובדתית דלעיל שעמדה בבסיס החלטת הפצ"ר מקובלת על המג"ד, הוא רואה לנכון להוסיף ולהדגיש מספר עובדות ונסיבות המעוגנות אף חן בחומר הראיות, כדלקמן:

א. בחומר הראיות תימוכין ממשיים לטענת המג"ד, כי לא שמע את דברי החייל לפיהם "יש לי כבר כדור בקנה". עובדה זו עולה בקנה אחד ומתיישבת גם עם מסקנותיו העובדתיות של הפצ"ר, כאמור בסעיף 23 לתצהירו, לפיהן המג"ד לא התכוון שהחייל יבצע ירי ולפיכך אין סיבה לתורות לחייל לדרוך כדור.

ב. הכדור שנורה לעבר העותר מס' 1 היה כדור גומי בלבד, ולא כפי שתואר ע"י העותרים כ"כדור פלדה מצופה גומי".

ג. המילים שנאמרו ע"י המג"ד, על פי גרסתו, הן "תשקשק את הנשק". מדובר למעשה במילים נרדפות לתיאור פעולה של דריכת נשק, אשר נאמרה על ידי המג"ד על פי גרסת החייל. משכך אין סתירה ממשית בין גרסאותיהם של השניים גם בעניין זה.

התנהגות המג"ד לאחר האירוע

12. בחינת מעשיו והתנהלותו של המג"ד לאחר האירוע, יש בה כדי ללמד יותר מכל על ערכיותו ומוסריותו כאדם וכמפקד ועל תבנתו הכנה את הפגמים שנפלו בהתנהגותו. כעולה מחומר הראיות, בסמוך לאחר ביצוע הירי, הזעיק המג"ד את רופא הגדוד ויודא עימו מותן טיפול רפואי מיידי לעותר מס' 1. בנוסף, עוד ביום האירוע, כינס המג"ד את כל מפקדי הפלוגות וקציני המטה של הגדוד, תיאר בפניהם באופן כן וגלוי את פרטי האירוע, והנחה אותם לשוחח בעניין עם חיילי הגדוד ולהסביר להם חיטב, כי בכל מקרה אין לבצע ירי מכל סוג שהוא לעבר אדם כפות, גט אם נדמה למישהו כי ניתנה פקודה מפורשת לעשות כן על ידי מפקד כלשהו. כמו כן הנחה המג"ד את קציני הגדוד באותה שיחה, כחלק מתלקחים שהפיק בעצמו מהאירוע, שאין אף לבצע מעשה שעניינו "שקשוק של הנשק" למטרת הפחדה. בהמשך אותו היום - העלה המג"ד על הכתב את ממצאי תחקיר האירוע שערך, תוך שהוא מצביע במסמך על הטעויות שעשה ונוטל אחריות מלאה על האירוע ותוצאותיו. תחקיר זה הועבר על ידי המג"ד לרמות הממונות עליו באיו"ש ובפצ"ר ובפרק מסקנות התחקיר נכתב בין השאר:

"אירוע חמור ומיותר. ברור לי שהאירוע הוא בעייתי ומוסוכן. התכוונתי למשהו אחד ובוצע בפועל דבר אחר... לא שיערתי שיש מקום להבין שכוונתי הייתה שהחייל יירה בפועל על העצור. לא עשיתי זאת בעבר ולא אעשה זאת בעתיד..."

"...החייל אינו אשם בכך שלא הבין את כוונתי. הטעות הינת שלי בלבד..." (הדגשה במקור).

13. יש להדגיש, כי התנהלות המג"ד לאחר האירוע, לרבות הכנת תחקיר בכתב והפצתו לרמות הממונות, בוצעו על ידו כשבוניים בטרם פורסם צילום הווידאו של האירוע, לו לא היה המג"ד מודע כלל. גם בכך יש כדי ללמד כי המג"ד הינו קצין ואדם ערכי ומוסרי שידוע לנתח באומץ וביושר טעויות ופגמים בהתנהלותו ולהפיק מהם לקחים שימנעו תקלות דומות בעתיד. גם העובדה שהעלה על הכתב ביושר ובגילוי לב את העובדות לאשורן, ללא כחל וסרק, ודאג להביאן לידיעת פקודיו ומפקדיו, יש בה כדי ללמד על ערכיו ומוסריותו של האיש.

רקע אישי

14. המג"ד בן 34 ומשרת בצח"ל מאז 1993. כחלק מתפיסת עולמו והערכים עליהם חונך, בחר בשירות במסלול קרבי-פיקודי בחיל השריון כדרך חיים וקשר את גורלו עם השירות בצח"ל לשנים רבות.

הוא עבר בהצלחה קורס מפקדי טנקים, אליו זומן בזימון ישיר. לאחר ששימש כמפקד טנק (מטי"ק) בפלוגה מבצעית, נשלח לקורס קציני שריון, אותו סיים בהצלחה בחודש יולי 95, והוצב כמפקד מחלקה בגדוד שריון סדיר ברמת"ג.

לנוכח הצטיינותו והצלחותיו, החל מתפקידו הראשון כקצין, לרבות במגוון פעילויות מבצעיות בהן השתתף, נשלח עד מהרה לקורס מפקדי פלוגות, ושולב במסגרת תכנית שירות לקצינים איכותיים במערך חליבה של חיל השריון.

15. כמפקד פלוגה מבצעית שירת חודשים ארוכים בלבנון טרם פינוי כוחות צח"ל. על פעילותו בתקופה זו, זכתה פלוגתו לתעודת הצטיינות מאלוף הפיקוד דאז, הרמטכ"ל דהיום, רא"ל גבי אשכנזי.

מפקדיו, שעמדו על איכותיותו, כישוריו ומסירותו, ראו בו קצין ערכי ומוסרי בעל אופק שירות ארוך ופוטנציאל קידום לדרגות בכירות ביותר בחיל השריון ובצח"ל. מתוך ראייה זו נשלח המג"ד לקורס יוקרתי בצבא ארה"ב בן חצי שנה ולימודי מנהל עסקים על חשבון צה"ל במשך שלוש שנים, אותם השלים בהצטיינות. כן שולב המג"ד בתכנית שירות אופק לקצינים איכותיים, המשלבת חתימה ארוכת טווח עם הטבות שונות וזאת בהתאם למדיניות צה"ל לשמר בקרב את המרכיב האיכותי.

16. את דרגות הסרן והרס"ן קיבל המג"ד בקיצור פז"ם (פרק זמן מינימלי) של שנה.

17. טרם מינויו לתפקיד מג"ד דשף, מילא המג"ד בהצלחה רבה ותפקידי ליבה בחיל השריון שהכשירו אותו לפקד על הגדוד. בכלל זה שימש בתפקיד מפקד מחלקה, מפקד פלוגה מבצעית, מפקד פלוגה בפרויקט מסוג, סמג"ד בקורס מפקדי שריון, ק. אג"ם בחטיבה סדירה וסמג"ד של גדוד סדיר איתו השתתף בקרבות במלחמת לבנון השנייה. במהלך מלחמה זו תפקד תחת אש, בקור רוח ובאומץ לב ואף ביצע משימות חילוץ תחת אש, של ארבעה מאנשי צוות טנק של הגדוד שנהרגו כתוצאה מפגיעה ישירה של טיל שנורה ע"י חיזבאללה.

בשלב מסוים במלחמה אף קיבל הפיקוד על הגדוד, וביצע זאת על הצד הטוב ביותר.

18. עם סיום תפקידו כסמג"ד נשלח המשיב 3 לקורס פו"ם-ברק (פיקוד מטה) במשך שנה, אותו סיים בהצלחה. באוגוסט 2007 מונה לפקד על גדוד רשף בחטיבה בה התחיל את דרכו הצבאית כחייל.

19. בשנה הראשונה לתפקידו כסמג"ד רשף, השתתף בהצלחה בשני תרגילים חטיבתיים, בשני תרגילים אוגדתיים ובשני תרגילים גדודיים. במשך תקופה של ארבעה חודשים נוספים ביצע פעילות בטי"ש בגזרת חטמ"ר אפריים.

במהלך התקופה בה הספיק לפקד על הגדוד, עד לאירוע נשוא העתירה, עסק בהצלחה בקידום היכולות המקצועיות והמבצעיות של חייליו וקציני הגדוד, תוך טיפוח כוח האדם ביחידה והתמודדות יומיומית עם התחושות הקשות והפגיעה במורל היחידה בעקבות חטיפתו של לוחם הגדוד, סמ"ר גלעד שליט ומותם של שניים מלוחמי הגדוד באותו אירוע סגן חנן ברק וסמ"ר פאבל סלוצקי הי"ד.

בשנה זו אף עבר הגדוד בהצלחה ביקורת מטכ"לית, וקיבל את הציון הגבוה ביותר בחטיבה – 92.

20. מסלול העשייה המבצעית של המג"ד בחמש עשרה שנות שרותו, שהיה רצוף הצלחות והערכה מצד מפקדיו ופקודיו, נקטע באחת בעקבות אירוע חד פעמי שאינו מאפיין את התנהלותו, בגינו נקטו כנגדו צעדים פיקודיים משמעותיים ביותר והוא אף עתיד לתת את הדין לראשונה בחייו בפני בית דין צבאי מיוחד.

הפגמים הלכאוריים בהתנהלות המג"ד

21. במסגרת סעיף 68(א) לתצהיר הותשובה, מצביע הפצ"ר על שני פגמים שנפלו לדעתו במעשיו של המג"ד: האחד פגם ערכי והשני פיקודי-מקצועי. לגישת הפצ"ר, הפגם העיקרי בהתנהלות המג"ד טמון בכשל הערכי, המתבטא ברצון להפחיד אדם כבול ומכוסה עיניים. הפצ"ר מגדיר פגם זה כ"כשל מוסרי-ערכי חמור".

22. עם כל הכבוד אנו חולקים על קביעת הפצ"ר בעניין זה. ניתן להעלות מספר טיעונים כבדי משקל כנגד אמירת נחרצת זו של הפצ"ר, כפי שיפורט להלן:

א. לטעמנו (אף אליבא דפצ"ר), מדובר בתחבולה מציזו של המג"ד, שכל מטרתה לדובב את העותר מסי 1 ולחשוף את העובדה שהוא דובר עברית "זאת על מנת לאפשר דיאלוג בינו לבין חמג"ד במסגרתו ידרוש המג"ד ממנו להפסיק להשתתף בהפרות סדר. המג"ד ביקש לדבריו, ליצור אצל העותר מסי 1 תגובה מבוהלת ספונטנית בעברית אחריה יוכל להמשיך לדבר עימו בתקיפות בעברית" (ראו סעיף 17 סייפא לתצהיר הפצ"ר).

לגישוננו, קיים הבדל ערכי ומוסרי משמעותי בין ניסיון הפחדה של עצור כפות, שמטרתו הענשה או התעללות לשמח, לבין הרצון לבצע "תחבולה" שתאפשר דיאלוג בין המג"ד לבין העותר מסי 1.

- ב. לא ניתן להתעלם מכך שמדובר ב"תחבולה" שמטרתה הסופית הייתה להוציא את העותר מסי' 1 ממעגל המעורבים בהפגנות הבלתי חוקיות ובפעילות אלימה כנגד הקמת הגדר. כידוע, היעד העיקרי של פעילות המג"ד במקום הוא פעילות כנגד ההפגנות והפרות הסדר הללו המעכבות את בניית הגדר. התחבולה כאמור נועדה איפוא לקדם את התכלית הצבאית כפי שהוגדרה למג"ד.
- ג. כפי שעולה באופן חד משמעי מהעובדות שבתיק החקירה, בשום שלב לא עלה בדעתו של המג"ד כי יבוצע מעשה העלול לגרום לסיכון כלשהו של העותר מסי' 1. לשון אחר, מבחינת המג"ד - כל שהיה על החייל לבצע הוא "שקשוק", או זריכת הנשק, ללא הכנסת כדור, ללא כיון ובוודאי שללא ירי. קרי, מעשה שאינו כרוך בסיכון או בפגיעה כלשהי בעותר מסי' 1.
- ד. לא ניתן להתעלם גם מחלחץ הרב בו נתון היה המג"ד, עליו העיד גם בחקירתו, בשל העובדה שהמג"ד עסק בפיזור הפגנות והתמודדות עם הפרות סדר לאורך זמן - משימה קשה ביותר, לה לא הוכשר מעולם. אין ספק שהחלץ בו היה נתון המג"ד בתקופה זו בכלל, ובמתלך המבצע בפרט, תרם אף הוא לכך שפעל במקרה זה באופן בלתי מושכל.
- ה. אף אם ניתן להשיג על מידת התבונה הטמונה בתחבולה שהגה המג"ד ועל מידת סיכויי הצלחתה, הרי שקיים עדיין פער ניכר בין השגה שכזו, לבין קביעה נחרצת שהמדובר בפסול מוסרי-ערכי תמורה.

צעד פיקודי משמעותי

23. הטיפול הפיקודי במג"ד משמעותי ואפקטיבי ביותר עבורו. הוא החל בהוצאתו לחופשה כפויה ע"י אלוף פיקוד הצפון, עד להשלמת טיפול הפרקליטות הצבאית בתיק החקירה. בהמשך זומן להליך בפני הרמטכ"ל, אשר הסתיים בהדחתו בפועל מתפקיד מג"ד מבצעי, והעברתו לתפקיד שאיננו פיקודי. כן נקבע ע"י הרמטכ"ל כי סוגיית חזרתו בעתיד לשירות בתפקידי פיקוד תיבחן לאחר סיום ההליך המשפטי ובהתאם לתוצאותיו (ראו מש/3).
24. המשמעות המעשית של צעדים אלה עבור קצין שקשר את גורלו עם השרות בצבא ובחר מטעמים אידיאולוגיים לשרת במסלול פיקודי קרבי, תוך הקרבה מתמדת של חייו האישיים והמשפחתיים לטובת מטרה זו, היא קשה, כבדת משקל ורבת משמעויות.
- כאמור המג"ד בחר לשרת במסלול קרבי, תובעני, תוך הבנה של המחירים האישיים והמשפחתיים אותם יידרש לשלם עקב כך ומתוך נכונות להקרבה עצמית ולסיכון חייו. תפקיד המג"ד המבצעי מהווה עבורו גולת הכותרת של תפקידי הפיקוד על מסגרת לוחמת, המשמרת את הקשר הישיר והאישי עם כל אחד ואחד מהמפקדים והלוחמים, לצד מתן עצמאות פעולה יחסית. במסגרת זו, ניתנת בידו האפשרות,

לתרום את המירב עבור צה"ל והמדינה. התגובה הפיקודית אותה נקט הרמטכ"ל כנגד המג"ד משמעותה קטיעת המסלול הפיקודי והוצאתו ממסלול הליבה. עסקינן בסטייה קשה ומהותית מהדרך בה בחר ולשם מימושה התנדב לשירות ארוך טווח בצה"ל. לתגובה פיקודית זו קיימות השלכות מעשיות נוספות ובכלל זה – עיכוב קידום, קרוב לוודאי, של 2-4 שנים לפחות, שכן חזרתו לקידום במסלול הליבה תחייב אותו לחזור ולבצע תפקיד מג"ד סדיר. כאמור אליבא דהחלטת הרמטכ"ל, עצם חזרתו למסלול הפיקודי מותנה בין היתר, בתוצאות ההליך המשפטי וכרגע הוא לוט בערפל.

התפקיד אותו מבצע כעת המג"ד נעדר אתגר של ממש עבורו ולמעשה מהווה "הליכת של שנים אחורה" לנוכח משימותיו, כמות החיילים והקצינים הכפופים לו, היקף אחריותו וטיבה. וזאת בשים לב לתפקיד המג"ד אותו מילא בו פיקד על כ- 350 חיילים ועל סגל פיקוד שכלל 30 קצינים. איננו סבורים כי ניתן להקל ראש במשמעות הדברים עבורו, נוכח שאיפותיו, המסלול אותו ביצע והתפקיד הבכיר אליו הגיע בעבודה קשה, בזכות ולא בחסד.

25. מעבר לתגובה הפיקודית חמשמעותית כאמור, לא ניתן גם להקל ראש במתקפה התקשורתית והציבורית חסרת התקדים על המג"ד, שפגעה קשה בו ובמשפחתו. מאז הפיץ העותר מס' 2 את צילום קלטת הווידאו הערוכה, מצוי העניין בראש סדר היום הציבורי ו"מככב" בתקשורת הכתובה והאלקטרונית. חלק ניכר מהפרסומים היה על בסיס מוטעה, שגוי, חלקי ומגמתי, לרבות בדרך של חשיפת חומר חקירה חלקי שיצר תמונה מעוותת ביחס להתנהלות המג"ד ומניעיו. כך, לדוגמה, כותרות רבות יחסו למג"ד מתן הוראה ישירה לחייל לבצע ירי באדם כפות, דבר שכיום אין עוד חולק כי היה רחוק מהמציאות. המג"ד נמנע במכוון מלהיגרר למערבולת תקשורתית זו, אשר ללא ספק הביאה להכתמת שמו בצה"ל ובציבור הרחב. בשונה מן החייל, לגביו הוצא צו איסור פרסום, פרטיו המלאים של המג"ד ותמונתו הופצו בתקשורת כמעט מידי יום. חרף כל אלה נמנע המג"ד כל העת, מלספר לציבור את העובדות כהוויתן ואף מנע מבני משפחתו לעשות כן.

26. המסע התקשורתי המתלהם כנגד המג"ד לובה ע"י גורמים בעלי עניין במידע כוזב על עבירות נוספות שביצע כביכול המג"ד כלפי פלשתינאים, לרבות מידע אודות מעשים שארעו בתקופה שבה כבר הפסיק למלא את תפקיד המג"ד ולא נכח כלל באזור.

ההליך המשפטי הראוי

27. על בסיס חממצאים העובדתיים שנסקרו לעיל, המניע למעשה קרי הרצון לבצע **תחבולה**, ונסיבות נוספות האופפות את האירוע, אשר לא זכו לטעמנו למשקל הראוי בהכרעתו של הפצ"ר, סברנו במהלך השימוע שקיימנו בפני הפצ"ר, טרם החלטתו על הגשת כתב האישום, וכך סבורים אנו גם היום, כי נכון וראוי היה להסתפק בהעמדתו של המג"ד לדין משמעותי, בצרוף הצעד הפיקודי החרף שנקט כנגדו. לטעמנו, ראוי היה שהפצ"ר ייתן משקל רב יותר לעובדה שמעשיו של המג"ד נעשו

שלא מתוך מניע עברייני – פלילי, פסול, אלא בזיקה לפעילות מבצעית ומתוך רצון לממש את מטרותיה תוך שהמג"ד טרוד באותה עת בטיפול בשני מוקדי התפרעויות במקביל. הפצ"ר אף נמנע ליתן משקל ראוי לכך שמעשיו של המג"ד נועדו לקדם את חמטרה ומבצעית של הפסקת הפרות הסדר ושיבוש הקמת הגדר על ידי מניעת המשך פעילות בלתי חוקית בה נטל חלק העותר מסי' 1 באופן פעיל ומרכזי. ראוי גם לחזור ולהדגיש, כי על פי כוונתו המקורית של המג"ד, התחבולה לא היתה כרוכה בסיכון לפגיעה פיזית, או נפשית, בעותר מסי' 1. כאמור, על פי כוונת המג"ד (שאינה שנויה במחלוקת), לא היה צורך בהכנסת כדור לבית הבליעה, לא בכיוון הנשק לעבר עותר מסי' 1 ולבטח לא בביצוע ירי לעברו.

ייחוס עבירה שאינה נושאת רישום פלילי

28. אחד ממוקדי הביקורת של העותרים כנגד החלטת הפצ"ר, מכוון להחלטתו להימנע מלייחס למג"ד סעיף אישום הגורר אחריו רישום פלילי, תוך עריכת ניסיון להשוות בין נסיבות מקרה זה לבין אלה שנידונו בעניינו של אלי"מ יהודה מאיר (בג"צ 425/89 צופאן נ' הפרקליט הצבאי הראשי).

29. לטעמנו מיותר להכביר מילים על ההבדלים המשמעותיים בין שני המקרים, שאינם מאפשרים כל השוואה, או הסקת מסקנות, לעניין סעיף האישום הראוי. נציין בקצרה כי בעניינו של אלי"מ יהודה מאיר דובר בצעד ענישתי אליו שנקט ע"י הקצין, באופן יזום, כנגד תושבים שהוצאו לשם כך מבתיהם, באופן שגרם לתוצאות קשות, ובסיומו ביקש הפצ"ר להסתפק בהעמדת הקצין לדין משמעותי, לאחר שנקט כנגדו צעד פיקודי לא משמעותי.

30. התכלית העומדת ביסוד הרישום הפלילי ידועה, ועניינה הצבת תמרור אזהרה לחברה על ידי הטבעת אות קיין על מצחו של בעל הרישום הפלילי, לבל יגיע אותו אדם לתפקידים רגישים אשר מחייבים אמון מלא מצד הציבור כלפי הממלא אותם, מתוך חשש כי הוא עלול לשוב ולהפר את החוק, תוך פגיעה בציבור. לא למותר לחזור ולהזכיר, כי מעבר לפגיעה המיידית בשמו הטוב של אדם הנושא רישום פלילי, לרישום הפלילי השלכות מעשיות קשות וארוכות טווח בהגבלת חופש העיסוק והתנועה של בעל הרישום, שנפקותן חורגת בהרבה ממסגרת חשרות הצבאי.

31. ניתוח הונהגותו של המג"ד, המניע למעשיו, הנסיבות בהן בוצעו המעשים והפגמים שנפלו בהם, מובילה לטעמנו למסקנה, כי אין זה מסוג המקרים בהם קיימת הצדקה, או צורך, להטביע על מצחו אות קלון שיזהיר את הציבור מפניו. יתרה מכך, אין מחלוקת שמדובר באירוע חד פעמי המתרחש לאחר חודשיים של התמודדות נימימית עם הפגנות אלימות, בהן הקפיד המג"ד והצליח לשמור על איפוק וריסון שלו ושל פקודיו ומנע פגיעה שלא לצורך באוכלוסייה הפלשתינאית. כתימוכין להתנהלותו הראויה, ניתן להביא בין השאר מתוך עדותו במצ"ח של רפ"ק ר. ק., מפקד פלוגת מג"ב, שעבדה תחת פיקודו הישיר של המג"ד, אשר מסר בעדות:

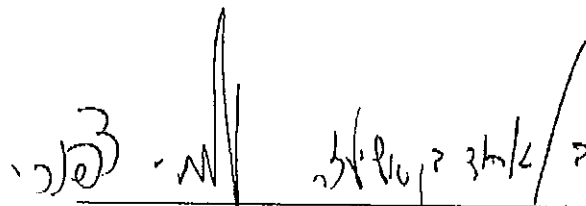
“דווקא הגדוד הזה החזיר לנו את נושא האיפוק כלפי האוכלוסייה הפלשתינאית והאנרכיסטים שמגיעים לחפגנה במקום...”

32. בניגוד לרושם אותו ניסו העותרים ליצור באמצעות הצגת המקרים המפורטים בסעיף 20 לעתירתם, האירוע נשוא עתירת זו הוא האירוע היחיד בו נפלו פגמים בהתנהגותו של המג"ד במגעיו עם האוכלוסייה הפלשתינאית ובכלל. מרבית האירועים המתוארים בסעיף 20 לעתירה אינם מצביעים על קיומו של קשר כלשהו בין המג"ד לאותם אירועים. חלק מהאירועים המתוארים אירעו לכאורה לאחר שהמג"ד סיים את תפקידו ולא שהה עוד בגזרה, ולכן לא ברור כיצד ניתן לקשור אותו אליהם. התלונה היחידה המופנית באופן ישיר כלפי המג"ד (בסעיף 20.6 לעתירה - אירוע מיום 13 יולי 08 בעניינו של צאלח אל - חוואגא), הוגשה לאחר פרסום האירוע נשוא עתירת זו. אירוע זה נחקר ביסודיות ע"י מצ"ח, הוחזר ע"י הפרקליטות הצבאית להשלמת חקירה, והיום התבשר המג"ד שלא נמצא כל דופי בהתנהגותו והתיק כנגדו נסגר ללא צעד פיקודי או משפטי כלשהו. הנח כי כן מסתבר כי לא היה כל שחר לתלונה כנגד המג"ד בעניין זה.

33. למעלה מן הנדרש, נציין עוד כי אנו תמימי דעים עם האמור בסעיפים 68-90 לתצהיר הפצ"ר, באשר לקשיים המשפטיים הקיימים בכל הנוגע לאפשרות ליחס למג"ד עבירות אחרות הנושאות רישום פלילי כמבוקש ע"י העותרים.

סיכום

34. בהתנהגותו של המג"ד אכן נפלו פגמים. בבסיסם של אלה לא עמד מניע עברייני או פלילי. התגובה הכוללת לפגמים בהתנהגות המג"ד, המשלבת תגובה פיקודית משמעותית, לצד העמדתו לדין בפני בית דין צבאי מיוחד באשמה של התנהגות שאינה הולמת לפי סעיף 130 לחוק השיפוט הצבאי, תשט"ו-1955, היא משמעותית וקשה. לא ניתן להצביע על הצדקה עניינית, או משפטית, להוסיף עליה. לגישתנו בנסיבות העניין גם החלטה המסתפקת בצעדים הפיקודיים המשמעותיים שנקטו כנגד המג"ד לצד העמדתו לדין משמעתי, נמצאת בתוך מתחם הסבירות אך למרבה הצער הפצ"ר סבר אחרת. אשר על כן יתבקש בית המשפט הנכבד לדחות העתירה ולחייב העותרים בתשלום הוצאות משפט.


אל"מ אהוד מן אליעזר ע"ד שלמה צפורי
ב"כ העותר

24/9/08