

- א. יוכי ורן שפרן
ב. עדה ושואל שילה
ג. אורי ושלמה כהן
ד. חווה ושמואל ויכסלבאום
נגד
ב. התובע הצבאי הראשי, אל"מ דן בארי
ג. ראש אכ"א, אלוף יורם יאיר
ד. הפרקליט הצבאי הראשי, תא"ל אילן שיף
ה. רס"ן ק'
ו. סרן א'

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

[30.11.94]

לפני השופטים ת' אור, א' מצא, י' זמיר

חוק העונשין, תשל"ז-1977, ס"ח 226, סעיף 304 - חוק השיפוט הצבאי, תשמ"ו-1995, ס"ח 171, סעיפים 85, 424(א), 424(ב), 440(ט(ב)).

העתירה נסבה על החלטתו של המשיב 1, שלא להגיש ערעור על פסק-דינו של בית הדין הצבאי האזורי, אשר דן את המשיבים 4 ו-5, בשל אחריותם לתאונת אימונים קשה באחת מיחידות צה"ל. בית הדין הצבאי המחוזי הרשיע את הנאשמים - המשיבים 4, 5 - בעבירות שיוחסו להם. בגזר הדין הוחלט, בין היתר, להוריד כל אחד מהנאשמים בדרגה אחת. בגזר-דינו התחשב בית הדין בנסיבותיהם האישיות של הנאשמים והביע חשש שמא התמרה בעונש עלולה לרפות את ידיהם של מפקדים ביחידות מובחרות בצה"ל ולפגוע בתיפקודם.

לטענת העותרים, בני משפחותיהם של החיילים שנספו בתאונה, העונש שהוטל על המשיבים 4, 5 הוא בלתי סביר בשל קולתו. לפי הטענה, מן הראוי היה לשלול מהם לחלוטין את דרגות הקצונה ולא להסתפק בהורדה אחת של הדרגה. עוד טענו, כי ההנמקה בגזר הדין, שלפיה קיים חשש מפני פגיעה בתיפקודם של מפקדים בצה"ל, היא פסולה.

בית המשפט הגבוה לצדק פסק:

א. (1) הסמכות להגיש ערעור על פסק-דין של בית-דין צבאי הוקנתה לתובע הצבאי ולא לפרקליט הצבאי הראשי. לעניין זה של הגשת ערעור דומה סמכותו של התובע הצבאי

- לסמכותו של היועץ המשפטי לממשלה, כשהאחרון נדרש להחליט אם להגיש ערעור על פסק-דין פלילי (583 ה-1).
- א (2) בחינת השאלה אם להתערב בשיקול-דעתו של התובע הצבאי תיעשה בהתחשב בשיקולים הדומים לאלה המדריכים את בית המשפט בבואו לשקול אם להתערב בהחלטתו של היועץ המשפטי לממשלה שלא להגיש ערעור, שהרי השיקולים המנחים את התובע הצבאי דומים לאלה הצריכים להנחות את היועץ המשפטי לממשלה (583 ו-1).
- ב (3) היקף סמכויותיו של היועץ המשפטי לממשלה ומעמדו עולים על אלה של הפרקליט הצבאי הראשי או של התובע הצבאי, אך השיקולים הענייניים הצריכים להנחותו בהחלטתו שלא להעמיד את פלוני לדין פלילי או שלא להגיש ערעור על פסק-דין שניתן על-ידי בית-משפט בעניין פלילי, דומים לאלה של הפרקליט הצבאי בבואו לשקול אם להגיש כתב-אישום לפני בית-דין צבאי, או לאלה של תובע צבאי בבואו לשקול אם להגיש ערעור על פסק-דינו של בית-דין צבאי (584 ב-ג).
- ג (4) העובדה שקיים שוני בין היועץ המשפטי לממשלה לבין התובע הצבאי, הנובע משיקולים מיוחדים הקשורים באופיו ובצרכיו של הצבא, אין בה כדי לשנות מאופיים של השיקולים הענייניים הצריכים להנחות את התובע הצבאי בהחלטותיו אם להגיש ערעור אם לאו (584 ג-ד).
- ב. (1) שיקול הדעת שעל הרשות המוסמכת להפעיל כאשר היא שוקלת אם להגיש ערעור על פסק-דין שניתן בבית-דין, כולל מרכיבים שאינם קיימים בעת ששוקלת הרשות המוסמכת אם להגיש כתב-אישום. במקרה האחרון טרם התקיים הליך משפטי, בעוד שבמקרה הראשון בית המשפט או בית הדין המוסמך כבר אמרו את דברם (584 ה-1).
- ד (2) החלטת בית המשפט להורות לרשות המוסמכת להגיש ערעור כוללת, בהכרח, הבעת דעה שעל פיה פסק-דינם של בית המשפט או של בית הדין אינו יכול לעמוד; אם מחליט בג"צ לחייב את היועץ המשפטי לממשלה או את התובע הצבאי להגיש ערעור, אין זאת אלא משום שלדעתו אי-הגשת ערעור הינה כה בלתי סבירה עד כי מתחייבת התערבותו (584 ו-1).
- ה (3) בהחלטה לחייב את הרשות המוסמכת להגיש ערעור יש, מבחינה מעשית, הגחיה ברורה לערכאת הערעור שדין הערעור, משיוגש, להתקבל. במקרה כזה, בג"צ מחווה דעתו לגבי תוצאתו המתבקשת של ההליך המשפטי לגופו, בעוד שבמקרה שהוא מחייב הגשת כתב-אישום הוא רק מחווה דעתו באשר לצורך בנקיטת הליך פלילי, ללא נקיטת עמדה לגבי תוצאתו (585 א).
- ו (4) (אליבא דשופט י' זמיר): צו של בג"צ, המחייב תובע להגיש ערעור על פסק-דין בשל קולת העונש, עלול לגרום אי-צדק לנאשם שדינו נגזר באותו פסק-דין, שהרי במקרה כזה נמצא שבית המשפט כבר גיבש דעה בעניין קולת העונש והביע אותה, וזאת בלי ששמע טיעון מלא בעניין זה מפי הנאשם עצמו (595 ד-ה).
- ז (5) (אליבא דשופט י' זמיר): אין להתעלם מן ההשפעה האפשרית של דעה כזו, אפילו היא לכאורית בלבד, על ערכאת הערעורים. ואף אם יצליח בית המשפט לערעורים, שיושבים בו שופטים מקצועיים, להשתחרר מהשפעת פסק הדין של בית המשפט העליון ויעשה צדק עם הנאשם, עדיין יש מקום לחשוש למראית פני הצדק (595 ה-1).

- ג. (1) קודם שיתערב בית המשפט בהחלטה שלא להגיש ערעור, עליו ליתן דעתו על הנימוקים והשיקולים הצריכים להיות לנגד עיני הרשות המוסמכת. שיקולים אלה יכולים להיות שיקולים מיוחדים הנוגעים למקרה הנדון והם יכולים להיות גם שיקולים כלליים הנוגעים למדיניות הראויה הנוגעת להגשת ערעורים (585 א-ב).
- (2) במסגרת שיקולים אלה יישקל על-ידי הרשות השיקול, שאפילו טעה בית המשפט בהקלו בדין, ואפילו היה מקום להטיל עונש חמור יותר, אין ערכאת הערעור נוטה להתערב בעונש, אלא אם כן יש בו חריגה של ממש ממדיניות ענישה הולמת; אל לה לתביעה הכללית להרבות בהגשת ערעורים על קולת העונש, וודאי שלא כל מקרה שבו טעתה הערכאה הראשונה והקלה בעונש מצדיק ערעור (585 ב-ג).
- (3) המקרים שבהם יתערב בית המשפט ויורה ליועץ המשפטי לממשלה על הגשת ערעור, אף-על-פי שלפי שיקול-דעתו סבור היה האחרון שלא היה מקום להגשתו, יהיו נדירים ביותר. כך הוא גם לגבי החלטתו של התובע הצבאי (585 ה-ו).
- (4) ייתכנו מקרים, שבהם יסבור בג"צ שהתערבותו תהא מוצדקת, אך אין לעודד פתיחת פתח כפתחו של אולם לעתירות המכוונות לחייב את היועץ המשפטי לממשלה או את התובע הצבאי, להגיש ערעורים פליליים, במקום שלהערכתם אין להגישם (585 ו-ז).
- ד. (1) בנסיבות דנן, לאור הפגיעה הממשית בהמשך תפקודם של המשיבים 4, 5, כמפקדים בצה"ל, אין לומר שהעונש שהוטל עליהם הוא כה קל עד כי הוא מצדיק את התערבות בג"צ, על-מנת שערכאת הערעור תשקול פגיעה נוספת בדרגתם של המשיבים 4, 5. אף אם קיימת נטייה לחשוב שעונש ההורדה בדרגה שהוטל על הנאשמים הינו קל מהעונש הראוי, אין הוא כה קל עד כי יצדיק התערבות בג"צ (586 ג-ד).
- (2) מבחינת המסר בדבר חובותיהם של מפקדים בענייני בטיחות, לא סטה בית הדין הצבאי בפסק-דינו - והדגש הוא על האמור בהכרעת הדין - מהנורמות המקובלות אשר מצאו ביטוי במספר לא מעט של פסקי-דין שניתנו על-ידי בית הדין הצבאי לערעורים; באשר למותר ולאסור למפקדים במסגרת אימונים הנית בית הדין בהכרעת הדין תשתית נורמטיבית נכונה בבקרו קשות את התנהגות הנאשמים ואת תרומתם לקרות התאונה (589 א-א).
- (3) בנסיבות דנן, אין לומר שקיים חשש של ממש שהנמקה מוטעית אחת בגור הדין עלולה להביא לשיבוש נורמות, עד כדי מסקנה מתחייבת שמן ההכרח להגיש ערעור על גזר הדין (589 א).
- (4) גם כאשר קיימת הצדקה לתקוף הנמקה שניתנה בפסקי-דין של ערכאה ראשונה, קיימים לעתים נימוקים המצדיקים שלא להגיש ערעור, ומכל מקום שלא להתערב בהחלטה שלא להגישו. שיקולים אלה יכולים להיות כלליים ויכולים להיות גם שיקולים הקשורים בנסיבות הנאשם באותו עניין. בנסיבות דנן, נשקלו עיננו הדין שנגרם למשיבים 4, 5 עקב התארכותם של הדיונים בבית הדין וכן נסיבותיהם האישיות של המשיבים 4, 5 באופן המצדיק את ההחלטה שלא להגיש את הערעור (589 ב-ג).
- ה. (דעת מיעוט - השופט א' מצא): (1) בידי שופט העומד לגזור את דינו של נאשם מופקדות מידת דין ומידת חסד; חובתו של השופט היא למדוד לנאשם את עונשו תוך החלתו, באיזון המתחייב בנסיבותיו של המקרה הנתון, של שתי המידות כאחת. בנסיבות דנן, החיל בית הדין

- הצבאי, בנדיבות וברוחב לב, את מידת החסד וכמעט שלא החיל את מידת הדין, ולפיכך לוקה גזר הדין בחוסר איוון בולט (591 א-ב).
- א (2) בבואו לשקול אם קיימת הצדקה לערער על גזר הדין, היה על המשיב 1 להביא בחשבון גם את חשיבותו של העניין, לא על כל גורדין מוטעה חייב הוא לערער, אך חשיבותה של הפרשה שנתלבנה - הן מנקודת מבטו של הצבא והן מבחינת החרדה שעוררה בציבור כולו - אינה מוטלת בספק (591 ב-ג).
- ב (3) חרף האמור, אין בטעמים אלה כדי לשמש עילה מספקת להתערבות בג"צ בהחלטתו של התובע הצבאי הראשי, שהרי התערבות בג"צ בהחלטת הרשות התביעתית שלא לערער על קולת גזר הדין כוללת, בהכרח, הבעת דעה שגזר הדין טעון תיקון ואינו יכול לעמוד עוד (591 ג-ד).
- ג 1. (דעת מיעוט - השופט א' מצא): (1) השיקול שמנה בית הדין הצבאי, בין השיקולים לקולא, ולפיו קיים השש שמא ייצא על-ידי העונש מסר שלילי שירפה ידי מפקדים, מעורר בעיות קשות: האחת, בהבחנתה של יחידה צבאית פלונית, בזכות היותה יחידה עילית מובחרת, מכלל היחידות הצבאיות האחרות; מהבחינה זו משתמע כי אמות המידה להענשת קצין ביחידה זו על מעשה (או מחדל) רשלני הרה אסון, אינו בהכרח אותן אמות מידה שעל פיהן ייענש קצין ביחידה אחרת בנסיבות דומות. השנייה, במסר התמוה העולה מגזר הדין בדבר קיומה של סתירה כביכול בין חובות המפקד לקיים את כללי הבטיחות במסגרת האימונים והפעילות המבצעית, לבין יכולתו למלא בהצלחה את תפקידו ולהשיג את משימתה של יחידתו (592 ד-ז).
- ד (2) התפיסה שכלפי מפקדיה של יחידה לוחמת המסווגת כמובחרת יש לנהוג ביתר סלחנות מאשר כלפי מפקדיה של יחידה לוחמת "רגילה", מפרה את שורת השוויון ופוגמת במראית פני הצדק (592 ז-593 א).
- ה (3) משיקולו האמור של בית הדין הצבאי עולה הבשורה - הסותרת חזיתית את ראייונאל ההרתעה - שאם ידקדק המפקד בכללי הבטיחות עלול הוא להיכשל בהשגת משימתו, בעוד שאם ישים עיקר מעייניו בהשגת המשימה, ואגב כך ייכשל בשמירת הבטיחות, ינהג עמו בית הדין הצבאי מידה של חסד והתחשבות. בשורה זו עלולה להתפרש - בלא שבית הדין התכוון לכך - כמעודדת איפוק בשמירת כללי הבטיחות (593 א-ב).
- ו (4) בנסיבות דנן, הובאו לפני בית הדין הצבאי דעותיהם של קצינים בכירים, ולפיהן הענשת קצין בהומרה תפגע ביכולת חבריו וביכולת יחידתו למלא את משימותיהם. טענה זו מעולם לא נתקבלה; משהחליט בית הדין לקבלה, היה על התובע הצבאי הראשי לערער על גזר הדין במטרה להעמיד את הדין בנקודה זו על מכונן. אילו הובא העניין אל בית הדין הצבאי לערעורים, כפי שראוי היה לעשות, היה בידיו - כערכאה האחראית לקביעת מדיניות הענישה בבתי הדין הצבאיים - לומר עליו את דעתו (593 ג-ד, ז-ו).
- ז (5) הבטחתו של דרג פיקודי בכיר לשקול את התאמת הנאשמים 4, 5 למילוי תפקידים כאלה ואחרים אינה מהווה שיקול ענייני לאי-הגשת ערעור. הובת הדרג הפיקודי לחזור ולשקול את כשירותו הטיפקודית של קצין שנכשל ממילא קיימת. בינה לבין בחינת גודל כישלונו של הקצין המורשע במסגרת שיקולי הענשתו על-ידי בית הדין הצבאי אין ולא כלום. אלה הם שני מסלולים שונים, ובמקרים קשים אין האחד מיתר את משנהו (594 ב-ד).

ז. (אליבא דשופט י' זמיר): כדי לסלק מכשול מפני מפקדים בצבא, שמא יקבלו את דברי בית הדין הצבאי כפשוטם וידאו היתר לעצמם לזלזל בכללי הבטיחות, די בדברו של בג"צ, הנאמר, בנסיבות דנן, בלשון שאינה משתמעת לשני פנים. המילה האחרונה נתונה, על-פי החוק, לבית המשפט העליון, ועתה שבג"צ אמר כל שלדעתו יש לומר, אין טעם להוריד עניין זה לבית הדין הצבאי לערעורים (596 א-ד).

ח. (דעת מיעוט - השופט א' מצא): (1) אין די בהבעת דעתו של בית המשפט העליון על חשיבות ההקפדה על כללי הבטיחות בתרגילים ובאימונים, שהרי אילו הובא העניין לפני בית הדין הצבאי לערעורים, הוא לא היה מסתפק בהצהרה כוללת על הלגיטימיות של השיקול שבו התחשב בית הדין הצבאי המחוזי, אלא היה נדרש לבירור מקיף ומפורט יותר של העניין גם מהיבטיו הצבאיים (594 ה-ו).

(2) הסמכות העונשית אינה נתונה לבג"צ אלא לבית הדין הצבאי לערעורים. אילולא הובא העניין לפניו, יש יסוד להניח שלא היה חוסך עצמו מהערכת גודל כישלונם הפיקודי של המשיבים 4, 5 לפניו, בין שהיה מחליט להתערב בשיעור הפגיעה בדרגותיהם ובין שהיה נמנע מכך (594 ו-595).

פסקי-דין של בית המשפט העליון שאוזכרו:

- [1] בג"צ 935/89, 940, 943 גנור ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח', פ"ד מד (2) 485.
- [2] בג"צ 329/81, ב"ש 217/82, 376/83, 670 נוף נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח', פ"ד לו (4) 326.
- [3] בג"צ 223/88 שפוטל נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח', פ"ד מג (4) 356.
- [4] בג"צ 806/90, בשג"צ 3755/90 הנגבי נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח', פ"ד מד (4) 797.
- [5] בג"צ 3846/91 מעוז נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח', פ"ד מו (5) 423.
- [6] בג"צ 442/87 שאול נ' הפרקליט הצבאי הראשי ואח', פ"ד מב (2) 749.
- [7] בג"צ 372/88 פוקס נ' הפרקליט הצבאי הראשי ואח', פ"ד מב (3) 154.
- [8] בג"צ 425/89 צופאן ואח' נ' הפרקליט הצבאי הראשי ואח', פ"ד מג (4) 718.

פסקי-דין של בית הדין הצבאי לערעורים שאוזכרו:

[9] ע/177/79 - לא פורסם.

[10] ע/107/76 - לא פורסם.

עתידות לצווים-על-תנאי. העותרת נדחתה ברוב דעות נגד דעתו החולקת של השופט א' מצא.

א' שרגא, ע' שפירא - בשם העותרים;

נ' ארד, מנהלת מחלקת הבג"צים בפרקליטות המדינה - בשם המשיבים 1-3;

נ' נגב - בשם המשיב 4;

ע' הורוביץ - בשם המשיב 5.

פסק דין

א השופט ת' אור: 1. ביום 5.11.92 אירעה תאונת אימונים קשה ונוראה. במהלך אימון מבצעי של אחת מיחידות צה"ל נורה טיל אשר גרם למותם של חמישה ולפציעתם של שישה חיילים אחרים. בגין תאונה זו (להלן – התאונה) הועמדו לדין המשיבים הרביעי והחמישי (להלן – הנאשמים), בעבירה של גרימת מוות בהתרשלות, עבירה לפי סעיף 304 לחוק העונשין, תשל"ז-1977. בית הדין הצבאי במחוז שיפוטי מטכ"ל (להלן – בית הדין) הרשיע את הנאשמים בעבירה שיוחסה להם, במוצאו שכל אחד מהם התרשל במספר פרטי רשלנות אשר תרמו לקרות התאונה. העונש שנגזר על הנאשמים כלל שלושה חודשי מאסר-על-תנאי למשך שנה, שלא יעברו עבירה של גרימת מוות בהתרשלות, וכן הוחלט להוריד את כל אחד מהם בדרגה אחת – את המשיב הרביעי מדרגת רס"ן לדרגת סרן ואת המשיב החמישי מדרגת סרן לדרגת סגן.

ג עתירת העותרים מכוונת כנגד המשיבים הראשון והשני, ובמסגרתה מתבקש בית המשפט להורות להם לפעול במסגרת סמכותם כך שיוגש ערעור על קולת העונש שהוטל על הנאשמים. המשיב הראשון הינו התובע הצבאי הראשי (להלן – התובע הצבאי), ולפי סעיף 424(א) לחוק השיפוט הצבאי, תשט"ו-1955 (להלן – חש"צ), מוקנית לו הסמכות לערער על פסק הדין של בית הדין הצבאי המחוזי. המשיב השני הינו ראש אכ"א, ולפי סעיף 424(ב) לחש"צ מוקנית לו הסמכות להורות לתובע הצבאי לערער על פסק הדין, בהיותו ראש המחוז השיפוטי לגבי בית הדין המחוזי הצבאי של מחוז מטכ"ל.

ד העותרים הם הוריהם השכולים של סמ"ר שמרי שפרן ז"ל, סגן אלעד שילה ז"ל, סמ"ר אריה כהן ז"ל ורב"ט ערן ויכסלבאום ז"ל – ארבעה מבין החיילים אשר קיפדו את חייהם בתאונה. לאחר מתן גזר הדין במשפטם של הנאשמים, פנו העותרים אל התובע הצבאי ואל ראש אכ"א, וכן אל אחרים, כשטענתם היא שהעונש שהוטל על הנאשמים הינו קל במידה קיצונית המצדיקה התערבות, וכי מן הראוי שיוגש ערעור על גזר הדין בעניינם.

ה התובע הצבאי וראש אכ"א, לאחר ששקלו בדבר, החליטו כלהלן: התובע הצבאי, שאין מקום להגיש ערעור על גזר הדין; וראש אכ"א, שאין מקום לחייב את המשיב הראשון להגיש ערעור כזה. נימוקיהם של משיבים אלה לעמדתם מפורטים בכתב בנספחים המצורפים לתגובה שהוגשה לנו מטעם המשיבים 1-3, ולנימוקים אלה עוד אחזור. לטענת העותרים, החלטה זו של המשיבים פסולה ומצדיקה את התערבותו של בית-משפט זה, על-מנת שיחייבם להפעיל את סמכותם, כך שיוגש ערעור על גזר הדין. טענתם היא, שגזר הדין מחייב הגשת ערעור הן בשל חלק מההנמקה שבו והן בשל תוצאתו, שעל פיה הורדו כל אחד מהנאשמים בדרגה אחת, בעוד שלטענתם צריך היה להורידם בדרגה כך שתישלל מכל אחד מהם דרגת הקצונה. החלטת התובע הצבאי וראש אכ"א שלא להגיש ערעור על גזר הדין לוקה, לדבריהם, בחוסר סבירות קיצונית, ועל-כן מוצדקת התערבותו של בית-משפט זה.

3. העתירה מייחסת למשיבים שהחלטתם נגועה גם בשיקולים זרים. במסגרת טענה זו נרמז, כי השניים היו נתונים להשפעות של אחרים, והשפעות אלה הן שהביאום להתליט שלא לגרום להגשת ערעור על גזר הדין. לטענה ולרמזים אלה לא בא כל ביסוס, ואין יסוד לחלוק על כך שהשניים – הן התובע הצבאי והן ראש אכ"א – שקלו את הדברים לגופם עליפי מיטב שיקול-דעתם; אם טעו השניים – ולכך נתייחס להלן – הרי זה מפני ששקלו שלא כהלכה את נסיבות המקרה ולא הגיעו להתלטה המתחייבת, לדעת העותרים, עד כדי שתוצדק התערבותו של בית-משפט זה בהחלטתם, אך לא מפני שהכפירו את החלטתם לזו של אחרים.

4. קדמו לגזר הדין בעניינם של הנאשמים עדויות אופי ביחס לנאשמים וכן עדויות על אופייה המיוחד של פעילות היחידה המובחרת אליה הם משתייכים, לרבות ההשפעה האפשרית של עונש חמור שיוטל עליהם על היחידה ופעילותה. בית הדין גם נקט צעד יוצא דופן, באפשרו לבא-כוחן של ארבע מבין המשפחות השכולות להביע את רחשי לבן של המשפחות לעניין העונש הראוי לנאשמים. בהביאו לפני בית הדין את דברן של המשפחות השכולות, אמר בא-כוחן:

"הם רצו להעביר את המסר הבא – הן לכל אורך הדרך לא רצו במשפט הפלילי, לא חשבו שהסוגיה צריכה להיות נדונה עליפי כללי המשפט הפלילי. הם לא רוצים לראות את הנאשמים בכלא. היו שמחים אם הקטע הזה של המשפט הפלילי לא היה חל על הנאשמים, כי הם חושבים שגם אם זה היה תרגיל מבצעי אין הנאשמים חייבים באחריות פלילית, והם רצו רק לראות מי האחראי פיקודית.

מחד – לא היו רוצים לראות את הנאשמים האלה בכלא, מאידך, אם היה יכול בית הדין להסתפק כעונש בנושא הדרגות שלא יהיו הנאשמים האלה קצינים יותר, מבחינת המשפחות הפרשה הזו הייתה יכולה לבוא לידי סיום".

התובע הצבאי הדגיש, בטענותיו לעונש, את חומרת העבירות, את תוצאתן הקשה, את המסר שצריך להשתמע מגזר הדין, את הנסיבות הנוגעות לכל אחד מהנאשמים וכן את הנסיבות המיוחדות שבהן נעברו העבירות. עתירת התביעה לבית המשפט, בסכמה את טענותיה, הייתה –

"לעונש מאסר בפועל שיהלום הן את חומרת ההתרשלות והן התוצאה והן את המסר, תוך התחשבות בנסיבות האישיות של הנאשמים, וכן פגיעה בדרגותיהם".

בגזר-דינו הדגיש בית הדין את חומרת התרשלותם של הנאשמים ואת תוצאותיה הקשות ואף את הצורך שהעונש שיוטל עליהם יכלול מסר לגבי אחרים. אך בית הדין גם הדגיש את נסיבותיהם האישיות של הנאשמים בהיותם קצינים מצטיינים ביחידה מובחרת, אשר גם בה בלטו בהצטיינות מיוחדת. בית הדין הזכיר, שהעבירות שבהן הורשעו הנאשמים נעברו, אמנם, בעת אימון, אך המדובר באימון בעל אופי מיוחד שאינו שיגרת, ו

השופט ת' אוד

שהיה בשלבים האחרונים של גיבוש יכולת מבצעית לקראת ביצוע אותו מבצע מורכב ומסוכן.

א

בסכמו את שיקוליו לקראת קציבת העונש אומר בית הדין:

"לפנינו דילמה שיפוטית קשה. מצד אחד כבר אמרנו, האסון ותוצאתו קשים וחמורים והם בוצעו על רקע של כישלון פיקודי רב, הן בתחום התיכנון והן בתחום הביצוע. הנאשמים שגו שגיאות קריטיות בשלבים השונים של האימון, כפי שנקבע בהכרעת הדין, ועל מחדליהם ומעשיהם יש לעונשם באופן שתהיה לו השפעה על כל מפקד שיצטרך לפעול בנסיבות דומות. מצד שני, עומדים הנאשמים בנסיבותיהם האישיות יוצאות הדופן, ומביבת הפעולה המיוחדת שלה. לצד זה מתעורר החשש שאיננו יכולים להקל ראש בו, שמא יצא על ידי העונש מסר שלילי שירפה ידי מפקדים".

ב

ג

בית הדין הגיע למסקנה, פה אחד, שאין להטיל על הנאשמים עונש מאסר בפועל וגזר עליהם מאסר-על-תנאי כאמור. לעניין הורדה בדרגה נחלקו הדעות. אחד מהשופטים סבר שיש להוריד את המשיב הרביעי בדרגה אחת ואילו את המשיב החמישי, נוכח חומרת רשלנותו, יש להוריד לדרגת סמל. שופט שני סבר, שיש להוריד את כל אחד מהנאשמים בדרגה אחת. ואילו השופט השלישי סבר, שלאור אחריותם המוסרית של מפקדים בכירים יותר, אין לפגוע בדרגתם של הנאשמים, ותחת זאת הציע עונש של נזיפה. בהסתמך על הוראות סעיף 392 לחש"צ, הוטל על הנאשמים עונש הורדה בדרגה אחת, על-פי עמדתו של השופט השני.

ד

ה

5. מתוך טענות בא-כוח העותרים לפנינו עולות וניצבות שתי טענות אשר הן המצדיקות, לטענות העותרים, את התערבותו של בית-משפט זה על-ידי שיחייב את התובע הצבאי להגיש ערעור על גזר הדין: א. קולת עונשם של הנאשמים, במובן זה שהורדו, כל אחד מהם, רק בדרגה אחת. נוכח חומרת התרשלותם והתוצאה הקשה של התאונה, ראוי היה להורידם במספר דרגות כך שאף אחד מהם לא יהיה עוד בדרגת קצין. על-ידי כך תהיה הפגיעה בנאשמים כמפקדים חמורה וראויה יותר; ב. אחת ההנמקות של בית הדין לקולת העונש הייתה החשש שהטלת עונש חמור יותר על הנאשמים תפגע בתיפקודם של מפקדים ביחידה המובחרת אליה הם משתייכים, במובן זה שאלה יחששו ליטול על עצמם סיכונים הנדרשים במהלך תפקודם של היחידה. כמצוטט לעיל, סבר בית הדין כי:

ו

"מתעורר החשש שאיננו יכולים להקל ראש בו, שמא יצא על ידי העונש מסר שלילי שירפה ידי מפקדים".

ז

הנמקה זו, לטענתם, הינה פסולה, באשר יש בה פגיעה בנורמה אשר צריכה להיות מושרשת בצה"ל, ועל פיה במסגרת אימונים צריכים להתקיים ולהישמר כללי זהירות מתחייבים, אשר אין להתפשר עליהם.

6. סיכומה של עמדת התובע הצבאי, כפי שהוצגה לפנינו, הוא שגזר הדין של בית הדין נוטה אמנם לקולה, אך אינו מופרז בקולתו עד כדי הצדקה להגשת ערעור. בין השיקולים אשר הדריכו אותו, מונה התובע הצבאי את השיקולים הבאים, אשר מובאים בתמצית:

א. התרשלותם של הנאשמים אירעה במסגרת פעילות שאינה שיגרתית בחיי הצבא, אלא מיוחדת בנסיבותיה, תוך שהנאשמים שוקדים בהכנות ובתכנון של פעילות מבצעית מסוכנת ומורכבת. לצורך הכנות אלה, נדרשה פעילות רבה של הנאשמים, לעתים במשך שבעה ימים בשבוע, תוך ויתור על שעות שינה מסודרות.

ב. המערערים הם קצינים מצטיינים, כולל במסגרת פעולות קשות ומסוכנות, תוך שסיכנו את נפשם לא אחת.

ג. חלף זמן ארוך יחסית, כשנתיים, מיום התאונה ועד למתן גזר הדין במשפטם של הנאשמים, וזאת מטעמים שאינם תלויים בהם.

ד. המשפט וגזר הדין פגעו בשירותם ובהתקדמותם מבחינה צבאית בצורה משמעותית ביותר. מאז התאונה לא פיקד איש מהם על לוחמים, קידומם הצבאי, אשר היה צפוי לולא התאונה, נעצר, והורדתם בדרגה יש לה משמעות רבה ומיוחדת לגביהם.

לעניין זה ראוי להוסיף, שקודם החלטתו של התובע הצבאי שלא להגיש ערעור, החליט הפרקליט הצבאי הראשי לפנות לרמטכ"ל ולהמליץ לפניו כי ינקוט כנגד הנאשמים צעדים פיקודיים ראויים. יוצא, שהשאלה אם מי מהם יישא תפקיד פיקודי זה או אחר עדיין תלויה ועומדת. הדבר טרם הוכרע עד כה בשל כך שהרמטכ"ל דחה את החלטתו בעניין המלצת הפרקליט הצבאי הראשי, עד לאחר סיום ההליכים המשפטיים נגד הנאשמים.

ה. לגזירת עונש כבד על הנאשמים עשויה להיות השפעה שלילית על תפקודה של היחידה המובחרת אליה הם משתייכים, עד כדי פגיעה ברמתה המקצועית של היחידה, כפי שהועד לפני בית הדין.

ו. מספר תאונות האימונים ביחידה המובחרת שבה שירתו הנאשמים הוא קטן ביותר בשל רמתם כחיילים ולאור אופייה הייחודי של היחידה. לפיכך הצורך בעונש הרתעתי שיהיה בו מסר לאלה המשתייכים ליחידה זו אינו הכרחי.

ז. התובע הצבאי מזכיר גם את עמדתם של העותרים קודם הטלת העונש על הנאשמים, ועל פיה לא היה מקום להטיל עליהם עונש מאסר, אם גם התובע הצבאי עצמו סבר אחרת, וכל בקשתם הייתה לפגוע בדרגות הקצונה שלהם.

7. עמדתו של ראש אכ"א הייתה, שלאחר עיון בהכרעת הדין וגזר הדין וכן בחוות-דעתו של הפצ"ר, אשר הייתה לפניו (חוות-דעת אשר לא הוגשה לנו), אין הוא סבור

שבנסיבות המקרה יש מקום שיורה לתובע הצבאי הראשי להגיש ערעור על קולת העונש. ראש אכ"א הוסיף והדגיש, שאין לראות בעונש ההורדה בדרגה שהושת על הנאשמים עונש קל לגביהם.

א

8. התובע הצבאי החליט שלא לערער על גזר-דינו של בית הדין הצבאי. אנו מתבקשים להתערב בהחלטתו. השאלה הראשונה המתעוררת בעתירה זו היא, מהו מיתחם ההתערבות של בית-משפט זה בהחלטותיו של התובע הצבאי. חשיבותה של שאלה זו נובעת מכך, שעד היום טרם נדונה עתירה לבית-משפט זה שבה נתבקש בית המשפט להתערב בשיקול-דעתה של הרשות המוסמכת להגיש ערעור, על שזו פעלה שלא כראוי כשהחליטה לא להגיש ערעור. עתירה כזו לא הוגשה לא נגד היועץ המשפטי לממשלה, אשר הוא המוסמך להחליט על הגשת ערעור בהליכים פליליים המתקיימים לפני בתי המשפט הרגילים, ולא נגד התובע הצבאי, אשר לו מוקנית הסמכות להגיש ערעור על פסק-דין אשר ניתן על-ידי בית-דין צבאי מחוזי.

ב

ג

9. העניין שבו עלינו להכריע מעורר, מבחינה עקרונית, שאלות דומות לאלה המתעוררות באותם מקרים שבהם מסורה לרשות הסמכות לפתוח בהליכים פליליים, ומבקשים בעתירה המוגשת לבית-משפט זה לתקוף את שיקול-דעתה, כשהחליטה שלא לפתוח בהם. בשני המקרים מתבקש בית-משפט זה להתערב בהחלטתה של הרשות אשר נמסרה לה סמכות לנקוט הליך משפטי - אם הגשת כתב-אישום ואם הגשת ערעור על פסק-דין. בשני המקרים צריך להיבחן שיקול-דעת הרשות: האם הופעלה סמכות הרשות כהלכה, והאם לא נמצאו בהחלטתה אותם פגמים אשר יצדיקו את התערבותו של בית המשפט הגבוה לצדק.

ד

בית-משפט זה נדרש במספר לא מועט של פסקי-דין לשאלה מתי ראוי שבית זה יתערב בהחלטותיו של היועץ המשפטי, כשהחליט שלא לנקוט הליכים פליליים. בעניין זה נקבע, שאם כי ראוי שבית-משפט זה יגלה איפוק בבואו להתערב כאמור, הוא יוכל להתערב בהחלטתו, אף אם זו נתקבלה בתום-לב, אם זו נגועה ב"חוסר סבירות קיצוני" או בעיוות מהותי" (ראה: בג"צ 935/89, 940, 943 גנור ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח' [1]; בג"צ 329/81, ב"ש 217/82, 376/83, 670 נוף נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח' [2]; בג"צ 223/88 שפטל נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח' [3]; בג"צ 806/90, בשג"צ 3755/90 הנגבי נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח' [4]; בג"צ 3846/91 מעוז נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח' [5]).

ה

ו

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

ז

10. ברוח דומה פסק בית-משפט זה כאשר באו לפניו עתירות כנגד הפרקליט הצבאי הראשי, אשר לטענת העותרים לא פעל כהלכה במסגרת סמכותו להחליט על העמדה לדין של פלוני לפני בית-דין צבאי.

בבג"צ 442/87 שאול נ' הפרקליט הצבאי הראשי ואח' [6] נדחתה העתירה, כי בית המשפט סבר:

א "העניין מסודר לשיקול-דעתו של המשיב הראשון, ואין לגלות טעמים של אי-סבירות מהותית או חוסר-תום-לב, שיהיה בהם להצדיק את התערבותה של ערכאה שיפוטית זו" (שם, בעמ' 753).

ב בבג"צ 372/88 פוקס נ' הפרקליט הצבאי הראשי ואח' [7] נדחתה עתירה להתערב בשיקול-דעתו של הפרקליט הצבאי הראשי בהתבסס על ההנמקה הבאה:

ב "כמקובל עלינו, מסורות בחירת הנאשם ובחירתה של הערכאה השיפוטית בידי רשויות התביעה הכללית לסוגיהן, המופקדות על העניין, ובית-משפט זה יתערב בשיקול הדעת של הרשויות הללו אך ורק בנסיבות קיצוניות, שבהן גלוי וברור שנפל משגה היורד לשורשו של עניין, או שנתגלה עיוות מהותי אחר הדורש את תיקונו. כזאת לא הוכח כאן לדעתנו" (שם, בעמ' 155).

ג בעקבות האמור בפסקי-דין אלה הלך בית-משפט זה בבג"צ 425/89 צופאן ואח' נ' הפרקליט הצבאי הראשי ואח' [8], שבו החליט בית המשפט להתערב בשיקול-דעתו של הפרקליט הצבאי, והורה לו להורות לתובע הצבאי להגיש כתב-אישום בעניין שבו החליט האחרון קודם לכן שלא להגיש כתב-אישום. חשובים לענייננו דבריו של השופט בייסוקי שם, בעמ' 727, אשר קבע:

ד "אמור מעתה: בנתון לשינויים הנובעים מהמסגרת הצבאית המיוחדת וממעמדו של הפצ"ר, המופקד על מערכת התביעה הצבאית על צרכיה המיוחדים, אותם השיקולים, המדריכים בית-משפט זה להתערב בשיקול-דעתו של היועץ המשפטי בסוגיה זו, בוודאי צריכים להיות נר לרגלינו בבואנו לבחון את שיקוליו ואת החלטותיו של הפצ"ר."

ה דברים דומים אומר השופט ד' לוי, שם, בעמ' 742.

ו 11. הסמכות להגיש ערעור על פסקי-דין של בית-דין צבאי הוקנתה לתובע הצבאי ולא לפרקליט הצבאי הראשי. לעניין זה של הגשת ערעור דומה סמכותו של התובע הצבאי לסמכותו של היועץ המשפטי לממשלה, כשהאחרון נדרש להחליט אם להגיש ערעור על פסקי-דין פלילי. לפיכך, בחינת השאלה אם להתערב בשיקול-דעת התובע הצבאי תיעשה בהתחשב בשיקולים הדומים לאלה שידריכו את בית המשפט בבואו לשקול אם להתערב בהחלטת היועץ המשפטי לממשלה שלא להגיש ערעור. שהרי, בעיקרם של דברים, השיקולים שצריכים להנחות את התובע הצבאי דומים לאלה שצריכים להנחות את היועץ המשפטי לממשלה. כשם שנלמדה גזרה שווה מהתערבות בהחלטת היועץ המשפטי לממשלה שלא להגיש כתב-אישום להתערבות בהחלטת הפרקליט הצבאי הראשי, יש ללמוד גזרה שווה מהתערבות בהחלטת היועץ המשפטי לממשלה שלא להגיש ערעור להתערבות בהחלטת התובע הצבאי שלא להגישו.

א השוני בין שני המקרים הוא בשאלה העומדת להכרעה: במקרה הראשון השאלה היא אם להגיש כתב-אישום, ובמקרה השני השאלה היא אם להגיש ערעור. אך בשני המקרים יש להשוות את בעלי הסמכות לנקוט את ההליך במסגרת ההליכים לפני רשויות השיפוט הצבאיות – הפרקליט הצבאי הראשי או התובע הצבאי הראשי – לבעל הסמכות לנקוט אותו לפני רשויות השיפוט האזרחיות, היועץ המשפטי לממשלה. הכול, כמובן, בהתחשב בשינויים בין שתי המערכות השיפוטיות, ככל שיש הבחנות בדין המחייבות זאת.

ב מעמדו של היועץ המשפטי לממשלה כמי שעומד בראש התביעה הכללית, ובשל סמכויותיו הרחבות הנוספות, הוא מיוחד. היקף סמכויותיו ומעמדו עולים על אלה של הפרקליט הצבאי הראשי או של התובע הצבאי. אך השיקולים הענייניים אשר צריכים להנחותו בהחלטתו שלא להעמיד את פלוני לדין פלילי או שלא להגיש ערעור על פסק-דין שניתן על-ידי בית-משפט בעניין פלילי, דומים לאלה של הפרקליט הצבאי בבואו לשקול אם להגיש כתב-אישום לפני בית-דין צבאי, או לאלה של תובע צבאי בבואו לשקול אם להגיש ערעור על פסק-דינו של בית-דין צבאי. המדובר בשיקולים הראויים אשר צריכים להנחות את הרשות המחליטה בכל אחד ממקרים אלה, אשר בכפוף לשיקולים מיוחדים הקשורים בהליך פלילי במסגרת הצבאית, הם דומים.

ג איני מתעלם מכך שקיים שוני בין היועץ המשפטי לממשלה לבין התובע הצבאי גם כמובן זה שהחלטת התובע הצבאי אינה סופית. כזכור, ראש המחוז השיפוטי – בעניינינו ראש אכ"א – רשאי להורות לתובע הצבאי להגיש ערעור. אך סמכות זו אשר הוקנתה בהש"צ, משיקולים מיוחדים הקשורים באופיו ובצרכיו של הצבא, למי שאינו משפטן, אין בה לשנות מאופיים של השיקולים הענייניים שצריכים להנחות את התובע הצבאי בהחלטותיו אם להגיש ערעור אם לאו. שיקולים אלה דומים, בעיקרם, לשיקולים אשר צריכים להנחות את היועץ המשפטי לממשלה בבואו לשקול אם להגיש ערעור על פסק-דין פלילי שניתן על-ידי בית-משפט אם לאו.

ד 12. בעניינינו מתבקש בית המשפט להורות על הגשת ערעור על חלק מפסק-דין שניתן על-ידי בית-דין. שיקול הדעת שעל הרשות המוסמכת להפעיל במקרה זה כולל מרכיבים שאינם קיימים בעת ששוקלת הרשות המוסמכת אם להגיש כתב-אישום. במקרה האחרון טרם התקיים הליך משפטי. במקרה הראשון בית המשפט או בית הדין המוסמך כבר אמרו את דברם. החלטת בית-משפט זה לחייב את הרשות המוסמכת להגיש ערעור כוללת, בהכרח, הבעת דעה, שעל פיה פסק-דינם של בית המשפט או של בית הדין אינו יכול לעמוד. אם מחליט בית-משפט זה לחייב את היועץ המשפטי לממשלה או את התובע הצבאי להגיש ערעור, אין זאת אלא משום שלדעתו אי-הגשת ערעור הינה כה בלתי סבירה עד כי מתחייבת התערבותו. משתמע מכך שפסק הדין שעליו יש לערער מוטעה בצורה קיצונית, ואין לך הבעת דעה נחרצת יותר של בית-משפט זה, שדין הערעור להתקבל. הבעת דעה כזו אינה קיימת כשמורה בית-משפט זה על הגשת כתב-אישום. במקרה כזה מחליט בית המשפט שקיימים ראיות לכאורה ואינטרס ציבורי המחייבים הגשת כתב-אישום. אך אין בכך הבעת דעה, שעל-פי הראיות שתובאנה לפני בית המשפט, אשר ההכרעה במהימנותן היא בידיו, מן ההכרח להרשיע את הנאשם.

השופט ת' אור

בהחלטה לחייב את הרשות המוסמכת להגיש ערעור יש, מבחינה מעשית, הנחיה ברורה לערכאת הערעור שדין הערעור, משיוגש, להתקבל. במקרה כזה, בית המשפט הגבוה לצדק מחווה דעתו לגבי תוצאתו המתבקשת של ההליך המשפטי לגופו, בעוד שבמקרה שהוא מחייב הגשת כתב-אישום הוא רק מחווה דעתו באשר לצורך בנקיטת הליך פלילי, ללא נקיטת עמדה לגבי תוצאתו.

13. קודם שיתערב בית המשפט בהחלטה שלא להגיש ערעור, עליו לתת דעתו על הנימוקים והשיקולים אשר צריכים להיות לנגד עיני הרשות המוסמכת. שיקולים אלה יכולים להיות שיקולים מיוחדים הנוגעים למקרה הנדון והם יכולים להיות גם שיקולים כלליים הנוגעים למדיניות הראויה הנוגעת להגשת ערעורים.

במסגרת שיקולים אלה יישקל על-ידי הרשות השיקול, שאפילו טעה בית המשפט בהקלו בדין, ואפילו היה מקום להטיל עונש חמור יותר, אין ערכאת הערעור נוטה להתערב בעונש, אלא אם יש בו חריגה של ממש ממדיניות ענישה הולמת. ואפילו תחליט ערכאת הערעור להחמיר בעונש, אין ערכאת הערעור נוהגת למצות את העונש. אכן, בית-משפט זה אמר לא אחת את דברו, שאל לה לתביעה הכללית להרבות בהגשת ערעורים על קולת העונש, ובוודאי לא כל מקרה שבו טעתה הערכאה הראשונה והקלה בעונש מצדיק הגשת ערעור.

אפילו העונש שהוטל הוא קל ומצדיק התערבות, ויש סיכוי שהערעור, אם יוגש, יתקבל, ולכאורה יש מקום להגשתו - ייתכנו שיקולים נוספים שיצדיקו שלא להגיש ערעור. כך, למשל, אם ההליכים נמשכו זמן רב מהמקובל עד למתן גזר הדין; או אם מתקיימות נסיבות המצדיקות, משיקולים שונים, לשים סוף לפרשה הנדונה באותו עניין. היועץ המשפטי רשאי לתת משקל הולם גם לשיקולים כאלה וכן לשיקולים אחרים נוספים, אשר לא כאן המקום לפרטם אחד לאחד.

14. על סמך כל האמור לעיל, המקרים שבהם יתערב בית המשפט ויורה ליועץ המשפטי לממשלה על הגשת ערעור, אף-על-פי שלפי שיקול-דעתו סבור האחרון שלא היה מקום להגשתו, יהיו נדירים ביותר. כך הוא גם לגבי החלטתו של התובע הצבאי. אין זה מקרה שעד היום, כפי שצוין כבר לעיל, לא רק שלא הייתה התערבות כזו, אלא שבית-משפט זה לא התבקש להתערב התערבות כזו, לא בהחלטת היועץ המשפטי לממשלה ולא בהחלטתו של התובע הצבאי.

בכל דבריי לעיל לא התכוונתי לומר שלא ייתכנו מקרים שבהם יסבור בית-משפט זה שהתערבות כזו תהיה מוצדקת. אך מקרים כאלה ייתכנו רק בנסיבות קיצוניות. ואוסיף ואומר, שאם נפתח פתח של התערבות בית המשפט בנסיבות מקרה כמו בענייננו, חוששני שנפתח פתח כפתחו של אולם לעתירות אל בית-משפט זה על-מנת שיחייב את היועץ המשפטי או את התובע הצבאי להגיש ערעורים פליליים במקום שלהערכתם אין להגישם. לדעתי, אין לעודד זאת.

ומכאן אעבור לעובדות המקרה ולהנמקה על שום מה הנני סבור שאין להיעתר לעתירה.

- א 15. כזכור, טענת העותרים מתמצית בכך שטעה בית הדין כשלא גזר על הנאשמים הורדה בדרגה עד לדרגה שאינה דרגת קצין. כעולה מטיעון באיכותם לפנינו, משאלתם של העותרים היא, שהנאשמים לא יהיו עוד בתפקידי פיקוד לאחר שנכשלו והתראשו וגרמו לתאונה, ולהערכתם, כך צריך היה לפסוק בית הדין.
- ב כנגד זאת יש לזכור ולהוכיח: כל אחד מהנאשמים הורד בדרגה אחת, פיקודו על לוחמים הופסק למעשה וקידומו הצבאי, שהיה צפוי קודם התאונה, נקטע. בעניין כל אחד מהם עוד צפויה החלטת הרמטכ"ל, לאור המלצת הפרקליט הצבאי הראשי, באשר לתפקידים פיקודיים שבהם יוכל לשאת. אין לשלול שהחלטת הרמטכ"ל תביא, בסופו של דבר, לתוצאה אשר אותה מבקשים העותרים להשיג.
- ג בנסיבות אלה, לאור הפגיעה הממשית בהמשך תפקודם של השניים כמפקדים בצה"ל – זאת שעל-פי גזר הדין, זאת שבפועל וזאת שאולי עוד צפויה להם על-פי החלטת הרמטכ"ל – אין לומר שהעונש שהוטל עליהם הוא כה קל עד כי יצדיק את התערבות בית-משפט זה, רק על-מנת שערכאת הערעור תשקול פגיעה נוספת בדרגתם של המשיבים. כמו התובע הצבאי, הנני נוטה לחשוב שעונש ההורדה בדרגה שהוטל על הנאשמים הינו קל מהעונש הראוי. אך איני סבור שהוא כה קל עד כי יצדיק את התערבותו של בית-משפט זה על-ידי חיובו של התובע הצבאי להגיש ערעור על גזר הדין.
- ד 16. הנימוק האחר של העותרים להצדקת הגשת ערעור על גזר הדין נסמך על חלק מההנמקה אשר מצאה את ביטויה בגזר הדין. הנמקה זו כוללת את השיקול, שההמרה בעונש עלולה להוות מסר שלילי, אשר ירפה ידי מפקדים, ובעיקר מפקדים ביחידה המובחרת הנדונה, הנדרשים לאומץ ולתעוזה מיוחדים בהתחשב באופיין המיוחד והגופו של פעילויות אשר הם נקראים אליהן במסגרת תפקידם.
- ה אומר מיד, שנימוק זה הינו פרובלמטי בעיניי. הוא כולל מסר, שעל-פיו לשם חיטול אופיים של חיילים ומפקדים הנדרשים מדי פעם לפעולות הכרוכות בביצועים נועזים, אין להקפיד עמם על שמירת כללי זהירות מתחייבים בעת פעולות שלהם במסגרת תרגול ואימונים. המסר הוא, ולו במשתמע, שלקחת סיכונים בעת אימונים או תרגיל יש בה לסייע לנכונות ליטול סיכונים, כשאלה נדרשים במסגרת פעילות מבצעית.
- ו נזכיר בעניין זה, שהתרשלותם של הנאשמים בענייננו לא הייתה התרשלות בעת פעולה מבצעית לנוכח סיכונים מיוחדים שהועמדו לפניהם. ההתרשלות הייתה במסגרת תרגיל, והיא התבטאה באי-שמירה על כללי בטיחות וזהירות ברורים ופשוטים שאין להצדיקה על-ידי הפניה אל סיכונים שבהם הם נתונים מדי פעם בעת פעילות מבצעית ועל-ידי איזכורם. כפי שאומר בית הדין באופן ברור והד-משמעי בהכרעת-דינו:
- ”מן הראוי, בהקשר האחרון, לקבוע מיד כי נסיבות ענייננו אינן כאלה

שהצדיקו נטילת סיכון מדעת בכל הקשור בהתרחשות האסון. יתר על כן, ניתן היה למנוע את האסון, בלי לפגוע ביעילות האימון, תוך נקיטת צעדי הזהירות הנחוצים" (בעמ' 47 להכרעת הדין).

א

אכן, בית הדין מדגיש את החובה בדבר שמירת כללי הבטיחות והזהירות באימונים, כללים אשר הנאשמים היו חייבים לנהוג על פיהם. בעניין זה ציטט בית הדין, מתוך הסכמה, מדברי בית הדין הצבאי לערעורים בנ/177/79: [9]:

"כך, למשל, בנושא הבטיחות. קיומם של אלה, בין אם מקורם בהוראה מפורשת ובין אם נובעים ממבחני סבירות, הם תנאי לכיצוע אימונים. שמירה על חיי אדם באימונים עדיפה גם על פני ביצוע משימה, ואם מתעורר חשש שמא יש בצעד כלשהו סיכון לחיי אדם, אין נוקטים בו אלא אם הובטח קיומם של תנאי בטיחות נאותים".

ב

בית הדין גם הסתמך על פסק הדין של בית הדין הצבאי לערעורים בע/107/76 [10] וציטט מתוכו. בהקשר זה ראוי לצטט דברים נכוחים אשר נאמרו בפסק-דין זה, המהווים מורה דרך לחובתם של מפקדים לנקוט אמצעי זהירות במסגרת אימונים, דברים אשר עומדים בתשתית הכרעת-דינו של בית הדין:

ג

"נושא הבטיחות הוא עניין מרכזי בכל הכרוך באימונים צבאיים. בצד החובה לבצע את האימונים עומדת החובה להבטיח, ככל שיכלתו של אדם מגעת, כי לא יוצרו סיכונים מיותרים ולא תהיה פגיעה בנפש. זוהי המטרה העומדת מאחורי הפקודות וההוראות שהוצאו בנושאי בטיחות, ואשר לעיתים קרובות יורדות עד פרטי פרטים של אמצעי הזהירות שחובה לנקטם בתהליך האימונים. אולם, אין די בהוראות וקיימת חובה לקיימן ככתבם וכרוחם וכי הביצוע יהיה ברמה גבוהה של הקפדה, של דריכות ושל מלוא תשומת הלב. גישה זו חייבת להיות נחלת כל בעל תפקיד העוסק בהוצאת האימונים אל הפועל, בין כמתכנן ובין כמבצע בשטח. ואם מתעורר ספק כלשהו בשאלה הנוגעת לבטיחות נוהגים לצד החומרה, בוחנים את העניין שוב ושוב עד שמודאים שהספק הוסר. אין מתפשרים עם הצורך להקפיד על כללי הזהירות, עם ההוראות שנקבעו, ועם הצורך לנקוט בעירנות המירבית בנושא זה, שהרי המדובר בחיי אדם".

ד

ה

ו

17. דברים אלה כוחם יפה לאימונים על-ידי כל יחידה מיחידות הצבא, לרבות יחידות מובחרות. גם ביחידות מובחרות, אפילו הן מורגלות בלקיחת סיכונים רבים ומיוחדים בעתות קרב או בשעת מבצעים צבאיים, חובה היא על מפקדים ביחידות אלה לשמור במסגרת אימונים ותרגילים לבל יהיו חיילים שבפיקודם נתונים לסיכונים מיותרים. נטילת סיכונים בעתות קרב היא לעתים הכרחית ומתבקשת, אך אין נגזרים ממנה נטילת סיכונים מיותרים ואי-נקיטת אמצעי זהירות נדרשים בעת אימונים או בעת ביצוע תרגילים. כפי שאמר הרמטכ"ל בעת העידו לפני בית הדין, כמצוטט בהכרעת הדין, בהתייחסו לתרגיל הנדון:

ז

"אילו היה ברור שבן אחד היה הולך להפצע קשה בתרגיל, התרגיל לא היה יוצא" (בעמ' 47 להכרעת הדין).

א העולה מדברים אלה הוא, שאין לקבל את ההנחה שהקפדה על שמירת אמצעי בטיחות הכרחיים או נדרשים במסגרת אימונים תפגע בנכונות להסתכן בעת שנדרש הדבר במסגרת פעילות צבאית. הנכונות האחרונה אינה עומדת בסתירה לחובה הראשונה. המסר למפקדים צריך להיות שעל-אף הצורך למלא את המשימה בעת פעילות מבצעית, תוך עשיית כל הנדרש באומץ לב ובדבקות במטרה, אין מקום ואין צורך ליטול סיכונים מיותרים בעת אימונים.

ב חוששני, שהמסר בנימוק האמור שבגזר הדין שונה. ניתן להבינו כך שכל מי שמשתייך ליחידה מובחרת ונטל, או צפוי שייטול, על עצמו סיכונים נדרשים בעת מבצע צבאי, יש להתייחס אליו במידה מסוימת של סלחנות כשאין הוא ממלא את חובת הזהירות הנדרשת ממנו בעת אימונים.

ג 18. כמו חברי, השופט מצא, גם אני סבור שמסר זה שבגזר הדין מוטעה. אלא שמסקנתי שונה ממסקנתו בכל הנוגע להשפעתו של נימוק מוטעה זו על תוצאתה של עתירה זו. לדעתי, אפילו טעה בית הדין בהנמקתו האמורה בגזר הדין, אין הצדקה שנעשה צו מוחלט במוכן זה שנחייב את התובע הצבאי להגיש ערעור על גזר הדין.

ד ראשית, מאחר שלדעתי אין הצדקה להתערבותנו בהחלטת התובע הצבאי, רק משום שהעונש הראוי צריך היה, אולי, לכלול הורדה ביותר מדרגה אחת – ואני מבין שזו גם עמדתו של חברי, השופט מצא – יוצא שנותר להחליט אם ראוי שנתערב בה, בשל חלק ההנמקה האמור בגזר הדין. גישתי היא, שאם אין מקום להתערב בהחלטת התובע הצבאי שלא להגיש ערעור על-אף קולת העונש, התערבות בשיקול-דעתו בשל חלק מההנמקה שמצאה ביטויה בגזר הדין צריכה להיות נדירה.

ה שנית, כל המעיין בהכרעת הדין בענייננו, יתרשם על נקלה שבית הדין קבע עמדה נחרצת, שעל פיה יש להתייחס בחומרה להתנהגותם של הנאשמים. בית המשפט מבחין היטב בהכרעת-דינו בין מקרים של פעולה חשובה – צבאית – המצדיקה נטילת סיכון לבין פעילות במסגרת אימונים שאינה מצדיקה זאת. נראה לי, שבאשר למותר ולאסור למפקדים במסגרת אימונים הניח בית הדין בהכרעת הדין תשתית נורמטיבית נכונה בבקרו קשות את התנהגות הנאשמים ואת תרומתם לקרות התאונה. כל הקורא את פסק הדין כולו – הכרעת הדין עם גזר הדין – ייווכח בבירור שפסק הדין לא שינה, ביסודם של דברים, מהנורמות המושרשות בצה"ל, שעל פיהן יש להקפיד הקפד היטב על כללי הבטיחות המתחייבים בעת אימונים ותרגילים. בית הדין אף הדגיש בהכרעת-דינו, שחובות בענייני בטיחות יש לפרש לחומרה, בהיותן כרוכות בשמירת חייהם ובריאותם של חיילים. בנתחו את הנורמות המחייבות בעניין זה, החילן בית הדין על הנאשמים, ולא ראה לסטות מהן בשל היותם של אלה משתייכים ליחידה מובחרת. יוצא, שמבחינת המסר בדבר חובותיהם של מפקדים בענייני בטיחות לא סטה בית הדין בפסק-דינו – והדגש בעניין זה

הוא על האמור בהכרעת הדין - מהנורמות המקובלות, אשר מצאו את ביטוין במספר לא מעט של פסקי-דין שניתנו על-ידי בית הדין הצבאי לערעורים, ובית הדין אף ציטט ושילב מפסקי-דין אלה בהרחבה בהכרעת-דינו.

א

בנסיבות אלה, איני סבור שיש חשש של ממש שאותה הנמקה מוטעית אחת בגזר הדין עלולה להביא לשיבוש נורמות, עד כדי מסקנה מתחייבת, שמן ההכרח להגיש ערעור על גזר הדין. ובפרט, כפי שכבר נאמר, שתוצאתו של גזר הדין, דהיינו העונש שהוטל על הנאשמים, אינה מצדיקה התערבות בהחלטת התובע הצבאי.

ב

שלישית, גם כשיש הצדקה לתקוף הנמקה שניתנה בפסקי-דין של ערכאה ראשונה, קיימים לעתים נימוקים המצדיקים שלא להגיש ערעור, ומכל מקום שלא להתערב בהחלטה שלא להגישו. שיקולים אלה יכולים להיות כלליים, ובמסגרתם עשוי התובע הצבאי לשקול שראוי שעניין מסוים ייבחן בערכאת ערעור לאו דווקא במסגרת ערעור בתיק פלוני. יכולים להיות גם שיקולים הקשורים בנסיבות הנאשם באותו עניין. בענייננו הוזכרו מספר שיקולים כאלה, אשר כבר נזכרו לעיל, כמו עינוי הדין שנגרם לנאשמים עקב התארכותם של הדיונים בבית הדין הרבה מעבר לנהוג ומקובל בהליכים פליליים המובאים לבתי-דין צבאיים וכמו נסיבותיהם האישיות של הנאשמים.

ג

סיכומם של דברים, כשבוחנו את נסיבות המקרה כולן, ועל-אף דברי הביקורת שניתן להשמיע על חלק מההנמקה בגזר הדין, ואלה הוזכרו והודגשו מפורשות לעיל, דעתי היא שאין המקרה שלפנינו מצדיק את התערבותו של בית-משפט זה. לפיכך, לו דעתי נשמעה הייתה העתירה נדחת.

ד

19. ולבסוף הערה. יכול אני להבין את העותרים ואת העמדה שייצגו בעתירה זו. משפחות העותרים איבדו את יקיריהם בתאונה קשה ומיותרת. מטרתם ותקוותם בדברים שנאמרו בשםם בבית הדין ובדברים שנאמרו על-ידי באי-כוחם, ועל-ידי חלק מהם לפנינו, הייתה שאסונות דומים לא יקרו, ושהנאשמים ישלמו על חלקם באסון הכבד בכך שלא יהיו עוד מפקדים בדרגת קצונה. אוכל להוסיף, שדברי שני נציגי המשפחות לפנינו היו גם מרשימים בתוכנם וגם מרגשים ונוגעים ללב. אם ראיתי, בכל זאת, שלא להיעתר לעתירתם, אין זאת משום שאיני מבין את עמדתם או שאיני מכבדה. אך כפי שביקשתי להבהיר, השיקולים שצריכים להדריך בית-משפט זה בבואו להחליט אם לחייב תובע צבאי להגיש ערעור אם לאו, מובילים, לדעתי, למסקנה שאליה הגעתי.

ה

ו

השופט א' מצא: 1. אני מסכים למסגרת העקרונית שהתווה חברי, השופט אור. אך לגופה של ההכרעה המתחייבת בענייננו שונה דעתי מדעתו.

2. בהכרעת-דין מפורטת ומנומקת היטב פסק בית הדין הצבאי המחוזי להרשיע את שני הנאשמים (המשיבים 4 ו-5) בגרימת מוות ברשלנות, בניגוד לסעיף 304 לחוק העונשין, ובשימוש בלתי זהיר בנשק, בניגוד לסעיף 85 לחוק השיפוט הצבאי. בפתח הכרעת הדין עמד בית הדין על ייחודה של הפרשה שלפניו ועל ייחודם של המעורבים בה. וכך אמר:

ז

א "ענייננו בקומץ מטובי הלוחמים אשר גשא על כתפיו חלק חשוב בהכנות לפעילות נועזת, מסוכנת ומסובכת. האימון המבצעי שבמהלכו אירע האסון היה פרק חשוב בהכנות אלה. מדובר, איפוא, בשפיטת טעותם של שני קצינים אשר עשו כמיטב יכולתם (והיא רבה ומעל הממוצע) לעמוד במשימה שהוטלה עליהם. אִפְרִיורִי, עוד טרם בירור משפטי, ניתן לומר כי הם כשלו כשלוֹן רב מפני שבתחום אחריותם אירע אסון נורא כל כך. האחריות המוסרית הערטילאית הזאת איננה מסתיימת בדרג הפיקוד שלהם. שותפים לה גם רמות הפיקוד שמעל. זה, בנפרד להלוטין משאלת האחריות המשפטית."

ב וברחותו על הסף טענה, כאילו לא היה מקום להעמיד את הנאשמים לדין, הוסיף בית הדין:

ג "לא יגרע דבר מזכויות הנאשמים ומן ההערכה אליהם כלוחמים. אולם על דבר עוון יש ליתן את הדין."

ד את מסקנותיו באשר לאחריותם המשפטית של הנאשמים השתית בית הדין הצבאי על מימצאים עובדתיים חמורים. הוא מנה ונימק את מסקנותיו בדבר רשלנותו הברורה של כל אחד מן הנאשמים. באשר לנאשם רס"ן ק' (המשיב 4) נקבע, כי עיקר התרשלותו התבטא במחדל להגדיר בפקודת האימון את השלב שבו יידרש אישור מפורש ממנו לפתוח בתרגיל השיגור. נאשם זה נמצא אחראי גם לכמה מהדלים נוספים, בכללם אי-מינויו של קצין בטיחות לתרגיל, אשר לנאשם סרן א' (המשיב 5) נקבע, כי נכשל בביצוע הירי בלי לוודא כי אוור המטרה פנוי. לקראת סיום ציטט בית הדין את דברי אחד הנאשמים, כי הוא וחברו האמינו בתמימות כי מה שעשו כפי שעשו היה "הכי טוב", אלא ש"במקרה הזה (מה שעשו) פשוט לא היה מספיק". בתגובה לדברים אלה אמר, בין היתר, כך:

ה "הדברים הללו מדויקים להפליא. השילוב שבין הכרת הסיבות המטרה והדבקות המוחלטת במאמץ להשיגה, הניע את הנאשמים למצות את מלוא יכולתם. ברם, גם תוך נסיון למצות את מלוא היכולת וחרף אמונה תמימה כי היכולת מתמצית באשר הם עושים, עשו הנאשמים שגיאות קריטיות. השגיאה הקריטית הראשונה נוגעת לשלב התכנון. - - - נוספו למשגי התכנון טעויות חמורות בביצוע. - - - הסברה המוטעית, עם כל חריגותיה, איננה תופעה שלא מן העולם הזה. השגיאות ההריפות העוקבות לה הן שתרמו להתהוות התאונה."

ו 3. בבואו לגזור לנאשמים את עונשיהם גמר בית הדין בדעתו להקל עמם הקלה ניכרת מאוד. לפיכך הסתפק, באשר לכל אחד מן הנאשמים, בשלושה חודשי מאסר־על־תנאי למשך שנה (בגין עבירה של גרימת מוות) ובהורדה בדרגה אחת. התובע הצבאי הראשי, שכנגד סירבו לערער על גזר הדין מופנית עתירה זו, קבע כי "גזר הדין בעניינם של הנאשמים נוטה אמנם לקולא אך איננו מופרז בקולתו עד כדי הצדקה להגיש ערעור". ואילו העותרים טוענים כי העונש שהוטל הוא בלתי סביר בעליל; ראשית, בשל חוסר

פרופורציה משווע בין המיצאים החמורים שנקבעו בהכרעת הדין לבין העונש שהוטל; ושנית, בשל מדיניות הענישה שיושמה על-ידי בית הדין ושכללה התחשבות גם בנימוק יוצא דופן.

א

לדידי, ראוי היה לו לתובע הצבאי הראשי להגיש ערעור על גזר הדין גם על-פי נימוקם הראשון של העותרים. הגדרת העונש כ"נוטה לקולא" – כשהמדובר ברשלנות חמורה שבעטייה אבדו חייהם של חמישה חיילים – היא, בעליל, לשון המעטה. בידי שופט העומד לגזור את דינו של נאשם מופקדות מידת דין ומידת חסד. חובת השופט היא למדוד לנאשם את עונשו תוך החלתן, באיזון המתחייב בנסיבותיו של המקרה הנתון, של שתי המידות כאחת. ואם זונח הוא איזו מן המידות או משבש את היחס בינותן, עלול גזר-דינו להחטיא את מטרות הענישה. בגזר-דינו שבענייננו החיל בית הדין הצבאי, בנדיבות וברוח לב, את מידת החסד וכמעט שלא החיל את מידת הדין, ולפיכך לוקה גזר הדין בחוסר איזון בולט. בכואו לשקול אם קיימת הצדקה לערער על גזר הדין, היה על התובע הצבאי הראשי להביא בהשבון גם את חשיבותו של העניין. אכן, לא על כל גזר-דין מוטעה חייב הוא לערער. אך חשיבותה של הפרשה שנתלבנה במשפט הנדון, הן מנקודת מבטו של הצבא והן מבחינת החרדה והדאגה שעוררה בציבור כולו, איננה מוטלת בשום ספק.

ב

ג

חרף דברים שאמרתי, בטעמם הראשון של העותרים בלבד אין משום עילה מספקת להתערבותנו בהחלטת התובע הצבאי הראשי. לגיבוש מסקנה זו די לי באחד מטעמיו של חברי, השופט אור, לאמור, כי התערבות בהחלטת הרשות התביעתית שלא לערער על קולתו של גזר-דין כוללת, בהכרח, הבעת דעה שגזר הדין טעון תיקון ואיננו יכול לעמוד.

ד

4. מסקנתי שונה לעניין טענתם השנייה של העותרים. טענה זו מעוררת שאלה כללית ורבת חשיבות, שאלה זו היה על התובע הצבאי הראשי להעמיד לבירור חוזר לפני בית הדין הצבאי לערעורים, גם ללא בקשה מפורשת מצדו להחמיר בעונשיהם של הנאשמים. ובשל כלליותה וחשיבותה של השאלה, הצורך בהעמדתה לבירור לפני בית הדין הצבאי לערעורים גובר על השיקולים המצדיקים, ככלל, הימנעות מהתערבות בהחלטת רשות תביעתית שלא להגיש ערעור; לרבות החשש מפני ההשפעה הנובעת מעצם התערבותו של בית-משפט זה בהחלטה, שאותו ראוי וניתן למתן במסגרת החלטתנו. נפנה אפוא ונראה, במה הדברים אמורים.

ה

5. עיון בגזר-דינו של בית הדין הצבאי המחוזי מעלה, כי את עונשי הנאשמים קצב בית הדין על יסודם של ארבעה שיקולים:

ו

(א) חומרת רשלנותם של הנאשמים ותוצאותיה הנוראות, על צורכי ההרתעה המתחייבים מהן;

(ב) היותם של הנאשמים קצינים מצטיינים, ואף מועמדים לקידום ביחידתם, שהיא יחידת עילית מובהרת;

ז

(ג) העובדה שאובדן החיים, אף שהיה פרי רשלנות חמורה של הנאשמים, נגרם אגב התכוננות לפעולה חיונית לביטחונה של המדינה;

ו(ד) החשש שהטלת עונש המור על הנאשמים תוביל לעודף זהירות ולהססנות מצד מפקדיה של היחידה, ובכך תיפגע יכולתה של היחידה להשיג את משימותיה.

- א בשלושת השיקולים הראשונים – האחד לחומרה, שני האחרים לקולה – לא היה כל דבר יוצא דופן. הם שיקפו את גדר השיקולים המסורתיים שבהם נהוג וראוי להתחשב בקציבת עונשו של מי שעבר עבירת רשלנות: מידתה של הרשלנות ותוצאותיה; אישיותו ועברו של הנאשם; וקיומן של נסיבות מיוחדות שבהן נעברה העבירה, שהערכאה הדיונית רואה מקום להתחשב בהן. ובשינויים המתהייבים מן העניין ראויים שיקולים אלה להתחשבות, ואף נהוג ומקובל להתחשב בהם, בקביעת עונשיהם של חיילים שבית-דין צבאי פסק להרשיעם בעבירת רשלנות אשר בוצעה תוך מילוי תפקידם בצבא ועקב זאת.

- ב לא כן שיקולו הרביעי של בית הדין הצבאי בדבר השפעתו האפשרית של העונש על תיפקודם, מכאן ולהבא, של מפקדי היחידה. שיקול זה, שהוא ללא ספק חדשני, התבסס על טיעונם של מספר אישים וקצינים בכירים, שהעידו לפני בית הדין במסגרת הדיון לקראת גזר הדין. נראה שבית הדין היה ער לאופיו החריג של הטיעון. מטעם זה כינה אותו בגזר הדין כ"טיעון נוסף", אשר הוכנס אל המסגרת ה"מקובלת" של יתר השיקולים. אך, לגוף העניין, החליט בית הדין לאמץ את הטיעון ולכלול את החשש לפגיעה בתיפקודם של מפקדי היחידה במסגרת שיקולי הענישה שבהם יתחשב בקוצבו את העונש. להלן דברי בית הדין בגזר-דינו:

- ד "לפנינו דילמה שיפוטית קשה. מצד אחד כבר אמרנו, האסון ותוצאותיו קשים וחמורים והם בוצעו על רקע של כשלון פיקודי רב, הן בתחום התכנון והן בתחום הביצוע. הנאשמים שגו שגיאות קריטיות בשלבים השונים של האיומן, כפי שנקבע בהכרעת-הדין, ועל מחדליהם ומעשיהם יש לעונשם באופן שתהיה לו השפעה על כל מפקד שיצטרך לפעול בנסיבות דומות. מצד שני, עומדים הנאשמים בנסיבותיהם האישיות יוצאות הדופן, וסביבת הפעולה המיוחדת שלהם. לצד זה מתעורר החשש שאיננו יכולים להקל ראש בו, שמא יצא על-ידי העונש מסר שלילי שירפה ידי מפקדים" (ההדגשה שלי – א' מ').

- ה 6. להבדיל משלושת השיקולים הראשונים שמנה בית הדין בגזר-דינו – שהם, כאמור, שיקולים רגילים ומקובלים – מעורר שיקולו הרביעי שתי בעיות קשות: האחת, בהבחנתה של יחידה צבאית פלוגנית, בזכות היותה יחידה עילית מובחרת, מכלל היחידות הצבאיות האחרות. לפחות בעקיפין משתמע מגזר הדין, כי אמות המידה להענשת קצין ביחידה זו על מעשה (או מחדל) רשלני הרה אסון, שבו נכשל במסגרת מילוי תפקידו, אינן בהכרח אותן אמות מידה שעל פיהן ייענש קצין ביחידה אחרת בנסיבות דומות. והשנית, במסר התמוה העולה מגזר הדין, בדבר קיומה של סתירה, כביכול, בין חובת המפקד לקיים את כללי הבטיחות במסגרת האימונים והפעילות המבצעית, ולבין יכולתו למלא בהצלחה את תפקידו ולהשיג את משימתה של יחידתו. כל אחת משתי הבעיות הללו מערערת מוסכמות ומציבה נורמה שלפחות לכאורה הריהי בלתי נסבלת. התפיסה שכלפי מפקדיה של יחידה לוחמת המסווגת כמובחרת יש לנהוג ביתר סלחנות מאשר כלפי מפקדיה של יחידה לוחמת

א "דגילה", מפרה את שורת השוויון ופוגמת בתחושת הצדק ובמראית פני הצדק. אך קושי רב ומיוחד - שלפחות לכאורה גובל בעיוות נורמאטיבי - טמון בראציונאל שעליו נתבסס הטיעון שאומץ על-ידי בית הדין. אינטרס ציבורי מרכזי בענישת מפקד שהתרשל בשמירת חיי חייליו - ובעיקר כשהדבר מתרחש באימון ועקב הפרתם של כללי בטיחות יסודיים וידועים - הוא להרתיע מפקדים אחרים מפני הקלת ראש בשמירת כללי הבטיחות. ההנחה היא, שמתן ביטוי עונשי למגמת ההרתעה של הרבים עשוי להשריש בקרב קצינים ומפקדים מידות של יתר הקפדה על קיום חובת הזהירות וכללי הבטיחות ולחסוך בחיי אדם. דא עקא, שהראציונאל אשר ביסוד שיקולו הרביעי של בית הדין הצבאי סותר, חזיתית, את ראציונאל ההרתעה. הבשורה העולה ממנו היא, שאם ידקדק המפקד בכללי הבטיחות עלול הוא להיכשל בהשגת משימתו; בעוד שאם ישים את עיקר מעייניו בהשגת המשימה, ואגב כך ייכשל בשמירת כללי הבטיחות, ינהג עמו בית הדין הצבאי מידה של חסד והתחשבות. ובשורה זו עלולה, חלילה, להתפרש - ולכך גם בית הדין הצבאי בוודאי לא התכוון - כמעודדת איפוק בשמירת כללי הבטיחות.

ב ג 7. יצוין כי הטיעון שהובא לפני בית הדין הצבאי, מפי אישים וקצינים בכירים, איננו חדש. וכבר היו דברים מעולם (על כך אוכל להעיד גם מניסיוני ומזיכרוני), שבעקבות הרשעתו של מפקד במעשה רשלנות אשר בעטיו קופחו חיי אדם, באו לפני בית הדין הצבאי קצינים בכירים והביעו את דעתם, שהענישת הקצין המורשע בחומרה תפגע ביכולת חבריו, וביכולת יחידתו, למלא את משימותיהם. אך, למיטב ידיעתי, טענה זו מעולם לא נתקבלה. ומשהחליט בית הדין בעניינינו לקבלה, היה על התובע הצבאי הראשי לערער על גזר הדין, במטרה להעמיד את הדין, בנקודה זו, על מכונן.

ד ה שקלתי אם אין בידנו לעשות כן, במקומו של בית הדין הצבאי לערעורים, באופן שיתייתר הצורך בעשיית צו מוחלט. דעתי היא, שבהתחשב באופיו הצבאי המובהק של השיקול הנדון עדיף לילך בדרך הסלולה. חיזוק לגישה זו מוצא אני בכך שהתובע הצבאי הראשי לא זה בלבד שלא מצא שום פסול בשיקולו האמור של בית הדין, אלא שהוא אף אימץ אותו ומנה אותו בין הנימוקים שהובאו לפנינו, מטעמו, להצדקת החלטתו שלא להגיש ערעור על גזר הדין. בהודעתה של באת-כוח המדינה נוסחו הדברים בזהירות, אך כוונתם גלויה וברורה. אביאם כלשונם:

ו "נשקלו ההשלכות האפשריות שבגזירת עונש כבד על הנאשמים בהיבט המבצעי הכולל, כפי שבאו לידי ביטוי בעדויות שהושמעו לפני בית הדין ומקביעותיו בהקשר זה".

ז ח דעתי היא, שגם אם סבר שהשיקול האמור הוא שיקול נאות, היה על התובע הצבאי הראשי להניחו לפתחו של בית הדין הצבאי לערעורים ולבקש את הכרעתו. השיקול, כפי שנכחנו, הוא חדשני ובעייתי, ולהכרה בו, כשיקול לגיטימי להקלה בעונש, עלולות להיות השלכות מרחיקות לכת. אילו הובא העניין לפנינו, כפי שראוי היה לעשות, היה בידי בית הדין הצבאי לערעורים - כערכאה האחראית לקביעת מדיניות הענישה בבתי הדין הצבאיים - לומר עליו את דעתו. אם היה מחליט לפוסלו, היה מורד שיקול זה מעל

סדר יומם של בתי הדין הצבאיים ושל מפקדים כאחד. כן היה בית הדין חוזר ובוחר את גודל כישלונם הפיקודי של הנאשמים ואת שיעור הפגיעה הראוי בדרגותיהם. מאידך גיסא, אם היה מחליט לאשר את צדקת ההתחשבות בשיקול האמור, בנסיבותיו של מקרה זה, חוקה עליו שהיה מוסיף ומתמודד עם שורה של שאלות הכרחיות: כלום ההתחשבות בשיקול זה אכן מוגבלת ליחידה מסוימת זו (או ליחידות מובחרות) בלבד, וכיצד מתיישב הדבר עם עקרונות כלליים? מה גבולות ההבחנה - לעניין חובת ההקפדה על כללי הבטיחות - בין אימון מבצעי, המתקיים בנסיבות של דחק ודחיפות, ולבין פעילות מבצעית? ועוד כיוצא באלה. אך בהחלטתו שלא לערער על גזר הדין מנע התובע הצבאי הראשי מבית הדין הצבאי לערעורים מלומר את דברו בסוגיה עקרונית חשובה הנוגעת למדיניות הענישה של בתי הדין הצבאיים. ולדעתו, באף אחד מנימוקיו האחרים של התובע הצבאי הראשי להצדקת אי-הגשתו של ערעור, שחברי, השופט אור, הזכירם בפסק-דינו, אין כדי להפנות על מחלולו לערער בנקודה העקרונית המרכזית. בעיקר אציין, כי הבטחתו של דרג פיקודי בכיר לשיקול את התאמת הנאשמים למילוי תפקידים כאלה ואחרים לא היוותה, בנסיבות העניין, שיקול ענייני לאי-הגשת ערעור. חובת הדרג הפיקודי לחזור ולשיקול את כשירותו הפיקודית של קצין שנכשל ממילא קיימת; וכך הוא גם באשר לקצין שבשל כישלונו הועמד לדין והורשע. אך לקיומה של חובה זו, להלכה ולמעשה, ולבחינת גודל כישלונו של הקצין המורשע במסגרת שיקולי הענשה על-ידי בית הדין הצבאי, אין ולא כלום. אלה הם שני מסלולים שונים, ולפחות במקרים קשים או בעלי חשיבות מיוחדת (כדוגמת המקרה הזה) אין האחד מהם מייתר את משנהו.

8. חברי, השופט זמיר, סבור, שדי בכך שבית-משפט זה אמר את דברו. דעתי, בכל הכבוד, היא שהעניין שלפנינו חשוב מכדי שנתיר לעצמנו לנהוג מידה של קיצור דרך. לדידי, אין די בהבעת דעתנו על חשיבות ההקפדה על כללי הבטיחות בתרגילים ובאימונים. לא מפני שדעתנו שוקלת פחות מדעתו של בית הדין הצבאי לערעורים, אלא משני טעמים אחרים. הטעם האחד הוא, שככל שבשיקול הנדון יש מקום להבחנות - מן הסוג שפירטתי - תוכלנה אלה להיעשות רק על-ידי בית הדין הצבאי לערעורים, בעוד שלנו אין הכלים והיכולת להידרש להן. אכן, כשלעצמי נוטה אני להניח, שאילו הובא העניין לפניו, לא היה בית הדין הצבאי לערעורים מסתפק בהצהרה כוללת על הלגיטימיות של השיקול שבו התחשב בית הדין הצבאי המחוזי, אלא היה נדרש לבירור יותר מקיף ומפורט של העניין גם מצד היבטיו הצבאיים. המסר המצופה הייב לשכנע קצינים ביחידות לוחמות. לפיכך עליו להיות מפורט ומנומק ולהתייחס למצוקות הקונקרטיות שעל רקען צמחה התפיסה שהשמיעו עדי ההגנה בבית הדין הצבאי המחוזי, ואשר כבשה לא רק את לבו של בית הדין אלא גם את לבו של התובע הצבאי הראשי. מסר משכנע כזה יכול, לדעתי, לצאת רק מפי בית הדין הצבאי לערעורים לאחר דיון מפורט לפניו; והערותיו של בית-משפט זה אינן יכולות למלא את החסר. הטעם השני המנחה אותי לדבוק בדרך הסלולה הוא, שהסמכות העונשית אינה נתונה לנו אלא לבית הדין הצבאי לערעורים. כפי שכבר ציינתי, אילו הובא העניין לפני בית הדין הצבאי לערעורים, יש יסוד להניח שלא היה חוסך עצמו מהערכת גודל כישלונם הפיקודי של הנאשמים, בין שהיה מחליט להתערב

בשיעור הפגיעה בדרגותיהם ובין שהיה נמנע מכך. בנסיבותיה של פרשה חמורה זו, על תוצאותיה המחרידות, לא הייתי מוותר על מיצוי ההליך.

9. מטעמים אלה הגעתי למסקנה, כי החלטת התובע הצבאי הראשי שלא להגיש ערעור היא החלטה בלתי סבירה בעליל, וכי בנסיבותיה המיוחדות של פרשתנו, ראוי לנו להתערב בהחלטתו. לוא נשמעה דעתי, כי או קיבלנו את העתירה ועשינו בה צו מוחלט, המחייב את התובע הצבאי הראשי לערער על גזר-דינו של בית הדין הצבאי המחוזי. כדי למתן חשש של השפעה על שיקול-דעתו של בית הדין הצבאי לערעורים, הנובעת מעצם התערבותו של בית-משפט זה בהליך, הייתי מורה, כי בערעור אשר יוגש יתבקש בית הדין הצבאי לערעורים כלהלן: ראשית, שלא להתערב בעונש המאסר המותנה שנגזר על הנאשמים; שנית, לבקר את נימוקי גזר-דינו של בית הדין הצבאי המחוזי; ושלישית, שרק אם יגיע למסקנה כי יש לפסול את שיקולו הרביעי של בית הדין הצבאי המחוזי, יראה לשקול – על-פי שיקול-דעתו בלבד וללא טיעון נוסף מצד התביעה הצבאית – אם ועד כמה משפיעה מסקנתו זו על שיעור הפגיעה בדרגותיהם של הנאשמים.

השופט י' זמיר: אני מסכים לפסק הדין של חברי, השופט אוד. אך אבקש להוסיף, לצורך הדגשה, דברים קצרים משל עצמי.

אני מבקש להדגיש כי בין כל השופטים השותפים לפסק-דין זה שוררת הסכמה כי בדרך כלל בית-משפט זה אינו צריך להתערב בהחלטה של תובע, בין תובע אזרחי ובין תובע צבאי, אם להגיש או לא להגיש ערעור על פסק-דין. ההסכמה נתמכת על-ידי טעמים אחדים, ואני מבקש להדגיש אחד הטעמים: צו של בית-משפט זה, המחייב תובע להגיש ערעור על פסק-דין בשל קולת העונש, עלול לגרום אי-צדק לנאשם שדינו נגזר באותו פסק-דין. שהרי במקרה כזה נמצא שבית המשפט העליון כבר גיבש דעה בעניין קולת העונש והביע אותה, וזאת בלי ששמע טיעון מלא בעניין זה מפי הנאשם עצמו. ככל שדעה זאת תהיה לכאורית בלבד, קשה להתעלם מן ההשפעה האפשרית של דעה כזאת על בית המשפט לערעורים, יהיה זה בית הדין הצבאי לערעורים או בית המשפט המחוזי. ואף כי שומה עלינו לומר שבית המשפט לערעורים, שיושבים בו שופטים מקצועיים, יצליח להשתחרר מהשפעת פסק הדין של בית המשפט העליון ויעשה צדק עם הנאשם, עדיין יש מקום לחשוש למראית פני הצדק.

אף-על-פי כן, מגיע חברי, השופט מצא, לכלל מסקנה כי בנסיבות המיוחדות של מקרה זה ראוי להורות לתובע הצבאי הראשי שיש ערעור על פסק הדין של בית הדין הצבאי המחוזי. הוא מגיע למסקנה זאת בגלל אחד מן הנימוקים שבית הדין הצבאי נתן לגזר הדין. לפי נימוק זה, עונש חמור יותר עלול היה לשרר מסר שלילי ברחבי הצבא: מסר כזה עלול לרפות ידי מפקדים, באותה יחידה צבאית או ביחידות אחרות, שלא יהיו נועזים ואמיצים כראוי. הן השופט אוד והן השופט מצא מוקיעים נימוק זה. ואף אני סבור כי דווקא נימוק זה, ולא עונש חמור יותר, הוא שעלול לשרר מסר שלילי ברחבי הצבא: עלול להשתמע ממנו כי בתנאים של תרגיל מיוחד או של אימון מטוכן יש מקום לסלחנות כלפי מפקד שזלזל בכללי הבטיחות. מסר כזה אין לו יסוד. כשם שכללי הצבא מחייבים מסירות

ודבקות במטרה, כך הם מחייבים זהירות, כדי שלא ייפלו קורבנות חינם, ובמיוחד כך בתרגילים ובאימונים. על כך ניתן לומר: וגשמרתם מאוד לחייכם.

א עם זאת, האם בשל כך בלבד מן הראוי הוא שבית-משפט זה יצווה על התובע הצבאי הראשי להגיש ערעור על פסק הדין של בית הדין הצבאי המחוזי? לשיטתו של השופט מצא יש צורך בערעור כזה כדי לסלק מכשול מפני מפקדים בצבא, שמא יקבלו את דברי בית הדין הצבאי כפשוטם, אף שבוודאי לא התכוון לכך, ויראו היתר לעצמם לזלזל בכללי הבטיחות. אך לשיטתי, כדי לסלק מכשול זה די בדברו של בית-משפט זה. ובית-משפט זה אומר את דברו, בפסק-דין זה, בלשון שאינה משתמעת לשתי פנים.

ב וכי מדוע זה עדיף פסק-דין של בית הדין הצבאי לערעורים, יהיה אשר יהיה, על פסק-דין של בית-משפט זה? נראה כי השופט מצא מעדיף לעניין זה את בית הדין הצבאי לערעורים משום שהוא הערכאה האחראית לקביעת מדיניות הענישה בבתי הדין הצבאיים. אך בית הדין הצבאי לערעורים אינו ערכאה עליונה בכל הנוגע לדיני הצבא. שהרי מאז שנת תשמ"ו-1986, פסק-דין של בית הדין הצבאי לערעורים נתון לערעור ברשות אל בית המשפט העליון "בשאלה משפטית שיש בה חשיבות, קשיות או חידוש". ראו סעיף 440ט(ב) לחוק השיפוט הצבאי. אכן, המילה האחרונה נתונה, על-פי החוק, לבית-משפט זה. ועכשיו, שבית-משפט זה אמר בעתירה זאת כל מה שלדעתו יש לומר, מה לנו להוריד עניין זה לבית הדין הצבאי לערעורים?

ד לפי דעתי, פסק-דין זה נותן בידי העותרים את עיקר תפוצם. הם שילמו, כל אחד מהם, מחיר דמים איום ונורא. את שאבד אין להשיב. אך העותרים מבקשים, לכל הפחות, כי יילמד הלקח מן האסון, כדי שלא ייפלו עוד קורבנות חינם בקרב החיילים בשל זלזול בכללי הבטיחות. כפי שהעותרים אמרו לבית הדין הצבאי, אין הם רוצים לראות את הנאשמים בכלא, ואף היו שמחים לולא הועמדו הנאשמים למשפט פלילי. אלא שהם מבקשים להבהיר ולהדגיש את ההכרח להקפיד על כללי הבטיחות. הורדתם של הנאשמים בדרגה, לא הורדה בדרגה אחת בלבד, אלא הורדה מדרגת הקצונה, עשויה, לדעתם, לסלק את המסר השלילי שעלול להשתמע מפסק-הדין של בית הדין הצבאי המחוזי. לכן הם מבקשים שבית-משפט זה יצווה על התובע הצבאי הראשי להגיש ערעור על אותו פסק-דין. לדעתי, אין הצדקה לכך, בשל השיקולים הכבדים הפועלים בדרך כלל, ואף במקרה זה, נגד התערבות של בית-משפט זה בהחלטה של תובע שלא להגיש ערעור. לדעתי גם אין צורך בכך, כיוון שפסק-דין זה קובע בצורה ברורה ומחייבת, לא פחות מפסק-דין של בית הדין הצבאי לערעורים, את החובה המוחלטת להקפיד על כללי הבטיחות בצבא.

ד לפיכך אני מצטרף לפסק הדין של השופט אור.

הוחלט, ברוב דעות, כאמור בפסק-דינו של כבוד השופט אור.

ניתן היום, כ"ו בכסלו תשנ"ה (30.11.94).