

בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

**העותרים:**

1. אש"ר אברהמים 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 ו/או  
דנה אלכסנדר ו/או אבנר פינצ'וק ו/או מיכל  
פינצ'וק ו/או עאוני בנא ו/או לילה מרגלית ו/או  
ו/או עודד פלר ו/או טלי ניר ו/או גיל גן-מור ו/או  
נסראת דקואר ו/או נסרין עליאן

מהאגודה לזכויות האזרח בישראל

ת"ד 34510, ירושלים 91000

טל': 6521218 - 02; פקס': 6521219 - 02

- נ ג ד -

**המשיבים:**

1. תא"ל אביחי מנדלבלית, הפרקליט הצבאי הראשי
  2. אל"מ לירון ליבמן, התובע הצבאי הראשי
- ע"י פרקליטות המדינה, משרד המשפטים, ירושלים

**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': 6242990 - 03; פקס': 6242991 - 03

**4. סמ"ר ל'**

ע"י ב"כ עוה"ד אילן כץ ו/או רס"ן גלי שטיינר  
מרח' מנחם בגין 55, תל אביב  
טל': 5650011 - 03; פקס': 5650012 - 03

**תגובת העותרים להודעה המשלימה מטעם המשיבים 2-1**

בהתאם להחלטות בית המשפט הנכבד מיום 28.9.08 ומיום 3.12.08 מוגשת בזה תגובת העותרים להודעה המשלימה מטעם המשיבים 2-1 מיום 4.11.08. המשיבים טענו את מלוא טיעונם בדיון בע"פ. העותרים אמנם טענו בקצרה, אך העתירה, עיקרי הטיעון ותגובה זו ממצים את טיעוניהם. לפיכך העותרים מבקשים, כי בית המשפט הנכבד יכריע בעתירה ללא צורך בדיון נוסף, אלא אם ישנן סוגיות, שבית המשפט מבקש לשמוע לגביהן טיעון נוסף.

## הצעד הפיקודי שננקט נגד המג"ד

1. הפצ"ר בהודעתו המשלימה מדגיש, כי שיקול מרכזי בקביעת סעיף האישום היווה הצעד הפיקודי, שנקט הרמטכ"ל נגד המג"ד. הוא אף מלין על כך, שהעותרים נתפסים לעניין טכני שכזה, ורומז לכך שהם בעתירתם גורמים לדילול המסר הציבורי-חינוכי, העולה מחומרת הצעד.
2. הבה נבחן את יחסו של צה"ל למג"ד מרגע חשיפת האירוע ועד להגשת כתב האישום. הן כשלעצמו והן מידת האיפה ואיפה ביחס למג"ד לעומת היחס לחייל משדרים מסר חמור של זילות מעשי התעללות בפלסטינים וסיכון החיים או שלמות הגוף של עצורים, הנמצאים במשמורת חיילי צה"ל.
3. עם פתיחת החקירה, עליה הורה הפצ"ר, המליץ הוא להשעות מתפקידם הן את המג"ד והן את החייל. החייל אמנם הושעה מתפקידו, אך מפקד פיקוד הצפון קיבל את בקשת המג"ד לצאת לחופשה בת 10 ימים ונמנע מלהשעותו. בעוד החייל נעצר במהלך חקירתו למשך 24 שעות (צעד פסול בפני עצמו, שכן איזו עילת מעצר התקיימה במקרה זה פרט לעילה הבלתי חוקתית הרווחת בצבא בדבר פגיעה במשמעת הצבא?), המג"ד התהלך חופשי.
4. הפצ"ר מתעקש לטעון שוב ושוב כאילו הרמטכ"ל הדיח את המג"ד מתפקידו, אבל אין זה כך. כמפורט בעיקרי הטעון מטעם העותרים, הליך הדחה הוא הליך עם דרישות פורמאליות קפדניות, המפורטות בהוראת הפיקוד העליון, שלא התקיימו במקרה זה (סעיף 41 לעתירה). לכל היותר הורה הרמטכ"ל על סיום תפקידו של המג"ד.
5. עם כל המשמעות שיש לייחס לעובדה, שהמפקד העליון בצבא נוקט בצעד שכזה יש לזכור, שהמג"ד עצמו ביקש מהרמטכ"ל לסיים את תפקידו, ולפיכך אין לייחס להחלטת הרמטכ"ל את התוצאות הקשות, שהפצ"ר מייחס לה – הרחקתו של המג"ד משדירת הפיקוד של מערך השדה והעברתו לתפקיד הדרכה מקצועי. הרי אלה התוצאות שהמג"ד ביקש לעצמו עת הביע את רצונו לסיים את תפקידו. בכך שהרמטכ"ל קבע, כי על אף בקשת המג"ד הוא זה שהחליט על סיום תפקידו של המג"ד, נוסף ערך מוסף כלשהו במסר שהועבר לצבא, אך מטבע הדברים הוא מוגבל במשמעויותיו.
6. העותרים סבורים, שקצין בכיר, שכשל כישלון מוסרי ופיקודי כה חמור, אינו יכול להמשיך את שירותו בצבא. אך כבר בסיכום הראיון עם המג"ד ציין הרמטכ"ל, כי אין הוא פוסל את האפשרות שהמג"ד יחזור לתפקיד פיקוד (מש/3). ואם לא די בכך, הוא אף התבטא ברוח זו בראיון לגלי צה"ל ימים ספורים לאחר מכן (סעיף 43 לעתירה).

7. לאור כל השתלשלות הדברים שפורטה לעיל, אין לראות בצעד הפיקודי שנקט נגד המג"ד צעד חריף וחמור, שיכול היה להוות שיקול מרכזי בהחלטת הפצ"ר לקבוע סעיף עבירה קל, שאיננו משקף את חומרת המעשים, המיוחסים למג"ד.

8. אף לו היה הצעד חריף ומשמעותי, העותרים סבורים, שככלל אין מקום שהתביעה תשקול נסיבות מקלות אישיות ואחרות בבואה להתאים את סעיף העבירה לעובדות כתב האישום. זאת למעט במקרים יוצאי דופן – למשל כשהדין מביא לתוצאה בלתי צודקת, כמו במקרה של עבירת הרצח לפני תיקון החוק והכללת האפשרות לאחריות מופחתת בנסיבות מסוימות. מדיניות תביעה ראויה היא להבטיח, שסעיף האישום יעלה בקנה אחד עם ליבת המעשים העברייניים, המשתקפים מהתשתית העובדתית שאימצה התביעה בהסתמך על חומר הראיות. עניינן של נסיבות מקלות צריך להישקל על ידי התביעה בטרם ההחלטה על עצם הגשתו של כתב אישום.

9. לפיכך הן אם נאמר, שהפצ"ר שקל שיקול שלא היה צריך לשקול, והן אם נאמר, שהפצ"ר נתן משקל לא ראוי לשיקול רלבנטי – החלטתו אינה יכולה לעמוד. אף במקרה בו הצעד הפיקודי שנקט היה חריף ומשמעותי, המשמעות שמייחס לכך הפצ"ר והמשקל שניתן לו הינו בלתי סביר באופן קיצוני, ומנוגד למדיניותה של התביעה הצבאית ולהלכות לגבי תכליותיהם השונות של ההליך הפיקודי וההליך הפלילי (ראו למשל ע/63/06 סמל חיימוביץ נ' התצ"ר (2007), עמ' 13 ואילך, והאסמכתאות המובאות שם).

#### מדיניות האכיפה כלפי חיילי צה"ל בגדה

10. העותרים לא ירחיבו בסוגיה כאובה זו, אלא יסתפקו בכך שיצינו שניים אלה: עתירת העותרים 2 ו-3 נגד מדיניות הפצ"ר שלא לפתוח בחקירה בכל מקרה של מות פלסטיני מידי כוחות צה"ל ממתנה לפסק דין (בג"צ 9594/03); העותר 5 פרסם בימים אלה ממש דו"ח מקיף: "חריגים: העמדה לדין של חיילי צה"ל באינתיפאדה השנייה ולאחריה, 2000-2007". הדוח, בן כמאה עמודים, מתאר את טיפולה הכושל של מערכת המשפט הצבאית בעבירות של חיילים נגד אזרחים פלסטינים ורכושם. כמו כן מספק הדוח מידע מלא ומפורט בדבר תוצאות הגשתם של כתבי אישום נגד חיילים, שהואשמו בעבירות אלו.

הדוח המלא -

<http://www.yesh-din.org/sys/images/File/Exceptions%5bHeb%5d%5b1%5d.pdf>

תקציר הדוח –

<http://www.yesh-din.org/sys/images/File/ExceptionsSummaryHeb%5b1%5d.pdf>

## בחירת סעיף האישום

11. כמפורט בעתירה, הגירסה העובדתית שאימץ הפצ"ר מעלה תמיהות מתמיהות שונות, שלא זכו למענה מספק. במהלך העימות בין המג"ד לחייל חזר בו החייל מגירסתו הראשונה, לפיה המג"ד פקד עליו: "נו, תירה כבר, תירה כבר". עצם ההחלטה החקירתית לערוך עימות בין המג"ד לחייל בעיתית מאד ומעלה סימני שאלה. החלטה זו תמוהה במיוחד הן לאור העובדה, שהחקירה לוותה מראשיתה על ידי הפרקליטות הצבאית והן לאור העובדה, אותה מציין הפצ"ר בתצהיר התשובה (סעיף 68.ב.), לפיה פער הדרגות והמעמד בין מג"ד לסמ"ר ביחידות השדה בכלל ובגדודי שריון בפרט אף חורג מזה הקיים ברגיל בין קצין בדרגת סא"ל לבין חייל בדרגת סמ"ר. העותרים העלו תמיהה זו בעתירתם ובדיון בפני בית המשפט הנכבד, אבל רק לאחרונה נחשפו לעובדות נוספות, שמגבירות את התמיהה – החייל השתחרר מצה"ל ביום 18.11.08, ועוד באותו היום התראיין ל-Ynet וסיפר כך:

"היה כאן אירוע שמתנהל מהר, תוך פקודות שונות שנזרקות לאוויר, היה ברור שמה שהמג"ד דורש – עושים, הכל קורה בזמן אמת. בלי יותר מדי יכולת לנתח כל דבר, ואני פשוט ביצעתי מה שהבנתי. אמרו לי לירות – אז יריתי...."

24 השעות בהן היה לי במעצר היו הקשות מכל. "פתאום כל מה שעשיתי בצבא, כל מה שעשיתי למדינה הזאת, הכל נעלם, זורקים אותך לכלא. כשהתחילו לדבר איתי על עימות עם עמרי, הבנתי שמשהו כאן לא בסדר. עימות עושים כשיש בעיה בגרסאות. לי הכל היה ברור. קיבלתי פקודה לא ברורה וביצעתי. אני אשם פה בחלק מהאירוע ומוכן לשאת בעונש, אבל זה לא רק אני, ולא אהיה מוכן שיפילו הכל עלי".

בחדר החקירות של מצ"ח פגש לי את מפקדו לראשונה וחש אכזבה ותסכול. "הוכנסתי עם אזיקים, מושפל – והוא ישב כולו מחויך. הרגשתי רע, נראה שהוא מנסה להפיל עלי הרבה יותר ממה שמגיע לי, הוא ניסה לומר שלא הבנתי חלק מהדברים או שאני מוציא דברים מהקשרם". לי עוצר את שטף הדיבור. התחושות הקשות עדיין מקננות בו, אבל הוא נזהר בדבריו. המג"ד שאותו כה העריץ וביצע כל פקודה שלו באופן מלא – מפנה לו עורף."

חנן גרינברג "החייל שירה בפלסטיני הכפות משתחרר – ומדבר" Ynet  
19.11.08 (מצ"ב כנספח ע/31)

<http://www.ynet.co.il/articles/1,7340,L-3625043,00.html>

12. אין תימה, אפוא, שבנסיבות אלה חזר בו החייל מגירסתו הראשונה, לפיה הורה לו המג"ד מפורשות לירות. התמיהה מתעוררת לאור עמדתו של הפצ"ר לאמץ גירסה שנייה זו על פני הראשונה. יחד עם זאת בשל הקושי שבהתערבות בג"צ בממצאים עובדתיים שנקבעו על סמך חומר הראיות, מוכנים העותרים לקבל את התשתית העובדתית, שקבע הפצ"ר כבסיס לדיון בעתירה.

13. העותרים מסכימים עם גישת הפצ"ר, לפיה אין מקום להחמיר עם החייל יותר מאשר עם המג"ד. יחד עם זאת אין זה ברור, מדוע הפצ"ר סבור, שעליו למצוא סעיף עבירה אחד ויחיד, שיבטא את מכלול האירוע, ומדוע עליו להאשים את שני הנאשמים באותו הסעיף דווקא. הלך מחשבה זה גם הוא הוליד את הפצ"ר לתוצאה הבלתי סבירה.

14. לאירוע שני שלבים עיקריים: שלב ההתעללות ושלב הירי. בשלב הראשון התכוונו הנאשמים להטיל בעותר 1 מורא ופחד מן החמורים שניתן להעלות על הדעת – שיחשוב שעומדים לירות בו. הפצ"ר חוזר ומדגיש בהודעה המשלימה, שאין בכך התאכזרות. גם אם נקבל את עמדת הפצ"ר, לפיה המעשה לא נעשה מתוך סדיזם לשמו, אין חולק, שמטרתו היתה להטיל בעותר מורא ופחד. אם לגרום לאדם לסבור שעומדים לירות בו (למוות? או שמא רק לפצוע אותו פציעה חמורה או קלה?) איננה בגדר התאכזרות – לא נדע התאכזרות מהי. עמדתו של הפצ"ר משדרת מסר סלחני לאכזריות מסוג זה, תוך שהיא סוטה באופן תמוה מפסיקתו של בית הדין הצבאי ומרוחה (ראו למשל ע/63/06 סמל חיימוביץ נ' התצ"ר (2007)).

15. בשלב השני החייל ביצע בנוכחות המג"ד ירי לעבר אדם, שנמצא במשמורת הצבא כשהוא חסר אוניס, כפות ועיניו מכוסות. העבירות שיש לייחס לחייל הן שימוש בלתי חוקי בנשק וגרימת חבלה ופציעה בנסיבות מחמירות. נוכח זאת, שהמג"ד היה יוזם האירוע ומחוללו, תוך שניצל את יחסי המרות בינו לבין החייל (ראו סעיף 69 לתצהיר התשובה), הוא שותף למעשי עבירה אלה. מכאן, שאף המג"ד אחראי לכאורה בפלילים לירי (ראו סעיף 34א(א) לחוק העונשין, ע"פ 1639/98 דהן נ' מדינת ישראל, פ"ד מה(4) 501, 522 (2001)). לחלופין ניתן לייחס למג"ד עבירה של חריגה מסמכות עד כדי סיכון חיים או בריאות (סעיף 72 לחש"צ).

### התערבות בג"צ – הכתמת ההליך הפלילי?

16. בהודעה המשלימה מעלה הפצ"ר לראשונה את הטענה, כאילו התערבות בג"צ תביא להכתמת ההליך הפלילי בפני בית הדין הצבאי. קבלת טענה זו לא רק שמשמעה מתן חסינות מוחלטת לפעולות התביעה, אלא שבענייננו היא מופרכת במיוחד. בניגוד לפרשת קצב, שעסקה בדיות הראיות להגשת כתב אישום ואילצה את בית המשפט להיכנס לנבכי החומר הראייתי, ענייננו אך ורק בקביעה ערכית-נורמטיבית בשאלה אם סעיף האישום של התנהגות שאינה הולמת מבטאים בצורה ההולמת ביותר את ליבת המעשים

העברייניים וחומרתם לאור התשתית העובדתית שאימצה התביעה או שמא נפל פגם מהותי בבחירת סעיף האישום על ידי התביעה. שופטי בג"צ כשירים ומומחים לא פחות מראשי התביעה הצבאית או שופטי בית הדין הצבאי לקבוע מהן העבירות ההולמות ביותר בהסתמך על העובדות שפורטו בכתב האישום. הנאשמים אף יכולים להעלות בפני בית המשפט הנכבד כל טענה משפטית שיש להם מבלי לפגוע בהגנתם במשפט עצמו. על היקף התערבות בג"צ בפן הנורמטיבי של כתב אישום להבדיל מהפן הראייתי ראו דברי השופטת פרוקצ'יה בפרשת קצב (סעיפים 114-115 לעתירה).

17. ספק אם ראוי לאמץ את המבחן המחמיר שמציע הפצ"ר, לפיו התערבות בג"צ בבחירת סעיף אישום תייוחד אך ורק "למקרים חריגים וקיצוניים, בהם קיימת אי התאמה בוטה, בלתי נסבלת ובלתי סבירה בעליל בין סעיף האישום שנבחר לבין המעשים המיוחסים לנאשם" (סעיף 41 להודעה המשלימה), אך אין ספק שעניינו נופל גם נופל לגדר מבחן מצמצם זה.

18. לפיכך מתבקש בית המשפט הנכבד להפוך את הצו על תנאי למוחלט ולהורות לפצ"ר ולתצ"ר לכלול בכתב האישום את העבירות שפורטו לעיל.

4 בדצמבר 2008

---

דן יקיר, עו"ד

---

לימור יהודה, עו"ד

ב"כ העותרים