

**העותרים:**

1. אשרף 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  
שרון אברהם-ויס 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 סא"ל 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  
מדרך מנחם בגין 55, תל אביב  
טל': 5650011 - 03; פקס': 5650012 - 03

**עיקרי טיעון מטעם העותרים**

העותרים מתכבדים להגיש בזה את עיקרי הטענות מטעמם, המשלימים את הטענות המפורטים בעתירה, והמהווים חלק בלתי נפרד מעיקרי הטענות.

לעיקרי טיעון אלה מצורפים בקשת העותרים לפרטים נוספים והמסמכים שמסרו המשיבים 1-2.

1. ביום 7.7.2008 המשיב 3, מג"ד בחיל השריון (להלן – המג"ד), אחז בעותר 1, אשרף אבו רחמה, שהיה באותה עת במשמורת חיילי צה"ל, כפות באזיקים ועיניו מכוסות בבד. לאחר דברים שאמר המג"ד למשיב 4, חייל תחת פיקודו (להלן – החייל), ובזמן שהמג"ד אוחז בעותר ודוחפו לכיוון החייל, ירה החייל בעותר קליע פלדה מצופה גומי מ"טווח אפס". על-פי תצהיר התשובה של הפצ"ר כוונתו של המג"ד, יוזם האירוע ומחוללו, הייתה זו: "כל הרעיון היה ליצור אצל הפלסטיני תחושה שאנו הולכים לירות [בו] בשביל שיגיב בעברית" (סעיף 17 לתצהיר). החייל הבין, כי קיבל מהמג"ד פקודה לירות, פקודה אותה ביצע. זהו פירוט העובדות על-פי המשיבים 1-2 (להלן – המשיבים).
2. מדובר במעשה מביש ואכזרי של רצון לפגיעה מכוונת באמצעות איומים, התעללות נפשית ושימוש בנשק באדם כבול וחסר ישע, המצוי במשמורתם של אלה שגרמו לפגיעה בו.
3. על אף חומרת המעשים, החליט הפצ"ר להעמיד לדין את המג"ד והחייל היורה בעבירה של "התנהגות שאינה הולמת", עבירה משמעתית ולא פלילית במהותה, שהערך המוגן שלה הינו הגנה על מעמדם ותדמיתם של מפקדי צה"ל, ובשל כך איננה נושאת רישום פלילי.
4. **המקרה דנן מציב בפני בית המשפט הנכבד שאלת יסוד ערכית-נורמטיבית מזוככת**: האם החלטתו זו של הפצ"ר - העמדה לדין בעבירה של "התנהגות שאינה הולמת" - הינה התגובה הפלילית ההולמת את החומרה, הטמונה במעשה פגיעה מכוון באדם כבול וחסר ישע? האם החלטה זו עולה בקנה אחד עם מדיניות של "תביעה צבאית סבירה"? עם חובותיה של ישראל על-פי המשפט הבינלאומי? עם האינטרס הציבורי? או שמא היא פוגעת בהם באופן חמור ומסוכן.
5. שפע המילים בתצהיר התשובה הארוך של הפצ"ר איננו יכול לערפל את העיוות המהותי, שנפל בשיקול דעתו בענייננו: **בחירה מכוונת בעבירה בודדת, שאיננה נושאת רישום פלילי**, כתגובה למעשה המתואר בכתב האישום.
6. העמדה לדין בעבירה של "התנהגות שאינה הולמת" לפי סעיף 130 לחש"צ, הנמנית על העבירות הקלות ביותר בחש"צ, הופכת את הפרשיה החמורה כולה ל"ליקוי פיקודי", שבמרכזו הפגיעה בדמות הקצין בצה"ל ובמעמד צה"ל. אישום זה איננו נותן כל ביטוי למאפיינים החמורים של המעשה הפלילי שבוצע, ואין בו דבר שישקף את החומרה המיוחדת הגלומה בו או שיתייחס בצורה כלשהי לנפגע העבירה.
7. הסיבה, כך נראה, איננה מצויה בטעמים, עליהם עמד הפצ"ר בהרחבה, אלא בטעם אחר, אותו ביקש להצניע – כי הרשעה בעבירה זו איננה גוררת רישום פלילי. התחשבות בשיקול זה באה, כנראה, מתוך התחשבות דומיננטית במג"ד ובעתידו המקצועי בצה"ל. משולבת בה תפיסתו הפסולה של הפצ"ר, לפיה כיוון שאין המדובר ב"התאכזרות לשמה", יש להתחשב לקולא במניע של המג"ד – רצונו לגרום לעותר 1 (קורבן העבירה) – לדבר בעברית.
8. ליקוי מאורות זה מחייב, כי בית המשפט הנכבד יאמר דברו באשר לחובותיה של התביעה הצבאית ויבהיר, כי העמדה לדין אך בעבירה של "התנהגות שאינה הולמת" או דומה לה,

איננה הולמת מעשים אכזריים ומבישים, בהם הופרה בכוונה חובת ההגנה על חייהם, בריאותם וכבודם של המצויים במשמורתם של חיילי צה"ל.

#### **א. העובדות המתייחסות לאירוע הירי בנייעלין**

9. על מנת לחדד ולצמצם את יריעת המחלוקת בתיק זה ולהתמקד במחלוקת הנורמטיבית שנפלה בין הצדדים, טיעונם של העותרים יתבסס על הגרסה העובדתית, אותה אימץ הפצ"ר ואשר מצאה ביטוייה בכתב האישום שהוגש נגד המג"ד והחייל (נספח מש/1), וכן על צילום הוידאו של האירוע בזמן התרחשותו (ע/2).

10. ואולם יש צורך להעיר על אופן הצגת העובדות החרגי, העולה מתצהיר התשובה, בו מתגלה הפצ"ר לא כתובע וכמאשים בתיק זה, כי אם כסניגור, העושה כל שלאל ידו על מנת להקטין ולהפחית את חומרת המעשה. מספר דוגמאות:

10.1. כוונתו של המג"ד להטיל אימה ופחד בליבו של עצור כפות ומכוסה עיניים, עד כדי כך שיחשוב שעומדים לירות בו, על מנת "שישתף עימו פעולה וישוחח עמו בעברית" - כוונה ומעשה הנופלים תחת הגדרת "עינויים" במשפט הבינלאומי, זוכים בתצהירו של הפצ"ר לכינוי "תחבולה". (ראו למשל סעיף 68 בעמ' 27 לתצהיר, סעיף 82 בעמ' 30,

10.2. בסעיף 88 לתצהיר התשובה, נכתב "עלה מהראיות כי הוא לא התכוון כלל, כי תבוצע פעולה אשר עלולה לגרום "חבלה לגופו או נזק לבריאותו" של מאן דהוא. הכוונה הייתה אך להפחיד באופן דגני את העותר מס' 1, על מנת לגרום לו לשתף עימו פעולה ולשוחח עימו בעברית."

10.3. הירי שבוצע לעברו של העותר העצור, וכוון לרגליו, הופך בכתב האישום לירי לעבר נעלו (ומה יש בתוך הנעל?), ומגומד עוד יותר בתצהיר התשובה לירי לעבר סוליית נעלו (ראו למשל סעיף 52 בעמ' 21 בתוך הריבוע, סעיף 88 בעמ' 32). יקרא הקורא ויתמה כיצד ניתן לכוון ירי לעבר סוליית הנעל דווקא, כאשר כף רגלו של אדם מונחת בה.

#### **ב. העבירות העולות מעובדות כתב האישום**

11. העובדות, שפורטו בכתב האישום, מבססות אירוע פלילי בעל מספר מאפיינים מרכזיים:

11.1. מעשה פגיעה מכון באדם, הנתון למשמורת חיילי צה"ל כשהוא כפות ועינוי קשורות

11.2. הכולל איומים והתעללות נפשית

11.3. באמצעות נשק חם

11.4. שנעשה בצוותא על-ידי מפקד ופקודו

11.5. וכלל מתן פקודה בלתי חוקית בעליל (הן הפקודה לביצוע מעשה איומים באמצעות נשק (שאין חולק שניתנה), והן הפקודה לביצוע ירי באדם עצור (אותה הבין החייל) הינן פקודות בלתי-חוקיות בעליל)

- 11.6. על-ידי מפקד בכיר בצה"ל
- 11.7. וביצוע של פקודה בלתי חוקית בעליל (שהחייל סבר שקיבל ממפקדו) באמצעות ירי לעבר גופו של אדם כפות ומכוסה עיניים, הנמצא במשמורת המג"ד והחייל.
12. מעשים אלה מגבשים מספר עבירות קונקרטיות, המנויות בחש"צ ובחוק העונשין, ובהן: עבירת התעללות, ובנסיבותיו של המקרה אף התעללות בנסיבות מחמירות (סעיף 65 לחש"צ); עבירות של איומים ושימוש בלתי-חוקי בנשק (סעיפים 192 לחוק העונשין ו-85 לחש"צ), חריגה מסמכות עד כדי סיכון החיים והבריאות (סעיף 72 לחש"צ).
- ראו: **אלימות והתעללות** - הנחיה מס' 2.08 להנחיות התצ"ר (נספח ע/23); **איומים ושימוש בלתי חוקי בנשק** - הנחיה מס' 2.10 להנחיות התצ"ר (נספח ע/24)
13. אף לשיטתו של הפצ"ר, התשתית העובדתית שגיבשה התביעה "תואמת במידה זו או אחרת את היסוד העובדתי של מספר עבירות הנתונות לסמכותו של בית הדין הצבאי." (סעיף 10 למכתב הפצ"ר מיום 7.8.2008, נספח ע/16; ראו גם עמ' 22 סעיף 54, ועמ' 27 סעיף 70 לתצהיר התשובה). ענייננו אם כן בשיקול הדעת, שהביא לבחירתה של עבירה מסויימת דווקא מתוך שלל עבירות, המתקיימות בענייננו.

#### ג. הנמקת ההחלטה

14. במכתב התשובה לעותרים מנה הפצ"ר שלושה טעמים, שהביאו להחלטתו: מניעיהם וכוונותיהם של המעורבים; התוצאות הקלות יחסית שהיו לאירוע; חומרת הצעד הפיקודי, שננקט ביחס למג"ד, והשלכותיו הקשות עליו (סעיפים 13-10 לנספח ע/16).
15. בתצהיר התשובה, לעומת זאת, מתמקד הפצ"ר באריכות בשני שיקולים מרכזיים, שהובילו, לטענתו, לבחירה בעבירה של "התנהגות שאינה הולמת": התחשבותו בהליך הפיקודי, שנקט הרמטכ"ל ביחס למג"ד; ומסקנתו, כי העבירות האחרות שפורטו אינן מתאימות, וכי העבירה של "התנהגות שאינה הולמת" היא המתאימה ביותר לנסיבות האירוע (עמ' 42-26 לתצהיר התשובה). יוער, כי שיקול זה, המוצג בתצהיר התשובה כשיקול מרכזי ביותר, לא נזכר כלל בתשובת הפצ"ר לעותרים מיום 7.8.2008. וכידוע, בית המשפט הנכבד יתייחס בחשדנות לנימוק, שזכרו בא לראשונה בתצהיר התשובה.

#### ד. הליך פיקודי חריף?

16. העובדות, שפורטו בעתירה לגבי הצעד שננקט נגד המג"ד (עמ' 13-12), אושרו למעשה בתצהיר התשובה. ההסתייגות היחידה של הפצ"ר הינה, כי מדובר בהליך, השווה ערך להליך הדחה רשמי.
17. מצירופו של נספח מש/3 למדנו, כי דברי הרמטכ"ל, שנאמרו ברדיו (סעיף 43 לעתירה), הינם דברי הסיכום הרשמיים, שנכתבו בסיכום ראיון כתוב בינו לבין המג"ד, המהווה על פי הפצ"ר מעין כתב הדחה רשמי. בסיכום זה נכתב, כי הרמטכ"ל אינו פוסל את האפשרות

שהמג"ד יחזור בעתיד לתפקידי פיקוד, וכי הנושא ייבחן לאחר סיום ההליך המשפטי בעניינו ובשים לב לתוצאותיו.

18. החלטת הפצ"ר להאשים את המג"ד בעבירה יחידה, שאיננה נושאת רישום פלילי, מבטיחה במידה די גבוהה של וודאות, שתוצאותיו של ההליך המשפטי לא יוכלו להיות "חמורות". הדרך חזרה לתפקידי פיקוד בצה"ל נראית קצרה.

19. לטיעון המפורט בעניין זה נפנה לעמ' 29-25 לעתירה ולהפניות שם.

#### ה. העבירה המתאימה ביותר לנסיבות המקרה?

20. בהתחשב בנסיבותיו של המקרה עבירת התעללות לפי סעיף 65 לחש"צ נראית כעבירה המתאימה יותר. נוכח התקיימותן של מספר נסיבות מחמירות, אף היה מקום לאישום בהתעללות בנסיבות מחמירות (השוו לסעיף 15 להנחיית התצ"ר נספח ע/23). לחלופין, ניתן היה להאשים בעבירות מצטברות של איומים, לפי סעיף 192 לחוק העונשין, ושימוש בלתי חוקי בנשק, לפי סעיף 85 לחש"צ. עבירה מתאימה אחרת הינה חריגה מסמכות עד כדי סיכון החיים והבריאות, לפי סעיף 72 לחש"צ, עבירה, שנהוג להשתמש בה במקרים של מתן פקודות בלתי-חוקיות. כפי שיפורט להלן, ניתן אף היה להאשים הן את המג"ד והן את החייל בעבירה של חבלה ופגיעה בנסיבות מחמירות לפי סעיף 335 לחוק העונשין, וזאת מכוח אחריותו של המג"ד כמבצע בצוותא. לפי הנחיות התצ"ר היה מקום להוסיף לכתב האישום את העבירה של התנהגות שאינה הולמת, תהא העבירה העיקרית שתיבחר אשר תהא.

21. בניסיון להסביר את החלטתו נדרש הפצ"ר לניתוחים מפולפלים ומפותלים, באשר לקשיים משפטיים אפשריים ובלתי אפשריים (עמ' 42-26 לתצהיר התשובה). אך מצב הדברים הוא פשוט – העובדות המפורטות בכתב האישום הן הן שמגבשות את יסודות העבירות שהוזכרו. כיוון שהתביעה סבורה, שבידיה ראיות לכאורה להוכחתן של העובדות, שפורטו בכתב האישום, עליה לפעול על-פי המסקנה המתבקשת מכך.

22. להלן נתמקד בכמה תהיות, שהעלה הפצ"ר באשר להתאמתן של העבירות הקונקרטיות השונות לנסיבות המקרה.

23. טענה אחת מבין טענות הפצ"ר צרמה את עיננו כמדאיגה ומסוכנת במיוחד :

"העותרים תמהו על ההבדל בין המקרים שהוזכרו על-ידם, בהם הועמדו חיילים לדין בעבירת התעללות, לבין המקרה דנן... לעניינו – קיים הבדל מהותי... הבדל זה עיקרו בכך שמעשיהם של המג"ד והחייל, לא נעשו מתוך אכזריות לשמה או מתוך כוונה לפגוע בעותר מס' 1 או להשפילו... אלא מתוך כוונה להפחידו באמצעות "תחבולה"... אין דינו של מי שביצע "תחבולה" כדי להביא עצור לשתף פעולה... כדינו של מי אשר מתוך אכזריות, או לשם השפלה או פגיעה לשמה, ביצע מעשים מכוונים של אלימות או פגיעה חמורה בעצור חסר ישע."

(מתוך סעיפים 81-82 לתצהיר התשובה)

הנה כי כן, מעשה שנופל תחת ההגדרה של "עינויים" במשפט הבינלאומי<sup>1</sup> מתואר על-ידי מי שאחראי על השלטת המשפט בצה"ל כ"תחבולה" (שלא צלחה אך בשל כשל פיקודי-מקצועי של המג"ד). הפצ"ר, יודע בוודאי, כי הסכנה הגדולה לפגיעה בערכי היסוד החשובים ביותר, עליהם מחוייב הצבא לשמור ולהגן, טמונה דווקא במקרים כגון אלה, ולא דווקא באותם מקרים חריגים של "התאכזרות לשמה". מילים אלה מבטאות ליקוי מאורות חמור בתפיסת עולמו של הפצ"ר, שהוביל לשיבוש בהפעלת שיקול הדעת שלו. מספר התייחסויות נוספות בנוגע לספקות אחרים, שהעלה הפצ"ר בתצהיר התשובה:

24. **אחריות המג"ד לירי** - באשר לאחריותו של המג"ד לביצוע הירי על-ידי החייל, פקודו הישיר, נפנה לאחריותם של מבצעים בצוותא בדין הפלילי (סעיפים 29 ו-34א(1) לחוק העונשין), לאחריותו של משדל (סעיפים 30 ו-34א(2) לחוק העונשין), ולאחריותו של מבצע באמצעות אחר (סעיף 29ג) לחוק העונשין). מכאן האחריות האפשרית לעבירה של חבלה ופגיעה בנסיבות מחמירות (סעיף 335 לחוק העונשין). כמו כן המג"ד אחראי לירי מכוח סעיף 322 לחוק העונשין (אחריות לחסרי ישע) ומכוח סעיף 326 לחוק העונשין (חובת הממונה על דבר שיש בו סכנה).

25. **התעללות** (סעיף 65 לחש"צ) – הפצ"ר העלה ספקות אם עבירת התעללות מתקיימת במקרה, בו התרחש אירוע התעללות אחד, והאם היא חלה אף על התעללות נפשית, שאיננה כוללת מעשה אלימות פיזית. והנה ראשית, בית משפט נכבד זה כבר קבע, שעבירת ההתעללות שבחוק העונשין חלה גם על מקרה בודד (עניין נקאש); שנית, הרישא לסעיף 65א) לחש"צ (בשונה מעבירת ההתעללות בחוק העונשין) מדברת מפורשות על אירוע אחד כמקים את העבירה, ואיננה מניחה סידרה של מעשי עינוי או התעללות.

ראו: הנחיה מס' 2.08 להנחיות התצ"ר (נספח ע/23)

ע"פ 1752/00 מדינת ישראל י נ' נקאש, פ"ד נד (2) 72, 80 (2000)

ע"פ 4596/98 פלונית נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(1) 145, 170-169 (2000)

ע/63/06 סמל חיימוביץ נ' התצ"ר (2007)

ע/146,128/03 התצ"ר נ' רוזנר וליברמן

26. בנוסף, הסיפא של סעיף 65א) כוללת במפורש התעללות, שאיננה אלימות פיזית. ואם מעשה, המכוון לגרום לעצור כפות שעניו מכוסות לחשוב, שהולכים לירות בו מטווח קצר, אינו מעשה התעללות נפשית, לא נדע התעללות נפשית מהי.

ראו: הנחיה מס' 2.08 להנחיות התצ"ר, סעיף 7 (נספח ע/23)

ע/152/78 סג"מ אהרון נ' התובע הצבאי הראשי, פסקי-דין נבחרים של בית הדין הצבאי לערעורים שנת 1978, תשמ"א-1980 ("בסיכום: עבירה ע"פ החלופה השלישית יכולה להתבצע ע"י פגיעה או גרימת סבל אם בגוף ואם בנפש ובלבד שיתלווה אליהן סממן של התעללות")

<sup>1</sup> סעיף 1 לאמנה נגד עינויים ונגד יחס ועונשים אכזריים, בלתי אנושיים או משפילים, 1984 מגדיר עינויים - בחלק הרלבנטי לענייננו - כך: "מעשה אשר באמצעותו נגרם במכוון לאדם כאב או סבל חמור, בין אם פיזי, בין אם מנטלי, במטרה להוציא ממנו או מאדם שלישי מידע או הודאה, להענישו על מעשה שביצעו או נחשד בביצועו, הוא או אדם שלישי, או להפחיד או לאנוס אותו או אדם שלישי"

27. **עבירת האיזמים** (סעיף 192 לחוק העונשין) – לצורך התקיימותה של עבירת האיזמים די בכך שהמאויים (העותר), אליו כוונו הדברים, שמע אותם וקלט חלק מהם. פסק-הדין אליו הפנה הפצ"ר מתייחס למצב מיוחד, בו האיזם כלל לא כוון למי שבאזוניו הושמע (רע"פ 2038/04 לם נ' מדינת ישראל (2006)). בנוסף, על קיומו של ניסיון מוגמר לאיים אין חולק (כוונתו המוצהרת של המג"ד לאיים על העצור באמצעות נשק כדי שיחשוב שעומדים לבצע בו ירי יחד עם חילופי הדברים בין המג"ד לחייל).
28. **שימוש בלתי חוקי בנשק** – האירוע מתחילתו תוכנן כך, שייעשה בו שימוש בלתי חוקי בנשק, החל מהוראתו של המג"ד לעשות שימוש בנשק (בין אם נכנה זאת דריכה, שקשוק או כל כינוי אחר) לצורך איום על העותר והפחדתו כי עומדים לירות בו. הן מעשיו של המג"ד והוראותיו, והן מעשיו של החייל, נופלים בבירור תחת מוטת כנפיה של עבירה זו.
- מתוך הנחיה מס' 2.10 להנחיות התצ"ר: "ככלל יש להגיש כתבי אישום בגין שימוש בלתי חוקי בנשק מקום בו היה שימוש מכוון בנשק תוך סיכון חיי הזולת, גם אם המדובר בסיכון בכוח בלבד או מקום בו יש רשלנות וחוסר זהירות, שאינם סבירים, באופן השימוש בנשק, המכשיר את הקרקע לסיכונם הפוטנציאלי של אחרים..."
- כיוון הנשק לכשעצמו הוכר כפעולה המסוכנת המובהקת, שהאיסור עליה משונן לחיילים מתחילת דרכם בצבא (ע"מ 30/97), שהרי "עצם הכוונתו של כלי ירייה לעבר אדם אחר הוא מעשה פזיזות מובהק" (רע"פ 4393/94 סלומון נ' התובע הצבאי הראשי..).
- ראו: הנחיה מס' 2.10 להנחיות התצ"ר, נספח ע/24  
ע/53/08 התובע הצבאי הראשי נ' סמ"ר רן אבירם
- דוגמאות מפסיקת בתי הדין הצבאיים בעבירה זו מצורפות ומסומנות **כנספח ע/29**.
29. **חריגה מסמכות עד כדי סיכון חיים או בריאות** – המדובר בעבירת התנהגות, המתקיימת כאשר חייל או מפקד ביצעו מעשה בחריגה מסמכות, שעלולים היו לגרום חבלה לגופו או נזק לבריאותו של אדם אחר. נראה שהפצ"ר מחפש בעבירה זו יסודות שאין בהם, ובהם יסודות של כוונה לסכן או לפגוע.
30. כפי שהראינו לעיל, אין כל מניעה להאשים את המג"ד והחייל בביצוע שורה של עבירות, שיבטאו בצורה הולמת את מכלול מרכיביו של האירוע החמור שהתרחש. ניתן להאשימם בעבירות זהות, ואף ניתן לפצל את האירוע לחלקיו ולהאשים כל אחד מהם בעבירות, המתנייחות לאחריותו הייחודית של כל נאשם ונאשם.
31. כל העבירות שנזכרו לעיל הינן עבירות התנהגות, שהתמלאותן איננה תלויה בקיומה של תוצאה (ראו, למשל, סעיף 6 להנחיה מס' 2.10 להנחיות התצ"ר, נספח ע/24). אילו הסתיים האירוע בתוצאה קשה, כפי שבהחלט עלול היה להתרחש, מן הראוי היה לשקול זאת כנסיבה נוספת לחומרה. אין בהיעדרה של תוצאה חמורה כדי לשמש שיקול לקולא.

32. לעומת זאת, העמדה לדין בעבירה של "התנהגות שאינה הולמת" לפי סעיף 130 לחש"צ, הנמנית על העבירות הקלות ביותר בחש"צ<sup>2</sup>, הופכת את הפרשיה החמורה כולה ל"ליקוי פיקודי", שבמרכזו הפגיעה בדמות הקצין בצה"ל ובמעמד צה"ל. האיטום בעבירה זו לא נותן כל ביטוי למאפיינים החמורים של המעשה הפלילי שבוצע, ואין בו דבר שישקף את החומרה המיוחדת הגלומה בו ואת הפגיעה בקורבן העבירה.

33. **הסיבה, כך נראה, איננה מצויה בטעמים, עליהם עמד הפצ"ר בהרחבה, אלא בטעם אחר, אותו ביקש להצניע – הרשעה בעבירה זו איננה גוררת רישום פלילי.** התחשבות בשיקול זה באה, כנראה, מתוך התחשבות דומיננטית במג"ד ובעתידו המקצועי בצה"ל.

### 1. טיב העבירה של התנהגות שאינה הולמת

34. עמדת הפצ"ר, לפיה זוהי העבירה המתאימה ביותר בנסיבות העניין, נוכח חומרתה המיוחדת ואפיונה המיוחדים, היא בלתי סבירה בעליל. עמדה זו עומדת בסתירה לשיטת המשפט הישראלית, כפי שגובשה בפסיקתו של בית משפט זה, בפסיקת בתי הדין הצבאיים (כפי שפורטה בעתירה, ואף בתצהיר התשובה של הפצ"ר), בהנחיות התצ"ר (שכעולה מהתשובה לפרטים הנוספים הפצ"ר כלל לא התייחס אליהן) ובמדיניות התביעה הצבאית, למשפט הבינלאומי, ולשכל הישר.

35. **ראשית, מדובר בעבירה, שאופיה הדומיננטי הוא אתי-משמעתי ולא פלילי.** הערכים, עליהם באה העבירה להגן, הם תדמיתם ומעמדם של צה"ל ומפקדיו: "העובדה כי המחוקק מוצא לנכון לדרוש מחייל התנהגות הולמת רק משעלה לדרגה פיקודית של סמל, מבטאת את ההשקפה, כי ככל שמעמדו של חייל ודרגתו גבוהים יותר, כך ניתן לדרוש ממנו סטנדרטים גבוהים יותר של התנהגות." (מתוך הנחיה מס' 2.12 להנחיות התצ"ר, נספח ע/22). אף בציטוטים שמביא הפצ"ר בתצהיר התשובה, שב ועולה מוטיב חוזר זה: "החובה להתנהג באופן הולם באה לעולם לא רק על-מנת לשמר ולחזק את דמותו של המפקד אלא גם, ובעיקר, כדי להגן על צה"ל, על תדמיתו, על חייליו ועל מפקדיו..." (ע/256/96 רס"ן ביבאס נ' התובע הצבאי הראשי, עמ' 34 סעיף 94 לתצהיר התשובה).

36. נעיר, כי ההפניה וההסתמכות של הפצ"ר על פסקי דין צבאיים, שדנו בעבירה זו בשנות ה-50 (סעיף 98 לתצהיר התשובה) מטעה – באותה עת העונש בצידה של עבירה זו היה גירוש מהצבא, שאיפשר גם הטלת עונש של עד 3 שנות מאסר (ראו סעיפים 95 ו-99 לחוקת השיפוט הצבאי, שקדמה לחש"צ. הסעיפים הרלבנטיים מצורפים ומסומנים כנספח ע/30).

37. **בשל אפיונה זה של העבירה כעבירה משמעתי ולא פלילית במהותה, נקבע שהרשעה בה איננה נושאת רישום פלילי** (תקנה 1(2)א לתקנות המרשם הפלילי ותקנת השבים (פרטי רישום שלא ירשמו או שלא ימסר מידע עליהם ועבירות שההרשעה בהן לא תפסיק את תקופת ההתיישנות או המחיקה), התשמ"ד-1984). העבירות בחש"צ, שאינן גוררות רישום פלילי, הן רובן ככולן עבירות בתחום המשמעת הפנים צבאית, דהיינו – שחרור ממשמורת, אי קיום פקודה, השתמטות, גיוס במרמה ועוד. בכללן של עבירות אלה נמנית גם עבירת

<sup>2</sup> נציין, כי אין בחש"צ שום עבירה שעונשה פחות משנה, הוא העונש הקבוע בצידה של עבירת התנהגות שאינה הולמת.

ההתנהגות שאינה הולמת. אלו עבירות שאין להן מקבילה בדיני העונשין האזרחיים ולא בכדי, ולפיכך נקבע גם שאין גוררות רישום פלילי. מדובר בעבירות, שהאינטרס המוגן באמצעותן הוא משמעת-צבאי, ולפיכך הוחרגו מכלל העבירות.

"המשותף לכל עבירות אלו [עבירות שאין גוררות רישום פלילי, ובהן התנהגות שאינה הולמת] הינו כי מדובר בעוונות, המעידים על הפרת נורמות שהינן ייחודיות למערכת הצבאית, ועל כן אין ללמוד מהן על מסוכנותו של מבצען לחברה. בהיעדר צורך להגן על החברה מפני מבצען, נותר רישומן של עבירות אלו במסגרת הצבאית בלבד, ואינו עובר למרשם הפלילי"

אייל טולדנו "הרישום הפלילי בצה"ל" משפט וצבא 15 (התשס"א), 17, 55

38. לעומת זאת עבירת ההתעללות, עבירת השימוש הבלתי חוקי בנשק ועבירת החרגה מסמכות עד כדי סיכון חיים או בריאות – שלהן מקבילות בחוק העונשין ואינטרס מוגן שאינו משמעת-צבאי אלא נוגע לערכי החברה האזרחית, גוררות רישום פלילי.

39. שנית, העמדה מהווה סטייה בלתי מוסברת מהנחיות התצ"ר: ההתייחסות העיקרית לעבירה זו הינה כאל עבירה נוספת לעבירות אחרות. כך, הפרק הראשון במדיניות ההעמדה לדין ביחס לסעיף עבירה זה כותרתו "הגשת כתבי אישום בעבירה של התנהגות שאינה הולמת בנוסף לעבירות אחרות". בסעיף ההסבר הראשון נכתב: "במקרים רבים בהם מגישים נגד בעל דרגה כתב אישום בעבירות של מרמה, זיוף, אלימות, סמים, מין ואחרות, לצד פרט האישום בעבירה העיקרית (מחוק העונשין, מחוק השיפוט הצבאי או מדבר חקיקה אחר) יתווסף פרט אישום בעבירה של התנהגות שאינה הולמת. יודגש, כי אין בכך הרשעה כפולה, הואיל ויסודות העבירות שונים." (נספח ע/22 הנחיה 2.12, עמ' 49 סעיף 4).

40. בסעיף 5 להנחיה מפורטות הקטגוריות העיקריות, בהן יוגש, בנוסף לפרט האישום העיקרי, גם פרט אישום בעבירה לפי סעיף 130. בסעיף 5.ג., המתייחס לשימוש בלתי חוקי בנשק, נכתב: "עת עסקינן בעבירות של איום או אלימות באמצעות כלי נשק או משחק בנשק, אשר מבצען נושא דרגת סמל או גבוהה מזו, נוסף לרכיב הסיכון אף רכיב של כשלון פיקודי וחינוכי, במידה המצדיקה הגשת פרט אישום בגין התנהגות שאינה הולמת (ראו ע/252/95). דברים דומים מופיעים בסעיף 5.ד., המתייחס לעבירות הכרוכות באלימות: "פרט אישום של התנהגות שאינה הולמת יצורף לכתב אישום, כל אימת שיוגש כנגד נאשם כתב אישום בעבירות הכרוכות באלימות... כגון איום ועלבונות כלפי מפקד, איום על ממלאי תפקיד, התעללות ושררה כלפי פקודים..."

41. שלישית, עמדת הפצ"ר סוטה מהנסיבות, בהן יש מקום לעשות שימוש בעבירה זו כעבירה יחידה: בהנחיית התצ"ר, המתייחסת להגשת כתבי אישום בעבירה זו כעבירה יחידה, מובאות שתי נסיבות, בהן יש לשקול הגשת כתב אישום בגין עבירה זו: האחת, כאשר אין עבירה ספציפית המתאימה למקרה; השנייה, בשל קשיים הוכחתיים ראייתיים באחד מיסודות העבירה הספציפית. נסיבות אלה אינן מתקיימות בענייננו. כפי שראינו העובדות, המפורטות בכתב האישום, עונות באופן מובהק על יסודות העבירה של כמה עבירות ספציפיות, המתאימות למקרה.

ראו : נספח ע/22 הנחיה מס' 2.12 סעיף 6

42. ואכן, על פי בדיקה שערך ארגון 'יש דין' (העותר 5), מאז פרוץ האינתיפאדה השנייה (סוף 2000) הגישה התביעה הצבאית כתבי אישום נגד חיילים בגין פגיעה בפלסטינים בעבירה של התנהגות שאינה הולמת כעבירה יחידה בשני מקרים בלבד : האחד, בגין לקיחת "מזכרות" מגופות של חמושים שנהרגו ברצועת עזה, אותם הביא החייל לבסיס וחילק לחבריו (הואשם בעבירה של התנהגות מבישה בשל כך שדרגתו נמוכה מסמל). השני, בגין אי מניעת מעשה התעללות על-ידי קצין מפקודיו. לא נמצאה אף דוגמא אחרת, הדומה למקרה נשוא עתירה זו, בגינה הוגש אישום מקורי (ושלא בעסקת טיעון) אך בעבירה של התנהגות שאינה הולמת.<sup>3</sup>

מצ"ב העתק מכתב האישום בעניינו של רב"ט יפתח אדלן (ביד"צ דרום 178/02), ומכתב האישום בעניינו של רס"ן משה דנגור (ביד"צ מטכ"ל 47/06) (שבוטל לאחר מכון), מצורפים ומסומנים כנספח ע/31.

#### ז. התייחסות למשפט הבינלאומי

43. בכתב העתירה הראנו מדוע מעשיהם של המג"ד והחייל בעניינו עלולים להיחשב בגדר הפרות חמורות של אמנת ג'נבה הרביעית ושל הפרוטוקול הראשון, וליפול בגדר פשע מלחמה. כן הפנינו להוראותיו של המשפט הבינלאומי, המטילות על המדינות חובה פוזיטיבית לפעול באופן אקטיבי לאכיפת הפרות של דיני הלחימה.

44. הפצ"ר פטר זאת כלאחר יד, באומרו כי העותרים מנסים "להלך אימים" (סעיף 119 לתצהיר התשובה).

45. אין זו רק דעת העותרים, כי תמו הזמנים, בהם אירועים כגון אלה נדונו והוכרעו במערכת המשפט הפנים-מדינתית בלבד, וכי יש לתת תשומת לב נכבדה אף לדינים ולסטנדרטים, שנקבעו במשפט הבינלאומי. נראה, כי אף הנשיאה ביניש סבורה כך :

"חשוב להדגיש, וזה אולי עיקר המסר שאני מבקשת להעביר במעמד זה, כי אמות המידה כלפי העתירות המובאות בפנינו כיום בכל הנוגע לנושא השטחים ולאכיפת החוק שם, שונות בבסיסן מאמות המידה שהפעילה פסיקתנו בעבר. הליך הביקורת השיפוטית אינו מבוסס עוד על העקרונות שהנחו את בית המשפט בשנות ה-70 וה-80. עתה מתבקש שינוי קונספציה הן מהייעוץ המשפטי האזרחי והן מהייעוץ הצבאי. כמה סיבות הביאו להתפתחות הפסיקתית של התקופה האחרונה. ראשית, בעשור האחרון קיבלו זכויות היסוד של האדם במשפט הפנימי שלנו מעמד חוקתי ומעמד זה העמיד באור אחר את הביקורת השיפוטית על הפגיעה בזכויות האדם. שנית, וזה העיקר, השתנתה נקודת האיזון באשר לתחולת המשפט הבינלאומי. כיום, גורסת פסיקתנו, כי המשפט הבינלאומי הינו חלק מהדין המחייב בישראל.

...

**זאת ועוד, ההתפתחויות העצומות שהיו בעשור האחרון בזירה הבינלאומית באשר למודעות להפרת זכויות אדם - קביעת נורמות בינלאומיות להדברתן של תופעות הפרה במישור הבינלאומי, הפעלת**

<sup>3</sup> ארגון 'יש דין' קיבל מהתביעה הצבאית את כל כתבי האישום, שהוגשו נגד חיילים בגין פגיעה בתושבים פלסטינים בשטחים מאז פרוץ האינתיפאדה השנייה. העותרים יציינו, כי על אף בקשתם שהוגשה במסגרת בקשה לפרטים נוספים, לא מסרו המשיבים העתק מכתבי האישום שהוגשו על-ידם בעבירה זו כעבירה יחידה.

**סמכויות שיפוט בינלאומיות, הקמת טריבונאלים בינלאומיים בעקבות פשעי מלחמה - כל אלה שינו את ההשקפה ביחס למעמדו ולתחולתו של הדין הבינלאומי ושינו את האווירה המשפטית בעולם, ואף בשיטתנו.**

**... חשוב להנחות את היחידות הפועלות בשטחים על פי אמות המידה של המשפט הבינלאומי ויש להשקיע מאמץ רב בעניין זה..."**

דורית ביניש "שלטון החוק בתקופת לחימה" משפט וצבא 17 (התשס"ד) 19, 29-30 (ההדגשות הוספו)

46. העמדה לדין בעבירה ללא רישום פלילי, ומשכך ללא אשמה של ממש, כשהקצין ממשיך לנהל קריירה צבאית בשורות צה"ל (וכשהיעדר הרישום הפלילי יסייע לו בכך רבות), איננה יכולה להיחשב כ"פעולה אקטיבית", התואמת את אופיים החמור של המעשים – לא על פי המשפט הפנימי ולא על פי המשפט הבינלאומי.

#### **ח. פגיעה באינטרס הציבורי**

47. בפסיקה עניפה הבהירו בתי המשפט, כי שמירה על שלומם של תושבים מוגנים בשטחים היא מערכי היסוד של שלטון החוק והאינטרס הציבורי. ובהקשר זה בדיוק נפסק:

"...עדיין חובה היא להוקיע פקודה מהסוג הנדון בעתירה זו, שהפצ"ר סבר כי היא בלתי חוקית בעליל, ולהעמיד לדין את האחראים לכך על-פי העבירה המהותית המיוחסת להם."

בג"צ 425/89 צופאן נ' הפרקליט הצבאי הראשי, פ"ד מג(4) 718, 735 (דברי השופט בייסקי)

48. אף בית הדין הצבאי הבהיר, כי אין להסתפק בתגובה פלילית רפה:

"גם בתי הדין הצבאיים חייבים לתרום חלקם ולעשות הכל כדי להוקיע, לא רק בפה מלא, כי אם גם במעשים אפקטיביים, גם במישורים החינוכיים, הפיקודיים, ההרתעתיים, המניעתיים והענישתיים – כל מעשה חמור ומכוער של התנהגות חריגה של חייל כלפי תושב מקומי בשטחים שבשליטת צה"ל, הן כלפי כבודם ורכושם, והן ומקל וחומר, כלפי שלמות גופם וקדושת חייהם.

המסר צריך להיות ברור וחד משמעי והוא צריך להגיע עד אחרון החיילים והמפקדים. על מעשים שכאלה, ואף על מעשים חריגים הקלים מהם, אין לעבור לסדר היום, אין להקל בהם ראש ואין להסתפק בתגובה רפה, כי אם יש לשקול למצות את חומר הדין עם הנכשלים בהם..."

ע"מ/29/03 סמל זמיר נ' התצ"ר, כפי שצוטט בע"מ/28/04

49. בענייננו, לעומת זאת, נסוג שלטון החוק מפני הרצון להתחשב בקצין בכיר. תחת שתגובתו של הפצ"ר לאירוע תשרת את המטרה של השלטת המשפט בצבא ותקדם אותה, מביאה היא לתוצאה ההפוכה. החלטתו של הפצ"ר יוצרת אם כן עיוות מהותי ופוגעת פגיעה קשה באינטרס הציבורי.

**ט. התערבות בג"צ בהחלטת הפצ"ר**

50. ההלכות לגבי היקף התערבותו של בג"צ בשיקול הדעת של ראש התביעה בפעולותיו במסגרת ההליך הפלילי מבוססות וידועות, וזכו אך לאחרונה לניתוח מקיף בפרשת קצב. על-פי הלכות אלה, מקרים, בהם מדובר בבחינת שיקול דעת, העוסק בהערכה ובשקלול של ערכים נורמטיביים רלבנטיים, ולא בהערכה של דיות הראיות, הינם מקרים המתאימים יותר לביקורת שיפוטית. זהו המקרה שלפנינו, המציב בפני בית המשפט שאלת יסוד ערכית-נורמטיבית מזוככת. במקרה כזה התערבות בית המשפט איננה אך מוצדקת אלא אף חיונית.

**סיכום**

51. "פגיעה באדם כבול וחסר ישע היא מעשה מביש ואכזרי, והיא מחייבת תגובה, ההולמת את חומרת המעשה." (דברי הנשיא שמגר בבג"צ 253/88 סג'דיה נ' שר הביטחון, פ"ד מב(3) 801, 823 (1988)).

"למען לא יהיו מילים אלה פלסטר, מן הדין ומן הצדק לקבל את העתירה ולעשות את הצו על-תנאי להחלטי."

אלא היו דברי הסיכום בעיקרי הטיעון, שהגישו העותרים בבג"צ צופאן. דברים אלה יפים ונכוחים אף לענייננו אנו.

25 בספטמבר, 2008

---

דן יקיר, עו"ד

---

לימור יהודה, עו"ד

ב"כ העותרים