

בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

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 תאופיק טיבי 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': 02 - 6521218 ; פקס': 02 - 6521219

- נ ג ד -

המשיבים:

1. תא"ל אביחי מנדלבלויט, 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': 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

עתירה למתן צו על תנאי וצו ביניים

מוגשת בזה עתירה למתן צו על תנאי המורה למשיבים מס' 1 ו-2 לבוא וליתן טעם:

מדוע לא יתקנו את כתב האישום, שהוגש נגד המשיבים מס' 3 ו-4 לבית הדין הצבאי המיוחד (תיק מח/08/5), כך שסעיפי האישום ישקפו את העבירות הפליליות, שבוצעו לכאורה על-ידי המשיבים 3-4, בשל אירוע בו ירה המשיב 4, מטווח קצר ביותר, בעותר 1, כשהיה במשמורת, כפות ומכוסה עיניים, בעוד המשיב 3 אוחז בו.

מבוא ובקשה לצו ביניים

"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); צוטט בהסכמה בבג"צ
425/89 צופאן נ' הפרקליט הצבאי הראשי, פ"ד מג(4) 718
(1989)

ביום 7.7.2008 המשיב 3, מג"ד בחיל השריון (להלן – המג"ד), אחז בעותר 1, אשרף אבו רחמה, תושב בילעין, שהיה באותה עת במשמורת חיילי צה"ל, כפות באזיקים ועיניו מכוסות בבד. לפי כתב האישום, שהוגש נגד המג"ד ונגד המשיב 4, חייל תחת פיקודו (להלן – החייל), אלה היו חילופי הדברים בין המג"ד לחייל באותן דקות:

המג"ד: "מה אתה אומר, נלך לצד ונירה בו גומי?"

החייל: "אין לי בעיה לירות בו גומי";

המג"ד: "תדרך כדור"

החייל: "יש לי כבר כדור בקנה".

במהלך חילופי הדברים ולאחריהם אחז המג"ד בעותר בזרועו. המג"ד נראה כשהוא דוחף במעט את העותר לכיוון החייל, המכוון את נשקו הטעון לכיוונו של העותר. בשלב זה ירה החייל בעותר קליע פלדה מצופה גומי מטווח קצר ביותר של כ-2 מ'. על פי כתב האישום, המג"ד התכוון בדברים אלה להפחיד את העצור, בכך שיגרום לו לחשוב, כי עתיד להתבצע לעברו ירי. החייל לעומת זאת הבין, כי קיבל מהמג"ד פקודה לירות.

האירוע התרחש ביום 7.7.2008 ובמשך כשבועיים לא זכה לחקירה ממשית, ויתכן שלעולם לא היה זוכה לה, אילולא תועד במצלמת וידאו ופורסם בתקשורת. ביום 20.7.2008, עם קבלת צילום האירוע, הורה המשיב 1, הפרקליט הצבאי הראשי (להלן – הפצ"ר) על פתיחתה של חקירת מצ"ח.

על אף חומרת המעשים, החליט הפצ"ר להגיש כתב אישום בעניינם של המג"ד והחייל באשמה של "התנהגות בלתי הולמת". עניינה של עבירה זו בהתנהגות, המהווה חריגה מחובות אתיות מיוחדות, המוטלות על מפקדים וחיילים ותיקים. לא בכדי, הרשעה בה אינה גוררת אחריה רישום פלילי. אין היא הולמת מקרים נפשעים, כמקרה דנן, בהם הופרה חובת ההגנה על חייהם, בריאותם וכבודם של המצויים במשמורתם של חיילי צה"ל.

אין בעבירה שנבחרה זכר לעבירות הפליליות החמורות, העולות מחומר הראיות. דבר זה בא לידי ביטוי גם בפער שנפער בין תיאור המקרה המזעזע, המובא בכתב האישום, לבין סעיף האישום שנבחר, פער החורג באופן קיצוני ממדיניות של רשות תביעה סבירה.

אף אם נניח, כי הפקודות שנתן המג"ד נועדו "אך" לשם הטלת אימה ופחד בליבו של עצור כפות וחסר ישע, באמצעות איום, כי יבוצע בו ירי מ"מטווח אפס" (ואף לא עשה דבר כדי למנוע ביצועו של הירי), הרי שמדובר במעשים, המהווים עבירות חמורות בהרבה מזו שנבחרה על-ידי הפצ"ר.

בחירה בעבירה קלה זו מלמדת על תגובה רפה של מערכת הפרקליטות הצבאית נוכח חומרת ההפרה בה מדובר. היא מעבירה לקצינים ולחיילים אחרים מסר חמור ביותר של זילות בחיי אדם, ומכשירה את הקרקע למקרים הבאים.

מדובר לפיכך בהחלטה, הלוקה באופן מובהק בחוסר סבירות קיצוני.

חוסר הסבירות שדבק בהחלטה בוטה במיוחד נוכח זאת שמדובר במפקד בכיר בצה"ל – סא"ל ומפקד גדוד – שאמור לשמש מודל חיקוי לחיילים רבים. אף ההליך הפיקודי שננקט בעניינו של המג"ד מבהיר, את היחס הסלחני מצד דרגות הפיקוד הבכירות בצבא למעשהו. על-פי דבריו של הרמטכ"ל, אין הוא רואה מניעה, כי המג"ד ימשיך לשרת בתפקידים בכירים, ובהמשך אף ישוב לתפקידי פיקוד בצה"ל. והנה, כבר ביום 12.8.2008 מונה המג"ד לתפקיד ראש ענף שריון במרכז לאימוני יבשה בצאלים.

קשה להשתחרר מן התחושה, כי עניינו בליקוי מאורות מערכתי, אשר פשה לא רק בקרב קציני צה"ל אלא אף בקרב מי שאחראים להשלטת המשפט בצבא.

חוסר הסבירות הקיצוני שבהחלטה מתחדד נוכח חשדות להתרחשותם של מקרי התעללות נוספים במהלכם של אותם ימים, בהם פיקד המג"ד על המרחב של הכפר נייעלין. באחד מהמקרים אף הועלו טענות בדבר מעורבותו האישית של המג"ד בהתעללות בעצור אחר.

כתב האישום הוגש לבית הדין הצבאי המיוחד ביום 7.8.2008 על-ידי המשיב 2, התובע הצבאי הראשי (להלן – התצ"ר). העותרים פנו לפצ"ר כבר בבוקר יום 7.8.2008 בבקשה לעכב את פתיחת ההליכים בתיק. בעקבות קבלת תשובת הפצ"ר, בה עמד הוא על החלטתו, שבו העותרים ופנו ביום 11.8.2008 בבקשה חוזרת לתיקון כתב האישום ולעיכוב ההליכים. בתשובת הפצ"ר מיום 12.8.2008 נמסר, כי לא מצא לשנות מהחלטותיו, וכי ההליכים בבית הדין בעניינם של המג"ד והחייל ימשיכו כסדרם.

מכאן, שהליך ההקראה עשוי להתקיים בכל יום, וקיימת אפשרות ממשית, שבהיעדר הוראה לעיכוב ההליכים, ההליך הפלילי כולו יסתיים בתוך ימים.

בנסיבות אלה, ועל מנת למנוע מצב של מעשה עשוי ופגיעה בזכויות הדיוניות של המג"ד והחייל, מתבקש בית המשפט הנכבד ליתן צו ביניים, המורה לבית הדין המיוחד שלא לקיים את הקראת כתב האישום בתיק מח/5/08 עד למתן פסק דין בעתירה זו. לחלופין מתבקש הוא להורות לפצ"ר ולתצ"ר לבקש זאת מבית הדין.

תוכן עניינים

5	הרקע העובדתי
5	א. רקע
5	ב. האירוע
6	ג. צילום האירוע ופרסומו
6	ד. חקירת האירוע וממצאיה
7	ה. חשדות למקרי התעללות נוספים תחת פיקודו של המג"ד באותה התקופה
10	ו. ספקות באשר לגרסה העובדתית שאימצו המשיבים
11	ז. "התנהגות בלתי הולמת" – החלטת הפצ"ר ונימוקה
12	ח. ההליך הפיקודי שהתקיים בעניינם של המג"ד והחייל היורה
13	ט. פניות העותרים לפצ"ר
15	הטיעון המשפטי
15	כללי
16	פליליות המעשים וחומרם על פי הפסיקה
20	התנהגות שאינה הולמת
21	חומרת המעשים על פי המשפט הבינלאומי
24	חובותיה של התביעה בניסוח כתב האישום
25	תפקידו וחובותיו של הפרקליט הצבאי הראשי
25	החלטת הפצ"ר נגועה בחוסר סבירות קיצוני
29	סתירה ברורה לאינטרס הציבורי
30	ביקורת שיפוטית – התערבות בג"צ בשיקול הדעת
31	סיכום

הרקע העובדתי

א. רקע

1. בתחילת חודש מאי החלו עבודות לבניית גדר ההפרדה על אדמות הכפר נייעלין.
2. תוואי הגדר, לאורכו מתבצעות העבודות, עובר בתוך אדמות הכפר, ומביא להרס רב של אדמות חקלאיות, ובהן עצי זית. העבודות פוגעות ברבים מתושבי הכפר, בעליהן של אדמות אלה, המוציאים מהן פרנסתם.
3. (לרקע על המאבק המשפטי נגד תוואי גדר ההפרדה העובר בתוך אדמות הכפר ראו: בג"צ 2577/04 חואגה נ' ראש הממשלה (2007). על אף שתוואי הגדר שונה במהלך ההליכים, ובעקבות פסק-הדין, הרי שמרבית טענותיהם של העותרים באשר לתוואי הגדר נדחו. התוצאה היא, שאף התוואי הנוכחי גורר פגיעה אנושה באדמות הכפר ותושביו).
4. סמוך לאחר תחילת העבודות לבניית הגדר, בתחילת חודש מאי, החלו להתקיים בכפר הפגנות עממיות במחאה נגד בניית גדר ההפרדה על אדמותיו.
5. מאז יום שישי, 4.7.2008 הטיל צה"ל כתר על הכפר נייעלין.
6. ביום ראשון, 6.7.2008 לפנות בוקר הטיל צה"ל עוצר על הכפר.

ב. האירוע

7. העותר 1 (להלן – העותר) הוא תושב הכפר בילעין. ביום 7.7.2008 בשעות הצהריים הגיע העותר לכפר נייעלין כדי להשתתף בהפגנה משותפת של פלסטינים, ישראלים ואזרחים ממדינות נוספות, במחאה נגד בניית גדר ההפרדה על אדמות הכפר, ונגד העוצר והסגר שהוטלו על הכפר.
8. בסביבות השעה 12:00, בזמן הפוגה בהפגנה, שני שוטרי משמר הגבול (להלן – מג"ב) תפסו את העותר, ותוך שהם מכים אותו הכניסו אותו לגיף בו נסעו. בזמן הנסיעה, כשהיה על רצפת הגיף, שוטרי מג"ב קיללו אותו והיכו בראשו. כשהגיעו לכניסה לכפר נייעלין, בה התאספו חיילים ושוטרי מג"ב, הוצא העותר מהגיף והובל לשבת על הקרקע. שוטרי מג"ב כבלו את ידיו של העותר לאחור באזיקוני פלסטיק, וכיסו את עיניו בבד.
9. לאחר כשעתיים, בהן הושאר להמתין בשמש, ניגש המג"ד לעותר שישב על הכביש. המג"ד אחז בו והוביל אותו, כשהוא כבול ומכוסה עיניים, מרחק של מספר מטרים, והעמיד אותו בסמוך לגיף צבאי שעמד בסמוך.
10. בשלב זה, כשהמג"ד אחז בזרועו, ירה לעברו החייל כדור פלדה מצופה גומי. הירי בוצע מטווח קצר ביותר של כ-2 מ'.

10. העותר הרגיש לפתע שמשוהו פגע בו בבוהן רגל שמאל. הוא הרגיש שמשוהו מתפוצץ ושורף לו את הרגל, וחש כאבים עזים. הוא נפל על הקרקע. כאשר נפל, צעק בערבית: "אני עצור, אני שבוי, למה אתם עושים לי את זה?". אבל אף אחד לא ענה.
11. רק בחלוף דקות הוסר הכיסוי מעיניו של העותר. זמן מה לאחר מכן נבדק על-ידי צוות רפואי.
12. כחצי שעה לאחר שנפצע הורו חיילים לעותר להסתלק מהמקום.
13. במהלך שבועיים לאחר האירוע סבל העותר מכאבים בעקבות הפציעה.

ג. צילום האירוע ופרסומו

14. האירוע צולם על-ידי סלאם ג'מאל חוסיין עמירה, נערה בת שבע-עשרה תושבת הכפר נייעלין, שצפתה באירועים וצילמה אותם מחלון ביתה.
- תצהירה של סלאם עמירה, שצילמה את האירוע מצורף ומסומן **כנספח ע/1**.
15. בצילום נראה העותר כשהוא כבול, מכוסה עיניים ויושב בשמש על הכביש. בשלב כלשהו המג"ד אוחז בזרועו של העותר ומוליכו לכיוון ג'יפ צבאי (מג"ב) שנמצא במקום, כשחייל מכוון לעברו של העותר נשק. במשך זמן זה המג"ד ממשיך לאחוז בזרועו של העותר, ואף דוחף אותו קמעה לכיוונו של החייל המכוון. החייל נראה סוחט את ההדק, ומבצע ירי לעבר חלק גופו התחתון של העותר, אשר מתמוטט במקום. במהלך כל האירוע נראה העותר כשהינו כבול בידי ועיניו קשורות ומכוסות בבד.
- העתק של צילום האירוע מצורף לעתירה זו ומסומן **כנספח ע/2**.

ד. חקירת האירוע וממצאיה

16. ביום 20.7.2008, כשבועיים לאחר התרחשות מקרה הירי ועם קבלתו של צילום האירוע, הורה הפצ"ר על פתיחתה של חקירת מצ"ח.
17. בתשובת הפצ"ר מיום 7.8.2008 הובאה תמצית ממצאי החקירה באשר להשתלשלות אירוע הירי:

"...

- ב. ביום 7.7.2008 התקיימה הפרת סדר אלימה בשני מוקדים בכפר נעלין. במהלך ההפגנה, יודו אבנים לעבר כוחות הביטחון שפעלו לפיזור הפרת הסדר, בכלל זה לעבר מפקד הגדוד, סא"ל בורברג, וחייליו. כוח בראשותו של מפקד הגדוד עיכב חלק מן המפגינים, בכלל זה את מר אשרף אבו רחמה, אשר זוהה כמי שהשתתף בעבר בהפרות סדר אלימות בגזרה.
- ג. ידיו של מר אבו רחמה נכבלו ב-"אזיקון" פלסטיק, עיניו כוסו בבד, והוא הובא יחד עם פלסטינים אחרים שעוכבו על-ידי הכוח, לצומת הכניסה לכפר נעלין. הפלסטינים הופרדו זה מזה, על מנת שלא ישוחחו ביניהם. שעה שמר אבו רחמה ישב על הקרקע, פנה אליו המג"ד, אשר הכיר

את מר אבו רחמה מהפגנות והפרות סדר רבות בהן השתתף האחרון בעבר, ואמר לו: "נו, עכשיו אתה תפסיק להפגין נגד כוחות צה"ל?", או מילים בעלות משמעות דומה. מר אבו רחמה השיב למג"ד בערבית, תשובה ממנה השתמע, כי אינו מבין עברית.

ד. לאחר חילופי הדברים הללו בין מר אבו רחמה למג"ד, אמר המג"ד לסמ"ר ל', **פקודו הישיר, אשר עמד בסמוך: "מה אתה אומר, נלך לצד ונירה בו גומי?!",** או מילים בעלות משמעות דומה. **בתגובה לשאלתו של המג"ד, השיב החייל "אין לי בעיה לירות בו גומי",** או מילים בעלות משמעות דומה. המג"ד לא התכוון, כי יבוצע ירי לעבר מר אבו רחמה, אלא ביקש להפחידו, על-ידי כך שדבריהם ומעשיהם של המג"ד והחייל יגרמו למר אבו רחמה לחשוב, כי עתיד להתבצע לעברו ירי של כדור גומי.

ה. או אז, הרים המג"ד את מר אבו רחמה מן המקום בו היה ישוב, והוליכו לכיוון גייפ צבאי שעמד בקרבת מקום. **כשחלפו השניים על פני החייל, אמר המג"ד לחייל "תדרך כדור",** או מילים בעלות משמעות דומה. החייל השיב "יש לי כבר כדור בקנה" או מילים בעלות משמעות דומה.

ו. בעקבות חילופי הדברים האמורים, הלך החייל אחר המג"ד ומר אבו רחמה, ונעמד לצד הגייפ, אשר בסמוך לו עמדו השניים. בעוד המג"ד החזיק את מר אבו רחמה בזרועו ושוחח עם שוטר מג"ב שעמד בסמוך, כיוון החייל את נשקו האישי לעבר נעלו של מר אבו רחמה, וירה כדור גומי לעבר הנעל מטווח קצר.

ז. מייד לאחר הירי, המג"ד דחף את החייל, צעק עליו וגער בו על ביצוע הירי באדם כבול. תגובתו של המג"ד מחזקת מאוד את ההערכה, עליה עמדתי לעיל, כי לא הייתה לו כוונה, כי יבוצע ירי לעבר מר אבו רחמה. החייל השיב למג"ד, כי הבין שקיבל ממנו פקודה לעשות כן.

ח. בעקבות האמור נגרמה חבלה שטחית בבוהן השמאלית של מר אבו רחמה. הוא נבדק במקום על-ידי רופא צבאי ולא נזקק לטיפול רפואי נוסף. עולה מן הראיות, כי אף הוצע למר אבו רחמה להתפנות לבית חולים, אך הוא ביכר לשוב לביתו בכוחות עצמו."

(ההדגשות שלנו)

ראו להלן נספח ע/16.

18. תיאור עובדתי דומה מצוי בכתב האישום שהוגש ביום 7.8.2008 לבית הדין הצבאי המיוחד נגד המג"ד והחייל הירורה.

העתק מכתב האישום שהוגש כפי שפורסם באתר YNET מצורף ומסומן **כנספח ע/3**.

ה. **חשדות למקרי התעללות נוספים תחת פיקודו של המג"ד באותה התקופה**

19. המג"ד שימש כמפקדו של גדוד השריון אשר פעל בגזרת הכפר נייעלין בחודשים האחרונים (ראו סעיף 3.א. למכתבו של הפצ"ר מיום 7.8.2008, נספח ע/16).

20. במהלך התקופה האחרונה הצטברו בידי העותרים עדויות ותלונות רבות נוספות, המעלות חשדות חמורים בדבר התרחשותם של מקרי התעללות נוספים במהלכם של אותם ימים,

בהם המג"ד פיקד על המרחב. באחד מהמקרים הועלו טענות למעורבותו הישירה של המג"ד בהתעללות בעצור אחר:

20.1. ביום 29.5.2008 בשעה 7:45 הגיע מר סאמי כאדם עבד אלפתאח נאפע, ילד בן 10, לבית ספרו בכפר נייעלין. באותו בוקר ניצבו שני גייפים צבאיים בשער הכניסה לבית הספר. מסיבה לא ברורה, סמוך לשעה 9:30 ובעת ששיחק עם חבריו בחצר בית הספר, נורתה ירייה מכיוון הגייפים, אשר פגעה במותנו של נאפע. נאפע הועבר למרפאה בכפר לקבלת טיפול רפואי. סמוך לשעה 12:30 הגיע נאפע עם אביו אל מחסום נייעלין בכוונה לעבור דרכו ולהמשיך לבית חולים לצורך קבלת טיפול מקצועי יותר. החיילים במחסום סירבו לאפשר את המעבר והינחו את האב לפנות לבית אל ולהגיש שם תלונה.

תלונה טלפונית בגין אירוע זה הוגשה על-ידי ארגון יש דין ביום 2.6.2008 למצ"ח ירושלים ומטופלת במסגרת הודעה 508/08.

20.2. ביום 29.5.08 בסביבות השעה 11:00 הגיע מר כאדם עבד אלפתאח מוחמד נאפע למרכז נייעלין והחנה את רכבו על יד האיטליז. באזור שהו אותה עת כעשרה רכבים של כוחות הביטחון (מג"ב וצבא). נהג הגייפ של מג"ב קרא לבעלי הרכבים שחנו באזור להזיז את רכביהם מהמקום. חלקם ניגשו לרכבים על מנת להזיזם, אולם עוד לפני שהספיקו לעשות כן, זרק השוטר רימון הלם מתחת לאחד הרכבים. בשלב זה ביקש נאפע להזיז את רכבו אך שוב, עוד לפני שהספיק לעשות כן, ירה אותו שוטר כדור פלדה מצופה גומי לעבר שמשות הרכב הקדמית של נאפע וזו נופצה. תלונה בגין אירוע זה הוגשה על-ידי ארגון יש דין ביום 3.7.2008 למח"ש מצורפת ומסומנת **כנספח ע/4**.

כעבור עשרה ימים, ביום 13.7.08, התקבלה תשובת מח"ש, לפיה "לאחר בחינת התלונה ועיון במכלול החומר הנוגע לאירוע שנאסף, ולאחר ששקלו בכובד ראש, הגיעו למסקנה שלא יהיה זה נכון לפתוח בחקירה פלילית במקרה זה, מהטעמים הנוגעים לבחינת העניין הציבורי הכולל בחקירת התיק". ביום 12.8.08 הגיש ארגון יש דין ערר על החלטה זו.

הערר בגין סגירת התיק שהוגש על-ידי ארגון יש דין ביום 12.8.2008 מצורף ומסומן **כנספח ע/5**.

20.3. ביום 6.7.2008 בסביבות השעה 11:00 נעצר מר מהיוב סרור, תושב נייעלין, על-ידי שוטרי מג"ב והובל לכניסה לכפר. בעת שהיה עצור, כפות ומכוסה עיניים, התנפלו עליו חיילים ושוטרי מג"ב בבעיטות. הכאתו נמשכה מעת לעת לאורך שעות. זעקות הכאב וקריאותיו לעזרה לא הביאו להפסקת המכות וההתעללות הקשה. הוא שוחרר בשעה 17:00 לערך.

תלונה בגין אירוע זה הוגשה על-ידי ארגון בצלם ביום 5.8.2008 הן לפרקליטה לעניינים מבצעיים והן למח"ש. העתק מהתלונה מצורף ומסומן **כנספח ע/6**.

20.4. ביום 6.7.08 בסביבות השעה 11:00 בעת שהכפר נייעלין היה תחת עוצר ומר כאדם עבד אלפתאח מוחמד נאפע שהה בביתו יחד עם בני משפחתו, נשמע ירי מוחץ לבית.

- מיד לאחר מכן הושלכו שני רימוני גז מדמיע לתוך הבית. כתוצאה מזריקת הרימונים נשברו שני חלונות בבית. כתוצאה מהירי נופצה שמשות רכבו של נאפע. תלונה טלפונית בגין אירוע זה הוגשה על-ידי ארגון יש דין ביום 17.7.08 למצ"ח ירושלים ומטופלת במסגרת הודעה 6050/08.
- 20.5. ביום 7.7.08 בסביבות השעה 13:00 בעת שמר הלאל עבד אלקאדר מוצטפא נאפע שהה בביתו הוא הבחין בקבוצת חיילים, שצועדת ברחוב סמוך לביתו בכפר נייעלין. החיילים עברו על יד מכוניתו שחנתה ברחוב. אחד החיילים השליך רימון הלם לתוך הרכב. החייל המתין עד שהרכב החל לבעור ואז המשיך בדרכו. תלונה טלפונית בגין אירוע זה הוגשה על-ידי ארגון יש דין ביום 18.7.2008 למצ"ח ירושלים ומטופלת במסגרת הודעה 6048/08.
- 20.6. ביום 13.7.2008 נעצר מר צלאח אל-ח'וואגיא במהלך הפגנה בכפר נייעלין. לדבריו, בזמן שהיה עצור במחנה מכבים בעט סא"ל בורברג יחד עם חיילים נוספים בו ודרך לו על הידיים. החיילים האחרים היכו את מר אל-ח'וואגיא עד שהתעלף. תלונה בגין אירוע זה הוגשה על-ידי ארגון בצלם ביום 28.7.2008 הן לפרקליטה לעניינים מבצעיים והן למצ"ח. העתק מהתלונה מצורף ומסומן כנספח ע/7.
- 20.7. ביום 15.7.2008 נורה מר מוחמד עמירה, תושב הכפר שהשתתף בתהלוכה, מירי של כדורי פלדה מצופי גומי, על-ידי קבוצת חיילים, עליה נמנה קצין בדרגת רס"ן, בשם מיקי. אחד הכדורים חדר לזרועו השמאלית, עת הרים את ידיו למעלה. תלונה בגין אירוע זה הוגשה ביום 11.8.2008 על-ידי ארגון בצלם לפרקליטה לעניינים מבצעיים. העתק מהתלונה מצורף ומסומן כנספח ע/8.
- 20.8. ביום 29.7.08 אחר הצהרים נורה ונהרג אחמד חיסם יוסף מוסא, ילד בן 11, במהלך הפגנה בכפר נייעלין. מוסא נורה מאש חיה. תלונות בגין אירוע זה הוגשו על-ידי הארגונים יש דין ובצלם למח"ש. העתק מהתלונה שהוגשה על-ידי בצלם ביום 6.8.2008 מצורף ומסומן כנספח ע/9.
- 20.9. ביום 30.7.08 נורה יוסף עמירה, בן 17, בידי שוטר מג"ב בשעה שהיה בפתח ביתו. מספר ימים לאחר מכן נפטר מפצעיו. תלונה בגין אירוע זה הוגשה ביום 6.8.2008 על ידי ארגון בצלם למח"ש. העתק מהתלונה מצורף ומסומן כנספח ע/10.
21. דברים אלה מלמדים לכאורה, כי תחת פיקודו של המג"ד התפתחה אווירה כללית, שהתירה והכשירה ביצועם של מעשי עוול והתעללות בעצורים ובאוכלוסיה אזרחית. מחובתו של הפצ"ר להורות לחקור האם המג"ד ידע על מעשים אלה (ולגבי האירוע שבסעיף 20.6 לעיל לחקור את השתתפותו האישית בו), ועל כל פנים נוכח אחריותו הפיקודית מחובתו היה לדעת עליהם ולמנוע את התרחשותם.
22. אווירה זו אף עשויה להסביר את תגובתו של החייל, פקודו הישיר של המג"ד, אשר שירת באותה עת כטען המג"ד, לפקודה הבלתי חוקית בעליל שקיבל ממפקדו, אותה ביצע ללא כל הרהור או ספק.
23. מלבד התלונות, שהוגשו במקרים אלה לגופי החקירה השונים, שורת האירועים הנ"ל אף פורטה בפנייתם השנייה של העותרים לפצ"ר מיום 11.8.2008.

1. **ספקות באשר לגרסה העובדתית שאימצו המשיבים**

24. למען שלמות התמונה יציינו העותרים, כי בליבם ספקות כבדים לגבי אמיתותה של גירסת המג"ד, אשר אומצה על-ידי הפצ"ר והתצ"ר, לפיה לא התכוון כי יבוצע ירי לעבר העותר. הספקות מתעוררים לנוכח מספר נסיבות, הגלויות מהעובדות הידועות, לרבות צילום הוידאו של האירוע.

25. זכור העותר היה כפות ועיניו היו מכוסות. כפי שמצויין בתחילת כתב האישום, לאחר שהעותר עוכב בעקבות השתתפות בהפגנה בכפר נייעלין, המג"ד שאל אותו בעברית אם עתה יפסיק להשתתף בהפגנות, ומתשובתו של העותר בערבית השתמע, שאין הוא מבין עברית. למרות זאת בהמשך כתב האישום נאמר, כי המג"ד סבר שהעותר מבין עברית, וזאת על סמך היכרות קודמת עם העותר. לא ברור כלל איזו מין היכרות קודמת הייתה בין המג"ד לעותר שגרמה לו לחשוב, שהעותר דובר עברית. כך, משהבנתו של העותר את השפה העברית הינה מוגבלת ביותר, אף בנסיבות רגילות. ובמיוחד כך, נוכח נסיבותיו החריגות עד מאוד של האירוע: היותו של העותר כפות ומכוסה עיניים. בנוסף, כיצד סבר המג"ד, כי כיוונו של רובה טעון לעברו של העותר ישרת את מטרת ההפחדה, בעת שהעותר כלל איננו מסוגל לראות את הרובה המכוון אליו בשל כך שעניו מכוסות?

26. ועוד: צפייה חוזרת ונשנית בסרטון שתיעד את האירוע מעלה את ההתרחסות הבאה – המג"ד לא נראה בו לופת את העותר, אלא כמפנה באמצעות דחיפת זרועו של העותר את העותר כך שגופו יעמוד בזוית לכיוון החייל, בעוד שהמג"ד מרחיק את גופו מקירבה רבה מדי לעותר כמרחיק עצמו מטווח הירי. בשלב מסויים חולף מבטו של המג"ד לעבר החייל, שעומד מול העותר כשהוא מכוון לעברו את רובהו הטעון והדרוך, אך המג"ד לא מגיב לכך, אלא מסיט את מבטו ימינה. דרך התנהגותו זו של המג"ד אינה מתיישבת עם גירסתו. לעומת גרסת המג"ד, החייל היורה מסר בחקירתו, כי המג"ד אמר לו שלוש פעמים "תירה בו" (יובל אזולאי, שחר אילן "החייל היורה בחקירתו: המג"ד אמר לי שלוש פעמים – תירה בו" הארץ 21.7.2008). העובדה היחידה שאינה מתיישבת עם תסריט זה היא עדותה של הנערה, שצילמה את הסרטון, לפיה לאחר הירי נראה היה שהמג"ד מתפרץ לעבר החייל בתנועות או דברי הסתייגות מהמעשה.

העתק מהכתבה שפורסמה בעיתון הארץ מצורף ומסומן **כנספח ע/11**.

27. אם אכן המג"ד לא התכוון, שהחייל יבצע את הירי, אין בכתב האישום או במכתבו של הפצ"ר ציון של נסיבה כלשהי, שתסביר איך החייל היה אמור לדעת זאת. בהתחשב בכך שעניו של העותר היו מכוסות, עמדו בפני המג"ד שפע אפשרויות שאינן מילוליות להבהיר את כוונתו לחייל או לפחות לנסות לעצור אותו מלכוון את נשקו כלפי העותר ולירות בו, אך הוא נמנע מלנקוט בהן.

28. הפצ"ר סירב להעביר את חומר החקירה לעותרים, ולפיכך אין בפניהם את התמונה הראייתית במלואה. ייתכן שלמרות הספקות הכבדים שנמנו לעיל, קיימים קשיים ראייתיים, שמונעים הגשת כתב אישום נגד המג"ד בשל מתן פקודה לירות בעציר מתוך כוונה שהחייל יבצעה. יחד עם זאת דומה, שהפצ"ר קיבל את גירסתו של המג"ד ללא פקפק

או הרהור. בנסיבות אלה ראוי שבית המשפט יעיין ויתרשם באופן בלתי-אמצעי מחומר הראיות שנאסף בתיק.

ז. **"התנהגות בלתי הולמת" – החלטת הפצ"ר ונימוקיה**

29. עם השלמת החקירה על-ידי מצ"ח הועברו ממצאיה לעיונו של הפצ"ר.
30. לאחר העיון בחומר הגיע הפצ"ר למסקנה, כי נסיבות האירוע מחייבות להביא את המג"ד והחייל היורה לדין בפני בית הדין הצבאי. הפצ"ר הזמין את המג"ד והחייל ובאי כוחם לשימועים בפניו.
31. בסיום השימועים נותר הפצ"ר בדעתו, כי נסיבות האירוע מחייבות העמדתם לדין בפני בית הדין הצבאי, ולא ניתן להסתפק בהעמדתם לדין משמעת.
32. ביום 6.8.2008 בשעות הערב פורסם בכלי התקשורת, כי הפצ"ר החליט להעמיד את המג"ד והחייל היורה לדין בעבירה של "התנהגות בלתי הולמת".
33. ביום 7.8.2008 בשעות הבוקר פנו העותרים לפצ"ר בבקשה דחופה, כי ההליכים שיינקטו נגד המג"ד והחייל בגין אחריותם לירי מכוון באדם עצור וכפות, ישקפו את חומרת המעשים, ויכללו העמדה לדין בגין העבירות, שלכאורה בוצעו על ידם. נוכח הפרסומים על הכוונה להגשת כתב האישום עוד באותו היום בשעות הבוקר, התבקש הוא לעכב את ההליכים לאלתר עד לסיום הבירור בפנייה.
34. זמן מה לאחר משלוח הפניה נמסר לעותרים, כי כתב האישום כבר הוגש לבית הדין הצבאי המיוחד.
35. ביום 7.8.2008 בשעות הערב, השיב הפצ"ר לעותרים (ראו נספח ע/16). בתשובה פירט הפצ"ר את הנימוקים להחלטתו.
36. בתשובתו של הפצ"ר נכתב, כי הגיע למסקנה, שחומר הראיות שנאסף והתשתית העובדתית העולה ממנו, תואמים מספר עבירות, הנתונות לסמכותו של בית הדין הצבאי. מדבריו עולה, כי הימנעותו מבחירת סעיף אישום, התואם את העבירות הפליליות שלכאורה בוצעו על-ידי המג"ד והחייל, לא נבעה מקושי בהוכחת האשמה בבית הדין או מקולתה היחסית של העבירה שבוצעה. הטעמים שהובילו להחלטתו מופיעים בסעיפים 10-13 למכתבו לעותרים מיום 7.8.2008.
37. כשיקול ראשון מציין המשיב את חומרתו הערכית, הנורמטיבית והפיקודית של האירוע. בהמשך מפורטים השיקולים לקולא, שהם כך נראה, הטעמים בגינם נבחר סעיף האישום, ואלו הם:
- 37.1. מניעיהם וכוונותיהם של המעורבים;
- 37.2. התוצאות הקלות יחסית שהיו לאירוע;
- 37.3. חומרת הצעד הפיקודי שננקט ביחס למג"ד, והשלכותיו הקשות עליו.

38. לשלמות הדברים נביא את הדברים כלשונם במכתבו של הפצ"ר לעותרים מיום 7.8.2008:

10" כבמקרים רבים, התשתית העובדתית שתוארה לעיל, תואמת במידה זו או אחרת את היסוד העובדתי של מספר עבירות הנתונות לסמכותו של בית הדין הצבאי. כבכל תיק, ברירת סעיף האישום, מן הדין שתיתן ביטוי לנסיבות העבירה, לחומרת העונש הראוי, ולמכלול ההשלכות על הנאשם של הרשעה באותה עבירה.

11. במסגרת ברירת סעיף האישום הראוי למעורבים באירוע הירי בנעלין שקלתי, מחד גיסא, את חומרתו הערכית, הנורמטיבית והפיקודית של האירוע, ומנגד, את מניעיהם וכוונותיהם של המעורבים (הגם שכוונותיו של המג"ד היו לכשעצמן פסולות ובלתי ראויות, לא הייתה למג"ד כוונה שיבוצע ירי לעבר העצור; מנגד, החייל שביצע את הירי, סבר בכנות, כי הוא מבצע פקודה של מפקדו הישיר (הגם שאין ספק בעיניי, כי מדובר בפקודה בלתי חוקית בעליל)). שקלתי גם, אם כי במידה מוגבלת, את התוצאות הקלות יחסית שהיו לאירוע (החבלה שנגרמה למר אבו רחמה הייתה שטחית וקלה).

12. כמו כן, אני סבור, כי על אף שההליך הפיקודי במקרה זה לא היה חלק מן הטיפול המשפטי בתיק, הרי שמדיניות ראויה והגונה של התביעה הצבאית, מחייבת לקחת בחשבון את מכלול תוצאותיו של האירוע גם מבחינת הנאשם, במסגרת קבלת החלטות לגבי הטיפול המשפטי באירוע. משכך, נתתי משקל בהחלטתי גם לצעד הפיקודי החריף שננקט ביחס למג"ד, ולהשלכותיו הקשות על המג"ד. סברתי, כי לא ניתן להתעלם מייחודן של הסנקציות הפיקודיות בצה"ל, שמשמעותן מבחינת הנאשם עולה לעיתים לאין שיעור, על סנקציות עונשיות הניתנות בעקבות הרשעה בבית הדין הצבאי.

13. על יסוד כל האמור, באתי לכלל מסקנה, כי ראוי להעמיד הן את המג"ד והן את החייל לדין, בפני בית הדין הצבאי, בעבירה של התנהגות שאינה הולמת, לפי סעיף 130 לחוק השיפוט הצבאי."

39. במכתב הובהר עוד, כי ההחלטה לא נתקבלה במסגרת הסדר טיעון עם מי מהנאשמים, אך כי לא ניתן לפסול את האפשרות שיושג הסדר כזה בעתיד.

ח. ההליך הפיקודי שהתקיים בעניינם של המג"ד והחייל היורה

40. במכתבו של הפצ"ר לעותרים מיום 7.8.2008 נמסרו הפרטים הבאים באשר להליך הפיקודי, שהתקיים עד אז בעניינם של המג"ד והחייל:

40.1. סמוך לאחר תחילת החקירה, המליץ הפצ"ר לגורם הפיקודי המוסמך להשעות לאלתר מתפקידם את המג"ד והחייל. בהמשך לכך, קיים מפקד פיקוד הצפון שימוע למג"ד, במהלכו נענה לבקשתו של המג"ד לצאת לחופשה בת 10 ימים. מפקד האוגדה קיים שימוע לחייל, והשעה אותו לאלתר.

40.2. ביום 6.8.2008, עם תום החופשה, קיים הרמטכ"ל הליך פיקודי בעניינו של המג"ד. במסגרת ההליך, קיבל המג"ד על עצמו אחריות לחלקו באירוע, וביקש לסיים את תפקידו כמג"ד. הרמטכ"ל הודיע למג"ד, כי הוא רואה באירוע כשל פיקודי וערכי

של המג"ד, וכי מדובר באירוע חמור ופסול. עוד הודיע הרמטכ"ל, כי החליט החלטה פיקודית מטעמו, להעביר את המג"ד מתפקידו לאלתר, נוכח נסיבות האירוע וחלקו של המג"ד בו.

- 40.3. הפצ"ר תיאר הליך זה כ"צעד פיקודי חריף", בעל השלכות קשות על המג"ד.
41. כבר בתשובת העותרים לפצ"ר מיום 12.8.2008 עמדו העותרים על מוגבלותו הרבה של ההליך הפיקודי, שננקט בעניינו של המג"ד, בין היתר נוכח אלה:
- 41.1. לא נקבע שהמג"ד יסיים את שירותו הצבאי;
- 41.2. אף לא נקבע שלא יוכל לשרת בתפקידים פיקודיים בעתיד;
- 41.3. נראה, שאין מדובר בהליך הדחה רשמי, כפי שמפורט בהוראות הפיקוד העליון 3.0226 "הדחה, השהייה והעברה מתפקיד", הליך המסתיים בכתב הדחה, המתווק בתיקו האישי של המודח.
- העתק מהוראת הפיקוד העליון 3.0226 מצורף ומסומן **כנספח ע/12**.
42. ואכן המג"ד מונה ביום 12.8.2008 לראש ענף שריון במרכז לאימוני יבשה בצאלים. זהו תפקיד הדרכה, בו יחנך הוא חיילים וקצינים (יובל אזולאי "המג"ד שהיה מעורב בירי בנעלין מונה לראש ענף שריון" הארץ 12.8.2008).
- העתק מהכתבה מאתר הארץ מצורף ומסומן **כנספח ע/13**.
43. אם לא די בכך, הרי דבריו המפורשים של הרמטכ"ל, רא"ל גבי אשכנזי, אשר שודרו ברדיו ביום 12.8.2008, מבהירים, עד כמה ההליך הפיקודי, שהתקיים בעניינו של המג"ד היה מוגבל:

"אני חושב שמה שקרה לעומרי זה אירוע מצער. עומרי מבין את זה, הוא לא התכוון לירות. אבל אנחנו בסופו של דבר צריכים להיות גם אלה שקובעים את הנורמות. אני רואה בזה כשלון פיקודי, אמרתי את זה לעומרי. **עומרי יעבור תפקיד ויעבור את התהליך שהוא צריך לעבור, ואני לא פוסל את האפשרות שבעתיד הוא יוכל לחזור לשם.** נראה לי שזאת ההחלטה הנכונה כשמסתכלים על מכלול השיקולים."

(ההדגשה שלנו)

העתק מתמליל השידור בגלי צה"ל מתוך התוכנית "מה בוער", ששודרה ביום 12.8.2008, מצורף ומסומן **כנספח ע/14**.

ט. פניות העותרים לפצ"ר

44. בעקבות פרסומים בכלי התקשורת בהם נמסר, כי הפצ"ר הורה להגיש כתב אישום בעניינם של המג"ד והחייל באשמה של "התנהגות בלתי הולמת", פנו העותרים לפצ"ר ביום 7.8.2008, בשעות הבוקר. בפניה התבקש הפצ"ר, כי ההליכים שיינקטו, ישקפו את חומרת המעשים, ויכללו העמדה לדין בגין העבירות הפליליות שלכאורה בוצעו. כן התבקש עיכוב ההליכים עד לסיום בירורה של הפניה.

העתק ממכתבם של העותרים לפצ"ר מיום 7.8.2008 מצורף ומסומן **כנספח ע/15**.

45. בו ביום, בשעות הערב, התקבלה תשובתו של הפצ"ר. בתשובה הובאו עיקרי הממצאים של חקירת המשטרה הצבאית החוקרת ביחס לאירוע, ופירוט הטיפול המשפטי בתיק. במכתב הודיע הפצ"ר, כי על יסוד מכלול השיקולים שפורטו, הגיע לכלל מסקנה, כי ראוי להעמיד את המג"ד והחייל לדין בפני בית דין צבאי, בעבירה של התנהגות שאינה הולמת, לפי סעיף 130 לחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955.

העתק תשובת הפצ"ר מיום 7.8.2008 מצורף ומסומן **כנספח ע/16**.

46. נוכח תשובה זו שבו העותרים ופנו לפצ"ר ביום 11.8.2008 ועמדו בהרחבה על הפגם החמור שבהחלטה על העמדתם של האחראים לדין בעבירה של "התנהגות בלתי הולמת" נוכח הפער הזועק בין חומרת המעשים לקולת סעיף העבירה. עוד צוין, כי חוסר הסבירות הקיצוני בהחלטה מתחדד נוכח החשדות להתרחשותם של מקרי התעללות נוספים במהלכם של אותם ימים, בהם המג"ד פיקד על המרחב. במכתב פורטו 9 אירועים נפרדים של פגיעה באזרחים והתעללות. באחד מהמקרים התלונה מייחסת מעורבות אישית למג"ד בהתעללות בעצור אחר.

העתק מפנייתם הנוספת של העותרים מיום 11.8.2008 מצורף ומסומן **כנספח ע/17**.

47. במכתב מיום 12.8.2008 השיב הפצ"ר, כי אין בידו לקבל כלל וכלל את עמדת העותרים, וכי לא מצא לשנות מהחלטותיו בתיק. עוד מסר, כי הדיון בבית הדין בעניינם של המג"ד והחייל ייקבע על-ידי בית הדין לפי יומנו ועל-פי שיקול דעתו, וכי אין לו כוונה להתערב בכך.

העתק מתשובת הפצ"ר מיום 12.8.2008 מצורף ומסומן **כנספח ע/18**.

הטיעון המשפטי

כללי

48. אירוע הירי בעצור כפות וחסר ישע מבסס לכאורה עבירה של התעללות בעצור בנסיבות מחמירות, בניגוד לסעיף 65 לחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955 (להלן – החש"צ). וזו לשון הסעיף:

(א) חייל שהיכה חייל הנמוך ממנו בדרגה או שהיכה אדם הנמצא במשמורת שהחייל מופקד עליה, או שהתעלל בהם אחרת, דינו – מאסר שלוש שנים.

(ב) ...

(ג) נעברה העבירה בנסיבות מחמירות, דין המתעלל – מאסר שבע שנים.

49. המג"ד ביצע את המעשה מכוח השררה שהופקדה בידיו, כקצין בכיר בצה"ל. במעשיו הורה לחייל תחת פיקודו לבצע ירי מטווח קרוב ביותר בעצור שהיה נתון תחת משמורתו, שידיו כפותות ועיניו מכוסות. מסקנה זו מתבקשת, אף אם נניח, כי הפקודות שנתן המג"ד נועדו "אך" לשם הטלת אימה ופחד בליבו של עצור חסר ישע, באמצעות איום, כי יבוצע בו ירי מ"טווח אפס". ויובהר, שימוש בנשק לשם הטלת אימה ופחד בליבו של עצור מהווה כשלעצמו עבירות כגון חריגה מסמכות עד כדי סיכון חיים או בריאות, שימוש בלתי חוקי בנשק, עבירות בקשר למעצר (סעיפים 72, 85, 115 לחש"צ בהתאמה), שהעונש בצידן הוא מאסר של שלוש שנים.

50. החייל ביצע ירי מכוון מטווח קצר ביותר בעצור כפות וחסר ישע. אף אם סבר החייל, שקיבל פקודה לעשות כן, אין כל ספק, שמדובר בפקודה בלתי-חוקית בעליל. ירי של כדור פלדה מצופה גומי מטווח כה קצר עלול להיות קטלני או לגרום לנכות משמעותית. הוא אף מנוגד בבירור להנחיות צה"ל, האוסרות על שימוש בנשק זה בטווח של פחות מ-50 מ'.

51. המדובר הוא במעשים חמורים ונפשעים, שנעשו על-ידי שני המעורבים בצורה קרה ומחושבת. זאת, בין שכוונתו של המג"ד הייתה שיבוצע ירי לעברו של העותר, ובין שכוונתו הייתה להטיל עליו אימה על מנת להרתיעו מלחזור ולהפגין נגד כוחות צה"ל.

52. מעשים חמורים אלה, עולים כדי מעשי התעללות כפי שאלה מוגדרים ואסורים בשורה ארוכה של הוראות במשפט הבינלאומי. הם מהווים הפרה ברורה של האיסור הבסיסי ביותר של דיני הלחימה – האיסור לכוון התקפה לעבר אזרח - הידוע כעיקרון האבחנה (Principle of Distinction), לפיו לוחמים חייבים להבחין בין חיילים לאזרחים וכן בין יעדים צבאיים לבין יעדים אזרחיים והם מורשים לפעול רק נגד קבוצת היעדים הראשונה.

53. על אף נפשעותם של המעשים, הפצ"ר הורה להעמיד את האחראים לאירוע לדין בעבירה של "התנהגות בלתי הולמת", בין העבירות הקלות ביותר בחוק השיפוט הצבאי. מדובר בעבירת סל כללית, אשר הערך המוגן שלה הוא שמירה על מעמדו של צה"ל ותדמיתו, ועניינה הפרות אתיות. לא בכדי הרשעה בעבירה זו אינה גוררת אחריה רישום פלילי. אין היא

- הולמת מקרה כמקרה דנן, של שימוש בנשק לעברו של אזרח כפות, בהם הופרה בזדון חובת ההגנה על חייהם, בריאותם וכבודם של המצויים במשמורתם ובאחריותם של חיילי צה"ל.
54. מתשובת הפצ"ר עולה, כי מבחינת חומר הראיות, אין כל מניעה להגשת כתב אישום בגין העבירות הפליליות שלכאורה בוצעו במקרה זה על-ידי המג"ד והחייל. הפצ"ר לא טען, כי החלטתו קשורה לספק כלשהו בדבר ביצוע העבירה או יכולת הוכחתה.
55. אם החלטת הפצ"ר תישאר על כנה – צפויה הפרשה להבהיר, קבל עם ועולם, כי אין לצה"ל או למדינת ישראל כוונה ממשית לפעול למניעתם של מעשים נפשעים, ובהם מעשים, העלולים לעלות כדי הפרות חמורות (grave breaches) של אמנת גינבה וכדי פשעי מלחמה.
56. מחובתו של הפצ"ר, העומד בראשה של מערכת הפרקליטות הצבאית והאחראי על השלטת המשפט בצבא, להבהיר, בהחלטותיו ובמעשיו, כי קיימת בצה"ל כוונה **ממשית** לפעול למניעתם של מעשי עוול והתנהגות ברוטאלית נפשעת כגון זו שנחשפה במקרה הירי דנן.
57. תחת זאת, ואם החלטת הפצ"ר תישאר על כנה – צפוי להתקבל בדיוק המסר ההפוך. הותרת האישום בעבירה של "התנהגות בלתי הולמת" בלבד מעבירה לקצינים, לחיילים ולחברה הישראלית בכללותה, מסר חמור ביותר של זילות בחיי אדם, ומכשירה את הקרקע למקרים הבאים.

פליליות המעשים וחומרתם על פי הפסיקה

58. לפער העצום, שנפער בין חומרת המעשים, בהם נאשמים המג"ד והחייל, ופליליותם לבין סעיף האישום לא נמצא כל הסבר סביר. הקלות והסלחנות, בה התייחס הפצ"ר למעשים החמורים של הנאשמים, באות לידי ביטוי בראש ובראשונה בהאשמתם בסעיף מקל, שאינו נושא עמו רישום פלילי. אך אם לא די היה בכך, כפי שפורסם אימצו הפצ"ר והתצ"ר במקרה זה עמדה עונשית מופלגת לקולא, לפיה תדרוש התביעה, כי יוטל על שני הנאשמים עונש של מאסר על תנאי, וכי החייל יורד לדרגת טוראי. זאת בסטייה מהותית מרמת הענישה המקובלת למעשים מעין אלה בבתי הדין הצבאיים וממדיניותה של התביעה הצבאית עצמה.
59. נעמוד תחילה על חומרת המעשים בראי פסיקת בית המשפט העליון ובתי הדין הצבאיים ועל רמת הענישה המאפיינת אותם, ולאחר מכן נבחן את אופיה של העבירה "התנהגות שאינה הולמת".
60. למרות השוני בין פרשת יהודה מאיר לענייננו, נראה כי קווי הדמיון עולים עליו. בבג"צ 425/89 צופאן נ' הפרקליט הצבאי הראשי, פ"ד מג(4) 718 (1989) (להלן – פרשת יהודה מאיר), אמר בית משפט זה מפי השופט בייסקי:

"...שמירה על שלומה של האוכלוסייה המקומית בשטחים מוחזקים והשלטת הסדר בהם הן מערכי יסוד של שלטון החוק והאינטרס הציבורי... 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." (עמ' 735)

61. ואילו השופט קדמי הוסיף :

"מידת הפסול שבהתנהגותו של המשיב 4 חייבה תגובה מיידית, נמרצת וחמורה במידה ובאופן, כך שתהיה שקולה כנגד העמדה לדין בערכאה שיפוטית בעבירה חמורה בעלת אופי פלילי מובהק. העמדה לדין כאמור הינה האמצעי הטבעי ההולם התנהגות כגון זו המיוחסת למשיב 4, באשר יש בה כדי לבטא, בצורה הטובה ביותר, את נקיעת הנפש מאופיה הפסול של ההתנהגות, לקבוע בהכרת הכול את חומרתה ולגזור עונש המתחייב מן הפסול והחומרה האמורים. תגובה אחרת, הבאה במקום העמדה לדין כאמור, חייבת להביא לאותן תוצאות; שאם לא כך הוא הדבר - לא זו בלבד שמחטיאה היא את מטרתה, אלא שיש בה כדי לתרום לפיחות במידת הפסול שבהתנהגות ולהקהיית הענות מפני כישלונות דומים בעתיד." (עמ' 741)

62. חלפו שנים ושוב נשתכחו מהפצ"ר מושכלות יסוד אלה. לא משום שפסו מקרים שכאלה מן העולם. ההיפך הוא הנכון. מדו"ח שפורסם אך לאחרונה (נועם הופשטר "בלתי חוקי בעליל – התעללות חיילים בעצירים פלסטינים", הוועד הציבורי נגד עינויים, יוני 2008; ניתן לעיון בכתובת: http://www.stoptorture.org.il/files/no_defense_heb.pdf), ואף ממקרים, שהובאו בשנים האחרונות לבתי הדין הצבאיים, עולה, כי התופעה אך הלכה והתפשטה :

"אין זה ערעור המעצר הראשון הדין בהתעללות פיזית בתושבים מקומיים בשטחים מצד חיילים... כמו כן, נדונו בבית דין זה בשנים האחרונות ערעורים אחדים, בעניין מידת העונש של חיילים שהורשעו בעבירות דומות.. בערעורים אלו, התייחסנו בהרחבה (במכתב תלתא) לחומרת העבירות של התעללות בתושבים מקומיים בשטחים (ושל ביזה) מצד חיילים בהיבט הענישתי, שאינו נוגע למעצר.

...

לצער, מהמקרה דנא עולה, לכאורה, כי ספק אם הפסיקה של בית דין זה הופנמה דיה. כאמור, מעשיו של המערער נעשו בחלקם הגדול בריש גלי, לעיני המצלמות של צוות ההסרטה של חיל-החינוך. אין מדובר במעשה חד-פעמי של איבוד עשתונות רגעי, כי אם, לכאורה, במעשים חוזרים ונשנים, מתוך רצון להשליט מרות על תושבים מקומיים תמימים, תוך ניצול השררה והתפקיד של מפקד המחסום, כדי להשפילם, להפחידם ולהרתיע אותם...

האם צה"ל עושה כל שביכולתו כדי למגר את הרעה החולה של התנהגות בלתי חוקית של חלק מהחיילים המשרתים בשטחים?...?

עם זאת, אין בכך כדי להמעיט מחומרת העבירות מסוג אלו המיוחסות למערער, ואין ניתן עוד לקוות כי מדובר בחריגות נדירות.

חזקה על צה"ל כי יידע לשרש את הנגע, בפעילות נמרצת של הסברה והדרכה נכונות, ובלבד שהדבר יקבל עדיפות גבוהה, כמתחייב לאור הישנות העבירות ולאור חומרתן הרבה."

ע"מ/28/04 סמ"ר ב' ס' נ' התצ"ר (החלטה מיום 14.7.2004), פסקה 16

63. בית הדין אף עמד על התגובה התביעתית והשיפוטית ההולמת:

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

דברים אלה נאמרו במסגרת החלטה, הדוחה ערר על מעצר עד תום ההליכים של חייל, ששירת כמפקד מחסום באזור שכס, אשר היכה בהזדמנויות שונות אנשים שעברו במחסום.

64. במקרה אחר, בו חייל הואשם בהכאתו של עצור פלסטיני במכת אגרוף ובעיטה בפניו, בעת שידיו היו אזוקות ועיניו מכוסות, הועמד החייל לדין בגין עבירות של התעללות והתנהגות שאינה הולמת. החייל טען, כי לא היה מקום לקיים הליך פלילי ולהרשיעו בדין, לאחר שכבר נשפט בדין משמעתי בגין אותה עבירה, ואף ריצה עונש של מחבוש. בנוסף טען, כי הדחתו מתפקידו מהווה סנקציה פיקודית הולמת, והיא מעניקה ביטוי הולם לכישלונו הפיקודי, באופן שענישה פלילית לא תשווה לה. וזו הייתה תגובתו של בית הדין לטענות אלה:

"למעשה, במקרים דומים שנדונו בבית דין זה, הוקענו באופן שאינו משתמע לשתי פנים התנהגויות פסולות של אלימות כלפי תושבים מקומיים באזור יהודה ושומרון, דוגמת התנהגותו של המערער, וזאת במישור הפלילי, תוך הדגשת חומרתן של העבירות והצורך בהשתת עונשים ממשיים בצידן (ראו: "...:

ע/06/63 סמל חיימוביץ נ' התצ"ר (2007), פסקה 21

65. במקרה נוסף ערערה התביעה הצבאית על קולת העונש, שהוטל על שני חיילים, שהתעללו במכות בעצירים קטינים, כפותים ומכוסי עיניים, שהיו במשמורתם. הם הורשעו בהתעללות בנסיבות מחמירות לפי סעיף 65(ב) לחש"צ. בית הדין לערעורים קיבל את ערעור התביעה והכפיל את עונש המאסר בפועל שהושת על הנאשמים (בנוסף לעונש המאסר על תנאי וההורדה לדרגת טוראי), כשעל האחד נגזרו 10 חודשי מאסר בפועל ועל השני 7 חודשי מאסר בפועל:

"התנהגות המשיבים אשר היינו להכות, לפצוע ולהתעלל בעצירים מטילה קלון עליהם, מכתימה את יחידתם, פוגעת במוסר הלחימה של צה"ל ומשליכה, למעשה, על דמות הצבא כארגון, ועל דמות לוחמי"

ע/03/146 התצ"ר נ' רב"ט רוזנר (פס"ד מיום 21.8.2003)

66. במקרה אחר קיבל בית הדין לערעורים את ערעור התביעה על קולת העונש, שנגזר על חייל, שהורשע בתקיפה לאחר שבעט ברועה צאן פלסטיני והיכה אותו בקת הרובה. בית הדין עמד על החומרה שבמעשה, אך כיוון שאין זה מדרכה של ערכאת הערעור למצות את הדין, הסתפק הוא בהטלת מאסר בפועל של חודשיים בנוסף למאסר המותנה ולהורדה לדרגת טוראי, שנגזרו עליו בערכאה הראשונה (ע/57/05 התצ"ר נ' רס"ל לדניינסקי (פס"ד מיום 4.9.2005)).
67. במקרה מהתקופה האחרונה הורשע קצין בדרגת רס"ן בתקיפה, שימוש בלתי חוקי בנשק, איומים והתנהגות שאינה הולמת לאחר שהיכה מסתנן מגבול מצרים בשתי סטירות ובאגרוף לבטנו במהלך תיחקור בשאלת מיקומו של מסתנן נוסף, ולאחר שאותו אדם עוכב על ידי החיילים, כיוון נשק לעברו מתוך מטרה להפחידו ותוך שאיים כי יירה בו. בית הדין הצבאי גזר עליו 40 ימי מאסר בפועל לריצוי בעבודה צבאית, מאסר על תנאי ופיצויים למתלונן. כן המליץ בית הדין, שהקצין לא יקודם בדרגה למשך שנתיים (דר/195/07 התצ"ר נ' רס"ן חלבי (גז"ד מיום 17.4.2008)). שני הצדדים לא השלימו עם התוצאה וערערו לבית הדין הצבאי לערעורים. התצ"ר הדגיש בערעורו את חומרת המעשים ופירט את השיקולים להחמרה בעונש, בהם, בין היתר: מעמדו הבכיר של הנאשם ותפקידו, מאפייניו של הקורבן, מידת ההשפלה הכרוכה במעשים, אי השתלבותם של המעשים בפעילות מבצעית או במטרה כלשהי. בסופו של דבר בהמלצת בית הדין לערעורים מחקו הצדדים את שני הערעורים.
68. תמיהים אנו מהו ההבדל המהותי, המבדיל את המקרה נשוא עתירה זו מהמקרים הנזכרים לעיל וממקרים נוספים, בהם נשפטו חיילים ומפקדים זוטרים באשמת התעללות והתעללות בנסיבות מחמירות. ההבדל צד את עניינו – דרגתו הבכירה של המג"ד. ועוד הבדל נמצא לנו – בענייננו נעשה שימוש בנשק חם! ואף כשהמג"ד ראה את החייל מכוון את הנשק לכיוונו של העותר, לא מנע ממנו לעשות כן.
69. דא עקא, שהבדלים אלה אך מוסיפים על חומרתו של האירוע ולא מפחיתים ממנה. המקרה היחיד שדומה – אף שונה – בנסיבותיו הוא עניינו של סא"ל גבע שגיא, מג"ד שהורשע בעקבות התעללות קשה בפלסטיני, שעוכב לתשואול לגבי מקום הימצאו של אביו. הנאשם כיוון אליו את נשקו כשהוא טעון ודרוך תוך שהוא מאיים להורגו. לאחר שהחיילים הפשיטו את מכנסיו ותחתוניו של הבן, קירב הנאשם אל איבר מינו מצת דולק ונייר בוער ואיים לשרפו. לאחר מכן איים עליו הנאשם, כי יושיב אותו על בקבוק שתייה, שהובא למקום. מעניין לציין, כי למרות החומרה המופלגת של המעשים, הואשם סא"ל שגיא בעבירה של התנהגות שאינה הולמת (החלטה פסולה לא פחות משבענייננו). הערכאה הראשונה גזרה על הנאשם 60 ימי מאסר בפועל לריצוי בדרך של עבודה צבאית, מאסר על תנאי והורדה לדרגת רס"ן. שני הצדדים ערערו לבית הדין לערעורים בעניין ההורדה בדרגה. בית הדין עמד כל כך "שבמידה רבה דרגתו ומעמדו של המשיב משליכים על ההתנהגות המצופה ממנו. כשיעור הציפייה כן חומרת עוצמתו של כשל מצידו של מפקד בכיר". בסופו של דבר קיבל בית הדין לערעורים את ערעור התביעה והורה על הורדת הנאשם לדרגת סגן. בית הדין התחשב בנסיבות לקולא שמנה: הנאשם היה קצין מילואים שהתנדב לשירות,

המעשים בוצעו במהלך פעילות מבצעית וכדי לחלץ מידע, הנאשם הודח מתפקידו כמג"ד. יחד עם זאת עמד בית הדין על מהות העבירה וחומריתה:

"על חומרם הרבה של מעשי התעללות בפלשתינאים, תושבי איו"ש ואזח"ע – הזכאים להגנה על חייהם, גופם וכבודם – עמדנו במספר פסקי דין שניתנו בשנים האחרונות. מלבד היותם מעשי אלימות ברוטליים – הפוגעים, בראש ובראשונה, בקרבנותיהם, חסרי הישע – הנזק הנלווה אליהם אף הוא מרובה. במקרים רבים הוא עולה על הנזק הישיר הנגרם מהם. מעשים אלו פגיעתם קשה ורעה במערכת היחסים בין חיילי צה"ל לבין התושבים המקומיים באיו"ש ובאזח"ע, כמו גם בחוסנו המוסרי ובתדמיתו של צבא ההגנה לישראל, מבית ומבחוץ. כך, פגיעה בגופם או בנפשם של המוכים הינה קשה. אך, לעיתים, פגיעתה **במכים**, בצה"ל ובחייליו, עשויה אף להיות קשה ממנה. יש במעשים אלה פגיעה חמורה, שהיא פלילית בעיקרה, בגופו, בנפשו או בכבודו של המוכה, אך גם פגיעה קשה ומשמעותית, פנימית וחיצונית, בצה"ל. הפגיעה הפנימית הינה בערכים, במורשת הלחימה, ובדפוסי ההתנהגות, המהווים את אחד ממקורות העוצמה של צה"ל, אשר עושה מאמץ להנחילם לחייליו ולמפקדיו. הפגיעה החיצונית הינה הנזק הכבד הנגרם לצה"ל – בעיני החברה הישראלית, הפלשתינאית והעולם כולו – ב"קרב על התודעה", קרב המהווה חזית נוספת בלחימה הנוכחית."

ע/153/03 סא"ל שגיא נ' התצ"ר (פס"ד מיום 5.8.2004) פסקה 29;
http://web1.nevo.co.il/Psika_word/army/irur-153-03.doc

התנהגות שאינה הולמת

70. המקרה נשוא עתירה זו הינו מקרה, שמחמת אופיו ונסיבותיו – המצפון והרגש אינם מאפשרים להתייחס אליו כאל מקרה של "התנהגות בלתי הולמת". ענייננו במעשה, הטומן בחובו אכזריות, הטלת אימה והשפלה. ככזה, עולה הוא לכאורה כדי התעללות, עבירה, אשר מתלווה אליה התווית הסטיגמטית הבלתי מוסרית, שאינה נלווית לכל מעשה הכרוך בהפעלת כוח, ואיננה נלווית להפרת חובות אחרות, המוטלות על חיילים ומפקדים בצבא (השור: ע"פ 4596/98 פלונית נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(1) 145, 169-170 (2000)).

71. העבירה "התנהגות בלתי הולמת" לפי סעיף 130 לחש"צ היא עבירה צבאית כהגדרתה בסעיף 1 לחש"צ. ככזו היא יכולה להתברר הן בשיפוט משמעתי (סעיף 136(א) לחש"צ) והן בבית דין צבאי (סעיף 13(א) לחש"צ). זו עבירה המיוחדת לצבא, ואין לה מקבילה בחוק העונשין. זו עבירה שאינה גוררת עימה רישום פלילי. העובדה שכתב האישום בענייננו הוגש לבית דין צבאי דווקא איננה משנה מאופייה וממהותה של העבירה.

72. בהסתמך על פסקי דין מנחים של בית הדין הצבאי לערעורים לגבי העבירה הזו סיכם בית הדין הצבאי המיוחד כך: "העולה מפסיקה של ביה"ד הצבאי לערעורים הוא שהעבירה של "התנהגות שאינה הולמת" מטרתה התחיקתית דומה למטרותיהן של עבירות המשמעת, המתייחסות להתנהגותם הבלתי הולמת של עובדי המדינה, עובדי הרשויות המקומיות והשוטרים." (מ/2/02 התצ"ר נ' סא"ל פארס (פס"ד מיום 23.5.2004)). באותו מקרה הורשע

סא"ל פארס במספר מקרים של התנהגות שאינה הולמת, בין היתר בכך שנקט לשון שאינה הולמת כלפי חייליו בכנותו אותם: "אפסים", "מזורגים", "דפוקים בשכל", "חפ"ק של מטומטמים", "מפגרים", "דבילים", "צ'יקמוק", ובאחד המקרים אמר לנהגו: "אידיוט, סע מהר, מפגר" (פיסקה 23 להכרעת הדין).

חומרת המעשים על פי המשפט הבינלאומי וחובות המדינה: לחקירה, להעמדה לדין ולענישה בעונשים מתאימים תוך התייחסות לאופיים החמור

73. שטח הגדה המערבית, בו התרחש האירוע נשוא העתירה, נתון תחת משטר כיבוש של ישראל מזה למעלה מ-40 שנה. המסגרת המשפטית המסדירה את הכיבוש הישראלי בשטחים הנה דיני התפיסה הלוחמתית (Law of Belligerent Occupation) המהווים חלק מהדין הבינלאומי ההומניטארי. במסגרת שליטתו בשטח כבוש חב המפקד הצבאי חובות הגנה וזהירות מיוחדות כלפי האוכלוסייה האזרחית, הנתונה תחת שליטתו.
74. מניעת הפגיעה באזרחים הינה התכלית הבסיסית לשמה נועד המשפט הבינלאומי, העוסק בדיני המלחמה ודיני הכיבוש בכללם. התקפה על אזרח, פגיעה מכוונת באזרח, שימוש בנשק כלפי אזרח, כלפי עצור – נכללים באיסור הבסיסי, המובן מאליו לכל.
75. אמנת ג'נבה הרביעית בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה משנת 1949 מעגנת את זכותם של אזרחים מוגנים להגנה על גופם וכבודם, ומטילה חובה לדאוג לכך שבכל עת הם יזכו לטיפול אנושי, ויהיו מוגנים במיוחד מפני כל מעשי אלימות או איומים באלימות. וכך מורה סעיף 27 לאמנה:

"Protected persons are entitled, in all circumstances, to respect for their persons, their honour, their family rights, their religious convictions and practices, and their manners and customs. **They shall at all times be humanely treated, and shall be protected especially against all acts of violence or threats thereof and against insults and public curiosity**"

(ההדגשה שלנו)

סעיף זה נחשב כבסיס של האמנה, ובו הונחו העקרונות עליהם נשען "Geneva Law" כולו.

Jean S. Pictet Comentary on Geneva Convention IV of 1949 (Geneva, 1958) 199-200.

76. באופן ספציפי, החובה המופיעה במשפט השני – **להבטיח שבכל עת אנשים מוגנים יזכו לטיפול אנושי** - הוגדרה כ"*leitmotiv*" לכל אמנות ג'נבה. אין עוררין, כי החובה הזו ממשיכה לחול במלוא עוצמתה ביחס לאנשים הנמצאים בכלא או במעצר:

"The obligation to give human treatment and to respect fundamental rights **remains fully valid in relation to persons in prison or interned**, whether in the territory of a Party to the conflict or

in occupied territory. **It is in such situations, when human values appear to be in greatest danger, that the provision assumes its full significance.**"

(ההדגשה שלנו)

Jean S. Pictet, *ibid*, 205.

.77 סעיף 32 לאמנה מבהיר, כי האיסור על פגיעה באנשים מוגנים הינו רחב, וכולל איסור על כל מעשה ברוטאלי:

"The High Contracting Parties specifically agree that each of them is prohibited from taking any measure of such a character as to cause the physical suffering or extermination of protected persons in their hands. *This prohibition applies not only to murder, torture, corporal punishments, mutilation and medical or scientific experiments not necessitated by the medical treatment of a protected person, but also to any other measures of brutality whether applied by civilian or military agents.*

(ההדגשה שלנו)

.78 סעיף 11(1) לפרוטוקול הראשון, הנספח לאמנת ג'נבה הרביעית, שכותרתו – **הגנת בני אדם** -קובע, כי:

"בריאותם הפיסית או הנפשית ושלמותם של בני אדם המצויים בידי הצד היריב או שנעצרו, נכלאו או שחירותם נשללה באופן אחר כתוצאה ממצב אליו מתייחס סעיף 1, לא יועמדו בסכנה על-ידי מעשה או מחדל שאינם מוצדקים..."

נציין, שסעיף 11 (1) הוכר כסעיף **מנהגי**. ראו:

J. Henckaerts & L. Doswald-Back (Ed.), Customary International Humanitarian Law: Vol. I: Rules (ICRC & Cambridge Univ. Press, 2005), p. 321 (Rules 87-105)

.79 ירי באדם כפות מנוגד אף לסעיף 41(1) לפרוטוקול הראשון, הקובע כי "אדם המוכר או שבהתאם לנסיבות, צריך להיות מוכר כמצוי מחוץ למערכה לא יעשה מטרה להתקפה". בעניינו אין מחלוקת, כי העותר היה מחוץ למערכה. סעיף 51(2) לפרוטוקול, המשקף משפט מנהגי, קובע, כי "האוכלוסיה האזרחית באשר היא, כמו גם אזרחים יחידים, לא יהיו מטרה להתקפה".

.80 חלק מהפרות של המשפט הבינלאומי ההומניטרי הוגדרו כהפרות חמורות במיוחד, וכפשעי מלחמה. בין ההפרות החמורות של אמנת ג'נבה, המנויות בסעיף 147 לאמנה, נכללים המעשים הבאים, אם נעשו נגד אדם או רכוש המוגנים על-ידי האמנה:

"...wilful killing, torture or inhuman treatment, including biological experiments, wilfully causing

great suffering or serious injury to body or health,..."

81. על פי סעיף 11(4) לפרוטוקול הראשון, "כל מעשה או מחדל מכוון המסכן באופן משמעותי את בריאותו הפיסית או הנפשית או את שלמותו של אדם כלשהו המצוי בידי צד שאינו הצד עליו הוא נסמך" המפר את האיסור שבס"ק 1 – **מהווה הפרה חמורה** של הפרוטוקול. סעיף 85(5) לפרוטוקול קובע, כי הפרות חמורות של האמנות וכן של הפרוטוקול ייראו כפשעי מלחמה (ראו גם: סעיף 8(2)(ב)(i) לאמנת רומא).

82. **אחריות מפקדים** - מפקדים ובכירים נוספים נושאים באחריות פלילית לפשעי מלחמה, שבוצעו על-פי הוראותיהם. בנוסף, מפקדים ובכירים נוספים נושאים באחריות לפשעי מלחמה, שהכפופים להם ביצעו גם כאשר הם ידעו, או שהייתה להם סיבה לדעת, שהכפופים להם עומדים לבצע פשעים שכאלה, אך לא נקטו את כל אמצעי הזהירות הסבירים, שבכוחם למנוע את ביצועם. כללים אלו הינם בגדר דין מנהגי. ראו:

J. Henckaerts & L. Doswald-Back (Ed.), Customary International Humanitarian Law: Vol. I: Rules (ICRC & Cambridge Univ. Press, 2005), Rules 152-153, pp 556-563

83. האיסור על התעללות מעוגן אף במשפט זכויות האדם הבינלאומי בשתי אמנות מרכזיות: האמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות (במיוחד סעיף 7 לאמנה), והאמנה נגד עינויים וצורות אחרות של יחס או עונש אכזריים, בלתי אנושיים או משפילים. ישראל חתמה ואישררה את שתי האמנות.

84. על הטעם, העומד ביסוד הטלתה של אחריות אישית על מי שהיו מעורבים בביצועם של הפרות של דיני המלחמה, עמד בית המשפט בנירנברג במשפטם של פושעי המלחמה הנאצים. הטעם לכך היה טעם של מדיניות משפטית – זו נתפסה כדרך האפקטיבית העיקרית לאכוף את הוראות דיני המלחמה:

"Crimes against international law are committed by men, not by abstract entities, and only by punishing individuals who commit such crimes can the provisions of international law be enforced".

Judgment of the Nuremberg International Military Tribunal, (30 Sept. 1946), at p. 466

מצוטט אצל ארנה בן-נפתלי ויובל שני המשפט הבינלאומי בין מלחמה לשלום (תל-אביב, 2006), 193, ה"ש 446.

מאז מלחמת העולם השנייה ומשפטי נירנברג, הלכה והתגברה המגמה של חיזוק מנגנוני האכיפה, המכוונים נגד פרטים, במטרה לשפר את רמת הציות למשפט הבינלאומי ההומניטרי.

85. הוראות המשפט הבינלאומי שנסקרו לעיל מצביעות על כך, שמעשיהם של המג"ד והחייל בענייננו עלולים להיחשב בגדר הפרות חמורות של אמנת ג'נבה הרביעית ושל הפרוטוקול הראשון, וליפול בגדר פשע מלחמה.

86. המשפט הבינלאומי מטיל על המדינות חובה פוזיטיבית לפעול באופן אקטיבי לאכיפת הפרות של דיני הלחימה. סעיף 146 לאמנת גינבה מעגן את החובות, המוטלות על המדינות ביחס לאכיפת האמנה. מערכת אכיפה זו מבוססת על שלוש מחויבויות, המוטלות על כל מדינה: לחוקק חקיקה מתאימה – חקיקה פלילית, אשר נועדה להענשה בגין הפרות של הוראות האמנה; לחפש אחר אנשים, שלכאורה ביצעו הפרות של הוראות האמנה; להביא אנשים כאלה בפני בתי המשפט שלה, או למסור אותם למשפט במדינה אחרת. חובת החקירה והאכיפה של הפרות חמורות ופשעי מלחמה הינה בגדר חובה, שזכתה למעמד מנהגי.

ראו:

J. Henckaerts & L. Doswald-Back (Ed.), Customary International Humanitarian Law: Vol. I: Rules (ICRC & Cambridge Univ. Press, 2005), Rule 158, pp 607-611

87. הנה כי כן, המשפט הבינלאומי לא הותיר את הסמכות והאחריות לאכיפה של הפרות האמנה בידי המדינה הנוגעת בדבר בלבד. אפשרות זו הפכה ממשית במיוחד מאז הקמתו של בית הדין הפלילי הבינלאומי, ועם הקנייתה הגוברת והולכת של סמכות שיפוט אוניברסאלית לבתי משפט לאומיים שונים לגבי פשעי מלחמה ופשעים נגד האנושות.

חובתיה של התביעה בניסוח כתב האישום

88. החובה הבסיסית, המוטלת על רשות תביעה, היא לבחון את חומר הראיות שנאסף, ובמידה שיש בו כדי לגבש ראיות לכאורה לביצועה של עבירה, לנסח כתב אישום בהתאם. משמע: כתב אישום, אשר ישקף את העובדות, העולות מחומר הראיות שנאסף, ואת העבירות שעובדות אלה מגבשות. נוכח זאת, שאחריותו המשפטית של הנאשם, נקבעת על פי סעיפי האישום בהם יורשע, יש חשיבות בבחירת סעיפי האישום, המשקפים באופן נאות את העבירות שאכן בוצעו.

89. בענייננו, בעוד שעובדות כתב האישום, אשר הוגש נגד המג"ד והחייל, מציגות מסכת עובדתית, המגבשת מעשה מכוון של התעללות בנסיבות מחמירות, סעיף האישום שנבחר הינו אחר בתכלית. על הפגם במצב עניינים שכזה עמד בית משפט זה במקרה אחר:

"בכל הנוגע לקביעת העבירות המיוחסות לנאשם במסגרת הסדר הטיעון, הרי ככלל ראוי להקפיד שלא ייווצר פער משמעותי בין העובדות בהן מודה הנאשם, לבין סעיפי האישום לפיהם נקבעת אחריותו המשפטית."

(הנשיאה ביניש בבג"צ 5699/07 פלונית (א') נ' היועץ המשפטי לממשלה (פס"ד מיום 26.2.2008) (להלן – פרשת קצב), פסקה 9; כן ראו ע"פ 1820/98 אנג'ל נ' מדינת ישראל, פ"ד נב(5) 97, 106 (1998)).

דברים, שנאמרו לגבי העבירות המיוחסות לנאשם בהסדר טיעון, יפים מקל וחומר לענייננו, בו לא נקבע הסדר טיעון.

90. הפער בעניינינו בין החומרה, הנשקפת מעובדות כתב האישום, לבין סעיף האישום הקל הוא לא רק משמעותי, אלא הוא מגמד את הכשל הערכי והפיקודי שבמעשה שביצעו המג"ד והחייל.

תפקידו וחובותיו של הפרקליט הצבאי הראשי

91. הפרקליט הצבאי הראשי אחראי לפקח על השלטת המשפט בצבא (סעיף 178(2) לחש"צ).

92. על פי עמדת פרקליטות המדינה בתגובה, שהוגשה לקראת הדיון בבג"צ בפרשת יהודה מאיר ביום 6.7.1989 :

5" .גדר סמכויותיו הייחודיות והמיוחדות, כמו גם מעמדו המיוחד בצבא וכלפי רשויות הצבא מחייב את הפרקליט הצבאי הראשי – בבואו להחליט על נקיטת אמצעים, דרך כלל, ונגד קצין בכיר שסרח בפרט - להעמיד לנגד עיניו לא רק את המטרה של ענישת העברין הספציפי, אלא גם ובה בעת את המטרה של העברת מסר מייד, ברור וחד-משמעי בתוך הצבא ומחוצה לו, כי מבצעהם של מעשים כאלה, מקומם לא יכירם בשורות הפיקוד של צבא הגנה לישראל."

93. האומנם סבור הפצ"ר, כי העמדה לדין בעבירה אתית של "התנהגות בלתי הולמת", חופשה זמנית בת 10 ימים, ונפקות מעטה בלבד בנוגע לקידומו של המג"ד בצבא משרתת את מטרות ההרתעה והענישה? האומנם סבור הוא, כי יש בה כדי להוות מסר ברור וחד-משמעי למבצעי עבירות כגון דא, בבחינת "יראו וייראו"?

94. בעמדתו במקרה זה קובע הפצ"ר את סטנדרט ההעמדה לדין הראוי במקרים דומים בעתיד. אימרו מעתה, כי בגין ביצוע עבירות של התעללות בעצורים, שימוש בלתי חוקי בנשק, חריגה מסמכות עד כדי סיכון חיים או בריאות והפרה בוטה של הוראות הפתיחה באש, בין על-ידי חיילים זוטרים ובין על-ידי קצינים בכירים, העבירה בגינה יש מקום להעמידם לדין תהא – "התנהגות שאינה הולמת".

החלטת הפצ"ר נגועה בחוסר סבירות קיצוני

95. החלטת הפצ"ר להאשים הן את המג"ד והן את החייל בעבירה של התנהגות שאינה הולמת לוקה בחוסר סבירות קיצוני ולפיכך דינה להיבטל.

96. ונתחיל בחייל: הפצ"ר מונה שני שיקולים לקולא לגבי החייל – השיקול הדומיננטי הוא, שהחייל סבר בכנות שהוא מבצע פקודה של מפקדו הישיר, הגם שמדובר בפקודה בלתי חוקית בעליל. השיקול שזכה למשקל מוגבל בהחלטתו של הפצ"ר הוא התוצאות הקלות יחסית של האירוע – החבלה שנגרמה לעותר הייתה שטחית.

97. אף אחד משני הנימוקים אינו עומד במבחן הביקורת. אין אנו יודעים הרבה על החייל, ואפילו שמו המלא נעלם מאיתנו (בשל צו איסור פרסום זמני, עליו החליט בית הדין הצבאי המיוחד עד להחלטה בבקשת החייל לאסור את פרסום שמו). יחד עם זאת ברור מדרגתו, שמדובר בחייל ותיק בשלהי השירות הסדיר שלו. המדובר בעניינינו בפקודה בלתי חוקית

בעליל, שכל חייל – כל בן אנוש – היה צריך לסרב לה ללא היסוס ופקפוק. ודאי שכך כשמדובר בעניינינו בחייל ותיק בעל הדרגה הבכירה ביותר בשירות סדיר, ולא בטירון בן יומו. לפיכך אסור היה לפצ"ר לתת משקל כלשהו לכך, שהחייל סבר בכנות, כי הוא מבצע פקודה. התחשבות בשיקול זה חותרת תחת התפיסה המוסרית הבסיסית, העומדת מאחורי מושג "הפקודה הבלתי חוקית בעליל".

98. אף ההתחשבות בתוצאות הקלות של פציעת העותר אינה ראויה, שכן השימוש בכדור פלדה מצופה גומי אף מטווח של פחות מ-50 מטרים אסור, שכן הוא עלול להיות קטלני ולהסתיים במותו של הנפגע או בנכות לצמיתות. ודאי שכך בירי מטווח אפסי כבעניינינו.

ראו "מוות ידוע מראש - ירי כדורי "גומי" לפיזור הפגנות בשטחים" (בצלם, דף מידע, דצמבר 1998)

99. ולגבי המג"ד: הפצ"ר קיבל את גירסתו של המג"ד כגירסת אמת, לפיה לא התכוון הוא שהחייל אכן יבצע ירי לעבר העותר. זאת למרות ששורה ארוכה של עובדות מטילות צל כבד על גירסה זו (ראו סעיפים 24-28 לעיל).

100. **החלטתו של הפצ"ר אינה יכולה לעמוד אף אם גם אנו נקבל את גירסתו של המג"ד כגירסת אמת.** שלושה שיקולים מנה הפצ"ר במכתבו, אך אף אחד מהם בנפרד ואף לא משקלם המצטבר יכולים להצדיק את החלטתו להסתפק בסעיף אישום כה קל.

101. **השיקול הראשון הוא, שלמרות שכוונותיו של המג"ד היו פסולות, הוא לא התכוון שיבוצע ירי לעבר העותר.** לא ברור מה מצא הפצ"ר להקל עם המג"ד בשל כך. אכן אם נקבל את גירסתו של המג"ד, כי לא התכוון שהירי יבוצע, ככל הנראה לא ניתן להאשימו בעבירה של גרימת חבלה בכוונה מחמירה או גרימת חבלה בנסיבות מחמירות. יחד עם זאת המדובר בעניינינו בהתנהגות חמורה ביותר של כוונה להטיל אימה על אדם כפות, הנמצא במשמורת החיילים, ולהתעלל בו כך שיסבור שעומדים לירות בו.

102. **השיקול השני, לו נתן הפצ"ר משקל מוגבל, הוא התוצאות הקלות של האירוע.** אבל כאמור בעניין זה היה צריך הפצ"ר לקחת בחשבון את כוונתו של המג"ד לגרום לעותר נזק נפשי חמור, שיכול היה, ועוד עשוי בעתיד, לעלות לעין שיעור על הפציעה נגרמה לו.

103. **שיקול כבד משקל, שמציין הפצ"ר במכתבו, הוא ההליך הפיקודי שננקט ביחס למג"ד.** ציון שיקול זה תמוה במיוחד, וספק אם ניתן לו משקל כלשהו או אם ראוי היה לתת לו משקל.

104. **ראשית, החלטתו של הפצ"ר התגבשה ופורסמה עוד לפני שהמג"ד נפגש עם הרמטכ"ל, והיא התבססה על סיכום עם המג"ד, לפיו יבקש לסיים את תפקידו ("הפרקליט הצבאי הראשי, אבי מנדלבלית, סיכם עם מפקד גדוד 71 של השריון, סגן אלוף עמרי, כי הוא יסיים את תפקידו בעקבות התקרית, בה נורה פלסטיני כפות מטווח קצר בנעלין. ל-y.net נודע כי המג"ד והחייל היורה, סמ"ר ל', יועמדו לדין בעבירה של התנהגות בלתי הולמת... החלטת הפצ"ר התקבלה בעקבות סיכום אליו הגיע עם המג"ד והחייל שירה. עוד הוחלט כי, לפי שעה, סגן אלוף עמרי לא יוכל להמשיך בתפקיד פיקודי. הרמטכ"ל, רב-אלוף גבי אשכנזי,**

צפוי להיפגש עם המג"ד הפורש ולדון עמו בהמשך דרכו. סגן אלוף עמרי שוחח הערב עם המפקדים בגדודו ועדכן אותם על סיום תפקידו. YNET, 6.8.2008, http://www.ynet.co.il/Ext/Comp/ArticleLayout/CdaArticlePrintPreview/1_2506_L-3578726_00.html.

לפיכך הצעד הפיקודי שננקט הוא בבחינת הנמקה בדיעבד, ואיננו יכול לשמש בסיס להצדקת החלטה בלתי סבירה שכבר התקבלה קודם לכן.

העתק מהכתבה מאתר YNET מצורף ומסומן **כנספח ע/19**.

105. שנית, כפי שפורסם, בשיחה בין המג"ד לרמטכ"ל ביקש המג"ד לסיים את תפקידו, אך הרמטכ"ל הודיע לו, כי הוא (הרמטכ"ל) החליט, כי יסיים את תפקידו. כלל לא ברור מה המשמעות של החלטת הרמטכ"ל, שכן לא ננקט במקרה זה הליך של הדחה כפי שמפורט בהוראת הפיקוד העליון 3.0226 "הדחה, השהייה והעברה מתפקיד", הליך המסתיים בכתב הדחה, המתויק בתיקו האישי של המודח. העותרים ציינו זאת במכתבם השני לפצ"ר, והוא לא טרח לחלוק עליהם בעניין זה.

106. שלישית, לא רק שאין נפקות משפטית או מימד של קלון להחלטת הרמטכ"ל בעניינו של המג"ד (מימד שמתלווה להחלטת הדחה), אלא שנפקויותיה של ההחלטה מוגבלות אף יותר. לא נקבע שהמג"ד יסיים את שירותו הצבאי, אף לא נקבע שהמג"ד פסול מלכהן בתפקידי פיקוד בעתיד. כל שהוחלט הוא, שלעת עתה יעבור המג"ד לתפקיד שאיננו פיקודי. ואכן כבר ביום 12.8.08 מונה המג"ד לראש ענף שריון במרכז לאימוני יבשה בצאלים (ראו סעיף 42 לעיל).

107. רביעית, ואם לא די בכל אלה באו דבריו הפומביים של הרמטכ"ל (ראו סעיף 43 לעיל) להבהיר עד כמה אין בצעד הפיקודי שננקט מימד של הוקעה, קלון או גינוי. צעד זה ממשיך את הגישה הסלחנית, שננקטה כלפי המג"ד מראשית הפרשה. כפי שציין הפצ"ר במכתבו (נספח ע/16, סעיף 5), בעוד שהוא המליץ בסמוך לאחר תחילת החקירה לגורמים הפיקודיים המוסמכים להשעות לאלתר את המג"ד והחייל, ובעוד שהחייל אכן הושעה מתפקידו, אלוף פיקוד הצפון לא עשה כן, ונענה לבקשת המג"ד לצאת לחופשה בת 10 ימים.

108. מכל המפורט לעיל ברור, שלא רק שלא היה מקום לתת משקל כלשהו לצעד הפיקודי שננקט, אלא שלאור אופיו של הצעד ומכלול הנסיבות שנילוו לו הוטלה על הפצ"ר חובה מוגברת להבהיר באופן חריף וחד משמע באמצעות ההליך הפלילי את החומרה המיוחדת, בה יש לראות את התנהגותו של המג"ד.

109. למרות השוני בין פרשה זו לבין פרשת יהודה מאיר, דומה כי בנושא זה גובר הדמיון. דברים, שאמר השופט בייסקי באותה הפרשה, יפים בשינויים המחויבים אף לעניינו :

"רחוק אני מלהקל ראש במשמעות התוצאה של פרישת קצין בכיר במעמדו של המשיב 4 משירות פעיל בצה"ל, כאשר הפרישה היא שלא מרצון וקוטעת את הקריירה שלו. הפגיעה היא ודאי קשה, גם אם נקבעו לו תנאי פרישה סבירים, וכולל גימלה על שנות שירות רבות והסדר לתקופת המעבר. ואולם הפרישה נתחיבה לא כעונש על המעשה הפלילי שעשה, אלא במישור אחר -

משום שצה"ל מבקש כי יהא המחנה שלו טהור, מי שמבצע מעשים כאלה מקומו לא יכירנו בצה"ל, והוא יורחק לאלתר מן השירות.

אך עדיין חב המשיב 4 חובו לחברה ולשלטון החוק על עצם המעשה הפלילי המיוחס לו. האם נאמר, כי גם חוב זה נפרע, משום שאין צה"ל רוצה בו בשורותיו? זה אמנם עשוי לשמש נימוק לקולא, אם יורשע המשיב 4 בעבירות המיוחסות לו, עת יבוא בית הדין לגזור דינו, אך אין המעשה הפלילי נבלע בעצם הפרישה מצה"ל, אשר איננו רוצה בו עוד מחמת אותו מעשה. אם נאמר אחרת, נמצא, כי מבצע עבירה, תהא חמורה ככל שתהא, מסתכן אך בכך שהוא צפוי לפרישה מהשירות שלא מרצון וכן בדין משמעותי. " (עמ' 732).

"...שמירה על שלומה של האוכלוסיה המקומית בשטחים מוחזקים והשלטת הסדר בהם הן מערכי יסוד של שלטון החוק והאינטרס הציבורי. ...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. " (עמ' 735).

על כך הוסיף השופט קדמי –

"במקרה דנן, אכן ננקטה, פורמאלית לפחות, תגובה של הדחה מתפקיד וסילוק מן השירות כאמור. ברם, תגובה זו איבדה מידה ניכרת מכוחה בשל הצורה והנסיבות שבהם ננקטה: ראשית - ההדחה והסילוק לא היו מיידיים ונחרצים, באופן שהיה בהם כדי לבטא את שאט הנפש ונקיעת הלב מהתנהגותו של המשיב 4; ושנית - צעדים אלה ננקטו על בסיס של "הבנה והסכמה", כשהם מלווים בהסדרים של חופשה, פרישה לגימלאות והבטחת מקום עבודה במוסד ציבורי בעל אופי דומה. במצב דברים זה איבדו ההדחה והסילוק מידה נכבדה מאופיים העונשי והפכו בפועל לפרישה בתנאים מוסכמים, מאונס אמנם, אך תוך הקפדה שלא יהא בכך כדי להכאיב.

עם כל ההבנה לכאבו של מודח ומסולק - אין לשכוח, כי בתגובה עונשית המדובר, וכי תגובה זו חייבת לענות על כאבו של הציבור, אשר נפגע מהתנהגותו הפסולה של המודח.

הקלה עם כאבו של המודח גורעת מכוחה של התגובה לעמוד בדרישותיו של העניין הציבורי לתגובה הולמת: הן הדרישה לקביעת הנורמה והן הדרישה להקמת גורם מרתיע. וככל שההדחה והסילוק קלים יותר על המורחק מן השירות - כן פוחת משקלה של ההרחקה כשיקול לעניין טיבה של התגובה, ההולמת, בסופו של חשבון, את ההתנהגות הפסולה. " (עמ' 740).

"מידת הפסול שבהתנהגותו של המשיב 4 חייבה תגובה מיידיית, נמרצת וחמורה במידה ובאופן, כך שתהיה שקולה כנגד העמדה לדין בערכאה שיפוטית בעבירה חמורה בעלת אופי פלילי מובהק. העמדה לדין כאמור הינה האמצעי הטבעי ההולם התנהגות כגון זו המיוחסת למשיב 4, באשר יש בה כדי לבטא, בצורה הטובה ביותר, את נקיעת הנפש מאופיה הפסול של ההתנהגות, לקבוע

בהכרת הכול את חומרתה ולגזור עונש המתחייב מן הפסול והחומרה האמורים. תגובה אחרת, הבאה במקום העמדה לדין כאמור, חייבת להביא לאותן תוצאות; שאם לא כך הוא הדבר - לא זו בלבד שמחטיאה היא את מטרתה, אלא שיש בה כדי לתרום לפיחות במידת הפסול שבהתנהגות ולהקהיית הענות מפני כישלונות דומים בעתיד." (עמ' 741)

110. לו היה ננקט בענייננו צעד פיקודי חריף ובעל משמעות, היה מקום להתחשב בו לעניין העונש, אך ודאי שלא לעניין סעיף האישום. אבל גם לעניין העמדה העונשית של התביעה גיבשו הפצ"ר והתצ"ר עמדה מופרזת לקולא, לפיה תבקש התביעה הצבאית לגזור על הנאשמים עונשי מאסר על תנאי וכן הורדת החייל לדרגת טוראי. זאת בסטייה משמעותית מרמת הענישה המקובלת במקרים מעין אלה וממדיניות התביעה הצבאית עצמה. הפצ"ר הדגיש במכתביו, כי לא נערך הסדר טיעון עם הנאשמים, אבל שיתכן שייקבע הסדר שכזה. אמירה זו תמוהה, שכן לנאשמים אין כל אינטרס להגיע להסדר טיעון עם התביעה, והם נהנים מהטוב שבכל העולמות האפשריים: עוד בטרם הוגש כתב האישום ידעו הם, שיואשמו בעבירה הקלה של "התנהגות שאינה הולמת", כל אחד מן הנאשמים הואשם אך ורק במעשים, בהם ממילא הודה בחקירתו, ושהתביעה עתידה לבקש להטיל עליהם עונשים קלים במיוחד. זאת מבלי שהנאשמים התחייבו לדבר.

111. הפצ"ר אף לא נתן משקל כלשהו לשורה של חשדות, שעולות מתלונות שהוגשו על אירועי התעללות נוספים, שהתרחשו תחת פיקודו של המג"ד, ולפחות לגבי אחד מהם הוגשה תלונה לגבי מעורבותו הישירה. אירועים אלה פורטו במכתבם השני של העותרים (ראו נספח ע/17, סעיף 20 לעיל), ולא זכו לכל תגובה. אמת נכון הדבר, שחלק מן התלונות הוגשו לאחר שהתקבלה החלטתו של הפצ"ר. יחד עם זאת חומרתן וכמותן חייבו, שהפצ"ר ישקול האם יש מקום לעכב את שמיעת המשפט כדי להמתין לתוצאות החקירה ולשקול לאור תוצאותיה את צידקת החלטתו.

112. כפי שתואר בדו"ח של הוועד הציבורי נגד עינויים מיוני 2008 "**בלתי חוקי בעליל** – **התעללות חיילים בעצירים פלסטינים**", התעללות חיילים בעצורים כפותים הפכה לתופעה. אף לכך צריך היה הפצ"ר ליתן משקל מהותי, המצדיק נקיטה בגישה מחמירה, שמטרתה לשרש את התופעה, אך דומה כי לכך לא ניתן משקל כלשהו.

סתירה ברורה לאינטרס הציבורי

113. עקרון שלטון החוק מחייב, כי אדם יישא באחריות למעשים הפליליים שביצע. והנה בענייננו, נסוג שלטון החוק מפני הרצון להתחשב בקצין בכיר.

114. מהחלטתו של הפצ"ר, כמו גם מהנימוקים שהובאו לה עולה, כי גם עקרונות חשובים נוספים לא נשקלו:

114.1. עקרון אחריות המפקדים: כפי שראינו בפסיקה שנסקרה לעיל חיילים זוטרים הועמדו לדין בפני בית דין צבאי בשל הכאת תושבים, הואשמו בעבירה של התעללות ונשפטו בחומרה. והנה בענייננו, מפקד בכיר בצה"ל, אשר אמור לשמש מודל ודוגמה

לחייליו, והמהווה בפועל מושא חיקוי למאות חיילים, זוכה ליחס מועדף ומקל, בגינו הינו מועמד לדין בגין עבירה אתית גרידא.

114.2. חובתו של צה"ל ואחריותו להגן על שלומה של האוכלוסייה האזרחית בשטח הכבוש. מהחלטתו של הפצ"ר בענייננו ניתן להבין, כי מעשה התעללות, שימוש בלתי חוקי בנשק, חריגה מסמכות עד כדי סיכון חיים או בריאות והפרה בוטה של הוראות הפתיחה באש הנעשים בעצור חסר ישע אינו מעשה כה חמור.

114.3. החובות, המוטלות על ישראל על פי המשפט הבינלאומי, לחקור, להעמיד לדין ולהעניש אחראים למעשים אלה, המהווים הפרות (ואף הפרות חמורות) של דיני הלחימה.

115. המסר, העולה מהחלטת הפצ"ר בענייננו לחייל, המקבל פקודה בלתי חוקית בעליל, הוא הרסני, וחותר תחת המטרה של השלטת שלטון החוק על כוחות צה"ל: אם נותן הפקודה הוא בכיר דיו – כדאי לציית לפקודה. מארג האינטרסים, שיצר הפצ"ר בהחלטתו דגן מוביל לאבסורד שהסיכון הנובע מאי-ציות, אף אם מדובר בפקודה בלתי חוקית בעליל, עולה לעין שיעור על הסיכון, הכרוך בציות לפקודה בלתי-חוקית בעליל. הנה כי כן, תחת שתגובתו של הפצ"ר לאירוע תשרת את המטרה של השלטת המשפט בצבא ותקדם אותה, מביאה היא לתוצאה ההפוכה.

ביקורת שיפוטית – התערבות בג"צ בשיקול הדעת

116. 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. לפיכך לא נאריך.

117. על אף שבג"צ הדגיש חזור והדגש את היקף שיקול הדעת הרחב של רשויות התביעה ואת מתחם הביקורת השיפוטית הצר, הלכה למעשה בג"צ בחן לעומקן החלטות של הפצ"ר והיועמ"ש שלא להעמיד לדין, ואף פסל אותן במספר מקרים. כמו כן בחן בג"צ החלטות על הגשת כתבי אישום כמו גם החלטות הנוגעות להסדרי טיעון.

118. בג"צ הבחין בין שיקול הדעת, העוסק בפן הראייתי (מבחן דיות הראיות וקיומו של סיכוי סביר להרשעה), לזה העוסק בפן של האינטרס הציבורי בהעמדה לדין. בג"צ יימנע ככלל מלבחון את דיות הראיות להגשת כתב אישום, אף כי הודגש, כי ייתכנו מקרים נדירים, בהם יתערב בג"צ אף בפן זה של הליך ההעמדה לדין. שונה הדבר לגבי הפן של האינטרס הציבורי. כדברי השופטת פרוקצ'יה:

"שיקול הדעת של היועץ בפן העוסק ב"עניין לציבור" בהעמדה לדין כרוך בהערכה נורמטיבית של ערכים חברתיים שונים. חרף שיקול הדעת הרחב הנתון ליועץ בעניין זה, פן זה של החלטתו נגיש יותר לביקורת שיפוטית, מאחר שהוא עוסק בהערכה ושקלול של ערכים נורמטיביים רלבנטיים למקרה נתון. שיקול הדעת בדבר "עניין לציבור" בהעמדה לדין נעדר מימד של הערכה

והסתברות של נתונים עובדתיים. הוא בנוי על מתן משקל יחסי ראוי לערכים נורמטיביים שונים, שיש להתחשב בהם בתהליך קבלת ההחלטה בדבר העמדה לדין. פן זה של ההחלטה, הבנוי על הערכה נורמטיבית, הוא מדיד, ונתון לביקורת שיפוטית ביתר קלות." (פרשת קצב, פסקה 23 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה)

119. עוד הודגש, כי ניתוח זה באשר לטיבה של הביקורת השיפוטית לגבי עניינים, הקשורים בהעמדה לדין, כוחו יפה לא רק לעצם ההחלטה האם להעמיד אדם לדין, אלא אף לגבי עניינים, הנוגעים למהות האישומים, שהוחלט לכלול בכתב האישום (שם, פסקה 31).

סיכום

120. "החלטה שנתקבלה בידי גורמי התביעה לא תוכל לעמוד, אם היא מקימה סיכון לפגיעה בערכי יסוד של משפט ומוסר ליבראלי; אם היא נוגדת תחושה פנימית וכללית של צדק; אם פגיעתה בתפישותיה הדומיננטיות של חברה דמוקרטית היא קשה" (דברי השופט לוי בפרשת קצב, פסקה 51). החלטת הפצ"ר באשר למהות סעיף האישום אכן פוגעת פגיעה אנושה בתחושת הצדק הבסיסית ביותר ובחובה, המוטלת על כל רשות שלטונית, להגן על זכויות האדם.

לאור כל האמור לעיל מתבקש בית המשפט הנכבד ליתן צו ביניים וצו על תנאי כמבוקש בראש עתירה זו, ולאחר קבלת תשובת המשיבים לעשות את הצו על תנאי למוחלט.

19 באוגוסט, 2008

דן יקיר, עו"ד

לימור יהודה, עו"ד

ב"כ העותרים