

20. נספחים

נספח א': ע/137/48 כהן נגד התובע הצבאי הראשי

ערעור מס' 137/48

אריה כהן

נגד

התובע הצבאי הראשי

בבית הדין הצבאי העליון

בפני השופטים: ד"ר י. גילי - אב"ד

ד. קרינסקי, סרן - שופט

ש. סבוראי רס"ן - שופט

פסק דין

לאחר שמיעת הסניגור והקטגור והמערער עצמו מוצא ביה"ד העליון כדלקמן:

1. הואיל וכתב האשמה לא נוסח בצורה המאפשרת לביה"ד להאשים את המערער בהתאם לסעיף 83 לחוקת השיפוט תש"ח והוא הודה על עצם העבירה הראשונה ולא הובאו עדים להוכחת אשמתו לפי סעיף 83, מקבל ביה"ד זה את דעת ב"כ התביעה הצבאית שיש מקום לחייב את המערער בהתאם לסעיף 79 מחוקת השיפוט תש"ח על אי מלוי פקודה.
2. ביה"ד הזה משוכנע כי המערער סרב למלא את פקודת הממונה עליו ואף בצע את הצהרתו אשר הצהיר בפומבי ולא יצא לאמונים כפי שנצטווה במפורש: לפי הסעיף השני של כתב האשמה.
- חייל בצבא ההגנה לישראל חייב בכל התנאים וללא הסוסים למלא כל פקודה הנתנת ע"י הממונים עליו ואם נפגע ע"י מפקדו רשאי הוא להגיש נגדו תלונה באמצעות הצנורות המוסמכים.
3. אין ביה"ד מוצא שמסיבות העבירה של המערער הצדיקו מתן העונש המכסימלי לפי סעיף 83. ומחליט:

- א) על העבירה הראשונה יעצר המערער מעצר מחנה מלא במשך חדש ימים.
- ב) על העבירה השניה יאסר המערער במשך תקופה של ששה חודשים החל מיום מאסרו הראשון, דהיינו 2.9.48.

העונש עבור העבירה הראשונה יכלול בעונש עבור העבירה השניה.

ניתן כאן תל-אביב פה אחד וטעון אישור הרמטכ"ל.

11.11.48

נספח ב': ע/138/48 אפ"ל נגד התובע הצבאי

ערעור מס' 138/48

אפ"ל ירוחם

נגד

התובע הצבאי הראשי

בבית הדין הצבאי לערעורים

בפני השופטים: ק. קים, סגן-אלוף - אב"ד

ד"ר יעקב גלילי - שופט

דב כנרתי - שופט

פסק-דין

לאחר שמיעת טענותיהם של הסניגור והקטיגור והעיון בפרטי-כל של ביה"ד דלמטה, מוצא ביה"ד הצבאי העליון כדלקמן: -

א. (1) המערער קיבל פקודה מאת הממונה הישיר עליו לעשות עבודה ידועה שהיה צריך להוציא לפועל.

(2) המערער לא ידע ולא היה יכול לדעת בזמן בצוע העברה שבה האשימו אותו שהוא חייב למלא את פקודת הר.ס.ג. אשר היה בדרגה יותר נמוכה מן המפקד שנתן לו פקודה קודמת. בייחוד שלא ידע מה הן סמכויותיו של הר.ס.ג. שנתפרסמו 4 ימים לאחר המקרה.

אי לכן מחליט ביה"ד הצבאי העליון לקבל את הערעור ולבטל את פסה"ד של ביה"ד דלמטה.

ב. במקרה זה נתקל ביה"ד העליון במסיבות המאלצות אותו לשחרר חייל מאשמה, למרות שקיבל פקודה ממפקד מוסמך הרשאי לתת פקודות.

בכדי למנוע לעתיד השנות מקרים כאלה העלולים לגרום לערעור המשמעת בצבא, מוצא ביה"ד הצבאי העליון לנחוץ להעיר כדלקמן: -

(1) פרסום הדרגות בצבא ההגנה, בחיל הים ובחיל האוויר מחסל את המצב הבלתי נורמלי שהיה קיים בזמן הגשת כתב האשמה נגד המערער, מצב שבו חייל אף פעם לא ידע את דרגת המפקד הפונה אליו בפקודה. מעתה ולהבא לא תתקבל כל הגנה המבוססת על אי-ידיעת הדרגה של נותן הפקודה.

(2) לעומת זאת מוטלת אחריות רבה על כל מפקד בבואו לתת פקודה. הוא חייב לשקול יפה אם מקבל הפקודה יוכל להוציאה לפועל. הוא צריך לתת את הפקודה דרך הצנורות

המקובלים ככל האפשר, על מנת להבטיח שמקבל הפקודה לא יקבל פקודות סותרות וע"י כך להביא למצב שהוא יהיה מפר פקודה אחרת. סטייה מנוהג זה עלולה לגרום לערעור יסודות המשמעת בצבא.

אין לעבור על נוהג זה אלא רק במקרים יוצאים מן הכלל ולצורך חיוני ביותר.

פס"ד זה ניתן פה אחד וטעון אישורו של הרמטכ"ל.

14/11/48

נספח ג': ע/147/49 ח' נגד התובע הצבאי הראשי

ערעור מס' 147/49

סמל ח.

סגן ר. - המערערים

נגד

התובע הצבאי הראשי

בבית הדין הצבאי לערעורים

בפני השופטים:	ס/אלוף ק. קיט	- אב"ד
	ס/אלוף נ. לוריא	- שופט
	ס/אלוף ד. מרט	- שופט
	סרן ח. צדוק (וילקנפלד)	- שופט
	סרן א. שרש	- שופט

פסק דין

1. זה הוא ערעור על פסק דינו של בית דין מיוחד, לפיו הורשעו שני המערערים ברצח על פי סעיף 214 (ב) לפקודת החוק הפלילי, 1936.
2. בית הדין המיוחד גזר את דינו של המערער הראשון, סגן – משנה ר' (להלן – הקצין) לחמש עשרה שנות מאסר, ואת דינו של המערער השני, סמל ח' (להלן – הסמל) – לחמש שנות מאסר.
3. הקצין והסמל הובאו תחילה לדין בפני בית הדין המיוחד על שתי אשמות, והן:
 - א. רצח, על פי סעיף 214 (ד) לפקודת החוק הפלילי, 1936 – בכך שביום 13.8.49, במשלט נירים, לאחר שיחד עם כמה מפקודיהם עברו עבירה של אינוס באשה בדואית ששמה בלתי ידוע, וכדי למנוע את הענשת האחראים לאותה עבירה, גרמו למותה של אותה אשה ע"י שהקצין פקד על הסמל להרגה, והסמל הרגה.
 - ב. רצח, על פי סעיף 214 (ב) לפקודה החוק הפלילי, 1936 בכך שביום ובמקום האמורים לעיל הם גרמו, בכונה תחילה, למותה של אשה בדואית ששמה בלתי ידוע, ע"י שהקצין פקד על הסמל להרגה, והסמל הרגה.
4. בתום פרשת הקטיגוריה, טענו סנגוריהם של המערערים טענת "אין על מה להשיב". בית הדין המיוחד קיבל טענה זו לרביע. הוא זיכה את הסמל מן האשמה לפי סעיף 214 (ד) לפקודת החוק הפלילי, 1936: אך פסק כי לגבי הסמל יש מקום להשיב על האשמה לפי סעיף 214 (ב)

- לאותה פקודה, ולגבי הקצין על שתי האשמות גם יחד.
5. בבוא עת מתן פסק הדין, זיכה בית הדין המיוחד אף את הקצין מן האשמה לפי סעיף 214 (ד), והרשיע את שני המערערים באשמה לפי סעיף 214 (ב).
6. בפסק דין ארוך ומנומק קבע בית הדין המיוחד – בפירוט רב ובקפדנות הראויה לשבח – את הממצאים העובדתיים שבפרשה זו, ואין לנו אלא לסכם בקצרה את העובדות העיקריות, תוך הבלטת אותם הממצאים ששימשו נושא לטענות בערעור שלפנינו.
7. בתחילת חודש אוגוסט, 1949, קיבל הקצין את הפיקוד על מחלקה שחנתה אז בביל"ו. הסמל היה סגן מפקד המחלקה.
8. במסגרת התכנית למלחמה בהסתננות הוקצתה למחלקה גזרה בקרבת הגבול המצרי, והיא יצאה למשלט נירים (להלן – המשלט) ביום 9.8.49. ערב צאת המחלקה למשלט, אסף מפקד הפלוגה, סרן א' את אנשי המחלקה, הוא הסביר להם את תפקידם, ונתן להם פקודת מבצע בעל פה: ומדבריו הבינו האנשים שעליהם לירות על מנת להרוג, בכל ערבי הנמצא בשטח גזרתם; ולקצין אמר מפקד הפלוגה, שהוא יפעל בשטח הגזרה שלו באופן עצמאי. הוראות אלו נתגלמו אחר כך בפקודת המבצע בכתב (מוצג 1/ס) שנשאה את התאריך 12.8.49 והגיעה למשלט רק ביום 13.8.49. אחה"צ. לגבי העניין שלפנינו, חשובה פסקה זו שבפקודת המבצע:
- "כל מחלקה תפעל עצמאית בשטח גזרתה, יש לסייר ביום בכוח הנייד את שטח הגזרה ולירות בכל ערבי שנמצא בשטח עד לגבול קו שביתת הנשק"*
9. ביום 12.8.49 לפנה"צ, יצא הקצין, בלוויית שבעה מאנשי מחלקתו, לסייר במכונית בשטח גזרתו. בדרך נתקלו בערבי שהיה מזוין ברובה אנגלי; משהרגיש בהם הערבי, השליך את רובהו והחל רץ; אז נפתחה עליו אש מן המקלע שבמכונית, והוא נפגע ונפל; רובהו נלקח ע"י המסיירים. בהמשך הסיוע, נתקלו המסיירים בקבוצה של שלושה ערבים – שני גברים, ואשה בגיל 16-20 שנה; לאחר חיפוש פקד הקצין להעלות את האשה (להלן – הערביה) על המכונית, והדבר נעשה; אחרי זה פקד הקצין להבריא את שני הגברים ע"י יריות באויה, ואף פקודה זו בוצעה. בתום הסיוע, חזרה הקבוצה, יחד עם הערביה, למשלט. בהגיעם למשלט, הוכנסה הערביה, לפי פקודת הקצין, לצריף שלא היה בשימוש, והופקד עליה שומר.
10. בצהרי היום ביקר במשלט מפקד הגדוד, סגן-אלוף ד' לשאלתו בעניין הערביה, השיב הקצין שבעת הסיוע נתקל בערביה: הוא הרג את הבעל ולקח את רובהו שלל, ואת הערביה לקח בשבי והביאה עמו על מנת לחקרה. מפקד הגדוד הורה אז את הקצין כי בסיוע הבא, אחרי החקירה, יחזיר את הערביה למקום שממש לקחה; והעיר שעל הקצין ליתן את ליבו על כך שבינתיים לא יגעו בה אנשי המחלקה לרעה.
11. אחרי הצהרים יצא הקצין, בלוויית חמישה מאנשיו, לסיוע שני. בשעת העדרו, הוציא הסמל את הערביה מן הצריף, הפשיט לה את בגדיה, וכשהיא עירומה – העמידה מתחת לצינור מים ששימש מעין מקלחת, ורחץ את גופה במים ובסבון; אחר כך שרף את בגדיה, והלבישה חולצת טריקו ומכנסים קצרים, לאחר מכן הוחזרה הערביה לצריף, ושוב הופקד עליה שומר.

12. אחרי זמן־מה, התאספו ליד הצריף כמה מאנשי המחלקה והתחילו מפצירים בשומה, טוראי ג', שיתיר להם להכנס לצריף. תחילה סרב השומה, אך לבסוף נעתר לדרישה. הוא עצמו נכנס ראשון, שהה בצריף כ-5 דקות, ויצא כשהוא מכפתר את מכנסיו. אחריו נכנס טוראי כ' ואף הוא שהה בפנים כ-5 דקות ויצא. כשהאיש השלישי, טוראי ל' היה בצריף, חזר הקצין מסוירו; בחוץ נשמעו קריאות אזהרה וטוראי ל' יצא מן הצריף והסתלק.
13. לדרישת הקצין, הובאה הערביה אליו לצריף המטה, ושם – במעמד אנשים אחרים – התלוננה בפניו הערביה שהחיילים "שחקו בה"; הקצין הבין שכונתה לומר כי החיילים עשו בה מעשים מבישים.
14. אחרי שעה קלה, פקד הקצין על טוראי י' לספר את שערותיה של הערביה. במעמד הקצין והסמל, קצץ י' את שערותיה וחפפם בנפט, הפשיטה עירומה, רחצה מתחת למקלחת במים ובסבון, והלבישה שוב בחולצתה ובמכנסיה הקצרים. מכאן נלקחה לצריף המטה, וכאן – במעמד אנשים אחרים – חקרה כנראה הקצין בעניין מקום המצאו של שבטה. אחרי זה הוצאה הערביה מצריף המטה.
15. באותו ערב – היה זה ליל שבת – נערכה בחדר האוכל מסיבת שבת בהשתתפות מרבית אנשי המחלקה. זמן קצר לפני סיום המסיבה הביא הקצין בפני המסובים, להצבעה ולהחלטה, הצעה "לדפוק" את הערביה; כונת הדברים היתה – וכך הובנה ע"י הנוכחים – שהערביה תשמש למשכב. ההצעה נתקבלה ברוב דעות הנוכחים במסיבה. בהודעתו על תוצאות ההצבעה, קבע הקצין תור ל"דפיקה": לפי התור שנקבע, נועדה הערביה באותו לילה – הוא ליל שבת – לכתת המטה (הקצין, הסמל, מפקדי הכתות, הטבחים, החובש והנהגים) ובימים הבאים – לכיתות אחרות.
16. בתום המסיבה, הביא הסמל – בפקודת הקצין – מטה מתקפלת ואת הערביה לאוהל, ששימש למגוריהם של הקצין והסמל. פתח האוהל נסגר, כשהקצין, הסמל והערביה בתוכו, והפנס שבאוהל כבה. כעבור 1.5-2 שעות, פקד הקצין להוציא את הערביה מהאוהל בטענה שנודף ממנה ריח רע: הסמל, יחד עם רב־טוראי ב' הוציאו מן האוהל את המיטה המתקפלת, כשהערביה שכובה עליה, והביאו את המיטה עד לפתח הצריף הריק. שם הוריד הסמל את הערביה ארצה, הביא מים ושפכם עליה, בעוד שב' הכניס את המיטה לצריף; אחרי כן לקח הסמל את הערביה בידי והכניסה לצריף, ונשאר בו יחד עם ב'.
17. למחרת, ביום 13.8.49, בשעה מוקדמת בבוקר, באה הערביה לאוהל של הקצין ושוב התלוננה בפניו שהחיילים "שחקו בה"; כונת דבריה כבשעת תלונתה הראשונה וכך הבינם הקצין.
18. בשעה יותר מאוחרת, כשהקצין התגלח, שאלו הסמל מה לעשות בערביה, הקצין פקד אז על הסמל להוציא את הערביה להורג. הערביה הובאה מכוון הצריף, והסמל ו-ב' העלוה על מכונית. בטרם זוהי המכונית צעק אחד הנשאים שהוא מבקש להחזיר את מכנסיו; הקצין פקד אז להפשיט את מכנסי הערביה, והפקודה בוצעה. בצאת המכונית היו בה – נוסף על הסמל, ב' והערביה, הנהג א', החובש א', והטוראים א', וכ': בידי שני האחרונים היו אתי חפירה – הם נקבעו ע"י רב־טוראי ב' להיות הקברנים.

19. במרחק של 500 מ' בערך מהמשלט נעצרה המכונית. הנהג א' נשאר במכונית: יתר האנשים התרחקו במקצת, יחד עם הערביה. הטוראים א' ו-כ' החלו כורים קבר; בראות זאת הערביה, התחילה בוכה ורצה, בהיותה במרחק של כ-6 מטרים ממקום החפירה, כיוון הסמל את ה"טומי" שבידו וירה בה כדור אחד; הכדור פגע ברקתה הימנית, מקום שם הופיע מיד דם, והערביה נפלה ולא זעה יותר. הסמל ניגש אז אל הנהג א' שהיה במכונית חיוור ורועד – כשה"טומי" גולש מידי למכונית – אמר לנהג שהוא, הסמל, לא האמין שיוכל לעשות דבר כזה. הנהג אמר אז לסמל כי יתכן שהכדור לא גרם למותה המידי של הערביה, והיא עלולה עוד להתענות בגסיסתה; והוא ביקש מהסמל לירות בה עוד מספר כדורים, למען היות בטוח שאכן מתה. רק עזב הסמל את הנהג וב' ניגש אל הסמל, לקח את ה"טומי" מידי, וירה מספר כדורים בערביה. אחרי כן קברו שני הטוראים הקברנים את גופת הערביה בבור שעומקו כ-30 סנטימטר, ובתום הקבורה – חזרה הקבוצה במכונית למשלט.

20. באותו יום (13.8.49), בשעות שלאחר הצהריים, ביקר מפקד הפלוגה במשלט ומסר לסמל את פקודת המבצע בכתב שהזכרנו לעיל. הקצין לא היה אותה שעה במשלט; הוא נסע, כנראה, לבאר שבע, שם פגש בערב את מפקד הגדוד בקולנוע. לשאלת מפקד הגדוד, אם החזיר את הערביה, השיב הקצין שהרגו אותה, והוסיף ש"היה חבל על הבנזין".

21. עקב שמועות שהגיעו לאזני מפקד הפלוגה על מעשים שנעשו בערביה במשלט, ביקש הוא דו"ח מאת הקצין. הדו"ח נערך ע"י הסמל ונכתב בכתב יד; והקצין חתם עליו. וזו לשון הדו"ח שתאריכו 15.8.49:

15.8.49

משלט נירים

אל: מפקד הפלוגה

מאת: מפקד משלט נירים

הנדון: - דו"ח על השבויה

בסיורי ב-12.8.49 נפגשתי בשטח פיקודי בערבים, 1 מהם חמוש, את הערבי החמוש הרגתי במקום ולקחתי את נשקו, ואת הערביה לקחתי בשבי. וכלילה הראשון החיילים התעללו בה ולמחרת מצאתי לנכון להעבירה מהעולם.

על החתום: (-) ר', סגן.

22. ביום 16.8.49 בא מפקד הפלוגה למשלט כדי לערוך חקירה. הקצין לא היה במקום. מפקד הפלוגה שאל את הסמל אם יוכל להראות לו את מקום קברה של הערביה, ותשובתו של הסמל היתה חיובית. לפי הוראת מפקד הפלוגה אסף הסמל את כל מפקדי הכיתות וכולם יצאו למקום הקבר, כשהסמל מורה את הדרך. בהגיעם למקום, הצביע הסמל על הקבר; מפקד הפלוגה חפר באת, עד שנתגלתה גופת הערביה; אז חזר וכיסה את הקבר, והקבוצה חזרה למשלט. לשאלת מפקד הפלוגה, בדרכם, אם מצפונו מעיק עליו, השיב הסמל בחיוב.

23. בשעת ביקורו של מפקד הפלוגה במשלט, ביקר הקצין בבאר שבע, ונפגש שם עם מפקד

הגדוד. תוך כדי שיחה אמר לו מפקד הגדוד ששלח את מפקד הפלוגה למשלט לחקור בדבר הערביה. על כך השיב הקצין בדברים אלה: "מה אני יכול לעשות, זה החברה, לו אחד היה עושה, הייתי משתלט עליו".

24. ביום 17.8.49 שלח מפקד הפלוגה למפקדי המחלקות פקודה (מוצג ס/2) בה נאמר, בין היתר, "אין לירות על מנת להרוג נשים וילדים, אלא לירות לשם הפחדה בלבד".

25. ביום 19.8.49 נעצרו הקצין והסמל והובאו לחקירה בבאר שבע.

26. ביום 23.8.49 באו למשלט שני חוקרי מצ"ח, בלוית רופא. כשנפתח הקבר, היתה גופת הערביה במצב כזה, שלדעת הרופא מן הנמנע היה לקבוע את סיבת המוות וכן אם נעשה בערביה מעשה אונס.

27. ביום 24.8.49 נחקרו הקצין והסמל ע"י שני חוקרי מצ"ח הנ"ל. הקצין הכחיש כל אשמה. הסמל מסר הודעה שזו לשונו:

"ביחס לאשמת האונס אני מכחיש היות ולא אנסתי. ביחס לרצח הוצאתי להורג "בטומי" את הערביה הנוכרת בהודעתי לעיל על סמך פקודה שקיבלתי מאת מפקד המחלקה שלי, הסגן ר' (אני רוצה להוסיף שהוא כלומר המ"מ ר' נתן את הפקודה על סמך גם פקודת המבצע להרוג כל ערבי שיש בשטח). זוהי הודעתי שמסרתי למצ"ח מחוז ת"א מרצוני הטוב לאחר שהוזהרתי ולאחר שהוקראה לפני חתמתי".

28. עד כאן פרשת העובדות, המבוססות על הממצאים העובדתיים של בית הדין המיוחד, ברצונו להוסיף רק זאת: כלל גדול הוא שבית דין לערעורים לא בנקל יסתור ממצא עובדתי של בית הדין דלמטה, והוא יעשה זאת רק אם ישוכנע כי אין לאותו ממצא יסוד בחומר הראיות הכשר שהיה בפני בית הדין דלמטה. לא מצאנו, מבחינה זו כל דופי בממצאים העובדתיים של בית הדין המיוחד; להיפך, נתרשמו מהזהירות ומהקפדנות שבה ערך בית הדין המיוחד את ממצאיו העובדתיים. ויצוין שגם באי כח המערערים לא בקשו מאתנו לסתור את הממצאים העובדתיים של בית הדין המיוחד, מלבד לשני ממצאים הנוגעים לסמל – הממצא שהסמל ירה בערביה כשהיא במרחק של כ-6 מטר ממקום החפירה, והממצא שהמילים "להורג בטומי" שבהודעת הסמל מיום 24.8.49 נכתבו לפני שהסמל חתם עליהם, ועוד נייד את הדיבור על שני ממצאים אלה.

29. יצוין גם שבאי כוח המערערים לא טענו לפנינו נגד בית הדין המיוחד על שקיבל כ"הודאה חפשית ומרצון", במובן סעיף 9 לפקודת העדות, את דו"ח הקצין מיום 15.8.49 ואת הודעת הסמל מיום 24.8.49. באי כוח הסמל טען אמנם לפנינו, שהמילים "להורג בטומי", המופיעות בהודעת שולחו מחוץ לשורה, נוספו לאחר שהסמל חתם על ההודעה. אך טענה זו איננה טענה משפטית הנוגעת לכשרותה של ההודעה כראיה; בטענתו מבקש מאתנו באי כוח הסמל לקבוע, כממצא עובדתי, שהמילים "להורג בטומי" לא היו בהודעה בשעה שהסמל חתם עליה.

ואולם בית הדין המיוחד קבע, בסעיף 29 של פסק דינו, שאין הוא מאמין לגרסתו של הסמל ביחס לדברים שאמר לחוקר, והוא מאמין לעדותו של חוקר המצ"ח, ק' שהמילים הנ"ל נאמרו ע"י הסמל ושהן הוספו בטרם חתם הסמל על ההודעה; ואין אנו רואים יסוד לסתור ממצא

עובדתי זה של בית הדין המיוחד.

30. בטרם ניתן את דעתנו על הטענות המשפטיות שהושמעו לפנינו, ברצוננו לעמוד בקצרה על טענה שבא־כח הקצין טען אותה בפני בית דין דלמטה, והוא הזכירה, אגב אורחה, גם בטענותיו שלפנינו. כונתנו לטענה כי הצירוף של שני הנאשמים - הקצין והסמל - ושל שתי האשמות - לפי סעיף 214 (ד) ולפי סעיף 214 (ב) - בכתב אשמה אחד - לא היה כשורה, ובעקבותיו נגרם עוול לנאשמים ובעיקר לקצין. שני העניינים, גם צירוף הנאשמים וגם צירוף האשמות - נתעוררו בבית הדין דלמטה, ודעת בית הדין שהובעה בהחלטות מנומקות, היתה, כי אין למצוא בצירופים אלה כל דופי. אנו מצרפים את דעתנו לדעתו של בית הדין המיוחד בעניין זה; אף אנו סבורים כי הצירוף, הן של הנאשמים והן של האשמות בדין יסודו, וכי לאיש מן המערערים לא נגרם עוול כלשהו ע"י צירוף זה.

31. הטענות המשפטיות שהושמעו לפנינו נוגעות מקצתן לשני המערערים גם יחד, ומקצתן לאחד מהם בלבד. ונפתח בטענות המשותפות לקצין ולסמל.

32. הטענה המשפטית הראשונה, שנטענה בהדגשה רבה ע"י באי-כח המערערים, אפשר לסכמה כך: המערערים הובאו לדין על שתי אשמות, האחת לפי סעיף 214 (ד) לפקודת החוק הפלילי, 1936 (גרימת מוות לשם חיפוי על מעשה אונס), והשנייה - לפי סעיף 214 (ב) לאותה פקודה (גרימת מוות בכוונה תחילה). שניהם זוכו מן האשמה לפי סעיף 214 (ד), ובית הדין המיוחד אמה, בסעיף 18 של פסק-דינו: "אין אנו מוכנים לקבוע שהערביה נאנסה בלילה ע"י מי מאנשי המשלט או שנעשתה בה בלילה, ע"י מי מהאנשים, איזו עבירה אחרת". מאחר שבית הדין המיוחד זיכה את שני המערערים מן האשמה לפי סעיף 214 (ד) לא היה בית הדין רשאי - לפי טענת באי-כח המערערים - להסתמך על חומר הראיות שהובא לביסוס האשמה לפי סעיף 214 (ד), כדי לבסס עליו את הרשעת המערערים לפי סעיף 214 (ב). לאור זיכוי המערערים מן האשמה לפי סעיף 214 (ד) חייב היה בית הדין המיוחד - לפי טענה זו - להתעלם לחלוטין מכל פרשת העדויות הנוגעות למעשי אונס ולמעשים מבישים אחרים שנעשו, כביכול, בערביה. ואם נטלת פרשת עובדות זו, המתארת את הרקע למותה של הערביה מן הממצאים העובדתיים שעליהם מבוססת הרשעת המערערים על האשמה לפי סעיף 214 (ב), לא נותר חומר ראיות שיהא בו כדי להוכיח רצח לפי סעיף 214 (ב), על יסודותיו השונים.

33. לטענה זו מוסיף בא־כח הסמל גוון מיוחד ביחס לשולחו. הסמל - הוא טוען - זוכה מן האשמה לפי סעיף 214 (ד) עוד בתום פרשת הקטגוריה, כשנטענה הטענה כי "אין על מה להשיב". הסמל ריכוז, אפוא, בהמשך המשפט, את כל מאמציו בהגנה נגד האשמה לפי סעיף 214 (ב); אך מאחר שזוכה מן האשמה הקשורה בפרשת מעשי האונס והמעשים המבישים האחרים, לא ראה כל צורך לסתור את העדויות שבפרשה זו. אם בא בית הדין המיוחד, ופסק דינו הסופי מרשיע את הסמל על עבירה לפי סעיף 214 (ב), בהסתמך, בין היתר, על אותה פרשת עדויות, הרי נגרם עוול לסמל בכך, שהזיכוי בתום פרשת הקטגוריה הוליכו שולל ומנע ממנו את האפשרות להתגונן.

34. אין טענה זו נראית לנו, לא בצורתה הכללית, המשותפת לשני המערערים ולא בגוונה המיוחד לסמל. המערערים הובאו לדין על שתי אשמות, האחת לפי סעיף 214 (ד) והשנייה לפי סעיף

214 (ב); וכדי להוכיח את שתי האשמות, הביאה הקטגוריה בפני בית הדין עדים רבים וחומר ראיות אחד. שום עד ושום ראיה לא זוהו בפני בית הדין עם אחת משתי האשמות דוקא; כל העדים וכל הראיות הובאו לביסוס שתי האשמות. על יסוד העדויות והראיות שהובאו לפניו, קבע בית הדין המיוחד שורה של ממצאים עובדיים; הוא קבע תחילה עובדות, ולא אשמות, לאחר שנקבעו העובדות, הגיע הזמן לבחון אותן לאור החוק על מנת לקבוע אם יש בהן מן היסודות של שתי האשמות או של אחת מהן; ובעשותו זאת, הגיע בית הדין המיוחד לכלל מסקנה שאין בעובדות שהוכחו כדי לספק את דרישות סעיף 214 (ד) – ומכאן הוכיח, אך יש בהן כדי לספק את דרישות סעיף 214 (ב) – ומכאן ההרשעה. עובדה אינה חדלה להיות עובדה, אך ורק מפני שאין בה כדי לספק את הדרישות של אשמה מסוימת בכתב האשמה; ואם זוכה הנאשם מאותה אשמה, אין בו ביזוי זה כדי לפסול את העובדה מלשמש לביסוס אשמה אחרת שבאותו כתב אשמה.

35. הבעיה, ביסודה, היא זו: נניח שהמערערים הובאו מלכתחילה לדין על אשמה לפי סעיף 214 (ב) בלבד; האם איזו שהיא ראיה מן הראיות שהובאו בפני בית דין מיוחד לביסוס שתי האשמות היתה אז בלתי כשרה להתקבל, בגלל היותה ראיה שאינה נוגעת לעניין. התשובה על שאלה זו היא שלילית. כל הראיות הנוגעות למה שקדם במשלט למותה של הערבייה – לרקע מעשה ההרג – נוגעות לעניין האשמה לפי סעיף 214 (ב), באשר לאורן ניתן ללמוד אם לפנינו מעשה שנעשה מתוך כונה תחילה, אם הגנת הצידוק שבפני המערערים יש לה על מה שתסמוך, ועוד; ואין ראיות אלה פסולות אף אם יש בהן כדי להצביע על עבירות אחרות שלא נכללו בכתב האשמה. הלכה זו אנו לומדים מתוך דברי הלורד הרשל במשפטו (1894), ואלה דבריו:

"The mere fact that evidence adduced tends to show the commission of other crimes does not render it inadmissible if it be relevant to an issue before the jury, and it may be so relevant if it bears on the question whether the acts alleged to constitute the crime charged in the indictment were designed or accidental, or to rebut a defence which would be otherwise open to the accused."

ברור לנו שבמקרה שלפנינו, כל העדויות וכל הראיות, שהובאו לביסוס שתי האשמות – לפי סעיף 214 (ד) ולפי סעיף 214 (ב) – היו מתקבלות כנוגעות לעניין אף אילו לכתחילה הובאו המערערים לדין לפי סעיף 214 (ב) בלבד, ואז ודאי אי אפשר היה לטעון נגד ההרשעה את הטענה שהמערערים טוענים אותה; העובדה שהקטגוריה ניסתה להוכיח, בעדויות ובראיות אלה, גם אשמה נוספת, ולא הצליחה בכך, אין בה כדי לגרוע מערכן לגבי האשמה שהוכחה.

36. מתוך האמור לעיל, מסתבר, גם שהטענה כי לסמל נגרם עוול, אין לה על מה שתסמוך. הסמל זוכה, אמנם, מן האשמה לפי סעיף 214 (ד) עם תום פרשת הקטגוריה, כשטען טענת "אין על מה להשיב", אך בשעת זיכוי זה הוא עדיין עמד בפני האשמה לפי סעיף 214 (ב), כשלבסוס אשמה זו עומדות כל העדויות והראיות שהובאו בפרשת הקטגוריה. לשון אחרת, הוא עמד אז באותו מצב שבו היה עומד אילו האשם מלכתחילה לפי סעיף 214 (ב) בלבד, והקטגוריה

הביאה, לביסוס אשמה אחת זו, את כל אותן העדויות והראיות שהיא הביאה לביסוס שתי האשמות. המשימה שעמדה בפני הסנגור שלו היתה – לסתור, במידת היכולת, את פרשת העדויות והראיות שהביאה הקטגוריה, במידה שהיה בה כדי להוכיח את האשמה לפי סעיף 214 (ב). בית הדין המיוחד לא מנע מן הסנגוריה את מלוא ההזדמנות לעשות זאת, ואם היא, משום מה, לא ניצלה אותה – אין לתלות את הקולר בבית הדין.

37. טענתם הבאה של באי-כח המערערים היא שאף אם בית הדין המיוחד היה רשאי לסמוך על כל חומר הראיות שלפניו, לא הוכחו בבית הדין המיוחד כל היסודות של "כונה תחילה", המפורטים בסעיף 216 לפקודת החוק הפלילי, 1936, וההכרחיים כדי להרשיע אדם בדין על רצח לפי סעיף 214 (ב) לאותה פקודה. אלא בעוד שבאי-כח הקצין טוען כי לגבי שולחו לא הוכח היסוד השלישי משלושת היסודות המפורטים בסעיף 216 – הוא יסוד "ההכנה", הרי טענתו של באי-כח הסמל היא כי לגבי שולחו לא הוכח היסוד הראשון משלושת היסודות הנ"ל – הוא יסוד "ההחלטה".

38. הבה נבחן תחילה את טענת באי-כח הקצין. הטענה היא, כי כדי להרשיע אדם ברצח לפי סעיף 214 (ב), על הקטגוריה להוכיח שהנאשם הרג את קרבנו לאחר שהכין את עצמו למעשה ההרג או לאחר שהכין את מכשיר ההרג; הקצין – אומרת הטענה – לא הכין את עצמו, ואף לא הכין את המכשיר; הוא רק נתן לסמל, אגב גילוח, [הוראה] להוציא את הערביה להורג. לא הוכח, אפוא, לגבי הקצין, לפי טענה זו, יסוד "ההכנה" הנדרש לפי סעיף 216, וממילא אין להרשיעו ברצח לפי סעיף 214 (ב); לכל היותר, אפשר להרשיעו ב"הריגה" לפי סעיף 212.

39. טענה זו היא, לדעתנו, מוטעית מיסודה. הקצין לא הרג כלל את הערביה; הוא נתן רק את הפקודה להרגה – אך אין הורגים אדם בהבל פה. מעשה ההרג לא בידי הקצין נעשה אלא בידי הסמל; והאחריות הפלילית של הקצין למעשה ההרג אינה נובעת מהסעיפים 214 (ב) ו-216 לפקודת החוק הפלילי, 1936, המתייחסים לרוצח הממשתי, כלומר, למי שמעשהו גרם במישרין למות הקורבן, אלא היא נובעת מסעיף 71 לחוקת השפוט תש"ח האומר:

"ייחשב לעברין וכאילו השתתף במעשה העבירה ויהיה צפוי לאותו העונש, העברין העיקרי גם כל אדם, בין שהוא נוכח בשעת המעשה ובין שאינו נוכח – המאפשר לאדם אחר את מעשה העבירה או המסייע בידו או המיעץ או המשדל אותו לעשות את העבירה....".

יתכן שהדבר מוזר בעיני הדיוט לראות בסמל, שלא עשה אלא את אשר הקצין פקד עליו לעשות – את ה"עברין העיקרי" ולראות בקצין – שנתן את פקודת ההרג ושאחריותו הפיקודית גדולה מזו של הסמל – רק "מייעץ" או "משדל" למעשה ההרג; אך כך הוא המצב המשפטי. מונחים מסוימים משמשים כאן למטרות שונות בדיני ממונות מזה ובדיני עונשין מזה. בעוד שבדיני ממונות השולח הוא עיקר, והשליח אינו אלא מסייע בידו, הרי בדיני העונשין, השליח הוא בבחינת עברין עיקרי, בעוד שהשולח אינו אלא בבחינת מסייע לדבר עבירה. הסעיף המטריאלי של החוק הפלילי, במקרה שלפנינו, הסעיפים 214 (ב) ו-216, קובעים את יסודות העבירה הנדרשים מן העובר אותה בפועל ממש – הוא ה"עברין העיקרי"; אך סעיף 71 לחוקת השיפוט תש"ח – היוצא, בחלקו הראשון, בעקבות סעיף 23 לפקודת החוק הפלילי, 1936 –

מטיל אחריות פלילית מלאה גם על המסיע בידי העברין העיקרי ועל המייעץ לו או המשדל למעשה העבירה. יוצא אפוא, שאם אדם נאשם בכך שיעץ לאחר, או שידל אחר, לעשות מעשה עבירה, אין צורך להוכיח כי במייעץ או במשדל נתקיימו כל יסודות העבירה המפורטים בסעיף המטריאלי של החוק הפלילי; יש להוכיח שיסודות אלה נתקיימו במי שניתנה לו העצה או שנעשה בו השידול אך לגבי המייעץ או המשדל אין צורך להוכיח אלא את עצם הייעוץ או השידול. הוכחת כל היסודות המטריאליים של העבירה ב"שליח", בצירוף הוכחת השידול מצד השולח – דיים כדי להטיל על המשדל אחריות פלילית מלאה, ממש כאילו ביצע את העבירה במו ידיו.

40. סימוכין לדעתנו זו אנו מוצאים בספרו הידוע של ארצ'בולד;

"Pleading, Evidence and Practice in Criminal Cases".

בהוצאה ל"ב של ספר זה, בעמוד 1477, מובאת דוגמא של כתב-אשמה, להבערת בית. והרי דברי ארצ'בולד בעניין הראיות שיש להביא לביסוס שתי אשמות אלה:

"Prove first the commission of the principal felony by AB; secondly that CD had prior to its commission counseled, procured (incited, moved, seeded, hired) or commanded AB to commit the principal felony".

במקרה שלפנינו, אין כלל צורך להוכיח שבמעשהו של הקצין נתקיימו שלושת היסודות המפורטים בסעיף 216; יש להוכיח קיום יסודות אלה אצל הסמל, ומשהוכחו – הרי לפי סעיף 71 לחוקת השיפוט תש"ח נופלת על הקצין, מכוח הפקודה שנתן, מלוא האחריות הפלילית למעשהו של הסמל.

41. נעיר עוד כי באיכח הקצין טען בפנינו שסעיף 71 לחוקת השיפוט תש"ח – וגם מקורו, סעיף 23 (א) לפקודת החוק הפלילי, 1936 – לוקה בחסר, באשר מדובר בהם ב"מייעץ" או ב"משדל" למעשה עבירה, אך אין מדובר בהם ב"מצווה" לעשות מעשה עבירה; היות והקצין לא יעץ ולא שידל, אלא ציווה להוציא את הערביה להורג, אין סעיף 71 תופסו. אין אנו סבורים שיש ממש בטענה זו. המושגים המשפטיים של "יעוץ" ו"שידול" – (Counseling and Procuring) הם רחבים עד כדי כך שהם כוללים מתן פקודה. בייחוד רחב הוא מושג ה"שידול" הרי דבריו של ארצ'בולד בנידון זה (הוצאה ל"ב עמוד 1472):

"The procurement may be personal, or through the intervention of a third person... it may also be direct, by hire, counsel, command or conspiracy; or indirect, by evincing an express liking, approbation, or assent to another's felonious design of committing felony..."

אין זה גם מתקבל על הדעת שהחוק יגזור על המייעץ מעשה עבירה, ויזכה את המצווה על פקודיו, מכח מעמדו, לעשות מעשה עבירה; ההיגיון מחייב שאם החוק גזר על המייעץ – הרי גזר על המצווה על אחת כמה וכמה.

42. אף באיכח הסמל טען שלא הוכח לגבי שולחו אחד היסודות של "רצח בכונה תחילה", לפי

הסעיפים 214 (ב) ו-216 לפקודת החוק הפלילי, 1936; אלא שטענתו מכונת ליסוד "ההחלטה". הטענה היא: אין מחייבים אדם ברצח בכונה תחילה, אלא אם הוכח כי למעשה ההרג קדמה להחלטה להרוג, כאמור בסעיף 216 (א); מאחר שהסמל, בהרגו את הערביה, פעל לפי פקודת מפקדו ולא ביזמת עצמו, אין לומר עליו שהוא, מכח עצמו, החליט להרוג את הערביה; חסר, אפוא, אחד היסודות ההכרחיים להרשעה על רצח בכונה תחילה, ואפשר להרשיע את הסמל, לכל היותר, ב"הריגה" לפי סעיף 212.

43. טענה זו אין לה על מה שתסמוך. מה פירוש המילים "החליט להרוג" שבסעיף 216 (א)? פירושן הוא, שבשעת מעשה ההרג היתה קיימת החלטת הרג בלבו של הנאשם. כל עוד הנאשם הוא בעל כושר החלטה עצמאי, מבחינה שכלית ונפשית, אין כלל חשיבות לשאלה אם הוא הגיע לידי החלטתו ביזמת עצמו בלבד או הוא הונע להחלטתו ע"י גורם חיצוני. בסעיף 61 של חוקת השיפוט תש"ח היוצא בעקבות סעיף 11 (ד) לפקודת החוק הפלילי, 1936 – נאמר במפורש כי "גורם המניע אדם לעשות איזה מעשה או לא לעשותו או להיות רוחש איזו כוונה – לא ישמש צידוק בכל נוגע לאחריות לעבירה". אילו היתה טענת בא"כ הסמל נכונה, היינו חייבים להגיע לידי מסקנה – שאין הדעת סובלתה – כי גם מי שנשכר ע"י אחר למעשה רצח, אין להרשיעו ברצח בכונה תחילה, כי ההחלטה לרצוח לא בשלה בלבו הוא בלבד, אלא הגיעה ללבו בהשפעת שוכרו; אך ההיגיון נרתע ממסקנה זו. במקרה שלפנינו, ברור כי בצאת הסמל לדרך ביום 13.8.49 היתה בלבו החלטה להרוג את הערביה, והחלטה זו התמידה בו עד שירה בה; בזה נתקיימה בו דרישת יסוד "ההחלטה" שבסעיף 216 (א), ולגבי יסוד זה של העבירה, אין כלל חשיבות לשאלה מה הניע את הסמל להחליט את החלטתו.

44. טענתם השלישית של המערערים היא טענת ה"צידוק", לפי סעיף 69 לחוקת השיפוט תש"ח, האומר:

"לא ישא אדם באחריות בשל מעשה או השתמטות מעשית המעשה אם עשה או השתמט מלעשות את המעשה באחת המסכות כדלקמן:

דהיינו:

א...

ב. לשם ציות לצו של רשות בת סמך שהחוק או השתייכותו לצבא מחייבים אותו להישמע לצו זה מלבד אם היה ברור וגלוי שהצו הוא בלתי חוקי".

45. כדי שאחד המערערים יצליח בטענה זו, עלינו להיות משוכנעים שנתקיימו לגבי שני תנאים:

(א) שהוא עשה את אשר עשה על סמך פקודה של מי שמוסמך לפקד עליו;

(ב) שהפקודה לא היתה פקודה אשר ברור וגלוי שהיא בלתי חוקית.

46. טענת ה"צידוק", פנים שונות לה לגבי הקצין מזה ולגבי הסמל מזה, לגבי הקצין, הצו של רשות בת סמך שטענתו מבוססת עליה היא פקודת המבצע שניתנה לו בעל-פה ע"י מפקד הפלוגה ערב צאת המחלקה למשלט, ושנתגלמה אחר כך בפקודת המבצע בכתב מיום 12.8.49, עלינו לבחון אם לפי פקודת המבצע צריך היה הקצין להוציא את הערביה להורג; רק אם תשובתנו

על שאלה זו תהיה חיובית, יהיה עלינו לבחון את השאלה השנייה, והיא – אם פקודת המבצע היתה פקודה אשר ברור וגלוי שהיא בלתי חוקית. לעומת זאת, אם תשובתנו על השאלה הראשונה תהיה שלילית, לא תתעורר כלל לפנינו השאלה אם פקודת המבצע היתה פקודה אשר ברור וגלוי שהיא בלתי חוקית. שונה המצב לגבי הסמל. כאן ברור שהוא הוציא את הערבייה להורג על פי פקודתו של מי שמוסמך לפקד עליו הוא הקצין; והשאלה היחידה המתעוררת לפנינו היא, אם פקודת הקצין להוציא את הערבייה להורג היתה פקודה אשר ברור וגלוי שהיא בלתי חוקית.

47. הבה נבחון תחילה את טענת ה"צידוק" שבפני הקצין. הוא טוען שפקודת המבצע העניקה לו "עצמאות" בשטח גזרתו וצוותה עליו "לירות בכל ערבי שנמצא בשטח"; פירושו של דבר – כך טוען הקצין – פקודת המבצע השאירה בידיו חופש פעולה מוחלט, ומאחר שהערבייה היתה אף היא "ערבי שנמצא בשטח", לא זו בלבד שהיה רשאי, אלא אף היה חייב, לפי פקודת המבצע, להרגה.

48. טענות אלה אינן נראות לנו, כפי שלא נראו לבית הדין המיוחד. אין אנו מקבלים את גרסתו של הקצין הנוגע למשמעות המושג "עצמאות" שפקודת המבצע העניקה לו בשטח גזרתו. הפסקה האומרת כי "כל מחלקה תפעל עצמאית בשטח גזרתה" – אין פירושה, לדעתנו, שהגזרה נמסרת לשלטון יחיד של הקצין, הרשאי לעשות בה – ללא הגבלה וללא סייג – ככל העולה על רוחו. משמעות הפסקה היא שלמחלקה ניתנת, בגזרתה עצמאות טקטית, כלומר, שהמחלקה, והיא בלבד, תפעל בשטח הגזרה, ללא סיוע מצד כל כח אחר; אך אין בה באותה פסקה כדי לשחרר את המחלקה ואת מפקדה מן הכפיפות לפקודות ולחוק החלה על כל איש צבא.

49. באיכח הקצין מתח ביקורת על בית הדין המיוחד על שהסתייע ב"ידיעתו המשפטית", כדי לקבוע את המשמעות האמיתית של ה"עצמאות" שניתנה לקצין. הוא טוען שאין בית דין צבאי יכול להסתייע ב"ידיעה משפטית" באיזה עניין שהוא; ועל כל פנים – לא בעניין שלפנינו. הדעה שאין בית דין צבאי יכול להסתייע ב"ידיעה משפטית" כללית, היא מוטעית: הדינים הנוגעים ל"ידיעה משפטית" (Judicial notice) הם חלק מדיני הראיה הכללים, וסעיף 167 לחוקת השיפוט תש"ח הורה הלכה מפורשת כי "חוקי ההוכחה המקובלים בבתי-הדין הכלליים במדינה יחייבו גם את השופטים ובתי הדין של הצבא..." אשר לטענה כי בית הדין המיוחד לא היה רשאי להסתייע ב"ידיעה משפטית" במקרה שלפנינו. נראה לנו כי, כשם שבית משפט כללי רשאי להסתייע בידיעתו המשפטית לגבי עניינים שהם מן המפורסמות בציבור בכללותו, כך רשאי בית דין צבאי להסתייע ב"ידיעתו המשפטית" לגבי עניינים שהם מן המפורסמות בצבא, והמשמעות שיש לייחס להוראה בפקודת מבצע צבאית, המעניקה "עצמאות" ליחידה מסוימת, היא לדעתנו אחד העניינים האלה. ברצוננו להוסיף רק ולומר שגם בלעדי ההסתמכות על "ידיעה משפטית" היו בפני בית הדין המיוחד ראיות מספיקות אשר הצדיקו את הממצא העובדתי כי כך, ולא אחרת, יש לפרש את המושג "עצמאות" שבפקודת המבצע.

50. אשר להוראה שבפקודת המבצע האומרת כי "יש לירות בכל ערבי שנמצא בשטח", עלינו לקרוא את המשפט בשלמותו, והוא אומר: "יש לסייר ביום בכוח הנייד את שטח הגזרה ולירות בכל ערבי שנמצא בשטח", הפירוש ההגיוני היחיד שאפשר ליתן להוראה זו הוא, שעל המחלקה

לערוך סיורים בשטח הגזרה, ואם – אגב סיור – נתקלים בערבי, יש לירות בו. אין להעלות כלל על הדעת שהוראה זו, יש בה כדי להרשות למפקד לתפוס ערבי, להביאו למשלט, להחזיקו שם כ-18 שעות, ואחר כך להוציאו להורג. באיכח הקצין הסתמך על הפקודה הנוספת (מוצג ס/2) שהגיעה למשלט ביום 13.8.49 ושבה נאמר כי "אין לירות על מנת להרוג נשים וילדים, אלא לירות לשם הפחדה בלבד"; פקודה זו – כך טוען באיכח הקצין מראה כי לפני כן לפי פקודה המבצע המקורית, מותר היה לירות על מנת להרוג נשים וילדים. ואולם את הפקודה הנוספת יש לקרוא ביחד עם פקודת המבצע המקורית. הפקודה הנוספת באה, לדעתנו, להורות כי בעוד שעד כה מותר היה, בשעת סיור לירות על מנת להרוג כל ערבי – גבר, אשה או ילד – הרי מכאן ואילך אין לירות, בשעת סיור, בנשים וילדים אלא על מנת להפחיד בלבד, ולא על מנת להרוג; כוונת הפקודה הנוספת אינה, ואינה יכולה להיות, לירות שלא בשעת סיור, באשר לירות כאלו חורגות מתחום פקודת המבצע המקורית.

51. באיכח הקצין מתח ביקורת על שבית הדין המיוחד ראה בערביה "שבוייה" שהקצין חייב היה לנהוג בה לפי הנהוג הצבאי והוראות החוק הבינלאומי הנוגעים לשבויי מלחמה. אף אנו סבורים שבית הדין המיוחד טעה, כשראה את הערביה כראות שבוייה, במובן הניתן למונח זה בחוק הבינלאומי; ואנו מסכימים לדעתו של באיכח הקצין כי העובדה שהקצין בדו"ח שלו מיום 15.8.49 כינה את הערביה בכינוי – "שבוייה", אין בה כדי להעניק לערביה מעמד של שבוייה לפי החוק הבינלאומי, וכי הקצין, בהשתמשו בכינוי זה, לא התכוון אלא לומר שהוא "שבה", כלומר תפס, את הערביה. ואולם אין במשגה זו, ששגה בית הדין המיוחד, כדי לסייע להגנתו של הקצין. אף אם הערביה אינה שבוייה, במובן החוק הבינלאומי, אין היא חדלה להיות אדם, ואין דמה הפקר. ואם אין בידי הקצין להראות, כי בתתו את הפקודה להוציא את הערביה להורג, הוא פעל בתחום פקודת המבצע, לא תעמוד לו הגנת "הצידוק", לפי סעיף 69 לחוקת השפוט תש"ח, אף אם לערביה לא היה מעמד של שבוייה.

52. סיכומו של דבר: אנו סבורים שפקודת הקצין להוציא את הערביה להורג לא היתה מעשה שנעשה "לשם ציות לצו של רשות בת סמך שהחוק או השתייכותו לצבא מחייבים אותו להישמע לצו זה": וממילא אין מתעוררת לפנינו השאלה אם פקודה המבצע היתה צו אשר ברור וגלוי שהוא בלתי חוקי.

53. אנו עוברים עתה לטענת ה"צידוק" שבפי הסמל. אין עוררים על כך שהסמל, בהוציאו את הערביה להורג, פעל לפי פקודת הקצין, כלומר הוא פעל "לשם ציות לצו של רשות בת סמך שהחוק או השתייכותו לצבא מחייבים אותו להישמע לצו זה". נתקיים, אפוא, בסמל התנאי הראשון משני התנאים שהזכרנו לעיל, הדרושים כדי לבסס את הגנת ה"צידוק", והשאלה העומדת לפנינו היא: האם פקודת הקצין להוציא את הערביה להורג היא צו אשר ברור וגלוי שהוא בלתי חוקי.

54. הבעיה היא אם חייל אשר תוך כדי ציות לפקודת מפקדו עשה מעשה פלילי ישא או לא ישא באחריות פלילית למעשהו, היא בעיה משפטית חמורה שהתלבטו בה חכמי המשפט בכלל, וחכמי המשפט הצבאי בפרט, במדינות שונות. אך לשווא טרח באיכח הסמל והפנה אותנו לדינים הנהוגים בנידון זה במדינות אחרות; החוק שלנו קובע הלכה מפורשת בשאלה זו, ושומה

עלינו לנהוג לפיה. לפי הלכה זו, שנתגלמה בסעיף 19 לפקודת החוק הפלילי, 1936, ובסעיף 69 לחוקת השיפוט תש"ח, פקודת המפקד יש בה, בדרך כלל, כדי לפטור חייל מאחריות פלילית על מעשה שעשה לשם ביצוע הפקודה; אך פטור זה לא יעמוד לו לחייל אם פקודת המפקד היא בלתי חוקית בעליל. ואולם עלינו להצביע על הבדל הקיים בין הנוסח של סעיף 69 לחוקת השיפוט תש"ח ובין הנוסח של הסעיף המקביל - הוא סעיף 19 - לפקודת החוק הפלילי, 1936; בעוד שבסעיף 19 נאמר במפורש כי "השאלה אם ברור וגלוי שצו מסוים הוא בלתי חוקי היא שאלת חוק", הרי אין הוראה דומה בסעיף 69, לחוקת השיפוט תש"ח. ברור כי לפי סעיף 19, המבחן אם פקודה מסוימת היא בלתי חוקית באופן ברור וגלוי היא מבחן אובייקטיבי, כלומר, כדי לשלול מנאשם את הגנת ה"צדוק", אין צורך להוכיח כי בשעת המעשה היה ברור וגלוי לנאשם שהפקודה היא בלתי חוקית, אלא שבית הדין צריך להיות משוכנע שהפקודה, בנסיבות שבהן נתנה, היתה בלתי חוקית באופן ברור וגלוי בעיני אדם בעל תבונה ממוצעת. השאלה היא: האם המצב המשפטי בפקודה זו הוא שונה לפי סעיף 69 לחוקת השיפוט תש"ח? אין אנו סבורים כך. המילים המופיעות בסעיף 69, "מלבד אם היה ברור וגלוי שהצו הוא בלתי חוקי" - הן כשלעצמן גם בלעדי התוספת שבסעיף 19 לפקודת החוק הפלילי, 1936, מצביעות על מבחן אובייקטיבי: נאמר "אם היה ברור וגלוי" ולא "אם היה ברור וגלוי לו", כלומר לנאשם. אין אנו סבורים שהבדל הנוסח הקיים בין סעיף 69 לבין סעיף 19 יש בו כדי לעקור משורשו את הדין שבמבחן לאי החוקיות ה"ברורה והגלויה" של הפקודה הוא אובייקטיבי ולנטוע במקומו את הנטע הור להלכה הנקוטה אצלנו, אשר לפיה ההכרעה, אם פקודה מסוימת היא בלתי חוקית בעליל, מסורה לשיקולו האישי של כל חייל וחייל בכל מקרה ומקרה. אנו סבורים אפוא, שגם לפי ההוראה שבסעיף 19 לפקודת החוק הפלילי, 1936, כי המבחן אם ברור וגלוי שפקודה מסוימת היא בלתי חוקית הוא מבחן אובייקטיבי.

55. כדוגמא לשימוש בדין זה הלכה למעשה, נצטט את פסק הדין של בית המשפט העליון (מתקופת המנדט) בערעור פלילי Hajdamovitz v. Attorney General 38/44, פל"ה, עמ' 140 (1944). במשפט זה נידונה, בין היתר, פקודה שניתנה כביכול ע"י קצין לוקיף וצוותה עליו לירות בכל עציר בורח, על פקודה זו אמר בית המשפט:

"We agree on that matter with the learned trial judge that that would be an order that is manifestly unlawful, in that a reasonable sentry must be presumed to know that an order to shoot at sight at a person escaping is an unlawful order."

56. כשאנו באים, לאור הדין האמור לעיל, לבחון את פקודת הקצין לסמל להוציא את הערביה להורג, אנו תמימי דעים עם בית דין המיוחד במסקנתו כי היה ברור וגלוי שהפקודה היא בלתי חוקית. כל אשר קדם למתן הפקודה, כל השתלשלות המאורעות למן הרגע בו נתקלה קבוצת החיילים בערביה בשעת הסיוור ביום 12.8.49 ועד הרגע בו נתן הקצין לסמל את הפקודה להוציא את הערביה להורג, ולא נחזור על פרשת מאורעות זו ועל חלקם של הקצין והסמל בה - כל אלה מביאים אותנו לידי מסקנה בלתי נמנעת שהפקודה שהקצין נתן לסמל, להוציא את הערביה להורג, היתה פקודה אשר בנסיבותיה, היתה באופן ברור וגלוי בלתי חוקית.

57. על יסוד זה, אנו דוחים את טענת הסמל כי סעיף 69 לחוקת השיפוט תש"ח פוטר אותו מאחריות להוצאת הערביה להורג.

58. הטענה המשותפת האחרונה היא טענת "טעות", בהסתמך על סעיף 63 לחוקת השיפוט תש"ח. בסעיף זה נאמר:

"אדם העושה איזה מעשה או שמשתמט מעשיית מעשה מתוך אמונה כנה והגיונית אך מוטעית – במציאותו של איזה מצב דברים, לא ישא באחריות בשל המעשה או ההשתמטות מעשיית המעשה במידה יותר גדולה משהיה נושא בה אילו היה מצב הדברים הממשי כאשר האמין".

הטענה היא שהקצין והסמל עשו מה שעשו מתוך אמונה כנה והגיונית – אך מוטעית – במציאותו של מצב דברים מסוים: הקצין פקד להוציא את הערביה להורג מתוך אמונה כנה והגיונית – אף אם היתה מוטעית – שמותר לו לתת פקודה כזאת; והסמל הוציא את הערביה להורג מתוך אמונה כנה והגיונית – אף אם היתה מוטעית – שהוא רשאי ואף חייב, לבצע את פקודת הקצין. לפי הסיפא של סעיף 63, אין הם צריכים לשאת באחריות במידה יותר גדולה משהיו נושאים בה אילו היה מצב הדברים הממשי כפי שהאמינו, כלומר, אילו לקצין מותר היה לתת את הפקודה והסמל היה רשאי ואף חייב לבצעה; פירושו של דבר, שהקצין והסמל צריכים להיות פטורים מאחריות.

59. טענה זו מבוססת על טשטוש האבחנה בין טעות ביחס לעובדה ובין טעות ביחס לחוק. סעיף 63 לחוקת השיפוט תש"ח – המקביל לסעיף 12 לפקודת החוק הפלילי, 1936 – מדבר על טעות ביחס ל"מציאותו של איזה מצב דברים"; ובשולי הסעיף נאמר "טעות בעובדה". לעומת זאת, נאמר בסעיף 60 לחוקת השיפוט תש"ח – המקביל לסעיף 8 לפקודת החוק הפלילי, 1936 – כי "אי ידיעת החוק בין אם של החוקה הזו או כל חוקה או תקנה אחרת בצבא ובין אם של תקנת החוק הכללי במדינה – במידה שההשתייכות לצבא אינה משחררת במפורש מהציות לה – לא תשמש צידוק או הגנה במשפט שהוא". אם כן מהי ה"טעות" שעליה מסתמכים המערערים אין זאת טעות ביחס לעובדה כלשהי, אלא טעות ביחס למה שמותר לקצין לעשות, ולמה שהסמל רשאי או חייב לעשות.

לשון אחרת: הקצין טוען שלא ידע כי לפי החוק אסור היה לו לתת פקודה להוציא את הערביה להורג; והסמל טוען שלא ידע כי לפי החוק אין הוא רשאי ואין הוא חייב לבצע את פקודת הקצין. המערערים מבקשים, אפוא, מאתנו לשחררם מאחריות פלילית מפני שלא ידעו את החוק; אך על אי ידיעת החוק נאמר במפורש – בסעיף 60 לחוקת השיפוט תש"ח שהיא "לא תשמש הגנה או צידוק במשפט שהוא".

60. לאור האמור לעיל, אין אנו רואים צורך לעצמנו לבחון את השאלה אם ה"טעות" שעליה מסתמכים המערערים אמנם היתה בידם. ואם היתה זאת טעות "כנה והגיונית".

61. נשאר לנו עוד לשקול שתי טענות הנוגעות לסמל בלבד.

62. הטענה הראשונה היא שבית הדין המיוחד הרשיע את הסמל על יסוד עדויות של שותפים לעבירה, מבלי שהובאה לעדויות אלה ראייה מסייעת.

63. אמת נכון הדבר שהנוהג האנגלי, המחייב את השופט להזהיר את חבר המושבעים כי מסוכן תמיד להרשיע אדם על יסוד עדות של שותף לעבירה, נתגבש אצלנו, במרוצת השנים, כהוראת החוק, וכיום הדין הוא שאין להרשיע אדם על יסוד עדותו של שותף לעבירה, אלא אם יש לאותה עדות ראיה מסייעת. יתר על כן, אין עדותו של שותף אחד לעבירה, יכולה לשמש סיוע לעדותו של שותף אחר לעבירה, ואם אף עדים רבים העידו בפני בית הדין, ובית הדין האמין לדבריהם, אך כל העדים הם שותפים לעבירה, ואין לעדותם כל ראיה מסייעת עצמאית – יש לפי הדין, לזכות את הנאשם. אך מה פירוש הצורך ב"ראיה מסייעת"? אין פירושו שלכל פרט ופרט שבעדות השותף לעבירה או השותפים לעבירה יש למצוא סימוכין בראיה אחרת שאין מקורה בשותף לעבירה. דרישת הראיה המסייעת באה על סיפוקה, כשנוסף על העדות של השותף לעבירה או השותפים לעבירה, ישנה בפני בית הדין ראיה שאינה נובעת משותפים לעבירה ושיש בה כדי לזהות את הנאשם עם מעשה העבירה. הרי דברי ארצ'בולד (הוצאה לב' עמוד 462) בנידון זה:

The kind of corroboration required is not confirmation by independent evidence of everything the accomplice relates, as his evidence would be unnecessary if that were so... What is required is some independent testimony which affects the prisoner by tending to connect him to the crime: that is, evidence direct or circumstantial, which implicate the prisoner committed it... the prisoner's own evidence may afford the necessary corroboration, as may also his conduct in the circumstances of the particular case...

במקרה שלפנינו קיימת ראיה מסייעת כזאת, הלא היא הודאת הנאשם בפני חוקרי מצ"ח מיום 24.8.49. מאחר שאנו רואים בהודאה זו ראיה המספקת סיפוק מלא את דרישת הראיה המסייעת, אנו פטורים מלבחון את השאלה אם העדים הרבים שהעידו בפני בית הדין המיוחד, ושעל עדותם ביסס בית הדין את הרשעת הסמל, הם כולם או מקצתם, שותפים לעבירה; אף אם נניח, שכל העדים האלה הם שותפים לעבירה, היה לפני בית הדין סיוע מספיק לעדותם.

64. אפשר גם להשקיף על הבעיה מנקודת ראות אחרת: אפשר לראות בהודאת הסמל את חומר ההוכחה העיקרי להרשעתו, ובדברי העדים – את אותו דבר מה נוסף לחיזוק ההודאה, המסקנה אחת היא: בפני בית הדין המיוחד היו ראיות מספיקות להרשעת הסמל.

65. הטענה השנייה, הנוגעת לסמל בלבד, היא כי לא הוכח בבית הדין המיוחד שהסמל הוא שגרם למותה של הערביה; יתכן – אומרת הטענה – שלא הכדור היחיד שנורה ע"י הסמל, אלא אחד הכדורים שנורו אחר כך ע"י רב טוראי ב' גרם למותה של הערביה.

66. בית הדין המיוחד קבע, באחד ממצאיו העובדתיים, כי בהיות הערביה במרחק של 6 מטר בערך ממקום החפירה, כיוון הסמל את ה"טומי" שהיה מזוין בו וירה בה כדור אחד; הכדור פגע ברקתה הימנית של הערביה, מקום בו הופיע מיד דם; הערביה נפלה במקום ולא זעה יותר. אחר כך, למען יהיו בטוחים שאכן מתה הערביה, לקח ב' את הטומי מידי הסמל וירה בערביה, השוכבת ללא זיע על הארץ, עוד מספר כדורים.

67. באיכח הסמל ביקש לערער את הממצא העובדתי הזה, במידה שהוא נוגע למרחק שממנו נורתה היריה, וביקש מאתנו לקבל את גרסת אותם העדים אשר העידו שהכדור נורה ממרחק של 20-30 מטר. ואולם כפי שכבר ציינו בראשית דברינו – אין אנו יכולים, בבית דין לערעורים – לסתור ממצא עובדתי של בית דין דלמטה, אם יש לאותו ממצא סימוכין בחומר הראיות; ולא נבוא להתערב בשיקולים אשר הניעו את בית הדין המיוחד להעדיף בנקודה מסוימת את עדותו של עד אחד על עדותו של עד אחר. אנו חייבים, אפוא, לקבל את הממצא העובדתי שהסמל ירה את הכדור, כשהערביה היתה במרחק של 6 מטר לערך ממקום החפירה, וזה היה אז – בקירוב – גם המרחק בינה ובין הסמל.

68. לעומת זאת, אנו תמימי דעים עם באיכח הסמל שאת המילים "הוצאתי להורג בטומי את הערביה", המופיעות בהודאת הסמל בפני חוקרי מצ"ח אין לפרש דוקא כ"הודאה" שהכדור שנורה ע"י הסמל הוא שגרם למותה של הערביה; אין אנו מוכנים גם לראות בעדויותיהם של החיילים, שהיו נוכחים במקום ושראו את הסמל פוגע בערביה ואת הערביה נופלת, חומר הוכחה מספיק כדי לקבוע שאכן הכדור של הסמל הוא שגרם למותה המידי של הערביה.

69. ואולם – אף אם נקבל את טענת באיכח הסמל, שלא הוכח בפני בית הדין המיוחד, באופן הנעלה מכל ספק המתקבל על הדעת, שהכדור שנורה ע"י הסמל הוא שגרם למותה של הערביה, אין בכך עדיין כדי לעזור לסמל בהגנתו, כשקבוצת החיילים, והסמל בראשם, יצאה לדרך באותו בוקר של יום 13.8.49, לא רק הסמל, אלא גם האחרים, ובפרט רב טוראי ב' שגייס את הקברנים, ידעו את טיב משימתם. הם יצאו כשמוזממת רצח בלבם; והמזימה בוצעה. אין כלל חשיבות לשאלה אם המוות נגרם ע"י כדורו של הסמל או ע"י אחד הכדורים שנורו בידי ב'; כל הכדורים נורו תוך כדי ביצוע מזימה אחת שהסמל היה אחראי לביצועה.

70. מסקנתנו היא, אפוא, שאף אם לא הוכח שכדורו של הסמל גרם למותה של הערביה, גם אז מוטלת על הסמל מלוא האחריות הפלילית למות הערביה, מכח סעיף 71 לחוקת השיפוט תש"ח.

71. על יסוד האמור לעיל אנו דוחים את ערעורם של הקצין והסמל כאחד, ומאשרים את הרשעתם בדין על רצח בכונה תחילה לפי סעיף 214 (ב) לפקודת החוק הפלילי, 1936.

ואשר לשאלת העונש. אמנם אישרנו את המסקנות העיקריות עליהם מתבסס פסק דינו של בית הדין דלמטה אולם אין אנו מוצאים את עצמנו פטורים מהחובה לבדוק אם נתגלו במשך הדיון בפנינו מסיבות העלולות להשפיע על מידת העונש שהוטל על ידו.

בית הדין היושב בערעור בדרך כלל לא יטפל במידת העונש אלא אם לפי דעתו אין המסקנות אליהן הגיע בית הדין דלמטה מבוססות על העובדות כפי שהתבררו בזמן הדיון.

כמו כן הוא יתערב בשאלת העונש במקרה שבית הדין דלמטה לא התחשב במסיבות המקלות הקיימות במקרה בכולן או בחלקן. נראה לנו כי נוסף לשורת המסיבות המקילות שצינו בפסק הדין ושנלקחו בחשבון ע"י בית הדין דלמטה יש עוד להביא בחשבון את התקופה בה קרה המקרה ולעמוד על השפעתה האפשרית על התוצאות. למרות קיום הסכם שביתת נשק עם מצרים טרם הושגה יציבות ביחסים והתנהלה פעולה נגד מסתננים העוברים מהאזור המצרי

לשטח ישראל ולהפך. המחלקה שמתפקידה היה להשתתף במלחמה זו נגד מסתננים פעלה בזמן המקרה לפי פקודה שניתנה בצורת נאום הסברה ע"י מפקד הפלוגה לפני עלותה למשלט ואין להניח כי הניסוח היה יותר מדויק מפקודת המבצע הכתובה שגם היא ראויה לביקורת בנוגע למובנה וסגנונה.

היה מקובל בתקופה ההיא יחס של זלזול בחיי ערבים בכלל ושל מסתננים בפרט ולעיתים קרובות מקרי הפקרות בשטח זה.

כל אלה היה בהם כדי ליצור אווירה שהכל מותר. אנו משוכנעים, כי אווירה כזו שררה גם במשלט נירים ובדואי במפקדה. ובכל זאת, אין אנו מוצאים כי המערערים נפלו במקרה זה קורבן למסיבות ואין לראות בהשתלשלות העניינים במקרה זה, בו הם לא עמדו במבחן, דבר מקל במידה מספקת.

לעומת השפעת האווירה, כפי שתוארה לעיל, על המערערים, יש לציין את שיקולו של בית הדין דלמטה אשר אמר בגזר דינו: "מתוך שיש לנו ספק ביחס לפירושה הנכון של תקנה 99 מחוקת השיפוט תש"ח, היינו, אם בדחותנו עונש מקסימלי אנו רשאים לפסוק עונש גדול מחמש עשרה שנות מאסר אנו גוזרים וכו'..." יש לראות בשיקול זה החלטה לטובתם של המערערים ביחס לחומרת העונש. יש לציין בצער רב כי מפקדים שהראו נכונות הקרבה לא מעטה מול פני האויב נגררו לפעולות בלתי חוקיות. תוצאות פשעים חורגות ממסגרת עבירה אישית והשפעתם ההרסנית על פקודיכם ועל הצבא בכללו לא תתוקן ע"י העונשים שיוטלו עליכם. גורלכם בידיכם ועליכם להוכיח כי היה זה רק מקרה שבו נכשלם קשות.

אחריות המפקד בתנאים כפי שהתבררו ועמדת קצין בצה"ל בכלל מטילים חובות המצדיקות את עמדת בית הדין דלמטה כי יש להטיל עונש יותר חמור על הקצין בעד אותה העבירה בה נמצא חייב יחד עם הסמל. אנו מצטרפים לדעה זו אולם מוצאים שההבדל הרב במידת העונש מופרז במקרה זה והעונש שהוטל על הסמל הנהו קל לעומת זה של הקצין. אין זה סמכותנו להגדיל את עונשו של הסמל ואין אנו מוצאים נימוקים מספיקים להקטנת עונשו של הקצין ומשום כך החלטנו לדחות את הערעור ולאשר את העונשים כפי שניתנו ע"י בית הדין דלמטה. אנו קובעים את תאריך תחילת המאסר ב-19.8.49.

ניתן פה אחד היום - י"ט אייר תשי"א - 25.5.51 וטעון אישורו של ראש המטה הכללי.

נספח ד': ע/12/51 צחור נגד התובע הצבאי הראשי

ערעור מס' 12/51

סגן צחור שמעון - המערער

נגד

התובע הצבאי הראשי - המשיב

בבית הדין הצבאי העליון

בפני השופטים: אלוף א. אבישר - אב"ד

ס/אלוף ה. אשכנזי - שופט

ר/סרן ה. סלע - שופט

פסק דין

1. המערער נמצא חייב ע"י ביה"ד המחוזי, מ.ש. הדרום, ב-4 עבירות הבאות:
 - (א) עבירה על תקנה 80 לחוקת השיפוט, דהיינו, העדרות משרות מיחידתו, בסיס הדרכה מס' 8, ביום 22 באוקטובר 1950.
 - (ב) עבירה על תקנה 98 לחוקת השיפוט, דהיינו, הזנחת תפקידו כקצין תורן ביחידתו ביום 24.10.50.
 - (ג) עבירה על תקנה 80 לחוקת השיפוט דהיינו, העדרות שלא ברשות מיחידתו במשך 3 ימים בימים 27-30.10.50.
 - (ד) עבירה על תקנה 78, לחוקת השיפוט, דהיינו, הפרת משטר.
ביה"ד דלמטה פסק את העונשים הבאים:
על העבירה הראשונה – חודש ימים מאסר,
על העבירה השניה – שבועיים מאסר,
על העבירה השלישית – חודשים מאסר,
על העבירה הרביעית – שבועיים מעצר מחנה מלא.
2. טענת הערעור היא כפולה:
 - (א) לא היו לפני בית הדין הוכחות לבסוס החיובים השונים בדין.
 - (ב) אלטרנטיבית, העונשים שנקבעו הם חמורים מדי.

נדון עתה בשתי טענות אלה כסדרן:

ביה"ד דלמטה דן בחומר העובדתי במדה שנגע לשאלת הוכחת בצוע העבירות ע"י קביעת ממצאים עובדתיים ממצים וברורים ונוכל איפוא לדון בטענת הערעור הראשונה בקיצור.

3. באשר לעבירה הראשונה טען בא כוחו של המערער כי טעה בית דין דלמטה בחייבו את המערער מאחר שבתור קצין ובעל פס כחול היה רשאי לצאת מהמחנה ללא נטילת רשות. אין אנו מקבלים טענה זו. לא היו לפני ביה"ד דלמטה כל הוכחות כי למערער היה היתר או רשות לצאת ממחנה יחידתו ביום 22 לאוקטובר. פס כחול מהוה רשיון לשהות מחוץ למחנה מחוץ לשעות העבודה לחיילים שברגיל אינם גרים במחנה. כמו כן לא היתה לפני בית הדין כל הוכחה כי במסיבות המקרה היה למערער צידוק לצאת מהמחנה ללא נטילת רשות.

לפי נוסח תקנה 80 כפי שנוסחה לאחר תקוני החוק שנכנסו לתקפם ב-1 לספטמבר 1950, יוצאת התביעה ידי חובתה בהוכיחה כי חייל נעדר מיחידתו וחובת החייל להוכיח לביה"ד כי היה לו היתר, שהיינו, רשות, או כי במסיבות המקרה היה צידוק למעשהו זה, גם ללא היתר, המערער טען כי יצא למסור כביסה ובפגשו את שלישי המחנה ליד השער ראה זאת למטה מכבודו לבקש רשות לצאת ביחוד מאחר שהנוהג הוא כי קצינים יוצאים באופן חופשי. אנו מכירים בעובדה שהנוהג בהרבה יחידות הוא כי קצינים יוצאים משער יחידותיהם ללא הוכחת נטילת רשות מיוחדת אולם הוראות החוק בענין עומדות, ומעשהו של המערער הוא בעינינו מבחינה טכנית עבירה אם כי אין לנו כל ספק שעונש מאסר של חודש ימים עבור היעדרות של קצין מיחידתו במשך 4 שעות כפי שהוכח (כשאינו לו תפקיד מיוחד ביחידה), הוא מוגזם ומופרז, ולאור מסיבות המקרה אינו עומד בכל יחס לחומרת העבירה. את העונש נקבע בשלב מאוחר יותר של פסק דין זה.

4. באשר לעבירה השניה, טען בא כח המערער כי לאור העובדה שמפקדו של המערער מינה אותו לתפקיד זה מבלי לפרסמו בפקודות שגרה ולמשך מספר ימים רצופים ומתוך רצון להענישו ע"י כך, הרי שפקודת המנוי היתה בנגוד להוראות המפורשות של "משטר ונוהג" שלפיהן יש לקבוע קצין תורן ל-24 שעות ולפרסם את המנוי, ולכן היתה זו פקודה בלתי חוקית שהמערער רשאי היה שלא למלאה.

אלטרנטיבית טען כי גם אם היה צריך המערער למלא את הפקודה העמיד אדם אחר במקומו מאחר שהיה חולה וגם נסע לראות את מפקדו ולקבל את הסכמתו לחלופין האלה. ובמסיבות אלה יש צידוק למעשיו.

אין אנו מקבלים את טענת בא כח המערער על שני נמוקיה האלטרנטיביים, מחובת קצין למלא פקודה של מפקדו גם אם היא נראית לו בניגוד להוראות משטר ונוהג. הזכות בידו כמובן להגיש תלונה על כך באמצעות מפקדו וחובתו הברורה של המפקד תהיה העברת התלונה. במקרה שלפנינו לא עשה כך המערער, אין אנו מקבלים גם את הטענה בדבר צידוק מאחר שברור היה למערער שהוקראו לפניו פקודות קבע לגבי קצין תורן כי אסור לו להתחלף בתפקידו ללא הסכמת שלישי המחנה. ביה"ד דלמטה לא האמין לטענת המערער בעדותו כי נסע למסיבה שנערכה בטרפנד ביום שבו היה צריך להיות תורן ביחידתו על מנת לקבל את

- הסכמת מפקדו, ואין אנו רואים מקום לקבוע אחרת לגבי נסיעת המערער למסיבה הנ"ל.
- בסכום אנו דוחים גם את טענתו זו של בא כוח המערער.
5. באשר לעבירה השלישית - טען בא כוח המערער כי מאחר שהמערער בילה את שלשת הימים שבהם נעדר מיחידתו ביחידת צבא אחרת ולא מחוץ לשטח צבאי, הרי שלא היה מקום לחייבו בעבירה של היעדרות משירות בצבא, טענה זו יסודה בטעות ובפרוש מוטעה של תקנה 80 בנוסחה המקורי. חייל צריך להמצא בדרך כלל ביחידתו ואם הוא עוזב אותה, הרי שהוא נעדר מהשירות ואין נפקא מינא אם עזב אותה ע"י כך שהלך למקום ישוב אזורי, או ע"י כך שהלך למחנה יחידה אחרת שאינו משתייך אליה, ושאלו זה מחובתו הצבאית להימצא בה.
- אנו דוחים לכן גם טענה זו של בא כוח המערער.
6. לא שמענו כל טענות לגבי חיובו של המערער בעבירה הרביעית, ואנו מבינים אם כן שהמערער חזר בו מטענותיו לגבי חיובו בעבירה זו.
7. עד כאן טענותיו של המערער לגבי עצם החיוב בדין.
- לא מצאנו כל ממש בטענות אלה, ודחינו אותן.
8. אולם בבואנו לדון בטענתו השנייה של המערער והיא, כי הוטלו עליו עונשים חמורים מדי, נראה לנו, כי יש משקל לטענה זו.
- ביה"ד דלמטה בפסק דינו כפי שכבר ציינו קבע ממצאים עובדתיים מנוסחים באופן קצר אבל ממצה ומדויק ומבוססים על עדות חוקית שהיתה לפניו.
- אולם בבואו לדון בשאלת גודל העונש נראה לנו שביה"ד דלמטה התעלם מהרקע של המקרה ומשקולים מסוימים כגון המצב ביחידה מבחינת המשמעת, יחס המפקדים למערער, שהיה עליו להביאם בחשבון בבואו להטיל על המערער את העונשים שלמעשה הטיל.
- ובעיקר לקבוע סופית שהמערער שהוא קצין בצבא הקבע יאבד דרגתו בשעה שבית דין מוצא קצין חייב בעבירה פלילית שיש עמה קלון, הרי שאין ספק שלקצין זה אין מקום להמשיך בתפקידו וקצין ועונש שלילת הדרגה הבא באופן אוטומטי עם עונש המאסר הוא צודק ובמקומו. אולם אם העבירה היא משמעתית, יש לשקול אם לאור הרקע של המקרה ברור מתוך המעשה שעשה הנאשם כי אין הוא מוכשר להיות מפקד שאם לא כן, יצטרך בית הדין לשקול אם אין זה מקרה מתאים להטלת עונש בעל אופי משמעתי - דהיינו, מעצר מחנה, שאינו גורר שלילת דרגה.
- מתוך עיון בחומר הדיון שהיה לפני ביה"ד דלמטה, אנו קובעים לגבי הרקע של המקרה והמסיבות שבהן בוצעה העבירה את הנקודות הבאות:
- א) המערער שהה 3 חדשים ביחידתו, בסיס הדרכה 8 מבלי שינתן לו תפקיד של קבע. פרט לשבוע וחצי בזמן תמרון צמד כשנתנה לו מחלקה זמנית.
- ב) המשמעת במחנה כנראה שהיתה רפויה ובית הדין בעצמו הכיר בזה שהטפול בקצינים שהיו במעצר לא היה כזה שיתן להם להרגיש כי הם נמצאים אמנם במעצר צבאי, ויחד

עם זה, היה זמן ש-5 מקציני המחנה היו במעצר פתוח ורבי סמלים היו צריכים למלא תפקידי קצין תורן, ודבר זה בלי ספק אומר, דרשני.

(ג) המסיבות שבהן מונה המערער כקצין תורן מבלי שיפורסם שמו, בהתאם למשטר ונוהג כקצין תורן ונאמר לו כי דבר זה נעשה בתורת עונש אין ספק שנתנו מקום מה לרגש מרירות.

(ד) מכתבו של המערער הכולל תלונה על מפקדו אל אלוף הפיקוד לא הועבר אל אלוף הפיקוד ונעצר שלא כדין דבר שהיה בו משום גרימת מרירות מוצדקת.

(ה) הפקודה המפורשת שקבלו שומרי שער המחנה ואשר היתה ידועה למערער, לירות ברגליו במקרה שינסה לצאת מהשער, אינה מגלה יחס נכון לגבי קצין, וכן העובדה שחייבוהו לקבל היתר עזיבת מחנה מאת רב סמל.

בסכום לאור מסיבות אלה שציינו הרקע המצטייר בעיינו ממזכו של המערער שעמד להשתחרר מהצבא, התנאים במחנה, והיחס אליו מצד מפקדו, נראה לנו שביה"ד דלמטה גזר על המערער עונשים חמורים מדי. ובפרט חמור בעיינו עונש של חודש מאסר על העדרות של מספר שעות מהמחנה, בשעה שלקצין הנעצר אין כל תפקיד מסוים.

אנו תמהים על העובדה שמפקדו של המערער לא העביר את מכתב תלונתו לאלוף הפיקוד. החוק הצבאי נותן סמכויות רבות למפקד כלפי פקודיו, ושולל מהפקוד זכויות רבות שאזרח רגיל נהנה מהן, ומשום כך יש חשיבות מיוחדת לעקרון שלכל פקוד הזכות להתלונן על העוול שנעשה לו ע"י מפקדו, אל מפקדים הממונים על מפקדו, ועיכוב בלתי מוצדק של תלונה, של פקוד על מפקדו, כשהיא נעשית ע"י המפקד שהתלונה מופנית נגדו, נראית בעיינו במסגרת הצבא כמעשה עוול שיכול להביא בעקבותיו התמרמרות מרובה ולגמרי לא בלתי מוצדקת ומזיק למשמעת בצבא.

לאחר ששקלנו את מעשיו של המערער לאור המסיבות שציינו לעיל, נראה לנו, כי העונשים שנפקדו למערער הם חמורים מדי וכי יש מקום לתת למערער את השנסה לריהביליטציה בצבא, לכן החלטנו עקרונית להחליף את עונש המאסר במעצר מחנה מלא שאינו גורר שלילת דרגה.

9. לאור האמור לעיל אנו דוחים את הערעור לגבי חיובו של המערער ומקבלים את הערעור לגבי גזר הדין. אנו מבטלים את העונשים שנקבעו בגזר הדין וקובעים במקום זה את העונשים הבאים:

(א) על העבירה הראשונה – היעדרות משרות ביום 22.10.50 – נזיפה חמורה.

(ב) על העבירה השניה – הזנחת תפקידו כקצין תורן- מעצר מחנה מלא במשך שבועיים.

(ג) על העבירה השלישית – היעדרות משרות בימים 27.10.50 עד 30.10.50 מעצר מחנה מלא במשך חודש ימים.

(ד) על העבירה הרביעית – הפרת משטר - נזיפה חמורה.

כל העונשים האלה ירוצו בתוך תקופת העונש הגדולה ביותר של חודש ימים, כך שבסך הכול הוטל על המערער לרצות עונש מעצר מחנה מלא למשך חודש ימים. תחילת רצוי העונש תחשב כאלו החלה מיום מעצרו הראשון למעשה לפי פסק הדין של בית הדין דלמטה. פסק דין זה ניתן היום יד' אדר א' תשי"א – 20.2.51 וטעון אישורו של ראש המטה הכללי.

נספח ה': ע/239/51 ישראלי נגד התובע הצבאי הראשי

ערעור מס' 239/51

סגן ישראלי אברהם

נגד

התובע הצבאי הראשי

בבית הדין הצבאי לערעורים

בפני השופטים: אלוף א. אבישר - אב"ד

ר/סרן ורש אליעזר - שופט

ר/סרן רזניק בן ציון - שופט

פסק דין

1. ערעור זה הוגש ע"י סגן אברהם ישראלי נגד פסק דין שניתן ע"י בית הדין הצבאי המחוזי, מחוז שפוטני חיל הים ביום 2.9.51 אשר לפיו נמצא המערער אשם בהעדר מן השרות ביום 4.5.51 בשעה 20.00 או סמוך לשעה זו כאשר נפקד מהאוניה ק/30 בנמל ניו-יורק ועל-כן הורד לדרגת סגן משנה ונגזר עליו להיות רתוק למחנה במשך 15 יום.

עיקר הטענות של ב"כ המערער מתבססות על הרקע הפרובוקטיבי אשר גרמו למשפט זה. לפי דבריו לא היה מקום לדרוש מהמערער בתור קצין לוותר על דרגתו אפילו באופן זמני ולו גם כלפי חוץ. ואם במקרה דידן לא ציית להוראת מפקדו, הרי צריך בכל זאת להתחשב עם הגורם להפרה זו, אשר אינו גורר אחריו כל עונש. מלבד זאת טען ב"כ המערער כי לא היה מקום להאשימו בהיעדר מן השרות, כי בזמן שירד מהאוניה לא היה בתפקידו המקצועי ועל כן גם לא היה בשרות. הצו למעצר פתוח היה בלתי חוקי הואיל והוא ניתן ביום 4.5.51 בו בזמן שלפי פקודות מטכ"ל ניתנה אפשרות במקרים מסוימים לצוות על מעצר פתוח רק ביום 15.8.51 (ראה פקודות מטכ"ל מספר 16/25). גם למעצר סגור לא היה מקום. המעצר לא ניתן בתור עונש, ועל כן יש לבטל את פסק הדין דלמטה ולזכות את המערער.

לעומת זאת טען ב"כ התובע הצבאי הראשי כי לפני שהמערער עלה על האניה הוסבר לו כי לא יוכל להשתתף בנסיעה זו בדרגת סגן והוא הסכים לנסוע בתור רס"ר. הסיבה לכך הוסברה לו היטב, והוא ידע שאין זאת קפריזה של מפקדו ולכן היה עליו למלא את ההסכם. מלבד זאת לא היתה למערער כל רשות להפר את הפקודה שניתנה לו לא לרדת מהאניה, אפילו אם סבור היה כי הנו צודק, ואם לקח את החוק לידי, עליו לתת את הדין.

לאחר שמיעת ב"כ המערער וב"כ התובע צבאי הראשי ועיון בחומר שבתיק הגענו למסקנות הבאות:

1. לית מאן דפליג שאין לצוות על קצין ללבוש מדים של דרגא יותר נמוכה מדרגתו ואין לאלצו לכך. אין גם מקום להסכמים ממין זה כי בכדי שקצין יוותר על דרגתו עליו למלא נוהל מסוים כנדרש לפי החוק, ולכן כל הסכם ממין זה הנו פסול ומבוטל מעיקרו.
2. מן המפורסמות הוא כי אין מפקד מחויב להסביר ולנמק לפקודיו את המניעים המביאים אותו למתן פקודות או הוראות מסוימות, ויסוד המשמעת הצבאית מחייב כל חייל וקצין לציית קודם כל להוראות מפקדו ולערער רק לאחר מלוי הפקודה ומשום כך במקרה של סירוב או אי-ציות עלינו לתת את הדין. לכן אין ביכולתו של בית הדין לקחת בחשבון גם הפעם את המניעים שגרמו להתנהגותו של המערער.
3. אין אנו מקבלים את דעתו של הסניגור כי בכל מקרה אפשר להביא בתור צידוק את הנימוק כי הצו הנו בלתי-חוקי, ולכן חייל אשר אינו נשמע לצו ממין זה מקבל על עצמו סיכון מסוים, רק במקרה וסברתו אינה נכונה. לו היינו מקבלים השקפה זו היינו מחבלים בצבא שלנו חבלה חמורה מאוד ופוגעים בכל ישותו, כחו ויעילותו.
4. מפקד האניה אסר על המערער לרדת מהאניה, ויהיו המניעים מה שלא יהיו, מחובתו של המערער היה להישמע לפקודה ואם לא ציית יש להעמידו לדין. אין גם להתעלם מהעובדה כי הדבר קרה על אוניה צבאית ולא בחופי הארץ, והמערער פנה בעניין זה למפקד השייטת וגם לנספח הצבאי בארצות הברית ואחרי כל זה הוא נשאר בשלו.
5. מסכימים אנו לדעתו של הסניגור כי פקודת המעצר-הפתוח ל-15 יום היתה לקויה ביסודה, אולם אין היא באה לבטל את עצם האיסור לרדת מהאניה כפי שנצטווה המערער ולא קיימו.
6. יש ממש בטענתו של ב"כ המערער כי העבירה אינה עומדת בניגוד לסעיף 80ב' מחוקת השיפוט תש"ח אשר לפיו נמצא המערער אשם. לדעתנו טעה בית הדין דלמטה בנטותו לקשר בין הסעיפים: אי-מלוי פקודה (79), סרוב למלא פקודה (83) והעדר מן השרות (80ב') ודחה את בקשת הסניגור להחליף את סעיף 80ב' בסעיף 79. למרות הדמיון שבין שלשת הסעיפים הנ"ל, קיים בכל זאת הבדל רב ומחובתו של כל בית דין לבחוןם היטב ע"מ שידע את השוני שבהם.
7. המערער מלא תפקיד מקצועי של טכנאי - אלקטרוני ולא נעדר אף פעם משרותו המקצועי ומפקדיו בעדותם ציינו לשבח את מסירותו ויעילותו בתפקידו המקצועי, האשמה היחידה נגדו שירד מהאניה בלי רשות בזמן שלא היה בתפקיד, על כן יש לדעתנו להשתמש במקרה דידן בסעיף 79 מחוקת השפוט תש"ח; דהיינו אי מלוי פקודה.
8. אנו מצטרפים לדעתו של בית הדין דלמטה כי הנאשם הוא טפוס אימפולסיבי ומעשיו נובעים מחוסר מחשבה מבוגרת ולא מתוך כוונה זדונית וכי יש להתחשב בהרגשתו אשר לאחר שהופיע פעם בחוצות ניו-יורק במשך מספר ימים בדרגת סגן קשה היה עליו לשאת דרגת ה.ס.ר או להישאר על ספון האניה בזמן שעגנה בחוף. אולם יחד עם זה אין אנו רשאים להשאיר בלי עונש קצין אשר לא ציית להוראות מפקדו, יהיו הגורמים אשר יהיו. יתכן כי כל זה יוכל רק לסייע לו להתקדמותו בצבא ועליה בדרגתו לעתיד לבא, למרות העונש שהוטל עליו הפעם, אבל בית הדין העליון אינו רשאי כעת לשחררו מעונש.

9. על סמך כל האמור לעיל, הגנו משתמשים בסמכות שנתנה לנו לפי הסעיף 125 ומחליפים את סעיף 80ב' האשמה שלפיו נמצא המערער אשם ע"י בית הדין דלמטה ומוצאים כי המערער סגן אברהם ישראלי אשם בנגוד לסעיף 79 מחוקת השפוט תש"ח בזה שירד בנגוד לפקודה הברורה של מפקדו מהאניה ק/30 מיום 4.5.51 בשעה 20:00 או סמוך לשעה זו בזמן שהאניה עגנה בנמל ניו יורק.

בהתחשב בכל המסיבות המחמירות והמקילות בזאת, הבאנו בחשבון את עברו הטוב של המערער, מחליט בית הדין העליון להוריד את המערער אברהם ישראלי בדרגה אחת ז.א. מדרגת סגן לדרגת סגן/משנה.

ניתן פה אחד היום יט' בטבת תשי"ב (9.1.1952) בנוכחותם של המערער, התובע הצבאי הראשי וטעון אישורו של ראש המטה הכללי.

נספח ו': ע/62/55 טייג נגד התובע הצבאי הראשי

ערעור מס' 62/55

טייג מיכאל

נגד

תובע צבאי הראשי

בבית הדין הצבאי לערעורים

בפני השופטים: סא"ל מ. חרותי - אב"ד
 רס"ן א. אלניר - שופט
 סרן י. גלקין - שופט

פסק דין

1. לפנינו ערעור על פסק - הדין של בית הדין המחוזי בו נמצא המערער, אזרח המועסק בשרות הצבא, אשם על פי הודאתו בגניבה, לפי סעיף 270 לפח"פ, ונדון לשלושה חדשי מאסר.
2. המערער הודה באשמה, כאמור, והעונש נגזר עליו לאחר שמסר עדות בשבועה, בגוללו לפני בית הדין את נסיבות המקרה. תיאור העבירה שבפרטי האישום שהמערער מלא אחריהם בעדותו וגזר הדין שלפנינו משמשים לנו, איפוא, מקור לעובדות המקרה דנן כהיותן, שמצאנו לנכון להביאן כאן להכרעת הערעור, בו תוקף הסניגור את כשרות ההודאה ואת העונש כאחד. בכתב האישום תוארה האשמה כלהלן:

"הנאשם הנ"ל - בהיותו חייל בצה"ל במסגרת הצבא כאזרח המועסק ע"י הצבא בתאריך בלתי ידוע שבין 1.9.54 ובין 20.2.55 במחסן של החוליה העורפית של מצודת אילת שבשדה התעופה לוד גנב 200 ליטר בנזין שהנו רכוש הצבא, כשהרכוש בא תחת ידו".

המערער שהודה באשמה לאחר שזו תוקנה, כפי שמסתבר מגניבת רכוש הצבא לפי תקנה 92 לחוקת השפוט, לגניבה לפי ס' 270 לפח"פ, מסר בעדותו בין השאר, את הדברים הבאים: הוא היה מועסק בזמנו בשדה התעופה בצבא בלוד (הכונה לחוליה העורפית של מצודת אילת בשדה התעופה). פעם קרא לו הצידה הרס"ר של היחידה, שהיה אדם תקיף, ואמר לו לתת לו ג'ריקן בנזין מהמחסן, ושימסרו לו את מפתחותיו; הוא עשה כמצוות הרס"ר, מבלי לדעת לשם מה הוא עושה זאת. נהג בשם נפתלי נתן לו שלוש ל"י והוא לא רצה לקחתן, ואז הכניסן הלה לידו ואמר לו לתת את הכסף לרס"ר וכך עשה. מאז הוא לא רצה לדבר עם הרס"ר. כעבור שבועיים ימים אמר לו, הלה, שיתן עוד 3 ג'ריקנים, וכשסרב אמר לו הרס"ר: "אתה תעשה מה שאני אומר לך, ולא – מחר לא תבוא לעבודה". הוא ידע שהוא עלול להפסיד את מקום

העבודה, המשיך במכירת בנזין מהחבית, ושוב קיבל הרס"ר ממנו שש ל"י, שהנהג נפתלי מסר לו עבורו. בהודמנות זו אמר לרס"ר שימסור את הבנזין למפקד של המצודה באילת, והלה ענה לו על כך שאם יעזו להגיד משהו הוא יעוף מהעבודה". הוא החליט לשתוק, כי ידע שלא יאמינו לו. הרס"ר אמר לו שלא יגיד לאיש שהוא קיבל כסף, ואם יטילו עליו (על המערער) כאזרח קנס, הוא (הרס"ר) ישלמו מכיסו. המערער סיים את תשובותיו לסניגור בהצהרה: "את כל הכסף מסרתי לרס"ר יחזקאל ולא היתה לי שום הנאה מכסף זה".

לתובע השיב המערער בעדותו בין השאר: "ידעתי שאשפט אבל לא ידעתי את האשמה".

בגור-הדין מביא בית הדין את בקשתו של הסניגור להקלת העונש, בנימוק, שהנאשם פעל תחת לחץ של הרס"ר הממונה עליו, אשר שידל אותו למעשה העברה, ממנה לא נהנה בעצמו. בית הדין, בציינו שגם נגד הרס"ר הוגש משפט, קבע, שלו גם קיבל את דברי הסניגור, אינו יכול לפטור את הנאשם ממאסר "ובהתחשב עם נסבות המקרה" גזר עליו שלשה חדשי מאסר, כאמור.

יצוין, כי הובא לידיעתנו, שהרס"ר נשפט בינתיים בבית הדין המחוזי לשלשה חדשי מאסר בעד העברה הקשורה בעיסקא הנדונה.

3. דינו של המערער נגזר על פי הודאתו באשמה, כאמור וטענתו של הסניגור לפנינו היא, כי אמנם נכון הוא שמרשו הודה באשמה, אך זאת עשה מתוך טעות, כיון שלא הבין את מעשהו ו/או מתוך כך שסנגורו בבית הדין דלמטה שדלו לעשות את הדבר שהוא עצמו לא התכוון אליו. ועוד אמר הסניגור, כי העובדות, כפי שנקבעו ע"י ביה"ד דלמטה, אינן מהוות את העברה אשר בה הורשע המערער. על יסוד כל אלה בקש הסניגור לבטל את פסק - הדין של בית הדין המחוזי ולזכות את המערער מכל אשמה.

לסניגור ניתנה האפשרות לבסס את דבריו והוא עשה זאת באריכות, בהביאו אסמכתאות שונות בשאלת הודאתו של נאשם בבית הדין, כפי שהביאן.

4. הדין עצמו, כפי שהתנהל בבית הדין המחוזי בשלבי הראשונים, עפ"י הרישום שבפרוטוקול, רחוק הנה מלהניח את הדעת.

זהו העתק מהרשום של הליך משפט מהרגע בו הודיעו הנאשם והתובע, כי אין להם התנגדות להרכב ביה"ד, כלהלן:

"אב"ד קורא לנאשם את כתב האשמה מסבירו לנאשם היטב ושואלו באם הבין את כתב האשמה.

הנאשם עונה:

אביה"ד שואל את הנאשם באם הוא מודה או אינו מודה באשמה?

הנאשם עונה:

התובע עונה: אבקש לתקן את כתב האשמה לסעיף 270 מפח"פ שהנאשם גנב באותו תאריך ובאותו מקום 200 ליטר בנזין רכוש הצבא, במסגרת הצבא.

הסניגור: אין לי התנגדות.

הנאשם נשאל ע"י אביה"ד באם הוא מבין את כתב האשמה?

הנאשם עונה: הבנתי את כתב האשמה, ואני מודה באשמה.

נוכח הרשום בפרוטוקול כנ"ל ברור הוא, כי אם הנאשם שתק כשנשאל אם הוא מבין את כתב האשמה, הרי שלא הבינה, והיה מקום להסבירה לו שוב כפי הנאמר בתקנה 115 לח"ש, עד שיתמצא בה; וכאשר הנאשם, שלא אמר מאומה - מן הדין היה לראות בשתיקתו הכחשת האשמה ולהתחיל בשמיעת פרשת הקטגוריה. במקום זה קם התובע והשמיע בקשה לתקון האשמה, והסנגור ענה על כך שאינו מתנגד.

ההגיון מחייב ומן הדין הוא, כי אחר הפניה לתקון כתב האשמה תבוא החלטת בית הדין שבה תקבע עמדתו ביחס אליה, ואם נפנה לתקנה 157 לח"ש, נאמר בה כלהלן: "בית הדין ינהל פרוטוקול לכל משא ומתן שבפניו מתחילתו ועד הודעת פסק דין לנדון ועד בכלל".

אמנם מצאנו בכתב האישום תקונים שנעשו, כפי הנראה, ע"י התובע, אולם אין החוקה מרשה תקון כנ"ל של כתב האישום לאחר שהוגש לבית הדין, ובפרט כשנתמנה כבר חבר השופטים לברורו, או הפנית בקשה לבית הדין להרשות לתקן את כתב האישום. לעומת זאת, מעניקה התק' 125 לח"ש לבית הדין את הסמכות לתקן את האשמה בכל עת שהיא באופן שיראה לצודק, והמובן הוא, כי ביה"ד יעשה זאת אם על דעת עצמו, או לפי פנייה המתקבלת על דעתו, לפי החלטה בכתב שתנתן על ידו בנידון זה.

באין זכר להחלטה כנ"ל לתקון האשמה בפרוטוקול, אין הקורא בו יכול להבין מה פשר שאלתו של אביה"ד אל הנאשם אחר בקשת התובע והצהרתו של הסניגור כנ"ל, באם הוא הבין את כתב האשמה, וכיצד יש לפרש את תשובתו החטופה "הבנתי את כתב האשמה ואני מודה באשמה".

ורק מפסק דין (שדוקא אותו יתכן לראות כמיותר לאור האמור בת' 124 לח"ש), שניתן לאחר חליפת הדברים בין התובע לבין הסניגור בשאלה, אם היתה כאן שותפות בעברה בין הרס"ר לבין המערער דנן, או שהאחרון פעל רק לפי פקודתו של הראשון בפרשה הנדונה, נאמה, כי הנאשם הואשם בגניבת רכוש הצבא לפי ת' 92 לח"ש, וכי האשמה תוקנה לגניבה בנגוד לסעיף 270 לפח"פ, כאילו גם בדיון אין מאוחר ומוקדם.

המסקנה שיש להוציא מהליך דיון כגון זה שנתגלה לעינינו מתבקשת מאליה. אולם מאחר שהסנגור זנח תוך הרצאת הדברים את הטענה לגבי עצם כשרות ההודאה, ומבחינה זו לא ראינו עוד לפנינו אפשרות לגרוס על קיום עוות דין, ומאידך גיסא, דבר פסול הדין והחזרת הדין לבית הדין המחוזי עלול לגרום ענוי דין נוסף, לכן נעבור לטפל בטענה שהסנגור ראה אותה כמכרעת לגבי הערעור שלפנינו.

לדעת הסנגור יש בעובדה שנתקבלה על דעת ביה"ד דלמטה בגור-הדין, והיא, שהמערער עשה את מעשהו תחת לחץ, שהופעל עליו מצד הרס"ר מפקדו, אשר העמד לדין בינתים ונענש, כדי להצדיקו ולראות ממילא את הודאתו באשמה כחסרת כל משקל וממשות.

כזכור, נחלקו הדעות בין התובע והסנגור לפני ביה"ד דלמטה, לאחר שהנאשם הודה באשמה, אם מעשה הגניבה בוצע במשותף ע"י הרס"ר והמערער, או שהאחרון עבר את העבירה בפועלו לפי פקודות הרס"ר, במוכרו את הבנוזין ובמוסרו לו את הכסף שקיבל בעדו.

דברי עדותו של המערער עצמו לפני מתן גזר הדין מעידים עליו כעל מבצע העברה ממש, או לפחות כעל שותף לעברה, אם ע"י שאפשר, או בתור מי שסייע, במובן התקנה 71 לח"ש (סעיף 23 לפח"פ), לרס"ר בבצועה ואשם בעבירה שייחסו לו. ואין נפקא מינה בעיני החוק, כי המערער, כדברי הצטדקותו, לא הפיק כל תועלת מהגנבה גם הוא, וכי רק הרס"ר קיבל את פירותיה, היינו, שלא גנב לעצמו אלא לתועלתו של מפקדו, והעיקר הוא שעשה את מה שעשה מתוך כוונה וביודעין, דבר שאינו מוטל בספק כלל.

ואשר לטענה שהושמעה מפי הסנגור, על שיש להצדיק את מעשהו של המערער, כיון שפעל לפי פקודתו של הרס"ר הממונה עליו, או מתוך לחץ עליו מצדו, לא מצאנו לה כל אחיזה.

אם גם להניח, כי פקודה, או יותר נכון פקודות (כמספר הרקות של כמויות הבנוזין מהחבית לג'ריקנים בהזדמנויות שונות) היו כאן, והיה מקום לראות את המערער שלפנינו כפקודו של הרס"ר מכל בחינה שהיא, ברי הוא, שפקודות אלה התייחסו לשליחת יד ברכוש הזולת, מעשה שהוא בלתי חוקי בגלוי בעיני כל בר-דעת, ונראו כבלתי חוקיות למערער לפי ידיעתו והכרתו הברורה, כפי שהעיד על כך לפני בית הדין. ואם המערער בכל זאת מלא אחר פקודות בלתי חוקיות אלה, ספק את הבנוזין הצבאי לנהג האזרחי וגבה כסף תמורתו עבור הרס"ר בעד הכמויות שספק, אין יסוד לטענה מצדו, כי חף מפשע הנהו, כאילו ציית לצו חוקי ללא שמץ של חשד.

ואם, כטענת הסנגור, הכורח הוא אשר הביא את המערער למעשהו, הרי מושג זה מוגדר בתקנה 67 לח"ש כלהלן:

"פרט למעשי בגידה או רצח שעונשין עליהם בעונש המקסימלי לא ייחשב לעבירה מעשה שנעשה ע"י אדם שהיה אנוס לעשותו מחמת איומים אשר בשעת עשותו את המעשה נתנו לו יסוד מספיק לחשוש שהתוצאה תהיה מיתה בו ברגע או חבלה גופנית חמורה לאותו אדם עצמו אם לא ייכנע לאיומים".

האיומים מצד הרס"ר (אם אמנם היו כאלה, ובית הדין המחוזי הסס להחליט על כך בברור בגזר דינו, מטעמים מובנים), הרי המדובר הוא כאן רק באיבוד מקום עבודה ולא יותר מזה. זאת ועוד, ומי מנע בעד המערער מלהודיע למפקד המצודה על האיומים מצד הרס"ר (כפי שאמר לרס"ר, כי הוא עומד לעשות זאת בהתאם לעדותו) ולדאוג לכך, כי מי ש"לחץ" אותו למעשה עבירה יבוא על עונשו במקדם, כפי שהדבר קרה במאווה, ומה גם שהתקנה 74 לח"ש רואה כבר-עונשין את כל היודע שאדם אחר זומם לעבור עבירה ואינו משתמש בכל האמצעים הנכונים כדי למנוע את עשייתה. על כן, אל לו למערער לבוא בטרניה אם נתפתה לדברי הרס"ר מתוך חשש פן יגרום הלה לפטוריו מהעבודה ולא הודיע למפקד המצודה על כך מתוך פחד פן "לא יאמינו" לו.

בסיכום הדברים - לא נוכל, איפוא, אלא לחוות את דעתנו, כי לא זו בלבד שאין להסכים עם

הסנגור שלפנינו, כי הסנגור שהופיע בבית הדין דלמטה שידל את המערער להודות באשמה שאין הוא חייב בה, אלא שהיה זה צעד נכון ושקול מצדו ליעץ למערער לנהוג כפי שנהג ולספר לבית הדין את האמת כהויתה בעדותו, שיש בכך כדי להצביע על חרדתו הכנה של המערער, במקום לגרום בזבוז זמן ע"י השמעת עדויות להוכחת העברה, שעה שאשמתו של המערער אינה מוטלת בספק כלשהו.

5. שאלה אחרת היא אם מוצדק הנהו העונש, על פי סוגו ושעורו, אשר נגזר על המערער בעד עבירתו, או לאו, ואם יש יסוד להטות אוזן קשבת לבקשתו של הסניגור בדבר שינוי לקולא - לדעתנו - צדק בית הדין דלמטה, כי רק מאסר הוא העונש ההולם עברין מסוג זה, ואף התקופה שנקבעה על ידו אינה מופרזת כלל וכלל, והעובדה, כי על הרס"ר הוטל לאחר מכן עונש שווה, אין בה כדי להשפיע על העונש לו ראוי המערער בעד פעלו כמבצע העברה, אם גם מתוך שנכנע לשידולים.

מאידך גיסא נראה לנו, כי במקרה מיוחד זה היה מקום שבית הדין יעלה על דעתו ויבחן את האפשרות של העמדת המערער למבחן לגבי העונש שקבע לו, שעה שקיימת ערובה לכאורה, לפי כל הגורמים שלפנינו, כי הלה ימנע מכל כשלון נוסף בעתיד, אך בית הדין התעלם לחלוטין מכל הגורמים המקלים והתחשב בנסיבות המקרה בלבד, כפי שהעיר על כך הסניגור, ובצדק.

המערער, הנותן את הדין על עברה לפי החוק הפלילי הכללי, שעבר במסגרת הצבא, הוא איש נשוי ואב לילד קטן, נמצא במסגרת הצבא מאז 1948 עד למקרה הנדון, מזה כחייל בשירות סדיר במשך שנתיים - ואח"כ כעובד אזרחי בתור נהג המועסק בצבא במרבית הזמן באילת. התנהגותו של המערער בשירות ובכל שנות עבודתו בצבא היתה, כפי שמסתבר, ללא כל דופי.

וכך העיד סא"ל ריבון, מי שהיה בזמנו מפקד המצודה, על עשרה חדשי שירותו של המערער תחת פיקודו, לאמור: "הכרתי את הנאשם היטב, הוא עשה עלי רושם של אדם ממושמע ביותר, עושה בדיוק מה שאומרים לו מבלי לבדוק הרבה מה שמטילים עליו, הוא לא היה בררן במה שנתנו לו... סמכתי על הנאשם בכל ולא מצאתי כל יסוד שלא להאמין ביושרו. הוא מילא את השליחויות באופן יוצא מהכלל טוב. לא היו נגדו תלונות. עבד עבודה קשה בטנק המים. בתוקף תפקידו בא במגע ברכוש צבאי כל הזמן".

עד כאן על תכונותיו של המערער, ומכאן לעצם נסיבות המקרה. בנדון זה יצוין, כי אם אמנם לא נתקבל לגבי אשמתו של המערער הגורם שהביאו למעשה העבירה, היינו הלחץ עצמו מצד הרס"ר, (שבא ביניים על עונשו בשל כך) יש למצוא בו נסבה מקילה, ואם נצרפה לאופיו של המערער עפ"י עברו ולדברי השבח שנאמרו עליו ע"י מפקד המצודה, ניתן לראות את עבירתו ככשלון מקרי מצדו שלא הפיק מכך כל טובת הנאה, ולהיפך מטה לחמו נשבר עקב העבירה, הוא פוטר מעבודתו, בה היה מועסק במשך שנים, ללא כל פצוי, ונשאר בלא אמצעי מחיה.

עמדתו של בית הדין דלמטה לגבי עבירות הנוגעות לשליחת יד ברכוש נראית לנו כמבוססת לחלוטין, כפי שצויין לעיל, כי בכל זאת במקרה מיוחד זה היה נכון וצודק להעמיד את המערער למבחן, תוצאה שהיה צפוי לה כפי שיש להניח, גם בבית משפט אזרחי, לו נשפט לפניו.

על יסוד כל האמור לעיל, אנו פוסקים: -

- (א) לקיים את הרשעתו של המערער באשמה הנדונה על פי הודאתו.
- (ב) לשחרר את המערער מהעונש, על תנאי שיתנהג כהוגן במשך שנה ומחצה מהיום לפי ערכות עצמית, ואם יעבור תוך תקופת מבחן זו כל עברה שהיא הנוגעת לרכוש ויענש עליה במאסר, יקוים נגדו בעד העבירה הנדונה עונש המאסר של שלשה חדשים, כפי שהוטל עליו ע"י ביה"ד המחוזי.
- ניתן ביום, ו' סיוון תשט"ו, (25.5.55) וטעון אישורו של ראש המטה הכללי.

נספח ז': ע/76/55 מחמד נגד התובע הצבאי הראשי

ערעור מס' 76/55

טור' אחמד מחמד

נגד

התובע הצבאי הראשי

בבית הדין הצבאי העליון

בפני השופטים:	סא"ל י. הכהן	- אב"ד
	סא"ל י. מאיר	- שופט
	סרן נ. ענבי	- שופט

פסק דין

המערער הורשע ברב דעות ע"י ביה"ד הצבאי המחוזי מחוז שפוט המרכז בעבירה שייחס לו התובע הצבאי והיא אי מילוי פקודה לפי תקנה 79 מחוקת השפוט תש"ח ונגזר עליו עונש מאסר לחודש ימים. הערעור שבפנינו הוא על ההרשעה בדין ולחילופין על מידת העונש. ואלו הם פרטי המקרה כפי שהתבררו בביה"ד דלמטה: -

המערער שרת בעת המעשה ביחידה 300 על סמך התנדבות.

לאחר שהתנדב לצה"ל בזמן מלחמת השחרור, שוחרר בתום המלחמה וחזר לשרות בצה"ל בשנת 1954. בינתיים, כפי שהוברר בפנינו, סיים המערער את שרותו ושוחרר ביום 1.8.55. ביום 25.11.54 קרא סרן אליאב, מפקד היחידה, למערער ולפי דבריו בפני ביה"ד דלמטה:

"הודעתי לו שב-26 לחודש אצא למחנה משמר הנגב ולחיפה. בגדיו היו בביתו ואמרתי לו שיסע איתי לחיפה, יביא את בגדיו ויחזור בו ביום ליחידה. דברנו בשפה עברית, הוא מבין עברית, הפניתי אותו לרס"ל שיקבל מסמכים הדרושים לנסיעה לעכו, כלומר צו תנועה או אישור חופשה. את פרטי התכנית לא הודעתי לרס"ל".

המערער פנה לכן לרס"ל והאחרון דאג להכין ומסר למערער אישור חופשה (מוצג ס/2) כשהאישור חתום ע"י קצין בדרגת סג"ם - מפקד המחלקה, ובו נאמר כי המערער "רשאי להמצא מחוץ למחנה לשם חופשה מתאריך 26.11.54 שעה 6.00 עד תאריך 28.11.54 שעה 18.00, במקום - כל הארץ".

למחרת, יום שישי 26.11.54 יצאו מהמחנה מפקד היחידה, המערער ונהגו של המפקד הטר"ש מוחמד חזאנה. בהגיעם לחיפה עזב המפקד את המכונית וצוה על הנהג להסיע את המערער לעכו

ולחזירו עם בגדיו לחיפה למפקדת הגדוד. פקודה זו נמסרה בנוכחות המערער. בהגיעם לעכו נכנסו המערער והנהג אל סג"ם פואד קונטארה ששרת באותה היחידה ובמעמד קצין זה הזכיר הנהג למערער כי עליו למהר מכיון שלפי פקודת המפקד על שניהם לחזור תוך זמן קצר לחיפה. במעמד זה הוציא המערער מכיסו את אישור החופשה-טופס 71, והראה את התעודה לקצין. הקצין אשר שלפי התעודה רשאי המערער לשהות מחוץ למחנה עד ליום 28.11.54, כלומר עד יום ראשון שעה 18.00. ולפי עדות סג"ם פואד קונטארה "הנהג אמר שהמפקד אמר שהוא צריך לחזור, אבל לאחר שהנאשם אמר שיש לו פס לא התערבתי". המערער חזר ליחידתו ביום ראשון 28.11.54 בשעה 15.00 בערך כ-3 שעות לפני שפג תוקף תעודת החופשה.

בהרשעו את המערער בדין ברב דעות קבע ביה"ד דלמטה "...אנו מאמינים כי הנאשם ידע כי עליו לחזור באותו יום ליחידה אף כי ידע כי תאריך החופשה שלו הוא עד לתאריך 28.11.54 שעה 18.00, כמו כן אנו מאמינים בגרסת סרן אליאב, כי הוא, סרן אליאב לא ידע על סמך מה ולמה נתנה החופשה לנאשם כפי שנתנה, מאחר וזה נוגד את הפקודה שנתן... אנו בדעה כי פקודתו של סרן אליאב היא הקובעת במקרה זה, הואיל וסרן אליאב מפקד הפלוגה ובתור שכזה רשאי הוא להורות ולבטל כל פקודה שנתנה ע"י פקודו לנאשם ומה עוד שאנו בדעה כי אכן כוונת סרן אליאב לא היתה לתת לנאשם חופשה של יומיים..."

לא נראית לנו הנמקה זו לצורך הרשעה בדין. לא היתה כל עדות בפני ביה"ד דלמטה כי מפקד היחידה, סרן אליאב, הודיע למערער בטרם שהפנה אותו לרס"ל כי אין בכונתו להעניק לו חופשה, הפוכו של דבר. סרן אליאב העיד, כי הפנה את המערער לרס"ל על מנת שיקבל ממנו, כנאמר בעדותו "מסמכים דרושים לנסיעה לעכו, כלומר צו תנועה או אישור חופשה". לא היתה כל עדות בפני ביה"ד דלמטה כי סרן אליאב בטל את החופשה שקיבל המערער ממפקד מחלקתו. נכון הוא שביה"ד דלמטה קבע בממצאיו שהמערער ידע על החופשה שהוענקה לו, ידע כי חופשה הוענקה לו ליומיים, כבר בעת שקיבל פקודה ממפקד היחידה לחזור באותו היום. אולם, יחד עם זאת, אין כל הוכחה שהמפקד נתן הוראה ברורה לכמה זמן יש להעניק למערער חופשה. אגב אורחא נראה לנו כי אין זה רצוי להפנות פקוד לרס"ל ולהטיל על הפקוד לדאוג להכנת המסמכים הדרושים ומה עוד כשהפקוד והמפקד הישיר אינם יודעים את שקולי המפקד, ורצוי לתת הוראה ברורה לנוגע בדבר להכין את המסמך כנדרש. ואכן העיד מפקד היחידה בפני ביה"ד דלמטה "אילו ידעתי שלנאשם פס עד ה-28 לחודש הייתי משנה את פקודתי". יחד עם זאת העיד אותו מפקד "אילו ידעתי שלנאשם פס עד 28 לחודש הייתי מבטל לו את החופשה".

מאי קא משמע לן, יתכן ומפקד יחידה היה משנה את פקודתו-אותה הפקודה שעל אי מלויה המערער הורשע בדין, וזה על מנת לא לפגוע במעמדו של מפקד המחלקה. אפשר גם שהיה מבטל את החופשה לאור שקוליו. מכל מקום המפקד לא ידע על אורך החופשה שאושרה, לא שינה את פקודתו ואף לא בטל את החופשה. נתעורר לכן ספק רציני האם המערער יכול היה לדעת מה היה עושה מפקדו וספק ספיקא אם ברור היה למערער כי אישור החופשה שבידו בוטל באופן החלטי. וסיוע לכך תגובתו של סג"ם פואד קונטארה שנמנה באותה תקופה על קציני היחידה, שהעיד כי החליט לא להתערב בנסיבות המקרה, ולא צוה על המערער במפורש לחזור ליחידתו. לאור העדויות מתעורר אמנם חשד רציני ביותר שהמערער ניצל לטובתו את הנסיבות, אולם רב המרחק בין חשד

ובין הוכחה שהיא מעל לכל ספק המתקבל על הדעת הנדרשת להרשעה בדין. לאור האמור אנו מחליטים לקבל את הערעור, לבטל את פסה"ד ולזכות את המערער בגלל הספק. ניתן היום יום ד' כ"ב לחודש מנחם אב תשט"ו (10.8.55) וטעון אישורו של ראש המטה הכללי.

נספח ח': ע/273/56 התובע הצבאי הראשי נגד לנברג

ערעור מס' 273/56

התובע הצבאי הראשי

נגד

סמ"ר לנברג לוי

בבית הדין הצבאי לערעורים

בפני השופטים: אל"מ שדמי נחום - אב"ד

סא"ל אשכנזי הרצל - שופט

סא"ל הכהן יצחק - שופט

פסק דין

1. זה ערעור של התצ"ר נגד פס"ד של ביה"ד הצבאי המחוזי/מחוז שיפוט הדרום (דר/286/56) לפיו זוכה המשיב מאשמת אי-קיום פקודה.

עובדות המקרה הן כלהלן:

- א) המשיב – סמ"ר לנברג לוי, היה בזמן המקרה אחראי למעבדת הקשר בחטיבה 7.
- ב) ביום 15.4.56 חייב היה להתיצב כשופט צבאי בבית הדין המחוזי הדרום, לפי צו זימון שהועבר אליו באמצעות הממונים עליו.
- ג) באותו בוקר של 15.4.56 הוכרז מצב כוננות ביחידה ומפקדה אסר על כל פקודיו לעזוב את שטח המחנה.
- ד) המשיב בתפקידו כטכנאי ראשי של הקשר ביחידה, הועסק בהכנת מכשירי הקשר והרכבתם על הרכב השונה שהגיע ליחידה ובהכנת מעבדת קשר ניידת.
- ה) המשיב רצה להזכיר למפקדו בדבר צו הזימון, המחיבו להתיצב בבית הדין, אולם דבר זה נמנע ממנו, מאחר והוא עצמו היה טרוד ביותר במילוי תפקידיו ולכשנתפנה במקצת התברר, שמפקד היחידה נקרא לשיבה למפקד החטיבה והמשיב לא יכל היה להיכנס לשם.
- ו) המשיב פגש במפקדו רק בשעות הצהריים, אולם אז לא פנה אליו בקשר לצו-הזימון.
- ז) מצב הכוננות נמשך ועל כל פנים בוטל רק לאחר 15.4.56.

2. ביה"ד המחוזי, לאור העדויות שהיו בפניו קבע בפסק-דינו, כי במסיבות המקרה שהוכחו, היה הצדק לאי התייצבותו של המשיב בבית הדין וזכה, כאמור, מן האשמה.
 3. אין ב"כ המערער חולק על ההצדק שהיה קיים למעשהו של המשיב, כל עוד פעל לפי פקודה מפורשת של מפקדו למילוי תפקידיו במסגרת מצב הכוננות שהוכרו אולם טענתו היא, כי מאחר וצו הזימון לא בוטל במפורש על-ידי מפקד היחידה, חייב היה המשיב בתוקף המוטל עליו לפי צו-הזימון זה, מיד עם סיום בצו התפקידים שהטיל עליו מפקדו, להתיצב מיזמתו ולו גם במאוחר בבית הדין, או לפחות להביא את העניין בפני מפקדו, שעה שנפגש עמו בשעות הצהריים.
 4. איננו מקבלים את הדעה, שהמשיב חייב היה מיזמתו בלבד לעזוב את שטח המחנה, כדי להתיצב בבית הדין בהתאם לצו-הזימון, מאחר ומצב הכוננות טרם בוטל ופקודתו המפורשת והאחרונה של המפקד האוסרת עזיבת המחנה עדיין היתה בתוקפה.

הננו תמימי דעים עם ביה"ד דלמטה בקבעו כפגם בהתנהגותו של המשיב, שלא דאג להודיע טלפונית לביה"ד על חוסר אפשרות מצדו להופיע בהתאם לצו-הזימון. יתכן וניתן לראות כפגם נוסף גם בעובדה, שהמשיב לא העלה את הבעיה בפני מפקדו שעה שנפגש עמו בשעות הצהריים.

אולם גם לדעתנו אין לראות בכך יסוד מספיק להרשעת המשיב בעבירה בה האשם. בלקחנו בחשבון, כפי שעשה זאת ביה"ד דלמטה את המתיחות הנפשית הרבה שהמשיב נמצא בה, לרגל עומס עצום של עבודה ואחריות שהוטלה עליו ומצב הכוננות שעדיין נמשך על כל הפקודות שהיו בקשר לכך.

 5. אי לכן הננו דוחים את הערעור.
- ניתן היום יט' מר חשון תשי"ז (24.10.56) והוקרא בפומבי במעמד בעלי הדין.

נספח ט: ע/286/56 התובע הצבאי הראשי נגד ב'

ערעור מס' 286/56

התובע הצבאי הראשי

נגד

סמל ב'

בבית הדין הצבאי לערעורים

בפני השופטים: אל"מ שדמי נחום - אב"ד
סא"ל הכהן יצחק - שופט
רס"ן צדוק חיים - שופט

פסק דין

1. זהו ערעור על פסק דין של ביה"ד הצבאי המחוזי/המרכז (תיק 305/56), לפיו זוכה המשיב מחמש העבירות שייחסה לו התביעה בכתב האישום והן:

א. חריגה מסמכות עד כדי סיכון בטחון המדינה לפי סעיף 73 לחש"צ בזה שביום 6.4.56 בעין-חוטוב התחזה כמוסמך - מכוח תפקידו בצבא כמפקד חוליית סיור - לעבור את קו שביתת הנשק ולנוע לפטרה - לפי הפרט הראשון;

ב. העדר מן השרות שלא ברשות לפי סעיף 94 לחש"צ בזה שנעדר משרותו בצבא בגודר 890 מיום 6.4.56 עד יום 8.4.56, דהיינו יומיים - הפרט השני;

ג. שימוש בלתי חוקי בנשק לפי סעיף 85 לחש"צ בזה שביום 6.4.56 בסביבות באר מנוחה נשא עמו ללא סמכות נשק הצבא אל מעבר קו שביתת הנשק - לפי הפרט השלישי;

ד. יציאה לחו"ל ללא היתר יציאה לפי תק' 1 לתקנות שעת חירום יציאה לחו"ל תש"ט-1948 בזה שביום 6.4.56 יצא לירדן שלא ע"פ היתר יציאה - לפי פרט הרביעי;

ה. יציאה לחו"ל שלא במקום יציאה לפי תק' 4 לתקנות שעת חירום (יציאה לחו"ל תש"ט-1948) בזה שביום 6.4.56 יצא לירדן דרך הגבול הישראלי - ירדני כ-6 ק"מ צפונה לבאר מנוחה - לפי הפרט החמישי;

2. בהכריעו את הדין קבע ביה"ד המחוזי את הממצאים הבאים, שאינם שנויים במחלוקת:

המשיב שהנו סמל בגודר חי"ר מוצנח 890, עבר יחד עם סמל ד' (שנהרג) ביום 6.4.56 את קו שביתת הנשק עם ירדן והגיע לפטרה. שני הסמלים היו מצוידים בנשק, דהיינו, המשיב ברובה צ'כי וסמל ד' בתת-מקלע עוזי, בחזרם מפטרה נתקלו בדרך בכוח מזויין של האוייב וכתוצאה

מחילופי יריות נהרג הסמל ד' והמשיב הצליח כשהוא פצוע ולאחר תלאות, לחזור ליחידתו. לאחר ניתוח העדויות שהושמעו ובהתייחסו לשתי הגירסאות שנטענו קבע ביה"ד המחוזי - תוך ציון העובדה, כי סמל ד' נהרג בעת המקרה ואף סגן ה', שהיה מפקדם הישיר של שני הסמלים, נהרג זמן קצר לאחר המקרה - שהמשיב היה פקודו של סמל ד' מכיון שהאחרון היה אחראי עליו. כמו כן קבע ביה"ד המחוזי לאמור:

"כבר קבענו לעיל שהוכח לפנינו לכל הדעות כי ד' היה אחראי על הנאשם מבחינת הסיוע, הרי על הנאשם היה לציית להוראה זו שקיבל ממפקדו ולשתף עמו פעולה, מבלי שיבדוק אם דבר זה הינו מאושר ע"י הממונים או חוקי בכלל..."

בסיכומו של דבר דחה ביה"ד המחוזי את גרסת התביעה שטענתה היתה, כי המשיב השתתף ביוזמת עצמו בהרפתקה מסוכנת וזה מכיוון שלדעת ביה"ד לא הובאו "הוכחות ברורות לאשמתו" של המשיב ולהיפך כלשון פסה"ד: "הנאשם מצדו נתן גרסא אשר אין אנו מוכנים לקבוע שיש לדחותה מחמת אי ההגיון שבה". אנו בדעה כי יש לקבל את גרסת הנאשם כי הוא חוייב לצאת לסיוע זה ע"י המנוח ד' מאחר וראה בו כמפקדו..."

3. התצ"ר מערער על פס"ד זה בטענה כי הוכח שהמשיב עבר את הגבול בניגוד להוראות תק' שעת חירום (יציאה לחו"ל) תש"ט ואם טענתו של המשיב היא צידוק, הרי חובת ההוכחה עליו ולדעת ב"כ המערער לא נשא בה מאחר שלא הביא הוכחות שניתנה פקודה בכתב המסמיכה את סמל ד' המנוח לחייב את המשיב להשתתף בסיוע מעבר לגבולות המדינה. כמו כן טען ב"כ המערער, כי אין לראות בחומר הראיות שהובאו בפני ביה"ד המחוזי ביסוס למימצאו, שסמל ד' היה מפקדו של המשיב והיה ממונה עליו ואין לכן לראות באחרון מפקד שרשאי לתת פקודה לצאת לסיוע מעבר לגבול.

4. לא שוכנענו שיש מקום להתערבותנו במימצאיו של ביה"ד המחוזי. העדויות שהיו לפניו יש בהן כדי לבסס את המסקנה, כי המנוח סמל ד' היה מפקדו ואחראי למשיב. הפקודה לצאת לסיוע שהמשיב קיבל מסמל ד' המנוח איננה בנסיבות המקום והשעה יוצאת דופן ובודאי שאין לראות בה פקודה בלתי חוקית על פניה. יתכן ולו יכול היה משיב להביא פקודה בכתב או להצביע על קיומה היה מביא הוכחה חותכת לקיום הפקודה ולחוקיותה, אולם בנסיבות המקרה ולאור העדויות שהושמעו בפני ביה"ד המחוזי אין אנו מוכנים לקבוע, כי אי המצאות פקודה בכתב יש בה כדי לערער את מסקנות ביה"ד המחוזי ולפסול את גרסת המשיב שנתקבלה הגיונית.

5. לפיכך הוחלט לדחות את הערעור.

ניתן היום טז' מר חשון תשי"ז (21.10.56) והוקרא בדלתיים סגורות ובמעמד בעלי הדין בלבד.

נספח י': ע/113/57 בן ישי נגד התובע הצבאי הראשי

ערעור מס' 113/57

טר"ש בן ישי משה

נגד

התובע הצבאי הראשי

בבית הדין הצבאי לערעורים

בפני השופטים: אל"ם שדמי נחום - אב"ד
סא"ל חרותי מרדכי - שופט
סא"ל הכהן יצחק - שופט

פסק דין

1. כתב האישום שבעטיו הועמד המערער לדין בפני ביה"ד הצבאי המחוזי במחוז שיפוט מרכז כולל 3 פרטים: לפי הפרט הראשון הואשם המערער בעבירה לפי סעיף 122 לחש"צ על סרוב למלא פקודה; לפי הפרט השני הואשם בעבירה לפי סעיף 132 לחש"צ על פגיעה במשמעת ולפי הפרט השלישי הואשם בעבירה לפי סעיף 62 לחש"צ על איום ועלכונות כלפי מפקד. המערער כפר בעבירות כפי שיוחסו לו לפי הפרט הראשון ולפי הפרט השלישי, אולם הודה בעבירה שיוחסה לו לפי הפרט השני מכתב האישום.

ביה"ד המחוזי ששמע עדי קטגוריה ועדי סניגוריה קבע בהכרעת דינו, כי מכל עדי הקטגוריה מתקבלת על דעתו הגירסה שהשמיע בפניו סגן וולד ובהסתמך על עדות זו ובהצביעו על סתירות מסוימות, כפי שנראו לו בעדותו של המערער, פסק להרשיע את המערער בעבירה שיוחסה לו בפרט הראשון מכתב האישום, להרשיעו על סמך הודאתו בעבירה כפי שתוארה בפרט השני מכתב האישום ולזכותו מהעבירה שיוחסה לו בפרט השלישי מכתב האישום.

בגזרו את הדין, נתן ביה"ד דלמטה דעתו לנסיבות לקולא ולחומרא ולאור שיקוליו כמפורט בגזר הדין, הטיל על המערער עונש מאסר לתקופה של 3 חדשים, מהם חודש מאסר לריצוי מידיי וחדשיים על-תנאי, עבור העבירה בה הורשע לפי הפרט הראשון ועונש מאסר של חודש ימים עבור העבירה בה הורשע לפי הפרט השני. כן ציין ביה"ד דלמטה, כי עונשי המאסר ירוצו בעת ובעונה אחת.

2. הערעור על פסק דין זה הוגש ע"י המערער תוך הזמן החוקי מכתלי בית-הסוהה, בו ריצה את עונשו ונוסח עלידו, שלא בעזרת כל הכשרה משפטית. לכן נעתרנו לבקשת המערער בשיבתנו הראשונה, בהתאם לסמכויותינו לפי סעיף 429 (ב) לחש"צ, וניתנה למערער שהות להתיעץ עם בעל הכשרה משפטית ואף הורשה לשנות את כתב הערעור או להחליפו.

כתב הערעור שהוגש בהתאם להחלטתו הנ"ל, נערך ע"י חייל בעל הכשרה משפטית, שהמערער בחר בו וכן הגיש המערער נמוקים נוספים לכתב ערעור זה. המערער, שבחר לטעון לעצמו, השמיע בפנינו נמוקים שונים לבסוס טרוניו נגד ביה"ד דלמטה, שהרשיע אותו בדין, לדעתו, ללא עול בכפו. עתירתו לזכותו בדין, מהאשמה של סרוב לקיים פקודה ולהקל בעונשו שנגזר עליו עבור העבירה בה הודה.

3. גורלו של ערעור זה יקבע על-ידינו לפי טענה בנקודה אחת בלבד, היורדת לשורשו של העניין והנוגעת להרשעה לפי הפרט הראשון.

בפרטי העבירה שבפרט הראשון נאמר: "הנאשם הנ"ל בהיותו חייל בצה"ל בכנף 1, בתאריך 10.11.56 או סמוך לו, סרב לקיים פקודה ללכת לאכול שנתנה לו ע"י מפקדו סגן וلد, באמרו, כי אין לו כח ללכת ועמד על סרובו גם לאחר שהעמד לרשותו רכב".

כאמור, הרשיע ביה"ד דלמטה את המערער בעבירה זו לפי הפרטים הנ"ל בקבעו, כי גירסתו של סגן וلد מהימנה עליו.

סגן וلد ספר בעדותו, כי בחודש נובמבר 1956 שרת בגדוד 960 בתפקיד סגן מפקד פלוגה. גם המערער שרת באותו זמן בשרות מלואים פעיל באותה הפלוגה ונמנה לכן עם פקודיו. סגן וلد שוחח, לדבריו, שתי פעמים עם המערער בעניין שביתת הרעב שהלה קיים. בפעם הראשונה היתה זו לדבריו שיחה ידידותית והמערער הבטיח בסיימה של שיחה זו להפסיק את השביתה. השיחה השנייה, שהתקיימה ביום 10.11.56, באה לאחר שהמערער לא קיים את הבטחתו ומפקד הפלוגה הורה על סגן וلد לצוות על המערער ללכת לאכול. אולם סגן וلد העיד בנקודה, כי דבר עוד פעם עם המערער בעניין, אולם לדבריו טען המערער כי אין לו כח ללכת לאכול והוא, סגן וلد, ראה בכך סרוב למלא פקודה. כמו כן העיד: "כי המכונית הוצקה על ידו, כדי להסיע את המערער למעצר סגור".

לא ניתן, לדעתנו, לגלות בעדותו של סגן וلد, כי נתן פקודה למערער ללכת לאכול וכי הלה סירב לקיים פקודה זו וכי עמד על סירובו בה גם לאחר שהעמד לרשותו רכב, כדי להסיעו לאכול.

הפוכו של דבר נכון הוא. עדותו של סגן וلد מצביעה על כך, כי הוא, סגן וلد, קיבל פקודה ממפקד הפלוגה להורות למערער ללכת לאכול, אולם פקודה כזאת לא נמסרה על-ידו למערער, אלא כדוגמת שיחתו הראשונה עם המערער, בה שכנע אותו להפסיק את שביתת הרעב שוחח עמו בשנית ומתשובתו שאינו רוצה לאכול הסיק מסקנה כפי שהסיק. יתר על כן, מעדותו של סגן וلد מסתבר, כי שתי תשובות שמע מפי המערער. הראשונה, שלא רוצה לאכול והשנייה, שאין לו כח ללכת לאכול ואמנם אשר סגן וلد, כי המערער היה חלש. גם כלי הרכב הוזמן, כאמור, לצורך הסעת המערער אל המעצר הסגור ולכן לא יכול היה המערער לעמוד בסרובו, כפי שיוחס לו בכתב האישום. ואם אלה הם פני הדברים, הרי באין הוכחות, שלמערער נתנה על ידי סגן וلد פקודה "ללכת לאכול", ממילא לא ניתן, שהמערער יסרב לקיימה.

זאת ועוד אחרת, לו גם אפשר היה להסיק מעדותו של סגן וلد, כי הנ"ל פקד על המערער "ללכת לאכול" הרי, שפקודה כזו, דרי-משמעית היא, מכיוון, שאין לדעת, אם הורה למערער

להפסיק את שביתת־הרעב שהכריזו ע"י כך שיתחיל לאכול או שהורה לו שיאכל רק הפעם וילך לשם כך לחדר האוכל של היחידה, שלכך ניתן היה לייחס את הסירוב.

בסכמו של דבר, נראה לנו, כי העדות שעליה סמך ביה"ד דלמטה את ידי, אין בה כדי להוכיח מעל לכל ספק המתקבל על הדעת שאמנם נתנה למערער על ידי סגן ולד כפי שיוחס לו בכתב האישום, פקודה ללכת לאכול. באין הוכחה כנ"ל אין גם מקום להרשעה לפי פרט אישום זה. עלינו לציין, כי עצם קיום שביתת הרעב מצד המערער ביום 10.11.56 כלול בפרט השני של כתב האישום, בו הודה המערער, כאמור.

4. לפיכך הוחלט לקבל את הערעור לבטל את הרשעתו של המערער בעבירה של סירוב לקיים פקודה לפי סעיף 122 לחש"צ, (פרט 1) ולזכותו מאשמה זו מחוסר הוכחות.

העונש של חודש מאסר שנגזר על המערער על ידי בית הדין דלמטה על העברה לפי הפרט השני של כתב האישום, שבו הודה המערער לא נראה לנו כמוגזם במסיבות המקרה ואין אנו מוצאים מקום לשנותו לקולה. מאחר והמערער ריצה כבר עונש זה במלואו אין מקום לכלאו בשנית.

ניתן ביום יב' תמוז תשי"ז (11.7.57) והוקרא בפומבי במעמד בעלי הדין.

נספח י"א: ע/175/57 התובע הצבאי הראשי נגד הורסנדי

ערעור מס' 175/57

התובע הצבאי הראשי

נגד

רב"ט הורסנדי אפרים

בבית הדין הצבאי לערעורים

בפני השופטים: אל"ם שדמי נחום - אב"ד
סא"ל הכהן יצחק - שופט
רס"ן צדוק חיים - שופט

פסק דין

1. המשיב זוכה ע"י בית הדין הצבאי המחוזי במ"ש חיל-אוויר משלוש אשמות של התעללות, לפי סעיף 65 לחש"צ. בפרט 1 ייחסה לו התביעה, שביום 27.12.56, בהיותו אחראי על השוטרים הגדודיים בכנף 4 התעלל בחדר האוכל בטור. בוניקובסקי אריה, בזה שהכהו והפילו ארצה. בפרט 2 האשם המשיב בזה, שבאותו יום בחדר המשמר התעלל בטור' בוניקובסקי אריה בזה שהכהו. בפרט 3 האשם בזה, שבאותו יום, בהכניסו את טור. בוניקובסקי לחדר המשמר, כבל את ידיו באזיקים וקשרו אל וו ברזל שהיה מותקן בקיר חדר המשמר וע"י כך הכריחו לשבת על רצפה רטובה.
2. בית הדין בהכריעו את הדין טרח וקבע מימצאים עובדתיים מפורטים והסיק על יסודם את המסקנות כלהלן:
 - (א) בחדר האוכל ובמטבח לא הכה המשיב את בוניקובסקי, אשר השתולל, הפריע את הסדר ואף התנפל על המשיב, אשר בתוקף תפקידו ודרגתו נסה לעצרו.
 - (ב) בחדר המשמר הפריד המשיב בין בוניקובסקי שהתקוטט עם שוטר גדודי בשם פואד.
 - (ג) המשיב כבל ידיו של בוניקובסקי באזיקים לפי הוראת סמל המשמעת, מאחר ובוניקובסקי שהיה ידוע כפסיכופט המשיך להשתולל.
 - (ד) המשיב קשר את בוניקובסקי הכבול באזיקים אל וו ברזל שהיה מותקן בקיר חדר המשמר, מאחר והמשיב חשש, שבוניקובסקי עלול לפגוע בעצמו תוך השתוללותו, אפילו והוא כבול בידיו.
3. התצ"ר בערעורו בפנינו קובל על הזכוי ועתירתו שנחייב את המשיב בשלושת פרטי האשמה

ונטיל עליו עונשים מתאימים.

4. לא מצאנו בטענות ב"כ התצ"ר דבר שיהיה בו כדי לערער את ממצאיו העובדתיים שקבע בית הדין דלמטה ונותר לנו לבדוק, האם העובדות הנ"ל, כפי שנקבעו, יש בהן משום עבירה על החוק.

הננו תמימי דעים עם מסקנות בית הדין דלמטה, כי העובדות, כפי שנקבעו מחייבות את זכויו של המשיב מהאשמות לפי פרט 1 ופרט 2.

באשר לממצאים המתיחסים להתנהגותו של המשיב, כמפורט בפרט 3 של כתב האישום, מתעוררות בפנינו שתי שאלות: האחת לגבי כבילתו של בוניקובסקי באזיקים והשניה לגבי קשירתו לוו הברזל.

ההוראות הנוגעות לשמוש באזיקים כלולות בתקנה 44 לתקנון חדרי משמר צבאיים תשט"ז – 1955.

בתקנות משנה (א) נאמר כלהלן:

"כלוא יכלא באזיקים רק שעה שיש חשש לפציעתו העצמית, או לפציעת אחרים, או להשחתת ציוד, או להתפרעות וכתנאי כי אין אפשרות למנוע מעשים אלה בדרך אחרת. השמוש באזיקים יעשה אך ורק כאמצעי בטחוני ולא כאמצעי משמעת".

לאור הממצאים של בית הדין אין ספק בלבנו, שכבילת בוניקובסקי באזיקים לא חרגה מתחום ההוראה הנ"ל.

ב"כ התצ"ר שטען בפנינו נאחז בתקנת משנה (ד) לתקנה 44 הנ"ל, המורה, כי כבילה באזיקים תעשה לפי הוראות מפקד היחידה, קצין רפואה או קצין תורן והוראה זו תמסר בכתב.

המשיב כבל אמנם את טור. בוניקובסקי באזיקים לפי הוראת סמל המשמעת, מאחר ולא הצליח למצא את הקצין התורן ולא את הרס"ב ואת קצין הרפואה. בית הדין דלמטה קבע כעובדה, שמיד לאחר הכבילה המשיך המשיב לחפש את הממונים עליו ולאחר שמצא את קצין התורן, הזמינו לבוא לחדר המשמר ושם במעמדו ולפי פקודתו של קצין זה שחרר את טור. בוניקובסקי מכבלי.

בנסיבות אלה אנו רואים צידוק למעשהו זה של המשיב, מאחר ואין לומר בשום פנים, כי ההוראה שקיבל מסמל המשמעת היתה בלתי חוקית על פניה.

לא כן הם פני הדברים מבחינה משפטית לגבי עובדת קשירתו של טור. בוניקובסקי הכבול אל וו הברזל בחדר המשמר ע"י המשיב.

מעשה זה, שנעשה ע"י המשיב מיוזמתו ועל דעת עצמו נוגד הוראה מפורשת בתקנת משנה (ב) לתקנה 44 מהתקנון הנידון, בה נאמר: "אין לכבול כלוא באזיקים לכל דומם או צומח כגון: למטה, לעץ, לעמוד ברזל וכד'..."

אכן, לפי ממצאו של בית הדין דלמטה בנקודה זו, שהמניע למעשהו זה של המשיב היה החשש, כי טור. בוניקובסקי עלול לפגוע בעצמו (חשש שהיה מוצדק בעיני בית הדין דלמטה

לאור העובדה שהובאה בפניו, כי טור. בוניקובסקי פוטר משרות בטחון לפי סוג בריאות בכ/ת) לא נוכל לראות במעשהו זה של המשיב התעללות, לפי סעיף 65 לחש"צ אך יש ויש במעשהו זה של המשיב עבירה של אי קיום הוראות המחייבות בצבא, לפי סעיף 133 לחש"צ.

אי לכך הננו דוחים את הערעור בכל הנוגע לזיכויו של המשיב מהאשמות לפי פרט 1 ופרט 2 מכתב האישום והננו מקבלים את הערעור בחלקו, מבטלים את זכויו של המשיב מהאשמה המפורטת בפרט 3 מכתב האישום והננו מרשיעים את המשיב בעבירה של אי קיום הוראות המחייבות בצבא, לפי סעיף 133 לחש"צ, בזה שביום 27.12.56, בהיותו חייל בצה"ל בתפקיד אחראי על השוטרים הגדודיים בכנף 4 ככל את טור. בוניקובסקי אריה שהיה כלוא באזיקים לוו ברזל שהיה מותקן בקיר חדר המשמר וזאת בנגוד לתקנה 44 (ב) מתקנון חדרי משמר צבאיים תשט"ו-1955.

ניתן ביום כ"ט מנחם אב תשי"ז (26.8.57) והוקרא בפומבי במעמד בעלי הדין.

גזר - הדין

העבירה על פי נסיבותיה אינה מן החמורות, מאחר והמניע למעשהו זה אינו נובע מכל כוונה זדונית והנהו תוצאה של טעות בשקול דעת. הננו מאמינים למשיב, שעשה מעשהו זה מתוך אמונה כנה, כי מעשהו זה היה דרוש למלוי תפקידו במסבות בהן נמצא.

המשיב שרת בצה"ל במשך שנתיים ומחצה, נמצא ע"י הממונים עליו כראוי להתקבל ע"י נשיא המדינה כחייל מצטיין ובתעודת השחרור תוארה התנהגותו כטובה מאוד וצויין כחייל ממושמע, אחראי ומסור לעבודתו.

על יסוד כל אלה הננו סבורים, כי מן הדין הוא לנהוג כלפי המשיב בקו המתונים. לפיכך אנו גוזרים על המשיב עונש של נזיפה חמורה.

ניתן ביום כ"ט מנחם-אב תשי"ז (26.8.57) והוקרא בפומבי במעמד בעלי הדין.

נספח י"ב: ע/265/58 דן נגד התובע הצבאי הראשי

ערעור מס' 265/58

סגן אליאב דן

נגד

התובע הצבאי הראשי

בבית הדין הצבאי לערעורים

בפני השופטים: אל"מ בן-גל מיכאל - אב"ד
סא"ל חרותי מרדכי - שופט
סא"ל אשכנזי הרצל - שופט

פסק דין

1. סגן אליאב דן נמצא חייב ע"י ביה"ד הצבאי המחוזי, מ"ש חיל-אוויר, ב-3 עבירות של סירוב למלא פקודה, לפי סעיף 122 לחש"צ תשט"ו האחת - סירוב לקיים פקודתו של קמב"צ פיקוד הצפון, סא"ל גרוסמן, בקשר להפעלה מבצעית של המחלקה, עליה היה המערער ממונה (פרט 1 מכתב האישום), השניה - סירוב לקיים הנ"ל שניתנה לו ע"י סא"ל גרוסמן בשם אלוף הפיקוד (פרט 2 מכתב האישום), השלישית - סירוב לקיים פקודתו של רס"ן טורפז להתייב במשטרת ראש פינה אחרי שהודיע לו על מעצרו (פרט 4 מכתב האישום), מהאשמה הרביעית - סירוב לקיים פקודת רס"ן טורפז בשם אג"ם/מב בקשר לתפעול המחלקה (פרט 3 מכתב האישום) - זוכה המערער משלא הוכח כי הפקודה נמסרה לו בשם אג"ם/מב, על כל אחת מן העבירות בהן חוייב, גזר ביה"ד המחוזי על המערער עונש של התראה.

על פסק דין זה מערערים סגן אליאב (להלן: "המערער") הטוען נגד חיובו בדין, והתובע הצבאי הראשי (להלן "המשיב") הטוען נגד קולת העונש.

2. את העובדות הצריכות לערעור זה נתן לסכם, בקיצור, בעקבות ממצאי ביה"ד בהכרעת הדין, כך:

א. בספטמבר 1957 הטיל אג"ם/מב על מחלקה מגדוד חה"נ 601 משימה של פירוק מוקשים בסביבות דרדרה כחלק מן ההכנות להקמת ישוב מסוים במרחב פיקוד הצפון.

ב. גדוד זה כפוף לפה"ד ואלו תעסוקתו המבצעית נקבעת ע"י אג"ם/מב. המחלקה האמורה היתה כפופה לפיקוד הצפון "בסיוע", ולא "תחת פיקוד", הווה אומה, שהמחלקה היתה כפופה למפקדת הפיקוד לצרכי ביצוע המשימה (שהוטלה ע"י אג"ם/מב כאמור) ואלו התחזוקה של המחלקה-על הגדוד. אבטחה במקום העבודה ומזון נתנו ע"י גדוד חי"ר 13

שבתחומו פעלה המחלקה.

לפי הוראה מהוראות קבע של אג"ם/מב היה פיקוד הצפון מוסמך לתת את כל פקודות התפעול בתחום הפעולה לשמה הוקצתה המחלקה, אולם לא היה רשאי להעביר את המחלקה ממשימתה למשימה אחרת ללא אישור אג"ם/מב, פרט למקרי חרום, שאזי יכול היה אלוף הפיקוד להפעיל כח זה - ללא אישור מוקדם.

ג. ב-21.9.57 פוצץ צינור המים באיזור תענכים ומכונית משטרת ישראל שבאה למחרת למקום עלתה בשעות הערב על מוקש. המשטרה התקשרה עם מפקדת הפיקוד ובקשה עזרה וקצין המבצעים של הפיקוד, סא"ל גרוסמן, הורה להודיע למכונית המשטרה לא לזוז מן המקום עד הבוקר שעה שיבדק השטח. כן הורה קצין המבצעים לגדוד 13, שבתחומו פעלה מחלקת ההנדסה הנדונה, להורות למפקד המחלקה לשלח כיתה של 10 איש עם סמל לבדוק את השטח בו נמצאה מכונית המשטרה ולנקותו, אם יהיה צורך, כדי לאפשר פנוי המכונית.

ד. בשעות הערב של ה-22 לספטמבר 1957 פנה סמג"ד גדוד 13 למערער - שהיה מפקד המחלקה הנדונה והורה לו לשלח למחרת בבוקר עשרה איש עם סמל לאזור תענכים לבצוע הוראות קצין המבצעים, כאמור.

ה. המערער הוציא פקודת התראה לסמל ממחלקתו להתכונן לבצוע ההוראה, אולם יחד עם זאת התקשר עם מפקדו סא"ל גנץ, מג"ד 601, והודיע לו על המשימה שהוטלה עליו. המג"ד צווה עליו שלא לקיים את ההוראה ולהודיע לפונים אליו כי יתקשרו עמו, עם המג"ד ודרכו, או דרך אג"ם/מב, יסדירו את עניין הפעלת המחלקה. בעקבות הוראה זו הודיע המערער עוד באותו לילה לסמג"ד 13 על סירובו לקיים את הפקודה ועל הודעת מג"ד 601 כי בעניין הפעלת המחלקה למשימה הנדונה יש לפנות אליו ולקבל תחילה את אישורו. כן בטל את פקודת ההתראה שנתן למחלקתו.

ס"ן טורפו, סמג"ד 13, הודיע לסא"ל גרוסמן בערך ב-24:00 על סירובו של המערער לקיים את הפקודה. סא"ל גרוסמן בקש להסביר למערער חשיבות הפעולה וכן להודיעו כי הפקודה נמסרת לו בשם אלוף הפיקוד.

ו. בשעות הבוקר המוקדמות פנה הסמג"ד למערער ומסר לו את הוראת קצין המבצעים אולם המערער עמד בסירובו והתמיד בסירוב אף לאחר פניה שניה ושלישית מצד הסמג"ד וכן מצד אנשי קצין ההנדסה הפיקודי.

ז. ס"ן טורפו וסא"ל גרוסמן לא פנו מיזמתם אל מג"ד 601, אולם אנשי קצין ההנדסה הפיקודי פנו אליו והוא שלח כוח אחר מגדוד 601 לקיים המשימה הנדונה ואלו כאשר המערער התקשר עמו שנית חזר על פקודתו למערער כי יסרב לקיים את הפקודה הנדונה. בערך בשעה 08:00 (לספט') הורה סא"ל גרוסמן לרס"ן טורפו לשים את המערער במעצר. רס"ן טורפו התקשר טלפונית מראש פינה אל המערער והודיע לו כי הוא עוצרו בשל הסירוב לקיים את הפקודה וצווה עליו לבוא לראש פינה. המערער הודיע כי הוא

מסרב. רס"ן טורפז שלח אליה, אזי, שני קצינים: קמ"ן וקמב"ץ גדוד 13, כשהופיעו שני אלה אצל המערער נענה להם ובא עימם לראש פינה.

עד כאן העובדות.

3. במשפטו בפני ביה"ד דלמטה על אשמות של סירוב לקיים את הפקודות האמורות טען המערער להגנתו את הטענות הבאות:

א. כי הפקודה שהועברה מטעם סא"ל גרוסמן היתה בלתי חוקית באשר נגדה את הוראות אג"ם/מב, שהוא דרג פיקודי גבוה יותר מזה של אלוף הפיקוד, לפיהן אין לשנות משימה של המחלקה הנדונה ללא אישור אג"ם/מב.

ב. כי הפקודה הנדונה לא חייבה את המערער מאחר והמחלקה לא נמצאה "תחת פיקוד" במרחב פיקוד הצפון ומפקדו של המערער המשיך להיות מג"ד 601 ולא מפקדת פיקוד הצפון ואף לא אלוף פיקוד הצפון.

ג. כי גם אם הפקודה הנדונה חייבה את המערער הרי לאור העובדה שהמג"ד שלו פקד עליו שלא לציית לפקודה הנדונה, עשה המערער מה שעשה מתוך ציות לרשות בת סמך שחוקי הצבא מחייבים אותו להשמע לה (המג"ד שלו), ולכן שמורה לו ההגנה הנתנת לפי סעיף 19 ב' לפח"פ, ואין להטיל עליו אחריות פלילית בעד העבירה שעבר עקב ציות למג"ד שלו כאמור.

ד. כן טען כי רס"ן טורפז לא היה רשאי לעצור את המערער ובמסכות המקרה לא היה מוסמך לצוות עליו להתיצב בראש פינה ואין עבירה של סירוב לקיים פקודה, מקום שאין חובה לקיימה.

4. ביה"ד המחוזי דחה את הטענות האלו בקובעו:

א. כי הפקודות שמקבל המערער - בשם קצין המבצעים של פיקוד הצפון ובשם אלוף פיקוד הצפון - היו פקודות חוקיות ומחייבות משום שהמערער נמצא במרחב פיקוד הצפון ואלוה פיקוד הצפון וקציני מטהו הפועלים בשמו מהווים לגביו מפקדים שפקודותיהם מחייבות.

ב. המערער לא היה כפוף מבחינה מבצעית - גם בהיותו "בסיוע" בפיקוד - למג"ד 601 - ופקודתו של זה האחרון במידה וניסתה לחייב את המערער שלא לציית להוראות מבצעיות של מפקדת הפיקוד, היתה בלתי חוקית. ומשום כך גם לא היה בה כדי לשמש הגנה משפטית לפי סעיף 19 (ב) לפח"פ.

ג. כן קבע ביה"ד המחוזי כי רס"ן טורפז רשאי היה לפי סעיף 228 לחש"צ לעצור את המערער ללא פקודת מעצר של קצין שיפוט ואם כך הדבר הרי שרשאי היה לצוות עליו להתיצב בראש פינה לצורך ביצוע המעצר.

בסכום הדברים חייב ביה"ד את המערער בדין ופסק לו עונשי התראה כאמור.

5. בטענותיו לפנינו חזר סגן שוייג ב"כ של המערער, על טענות היסוד שהעלה בפני ביה"ד

המחוזי ובקש לפסול את החיובים בדין ולזכות את המערער.

6. פרט לטעות אחת שעשה ביה"ד ואשר נעמוד עליה להלן נראה לנו כי ביה"ד המחוזי שקל כהלכה את הפרשה הנדונה והגיע למסקנות נכונות הן בנוגע לחיובים והן בנוגע לעונש שפסק בגינם.

להלן נמוקינו:

אשר לטענה כי אסור היה למפקדת הפיקוד לצוות על המערער להפסיק עבודתו בדרורה ולשלח אנשיו לתענכים כמבוקש ע"י קצין המבצעים של הפיקוד.

נקדים ונציין כי הפסיקה בשאלה זו שלפנינו צריכה להעשות מתוך הסתמכות על עקרונות של ארגון ונוהל צבאי בעיני כפיפות וצנורות פיקוד כפי שהם מקובלים בצה"ל.

לאור עקרונות אלה נראה לנו כי צדק ביה"ד המחוזי בקובעו, כי מאחר והמערער נמצא במרחב פיקוד הצפון "בסיוע" רשאי היה אלוף פיקוד הצפון וקצין המבצעים שלו - שהוא קצין מטה הפועל בשמו - להטיל על המערער את המשימה בתענכים, כפי שהוטלה, וזה משני טעמים:

ראשית, גם לפי הוראות אג"ם/מב בנדון רשאי היה אלוף הפיקוד (וקצין המבצעים שלו, במשמע) לשנות את משימת מחלקת ההנדסה הנדונה, במקרה שצרכי חרום דורשים זאת. ברור לנו ללא צל של ספק שמקום שסמכות נתונה לאלוף פיקוד לעשות דבר במקרה של חרום הוא ורק הוא (וקציני מטהו הפועלים בשמו במשמע) מוסמך להחליט אם קיימים התנאים של חרום המחייבים אותה פעולה, שבודאי שצריכה להעשות באופן מידי וללא היסוסים. יתכן והחלטה כזו עלולה להראות בלתי נכונה בעיני גורמים שונים ואין זה בלתי אפשרי שבמקרים מסוימים אף תופעל באופן שיראה לגורמים זרים כבלתי נכון אולם בעצם אפשרות זו אין כדי לשלול מן האלוף את ההחלטה בשאלה הנדונה.

שנית, אפילו לא כללה הוראת אג"ם/מב פסקה בעניין סמכות אלוף הפיקוד כמפורט - לעיל, סבורים אנו שרשאי היה אלוף הפיקוד (וכל קצין המטה הפועל בשמו-במשמע) להחליט להפעיל כוח הנמצא במרחבו, וזה אף בנגוד לפקודה כללית שנתנה קודם לכן ע"י גורם מטכיל בצורת הוראת שגרה, ומחובת המערער היה להשמע להוראה זו. וזה לפי העקרון שמבין שתי פקודות נוגדות שמקבל איש צבא מגופים המוסמכים לתת לו פקודות, הפקודה האחרונה היא המחייבת, כמובן שמקבל הפקודה צריך להודיע לנותן הפקודה על הפקודה הראשונה, אולם אם נותן הפקודה השניה עומד בכל זאת על ביצוע פקודתו, חייב מקבל הפקודה לקיימה והאחריות לבטול הפקודה הקודמת חלה על נותן הפקודה. במקרה הנדון שלפנינו חייב היה המערער לקיים את הפקודה של קצין המבצעים וזה האחרון היה נותן את הדין באם היה מעשהו בלתי מוצדק.

7. אשר לטענה כי הוראת מפקדת הפיקוד לא חייבה את המערער. טענה זו מופרכת מיסודה כפי שקבע ביה"ד המחוזי בצדק.

למג"ד 601 לא היתה כל סמכות לצוות על המערער שלא לקיים הוראות מפקדת הפיקוד, הן משום שמפקדת הפיקוד היתה כאמור הרשות הפקודית המוסמכת לתת פקודות תפעול

למחלקה במדה שצרכי השעה חייבו זאת והן משום שבמשך התקופה שהמערער היה בדרדרה, חדל מג"ד 601 להיות מפקדו בכל הנוגע לתפעול המחלקה.

8. אשר לטענה האחרונה והיא כי שמורה למערער ההגנה הנתונה לפי סעיף 19 (ב) לפח"פ. דעתינו היא, כדעת ביה"ד המחוזי, שמאחר ופקודת המג"ד בהיותו חסר סמכות כאמור היתה בלתי חוקית בעליל אין למערער כל הגנה לפי סעיף 19 (ב) האמור.

עד כאן לגבי טענות הערעור. בקשר לפקודה הנדונה ברם, נראה לנו שקיים בכל זאת פגם בפסה"ד שיש לתקנו.

מתוך עדותו של סא"ל גרוסמן הוברר, כי סירובו של המערער לא הובא לפני אלוף הפקוד וכי סא"ל גרוסמן הוא שטיפל בפרשה ונתן בשם אלוף הפקוד (כפי שרשאי היה) את ההוראות שהועברו למערער ע"י רס"ן טורפז, סמג"ד 13. מכאן שהיה יסוד להאשים את המערער בסירוב לקיים את פקודת קצין המבצעים שפעל בשם האלוף (פרט ראשון של כתב האישום) אבל לא בסירוב למלא את פקודת האלוף עצמו (פרט שני של כתב האישום).

מסיבה זו אנו רואים את החיוב לפי הפרט השני של כתב האישום כבלתי מוצדק.

9. טענת הערעור האחרונה מתייחסת לחיובו של המערער לפי פרט 4 של כתב האישום - אי ציות המערער לפקודה של רס"ן טורפז להתיצב ביום 22 לספטמבר במשטרת ראש פינה.

דעתינו היא כי לפי סעיף 228 לחש"צ מוסמך חייל בצה"ל לעצור, ללא פקודת מעצר, כל חייל נמוך ממנו בדרגה כשיש לו יסוד להניח שאותו חייל עבר עבירה שאפשר לשפטו עליה לפני בי"ד צבאי. לרס"ן טורפז, שהוא חייל גבוה בדרגה מן המערער, היה יסוד להניח כי המערער עבר עבירה של סירוב למלא פקודה (סעיף 122 לחש"צ) ומשום כך מוסמך היה לעצור את המערער אף ללא פקודת מעצר ולשם כך לצוות עליו להתיצב במשטרת ראש פינה.

עובדה היא שמפקדו של המערער לא היה במקום וכן לא הוכח כי שוטר צבאי היה במקום ומכאן שאין לטעון שאסור היה לרס"ן טורפז לעצור את המערער (ראה הסיפא של סעיף 228).

10. אשר לערעורו של המשיב טענת המשיב היא כי העונש אינו הולם את העבירה. טענה זו אין בה ממש. בגזר דינו פירט ביה"ד את נימוקיו להסתפקות בעונש קל ביותר וכך אומר ביה"ד:

"מתוך עיון במסיבות המקרה ברור לנו מעל לכל ספק שהנאשם ביצע את העבירות בהן חויב בדין בהיותו נתון בין הפטיש והסדן כתוצאה מגישה קטנונית של מפקדים גבוהים בצה"ל. לאור זה ובהתחשב בעברו הטוב של הנאשם אנו גוזרים עליו על כל אחת מן העבירות לפי הפרטים אחד, שנים וארבעה עונש של התראה."

לקביעה זו של ביה"ד המחוזי מצטרפים אנו ללא היסוס.

נוסיף ונציין כי מג"ד 601 אשר פסק על המערער בכוח סמכותו בצה"ל לעבור את העבירות בהן חוייב המפקד הזוטר, לא הובא לדין והתביעה הצבאית ללא ספק יודעת זאת ובכל זאת היא באה בדרישה להחמיר בדינו של המערער. גישה זו של התביעה הצבאית נראית לנו בלתי שקולה. מן הראוי היה שהתצ"ר לא יביא לפנינו את ערעורו זה.

לאור כל האמור לעיל אנו מחליטים:

- א. פה אחד לדחות את טענות המערער נגד חיובו לפי הפרט הראשון וברוב דעות לדחות את טענותיו נגד חיובו לפי הפרט הרביעי של כתב האישום.
 - ב. לקבל את הערעור נגד החיוב לפי הפרט השני ולזכות את המערער מן האשמה לפי פרט זה.
 - ג. לדחות את ערעורו של התובע הצבאי הראשי נגד גזר הדין.
- בסיכום הדברים אנו מאשרים את חיובו של המערער לפי פרט ראשון ורביעי של כתב האישום וכן עונש של התראה על כל אחת משתי עבירות אלו.
- ניתן היום יד' אדר א' תשי"ט 22.2.59 והוקרא בפומבי במעמד בעלי הדין.

נספח י"ג: ע/1/59 התובע הצבאי הראשי נגד דגני

ערעור מס' 1/59

התובע הצבאי הראשי

נגד

צוער דגני רפי

בבית הדין הצבאי לערעורים

בפני השופטים: אל"ם בן גל מיכאל - אב"ד

סא"ל שאנן אברהם - שופט

סא"ל ירושלמי ישעיהו - שופט

פסק דין

בפנינו ערעור על פסק דין של בית הדין הצבאי המחוזי במחוז שפוטני מרכז, לפיו זוכה המשיב ברוב דעות מאשמת שוד לפי סעיף 288 (1) סיפא, לפח"פ, 1936.

בהכרעת דינו קבע בית הדין שאמנם הוכח מעשה השוד כמיוחס למשיב, אך זיכהו מהאשמה בקבלו את טענת סניגורו כי עומדת למשיב הגנת צידוק על פי סעיף 19 (ב) לפח"פ, 1936.

המעשה שהיה כך היה: ביחידתו של המשיב נערך בתחילת חודש יוני ש.ז. קומזיץ בו השתתף רק חלק מאנשי היחידה. מפקד המחלקה, סגן ברטנובסקי, החליט לפצות את שאר אנשי היחידה שנעדרו מהמסיבה ע"י עריכת קומזיץ נוסף ואמר למשיב להשיג למטרה זו מספר כבשים מרועים בדואים שבסביבה. לשם כך, הורה סגן ברטנובסקי למשיב לקחת זחל עם מספר חיילים לצאת לביר-חפיר, אשר על יד הבאר הנמצאת בה, נהגו הרועים הבדואים להשקות את צואנם, להקיפם ולקחת מהם את הכבשים, אף אם יהיה צורך בשמוש בכוח במקרה של התנגדותם. המשיב הרגיש שהמעשה שהסגן הורה לו לעשותו הוא מעשה "שלא יעשה" והפנה תשומת לב המ"מ לכך ושאלו באם יעשה כן "לא יקרה לו כלום מזה"; המ"מ ענה לו "שיסמוך עליו". המשיב לא התנגד להוראה האמורה, אף כי כפי שהעיד בשבועה, "זה לא נראה לו חוקי אבל לא גם כמעשה פשע". המשיב יצא בזחל שבפיקודו עם עוד מספר חיילים לביר-חפיר כשהם מזויינים, ושם גנבו את הכבשים והשתמשו למטרה זו באמצעי אלימות בבצעם מעשה שוד. הכבשים שמשו לאחר מכן לסעודה שנערכה ביחידה.

אלה בקצרה העובדות.

בהכרעת דינו קבע בית הדין שהוא מאמין למשיב שלא היה ברור וגלוי לו כי הפקודה שנתנה לו ע"י מפקד המחלקה הנה פקודה בלתי חוקית; שהיו אמנם למשיב ספקות בקשר לכך והוא הביען

בפני מפקדו, ושמפקדו פטרו מספקותיו באומרו לו שיכול לסמוך עליו. כן קבע בית הדין המחוזי שהמשיב ראה בפקודתו של המ"מ הוראה שהוא חייב לבצעה ולא ראה במעשהו פשע.

בדונו בהוראות סעיף 19(ב) לפח"פ קבע בית הדין המחוזי, בין השאר: "אין אפשרות לקבוע שרב"ט ממוצע בתנאים של המקרה הנדון היה מוכרח לדעת והיה צריך להיות לו ברור וגלוי שהפקודה שנתנה לו היא בלתי חוקית". כן קבע בית הדין שהמשיב ראה בתום לב בפקודת המ"מ הוראה מחייבת. על כן זיכהו כאמור מאשמת מעשה שזה.

טענת ב"כ התצ"ר היא כי בית הדין המחוזי שגה בקובעו שהמשיב פעל על סמך פקודת מפקדו שלא היתה בלתי חוקית בעליל ולכן מנע צידוק לפי סעיף 19(ב) לפח"פ מלהרשיעו בעבירה המיוחסת לו.

לדברי ב"כ התצ"ר היה ברור למשיב כי הפקודה שנתנה לו על יד סגן ברטנובסקי לפני שיצא לסיור דהיינו להשיג כבשים מברדואיים הנמצאים בשטח ובמקרה של צורך לקחת אותן בכוח הנה צו בלתי חוקי מהטעמים הבאים:-

(א) המשימה שהוטלה על המשיב לא היתה קשורה בפעולה צבאית כל שהיא ומלכתחילה היה ברור וגלוי כי מטרתה היחידה והבלעדית היתה להשתמש בכבשים לצורך קומזיץ ביחידה.

(ב) אין כל חשיבות שהברדואים מהם נלקחו הכבשים היו מסתננים מאחר והמשיב החליט להשיג את הכבשים בשביל קומזיץ מלכתחילה לפני שיצא לשטח, ולא בעת שלקחן מהם.

(ג) מההוראות של סגן ברטנובסקי נבע כי על המשיב לקחת את הכבשים ללא כל תמורה ובמקרה של התנגדות להשתמש בכוח, דבר המוכיח לכל בר דעת שהמדובר היה ברכישת הכבשים בדרך בלתי חוקית.

כן הוסיף וטען ב"כ התצ"ר כי לא נכונה קביעתו - של בית הדין המחוזי כי מחומר הראיות נובע שלמשיב היתה תביעת זכות מתוך תום לב היות והוא ראה בתום-לב בפקודת סגן ברטנובסקי - הוראה מחייבת. על בית הדין דלמטה היה לקבוע באם היתה למשיב תביעת זכות מתוך תום-לב לכבשים, נשוא השוד, ולא באם האמין בתום לב שעליו לציית להוראת מפקדו ללא הסוס. לדבריו נובע מהחומר העדי שהמשיב ידע שהפעולה אליה הוא יוצא אינה צבאית וכי מטרת לקיחת הכבשים היא לצורך קומזיץ בלבד. אין ב"כ התצ"ר חולק על כך שלולא ההוראה שנתנה למשיב היתה לגרש המסתננים מהשטח ולהחרים את הכבשים שלהם ולהביאם ליחידה לא היה מקום לטענה שהפקודה היא לא חוקית, אך לא כן המצב במקרה שלפנינו כשנטילת הכבשים לא היתה פעולה צבאית המוכתבת בצרכי בטחון, אלא, כפי שמסתבר למעשה, לא ערך המשיב כל סיור, אלא יצא לשטח במטרה אחת ויחידה והיא לשדוד את הכבשים ולחזור אתן מיד ליחידתו. על כן ברור היה, למשיב, כי הפקודה היא בלתי חוקית והוא היה חייב לסרב לציית לה.

יתר על כן, לא רק מבחינה אובייקטיבית ברור לדעת ב"כ התצ"ר כי הפקודה היא בלתי חוקית בעליל, אלא שהמשיב גם מבחינה סובייקטיבית ידע שהפקודה היא בלתי חוקית והראיה שפנה למפקדו והביע חששותיו בקשר לכך וזה אמר לו "סמוך עלי". גם מעדותו של המשיב ברור שלקח את הכבשים לא משום שראה בכך פקודה מחייבת אלא, כפי שאמר בתשובה לשאלות התובע

בחקירתו הנגדית:

"כמו שלהם מותר לקחת אצלנו אז מותר לקחת אצלם".

בסיכום טענת ב"כ התצ"ר היא כי המבחן לפי סעיף 19(ב) הנו מבחן אובייקטיבי וברור שלאור מבחן זה היתה הפקודה של סגן ברטנובסקי בלתי חוקית בעליל. נוסף על כך הרי גם מבחינת המבחן הסובייקטיבי, היה ברור למשיב כי הפקודה היא בלתי חוקית לכן ערבב בית הדין המחוזי פרשיות בדינו ביסוד "הנטילה במרמה, שלא בתום לב מתוך תביעת זכות" לפי הסעיפים 263 ו-287 לפח"פ, כשברור לאור האמור לעיל, כי למשיב לא היתה אמונה בתום לב שיש לו זכות כל שהיא ביחס לרכוש שנשדד.

עתירתו של התובע הצבאי היא לבטל את זיכוי של המשיב ולהרשיעו בעבירה המיוחסת לו ולהטיל עליו עונש מתאים.

סנגורו של המשיב הסכים אמנם כי השאלה באם פקודה היא בלתי חוקית היא-היא שאלת חוק אך טען כי השאלה באם היא בלתי חוקית בעליל הנה שאלה שבעובדה, באם, לדבריו, האמין בית הדין המחוזי שאכן דימה המשיב כי הוא חייב למלא את הפקודה, אף כי דמה כן בטעות, די שולל דבר זה את המחשבה הפלילית הדרושה כדי להרשיע לפי סעיף 263 או סעיף 287 לפח"פ.

לדעת הסניגור אין הטענה של צידוק לפי סעיף 19(ב) לפח"פ שונה במהותה מטענת כורח מכיוון שבשני המקרים אין הנאשם פועל מרצונו החופשי – ואם החוק מחייבו כחייל לציית לפקודה הרי אם פעל מתוך ציות לאותה פקודה נטל ממנו רצונו החופשי וע"י זה גם המחשבה הפלילית הדרושה.

בסיכום, טענת הסניגור היא כי משקיבל המשיב פקודה לקחת את הכבשים, נטל ממנו רצונו החופשי ולא היתה לו ברירה אלא לקיים את הפקודה. נכון, טען הסנגור, שהחוק מחייב לא לציית לפקודה בלתי חוקית בעליל, אך לדעת הסניגור הכוונה היא רק לפקודות כה קיצוניות, ולמקרים שבהם כה ברור וגלוי דבר בלתי חוקיותן, שיהיה בכך כדי לתת לחייל כח התנגדות למפקד. מבחן זה, איפוא, מתייחס לדעת הסניגור רק למקרים ברורים של פקודה בלתי חוקית. במקרה שבפנינו המדובר בעבירה ביחס לרכוש, בלקיחת כבשים בלבד, ובמסיבות המיוחדות של המקרה, כשהמשיב קיבל הוראה לקחת זחל עם מספר חיילים ולהביא כבשים, לא היה ברור וגלוי שהפקודה היא בלתי חוקית. הדרך היחידה שהיתה פתוחה בפניו של המשיב היתה לפנות למפקדו אך זה אמר לו, על אף חששותיו, לסמוך עליו ולבצע את ההוראה והוא עשה כן. אף שהסניגור מודה שנתקיימו מספר תנאים של סעיף 263 ו-287 לפח"פ לא נתקיים לדעתו התנאי של "לקיחה ונטילה במרמה ובלי תביעת זכות מתוך תום לב", משקבע בית הדין כי המשיב קיבל פקודה לקחת את הכבשים ממסתננים ולטובת חיילי צה"ל לא הוכח יסוד המרמה והמשיב עשה את מעשהו בתום לב, ולא על דעת עצמו, שאז גם לדברי הסניגור, היה בכך מעשה שוד.

עתירתו של הסניגור היא, לכן, כי נאשר את הזיכוי ונדחה את הערעור. ללא הסוסים אנו מקבלים את טענות ב"כ התצ"ר, ואנו סבורים שבית הדין דלמטה שגה הן בפרוש החוק והן לגבי הממצאים העובדתיים אליהם הגיע לאור החומר העדי שהיה בפניו.

השאלה באם ברור וגלוי כי פקודה היא בלתי חוקית בעליל היא שאלת חוק ונפסק כבר ע"י בית הדין הזה כי המבחן הוא בכל מקרה מבחן אובייקטיבי. ואין נפקא מינה מה דימה המשיב במקרה שבפנינו. על כן לא שגה בית הדין המחוזי בהציגו את השאלה "אם רב"ט ממוצע בתנאים של המקרה הנדון היה מוכרח לדעת וצריך היה להיות ברור לו כי הפקודה היא בלתי חוקית" אך בבואו לבחון את המקרה שבפניו שגה במסקנות שהוציא מהעובדות שהוכחו.

וכאן עלינו להתעכב על מהות ההוראה שנתנה למשיב: לדעתנו חסרה ההוראה שנתנה למשיב את סימני ההיכר של פקודה אשר יהא בה מן הצו של רשות בת סמך שהחוק מחייב את המשיב להשמע לו בגדר סעיף 19. ההוראה לא התייחסה כלל לפעולה צבאית כל שהיא. ולא ניתנה למשיב בקשר לעניני הצבא ומטרתה היחידה היתה להבטיח כבשים לשם שימוש בהם כמאכל בקומזיץ ורק מטעם זה נראה לנו כי המשיב לא חייב היה להישמע ל"צו" זה.

אין כל ספק בליבנו שלו הובא המשיב לדין על סירוב לקיים אותה פקודה, אי קיומה או התרשלות בקיומה הרי לא היה נושא בכל אחריות פלילית לפי סעיף 125 לחש"צ בהיות ברור וגלוי שהפקודה היא לא חוקית. אך המשיב הובא לדין כתוצאה מעשית מעשה שמהווה עבירה בנגוד לחוק הפלילי וטען כי הוא פעל בהתאם לצו של רשות בת סמך שהחוק מחייבו להשמע לו. ואם לומר שהמשיב דימה שבפניו פקודה שעליו לקיימה, כפי שקבע בית הדין כממצא עובדתי, הרי אנו סבורים שברור וגלוי שהפקודה היא בלתי חוקית לא רק משום שלא התייחסה לתפקידיו הצבאיים ולא נגעה לעניני הצבא אלא שבמהותה היה בה כדי שידול לבצע שוד על ידי ההוראה שאם יתנגדו הבדואים למסירת הכבשים על המשיב להשתמש בכוח.

על כן אנו סבורים שלא רק מבחינת המבחן האובייקטיבי צריך היה להיות ברור למשיב שהפקודה היא בלתי חוקית בעליל, אך גם מבחינת המבחן הסובייקטיבי, לאור החומר העדי שהיה בפני בית הדין, חייב היה בית הדין דלמטה להגיע למסקנה זו. וזאת לאור חומר הראיות הבא:-

- (א) המשיב העיד כי ידע כי מטרת הסיוע היתה להביא כבשים בלבד.
 - (ב) המשיב ידע שעליו לקחת את הכבשים גם אם יהיה צורך להשתמש בכוח.
 - (ג) המשיב העיד שלקח את הכבשים לא משום שראה כאן פקודה מחייבת, אלא חשב ש"אם יש לאויב רשות לקחת דברים שלנו אז מותר לנו לקחת משלהם".
 - (ד) המשיב העיר למפקדו ושאלו "אם לא יקרה לו כלום אם יעשה את המעשה" וזה ענה לו שישמוך עליו, כלומר המשיב ידע שהוא עושה מעשה אסור אך סמך כי מפקדו יחפה עליו. באותה שיחה לא התנגד כלל המשיב להוראת מפקדו אף כי שלא נראה המעשה כחוקי.
- משקבלנו טענת המערער כי בית הדין המחוזי חייב היה להגיע למסקנה כי ברור היה למשיב כי הפקודה שנתנה לו היא בלתי חוקית וכי בית הדין שגה בקובעו שהמערער דמה שהוא חייב למלא את הפקודה, אין עלנו לדון בטענת סניגורו של המשיב על תביעת זכות בתום לב שהיתה כביכול למשיב ביחס לרכוש נשוא השוד שבהעדרה לא היה מקום לחייב את הנאשם במעשה שוד.

לאור כל האמור לעיל, אנו מחליטים לקבל את הערעור לבטל את פסק הדין של בית הדין דלמטה ולחייב את המשיב באשמת שוד לפי סעיף 288 (1) סיפא לפח"פ, 1936 על זה שבהיותו חייל בצה"ל בתחילת חודש יוני 1958 בהיותו מזוין בנשק שרד עם חיילים אחרים בסביבות ביר-חפיר שלשה כבשים מבדואים שרעו במקום.

ניתן היום כ"ב אדר א' תשי"ט (2.3.59) והוקרא בפומבי במעמד בעלי הדין.

גזר דין

בבואנו לשקול בשיעור העונש שיש להטיל על הנאשם לא התעלמנו מהמסבות המקלות הקיימות למכביר במקרה זה, כפי שצויינו ע"י בא כוחו והן:

- א. עברו הנקי של הנאשם.
- ב. העובדה שהמעשה לא בוצע ביזמתו הוא אלא כתוצאה מהוראתו של מפקדו ובשידולו.
- ג. שהנאשם נסה תחילה לערער בפני מפקדו על חוקיות המעשה אך לא עמד בו העז להתנגד לו.
- ד. מעדות האופי הטוב שהושמעה מפי מדריכו של הנאשם בבה"ד 1.
- ה. מדברי החרטה הכנים שהשמיע הנאשם בפנינו.
- לעומת זאת אין אנו יכולים להתעלם מחומרת העבירה על נסיבותיה:
- א. הנאשם הורשע בעבירה שלצדה קבע המחוקק עונש מאסר חמור.
- ב. הנאשם לא רק שנכשל בעצמו אלא הכשיל את פקודיו והביאם לבצוע דבר עבירה.
- אי לכך אנו גוזרים על הנאשם עונש של שנים עשר חודשי מאסר וכן הורדה לדרגת טוראי.
- הנאשם לא ישא את עונש המאסר אלא אם יעבור תוך תקופה של שנתיים מהיום עבירת פשע.
- ניתן היום כ"ב אדר א' תשי"ט (2.3.59), ברב דעות, והוקרא בפומבי במעמד בעלי הדין.

נספח י"ד: ע/72/59 התובע הצבאי הראשי נגד מורן

ערעור מס' 72/59

התובע הצבאי הראשי

נגד

סג"ם מורן גדי

בבית הדין הצבאי לערעורים

בפני השופטים: אל"מ בן גל מיכאל - אב"ד

סא"ל אשכנזי הרצל - שופט

סא"ל ירושלמי ישעיהו - שופט

פסק דין

זהו ערעורו של התובע הצבאי הראשי על פסק דין של בית הדין הצבאי המחוזי במחוז שפוטני מרכז (תיק מר/16/59) לפיו זוכה המשיב מאשמת התרשלות לפי סעיף 124 לחש"צ.

הפרשה שבעקבותיה הובא המשיב לדין היא בקצרה כלהלן:-

המשיב שמש כמפקד סוללת מרגמות 52 מ"מ. בתאריך 7.11.58 נערך בסביבות חוף אשדוד תרגיל בו השתתף המשיב והוא נצטווה ע"י סגן לוי משה, מפקד כוח שהסתער על יעד מסויים, לתת אש מסייעת למחלקת הסיור המסתער. המשיב בצע את ההוראה שנתנה לו ונתן את הסייע מעל לראש הכוח המסתער. כתוצאה מנפילת פגז לפני היעד ממרחק של כ-150 מטר ממנו, נפצעו 4 חיילים מבין חיילי הכוח המסתער.

על סמך העובדות האמורות יוחסה למשיב התרשלות לפי סעיף 124 לחש"צ והתביעה הצבאית בססה את אשמת ההתרשלות על ארבע עובדות אשר פורטו בפרטי העבירה שבכתב האישום:

א. העובדה שהמשיב לא הזהיר את מפקד הכוח המסתער סגן לוי משה על כך שמחלקתו מתקרבת לקווי האש.

ב. העובדה שהמשיב ירה מעל לראשי המסתערים.

ג. העובדה שהמשיב לא הודיע למפקד הכוח המסתער שהוא מתקרב ונכנס עם הכוח לתחום הבטחון של 150 מטר ממקום נפילת הפצצות על היעד.

ד. העובדה שהמשיב לא הקפיד במידה מספקת על דיוק טווח הירי של המרגמות.

בהכרעת דינו המנומקת דן בית הדין המחוזי בהרחבה בכל אחת מהעובדות הנ"ל וקבע בסיכום הדברים כי התביעה הצבאית לא הצליחה להוכיח את אשמתו של המשיב. מכאן הערעור שבפנינו.

לצורך ערעור זה, עלינו לדון רק בטענה שהמשיב ירה מעל ראשי החיילים המסתערים ובכך התרשל במילוי תפקידו, מאחר והתביעה הצבאית צמצמה את ערעורה לנקודה זו בלבד. לפני שנדון בטענה זו נציין את ממצאיו ומסקנותיו של בית הדין המחוזי בנקודה זו.

כלשוננו: "בנקודה זו טען בפנינו סרן זיידמן כי ביחידתו של הנאשם לא נהגים לראות סיוע אש מעל לראש כדבר שבאסור, גם אם ידעו ביחידה על הוראות פקודת מטכ"ל 11.0101 עד זה גם הוא לא ראה את סיבת התקלה ביריות מעל לראש אלא בטווח המקסימלי שהשתמשו בו הרגמים..."

"השאלה שנשאתר לכן בעינה היא באם יש לראות את התרשלותו של הנאשם בזה שירה מעל לראשיהם של המסתערים או כדברי כתב האישום המשיך כך לירות. לשאלה זו אנו עונים ראשית כל כי מדובר היה בין הנאשם לבין מפקדו סגן לוי כי הסיוע ינתן מעל לראש או כמעט מעל לראש המסתערים. ומכאן כי הנאשם בהוראתו לרגמים לירות כפי שירו פעל לפי פקודה. ומכאן אנו מגיעים ליסוד השאלה דהיינו האם היתה הפקודה בלתי חוקית בעליל. כך שהנאשם יהיה מחויב לסרב למלא אחריה או שמא היתה היא בלתי חוקית, מבלי שזה יהיה ברור וגלוי, כדי שהנאשם יהיה מחויב למלא אחריה. אנו בדעה כי התשובה היא חיובית לגבי החלק השני של השאלה. ראשית כל היה קיים - ואולי קיים גם כיום - נוהג ביחידת הנאשם, לתת סיוע אש מעל לראש. שמענו בעניין זה את סרן זיידמן ואת השקפותיו. כל זה מצביע כי אין הפקודה כפי שקיבל אותה הנאשם בלתי סבירה בצורה מוזעזעת. בצורה שיהיה בה להרתיע כל חייל מלמלא אחריה. היא לא נראית לדעתנו מוזעזעת לגבי חייל ממוצע מיחידה מיחידות צה"ל כל שהיא, ועל אחת כמה וכמה ביחידות צנחנים שנוהגת - ואנו לא דנים עכשיו באם בצדק או שלא בצדק - להתיר כלפי עצמה מה שנאסר על אחרים. כבר מסיבה זו היינו שוללים מהפקודה את אופיה הבלתי חוקי המובהק, המחייב, סירוב לפי החוק. עצם העובדה שהאיסור נמצא בפקודות מטכ"ל, אינו תמיכה לגרסת התביעה אלא להפך, כי הלא ברור כי ההוראות המופיעות בפקודות מטכ"ל, הן הוראות המסדירות בעיות מסוימות על פי דרך מסוימת, שהיא לא הדרך היחידה וכי מתקבלות על הדעת פתרונות אחרים לבעיות אלה. באם יש פתרון מסויים לגבי בעיה מסוימת בפקודות הצבא, הרי זה כך בגלל שרצונם של השלטונות הוא כי העניין יסודר דוקא כך ולא אחרת מטעמים עמם ולא בגלל שזהו הפתרון היחיד המתקבל על הדעת והתואם בלבד את דרכי ההגיון והרגש של האדם. האיסור המופיע בפקודות הצבא אינו הופך אותו עדיין לאיסור כל יעבור שיחייב חייל לסירוב למלא פקודה באם היא אינה מתחשבת בו. ואם כן הדבר, מחויב היה הנאשם בקבלו את הפקודה לירות מעל לראשיהם של המסתערים, לקיים אותה, ואין לבוא אליו בטענות".

בית הדין סיים את הכרעת דינו במלים הבאות:

"בהזדמנות זו רוצים אנו להדגיש כי התרגיל התנהל תוך הפרת הוראות פקודת מטכ"ל 11.0101 הנזכרת בתנאים שהיה בהם סיכון חיי אדם. הכוונה שהתרגיל לא בוצע לפני זה "על יבש" ולא היה קצין ניהול שיהיה אחראי לסדרי הבטחון בתרגיל. כל זה כמובן לא באשמתו של הנאשם אי לכך מצאנו שיש לזכות את הנאשם מהאשמה המיוחסת לו היא התרשלות לפי סעיף 124 לחש"צ תשט"ו - 1955."

ב"כ התצ"ר רס"ן רחובלום פתח את ערעורו בטענות שכוונו נגד הרכבתו של המותב שדן בערעור וחוקיות החלפת שופט שהיה במותב לא מצאנו טעם בטענה זו ומן הראוי איפוא לדון בטענותיו לעצם העניין. טענתו העיקרית של ב"כ התובע הצבאי הראשי היא כי בית הדין המחוזי שגה בקובעו כי המשיב היה חייב להורות לפקודיו לירות מעל לראשיהם של החיילים המסתערים על היעד הואיל ולא היה רשאי לסרב לקיים פקודה שנתנה לו ע"י מפקדו סגן לוי. טענת התביעה היא כי הפקודה שנתנה ע"י המשיב לרגמים לירות מעל לראשיהם של החיילים עומדת בסתירה לפקודת מטכ"ל 11.0101 המפרטת אמצעי בטחון שבהם יש לנקוט בעת עריכת תרגילי אש, ועל כן חייב היה המשיב לסרב לקיים את הפקודה שנתנה לו.

ב"כ התצ"ר עמד במיוחד על הפירוש שניתן ע"י בית הדין המחוזי לגבי כוחם המחייב של פקודות הצבא ולדעה שהביע בית הדין כי מתפקידם של פקודות אלו הוא רק להסדיר בעיה מסוימת בצורה מסוימת לא מפני שאין פתרון אחר אלא מפני שלשלטונות נראה כמתאים פתרון זה. פירוש זה הוא מוטעה לדעת התביעה. פקודות מטכ"ל הן הקובעות מהו בנסיבות המקרה הפתרון היחידי לבעיה מסוימת ורק הפתרון האמור יכול לשמש קנה מידה לסבירות התנהגותו של קצין במילוי תפקידו.

לבסוף טען ב"כ התובע הצבאי הראשי כי על אף הנוהג הפסול שהיה קיים ביחידת המשיב בנוגע למתן אש מעל לראשיהם של חיילים הרי הפקודה שנתנה למשיב היתה בעלת אופי בלתי חוקי מובהק מאחר והיה ברור שביצועה יש בו כדי לסכן חיילים מתאמנים וחייב היה לכן המשיב לסרב לבצעה.

קצין משפטים לקר, ב"כ המשיב, תמך בהנמקתו של בית הדין המחוזי לזיכוי שולחו, וטען כי עומדת למשיב טענת צידוק לפי סעיף 19 (ב) לפח"פ 1936, וכי הפקודה שנתנה למשיב אינה בלתי חוקית בעליל. כן טען הסניגור כי מאחר שהאשמה שיוחסה לשולחו היא בהתרשלות אין מקום לטענה כי היה עליו לבחון את סבירות הפקודה שנתנה לו ע"י מפקדו. לחילופין, טען, שמה שאירע לא אירע בגלל רשלנות המשיב אלא בגלל פעולתו של רגם מסויים ואין על כן להטיל עליו אחריות על מעשה זה.

אנו סבורים שמעשהו של המשיב בפרשה כולה לא הועמד למבחן בבית הדין המחוזי על פי סעיף האשמה המתאים. המעשה המיוחס למשיב הוא מתן סיוע אש מעל ראשי גיסות בניגוד לפקודת מטכ"ל מפורשת. אם המעשה הוא אסור הרי זו צריכה להיות האשמה ולא היה מקום להאשים הנאשם ולדון בשאלה אם עשה את המעשה האסור ברשלנות או בחוסר זהירות. אמנם דן בית הדין המחוזי בשאלה הזאת גם במסגרת כתב האישום כפי שהוגש נגד המשיב, אך לדעתנו הגיע למסקנות מוטעות. אנו מסתייגים מדברי בית הדין המחוזי ביחס לתקפם המחייב של פקודות מטכ"ל ככלל, ובמקרה שבפנינו בפרט. במידה ובפקודת מטכ"ל מסדירה בעיה מסוימת הרי הדרך היחידה בה ניתן לפעול היא בהתאם להוראות פקודת מטכ"ל זו. בית דין זה קבע כבר שבמקרים מסוימים יוצאים מן הכלל לא יענש מפקד על אף שערר על פק' מטכ"ל אולם במידה וקיימת אפשרות של סטייה מהוראות פקודת מטכ"ל הרי זה רק בתנאים מבצעים ממש כשברור שמוציא הפקודה לא חזה מסיבות מסוימות מראש, וכדי למנוע מנזק יש להתיר למפקד לפעול אף שלא בהתאם לפקודה המסוימת.

במקרה שבפנינו המדובר בפקודה שמסדירה נוהל אמונים ותרגילי אש, והמחוקק, דהיינו המטה

הכללי, חוקק פקודתו הנדונה במפורש, כדי למנוע אסונות, בחזותו מראש מסיבות העלולות להתעורר בזמן אימונים ותרגילים כאלה. מפקודה זו, איפוא, אין לסטות ואין לחפש פתרונות אחרים לביצוע תרגילים. יצויין גם שהפקודה עצמה קובעת במפורש כי כל סטיה הימנה אפשרית רק על פי אישור בכתב ומראש מאת אג"מ/מה"ד.

אנו סבורים שהפקודה של סגן לוי היתה בלתי חוקית על פניה וכי המשיב לאור נסיונו, דרגתו ומעמדו חייב היה לדעת שבלתי חוקית היא ואם גם נניח שהיה נוהג ביחידתו של המשיב לתת את הסיוע באש בניגוד לפקודות המטכ"ל הנ"ל, הרי אין בנוהג פסול זה כדי לשחרר את המשיב מאחריות על מעשהו.

בסיכום, דעתנו היא, כי מאחר שהמעשה שהמשיב עשה היה משום סיכון לחיי חיילים ומאחר וההוראה לעשות את המעשה המנוגד לפקודת מטכ"ל ניתנה לו, לא בעת מבצעים, אלא בעת ביצוע תרגיל אמונים, חייב היה לסרב לבצעו, ואין טענת ציות לפקודה יכולה לעמוד לו במקרה זה.

על כן אנו מחליטים לקבל את הערעור ולחייב את המשיב בעבירה על סעיף 133 לחש"צ ופקודת מטכ"ל מס. 11.0101 על כך שביום 7.11.58 בסביבות חוף אשדוד נתן סיוע אש במרגמות מעל לראש מחלקה מסתערת בניגוד לפקודת מטכ"ל האמורה.

ניתן היום, ט"ז תמוז תשי"ט (22.7.59) והוקרא בפומבי במעמד בעלי הדין.

גזר דין

המשיב נמצא חייב בעבירה על פקודת מטכ"ל הנוגעת לעניין של בטחון חיי חיילים המתאמנים באש חיה, עובדה זו כשלעצמה מחייבת החמרה בדין ע"י עונש של שלילת דרגא, ואף מאסר.

ברם, אין להתעלם משתי עובדות שנתבררו במשפט והן:

א. כי המשיב נהג בהתאם לנוהג מקובל ביחידתו.

ב. כי המשיב קיבל הוראה מפורשת מהממונה עליו לתת אש מעל לראש הגייסות.

עובדות אלו מונעות בעדנו מלמצות נגד המשיב את חומר הדין ומחייבות אותנו להסתפק בעונש קל אם גם לא בעונש סמלי כבקשת הסניגור.

לאור האמור לעיל אנו מטילים על המשיב עונש של נזיפה חמורה.

אין לראות בעונש מתוך זה תקדים לגבי מעשי עברה דומים שיוכאו לברור לפני בתי הדין הצבאיים.

פקודות מטכ"ל מחייבות את כל יחידות צה"ל בלי יוצא מהכלל ומן הראוי שהשלטונות הנוגעים בדבר ינקטו בצעדים להפסקת נוהגים פסולים העומדים בסתירה לפקודות הצבא.

ניתן היום ט"ז בתמוז תשי"ט 22.7.59 והוקרא בפומבי במעמד בעלי הדין.

נספח ט"ו: ע/99/59 התובע הצבאי הראשי נגד גוטמן

ערעור מס' 99/59

התובע הצבאי הראשי

נגד

רב"ט גוטמן שירה

בבית הדין הצבאי לערעורים

בפני השופטים: סא"ל אשכנזי הרצל - אב"ד

סא"ל ירושלמי ישעיהו - שופט

רס"ן ליס חיים - שופט

פסק דין

המשיב, רב טוראי בגדוד 890, האושם יחד עם מפקדו, סג"מ עוז, בהתעללות בטוראי בן מנחם (להלן – "המתלונן") שבזמן המקרה היה פקודם של שני נאשמים אלה. כתב האישום כלל 3 פרטי אישום. הפרט הראשון התייחס לסגן עוז ואילו השני והשלישי התייחסו למשיב.

במהלך המשפט הודה סג"מ עוז באשמה שיוחסה לו, הורשע בדין ונגזר עליו עונש של הורדה בדרגה מדרגת סג"מ לדרגת סמל. המשיב כפר בשתי האשמות שיוחסו לו. בית הדין המחוזי מצא כי האשמה לפי הפרט השני לא הוכחה וזיכה הימנה את המשיב ואלו לגבי האשמה לפי הפרט השלישי קבע כי הוכחה העבירה הקלה יותר של שררה כלפי פקודים ובהתאם לכך הרשיע את המשיב בעבירה זו וגזר עליו עונש של הורדה בדרגה, מדרגת רב"ט לדרגת טוראי.

ערעורו של התובע הצבאי הראשי מכוון נגד מסקנות בית הדין בקשר לשני פרטי האישום האמורים. עיקר טענתו הוא כי לפני בית הדין המחוזי היה חומר הוכחה כשר שמספיק היה מבחינה משפטית לביסוס הרשעות בשתי האשמות וכי רק מתוך טעויות שטעה בית הדין המחוזי בעניין קביעת ממצאים עובדיים מסויימים ובעניין החלת החוק על ממצאים אחרים שנקבעו הגיע בית הדין המחוזי למסקנותיו האמורות. עתירתו של התובע הצבאי הראשי היא, לכן, כי נבטל את פסק הדין של בית הדין המחוזי ונרשיע את המשיב בשתי עבירות של התעללות בהתאם לפרטים מס. 2 ומס. 3 מכתב האישום.

לפני שנדון בטענות התובע הצבאי הראשי נתאר את פרטי הפרשה הנדונה. נתחיל בפרטי המקרה שאינם שנויים במחלוקת. אלה פורטו בפסק הדין כלהלן:-

"סג"מ עוז הורה לרב"ט גוטמן לתרגל את טוראי בן מנחם תרגול נוסף על שישן במארכים ועוד מעשים בהם גילה חוסר משמעת והנימוק הנוסף לכך היה כי אותו בן מנחם הגיש

בקשה להעברה מהיחידה. הנאשם ניסה להתחמק מההוראה הזו בכמה נימוקים אולם סג"מ עוזו עמד על זה שהתרגיל יבוצע... נערכה פלוגת הנאשם למסדר שאליו הובא בן מנחם כשהוא לבוש חגור מלא, כובע פלדה לראשו וארבעה אחרים צמודים לצוארו. למסדר הופיע גם סג"מ עוזו וקרא בפני הפלוגה את בקשתו של בן מנחם להעברה, בהזדמנות זו הוקיע אותו בפני הנוכחים במסדר. אחר כך צווה לרב"ט גוטמן להזחיל את בן מנחם דרך שלולית מים. הוא הסתלק מהמקום לכמה דקות וכשחזר מצא כי בן מנחם אינו זוחל או זוחל לאט מדי לכן ציווה על 4 חיילים מהפלוגה להשתמש בחבליהם האישיים ולקשור בהם את רגליו וידיו של בן מנחם ולגרור אותו הלך וחזור דרך השלולית כשהחגור עליו וארבעה הכובעים פרט לכובע שעל ראשו צמודים לצוארו. תחת איום שגורלם יהיה כגורל בן מנחם באם לא ימלאו אחרי הפקודה ביצעו החיילים את הגרירה כשהנאשם מנצח על הביצוע. עד כאן אין חלוקי דעות בין הצדדים..."

נתאר עתה את פרטי הפרשה השנויים במחלוקת ואת ממצאי ביה"ד המחוזי לגביהם.

אשר לאשמה של התעללות נושא פרט אישום מס' 2, התביעה בססה את האשמה לפי פרט זה על שני מעשים שיחסה למשיב ואשר בשניהם כפרה הסניגוריה. המעשה האחד היה גרירת המתלונן בחבלים - כאשר לא קיים, או, התמהמה לקיים את ההוראה לזחול בבז' - כשארבעה כובעי פלדה לצוארו, ומשיכת החבלים, כל אימת שהמתלונן ניסה לקום, במטרה להפילו ארצה. הוראה זו, ניתנה ע"י המשיב במסגרת ההנחיות שקיבל ממפקדו סג"מ עוזו בעניין "הטיפול" במתלונן ובמעמד מפקדו. המעשה השני היה הוראה שנתן המשיב למתלונן, מיזמתו, שלא במסגרת הוראות שקיבל ממפקדו ושלא במעמד מפקדו, לחבוש לראשו כובע פלדה מלא מים ובז' - וכשלא מלא המתלונן אחר הוראה זו, חבישת הכובע ע"י המשיב עצמו לראש המתלונן, בנגוד לרצון המתלונן.

הממצאים והמסקנות שקבע בית הדין בשתי נקודות אלו ואשר כנגדם מכון הערעור על הזכוי מפרט אישום זה, הם כלהלן:-

"...אנו דוחים את גרסתה (של התביעה) בעניין המשיכה בחבלים כדי להפיל את המתלונן מאחר ואנו סבורים כי המשיכה הזו היתה במסגרת הפקודה כפי שניתנה ואם המדובר הוא בעניין הכובע שהנאשם כביכול מילא אותו בבז' ושם אותו על הראש של המתלונן הרי בעיינו העובדות הן כך: תוך כדי הזחלת המתלונן בשלולית נפל כובע הפלדה מראשו והיות והוא סירב למרות ההוראה לחבוש אותו הרים הנאשם את הכובע מהשלולית ושם אותו לראשו".

המסקנה של ביה"ד המחוזי ממצאיו לגבי הגרירה בחבלים היתה כי -

"הנאשם פעל לפי פקודה שלא היה רשאי לסרב לה מאחר ועל פניה לא נראתה בלתי חוקית בעליל".

המסקנה של בית הדין המחוזי ממצאיו לגבי עניין הכובע היתה כי -

"...המעשה (כפי שתואר באופן עובדתי ע"י בית הדין) אין לו ולהתעללות ולא כלום".

התוצאה של מסקנות משפטיות אלו היתה זכוי של המשיב, כאמור, מן האשמה לפי הפרט השני.

את טענת התובע הצבאי הראשי והנמקתה נגד זכוי זה ניתן לסכם, בקיצור, כך:

א. אשר לגרירה בחבלים. אף אם הפקודה של המשיב לקשור את המתלונן ולגרור אותו בצורה שנקבעה ע"י בית הדין נעשתה לפי פקודת סג"מ עזוז שהיה מפקדו של המשיב, בזמן המקרה, הרי בנסיבותיה היתה פקודה זו בלתי חוקית בעליל ומשום כך טעה בית הדין בראותו בה הגנה משפטית למשיב נגד האשמה של התעללות.

ב. ממצאו העובדתי של בית הדין המחוזי בעניין הכובע אין לו יסוד ואחיזה בחומר העדויות שהובאו לבית הדין. בית הדין שמע הסבר זה מפי הסניגור ואימץ לו הסבר זה כאילו שמעו מפי עדים.

נדון בטענות אלו כסדרן.

אשר לעניין הגרירה בחבלים. אין ספק כי הפקודה של סג"מ עזוז בעניין ה"טפול" במתלונן על אשר הגיש בקשה להעברה, דבר שהוא מזכותו ככל חייל בצה"ל, ובעיקר בעניין הגרירה בחבל, היתה פקודה בלתי חוקית בהיותה נוגדת את ההוראות הקיימות בצה"ל כלשונן וכוונתן ואין ספק כי המשיב הבין שמטרת הפקודה היא עונש ולא תרגול. בנקודה זו לא הביע בית הדין המחוזי דעתו אולם נראה לנו שההגיון ונסייון החיים אינם סובלים מסקנה אחרת. ברם, עצם היות הפקודה בלתי חוקית עדין אינו מונע את המשיב מלהתגונן בטענה כי פעל לפי פקודה. אלא אם כן הפקודה היא "בלתי חוקית בעליל". הווה אומר שאי חוקיותה היה כל כך בולט שרב"ט ממוצע וסביר בצה"ל היה עומד על אי חוקיותה כדבר מובן מאליו. השאלה המתעוררת ביסודה היא אם רב"ט סביר בצה"ל היה יודע - בנסיבות המקרה הנדונות - כי אסור היה לפי החוק לסג"מ עזוז להעניש את המתלונן בצורה בה הענישו אם משום שהגיש בקשה להעברה מהיחידה ואם משום שישן במארבים או עשה מעשים פסולים דומים אחרים. התלבטנו קשה בשאלה זו. לו היה מעורב במשפט זה קצין או חוגר בכיר לא היינו מפקפקים לרגע להחליט כי לפי מבחן אובייקטיבי הפקודה היתה בלתי חוקית בעליל מאחר ויש ליחס לכל קצין וחוגר בכיר ידיעה והבנה ברורה בשאלה הנדונה. ברם בגלל שני גורמים פקפקנו לגבי המקרה שלפנינו.

א. בגלל דרגתו הנמוכה, בסולם הפיקוד, של המשיב.

ב. בגלל היחידה בה הוא משרת והנוהגים המיוחדים של יחידה זו.

אמנם לו רק הנסיבה השניה - נוהגי היחידה 890 לפנינו - היינו מכריעים וקובעים בהתאם לפסיקה של בית דין זה כי נוהג פסול הנוגד עקרונות יסוד של כל צבא ושל צה"ל אינו יכול לעמוד למשיב אולם בגלל דרגתו הנמוכה של המשיב התגנב בלבנו ספק אם טענת טעות - באם גם לא נטענה - אינה צריכה לעמוד למשיב במקרה זה המיוחד והתגבש בסופו של דבר הפקפוק בלבנו אם אפשר לקבוע מעל לספק סביר - כפי שדרוש לקבוע כדי למנוע את ההגנה של "פקודה מגבוה" מן המשיב - כי אמנם לרב"ט ממוצע בצה"ל היה ברור בנסיבות המקרה שסג"מ עזוז פעל באופן בלתי חוקי. כאן יש להדגיש כי הנמוק של הסגן היה לא רק הבקשה להעברה אלא גם השינה במארבים. מסיבה זו וכאמור לאחר התלבטות קשה והיסוסים החלטנו שלא להתערב במסקנתו (הבלתי מנומקת) של בית הדין המחוזי בנקודה זו.

ברצוננו להעיר בכדי למנוע בעתיד בעיות קשות במשפטים מסוג זה בקשר לחיילים בדרגות נמוכות הפועלים לפי פקודות של מפקדים גבוהים מהם והמובאים לדין על כך כי מן הראוי היה שההוראות

של איסור המצאת עונשים והטלת עונשים תחת כסות של תרגול או טפול תובהר בדרך של הדרכה והוראות מתאימות, שתורדנה לדרגים הנמוכים ביותר.

אשר לעניין הכובע. קראנו את פרטי העדויות שהיו בנקודה זו לפני בית הדין וכן את דברי הסניגור ובאנו לידי מסקנה כי אמנם צודק התובע הצבאי הראשי בטענתו. התיאור של בית הדין בעניין חבישת הכובע של המתלונן ע"י המשיב לאחר שהכובע "נפל", כביכול, מראשו, אין לו כל אחיזה בחומר הראיות והוא לקוח כולו מן ההסבר של הסניגור שודאי ובודאי שאינו יכול לשמש תחליף לעדים. ואלו טענת התביעה מתבססת על דברי העדים מיטון (עמוד 53 של הפרטיכל) גיורא (עמוד 59 של הפרטיכל) ודברי (עמוד 57 של הפרטיכל). ומאחר ובית הדין המחוזי לא פסק כי אינו מאמין לעדים האלה והוא פסק כי הוא מאמין למתלונן במידה שדבריו מתישבים עם דברי העדים האחרים הרי שחייב היה לקבוע ממצא עובדתי לפי דברי העדים האלה ודברי המתלונן, היינו, חייב היה לקבוע כי טענת התביעה הוכחה בנקודה זו. אין נפקא מינה בעינינו אם המשיב הוא שחבש כובע עם מים ובוץ לראש המתלונן או שהמתלונן הוא שעשה זאת בנגוד לרצונו לפי פקודת המשיב. אם כך ואם כך המעשה מהווה לדעתנו צורה של התעללות במובן מלה זו בסעיף 65 בחוק השיפוט הצבאי.

מאחר ולפי ממצאי בית הדין המחוזי אין יסוד להניח כי עניין הכובע נעשה לפי פקודת סג"מ עזוז או במסגרת הוראותיו בעניין "הטפול" שיש לתת למתלונן אנו באים לידי מסקנה כי בעניין זה ערעורו של התובע הצבאי הראשי הוא מוצדק.

נדון עתה בטענות המערער בקשר להרשעה לפי הפרט השלישי.

גרסת התביעה לגבי האשמה לפי פרט זה סוכמה כך:

הוא (המשיב) הוחיל את בן מנחם אל האהלים הסמוכים ציווה עליו להיכנס בוחילה לכמה אהלים כשהחבלים עדיין על רגליו ולצעוק לעבר החיילים: "אני מושתן, אתם חיילים טובים הלואי והייתי כמוכם" בן מנחם נשמע לפקודה ועשה כמצווה.

בבואו לפסוק לגבי מעשה זה קבע בית הדין המחוזי:

אין אנו רואים בעובדה זו התעללות לפי סעיף 65 לחש"צ מאחר והנאשם (המשיב) לא גרם למתלונן כל סבל גופני אם יש כאן עבירה הרי היא שררה כלפי פקודים לפי סעיף 67 לחש"צ היות ומעשהו של הנאשם התבטא בשימוש לרעה בסמכותו כלפי פקודו. בהסתמך על סעיף 382 לחש"צ אנו מרשיעים את הנאשם במקום בהתעללות בשררה כלפי פקודים.

טענת התובע הצבאי הראשי היא כי בית הדין המחוזי טעה בהניחו כי אין עבירת התעללות ללא מעשה הגורר סבל גופני כן טען כי כפיית חייל לעשות מעשה שיש בו משום השפלתו האישית בעיני חבריו בצורה קיצונית יש בה בנסיבות שהוכחו משום התעללות בגדר מלה זו בסעיף 65 לחש"צ.

אנו מקבלים את הטענה הזו. בית הדין הזה קבע כבר מספר פעמים שעה שפירש את המלה "התעללות" בסעיף 65 לחש"צ כי אין זה תנאי שההתעללות תלווה סבל גופני. יש ובנסיבות מסויימות יפגע אדם במידה קשה יותר ע"י מעשים שיש בהם השפלה אישית אף ללא סבל גופני,

ולפי ערכים המקובלים בצה"ל יהוו התעללות מבלי ששום סבל גופני חיצוני נגרם ע"י ההתעללות. אין לקבוע בנדון זה כלל נוקשה ויש לדון בכל מקרה לפי נסיבותיו המיוחדות.

בנסיבות המקרה ולאור מושגי יסוד של צה"ל לגבי שמירה על כבודו האישי של חייל היה במעשה שנעשה במתלונן משום השפלה אישית שמגיעה עד כדי התעללות.

לאור כל האמור לעיל אנו פוסקים:

א. לקבל חלקית את הערעור של התובע הצבאי הראשי נגד זיכוי של המשיב מן האשמה לפי הפרט השני במידה ומדובר על חבישת כובע פלדה מלא מים ובוץ לראשו של המשיב בניגוד לרצונו ובהתאם לפרטים אלה להרשיע את המשיב בעבירה של התעללות לפי סעיף 65 לחש"צ.

לדחות את ערעורו של התובע הצבאי הראשי נגד זיכוי של המשיב מן האשמה בכל הכרוך בגרירה המשיב בחבלים.

ב. לקבל את ערעורו של התובע הצבאי הראשי נגד החלפת פרט האשמה ה-3 של התעללות בשררה כלפי פקודים. לבטל את ההרשעה הזו ולהחליפה בהרשעה בהתעללות לפי סעיף 65 לחש"צ על שהמשיב הכריח את ט. בן מנחם לזחול במאהל פלוגתו ולקרוא באזני חבריו "אני מושתן אתם חיילים טובים הלוואי והייתי כמוכם".

ניתן היום ה' אלול תשי"ס (8.9.59) והוקרא בפומבי במעמד בעלי הדין.

נספח ט"ז: ע/53/60 שריון נגד התובע הצבאי הראשי

ערעור מס' 53/60

א.ע.צ שריון זלמן

נגד

התובע הצבאי הראשי

בבית הדין הצבאי לערעורים

בפני השופטים: סא"ל אשכנזי הרצל - אב"ד

סא"ל ד"ר אביר שמואל - שופט

סא"ל קלין אלחנן - שופט

פסק דין

זהו ערעור על פסק דין של בית הדין הצבאי המחוזי, מחוז שפוטני חיל אוויר, שניתן בתיק מס. חא/97/59, בו הורשע המערער בעבירה של חריגה מסמכות לפי ס' 68 לחש"צ ונענש בנוזיפה חמורה לאחר שזוכה תחילה משתי אשמות במעשי תרמית, לפי הסעיפים 140 ו-111 לפח"פ 1936, אשר יוחסו לו בכתב האישום.

אין המערער חולק על העובדות כפי שנקבעו ע"י ביה"ד המחוזי, ברם טוען הוא, מנימוקים משפטיים, כי לא היה יסוד חוקי להרשעתו בעבירה של חריגה מסמכות שכן אין העובדות שנקבעו מבססות קיומו של יסוד הכוונה הפלילית שבעבירה הנדונה (היינו ההתחזות). לחלופין טוען המערער כי אילו הוכחו כל יסודות העבירה האמורה חייב היה ביה"ד לתת לו ליהנות מן ההגנה המשפטית של "צורך" לפי ס' 18 לפח"פ או של "צידוק" לפי ס' 19 לפח"פ, אשר, לפי העובדות שנקבעו, זכאי היה שתעמודנה לו כדי שיסלח לו או כדי לשחררו מן האחריות הפלילית למעשה שעשה.

העובדות והפרטים הצריכים לערעור זה, כפי שנקבעו, בין השאר, בפסק דינו הבהיר והממזה של ביה"ד המחוזי, ניתנים לסיכום כך:

בזמן המקרה הנדון בערעור זה שמש המערער עוזר לראש מדור מסלולים אשר במפקדת חיל אוויר. בשלהי שנת 1958 הוטלה המשימה על מדור המסלולים ועל יחידת בנוי 301, השייכת לחיל אוויר, לסלול כביש גישה ממסלולי המראה של מחסני הפצצות בכנף 4. עבודה זו היתה כלולה בתכנית העבודה השנתית של מדור המסלולים, ברם, עקב "יום הקרב" אשר נקבע לסוף שנת 1958 הוקדם מועד ניצול העבודה. ביחידת בנוי 301 נקבע כי יש לצפות את הכביש הנבנה בשכבה של "בטון-אספלט". מסתבר כי משרד הביטחון שכר את חברת "סולל-בונה" כספק החומר הזה וגם אושרה "הזמנה" לכמות הדרושה של חומר זה. אותה תקופה התקלקלה המכונה היחידה במפעל המיצר "בטון-אספלט" וכשהמערער ומנהל העבודה של יחידת בנוי 301 לחצו להספקת החומר הדרוש

הוצע להם מטעם "סולל-בונה" לספק תחליף במקום "בטון-אספלט", חומר אחר הידוע בשם "קורקר-אספלט", בתנאי שהחומר יסופק במסגרת ההזמנה המקורית של "בטון-אספלט", הספק סרב לספק כל חומר שהוא ללא כסוי הזמנה קיימת מחשש שמא יסרב משרד הביטחון לשלם את התמורה. הצעת "סולל-בונה" היתה שחומר התחליף שהוא זול מ"בטון-אספלט" יסופק בכמות גדולה יותר ובמידה הדרושה לאזן את החשבון ואילו החשבון שיוגש ע"י "סולל-בונה" יציין כאלו סופקה כמות "בטון-אספלט" (ולא קורקר-אספלט) בכמות קטנה מזו של החומר שסופק למעשה.

המערער שניהל את המשא ומתן עם "סולל-בונה" נועץ בראש המדור ולאחר מכן הודיע ל"סולל בונה" על הסכמתו לסדור המוצע.

לאחר מתן ההסכמה מצד המערער סופק החומר, ו"סולל-בונה" הגישה בסופו של דבר חשבון על כמות חומר קטנה מזו שסופקה אלא שהחשבון התייחס ל"בטון-אספלט" ואלו למעשה סופק "קורקר-אספלט" כאמור. ברם, מתוך טעות צרפו לחשבון הזה קבלות של הכמות המלאה (של "קורקר-אספלט") שסופקה למעשה. התוצאה היתה ששעה שהחשבון היה על 420 טונות הסתכמו הקבלות ב-497 טונות. לחשבון זה צורפו מטעם הצבא טפסים 1931 (קבלות המאשרות קבלת הסחורה מהספק) וטפסים 1014 (שוברי קבלה עבור החומר שסופק) הדבר נראה תמוהה בעיני אנשי משרד הביטחון אליהם הוגש החשבון לתשלום. החלה חקירה בעניין ואז נתגלתה מיד כל פרשת העסקה המוסוות. בעקבות חקירה זו הוגש המשפט נגד המערער כנאשם מספר 2, מנהל העבודה של יחידת בינוי 301, שבסופו של דיון זוכה, ושניהם הואשמו במעשי תרמית לפי סעיפי החוק הפלילי.

כאמור זיכה ביה"ד המחוזי את המערער מן האשמות במעשי תרמית בקובעו שאלה לא הוכחו. יחד עם זאת קבע ביה"ד שלפי העובדות שהוכחו עבר המערער את העבירה של חריגה מסמכות לפי ס' 68 לחש"צ וכן נימק ביה"ד המחוזי מסקנתו זו:

"... נראה לנו כי יש מקום להרשיע את הנאשם בעבירה של חריגה מסמכות לפי ס' 68 לחש"צ. כנודן זה ישנה עדות למכביר כי הנאשם לא היה מוסמך להיכנס למשא ומתן עם "סולל-בונה" ולהגיע לידי הסכם על הספקת חומר או החלפת חומר וכמו כן לא היה רשאי ומוסמך לנהל משא ומתן על מחירים ובייחוד לא היה רשאי ומוסמך להזמין חומר מבלי לקבוע תחילה את המחיר עם הספק... הדבר לא היה גם בסמכות מפקדיו ואפילו הקב"ח, על אחת כמה וכמה שהנאשם לא היה מוסמך או רשאי לעשות כן..."

לפי שנסיים תיאור העובדות מן הראוי שנציין הערה של ביה"ד לגבי ה"דילמה" שעברה לפני המערער וכן העובדות בעניין זה חשובות בקשר לאחת מטענות המערער שנדון בה להלן.

ביה"ד המחוזי קיבל, בין השאר, כי הוברר לו שההוראות הקיימות בעניין ביצוע עבודות ע"י יחידות צבאיות – להבדיל מביצוע עבודות ע"י קבלנים מהחוץ דורשות במפגיע שלא להזמין חומר שלגביו לא קיימת "הזמנה" ובייחוד אין לקבל במסגרת הזמנה קיימת חומר שונה מהחומר אשר בקשר אליו ישנה הזמנה. הנימוקים שהעדים מטעם משרד הביטחון הביאו להוראה נוקשה זו היו שאם עוברים על כמות ההזמנה או מזמינים חומר ללא הזמנה אזי הדבר פוגע לא רק בענייני התקציב של משרד הביטחון אלא אף מביא לעתים את משרד הבטחון למצב לא נוח שעה שבאים להסדיר את החשבון עם הספקים.

ביה"ד המחוזי ציין כי נציגי משרד הביטחון – אנשים היושבים בצמרת אגף ההספקה – הדגישו כי במצבים של חירום בהם יש צורך בחומר שאין לגביו הזמנה אפשר לפנות אליהם באופן דחוף לאישור תוך זמן קצר "הזמנה" לאותו חומר. וכי לו היו פונים אליהם בבקשה דחופה להסדיר הזמנה ל"קורקר-אספלט" והיו מסבירים להם את הצורך הדחוף ומדוע אין אפשרות לפתור הבעיה במסגרת ההקצבה הקיימת ל"בטון אספלט" כי אז יכלו להסדיר ההקצבה ל"קורקר-אספלט" תוך פרק זמן קצר ביותר ואפילו ע"י שיחה טלפונית עם סולל-בונה אשר בעקבותיה היתה באה הקצבה בלתי שגרתית.

ביה"ד המחוזי המשיך וציין כי לעומת עדות זאת של אנשי משרד הביטחון הושמעה עדות נוגדת של אנשי היחידות המבצעות את העבודה – החל מקצין הבנוי החילי ועד ראש מדור המסלולים מוקדי יחידות בנוי השונות – לפיהן עובר זמן רב עד אשר מצליחים להשיג אישור להזמנת חומר מסויים מאת משרד הביטחון.

ביה"ד סיכם בנקודה זו את מסקנתו והתרשמותו מן העדויות הסותרות באמרו:

"אין כל ספק כי קיים קונפליקט נסתר בין היחידות ההנדסיות המבצעות את העבודה בפועל ואשר באות במגע עם המציאות בעת ביצוע העבודה ובין היחידות המנהליות. על אלה מוטלת עבודת הביצוע בפועל ואילו אלה עיקר דאגתם היא ההזמנות והדיווח וכל הקשור בכך יהיו בהתאם לנוהג הרצוי להם."

עד כאן הערת ביה"ד המחוזי. לשאלה זו עוד נחזור ונתייחס בשלב מאוחר יותר בפסק דין זה.

נעבור עתה לדון בטענות המערער.

טענת הערעור הראשונה היתה כי ביה"ד המחוזי לא היה מוסמך להרשיע את המערער בעבירה בה הרשיעו (חריגה מסמכות לפי ס' 68 לחש"צ) שכן, להבדיל מן העבירות לפי החוק הפלילי הכללי בהן הוא הואשם בכתב האישום המקורי, אין העבירה בה הורשע מן העבירות הצבאיות החלות על אזרח עובד צבא. את טענתו זו סמך קמ"ש מרון על שני נימוקים והם:

א. ההגדרה של העבירה מדברת על סמכויות צבאיות ואלה אינם נתונים לאזרח עובד צבא אלא למי שהוא חייל כמוגדר בסעיף 1 לחש"צ.

ב. בסעיף 13(ב) לחש"צ מוציא מכלל עבירות צבאיות החלות על אזרח עובד צבא אותן העבירות אשה, כלשון החוק, "לפי טיבן" אין לשופטו עליהן משום שאינו "חייל" כמוגדר בסעיף 1 לחש"צ.

חיזוק לטענתו זו ביקש קמ"ש מרון למצוא בפסק דינו של בית דין זה בע/219/56 שקבע כי העבירה של סירוב למלא פקודה אינה חלה על אזרח עובד צבא.

אין בידנו לקבל טענה זו.

סעיף 68 מדבר על חייל שעשה מעשה "...מכוח תפקידו בצבא".

המילים "תפקידו בצבא" לפי משמעותן הרגילה מצביעות על תפקיד במסגרת של הצבא ולא "תפקיד צבאי" היינו מדובר על תפקיד הקשור בעבודת האזרח בצבא להבדיל מתפקיד שאינו קשור

בעבודת האזרח בצבא. המסגרת בה מבוצע התפקיד – הצבא – ולא אופי התפקיד הם הקובעים. אם כך הדבר, הרי שכל תפקיד בצבא במשמע. המערער כפי שהוברר מילא תפקיד של עוזר לראש מדור מסלולים במפקדת חיל אויר ואין ספק שזהו תפקיד שמלא עקב תעסוקתו בצבא, כדי להסיר ספק נציין כי הערת ביה"ד המחוזי שלמשיב היה מעמד של ממ"ק אין לה חייבות משפטית להכרעת השאלה לפנינו כי אפילו לא היה לו מעמד של ממ"ק היה תפקידו כעוזר לראש מדור מסלולים מספיק להביא תפקידו בגדר התפקידים שהסעיף מתייחס אליהם.

מושכל ראשון בתורת מנהל הוא שהטלת תפקיד על אדם מחייבת מתן הסמכויות הדרושות לבצוע התפקיד. מדיניות צה"ל – כמו צבאות אחרים – היא לקבל לשרותו אזרחים ולהטיל עליהם תפקידים ולפעמים תפקידים נכבדים. לא תיתכן, מבחינת שקולי מנהל יעיל וטוב – ואלה בודאי היו לעיני המחוקק בהטילו החוק הצבאי על אזרחים העובדים בצה"ל – לבסס עבודת צוותות פעולה – הכוללים, לפעמים, חיילים ואזרחים העובדים במסגרת הצבא גם יחד – על דרגות משמעת ואחריות שונה שכן זו תהא התוצאה אם רק חיילים יהיו אחראים למקרה של חריגה מסמכות ואזרחים העובדים בצבא יהיו פטורים מאחריות זו.

הקפדה על ביצוע תפקיד ללא חריגה מסמכות אינה נראית לנו תוצאה של המשמעת הצבאית המיוחדת מן הדרגה החמורה שאותה לא רצה המחוקק להטיל אלא על מי שהוא חייל במובן ההגדרה של חייל בסעיף 1.

עצם העובדה שאחריות זו רבה יותר מן האחריות החלה לפי החוק על אדם הממלא תפקיד באיזה מפעל מחוץ לצבא אין בה לדעתנו כשלעצמה בשום פנים ואופן כדי לשמש המבחן הקובע בפירוש התחומים של אחריות אזרח עובד צבא לעבירותיו הצבאיות שכן ברור מהוראות המחוקק בחש"צ שנתכוון להטיל על אזרחים העובדים בצבא חלק מן העבירות הצבאיות שאינן חלות על אדם שאינו עובד בצבא ואשר אין להימנע מהטלתן מתוך נימוקים חיוניים של תועלת הצבא ובטחונו. המחוקק הגביל בסעיף 13 (ב) לחש"צ את תחולת העבירות הצבאיות המובהקות הכרוכות ביעילות צבאית שכרגיל אינה מבוצעת ע"י אזרחים עובדי צבא. העבירה של חריגה מסמכות בוודאי אינה בין עבירות אלו שכן היא קשורה במלוי כל תפקיד בלי יוצא מן הכלל במסגרת הצבא. למסקנה דומה הגיע בית דין זה ב-128/60/ע.

טענת הערעור השנייה שנדון בה היא הטענה כי מאחר וראש מדור המסלולים נתן הסכמתו לסידור האמור עם "סולל-בונה" היה בו משום פקודה מחייבת שלא היתה בלתי חוקית בעליל והמערער רשאי היה לכן ליהנות מן ההגנה הניתנת בסעיף 19 פח"פ, 1936, למי שעובר עבירה תוך כדי ציות לצו של רשות בת סמך שהחוק מחייבו להישמע לה (הגנה החלה לגבי עבירות צבאיות מכח ס' 17 (11) לחש"צ).

אנו דוחים טענה זו ולו רק משום שהסכמתו של ראש המדור לא היוותה "צו" וההגנה של סעיף 19 ניתנת רק במקרה של "צו". אגב, נראה לנו שאפילו היה צו, ספק אם היתה עובדה זו משנה את המצב המשפטי שכן אין העבירה של סירוב פקודה חלה על אזרח עובד צבא ואם כך הדבר כיצד יוכל הוא ליהנות מן ההגנה הניתנת לפי ס' 19 לפח"פ, הגנה שנועדה לשחרר מאחריות מי שעבירתו כאילו נכפתה עליו ע"י צו של רשות ש"החוק מחייבו להישמע לה". אם העבירה של סירוב למלא פקודה ואי קיום פקודה לא חלה על אזרח עובד צבא האם אפשר לומר שהחוק מחייבו

להישמע להוראות הממונים עליו? או שנכון יותר לומר כי קיום ההוראות שהוא מקבל נעשה מכוח התחייבותו לפי חוזה העבודה. ברם, אין אנו מכריעים בשאלה זו כיוון שאינה דרושה לצורך ערעור זה.

הטענה הבאה היא כי מכיוון שהמערער עשה מה שעשה כדי למנוע את הנזק שהיה יכול להיגרם אילו לא היה המסלול מוכן במועד ל"יום הקרב" הרי שזכאי הוא ליהנות מההגנה של "צורך" הנתונה לפי סעיף 18 לפח"פ (הגנה החלה לגבי עבירות צבאיות מכח ס' 17 (10) לחש"צ).

ב"כ המערער ציין את דברי ביה"ד המחוזי בגזר דינו כי המערער עשה מה שעשה כדי למנוע נזק לצבא ובקש לסמוך על שיקול זה כממצא עובדתי הדרוש לביסוס הטענה המשפטית בקשר להגנה של צורך, כאמור.

גם טענה זו אין בידינו לקבל.

ההגנה המשפטית הזו ניתנת רק בתנאי, בין השאר, שאי אפשר היה להמנע מן הנזק באופן אחר מאשר ע"י ביצוע העבירה. הוכחת קיומו של תנאי זה על המערער ונראה לנו שהמערער כלל לא פנה, ולא ניסה לפנות, בבקשה למשרד הביטחון לשנות את ההזמנה. לו פנה בבקשה וזו נדחתה, או שהוברר מעל לספק שלא יענה על בקשתו תוך הזמן הדרוש באופן סביר למניעת הנזק, יתכן והיה מקום לטעון שקיומו של התנאי האמור הוכח. אולם ברור שהמערער לא פנה כלל למשרד הביטחון כפי שההוראות וגם הסדר הצבאי הטוב חייבו. עצם ההנחה כי אם יפנה לא יענה מבעוד מועד לא יכולה בשום פנים לבוא במקום ההוכחה הדרושה, כאמור.

הטענה הבאה וזו הטענה העיקרית של המערער, היא כי לא הוכח יסוד חשוב של העבירה בה הורשע המערער והיא כי הוא "התחזה" לפני "סולל-בונה" כמי שמוסמך להסכים לעסקה המוצעת והראיה ש"סולל-בונה" הציע הסוואת העסקה מפני משרד הביטחון, במילים אחרות ל"סולל-בונה" היה ברור מן הצורה שהמשא ומתן התנהל, כי המערער אינו מתיימר להיות מוסמך להסכים לשינוי ההזמנה והמערער לא עשה מצדו דבר כדי לתת ל"סולל-בונה" להבין כאילו מוסמך הוא מטעם משרד הביטחון להסכים לעסקה האמורה.

טענה זו נראית לנו. לצורך עניינו ניתן למיין מעשי חריגה מסמכות ל-3 קבוצות:

- א. פעולות בהן חייל (א.ע.צ. במשמע, לצורך עבירה זו) חורג מתחומי סמכותו מתוך טעות, הסח הדעת או רשלנות, אבל מבלי שיעמוד על הדבר, היינו, שלא בודעין.
- ב. פעולות בהן חייל חורג מסמכותו בודעין, אבל מבלי שינסה להתחזות לפני הזולת כמוסמך לפעול כפי שהוא פועל.
- ג. פעולות בהן החריגה מסמכות, כאמור, מלווה לא רק ידיעה אלא גם "התחזות" כי הפועל מוסמך לפעול כפי שהוא פועל.

נראה לנו שרק הסוג השלישי של פעולות בא בגדר העבירה המוגדרת בסעיף 68 שכן הסעיף מדבר על "חייל שעשה מעשה כשהוא מתחזה לעשותו מכוח תפקידו בצבא והוא אינו מוסמך לעשותו". המילה "מתחזה" משמעותה בשפה העברית ובשימוש הרגיל והמקובל בחיי יום-יום: משים עצמו כאילו הוא בעל זהות או תכונה כשלאמתו של דבר יודע הוא שאין הדבר כן.

יתכן והמחוקק השתמש בביטוי שהגביל יותר מדי את תחולת העבירה שכן מעשה חריגה מסמכות בידועין נזקו ברור ומשום כך הגיוני וטבעי היה להחיל החוק גם לגבי סוג זה של חריגה מסמכות; אבל, אנו חייבים לפי הדין, ליחס למחוקק את הכוונה המשתמעת מתוך מובנן הרגיל והדקדוקי של המלים, ולאור משמעות זו של המלה "מתחזה" אין הסוג השני נכלל. אין זה מונע כמובן, שפעולה זו תכנס לגדר מעשה עבירה צבאית אחרת. לשאלה זו עוד נחזור. אשר לסוג השלישי של מעשי חריגה מסמכות שהזכרנו – חריגה מסמכות שמקורה טעות או רשלנות – נראה בנסיבות מסויימות עלולה גם היא כמו הסוג השני, להוות עבירה ובנסיבות אחרות, לאו. שאלה זו נשארת פתוחה. נחזור לענייננו.

כבר אמרנו לעיל כי המערער לא התיימר בשעת המשא ומתן עם אנשי "סולל-בונה" להיות מוסמך מטעם משרד הביטחון (שהוא הוא "המזמין") לשנות את ההזמנה. הסכמתו לעסקה המוצעת ניתן לראות בה הסכמה למעין קנוניה להטעות את המזמין החוקי, אמנם מתוך מניעים טהורים, כאמור, ותו לאו. ובזה בודאי אין "התחזות" להיות מוסמך לפעול מטעם משרד הביטחון.

בסיכום הדברים נראה לנו, לכן, שביה"ד המחוזי על אף הטיפול היעיל והיסודי שטפל בפרשה טעה בשאלת חוק בבססו על העובדות שהוכחו בעבירה על פי ס' 68 לחש"צ דווקא. יחד עם זאת, נראה לנו עקרונית שבהחליטו למצוא פסול במעשה המערער, לא טעה.

דעתנו היא כי המעשה שעשה המערער – על אף הלחץ שעמד בו בקשר לביצוע העבודה במועדה ועל אף מניעיו הטהורים – ראוי לגינוי וזה משני טעמים: טעם ענייני וטעם משפטי.

הטעם הענייני הוא שפתרון הבעיה כפי שפתר אותה המערער, ללא ניסיון של פניה למשרד הביטחון הוא – עקרונית – פסול וטומן בחובו – אם נראה בו חיפושי קיצור דרך כדי להתגבר על קושי בירוקראטי – סכנה לגיבוש נוהלי עבודה לא נכונים. נהלי עבודה, שבמקרים אחרים עלולים להיות מנוצלים ע"י אנשים חסרי מצפון לרעה, ובמקרים קיצוניים אפילו לשמש פרצה למעשי שחיתות. הטעם המשפטי הדווקני הוא שהמעשה, בנסיבותיו, בא, לדעתנו, בגדר "פגיעה בסדר הטוב ובמשמעת" במובן מילים אלו בסעיף 132 לחש"צ.

אורח עובד צבא הפועל במסגרת ביצוע תפקידיו יכול ללא ספק לפגוע בסדר הטוב בצבא ופגיעה זו תהווה גם פגיעה במשמעת שכן אין ספק שהקפדה על נהלים שנקבעו להסדרת דרכי עבודתו בצבא היא תנאי לקיום המשמעת ומוטלת על עובד אזרחי בצבא. אין ספק שדרישות המשמעת הצבאית מוצאות ביטוי שונה לגבי אזרח עובד צבא מן הביטוי שהן מוצגות לגבי חייל במדים, אבל אין ספק שבתחומים מסויימים חלה משמעת זו גם על עובדים אזרחיים בצבא למשל בקשר לקיום נהלי העבודה המחייבים אותם בעבודתם בצבא. הדברים שאמרנו לעיל לגבי טענות ההגנה של צורך לפי סעיף 17 (10) לחש"צ וצידוק לפי סעיף 17 (11) לחש"צ, כוחן יפה, לדעתנו, במידה שווה לגבי אחריות המערער לפי סעיף 132 לחש"צ.

לאור כל האמור לעיל אנו מקבלים את ערעורו של המערער ומבטלים את הרשעתו בעבירה של חריגה מסמכות וכן את העונש שהוטל עליו בגינה וחלף זאת אנו מרשיעים אותו בעבירה של פגיעה במשמעת על פי סעיף 132 לחש"צ על אשר הסכים כאמור לעסקה שהוצעה לו ע"י "סולל-בונה" ללא קבלת רשות ממשרד הביטחון. לאור הנסיבות המקלות של העבירה, שפורטו ע"י ביה"ד

המחוזי בפסק דינו, ולאור העובדה שהחלפנו ההרשעה לסעיף פחות חמור אנו מסתפקים בעונש של נזיפה בלבד.

ניתן היום ט"ז שבט תשכ"א (2 בפברואר 1961) והוקרא בפומבי ובמעמד בעלי הדין.

נספח י"ז: ע/131/60 התובע הצבאי הראשי נגד קוזוביץ

ערעור מס' 131/60

התובע הצבאי הראשי

נגד

טר"ש קוזוביץ מאיר

בבית הדין הצבאי לערעורים

בפני השופטים: סא"ל ירושלמי ישעיהו - אב"ד

סא"ל ד"ר אביר שמואל - שופט

סא"ל גבעון שמואל - שופט

פסק דין

זהו ערעור על פס"ד של ביה"ד הצבאי המחוזי מחוז שיפוט צפון (תיק צפ/169/60)

לפני זוכה המשיב מאשמת שימוש בלתי חוקי בנשק לפי ס' 85 לחש"צ.

עובדות המקרה הן בקצרה אלה:

המשיב היה מ"כ במחלקה 3 פלוגה א' בגדוד 13. בתאריך 17.2.60 התקיים תרגיל פריצת יעד מבוצר. במסגרת תרגיל זה קיבל המשיב הוראה לירות מבוקה במטרה ולאחר שאמר למפקדו שאינו רואה את המטרה קיבל הוראה לירות יריה משוערת. המשיב תפס עמדה המיועדת לבזוקה ואשר היתה על סלע שטוח הנמצא בשיפוע כלפי המטרה. לאחר שהמשיב ירה את היריה כפי שצווה לעשות נפצעו הוא עצמו ועוד חייל אחר מרסיסי הסלע עליו שכבו – כתוצאה מפגיעת הפגז בקצה הסלע.

בפני ביה"ד המחוזי העלתה התביעה שתי גרסאות כדי לבסס את האשמה שיוחסה למשיב. הגרסה הראשונה היתה כי מרוב עייפות מכוון ממושך של הבזוקה הוריד המשיב את ידו ובזמן הירי פגע בסלע כשני מטר לפניו. הגרסה השנייה היתה כי המשיב מיהר מאחר והתרגיל כבר התחיל ומרוב חיפזון לא כיוון כראוי את הבזוקה.

הגרסה הראשונה שהתביעה ניסתה לבסס על הודאה שהמשיב כביכול מסר למחרת יום המקרה למפקדו נדחתה ע"י ביה"ד המחוזי שהעדיף בנקודה זו את עדותו של המשיב אשר הכחיש מתן הודאה זו.

לעומת הגרסה השניה של התביעה הצבאית שקל ביה"ד את גרסתו של המשיב שהועלתה בפניו והיא כי לא היה לו זמן מספיק במסגרת ביצוע התרגיל לבדוק את השטח ושהתקרית אירעה כתוצאה מכך כי המשיב כיוון את הבזוקה במשוער כפי שהורהו מפקדו, כאמור, דבר שגרם לכוון בלתי מדויק ולשפשוף הפגו בקצה הסלע שהיה בקו מסלול היריה ולא היה נראה לעין מהמקום בו שכב המשיב.

בראותו גרסת המשיב כמתקבלת על הדעת באותה המידה כגרסת התביעה ובקובעו כי גרסת המשיב אינה מצביעה על רשלנות מצדו אלא על מקרה אסון שלא היתה למשיב שליטה עליו – זיכהו מהאשמה מחמת ספק.

ב"כ התצ"ר השמיע שני נימוקים עיקריים נגד זיכוי של המשיב: -

א. בטעות דחה ביה"ד המחוזי את גרסת התביעה הראשונה באשר לסיבה שהביאה לידי התקרית כפי שצוינה לעיל.

ב. שגה ביה"ד המחוזי בזכותו את המשיב מחמת ספק מכיוון שלדבריו של ב"כ התצ"ר הוכח כי המשיב לא נקט באמצעי זהירות נאותים בהפעילו את הבזוקה בזה שלא ודא שהכלי יהיה מכוון לגבעת היעד וכי יריה מהכלי במצב שהיה אינה מסכנת אותו ואת החייל שהיה בקרבתו.

באשר לנימוק הערעור הראשון לא מצאנו כל עילה להתערב בקביעתו של ביה"ד המחוזי להעדיף את עדותו של המשיב אשר הכחיש את מתן ההודאה שמסר כביכול למפקדו. נוסף ונאמר כי לאור אי אלה אי-דיוקים עליהם עמד ביה"ד המחוזי בהכרעת הדין בקשר לעדותו של אותו המפקד, אין לבוא בטרניה עם ביה"ד שלא היה מוכן לסמוך על עדותו של המפקד בנקודת מתן ההודאה על מנת לבסס בסופו של דבר הרשעה על פיה.

לגבי הנימוק השני של המערער אנו סבורים כי לאור הגרסה שהמשיב העלה בביה"ד, כאמור, שנתמכה גם ע"י עדותו של מפקד המחלקה, הרי צדק ביה"ד בתתו למשיב ליהנות מהספק ביחס לאשמתו.

דעתנו היא כי בכל נסיבות מקרה זה כשנערך תרגיל על יבש לפני עריכת התרגיל הנדון, כשמפקד המחלקה הורה למשיב לירות במשוער – וזאת לאחר שידע כי המטרה אינה נראית לעין – אין ליחס רשלנות למשיב בכך שלא בדק את השטח סביבו ופעל לפי ההוראה שניתנה לו, כאמור, ולכן אין לפסוק כי חייל סביר במסיבות דומות היה נוהג אחרת.

הערעור נדחה.

ניתן היום כ' תשרי תשכ"א (11.10.60) והוקרא בפומבי במעמד באי כח הצדדים ושלא בנוכחות המשיב.

העתק מאוחר מפס"ד זה יועבר למשיב באמצעות מפקדו.

נספח י"ח: ע/182/61 סטרליץ נגד התובע הצבאי הראשי

ערעור מס' 182/61

סרן סטרליץ דב

סג"מ הרצוג פנחס

נגד

התובע הצבאי הראשי

והתובע הצבאי הראשי

נגד

סרן סטרליץ דב

סג"מ הרצוג פנחס

בבית הדין הצבאי לערעורים

בפני השופטים: אל"מ בן-גל מיכאל - אב"ד

סא"ל אשכנזי הרצל - שופט

סא"ל ירושלמי ישעיהו - שופט

פסק דין

אנו פוסקים:

א. לדחות את ערעורו של התובע הצבאי הראשי נגד זכויים של סרן סטרליץ וסג"מ הרצוג מן האשמה של גרימת מוות מתוך חוסר זהירות לפי ס' 218 לפח"פ.

ב. לדחות את ערעורו של סרן סטרליץ נגד הרשעתו בעבירה לפי ס' 133 לחש"צ.

לקבל את ערעורו של סג"מ הרצוג נגד חיובו בעבירה לפי ס' 133 לחש"צ, לבטל את החיוב ולזכותו מעבירה זו. נימוקים לפסק-דין זה ינתנו בנפרד בתאריך 5.4.62 בשעה 15:00.

ניתן פה אחד היום י"ג אדר ב' תשכ"ב (19.3.62) והוקרא בפומבי ובמעמד בעלי הדין.

נימוקי פסק דין

1. טור' ווקסלר צבי יהודה ז"ל, (להלן "המנוח") טירון מפלוגת טירונים א' של גדוד 890, נפגע ממכת חום, ביום 21.6.61 בשעת מסע של פלוגתו במסגרת אימוניה ונפטר כתוצאה ממכת חום זו. סרן סטרליץ דב (להלן "משיב מס' 1") מפקד הפלוגה הנ"ל, בשעת המקרה, וסג"מ הרצוג פנחס (להלן "משיב מס' 2") מפקד המחלקה של המנוח באותה פלוגה, שהיו מפקדיו הישירים של המנוח בשעת המסע, הואשמו בפני ביה"ד הצבאי המחוזי מ"ש מרכז (תיק מר/213/61) לפי ס' 218 לפח"פ 1936 בכך שמתוך חוסר זהירות גרמו למותו של המנוח. התביעה הצבאית ייחסה לשני המשיבים רשלנות במילוי חובתם כלפי המנוח - פקודם - לדאוג לחייו ולבריאותו וטענה כי רשלנות זו היא שהביאה, או לפחות תרמה, באופן אפקטיבי, בנסיבות המקרה, לאותה מכת חום ממנה נפטר המנוח.

בסיכומו של הדיון, לאחר שמיעת העדויות, בקשה התביעה להרשיע את המשיבים בעבירה שיוחסה להם, ולחלופין, למקרה שביה"ד ימצא כי הקשר הסיבתי בין רשלנות המשיבים ומותו של המנוח לא הוכח, להרשיעם בעבירה של התרשלנות לפי ס' 124 לחש"צ.

ביה"ד המחוזי קבע כי הרשלנות כפי שיוחסה למשיבים לא הוכחה, אף שהוכח כי המשיבים הפרו הוראות פקודת מטכ"ל מספר 11.0103 לגבי מועדי הפסקות לצרכי מנוחה במסע וגם לגבי שתית מים בהפסקות אלו. ברם, ביה"ד לא שוכנע שבהפרות אלו היה כדי לבסס קשר סיבתי בין התנהגות המשיבים ובין מותו של המנוח. בסופם של דברים זכה, לכן, ביה"ד את שני המשיבים גם יחד מהאשמה שיוחסה להם ואף סירב להיענות לעתירה החלופית ולהרשיעם בעבירה של התרשלנות לפי ס' 124 לחש"צ. חלף זאת חייב ביה"ד את המשיבים בעבירה של אי קיום הוראות המחייבות בצבא לפי ס' 133 לחש"צ. בגין הפרת פקודת מטכ"ל האמורה. בהתחשבותו בכל נסיבות המקרה ועברם הצבאי של שני המשיבים פסק למשיב הראשון עונש של נזיפה ולמשיב השני עונש של אתראה.

על פס"ד זה ערערו התצ"ר והמשיבים גם יחד. ערעורו של התצ"ר היה מכון נגד זיכויים של המשיבים מן האשמות שהתביעה יחסה להם ולחלופין נגד קולת העונש, ואילו המשיבים ערערו על חיובם בעבירה לפי ס' 133 לחש"צ, כאמור, ובקשו זיכוי מלא.

2. הפרטים הצריכים לערעור כפול זה הם כלהלן:-

א. המנוח היה כאמור, טירון ביחידת צנחנים. בשעת קבלתו ליחידה זו נבדק בדיקה רפואית ונקבע לו פרופיל רפואי: 89. זהו הסיווג הרפואי הנמוך ביותר בו מתקבל חייל ליחידת צנחנים, אך, כללית, בהשוואה לסיווגי הבריאות של חיילים ביחידות אחרות סווג זה מעיד על רמת בריאות מניחה את הדעת. בהופעתו החיצונית נראה המנוח כטיפוס "פיקני" הווה אומר נוטה להשמנה, אך גם, יחד עם זאת נראה היה כחסון. הייתה לפני ביה"ד עדות שהוא לא היה בעל קונסטיטוציה חזקה. עדות זו כללה עדות של חברו שהכירו מהחיים האזרחיים, טור' גורדון חייל בפלוגת המנוח. גם אביו אמר עליו שאיך שהוא נראה חסון, אינו חזק בגופו. בעדות הרפואית שנתנה ע"י ד"ר קרפלום, רופא פתולוג, שערך את ה-post mortum נאמר שאברי המין של המנוח לא היו מפותחים דיים,

שבלוטת הטומוס לא הפכה כולה לשכבת שומן. בסיכום בא הרופא הזה לכלל מסקנה, שאין לשלול אפשרות שמבנה גופו המיוחד של המנוח הוא שהביא לכוח התנגדות מופחת למאמץ מיוחד.

יצוין גם שעם תחילת טירונותו, התקשה כנראה המנוח בביצוע האימונים. הוא הופיע פעם אחת אצל רופא היחידה והתלונן על קשיים שייחס אותם להשפעה של ניתוח שעבר בילדותו ושהשאייר אצלו צלקת. הרופא בדקו וקבע שאין בצלקת זו כדי להפריע להשתתפותו באימונים ומסר על כך גם למ"מ, המשיב השני, שלדבריו התעניין אצל הרופא בקשר למצב בריאותו, המנוח כנראה השתמט מספר פעמים מריצות בוקר ממושכות במסגרת האמון בגופני ומאימונים אחרים. הרושם שהשאייר אצל מפקדיו היה שהוא משתמט מעבודת האימונים ובג'רגון היחידה, כי הוא "צוללן". מאידך העיד המ"מ, כי בראיון שקיים עם המנוח, עמד המנוח על רצונו להמשיך בשירות ביחידת הצנחנים.

ב. המסע הנדון נערך ביום 21.6.61. בארבעת הימים שקדמו נפקד המנוח מן היחידה. בשעה 20:00 של היום שקדם למסע, הורה המ"פ לסג"ם אזוראי, קצין מקציני הפלוגה, לבקר בביתו של המנוח ולהביאו ליחידה. סג"ם אזוראי מילא אחר הפקודה, אולם מכיוון שנשתתה לדבריו לרגל חיפוש אחר נפקד אחת, שגם אותו צריך היה להביא, חזר עם המנוח רק בשעה 01:30. ההשכמה לקראת המסע הייתה בשעה 04:00 ומכאן שהמנוח ישן אותו לילה שלפני המסע לא יותר משתיים וחצי שעות, עובדה זו לא הייתה ידועה לשני המשיבים מאחר והקצין לא דווח להם על כך.

ג. כאמור הייתה ההשכמה בשעה 04:00 בשעה 05:15 נתנה לחיילים שתית תה ונאמר להם להרבות בשתייה וכן למלא מימיות. החיילים נכנסו למקלחות עם המכ"ים, כדי לקיים שתייה זו. גם המנוח היה עמם, ברם לא ידוע אם שתה שם מים או לאו.

ביה"ד המחוזי, בשיקוליו אם הוכח הקשר הסיבתי הביא בחשבון את האפשרות שהמנוח לא שתה מים, אף שנתנה לו האפשרות לכך. לשאלה זה עוד נתייחס להלן.

ד. במסדר היציאה למסע שנערך בשעה 06:00, שאל המשיב השני מי מהחיילים אינו יכול להשתתף במסע מטעמי בריאות ואם יש למבקשים להעדר תעודת שחרור מהרופא. שני חיילים שביקשו להשתחרר מטעמי בריאות והמציאו תעודת רופא שוחררו. יצוין שהתעודות נתנו על סמך בדיקה שנעשתה יום קודם לכן, מאחר והרופא לא היה במקום אותה שעה. המנוח גם הוא פנה בבקשה להשתחרר ולדברי המשיב השני, שביה"ד המחוזי האמין לו, הזכיר את עניין הצלקת כסיבה לבקשתו זו. המשיב השני אמר לו שהוא כבר דיבר עם הרופא בעניין זה ודעתו היא שעניין הצלקת אינו צריך לשמש מניעה להשתתפותו באימונים. המנוח נאלץ אפוא להשתתף במסע.

ה. מסלול המסע היה בית ליד – חברת קקון וחזרה, מרחק של כ- 15 ק"מ. וצריך היה לפי המתוכנן להמשיך מ-06:00 בבוקר עד 10:15, כשקצב ההליכה כארבע וחצי קילומטר לשעה. כל חייל נשא רובה, אשפה, חגור קל, כובע פלדה וחפצים אישיים, בסה"כ מסע של כ-12 ק"ג. למעשה התאחרה שעת היציאה, והמסע החל בשעה 06:40. מזג אויר היה נוח ואפילו קריר בשעה זו.

ו. פרק ההליכה הראשון ארך 60 דק', כשהחיילים צועדים בקצב שנקבע. לאחר מכן נערכה הפסקה של 10 דקות לצורך מנוחה, בהפסקה זו לא קוימה שתיית מים. אחרי ההפסקה המשיכו החיילים בהליכה עד לשעה 08:30 כשזו הגיעו לחרבת קקון הנמצאת על גבעה. במקום זה חנו שעה, היינו מ-08:30 עד 09:30. במחצית הראשונה של שעה זו שהתה הפלוגה על הגבעה כשהחיילים גלויים לשמש וכשהמ"פ - המשיב הראשון - נותן להן הסבר על השטח, ואילו במחצית השנייה ירדה הפלוגה מהגבעה עד למנוחה במקום מוצל וכאן ניתנה שתייה לכל חייל בכמות של 1/2 מימיה. לא הייתה עדות מחד שמישהו ראה את המנוח שותה, אף שמתקבל על הדעת, מאידך, שהוא היה צמא והשתמש בהזדמנות לשותות. מזג האוויר בחלק זה של המסע היה נוח, ברם בקקון החל מתחמם והולך מכאן ואילך והפך לבלתי נוח.

ז. השאלה אם לקראת שעות הצהריים היה קיים מצב שמזג האוויר שניתן לכנותו "שרבי" או לא, העסיקה את ביה"ד קמא ששמע בעניין זה עדויות שונות והגיע לכלל מסקנה שלא הוכח קיום שרב ממש.

התביעה ניסתה להוכיח קיום שרב שכן במצב כזה, לפי פקודת מטכ"ל המתייחסת לנושא חייב מפקד המנהל מסע להגדיל את הזמן המיועד למנוחה להקטין את מאמץ ההליכה, מבחינת קצב ההליכה ומשך ההליכה, ולדאוג לשתיית מים מרובה יותר.

העדויות של המשיבים ומפקדי המשנה הייתה ברורה. לדבריהם לא היה שרב ואפילו לא היה חם מדי. העדות של הטירונים בחלקה כי היה שרב קשה ובחלקה כי היה חם מאוד. מובן ששני גורמים סובייקטיביים יכולו להשפיע על שוני זה בתיאור מזג האוויר, מצד המפקדים, הרצון לתאר מצב נוח שהצדיק את הדרך בה ניהלו את המסע, ואילו מצד הטירונים - שמסע זה היה תחילת אימוניהם - התרשמות והפרזה שמקורה בחוסר ניסיון במאמץ גופני במזג אוויר חם.

החומר ההוכחתי האובייקטיבי בנקודה זאת שהיה לפני ביה"ד, כלל את עדותו של סגן בן כוכב, קצין מטאורולוגיה ביחידת בקרה מרכזית 333 שעל סמך השוואת הטמפרטורה והלחות של אותו יום עם ממוצע רב שנתי וכן ע"פ העובדה שכנראה נרשם שקע ברומטרי מעל הגילוס המתקרב לארץ (לא ברור אם באותו יום כבר הגיע לארץ) קבע שביום המקרה ועל כל פנים בצהריים ובסוף היום היה שרב.

לעומתו קבע מר נפתלי רחזן מנהל מחלקת האקלים ורשת התחנות בשרות המטאורולוגי בקריה, שהטמפרטורות לא היו גבוהות במיוחד ואילו כיוון הרוחות היה בצפון מערב. חזאי בשם סכור מוריס קבע שמזג האוויר ביום המקרה היה חם ויבש באזורים הפנימיים של הארץ והביל לאורך מישור החוף ורק למחרת, דהיינו ביום 22.6.61, נקבע כי יש לצפות לשרב בפנים הארץ ובהרים.

ע"ס כל העדויות האלה בא ביה"ד לכלל מסקנה כי ספק בעניינו אם היה קיים שרב או אם היה זה סתם יום חם.

- ח. במשך המנוחה בקקון העיר משיב מס' 1 למנוח שעליו להחליף את כובע הפלדה שלו בכובע עבודה. המנוח החליף את כובע הפלדה בכומתה מאחר ולא היה לו כובע עבודה.
- ט. בשעה 09:30 החל המסע חזרה והפלוגה צעדה שעה עד ההפסקה הבאה. ההפסקה ארכה 15 דקות. כאן ניתנה רשות לחיילים לשתות 1/2 מימית מים נוספת. אין כל עדות אם המנוח ניצל את הרשות שניתנה לו ואמנם שתה מים, אף שמתקבל על הדעת שהוא כמו כל האחרים היה צמא בגלל החום והמאמץ וניצל את ההזדמנות. כאן ניתנה הוראה למילוי המימיות מתוך ברזים שנמצאו במקום. בשעה 10:45 זוהי הפלוגה הלאה והמשיכה במסע עד 11:15, בה נעשה החניה קצרה וניתנה רשות לשתות עוד 1/2 מימית מים. אח"כ המשיכה הפלוגה במסעה והגיעה בערך בשעה 12:00 למחנה בית ליד.
- י. בשעת המסע חזרה מקקון פיגר המנוח במידה גדלה והולכת עד שלבסוף במרחק של כ-3 ק"מ מהמחנה נפל והתמוטט.
- יא. לגבי האירועים שאירעו משך ההליכה מקקון עד בית ליד והחשובים בקשר לטענות הערעור הכפול שלפנינו, אין ממצאי ביה"ד מלאים במידה מספקת ומשום כך מצאנו לנוחיות הדיון להתייחס מפעם לפעם, לא רק לממצאים במידה שנקבעו אלא גם לעדויות- לפי גרסותיהן השונות.
- יב. מסתבר שעם המשך ההליכה בחזרה החלה זו להיות קשה יותר ויותר על המנוח. הוא החל מפגר משום שלא יכול היה להדביק את קצב המחלקה הצועדת. כשהמנוח החל לפגר נתבקש ע"י חבריו לא לפגר ע"מ שלא לגרום לעיכובים. גם המפקדים השתדלו להשפיע עליו לעבור לראש הטור כדי למנוע עיכובים. בית הדין לא פירט מפי העדים שהעידו בפניו, כיצד נראה היה המנוח בשעה שצעד. לשאלה זו חשיבות בעינינו ונפרט לכן את דברי העדים במקורם במידה ולא נסתרו: טור' כהן מעיד (בעמ' 83) "וקסלר היה עייף במיוחד, הוא הזיע משהו לא רגיל, היה חיוור, איני יודע אם יכול היה להמשיך..." טור' בבס, בעמ' 202 מעיד "הוא הלך כמו שיכור" גם טור' דריג'אן בעמ' 220 אומר "ראיתי את וקסלר בפעם הראשונה שנפל, הוא היה הולך כמו שיכור", מאידך סמל וענקלביץ אהוד מעיד בעמ' 539 כי "בדרך חזרה מקקון, וקסלר הלך לאט באופן רגיל, בלי רובה, בלי חגור ועם כומתה".
- יג. לפני התמוטטות האחרונה, היו שני מקרים במהלך התנועה בדרך, ולא הוברר באיזה מקום קרה הדבר שהמנוח הפסיק את ההליכה בצורה, שלפי גרסה אחת הייתה זו נפילה ממש מאפיסת כוחות ומגרסה אחרת הייתה זו מעין ישיבה על הקרקע ולא דווקא בצורת נפילה. יצוין כי לאור המצב שהמנוח הגיע אליו, זמן לא רב לאחר מכן, מחייב ההיגיון את המסקנה שירידות אלו לקרקע, אם הם לא היו התעלפויות, לא היו בצורה של אדם המתיישב לפוש קמעה, אלא של אדם שבחוסר אונים יורד למצב ישיבה. מסקנה זו נתמכת ע"י עדויות חבריו של המנוח, טור' גורדון המעיד שהמנוח כשנדרש למהר ולהחיש את הקצב כדי לא לפגר, בכה וכל הדרך טען שאינו מרגיש בטוב. ביה"ד בפסק דינו אינו מדבר בפה מלא על שני מקרים אלו של התיישבות על הקרקע אלא הוא כאילו מרמז עליהם במשפט כולל בהכרעת הדין באומרו: "בדרך מקקון הקלו על המנוח, לקחו

ממנו את כובע הפלדה, חלק של החגור ורובהו וגם תמכו בו. המנוח הפסיק לצעוד אבל התאושש והמשיך". הנה כי כן במילה "הפסיק", מסכם ביה"ד בצורה לקונית מדי שני מקרים אלה. עניין "התמיכה" שביה"ד פותר אותה המילה אחת, מחייב שוב לדעתנו לרדת לתיאורי העדויות שכן גם בנקודה זו, תקף ב"כ התצ"ר את ממצאי ביה"ד. מסתבר שכאשר המנוח פיגר בקצב ההליכה וגילה חוסר אונים, נדרש ע"י חבריו, ומסתבר שהמ"כ סלבדור היה נותן הטון בין חברים אלה, להתאמץ להמשיך ולצעוד בקצב המחלקה. המ"פ כמובן לא ידע על האצה זו ואין הוכחה שהמ"מ היה בין המאיצים. אלה שהאיצו במנוח תמכו בו, לפי דברי ביה"ד בהכרעת הדין ולפי גרסת אלה שהיו עדים לכך הייתה זו יותר משיכה ודחיפה מאשר תמיכה. העדויות שהיו לפני ביה"ד בנקודה זו הן אלה:- טור' גורדון: "בין הפעם השנייה והשלישית (של הפסקות בהליכת המנוח) עזרו לו ללכת, נדמה לי שדחף אותו אחד...אני זוכר שדחפו אותו אולי היה זה מ"כ..." "ראיתי שסלבדור מושך אותו אחריו ברצועות כובע פלדה...הוא (המנוח) לא יכול היה להתנגד...וקסלר הלך אחריו ובכה...". טור' כהן: "סלבדור נגש אל וקסלר הרימו ואמר לו "חתיכת מושטן תמשיך ללכת". טור' דריג'אן: "באותו רגע הרימו אותו והוא המשיך ללכת, לקחו אותו ואת התרמיל ודחפו אותו, לקחו אותו מהרצועות... דחפו אותו בתרמיל נתנו לו מכות בתרמיל ודחפו אותו באכזריות ובכוח, לא בכוח של עזרה אלא בכוח רע".

במשך המסע חזרה מקקון, נקרא החובש אל המנוח פעמיים, בפעם הראשונה בדקו ולא מצא כל צורך לתת לו טיפול וחזר למקומו ליד משיב מס' 1 שצעד בראש הפלוגה מבלי לדווח לו בעניין קשיי המנוח. בפעם השנייה נקרא אל המנוח לאחר שהתמוטט ומצאו אז עם סימני מכת חום ברורים. המנוח היה במצב של התעלפות, חרחרר בנשימתו והפריש נוזלים מפיו כל הזמן וללא ספק. החובש טפל בו אז, כפי שלמד בקורס לטפל במקרים של מכת חום, השכיבו בצל ודווח על כך למ"פ. ברם מסתבר, כפי שהעידו אח"כ הרופאים, כי באותו שלב המנוח היה כבר במצב שטפול זה לא יכול היה להועיל.

יד. ממצאי ביה"ד, אינם מכילים תשובה ברורה, אם במשך ההליכה מקקון ועד לרגע ההתמוטטות היו איזה סימנים חיצוניים לפיהם יכול היה, או צריך היה החובש והמשיבים ולהבחין באפשרות של מכת חום.

לפי דברי העד כהן: "וקסלר היה עייף במיוחד הוא הזיע משהו לא רגיל היה חיוור איני יודע אם יכול היה להמשיך או לא".

טור' דריג'אן מעיד כי המנוח הלך כמו שיכור... ונפל אחורנית על החגור... לקחו אותו מהתרמיל ומהרצועות של כובע הפלדה. הוא היה אדום כמו עגבניה". טור' זונגבוים אומר כי "הוא הלך לא כמו כל אחד אחר הוא נראה עייף". מאידך החובש עצמו מעיד כי לא מצא אצל וקסלר סימנים המצביעים על מכת חום או שמחייבים הפסקת המסע כן חיוורון, קשיים בנשימה, הזעה יתר על המידה וכו' והוא מוסיף גם שלאור הנ"ל לא מצא לנכון לתת לו טיפול רפואי. אנו עוד נחזור להלן לניתוח עדויות אלו. בשלב זה נציין רק שמסתבר מהכרעת הדין שהשופטים בערכאה הראשונה התייחסו באמון לדבריו של החובש שלא הבחין בסימנים מיוחדים אצל המנוח שהיה בהם כדי להצביע על אפשרות של מכת חום.

טו. בהתעלפות האחרונה, כאמור, נקרא החובש למנוח כשזה במצב של חוסר הכרה ומפריש נוזלים מהפה ללא הפסק. החובש טיפל בו כפי שמטפלים באדם הסובל ממכת חום. המקרה דווח למשיב מס' 1, שהורה מיד על הבאת אמבולנס מהמחנה. המנוח הועבר למחנה וקיבל את טיפולו של הרופא היחידתי, ד"ר איילון, שהעבירו לבי"ח בתל השומר אך למרות טיפולם של החובש והרופא היחידתי נפטר המנוח בבית החולים.

3. טענתו הראשונה של ב"כ התצ"ר היא כי החומר העובדתי שהיה לפני ביה"ד חייב מסקנה ששני המשיבים, לא יצאו ידי חובתם כלפי המנוח לדאוג לחייו ולבריאותו מאחר ולא נקטו בצעדים שקצין צעיר במעמדם ובתפקידם היה נוקט בהם לגבי חייל טירון בנסיבות דומות. את ראשי הרשלנות שב"כ התצ"ר ייחס למשיבים ניתן לסכם כך:-

א. כשהתלונן המנוח לפני היציאה למסע שאינו מרגיש בטוב וביקש לשחררו מהשתתפות במסע, חייבים היו המשיבים, גם לפי הוראות הצבא וגם לאור חובת הזהירות הכללית שהם חבים בה כלפי כל פקוד שלהם, שלא להוציאו למסע אלא לאחר שנבדק ע"י רופא.

ב. בשעת המסע, חייבים היו לפחות לפי פק' מטכ"ל לספק שתייה לאחר פרק הליכה ראשון, שצריך היה להמשך, לא יותר מ-50 דקה. שתייה זו לא סופקה בפקודת המשיב הראשון ובידיעתו של המשיב השני, ואילו ההליכה נמשכה 60 דקות במקום 50 דקות.

ג. בזמן ההליכה בחזרה מקקון למאהל, עלו מידות החום והתפתח שרב ובמצב כזה ואפילו היה רק ספק שרב, חייבים היו המשיבים, שידעו שהמנוח התלונן כי אינו מרגיש בטוב בראשית המסע, וגם גילה סימני אפיסת כוחות בזמן המסע (נפל פעמיים בדרך) להפסיק לגביו את המסע ועל כל פנים למנוע את הדרבון, הדחיפות וההתעמלות שנכפו עליו וכן את כפית קצב ההליכה המהיר, בצורה שבוצעה ע"י המ"כ סלבדור או אחרים.

4. נבחן עתה טענה זו על סעיפיה, לאור מסקנות ביה"ד וממצאיו בנדון ולאור תשובות ב"כ המשיבים. אשר לאי היענות המשיב השני לבקשתו של המנוח לשחררו מהמסע, כאמור, האמין בית-הדין למשיב השני, כי המנוח נמק את בקשתו לשחררו מחובת השתתפות במסע בהתייחסו לקשיים שהצלקת גורמת לו.

מה הן הוראות הצבא בשאלה זו? פ.מ. 330203 קובעת בסעיף ז (2) כחלק מחובת המפקד "כי חייל המבקש להיבדק ע"י קצין רפואה – ישלחנו מפקד היחידה לבדיקה בהתאם לאמור בסעיף ב' של אותה פקודה". סעיף ב' זה קובע כי "חייל הזקוק לבדיקה רפואית ע"י קצין רפואה, יפנה למפקד/או למי שהוסמך לכך, ע"י מפקד, במועד שנקבע לכך בפקודות הקבע של היחידה". אף שלא הוכח הדבר בצורה פורמאלית, יש להניח לאור נוהג מקובל בנדון כי ביחידת המנוח חייבו ההוראות לפנות לרופא לצורך שחרור ממסע המתחיל השכם בבוקר עוד יום קודם לכן. נשאלת השאלה אם המנוח שהיה נפקד והובא ליחידה בשעה שלאחר חצות, איבד ע"י התנהגותו את זכותו לבדיקה רפואית בקשר לבקשתו לשחרור. אין אנו סבורים שכך הדבר, ברם, נשאלת עדיין השאלה אם באי היענות לבקשתו היה, בנסיבות המקרה, משום מעשה הנוגד את חובת הזהירות של המשיב השני כלפי המנוח? ביה"ד המחוזי הגיע בסכומם של דברים למסקנה שהמשיב השני לא חטא כלפי המנוח בדחותו את בקשתו. אין אנו רואים

יסוד לפסול מסקנה זו. מסכימים אנו עם ביה"ד המחוזי שמאחר והמנוח הסתמך על עניין הצלקת ולא על הרגשה רעה במיוחד אותו בוקר, באופן נפרד מאותה צלקת, רשאי היה המשיב השני לראות בחוות הדעת של הרופא, שנתנה כמה ימים קודם לכן, כי עניין הצלקת אינו צריך להפריע לאימונים הרגילים, מעיין אישור רפואי המהווה אסמכתא לדחיית בקשתו של המנוח. בהעדר ידיעה מצד המשיב השני בדבר לקויים בקונסטיטוציה של המנוח ובהתחשב בידיעתו של המשיב השני כי מזג האוויר הוא נוח, והמסע אינו מן הקשים, וכן שהמנוח חשוד בהשתמטות מאימונים, הרי אין לומר שהמשיב השני פעל בניגוד למה שמפקד סביר היה עושה בנסיבות דומות.

יצוין שלפי עדות הרופא היחידתי [הוא] לא ידע כלל על קיום המסע אותו בוקר, ולא היה במקום בשעת ההכנות למסע ולו גם רצה המשיב השני להעמיד המנוח לבדיקה רפואית לא היה יכול לבצע זאת.

5. אשר לעובדה שההפסקה הראשונה נקבעה לאחר הליכה של 60 דק' במקום 50 דק' ובהפסקה זו לא ניתנה שתייה; מסכימים אני עם ב"כ התצ"ה, וביה"ד המחוזי גם קבע זאת כמסקנה בהכרעת דינו כי המשיבים לא נהגו כדין בנקודה זו. בשאלה אם היה בעובדה זו, כשלעצמה, כדי לבסס את יסוד רשלנות לפי ס' 218 לפח"פ, או לחילופין, את האשמה של "התרשלות" לפי ס' 124 לחש"צ, נדון מאוחר יותר.

6. הנימוק השלישי של המערער הוא כי בשעת המסע, היו לעיני המשיבים מספר אזהרות שחייבו אותם לעמוד על הסכנה שבהמשכת המסע ע"י המנוח בתנאים שהתפתחו וכי הם, שלא כדין, לא שעו לאזהרות אלו. לנוחיות הדיון נטפל בנפרד בשאלות השונות שנימוק זה מעורר. ראשית, האם הוכח קיומו של שרב, בזמן המסע מקקון למאהל, במידה שחייבה זהירות מיוחדת מצד המשיבים ברוח הוראות פקודת מטכ"ל 110103 לפי נוסחה דאז. פקודה זו קבעה שאפילו בחודשים מחוץ ליוני – אוג' – ספט', היינו בחודש שבו נערך המסע, בחודש יוני, חייבים היו בזמן שרב "להבטיח מנוחות תכופות וממושכות ומתן שתיית נוזלים לרוויה". צטטנו לעיל בהרחבה את החומר העדי שהיה לפני ביה"ד ושכלל עדויות אובייקטיביות, על בסיס מדעי כביכול, וכן עדויות של התרשמות סובייקטיבית של המשתתפים במסע לגבי שאלה זו של קיום שרב. אין אנו רואים חשיבות רבה לשאלה אם הוכח קיומו של שרב, לפי המבחנים הישנים של השוואת החום והלחות באותו יום עם ממוצע רב שנתי או עם קריטריון אחר של "מקדם אי הנוחיות". לפי מבחן של השכל הישר, מספיקות היו ההוכחות שהיו לפני ביה"ד, להגיע למסקנה שאמנם הגיע אליה ביה"ד [אך] לא נתן לה ביטוי והיא כי אותו היום היה יום חם, [ו]כי המשיבים כולל המשיב הראשון, חייבים היו לאור מצב זה לדאוג יותר מהרגיל מפני האפשרות של מכת חום בפרט לגבי חיילים שהתלוננו ובעיקר שהראו סימנים של פגיעה שייתכן והיא פגיעה של מכת חום. לאור מסקנתו זו נשאלת השאלה אם המשיבים יצאו, או לא יצאו, ידי חובתם כלפי המנוח, בשים לב לתלונתו כפי שנוסחה כאמור לפני המסע ובשים לב להתנהגותו בזמן המסע. מתוך היסוס מה אנו פוסקים שאין לפסול את מסקנתו של ביה"ד המחוזי בשאלה זו, דהיינו, אין לקבוע שהוכח שהמשיבים לא יצאו ידי חובתם. המשיב מס' 1 ידע שמפקד המחלקה משגיח על אנשיו וכי החובש ייקרא אל כל חייל שנפגע והוא ידווח על

כך. העובדה היא שהחובש לא דיווח לאף אחד משני המשיבים. החומר העדי לגבי הסימנים שגילה המנוח אינו מספיק כדי לקבוע שהחובש פשע בתפקידו; ברם, אפילו חטא החובש, הרי העובדה שהוא לא דווח לאף אחד משני המשיבים חייבת לעמוד להם בהגנתם בנקודה זו. ייתכן והמשיב השני היה צריך לעקוב מקרוב אחרי המנוח יותר משעשה, אבל אין אנו יכולים לקבוע בביטחון שחייב היה לא להסתפק בדיווח החובש בעניין זה.

7. נשאר לנו לדון בשאלה של כפיית קצב הליכה מהיר יותר משיכול היה לקיים המנוח ובעיקר בדחיפות ובהתעמלות שכפו עליו אי אלו מהחיילים וכנראה בעיקר המ"כ סלבדור. לא יכול להיות צל של ספק כי מבחינה אובייקטיבית פעילות זו לא הייתה רצויה מאחר והיא נעשתה בזמן שהחום היה מעיק וצריך היה להיות חשש של השפעת החום של המנוח. תמוה בעינינו שביה"ד בדונו בעניין זה בקשר לשאלה אחרת והיא שאלת הקשר הסיבתי, קבע פוזיטיבית כי אין הוא סובר שהיה למעשים אלה השפעה רעה על המנוח. לשאלה זו עוד נחזור, ברם, יש יסוד למסקנה סבירה שהדברים נעשו בתום לב ומתוך הנחה, מצדם של אלה שעשו זאת, שהמנוח איננו מתאמץ מספיק או אולי מגלה חולשה פיזית, אבל לא העלו על דעתם – מתוך בורות כמובן בנושא רפואי זה – כי המנוח סובל ממכת חום, כפי שחייבים אנו להניח שבאותו רגע סבל. מה שחשוב יותר הוא להדגיש, שאין הוכחה לכך כי החובש ידע על שדורבן המנוח או גם ראה דרבון מיותר זה ואין הוכחה לכך שאחד משני המשיבים נתן ידו לכך. מאידך יש מקום להניח, שהחיילים לפי יזמתם, עשו זאת בהתאם לנוהג שהיה קיים ביחידה, שהבסיס ההגיוני שלו כביכול הוא שפיגור של חייל שאינו מגלה סימנים ברורים של מכת חום, סיבתו אך ורק במעין חולשת שרירים או בחולשת כוח הרצון של החייל הטירון.

בסכומם של דברים נראה לנו כי צדק ביה"ד המחוזי בקבעו שלא הוכח יסוד חוסר הזהירות שבסעיף האשמה המקורי וכן גם לא הוכחה התרשלות לפי ס' 124 לחש"צ. בקיום הליכה של 60 דקות במקום 50 דקות בתחילת המסע, ובאי מתן שתייה בהפסקה שלאחר הליכה זו כשלעצמם, אין כדי לבסס את אותה התרשלות שהתביעה טענה לה.

8. טענת הערעור השנייה הייתה שטעה בית-הדין המחוזי בקבעו שלא הוכח קשר סיבתי בין מותו של המנוח והתנהגותם הפסולה של המשיבים.

אשר לסיבת המוות אין חולק על כך ודעת כל הרופאים הייתה כי המנוח מת מהתוצאה של מכת חום שקיבל בשעת המסע. בשעה שנבדק חומו בבי"ח נמצא שהגיע ל-42 מעלות. זהו חום שאין אדם יכול לעמוד בו ושמשמעותו היא שמנגנון וויסות החום נהרס. הרופאים שהעידו בפני ביה"ד המחוזי נתבקשו להסביר כיצד קרה שבמסע לא קשה זה שהמנוח השתתף בו ואשר כל החיילים האחרים עברו אותו בשלום סבל המנוח כפי שסבל ומנגנון וויסות החום שלו לא יכול היה למנוע את עלות חומו לגובה הרסני, כאמור. מסתבר שהידע הרפואי אינו יודע להסביר בדיוק כיצד פועל מנגנון וויסות החום בגופו של האדם. כללית, יודע שמחזור הדם משמש מכשיר לצינון הגוף וע"י הזעה עקב אידי מים המובלים באמצעות מערכת כלי הדם אל מתחת לשטח העור, שומר הגוף מפני עליית החום מעבר לתחום שהגוף יכול לעמוד בו. כשנבדק המנוח ב"פוסט מורטם" נמצא אצלו גירעון גדול של נוזלים. ברם לא ברור אם חלק מגירעון זה לא נגרם ע"י הקאות והפרשת נוזלים שבאה אחרי המומנט הקריטי של

התמוטטותו במהלך המסע, ומכאן שהרס מנגנון וויסות החום וכישלונו קרו כנראה עוד לפני סוף המסע ולפני התמוטטות. מאחר ולדעתנו לא היה יסוד לקבוע, כפי שקבע ביה"ד המחוזי, שייתכן שהמנוח לא השתתף בשתיית מים במהלך המסע מתקבל הרושם שהכישלון של מנגנון הויסות ניתן להסבירו בצירופם של שני גורמים, שאי אפשר לקבוע באיזה מידה תרם כל אחד מהם, אף שמתקבל על הדעת שהראשון הוא התורם העיקרי. שני הגורמים הם:

1. לקויים בקונסטיטוציה של המנוח ומומים במבנה מנגנון וויסות החום שלו כטענת ב"כ המשיבים בערעור זה. סימוכין לדעה זו ניתן למצוא במסקנתו של הפתולוג. עקב ליקויים קונסטיטוציוניים מסוימים שהוא הצביע עליהם, ואין צורך לחזור עליהם כאן, הייתה יכולתו של המנוח לעמוד במאמץ פחותה משל נער אחר בן גילו.

2. הגורם השני שייתכן ותרם גם הוא, היה זה שעל אף הרגשתו הרעה של המנוח בשעת המסע כשמוג האוויר התחמם והפך כמעט שרבי, נאלץ ע"י חבריו לקיים הליכה בקצב מהיר משיכול היה כנראה לקיים, ונאלץ לבצע התעמלות שמטרתה הייתה כביכול להתגבר על התכווצויות שהרגיש ברגליו ולעוררו. השכל הישר מחייב ואחד הרופאים תמך בדעה זו כי מאמץ זה והתעמלות זו בוודאי שתרמו להעלאת חומו של המנוח, שעה שהדבר שהוא היה זקוק לו ביותר היה להפסיק כל מאמץ, לשכב בצל ולצנן את גופו כדי להוריד את חומו. ברם כבר קבענו לעיל בדוננו בטענת הערעור הראשונה שאנו מסכימים עם ביה"ד המחוזי, שאין לראות את שני המשיבים אחראים לפעולה זו שננקטה לגבי המנוח, ושהייתה כנראה פרי יזמת המ"כ וחייל זה או אחר ללא ידיעת החובש. לאור מסקנה זו לגבי סיבות מכת החום, השאלה העומדת לדיון היא: האם בהארכת משך ההליכה בראשית המסע מ-50 ל-60 דקות ובאי מתן השתייה בהפסקה הראשונה, יש לראות מעל לספק סביר גורם שתרם באופן ישיר או אפקטיבי למכת חום אצל המנוח. מבלי להיכנס לשאלת הקריטריון של הקשר הסיבתי בעבירה לפי ס' 218 אם הוא נקבע בהתאם לכללי הנזיקין כפי שנאמר בערעור מס' ע"פ/47/51 מלכה נגד היועץ המשפטי, או שהוא נקבע לפי הכללים הרגילים במשפט הפלילי נראה לנו שלצורך השאלה שלפנינו אפשר להסתפק בקביעת התשובה מתוך דיון בנקודה זו בלבד אם היה בעובדות שציינו משום גורם ישיר או אפקטיבי ביצירת מכת חום אצל המנוח. לא יכול להיות ספק לדעתנו, שהתשובה לשאלה זו צריכה להיות בשלילה. אי אפשר לקבוע בוודאות כי הארכת המסע ב-10 דקות כאמור ואי-מתן השתייה בהפסקה שלאחרי ההליכה הזו, היוו גורם אפקטיבי במכת חום ובוודאי שאי אפשר לקבוע זאת בוודאות הדרושה לביסוס יסוד באשמה במשפט פלילי שהוכחתו על התביעה.

אנו דוחים לכן גם את טענת הערעור השנייה.

התוצאה היה שיש לדחות את הערעור נגד זיכויים של המשיבים מהאשמה לפי ס' 218 לפח"פ. אנו סבורים שבנסיבות המקרה היה זה נכון מצד בית-הדין, להימנע מהרשעת המשיבים גם לפי ס' 124 לחש"צ ולהסתפק בחיובם בעבירה הקלה יותר לפי ס' 133 לחש"צ; הערתנו זו כפופה לתוצאות הערעור נגד עצם חיובם של שני המשיבים בעבירה זו, לאחר בחינת טענות משפטיות אחרות נגד צדקת ההרשעה בעבירה לפי ס' 133 לחש"צ.

9. בשולי פסקנו לגבי ערעור התצ"ר נגד זיכויים של המשיבים ברצונו להעיר את ההערות הבאות:– חווינו דעתנו לעיל ונימקנו מסקנתנו מדוע אין להיענות לבקשת התצ"ר ולפסול את זיכויים של המשיבים ע"י ביה"ד קמא מהאשמות בהן הואשמו ע"י התביעה הצבאית. בזה נפתרה השאלה המשפטית והיא האם ע"פ דין, יש מקום לראות את שני המשיבים אשמים בקיפוח חייו של המנוח. ברם, נשאלה שאלה שהיא חייבת להישאל אף שביט-דין באשמה מסוימת חייב להשיב עליה והיא, האם היה מותו של המנוח בלתי נמנע בנסיבות הפרשה הנדונה? ברצונו להעיר בהקשר לשאלה זו 3 הערות שייתכן ויהיה בהן לסייע למניעת מקרים דומים בעתיד.

א. הפתולוג קבע שייתכן ובגלל קונסטיטוציה המעידה על אי בשלות פיזית גמורה של המנוח, היה למנוח כוח התנגדות מופחת למאמץ. נראה לנו שלאור המאמצים המיוחדים שחייל ביחידת צנחנים צריך לעמוד בהם מן הראוי היה שמוסדות הרפואה בצה"ל ישקלו, אם חייל מטיפוסו של המנוח המתנדב ליחידת הצנחנים לא יהא בעתיד חייב לעבור בדיקות נוספות לאלה שעמד בהן כשנמצאים בו הסימנים שהפתולוג הצביע עליהם. שמא יהא באפשרות בדיקות נוספות כאלו למנוע קבלתם של חיילים מסוג המנוח שנוהלי האימונים של הצנחנים אינם מאפשרים לנהוג בהם באופן שונה מחבריהם הבריאיים והחסונים יותר ונמצא שהם סובלים סבל מיותר.

ב. התברר שמכת חום לאו דווקא נותנת את אותותיה בסימנים חיצוניים בשלביה הראשונים והיא עלולה להתפתח אצל חיילים הרגישים לה, ולהגיע לדרגה פטאלית, גם מבלי שירגישו בסימנים המקובלים מבעוד מועד. נראה לנו שלאור עובדה זו חשוב ביותר שחובשים ומפקדים לסוגיהם, כולל אותם המפקדים בדרגים נמוכים בדרגות מ"כ ומ"מ שהם הבאים במגע עם החייל העלול להיפגע ממכת חום להקנות להם ידע רפואי בכל הכרוך האבחנה ובטיפול במכת חום, בין אם ע"י השתלמויות או כנסי הסברה עם יועצים רפואיים ביחידות ובין אם ע"י הסברים שיועברו להם ממפקדים גבוהים יותר לאחר שאלה יקבלו את ההכשרה המתאימה מגורם רפואי.

ג. הערתנו השלישית והאחרונה היא, שלמען יחסי אנוש נכונים, התורמים למורל גבוה מבלי שיהא בהם כדי לפגוע במשמעת, חשוב שמפקדים בדרגותיהם של המשיבים ילמדו להיות מוכנים, לתת לחיילים, ובפרט לטירונים ביחידות של מתנדבים, "מפרעת אמן" מעין "הנאה מהספק" גם במקרים שהם חושדים בהם שהם כביכול משתמטים ממאמץ, כדי שלא לפגוע באלה מתוכם שאינם משתמטים אלא ממש אינם מסוגלים לבצע את הנדרש מהם.

10. נעבור עתה לדון בערעורם של שני המשיבים נגד חיובם בעבירה לפי ס' 133 כאמור. נדון תחילה בטענותיו של משיב מס' 1. שתי טענות עיקריות בפי כ"כ:– הטענה הראשונה היא, כי לפי פקודת המטכ"ל שבאה לאחר פקודת המטכ"ל שהייתה קיימת בעת המסע, מותר היה לקיים את פרק ההליכה הראשון של המסע במשך 120 דקות רצופות. במכתב שפורסם יחד עם ההצעה לפקודת המטכ"ל המאוחרת, עוד לפני המסע, מטעם המפקח על החינוך הגופני – סא"ל זהר משה (מוצג 6/ס) – ואשר תוכנה הובא באופן כללי ככנסים שהמשיבים השתתפו

בהם, נקבע שהצעה החדשה היא בעלת תוקף מחייב את כל יחידות צה"ל, עד לפרסום התיקון בפקודות מטכ"ל. בנסיבות כאלו, טען ב"כ המשיב מס' 1, לא היה מקום לחייב את המשיבים בהפרת פקודת מטכ"ל, שלאור המסמך הרשמי הנדון (6/ס) חדלה מלהיות מחייבת עוד בזמן המסע הנדון ונמצא שבקיומו הפסקה לאחר 60 דקות של הליכה ובאפשרו שתייה בהפסקה שלאחר שעת הליכה זו, הקל המשיב הראשון למעשה עם חייליו עוד יותר ממה שנקבע בפקודה החדשה. הטענה השנייה היא, כי גם אם לא היה בכוח ההוראה שב-6/ס לשחרר את המשיב מס' 1 מחובת קיום פקודת המטכ"ל שהייתה אז בתוקף הרי שבנסיבות המקרה, לאור חוסר הפרופורציה בין האשמה העיקרית בה הואשם וממנה זוכה ובין האשמה הפעוטה בקשר לאי קיום הוראות פקודות מטכ"ל האמורות, טעה ביה"ד המחוזי בהפעילו את שיקול דעתו להחלפת סעיף האשמה. חייב היה אם כבר זיכה את המשיבים מן האשמות החמורות להימנע מחיובם באשמה הפעוטה. דחינו את שתי הטענות גם יחד. הראשונה, משום שאין בסמכותו של קצין מקצועי לבטל הוראה של פקודת מטכ"ל, והשנייה משום שאם גם יש הבדל גדול בחומרת האשמה ממנה זוכה המשיב הראשון, והאשמה בה חויב הרי לאור הנסיבות של הפרשה הנדונה, ראוי היה ביה"ד לפעול כפי שפעל.

11. המשיב השני טען להגנתו את הטענות שטען המשיב הראשון ועל אלה כבר חווינו דעתו לעיל. אולם הוא הוסיף טענה שנראתה לנו. טענתו הייתה כי בתור מפקד הכפוף למשמעתו של המשיב הראשון, מן הדין הוא שייחנה מההגנה הניתנת לפי ס' 19 (ב) לפח"פ למי שעובר עבירה עקב ציות לצו של רשות בת סמך שמחובתו לציית לה. ב"כ התצ"ר טען נגד טענה זו: א. כי בנסיבות המקרה לא ניתנה למשיב השני פקודה מטעם המשיב הראשון לעבוד על הוראות פקודות המטכ"ל ו- ב. כי אפילו ניתנה פקודה כזו, הרי בהיותה נוגדת את הוראות פקודות מטכ"ל הייתה בלתי חוקית בעליל ואין ההגנה שבסעיף 19 ב', כאמור, יכולה לעמוד לו.

דעתנו היא, כי כאשר המשיב השני, כמפקד מחלקה השתתף במסע של הפלוגה יחד עם מפקדו, המשיב הראשון, הרי ההוראה של המשיב הראשון לקיים את ההפסקה לאחר 60 דקות הייתה בבחינת פקודה לגביו ומכאן הדבר שפקודה זו היוותה הפרת הוראות פקודת המטכ"ל שחייבו גם את המשיב השני. אבל אם ציית המשיב השני לפקודה של מפקדו ראוי הוא ליהנות מההגנה הניתנת לו בסעיף 19 (ב) לפח"פ. בעניין זה יש לשקול מחד את היחסים בין נותן ומקבל הפקודה ומצד שני את חומרת העבירה שעובר הנאשם עקב הציות לפקודה כאמור. בשים לב למרות מפקד הפלוגה לגבי מפקד המחלקה מצד אחד ולאופי ההפרה המסוימת של פקודת המטכ"ל מאידך, כשבאותה שעה לא נראה היה כאילו נזק חמור עומד להיגרם עקב הפרת הפקודה, והיא, לכאורה, מתייחסת רק עניין טכני שבניהול ראשיתו של מסע קצר בתנאים נוחים, אין לומר לאור ההנחיות שנקבעו בעניין זה בפסיקה, כי פקודת המשיב הראשון הייתה בלתי חוקית "בעליל". מנימוקים אלה נראה היה לנו לנכון לקבל את ערעורו של המשיב השני כפי שפסקנו. ניתן היום א' ניסן תשכ"ב (5.4.62) והוקרא בפומבי במעמד בעלי הדין.

נספח י"ט: ע' 63/62 טור' ע' נגד התובע הצבאי הראשי

ערעור מס' 63/62

טור' ע.

נגד

התובע הצבאי הראשי

בבית הדין הצבאי לערעורים

בפני השופטים: אל"מ טמיר אברהם - אב"ד
סא"ל אשכנזי הרצל - שופט
סא"ל דבורין חיים - שופט

פסק דין

אנו מחליטים:

1. ברוב דעות לדחות את ערעורו של מערער מס 2 נגד הרשעתו לפי הפרט השלישי והרביעי של כתב האישום.
2. פה אחד לדחות את ערעורם של שני המערערים נגד הרשעתם בעבירה לפי הפרט החמישי של כתב האישום.
3. פה אחד, לדחות את ערעורו של מערער מס 1 נגד הרשעתו בעבירה לפי הפרט השביעי של כתב האישום.
4. ברוב דעות לדחות את ערעורו של מערער מס 2 נגד הרשעתו בעבירה לפי הפרט השביעי של כתב האישום.
5. פה אחד לדחות את ערעורו של המערער הראשון נגד חומרת העונשים שנפסקו לו בזמן העבירות לפי הפרט השלישי והרביעי של כתב האישום.
6. פה אחד לקבל את ערעורו של מערער מס 2 נגד חומרת העונשים שנפסקו לו בגין העברות בהן הורשע לפי הפרט השלישי והפרט הרביעי מכתב האישום ולתקן את גזר הדין כך שבמקום העונשים של 10 חודשי מאסר ושמונה חודשי מאסר, יועמדו העונשים על 8 חודשי מאסר (במקום 10) ו 6 חודשי מאסר (במקום 8).

נימוקים לפסק דין זה יינתנו בנפרד בתאריך מאוחר יותר שיודע לשני הצדדים.

ניתן ביום כ"ד סיוון תשכ"ב (29.6.69) והוקרא בפומבי במעמד בעלי הדין.

נימוקי פסק הדין

1. פרטי הפרשה הנידונה, כפי שנקבעו בהכרעת דינו של ביה"ד המחוזי, הם בקיצור כלהלן:

טור' ע', להלן מערער מס' 1, וטור' ק' להלן מערער מס' 2, היו בפברואר 62 חניכים בקורס מ"כים. משך קורס זה הוא כ- 5 חודשים ובזמן שאירעו האירועים המשמשים נשוא הפרשה שלפנינו נותרו עוד כ- 3 שבועות לגמר הקורס. אותו זמן העסק הקורס בגיזרת רצועת עזה בפעילות למניעת הסתננות; מארבים בלילה ופטרולים ביום. בין שאר המקומות בהם הוצבו מארבים היו גם סביבות משק זיקים, מקום שם אירעו בעבר מקרי הסתננות. ביום 6.2.62 מונו שני מערערים לפקד על חוליות מארב שצריך היה להתקיים אותו לילה. שניהם קבלו מבעוד יום תדריך מפי קצין ולאחר מכן מסרו הם לפקודיהם המשתתפים במארב תדריך ויצאו אתם למטווח כדי לבחון נשקם. סדר הגישה למקום המארבים נקבע מראש והיה חשוב מבחינת בטחון אנשי המארב והצלחת המשימה גם יחד. לפי סדר זה צריכות היו שתי החוליות להגיע למקום המארב ברגל ממשק זיקים ובמקום מסויים ליד קבוצת דקלים צריכה היתה חוליה אחת להישאר ולתפוס שם את מקומה כשהחוליה השניה ממשיכה בכיוון חוף הים ותופסת מקומה במרחק של כ- 5-6 מ' מקו המים, כך ששתי החוליות תהיינה בקו ישר ניצב לקו המים ומקביל לגבול כשפני האנשים לכיוון הגבול. את המארב צריך היה לקיים עד שעה 24:00 שאז היה על החוליה השניה- זו הקרובה יותר לים – "להתקפל" ראשונה ולחזור על עקבותיה אל מקום החוליה הראשונה. שתי החוליות צריכות היו אז יחד לחזור ברגל למשק ומשם, ברכב, למחנה ממנו יצאו. יודגש שסדר זה נקבע ע"מ למנוע תנועות מיותרות בשטח בזמן המארב, היינו, כדי להבטיח שלאחר הכניסה למארב לא תהיה בשטח תנועת אנשינו וזאת לאור ההוראות לפתוח באש על כל דמות שמופיעה, ללא אזהרה. לכלל האמור נקבע סייג אחד, והוא, שכאשר המארב נתקל באויב ויש להודיע על שבויים, פצועים או הרוגים- מותר לשלוח אחורנית חייל אחד שנתמנה מראש לתפקיד זה והוא מכונה "פליט", תוך שימוש באמצעי זהירות שנקבעו והוסכמו לגבי תנועתו זו, כדי למנוע פתיחת אש עליו. כן היה ידוע לכל המשתתפים במארבים שלשם הבטחת קיפול המארבים בזמן הנכון עם סיום המשימה על מפקד קבוצת המארבים (היינו שתי החוליות יחד) לשכב עם החוליה מס' 2, שהיא הקרובה לשפת הים, המתחילה בהתקפלות המארב וקובעת ע"י כך את סיום המשימה.

בערב, לפני צאת אנשי החוליות מיחידתם למשק זיקים, וכשהם היו על המכונית, ניגש סרן א', להלן המ"פ, אל המכונית ומינה את מערער מס' 1 להיות מפקד החוליה השוכבת ליד חוף הים. ע"י כך מונה חייל זה אוטומטית למפקד שתי החוליות. המ"פ גם אמר (לפי ממצאי ביה"ד המחוזי) למערער מס' 2 שיהיה מפקד החוליה ליד הדקלים. מסתבר שבדרך התנהל שיח ודברים בין אנשי החוליות, שניתן בו ביטוי לאי שביעות רצונם של האנשים מן העובדה שדווקא מערער מס' 1 נתמנה מפקד המארבים, הווה אומר, הקובע את זמן סיום התפקיד וקיפול החוליות, ומסתבר שהסיבה לכך היתה שאנשי המארבים ראו במערער מס' 1 קפדן יותר ממערער מס' 2 ומשום כך לא היו מרוצים ממינויו. כשהגיעו אנשי שתי החוליות לדקלים נשאר שם מערער מס' 1 עם אנשי חולייתו, כשהוא גם משאיר איתו את המרגמה שקבל בתור מפקד החוליה הקיצונית, ואילו מערער מס' 2, בהסכמת מערער מס' 1, המשיך לכוון שפת הים

ותפס שם עמדה. כתוצאה, שכבו שתי החוליות במארבים שלא לפי הסדר שקבע המ"פ. מס' 1 היה ליד הדקלים במקום להיות ליד שפת הים ואלו מערער מס' 2 – ליד שפת הים במקום ליד הדקלים. כחצי שעה, בערך, לאחר שהמארבים תפסו מקומם עזב מערער מס' 2 את מקומו ליד שפת הים ובא לפני מערער מס' 1 ליד הדקלים כשבפיו תלונה שסופת החול שהשתוללה אותה שעה מקשה על המשכת התפקיד באותו מקום בו הוא שוכב והוא מבקש רשות לעבור למקום אחר. מערער מס' 1 אמר למערער מס' 2 שיחזור לחולייתו וימשיך בקיום המארב אולם הרשה לו לחפש מקום יותר נוח בסביבת המקום בו הוא שכב.

בשעה 22:00 בערך, שלח מערער מס' 1 את החייל ששמש "פליט" ביחידתו להודיע למערער מס' 2 שאי אפשר להמשיך לשכב וש"בוא נחזור". מערער מס' 2 "קפל" אזי את חולייתו, חזר עם אנשיו והצטרף לחוליה של מערער מס' 1 ליד הדקלים ומשם החלו שתי החוליות נעות כוון משק זיקים. במרחק כמה מאות מטרים מהמשק מצאו "חירבה" ושם החליטו להישאר במקום, ליד שדרת עצים שממול "לחירבה" עד לשעה 24:00, היא שעת גמר המארבים.

זמן קצר לאחר מכן הגיעה למקום כתת חיילים, ובראשם סגן ז'. הקצין שאל את חיילי המארבים מה הם עושים שם וכשהתברר לו שהם מן המארב ביקש לדבר עם מפקדם. מערער מס' 2, איתו דיבר הסגן, הפנהו למערער מס' 1 ואזי התפתחה שיחה בין הקצין והמערער מס' 1 בנוכחות יתר אנשי החוליות. סופה של שיחה זו שהיתה קולנית, ובה כינה הקצין את החיילים, תוך התרגוזה, בשם "בוגדים", היה שהקצין הורה למערער מס' 1 לחזור למקום המארבים עם על האנשים.

שני המערערים קמו אזי עם פקודיהם ממקום חנייתם והחלו מתנהלים חזרה לכיוון עמדות המארבים. לאחר הליכה של כרבע שעה נזכר מערער מס' 1 ששכח במקום החניה ליד שדרת העצים את החגור שלו. הוא אמר אז לפקודי שימתינו לו בו במקום, והוא, ביחד עם מערער מס' 2 חזר למקום החניה כדי למצוא את החגור. לאחר זמן מסויים חזרו שני המערערים אל פקודיהם, הכל קמו, נעו כ- 20 מ' מן המקום בו היו וכשמצאו בור בצורת תעלה התיישבו בו כולם והחלו לדון במצב. השעה היתה אז 23:30 והחיילים סיכמו שאין טעם לחזור למקום המארב והחליטו אזי על דעת כל המשתתפים, כולל שני המערערים, כי בדו"ח שיגישו למפקדם יספרו כולם אותו סיפור, היינו:

א. שהחוליות שכבו כפי שהורה להם המפקד, הווה אומר חולית מערער מס' 1 ליד הים וחולית מערער מס' 2 ליד הדקלים.

ב. שהם חזרו למארבים לאחר שקיבלו את פקודת סגן ז'.

ג. שהשאר יספרו אמת. "

בשעה 24:00 קמו וחזרו למשק זיקים ומשם למחנה יחידתם. המ"פ, שבינתיים קיבל ידיעה שהמארבים שהיו בזיקים עזבו את המקום לפני הזמן שנקבע לכך – הזמין את שני המערערים לתחקיר כדי לברר כיצד מלאו את תפקידם. שני המערערים ספרו למפקדם את סיפורם ברוח הדברים עליהם החליטו כאמור, קודם לכן, היינו, כי הקימו את המארבים לפי הסדר שנקבע; כי עזבו את מקומותיהם לפני הזמן בגלל סופת חול שמנעה את המשך המארב וכי חזרו למקום

המארב כשסגן ז' פקד עליהם לחזור. לאחר תחקיר ראשון זה, הזמין המ"פ את יתר אנשי החוליות לתחקור שני ואז, לאחר שאמר להם כי הוא יודע את האמת, הודו בפניו שלא שכבו במארבים לפי הסדר הנכון וכי לא חזרו למארבים בהתאם לפקודתו של סגן ז'.

2. עקב פרשה זו הובאו שני המערערים בפני ביה"ד הצבאי המחוזי מחוז שיפוט צפון (בתיק מס' צפ/ 63/62) והואשמו בעבירות שונות לפי פרטי האישום הבאים:

א. פרט ראשון- אי קיום פקודה, לפי ס' 123 לחש"צ, על שלא קיימו את פקודת המ"פ בעניין סדר הצבת חוליות המארב ומקומן, וזה תוך פעולה קרבית (פעולה נגד מסתננים שכמוה כפעולה קרבית).

ב. פרט שני- קשירת קשר לעבור עבירה, לפי ס' 135 לחש"צ, על שהסכימו ביניהם לעזוב את המארבים, וזה נוכח האויב (במקום שמסתננים עלולים לנוע בו).

ג. פרט שלישי- נטישת משמרת, לפי ס' 58 (ב) לחש"צ, על שעזבו את עמדות המארב, וגם זה נוכח האויב.

ד. פרט רביעי- אי קיום פקודה, לפי ס' 123 לחש"צ, על שלא קיימו פקודת סגן ז' לחזור, יחד עם חוליותיהם, למקום המארב, תוך פעולה קרבית.

ה. פרט חמישי- קשירת קשר לעבור עבירה, לפי ס' 135 לחש"צ, על שהסכימו ביניהם למסור למפקדם דו"ח כוזב לגבי ביצוע משימת המארב.

ו. פרט שישי- פגיעה במשמעת, לפי ס' 132 לחש"צ, על שהטעו את מפקדם במסרם דו"ח כוזב לגבי ביצוע משימת המארב.

ז. פרט שביעי- התנהגות מבישה, לפי ס' 129 לחש"צ, על שבשמשם מפקדי חוליות המארב הורו לפקודיהם לעזוב את העמדות לפני המועד שנקבע לכך, נכנסו ל"חירבה" לשניה ולמנוחה, ולא חזרו ליחידתם, כדי להסוות את נטישת המארב, ולאחר שנתגלו ב"חירבה" ונצטוו ע"י קצין לחזור למקום משימתם – לא חזרו, השתהו באמתלא של איבוד חגור והדיחו את פקודיהם למסור דו"ח כוזב למפקדם כאילו חזרו למארב.

3. ביה"ד המחוזי קבע כי כל האשמות, פרט לאשמות לפי הפרטים השני והשישי, הוכחו וחייב בהתאם לכך את המערערים בדינם. לגבי הפרט השביעי קבע ביה"ד כי לא הוכח שהשתהו באמתלא של איבוד חגור ותיקן את האשמה המוכחת בגוף הכרעת-הדין. ביה"ד פסק לכל אחד מהמערערים בגין העבירות בהן חייבם את העונשים הבאים:

על העבירה לפי הפרט הראשון (השינויים בסדר ומקום הצבת החוליות במארב) - 3 חודשי מאסר.

על העבירה לפי הפרט השלישי (נטישת עמדות המארב) - 10 חודשי מאסר.

על העבירה לפי הפרט הרביעי (אי קיום פקודת סגן ז' לחזור למקום המארב) - 8 חודשי מאסר.

על העבירה לפי הפרט החמישי (הדברות למסור דו"ח כוזב למ"פ) - חודשיים מאסר.

על העבירה לפי הפרט השביעי (התנהגות מבישה) - נזיפה חמורה.

מתקופת המאסר הכוללת 10 חודשי מאסר שנגזרו באופן כזה על כל אחד משני המערערים צווה ביה"ד לנכות את תקופת מעצרו לפני המשפט - היינו התקופה שמ- 9.2.62 ועד 22.3.62.

4. על פסק דין זה מערערים שני המערערים ב 3 קבוצות של טענות:

א. טענות של המערער השני נגד הרשעתו בעבירות לפי הפרט השלישי והפרט הרביעי (ס' 1-5 מכתב הערעור);

ב. טענות מטעם שני המערערים גם יחד נגד הרשעתם בעבירות לפי הפרט החמישי והפרט השביעי של כתב האישום (ס' 6,7 מכתב הערעור);

ג. טענות מטעם שני המערערים נגד חומרת עונשי המאסר שהוטלו עליהם בגין העבירות לפי הפרט השלישי והרביעי, היינו עשרה ושמונה חודשי מאסר (ס' 8-13 מכתב הערעור).

נדון עתה בטענות הערעור כסדרן ונקדים כל טענה בציון נימוקי ביה"ד המחוזי בהכרעת דינו וגזר דינו בקשר לנקודה נגדה טוענים המערערים.

5. הטענה הראשונה בה נדון היא טענתו של מערער מס' 2 נגד הרשעתו בעבירה לפי הפרט השלישי, היינו, מעשה נטישת המארב.

ביה"ד המחוזי, בהכרעת דינו, בסס את הרשעת שני המערערים, כולל המערער מס' 2, בעבירה זו של הקביעות הבאות:

א. הוכח כי הוראות המ"פ היו שהמארב יקוים עד שעה 24:00 ואילו שני המערערים עם אנשיהם עזבו את מקום המארב לפני כן, בשעה 22:00 בערך.

ב. טענתם, כי עשו מה שעשו בגלל סופת החול שמנעה באופן אובייקטיבי את מילוי משימת המארב, אין לקבלה משני טעמים, האחד - כי ביה"ד שוכנע שמבחינה אובייקטיבית ניתן היה לקיים את המארב. והשני - כי שוכנע שלא אי אפשרות של המערערים לקיים את המארב אלא אי נוחיות בקיום המארב בתנאי הסופה היא שהניעה את המערערים לעזוב את מקום המארב והתנהגותם לאחר נטישת המערב היא המוכיחה.

6. טענתו של ב"כ המערער מס' 2 נגד הקביעות האמורות של ביה"ד המחוזי נומקה כך:

א. אין חולק שמערער מס' 1 מונה כמפקד שתי חוליות המארב גם יחד ובתור שכזה שימש בזמן המארב מפקדו של מערער מס' 2, וזה האחרון חייב לציית לו בכל עניין הנוגע לביצוע המארב, כולל זמן קיפול החוליות.

ב. הוכח כי מערער מס' 1 הוא שהורה למערער מס' 2 לקפל את החוליה ורק לאחר מתן הוראה זו עשה מערער מס' 2 את המעשה בגללו הורשע, היינו, קיפול החוליה לפני שעה 24:00.

ג. גם אם ההוראה של מערער מס' 1 היא בלתי חוקית הרי השאלה היא האם היא היתה בלתי חוקית בעליל.

שאלה זו תוכרע לפי מבחן אובייקטיבי, דהיינו, לפי התשובה שיש לתת לשאלה האם בנסיבות המקרה היה חייל ממוצע בדרגתו ובמעמדו של מערער מס' 2 עומד על כך כי הפקודה היא בלתי חוקית בעליל? אם מתוך טעות- כנה והגינות – הוא מגיע למסקנה שקיים ספק לגבי אי חוקיותה של הפקודה, עדיין עומדת לו ההגנה האמורה, כיוון שפקודה שהיא ספק חוקית וספק בלתי חוקית חייב חייל למלא אחריה.

ד. בנסיבות הנדונות היה מקום לחייל סביר לחשוב שיתכן וסופת החול עשתה את מילוי משימת המארב לבלתי אפשרית וכי מסיבה זו החליט מערער מס' 1 על קיפול המארב ובנסיבות כאלו חייל סביר במעמדו ובדרגתו של מערער מס' 2 לא היה רואה את הפקודה כבלתי חוקית בעליל.

7. מבחנה של טענה זו הוא, לדעתנו, בשאלה האם צדק ביה"ד המחוזי בקבעו כפי שקבע, לא רק שסופת החול לא מנעה, אובייקטיבית, את ביצוע המשימה בנסיבות הנדונות, אלא גם כי מבחינה סובייקטיבית המערערים ידעו שעשו מעשה פסול מבחינה צבאית, היינו, שהפסיקו ביצוע המשימה ללא סיבה מוצדקת, ובמילים אחרות, הפסיקו את המארב לא מפני שאי אפשר היה לבצעו אלא מפני שלא נוח היה לבצעו. רוב חברי ביה"ד סבורים, לאור הנסיבות שנתבררו ונקבעו ע"י ביה"ד המחוזי בהכרעת דינו, כי יש טעם בתשובה ב"כ המשיב, סרן גרוסמן, לטענת רס"ן שינדלר, ב"כ המערערים, והיא, כי כל התנהגותם של המערערים לאחר שעזבו את מקום המארב מוליכה למסקנה אחת ויחידה והיא כי הם ידעו שעשו מעשה פסול מבחינה צבאית בזה שעזבו את המארב, והמשמעות היחידה שיש לתת לכך היא כי הפסול היה בזה שלא עשו את המאמץ הדרוש על מנת להישאר במקום המארב על אף סופת החול, בנסיבות כאלה לא יכול המערער מס' 2 להצליח בטענתו כי לא עמד על כך שהפקודה היתה בלתי חוקית בעליל. זאת ועוד אין לנו ספק שכל חייל סביר במעמדו ובדרגתו של המערער מס' 2 – חייל שכמעט סיים קורס מכי"ם – היה מבין שהפקודה של המ"פ לקיים את המארב עד שעה 24:00 חייבה אותו, בנסיבות המקרה, להישאר במקום ולעשות מאמץ כדי להישאר וכי לא קרה שום אירוע מיוחד אשר יצדיק, ומבחינה צבאית יסמך, משום כך, את המערער מס' 1 להפר הוראה יסודית לגבי קיום המארב ולסגת מן המקום. אין אנו סבורים שפרט לעניין הסופה יכול היה איזה שיקול אחר להיראות כמצדיק את הפסקת המארב.

בסכומם של דברים דחינו לכן ברוב דעות את טענת הערעור הראשונה.

ברצוננו להדגיש שמושכל צבאי יסודי הוא ככל שהמשימה היא חיונית יותר וידועה למבצעה בתור שכזו, תידרש מאתם מידת מאמץ גדולה יותר כדי לעמוד במשימה, על אף כל מיני קשיים המפריעים להגשמתה. במקרה הנדון לפנינו ידעו החיילים שהם מקיימים מארב למסתננים במקום שבו מסתננים עלולים לנסות לעבור, עובדה זו צריכה היתה לעשות את משימתם לחיונית בעיניהם במידה שיגלו מאמץ רב לביצועה על אף קשיים אובייקטיביים, כגון סופת חול וכיו"ב. וכשאנו באים לשקול כיצד היה חייל ממוצע סביר והדגש על המילה "סביר" – קובע עמדה לגבי הוראה שהיא מבחינה מסויימת, כפי שבצדק העיר סרן גרוסמן, מעין הצעה לוותר על המשימה – חייבים אנו לזכור את האמור לעיל.

מידת המאמץ שגילו בנסיבות בודאי שנפלה מזו שחייל סביר בצה"ל היה רואה [כעומדת] בדרישה כמופעה לגבי המשימה הנדונה ומכאן שבהוראה לקפל המארב היה רואה פקודה בלתי חוקית בעליל.

8. טענת הערעור השניה מכוונת נגד הרשעתו של מערער מס' 2 בעבירה לפי הפרט הרביעי לכתב האישום, היינו, אי קיום פקודתו של סגן ז' לחזור למקום המארב, כאמור. כזכור, קבע ביה"ד בממצאיו העובדתיים כי שני המערערים קיבלו מסגן ז' פקודה, בהיותם ליד ה"חירבה" לחזור למקום המארב וכי שניהם לא קיימו פקודה זו.

שני נימוקים בפי המערער נגד ההרשעה לפי פרט זה: הנימוק האחד הוא כי רק מערער מס' 1 קיבל את הפקודה האמורה ואילו מערער מס' 2 בכלל לא שמע את הפקודה וביה"ד גם לא קבע ממצא מסויים בנקודה זו. הנימוק השני, לחילופין, הוא כי אפילו היה מקום לקבע שמערער מס' 2 ידע על קיום הפקודה מתוך ששמע עליה מפי חבריו, לא היה חייב למלא אחר פקודה זו, כיון שמפקדו הישיר, מערער מס' 1, לא העבירה לו בתור שכזו, ומשלא עשה כן לא היה המערער מס' 2 חייב בקיומה.

שני הנימוקים גם יחד אינם יכולים להתקבל.

אמנם נכון כי ביה"ד לא קבע ממצא מיוחד לגבי השאלה אם מערער מס' 2 שמע את הפקודה. ברם, ביה"ד קבע כי שני המערערים קיבלו את הפקודה ומבחינה מעשית משמעות הקביעה הזו היא שביה"ד לא האמין למערער מס' 2 שלא ידע על דבר הפקודה וראה את החומר שהיה לפניו מספיק כדי לבסס מסקנה כי למערער נודעה הפקודה, אם מתוך ששמע עליה מפי חבריו ואם מתוך ששמע ממש בעצמו את פרטי הויכוח והשיחה הקולנית שהתנהלו, לפי ממצאי ביה"ד, בין הקצין ומערער מס' 1, אשר בהם נתן הקצין את הפקודה לחזור. אין, לדעתנו, כל נפקא מינה לגבי חובת קיום הפקודה האמורה ע"י מערער מס' 2, אם הוא שמע אותה באותו רגע ממש שיצאה מפי הקצין במהלך השיחה עם מערער מס' 1 או שנודע לו דבר קיומה ותוכנה של הפקודה לאחר מכן מפי מערער מס' 1 או שאר האנשים. תאור הנסיבות של אותו המעמד בו ניתנה הפקודה ומה שהתרחש לאחר מכן - התנועה חזרה למקום המארב - מוליך למסקנה אחת ויחידה, והיא, שהמערער ידע על דבר הפקודה וידע למה קמים פתאום הכל והולכים חזרה. יהיה זה אבסורד להניח אחרת.

אשר לנימוק השני - נימוק זה יש לבחון לאור מושכלות צבאיים אלמנטריים ונהלים צבאיים, במידה שאלה נקבעו בתורה שבכתב ובתורה שבע"פ. אין לנו צל של ספק שעל רקע פקודות כאלה חייבה פקודת הקצין הנדונה את כל אחד ואחד מאנשי חוליות המארב שהיו באותו מעמד כאילו הופנתה אליו ישירות וחובת קיום הפקודה האמורה לא היתה מותנית ומסוייגת כלל ועיקר בהסכמת מערער מס' 1 לקיומה או מתן היתר או אישור לקיומה או בזה שמערער מס' 1 העבירה ממש במו פיו למערער מס' 2.

ברוב דעות אנו דוחים גם את הערעור נגד הרשעת מערער מס' 2 בעבירה לפי הפרט הרביעי.

9. טענת הערעור השלישית מכוונת נגד הרשעתם של שני המערערים גם יחד בעבירה לפי הפרט החמישי של כתב האישום, היינו, בקשירת קשר לעבור עבירה, לפי ס' 135 לחש"צ, בזאת שהסכימו ביניהם למסור למפקדם דו"ח כוזב בנוגע לבצוע המארב.

כזכור, זיכה ביה"ד את שני המערערים גם יחד מן האשמה שהובאה נגדם בפרט השישי של כתב האישום, בו יוחסה להם עבירה של מעשה הנוגד את הסדר הטוב בצבא בגין עצם הדיווח הכוזב שדווחו למפקדם בעקבות מעשה הקשר למסור דווח כוזב.

ב"כ שני המערערים טען, ולכאורה נראית הטענה טענה הגיונית, כי אם זכה ביה"ד את שני המערערים מן האשמה שיוחסה להם בפרט השישי מכיוון שלא מצא פסול חוקי בעצם הדיווח הכוזב, הרי צריך היה לראות את האשמה בקשירת קשר למסור אותו דיווח כחסרת בסיס מאחר וקשר לעשות מעשה שאינו מהווה עבירה – אינו עבירה.

10. ברם, גם טענה זו אין בידינו לקבל, משני טעמים:

ראשית: קשירת הקשר למסור דיווח כוזב למ"פ, אשר יוחסה למערערים, נעשתה לא בין שני המערערים בלבד, כי אם בינם לבין כל שאר אנשי המארב. אנשים אלה בודאי שלא היו מפלילים עצמם לו סיפרו ששני המערערים התחלפו ביניהם במקומות המארב, ומשום כך דיווח כוזב מצדם בנקודה זו הווה עבירה וההדברות של שני המערערים אתם – לפחות בנקודה זו – הווה קשר למעשה שלגבי החיילים האלה בודאי הווה עבירה שלא היה להם חפוי משפטי לגביה. והסיכום הכללי בין כולם לספר דברי שקר ולענות תשובות כוזבות למפקדם, היא קשירת קשר לעבור עבירה גם ע"י מי שלא היתה לו, אפילו לדעת ביה"ד דלמטה, כל הצדקה וכל זכות שלא לספר את האמת.

שנית, והוא העיקר: לדעתנו, זיכויים של המערערים מהעבירה לפי פרט שישי אינו מבוסס, כפי שנמק להלן, ועל כן, אם כי לא נתערב בזיכוי זה באין ערעור עליו מצד התצ"ה, הרי סברנו כי בדיווח הכוזב היה משום עבירה על סעיף 132 לחש"צ, נופלת טענת הערעור כולה נגד ההרשעה בעבירה לפי הפרט החמישי.

11. ואלה הנימוקים לסברתנו כי חייל המוסר דו"ח כוזב למפקדו, מתוך מגמה להסתיר את האמת אשר בגילוייה יש משום הפללתו, פוגע בסדר הטוב ובמשמעת הצבא ועובר על סעיף 132 לחש"צ:

א. הכלל הוא כי זכותו של כל אדם היא שלא להפליל עצמו ולא לספק חומר מרשיע נגד עצמו. אולם, זכות אי ההפללה עצמית איננה מוקנית באופן אוטומטי לכל אדם, כי אם יש לעמוד על החלתה ע"י דרישה מפורשת לקיומה. עד או נחקר הנשאל שאלה כלשהי, רשאי להודיע כי הוא מסרב לענות עליה משום שהיא עשויה להפלילו. כל עוד לא הודיע העד או הנחקר כי ברצונו להשתמש בזכותו – השאלות אותן הוא נשאל ותשובותיו עליהן נכללות במסגרת הראיות הכשרות (ראה על כך בספרו של ויגמור על העדות הוצאה שניה, כרך 8, עמ' 388, ס' 2268).

ב. יתר על כן, לדעתנו הזכות לאי הפללה עצמית קיימת רק באופן פסיבי ע"י מחדל ולא בצורה פוזיטיבית – ע"י מעשה, כלומר, רשאי האדם לשטוק ולהימנע ממתן תשובה, העשויה להפלילו, וכמו כן אין הוא חייב לספק חומר ראיות מפליל נגד עצמו. אולם, אסור לו לשקר ולמסור דברים בלתי נכונים או להעלים חומר מרשיע הקיים נגדו.

בנקודה זו הננו מסתייגים מדבריו של פרופ' ויליאמס בספרו על החוק הפלילי, הוצ' 2, בעמ' 417, מהם נראה כי הוא נוטה לחשוב שיש להרחיב את זכות אי ההפללה וטוען כי אין להעניש נאשם אשר בדברי שקר מנסה להרחיק עצמו מהאשמה. אנו סבורים כי צודקים, בייחוד במסגרת הצבא, אותם חכמי משפט ואתם פסקי הדין המצוטטים על ידם, הסבורים כי מעשים כאלה, אפילו אם הם מבוצעים ע"י נאשם, הנם פסולים ונענשים ע"י החוק (וראה שוב ויגמור, שם, עמ' 300, ס' 2250, המביא דעתו של ג'רום בנטהם, אשר גם התנגד כליל לקיום זכות אי ההפללה וראה בה עיוות דין והטית משפט).

ג. אולם, אנו מרחיקים לכת וסבורים כי בנסיבות המקרה שלנו, וביחס למסירת דו"ח למ"פ, לא עמדה הזכות לאי הפללה עצמית למערערים כלל, לא בתורת הצדקה למסור דו"ח כוזב ואפילו לא בתור זכות להימנע ממסירת דו"ח כלשהו, וזאת מסיבות אלה:

המקור המשפטי של הזכות לאי הפללה עצמית, למרות הימצאותו בחקיקה הישראלית במקומות שונים, כולל חש"צ, הנו במשפט המקובל האנגלי ומועבר אלינו דרך סמן 46 של דבר המלך במועצתו 1922, ושם עלינו לחפש את הנימוקים עליהם מבוססת הזכות וכן את היקפה ותחולתה. מתוך ניתוח תולדות הזכות הזו והתפתחותה במשפט האנגלי מתברר כי לא יסוד של צדק הוא אשר מונה ביסודה וכי רק נימוקים של מדיניות ואדמיניסטרציה משפטית הם שהביאו לקביעת זכות זו, דהיינו, החשש כי העדר הזכות לשתוק יביא לכך שהתביעה תסמוך על הפללתו העצמית של הנאשם, מבלי לחפש מקורות מרשיעים אחרים, ובמקרים אחרים תנסה להשיג את ההרשעה העצמית בדרכי לחץ ופיתוי ואפילו באמצעים פסולים (ראה ויגמור, שם, עמ' 309 ועמ' 363, ס' 2263, הערה 1). כתוצאה מכך הגביל המשפט המקובל תחולת הזכות במידה רבה ונקבעו מקרים רבים בהם זכות זו אינה קיימת כלל.

הגבלה אחת, הנוגעת לנימוקנו הראשון, הוא הכלל כי זכות אי ההפללה העצמית קיים אך ורק ביחס לנאשם עצמו, אבל בשום אופן לא כלפי אדם אחר (ראה ויליאמס, שם, וכן ויגמור, שם, עמ' 342, ס' 2259).

כלל אחר אשר נקבע במשפט המקובל ביחס לזכות אי ההפללה הוא כי זכות זו קיימת אך ורק בהליכים משפטיים של חקירה או בעת משפט, כאשר האמירה המפלילה עשויה להביא לידי הרשעה או לעזור לה. לא כן בהליכים אדמיניסטרטיביים או אחרים, אשר אין להם קשר ישיר לאשמה או חוסר אשמה, וכל מטרתם הוא ניהול סדיר ותקין של האדמיניסטרציה הציבורית (ראה ויגמור, עמ' 324 ועמ' 7-385, ס' 2265 ו-2266).

מאחר שכן, הרי חייבים היו המערערים לדווח למפקדם על פעולותיהם ומעשיהם, ולא יכלו להימנע ממסירת דו"ח אמת מבלי לתת את הדין על כך, וכל שכן שאסור היה להם למסור דו"ח כוזב ולהסכים עם אחרים לעשות זאת.

הננו למדים על חובת המערערים למסור דו"ח למפקדם, ודו"ח אמת בלבד, למרות העובדות המרשיעות אשר דו"ח זה היה כולל, בהלכה נוספת של המשפט המקובל. הלכה זו קובעת כי כאשר חייב אדם, בתוקף תפקידו או מעמדו, לשמור על מסמכים או לדווח

לאחר על מצב כלשהו, קיימת חובה זו, ואין הוא יכול להיפטר ממנה, גם כאשר המסמכים או הדו"ח אשר עליו למסור מכילים חומר מרשיע נגד עצמו.

אם נלמד גזירה שווה מההנמקה להלכה זו לגבי חובת דיווח בכלל ודיווח אמת בפרט בצבא נאמר כי חובת הדיווח של החייל על מעשיו למפקדו היא כללית וחלה עליו בתוקף תפקידו ומעמדו, ואילו זכותו לשתוק ולא לגלות חומר מרשיע קיימת לגביו בתורת נאשם בלבד ולגבי עובדות מסויימות בלבד. על כן, אין הנסיבות האחרונות פוגעות בחובתו הכללית, ועליו למלא חובתו תוך התעלמות מהנסיבות המיוחדות (ראה ויגמור, שם עמ' 346-354).

ה. בבחנו את החקיקה הישראלית הננו רואים כי מגמתה צמצום וביטול זכות אי ההפללה העצמית בכל מקרה בו זכות זו מתנגשת או עשויה להתנגש בטובת הצבור או בתועלתו, לא רק הביטחוניית אלא גם הפיסקלית. לדוגמא: ס' 32 לחוק הפיקוח על מצרכים ושירותים, תשי"ח 1957, או מס' 22 לפקודת פשיטת הרגל.

ו. מגמתו האמורה של המחוקק הישראלי ברורה והגיונית במיוחד בשטח הצבאי בו שמירה על זכות אי ההפללה עצמית עשויה לפגוע בכושר פעולתו של הצבא ובביצוע משימותיו. אם ניקח, לדוגמא, מפקד השולח קבוצת סיירים אל קרבת האויב במגמה להשיג ידיעות חשובות, ואלה מתוך אי נוחות או מסיבה אחרת כלשהי אינם מבצעים משימתם וחוזרים ליחידתם ללא השגת הידיעות. האם יתכן כי יצדקו כאשר ימסרו למפקדם דו"ח כוזב וידיעות דמיוניות, כדי להסתיר העבירה של אי ביצוע משימתם? והרי דיווחם הכוזב עלול להמיט אסון על כל יחידתם. יתר על כן, האם מותר יהיה להם לסרב למסור דו"ח כלשהו ולשתוק מתוך הסבר שדבריהם עלולים לגלות כי לא מלאו הפקודה?

ברור הדבר כי במקרים האלה, כמו במקרה שלנו, מחייבים ויתור על זכות השתיקה, וכאשר הדיווח הכוזב או הניסיון לשתוק ולהימנע מדיווח כלשהו פוגעים בסדר הטוב ובמשמעת הצבא - הם נכללים במסגרת סעיף 132 לחש"צ (סימוכין לכך כי החייל חייב לוותר על זכות אי הפללתו, כאשר טובת הצבא דורשת זאת, הננו מוצאים בעובדה כי סעיף 19 לחש"צ מסייג את הצידוק מטעמי הכרח או צורך במקום בו חייב החייל להקריב את החיים, הגוף או הערך).

מאידך, מקום שחייל מוסר דיווח במהלך תחקיר שמטרתו לברר אשמתו - חייב החוקר, אם הוא מתכוון להשתמש בחומר להאשמתו של החייל, להזהירו ולפעול כאמור בסעיף 266 לחש"צ ובלי זאת לא תוכל התביעה להשתמש בחומר שנגבה על ידה כעדות במשפטו. ברם, כאשר התחקיר מטרתו השגת ידיעות צבאיות אין החייל יכול לסרב לדווח על פעולותיו ולעמוד על סירובו אך ורק משום שע"י כך תתגלה עבירה שעבר. תימוכין לדעה זו הננו מוצאים בקיום האינסטיטוציה ששמה קצין חוקר או ועדת חקירה צבאית, אשר אין להשתמש בחומר המובא בפניהם כראיה במשפט (ראה ס' 538 לחש"צ).

משום כך סבורים הננו כי מסירת הדו"ח הכוזב למ"פ ע"י המערערים, היה בו משום עבירה על סעיף 132, ובהידברותם ובהסכמתם, יחד עם אנשי המארכ האחרים, למסור דו"ח כוזב זה - משום קשירת קשר לעבור עבירה.

12. טענת הערעור הרביעית מכוונת נגד הרשעתם של שני המערערים בעבירה לפי הפרט השביעי של כתב האישום, היינו בהתנהגות מבישה לפי סעיף 129 לחש"צ.

הטענה היא כי מעשי שני המערערים כפי שתוארו בממצאי ביה"ד מחוזי נעשו לא מתוך כוונה רעה אלא מתוך שיקול דעת מסויים, ואפילו הוא נמצא בסופו של דבר מוטעה. כך הדבר לגבי עזיבת מקום המארב בגלל סופת החול שהמערערים ראו בה בצדק או שלא בצדק גורם המבטל את כל ערך המארב. וכך הדבר בהתנהגותם שלאחר מכן, בזה שלא חזרו למארב כשנצטוו לעשות זאת, בסברם כי אין טעם מעשי בכך בגלל השעה המאוחרת (השעה היתה 23.30), ומה גם כשהחייילים האמינו שנשקם אינו בר פעולה בגלל חול שחדר אליו כתוצאה מהסופה.

13. איננו סבורים כי מעשי המערערים היו תוצאה של טעות בשיקול גרידא. כבר ציינו עם דחית הערעור על ההרשעה בעבירה לפי פרט 3, שהננו סבורים כי יש יסוד לקביעה שהמערערים פעלו מתוך כוונה לבחור בדרך הנוחה והקלה, והם גילו חוסר נכונות לעמוד במאמץ אשר נדרש מהם לבצוע פעולה צבאית שהוטלה עליהם במשימה.

קיום מארבים במקום הידוע כנתיב חדירה של מסתננים הנו פעולה צבאית נוכח האויב ממש, הדורשת מחייל בצה"ל גילוי כל מאמץ והתמדה אפשריים לביצוע המשימה, כך שאי עשיית מאמץ עשויה בנסיבות מסויימות להיחשב להתנהגות מבישה. לאור העיקרון כי המבחן מהי התנהגות מבישה הנו אובייקטיבי, כלומר כיצד נראית ההתנהגות המסויימת בעיני החייל הסביר, הרי נטישת המארבים ע"י המערערים משום שלא נוח היה לקיימם הנה לדעתנו התנהגות מבישה בגדר סעיף האשמה, יתר על כן התנהגותם של המערערים לאחר המעשה, ניסיונם לחפות על מעשיהם ולהטעות את מפקדם ע"י דיווח בלתי נכון מהווים כשלעצמם התנהגות מבישה ומוכיחים גם כי המערערים הכירו בפסול שבמעשיהם הראשונים. משום כך הננו סבורים כי ההרשעה באשמה לפי הפרט השביעי בדין יסודה, ואין מקום לפסלה.

יצוין שהחלטת זו נתקבלה ברוב דעות, ואילו השופט בעל דעת המעוט היה סבור, במידה שהדבר נוגע למערער מס' 2, שמאחר ולדעתו לא היה מקום להרשיע את המערער הזה בפרטים 3 ו 4, לא היה גם מקום להרשיעו בפרט 7.

14. טענת הערעור החמישית והאחרונה שהיא חלופית לטענות הקודמות מכוונת נגד חומרת העונשים שנפסקו לכל אחד משני המערערים - 10 חודשי מאסר בגין נטישת המארב כאמור (פרט 3) ו-8 חודשי מאסר בגין אי קיום פקודת הקצין לחזור למארב (פרט 4).

מתוך עיון בגזר הדין למדנו אנו כי ביה"ד המחוזי נתן דעתו על כל הנסיבות של המקרה לקולא ולחומרה בצורה מניחה את הדעת, פרט לנסיבה אחת שיש לראות בה נסיבה מקילה לגבי המערער מס' 2 שביה"ד לא נתן דעתו עליה והיא העובדה שמבחינת המעמד הצבאי המערער מס' 2 היה בכל זאת כפוף למערער מס' 1. אף שלא היה בנקודה זו, בנסיבות המקרה, כדי להצדיק ציות להוראתו - הצעתו לנטוש את המארב, הרי היה בה לדעתנו, כדי לחייב הקלה בעונשו. שכן מבחינה עקרונית עונשו של המפקד אשר עבר עבירה צבאית יחד עם פקודו חייב להיות חמור יותר מעונשו של מי שכפוף לו ואפילו הבדלי המעמד הצבאי הם קטנים.

הצד השני של המטבע הוא כי עונשו של הפקוד צריך להיות קל במידת מה מאשר עונשו של מפקדו כאשר שאר הנתונים שווים.

ביה"ד המחוזי לא נתן דעתו לשיקול זה, ופסק לשני המערערים עונשים זהים, ובנקודה זו טעה לדעתנו.

לאור כל האמור לעיל פסקנו כפי שפסקנו בערעור זה.

בשולי פסק הדין ברצוננו להעיר את הערות הבאות:

בנוסף להערות שהעיר ביה"ד המחוזי בהכרעת דינו ברצוננו לציין כי במידה מסויימת תרם הפיקוד במקום לאותה אווירה של זלזול וחוסר הקפדה על ביצוע המשימה:

א. המ"פ במקום לעמוד פנים מול פנים לשני המערערים להסביר להם משמעות הטלת התפקיד שהטיל על מערער מס' 1 סמכויותיו ותחומי סמכויות אלו ולוודא הבנת דבריו כדרוש בחר לבצע חובתו זו ע"י כך שניגש אל המכונית לפני שעזבה אמר מה שאמר למערער מס' 1 שישב בתא ה-נ.נ. מבלי שמערער מס' 2 יהא נוכח.

ב. המארבים התקיימו ללא השתתפות קצין או ממ"ק לפחות כדרוש לפי ההוראות ומבלי שהמארב יובא אל מקום המארב ע"י קצין או ממ"ק.

יש להניח כי דוגמא של כובד ראש במילוי חובה זו היה מונע אולי את הטיולים בין אנשי שני המארבים לאחר שהם נכנסו לפעולה. טיולים שבודאי היה בהם כדי לגלות עמם מקום המארבים ולבטל ערכם לגבי מסתנן אפשרי שהיה עוקב וצופה אל השטח, והיה בודאי מסייע למנוע אוירה ויחס של מה בכך לגבי מילוי התפקיד כפי שנתגלה בפרשה זו שלפנינו.

ניתנו היום (24.7.62) כ"ב תמוז תשס"ב, והוקראו בדלתיים סגורות בנוכחות הצדדים.

נספח כ': ע/185/62 התובע הצבאי הראשי נגד קזרנובסקי

ע/185/62

התובע הצבאי הראשי

נגד

רב"ט קזרנובסקי משה

בבית הדין הצבאי לערעורים

בפני השופטים: אל"ם חופי יצחק - אב"ד

סא"ל ד"ר אביר שמואל - שופט

סא"ל דבורין חיים - שופט

פסק דין

1. הבעיות שהועלו לדיון בפנינו בשמיעתו של ערעור זה היו בחלקן פרוצסואליות, ואילו בחלקן המטריאלי הועמדה בפנינו בעיה חשובה, והיא, המסיבות שבהן לא תחשב לו לחייל כעבירה העובדה שלא קיים פקודה חוקית שניתנה לו ע"י מפקדו.

2. ואלו בקצרה העובדות הצריכות לעניין ערעור זה:-

המשיב, שהוא חייל מילואים, היה בשירות בתפקיד של בזוקאי, וביום 4.7.62 הורה לו מפקדו, סרן חביב, שיירה מהמרנ"ט שנמסר לידו לעבר "עמדת הפינה", וזאת על מנת לשתקה, מיד עם פתיחת אש ע"י הירדנים מאותה עמדה. לשם כך נמסרו למשיב שלושה פגזים והוא היה צריך להפעיל את הבזוקה משטח בית הקברות הצופה לעבר "עמדת הפינה".

אין חולק שהמשיב ירה פגז אחד בלבד ועקב עשותו כן הובא לדין בפני בית-הדין הצבאי המחוזי מחוז שפוט המרכז (בתיק מס מר/245/62) והואשם בשלוש עבירות. הפרט הראשון ייחס לו עבירה של אי קיום פקודה, לפי הסיפא לס' 123 לחש"צ, בכך, שתוך פעולה קרבית של יחידתו, לא הסכים לירות את הפגזים הנותרים שנותרו ברשותו לאחר ירי הפגז הראשון, כאמור לעיל, בניגוד לפקודה שקיבל ממפקדו, סרן חביב. הפרט השני, שהיה חלופי לראשון, ייחס למשיב עבירה של אי קיום הוראות המחייבות בצבא, לפי ס' 133 לחש"צ, על שעקב התנהגותו האמורה פעל גם בניגוד לס' א' (1) מההוראות לפתיחה באש בקו העירוני של ירושלים. ואילו הפרט השלישי ייחס לו אף הוא עבירה של אי קיום הוראות המחייבות בצבא, לפי ס' 133 לחש"צ, על שעקב התנהגותו האמורה פעל גם בניגוד לס' א' (2) להוראות האמורות.

בי"ד קמא זיכה את המשיב מכל שלושת הפרטים גם יחד, בהיותו סבוה, במידה שהדבר נוגע

לשני הפרטים הראשונים, שאכן קיים המשיב את הפקודה, מאחר וירה מהמרנ"ט שברשותו לעבר "עמדת הפינה" מיד עם היפתח אש הימנה לעבר עמדותינו אנו. ואילו באשר לפרט השלישי היה בי"ד קמא סבור, מחד גיסא, שהמשיב פטור היה מלהמשיך ולירות פגזים נוספים, מכיוון שהיה נפגע טרם היה סיפק בידו לעשות כן, ומאידך גיסא, סבר בית-הדין שלא הוכח לו, מעל לספק סביר, שהאש מעמדות האויב נמשכה גם לאחר ירית הפגז הראשון, כאמור לעיל, שהוא תנאי לעבירה עפ"י הפרט השלישי, כפי הפירוש שניתן ע"י ביה"ד לס' א(2) להוראות האמורות.

3. מכאן ערעור זה, בו נתבקשנו ע"י בא"כ התצ"ר לקבוע שטעה בי"ד קמא גם טעה בזכותו את המשיב מן האשמות שהובאו נגדו בכתב האישום, כאמור לעיל. אולם, ב"כ התצ"ר גם בקשנו שניתן דעתנו על שתי שאלות דיוניות המתעוררות ממהלך הדיון דלמטה והכרעת הדין שניתנה ע"י בי"ד של ערכאה ראשונה. הואיל והבעיות הדיוניות הללו משניות הן בחשיבותן לצרכי ערעור זה, אומרים אנו ללכת מן הקל אל הכבד ונפסוק תחילה בהן.

4. הבעיה הראשונה היא זו: ביום 13.9.62, מיד לאחר שהסניגור שהופיע בפני בי"ד קמא השלים את סכומי טענותיו הוא, נרשמה ע"י ביה"ד בפרוטוקול החלטה בזו הלשון:

"הכרעת – הדין. ביה"ד החליט לזכות את הנאשם ברוב דעות מכל שלושת הפרטים. ביה"ד ימסור את הכרעת-הדין המנומקת בתאריך 14.10.62 בשעה 14:00"

ואכן, ביום 14.10.62 הוקראה ע"י ביה"ד, בנוכחות הצדדים, הכרעת-הדין המנומקת האמורה.

טוען אפוא, ב"כ התצ"ר שמעשהו האמור של בי"ד קמא פסול היה מבחינת דין, לביסוס טענתו זו תמך ב"כ התצ"ר יתדותיו בס' 385 לחש"צ, לפיו חייב ביה"ד, לאחר ששמע את סכומי הצדדים, להחליט, בהחלטה מנומקת בכתב, אם יש להרשיע את הנאשם או לזכותו. הנימוקים, כפי שנקבע הדבר במפורש בס' 396 לחש"צ, חייבים לפרט את העובדות שהוכחו לביה"ד והשקולים שהניעו להגיע להחלטתו האמורה. במידה שהדבר נוגע למקרה בו זוכה הנאשם בדינו (כבמקרה דידן) הרי נחשבת החלטה מנומקת כזאת לפסק-הדין (ראה ס' 398 לחש"צ) ואילו אם חויב הנאשם בדינו, מצורך להחלטת החיוב גור-הדין ושניהם יחדיו מהווים אז את פסק-הדין (ראה ס' 401 לחש"צ).

ברור, אפוא, שבמקרה דידן לא נהג בי"ד קמא בהתאם להוראות האמורות, בפצלו את החלטתו ובתתו תחילה החלטה בלתי מנומקת ולאחר מכן החלטה מנומקת. פיצול כזה אין לו, כפי שנראה בעליל מהוראות החוק אליהן התיחסנו, יסוד חוקי.

על אף שטעה, אפוא ביה"ד בנהגו כפי שנהג, אין אנו אומרים לבטל את פסק דינו מסיבה זו, וזאת לאור הוראותיו של ס' 440 לחש"צ, כי הרי התצ"ר הגיש את הערעור במועד, היינו, תוך 15 יום מן היום בו ניתנה החלטתו בלתי המנומקת של ביה"ד, והוא גם הורשה ע"ינו להעלות בפנינו נמוקי ערעור נוספים לאלה שהיו כלולים בהודעת הערעור שהוגשה על ידו במועד כנ"ל. עם זאת, שימש ערעור זה הזדמנות נאותה על מנת שנביע את דעתנו בשאלה הנידונה וחוזרים אנו וקובעים שבי"ד קמא לא צריך היה לנהוג כפי שנהג וחייב היה ליתן הכרעת-דין מנומקת אחת, ללא פיצול אמנם, יכולים אנו לתאר לעצמנו מקרים שבהם עלולה דחיה לשם

הכנת הכרעת-דין מנומקת לגרום לנאשם עול וקיפוח שיתכן ואינם ניתנים לתיקון, כגון, אם עם תום הדיון בפני ביה"ד נתגבשה מיד אצל חבריו הדעה שיש לזכותו והוא היה נתון אז במעצר. במקרים כאלה ודומיהם יוכל ביה"ד, וזאת קובעים אנו ככלל של נוהג, ליתן החלטת זכוי מידית שהיא בלתי מנומקת וליתן את הכרעת-הדין המנומקת כעבור זמן.

כמובן שביה"ד יעשה, במקרה כזה, מאמץ להקדים את מתן הכרעת-הדין המנומקת ככל שיוכל. אולם, פרט למקרים האמורים אליהם התיחסנו, אין לסטות מהוראותיו המפורשות של ס' 385 לחש"צ, ובודאי שאין לנהוג בניגוד לאמור בו מן הנימוק שהניע את ביה"ד קמא לנהוג כך במקרה דידן, היינו, על מנת "שלא להשאיר את הנאשם במצב של אי בטחון", כפי שהתבטא ביה"ד, אמנם אנו, בביה"ד לערעורים, נוהגים לא אחת לעשות פצולים, כאמור לעיל, לרגלי סיבות מסיבות שונות. אבל, ראשית יש לזכור שס' 385 לחש"צ איננו, וזאת בתקף האמור בס' 405 (ב) לחש"צ, חל על הדיונים בפנינו, ושנית הרי אנו האינסטנציה המשפטית האחרונה בצבא שאין אחריה ערעור והבעיות המתעוררות אצל הצדדים בקשר להגשת ערעור תוך מועד קבוע אינן מתעוררות לאחר שניתן פסק דין ע"ינו אנו.

5. הבעיה הפרוצדוראלית השנייה עליה נתבקשנו ליתן דעתנו נוגעת לשאלת הבאתה של הוכחה מסויימת בפני ביה"ד דלמטה. נסביר דברינו. עם תום פרשת העדויות מטעם התביעה, ביום 12.9.62, ביקש התובע שביה"ד יערוך ביקור במקום אליו מתיחס כתב האישום, היינו, בית הקברות האמור, וזאת על מנת שיתרשם מן השטח והעמדות באופן בלתי אמצעי ולאור שקול זה יעריך את החומר שבפניו. התובע הציע שביה"ד ימשיך בשמיעת עדויות ההגנה באותו יום וכי יערוך את הביקור בירושלים למחרתו. הסניגור לא התנגד לבקשה האמורה וסרן חביב הוסיף שידאג לסדורים המתאימים בקשר לבצוע הביקור. שום החלטה לא ניתנה ע"י ביה"ד בקשר לבקשה זו באותו מעמד. מאידך גיסא, המשיך ביה"ד בשמיעת המשפט, הן בתאריך האמור והן למחרתו, 13.9.62, וביום זה, לאחר שביה"ד שמע את פרשת ההגנה וכן את הסכומים מפי באי-כח שני בעלי-הדין, נרשמה על ידו בפרוטוקול, מיד לאחר הכרעת-הדין בלתי המנומקת המזכה את המשיב, החלטה בזו הלשון: "אחרי שיקול נוסף החליט ביה"ד לא לנסוע לביקור במקום. החלטה זו נתנה לפני הכרעת-הדין".

שום נמוקים לא נתנו ע"י ביה"ד להחלטתו האמורה, והנה טען בפנינו ב"כ התצ"ר שבמסיבות המקרה טעה ביה"ד קמא בסרבו להענות לבקשת התביעה לבקר במקום. תשובתו של הסניגור המלומד להשגה זו של ב"כ התצ"ר היתה שביקור במקום עניין שבשקול דעת הוא מכיוון שביה"ד קמא סרב, לפי שקול דעתו, להענות לבקשה, הרי שבזאת תמה הפרשה ואין מקום לערער בגינה בפנינו, אלא אם כן הטענה היא שביה"ד נהג בשרירות לב, ואילו במקרה דידן לא הועלתה טענה כזאת בפנינו.

אין חולק שחש"צ שותק בנידון זה, כי אין בו הוראה לכאן או לכאן. עם זאת, אין גם חולק שביקור במקום עדות כשרה היא ושעפ"י עקרונות משפטיים מקובלים מסור עניין זה, של ביקור במקום, לשקול דעתו של ביה"ד המתבקש לערוך את הביקור. זה מביאנו, כמובן, לבעיה המתבקשת מאליה בכל מקרה בו נידונה השאלה של שימוש בשקול דעת, והיא אם במקרה דידן הפעיל ביה"ד קמא שקול דעתו כהלכה.

בדיקתן של הבעיות שנתעוררו במשפט, מחד גיסא, ושל ניתוחן בהכרעת-הדין המנומקת, מאידך גיסא, איננה מותירה ספק בלבנו שאכן היה זה ממש מקרה קלסי בו צריך היה ב"ד קמא להשתמש בשיקול דעתו לטובת הבקשה שהועלתה בפניו ע"י התובע, כי הרי נתעוררו שאלות בעלות חשיבות רבה לצרכי מתן תשובות לבעיות מרכזיות שנתעוררו במשפט. ביה"ד עצמו הרי ייחס חשיבות כה רבה, כפי שיש לראות מהכרעת הדין המנומקת, למצב הטופוגרפי של השטח כולו, היינו, הן בית הקברות האמור והן "עמדת הפינה" הנשקפת מולו, וכן לאפשרות של מציאת מחסה מאחורי המצבות והעצים שבבית הקברות דלעיל. דברים אלו מראים, אפוא, עד כמה היה ראוי וחשוב, לשם עשיית צדק מלא לשני הצדדים גם יחד, שביה"ד אכן יצא לביקור במקום, מה גם שנתבקש לכך ע"י שני הצדדים ונאמר לו שנעשו הסידורים הטכניים לביצוע הביקור. אמנם אין אנו מתעלמים מן העובדה שהיו בפני ביה"ד עדויות על פיהן יכול היה, מבחינת משפטית דווקנית, ולפי שיקול דעתו, להחליט בשאלות שלגביהן נתבקש לבקר במקום, בהאמינו בשאלות אלו למשיב ועדיו, גם בלעדי הביקור במקום. ברם, דרך שהיא יפה למקרה רגיל ומסיבות רגילות אין לומר שיפה היא בכל התנאים ובכל המסיבות, בייחוד לגבי השאלות שנתעוררו במשפט זה, מה גם שבי"ד קמא לא נימק את החלטתו, בסרבו להענות לבקשת התביעה שיבקר במקום, ואין לדעת, פרט עפ"י ניחושים, מה הדבר שהניע את ביה"ד לנהוג כפי שעשה. בנקודה זו מן הראוי גם להביא בחשבון את הוראותיו של ס' 460 לחש"צ, לפיו בכל עניין של סדרי דין שאין עליו הוראה בחש"צ או בתקנות שהותקנו לפיו, ינהג בית דין צבאי בדרך הנראית לו טובה ביותר לעשיית משפט צדק ובלבד שינמק את החלטתו לעניין זה, ואילו במקרה דידן כפי שכבר ראינו, לא ניתנו ע"י ביה"ד נימוקים כלשהם לסירובו.

דעתנו היא, אפוא, שבמסיבות מקרה זה טעה ביה"ד קמא בסרבו להענות לבקשת התביעה. אולם, לאור המסקנות אליהן הגענו לעיצומו של הערעור, אין צורך שנאמר בנקודה האמורה יותר מזאת ואין צורך שנוסיף ונאמר הכיצד היינו נוהגים לגבי נימוק הערעור הנדון לולא המסקנות אליהן הגענו לעיצומו של הערעור, כאמור לעיל.

6. ועתה נדון בערעורו של התצ"ר, במידה שהוא נוגע לזיכוי של המשיב מכל אחד מהפרטים שבכתב האישום, ובעשותנו כן נשקול את טענותיהם של באי-כח בעלי-הדין לגבי כל אחד מפרטי האישום, לפי סדרם. הפרט הראשון, כפי שכבר ראינו, ייחס למשיב אי קיום פקודה, שעה שהעבירה נעברה תוך פעולה קרבית של היחידה; עפ"י חלקו השני של ס' 123 לחש"צ. השאלה הראשונה ששאלנו עצמנו היתה, אפוא: מה היתה הפקודה שניתנה למשיב ושבאי קיומה הואשם? תשובתו לשאלה זו מבחינה עובדתית – נמצאת בהכרעת הדין המנומקת של ביה"ד קמא, בה נקבע באופן ברור בפסקות ו' ו-י"א לס' 4 של הכרעת הדין האמורה, שהפקודה היתה "להעיף" ולשתק את "עמדת הפינה" עם פתיחת אש ממנה ע"י הירדנים לעבר עמדותינו. שני הצדדים גם יחד לא חלקו בפנינו שאכן זו היתה הפקודה שניתנה ע"י סרן חביב למשיב.

השאלה הבאה שעמדה בפנינו היתה מה משמעותה של הפקודה האמורה. טען בפנינו הסניגור המלומד שכדי לעמוד על כוונת המילים שנאמרו למשיב ע"י סרן חביב אין טוב מלהתייחס לעדותו של נותן הפקודה, הוא סרן חביב, בה הסביר מה הבין הוא בפקודה שניתנה על ידו

למשיב. לפי עדות זו כוונתו של סרן חביב, בתיתו את הפקודה היתה שהמשיב יירה עד שיווצר מצב של הפסקת אש, כלומר, שלא תהיינה יותר יריות לעברנו מצד "עמדת הפינה". לעומתו טען בפנינו ב"כ התצ"ר שעל משמעותה של הפקודה יש ללמד לא מפי סרן חביב, בבואו להעיד בפני ביה"ד ובפרשו את הדברים שם היינו, לאחר מעשה, אלא שיש להבינה באותו אופן שחייל סביר היה מבינה בעת הינתנה ובמסיבות בהן ניתנה.

נראים לנו דברי ב"כ התצ"ר מדברי הסניגור. לנו נראה שאלא אם כן היה סרן חביב מסביר למשיב, שעה שנתן לו את הפקודה, במילים מפורשות שכוונתו כך וכך (היינו, כפי שהדברים הוצגו על ידו לאחר מכן בעדותו בפני ביה"ד), הרי פרושה הסביר של הפקודה היה שיש לירות ולהמשיך ולירות עד ש"עמדת הפינה" תחוסל או לפחות תוצא מכלל פעולה. בעצם, כפי שיש לראות מעדותו של המשיב עצמו בפני ביה"ד, כך הבין גם הוא את הפקודה שניתנה לו (ראה עדותו בדף 72 של הפרוטוקול). לו הבינה המשיב באופן שונה, כפי שטען בפניו הסניגור, מה קל היה לו מלהתגונן בעדותו ולומר שלא המשיך לירות פגזים נוספים לאחר שירה את הפגז הראשון, מכיון שלאחר ירית הפגז הראשון, כאמור, פסקו היריות מעבר "עמדת הפינה"? אולם, המשיב הרי לא בוצע התגונן, אלא טענתו היתה שחשב, לאחר שירה את הפגז הראשון ונוכח לדעת שנתגלה ע"י האויב, שלא יכול להמשיך ולירות באופן יעיל לעבר האויב, כי, כך הוסיף וטען, היה נפגע טרם היה סיפק בידו להגיע לכלל ירי נוסף (ראה עדותו של המשיב בדפים 71 ו-76 של הפרוטוקול).

האם נימוק כזה, כפי שהושמע מפיו של המשיב בעדותו, יכול לעמוד לו בהגנתו נגד האשמה? בהקשר זה שאלנו את עצמנו שאלה נוספת, שהשלכה מכרעת לה לגבי התשובה לשאלה הראשונה, והיא: מנין הבטחון למשיב שכך היה קורה לו, כלומר, שהיה נפגע טרם היה מספיק להגיע לכלל ירי נוסף? לא המשיב ולא אחר מבין כל העדים שהעידו בפני ב"ד קמא אמר שהיה קיים בטחון כזה ולפיכך דוחים אנו בשתי ידיים את ממצאו של ב"ד קמא, שבס' 4(ד) להכרעת הדין המנומקת, ש"אפשר (כלשון ביה"ד) לקבוע בבטחון שהיו פוגעים בו מיה כי הנאשם כבר גילה את עצמו ע"י היריה הראשונה והרגיש ע"י האש שניתכה שאין זו בעיה לפגוע בו מ"עמדת הפינה".

קביעה זו לא זו בלבד שעומדת היא בניגוד גמור לעדויות שהושמעו בפני ביה"ד, אלא, יתרה מזו, דעתנו השקולה היא שאף לו אמרו כך העדים, חייב היה ביה"ד לדחות בגרסה כזו, מהיותה מנוגדת למציאות הצבאית, כפי שידועה לכל איש צבא שיתנסה בפעולות קרביות ולבי"ד זה בתורת ידע שיפוטי. יתכן גם ששיקולים כאלה, היינו, העדר מצב נוח לכוון כלי היריה לאחר שנורה הפגז הראשון והאפשרות הקרובה לודאית שמפעיל הכלי ייפגע אם ימשיך לירות, מהווים נמוקים להקלה בדין, לאחר ההרשעה, אך אין הם יכולים, לדעתנו, בשום פנים ואופן לשמש צדוק מבחינת דין. כלומר, אלא אם כן קיים בטחון (הדגשה שלנו), וכפי שראינו בטחון כזה איננו יכול להיות קיים, שהחייל האמור, במסיבות בהן היה נתון המשיב, להמשיך ולירות ייפגע טרם יהיה סיפק בידו להגיע לכלל ירי, אזי חובתו של החייל היא למלא אחר הפקודה שקיבל אף אם יעלה לו הדבר במחיר חייו. מסקנה אחרת היתה ממש גם בלתי נסבלת ואנה היינו באים לו יכול היה חייל להתגונן בטענה כזו שבה התגונן המשיב? בכל פעולה קרבית יש

משום סיכון חייהם של המשתתפים בה, ולו היתה טענה, כאמור לעיל, נשמעת ומתקבלת, אזי יכולים אנו לומר לבטח שכל קרב של צבא הנזקק לטענות כאלו היה אבוד מראש.

לנו נראה שכה יסודיים הם הדברים שלא היה צורך בשום הוראת חוק מיוחדת למען החדירים לתודעתם של החיילים, ואם קיימת בכל זאת הוראת חוק מפורשת בנידון זה, אזי הותקנה, לדעתנו, רק למען הרחק ספקות. מתכונים אנו לס' 19 לחש"צ הקובע מפורשות, בין השאר, שחייל שעבר עבירה כדי להגן על חייו וגופו, לא ישמש הדבה, על אף האמור בכל דין אחר, עילה לפטור מאחריות פלילית או למחילת העונש, אם לפי הנסיבות שבהן נעברה העבירה הוא היה חייב להקריב את החיים או הגוף.

אין ספק בעניינו שבמקרה דידן חייב היה המשיב להקריב את חייו, תוך כדי קיומה של הפקודה שניתנה לו ומכיוון שלא עשה כן, לא היה, לדעתנו, מנוס מלהרשיעו בעבירה כפי שיוחסה לו בפרט האישום הראשון, וכך אנו עושים בזאת.

7. מכיוון שכך, אין צורך שנפסוק אם אשם המשיב אם לאו עפ"י פרט האישום השני, שהוא חלופי לראשון, ואנו מבטלים אותו בזה. אולם, יצוין, אגב אורחא, שההוראה שבס' א' (1) למוצג ת/2, הן ההוראות לפתיחה באש בקו העירוני של ירושלים, כאמור לעיל, וזה בעצם עם הפקודה שניתנה למשיב ע"י סרן חביב בע"פ, וזו היתה, כנראה, הסיבה שבגינה הואשם המשיב בפרט השני באופן חלופי לראשון. בי"ד קמא זיכה את המשיב מן הפרט השני בקבעו שהמשיב פתח (הדגשה שלנו) באש על מנת "לשתק" את "עמדת הפינה" ובכך קיים את ההוראה שבס' א' (1) האמור. אבל, כפי שכבר ראינו, ברור בעליל שאין די בפתיחה (הדגשה שלנו) באש בלבד וכי כאשר קיימת פקודה, כזו הכלולה בס' א' (1) האמור, אזי יש לירות ולהמשיך ולירות את כל התחמושת שברשותו של החייל (והרי לשם כך ניתנו למשיב במקרה דידן שלשה פגזים ולא פגז אחד) עד להשגת המטרה של "שיתוק" העמדה של האויב, במובן שהוסבר ע"ינו לעיל. מה גם שהסיפא להוראה האמורה קובעת במפורש שיש להנחית את האש מצדנו בצמידות (ההדגשה שלנו) לירות האויב.

8. וכאן באים אנו לטענתו של ב"כ התצ"ר שבי"ד קמא חייב היה להרשיע את המשיב גם עפ"י הפרט השלישי וכי טעה בזכותו אותו הימנו.

בראש ובראשונה, מקבלים אנו את ההבחנה שנעשתה ע"י ב"כ התצ"ר לגבי ההבדל שבין ס' א' (1) לבין ס' א' (2) שבמוצג ת/2 האמור. גם לנו נראה שכוונת הפקודה שבס' א' (1) היא ספציפית. היינו, לגבי מקור אש מסויים, במקרה דידן, "עמדת הפינה", ואילו זו שבס' א' (2) היא כללית, כלומר, לגבי כל מקום ממנו ניתכת אש לעברנו מצד קווי האויב.

והנה, בי"ד קמא זיכה את המערער מן הפרט הנידון משני טעמים, כפי שכבר אמרנו, היינו, משום שסבור היה, מחד גיסא, שהמשיב פטור היה מלהמשיך ולירות פגזים נוספים, מכיוון שהיה נפגע טרם היה סיפק בידו לעשות כן, ומאידך גיסא, משום שסבר שלא הוכח לו, מעל לספק סביה, שהאש מעמדות האויב נמשכה גם לאחר ירית הפגז הראשון.

באשר לטעמו הראשון של ביה"ד דלמטה, כאמור לעיל, הרי תשובתנו לפרט האישום הראשון יפה כוחה גם לגבי טעם זה. יתר על כן, הנמקתו האמורה של ביה"ד איננה נראית בענינו גם

מסיבה אחרת, כי בעוד שבקשר לפרטים 1 ו-2 אפשר היה אולי לטעון שיריתו של המשיב חייבת היתה להיות מכוונת, בהיותה מיועדת לעמדה מסויימת, במקרה דידן "עמדת הפינה", הרי טענה כזאת איננה יכולה להיות תופסת לגבי הפרט השלישי. עפ"י ס' א'(2) האמור היה המשיב חייב לקיים מגע אש ותצפית עם האויב עד להפסקת האש והחזרת השקט. בהיות פקודה זו כללית, כפי שכבר הסברנו, הרי שאיננה מתעוררת בכלל השאלה של כיוון היריה לעבר מקור אש מסויים. מה מנע, אפוא, בעד המשיב מלהמשיך ולירות גם את שני הפגזים הנותרים, שלא היה מחויב לכוונם דווקא לעבר "עמדת הפינה" או מקור אש מסויים אחר שהוא? שאלה זו מקבלת משמעות יתר לאור העובדה שהבזוקה היתה כבר מכוונת עקב הירייה הראשונה והמשיב יכול היה גם יכול להמשיך ולירות את שני הפגזים הנותרים באותו כיוון מבלי שיצטרך בכלל להתרומם מאחורי מחסהו ולגלות עצמו באיזה אופן שהוא.

ואילו באשר לטעמו השני של ביה"ד, אנו סבורים שעומד נהנו בניגוד גמור לדבריו של המשיב עצמו בעדותו. אמר המשיב, בין השאר (ראה בדף 77), שגם לאחר היריה שהוא ירה הוסיפו הירדנים לירות מעמדותיהם, מכל מיני כיוונים ולא היתה כל סיבה נראית לעין שיפסיקו את היריות מ"עמדת הפינה" (אלו היו דבריו).

סיבות אלו בלבד די היה בהן כדי להניענו שנבטל את זכויו של המשיב מפרט האישום השלישי. אולם, הסניגור המלומד שהופיע בפנינו העלה גרסה חדשה, שבה לא דן בי"ד קמא, והיא, לא שהאש פסקה בינתיים, אלא שלפי העדויות שהובאו בפני ביה"ד דלמטה המסקנה היא שלא היה סיפק בידי המשיב לירות פגז נוסף ובינתיים פסקה האש, ואם זו פסקה, הרי אין חולק שלא היה המשיב חייב, במידה שהדבר נוגע לפקודה הכלולה בס' א'(2) לעיל, להמשיך ולירות.

אולם, לדעתנו, גם גרסה זו עומדת בניגוד גמור לעדותו של המשיב עצמו. הוא העיד, בין השאר (ראה בדף 77 לפרוטוקול), שמן הרגע שירה את הפגז הראשון ועד שעזב את המקום, לשם קבלת הוראות נוספות, עברו כ-12 דקות וכי הוא עזב את המקום, כאמור לעיל, מספר דקות לאחר שהאש פסקה. לשון אחרת, לפי טענתו הוא עצמו של המשיב עברו לפחות דקות מספר מן הרגע שירה את הפגז ועד שפסקה האש. איך מבססים דברים אלה את הגרסה האמורה שלא היה סיפק בידי המשיב לירות פגז נוסף ובינתיים פסקה האש? נהפוך הוא, עדותו של המשיב עצמו טופחת על פני הגרסה האמורה ומראה בעליל שאין היא נכונה ושעברו לפחות דקות מספר בין היריה של הפגז הראשון לבין הפסקת האש, בהן היה בידי המשיב סיפק גם היה לירות פגז נוסף ואף את הפגז השלישי, לו היה צורך בכך.

מסיבות אלו דעתנו היא שגם באשר לפרט האישום השלישי לא היה מנוס מלהרשיע בו את המשיב, בהתאם לאמור בו, וכך אנו עושים בזאת.

ניתן ביום כ"ב כסלו תשכ"ג (19.12.62) והוקרא בפומבי ובמעמד בעלי הדין.

גזר דין

המסיבות של הפרשה הנדונה תוארו ע"ינו בפסק הדין ואין צורך שנחזור ונתייחס אליהן. אותן מסיבות מצביעות על חומרת העבירות שבוצעו ע"י המשיב ולולא המסיבות המקלות המיוחדות שהובאו לידיעתנו היינו נוטים לגזור על המשיב עונש חמור.

אולם, נותנים אנו דעתנו על שיקולים אלה:

- א. מאז 1953 ועד לתקריט הנדונה לא שרת המשיב בפועל בצבא, אף לא במלואים, פרט לכך שהשתתף בקורס סיירים, ב-1955, בו למד להשתמש בבזוקה. יש, אפוא משקל מה לטענתו של הסניגור שבעת התקריט לא היתה למשיב תחושה צבאית מספקת.
 - ב. כפי שכבר רמזנו בפסה"ד יש מקום להביא בחשבון את המצב בלתי הנוח בו נמצא המשיב לאחר ירית הפגז הראשון והאפשרות הקרובה לודאית שהיה נפגע לו היה ממשיך לירות.
 - ג. למשיב אין עבירות קודמות מאותו סוג והוא לראשונה בפני בית הדין הצבאי.
 - ד. המשיב בעל לאשה שהיא בחודש השמיני להריונה ואב לילדה בת שנתיים וחצי.
- מסיבות אלו אומרים אנו לנהוג עם המשיב לפנים משורת הדין ואנו פוסקים לו, אפוא עונשים אלה: -

א. בגין פרט האישום הראשון:

1. מאסר לשנה אחת, שיהיה על תנאי, והתנאי הוא שהמשיב לא ישא בעונש זה אלא אם כן יעבור תוך תקופה של שנתיים מהיום, עבירה שהיא פשע או עבירה לפי הסעיפים 122, 123, או 124 לחש"צ.

2. הורדה בדרגה מרב"ט לטוראי.

3. קנס בסך 150 ל"י, שישולם על ידו ב-3 תשלומים חודשיים רצופים ושווים, בני 50 ל"י כ"א, וזאת החל מיום 15.1.63. אם לא ישלם שיעור אחד במועדו, ייאסר לחדש ימים בגין כל אי תשלום כזה.

ב. בגין פרט האישום השלישי:

- מאסר לששה חודשים, שיהיה על תנאי, והתנאי הוא שהמשיב לא ישא בעונש זה אלא אם כן יעבור תוך תקופה של שנתיים מהיום עבירה שהיא פשע או עבירה לפי סעיף 133 לחש"צ.

ניתן ביום כ"ב בכסלו תשס"ג (19.12.62) והוקרא בפומבי ובמעמד בעלי דין.

נספח כ"א: ע/235/65 ברמן נגד התובע הצבאי הראשי

ערעור מס' 235/65

סא"ל ברמן דן

סגן אסקפה יוסף

נגד

התובע הצבאי הראשי

והתובע הצבאי הראשי

נגד

סא"ל ברמן

בבית הדין הצבאי לערעורים

בפני השופטים: אלוף פרי יעקב - אב"ד

סא"ל ירושלמי ישעיהו - שופט

סא"ל ד"ר אביר שמואל - שופט

פסק דין

1. זהו ערעור כפול על פסק דינו של ביה"ד הצבאי המיוחד (תיק מ/64/6) לפיו הורשעו סא"ל ברמן (להלן: "המערער הראשון") וסגן אסקפה (להלן: "המערער השני"), בעבירות של התרשלות לפי סעיף 124 לחש"צ (פרט ראשון) ובאי קיום הוראות המחייבות בצבא לפי סעיף 133 לחש"צ (פרט שני) ונדונו בגין כל אחד מהפרטים בהם הורשעו – המערער הראשון לשלשה חודשי מאסר ע"ת, ואילו המערער השני לעונש של הורדה בדרגה לדרגת סמל.
2. שני המערערים קובלים על הרשעתם בדין, ולחילופין, על העונשים שנפסקו להם, ואילו התצ"ר מערער נגד קולת העונש שנגזר למערער הראשון.
3. שני המערערים שרתו בבה"ד 3, הראשון, כמפקד ענף חי"ר והשני מפקד קורס הכנה למועמדי פה"ד לקורס קציני חי"ר, שהתקיים במסגרת ענף חי"ר.
4. ביום 1.7.64 הוצאו חניכי הקורס למסע נווט במדבר יהודה, בציר של כ-40 ק"מ, בין תל ערד למצדה, כשהם מחולקים לארבע חוליות של ששה איש כל אחת ולכל חוליה ציר תנועה

- משלה. כל חוליה יצאה לדרך עם שתי מימיות כוננות בנוסף למימיה האישית של כל חייל.
5. מסתבר כי החוליות טעו בדרכן, ונעו במשך שעות ארוכות ללא מים; המים מהמימיות אזלו עוד בתחילת המסע והחיילים נאלצו לשבור צימאונם ממקורות מים מקריים ובמי גבים מעופשים ובלתי ראויים לשתייה. אף אחת מהחוליות לא יכלה לדווח על מצבה, כשהן טועות במדבר וכושלות בדרכן, ולהזעיק עזרה, בהעדר קשר בין החוליות לבין ולבין מרכז פיקוד נייד.
6. התביעה הצבאית, בהיותה סבורה, שהאחריות למה שאירע רובצת על כתפי שני המערערים – הגישה נגדם כתב אישום שיחס להם, שני פרטי עבירה, כאמור.
7. ביה"ד המיוחד קבע בהכרעת דינו הארוכה והמנומקת היטב, כי שני המערערים התרשלו במילוי תפקידם בכך שלא וידאו:-
- (א) כי כל אחת מהחוליות תשא כמות מים מספקת בהתחשב בכל הנסיבות, לרבות תקלות וטעויות אפשריות בנווט;
- (ב) כי לאורך כל אחד מארבעת צירי המסע ימצאו נקודות מים ראויים לשתייה, בהבדלי מרחק נאותים;
- (ג) כי כל חוליה תדע היכן נמצאות נקודות המים הנ"ל ותוכל בדרך זו לתכנן השתייה וההצטיידות במים;
- (ד) כי החניכים שלקחו חלק במסע ישתו מים במידה מספקת וברוחי זמן נאותים וכי תעמודנה לרשותם בזמן המתאים כמויות המים הנאותות;
- (ה) כי החניכים שלקחו חלק במסע יקיימו הפסקות למנוחות בפרקי זמן מתאימים;
- (ו) כי יקוים קשר נאות בין מרכז פיקודי נייד, הכולל עזרה רפואית ומים, לבין כל אחת מהחוליות;
- (ז) כי כל חולית חניכים תלווה ע"י מדריך המכיר את ציר התנועה כדבעי והמסוגל לוודא אספקת מים נאותה לחיילי חולייתו תוך שמירה קפדנית של כללי משמעת המים הנהוגים בצה"ל;
- (ח) כי בנקודות הציון בהן חייבות החוליות לעבור ימתינו להם מדריכים שיש להם קשר עם פיקוד המסע.
8. כן קבע ביה"ד כי שני המערערים לא קיימו הוראות פקודת מטכ"ל 11.01.03, כלהלן:
- פסקה ב', סעיף 6(א) ו-1(ד) בעניין מנוחות;
- פסקה ב', סעיף 8(ב) – בעניין הפסקת צהרים;
- פסקה ב', סעיף 9(ב) – בעניין הפסקת שתייה;
- פסקה ב', סעיף 10(ב) – בעניין מילוי המימיות;
- פסקה ב', סעיף 11 – בעניין שתייה בעת מנוחה;

- פסקה ב', סעיף 12 – בעניין כמות ממוצעת של מים ליום.
- כל זאת בכפוף להוראות פסקה ג', סעיף 6, פסקאות (ג), (ד), (ה), (ו), בעניין ההגבלות המיוחדות החלות על "אזור מוגבל".
9. נדון תחילה בטענות באי-כח המערערים נגד ההרשעה בפרט השני.
10. הם לא חלקו, למעשה, על כך, שפקודת המטכ"ל על הוראותיה הנ"ל לא קוימה; אולם טענתם העיקרית היתה שאין פקודת מטכ"ל האמורה חלה על שולחיהם, ובמידה והיא חלה עליהם, יצאו הם ידי חובתם.
11. ב"כ המערער הראשון, טען שהיות ושולחו היה ראש ענף בבה"ד 3, הרי בין שנתייחס לפסקה א' סעיף 9 (אחריות מפקד היחידה) ובין אם נפנה לפסקה ג' סעיף 1 (המגדיר יחידה לצורך אזורים מוגבלים) – אין לראות בשולחו "מפקד יחידה", כמוגדר בסעיפים אלה, והאחריות לביצוע הוראות הפקודה חלה על המערער השני, בתור מפקד היחידה המבצעת את התרגיל. ב"כ המערער השני טענה שלמושג "מפקד יחידה", יש לתת פרוש מצומצם, לפי המסיבות, ובטח לקבוע שאין לראות במפקד קורס בתוך ענף מסויים "מפקד יחידה", לצורך הפקודה הנ"ל.
12. סעיף 9 בפסקה א' לפקודה קובע לאמור:-
"מפקד היחידה אחראי לנקיטת כל האמצעים המפורטים בפקודה זו בכל פעולות צבאיות וקדם צבאיות, במסעות ובאמונים".
13. לנו נראה כי מפקד יחידה פירושו מפקדו של כל ענף צבאי בעל תקן ו/או יעוד מוגדרים, כנובע מהוראת פיקוד עליון 1.0103.
14. אולם, לגבי מסעות ואמונים באזור מוגבל – קיימת הגדרה מיוחדת ליחידה לצורך פסקה ג' – זו לשונה: "יחידת רשום ויחידת משנה כאשר היא אינה חונה לצרך מפקדת יחידת רשום". יחידת רשום מוגדרת בהפ"ע 1.0103: "היחידה המהווה מסגרת ארגונית עצמאית לטיפול בנושאי שלישות וקשורה לצרך זה במישרין לשלישות הראשית".
15. אין חולק על כך כי ענף חי"ר בבה"ד 3 אינו יחידת רשום: אולם כיוון והענף הוא יחידת משנה של בה"ד 3 ומפקדה לא חנה עם מפקדת יחידתו בזמן המקרה, הרי יש לראותו כמפקד עליו חלות הוראות הפקודה.
16. מכאן, שאנו דוחים טענת ב"כ המערער הראשון כי הוראות הפקודה לא חלות עליו. לגבי תחולת הפקודה על המערער השני נחלקו דעותינו; הרוב סבור שהמערער השני היה מפקדה של יחידת משנה, בתור מפקד הקורס, אשר לא חנה גם הוא עם מפקדת יחידת הרשום – היינו, מפקד בה"ד 3, ולכן חלות הוראות הפקודה גם עליו.
17. ואילו השופט במיעוט גורס כי לצורך הפקודה הנ"ל המדברת באזור מוגבל, ראה המחוקק המטכ"לי צורך בהחמרה ולא יתכן, איפוא, שכונתו ב"יחידת משנה" כמוגדר בפסקה ג(1) לכל יחידת משנה הנמוכה ברמה אחת מ"יחידת הרשום" ועל כן סבור השופט במיעוט שאין

הפקודה חלה על המערער השני.

18. התוצאה היא, אפוא, שבכובד דעות נדחית גם טענתה של ב"כ המערער השני, כי הפקודה לא חלה עליו.

19. טענתו האחרת של ב"כ המערער הראשון, היתה כי, אם חלה הפקודה על שולחו, הרי יצא הוא ידי החובות המוטלות עליו לגבי כל אחד מהנושאים בהם היה חייב לפעול.

20. לדבריו, דובר בתרגיל שגנתי לגביו קיים היה תיק תרגיל בשם "פתיליה" - בו הוראות לגבי הצטיידות במים, קשר, רכב וכן מנוחות במסעות. המערער הראשון, העמיד למעשה, לרשותו של המערער השני, את האמצעים הדרושים לפי הפקודה. רשאי היה להניח, כי אותו מערער שני, שהיה ידוע לו כקצין טוב ויעיל ושביצע תרגילים דומים בעבר ללא תקלה, ינהג בהתאם לאמור בפקודה; מה עוד ששעה שהענף ירד לדרום לאמונים, הסב המערער הראשון את תשומת לב מפקדי הקורסים השונים, לחובה לקיים בדיוקנות את הוראות הפקודה בעניין משמעת מסעות ואמונים ובמיוחד את החובה להבטיח אספקת מים למתאמנים בהתאם להוראות הפקודה. אין אנו מקבלים טענה זו.

21. ראשית, סבורים אנו, כפי שסבר גם ביה"ד המיוחד, כי התרגיל שהמערער הראשון אישר ביצעו היה שונה במהותו מהתרגיל "פתיליה" (ת/7). תיק תרגיל זה לא היה כנראה ידוע למערער השני והמערער השני לא נצטווה בתרגיל הנדון לנהוג לפיו. עם אישור שנוי הציר המבוקש ע"י המערער השני - לא ווידא המערער הראשון כי הוראות של הפקודה תבוצענה ע"י המערער השני, כפי שחייב היה לעשות זאת, ולכן צדק לדעתנו ביה"ד המיוחד בקובעו כי המערער הראשון עבר את העבירה שיוחסה לו לפי הפרט השני.

22. ואשר למערער השני - לא נראית לנו טענת באת כוחו - כי שולחה יצא ידי חובת הפקודה-שכן, לאחר שקיבל את האישור לבצוע התרגיל מהמערער הראשון, יכול היה להניח שהמדריכים שללו את החוליות יבטיחו את המנוחות הקבועות בפקודה ושנית המים - שכן עליגבי צירי התנועה של כל החוליות צוינו גם מקורות המים.

23. הפקודה מחייבת את מי שהיא חלה עליו לנקוט באמצעים - על מנת לוודא קיום הוראותיה. שומה היה, אפוא, על המערער השני כפי שקבע זאת ביה"ד המיוחד, לתכנן לוח זמנים להליכה ומנוחה והספקת מים ולהוציא הוראות מפורשות לביצוע.

24. המערער השני לא נתן כלל דעתו על הוראות הפקודה ולא נקט בכל צעד לקיומן, ולכן בדיון הורשע הוא על עבירה שבפרט השני.

25. את אחריותם של שני המערערים לגבי העבירות שיוחסו להם לפי הפרט הראשון, דהיינו, התרשלות, יש לבחון על רקע חובתו הכללית של מפקד לדאוג לשלום פקודיו ובריאותם.

26. אין חולק על כך שהחיילים שיצאו למסע הניווט היו פקודיהם של שני המערערים. המערער השני, בתוקף היותו מפקד הקורס, והמערער הראשון, בתור מפקד ענף חי"ר, לו היה המערער השני כפוף ישירות. היות והמדובר היה במסע ניווט במדבר של חניכים, לאורך של כ-40 ק"מ, במשך יומיים, הרי היה במסע כזה, מטיבו, כדי לסכן את שלומם של החיילים שהשתתפו בו

אם לא יובטחו להם, בין השאר, אספקת מים שוטפת, מנוחות ואמצעי קשר, לכל מקרה של תקלה בניווט או תקלה מסוג אחר.

27. עלינו, לבחון, אפוא, אם צדק ביה"ד המיוחד בקובעו ששני המערערים לא יצאו ידי חובות אלה.

28. ב"כ המערער הראשון, טען, כי המערער השני פנה לשולחו רק בגלל שינוי ציר התרגיל וביקש אישור לשינוי הציר בלבד, כך שהמערער הראשון יכול היה להניח כי המערער השני ינהג בתרגיל זה כשם שנהג בשני תרגילים דומים בעבר, משהמערער הראשון העביר לרשותו רכב, מים ואמצעי קשר. לא היה כטענתנו, כל דבר שיעמידו על כך כי המערער השני יבצע את התרגיל גם במקרה הנוכחי כדבעי, כשם שביצע אותו מקודם, מה עוד שהמערער הראשון העמיד את כל המפקדים הכפופים לו, לפני שירדו דרומה, על כך, כי עליהם להקפיד על כללי הבטיחות ומשמעת המים במיוחד, אין אנו מקבלים דעתו של הסניגור כי לא היה בשינוי הציר בתרגיל הנדון משום שינוי מהותי בתרגיל. לנו נראה כי שנוי הציר היתה לו השלכה משני כיוונים מבחינת בטיחות המשתתפים בתרגיל:-

(א) לגבי שאלת המים על הצירים החדשים;

(ב) באיזו מידה ניתן לסמוך על המדריכים, כי הצירים החדשים מוכרים להם;

29. שהרי, לו היה בודק המערער הראשון שאלות אלה ובמיוחד שאלה אחרונה זו, היה נוכח לדעת, כי המדריכים לא הכירו את הדרך, דבר שהיה בו כדי לחייב סדורים מיוחדים באשר לאמצעי קשר, למקרה של טעות בהתקדמות החוליות על ציריהם המיועדים.

30. לא נראה לנו כי די היה בעובדה שעל המפה סומנו מקורות מים, כדי לצאת ידי חובת דאגה מבחינה זו, שהרי:-

(א) לא יכול המערער הראשון להיות בטוח שאלו מקורות קבועים של מים;

(ב) חייב היה לתת דעתו על כך כי החיילים עלולים לטעות בדרכם ולא להגיע לאותם המקורות.

31. ביה"ד המיוחד קבע בהכרעת דינו כי בעת מתן האישור לא נתן המערער הראשון דעתו על שאלת המים, ובמידה וטען כי יכול היה להניח כי המערער השני ינהג לפי האמור ב-7/ת, הרי לא הוכח כי פקודה זו הובאה אי פעם לידיעתו של המערער השני ומכל מקום לאור השינוי המהותי של התרגיל כאמור, לא היה מקום לסמוך על השיגרה הקיימת בשאלת המים.

32. בסיכום, נראה לנו, כי התרשל המערער הראשון בכך שאישר שינוי הציר מבלי להעמיד את המערער השני על סידורים המחויבים כתוצאה מכך, הן מבחינת הדאגה לאספקת מים סדירה לחיילים והן מבחינת אמצעי הקשר.

33. לגבי המערער השני, טענה הסנגוריה, כי קביעתו של בית הדין שהמערער לא יצא ידי חובת קצין סביר איננה מבוססת; שכן המערער השני ביצע את התרגיל כפי שמפקדו אישר לו, קצין סביר אחר במקומו, לא היה נוהג אחרת מכפי שנהג הוא. הסנגוריה הסכימה כי התרגיל לא

תוכנן כדבעי על פרטי פרטיו, אולם את הקולר על כך בקשה לתלות במערער הראשון, משום שהתרגיל הנדון בוצע כפי שבוצעו התרגילים הקודמים, הן מבחינת כמות המים שסופקה לחיילים שיצאו למסע והן מבחינת הדאגה לאמצעי הקשר. היא עמדה על כך כי גם בתרגילים הקודמים לא תוכננו נקודות מים וזמני המנוחות הקצובות, ולדעתה, היה זה מתפקידם של המדריכים לוודא ביצוע המנוחות ואספקת המים במקום. בסיכום טענה הסנגורית שהיות והמערער השני קיבל אישור לשינוי הציר ומפקדו אישר ביצוע התרגיל ביודעו את אופן הביצוע בפעמים הקודמות ומבלי להפנות את תשומת לבו של המערער השני ולהעמידו על הצורך לסטות מן הנוהג המקובל - אין לומר שהתירשלה.

34. אין אנו מקבלים טענות אלה, המדובר בקצין ומפקד יחידה, מפקד שביצע את התרגיל הלכה למעשה, ולנו נראה שגם אם התירשלה המערער הראשון, כפי שקבענו לעיל, אין בכך כדי לפטור את המערער השני מלודא ביצוע אותם הדברים המחויבים עקב האישור שקיבל לשינוי הציר. כקצין חייב היה המערער השני לעמוד על המשמעות של שנוי הציר, הן לגבי השאלות הכרוכות באספקת המים והם לגבי השאלות הנוגעות לאמצעי הקשר, לאור ההגבלות של המכשירים שהעמדו לרשותו, בייחוד בשים לב לשטח בו היו צריכות החוליות לנוע.

35. לא נראית לנו הטענה כי המערער השני יכול היה לסמוך בעניין זה על המדריכים, שלא קיבלו ממנו תדריך וכפי שהתברר לאחר-מכן גם לא עברו אי פעם בצירים שנקבעו.

36. האמצעים להבטחת שלומם של הכוחות הנעים בשטח מדברי פורטו בפקודת מטכ"ל האמורה ומתבטאים, בין השאר, באספקת מים סדירה, מנוחות סדירות, כיסוי ראש ותלבושת מתאימה. פקודה זו היתה צריכה להיות נר לעיניו של המערער השני לגבי התנהגותו בנושא זה, קשר נאות היה לדעתנו, הכרחי מבחינה צבאית בנסיבות תרגיל זה, על מנת להבטיח את השליטה על החוליות הנעות והבטחת אותם אמצעים.

37. המערער בקבלו את האישור לשינוי הצירים חייב היה לבדוק כיצד שינוי זה משפיע בנושאים האמורים ומה הן הפעולות שעליו לעשות כתוצאה מכך; הוא לא עשה כן ובכך התירשלה.

38. התוצאה היא כי הרשעותיהם של המערערים נראות לנו כמבוססות בדין.

39. לא מצאנו עילה להיעתר למערערים ולהקל בעונשיהם כפי שהתבקשנו בערעור זה.

40. לעומת זאת נראית לרוב השופטים טענת הערעור של התצ"ר נגד העונש שנפסק למערער הראשון. מאחר וביה"ד המיוחד החליט להטיל על מערער זה עונש מאסר, ולו רק ע"ת; ומה היה עליו להחליט אם להטיל גם עונש הורדה בדרגה ולנמק את החלטתו; בנקודה זו מקבלים שופטי הרוב את טענותיו של התצ"ר כפי שפורטו בנימוקי הערעור. תמימי דעים הם איתנו, כי ביה"ד המיוחד לא העריך נכונה את החובות המוטלות על מפקד שעה שהוא מאשר תרגיל וכי דרג ממונה המאשר תרגיל חייב לבדוק בדיקה עניינית ויסודית את תכנית התרגיל ואת התאמתה להוראות הקיימות בצבא ולוודא כי יהיה קיים פיקוח אפקטיבי על ביצוע התרגיל לפי התכנית.

41. לדעתם התירשלה המערער הראשון רשלנות חמורה כמפקד בהימנעו מבדיקה עניינית ויסודית

של תוכנית התרגיל כאמור, לא שם ליבו לכך שינקטו צעדים מתאימים למילוי ההוראות הקיימות בצבא ווידא כי יהיה פיקוח מספיק ויעיל מצד המפקד המבצע את התרגיל על ביצועו לפי ההוראות הקיימות.

על כן סבורים הם שיש לפגוע גם בדרגתו.

42. פגיעה בדרגה – בנוסף לעונש המאסר ע"ת – יש בה, מצד אחד, כדי להעמיד את המערער ביתר שאת על כישלונו כמפקד, ומצד שני, להפנות תשומת לב מפקדי הצבא, אשר מתפקידם לאשר תרגילים, לאחריות הכבדה הרובצת על שכמיהם, כאשר המדובר בתרגילים העלולים לסכן חיי חייליהם, פשוטו כמשמעו.

43. בעניין הפגיעה בדרגה לא היה מקום להעדיף את נסיבותיו האישיות של המערער הראשון על האינטרס הציבורי-צבאי הכרוך בנושא זה.

44. גם השופט במיעוט תמים דעים עם שופטי הרוב באשר לחובות המוטלות על מפקד בעומדו לאשר תרגיל כנ"ל והמשמעות הנובעת מפעולה זו. אבל לנוכח רשלנותו הרבה של המערער השני, כאשר היו בידיו הידע וכל האמצעים הסבירים למנוע התקלות הגורליות בתרגיל הנ"ל ולא עשה כל שימוש בהם, אין השופט במיעוט רואה מקום להתערבות בעונש שנגזר למערער הראשון.

המסקנה אליה הגענו לעיל, ברוב דעות, מחייבת, אפוא, לפגוע בדרגתו של המערער הראשון. לאור האמור לעיל הוחלט:

(א) לדחות פה אחד את הערערים של שני המערערים נגד הרשעתם בדין בפרט הראשון, וברוב דעות, נגד הרשעותיהם בפרט השני, ופה אחד נגד העונשים שנפסקו להם.

(ב) ברוב דעות, לקבל את ערעור התצ"ר לגבי העונש שנפסק למערער הראשון בגין כל אחד מהפרטים בהם הורשע, ולצרף לעונש זה עונש של הורדה בדרגה מדרגת סא"ל לדרגת רס"ן.

ניתן ביום כ"ח בשבט תשכ"ו (18.2.66) והוקרא בפומבי ובמעמד בעלי הדין.

נספח כ"ב: מר/189/76 התובע הצבאי נגד ראובן

מר/189/76

התובע הצבאי (סרן גורפינקל צבי)

נגד

רס"ן ראובן (ע"י ב"ב רס"ן גרוסמן חיים)

בבית הדין הצבאי לערעורים

בפני השופטים: סא"ל מצא אליהו - אב"ד
 סא"ל גלין יורם - שופט
 סא"ל רז ישעיהו - שופט

הכרעת דין

1. בתאריך 22 במרץ 1976 נעצרו בעיירה סלפית עשרים וששה תושבים מקומיים. תשעה-עשר מהם נלכדו מבין המשתתפים בהפגנות אלימות שהתקיימו בעיירה באותו בוקר. שבעת הנותרים נעצרו על-ידי המשטרה המקומית בבתיהם, בהיותם חשודים כמי שהסיתו את הציבור להשתתף בהפגנות ובפעולות מרי נגד השלטון. כל העצורים רוכזו בתחנת המשטרה בעיירה, ומנקודת ריכוז זו הועברו, בכמה כלי רכב למפקדת נפת טול-כרם.

הכוח שעסק בפזור ההפגנות מנה כ-40 חיילים שהועברו אור לאותו יום מבט"ר-חת"ם למפקדת הנפה. חיילים אלה, רובם ככולם עולים חדשים מברית-המועצות, היו טירונים שהגיעו למפקדת הנפה בלויית מפקדיהם הישירים - רס"ן י - המפקד התורן בנפה, ואחר-כך בידי המ"מ סגן ד' סמל המחלקה, סמל ב', והמ"כים רב"ט י' ורב"ט ד'. הם תודרכו לקראת משימתם, תחילה בידי הנאשם, סמוך לפני כניסת הכוח לסלפית. הנאשם היה סגן מפקד הנפה וביום המקרה פקד על כוח התעסוקה בסלפית. במהלך הנסיעה מסלפית לטול-כרם הובלו ששה מן העצורים במשאית שהחזירה את רוב חיילי הכוח. עצורים אלה הוכו בידי החיילים במהלך הנסיעה. בהגיעם לטול-כרם נמסרו העצורים לידי המשטרה לחקירה. בבדיקה רפואית שנערכה לעצורים במשטרת טול-כרם נמצא כי מצבו של אחד העצורים, שהוכה במשאית במהלך הנסיעה, קשה עד מאוד. העצור, אחמד דיב מוחמד דחלול, הועבר בפקודת הרופא לבית החולים, אך מת שמה תוך זמן קצר.

2. כתב האישום מייחס לנאשם עבירת הריגה, לפי סעיף 212 לפקודת החוק הפלילי, 1936. בפרטי העבירה נטען, כי "ביום 22/3/76 או בסמוך לכך, ליד העיירה סלפית, גרם (הנאשם) למותו של אחמד דיב מוחמד דחלול ע"י מעשה שלא כדיון".

במכתבו של התובע הצבאי אל סגורו הראשון של הנאשם, מיום 8 יוני 76, שהעתקו הוגש לנו בפתח הדיון (סומן בד/1), על מנת שהפירוט המצוי בו יהווה חלק מסעיף פרטי העבירה (ראה הסכמת הצדדים בע' 3), נמסרו הפרטים הבאים:

"התביעה טוען כי (הנאשם) הורה על הכאתו של המנוח אחמד דייב מוחמד דחלול ע"י חיילים שישבו במשאית. הוא הורה לחיילים "לשבור למנוח את הידיים, הרגלים והעצמות", והתביעה טוען כי הוא היה חייב לצפות שכתוצאה מהמכות ימות המנוח – או לפחות כי חזה תוצאה של נזק ממשי וחמור לגופו של המנוח".

"התביעה טוען אפוא כי המנוח מת כתוצאה ממעשהו הבלתי חוקי של (הנאשם) – שהתבטא במתן פקודה לחיילים להכות את המנוח כמתואר לעיל – והנאשם אשם לגרסת התביעה בעבירה לפי ס' 212 לפח"פ בהיותו משדל את החיילים להכות, ושותף לעבירה לפי ס' 23 לפח"פ". לפני שמיעת תשובת הנאשם לאישום מסר התובע פירוט עובדתי נוסף, שגם לגביו הוסכם שיהווה חלק מפרטי העבירה. שני נתונים עיקריים חידש פירוט זה: ראשית, כי הפקודה הבלתי חוקית המיוחסת לנאשם לא היתה להכות את המנוח לבדו, אלא להכות את כל העצורים שהובלו במשאית, אף שלגבי המנוח ניתנה הפקודה בהדגשה מיוחדת. ושנית, כי הנאשם נתן את הפקודה בשתי הזדמנויות – לראשונה, לפני היציאה מסלפית, לסגן ד' וסמל ב'; ולבסוף, במהלך הנסיעה, כשהשיירה נעצרה על אם הדרך ישירות לחיילים נוסעי המשאית.

3. נעמוד תחילה על כמה עובדות בסיסיות, אשר לגביהן דומה שאין הצדדים חלוקים:

א. מחלקת הטייונים הגיעה למפקדת הנפה בשעת בוקר מוקדמת. רס"ן ה', קצין המנהל האזרחי בנפה, שימש כמפקד תורן. מפיו שמעו החיילים תדריך ראשון למהות תפקידם בתדרכו הבהיר רס"ן ה' כי הפגנה יש לפזר בכוח; על החיילים להסתער לעבר המפגינים ולהכות בהם באלות. הוא הדגיש כי אין להכות באזור הגולגולת, הפנים, העורף והצוואר, כדי לא לגרום מוות או חבלה חמורה. כן אין להכות במי שנפל או חדל להתנגד. את המשתתפים בהפגנה יש ללכוד ולהביאם לנקודת ריכוז שבה יימסרו לידי המשטרה. כן ניתנו לחיילים הוראות פתיחה באש, שעיקרן הוא שאין להשתמש בכלי נשקם.

ב. בהגיע הנאשם לנפה קיבל את הכוח תחת פקודו. החיילים צוידו באלות ומגנים והוסעו בשני כלי רכב – משאית ונג. הנאשם תידרך שוב את החיילים לקראת משימותיהם האפשריות. הוא הסביר, כי לפיזור ההפגנה יש להשתמש באלות והתבטא לאמר, כי "יש לשבור את הידיים והרגלים של המפגינים". לדברי הנאשם, לא התכוון למשמעות המילולית של ביטוי זה, אלא לכך שיש "לתת מכות חזקות" (ראה, למשל עדות הנאשם בע' 175). הוא הדגיש, כי אין לפתוח באש וכן שאין להכות על הראשים. ואין להכות בצורה שתגרום למוות. תדריך זה היה מבוסס, לדברי הנאשם, על הנחיות קבועות של מפקדת אזור יו"ש.

ג. בינתיים קיבל הנאשם מידע שבעיירה סלפית מתארגנת הפגנה. לדבריו, התקיימו הפגנות בסלפית גם בימים שקדמו לתאריך האירוע – עובדה שהיתה ידועה לממשל הצבאי – אך נוכח סדר עדיפויות שנקבע לא טיפלה מפקדת הנפה בפיזור הפגנות בעיירה זו עד לאותו בוקר.

עם קבלת הידיעה על התארגנות ההפגנה החל הכוח לנוע מן הנקודה שבה ניתן תדריכו של הנאשם, כ-4 ק"מ לפני סלפית, לכיוון העירה. בהגיעם למקום הוריד הנאשם את החיילים מכלי הרכב וחילקם לשלושה כוחות: כוח עיקרי בפיקוד הנאשם, כוח שני בפיקודו של סרן כ' (עת/13), המשמש כקצין כפרים במפקדת הנפה ואשר הצטרף לכוח פיזור ההפגנות ביום המקרה, וכוח שלישי בפיקודו של המ"מ סגן ד' שני הכוחות הראשונים יצאו לפזר את ההפגנה ואילו הכוח בפיקודו של סגן ד' נשאר בעתודה

ד. בהפגנה בסלפית השתתפו כ-300 תושבים, בוגרים וצעירים, שנשאו סיסמאות ודגלים. הללו רגמו את החיילים באבנים. הכוח שבפיקוד הנאשם הסתער על גוש המפגינים מן החזית ואילו הכוח שבפיקוד סרן כ' הסתער עליהם מן האגף השמאלי. תוך שימוש באלות הצליחו החיילים, מול מטר של אבנים, לפזר את הגוש העיקרי של המפגינים. במהלך זה נפצעו חיילים אחדים מפגיעת אבנים.

קבוצות קטנות של מפגינים הוסיפו להתגודד פה ושם. הללו הוסיפו ליידות אבנים לעבר החיילים, אך במשך הזמן שככה הסערה. עד לשעה 13:00 לערך קוימו בעיירה סיורים ממונעים ורגליים וכן הוצבו מחסומים במבואותיה.

ה. בנוסף לעצורים מבין המשתתפים בהפגנה, נעצרו באותו בוקר בסלפית שבעה אנשים נוספים. הללו, שהיו ידועים לממשל ולמשטרה כמסיתים התושבים לקחת חלק בהפגנות, נאספו מבתיהם ע"י המשטרה. ברשימת המבוקשים למעצה, שהיתה בידי המשטרה, היו שמונה שמות, אך אחד מאלה לא נמצא בביתו ולכן לא נעצר.

הנאשם הסביר, כי יום לפני האירוע הוזמנו רוב המסיתים הידועים, בפקודת המושל, למפקדת הנפה והוזהרו לבל יעוררו את התושבים לפעילות של מרי והפגנות. כיוון שההפגנה אורגנה והתקיימה חרף האזהרה המוקדמת, הורה המושל לעצור שמונה מסיתים, בכללם שניים ששמותיהם סופקו ע"י המודיעין של המשטרה, אך כאמור נעצרו רק שבעה מתוכם.

אין מחלוקת כי המנוח, אחמד דיב מוחמד דחלול, היה אחד משבעת האנשים שנעצרו ע"י המשטרה ונאספו מבתיהם.

ו. בסופו של דבר רוכזו כל העצורים בתחנת המשטרה. כשהחליט הנאשם להחזיר את הכוח, וכן להעביר את העצורים, למפקדת נפת טול-כרם, נזקק לעוד שני כלי רכב זולת המשאית והנג. שבהם הגיע הכוח שימשו לכך טנדר מסוג "פולקסוואגן" בעל תא-נהג כפול, ששימש את המשטרה המקומית לביצוע מעצר המסיתים בבתיהם, ומונית מקומית.

ז. ביציאה מסלפית התעכבה השיירה לפני מחסום אבנים שהוצב ע"י תושבים מקומיים ושהיה הכרח לסלקו מן הדרך. במרחק של 3-4 ק"מ מטול-כרם נעצרה השיירה פעם נוספת. רכבו של מושל טול-כרם, סא"ל ש' (עס/1), בא לקראת השיירה. המושל עצר את רכבו והנאשם ירד מרכבו ושוחח עם המושל.

ח. בהגיע השיירה לטול-כרם הועברו העצורים למשטרה, שם נערכו הבדיקות הרפואיות

שבהן נמצא שמצבו של המנוח חמור ומצריך אשפוז.

ט. הודעות על מצבו החמור של המנוח ואח"כ על מותו נמסרו תחילה לנאשם והוא העבירן למושל טלפונית. בהוראת מפקד איו"ש ערך המושל, באותו ערב, בירור נסיבות המקרה, במשרדו, והבירור כלל עימות בין הנאשם מזה לבין סגן ד', סמל ב', שני המכ"ם ושניים מן החיילים שליוו את העצורים במשאית מזה. בקורותיה של פגישה זו עוד נדון להלן.

י. בכפוף לספקות מסויימים שביקש הסניגור לעורר בעניין הקשר הסיבתי העובדתי בין תקיפתו של המנוח ע"י החיילים לבין מותו, אין מחלוקת בין הצדדים כי העצורים שהוסעו במשאית, ובכללם המנוח, הוכו, במהלך הנסיעה מסלפית לטול-כרם, מכות קשות.

4. כאמור מייחסת התביעה לנאשם מתן פקודה להכות את העצורים, ובכללם המנוח, בשתי הזדמנויות. הנאשם כופר בטענה זו מכל וכל. עיקר עיקריה של הגנתו במשפט, כי מעולם לא פקד להכות את העצורים במשאית ואף לא ידע, בעת המעשה שהללו הוכו. למחרת יום האירוע, בעדות לאחר אזהרה שנרשמה מפיו ע"י חוקר מצ"ח (מוצג 1/ת), התבטא הנאשם לאמר: "איני יודע כיצד נגרם מותו של הערבי הנ"ל, מי היכה אותו ואם הוכה בכלל".

עדיו העיקריים של התובע לגבי מתן הפקודה ע"י הנאשם בהזדמנות הראשונה הם המ"מ, סגן ד' וסמל המחלקה ב'. העד ד', שמלכתחילה הופקד על החיילים שנשארו בעתודה לפני פיזור ההפגנה, נקרא להצטרף, עם חייליו, למאמץ הפיזור ומעצר המפגינים. לאחר מכן נלווה לנאשם לסיור בעיירה. בהיותם ליד המרכז הרפואי ראה סגן ד' את המנוח לראשונה. המנוח הוסע בטנדר "פולקסווגן" בלויית שני שוטרים מקומיים. לפי תיאורו של העד (בע' 27), שבעיקרו אינו שונה מתיאורו של הנאשם (בע' 178), הצביע הנאשם על המנוח וסיפר לסגן ד' כי הלה "מוכר כמסית רציני, קומוניסט ידוע שכבר בילה שנתיים בכלא". בשובם למרכז העיירה, סמוך לבניין העירייה והמשטרה, כבר נמצא חלק מהכוחות במקום בעוד שאחרים עוד היו עסוקים בסיורים ובמעצרים. סגן ד' וסמל ב' המתינו לסיום הפעילות בישוב ברכב "כרמל" של הנאשם. בתוך כך ניגש הנאשם ל"כרמל" ואמר כי יש בדעתו "להכניס את כל העצורים הרציניים למשאית והוא רוצה שהחברה יטפלו בהם" (כלשונו של העד ד' בע' 28). להלן הבהיר העד, כי איננו זוכר באם הנאשם התבטא כי יש "לשבור לעצורים ידיים ורגליים", אך זוכר הוא בבירור כי הנאשם הורה "לטפל בהם נמרצות".

סמל ב' העיד באותו עניין דברים זהים: "לגבי העצירים במשאית אמר (הנאשם): אני מעלה אליכם מספר עצירים ורוצה שתטפלו בהם נמרצות בתוך המשאית" (עדות ב' בע' 74).

סמל המחלקה קרא אל ה"כרמל" את החניך התורן, טור' ג' (עת' 10) והעביר לו, בנוכחות המ"מ, את הפקודה. לדבריו, אמר לג' כי יועלו על המשאית מספר עצירים ויש להכותם אך "לא באכזריות, לא מגזימים, כי אנחנו רוצים את האנשים האלה בריאים ושלמים בטול-כרם" (עדות ב' בע' 76). סגן ד' קרא אליו את ג' ואמר: "אני לא רוצה שיכו אותם עם האלות ולא עם קתות הנשק" (ע' 30), וסמל ב' מאשר גרסה זו (ע' 75).

לא מפיו של טור' ג' קיבלו החיילים במשאית את הפקודה להכות את העצורים. מתשובתו של

העד לשופט סא"ל רז (בע' 125) נובע, כי עוד בטרם הספיק להעביר את הפקודה לחבריו, כינס סמל ב' את החיילים בשורה ונתן להם את הפקודה במישרין. גרסה זו נתאשרה ע"י ב' עצמו (בע' 76).

סגן ד' סיפר בעדותו, כי הנאשם חילק את העצורים בין כלי הרכב. על שיטת החלוקה עוד נעמוד להלן. בשלב זה די שנוכיר כי המנוח לווה ע"י ד' עצמו למשאית. הוא היה בריא ושלם, ללא סימני פגיעה והלך ללא קושי. לדברי רב"ט י' (עת/4), אחד משני המ"כים שישבו בארגו המשאית, היה המנוח העצור הראשון שהועלה על המשאית. הוא לווה למשאית ע"י המ"מ, סגן ד' שהתבטא (כעדות י' בע' 55) כי "הלה מסית רציני צריך לטפל בו אבל לא להגזים". מפי סגן ד' נודע לי' כי המנוח הוא קומוניסט. אודות העצורים האחרים שהועלו על המשאית לא אמר סגן ד' דבר (ראה עדות י' בע' 68). בשלב החקירה-הנגדית (בע' 63) הניח העד כאפשרי, שסגן ד' הורה "לטפל בהם" (בעצורים) ולא "לטפל בו" (במנוח), אך כרך את הפקודה "לטפל" עם העלאת המנוח למשאית כעצור ראשון.

5. בצאת השיירה לדרך נסעה המשאית בעקבות ה"כרמל" של הנאשם. ברכבו של הנאשם נסעו סרן כ', שנהג ברכב, הנאשם וסגן ד' סמל ב' ישב בתא הנהג של המשאית. בארגו המשאית הוסעו ששה עצורים וכ-26 חיילים, כולל שני המכ"ים. שני כלי הרכב האזרחיים (טנדר "פולקסוואגן" ומונית) נעו בעקבות המשאית והסיעו עצורים ללא ליווי צמוד של חיילים, במאסף נע הנג. ובו כשלושה עצורים בלוויית חמשה חיילים, לגבי סדר המסע ראה עדות סרן כ' בע' 134 ובייחוד עדות הנאשם בע' 187.

עובדה מוכחת היא כי ביציאת השיירה מסלפית החלו החיילים שהוסעו במשאית להכות את העצורים תוך כדי הנסיעה. לדברי המ"כ י' (ראה עדותו בע' 65-66) התערבו המ"כים התערבות שמטרתה למתן את עצמת המכות. מיזמתם מנעו מן החיילים להכות את העצורים בכלי הנשק וכן אסרו לבעוט בעצורים. העצורים המוכים בכו וצעקו בקול.

כשנאלצה השיירה לעצור לפני המחסום שהציבו התושבים ביציאה מן העיירה ירדו הקצינים מן ה"כרמל". הנאשם פנה לעבר הטנדר והמונית, הוריד מכלי רכב אלה את העצורים שהוסעו בהם והעסיקם בפינוי המחסום מן הכביש. סגן ד' ניגש אל המשאית, שממנה לא הורד איש. הוא הורה לחיילים למתן את מכותיהם בעצורים ("לא להגזים" בלשון העדים) ופקד על המכ"ים לפקח על ביצוע הוראותיו.

מעדותו של סגן ד', שהוסע כאמור ברכבו של הנאשם (בע' 33), נובע כי שמע את צעקותיהם של העצורים המוכים עוד בטרם נעצרה השיירה. הנאשם גורס כי לא שמע דבר (ראה דבריו בע' 188), אך מעדותו של סרן כ' (בע' 134) עולה כי במהלך הנסיעה, עד לעצירה לפני המחסום, הסב תשומת לב הנאשם כי "משהו לא בסדר במשאית". עד זה היה זהיר מאוד בעדותו, לבל יפגע בעניינו של הנאשם שלא לצורך, אך גם מן המעט שאמר בסגנון מאופק ומסוייג עד מאוד, קשה שלא להשתכנע שרק בעצימת עיניים ניתן היה שלא להבחין כי העצורים בארגו המשאית מוכים וזועקים.

6. תקיפתם של העצורים נתחדשה לאחר פינוי המחסום וחידוש הנסיעה, מתיאורי העדים למדנו,

כי העצורים הושבו על רצפת המשאית והחיילים שהקיפום הכו בהם. היו תופעות של חבטות עזות בעצורים, לרבות בעיטות שהונחתו ע"י חיילים שנתלו בידיהם בקשתות שמעל הארגז. המ"כים מנעו תופעות חריגות כאלה ככל שיכלו, אך לא תמיד הדביקה יוזמתם את מעשיהם של החיילים.

סמוך לפני העצירה השנייה של השיירה, לרגל המפגש בכביש עם רכבו של המושל, שכחו המכות כמעט לחלוטין. בלשונו של העד י' (בע' 58): "בשלב זה החיילים הפסיקו להכות. בשלב שלפני הפגישה החיילים כמעט הפסיקו להכות". וכן עדותו של המ"כ השני, רב"ט ב', האומר (בע' 106–105): "בעצירה השנייה, כשהמושל בא, החיילים כמעט והפסיקו להכות".

לאחר השיחה עם המושל, שקוימה ליד מכוניתו, בדרכו של הנאשם חזרה לרכבו, ניגש הנאשם לקרבת הארגז המשאית. הנאשם העיד, כי פנה אל המ"כים, שישבו על ארגז המשאית ושאל "מה המצב? מה נשמע?" תשובתם היתה ש"הכל בסדר", ואז חזר לרכבו והמשיכו בנסיעה (ע' 180–179, וכן ע' 188). לא כן גרסתם של עדי התביעה. הרי דבריהם של כמה מעדי התביעה בנקודה זו:

"המושל ירד ודיבר עם הנאשם. אח"כ הנאשם ניגש למשאית מלמטה, שאל מה עניינים. הוא רצה לדעת מה מצב העצורים ואמרו לו שהכו אותם, זה בסדר. העצורים ישבו והגנו על עצמם. הם הגנו על עצמם בידיים. הנאשם ניגש ואמר לשכור ידיים ורגליים ולשכור עצמות. זה ציטוט. זה היה אחרי הפגישה עם המושל. בשלב זה החיילים הפסיקו להכות. בשלב שלפני הפגישה החיילים הפסיקו להכות ואחרי הפגישה אמר הנאשם להכות לשכור ידיים ורגליים ולשכור עצמות ואז החלו החיילים להכות במשנה מרץ. ההכאה הזאת נמשכה עד לפתח עירוני".

(י', ע' 57–58).

"אני חושב שלאחר השיחה עם המושל היכו החיילים יותר חזק. הם השתמשו בבעיטות, באוטו לא נתנו להם להשתמש באלות".

(י', ע' 67).

"המושל ירד ודיבר עם הנאשם. לא יודע מה דיבר איתו. אחרי כן הנאשם ניגש למשאית בעצמו, עמד למטה ושאל את החיילים מה נשמע וכולם ענו שם ביחד ושמעתי צעקה. אני מתקן. הנאשם שאל את החיילים מה קורה עם העצירים. אני לא יודע מה ענו לו משום שהם ענו ביחד. ואז הוא אמר לחיילים לשכור להם את הידיים והרגליים ואת ההעצמות. באותו זמן הוא היה ליד המשאית למטה מאחור, הוא אמר זאת בקול שכולם שמעו".

(י', ע' 92–93).

"נסענו חצי דרך, המשאית עצרה והרס"ן הזה אמר שצריך להכניס מכות לשכור ידיים לשכור רגליים. הרס"ן ניגש למשאית פעם אחת, בחצי הדרך --- הרס"ן בא למשאית. הוא אמר לשכור את הידיים והרגליים. אז הוא נסע עם הסוסיטא אחרינו אבל היה איתנו כל הזמן, כל הדרך. כשדיבר איתנו המשאית עצרה. הרס"ן בא, טיפס על המשאית, לא נכנס לתוך המשאית, הוא טיפס על סולם המשאית ודיבר".

(מ', ע' 110–109).

"באמצע הדרך לטול-כרם המשאית נעצרה. כשעצרנו בא הרס"ן (מצביע על הנאשם) הסתכל מאחורה, שאל מה נשמע, מה חדש, איך עם הערבים. אמרנו בסדר. אמר אני לא רואה עבודה שלכם ואמר לתת יותר מכות, לשבור ידיים ורגליים אבל לא לתת בראש שלא יהיה סימנים".

(ר', ע' 127)

יצוין כי אחדים מן החיילים מיחסים לנאשם מתן פקודה יותר ספציפית: להכות את המנוח, או להכות במיוחד את המנוח. להלן כמה דוגמאות:

"נסענו ועצרנו בדרך כשעצרנו בדרך עלה על המשאית הרס"ן (מצביע על הנאשם) והוא אמר שצריך לתת לו קצת מכות, לשבור את היד של זה שראיתי בתמונה, את הרגל, אבל תשמרו שלא יהיה מכות בראש. לפני זה אמרו לנו שבחור זה הוא קומוניסט ושבחור זה בגללו כל ההפגנות שם".

(א', ע' 115-116)

"בנסיעה היתה עצירה. עצרנו ועלה על האוטו הרס"ן עם הפלפל (מצביע על הנאשם) ואמר: מה קורה, מה נשמע, משהו כזה, ואיך מרגיש הקומוניסט הזה. כך הרס"ן שאל והוא אמר: תשבור את הידיים שלו ורגליים שלו".

(ב', ע' 120-121)

"נעצרנו באמצע הדרך. אז בא הרס"ן (מצביע על הנאשם), שאל מה עניינים כולם שם החברה, אני ישבתי בסוף, אז אמרו ככה ככה, ואמר שצריך לתת להם מכות טוב. נשבור ידיים ורגליים בשביל שהם ידעו. שילמדו לקח. הרס"ן אמר שהאדם בתמונה הוא קומוניסט. הוא אמר שהוא כמו המפקד של ההפגנות".

(ג', ע' 123)

"אמרו לנו לתת מכות לכולם, אבל הכי לתת לקומוניסט. זה שהוא קומוניסט אמר לנו הסמל. והרס"ן דיבר איתנו רק באמצע הדרך. הרס"ן היה מאחור, עמד על הסולם לא בפנים. אז הוא אמר על כולם אבל הכי על הקומוניסט. כל הדיבור שלו היה כמה מילים".

(ר', ע' 128)

"כשהמשאית נעצרה בדרך מסלפית לטול-כרם --- הנאשם אמר צריך קומוניסט צריך רגליים, אני לא יודע בדיוק בעברית. הוא צריך רגליים (מראה בידיו תנועת שבירה, העד מתקשה בדיבור עברית). הוא אמר צריך רגליים והתכוון לקומוניסט".

(ס', ע' 140)

7. שקלנו את פרשת העדויות בזהירות רבה ובאנו לכלל מסקנה משותפת, כי פקודתם של סגן ד' וסמל ב' לחייליהם להכות את העצורים (שהיא עצמה אינה שנויה במחלוקת), היתה תולדה ישירה מפקודתו של הנאשם, "לטפל" בעצורים שיועלו על המשאית.

בין שפקודתו של הנאשם היתה "לטפל נמרצות", ובין שהתיאור "נמרצות" היה נופך התרשמותם של המ"מ וסמל-המחלקה מן הטון שבו נתן הנאשם את פקודתו "לטפל בעצורים", שוכנענו מעבר לכל ספק, כי הנאשם הוא שיזם את מעשי האלימות כלפי העצורים. בנסיבות שבהן נתן הנאשם את פקודתו, "אווירה של פוגרום", כלשונו של סגן ד' (בע' 29) – אי אפשר היה לפקפק, באורח סביר, במשמעותה הברורה והמידית של הפקודה, כי יש להכות את העצורים.

אחד השופטים סבור, בניגוד לדעת שני עמיתיו, כי יש להטיל ספק בשאלה אם הנאשם נתן פקודה ישירה לחיילים, להכות את העצורים, בגשתו למשאת לאחר הפגישה עם המושל. אך ספק זה, המקנן בלבו של אחד השופטים, איננו גורע, גם לדעת שופט זה, משורת אחריותו של הנאשם לגבי כל פרשת ההתעללות בעצורים, על כל שלביה. רוב השופטים אינם מפקפקים כלשהו בפרשת הפקודה הישירה שנתן הנאשם לחיילים, לאחר פרידתו מן המושל, והם רואים לקבוע כי עדי התביעה, ולא הנאשם, מסרו עדות אמת על תוכן הדברים שהשמיע הנאשם בהתקברו לארגו המשאת, כנראה מתוך עמידה על הסולם שבירכתי הארגון. השופטים ערים להבדלי הגרסאות הקלים שבין עדי התביעה. אין לשלול כלא אמת את עדויותיהם של החיילים, שייחסו לנאשם פקודה מפורשת להכות את המנוח בלבה, או להכותו בעדיפות מיוחדת על פני העצורים האחרים. מאידך יש להניח כאפשרות כי פקודתו של הנאשם, להכות את כלל העצורים, מבלי להזכיר במיוחד מי מהם, נשורה בהבנתם של כמה מן החיילים במידע שקיבלו לפני כן אודות המנוח (מפי מפקדיהם הישירים). נוכח אפשרויות שקולות אלו לא נקבע כנגד הנאשם כי הורה במפורש לפגוע במנוח, אלא כי פקד על החיילים להכות את העצורים ככלל. הביטויים "לשבור ידיים, רגליים ועצמות" הם ביטוייו של הנאשם. ביטויים אלה נועדו להמחיש לחיילים כי יש להפליא בעצורים מכות נאמנות וקשות, וגם החיילים (שרובם ככולם מתקשים בשפה העברית) הבינו את כוונת הנאשם לאישורה ולא פירשו את דבריו לפי משמעותם המילולית.

8. קביעות עובדתיות אלה מבוססות, בראש והראשונה, על התרשמותנו הבלתי אמצעית מן העדים שהתייצבו לפנינו. עם זאת, יש מקום לפרט כמה נסיבות עובדתיות, שהוכחו להנחת דעתנו, ושאינן תומכות במסקנתנו.

א. מן הראיות עולה כי סגן ד' תפקד כמ"מ של החיילים שהיוו את כוח התעסוקה זמן קצר בלבד לפני יום האירוע. גם אם לא נקבל את דבריו של ד' עצמו (בראשית עדותו בע' 22), לפיהם קיבל את המחלקה "יום אחד לפני כן" וכי "לא הכיר (במחלקה) כמעט אף אחד", כלשונו, מתחיבת מהמסקנה כי עד ליום האירוע לא היה הסיפק לסגן ד' לפתח מערכת יחסים קרובה עם פקודיו. שהרי גם לדברי העדים האחרים לא נמשכה כהונתו של סגן ד' כמ"מ, עד יום האירוע, יותר מימים אחדים. סמל ב' למשל, מעיד (בע' 79), כי היה זה פחות משבוע לפני כן שד' החליף את המ"מ סגן פ' שיצא לקורס צניחה.

מה מתבקש מעובדה זו?

קבלת גרסת הנאשם, כאילו לא הורה דבר לסגן ד' שממנו יכול להשתמע כי מוטל על החיילים לפגוע בעצירים במהלך הנסיעה, וכן לא פקד על החיילים מתוך עמידה על סולם המשאת כי יש "לשבור (לעצורים) ידיים רגליים ועצמות", חייבת להתיישב עם

מסקנה הכרחית נוספת ששתי פנים לה: ראשית, כי סגן ד' ועמו סמל המחלקה, טפלו יחדיו עלילת שווא על הנאשם, על מנת לחפות על פקודתם הבלתי חוקית לחייליהם להכות את העצורים. ושנית, כי החיילים, ומכל מקום רובם המכריע, עשו, גם הם, אגודה אחת להטיל את האחריות הכבדה על הנאשם ולשים בפיו את אשר לא אמר. ובכך, ההכרות הקצרה והבלתי מבוססת שבין המ"מ לבין חייליו שוללת אפשרות סבירה של קיום קשר כזה שבו שותפים חיילים רבים כל כך.

יתר על כן: עדויותיהם של עדי התביעה מערבות, בצורה ישירה וחד משמעית, את סגן ד' וסמל ב' במעשה הבלתי חוקי. אם הללו עדי שקר המה, שחברו יחדיו לטפול על הנאשם עלילת-שווא שמטרתה לחפות על מפקדיהם הישירים, מה ראו אפוא להבחין בעדויותיהם, הבחן היטב, בין פקודתם של סגן ד' וסמל ב' לבין פקודתו הישירה של הנאשם, הן מבחינת הסדר שבו ניתנו והן מבחינת העיתוי והמקום. אין כל הגיון בעמדה כזו, ועל כן ההנחה (שעליה הצביע הסניגור) איננה יכולה לעמוד.

נוכל להוסיף, באותו הקשר, כי אין לייחס לחיילים כוונה רעה לחפות על מעשיהם, הן משום שלפי הבנתם פעלו מכוח פקודה והן משום שחסינותם איננה מותנית בעלילת דברים על הנאשם.

ב. תרומתו של סרן כ' למסכת העובדתית היתה קטנה. דומה שאין עובדה מן העובדות שעליהן העיד סרן כ', שבית הדין לא הספיק לשמוע אודותיה מפי העדים שהעידו לפניו.

חשיבותו של עד זה נמדדת בשתיים: ראשית, בחיזוק שנתן לעדותו של סגן ד' כי במהלך הנסיעה ב"כרמל", מן היציאה מסלפית ועד העצירה לפני המחסום, אפשר היה להבחין כי הרוחות במשאית אינן שקטות. העד, שהיה זהיר מאוד בלשונו, התבטא לאמר, כי אמר לנאשם בעת הנסיעה, ש"משהו לא בסדר במשאית" (ע' 134). ושנית, עד זה איננו חשוד בעיני איש בנקיטת עמדה עוינת כלפי הנאשם. זהו קצין ממשל, חברו של הנאשם ליחידה, שהיכרותו עם סגן ד' וסמל ב' לא נוצרה אלא ביום האירוע.

לפיכך, יש חשיבות רבה לעדותו של סרן כ', אשר סתרה באורח חד משמעי את עמדתו המיתממת של הנאשם, כאילו לא הבחין בכל התרחשויות חריגה במשאית שבה הובלו העצורים.

ג. בעלת חשיבות מיוחדת הנה השאלה, כיצד חולקו עשרים וששת העצורים בין ארבעת כלי הרכב של השירה.

עמדת הנאשם כפי שבאה לכלל ביטוי בעדותו בפנינו, הינה, כי לא היתה, מבחינתו, כל הבחנה בין העצורים בעת שהפנה אותם לכלי הרכב. בסלפית נכלאו העצורים, עד לפינויים, בשלושה תאים סמוכים. אלה שנכלאו לאחרונה בתא הקרוב לפתח היציאה הוצאו לראשונה אל כלי הרכב. אחריהם הוצאו העצורים מן התא האמצעי, ולבסוף אלה שנכלאו ראשונים, בתא הקיצוני הפנימי. כשהתברר שהמשאית וה-ג.ג. לא יספיקו לפינוי כל העצורים והחיילים, נזקק לטנדר ולמונית שבהם הוסעו העצורים שלא נמצא עבורם מקום בשני כלי הרכב הצבאיים. לפי עדות הנאשם (בע' 184), הועלו על המשאית בתחילה שבעה עצורים, אך בסופו של דבר

נותרו עליה רק ששה מהם, כיון שאחד העצורים הורד מן המשאית "ללא אישור". על ה.נ.נ. הועלו ששה עצורים נוספים, ואילו השאר, לאמור ארבעה עשר עצורים, חולקו בין הטנדר לבין המונית. החלוקה, לדברי הנאשם, היתה כה מקרית שבמשאית הוסעו תלמידים צעירים ביחד עם המנוח. הנתונים שמסר הנאשם, בתשובתו לשאלות האב"ד (בע' 194), היו שונים במקצת. ב – נ.נ. הוסעו, לפי גרסה זו, לא ששה עצורים אלא רק שלושה, ועמם חמשה חיילים. נתון זה מגדיל את מספר העצורים שהוסעו בטנדר ובמונית לשבעה עשר.

עדות הנאשם, לפיה היתה החלוקה של העצורים בין כלי הרכב אקראית ובלתי מבוססת על שיקולים כלשהם, נועדה, על פניה לסתור את עדויותיהם של סגן ד' וסמל ב'. הללו כרכו את פקודתו של הנאשם, "לטפל בעצורים", באמירתו שהוא מתכוון להעלות על המשאית "את כל העצורים הרציניים". סגן ד' העיד, בע' 31, לאמר:

"הנאשם היתה לו רשימה של המסיתים הרציניים, רשימה שאותה הביאו העצורים מהבית, והוא מיין אותם מי יעלה למשאית, מי יעלה לנ.נ. ואת הנותרים העלה על הפולקסוואגן ועל המונית שהיו במקום ללא חיילים. התא-מעצר בנוי מדלת, בפנים תא מעצר, והוא הוציא אחד-אחד ושלחם לכל אחד מכלי הרכב. זה למשאית וזה לנ.נ. ואת כל הנותרים העלה לפולקסוואגן דבל קבינה וכן למונית של איזה אורח".

מבין שתי גרסאות מנוגדות אלה הגנו מעדיפים את גרסתו של סגן ד' – לא רק מפני היותה נתמכת בעדותו של סמל ב' וראיות אחרות, אלא גם מפני שעדותו של הנאשם בשאלה זו היתה בלתי משכנעת בשל חוסר ההיגיון הבולט המציין אותה.

(1) אין כל הגיון מבצעי בחלוקה מקרית של עשרים וששת העצורים בין ארבעת כלי הרכב. בעוד שרק תשעה מאלה נתונים לשמירה קפדנית של החיילים במשאית וב-נ.נ. ואילו שבעה עשר אחרים מוסעים, ללא כל ליווי צמוד או שמירה, בשני כלי רכב אחרים. הסברו של הנאשם, כי שיקולי השמירה באו על סיפוקים בכך שהטנדר והמונית נסעו במרכז השיירה, לא שכנע אותנו. ראה תשובת הנאשם בע' 195.

(2) אין כל הגיון ממשי לערב מסיתים מועדים ומסוכנים עם תלמידים צעירים ממשותתפי ההפגנה. חזקה על הנאשם, שבהיותו סגן מפקד נפה ידע והבין זאת.

(3) לצורך פינוי מחסום האבנים, ביציאה מן העיירה סלפית, לא הורד איש מן העצורים שהוסעו, בלוויית חיילים, במשאית או בנ.נ. עבודת פינוי המחסום הוטלה על העצורים שהוסעו במונית, ללא ליווי צמוד של חיילים (ראה תשובת הנאשם בע' 196). עובדה זו מתיישבת עם הגרסה שחלוקת העצורים בין כלי הרכב התבססה על שיקולים מוקדמים שהנחו את הנאשם, אך איננה מתיישבת עם עמדת הנאשם שהחלוקה היתה אקראית ונעדרת שיטה.

(4) אף שאיננו קובעים ממצא עובדתי חד משמעי, שבין העצורים שהוסעו במשאית לא נמצאו מפגינים שנעצרו ע"י החיילים תוך כדי פיזור ההפגנה, מפתיעה עד מאוד היא הזהות המוחלטת בין מספרם של המסיתים שהמטרה הצליחה לעצור בבתייהם באותו בוקר לבין מספרם של העצורים שהנאשם הורה להעלותם על המשאית. הנאשם גילה

בעדותו (בע' 184), כי אחד משבעת העצורים, שעל הסעתם במשאית הורה בעצמו, הורד ממנה "ללא אישורו". קשה להעלות על הדעת שהיה מקפיד לזכור ולהזכיר עובדה זו, אילו לא ייחס חשיבות למספרם וזהותם של העצורים שהוסעו במשאית. השאלה, בעליל, לא היתה מספר המקומות הפנויים. הראיה כי הנאשם אינו יודע את מספר המדויק של החיילים שהוסעו במשאית (ראה עדותו בע' 194), אך העובדה שהורה על הסעת שבעה עצורים במשאית, והעובדה שאחד מהם הועבר לכלי רכב אחר ללא אישור, נהירות לו היטב.

בית הדין שוכנע, כי הנאשם הועיד, מלכתחילה, להסעה במשאית רק אותם העצורים שהיתה עמו כוונה לפגוע בהם. קביעה זו מחזקת את גרסתם של סגן ד' וסמל ב' כי הנאשם פקד "לטפל" בעצורים שיועלו על המשאית.

9. בהסתמכו על מספר עדויות שייחסו את מתן הפקודה להכות את העצורים לרס"ן מזוקן מבקש הסניגור לחזק טענתו כי עלילת שווא העלילו עדי התביעה על הנאשם.

אליבא דהסניגור, הרי טעותם של אותם עדים, שעל עדויותיהם נעמד להלן, מחייבת את המסקנה כי כל החיילים כולם נדברו להאשים את "הרס"ן" במתן הפקודה וחלקם שגו וייחסו לרס"ן אחר.

עדויות של א' (עס/5, ע' 171 ואילך) איננה לעניין כלל. חייל זה אינו נמנה עם נוסעי המשאית אלא עם נוסעי ה-ג.ג. מסתבר מדבריו, כי גם ב-ג.ג. הכו החיילים את העצורים, ועשו כן ללא פקודה אלא לסיפוק רגשי נקם במפגינים שפגעו בחבריהם. בין אלימות זו לבין המעשה הבלתי חוקי המיוחס לנאשם אין כל קשר.

עס/4 ר' העיד, כי בדרך מסלפית לטול כרם ניתנה לחיילים פקודה להכות את העצורים. הפקודה ניתנה, לדבריו, ע"י "רס"ן עם זקן", שהתכוון בפקודתו "לקומוניסט אחד". למיטב זכרונו של העד, היה זה אותו קצין מזוקן שתידרך את החיילים להכות את המפגינים, בטרם יצאו מטול-כרם למילוי משימתם בסלפית. אך בכך, הודה העד בפירוש, איננו בטוח (ראה ע' 170). עדות זו איננה יכולה ללמד דבר. הקצין היחיד בנפת-טול כרם המוכר כרס"ן מזוקן הנו רס"ן ה', וקצין זה לא השתתף כלל בפיזור ההפגנות בסלפית. ממילא לא יכול לפקוד דבר על החיילים בדרכם בחזרה לטול-כרם. הנאשם, לעומת זאת, אף שאיננו מזוקן, הינו הרס"ן היחיד שהשתתף בפיזור ההפגנות ונסע בראש השיירה. העד ר', לפי מיטב הערכתו, איננו משקר במזיד, אך הוא חוטא בבלבול וערבוב דבריו ודמותו של רס"ן ה', שתדרך את החיילים בהגיעם למפקדת הנפה, עם דברים שהגיעו לאזניו בעת שישב במשאית (אם מפי הנאשם ואם מפי השמועה מחבריו), מבלי שבעת מעשה יראה את דמותו של הקצין הדובר.

זהו ההסבר האפשרי גם לדברים שצוטטו (בע' 172) מעדותו במצ"ח של חייל אחר, טור' ק', לפיה "הפקודה להכות את העצורים, לאחר פיזור ההפגנה, במשאית ניתנה ע"י רס"ן מגודל זקן". נמצא שדין טענתו של הסניגור להידחות.

10. כל השופטים רואים את ההשתלשלות העובדתית, מעת פקודתו הראשונה של הנאשם, באזני סגן ד' וסמל ב' ועד הורדת העצורים מן המשאית בטול-כרם, כמסכת אחת. אף כי הפרשה

העובדתית נחלקת לשני שלבים גלויים וברורים, אין לחלוקה זו שום נפקות לגבי הבחנות משפטיות אפשריות. מבחינה משפטית מהוות שתי הפקודות, הראשונה שניתנה לסגן ד', על-מנת שהוא יעבירנה לחייליו, והשנייה שניתנה ישירות באזני החיילים, מכלול אחד של מעשה בלתי חוקי שבו נכשל הנאשם. יתכן שלשונה הגסה והמחוספסת של הפקודה שהשמיע הנאשם באזני החיילים מעידה, ביתר שאת, על נכונות הבנת משמעותה של הפקודה הראשונה שניתנה לסגן ד', אך מבחינה משפטית לא הוסיפה הפקודה השנייה לאחריותו של הנאשם דבר שלא נטל על עצמו בעת שנתן את פקודתו הראשונה. לפיכך אין כל טעם בניסיונו של הסניגור להבחין בין מכות שהוכה המנוח לפני פקודתו הישירה של הנאשם לבין מכות שהוכה לאחריה.

שמיעת עדויותיהם של כמה מן החיילים נוסעי המשאית לא הותירה בלבנו ספק, כי הללו הכו את העצורים במסגרת מילוי הפקודה שניתנה להם. כך, למשל, התבטא העד טור' א' (בע' 116): "את המכות נתנו משום שקיבלנו פקודה". וכן העד טור' נ' (בע' 121), בהתייחסו לפגיעה במנוח: "הרבצנו לו משום שקיבלנו פקודה". כיוצא בזה העד טור' ל' (בע' 129): "הרס"ן אמר לנו בדרך שצריך להרביץ להם, ואנחנו הרבצנו כי אנחנו חיילים".

יתכן, אמנם, כי לאחד, או לאחדים, מן החיילים שהכו את העצורים היו מניעים אחרים. דוגמא בולטת לשלילה הוא העד טור' ס', שהתבטא (בע' 141) בתשובה לשאלה מדוע הכה את העצורים: "אני יודע רק שהיינו במשאית ועשינו את אשר היינו צריכים לעשות. אני לא יודע בדיוק ואני יכול לומר ואני עשיתי את זאת למעני ולמען הילדים והאישה". אולם, עובדה זו איננה יכולה לגרוע מאחריות הנאשם. כמה טעמים לדבר: ראשית, גם ס', שמבחינת גישתו המוסרית לנושא הדיון היה רחוק מקטרוג על הנאשם, העיד על הפקודות שניתנו, תחילה ע"י המפקדים הישירים ואחר כך ע"י הנאשם, עדות שאינה שונה במאומה מעדויותיהם של העדים האחרים. שנית, אילולא ניתנה לחיילים פקודה להכות את העצורים, יש להניח כי המכ"ם שהוסעו במשאית היו מונעים כל ניסיון של מי מהחיילים לפגוע בעצורים. מתן הפקודה, שלגבי רוב החיילים שהשתתפו בתקיפה היווה סיבה ישירה למעשה, לפחות הקל על מי שהיה תאב להכות את העצורים מתוך מניעים אחרים, כגון נקמנות, להוציא את מזימתו לפועל. ושלישית, בעת מעשה פעלו כל החיילים שהכו את העצורים כשותפים שחברו יחדיו למזימה משותפת, אפילו נבדלו מניעיהם של אחדים מהם, לחבור לאותה מזימה, ממניעיהם של זולתם. מבחינה עובדתית, אין עד זולת ס' שנתן למעשה התקיפה צידוק עצמאי שאיננו תלוי בפקודות שקיבל או נובע מהן. נמצא שלגבי רובם המכריע של החיילים שהעידו, הוכחו לא רק השתתפותם בפועל בתקיפה אלא גם הקשר הסיבתי הישיר בין הפקודות, שהנאשם נושא באחריות לנתינתן, לבין המעשה גופו.

11. עד כה טרם נגענו באחת המחלוקות הגורליות שבין התביעה והסנגוריה במשפט זה, היא המחלוקת בדבר תוכן דברי הנאשם במסגרת העימות שנערך ביום האירוע, בשעות הערב, במשרדו של מושל טול-כרם, סא"ל ש' (עס/1).

המושל קיבל את הידיעה על מות המנוח, וכפי שכבר נזכר לעיל (פיסקה 3(מ)) להכרעת – הדין) קיים במשרדו, בהוראת מפקד איו"ש, בירור של הנסיבות שהביאו למותו של המנוח.

בירור זה כלל גם עימות בין הנאשם לבין סגן ד', סמל ב', שני המכ"ם ושניים מן החיילים. לדברי עדי התביעה, קיים המושל את הבירור שלא בנוכחות הנאשם. לבסוף, קרא לנאשם להיכנס לחדרו ושאלו באם הוא שנתן את הפקודה להכות את העצורים במשאית. על שאלה זו השיב הנאשם, לפי גרסתם של עדי התביעה, בחיוב.

העיד סגן ד' על מעמד זה (בע' 37): "רס"ן ראובן נכנס פנימה. המושל שאל אותו האם נתן הוראה כזו? רס"ן ראובן ענה: ניתנה הוראה להכות".

עדוּתו של סמל ב' (בע' 78) איננה שונה במאומה:

"... ונשאל הנאשם ע"י המושל אם נתן הוראה להכות את העצורים. המושל שאל אותו: אתה נתת את ההוראה הזאת? והנאשם הרכין את הראש, הרהר לרגע ואמר: כן, נתתי את ההוראה".

ניסוחו של רב"ט א' שונה במקצת:

"באותה פגישה על אותה עצירה של הרכבים של המושל, והמושל שאל את הנאשם אם הוא נתן את ההוראה לשכור ידיים ורגליים ולשכור עצמות, בשלב שלאחר הפגישה עמו, הנאשם הודה בחיוב" (ראה בע' 59).

רב"ט י' היה היחיד מבין עדי התביעה שנחקר ע"י הסניגור בדבר תוכן הדברים שאמר הנאשם בעימות. הרי תשובתו (בע' 60): "אין זה נכון שכאשר הנאשם הודה אצל המושל שהורה להכות הכוונה היתה בשעת פיזור ההפגנות". יצוין, כי גם יתר העדים, אשר לא נחקרו ע"י הסניגור, לא הותירו מקום לספק שהעימות התייחס בפירוש לשלב הובלת העצורים במשאית.

כך גם דבריו של העד רב"ט ד' (ע' 97):

"... ואז הוא (המושל) הכניס את הנאשם ושאל אותו אם הוא נתן את הפקודה להכות במשאית. ואז הנאשם ענה שכן. המושל שאל את הנאשם אישית, והנאשם השיב לו".

רק אחד מבין שני החיילים שהשתתפו בעימות הובא כעד. כך מדברי העד ס' בע' 141-142:

"המושל מדבר עם הקצינים, עם ר' עם סמל ואחרי זה הוא מדבר עם רס"ן. הוא שאל אותו אם נתתי פקודה, כלומר אם הוא נתן פקודה, פקודה בשביל קומוניסט. --- המושל שאל אותנו מי נתן את הפקודה. אנחנו אמרנו שאת הפקודה נתן (מצביע על הנאשם). הוא שאל את הרס"ן אם הוא נתן את הפקודה והוא אמר שכן. אם הוא נתן פקודה לשכור את הידיים והרגליים והנאשם השיב שכן".

גרסת הנאשם, לגבי תוכנה של פגישת העימות, היא שונה בתכלית. לדבריו, בע' 189-190, נשאל ע"י המושל אם נתן הוראה. "אמרתי – גרס הנאשם – שהפעם היחידה שנתתי הוראה על המשאית היתה לפני ההפגנה, בתדריך שנתתי בכניסה לעיירה סלפית גם לחיילים שהיו על המשאית וגם לחיילים שהיו על הנג". לדברי הנאשם השתתף בפגישת העימות מראשיתו ולא נקרא למושל לקראת סופה.

סא"ל ע' התייחס לשאלתו של הסניגור בפתח החקירה הראשית ואמר:

"אחרי המקרה היה בלשכתי עימות בין החיילים לבין הנאשם. לא במפגש הנדון ולא בשום הזדמנות אחרת לא שמעתי מפי הנאשם כי נתן הוראה להכות את העצורים במשאית לאחר המעצר. וזה גם מה שאמרתי בעדויות שגבו ממני". (ראה עדותו בע' 159)

נובע מדבריו שלא רק בעדותו בפנינו אלא גם בשלב החקירה, מסר המושל גרסה עובדתית שאיננה מתישבת עם דברי עדי התביעה. בשלב החקירה הנגדית מסר סא"ל ע' את התיאור הבא:

"בשעה מסויימת ניתנה לי הוראה ע"י מפקד יו"ש לעשות עימות. לא היתה כאן חקירה. בעימות הזמנתי את המ"מ, סמל המחלקה, המכ"ם וחיילים אחרים, והכנסתי לחדרי גם את הנאשם בעת ובעונה אחת עם האחרים ולא אח"כ. איני זוכר מי מהם דיבר לראשונה אבל אחדים מהם אמרו שרס"ן ראובן נתן להם הוראה להכות, עלה למשאית מספר פעמים ואמר להכות. הנאשם טען, בנוכחות כל האחרים, שהפעם היחידה שאמר להכות זה היה בתדריך שקיים על המשאית לפני הכניסה לעיירה. אני קיבלתי הוראה לעשות עימות כדי לדעת את גרסאות שני הצדדים בעוד העניין טרי. ואח"כ להביא את העניין בפניו (קרי: מפקד איו"ש) כשעשיתי את העימות היה ברור לנו שהחיילים טוענים שקיבלו הוראה מרס"ן ראובן להכות לאחר מעצר האנשים, ורס"ן ראובן, הנאשם, טוען שלא אמר להכות אלא רק פעם אחת לפני ההפגנה. בעימות הצגתי לו במפורש את השאלה - האם נתן הוראה להכות את העצורים בדרך והוא השיב בשלילה. --- אני זוכר את העימות ברור והנאשם אמר שההוראה היחידה שנתן להכות היתה בתדריך עוד לפני ההפגנה, אני זוכר את העימות מצוין".

התחבטנו לא מעט, נוכח העמדה שנקט סא"ל ע' בעדותו, מה היה תוכנו של העימות ככל שהוא נוגע לשאלה שהוצגה בפני הנאשם והתשובה שהשיב עליה. הגדרנו לעיל את המחלוקת הזו כגורלית. שכן, אם סא"ל ע' דובר אמת, ברי שכל עדי התביעה משקרים, ואם הללו משקרים בעניין זה - על שום מה ינתן אימון בדבריהם באיזה מן הנושאים האחרים שעל הפרק?! מאידך, הרושם האיתן שהפקנו מעדויות עדי התביעה מזה ומעדויות המושל והנאשם מאידך, לגבי נסיבותיה ותוכנה של פגישת העימות, הינו שעדי התביעה - ולא האחרונים - הם שמסרו תיאור עובדתי נאמן ונכון.

לא בלי צער באנו לכלל מסקנה, כי סא"ל ע' מסר עדות לא מהימנה על תשובת הנאשם לגבי השאלה שהוצגה לו בעימות. גם לגבי הצורה שבה נערך העימות, אנו מעדיפים את תיאוריה של עדי התביעה. אין זה מן הנמנע כי משלביה הראשונים של הפרשה נחלץ העד סא"ל ע' לחפות על הנאשם. הן המקורבות האישית הטבעית שבין מושל לסגנו, והן המניע להתנער מאחריותו כמפקד למעשה שבשום אופן אי אפשר להגדירו כפשע שאינו כרוך בתפקידו הרשמי של הנאשם, יכולים, כשלעצמם, להסביר את גישתו של המושל.

רושם חוסר כנותו של סא"ל ע', וכן חשש להעלמת האמת הידועה לו, נתעוררו בשלב עמידתו על דוכן העדים. בתשובה לשאלות האב"ד (בע' 164) סיפר סא"ל ע', כי בשיחה הטלפונית הראשונה שקיים עם הנאשם ביום המקרה נמסר לו, כי המנוח נלקח לבית החולים, והרופא טוען שהוא גוסס. כאן התבטא העד לאמר: "תיארתי לעצמי שזה עניין של הכאה" וליישוב

תמיהתנו הסביר: "מה פתאום אדם גוסס?" לפחות עדות זו מעוררת חשד כי סא"ל ע' ידע, לראשונה מפי הנאשם ולא מפי החיילים, כי המנוח הוכה.

אנו ערים לכך שמשמעות המסקנה שאליה נגענו, לגבי חוסר מהימנותו של העד סא"ל ש', משתרעת לא רק על תחומי המשפט הזה. אין זה מן הנמנע שגם בפני מי שהורה על עריכת העימות וכן בשלב החקירה, מסר סא"ל ע' דיווח לא נאמן על תוכנה של פגישת העימות. נוכח העובדה, שבפגישת העימות לא השתתף שום אדם שאינו חשוד בפניות כלשהן בהיותו נקי מכל נגיעה אפשרית בפרשה, אין האפשרות הזאת רחוקה מן הדעת. סא"ל ע' הודה, כי אף שהעימות היה בעיניו הליך פורמלי לא טרח לערוך כל פרוטוקול של הדברים שנאמרו בו. בנסיבות כאלה, אין בנמצא אלא שתי גרסאות, של שני הצדדים המעורבים ישירות בפרשה, ומי שערך את העימות, שמטרתו ללמוד את הגרסאות בעוד העניין "טרי", השיש עצמו צד למחלוקת.

נוסיף עוד הערה אחת, הנוגעת בדרכי ניהול ההגנה ולא בעדותו של סא"ל ע' עצמו. אף שעמדתם של סא"ל ע' ושל הנאשם, לגבי תוכנו של העימות, לא נסתרה מידיעתו של הסניגור, לא טרח האחרון כמעט כלל בחקירה נגדית של עדי התביעה בנושא זה. חושבנו שזולת שאלה בודדת לעד י', לא נחקר איש מעדי התביעה, שכולם ייחסו לנאשם הודיה מלאה כי הוא שנתן את הפקודה הבלתי חוקית, בדבר תוכן דברי הנאשם. שתיקה זו משתרעת גם על עדותו הראשית של הנאשם שלא הזכיר, ולו במילה אחת, את הפגישה שנערכה בערבו של יום האירוע במשרדו של המושל. עמדה זו אומרת דרשני.

12. בכך תם דיונונו בשאלה העובדתית העיקרית, שעליה נסובה המחלוקת בין בעלי הדין, דהיינו מהותה של הפקודה שניתנה ע"י הנאשם.

נפנה עתה לדון בכמה מטענות הסנגוריה.

השגתו הראשונה של הסניגור היא, כי בניסוח כתב האישום הגבילה התביעה את עצמה לטענה אחת ויחידה, דהיינו כי הנאשם פקד להכות את המנוח, ואם יקבל בית הדין כי פקודה ספציפית כזאת לא הוכחה, אלא שהוכחה פקודה יותר כללית, להכות את העצורים, אין די בכך כדי להביא להרשעת הנאשם בעבירה המיוחסת לו.

טענה זו דינה להידחות, מכמה טעמים: הטעם הראשון הוא, כי אף שמנוסחו של בד/1 (אשר צוטט במלואו בפסקה 2 של הכרעת הדין) משתמעת, אמנם, טענה ספציפית של התביעה, כי הנאשם פקד להכות את המנוח, הרחיב התובע את יריעתו בדברי הפתיחה שהקדים לשמיעת תשובת הנאשם לאשמה. כבר הזכרנו לעיל, כי אחד החידושים העיקריים שבדברים אלה, שאף הם חלק מן הבסיס העובדתי הנטען ע"י התביעה, כי הנאשם לא פקד להכות את המנוח לבדו, אלא את כלל העצורים במשאת, אף שלגבי המנוח ניתנה הפקדה בהדגשה מיוחדת.

שנית, לא חסרו בין עדי התביעה כאלה שייחסו לנאשם מתן פקודה ספציפית, שהתייחסה למנוח בלבד, או שהתייחסה למנוח מתוך הדגשה מיוחדת. מחמת ספק החלטנו שלא לקבוע כי פקודת הנאשם היתה ספציפית, אלא לקבוע שהיתה כללית והתייחסה לכלל העצורים מבלי להזכיר את המנוח במפורש. אין בכך מאומה שיש בו כדי לגרוע מחובתנו להסיק מקביעה זו

את המסקנות המשפטיות הראויות.

שלישית, הנאשם התגונן מפני כל המיוחס לו ע"י התביעה בטענה אחת, שלא נתן כל הוראה, אף אם יש "שינוי חזית" בעמדת התביעה, ואיננו סבורים כי שינוי כזה היה, אין לומר כי הוא פוגע בנאשם. כיון שטען "לא נתתי כל הוראה" – מה לנו אם ההוראה שהוכחה הינה הוראה כללית או מיוחדת. גם הוראה כללית בהתחשב במהותה ובנסיבות נתינתה, חובקת את כל יסודות המחשבה הפלילית הנדרשת לביסוס הרשעת הנאשם בעבירה המיוחסת לו, וגם הסניגור לא חלק על כך.

13. טענתו השנייה של הסניגור הינה יותר רצינית, דהיינו שבהיות כל עדי התביעה בבחינת שותפים לעבירה טעונות עדויותיהם סיוע שבהעדרו יש לזכות את הנאשם.

אחד השופטים במותב מבקש להעיר, במאמר מוסגר, שאילולא הניח התובע עצמו, כפי שמשמע מן הסיפא של המסמך בד/1, כי כל המעורבים בתקיפה הם שותפים לדבר העבירה, היה מהסס לקבוע כזאת לגבי הטוראים הטייונים, להבדיל מסגל מפקדיהם. שופט זה מסופק אם הטייונים, שנצטוו להכות את העצורים ומילאו הפקודה כלשונה, היו בעלי הכוונה-הפלילית הדרושה לעשייתם שותפים לעבירה. שכן, מנין להללו כושר ההבחנה, שהפקודה להכות את המפגינים ברחוב בעזרת האלות עד זוב דם, היא פקודה שאין בה דופי וחובה עליהם לציית לה, ואילו להכות את העצורים במשאית, זמן קצר לאחר מכן, הינה פקודה בלתי חוקית בעליל שחובה עליהם לסרב למלאה, שאם לא יסרבו יהיו שותפים לפשע?

שני השופטים האחרים אינם שותפים להיסוסים אלה. המבחן של "הדגל השחור" המתנוסס מעל פקודה בלתי חוקית בעליל, הינו מבחן אובייקטיבי ואין נפקא מינא לעניין שורת האחריות הפלילית מה רמתם של החיילים, ותקם בשירות הצבאי, מערכת מושגיהם והאווירה שבה נמצאו כשפקדו עליהם מה שפקדו. הפקודה להכות אנשים חסרי מגן, המצויים במעמד של עצורים או שבויים, הינה לעולם פקודה בלתי חוקית בעליל שמתנוסס מעליה אותו "דגל שחור".

בין כה ובין כה, די בעובדה שהתובע הניח, בפתח טעונו, כי הנאשם נושא באחריות לעבירה בדין משדל, לפי סעיף 23 לפח"פ, מבלי לטעון דבר בעניין חפותם של החיילים שביצעו את פקודתו, כדי שאף אנו נניח שכל עדי התביעה המעורבים בפרשה, החל מסגן ד' וכלה באחרון החיילים שהשתתפו בתקיפת העצורים הינם שותפים לעבירתו של הנאשם.

השאלה הבאה הינה, אם נסיבותיו של המקרה הנדון מצדיקות להתנות את הרשעת הנאשם בהבאת ראיות סיוע לעדויות החיילים, שהם בבחינת שותפיו לעבירה. בע"פ 42/66 יעקב נעמן (ליברמן) נ' היועץ המשפטי, פד"י כ"י (4) ע' 187, התייחס כבוד השופט לנדוי, כתוארו אז, לתוצאות הקשות לעתים הנובעות מהחלת דיני הסיוע באורח גורף על כל מי שנטל חלק בעסקה נשוא העבירה שבה הואשם הנאשם.

הרי כמה מדברי בית המשפט היאים גם למקרה שלפנינו:

"יוצאים מכלל זה המקרים בהם אמנם השתתף העד השתתפות ממשית בעסקת העבירה, אך עצם יסודות העבירה נותנים מקום לסברה שהנאשם והעד לא פעלו יחדיו כשווה

עם שווה, אלא העד עמד במצב של תלות אישית או כלכלית כלפי הנאשם, כמו הזונה כלפי המחזיק בבית הזנות, הקונה בשוק השחור כלפי ספקו, וכן המודח לשבועת שקר הנכנע לשידולו של המדיח. במקרים כאלה נמצא מקום להקל מחומרת ההלכה, כי בהם השותפות בין הנאשם ובין העד איננה "שותפות אמת" כלל".

(שם, בע' 191 ואילך)

הטעם לפטור מחובת סיוע, מקום שהשותפות בין הנאשם לבין העד איננה "שותפות אמת", כוחו יפה גם ביחסים שבין המפקד שפקד על הכפוף לו לעשות מעשה לבין הפקוד המציית לפקודה. כך פסק בין הדין הצבאי לערעורים בע/139/75. בית-הדין הבחין בין חיילים המבצעים עבירה במשותף ללא קשר למעמדם בצבא, לבין המקרה שבו חייל מבצע עבירה מתוך ציות לפקודת מפקדו. אפילו אם ביצועה של הפקודה מהווה עבירה, אין לומר שבין המפקד לחייל נוצרים יחסים מובהקים של "שותפות". בלשון בית הדין:

"דיני השותפות לדבר עבירה המהותיים מכירים במונח "מייעץ או משדל" (סעיף 23 (1) (ד) לפקודת החוק הפלילי, 1936), וזהו הסעיף שהחילה הפסיקה על נותן הפקודה לצורך קביעת אחריותו הפלילית והרשעתו בעצם העבירה. עם זאת ברי, כי פקודה אינה סתם ייעוץ או שידול ולצורך דרישת הסיוע, אין להשוות את היחסים שבין המשדל למשדול לקשר הקיים בין נותן הפקודה למציית לה, שכן במקרה האחרון לא מדובר בשני אנשים חופשיים, שקשרים של שותפות לדבר עבירה נרקמים ביניהם, אלא בביצוע עבירה של אחד מתוך תלות מובהקת בשני, הנובעת מחובת המשמעת"

ולהלן אומר בית הדין, בהתייחסו לדברי כבוד השופט לגדוי, בע"פ/42/66 הנ"ל:

"אין לך יחס של אי שוויון ואם תרצי לומר תלות מובהק יותר מאשר בין החייל, המציית מתוך חובת משמעת למפקדו, והוא עולה עשרת מונים על אותה תלות בדוגמאות שהובאו בפסק דינו של בית המשפט העליון שצוטט לעיל".

יצוין כי הלכה זו חזרה ונתאשרה לאחרונה ע"י בית המשפט העליון. בע"פ 305/74 משולם הורוביץ נ' מדינת ישראל פד"י כ"ט (1), 416, אמר כבוד השופט ברנזון, בע' 419, את הדברים הבאים:

"הלכה פסוקה היא, שיש ואף שפורמאלית אדם הוא בבחינת שותף, אבל בפועל הוא נתון ללחץ וכורח והוא יותר קרוב מאשר שותף אמת, ואז אין הכלל בדבר הצורך בסיוע לעדותו של שותף בעבירה תופס".

אכן אף עדי התביעה במקרה שלפנינו, אין שותפותם לעבירתו של הנאשם שותפות אמת. שותפותם הינה פורמלית גרידא, ואין לומר כי פעולתם בפרשת המעשה הפלילי נעשתה, מתוך עמדה שווה לעמדתו של הנאשם. על כן, הגנו קובעים בזה כי די בעדויותיהם להביא להרשעת הנאשם, גם מבלי שבאה בפני בית הדין עדות סיוע.

נוכל להוסיף, באותו הקשר, כי מקום שבאו בפני בית הדין, כמו במקרה דנא, עדויותיהם של חיילים רבים שגם אינם משתייכים לאותה רמה של ההיררכיה הפקודית אלא לרמות שונות מתמעט עוד יותר משקלה של ההלכה הנושנה המחייבת עדות סיוע בכל מקרה שבו סומכת

התביעה על עדותיהם של שותפים לעבירה.

ראוי להזכיר את פרשתו של KILBOURNE שבה נפסק ע"י בית הלורדים כי אין כלל מחייב שלפיו אין שני שותפים לעבירה יכולים לסייע זה לזה בעדותם. בהתייחסו לפסק דין זה אמר כבוד השופט לנדוי כי "יכול להיות שבאחד הימים נעייין גם אנחנו בשאלה, אם נכון היה ללכת בעניין זה אחרי הפסיקה האנגלית הקודמת": ראה ע"פ 601/72, 46/73 יחיא מלחן ואח' נ' מדינת ישראל, פד"י כ"ז (2) 555,553.

14. א. השאלה האחרונה שבה עלינו לדון היא שאלת הקשר הסיבתי בין תקיפתו של המנוח לבין מותו. הסניגור השקיע מאמצים רבים בנסיונו להפריך את קיומו של קשר סיבתי בין המעשה הפלילי לבין התוצאה הקטלנית.

ב. אין צל של ספק כי בעת שנעצר והועלה לארגז המשאית צעד המנוח בכוחות עצמו כאדם שהוא לכאורה בריא. עדויות אחדות מאשרות את הדבר ודומה גם שעובדה זו איננה שנויה במחלוקת. נוכל להפנות לתיאורו של סגן ד' (בע' 32), לדברי רב"ט י' (בע' 56) לדברי סמל ב' (בע' 84), דברי א' (ע' 116) וסרן כ' (136).

ג. בהגיע המנוח לטול כרם היה חבול. לדברי סמל ב' (בע' 85), נפל המנוח ברדתו מן המשאית ואז הרימוהו ולקחוהו לחדר המעצר. בלשון העד: "ראיתי אותו כשירד מהמשאית. הוא נפל למטה. הרימו אותו והוא הובא לחדר מעצר. הוא נתמך ע"י חייל, גם כל עצור שהורד מן המשאית נתמך ע"י חייל, עזרו לו לרדת. ראיתי אותו בשלב שנפל, הרימו אותו וחייל תמך בו והביאו למעצר". העד מ' (בע' 112) מתאר כי המנוח "הלך ברגליים שלו, אבל לקחו אותו ביד לעזור לו ללכת". וסרן כ' (בע' 136): "כשעלה הוא היה בסדר. כשירד היה חבול והלך. בוא נאמר שכולם נתמכו שם. כשהמנוח ירד מן המשאית ראיתי אותו חבול במראה עיניים הוא נתמך כמו כולם".

ד. מאז הגיעה השיירה לטול-כרם ועד שנקרא סרן כ' להעביר את המנוח לבית חולים עבר זמן קצר מאוד (ראה עדותו בע' 138).

ה. ביום 23.3.76, למחרת יום מותו, נותחה גופת המנוח ע"י הפתולוג דר' בצלאל בלוק, במכון לרפואה משפטית בתל אביב. בפתיחת בית החזה נמצאו שברים בצלעות משני הצדדים: מימין נמצאו שברים בצלעות 3-8 בקו בריחי אמצעי ובצלעות 4-10 קרוב לעמוד השדרה. משמאל נמצאו שברים בצלעות 4-8 בקו בית שחי קדמי וכן בצלעות 9-10 בקו עצם השכם. הנזקים הקשים לצלעות נגרמו, לפי האמור בחוות הדעת הפתולוגית ת/3, כתוצאה ממכות בעצם קהה, או בעיטות, או אפילו מכות אגרופים בכוח בחזה. לפיכך, קבע הפתולוג, שסיבת המוות היתה "הלם פלברו פולמונלי טראומתי (חבלתי) עם הצטמקות הריאות המביאה להפרעה בנשימה ובתהליך החמצון כתוצאה מהשברים הדו צדדיים הרבים של הצלעות".

הבדיקה הפתולוגית גילתה שינויים חולניים בגופה שאינם קשורים לחבלות שספג המנוח. בלב נמצאה טרשת, קלה עד בינונית, בעורקים הכליליים עם היצרות עד 50 אחוז בענף היורד הקדמי של העורק השמאלי. נמצאו צלקת וסימני חיבור בכליה השמאלית

המעידים על הוצאת אבנים מאגן הכליה. כן נראתה התרחבות של אגני הכליות, בעיקר בכליה השמאלית, ונמצאה אבן הסותמת את השופכן השמאלי.

בהתייחסו לשינויים החולניים הללו, בסיכום חוות דעתו, כתב דר' בלוך: "השינויים החולניים בייחוד בלב שלא בקשר לחבלות יכלו במידת מה לסייע להופעת המוות מהסיבה העיקרית".

ו. השגותיו של הסניגור על מסקנותיו של דר' בלוך מתמקדות בשני נושאים עיקריים: ראשית, כי המומחה הסתפק במראה עיניו בעת הנתיחה ולא נזקק לבדיקות היסטולוגיות ומיקרוסקופיות, שמטרתן לשלול מכל וכל את האפשרות שהמנוח מת עקב סיבה טבעית שישודה בשינויים החולניים שנמצאו בו, בייחוד בלב ובעורקים הכליליים. ושנית, כי היה זה משגה לייחס את השברים בצלעותיו של המנוח לתקיפה אלימה דווקא. בהיות המנוח אדם חולני שסבל, כנראה במשך תקופה לא קצרה, מפעילות מוגבלת ולא תקינה של הכליות, היה מקום להביא בחשבון כי חלה ירידה בכמות הסידן בדמו ובעצמותיו, שינוי המתבטא בפריכות העצמות בכלל ובפריכות הצלעות בפרט. צלעות פריכות כאלה עלולות להישבר לא רק מפגיעה מכונת להרע, אלא אפילו מעיסוי לב שבו מפעיל הרופא לחץ דו צדדי על חזהו של החולה. הסניגור ביקשנו להניח שמא קרה כזאת למנוח לאחר הכנסתו למתקן הכליאה בטול-כרם.

לתמיכת השגות אלה לא הסתפק הסניגור בחקירה נגדית של דר' בלוך על חוות דעתו, אלא נחלץ וקרא לעד מומחה מטעמו, דר' מוריס רוגוף.

לאחר שעיניו בחוות דעותיהם של שני הרופאים (ת/3 ו-4/ס), ולאחר ששמענו את הסבריהם בעדויות לפנינו, הננו בוחרים, ללא היסוס לסמוך את ידינו על מסקנותיו של דר' בלוך אשר ניתח את הגופה, ראה את הממצאים וביסס עליהם את חוות דעתו. אין למצוא דופי בהחלטתו של דר' בלוך לוותר על עריכתן של בדיקות היסטולוגיות ואחרות, משנוכח שסיבת המוות ברורה לחלוטין ואין כל טעם בשלילה שיטתית של כל הסיבות האפשריות, הגם שבנסיבות העניין היו רחוקות מן הדעת. דר' בלוך הסביר, כי לקח דגימות מאבריו של המנוח, על מנת לבצע בדיקות היסטולוגיות, אם ימצא בתום הנתיחה, שבדיקות כאלה נחוצות לו לשם קביעת סיבת המוות. כשנוכח שהבדיקות אינן נחוצות ויתר על עריכתן ושוכנענו כי בדיקות כאלה אינן חלק הכרחי מתהליך הנתיחה שלאחר המוות שמטרתה לקבוע את סיבת המוות.

אין כל ממש בהשגתו השנייה של הסניגור, לאמר כי לא הובאה בחשבון האפשרות שהמנוח מת עקב שבירת צלעותיו בעיסוי לב. גם דר' רוגוף לא שלל את האפשרות ששברים בצלעות, מן הסוג שנמצאו בחזהו של המנוח, יהיו תוצאה של מהלומות ומכות אגרוף. במקרה דנא הוכח בבירור כי המנוח הוכה, במכות אגרוף, במהלומות ובבעיטות. מאידך, אין צל צלה של ראיה שמאן שהוא ערך לו, בשלב כלשהו, עיסוי לב. על שום מה נניח, אפוא, ששבירת הצלעות היתה תוצאה של עיסוי לב דוקא? זו גלישה להשערות תיאורטיות והיפותטיות שעל פיהן אין לבסס ממצאים עובדיים.

דר' רוגוף חלק בעדותו על קביעת דר' בלוך, כי הצטמקות הריאות גרמה במקרה הנדון להלם, וזאת מאחר שהצטמקות כזאת צריכה להיות מלווה בבצקת, ובדו"ח הנתיחה אין ממצא של בצקת. הצטמקות כתוצאה מאי ספיקה של הריאות מלווה בבצקת שאין אפשרות להבחין בעין והרופא נזקק למיקרוסקופ. לא כן הבצקת המלווה הלם, שניתן להבחין בה ללא מיקרוסקופ (ראה עדות דר' רוגוף בע' 211).

הואיל ודר' בלוך לא נחקר בשאלה זו בכלל אין לנו אלא להיזקק לדבריו בחוות הדעת ת/3, שבה נכתב (בפסקה 16): "בצקת כמעט ולא ניכרת". מזה לא משתמע כי לא היתה בצקת, או שהיתה בצקת שאפשר להבחין בה רק במיקרוסקופ, אלא שהיתה בצקת בכמות קטנה, "כמעט ולא ניכרת" להבדיל מ"לא ניכרת". נמצא, אפוא, שאין סתירה בין הממצא של דר' בלוך לבין התיאוריה של דר' רוגוף.

ז. נטען בפנינו כי אי-אפשר ליישב את ממצאיו של דר' בלוך, בעניין שבירת הצלעות וההלם עם העדויות שהמנוח, לאחר שהורד מן המשאית, צעד (אם כי נתמך). עד למתקן הכליאה. יש עדות שהמנוח עלה לקומה השניה של הבניין (ראה עדות ס', שהוביל את המנוח, בע' 146).

שני הסברים אפשריים לדבר, האחד רפואי והשני כרוך בהערכת העדויות. ההסבר הרפואי ניתן ע"י דר' בלוך. לדבריו (בע' 157) תהליך אי הספיקה של הריאות, לאחר שבירת הצלעות, נמשך זמן מה עד להופעת הכאבים העזים וכניסת המנוח למצב של הלם טראומטי. בזמן הביניים הקצר הזה עדיין היה המנוח מסוגל ללכת. דר' בלוך הזכיר את התופעה המוכרת, שבמשך פרק זמן לאחר ספיגת נזקים קטלניים מסוגל לעתים האדם לנוע ולפעול.

קיים גם הסבר אחר לדבר. ככל שהתרשמנו, העד ס' הינו בעל גוף, משכמו ומעלה מכל יתר חבריו. מה שנראה לאחרים כתמיכה גרידא במנוח הצועד בעצמו, אפשר שהיה גרירתו של המנוח בזרועו של ס' תיאורו של סמל ב' כי ברדת המנוח מן המשאית הוא נפל ארצה, ואז הרימוהו והביאוהו לחדר המצער מתיישב בהחלט עם אפשרות זו. ס' תיאר אמנם את דרך הילוכו של המנוח כחסרת קשיים, אך חושבנו שלעד זה היו מניעים מובנים להמעיט ככל האפשר מתמונת חומרת מצבו של המנוח. הכל מסכימים שלעד זה היה חלק מהותי בתקיפתו של המנוח, בכלל יתר העצורים במשאית, ובכך טמון ההסבר לתיאורו הפושר.

בין כך ובין כך, הנקודה איננה מעוררת, לדעתנו, קשיים.

ח. חושבנו שטעותו של מומחה ההגנה, דר' רוגוף, נובעת מחוסר הבנה לגבי תפקידו של המשפט. כסבור הוא, כי אין הפתלוג רשאי לסמוך על מראה עיניו, המעיד בעליל שמותו של אדם נגרם עקב סיבה פלוגית, שהיא מצויה וידועה כעובדה נתונה, ועליו להוסיף לחקור ולדרוש שמא בכל זאת היה המוות תוצאתה של איזו סיבה נסתרת ובלתי ידועה. כפי שמסביר מ"מ הנשיא, השופט זילברג, בעקבות המלומד גלנוויל ויליאמס, "אל לו לבית המשפט לחוש לאירוע מאורע רחוק ויוצא דופן העולה, אם אמנם התרחש, בקנה

אחד עם חפותו של הנאשם בעוד שהעדויות שהושמעו במשפט, ושכית המשפט מאמין בהן, מוליכות למסקנה סבירה הרבה יותר והיא שהנאשם איננו חף: ע"פ 112/69 מחמד חליחל נ' מדינת ישראל, פד"י כ"ג (1) 733, 741.

האפשרות שמותו של המנוח נגרם כתוצאה משבירת צלעותיו הפריכות כתוצאה מעיסוי לב היא אפשרות רחוקה מן הדעת, שאין לה צל של ראייה קונקרטית. מאידך, יש בפנינו ראיות למכביר המצדיקות את מסקנתו של דר' בלוק, המייחס את שבירת הצלעות למהלומות שספג המנוח.

הוא הדין בשינויים החולניים בלבו של המנוח ובעורקיו הכליליים. אין, כמובן חולקין שמי שסובל ממחלתו של המנוח עלול למות לפתע גם אם איננו סופג מהלומות עזות המשברות את צלעותיו. אך במקרה הנדון אין זה סביר לייחס את מותו למחלה דוקא ולהתעלם מן האלימות הקשה שבה נפגע סמוך למותו, מה גם שתוצאותיה של אלימות זו היו גלויות לעין. דר' בלוק הניח, בחוות דעתו, שיתכן והשינויים החולניים בגוף המנוח ובייחוד בלבו, תרמו גם הם להחשת המוות שנגרם עקב הסיבה עיקרית, היינו התקיפה. בכך, אין כדי לבטל את קיומו של הקשר הסיבתי בין האלימות למוות. אדרבה, שיעורו של הקשר הסיבתי שהוכח במשפט זה הינו מעבר למה שמוטל על התביעה להוכיח. סעיף 219 (ד) לפח"פ קבוע שיש לראות אדם כאילו גרם למות זולתו, הגם שמעשהו איננו הגורם המידי או הגורם היחידי למוות -

"אם החיש ע"י איזה מעשה או מחדל את מיתתו של אדם הסובל ממחלה או מפגיעה אשר גם בלי אותו מעשה או מחדל היו גורמים למוות".

ראה ע"פ 100/75 מדינת ישראל נ' הרשקו בראונשטיין, פד"י כ"ט (2), 464, דברי כבוד השופט לנדוי בע' 466, האומר וזה לשונו:

"היוצא מזה שמעשהו או מחדלו של הנאשם אינו חייב להיות הסיבה היחידה למות הקרבן; די גם בזה שאותו מעשה או מחדל התווסף על מצבו החולני של הקרבן שהיה קיים עוד קודם לכן, וכך החיש את קרות המוות, שהיה קורה גם בלאו הכי אי פעם בעתיד כתוצאה מאותו מצב חולני".

המנוח דנא, אף שחולה היה, לא סבל בעת מעצרו משום הפרעה מיידית שנתנה אותה ב יכולתו לנוע ולפעול. בצדק קבע המומחה דר' בלוק, כי הסיבה העיקרית למותו היה מעשה האלימות שנעשה בו.

15. המסקנה המתבקשת מכל האמור הינה, כי הנאשם, במעשהו הבלתי חוקי, דהיינו פקודתו להכות את קבוצת העצורים שהמנוח נמנה עמה - גרם למותו של המנוח. לפיכך, הננו מרשיעים את הנאשם בעברת הריגה, לפי סעיף 212 לפקודת החוק הפלילי, 1936, כמיוחס לו בכתב האישום שבתיק זה.

ניתנה היום ה' בתשרי תשל"ז (29.9.76), והוקראה (בדלתים סגורות) במעמד התובע הצבאי הנאשם וסניגורו.

גזר דין

העבירה בה הרשענו את הנאשם היא מן החמורות המנויות בספרי דיני העונשין בישראל. נוסף על אופייה הפלילי והחומרה האינהרנטית שבקטילת אדם, גרמו מעשי הנאשם לפגיעה קשה ביותר בדמותם המוסרית ושמם הטוב של הצבא והמדינה בעיני תושבי השטח המוחזק, ודומה כי למותר להכביר מילים על חומרתה של תוצאה זו.

אולם בכך לא סגי. הנאשם חטא והחטיא את הזולת. כמפקד, שחייב במתן דוגמא אישית לפקודיו, אף אם אלו פקודים לשעה בלבד, ובחינוכם לערכי היסוד של צה"ל, שטוהר הנשק הוא אחד העיקריים שבהם, הציג הנאשם בפני אותם פקודים, עולים חדשים – זה מקרוב באו, את דמותו של צה"ל כצבא שבו התעללות אכזרית בעצורים, לא זו בלבד שאינה אסורה, אלא הינה בגדר פקודה מחייבת. לא רק שאין לזקוף לזכות הנאשם את העובדה שלא ידיו שפכו דמו של המנוח, כי אם בעשיית המעשה ע"י שליחים לדבר עבירה יש נופך נוסף לחומרה.

אף בתתנו מלוא המשקל לאווירת הפוגרום ולמתח הנפשי, בו נתונים היו הנאשם ופקודיו בנסיבות האירועים, עדין נשאר המעשה בדרגת חומרה גבוהה ביותר, מבחינה פלילית ומוסרית גם יחד. הסניגור בקשנו לקבוע, על פי ידיעותינו כקצינים בצה"ל, כי שימוש באלימות לצורכי חקירת כלואים ערביים הינו בגדר הכרח בל יגונה, הנפוץ, לצער כולם, בשורות הצבא. משום כך, סבור הסניגור, יש בעצם העמדתו של הנאשם לדין משום צביעות הראויה לגנאי.

לעניין טענת הצביעות יאמר, שאפילו הוכח בפנינו, כי אין התביעה הצבאית נוקטת בצעדים משפטיים אלא במקרים בהם השימוש באלימות – תוצאותיו קטלניות, לא היינו רואים מקום לבוא עמה בטרוניה כלשהי. קריטריון התוצאה כשיקול, הן למדיניות ההעמדה לדין והן למדיניות הענישה, הינו אחד הבולטים בכל שיטה משפטית.

מבלי להביע דעותינו והערכותינו בקשר לשימוש באלימות לצורכי השלטה מיידית של סדר או לצורכי חקירה, אליהם התייחס הסניגור המלומד בטיעוניו, סבורים אנו ששימוש בכוח הזרוע ובאלימות גסה כלפי עצירים חסרי אונים, כאקט של נקמה או של ענישה בלא דין, הינו חמור ומביש גם יחד, ואין זה בידיעתנו כלל כי הנו כביכול נפוץ בצה"ל חוזה להכשר שבשתיקה.

הנאשם נטל במצח נחושה את "עשיית המשפט" ואת "עריכת החשבונות" עם המנוח וחבריו לידיו. הוראתו של הנאשם לא באה לשרת מטרה כלשהי, זולת ענישתם הפיזית של המסיתים. הוראה ומטרה מעין זו הינן בעלות אופי פלילי מובהק.

אף אם נקבע כטענת הסניגור, כי להסבת מותו של המנוח נתלו גורמים בלתי תלויים בהוראות הנאשם, ערכה של קביעה זו לא יהיה רב, שכן גם לגורמים אלה שמשו אותן הוראות משום היתר לפריקת עול והתפרצות יצרים, בגדר תנאי בלעדיו אין.

לא נוכל שלא להתייחס לטיעוניו של הסניגור בקשר למגמות הענישה בכלל ובמשפט זה בפרט. מכולן מקובלת עלינו אך הטענה שלשם הרתעתו של הנאשם עצמו, מפני מעשים דומים בעתיד, אין צורך בענישה ביד קשה.

לעומת זאת, אין אנו מקבלים כל עיקר את הטענה, ששיקול הרתעת הרבים אינו צריך להילקח

בחשבון שיקולינו משום ניהולו של המשפט זה בדלתיים סגורות. אך היתממות והתעלמות מן המציאות תהא לסבור שגזר הדין שיוטל על הנאשם לא יובא לידיעת הרבים. בתוך עמנו אנו יושבים ואין אנו מצווים כלל להתעלם מכך שהידיעות על קיומו, מהותו ותוצאות הכרעת הדין של משפט זה פורסמו באמצעי התקשורת, ואין זה סביר כלל לצפות שמידת העונש תישאר בגדר הנסתר.

לא זו אף זו. טענת ההגנה כי שקול הנקמה שבעונש שייך לדורות עברו ומקומו לא יכירנו בשיטות משפט מתקדמות, רחוקה מכלל דיוק. אין ספק שתגובת הציבור על הפרת הנורמות המקודשות עליו ושיקול הגמול הראוי לעבריין הינם, בצד שקולי ההרתעה, החינוך והשקום, בגדר שקולים רלוונטיים ולגיטימיים.

בשל יסוד הקלון שבמעשי הנאשם והכתמת שמו של צה"ל בעשייתם, אחידה דעת שופטי בית הדין, כי אחד דינו של הנאשם לשלילת כל דרגה פקודית הימנו ולפיכך פוסקים אנו כי יורד מדרגתו לדרגת טוראי.

נחלקו דעותינו בקשר לענישת הנאשם בעונש מאסר. יאמר מיד, כי מקובל עלינו שבהתחשב באופי העבירה על נסיבותיה, אין כל טעם בענישת הנאשם במאסר מותנה. רוב השופטים סבורים כי דרגת הפליליות שבהתנהגות הנאשם ונקלותה המוסרית מחייבות הטלת עונש מאסר ממשי לתקופה ארוכה ואם אין שופטי הרוב עומדים לגזור על הנאשם את העונש המתחייב, לדעתם, מהמאפיינים הנוכחים לעיל של התנהגותו, הרי זה משום מספר נסיבות שיש לקחתן בחשבון בבואנו לקבוע משכה של תקופת המאסר שיהיה על הנאשם לרצות.

זקפנו לזכות הנאשם את עברו ושרותו החיוביים עד כה, את קשיי תפקידו כפוי הטובה, אשר מילאו באופן מסור ואחראי, את הסיכונים והמתחים בהם היה נתון ואת האסון המשפחתי שפקדו. כמו כן הפחתנו מתקופת המאסר, אותה ראוי היה, לדעתנו, להטיל, בהתחשב בפגיעה הקשה בנאשם הנובעת בהכרח משלילת דרגתו הפקודית ומסיום שרותו בצה"ל בעקבות זאת.

בהתחשב בנימוקים שפורטו לעיל גוזרים שופטי הרוב על הנאשם שתי שנות מאסר לרצוי בפועל.

השופט שבמיעוט מצטרף לעיקר הנימוקים שנמנו בגזר דין הרוב אך סבור הינו, כי עונש הורדה בדרגה מרב-סרן לטוראי, על כל המשתמע מכך, די בו כדי למצות את הדין, הענישה וההרתעה בפרשה שלפנינו. הנאשם שגה שגיאה גדולה שבעטייה גרם למותו של עציר ובכך המיט קלון על ערכים להם מטיף צה"ל ולאורם מחנך את חייליו.

אין חולק שעל שגיאה זו חייב הוא להענש ולפיכך נשללת דרגתו. שופט המעוט סבור כי אין האלמנט של העבירה, בתוקף הנסיבות והאווירה המיוחדת בה קרה המקרה, מצדיק כליאת הנאשם בפועל.

בשולי גזר דין הריינו להביע התרשמותנו שמעורבותו של סגן ד', ככל שהובאה בפנינו וכפי שפרטנו בהכרעת הדין, מטילה ספק כבד בכושרו כקצין וכמפקד. הננו מורים כי העתק פסק הדין יומצא ע"י הקבי"ד לפרקליט צבאי מטכ"ל, תוך הפניית תשומת לבו להערנתו זו.

כמו כן הננו מורים כי הקבי"ד תעביר העתק פסק הדין, בסווג אימון "למכותב בלבד", לאלוף

הפיקוד ולמפקד איו"ש, תוך הפניית תשומת לבם לפסקה 11 שבהכרעת הדין.
ניתן היום, י"א בתשרי תשל"ז (5.10.76) והוקרא במעמד הנאשם, סניגורו והתובע הצבאי.
זכות ערעור לצדדים בתוך 15 יום מהיום.

צו

לבקשת הסניגור ובהעדר התנגדות מטעם התובע הננו דוחים את ביצוע המאסר הממשי עד יום
24.10.76 על הנאשם להתיצב לא יאוחר מהתאריך הנ"ל שעה 12:00 במשטרה צבאית ת"א לשם
רצוי עונשו.

הצו מהווה חלק בלתי נפרד מגזר הדין.
ניתן היום, י"א בתשרי תשל"ז (5.10.76) והוקרא במעמד הנאשם, סניגורו והתובע.

נספח כ"ג: ע/217/76 ראובן נגד התובע הצבאי הראשי

ערעור מס' 217/76

רס"ן ראובן

נגד

התובע הצבאי הראשי

בבית הדין הצבאי לערעורים

בפני השופטים: תא"ל מט דניאל - אב"ד
אל"מ פריש אברהם - שופט
אל"מ דורנר דליה - שופט

פסק דין

1. המערער הורשע בבית הדין הצבאי המחוזי, מחוז שיפוט המרכז, בהריגתו של אחמד דיב מוחמד דחלול, שהיא עבירה לפי סעיף 212 לפקודת החוק הפלילי, 1936 ונידון, ברוב דעות, לשתי שנות מאסר בצירוף הורדה בדרגה מדרגת רס"ן לדרגת טוראי. שופט המיעוט היה בדעה שיש להסתפק בהורדתו לדרגת טוראי. הוא מערער על ההרשעה ולחלופין על העונש.

2. להלן הרקע העובדתי, המוסכם על הכל, שעליו סובבה ההרשעה:

א. המערער, בעת קרות האירוע נשוא ההרשעה שימש בתפקיד סגן מושל נפת טול-כרם באזור יהודה ושומרון. היתה זו תקופה של מתיחות ואי שקט באזור והפגנות אלימות היו חזיון נפרץ. הממשל הצבאי נערך להבטיח את שמירת הסדר בקרב התושבים, אם ע"י פיזור ההפגנות בכוח ואם ע"י הבאתם לדין של המסיתים והמארגנים.

ב. לאור הפגנות רצופות שהתקיימו בעיירה סלפית שבנפת טול-כרם, סופחה למפקדה הנפה ביום 22.3.76 מ- בט"ר-חת"ם מחלקת חיילים טירונים על מפקדיהם הישירים, המ"מ סגן ד', סמל המחלקה סמל ב' ושני מ"כים. החיילים תודרכו מיד עם הגיעם למפקדה ע"י הקצין התורן, רס"ן ה', שמסר להם את המשימה המוטלת עליהם ואת הוראות הקבע הנוגעות לשיטת הביצוע, שעיקרן היה כי יש לפזר את ההפגנה בכוח תוך הסתערות לעבר המפגינים והכאתם באלות. אולם יש להימנע מלגרום למותם של המפגינים ועל כן אין להכות באזורים רגישים בגוף, הראש, העורף והצוואר. כמו כן אין להכות באלה שהפסיקו להתנגד או שמעדו ואין בכוחם להתנגד.

עם התקבל הודעה על התארגנות הפגנה בסלפית יצא הכוח תחת פיקודו של המערער,

שחזר באוזני החיילים לפני היציאה על ההוראות הנ"ל, לעיירה. החיילים פזרו את ההפגנה, שבמהלכה ידו בהם המפגינים אבנים ואף פצעו אחדים מהם, תוך שימוש באלות. 19 ממשותפי ההפגנה נעצרו על ידם ובנוסף לכך עצרה המשטרה באותו בוקר שבעה אנשים, שהיו חשודים בהסתת התושבים להשתתף בהפגנות האלימות. הללו נלקחו מבתיהם והובלו אל נקודת הרכוז בתחנת המשטרה בסלפית.

ג. אחר דברים אלה הוסעו כל העצורים בלויית חיילי הכוח לנפת טול-כרם בשיירת כלי רכב, שבראשה נסעו במכונית "כרמל" המערער, סגן ד' וקצין מקציני הנפה, סרן כ', שהצטרף לכוח כאשר יצא לפזר ההפגנה. בעקבותיה נסעה משאית כשבתא הנחה יושב ב' ובארגזה שישה עצורים ו-26 חיילים בכללם שני המ"כים. אחריהם נסעו שני כלי רכב אזרחיים מונית וטנדר שהמערער צירפם משום שהרכב שברשותו לא הספיק להובלת העצורים, ובהם עצורים ללא ליווי של חיילים. במאסף נסע רכב נ"נ ובו שלושה עצורים וחמישה חיילים.

ד. מיד עם עזיבת השיירה את סלפית החלו החיילים נוסעי המשאית להכות את ששת העצורים, שביניהם היה גם המנוח, והעצורים צעקו ובכו. המ"כים לא התערבו ורק מנעו מהחיילים להכות בעצורים בקתות כלי נשקם ואסרו לבעוט בהם. החיילים הכו את העצורים מתוך ציות לפקודה שקיבלו מסמל ב'. תחילה העביר סמל ב' את הפקודה הנ"ל בנוכחות המ"מ סגן ד', לחניך התורן אולם בסופו של דבר לפני שהיה סיפק בידי הלה למסור על כך לחבריו החיילים, כנסם סמל המחלקה ומסר להם אותה ישירות תוך שהוא מסביר שאין הכוונה להרוג את העצורים או לחבול בהם חמורות ועל כן אין להשתמש באלות ובקתות הנשק.

ה. בדרכה התעכבה השיירה פעמיים, בסמוך לסלפית בגלל מחסום אבנים שהוצב י"י תושבים מקומיים שהיה הכרח לפנותו ומספר קילומטרים לפני טול-כרם. כאשר פגשו במושל הנפה מפקדו של המערער, סא"ל ע', שנסע לקראתם כאשר נעצרה השיירה ליד המחסום פקד המערער על העצורים שהוסעו במונית ובטנדר לפנות את האבנים ואילו סגן ד' ניגש למשאית והדגיש באוזני חיילים כי יש להכות את העצורים כך שלא ייגרמו להם חבלות חמורות ולמ"כים הורה לוודא ביצוע פקודתו. אחרי שפונה המחסום והמשיכו בנסיעה שבו והכו החיילים בעצורים מכות קשות ביותר אולם חדלו ממעשיהם סמוך לפני העצירה של השיירה בשל פגישה עם המושל.

ו. משפגש המערער במושל יצאו השניים מכלי רכבם ואחרי שיחה קצרה נסע המושל לדרכו והמערער ניגש לארגז המשאית והחליף דברים עם החיילים. לאחר זאת, כאשר התחדשה הנסיעה הפליאו החיילים בעצורים מכותיהם תוך שהם בועטים בהם.

ז. בהגיעם לטול-כרם נמסרו העצורים למשטרה ובבדיקות רפואיות שגרתיות שנוהגים לערוך בכל עצור המתקבל לבית המעצר נקבע שמצבו של המנוח חמור. ואמנם זמן קצר אחרי כן הוא נפטר ובנתיחה שלאחר המוות נמצאו שברים בצלעות בית החזה והפתולוג הסיק כי שברים אלה נגרמו כתוצאה ממכות והם שהיו הסיבה למותו של המנוח.

3. מיד עם היוודע מותו של המנוח ערך המושל, סא"ל ע', ברור ראשוני בנסיבות המקרה. גרסת החיילים היתה שהכו את המנוח עקב פקודות שקיבלו ממפקדיהם, תחילה מ-ב' ו-ד' ויותר מאוחר, במהלך הנסיעה, כאשר השיירה נעצרה לרגל הפגישה עם המושל, מהמערער עצמו. לדבריהם הוא שאלם מה מצב העצורים ומשהשיבו לו כי הכו אותם אמר להם "לשבור להם את העצמות, את הידיים ואת הרגליים". ד' וב' מצידם הודו כי אמנם הורו לחיילי מחלקתם להכות בעצורים, אולם טענתם היתה כי עשו כן מתוך ציות לפקודה שקיבלו מהמערער לפני צאת השיירה לדרכה. במהלך הברור ערך המושל, על סמך הוראה שקיבל מתא"ל ש', מפקד איו"ש, עימות בין המערער לבין ד', ב', שני המ"כים ושניים מהחיילים שהכו את העצורים. במפגש זה נשאל המערער ע"י מפקדו אם אמנם נתן הוראה להכות בעצורים ולדברי החיילים ומפקדיהם השיב בחיוב ואילו המערער עצמו והמושל שהובא מטעמו כעד הגנה, העידו כי המערער הכחיש מתן הוראה כזו בטענו כי רק בתדרוך שנתן לקראת היציאה לפיזור ההפגנה הורה להם לפזרה בכוח תוך הכאת משתתפיה ואז גם השתמש בביטוי "לשבור להם את הידיים והרגליים". הוא לא הורה להם להכות את העצורים ואף לא ידע שהם הוכו. בגרסה מכחישה זו המשיך המערער לדבוק הן באמרתו במצ"ח, שנגבתה ממנו ביום 23.3.76 יום אחרי המקרה הנדון, והן בעדותו בפני בית הדין.

בית הדין המחוזי עשה מלאכה מדוקדקת ויסודית ובפסק דינו המנוסח בבהירות הוא ניתח את העדויות ופירט אחד לאחד את השיקולים שהניעוהו לתת אמון בדברי עדי התביעה ולדחות דבריהם של המערער ומפקדו, סא"ל ע'. עדויות הראשונים לא זו בלבד שעשו עליו רושם מהימן אלא שגרסתם נראתה לו נוכח כלל הראיות שהובאו, גם עומדת במבחן ההגיון ונבאי נימוקיו בתכלית הקיצור:

א. ד' העיד, ולעדויות זו היו תימוכין בראיות אחדות, כי המערער חילק את 26 העצורים בין כלי הרכב והעלה למשאית את אלה ששמותיהם הופיעו ברשימה שהחזיק בידו, כחשודים בהסתה. כאמור, בתוכם היה גם המנוח, שעליו סיפר לו המערער בעת שהובא לנקודת הריכוז, כי הוא "מוכר כמסית רציני, קומוניסט שכבר בילה שנתיים בכלא". פקודת המערער לדברי ד' וב' היתה "לטפל" בעצורים שיוסעו במשאית שאליה הוא עומד להעלות את "המסיתים הרציניים". המערער מצידו אישר את דברי ד' בכל הנוגע לתיאור שתיאר באוזניו את המנוח אולם טען כי חלוקת העצורים בין כלי הרכב היתה מקרית. בית הדין המחוזי בהעדיפו בעניין האחרון את עדותו של ד', שכאמור נתמכה בעדויות אחרות, ראה בחלוקת העצורים על פי חומרת המעשים המיוחסים להם, תמיכה בדברי ד' וב', שהמערער בעת מתן הפקודה "לטפל" בעצורים שבמשאית הוסיף שיש בדעתו להסיע בה את "העצורים הרציניים".

ב. אין חולקים כי העצורים המוכים זעקו. אולם המערער שנסע במרחק קצר לפני המשאית טען שלא שמע דבר. דבריו אלה נסתרים לא רק ע"י ד', אשר העיד ששמע את הצעקות, אלא גם ע"י חברו ליחידה קצין הממשל סרן כ', שסיפר כי במהלך הנסיעה הרגיש "שמשו לא בסדר במשאית" ואף אמר זאת למערער. בהכחשה זו כשלעצמה, אשר הוכחה כשקר ולא כל שכן בעצם העובדה שלמרות שנשמעו צעקות ואף העירו אוזנו על

כך המשיך בנסיעה, יש לתמוך בגרסת עדי התביעה.

- ג. קבלת גרסת המערער משמעותה קיום אפשרות סבירה לקנוניה בין עדי התביעה – מפקדים וחייילים כאחד – להעליל על המערער כדי לטהר את עצמם. מסקנה זו אינה מתישבת עם עדויות החיילים, שהפלילו בדבריהם את מפקדיהם הישירים ד' וב' בהעידם כי בתחילה הכו את העצורים עקב פקודה שקיבלו מהם ולא מהמערער.
- יתרה מזו, לצורך הצלת עצמם די היה בפקודה שקיבלו מד' וב', ולא היו זקוקים להוסיף עליה מדמיונם פקודה נוספת שכביכול קיבלו תוך כדי הנסיעה מאת המערער.
- בסיכום, בית הדין קבע על יסוד עדויות עדי התביעה כי המערער הורה להכות בעצורים, ואף שראה אותם כשותפים לעבירה סבר, בהסתמכו על ע' 139/75, כי אי צורך בסיוע לעדויותיהם והרשיע את המערער בהריגת המנוח, בתור משדל החיילים שהכו אותו, ע"י פקודה שנתן אותה להם הן בעצמו והן באמצעות ד' וב'.
4. עיקר הגנתו של המערער במשפטו היתה, שהוא לא נתן את הפקודה להכות בעצורים. סניגורו, רס"ן ג', לא חלק על היותה של פקודה כזאת בלתי חוקית, וגם לא טען שאין קשר סיבתי בינה לבין מוות שנגרם מתוך ציות לה. טענותיו בפנינו מצטמצמות לשלוש נקודות:
 - א. עדי התביעה – החיילים ומפקדיהם הישירים – עשו יד אחת להעליל על המערער על מנת לנקות את עצמם.
 - ב. בהיותם שותפים לעבירה טעונו עדותם סיוע וסיוע כזה אינו מצוי בחומר הראיות.
 - ג. לא כל החיילים הכו את העצורים מתוך ציות לפקודה והואיל והתביעה לא הוכיחה שהמוות נגרם כתוצאה מהמכות שקיבל המנוח מאותם החיילים שהכו אותו עקב הפקודה, המערער אינו אחראי למות המנוח.
- נדון בטענות אלה אחת לאחת.
5. הטענה הראשונה נסובה כולה על הערכת הראיות ע"י בית הדין המחוזי, אשר עשה ברירתו בין הגרסאות שבאו בפניו, דחה עדויותיהם של המערער וסא"ל ע' וקיבל גרסת התביעה בתתו אמון בדברי העדות של החיילים ומפקדיהם הישירים, הן לגבי מתן הפקודה והן לגבי הודאתו של המערער בכך בעת העימות שערך עימם. הסניגור המלומד, שהיה ער לכך שהערכת עדויות היא ענינו של בית הדין ששמע וראה את העדים ושאיין ערכאה של ערעורים נוהגת להתערב בעניין זה, טען בפנינו, ולשם כך נכנס לפני ולפנים של חומר הראיות, כי המקרה שבפנינו הינו חריג. לדבריו, בתתו אמון מלא בעדי התביעה לא נתן בית הדין קמא את המשקל הראוי לגורמים חשובים – העניין שהיה לכל עדי התביעה להעביר את האשם על שכם המערער, שאם על סמך פקודתו עשו מה שעשו הם יוצאים נקיים, העובדה שגם עצורים שהובלו ב-נ"נ הוכו על-ידי חיילים, אף שאין טוען המערער שגם אותם ציוה להכות, העובדה ששניים מהחיילים תארו את נותן הפקודה כ"רס"ן-מזוקן", תיאור שאינו מתאים למערער אלא לרס"ן ה' שכלל לא השתתף בפיוזור ההפגנה – כל אלה, טוען רס"ן ג', בהצטברותם, מעלים לפחות ספק במהימנותם של עדי התביעה ונותנים מקום לסברה שהעלילו על המערער.

אנו דוחים טענה זו. לדעתנו נשקלו העדויות בזהירות הדרושה וגם הגורמים אשר עליהם עמד הסניגור נבחנו על-ידי בית הדין, אשר קבע על סמך ניתוח של חומר הראיות, כי החיילים לא היו צריכים להעיד שקר במערער על מנת לטהר עצמם, שכן יכלו להסתפק בפקודה שקיבלו מב', התאור הבלתי מדויק של נותן הפקודה אינו סימון לעלילה אלא זו טעות בתום לב, ואילו לפרשת המכות ב-נ"נ אין קשר למעשה המיוחס למערער. כללית הפרכות האלה, שלכולם מצא הסבה, לא יכלו לפגוע בהתרשמותו הבלתי אמצעית מהעדים, שלדבריהם מצא תמיכה בנסיבות עובדתיות. לא מצאנו כל פגם בשיקוליו אלה של בית הדין המחוזי ואין אנו רואים יסוד לכך שאנו בבית דין לערעורים נתערב בקביעה זו של מהימנות.

טענה אחת של רס"ן ג' מצאנו ראויה לעיון רציני והיא נוגעת בשאלת מהימנותו של סא"ל ע'. בית הדין המחוזי אחרי ניתוח מפורט של עדות קצין זה קבע (ב-עמ' 16):

"לא בלי צער באנו לכלל מסקנה, כי סא"ל ע' מסר עדות לא-מהימנה על תשובת הנאשם לגבי השאלה שהוצגה לו בעימות. גם לגבי הצורה שבה נערך העימות, אנו מעדיפים את תאורם של עדי התביעה. אין זה מן הנמנע כי משלביה הראשונים של הפרשה נחלץ העד סא"ל ע' לחפות על הנאשם "הן המקורבות האישית הטבעית שבין מושל לסגנו, והן המניע להתנער מאחריותו כמפקד למעשה שבשום אופן אי אפשר להגדירו כפשע שאינו כרוך בתפקידו הרשמי של הנאשם, יכולים, כשלעצמם, להסביר את גישתו של המושל".

ולמטה מהעניין (עמ' 17):

"אנו ערים לכך שמשמעות המסקנה שאליה הגענו, לגבי חוסר מהימנותו של העד סא"ל ע', משתרעת לא רק על תחומי המשפט הזה. אין זה מן הנמנע שגם בפני מי שהורה על עריכת העימות, וכן בשלב החקירה מסר סא"ל ע' דיווח לא-נאמן על תכנה של פגישת העימות. נוכח העובדה, שבפגישת העימות לא השתתף שום אדם שאינו חשוד בפניות כלשהן בהיותו נקי מכל נגיעה אפשרית בפרשה, אין האפשרות הזאת רחוקה מן הדעת".

מקשה רס"ן ג' על קביעתו זו של בית הדין: כלום יתכן שע' דיווח דיווח כוזב למפקדו תא"ל ש', כאלו המערער הכחיש מתן הפקודה, בעוד המערער עצמו עלול לטפוח על פני דבריו אלה ולהודות במצ"ח, כפי שהודה בפניו, במתן ההוראה ואף לספר כי הודה בכך בעת העימות. טענה זו כורך הסניגור בבקשה להזמין לעדות את תא"ל ש', היכול לשער כי ע' דיווח לו על הכחשת המערער את מתן ההוראה בעת העימות. הוא מסביר כי רצה להשמיע עד זה בבית הדין המחוזי, אם כי אחרי מתן הכרעת הדין, אלא שהעד לא נמצא אותה עת בישראל ובית הדין סירב לדחות את הדיון לעונש למשך מספר שבועות.

אין בדעתנו להכנס לשאלה אם יש מקום לקיבל עדות נוספת בערעור הואיל ובדומה לבית הדין המחוזי מוכנים גם אנו להניח שדיווחו של ע' למפקדו לא היה שונה מהעדות שמסר בבית הדין. חוזרת, אפוא, השאלה שהציג הסניגור למקומה. אף שבית הדין המחוזי לא דן בה בהיבט זה דווקא, הרי בעת שהתייחס לעדותו של ע' נתן לה תשובה מלאה, שצוטטה לעיל. העד ע' – כך קבע בית הדין המחוזי – אינו עד אוביקטיבי והיה לו עניין להעיד כפי שהעיד. ומכאן גם מתבקש שבהיותו נגוע בעניין אין להניח שהופתע מגרסת המערער במהלך החקירה ובבית הדין. בית הדין קמא אף הסיק מדבריו של ע' שהבין בעת שדיווח לו המערער

בשיחה טלפונית על כי המנוח גוסס "שזהו עניין של הכאה", כי לא מפי החיילים הוא שמע על הכאתו של המנוח, כגרסתו, אלא מפי המערער עצמו. גדולה מזו, כנגד השאלה שמעמיד הסניגור, הבא משיקולי הגיון לתקוף קביעה של מהימנות, יש טעם רב בשאלה שמעמיד בא-כח התובע הצבאי, סרן ל': אפילו אם מניחים, כך טוען סרן ל', כי החיילים ומפקדיהם העלילו על המערער כדי להציל את עצמם, היתואר כי ימשיכו בעלילתם ולמרות נוכחות מפקד בכיר השומע את האמת ימציאו סיפור בדים ויטענו שגם הודה באשמה, עד כדי כך מעיזים הם פנים? ולבסוף, אם בשיקולי הגיון אנו עוסקים אין להתעלם מאותן הנסיבות המחשידות את ע' במעורבות יותר עמוקה. כזכור ע' נפגש עם המערער במהלך הנסיעה שבה הוכו העצורים ושוחח עמו. מה דיברו אין אנו יודעים אולם מיד אחרי השיחה ניגש המערער למשאית והורה את אשר הורה. אם נוסיף לכך את יחסי המשמעת והאמון הקיימים בין מפקד לפקודיו ולא כל שכן בין מפקד לסגנו, יש יסוד לחשש שהמערער לא הסתיר ממפקדו את הנעשה בעצורים.

המסקנה המתבקשת מצרופ ההסבר הנ"ל, העונה על פי מבחן ההגיון על שאלת-השגתו של הסניגור, להתרשמותו הבלתי אמצעית של בית הדין קמא מהעדים ששמע וראה, היא, שאין מקום להתערב באמון שבית הדין נתן בעדי התביעה, ודין הממצאים, שקבע על יסוד עדויותיהם לעמוד.

6. הטענה הבאה שברצוננו לדון בה נוגעת להוכחת הקשר הסיבתי בין מותו של המנוח לפקודה שנתן המערער. כאמור, אין חולקין שנותן הפקודה להכות אחראי למות הנגרם עקב ציות לפקודתו. אלא, שטענת רס"ן ג' היא, שבית הדין לא היה רשאי להגיע על יסוד חומר ההוכחות למסקנה שכזאת. שכן אחד מהחיילים, ס' שמו, בתשובה לשאלה מדוע הכה את המנוח לא הסתמך על הפקודה אלא השיב שעשה כן "למען הילדים והאישה" (עמ' 141) ומכיוון שהתביעה לא הוכיחה איזה מכה גרמה למותו של המנוח, אם מכה שהונחתה על-ידי ס' או מכה שהונחתה ע"י חייל אחר עקב הפקודה, דין הוא לזכות את המערער, מאחר ועל התביעה מוטל להוכיח שהמוות נגרם כתוצאה ממעשה בלתי חוקי שהנאשם אחראי לו, ואילו למעשיו של ס', שפעל ממניעים משלו, אין לראות את המערער אחראי.

לא ראינו ממש בטענה זו ומצרפים אנו דעתנו לדעתו של בית הדין המחוזי, שקבע, כי אילו לא הפקודה גם ס' לא היה מכה מעצמו וכי מכל מקום היו המכ"ים מונעים בעדו מלעשות כן. ברור מדברי העד הזה כי הוא שש להכות בעצורים וכי הוא השתתף בחפץ לב במעשי ההכאה. אולם, בדומה לשאר החיילים, העיד גם הוא על הפקודות שניתנו, תחילה על-ידי ב' וד' ואחר כך על-ידי המערער, וסיפר שרק אחרי שניתנו הפקודות החל גם הוא כמו חבריו להכות את העצורים. ברי, שהוא לא פעל מעצמו ללא כל קשר עם חבריו, שהרי מתוך ציות לפקודה, אלא השתתף יחד עימם, תחת עינם הפקודה של ה-מ"כים, בביצוע הפקודה.

7. בזה אנו מגיעים לשאלה המשפטית, אם ניתן היה להרשיע את המערער על יסוד עדויותיהם של החיילים ומפקדיהם הישירים, שבית הדין המחוזי נכון היה לראות את כולם כשותפים לעבירה, בלי שיימצא לדבריהם סיוע.

טוען רס"ן ג', כי ביסוד ההלכה המחייבת סיוע לעדות שותף לעבירה מונח החשש שמא יפליל העד-השותף את הנאשם על מנת לנקות כליל את עצמו או מכל מקום יפחית באשמתו שלו

ויטיל את עיקר האשמה על שכם הנאשם – שותפו לדבר עבירה. חשש כזה קיים במלוא עוצמתו – כך טוען הסניגור המלומד – במקרה של חייל המבצע מעשה בלתי-חוקי בתואנה כי מפקדו פקד עליו לעשות כן ואין נפקא מינה אם הפקודה שהוא טוען לה עשויה לשמש לו צידוק אם לאו, שאם הוא מעלה טענה של צידוק ודאי שיש לו עניין להעיד נגד מפקדו ולטעון שהוא פקד עליו לעשות את המעשה האסור, שאלמלא הפקודה היה הוא עצמו אחראי לו. הוא הדין גם כאשר מדובר בפקודה בלתי חוקית בעליל, שאף שאינה משמשת למבצעה צידוק היא יכולה להיות נימוק נכבד להקל בעונשו.

יש להבחין הבחן היטב בין הכלל הטכני המחייב סיוע בכל מקרה לעדותו של שותף לעבירה, בין אם קיים החשש שעליו הצביע הסניגור בין אם לאו, לבין מידת הזהירות המיוחדת הנדרשת מבית-המשפט כאשר מדובר בעד שיש לו עניין להעיד נגד הנאשם. מבקרי ההלכה, והם רבים ונכבדים (ראה ויגמור על עדות, מהדורה שלישית, כרך 7 עמ' 324, 353, 354) אף מדגישים זאת כדוגמא לחוסר ההגיון שבכלל זה. חייל שעומדת לו טענת צידוק אינו שותף לעבירה של נותן הפקודה משום שהוא עצמו לא עבר כל עבירה, אלא שימש מכשיר בידי מפקדו, האשם מכוח הפקודה שנתן כמבצע העיקרי של העבירה, כאילו הוא עצמו עשה את המעשה במו ידיו, ואילו החייל שפעל מתוך ציות לפקודה שאינה בלתי חוקית בעליל, הוא "סוכן תמים". בעניין זה ראה דברי ויליאמס, המשפט הפלילי, מהדורה שניה עמ' 356:

"סוכן תמים הוא שליח שאין עליו אחריות, וזאת בשל קטינות, טירוף, העדר מנס-ריאה, וכיצא באלה; החוק רואה בו לא יותר ממכונה שתנועתיה נשלטות ע"י העברייין"

ולהלן:

"נניח כי ד' סבור כי פ' יורה עליו; א' יודע כי ד' טועה אך משדל אותו להשיב אש; אם פ' נהרג – ד' בעקרון, אינו אשם, כאשר פעל מתוך טעות שבעובדה אך א' אשם ברצח שבוצע באמצעות סוכן תמים".

כזה הוא גם החוק החל אצלנו. סעיף 23(4) לפקודת החוק הפלילי, 1936, קובע כי מי שמשדל אחר לעשות מעשה שאיננו מהווה עבירה ע"י העושה אותו אך אילו היה המשדל מבצעו היה מהווה עבירה – יואשם המשדל עצמו בביצוע המעשה.

ב-ע"פ 53/50 פנחס חסון נגד היועץ המשפטי פד"י, כרך ד' עמ' 843. בעמ' 852, 853, אומר השופט אולשן (כתוארו אז):

"הכלל המקובל, שאין להרשיע נאשם על סמך עדותו של שותף לעבירה ללא עדות מסייעת, מבוסס לא בלבד על החשש, שמא עדותו של השותף, בה הוא מגולל את האשמה על הנאשם, ניתנה מתוך הרצון להופיע "כעד המלך" ולהחליץ על-ידי-כך מתא הנאשמים, אלא גם על ההנחה, שמסוכן הדבר לייחס מהימנות לעדותו של פושע... כשאחד הנאשמים... מוסר עדות להגנתו וטוען שלא השתתף בפשע, ותוך עדותו זו הוא מגולל את האשמה על ראשו של נאשם אחר, אין עוד לראותו כשותף לפשע".

הנה כי כן, הכלל בדבר ההוכחה המסייעת חל על מקרה של עד, כאשר הוא שותף לעבירה ולא כאשר הוא מתגונן ע"י הפללתו של הנאשם. מכאן מתבקש, כי דרישת הסיוע יכולה להתעורר

רק כאשר ביצע החייל-העד פקודה בלתי חוקית בעליל, שאז הפקודה אינה יכולה לשמש לו צידוק, במקרה כזה פוחת אמנם במידה רבה החשש שהוא מנסה לנקות עצמו, שהרי הפקודה שהוא מעיד עליה אינה משמשת לו הגנה. אולם הואיל ומדובר בכלל טכני וסיוע נדרש לעדות גם כאשר אין כל חשש, הרי יש מקום לדון בשאלה אם יש צורך בסיוע לעדותו של חייל כזה.

ההלכה הפסוקה שעדותו של שותף לעבירה טעונה סיוע סויגה ע"י בית המשפט העליון, אשר קבע, כי הכלל האמור אינו תופס באותם המקרים בהם השותפות לעבירה היא פורמלית גרידא. לאמור, העד והנאשם לא פעלו כשותפים שווים אלא העד עשה מה שעשה מתוך תלות בנאשם (ראה ע"פ 42/66, נעמן נגד היועץ המשפטי לממשלה וערעור שכנגד, פד"י כרך (4), עמ' 187, 191-192, ע"פ 305/74 הורביץ נגד מדינת ישראל, פד"י כרך כ"ט(1), עמ' 416, 419). בהסתמכנו על הלכה זו הסקנו בע' 139/75, כי יש לכלול גם את החייל המבצע עבירה מתוך ציות לפקודת מפקדו בין אותם המקרים בהם בגלל העדר שותפות אמיתית, אין לראות את העד לצורך דיני סיוע, כשותפו לעבירה של הנאשם. ובהתייחסנו לדוגמאות המובאות בעניין נעמן – הזונה כלפי המחזיק בבית הזנות, הקונה בשוק השחור כלפי ספקו והמודח לשבועת שקר כלפי מדיחו – אמרנו (בעמ' 4):

"אין לך יחס של אי שוויון – ואם תרצי לומר תלות – מובהק יותר מאשר בין החייל, המציית מתוך חובת משמעת, למפקדו, והוא עולה עשרת מונים על אותה תלות בדוגמאות שהובאו בפסק דינו של בית המשפט העליון, שצוטט לעיל".

זאת ועוד: "שידול" טומן בחובו יסוד של שכנוע ובכך הוא נבדל מהותית מ"פקודה" שטמון בה היסוד של החובה להשמע. דיני השותפות לדבר עבירה המטריאליים אינם עוסקים באופן ספציפי באחריותו הפלילית של המפקד נותן הפקודה, שהחייל חייב למלא אחריה גם אם אינה חוקית – להוציא פקודה שהיא בלתי חוקית בעליל (ראה סעיפים 122-124, לחוק השיפוט הצבאי, תשט"ו – 1955, המענישים על הפרת כל פקודה וסעיף 125 לאותו חוק בו נקבע כי אין החובה למלא אחר פקודה חלה על פקודה שהיא בלתי חוקית בעליל; וכן ע' 279-283/58, אלא הם מתייחסים ל"שידול ויעוץ" לדבר עבירה בלבד שדי גם בהם, אף בלי שיתלוה אליהם יסוד הכפייה, להטיל אחריות פלילית. דברים אלה הם מקל וחומר לגבי מי שמביא אדם אחר לביצוע עבירה מכוח פקודה שהוא נותן לו. ועל כן נקבע ב-ע' 279-283/58 בעמ' 43: "בלשון החוק הפלילי (ההדגשה שלנו – בד"ע) הנותן פקודה בלתי חוקית הוא בבחינת "מייעץ" או "משדל" לדבר עבירה לפי סעיף 23(1)(ד)".

דברים אלה יפים גם לגבי נותן הפקודה שהוא אחראי כמשדל במקרה שאין מטילים על החייל מבצע הפקודה אחריות פלילית.

חובת הציות של החייל כלפי מפקדו היא המבדילה בינו לבין כל "משדל" אחר, שהשידול שאדם אחר שידלו אינו פוטר אותו מאחריות למעשיו. יחסי מפקד ופקוד, המבוססים על חובת המשמעת, ושבגללם משמשת הפקודה – לבד מפקדו שהיא בלתי חוקית בעליל – צידוק לפקוד, הם הם שמוציאים את החייל המציית לפקודה ואת מפקדו, נותן הפקודה, מגדר "שותפים לעבירה" של ממש. היחסים בין החייל למפקד אינם משתנים בהתאם לפקודה, אלא שלצורך קביעת אחריותו הפלילית של החייל שביצע מעשה בלתי חוקי כדי למלא פקודה,

פתר המחוקק את הדילמה המתעוררת עקב התנגשות בין שני ערכים חשובים – משמעת הצבא וקיום החוק – פתרון של פשרה המחייב את החייל לא לציית למפקדו אם פקודתו היתה בלתי חוקית בעליל. אך הייחוד שביחסים בין המפקד לפקוד בעינו עומה. במיוחד בולטים יחסי התלות במקרה שלפנינו, בו החיילים שביצעו את הפקודה היו טירונים. גם אם לא נתחשב בגורם זה לצורך החלת ההגנה של צידוק – ולאור מסקנתנו אין לנו צורך להכריע אם היתה להם הגנה כזאת – הרי יש לקחתו בחשבון כאשר דנים בשאלה באיזו מידה היתה שותפותם לדבר עבירה עם המערער, שותפות של אמת.

הסניגור המלומד טוען כי יש להבחין בין עדותו של חייל הטוען כי פעל על פי פקודה לבין אותם העדים שאזכרו בדוגמאות שהובאו בעניין נעמן (שם, ע' 191), כיוצאים מן הכלל. בכל אותם מקרים, העדים לא ניקו עצמם בהעידם נגד הנאשם. אדרבה, הם הפלילו את עצמם ועל כן לא קיים החשש שיעלילו על הנאשם כדי להציל עצמם. לא כן מקרהו של החייל המטהר עצמו כליל מכל אשמה, בהעידו נגד מפקדו. לטענה זו אין אנו מסכימים. כפי שבארנו, חייל הטוען לפקודה היכולה לשמש לו צידוק אינו שותף לעבירה כלל, גם לא מבחינה פורמלית. ואילו הממלא פקודה בלתי חוקית בעליל נושא באחריות פלילית ועדותו מפלילה גם אותו ובכך הוא דומה לעדים שאף שהם שותפים לעבירה מבחינה פורמלית, אין צורך בסיוע לעדויותיהם.

ולבסוף, ההתייחסות לחיילים שמילאו פקודת מפקדם וביצעו מעשה בלתי חוקי, כשותפים לעבירה לצורך דיני הסיוע, היתה מביאה לתוצאה אבסורדית, שלא היה די בעדויותיהם, ויהא מספרם רב כאשר יהיה, כדי לשמש הוכחה למתן הפקודה, הנמסרת על פי רוב ישירות לאלה הצריכים לבצעה, שהרי על פי ההלכה הנוהגת אצלנו שותפים לעבירה אינם יכולים גם לסייע זה לזה. כפי שבארנו לעיל אין מקום, לא מבחינת הדין וודאי לא מבחינה של מדיניות משפטית, לדרישת הסיוע במקרים כאלה.

8. בית הדין המחוזי הגיע לכלל דעה "שדי בעדויותיהם (של החיילים שהכו את המנוח ומפקדיהם הישירים) להביא להרשעת הנאשם, גם מבלי שבאה בפני בית הדין עדות סיוע". אנו סומכים ידינו על קביעתו זו של בית הדין, אף שדעתנו היא כי למעשה נסתייעו עדויותיהם של עדי התביעה על-ידי עדותו של סרן כ'. כזכור העיר קצין זה שהוא חש בעת שנסע עם המערער במכונית ה"כרמל", כי "משהו אינו בסדר במשאית" ואמר זאת למערער. נוכח הכחשתו המוחלטת של המערער, שטען כי לא הבחין בשום אירוע יוצא דופן במשאית שבה הובלו העצורים, דברי העד כ' ראויים לשמש סיוע. גרסתו המכחישה של המערער שוללת את ההנחה כי קיים הסבר כלשהו המתיישב עם חפותו של המערער, לאותה התרחשות במשאית כפי שנקלטה ע"י נוסעי מכונית ה"כרמל". בהעדר הסבר כזה הרי שיש בכך הוכחה חיצונית שעדויות החיילים הן אמת (בעניין זה ראה ע"פ 128/52, אליעזר שוויילי נגד היועץ המשפטי לממשלה, פד"כ ז' (1), עמ' 438, עמ' 445-444).

על יסוד האמור לעיל אנו דוחים את הערעור כנגד ההרשעה.

9. לעניין העונש הדגיש בית הדין המחוזי כי מדובר במעשה העומד בדרגת חומרה גבוהה ביותר מבחינה פלילית ומוסרית גם יחד. בית הדין פירט את השיקולים אשר הביאוהו למסקנה זו:

א. חומרת העבירה של הריגת אדם; ב. הפגיעה בדמותו של צה"ל כלפי חוץ, ובמיוחד כלפי התושבים המקומיים; ג. הפגיעה בצה"ל כלפי פנים, המתבטאת בהחטאת חיילים אחרים ע"י מתן פקודה להתעלל בעצורים חסרי מגן. מעשה כזה סותר את ערכי היסוד של צה"ל, ומהווה עיוות חינוכי לגבי חיילים טירונים שזה עתה עושים צעדיהם הראשונים בצה"ל; ד. הצורך להעמיד גורם מרתיע מפני מעשים של נטילת החוק לידיים לשם ענישה שלא כדין.

לצד הזכות ציין בית הדין את עברו ושירותו החיוביים של המערער עד כה, את קשיי תפקידו כפוי-הטובה ואת המתח הנפשי הכרוך בביצועו, את נסיבותיו המשפחתיות וכן את הפגיעה הקשה הנובעת בהכרח משלילת דרגתו הפקודית ומסיום שירותו ב-צה"ל בעקבות זאת.

השיקולים האמורים מקובלים עלינו בעיקרם, ולכן גם דעתנו היא שהיה מן הדין לגזור על המערער הן עונש מאסר בפועל והן הורדה בדרגה. עם זאת אנו חלוקים בדעה בשאלת משך המאסר הראוי. אחד השופטים סבור כי כל השיקולים שהיו ראויים לכך נשקלו ע"י בית הדין המחוזי ועל כן אין מקום להתערבות כלשהי בעונש שנגזר.

הרוב שבין השופטים בדעה כי האיזון הנכון בין כלל השיקולים מצדיק למתן את משך תקופת המאסר. זאת ועוד, נראה להם כי קיימים שני טעמים שהיו ראויים להחשב כבדי משקל לקולא, אף שבית הדין המחוזי סבר אחרת.

הטעם הראשון מתייחס לקביעתו של בית הדין קמא "שאין לזקוף לזכות הנאשם את העובדה שלא ידיו שפכו את דמו של המנוח, כי אם בעשיית המעשה על-ידי שליחים לדבר עבירה יש נופך נוסף לחומרה". אמנם, לעניין ההרשעה נושא המערער באחריות לתוצאות שנבעו מהוראתו הבלתי חוקית להכות בעצורים. אולם לעניין העונש ראוי להתחשב בכך כי לא היה בכוונתו ואף לא עלה על דעתו כי התוצאה עלולה להיות מותו של אדם. יצוין כי בהוראה שניתנה הודגש באזני החיילים כי אין לגרום לעצורים חבלות חמורות.

גם הטעם השני מתקשר לאותו העניין עצמו, והוא נעוץ בעובדה שנקבעה ע"י בית הדין כי להסבת מותו של המנוח נתלוו גורמים בלתי תלויים בהוראת המערער, כלומר, התפרצות יצרים של מי מבין החיילים אשר מתוך מניעים שונים גלשה מעבר למה שהשתמע מהוראתו של המערער. גם כאן אחראי המערער לתוצאות, שהרי הוא סיפק את העילה לכך. אולם לעניין מידת העונש צריך להביא בחשבון את עובדת הסטייה בהפעלת האלימות מצד החיילים, מעבר לכוונתו של המערער.

שיקולים אלה וכן ההנחה כי גם עונש מאסר מתון יותר לא יסכל את מגמות ההרתעה הביאו את רוב השופטים לכלל דעה להעמיד את עונש המאסר על שנה אחת.

10. בסיכום, הננו דוחים את הערעור על ההרשעה. אנו מקיבלים, ברוב דעות, את הערעור על העונש ומעמידים את תקופת המאסר על שנה אחת. עונש ההורדה בדרגה יעמוד בעינו כפי שקבע בית הדין המחוזי.

ניתן היום, ט"ז טבת תשל"ז (6.1.77) והוקרא במעמד בעלי הדין.

נספח כ"ד: ע/400/81 הרצוג נגד התובע הצבאי הראשי

ערעור מס' 400/81

א.ע.צ. הרצוג דוד

נגד

התובע הצבאי הראשי

בבית הדין הצבאי לערעורים

בפני השופטים: אל"מ ברק אהרון - אב"ד

אל"מ ירושלמי ישעיהו - שופט

אל"מ רביד אביגדור - שופט

פסק דין

1. המערער הורשע בבית הדין הצבאי המחוזי, במחוז שיפוטי מרכז (תיק: מר/1/81) בעבירה של גרימת מוות בהתרשלות, לפי סעיף 304 לחוק העונשין, תשל"ז – 1977, ובגין הרשעתו זו הוא נדון, ברוב דעות, לשלושה חודשי מאסר על-תנאי למשך תקופה של שנתיים.

הערעור מופנה כלפי ההרשעה בדין, ולחילופין על חומרת העונש, והנימוקים שבגינם התבקשו לבטל את הכרעת הדין ולזכות את המערער מהאשמה שיוחסה לו, או להקל בדינו, יפורטו להלן;

2. העובדות הצריכות לעניין, כפי שפורטו בהכרעת הדין, הינן כדלקמן: -

בתקופה הנוגעת לעניין, בחודש פברואר 1979, שימש המערער בתפקיד של קצין בינוי אזור השפלה (להלן: "יחידת בינוי") וזאת במסגרת עבודתו כאזרח עובד צ.ה.ל.

ביום 20.2.79 נשלח צוות של אזרחים עובדי צ.ה.ל. מיחידת הבינוי אל אחד ממחנות צ.ה.ל. על-מנת לשחרר סתימה שהיתה במערכת הביוב של המחנה. הצוות כלל את שלושת העובדים: סולומון סויסה, שלמה פרץ ומשה סבג ז"ל (להלן: "המנוח"), שהועסקו בעבודות שרברבות, ביחידתם הנ"ל. יצוין, כי יום קודם לכן ערכו אנשי הצוות סיור מקדמי במקום בו אמורים היו לבצע את עבודתם והעריכו כי פתיחת הסתימה שבמערכת הביוב, תהא מלאכה קשה למדי. במועד ובמקום הנ"ל, סמוך לשעה 09:00 החלו אנשי הצוות בעבודתם, וזו נמשכה עד לשעות הצהריים.

על פי קביעת ביה"ד קמא, התרחשו במהלך העבודה האירועים הבאים: -

"הסתימה אותה בקו המוליך את שפכי הביוב מן המטבח, בקטע שבין נקודות הבקרה א' ו-ב' בתרשים 9/ס. זאת מפני שנקודת הבקרה ב' היתה מלאה בשפכים ואילו נקודה א' היתה ריקה. אשר על כן ירד המנוח משה סבג ז"ל אל תוככי נקודת הבקרה א' והשחיל אל תוך קו הביוב מוטות מיוחדים העשויים פרקים פרקים המתחברים זה לזה למעין כבל גמיש (ראה דוגמה ב-ת/ 16 עמ' 24).

ע.צ. פרץ וסויסה עמדו למרגלות נקודת הבקרה. הראשון עסק בחבור פרקי המוטות והשני סובב את הכבל על מנת שהחוד אשר בראשו יקב את הבוץ אשר במערכת ויפרוץ את הסתימה. אעפ"י שעקרונית נתן היה לבצע מלאכה זו גם בלי שאדם ירד אל תוככי נקודת הבקרה, הרי נוכח הקשיים שנתקלו בהם אנשי הצוות ירד, כאמור, המנוח סבג פנימה כדי לסייע בהחדרת הכבל לקו הביוב.

כאשר שלמה המלאכה ובטרם הוצא הכבל מן הקו, יצא סבג ז"ל מנקודת הביקורת והכריז כי יש ללכת לאכול במטבח היחידה. סויסה ניסה להניאו מכך. הוא תבע לסיים קודם את הוצאת הכבל ובכך להשלים את העבודה עד תומה וכן הציע כי יאכלו מן הצידה שהביאו עמם במכוניתם. אלא שסבג התעקש והחליט ללכת למטבח לבדו.

כעבור דקות מספר חזר סבג בעת הזאת עסק סויסה בשטיפת נקודת הביקורת ב' באמצעות צינור לחץ. סבג הציע לסויסה ולפרץ לאכול במטבח והפעם נענו השניים להצעה. הם הלכו והותירו את סבג במקום העבודה.

כאשר שבו סויסה ופרץ מן המטבח, לאחר פרק זמן קצר (כ-5 דקות) ואמרו לשוב ולעסוק בשטיפת נקודה ב' חשו לפתע כי סבג חסר. עד מהרה גילוהו רכון ללא תנועה בעמקי נקודת בקרה א'. כאשר לא ענה לקריאות הקים סויסה קול זעקה ולמשמעה נזעקו ובאו אנשי מטה גדוד התעסוקה שבמחנה.

קמב"צ גדוד התעסוקה, סרן (מיל') פלד ארגן את פעולת החילוץ. בפקודתו הובא סבל למקום, הורד אחד מאנשי הגדוד (חייל מילואים אליאס שוורץ) אשר קשר את המנוח בחבל סביב חזהו והעומדים ממעל משכו את המנוח והוציאוהו החוצה. הוא נגלה לעיניהם כאשר על פני גופו ובגדיו, לרבות פניו וראשו, רפש ובוץ.

ניסיון החיאה שבצע סרן פלד ומאמצי רופא הגדוד שהוזעק אף הוא לא הועילו. הרופא קבע את עובדת פטירתו של סבג והגופה הועברה למכון לרפואה משפטית ע"ש גרינברג, באבו כביר.

בדיקה שלאחר המוות העלתה כי סבג ז"ל נפטר "כתוצאה מתשניק (אספיקסיה) עקב שאיבת בוץ לדרכי הנשימה" (ת / 12(1)).

לשם השלמת והבהרת התמונה העובדתית יצוין, כי "נקודת הביקורת" הנ"ל או "תא הביקורת" (להלן: "התא") כלשון הכרעת הדין, הינו בור שצורתו גליל, דפנותיו מצופות בבטון, ועל-פי התרשים והצילומים שהוגשו כראיה – מוצגים 9/ס; 18/ס ו- 3/ת – ניתן לקבוע כי עומקו של התא הוא 182 ס"מ וקוטרו 100 ס"מ. בנוסף לשני התאים שסומנו באותיות א' ו-ב', כמתואר

לעיל, היו גם תאים נוספים, וכל התאים מוקמו לאורך קו הביוב של המחנה, ומקום החיבור שבין קו הביוב, שהינו צינור בקוטר של "6, לבין התא, הוא בתחתית תא הביקורת.

על-פי חוות הדעת שנערכה בידי דר' רוגוב – מוצג-ת/12 – ניתן לקבוע כי גובהו של המנוח היה 167 ס"מ.

3. כאמור, בעקבות האסון הנ"ל, המערער הועמד לדין באשמת גרימת מותו של המנוח: משה סבג ז"ל, ויחד עמו העמד לדין גם א.ע.צ. סולומון סויסה הנ"ל, ואף לו יוחסה – אותה האשמה.

מאחר והנאשם האחר – סולומון סויסה – זוכה מאותה אשמה והתביעה הצבאית לא-ערערה על זיכוי, אנו נתייחס אך ורק לחלקו של המערער בכל הנוגע לפרשה זו.

גרסת התביעה היא, כי מותו של המנוח נגרם עקב התנהגותו הרשלנית של המערער, אשר בתוקף תפקידו ועיסוקו לא מילא אחר חובותיו כנדרש, ובמחדליו הרשלניים, כפי שיפורטו להלן, גרם לתוצאה הקטלנית. פרטי הרשלנות שיוחסו למערער בתוקף תפקידו הנ"ל הינם כדלקמן: -

א. לא הודרך ולא הנחה את העובדים ביחידתו באילו אמצעי זהירות ובטיחות יש לנקוט בעת ביצוע עבודת ניקוי במערכת הביוב.

ב. לא סיפק ולא ווידא כי ביד אנשי הצוות יהיו אמצעי הבטיחות הדרושים, לרבות ציוד חילוף שיעמוד לרשותם בעת הצורך.

ג. לא הקפיד על מילוי הוראות הבטיחות ולא הזהיר את אנשי הצוות בדבר הסכנות הצפויות מעבודה זו והסיכונים הכרוכים בביצועה, ובייחוד הסיכון מפני גזים רעילים המצויים בדרך כלל במקומות כאלה.

4. מאחר והמערער כפר באשמה שיוחסה לו, שמע בית הדין קמא את עדויות הצדדים, וקבע על-פי הראיות שהיו מהימנות עליו, כי האשמה של גרימת מוות בהתרשלות, על כל יסודותיה הוכחה כנדרש במשפט פלילי, והרשעת המערער התבססה על הקביעות הבאות: -

א. המערער חב, בנסיבות המקרה, חובת זהירות כלפי המנוח, ומקורה של חובה זו נובעת מהיותו מפקד יחידה שמתפקידו לדאוג ולהבטיח את שלומם וביטחונם של עובדי היחידה, כפי שהדבר נקבע בפקודות מטכ"ל – פ. מ. 41.0601 -; מקור נוסף לחובה זו, מצא בית הדין קמא במהות היחסים שבין המערער והמנוח, היינו יחסי עובד ומעביד.

ב. המערער הפר את חובתו הנ"ל, והתרשל בכך שלא נקט בשום פעולה כדי לקדם סכנה אפשרית שהיתה צפויה בנסיבות אלה, ועל-כן הוכחו המחדלים שיוחסו לו בפרטי הרשלנות.

ג. מותו של המנוח נגרם כתוצאה מתשניק על-ידי שאיפת בוץ לדרכי הנשימה, ותוצאה זו נגרמה עקב טשטוש חושים שנגרם ע"י התנאים ואיכות האוויר ששררו בתוך התא, שתרמו וגרמו לאבדן הכרה ונפילת המנוח לתוך הבוץ שהיה בתחתית התא.

- ד. הוכח הקשר הסיבתי בין התנהגותו הרשלנית של המערער ובין התוצאה הקטלנית, ואין בהתנהגות של המנוח כדי לנתק קשר זה.
- אלה עיקרי קביעותיו של בית הדין קמא, שעל-פיהן השתית את הכרעת דינו.
5. במסגרת הערעור על ההרשעה בדין, התבקשנו לבטל את הכרעת הדין ולזכות את המערער מהאשמה שיוחסה לו, וזאת מהנימוקים הבאים:
- א. על המערער לא רבצה כל חובה כלפי המנוח, ועל כן לא חייב היה לנקוט בשום אמצעי זהירות, ואף נטען, כי לא הובאו ראיות מספיקות להוכחת קיומה של חובה זו.
- ב. בנסיבות המקרה אין לייחס למערער התרשלות כלשהי מאחר ולא היה צורך בנקיטת אמצעי זהירות, הנסיבות לא חייבו זאת, ועל כן אין לייחס לו התנהגות רשלנית או אחריות לאסון.
- ג. העדר הוכחה בדבר סיבת המוות, היינו אי הוכחת אחד מיסודות העבירה.
- ד. העדר הקשר סיבתי שבין התנהגות המערער, אף אם התרשל, ובין התוצאה הקטלנית, מאחר ובנקיטת או באי נקיטת אמצעי זהירות, בנסיבות מקרה זה, לא היה בהם כדי למנוע את האסון, שהינו פרי התנהגותו הרשלנית והבלתי צפויה של המנוח, אשר נכנס לתוך התא לבדו ועל דעת עצמו, ומבלי שיהא צורך בכך.
- אלה עיקרי הטענות שהסנגור העלה בפנינו, בדומה לטענות שהעלו בבית הדין קמא.
- יצוין, כי בתום טיעוני הסנגור, ביקשנו מב"כ התצ"ר להשיב אך ורק לטענות שהושמעו בדבר העדר הוכחה של סיבת המוות, וכן לעניין הקשר הסיבתי, ופטרנו אותו מלהשיב לטענות באשר ליסודות העבירה האחרים.
6. לפני שנדון בשתי השאלות הנ"ל, ואף כי אנו בדעה שצדק בית הדין קמא בקובעו כי הוכח בפניו דבר קיומה של חובת הזהירות שרבצה על המערער, וכן עובדת הפרתה של חובה זו, מצאנו לנכון להעיר אי אלה דברים באשר למקורה של חובה זו ומהותה, הואיל ואימצנו לעצמנו את מסקנותיו של בית הדין קמא בעניין זה, אך לא את כל נימוקיו וקביעותיו בשאלות אלה.
- הלכה היא, כי כל מעשה רשלנות במובן סעיף 35 לפקודת הנזיקין (נוסח חדש) שבעטייו נגרם מותו של אדם, המספיק לחיוב עושהו בפיצויים במשפט נזיקין, מהווה עבירה של גרימת מוות בהתרשלות, לפי סעיף 304 לחוק העונשין, תשל"ז – 1977 (ראה: ע"פ 478/74 - פד"י כז' (2) 617; ע"פ 402/75 אלגביש, פד"י ל' (2) 561; ע"פ 186/80 יערי, פד"י לה' (1) 769).
- מכאן המסקנה, שאת התשובה לשאלה אם המערער חב חובת זהירות כלפי המנוח, היינו, לנהוג כלפיו בזהירות, יש לחפש בפקודת הנזיקין (נוסח חדש).
- סעיף 35 לפקודה הנ"ל מגדיר את עוולת הרשלנות, כעשיית מעשה שאדם סביר לא היה עושה בנסיבות העניין, ביחס לאדם אחר, שכלפיו מוטלת על העושה החובה לא לפעול כאשר פעל, או נמנע מעשות מעשה - כשהמדובר במחדל - שאדם סביר היה עושה באותן נסיבות.

סעיף 36 לפקודה הנ"ל קובע כי החובה האמורה מוטלת כלפי כל אדם, בנסיבות שבהן אדם סביר צריך היה לצפות, שעלול הוא במהלכם הרגיל של הדברים להיפגע מהמעשה או המחלול האמורים בסעיף 35 הנ"ל.

דברים ברוח זו נאמרו לאחרונה ע"י בית המשפט העליון בפסק דינו ע"פ 186/80 יערי, פד"י לה' 769(1), וזהו מבחן "הצפיות" – ע' 774.

יצוין כי מבחן זה – מבחן הצפיות – המשמש לצורך קביעת חובת הזהירות, הוא המבחן המשמש גם לקביעת הקשר הסיבתי, כפי שיפורט להלן.

במקרה שבפנינו, זהו מקור חובת הזהירות שחב המערער, בנוסף לחובותיו כמפקד היחידה, וקביעתו של ביה"ד קמא, כי אחד המקורות לחובה זו הוא מכוח יחסי עובד ומעביד, בטעות יסודה, מאחר ויחסים מעין אלה לא התקיימו כאן, לא מהבחינה העובדתית ולא מהבחינה המשפטית.

באשר להפרת חובת הזהירות, היינו כי בנסיבות העניין נהג המערער ברשלנות, דבר זה אינו יכול להיות מוטל בספק, מאחר והמערער לא עשה דבר כדי למלא אחר חובתו הנ"ל, וכלל לא נתן דעתו לחובתו זו ולסיכונים האפשריים והצפויים לאנשי הצוות, ולא זו ההתנהגות הצפויה מהאדם הסביר בנסיבות מעין אלה.

כל הראיות הצביעו על כך כי כניסה למקומות כמו תא הביקורת כאשר עוסקים במלאכת ניקוי מערכת הביוב, מחייבת נקיטת אמצעי זהירות ובטיחות, היינו הדרכה, הנחיה ואזהרה נאותה. לאלה העוסקים במלאכה זו, ודאגה לציידם באמצעים ואביזרים ראויים, וכאלה אכן היו בנמצא, והכוונה לערכת נשימה, רתמת הצלה וציוד נוסף כפי שנקבע בהכרעת הדין.

הטענה כי בעבר נהגו לבצע מלאכה זו ללא שימוש בציוד בטיחות, אין בה כדי לפטור מאחריות, והעובדה כי עד לאירוע זה לא אירע אסון אינה יכולה לשמש הגנה – ראה ע"פ 162/53 בראשי, פד"י ט' 1701, ו- ד"נ 15/64 בש, פד"י יט' (1) 309.

גם העובדה כי המערער השליך את יהבו על הרמה הממונה שתיוזם ותנחה בענייני בטיחות ובשימוש בציוד הבטיחות, אין בה כדי לפטור אותו מאחריות, מאחר והסתמכות על אחרים אין בה כדי להסיר או לפרוק מעל שכמו של המערער את חובתו שהינה אישית והוא שחייב למלא אחריה (ראה: ע"פ 876/76 ויינגרטן, פד"י לב' (2) בע' 37, ו- ע/286/79).

סיכומו של דבר, שני היסודות, הראשון והשני שבמסגרת העבירה לפי סעיף 304 לחוק העונשין אכן הוכחו, היינו כי המערער חב חובת זהירות כלפי הקורבן – המנוח – וחובתו זו הופרה בכך כי לא פעל כפי שאדם סביר, בנסיבות דומות, היה פועל.

7. נדון עתה בשאלה האם הובאו ראיות מספיקות להוכחת סיבת מותו של המנוח, שהינה אחד מיסודות העבירה של גרימת מוות בהתרשלות, שאלה שכרוכות בה קביעות עובדתיות ומשפטיות.

עיקרי העובדות שהובאו בפני בית הדין קמא, והנוגעות לענייננו, הינן כדלקמן:

- א. גופת המנוח הועברה למכון לרפואה משפטית ונותחה ע"י דר' רוגוב.
- מצאי הבדיקה ותוצאותיה פורטו בהרחבה בחוות הדעת - מוצג ת/12 ועל פיה נקבע כי: "המוות נגרם כתוצאה מתשניק (אספיקסיה) על-ידי שאיבת בוך לדרכי הנשימה".
- ב. בגופת המנוח לא נמצאו פגיעות או חבלות גופניות.
- ג. תוצאות הבדיקה העלו כי בדמו של המנוח נמצאו 35 מ"ג כוהל ו-22% של חד תחמוצת הפחמן (CO);
- ד. עובדת מותו של המנוח נקבעה עם הוצאתו מתוך תא הבקורת.
- ה. הוכח כי בשעת האירוע ואף לאחריו, איכות האוויר שבתא לא היתה טובה, דבר שגרם לקשיי נשימה וכאבי ראש למי שנכנס לתוכו.
- בעניין זה העידו: החייל אליאס שוורץ אשר ירד לתוך התא כדי לחלץ את המנוח, ולדבריו חש כאבי ראש לאחר שהייה במשך דקה – דקה וחצי בתוך התא והוסיף כי בגלל הריח שהיה בתא הוא נאלץ לעצור את נשימתו.
- עד נוסף - קמב"צ היחידה - העיד כי ריח חריף נדף מתוך התא, ועד זה לא נכנס לתא, אלא עמד בקרבתו.
- לדברי סולומון סויסה, כפי שמסר באמרתיו - מוצגים ת/1 ו-8 - הרי במהלך העבודה יצא המנוח שלוש פעמים מתוך התא, על מנת לשאוף אוויר צח.
- ו. ברשות אנשי הצוות לא היו כל אמצעים או ציוד שבעזרתו ניתן היה להיכנס לתא או לצאת מתוכו, ואמצעים כאלה לא היו בתא, היינו דפנותיו חלקים ללא מדרגות או כל אביזר אחר היכול להקל על הכניסה או היציאה, ועל כן חל שיהוי במלאכת החילוץ של המנוח מתוך התא, מהמועד שבו הבחינו בו חבריו עד למועד בו נזעקו חיילי היחידה וחשו לעזרה והחלו במלאכת החילוץ.
- בהסתמכו על חומר הראיות שהובא בפניו, קבע בית הדין קמא כי מותו של המנוח נגרם מהסיבה שפורטה בחוות הדעת - ת/12 - שאינה אלה תוצאה סופית פרי גורמים נוספים, היינו כי התנאים ואיכות האוויר שבתא הם שגרמו לטשטוש חושיו של המנוח ואף אבדן הכרתו ואלה שגרמו למצב אליו הגיע כאשר נמצא שכוב בתוך הבוץ שבתחתית התא.
- קביעתו ומסקנתו זו של בית הדין קמא התבססה על העדויות וחומר הראיות שהובאו בפניו, לרבות עדויות מומחים, ובחלקה אף התבססה על הגיון הדברים וניסיון החיים, בהתחשב בכל הנסיבות והאפשרויות שהוצגו בפניו.
- בית הדין שלל לחלוטין את האפשרות שהועלתה, שמא גזי הפליטה מכלי רכב שהיו או עברו בסביבות התא, הם שגרמו לאבדן החושים או ההכרה אצל המנוח, וכן נשללה האפשרות כי מותו נגרם כתוצאה מהתקף אפילפטי, או כתוצאה מכמות הכוהל שנמצאה בדמו.

לאחר בדיקת חומר הראיות בעניין זה וקביעותיו ומסקנותיו של בית הדין קמא, דעתנו היא, כי קביעה זו בדבר גרם המוות בדין יסודה. כל הראיות במשקלן המצטבר מביאות למסקנה כי תנאי המקום ואיכות האוויר שבתא הם שהביאו לכך שהמנוח נפל על תחתית התא ובסופו של דבר שאף בוץ לכלי הנשימה.

על כל פנים אותן אפשרויות שהעלו ע"י הסנגור אינן אלא השערות, ואין הן מעוגנות בחומר הראיות שהובא בפני בית הדין קמא.

המדובר בשרשרת של ראיות נסיבתיות המשלימות את הראיות הישירות שהובאו מפי עדים, וכל אלה מובילים למסקנה והתוצאה אליה הגיע בית הדין קמא, לרבות העובדה כי חל שיהוי מה בהגשת עזרה למנוח והוצאתו מהתא, עקב חוסר ציוד ואמצעי הצלה נאותים, וכפי שצינו, אלה לא נמצאו במקום עקב מחדליו של המערער.

8. נותר לנו לדון בטענה הנוספת שהעלתה והיא הנוגעת לשאלת קיומו או העדרו של הקשר הסיבתי:

הסנגור ביסס טענה זו על כך שמעשהו של המנוח היה אקט רצוני שהוא בגדר "רשלנות רבתי", מעשה שיש בו כדי לנתק את הקשר הסיבתי, שאף הוא אחד מיסודות העבירה של גרימת מוות בהתרשלות.

טענה זו נטענה גם בבית הדין קמא, והיא נדחתה מהטעמים הבאים:

"לדעתנו היה הנאשם חייב לצפות אפשרות שבלא אזהרת עובדיו והתווית אמצעים והוראות בטיחות לא יהיה, מי מהם, ער די הצורך לסכנות וייטול על עצמו, בלא יודעין סיכון מיותר.

היקף הצפיות של הנאשם משתרע על פני התנהגות המנוח תהא הגדרתה אשר תהא (וכלל אין זה בטוח בעינינו כי היתה זו התנהגות שחרגה מעבר לרשלנות "סתם" - MERE NEGLIGENCE)

כאמור, גם בפנינו חזר הסנגור על טיעונו הנ"ל ולעניין זה נאמר את הדברים הבאים: שאלה זו בדבר קיומו או העדרו של הקשר הסיבתי, תוכרע על-פי מבחן הציפיות הסבירה, וכך נקבע בשורה ארוכה של פסקי דין של בית המשפט העליון ובית דין זה (ראה: ע"פ 546/73, פד"י כח' (1) 778, ופסקי הדין שאוחרו בפסקה 6 לעיל). וכן ע/14/75; ע/62/75; ע/107/76 ו-ע/332/81. זהו מבחן אובייקטיבי, היינו האדם הסביר ומידת צפיותו בנסיבות דומות, הוא המשמש אמת מידה. הקשר הסיבתי קיים כאשר מתקיימים שני אלה:

א. כאשר הרשלנות תרמה תרומה ממשית להתהוות התוצאה.

ב. כאשר על פי מבחן הסבירות, כל מי שתרים תרומה כזו היה יכול, ועל כן גם צריך, לחזות נזק מסוג הנזק שאירע בפועל (ראה: האסמכתאות הנ"ל).

על-פי העובדות שהובאו בפני בית הדין ניתן להסיק כי המנוח נכנס לתא, עובר לשלב בו קופחו חייו, באותו האופן בו נהג קודם לכן, כאשר החל בעבודתו בבוקרו של אותו היום, ועל כן אין לומר כי עשה מעשה חורג או יוצא דופן, ההיפך הוא הנכון.

המנוח פעל כפי שהנסיבות וצורכי עיסוקו חייבו זאת, מבלי שהוזהר בדבר הסיכון הכרוך במעשיו היינו, ביצוע העבודה באותו תא ללא כל אמצעי או אביזרי בטיחות, לרבות ציוד הצלה.

ניתן גם לומר שאף אם ניתן היה לייחס לו מידה זו או אחרת של התרשלות, הרי אף עניין זה צריך היה המערער לצפות. בנסיבות העניין אין לראות את המערער כמו שבחר לשלוח יד בנפשו, או כמי שעשה מעשה בלתי צפוי אחר שיש בו כדי לנתק את הקשר הסיבתי.

לכן, אין ממש בטענה בדבר ניתוק הקשר הסיבתי. ואנו מאמצים לעצמנו את נימוקיו של בית הדין קמא, כפי שפורטו לעיל, מאחר והם תואמים בצורה ברורה את המבחנים שנקבעו לבדיקת שאלה זו, היינו חלקו ותרומתו של המערער לתוצאה שאירעה, הינו ברור וממשי.

לפיכך קובעים אנו כי גם יסוד זה של העבירה הוכח כראוי.

9. באשר למידת העונש, דין הערעור להדחות. בית הדין קמא דן בהרחבה בכלל הנסיבות, אלה הנוגעות למקרה ואלה המתייחסות למערער, ובסופו של דבר קבע, ברוב דעות, כי העונש הראוי הוא עונש מאסר על-תנאי, שזוהו המינימום המתחשב בכלל הנסיבות לקולא, אך מבלי להתעלם מהעובדה שקופחו חיי אדם, ונעיה, כי עם קצת תשומת לב ויתר ערנות ניתן היה למנוע אסון זה.

מאחר ולא מצאנו לנכון להקל עם המערער יותר מכפי שעשה זאת בית הדין קמא, החלטנו שלא להתערב בגזר הדין.

לאור האמור לעיל החלטנו לדחות את הערעור על ההרשעה בדין ועל מידת העונש, ופסק דינו של בית הדין קמא, ישאר בעינו.

ניתן היום יב' באייר, תשמ"ב (5.5.82) בפומבי ובמעמד בעלי הדין.

נספח כ"ה: עבמ"ץ/23/86 ס' נגד התובע הצבאי הראשי

עבמ"ץ/23/86

ס.

נגד

התובע הצבאי הראשי

בבית הדין הצבאי לערעורים

בפני השופטים: אל"ם אביגדור רביד - אב"ד

אל"ם עודד מודריק - שופט

אל"ם יוסף סמולר - שופט

ערעור וערעור שכנגד על פסק דין של בית המשפט הצבאי שניתן בתיק במל"ד 48/86 (אל"ם אהרון אלפרן – נשיא, סא"ל מאיר בלייר – שופט, רס"ן עמיאל זילברמינץ – שופט)
הערעור נדחה. הערעור שכנגד (קולת העונש) התקבל.

פסק דין

היה מעשה במערער שנענה להצעתו של אחד א' – מאנשי ארגון "אל-פתח" להצטרף לארגון ולבצע מעשי חבלה פגיעה בגוף וברכוש בתוככי מדינת ישראל (בעיקר באזור עפולה-חדרה). כמו כן נפגש המערער עם תושב עזה בשם מ', רכש עבורו אקדח ומסרו למ' ולא' בידיעה ברורה כי האקדח ישמש בידם או בידי שליחיהם לבצוע רצח ערבים בעזה ומוגדרים כ"משתפי פעולה". רצח כזה בוצע הלכה למעשה. עוד מכר המערער אקדח נוסף למ', גם הוא לצרכיהם של אנשי ארגון המחבלים הנ"ל.

דברים אלה שמשו יסוד להאשמתו של המערער בעבירות של חברות בהתאגדות אסורה לפי תקנה 85(1)(א) לתקנות ההגנה (שעת חרום) 1945 והחזקת כלי ירי (שני פרטים) לפי תקנה 59(ב) לתקנות הנ"ל.

המערער לא כפר בעיקרי העובדות הנ"ל, אך התגונן בפני בית המשפט הצבאי בטענת "צידוק" לפי ס' 24 (א) (2) לחוק העונשין או, לחילופין, "טעות בעובדה" לפי ס' 17 לחוק הנ"ל.

שתי הטענות נדחו ע"י ביהמ"ש קמא והמערער הורשע בדין ונדון לעונש של 8 שנות מאסר שמחציתן לריצוי בפועל.

על ההרשעה בדין השיג המערער לפנינו תוך שבא כוחו חוזר ושונה את טענות ההגנה הנ"ל,

לחלופין טוען הוא כנגד חומרת עונשו ואילו התביעה הצבאית הראשית, מצידה השיגה, בערעור שכנגד, על קולתו היחסית של העונש.

טענת הצידוק לא נטענת אלא "בחצי פה". בסיסה מונח בעדותו של המערער, בפני הערכאה הראשונה אשר בה טען כי דווח לשב"כ, על מגעיו עם אלמונים שבקשו לרכוש נשק ממנו או באמצעותו וכי איש השב"כ שעמו נוצר הקשר הדריכו "ללכת אתם (עם המחבלים) עד הסוף", בדברים אלו ראה המערער "היתר" ואף הנחיה של רשות בת סמך לפעול כפי שפעל מתוך הנחה שהרשות תדאג מצידה לסכל את זממם של המחבלים.

ברם, עדותו של המערער נמצאה בלתי מהימנה. לפני ביהמ"ש באה עדותו של איש השב"כ שבו מדובר (המכונה: "איציק") וזו נאמנה בעיני ביהמ"ש. מעדות זו עולה כי המערער יצר אמנם קשר טלפוני עם גורם משטרתי שהפנה אליו את "איציק". האחרון, לאחר ששמע מפי המערער שאלמונים מאזור עזה דורשים ממנו להמציא להם נשק ומאיימים עליו, בקש מן המערער שישגי את פרטי האלמונים (לפחות את שמותיהם) ולאחר מכן יודרך כיצד להמשיך ולפעול. בשום פנים ואופן לא נתן, לא במפורש ולא במשתמע, היתר למערער לכל פעולה נוספת. לאחר אותה שיחה טלפונית נותק הקשר בין איש השב"כ לבין המערער וכל נסיונותיו של הראשון לחדשו עלו בתוהו. כך למשל, למרות שנקבע בין השניים מועד מוגדר להתקשרות טלפונית לא היה המערער במועד הנקוב ליד מכשיר הטלפון.

ברי אם כן שלטענת הצידוק לא היתה כל תשתית עובדתית. האמון שנתן לדברי איציק, שימש בסיס לקביעת ממצאים השוללים את הטענה כי המערער פעל מכח "היתר" שניתן לו.

הוא הדין בטענת ההגנה החלופית. תיאור הדברים מפי "איציק" מראה כי באופן אובייקטיבי לא נוצר בסיס הגיוני עבור המערער לחשוב כי נתנת לו "רשות" לפעול כפי שפעל. די בכך, כדי להשמיט את הקרקע מתחת לפני הטענה האמורה אך לא למותר להוסיף כי בדין קבע ביהמ"ש קמא כי גם על פי אמת מבחן סובייקטיבית לא היה לטענה על מה שתסמוך. אדם המתבקש "לברר פרטים" של דורשי נשק אינו יכול להיות נאמן בדברו כאילו סבר שבכך ניתנת לו רשות להביא את "העסקה" אלי סיום. במיוחד כאשר מדובר ב"עסקה" העלולה להיות הרת אסון ואשר מטרתה לקדם מעשה רצח ממשי וקונקרטי.

הערעור כנגד הכרעת הדין נדחה.

הננו מוצאים טעם בערעורה של התביעה הצבאית. לדעתנו נוטה גזה"ד לקולא באופן מופרז המצדיק התערבותה של ערכאת הערעור. צא וראה, המערער (שלעניין ערעור התביעה הוא בחזקת משיב) ביצע שתי עסקאות מכירת נשק בידעה ברורה שהדבר מכון לגרום למימוש כוונת זדון של רוצחים. יתר על כן הוא הסכים לשתף עצמו בפעילות רצחנית באופן אישי, אמנם עניין אחרון זה לא יצא מן הכוח אל הפועל אך לפחות אחד האקדחים שמכר שמש בפועל למעשי רצח.

היתכן לפטור מבצע פשעים כאלה בעונש הנופל מרמת הענישה המקובלת לגבי מי שמספק כלי רצח לידי בני עוולה?

אכן ביהמ"ש הצבאי שקל לצד הזכות את העובדה שהמערער דגן הינו בן למשפחה נאמנה (אביו

נפצע קשה באירוע חבלני) וניתן להוסיף לכך שהקשר הראשון שיצר עם גורם שב"כ אפשר בסופו של דבר לגורמים החוקרים להגיע עדיו ולאתר את מבצעי מעשי הרצח הנפשעים אך אין באלה משום נימוק המצדיק הקלה מופלגת בעונש.

אשר על כן אנו מורים כי עונשו של המערער (המשיב בערעור שכנגד) יעמוד על 12 שנות מאסר שמהן 8 שנים יהיו לריצוי בפועל ובמניין תקופת המעצר. יתר העונש יהיה על תנאי למשך שלוש שנים מיום סיום עונש הכליאה הממשי והתנאי הוא שלא יעבור עבירה לפי תקנות ההגנה (שעת חרום) 1945.

ניתן והודע בפומבי היום כ"ב בחשון תשמ"ז (24.11.86)

נספח כ"ו: מט/313/86 התובע הצבאי הראשי נגד בן זקן

מט/313/86

התובע הצבאי

נגד

סרן דוד בן זקן

בבית הדין הצבאי המחוזי

מחוז שיפוטי מטכ"ל בפני:

סא"ל פלד מרדכי - אב"ד

סא"ל דיקמן אלימלך - שופט

סא"ל גדרון - שופט

פסק דין

כתה"א מייחס לנאשם, סרן דוד בן זקן, שלוש עבירות לפי סעיפים 133 ו-105 (1) לחש"צ.

הפרשה שבגינה הובא סרן דוד בן זקן לדין, תחילתה בכת"א שהוגש נגד שלושה, והם רס"ן יצחק גבע ששימש כקצין התחזוקה בימ"ל 1029, רס"ר עוקשי ששימש כנגד תחזוקה והנאשם שבפנינו שהוגדר כעוזר קצין התחזוקה. אין חולק על כך, כי העבירות נשוא התיק התגלו לאור תלונתו של סרן דוד בן זקן במצ"ח, וזאת בחודש דצמ' 85. בתלונתו זו גולל סרן דוד בן זקן, שורה ארוכה של מעשים בלתי חוקיים שבוצעו בהוראת ובהנחיית רס"ן גבע, וזאת החל מחודש דצמ' 84 וכלה בחודש אוג' 85 (ראה ת/3 ו-ת/4).

יצוין, כי משפטו של רס"ן גבע הסתיים, כשנאשם זה הודה, בסופו של דבר בחלק מהעבירות שיוחסו לו, אשר לרס"ר עוקשי, כתב האישום נגדו בוטל והוא הועמד לדין משמעת.

פרט האישום הראשון

מייחס לנאשם עבירה של אי קיום הוראות המחייבות בצבא, לפי סע' 133 לחש"צ, בכך שבמהלך שנת 85 פעל בשיתוף פעולה עם רס"ן גבע, וגרם לפיצול חוסר אפסנאי בניגוד לאמור בפ"מ 520301. בין השאר מפנה התוצ"ב שימת לבנו לכך, כי הנאשם אינו מתכחש לאמור בהודעתו ת/4 על פיה, פיצל חוסר אפסנאי, והמדובר בפרטי רכוש שנתגלו כחסרים, אך תחת לרושם בטופס אחד, פוצל אותו חוסר בין מספר טפסים (ראה ת/8 ה', ת/8 ו' ות/8 ד'), טיעונו של הסניגור לעניין פרט אישום זה ויאמה שטיעון זה משתרע גם באשר ליתר פרטי האישום הינו כי אין הנאשם נושא באחריות פלילית כלשהי מאחר וברור כי פעל על פי הוראותיו של רס"ן גבע, המדובר בהוראה בלתי חוקית שהנאשם לא היה רשאי לסרב לה. לחילופין אף מוסיף הסניגור, כי הנאשם ביצע

פעולות טכניות בעיקרן שאין בינן ובין הזרמת הטפסים "המפוצלים" למענ"א, ולא כלום. טענה אחרונה זו נדחת ע"ינו. ברור, כי הנאשם ביצע פעולות חיוניות שהמשכן הוודאי היה הטעית גורמי האפסניה המדווחים, הוא היה מודע לתוצאה זאת. עם זאת סבורים אנו כי יש ממש בטענתו הראשונית של הסניגור דהינו, כי מדובר בפקודה בלתי חוקית ולשם כך אין נפקות לכך שההוראה באה על דרך של בקשה גרידה, ועל כן סוככת על הנאשם ההגנה המצויה בסעיף 24 (א), (2) לחוק העונשין כפי שכבר צוין, הדגיש הנאשם בעדותו בפנינו ואף בהודעותיו במצ"ח (3/ת ו- 4/ת) כי פעל בעניין זה עפ"י הנחיה והוראה מפורשת של רס"ן גבע. כל ניסיונותיו לבטל את רוע הגזירה לא הועילו, ואף פנייתו לאל"מ אפריים, גם היא לא היה בה כדי לסייע. נדגיש בעניין זה, כי טיעונו של התובע לפיו ידיעתו הברורה של הנאשם שמדובר בהוראה בלתי חוקית אינה מקנה לו לכאורה את ההגנה המבוקשת על ידו, אין בה ממש.

מתוך עיון בפסק דינו של בית הדין לערעורים ע/90/86, נראה לכאורה, כי שיקול מעין זה אם הינו מצוי אם לאו אצל אותו אדם שניתנה לו הפקודה הבלתי חוקית אינו מעלה ואינו מוריד, הקובע הינו שהחייל מקבל הפקודה מחויב בביצועה ולא מעבר לכך.

הקריטריון היחיד שהינו בר הפעלה נוגע לידיעה המחויבת להיות אצל מקבל הפקודה - עפ"י קריטריונים אובייקטיביים - לפיה מדובר בפקודה בלתי חוקית בעליל. גם העדר התלונה המידית, אין בה כדי לגרום להרשעתו של הנאשם. כבר צוין כי הנאשם ביקש למחות ואף עשה פעולות כלשהן (קלושות למדי) בנדון. בסופו של דבר, ריכז את כל טענותיו ומענותיו בתלונה מפורטת שהגיש למצ"ח וזאת בתוך פרק זמן שלא ניתן להגדירו כבלתי סביר לחלוטין, לאור זאת נראה כי יש מקום לזכות את הנאשם מהעבירה המפורטת בפרט האישום הראשון.

פרט האישום השני

הנאשם הואשם בפרט אישום זה בעיקרו בכך שהחתים את רס"ל אהרוני יעקב, ששימש כאחראי על בית הדפוס בימ"ל-1029 בגין אובדן נרתיק למשקפת, ספסלים ומקלט רדיו (ראה ת/8 ג') בנוסף טוען התובע, עולה שהנאשם החתים את טור' בן אור בגין אחריותו כביכול לגבי מטף כיבוי אש וציוד נוסף, בה בעת שהיה ברור כי חייל זה לא היה אחראי כלל לאותו ציוד. נראה אומנם לכאורה, כאילו פעל הנאשם בנושא זה באופן עצמאי למדי ולא עפ"י הוראות כביכול מרס"ן גבע, דברים מעין אלו מסתברים לכאורה מתוך עדותו של רס"ל אהרוני בחקירתו הראשית בפני ביה"ד, דא-עקא לפתע במהלך חקירתו הנגדית חזר בו העד מקביעותיו הנחרצות, לפיהן הנאשם הוא זה ששכנעו לחתום על אובדן ציוד, שלא היה ברשותו אי פעם. הוא ציין כי אינו משוכנע כלל וכלל, שמי שביקשו לחתום ואף שכנעו לעשות כן, היה דווקא סרן בן זקן ויתכן והיה זה רס"ן גבע. נראה שאין מנוס לאור היסוסיו של עד זה בנקודה שהינה מהותיות מלהנות את הנאשם מן הספק בנדון זה. אשר לעניין החתמתו של בן אור, יוער כי לא נסתרה טענתו של הנאשם על פיה הוברר לו כי אותו ציוד שבגינו הוחתם בן אור היה נתון בתקופה מסויימת לאחריותו של זה, על כן אין לומר כי מדובר בהחתמה על ציוד בעלמה שמעולם לא הגיע לאותו חייל.

פרט אישום שלישי

הנאשם הואשם בכך כי בחודש אוג' 85 מילא ט' 1003, לפיו מנופקים לבסיס ציוד 6522 פריטי ציוד של כיבוי אש זאת למרות שאותם פריטים חסרים ביחידתו ועל כן לא ניתן לנפקם כלל לבסיס הציוד, סבורים אנו כי גם בעניין זה מן הדין להנות את הנאשם מן הספק לזכותו, נעיר, כי לא הובאה בפני ביה"ד ראייה של ממש לפיה אכן היה חוסר בפועל של אותו ציוד כיבוי אש ואכן בהודעותיו מציין הנאשם כי רס"ן גבע פנה אליו בעניין זה והודיע כי קיים חוסר באותם פריטי ציוד אך הוא הצליח לקבל אישור מיחידה 6522, לפיו ניפק כביכול את הציוד וכך יזכה את רישומי היחידה מהחיוב על אותם מטפי כיבוי אש.

יושם לב שאחד מעדי ההגנה במשפטו של רס"ן גבע הדגיש שלא יעלה על הדעת, שינתן זיכוי לציוד מעין זה, בלי שיובא בפועל ע"י היחידה. מכל מקום גרסת הנאשם היום הינה כי כל פעולתו סביב אותו טופס כוזב הסתכם בהוראתו של רס"ן גבע להמציא לו רשימת מקטי"ם לגבי פרטי הציוד הללו, הוא פעל על פי הוראה זו ותו-לא, הוא התחמק מלחתום על הטופס המקורי בתואנות שונות. הנאשם אף הסביר כי לא מצא לנכון לפרט עניין זה בהודעותיו במצ"ח מאחר ומדובר בתלונה שהוא הגיש לגבי פעילות בלתי חוקית עניפה של מפקדו וכך לא היה מקום לפירוט יתר באשר לחלקו המזערי בעניין זה, אכן טענה זו דחוקה כלשהו, אך אין לומר כי הינה סתורה על פניה ומשוללת כל משקל. שוב נעיר, כי הספק בעניין זה, יש בו כדי לפעול לזכות הנאשם ואין בידנו לקבוע חד משמעית כי טענתו זו של הנאשם בפנינו משוללת יסוד. נעיר בנוסף, כי לכאורה עומדת גם לנאשם ההגנה שצוינה לעניין פרט האישום הראשון, דהיינו גם אם מדובר בהוראה, הרי שהינה בלתי חוקית ועל כן חייב בציות לה.

הנאשם מזוכה, אפוא, גם מפרט אישום זה וכן מפרט האישום הרביעי המייחס לו התנהגות שאינה הולמת, לפי ס' 130 לחש"צ.

בשולי הכרע"ד ברצוננו להבהיר כי הרושם שנתקבל הינו שהתנהגותו הכוללת של הנאשם, אינה נקייה מדופי.

כאמור, הוא היה מודע לאי החוקיות המתלווה לאותן הוראות שניתנו לו ע"י רס"ן גבע ומבצבצת מידה בלתי מבוטלת של שיתוף פעולה מצידו כל עוד נראה היה שהקמת מהומת יתר, עלולה אך להזיק לו ולקידומו. הנאשם אומנם נקט באי-אלו פעולות שנועדו להבהיר לממונים עליו, כי רס"ן גבע מבצע עבירות שונות, יאמר, כי לא הרחיק לכת בכך. בסופו של דבר אכן גיבש הנאשם תלונה מפורטת והגישה למצ"ח, אך נראה לכאורה כי המניע העיקרי לאותה תלונה נעוץ באותו סכסוך אישי ומערכת יחסים עכורה ששררה בינו ובין רס"ן גבע ולא מתוך רצון כן לתקן עיוותים, הנאשם אומנם חוסה בצילה של אותה הגנה של ציות לפקודות שהיו בלתי חוקיות, אך ניתן היה לצפות ממנו כנושא דרגת קצונה בצה"ל, כי ימצא את הדרך הנאותה להפסקתן במועד של אותן פעולות בלתי חוקיות, גם אם אין הדבר עולה בקנה אחד עם שאיפותיו האישיות. מכל מקום אין באמור לעיל, כדי לשנות את מסקנותינו וקביעותינו לגבי זיכוי של הנאשם בדין.

זכות ערעור תוך 15 יום.

ניתן היום, כ' תשרי תשמ"ז, 29.10.86, והודע בפומבי.

נספח כ"ז: מר/85/86 התובע הצבאי הראשי נגד רוטשטיין

התובע הצבאי (סגן אילנה שלומוביץ)

נגד

רס"ן רוטשטיין אביחי

סגן רגב יהונתן

בבית הדין המחוזי

מחוז שיפוט מטכ"ל בפני:

בפני השופטים: סא"ל גרוס עמנואל - אב"ד

סא"ל שפריד דוד - שופט

סא"ל רז נתן - שופט

הכרעת דין

ע"פ כתב האישום המתוקן, יוחסה לנאשמים רס"ן רוטשטיין אביחי וסגן רגב יהונתן עבירה של שימוש בלתי חוקי בנשק לפי ס' 85 לחש"צ תשט"ו, 1955 ובפרטי העבירה נטען נגדם כי בהיותם חיילים בצה"ל במחנה הפליטים "בלאטה" בתאריך 27 ספטמבר 85 השתמשו בנשק ללא סמכות וללא נקיטת אמצעי זהירות, דהיינו לאחר שנאשם מס' 1 הורה לנאשם מס' 2, ירה הנאשם מס' 2 בגלגלי כלי רכב.

הנאשם מס' 1 הודה באשמה, ואילו נאשם מס' 2 כפר בה. ולמעשה כפי שנראה מיד, כמעט ואין מחלוקת על עובדות המקרה וזו מצטמצמת רק לשאלה המשפטית האם עומדת לנאשם ההגנה של ציות לפקודה לפי ס' 24 (א) (2) לח.ע. תשל"ז 1977, הקובע לאמור כי אין אדם נושא באחריות פלילית למעשה או למחדל... בציות לצו של רשות מוסמכת שהוא חייב עפ"י הדין לציית לו, זולת אם הצו בעליל שלא כדין.

תחילה נפנה לעובדות כי אין עליהן מחלוקת. כך למשל אין חולק כי כוח מגד' 202 שהה במשימות של אבטחה בשומרון בתקופה הרלוונטית בה אינו דנים. אין חולק כי כוח זה היה ת"פ המפקד הצבאי לאזור השומרון, סא"ל יורם פיק וזה האחרון תדרך את סגל הגד' ברמת מש"ק בכל הקשור להוראות פתיחה באש.

יום לפני האירוע ה-26 ספטמבר 1985 נזרק בקבוק תבערה לעבר מכונית צבאית שנסעה במחנה

הפליטים בלאטה ועל המקום הוחלט להטיל עוצר. את מלאכת אכיפת העוצר הטילו על גד' 202 ובראשו הנא' מס' 1 ששימש אז כסמג"ד בגד' בבקרו של יום האירוע, סייר הנאשם מס' 1 בחברתו של המפקד הצבאי בפאתי המחנה הפליטים, ועמדו על המתרחש שם. יש לציין בצעה, כי הכוח הצבאי שעליו הוטלה המלאכה של ביצוע העוצר מנה בסה"כ קומץ חיילים לא יותר מאשר כיתה מוגברת בפיקודו של המ"פ שמו סגן בן-דוד לאחר שזה עשה את הלילה בסיוור באותו מחנה, הוא תוגבר בכוח נוסף וקטן בפיקודו של הנאשם מס' 2, יהונתן רגב.

על אשר התרחש באותו בוקר נתגלעה מחלוקת שכן לגרסת סא"ל יורם פיק, בדרך כלל העוצר נשמר למעט הפרתו ע"י ילדים שהתרוצצו ברחוב הראשי ואולם מבוגרים ובעלי עסקים שמרו על הוראות העוצר. מאידך, העיד הנאשם מס' 1 כשהוא נתמך ע"י סגן בן-דוד והנאשם מס' 2 סגן יהונתן רגב שאותו עוצר הופר בפרהסיה ע"י תושבי המקום, שיצאו לרחוב כשהם בכוונה תחילה מתעלמים מהוראות העוצר, בתי קפה נפתחו ומכוניות נסעו ברחוב ונעצרו ע"י מחסומים בכניסה וביציאה מאותו מחנה.

יתר על כן, על הכוח בפיקודו של נאשם מס' 2 יידו אבנים, מעל גגות הבתים מבלי שהם יכלו להבחין או לתפוס את המיידים.

במחלוקת זו אנו נכונים לאמץ את הגרסה שהושמעה ע"י ההגנה וצר לנו לקבוע שעדותו של סא"ל יורם פיק לא הותירה בנו רושם חיובי במיוחד אם לאמור זאת בדרך המעטה. ניכר היה בו, בקצין זה, שהוא מנסה להגן על עצמו ולהרחיק את עצמו מכל טענה אפשרית כלפיו. כך למשל הוא ביקש לצייר בפנינו תסריט שלפיו למרות שהעוצר קויים בחרו הנאשמים להפעיל את נשקם ללא סיבה גלויה וברורה.

אנו גם מאמצים את עדותו של רס"ן אביחי, נאשם מס' 1, וסגן בן-דוד, שבמעמדו של סא"ל פיק הודיע לנאשם מס' 1 והורה את סגן בן-דוד, לתפוס את אחת המכוניות שיחלפו באותו מחנה, לעצור אותה, להוציא ממנה את יושביה, ולירות על שניים מגלגליהם.

סא"ל פיק התפתל על דוכן העדים כשהוא מנסה לזכור דברים אלו שנאמרו במעמדו וכל הזמן טען שאינו זוכר למרות שדברים אחרים זכר במדויק.

ברור לנו, כי אכן סא"ל פיק שמע את אותה הוראה ואת שתירתו ניתן היה לפרש כהסכמה ורק לאחר שהוגשה תלונה למשטרה החליט לנער את חוצנו מאותה תקרית ומכל מעורבות בה, ונקט בטענת ההגנה הנדושה של "לא זוכר".

ובכן, הדברים היו כך שאת העוצר לא ניתן היה לאכוף בשל מספרם המועט של החיילים שהוקצו לצורך משימה זו, מאידך ברור לנו כי האוכלוסייה המקומית, בצורה בוטה ובהפגנות הפרה במכוון את אותו עוצר ובקשה לשים ללעג את הוראות הצבא.

על רקע זה וכך יש להבין החליט הסמג"ד להתיר את פעולת העונשין שהזכרה מקודם, ולגביו אין חולק שמה שעשה זו פעולה בלתי חוקית והוא לקח את הסיכון לשלם את הדין בגינה. אשר לנאשם מס' 2, שאליו הועברה הפקודה באמצעות סגן בן-דוד הוא כלל לא פקפק בחוקיותה. וכגרסתו היא נשמעה לא בהחלט הגיונית באותן נסיבות אם כי הוא מודה שהיה ברור לו אין לה, לפעולה כזאת

כל זכר וכל היתר בהוראות הפתיחה באש שהוא תודרך בהם.

סגן רגב מודה שהבין שמדובר בפעולת עונשין, כדי להרתיע באמצעותה את האוכלוסיה האזרחית לבל תפר את העוצה. אדרבא, על שכך יעשה למפר עוצר נתנה התראה למוכתר המקום ונאמר לו במפורש שבתוך שעה אם לא יפסיקו הפרות העוצר, כל מכונית שתיתפס נוסעת באותו מקום, יושביה יעצרו וגלגלי מכוניתה ינוקבו בכדורים. כך נאמר וכך עשה הנאשם 2 הלכה למעשה, ב-2 הזדמנויות שונות באותו היום בהפרשים של מס' שעות הוא עצר 2 מכוניות הוציא מתוכן את יושביהם ולאחר שאסף את תעודות הזהות והובילם לנקודות ריכוז ומשם למשטרה הוא אישית ירה בכל אחת מאותן מכוניות ב-שניים מגלגליה.

האם מה שעשה נאשם זה, מהווה ציות לפקודה או כלשון החוק, ציות לצו רשות מוסמכת או שמא לא תעמוד לו הגנה זו? על כך ניטש הויכח בין הצדדים וכל אחד תמך יתדותיו בפס"ד הידוע והקלאסי של משפט כפר קאסם שיותר משיש בו הגדרה למושג, פקודה בלתי חוקית בעליל, יש בו סיסמאות ססגוניות המתיימרות להמחיש, בצורה צבעונית משהו מתי פקודה תחשב כחוקית או בלתי חוקית ומתי היא תהפוך להיות בלתי חוקית בעליל. כאמור, הגדרה משפטית ממצה ומדויקת אין למצוא באותו פס"ד ואין למצוא בכל מקרה אחר אחריו, וספק בעינינו אם בכלל ניתן להתיימר להגדיר מראש ובכל מקרה, הגדרה אחת כוללת וממצה שתתפוס את כל אותם מקרים שיכולים להיחשב כפקודות בלתי חוקית בעליל.

אין בעיה, מבחינה משפטית להגדיר מהו מעשה בלתי חוקי, ואולם להבחין את זה ממעשה שעל פניו הוא ברור וגלוי כבלתי חוקי לכל אחד ולא דווקא ליודעי חוכמת המשפט, העניין קשה ואולי בלתי ניתן לחלוטין, ובכל זאת, כל שנותר לנו ואלו שקדמו לנו בפסיקה, הוא לנסות ממקרה למקרה להוציא החלטות שיהיו מעין סימני דרך, מעין אבן בוחן לגבי מקרים אחרים וכך אפוא ננהג גם במקרה הנוכחי.

אין כל ספק שהפקודה שפקד הנאשם מס' 1, היא פקודה בלתי חוקית שכן היא נוגדת בצורה בוטה ומפורשת את הוראת הפתיחה באש שהיו אז בתוקף ושמעוגנות בקובץ פקודת הקבע של מטכ"ל מבצעים מינואר 1984. המעיין באותה הפקודה, ייווכח בקלות שאין כל היתר לחיילי הצבא לפתוח באש לגבי אדם או רכוש, למעט באותם מקרים שצוינו שם במפורש. בצורה גסה וכוללנית ניתן לאמור כי פתיחה באש מותרת ב-3 מקרים בלבד, כחלק מנוהל מעצר חשודים, ירי לאוויר לצורך פזור מתפרעים, ובמקרה של סכנת חיים. ירי לצורך פעולת עונשין, אין לה כל זכר באותה פקודה והיא אסורה בתכלית האיסור.

כך שהיוצא בצורה ברורה שהפקודה שקיבל הנאשם מס' 2 הייתה על פניה בלתי חוקית כלומר ושקופה שהיא נוגדת את החוק ושלא יעלה על הדעת לפעול בהתאם לה.

כאמור קשה להגדיר מתי תהפוך פקודה להיות בעליל בלתי חוקית ואולם; בפס"ד של כפר קאסם נקבעו מס' מבחני עזר בניהם דרגותיהם של הפוקד והנפקד, נסיבות הזמן והמקום שבמסגרתן נתנה הפקודה הדחיפות לביצועה מבלי שניתן לפנות בברור ובבדיקה ועוד כיוצא באילו מבחנים נוספים. במקרה שלנו הבין הנאשם כי הפקודה היא בלתי חוקית גם אם בעדותו בפנינו לא כך אמר אלא הסתפק בהודעה שהוא הבין שהיא נוגדת את הוראות הפתיחה באש. כי בלא ידיעה זו, הוא גם לא

יכול היה לחשוב שמפקדו הסמג"ד יודע דברים שהוא עצמו לא מודע להם שכן הודה שהוא הבין כי אותה פקודה מיועדת כפעולת עונשין והרתעה. גם לא הייתה כל דחיפות או בהילות ולא מצב חירום וכיוצא באלה גורמים דחופים.

הוא פשוט הזדהה עם ההוראה שקיבל וסבר כמפקדו, שבדרך זו של עונשין יצליח לקדם את המשימה הצבאית שהוטלה עליהם.

לנו נדמה כי על פניה, פקודה כזו באותן נסיבות ובנפשות הפועלות של נותן הפקודה ומקבלה היה ברור לנאשם שהפקודה היא בלתי חוקית בעליל.

אין הצבא עוסק בעונשים ודברי הסנגור שכביכול הנאשם יכול היה לחשוב שמותר לו לעשות זאת משום שבמקרים אחרים הצבא מבצע אטימת בתים, אינה דומה למקרה שלפנינו והנאשם אף לא העלה טענה כזאת בעדותו בביה"ד.

כשיש הוראות ופקודות המסדירות תחום מסוים בהתנהגות הצבא וחיייליו, דוגמת ההוראות לפתיחה באש, אין לחורג מהן אלא במקרים יוצאי דופן כשמקבל הפקודה נוטה להאמין שמפקדיו הבכירים מחזיקים ברשותם במידע כזה שמצדיק את הסטייה מן הפקודה. כאמור לא כך היה המקרה שלפנינו ואין להתיר שימוש בנשק, לצורך פעולה ענישתית ולנו לא נותר אלא לדחות את טענת הנאשם בדבר הגנתו בדבר הציות לפקודה, שכן היא הייתה בלתי חוקית בעליל ואנו אפוא פוסקים להרשיע את הנאשם מס' 1 עפ"י הודאתו ואילו את הנאשם מס' 2 או פוסקים להרשיע עפ"י קביעתנו בכפוף לתיקון אחד שלגביו לא הוכח כי מדובר באי נקיטה באמצעי זהירות אלא אך בהפעלת הנשק ללא סמכות.

ניתן והודעה ה-18.3.86 בפומבי.

גזר הדין

2 הנאשמים הורשעו בעבירה של שימוש בלתי חוקי בנשק ועל נסיבות המקרה הרחבנו את הדיבור במסגרת הכרעת-הדין.

מדובר ב-2 קצינים הנמנים על השורה הראשונה של החומר האנושי והאיכותי שעומד לרשות צה"ל כיום, ורק מי שיתנסה באותה "חוויה" של עמידה מול פורעים, של אותה אוכלוסיה מקומית במחנה הפליטים בלאטה, ישכיל להבין את טענתם שניתן להיכשל בנסיבות שכאלה. מעבר לכך שלא ניתן היה באמצעים הדלים שהועמדו לרשות הנאשם לוודא קיום פקודת העוצה, היה מדובר בביזוי ברור של אנשי צבא ע"י אותה אוכלוסיה מקומית [שאסור ש]תבזה, או תעזו להרים אבן על מי מאתנו לובשי המדים.

אומנם הרשענו את הנאשמים אך זו הרשעה פורמאלית גרידא. אנו מבינים בהחלט את הנסיבות בהן פעלו והקושי לנהוג אחרת. אין זאת אלא, כאמור שמדובר בכישלון היכול להיות מוסבר, על רקע נסיבות מיוחדות ונדמה לנו כי האחראים האמיתיים לכישלונם של הנאשמים הם אלו שמעליהם שלא העמידו כאמור את האמצעים המספיקים לבצע את אותה פקודה צבאית מבלי להזדקק להפרת החוק.

אשר על-כן ובשים לב לאמור עד כה אנו מסתפקים בעונש הסמלי שעומד על דעותינו והוא נזיפה לכל אחד מהנאשמים.

זכות ערעור בתוך 15 יום מהיום.

ניתן והודעה היום 18.3.86 בפומבי.

נספח כ"ח: דר/248/88 התובע הצבאי נגד אדלר

דר/248/88

התובע הצבאי

נגד

סמ"ר אדלר יצחק

טור' הקהל רון

טור' לוצאנטו אריה

טור' קיבוני יצחק

סרן ד"ר נוסאם דוד

בבית הדין הצבאי לערעורים

בפני השופטים: אל"מ גרוס עמנואל - אב"ד

רס"ן גילון אלון - שופט

סרן ד"ר פוקס לוי - שופט

הכרעת דין

1. ארבעת הנאשמים הראשונים סמ"ר אדלר יצחק, טור' הקהל רון, טור' לוצאנטו אריה וטור' קיבוני יצחק, בזמן המקרה חיילים בגד' 432 הועמדו לדין בתיק זה בגין עבירה של הריגה לפי סעיף 298 לחוק העונשין תשל"ז - 1977.

בפרטי העבירה נטען נגדם, כי בהיותם חיילים בצה"ל בתאריך 22/8/1988, במחנה הפליטים ג'בליה שברצועת עזה, גרמו למותו של אל-שאמי האני בן דיב בכך שהכהו קשות, בכל חלקי גופו בין היתר, תוך שימוש בקתות נשקיהם האישיים ובמטות עץ וכן בבעיטות ובקפיצות על גופו מגובה מיטה סמוכה.

נאשם מס' 5, סרן ד"ר נוסאם דוד, בזמן המקרה רופא בשרות מילואים בגדוד 8177 הואשם בכתב אישום זה, בעבירה של גרימת מוות בהתרשלות, לפי סעיף 304 לחוק העונשין, תשל"ז - 1977. בפרטי העבירה נטען נגדו, כי בתאריך האמור 22/8/1988, בהיותו חייל בצה"ל בתפקיד רופא במאחז ג'בליה שברצועת עזה, גרם בחוסר זהירות, במחדל פזיז או לא אכפת, שאינו עולה כדי התרשלות פושעת, למותו של אל-שאמי האני בן דיב בכך שהתרשל בבדיקתו ובאבחנה הרפואית של מצבו.

בישיבת ההקראה בתיק זה, ביום 17/10/88 לאחר שכל הנאשמים כפרו באשמות שיוחסו להם, פרט התובע הצבאי המלומד לבקשת בא כוחו של הנאשם מס' 5 את ראשי הרשלנות שהתביעה מייחסת לנאשם זה:

- א. לא בדק כראוי את המנוח בעת שהובא למאחז ולחילופין לא בדק אותו כלל.
 - ב. לא טיפל במנוח כמתחייב בנסיבות.
 - ג. השאירו במאחז במשך שעות רבות כשהוא פצוע באופן שתואר לעיל וללא טיפול וללא השגחה.
 - ד. לא הורה על טיפול רפואי נאות כמתחייב מהנסיבות המתבקשות.
2. כאמור הנאשמים כפרו באשמות שיוחסו להם בכתב האישום. המשפט התמשך כדי למעלה מ-25 ישיבות ארוכות, שבמהלכן שמענו עשרות עדים בסוגיות שונות הקשורות בהיבטיו של מקרה זה וכעת לאחר שהצדדים סכמו את טיעוניהם, אנו באים להכריע את הדין.
3. לא נוכל לפתוח במלאכת הכרעת הדין ע"י בחינת הדברים לגופם כפי שהדבר מתחייב מכל הכרעה שיפוטית, בטרם נייחד מספר מילים על מיוחדותו של משפט זה, מיוחדות הנובעת בשל הנסיבות יוצאות הדופן של מקרה זה, נסיבות שהזמן גרמן ושכמותן לא התנסינו בעבר.
- המשפט מיקד אליו, משום אופיו המיוחד, תשומת לב גדולה בציבור בארץ וגם בחו"ל, כאשר לעיתים נוצר הרושם שלא רק הנאשמים עומדים כאן למשפט אלא שבאמצעותם מבקשים לבחון ולהשליך על מוסר הלחימה של חיילי הצבא ועל התנהגות מקובלת של חיילים כלפי האוכלוסייה האזרחית המתקוממת במקומות הנשלטים ע"י צה"ל. חרף ניסיונות להסית את הדיון מעת לעת לעבר בעיות עקרוניות ובכך למקד את תשומת ליבה של התקשורת, אנו השופטים, לא שכחנו ולו לרגע, שעניין לנו בפרשה זו במשפט פלילי שבמרכזו עומדים חיילים המואשמים בעבירות חמורות ושומה עלינו לנהוג עפ"י הכללים המשפטיים כדי לבחון את אחריותם למקרה.
- נקדים ונאמר, המקרה שנגול בפנינו בתיק זה הוא חמור, הן משום התוצאה הטרגית, בה מצא את מותו תושב מחנה הפליטים ג'בליה, אדם בן 43 נשוי ואב לילדים, והן משום הנסיבות שגלו וגרמו למותו של המנוח, הכאה עד מוות, שבוצעה ע"י חיילים. ואמנם הויכוח שניתן בין הצדדים לאורך כל המשפט היה: האם היו אלו הנאשמים שהכו למוות את המנוח, כגרסת התביעה, או היו אלו חיילים אחרים שגרמו למותו. בין כך ובין כך, אין חולק כי המנוח מצא את מותו כתוצאה מתקיפתו האלימה ע"י חיילים. בגופתו נמצאו סימני אלימות, שכמותם נדיר למצוא ואף הפתולוג מהמכון לרפואה משפטית באבו כביר נאלץ להודות כי משך למעלה מ-20 שנה מאז הוא משמש כרופא משפטי, זהו המקרה השני שהוא מוצא נזקים כה חמורים בגופתו של אדם שהינם תוצאה של הפעלת אלימות ברוטאלית.
- נדמה לנו כי תוצאה זו, והאופן בה היא נגרמה, צריכה לזעזע כל בן תרבות, וכל אדם שמפעמת בו תחושה של מוסר וצדק, ושחיי אדם, באשר הם, יקרים בעיניו ומהווים לגביו את הערך העליון בסולם הערכים של החברה האנושית.

במהלך המשפט נדהמנו לשמוע מחלק מהעדים, ביטויים של שנאה ובזו לערך חיי הזולת, כשהזולת נמנה על אותה אוכלוסיה הנשלטת בידי כוחות הצבא, חלחלה אחזה בנו כאשר שמענו עדים הנמנים על חיילי הצבא שהתבוננו על מחזה משפיל של הכאות עצורים בתוך מחנה צבאי, כפותים בידיהם, חסרי ישע והם אדישים למה שעניניהם ראות ואוטמים אוניהם למשמע צעקות השבר של המוכים, רק מפני שאותם אנשים נחשדו בהפרות סדר והשתייכו אל אוכלוסיה עוינת, בבחינת דמם מותר.

יש עדים שלא רק העידו על אדישותם אלא ביקשו להסתתר אחר החיסיון מפני הפללה עצמית, כדי לא להסגיר את מעשיהם כמי שנטלו חלק פעיל בתקיפתם של עצורים. תופעה מבישה זו של הכאת עצורים חסרי ישע בצורה ברוטאלית, לא רק נוגדת את החוק אלא נוגדת את צו המצפון והמוסר של כל אדם, המשתייך לחברה נאורה, במיוחד המשתייך לעם היהודי וכן למדינה זו. הניתוח היבש משהו של חומר הראיות שמיד נגיע אליו, גם יוכל לכסות או להסתיר תמונה מוזעזעת שנתגלתה לעינינו של ירידה לשפל המדרגה של אלו שנטלו חלק בתקיפתם של עצורים, ללא הבחנה וללא רחם והדבר קורה בתוך מחנה הצבא ולא מסתיים עד אשר מתרחשת הטרגדיה נשוא תיק זה, כדי שרק אז יינקטו צעדים הולמים להבטחת שלומם של אותם עצורים וישוננו הפקודות האוסרות כל הפעלת אלימות כלפי מי שנעצר ונמצא במשמורת הצבא.

4. משפט זה עניינו, בנסיבות לא שכיחות, הנסוב סביב אשמה של הריגה, הריגה המתבצעת על סמך טענה במהלך ביצוע תפקיד צבאי. בנסיבות הלא רגילות של מקרה זה, ביקשה ההגנה להפוך מנאשם למאשים, מאשימה את "השיטה" והמצביעה על המפקדים כמי שאחראים להתנהגות הנאשמים, כנותני הפקודות. אם אכן נשתכנע שמותו של הנאשם נגרם עקב התנהגותם של ארבעת המשיבים הראשונים, אז אין לבוא עמם בחשבון שכן הם פעלו במסגרת ד' האמות של הפקודה שאינה בלתי חוקית בעליל אותה קיבלו ממפקדיהם. כדי להוכיח לנו שאכן זו טיבה של אותה פקודה וכך יש לפרשה זימנה ההגנה קצינים בכירים ובכללם ראש המטה הכללי.

אין להתפלא, כי במשפט זה עלו ונדונו סוגיות עקרוניות בתחום המותר והאסור לעשות, לכח לוחם, האמון על השלטת החוק והסדר ביחס לתושבים הנשלטים על ידו. הועלה לדיון תוקפם של הפקודות המתירות שימוש בכוח נגד חשודים בהפרות הסדר הציבורי, הנסיבות בהן הפעלת הכוח מותרת ומה מידתה.

שאלה קשה שעוררה בנו תמיהה למן תחילת המשפט ורק התגברה במהלכו, לאחר שהיטבנו להכיר את הנפשות הפועלות בתיק זה, כיצד יכול היה לקרות מצב שבו חיילים לוחמים מיחידה מובחרת שלהערכתנו קיבלו חינוך טוב, יוכלו להיכשל בהתנהגות כה קשה, ינערו מעל עצמם את כל המטען הערכי, שהוריהם ומחנכיהם הפנימו בהם, ויעברו מטמורפוזה נפשית ויהיו נכונים ומסוגלים להכות "מכות רצח", כביטוי של הפתולוג ד"ר לוי, אדם מבוגר, שמבחינת גילו יכול היה להיות אביהם, עד כדי סיכון חייו אם לא לגרימת מותו ממש.

זו שאלה שאת התשובה לה, אנו השופטים לא מצאנו. ספק אם הקורא יוכל למצוא את התשובה למקרא הפרוטוקול של משפט זה. שאלה זו מטרידה את מנוחתנו גם כעת, כשאנו רושמים

הכרעת דין זו. לא מקובל עלינו כי את התשובה לאותה קושיה ולאותה מטמורפוז, ניתן למצוא בראיית התנהגותם של הנאשמים, או של כל האחרים שהשתרכבו בפרשה זו כחריגים. בעינינו הנאשמים אינם חריגים, והם לא שונים מאלפי חיילים המשתייכים לחטיבתם. אנו סבורים אפוא כי התנהגות הנאשמים לא ניתנת להסבר על רקע אישיותם החריגה. כישלונם הוא פרי באושים של אי הקפדה על נורמות שמן הסתם קיבלו לגיטימציה ואף עידוד של מפקדים ולדאבון הלב גם של מפקדים בכירים.

נראה בהמשך כיצד פקודה שבבסיסה היא נכונה, נשחקה והתכרסמה, כשירדה בצינורות הפיקוד, עד שהגיעה לחיילים שמבצעים אותה. איבדה בדרך את ערכיותה ואת סימנה כפקודה חוקית ומותרת.

לגבי דידנו לא היה כל צל של ספק שפקודה הניתנת לחיילים להשתמש בכוח ולהכות כל מי שנחשד בהפרת סדר, גם לאחר שאדם זה נתפס על ידי חיילנו ושוב אינו מגלה התנגדות למעצר, זו פקודה בלתי חוקית על פניה ומתוכה. לא מקובלת עלינו ההבחנה שנעשתה במשפט זה גם ע"י קצינים בכירים שאין לגזור גזרה שווה בין המותר על פי חוק כלפי מפרי סדר בתוך מ"י ובין המותר כלפי מפר סדר בשטחים הנשלטים ע"י כוחות הצבא. אותו חוק חל בשני המקרים וכפי שאסור להכות חשוד בהפרת סדר במדינת ישראל לאחר שנעצר ואינו מגלה התנגדות, כך אין להפעיל שום אלימות על מפר סדר בשטחים שנתפס ע"י כוחותינו ואינו מגלה התנגדות.

הרעיון שבאמצעותו ניסו להתיר הפעלת אלימות כלפי מפרי סדר שנעצרו ע"י חיילנו בטענה שאת אלה יש ללמד לקח, לבל יעזו בעתיד להיכשל בהתנהגות דומה, סיבה זו אינה מוכרת בחוק ואינה נופלת לגדרה של הגנת הצורך ואף עומדת בסתירה לתפיסה הבסיסית כי פעולת הענישה, במדינה דמוקרטית, שמורה אך לרשות השופטת.

אין במשנתו מושג של עונש "על חשבון" או "עונש כמקדמה", לעונש שיוטל אם אדם ימצא אשם ע"י בית משפט מוסמך. כנראה ההסבר היחיד, המתקבל על הדעת לכך שמפקדים בכירים, שקיבלו פקודה זו לא ראו לערער אחריה ולהרהר בה, זה מפני שבנסיבות הזמן והמקום, נראתה פקודה זו בעיניהם כמתקבלת על הדעת וכמהווה אמצעי נוסף בין האמצעים שניתנו אז לחיילים לביצוע משימתם.

סוגיה זו של הבנת הציודק על רקע נסיבות המקרה, תידון בהמשך, נוכח הטענות שהעלו הצדדים.

בסיומה של הקדמה זו, נאמר כבר כעת, כי שומה על כולנו להפיק לקחים ממקרה אומלל זה כדי שאמות המוסר והערכים עליהם גדלנו והמהווים את החוסן האמיתי של עמנו, לא יפגעו ומקרים שכאלה, לא ישנו עוד בעתיד.

5. הרקע לפרשה נשוא תיק זה, התפרעות אלימה במחנה הפליטים ג'בליה שברצועת עזה, ביום 22.08.1988, יום יוצא דופן במידת הפרות הסדר מצד תושבי המחנה, כוחות גדולים של חיילי הצבא טרחו אותו יום קשות להשתלט על המפגינים ולהחזיר את הסדר על כנו. הכוח הצבאי שהיה אחראי למשימה זו, כלל בין היתר פלוגה של חיילים סדירים מגדוד 432, כוחות של אנשי מילואים מגדוד 8117, כוחות נוספים של חיילים בגדוד 299 וכוחות מג"ב.

כח המשימה שיצא אל תוך המחנה עבר דרך המאחז הצבאי בפאתי מחנה הפליטים ג'בליה. מאחז זה היה אותו זמן בפיקודו של סרן עוז נוי, מפקד פלוגה ג' של גדוד 432 ששכנה אותו זמן במאחז. קרוב לוודאי כי סמוך לשעה 16:00, שוב הוזעקו כוחות של הצבא אל תוך המחנה כדי להשתלט על ההפגנה שהתרחשה שם ובין היוצאים למקום, נמנה כח צבאי בפיקודו של קצין מגדוד 432, בשם סגן רפי טוייל וארבעת הנאשמים הראשונים שהיו תחת פיקודו באותו אירוע. הם יצאו למקום במספר כלי רכב במהלך נסיעתם נזרקו לעברם אבנים. באחת הסמטאות, הבחין הקצין בשני נערים שידו אבנים, כשהם נמלטים לבית סמוך. סגן טוייל פקד על חייליו לעצור, פיצל את הכוח לשניים, אחד בפיקודו ואחד בפיקודו של הנאשם מס' 1 סמ"ר אדלר יצחק, הכוח יצא לדלוק אחר אותם נערים, לבית שאליו ברחו. משהגיעו אל הבית נותר סגן טוייל עם חייל ומחוצה לו והורה את סמ"ר אדלר ושני החיילים שבפיקודו - הנאשמים טור' הקהל רון וטור' קיבוני יצחק להיכנס אל תוך הבית ולעצור את אותם שני נערים.

מן הראוי לציין, כי אף אחד משלושת הנאשמים האמורים לא זיהה את שני הנערים כך שלא ברור על יסוד מה, הם היו אמורים לעצור אנשים שכלל לא הבחינו בהם קודם לכן.

אנו מתעכבים על נקודה זו, שכן נדמה לנו שההחלטה שקיבל סגן טוייל להישאר עם יתר חייליו מחוץ לבנין ולאבטח את הנאשמים, לא היתה נכונה. אם אכן צדק סגן טוייל בעדותו, כי נשקפה סכנה לחייליו, ע"י מפגינים שהתקרבו למקום הרי שוב לא ברור לנו מה הטעם היה להסתכן ולבצע את המעצר באותו זמן. מאידך, אם היתה הגזמה בתיאור הסכנה וזו לא היתה כה מאיימת וכה קרובה, אז בוודאי היה ראוי שדווקא המפקד הבכיר, קרי סגן טוייל יכנס בעצמו ויבצע את המעצר הן משום דרגתו והן משום שהוא, להבדיל מהנאשמים, הבחין ויכול היה לזהות האם אותם נערים נמצאים ומסתתרים בתוך אותו הבית.

יתר על כן, אנו מניחים כי לו הקצין היה ניגש לבצע את המעצר והיה נתקל בהתנגדות חזקה, חזקה שהיה מפעיל שיקול דעת גדול יותר, ואולי היה נחסך מהנאשמים חלק מאחריותם למקרה זה.

מכל מקום שלושת הנאשמים שהוזכרו, אשר אליהם הצטרף, בשלב מאוחר יותר הנאשם לוצאטו אריה, נתקלו בהתנגדות לביצוע מעצר ע"י המנוח, התנגדות שהתבטאה באי פתיחת הדלת של החדר שבו הסתתר המנוח עם ילדיו. שוב אין חולק כי לאחר שהם התגברו על אותה התנגדות ניתן היה לבצע את המעצר בלי כל שימוש בכוח. ואולם מסיבות שנעמוד עליהן בהמשך, לא כך התרחשו הדברים. המנוח הוכה ע"י ארבעת הנאשמים ורק כעבור כעשרים דקות הוצאו הוא ובנו הבכור בן החמש עשרה, והוסעו אל המאחז הצבאי, כאן הופקדו בידי חיילים אחרים. השעה היתה, קרוב לוודאי, סמוך אחרי השעה 17:00, במאחז נכח אותו זמן הנאשם החמישי סרן ד"ר נוסאם דוד, שנקראה כדי לטפל בעצור שנפצע ברגלו. המנוח עם הגעתו הובא אל ד"ר נוסאם או שזה מיוזמתו ניגש אליו, ואולם ברור כי ד"ר נוסאם, לבד מטיפול בפצע מקומי בשפתו התחתונה של המנוח לא ראה לנכון לבדוק כל פגיעה גופנית נוספת. המנוח אפוא הושב בין יתר העצורים, בנפרד מבנו. סמוך לחצות, נראה המנוח מוטל פרקדן על האדמה חובש שהבחין בו, מצא כי למנוח עדין יש דופק והוא הועיק בדחיפות את ד"ר נוסאם שבינתיים חזר למקומו הקבוע במרפאה שבגדוד המוסכים, מקום המרוחק מספר דקות מהמאחז.

רופא קבע את מותו של המנוח, דקות ספורות לאחר שהגיע אליו, וזאת לאחר שמאמצי ההחייאה לא עלו יפה. גופת המנוח הועברה למכון לרפואה משפטית באבו כביר ועם התקבל ההודעה על מותו נפתחה חקירה בידי מצ"ח, כמקובל בכל מקרה של חשד למוות לא טבעי של עצור בידי הצבא.

זהו, בקליפת האגוז, הרקע העובדתי משנפתחה החקירה, למחרת היום דהיינו 23 באוגוסט 88, לבחינת נסיבות מותו של המנוח. מטבע הדברים כי בין הראשונים להיחקר היו הנאשמים שביצעו את המעצר כמו גם הרופא שפגש במנוח סמוך לאחר שנעצר.

בשלב מסוים של החקירה כשכבר היה ברור כי מותו של המנוח נגרם לא בשל מחלה פתאומית כפי שאולי חשדו תחילה, אלא, מותו נגרם בעבירה, והנתיחה של הגופה הצביעה על נזקים פאטולוגיים תוצאה של אלימות אגרסיבית - הפכו הנאשמים מנחקרים פורמאליים לחשודים עיקרים בגרימת מותו של המנוח.

בהמשכה של החקירה עלו רמזים כי המנוח וכן עצורים נוספים הוכו קשות ע"י חיילים בהיותם עצורים במאחז. עניין זה עלה בשלב מאוחר, כשהחוקרים הראשונים שבדקו את המקרה כבר השתחררו משירותם הפעיל והתיק שהוחזר להשלמה, הופקד בידי חוקר ותיק במילואים שנראה כי לא טרח מדי להגיע לחקר הדברים עד תומם, אולי משום שהתרחש שאין קשר בין האלימות אם היתה כזו במאחז ובין החומר שהצטבר כבר בידי החוקרים והמצביע על אחריותם של הנאשמים למותו של המנוח, ואולי משום שאף אחד מהעדים שדיבר באותה אלימות במאחז, לא ציין ולא הזכיר בדבריו את אלו שנקטו באותה אלימות והיות והיה מדובר בעיקר באנשי מילואים השייכים לגדוד 8117, באנשי מג"ב ואולם גם חיילים של גדוד 299 שלא שכנו דרך קבע באותו מחנה צבאי וחיילי המילואים השתחררו בינתיים, יתכן כי לא ראה טעם להמשיך ולחקור באותו כיוון כשהסיכוי לאתר את אותם חיילים מכים נראה אז קטן והמאמץ לא כדאי.

לעומת זאת שמענו במהלך המשפט לא מעט עדויות, בעיקר מעדים שהובאו ע"י ההגנה שעמדו על רמת האלימות ועל האופי שבו הוכו העצורים במאחז ובכללם גם המנוח אך אף אחד מהם לא יכול היה לציין ולו שם אחד או לזהות ולו אדם אחד שנטל חלק באותה אלימות.

לא פלא שבנסיבות שכאלה יצא הקצף ורב הרוגז של הסנגורים המלומדים על צורת החקירה שנוהלה בתיק זה ועל סירובה של התביעה לעזור להגנה בגילוי החיילים שנטלו חלק בתקיפת המנוח ויתר העצורים.

עניין זה אף הגיע לבית המשפט העליון בעתירה שהגיש בא כוחם של הנאשמים מס' 1 ו-2, עו"ד עוזי עצמון, נגד הפרקליט הצבאי הראשי עתירה שמשום מה הוגשה דווקא בסופו של ההליך, לאחר חודשים ארוכים של שמיעת הראיות בתיק זה.

עדויות באשר למה שארע והתרחש במאחז הצבאי, יש לבחון ביחד עם עדויות רופאים שהובאו מטעם בא כוחו של נאשם מס' 5 ושלפיהן לא יתכן כי המוות נגרם ממעשה שקדם למותו של המנוח ביותר מ-3 שעות - דהיינו לא לפני השעות 21:00-22:00, אם אכן מקובלת עלינו קביעתו של ד"ר נוסאם שאומנם המנוח נפטר קרוב לשעה 1:00 ביום 23/8/88.

הנה כי כן, תובן כעת, טוב יותר טענת הנאשמים, כי אין קשר של סיבה פיזית ומשפטית בין התנהגותם כלפי המנוח בביתו ובין תוצאת המוות.

גם על טענה זו נעמוד בהמשך, במקום הראוי. עד כאן דברי ההקדמה והרקע לפרשה שנחשפה בתיק הנוכחי. כעת נעבור לסקור את מסכת הראיות שהובאה בפנינו ונחלקה בארבעה פרקים.

א. הראיות באשר לתקיפתו של המנוח בביתו.

ב. הראיות באשר לתקיפתו של המנוח במאחז הצבאי.

ג. העדויות הרפואיות.

ד. העדויות בדבר הפקודות.

לאחר זאת נעמוד על קביעת הממצאים ושוב בהתייחס לנסיבות מעצר של המנוח ע"י הנאשמים בביתו, על שהותו של המנוח במאחז הצבאי והקורות אותו שם.

החלק השלישי והמסכם של הכרעת הדין יתייחס להיבטים המשפטיים של השאלות הטעונות הכרעה שעלו במשפט זה.

ממצאים

1. בחלק זה שבהכרעת הדין, באנו לקבוע את ממצאינו, כפי שעלו מתוך העדויות ושאר הראיות שהובאו בפני בית הדין. בחלק הקודם ביקשנו לסקור ולנתח את מה שנדמה כעיקר הראיות והעדויות שהושמעו במשפט זה, ומפני חשיבותם של הדברים התעכבנו ארוכות על ניתוח העדויות, מתוך היצמדות, קרוב ככל האפשר, לדברי העדים כפי שנרשמו בפרוטוקול בית הדין. בשלב זה כאשר מונחת בפנינו התשתית הראייתית הכוללת אנו באים לאמץ את העובדות כפי שעולות, על פי הרשמותינו מתוך העדויות השונות שהציגו הצדדים.

ראשית לכל התנהגות הנאשמים מס' 1-4 בבית המנוח ביום המקרה.

זכור בעניין זה הובאו בפני בית הדין שתי גרסאות עיקריות: האחת גרסת הנאשמים בחקירתם במצ"ח, השנייה גרסתם בעדותם בבית הדין. למען האמת לא פעורה תהום בין שתי הגרסאות אלא מדובר בתיאור קצת שונה של האירועים, מזווית ראותם של הנאשמים בעדותם המאחרת בבית הדין.

היה ברור לנו כי הנאשמים בבית דין בקשו לתרץ אמירות לא נוחות מבחינתם, ושיש בהם נופך של חומרה. אם אותם דברים ביקשו לתקן, כפי שראינו, הן ע"י הפניית אצבע מאשימה כלפי חוקריהם בכך שאותם דברים שנמצאו רשומים מפיהם, כלל לא נאמרו על ידם או לפחות לא נאמרו באותן מילים, או שהחוקרים רשמו רק חלק מדבריהם, תוך השמטת דברים אחרים שנאמרו באותו הקשר.

בחנו את טענות הנאשמים כל אחד מטעמיו והסבריו. מנגד, בחנו את דברי החוקרים והגענו למסקנה חד משמעית שיש להעדיף את האמור והרשום באמרות הנאשמים במצ"ח על פני דבריהם בעדותם בפנינו. למסקנה זו הגענו לאחר שנתנו אמון מלא בדברי החוקרים אשר הרשימו אותנו לטובה באופן עדותם. לא אחת, כפי שעולה מעדויותיהם, לא הסתירו את

העובדות שלכאורה לא פעלו לטובתם, כמו למשל שאכן, לפחות לגבי חלק מהנאשמים, עם סיום הרישום של אמירותיהם לא שבו וקראו אותם בפניהם כמו גם לא הסתירו שלגבי מונחים מסויימים, היו אלה מונחים שלהם שהוצעו לנאשמים וקיבלו את אישורם, הם אף לא הסתירו, כי במהלך גביית האמרות שאלו שאלות הבהרה את הנאשמים אך לא רשמו זאת בגוף האמרות. חרף כל האמור, היתה התרשמותנו כי למרות אותם פגמים שבמהותם הינם טכניים נרשמו דברי הנאשמים, מפייהם או תחת אישורים.

האמרות, נקראו בקול רם, בד בבד עם רישום הדברים ועובדה היא כי לא במקרה אחד, מצאנו שהנאשמים תקנו את חוקריהם מקום שהם לא דייקו ויעידו כל כך המחיקות הרבות באמרות גופן.

2. לא נעלמה מעינינו טענת הסנגורים כי החוקרים הונעו לחשוב, סמוך לפתיחת החקירה, שיש לקיבל מן הנאשמים הסברים מניחים את הדעת לממצאים הפתולוגיים שנמצאו בגופת המנוח. החוקרים לא הסתירו מעינינו עובדה זו ואין לנו כל טרזניה עמם על כי באותו שלב מוקדם התרכזה החקירה בניסיון למצוא קשר סיבתי בין התנהגות הנאשמים ובין הנזקים הסופיים שגרמו למותו של המנוח. עם זאת העידו החוקרים ואנו מאמינים להם, כי מקום שהנאשמים מסרו הסברים שלא הניחו את דעתם לא היססו לרשום את גרסתם בדיוק כפי שהושמעה להם.

העובדה כי החוקרים התמקדו אותה עת בחקירת הקשר שבין התנהגות הנאשמים ומותו של המנוח, אינה מלמדת שהם אלצו מן הנאשמים למסור גרסה שלא רצה בה או, קל וחומר לרשום דברים שכלל לא נאמרו. כאמור אותם פגמים טכניים של אי הקראת האמרות עם סיום רישומן או רישום השאלות והתשובות או כיוצא באלה דברים, אין בכוחן לפגום בדיוק הרישום, או ברישום הדברים כפי שיצאו מפי הנאשמים או לפחות שקיבלו את אישורם. ניכר היה בעליל כי הנאשמים לא ראו בזמן חקירתם סיבה לדאוג, יתכן גם שלא שיערו שבסופה של החקירה ימצאו עצמם מועמדים לדין באשמה כה כבדה. מן הסתם ראו באותה חקירה משום צעד פורמאלי המתחייב, מעצם מותו של המנוח, כפי שהפקודות קובעות, לגבי כל מקרה מוות של עציר במשמורת הצבא. אבל דווקא היא הנותנת והיא המסבירה את נכונות הנאשמים באמירותיהם לפרוש את כל התנהגותם לשתף פעולה עם חוקריהם ולהתעכב על פרטי הפרטים. אנו יכולים לשער כי לו הנאשמים, בזמן חקירתם היו עומדים על חומרת הדברים, על כך שהם עומדים בפני סיכון של העמדה לדין פלילי, לא היו ממהרים לשתף פעולה עם חוקריהם באותה מידה של פתיחות וגילוי לב כפי שעשו למעשה.

כאמור דווקא העובדה האמורה העניקה משנה תוקף למסקנתנו שיש לסמוך ולהעדיף את אמרות הנאשמים במצ"ח על פני עדותם בבית הדין. מאידך כשאנו בוחנים את דברי הנאשמים בעדותם בפנינו ניכר היה בעליל כי הם נמצאים בדוחק, כאשר הם כבר מודעים למשמעויות החמורות שניתן להסיק מחלק מדבריהם בחקירתם, אין תמה אפוא כי הם ביקשו, בשלב זה לעשות כל מאמץ כדי לנסות ולשכנע שאותם דברים לא יצאו מפייהם או לפחות הוצאו מהקשרם.

3. בחינת העדויות של החוקרים מזה ושל הנאשמים מזה, הביאה אותנו למסקנה הסופית, שיש לתת אמון מלא בדברי החוקרים ולהעדיפם על פני גרסת הנאשמים, בעדותם בבית הדין, זאת הסיבה אפוא שאנו פוסקים לקבוע את העובדות שהתרחשו בבית המנוח על פי אמרות הנאשמים במצ"ח. בצד אמרות אלא כזכור ישנן בפנינו עדויותיהם של שניים מבניו של המנוח, אשר היו עדים להתנהגות הנאשמים באותו מקום, בדרך כלל יש חשיבות גדולה לדבריהם של עדי ראיה, מטבע הדברים עד ראיה שהוא לא צד למשפט, שהוא אובייקטיבי ושעדויותו נמצאת אמינה יש להעדיפו על פני עדות סותרת של צד במשפט והדברים ברורים ואינם צריכים הנמקה.

לכאורה, היינו אפוא אמורים לבחון בחשדנות את דברי הנאשמים באמרותיהם במצ"ח עד כמה שהם סותרים עדויותיהם של שני עדי הראיה ששהו בחדר. יחד עם זאת התנאי הוא כאמור שאותם עדי ראיה יהיו אובייקטיביים, חסרי פניות וללא אינטרס מיוחד בתוצאות המשפט, אלא שלא כך ניתן להגדיר את עדויותיהם של שני עדי הראיה הנ"ל, מדובר בשני בניו של המנוח שהיו עדים להכאת אביהם ע"י הנאשמים בתוך ביתם. מאוחר יותר נודע להם כי אביהם נפטר כתוצאה מאלימות פיזית שהופעלה כלפיו, אך טבעי הוא, שינסו לקשר בין התנהגות הנאשמים, כפי שהיו עדים לה ובין גרם מותו של אביהם. יש להם בהחלט, מבחינתם, אינטרס ברור לרצות להאמין שהנאשמים הם האחראים למות אביהם ולהובילנו, בעדותם לאותה מסקנה.

אך גם העובדה האמורה כי לעד ראיה יש אינטרס בתוצאות המשפט אין בה בכל מקרה כדי להביא לדחיית עדותו, שכן גם עד כזה עשוי לדבר אמת וניתן פעמים להשתית ממצא עובדתי על פי עדות שכזו ובלבד שאותה עדות נמצאה מהימנה לאחר שנבחנה בזהירות והשתלבה היטב ביתר הראיות. ואולם במקרה הנוכחי, מצאנו כי יש סתירות מהותיות בדברי העדים בינם ובין עצמם ולא ניתן ליישב סתירות אלא על בסיס ההנחה, שאין שני עדים לאותו דבר יכולים לגלות זהות מוחלטת בתיאור הדברים. במקרה הנוכחי הסתירות הן כה מהותיות עד כי אין להניח שמקורן בתפיסה שונה או בזיכרון שונה של העדים. הנה למשל הבן המבוגר לא זכר הרבה מן הפרטים שהזכיר האח הצעיר ממנו, זה האחרון שהיה מודע לכך וחרף גילו הצעיר ניסה להסביר את אותה "שכחה" בכך שאחיו לוקה בדרך כלל בבלבול לקוי. יאמר כאן כי עדותו הותירה בשומעיו רושם עז של אדם שחרף גילו הצעיר הוא כבר בשל לחיים, שקל את תשובותיו ברצינות והבין מה מצפים ממנו.

היה ברור לו לעד זה, כי אכן מצפים ממנו שימסור הסברים הכיצד אחיו הבוגר המעיט בתיאור התנהגותם של הנאשמים, ואילו הוא בחקירתו הראשית ייחס לנאשמים דברים שכלל לא עלו מדברי אחיו. כאמור בכישרון רב ניסה עד זה לתרץ את הדברים וכמעט התפתינו לקבל את דבריו כמשכנעים. יחד עם זאת הגענו למסקנה שמפני אותן סתירות בדברי האחים ובשל המניע הברור שיש לעדים אלא לרצות ולראות את הנאשמים למות אביהם, לא ראינו לסמוך על דבריהם ולראות בעדויות אלא מקור נוסף לקביעת העובדות, מעבר לאמרות הנאשמים. לכל היותר בשים לב לאותן מגבלות שמצאנו בעדים אלה היינו יכולים לראות בדבריהם משום חיזוק לנכונות הרישום באמרות הנאשמים או, דבר מה נוסף שבמקרה זה הוא מצוי למכביר, באמרות הנאשמים.

4. ומכאן לתיאור העובדות כפי שעולות מאמרות הנאשמים. ראשית נדמה כי הרקע שקדם לכניסת הנאשמים לבית המנוח אינו שנוי במחלוקת.

במהלך פעילות צבאית של פיזור הפגנה במחנה הפליטים ג'בליה, נערך מרדף רגלי אחר שניים ממיידי האבנים שנראו ע"י מפקד הכוח, סגן טוייל, נכנסים לתוך בית המנוח. אין ספק כי סגן טוייל הורה את הנאשמים מס' 1, 2 ו-4 להיכנס אל תוך הבית ולעצור את אותם שני נערים שנראו על ידו מיידיים אבנים, סגן טוייל נשאר עם כח אבטחה מחוץ לבית והמתין למעצרים של אותם נערים. כעבור מספר דקות, והזמן המדויק אינו ברור שכן אף אחד מן הנוגעים בדבר לא ייחס לעניין זה משמעות מיוחדת והעדים מדברים על פי התרשמותם בלבד דווח סגן טוייל, כי שלושת הנאשמים הנ"ל נתקלים בהתנגדות והוא שלח את הנאשם מס' 3 כדי לעזור בהתגברות על אותה התנגדות.

מכאן יובן, כי זמן הגעתו המדויק של טור' לוצאטו, הנאשם מס' 3 אל יתר חבריו הנאשמים אינו ניתן לקביעה, אך אנו יכולים לקבוע בוודאות מספקת כי היה זה סמוך לאחר ששלושת הנאשמים האחרים הצליחו להתגבר על ההתנגדות ולפרוץ אל החדר שבו נמצא המנוח עם ילדיו. נדמה כי כיום אין חולק שהמנוח ניסה להסתיר את בניו באחד מחדרי ביתו ולמנוע את מעצרים ע"י חיילי הצבא.

כאן המקום להדגיש כי אין אנו מאמינים כלל ועיקר לשני בניו של המנוח שכביכול הם לא נטלו חלק בשום הפגנה שקדמה למקרה ושכביכול היו כל אותו יום ספונים בתוך ביתם. היתה אפוא סיבה טובה ומובנת למנוח לנסות להסתיר את בניו ולגונן עליהם נוכח חששו המוצדק כי הם עתידים להיעצר בשל מעשיהם ע"י כוחות הצבא.

כאשר הבחינו הנאשמים מס' 1, 2 ו-4 כי המנוח ובניו נמלטו אל אותו חדר והגיפו אחריהם את הדלת, הם ניסו בתחילה לפתחה בלי שימוש בכוח תוך הודחות בקול רם כחיילי הצבא, אך, ועכשיו אנו יודעים שהמנוח נשען עם גופו על הדלת ובשל מימדיו הגדולים הצליח להחזיק בדלת סגורה ולהתגבר על ניסיונם של החיילים שבאותו שלב בקשו לפתחה במאמץ משותף משך דקות ארוכות, ושוב הזמנים לא עולים בבירור מתוך העדויות ניסו הנאשמים בכל כוחם לפתוח את הדלת וכשלא הצליחו שלחו את אחד מהם להודיע למפקדם בחוץ כי קיימת התנגדות, בתוך הבית למעצר הנערים.

כאמור אותה עת החליט סגן טוייל לשלוח את טור' לוצאטו כתגבורת. אומנם אחד הנאשמים טען שבאותו שלב, סגן טוייל הורה להם "לפוצץ אותם", כשהכוונה היא להכות מכות נמרצות את אלה שבחדר. סגן טוייל בעדותו לא אישר את השימוש באותו מונח אך גם לא הכחיש שהיה ברור לו שהנאשמים, לאחר שהתגברו על אותה התנגדות עומדים להשתמש בכוח פיזי נגד החשודים בהפרת הסדר. עניין זה, תאם את התדריך המוקדם שנתן להם, ואת הפקודות שהיו בתוקף בנושא זה. אין אנו מוכנים לאמץ את הגרסה שכביכול סגן טוייל בנוסף לתדריך, בזמן המקרה, הורה לנאשמים או אישר להם להשתמש בכוח מעבר למה שהותר להם על פי הפקודות.

5. בסופו של דבר, הצליחו הנאשמים להשחיל את קני רוביהן ברווח שבין מפתן הדלת והדלת עצמה, באמצעות מנוף זה הצליחו לפתוח את הדלת ולהתגבר על התנגדותו של המנוח. כאן המקום לקבוע, שאין אנו מאמינים לבניו של המנוח שהדלת נפתחה כביכול מתוך החלטה של אביהם, לאחר שהנאשמים איימו להשתמש בנשקם והם המחישו זאת ע"י שקשוק כלי הנשק. אנו מעדיפים בעניין זה לסמוך על עדויות הנאשמים, כי לא איימו ולא שקשקו בנשקם, אלא כאמור פרצו את אותה דלת באופן שתואר מקודם. מייד לאחר שהנאשמים התגברו על אותה התנגדות ונכנסו לחדר הבחינו לראשונה במנוח אדם כבן 40, לכוש בגלביה לבנה בעל מימדים גדולים ורחבים וארבעת בניו.

סמוך לאחר כניסתם של הנאשמים הופל המנוח, או נפל, ואין זה משנה לצורך הבנת המשך הדברים שכן בין כך ובין כך, בהיותו ישוב על הרצפה הוכה המנוח כמו גם שאר הילדים ע"י הנאשמים. עיקר המכות הופנה כלפי המנוח, שעליו בעיקר הם פרקו את זעמם. אין בדעתנו כאן ועכשיו לחזור על תאור הדברים באשר למה שהתרחש באותו חדר, כפי שהדברים עלו מאמרות הנאשמים ועל כך עמדנו בפרוט בחלק הראשון של סקירת העדויות. כאן נעמוד רק על עיקרי הדברים, כך למשל מציין הנאשם מס' 1 סמ"ר אדלר כי המנוח הוכה ברגליו בצידי הירך ובפיקות הברך. כל הנאשמים הכו בו במקומות אלה וכדבריו "כולנו וגם אני בעטנו בו ברגליים, בבטן התחתונה ומאוד סביר להניח שגם בצלעות... אני והשאר נתנו לו מכות עם הקת של הנשק לא חזקות במיוחד בבטן בזרועות ברגליים על הפיקות ובירכתיים..." – ת/10. כמו כן הוכה המנוח באמצעות מקל של מטאטא שנמצא בחדר שכן אותו זמן לא היו ברשותם אלות. סמ"ר אדלר מציין, כי היה זה הוא ורון הקהל הנאשם מס' 2, שהכו במנוח באמצעות אותו מקל, הוא עצמו הכה בו על הגב אך לכך צריך להוסיף את הודאתו של הנאשם מס' 3. המנוח לא הוכה ע"י הנאשמים בעת ובעונה אחת אלא מעת לעת ע"י נאשם אחר. צריך להבין שלאחר הכניסה לחדר, הצטרף אליהם טור' לוצאטו. מישוהו מהם היה צריך להשגיח על הנשים, שנמצאו בבית ועוררו מהומה לא קטנה. מקובל עלינו שהיה זה אכן לוצאטו, שבחלק מן הזמן שמר על הנשים אך בשום פנים ואופן אין להבין מכך שרוב זמנו באותו בית הוא שהה בחברת הנשים. היתה תחלופה בין הנאשמים, בשמירת הנשים, בעניין זה מה שקרוב לוודאי כי כל הנאשמים נתבקשו ע"י מפקדם שלא למהר להוציא את העצורים מחוץ לבית עד אשר יגיעו לכלי הרכב שחנו במקום אחר, אולי משום שהנאשמים לא היו מצוידים באזיקונים. ניתן אפוא לקבוע כי בפרק זמן של כ-15 הדקות, זהו הזמן המשוער שבו הנאשמים שהו בבית המנוח, הוכה המנוח על ידם בתחילה ע"י שלושת הנאשמים מס' 1, 2 ו-4 ומאוחר יותר גם ע"י הנאשם מס' 3.

6. קשה לקבוע כעת ולשחזר מה עשה כל נאשם בכל דקה, מאותן דקות שהיה בחברת המנוח. עם זאת, ניתן כאמור לקבוע על פי אמרות הנאשמים מה עשה כל אחד מהם בסך הכול בזמן ששהו בחברת המנוח. סייג נוסף שכדאי להסבירו כעת הוא, שתיאור הנאשמים, או הניסיון שלהם לשחזר את התנהגותם, לא יכול להיות שלם וגם לא מדויק. הסיבה לכך נעוצה בהסברו של סמ"ר אדלר, "סביר להניח שנכנסו שם לאקסטזה וחילקו מכות ללא הבחנה" או כהסברו של הנאשם מס' 4 קיבוני יצחק – "המכות שקיבל המבוגר היו מעצבים על האירוע, על האבנים שחטפנו בחוץ ועל הזמן שניסינו לפתוח את הדלת" ובמקום אחר כדבריו "... אחרי

השלב שהתפרקנו והרצנו... הנה כי כן כאשר הנאשמים, ובעיקר הדברים מכוונים לנאשמים מס' 1, 2 ו-4 נכנסו לאקסטזה נוכח זעמם ותסכולם על ההפגנה ומטר האבנים שקידמו את פניהם, על המרדף שנאלץ לבצע, והתנגדות לפתיחת הדלת והכו את המנוח ללא הבחנה, קשה לדעת בדיוק באיזה אופן הוא הוכה ומתי ובאיזה חלקים של גופו וע"י מי. אולם, דברים כללים, כגון שהמנוח הוכה בשלב הראשון - ע"י שלושת הנאשמים כמעט בכל חלקי גופו באמצעות בעיטות וסטירות גם תוך כדי שימוש בקתות הנשק ואנו מוכנים לאמץ את דבריו של הנאשם מספר 1 שהנשק שימש בעיקר להכאה לכיוון הרגליים ולפיקות הברכיים במיוחד. מאוחר יותר עולה כי הנאשמים מספר 1, 2 וגם 3 השתמשו במקל המטאטא לחבול במנוח בעיקר בגפיו ובגבו וכל זה, כאמור, הוא אך תיאור כללי ויובשני משהו, של הכאות המנוח. ניתן להוסיף כי הנאשם מס' 4, טור' קיבודי, העיד על עצמו, שהוא גם עלה על המיטה שבחדר ובעוד המנוח ישוב סמוך למיטה קפץ עליו עם שתי רגליו ונחת על כתפו. קפיצה זו, ניסה הנאשם להדגים, בבית הדין, אך לא השתכנענו מדרך התיאור גם לא השכלנו להבין על שום מה קפץ הנאשם על המנוח, מאותה מיטה. אין לנו ספק, כי תיאור זה של אופן הקפיצה הוא לא מדויק וגם לא נכון. מפליא, כי התנהגות כזו לא הובחנה ע"י שאר הנאשמים, הנאשם, נאלץ להודות בה רק לאחר שהחוקרים גבו את עדותו של הבן הבכור של המנוח שהזכיר את אותה הקפיצה. באמרתו האחרונה מיום 25/8/88 הנאשם נאלץ להודות שאכן קפיצה כזו אומנם היתה.

7. יודגש, שאין אנו נכנסים בשלב זה לשאלה המשפטית האם דברים שעולים מאמרתו של נאשם אחד, קבילים כנגד יתר הנאשמים. עניין זה יבחן בנפרד במסגרת הפרק של ההיבט המשפטי בהכרעת דין זו. בשלב זה די אם נפנה את תשומת הלב שסמ"ר אדלר באמרתו מציין במפורש, כי כל הנאשמים חבטו במנוח באמצעות קתות הרובים, תוך שהוא מבדיל בין הנאשמים בנושאים אחרים, כמו למשל - מי עשה או לא עשה את השימוש במקל של המטאטא או האם ראה ואם לאו מי מהנאשמים הקופץ על המנוח. אנו אפוא יכולים לקבוע כעת כי - כל הנאשמים מספר 1-4 הכו במנוח בשלבים שונים של האירוע בבעיטות ובאמצעות ידיהם ולא רק בידיו או ברגליו - אלא גם - במקומות אחרים בגופו, אנו גם יכולים לקבוע כי הנאשמים מספר 1, 2 ו-3 הכו במנוח גם באמצעות מקל של מטאטא ונאשם מספר 4 גם קפץ עליו ממיטה סמוכה ונחת על גופו, אם כי אנחנו מסופקים באם אותה נחיתה היתה בדרך שתוארה על ידו. בשלב זה, עולה מדבריו של סמ"ר אדלר כי כל הנאשמים השתמשו בקתות הנשק כדי להכות במנוח, לא מקובלים עלינו הסבריו בבית הדין באשר לסיבות בגינן, השתמש בלשון רבים, כאשר כוונתו היתה אחרת. כאמור בעניין זה העדפנו את עדויות החוקר בכל הקשור לאופן רישום הדברים.

עוד ראוי להזכיר כי נאשם זה עמד לחקירות באי כוח יתר הנאשמים ואכן הם השתמשו בזכותם לחקור אותו. כאמור, לא היתה לנו כל כונה לחזור ולפרט את תאור הדברים כעולה מאמרת הנאשמים שכן אלו פורטו במקום אחר. אותו תיאור אומץ על ידנו לצורך קביעת העובדות באמרות הנאשמים כפי שפורטו מקודם.

8. בא כוחו של הנאשם מספר 3, עו"ד גרינהויז, עשה מאמצים ניכרים לאבחן בין מרשו ובין יתר חבריו בתיק זה ובצדק. כפי שהוסבר מקודם, נאשם זה קיבל פקודה לחבור אל חבריו

ולעזור להם להתגבר על ההתנגדות, קרוב לוודאי כאשר אלה כבר הצליחו לפרוץ אל החדר וכנראה גם הספיקו לפרוק על המנוח את זעמם במכות, מכל מקום בוודאי שיש ספק באשר לזמן הגעתו, ולו מחמת ספק זה אנו רשאים לקבוע כי הוא לא נטל חלק בהכאת המנוח, באותו שלב. עם זאת, ואין הוא חולק על כך, כאשר חבר אל חבריו הוא הכה במנוח בדרך שהוא תאר באמרותיו ובדרך שתיארו חבריו באמרותיהם.

9. אירוע אומלל זה הסתיים לאחר כ-15 דקות כאשר כלי הרכב הגיעו לפתח הבית או הוצאו המנוח ובנו הבכור מן החדר וידיהם נקשרו באזיקים. אותה עת נראה המנוח כשדם זב מפיו, אף אחד לא התייחס לעובדה זו גם מפני שהפגיעה לא נראתה רצינית במיוחד. באו בפנינו תיאורים שונים הכיצד הועלה המנוח אל הרכב הצבאי מסוג נ.נ. ואם ידיו אומנם היו כבולות, הרי אין כל ספק שהיו צריכים לעזור לו ולהרימו אל תא המטען האחורי.

כאמור העדויות בעניין זה היו סותרות, חלק מהעדים דיבר על כך שהמנוח עלה בכוחות עצמו, אולי כדי להרשים אותנו ושלא לצורך שהנה לא ארע לו דבר בתוך ביתו, והוא לא נפגע ולכן גם לא התקשה לעלות בעצמו אל אותו רכב. היו עדים אחרים שגילו יותר זהירות בעדויותיהם ודיברו על כך שהמנוח הועלה בעזרת חיילים אל אותו רכב. לנו נדמה, שגם אם ידיו של המנוח לא היו כבולות, או השתחררו מכבליו, כאחת מהסברות, גם אז אין ספק בלבנו כי היתה נחוצה עזרה כדי להעלותו לרכב או לפחות כדי לדרבנו לעלות. חלק מהעדויות שהובאו בפנינו, בשאלה הכיצד נראה המנוח כאשר עזב את ביתו, תאר את המנוח כשהוא אוחז את בית החזה בידי ומשמיע גניחות, חלק אחר של העדויות, דיבר על כך שידיו של המנוח היו קשורות מאחור, הוא לא גנח ולא התלונן על שום דבר.

10. כאמור העדויות בעניין זה הן סותרות. לא ראינו סיבה לדחות דווקא את אותן עדויות שתארו את המנוח יוצא את ביתו ומחזיק את בית החזה, שהרי רק מאוחר יותר ניסו אותם עדים, בבית הדין לחזור בהם מאותו תיאור. אנו אפוא מעדיפים לקבוע ולאמץ את אותן עדויות שמתוכן ניתן ללמוד כי המנוח אכן החזיק בבית החזה עם צאתו את הבית וגם נאנח מכאבים. יחד עם זאת, אנו קובעים כי קרוב לוודאי, המנוח יצא את ביתו כשהוא פוסע על רגליו ומהלך לכיוון הרכב בכוחות עצמו. עוד ראוי לומר, כי לא התרשמנו, בוודאי לא לטובה, מאותם עדים שניסו להסתיר מאיתנו את התנהגותו האמיתית של המנוח בזמן נסיעתו למאחז. כאשר היה ברור וגלוי שבבית הדין הם מנסים לתרץ בדוחק מדוע במצ"ח העידו על גניחות ששמעו מן המנוח, על כך שהוא לא מצא יכולת לשבת במנוחה, קרוב לוודאי משום המכות שספג בכל חלקי גופו ואולי בעיקר בעכוזו.

יהיו פני הדברים אשר יהיו, זה, מבחינתו מחזה מביש לראות את העדים מתפתלים על דוכן העדים ומנסים לתקן את עדותם הראשונה מתוך ניסיון לגרום לנו להאמין שהמנוח התנהג כאדם בריא שיצא לטייל באחו ולא אדם שעבר מספר דקות קודם לכן טראומה קשה והותקף נמרצות ע"י הנאשמים. חבל שאותם חיילים, שקרוב לוודאי בקשו לעזור לנאשמים, לא לקחו בחשבון שדווקא "עזרה כזו" עלולה, בסופו של דבר לגרום להם לנוק. כך או אחרת אנו מגיעים כעת לאותו שלב שבו הובא המנוח למאחז הצבאי בג'בליה.

גם כאן נתגלתה מחלוקת וסתירה בין העדויות – חלק מהעדים הסבירו כי המנוח ירד בכוחות עצמו מן הגג, חלק אחר העיד על כך שעזרו למנוח לרדת מן הרכב, היו עדים שציינו שהמנוח, לאחר שירד מן הרכב, הלך באופן זקוף ולבד מן הדם שזב מפיו לא ניכרו על גופו ולא היה בהתנהגותו כל דבר יוצא דופן שיכול להעיד על חבלות קשות שהוא ספג. גם בעניין זה, אין לנו ספקות, כי המנוח לא יכול היה לרדת בכוחות עצמו, בודאי שהחיילים נאלצו לעזור לו לרדת מן הרכב, עם זאת, אנו רשאים לקבוע על פי כל העדויות שבאו בפנינו שהמנוח עדיין הלך על רגליו אם כי, יתכן שהוא גנח או מלמל דברים.

11. כך אנו מגיעים כעת, לשאלה שאף היא היתה במחלוקת, האם המנוח מעצמו ביקש לראות רופא ועל פי בקשתו הובא אל הנאשם מס' 5, שאותו זמן נמצא בקרבת או שמא היה זה כגרסת הנאשם מס' 5 שלאחר שהבחין במנוח מורד מן הרכב ומפני גילו המבוגר יחסית וכתם הדם בפיו החליט מעצמו לגשת אליו ולבדוק האם יש מקום לעזור לו. נדמה לנו כי הכרעה בשאלה זו אין בה כדי לעלות או להוריד לעניין קביעת אחריותו של הנאשם מס' 5, נשאלת שאלת מהימנותו של הנאשם עצמו. לא מן הנמנע כי את אותה סתירה בין העדויות ניתן ליישב בכך, שאכן המנוח ביקש לראות רופא והרופא שהבחין בו בלי קשר לבקשת המנוח החליט מעצמו לגשת אליו. כאמור לא ראינו צורך להכריע בין העדויות בעניין זה נוכח האפשרות ליישב בין שתי הגרסאות.

הנאשם מס' 5 העיד, כי כאשר הגיע המנוח והתבונן בו, הוא לא ראה וגם לא אבחן כל סימני מצוקה שיכולים להעיד על חבלה או חולי, זולת הדם שניגר מפיו. היות והוא לא דיבר את השפה הערבית, ביקש להסתייע בחובש מצוותו, הדובר את השפה הערבית, וקרא אליו את רס"ר נסיב, וביקשו לשאול את המנוח מה כואב לו. המנוח השיב כי כואב לו הפה, הוא בחן את מקור הפציעה. בשפה התחתונה ולאחר שגילה את השריטות, שמהן פרץ הדם, הורה לנקות את מקום הפצע וידא כי אין חבלה תוך לוועית וסמוך לאחר מכן, עזב את המקום לקבוצת פקודות שהתקיימה אותו זמן במבנה סמוך.

חשוב להדגיש כי הנאשם מס' 5, שהוא רופא פנימי על פי מומחיותו, ועבד תקופות ממושכות בחדרי מיון ובטיפול נמרץ, העיד בפסקנות כי לא אבחן אצל המנוח כל מצוקה נשימתית. הוא גם לא אבחן התקף אסמטי, מחלה שממנה סבל המנוח, ואף לא סימני מצוקה אחרים. לגרסת הנאשם, תשובותיו של המנוח היו ללא קושי ושוטפות. ניתנת האמת להיאמר שמהו משונה, מבחינת הגיונם של דברים צף ועולה על פי התיאור שמסר בפנינו הנאשם מס' 5.

לא מתקבל על הדעת שאחרי האירוע האלים שעבר המנוח בביתו, המכות שספג בכל אזורי גופו והאופן שספג אותן יבחר להתלונן על אותה מכה שנחבט בפיו. ראינו מקודם כי כבר עם הוצאתו של המנוח מביתו הוא גנח ונאנח והחזיק את ידיו על בית החזה, במהלך הנסיעה המשיך לגנוח ולא היה מסוגל לשבת במנוחה. אין זה סביר אפוא כי אדם במצבו המבקש לראות רופא, יתלונן בפניו רק על כאבים בפיו. אנו מצטערים לקבוע כי אם אכן הדברים תורגמו נכון ע"י רס"ר נסיב כגרסתו בפנינו, הרי תלונותיו של המנוח לא תוארו נכון, בבית הדין גם לא בפני חוקרי מצ"ח. ושוב מתוך צעה, אנו נאלצים לקבוע שכל העדים שתיארו והעידו בעניין תלונותיו של המנוח לא דייקו בעדותם.

12. יחד עם זאת לאור עדויות המומחים הרפואיים, כולל עדותו של הפתולוג ד"ר ברטולין, בעיקר לשאלה, כמה זמן יכול היה המנוח להחזיק מעמד בחיים אחרי אותם חבלות קשות שנמצאו בו, אנו לא יכולים לשלול את גרסת הנאשם מס' 5, כי לא אבחן בזמן שבדק את המנוח בכל מצוקה נשימתית.

אם אכן החבלות הפטאליות, שגרמו למותו של המנוח אירעו לכל המוקדם 3 שעות לפני שנפח את נשמתו, ולאחר שאנו מאמצים את עדותו של הנאשם מס' 5 וייתר העדים שהעידו בנושא זמן המוות כי בין חצות לשעה אחת לפנות בוקר, עדיין למנוח היה דופק והוא הוציא את נשמתו סמוך לאחר מכן, הרי שאותן חבלות שגרמו למותו התרחשו בסביבות השעה 21:00.

השאלה המתבקשת היא אפוא, אימתי בדק הנאשם מס' 5 את המנוח. אף עניין זה לא עולה באופן ברור ומדויק מתוך העדויות, אך ניתן לקבוע, במידה גדולה של סבירות, שהיה זה בין השעות 17:00 ל-18:00 של אותו יום. אם כך הם פני הדברים, דהיינו המנוח הובא אל המאחז כשהוא מהלך על רגליו וזמן קצר לאחר מכן פוגש בנאשם מס' 5, הרי שראוי עכשיו להתייחס אל אותן עדויות של המומחים, שהעידו כי להערכתם, לו המנוח היה נפגע בביתו באותו אופן שדו"ח הנתיחה מלמד, קשה להאמין ולא היה סביר שהוא היה מסוגל לקום על רגליו בודאי לא ללכת. יותר מזה, קשה להאמין כי בנוכח הפגיעות בית החזה ושבירת צלעותיו, שפגעה קשות ביכולת נשימתו, לא היה נמצא במצוקה נשימתית חריפה והיה מצליח להוציא מפיו משפטים שלמים או לנשום באופן רגיל.

אכן מקובלים עלינו דברים אלה של המומחים. וגם לדעת המחמיר שבניהם, המנוח לא יכול היה להישאר בחיים יותר מאשר 3 שעות אחרי שנפגע בפגיעות קטלניות. אם כך, אין סיבה, שלא נאמץ כעת את דברי הנאשם מס' 5 בפנינו, ועדים נוספים שתמכו בגרסה זו, כי המנוח עם הגעתו למאחז, לא סבל ממצוקה נשימתית, בודאי לא חריפה, כפי שאמור היה ללקות בה נוכח אותן חבלות.

13. במילים אחרות, אנו קובעים על פי העדויות שבאו בפנינו, כי המנוח מצא את מותו בין חצות לאחת בבוקר אור ליום ה-23/8/88, אנו גם קובעים כי המנוח, קרוב לודאי מצא את מותו כתוצאה ממכות שנפגע באזור החזה כ-3 שעות לפני כן. אנו קובעים עוד, כי בזמן שהמנוח הגיע למאחז הוא לא סבל ממצוקה נשימתית ובעניין זה מקובל עלינו מה שאמר הנאשם מס' 5 ומה שאמרו יתר העדים. מאידך, לא מקובל עלינו שהמנוח התלונן, רק על כאבים בפיו, תאור זה לא היה נכון ואנו לא מוכנים לאמץ אותו.

נוכח ממצאים אלה, נקל להבין כי במנוח נעשה, מעשה נבלה בין השעות 18:00-21:00 באותו ערב. ואכן לא מעט עדויות הובאו במשפט זה, כדי לתמוך באותה מסקנה, שהיא כמעט בלתי נמנעת, שאכן המנוח הוכה בצורה אכזרית ופושעת בהיותו עצור באותו מאחז צבאי.

יאמר מייד, כי לולא באו עדויות המומחים, ושפכו אור בשאלה כמה זמן יכול היה המנוח להחזיק מעמד אחרי אותן פגיעות פאטאליות, היינו מתייחסים בזהירות לחלק ניכר מן העדויות שתארו את שעשו במנוח בהיותו במאחז חיילים שונים. מסקירת העדויות בעניין זה, בחלק הקודם ניתן ללמוד כי לא היה זה המקרה הראשון שבו הוכו עצורים במאחז הצבאי, היו לכך תקדימים גם לפני האירוע נשוא תיק זה. אין לנו אלא להצטער שחרף אותם תקדימים לא

נקטו האחראים בדבה, בשום אמצעי של ממש כדי למנוע הישנותם של מקרים דומים ובעיקר אנו רואים את האחראים למחדל זה, את מי שהיה מופקד באופן ישיר על המאחז, בזמן המקרה הוא המ"פ סרן עוזי נוי מ"גבעתי" והממונה עליו אותו זמן מג"ד 8117, סא"ל גדי גרינפלד. שניהם היו מודעים לאותן התנהגויות, הסתפקו בנזיפות ובהעברת פקודה לחייליהם כי חל איסור לפגוע בעצורים המובאים למאחז. רק אחרי המקרה הסיקו את המסקנות הנכונות, ייחדו מקום מסויים, בתוך שטח המחנה להחזקת העצורים, גדרו אותו בגדר תיל והפקידו שמירה. כך היו צריכים לנהוג גם בלי שום קשר לגילויי איבה ואלימות כלפי העצורים וחבל שנכשלו בעניין זה.

14. אותו מחדל, מסביר הכיצד היה זה אפשרי שחיילים יגיעו אל העצורים וייעשו במנוח שפטים. אף אחד כאמור, לא התקשה להגיע אליהם ושמענו כאן תיאורים מזעזעים שהעבירו בנו חלחלה על עוצמת האכזריות והשפלות מצידם של חיילים, שקרוב לודאי איבדו כל צלם אנוש. שמענו בצער כיצד ביום המקרה, במספר הזדמנויות, נגשו חיילים בקבוצות והפליאו בעצורים את זעמם ואת מכותיהם, בעת שהעצורים, היו כבולים בידיהם ועיניהם מכוסות ולא יכלו, אפוא, להבחין בתוקפיהם. שמענו על הכאתם של העצורים בבעיטות, בסטירות ובאגרופים והיה גם מי שהזכיר באמצעות אלות. אך התיאור היותר משמעותי לענייננו, היה זה שדיבר על תקיפתו של המנוח במה שהוגדר "בעיטת קרטה" או בפי עד אחר "בעיטה סיבובית" לחזהו, בעיטה שכתוצאה מעוצמתה נמחץ המנוח אל הקיר שמאחוריו, שלא לדבר על בעיטות אחרות שספג המנוח, בצלעותיו ובחלקי גופו השונים. כאמור לולא עדויות המומחים שהם עדויות אובייקטיביות, אנחנו, היינו מתקשים לעכל את אותם תיאורים, ויתכן שאף היינו חושדים, כי העדים מבקשים לעזור לנאשמים, ע"י תיאור מצב שלא היה, או ע"י תיאור מופרז של מצב שהיה. אולם כעת נדמה שאותן עדויות דווקא המעיטו ולא הפריזו בתיאור הדברים.

15. חלק מן העדים שהובאו ע"י ההגנה מצאו עצמם במצוקה כלשהי לאחר שנדרשו גם להתנהגותם שלהם והם בחרו להסתייע בחיסיון העומד להם, מפני הפללה עצמית. הנה כי כן, לא מעט אינפורמציה חיונית נמנעה מאיתנו וזאת משום שהתביעה לא הסכימה, להצהיר שלא תעשה שימוש בעדותם, במלים אחרות, לא הסכימה לתת להם "חסינות". בהקשר זה ראוי להתייחס לעדותו של הקצין סג"מ זקן. אנו תמימי דעים, עם עמדת ההגנה, שעד זה הוא לא אמין ויש לנו החשש שהוא ביקש להסתיר מאיתנו את חלקו שלו בתקיפת המנוח במאחז. הוא לא הסתיר את סלידתו הבלתי רציונאלית, מאותם עצורים ובדרך עדותו אפשר היה להתרשם שהוא מתאמץ להרחיק עצמו מכל קשר אפשרי לתקיפתם של העצורים. כאמור אנו התרשמנו אחרת, שמשוה מהתיאור שתיאר בדרך תקיפתם של העצורים ובכללם המנוח, דבק גם בו. כמובן שיש להצטער על מסקנה זו, נוכח דרגתו של עד זה. אנו ערים לטענות התביעה שחלק מן העדים שהושמע ע"י ההגנה לא מסרו את גרסתם למצ"ח, חלק מהם אף אמר דברים, שנשמעו לראשונה בחללו של בית הדין. ולמרות זאת ותוך שאנו מודעים לכך שחלק מן העדים שרתו עם הנאשמים ביחד ומטבע הדברים היו מבקשים לעזור להם, הרי ההתרשמות שלנו היתה שהעדויות, באשר לתקיפת המנוח, כמו גם ההתעללות ביתר העצורים, הינן מבוססות דיין, ואמינות בענייננו. יתרה מזאת אנו סבורים שלא כל שהתרחש בעניין זה של תקיפת המנוח והאחרים הובא לידיעתנו.

16. בהקשר זה, מן הראוי להזכיר, גם את עדותו של הבן הבכור של המנוח שהיה עצור עמו, שתמך בגרסה שאכן הוא וגם אביו הוכו במאחז. עדות אחרת של עצור שנמנה על אלה שהיו אז במאחז דיבר גם כן על תקיפה חבלנית מצידם של החיילים. עיני העצורים היו כאמור מכוסות ברצועות בד, ממילא לא ניתן היה לקבל מהם תאור של תוקפיהם. בודאי שהיתה יכולה לקום טענה כי העדים שהובאו לעניין תקיפת המנוח והאחרים במאחז לא דיברו בשפה אחת ואולי גם נתגלו סתירות או אי דיוקים בהשוואת דבריהם. לא נעלמה מענינו טענה זו ואולם החשוב הוא התנהגותם של העדים על הדוכן, אופן מסירת העדות וסימני האמת שנתגלו מדבריהם. אי הדיוקים מקורם בכך שכל אחד מהם השקיף על האירועים ממקום אחר, ואולי בזמן אחר, העדים גם לא הסתירו מעינינו כי כלל לא היו מוטרדים מעניין תקיפתם של העצורים בין משום שלא ראו עצמם אחראים לאותה התנהגות, בין משום שיתכן שגם הם נטלו בה חלק ובין משום שעל רקע אירועי אותו יום במחנה הפליטים ראו להזדהות עם התנהגותם של התוקפים. ולמרות הכול, על פי התרשמותנו אותם עדים דיברו אמת, גם אם לא כל האמת, באשר לאופן תקופתו של המנוח וחבריו למעצר.

17. עניין אחר שעלה בהקשר זה הוא כמובן סיבת המוות. כזכור לנושא זה נדרשו כמעט כל העדים המומחים הרפואיים ודעותיהם נחלקו. הרופא המשפטי שערך את הניתוח ד"ר לוי ברטולין דיבר במסקנותיו על כך שהמוות נגרם משתי סיבות עיקריות ומשולבות והן: הלם היפולמי בשילוב עם שוק טראומטי.

ד"ר בלוך, שהיה כזכור מנהל המכון לרפואה משפטית, שהובא ע"י ההגנה, חלק על מסקנותיו של עמיתו בעניין השוק הטראומטי ובנושא זה חלקו גם כל יתר הרופאים המומחים. אנו מעדיפים לאמץ את דעתו של ד"ר בלוך ודעתם של יתר מומחי ההגנה כי לא איבוד הדם בכמות שאיבד המנוח, היא שגרמה למותו, ובודאי שלא זו הסיבה המיידית וגם לא העיקרית. אנו סבורים כדעת אותם מומחים שהסיבה העיקרית שגרמה למותו של המנוח היתה החבלות שנגרמו לו בבית החזה, השברים שנגרמו לצלעותיו באותו מקום שבעטיים נפגעו ריאותיו והמנגנון הנשימתי. אותן חבלות הביאו את המנוח למצוקה נשימתית חריפה שבדרך כלל היתה מצדיקה אשפוזו לאלתר בטיפול נמרץ נשימתי, בלא כל טיפול, הסבירו כל המומחים ודבריהם מקובלים עלינו, אדם במצב זה אינו מסוגל להחזיק מעמד בחיים פרק זמן של בין דקות ועד, כדעת המחמיר שביניהם, 3 שעות. יתר הפגיעות שנפגע המנוח בידי ברגליו בבטנו בעכוו ובראשו לא היו מסוג הפגיעות שאמורות היו להביא למותו.

בהקשר זה אנו מבקשים לקבוע שהאפשרות שהעלה ד"ר לוי כי למנוח נגרמו שברים בבית החזה עוד בביתו, שברים שלא הביאו אותה עת לקריעת קרום הצד, ושחבלות מאוחרות יותר באותו אזור גרמו לצלעות להישבר באופן סופי וכתוצאה מכך לקריעת קרום הצד, אפשרות זו של ד"ר לוי אינה מקובלת עלינו ואנו מעדיפים לאמץ תחתיה את חוות דעתו של ד"ר בלוך ויתר המומחים ששיללו מכל וכל אפשרות פיזיולוגית שכזו.

18. עניין אחר שממנו נתבקשנו להסיק מסקנות הוא קטע הפרידה של המנוח מבנו כאשר הודיעו כי הוא נוטה למות ומבקש להיפרד ממנו, לעניין זה שמענו לא רק את עדותו של הבן אלא גם עדויות אחרות, דוגמת עדותו של סג"מ זקן.

אין אנו יודעים וגם לא המומחים יודעים להעריך, עד כמה תחושותיו של אדם בעיקר בשאלת מותו הקרב, יכולים להוות אינדיקציה מדעית ומהימנה לכך שאכן המוות עתיד לפקוד את האדם, או כי מצבו הרפואי הוא כזה שעובדת המוות הינה מבוססת. אבל גם לו הינו מניחים שיש באותה תחושה כדי לבשר, אמת פנימית וגם אובייקטיבית, לא מקובל עלינו שהמנוח דיבר על מותו הקרב כבר עם הגעתו למאחז או סמוך לאחר מכן. עדותו של סג"מ זקן בעניין זה היא בלתי מהימנה ואילו יתר העדים שדיברו בנושא זה, לא ידעו לציין את הזמן המדויק שבו המנוח השמיע הצהרה זו. גם בנו של המנוח לא ידע להסביר אימתי אביו ביקש להיפרד ממנו, לבד מכך שהיה זה לאחר שחברו יחדיו בשלב כלשהו, שכן בשלב הראשון להבאתם למאחז הם הופרדו. אשר על כן לא מן הנמנע שדיבוריו של המנוח על מותו הקרב היו לאחר שנפגע קשות ע"י תוקפיו במאחז ולאחר שהרגיש שהוא עומד להחזיר את נשמתו לבורא.

19. נושא אחרון, הראוי להתייחסותנו בחלק זה של הכרעת הדין הוא נושא הפקודות. שאלת הפקודות, עמדה וריחפה כל העת כחלק מהגנת הנאשמים במשפט זה. תשומת לב לא מועטה, הוקדשה לנושא זה שנבחן ונבדק לפני ולפנים. נדמה כי כעת, לאחר ששמענו את כל העדויות, אנו יכולים לקבוע בביטחון כי עובר למקרה צוידו הנאשמים, כמו גם יתר חבריהם לפלוגה וקרוב לודאי גם חיילי גדוד המילואים שהיו אז בתעסוקה, בפקודה שלפיה, יש להכות כל מפר סדר שנעצר בגפיו, תוך שימוש באלות שהחיילים צוידו בהן, ותוך איסור לפגוע באזורים רגישים דוגמת אברי המין הבטן או הראש.

הנאשמים טענו כל העת שהפקודה שנתנה להם היתה חד משמעית שבכל מקרה שהם נדרשים לעצור חשוד בהפרת הסדר הם חייבים להכותו, באופן שהוסבר מקודם, מכות חזקות וזאת על מנת להרתיעו מלשוב ולבצע התנהגות דומה בעתיד. הנאשמים הוסיפו כי לגבי דידם, היה זה חלק מביצוע המשימה של הטיפול במירי הסדר והם לא מצאו כל פגם באותה פקודה בשים לב לנסיבות הזמן והמקום. לא רק הנאשמים לא מצאו כל פסול באותה פקודה, אלא שמענו שגם מפקדים בדרגים שונים ראו בפקודה זו פקודה הגיונית וסבירה בכל הקשור לטיפול במפרי סדר.

20. בנושא זה, אנו מאמצים את עדויותיהם של הנאשמים ושורת הקצינים שהעידה מטעמם כמו כן אנו מאמצים עדותו של סא"ל גרינפלד שהובא מטעם התביעה. עדויות אלה אכן מסבירות הכיצד הורדה אותה פקודה אל חיילי גדוד המילואים ופלוגת גבעתי ושלפיה אומנם נדרשו החיילים להפעיל אלימות כלפי כל מי שנחשד בהפרת הסדר. מקובל עלינו שהתדריכים שנתנו לחיילים ע"י מפקדיהם, לא סייגו את הפעלת האלימות למצב שאותו חשוד מתנגד למעצרו. ניתן להם להבין, שבכל מקרה, אותו חשוד צריך להיות מוכה בצורה נמרצת. הסייג היחיד שהוטל עליהם הוא שלאחר שהעצור ניכבל באזיקים, שוב אין להמשיך ולהכותו. הסייג האחר, שכבר הזכרנו אותו זה האיסור לפגוע בחלקי גוף רגישים. מאידך ונדמה כי אין מחלוקת על כך, הפקודות הכתובות, המסדירות את הטיפול במפרי הסדר היו שונות בתכלית. אותן פקודות, וכוונתנו להנחיות הרמטכ"ל (ב"אגרת למפקד" מפברואר 88), לקובץ אג"מ מבצעים, לקובץ הפקודות המבצעיות של אזח"ע וקובץ ההוראות המבצעיות שהוצאו ע"י המח"ט בגזרה הצפונית אל"מ מירון קרן שדיברו במפורש על כך שהשימוש בכוח מותר לגבי אירוע אליים ועד לסיומו של אירוע זה. וכדאי כאן לצטט, ולו קטע מדברי הרמטכ"ל באגרת האמורה כי

"השימוש בכוח נועד לצורך השגת המשימה על פי החוק ופקודות הצבא שמהם אין לסטות, בשום אופן אין להשתמש בכוח כאמצעי ענישה (ההדגשה במקור), מותר להשתמש בכוח בעת אירוע אלים, ככל הנדרש לצורך פיזור התפרעות אלימה או כדי להתגבר על התנגדות למעצר חוקי, גם תוך כדי מרדף והתפרעות חשודים וכל זאת בתחום הזמן והמקום (ההדגשה במקור) שבו מתרחש אירוע כזה. אין להשתמש בכוח לאחר (ההדגשה במקור) שהמשימה כבר הושגה, לדוגמא, לאחר שההתפרעות פוזרה או לאחר שאדם נמצא בידי כוחותינו ולא מגלה התנגדות..." ובהנחיות המח"ט לפעילות המבצעית דגשים למפקדים מצאנו בסעיף 10 תחת הכותרת "הכאות" רשום "בעת פיזור אירוע אלים מותר להכות באמצעות אלה לכונן הרגליים אין להכות בראש ובבטן בתום באירוע אין להשתמש יותר במכות" (ההדגשה היא שלנו) ללמוד, כי בתום האירוע האלים, או ברגע שהחשוד נתפס ואינו מגלה עוד התנגדות, אסור להפעיל אלימות כלשהי כלפיו.

21. כמובן עולה מייד השאלה מה גרם שהפקודות שהוצאו לחיילים היו שונות מן הפקודות הכתובות? כאן נדמה כי כולם כיוונו את האצבע המאשימה כלפי המח"ט של הגזרה הצפונית, אל"מ מירון קרן. רוב הקצינים שהעידו בפנינו, מגדוד 8117, כולל המג"ד והסמג"ד והקצינים מפלוגת גבעתי, המ"פ סרן עוזי נוי וחלק ממפקדי המחלוקות שלו דיברו על תדריכים בעל פה שקיבלו עם כניסתם לתעסוקה מאל"מ קרן.

המג"ד סא"ל גרינפלד, אף טרח לתעד את עיקרי הדברים בכתב, ברשימות שערך לעצמו בזמן התדריך, רשימות אלה הוגשו לנו כמוצג. כל העדים לבד מאחד - ד"ר גור, קודמו בתפקיד של הנאשם מס' 5, העידו שבתדריך נאמר להם במפורש שעליהם לדאוג שכל חשוד בהפרת סדר יוכה בגפיו באמצעות האלות, עד אשר יושמו עליו האזיקים ועיניו תקשרנה אז אסור עוד להכות. גם הוסבר להם, ע"י המח"ט, שהצורך בפעולה נמרצת זו, היא על מנת להרתיע לבל יעזו אותם תושבים לצאת פעם נוספת להפרות הסדר.

עדים אלה כאשר נשאלו, האם המח"ט הבדיל, לעניין ההכאה בין מי שמגלה התנגדות למעצר, לבין זה שאינו מגלה התנגדות, השיבו חד משמעית ובביטחון כי המח"ט לא אבחן בין המקרים ודין אחד לשניהם. כאמור ד"ר גור שאף הוא היה שותף לאחד התדריכים גילה את אוננו ששאלה זו כלל לא עלתה באותו תדריך וממילא הוא לא זוכר שהמח"ט התייחס לאותה הבחנה.

22. מנגד, שמענו את עדותו של אל"מ קרן, שמשום מה לא הובא ע"י התביעה הצבאית למרות שפקודיו או לפחות חלקם טענו בחקירתם לציות לפקודה שיצאה ממנו. אנו החלטנו להזמין כעד מטעם בית הדין ולאפשר לו להבהיר עניין זה ולהיחקר על גרסתו ע"י הצדדים. אל"מ קורן כפי שראינו בחלק הקודם, עמד בתוקף על דעתו כי התדריכים הנפרדים שנתן לקצינים לאנשי המילואים ולקצינים בסדיר היו השלמה לפקודה הכתובה שיצאה ממנו תחת הכותרת "הנחיות מח"ט לפעילות המבצעית" – "דגשים למפקדים" ושכל הקצינים צוידו בפקודה כתובה זו. לגרסתו הוא חזר והדגיש בתדריכים בעל פה, כי עם סיום האירוע האלים, שוב אין להשתמש בכוח נגד העצורים.

הוא כלל לא התייחס וגם לא נדרש להתייחס למשך הזמן שכביכול מותר להמשיך ולהכות עציר מרגע שנפל בידי החיילים. בהקשר זה, יאמר כי פרקליטי הנאשמים לא חסכו מקצין בכיר זה, שאלות קשות ונוקבות וניסו לערער את מהימנותו ולהוכיח כי הוא לא מדייק בעדותו בבית הדין. אחת השאלות הקשות שנדרש להם אל"מ קרן היתה חקירתו על דברים שאמר בעדותו במצ"ח כאשר נשאל, מה היתה הפקודה לגבי מקרה שבו מפרי סדר שזרק בלוקים משים עצמו תמים ונתפס ע"י חיילינו, על כך השיב שם "יש לפזר אותם ע"י מכות ואחר כך לעצור אותם "ולמטה מכן" וזאת על מנת שיבין שתוצאות ההתפרעות צריכות להיגמר בצורה שתמנע מהם להתפרע". אל"מ קרן ניסה להסביר כי דברים אלה הוצאו מתוך ההקשר הכולל של כל עדותו אך אנו חייבים להתוודות כי עיינו יותר מפעם אחת בכל עדותו במצ"ח ולא יכולנו לקבל את הסברו בבית הדין.

23. יחד עם זאת מכונן בנו ספק גדול שמא ובכל זאת אל"מ קרן כלל לא נתן דעתו בתדריכים, לאפשרות שחשוד בהפרת סדר לא יגלה התנגדות בזמן מעצרו לגבי דידו מצב כזה, כפי שהסביר הוא מצב סטריילי, שכן הוא לא נתקל במקרה אשר לפיו מפר סדר מתיישב על האדמה וממתין בנחת שהחיילים יבואו וישימו אזיקים עליו. אכן זוהי קרוב לודאי הטעות שאלה נתפס אל"מ קרן ושבעטיה טעה והטעה את אלה הכפופים לו.

כלומר, בהחלט יתכן, כי הוא לא העלה על דעתו, את האפשרות שגילוי של חוסר התנגדות יכול להתבטא גם במצב שאדם נתפס ע"י חיילי הצבא ומאותו רגע הוא פסיבי ולא מתנגד למעצרו. הפקודות כפי שראינו, התירו במהלך מרדף אחר החשוד להשתמש נגדו באלימות, התפיסה כנראה הובנה כחלק מאותה רדיפה וממילא כחלק מאותו אירוע אלים שעדיין עוד לא בא על סיומו, ושלכן מותר להכות את החשוד גם לאחר תפיסתו. בודאי במצב דברים זה עלתה השאלה כמה זמן מותר להמשיך ולהכות בו. בעניין זה אנו מעדיפים לסמוך על גרסתו של אל"מ קרן, כי לא נדרש לשאלה זו וממילא לא התייחס אליה בתדריכו. זו טעות נוספת לצערנו, שעליה נתפס. הקצין היה צריך מעצמו לתת את הדעת, וממילא את התשובה לפקודיו, כמה זמן לאחר שנתפס חשוד מותר להכותו. שהרי אם אקט התפיסה הוא עדיין חלק מהאירוע האלים ומאידך חל איסור להמשיך ולהכות את אותו אדם מרגע שנכבל באזיקים, עולה השאלה מעצמה, מהו פרק הזמן, שבין שני שלבים אלו.

24. אין אנו מתפלאים אפוא שכאשר הקצינים נדרשו לתת תשובות לחייליהם בנושא זה שוב לא יכלו למלא פיהם מים, ושמענו מפי הקצינים והחיילים גרסאות שונות של זמנים שנעו בין דקה לשתיים וכאמור אין אנו מתפלאים על כך שהמפקדים היו צריכים למלא את אותו חלל של זמן. מסקנותינו, היא אפוא ולו מחמת הספק, כדי לא לגרום עוול למח"ט מתוך טעות, שהוא לא התיר באופן מפורש הכאתם של חשודים, בלי קשר לחוסר התנגדותם מפני שלא העלה על דעתו מצב היפותטי שכזה ושלגביו, כנראה בטעות שלב התפיסה עדיין היווה חלק מן המרדף ומהאירוע האלים. אין לנו אלא להצטער, שכך התגלגלו הדברים ושהמח"ט כנראה מתוך שגגה נתן לפקודיו להבין שהפעלת האלימות מותרת מבלי שום קשר לגילויי התנגדות או חוסר התנגדות. אמצנו מסקנה זו לא רק מחמת זהירות אלא גם לאחר שבחנו את התרשומת שערך סא"ל גרינפלד בתדריך ממש, ולא מצאנו באותה תרשומת באף מקום, כי נרשם שגם כאשר מדובר בחשוד שאינו מתנגד למעצרו יש היתר להמשיך ולהכותו.

את דברי המח"ט במצ"ח צריך להבין כך שלגבי כך שלגבי דידו, אותו מפר סדר שהשים עצמו תמים ושלפני כן היה מעורב באירוע אלים לא הביא בהתנהגותו לסיום אותו אירוע ולכן היה מותר להפעיל כנגדו אלימות. עוד נראה בהמשך, בחלק המשפטי, שכל הגישה הזו הרואה בשלב התפיסה של החשוד כחלק מן האירוע האלים במנותק מן השאלה הנכונה, האם אותו אדם מגלה התנגדות למעצרו, גישה זו היא לא נכונה מבחינה משפטית.

25. נדמה לנו, שלאחר עדותו של הרמטכ"ל גם הסנגורים שביקשו את זימונו, שוב לא המשיכו להחזיק בגרסתם שכביכול היתה מערכת כפולה של פקודות. לגבי דידו ואנו סבורים שכעת גם לגבי דידו, היתה מערכת אחת של פקודות מחייבת, זו מערכת הפקודות שהורדה בצינורות הפיקוד ולא היה כל ניסיון ליצור מערכת נוספת שונה של פקודות שהן כביכול הורדו לחיילים. אנו מסכימים עם הרמטכ"ל, בעדותו כי השאלה אימתי אותו אירוע אלים בא על סימונו צריך היה להיות מסור למפקדים בשטח או אם מדובר בחייל הבודד, היה מסור לשיקולו של זה ובלבד ששיקול הדעת עומד בקנה מידה של סבירות וחוקיות. יחד עם זאת לא מקובל עלינו שיש להפעיל במקומות מחוץ לתחומי המדינה שבשליטת צה"ל, נורמות שונות של כללי התנהגות מותרים, בכל הקשור לטיפול בהפרות סדר, מאלו המתקיימות בתחומי המדינה. אנו אומנם מסכימים שאין דומה הפגנה באותם שטחים להפגנה בתוך תחומי המדינה אך חוק אחד חל על שתיהן וכך נתייחס בפרק המשפטי.

26. אומנם היה מי שביקש במהלך הדיון להפנות אצבע מאשימה גם כלפי מפקד אוח"ע הנוכחי, תא"ל פולג, אך דומה כי על טענה זו לא חזרה ההגנה בסיכומיה. מכל מקום, כדי להסיר כל ספק אנו מאמצים ללא כל היסוס עדותו של קצין זה שבתדריכים שהוא העביר לקצינים היה צמוד לפקודות שבכתב ולא סטה מהן. כאמור דבריו של קצין זה מהימנים בעינינו והניסיון לקעקע את דבריו לא צלח. אנו מעדיפים לאמץ את עדותו כאמור ללא כל היסוס או פקפוק. הוא הדין בעדותו של הרמ"ט, תא"ל אור, עדות שנשאה אופי טכני בעיקרה שכן בזמן המקרה לא שימש עוד בתפקיד מפקד אוח"ע. מקובלים עלינו, דבריו והסבריו בעניין הפקודות שהיו בתוקף בזמנו, עד אשר העביר את התפקיד למחליפו תא"ל פולג ושוב להסיר ספק שכמדומה אף לא עלה מדברי הסנגורים, דבריו של תא"ל אור מהימנים עלינו ללא כל פקפוק ואנו מאמצים אותם כפי שמסרם בעדותו בבית הדין.

ההיבט המשפטי

1. כזכור הואשמו ארבעת הנאשמים הראשונים, בעבירה של הריגה, לפי סעיף 298 לחוק העונשין תשל"ז-1977. הנאשם מס' 5, הואשם בעבירה של גרימת מוות ברשלנות לפי סעיף 304 לחוק העונשין תשל"ז-1977.

משבאנו כעת להכריע בשאלה המשפטית האם הוכחה אשמתם של הנאשמים הרי ברי כל כי על פי השיטה המשפטית הנוהגת אצלנו, היא השיטה האדברסרית, התביעה היא זו שנושאת בנטל השכנוע הסופי, כדי שתצליח במשימה זו עליה להביא ראיות אשר בסופו של דבר לא יותירו כל ספק סביר לגבי כל אחד ממרכיבי העבירה. נתייחס תחילה לאשמה שיוחסה לנאשמים מס' 1-4: הצדדים בסיכומיהם, התייחסו בהרחבה ליסודות העבירה של סעיף 298 לחוק העונשין אך נדמה כי עיקר מאמצייהם התמקד כל משך המשפט, וממילא גם בסיכומיהם, בשאלת הקשר הסיבתי שבין התנהגות הנאשמים ובין גרם המוות.

2. כידוע למרכיב זה של העבירה שני היבטים: ההיבט הפיזי, שבדרך כלל נבחן על פי, "הסיבה שבלעדיה אין", או הזיקה שבין הסיבה ובין המסובב. במילים אחרות צריכה להיות זיקה פיזית הגיונית, שתלמד על קשר ישיר שבין המעשה, או המחדל האסור ובין התוצאות שנגרמה בעטייה של התנהגות זו. ההיבט השני הוא ההיבט המשפטי שמטרתו בדרך כלל לקבוע את המדיניות המשפטית, לצמצם או להרחיב, את מעגל ההתנהגויות אשר יראו בהן כגורמות או כמביאות לתוצאה אסורה. במקרה שלנו, השאלה היא האם הכאתו של המנוח בביתו, ע"י הנאשמים, גרמה בסופו של דבר לתוצאה האסורה דהיינו גרמה למותו. ויובה, התביעה אחראית להוכחת מרכיב זה בעבירה. כל ספק סביר הקם מן הראיות יעמוד לזכות הנאשמים.
3. במקרה שלנו, נדמה שקם ועולה יותר מאשר ספק סביר, וזאת נוכח העדויות הרבות שהושמעו בפנינו, בדבר הכאתו של המנוח במאחז הצבאי ועדויות המומחים באשר לסיבת המוות. ניתן לקבוע כי בפני בית הדין הובאו שתי מערכות של עדויות: האחת בדבר הכאתו של המנוח בביתו, האחרת בדבר הכאתו במאחז הצבאי. העדויות הרפואיות תומכות במידה גדולה, אם לא במידה מוחלטת, כי דווקא החבלות שנגרמו למנוח במאחז הצבאי היו אלה שגרמו למותו.
- בחלק הקודם הצבענו על כך שהמומחים, היו תמימי דעים, כי החבלות שספג המנוח בחזה והנזק שנגרם כתוצאה מכך למנגנון הנשימה, לא אפשרו למנוח להחזיק מעמד בחיים יותר מאשר 3 שעות. אם קבענו כי קרוב לודאי שהמנוח לקראת חצות עוד הראה סימני חיים ומותו נקבע בין חצות לאחר אור ליום ה- 23/8/88, כי אז ברור שהמנוח הוכה למוות מספר שעות לאחר שכבר היה במאחז, ע"י חיילים אלמונים. וכדי להסיר כל ספק, התביעה לא טענה, ואין גם כל שמץ של ראיה בעניין זה כי מי מן הנאשמים שלפנינו נטלו חלק בהכאתו של המנוח במאחז. אנו אפוא רשאים לקבוע, בדרגה גבוהה של סבירות, כי ההתנהגות הפיזית שהביאה למותו של המנוח, לא היתה התנהגותם של הנאשמים.
- כבר הצבענו במקום אחר, על כך שמן העדויות שהובאו בפני בית הדין, לא ניתן היה לקבוע איזה מבין החבלות, שנמצאו במנוח נגרמו ע"י הנאשמים ואולם נוכח הסקרנות מקודם, ניתן לקבוע שהחבלות שהביאו וגרמו למותו של המנוח, בעיקר באזור בית החזה, לא נגרמו ע"י הנאשמים.
4. התביעה בסיכומיה היתה ערה לאפשרות כי אנו נגיע למסקנה זו וביקשה לשכנענו שאפילו כך אין בקביעה זו, כדי לשנות מאחריותם של הנאשמים לתוצאה הסופית, וזאת נוכח האמור בסעיף 309 (5) לחוק העונשין, תשל"ז-1977, (סעיף 219 (ה') לפ"פ 1936), לאמור: "בכל אחד מן המקרים המנויים להלן יראו אדם כאילו גרם למותו של אדם אחר, אף אם מעשהו או מחדלו לא היו הגורם התכופ ולא היו הגורם היחיד למותו של האחר... (5) מעשהו או מחדלו לא היה גורם מוות, אילולא נצטרף עמו מעשה או מחדל של האדם שנהרג או של אדם אחר" התביעה הסתמכה בעיקר על פסק הדין ע"פ 418/77 בני ברדיאן ואחרים נ' מדינת ישראל פד"י ל"ב (3) עמ' 3. נדמה לנו, כי פסק דין זה לא יכול לסייע לתביעה במקרה הנוכחי שכן שם עלתה השאלה הכיצד ניתן לקבוע את הקשר הסיבתי לגרימת מותו של אדם אשר נידקר ע"י שני אנשים, ועל כך קבע השופט שמגר (כתוארו אז) "...כאשר אדם נפגע ע"י שתי פגיעות או יותר, בזו אחר זו, וכל אחת מהן היא בעלת אופי קטלני הרי נושא כל אחד מן הפוגעים באחריות לגרם המוות..." – עמ' 7 לפסק הדין. אכן התביעה ניסתה להיאחז בדבריו של הרופא המשפטי,

ד"ר לוי, שבמקום אחד בעדותו בבית הדין הביע את דעתו כי על פי תיאור התנהגותם של הנאשמים כלפי המנוח בביתו, והאופן בו הוא נראה יוצא את ביתו, נדמה שהחבלות שנחבל נושאות אופי קטלני, יחד עם זאת מאוחר יותר, בחקירה הנגדית הסתייג מקביעתו זו, מחוסר יכולת לדעת מה למעשה נגרם למנוח כתוצאה מהכאתו ע"י הנאשמים הוא לא יכול היה לשייך בוודאות סוג זה או אחר של חבלות שנמצאו במנוח אל התנהגות הנאשמים ולכן הסתפק בלשון מליצית, כי להערכתו המנוח שהוכה ע"י הנאשמים "מכות רצח" ונדמה כי הדברים הם ברורים.

5. המקרה שנדון בפסק הדין של ברדריאן, כלל אינו דומה למקרה שלפנינו, שם הוכח בוודאות כי הנאשמים דקרו את הקורבן בזה אחר זה והוכח שאף שלא ניתן לקבוע מי מבין הנאשמים דקר את הדקירה המסויימת, הרי היה ברור כי כל אחת מן הדקירות גרמה לנזק כזה שהיה בעל "אופי קטלני". לשון אחרת אין להשוות מקרה שבו הוכה אדם ואפילו מכות נמרצות, ובאין כל הוכחה שאלו היו מביאות למותו, למקרה שבו נדקר אדם או נתקף באופן אחר באופן שברור שאותן חבלות, הן לבדן יכלו לגרום למותו. אם סמוך לאחר מכן אותו קורבן מותקף פעם נוספת ע"י אדם אחר שאף הוא גרום לו לחבלות שבפני עצמן, במנותק מן החבלות האחרות היו גורמות למותו, הרי עולה מפסק הדין כי במקרה כזה, ייתפס כל אחד מגורמי החבלות הקטלניות כאחראי למותו של הקורבן.

כאמור תנאי מוקדם הוא, שאכן ניתן לקשור בין החבלות שגרמו למותו של אדם לבין התנהגותם של הנאשמים. במקרה שלנו כל המומחים הודו שהם לא יכולים לקשור, לא כל שכן, בוודאות את החבלות שנמצאו במנוח או חלק מהן להתנהגות הנאשמים. מה שכן יכלו לקבוע אותם מומחים וכבר עמדנו על כך מקודם, שסוג מסויים של חבלות בבית החזה של המנוח שהיה בעל אופי קטלני הוא בסופו של דבר שהביא למותו של המנוח. סוג זה של חבלות לא נגרם, קרוב לוודאי ע"י הנאשמים. הנה כי כן לא שוכנענו כי יש קשר סיבתי בין התנהגות הנאשמים ובין גרימת מותו של המנוח. די לנו אפוא במסקנה זו, כדי לא להוסיף עוד ולבדוק האם התביעה הצליחה להוכיח את יתר יסודות העבירה. התוצאה הבלתי נמנעת היא לכן שאני מזכים את הנאשמים מס' 1-4 מעבירת ההריגה, שיוחסה להם על פי כתב האישום.

6. התביעה הצבאית שהיתה ערה בסיכומיה לאפשרות כי אכן נגיע למסקנה זו, בקשה כי במקרה כזה נפיל את סמכותנו ונרשיע את הנאשמים, חלף העבירה המקורית שיוחסה להם, בעבירה אחרת עולה מן הראיות, של חבלה בכוונה מחמירה לפי סעיף 329(1) לחוק העונשין תשל"ז 1977.

סעיף 329 ברישא שבו קובע כי "העושה אחת מאלה בכוונה להטיל באדם נכות או מום, או לגרום לו חבלה חמורה, או להתנגד למעצר או לעיכוב כדין, שלו או של זולתו או למנוע מעצר או עיכוב כאמור, דינו – מאסר עשרים שנים..." ובהמשך נקבע (1) פוצע אדם או גורם לו חבלה חמורה שלא כדין".

בטרם נבוא לדון בגופו של דבר, נעיר כי שקלנו ברצינות את בקשת באי כח הנאשמים שלא להיעתר לבקשת התובע ולא לעשות שימוש בסמכותנו על פי סעיף 382 לחש"צ תשט"ו – 1955 כדי לבחון את העבירה החילופית שהיא ביקשה לייחס לנאשמים ולו מפני שזכרה לא בא

בכתב האישום והנאשמים לא הועמדו על משמרתם בזמן הראוי, כדי להיערך עם הגנתם כלפי עבירה שכזו. סופו של דבר, שהחלטנו לעשות שימוש בסמכותנו ולבדוק את עתירת התביעה הן משום שרוחב היריעה שפרשו שני הצדדים בפני בית הדין היתה כזו ששוב לא הותרה כל ספק שהויכוח ביניהם היה, על כל העובדות הקשורות בפרשה זו והן משום שהעדים נשאלו שאלות, במהלך חקירתם אשר יש להן זיקה לעבירה החילופית.

7. תנאי להרשעת אדם, על פי סעיף 329 הנ"ל הוא כי בית המשפט השתכנע שהדובר הוא בהתנהגות שלוותה ב"כוונה" להטיל באדם נכות או מום, או לגרום לו חבלה חמורה וכו'. מדובר כאן במחשבה פלילית ברמתה הגבוהה, של כוונה להבדיל מדרגה נמוכה יותר כמו ידיעה או פיזיות. מדובר אפוא, בהתנהגות המכוונת להגשים מטרה מסוימת, האסורה על פי הגדרת העבירה, או אם תרצה התנהגות שיש בה צפיית התוצאה האסורה ורצון לחתור להגשמתה. ברור מכאן כי צפייתו של אדם שהתנהגותו עלולה להביא לאותה תוצאה אין בה די ובלבד שלא זו המטרה שעמדה נגד עיניו. נכון כי גם כאשר מדובר בעבירת כוונה ניתן להיעזר, מבחינה ראייתית, בחזקה המסייעת בידנו להתחקות אחר סיבת התנהגותו של האדם והמלמדת כי בדרך כלל אדם שואף להשיג את מה שבאופן טבעי נובע מהתנהגותו. אך זוהי חזקה שבעובדה, הניתנת לסתירה כל אימת שקיימות ראיות אחרות היכולות ללמד על הלך מחשבה פלילית שונה. אם בוחנים את התנהגות הנאשמים במקרה שלפנינו, נוכח אמירותיהם המפורטות, הרי לכל היותר יכולנו למצוא בהן אישור כי הם צפו אפשרות שכתוצאה מהתנהגותם יגרם למנוח מום, למשל ישברו עצמות רגליו או אולי גם תגרם לו חבלה חמורה.

לא נדרשנו בשלב זה לבחון את התנהגותו של כל נאשם בנפרד, שכן, נדמה, שלגבי אף אחד מהם, לא מצאנו שהתנהגותו כוונה להשגת אותה מטרה, אף שידעו שהם עלולים לגרום לתוצאה האסורה, לא חפצו בה, היו אדישים להתרחשותה או נטלו סיכון כי לא תתרחש. יודגש, חומר הראיות שבפנינו לא רק שאינו מגלה את אותה כוונה הנדרשת בסעיף 329 הנ"ל, אלא היפוכו של דבר מתוך אותו חומר ניתן ללמוד שלא גמלה בלב אף אחד מן הנאשמים ההחלטה לגרום למנוח את התוצאות האסורות בסעיף זה, הדברים עלו בצורה זו מאמירותיהם במצ"ח וגם בעדותם בבית הדין ובנקודה זו דברי הנאשמים מקובלים עלינו. לא היה מקום, אפוא, בנסיבותיו של מקרה הנוכחי להידרש לאותה חזקה עובדתית ובכל מקרה חזקה זו נסתרה מכוח הראיות האחרות שהוצגו בפנינו.

8. אין לנו אפוא, צורך להמשיך ולבחון האם הוכחו יתר יסודות העבירה שבסעיף 329, מפני שנעדר מרכיב ויסוד חשוב שבעבירה והוא עניין הכוונה שלא הכוח כלפי הנאשמים. התביעה הצבאית בסיכומיה, לא ביקשה לבחון את הרשעת הנאשמים על פי סעיף עבירה אחר וזאת סעיף 329 הנ"ל ולמעשה יכולנו לסיים את הדיון בעניינם של הנאשמים מס' 1-4 במקום זה. יחד עם זאת בנסיבותיו של המקרה הנוכחי נוכח ההיבט הציבורי שיש לפרשה זו ונוכח מעגלות המשפט, כפי שנוהל, סברנו כי יהיה זה אך צודק להוסיף ולבחון את התנהגות הנאשמים באם יש בה עבירה אחרת על החוק וזאת בתוקף סמכותנו על פי סעיף 382 לחש"צ, תשט"ו-1955.

כאמור בפרק הממצאים קבענו כי כל אחד מן הנאשמים השתמש באטימות [בכוח] כלפי המנוח ואין לנו אלא להפנות בעניין זה לתיאור התנהגותו של כל נאשם, מידת הכוח והאופן

שבו הפעיל את הכוח, לאותו חלק הדין בנושא זה בפרק הממצאים. כזכור הסבירו הנאשמים את התנהגותם בין היתר בכך שהמנוח היה לגבי ידיים מפר סדר והם פעלו על פי הפקודה שניתנה להם כלפי סוג זה של אנשים, כי יש לעצורם ובד בבד להכותם. המנוח היה אפוא בזמן תקיפתו ע"י הנאשמים, עצור על ידים ואכן בסופו של דבר נכבל באזיקים והובל למאחז הצבאי, כתחנת ביניים לפני כליאתו במתקן הכליאה.

9. הנה כי כן אנו פוסקים כי כל אחד מן הנאשמים הכה במנוח שהיה עצור על ידים וממילא נחשב כנמצא במשמורת שהם הנאשמים היו מופקדים עליה. בדיוק להתנהגות כזו כיוון המחוקק כאשר הגדיר בסעיף 65 לחש"צ כי "חייל שהכה אדם הנמצא במשמורת שהחיל מופקד עליה...דינו מאסר 3 שנים". נדמה לנו כי זהו התיאור יותר מדויק והיותר נכון של התנהגות הנאשמים אשר הכו אדם שעצרו אותו, בהיותו נתון למשמרתם. סעיף זה של התעללות לא מסייג את תחולתו על פי חומרת התקיפה או האופן שבו הוכה העצור ובלבד שאכן מדובר בהכאת אותו אדם. במקרה שלנו נדמה כי אין חולק כי כל אחד מן הנאשמים אכן הכה את הנוח ואפילו בצורה נמרצת וחזקה כפי שהדברים עולים מהכרעת דין זו. יוצא, אפוא, שכל אחד מהנאשמים עבר על העבירה הקבועה בסעיף 65 לחש"צ.

10. נותרת טענת ההגנה של הנאשמים, הגנת הצידוק על פי סעיף 24(א)(2) לחוק העונשין תשל"ז, 1977. כפי שראינו בפרק הממצאים, קבענו כי הפקודה שהורדה אל החיילים, כולל הנאשמים במסגרת התדרכים שלפני היציאה לשטח לפיזור ההפגנות וגם במקרה הספציפי עובר לאירוע נאמר להם כי במסגרת אירוע אלים יש לעצור את מפירי הסדר אולם לפני כבילתו באזיקים יש להכותו מכות חזקות בגפיו לשם הרתעתו. יכולנו לדחות את טענת ההגנה של הנאשמים ע"י הקביעה כי המנוח לא נטל חלק באירוע אלים, הוא לא היה מפר סדר באירוע שכזה, כך שהם לא יכולים לחסות תחת כנפיה של הפקודה שניתנה להם, בלי קשר לתוקפה המשפטי.

יחד עם זאת הודה מפקדם, סגן טויל, כי הבין שהנאשמים משתמשים בכוח כלפי המנוח, לדעתו היה זה בהתאם לפקודות שהוא הכירם, הוא גם אישר להם את השימוש בכוח מרגע שנודע לו שאכן הם נתקלו בהתנגדות בתוך הבית וממילא לא מנע בעדם להפעיל אותה אלימות. אומנם, יש לנו ספיקות כלשהם, האם שתיקתו של סגן טויל, מפקדם של הנאשמים, היתה יכולה להיחשב כפקודה ברת תוקף, אך היות והוא דווח כל [ה]עת ע"י הנאשמים על מה שמתרחש בתוך החדר והמריצם להתגבר על אותה התנגדות ולהותיר את המנוח בחדר עד אשר יגיעו כלי הרכב למקום, אנו מוכנים לבחון את התנהגות הנאשמים שאכן פעלו במסגרת פקודתו של מפקדם.

11. בכל מקרה יכולנו להגיע לאותה תוצאה, ע"י אימוץ טענת הנאשמים שאף אם מפקדם לא הורה להם במפורש לנהוג במנוח כאילו היה מפר סדר, הרי הם טעו לחשוב שזו היתה פקודתו. במקרה כזה, הייתה עומדת להם טענת ההגנה של טעות בעובדה במובן בסעיף 17 לחוק העונשין, תשל"ז 1977, זאת נוכח מה שהתרחש באותו מקום, ונסיבות אותו הזמן. אכן היינו מאמצים את טענתם, כי טעותם בהבנת קיומה של הפקודה, אכן היתה כנה וגם סבירה מכוח תגובתו של סגן טויל, שיכול היה לגרום להם לחשוב כי הם פועלים על דעתו ובגדר פקודותיו. כאמור אנו מוכנים לחשוב כי הם פועלים על דעתו ובגדר פקודותיו. כאמור אנו מוכנים לצאת מתוך הנחה, לטובת הנאשמים שאכן פעלו על פי פקודות מפקדם אך השאלה הבלתי נמנעת

היא, מה היתה אותה פקודה.

סגן טוייל נאלץ להודות בחקירתו בבית הדין, כי סבר שהנאשמים פועלים לפי הפקודה הכללית שהתירה שימוש בכוח כנגד מפר סדר ע"י הכאתו באזור הגפיים על מנת להרתיעו. האם אכן כך פעלו הנאשמים? בטרם נבחן שאלה זו, ראוי להתעכב לרגע על טענת התביעה כי אחריותם של הנאשמים נבעה מכוח היותם שותפים לעבירה במובן סעיף 26 לחוק העונשין תשל"ז 1977.

בעניין זה אנו מאמצים את טענת ההגנה כי אין לראות בנאשמים שותפים לעבירה או כמי שפעלו יחד כשותפים הנושאים ממילא באחריות זה למעשיו של זולתו. לדעתנו אין להחיל את כללי העיקרים לעבירה שבסעיף 26 הנ"ל, על חיילים הנשלחים לבצע משימה צבאית משותפת מכוח פקודה שקיבלו. במקרה כזה קיימת זיקה של תלות ברורה בין נוכחותם של החיילים במקום העבירה וסיועם זה לזה ובין המשימה הצבאית שהוטלה עליהם. הבחירה להימצא במקום העבירה אינה בחירה חופשית של הנאשמים והסיוע ההדדי נובע אך מרצון משותף להגשים את המטרה הצבאית שהוטלה עליהם. החסר הוא, בסיטואציה כזו, המחשבה הפלילית שצריכה להתקיים בלב כל אחד מן הנאשמים כדי להיחשב כשותפו של העבריין העיקרי, מחשבה פלילית שלא מתקיימת משום פעולתם הצבאית. כמובן שאין בכך למנוע אחריות אישית של כל אחד מהחיילים שנכח בזירת העבירה למעשיו הוא, אם יתברר שעבר עבירה ולא עומדת לו טענת הגנה.

12. הנה כי כן, אנו אמורים לבחון את הגנת הצידוק כלפי כל אחד מן הנאשמים על פי מעשיו הוא כלפי המנוח. נדמה כי תנאי מוקדם תחולתה של הגנת הצידוק, שאומנם פעלו במסגרת ד' אמותיה. חריגה מגדר הפקודה שוב לא תוכל לסייע בידיו של הטוען שפעל בגידרה. נדמה לנו כי היחיד מבין הנאשמים שלכאורה פעל בגידרה של הפקודה האמורה הוא הנאשם מס' 3 שהכה במנוח ברגליו ובידיו. יתר הנאשמים הכו במנוח בחלקי גוף שונים ותוך שימוש באמצעים שלא הותרו בפקודה. כך למשל ראינו שהנאשם מס' 1 הודה באמרותיו במצ"ח שהכה במנוח גם בצלעותיו וגם בבטנו והוא הדין בנאשם מס' 2. נאשם מס' 4 ראינו כי קפץ מעל מיטה על גופו של המנוח, פעולה שחרגה מגדר הפקודה שניתנה לו. גם ראינו שהמנוח הוכה ע"י שימוש בקתות הרובים ולמרות ניסיונם של באי כוח הנאשמים, לשכנעו שקתות רובים שקולות כנגד השימוש המותר באלות, אנו לא שוכנענו ולא היה היתר לכך בפקודות, יתר על כן השימוש בקתות הרובים לא רק מסוכן, כפי שחלק מהעדים העידו בפנינו משום שהנשק עלול להידרך, מעוצמת המכות וסופו של דבר שעלולה להיפלט ירייה אלא ובעיקר משום ששימוש בנשק בצורה זו הוא פעולה המנוגדת למוסכמות היסוד של "טוהר הנשק", שלפיו הנשק ישמש בידי החייל אך כאמצעי להגנה מקום שנשקפת לו סכנה. נשק לעולם לא יוכל להוות מכשיר לתקיפת הזולת, אם למשתמש בו לא נשקפה סכנה כלשהי. נדמה כי אין חולק שבמקרה שלנו לא נשקפה סכנה לנאשמים מן המנוח וממילא השימוש בקתות הנשק, היה שימוש פסול מעיקרו ובכל מקרה לא בגדרה של הפקודה. אנו ערים לכך שלא כל הנאשמים על פי אמרותיהם עשו שימוש בקתות הנשק, ואולם התביעה ביקשה כי נקבע ממצאים נגד כל הנאשמים על פי אמרותיו של הנאשם מס' 1 וזאת על פי סעיף 10(א) לפקודת הראיות (נוסח חדש), תשל"א, 1971.

די אם נציין כי לא נזקקנו במקרה הנוכחי בבחינת עתירת התביעה, וזאת נוכח המסקנה הסופית אליה הגענו לגבי תוקפה של הפקודה שניתנה לנאשמים. כך אפוא, אנו מגיעים לשאלה מה היה תוקפה של הפקודה שניתנה לחיילים, כי יש להכות כל מפר סדר בגפיו על מנת להרתיעו ועד לכבילתו באזיקים. שאלה זו של השימוש בכוח ריחפה כצל מעל כל המשפט, והעידה על ההתלבטות הגדולה שהיתה לצבא, מחד למלא את תפקידו בנחישות ובלא פשרות, כפי שאנו מצפים שתתבע כל משימה צבאית אך מאידך שאותה משימה תבוצע בהתאם לחוק ועל פיו.

13. הפקודות הכתובות, אכן לימדו על ניסיון להתאים את האמצעים בכל הקשור לטיפול במפרי הסדר בהתאם למותר ובהתאם לקבוע בחוק. הרשות להפעיל כח על מנת לפזר הפגנה אלימה מעוגנת בהוראות סעיפים 152-154 לחוק העונשין, תשל"ז-1977. כך למשל מצאנו בסעיף 154 הנ"ל כי לאחר שניתנה הודעה מתאימה למתפרעים להתפזר, ולעזוב את המקום ואולם הם מוסיפים להתפרע כי אז מותר "לעשות כל הדרוש כדי לפזר את המוסיפים להתפרע או לתפסם, ואם מישוה התנגד לתפיסה יכול המוסמך להשתמש בכוח הדרוש בדרך סבירה כדי להתגבר על ההתנגדות ובכל משפט פלילי או אזרחי לא ישא באחריות אם גרם פגיעה או מוות לאדם או נזק לרכוש". עינינו הרואות כי לו הנאשמים, במקרה שלפנינו היו פועלים בגדרו של סעיף 154 הנ"ל לא היו נזקקים לטענת הצידוק של ציות לפקודה. אך כפי שמעיד סעיף 154, ההיתר להפעיל כוח הוא רק כלפי מתפרע המסרב להפסיק את התנהגותו או כלפי זה שהתפרע והתנגד לתפיסתו. אם נבחן הוראה זו, ביחס לפקודות הכתובות והסיטואציה האופיינית בדרך כלל של רדיפה אחר מתפרע כי אז בהחלט ניתן לראות את עצם הניסיון להימלט כאקט של התנגדות לתפיסה ממילא במהלך המרדף מותר להפעיל כוח ככל שיידרש כדי לתפוס את אותו מתפרע.

14. אולם מרגע שאותו אדם נתפס, נמצא בידי החיילים או בידי החייל ואינו מגלה התנגדות, כי אז אסור להפעיל כלפיו שום כוח. ברור אפוא, כי פקודה הקובעת שבכל מקרה יש להכות מפר סדר בלי שום קשר לשאלת התנגדותו היא פקודה הנוגדת את החוק וממילא הינה בלתי חוקית. היא גם בלתי חוקית מן הטעם שהכאת הזולת היא מעשה עבירה בחוק, אלא אם הותר במפורש להפעיל את אותו כוח, כפי שהדבר נקבע למשל בסעיף 154 הנ"ל או במקום שאדם מתנגד בכוח להשמתו במשמורת חוקית, או מקום שהחוק הכיר בהגנה שקמה לאדם בנסיבותיו של אותו מקרה. העובדה כי נאמר לנאשמים שיש להכות מפירי סדר על מנת להרתיע, לא יכולה להכשיר את אותה התנהגות, אדרבא פעולת עונשין זו, היא השגת גבול של רשות מוסמכת במדינת חוק, וכל התנהגות שיש בה עבירה פלילית לא תאבד מצביונה הפלילי רק משום שהיא נעשית למטרת עונשין. הצדדים התעכבו על שאלה זו, האם השימוש בכוח כלפי מתפרעים יש בו כדי להרתיע את הנוגעים בדבר או אם תוצאה זו של הרתעה היא אך גלוות למטרה האחרת של פיזור המתפרעים. לנו נדמה כי התשובה לכך הינה ברורה, החוק לא ראה להתיר את השימוש בכוח כלפי מתפרעים על מנת להשיג תוצאה הרתעתית, אלא, כדי למנוע פגיעה בסדר הציבורי או בשלום הציבור.

צדק אפוא הרמטכ"ל כאשר הסביר שהשימוש בכוח, בתוצאתו הסופית יש בו פן הרתעתי אך כאמור לו ניתן היה להשיג את פיזור המתפרעים גם בלא שימשו בכוח המחוקק היה נמנע מלהתיר את אותו שימוש "ומותר" על השגת המטרה ההרתעית. חבל אפוא כי במקרה הנדון לא היטיבו לקרוא נכון את הפקודות הכתובות, שנגזרו מהראות החוק, והדגישו, שלא לצורך שהשימוש בכוח, בפיזור המתפרעים מכוון להשיג מטרה הרתעית, חבל גם שבלבלו בין נחישות לביצוע המשימה של פיזור המתפרעים, ובין תוצאתה ההרתעית. מכאן הדרך לא היתה רחוקה לשיבוש הפקודות הכתובות ופרשנותן הלקויה.

15. כך למשל תודרכו מפקדי הכוחות, במקרה שנדון בתיק הנוכחי יש להפעיל אלימות חזקה כלפי מפירי סדר, באירוע אלים תוך עמידה על היתרונות שיש בשיטה זו בהשגת גורם ההרתעה ותוך פסיחה על השאלה החשובה מה כאשר אותו אדם נתפס, ושוב אינו מגלה עוד התנגדות למעצרו. שיבוש זה של הפקודות הכתובות הביא ממילא לשאלה אימתי אפוא מפסיקים להכות וכובלים את אותו אדם באזיקים. אין תמה כי מפקדים שונים נדרשו להמציא תשובות "מקוריות". היו שתחמו את הזמן בדקה, היו אחרים שלא עמדו על כך בדבקנות והרחיבו עד שתי דקות ועוד כיוצא באלה תשובות משונות. אם נחזור לפקודה שקיבלו הנאשמים בתדרוך לפני יציאתם לשטח, עובר למקרה, הרי כבר קבענו שהפקודה שניתנה להם היתה בלתי חוקית. אך השאלה האם פקודה זו היתה גם, כגרסת התביעה בלתי חוקית בעליל.

נודה כי התלבטנו ורק לאחר היסוסים מרובים הגענו למסקנה שאכן הפקודה היתה בלתי חוקית בעליל. נקודת המוצא לגבי דינו היתה כי תקיפתו של אדם, באופן פיזי, צריכה לעורר מייד את התחושה בכל אחד מאיתנו שהעניין אסור, אלא אם יש לחייל סיבה מספקת לחשוב כי צורך צבאי עומד מאחורי אותה אלימות שיכול לעמעם את הציווי הפנימי של "אסור". הכאתו של מפר סדר ששוב אינו מתפרע שנתפס ע"י החייל ושוב אינו מגלה התנגדות רק על מנת להרתיעו מלחזור בעתיד על התנהגות דומה, הוא לא צורך צבאי והוא פעולת עונשין צרופה. כל אדם הגדל והמתחנך במדינת חוק יודע שאין סמכות, זולת לבתי משפט, לענוש אנשים שעברו עבירות. לדאבון הלב הנאשמים לא נותרו לבדם בתחושה, או ליתר דיוק בחוסר תחושה, כי מעל לפקודה האמורה מתנוסס אותו ציווי מוסרי של איסור. שמענו מפקדים בכירים, קצינים בצה"ל, שטענו בעדותם בבית הדין שאף שלא "חיו בנוח" עם אותה פקודה, לא ראו כל סיבה להתקומם נגדה נוכח נסיבות הזמן והמקום.

16. כאמור יש להצטער שזו היתה התחושה שליוותה מפקדים בכירים אך אין בכך, לדעתנו, כדי לשנות מטיבה החוקי של הפקודה שצריכה היתה לעורר בכל חייל, לא רק אי נוחות אלא גם התקוממות פנימית לדרישה כי יכה אדם ששוב אינו מסכן אף אחד ורק כדי לעונשו כביכול על חשבון ובנוסף לעונש שיקבל מבית המשפט.

שלמות גופו של אדם הוא ערך נגזר מזכות האדם לחייו ובערך זה אנו מצווים שלא לפגוע אלא אם החוק התיר לנו בפורש לעשות זאת. במאמר מוסגר יאמר כי גם במקרה כזה חייב אדם לבחון את מוסריות ההיתר על פי קנה מידה אוניברסאלי של אנשים נאורים וברי מצפון. לבד מאותם חריגים שמכיר החוק לשימוש בכוח כלפי הזולת כל פגיעה בגופו של הזולת החורגת מכך לגבי דינו, אמורה להיתפס כבלתי חוקית על פניה ומתוכה או אם תרצה

נגועה באי חוקיות בעליל. כאמור למסקנה זו הגענו לא בלי התלבטויות ולא בלי הערכת הקשיים והמצוקות אשר בהן ניצבים החיילים חדשות לבקרים. חלק מאותן מצוקות שהפכו להיות לדאבון הלב "מן המפורסמות", באו לידי ביטוי בעדויותיהם של קצינים וחיילים, כמו למשל מסע ההשפלות והביזוי שהם מנת חלקם של החיילים כל אימת שהם ניצבים מול אותם מתפרעים, שכאמור לא חוסכים את גסות לשונם, משמיצים את החיילים ומבזים אותם בניבולי פה ובתנועות מגונות, אותם ואת יקיריהם.

17. הפיתוי והלחץ להגיב כלפי אותם מתפרעים באלמות פיזית אמנם עצום, וכבר אמצנו את הדעה, שאין להשוות הפגנות מנת חלקם של החיילים באזורי "אח"ע ואיו"ש להפגנות הפקודות מעת לעת את אנשי החוק בתוך תחומי הקו הירוק. יחד עם זאת גם אמרנו כי דין אחד חל לגבי הטיפול במתפרעים, אם כי העצומות הנפש שהחיים נדרשים, בטיפולם בפורעים, גדולות ללא השוואה, לאלו שנדרשות מנציגי החוק, בתוך תחומי המדינה. עם זאת עלינו לשמור, מכל משמר, על שלטון החוק, שממנו נגזרים ערכים יסודיים להמשך היותנו אומה בת תרבות. אין לכרסם בכל דרך שהיא בהוראות החוק, גם לא לנוכח המצוקות הגדולות הניצבות על דרכם של החיילים בביצוע נכון של משימתם.

התוצאה הסופית היא כי הפקודה, כפי שניתנה לנאשמים היתה בלתי חוקית בעליל, מסיבה זו לא תעמוד לאף אחד מהם ההגנה של ציות לפקודה. בכל מקרה כבר קבענו מקודם שאפילו היינו מגיעים למסקנה אחרת שהפקודה היא אך בלתי חוקית ואולם דרגת אי חוקיותה לא מגיעה עד כדי היותה בעליל לא היה בקביעה זו כדי לעזור לנאשמים מס' 1, 2 ו-4 אשר כאמור חרגו מגדרה של הפקודה הן מבחינת היקף האלימות שהטיחו במנוח והן מבחינת משך הזמן שהדבר הותר להם. אשר על כן משדחינו את הגנת הנאשמים מס' 1, 2, 3 ו-4, לא נותר לנו כעת אלא להרשיעם בעבירה של התעללות לפי סעיף 65 לחש"צ תשט"ו-1955, חלף העבירה המקורית שיוחסה להם בכתב האישום.

18. נותרה כעת לבדיקה אשמתו של הנאשם מס' 5. כבר ראינו, מקודם כי לא הוכח הקשר הסיבתי שבין תקיפתו של המנוח "ע"י הנאשמים מס' 1-4 ובין גרימת מותו. גם ראינו שסיבת המוות, דהיינו החבלות שגרמו למותו של המנוח התרחשו עד שלוש שעות לפני שמצא את מותו, דהיינו לא מוקדם מן השעה 21:00 וזאת בשים לב לכך כי זמן המוות נקבע להיות בין חצות ל-01:00 אור ליום 23/8/88 מאחר ומחומר הראיות שהובא בפנינו לא הוכח כי החבלות שספג המנוח בביתו, היו כאלה שהיה בהן כדי לגרום למותו, הרי ממילא, גם לו קבענו שהנאשם מס' 5 התרשל במילוי תפקידו כרופא אין קשר של סיבה משפטית בין מחדלו זה ובין אחריותו לגרימת מותו של המנוח.

19. התביעה בסיכומיה שכנראה היתה ערה לאפשרות כי לא תצליח לשכנע את בית הדין בדבר אשמתו של הנאשם, בעבירה המקורית שייחס לו: גרימת מוות ברשלנות, ביקשה לבחון את אשמתו, לחילופין, לפי סעיף 307 (2) לחוק העונשין, תשל"ז-1977. למקרא הדברים, ברור כי נפלה טעות או ברישום עתירת התביעה או היתה זו פליטת קולמוס של התובע שהרי סעיף 307 עניינו באיום בכתב לרצוח וברור שלא לכך התכוונה התביעה, קרוב לודאי שהיא כונה לסעיף 388 (7) לחוק העונשין, המדבר על עבירה של מעשה פזיזות ורשלנות והקובע כי

"העושה אחת מאלה בדרך נמהרת או רשלנית שיש בה כדי לסכן חיי אדם או לגרום לו חבלה דינו מאסר 3 שנים... (7) נותן טיפול רפואי או כירורגי לאדם שהתחייב לטיפול בו".

20. הסנגור המלומד התנגד לעתירה זו, של התביעה, משום שסבר שבנסיבות המקרה יהיה זה לא צודק לבחון אפשרות, שנאשם יורשע בעבירה שונה מזו שיוחסה לו בכתב האישום בין השאר נוכח מעמדו והפגיעה שנפגע מעצם העמדתו לדין באשמה כה חמורה, בשים לב לפרסום שניתן לכך בכלי התקשורת ובשים לב לתוצאה הסופית אם בית הדין יחליט לזכות אותו מאותה אשמה. גדר ספקותינו היה שונה לגמרי, שכן כפי שנראה מייד אפילו אם היינו נעתרים לבקשת התביעה לא היה בכך כדי לפגוע בנאשם שכן אחד מהמרכיבים החשובים שבאותו סעיף 338 לחוק העונשין הקובע כי הרשלנות אמורה לסכן חיי אדם, לא הוכח במשפט זה. כדי לקבוע שמחדלו של הנאשם הגובל במעשה רשלנות היה בו כדי לסכן את חיי הזולת התביעה היתה צריכה לשכנענו שהמנוח הגיע למאחז כשמצבו הבריאותי הוא כזה, שלולא טיפול רפואי סביר חיו עמדו בסכנה. כבר הצבענו מקודם על כך שאף אחד מן המומחים הרפואיים שהעידו בפנינו לא יכלו לקבוע אלו חבלות נגרמו למנוח בביתו, לבד מכך שלא היו אלו חבלות שגרמו למותו. יוצא מזה כי בלא לדעת מה היה מצבו הבריאותי של המנוח בטרם נבדק ע"י הנאשם, לא ניתן להשתכנע במידת הודאות הדרושה במשפט פלילי שמחדלו הרשלני של הנאשם היה בו כדי לסכן את חיו של המנוח. ממילא נוכח מסקנה זאת אין מקום להיעתר לבקשת התביעה להרשיע את הנאשם בעבירה לפי סעיף 338 (7) לחוק העונשין תשל"ז-1977.

21. אלא כאמור גדר ספקותינו היה שונה ונדמה כי הסנגור המלומד צפה זאת, כאשר ביקש שלא נפעיל את סמכותנו ונבדוק האם לא נכשל הנאשם בעבירה לפי סעיף 124 לחש"צ, תשט"ו-1955, שעניינה התרשלות במילוי תפקיד. בסופו של דבר הגענו למסקנה בשים לב לנסיבות שנפרט מיד, כי אין מקום במקרה זה של הנאשם מס' 5, כי נפעיל את סמכותנו לבחינת התנהגותו שמא יש בה עבירה כלשהי שהתביעה לא ייחסה לו ולא ביקשה מאתנו לבוחנה.

ראשית, צריך לקחת בחשבון כי הנאשם זוכה על-ידינו מעבירה חמורה שיוחסה לו בכתב האישום של גרימת מותו של אדם ברשלנות, במילוי תפקידו כרופא. לו היה מורשע הנאשם בעבירה זו היתה נודעת להרשעה זו משמעות מרחיקת לכת לגבי המשך עבודתו כרופא. הנאשם אפוא עמד בפני סכנה לא רק של פגיעה עונשית פלילית, אלא גם סכנה של פגיעה ברישיונו כרופא. צריך גם לקחת בחשבון, את משך ההליכים שהתנסה בהם הנאשם בתיק זה, למרות שבית הדין עשה כמיטב יכולתו לקיצור התהליך, הוא נמשך על פני חודשים ארוכים, וכל אותה עת המתין הנאשם לסיומו ולפסק דינו מתוך חרדה למשמעות שיכולה לנבוע מכך על המשך דרכו בחיים.

22. עניין אחר, שגם אותו לקחנו בחשבון, הוא העובדה שמדובר בנסיבות יוצאות דופן שהתרחשו ימים ספורים לאחר שהנאשם נקרא לשירות מילואים פעיל. אין חולק על כך כי לא היתה על הנאשם חובה להימצא דרך קבע במאחז הצבאי, אלא אם נקרא לשם ע"י אחד המפקדים. אין כל סיבה, כאשר אנו בוחנים את התנהגות הנאשם בהקשר הנדון שלא נאמץ גרסתו בעדותו בפנינו, כמו גם חקירתו במצ"ח, שהיתה זו יוזמה שלו לפנות אל המנוח ולבדוק מה

ארע לו לאחר שהבחין בדם שזב מפיו. אין לנו גם ספק שלבד מהאינפורמציה שמסר ד"ר גור, קודמו שבתפקיד שקיימת פקודה שבמקרים מסויימים יש להפעיל אלימות כפי מפירי הסדר ושמטוכה לא יכול היה הנאשם לדעת, שבכל מקרה שבו נעצר אדם הופעלה כלפיו אלימות, לא נאמץ את גרסת הנאשם שעובר למקרה לא ידע יותר מאשר כל תושב במדינה ידע אותו זמן מדיווחים באמצעי התקשורת. מנגד ברור לנו, כי אף אחד מן המפקדים בין אלה המקצועיים ובין אלה הפיקודיים, לא טרחו לעדכן את הנאשם באשר לדרך המעצר של חשודים ויותר מזה אף אחד מאלה שעצרו את המנוח ובכלל זה גם מפקדם, לא טרח לגשת אל הנאשם ולהסביר לו הכיצד ובאיזה אופן נעצר המנוח בביתו. וכשלכך נוסיף ששגרת הדברים חייבה שאותם עצורים אמורים להיבדק במתקן הכליאה והמאחז הצבאי הוא אך נקודת מעבר, הרי שכל הגורמים האלה ביחד גרמו לנו שלא להפעיל את סמכותנו, מבלי שנתבקשנו לכך ע"י התביעה והיוצא מכאן כי אנו פוסקים לזכות את הנאשם מס' 5 מהעבירה שיוחסה לו בכתב האישום.

23. לא נוכל לתחום הכרעת דין זו מבלי שנביא בשוליה מספר הערות:

א. כבר בפתח הדברים רמזנו שהחקירה שנוהלה בתיק זה לא היתה שלמה וגם לא מקצועית, במידה מספקת. מאותו שלב בחקירה שעלו חשדות כי המנוח ואחרים הוכו במאחז, היתה עובדה זו צריכה להוות תמרור לגבי הפרקליטות הצבאית והיא היתה צריכה לעמוד בתוקף שאותם חשדות יבדקו והחקירה תמוצה עד תום בעניין זה. לדעתנו הפרקליטות נחפזה במקצת בהסקת המסקנות והעמדת הנאשמים לדין בעבירה החמורה של הריגת המנוח. דווקא משום החומרה היתרה שנודעת להעמדת חיילים לדין בעבירה שכזו ובמיוחד בנסיבות שכאלה, היה נכון להצטייד בחוות דעת של מומחים שלא יותירו ספק כי הפגיעות שנפגע המנוח הן תוצאה בלתי מעורערת של התנהגות הנאשמים. הראיות שהיו בתיק החקירה לא איששו מסקנה זו וכאמור, החשדות האחרים בהכאת המנוח במאחז, צריכה היתה רק להגביר את מידת הזהירות במיצוי החקירה לפני החלטה על העמדת הנאשמים לדין באותה עבירה.

עובדה היא, שההגנה מצאה עדים שהעידו על תקיפת העצורים במאחז. אם ניקח בחשבון את המגבלות המוטלות על ההגנה בהשגת עדים שכאלה, הרי שלא קשה להיווכח שהחקירה לא היתה יסודית ופסחה על מרכיב חשוב מבחינת זמן ומקום להבנת הדברים ולבחינת האחראים למותו של המנוח. אנו מתקשים להאמין כי כעת לאחר שחלפה תקופה כה ארכה מאז ארע המקרה, ניתן יהיה לחדש את החקירה ולמצוא את האשמים בתקיפתו של המנוח והעצורים האחרים במאחז. יש רק להצטער שכך הם פני הדברים, שכן להערכתנו היו ראויים אותם חיילים לתת את הדין על התנהגותם המבישה.

ב. ראוי לצייד את החיילים הנמצאים בשטח, בהנחיות כתובות וברורות בכל הקשור למקרים שמותר להפעיל כוח, תוך הדגשה של המקרים שבהם אסור להשתמש בו. יש להיעזר בעניין זה בשירות המשפטי של צה"ל, הן לצורך הכנת אותן הנחיות והן לצורך תדרוכם של החיילים עם הגעתם לתעסוקה ובמהלכה. אף שאנו ערים למצוקות הרבות בהן מתנסה המערכת המשפטית בצבא בימים אלה, בכל זאת סבורים אנו שבשל האופי

המיוחד של פעילות הצבא באותם אזורים, היה זה ראוי להיעזר דרך קבע במשפטים שיעמדו לרשות המפקדים והחיילים, לפחות מרמות מסוימות של מסגרות צבאיות.

ג. ראוי כי תוצאנה הנחיות מתאימות למפקדי המאחזים או המתקנים אליהם מובאים עצורים בדרכם לבתי הכלא, כדי שיעשו כל הסידורים לשמירתם של העצורים לאבטחת שלומם.

ד. כן ראוי שיוצאו הנחיות מקצועיות ע"י גורמי קרפ"ר או גורמי הרפואה הפיקודיים בכל הקשור לתחומי האחריות ואופן הטיפול בידי הצוותים הרפואיים של הצבא בעצורים המובאים אל המאחזים, וששוב לא ייווצר מצב של חוסר בהירות בשאלת חובת הטיפול, תוקפה ועיתויה.

ה. יש להשתדל בעתיד שמעצרים של תושבים מקומיים בתוך ביתם יעשו ע"י קצינים ותחת השגחתם ובנסיבות שאין בהן כדי לסכן את שלום חייליהם.

24. לסיום, אנו מבקשים להודות לכל הפרקליטים שהופיעו במשפט זה על מלאכתם המסורה ועל טיעוניהם המפורטים והיסודיים ואף אם מעת לעת לוו הדיונים "בטונים הרמים" אנו מקבלים זאת בהבנה ולגבי ידינו נביא בחשבון רק את תרומתם בניסיון להוציא אמת במשפט.

ניתנה היום, כ' באייר, תשמ"ט 25/5/89 הודעה בפומבי.

שופט

שופט

אב"ד

גזר דין

1. ארבעת הנאשמים הראשונים שבתיק זה, הורשעו על-ידינו בעבירה של התעללות לפי סעיף 65 לחש"צ, תשט"ו – 1955, חלף העבירה המקורית שיוחסה להם בכתב האישום של הריגה לפי סעיף 298 לחוק העונשין, תשל"ז – 1977.

2. נסיבות המקרה, כמו גם עובדותיו, פורטו בהרחבה בהכרעת דינו ואין בכוונתנו כאן ועכשיו לחזור עליהן. נאמר אך זאת, שהפרשה שנחשפה בתיק זה מסמנת אולי קו שבר ערכי שמן הראוי לראותו במועד בטרם הוא ימשיך ויעמיק ויעמיד בסכנה של ממש ערכים בסיסיים שהיו, ונקווה שימשיכו להיות, בבחינת "נכסי צאן ברזל" של מורשתנו התרבותית והחישוקים האמיתיים של מדינתנו.

3. אין צורך לומר שמשבאנו כעת לשקול עונשם של הנאשמים עלינו לעשות זאת רק על פי אחריותם לתקיפתו של המנוח בתוך ביתו במנותק מאחריותם של אנשים אחרים לגרימת מותו במאחז הצבאי. אך גם כך, כשאנו בוחנים כעת את התנהגות הנאשמים בתוך בית המנוח, על פי העובדות שקבענו בעניין זה בהכרעת הדין, עולה ומזדקרת התנהגות היורדת אל שפל המדרגה, התנהגות שלוחת רסן, מכוערת ומבישה.

כאמור, הנאשמים תקפו את המנוח בתוך ביתו לעיני ילדיו כל כך משום שביקש למנוע מהם לעצור את בניו ובשעה שניסה לגונן עליהם בגופו. גם כעת עדיין לא ברור לנו הכיצד יכלו הנאשמים המסויימים שבפנינו להיסחף להתנהגות כה מכוערת שמקוממת כל מי שחיי אדם באשר הם יקרים בעיניו.

לו היינו אמורים לשקול את עונשם של הנאשמים רק על פי חומרת התנהגותם וזאת בלבד, אין ספק בליבנו שהם היו ראויים להישלח למאסר לתקופה ארוכה וממושכת שכן, הם אחד המקרים היותר חמורים מסוגו שבאו לדיון בפני בתי הדין הצבאיים.

עם זאת יש לתת את הדעת לנסיבות מקלות העומדות לזכות הנאשמים. אין לשכוח שהקרקע לכישלונם של הנאשמים נוצרה ע"י מפקדיהם כאשר הם חזרו ושינו להם פקודה שלפיה עליהם להשתמש ב אלימות כל אימת שהם עוצרים מפר סדר בלי קשר להתנגדותו למעצר במשך כדקה או שתיים וזאת לצורך הרתעה. ולא סתם אלימות, אלא מכות של ממש בידיו וברגליו, שיהיה בהן כדי להכאיב לאותו אדם על מנת ששוב לא יחפוץ לקחת חלק באירוע נוסף של הפרדת סדר כמו גם חבריו.

כאמור, פקודה זו שעל פיה פעלו הנאשמים גם במקרה הנוכחי היתה לדידנו פקודה בלתי חוקית מתוכה ועל פניה או אם תרצה בלתי חוקית בעליל. בעניין זה של אופייה של הפקודה נתבקשנו ע"י בא כוחם של הנאשמים מס' 1 ומס' 2 להביאה בחשבון ודווקא לזכות מרשיו שכן כטענתו ראוי להתחשב שהשופטים קבעו בהכרעת הדין שהם עצמם הגיעו אל אותה תוצאה רק לאחר התחבטות והתלבטות. אין לנו אלא להודות לעורך דין עצמון על כי זימן לנו את האפשרות להסיר כל ספק למה הייתה כוונתנו באותה אמירה.

אכן כשקבענו שהיססנו לא מעט עד אשר באנו לידי מסקנה שהפקודה האמורה היתה בלתי חוקית בעליל לא היה מקור ההיסוסים משום שאנו השופטים לא היטבנו לראות את הדגל השחור המתנוסס מעל אותה פקודה. אדרבא לגבי דידנו פקודה שהתכוונה לפגוע בערך העליון של סולם ערכינו, ערך החיים או כל ערך הנגזר ממנו, בנסיבות כמו אלה שנדונו בתיק זה, בלא כל צידוק של ממש, כשהצורך הצבאי לא קיים, הרי הדגל השחור מתנוסס מיד. הכאה לצורך הרתעה היא לא צורך צבאי וכל חייל תהא דרגתו אשר תהא אמור להבין זאת. מקור ההיסוסים שלנו היה שונה, שכן שמענו במשפט זה לא מעט חיילים וקצינים שלא רק שלא הניפו את הדגל השחור גם דגל אפור לא התנוסס מעל אותה פקודה. היות וכך משום שאנו אמורים לבחון את טיבה של הפקודה על פי מבחן החייל הסביר בנעליו של הנאשם, שקלנו שמא אנו מייצגים רמה גבוהה יותר מזו הנדרשת בחוק, שמא אמות המוסר שלנו גבוהות משל החייל הסביר. כאמור, נוכח ריבוי העדים שלא חשו בשום התקוממות פנימית ליבו לא נצבט, ועינינו לא קהו, זהו היה מקור ההיסוסים ורק לאחר ששבנו ובחנו את עצמנו הגענו לידי אותה מסקנה שמלכתחילה התקיימה בנו, שאנו לא מייצגים מוסר נעלה יותר משל חייל סביר ושהדגל השחור שעלה נגד עינינו לא שחור מדי ודי היה בו כדי לסמן את קו הגבול שבין חובת הציות לבין החובה שלא לציית.

ושוב כדי לא להותיר כל מקום לפרשנות למה התכוונו בעניין זה, אנו קובעים חד משמעית שפקודה הבאה לפגוע בחייו של הזולת או בשלמות גופו תחשב לבלתי חוקית בעליל אלא אם

חייל סביר בנעליו של מקבל הפקודה היה מודע לצורך צבאי ברור וחד משמעי המאין את פליליותה של אותה הוראה.

הנה כי כן נקווה כעת שהשכלנו להבהיר את התהליך השיפוטי שהביא אותנו לאותה מסקנה כי הפקודה האמורה היתה בלתי חוקית בעליל.

כאמור אימצנו את השקפת הגנה כי פקודה זו שניתנה לחיילים היתה אותה קרקע שהצמיחה את הרעה שנכשלו בה הנאשמים.

4. עוד לקחנו בחשבון כי אף אחד מן הדרג הפוקד לא נתן את הדין על פקודותיו עד עצם היום הזה, אם כי רשמנו בפנינו את הצהרת התובע הצבאי המלומד שהפרקליטות אומנם מתכוונת לעשות כן לאחר שתלמד ותנתח את פסק דינו. מכל מקום טענת הנאשמים שפעלו על פי הפקודות שניתנו להם, עמדה נגד עיני התביעה כמו גם האישור לכך מאת מפקדים וכל זאת עוד בטרם הועמדו הנאשמים לדין.

נסיבה נוספת מקלה היא העובדה כי מדובר בארבעה חיילים שזהו כישלונם הראשון, חיילים שהוגדרו כחיילים טובים ע"י מפקדיהם וששירותם עד למקרה היה ללא דופי.

עוד לקחנו בחשבון כי זהו מקרה ראשון מסוגו בתקופת ההתקוממות הנדון בפני בית דין צבאי וכידוע אין דרכם של בתי המשפט למצות עד תום את הדין עם הנכשלים לראשונה בעבירה שכזאת ובנסיבות שכאלו.

5. נסיבה אחרת שגם אותה ראינו לרשום לקולא היתה העובדה כי הנאשמים פעלו בתנאים קשים שעליהם עמדנו בהכרעת הדין. די לנו אם נזכיר את מסע ההשפלות והביזוי שהיה מנת חלקם משך ימים ארוכים לפני המקרה ועובר לכישלונם, ממש כמו גם תסכולם, המתח שהצטבר בהם והפחד מפני ההמון הפורע.

כאמור כל אלה הקהו מעט מחומרת הדברים וממילא מחומרת העונש. אלא שעדיין הקלון מתנוסס מעל אותה התנהגות ורב השפל אליו ירדו, לדאבון הלב, הנאשמים שבפנינו.

לא נעשה מלאכתנו נאמנה, באם לא נחזור ונפנה אל הדברים שרשמנו בשולי הכרעת הדין, שכן אם הנאשמים יהיו היחידים הנותנים את הדין בפרשה זאת יהיה זה סימן כי הלקח לא הופק והצדק לא נעשה. אנו מקווים כי אכן פסק הדין ילמד והפרקליטות תורה על חידוש החקירה כדי לנסות לאתר את אותם חיילים שהכו את המנוח במאחז גם אם יהיה צורך לגייס את טובי החוקרים למטרה זו.

עניין נוסף שראינו להתייחס אליו ולו מן ההיבט ההומניטארי הוא שלדעתנו טוב תעשה מערכת הביטחון באם תשקול לפצות את משפחת המנוח על מותו של אבי המשפחה בשם לב לנסיבות שבהן הוא מצא את מותו.

6. כעת כשבאנו לגזור את עונשם של הנאשמים ראינו להבחין במידה מסויימת בין הנאשם מס' 3 ובין יתר חבריו בשל חלקו הקטן יותר ביחס אליהם.

סוף דבר לאחר ששקלנו את כל נסיבות המקרה, לחומרה ולקולא, פה אחד אנו גוזרים לנאשם מס' 3 בשל העבירה בה הורשע עונש של שנת מאסר, שמחציתה יהא לריצוי בפועל ומתקופה

זו תנוכה תקופת מאסרו בתיק הנוכחי ואילו היתרה תהא על תנאי שבתוך שנתיים שוב לא יעבור עבירה דומה.

על כל אחד מן הנאשמים מס' 1, מס' 2 ומס' 4, אנו גוזרים בשל העבירה בה הורשע, עונש של שמונה עשר חודשי מאסר שמחציתם לריצוי בפועל, בניכוי התקופה בה היה עצור בקשר עם תיק זה, והיתרה תהא על תנאי כי בתוך שנתיים שוב לא יעבור עבירה דומה. כמו כן אנו מורים להוריד את נאשם מספר 1 מדרגתו, דרגת סמ"ר, לדרגת טוראי.

ניתן היום, י"ב אייר, תשמ"ט 15/6/89 והודע בפומבי.

שופט

שופט

אב"ד

נספח כ"ט: צפ/556/88 התובע הצבאי נגד שריקי

צפ/556/88

התובע הצבאי הראשי

נגד

סג"מ שריקי אליהו

טור' סויסה יהושוע

טור' אמויאל שמעון

קר"פ ד"ר קפלן מיכאל

בביה"ד הצבאי המחוזי במ"ש צפון

בפני השופטים: אל"מ פלד נילי - אב"ד

סא"ל דרורי שאול - שופט

סא"ל אברהמי ישראל - שופט

הברעת דין

בכתב האישום שהונח לפנינו, במקורו יוחסו אשמות ל-4 נאשמים כדלקמן: לנאשמים 1-2 סג"מ שריקי וטור' סויסה - חבלה בכוונה מחמירה, לפי ס' 329 (1) לחוק העונשין וס' 26 לח"ע, על כי ב-8/2/88 בעזה, ליד קולנוע נאצר ובחורשה סמוכה לו, פצעו אדם או גרמו לו חבלה חמורה שלא כדין - בכוונה להטיל בו נכות או מום או לגרום חבלה חמורה בכך שבצוותא חדא הכו באמצעות אלות ובידיהם את העציר חאדר טרזי - בראשו ובגפיו ובגבו, הסיעוהו לחורשה ושם חזרו והכוהו באותה דרך במשך כ-4 דקות רצופות וכתוצאה מכך גרמו לעציר חבלות מרובות בראשו ובגפיו ובגבו.

עפ"י אותן עובדות יוחסה לשני הנאשמים הללו עבירה נוספת - התעללות, לפי ס' 65 לחש"צ, וכן יוחסה לסג"מ שריקי עבירה לפי ס' 130 לחש"צ - התנהגות שאינה הולמת.

לנאשם 3 - אמויאל - ייחסו גם 2 עבירות - האחת לפי ס' 329 (1) לח"ע והאחרת - לפי ס' 65 לחש"צ, שעניינו: כי ב-8/2/88 סמוך לשער מכלאות החוף בעזה - הכה בעזרת אלה בראשו ובגבו של העציר חאדר טרזי ובעט באשכיו וכתוצאה מכך גרם לו חבלות בראשו ובגבו.

ואילו לנאשם 4 - קר"פ ד"ר קפלן - מיוחסת עבירת התרשלות לפי ס' 124 לחש"צ על כי ב-8/2/88 התרשל בתפקידו כרופא תורן יחיד במתקן מכלאות החוף בעזה בכך שאישר קבלתו של חאדר טרזי

למעצר – מבלי שבדק כראוי את כשירותו למעצר, ובכך שכאשר דווח לו על כי העציר פצוע בראשו לא בדק את הפצע – וממילא לא החליט בדבר הטיפול המתאים לו, וכן בכך שלא בדק את מצב בריאותו של העציר כשנדרש ע"י מפקד מתקן המכלאות לעשות כן – אלא השהה בדיקתו לכשעה ומחצה ללא הצדקה, ומשבצע הבדיקה – לא ערך רשום רפואי לגבי תוצאותיה. בשלב שלאחר תום פרשת הראיות לגבי האשמות נוגעות לנאשמים 1-3 תיקן התובע בהסכמת ב"כ הנאשמים את פרטי האישום 1-5 באופן ששמו של העציר חאדר טרזי – נמחק מהם, ותחתיו בא עציר עזתי פלוני, עוד הוספו בפ"א 1, 2 חבלות "בראשו" תחת חבלות מרובות ובפ"א 4-5 הוספו חבלות "בגופו". בסיכומיו הצהיר התובע כי לא הוכח גרם פציעה או חבלה לעציר העזתי לא מידי הנאשמים 1 ו-2 ולא מידי הנאשם 3 ולפיכך טען להרשעה בעבירה חלופית לפי ס' 329 (2) תחת העבירה לפי ס' 329 (1) ולמצער מבקשנו התובע שלא למלט את 3 הנאשמים הללו מהרשעה בתקיפה סתם – לפי ס' 379 לח"ע – בנוסף להרשעתם בעבירה הנוספת המיוחסת להם – התעללות לפי ס' 65 לחש"צ.

כאמור, עוסקים אנו בתיק זה ב-3 פרשיות עובדתיות נפרדות: האחת – נוגעת לסג"מ (סגן היום) שריקי ולטור' (סמל היום) סויסה, השנייה – עניינו של טור' (היום סמל) אמויאל והשלישית הנוגעת לרופא ד"ר קפלן, ונדרון בהם אפוא בנפרד.

שריקי וסויסה לשם הקיצור, שרתו בגד' 12 של "גולני", שריקי כמ"מ, וסויסה כלוחם במחלקתו. כחודש לפחות לפני ה-8/2/88 החל הגדוד בפעילות מבצעית במסגרת האינתיפאדה – בעזה. מדובר, אפוא בחודש הראשון לפרוץ ההתקוממות. כשלושה שבועות תיפקד הגדוד במסגרת אורגנית – בפיקודו של המג"ד סא"ל נוריאל, שסר למרותו של מפקד הגזרה – מח"ט גולני. סא"ל רון צבי, מג"ד שריון במילואים, גויס עם גדודו ל-24 ימים (ראה עדותו שהסתיימו בסוף פברואר), כלומר: התגייס סמוך ל-4/2/88, וקיבל תחת פיקודו את אחת הפלוגות של גד' 12 – זו שבפיקודו של סרן יואלי, שריקי היה אחד המ"מים שלו. ארועי ה-8/2/88 התרחשו, איפוא ימים ספורים לאחר העברת הפיקוד על הפלוגה לסא"ל רון וזאת לתקופה קצרה של כשבוע. יצוין כי תחת פיקודו של סא"ל רון – לצורך הפעילות בגזרתו שבעזה – הועמדו כוחות נוספים – מילואים וסדירים – כ"גבעתי" ועזה. סא"ל נוריאל נשאר עם חלק מכוחותיו גד' 12 בעזה והיה אחראי על מחנה הפליטים שאטי. היה לו קשר יומיומי רצוף גם עם פלוגתו שסופחה ת"פ סא"ל רון – ובעיקר המ"פ – יואלי, שבא עמו בדברים לגבי כל בעיה בשטח או בעיות אישיות של החיילים. על התרחשויות ה-8/2/88 הנוגעות לשריקי ולסויסה – מעידים 2 אלה וכן עד הראייה: אנקונינה שהעיד בפנינו ואחרים. עדויותיהם הוגשו בהסכמה בכתב – שוורץ (ת/20), יקוטי (ת/18), זרביב (ת/17). עדויות דומות, ולהלן העובדות שהננו קובעים – עפ"י כלל עדויות אלה:

בצהרי אותו יום יצא שריקי – עם כח שנע ב-2 ג'יפים וללא בטשי"ת שהיתה מתוכננת ליציאה, אך עקב תקלה נשארה בבסיס לסירור שגרתו בעיר עזה – בגיזרה שהיתה נתונה לאחריותה של הפלוגה בפיקודו של סרן יואלי. במהלך היום הבחינו חיילי הכוח בצעיר שיידה אבנים לעברם וברח לעבר אחד הבתים. שריקי, בראש כוח של 3 חיילים פרץ לאותו בית והוציא מתוכו את הצעיר – שזוהה על ידו וע"י החיילים בודאות כמיידה האבנים לעברם הם תפסוהו בכוח משום התנגדותו ואף הכוהו מכות לא רציניות, כהגדרתם, שריקי החליט לעזוב את המקום מחשש מפני התגודדות אנשים קרובים לעציר סביבם שיסכנו אותם.

חיילי הכוח, והצעיר עימם נסעו איפא, עד לסמטה סמוכה לקולנוע נאצה, שם התכוון שריקי להשלים לעציר מנת מכות המגיעה לו, עפ"י הוראות שיפורטו בהמשך. כשירד הצעיר מהג'יפ – הוא ניסה להמלט מהמקום וסוּסָה דלק אחריו והשניים נפלו על חומת אבן, בשלב זה נפגע הצעיר בראשו – שזב דם מצידו האחורי. אספסוף נאסף חיש קל במקום הארוע ואבנים נזרקו לעבר חיילי הכוח, עד שהחליט שריקי לעזוב את המקום מבלי שביצע עדיין לשביעות רצונו, את משימת השלמת מנת המכות המגיעות למיידה אבנים. שריקי דווח בקשר ליואלי המ"פ על מעצר מיידה האבנים והמ"פ הורה לשריקי לעבור דרכו, בממשל בעזה – שם נפגשו השניים. המ"פ ראה את הצעיר והבחין בדם באזור המצח. הוא הורה לעצור ולהביאו למכלאות בנוהל הרגיל. שריקי הבין מדבריו אלה של המ"פ כי עליו לטפל בעציר, כמקובל, בטרם יובא למכלאות, ובדרכו החליט לעצור ולהכנס לחורשה, שם הורד בהוראתו הצעיר מהג'יפ והוא עצמו וסוּסָה הכוהו בגפיו בלבד, באמצעות אלות. שריקי וכל יתר חיילי הכוח, כפי שפורט לעיל, מציינים במפורש כי הצעיר לא הוכה בראשו. לאחר דקות ספורות עשה הצעיר צרכיו במכנסיו והחיילים חדלו מהכאתו. הוא הועלה לג'יפ והובא למכלאות. בשער המכלאות מסר שריקי את הצעיר העציר לידי פיקודו, סמ"ר כחלון, והאחרון, יחד עם הנאשם אמואל הובילוהו לחדר קבלת העצורים במכלאות כשהוא הולך על רגליו. בהמשך התקבל הצעיר הפלוני למכלאות לאחר שעבר עפ"י הסדר, בדיקת כשירות רפואית למעצה, ומשלב זה ואילך משום אלמוניותו נבלע הוא בין יתר עצירי המכלאות ואין אנו יודעים מה עלה בגורלו. מבחינתם של הנאשמים שריקי וסוּסָה נכנס פלוני למכלאות שלם בגופו ללא פגיעה גופנית של ממש – למעט שריטה כלשהי באזור המצח – שחדלה לדמם זמן קצר לאחר שנפגע מנפילתו על החומה.

סג"מ שריקי נוטל על עצמו אחריות מלאה, כמפקד בשטח, למעשיו של סוּסָה פקודו, שנעשו בצוותא עמו – עפ"י הוראתו המפורשת ומבלי שחרגו מגבלותיה של פקודה זו. ולהגנתו שלו טוען שריקי כי גם הוא פעל עפ"י פקודת מפקדיו, זו ששוּנָה באוזניו ערב ערב, בחדש הימים ומעלה שקדמו ל-8/2/88 בתדריכי המ"פ אוּחיוּן והמג"ד – נוריאל.

ואם נאמר שבימים שקדמו ל-8/2/88 הועבר הפקוד אל הפלוגה עליה נמנה שריקי מנוריאל לסא"ל (מיל') רון – ומיום החילופין יש תוקף אך לפקודותיו של המג"ד רון – הרי שדומה כי אין עוד חולק שסג"מ שריקי לא קיבל בשום שלב עובר ל-8/2/88 פקודות במישורין מהמג"ד רון אלא אך ורק ממפקדו הישיר סרן יואלי שעל "נאמנותו הכפולה" באותם ימים – נעמוד בנפרד. דא עקא, היה שריקי, כאמור, שותף לדיונים ותדריכים יומיים שקיים המג"ד נוריאל במשך כחודש ימים עד שנכנס לתפקיד סא"ל רון – לתקופה קצרה מאוד. אין ספק כי שריקי אמור היה לפעול תוך ציות לפקודות ממפקדו – המ"פ יואלי – וברוח התדריכים והדיונים שקיים המג"ד נוריאל ככל שהדברים מתיישרים ע"פ הפקודות הספציפיות. עדות כנה ואמיצה שמענו מפי המג"ד נוריאל שהנו עד מפתח לעניין תוכנן של הפקודות [נ]דרך קבלת [ה]החלטות שעל פיה הורדו פקודות בצנורות הפיקוד, ונביא דברי עדותו בתמצית להלן:

"כאמור, מדובר היה בראשית ימי ההתקוממות והפיקוד של צה"ל יצר הנחיות שהשתנו מידי יום – בתוך תהליך למידה יומיומי ארוך ומתמשך של השטח. בדיונים תכופים בראשות אלוף הפיקוד נעשו ע"י המפקדים בשטח הערכות מצב, והכל תרו אחר דרכים ואמצעים להתמודד במלחמה שטרם נודעה כמותה. הועלו רעיונות כהפסקת חשמל ואי

הספקת דלק – חלק מומשו, חלק נדחו לשלב מאוחר יותר. נדונו הוראות פתיחה באש – סוגי הנשק והתחמושת שיופעלו – ומי יוסמך להפעילם. האם ישתמשו קצינים ברובי טוטו – ובהמשך בכדורי גומי פלסטיק וכיוצא באלה אמצעים שהיו עד אז זרים לחיילים ולמפקדים, בין יתר "אמצעי הלחימה".

בהתקוממות שהתגבשו באותם ימים בדרגי הפיקוד הבכירים, כאמור, היה הכאתם של מפירי סדר – מידי אבנים ואחרים שנתפסו ע"י חיילים – לצורך הרתעתם שלהם ושל חבריהם – מפני פעילות כזו בעתיד. מדובר היה באמצעי עונשי, ומגמתו זו הובהרה הובהר היטב בכל פורום כולל בתדריך שנתן שר הבטחון לכל המג"דים, וברוח זו – ללא כחל ושרק – הנחה סא"ל נוריאל את קציניו וחייליו בצורה סדורה וברורה כדלקמן:

יש להכות עציר שנתפס, כאמור, ע"מ להענישו, וביצוע הוראה זו היא ע"י קצין – או מי שקיבל הוראה מקצין, או מפקד סיור ברמת מש"ק. אין להכות בראש ובגב – אזורי גוף רגישים שהודגשו – ובעצם היתה ההוראה להכות בגפיהם של העצירים – ובאמצעות אלה בלבד, מסביר נוריאל כי מכות אלה הנה מבוקרת יותר ופחות חזקה ממכת יד – והיא קלה יותר למכה וגם למוכה.

עתי וזירה: יש להכות העציר בזמן ובמקום תפיסתו – אך אם נשקפת סכנה להסתת יתר ולהסתבכות עם מתגודדים סביב – לקחת העציר הצידה. מהי הגדרת "הצידה" – אין הוא יכול לומר – ולעניין זה נותר שיקול דעת לקצין – המפקד בשטח. עם זאת ניתן להגדיר את מקום ועתי המכות כבין שלב התפיסה בפועל של העציר – לבין שלב הבאתו למכלאות, שכן נאסר במפורש להכות עצירים בשטח מחנה צבאי ומכלאות. עוד נאסר להכות אנשים כפותים. כאן יש לומר – וזאת למדנו מרוב העדים – לרבות מפקדים – כי התפיסה שלהם אודות העציר – הנה מי שנכפת – כלומר: נשלל ממנו כושר תנועה חפשית והתנגדות או לחלופין מי שהובא והתקבל למכלאה. הסטטוס המשפטי המופשט של עציר – המתקיים כבר מרגע תפיסתו של חשוד בעבירה ע"י מי שהוסמך לעצורו כחוק – ובהתאם לנוהלי מעצר כדין – לא היה מוכר, שהרי אף לא התקיימו נוהלי מעצר מקובלים. כך יש להבין את הדגש שניתן בהוראות על איסור הכאת עציר כפות או באזור המכלאות – שכן – באותם שלבים נחשב הוא לעציר – חסר יכולת להתגונן שיש לנהוג בו בהתאם.

למיסקונספציה משפטית רווחת זו – יש לדעתנו, השפעה לא רק על תוכן הפקודות, כאמור, אלא גם על דרך הבנתן וקליטתן ע"י מקבליהן. בהיותו ער לפרובלמטיות של הפקודה – לא הסתפק נוריאל בהנחיות מילוליות ואף הדגים לחייליו מכת אלה – בהנף יד מלא, ובעוצמה הרצויה. "לא מרביצים בהתכתבות – אם מכים, אז עד הסוף". דא עקא, הובהרה המגמה שלא לגרום לנזק שיצריך טיפול רפואי בבית חולים – וימנע אפשרות קבלתו של עציר במכלאות – משום שאיננו כשיר רפואית.

"הפועל לשבר עצמות – הופיע מאוד מוקדם, אני נתתי תדריך לתת מכה באלה על הידיים לשבר העצמות – אצבעות הידיים – תוך יומיים שינינו את התדריך למרות השינוי שבא איסור שבירות ידיים – עדיין נשארה הוראה להכות עזות. אם הוא מנסה לברוח – צריך לתפוס ולהענישו יותר – לתופסו ולהרביץ. לא לירות". שמענו על אלות שנשברו – ועל כך שפורקו טוריות לצורך אלתור אלות מתאימות יותר לתפקידן. סא"ל נוריאל לא הסתיר אף התייחסותו החוקית ערכית לפקודות

שנתן: לדעתו, היו אלה פקודות חוקיות – בנסיבות שהמקום והזמן גרמו – וכאשר כל האלטרנטיבות האחרות כגון: שימוש בנשק, מעצרים המוניים, עוצר מתמשך ופגיעה ברכוש, נשללו באותו שלב אם מטעמי חוסר יעילות – או מטעמי סיכון או פגיעת יתר בלתי רצויה לאוכלוסייה. ההתייחסות החינוכית – ההרתעתית שלו הינה מבחינת: "חוסך שבטו שונא בנו" ואם אין מדובר בבנינו – מדובר בקרובינו – בני דודינו שקמו עלינו. סא"ל נוריאל היה קשוב לשאלות ובעיות שהעלו חייליו – מעשיות וערכיות – ונתן תשובות טובות ככול שניתן היה בנסיבות וברוח פקודות שקיבל הוא עצמו ממפקדו מח"ט גולני. התובע, המבקש לשכנענו כי המכות שהוכה העציר הפלוני בחורשה היו בבחינת חריגה מהפקודות המתוארות לעיל – ללא קשר לחוקיותן – ביקש חוות דעתו של המג"ד בנדון זה ותשובתו של נוריאל היתה – כי שריקי במקרה זה הפעיל שיקול דעת שהיה נתון לו – במסגרת ההוראות – ולא חרג מהן – דא עקא, הוא עצמו – היה מוותר על שלב החורשה ומסתפק במכות באזור קולנוע נאצר. ומאידך, כך הוא מוסיף "בית שמאי שהבין (את הפקודה) – היה מביא עוד 2 חורשות". צא ולמד, אפוא, כי פקודת מפקד – ככל שתהא סדורה ברורה ומפורטת – וכאלה היו פקודותיו של נוריאל – אין היא יכולה לתת מענה לכל התפתחויותיו של ארוע בשטח. הדברים נכונים לגבי כל ארוע מבצעי – ועל אחת כמה וכמה וביתר שאת הוכחה נכונותם לגבי ארועי האינתיפאדה שחייבה מתן תשובות – בכל הרמות – יום ושעה שעה. לשם כך – מסור מכוח לא מבוטל שיקול דעת למפקדים בכל הרמות – קצינים ודאי – ולעיתים אף לחיילים מן השורה – ליתן תשובות – במסגרת הפקודה וברוחה שתהלומנה את נסיבותיו המיוחדות של כל ארוע בו הם מטפלים. גם שיקול דעת שנמצא בדיעבד מוטעה – שהופעל בתום לב – לא ימצא חורג מפקודה – ואין נוריאל סבור כי שריקי טעה – שכן אין הוא שם שיקול דעתו שלו – ברמתו ומנקודת מבטו בדיעבד – במקום שיקול דעת המפקד בשטח.

סרן יואלי – צינור הפיקוד שבין נוריאל לשריקי – ובתקופה הסמוכה ל-8/2/88 – בין סא"ל רון לשריקי – העיד בפנינו אודות שוני מסויים בין הפקודות שקיבל מנוריאל – הקיצוניות יותר – לבין אלה שקיבל מסא"ל רון – המתון יותר. סא"ל רון הדגיש כי יש לטפל בעציר שנתפס במקום הארוע בזמן אמיתי כי שם העסק חם ולמען יראו וייראו. "רון אמר – חוץ מלשבר להם את העצמות – להכות בעיקר באזור הגפיים להשתמש באלות בהגיון – לא להכות סתם".

מהם מקום וזמן הארוע? אלה לא הוגדרו. היו ארועים שנמשכו 12 שעות ועציר המנסה לברוח לאחר שנתפס מתחיל בכך ארוע חדש – המחייב במכות נוספות. הודגש כי אין להכות באזור הראש, אשכים ואזורים רגישים ע"מ שלא לפגוע בבריאות. "כל מקומי שעשה עבירה – היה צריך לקבל מנת מכות. "חייב לקבל" זה לא הוגדר, השארתי פתח לחיילים לפרש זאת כך. ההנחיות היחידות שהיינו שומעים היו מהכתבים או מהטלוויזיה כל אחד איך שהבין. כל מג"ד – "כטוב בעיניו יעשה" שוב – דגש על האיסור לירות שנשמר – עד כדי שכל תקופת הפעילות של הפלוגה – לא נורה כדור חם, אף שארע מקרה – דווקא לסויסה – של נסיון לחטוף ממנו נשקו ולחונקו שם צריך היה סויסה להפעיל נשק ולא עשה כך – מפאת האיסור החמור – ולאחר מכן ננזף". אוחיון התבקש לפרש דבריו לשריקי כאשר נפגש עמו והנחהו לעצור את פלוני ולהביאו למעצר "בנוהל הרגיל". אף שהוא עצור לא התכוון בדבריו אלה לכך שבדרך למכלאות יוכה פלוני – היתה אפשרות כזו ניתנת להבנה מדבריו "בנוהל הרגיל" וגם לדעתו, כמו לדעת נוריאל, היתה ההכאה בחורשה במסגרת הפקודות מכוח שיקול הדעת שהיה מסור לשריקי. בנסיבות אותו ארוע – ולא היה זה

שיקול פסול של שריקי – אפילו הוא עצמו לא היה נוהג כמוהו. ובסיום עדותו – משיב סרן יואלי לשאלות הסניגורים ואומר: "היתה לגיטימציה מהתקשורת לנהוג במדיניות קשה יותר. כל הזמן הגיעו קודקודים שנתנו הנחיות שלהם. כל אחד משהו אחר. כולם במדיניות קשה. אלו פקודות לא מוגדרות. היו מצבים שהייתי צריך לבלום בפרוש חיילים "הרוח הכללית היתה: כשתופסים מיידה אבנים – לשבור את ידיו. החיילים לא זיהו מפקדים אלא קודקודים". שריקי, בעדותו במצ"ח ולפנינו – מצטט את פקודותיו של המ"פ יואלי – בדייקנות, והוא הבינן – כלשונן וכרוחן.

גם הוא מדגיש את האיסור להכות ואפילו "לנגוע" בעציר כבול, וברוח דברים שכבר אמרנו לעיל אומר שריקי באמרתו 10/ת: "... לא פעלתי לפי ההוראה שמורה לא להכות אדם שנעצר – כי לא חשבתי שהוא עדיין גדר "עצור" כלומר: שחטף את מה שמגיע לו". שריקי קלט את הדגש כי יש להכות לשם התרעה במקום הארוע, ובאמרתו זו אמר כי "בדיעבד התבהר לי שעשיתי את החריגה של לקחת את המקומי לחורשה – בזה שעשיתי כביכול, הפסקות בדרך, כדי שיחטוף את מה שמגיע לו... כי בדקה וחצי שהיינו, בני אדם התאספו והתחילו ליידות אבנים וזו היתה הסיבה שמהרנו לעזוב את המקום".

שריקי – שהוגדר ע"י נוריאל "קצין לא חזק, לעיתים יכולתו לתת פקודות מוגבלת – אך כמורה ומחנך הוא מעולה" – נטל על עצמו במהלך החקירה ובשומעו את דעותיהם של נוריאל ויואלי בעניין שלב ההכאה בחורשה – אחריות לחריגה מזמן ומקום הארוע – אף שמפקדיו אלה אינם רואים פסול וחריגה בשיקול דעתו זה. חייליו של שריקי הבינו היטב את ההוראות וכך, למשל, מעיד בעדותו 15/ת – טור' אנקונינה: "נתנו לנו הוראות מפורטות לפני היציאה לשטח, ע"י המ"פ או ע"י המ"מ והיו גם תדריכים של המג"ד והמח"ט לגבי המכות. נאמר לנו כי ברגע שתופסים אחד שיודעים בוודאות שזרק אבן – נותנים לו מכות, בעיקר בידיים וברגליים ע"י אלות, מכות יבשות לא בראש ובחזה – שלא יסכנו את האדם. רק לאחר המקרה נאמר לנו ע"י המג"ד שצריך להכות רק במקום הארוע, אבל זה לא מציאותי כי ברגע שנותנים מכות במקום הארוע, הנשים מתחילות לבוא להצטופף, ויכולים להתקיף אותך, לכן... ברגע שהיתה התקהלות – מרחיקים אותו מאנשים ומכים במקום מרוחק מאזור התקרית".

לא נפסח, לבסוף, על עדותו של סא"ל רון – השנויה, בחלקה במחלוקת – אף שחשיבותה מצומצמת כיוון, שכאמור, הוא עצמו מעולם לא הורה במישרין לסג"מ שריקי הוראות כלשהן – ולכן עלינו לבחון הוראותיו – התקפות והמחייבות, כמובן, את שריקי – באספקלריה בה הועברו הן לשריקי – המ"פ יואלי, ועל כך כבר עמדנו. בתחילת דבריו מעיד סא"ל רון: "יש פקודה שעקריה כתובים בכתב... להשתדל לתפוס מפר סדר ולהכותו בזמן הארוע בלבד, בגפיים בלבד – באלה שיש לכל חייל שימוש בכוח סביר אין הגדרה של זמן נאמר במפורש – לא להכות בחזה ובראש". התכלית – השתלטות על מפירי סדר – רק בזמן ההשתלטות. רק בהמשך מוסיף העד: "אני הדגשתי אך ורק בזמן התפיסה, אם הוא מתמסר לא מכים אותו, אם יש התנגדות – יש להפעיל כוח. הפקודה היא: לתפוס מפירי סדר ולהכות אותם בזמן האירוע". סא"ל רון היה ער לכך שהמ"פ יואלי – היה בקשר עם המג"ד האורגני שלו – נוריאל ושמע הוראות גם מפיו, ובהגנות מסכים הוא לכך שיואלי היה נתון במעין מצב שניתן לכנותו "נאמנות כפולה" – הן לו עצמו כמפקד באותם ימים ספורים והן למג"ד האורגני – אחריו הוא הולך יום יום.

מבחינתו – לא היה בהוראות הכאה שנתן חובה או היתר להכות עצור לשם ענישתו ולצורך "יראו ויראו", אין הוא יודע על הוראות כאלה שינתנו בעבר לחיילים – אך כי גם הוא קלט מתוך אמצעי התקשורת את דבריו של שר הבטחון כי יש לשבור ידיים ורגליים – ואילו פקודותיו לחייליו, ברוח פקודות שקיבל ממפקדו מח"ט גולני – היו מסוייגות ומאופקות יותר.

מוכנים אנו לקבל דבריו של המג"ד כי הוראותיו לא כללו במפורש חובה או היתר להכות מפירי סדר לצורך הרתעה וענישה, וכי בדבריו "להכות מפירי סדר במקום האירוע" – התכוון להכאה לצורך ביצוע המעצר במקרה של התנגדות. אלא, שעל רקע הוראות קודמות קיבל המ"פ יואלי מהמג"ד נוריאל – לאורך זמן – כחודש ימים – לא הובהר ולא הודגש בפניו – ע"י המג"ד רון, השוני במגמת המכות – להבדיל משוני מסויים בזירה ובעתוי "מקום האירוע" שאכן הודגש. במצב "תוהו ובוהו" כהגדרתו של רון ששרר באותם ימים – ואשר הצריך שינוי הוראות יום יום ותחלופת כוחות ומפקדים אין לדעתנו, לבוא בטרניה לאיש בגין אי הבנה שנוצרה בין רון ליואלי – ומכל מקום, נעדרת היא משמעות לגביו של שריקי.

קובעים אנו, אפוא, כי סג"מ שריקי פעל עפ"י פקודה שניתנה לו ע"י מפקדו המ"פ ברוח פקודות דומות שניתנו ע"י המג"ד נוריאל – ובטרם נדון בחוקיותה של פקודה זו – לצורך בחינת הגנת הצדדים לה טוענים שריקי וסויהס כאחד – ניחד דברים קצרים לעבירה נשוא פ"א 1 – חבלה בכוונה מחמירה, לפי סע"מס' 329 (1) או (2).

סויהס אנו מהרגלינו להמנע מלבקר שיקולי תביעה בבחירת סעיפי אישום ומעירים כי נבצר מאתנו להבין מדוע נאחז התובע בסעיף אישום כה חמור זה – כבקרנות המזבח – חרף קשייו להוכיחו – זאת לאחר ששונתה זהותו של הנפגע המקורי לנפגע פלוני. יתירה מזו, אין זו דרכה של התביעה, כשמדובר בעבירה בנסיבות של פעילות צבאית – חסרת צביון פלילי מקובל – לייחס לחייל עבירה פלילית אלא עבירה צבאית.

משום מה, יצאה התביעה מגדרה במקרה בלתי מתאים במיוחד זה – לגרום להרשעה – שאפילו היתה נכונה משפטית – לא היתה צודקת והוגנת עם הנאשמים. חלילה לנו ליחס כוונות להשיג תוצאות כאלה לתביעה ואין זאת אלא שלא ראתה בזמנו, עין בעין את הדברים – ועל כך – אין אנו באים אתה בטרניה.

כפי שכבר אמרנו – נסוג התובע מהאישום המקורי לפי סע"מס' 329 (1) – ורק בשלב הסיכומים העמיד את הנאשמים על בקשתו החלופית להרשיעם בסע"מס' 329 (2) – שעניינו במי ש"מנסה שלא כדין לפגוע באדם בקליע, בסכין או בנשק מסוכן או פוגעני אחר" – וזאת מתוך כוונה להטיל נכות, או מום או לגרום כבלה חמורה וגו'.

טוען התובע – בהעדר פסיקה קיימת לבסס טענתו זו – כי יש לראות בנשק "מסוכן או פוגעני" – כנשק קר – המוזכר בסע"מס' 353 ו-354 לח"ע. מדוע השתמש המחוקק במרחק של כ-20 סעיפי חוק ב-2 מושגים שונים לו עצמו פתרונים. ואולי תאמר כי הנשק הפוגעני והמסוכן הנו מסוג הקליע, הסכין – המוזכרים בס"ק (2) – או ממשפחת חומרי הנפץ או הנחלים המשתייכים – המוזכרים בסעיפים הקטנים האחרים?

על מידת הסיכון והפגיעה של האלה – הוא הנשק בו השתמשו שריקי וסויהס – שמענו מפי נוריאל

כי פגיעתה קלה מפגיעת יד אדם. כמובן, [ניתן] להפיק ממנה נזקים לגופו של אדם – עפ"י מידת העוצמה בה היא מופעלת – אך אין בה סיכון כשלעצמה – PER-SE יותר מסיכון שיש ביד אדם – ואין היא אלא "ידו הארוכה" של המחזיק בה.

אין, אפוא, בידינו לקבוע כי האלה נחשבת לנשק "מסוכן ופוגעני" – אף שניתן להפיק ממנה תוצאות כאלה. אפילו היינו קובעים כי הנה נשק כזה – כי אז סבורים אנו כי לא הוכחה כוונה מצד שריקי וסויסה להטיל בפלוני מום או נכות או לגרום לו חבלה חמורה. האמירה "לשבור ידיים" הן משום הרתעותם של חיילים מלגרום תוצאות אכזריות כאלה לבני אדם – ככל שהם ראויים לעונש – והן משום החשש כי אנשים חבולים לא יתקבלו במכלאות בניגוד לאינטרס ברור שהיה לחיילים לגרום למעצרים ולענישתם – בנוסף למכות. אין אנו סבורים כי כוונתו של מי שטבע את המטבע הלשונית "לשבור ידיים ורגליים" – היתה לגרום לתוצאה פיזית ממשית זו ולא היה בה אלא כדי להדגיש כי יש לגרום לעצורים כאב וסבל – שאינם ברי קיימא לזמן רב – אך ערכם ההרתעתי המידי רב – מוצאים אנו, אפוא, את שריקי וסויסה חפים מהפשע החמור – שעונשו הנקוב המרבי – 20 שנות מאסר – המיוחד להם בפ"א 1.

האישום המתאים, לכאורה, למעשיהם של השניים אם לא ימצאו מוגנים בהגנת הצידוק – הנו זה שבפ"א 2. הסנגורים ניסו לטעון, בשפה רפה, כי פלוני לא היה עציר במעמד הכאתו – ומכל מקום סוויסה לא היה מופקד על משמורתו – אלא שריקי לבדו. בטענות אלה, שאין בהן ממש, אין אף תועלת מרובה לנאשמים – שהרי אם לא ס' 65 לחש"צ – יהא עליהם להתגונן מפני עבירת תקיפה שנעברה, לכל הדעות.

נפנה, אפוא לבדיקת הגנת הצידוק – מס' 24 (2) לחע' – שהוחלה גם על עבירות צבאיות מכח סע' מס' 17 (11) לחש"צ.

בשקידה ראויה לציון טרח התובע והביא בפנינו את רוב אם לא כל פסקי הדין שינתנו עד היום בבתי דין צבאיים בהם נדונה הגנת הצידוק – ומנה רשימה סגורה של קריטריונים לבחינת אי חוקיותה בעליל של פקודת מפקד. גם הסנגורים החזיקו אחר התובע ברוב עיון וטיעון בשאלה נכבדה זו. דומה כי ניתן להקדים ולומר כי מאז הונף לראשונה ה"דגל השחור" מעל הפקודה הבלתי חוקית בעליל בפסק דין כפר קאסם – פקודת רצח אוכלוסייה אזרחית בלתי לוחמת – נדרשו בתי המשפט ברבות השנים להניף דגל זה בנסיבות קלות ללא שיעור כעולה מפס"ד שצוטטו – עד שדהה הדגל וכבר איבד את צבעו השחור העז והבולט.

במקרים רבים נמנעו בתי הדין מלהזכיר את הדגל השחור הנושא כתובת אזהרה: אסור – כמאפיינה של הפקודה הבלתי חוקית בעליל – הדוקרת את העין ומקוממת את הלב שאיננו מושחת. דברים כדרכונות אלה אינם מתאימים למקרים שנדונו בפסיקה כגון: ... שמוש בפתיל שהייה קצר – בניגוד להוראות בטחון, השלכת ככרות לחם מרכב צבאי, ירי באימונים מעל ראשי כוח מסתער – או נהיגה תוך אחיזת ההגה ביד אחת – כשהשנייה אוחזת בסירת גומי על גג הרכב.

על מנת להתגבר על טענות צידוק שנטענו ע"י חיילים במקרים מעין אלה – שאינם ראויים לגינוי חריף כמו מקרה כפר קאסם – יצרו בתי הדין קריטריונים שנאספו ממקרה אחד למשנהו, והמאפשרים דחיית הגנת הצידוק לאו דווקא מטעמי "דגל שחור" – ואולי מטעמי ה"דגל האפור".

דומה בעינינו כי גם התובע איננו סבור כי מעשיהם של שריקי וסויסה ראויים לגינוי כמקוממים ודוקרי לב – נוסח הדגל השחור – וכך גם סבורים אנו, אך בכך בלבד אין עדיין כדי למלטם מאשמה.

בדרכו של התובע – נמנה בתמצית את הקריטריונים לבחינת דיוקנה של הנורמה המשפטית המופשטת – שמבחינה אובייקטיבית – מודל החייל הסביר ברמתו וברגתו של הנאשם:

1. הפרשי הדרגות בין נותן הפקודה למקבלה – אשר ככל שהנו גדול – מקטין אחריותו של מבצע הפקודה.
2. האם היה למקבל הפקודה יסוד לאמונה סבירה כי לנותן הפקודה סמכות להורות לו לפעול כפי שפעל.
3. האם מדובר בימים כתקונם – או בשעת חרום.
4. האם צפוי מקבל הפקודה לסבול נזק גופני חמור אם יסרב לה – וחשש כזה פגם ביכולתו לברר לעצמו חוקיות הפקודה.
5. תעמוד למלא הפקודה הגנת טעות בעובדה.
6. מבחן הסנקציה לסירוב למלא הפקודה – והאבחנה בינה לבין היתר לבצע מעשה.
7. מעשה הפוגע באדם – המגדיל חובתו של ממלא הפקודה להמנע מעשותו – לעושתו מעשה הפוגע אך ברכוש.
8. מעשה הנועד לפגוע באדם המונע ממגמה פסולה – הרתעתית או עונשית.
9. פקודה שלא לצורך צבאי או בטחוני – לעולם לא תחסה בצל הגנת צידוק.
10. חריגה מהפקודה עשויה להפקיע ההגנה – אא"כ הוכח קשר בין מילוי הפקודה ובצוע החלק החריג.

ועוד – ס' 19 ו-20 לחש"צ – שאין צורך לפרטם – ואפשר ודאי עוד להוסיף כהנה וכהנה.

נבחן עינינו לאורם של מבחנים מגוונים אלה – בדרך שעל הקצין הצעיר הסביר להעזר בהם ע"מ להגיע להחלטה הקשה ביותר בפניה עשוי חייל לעמוד: האם עליו להפר פקודת מפקדו – בניגוד לחובת הציות לפקודות – שהוא אמון עליה – והיא אבן יסוד להבטחת קיומו של צבא!! לכל הדעות, עסק שריקי בפעילות צבאית – מבצעית – מסובכת, קשה ובלתי מוכרת – שכן איננה אופיינית לפעילותו של צבא – אלא נושאת יותר אופי משטרה. שריקי אמנם קיבל פקודה במישרין ממפקדו המ"פ יואלי – שדרגתו איננה גבוהה בהרבה מדרגתו שלו – אך ידע שזוהי פקודת המג"ד והמח"ט – ואף למעלה מזה. "הקודקודים" המוזכרים בעדותו של יואלי שסבבו בשטח ושוחחו עם חיילים ומפקדים – אך חזקו ושריינו את הפקודה, כל יום מחדש וכך עמעמו את מידת אי חוקיותה. מאות אירועים מסוג זה הנדון במשפט – התרחשו בשטח עד ה-8/2/88: סא"ל (והיום אל"ם) צמח, מפקד המכלאות, מעיד על שגרת הכאת עצורים – אותם קיבל למכלאות מוכים ולעתים סרב לקבל כאלה שנזקקו לטיפול רפואי בבתי חולים עוד יודע צמח כי "... - באותה תקופה היתה הוראה להכות ולשבור את העצמות". בכל אותם חודשיים ימים מאז פרוץ ההתקוממות – זכתה פקודה

זו כמו אחרות שנגעו לאמצעי מיגור ההתקוממות – לבחינה ובדיקה מחודשת יומיומית. היה ברור לכל שאין מדובר בפקודה שהיא פרי יוזמה מקומית של מפקדים – ויהיו אפילו בכירים – אלא פרי מדיניות צבאית מבצעית – הנדונה ונבחנת בקפדנות בפורומים רחבים בצמרת הצבא, וכי זו תשובתו של הצבא לאינתיפאדה שפרצה בהפתעה והצריכה מתן מענה מיידי לארועים תכופים יומיומיים, בלתי צפויים ומשתנים ועוד: צה"ל לא נלחם באינתיפאדה בקסרקטינין הנעולים, לא בשטחי אש סגורים ולא בשדות המלחמה הרחוקים – אלא בערים ובכפרים המאוכלסים – לאור הזרקורים, ובלווי כיסוי תקשורתי צמוד – אשר כשלעצמו הצריך הערכות מתאימה. תמונותיהם של חיילינו המכים – ניבטו אלינו מעל מסכי הטלוויזיה ערב ערב – ולצערנו – עשו דרכם גם למסכים שמעבר לים. אמצעי הלחימה שנקט צה"ל באינתיפאדה היו לפולמוס על גבי העיתונים והידיעה אודות קיומה של פקודה לחיילים בשטחים להכות עצירים לצרכי הרתעה – היתה נחלת הרבים, חיילים כאזרחים.

רק בחודש מרץ 1988 נכתבה ההוראה 1.36 של אג"מ שאסרה שימוש בכוח כאמצעי ענישה – וקבעה את המקרים בהם רשאי חייל להשתמש בכוח לצורך פיזור הפגנות אלימות ולצורך מעצר חשוד – המתנגד למעצר. עד למועד זה – כחודש לאחר האירוע נשוא דיונינו – נהגו חיילים בשטחים עפ"י הפקודה להכות לצרכי הרתעה – ואכיפת סדר: פקודה זו – זאת ידע כל חייל וקצין בצבא – עברה את כל מערכות הסינון והבקרה האפשריות – ועמדה אפילו נוכח בקורת צבורית – ולא בוטלה כאמור, אלא בחודש מרץ 1988, מכוח הוראה 1.36.

לא למותר להזכיר, כי חרף פרסום ההוראה 1.36 במרץ 88 – התרחשו ארועי "פרשת גבעתי" שנדונו בתיק ביד"צ דרום 248/88 – 22/8/88, כלומר: כמחצית השנה לאחר פרסומה, ובית הדין שמע עדויות אודות שגרת הכאת עצורים לצרכי הרתעה וענישה – מתוקף פקודת מפקדים שלא חדלה מלהתקיים זמן רב לאחר חודש מרץ 1988.

גם אנו, ששמענו עדויות בתיק שלפנינו החל מחודש נובמבר 1988 – הבנו מפי חלק מהעדים כי הפקודה 1.36 לא הגיעה לאחוזי חיילים ומפקדים בשטח זמן רב מאוד לאחר שנכתבה – ועצירים הוכו, כאילו לא ארע דבר. מששוכנענו כי קברניטי הצבא ומערכת הבטחון שהיו שותפים לקבלת ההחלטות בדבר האמצעים להילחם באינתיפאדה – היו ערים לקושי החוקי והמוסרי הקיימים בפקודה המצווה על חייל לנהוג באלימות כלפי אוכלוסייה אזרחית. עפ"י התרשמותנו משריקי בהעידו לפנינו – ועפ"י עדות האופי שהשמיע המג"ד אודותיו – אין לנו ספק כי הוא ביצע פקודה זו מתוך תחושת אי נוחות ואף סלידה וכך, מקווים אנו, חשו כל יתר חיילי צה"ל שעשו במלאכה קשה זו – נוכח אוכלוסייה עוינת תוקפנית ומשפילה. נותני הפקודה רככו וסייגו אותה – באופן שבצועה לא יסב נזק גופני קשה ובלתי הפיך לאדם – וכן באופן שתפיסתם הבלתי מבוססת משפטית – לא יוכה עציר, כלומר: מי שנכפת או מי שהובא למכלאה.

סייגים אלה הסירו, במידה רבה, מימד של אכזריות וחוסר אנושיות מהפקודה – והפכוה לדרך התמודדות בדרכי אלימות – מול אלימות הבאה מן השטח.

בנתונים אלה – האם יהא זה ראוי להעמיס על כתפיו של המ"מ הצעיר בצבא הוא ולא אחר את העול הכבד של בחינת הפקודה ב-8/2/88, דווקא – לא חודשיים לפני כן – ולא חודש לאחר מכן.

האם סג"מ שריקי היה חייב ב-8/2/88 להניף את הדגל השחור – אפור – ולסרב לפקודה שכבר קודם לכן מלא בצייתנות?!

לעניות דעתנו, ומקווים אנו ומניחים אנו כי זו תעמוד לביקורת שיפוטית נוספת – פעל סג"מ שריקי בתחומיה המוגדרים והמסוייגים של פקודה שאיננה בלתי חוקית בעליל – ובצע אותה במתינות ראויה – תוך שימת לב לשמירת שלמות גופו של פלוני – וכך אכן הביאו את פלוני למעצר – כשהוא שלם בגופו – וכשיר לכליאה.

סוּיסָה – בבחינת קל וחומר – ראוי להנות מהגנת הצידוק – והננו מזכים, אפוא, את שריקי וסוּיסָה מכל אשמה.

אמויאל – נאשם 3 - אמויאל היה לוחם במחלקתו של שריקי – שהיה אמור לצאת עמו לסיוור ב-8/2/88 אך בבטשית בה היה משובץ נתגלתה תקלה – והוא נשאר בבסיס. שריקי הגיע בהמשך עם עציר פלוני והפקידו בידי סמ"ר כחלון, סגן המ"מ – ע"מ שהאחרון ידאג להעבירו למכלאות. אמויאל נלווה לכחלון – ושניהם יחדיו הובילו את העציר שהיה, הגדרתו של אמויאל, "אפוף" – וכתוצאה ממכות שקיבל קודם לכן. קצב וצורת הליכתו של העציר לא מצאו חן בעיני אמויאל וכחלון והם זרוהו בבעיטות בישבן ומכות אחדות – ע"מ שיתייצב ויתמיד לנוע בקו ישר ולא לצדדים. כאן יאמר שחלק זה של הארוע – לא נכלל בכתב האישום המקורי בפא' 4-5 וכנראה שמי שהכין את כה"א לא מצא מקום להכלילו – ולצרף, לאישום גם את כחלון שהיה שותף בכיר בדרגה למעשים אלה.

בהמשך, התקדם מעט כחלון קדימה – ואמויאל נע בעקבות העציר שהלך מעט לפניו.

בשלב זה, כך מתארים כחלון ואמויאל, הסתובב העציר לעבר אמויאל ותפס בכתפיו. אמויאל מתאר באמרתו ת/11 "ניסה כזה להתנפל עלי" ובפנינו מעיד כי חש שהעציר מנסה לחונקו. תגובתו של אמויאל, המתוארת בת/11 היתה: "תפסתי אותו בשערות של הראש, נתתי לו ברך לאשכים, הוא נפל לרצפה והתעלף..."

כחלון מוסיף כי בו זמנית לברכיה – הכה אמויאל מכה באזור השכמות – עורף – גב עליון. צוער דסקלן – שראה את קטע תגובתו של אמויאל – מעיד רק על מכה אחת – באמצעות אלה – בשכמה גב עליון, ואילו בעדותו במצ"ח ת/19 הוסיף "ואף בראש". כחלון ואמויאל מכחישים מכל וכל כי ניתנה ע"י אמויאל מכה בראש לעציר – והננו קובעים עפ"י גרסתם של כל העדים לפנינו, כאמור, כי אמויאל הכה בברכו באשכיו של העציר – ובאלה בגבו העליון – בלבד.

אמויאל דאג לשפוך מים על העציר – שמיד לאחר מכן התאושש, קם על רגליו והמשיך לצעוד – שוב בלוי זרוז בבעיטות – שגם הן אינן חלק מכתב האישום המקורי.

אמויאל, שתקופת הפעילות בעזה גרמה לו חששות ודאגה הן לשלומו – והן לנשקו האישי – בשל ארועים בהם ניסו מקומיים לחטוף כלי נשק מחיילים – ראה עצמו מותקף פיזית ע"י העציר – אם לצורך פגיעה גופנית בו או אפילו ע"מ לחטוף את נשקו.

כל שעשה היתה, על פי תפיסתו, רק תגובה הכרחית – מיידית, מהירה ואינסטינקטיבית של התגוננות והדיפת התוקף מפניו והלאה.

התובע טוען כי אפילו תתקבל גרסת הנאשם כי הותקף – יש מקום לקבוע כי תגובתו היתה תגובת יתר וניתן היה להסתפק בתגובה מתונה יותר כמו הורדה מתונה של ידי התוקף מצווארו של המותקף – או לחילופין – צריך היה הנאשם לבחור בדרך של נסיגה.

אלא, כך טוען התובע אין מקום לאמץ גרסת הנאשם כי הותקף – והרי ראשית מעשה – מעידה על אחריתו: הרי מלכתחילה – עוד בטרם הותקף ע"י העציר – כבר נהג בו באלומות – ע"י זרוזו בבעיטות – וכך עשה גם לאחר התקרית שהיא נשוא כתב האישום. ואילו אכן הותקף – כלום לא היה הנאשם מגיש תלונה על ארוע חריג כזה למפקדיו?

זאת ועוד, אפילו אכן הותקף – הרי העמיד עצמו בסכנה כזו – משום מכות הזרוז. ואילו לגופה של גרסת הנאשם: אף שגם אליבא דהתובע אין אפשרות עפ"י הראיות לדחות גרסת הנאשם כי פלוני הניח ידיו על צווארו שכן זוהי הגרסה העובדתית היחידה הקיימת בפנינו – הרי שיש מקום לפרש כוונתו של פלוני במעשהו זה אחרת מכפי שפרשו הנאשם.

שהרי פלוני – העצור מוכה ואפוף כפי שתארו הנאשם לא היה במצב גופני שאפשר לו לבצע מעשה גבורה כזה: תקיפת חייל חמוש בתוך מחנה צבאי. אין זאת אלא שכוחותיו של פלוני אפסו – ובדרך התמוטטותו – ניסה להתלות על כתפיו של אמויאל – ולהאחז בו לבל ייפול ארצה.

בטרם נדון בטענות אלה – נבחן את העבירה לפי ס' 329(1) לח"ע – שכאמור לגבי הנאשמים 1,2 - מבקש התובע גם לעניין נאשם זה – לשנות את האישום המקורי לס' 329(2) – ואף להוסיף לו עובדות שלא נמנו, בו במקור, כפי שפרטנו לעיל. כבר הבענו דעתנו כי אלה – איננה בגדר נשק פגעני ומסוכן – ודי בכך כדי להכשיל הרשעה בעבירה חמורה זו, גם אם תחשב אלה לנשק כזה – אין מקום, לדעתנו, לקבוע כי אמויאל התכוון לגרום תוצאה חבלתית כלשהי – ודאי לא חמורה לעציר פלוני. בפועל – אף לא גרם לחבלה, והדברים שאמרנו בפרשת שריקי – לגבי יחוס אשמה פלילית כה חמורה לחייל שפעל תוך כדי מלוי תפקידו בצבא – יפים גם לעניין זה. האשמה המתאימה אכן לכאורה למעשהו של אמויאל – הנה לפי ס' 65 לחש"צ – וכאן באים אנו לבדוק אם קמה לו הגנת הצורך (ההגנה הפרטית).

השערתו של התובע כי פלוני התמוטט על כתפיו של אמויאל – יש בה טעם והגיון, אך שאלה היא אם זו אפשרות היחידה הנלמדת מנסיבות הארוע – ויש לדחות מפניה את השערתו של הנאשם – המבוססת על תפיסתו הסובייקטיבית ועל תחושותיו האישיות באותם רגעי התרחשות. ככל שמדובר בממצאי ארון – נוטים אנו להאמין לנאשם כי היתה זו תחושתו האמיתית – מושפעת ממבנה אישיותו ומפגעי הזמן והמקום – כי הותקף. נסיבות העניין – בהעדר גרסה סותרת לנאשם – אינן חד משמעיות, ואפילו נוטים היינו להגינו של התובע – לא מצאנו מקום להעדיף הגיון זה ולקבוע כי הנאשם חרף תחושתו הסובייקטיבית המהימנה עלינו – לא הותקף. אפילו היה מקום לקבוע כי הנאשם טעה – עומדת היתה לו הגנת הטעות בעובדה – שעל כנותה כבר עמדנו – ואת הגיונה – אי אפשר לשלול – אילו קיימת סברה הגיונית יותר.

אין אנו סוברים, כתובע, כי הנאשם הגיב תגובת יתר אשר כשלעצמה שוללת ממנו את הגנת הצורך: מדובר בתגובה מהירה, מיידית ואינסטינקטיבית – נמדדת בזמן של שניות, ואין לבוא חשבון עם הנאשם אפילו היתה אחת המכות מיותרת או חזקה מדי. אפשרות הנסיגה אינה נראית כלל

בעניינו – והורדה מתונה של ידי התוקף מצוארו של המותקף – גם היא איננה תואמת נסיבות של תקיפת חייל צה"ל בידי מקומי עציר. מעשה התגוננות של אמויאל לא הסב שום נזק גופני לפלוגי – והוא לא גרם לא לרעה מעבר לעלפון של רגע – השקול כנגד מעשה תקיפה. הננו מזכים, אפוא, את אמויאל מכל אשמה.

ד"ר קפלן – פ"א 6

ד"ר קפלן – מתמחה לקראת סיום תקופת התמחות – ברפואת עיניים – בבי"ח אסף הרופא – נקרא לשמ"פ כרופא במתקן הכליאה, 9/2/88 - יום לאחר ארוע כתב האישום – סיים תקופת שמ"פ של 3 שבועות. תנאי העבודה במרפאה היו עפ"י עדותו, תת־תנאים: הוא ישן בחדר ללא חשמל ומים, טיפולים רפואיים – כמו תפירות – היה חייב לבצע לאורו הקלוש של פנס – בהעדר תאורה מתאימה, ואפילו אוויר לנשימה לא היה בשפע. ידיו היו מלאות עבודה – שכן רוב העצירים הגיעו מוכים. בתחילת התקופה הגיעו עצורים פגועי ירי, ובאותו יום 8/2/88 הגיעו אחדים עם שברים בגפיים. עפ"י הנהלים – נעשתה בדיקת הכשירות הרפואית למעצר ע"י חובש, ורק מקרים חריגים בהם התקשה חובש להחליט – היה הוא קורא לרופא לבדוק.

תוצאות בדיקת עציר נרשמו ע"ג טופס דוגמת ת/1 - עליו היה חותם בעל התפקיד שבדק העציר. ת/1 הוא טופס הבדיקה הרפואית שנעשתה, לכאורה, לעציר חדר תראז 8/2/88 ב-14:54 ע"י החובש עמיר אבי שחתימתו מתנוססת על טופס זה – והוא אף מזהה את כתב ידו עליו. עפ"י הרשומים בטופס – נמצא העציר תראז במצב בריאות ככל שניתן לבדיקה חיצונית של גופו – תקין; דא עקא – נרשמו חבלות בגב ובקטיף (צ"ל – כתף) שמאל ובשתי ידיים וברגליים.

ארבעה העידו בפנינו אודות שלב קבלתו של תראז למכלאות – ועל הבדיקה הרפואית שנעשתה לו: סא"ל מלול, סגן מפקד המתקן המעיד כי תראז נבדק תחילה ע"י חובש ונראה לו בסדר. הרופא, ד"ר קפלן, הסתכל על השריטה המדממת מעט שהיתה בראשו – ואף הסיט מעט את שערו – והוחלט על קבלתו למתקן הכליאה. לדעתו של סא"ל מלול – עפ"י מראיתו החיצונית של תראז – שעמד על רגליו – לא היתה שום סיבה רפואית שלא לקבלו למתקן – עפ"י הקריטריונים שהיו נהוגים אז לקבלת עצורים.

החובשים יואלי ועמיר זכרו מעט מאוד פרטים בהעידם לפנינו – ואשרו אמיתות עדויותיהם במצ"ח. יואלי ועמיר מעידים כי הרופא, ד"ר קפלן, בדק בעצמו את תראז ועמיר אף מוסיף כי ד"ר קפלן יחד עם חובש – הפשיט את העציר מבגדיו – בעוד זה שוכב על רצפת החדר. יואלי מעיד על שטף דם קטן בראשו של העציר – אך, לדעתו, ההחלטה לקבל העציר למעצר – היתה סבירה בהחלט. גם עידו וולפסון – פקיד הקבלה מעיד כי ד"ר קפלן בדק את תראז והחליט על כשירותו הרפואית למעצר. החובש עמיר מוסיף כי לאחר בדיקת הרופא רשם הוא – עמיר – את הטופס ת/1 - מפי הרופא, וכיוון שהאחרון לא ציין חבלות כלשהן בראשו של תראז – לא רשם הוא חבלות כאלה בת/1 הוא עצמו גם לא הבחין בחבלה בראש – ואילו הבחין בכזו – היה מציינה בטופס. כנגד כל עדויות אלה – מעיד ד"ר קפלן, כבר בעדויותיו במצ"ח – ולפנינו כי הוא לא בדק את העציר תראז בשלב קבלתו במתקן הכליאה. יתכן כי ראה את העציר מובא לחדר הבדיקה – ויתכן אף שהציץ בו – אך בדיקה של ממש – לא ערך לו, ודאי לא הפשיטו מבגדיו לצורך בדיקה – והראייה: לא הוא רשם

את/ת 1 - ואף לא חתם ע"ג טופס זה. יתירה מזו – החובש עמיר רשם את עצמו ע"ג הטופס כפי שבדק את תראז – ולא הוסיף דבר על מעורבותו של ד"ר קפלן בבדיקה.

ניתן לקבוע, אפוא, ללא ספק כי דר' קפלן היה נוכח במקום בעת שתראז – נבדק – וכי הביט בו במהלך בדיקתו ע"י החובשים. נוכחות זו של הרופא במקום – אפילו מבלי שבדק במו ידיו את העציר – התפרשה בעיני הנוכחים, חובשים וסא"ל מלול – כשותפות לבדיקה וכאישור ממצאיו והחלטתו של החובש הבודק.

2 החובשים סבורים היו כי העציר כשיר למעצר וכך נראה גם לסא"ל מלול – ובעצם אין מי שטוען כי ההחלטה לקבל את תראז למעצר בטעות יסודה – או שבדיקתו לא עמדה בקריטריונים שהיו מקובלים אז לבדיקת כשירות עציר למעצר.

מצבו הכללי של עציר בשלב קבלתו לא חייב, עפ"י העדויות שלפנינו, בדיקה גורלוגית או אחרת – פרט לבדיקה החיצונית המוכתבת עפ"י ת/1 - וזו נעשתה. כיוון שלא דר' קפלן רשם את ת/1 - אין לבוא עמו בטרזניה על היעדר רישום שריטה במצח או הפצע האחר בראש.

שעות אחדות לאחר שנתקבל תראז למכלאות – בא אחד החובשים לדר' קפלן ואמר לו שיש עציר עם חבלה בראש. ד"ר קפלן שאל אז אם זו חבלה שיש לטפל בה בתפירה והחובש אמר שאין דימום חזק ואפשר לחבוש. מבלי שבדק בעצמו את הפצע הסתמך ד"ר קפלן על המידע ועל חוות דעתו של החובש והורה על חבישת הפצע, וכך נעשה. החובש עמיר – שחבש את הפצע מעיד בעדותו במצ"ח כי היה זה פצע פתוח אך יבש.

לדעתו, אי אפשר היה לבצע תפירה – "ולכן חבשנו אותו" – ומוסיף כי אין זו החלטתו שלו אם לתפור או לחבוש – אלא החלטת הרופא. מדבריו עולה בבירור שהחלטת הרופא נראתה לו כטיפול האפשרי היחיד שניתן היה לבצע בפצע בראש. לטענת התובע בכתב האישום – לא ראה הרופא הנאשם את הפצע בעצמו – ולפיכך גם לא החליט בדבר הטיפול הראוי. אכן, הוכח כי הנאשם לא ראה את הפצע – עם זאת, החליט בדבר הטיפול המתאים, עפ"י המידע שקיבל, כאמור, ואין מי שטוען כי החלטה זו היתה שגויה מבחינה רפואית. נהפוך הוא, כאמור: החובש עמיר היה סבור כי זו היתה ההחלטה האפשרית היחידה.

נותנת, אפוא השאלה הערטילאית: האם התרשל הנאשם בכך בלבד שהסתמך על מידע שקיבל מהחובשים וקיבל החלטה בדבר הטיפול בפצע מבלי שראהו במו עיניו. לשאלה זו נתבקש להתייחס עד התביעה סרן ד"ר אמיר חגי – קצין רפואה חטיבתי בעזה, מפקדו אז של הנאשם. לדעתו, די לרופא לקבל נתונים מחובש על טיבו של פצע – ע"מ שיוכל להנחות החובש כיצד לטפל בו. בנדון זה – ראוי לסמך על חובש – ולצרכים מעין אלה קיימים חובשים.

אין בפנינו חוות דעת רפואית נוגדת לדעתו של חגי ואין, לדעתנו, מקום לפקפק במידת מקצועיותו ומומחיותו של עד זה – בכל הנוגע לשאלה ספציפית זו, והננו מאמצים, אפוא, חוות דעתו.

בשעה 19:30 לערך באותו יום 8/2/88, אמר אחד החובשים לד"ר קפלן (ראה עדות במצ"ח ת/6 עמ' 2) כי יש עציר במאהל שוכב ולא מדבר עם אף אחד ולכן סא"ל דאז צמח רוצה שהרופא יבדוק אותו. לאחר זמן מה ומדובר בכ-10-5 דקות, לדעת הנאשם, נפגשו הוא וסא"ל צמח באקראי

במחנה וצמח אמר לנאשם שיש חולה באוהל והוא רוצה שהרופא יבדקנו. הנאשם אמר שהעציר כנראה מבוהל עוד טוען הנאשם כי סא"ל צמח לא הבהיר לו שמדובר במקרה דחוף – וכי צמח ידע שבכוונתו של הנאשם לגשת לראות הופעת בידור במחנה – ורק לאחר מכן לבדוק את העציר. צמח, אף שמסכים כי לא העמיד את הרופא על מידת הדחיפות שראה בביצוע הבדיקה – איננו מאשר כי ידע שהרופא מתכוון לראות הופעה קודם לביצוע הבדיקה. סמוך לשעה 21:00 לערך – ביקר סא"ל צמח שוב באוהל של העציר – מדובר בתראז – וראה כי האחרון השתין במכנסיו. הוא התרשם כי מצבו קשה – בהעדר אף יכולת לדובבו – והורה מיד להוציאו, מתוך מיטתו, ולהביאו למרפאה. ד"ר קפלן הגיע למרפאה ממש מיד לאחר שתראז הובא לשם ובדק אותו – ואבחן חשד ל-subdural hematoma – שהביאה להדרדרות קשה במצבו – והורה על פינויו, המייד לביית חולים. בהמשך אותו לילה נפטר תראז – ובנתיחה שלאחר המוות נמצא כי מותו נגרם בגלל נזקים במוח ונזקים מרובים לרקמות רכות.

טענת התביעה הנה כי הנאשם הרופא התרשל בהשהותו את הבדיקה הרפואית שנדרש לעשות לתראז – ע"י סא"ל צמח – בשעה ומחצה, זאת ללא הצדקה. עוד טענה יש בסיום פרט האישום בגין אי רישום תוצאות הבדיקה שערך עובר לפינויו של תראז לבי"ח – ודומה גם עפ"י גישת התובע, כי אין להתעכב על טענה זו – שכן אין בה ממש, שהרי הרופא שלח לבית החולים מסמך רפואי ת/25 – בו רשם את ממצאיו הרפואיים – ולא ברור איזו חובת רישום אחרת הפר עפ"י הטענה בכתב האישום.

טוען הנאשם כי לא היתה זו פעם ראשונה במהלך 3 השבועות שעמד לפני סיומם ביום המחרת – בה נקראה לבדוק עציר, אם ע"י מפקד המתקן או סגנו – או ע"י ממלאי תפקידים אחרים בשב"כ וכיוב'. קריאות אלה, אלא אם כן נאמר אחרת, לא היו דחופות – ולרוב מדובר היה בעצירים מתחזים לחולים – במגמה להשתמש מחקירות או מעבדה כלשהי.

כיוון שלא הועמד במקרה זה על צורך דחוף בבדיקה – לא ע"י החובש תחילה – ולא ע"י צמח בהמשך – נהג כמנהגו – עפ"י סדר יומו המתוכנן – והחליט כי יבדוק את העציר לאחר שישוב מההופעה. בשיקוליו אלה לא נמצא פסול ע"י עד ההגנה – ד"ר קם – סגן מנהל בי"ח אסף הרופא ורופא עיניים מומחה שתחת פיקוחו עובד הנאשם – בחיי היום יום. לעומתו – נחרץ בדעתו אל"מ ד"ר מייזל – מר"פ דרום – כי בנסיבות מקרה זה ומבלי להתעלם מעומס העבודה, תנאיה ומנהגם של עצורים להתחזות כחולים – חייב היה הנאשם אילו פעל כרופא סביר לבדוק את תראז בטרם הלך להופעה.

למצער, חייב היה לשלוח חובש לבדוק את העציר – ולדווח לו נתונים רפואיים יותר משיכול היה סא"ל צמח ליתן לו בפגישה שבינם. לאפשרות אחרונה זו מצטרף בדעתו גם סרן דר' אמיר – שאיננו נחרץ כ"כ כמו מפקדו אל"מ מייזל ומכיר הוא מחיי היום יום היטב את התופעה שעצירים שוכבים ולא מדברים בגלל היסטריה. ד"ר אמיר סבור כי הוא היה שולח את החובש לבדוק ורק עפ"י מידע שהיה מקבל מחובש היה מחליט אם יש מקום להתערבותו שלו בדחיפות. עם זאת הוא מהסס לקבוע כי היה דורש מהנאשם – כמפקדו המקצועי – לנהוג כמוהו.

אין אנו סבורים כי עסקינן בשאלה של רשלנות רפואית (PROPER (MALPRACTICE – שיש להכריע בה עפ"י עדויות של רופאי מומחים דווקא.

שהרי מדובר במקרה זה על הוראה מפי מפקד מתקן כליאה שאיננו מומחה לרפואה – אך מנוסה מאוד בהכרת התנהגותם של עצירים – המופנית לרופא לבדוק עציר חולה.

לא סא"ל צמח הוא זה שחייב היה לתת לרופא הערכת מצב רפואית – אלא הרופא, אם התכוון להשהות הבדיקה, חובתו היתה לברר בעצמו אם מצבו של החולה מאפשר השהייה כזו. בירור שכזה לא נעשה ע"י הנאשם – לא בהפניית שאלות לצמח ולא בדרך הראויה יותר המוצעת ע"י ד"ר חגי וד"ר מייזל – היינו שליחת חובש לבדיקת החולה.

בהימנעותו מלנקוט באחת מהדרכים הנ"ל – ובהחלטתו להשהות את בדיקתו של תראז – שלא לצורך חשוב יותר מאשר צפייה בהופעה – רואים אנו התנהגות רשלנית, ומוצאים את הנאשם אשם בגדר העבירה לפי סע' 124 לחש"צ שיוחסה לו – תוך השמטת העובדות בעניין הבדיקה ראשונית ובעניין אי בדיקת הפצע – כפי שפרטנו לעיל אשר בקשר להן לא מצאנו פסול בהתנהגותו של הנאשם. ניתנה פה אחד 25/9/89 בפומבי.

נספח ל': ע/93/89 התובע הצבאי נגד לויט

ע/93/89

התובע הצבאי

נגד

רס"ן איציק לויט

סגן עופר רשף

סמל אלי שוקרון

סמל גדי זינבה

בבית הדין הצבאי לערעורים

בפני השופטים: אל"ם צלקובניק יורם - אב"ד

אל"ם רונן אבי - שופט

אל"ם יער איתמר - שופט

הכרעת דין

1. לארבעת הנאשמים, כיום אנשי מילואים: רס"ן לויט יצחק, מג"ד ר', (נא' 1), סגן רשף עופר, מ"מ הפלוגה המסייעת בגדוד, (נא' 2), וחיילי הפלוגה – סמל שוקרון אלי, (נא' 3), וסמל זינבה גדי, (נא' 4) מיוחסת עבירה של חבלה בכוונה מחמירה לפי סעיף 329 (1) ו-(2) וסעיף 26 לחוק העונשין, התשל"ז-1977.

2. בכתב האישום נטען, כי בתאריך 7.2.88 במחנה הפליטים בורייג' שברצועת עזה (להלן - האזור), נעצרו עימד מוחמד חסאן עאקל, וחאלד עלי איברהים עאקל, תושבי המחנה כחשודים בהשתתפות בהתפרעות.

כוח צבאי בפיקודו של נא' 2 שכלל את נאשמים 3 ו-4 וכן חיילים אחרים, העלה את השניים על גבי ג'יפים צבאיים לאחר שדיהם נכבדו באזיקים, והובילם לחורשה סמוכה. במהלך הנסיעה הוכו השניים ע"י חיילי הכוח לרבות נאשמים 3 ו-4. בהגיעם לחורשה הורדו השניים מן הרכב והוכו ע"י כל חיילי הכוח, ובכללם נאשמים 3 ו-4 וכן נא' 2, שגם פיקח על מעשה ההכאה "... במשך כ-20 דקות מכות חזקות בכל חלקי גופם..." באמצעות אלות, בעיטות ובידיים, כל זאת במטרה לפצעם ולגרורם להם לחבלות חמורות. לשניים נגרמו פגיעות גופניות ושטפי דם בכל חלקי הגוף. לחאלד עאקל נגרם שבר בעצם המרפק השמאלית.

על פי המצוין בכתב האישום והנטען ע"י התביעה במהלך הדיון בפנינו, מת עיארד חאקל באותו יום, בבית החולים "שיפא", אליו הועבר יחד עם חאלד עאקל.

נא' 1 על פי הנטען בכתב האישום הורה לפקודיו - ובכללם הנאשמים, "לעצור חשודים בהתפרעויות להרחיקם ממקום המעצר על מנת שלא לגרום למהומה, להכותם באלות בידיהם וברגליהם במטרה לשבור את הגפיים ולשחרר את העצורים... וכל זאת במקום להביאם למתקן הכליאה לאחר המעצר".

הנאשמים כפרו באשמה המיוחסת להם.

3. מהלכיו של הדיון בתיק זה אינם שגרתיים. כתב האישום הוגש בתאריך 4.4.89. לאחר שהתקיימו מספר ישיבות והושמעו כ-20 עדויות (להלן: "הדיון הקודם") הורה בית הדין הצבאי לערעורים, ביום 25.10.89 להחליף את האב"ד ולקבוע למותב בית הדין אב"ד אחר (ראה נימוקי ההחלטה שניתנה ב-229/89/ע). לאחר מתן ההחלטה מינה נשיא ביד"צ מ"ש דרום את האב"ד הנוכחי לכהן במותב בית הדין, ששאר חבריו נותרו על כנם.

בתאריך 10.12.89, החלטנו מהטעמים המנויים בהחלטה (ראה עמ' 4-5 לפרוטוקול), כי שלב ההוכחות יחל מחדש. החלטה זו גררה, מטבע הדברים, שמיעה ובחינה מחודשת של עדויות וחומר ראיתי שהוגש בדיון הקודם.

בין היתר, נערכו מחדש "משפטי זוטא" הנוגעים להודעותיהם במצ"ח של נאשמים 3 ו-4 (ראה ההחלטה הקשורה בקיום "משפטי הזוטא", בעמ' 84 לפרוטוקול).

פרוטוקול הדיון הקודם הוגש לעיוננו. נעשה שימוש בו לבקשת הסנגוריה לבחינה ואף אימוצן של חלק מהעדויות.

4. הראיות שהובאו בפנינו, התמקדו בשתי סוגיות עיקריות-שנויות במחלוקת:

א. האם יצאה התביעה ידי הוכחתה והראתה, כדבעי, כי הנאשמים 2, 3 ו-4 אכן נטלו חלק באירוע של שימוש בכוח-נשוא כתב האישום. כבר עתה נציין כי ראיותיה של התביעה להוכחת קשר נטען זה - נסיבתיות בעיקרן, נוכח העדר זיהוי ישיר של החיילים המעורבים באירוע.

בית הדין נדרש, אפוא, לבחינה מדויקת ביותר של מערכת הראיות שהוצגה. בצד ניתוחן של עדויות התושבים המקומיים והנאשמים (ובכלל זה קיום "משפטי זוטא", כאמור), נבחנו ראיות נוספות בשאלות שונות הנגזרות מן העדויות, בין היתר לעניין טיבם של פרטי הזיהוי הכללים שהוצגו, מהותו של הטיפול הרפואי שניתן, מהלכי החקירה שננקטו, מעורבותם ונוכחותם הכללית של כוחות מהגדוד במחנה בורייג, אפשרות מעורבותם באירוע של כוחות מחוץ לגדוד, וכיו"ב.

ב. אם אכן הוכח הקשר העובדתי הנטען, האם עומדת לנאשמים, כולם או מקצתם הגנת הצידוק על פי סעיף 24 לחוק העונשין, התשל"ז-1977, או בהתאמה הסעיפים 17 ו-11 (11) ו-125 לחש"צ תשט"ו-1955. במסגרת זו נבחנו, בהיקף נרחב, מהותן של ההוראות שניתנו לחיילים, בתקופה הרלוונטית באשר לדרך השימוש בכוח כנגד תושבי האזור.

הרקע העובדתי:

5. בתקופה בה דן כתב האישום כרוך היה צה"ל בהתמודדות קשה באזורי יו"ש ועזה, הנתונים לשליטת הצבא, כנגד תופעות חמורות ביותר של התפרעויות והפרות סדר רחבות היקף מצד האוכלוסייה המקומית, שהחלו במחצית דצמבר 1987.

במסגרת המערך הצבאי המתארגן, והתגבור המאסיבי של היחידות שנועדו להשיב השקט על כנו, נקבעו באזור עזה 5 גזרות חטיבתיות, במסגרת אוגדתית, ובפיקודו של עד התביעה, תא"ל יעקב אור. לחטיבה 84 ("גבעתי") ניתנה האחריות על גיזרה שבמסגרתה מצויים היו, בין היתר, מחנות הפליטים בורייג', נוצארת ואל מועזי ("מחנות המרכז").

כבר עתה יצוין - ועל כך אין חולק, כי במסגרת חלוקת האחריות הופקד גדוד 435, בפיקודו של נא' 1, בין היתר על מחנות המרכז. בתקופה הרלוונטית לאישום קיבלה פלוגה ב' של הגדוד, בפיקודו של סגן שחם דני, האחריות על מחנה בורייג'. פלוגה ג', בפיקודו של העד, סרן גיא רשף, קבלה אחריות על מחנה נוצארת.

הפלוגה המסייעת בפיקודו של נא' 2 שהיתה בעלת ניידות גבוהה - קיימה "סיורים רכובים" בין "מחנות המרכז" ותוך מתן סיוע לפלוגות הגדוד ובגיזרה החטיבתית כולה, בהתאם לצרכים השונים, מעת לעת, שהתחייבו מעוצמת ההתפרעויות והפרות הסדר.

6. בתאריך 7.2.88, במחנה בורייג', התרחשו הפרות סדר רציניות ובמהלכן הושלכו אבנים לעבר כוחות הצבא.

מעדויות התושבים המקומיים: עלי עאקלי חאלד (להלן: חאלד), עזיזה מוחמד לי (להלן: עזיזה) ורדואן אחמד עבד (להלן: רדואן) עולים הפרטים הבאים:

בשעה 16:00 לערך, נכנס כוח חיילים חמושי נשק ונושאי אלות, לתוך ביתה של עזיזה במחנה, בבית נמצאו אותה עת עזיזה, בנה עימד מוחמד עאקל (להלן: עימד), כבן 17, בן דודו של עימד - חאלד, כבן 20, הבת הגדולה צנעה - השכן - רדואן, אדם מבוגר המסייע בידי עזיזה שהינה אלמנה. כמו כן היו בבית אחים ואחיות קטינים.

לדברי חאלד ועזיזה נכנסו 6 חיילים לבית. לדברי רדואן 5-7.

חאלד ועזיזה גורסים, כי כניסת החיילים לבית לא לוותה בהתנגדות כלשהיא מצד יושבי הבית. הדלת לא היתה נעולה וכניסת החיילים אף היא היתה מפתיעה.

גרסתו של רדואן שונה. לדבריו היתה אמנם הדלת פתוחה למחצה, אלא שהיתה התנגדות ראשונית מצד בני המשפחה לכניסת החיילים (ראה עמ' 131-132 לפרוטוקול).

ברור היה לשוכני הבית כי החיילים הגיעו למקום, במטרה לתור אחר מפרי סדר, ולפיכך התמקדו בחאלד ועימד, הצעירים יחסית. בעדויות נטען, כי חאלד שהה בבית כ-10 דקות קודם לכניסת החיילים. הוא ועימד שיחקו בקלפים ואף הוגש להם תה ע"י האם. לדברי חאלד, הגיע למקום זמן קצר ביותר לאחר סיום עבודתו (לאחר שהתעכב מעט בבית אחותו), ולא היה מעורב בכל אירוע של הפרת סדר. חאלד נדרש למסור את תעודת הזהות שלו, לאחר שהוכה

בשתי מכות אלה, דמויות "ידית של טוריה" בגבו וביד שמאל, ע"י חייל נושא דרגות סמל, נצטווה לכרוע ברך כשפניו לעבר הקיר - וכך עשה (ראה עדותו עמ' 50 לפרוטוקול).

עיאד שנמלט בינתיים לעבר המטבח, נתפס ע"י 4 חיילים ולדברי אימו עזיזה, אחד מהם לפת שערות ראשו והיתר הכוהו בידי ובראשו. האם הבחינה לדבריה בשטף דם היוצא "מראש ומהפה".

ניתן ללמוד מהעדויות כי האם והבת צנעה מחו בצעקות על התנהגות החיילים, ואז, לדברי האם, הכו בה החיילים, הפילו את צנעה על הרצפה ודרכו עליה. לאחר מכן בודדו את השתיים בחדר נפרד שדלתו ננעלה.

בעקבות חילופי הקללות, הושלכו לעברם ע"י אחד החיילים, דרך חלון המפריד בין החדרים, כוסות התה שהיו על השולחן (ראה עדות האם בעמ' 66 לפרוטוקול).

חאלד, שניסה לצפות במתרחש מאחוריו הבחין כי עיאד הובא לחדר תוך כדי הכאתו ע"י אחד החיילים, שהיה בצבע עור כהה "כושי או שחור" בלשון העדים (ראה עדותו של ע' בעמ' 50 לפרוטוקול, עזיזה עמ' 66 לפרוטוקול, רדואן עמ' 130 לפרוטוקול).

עוד מציין חאלד, כי כל אימת שהסיט ראשו לאחר "ספג מכה" מאחד החיילים. גם חאלד ורדואן נצטוו לשבת בתנוחה דומה לזאת של חאלד כשידיהם על ראשם (ראה עדות רדואן בעמ' 130 לפרוטוקול).

רדואן, המציין כי הוא עצמו לא הוכה, מעריך כי נשארו בתנוחה זו כ-15-10 דקות. חאלד מעריך, כי חלפו כ-30 דקות או יותר.

חאלד ועיאד, והם לבדם - נלקחו ע"י החיילים אל מחוץ לבית. לדבר חאלד כבלוהו החיילים באזיקים והעלו אותו ואת עיאד בנפרד על ג'יפ בו מצויים היו 3 חיילים. עזיזה מציינת כי עקב היותה נעולה בחדר אחר לא הבחינה ביציאת החיילים מהבית.

"...ועד שהספקתי לפתוח ולצאת ראיתי בסוף שני ג'יפים שעליהם, על כל אחד הועמם אלה, עיאד וחאלד ולקחו אותם..."

(עמ' 66 לפרוטוקול)

רדואן מעיד כי נצטווה שלא לצאת מהבית אלא לאחר שיחלפו כ-5 דקות מעזיבת החיילים. העד "שמע" רעש "ג'יפים" מחוץ לבית. אין הוא יודע לומר בוודאות אם החיילים הגיעו עם בואם בג'יפים אולם הוא בטוח, כי עם היציאה מהבית היו ברשותם כלי רכב (ראה עמ' 131, 132 לפרוטוקול).

7. משלב זה ועד סיומו של האירוע, מצויה בפנינו עדותו של חאלד, לבדה. את מהלכה של הנסיעה והאירועים שלאחריה מתאר חאלד כך:

"הושיבו אותי בג'יפ בין מכשיר הקשר לכסא, וכשהג'יפ התחיל לנסוע הכו אותי... מרגע שהעלו אותי על הג'יפ לאורך כל הדרך עד שהגענו לפרדס, כל הזמן הכו אותי בחזה ובצוואר ובגב. הכו אותי במקל. איני יודע מי הכה אותי בדיוק, אבל שלושת החיילים

שהיו איתי בג'פ הם אלה שהכו. איני יכול לומר בדיוק כמה זמן נמשכה הנסיעה בג'פ... הנסיעה לקחה בערך כ-10-7 דקות.

אני מכיר את המקום שהגענו אליו. זה היה מטע של זיתים, שקדים, ויש גם חלקה של חיטה.

זה במרחק 2 ק"מ או 1.5 ק"מ... והם לקחו אותי בדרך הארוכה. כשהכו אותי בג'פ אני צעקתי וגם הוא ביקש, זה שישב ליד הנהג, ביקש שאצעק, וכל פעם שעברו ליד התקהלות של אנשים הוא היה אומר להם, הנה תראו אותו. הוא אמר להם בעברית, תסתכלו, תסתכלו.

כאשר הגענו למטע תפסו אותי והורידו אותי מהג'פ, אחד מהם תפס אותי בשערות ונתן לי שני אגרופים בפרצוף וכך זרקו אותי מהג'פ. את עימד לא ראיתי בשלב הזה, רק שמעתי את הקול שלו וראיתי אותו רק בסוף כשהוא נעמד ואמר, בשם מוחמד ונפל.

זה היה במרחק של בערך 4, או 5 מ' ממני. לא ראיתי אותו, כי הג'פים היו באמצע, אני מצד אחד והוא מהצד השני. הפנים שלי היא באדמה הם הכו אותי, אני לא רוצה שיתנו לי מכות בבטן, לכן הפנים שלי היו על האדמה, מכות בגב זה אחרת, וגם גוננתי על הרגל שלי, שכבתי על הרגל בצד ימין.

כששכבתי הכו אותי על הפנים ועל הגב והחול היה עף לי לעיניים ולפעמים, גם היו זורקים לי עם הרגליים שלהם, חול לתוך הפנים. אחרי שסיימו להכות אותי, הם אמרו לי, חאלד תקום ותלך הביתה ואני אמרתי שאני לא יכול. אני לא יכול לזכור כמה הכו אותי... החייל אמר לי, חאלד תקום ותלך הביתה, עד שאספור 3, ואז אמר, 1,2, ואני נאחזתי בעץ ועמדתי וקיבלתי מכה, נפלתי ולא יכולתי לקום... הלכתי קצת, הכו אותי, זה היה שתי מכות על הרגליים, ואז הוא אמר לי הנה תעודת הזהות שלך בכיס שלך אתה יכול ללכת הביתה... הצבא הלך ואני הלכתי עוד 3 מטרים עד החלקה של החיטה שזה ליד השקדים, נפלתי שם ולא יכולתי לקום יותר...".

(עמ' 51-52 לפרוטוקול)

בשלב זה, כך לעדות עימד, הגיעו למקום בו שכב מספר תושבים מאנשי המחנה, ביניהם שתי קרובות משפחה, שפינוהו לביה"ח "שיפא" בעזה (ראה עמ' 56 לפרוטוקול, ובעניין זה עדותה של מסעדה עאקל בעמ' 69 לפרוטוקול ועדותה של עזיזה בעמ' 70 לפרוטוקול).

לדברי העד אובחן בבית החולים:

"...שבר ביד ומכות בכל חלקי הגוף... ידו גובסה והוא אושפז בבית החולים למשך 8 ימים..."

(עמ' 52 לפרוטוקול)

עימד שהועבר אף הוא לבית החולים, אושפז במיטה לידו. חאלד מצייין, כי הבחין בשני פצעים מדממים בראשו ובשפה התחתונה. על פניו של חאלד הונחה מסכת חמצן. סמוך לחצות הלילה שוחח מעט עם עימד שסיפר לו כי הוכה. זמן קצר לאחר מכן - נפטר עימד (ראה בעמ' 52

לפרוטוקול).

מעדותו של חאמיס קסן, שכנס של עזיזה ועימד (להלן: חמיס) עולה, כי הגיע לבית החולים, שם פגש בחאלד ועימד. בחצות הלילה נפטר עימד והעד ובני משפחה אחרים קיבלו היתר מרשויות בית החולים לקחתו עימם. לדבריו, הבחין על גופתו של עימד:

"כל הגב שלו היה עם הכאות והיה לו צבע חום, הזרועות שלו היא נפחות..."

ובאשר לחאלד:

"הגב של חאלד מלמטה עד למעלה היה בצבע חום והיד היתה שבורה..."

(עמ' 63 לפרוטוקול)

עזיזה מעידה, כי הבחינה שראשו של עימד בנה,

"...נפוח והיה עפר, והידיים שלו היו נפוחות וגם הרגל..."

(עמ' 67 לפרוטוקול)

.....
.....
.....

הממצאים לעניין מתן ההוראות ודרכי יישומן

67. א. מן הראיות שהובאו בפנינו עולה, כי עם פרוץ ההתפרעויות עומד הצבא בפני צורך מיידי ודחוף לדכא את הפרות הסדר המתעצמות והולכות.

הצבא שאינו מעריך בשלבים הראשונים את מידת עוצמתן המתפתחת ומידת היקפן של הפרות הסדר, מתארגן, אט אט, "להילחם" בתופעה חמורה זו שיש בה משום חידוש ביחס לתופעות דומות – מצומצמות בהיקפן – שהצבא נתקל בהן בעבר, במסגרת פעילותו באזור. גורמי הפיקוד – תוך התנסות יום יומית בשטח, בוחנים אמצעים שונים לפיזור התפרעויות. רובם אינו יעיל. אין באמצעים הננקטים כדי להביא לרגיעה המיידית המצופה. בשלב זה, אין הצבא נוטה לעימות "פרונטלי" עם האוכלוסייה המקומית. עם זאת נעשה שימוש תכוף מידי בירי המביא לפגיעות קטלניות, מרובות יחסית בקרב התושבים.

התחושה בקרב גורמי הפיקוד הבכיר והכוחות הפועלים בשטח, כי אין בכוחם של הפתרונות המבצעיים לתת מענה יעיל ומשביע רצון, יוצרת את התשתית להתבססות על דרך השימוש בכוח, הקונה מעמד בכורה בטיפול בהפרות הסדר.

ב. לא ניתן ללמוד מן הראיות בפנינו, העיתוי המדויק בתקופה הרלוונטית בו מוקנה לשימוש בכוח מעמד זה. עם זאת ברור, על פי עדותו של תא"ל אור יעקב, המייצג בדיוגנו את

עמדתם של גורמי הפיקוד הבכיר, וכפי שהדברים עולים מדיוני 30/ס' ודבריו של שר הבטחון דאז - כי דרך השימוש בכוח, דהיינו מעבר לעימות כוחני, מותווית באורח "ממוסד" וחד-משמעי ע"י גורמי הפיקוד הבכירים.

התפישה העומדת מאחורי קו פעולה זה, גורסת, כי עקב שימוש רצוף, תקיף ובעל עוצמה ניכרת, ידוכאו הפרות הסדר והתושבים ירתעו מליטול חלק בהמשך ההתפרעויות. ביסוד אותה תפישה עומד גם הרצון לצמצם את ממדי הפגיעות הקטלניות באוכלוסייה המקומית, הגם שאין לגורמי הפיקוד הבכירים כל ספק וקיים דיווח יום יומי על כך, כי השימוש בכוח מביא לפגיעות גופניות קשות, ולעיתים, במקרים קיצוניים וחריגים, גם למוות.

ג. נראה כאמור, כי המעבר הממוסד לשימוש בכוח הינו פרי של "מפגש רצונות" של הגורמים הפיקודיים והכוחות המבצעים. החיילים הנאלצים עד אותה עת להתמודד מול עוצמת ההתפרעויות באמצעות כלי תגובה בלתי מספיקים ונחשפים לפרובוקציות אישיות מצד התושבים המקומיים, נתפשים בדרך עצמאית ו"מקומית" לשימוש בכוח שבא לפרוק רגשות "תסכול", "זעם" ו"נקמה".

לא אחת מפליאים החיילים מכותיהם במתפרעים גם ללא מתן הוראה מפורשת לכך. אין לדעת עד כמה משפיעים רחשי ליבם של החיילים - "הצמיחה מלמטה" - על שיקולי הפיקוד הבכיר, אולם נראה שמצוקת הכוחות המבצעים והצורך בשינוי מהיר של "מאזן הכוחות" באזור, משמשים בערכוביה בדרך לנקיטת קו פעולה זה, תוך העדפתו היחסית על הדרכים האחרות.

68. א. בשלב הראשון של ההתפרעויות בו עומדת בתוקפה ההוראה הכללית לשימוש בכוח, ובטרם מתגבשים סייגיה המפורשים ע"י גורמי הפיקוד הבכיר, אין ניתנת דעתם של גורמי הפיקוד למלוא ההשלכות הנגזרות מן הניסוח הכללי של ההוראה על דרך הפעולה הצפויה של הכוחות המבצעים.

נראה, כי מלוא מעייניהם של גורמי הפיקוד נתונים לרצון "להוריד את רמת האלימות" באזור, להשיב הסדר על כנו, ואין דעתם נתונה ל"דקדוקי עניות" בכל הקשור לדרך המדויקת של השימוש בכוח שננקט.

רואים אנו לראוי להדגיש בעניין זה, ואין להתעלם מכך - כי מטבעה של הוראה צבאית ובמיוחד הוראה כללית שאינה יכולה להתמודד, בשלב ראשון, עם מצבים מורכבים ומשתנים שלא ניתן תמיד לחזותם מראש, שהיא מניחה בידי המפקד האחראי בשטח את הסמכות להתוות דרכים ליישומה. זה הוא טיבם של הארגון הצבאי וההיררכיה הצבאית. בשלב זה, נדרש המפקד הצבאי, בכל רמה, להתוות דרכי ביצוע המשולבות בנורמות התנהגות שיהיה בהן כדי להוות פתרון מבצעי יעיל מחד גיסא, ושמירה על כללי ההתנהגות על פי דין מאידך גיסא. מטבע הדברים שהוראותיו של המפקד נגזרות הן מההוראה הכללית של הרמה הממונה ומן הכוונה הגלומה בה.

חרף כלליותה של ההוראה, ניתן להניח במידה גבוהה של ודאות - והדברים עולים

במפורש מדרך ניסוח דבריו של שר הביטחון כמפורט ב-42/ו, התבטאויות שונות העוברות כחוט השני גם בדיוני 30/ו, ועדותו החד משמעית של תא"ל אור יעקב בעניין זה – כי תפישתם של גורמי הפיקוד המתווים את דרך פעילותו של הצבא באזור, אותה עת, היתה כי את השימוש בכוח, בעוצמה הראויה, יש ליישם בראש ובראשונה, במסגרת הסתערות כוחנית על מוקדי ההתפרעויות ופיזורן, בכוח רציני, של ההפגנות. כבר עתה נדגיש, כי לא מצאנו בסיס ראיתי ממשי לנטען, כי גורמי הפיקוד נתנו הוראה ישירה להשתמש בכוח כנגד מתפרעים שלא במסגרת דיכוי הפרות הסדר עצמן. במילים אחרות, לא הוכח, כי ניתנה הוראה ע"י מפקד האזור, או אלוף הפיקוד להכות לצורך ענישה.

ב. למרבית הצער לקתה ההוראה שניתנה בניסוחים פשטניים, כללים, ולפיכך גם מעורפלים. האמירות השונות שהושמעו בהקשרה: "הורדה בכוח של רמת אלימות", "הורדת המוטיבציה", "פעולה נחושה", "מסר תקיף" וכיוצא בזה אמירות, הבהירו אמנם את תפישתם החיובית לכשעצמה של גורמי הפיקוד לגבי עצמת התגובה והדבקות בביצוע המשימה, אולם בד בבד, יצרו אי בהירויות רציניות באשר לדרכי היישום הנדרשות של ההוראה הכללית. אין ההוראה הכללית, נטולת הסייגים, צופה פני האירועים המורכבים וההתרחשויות היום יומיות במצבים משתנים, שהחייל הבודד, הצוות, או הפלוגה עומדים בפניהם, במציאות קשה של עימות פיזי אלים מול גלי התפרעויות וסיכון אישי. אין היא שוקלת בשלב זה, הראשוני, מורכבות נפשו של החייל האינדיבידואל הפועל בשטח: מבנה אישיותו, רקעו הכללי, חינוכו, תפישת עולמו, ומשקעי העבר וההווה שהוא נושא עימו בכל הקשור להיסטורית העימותים העגומה עם האוכלוסייה המקומית שעה שהוא בא להנחית אלתו על גופו של "מפר הסדר", העומד מולו.

אין ההוראה שביסודה עומדת בין היתר התפישה המנוסחת ע"י שר הביטחון כי "אף אחד לא מת" ממכות (ראה 42/ו) מעריכה, אולי במלוא היקפן, תוצאותיה החמורות של ההכאה: לא נשקלו, ואולי קיימת התעלמות, ממלוא היקף החבלות החמורות שנגרמו בפועל וממקרי המוות שארעו בעטיה של אותה ההוראה.

69. א. עד שלהי חודש ינואר 88, אין מוצאות הוראות כתובות לעניין דרך יישומו של השימוש בכוח. בכנסי מפקדים, ברמות הפיקוד השונות, מתבצע תהליך כולל של "הפריה" והפקת לקחים הדדית. מתגבשות שיטות פעולה הנגזרות מהמצבים המשתנים בשטח. להתרשמותם הכללית של הנוכחים, ובכלל זה המג"ד לויט, בניסוחיו החרिפים, אין תמיד מענה ברור וחד מצד גורמי הפיקוד לשאלות המתעוררות בין היתר, באשר לדרכי היישום המדויקות של ההוראה הכללית.

ב. בשלהי ינואר ובתחילת פברואר 88 מוצאים "מסמכי יסוד" כהגדרת תא"ל אור, שיש בהם, לדעתו, כדי להתוות מסגרת מגובשת של הנחיות ליישום ההוראה לעניין השימוש בכוח. מועד הוצאתן של ההוראות בכתובים נעוץ גם באותם "מאצים" הקשורים בתופעות של התנהגות חריגה ופסולה של חיילים כנגד התושבים המקומיים. עניין זה חודר, אט אט, לתודעתם של גורמי הפיקוד הבכיר במיוחד לעניינן של אותן "חריגות", המוצאות ביטויין בכיקורתם של כלי התקשורת אותה עת, או המסתיימות בפגיעות גוף קשות ביותר, או

קטלניות, המדווחות לגורמי הפיקוד הבכיר, במערכת הדיווח הנוהגת באזור אותה עת. למרבית הצעה, אין בניסוחם של המסמכים המוצאים מלשכתו של תא"ל אור כדי לפזר את מלוא הערפל ואי הבהירות הקשורים ביישום ההוראה הכללית.

תא"ל אור, מבין מידית, כי הניסוח הכללי המופיע בס/22 – "מקומי שיפר הסדר יוכה-אין להכות מקומי שלא לצורך", אין בו כדי להגביל ולתחום סייגי ההכאה. וכך מוצא ביום 1.2.88 מסמך "הבהרה והרענון", ת/19, וכן מסמך נוסף באותו עניין, ת/20, מיום 7.2.88, בו מופיעים מושגי השימוש "בכוח סביר", "כוח נדרש" "בעת הארוע", "זמן אמיתי", "לרבות בעת מרדף", שיש בהם לכאורה כדי לתחום ולהגביל עוצמת הכוח ועיתוי השימוש בו כנגד "נושאי האלימות" המפורטים במסמכים. "אלימות" מודגמת במסמכים, במעשי הפרות סדר למיניהן ובכלל זה, "יידוי אבנים" ו"התנגדות לביצוע פינוי מחסומים ומתרסים".

בצד ההוראות הכתובות שהוציא תא"ל אור ואשר אינן נותנות לכך ביטוי, מונחים הכוחות להימנע מפגיעה באזורי גוף "רגישים" ולכוון השימוש בכוח לאזור הגפיים. ביטוי כתוב לכך מצוי בס/23, שהוצא ביום 14.2.88 מלשכת אלוף הפיקוד, והדן בהימנעות מ"הכאה בראש".

מטבע הדברים, שעיתוי השימוש בכוח כנגד המעורבים בהפרות סדר מעורר קשיים עליהם נחקר תא"ל אור ארוכות בפנינו. כך, העומד תא"ל אור בפני ההנחה המסתברת, כי לכאורה, בשל אופי הפעילות הקשורה ביידוי האבנים, ניתן לנקוט בכוח נגד המעורבים במעשה, רק לאחר תפיסתם, במנותק מהפרת הסדר עצמה. כך גם לעניין ההוראה בעניינם של סרבני פינוי המחסומים שגררה לכאורה, שימוש בכוח כנגד עוברי דרך מזדמנים לאחר שחטאו באי שיתוף פעולה, לעניין פינוי מחסום, לעיתים אולי בשל סיבות תמימות וכשרות שאינן קשורות בסרבנות לכשעצמה.

המושגים הקשורים בשימוש ב"כוח סביר", "בזמן ארוע", "במהלך מרדף", נותרו מעורפלים אותה תקופה, כך ניתן ללמוד מתשובותיו של תא"ל אור ולמעשה לא ניתן מענה ברור למכלול קושיות הנגזרות מיישום המושגים בשטח.

לא למותר לציין, כי המושג "כוח סביר" הנקט, כאמור, לא עמד בהתאמה, לדעת מפקדים, מול הדרישות לפעילות כוחנית בעוצמה ניכרת ביותר נגד המתפרעים. ברוח זו יש להבין את תגובותיהם של המג"ד לויט והמח"ט אשכנזי בפנינו לטענת התביעה, כי כך ראו גורמי הפיקוד את הדרך הנדרשת של השימוש בכוח. תגובה זו של לויט באה לידי ביטוי גם בשיבת מפקדים, בראשותו של המח"ט אשכנזי, כפי שציין בעדותו הקמב"צ, סרן בכר. ניתן להבין את תרעומתו זו של לויט, גם לאור דבריו של שר הבטחון עצמו בכלי התקשורת ביום 29.1.88, כי השימוש במונח "כוח סביר" הינו בבחינת "ניסוח מתחמק" (ראה ס/42).

יצוין עוד, כי בלא קשר לשאלות הנוקבות הקשורות בנסיבות הפצתו של המברק "המתקן", ת/19 (לאור עדותו של רס"ן שלמה נחום לעניין תוכן הדברים שנאמרו ע"י תא"ל אור, או

שאלו נאמרו על ידו, בישיבה, נשוא ס/22), הרי שאין וודאות כלל, כי המברק אכן הגיע לידיעת כל מפקדי הכוחות הפועלים בשטח, או כי הגיע במועדו ולא באיחור ניכר כפי שעולה מעדותו של המח"ט אשכנזי. בהקשר זה, בולטות עדויותיהם של המג"דים לויט, מנש והמח"ט רמות כי לא ידעו כלל על קיומן של הוראות כתובות עד צאתה של "איגרת הרמטכ"ל" בשלהי פברואר 88.

70. אין חולק, כי במהלך כל אותה תקופה, ננקט השימוש בכוח ע"י הכוחות המבצעים לא רק לצורך פיזור ההתפרעויות גופן, אלא גם לצורך ענישתם במובהק של המתפרעים, גם אם אירוע ההתפרעות או הפרת הסדר שכנו ולא קיים היה מניע ישיה למעט ענישה כאמור, לעשיית השימוש בכוח.

להכאה הענישתית מספר סיבות. חלקן עלה בדיון בפנינו:

א. במסגרת כנסי מפקדים, בכל רמות הפיקוד ובכלל זה, ברמת אלוף הפיקוד ומפקד האוגדה מתעוררת אצל המפקדים הנוכחים תחושה ברורה כי הדיווחים הניתנים על ידם שמהם עולה, לכאורה, כי דרך השימוש בכוח, גם שלא בהקשר "לפיזור" ישיר של ההפרה, מתקבלת בחיוב ואולי אף בעצמת עיניים. נוצרת לכאורה, "הבנה" לפי תחושת העדים, כי זהו פתרון נאות שיש בו כאמור, כדי לשרת צרכים מידיים להרתעת האוכלוסייה מליטול חלק בהתפרעויות. ככל שניתן להבין מעדותו של תא"ל אור, כי ההכאה הענישתית הותרה בשום שלב ואף נאסרה במפורש, הרי שלא יכולנו להתעלם ממכלול העדויות הסותרות בעניין זה שניתנו ע"י מפקדים ברמות הפיקוד השונות ולעיתים הבכירות, כי ככל שהבנתם של עדים אלה היתה משגת, נפתח הפתח בעקבות דיוני המפקדים שנערכו אותה עת, לעשות יישום ענישתי בדרך השימוש בכוח שנקט. הנחתם הכנה, אך המוטעית, של המפקדים באשר למותר ולאסור בתחום הענישה באה לידי ביטוי ברור בתגובות העולות בכנס עם הפצ"ר ביום 22.2.88, דהינו זמן משמעותי לאחר הוצאת ההוראות בכתב מלשכותיהם של אלוף הפיקוד ותא"ל אור. הפצ"ר נותן, כאמור, ביטוי לעניין אי הבהירות במסמך, ס/32, ובצורך שנמצא, לבסוף ל"עגן" האיסורים באיגרת הרמטכ"ל ובהוראת קבע אג"מ.

נראה כי להתרשמות זו ניתן ביטוי נוסף ו"אותנטי" מבחינת עיתויו, בדיוני ס/30 (ראה הנאמר בישיבות בימים: 1.2.88 לעניין "התחום האפור", ה-8.2.88 וה-29.2.88 לעניין השימוש ב"סטופר"). למען הסר ספק נבהיר שוב, חוזר והדגש, כי לא הוכח בפנינו, כי ניתנה ע"י גורמי פיקוד הבכיר הוראה "משימתית" וישירה להכות לצורכי ענישה. עניין זה עולה ממכלול עדויות בפנינו, ביניהן של מפקדים השוללים כי ניתנה הוראה של עשיית שימוש ענישתי בכוח ובצורה, חד משמעית, גם מדיוני ס/30, המבטאים את עמדתו של המטה הכללי.

אין אנו מתעלמים בעניין זה מאותן עדויות שבהן נטען, כי הוראות גורמי הפיקוד הבכיר לעניין יישום השימוש בכוח נכרכו, לא אחת, במושגים ה"נדרפים" לענישה, אלא שלהתרשמותנו כל אלה לא עלו לכדי הוראה מאורגנת, חד משמעית וישירה שהיה בה, על פניה, כדי לחייב שימוש ענישתי בכוח. נראה, שהעדויות בעניין זה מסתמכות, בין

היתר, על "רוח ההוראות" שהניעו לפעולה תקיפה וה"אוירה" הכללית ששררה בדיונים, ובכלל זה, חילופי דברים כללים, הצעות לפתרונות הרצויים לדעת מפקד זה או אחר, הבעת דעות, וכיוצא בזה.

ב. בצד האמור, נראה, שביסוד השתרשות התפישה הענישתית עמדו סיבות נוספות:

- (1) העדר קו תחום ומוגדר בין "ארוע" שבמסגרתו מותר השימוש בכוח לבין סיום ה"ארוע" שלאחריו אסור השימוש. זהו אותו "תחום אפור" שרבים דנים בו בפנינו ואיש שאינו נדרש, אותה תקופה, "להלבינו" או "להשחירו" באורח חד משמעי.
 - (2) אי נקיטת אמצעים ישירים כדי להביא לענישתם של מתפרעים, על אף הצמצום המשמעותי של המעצרים, יצרה הנחה, כי הכאה הינה בבחינת הכלי העיקרי, הן לחיסול הפרת הסדר והן לענישת המתפרעים.
 - (3) התנהגות חריגה לכאורה, של מפקדים בזמן הארועים, המשמשת כמודל חיקוי לפקודיהם.
 - לענייננו הישיר, "מסרים" רבי עוצמה של המח"ט איתם לחייליו במלל ובמעש, באשר לכללי ההתנהגות הנדרשים, ובכלל זה, כעולה מתוך העדויות שנסקרו, כי המח"ט נוקט, אישית במקרה זה או אחר, שימוש בכוח מתוך מה שמתפרש לכאורה, כצעדי ענישה מובהקים המנותקים, בעת נקיטתם מארוע ישיר של הפרות סדר.
 - (4) התבלטותם, לעיתים, של יחידים או קבוצות בקרב היחידות המבצעות המתאפיינת במועדות לאלימות יתר, הגובלת, כפי שהובהר, בעבריינות לשמה. התנהגות חריגה ועבריינית זו משמשת, לעיתים אף היא כנורמת חיקוי לאחרים.
 - (5) מתן "לגיטימציה", עקיפה מצד מפקדים לפעילות ענישה עצמאית ברמה "נמוכה" יותר המוגדרת ע"י עדים כאותה "תוספת", או "מנת מכות" שתיים, שלוש מהלומות או "פליקים" - בתכוף ובצמוד לארוע, עניין המתקבל בטבעיות רבה למשל, ע"י הסרנים שוורץ וגיא רשף, מי שמייצגים, בעינינו, את "המ"פ הסביר" אותה עת. תגובותיהם של המפקדים למעשים חריגים ברמה "הנמוכה" ולעיתים, כפי שעולה ממקרה נוצרית, גם כשמדובר בהתנהגות קיצונית, הינן סלחניות ולכל היותר ננקטים עונשים משמעותיים מתונים ביותר. נראה, שתגובת המפקדים לרוב רובם של מקרי החריגה הינה מתעלמת, גרידא.
 - (6) קיים ערפול מושגים רב בכל הקשור לדרך השימוש בכוח. ההבחנה הסמנטית הדקה הנעשית בין המונחים של "הורדת מוטיבציה", "לימוד לקח", "הרתעה", ראויה היתה אולי, להעשות במסגרת דיון אקדמאי ותיאורטי. אלא שבשעה שמונחים אלה מרחפים בחלל האוויר ו"מונחתים" כל אותה עת על הכוחות המבצעים, הרי שהדקדוק וההבחנה הסמנטיים מתפוגגים, עד שעוסקים אנו בשרשרת מושגים נרדפים, הזהים באוזני שומעיהם למושג של שימוש בכוח לצורך "ענישה", סתם.
- הסתירה בין עדותו של המג"ד לויט לעדותו של סרן בכר לעניין הנאמר בישיבת

המח"ט, יותר משהיא מלמדת על רצון לכזב, היא מצביעה על בלבול מושגים הקיים אותה עת בתודעתם של מבצעי ההוראה.

יודגש, כי גם במונח "שבירת עצמות" הזוכה למעמד מיוחד בדיונו, משתלב בעגה הכללית הקשורה במטבעות הלשון לעניין מינוחי השימוש בכוח הנפוצים בקרב חיילים ומפקדים אותה תקופה. בצד ה"שבירה" מתקיימים גם "כיסוח", "כניסה בכוח", "כוח אגרופים" (ראה ס/42), "אלימות", "מכות" וכיו"ב.

בהקשר זה נציין, כי התבטאויות גורמי פיקוד בכירים, גם בפומבי ובמסמכים כתובים, מחליפות לעיתים את המושג של "שימוש בכוח", המאופק בניסוחו, במונחי "מכות", "אלימות" היוצרים קונוטציה לשימוש שלילי בכוח ותורמים לערפול נוסף של המותר והאסור בתחום הענישתי (ראה בעניין זה הנאמר בישיבת ה-25.1.88 ב-ס/30).

הביטוי "שבירת העצמות", על אף ההשלכות המגוונות הנודעות לשימוש בלתי זהיר בו, ע"י מפקד בנוכחות פקודיו, לא עמד בבסיסה של הוראה כלשהיא שהוצאה ע"י גורם הפיקוד הבכיר. לא ניתנה מעולם הוראה מגובשת וישירה שנועדה להביא למימוש חד משמעי של תוצאה פיזית זו באמצעות ההכאה. היה זה ביטוי "ציורי", כהגדרת חלק מהעדים, שמקורו לא נקבע בוודאות ואשר קנה לו אחיזה בעגת "המשתמשים בכוח" בבחינת, מטבע לשון נדושה.

גם אליבא דעדו של המג"ד לויט, התואמת עדותו של המח"ט איתם לעניין זה, לא ניתנה בשום שלב, ע"י המח"ט הוראה ישירה לעשיית שימוש בכוח שיביא לשבירת עצמות המוכה. כך גם טוען המג"ד לויט לעניין ההוראות שנתן הוא עצמו לפקודיו.

עם זאת, לאור העדויות ובכללן אלו של המח"ט והמג"ד, הובהר לכוחות המבצעים בחטיבה, כי תוצאה נזיקית מעין זו לגופם של המוכים הינה אפשרית ומסתברת מעוצמת ההכאה.

אכן, "אפשרות" זו מתממשת נוכח המספר הניכר של שבורי הגפיים בקרב המוכים עד שנראה שמושג "השבירה" איבד במשך הזמן את ציוריותו וקיבל צביון קונקרטי ומציאותי. מוחשיותו של מונח "השבירה" מתעצם עוד יותר במסגרת פעילותן של פלוגות כדוגמתה של הפלוגה המסייעת דגן, ומשהאחריות הפיקודית נופלת לידיהם של מפקדים כדוגמתו של נא' 2.

ג. לסיכום עניין זה רוצים אנו לומר, כי גם אם הכוונה הגלומה ביסוד ההוראה שניתנה ע"י גורמי הפיקוד הבכיר, היתה לעשיית שימוש לגיטימי בכוח, הרי שלאור הנסיבות שפורטו נשחקה ועורפלה עת שהלכה וירדה במורד הסולם הפיקודי עד מימושה בפועל בזירות הארועים. ככל שמתקשים אנו להניח את האצבע על מלוא היקפם של הגורמים המדויקים שהביאו לאותו "נתק", הרי שאין להוציא מכלל אפשרות, לאור הנאמה, כי גורמי הפיקוד הבכיר היו מודעים, ולפחות היו אמורים להיות מודעים לשחיקתה של הכוונה המקורית ולא עשו דבר, אלא בשלב מאוחר יחסית, לריענונה והטמעתה בקרב הכוחות הפועלים.

בד בבד, ככל שהדברים נוגעים ל"מישור התודעה" של הגורמים המבצעים ובכללם, חלק מדרגי הביניים הפיקודיים, הרי שאלה סברו, או יכלו לסבור, כי השימוש בכוח לצורך ענישה אינו אסור ואולי אף מותר.

71. תופעה בולטת אותה תקופה, הינה הסמכות – ולעיתים חרות היתר – המוקנית למפקדים לגיבוש עצמאי של יישומי ההוראה הכללית של השימוש בכוח. "מרחב" "שיקול הדעת" ו"השכל הישר", כפי שהוא מכונה ע"י עדים שונים מכל רמות הפיקוד, הוא כמעט בלתי מוגבל בשלב הראשון. כך, מוצא עצמו "המפקד המקומי" עומד ויוצק תוכן לאותו תחום "אפור" שלגביו משתרע מרחב שיקול הדעת, בהתווית דרכים, הגבלות, סייגים ואיסורים ליישומן של השימוש בכוח, על פי מיטב שיפוטו, הבנתו ו"תפישת עולמו" הכלליים.

עולה אפוא מן העדויות, תמונה של הוראות בלתי אחידות המשתנות מיחידה אחת למשנייה ולעיתים בתוך אותה יחידה עצמה, לפיה פועל כל מפקד בדרכים שונות, בדרך להפעלת הכוח.

כך רואים אנו כיצד "ממתן", המג"ד לויט, לטענתו, את הוראות המח"ט אותם. ואילו המ"פ הוותיק בגדוד, סרן רשף גיא, "מנתק מגע" מן המח"ט וחולק, במוצהר, על תפישותיו הכוחניות. 3 הפלוגות בגדודו של לויט נוהגות בדרך שאינה אחידה. יש המסתייג משימוש בכוח לצורך ענישתי (סגן שחם), יש הפוסע בדרך הביניים (סרן רשף) ויש מי שנוקט בקו הקשוח של שימוש קשה בכוח (נא' 2). באותה חטיבה חלוקות הדעות בין פלוגה לפלוגה ובין גדוד לגדוד.

יש המקפיד להכות בבית ולידו (סרן שוורצפוקס), יש "המכה בצד" (נא' 2) ויש מי ש"ההתלבטות" לא היתה ידועה לו כלל והוא דוחה אפשרות של הכאה "מנותקת" על הסף (סרן רשף גיא), או מפקד אחר, המעלה אותה בדוחק, לאחר מעשה, במהלך עדותו בבית הדין (סא"ל מינץ מאיר). בחטיבת גולני נחלקים המג"ד והמח"ט באשר ל"כשרות" פעולתו של המ"מ בפרשת "טאראזי". בעוד הראשון מכשיר את הפעולה, גורס המח"ט, כי הקצין הודח בין היתר משום שהכה שלא לצורך.

מג"ד בחטיבת גולני סבור כי מותר להכות בחלוף זמן לאחר הארוע, בעוד המג"ד לויט, לדבריו, אוסר הכאה בנסיבות מעין אלה. המח"ט ענבר סבור, כי "הכאה בצד" הינה "גנגסטריות" ואילו המג"ד לויט סבור דווקא, כי הינה כורח המציאות. המג"ד נוריאל מחליט לטענתו, "לאמץ" דווקא, את גישתו של ענבר, לא לפני שהוא נתן הכשר כאמור, למ"מ בפרשת "טאראזי" העושה, לכאורה, היפוכם של דברים. תפישות "אישיות" מפלגות את מידת המוכנות ו"הנחישות" לבצע הוראה כללית. יש המוגדר כ"שמאלני" שאינו מכה (ראה עדות נא' 3), ויש מי שמגדיר עצמו כ"ימני" שאינו מוכן להרפות ממפרי הסדר (ראה אמרת נא' 2). את בני הקיבוצים יש צורך לשכנע, בשיקולים מוסריים, דווקא לבצע את ההכאה (עדות סרן שוורצפוקס). ולעומתם אלה הששים אלי הכאה, ואף משכללים אמצעי משחית לצורך כך כפי שעולה מעדותו של סא"ל נוריאל. ואילו אחרים, אנשי מילואים, מוגדרים כ"בעלי רגישות גבוהה". המח"ט ענבר משגר מסר "הומני" מעל דפי עיתון ואילו המח"ט איתם מסר "כוחני" במיוחד לפקדיו. יש מח"ט הסבור כי הכאה אמורה להיעשות ב"כוח סביר" עד שלב המעצר, ויש מח"ט שתנאים מגבילים אליהם אינם מוכרים לו כלל, אלא בשלב מאוחר, יחסית.

72. א. לצורך הדיון בטענות הסנגוריה, מן הדין להקדים מעט בעניין "המסגרת הנורמטיבית" בה פועל צה"ל וחייליו באזור.

כפי שעולה מפסק הדין בבג"צ 845/87 עפו ואח' נ' מפקדי כוחות צה"ל בגדה המערבית ואזח"ע, פד"י מ"ב (2), 4, בעמ' 50:

"כי למרות שנחתם חוזה השלום, הרי כל עוד לא עזב הממשל הצבאי את השטח של חבל עזה, וכל עוד לא הוסכם אחרת, בין הצדדים הנוגעים בדבר, ממשיך המשיב להחזיק בשטח מכוח תפיסה לוחמנית, והוא כפוף לדיני המשפט הבינלאומי המנהגי, החלים בעיתות מלחמה..."

בבג"צ 293/82 איסכאן ג'מעית נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יו"ש ואח', פד"י ל"ז (4), 788 מסוכמת המסגרת הנורמטיבית, היפה גם לענייננו, בהאי לישנא:

"... באזור הוקם ממשל צבאי, אשר בראשו עומד מפקד צבאי. כוחותיו וסמכויותיו של המפקד הצבאי יונקים מכללי המשפט הבינלאומי הפומבי שעניינם תפיסה צבאית. על פי הוראותיהם של כללים אלו, כל סמכויות הממשל והמנהל מוחזקות בידיו של מפקד צבאי... סמכויות אלה יש שהן יונקות מין הדין אשר שרר באזור בטרם התפיסה הצבאית ויש שהן יונקות מהחקיקה החדשה שנחקקה ע"י המפקד הצבאי... בשני המקרים גם יחד חייבת הפעלת הסמכות לקיים את כלליו של המשפט הבין לאומי הפומבי שעניינם, תפיסה לוחמנית, ואת עקרונותיו של המשפט המנהלי הישראלי, שעניינם שימוש בסמכות שלטונית שלעובד ציבור..."

אין חולק וכך אף עולה מסיכומי הסניגור – והדברים באים לידי ביטוי בשורה ארוכה של פסקי דין, בין היתר בשני פסקי הדין הנ"ל, כי הנורמות העיקריות במשפט הבינלאומי שעניינן דיני מלחמה העוסקים בתפיסה הלוחמתית, כלולות בהסכם האג הרביעי מ-1907 ובאמנת ג'נבה בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה, 1949. נקבע לא אחת, כי תקנות האג הן דקלרטיביות במהותן, משקפות את המשפט הבינלאומי המנהגי החל בישראל גם בלא צורך במעשה חקיקה ישראלי שיישמן.

אמנת ז'נבה הינה קונסטיטובית באופייה, מחייבת את ישראל החתומה עליה במישור הבינלאומי בלבד ואילו לצורך תחולתה בישראל יש צורך במעשה חקיקה מיוחד.

מן הראוי לציין, כי חרף אי קליטתה של האמנה בדין הישראלי הרי שמתקיימת בה החלטת ממשלת ישראל, ככל ש"אינה נוגעת למישור המשפטי" לקיים למעשה את "ההוראות ההומניטריות", שבאמנה (בג"צ 698/80 קוואסמה נ' שר הביטחון ואח', פד"י ל"ה (1), עמ' 627). ובעניין זה דבריו של כב' השופט בך בבג"צ 845/87 הנ"ל:

"אין להתעלם מכך כי אמנת ז'נבה הרביעית בה עסקינן, מכילה הוראות מגוונות אשר בחלקן הגדול הינן אכן הומניטאריות במהותן..."

(עמ' 78)

לשונו של סעיף 27 לאמנה הינו:

"מוגנים זכאים ליחס של דרך ארץ בגופם, בכבודם... היחס אליהם יהיה תמיד אנושי והם יוגנו במיוחד מפני כל מעשי אלימות, או איומי אלימות..."

הוראת סעיף 32 לאמנה קובעת, כי אין לגרום ל"מוגנים", על פי האמנה סבל גופני. "איסור זה חל לא רק על רצח, עינויים, עונשי גוף, השחתת גוף... אלא גם על שאר מעשי האכזריות..."

ההוראות ההומניטאריות אינן מהוות אפוא, נורמות מחייבות ולו באופן חלקי אלא אם כן הוסכם לאמצן ע"י הצדדים לסכסוך, עניין שבית המשפט העליון מתח עליו בעבר ביקורת חריפה. ככלל, מוכרות הוראות האמנה כבעלות תוקף של "הנחיות פנימיות מטעם ממשלת ישראל כלפי המפקד הצבאי מכוח היותן הנחיות עצמיות של המפקד הצבאי עצמו..." (בג"צ 393/89 הנ"ל).

בהקשר זה יציין, כי אמנת ז'נובה אומצה לתוך פקודת מטכ"ל 33.0133. סעיף 3 שבה קובע כי: "חובה על חיילי צה"ל לנהוג בהתאם להוראות..." הכלולות בה (ראה בעניין תחולתה של האמנה, הלל סומר, "ואף על פי כן חול תחול", עיוני משפט י"א (2), עמ' 263).

ב. סעיף 43 של תקנות האג בתרגומו מקובל של הפרופ' י. דינשטיין דיני מלחמה, עמ' 215 קובע כדלקמן:

"בעבור סמכות השלטון החוקי במעשה לידי הכובש, עליו לנקוט בכל האמצעים שביכולתו, על מנת להחזיר ולהבטיח במידת האפשר את הסדר והחיים הציבוריים, תוך כיבוד החוקים שבתוקף הארץ, אלא אם כן קימת מניעה מוחלטת לכך".

לדעת פרופ' דינשטיין (שיש שחלקו עליה בעבר), מורכב הסעיף משני חלקים נפרדים ואין, בהכרח, מקום "להרכיב" את הרישא על הסיפא – ולהיפך.

בבג"צ 393/82 הנ"ל, נקבע, כי בין "שני הצירים": הבטחת האינטרסים הבטחוניים הלגיטימיים מחד גיסא, וצרכיה של האוכלוסייה האזרחית, מאידך גיסא,

"באות תקנות האג לקבוע איזון מסויים... שבעניינים מסויים הדגש הוא בצורך הצבאי ואילו בעניינים אחרים, הדגש הוא בצרכיה של האוכלוסייה האזרחית..."

פרופ' דינשטיין סבור, כי אחד המבחנים לכשרותה של החקיקה באזור הינו, "האם הכובש חדור אותה דאגה לגבי האוכלוסייה שלו" בחקיקו חקיקה דומה במהותה לזו הנחקקת באזור (ראה "סמכות חקיקה בשטחים המחוזקים", עיוני משפט ב', 500, בעמ' 511).

בבג"צ 493,60/81, אבו איטא נ' מפקד אזור יו"ש ואח', פד"י ל"ז (2), בעמ' 109-110, מסכם מ"מ הנשיא שמגר (כתוארו אז) את העקרונות ליישומם של סעיף 43 לתקנות. בין היתר נאמר: "... בפועלו להחזרת הסדר והחיים הציבוריים ולהבטחתם, על השלטון הצבאי לכבד את הדינים המקומיים בשטח, אלא אם כן, לחלוטין מן הנמנע לעשות כן..."

המניעה המוחלטת נעוצה גם "...בצורך הצבאי מחד גיסא, ושיקולים הומניטאריים מאידך

גיסא, והמניעה המוחלטת יכולה על כן לנבוע מאינטרסים לגיטימיים של השלטון הצבאי לשמירת הסדר הציבורי, או מאינטרסים של דאגה לאוכלוסייה המקומית והבטחת חייה הציבוריים והכל כמובן תוך איזון הוגן בין השיקולים ואשר באינטרס הצבאי או בצורך הצבאי כשלעצמו, לא יכול להיות כדי להתיר פגיעה חמורה בזכויות ההומניטאריות... המניעה לקיים את החוק בנוסחו הישן היא מוחלטת, מכלול התנאים והנסיבות דורשים התערבות חקיקתית כאמור במטרה שהיא לגיטימית לפי האמור בסימן 43."

באותו עניין בבג"צ 72/86 זלום ואח' נ' המפקד הצבאי לאזור יו"ש, פד"י מ"א (1), בעמ', 532 נאמר:

"בהפעילם את סמכותם על המשיבים לשקול מחד גיסא שיקולי בטחון ומאידך גיסא את טובתה של האוכלוסייה האזרחית. עליהם לאזן בין השיקולים השונים, תוך שהאמצעים שהם נוקטים חייבים להתאים לגודל הסכנה, תוך התחשבות בסיכויי התרחשותה. מקום שהמשיבים נקטו האמצעים המקיימים מבחן זה לא נתערב... הבחירה בין האמצעים החוקיים, נתונה למשיבים..."

ג. בצד האמור, מוקנות סמכויות נרחבות לאכיפת השלטון באזור, בין היתר, במסגרת תקנות הגנה (שעת חרום), 1945, המנדטוריות, השרירות באזור ותחיקת הבטחון, במיוחד הצו בדבר הוראות הביטחון (1970).

התקנות המנדטוריות ותחיקת הבטחון מניחות וצופות בייסודן אפשרות הפרת סדר המוניות ובכלל זה: "התקוממות מרד או מהומה" סעיפים 81, 108, 121, 130 לתקנות וסעיף 81 (צו). במסגרת הצו והתקנות, נמנית שורה נרחבת של עברות נגד הביטחון ובכלל זה לעייננו, הקמת מחסומי דרכים בלתי חוקיים, זריקת חפצים וכיוצא בזה עבירות מעבירות שונות נגד הסדר ציבורי וכוחות הצבא. הסמכויות הניתנות לטיפול במבצעי העבירות משתרעות על פני תחומים רבים: חיפושים, צווי הגבלה ופיקוח, הגבלות תנועה, גירוש, עוצה, סגירת שטחים, מעצרים רגילים ומינהלים, פגיעה ברכוש וכלה בהעמדה לדין והטלת עונשים חמורים ובכללם - מיתה. מטבע הדברים שלצורך הפעלת הסמכויות האמורות ניתן להשתמש בכוח, אלא שנמצא לנכון לסייגו: באופן שהשימוש בכוח יהיה "נחוץ באופן מסתבר..." לשם הפעלת הסמכות (בסעיף 8 לתקנות ההגנה המנדטוריות).

סמכויותיו וחובותיו של החייל הפועל באזור נגזרות גם מהחוק הישראלי.

חוק העונשין תשל"ז-1977, קובע, בסעיף 154 שבו סמכות ייחודית ל"פיזור מתפרעים".

לאחר התראה מתאימה ניתן,

"...לעשות כל הדרוש כדי לפזר את המוסיפים להתפרע, או לתפסם, ואם מישוה יתנגד לתפיסה יכול המוסמך להשתמש בכוח, בדרך הסבירה, כדי להתגבר על ההתנגדות, ובכל משפט פלילי או אזרחי לא ישא באחריות אם גרם פגיעה או מוות לאדם או נזק לרכוש" (וכן ראה הסמכות לעשיית שימוש בכוח סביר בביצוע מעצר מכוח ההוראות סעיף 19 לפקודת סדר הדין הפלילי, (מעצר וחפוש) (נוסח חדש), תשכ"ט-1969 ופסקי הדין לעניין הפעלת הסמכויות, ע"א 751/68, רעד נ' מ"י, פד"י

כ"ה (1), 215 וכן ע"פ 486/88 אנקונינה נ' התצ"ה, (טרם פורסם)).

73. א. טענת הסנגוריה הינה, כי הצרכים הדחופים באזור בתקופה זו, הצריכו - ולפיכך ניתנה הוראה - להכות המתפרעים, בגפיהם בלבה, לצורך ענישתם והרתעתם. ההוראה התחייבה מאוזלת היד ומכישלונם של אמצעים אחרים, התמלאותם של מתקני המעצר בלא יכולת ענישה אפקטיבית של המתפרעים.

צוינה בפנינו, אווירת "החירום" ששררה, וכן בהקשר זה חובותיו של הכובש לנקיטת כח:

"...לדאוג לכך שלא תשרור אנרכיה בשטח הכבוש והחיים לא יגיעו לשיתוק מוחלט. אין הכובש יכול לשבת בחיבוק ידיים אם בשטח משתוללות כנופיות חבלה, אשר הורגות תושבים מקומיים, אף אם לא נפגעים מכך חיילי הצבא, על הכובש לדאוג לדיון וסדר ואין הוא רשאי לסכול מצב של לית דין ולית דיין בשטח הכבוש..."

חובה זו נגזרת מהוראת סעיף 43, האמורה, לתקנות האג (עפ"י ספרו של פרופ' דינשטיין, "דיני מלחמה" עמ' 216).

לפי הנטען, אין הנאשמים נושאים אפוא, באחריות הפלילית למעשי ההכאה בנסיבות המתוארות, לאחר שעומדת להם הגנת הצידוק הכרוכה ב"ביצוע הדין" על פי הוראת סעיף 24(א), (1) לחוק העונשין, כשלעניינינו, "הדין" מקורו בסעיף 43 לתקנות האג הנקלטות לתוך "הדין" הישראלי הפוזיטיבי עקב מעמדן הדקלרטיבי - מנהגי.

דוחים אנו את הטענה.

(1) אין המחלוקת כי במסגרת חובתו של המפקד הצבאי לשמירת הסדר באזור, כרוכה הזכות "בראש ובראשונה... להשליט בכוח סדר בשטח הכבוש..." (י. דינשטיין, שם בעמ' 216). המפקד הצבאי האחראי באזור מחליט אמנם לנקוט בדרך זו כאמצעי ראשון במעלה לדיכוי המהומות. דא עקא, שאין המפקד עצמו גורם בפנינו, כדעת הסנגוריה, כי אכן מדובר באמצעי שנועד לצורך הענשה מתוכנן ויזום על ידו. כוונתו של המפקד הינה לנקוט בדרך לגיטימית המסורה בידו כמתואר, דהיינו להשתמש בכוח רב עוצמה השקול לעוצמת הפרות הסדר ולפיכך, הינו סביר, כדי להביא לדיכוי. די בכך, לתפישתו המוצהרת של יזום ההוראה, לחסל את מוקדי ההתפרעות בלא לנקוט בצד "ענישתי" הנוסף על עצם השימוש הלגיטימי בכוח. אין צעד זה המכוון ישירות לאותם תושבים העוסקים בפועל בהתפרעויות סותר את האמנות הבינלאומיות ובכלל זה את הוראת אמנת ז'נבה שהמפקד הצבאי מונחה על פיה באורח כללי, בבואו להשליט ממשלו.

כפי שכבר ציינו, לא מצאנו מקום לדחות טיעון זה בעניין מהות תפישותיו והנחיותיו של המפקד הצבאי. שוב נציין, כי השתכנענו כי לא ניתנה הוראה ישירה להעניש את המתפרעים, אלא שקבענו כאמור, כי בפועל התבצעו הדברים בשטח בדרך שונה, לא תמיד, שלא בידעתם של גורמי הפיקוד הבכיר.

(2) גם אם מסקנתנו בעניין זה היתה שונה, וגם אם היינו בוחנים את מעשה השימוש

הענישתי בכוח באורח אוביקטיבי, דהיינו, באיזו מידה נשמר האיזון בין הצרכים המנוגדים, לעיתים, העולים מיישום הוראת סעיף 43 לתקנות האג בלא תלות בכוונתו המוצהרת של המפקד הצבאי, לא ניתן היה להכשיר הוראה שבבסיסה יצרת כלי ענישתי חדש, הכרוך בד בבד, בהפרה גסה של כללים הומניטאריים יסודיים.

"...תפקיד הענישה וההרתעה מסור לרשות השיפוטית... פגיעה בשלמות גופו של האדם אסורה לפי החוק הפלילי ואין כל הוראה בחוק שלפיה מוסמך מפקד להתיר את האיסור כאשר פקודיו מטפלים בעצורים"

(פרופ' ש. ז. פלר, "צו "בעליל" שלא כדין השולל את סייג הצידוק", עיוני משפט ט"ו (2), 217, בעמ' 231 וכן ראה לעניין זה באורך כללי, הנאמר בבג"צ 358/88 האגודה לזכויות האזרח נ' אלוף פיקוד המרכז, פד"י מ"ג (2) עמ' 531).

יצירת כלי ענישה ושימוש בו, בניגוד לתפיסת יסוד זו, כל זה, לפי הנטען, בהבל פיו של המפקד הצבאי, מהווה פגיעה ישירה בעקרון החוקיות, בעקרון שהינו אחד מאבני יסוד גם במשפט הפלילי הבינלאומי והמוצא ביטוי גם במסגרתה של אמנת ז'נבה (ראה סעיפים 64, 65 לאמנה). הפסול שבהוראה זו מתעצם נוכח המרכיב הבלתי הומניטארי הנוסף הגלום בה שענינו – הכאת אדם באמצעות אלה, לעיתים עד כדי שבירת עצמותיו, בשעה שאותו אדם אינו מהווה עוד סיכון לאחר שחדל מפעילותו האסורה והוא נתון לכאורה, למרותו וחסדיו של החייל, "העונש".

(3) מעשי העבירה הפוגעים בבטחון, נתונים כאמור על פי דין, לענישה קשה ולשלילה מנהלתית פוגעת ומכאיבה של זכויות בסיסיות בתחומים רבים. חקיקת הבטחון נתונה, מעת לעת, לשינויים המתחייבים מצורכי הזמן. אלא, שנוכח התארכותה של התפיסה הלוחמתית באזור, למעלה משתי עשרות שנים, הרי שהשינויים התחיקתיים וההסדרים המתחדשים, נעשים מתוך בחינה מנהלתית משפטית מדוקדקת של הצרכים ותוך התאמתם לחקיקה הנוהגת באזור, עפ"י הוראות הדין הבינלאומי ותוך ניסיון, ככל הניתן, להשוות זכויותיהם וחובותיהם של התושבים לאלה של אחרים, שדיני מלחמה אינם חלים עליהם.

בבג"צ 358/88 הנ"ל, נידונו מצבים שבהם מתרבים עד מאוד מעשי העבירה באזור ובכלל זה: "...אם מבוצעות התקפות שנועדו להביא לשריפתם של בני אדם או של רכוש כדי לזרוע אימה ופחד...", מצב זה אכן מחייב "...הפעלה תדירה ומחמירה יותר של החוק...". רוצה לומר, החוק ולא כל סנקציה עונשית שאינה נגזרת ממנו. נצפים גם מצבים שבהם "נסיבות צבאיות – מבצעיות" ובכלל זה "...להגיב על אתר על התקפה על כוחות הצבא או על אזרחים..." מחייבות תגובות צבאיות מיידיות, המונעות, למשל אפשרות ביקורת משפטית רצויה, המקדימה פעולות עונשין מנהלתיות. אלה שאין בצורך המתעורר לנקוט בפעילות מבצעית דחופה, כדי לתת הכשר כלשהו להתעלמות מהמסגרת הכוללת של החוק שעל בסיסו פועלים.

יצירת כלי ענישתי "נוסף" המנוגד לתחיקה המקומית והצבאית אינו עומד בקנה

אחד עם הסיפא של תקנה 43 לעניין דרישות ההתאמה לחוקים המקומים (ראה בעניין זה Von Glahn, Law Among Nations 672 (3rd edition), גם לעניין יישום החקיקה העונשית באזח"ע).

(4) הצורך הצבאי שנמצא, אפוא לדעת הסנגוריה להכות ביד קשה לצורך ענישתי אינו מתחייב אף עם דיני המלחמה הכלליים שאינם נוגעים לתפיסה לוחמתית והגורסים כי אסור להרוג או לפצוע חייל אויב המניח את נשקו, או "לתקוף אדם אשר מוכה, או צריך להיות מוכר" בנסיבות המקרה כ"מחוץ למערכה". הדברים ישימים עוד יותר לענינם של שבויי מלחמה (ראה דיני מלחמה עמ' 151, 152).

ב. סופו של דבר, שאת צרכיו הבטחוניים אמור המפקד הצבאי לספק בדרך של נקיטת סמכויות המסורות לו עפ"י דין, או באמצעות שינויי תחיקה מתאימים, אם הקודמים אינם מתיישבים עוד עם הדרישות המשתנות של התקופה. צורך זה אינו יכול לבוא תוך התעלמות מוחלטת ופגיעה בזכויות ההומניטאריות של התושבים, בניגוד לאמנות בינלאומיות, ובשעה שחובה על המפקד למצוא את האזון הנכון שיביא בחשבון גם זכויות אלה.

חלקם של הנאשמים

74. א. על פי עדותו של המג"ד לויט, המשתלבת כאמור, בעדותו של הנאשם רשף, נתן המג"ד לפקודיו הוראה לעשות שימוש בכוח לצורכי ענישה. אין חולק כי השימוש בכוח היה עניין שביום יום, בפעילותה של הפלגה המסייעת. על פי העדויות נראה, כי הדרך בה שלט נא' 2 בנעשה בפלוגתו היתה לקויה ביותר. מפיו של הנאשם למדנו, כי נכנס לתפקידו כממלא מקום זמן קצר לפני פרוץ הארועים הסוערים אותה עת. חוסר ניסיונו של הנאשם, ארועי התקופה, אופיים הבלתי מרוסן, לעיתים, של חייליו. יצרו להתרשמותו בעיות שליטה ופיקוד בפלוגה. הוסף לכך את נטייתם האלימה של מקצת החיילים, כפי שהעידו על כך, עם הזדהותו ודבקותו המוצהרים של נא' 2 באשר לצורך להיפרע מן המתפרעים ונמצאנו למדים, כיצד נתפשת פעילות הפלוגה בקרב רואיה כאכזרית יתר וכזו של "צוות חיסול".

נא' 2 – והדברים באים לידי ביטוי מלא בעדויות פקודיו – אינו כופר כאמור במתן הוראה לשבירת עצמות וכן בשיטת הפעולה שהנהיג להכות בצד מתוך אותם צרכים שתוארו לעיל.

על אף שנא' 2 היה בעל המעמד הבכיר בפלוגתו, הרי שלנוכח המגבלות האובייקטיביות שהיו קשורות בדרך כניסתו לתפקיד, אופי פעילותה של הפלוגה וחייליה ומגבלות השליטה של הנאשם בהם, לא היו ההבדלים היררכיים במסגרת הפלוגתית, חדים ומיושמים דיים. אנשי פלוגתו של נא' 2 שהעידו בפנינו, ובכלל זה, הקצין פוליטי, גורסים חד משמעית, כי נא' 2 הורה את אנשיו לשבור את עצמות המוכים. לאנשי פלוגה זו היה ברור – מה שלא היה ברור כלל לאחרים – כי שבירת העצמות אינה בבחינת תיאור "ציורי" או סגנון דיבור בלתי מחייב. נא' 2 עצמו, באמרתו במצ"ח ואף בעדותו בפנינו, מאשר כי נתן הוראה מפורשת לשבור ידיים ורגליים. טענתו המופיעה באמרה, כי אינו

זוכר אם נתן ההוראה גם בארוע דנן, ממחישה אף היא עשיית שימוש "מושכל" ושיטתי, בדרך של מתן הוראה מגובשת ולא בדרך של התייחסות כוללנית המושמעת אגב אורחא, בשיחות בטלות עם חייליו או מפקדיו.

בעדותו בפנינו טוען נא' 2 כי רק המח"ט איתם, והוא לבדו, נתן את הוראת "השבירה", אלא שטיעונו זה של הנאשם נסתר כאמור ע"י המג"ד לויט, הגורס כי המח"ט איתם לא נתן מעולם הוראה "משימתית" לשבירת עצמות.

נמצאנו למדים, כי הנא' 2 המעיד על כך במסגרת אמירתו ובפנינו, הינו הגורם הפיקודי היחיד המאשר כי נתן הוראה ישירה ממנה למדו חייליו כי עליהם לשבור, ובמפגיע, עצמות המוכים. הנא' 2 ניסה אמנם באחד משלבי עדותו לסייג הדברים ולטעון, כי הסביר לחייליו, כי "שבירת העצמות" הינה אפשרית ומסתברת מן ההכאה, אלא שהדברים אינם מתיישבים עם עדויותיהם החד משמעיות של פקודיו בעניין זה, אמרותיו האחרות של הנאשם בעניין מתן הוראה ישירה ו"מפורשת" והעובדה כי הנאשם מנסה, כאמור, להצטדק ולתלות את מקור ההוראה באחרים.

ב. נותר בנו ספק, אם המג"ד לויט אכן נתן הוראה ישירה ומוגדרת לפקודיו לשבור עצמות המוכים. נאשם זה, גרס כאמור בפנינו, כי לא נתן הוראה מעין זו, טענה המתישבת לכאורה, עם עדותו של נאשם 2 בפנינו.

עדויותיהם של סגן גלר והמ"מ פוליטי, כי המג"ד אכן נתן הוראה מעין זו, אינן חד משמעיות. יתכן כי עדויותיהם מושפעות בעניין זה מהדברים הכלליים שהשמיע המג"ד לעניין האפשרות, כי תשברנה עצמות במהלך פעולות ההכאה.

עם זאת, ניתן לקבוע לאור העדויות ועפ"י עדותו של נא' 1 בפנינו, כי עניין שבירת העצמות, לא נעלם אותה עת מעיניו. הוא היה מודע לאופי הפעילות של הפלוגה המסייעת הנוקטת בכוח ענישתי קשה, לעיתים והעיד כי ידע בפועל על התוצאות הפיזיות של ההכאה, בין היתר בעת שפגועי המכות לא נקלטו במתקני המעצר. כפי שתואר לעיל נמנע המג"ד מלערוך בירור כלשהו לעניין נסיבות הכאתו האנושה, לפי הנטען, של תושב מקומי, ע"י חיילי הפלוגה המסייעת, במקרה נוצראת ואף בעניין הפרשה דנן, ערך הנאשם ברור בלתי ממצה המתפרש יותר כרצון דחוק לצאת ידי חובה. מודעותו של לויט, בין היתר לאור הדיווחים שהוא מקבל, לדרך פעילותה של הפלוגה הכרוכה בהכאה הנועדת להביא לשבירת עצמות המוכים ואי הפסקתה של אותה פעילות, עולה, עקב תפקידו ומעמדו של הנאשם, כדי מתן היתר ואישור להמשיך בה.

אין חולק וגם בעניין זה מעיד המג"ד לויט, כי היה מודע ואף אישר שימוש בכוח בנסיבות מה שמכונה "ההכאה בצד". אישור זה נובע, לדבריו, בראש ובראשונה, מצרכים מבצעיים, דהיינו משום החשש להסתבכותם של החיילים המכים בעימות אליים ומסוכן עם התושבים במקום.

המג"ד לויט גרס בפנינו, כי ההוראה בדבר השימוש בכוח לצורך ענישה ניתנה בנוסח של "מעין כוונה במסגרת של פקודה צבאית..." (עמ' 261 לפרוטוקול), במחצית השנייה של

חודש ינואר, וביצועה, על פי מה שהוא מורה לפקודיו: מכאן ואילך. אלא שבעדויותיהם של שני פקודיו בעלי "תפקידי המפתח" בגדוד, הנאשם רשף, והמ"פ סרן גיא רשף, נסתר כאמור תהליך של "הורדת פקודה" באורח חד משמעי ותחום בזמן, כפי שניתן אולי לפרש את עדותו של לויט. לדברי השניים מדובר בתהליך מזדחל, אולם ברוח, שבו "צומחת" השיטה "מלמטה" מתגבשת לה הכאה ענישתית ובכלל זה, עפ"י עדותו של הנאשם רשף, "ההכאה בצד", המקדימות את כנס שר הבטחון ודברים הנאמרים בו, בהקשר האמור. תמיכה לעדויות אלה, עולה גם מדרך פעולתו של המג"ד וארוע נוצרות המקדים כל הוראה "מגבוה" עת מאשר המג"ד שימוש רב בכוח נגד מתפרעים.

הבדלי הגישות בין 3 פלוגות הגדוד, לגבי דרכי השימוש בכוח, כפי שהדברים באים לידי ביטוי בעדויות שלושת המ"פים, מעידים אף הם, כי אין עוסקים אנו בהליך חד ומתואם שבו מוגדרת משימת הכאה למטרות הנזכרות בעיתוי מסויים שלפניו אין מתקיימת "השיטה", וממנו והלאה היא חיה ושרירה.

נוטים אנו להעדיף עדותו של נא' 2 על פני זו של המג"ד לעניין קביעת ההוראות והתפתחות השימוש בכוח, לאור הראיות שתוארו, התומכות בגרסתו זו ואכן בסופו של דבר, סבור היה גם סגורו של לויט, עו"ד לירן, כי יש לבחון את הדברים באורח המתואר בעדויות שני מפקדי הפלוגות.

75. א. מעצם מהותו של האישום המיוחס לנא' 1, הרי שיש לבדוד ההוראות שנתן המג"ד ל"מישור היחסים" שבינו לנא' 2. באישום המיוחס לנא' 1 מצוין כי: "הורה לפקודיו לעצור חשודים... להרחיקם ממקום המעצר ולהכותם... במטרה לשבור את הגפיים ולשחרר...".

אין חולק כי "הוראת" מפקד לפקודיו לעבור עבירה, הינה בבחינת "שידול" לביצוע עבירה, על פי לשונו של סעיף 26 (3) לחוק העונשין (ראה בעניין זה ע' 279-283/58 – עופר נ' התצ"ר – פרשת "כפר קאסם", בעמ' 403). לחלופין, נתפשת הוראה זו אם עומדת הגנת הצידוק למבצעים כמעשה של ביצוע "עקיף" של העבירה (ראה בעניין זה פרופ' פלר, דיני עונשין (חלק ב') עמ' 207, 232).

עפ"י עדותו של הנאשם רשף, לעניין התגבשות שיטות הפעולה בשיחות המ"פים עם נא' 1, במסגרת הפקת הלקחים היומיומית בשטח, עוד בשלבים המוקדמים של שהיית הגדוד באזור, לא ניתן לתחום "מתן הוראה", בשלבים מוגדרים של זמן או אמירה קונקרטיים. זהו תהליך מתמשך, שבמהלכו ננקט השימוש בכוח, דרך קבע נגד התושבים המקומיים, בנסיבות המתוארות.

במגעיו הרצופים של המג"ד עם פקודיו המ"פים מתיישמים אפוא באישור המג"ד "עקרונות" השימוש בכוח. אין מדובר בהנחיות לגבי פעולה זו או אחרת בשטח שאת עיתויה ומסגרתה המדויקים ניתן לחזות מראש, מטבע הפעילות.

ב. במישור היחסים היחודיים הקיים בין מפקד לפקודו, בראש ובראשונה לאור האפשרות, הניתנת בידי מפקד והנגזרת מההיררכיה והמשמעת בצבא, להורות על שינוי או הפסקת

פעילות זו או אחרת של פקודיו, הרי שניתן לקבוע כי המג"ד לויט הינו בבחינת מי "ששידל" פקודיו לבצע ההוראה הנטענת. גם אם סבר הנאשם רשף כי דרך הפעולה שננקטה הינה זו הרצויה ואולי גם הגה אותה בעצמו והחל ליישמה בשטח קודם לכן, הרי שאת "הדחיפה המכרעת" להמשך הפעילות נתן המג"ד לויט. רוצים אנו לומר, כי גם אם בא הנאשם רשף למג"ד לויט עם תכנון מפורט ויזום בעניין יישום השימוש בכוח וגם אם החל ליישמו בפועל, הרי שבשל אופיים הצבאי של "היחסים" בין השניים מעמדו הבכיר ביותר בגדוד של נא' 1 ומשעה שנתן ברכתו לפעילות נמשכת מעין זו ונמנע, בהמשך מלהפסיקה או לנקוט צעדים אחרים שבסמכותו כדי למנעה, תוך שהוא דן עם הנאשם רשף והמ"פים האחרים בפרטי השימוש בכוח, הרי שהינו בבחינת מי "ששידל" אחר לביצוע המעשה, או כאמור ביצעו בעקיפין.

בע"פ 474/75 סאלם נ' מ"י, פד"י לג' (3), 113 בעמ' 125 נאמר:

"...כאשר יושבים שלושה יחדיו וכל אחד מהם שונא את הקורבן שנאת מוות ואחד מעלה רעיון להורגו והרעיון מתקבל בו במקום ע"י חבריו, ספק... אם יש לראות בראשון משדל בנוסף על היותו אחד מקושרי הקשר. לשון אחר: האם די היה בהעלאת הרעיון ע"י המערער כדי להרשיעו כמשדל או שמא צריך היה להוכיח גם שהצעתו היתה הגורם הממשי אשר הניע את חבריו לבצע את הפשע..."

דברים אלה יפים למסגרת בה לא מתקיימים מלכתחילה יחסי תלות וכפיפיות כפי שהדבר בא לידי ביטוי במסגרת הצבאית ומאופי מעמדם הצבאי של הקשורים "בתכנון" ובהגייית המעשה הקשור, בעיניהם, בפעילות הצבאית. ניתן אפוא לקבוע, כי בנסיבות הצבאיות המתוארות, אכן היה עדיין נא' 2 "...טעון הנעה מנטלית לשם קבלת ההחלטה..." הנקשרת בפעילותו הנמשכת לאורך זמן ביצוע המעשים (ראה בעניין זה פרופ' ש.ז. פלד, "דיני עונשין" חלק ב', בעמ' 230-231).

ג. סבורים אנו בנוסף, כי ההתנהגות המשדלת הביעה "יעוד מוחשי" באורח שהמשדול קבל – "תמונה קונקרטית על מה אשר המשדל מעוניין שיבוצע במערך נתונים קונקרטיים שעשויים להצמיח עבירה פלילית" (פרופ' פלד, שם).

הוראת המג"ד לביצוע פעילות של שימוש בכוח עניינית תוך "הכאה בצד" והעלאת האפשרות הגלומה בפעילות זו, כי תשברנה עצמות, גם אם לא ניתן להגדיר מראש פרטיה המדויקים של אותה פעילות הרי שיש בה, בהוראה, לענייננו, את מידת הקונקרטיות הנדרשת להמחשה עניינית של אותה פעילות. יצוין עוד בהקשר זה, כי עפ"י הראיות שהוצגו תואמה באמצעות גורמי הפיקוד בגדוד, כניסתה של הפלוגה המסייעת, למחנה ביום 7.2.88 לצורך דיכוי הפרות הסדר, פעילות שהיתה צפויה להיות כרוכה, לאור "השיטה" שנהגה אותה עת, גם בהכאה עניינית. עם זאת אין כל חשיבות נוכח דרך התגבשותן של ההוראות בגדוד בחודש ינואר 88, למידת הידיעה מראש של המג"ד לויט את המועד יישומן המדויק.

ד. באשר ליסוד הנפשי בעבירת השידול. לא נדרשת, בהכרח זהות בין היסוד הנפשי שבשידול לדבר עבירה עם היסוד הנפשי המתלווה לביצוע הישיר שלה (ראה בעניין זה

הניתוח שעורך פרופ' פלה, שם בעמ' 236).

אין נפקות המשפיעה על אופי השידול – גם בעבירה "תוצאתית" הטעונה כוונה מיוחדת, אם פעל נא' 1, המפקה, מתוך יחס נפשי של אדישות לתוצאות הפיזיות של ההכאה, הגם שחזה אפשרות התממשותן, זאת בתנאי שהיה מודע כי פקודו נא' 2, המשודל, פועל מתוך רצון להגשמת אותן תוצאות, ידיעה שניתן לקובעה עפ"י חומר הראיות ואופי פעילותו של נא' 2 כפי שהנאשם הכירו עפ"י הראיות בפנינו.

76. א. כפי הנטען ע"י המג"ד לויט, הרי שהוראתו המתגבשת אותה תקופה לפקודיו נושאת עימה היתר לעשיית שימוש בכוח לצורכי ענישה, זאת באמצעות מכות אלה קצובות המוכנות לידיהם ולרגליהם של המוכים. המג"ד נמנע במכוון, לאור הפעילות המורכבת בשטח להגדיר לפקודיו את מיקום ההכאה, מישכה ומידת עוצמתה. עם זאת עלה מדבריו כאמור, כי היתר הכאה מחוץ לאזור ההתפרעות מהטעמים "המבצעיים" שציין. כמו כן ידע, כי עוצמת המכות הינה כזו שהיא מביאה לשבירת עצמות הגפיים. עניין זה עלה במפורש ע"י המג"ד המציין בנוסף, כי ההכאה היתה עלולה אף לגרום למוות. קבענו שההיתר שנתן המג"ד בעניין המשך פעילות זו כמוהו כ"שידול" או ביצוע עקיף לעשותה על התוצאות הנזיקיות העולות ממנה, כפי שפרטנו.

ב. האישור הניתן ע"י המג"ד לעשיית שימוש בכוח, בנסיבות המתוארות אינו שונה בעיקרו, ככל שהבנתו של המג"ד משגת אותה עת, ממהותן של ההוראות הניתנות ע"י גורמי הפיקוד הבכיר: בחטיבה ומעליה. המח"ט איתם, שנוכחותו בשטח הארועים ניכרת, מודע, מכלי ראשון, להלכי הרוח אצל חייליו, חוזה בהתנהגות החיילים ומקבל עליה דיווחים. מגעיו של המח"ט עם המג"דים וכן עם נא' 2, בשיבות מפקדים תכופה אף היא. על פי עדויות קצינים המשרתים אותה עת בחטיבה, שלא מצאנו כל סיבה של ממש לפקפק במהימנותו, משמיע המח"ט אמירות המנוסחות בדרך תקיפה הקוראות את פקודיו – לעיתים תוך פניה לדרג הזוטר ביותר – להכות במתפרעים המקומיים ביד קשה. המח"ט איתם מודע, על פי דבריו, לתוצאות ההכאה ולריבויים של שבורי הגפיים בין התושבים. הוא מחזק ותומך ידי העושים במלאכת ההכאה, תוך ציון מפורש כי התוצאות הפיזיות של ההכאה, הינן טבעיות ואולי אף רצויות. גם המח"ט איתם כדעתו של המג"ד סבור, כי ניתן להרחיק מתפרע ממקום הארוע, ולהכותו, אולם המח"ט כורך השימוש בכוח בהתנהגות העבריינית הנמשכת של המוכה. הוא שולל תכלית השלילה, הכאה "בדם קה, שלא לצורך", אלא שתפישתו זו, הנטענת כאמור ע"י המח"ט משולבת באורח טבעי בעמדתו הכללית, המוצהרת בדיון, כי הכאה לצורך ענישה היתה אסורה.

למרבית הצער אין התנהגותו של המח"ט אותה תקופה, עומדת, לכאורה בקנה אחד עם האיסור, עליו הצהיר בפנינו, לנקוט בכוח ענישתי. על פי עדויות קציני החטיבה, שפורטו על-ידינו לעיל, מורה המח"ט איתם לנקוט סידרה של מעשי עונשין כנגד התושבים המקומיים, חלקם אינו עומד בקנה אחד עם הוראותיה של תחיקת הביטחון. לפי הנטען כרוך המח"ט ישירות גם במעורבות ישירה בהכאה ענישתית של תושבים, במספר מקרים. עדותו של המח"ט בעניין איסור מפורש שהטיל על השימוש במונח "שבירת

עצמות", נסתרת אף היא בעדויותיהם של מספר עדים.

באשר לגורמי הפיקוד הבכיר מעל לחטיבה: מפקד האוגדה וכן אלוף הפיקוד, הרי שהטענות המועלות כלפיהם, גם ע"י המג"ד לויט, מתייחסות דווקא להיעדר פירוט מספק באשר למותר והאסור בדרך יישום ההוראה הכללית. עם זאת, ניתן להסיק על פי מכלול העדויות, כי במסגרת כנסי הפיקוד הבכיר, יכלו המג"ד כמו גם קצינים רבים אחרים שהעידו בפנינו בעניין זה, ללמוד מתגובותיהם של גורמי הפיקוד הבכיר לדיווחים "שעלו מן השטח" ומן הדרך בה סוכמו ישיבות אלה, כי דעתם של מפקד האוגדה ואלוף הפיקוד נוחה למדי באשר לאופי הקשה של השימוש בכוח - ככל ששימוש בכוח זה מביא לתוצאות הרצויות של חיסול ההתפרעויות.

77. נאשם 2 ניסה לשכנענו כי דבק בדרכו של המג"ד בדרך בה יישם ההוראות בפלוגתו. אף הוא אישר לטענתו הכאה ענישתית בגפיים בלבד וכן התיר "הכאה בצד" כדי שלא לסבך חייליו בעימות מיותר עם התושבים. עפ"י מה שקבענו, הורה הנא' 2, חד משמעית, לפקודיו לשבור ידיים ורגליים של המוכים.

עדותו של נא' 2 לקתה בסתירות, לעתים קשות. לא אחת התרשמנו כי ניסה לתאם עדותו עם זו של המג"ד לויט שגם האחרון נותן ידו לעניין זה. הנאשם נכשל בסתירות חמורות ובלתי ניתנות ליישוב באשר למקורה של ההוראה שקיבל לטענתו, הקשורה "בשבירת עצמות" וסופו של דבר שקובעים אנו, כי הוראה ישירה, מעין זו לא ניתנה ע"י איש, לבד מנא' 2. כאמור, כריכת תוצאה פיזית זו כפועל יוצא מן ההכאה הועלתה הן ע"י המג"ד לויט והן ע"י המח"ט איתם. כפי שקבענו, הרי שהמג"ד לויט היה אחראי מכוח "שידול" גם לתוצאת הכאה זו שבוצעה ע"י הנא' 2 וחיילי פלוגתו.

הנא' 2 סותר עצמו גם בעניין יישום ההוראה הגדודית שלא להכות עצורים כבולים. תחילה גרס נא' 2 כי לא נזקק כלל לכבילת המוכים בדרכם ל"אתר ההכאה", ואולם משהועמד מול הגרסאות הסותרות של חייליו וכן זו שלו עצמו באמרתו, הוא משנה טעמו ומנסה בדוחק למצוא "מענה מבצעי" ל"כבילת הביניים". נציין, כי המג"ד לויט מתוך אותו מה שהתרשמנו כרצון מגמתי ל"תיאום עמדות" עם נאשם 2 מוכן "לאשר" בדיעבד, במהלך עדותו בפנינו, את עניין "הכבילה המבצעית", אלא שלאור עדותו, כי לא נתן לעניין זה דעתו בתקופה הרלוונטית, הרי של "אישור" מאוחר זה אין נפקות ראייתית ממשית.

78. א. מעשה של שימוש בכוח המבוצע כנגד אחר, בניגוד לרצונו, טעון כאמור צידוק בדין. צידוק מעין זה, לא נמצא לאחר דחיית טענות הסנגוריה, כאמור. האם עומד לנאשמים פטור מאחריות פלילית מכוחה של החלופה השנייה של הגנה זו?

לסעיף 24 לחוק העונשין תשל"ז, 1977 שעניינו הגנה זו, קובע כדלקמן:

"א. אין אדם נושא באחריות פלילית למעשה או למחדל באחת מאלה:

(1).....

(2) בציות לצו של רשות מוסמכת שהוא חייב על פי הדין לציית לו וזולת אם הצו הוא

בעליל שלא כדין.

ב. השאלה אם צו הוא בעליל שלא כדין היא שאלה שבמשפט "ובהתאמה, סעיף 125 לחוק השיפוט הצבאי:

"לא ישא חייל באחריות פלילית לפי הסעיפים 122, 123 ו-124, אם ברור וגלוי שהפקודה שניתנה לו היא לא חוקית".

טענתם של הנאשמים הינה, כי פעלו תוך ציות להוראה של גורמי הפיקוד הבכיר באזור, המחייבת עשיית שימוש בכוח למטרות ענישה. בבסיס ההוראה עמד הצורך הצבאי הדחוף לחסל את הפרות הסדר שיש בהם כדי לסכן את יסודות השלטון באזור ובד בבד, מציאת שיטה שיהא בה כדי לצמצם השימוש בירי קטלני ולחסוך בחיי אדם. הוראה זו היתה למעשה בבחינת "מדיניות", "שיטה" גלויה לעין ולתקשורת שהכל אימצו ודנו בה. הנאשמים קיבלו חיזוק יום יומי למעשיהם תוך התבוננות בפעולות של יחידות אחרות בשטח שנהגו כמותם והתרשמו כי המפקדים בכל הרמות מודעים ליישום דרכי ההתנהגות "המענישה" ואף מעודדים אותם בהתנהגותם שלהם. אין לדון איפוא, לפי הנטען, בהוראה שהינה בלתי חוקית "בעליל", להיפך, הנסיבות הקשורות במתן ההוראות ויישומן, היה בהן, לכאורה, כדי להקנות להוראה מעטה של חוקיות.

ב. נוכח התפלגות רמתם ומעמדם הפיקודי של הנאשמים, יש לבחון מעשיהם כמקבלי ונותני ההוראות, שלא כבמקשה אחת.

נאשם 1 אמור לקבל מטבע תפקידו פקודותיו והוראות הביצוע מן המח"ט. אלה מועברות על ידו לפקודיו. כך גם נא' 2 מקבל הוראותיו מן המג"ד ומעבירן לפקודיו, נאשמים 3 ו-4. חרף מעמד כפול זה אותו נושא דרג הביניים בקבלת הצו ובנתינתו לפקודיו, הוא נתפש כ-

"... מעמד לוואי משני, אשר נבלע במעמד הראשון אפילו העביר את הצו המקורי, כאשר הוא נותן אותו בשמו הוא... ובלבד שהדרג היה דרג מעביר בלבד, ולא דרג יוזם אבי כל חטאת, רק הדרג הגבוה ביותר בהיררכיה הפועלת בתחום שיוזם את הצו הוא במעמד של נותן הצו..." (פרופ' פלר "צו בעליל שלא כדין השולל את סייג הצידוק" שם, עמ' 243).

כפי שניתן להבין מדברים קודמים שאמרנו בעניין זה, הרי שהשתכנענו כי הנאשמים אכן היו חדורי מחשבה ואמונה, כי שימוש בכוח גם אם הינו למטרת עונשין, מותר ע"י כל. דרך הפעילות של הכוחות הצבאיים באותם ימים, הזיקה שנוצרה בין פעילות היחידה לפעילות יחידות אחרות בשטח, המגעים התכופים של הנאשמים 1 ו-2 עם גורמים פיקודיים שמעליהם בתוך החטיבה ומחוצה לה, יכלו לטעות את ההנחה והתחושה, כי ההוראה שניתנה – כרוחה בוודאי, וכלשונה – לפחות מחמת טעותם הכנה והסבירה, לאור מה שהובהר לעיל, אכן מאפשרת שימוש ענישתי בכוח.

נאשמים 3 ו-4 פועלים ומקבלים הוראותיהם במסגרת המצומצמת של הפלוגה ולכל

היותה, של הגדוד, "סופגים" מידי יום ביומו הוראותיו של נא' 2, הבאות לידי ביטוי גם בהתנהגותו הממחישה הכאה החלטית לצורך ענישה.

ג. פסק-הדין שניתן ב-279-283/58/ע, לפני למעלה משלוש עשרות שנים-כוחו וחיוניותו נשמרים עימו להתווית נורמות הבסיס שבהגנת הצידוק. "שביל הזהב", המותווה מאז לפתרון הבעיה המתעוררת:

"... כל אימת שאדם עושה מעשה האסור על פי איסורי המשפט הפלילי בצייתו לצו שניתן לו ע"י רשות מוסמכת שהוא חייב לציית לה על פי חוק... קורא לעזרה את הרגשת החוקיות הצפונה במעמקי מצפוננו של כל אדם באשר הוא אדם, אף אם אינו בקיא בספר החוקים...".

פתרון זה מתמצה לענייננו, במבחנו של סעיף 24 לחוק העונשין הדין בהיעדר חוקיותו, "בעליל" של הצו הניתן- מבחנו של "הדגל השחור" המתנוסס מעל הצו.

סימני ההיכר של הפקודה הבלתי חוקית בעליל, מוגדרים בפסק הדין, כ-"הפרת חוק גלויה ומובהקת, אי חוקיות וודאית והכרחית המופיעה על פני הפקודה עצמה, אופי פלילי ברור של הפקודה או מעשים שהפקודה מצווה לעשותם... זוהי מידת אי החוקיות "בעליל" הדרושה כדי לבטל את חובת הציות...".

נוכח חובת הציות המוטלת "נמחלת" למבצעי הפקודה אי ידיעת החוק בתנאי כאמור שאי החוקיות אינה גלויה על פניה. הוראות החוק הקובעות את הגנת הצידוק:

"... מטילות אחריות מוסרית ומשפטית על כל חייל בלי הבדלי דרגה, דבר זה גורם לכך שמפקד בכל דרג חייב לשקול את מוסריות הפקודה הניתנת על ידו וגם את חוקיותה... סעיפים אלה מחייבים קודם כל את המפקדים ככל שדרגתם גבוהה יותר, להשקיע מחשבה במתן פקודותיהם... כדי... שלא תגרומנה למעשים בלתי חוקיים ובלתי מוסריים...", עניין "ההולם במלואו את דרישותיה של מדינה... המושתתת על שלטון החוק...".

נקבע, כי קנה המידה לבירור שאלת אי חוקיותו "בעליל" של הצו הינו אובייקטיבי: "אין צורך להוכיח כי בשעת המעשה היה ברור וגלוי לנאשם שהפקודה היא בלתי חוקית, אלא שבית הדין צריך להיות משוכנע שהפקודה היתה בלתי חוקית באופן ברור וגלוי לעיני אדם בעל תבונה ממוצעת...".

זהו מבחנו של "האדם הסביר":

"...השאלה המשפטית היא איפוא, אם באספקלריה של הנאשם שהיא בהחלט אישית ושונה לגבי כל נאשם ונאשם היתה אי חוקיותה של הפקודה הנתונה ברורה וגלויה, לא בעיני הנאשם, אלא בעיני "חייל סביר" (מג"ד סביר, מ"מ סביר, מ"כ סביר, טוראי סביר - הכל לפי העניין) במקומו של הנאשם".

ד. לאחרונה, נמתחה ביקורת ממשית על אותה תפישה, הגורסת בחינת מהותו של הצו, באורח בלעדי, דרך מבחנו של "האדם הסביר", יציר הגיגיה של הפסיקה.

במאמרו הנ"ל גורס הפרופ' פלר, כי "עלילותו" של הצו, עניינו "למישור המנטלי", דהיינו, כזה ש"אי חוקיותו... בת איתור באורח חד משמעי, כמו שהיא, ע"י מי שנתקל בה, ובת קליטה בהכרתו ככזאת. זהו גם השילוב של סימן הייחוד של התנאי במישור המנטלי, בסימן הייחוד האחר שלו במישור העובדתי: מודעות חד משמעית לפסול הנורמטיבי של המעשה שבו צריך לממש את הצו. "קליטתה של "סגולת אי החוקיות" עשויה להימדד באמת מידה כמותית" ולפיכך, אין בה תוכן מהותי במיוחד.

"... הפועל היוצא מכך הוא שסימן הייחוד "בעליל"... אינו יכול להיות מותנה, לא בסוג העבירה שבעשייתה היה מותנה מילוי הצו, לא במשקל הערך החברתי שנפגע בעשייתה ולא בחומרה הקונקרטית של עבירה זו. הוא מותנה אך ורק במידת קליטתה של אי חוקיות הצו בהכרתו של הפרט - נקלטה אי החוקיות באורח ברור וגלוי, אזי הצו הוא בעליל שלא כדין".

פרופ' פלר מסווג את היחס ההכרתי לטיבו של הצו באחד מאלה: חוסר מודעות מוחלט לאי החוקיות, או מודעות שאינה חד משמעית לאפשרות זו, דהיינו חוסר וודאות לעניין אי החוקיות, ושלישית, "באורח ברור וגלוי דווקא" את אי החוקיות של הצו. במצב דברים כזה כאשר הצו "נקלט בהכרתו של המבצע באורח חד משמעי כבלתי חוקי" תיבחן מידת חוקיותו של הצו ע"פ "המבחן האישי כמבחן טבעי בדיני נפשות".

המבחן האובייקטיבי יחול איפוא, רק "... אם דבר אי חוקיות הצו השתמע לשתי פנים בהכרתו של מי שהוציאו אל הפועל, או לא נקלט בה כלל".

ביטוי מסויים, וחריג בפסיקה הקיימת, להחלת "המבחן האישי" נמצא בע/264/84 (אלקובי נ' התצ"ר), שם נשללה הגנת הצידוק מן המערער, "...שפיו...ענה בו כי ידוע ידע - למן שלב מסויים של הביצוע - שמפקדו משתף אותו במעשה בלתי חוקי...".

על פסק דין זה נמתחה ביקורת מסויימת ברשימתו של פרופ' קרמניצר - "סייג הצידוק, לפי סעיף 24 (א) (2) לחוק העונשין" (משפטים ט"ו, עמ' 496), לפיה, ספק אם "המבחן האישי" נותן ביטוי מספיק לצורכי הצבא ובמילים אחרות, אם המודעות בפועל לאופיה הבלתי חוקי של הפקודה ולפיכך הימנעות מציות לה, אין בהן כדי לשלול במקרים רבים, ובמיוחד שמדובר בפעילות הקשורה במסגרת הצבאית, את האינטרס החברתי, הבטחוני וכיו"ב, המחייב דווקא את ביצוע ההוראה.

ה. שאלות נוספות הנגזרות מן האמור, אם ה"עלילות" היא בעצם מבחן ראייתי למודעות בפועל או בכוח של המבצע או שמא היא נועדה להצביע על אופי מהותי של אי החוקיות.

"...אם המדובר באפיון מהותי, מהו אותו אפיון של אי החוקיות... שבשלו מוסר סייג הצידוק: אנטי חוקיות פורמלית, או אנטי מוסריות? האם מה שקובע הוא אופייה הכולל לעין, הברור והגלוי של אי החוקיות והאופי הבלתי מוסרי של המעשה הוא אינדיקציה בלבד לכך, או שמא הקובע הוא אופיו האנטי מוסרי של המעשה, ואי חוקיות פורמלית בולטת משמשת אינדיקציה לכך?"

(פרופ' קרמניצר, שם)

במאמרו הנ"ל של פרופ' פלר וכן במאמר אחר שהתפרסם בימים אלה "פסק הדין בפרשת כפר קאסם, מבחן הדגל השחור והמושג של פקודה בלתי חוקית בעליל" (פרופ' עדי פרוש, עיוני משפט ט"ו (2), עמ' 245-272), מביעים שני המלומדים את דעתם הנחרצת, כי אופיו הבלתי מוסרי של המעשים מהווה רק אחד מן המבחנים לבחינת אי חוקיותו של הצו. פרופ' פרוש:

"... קול המצפון... אינו כשלעצמו אמת מידה לחוקיותן או אי חוקיותן של פקודות... טענתי היא גם בסוגיה של גבולות הציות לפקודה, כמו בסוגיות רבות אחרות החוק והמצפון אינם מדברים בהכרח בקול אחד..." ובהמשך: "... שאלת מוסריותה של פקודה אינה כשלעצמה בסיס מספיק או הכרחי להתמודדות עם השאלה, אם הפקודה היא בלתי חוקית בעליל".

פרופ' פלר מציין, כי האנטי מוסריות שבעבירה הינה בגדר "מבחן קוואיסיטי" בלבד. "...אי חוקיות הצו היא בעליל בכך שהיא ברורה וגלויה בעיני מקבל הצו ותו לא. ותהיה חומרת העבירה שנעברה אגב מילוי הצו, או חומרת התגובה המצפונית של אדם מן היישוב נוכח מילוי הצו, אשר תהיה.

לדעתנו אין צורך בשום מבחן מסנן מתחום המוסריות... הערך של שלטון החוק ידו על העליונה ללא כל שיקולים מתחום המוסריות... צירוף מבחן נוסף של אנטי מוסריות מובהקת... תוספת מבחן כזו עשויה לפגוע קשות בערך החברתי של שלטון החוק בחיי היום יום ודווקא במקרים שבהם אין המשמעת צריכה להיות עיוורת..."

לפי שיטתו זו סבור פרופ' פלר, כי הפקודה שניתנה בפרשת כפר קאסם (וכן זו שהתבררה בתיק דר/248/88, שעובדותיו דומות במידה רבה לעובדות שהתבררו בפנינו), אופיינה, אמנם, באנטי מוסריות מובהקת נוכח הפגיעה שנשאה עימה לחיי אדם ושלמות גופו, אלא שאין במקרה האקראי שנדון בפרשת כפר קאסם ושעל בסיסו צמח מבחן האנטי מוסריות כמבחן עיקרי, אם לא בלעדי, כדי לסתור את ההנחה "המתבקשת מאליה", כי פקודה עלולה להיות בעליל שלא כדין:

"...גם כאשר מדובר בפגיעה בערך חברתי מוגן ע"י החוק הפלילי, שאינו דווקא חיי אדם או שלמות גופו, כך גם אין זה הכרחי שהצווים והמעשים יהיו בעלי אופי מזעזע מבחינה מוסרית".

1. בע/279-283/58 מונה בית הדין הצבאי לערעורים מספר גורמים שניתן להביאם בחשבון כדי לבחון מידת אי חוקיותה של הפקודה: דרגתם הצבאית של נותן הפקודה ושל מקבל הפקודה והבדלי הדרגות שביניהם, האם היה למקבל הפקודה יסוד סביר להאמין שלמפקדו טעמים טובים, על פי חוק למתן הפקודה, האם היתה למקבל הפקודה שהות לברר לעצמו אם הפקודה היא חוקית, אם ניתנה הפקודה "בימים כתיקונם" או בשעת חירום מיוחדת, האם היה למקבל הפקודה יסוד לחשוד שהוא עצמו "סבול מוות או נזק גופני חמור אם יסרב למלא את הפקודה וחשש זה פגם את יכולתו לברר לעצמו אם הפקודה היא חוקית..."

בצ/264/84 הועלתה אפשרות ליישומו של מבחן נוסף, דהיינו אם הפקודה מתייחסת "לפעולה כלשהיא בתוככי המסגרת הצבאית" או למטרה הנחזית להיות "כמטרה צבאית".

כפי שנקבע, לא אחת, עומדת לזכותו של הנאשם כל טעות עובדתית כנה וסבירה שהביאה אותו למילוי הפקודה, כאילו קיים היה מצב העובדות כפי שנראה בעיניו עקב אותה טעות.

79. אין ספק ולא יכול להיות ספק, כי ההוראה אותה נתן המג"ד לויט לפקודיו הנוגעת ליישום הכאה בדרך של ענישה, הינה בבחינת הוראה בלתי חוקית בעליל. אסור היה לתיתה ואסור היה למלאה.

אם הנחת הנאשם, הנחה שבטעות, שאינה משוללת כנות וסבירות, כי נצטווה לבצע הוראה זו ע"י מפקדיו, הרי שנוכח אופיה הבלתי חוקי בעליל של ההוראה אסור היה המג"ד לויט במילויה וממילא בהעברתה, כדרג ביניים, לצורך ביצועה ע"י פקודיו.

גם אם לא היתה נהירה לנאשם עובדת היותה של הפקודה משוללת בסיס שבדין, הרי שעל פי עדותו שלו היה ברור לו, באופן חד משמעי, הצורך המידי לסייג את הפקודה באורח שיסולקו ממנה מרכיבי ביצוע אפשריים העלולים לשוות ליישומה אופי בלתי אנושי. כך איפוא, דואג הנאשם לטענתו, לוודא, בדרכים ובהוראות יישום שונות, כי ההכאה לצורך ענישה לא תהפוך להתעללות או להתנהגות בעלת אופי "סאדיסטי", כהגדרתו. במילים אחרות, נראה "בעליל", כי גם על פי תפישתו הסובייקטיבית המוצהרת, חש הנאשם במה שמצווה לחוש כל בן אנוש, לעניין קיומה של חובת העל הטבעית, לשמור, ככל הניתן, על הערך העליון של שלמות הגוף וקדושת חיי האדם. המג"ד מקבל מסביבתו לא מעט "חזיוקים" שיש בהם כדי לאשש הצורך הטבעי לחוס, ככל הניתן על אותם תושבים הנתונים למרותו. שני פקודיו של המג"ד המ"פים גיא רשף ודן שחם נוקטים בדרך מאופקת ואחראית, יחסית. בפלוגות אלה אין נשברות עצמות, לא מתוך תכנון יזום ולא מתוך עצימת עיניים. באחת משתי הפלוגות אין מכים לצורך ענישה ואילו בשנייה עושים זאת באורח מינימלי ביותר (עניין פסול לכשעצמו), ולא כשיטה מתפתחת של הכאה יזומה במקום מבודד. בצד אותם מפקדים הקוראים למדיניות של יד קשה, גם אם הדבר כרוך במעשי ענישה בלתי חוקיים, יש אחרים הגורסים אחרת, הסבורים ש"הכאה בצד" נושאת אופי של פעילות עבריינית. קיימות גם הבעות סלידה וקושי מביצוע של הכאה ענישתית יזומה.

הנאשם, קצין בעל מעמד פיקודי בכיר, שאחריות כבדה מוטלת על כתפיו, אינו פועל בתחום צר של קבלת הוראות ויישומן. תחום שיקול הדעת המוענק לו הינו בלתי מוגבל כמעט. איש אינו מבקר את דרכי המימוש של השימוש בכוח, ובלבד שיביא לתוצאה המקווה של השבת הסדר על כנו. שיקול הדעת אותו אמור להפעיל המג"ד ניזון, בין היתר, לא רק מאותן השקפות הסוברות כי יש להשתמש בכוח בכל תנאי, אלא גם במאותן השקפות הגורסות אחרת.

מידת יכולתו של הנאשם להפעיל שיקול דעת עצמאי בא לידי ביטוי, בעליל, בכך שהוא קורא, לטענתו, תגר, במידה מסויימת, על המח"ט, הנוקט בקו פעולה שאינו לרוחו של הנאשם. תגובתו זו של המג"ד קשורה, ככל הנראה, עם הצהרותיו בעניין זה של המ"פ, גיא רשף, החולק אף הוא על דרכו של המח"ט. נראה איפוא, כי בשל אופיין של ההוראות ודרכי יישומן, הנוגעות

בבסיסן בפסול הטבוע בהן, אין מהסס המג"ד להתעלם מדרישות המשמעת הצבאית בעניין זה, עובדה המעמידה בספק רב, בד בבד, את נכונות טענתו לעניין משמעת צייתנית לצווי הביצוע אותם קיבל ממפקדיו.

הנאשם יכול לברור דרך פעולה אחת או יותר, מתוך מגוון דרכים לגיטימיות המסורות בידיו והנגזרות מאופיין המשתנה של הפרות הסדר. הנאשם מותר בשימוש בכוח שעוצמתו עומדת ביחס ישיר לעוצמתן של הפרות הסדר ולפיכך, גם כוח ניכר עשוי לעמוד במבחן הסבירות הנדרשת. אין לשכוח, כי ככל שהכוח הצבאי באזור נתון למאבק נמשך בהפרות סדר בעלות עוצמה לא מוכרת עד כה, הרי שלא ניתן לגרוס ולא נשמעה על כך כל עדות, כי מצב האירועים יוצא משליטת הצבא. הנאשם מודע, כל העת להזרמה ניכרת של כוחות צבאים לאזור ולאפשרות הקיימת לתגברם ככל שיידרש. במועד בו עוסק כתב האישום, בחלוף מספר שבועות לשהייתו של הנאשם באזור, הרי שהנאשם צובר לו מידה של נסיון ובטחון, ואם בשלב הראשון חש הנאשם כמי שמצוי במצב של איבוד עשתונות מסויים, הרי שעם שוך גלי ההתפרעויות הראשונים, ניתן לנאשם זמן למכביר להרהר, שוב ושוב, באופי הפקודות הניתנות ולעמוד על מידת אי חוקיותן.

חרף האמור, בוחר הנאשם לעשות רק מקצתה של הדרך ל"ריכוך" ההוראה העונשית הכללית. בדרכו האינטואיטיבית, ומתוך אותם סייגים הנגזרים מהשקפת עולמו האישית פועל הנאשם רק באורח חלקי להגשמת ההגנה על אותו ערך עליון של שלמות הגוף. אין הוא מתיר הכאה באיברים רגישים, הכאת כבולים או הכאה של קבוצות אוכלוסיה המגודרות כחלשות. עם זאת, מניח הנאשם לחייליו להכות את אותם תושבים הנמנים עם קבוצות הגיל והאוכלוסיה "בנות ההכאה" בדרך קשה ביותר, באמצעות אלה ובאורח שיש בו כדי להביא לשבירת עצמות. עצם נטילת ה"זכות" לענוש, לא רק שהינה אסורה עפ"י הדין המקנה סמכויות הענישה לרשות השופטת, אלא שהדרך שהתווה הנאשם למימוש הענישה, דהיינו, הכאתו הקשה עד כדי שבירת עצמות גפיים של מי שחדל מפעילותו האסורה והוא "עצור" או "מעוכב" ונתון לחלוטין לשיבטו או לחסדו של כוח בן מספר חיילים, אינה עולה בשום אופן בקנה אחד עם נורמות מוסר והתנהגות חוקית אלמנטרית הננקטות במדינת חוק. אי חוקיותה ואי מוסריותה של ההוראה שלובות זו בזו עד שלא ניתן להפרידן.

80. עניינה של ההוראה להכאה ענישתית נידון, לאחרונה בשלושה פסקי דין שימצאו תחת ידן של הערכאות הצבאיות.

בתיק דר/248/88 הנ"ל, נידון היתר שניתן לחיילים לעשות שימוש בכוח לצרכי ענישה, בנסיבות הדומות לענייננו. בית הדין שם מגיע למסקנה, כי פקודה המאשרת שימוש בכוח דומה כנגד מי שנתפס ומוחק ביד החיילים, הינה אכן בלתי חוקית בעליל.

בתיק צפ/556/88 (פרשת "טראזי" הנ"ל), אף הוא דן בהכאה ענישתית, כמתואר לעיל סבור בית הדין, כי לא-...יהא זה ראוי להעמיס על כתפיו של המ"מ הצעיר בצבא, (הנאשם בתיק) הוא ולא אחר, את העול הכבד של בחינת הפקודה....

אלא שבית הדין הבוחן את אותה פקודה סבור, כי הסייגים הסירו מימד של אכזריות וחוסר

אנושיות מהפקודה..." ולפיכך, לא ניתן לקבוע בהכרח, כי הפקודה המתירה שימוש בכוח לצרכי ענישה, בנסיבות אלה, הינה בלתי חוקית על פניה.

ככל שחולקים אנו, באורח עקרוני, על עמדתו זו של ביה"ד האחר, הרי שלא יהיה זה למותר לציין, כי ניתן להבין מקריאת פסק הדין, כי ניתן משקל של ממש לעובדה שנקבעה, כי הכוח שננקט באותו אירוע שנידון בפסק הדין, התבצע "במתינות ראויה - תוך שימת לב לשמירת שלמות גופו..." של המוכה.

ב-90/86/ע (סגן יהונתן רגב נ' התצ"ר) נידונה מידת חוקיותה של פעולה עונשית - ירי בגלגלי מכוניות של תושבים באזור יו"ש - שביצע המערער, על פי הוראות מפקדו, המג"ה, לאחר הפרת עוצר מופגנת מצב התושבים. הירי בוצע לצורך הרתעה והיה אסור על פי הוראות הפתיחה באש הנוהגות. בית הדין שהחליט לזכות את הנאשם, קבע כי עומדת לו הגנת הצידוק:

"...לא כל פעולת עונשין הינה בלתי חוקית "בעליל" והכל מותנה בנסיבות העניין. אין אנו מוכנים לקבל כי בנסיבות המקרה כפי שתוארו לעיל, יש באופייה העונשי של הפעילות בה הצטווה המערער לנקוט כדי להפכה לפעילות "המקוממת את הלב ודוקרת את העין" וכי כמוה כדגל שחור הזועק "אסור"."

מטבע מהותה של הפעילות העונשית שנידונה בע/90/86 הנ"ל שכוונה כנגד הרכוש, עניין שהיה בו כדי לטשטש, מבחינתו של מבצע ההוראה, את אופיה הבלתי חוקי. פעולת העונשין שנגולה בפנינו, מהותה פגיעה חמורה בגוף והיא שונה בתכלית מהעובדות שנידונו בערעור הנ"ל, ולפיכך ההכרעה שם, אינה ישימה לענייננו.

81. טענתם של הסנגורים היתה, כי לאחר שהפקודה העונשית הותוותה, לכאורה, במסגרת של "מדיניות" הננקטת מגבוה, והכל עסקו ביישומה, אין לבוא בטרוניה אל הנאשמים, יהא מעמדם אשר יהא, על כי כושרם להבחין בין מותר לאסור, עומעם ובוודאי שלא יכלו להבחין, כי מצוי בפניהם צו שאינו חוקי בעליל.

לעניין זה נדרש פרופ' פלד במאמרו הנ"ל:

"השאלה הבסיסית היא איפוא, אם ובאיזה מידה היה במדיניות האמורה כדי ליצור מעין מסך מאפיל, כליל או חלקית, על אי החוקיות של הפקודות שבהן היא מצאה את ביטויה, בעיני אלה המופקדים על ביצועה, או בעיני אדם סביר בנעליהם... האם אין במדיניות כאמור כדי ליצור מגמה לקונפורמיזם כלשהו, כללי יותר המשכיח את הדין האמיתי... או שמא ניתן לגרוס, כי דווקא השיגרה וההתמדה עשויות לספק לחוליה המבצעת את אורח הרוח המאפשר שקילה מיושבת של מערכת הנהלים מטעם, וגילוי ביתר קלות של אי החוקיות המובהקת על מלוא מערומיה? וזאת בהבדל מפקודה בלתי חוקית, ספוראדית ופתאומית המחייבת מילוי ללא דיחוי...".

והמסקנה:

"...חובתו של אדם שמצווה לבצע צו שהוא בעליל שלא כדין, לסרב לציות לצו, אף כשהצו זוכה לגיבוי במדיניותו המתנכרת לחוק של המימסד..." (ראה עמ' 243-240).

יצוין, כי גם דעתו של הפרופ' פרוש דומה:

"... למרות שאין להמעיט במשקלה של עובדה זו, (לעניין המדיניות-ביה"ד) נראה לי, כי יש להתחשב במשקל הלא מבוטל שלה בשלב של גזר הדין ולא בשלב של פסק הדין. אין ספק שאחריותם של נותני הפקודה כבדה יותר מאחריותם של אלה שביצעו אותה, אך סוגיית היחס אל נותני הפקודה, היא סוגיה נפרדת. גם העובדה שהפקודה שבה מדובר בוצעה הלכה למעשה בשטח, לא רק ע"י החיילים שהועמדו לדין, אלא גם ע"י חיילים לא מעטים אחרים, אינה עובדה מכרעת בהקשר הנידון..." (ראה עמ' 270).

ואכן, לאחרונה, בבג"צ 425/98 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' פצ"ר (טרם פורסם), ניתנת הדעת לטענת "הערפול", בהקשר דומה, בהערתו של כב' השופט בייסקי:

"האם ניתן לדבר כלל על "אי בהירות" ו"ערפול" כאשר מדובר בהוראה להוציא אנשים מביתם, לכבול ידיהם ולחסום פיהם, להכות בהם באלות כדי לשכור ידיהם ורגליהם? איזו אי בהירות יכולה להיות קיימת כלפי פקודה בלתי חוקית בעליל מסוג כזה..."

על פי קביעתנו, ניתן לסבור, כי המג"ד לויט, לא היה ער למלוא אי חוקיותה של הפקודה. לא ניתן להחיל עליו את "מבחן האיש" גם לשיטתם של אלה הסוברים כי, עקרונית, ניתן להחילו. אלא שנראה שגם לשיטתו של המג"ד לויט, ניבעו באותו "מסך מאפיל" די פרצות באורח שהיה בהם כדי להאיר את מידת הקיצוניות והפסול השורשי הטבוע ביסוד ההוראה על אורח יישומה כפי שהובהר לעיל. אין מדובר רק במה שאמור היה "מג"ד סביר" להבין, אלא כפי שפיו של הנאשם ענה בו, מצוי היה הוא ב"תחום הדמדומים" שבין ידיעה ברורה והחלטית את מידת אי החוקיות של ההוראה לבין ערפל חוסר ידיעתה המוחלט. הנאשם, לאור מה שתואר, אמור היה לקרוא את אי חוקיותה הגלויה והברורה של הפקודה ולזהות באמצעות כלי האבחון האחרים שבידו – ולא רק באורח חלקי כפי שהדברים נעשו בפועל, גם את אי מוסריותה הבולטת, את ה"דגל השחור" המתנוסס מעליה.

82. א. הגנת הצידוק אינה עומדת גם לנאשמים 2, 3 ו-4.

אכן, כי ככל שזוטר יותר מעמדו בסולם הפיקודי של מבצע ההוראה, כך צפוי כי מעמדו הבכיר בהיררכיה הפיקודית של נותני ההוראה וה"מדיניות" הכוללת הננקטת, ישפיעו על ערפול גובר לעניין התפישה של מידת אי החוקיות שבהוראה. עם זאת, סבורים אנו, כפי שכבר צוין, כי המ"פ, נא' 2, המודע, לדבריו, לסיכון הכרוך בהכאת יתר, והנאשמים 3 ו-4 חיילים ותיקים, הערים לפחות לחילוקי הדעות בגדוד לעניין המותר והאסור שביישום כוח ענישתי ואינם בבחינת "לוח חלק" באשר לידיעה קונקרטית מסוימת של האיסור הטבעי הכרוך בפעולה זו, אינם פטורים אף הם מן החובה האובייקטיבית להבין את מידת אי חוקיותה הקיצונית של הפקודה והדרך המזעזעת של יישומה.

די, אם נשווה לנגד עינינו את החיזיון הקשה העולה מן העדויות, לפיו, בחורשה מבודדת, ובאין רואה, מקיפה קבוצה של כ-15 חיילים בראשותו של נא' 2, את שני הצעירים המקומיים המוטלים על הארץ במצב של חוסר אונים מוחלט, כשהחיילים מנחיתים עליהם מכל עבר, מי באלתו, מי בידי ובאגרופיו, ומי ברגליו, מכות ומהלומות, כל זאת

במטרה לשבור עצמותיהם.

משנדרשים השניים, לעמוד על רגליהם, פעולה המצריכה מאמץ ניכר, עקב מצבם הגופני הקשה, נמצא לנכון, דווקא בשלב זה, כך סוברים נאשמים 2 ו-3, לסטור בעוצמה לא מבוטלת, בפניהם של המוכים כדי להחדיר במוחם פרק נוסף של ציות וכיבוד שלטון החוק.

הוסף לכך את העובדה, כי השניים מוכים בצורה לא קלה במהלך תפיסתם הראשונית בבית ומאוחר יותר מוכה, לפחות אחד מהם, העד חאלה, גם במהלך הסעתו בג'יפ לעבר אותה חורשה. הוסף לכך את טענתו המהימנה עלינו של חאלה, כי המכות נחתות על גופו בשעה שהוא כבול באזיקים, עניין המתאשר ע"י נא' 4 לפחות לגבי שלב הנסיעה בג'יפ, ומוכחש, בחצי פה, בעדותו, הנגועה בסתירות קשות לעניין זה, מצידו של נא' 2.

תהא אפוא, "מדיניות המכות" אשר תהא, תהייה הטענות לגבי עוביו של מסך הערפל האופף את חוקיות הפקודה אשר תהייה. אין מעלים אנו בדעתנו, כי ניתן לקבוע מן הבחינה האובייקטיבית כי מעורבותם של הנאשמים באירוע מעורר חלחלה זה, עשויה להיתפש כפעולה שמידת אי חוקיותה שנויה במחלוקת. שום אדם בר דעת הצופה באירוע ממין זה אינו יכול להניח, כי קיימות נסיבות כלשהן העשויות להקנות לגיטימציה למעשים אלה. בד בבד, קשה להאמין, כי גם מן הבחינה הסובייקטיבית סברו נאשמים אלה, הנוטלים חלק באירוע, כי הם באים, על פי תומם, למלא אחר הוראות צו מפקדם כשעניניהם טחות מלהבחין בפסול המוסרי, הקיצוני, הטבוע במעשה.

בעניין זה יודגש כי לאחר בחינת הראיות ועדויות הנאשמים הרי שלא ניתן שלא להבחין, כי הנאשמים 2,3 ו-4, נמנו עם אותם חיילים שעסקו במעשה ההכאה מתוך רצון ובהתלהבות מרובה. נא' 3 מוצא לנכון גם למתוח ביקורת חלקית על אלה הבוחרים להסתייג מן המעשים.

מטבען של נסיבות ההכאה שלא כל החיילים יכלו להשתתף בה. קיימות מגבלות אובייקטיביות הקשורות באפשרות גישתם של למעלה ממניין החיילים, בו בזמן, לגופם המוטל של המוכים. די, אם במעשה זה השתתפו מקצת מן החיילים. הן הנא' 3, הן הנא' 4 ואולי גם הנא' 2, על פי עדותו משתתפים בפועל בהכאה בשלב זה או אחר שלה, (כאשר הם יכולים להימנע ממנה, אם רצו בכך), לאור העובדה, כי במקום מצויים חיילים רבים, נוכח היקפו הגדול, יחסית, של הכוח הנוטל חלק באירועים, אותו יום. "תרומתם" של הנאשמים לאירוע, כאשר נא' 4 נוטל חלק בהכאה, כאמור גם במהלך הנסיעה בג'יפ, ונא' 3 משתתף בהכאה לפחות בשלב האחרון של האירוע, כאשר המוכים אינם מסוגלים כמעט לעמוד על רגליהם, יש בה כדי ללמד על מידת הענותם ליטול חלק כשותפים באירוע.

ב. הנאשמים 2, 3, ו-4 אינם יכולים לחסות בצל הגנת הצידוק גם מן הטעם הפשוט לפיו, לא מילאו למעשה כל "הוראת" ביצוע, או לפחות לא עמדו במסגרתן של אותה הוראות שמכוון פעלו, לטענתם. הסטייה מן ההוראות נוגעת לכמה תחומים. ראשית אין מדובר

עוד ב"מנת מכות" אחת ויחידה, הנועדת ללמד לקח. עניין לנו בנקיטת אלימות לשמה המתבצעת, כאמור, במספר שלבים, כאשר אף בשלב הראשון ה"לגיטימי" לכאורה, נעשה שימוש בכוח בלתי סביר, לכאורה, עפ"י העדויות, כדי להביא לתפיסתם של השניים. המטעם "המבצעי" האמור לעמוד ביסוד "ההכאה בצד" אינו מתקיים למעשה. לא הובאה ראיה ממשית, כי החיילים נתונים היו בסיכון מיוחד, הם מתמהמהים בבית פרק זמן מסוים, ולבסוף אף טורחים להעמיד את תושבי המחנה על עובדת הימצאותם של המוכים בג'פים, כפי שמתאר חאלד. סביר להניח, כי נוכח העובדה שמדובר בכוח צבאי מתוגבר הרי שהנאשמים לא חששו במהלך הארוע מעימות של ממש עם התושבים המקומיים. לא הועלה בפנינו, כל טעם של ממש שיצדיק למעשה הימנעות מהכאה "חפוזה" בבית או בסביבתו המיידית באמצעות "מנה מוגבלת" של מכות אלה ברוח ההוראה שהנאשמים קיבלו לטענתם.

נראה אפוא, כי מדובר היה בפעולה שרירותית שביסודה הרצון להרחיק את המוכים מסביבתם, כדי להיפרע מהם בדרך של שימוש בכוח פיזי קשה. עניין לנו ב"שליפתם" של המוכים מביתם, לא משום התפתחותה של מהומה מסכנת, אלא משום הרצון לממש אפשרות נוחה להכות בשניים בדרך קשה המתוכננת מראש.

פעולת הכבילה האמורה להינקט עפ"י ההוראות, לצורך מעצה, מתבצעת למעשה לצורך מימוש ההכאה. הנימוק "המבצעי", הינו נימוק דחוק ותצוין בעניין זה עדותו של נא' 2, הגורס תחילה, כי אין חשש לבחירת העצור הלכוד במרווח צר בין שלושת נוסעי הג'יפ. ההוראה שניתנה לחאלד לעורר בקול תשומת ליבם של תושבי המחנה במהלך הנסיעה, אינה מתיישבת אף היא עם חשש "מבצעי" מיוחד, או תחושה כלשהיא, כי קיים סיכון לבריחתו של העצור.

ההכאה מתבצעת כאמור, גם תוך כדי כבילה, אליבא דעדויות של נא' 4, עניין המהווה סטייה חמורה מן ההוראות. וההכאה אינה מצטמצמת כנטען, לגפיים בלבד, המכות הן "מגוונות" ואינן מבחינות דווקא בין הגפיים לאיברים ה"רגישים" יותר, כך עולה מן העדויות ובכלל זה, מן הממצאים הרפואיים.

העולה מן המקובץ הינו, כי מדובר בהתנהגות המאופיינת באלימות קשה ובוטה שביסודה רצון להשפלת המוכים ולהתעללות בהם, תוך מיצוי מרכי, בנסיבות, של עוצמתם המכה של חיילי הכוח.

ג. יש לכאורה לערוך הבחנה בין עניינו של נא' 2 לבין עניינים של נא' 3 ו-4. נא' 2 הינו המפקד האחראי על הכוח בעת האירוע. נוכח תפקידו ומעורבותו הפעילה הן במתן ההוראות ואולי אף בהכאה עצמה, הוא מתיר לחייליו לעשות כמעט ככל העולה על רוחם ולהשתלח בגופם של המקומיים הנתונים לחסדיהם. נאשם זה כפי שהובהר, אולי עקב תפישותיו האישיות באשר למותר והאסור ביחס לאוכלוסיה המקומית, מקצין, כמעט עד למידה מקסימלית את היישום הענישתי שהוא נוקט בו. בפיו של נאשם זה, אמירות שהן בבחינת "מוסר כפול". מחד גיסא הוא גורס, כי אסר להתעלל ולהכות בדרך "סדיסטית" ומצד השני הוא מתיר התנהגות מתעללת וקשה, כפי שגול בפנינו. התרת הרצועה

הענישית בגדוד פתחה למעשה פתח לנאשם זה למצות עד תום את האישור לנקוט בכוח ענישתי תוך שהוא מתעלם, במכוון, להתרשמותו, מכיבוד אלמנטרי של זכותם של המוכים, גם בהתחשב בנורמות המעוותות הכלליות שמחו אותה עת.

נאשם זה, אינו מסתפק אפוא, בהעברה צייתנית של הוראת מפקד, אלא "משכללה" ומעצימה, כמתואר.

הנאשמים 3 ו-4 מונחים, לכאורה ע"י הוראותיו של נא' 2. וכן אלה של המג"ד לויט, ככל שהם מצויים במגע עימו. הנא' 3 מודע על פי דבריו לאיסורים הקשורים בהכאה מתעללת, אולם לפי התרשמותו מאופי פעילותו מדובר במודעות המושמעת מן השפה אל החוץ כאשר בעת האירוע מתעלם נאשם זה, כמו גם נא' 4, מן הפסול החמור הטבוע בהתנהגותם. יתכן, כי שני נאשמים אלה, בשל מבנה אישיותם ובשל אופי פעילותה של הפלוגה, אטמו אוזניהם משמוע ועיניהם מראות המשמעות הקשה הנודעת למעשיהם. יתכן אף שסברו, כי מעשיהם רצויים ומקדמים מטרותיו של הצבא. אלא, שמעשים אלה אינם יכולים להיות מוכשרים בשום אופן. בשל החותם המתעלל והבלתי חוקי בעליל של המעשים, אסורים היו שני נאשמים אלה בעשייתם. כאמור, שלח נא' 4 ידו במוכים, גם באורח "מזדמן", בשעה שמעשה הכאה זה כלל לא נדרש ואף היה אסור עפ"י ההוראות שניתנו.

83. האירוע בו נטלו הנאשמים חלק, היה כאמור רב שלבי, נא' 2 מכוח מעמדו הפיקודי ואחריותו הישירה כמי שנתן ההוראות לבצע ההכאה האסורה, ואולי אף השתתף בה, מוחזק מכוח אחריותו זו, כמבצע העבירה, בין כ"משדל" ובין כשותף ישיר למעשה.

אין לדעת בבירור, מתי אירעו החבלות בגופם של המוכים. סביר להניח, כי עיקר החבלות נגרם בעת השהייה בחורשה, שכן במקום זה התרכזו עיקר הפעילות האלימה, ושם גם ביקשו נא' 2 ופקודיו לממש את ההוראה לשבירת העצמות. עם זאת, קיימת גם האפשרות התיאורטית, כי החבלות נגרמו בבית או במהלך ההסעה בג'יפ. כמו כן, קיימת אפשרות, כי ידם של הנאשמים לא היתה קשורה ישירות בפציעתם של המוכים. יתכן כי הפציעות ושבירת היד נגרמו ע"י אחרים שהשתתפו באירוע.

בהקשר זה נטענה בפנינו הטענה, כי אין לראות בנוכחותם של הנאשמים 3 ו-4 במקום האירוע משום פעילות עבריינית העולה כדי סיוע למעשי אחרים שהשתתפו בו ואשר גרמו אולי לפציעה והחבלה בגופם של המוכים. לפי הנטען, התחייבה נוכחותם של נאשמים בשל זיקתם לכוון הצבאי שהשתייכו אליו, וממילא, היו אמורים לנוע עימו ממקום פעילות אחד למשנהו.

אין ספק, כי עצם נוכחותו של אדם במקום בו מתבצעת עבירה אינה עולה תמיד כדי סיוע, הדברים נכונים לגבי מי שמצוי במסגרת הצבאית או מחוצה לה. חייל האנוס להימצא על פי הוראת מפקדו במקום בו מתבצעת פעילות צבאית והוא מצוי אגב כך בזירת העבירה המתבצעת ע"י חיילים אחרים, אינו מוחזק כמי שהשתתף בביצוע העבירה אם גילה, למשל, פנים המסתייגות מביצועה, באותן נסיבות. נניח לכאורה, כי בשל אופי הפעילות הצבאית הכוללת שהנאשמים היו מעורבים בה, לא ניתן לגרוס, כי הנסיבות הקשורות בלקיחת שני התושבים מביתם, תוך שימוש בכוח הובלתם לאתר ההכאה, נתפסות כמעשה קשר מתוכנן

לבצע עבירה, המחייב, לפיכך כל אחד מקושריו באחריות לביצוע מעשה ההכאה, יש לבחון התנהגותו של כל משתתף באירוע וכיצד היא משתלבת במעשה העברייני כולו.

כאמור, היו מעורבים הנאשמים 3 ו-4 באופן ממשי וישיר במעשה ההכאה. בנסיבות שתוארו לעיל, הרי שמדובר בהיענות מרצון ומתוך בחירה בשעה ששני הנאשמים יכלו להימנע, אם רצו בכך, מהשתתפות באירוע. נוכח העובדה כי במהלך ההכאה ביקשו החיילים המכים ובכלל זה הנאשמים, להביא לשבירת עצמות המוכים ולגרום להם לחבלות גוף קשות אחרות, הרי שלאור מעורבותם הפעילה של הנאשמים במעשה ההכאה, וגיבושה של הכוונה הפלילית המיוחדת להביא לתוצאה הנוזקית האמורה לגופם של המוכים, מוחזקים הנאשמים כמי שנטלו חלק במעשה העבירה בין כמבצעים הישירים או כמסייעים לאחרים.

רוצים אנו לומר, כי מעורבותם של שני הנאשמים בהכאה והרצון המוצהר להביא בסופו של מעשה ההכאה לשבירת העצמות, כל אלה מצביעים על כוונתם המיוחדת של הנאשמים ליטול חלק במעשה התקיפה המאורגן נגד המוכים על תוצאתו האמורה, תוך השתלבותם במכלול מעשה העבירה.

גם אם קיים ספק, התיאורטי בעניינו, כי החבלות הקשות נגרמו קודם ההגעה לחורשה, וגם אם לא ידם של הנאשמים הביאה למכת השבירה או הפציעה הקונקרטיים, הרי שאין לכך כל משמעות הסותרת את המסקנה האמורה. זאת, לאור הוראת סעיף 329 (2) לחוק העונשין, לפיה די, לאחר גיבושה של הכוונה המיוחדת ובעניינו, הרצון המוצהר להביא לאותן חבלות חמורות-בביצוע מעשה העולה כדי ניסיון שלא כדין, לפגוע באדם, אם במסגרת אותו ניסיון נעשה שימוש בין היתר "בנשק...פוגעני..." שהאלה נכללת בהגדרתו, לאור דרך הניסוח והדוגמאות המובאות בסעיף העבירה.

84. במהלך הסיכומים טען סנגורו של נא' 4, כי לנאשמים עומדת הגנת הצורך לפי סעיף 22 לחוק העונשין, תשל"ז-1977, דהיינו כי במעשי ההכאה ביקשו הנאשמים למנוע את התוצאות החמורות הנובעות מהמשך ההתפרעויות באזור הגורמות בעוצמתן לפגיעה חמורה בשלומם ובביטחונם האישי של החיילים. ההגנה מתבססת לדעת הסנגור על מסקנות דו"ח וועדת החקירה לעניין "שיטות החקירה של השב"כ בנושא פח"ע" שהוצג לעיונו. במסקנות הדו"ח, שנערך ע"י מי ששימש כנשיא בית המשפט העליון, השופט מ' לנדוי, לא נשללה אפשרות להפעיל "מידה מתונה של לחץ פיזי" בעת חקירת חשודים בפעילות חבלנית, זאת לצורך סיכול מעשי פח"ע שקיימת סבירות ממשית להתבצעותם התכופה לחקירה.

אין אנו מוצאים את הקשר בין הפעלת לחץ פיזי מתון בחקירה שמטרתה להציל מידה המבוסס על חשש סביר להתבצעותו הקרובה של מעשה פיגוע חבלני, מקום מסתרו של אמל"ח וכיו"ב, עניינים, העלולים לסכן באורח מוחשי ומיידי את הציבור באורח חמו, לבין אישור להכות בצורה קשה ביותר בני אדם שמטרת ההכאה פעולה ענישתית צרופה שהמרחק בינה לבין סיכול מעשה מוחשי הפוגע בבטחון רב ביותר. אין אנו סבורים כי בהכאה ענישתית יש "...כדי למנוע תוצאות שלא ניתן למנען בדרך אחרת..." כלשונו של סעיף 22, ואנו דוחים לפיכך, טענה זו.

85. לאור קביעותינו האמורות ועל פי הנסיבות העובדתיות שתוארו, מורשעים הנאשמים כולם באישום המיוחס להם בכתב האישום.

ניתנה היום, 1.10.90, י"ב תשרי, התשנ"א, בפומבי ובמעמד בעלי הדין.

נספח ל"א: מ/1/90 התובע הצבאי הראשי נגד מאיר

מ/1/90

התובע הצבאי הראשי

נגד

אל"ם יהודה מאיר

בבית הדין הצבאי המיוחד

בפני השופטים: אל"ם נילי פלד - אב"ד

אל"ם משה טלגם - שופט

אל"ם אליעזר רוזנבאום - שופט

הכרעת דין

1. האישום.

2. הארועים.

3. הפקודה:

א. החידוש;

ב. התגובות לפקודה.

4. טענות ההגנה.

5. ממצאי פסק הדין:

א. צרכי השעה;

ב. דרכים להתמודדות;

ג. חידושו של הנאשם;

ד. מי נתן את הפקודה;

ה. אחריותו של מפקד בכיר ושל יועץ מקצועי;

ו. האם הוכחו העבירות;

ז. הנורמה הראויה: 'עצור' מיהו;

ח. התנהגות שאינה הולמת.

6. סימני שאלה.

7. היחס אל הנאשם.

8. הרשעה.

1. האישום

אל"מ יהודה מאיר עומד לדין על עבירות של 'שידול' לעבור עבירה של חבלה בכוונה מחמירה, בכך שהורה לחייליו לחבול, ולחילופין לעבור עבירה של תקיפה בנסיבות מחמירות או חבלה חמורה בנסיבות מחמירות (על פי סעיפים 380, 382, 333, 335 בצירוף סעיף 26 מחוק העונשין תשל"ז – 1977).

בנוסף הוא עומד לדין על עבירה של התעללות על-פי החש"צ, (סעיף 65); המעשה שעליו הובא לדין באשמת התעללות לא הוכח בפנינו, והתביעה חזרה בה מאישום זה (עמ' 26 לפרוטוקול).

הוא נאשם גם בעבירה של התנהגות שאינה הולמת, על-פי החש"צ (סעיף 130).

האישומים מתייחסים לפקודות שנתן הנאשם, בהיותו סא"ל בצה"ל ומפקד במרחב שומרון, לחיילים שבפקודו – אשר הורו להם, בין היתר, להכות באלות תושבים שנעצרו על ידם בבתיהם, מכות של ממש, עד כדי לשבור להם ידיים ורגליים.

בשלב מאוחר של המשפט בחר להודות בביצוע מעשים המהווים לטענתו עבירות של חריגה מסמכות שיש בה כדי סיכון חיי אדם וכדי סיכון בריאותו של אדם (סעיף 72 לחש"צ), וביקש שנוכה אותו מיתר האישומים.

2. האירועים

כחודש וחצי לאחר פרוץ ה"אינתיפאדה" (שנוהגים לראות את תחילתה בהתפרצות שחלה ב-9.12.87 ברצועת עזה) היתה התפרעות של תושבים מקומיים בכפר ביתא הסמוך לכביש חוצה שומרון (צומת תפוח). הכביש נחסם באבנים, בשעות הבוקר צוירו סיסמאות, והיו רגימות באבנים של כלי רכב צבאיים ואחרים. כוח צבאי נשלח למקום ופעולת הבוקר נגד אנשי הכפר הסתכמה בהשלטת עוצר. עוד בשעות הבוקר נאספו הגברים בחצר בית הספר, ואיש הממשל האזרחי דיבר באוזניהם דברי כיבושין, אך בכך לא שקטה הארץ, ואחה"צ היתה התפרעות חמורה מקודמתה.

הפלוגה המסייעת של גדוד 50, חיילי נח"ל מוצנח, ששימשה באותו זמן כעתודה מרחבית, נקראה למקום והשליטה סדר פעמיים. העדים מתארים את בואם לכפר אחר הצהריים – כאשר לא ראו את הכביש מרוב אבנים שכיסו אותו, ומתייחסים ל"כיבוש" של הכפר מידי המתפרעים.

בהמשך הפעולה נעצרו מספר מתושבי הכפר על-פי רשימות של 'מפרי-סדר' שנתקבלו מהשב"כ. העצורים נכבדו והובלו באוטובוס של הפלוגה; על פי פקודה שנתן הנאשם למ"פ ולקציני הפלוגה, הורדו העצורים בקבוצות של שלושה שלושה בפרדס מרוחק מהכפר, לכל קבוצה התלוו חיילים מצוידים באלות בפיקודו של קצין ועל פי הפקודות הוכו העצירים בידיהם וברגליהם, תוך שימוש באלות, על מנת לשבור להם ידיים ורגליים. החיילים נצטוו לדאוג לכך שלפחות אחד מהמוכים יוותר במצב שיאפשר לו לרוץ ולהזעיק עזרה – וכך עשו. המ"פ הורה להם שעליהם להתיר את הכבלים ולהחזיר למוכים את תעודותיהם, לאחר הביצוע.

למחרת היום, קיבלה הפלוגה מפי הנאשם פקודה לחזור על המעשה באותה שיטה בכפר חווארה, במסגרת פעולה יזומה לטיפול במפרי סדר שבכפר זה. שוב נתקבלו רשימות מהשב"כ, והתושבים שנעצרו בעזרת קצין מנהל אזרחי שהתלווה לפלוגה ובעזרת המוכתר של הכפר, הורדו שלישיות שלישיות אל מחוץ לכביש והוכו בידי קבוצות חיילים באלות.

הצלב האדום הבין-לאומי הגיש תלונה בדרך שנקבעה לכך לדובר צה"ל (ת/39) וביקש חקירה. את החקירה ניהלה מצ"ח והיא ארכה ימים רבים והגיעה לנאשם רק ב-21/8/88. הנאשם בחר בשתיקה וענה לחוקריו כי הוא מביע רצונו "... שלא להתייחס לנושא..." (ת/3).

מפקדו של הנאשם, תא"ל זאב ליבנה, שהיה מפקד האוגדה, השיב לחוקרים כי לא ידע על ארוע כזה אולם על-פי המועד הנקוב הוא סבור שהדבר ארע בתקופה שבה הפקודות בדבר שימוש בכוח בעת השלטת סדר לא היו ברורות, היינו בתחילת האינתיפאדה – וכי הוא ממליץ שלא להמשיך בחקירה זו, ושמוטב לסגור את התיק (עמ' 236 ו-30).

הפרקליט הצבאי הראשי שנדרש לעניין, המליץ שלא לסגור את החקירה והתיק אלא להעמיד את הנאשם לדין משמעתי בפני סגן הרמטכ"ל. הנאשם הובא לדין בפני הרמטכ"ל עצמו ונדון לנייפה חמורה, על מנת שיקבל עליו לפרוש מהשירות בצבא – תוך אפשרות השאלתו לשירותים אחרים, כשב"כ. בעקבות העניין הציבורי שהתעורר הוגשה פניה לבית המשפט העליון כבג"צ (בג"צ 425/89 צופאן ואח' נ' הפצ"ר... ואל"מ מאיר פד"י מ"ג (3) עמ' 718) וזה הורה לשלטונות צה"ל להעמיד את הנאשם בפני בית דין צבאי.

3. הפקודה

שתי גרסאות הועלו בראיות לגבי לשון הפקודה שניתנה למפקד הפלוגה:

גרסת הנאשם היא שהורה למפקד הפלוגה וקציניו לקחת את העצורים (שעל פי רשימות השב"כ היו כאמור 'מפרי הסדר' שבכפר זה) – "להכות אותם קצר בגפיים – ולשחררם". לאחר מכן, עזב את השטח והשאיר את המלאכה – לפלוגה.

גרסת הקצינים היא שהנאשם נתן להם פקודה מפורשת "לשבור לעצורים ידיים ורגליים"; לדבריו, מאחר שניתנה 'הוראה מגבוה' לנהוג כך במפרי סדר, ואין להביאם למעצר – מאחר שמתקני המעצר מלאים עד אפס מקום.

בפועל, התבצע בשני הכפרים מעשה המתואר לעיל במלואו. העצורים נכפתו והוכו כשהם

שוכבים על גבם, מחוסרי אפשרות להתנגד – בידי צוות חיילים מצוידים באלות. על פי חלק מהעדויות פיתיהם היו חסומים ונקטו אמצעים שזעקותיהם לא תישמענה (הוגבר רעשו של מנוע האוטובוס). בפועל, דאגו החיילים להשאיר מי שיוכל להזעיק עזרה, בהנחה שהאחרים לא יוכלו לקום וללכת חזרה לכפרם.

אילו קיבלנו גרסת הנאשם היה עלינו להניח שהקצינים של פלוגת הנח"ל – המ"פ, סגנו והמ"מים שהעידו בפנינו, הם שיזמו 'שיטת טיפול זו במפרי סדר' והם שניצלו פקודה סתמית "להכות קצר בגפיים" לצורך מתן מכות-לשמן לעצורים.

אנו דוחים אפשרות זו מכל וכל.

נעמוד להלן בפירוט על תגובותיהם של הנאשם עצמו, של הקצינים ושל החיילים, ונראה שעוצמת התגובה מלמדת שלא היתה זו פקודה שגרתית – אלא חידוש מוחלט למקבליה ולנותנה. נפתח ונאמר כי לא התקבל על דעתנו שמקבלי הפקודה, אשר נדהמו מקבלתה, ונוקקו לשכנוע ולכפיה בנימוקים פרגמטיים ומשמעתיים – היו ממציאיה ומחדשיה.

החידוש

ואכן, היה חידוש גדול בפקודה זו. קודם כל, עצם נתינתה כפקודה מפי מפקד; ולאחר מכן, בכך שהיא לא כוונה לתוקפים אלימים, למחבלים שנתפסו – או אפילו לסרבנים להישמע לפקודות מסוימות. היא לא נועדה לקבוע כללי התנהגות כלפי מתנגדים בלהט מאבק – אלא עסקה בעצורים שאותו על-פי רשימות, והיו כפותים בידי חיילים.

מטעם זה אין אנו מקבלים גם את טיעונו החליפי של הנאשם, שנטען בשפה רפה שיתכן שהוא השתמש בביטוי 'לשבור ידיים ורגליים' כפליטת פה במהלך מתן הפקודה (עמ' 440 לפרוטוקול), וכי אם השתמש בביטוי זה – השתמש בו במובנו הציורי ולא כפשוטו. אין אנו מקבלים נימוק זה, קודם כל משום שהנאשם עצמו התייחס לפקודה כפקודה יוצאת דופן, ונעמוד על כך להלן בתיאור תגובתו.

הנאשם לא נתן את הפקודה כעניין שבכל יום, אלא מיד עם נתינתה הציג אותה כ"פקודה מגבוה" או כהחלטה של "שלטונות צה"ל".

יתר על כן, כשהגיע הנאשם לפרוש את הגנתו, העיד שהיה ניגוד עקרוני, מהותי, בין עמדתו שלו לעניין נתינת מכות לבין עמדתם של מפקדיו. ההבדל בקצרה היה שניתנו אז הוראות לכלל חיילי הפיקוד להסתער בהתנגשויות עם מפגינים ולהשתמש באלות כדי להכות ללא סייג כל אדם שהשיגה ידם. הנאשם, לדבריו, הוקיע את ההיתר להכות מפגינים מאחר ש"ידע למה זה יוביל" ושיקולו היה שמכות בהפגנות ובאירועים של הפרת סדר הן חסרות טעם, מאחר שהמוכים הם רק אותם אנשים שכושר הריצה שלהם מוגבל (עמ' 349). לדבריו, נבעה התנגדותו גם מחרדה לכך שהצבא "מתחיל להתנהג כמו חוליגנים" (עמ' 354). ולעומת זאת, למרות עמדתו העקרונית – הוא סבר וקבל שהרע במיעוטו יהיה – לאתר את המסיתים הראשיים ואתם להכות.

התגובות לפקודה

ראוי לעמוד על תגובותיהם של המעורבים לפקודה זו ולאירועים שבאו כתוצאה ממנה.

(1) נראה תחילה מה אומר על כך הנאשם עצמו – הוא מגיב בזעזוע פנימי עמוק:

“לתת הנחיה מהסוג הזה קשה מאוד, קשה מאוד להיות שותף לדבר מהסוג הזה. ולהיות במקום כשזה קורה – זה בלתי אפשרי מבחינתי. כל הסיטואציה היא לדעתי קשה יותר מאשר לפתוח באש. קשה מאוד. אני לא נכחתי באירוע עצמו, אני עזבתי את השטח.”

(עמוד 349)

כאמור, הוא התגבר על רתיעתו ממכות ועל התנגדותו להן – רק כתוצאה משיקול רציונלי שהראה לו שזו הדרך היחידה (בהעדר רשות להפעיל את הנשק) להתמודד עם ההתפתחויות.

הוא מסביר את ההבדל בין גישתו לגישת הפיקוד (כפי שהוצגה בפי אלוף הפיקוד האלוף מצנע בעדותו בפנינו): האלוף מצנע העיד בפרוש ובפרוט רב, כי היה הכרח לבלום את ההתפרעויות הגואות אשר החיילים עמדו למולן חסרי אונים, מאחר שנאסר עליהם להשתמש בנשקם אלא לנוכח סכנת חיים. מגמת הפיקוד היתה להימנע מהרוגים, ולכן אסר על ירי. ההמון עמד על כך שהחיילים נמנעים מלירות והגביר את התגרות, החיילים נחשפו להתגרורות ולהשפלות ועמדו מתוסכלים נוכח המון שהתקבץ במהירות (מעניין זניח לכמה אלפים, תוך דקות) וזה נסחף למצבים המסכנים את החיילים; המצב נראה כיוצא משליטה.

לנוכח כל אלה הורה הפיקוד, כמדיניות, שעל החיילים להתנער מהפאסיביות, ולא להמתין לפגיעות בהם. הפיקוד סיפק לחיילים אלות ועודד אותם להסתער על המתפרעים ולא להסתפק בהנסתם אלא לפגוע בהם פיזית, ולהכות אותם קשות באלות. המכות נועדו, לדברי האלוף, גם להרתעתם של אותם משתתפים מהתפרעות נוספת – כדי שלא יתפזרו מרחוב אחד ויתפרעו ברחוב הסמוך. על פי מדיניות זו השתתף הוא עצמו, אלוף הפיקוד, בהסתערויות כאלה והאיץ בחיילים שלא להסתפק בפגיעות רכרוכיות, אלא להכות באופן מכאיב.

הפקודה שנתן (או העביר, כדבריו) הנאשם לפלוגה היתה מבוססת, על פי עדותו בפנינו, על תפישה עקרונית שמדיניות הפיקוד שגויה. הנה יחסו שלו למכות כענישה:

“נושא ההכאה לענישה הוא פסול משני היבטים... הלגיטימציה להכות, העיקר להכות, היא פסולה. מכיוון שמדובר באנשים שמוכים על לא עוול בכפם, הם מוסתים...”

(עמוד 348)

ולהלן:

“אותם מסיתים ראשיים עושים את הפעילות האגרסיבית ונעלמים. נתפסים אותם ילדים, נשים, זקנים – שלא אותם יש להכות, אם צריך להכות. אסור להכות אותם.”

ולמעלה מכך:

“לפי הבנתי אין כל אפשרות לנסות להשפיע על הכפר או להגיע למצב שיירגע מבלי

לטפל במסיתים הראשיים. אני מתכוון "להכות אותם", כאשר אני אומר "לטפל במסיתים הראשיים." (שם)

נימוקים אלה מעידים על כך שלא היתה זו הרחבה של פקודת הפיקוד ל"תחום אפור"; אין מדובר למשל בהכאת מסית שאותה, אך נמלט ונלכד מאוחר או למחרת. מדובר בפרוש במדיניות מנוגדת קוטבית למדיניות ההסתערויות: לא עוד מכות למתפרעים ותוך כדי אירוע אלים, אלא איתור "מסיתים ראשיים" באמצעות שב"כ, שאת פעולתו אין המבצע בודק. (עדות הנאשם בעמ' 349), הכאתם ופגיעה בהם בצורה שתהיה בה אזהרה לרבים.

לא עוד פגיעה במשתתפים "שוליים", "מסכנים", אשר אינם אלא "מוסיתים" ו"מוכים על לא עוול בכפם"; מדובר במכות למי שבאמת "אחראים על הפעילות האגרסיבית של הכפר".

(2) מפקד הפלוגה והקצינים, שנדרשו לבצע את אותה פקודה (שהנאשם מעיד על עצמו שלא עמד בו ליבו להיות נוכח בביצוע, עד כדי כך קשתה עליו) גם הם מזועזעים.

אלדד (מפקד הפלוגה) עצמו נותן את הפקודה לחייליו אישית אך מאפשר למי מחייליו שמתקשה לעמוד בה שלא לבצע אותה.

המ"פ בחקירה נגדית, עמד על כך שמילותיו של הנאשם היו:

"חד-משמעית לשבור ידיים ורגליים, לא להכות ברגליים וכידיים, זה גם מסביר את העניין שהיה צורך להשאיר אחד בשטח, שיהיה מסוגל להזעיק עזרה."

(עמוד 73)

לדברי אלדד ניתנה הפקודה באוזני קציניו ומאחר שהיא "היתה הוראה חדשה" (אם כי "לא מנותקת מהמציאות היום יומית של אז"). היה לו ולקציניו קשה להתמודד איתה, ולא ידעו "איך לאכול את זה". הוא מעביר להם (לדבריו, מיוזמתו) הוראה לשחרר לאחר המכות את הכפותים ולהחזיר להם את תעודות הזהות שלהם.

"אמרתי שאני לא מחייב לבצע את הפקודה, כי אני כמפקד אישית לא יכולתי לבצע את זה."

.....

כשקיבלתי את הפקודה התחיל אצלי תהליך, שלמעשה התפוצץ יותר מאוחר מבחינתי, ככל שעבר זמן כרונולוגי זה קיבל תאוצה...

באותה תקופה הייתי 5 שנים בצבא, עם (עבר) צבאי שהיו בו מקרים של היתקלויות עם מחבלים ומוות, ולא זכרתי מקרים קשים כאלה."

(עמוד 64)

והמ"מ, עומרי כוכבא:

"יהודה אסף אותנו ונתן לנו דבר שעד אז לא שמענו אותו... ואנחנו אמורים עכשיו לא להביא את העצורים האלה... אלא להכות אותם, לשבור להם ידיים ורגליים ולהשאיר אותם בשטח."

(עמוד 12)

ולהלן:

"היתה באוויר תחושה של מעשה אחר, מעשה שלא נעשה עד היום. חשנו שנעשה פה משהו על סף הפשע."

(עמוד 14)

ולהלן:

"אני ביליתי הרבה באינטיפאדה, מעולם לא הגענו למצב כזה קיצוני, מעולם לא ביצעתי אחרי זה פקודה של הכאת אנשים עצורים ושכירת רגליהם, לפני כן לא היה ואחרי זה לא היה עד היום דבר כזה."

(עמוד 15)

תגובתם של הקצינים והמ"פ התעצמה - כאמור - עם זמן (תהליך שאצל המ"פ נגמר בפרישה מרצון משרות בצה"ל).

עוד באותו לילה, כשהפלוגה חוזרת למאהל בבה"ד 3 מכנס המ"פ אלדד את החיילים ל"שיחה של רגש".

"היה חשוב לי להבהיר להם שלא ילמדו ויסיקו מזה על הדרך והנורמות של צה"ל, על הדרך שבה צה"ל בחר להתמודד עם בעיות. ניסיתי להבהיר להם שלא זו הדרך של צה"ל ולא זו מערכת הערכים והנורמות של צה"ל. דאגתי להבהיר להם שמה שעשו בביתא זה לא נותן להם לגיטימציה לבצע שוב את שיטת המכות האלה על שום תושב אחר. זה היה ולא יחזור."

(עמוד 64)

למחרת מתייצב המ"פ בפני הנאשם על מנת לומר לו את מה שמכביד על ליבו ומה שהבטיח לחייליו; הנאשם מרגיע את המ"פ ובמילים המשבחות את עמדתו המוסרית:

"כך זה בנח"ל, שבנח"ל עושים את הדברים - ובוכים, ובגולני עושים את הדברים וצוחקים".

(עמ' 65)

אלא שעוד באותו יום חוזר הנאשם ונותן למ"פ:

"הוראה - שאת אותה שיטת מעצר, שבירת ידיים ורגליים של עצירים, הולכים לבצע גם באותו ערב בחווארה... הוא אמר לי שתצא רשימת חשודים מהשב"כ שנחבור לאיש מינהל אורחי, נבצע מעצר של העצורים ברשימה, נפעל באותה שיטה שפעלנו בביתא, מעצר ושכירת ידיים ורגליים לעצורים, תוך הדגש של לא לפגוע במקומות אחרים בגוף ולהשאיר מישור שיוכל לפנות את העצורים."

(עמ' 66)

על כך מגיב המ"פ:

"אני יצאתי נגד הפקודה, ניסיתי לפרט ליהודה למה אני חושב שהיא לא נכונה ולמה לא צריך לבצע אותה. אמרתי ליהודה את זה במקום, באותה שיחה. הטענות שלי נגד – היו מה שאמרתי לחיילים, בתוספת."

להלן מפרט המ"פ את הנימוקים שהעלה: הצד המוסרי – הנורמטיבי; החשש למתן לגיטימציה למעשים דומים – בעיית השליטה בחיילים; והצד הטקטי צבאי, היינו – שזו שיטה לטווח קצר מאוד, שלטווח ארוך – היא רק תזיק.

אך התשובה שהוא מקבל מהנאשם:

"שזו הפקודה. שזה מה שצריך לעשות, וכך הוחלט."

(עמוד 66)

ולאור תשובה זו השיב המ"פ שאם זו פקודה –

"אבצע אותה, אבל קודם אני רוצה לדבר עם מפקד האוגדה."

(שם)

(כל ההדגשות במובאות, כאן ולהבא – הן משל המביא)

הנאשם מסכים להביא את המ"פ בפני מפקד האוגדה, נכנס תחילה לבדו למפקד האוגדה ומשוחח איתו, ומכניס אחר כך את אלדד לשיחה שאינו משתתף בה. לשיחה זו עוד נחזור בהקשרים אחרים. אבל המ"פ יוצא מהשיחה, שארכה כ־10 דקות –

"בהרגשה שהאוגדנר אישר את הפקודה, שהעמדה שהבעתי בפניו שמתנגדת לזה, נדחתה."

(עמוד 74)

בסיומה של השיחה שואל מפקד האוגדה את המ"פ, שככל הנראה לא נראה משוכנע: "יעזור לך אם אני אדבר עם החיילים?" והוסכם לזמן שיחה כזו למחרת בבוקר.

הפלוגה יוצאת לכפר חווארה, המעצרים מתבצעים בשיטה שקטה לגמרי, לדברי אחד הקצינים, זו שיטה חדשה מאחר שאין מדובר בחשודים בביצוע פח"ע (פעולות חבלה או פעילות עוינת) – אין חיילים באים לתפוס אותם בבתיהם, אלא מוכתר הכפר מזמן את המבוקשים ואוסף אותם לתחנת הדלק המקומית; כאן נוטלים אותם החיילים לידיהם ומבצעים בהם אותן פעולות שביצעו בכפר ביתא: האנשים נעצרו, נכבלו, עיניהם כוסו והם הועברו באוטובוס של הפלוגה אל מחוץ לכפר. קבוצות קבוצות הורדו מהאוטובוס במהלך הנסיעה, כשנעצר במקומות שונים; עם כל עצור ירדו כמה חיילים והיכו את העצורים בידיהם וברגליהם באמצעות האלות, שחלקן נשבר כתוצאה מהמכות הללו. וכך מתאר עומרי כוכבא המ"מ את המעשה:

"הגיעו מספר אנשים, קבוצת אנשים הגיעה מרצועה החופשי, לא שלפנו אנשים מבתיהם, אנשים ידעו שהם הולכים למעצר, אחרת לא היו באים, בשלב הזה כפתנו אותם ועשינו מעשה שאולי לא יעשה. הכינו אנשים כפופים, שברנו, הפעלנו אלימות על אדם שלא-בר-הגנה. אני מעריך, (לא ראיתי דו"חות רפואיים) שלפחות לחלקם בוודאות נשברו עצמות."

(עמוד 15)

כשחזרה הפלוגה למאהל שוב כינס המ"פ את כל היחידה. בקרב הקצינים היתה הסכמה שזה מעשה אשר לא ייעשה. אך ראוי לציין שבקרב אותם חיילים שהתנדבו לבצע את הפקודה – היתה תופעה של "התחממות", שקשה היה לעצור אותם, והקצינים עמלו על כך קשות (עמוד 12). המ"פ הודיע לפלוגה שיותר לא יתן לעשות כדבר הזה וכי הוא כבר דאג להזמין את מפקד האוגדה לשיחה עם החיילים. שיחה כזאת אכן התקיימה בבוקר, כפי שנקבע מראש עם מפקד האוגדה.

בעקבות השיחה לא נצטוותה הפלוגה לעשות מעשים דומים נוספים ולא נודע על חזרה על אותן הוראות ע"י הנאשם.

(3) חיילי הפלוגה: היו בהם "פציפיסטים" – כהגדרת כוכבא, ולאלה הותר שלא לבצע את הפקודה. אך היו שהתנדבו לבצעה והשתוללו:

"היתה בעיה לשלוט בחיילים בפלוגה באותו יום. היתה השתלהבות יצרים מעבר למה שיכולנו לשלוט. באותו מקרה, היתה בעיה שהחיילים היו משולהבים, מי שהתנדב למשימה היה "חם" מאוד. אני זוכר שהחיילים השתוללו, הכו בעיקר באלות. אני זוכר שנשברו אלות. המוכים היו שכובים על הרצפה על גבם, הם היו קשורים עם משהו דחוף בפה שלא יצעקו... העוצמה היתה חזקה מאוד, החיילים השתוללו בצורה שהיה קשה מאוד לשלוט עליהם, הוציאו תסכולם..."

(עמוד 12-13)

(4) קצינים מקבילים.

הנאשם בחר להביא להגנתו עדויותיהם של קצינים מקבילים לו, או בעלי תפקידים מקבילים במרחבים סמוכים שיעידו על היות הפקודה בעיניהם "נורמלית" בנסיבות שהיו באותה עת, וכמתיישבת עם הוראות הפיקוד לבצע את המשימה ללא שימוש באש – ותוך שימוש בכוח.

עמדתנו לגבי הנורמה הראויה ועד כמה היא מצויה במה שנחשב נורמלי בעיני אותו מפקד – תובא בסופם של הממצאים שנקבע להלן; בשלב זה של פסק דין אנו בוחרים להביא את תגובותיהם של אותם קצינים לשתי שאלות שהעמידו להם התביעה – מחז, וההגנה – מאידך.

התביעה העמידה לעדים אלו את השאלה בניסוח הבא (להלן – הניסוח המחמיר): האם פקודה כזו, להוציא אנשים מבתיהם, לפי רשימות, לעצור אותם, לכבול אותם ולהכותם עד שבירת עצמות – היתה גם היא בגדר הנורמה בעיניך אז?

ואילו ההגנה העמידה אותה שאלה כפי שהעיד הנאשם שניסח את הפקודה שהעביר:

"להוציא אנשים מביתם לפי רשימות שב"כ, להכות אותם קצר בגפיים – לשחררם".

עדי ההגנה כולם הסכימו עם הסניגור, והשיבו בחיוב לגבי "הנורמליות" של פקודה

בנוסח "להכות אותם קצר בגפיים – ולשחררם"; (עמ' 527, 523).

"אולם לשאלות התביעה ענו כל עדי ההגנה בשלילה חד-משמעית; סא"ל צביקה ברקאי, מג"ד בגולני, מפקד מרחב רמאללה; (בגדר הנורמה?) "לא הפקודה, ולא הטיפש שביצע אותה"

(עמ' 450).

תא"ל בני טרן, מפקד האוגדה שבחברון:

"מודל כזה לא מתאים לפקודות שהיו"

(עמ' 471)

אל"מ ד"ר יוני שמשוני, מפקד מרחב טול-כרם:

"זה מקרה קלאסי של חריגה מהנורמה"

(עמ' 527)

ואל"מ שמואל בין, קצין אג"מ פיקוד המרכז:

"בשבילי ההגדרה של מה שנאמר לא היה היתר (להורות הוראה כפי הנוסח המחמיר) וזה לא נכנס לתחום הקונטקסט של ההיתר"

(עמ' 546)

(5) משטרה – מג"ב

מפקד מג"ב שכם העיד, כי פקודות המשטרה למג"ב לא השתנו עם האינתיפאדה ועיקרן: שאין להכות על מנת להעניש "עצרת אדם – חל איסור מוחלט להכות אותו אדם" (נצ"מ וילצ'יק).

אותו מפקד זומן לפגישה עם שר הביטחון דאז (לדבריו – בסוף מרץ '88) ולדבריו הבין מהשר שהדרך של הצבא להתמודד עם הפגנות היא "להכות אותם, לשבור ידיים ורגליים – ולעזוב אותם".

הוא ויחידתו לא ביצעו הנחיה זו כי אלה היו פקודות "לא הגיוניות, לא סבירות, ונגדו את הפקודות שלו".

(6) אשר למפקדים שמעל הנאשם: מעיד מפקד האוגדה, תא"ל זאב ליבנה, מפקדו הישיר:

"בגזרה שלנו לא ירדו פקודות שהשתמשו במושג של שבירת עצמות... אחרי שעציר נכבל היה ברור חד וחלק שאין להכותו."

ולהלן:

"...בשום שלב, שיטת פעולה כפי שמתוארת בעדויות – איני יודע אם נעשתה, לגבי הפעלת כוח ... אפשרות של הוצאת אנשים ושימוש בכוחה כלפיהם לא עלתה כלל על הפרק. לא נדונה אפילו. הוצאת אנשים, קשירתם ושבירת עצמותיהם בצורה

מתוכננת – לא עלתה על הפרק" (עמ' 84)

אלוף הפיקוד, לא הסתפק רק בתיאור הפקודות הבולמות שהוא הוציא ואשר היו שונות, לדבריו, במהותן, אלא אמר למפקד הפלוגה שהוא תמה עליו על שמילא את הפקודה שקיבל. לדבריו אמר זאת במפורש למ"פ כשהגיעו הדברים לבירור (הרבה יותר מאוחר):

"אני אמרתי לו שלפי דעתי הוא היה צריך לסרב פקודה. (זה די רגיש ומורכב שקצין בדרגתי יגיד מה שאמרתי). אני אומר את זה, כי אני חושב שהמקרה הזה (לא היה תחת אש, לא היתה בעיה של בטחון לחיילים, או לכוחותינו או לאזרחים ואין פה משהו שאומר שאתה מוכרח לעשות את זה מיד עכשיו). – זה בלתי הפיך. אני חושב שהפקודה הזאת היתה צריכה להדליק אצלו את כל הנורות האדומות. זו פקודה שהדגל השחור מתנופף מעליה."

(עמ' 142-143)

ולהלן:

"כשאני אמרתי לו שאני חושב שהיה צריך לסרב פקודה – זה מתייחס גם לסיטואציה שליבנה נתן לו אישור לבצע את הפקודות."

(7) ולבסוף: אפשר ללמוד מתגובתם העקרונית של שופטי בית המשפט העליון, שישבו לדין בבג"צ 425/89 הנזכר (צופיאן ואח' נגד הפצ"ה, הנאשם ואח') על הזעזוע שחוללה בהם עצם המחשבה שפקודה כזו ניתנה ע"י מפקד בצה"ל, והממונים על השלטת המשפט והדין בצה"ל עברו על כך ללא העמדה לדין. את משמעות עמדתם לקביעת הנורמה הראויה ננתח להלן – לאחר שנקבע את ממצאינו.

בשלב זה נוכל רק לציין את הקושי שלנו השופטים, לעכל את האסוציאציות הבלתי נמנעות לנוכח הסתמכות על רשימות של מנגנון, שלמבצע אין עליו ביקורת – לצורך ענישה ברוטאלית, שאין עימה לא בקרה, לא משפט ולא ערעור.

ועוד, ההפרדה בין עריכת רשימות לביצוע הפגיעות על-פיהן – מנטרלת את האחריות האישית של מבצע 'העונש' להחלטה לפגוע.

הניסיון ההיסטורי מלמד שמי שפתח בכך על בסיס הכשר אידיאולוגי, התרגל לשיטה עקב נוחותה, והעדר האחריות האישית לבחירת הנענשים – והתמיד בה לדראון.

לסיכום פיסקה זו בפסק דיננו נוכל להצביע על כך שהפקודה בניסוחה המחמיר היתה פקודה חריגה ומזעזעת – לא לבד בעיני שופטים, המרוחקים מזירת הפעולה, כשלעזרתם מרחק צינן – אלא בעיני המעורבים עצמם, באותם תנאים שבהם ניתנה: החל בנאשם עצמו הרואה בה רע הכרחי, אך מסתלק מלצפות בביצועה; דרך המ"פ וקציניו שהיו המומים לנוכח הפקודה והמדיניות "שבאו מגבוה"; דרך הקצינים המקבילים-לו-בדרגה, במעמד ובתפקיד; ועד לפסילתה על-ידי מפקד האוגדה – כנוגדת את "רוח הפקודות" וע"י אלוף הפיקוד שראה בברור דגל שחור משחור מתנופף עליה.

4. טענות ההגנה

טענות ההגנה נטענו בפירוט מרשים ובעמקות בסיכומים שבכתב ובעל־פה, ואך עוול נעשה איתן אם נצמצם אותן למספר משפטים, אך אין מנוס מלהעמידן על עיקרן:

א. לא נתתי פקודה כזו

מי אחראי להוצאתה של הפקודה שניתנה לפלוגה זו? "לא אני" אומר הנאשם.

ב־15.1.88 נכנסה כאמור האוגדה ותפסה פיקוד על המרחב שהוא היה מפקדו, מרחב שומרון. יותר מאוחר מונה הנאשם כמפקד אחת משלוש הגזרות, והראשית שבהן – גזרת שכם, אך בשלב אירועי חווארה וביתא לא היה אלא קצין-מטה – יועץ באוגדה; קציני מטהו נלקחו ממנו והוצמדו למקבילים להם במטה האוגדה. סמכות פיקודית לא היתה לו אפוא כלל.

הנאשם, כאמור, העיד שהוא מתייחס בשאט נפש לכל שיטת המכות, ושאינן לחשוד בו בנטיית עברייניות לאלימות. על כן, הוא מתקומם להאשמה שהוא מולידו של רעיון המכות. לדבריו, בעניין ביתא, שלושת קציני המטה, שלושתם בדרגת סא"ל, שהיו בשטח נועצו:

"היה קונסיליום. אני אמרתי את דעתי. לא התנגדתי לדרך הפעילות."

(עמ' 346)

בשלב מאוחר של המשפט חזר בו הנאשם והודה, כי העביר פקודה שעניינה מכות – אך פקודתו היתה רק "להכות קצר בגפיים". הוראות מפורטות: איך לקשור, איך להכות וכיוצא בזה – הוא השאיר לדרג המבצע, למ"פ, ולא התערב בכך כלל.

בעניין חווארה, נמצאה תרשומת ביומן המבצעים (5/ס) מאת אחד "פרי" (שעה 14:00) האומרת ש: "גדוד 50 בשעה 20:30 מבצע פעילות בחווארה..." הנאשם טוען שאת הרישום הזה רשם יהודה פרי, מי שהיה קצין אג"מ שלו ועבר להיות עוזר קצין אג"מ של האוגדה, וכי ההחלטה על כך לא היתה שלו. הוא קיבל את הידיעה בדרך זו מהמבצעים והודיע עליה לאלדד שהתייצב אצלו: אלדד הגיב בסירוב למלא פקודה זו, ולבקשתו הוכנס לאוגדנר ומכאן ואילך "יצא הנאשם מהתמונה", ואם ביצעה הפלוגה פקודה כלשהי – את פקודתו של מפקד האוגדה ביצעה, ולא של הנאשם.

ב. טענת ההגנה: - כורח המציאות

טוען הנאשם שעצם הפקודה להכות "מפירי סדר מוכחים", שהם בגדר "מסיתים ראשיים" לא היתה עולה על דעתו אלמלא היתה זו אווירת התקופה כולה. ואלמלא היתה זו הדרך היחידה להתמודד עם המשימה של הפסקת ההפגנות בכל מחיר למעט שימוש בנשק והריגת מפגינים.

כפי שמתאר זאת הנאשם, היתה בצבא תחושה של תסכול וחשש לאבד את השליטה בחיילים; השימוש בנשק נאסר על החיילים והם לא ידעו איך להתמודד עם המצב. ההמונים המתפרעים שיחקו בהם משחק חתול ועכבר והם נחשפו להשפלות. נוסו

אמצעים שונים אך אלה לא הצליחו, והפיקוד עצמו הורה להשיג במכות את מה שלא השיגו האמצעים האחרים (ירי כדורי גומי, ושימוש ברימוני גז). מכות היו אפוא האמצעי הלגיטימי שהעמיד הפיקוד של צה"ל לרשות החיילים שאסר עליהם לירות.

ג. טענת הגנה: צה"ל כולו פעל כך

הנאשם כבר אינו טוען שהעובדה שאחרים, ובכלל זה מפקדיו, פעלו על-פי פקודות בלתי חוקיות – מהווה עבירו צידוק; אבל הוא טוען שהיה בזה כדי ללמד אותו שזאת דורשים ממנו מפקדיו, וכי זאת ההוכחה שלא הוא מקור הפקודות, אלא הדרג הבכיר ממנו: החל בשר הביטחון, עבור את הרמטכ"ל ואלוף הפיקוד וכלה במפקד האוגדה וכל קציני האוגדה.

בתנאים שתוארו, כך אומר הנאשם, לא היו בידי אמצעים אחרים לבצע את המשימה שהוטלה עליו, וההוראה לתפוס את המסיתים הראשיים ולהכותם לא היתה אלא פיתוח של הוראת שר הביטחון והפיקוד – להשתמש באלות. כך תאר עד ההגנה, אל"מ סמי עטר, סגן מפקד האוגדה הסמוכה את ההתפתחות:

התחילו בהסתערויות חזיתיות; עברו לפעולה בצירים שונים על מנת לא לאפשר למפגינים להתפזר ולהתכנס שנית – ועל מנת ללכוד אותם באמצעות איגופים; עברו למארבים; לאיתור מסיתים ראשיים מרחוק בעזרת תצפיות, ופגיעה בהם בירי; ולבסוף לפעילות מונעת של הכאת המסיתים הראשיים שהשב"כ איתר אותם;

כל ההתפתחות הזו, לדברי אל"מ עטר, לא באה אלא כדי להגשים את חובתו של מפקד שניתנה לו פקודה כללית – למלא אותה תוכן ביצועי.

אליבא דקו הגנה זה, לא רק כורח של מצוקה היה כאן, אלא תכנון צה"לי של מיצוי הכוח, היחיד שברשות הצבא אז – כוח המכות והאלות, להשגת המשימה;

לטענת ההגנה, זו מדיניות שנקבעה בהתייעצויות, היתה מקובלת, ועשו בה שימוש יותר מפעם אחת, עד כי אף לשון מיוחדת נהגה בה ("טיפול" במקום "מכות" וכיו"ב); מה שלא נקבע בהתייעצויות מראש הובא בדיווחים לידיעת כל הדרגים הכל ידעו על כך טוען הנאשם, שזה מה שקורה בשטח, בשתיקתם אשררו את הפעולות ונתנו תוקף להשתנותן.

ההגנה עצמה צמצמה את ההיזקקות לתאוריה "אידיאולוגית" זו במשך המשפט, כשהיא הולכת ומקטינה את משך הזמן שאליו היא מייחסת את פעולתה לכתחילה נתן הנאשם להבין שהוא הסתמך על פקודה מפורשת, ולאחר מכן על "נורמה" שהיתה בגדר הוראת הפיקוד ונהגה בתחילת האינתיפאדה (יש לזכור שהנאשם לא חשף את קו ההגנה שלו ואת העובדות שעליהן יסתמך, לא בעדותו במשטרה, שם בחר בזכות השתיקה, ולא בפתח הדיון בפנינו) – לבסוף, העמיד את תקופת "התרת הרסן", שבה ניתנה פרשנות חופשית ורשות למכים, כמעט ללא סייג – על 3 ימים בלבד: שלושת הימים שלאחר דבריו של שר הביטחון יצחק רבין בפני מפקדים ועיתונאים בסיור ברמאללה ב-19.88 עד ההגנה שלו, סא"ל ברקאי, מג"ד גולני שבנפת רמאללה, אף הוא נוקט בגירסה של 'שלושה ימי התרת הרסן' לאחר דברי שר הביטחון, ושל הכנסת סייגים בהדרגה בימים שלאחר

מכן. מאחר ששני האירועים של ביתא וחורארה חלו בשלושה ימים אלה – חלה הטענה שהצבא כולו סבר שהותרה הרצועה על מעשיו של הנאשם ויש לראותו כמי שמציית לפקודה שאיננה בלתי חוקית בעליל.

כביכול, טוענת ההגנה נוהג שכל הצבא באזור (וגם באזור עזה כך) נוהג על פיו, איננו יכול להיות כה שחור עד שהנאשם היה צריך לחשוב שדגל שחור מתנוסס מעליו.

טענת הגנה: תורה שבעל-פה: מכות לענישה

הרבה טרחה ההגנה בנסותה להראותנו שהאיסור להשתמש במכות כאמצעי ענישה – איסור מתחמד הוא וכי האלוף מצנע, מפקדו של הנאשם, אך צדקן הוא, כלשון ב"כ הנאשם. הוא אמנם העיד שהוא אסר על שימוש במכות כאמצעי ענישה – אך הוכח שהורה במפורש להכות מפגינים, מפרי עוצר, ומפרי סדר – כעונש על מעשיהם. משמע מכאן, לטענתה, שההוראות הכתובות שיצאו מטעם האלוף הפיקוד לא היו אלא כסות-עניינים, והקורא בהן יכול מבין השיטין לעמוד על כך שהמכות אכן שימשו באופן שיטתי כעונש.

אם כטענתה – זוהי התורה שבעל-פה, שיש לבכר אותה על התורה שבכתב – ייצא שהנאשם לא חידש חידוש גדול בכך שאיתר את הראויים לענישה על-פי רשימות וטיפל בהם כמקובל – בהסתמך על מידע (שאותו צבר הגורם שממונה לחקור ולברר מי הם המסיתים הראשיים בשטח).

טענת ההגנה: לא הוכחה העבירה

לבסוף, טוען הנאשם, אפילו תאמר שניתנה פקודה כזו, לא הוכחו בראיות יסודות העבירה של שידול לבצע חבלה חמורה בנפגעים (על פי סעיף 333 לחוק העונשין); ואף לא שידול לבצע עבירה של פציעה סתם, שנעשתה בכוונה מחמירה: כי לא היה בדבריו של הנאשם במתן הפקודה, משום כוונה מחמירה באופן שתפעיל יסודות סעיף 329 לחוק העונשין.

לדברי ההגנה לא הצליחה התביעה להוכיח, בכל מלוא ראיותיה, שמי מהנפגעים נחבל חבלה חמורה, חבלה שיש בה משום סיכון חיים או בריאות או גרימת מום מתמיד (כנדרש לפי סעיפים 333, 335); ואם תמצא לומר שנגרמה פציעה סתם, שמתלווה אליה כוונה מחמירה – הרי מקבלי הפקודה העידו בעצמם בבית-הדין כי לא היתה להם כל כוונה לחבול בתושבים וכי מילאו אחר הפקודה 'בשאת נפש'.

5. ממצאי פסק הדין

אלה, בקליפת אגוז, טיעוני ההגנה. את כולם דחינו משום שנראה לנו שהתמונה שצייר לעינינו הנאשם בהגנתו, על אף היותה קשה ומעוררת סימני שאלה (שנפרט בנפרט להלן) – אינה נכונה אף לשעתה, והיא מייצגת זרם עכור שהנאשם, במעמדו ובתפקידו, אמור היה לבלום, ואילו הוא – פעל להופכו לנורמה מקובלת; העובדה שהדבר לא קרה, ושצה"ל למד להתמודד עם אתגרי האינתיפאדה מבלי לנטוש את ערכי היסוד שלו, ואת הנורמות שהחברה בישראל מוכנה לאמץ, לא בגלל הנאשם קרתה אלא חרף פעילותו.

ברור לכל, שהתנהגות פסולה של רבים אינה מכשירה נורמה; הסמכות לקבוע כשרותה או פסלותה של דרך התנהגות – נתונה לבית המשפט ולא למפקדים, אך בהיות משפט זה ראשון מסוגו להתמודד עם אחריותו של מפקד בכיר בצה"ל לנוכח קשיי האינתיפאדה, אפשרנו לנאשם להעלות בהרחבה את טיעונו – ואנו נדרשים להם גם משום שנוכחנו שהם מנקרים בליבם של מפקדים וחיילים אחרים.

צר לנו שעקב חרדתנו לתת לנאשם את מלוא יומו בבית-המשפט התמשכו הליכים אלה כולי האי. העובדה שתופעה זו ושכמותה נבלמו בטרם החל המשפט – כפי שהודגש ע"י הראיות שציטטנו, אפשרה לנו לדון בכל הטענות בלא לחץ.

לנו נראה שעל אף תמורות העיתים והתמשכות פעולות האינתיפאדה וחרף החמרתן – ההכרעה בסוגיות שהתעוררו חשובה לא רק לנאשם עצמו, אלא לצה"ל בכלל. עם החמרת האתגרים לא פחתה חשיבותה של ההכרעה האתית בדבר חוקיות פקודה – אלא גברה. אין שום רבותא לנהוג בשיקול דעת ובדבקות בעקרונות – כאשר אין האויב לוחץ והתנאים נינוחים; יש להבהיר את הדין דווקא לגבי מצבי לחץ וכאשר האויב מעמיד נגדך דרכי התנהגות הנוגדים את מוסר הלחימה שלך.

צורכי השעה

האינתיפאדה שפרצה ב-9.12.87 באזור עזה היתה אכן תופעה שונה במהותה ממה שהורגל בו צה"ל עד אז; אל"מ שמי עטר, עד ההגנה, הגדיר אותה כלוחמה נגד-מהפכנית. מהתמודדות עם מתפרעים בודדים, עבריינים העוברים על הוראות הצבא, עברה התמונה להתמודדות עם המונים שנאספו במפתיע ובמהירות, ולא זו בלבד שלא נשמעו להוראות הצבא, אלא שעשו הכל כדי להוכיח לחיילים את אוזלת ידם ולהשפילם. (דברי סא"ל זיו, מג"ד נח"ל 50).

העדים הגדירו את המצב בקשת של דרגות שונות, החל 'במצוקה וחיפוש דרך לפתרונו', 'בלבול', 'תסכול', ועד 'לאובדן עשתונות' ו-'איבוד השליטה'. הובלטו והודגשו מחסור באמצעים מתאימים לפיזור ההפגנות, הפגנות שעמדו למוטט את תדמית השליטה והשלטון.

הקצין בתיאורו מפקד משמר הגבול בשכם (נצ"מ וולצ'יק) שהעיד "שהיה בלאגן" כי צה"ל לא היה ערוך לשימוש בכוח, וכי היו פקודות סותרות בין מפקדים שונים, ואיש לא ידע מימינו ומשמאלו בתחום הזה במשך חצי שנה.

רקע עובדתי זה אכן הוכח בעדויות, אולם אין אנו מקבלים את התיאור הקיצוני של אובדן שליטה ולא של התדרדרות גמורה של מוסר החיילים כפי שהציג אותם הנאשם בעדותו (עמ' 354). סא"ל זיו, מפקד גדוד 50:

"הרגשנו... שהצלחנו באותה תקופה להרגיע ואף להפחית את הארועים – בשיטת התגובה המהירה והקשיחה... לא הרגשנו כעכברים במצוקה או שהנושא הזה עומד לגמור אותנו."

(עמ' 260)

דווקא הנאשם תואר ע"י חבריו כמי שהקריין ביטחון ולא כמי שנאחז בכל דרך אפשרית כדי להתמודד עם המצב (יוני שמשוני – עמ' 519; אלדד – עמ' 61; עומרי – עמ' 19, סא"ל זיו –

עמ' 255).

המ"פ אלדד אף מעיד שבדיונים אצל הנאשם היתה שיחה על ראיית הדברים בשטחים והתמודדות: "היתה הרגשת עליצות על הישגיות ומקוריות בפעילות". ראוי לציין שמשמר הגבול, כעדות מפקדו בשכם המשיך בדרכי התמודדות שלו, וכי לא ראה עצמו כפוי על-פי ההנחיות הצה"ליות והיו לו פקודות משלו.

אמת שהמצב היה חדש למתמודדים איתו ויצר תחושה של אתגר מסוכן: כעובדה, הפיקוד סבר שמסגרת הכוחות המוקצים לשטח אינה מספיקה, והעלה אותה ברמה שלמה: במרחב איז"ש שעליו חלשה חטיבה הוצבו שתי אוגדות על מפקדותיהן וגם החטיבה נותרה בו (במרחב רמאללה), ואין לך סימן מובהק מזה לרצינות המצב בעיני הפיקוד. מחמת החידוש לא ניכרו תכנון וחשיבה, ולא תודרכו הכוחות שהוקצו להתמודד עם משימה זו על שיטת הביצוע (ראה עדויותיהם של אל"מ שמשוני, עמ' 516 וסא"ל ברקאי עמ' 426, 452).

לכתחילה הגיבו החיילים תגובה צבאית, אך מהר מאוד גרם הדבר לנפגעים והרוגים מירי, במספרים שדעת הציבור והמפקדה לא היתה מוכנה לסבול אותם. ניתנה אפוא הוראה שנשמרה בקפדנות, שלא להתיר שימוש בנשק אלא כשהיורה בסכנת חיים, ולצמצם את הפרוש ל'חשש מסכנת חיים' עד כי ייקבע רק בידי מפקדים מדרגה פלונית ומעלה, שיקפידו לבל ישמש ככיסוי לירי חופשי. הוראה זו כובדה ומולאה. בכל הדרגים הודגשה המגמה להימנע מפגיעות בנפש, ובאופן פרגמטי גם הוחדרה ההכרה ש'כל הרוג הוא נקודה לזכות הצד המתפרע, ומחזק אותו'.

התגובות של החיילים שנמנע מהם השימוש בנשקם היו: פאסיביות, תסכול ועלבון על שאינם יכולים לפעול כצבא. בנוסף לכך היתה התמרמרות על העובדה שחייל שפועל להשיג את המשימה של השקטת השטח נתון לאיום מתמיד מצד הממונים עליו. שהצבא עצמו יפעל נגדו על עצם השימוש באמצעים המעטים שבידיו.

את הטענה האחרונה, שנמנתה לעיל, אפשר לנסח גם כטענה על חוסר גיבוי של המערכת לחייליה, שאותם היא שולחת למשימה חדשה וקשה זו.

דרכים להתמודדות

בנתונים אלה, כאשר המשימה 'להשקיט את השטח' תוך מניעת נפגעים בנפש הוגדרה כמשימה שיש להשיגה ויהיה מה – ננקטו ע"י דרגים שונים וגופים שונים דרכי התמודדות שונות:

להלן נמנה את הדרכים השונות להתמודדות עם אתגרי האינתיפאדה וניווכח כי הדרך שדגל בה הנאשם כ"דרך יחידה" להתמודדות עם המציאות לא היתה כאחרות שנקטו בצה"ל – והיו בה חידוש וייחוד המעמידים את הנאשם כמחנה לעצמו, מחנה שהוא הפך סמל לו – בצוותו עליו בפקודה.

(1) שר הביטחון

השר נקט בעמדה ש"ממכות לא מתים" ודיבר עם המפקדים בשטח על הצורך "להכות

חזק ובלתי חוכמות". ההגנה מדגישה את סמכותו הגבוהה של השר בשטח. לא די שתפקידו המדיני הבכיר כ"מפקד העליון של צה"ל", וכמי ששימש רמטכ"ל מהולל, הקנה לדבריו משקל מיוחד – הוא גם היה גורם דומיננטי בכל הנעשה בשטחים, ערך סיורים תכופים בשטח ונפגש עם המפקדים בכל הדרגים תוך שהוא מקיים עמם שיחות וברורים.

לפי עדות ראש מטה פיקוד מרכז, אל"מ בין – השתמש שר הביטחון בשעת סיור ברמאללה ב-18.1.88 בביטויים מפורשים, כתגובה לטענות של קצינים על חוסר כלים להתמודד עם הפרות הסדר בקנה מידה גדול שהיו בשטח:

"שהוא מאשר להכות ואפילו השתמש בביטוי לשבור ידיים ורגליים".

(עמ' 563)

אנו מטיילים ספק בנוסח אחרון זה שלא נזכר בשום דיווח של התקשורת, מאותו יום, אך בעיקרון, השר דרש מצה"ל להגיב באגרסיביות על הפרות הסדר.

את הטענות בדבר היות השר "הפיקוד העליון" של צה"ל אנו דוחים ככל שהוא מתייחס לסמכות לתת פקודות ישירות לחיילים; מוסכם על כל העדים, גם אלה שהעידו להגנה, שהצינור הפיקודי, אל הנאשם ולצה"ל בכלל, עובר דרך מפקדיו שנתמנו על פי פקודות הצבא, ובמקרה זה מפקד האוגדה, אלוף הפיקוד והרמטכ"ל, ואין הנאשם מקבל פקודות משום גורם פוליטי, והשר בכלל זה. אבל להנחייתו של שר הביטחון הנאמרת בפני ריכוזים של מפקדים בשטח, כאשר נוכחים גם מפקדיהם הישירים, ואלה עוברים על ההנחיות בשתיקה וללא הסתייגות, יש בוודאי חשיבות להבהרת המגמה והמטרה של הפקודות המתקבלות.

את המשמעות של דברי שר הביטחון מבחינתו הוא, ואת דיוקה של הלשון שנקט, ניתן לדלות מתוך דיוני פורום שר הביטחון (פורום השטחים כפי שהוא נקרא), ופורום מטכ"ל שתשומת ממה שנאמר בהם לעניין מכות הוגשה לנו ב-ת/ 32-37 וב-ס/ 49.

עיון בתרשומות אלו מוכיח שהוראתו של שר הביטחון היתה נחושה והוא עמד על כך שתהיה ברורה. הוא סרב להגביל את ההוראה בביטויים מעורפלים של 'שימוש בכוח סביר' ועמד על כך שהחיילים ידעו שיש להם גיבוי.

הדברים מקבלים ביטוי מפורש בסיכום הדיון שהוצג ב-ת/ 37 מה- 12.1.88:

"ג. התגובה התקיפה של חיילינו (כולל מכות) נוכח ובעת הפרות סדר (ההדגשה במקור) וכנגד תקיפת כוחותינו – הינן הכרח, הבא למנוע את הגרוע יותר – את הפתיחה באש וגרימת מוות".

באותו מסמך מודגש שהפעלת הכוח צריכה להיות בזמן ובמידה הנכונים, וכי חובה "למנוע ככל האפשר חריגים, ולבדוק כל חריג כזה".

הדברים עוררו בפורום דיונים ממושכים, שהשתתפו בהם במיוחד אלוף פיקוד המרכז, מצנע, ואלוף הפיקוד שקדם לו, וגם הרמטכ"ל ואחרים. בדיונים אלו הבהיר שר הביטחון:

"ש'מדיניות מכות' זו מילה עיתונאית ותו לא: אין מדיניות מכות. יש הוראה להפעיל כוח, כולל מכות בלי חוכמות, אבל אין מדיניות של מכות כעונש."

לפרקליט הצבאי הראשי המביע את חששו מפני שימוש מופרז בכוח משיב שר הביטחון בדיון מה-21.1.88:

"אתה משפטן, לחיילים צריך להגיד דבר ברור... חייל לא צריך להיות פרשן של מה זה כוח סביר. והוא צריך לקבל הוראות ברורות, ... עם מלוא הגיבוי. נתנו הוראות לפעול באגרסיביות, עם מכות, על הפגנות, על כל דבר שהוא הפרה אלימה של סדר" (ת/ 32)

אך – במקום אחר באותו דיון מבהיר השר: "לאחר הפיזור אין להשתמש בכוח". ובכל מקום בברורים הללו מדגיש השר כי מי שמרים ידיים ונכנע אין להכות אותו וכי מי שנכנע אין יורים בו.

ההגנה טוענת שאין חשיבות לדקויות ולפרשנות של המילים שהשתמש בהן שר הביטחון וכי לא חשוב מה אמר שר הביטחון אלא מה שמע השטח, ומה שמעו והבינו החיילים שהיו אמורים להשתמש בכוח.

משמעות הטענה – שעל השר היתה גם החובה לצפות לכך שחיילים יבינו את דבריו כהתרת כל רסן והיתר להכות ללא סייג – ובלבד שתושג המטרה.

אין אנו מקבלים טיעון זה: על מנת לחסות בצילה של פקודה כלשהי צריך המציית לה להיות נכפה על פיה. אין הנאשם טוען שאלמלא ציית להוראת שר הביטחון היה לו לחשוש מסנקציה כלשהי.

הנאשם לא נכח בשעת אמירת הדברים ע"י השר. הדברים נאמרו ב-19.1.88 ופורסמו בעיתונות ובתקשורת ביום המחרת, יום הארוע בביתא: הנאשם עצמו טוען ששמע עליה אז רק בתקשורת, ולא נכנס לדקויות של דברי שר הביטחון ולא שקל מה הם מחייבים לעשות, אלא השתמש בהם להורות לחייליו בפקודה להכות עצורים: נראה בבירור שבפרשנותו הרחיק לכת מעבר לכל הנאמר בהם.

את גישתו של הנאשם אפשר להבין לאור דברי עד ההגנה מטעמו, אל"מ שמי עטר, שטען שבאין סייג חייב מפקד שהבין את מטרת הפקודה הכללית שקיבל – להרחיב אותה:

"אם אינך מציב סייגים – אתה מתיר למפקד לנהוג ככל שיטה שתראה לו להשיג את המטרה." (עמ' 529)

הנאשם התיימר לפעול לפי מסר, ולפי פרשנותו שלו את המסר, והפרשנות הזו היא כולה שלו ובאחריותו – בייחוד כאשר מתברר מכלל הראיות שמסר כזה אף לא נשלח.

דברי השר מתייחסים לאופי התגובה על הפרות סדר אלימות – ואין בהם היתר לשימוש במכות כפי הפרוש שנתן להם הנאשם בפועל.

שמנו ליבינו לכך שגרסת הנאשם, שלא כל כך חשוב מה בדיוק אמר השר או מה התכוון – אלא חשוב מה הבין השטח, נזנחת כשהוא מתייחס למשמעות של פקודתו שלו לפלוגה.

אפילו בהתייחס לדברי האלוף בפורום שנערך בלשכתו של האלוף, מעיד אל"מ שמי עטר:

"אז האלוף אמר את זה, מה זה קשור לפקודה? מה שהאלוף אומר במסגרת סיכום האלוף זה שום דבר. אם האלוף מתכוון לזה – שיוציא פקודה... אם רוצה להעביר מסרים – ... מסרים נתפשים בצורה שונה ע"י כל אחד." (עמ' 537)

(2) אלוף הפיקוד, האלוף עמרם מצנע.

האלוף הורה על שימוש בכוח וחלוקת אלות להסתערויות – עוד קודם שנאמרו דברי השר. דרכי ההתמודדות שנקט הצבא לפי פקודות מפורשות של האלוף היו הזות החיילים מעמידתם הסטטית לנוכח התארגנות הפגנות, ומניעת התארגנות להשפלתם – ע"י הפעלתם באגרסיביות "ללא חוכמות" לנוכח הפרות הסדר – אשר עשויות להתפתח למצבים מסוכנים.

התגובות האלימות, מכות תוך שימוש באלות בהסתערות – כללו אלמנט של הרתעה במובן זה שמשותף שנפגע לא ירצה לחזור ולעשות כמעשה הזה (עדות האלוף בעמ' 140) – אך הוא הדגיש במפורש שמשעה שהושגה המטרה של שבירת ההתפרעות או המעשה האלים – אין להשתמש בכוח כאמצעי ענישה.

שמענו את עדותו של האלוף מצנע ועמדנו על מידת הכנות שבה נמסרה, ואנו קובעים ברורות שאף שלא חלק בפומבי ובמעמד שר הביטחון על דבריו של זה, העלה האלוף מיד את צפייתו שיש חשש שמא יתפרשו הדברים בשטח, ע"י מי שרק מצפה להתרת רסן, כרשות להכות באופן חופשי. גם בדיוני הפורום במטכ"ל הוא מעלה מיד את האזהרה שזו בעיה עדינה מאוד, ושחריגות מההנחיות הקיימות בדבר הפעלת כוח עשויות לגרום לנזקים בשמירת הנורמות של צה"ל, וכי הן עשויות גם לגרום נזק גלוי ע"י ערעור הביטחון של הצבא במפקדיו: שמצד אחד תינתנה פקודות מרחיקות לכת שתבאנה למקרים גבוליים, ומצד שני יתחילו בירורים בדבר התנהגות בלתי חוקית, והדבר יתפרש כהתכחשות של המפקדים לפקודות שהם עצמם נתנו; אך הוא דורש להבהיר לצבא שבשום מקרה לא יינתן גיבוי להפרת הפקודות ולמי שחרג מ'השטח האפור'.

תגובתו של אלוף הפיקוד לדברים שהשמיע שר הביטחון לא הובעה במחלוקת תקשורתית, כפי שאמנם אין לצפות מאיש צבא סדיר בסוגיה ציבורית: פעולתו נוכח חששותיו מהתרת הרצועה-באה לידי ביטוי מידי בפקודה מפורשת וברורה שהוצאה מלשכתו, כפקודה ולא כמסר סתם, באותו ערב ממש, ושנכללה לאחר מכן במסמך מסכם שכונה "נועם הליכות" – ריכוז הנחיות מבצעיות ונוהלי הפעלת הכוחות באיו"ש ת/9. מסמך מרכז זה גם הועתק והופץ ע"י מפקדת האוגדה של הנאשם במסמך ת/8, ויצא לתפוצה מהפקוד כבר ב-22.1.88 (!) כשהחלק הכללי מדגיש שמטרתו היא "לרכז את מירב ההוראות המבצעיות לכוחות הפועלים בשטח". והוא מדגיש במיוחד, בהוראה 14 של נספח ב' 'הנחיות מיוחדות בתחום הפעילות המבצעית':

"יש אישור להכות מתפרעים ומפרי סדר, לא מאושר להכות בכל סיטואציה אחרת" (ההדגשה במקור)

אם נזכור שהנחיות כאלו ממש ניתנו ע"י האלוף כבר בהערכת מצב מיום 1.1.88 (ת/4), נראה שהחלק הראשון של ההנחיה הוא ביטוי לדברי השר, אך אין בו משום פקודה אלא היתר שחייל/מפקד רשאי לפעול לפיו על פי הצרכים, בעוד שהסיפא היא הפקודה.

עד ההגנה, אל"מ שמואל בין, מעיד (עמ' 564) שמיד בערב בו נאמרו דברי השר – הוציא על-פי הנחיית האלוף מסמך שהכיל סייגים לשימוש בכוח ומכות, ושהצורך בפקודה זו נולד מחששו של האלוף בפני האפקט של דברי השר – וכי היא יצאה לשטח מיד לאחר שנאמרו דברי השר ברבים. אך עיקר נתינתה של הפקודה לשטח היה (כפי שהעיד גם האלוף) בעל פה, במגעים התכופים שהיו לאלוף עם הכוחות בשטח ועם מפקדיהם. הוכחה להעברת פקודות ממתנות אלו אנו מוצאים בעדותו של סא"ל ברקאי – עד כמה התקומם וכעס עד זה על התערבות האלוף, כשדרש האלוף לברר מדוע פגעו חייליו של ברקאי במסגד תוך הסתערות על הקסבה בשכם (עמ' 429).

עינינו הרואות שכמפקד ממונה, צפה אלוף הפיקוד מיד לשימוש חופשי מדי שיעשו חיילים בהיתה. הוא הוציא בו בערב מסמך מסייג, ותוך שניים – שלושה ימים (19 לינואר – עד 21 בו, מועד פרסום "נועם הליכות") הוציא עוד ריכוז של כל ההנחיות שמסתכמות באופן ברור בקיום הסייגים שפרטנו לעיל. אין לנו סיבה להניח, ואין אנו מקבלים את הטענה, שפקודותיו ומסריו שבעל פה היו שונים מלשון הפקודה, שכה טרח להביא לביטוי ב"נועם הליכות".

מה שההגנה מנסה להעביר לנו הוא שכוחו של ההיתר של השר (שאל"מ בין מעיד, (עמ' 563) שהשטח רק חיכה לקבלו, לאור הקשיים להתמודד בשטח) – יפה מכוח הפקודות המרסנות והמסייגות, וזאת אין לקבל.

שוכנענו שזו היתה תורתו של האלוף בעל פה כמו בכתב ואנו רואים אסמכתא לכך בסיכום דיון יומי של האוגדה שיצא יום אחד לפני הארוע שבנדון, והמופנה לנאשם עצמו, אישית, (רמ"ט: (יהודה)) – ת/7.

2. מדיניות – קצין אג"מ יפיץ ליחידות את המסר הבא:

.....

ב. שימוש באלימות – יש אישור לשימוש באלימות רק מול אלימות הנתפסת בזמן אמיתי:

אפשר להדגיש את הנספח של אותה פקודה המתייחס לפעילות מיוחדת והמעלה את דבר קיומה של פעילות שהנאשם ניתלה בה (נספח ה')

"יש להתמיד בביצוע פעילות לילה של כוחותינו באותם אזורים המועדים לפורענות וכן באותם כפרים/עיירות אשר יתפרעו במשך היום.

יחידה תופעל באינטנסיביות, צוות בכל מרחב, במטרה לתפוס מסיתים, מקימי מחסומי אבנים וצמיגים בדרכים. מדי לילה יבוצעו מעצרים של מפרי סדר ומסיתים בתאום עם שב"כ."

בשלב זה נדגיש רק כי ההנחיות המיוחדות האלה הכלולות ב-ת/8 אינן הוראות לענישה, ואנו קיבלנו את עדות האלוף שהן הוצאו לצורך מעצרים, ותו לא. אנו למדים על כך מעדותו של עד ההגנה, קצין ביחידה זו, שהעיד בסמוך לליל האירוע בביתא פעלה היחידה בכפר אחר, כשמפקדה מורה לאנשיו "לקחת את העצורים ולהכות אותם" – אולם אותו מפקד אינו נוהג כך על פי שיגרת הביצוע של היחידה, אלא בפירוש במהלך מה שהוצג להם "כמדיניות חדשה שהגיעה מלמעלה, מדרגים גבוהים".

נדון להלן (סעיף 6 – "סימני שאלה") בשאלה הנכבדה עד כמה ידע הפיקוד על העובדה שהחיילים בשטח אינם נוהגים לפי ההוראות, והם מרבים להכות מעבר למה שמחייבות ההנחיות הללו – ואם השלמתו עם חריגות אלה מצביעה על מדיניותו למעשה;

אך נקדים ונאמר, שהשאלה אם ידע האלוף על מעשים שנעשו באירועים שונים ועל שיעור השימוש במכות – ומה היתה תגובתו על כך, איננה מעלה בנו את הספק שביקשה ההגנה להעלות, היינו שמסתמא מלמד הדבר על מדיניות ופקודה של הפיקוד בנדון – אלא מעלה את השאלה של גיבוי לחיילים – שאלה שנדון בה בנפרד להלן.

(3) מטה האוגדה ומפקדיו.

האוגדה נכנסה למרחב, וקיבלה את הפיקוד על המרחב שעליו פיקד עד אותו יום הנאשם – 15.1.88, היינו 5 ימים לפני שני האירועים שהם נשוא האישום – ללא כל ידע קודם בתחום של התמודדות בתושבי השטחים ובמצב האינתיפאדה במיוחד. מבחינת פקודות הצבא והפיקוד – קיבלה האוגדה את הפקודה "נועם הליכות", חזרה והדפיסה אותה כפקודה של האוגדה, והפיצה אותה לכל הדרגים. מבחינת דרכי ההתמודדות עם המשימה, היא הונחתה לקבל את הנחיותיו של הנאשם כמי שהיה מפקדו של כל מרחב האוגדה הנוכחי, והכיר את השטח לפני ולפנים. הוא עצמו קיבל מעמד בכיר במטה; לא התואר שהוצמד לו חשוב (פורמלית – רמ"ט הוא השלישי בהיררכיה) – אלא חשובה העובדה שהוא היה סמכות מקצועית בעניין הטיפול בתופעות אלה בשטח. אין ספק שהסמכות להפעיל את הכוחות באוגדה היא של המפקד, אך בהיות הנאשם מי שאחראי לתחום זה במטה, אין להניח שהאוגדה או מי מקציניה היו לוקחים על עצמם הנהגת מדיניות שונה מזו שהוכתבה בפקודות מפורשות ע"י האלוף – ללא הנחייתו.

לא נעלמו מעינינו הנקודות שנביא להלן בדבר מעורבותו של מטה האוגדה בפעילות שהנאשם ביצע ופיקח עליה, אך אין הדבר משנה את קביעתנו הברורה שמטה האוגדה ומפקדה לא הורידו על הנאשם פקודות שחייבו אותו להורות כפי שהורה, ואף לא יזמו את הכיוון שבו התנהלה פעילות זו בשני האירועים. גם אם ניתן להבחין בחסמים בצינורות הדיווח, בחוסר דיווח על אירועים ותוצאותיהם, בתופעות של "החלקת" דברים, ושל ריבוי תופעות חריגות – אין אנו מקבלים שמקורן של ההנחיות או התופעות הוא במטה האוגדה שמחוץ לשליטת הנאשם.

אנו מקבלים את עדותו של תא"ל ליבנה שפקודותיו כמפקד אוגדה לא היו מתיינות יותר מהפקודות שהוריד הפיקוד לגבי שימוש במכות.

(4) הגופים המעורבים – שב"כ ומנא"ז.

אליבא דנאשם בגדו בו כל הגופים הללו, יחד עם מפקדיו.

לא רק המפקדים מנערים חוצנם מן הפעולה הזו, שהנאשם עומד על כך שהיתה פעולה יוזמה מתוכננת מראש לטפל כך בכפר אחר כפר; גם השב"כ, שעל פי רשימותיו פעל כביכול הנאשם, מכחיש שהוא סיפק רשימות לצורך זה של "הענשת מסיתים ראשיים". אנשי השב"כ שהעידו בפנינו הסבירו שטעמים רבים היו עימהם (ואת חלקם ביקשו למסור רק בדלתיים סגורות) שלא ייעשה שימוש ברשימות אלה לצורך ענישה וכליאה, אלא רק למעצה, להבאה לחקירות או למשפט.

גם אנשי המינהל האזרחי, שהוצגו כמי שששו על שיטה זו ואף כמי שהציגו עצמם כממציאה – התכחשו לה. עדות הסמ"פ זיו גפן בעמ' 25, (מצוטטת מעדותו במצ"ח) "רס"ן דני גבריאלי, לפני אותה תקרית התפאר בפני... כי זו היתה פעולה פרי יוזמתו...". אבל ברור גם לעד זה שביום המחרת התנער אותו קצין מכל העניין, וגם בפנינו העיד כך. כבר למחרת הוא "קונן" על כך שפעולות כאלה הורסות את היחסים שהוא בנה במשך שנים עם המוכתרים, והסמ"פ נוכח מיד למחרת שאותו רס"ן מתכחש לכל העניין.

אליבא דנאשם, בפנינו תופעה מבישה של התכחשות ובריחה מאחריות מצד כל הגורמים הצבאיים בסדר חשיבות עולה, החל מהמינהל האזרחי, שרות הביטחון הכללי האזורי והמרכזי, מפקד האוגדה ואלוף הפיקוד, אם לא למעלה מזה. אותם גורמים – הם שיזמו את סידרת הפעולות, במטרה מפורשת "לטפל" במסיתים באמצעות ענישה אלימה, אלימה עד כדי שבירת ידיים ורגליים. הם שהפעילו שיטה כזו מספר פעמים, וכעת הם מתכחשים לה ומטילים את כל האשמה על כתפיו, כשעיר לעזאזל.

"אני חי בהרגשה קשה מאוד... אני מרגיש שנששו אותי וזרקו אותי לכלבים... אותם קצינים שנתנו הנחיה לצבא להתנהג בצורה מסויימת – שהתנגדתי לה, יצאתי כנגדה..." (עמ' 358)

הכלל, שני מחנות: "הצבא" מחד, יהודה מאיר מנגד.

"ליבנה לא נגדי – הוא עם הצבא כרגע" (עמ' 387)

אין אנו מקבלים את הטענה והתיאור שלפיו גופים אלה היו שותפים להתווית המדיניות שהביאה את הפקודות נשוא אישום זה לעולם. הקצינים משרות הביטחון הכללי ומהמינהל האזרחי שהעידו בפנינו העלו סיבות טובות, והגיוניות מבחינה פרגמטית, מדוע לא לנקוט בקו פעולה זה. אין אנו מטילים ספק שפה ושם, בקרב מפקדים וממלאי תפקידים בגופים אלה נמצא מי ששש לכך 'שיתירו מעליו את הרסן'; אנו מניחים שבמצב המתסכל של התמודדות בהידרה-רבת-ראשים של התקוממות רחבת ידיים – נמצא גם מי שאימץ ברצון, ואולי אף ליבה, את המגמה של היפרעות לאלתר מחשוד שהגיעו לגביו "ידיעות מוסמכות" שהוא בגדר "מסית ראשי". אלא שבשיקול הכולל גופים אלה אין להם אחריות בשטח. כפי שאומר עד הגנה סא"ל ברקאי:

"השב"כ הוא לא גורם מפקד. הוא יועץ – ואחר-כך הכל על אחריות. אבל הם היו בדיונים בהם חיפשנו פתרונות. הם נתנו המלצות חמות מאוד על כל סיפור המכות." (עמ' 429)

העד מתאר מצב שבו אנשי השב"כ כשנועצו בהם – דחפו לפעילות כזו, אבל מהר מאוד, כנראה בעקבות הוראות שקיבלו, הם הפכו לגורם סביל ולאחר מכן נסוגו מהעמדה הקודמת.

ברור אפוא, שבמידה שהגורם של שב"כ ומינהל אזרחי השתתפו בגיבוש קו הפעולה שבו נקט הנאשם – הם עשו זאת בדרג המקומי והמייצע בלבד. את האחריות לנקיטת הקו של הכאה לפי פקודות ורשימות יש לאתר במפקדת הכוחות שפעלו בשטח ולא אצל הגורמים המייצעים, גם אם אותן נטיות להתרסן הופיעו במקביל אצל אנשיהם או אצל חלקם.

(5) מפקדים אחרים:

ההגנה מבקשת להיבנות מכך שמפקדים של יחידות אחרות שחלשו על מרחבים סמוכים העידו על מדיניות של מכות כענישה שהונהגה בהם בפקודת האלוף, וכי העלו בראיות 8 מקרים במרחב הפיקוד שבהם נעשה שימוש במכות לשם ענישה. ההגנה מבקשת מאיתנו ללמוד מכך שאכן היתה זו מדיניות של הפיקוד, ושלא יתכן מקבץ של 8 ארועים בו-זמניים דומים מבלי שתעמוד מאחוריהם פקודה אחת או לפחות מדיניות אחת.

(א) ראשון לכל, תא"ל בני טרן, מפקד האוגדה שחלשה על מרחב יהודה. עברנו על רישומיו של תא"ל טרן משיחותיו עם האלוף ולא מצאנו בהם אלא דגש על הכאה בשעת הסתערות. באחת התרשומות שהובאה כראיה (42/ס) נרשם: "ריכוז כוח להסתערות. הפעלת כוח – להרביץ מכות."

ואילו פנקסו 48/ס מכיל תשובה לשאלת הבהרה שרשם לעצמו ב-47/ס בנוגע למכות:

"כשהוא בורח ואתה רודף אחריו – תכה בו.

כאשר הוא בידך – אסור לגעת בו."

לנו ברור שאם תא"ל טרן העביר למטהו, כפי שמעיד סגנו, הנחיה ש'אין פקודות כתובות ואין סייגים למכות' – הוא לא העביר בכך את פקודות האלוף, לא ככתבן ולא כרוחן. אבל איננו בטוחים כלל שכך העביר, ושפקודיו לא ניסחו את פרשנותם זו לאחר מעשה כדי לתת גיבוי לחריגים. נראה לנו שתגובתו של תא"ל טרן כאשר תארו בפניו "מבצע" שבו מתקבלות רשימות של מפרי סדר מהשב"כ, ואז נשלחת פלוגה לכפר ומקבלת פקודה בניסוח המחמיר (כזו שנתבררה באירועים שבפנינו), משקפת בדיוק את מידת החריגה של "דרך ההתמודדות הזו" מהפקודות שהיו; ואלו דבריו:

"מודל כזה לא מתאים לפקודות שהיו.

לא מכים כאלה שלא משתתפים באירוע, ולא נמצאים בהפגנה. על פניו זה לא מתאים. אם האנשים האלה בבוקר של אותו יום השתתפו בהפגנה, זה גם לא ייתן

מענה לפקודות, זה לא מתאים. הדגש בהוראות הוא על הכאה בזמן אמיתי." (עמ' 471)

ולהלן:

"אני מאמין שאצלי דבר כזה לא היה קורה." (עמ' 472)

(ב) מפקד נפת טול-כרם, העד, אל"מ יוני שמשוני, הוא עצמו הדגיש שלא קיבל שום תדרוך בהכנסו לתפקידו ולא קרא שום הוראה כתובה וכי התמודד כמיטב יכולתו עם המצב; אבל למרות כל מה שהוא מתאר כשימוש חופשי למדי במכות, הוא מעיר:

"לי לא קרה דבר כזה שהכיתי אנשים. היו לי רשימות מעצרים וביצעתי מעצרים." (עמ' 523)

ולהלן:

"אני לא הכרתי סוג כזה של פעילות. עד כמה שידוע לי תחת פיקודי לא היתה פעילות כזאת." (עמ' 527)

(ג) אשר להופעתם של 7 מקרים נוספים שנזכרו בעדויות, הם מתייחסים לארועים בג'מעין וקלקיליה, נחלין וחלחול, כפר א-דיכ, ועוד שני מקרים שתוארו ע"י עד ההגנה, סרן ערן פאלח. סרן פינטו שרת במרחב רמאללה והעיד על שני מקרים של פעילות שנעשתה במשותף עם השב"כ, האחת במחנה אל-עומרי והשנייה במעצר שני חשודים בפח"ע שהוכו. בשני המקרים אנשי השב"כ גרמו לחיילים ל"עודף מוטיבציה". במקרה הראשון היו המעצרים לפי רשימה והמעצרים הוכו "מכות מאוד שטחיות". במקרה השני, כאשר הנעצרים נחשדו בהנחת מטעני חבלה "המכות היו יותר רציניות. שם שברו ידיים ורגליים" (עמ' 476).

מפקד אחר, סא"ל ברקאי, שהעיד ללא חשש על מכות ביד רחבה – הזים את הכינוי "קיר המכות" ברמאללה והעיד שכינוי זה אינו אלא ניסוח עיתונאי וכי הוא שקרי. לדבריו, זה היה מקום ריכוז פתוח של עצירים עד שמפקדים שמו לב שחיילי מפקדה, שאינם משתתפים במרדפים ובמעצרים, מנצלים את הריכוז, ואת היות העצורים כפותים שם – ומנחיתים עליהם מכות בעוברם. המפקדים התערבו, הפסיקו את הריכוז והביאו לדין חיילים שהיכו.

עיינו בראיות, ואין אנו מקבלים שקיומן של התופעות הללו מגלה תכנון משותף מאחוריהן. כשאנו בודקים אותן אחת לאחת אין אנו יכולים לראות בשום מקום, זולת המקרה של יחידת ---, את התופעה המונחית-אידיאולוגית, של שימוש במכות לגבי מי שנתפסו על פי רשימות.

בג'מעין העיד המפקד שאכן התושבים שנעצרו הוכו בידי חייליו, אבל ראוי לציין שבפעולה זו גם הנאשם השתתף כאחד המפקדים: (אל"מ נצר: "מסגרת אחת שלי היתה כבר עם יהודה בתוך ג'מעין") והמפקד הזה מודה כי חלק מהתושבים שנעצרו לא הגיעו למעצר אף על פי שלכתחילה נלקחו לשם ("לא כל אלה שטופלו על-ידינו והוכו על-ידינו

הגיעו למעצר בשכם"). עולה תיאור פעולה של חיילים –

"כנגד תושבים מזוינים בסכינים וגרזנים, השתלטות קשה מאוד שגררה את החיילים והמפקדים לתגובות בהתאם. הכאה תוך השתלטות, גם על נשים." (עמ' 40)

ואם בין זה לבין "מסע עונשין" ולא כלום.

על פעולת קלקיליה לא ידוע לנו כמעט מאומה, ונחלין וחלחול גם הן נושאות אותו אופי של תגובה ספורדית של חיילים לאחר קרב. אין אנו נחלצים להביע דעתנו על עניין שלא נדון בפנינו. אם כך התנהלו הדברים, עברו גם הללו עבירה חמורה; – אך אפילו כך היה, אין בתופעות שתוארו כ"תרבות של התקופה" – כדי להעיד על תכנון פעולה יזומה, כזו שהתבטאה בארועי ביתא וחוווארה.

(ד) הארועים בכפר בו פעלה יחידת --- שעליהם העידו בפנינו בדלתיים סגורות, והארועים שבשיתוף השב"כ במרחב רמאללה, אכן מגלים קו ושיטה שיש בהם דמיון לנעשה במקרים שהנאשם מואשם בהם. אנו מקבלים את העדות שצוות של חיילים מיחידת --- נשלח ע"י מפקדו, בדרגת סרן, להגיע לכפר, לעצור מספר אנשים במטרה "לקחת אותם ולהכות אותם".

זו היתה לשון הפקודה באותה פעולה – בעוד ש- 9/ת מתייחס בפרוש לפעולות של יחידה זו כ"מעצרים של מפרי סדר ומסיתים בתאום עם השב"כ". המעניין בדבר הוא החידוש שעליו מעיד הקצין –

"(הסרן, המ"פ) אמר לנו שזה הגיע מדרגים מגבוה ואפילו שר הביטחון מדבר על זה... המפקד... אמר שאלה הוראות שבאו מלמעלה ואפילו שר הביטחון מדבר על זה שצריך לשבור ידיים ורגליים." (עמ' 552)

מאחר שהעד העיד שפעולה כזו התקיימה כשבוע לאחר ה-13.88, ובשים לב לדרגתו של מפקד היחידה (סרן) איננו רואים הבדל עקרוני בינה לבין פעולתה של הפלוגה מגדוד 50. תמהים אנו מדוע לא הובא בפנינו אותו מפקד על-מנת שנוכל ללמוד מפיו ממי הגיעה אליו פקודה זו. האפשרויות הנראות לעין הן שתיים: או שמפקד זה גם הוא סבר שהותר הרסן ע"י התבטאותו של שר הביטחון, או שהלשון הדומה שמשתמשים בה שני מפקדי הפלוגות ("הוראה שבאה מלמעלה") מעלה מעורבות של גורם משותף במטה האוגדה. מכל מקום, קיומה של פעולה נוספת, דומה, בדרג הנמוך מהנאשם איננה מעידה על מדיניות של פעולות יזומות עי מפקד הגבוה מן הנאשם.

גם העובדה שבמרחב רמאללה נמצא איש שב"כ שיזם והליח לפעולה דומה איננה מלמדת אותנו אלא זאת, שהנכונות לעשות מעשים כאלה "היתה באוויר", וכי מי שלא יכול היה להתאפק יותר הרשה לעצמו "להנות מהתרת הרסן". גם כשאנו מפרשים לטובת הנאשם את קיומן של תופעות דומות בכפר האמור וברמאללה אין אנו יכולים לראות תופעות אלו כמלמדות על קיומן של פקודות לפעילות מעין זו: המספר של פעולות אלה קטן, ואין הן מהוות שיטה אלא אם הן יוצאות ממפקדה אחת. המפקדה שחלשה על רמאללה לא היתה זו של האוגדה שבה שרת הנאשם. מבין שתי האפשרויות,

האחת – שידו של אלוף הפיקוד שחלש על שתי העוצבות כיוונה את שתי הפעולות, והשנייה שבמקביל לנאשם "המציא" גורם מקומי את אותו חידוש – אנו בוחרים בביטחון מלא בשנייה.

(6) דרך ההתמודדות של הנאשם.

לפי מה שהעיד הנאשם היתה דעתו, שאת המסיתים הראשיים צריך להכות ולענוש – בגדר דעה חולקת, וזה מלמד מה היתה הדעה שחלק עליה. הנה גדר המחלוקת לדברי הנאשם –

המפקדים במפקדות לא הכירו את המציאות. הפתרון שנוקקו לו לבסוף היה חלוקת אלות לכל חייל (8/ס) כדי שיסתערו על המתפרעים והמפגינים, אך המכות וההסתערות לא השיגו את המסיתים הראשיים, אלא נשים וילדים מחוסרי כל מגן, שהוסתו לבוא להפגנות ולהתפרעויות, והרכוזים נמלטו והוחטאו. בתנאים אלה היו כל המפקדות בחזקת מי שאיננו מתמודד עם המציאות, והיחיד שהתמודד בהצלחה היה הוא, יהודה מאיר, ועכשיו – הם רוחצים בניקיון כפיהם ומשאירים אותו לנפשו ומסרבים להודות כי עודדו את האלימות והמכות.

ולמה הביאו הפקודות שמפקדיו דגלו בהן?

"תמיד חיילים במצב של אלימות מול אלימות נגררו להתעללות, לזה תמיד אני התנגדתי. אבל השיטה של נושא רשימות שב"כ, זה מבחינתי היה הרע במיעוטו." (עמ' 387)

הטיעון שהנאשם החזיק בדעות אשר מנוגדות לקו של הפיקוד, וגם הביא לביטוי ממשי, יש לו סימוכין בחוות הדעת שהוציא מפקד האוגדה על הנאשם בפברואר 88 (30/ס) סמוך לאחר האירועים נשוא משפט זה, ובטרם עלתה מחשבה בדבר העמדתו לדין כלשהו, אלא להפך, מלווה בהמלצה לקידומו, ובה נאמר:

"לעיתים מערב את דעותיו האישיות, הנוגדות פקודות ומדיניות, היוצרות אי הבנות אצל הכפופים." (30 /ס)

וכן בעדותו של קצין אג"מ של האוגדה, סא"ל אדם, במצ"ח;

"... בד"כ הוא לא פעל ברוח מפקד האוגדה... העברת פקודות מפקד האוגדה כלשונן ולא בהתאם לכוונת המפקד." (4/ס)

ובעדותו של אלוף דני העיד שהחליט בסופו של דיון להעלות את הנאשם בדרגה (לא"מ) אך לא להשאירו בתפקיד מפקד מרחב שכם – מאותה סיבה עצמה.

חידושו של הנאשם

כל מה שדנו בו עד עתה בעקבות טיעוניה של ההגנה נוגע לתמונת העולם שהנאשם היה רוצה שנקבל אותה כנורמטיבית, ושגם אותה דחינו בשתי ידיים. עכשיו אנו באים לדון במה שהוכח במשפט זה כפעילות של הנאשם עצמו, ואנו חייבים לציין שאין בינה לבין

הטענות ה"נורמטיביות" של הנאשם אלא דמיון קלוש בלבד.

כל מה שהעידו עכשיו עדי ההגנה כמעשים שאירעו בשטח והסתברו מ"רוח התקופה" – יכול לכל היותר להיחשב כ"תחום אפור", אבל הפקודה שניתנה לפלוגה והנאשם חזר עליה פעמים, בביתא ובחוווארה, חורגת מכל שטח אפור שיכול היה מי מהעדים להגן עליו – ואלה אמנם לא הגנו עליו ולא כללו אותו אפילו בתחום שהיה "נורמלי באותה תקופה"

מפקד הפלוגה, סרן אלדד בן משה, התבטא אמנם שעל רקע מה שהתחולל באותה תקופה לא נראתה זו הפקודה כדבר ש"נתלש מהעננים" וכי הוא לא התקומם נגדה באותו רגע מסיבה זו (עמ' 65);

אבל התבטאות זו רק משקפת את מצוקתו הנפשית. ומפקדו סא"ל זיו, מפקד גדוד 50 ("מפקדו האורגני") שאליו הוא מביא את המצוקה, אינו פוטר אותו בדברי ניחומים אלא מוציא אותו מלפניו "במצב גרוע יותר מזה שנכנס בו" כשהוא מעמיד אותו על אחריותו למעשה "חמור מאוד" שבוצע, ושבו "נשברה נורמה" (עמ' 258). גם אלוף הפיקוד אינו מקל על המפקד שמילא פקודה כזו, ואומר לו מיד שהיה עליו לסרב למלא אותה (עמ' 142). אף על פי שהמ"פ לא קיבל את הפקודה כמובנת מאליה; הוא הקשה והתריס על נותנה וקיבל הסברים (שבתי המעצר מלאים, ושזו מדיניות שנתקבלה מגבוה); וכשנשנתה הפקודה לגבי חוווארה הוא דרש לברר תחילה עם נותן הפקודה, מפקד האוגדה, את הצורך בה.

הראיות שהובאו לנו דיברו על מצוקתם של חיילים מצד אחד, ועל הקושי לעצור בהם כאשר בסיומו של מרדף תפסו סוף סוף את מי ששיטה בהם – והפליאו את מכותיהם בו. הראיות גם סיפרו על חיילים שאיבדו צלם ושהכו בהתלהבות כזו שאי אפשר היה לעצור בעדם. המפקדים בדרגותיהם השונות ובהם הנאשם עצמו ציינו, כי שעה שניתנה רשות למכים נמצא מי שהכה שלא בסבירות ושלא לצורך, ולתאבון.

הנאשם עצמו הפנה אצבע מאשימה אל מפקדיו שנתנו הוראות לצייד את החיילים באלות ולהורות להם להסתער ולהכות בהפגנות. הוא טען שבכך הפך הצבא לצבא של חוליגנים. ולשיטתו, כפי שהציג אותה במשפט, ראוי היה לסווג את המכות ולסייג דווקא למקרים שבהם הורה הוא להכות – היינו להכות "מסיתים ראשיים", לאחר שהשב"כ איתר אותם, ומסר עליהם רשימות.

אין אנו בטוחים כלל שזו היתה המחלוקת בין הנאשם למפקדיו, ושזו ליבנו לכך שאין למחלוקת זו זכר, לא בכתובים כלשהם ולא בהתרסות של הנאשם כלפי מפקדיו ובפניותיו לממונים עליו קודם למשפט. בכל אלה הוא חוזר וטוען שפעל כפי שפעל כל הצבא, וכי הוא היה שותף למתן פקודות שהצבא כולו היה שותף להן, ואשמתו היא כאשמת הצבא ומפקדיו, לא פחות ואף לא יותר:

"אני הייתי מצפה כמובן שהקצונה הבכירה, שר הביטחון לשעבר, יעמדו על שתי רגליהם ויגידו את הדברים ולא יתכחשו לאמת... כל אותם מפקדים, החל משר

הביטחון, הרמטכ"ל, מצנע וליבנה נתנו פקודות מפורשות, אני הייתי שותף להן, כפי שהצבא היה שותף להן... אתה מצפה שאלה ששלחו אותך לשטח – לא ישאירו אותך בשטח, לא יפקירו אותך." (עמ' 358)

זהו. אף מילה על כך שהיה במחלוקת יסודית עם מפקדיו – שלא להפעיל מכות כשיטה אלא לשיטתו, שלא נתקבלה. הוא הדין במכתבו לראש מינהל הסגל:

"פעלתי רק למען הצבא, ... בדרכים קשות, אך ידועות ונתונות, יחד עם עשרות מפקדים וחיללים, שעשו כמוני את העבודה הפחות מועדפת..." (ס/38)

משום כך, לא נראה לנו שזו היתה מחלוקת שבגללה נאמר על הנאשם שפעל שלא ברוח פקודות מפקדיו (ראה לעיל בעמ' 28 בפסה"ד).

הניגוד לפקודות ולמדיניות, ככל שהוא עולה מהראיות ומהעדויות שבפנינו, איננו לכיוון של צמצום מדיניות המכות ע"י הנאשם, ואין אנו מאמינים לקו הגנה זה, שהנאשם לא דגל בו בעדויותיו המוקדמות ולא העלה אותו כקו הגנה בחקירה שקדמה למשפט. גם בחקירתם הנגדית לא עומתו מפקדיו של הנאשם עם הגרסה שהנאשם דווקא הוא שהיה מבית הלל לעניין שימוש במכות בכלל.

מקובלת עלינו עדותו של האלוף מצנע, שטען שהקו שנקט הנאשם בדיונים בפקוד, היה בכיוון הסרת מגבלות על הכאות –

"בדיונים אני נותן לאנשים לדבר והם אינם חוששים להגיד מה הם חושבים. לא אחת יהודה מאיר חלק על ההגבלות ומהגבלות וההנחיות שנתתי, בסוף כל שיחה כזאת, עמדתו באופן חד משמעי על כך שההוראות וההגבלות הן תקפות וכך צריך להתנהג." (עמ' 139)

הכלל: הנאשם לא חרג מההוראות והמדיניות שניתנו לו אל עבר "תחום אפור" כלשהו מתוך אי הבנה. הפקודה שניתנה על-ידו חורגת מתחום הפקודות הכתובות ששרר, וגם מנורמת ההתנהגות של המפקדים במרחבים הסמוכים, אלה שהובאו על ידו כעדי הגנה; יש בה חידוש עקרוני אפילו לעומת חריגים שחרגו חיילים בלהט המשימות. החידוש של הנאשם כלל פקודה נורמטיבית של שימוש בכוח כשהשימוש מנוכר, ומבוצע ע"י פקודים שסברו שזו היא המדיניות והפקודה שהוטלו עליהם מגבוה. אילו צלחה מלאכתו של הנאשם, היתה אמנם הנהגתו זוכה לגיבוי, והופכת למדיניות מקובלת. טרוניתו ודמעותיו של הנאשם על ש"נבגד", נראים לנו כטרוניה על כך שמפקדיו הישירים לא קיבלו את הפרשנות שלו למה שמתחייב, לדעתו, ומהתרת הרסן, ולבסוף קמו (עוד לפני שנפתחה פרשת ביתא וחוארה) וסילקו אותו מלפקד על מרחב שכם.

העובדה שניצנים כאלה הופיעו גם אצל אחרים – אינה מקלה מאחריית הנאשם. במעמדו ובתפקידו הוא היה אמור לבלום התנהגות כזו, לפסול אותה מכל וכל, ולעמוד בפרץ כנגד התעוררותה.

כל מפקד שהעיד בפנינו ציין את חששותיו משימוש בכוח וכיצד עמל לסייג את ההוראות

והשתדל למנוע מכות לא מבוקרות, בעוד הנאשם מסר את פקודתו הרת-המשמעות, קם והסתלק מהמקום. החרדה עליה העיד הצטמצמה בכך 'שסמך על הפלוגה שהיא, בהיותה פלוגת נח"ל, תנהג כהלכה'.

מי נתן את הפקודה

קבענו שאנו מאמינים לקציני הפלוגה שהפקודה שקיבלו היתה בניסוח המחמיר, פקודה לשבור ידיים ורגליים (על ספיחיה). אין אנו מקבלים את האפשרות שמפקד הפלוגה או הכפופים לו יזמו פקודה חמורה מזו שקיבלו, לאחר שנוכחנו בתגובתם החרפה לפקודה שקיבלו נותרה האפשרות לחפש את מקורה של הפקודה במפקדיו של הנאשם. כפי שפרטנו לעיל, לא מצאנו שניתנה לו פקודה כזו, ולא מצאנו אפילו שהותוותה לו מדיניות שהוא חלק עליה, אך נאלץ להפעילה. אדרבא, בתפקידו כרמ"ט – יועץ, מצאנו שהוא אחראי למדיניות בתחום זה.

מאחר שלא קיבלנו את האפשרות שאלוף הפיקוד הורה על מדיניות זאת, הנוגדת קוטבית את פקודותיו, ולא קיבלנו גם שמפקד האוגדה יום, או הורה, או כפה על הנאשם פקודה כזו שנתן – אין אנו מקבלים את הגרסה שהפקודה שיצאה מפי הנאשם נבעה מכל גורם שמעל לנאשם.

אחריותו של מפקד בכיר – ושל יועץ מקצועי

הנאשם העלה בפנינו את הטענה שכקצין מטה אין לו אחריות פיקודית. גם טענה זו אנו דוחים בהקשר הפקודה שניתנה בשטח. ראשית, אין לנו ספק שכבעל דרגה בכירה, כמי שנטל חלק מעשי ב"כיבוש" הכפר, על פי העדויות, היה דברו בחזקת חוק. וזה דבר המ"פ:

"יהודה מאיר היה סמכות פקודית בעיני, עד היום. יהודה מאיר הורגש בשטח, הוא היה המפקד הוותיק בשכם, היה לו ניסיון, ... הוא היה בא ונותן את הפתרונות שלו במידה וצריך, ועובד איתנו." (עמ' 61)

[הנאשם עצמו, כשהוא מדווח למפקד האוגדה על עניין ביתא מעיד כי אמר לאוגדנר ש"לפי הנחיה שלי אני מבין שאלדד הכה 6 אנשים" (עמ' 349)]

טיעונו של הנאשם חל דווקא על קציני המטה האחרים שהיו אותו זמן בשטח, גם אם דרגתם היתה שווה לזו של הנאשם. הם היו קציני מטה לעניין מקצועי מוגדר, כמו קצין מודיעין שהיה אחראי לקשר עם השב"כ. ואילו הנאשם היה האחראי במטה לתחום הזה של הלחימה באינתיפאדה.

כמי שהיה גם בכיר בדרגה, גם עתיר ניסיון, וגם סמכות מקצועית, אין אנו יכולים לראות כל קצין אחר שיכול היה לתת לו הוראה בשטח; ואשר להוראה "מגבוה", היינו מצפים מהנאשם שלפחות יתקומם נגדה כדרך שהתקומם מפקד הפלוגה כשקיבל אותה ממנו – ועל זאת לא שמענו אפילו מפי.

דווקא ההתבכחויות שמצביע עליהן הנאשם מצד השב"כ, והמנא"ז ומצד מפקדיו – והעובדה שלנוכח העובדות שנתבררו הם נוקטים בגרסת "דגל שחור משחור" – מצביעים

על כך שאילו אכן התקומם נגד פקודה כזו – היה דברו נשמע; בודאי לא היו כופים עליו לתת פקודה כזו שנתן.

יתר על כן, אחריותו המקצועית של הנאשם בתחום זה גם מחייבת אותו לקום ולהתקומם נגד פקודה כזאת, אפילו שמע עליה מאחרים, כשרק נודע לו על קיומה, ולו למצעה, לאחר שבוצעה; אין זכר בראיות להתקוממות כזאת מצידו.

יש פן נוסף לאחריות הנובעת מסמכותו:

אילו נתקבל הקו של הנאשם היתה האוגדה שלו, שהוא היה המנחה שלה בסוגיה זו לומדת לחיות עם זה (על פי 'התורה' שהמטרה מקדשת את האמצעים).

האם הוכחו העבירות

(1) עבירות של העבריין העיקרי.

ההגנה מבססת טיעונה זה על כך שאין להרשיע אדם כשותף למעשה עבירה אם העבריין העיקרי לא עבר אותה. וזה לשון הסעיף בחוק העונשין הדין בהשתתפות בביצוע העבירה ובאחריות לעשייתה –

סעיף 26: "נעברה עבירה, יראו כל אחד מהמנויים להלן כמי שהשתתף בביצועה ונושא באחריות לה: ...

(3) מי שיעץ או שידל את חברו לעבור את העבירה."

ברור שאם העבריין העיקרי בגרימת חבלה חמורה הם חיילי הפלוגה הנאשם בפקודותיו רק 'שידל' אותם, ואם הם לא חבלו חבלה חמורה, לא יהיה אף מעשהו של הנאשם בגדר עבירה כזו.

ואכן, בבואנו לבחון את הראיות לגבי גרימת חבלה חמורה אין בפנינו ראיה שמי מהמוכים נותר נכה לצמיתות. יש ראיות שהם הוכו על מנת לשבור להם את הגפיים אך אין ראיות לנכות, זולת עדותו של אחד המוכים שהובא להעיד שידו הושמה בגבס במשך שלושה שבועות. ככל שעיינו במסמכים המלווים את פציעתו של עד זה לא הצלחנו למצוא בהם אישור רפואי לעובדה שנתגלה שבר כזה, (הוא חשש ממעצר, וברח מבית החולים לאחר שהושם הגבס). מאחר שהתביעה לא טרחה להביא בפנינו עדים נוספים לעניין זה (ואפילו ארבעת העותרים לבג"צ, שהיית מניח שיזעקו לבוא למשפט – לא הובאו להעיד) – עלינו להניח לטובת הנאשם שלא היו בידיה ראיות כאלה. יש לציין שהתביעה אף לא עמדה על כך שיעשה שימוש ברישומים הרפואיים, שהוגשו בהסכמה לעניין נתינתם בלבד, והסכימה שלא להשתמש בהם להוכחת תוכנם, ואף לא הביאה את הרופאים שטיפלו בנפגעים – להעיד על הפגיעות בהם.

עמדתה זו של התביעה מחייבת אותה לזנוח את סעיף האישום (על-פי סעיף 333 מחוק העונשין) בגרימת חבלה חמורה. טיעונה של התביעה, שדי בכך שחבלה "עלולה לפגוע קשות או לתמיד בבריאות הנחבל או בנחותו" (כהגדרת חבלה חמורה בסעיף 2 לחוק

העונשין) אין די בו כדי לקבוע שארעה אמנם חבלה חמורה, גם השימוש באלה, כשהוא לעצמו, אין בו כדי לעשות את החבלה לחבלה חמורה רק משום שהיא עלולה היתה לפגוע קשות. טענה זו הועלתה ונדחתה בבית המשפט העליון בע"פ 601/85 מנשרוב ואח' נגד מדינת ישראל פד"י מ', (4), בעמ' 337. באותו מקרה נורה קצין משטרה בידו אך נפצע רק פצעים קלים שהחלים מהם. כב' השופט כך ציין בפסקו:

"אין התביעה יוצאת ידי חובתה, אם היא מוכיחה שהעברין השתמש במכשיר, אשר באמצעותו ניתן אמנם לגרום לחבלות חמורות, אך לא קרה כדבר הזה במקרה הנדון." (שם, עמ' 339)

תוצאתו של ע"פ 601/85 מתאימה גם למקרה שבפנינו. הנאשמים באותו מקרה זוכו אמנם מעבירה לפי סעיף 333, אך הורשעו בעבירה על סעיף 329 (1), כפי שמבקשת התביעה בענייננו, וצוין שם כי די בקיום תוצאה של "פציעה" כאשר קיימת "כוונה מחמירה".

אין אנו יכולים לשער כוונה מחמירה יותר מזו של מתן פקודה מפורשת לשבור ידיים ורגליים, ומשעה שמקבלי הפקודה פעלו על פיה בכוונה לבצעה – רכשו הם אותה כוונה, ואין כל נפקא מינה אם עשו זאת 'בשאת נפש' או בחפץ לב; העובדה שמילאו את הפקודה די בה כדי למלא את יסודות העבירה, הן ה'פציעה' והן 'כוונה להטיל באדם נכות או מום'.

לחילופין, מאחר שהחייילים ניסו לפגוע במוכים באמצעות אלות תוך שימוש באלה לצורך שבירת עצמות, הפכה האלה, שמטיבעה יכולה להיות גם בגדר כלי שיטור סתם – לנשק פוגעני שמטרתו לפגוע ושימוש – פגיעה לצורך נכות. השימוש שנעשה בפועל באלות הללו יש בו כדי ללמד שבתנאים אלה אכן שימשו האלות כנשק פוגעני, וכך נתמלאו דרישות ס"ק (2) מסעיף 329, והעברין העיקרי עבר את העבירה שהיא חבלה בכוונה מחמירה גם על פי חלופה זו.

(2) שידול

ההגנה התבססה כאמור על כך שאין להרשיע את המשוך אם העברין העיקרי לא עבר את העבירה – וטענות אלו דחינו. הוסיפה ההגנה וטענה שהנאשם יכול היה לסמוך על כך שחיילי פלוגת הנח"ל אותם הכיר מקרוב יקבלו את פקודתו (להכות קצר בגפיים ולשחרר) בצורה סבירה, ובהתאם לחינוכם רשאי היה הוא לסמוך על-כך שחיילים אלה יקבלו את הביטוי של הכאה בצורתו המינימלית ולא יזיקו למוכים אלא יסתפקו במכות קלות בלבד, וכך אף היתה צפייתו, ולא פקד עליהם לעשות יותר מכן.

אנו דחינו את הטעון העובדתי הזה כאשר מצאנו שהצורה החמורה של הפקודה לא הומצאה ע"י מקבליה, אלא מפי הנאשם עצמו ניתנה. בפועל, גם העידו המפקדים, שהיו בין החייילים כאלה שקשה היה לעצור אותם וכי עמלו קשה בעניין זה לרסנם.

אף על פי שהשימוש במונח "שידול" נשמע מוזר ותמוה לגבי מי שנותן פקודה מפורשת לעשות את המעשה, ולגבי מי שאיננו מאפשר השתמטות מהביצוע למי שחולק עליו או

למי שנרתע ומבקש שלא לבצע את הפקודה, יש להבין שזה מונח משפטי ואין מנוס מלקבוע שהנאשם אשם בכך, ונושא באחריות לעבירה של חבלה בכוונה מחמירה – כמשדל.

(3) קשר סיבתי

הנאשם מבקש להתנער מאחריותו למתן הפקודה באירוע חווארה בכך שמפקד הפלוגה סרב לו, ואלמלא נטל מפקד הפלוגה אישור לפקודה זו משיחתו עם מפקד האוגדה – לא היה מתבצע הדבר.

אין אנו מקבלים שהפלוגה ביצעה פקודה ישירה של מפקד האוגדה בפעולת חווארה. ראשית – אין בלבנו ספק שפרטיה של הפקודה, היינו לחזור על שרשרת המעשים שבוצעו בפועל בביתא – גם בחווארה, נתן הנאשם ולא מפקד האוגדה, וכי בבוא הפלוגה לבצע את הפקודה הכפויה עליה – היא ביצעה פקודה של הנאשם ולא של איש זולתו. מפקד הפלוגה לא סרב לבצע את הפקודה של הנאשם. ולא קיבל כל פקודה אחרת.

מפקד האוגדה הכחיש שהמ"פ פרש לפניו את הפקודה ורק ציין שזה גילה מצוקה נפשית, וקושי לעמוד בפני ההכרח של שימוש בכוח. המשתתף השני בשיחה, מפקד הפלוגה, לא יכול היה להעיד שהבהיר לאוגדונר את טיב הפקודה שקיבל. לאור המצוקה הנפשית שבה היה נתון ולאור דברי הנאשם שזו היא פקודה מגבוה (אפילו מעל לאוגדונר), ודווקא משום שסגן אלוף מאפשר לו לפנות בעניין זה למפקד האוגדה בדרגת תת אלוף, איננו מניחים שהסרן אלדד העלה בדעתו אפשרות שפקודה כזו כלל לא ניתנה: (מה חשב הנאשם ומדוע הפנה את המ"פ למפקד האוגדה – נדון במקום אחר). לצורך ההכרעה מה נאמר ומה אושר בשיחת מפקד הפלוגה עם מפקד האוגדה, אין לנו אלא דבריהם של שני אלה, שהאחד מכחיש מכל וכל והשני אינו בטוח (המ"פ כזכור יצא מהשיחה "בהרגשה שהאוגדונר אישר את הפקודה", עמ' 74, והשווה לעדותו הבטוחה בדבר הפקודה שקיבל מן הנאשם – עמ' 73 "חד משמעית לשבור ידיים ורגליים"). בתנאים אלה הסבירות שהמ"פ התייחס לפקודה במילותיה ובפירוט המעשים הכלולים בה – איננה עולה על הסבירות שבמבוכתו הוא רק גילה מצוקה לנוכח עצם העובדה שנצטוו לחזור על מעשה ביתא, ושקבל על השימוש המופרז בכוח, ושמפקד האוגדה לא אישר לו אלא את ההכרח לנקוט בכוח אגרסיבי במונחים כלליים, בבחינת 'במצב הזה אין ברירה אלא להישמע להנחיות הנאשם'.

תומכת בגרסה זו העובדה שמפקד האוגדה נטל עמו לשיחה עם חיילי הפלוגה שביצעה את המעשה פעמיים, קבוצה של חברי קיבוצים שבאו לעסוק בפעולות התנדבותיות, שהעידו בפנינו שהשקפותיהם לא היו מתיישבות עם מעשה כזה. אנו האמנו לעדותו של מפקד האוגדה שהוא לא נכנס לפרטים משום שלא העלה על דעתו שפקודה כזו עשויה להינתן, ושהנאשם לא אמר לו אלא שחוזרים על מעשה ביתא, והרי לגבי ביתא הנאשם עצמו העיד שהוא דיווח למפקד האוגדה על אותו מעשה בערב הקודם לשיחה, ומפקד האוגדה לא הזדעזע מהדיווח מפני ש: "לא היה משהו חריג בזה – שזאב ליבנה היה צריך

להודיע ממנו";

כי לפי תיאורו: "על פי הנחיה שלי אני מבין שאלדד הכה 6 אנשים ואני מקווה שהכפר לא יחזור לסורו. לא היה בזה שום דבר מיוחד." (עמ' 350)

אם זה היה הדיווח לאוגדנר לאחר ביתא, ואם אלדד בבואו בפני האוגדנר, עם כל פער הדרגות שביניהם, חזר ואמר שנצטוונו לעשות שוב את מה שעשינו בביתא; קשה לפלוגה עם זה, וקשה לי לתת את הפקודה הזו – אולי נכשל מפקד האוגדה בחוסר צפיה ובחוסר ערנות לגורמי המצוקה הנפשית שהביאה אליו את מפקד הפלוגה, אבל אישור לפקודה אין בכך, ועל אחת כמה שאין בכך מתן פקודה חדשה החוזרת על פקודתו של הנאשם.

אמת שהעובדה שהנאשם הניח את מפקד האוגדה לשיחה חופשית עם המ"פ המתנגד במפורש לפקודות ולמדיניותו – ולאחר שיחה של 10 דקות ראה את המ"פ יוצא מלפני האוגדנר כשהמ"פ משוכנע שהאוגדנר נתן לכך את אישורו ובירכתו – כל אלה עשויים היו להתפרש בעיני הנאשם כאימוץ גישתו ע"י מפקד האוגדה;

אולם, לאור הצגת מעשה ביתא לליבנה כ–"שום דבר מיוחד", אנו מתחזקים בדעתנו שלא פקודה מגבוה נחתה כאן על הנאשם, אלא שהנאשם עמל להטות את מפקדיו לשיטת פעולה שהיא "מחויבת המציאות" ו"נכונה" יותר מ"הגיושה הבלתי מציאותית" שלהם, כטענתו (עמ' 387).

לא שוכנענו שמפקד האוגדה אמנם היה מודע לחידושו של הנאשם ולפרטי פקודתו. מכל האמור עולה שטענת ההגנה בדבר ניתוק הקשר הסיבתי בין פקודתו של הנאשם – לבין הביצוע ע"י הפלוגה לא הוכחה, ולא השתכנענו שניתוק כזה ארע.

הנורמה הראויה: 'עצור' – מיהו

לאחר שהלכנו בעקבות טיעוני ההגנה ועמדנו לבחון את קווי ההגנה אחד לאחד, הגיעה השעה להבהיר את עמדתו של בית-הדין זה בקשר לטענות על "הנורמליות" של התנהגות הנאשם בתוך "תרבות התקופה".

את הנורמות שעל-פיהן יש להכריע את חוקיות הפקודה – לא קובעת ההתנהגות-למעשה הנצפית בשטח: התנהגות זו היא הנשוא של הנורמה, ואותה באה הנורמה למסגר בתוך מסגרת שתבהיר לנוהגים כיצד מן הראוי שינהגו.

ככל שרבה הסטיה של הנוהגים ממה שראוי להם לנהוג, כן חזק יותר הצורך בקיומה של נורמה ברורה, וכן תגבר הדרישה ממי שמופקד על שמירת הנורמה – להקפיד על שמירתה.

משום כך טיעונו המאוחר של הנאשם, שהוא מבין עתה שהפקודה שקיבל היא בלתי חוקית ושאין צורך, כביכול, לדון בעניין זה יותר, כשהוא טוען בנשימה אחת שהוא 'פעל לפי רוח התקופה' וכי ראה בדברי שר הביטחון משום 'התרת רסן' – מעיד רק על כך

שלא תפס כלל את חובתו כמפקד וכחייל להבחין באי-חוקיות, ולעמוד על המשמר בפני קרורתה.

המבחן של הפקודה שהוציא הנאשם לפלוגה היה בשעת מעשה, והוא איננו אם היא מתאימה למה שעושים חבריו מימין ומשמאל, וגם לא אם היא משיגה ביעילות משימה הנראית רצויה לממונים עליו. המבחן הוא אם ידע להבחין בשעת מעשה, ואם צריך היה לדעת להבחין, שזו היא פקודה בלתי חוקית בעליל. פקודה שמפקדו האלוף מצנע אומר עליה שהדגל השחור מתנוסס מעליה בבירור.

וגם עדי ההגנה שהביא הנאשם העידו ואמרו שהם לא היו מקבלים פקודה כזו להכות עצורים, ללא פקפוק; על אחת כמה וכמה שלא היו נותנים אותה. 'אפילו קיבל פקודה כזו מהאלוף בכבודו ובעצמו, אומר תא"ל טירן, הוא היה בודק איתו, מה משמעותה ולמה ניתנה'. מפקדים אחרים אינם יכולים לתאר לעצמם כלל מתן פקודה כזו, כפי שקבענו שניתנה כאן.

נראה שחלק נכבד מהערפול וה"גמישות האפורה" נובע מאי הבהרת המונח "מעצר" לחיילים ולפיקוד של צה"ל.

בעוד שלמשטרה ברור מה ששיננו בתי-המשפט לכוחות המשטרה בהלכה הפסוקה – ש'עצור' הוא כל מי ששוטר הורה לו לעצור, ושהשימוש בכוח סביר הוא לצורך ביצוע מעצר בלבד – אין לחיילים (שניתנו להם סמכויות שוטר ללא האימון הדרוש לכך) הגדרה מחייבת; אין להם גם אימת הדין בשל 'מעצר בלתי חוקי', המהווה גורם רגולטורי בפעולת המשטרה.

בעוד שדברי איש המשטרה, נצ"מ וילצ'יק, מפקד מג"ב שכם ברורים:

"עצרת אדם – חל איסור מוחלט להכות אותו אדם" – מדיינים מפקדים בצה"ל בנושא "הסטופר" וכמה זמן לאחר העימות עם מתפרע נחשב אותו אדם – כבר-הכאה. מכאן יכלה לצמוח ההנחה המוטעית שאם אדם לא נלקח למתקן מעצר או שלא נכבל – הוא איננו בגדר עצור; ואכן, מתפרע, שהוא חלק מהמון-מפגין שהחייל מסתער עליו, ואותו מתפרע הרים ידיו כשהגיע החייל עד אליו, הוא בגדר תופעה "מתסכלת" (הרי ברגע שהנחת עליו ידך, כפי שהתבטא הנאשם, איננו מתפרע עוד).

הפקודות הכתובות היו ברורות וחד-משמעיות, שאין להכות מי שנתפס, וכן הוראות שקיבלו המפקדים הבכירים:

עד ההגנה תא"ל טירן (ב-ס/47) –

"כשהוא בורח ואתה רודף אחריו – תכה בו.

כאשר הוא בידך – אסור לגעת בו."

אין לנו ספק שהתמצית הזו, שרשם מפקד האוגדה בפנקסו במהלך הפגישה עם האלוף, משקפת נכונה את ההוראה של האלוף, ואנו מוסיפים שאכן זה הדין. אלא שבמציאות נראו הדברים אחרת.

עד ההגנה, סא"ל ברקאי:

"ההנחיות שאני נתתי: פגיעה בעציר היא בניגוד

להנחיות: כי אדם שהוא עציר – הוא כמו שבו".

(עמ' 444)

אבל הגדרתו מתבררת כשונה מהותית כשהוא מוסיף:

"לא היו מקרים בהם נתתי הוראה להכות אדם עצור; עצור במובן קשור".

הדברים בסיכום הדיון במטכ"ל ב-ת/37 מכוונים יותר –

"ג. התגובה התקיפה של חיילינו נוכח ובעת הפרות סדר..."

(מודגש במקור)

וכן – "לאחר הפיזור אין להשתמש בכוח"

אבל בפועל מתדיינים המפקדים ביניהם 'עד כמה אפשר לרוץ אחרי חייל "עם סטופר ביד" ולמנות, כמה זמן אחרי שתפס חשוד הוא מכה בו', ומפקדים פירשו את הדברים כך שאם אינך לוקח אדם למעצר – לא עצרת אותו, והוא בגדר "יריב בר הכאה".

תפקידו של הצבא בעימות עם מפגינים, כמו תפקידה של המשטרה במקרה כזה, איננו לעצור – אלא לפזר את ההפגנה בכוח, אך לא הובהר לחיילים בשטח קו הגבול בין פעולה נגד מתפרעים – לבין מעצר. ונוצר בפועל מצב של "עצירה לצורך ענישה מיידית". זהו מצב אבסורדי שאינו בגדר שום "תחום אפור". מעצר אינו אלא הליך ביניים – לצורך חקירה או להבאה לדיון. ההוראות לפזר הפגנות בכוח על-מנת שמשתתפיהן לא יחזרו על מעשיהם נובעת מהפרת המפגנים את איסור ההתכנסות וההוראות לפגוע בוורקי אבנים ומתפרעים אחרים בצורה מכאיבה – אף הן בגדר הוראות מבצעיות. מה שקורה לאחר שההפגנה פוזרה כבר אינו בגדר פעולה מבצעית: נעצר אדם – אין לפגוע בו, ופגיעה בו היא בגדר עבירה כפשוטה; שהדיון עד כמה אפשר להבחין בה, או להילחם בה – אינו נוגע לעניין הנורמה ולמהותה הפלילית. אפשר אפוא לאמץ בוודאות את הנורמות שהתייחסו אליהן שופטי בית המשפט העליון בבג"צ 425/89 פד"י מ"ג (3), עמ' 718, כאשר הניחו, מבלי לקבוע מסמרות בדבר, כי ההאשמות בדבר הפקודות שניתנו ע"י הנאשם יש להן בסיס בחומר הראיות, ומן הדין שיעמוד עליהן למשפט. כבוד השופט בייסקי מביא בהסכמה את דברי הנשיא שמגר בבג"צ 253/88:

"אם ארעה תופעה פסולה ואסורה כנטען, הרי היא פוגעת לא רק בעציר, והיא משפילה לא רק אותו, אלא גם את מי שנוהג כלפיו באלימות או בשררה; פגיעה באדם כבול וחסר ישע היא מעשה מביש ואכזרי, והיא מחייבת תגובה, ההולמת את חומרת המעשה".

שופטי בג"צ מסכמים את עמדתם מפי כבוד השופט בייסקי:

"שמירה על שלומה של אוכלוסייה מקומית בשטחים המוחזקים והשלטת הסדר בהם הם ערכי יסוד של שלטון החוק והאינטרס הציבורי. גם אם עומד צה"ל

במשימה קשה נוכח ההתקוממות בשטחים, כאשר הכורח מחייב לעיתים להפעיל כוח להשלטת סדר המופר השכם וערב, עדיין חובה להוקיע פקודה מהסוג הנדון בעתירה זו, שהפצ"ר סבר שהיא בלתי חוקית בעליל..." (עמ' 735)

וכב' השופט קדמי מסכם עמדתו לגבי התנהגות כזו המיוחסת לנאשם:

"ראויה לכל גינוי ו(כי) יש להוקיעה בשאט נפש ולהסתייג ממנה בכל לשון." (עמ' 737)

מאחר שבית המשפט הוא הנקרא לקבוע את נורמות ההתנהגות הראויות, אין אנו מהססים לדחות בשתי ידיים את "תורתו" של מי שהיה ראש ענף הלחימה וסגן מפקד אוגדה במרחב הפיקוד, אל"מ שמי עטר, שלפיה:

"אם אינך מציב סייגים אתה מתיר למפקד לנהוג בכל שיטה שתראה לו כדי להשיג את המטרה." (עמ' 529)

מגישה פסולה זו הוא מגיע למסקנותיו המופרכות, שאם מפקד עומד בפני לוחמה-מהפכנית שנצטווה להפסיקה הרי:

"ההכאה ושכירת העצמות הופכת למשימה. כאשר הדרג המדיני מגדיר מטרה ומשימה, הדרג הפיקודי מגדיר לאור מטרת הדרג הפוקד את המטרה והמשימה שלו. המשימה של החייל הבודד היא לא לפזר הפגנה, אלא לשבור עצמות." (שם)

כאמור, אנו דוחים "נורמטיביות" זו בשתי ידיים ומצביעים בדאגה על כך שהיא באה מפיו של מי שהיה ראש ענף תורת לחימה. ניסוחם זה של הדברים מעורר בעיה קשה של עמידתם של מנסחיהם במבחן אמות המידה המסוריות שצה"ל והחברה בישראל מעמידים בפני עצמם כדרישות אלמנטריות.

אותו עד גם מבחין בנושא החוקיות הפקודה בין המסלול ההיררכי לבין הקשר המוסרי, ולדעתו:

"אם נאמר לשבור עצמות ולהכות מהדרג הגבוה ביותר – הפקודה היא חוקית עד הדרג שמבצע המשימה."

אף על פי שהוא מואיל להוסיף:

"יכול להיות שצריך להתייחס לזה בהקשר המוסרי כאל דבר שאסור לעשות."

ובכן – אין הבחנה כזו. כשפקודה איננה עומדת במבחן המוסריות היא בלתי חוקית אף אם היא נובעת מהדרג הגבוה ביותר, וכאשר היא בלתי חוקית בעליל – חובה שלא להישמע לה.

ולבסוף, ראוי לאמץ את פנייתו של מג"ד נח"ל 500 לחייליו בדיון על עניין המכות:

"אם הם (המתפרעים) יצליחו לגרור אותנו להתנהגות שלהם – הם זכו."

ראוי גם לזכור את מה שמלמד ניסיון החיים – שכשהמטרה מקדשת אמצעי פסול

– הדינמיקה מביאה לכך שבמהרה המטרה נשכחת – אבל העבירות נותרות; ועוד, שהתנהגות פסולה שרואים בה "התנהגות נסבלת" ולא פשע – היא דינמית במהותה; בהדרגה היא הופכת לאפורה ולבסוף לשחורה משחור – ורק אז מסכימים הכל שהיא חמורה. תפקידו של מפקד ויועץ בכיר הוא לצפות להתפתחות זו – ולמנועה, לא להניעה.

התנהגות שאינה הולמת

כחייל עומד הנאשם בפני בית-דין צבאי זה גם באשמת התנהגות שאינה הולמת.

סעיף 130 לחש"צ, זו לשונו:

"חייל בדרגת סמל או בדרגה גבוהה מזו שהתנהג באופן שאינו הולם את דרגתו או את עמדתו בצבא, דינו מאסר שנה."

לכאורה, אין הנאשם עומד לדין על מעשה שלו, אלא על עבירה שביצעו פקודיו, חיילי פלוגת הנח"ל "בשידולו". למעשה, כפי שקבענו, הגה הנאשם פקודה שמלבד תכליתה המיידית לפגוע פגיעה פיזית באנשים שנעצרו – כוונה להביא ליצירת "נורמה" של הכאה בפקודה, ושל ענישה על-פי רשימות חשודים. עצם השימוש ברשימות של מנגנון בלתי-מבוקר לצורך הענשת מסיתים ('מסיתים ראשיים') מעלה מיד הקשרים אסוציאטיביים מזעזעים, למשטרים ולמנגנונים שהתחילו בפעולות כאלה בשמה של אידיאולוגיה קדושה וסיימו בקידושו של המנגנון אשר נוצר כך – תוך פגיעה שרירותית בחפים מפשע, או באשמים שאין כל יחס בין מעשיהם לבין "העונש" שהוטל עליהם [ראוי לציין את טיבן של "רשימות שב"כ" אלו, שנוצרו מחומר מודיעיני שהשב"כ החליט שלא להשתמש בו לצרכיו ("הלשנות של חברים שלהם שאמרו עליהם שהם מפרי סדר" – עמ' 427) – באשר לא נגע לפעילי פח"ע, אלא להתנהגות נפוצה ופחותה בסיכוינה].

מפקד בדרגתו של הנאשם, סא"ל שהיה עד סמוך לאותו זמן מפקד המרחב, ושהיה בעמדה של יועץ למפקד האוגדה ואחראי על תחום הלחימה באינתיפאדה, שהעלה את אנשיו על דרך המתעלמת כליל משיקולים של מה ראוי ומה מוסרי אכן התנהג באופן שאינו הולם את דרגתו ועמדתו בצבא. מבעל דרגה כזאת רשאי צה"ל לצפות לערנות לחובתו כמחנך, לצפיה לסכנות הכרוכות בהתרת הרצועה, ולעמידה על המשמר בפני התנהגות שמכתימה את הצבא.

אם דרושה דוגמא של התנהגות שהצבא מצפה לה ממפקד בדרגה כזו נתן אותה העד, סא"ל זיו, המג"ד של גדוד 50, שתיאר את מערכת הבקרה וההתכונות החינוכית שהעמיד כדי שחייליו, מהחייל הפשוט ומעלה, יעמדו באתגרי האינתיפאדה. דוגמא טובה לכך בעמ' 255 לפרוטוקול: לאחר שהוא מסביר שאין כל סתירה בין רעיון ההסתערות ואיסור שימוש במכות כעונש, ושבהסתערות אתה מרכז כוח ומפעיל נחישות לצורך הפיזור בלבד, הוא מתאר אירוע בכפר סעיר שבו מספר חיילים הכו מתפרעים לאחר שתפסו אותם ואף מכות נוספות (אין כמובן כל דמיון בין מכות כאלה, שהוגדרו ע"י העדים כ"תחום אפור" שבו אין עומדים על החייל עם סטופר ביד עד כמה מגיעה 'התפיסה' – לבין פקודתו של הנאשם). אף על פי כן, קיים סא"ל זיו תהליך שבו לא שימש כשופט

פוסק מגבוה, אלא עודד בין החיילים דינמיקה (שונה מזו שהזכרנו לעיל) להגיע לבירורים בינם לבין עצמם על נכונות ההתנהגות:

“אני נתתי לדינמיקה להמשיך, בתחילה החיילים עשו את זה בינם, אחרי זה עם הקצונה וגם בנוכחותי ונתנו להם להגיע למסקנות. חלק מהחיילים שהבינו את זה הביעו חרטה, לקחו על עצמם את העונש ונשארו שם שבת. וחלק שלא לקחו את זה על עצמם, לא המשיכו להשתתף בפעילות הפלוגה. המסקנה שהגיעו אליה מלמטה, היתה שאסור היה להמשיך בשימוש בכוח.” (עמ' 256)

ולהלן ממשיך מפקד הגדוד לתאר כיצד פעל בנושא של שימוש בכוח בתקופת שירות הגדוד בשכם, וכיצד פעל לבנות מפקדים כמקבלי החלטות ולא כמקבלי הוראות בנושא טוהר הנשק.

(יש לציין שאין מדובר ביפה נפש המרוחק משדה המערכה. כל עדי ההגנה, ובכללם הנאשם, הביעו הערכה וכבוד למג"ד זה ולפעילותו המבצעית: אם כי לא למותר לציין ששירותו בשכם עצמה קדם לאירועי האינתיפאדה ובתקופת האירועים בביטא וחוארה היו הפלוגות שלו מפורזות ת"פ מפקדים אחרים).

6. סימני שאלה

כפי שצינו במהלך פסק דין, לא נעלמו מאתנו סימני שאלה שהתעוררו במהלך העדויות ולא היינו רוצים שיווצר רושם שפסקתנו כיוונה עיניה לחזון של נורמה אידיאלית, תוך התעלמות מהמציאות הקיימת.

א. ההיתר להכות “מפרי סדר” שאינם אלימים

הנאשם מצביע על כך שמכלל האיסורים של פקודות האלוף עולה ההיתר, שלפעמים הוא אף מפורש, ושהחיילים נהגו על-פיו ביד רחבה – להכות גם “מפרי סדר” שאינם אלימים: כמו מפירי עוצר שנתפסו, וכמו מסרבים להוראות (לפנות מחסומים, להוריד דגל, או למחוק סיסמא).

לטענתו של הנאשם – היתר זה מוכיח את טענתו שהיתה ‘תורה שבעל-פה’ שהתירה מכות והיא נבעה מהפיקוד עצמו וגברה על ההוראות הכתובות.

נוכחנו מהראיות שהרבה היה תלוי במפקד הישיר בשטח, אולם דחינו את הטענה באשר נוכחנו שהפיקוד של צה"ל ושל פיקוד מרכז והאוגדה התמודד בתום לב עם משימה קשה, כשהם מקפידים ככל האפשר להימנע משימוש באש חיה (ירי) ושהיתרים, מפורשים או משתמעים כאלה שזכרו כאן – לא עלו כדי ‘התרת רסן’ אלא היו פתרונות להתמודד עם תופעות שצה"ל נצטוו למנוע.

אם אותם פתרונות היו גם הם בלתי חוקיים או בלתי חוקיים בעליל – אין אנו נקראים לקבוע במשפט זה, כיוון שמעשהו של הנאשם ופקודתו חרגו מכל היתר כזה, והיו מפורשים: לבצע מעשה בלתי חוקי, ובשיעור שמבהיר בעליל את אי החוקיות.

הכלל: אין עבירותיהם של אחרים, במידה שעברו והשתמשו ב‘היתר’ (אפילו לא היה

היתר חוקי) – מלבינות את יוזמתו של הנאשם לחלוק על מפקדיו ולהכניס היתר זה לקונטקסט של פקודה, המחייבת גם את מי שהתקומם נגדה, או לפחות משדלת אותו בחוקה.

ב. העדר חקירות ע"י המפקדים

נוכחנו שאל אלוף הפיקוד ומפקד האוגדה הגיעו ידיעות על מכות לתושבים שניתנו בפעולות יוזמות – ואשר קוממו, בהזדמנויות שונות, את מפקד השב"כ (ישראל), את קמ"נ האוגדה, את מג"ד 50 (סא"ל זיו) ואת מפקד מרחב שכם (סא"ל נצר) – ואלה הביעו את זעזועם מי לאלוף ומי למפקד האוגדה. את סוגיית העדר החקירות ומיני קצינים בודקים אנו מייחסים, בסופו של דבר, לעניין הגיבוים הצבאיים שידון להלן – אך ראוי לציין את סימן השאלה: האם לא היו התופעות מקבלות תפנית – אילו הפגין הפיקוד נחישות גם לגבי חקירות?

ג. שיחת מפקד האוגדה עם המ"פ והשלכתה על הנאשם

ניתחנו לעיל את משמעות קיום השיחה הזו מבחינת ההכרעה מי נתן את הפקודה לפלוגה.

ראוי לציין שקיומה של השיחה, שנערכה בהעדרו של הנאשם משליך, לכאורה על דימויו של הנאשם לגבי מידת האישור שנותן הפיקוד למדיניות השימוש בכוח – במובן שפרש אותו הנאשם.

גם כשמביאים בחשבון שיש הבדל גדול בין מפקד פלוגה הבא לפני מפקד אוגדה (שהיה באותם הימים סמכות חדשה בשטח) – לבין קצין מטה בכיר שהוא יועצו של המפקד הזה, יש להכריע אם קיומה של השיחה הזו, שבה משתתף קצין המערער על יסודותיה של הפקודה, אינו מהווה אישור גם כלפי הנאשם.

הכרענו נגד קבלת הנחה זו, משום שכפי שהצבענו, תפקידו של הנאשם כאחראי על תחום הפעילות הזה של האוגדה איננו תפקיד אקראי, אלא נראה להיות עיקר תפקידו אותו זמן, וגם משום שקיבלנו את עדותו של מפקד האוגדה שהוא לא נתן אישור לקו פעולה זה וכי מה שיכול היה להישמע כאישור אצל המ"פ (שבעצמו איננו אומר שהעלה אלת הפקודה לדיון מפורט) – איננו יכול להיחשב כאישור לגבי קצין מטה הנוקט בדרך חדשנית אשר מנוגדת, כפי שקבענו, לרוח הפקודות של מפקדיו.

משום כך, קבענו שאנו רואים בקיום השיחה פעילות של הנאשם להטות את המערכת לכיוון שהנאשם חשב אותו לראוי, בדרך של ערפול והיגררות; ושבתאוצה אירוע, שהתערבו בו המצוקה של המ"פ עם המצוקה של הפלוגה, ומפקד האוגדה היה חדש בשטח – מגמה זו הצליחה, וקיבלה מעין אישור יתכן שהנאשם סבר אז שהפקוד לכך "קונה" את הקו שהוא מציע, אך אין זה משנה מאחריותו לנקיטת קו זה.

ד. מטה האוגדה

עדותו של סא"ל ---, קצין המודיעין של האוגדה, הותירה סימני שאלה אחדים.

ראשית, בקשר לדיווחים שדיווח למפקד האוגדה, ואם לא דיווח, מדוע לא דיווח. הטענה כי הוא לא מצא את מפקד האוגדה שירד לבקר את האלוף אינה עומדת במבחן כאשר מפקד הפלוגה מצא אותו בנקל לצורך השיחה.

השאלה השנייה נובעת מהעובדה שמצא לנכון לצרף קצין משלו לפעולה בחווארה כשהתחוויר לו, לטענתו, מה ארע בביתא: לא התברר לנו היכן נעלמה עדותו של קצין זה ומה שימוש עשה בה קצין המודיעין.

סימן שאלה נוסף עולה מתיאורו את תהליך קבלת רשימות החשודים מהשב"כ, לדבריו, היו ברשימות אלה שמות רבים מדי, והוא טרח שעה ארוכה לברר במה הואשם כל אחד מהם ולמה זכה להיכלל ברשימה; אם אמנם כל מטרתה של הרשימה לא היה אלא לעצור את החשודים ולהביאם לחקירת השב"כ, מה היה לו לעמוד על המקח? [כאן ראוי לציין שרישום ביומן המבצעים (2/ת) מתייחס לרשימות השב"כ כאל דבר שהכוחות היוצאים לשטח היו אמורים לקחת איתם ורק מחמת כשל של שכחה לא עשו כן – ואז נאלץ קצין המודיעין לחזור לקחתן].

מתקבל על דעתנו עדותו של סא"ל ברקאי שהעיד שהשב"כ סילק ידיו מעניין המעצרים של 'מפרי סדר' משום שמספרם גדל ללא שיעור, והשירות ריכז מידע כלשהו בנושא ואמר לצבא, אלו הרשימות של אנשים שחבריהם אמרו עליהם שהם מפרי סדר, רצונכם – טפלו בהם, אנו השב"כ נטפל רק בחשודי פח"ע' (עמ' 427-428).

סימן שאלה נוסף נובע משיחתו של סא"ל נצר (מפקד הכוח המוצב בשכם גופא), עם המ"פ אלדד לאחר שהפלוגה חזרה מחווארה. בשיחה זו אומר נצר לאלדד שהוא יכול להירגע, כי האלוף הורה להפסיק כל פעילות כזאת (ואכן בפועל לא נישנו פקודות כאלה במרחב הפיקוד).

כל סימני השאלה האלה לא הביאו אותנו למסקנה שהיוזמה להוצאת הפקודה הזאת ולפעילות מסוג זה יצאה ממשיהו זולת הנאשם, באוגדה שעל הנחייתה בתחום האינתיפאדה והלחימה בה, הוא היה מופקד. הם מעוררים את הרושם שיותר מאשר אדם אחד השתתף, (בין ברצון ומשכנוע, ובין כמי שמובל ע"י המומחה לדבר), במסלול זוחל זה של הפיכת התנהגות חריגה להתנהגות תקנית; להתנהגות שהוכשרה בפקודה מפורשת. מסלול זה תיאר הנאשם מבלי משים בהציגו את אירועי ביתא בפני מפקד האוגדה כמעשה בכל יום, וזה לשונו:

"לא היה בזה שום דבר מיוחד, זה היה כחלק מהנורמה, ממה שהיה, ממה שהתכוונו, ממה שקרה, ממה שעשו, לא היה משהו חריג בזה – שזאב ליבנה היה צריך להודיעו ממנו" (עמ' 349 - 350)

הוא אשר אמרנו, שבהנחייתו של הנאשם עשויה היתה התנהגות זו לסחוף אחריה את המערכת ודווקא הוא, מפקד בכיר והיועץ המקצועי לתחום – צריך היה לעמוד בפרץ ולמנוע זאת. אבל המניעה לא ממנו באה, אלא כפי שאמר סא"ל נצר לאלדד – מהאלוף.

ה. גיבויים

סוגיית הגיבויים משליכה על התנהגותם של קצינים וחיילים רבים בפרשה זו ובין היתר, על התנהגות שלטונות הצבא כלפי הנאשם ועל מתן הפקודות לחיילי צה"ל: מצד אחד עלתה זעקה מן השטח, מהחיילים והמפקדים שנשלחו לעשות את המלאכה - על חוסר גיבוי (כפי שפרטנו לעיל בסעיף 5 (א) לפסק דין זה). דיוני המטכ"ל (ת/37-32 ו-49/ס) מגלים שסוגיה זו עמדה גם לנגד עיני המטכ"ל כחמורה במיוחד. מפקדים העלו את החשש שחיילים ייכשלו תוך ביצוע משימה קשה, וכמעט בלתי אפשרית, בהבחנות דקות כמו "כוח סביר" או "מכות בזמן אמיתי", והעובדה שהמערכת תנקוט נגדם באמצעים תתפרש כנעיצת סכין בגבם של אלה שצריכים לעשות מלאכה 'בלתי מועדפת'. החשש היה חשש אמיתי ועשוי היה לחבל במילוי משימת הצבא; ממילא היתה רתיעה גדולה בצה"ל מתפקיד השיטור, והמטכ"ל הדגיש שהחיילים שלנו 'אינם מרביצינים', גם כאשר צריך לעשות זאת כדי למנוע עליה בחומרת האירוע. אנו מציינים נושא זה לא לשם שיפוט ערכי – אלא כדי לקבוע לעצמנו מה יש להסיק מתופעות של הימנעות מפקדים מלחקור ומלהעמיד לדין משתתפי אירועים – שלא נכפתה עליהם חקירתם.

הדיון במטה הכללי בנושא זה סוכם בכך, שבחריגים יש לטפל וכי למרות כל הסכנות לרוחם של החיילים כתוצאה מהעמדה לדין, יש לחקור את התלונות "וכאלה שימצא כי הן צודקות – יטופלו כנדרש בחוקי הצבא" (ס/36 - סיכום דיון מטכ"ל, 1.2.88).

אנו רואים בסוגיה זו, מבלי להיכנס להערכתה, את הגורם האמיתי לעובדה שלא התקיימו בעניין האירועים שהם נושא המשפט ברורים מוקדם יותר מהמועד שבו הגיעה לברור תלונתם של התושבים באמצעות הצלב האדום בצינורות הרגילים. קצינים לא ששו "להלשין" על פעולות בלתי חוקיות, ומפקדים ניסו להחזיר את חייליהם לתלם מבלי להראות כמתכחשים לפקודות שהם עצמם נתנו.

אנו מקבלים כנקודת מוצא להגנת העדר-חקירה במקרה זה את ההנחה של האלוף ומפקד האוגדה שהאירוע לא חרג מה"תחום האפור". בתחום זה עשויה חובתו של המפקד בתחום החקירה והבירור לעמוד ב"תחרות" עם חובותיו האחרות בביצוע משימותיו.

באסוציאציה חופשית עולים על הדעה דבריו של כב' השופט חיים כהן (כתארו אז) בסוגיה משפטית אחרת:

"אילו הייתי מחפש אי-חוקיות על אמונתי שהייתי מוצאה! אבל לא זו כלכד שאין אני מחפש אי- חוקיות, אלא מחפש אני דרכים שלא למצאה"

(ע"א 41/75 נ' ינאי נ' שלומי פד"י ל (2) עמ' 3, 7)

נראה שעל אף השוני בין החובה לשמור על חוקיות חוזים שבה עוסקת האמרה דלעיל, לבין החובה להקפיד על טוהר המחנה, אפשר לשאוב מהמימרא הזו את ההסבר (אם כי לא את ההצדקה) לכך שמפקדים "קודקודים" אלו הניחו לאירועים שלא זעקו לחקירה – ללא בדיקה נוספת.

המטלה על שכמם של מפקדים בצה"ל באותה עת – כבדה מאוד; הם נקרעים בין הצורך

לדחוף חיילים בלתי מאומנים למשימות שיטור ולהתמודדות פעילה ואגרסיבית, לבין חובתם לחקור ולדרוש כדי לגלות עושי מעשים חריגים;

מבין דרכי הפעולה הרבות הפתוחות בפני מפקד להשגת פעולה מתואמת של חייליו – החקירה הפלילית משמעתית היא אחת הדרכים החשובות והמחויבות לפי החוק, אך מפקד חייב לנקוט בדרכים נוספות המחייבות שכנוע פנימי עמוק ומנהיגות כלפי חייליו, אם רצונו להבטיח אימוץ נורמות ולא משמעת-לכאורית בלבד. מותר להצביע על כך שצפייתם, של מפקדי צה"ל והתמודדותם עם הגל העכור אכן נשאו פרי.

העובדה שפעילות כמו שמצביע עליה הנאשם הצטמצמה במספר קטן של ימים לאחר ההכרזה שגרמה להתרת רסן – מעידה על מאמץ עילאי של אלוף הפיקוד ושל הקצינים שמילאו את פקודותיו כרוחן, מאמץ שהביא להשתלטויות על תופעה שהיו והיו לה שורשים וסיבות מציאותיות ביותר;

זאת ועוד, גם תגובתם של מקבלי הפקודה, ובייחוד הקצינים שבהם, וגם תגובת מרביתם של המפקדים שהופיעו בפנינו, אפילו בהיותם עדי הגנה – שעיקרה זעזוע כן מן הפקודה עצמה ומה שהיא עשוי להביא בעקבותיה – מצביעות על כך שהדרך לנטיעתה של נורמה אינה דווקא בתלונות משמעתיות ובענישה, שהן תגובות שלאחר מעשה, ולפעמים, לאחר יאוש.

הדרך לנטיעת הכרה באחריות אישית של עושה המעשה, גם כשקיבל פקודה לכך וגם כשיש לו "כיסוי" ו"גיבוי" – היא דרך קשה, שמבחינה אינו רק בהבנת הנורמה ובהסכמה איתה, אלא בקניית בייסורים, במלחמה פנימית ולנוכח מצבי גבול קשים, אשר לפעמים קורעים את נפשו של המתלבט.

נראה לנו, על כן, שהגורם לסימני השאלה, ולחוסר הלהיטות לחקור באפשרות של חריגה, נעוץ דווקא בגורם הגיבוי.

יש לגורם זה היבטים של אחוות לוחמים, ויש לו היבטים שליליים של חיפוי, ואת האחרונים יש לשלול; אבל שוכנענו שגורם זה הוא שמסביר את מחדלי החקירה במועד, ככל שמצביעים על כך סימני השאלה שהבחנו בהם, ומשום כך לא קיבלנו טענת ההגנה שיש ללמוד מהימנעות של מפקדי האוגדה והפיקוד (מלחקור בידיעות שהגיעו אליהם) – שהם הם מקור הפורענות.

אדרבא – שוכנענו שהפיקוד עמד על המשמר, צפה לעלול להתרחש, ועשה בדרכים אחרות, ובהן חינוך ודוגמא אישית, להשרשתן של נורמות נכונות, ולמלחמה בהתנהגות פסולה – מבלי שחדל מעמידה במשימות הקשות שגרמו להתנהגות זו.

1. טיבו של הנאשם

הנאשם הוגדר ע"י פקודיו ומפקדיו במונחים חיוביים כמפקד וכקצין־שטח. לאחר תקופת הכרות קצרה של שלושה חודשים אמר עליו תא"ל ליכנה בהערכתו ס/30 שהוא "קצין רציני שראוי לקידום בתפקידו" וזאת למרות הביקורת שציין בדבר אי נאמנותו לרוח הפקודות.

פקודיו, כגון המ"פ אלדד, ציינו לזכותו שהוא לא נהג כמפקדים בכירים מסויימים, שלא רצו להיות מעורבים בשטח והשאירו את העומס על הפיקוד הזוטר, אלא השתמש בוותק שלו ובניסיונו והיה בא לשטח לתת פתרונות במידה שצריך, ועובד עם הפלוגה (עמ' 61). אלוף הפיקוד, שהכיר את הנאשם אישית ועמד על חילוקי הדעות איתו, הסכים מכל מקום שיש לקדמו בדרגה ובתפקיד אף על פי שגם דעתו לא היתה נוחה מהדרך שבה מילא את פקודותיו (של האלוף), שלא כרוחן.

הנאשם עצמו חזר ומזכירנו שלא היתה לו כל כוונה להתעלל אישית בעצור כלשהו, וכי אפילו לא יכול היה לראות בסבלם של המוכים ובמקרים אחרים גם החליט החלטות המעידות על רחמיו כלפיהם.

התייחסנו לעיל להרגשת הנבגדות של הנאשם, וכי היא נראית לנו כנובעת מכך שמה שראוי היה לדעתו להיעשות – לא אומץ ע"י מפקדיו.

ההגנה טרחה להיזקק בטיעונה לאמירתו הפיוטית של ג'ון דון: "אדם איננו אי"

"No man is an island entire of itself"

כאשר הדגש של הגנתו הוא על כך שאי אפשר לדון אותו במנותק מהשפעות "הסביבה התרבותית" בה הוא שרוי ויש להבין אותו על שהשתלב בה.

אלא שמשפט נאה זה אינו בהקשרו, וכאשר הוא מוחזר להקשרו מתברר, שאכן ראוי מאוד להשתמש בו כדי להדגיש את מה שרצה המשורר האנגלי לומר: שאין הוא יכול להיות אדיש לסבלם של אחרים; ושסבלו של כל אדם אחר – גורם לו סבל, ושמותו של אדם כלשהו כאילו מפתח אותו.

שיר זה הוא על כן קריאה להזדהות עם הסובלים, באשר הם אדם כמשורר עצמו.

"Any man's death diminishes me because I am involved in Mankind"

John Donne — Devotions

אין לנו ספק בטיעונו האישי של הנאשם לגבי רגשותיו ועלבוננו – אך יש ויש לנו ספק אם הוא נתן לעצמו דין וחשבון לאן מובילה הדרך שהעלה עליה את פקודיו: לאן היא מובילה אותם, לאן היא מובילה את התחום שהוא אחראי לו, ולאן היא עשויה להוביל את צה"ל ואת ישראל כולה.

7. היחס אל הנאשם

הנאשם הרבה להפריח האשמות כאילו המערכת הצה"לית מתנכלת לו וכאילו נעשו במהלך המשפט ניסיונות בלתי-הוגנים למנוע ממנו שימוש בחומר ראיות, או להכשיל את הגנתו. לא זה הוא הרושם שלנו במעקב אחר מהלך המשפט.

עוד בטרם הגיע העניין לכלל משפט – הכריע הרמטכ"ל, בעצת הפרקליט הצבאי הראשי, שלא להעמיד את הנאשם לדין בבית-דין צבאי והנאשם התייצב להגן על החלטתו זו בבג"צ.

לא קיבלנו טענת הנאשם שצה"ל קיבל החלטה זו ממצפון רע וכדי לחפות על מפקדיו הבכירים. התביעה ניהלה משפט זה בכשרון וכראוי – אך גם בהגינות, ולא מצאנו להיטות מצד התובע הצבאי הראשי למצות את החומר שבידיו או ניסיון להשיג הרשעה בכל מחיר.

כאן המקום לחזור על מה שציינו כבר בהחלטת ביניים במהלך המשפט (עמ' 272) – שנחה דעתנו שכל חומר הנוגע לדיונים אלה לא הוסתר מאתנו, ולא מן ההגנה. אין מקום לטענה ש/ת-39 (תרשומות מדיוני פורום מטכ"ל ופורום שטחים) מכיל מחיקות רבות: מרבית הדיונים בפורומים הבכירים אינם נוגעים לסוגיה זו, והנאשם לא קנה לו זכות להיוודע את פרטיו של כל דיון סודי בפורום העליון של צה"ל; על כן, קבענו קצין-משפטן, סגן הפצ"ר (ראה עמ' 273) שסינן את החומר והעביר לצדדים את כל אותם קטעים שיש להם נגיעה כלשהי לענייניו. מכאן שהעבודה שיש ב-ת/39 מחיקות, איננה מעידה אלא על כך שאותו קצין סבר שבקטע שנמחק אין נגיעה לנושא שבפנינו. עמד לרשות ההגנה גם מנגנון של ערעור על קביעות אלו, ע"י הגשת החומר המלא להכרעתו של בית-הדין – אך היא לא נזקקה לו.

אנו הורינו בהוראות שאינן משתמעות לשתי פנים ובמונחים כוללים ככל האפשר, שתינתן לנאשם גישה לכל מסמך רלוונטי. וכלל שיכולנו להיווכח – כך גם נעשה, ועד לפיקוד העליון והסודי ביותר הגיעה ההגנה בהיותה מיוצגת ע"י הסגנו הצבאי הראשי וסא"ל ד"ר אמנון גולדברג. זה האחרון, שאינו זקוק לשבחים, אך הוא ראוי להם על עבודתו המסורה מעבר לכל המצופה משירות המילואים המפוצל שנדרש להקדיש להגנה – הקדיש להגנה זו להט רב, ימי מילואים ללא גבול, שלו ושל צוות הגנה שכלל משפטנים אחדים; גם אנו כמותב של בית-דין הקדשנו לטיעוניו המגוונים הרבה יותר ממה שהיינו זקוקים לו לצורך הכרעה – ולא בכדי, זהו משפט ראשון מסוגו של מפקד בכיר בצה"ל, הנדרש לתת את הדין על מעשה שעשה כשסבור היה שהוא משרת באותו מעשה את מטרות צה"ל, ושיוחסה לו אשמה כזו. שלטונות הצבא סברו מלכתחילה שהוא נענש דיו בכך שנאלץ לפרוש מן השירות, ושיש להסתפק ב"עונש" זה ולהעמידו לדין משמעתי בלבד; בבואו לדין בפנינו אמרנו אפוא גם אנו לתת לו את מירב ההזדמנות להציג את עמדתו ולברר כל בדל טענה שעשויה לעמוד לזכותו.

אנו אסירי תודה לצוותי התביעה וההגנה על מאמצייהם הרבים ללבן את כל צדדיה של הפרשה ולאפשר לנו להכריע בה תוך שימת לב לפנים הרבות של הבעיות שהיא מעוררת.

8. הרשעה

אנו מרשיעים אפוא את הנאשם בעבירות של חבלה בנסיבות מחמירות כאמור בפרטי האישום הראשון והחמישי על פי סעיפים 329 (1) ו-26 לחוק העונשין תשל"ז-1977, ובעבירה של התנהגות שאינה הולמת כאמור בפרט האישום השביעי על-פי סעיף 130 לחש"צ, תשט"ו-1955. ומזכים אותו מהעבירות החלופיות של תקיפה וחבלה חמורה בנסיבות מחמירות – לפי סעיפים 333 ו-335 לחוק העונשין.

גם מהעבירה של התעללות על פי סעיף 65 לחש"צ – אנו מזכים אותו.

ניתנה והודעה בפומבי היום, כ"ד בניסן תשנ"א, 8/4/91.

גזר דין

1. בבואנו לגזור את הדין שומה עלינו במקרה זה לאזן בין שיקולי ענישה בעלי אופי חריג ויוצא דופן, ונעשה כמיטב יכולתנו לצאת ידי כולם – אם כי כידוע אין זו משימה אפשרית.

בטרם נגזור את הדין אנו מוצאים לנכון להתריע על תופעה שהובאה לתשומת ליבנו, של פניה לבית הדין מעל דפי העיתונות בטרם גזר-הדין, וזאת בהמשך להתרעה קודמת שלנו על פרסומים במהלך המשפט ש'חרצו' את דינו, או הוקיעו את הנאשם, או עדים. אין ספק שאנו מתעלמים מפניות כאלה אבל אין להמעיט בהערכת נזקן; הן יוצרות בציבור תדמית מוטעית כאילו יש להן השפעה, או שהגדר פרוצה וכל הרוצה להתערב ולנסות להשפיע על הליכי המשפט בבית הדין הצבאי – חופשי לעשות כן.

הפנינו את תשומת ליבו של היועץ המשפטי לעניין זה ונענינו שמאחר שחוק בתי המשפט אינו כולל בתי דין צבאיים בין בתי המשפט שכללי הסובידיצה חלים עליהם – אין הפרקליטות נדרשת לעניין.

ההיגיון שלא להחיל כללי יסוד אלה על בתי הדין שבסמכותם לגזור עונשי מיתה – אינו ברור, אך לנו ברור שזו מכשלה ופגיעה חמורה במראית פני הצדק. בתי הדין הצבאיים ושופטיהם יחיו באמונתם, אך הגדר אסור שתהיה פרוצה; כובד סמכותו של בית הדין הצבאי והעובדה שלהרכבו מצטרפים אמנם שופטים מהמערכת האזרחית, אך תמיד נמנים עליו גם שופטים הדיוטות, אנשי צבא שאינם משפטנים – מחייבת זהירות כפולה ולא מופחתת.

לצערנו התקשורת לא קיבלה על עצמה כללים אלה מרצון, ולנו נראה שמן הדין להשוות את הכללים של שמירה על מראית פני הצדק בבתי-הדין הצבאיים – עם אלה של יתר בתי המשפט בישראל.

2. בכל מקרה של ענישה עומדים ונשקלים זה מול זה נימוקי קולא וחומרה שבית הדין נקרא לאזן ביניהם: גורמים של טובת הציבור ושמירת הסדר הציבורי מחד – ושל התחשבות אינדיבידואלית בנאשם ובנסיבות המקרה המיוחדות – מאידך. הקושי המיוחד העומד בפנינו הוא כיצד להתייחס למאמציו של הנאשם לזכות על סמך הטענה שלא היה בודד וחדשן – אלא אחד מני רבים שהוטעו לחשוב שהם מצווים לפעול כשם שפעלו.

את נימוקי החומרה פרטנו למעשה בנימוקי הכרעת הדין – והם הוערכו ע"ינו במלואם ובפרוט, כשהם שהוערכו ע"י מפקדיו של הנאשם.

הנאשם קיבל עליו את הדין ובהודעתו האחרונה לבית הדין, שבאה לדבריו אחרי התלבטות קשה, הביע צער על כך שאנשים הוכו או נענשו ללא משפט. אולם את נימוקיו לא ערך כגורמים להקלה בעונש, אלא עמל לגרור לאישום את צה"ל כולו, את מפקדיו מכאן ואת פקודיו מכאן, ולהוכיח שאוירה של מכות לכל נפש שררה בפקודה, ונכפתה עליו;

קו הגנה נוסף היה טיעונו שנפוצותה של אותה עבירה היא סימן לכפל ערכים ולהעמדת פנים; גם זה לא נטען כטיעון משפטי גרידא, כי אם כטיעון אישי ועמוס רגשות.

עד עתה לא התברר לנו כיצד אמור הנאשם לשכנע את בית המשפט שהתנהגותו מלבינה מפני חטאיהם של אחרים; תמהים אנו איך 'נורמה' שהכל מזדעזעים כשהיא נחשפת לאור יום הוצגה על-ידו, גם לאחר מעשה, כעילה לפטור מאחריות פלילית להפעלתה. התוצאה היתה ניהול משפט בדבר שימוש במכות במהלך פעילות מבצעית – בעוד שהיה ברור שהנאשם אינו עומד לדין על שום שימוש כזה, וכי מה שעומד בפנינו לדין היא פקודה שונה בתכלית, שעמדנו עליה בהרחבה בהכרעת הדין. לא הובאו בפנינו לדין חיילים ומפקדים שחרגו מהוראות להשתמש בכוח בזמן פעולה מבצעית או שחרגו מגבולות הצורך המבצעי – ולא ניהלנו משפט בסוגיה זו. ענייננו מצטמצם אפוא במעשי הנאשם ופקודותיו.

3. על כף הזכות אנו מניחים קודם כל את העובדה שלא הוכחו חבלות חמורות שגרם להן הנאשם, ושהוא זוכה מסעיף אישום חמור זה והורשע בסעיף שאין בו חבלה כזו, אלא "פציעות" בלבד.

יחד עם זאת עלינו לסייג את משקלה של התוצאה הפיסית – של העדר חבלה חמורה; נבהיר שאין להקל בעוצמת הפגיעה ברוחו ובכבודו של מי שמוכה כשהוא נעדר יכולת להתגונן. ברור לנו שפגיעה כזו בחסר ישע היא חמורה גם אם המוכה לא נותר נכה, אם גם ברור לנו שאילו הוכחה גרימת חבלה חמורה – היה ראוי להחמיר בעונש יותר משנקבע להלן.

עוד על כף זו העובדה של עינוי הדין והתמשכות ההליכים על כל צורותיהם. אמת שהנאשם הסכים לחלק מהליכים אלה (ולחלק מהם לא היתה לו ברירה להתנגד) אך אין הדבר משנה את העובדה שמזה תקופה ארוכה מתנהל משפטו, על סיכוניו המגודלים, ומהווה מקור סבל לו ולמשפחתו, השתכנענו מדברי אשת הנאשם בדבר מידת הפגיעה והנזק ואנו מעריכים גם את שיעור הנזק הכלכלי שהיה כרוך בכך.

לזכותו של הנאשם נזקף גם את סימני השאלה שהצבנו בהכרעת הדין – בהיותם תורמים ליצירת הטעות בלבו בדבר חובותיו, וכן את עברו כמפקד מסור ורציני, שחייו הוקדשו לצה"ל ובו ראה את עתידו. גם מפקדיו וגם פקודיו חברו לאמת עובדה זו; שני אלופי פיקוד העידו לזכותו לעניין זה, אלוף פיקוד שלישי העלה אותו בדרגה, ובייחוד התרשמנו מעדותו של מפקד הפלוגה המעורבת בעניין – שדיברה בזכותו כמפקד.

אנו מניחים על כף זו גם את העובדה שלא הוכח מצד הנאשם מניע של פגיעה בתושבים לשם התעללות. קיבלנו טיעונו שעשה מה שסבור היה, ולו בטעות, כמתחייב לשם מילוי חובותו

ומשימתו. מפקדו, אל"מ שחה, העיד גם על עברו, היינו יחסו והתנהגותו כלפי תושבים ערבים דווקא - ואנו מקבלים עדות זו כמצביעה על כך שאין לנו עניין בהתאכזרות לשמה.

נעיר רק שזוהי חרב פיפיות, שכן עבירה הנעשית לשם תכלית 'אידיאולוגית' מרכיב הכוונה הפלילית שבה מתחזק, שהרי העובר אותה - עובר אותה לשמה.

לזכותו של הנאשם, גם העובדה שבשיטת המשפט בישראל, הליך פלילי קודם, ועל אחת כמה ענישה קודמת, אם אינם פוטרים כליל מדין נוסף - נלקחים בחשבון לזכותו בעת גזר-הדין. אפילו נאשם שערכאת ערעור מצאה שהוא חייב בעונש חמור יותר ממה שנגזר עליו - אין ממצים עמו את הדין, ולוקחים לזכותו את עינוי הדין.

הנאשם הואשם בדין משמעתי; הסמכות הגבוהה ביותר בצה"ל שקלה את דינו והחליטה כאשר החליטה: שינוף, ושיעוזב את השירות הצבאי, ובכל אלה יש משום עונש.

כבוד השופט קדמי בדיוני בית המשפט העליון בבג"צ 425/89 (צופאן ואח' נ' הפצ"ה, פד"י מ"ג (4) עמ' 718) אף סבור היה שאין מדובר ב"הפסקת שירות" אלא בסילוק מהצבא והדחה (עמ' 739 ג') ואילו הוטלה על הנאשם פרישה זו כעונש ולא כהסדר - צריך היה להסתפק בה, ולהימנע מלהורות על העמדת הנאשם לדין בבית-דין צבאי (עמ' 740 ו').

"השירות בצבא למשיב 4 אינו "דרך חיים" במובן המקובל של המושג - השירות מהווה את תמצית החיים עבורו. השירות - הוא חייו; והדחתו וסילוקו מן השירות - משמעותם לאבד כל שהושג ולהתחיל הכל מחדש בעולם זה, מנוכר ובלתי אוהד, לצד ההשלכות החברתיות הקשות המלוות מטבע הדברים הדחה וסילוק כאמור.

לא זו בלבד, אפוא, שאין להקל ראש בתגובה אשר כזו, אלא שמן הראוי ליתן לה את מלוא המשקל המתחייב ממעשה הדחה והסילוק. ולא למיותר יהיה להדגיש: הדחה וסילוק כאמור, כתגובה להתנהגות פסולה, אינם בעלי אופי עונשי כלפי המודח בלבד, אלא כוחם עמם - אם ננקטים הם במועדם וכהלכתם - לקדם את העניין החינוכי שבתגובה ולהביא על סיפוקו את הגורם ההרתעתי הנלווה אליה. העניין החינוכי בא על סיפוקו בקביעת נורמת ההתנהגות שהצבא מטפח שאינו משלים עם הפרתה; והעניין ההרתעתי יוצא נשכר על-ידי קביעת הצפוי בהכרתו של מי שאינו ער לקיומה של אותה נורמה."

4. כאמור, ככל שמדובר בענישה, אין לנו להתעלם ממניעיו של הנאשם ומטעונו בדבר משימתו הצבאית ומה שהיא מחייבת. מבלי לפגוע בקביעתנו בדבר אחריותו לקו שנקט ולהיעדר צפייה מצידו לתוצאותיו, ברור לנו שעניין לנו עם קביעה נורמטיבית של התנהגות ולא עם התנהגות עבריינית וזדונית שבוצעה לסיפוק יצרים או להשגת מטרה עבריינית. מבחינתו הסובייקטיבית של הנאשם, היתה זו "מצווה הבאה בעבירה" והוא כיוון ליבו להשיג את המצווה, ולא החשיב את העבירה שבדרך.

אנו הוקענו דרך מחשבה זו והצבענו על סכנותיה בכלל, והסכנה המיוחדת שתחטיא את הרבים בפרט, אך לעניין הענישה אין אנו רואים לנכון להטיל על הנאשם עונש של מאסר בפועל, כפי שעתרה התביעה, בייחוד מאחר שאנו מעריכים שפגיעתו של העונש שאנו מטילים להלן היא

חמורה וכולטת במיוחד, כאשר נוסף ל"הדחתו" משירות בצה"ל (כמאמר כבוד השופט קדמי) אנו קובעים גם פגיעה מוחלטת בדרגתו כקצין. שמנו ליבינו גם לפגיעה הכלכלית החמורה העלולה להיות כרוכה בעונש ההורדה בדרגה – שכעשרים שנות השירות המסור והתקין שעליהם העידו – יורדות לטמיון גם מבחינה זו. לא היינו מטילים גם עונש כלכלי נוסף זה אילו היה הדבר בידינו.

נראה לנו שמתבקש במקרה זה, שהוא ראשון שנדונו בו שאלות אלו, עונש הצהרתי, שהמסר שלו יהיה ברור וחד, לנאשם עצמו ולצה"ל בכלל.

אנו רואים לנגדנו תמונה קשה: אדם המעיד על עצמו שהוא בעל נטיות טבעיות הומאניות, שהצביע על תגובתו הנרגשת ועל התחשבותו בתושבים שנתקל בהם – כראיה לרגישותו, אדם זה עצמו מתנתק ופועל באופן מנוכר וקר ומעמיד שיטה של פגיעה בבני אדם שסומנו (לפי רשימה) אין אנו רואים אפשרות לעקור גישה זו מלבותיהם של רבים שיגיעו לשקול שיקול כשלו, ע"י הושבתו במאסר. "הרתעת הרבים" יש לה פן שלילי בעיקר, של איום שמניחים שיפעל אנו מעדיפים מסר ברור, שתהיה בו הדרכה לרבים.

5. אנו רואים את הפגיעה בערכי היסוד של שמירת כבוד האדם באשר הוא אדם – ככשל פיקודי ממדרגה כזו שלא יתכן שמפקד שאין בו ערך זה ואינו מחשיב אותו – יורשה לשמש קצין ולפקד על יחידות בצה"ל.

אסור לפלג את אישיותו של מפקד, ולהבחין בין כושרו כקצין-שטח לבין אישיותו וחובתו לנהוג על-פי ערכי מוסר יסודיים מחייבים, ולהנהיג את חייליו ברוח ערכים אלו; ואדרבה – חובתו לשמור על ערכי היסוד גדלה ככל שעולים דרגתו ומעמדו.

הננו גוזרים בגין כל העבירות בהן הרשענו את הנאשם עונש אחד – הורדה בדרגתו מדרגת אל"מ לדרגת טוראי.

אין אנו רואים לנכון להוסיף על עונש זה מאומה, שכל המוסיף לו – גורע.

ניתן והודע בפומבי היום, ט' באייר תשנ"א, 23/4/91

במעמד הנאשם, סנגוריו עוה"ד סא"ל (מיל') ד"ר גולדנברג וסרן מנדלבלית והתובע הצבאי אל"מ ד"ר פינקלשטיין.