

1. יש דין – מתנדבים למען זכויות אדם, ע.ר.

2. האגודה לזכויות האזרח בישראל, ע.ר.

באמצעות עו"ד מיכאל ספרד ו/או שלומי זכריה ו/או נטע פטריק, ו/או אבישר לב מעמותת יש דין ;

ו/או עו"ד דן יקיר ו/או לימור יהודה מהאגודה לזכויות האזרח בישראל ;

שכתובתם להמצאת כתבי בית-דין : רח' אחד העם 49, תל-אביב 65206 ; טל : 03-6206947/8/9, פקס : 03-6206950

-- נגד --

1. ראש המטה הכללי, רא"ל גבי אשכנזי

2. מפקד פיקוד המרכז, אלוף גדי שמני

3. הפרקליט הצבאי הראשי, תא"ל אביחי מנדלבליט

באמצעות ב"כ עו"ד מפרקליטות המדינה, משרד המשפטים, רח' סלאח א-דין, ירושלים

4. אל"מ איתי וירוב

5. סא"ל שמעון הרוש

שניהם באמצעות הסניגוריה הצבאית הראשית

עתירה לצו על תנאי

זוהי עתירה לצו על תנאי לפיה מתבקש בית המשפט הנכבד להורות למשיבים לבוא וליתן טעם, באם יחפצו כדלקמן :

א. למשיבים 1-2: מדוע לא ישעו באופן מיידי את המשיבים 4 ו-5, עד לנקיטה בהליכים המתאימים לסיום שירותם הצבאי, ולחלופין, מדוע לא ישעו את המשיבים 4 ו-5 עד לסיום חקירת החשדות לעבירות לכאורה העולות מעדותם במסגרת תיק מספר 205/09 המתנהל בבית הדין הצבאי של פיקוד מרכז (להלן: "פרשת מלול").

ב. למשיב 3: מדוע לא יורה על פתיחה בחקירה פלילית של העבירות לכאורה בהן הודו המשיבים 4 ו-5 בעדותם בפרשת מלול.

בקשה לקביעת דיון דחוף

עניינה של עתירה זו בהחלטה של המשיבים 1-3 שלא להדיח או להשעות את המשיבים 4 ו-5 ולא לפתוח בחקירה פלילית והכל בקשר לעדותם בפני בית הדין הצבאי בפיקוד המרכז.

כפי שמפורט בגוף העתירה, בעדותם האמורה העידו המשיבים 4 ו-5, המשמשים בהתאמה כמפקד חטיבה ומפקד גדוד ביחידה שכל ייעודה פעילות מבצעים בגדה המערבית, **כי להשקפתם מותר לפקודיהם להכות פלסטינים במסגרת "תיחקורים" ספונטאנים של אזרחים פלסטינים המתבצעים במהלך פעילות בכפרים בגדה.** המשיב 4 אף אישר כי מותר לעשות שימוש ב"תיחקורים" אלה ב"כאפות", "בירכיות", "חניקה לצורך הרגעה", והמשיב מס' 5 הוסיף כי אף "סטירות" הוא דבר סביר במסגרות האמורות. שני המשיבים אישרו כי הם מתייחסים למקרים שבהם ה"מתחקרים" הינם עוברי אורח שאינם חשודים ושלא נשקפת מהם כל סכנה.

על פי עדותם של המשיבים, אחראים הם למתן הוראות והנהגת דרכי פעולה שגרתיות בהן מופעלים אלימות וכוח נגד האוכלוסייה האזרחית, מתוך שאיפה כללית 'להשגת מידע'. בכלל זה, השלכת רימוני הלם, פריצות לבתים, תפיסת בתים וכיוצ"ב. לא בתגובה לאירוע קיים ולשם התמודדות עם איום קונקרטי על הכוחות או על הביטחון, אלא באופן יזום על-ידי הכוחות. פריצה ועריכת חיפושים "באלף בתים" – לא בעקבות החלטה פרטנית, הניתנת על בסיס מידע או חשד מבוסס, כי במבנים בהם ייערך החיפוש מצויים חשודים, או אמצעי לחימה.

העדויות ניתנו מטעם ההגנה במשפטו של קצין המשרת תחת פיקודם ומואשם באלימות כלפי אזרחים פלסטינים.

כאמור, המשיבים סירבו לדרישת העותרים לנקוט לאלתר באמצעים פיקודיים להדחת (או לחלופין – להשעיית) המשיבים 4 ו-5 ולפתיחה בחקירה פלילית של החשדות העולים מהעדויות של משיבים אלה.

המשיב מס' 3 הבהיר כי רק לאחר סיום המשפטים הנוגעים לפרשה במסגרתה העידו המשיבים, תישקל דרישת העותרים.

העותרים סבורים כי המחדל מנקיטה בצעדים הנדרשים ע"י העותרים מעביר מסר מסוכן מאין כמותו לכל שדרות הצבא ולפיכך הם סבורים כי החלטת המשיבים דורשת בחינה משפטית של בית המשפט הנכבד.

לאור כל האמור, מתבקש בית המשפט הנכבד להורות למזכירות לקבוע תיק זה לשמיעה במועד דחוף ככל שניתן.

תוכן העניינים

א. פתח דבר 5

ב. רקע עובדתי 7

I. הצדדים לעתירה..... 7

II. פרשת מלול..... 8

III. עדות המשיבים 4 ו-5..... 9

עדותו של המשיב מס' 4 9

עדותו של המשיב 5 11

לבנת שיבוש 13

IV. מיצוי הליכים ותגובת המשיבים 1-3..... 14

V. "מכתב הקצינים" ותצהירו המשלים של המשיב 4..... 15

ג. הטיעון המשפטי 16

I. הטיעון בקצרה..... 16

II. החשד והעבירות לכאורה..... 17

III. החובה לפתוח בחקירה פלילית כאשר מתעורר חשד לביצוע עבירות..... 21

IV. החובה לנקוט בהליכים פליליים ופיקודיים לאלתר..... 22

V. החובה להגן על האוכלוסייה האזרחית בשטח כבוש..... 26

VI. אי-הסבירות שבהחלטת המשיבים..... 28

התערבות בהליכים משפטיים: 29

האיזון הראוי בין שלטון החוק לטוהר ההליך השיפוטי 31

אי-הסבירות - סיכום 31

VII. שיקול הדעת של ביהמ"ש בהתערבות בהחלטות המשיבים 1-3..... 32

ד. סוף דבר 33

א. פתח דבר

”דווקא משום מרכזיותו של צה”ל בחיינו ושל החייל בצה”ל, דווקא משום היותו צבא שחרת על דגלו את החינוך כיעד והמהווה כור היתוך לכל המתגייסים לשורותיו, יש לצה”ל תפקיד בעל חשיבות עליונה במישור המוסרי והערכי. צה”ל תורם תרומה גדולה ועצומה לגיבוש אישיות המשרתים בו ומציינים בערכים שיעצבו את התנהגותם בחברה בעתיד ואת תפיסותיהם הנורמטיביות לגבי המותר והאסור. דווקא משום כל אלה על צה”ל להצטיין בחוסן מוסרי וערכי חזק ואיתן. נושאי דגל זה הם קציניו, ובמיוחד אלו העומדים בראש הפירמידה. מאלו יש לצפות שיהיו דוגמה אישית. עם אלה יש להקפיד ולדקדק כחוט השערה...”

(דברי השופטת שטרסברג-כהן בבג”צ 1284/99 פלונית נ’ ראש המטה הכללי פ”ד נג (2) 62, 70 (1999), ההדגשה שלנו)

”מפקד ובפרט קצין, חייב להבין שבהתנהגותו, יש גם מסר ברור לפקודים בבחינת: ‘ממני תראו וכן תעשו’ (שופטים, ז, יז)...התנהגות שלילית של מפקד בפרט כשהיא הופכת אצלו לדפוס התנהגות, עלולה להשתרש בקרב חלק מפקודיו – קצינים וחוגרים. יצר החיקוי וההזדהות של פקודים עם מפקדיהם מחייב את המפקדים למשנה זהירות כאשר הם בוחרים דרכי התנהגות ותגובה. מפקד המתעלם מחובה זו, נכשל כישלון פיקודי”

(ע/96/247 התצ”ר נ’ סרן ברוש)

1. עניינה של עתירה זו במפקד חטיבה ובמפקד גדוד של צה”ל אשר הודו במהלך עדויות שמסרו בפני בית דין צבאי כי הורו ו/או נתנו רשות לפקודיהם להכות פלסטינים (או בלשונם הצירורית “לתת כאפות” “להכניס בירכיות” ו”לחנוק לצורך הרגעה” - !!!), והכל כדי להשיג מקורבנותיהם מידע, או כדי לגרום כהגדרתם ל”שיבוש” חיי הכפר שבו התנהלה פעילות מבצעית.

2. עניינה של עתירה זו במחדלם הזועק לשמיים של המשיבים 1-3 אשר לא נקטו בהליכים המשפטיים והפיקודיים המתבקשים כתוצאה מדברים חמורים אלה אשר התפרסמו

ברבים והיו כהכשר לחיילים צעירים אשר משרתים בשטחים הכבושים אל מול אוכלוסייה אזרחית, שירות אשר ממילא אינו פשוט ודורש מידה לא מבוטלת של איפוק.

3. עניינה של עתירה זו, אם כן, במסר החמור שהועבר לחיילי צה"ל – לא ע"י המשיבים 4 ו-5, אלא ע"י המשיבים 1-3 אשר בהחלטותיהם שלא לנקוט ללא דיחוי בהליכים להדחת המשיבים 4 ו-5 מתפקידי פיקוד ושלא לפתוח בחקירה פלילית נגדם – יצרו מצג של המעטה בחומרת הדברים שנאמרו ע"י המפקדים הבכירים.

4. במפת הדרכים של ההידרדרות שלנו במדרון החלקלק לתהום המוסרית, מעשי המשיבים 1-3 מצויים בתחנה האחרונה – שממנה אין חזרה. שהרי תחילתה של כל הידרדרות שכזו בהתגנבות יחידים של הקו המפריד בין המותר לאסור הרשמי, המשכה בהזזה דה-פקטו של קו הגבול למיקום חדש ונמוך יותר בסולם הערכי, וסופו בהכרזה רשמית על מחיקתו של הקו הקודם. בידי המשיבים 1-3 הסמכויות הנדרשות כדי להשיב את המשיבים 4 ו-5 מחקו. וזאת הם לא עשו.

5. העותרים, ארגוני זכויות אדם ישראלים, יבקשו בעתירה זו לעצור את הסחף הבלתי נתפס בקווים האדומים המוסריים של צבאנו, שלנו. מה שהוכחש בעבר כי אי-פעם מתרחש, וכונה אחר-כך כשלא ניתן היה יותר להכחיש – "חריגים", הפך בפייהם של המשיבים 4-5 למדיניות, לפרקטיקה רשמית שאין מתביישים בה יותר. אמנם המשיבים 1-3 התנערו מדברים אלו, ואין העותרים מזלזלים בהתנערות חשובה זו, אך היות והתנערותם לא לוותה בצעדים המתבקשים ממי שסבור כי דברי המשיבים 4 ו-5 אינם ראויים – לצערנו ה"התנערות" נתפסת כקריצת עין, כמס שפתיים ויציאה ידי חובה. כך הדברים מתקבלים בקהל החשוב ביותר לתגובת המשיבים 1-3: אצל חיילים ומפקדים צעירים המתלבטים מה מותר ומה אסור במגע עם אזרחים פלסטיניים.

6. כל-כך הרבה פעמים התריעו העותרים וארגוני זכויות אדם אחרים שפנו לבית המשפט הנכבד שסטנדרט ההתנהגות של לוחמי צה"ל כלפי אוכלוסייה אזרחית בשטחים הכבושים על-ידי מדינת ישראל, אינו עומד בדרישות המוסריות והמשפטיות שאנו מטילים על עצמנו. אבל מי היה מאמין שניאלץ לעמוד בפני בית המשפט הנכבד ולשכנע שמפקד המרשה ללוחמיו, ואולי אף פוקד עליהם, להכות אזרחים במשמורת כדי להשיג מידע, להתנפל על כפר בג'יפים דוהרים כדי להפחיד את תושביו ו"לשבש את החיים" בו, ו"לחנוק כדי להרגיע" – הוא מפקד שאסור לו לבוא במגע עם חיילים הפועלים בסביבה אזרחית ואפילו לא יום אחד נוסף! מי היה מאמין שניאלץ להיאבק על כך שבעקבות הודאת מפקדים כי הם מאפשרים לפקודיהם לתת "כאפות" ו"בירכות" לאזרחים שהם "בלתי מעורבים" (קרי, חפים מפשע), וכי אף בעצמם הרביצו לאזרחים תיפתח חקירה של המשטרה הצבאית החוקרת.

7. ויאמרו הדברים באופן הישיר והבוטה ביותר: המחיר של אי-הדחה ואי-פתיחה בחקירה יתורגם מיידית בשטח וכולנו נמדוד אותו בדם שנשפך, באברים מרוצצים ודואבים ובנפשות פגועות של אזרחים מוגנים.

ב. רקע עובדתי

I. הצדדים לעתירה

9. העותר מס' 1, ארגון "יש דין", הנו הינו ארגון זכויות אדם ישראלי אשר עוסק במגוון סוגיות הנוגעות לזכויות אדם בשטחי הגדה המערבית ובין היתר מעניק סיוע משפטי לאזרחים מוגנים שנפגעו מעבירות של אזרחים ישראלים או אנשי כוחות הביטחון הישראליים כלפיהם.

10. העותרת מס' 2, האגודה לזכויות האזרח בישראל, הנה ארגון זכויות אדם, הפועל להגנת זכויות אדם בישראל ובשטחים הנתונים לשליטתה, ובכל מקום שבו הפגיעה בזכויות נעשית על-ידי רשויות ישראליות.

11. המשיב מס' 1 הינו ראש המטה הכללי שהוא המפקד העליון של צבא ההגנה לישראל.

12. המשיב מס' 2 הינו מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית ובידו מצויות כל סמכויות הניהול והחקיקה של השטח המוחזק על-ידי מדינת ישראל בתפיסה לוחמתית וזאת בהתאם לכללי המשפט ההומניטארי הבינלאומי ולדיני התפיסה הלוחמתית. מתוקף תפקידו כמפקד העליון בשטח, אחראי המשיב להגן על זכויותיהם הבסיסיות של האזרחים המוגנים וחובתו לאכוף את החוק והסדר הציבורי. מתוקף תפקידו ובמסגרת הסולם הפיקודי, הוא מפקדו הישיר של המשיב מס' 4.

13. המשיב מספר 3 מופקד, בין היתר, על שלטון החוק בצבא ובין סמכויותיו להורות על חקירות של המשטרה הצבאית החוקרת ולייעץ למשיבים 1 ו-2 באשר לצעדים הפיקודיים שבסמכותם לנקוט כלפי מפקדים בצבא.

14. המשיב מס' 4 הינו קצין בדרגת אל"מ, המכהן בשנתיים האחרונות כמפקד חטיבת כפיר, אשר הוקמה כדי לשמש כוח ייעודי לפעילות מבצעית בגדה המערבית ועל-כן גדודיה מוצבים רוב ימות השנה באזור זה. כפועל יוצא, חייליה של חטיבת כפיר – פקודיו של המשיב מס' 4, מצויים, יותר מחיילי כל יחידה אחרת בצבא, בחיכוך מתמיד עם האוכלוסייה האזרחית בגדה המערבית, הם האזרחים המוגנים כהגדרת מונח זה בדיני הכיבוש הבינלאומיים.

15. המשיב מס' 5 הינו קצין בדרגת סא"ל, אשר כיהן עד לאחרונה כמפקד גדוד שמשון במשך שנתיים. גדוד זה הוא אחד מגדודי חטיבת כפיר. המשיב מס' 5 היה פקודו הישיר של המשיב מס' 4. כיום משרת המשיב 5 כסמח"ט באוגדת עזה.

II. פרשת מלול

16. ההתבטאויות נשוא עתירה זו ניתנו כאמור במסגרת עדויותיהם של המשיבים 4 ו-5 כעדי הגנה בתיק פלילי המתנהל בפני בית דין צבאי. המדובר בתיק מרכז (מחוזי) 205/09 המתנהל בבית הדין הצבאי של פיקוד המרכז, שבו מואשם סגן מפקד פלוגה בגדוד שמשון של חטיבת כפיר, סגן אדם מלול, בתקיפת פלשתינים בנסיבות מחמירות לפי סעיף 382 + 379(א) + 29(ב) לחוק העונשין, התשל"ז-1977, ובהתנהגות שאינה הולמת, לפי ס' 130 לחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955 (להלן: החש"צ). כתב האישום מייחס לסגן מלול הכאת פלשתינים בליל ה-27.9.08, או במועד סמוך לכך, בנסיבות הבאות:

"במהלך הסיור [בכפר קדום – מ' ס'], בסמוך למרכול מקומי מחוצה לו ישבה קבוצה של כ-30-10 פלשטינים, הורה הנאשם לכל הפלסטינים לעמוד בשורה, ונערך עליהם חיפוש. אחד מהם [מהפלסטינים – מ' ס'] שאל "מה קורה, למה באנו לפה". בתגובה, לקח אותו הנאשם לסמטה, בה ישבו עוד כ-5 פלסטינאים. במסגרת תחקורו בסמטה, הכה אותו הנאשם ב"כאפה". לאחר שנשאל אם יש בכפר כלי נשק, והלה השיב כי "הוא לא עושה בלגן", סמר א.ג. הצמידו לקיר, חנק אותו, ובעט בו ברגלו. הנאשם אף הכה את אותו הפלסטינאי ב"כאפה" נוספת.... במהלך התחקורים, שלכל אחד מהם נלקח פלסטינאי אחד בכל פעם, למשך 15-5 דקות ובמידה והפלסטינאי לא שיתף פעולה, נקטו הנאשם וסמ"ר א.ג., כלפי כ-5 פלסטינאים, בתחקור אגרסיבי, שכלל סטריות לפנים ולעורף, "ברכיות", טלטול בחוזקה, תפיסה בידיים, בכתפיים, ואו בדש החולצה של הפלסטינאי המתוחקר. בנוסף, במהלך התחקורים האגרסיביים, הכה הנאשם ב"כאפות" את חלק מן הפלסטינאים המתוחקרים".

העתק של כתב האישום בפרשת מלול מצ"ב ומסומן נספח 1.

17. בעקבות האירוע, פנה אחד הצעירים הפלסטינים שהוכו על-ידי סגן מלול לנציגי העותר 1 והתלונן על שהתרחש באותו לילה. מתנדבי העותר 1 ליוו את המתלונן ביום 10.10.08 להגיש תלונה במצ"ח שרון-שומרון ובעקבות הגשתה נפתח תיק תלונה ("הודעה") שמספרו 777/08. מספר ימים מאוחר יותר הורתה הפרקליטות הצבאית לקיים חקירה פלילית בתלונה ונפתח תיק חקירה במצ"ח שמספרו 397/08.

18. על פי פרסום באתר האינטרנט YNET, ההתפתחות בחקירת התלונה הגיעה דווקא באמצעות עדות שנמסרה למצ"ח ע"י אחד מחיילי הפלוגה בה משרת מלול. החייל התוודה בפני חוקרת מצ"ח על האירוע באמצעות פתק שבו כתב: "שבת בערב, הסמ"פ, מכות לערבים, לפני ראש השנה". בעקבות הדברים הללו ולאחר פעולות חקירה נוספות

הוגש כתב האישום נגד סגן מלול. (להלן הקישור לידיעה:
<http://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-3698009,00.html>

הדפס של הידיעה מצ"ב ומסומן נספח 2.

19. יצויין כי במקביל להגשת כתב האישום נגד סגן מלול, הוגש גם כתב אישום נגד החייל א.ג., בעבירות דומות. היות וא.ג. משמש כעד תביעה במשפטו של סגן מלול, משפטו של א.ג. החל רק לאחר מתן עדותו, ולמעשה בעת הגשת עתירה זו משפטו של א.ג. נמצא לפני שלב ההוכחות שלו כשטרם העיד ולו עד אחד. לדבר חשיבות כפי שנראה בהמשך על החלטת הפצ"ר (המשיב 3) שלא להורות על פתיחה בחקירת מצ"ח נגד המשיבים 4 ו-5 לעת עתה.

20. במהלך פרשת ההגנה זומנו להעיד בין היתר המשיבים 4 ו-5 אשר נתבקשו להעיד על אופי פעילות צה"ל בשטחים. הנאשם נקט (ונוקט) בקו הגנה האומר כי המעשים המיוחסים לו הם חוקיים, והם חלק מהנדרש לעיתים מחיילים ומקצינים המשרתים בגדה המערבית, במסגרת מה שהוא כינה "משימת תחקור". המשיבים 4 ו-5 התבקשו בעדותם לחוות דעתם בעניין זה ולהתייחס לפקודות, לנהלים ולסטנדרט ההתנהגות כלפי אזרחים פלסטינים, שהם כמפקדי יחידות וכמפקדיו של סגן מלול מצפים לו מפקודיהם.

III. עדות המשיבים 4 ו-5

21. המשיב מס' 4 ו-5 העידו ביום 5.5.09.

עותק של פרוטוקול עדותם, כפי שנמסר לעותרת מס' 1 בעקבות בקשה שהגישה לבית הדין הצבאי, ולאחר שעל-פי הוראת בית הדין עבר הפרוטוקול בדיקה של המחב"ם (מחלקת ביטחון המידע בצה"ל), מצ"ב ומסומן נספח 3א ו-3ב.

עדותו של המשיב מס' 4

22. בעדותו מטעם ההגנה במשפטו של מלול ביום 5.5.09 נדרש המשיב 4 להסביר מהן "משימת תחקור" ו"משימת שיבוש". בתשובתו ציין המשיב 4 כי תחקור איננו משימה בפני עצמה וכי "תחקור היא דרך להגיע לביצוע משימה". כאשר נדרש לתדירות פעולת התחקור השיב המשיב 4 כי "תחקור או תשאול ברמה כזו או אחרת היא עניין של יום ביומו" (עמ' 33, שורה 1 לפרוטוקול נספח 3א).

23. המשיב 4 ציין בעדותו כי קיימת טכניקת תחקור סדורה לאנשים המתמחים בכך, אך לא הכחיש שתחקורים –

"מתבצעים באופן שוטף על ידי לוחמים, מפקדים, בין אם הוסמכו לכך בקורסים מסוימים ובין אם לאו...לגבינו המפקדים אין תורה סדורה בכל נושא התחקור".

(עמ' 33, ש' 10-5 לפרוטוקול, נספח א3)

24. בשלב מאוחר יותר בעדותו נשאל המשיב 4 ע"י אב בית הדין בנוגע לשיקול הדעת של מפקדים במהלך תחקור בכל הנוגע להפעלת כוח פיזי. המשיב 4 ציין כי "לגבי תשאולים או תחקורים בשטח, גם כאן צריך להתאים את רמת התחקור והאגרסיביות לרמת האיום" (עמ' 34, ש' 20-19, נספח א3).

25. להערת אב"ד כי הדבר דומה להיתרים הקיימים בחקירות שב"כ לגבי "פצצה מתקתקת", הגיב המשיב 4 ואמר (ההדגשה כאן ובכל הציטוטים מהפרוטוקול נספח 3 הם שלי, מ.ס.):

"אני חושב שההיתרים שאנחנו לוקחים לעצמנו, הם שונים במהות מאנשי שב"כ מקצועיים. לא פעם רמת האגרסיביות כלפי אדם שאינו מעורב, מציפה מידע שמובילה אותנו בסופו של דבר אל המעורב עצמו...בכל אמצעי הלחץ שאנו מפעילים, רובם המכריע, מופעל כנגד אוכלוסייה שאינה מעורבת".

(עמ' 34, ש' 32-24, נספח א3)

26. כאשר נדרש המשיב 4 לשאלת הפעלת כוח פיזי במהלך תחקור נגד מי שאינם חשודים הבהיר ללא היסוס:

"הצמדה לקיר, דחיפה, מתן מכה שאינה פוצעת, הן בהחלט דבר שכיח בניסיון להגיע לידי מימוש משימה...לפעמים אין מנוס מלטלטל, להצמיד, לדחוף, כשהדבר מחייב".

(עמ' 34, ש' 36-35, עמ' 35, 24-23, נספח א3)

27. וכאילו שלא די בדברים שלעיל, בשיאה של עדותו הבהיר המשיב 4 את הדברים שיצוטטו להלן, בתשובה לשאלת התובעת האם מותר לתת "כאפות" לפלסטינים אשר הוגדרו ע"י הכוח כתמימים, במהלך תיחקור שכזה. בטרם נצטט את התשובה המחרידה נזכיר כי הדובר, המשיב 4, הוא מח"ט בדרגת אל"מ המפקד על מאות קצינים וחיילים צעירים. וכך הוא משיב:

"הפעלת אלימות ואגרסיביות שתמנע הסלמת מצב וצורך להשתמש באלימות יותר גדולה, היא לא רק מותרת, אך לעיתים חובה...נתינת מכה, דחיפה, בסיטואציה גם אל מול אנשים שאינם מעורבים

בסיטואציה מבצעית, במידה והיא יכולה לקדם את ביצוע המשימה,
היא בהחלט דבר אפשרי".

(עמ' 36, שי' 18-25, נספח א3)

"גם הצורה בה אתה מפעיל אלימות צריכה להיות צורה ראויה...
סטירה, לפעמים מכה בעורף או בחזה, במקרים שיש חיכוך, תגובה
מהצד הפלשתיני, לפעמים ברכיה, או חניקה לצורך הרגעה היא
סבירה".

(עמ' 39, שי' 24-27, נספח א3)

עדותו של המשיב 5

28. המשיב 5 נשאל בעדותו על גבולות הפעלת הכוח בתחקור של אדם בלתי מעורב שאין לגביו כל חשד. הנה תשובתו:

"אני יכול להגיד בוודאות, שאם אין חשד ספציפי לגבי בן אדם, ואני אדבר איתו, כמו שאנחנו מדברים כרגע, אני לא אקבל כלום... כשמתחקרים את האנשים האלה, כן יכול להיות שמעמידים אותם בקיר, ושמים עליהם אזיקונים או פלגלית, וכן יכול להיות ואני סומך על שיקול דעת של מפקדים, שמישהו נתן סטירה או כאפה, איך שלא קוראים לזה, כדי לנסות להוציא מידע. יכול להיות".

(עמ' 4, שי' 11-12, עמ' 5, שי' 6-8, נספח ב3)

29. כאשר נשאל המשיב 5 ע"י אב"ד האם הגדיר למפקדים את אופי הכוח הפיזי שאפשר להפעיל השיב כי יש ידיעה בקרב המפקדים מהם הקווים המנחים ומהי "רוח היחידה" (עמ' 5, שי' 24-25, נספח ב3). יחד עם זאת הוא מציין:

"פה בעיני, שיש לו [לאדם מלול – מ.ס.] דיווח על ירי לכיוון קדומים, המשימה הכי חשובה שלו, הכל קביל, הוא מבין שיש מישהו מעורב בפיגוע, הכל קביל. אם יש דיווח על ירי, אתה תלך ותנסה לשבש, אתה תדאג שאף אזרח לא ייפגע".

(עמ' 5, שי' 25-27, נספח ב3)

30. בעקבות תשובה זו, נוצר הדיאלוג הבא בין המשיב 5 והאב"ד:

אבד: הכל קביל כלפי כולם בכפר?

המשיב 5 : לא. זה לא מידתי לבוא כרגע ולירות בכל אחד שיש בכפר.
לתחקר? בטח.

אב"ד: עם אלימות?

המשיב 5 : בטח. מדובר על אנשים עם ראש על הכתפיים, לא מתחקר
ילד, לא אישה. הגילאים הם 16-18 וצפונה. בדרך כלל הגילאים שהם
מעורבים בפיגועים, האנשים שיוזעים קצת יותר.

(עמ' 5, שורות 28-32, נספח ב3)

31. לאחר מכן נחקר המשיב 5 ע"י התובעת בנוגע לשימוש בנגיחות באמצעות קסדה
בנחקרים:

תובעת: האם נגיחה באמצעות קסדה, תוך כדי תחקור, היא פעולה
שהיא ראויה, מתבקשת סבירה? במידה ואין איום?

המשיב 5 : במידה ואין איום לא נראה לי לגיטימי.

התובעת: וכאפה?

המשיב 5 : כן.

(עמ' 16, שורות 21-25, נספח ב3)

כאשר נדרש להסביר המשיב 5, קצין בדרגת סא"ל מדוע "כאפה" היא מעשה
לגיטימי במהלך תחקור כלפי אדם שאינו מהווה איום הוא עונה:

כי בעיני לצורך העניין, קודם כל אתה מגיע לסיטואציה שהיא לא רגילה,
תעשה את הדברים גם אם זה לא נראה לצורך העניין טוב... יצא לי כמה
פעמים לתפוס מפה (מראה אחיזה של צוואר), אבל נגיחה עם קסדה לא
הייתי עושה.

(עמ' 16, שורות 27-30, נספח ב3)

32. ואולי הקשה ביותר מכל חלקי עדותו, היא הודאתו-הודייתו של המשיב 5 בכך
שהוא עצמו היכה פלסטינים. וכך תועדו הדברים בפרוטוקול:

"כמה פעמים יצא לך להרביץ לפלשתינאים?"

ע: לא סופרים את זה

ת: 10 אלף? מאה?"

ע: לא הגעתי לעשרת אלפים.

ת: כמה יצא לך?

ע: אני חושב, פעמים בודדות.

(עמ' 10, שורות 7-2, נספח 33)

לבנת שיבוש

33. שני העדים (משיבים 4-5) העידו בעדותם גם על נוהל שקיים ביחידותיהם ושקרוי בפיהם "לבנת שיבוש". ניתן לדבריהם לדבר בעד עצמם:

"משימות השיבוש מוטלות על הכוחות לשתי מטרות מרכזיות. האחת, היא לנסות ולערער את האיזון של שכונה, כפר, או אתר מסוים, ובכך לדלות מידע שיאפשרו פעולה ממוקדת יותר. הסיבה השנייה היא לגרום לגורם עוין בתוך הכפר, לעשות טעויות כתוצאה או כריאקציה לפעולות כוחותינו ובכך לשבש את דרך פעולתו לחשוף אותו...פעולות השיבוש יכולות לפעול במספר מדרגות. הראשונה היא כניסה לכפר. גייפים דוהרים לכניסה לכפר. לעיתים עצם הכניסה לכפר משבשת דרכו של האדם הפוגע. הדרך השנייה היא הפעלת אמצעי לחץ, זריקת רימוני הלם, פריצה למספר בתים או מוסדות בתוך הכפר. מעצר של תושבים בתוכו. תפיסת שטחים בגנות וכו'...ישנם מצבים שיכול מפקד החטיבה להנחות על דרך השיבוש, לעיתים זה נתון לשיקולו של המפקד הנמצא בשטח".

(עדות המשיב 4, עמ' 33, שורות 26-15, נספח 33א)

34. הנה כי-כן, המשיבים 4 ו-5 העידו כי ביחידותיהם קיים נוהל שעניינו הסתערות על קהילה אזרחית באופן ובאמצעים שיגרמו לבהלה ולפחד ומתוך כוונה לשבש את החיים הסדירים באותו מקום. המטרה של המעשה הבריוני המתואר היא שאם קיים אדם באותה קהילה המתכנן פעילות עויינת, אזי מעשה השיבוש ישבש את תכניותיו. משהו כזה.

35. לסיכום, המשיבים 4 ו-5 העידו באופן הברור ביותר שביחידותיהם פקודיהם מורשים ולפעמים אף מצופים לנהוג באלימות כלפי אזרחים חפים שאינם מסכנים אף אחד, והכל כדי להוציא מידע במסגרת "תיחקור" פיראטי שחייליהם לא הוכשרו לבצעו. עוד העידו כי קיים ביחידותיהם נוהל שעניינו הסתערות מפחידה על כפרים מתוך כוונה לגרום לבהלה המונית ולפחד אשר מטרתם לשבש את החיים ועימם תכניות לפעילות עויינת של מי מאנשי אותו הכפר.

36. זוהי עדותם, זוהי דמותם, אלה מפקדי חיילינו.

IV. מיצוי הליכים ותגובת המשיבים 1-3

37. ביום 19.5.09 שיגרו העותרים 1 ו-2 מכתבים למשיב 3 בדרישה לפתוח בחקירה פלילית של מצ"ח כנגד המשיבים 4 ו-5 בעקבות עדויותיהם בפרשת מלול.

מכתב העותרת מס' 1 מצ"ב ומסומן נספח 4.

מכתב העותרת 2 מצ"ב ומסומן נספח 5.

38. באותו היום שיגרו העותרים 1 ו-2 מכתבים למשיבים 1 ו-2 בדרישה לנקוט באמצעים הפיקודיים העומדים לרשותם נגד המשיבים 4 ו-5.

מכתב העותרת מס' 1 למשיב מס' 2 מצ"ב ומסומן נספח 6.

מכתב העותרת 2 למשיב מס' 1 מצ"ב ומסומן נספח 7.

39. ביום 20.5.09, לאחר שפורסם באמצעי התקשורת כי המשיב 2 רשם הערה פיקודית למשיב 4 בעקבות עדותו בפרשת מלול, פנה העותר 1 פעם נוספת למשיב 2 בדרישה לפעול להדחתם של המשיבים 4 ו-5 לאלתר, ולא להסתפק בהערה פיקודית בלבד.

מכתבו של העותר מס' 1 מצ"ב ומסומן נספח 8.

40. ביום 21.5.09 השיב המשיב 3 לפניית העותרים 1-2. בתשובתו הסתייג המשיב 3 הסתייגות מלאה ומוחלטת מהדברים שנאמרו ע"י המשיבים 4-5 בעדותם בתיק מלול. המשיב 3 ציין כי הדברים מנוגדים לרוח צה"ל, לערכים לפיהם הצבא פועל ולפקודות הצבא. עם זאת, המשיב 3 ציין כי למעט הצעד המשמעותי שנקט נגד המשיב 4 ע"י המשיב 2 (ושהסתיים בהערה פיקודית כמפורט לעיל), אין בכונתו בעת הזו לנקוט בצעדים נוספים ובכלל זה לפתוח בחקירה של מצ"ח וזאת בשל רצונו להימנע מ"התערבות פסולה בהליכים משפטיים תלויים ועומדים" (פרשת מלול ופרשת א.ג.). להשלמת התמונה נציין כי המשיב 3 הבהיר כי לאחר סיום ההליכים בפרשת מלול ייתכן ותתקבלנה החלטות נוספות וכי העותרות יעודכנו בכך בבוא העת.

41. במאמר מוסגר נציין כי לא ברור האם סיום המשפטים בערכאה הראשונה הם המועד שלאחריו יראה עצמו המשיב 3 חופשי לנקוט באמצעים נוספים בעניין עדותם של המשיבים 4 ו-5, או שמא רק לאחר שהכרעות הדין בשני המשפטים יהיו סופיים.

מכתב זה מצורף ומסומן נספח 9.

42. ביום 25.5.09 פנו שוב העותרים 1 ו-2 למשיב 3 בדרישה כי יורה על פתיחה בחקירת מצ"ח, וכי יפעל לנקיטה בהליכים פיקודיים להדחה ולחלופין להשעייה של המשיבים 4 ו-1.

5 מתפקידים פיקודיים. העותרים טענו במכתב זה כי הנימוק שהציג המשיב 3 לאי-פתיחה בחקירה ואי נקיטה באמצעים פיקודיים נוספים ("חשש מהתערבות בהליכים משפטיים תלויים ועומדים") אינו יכול לעמוד. העותרים אף דימו את המצב שבו נמצאת פרשה זו למקרה שבו עובד הציבור מואשם בשוחד ומביא לעדות את מנהלו אשר טוען בעדותו כי הוא סבור ששוחד הוא דבר סביר לעיתים וכי אף הוא עצמו לוקח מידי פעם שוחד. האם במקרה כזה יש להמתין להכרעת הדין של העובד ולא לפתוח בחקירה נגד מנהלו?! מה ההיגיון שביסוד הדבר, שאלו העותרים במכתבם. בנוסף טענו העותרים כי קיימת חשיבות עצומה לנקיטה בצעדים הפיקודיים והחקירתיים מיד, אחרת עלולים חיילים וקצינים בצבא לסבור שהוקעת הדברים ע"י המשיבים 1-3 היא מס שפתיים בלבד.

מכתב זה מצורף ומסומן נספח 10.

43. ביום 26.5.09 השיב גם עו"ד רז נזרי, עוזר בכיר ליועץ למשפטי לממשלה, בשמו של היועמ"ש להעתק מכתבם של העותרים מיום 19.5.09, שנשלח אף אליו (נספחים 4 ו-5). במכתב זה הודיע עו"ד נזרי כי היועמ"ש תומך בצעדים שנקט המשיב 3 כפי שעולה ממכתבו מיום 21.5.09 (נספח 9). במכתב ציין היועמ"ש את הסתייגותו מהדברים שנאמרו ע"י המשיבים 4 ו-5 –

"הדברים שנאמרו עלולים להוות מסר כפול למפקדים ולחיילים באשר להתנהגות הנדרשת בהתמודדות הרגישה והמורכבת מול אוכלוסיה פלסטינית, גם במהלך לחימה...דברים אלה אף אינם מתיישבים עם ערכי צה"ל ורוחו, כמו גם עם הפקודות החלות על חיילי צה"ל.

מכתבו של עו"ד נזרי מצורף ומסומן נספח 11.

44. ביום 2.6.09 השיב המשיב 1 באמצעות סא"ל יפה מור, מזכירת הפיקוד העליון לפניית העותרים 1-2 מיום 19.5.09. במכתבו הפנה המשיב 1 את העותרים למכתבו של המשיב 3 אליהם מיום 21.5.09 (נספח 9).

מכתבו של המשיב 1 מצורף ומסומן נספח 12.

45. עד לרגע הגשת עתירה זו טרם השיב המשיב 3 לפנייה האחרונה של העותרים (נספח 10).

V. "מכתב הקצינים" ותצהירו המשלים של המשיב 4

46. ביום 16.6.09 התפרסמה באתר האינטרנט nrg מעריב ידיעה לפיה קבוצה של 54 קציני מילואים חתמו על מכתב הקורא למפקד פיקוד המרכז (המשיב 2) לחזור בו מהצעד

הפיקודי בו נקט כנגד המשיב 4. לטענת החותמים, המשיב 4 "פעל כיאה למפקד בצה"ל".
עוד כתבו הקצינים בעצומה עליה חתמו :

*"אנו בטוחים כי המח"ט פעל מתוך אחריות מוסרית במקביל להיכרות
עמוקה עם הנעשה בשטח".*

הדפס של הידיעה מצורף ומסומן נספח 13.

47. העותרים רואים בעצומה זו עוד ביטוי לכך שעדויות המשיבים 4 ו-5 אכן מייצגות תרבות התנהגותית חמורה בצה"ל, ומחזקת את עמדתם שהפיקוד הבכיר ובו המשיבים 1-3 חייבים לנקוט באמצעים העומדים לרשותם כדי להעביר באופן חריף את המסר שההערה הפיקודית לא העבירה.

48. להשלמת התמונה יצויין כי ביום 18.6.09 התפרסמה ידיעה באתר האינטרנט YNET ממנה למדו העותרים 1 ו-2 כי המשיב 4 ביקש להעיד פעם נוספת בפני בית הדין הצבאי בפרשת מלול. משבקשתו נדחתה, ביקש המשיב 4 להגיש באמצעות הצדדים תצהיר לבית הדין בו הדגיש כי אין הוא חוזר בו מדבריו. יחד עם זאת, בטיטת תצהירו זה, כך על-פי הדיווחים, כתב המשיב 4 כי הצמדה לקיר, דחיפה, מכה שאינה פוצעת אפשרית רק במהלך תחקור או אירוע פח"ע, "אחרי שהפלסטיני לא עונה ויש חשד שבגלל התנהגותו, מצוי בידיו מידע רלוונטי לסיכול פעולה ורק זה יכול למנוע 'התפוצצות הפצה'". לעותרים לא ידוע אם עד לרגע הגשת העתירה אכן הגיש המשיב 4 את תצהירו.

הדפס של הידיעה מצורף ומסומן נספח 14.

49. העותרים רואים בתצהיר משלים זה, כפי שתוכנו סוקר כאמור בתקשורת, כלא מעלה ולא מוריד לשאלת התאמתו של המשיב 4 לפיקוד, חומרת התבטאויותיו, ולעניין החובה לחקור פלילית את הדברים שמסר בעדותו. המדובר בליטוש קל שבקלים של עמדה שעל עיקרה חזר – לחיילי צה"ל שיקול דעת להכות ולעשות שימוש בכוח נגד פלסטינים אותם הם "מתחקרים".

ג. הטיעון המשפטי

I. הטיעון בקצרה

50. עמדת העותרות היא כי עדותם של המשיבים 4 ו-5 מעלה חשד כבד כי בוצעו על-ידם ו/או ע"י אחרים (בעיקר פקודיהם) עבירות פליליות חמורות משלושה סוגים : עבירות אלימות, עבירות של חריגה מסמכות ועבירות של אי-מניעת פשע.

51. להלן ייטען כי אי-פתיחה בחקירה ואי-העברתם של המשיבים 4 ו-5 מתפקידם מפירה שלושה סוגים של חובות משפטיות החלות על המשיבים 3-1: **החובה לפתוח בחקירה פלילית כאשר מתעורר חשד לביצוע עבירות; החובה לנקוט בהליכים פליליים ופיקודיים לאלתר; והחובה להגן על אוכלוסיה אזרחית בשטח כבוש.**

52. לפיכך, הטיעון המשפטי להלן יפתח בסקירת העבירות לכאורה שהעותרות סבורות שחשד כבד לביצוען עולה מעדות המשיבים 4 ו-5; לאחר-מכן יפורטו שלוש החובות של המשיבים 3-1 שתוארו לעיל; ולבסוף נתמודד עם סבירות הטענה כי בנקיטה באמצעים המבוקשים בעתירה זו יהיה משום התערבות בהליכים תלויים ועומדים.

II. החשד והעבירות לכאורה

53. נסכם את תוכן עדותם של המשיבים 4 ו-5:

א. במהלך "תיחקור" המבוצע ע"י פקודיהם לאזרחים בכפר פלסטיני בו יחידתם פועלת, רשאי החייל לעשות שימוש בכוח פיזי שתואר על-ידם כ"כאפות", "בירכיות", "חניקות", "דחיפות", "הצמדות לקיר" וכד'.

ב. השימוש האמור בכוח מותר גם כלפי אדם שלא נובע ממנו שום סיכון, ואף כלפי אדם שאין כלפיו שום חשד.

ג. המדובר בשימוש בכוח שנועד ל"הוציא מידע".

ד. בנוסף, קיים ביחידותיהם נוהל הקרוי "נוהל שיבוש" שעיקרו – הסתערות על כפר, עיירה או אתר אזרחי כלשהו באופן מבהיל ומפחיד כדי לשבש את החיים הסדירים של דיירי אותו המקום מתוך כוונה שבכך תשתבש תכניתו של מחבל שנמצא שם (אם נמצא, ואם יש לו אכן תכנית) לפעילות עוינת.

54. להלן נפרט את **העבירות הפליליות** שלכאורה נעברו ע"י מי שביצע את הדברים המתוארים בעדותם של המשיבים 4 ו-5 ועל ידי כל מי שסייע, שידל, או איפשר לבצעם. להבנתנו, עדויותיהם של המשיבים 4 ו-5 מעלות חשד לכאורה לשלושה סוגים של עבירות: עבירות אלימות; עבירות של חריגה מסמכות ועבירות של אי-מניעת פשע.

55. אלימות - עינויים:

המשיבים 4 ו-5 הודו בעדותם כי "כאפה", "ברכייה", "חניקה" כלפי אדם בלתי מעורב, המצוי תחת משמורתם לשם השגת מידע היא פעולה לגיטימית ואף הגדירו אותה בנסיבות מסויימות כ"חובה". הוא הדבר גם עם נוהל "לבנת השיבוש". עדותם מעלה חשד כי בוצעו פעולות מסוג זה ע"י פקודיהם של המשיבים 4 ו-5 על-פי הנחייתם, וכי המדובר בעבירות אלימות. כמו-כן עולה החשד שהמשיבים 4 ו-5 היו מעורבים **בעצמם ובאופן ישיר** בביצוע הפעולות האלו, קרי בביצוע עבירות אלימות.

56. בשלב זה נבקש לציין כי עבירות אלימות המתבצעות על-ידי נציג השלטון ומתוך מטרה להשיג מידע (וזו הייתה המטרה הן של האלימות לגוף של ה"כאפות" והן של האלימות לנפש של "לבנות השיבוש" עליה הצהירו העדים) – **הרי שמהבחינה המשפטית הם לא פחות מאשר עינויים** כפי הגדרת מונח זה באמנה הבינלאומית נגד עינויים, יחס ועונשים אכזריים, בלתי אנושיים ומשפילים (1984) (להלן: "אמנת העינויים"). לחלופין, וככל שחומרת האלימות שנעשה בה שימוש בפועל אינה מגיעה כדי עינויים ממש, הרי שמדובר ללא ספק ביחס אכזרי, בלתי אנושי ומשפיל, בהתאם להגדרת מונחים אלה באמנת העינויים. זוהי לדעתנו ההגדרה המשפטית המדוייקת המגדירה את שביצעו לכאורה פקודיהם של המשיבים 4 ו-5 והם עצמם, שכן הערך המוגן של עבירה זו העוסק ביחסים שבין נציגי השלטון המופקדים על שימוש בכוח ונתינו.

57. זוהי ההגדרה שקבועה בסעיף 1 של האמנה הבינלאומית נגד עינויים:

לעניין אמנה זו, המונח "עינויים", הוראותו מעשה אשר באמצעותו נגרם במכוון לאדם כאב או סבל חמור, בין אם פיזי, בין אם מנטלי, במטרה להוציא ממנו או מאדם שלישי מידע או הודאה, להענישו על מעשה שביצעו או נחשד בביצועו, הוא או אדם שלישי, או להפחיד או לאנוס אותו או אדם שלישי; או מכל סיבה ששורשיה בהפליה מכל סוג שהוא, מקום שכאב או סבל כאמור נגרמים בידי או באישור או בהסכמה בשתיקה של עובד ציבור או אדם אחר הממלא תפקיד רשמי בשידולו, אין הוא כולל כאב או סבל הנובעים מעיצומים על-פי חוק, טבועים בהם או נלווים אליהם.

58. כזכור וכידוע בבג"צ 5100/94 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נג(4) 817 (1999) קבע בית המשפט הנכבד כי עינויים ויחס בלתי אנושי ואכזרי בחקירות השב"כ הן אסורות (ההדגשה שלנו):

"חקירה שלא כדין פוגעת בכבוד האדם של הנחקר. היא פוגעת גם בדמותה של החברה... חקירה סבירה היא חקירה ללא עינויים, ללא יחס אכזרי או בלתי אנושי כלפי הנחקר, וללא יחס משפיל כלפיו. חל איסור על שימוש "באמצעים ברוטליים ובלתי אנושיים" במהלך החקירה (ד"נ 3081/91 קוזלי נ' מדינת ישראל [14], בעמ' 446). כבוד האדם הוא גם כבודו של האדם הנתון לחקירה (השוו: בג"ץ 355/79 קטלן נ' שירות בתי הסוהר [15], בעמ' 298; עע"א 4463/94 גולן נ' שירות בתי הסוהר [16]). מסקנה זו עולה בקנה אחד עם המשפט הבינלאומי ההסכמי – אשר ישראל צד לו – האוסר על שימוש בעינויים (torture), ב"יחס אכזרי ולא אנושי" (cruel, inhuman treatment) וב"יחס משפיל" (degrading treatment). (ראו: M.D. Evans, R. Morgan Preventing Torture [43], at p. 61; N.S. Rodley The Treatment of Prisoners under International Law [44], at p. 63). אין להם "חריגים", ואין

בהם איזונים. אכן, אלימות כלפי גופו או נפשו של הנחקר אינה מהווה
אמצעי סביר בחקירה. שימוש באלימות בחקירה עשוי להטיל על החוקר
אחריות פלילית ומשמעתית" (עמ' 836)

59. אכן, המשיבים 4 ו-5 התירו לפקודיהם בדיוק את הדברים שבית המשפט הגבוה לצדק
בהרכב מורחב אסר פה אחד על חוקרי השב"כ לעשות.

60. יחד עם-זאת והיות וישראל טרם חוקקה עבירות האוסרות עינויים, יחס אכזרי ולא
אנושי, או יחס משפיל, אנו נותרים עם עבירות האלימות ה"רגילות", ואותן נבחן כעת.

61. עבירות אלימות "רגילות":

להלן העבירות שקיים חשד כי בוצעו ורק חקירה תוכל לברר אם אכן כך:

ס' 65 לחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955 (להלן: "חוק השיפוט הצבאי") קובע:

התעללות

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

(ב) ...

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

ס' 119 לחוק השיפוט הצבאי קובע:

שימוש באמצעים בלתי כשירים לצורך חקירה

חייל שהשתמש באלימות, או שאיים להשתמש באלימות, כלפי אדם
אחר כדי לאלצו להעיד או למסור אמרה בעבירה, דינו – מאסר
שלוש שנים; השתמש באמצעים בלתי כשירים אחרים כדי לאלץ
אדם להודות באשמה בעבירה, דינו – מאסר שנה".

נוסיף לאלה את העבירות הקבועות בפרק י' לחוק העונשין, התשל"ז-1977, ובהם בפרק
ד' (סיכון החיים והבריאות): פציעה (334); חבלה חמורה (333); חבלה ופציעה בנסיבות
מחמירות (335); ובפרק ח' (תקיפה): תקיפה סתם (379); תקיפה הגורמת חבלה ממשית
(380); ותקיפה בנסיבות מחמירות (382);

62. עבירות חריגה מסמכות:

עוד עולה מעדותם של המשיבים 4 ו-5 כי הם נתנו פקודות שהעניקו שיקול דעת לחיילים ולמפקדים זוטרים יותר, לנקוט באלימות בעת "תיחקור" אזרחים. לפיכך, עדותם מעלה חשד ממשי לביצוע עבירות שעניינן חריגה מסמכות ע"י מפקדים:

ס' 68 לחוק השיפוט הצבאי קובע:

חריגה מסמכות

חייל שחרג במזיד מן הסמכויות שניתנו לו לביצוע תפקידו בצבא (בפרק זה - חרג מסמכותו), דינו - מאסר שנה.

ס' 73 לחוק השיפוט הצבאי קובע:

חריגה מסמכות עד כדי סיכון חיים או בריאות

חייל שחרג מסמכותו, ובמעשהו זה גרם או עלול היה לגרום חבלה לגופו או נזק לבריאותו של אדם אחר, דינו - מאסר שלוש שנים.

63. עבירות אי-מניעת פשע:

אין מקרה מובהק יותר של אחריות מחדלית לעבירות שמבצעים אחרים מאשר במסגרת היחסים שבין מפקד לפקוד. עדות המשיבים 4-5 **בפרשנות מאוד מקלה** שלה האומרת כי הם לא נתנו פקודות שהתירו את השימוש באלימות ובנוהל לבנת חבלה אבל היו מודעים לפרקטיקה, מעלה חשד לאי-מניעת פשעים על-ידם, מקום שהם אחראים למעשי פקודיהם.

ס' 134 לחוק השיפוט הצבאי קובע:

אי מניעת עבירה

(א) חייל שידע כי חייל אחר זומם או מנסה לעבור עבירה צבאית שענשה עולה על שלוש שנים מאסר, ולא פעל באופן סביר כדי למנוע את עשייתה או השלמתה, דינו –

(1) אם העונש שנקבע על העבירה הוא מוות או מאסר עולם - מאסר עשר שנים ;

(2) אם העונש שנקבע על העבירה הוא מאסר לזמן קצוב - מאסר שלא יעלה על מחצית תקופת המאסר שעברין צפוי לה על העבירה אך לא יותר משלוש שנים.

ונזכיר את המקבילה האזרחית – ס' 262 לחוק העונשין - אי-מניעת פשע – הקובע מאסר שנתיים למי שידע כי "פלוני זומם לבצע מעשה פשע ולא נוקט בכל האמצעים הסבירים למנוע את עשייתו או השלמתו".

64. בנוסף לכל אלה נבקש להזכיר את העבירות הצבאיות **התנהגות מבישה (129)** ו-**התנהגות שאינה הולמת (130)** ששתיהן בהחלט עשויות להתווסף לעבירות האלימות, החריגה מסמכות ואי-מניעת הפשע שהוזכרו.

III. החובה לפתוח בחקירה פלילית כאשר מתעורר חשד לביצוע עבירות

65. חובתה של רשות חוקרת לפתוח בחקירה כל אימת שעולה חשד לביצוע עבירה קבועה הן בחוק סדר הדין הפלילי והן בחוק השיפוט הצבאי:

נודע למשטרה על ביצוע עבירה, אם על-פי תלונה ואם בדרך אחרת, תפתח בחקירה..

(חוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב–1982, סעיף 59)

225. תלונה

מפקד היודע, או שיש לו יסוד להניח, כי אחד מפקודיו עבר עבירה שאפשר לשופטו עליה בבית דין צבאי או חייל אחר שנקבע לכך על-פי פקודות הצבא, היודע או שיש לו יסוד להניח כי חייל אחר עבר עבירה כאמור, יערוך תלונה או יורה על עריכת תלונה בשל העבירה, יחתום עליה ויביאנה לפני קצין שיפוט, הכל כפי שנקבע בפקודות הצבא.

(חוק השיפוט הצבאי, סעיף 225)

66. לשון חוק סדר הדין הפלילי היא חד-משמעית בעניין **החובה לחקור**. לשון חוק השיפוט הצבאי היא ברורה בעניין החובה **להגיש תלונה**. אין כל אפשרות להתחמק מהחובה הזו:

"הגיעה למשטרה "ידיעה" בדבר ביצועה של עבירה שלא בדרך של "תלונה" כאמור – גם אז חייבת המשטרה לפתוח בחקירה מיוזמתה"

(יעקב קדמי על סדר הדין בפלילי (2003, כרך ראשון) עמ' 546)

67. המקרים היחידים בהם נקבע כי ניתן לסגור תיק ללא חקירה, הם מקרים בהם האירוע אינו מעלה כלל שאלות ראייתיות כלשהן. כך היה כשהחליט היועמ"ש שלא להגיש כתב-

אישום נגד הרב עובדיה יוסף בגין התבטאויות שיוחסו לו (בג"צ 3087/99 התנועה לאיכות השלטון נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח', תקדין עליון 2000 (1) 624). שם לא היה כל קושי לייחס את הדברים לרב יוסף שכן הם שודרו בטלוויזיה, ועל-כן לא היה כל צורך בפתיחה בחקירה אם עמדתו **המשפטית** של היועץ היתה כי אין מקום להעמידו לדין.

68. במקרה שלפנינו יש הצדקה לפתוח בחקירה פלילית. עדויותיהם של המשיבים 4 ו-5 נאמרו באולם בית הדין בעת הדיון בפרשת מלול ואין כל קושי ראייתי לייחס להם את הדברים. בנוסף, המשיב 3 לא הסתיר את עמדתו בנוגע לדברים שנאמרו במסגרת עדויות אלו:

"הדברים שמסרו אל"מ וירוב וסא"ל הרוש בעדותם, לחלוטין אינם מקובלים על הפיקוד הבכיר של צה"ל ועליי ואני דוחה אותם מכל וכל. הדברים שנאמרו ע"י אל"מ וירוב וסא"ל הרוש אינם מתיישבים עם ערכי צה"ל ועם רוח צה"ל, כמו גם עם הפקודות החלות על חיילי צה"ל ומפקדיו. הדברים מעבירים מסר פסול למפקדים ולחיילים, בדבר המותר והאסור בהתנהלות כלפי האוכלוסיה הפלסטינית, גם במהלך לחימה".

(נספח 9, מכתבו של המשיב 3 לעותרים 1-3 מיום 21.5.09, ההדגשה שלנו)

69. הנה כי-כן, חשד לביצוע עבירות קיים גם קיים. לא מדובר במקרה שניתן לומר עליו כי "אין עניין לציבור" או שמדובר בעניין פעוט או של מה בכך. המשיב מס' 3 מסכים כי מדובר בדברים חמורים ואינו כופר בכך שייתכן שהדבר מעיד על כך כי נעברו **עבירות פליליות חמורות**. משמעות הדברים היא כי חלה עליו **חובה** לפתוח בחקירה.

70. כזכור, המשיב מס' 3 לא פסל את האפשרות שיוורה על פתיחה בחקירה, אולם החליט שיש להמתין עד לסיום ההליכים המשפטיים בפרשת מלול ובמשפטו של א.ג. כדי שלא ייתפסו הדברים כ"התערבות בהליכים משפטיים תלויים ועומדים".

71. להבנתנו עמדה זו בלתי סבירה באורח קיצוני ולטיעון בעניין זה נפנה בהמשך.

IV. החובה לנקוט בהליכים פליליים ופיקודיים לאלתר

72. תפקידו של המשיב 3 אינו מצומצם רק לשמירה על שלטון החוק. על פי עמדת פרקליטות המדינה בתגובה שהגישה במסגרת בג"צ 425/89 צופאן נ' הפרקליט הצבאי הראשי, פ"ד (מג) 718 (4) (1989) (להלן – פרשת יהודה מאיר) ביום 6.7.1989 נאמר (ההדגשה שלנו):

"5. גדר סמכויותיו הייחודיות והמיוחדות, כמו גם מעמדו המיוחד בצבא וכלפי רשויות הצבא מחייב את הפרקליט הצבאי הראשי – בבואו

להחליט על נקיטת אמצעים, דרך כלל, ונגד קצין בכיר שסרח בפרט - להעמיד לנגד עיניו לא רק את המטרה של ענישת העבריין הספציפי, אלא גם ובה בעת את המטרה של העברת מסר מיידי, ברור וחד-משמעי בתוך הצבא ומחוצה לו, כי מבצעייהם של מעשים כאלה, מקומם לא יכירם בשורות הפיקוד של צבא הגנה לישראל."

73. בחינה של החלטות בעלות אופי דומה לענייננו של בית המשפט העליון ובתי הדין הצבאיים מלמדת על נקיטה בלשון שאינה משתמעת לשתי פנים, הדורשת העברה של מסר חריף נגד תופעות ומעשים כגון אלה אותם תיארו המשיבים 4 ו-5 בעדותם, עם דגש על כך שהתגובה חייבת להיות מיידי. כך למשל בפרשת יהודה מאיר ציין השופט קדמי (ההדגשה שלנו):

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

(פרשת יהודה מאיר, עמ' 741)

74. בבג"צ 2533/97 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נא(3) 46, (1997) קבע השופט זמיר:

"...אין לומר באופן נחרץ כי רק כתב־אישום בעבירה חמורה, או לפחות חקירה בדבר ביצוע עבירה כזאת, עשויים להצדיק סיום כהונה... אני סבור כי אין לשלול את האפשרות שהתנהגות... אף אם אינה מגיעה כדי עבירה פלילית, תהיה חמורה במידה קיצונית כל כך, עד שיהיה זה בלתי סביר באופן קיצוני לאפשר לו להמשיך בכהונה".

(עמ' 63-64 לפסק הדין, ההדגשה שלנו)

75. הפגם הערכי שדבק בעובד ציבור בשל דברים שעשה או אמר מחייבים לבחון את המשך שירותו בתפקיד, שבו הוא מחזיק בסמכויות ובכוחות ציבוריים. החובה לבחון את משמעות הפגם הערכי לגבי המשך כהונתו של נושא תפקיד ציבורי נשען על שלושה אינטרסים מרכזיים. הראשון, החשש כי הפגם הערכי שדבק באדם בעבר,

ישפיע גם על התנהלותו העתידית. בענייננו, המשיב 4 ו-5 הינם קצינים בכירים אשר ממשיכים לכהן בתפקידים פיקודיים בעלי השפעה קריטית על לוחמים הבאים במגע עם אוכלוסייה אזרחית ובוודאי עתידים לכהן בתפקידים נוספים בצה"ל ולפקד על עוד דורות של חיילים ולוחמים צעירים, אם לא יודחו. "רוח המפקד" העולה מדבריהם בפני בית הדין מעוררת חשש כבד באשר למסרים אותם ינחילו לפקודיהם בעתיד. השני, שמירת האמון הציבורי בשלטון על ידי הבטחה כי תדמיתם של משרתי הציבור תישמר ללא רבב. בענייננו, הדופי שהוטל במשיבים 4 ו-5 לאור עדותם בפרשת מלול מחייב את הדחתם. השלישי, המערכת הציבורית חייבת לשקף את ה"אני מאמין" הערכי עליו מושתתים יסודות המשטר והחברה. הימצאותם של גורמים כמשיבים 4 ו-5 בקרב משרתי הציבור לאחר שבדבריהם יצאו נגד יסודות אלה, מחייבת את המשיבים 1 ו-2 לנקוט בצעדים להרחקתם מתפקידם ללא דיחוי.

76. עצם נקיטת ההליך הפיקודי ע"י המשיב 2 בגיבוים של המשיבים 1 ו-3 מעיד כי דבריהם החמורים של המשיבים 4 ו-5 לא נותרו תלויים בחלל האוויר ללא תגובה, אך לנוכח ההלכות שיצאו מבית המשפט נראה כי הצעד הפיקודי בו בחרו לנקוט המשיבים 1 ו-2 אינו עומד במבחן הסבירות. נבחן להלן מספר מקרים דומים וקלים מהמקרה שלפנינו ונראה כיצד נהגה בהם המערכת הצבאית הן במישור הפלילי והן במישור הפיקודי.

77. במקרה מהעת האחרונה בו חייל הואשם בהכאתו של עצור פלסטיני במכת אגרוף ובבעיטה בפניו, בעת שידיו היו אזוקות ועיניו מכוסות, הועמד החייל לדין בגין עבירות של התעללות והתנהגות שאינה הולמת. החייל **שהודה מתפקידו** טען, כי הדחתו מהווה סנקציה פיקודית הולמת, והיא מעניקה ביטוי הולם לכישלונו הפיקודי, באופן שענישה פלילית לא תשווה לה. וזו הייתה תגובתו של בית הדין לטענות אלה:

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

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

78. גם בדיון בערר נגד החלטה להשאיר במעצר עד תום ההליכים חייל אשר היה מפקד מחסום באיזור שכס ונהג להכות פלסטינים קבע בית הדין:

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

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

ע"מ/29/03 סמל זמיר נ' התצ"ר, כפי שצוטט בע"מ/28/04 סמ"ר ב' ס' נ' התצ"ר (החלטה מיום 14.7.2004).

79. במקרה מהתקופה האחרונה הורשע קצין בדרגת רס"ן בתקיפה, שימוש בלתי חוקי בנשק, איומים והתנהגות שאינה הולמת לאחר שהיכה מסתנן מגבול מצרים בשתי סטירות ובאגרוף לבטנו במהלך "תיחקור" בשאלת מיקומו של מסתנן נוסף, ולאחר שאותו אדם עוכב על ידי החיילים, כיוון נשק לעברו מתוך מטרה להפחידו ותוך שאיים כי יירה בו. בית הדין הצבאי גזר עליו 40 ימי מאסר בפועל לריצוי בעבודה צבאית, מאסר על תנאי ופיצויים למתלונן. כן המליץ בית הדין, שהקצין לא יקודם בדרגה למשך שנתיים (דר/195/07 התצ"ר נ' רס"ן חלב) (גז"ד מיום 17.4.2008). שני הצדדים לא השלימו עם התוצאה וערערו לבית הדין הצבאי לערעורים. התצ"ר הדגיש בערעורו את חומרת המעשים ופירט את השיקולים להחמרה בעונש, בהם, בין היתר: מעמדו הבכיר של הנאשם ותפקידו, מאפייניו של הקורבן, מידת ההשפלה הכרוכה במעשים, אי השתלבותם של המעשים בפעילות מבצעית או במטרה כלשהי.

80. נראה כי המשיב 3 ביכר להתעלם לא רק מהמדיניות המשפטית הברורה של בתי המשפט ובתי הדין הצבאיים, אלא גם משורה של שיקולים המחייבים פתיחה מיידית בחקירת מצ"ח. אחד המרכזיים שבהם הוא האינטרס הציבורי. בפרשת יהודה מאיר ציין השופט בייסקי:

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

81. אין ולא יכולה להיות מחלוקת שהעדויות של שני הקצינים הן חמורות וכי יש עניין ציבורי גדול לחוקרן עד תום. הימנעות מחקירה מיידית יוצרת – גם אם שלא בכוונת מכוון – מסר הפוך ומסוכן. לעניין זה נאים דבריו של השופט שמגר בע"פ 234/77 ידלן נ' מדינת ישראל, פ"ד לב(1) 31, 38 (1978):

"תופעות שהן בעלות חומרה מפליגה מבחינת עניינו של הציבור ומבחינת הפגיעה באמות-המידה הערכיות שעל-פיהן עליו לנהוג, מחייבות תגובה עונשית שמידתה כמידת החומרה שבמעשה".

V. החובה להגן על האוכלוסייה האזרחית בשטח כבוש

82. חדלונם של המשיבים אף מפר את חובתו של צה"ל – חובתם - להגן על שלומה של האוכלוסייה האזרחית בשטח הכבוש. החלטתו של המשיב 2, בגיבוי של המשיב 3, להסתפק בהערה פיקודית למשיב 4, תוך הותרתם של שני הקצינים בתפקידיהם הפיקודיים, והחלטת המשיב 3 שלא לפתוח מייד בחקירת דבריהם של המשיבים 4 ו-5, מהווה הפרה של נורמות מרכזיות של המשפט ההומניטארי הבינלאומי.

83. הדברים הם ידועים ומוכרים, ובכל-זאת להלן עיקרי הטענה:

84. הגדה המערבית היא שטח שנכבש ע"י מדינת ישראל בשנת 1967 וחלים עליה דיני הכיבוש הבינלאומיים (או: "דיני התפיסה הלוחמתית") – ראו בג"צ 393/82 ג'מעייית אסכאן נ' מפקד כוחות צה"ל, פ"ד ל"ז (4) 785 (1983).

85. דיני הכיבוש מעניקים למפקד כוחות הכיבוש – הוא המשיב מס' 2 – את כל סמכויות השלטון, הניהול והמינהל של השטח הכבוש (תקנה 43 לתקנות הנספחות לאמנת האג הרביעית בדבר נהגיה וכלליה של המלחמה ביבשה, 1907, להלן: "תקנות האג"). במקביל, דיני הכיבוש מטילים על הכוח הכובש את החובה והאחריות לשמור על ביטחונם ורווחתם של אזרחי השטח הכבוש – האזרחים המוגנים (שם, שם).

86. החובה והאחריות לשמירה על ביטחונם של האזרחים המוגנים כוללת חובה חיובית להגן וחובה שלילית להימנע מפגיעה (ראו: בג"צ 9593/04 ראשד מוראר, ראש מועצת הכפר יאנון נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה והשומרון, תקדין עליון 2006 (2) 4362).

87. הן בתקנות האג, והן באמנת ג'נבה הרביעית בדבר הגנה על אזרחים בימי מלחמה, 1949 (להלן: "אמנת ג'נבה"), הוקדשו סעיפים רבים לפירוט החובה השלילית המוטלת על הכוח הכובש (ההדגשות שלנו):

סעיף 3 המשותף לארבע אמנות ג'נבה קובע את סטנדרט ההתנהגות המינימאלי כלפי מי שאינו מעורב בלחימה ונחשב כיום לעקרון-על של המשפט ההומניטארי הבינלאומי:

(1) Persons taking no active part in the hostilities, including members of armed forces who have laid down their arms and those placed hors de combat by sickness, wounds, detention, or any other cause, shall in all circumstances be treated humanely, without any adverse distinction founded on race, colour, religion or faith, sex, birth or wealth, or any other similar criteria.

To this end the following acts are and shall remain prohibited at any time and in any place whatsoever with respect to the above-mentioned persons:

*(a) **violence to life and person, in particular murder of all kinds, mutilation, cruel treatment and torture;***

(b)...

*(c) **outrages upon personal dignity, in particular humiliating and degrading treatment;***

סעיף 27 לאמנת גינבה קובע את זכותם של האזרחים המוגנים ליחס מינימאלי של כבוד :

*Art. 27. Protected persons are entitled, in all circumstances, to respect for their persons, their honour, their family rights, their religious convictions and practices, and their manners and customs. **They shall at all times be humanely treated, and shall be protected especially against all acts of violence or threats thereof and against insults and public curiosity.***

תקנה 46 לתקנות האג, קובעות אף הן את העקרון הכללי האוסר פגיעה פיזית בתושבי שטח כבוש :

*Family honour and rights, **the lives of persons**, and private property, as well as religious convictions and practice, must be respected.*

העותרות מפנות עוד לסעיף 75 לפרוטוקול הראשון של אמנות גינבה משנת 1977.

88. מעבר לעובדה שעדויות המשיבים 4 ו-5 מעלות חשד להפרת חובות הצבא, **הרי שמחדל אי-הנקיטה באמצעים שהעותרות דורשות בעתירה זו מהווה הפרה נוספת ועצמאית של חובת ההגנה על האזרחים המוגנים.**

89. בעניין זה המשפט הבינלאומי הוא ברור: אי-חקירה של הפרת זכות יסוד מטילה על המדינה או הכוח הרלבנטי אחריות להפרה. המדובר בעקרון ותיק הן של המשפט הבינלאומי של זכויות האדם והן של המשפט הבינלאומי ההומניטארי. לעניין זה ראו למשל דברי בית המשפט האירופאי לזכויות אדם בפרשת **Ergi v. Turkey** והאיזכורים בו :

*"In addition, the Court has attached particular weight to the procedural requirement implicit in Article 2 of the Convention. It recalls that, according to its case-law, the obligation to protect the right to life under Article 2, read in conjunction with the State's general duty under Article 1 to "secure to everyone within [its] jurisdiction the rights and freedoms defined in [the] Convention", **requires by implication that there should be some form of effective official investigation** when individuals have been killed as a result of the use of force by, inter alios, agents of the State (see the above-mentioned *McCann and Others* judgment, p. 49, § 161; and also the *Kaya v. Turkey* judgment of 19 February 1998, Reports 1998-I, pp. 322, 324, §§ 78, 86).*

(23818/94 **Ergi v. Turkey**, Judgment of 28 July 1998, Reports 1998-IV)

90. וראו בנוסף לעניין החובה לחקור :

- 25781/94 **Cyprus v. Turkey**, Judgment of May 10 2001, Reports of Judgments and Decisions 2001-IV
- 18984/91 **McCann v. UK**, Decision of Spetember 27 1995, Series A, No. 324,
- 30054/96 **Kelly and Others v. UK**, Decision of May 4 2001

VI. אי-הסבירות שבהחלטת המשיבים

91. החלטת המשיב 3 שלא לפתוח בחקירת מצ"ח נגד המשיבים 4 ו-5, ולהסתפק לפי שעה בצעדים הפיקודיים שננקטו נגד המשיב 4 בלבד, לוקה בחוסר סבירות קיצוני ולפיכך דינה להתבטל. הוא הדין ביחס להחלטת המשיבים 1 ו-2 שלא לנקוט בהליכים פיקודיים להדחתם של המשיבים 3 ו-4 וגם זאת עד לסיום ההליכים המשפטיים בפרשת מלול ובתיקו של א.ג.

92. כאמור הפצ"ר סמך את החלטתו על הנימוק לפיו נקיטה בצעדים משפטיים בשלב זה עלולה להתפרש כניסיון להתערבות פסולה בהליכים משפטיים תלויים ועומדים (פרשת

מלול). העותרים יטענו בעניין זה את שני אלו: ראשית, כי אין בנקיטה בצעדים משום "התערבות בהליכים המשפטיים התלויים ועומדים", ושנית (לחלופין) שאף אם יש בנקיטה בצעדים משום התערבות מסויימת הרי שמדובר בהתערבות הכרחית שהנזק הנגרם כתוצאה ממנה להליך התלוי ועומד אינו שקול לסכנה העצומה הכרוכה והנשקפת מאי-נקיטה בצעדים כאמור לאלתר.

התערבות בהליכים משפטיים?

93. המשיב מס' 3 הסביר בתשובותיו לעותרות כי הוא חושש שנקיטה בצעדים שהעותרות דרשו ממנו לנקוט ייתפסו כהתערבות בהליך שיפוטי תלוי ועומד. משיב זה לא פירט במכתבו הכיצד יהיה בחקירה או בהדחה של המשיבים 4 ו-5 משום התערבות בעבודתם של שופטי בית הדין הצבאי פיקוד מרכז הדנים בעניינו של מלול והשופטים הדנים בעניינו של א.ג.

94. אם הבינונו נכון את המשיב מס' 3, הרי שזהו ההסבר לחשש שהביע: אם אכן יורה על פתיחה בחקירה ו/או אם יורו המשיבים 1 או 2 על הדחה של משיבים 4 ו-5, והכל בשל הודאתם כי הם כמפקדים סוברים כי מותר להכות פלסטינים בשעת "תיחקור", הדבר יהווה מסר לשופטי בית הדין כי הדרגים הבכירים ביותר (המשפטיים והפיקודיים) אינם מקבלים את כללי ההתנהגות שתיארו עדי ההגנה (משיבים 4 ו-5) – ומכאן כי קו ההגנה של סרן מלול ואולי גם של א.ג. (שטרם הציג קו הגנה במשפטו) – אינו קביל. בכך יהיה משום התערבות בהליך תלוי ועומד שכן יש במסר כזה המגיע מדרגים גבוהים כדי להשפיע על השופטים.

95. למעשה, הטענה בדבר התערבות בהליכים תלויים ועומדים עניינה בהעברת המסר כי הנטען ע"י מלול לגבי המותר והאסור בהתייחסות לאוכלוסיה אזרחית – אינו נכון ואף פסול. **האם זוהי התערבות פסולה בהליכים תלויים ועומדים?**

96. ונבהיר: לא כל מעשה שיש בו משום הבעת עמדה על נושא המתעורר בהליכים תלויים ועומדים הינו בגדר **התערבות פסולה**. בל נשכח שעצם העמידה של התביעה הצבאית מאחורי כתב האישום, והחלטת המשיב מס' 3 שלא למוחקו לאור עדויות המשיבים 4 ו-5, גם היא במונח מסויים אמירה ברורה של המשיב 3 כי האמור בעדויות אלה אינו מקובל על הצמרת המשפטית של הצבא, ואף אחד לא יטען שיש בכך משום השפעה פסולה על השופטים של בית הדין הצבאי.

97. לפיכך, עלינו לבחון האם מדובר בהתערבות **פסולה** להבדיל ממעשה שיש לו נגיעה ואולי אף הבעת עמדה בנוגע לנושא המתעורר בתיק תלוי ועומד, אבל איננו פסול.

98. ונזכור עוד כי החשש מפני "התערבות בהליך תלוי" לא מנע מהמשיבים להביע עמדה בכתובים נגד המסר שיצא מעדותם של משיבים 4 ו-5, לשלוח איגרת למפקדים המתנערת מדבריהם ואף להודיע לעותרות כי צעדים נוספים נגד המשיבים 4 ו-5 ישקלו בתום

המשפטים של מלול וא.ג. לו היה שמץ של בסיס בטענת המשיב 3, הרי שגם צעדים אלה היו פסולים, בהיותם התערבות בהליך שיפוטי תלוי ועומד.

99. הבאנו קודם את הדוגמא של נאשם בעבירת שוחד המזמין לעדות מטעמו את מנהלו הישיר בשירות המדינה, אשר מעיד כי בנסיבות מסוימות קבלת טובת הנאה מאזרח אינה נראית לו פסולה, ואף מודה כי הוא עצמו לקח טובת הנאה פה ושם. הנאשם בחר בקו הגנה האומר שסטנדרט ההתנהגות המצופה מעובד ציבור מאפשר לעיתים קבלת טובת הנאה והנה מנהלו מסייע בקו הגנה זה. התישמע הטענה שפתיחה בחקירה נגד אותו מנהל והשעייתו יהוו "התערבות פסולה בהליך תלוי ועומד"?

100. בהחלטה בבקשת פסילת הנשיא (כתוארו אז) שמגר בבג"צ 785/87 עפו נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד מב(2) 1 (1988) קבע הנשיא שמגר:

"הבעת השקפה משפטית בנושא פלוני איננה מונעת לאחר מכן נטילת חלק בהליך שיפוטי, שבו נבחנת אותה סוגיה משפטית ביחס למערכת עובדות שונה. לעניין זה אין נפקא מינה אם המדובר, למשל, בסוגיה בדיני החוזים או במשפט הפלילי או בסוגיה מתחום המשפט הבינלאומי הפומבי, כפי שהדבר אירע כאן". (עמ' 2-3 להחלטה)

101. בענייננו, עדות המשיבים 4 ו-5 לא התייחסה באופן קונקרטי לאירוע שבגיננו הוגשו כתבי האישום בפרשת מלול. (העדים לא התייחסו לסיטואציה המסוימת, ל"צורך" שהיה או לא היה בהפקת מידע מ"תחקורים", לסיכון שנשקף לחיילים ועוד כהנה וכהנה נסיבות שייתכן והן רלוונטיות להכרעה בתיקים אלו). ולמען הסר ספק, ככל שיש התייחסות קונקרטית היא לא הבסיס לבקשת העותרים לנקוט בצעדים המבוקשים בעתירה זו. הסעד המתבקש נובע מ"הבעת השקפה עקרונית" בנוגע להפעלת כוח פיזי כלפי אזרחים פלסטינים. השקפה עקרונית המכתיבה את סטנדרט ההתנהגות של מפקדים וחיילים המשרתים בשטחים והבאים במגע עם אוכלוסייה אזרחית חסרת הגנה מפניהם.

102. לאור כל האמור לעיל, נקיטה בצעדים שהתבקשו בעתירה זו אינם בגדר התערבות פסולה באשר אין בהם כדי להפעיל לחץ על שופטי בית הדין להרשיע או לזכות ואין בהם כדי לפגוע בעצמאות השופטים או ביכולתם לפעול בהתאם למצפונם.

103. דוגמא מאלפת מהעת האחרונה לעצמאותם של שופטי בית הדין הצבאי בענייני שפיטה, היא גזר הדין של תא"ל משה צייקו תמיר שהורשע ע"פ הודאתו במסגרת הסדר טיעון במ/8/09 התצ"ר נ' תא"ל משה תמיר. למרות עדויות של בעלי דרגות בכירות שביקשו להקל עם הנאשם, ששיאם בתצהיר שהוגש ע"י הרמטכ"ל מטעם הנאשם, החליט בית הדין הצבאי לקבל את עמדת התביעה הצבאית ולהטיל עונש חמור של הורדה בדרגה. בגזר-דינם הבהירו שופטי בית הדין כי אי-תלותם בקצינים בכירים מהם בענייני שפיטה היא מוחלטת:

"הרמטכ"ל הוא המפקד העליון של הצבא, אולם מרותו אינה חלה עלינו בפעולתנו כשופטים צבאיים (סעיף 184 לחש"ץ). מכתב הרמטכ"ל הוא, אם כן, בגדר המלצת מפקד (מפקדו של הנאשם)" (עמ' 7 לגזר הדין)

האיזון הראוי בין שלטון החוק לטוהר ההליך השיפוטי

104. גם לו היה בנקיטה בצעדים המתבקשים בעתירה זו משום פוטנציאל להשפעה על שופטי בית הדין הצבאי, סיכון זה קטן לאין ערוך מהסכנות הרבות והעצומות שנשקפות מאי-נקיטה בצעדים אלו והמתנה של חודשים ואולי שנים עד לסיום משפטי פרשת מלול.

105. בעדויות בפרשת מלול של המשיבים 4 ו-5 נחשפו ראיות כבדות משקל המעידות לכאורה על ביצועם של מעשים פליליים חמורים. החלטתו של המשיב 3 מעוררת חשש כבד לפגיעה בשלטון החוק ולחתימה מסוכנת תחת חובתו ע"פ חוק להביא להשלטת המשפט בצבא. העיכוב בקבלת החלטה אם לנקוט בהליכים פיקודיים נוספים ואם לפתוח בחקירה פלילית יוצרים סיכון ממשי להעברת המסר הלא נכון לחיילי צה"ל, ועם סיכון זה נוצר גם סיכון ריאלי להמשך השימוש בפרקטיקה הפסולה שנתגלתה בעדויות המשיבים 4 ו-5.

106. אל מול סיכונים אלה והאינטרס הברור במקרה זה לאכוף את החוק ולהרחיק מהפיקוד מפקדים שחורגים מסמכויותיהם ובעלי סולם ערכי שאינו תואם את "רוח צה"ל", מציב המשיב מס' 3 את החשש מהתערבות בהליכים משפטיים, קרי את **טוהר ההליך השיפוטי**.

107. להבנתנו, כפי שנאמר לעיל, אין סכנה לטוהר ההליך השיפוטי. לחלופין, גם אם קיים סיכון מסויים להשפעה מסויימת על השופטים בשאלה אם מותר להכות פלסטינים במהלך "תיחקור" אם לאו, **השפעה כזו אין בה כל נזק מהותי, אלא אך ורק נזק עקרוני (או תדמיתי), וכי אין שום ספק שנזק כאמור נופל עשרות מונים מהסכנות האורבות מאי-נקיטה באמצעים נגד המשיבים 4 ו-5.**

אי-הסבירות - סיכום

108. ע"פ מכתבו של הפצ"ר לעותרים 1 ו-2 בעקבות עדויותיהם של הקצינים בפרשת מלול, הפיץ המשיב 2 איגרת לכלל הקצונה הבכירה בפיקוד המרכז בה ציין כי ההתבטאויות של המשיבים 4 ו-5 אינן מקובלות עליו וכי אלימות כלפי פלסטינים או פגיעה בכבודם אסורה בתכלית.

109. בנוסף, מציין הפצ"ר במכתבו כי המשיב 2 ערך למשיב 4 בלבד שימוע אשר בסופו רשם לחובתו הערה פיקודית, וכן ציין בפניו במעמד זה כי הערה זו תילקח בחשבון בקביעת המשך שירותו של אל"מ וירוב בצה"ל.

110. ביום 27.5.09 פורסמה באתר האינטרנט של "הארץ" ידיעה לפיה בעת דיון בוועדת חוץ ובטחון ביום 26.5.09 גיבה המשיב 1 את החלטתו של המשיב 2. ידיעה זו מצורפת לעתירה נספח 15. בין היתר אמר הרמטכ"ל את הדברים הבאים:

"אינני מוכן לאי בהירות: לחיילי צה"ל אסור להרביץ לאסירים... צריך לרענן את גבולות המותר והאסור משום שבעקבות העדות של המח"ט היה חשש שמפקדים וחיילים יתבלבלו... אני דורש מהחיילים לעמוד לא רק ברף החוקי-משפטי אלא גם ברף הערכי. אני לא ממצמץ ואני לא מציע לאף אחד למצמץ. אלו לא הפקודות שלנו ולא הערכים שלנו. אני קובע באופן חד משמעי: לחיילי צה"ל אסור להרביץ לאזרחים לאחר שנעצרו, בין אם הם יהודים ובין אם הם ערבים. אנחנו לא מרביצים לעצירים, לא נותנים להם ברכייה, נגיחה או מכה".

(מתוך נספח 15: דברי המשיב 1 בוועדת חוץ ובטחון של הכנסת, ההדגשה שלנו)

111. הפער הזועק בין הרטוריקה של המשיבים 1 ו-2 לבין הפעולות בהן נקטו נגד המשיבים 4 ו-5, אינו יכול שלא לעורר תמיהה האם באמת נתנו הרמטכ"ל ומפקד פיקוד המרכז את המשקל הראוי לכל אחד מהשיקולים.

112. הדבר מתחדד לנוכח העובדה כי ככל הידוע לעותרים 1-2 המשיבים 4 ו-5 לא הביעו חרטה ולא חזרו בהם מהדברים שנשמעו מפיהם בבית הדין. במיוחד נכון הדבר באשר למשיב 4, אשר חרף הנזיפה הפיקודית שספג, נמנע מלהבהיר את דבריו בפני עשרות הקצינים ומאות החיילים המשרתים תחתיו. בכך מתקיימת ודאות קרובה כי המעשים בהם הודו המשיבים 4 ו-5 ישובו ויחזרו על עצמם.

VII. שיקול הדעת של ביהמ"ש בהתערבות בהחלטות המשיבים 1-3

113. בבג"צ 4550/94 אישה נ' היועץ המשפטי לממשלה (פ"ד מ"ט(5), 859, 871-872 (1995)) ציין השופט חשין:

"אלה הם המפתחות שיפתחו את שערי בית המשפט הגבוה לצדק ויביאו להתערבותו בהחלטות של רשויות התביעה - יועץ משפטי לממשלה או התביעה הצבאית - לעניין אי-פתיחתם של הליכים פליליים (או להחלטות בדומה להן): החלטה שנתקבלה שלא ביושר או שלא בתום-לב; החלטה שנתקבלה ממניעים נפסדים ולא טהורים; החלטה שנתקבלה בסתירה ברורה לאינטרס הציבור... החלטה שנתקבלה בחוסר סבירות קיצוני או מהותי (במובנו הרחב); החלטה שהיא בלתי סבירה בעליל; החלטה שנתקבלה בעיוות מהותי; החלטה הנגועה במשגה היורד לשורשו של עניין" (בג"צ 4550/94 אישה נ')

114. לאורך השנים הדגיש בג"צ את שיקול הדעת הרחב המוענק לרשויות התביעה בבואן להכריע בכל הנוגע לפתיחה בהליכים פליליים. חרף מתחם ההתערבות הצר של הביקורת השיפוטית בהחלטות אלו, לא נרתע בג"צ מלבחון לעומק החלטות של התביעה ולהעמידן לשבט ביקורתו.

115. על הפן של התערבות בג"צ לנוכח "סתירה ברורה לאינטרס הציבורי" בהחלטת רשויות התביעה עמדה השופטת פרוקצ'יה בבג"צ 5699/07 פלונית (א') נ' היועץ המשפטי לממשלה (פס"ד מיום 26.2.2008):

"שיקול הדעת של היועץ בפן העוסק ב"עניין לציבור" בהעמדה לדין כרוך בהערכה נורמטיבית של ערכים חברתיים שונים. חרף שיקול הדעת הרחב הנתון ליועץ בעניין זה, פן זה של החלטתו נגיש יותר לביקורת שיפוטית, מאחר שהוא עוסק בהערכה ושקלול של ערכים נורמטיביים רלבנטיים למקרה נתון. שיקול הדעת בדבר "עניין לציבור" בהעמדה לדין נעדר מימד של הערכה והסתברות של נתונים עובדתיים. הוא בנוי על מתן משקל יחסי ראוי לערכים נורמטיביים שונים, שיש להתחשב בהם בתהליך קבלת ההחלטה בדבר העמדה לדין. פן זה של החלטה, הבנוי על הערכה נורמטיבית, הוא מדיד, ונתון לביקורת שיפוטית ביתר קלות." (פיסקה 23 לפסק דינה)

ד. סוף דבר

116. לאור כל האמור לעיל, מתבקש בית המשפט הנכבד ליתן צו על-תנאי כמבוקש בראשית העתירה, ולאחר קבלת תשובת המשיבים להופכו למוחלט.

תאריך: _____

מיכאל ספרד, עו"ד
ב"כ העותרים

