

המימצאים לענין מתן ההוראות ודרכי יישומן

67.

א. מן הראיות שהובאו בפנינו עולה, כי עם פרוץ ההתפרעויות עומד הצבא בפני צורך מידי ודחוף לדכא את הפרות הסדר המתעצמות והולכות. הצבא שאינו מעריך נשלבים 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 האוכלוסיה 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 להתנסות על דרך השימוש בכח, הקונה מעמד בכורה בטיפול בהפרות הסדר.

ב. לא ניתן ללמוד מן הראיות בפנינו, העיתוי המדויק בתקופה הרלוונטית בו מוקנה לשימוש בכח מעמדו זה. עם זאת ברור, על פי עדותו של תא"ל אור יעקב, המייצג בדיוננו את עמדתם של גורמי הפיקוד הבכיר, וכפי שהדברים עולים מדיוני ס/30 ודבריו של שר הבטחון דאז - כי דרך השימוש בכח, 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, חקיף ובעל עוצמה ניכרת, ידוכאו הפרות הסדר והתושבים ירתעו מליטול חלק בהמשך ההתפרעויות. ביסוד אותה תפישה עומד גם הרצון לצמצם את ממדי הפגיעות הקטלניות באוכלוסיה המקומית, הגם שאין לגורמי הפיקוד הבכירים כל ספק - וקיים דיווח יום יומי על כך, כי השימוש בכח מביא לפגיעות גופניות קשות, ולעיתים, במקרים קיצוניים וחריגים, גם למות.

ג. נראה כאמור, כי המעבר הממוסד לשימוש בכח הינו פרי של "מפגש רצונות" של הגורמים הפיקודיים והכוחות המבצעיים. החיילים הנאלצים עד אותה עת להתמודד מול עוצמת ההתפרעויות באמצעות כלי תגובה בלתי מספיקים ונחשפים לפרובוקציות אישיות מצד התושבים המקומיים, נתפסים בדרך עצמאית ו"מקומית" לשימוש בכח 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 בכח, ובטרם מתגבשים סייגיה המפורשים על ידי 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 בכח שננקט.

רואים אנו לראוי להדגיש בענין 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, היא 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 מן ההוראה הכללית של הרמה הממונה ומן הכוונה הגלומה בה.

ח. כלליותה של ההוראה, ניתן להניח במידה גבוהה של ודאות - והדברים עולים במפורש מדרך ניסוח דבריו של שר הבטחון כמפורט בס' 42, התבטאויות שונות העוברות כחוט השני גם בדיוני ס' 30, ועדותו החד משמעית של ח"א"ל אור יעקב בענין זה - כי תפישתם של גורמי הפיקוד המתווים את דרך פעילותו של הצבא באזור, אותה עת, היתה כי את השימוש בכח, בעוצמה הראויה, יש ליישם בראש ובראשונה, במסגרת הסתערות כוחנית על מוקדי ההתפרעויות ופיזורן, בכח רציני, של ההפגנות. כבר עתה נדגיש, כי לא מצאנו בסיס ראיתי ממשי לנטען, כי גורמי הפיקוד נתנו הוראה ישיבה להשתמש בכח 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, כלליים, ולפיכך גם מערפלים. האמירות השונות שהושמעו בהקשרה: "הורדה בכח של רמת האלימות", "הורדת המוטיבציה", "פעולה נחושה", "מסר תקיף" וכיוצא בזה אמירות, הבהירו אמנם את תפישתם החיובית לכשעצמה של גורמי הפיקוד לגבי

עוצמת 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 הארועים המורכבים וההתרחשויות היום יומיות במצבים משתנים, שהחייל הנווד, 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 הבטחון כי "אף אחד לא מת" ממכות (ראה ס/42) 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 לענין דרך יישומו של השימוש בכח. 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 החריפים, אין תמיד מענה ברור וחד מצד גורמי הפיקוד לשאלות המתעוררות בין היתר, באשר לדרכי היישום המדויקות של ההוראה הכללית.

ב. כשלהי ינואר ובתחילת פברואר 88 מוצאים "מסמכי יסוד" כהגדרת תא"ל אור, שיש בהם, לדעתו, כדי להתוות מסגרת מגובשת של הנחיות ליישום ההוראה לענין השימוש בכח. מועד הוצאתן של ההוראות בכתובים, נעוץ גם באותם "מאיצים" הקשורים בתופעות של התנהגות חריגה ופסולה של חיילים כנגד החושנים המקומיים. ענין זה חוזר, אט אט, לתודעתם של גורמי הפיקוד הבכיר במיוחד לענינן של אותן "חריגות", המוצאות ביטויין בביקורתם של כלי התקשורת אותה עת, או המסתיימות בפגיעות גוף קשות ביותר, או קטלניות, המדווחות לגורמי הפיקוד הבכיר, במערכת הדיווח הנוהגת באזור אותה עת.

למרבית הצער, 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 מיידית, 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 "ההבהרה והרענון", ת/19, וכן

מסמך נוסף באותו ענין, ת/20, מיום 7.2.88, בו מופיעים מושגי השימוש "כח סביר", "כח נדרש" "נעח הארוע", "זמן אמיתי", "לרבות בעת מרדף", שיש בהם לכאורה כדי לתחום ולהגביל עוצמת הכח ועיתוי השימוש בו כנגד "נושאי האלימות" המפורטים במסמכים. "אלימות" מודגמת כמסמכים, 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 בכח לאזור הגפיים. ביטוי כתוב לכך מצוי בס/23, שהוצא ביום 14.2.88 מלשכת אלוף הפיקוד, והדן בהימנעות מ"הכאה בראש".

מטבע הדברים, שיעוי השימוש בכח כנגד המעורבים בהפרות סדר מעורר קשיים עליהם נחקר תא"ל אור ארוכות בפנינו. כך, הועמד תא"ל אור בפני ההנחה המסתברת, כי לכאורה, בשל אופי הפעילות הקשורה ביידוי האבנים, ניתן לנקוט בכח נגד המעורבים במעשה, רק לאחר תפיסתם, במנותק מהפרת הסדר עצמה. כך גם לענין ההוראה גענינם של סרבני פינוי המחסומים שגררה לכאורה, שימוש בכח כנגד עוברי דרך מזדמנים לאחר שחטאו באי שיתוף פעולה לענין פינוי מחסום, לעיתים אולי, בשל סיבות תמימות וכשרות שאינן קשורות בסרבנות לכשעצמה.

המושגים הקשורים בשימוש ב"כח 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 לציון, כי המושג "כח סביר" הננקט, 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 בכח. תגובה זו של לויט באה לידי ביטוי גם בישיבת מפקדים, בראשותו של המח"ט איתם, כפי שצוין נעדותו 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 במוגח "כח סביר" הינו בבחינת "ניסוח מתחמק" (ראה ס/42).

יצויין עוד, כי בלא קשר לשאלות הנוקבות הקשורות בנסיבות הפצתו של המברק "המתקן", ת/19, (לאור עדותו של רס"ן שלמה נחום לענין תוכן הדברים שנאמרו ע"י תא"ל אור, או שלא 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, מינץ 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 בכח ע"י הכוחות המבצעים לא רק לצורך פיזור ההתפרעויות גופן, אלא גם לצורך עניינים נוספים במובהק של המתפרעים, גם אם ארוע ההתפרעות או הפרת הסדר שכנו ולא קיים היה מניע ישיר, למעט ענישה כאמור, לעשיית השימוש בכח.

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 בכח, גם שלא בהקשר "לפיזור" ישיר של ההפרה, מתקבלת בחיוב ואולי אף בעצימת עיניים. נוצרת לכאורה, "הבנה" לפי תחושת העדים, כי זהו פתרון נאות שיש בו כאמור, כדי לשרת צרכים מידיים להרתעה האוכלוסיה מליטול חלק בהתפרעויות.

ככל שניתן להבין מעדותו של תא"ל אור, כי ההכאה הענישתית לא הותרה בשום שלב ואף נאסרה במפורש, הרי שלא יכולנו להתעלם ממכלול העדויות הסותרות כענין 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 בכח שננקט. 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, דהיינו זמן משמעותי לאחר הוצאת ההוראות ב כ ת ב מלשכותיהם של אלוף הפיקוד ותא"ל אור. הפצ"ר נותן, כאמור, ביטוי לענין 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 (וראה הנאמר בישיבות בימי: 1.2.88 לענין "התחום האפור", ה- 8.2.88 וה- 29.2.88 לענין השימוש ב"סטופר"). למען הסר ספק נבהיר שוב, חזור והדגש, כי לא הוכח בפנינו, כי ניתנה ע"י גורמי הפיקוד הבכיר הוראה "משימתית" וישירה להכות לצורכי ענישה. ענין זה עולה ממכלול עדויות בפנינו, ביניהן של מפקדים השוללים כי ניתנה הוראה של עשיית שימוש ענישתי בכח ובצורה, חד משמעית, גם מדיוני ס/30, המבטאים את עמדתו של המטה הכללי.

אין אנו מתעלמים בענין זה מאותן עדויות שבהן נטען, כי הוראות גורמי הפיקוד הבכיר לענין יישום השימוש בכח נכרכו, לא אחת, במושגים ה"נרדפים" לענישה, אלא שלהתרשמותינו כל אלה לא עלו לכדי הוראה מאורגנת, חד משמעית וישירה שהיה בה, על פניה, כדי לחייב שימוש

עניי שתי בכח. נראה, שהעדויות בענין זה מסתמכות, בין היתר, על "רוח ההוראות" שהניעו לפעולה תקיפה וה"אוירה" הכללית ששררה בדיונים, ובכלל זה, חילופי דברים כלליים, הצעות לפתרונות הרצויים לדעת מפקד זה או אחר, הבעת דעות, וכיוצא בזה.

ב. בצד האמור, נראה, שניסוד השתרשות התפישה הענישתית עמדו סיבות נוספות:

- (1) העדר קו תחום ומוגדר בין "ארוע" שבמסגרתו מותר השימוש בכח לבין סיום ה"ארוע" שלאחריו אסור השימוש. זהו אותו "תחום אפור" שרבים דנים בו בפנינו ואיש אינו נדרש, אותה תקופה, "להלגיננו" או "להשחירו" באורח חד משמעי.
- (2) אי נקיטת אמצעים ישירים כדי להביא לענישחם 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.
- לעניננו 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 בכח מתוך מה שמתפרש לכאורה, כצעדי ענישה מובהקים המנותקים, בעת נקיטתם מארוע ישיר של הפרות סדר.
- (4) התבלטותם, לעיתים, של יחידים או קבוצות בקרב היחידות המנצעות 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 מכוח" שחיים, שלוש מהלומות או "פליקים" - בתכוף ובצמוד לארוע, ענין המתקבל בטבעיות רבה למשל, ע"י הסרנים שוורצפוקס וגיארשף, מי שמיוצגים, בעינינו, את "המ"פ הסכיר" אותה עת.
- תגובותיהם של המפקדים למעשים חריגים ברמה "הנמוכה" ולעיתים, כפי שעולה ממקרה נוצראת, 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 בכח. ההכחנה הסמנטית הדקה הנעשית בין המונחים של "הורדת מוטיביציה", "לימוד לקח", "הרתעה", ראויה היתה אולי, להעשות במסגרת דיון אקדמי 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 בכח לצורך "ענישה", סתם. הסחירה בין עדותו של המג"ד לויט לעדותו של סרן בכר לענין הנאמר בישיבת המח"ט, יותר משהיא מלמדת על רצון לכזב, היא מצביעה על כלכול מושגים הקיים אותה עת בתודעתם של מבצעי ההוראה. יודגש, כי גם המונח "שבירת עצמות" הזוכה למעמד מיוחד בדיוכנו, משתלב כעגה הכללית הקשורה במטכעות הלשון לענין מינוחי השימוש בכח הנפוצים בקרב חיילים ומפקדים אותה תקופה. בצד ה"שבירה" מתקיימים גם "כיסוח", "כניסה בכח", "כח 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 בכח", המאופק בניסוחו, במונחי "מכות", "אלימות" היוצרים קונוטציה לשימוש שלילי בכח ותורמים לעירפול נוסף של המותר והאסור כתחום הענישתי. (ראה בענין זה הנאמר בישיבת ה- 25.1.88, בס/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 הככיר. לא ניתנה מעולם הוראה מגובשת וישירה שנועדה להביא לשימוש חד משמעי של תוצאה פיזית זו באמצעות ההכאה. היה זה ביטוי "ציורי", כהגדרת חלק מהעדים, שמקורו לא נקבע בודאות ואשר קנה לו אחיזה בעגת "המשחמשים בכח" בבחינת, מטבע לשון נדושה.

גם אליבא דעדותו של המג"ד לויט, התואמת עדותו של המח"ט איתם לענין זה, לא ניתנה בשום שלב, ע"י המח"ט הוראה ישירה לעשיית שימוש בכח שיביא לשבירת עצמות המוכה. כך גם טוען המג"ד לויט לענין ההוראות שנתן הוא עצמו לפקודיו.

עם זאת, לאור העדויות ובכללן אלו של המח"ט והמג"ד, הובהר לכוחות המבצעים בחטיבה, כי תוצאה ניזקית מעין זו לגופם של המוכים הינה אפשרית ומסתברת מעוצמת ההכאה.

אכן, "אפשרות" זו מתממשת נוכח המספר הניכר של שכורי הגפויים 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 דנן, ומשהאחריות הפיקודית נופלת לידיהם של מפקדים כדגומתו של נא'2.

ג. לסיכום ענין זה רוצים אנו לומר, כי גם אם הכוונה הגלומה ניסוד ההוראה שניתנה ע"י גורמי הפיקוד הבכיר, היחה לעשיית שימוש לגיטימי בכח, 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 הנאמר, כי גורמי הפיקוד הבכיר היו מודעים, ולפחות היו אמורים להיות מודעים לשחיקתה של הכוונה המקורית ולא עשו דבר, אלא בשלב מאוחר יחסית, לרענונה 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 בכח לצורך ענישה אינו אסור ואולי אף מותר.

71. תופעה בולטת אותה חקופה, הינה הסמכות - ולעיתים חרות היתר - המוקנית למפקדים לגיבוש עצמאי של יישומי ההוראה הכללית של השימוש בכח. "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 ליישומו של השימוש בכח, על פי מיטב שיפוטו, הבנתו ו"תפישת עולמו" הכלליים.

עולה איפוא מן העדויות, תמונה של הוראות בלתי אחידות, המסתנה מיחידה אחת למשניה ולעיתים בתוך אותה יחידה עצמה, לפיה פועל כל מפקד בדרכים שונות, בדרך להפעלת הכח.

כך רואים אנו כיצד "ממתן" המג"ד לויט, לטענתו, את הוראות המח"ט איתם. ואילו המח"פ הותיק 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 בכח לצורך ענישתי (סגן שחם), יש הפוסע בדרך הביניים (סרן גיא רשף) ויש מי שנוקט בקו הקשוח של שימוש קשה בכח (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 היחה 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 מיבץ מאיר). בחטיבת גולני נחלקים המג"ד והמח"ט באשר ל"כשרות" פעולתו של המח"מ בפרשת "טראזי". בעוד הראשון מכשיר את הפעולה, גורס המח"ט, כי הקצין הודח בין היתר משום שהיכה שלא לצורך. מג"ד בחטיבת גולני סבור כי מותר להכות בחלוף זמן לאחר הארוע, בעוד המח"ד לויט, לדבריו, אוסר הכאה בנסיבות מעין אלה. המח"ט ענבר סבור, כי "הכאה בצד" הינה "גנגסטריזם" ואילו המח"ד לויט סבור דווקא, כי הינה כורח

המציאות. המג"ד נוריאל מחליט לטענתו, "לאמץ" דווקא, את גישתו של ענבר, לא לפני שהוא נותן הכשר כאמור, למ"מ בפרשת "טראזי" העושה, לכאורה, היפוכם של דברים. תפישות "אישיות" מפלגות את מידת המוכנות ו"הנחישות" לבצע הוראה כללית. יש המוגדר כ"שמלאני" שאינו מכה (ראה עדות נא' 3), ויש מי שמגדיר עצמו כ"ימני" שאינו מוכן להרפות ממפרי הסדר (ראה אימרח 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 לפקודיו. יש מח"ט הסבור כי הכאה אמורה להעשות ב"כח סביר" עד שלב המעצר, ויש מח"ט שתנאים מגבילים אלה אינם מוכרים לו כלל, אלא בשלב מאוחר, יחסית.

72. א. לצורך הדיון בטענות הסנגוריה, מן הדין להקדים מעט בענין "המסגרת הנורמטיבית" בה פועל צה"ל וחיליו 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 מכח תפיסה לוחמתית, והוא כפוף לדיני המשפט הבינלאומי המינהגי, 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 לעניננו, בהאי ליטנא:

"... באזור הוקם מימשל צבאי, אשר בראשו עומד מפקד צבאי. כוחותיו וסמכויותיו של המפקד הצבאי יונקים מכללי המשפט הבין לאומי הפומבי, שענינם תפיסה צבאית. על פי הוראותיהם של כללים אלה, כל סמכויות המימשל והמינהל מוחזקות בידי של מפקד צבאי... סמכויות אלה יש שהן יונקות מן הדין אשר שרר באזור בטרם התפיסה הצבאית ויש שהן יונקות מהחקיקה החדשה שהוחקה ע"י המפקד הצבאי... בשני המקרים גם יחד חייבת הפעלת הסמכות לקיים את כלליו של המשפט הבינלאומי הפומבי שענינם, תפיסה לוחמתית, ואת עקרונותיו של המשפט המינהלי הישראלי, שענינם שימוש בסמכות שלטונית של עובד ציבור..."

אין חולק וכך אף עולה מסיכומי הסנגור - והדברים באים לידי ביטוי בשורה ארוכה של פסקי דין, בין היתר בשני פסקי הדין הנ"ל, כי הנורמות העיקריות במשפט הבינלאומי שענינן דיני מלחמה העוסקים בתפיסה הלוחמתית, כלולות בהסכם האג הרביעי מ- 1907 ובאמנת ז'נווה בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה, 1949. נקבע לא אחת, כי תקנות האג הן דקלרטיביות במהותן, משקפות את המשפט הבינלאומי המינהגי החל בישראל גם בלא צורך במעשה חקיקה ישראלי שיישמן.

אמנת ז'נווה הינה קונסטיטובית באופיה, 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 הבטחון ואח', פד"י ל"ה (1), עמ' 627). ובענין זה דבריו של כב' השופט בך בבג"צ 845/87 הנ"ל:

"אין להתעלם מכך כי אמנת ז'נווה הרביעית בה עסקינן, מכילה הוראות מגוונות אשר בחלקן הגדול הינן אכן הומניטריות במהותן..." (עמ' 78 לפסק הדין)

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 ההומניטריות אינן מהות איפוא, נורמות מחייבות ולו באופן חלקי אלא אם כן הוסכם לאמץ ע"י הצדדים לסכסוך, ענין שבית המשפט העליון מתח עליו בעבר ביקורת חריפה. ככלל, מוכרות הוראות האמנה כבעלות תוקף של "הנחיות פנימיות מטעם ממשלת ישראל כלפי המפקד הצבאי מכח היותן הנחיות עצמיות של המפקד הצבאי עצמו..." (בג"צ 393/89 הנ"ל).

בהקשר זה יצויין, כי אמנת ז'נווה אומצה לתוך פקודת מטכ"ל 330133, שסעיף 3 שבה קובע כי: "חובה על חיילי צה"ל לנהוג בהתאם להוראות...". הכלולות בה. (ראה בענין 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 המקובל 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 שנתוקף הארץ, אלא אם כן קיימת מניעה מוחלטת לכך."

לדעת פרופ' דינשטיין (שיש שחלקו עליה בעבר), מורכב הסעיף משני חלקים נפרדים ואין, בהכרח, מקום "להרכיב" את הרושא על הסיפא - ולהיפך.

בבג"צ 393/82 הנ"ל, נקבע, כי בין "שני הצירים": - הבטחת האינטרסים הבטחוניים הלגיטימיים מחד גיסא, וצרכיה של האוכלוסיה האזרחית, מאידך גיסא,

"באות תקנות האג לקבוע איזון מסוים... שבענינים מסוימים הדגש הוא בצורך הצבאי ואילו בענינים אחרים, הדגש הוא בצרכיה של האוכלוסיה האזרחית..."

פרופ' דינשטיין סבור, כי אחד המבחינים לכשרותה של החקיקה באזור הינו, "האם הכובש חדור אותה דאגה לגבי האוכלוסיה שלו" בחקקו חקיקה דומה במהותה לזו הנחקקת באזור. (ראה "סמכות חקיקה בשטחים המוחזקים", 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 ליישומו 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 הומניטריים מאידך גיסא, והמניעה המוחלטת יכולה על כן לנבוע מאינטרסים לגיטימיים של השלטון הצבאי לשמירת הסדר הציבורי, או מאינטרסים של דאגה

לאוכלוסיה המקומית והנטחת חייה הציבוריים והכל כמובן
תוך איזון הוגן בין השיקולים ואשר באינטרס הצבאי או
בצורך הצבאי כשלעצמו, לא יכול להיות כדי להתיר פגיעה
חמורה בזכויות ההומניטריות... המניעה לקיים את החוק
בנוסחו הישן היא מוחלטת, מכלול התנאים והנסיבות
דורשים התערבות חקיקתית כאמור במטרה שהיא לגיטימית
לפי האמור בסימן 43.

כאותו ענין בכג"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 האוכלוסיה
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, נחונה למשיבים..."
(הדגשה שלנו - ביה"ד).

ג. בצד האמור, מוקנות סמכויות נרחבות לאכיפת השלטון באזור, בין
היתר, במסגרת תקנות ההגנה (שעת חרום), 1945, המנדטוריות, השרירות
באזור ותחיקת הבטחון, במיוחד הצו בדבר הוראות הבטחון (1970).
התקנות המנדטוריות ותחיקת הבטחון מניחות וצופות בייסודן אפשרות
הפרות סדר המוניות ובכלל זה: "התקוממות, מרד או מהומה" (סעיפים 81,
108, 121, 130, לתקנות וסעיף 81 לצו). במסגרת הצו והתקנות, נמנית
שורה נרחבת של עבירות נגד הבטחון ובכלל זה לעניננו, הקמת מחסומי דרכים
בלתי חוקיים, זריקת חפצים וכיוצא בזה עבירות מעבירות שונות נגד הסדר
הציבורי וכוחות הצבא. הסמכויות הניתנות לטיפול במכצעי העבירות
משתרעות על פני תחומים רבים: חיפושים, צווי הגבלה ופיקוח, הגבלות
תנועה, גרוש, עוצר, סגירת שטחים, מעצרים רגילים ומינהליים, פגיעה
ברכוש וכלה בהעמדה לדין והטלת עונשים חמורים ובכללם - מיתה.
מטבע הדברים שלצורך הפעלת הסמכויות האמורות ניתן להשתמש בכח, אלא
שנמצא לנכון לסייגו: באופן שהשימוש בכח יהיה "נחוץ באופן מסחרר..."
לשם הפעלת הסמכות. (סעיף 8 לתקנות ההגנה המנדטוריות).
סמכויותיו וחובותיו של החייל הפועל באזור נגזרות גם מהחוק
הישראלי.
חוק העונשין תשל"ז, 1977, קובע, בסעיף 154 שבו סמכות יחודית
ל"פיזור מתפרעים".

לאחר התראה מתאימה ניתן ,

"... לעשות כל הדרוש כדי לפזר את המוסיפים להתפרע, או לתפסם, ואם מישהו יתנגד לתפיסה יכול המוסמך להשתמש בכח, 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 בכח סביר בביצוע מעצר מכח הוראת סעיף 19 לפקודת סדר הדין הפלילי, (מעצר וחיפוש) (נוסח חדש), תשכ"ט, 1969 ופסקי הדין לענין הפעלת הסמכויות, ע"א 751/68, רעד נ. מ"י, פד"י כ"ה(1), 215 וכן ע"פ 486/88 אנקונינה נ. התצ"ר, טרם פורסם).

73. א. טענת הסנגוריה הינה, כי הצרכים הדחופים באזור נתקופה זו, הצריכו - ולפיכך גם ניתנה הוראה - להכות המתפרעים, בגפיהם בלבד, לצורך ענישתם והרתעתם. ההוראה התחייבה מאוזלת היד ומכשלונם של אמצעים אחרים, התמלאותן של מתקני המעצר בלא יכולת ענישה אפקטיבית של המתפרעים. צויינה בפנינו, אווירת "החרום" ששררה, וכן בהקשר זה חובותיו של הכובש לנקיטת כח:

"... לדאוג לכך שלא תשרור אנרכיה בשטח הכבוש והחיים לא יגיעו לשיתוק מוחלט. אין הכבוש יכול לשבת בחיבוק ידיים אם בשטח משתוללות כנופיות חבלה, אשר הורגות תושבים מקומיים, אף אם לא נפגעים מכך חיילי הצבא, על הכובש לדאוג לדין וסדר ואין הוא ראשי לסבול מצב של לית דין ולית דיון 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 איפוא, באחריות פלילית 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 הטענה.

(1) אין מחלוקת כי במסגרת חובתו של המפקד הצבאי לשמירת הסדר באזור, כרוכה הזכות "בראש ובראשונה... להשליט בכח 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 באורח מתוכנן ויזום על ידו.
כוונתו של המפקד הינה לנקוט בדרך לגיטימית המסורה בידו,
כמתואר, דהיינו להשתמש בכח רב עוצמה השקול לעוצמת הפרות הסדר
ולפיכך, הינו סביר, כדי להביא לדיכויין. די בכך, לתפישתו המוצהרת
של יוזם ההוראה, לחסל את מוקדי ההתפרעות בלא לנקוט בצעד "ענישתי"
הנוסף על עצם השימוש הלגיטימי בכח. אין צעד זה המכוון ישירות
לאותם תושבים העוסקים בפועל בהתפרעויות סותר את האמנות
הבינלאומיות ובכלל זה את הוראת אמנת ז'נווה שהמפקד הצבאי מונחה על
פיה באורח כללי, בבואו להשליט ממשלו.

כפי שכבר ציינו, לא מצאנו מקום לדחות טיעון זה נענין 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 בידיעתם של
גורמי הפיקוד הבכיר.

(2) גם אם מסקנתנו בענין זה היתה שונה, וגם אם היינו בוחנים את
מעשה השימוש הענישתי בכח באורח או ביקטיבי, דהיינו, באיזו
מידה נשמר האיזון בין הצרכים המנוגדים, לעיתים, העולים מיישום
הוראת סעיף 43 לתקנות האג בלא תלות בכונתו המוצהרת של המפקד
הצבאי, לא ניתן היה להכשיר הוראה שבבסיסה יצירת כלי ענישתי חדש,
הכרוך בד בבד, בהפרה גסה של כללים הומניטריים יסודיים.

"... תפקיד הענישה וההרתעה מסור לרשות השיפוטית..."

פגיעה בשלמות גופו של האדם אסורה לפי החוק הפלילי
ואין כל הוראה בחוק שלפיה מוסמך מפקד להחיר 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 לענין זה באורח כללי,
הנאמר בבג"צ 358/88, האוגדה 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, עקרון שהינו אחד מאבני יסוד גם במשפט הפלילי הבינלאומי
והמוצא ביטויו גם במסגרתה של אמנת ז'נווה (ראה סעיפים 64, 65
לאמנה). הפסול שבהוראה זו מתעצם נוכח המרכיב הכלתי הומניטרי הנוסף
הגלום בה שעניננו - 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 דינ, לענישה קשה ולשלילה מינהלתית פוגעת ומכאיבה של זכויות בסיסיות בתחומים רבים. חקיקת הבטחון נתונה, מעת לעת, לשינויים המתחייבים מצרכי הזמן. אלא, שנוכח התארכותה של התפיסה הלוחמתית באזור, למעלה משתי עשרות שנים, הרי השינויים התחיקתיים וההסדרים המתחדשים, נעשים מתוך בחינה מינהלית משפטית מדוקדקת של הצרכים ותוך התאמתם לחקיקה הנוהגת באזור, עפ"י הוראות הדין הבינלאומי ותוך נסיון, ככל הניתן, להשוות זכויותיהם וחובותיהם של התושבים לאלה של אחרים, שדיני מלחמה אינם חלים עליהם.

בכג"צ 358/88 הנ"ל, נידונו מצנים שבהם מחרבים עד מאד מעשי העבירה באזור ובכלל זה: "... אם מנוצעות 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, שבהם "נסיבות צבאיות - מבצעיות" ובכלל זה "... להגיב על אחר על התקפה על כוחות הצבא או על אזרחים..." מחייבות תגובות צבאיות מיידיות, המונעות, למשל אפשרות ביקורת משפטית רצויה, המקדימה פעולות עונשין מינהליות. אלא שאין בצורך המתעורר לנקוט בפעילות צבאית 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 לענין דרישות ההתאמה לחוקים המקומיים. (ראה בענין זה, VON GLAHN, LAW AMONG NATIONS, 3RD EDITION, 672, גם ללענין יישום החקיקה העונשית באזח"ע).

(4) הצורך הצבאי שנמצא, איפוא, לדעת הסנגוריה להכות ביר קשה לצורך ענישתי אינו מתוישב אף עם דיני המלחמה הכלליים שאינם נוגעים לתפיסה לוחמתית והגורסים כי אסור להרוג או לפצוע חייל אויב המניח את נשקו, או "לתקוף אדם אשר מוכר, 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 מתוישבים עוד עם הדרישות המשתנות של התקופה. צורך זה אינו יכול לבוא תוך התעלמות מוחלטת ופגיעה בזכויות ההומניטריות של התושבים, בניגוד לאמנות בינלאומיות, ובשעה שחובה על המפקד למצוא את האיזון הנכון שיביא בחשבון גם זכויות אלה.

א. על פי עדותו של המג"ד לויט, המשתלבת כאמור, בעדותו של הנאשם רשף, נתן המג"ד לפקודיו הוראה לעשות שימוש בכח לצורכי ענישה. אין חולק כי השימוש בכח היה ענין שביום יום, בפעילותה של הפלוגה 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 נסיונו של הנאשם, ארועי התקופה, אופיים הבלתי מרוסן, לעיתים, של חייליו, יצרו להתרשמותנו בעיות שליטה ופיקוד בפלוגה. הוסף לכך את נטייתם האלימה של מקצת החיילים, כפי שהעידו על כך, עם הזדהותו ודנקותו 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 כמתן 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 האוביקטיביות שהיו קשורות בדרך כניסתו לתפקיד, אופי פעילותה של הפלוגה וחייליה ומגבלות השליטה של הנאשם בהם, לא היו ההבדלים ההיררכיים 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 תאור "ציורי" או סגנון דיבור בלתי מחויב. נא'2 עצמו, באימרתו כמצ"ח ואף בעדותו בפנינו, מאשר כי נתן הוראה מפורשת לשבור ידיים ורגליים. טענתו המופיעה באימרה, כי אינו זוכר אם נתן ההוראה גם בארוע דנו, 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 אימרתו 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 בענין זה, אימרותיו האחרות של הנאשם

בענין מתן הוראה ישירה ו"מפורשת" והעובדה כי הנאשם מנסה, כאמור, להצטדק ולתלות את מקור ההוראה באחרים.

ב. נותר נגד 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 המתישכת לכאורה, עם עדותו של נא' 2 בפנינו. עדויותיהם של סגן גלב והמ"מ פוליטי כי המג"ד אכן נתן הוראה מעין זו, אינן חד משמעיות. יתכן כי עדויותיהם מושפעות בענין זה מהזברית הכלליים שהשמיע המג"ד לענין האפשרות כי תשברנה עצמות במהלך פעולות ההכאה.

עם זאת, ניתן לקבוע לאור העדויות ועפ"י עדותו של נא' 1 בפנינו, כי ענין שבירת העצמות, לא נעלם, אוחה עת מעינינו. הוא היה מודע לאופי הפעילות של הפלוגה המסייעת הנוקטת בכח עבישתי קשה, לעתים 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 ברור כלשהו לענין נסיבות הכאתו האנושה, לפי הנטען, של תושב מקומי, ע"י חיילי הפלוגה המסייעת, במקרה נוצרית ואף בענין הפרשה דנו, 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 לשכירת עצמות המוכים ואי הפסקתה של אותה פעילות, עולה, עקב תפקידו ומעמדו של הנאשם, כדי מתן היתר ואישור להמשיך בה.

אין חולק וגם בענין זה מעיד המג"ד לויט, כי היה מודע ואף אישר שימוש בכח בנסיבות מה שמכונה "ההכאה בצד". אישור זה נבע, לדבריו, בראש ובראשונה, מצרכים מבצעיים, דהיינו משום החשש להסתבכותם של החיילים המכים בעימות אלים ומסוכן עם התושבים במקום. המג"ד לויט גרס בפנינו, כי ההוראה בדבר השימוש בכח לצורך ענישה, ניתנה בנוסח של "מעין כוונה במסגרת של פקודה צבאית..." (עמ' 261 לפרוטוקול), במחצית השניה של חודש ינואר, וביצועה, על פי מה שהוא מורה פקודיו: 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 ברור, 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 בארוע נוצרית, המקדים כל הוראה "מגבוה" עת מאשר המג"ד שימוש רב בכח נגד המתפרעים.

הבדלי הגישות בין 3 פלוגות הגדוד, לגבי דרכי השימוש בכח, 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 מסוים שלפניו אין מתקיימת "השיטה", וממנו והלאה היא חיה ושרירה.

נוטים אנו להעדיף עדותו של נא' 2 על פני זו של המג"ד לענין קביעת ההוראות והתפתחות השימוש בכח, לאור הראיות שתוארו, התומכות בגירסתו זו ואכן בסופו של דבר, סבור היה גם סנגורו 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 מצויין 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 בענין זה ע' 279-283/58 - עופר נ. התצ"ר - פרשת "כפר קאס", בעמ' 403). לחלופין, נתפשת הוראה זו אם עומדת הגנת הצידוק למבצעים כמעשה של ביצוע "עקיף" של העבירה. (ראה בענין זה פרופ' פלר, דיני עונשין (חלק ב) עמ' 207, 232).

עפ"י עדותו של הנאשם רשף, לענין התגבשות שיטת 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 נקט השימוש בכח, דרך קבע נגד התושבים המקומיים, בנסיבות המתוארות. במגעיו הרצופים של המג"ד עם פקודיו, המ"פים מתיושמים איפוא באישור המג"ד "עקרונות" השימוש בכח. אין מדובר בהנחיות לגבי פעולה זו או אחרת בשטח שאת עיתויה ומסגרתה המדוייקים 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 לענין יישום השימוש בכח וגם אם החל ליישמו בפועל, הרי שבשל אופיים הצבאי של "היחסים" בין השניים מעמדו הנכיר 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"פיהם האחרים בפרטי השימוש בכח, הרי שהינו בבחינת מי "ששדל" אחר לביצוע המעשה, או כאמור, ביצעו בעקיפין.

בע"פ 474/75 סאלם נ. מ"י, פד"י ל' (3), 113, בעמ' 125 נאמר:

"... כאשר יושבים שלושה יחדיו וכל אחד מהם שונא את הקורבן שנאת מוות ואחד מעלה רעיון להורגו והרעיון מחקבל 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 מתחילה יחסי תלות וכפיפות כפי שהדבר בא לידי ביטוי במסגרת הצבאית ומאופי מעמדם הצבאי של הקשורים "בתכנון" ובהגייית המעשה הקשור, בעיניהם, בפעילות הצבאית. ניתן איפוא לקבוע, כי בנסיבות הצבאיות המתוארות, אכן היה עדיין נא' 2 "... טעון הנעה מנטלית לשם קבלת ההחלטה..." הנקשרת בפעילותו הנמשכת לאורך זמן בביצוע המעשים. (ראה בענין זה פרופ' ש.ז. פלר, "דיני עונשין" חלק כ', בעמ' 231-230).

ג. סבורים אנו בנוסף, כי ההתנהגות המשדלת הביעה "יעוד מוחשי" באורח שהמשדל קיבל-

"... תמונה קונקרטית על מה אשר המשדל מעונין שיבוצע במערך נתונים קונקרטים שעשויים להצמיח עבירה פלילית." (פרופ' פלר, שם).

הוראת המג"ד לביצוע פעילות של שימוש בכח ענישתית תוך "הכאה בצד" והעלאת האפשרות הגלומה בפעילות זו, כי תשברנה עצמות, גם אם לא ניתן להגדיר מראש פרטית המדויקים של אותה פעילות, הרי שיש בה, בהוראה, לעניננו, את מידת הקונקרטיות הנדרשת להמחשה ענינית של אותה פעילות. יצויין עוד בהקשר זה, כי עפ"י הראיות שהוצגו חואמה 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 ענישתית. עם זאת, אין כל חשיבות נוכח דרך התגבשותן של ההוראות בגדוד בחודש ינואר 88, למידת הידיעה מראש של המג"ד לויט את מועד יישומן המדויק.

ד. באשר ליסוד הנפשי בעבירת השידול. לא נדרשת, בהכרח זהות גין היסוד הנפשי שבשידול לדבר עבירה עם היסוד הנפשי המתלווה לביצוע הישיר שלה. (ראה בענין זה הניתוח שעורך פרופ' פלר, שם, בעמ' 236).
אין נפקות המשפיעה על אופי השידול, - גם בעבירה "תוצאתית" הטעונה כוונה מיוחדת, - אם פעל נא' 1, המפקד, 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 לקבעה עפ"י חומר הראיות ואופי פעילותו של נא' 2 כפי שהנאשם א הכירן עפ"י הראיות בפנינו.

76 א. כפי הנטען ע"י המג"ד לויט, הרי שהוראתו המתגבשת אותה תקופה לפקודיו נושאת עימה היתר לעשיית שימוש בכח לצורכי ענישה, זאת באמצעות מכוח אלה קצובות המכוונות לידיהם ורגליהם של המוכים. המג"ד נמנע במכוון, לאור הפעילות המורכבת בשטח להגדיר לפקודיו את מיקום ההכאה, מישכה ומידת עוצמתה. עם זאת, עולה מדבריו כאמור, כי היתר הכאה מחוץ לאזור ההתפרעות מהטעמים "המבצעיים" שציין. כמו כן ידע, כי עוצמת המכות הינה כזו שהיא מכיאה לשבירת עצמות הגפיים. ענין זה עלה במפורש ע"י המג"ד המציין בנוסף, כי ההכאה היתה עלולה אף לגרום למוות. קבענו שההיתר שנתן המג"ד בענין המשך פעילות זו כמוהו כ"שידול" או ביצוע עקיף לעשותה על התוצאות הניזקיות העולות ממנה, כפי שפרטנו.

ב. האישור הניתן ע"י המג"ד לעשיית שימוש בכח, בנסיבות המתוארות אינו שונה בעיקרו, ככל שהבנחו של המג"ד משגת אותה עת, ממהותן של ההוראות הניתנות ע"י גורמי הפיקוד הככיר: נחטיבה ומעליה.
המח"ט איתס, 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, בישיבות מפקדים תכופה אף היא. על פי עדויות קצינים המשרתים אותה עת נחטיבה, שלא מצאנו כל סיבה של ממש לפקפק במהימנותן, משמיע המח"ט אמירות המנוסחות בדרך תקיפה הקוראות את פקודיו - לעיתים תוך פניה לדרג הזוטר ביותר - להכות במתפרעים המקומיים ביד קשה. המח"ט איתס מודע, על פי דבריו, לתוצאות ההכאה ולריבויים של שכורי הגפיים בין התושבים. הוא מחזק ותומך ידי העושים במלאכת ההכאה, תוך ציון מפורש כי התוצאות הפיזיות של ההכאה,