



הינן טבעיות ואולי אף רצויות. גם המח"ט איתם כדעתו של המג"ד סבור, כי ניתן להרחיק מתפרע ממקום הארוע, ולהכותו, אולם המח"ט כורך השימוש בכח בהתנהגותו העבריינית הנמשכת של המוכה. הוא שולל, תכלית השלילה, הכאה "בדם קר" שלא לצורך, אלא שתפישה זו, הנטענת כאמור ע"י המח"ט משולבת באורח טבעי בעמדתו הכללית, המוצהרת בדיון, כי הכאה לצורך ענישה היתה אסורה.

למרבת הצער, אין התנהגותו של המח"ט אותה תקופה, עומדת, לכאורה, בקנה אחד עם האיסור, עליו הצהיר בפנינו, לנקוט בכח ענישתי. על פי עדויות קציני החטיבה, שפורטו על ידינו לעיל, מורה המח"ט איתם לנקוט סידרה של מעשי עונשין כנגד התושבים המקומיים, חלקם אינו עומד בקנה אחד עם הוראותיה של תחיקת הבטחון. לפי הנטען כרוך המח"ט ישירות גם במעורבות ישירה בהכאה ענישתי של תושבים, במספר מקרים. עדותו של המח"ט בענין איסור מפורש שהטיל על השימוש במונח "שבירת עצמות", נסתרת אף היא בעדויותיהם של מספר עדים.

באשר לגורמי הפיקוד הבכיר מעל לחטיבה: מפקד האוגדה וכן אלוף הפיקוד, הרי שהטענות המועלות כלפיהם, גם ע"י המג"ד לויט, מתייחסות דווקא להעדר פרוט מספק באשר למותר והאסור בדרך יישום ההוראה הכללית. עם זאת, ניתן להסיק עפ"י מכלול העדויות, כי נמסגרת כנסי הפיקוד הבכיר, יכלו המג"ד כמו גם קצינים רבים אחרים שהעידו בפנינו בענין זה, ללמוד מתגובותיהם של גורמי הפיקוד הבכיר לדיווחים "שעלו מן השטח" ומן הדרך בה סוכמו ישיבות אלה, כי דעתם של מפקד האוגדה ואלוף הפיקוד נוחה למדי באשר לאופי הקשה של השימוש בכח, - ככל שימוש בכח זה מביא לחוצאות הרצויות של חיסול ההתפרעויות.

77. נא' 2 ניסה לשכנענו כי דבק בדרכו של המג"ד בדרך בה יישם ההוראות בפלוגתו. אף הוא אישר לטענתו הכאה ענישתי בגפיים בלבד וכן התיר "הכאה בצד" כדי שלא לסבך חייליו בעימות מיותר עם התושבים. עפ"י מה שקבענו, הורה הנא' 2, חד משמעית, לפקודיו לשבור ידיים ורגליים של המוכים. עדותו של נא' 2 לקתה בסתירות, לעיתים קשות. לא אחת התרשמנו כי ניסה לתאם עדותו עם זו של המג"ד לויט כשגם האחרון נותן ידו לענין זה. הנאשם נכשל בסתירות חמורות ובלתי ניתנות ליישוב באשר למקורה של ההוראה שקיבל לטענתו, הקשורה ב"שבירת עצמות" וסופו של דבר שקובעים אנו, על ההוראה ישירה, מעין זו לא ניתנה ע"י איש, לבד מנא' 2, כאמור. כריכת תוצאה פיזית זו כפועל יוצא מן ההכאה הועלתה הן ע"י המג"ד לויט והן ע"י המח"ט איתם. כפי שקבענו, הרי שהמג"ד לויט היה אחראי מכח "שידול" גם לתוצאת הכאה זו שבוצעה ע"י הנא' 2 וחיילי פלוגתו.

הנא' 2 סותר עצמו גם בענין יישום ההוראה הגדודית שלא להכוח עצורים כבולים. תחילה גרס נא' 2, כי לא נזקק כלל לכנילת המוכים בדרגם ל"אתר ההכאה", אולם משהועמד מול הגירסאות הסותרות של חייליו וכן זו שלו עצמו, באימתו, הוא משנה טעמו ומנסה בדוחק למצוא "מענה מנצעי" ל"כנילת הגינאים". נציין, כי המג"ד לויט מתוך אותו מה שהתרשמנו לדצון מגמתי ל"תיאום עמדות" עם נא' 2, מוכן "לאשר" בדיעבד, במהלך עדותו בפנינו, את ענין "הכבילה המבצעית" אלא שלאור עדותו, כי לא נתן לענין זה דעתו בתקופה הרלוונטית, הרי של"אישור" מאוחר זה אין נפקות ראייתית ממשית.

78. א. מעשה של שימוש בכוח המבוצע כנגד אחר, בניגוד לרצונו, טעון כאמור צידוק בדין. צידוק מעין זה לא נמצא לאחר דחיית טענת הסנגוריה, כאמור. האם עומד לנאשמים פטור מאחריות פלילית מכוחה של החלופה השניה של הגנה זו?

סעיף 24 לחוק העונשין תשל"ז, 1977, שענינו הגנה זו, קובע כדלקמן:
"א) אין אדם נושא באחריות פלילית למעשה או למחדל באחת מאלה:

- (1)
- (2) בציות לצו של רשות מוסמכת שהוא חייב על פי הדין לציית לו זולת אם הצו הוא בעליל שלא כדין.
- (ב) השאלה אם צו הוא בעליל שלא כדין היא שאלה שבמשפט."

ובהתאמה, סעיף 125 לחוק השיפוט הצבאי:
"לא ישא חייל באחריות פלילית לפי הסעיפים 122, 123 ו-124, אם ברור וגלוי שהפקודה שניתנה לו היא לא חוקית"

טענתם של הנאשמים הינה, כי פעלו תוך ציות להוראה של גורמי הפיקוד הבכיר באזור, המחייבת עשיית שימוש בכוח למטרות ענישה. בבסיס ההוראה עמד הצורך הצבאי הדחוף לחסל את הפרות הסדר שיש בהם כדי לסכן את יסודות השלטון באזור ובד בבד, מציאת שיטה שיהא בה כדי לצמצם השימוש בירי קטלני ולחסוך בחיי אדם. הוראה זו היתה למעשה בבחינת "מדיניות", "שיטה" גלויה לעין ולחקשורת שהכל אימצוה ודנו בה. הנאשמים קיבלו חיזוק יום יומי למעשיהם תוך התבוננות בפעולות של יחידות אחרות בשטח שנהגו כמותם והתרשמו כי המפקדים בכל הרמות מודעים ליישום דרכי ההתנהגות "המענישה" ואף מעודדים אותם בהתנהגותם שלהם. אין לדון איפוא, לפי הנטען, בהוראה שהינה בלתי חוקית "בעליל", להיפך, הנסיבות הקשורות במתן ההוראות ויישומה, היה בהן, לכאורה, כדי להקנות להוראה מעטה של חוקיות.

ב. נוכח התפלגות רמתם ומעמדם הפיקודי של הנאשמים, יש לבחון מעשיהם כמקבלי ונותני הוראות, שלא כבמקשה אחת.
נא'1 אמור לקבל מטבע תפקידו פקודותיו והוראות הביצוע מן המח"ט.
אלה מועברות על ידו לפקודיו. כך גם נא'2 מקבל הוראותיו מן המג"ד ומעבירן לפקודיו, נאשמים 3 ו-4.
חרף מעמד כפול זה אותו נושא דרג הביניים בקבלת הצו ובנתינתו לפקודיו, הוא נתפש כ-

"...מעמד לוואי משני, אשר נבלע במעמד הראשון אפילו העביר את הצו המקורי, כאשר הוא נותן אותו בשמו הוא... ובלבד שהדרג היה דרג מעביר בלבד, ולא דרג יוזם, אבי כל חטאת, רק הדרג הגבוה ביותר בהיררכיה הפועלת בתחום שיזם את הצו הוא במעמד של נותן הצו..."

(פרופ' פלר "צו בעליל שלא כדין השולל את סייג הצידוק" שם, עמ' 243).

כפי שניתן להבין מדברים קודמים שאמרנו בענין זה, הרי שהשתכנענו כי הנאשמים אכן היו חדורי מחשבה ואמונה, כי שימוש בכח גם אם הינו למטרות עונשין, מותר ע"י כל. דרך הפעילות של הכוחות הצבאיים באותם ימים, הזיקה שנוצרה בין פעילות היחידה לפעילות יחידות אחרות בשטח, המגעים התכופים של נאשמים 1 ו-2 עם גורמים פיקודיים שמעליהם כתוך החטיבה ומחוצה לה, יכלו לטעת את ההנחה והתחושה, כי ההוראה שניתנה - כרוחה בוודאי, וכלשונה - לפחות מחמת טעותם הכנה והסכירה, לאור מה שהובהר לעיל, אכן מאפשרת שימוש ענישתי בכח.
נאשמים 3 ו-4 פועלים ומקבלים הוראותיהם במסגרת המצומצמת של הפלוגה ולכל היותר, של הגדוד, "סופגים" מידי יום ביומו הוראותיו של נא'2, הנאות לידי ביטוי גם בהתנהגותו הממחישה הכאה החלטית לצורך ענישה.

ג. פסק הדין שניתן בע' 279-283/58, לפני למעלה משלש עשרות שנים - נוחו וחיוניותו נשמרים עימו להתווית נורמות הבסיס שבהגנת הצידוק. "שביל הזהב", המותווה מאז לפתרון הכעיה המתעוררת -
"... כל אימת שאדם עושה מעשה האסור על פי איסורי המשפט הפלילי בצייחו לצו שניתן לו ע"י רשות מוסמכת שהוא חייב לציית לה על פי חוק... קורא לעזרה את הרגשת החוקיות הצפונה במעמקי מצפוננו של כל אדם באשר הוא אדם, אף אם אינו בקיא בספר החוקים..."

פירונו זה מתמצה לענינינו, במבחנו של סעיף 24 לחוק העונשין הדין
בהעדר חוקיותו, "בעליל" של הצו הניתן - מבחנו של "הדגל השחור"
המתנוסס מעל הצו.
סימני ההיכר של הפקודה הבלתי חוקית בעליל, מוגדרים בפסק הדין, כ-
"הפרת חוק גלויה ומובהקת, אי חוקיות וודאית והכרחית
המופיעה על פני הפקודה עצמה, אופי פלילי ברור של
הפקודה או מעשים שהפקודה מצווה לעשותם... זוהי מידת
אי החוקיות "בעליל" הדרושה כדי לבטל את חובת
הציות..."

נוכח חובת הציות המוטלת "נמחלת" למבצעי הפקודה או ידיעת החוק
בתנאי, כאמור שאי החוקיות אינה גלויה על פניה. הוראות החוק הקובעות
את הגנת הצידוק

"... מטילות אחריות מוסרית ומשפטית על כל חייל בלי
הבדלי דרגה, דבר זה גורם לכך שמפקד בכל דרג חיוב
לשקול את מוסריות הפקודה הניתנת על ידו וגם את
חוקיותה... סעיפים אלה מחייבים קודם כל את המפקדים
ככל שדרגתם גבוהה יותר, להשקיע מחשבה במתן
פקודותיהם... כדי... שלא תגרומנה למעשים בלתי
חוקיים ובלתי מוסריים...". ענין "ההולם במלואו את
דרישותיה של מדינה... המושתתת על שלטון החוק..."

נקבע, כי קנה המידה לברור שאלת אי חוקיותו "בעליל" של הצו הינו
אובייקטיבי:

"אין צורך להוכיח כי בשעת המעשה היה ברור וגלוי לנאשם
שהפקודה היא בלתי חוקית, אלא שבית הדין צריך להיות
משוכנע שהפקודה היתה בלתי חוקית באופן ברור וגלוי
לעיני אדם בעל תבונה ממוצעת..."

זהו מבחנו של "האדם הסביר":
"... השאלה המשפטית היא איפוא, אם באספקלריה של
הנאשם שהיא בהחלט אישית ושונה לגבי כל נאשם ונאשם
היתה אי חוקיותה של הפקודה הנתונה ברורה וגלויה, לא
בעיני הנאשם, אלא בעיני "חייל סביר" (מג"ד סביר, מ"מ
סביר, מ"כ סביר, טוראי סביר - הכל לפי הענין) במקומו
של הנאשם"

ד. לאחרונה נמתחה ביקורת ממשית על אותה תפישה, הגורסת בחינת מהותו של הצו, באורח בלעדי, דרך מבחנו של "האדם הסביר", יציר הגיגיה של הפסיקה.

כמאמרו הנ"ל גורס הפרופ' פלר, כי "עלילותו" של הצו, ענינו "למישור המנטלי" דהיינו, כזה ש"אי חוקיותו... בת-איתור באורח חד משמעי, כמו שהיא, על ידי מי שנתקל בה, ובת קליטה בהכרתו ככזאת. זהו גם השילוב של סומן הייחוד של התנאי במישור המנטלי, בסימן הייחוד האחר שלו במישור העובדתי: מודעות חד משמעית לפסול הנורמטיבי של המעשה שבו צריך לממש את הצו." קליטתה של "סגולת אי החוקיות" עשויה להימדד "באמת מידה כמותית" ולפיכך, אין בה תוכן מהותי מיוחד.

"... הפועל היוצא מכך הוא שסימן הייחוד "בעליל" ... אינו יכול להיות מותנה, לא בסוג העבירה שבעשייתה היה מותנה מילוי הצו, לא במשקל הערך החברתי שנפגע בעשייתה ולא בחומרה הקונקרטי של עבירה זו. הוא מותנה אך ורק במידת קליטתה של אי חוקיות הצו בהכרתו של הפרט - נקלטה אי החוקיות באורח ברור וגלוי, אזי הצו הוא בעליל שלא כדין"

פרופ' פלר מסווג את היחס ההכרתי לטיבו של הצו באחד מאלה: חוסר מודעות מוחלט לאי החוקיות, או מודעות שאינה חד משמעית לאפשרות זו, דהיינו חוסר וודאות לענין אי החוקיות, ושלישית, "באורח ברור וגלוי דווקא" את אי חוקיותו של הצו. במצב דברים כזה, כאשר הצו "נקלט בהכרתו של המבצע באורח חד משמעי כבלתי חוקי" תיבחן מידת חוקיותו של הצו על פי "המבחן האישי כמבחן טבעי דיני נפשות".

לשתי פנים בהכרתו של מי שהוציאו אל הפועל, או לא נקלט בה כלל. ביטוי מסוים, וחרוג בפסיקה הקיימת, להחלת "המבחן האישי" נמצא בע' 264/84 (אלקובי נ. התצ"ר), שם נשללה הגנת הצידוק מן המערער, "שפיו... ענה בו כי ידוע ידע - למן שלב מסוים של הביצוע - שמפקדו משתף אותו במעשה בלתי חוקי..."

על פסק דין זה, נמתחה ביקורת מסויימת ברשימתו של פרופ' קרמניצר - "סיוג הצידוק, לפי סעיף 24(א)(2) לחוק העונשין" (משפטים ט"ו, עמ' 496), לפיה, ספק אם "המבחן האישי" נותן ביטוי מספיק לצורכי הצבא ובמילים אחרות, אם המודעות בפועל לאופיה הנלתי חוקי של הפקודה ולפיכך הימנעות מציות לה, אין בהן כדי לשלול במקרים רבים, ובמיוחד שמדובר בפעילות הקשורה במסגרת הצבאית, את האינטרס החברתי, הבטחוני וכיו"ב, המחייב דווקא את ביצוע ההוראה.

ה. שאלות נוספות הנגזרות מן האמור, אם ה"עלילות" היא בעצם מבחן
ראייתי למודעות בפועל או בכח של המבצע או שמא היא נועדת להצביע על
אופי מהותי של אי החוקיות.

"... אם מדובר באפיון מהותי, מהו אותו אפיון של אי
החוקיות... שבשלו מוסר סייג הצידוק: אנטי חוקיות
פורמלית, או אנטי מוסריות? האם מה שקובע הוא אופיה
הכולט לעין, הברור והגלוי של אי החוקיות והאופי
הבלתי מוסרי של המעשה הוא אינדיקציה בלבד לכך, או
שמא הקובע הוא אופיו האנטי מוסרי של המעשה, ואי
חוקיות פורמלית בולטת משמשת אינדיקציה לכך?"
(פרופ' קרמניצר, שם)

במאמרו הנ"ל של פרופ' פלר וכן במאמר אחר שהתפרסם בימים אלה - "פסק
הדין בפרשת כפר קאסם, מבחן הדגל השחור והמושג של פקודה בלתי חוקית
בעליל" (פרופ' עדי פרוש, עיוני משפט ט"ו(2), עמ' 272-245), מביעים
שני המלומדים את דעתם הנחרצת, כי אופיו הבלתי מוסרי של המעשה מהווה
רק אחד מן המבחנים לבחינת אי חוקיותו של הצו.
פרופ' פרוש:

"... קול המצפון... אינו כלשעצמו אמת מידה לחוקיותן
או אי חוקיותן של פקודות... טענתי היא גם בסוגיה של
גבולות הציות לפקודה, כמו בסוגיות רבות אחרות החוק
והמצפון אינם מדברים נהכרח בקול אחד..." ובהמשך:
"... שאלת מוסריותה של פקודה אינה כלשעצמה בסיס
מספיק או הכרחי להתמודדות עם השאלה, אם הפקודה היא
בלתי חוקית בעליל."

פרופ' פלר מציין, כי האנטי מוסריות שבעבירה הינה בגדר "מבחן
קזואיסטי" בלבד.

"... אי חוקיות הצו היא בעליל בכך שהיא ברורה וגלויה
בעיני מקבל הצו ותו לא. ותהיה חומרת העבירה שנעברה
אגב מילוי הצו, או חומרת התגובה המצפונית של אדם מן
הישוב נוכח מילוי הצו, אשר תהיה. לדעתנו אין צורך
בשום מבחן מסנן מתחום המוסריות... הערך של שלטון
החוק ידו על העליונה ללא כל שיקולים מתחום
המוסריות... צרוף מבחן נוסף של אנטי מוסריות מובהקת
... תוספת מבחן כזו עשויה לפגוע קשות בערך החברתי של
שלטון החוק בחיי היום יום ודווקא במקרים שבהם אין
המשמעת צריכה להיות עיוורת..."

לפי שיטתו זו סבור פרופ' פלר, כי הפקודה שניתנה בפרשת כפר קאסס (וכן זו שהתבררה בחיק דר' 248/88, שעובדותיו דומות במידה רבה לעובדות שהתבררו בפנינו), אופיינה, אמנם, באנטי מוסריות מובהקת נוכח הפגיעה שנשאה עימה לחיי אדם ושלמות גופו, אלא שאין במקרה האקראי שנדון בפרשת כפר קאסס ושעל כסיסו צמח מבחן האנטי מוסריות כמבחן עיקרי, אם לא בלעדי, כדי לסתור את ההנחה "המתבקשת מאליה", כי פקודה עלולה להיות בעליל שלא כדין:

"... גם כאשר מדובר בפגיעה בערך חכרתי מוגן על ידי החוק הפלילי, שאינו דווקא חיי אדם או שלמות גופו, כך גם אין זה הכרחי שהצווים והמעשים יהיו בעלי אופי מזעזע מבחינה מוסרית."

ו. בע' 279-283/58 מונה בית הדין הצבאי לערעורים מספר גורמים שניתן להביאם בחשבון כדי לבחון מידת אי חוקיותה של הפקודה: דרגתם הצבאית של נותן הפקודה ושל מקבל הפקודה והבדלי הדרגות שביניהם, האם היה למקבל הפקודה יסוד סביר להאמין שלמפקדו טעמים טובים, על פי חוק למתן הפקודה, האם היתה למקבל הפקודה שהות לברר לעצמו אם הפקודה היא חוקית, אם ניתנה הפקודה "בימים כתיקונם" או בשעת חרום מיוחדת, האם היה למקבל הפקודה יסוד לחשוש שהוא עצמו "יסבול מוות או נזק גופני חמור אם יסרב למלא את הפקודה וחשש זה פגם את יכולתו לברר לעצמו אם הפקודה היא חוקית..."

בע' 264/84 הועלתה אפשרות ליישומו של מבחן נוסף, דהיינו אם הפקודה מתייחסת "לפעולה כלשהיא בחוככי המסגרת הצבאית" או למטרה הנחזית להיות "כמטרה צבאית".

כפי שנקבע, לא אחת, עומדת לזכותו של הנאשם כל טעות עובדתית כנה וסבירה שהביאה אותו למילוי הפקודה, כאילו קיים היה מצב העובדות כפי שנראה בעיניו עקב אותה טעות.

79. אין ספק - ולא יכול להיות ספק, כי ההוראה אותה נתן המג"ד לויט לפקודיו הנוגעת ליישום הכאה בדרך של ענישה, הינה בבחינת הוראה בלתי חוקית בעליל. אסור היה לחיתה ואסור היה למלאה.

אם הניח הנאשם, הנחה שבטעות, שאינה משוללת כנות וסבירות, כי נצטוו לבצע הוראה זו ע"י מפקדיו, הרי שנוכח אופיה הבלתי חוקי בעליל של ההוראה אסור היה המג"ד לויט במילויה וממילא, בהעברתה, כדרג ביניים, לצורך ביצועה ע"י פקודיו.

גם אם לא היתה נהירה לנאשם עובדת היותה של הפקודה משוללת בסיס שבדין, הרי שעל פי עדותו שלו היה ברור לו, באופן חד משמעי, הצורך המיידני לסיוג את הפקודה באורח שיסולקו ממנה מרכיבי ביצוע אפשריים העלולים לשוות



ליישומה אופי בלתי אנושי. כך איפוא, דואג הנאשם לטענתו, לוודא, בדרכים
 ובהוראות יישום שונות, כי ההכאה לצורך ענישה לא תהפוך להתעללות או
 להתנהגות בעל אופי "סאדיסטי", כהגדרתו. במילים אחרות, נראה "בעליל", כי
 גם על פי תפישתו הסוביקטיבית המוצהרת, חש הנאשם במה שמצווה לחוש כל בן
 אנוש, לענין קיומה של חובת העל הטבעית, לשמור, ככל הניתן, על הערך העליון
 של שלמות הגוף וקדושת חיי האדם. המג"ד מקבל מסביבתו לא מעט "חיזוקים" שיש
 בהם כדי לאשש הצורך הטיבעי לחוס, ככל הניתן על אותם תושבים הנתונים
 למרותו. שני פקודיו של המג"ד, המ"פים גיא רשף ודן שחם נוקטים בדרך מאופקת
 ואחראית, יחסית. בפלוגות אלה אין נשברות עצמות, לא מתוך תכנון יזום ולא
 מתוך עצימת עיניים. כאחת משתי הפלוגות אין מכים לצורך ענישה ואילו בשנייה
 עושים זאת באורח מינימלי ביותר, (ענין פסול לכשעצמו), ולא כשיטה מתפתחת
 של הכאה יזומה במקום מבודד. בצד אותם מפקדים הקוראים למדיניות של יד קשה,
 גם אם הדבר כרוך במעשי ענישה בלתי חוקיים, יש אחרים הגורסים אחרת,
 הסבורים ש"הכאה בצד" נושאת אופי של פעילות עבריינית. קיימות גם הנעות
 סלידה וקושי מביצועה של הכאה ענישתית יזומה.
 הנאשם, קצין בעל מעמד פיקודי בכיר, שאחריות כבדה מוטלת על כתפיו,
 אינו פועל בתחום צר של קבלת הוראות ויישומן. תחום שיקול הדעת המוענק לו,
 הינו בלתי מוגבל כמעט. איש אינו מבקר את דרכי המימוש של השימוש בכח ובלבד
 שיביא לתוצאה המקווה של השבת הסדר על כנו. שיקול הדעת אותו אמור להפעיל
 המג"ד ניזון, בין היתר, לא רק מאותן השקפות הסוברות כי יש להשתמש בכח בכל
 תנאי, אלא גם מאותן השקפות הגורסות אחרת.
 מידת יכולתו של הנאשם להפעיל שיקול דעת עצמאי באה לידי ביטוי, בעליל,
 בכך שהוא קורא, לטענתו, תגר, במידה מסויימת, על המח"ט איתם, הנוקט בקו
 פעולה שאינו לרוחו של הנאשם. תגובתו זו של המג"ד קשורה, ככל הנראה, עם
 הצהרותיו בענין זה של המ"פ, גיא רשף, החולק אף הוא על דרכו של המח"ט.
 נראה איפוא, כי בשל אופיין של ההוראות ודרכי יישומן, הנגועות בכסיסן
 בפסול הטבוע בהן, אין מהסס המג"ד להתעלם מדרישות המשמעת הצבאית בענין זה,
 עובדה המעמידה בספק רב, בד בבד, את נכונות טענתו לענין משמעת צייתנית
 לצווי הביצוע אותם קיבל ממפקדיו.
 הנאשם יכול לברור דרך פעולה אחת או יותר, מתוך מגוון דרכים
 לגיטימיות המסורות בידיו והנגזרות מאופיין המשתנה של הפרות
 הסדר. הנאשם מותר בשימוש בכח שעוצמתו עומדת ביחס ישיר לעוצמתן של הפרות
 הסדר ולפיכך, גם כח ניכר עשוי לעמוד במבחן הסבירות הנדרשת. אין לשכוח, כי
 ככל שהכח הצבאי באזור נתון למאבק נמשך בהפרות סדר בעלות עוצמה לא מוכרת
 עד כה, הרי שלא ניתן לגרוס ולא נשמעה על כך כל עדות, כי מצב הארועים יוצא
 משליטת הצבא. הנאשם מודע, כל העת להזרמה ניכרת של כוחות צבאיים לאזור
 ולאפשרות הקיימת לתגברם ככל שיידרש. כמועד בו עוסק כתב האישום, בחלוף
 מספר שבועות לשהייתו של הנאשם באזור, הרי שהנאשם צובר לו מידה של נסיון

ובטחון ואם בשלב הראשון חש הנאשם כמי שמצוי במצב של איבוד עשתונות מסוים, הרי שעם שוך גלי ההתפרעויות הראשונים, ניתן לנאשם זמן למכביר להרהר, שוב ושוב, באופי הפקודות הניתנות ולעמוד על מידת אי חוקיותן.

חרף האמור, בוחר הנאשם לעשות רק מקצתה של הדרך ל"ריכוך" ההוראה העונשית הכללית. בדרכו האינטואיטיבית, ומתוך אותם סיוגים הנגזרים מהשקפת עולמו האישית פועל הנאשם רק באורח חלקי להגשמת ההגנה על אותו ערך עליון של שלמות הגוף. אין הוא מתיר הכאה באיברים רגישים, הכאת כבולים, או הכאה של קבוצות אוכלוסיה המוגדרות כחלשות. עם זאת, מניח הנאשם לחייליו להכות את אותם תושבים הנמנים עם קבוצות הגיל והאוכלוסיה "גנות ההכאה" בדרך קשה ביותר, באמצעות אלה ובאורח שיש בו כדי להכיא לשבירת עצמות. עצם נטילת "הזכות" לענוש, לא רק שהינה אסורה עפ"י הדין המקנה סמכויות הענישה לרשות השופטת, אלא שהדרך שהיתווה הנאשם למימוש הענישה, דהיינו, הכאתו הקשה עד כדי שבירת עצמות גפיים של מי שחדל מפעילותו האסורה והוא "עצור" או "מעוכב" ונתון לחלוטין לשיבטו או לחסדו של כח בן מספר חיילים, אינה עולה בשום אופן בקנה אחד עם נורמות מוסר והתנהגות חוקית אלמנטרית הננקטות במדינת חוק. אי חוקיותה ואי מוסריותה של ההוראה שלובות זו כזו עד שלא ניתן להפרידן.

80. ענינה של ההוראה להכאה ענישתית נידון, לאחרונה בשלושה פסקי דין של שיצאו תחת ידן של הערכאות הצבאיות.

בתיק דר' 248/88 הנ"ל נידון היתר שניתן לחיילים לעשות שימוש בכח לצורכי ענישה, בנסיבות הדומות לעניינינו. בית הדין שם מגיע למסקנה, כי פקודה המאשרת שימוש בכח דומה כנגד מי שנחפס ומוחזק בידי החיילים, הינה אכן, בלתי חוקית בעליל.

בתיק צפ' 556/88, (פרשח "טראזי" הנ"ל), אף הוא דן בהכאה ענישתית, כמתואר לעיל, סבור בית הדין, כי לא -

"... יהא זה ראוי להעמיס על כתפיו של המ"מ הצעיר
בצבא, (הנאשם בתיק) הוא ולא אחר, את העול הכבד של
בחינת הפקודה..."

אלא שבית הדין הבוחן את אותה פקודה סבור, כי הסייגים הסירו "... מימד של אכזריות וחוסר אנושיות מהפקודה..." ולפיכך לא ניתן לקבוע בהכרח, כי הפקודה המתירה שימוש בכח לצורכי ענישה, בנסיבות אלה, הינה בלתי חוקית על פניה.

ככל שחולקים אנו, באורח עקרוני, על עמדתו זו של בית הדין האחר, הרי שלא יהיה זה למותר לצייין, כי ניתן להבין מקריאת פסק הדין, כי ניתן משקל של ממש לעובדה שנקבעה, כי הכח שננקט באותו ארוע שנידון בפסק הדין, התבצע "במחינות ראוייה - תוך שימת לב לשמירת שלמות גופו..." של המוכה.

בע' 90/86 (סגן יהונתן רגב נ. התצ"ר) נידונה מידת חוקיותה של פעולה עונשית - ירי בגלגלי מכוניות של תושבים באזור יו"ש - שביצע המערער, על פי הוראות מפקדו, המג"ד, לאחר הפרת עוצר מופגנת מצד התושבים. הירי בוצע לצורך הרתעה והיה אסור על פי הוראות הפתיחה באש הנוהגות. בית הדין שהחליט לזכות את הנאשם, קבע כי עומדת לו הגנת הצידוק:

"... לא כל פעולת עונשין הינה בלתי חוקית "בעליל" והכל מותנה בנסיבות הענין. אין אנו מוכנים לקבל, כי בנסיבות המקרה כפי שתוארו לעיל, יש באופייה העונשי של הפעילות בה הצטווה המערער לנקוט כדי להפכה לפעילות "המקוממת את הלב ודוקרת את העין", וכי כמוה כדגל שחור הזועק "אסור"."

מטבע מהותה של הפעילות העונשית שנידונה בע' 90/86 הנ"ל שכוונה כנגד הרכוש, ענין שהיה בו כדי לטשטש, מכחיבתו של מנצע ההוראה, את אופיה הבלתי חוקי. פעולת העונשין שנגולה בפנינו, מהותה פגיעה חמורה בגוף והיא שונה בתכלית מהעובדות שנידונו בערעור הנ"ל, ולפיכך ההכרעה שם, אינה ישימה לעניינינו.

81. טענתם של הסנגורים היתה, כי לאחר שהפקודה העונשית הותוותה, לכאורה, במסגרת של "מדיניות" הננקטת מגבוה, והכל עסקו ביושומה, אין לבוא בטרוניה אל הנאשמים, יהא מעמדם אשר יהא, על כי כושרם להבחין בין מותר לאסור עומעם ובוודאי שלא יכלו להבחין, כי מצוי בפניהם צו שאינו חוקי בעליל. לענין זה, נדרש פרופ' פלר במאמרו הנ"ל:

"השאלה הבסיסית היא איפוא, אם ובאיזה מידה היה במדיניות האמורה כדי ליצור מעין מסך מאפיל, כליל או חלקית, על אי החוקיות של הפקודות שבהן היא מצאה את ביטויה, בעיני אלה המופקדים על ביצועה, או בעיני אדם סביר בנעליהם... האם אין במדיניות כאמור כדי ליצור מגמה לקונפורמיזם כלשהו, כללי יותר המשכיח את הדין האמיתי... או שמא ניתן לגרוס, כי דווקא השיגרה וההתמדה עשויות לספק לחוליה המבצעת את אורח הרוח המאפשר שקילה מיושבת של מערכת הנהלים מסעם, וגילוי ביתר קלות של אי החוקיות המובהקת על מלוא מערומיה? וזאת בהבדל מפקודה בלתי חוקית, ספוראדית ופתאומית, המחייבת מילוי ללא דיחוי..."

והמסקנה:

"... חובתו של אדם שמצווה לבצע צו שהוא בעליל שלא כדין, לסרב לציות לצו, אף כשהצו זוכה לגיבוי במדיניותו המתנכרת לחוק של המימסד..." (ראה עמ' 243-240)

יצוין, כי גם דעתו של הפרופ' פרוש דומה:
"... למרות שאין להמעיט במשקלה של עובדה זו, (לענין המדיניות - ביה"ד) נראה לי, כי יש להתחשב במשקל הלא מבוטל שלה בשלב של גזר הדין ולא בשלב של פסק הדין. אין ספק שאחריותם של נותני הפקודה כבדה יותר מאחריותם של אלה שביצעו אותה, אך סוגיית היחס אל נותני הפקודה, היא סוגיה נפרדת. גם העובדה שהפקודה שבה מדובר בוצעה הלכה למעשה בשטח, לא רק ע"י החיילים שהועמדו לדין, אלא גם ע"י חיילים לא מעטים אחרים, אינה עובדה מכרעת בהקשר הנידון..." (ראה עמ' 270).

ואכן, לאחרונה, בבג"צ 425/89 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ. פצ"ר (טרם פורסם) ניתנת הדעת לטענת "הערפול", בהקשר דומה, בהערתו של כב' השופט בייסקי:

"האם ניתן לדבר כלל על "אי בהירות" ו"ערפול" כאשר מדובר בהוראה להוציא אנשים מביתם, לכנול ידיהם ולחסום פיהם, להכות בהם באלות כדי לשבור ידיהם ורגליהם? איזו אי בהירות יכולה להיות קיימת כלפי פקודה בלתי חוקית בעליל מסוג כזה..."

על פי קביעתנו, ניתן לסבור, כי המג"ד לויט, לא היה ער למלוא אי חוקיותה של הפקודה. לא ניתן להחיל עליו את "המבחן האישי" גם לשיטתם של אלה הסוכרים כי, עקרונית, ניתן להחילו. אלא שנראה שגם לשיטתו של המג"ד לויט, ניבעו באותו "מסך מאפיל" די פרצות באורח שהיה בהם כדי להאיר את מידת הקיצוניות והפסול השורשי הטבוע ביסוד ההוראה על אורח יישומה כפי שהוכר לעיל. אין מדובר רק במה שאמור היה "מג"ד סביר" להגין, אלא, כפי שפיו של הנאשם ענה בו, מצוי היה הוא עצמו ב"תחום הדימדומים" שבין ידיעה כרוכה והחלטית את מידת אי החוקיות של ההוראה לבין ערפל חוסר ידיעה המוחלט. הנאשם לאור מה שתואר, אמור היה לקרוא את אי חוקיותה הגלויה והכרוכה של הפקודה ולזהות באמצעות כלי האבחון האחרים שנידו - ולא רק באורח חלקי כפי שהדברים נעשו בפועל, גם את אי מוסריותה הבולטת, את "הדגל השחור" המתנוסס מעליה.



הגנת הצידוק אינה עומדת גם לנאשמים 2, 3 ו-4. אך, ככל שזוטר יותר מעמדו בסולם הפיקודי של מבצע ההוראה, כך צפוי כי מעמדם הנכיר בהיררכיה הפיקודית של גותני ההוראה ו"המדיניות" הכוללת הננקטת, ישפיעו על ערפול גובר לעניין התפישה של מידת אי החוקיות שבהוראה. עם זאת, סבורים אנו, כפי שכבר צויין, כי המ"פ, נא' 2, המודע, לדבריו, לסיכון הכרוך בהכאת יחד, והנאשמים 3 ו-4, חיילים ותיקים, הערים לפחות לחילוקי הדעות בגדוד לענין המותר והאסור שבישום כח ענישתי ואיננו בבחינת "לוח חלק" באשר לידיעה קונקרטית מסוימת של האיסור הטבעי הכרוך בפעולה זו, אינם פטורים אף הם מן החובה האובייקטיבית להכין את מידת אי חוקיותה הקיצונית של הפקודה והדרך המזעזעת של יישומה.

די, אם נשווה לנגד עינינו את החיזיון הקשה העולה מן העדויות, לפיו, בחורשה מבודדת, ובאין רואה מקיפה קנוצה של כ-15 חיילים בראשותו של נא' 2, את שני הצעירים המקומיים המוטלים על הארץ, במצב של חוסר אונים מוחלט, כשהחיילים מנחיתים עליהם מכל עבר, מי באלתו, מי נידיו ובאגרופיו ומי ברגליו, מכות ומהלומות, כל זאת במטרה לשבור עצמותיהם. משנדרשים השניים, לעמוד על רגליהם, פעולה, המצריכה מאמץ ניכר עקב מצבם הגופני הקשה, נמצא לנכון, דווקא בשלב זה, כך סבורים נאשמים 2 ו-3, לסטור בעוצמה לא מבוטלת, בפניהם של המוכים כדי להחדיר במוחם פרק נוסף של ציות וכיבוד שלטון החוק.

הוסף לכך את העובדה, כי השניים מוכים בצורה לא קלה במהלך תפיסתם הראשונית בבית ומאוחר יותר מוכה, לפחות אחד מהם, העד חאלד, גם במהלך הסעתו כג'יפ לעבר אותה חורשה. הוסף לכך את טענתו המהימנה עלינו של חאלד, כי המכות ניחתות על גופו בשעה שהוא כבול באזיקים, ענין המתאשר ע"י נא' 4 לפחות לגבי שלב הנסיעה בג'יפ, ומוכחש, בחצי פה, בעדותו, הנגועה בסתירות קשות לענין זה, מצידו של נא' 2.

תהא איפוא, "מדיניות המכות" אשר תהא, תהיינה הטענות לגבי עוביו של מסך הערפל האופף את חוקיות הפקודה אשר תהיינה. אין מעלים אנו בדעתנו, כי ניתן לקבוע מן הבחינה האובייקטיבית כי מעורבותם של הנאשמים בארוע מעורר חלחלה זה, עשויה להיתפש כפעולה שמידת אי חוקיותה שנויה במחלוקת. שום אדם בר דעת הצופה בארוע ממין זה אינו יכול להניח, כי קיימות נסיבות כלשהן העשויות להקנות לגיטימציה למעשים אלה. בד בבד, קשה להאמין, כי גם מן הבחינה הסובייקטיבית סברו נאשמים אלה הנוטלים חלק בארוע, כי הם באים, על פי תומם, למלא אחר הוראות צו מפקדם כשעיניהם טחות מלהבחין בפסול המוסרי, הקיצוני, הטבוע במעשה.

בענין זה יודגש, כי לאחר בחינת הראיות ועדויות הנאשמים הרי שלא ניתן שלא להבחין, כי הנאשמים 2, 3 ו-4, נמנו עם אותם חיילים שעסקו במעשה ההכאה מחוך רצון ובהתלהבות מרובה. נא' 3 מוצא לנכון גם למתוח

ביקורת חלקית על אלה הבוחרים להסתייג מן המעשים.
מטיבען של נסיבות ההכאה שלא כל החיילים יכלו להשתתף בה. קיימות
מגבלות אובייקטיביות הקשורות באפשרות גישתם של למעלה ממנין החיילים,
בו בזמן, לגופם המוטל של המוכים. די, אם במעשה זה השתתפו מקצת מן
החיילים. הן הנא' 3, הן הנא' 4, ואולי גם הנא' 2, על פי עדותו משתתפים
כפועל בהכאה בשלב זה או אחר שלה, כאשר הם יכולים להימנע ממנה, אם רצו
בכך, לאור העובדה, כי במקום מצויים חיילים רבים נוכח היקפו הגדול,
יחסית, של הכח המוטל חלק בארועים, אותו יום. "תרומתם" של הנאשמים
לארוע, כאשר נא' 4 נוטל חלק בהכאה, כאמור גם במהלך הנסיעה בג'יפ,
ונא' 3 משתתף בהכאה לפחות בשלב האחרון של הארוע, כאשר המוכים אינם
מסוגלים כמעט לעמוד על רגליהם, יש בה כדי ללמד על מידח הענותם ליטול
חלק כשותפים בארוע.

ב. הנאשמים 2, 3 ו-4 אינם יכולים לחסות בצל הגנת הצידוק גם מן הטעם
הפשוט לפיו, לא מילאו למעשה כל "הוראת" ביצוע או, לפחות לא עמדו
במסגרתן של אותה הוראות שמכוחן פעלו, לטענתם.
הסטיה מן ההוראות נוגעת לכמה תחומים. ראשית, אין מדובר עוד ב"מנת
מכות" אחת ויחידה, הנועדת ללמד לקח. ענין לנו בנקיטת אלימות לשמה
המתבצעת, כאמור, במספר שלבים, כאשר אף בשלב הראשון ה"לגיטימי"
לכאורה, נעשה שימוש בכח בלתי סביר, לכאורה, עפ"י העדויות, כדי
להביא לחפיסתם של השניים.
הטעם "המבצעי" האמור לעמוד ביסוד "ההכאה בצד" אינו מתקיים למעשה.
לא הונאה ראיה ממשית, כי החיילים נתונים היו בסיכון מיוחד, הם
מתמהמהים בבית פרק זמן מסוים, ולבסוף אף טורחים להעמיד את תושבי
המחנה על עובדת הימצאותם של המוכים בג'יפים, כפי שמתאר חאלד. סביר
להניח, כי נוכח העובדה שמדובר בכח צבאי מתוגבר הרי שהנאשמים לא חששו
במהלך הארוע מעימות של ממש עם התושבים המקומיים. לא הועלה בפנינו, כל
טעם של ממש שיצדיק למעשה הימנעות מהכאה "חפוזה" בבית או בסביבתו
המיידית באמצעות "מנה מוגבלת" של מכות אלה ברוח ההוראה שהנאשמים
קיבלו לטענתם. נראה איפוא, כי מדובר היה בפעולה שרירותית שביסודה
הרצון להרחיק את המוכים מסביבתם, כדי להיפרע מהם בדרך של שימוש בכח
פיזי קשה. ענין לנו ב"שליפתם" של המוכים מביתם, לא משום התפתחותה של
מהומה מסכנת, אלא משום הרצון לממש אפשרות נוחה להכות כשניים בדרך
קשה, המחוכנת מראש.

פעולת הכבילה האמורה להינקט עפ"י ההוראות, לצורך מעצר, מתבצעת
למעשה לצורך מימוש ההכאה. הנימוק "המבצעי", הינו נימוק דחוק ותצויין
בענין זה עדותו של נא' 2, הגורס תחילה, כי אין חשש לבריחת העצור הלכוד
במרווח צר בין שלושת נוסעי הג'יפ. ההוראה שניתנה לחאלד לעורר כקול

חשומת ליבם של תושבי המחנה במהלך הנסיעה, אינה מתיישבת אף היא עם חשש "מבצעי" מיוחד, או תחושה כל שהיא, כי קיים סיכון לבריחתו של העצור. ההכאה מתבצעת כאמור, גם תוך כדי כבילה, אליבא דעדוהו של נא' 4, עניין המהווה סטייה חמורה מן ההוראות. ההכאה אינה מצטמצמת כנטען, לגפיים בלבד, המכות הן "מגוונות" ואינן מבחינות דווקא בין הגפיים לאיברים ה"רגישים" יותר, כך עולה מן העדויות ובכלל זה, מן הממצאים הרפואיים.

העולה מן המקובץ הינו, כי מדובר בהתנהגות המאופיינת באלימות קשה ובוטה שביסודה רצון להשפלת המוכים ולהתעללות בהם, תוך מיצוי מירבי, בנסיבות, של עוצמתם המכה של חיילי הכח.

ג. יש לכאורה לערוך הבחנה בין ענינו של נא' 2 לבין ענינם של נאשמים 3 ו- 4. נא' 2 הינו המפקד האחראי על הכח בעת הארוע. נוכח תפקידו ומעורבותו הפעילה הן במתן ההוראות ואולי אף בהכאה עצמה, הוא מתיר לחייליו לעשות כמעט ככל העולה על רוחם ולהשתלח בגופם של המקומיים הנתונים לחסדיהם. נאשם זה כפי שהובהר, אולי עקב חפישותיו האישיות באשר למותר והאסור ביחס לאוכלוסייה המקומית, מקצין, כמעט עד למידה מקסימלית את היישום הענישתי שהוא נוקט בו. בפיו של נאשם זה, אמירות שהן בבחינת "מוטר כפול". מחד גיסא הוא גורס, כי אסר להתעלל ולהכות בדרך "סאדיסטית" ומצד השני הוא מתיר התנהגות מתעללת וקשה, כפי שנגזר בפנינו. התרת הרצועה הענישתית בגדוד פתחה למעשה פתח לנאשם זה למצות עד תום את האישור לנקוט בכח ענישתי תוך שהוא מתעלם, במכוון, להתרשמותנו, מכיבוד אלמנטרי של זכותם של המוכים, גם בהחשב בנורמות המעוותות הכלליות שצמחו אותה עת. נאשם זה, אינו מסתפק איפוא, בהעברה צייתנית של הוראת מפקד, אלא "משכללה" ומעצימה, כמתואר.

הנאשמים 3 ו- 4 מונחים, לכאורה, ע"י הוראותיו של נא' 2 וכן אלה של המג"ד לויט, ככל שהם מצויים במגע עימו. הנא' 3 מודע על פי דבריו לאיסורים הקשורים בהכאה מתעללת, אולם לפי התרשמותנו מאופי פעילותו מדובר במודעות המושמעת מן השפה אל החוץ כאשר בעת הארוע מתעלם נאשם זה, כמו גם נא' 4, מן הפסול החמור הטבוע בהתנהגותם. יתכן, כי שני נאשמים אלה, בשל מבנה אישיותם ובשל אופי פעילותה של הפלוגה, אטמו אוזניהם משמוע ועיניהם מראות המשמעות הקשה הנודעת למעשיהם. יתכן אף שסברו, כי מעשיהם רצויים ומקדמים מטרותיו של הצבא. אלא, שמעשים אלה אינם יכולים להיות מוכשרים בשום אופן. בשל החותם המתעלל והגבלתי חוקי בעליל של המעשים, אסורים היו שני נאשמים אלה בעשייתם. כאמור, שלח נא' 4 ידו במוכים, גם באורח "מזדמן", בשעה שמעשה הכאה זה כלל לא נדרש ואף היה אסור עפ"י ההוראות שניתנו.

83. הארוע בו נטלו הנאשמים חלק, היה כאמור רב שלכי. נא' 2 מכח מעמדו הפיקודי ואחריותו הישירה כמי שנתן ההוראות לבצע ההכאה האסורה, ואולי אף השתתף בה, מוחזק מכח אחריותו זו, כמבצע העבירה, בין כ"משדל" ובין כשותף ישיר למעשה.

אין לדעת בברור, מתי ארעו החבלות בגופם של המוכים. סביר להניח, כי עיקר החבלות נגרם בעת השהיה בחורשה, שכן במקום זה התרכז עיקר הפעילות האלימה, ושם גם ביקשו נא' 2 ופקודיו לממש את ההוראה לשבירת העצמות. עם זאת, קיימת גם האפשרות התיאורטית, כי החבלות נגרמו בניות או במהלך ההסעה בג'יפ. כמו כן, קיימת אפשרות, כי ידם של הנאשמים לא היתה קשורה ישירות בפציעתם של המוכים. יתכן כי הפציעות ושבירת היד נגרמו ע"י אחרים שהשתתפו בארוע.

בהקשר זה נטענה בפנינו הטענה, כי אין לראות בנוכחותם של הנאשמים 3 ו-4 כמקום הארוע משום פעילות עבריינית העולה כדי סיוע למעשי אחרים שהשתתפו בו ואשר גרמו אולי לפציעה והחבלה בגופם של המוכים. לפי הנטען, התחייבה נוכחותם של נאשמים אלה בשל זיקתם לכח הצבאי שהשתייכו אליו, וממילא, היו אמורים לנוע עימו ממקום פעילות אחד למשנהו.

אין ספק, כי עצם נוכחותו של אדם במקום בו מתבצעת עבירה אינה עולה תמיד כדי סיוע, הדברים נכונים לגבי מי שמצוי במסגרת הצבאית או מחוצה לה. חייל האנוס להימצא על פי הוראת מפקדו במקום בו מתבצעת פעילות צבאית והוא מצוי אגב כך בזירת עבירה המתבצעת ע"י חיילים אחרים, אינו מוחזק כמי שהשתתף בניצוע העבירה אם גילה, למשל, פנים המסתייגות מביצועה, באותן נסיבות. נניח לכאורה, כי בשל אופי הפעילות הצבאית הכוללת שהנאשמים היו מעורבים בה, לא ניתן לגרוס, כי הנסיבות הקשורות בלקיחת שני התושבים מביתם, תוך שימוש בכח והובלתם לאתר ההכאה, נתפסות כמעשה קשר מתוכנן לבצע עבירה, המחייב, לפיכך כל אחד מקושריו באחריות לכיצוע מעשי האחרים הנגזרים מאותו קשר. אלא שמעשה שמגיעים החיילים לאותה חורשה ומבצעים מעשה ההכאה, יש לבחון התנהגותו של כל משתתף בארוע וכיצד היא משתלבת כמעשה העברייני כולו.

כאמור, היו מעורבים הנאשמים 3 ו-4 באופן ממשי וישיר במעשה ההכאה. בנסיבות שתוארו לעיל, הרי שמדובר בהענות מרצון ומתוך נחירה בשעה ששני הנאשמים, יכלו להימנע, אם רצו בכך, מהשתתפות בארוע. נוכח העובדה כי במהלך ההכאה ביקשו החיילים המכים ובכלל זה הנאשמים, להביא לשבירת עצמות המוכים ולגרום להם לחבלות גוף קשות אחרות, הרי שלאור מעורבותם הפעילה של הנאשמים במעשה ההכאה, וגיבושה של הכוונה הפלילית המיוחדת להכיא לתוצאה הנזקית האמורה לגופם של המוכים, מוחזקים הנאשמים כמי שנטלו חלק במעשה העבירה בין כמבצעים הישירים או כמסייעים לאחרים.

רוצים אנו לומר, כי מעורבותם של שני הנאשמים בהכאה והרצון המוצהר להביא בסופו של מעשה ההכאה לשבירת העצמות, כל אלה מצביעים על כוונתם

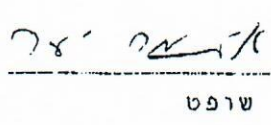
המיוחדת של הנאשמים ליטול חלק במעשה התקיפה המאורגן נגד המוכים על תוצאתו האמורה, תוך השתלבותם במכלול מעשה העבירה.
גם אם קיים ספק, התיאורטי בעינינו, כי החבלות הקשות נגרמו קודם ההגעה לחורשה, וגם אם לא ידם של הנאשמים הביאה למכת השנייה או הפציעה הקונקרטיים, הרי שאין לכך כל משמעות הסותרת את המסקנה האמורה. זאת, לאור הוראת סעיף 329 (2) לחוק העונשין, לפיה די, לאחר גיבושה של הכוונה המיוחדת ובעינינו, הרצון המוצהר להביא לאותן חבלות חמורות - בניצוץ מעשה העולה כדי נסיון שלא כדין, לפגוע באדם, אם במסגרת אותו נסיון נעשה שימוש, בין היתר "... בנשק ... פוגעני, ..." שהאלה נכללת בהגדרתו, לאור דרך הניסוח והדוגמאות המובאות בסעיף העבירה.

84. במהלך הסיכומים טען סנגורו של נא' 4, כי לנאשמים עומדת הגנת הצורך לפי י'ע"פ 22 לחוק העונשין, תשל"ז 1977, דהיינו כי במעשי ההכאה ביקשו הנאשמים למנוע את התוצאות החמורות הנובעות מהמשך ההתפרעויות באזור הגורמות בעוצמתן לפגיעה חמורה בשלומם ובבטחונם האישי של החיילים. ההגנה מתבססת לדעת הסנגור, על מסקנות דו"ח ועדת החקירה לענין "שיטות החקירה של השב"כ בנושא פח"ע", שהוצג לעיוננו. במסקנות הדו"ח, שנערך ע"י מי ששימש כנשיא בית המשפט העליון, השופט מ. לנדוי, לא נשללה אפשרות להפעיל "מידה מתונה של לחץ פיזי" בעת חקירת חשודים בפעילות חבלנית, זאת לצורך סיכול מעשי פח"ע שקיימת סבירות ממשית להתבצעותם התכופה לחקירה.
אין אנו מוצאים את הקשר בין הפעלת לחץ פיזי מתון בחקירה שמטרתה להציל מידע המבוסס על חשש סביר להתבצעותו הקרובה של מעשה פיגוע חבלני, מקום מיסתרו של אמל"ח וכיו"ב ענינים, העלולים לסכן באורח מוחשי ומידי את הציבור באורח חמור, לבין אישור להכות בצורה קשה ביותר כני אדם כשבמטרת ההכאה פעולה ענישתית צרופה שהמרחק בינה לבין סיכול מעשה מוחשי הפוגע בנטחון רב ביותר. אין אנו סבורים כי בהכאה ענישתית יש "... כדי למנוע תוצאות שלא ניתן למנען בדרך אחרת..." כלשונו של סעיף 22, ואנו דוחים לפיכך, טענה זו.

85. לאור קביעותינו האמורות ועל פי הנסיבות העובדתיות שתוארו, מורשעים הנאשמים כולם באישום המיוחס להם בכתב האישום.

ניתנה היום 1.10.90, (י"ב תשרי, התשנ"א), בפומבי ובמעמד בעלי הדין.


שופט


שופט


אב"ד

בלא השתהות חוץ הגעה ממוקד ארועים אחד למשנהו, לצורך דיכוי הפרות הסדר.

מוכנים אנו להניח כי הנא' 2 ביקש לוודא באורח ראשוני ובלתי ממצה כמפורט בעדותו של נא' 3 כי המוכים לא נפגעו בצורה העלולה לסכן חייהם. לפיכך, נתבעו המוכים לעמוד על רגליהם באורח שאף בו יש כדי לשלול דאגה יתרה למצבם. יתכן גם שלאחר שעשו השניים צעדיהם הראשונים נחה דעתו של הנאשם, העושה אותה עת את דרכו עם חייליו לעבר הג'יפים כי השניים לא נפגעו קשה מדי ומסוגלים להמשיך דרכם בכוחות עצמם. יתכן גם, כאמור, כי בשעה שהשניים נעלמים מעיניהם של החיילים בין העצים לא נותנים עוד הנאשם ופקודיו דעתם למקומם וגורלם.

אין להוציא מכלל הנחה, לאור האמור, כי תגובותיהם המכחישות של החיילים ומידת ההפתעה שגילו למשמע האפשרות כי מאן דהוא מת מפצעי מכותיהם, לא היו משוללות כנות לכשעצמן ושיקפו את תחושותיהם של הנאשמים וחיילים אחרים שנטלו חלק בארוע. עם זאת נדחית הטענה כי עקבו זמן משמעותי אחר המוכים קודם עזיבתם את המקום. אין להסיק, איפוא, מהבעת התחושה המתוארת, כי הנאמר בעדותו של חאלד אינו משקף את המציאות - ובארוע בו עסקינן.

49. אלה הם הממצאים העובדתיים אותם קובעים אנו על פי הראיות - הנסיבותיו בעיקרן:

א. הפלוגה המסייעת בפיקודו של נא' 2 פעלה במחנה בורייג', ביום 7.2.88, במרבית שעות היום, ובכלל זה, השעות הרלוונטיות לארוע עליו מעידים העדים המקומים. בשל עוצמת ההתפרעות פעלה הפלוגה ככח מאורגן ומאוחד. לבד מהמ"פ, השתתפו בארוע גם מפקדי המחלקה ארדיטי ופוליטי. הפלוגה פעלה תוך מתן סיוע לפלוגה ב' של הגדוד. לא הוכח כי באותו יום פעל במחנה כח צבאי נוסף או כח של מג"ב. השערות שהועלו בענין האפשרות כי כוחות "זריט" פעלו במחנה אותה עת, נדחו על ידינו.

ב. כשעות אחה"צ המוקדמות, 15:00-16:00 או סמוך לכך, נכנס כח של חיילים שהיה מצויד במספר ג'יפים לביתה של עזיזה במחנה. בבית ומחוצה לא, כמתואר בעדויות העדים המקומיים המהימנות עלינו, כסייגים שנקבעו לעיל, השתמשו החיילים בכח כנגד חלק מיושבי הבית ובכלל זה חאלד ועימד שתוצאות הכאתם נידונו במסגרת ניתוח הראיות הקשורות בטיפול הרפואי שניתן.

ג. הודעותיהם של הנאשמים במצ"ח שאומצו על ידם במהלך עדויותיהם בבית הדין, מעלות כי השתתפו בארוע של שימוש בכח במחנה, בזמן המקביל למועד בו התרחש הארוע הנ"ל. פרטי עדויות הנאשמים - ככל שהם זכורים לנאשמים

או שניתן להסתמך על מהימנותם ודיוקם לאחר ברירתם וניפויים כמתואר - זהים בעיקרם לארוע המתואר בעדויות העדים המקומים. לאחר ניתוחן של עדויות הנאשמים, שהודעותיהם עומדות בכסיסן, השתכנענו כי כל אחת מההודעות דנה בארוע מוגדר ותחום שכל אחד מהנאשמים מעלה אותו מכח זכרונו באורח מגובש. מן העדויות עולה, מעורבותם ההדדית של הנאשמים 2, 3 ו-4 בארוע המתואר, ענין, שבין היתר, מעיד על העובדה כי הנאשמים דנים כולם בארוע משותף. קובעים אנו כי לא ניתן להסתמך על הכחשתם הגורפה של חיילי הפלוגה וקציניה בדבר אי מעורבותם בארוע הנטען. כמו כן, מטרשמים אנו כי הנאשמים המעורבים בארוע, שעדויותיהם אינן מצטיינות דווקא ברצון מתמיד לחתור לחשיפת האמת, מגזימים בדרך מכוונת בטענה לגבי היקף מעורבותם בארועים מסוג דומה, או לפחות כי לא היה בהיקף המעורבות בפעילות דומה למנוע "בידוד" ו"דלית" פרטיו המובהקים והמוגדרים של הארוע, בלא חשש להיווצרות טעות בפרטיו המזהים המהותיים.

ד. למקצת הממצאים אופי ראיתי ישיר יותר:

(1) כתבת העיתון ח/21.

חרף הסתירות הנכללות בעדותו של נא'4 לנסיבות הבאתה של הכתבה לידיעתו, הרי שהנאשם המודע לאפשרות כי תאורו מופיע בגוף הכתבה, קושר עצמו בעדותו במעורבות בארוע המפורט בכתבה, גמועד התבצעותו, ובמילים אחרות: בארוע נשוא כתב האישום.

(2) הזיהוי לענין צבע העור.

לזיהוי משמעות ראיתית נוספת נוכח שילובו עם עדותו של נא'4

לענין הכתבה ח/21 ויחודיות צבע העור.

(3) סימני "הצבע" המזהים עם החטיבה.

כפי שפורט יש לראיה זו משקל תומך מוגבל, אם כי לא בהכרח אפסי,

כפי שנטען.

50. בע"פ 230/84 חג'בי נ. מ"י פד"י ל"ט (1) עמ' 786, נעמ' 791,792 מסכם

בית המשפט העליון ההלכות הדנות בראיות נסיבתיות:

"לא אחת נטענה ע"י סנגוריה טענה כי אין לקבוע ממצא

לחובת נאשם עפ"י ראיות נסיבתיות בלבד, כאשר מדובר

בהסקת מסקנה ומידת ודאותה של מסקנה לעולם אינה מגעת

לשלמות. בית משפט זה דחה טענות כאלה וטענות דומות,

בין השאר בע"פ 898/79, 112,38/80, ... בו מצוטטים

דברי המלומד W.WILLS... מפיו של השופט קולרידג' ...

"אין החוק דורש מכס, כי תפעלו על סמך הוודאי והוודאי

בלבד... בחיינו, כמעשינו, במחשבותינו, אין אנו

מתעסקים בוודאיות דווקא. ...
 ובע"פ 898/79, 112,38/80, ...:

"יש וראיה נסיבתית אחת יוצרת תמונה ברורה ושלמה בכיוון אשמחו של הנאשם עד כי בלי הסבר אמין ומשכנע מצידו אין להגיע למסקנה אחרת. אולם גם כאשר הראיות הנסיבתיות לקוטות ממקורות שונים ומהזדמנויות נפרדות, השאלה תהא תמיד מה התמונה הכוללת המתקבלת כאשר בית המשפט מפעיל מיטב שיקולו של האדם הסביר. ..."
 וכדברי מ"מ הנשיא לנדאו... בע"פ 524/77, 584, 653, 701, ...:

"... אך המסקנה הסופית יכולה להתקבל מחוץ צירופן של כמה ראיות נסיבתיות כאלה, שכל אחת מהן אינה מספקת בפני עצמה להרשעת הנאשם. כדי לברר אם מסקנת האשמה היא המסקנה מחוייבת המציאות מפעיל בית המשפט את מבחני ההגיון ונסיון החיים הכללי, ולבסוף חייב כל ספק סביר לפעול לזכות הנאשם."
 בע"פ 528/76, ...:

"מה שנדרש מהקטגוריה במשפט פלילי הוא להוכיח עובדות המצביעות בכיוון אשמח הנאשם במידה הקרובה עד מאד לאמת או לודאות..."

(ראה בענין זה גם ע"פ 470/85 בן-גל ואח' נ. מ"י, פד"י מ"ג (3), עמ' 133, ע"פ 209/88 רוקח נ. מ"י, פד"י מ"ב (1), עמ' 605).

"מקבץ" הראיות הנסיבתיות והאחרות שבפנינו מביא לגיבושה של המסקנה, כי הנאשמים 2, 3 ו-4 הם, אכן, אלו שהיו מעורבים בארוע המתואר בעדות העדים המקומים ואשר שימש בסיס לאישומם. ככל "שראיה נסיבתית כשלעצמה באופן נפרד לא תוכל לבסס מסקנה חד-משמעית..." (ע"פ 230/84 הנ"ל), הרי שהצטברותן של הראיות היה נה כדי ליצור את אותה חוליה מ ק ש ר ת שבין הארוע המתואר בעדויות העדים המקומיים. לבין זה המתואר בעדויות הנאשמים, כדי קביעה, כי חד הוא.

51. יצוין, כי אלמלא היונו מגיעים למסקנתנו האמורה בדבר מעורבותם של הנאשמים בארוע נשוא האישום, הרי שלא היונו מוצאים עצמנו פטורים מלהמשיך ולדון בענין אחריותו הפלילית של כל אחד מן הנאשמים בענינו של אותו ארוע, בו דן כל אחד מהם בהודעתו מחוץ לכותלי בית הדין ובעדותו בפנינו. התיאור המופיע בעדויות בענין מעורבות כל אחד מן הנאשמים במעשה של שימוש בכח כנגד תושבים מקומיים באותו ארוע המפורט בהן, מעלה על פניו, ראיה

לכאורה, לביצועה של עבירה כנגד הגוף, אלא אם נהנה מבצעה מאחת ההגנות שבחוק הפלילי.

סבורים אנו, כי לאחר שכל אחד מהנאשמים לא חלק על עצם מעורבותו באותו ארוע המתואר בהודעתו - והטענות התמקדו לענין עיתויו של הארוע ומיהותם של אלו שכוון כלפיהם השימוש בכח, ומשהטיעונים בפנינו הקשורים בחלות ההגנות שבחוק הפלילי אינם מבחינים למעשה בין ארוע אחד של שימוש בכח, למשנהו, כפי שיובהר, הרי שניתנה לנאשמים "הזדמנות סבירה להתגונן" גם לענין הארוע המתואר בהודעות. נצוין עוד, כי האפשרות החלופית המתוארת, כאשר זהותם של המתלוננים אינה ידועה, מונעת מטבע הדברים אפשרות חיובם של הנאשמים בתוצאת השימוש בכח, דהיינו גרימת נזק גופני מסוג זה או אחר.

עם זאת, אין באפשרות החלופית משום יצירת פער ניכר ומהותי לארוע המתואר באישום המקורי ולפיכך לא היתה נפגעת זכות מזכויות הנאשמים מהמשך ההליכים, גם במתכונת השונה מן האישום המקורי.

מתן "ההזדמנות הסבירה להתגונן" לענין של עובדות שלא נטענו - במלואן או בחלקן - בכתב האישום, העלולות לשמש בסיס להרשעה בעבירה זהה או שונה מן העברה המקורית המיוחסת לנאשם, הינו שיקול מרכזי המנחה את הערכאה השיפוטית בעת שהיא באה לעשות שימוש בסמכותה. (סעיף 184 לחוק סדר הדין הפלילי (נוסח משולב) התשמ"ב-1982 והשווה לענין זה הנאמר בסעיף 382 לחש"צ, תשט"ו-1955, שענין "מתן ההזדמנות הסבירה" נעדר מנוסחו). נוכח אופיה של ההגנה, לא נפגמה או נשללה הזדמנותם של הנאשמים להתגונן.

יוער בענין זה, כי העמדנו את הצדדים בסיום הדיון על אפשרות חיובם של הנאשמים במעורבות בעובדות השונות מן האישום המקורי וקיבלנו בענין זה תגובותיהם במהלך הסיכומים (ראה לענין זה, סיכום ההלכה הקשורה "בהרשעת נאשם על פי תשתית עובדתית שונה מזו של פיה הואשם" - ע"פ 545/88, בן עזרא נ. מ"י, פד"י מ"ג (2), עמ' 316, בעמ' 324, 323).