

בג"ץ 5282/09

קבוע 24.9.09



נגד

בבית המשפט העליון

בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

יש דין ואח'

על ידי ב"כ עוה"ד מיכאל ספרד ואח'

מרח' אחד העם 49, תל אביב - יפו

טלפון: 03-6206947; פקס': 03-6206950

הרמטכ"ל ואח'

על ידי פרקליטות המדינה,

משרד המשפטים ירושלים

טל': 02-6466513; פקס': 02-6467011

המשיבה

תגובה מטעם המשיבים 1 - 3

בהתאם להחלטת כבוד המשנה לנשיאה ריבלין, מיום 25.6.09, מתכבדים המשיבים 1 - 3 להגיש בזה את תגובתם לעתירה כדלקמן.

1. עניינה של עתירה זו בבקשת העותרים, כי בית המשפט הנכבד יורה למשיבים 1-3 ליתן טעם מדוע יימנעו מלהדיח או להשעות מתפקידם את המשיבים 4 ו-5, שהיו בעברם מפקד חטיבת "כפיר" ומפקד גדוד "שמשון" בחטיבה, בהתאמה. עוד מבקשים העותרים, כי בית המשפט יורה לפרקליט הצבאי הראשי, שהוא המשיב 3, ליתן טעם מדוע לא יורה על פתיחה בחקירה נגד השניים, בקשר עם עדותם בפני בית הדין הצבאי בפיקוד המרכז, במסגרת המשפט המתנהל נגד סגן (מיל') מלול (מר/09/205).
2. המשיבים יבקשו מבית המשפט הנכבד לדחות את העתירה על שני חלקיה הנ"ל. המשיבים יטענו, כי לאור נסיבות האירוע מושא העתירה, הצעדים שנקטו בעניינם של המשיבים 4 ו-5, התפקידים אותם ממלאים הקצינים בעת הזו, והשלב בו מצויים ההליכים המשפטיים בעניינו של סגן (מיל') מלול ושל חייל נוסף העומד לדין באותה פרשה, סמל א' ג', אין מקום להיעתר לעתירה.

עיקרי העובדות הצריכות לעניין

3. הגם שהדברים הוצגו בחלקם על-ידי העותרים בעתירתם, מבקשים המשיבים לחזור בקצרה על עיקרי העובדות הרלוונטיות לעתירה, בראייתם. חשיבות הדברים נעוצה בכך שבמקרה זה, הכרת נסיבות האירועים והשתלשלות העניינים כהווייתם, היא חיונית להערכת סבירות האופן בו פעלו המשיבים 1 - 3 בעניינים מושא העתירה.

4. בתאריך 10.10.08, בעקבות תלונתם של שני פלסטינים, אשר הועברה לידיעת המשטרה הצבאית החוקרת (להלן - מצ"ח) באמצעות העותרת 1, נפתחה חקירה בנוגע לאלימות מצד חיילים נגד פלסטינים בכפר קדום שבאזור יהודה והשומרון, בשעות הלילה של יום 27.9.08. במסגרת החקירה, נגבתה אמרתו של מר עמאר הנ"ל.

5. סגן אדם מלול, שהיה באותה עת סגן מפקד פלוגה בגדוד "שמשון" של חטיבת "כפיר", והיה מפקד הכוח שנכנס לכפר קדום במועד הנ"ל, שלל באמרתו הראשונה במצ"ח את הטענות בדבר אלימות שהופעלה על-ידי הכוח במהלך הפעולה בכפר.

לאחר שנגבתה אמרתו של סגן מלול, נחקר אחד מתיילי הכוח, סמ"ר תי ר', על-ידי מצ"ח, בקשר לאירוע אחר. במסגרת אותה חקירה, תיאר סמ"ר ר' באופן מפורט את שאירע במהלך הפעילות בליל ה-27.9.08 בכפר קדום. בעקבות עדותו של סמ"ר ר', נחקר בשנית סגן מלול, ובחקירתו הודה, כי יחד עם סמל אי ג' ביצע תחקור אלים של פלסטינים במהלך הפעילות הנ"ל. הנאשם ציין, כי הוא והחייל טלטלו בחוזקה חלק מן הפלסטינים שתוחקרו על-ידם, וכי במסגרת התחקור הוא "נתן כאפות" לפלסטינים. בסיכום אמרתו אמר סגן מלול - "אני מתחרט על מה שעשיתי, כשאתי כמפקד ובאני מאמין שלי ובערכים שלי".

כאשר נשאל סגן מלול אם תחקור אגרסיבי הוא אופן התחקור המקובל בעת פעילות בכפר פלסטיני, השיב על כך בשלילה. לדבריו, פעולת התחקור אינה מוסדרת בנוהל כתוב, אלא "יש את ההיגיון הפשוט שאומר 'אל תרים ידיים'; לדבריו "היינו יכולים להשיג את אותה תוצאה, בלי כל האמצעים האלו".

עוד ציין סגן מלול, כי היה עד לסטירות שנתן סמל ג' לפלסטינים. בהקשר זה ציין סגן מלול, כי "לפי דעתי הטעות היא אצלי, כי אם אני הייתי נמנע מלפעול ככה אז גם [סמל ג'] לא היה פועל ככה".

בחקירתו השלישית, לאחר שנועץ עם עורך דין, שלל סגן מלול את שאמר בחקירותיו הקודמות, בדבר היעדר איום על הכוח בעת הפעולה.

6. סמל ג', שהיה פקודו של סגן מלול בעת האירוע, הודה בחקירתו הראשונה בכך שנתן "נגיחה" בגופו של פלסטיני, לדבריו, עשה כן כדי לפזר התקהלות של פלסטינים סביב סגן מלול, וכיוון שסבר שהדבר הכרחי לאור הסכנה שנוצרה. עוד ציין סמל ג' בעדותו, כי משך פלסטיני אחר לעבר הקיר.

בחקירתו השנייה ציין סמל ג', כי "הדף" פלסטיני שעמד בסמיכות לסגן מלול, וכי "הזיו" פלסטיני אחר ש-"דיבר עם הידיים", ואולי אף נתן לאותו פלסטיני "מכה קטנה על הידיים".

בשיחה מוקלטת שנערכה בין סגן מלול לסמל ג', אמרו השניים אמירות מפלילות, ושאלו איש את רעהו במה הודה כל אחד.

7. מפקדיהם של סגן מלול וסמל ג', לרבות המשיב 5 - מפקד הגדוד של סגן מלול - מסרו כולם בעדויותיהם בפני מצ"ח, כי חל איסור לנקוט אלימות במהלך תחקור (למעט הפעלת כוח סביר לשם ביצוע מעצר, או בתגובה לאלימות מצד הפלסטינים). המשיב 4, מח"ט "כפיר", לא נחקר במצ"ח.

8. ביום 19.3.09 הוגשו כתבי אישום נגד סגן מלול ונגד סמל ג' לבית הדין הצבאי במחוז שיפוט מרכז. לשניים יוחסו עבירות של תקיפה בנסיבות מחמירות והתנהגות שאינה הולמת, בשל כך שבמהלך חודש ספטמבר 2008, הפעילו שני הנאשמים אלימות כלפי מספר תושבים פלסטינים, אגב תחקורים של האחרונים, כמפורט להלן:

עת שימש סגן מלול כמפקד כוח צבאי, במהלך סיור של שני כלי רכב צבאיים בכפר קדום שנועד לאיתור כלי נשק בכפר, החל סמל ג' לתחקר פלסטיני, לאחר שהחליף חייל אחר (סמ"ר ת') במלאכת התחקור. סמל ג' שאל את הפלסטיני "איפה הנשק", והפלסטיני השיב שאינו יודע. או אז נגח בו סמל ג' בעזרת קסדתו, בעט בו באמצעות ברכו לאזור הבטן, וקרע את חולצתו. סגן מלול אפשר לסמל ג' להמשיך במעשיו, וכן ניגש לפלסטיני אחר שנכח במקום והכה אותו בחוזקה רבה. לשאלת עובר אורח פלסטיני מבוגר לפשר המעשים, דחף אותו סגן מלול.

כמו כן, במהלך הסיור, בסמוך למרכז מקומי, לידו ישבה קבוצה של כ-30-10 פלסטינים, הורה סגן מלול לכל הפלסטינים לעמוד בשורה, ונערך עליהם חיפוש. אחד מהם שאל "מה קורה, למה באנו לפה". בתגובה, לקח אותו סגן מלול לסמטה, בה ישבו עוד כ-5 פלסטינים. במסגרת תחקורו בסמטה, הכה אותו סגן מלול, לאחר שנשאל אם יש בכפר כלי נשק, והלה השיב כי "הוא לא עושה בלאגן". סמל ג' אף הצמיד את אותו פלסטיני לקיר, חנק אותו, בעט בו ברגלו, והכה אותו פעם נוספת.

בשלב מסוים, סגן מלול אף הכה פלסטיני אחר שקיללו, לאחר שהאחרון סבר, כי הכו את אחיו הקטן.

במהלך התחקורים, במספר מקרים בהם הפלסטינים לא שיתפו פעולה, נקטו סגן מלול וסמל ג' בשיטות תחקור אגרסיביות, שכללו סטירות לפנים ולעורף, מכות באמצעות הברך, טלטול בחוזקה, ותפיסה בידיים, בכתפיים ואו בדש החולצה של הפלסטיני המתוחקר. בנוסף, במהלך התחקורים האגרסיביים, הכה סגן מלול חלק מן הפלסטינים המתוחקרים.

בשלב מסוים, עת הגיע סמל ג' למקום על מנת ללוות פלסטיני נוסף לתחקור יחידני, פנה אליו פלסטיני מבוגר אחר, ובתגובה צעק עליו סמל ג', דרש שישתוק, והכה אותו.

כתב האישום בעניינו של סגן מלול צורף לעתירה כנספת 1.

9. סגן מלול וסמל ג' נעצרו עד תום ההליכים המשפטיים בעניינם ביום 1.4.09 (החלטת בית הדין הצבאי המחוזי בעניין זה, אף אושרה על-ידי בית הדין הצבאי לערעורים במסגרת ערר מעצר שהוגש נגד החלטת בית הדין הצבאי המחוזי). ביום 5.5.09 שוחרר סגן מלול למעצר בית בתנאים מגבילים וכיום הוא משוחרר מן השירות בצה"ל; ביום 7.5.09 שוחרר סמל ג' למעצר פתוח (בהסכמת התביעה).

10. במסגרת ההליכים בעניינם של סגן מלול וסמל ג', העידו המשיבים 4 ו-5, וכן הוגשו מטעמים תצהיר ומכתב.

11. כך, לקראת הדיון בערר המעצר, הוגש מטעמו של סגן מלול לבית הדין הצבאי לערעורים תצהיר של המשיב 4, מפקד החטיבה, בו נכתב, בין היתר, כי:

"לכל היותר שגה הקצין בהפעלת שיקול דעת, שגה מתוך כוונה לייצר תוצאה מבצעית שתוביל לגילוי אמצעי לחימה והתארגנות פח"ע בכפר קדום. ולכן, כמפקד בכיר בצבא, אני מתקשה לחבין הכיצד המערכת הצבאית מנחסת [כך במקור] כוונת פליליות ללוחמים שהיו במשימה מבצעית ואשר ככל הנראה שגו וטעו. אך טעותם לא הובילה לפגיעתו של איש...

המסר בעצם מעצרים של הלוחמים הובן היטב, וכל יום בו ממשיכים לשהות לוחמים אלו במעצר, כאחרון העבריינים בצבא, אין בה [כך במקור] שום תועלת ולכן לטעמי אין שום טעם בהמשך החזקתם במעצר של הלוחמים ויש לשחררם".

12. המשנה לנשיא בית הדין הצבאי לערעורים, אלי"ם דורון פייליס, מתח בהחלטתו בעניין המעצר ביקורת חריפה על תצהירו של משיב 4, בצינו בין היתר:

"יש להצטער על הדברים שנכתבו בתצהיר. מן הדברים עולה הרושם כי המח"ט אינו מכיר במלוא הפסול שבמעשים כגון אלה המיוחסים למערערים ובסכנה שבצידם. ואף זאת - המח"ט אינו קובע כי המעשים המיוחסים מותרים, אך ממעיט מאוד בערכם ובחומרתם. עמדה זו עלולה ליצור תחושה של עמימות. חיילי הצבא צריכים לדעת, מפי מפקדיהם את שמותר להם לעשות בעת פעילות מבצעית ויותר מכך - לדעת באופן מפורש מה אסור להם לעשות. עמימות זו עלולה להותיר חיילים מבולבלים, נוחים להיסחף למעשי אלימות ולהסתבך בעבירות."

[ההדגשה הוספה]

החלטת בית הדין הצבאי לערעורים בע"מ/35/09 מצורפת ומסומנת מש/1.

13. על אף הביקורת שהוטחה בו על-ידי בית הדין הצבאי לערעורים בהחלטתו הנ"ל, העיד המשיב 4 במשפטו של סגן מלול, כעד הגנה. בעדותו, חזר המשיב 4 על דבריו בהם נתן לגיטימיות, לכאורה, לשימוש באלימות במהלך תשואל.

נוסף על המשיב 4, העיד מטעם ההגנה במשפטו של סגן מלול גם המשיב 5. בעדותו בבית הדין, התבטא אף האחרון באופן הנותן לגיטימיות לשימוש באלימות במהלך תשואל.

מכל מקום, דבריהם של המשיבים 4 ו-5 בפני בית הדין, אשר אינם מצויים במחלוקת, והחשש כי דבריהם עלולים היו להתפרש כמתן הכשר לחייליהם לפעול באופן בו התבטאו בפני בית הדין, הם העומדים במוקד העתירה דנן.

14. כאן המקום לציין, כי טרם מתן עדותו של המשיב 5 בבית הדין הצבאי, חדל הוא מלמלא תפקיד בחטיבת "כפיר", והוצב בתפקיד סגן מפקד החטיבה הצפונית של אוגדת עזה. בנוסף, באותה עת, היה המשיב 5 נתון תחת חקירה של המשטרה הצבאית החוקרת (בגין חשדות הקשורים במהותם אף לתיק דנן, כפי שיפורט בהמשך), חקירה שטרם הסתיימה.

15. ימים ספורים לאחר שהעידו הקצינים בפני בית הדין הצבאי, פנה הפצ"ר בעניינם לרמטכ"ל ולמפקד פיקוד המרכז. במכתבו ציין הפצ"ר, כי "התבטאויותיהם הפומביות, המתוארות לעיל, של [המשיבים 4 ו-5], כמפקדים בכירים בצה"ל, וכמי שמנחילים ערכי לחימה לחיילים תחת פיקודם, הינן בראיית חמורות ביותר. יש בחן משום מתן לגיטימציה מפורשת לנקיטה באלימות שלא כדין, כחלק מתשואלים המבוצעים לפלסטינים. להבנתי, מדובר בחריגה חמורה מנורמות ההתנהגות המתחייבות והמצופות מחיילי צה"ל בכלל, וממפקדים בכירים בפרט... העמדות הפומביות אשר הוצגו ע"י המח"ט והמג"ד, אינן מתיישבות עם ערכי צה"ל ועם רוח צה"ל, והן מעבירות מסר פסול למפקדים ולחיילים אשר תחת פיקודם, בדבר חמורות והאסור בהתנהלות כלפי האוכלוסייה הפלסטינית, גם במהלך לחימה. אמירות אלה, ו-"רוח המפקדים" הנושבת מהן, טומנות בחובן סכנה להחטאתם של חיילים נוספים בביצוע עבירות דומות...".

מכתב הפצ"ר לרמטכ"ל ולמפקד פיקוד המרכז מצורף ומסומן מש/2.

16. עוד קודם למשלוח המכתב, העלה הפצ"ר את הנושא בפגישה עם מפקד פיקוד המרכז. בעקבות הפגישה, ביום 14.5.09, הפיץ מפקד פיקוד המרכז אגרת לקצונה הבכירה של הפיקוד (עד דרג מפקדי הגדודים), בה התייחס לעדותם של המשיבים 4 ו-5 בבית הדין. באגרת כתב מפקד הפיקוד כך –

"דברים אלו אינם מקובלים, אינם על דעתי ואינם משקפים את ערכי צה"ל והפיקוד. התמודדות חיילי צה"ל עם המשימות המוטלות עליהם בגזרת הפיקוד היא מורכבת, אך יש קווים אדומים שאותם אין לחצות וסוגי התנהגות שאיתם לא נשלים..."

כאשר אדם נעצר, מעוכב או מוחזק ע"י כוח צבאי, חל איסור חמור, חד משמעי וברור, להפעיל כלפיו אלימות ולמעט כמובן מצבים של הגנה עצמית מצד הכוח, התנגדות למעצר וכיו"ב, בהם ניתן להפעיל כוח סביר ונדרש). אין מדובר בתחום אפור או בעניין שבשיקול דעת, אלא בהנחיה חדה ומובנת מאליה, שאינה משתמעת לשתי פנים. יש לחדד, עד אחרון המפקדים והחיילים, את האיסור המפורש להפעיל כוח ואלימות בלא הצדקה או מעבר לנדרש כלפי תושבים פלסטינים, ואת האיסור לפגוע פגיעה לא מוצדקת בכבודם יש לוודא כי הבנה זו היא נחלתם של כל חייל וכל חיילת, הפועלים בפיקוד, והוא חלק מהכשרת החיילים ובניית הכוח..."

[ההדגשות במקור]

אגרת מפקד פיקוד המרכז מצורפת ומסומנת מ/ש/3.

17. ביום 19.5.09, קיים מפקד פיקוד המרכז הליך של נזיפה פיקודית למשיב 4, לפי פקודת מטכ"ל 33.0333. בתום ההליך החליט הקצין לנוף פיקודית במשיב 4, ואף ציין, כי "עניין זה יילקח בחשבון בעת דיוני השיבוצים בעניינו של הקצין". אמירה זו, משקפת אף את עמדתו של הרמטכ"ל בעניין זה.

טופס הנזיפה הפיקודית מצורף ומסומן מ/ש/4.

18. הרמטכ"ל עצמו אף התבטא בעניין בפני ועדת החוץ והביטחון של הכנסת, והבהיר את הסתייגותו מכל אמירה ממנה משתמע, לכאורה, מתן הכשר לאלימות נגד פלסטינים.

19. בעקבות עדויותיהם הנ"ל של הקצינים, נועץ הפצ"ר עם גורמים בכירים בפרקליטות המדינה ועם היועץ המשפטי לממשלה, בנוגע לאופן בו נכון יהיה להגיב לדברים, והצעדים בהם נכון יהיה לנקוט בעקבותיהם. על היועצות זו ועל מהות השיקולים שנשקלו במסגרתה, נעמוד מיד.

20. בעקבות פרסום אגרת האלוף וקיום הליך הנזיפה הפיקודית למשיב 4, פנו לפצ"ר בעניין זה שורה של גורמים, הן גורמים שמחו על עצם נקיטת צעדים בעקבות עדויות הקצינים, והן גורמים שמחו על מהות הצעדים שנקטו או על היעדרם של צעדים נוספים. למען ההמחשה, נבקש להזכיר חלק מן הפניות שהועברו בעניין זה לפצ"ר ולאחרים -

- בא כוחו של סגן מלול, עו"ד שמי כהן, פנה לפצ"ר בבקשה, כי יורה על פתיחה בחקירה נגד מפקד פיקוד המרכז, בטענה שהליך הנזיפה הפיקודית שנקט בעקבות עדותו של משיב 4 בבית הדין, מהווה עבירה של שיבוש הליכי משפט, נוכח השפעתו הפסולה, לדידו, על ההליכים בעניינו של סגן מלול.

בא כוחו של סמל ג', הסנגור הצבאי הראשי (להלן - הסצ"ר), פנה לפצ"ר וטען, כי הליך הנזיפה הפיקודית שנקט מפקד פיקוד המרכז, מהווה התערבות פסולה בהליך המשפטי התלוי ועומד נגד סמל ג'. הסצ"ר ביקש, כי הפצ"ר יורה על פתיחה בחקירת מצ"ח נגד מפקד הפיקוד, נגד גורמים בחטיבת דובר צה"ל ונגד גורמים בפרקליטות הצבאית, בחשד להתערבות פסולה במשפטו של סמל ג'. עוד ביקש הסצ"ר, כי הדברים יובאו לידיעת היועץ המשפטי לממשלה, על מנת שישקול להורות על פתיחה בחקירה נגד העותרת 1, בשל חשדות דומים.

בהקשר זה יצויין, גם כי בהמשך לאמור, נטענו על ידי סמל ג' טענות מקדמיות במסגרת משפטו הפלילי, שעניינן, בין השאר של הגנה מן הצדק בשל התערבות פסולה, לגישתו, של מפקד פיקוד המרכז בהליכים המשפטיים, כמפורט לעיל. טענות אלה נדחו **בשלב זה** על ידי בית הדין הצבאי, תוך שהוא מציין, כי יש מקום לברון במסגרת פרשת ההגנה במשפטו של הנאשם.

החלטת בית הדין הצבאי בפיקוד מרכז מיום 17.9.09 מצורפת ומסומנת **מש/5**.

בא כוח העותרת 1, עו"ד מיכאל ספרד, פנה לפצ"ר בדרישה להורות על השעייתם של המשיבים 4 ו-5 ועל פתיחה בחקירת מצ"ח נגדם. לטענת עו"ד ספרד "המח"ט והמג"ד הודו בעדותם בביצוע עבירות פליליות חמורות, במתן היתר לפקודיהם (נערים בני 18) להתנהג באלימות מחרידה כלפי אזרחים פלסטינים המצויים במשמורת וכלפי עוברי אורח תמימים בכפרים פלסטינים בהם שהו בפעילות מבצעית".

העותרת 2 פנתה לפצ"ר בדרישה, כי יורה על פתיחה בחקירת מצ"ח בעניינם של המשיבים 4 ו-5, זאת נוכח "הודייתם במעשים ובמתן פקודות בלתי-חוקיות בעליל". פניית העותרת 2 הועברה אף לעיונו של היועץ המשפטי לממשלה.

חבר הכנסת אורי אריאל פנה לפצ"ר וטען, כי הנזיפה הפיקודית שניתנה למשיב 4, מהווה "התערבות בוטה" של מפקד הפיקוד במשפטם של סגן מלול ושל סמל ג'. בנוסף, חבר הכנסת עתניאל שנלר פנה ליושב ראש ועדת החוץ והביטחון של הכנסת, חבר הכנסת צחי הנגבי, בבקשה לקיים דיון בנוגע ל-"התערבות בתהליך השיפוטי הצבאי ע"י אלוף פיקוד מרכז".

הפניות מצורפות ומסומנות במקובץ **מש/6**.

21. לכל הפניות שהועברו אליו, השיב הפצ"ר, ככלל, תשובה דומה, בה פירט את עמדתו, שהיא רלוונטית אף לטענות העותרים בעתירה דנן. על עמדתו העקרונית של הפצ"ר, נעמוד בהמשך תשובה זו. די לציין, בשלב זה, את עיקרה של עמדת הפצ"ר, כפי שהובעה במכתבי התשובה שהועברו לפונים.

בראיתו, "האיזון הראוי בין החכרח להביע, במהירות ובבירור, חסתייגות מלאה מן הדברים שאמרו הקצינים, ולהבהיר את עמדתו של צה"ל בעניין זה לכלל חייליו ומפקדיו, לבין החכרח להימנע מהתערבות בהליכים משפטיים תלויים ועומדים, מצדיק לנקוט בשלב זה שורה של מהלכים הכרחיים (שהם צופים פני עתיד באופיים), ולהשהות, לעת עתה, את ההחלטה לגבי נקיטה בצעדים צופים פני עבר, עד אשר יושלמו ההליכים המשפטיים במסגרתם העידו המח"ט והמג"ד" [ההדגשות במקור].

מענה הפרקליט הצבאי הראשי לעו"ד ספרד, בו הוסברה עמדה זו, צורף לעתירה **כנספח 9**.

22. אף העוזר הבכיר ליועץ המשפטי לממשלה, במענה לעותרת 2, ציין, כי היועץ המשפטי לממשלה סומך את ידיו על הפעולות שנקטו בעניין על-ידי מפקד פיקוד המרכז והפרקליט הצבאי הראשי.

מענה עוזר היועץ המשפטי לממשלה לעותרת 2, צורף לעתירה **כנספח 11**.

23. להשלמת התמונה יצוין, כי לקראת סיום תפקידו של המשיב 4 כמפקד חטיבת "כפיר", הבהיר הפצ"ר בכתובים למספר גורמים ובהם הרמטכ"ל וראש אגף כח אדם כי יש לראות את המשיב 4 כמי שקיימת מניעה לקדמו, כל עוד לא התקבלה החלטה סופית בנוגע לצעדים שיינקטו בעניינו על רקע עדותו בפני בית הדין. ביום 20.8.09, סיים המשיב 4 את תפקידו כמפקד חטיבת "כפיר", וכיום הוא מוצב כחניך במכללה לביטחון לאומי.

מכתב הפצ"ר ביחס לקידומו של המשיב 4 מצורף ומסומן **מש/7**.

השיקולים שנשקלו על-ידי המשיבים 1 - 3 עובר לקבלת החלטה בנוגע למהות הצעדים בהם נכון לנקוט בעקבות התבטאויותיהם של המשיבים 4 - 5

24. כאמור במכתבו של הפצ"ר לפונים אליו, לאחר התייעצות עם פרקליטות המדינה ועם היועץ המשפטי לממשלה בסוגייה העקרונית, הוחלט על-ידי המשיבים 1 - 3 לנקוט בעקבות עדויותיהם של המשיבים 4 - 5 בעת זו בצעדים הבאים - קיום הליך של נזיפה פיקודית למשיב 4, על-ידי מפקד פיקוד המרכז והפצ"ר אגרת מפקדים בפיקוד המרכז, המבהירה את הנורמות החלות בפיקוד, ואת גבולות המותר והאסור בכל הנוגע להפעלת כוח כלפי תושבים פלסטינים. האגרת הועברה למפקדים בפיקוד על מנת שיבהירו את תוכן האמור בה לחייליהם. כמו כן, ניתן לאגרת פרסום באמצעי התקשורת, והיא זכתה לתהודה רבה בצה"ל כולו.

25. הובהר, כבר בעת קבלת ההחלטה בדבר נקיטת הצעדים דלעיל, כי עם תום ההליכים המשפטיים בהם העידו או צפויים היו להעיד המשיבים 4 ו-5, יישקל שוב עניינם של הקצינים, ויוחלט אם לנקוט נגדם צעדים משפטיים ו/או פיקודיים נוספים.

26. החלטה זו, על כלל מרכיביה, התקבלה, כאמור, לאחר התייעצות בסוגייה העקרונית עם פרקליטות המדינה ועם היועץ המשפטי לממשלה.

27. כפי שציין הפצ"ר במכתבי התשובה שהוציא לפונים השונים בעקבות הצעדים דלעיל, ההחלטה האמורה היא תולדה של איזון בין שיקולים שונים, אשר תמכו כל אחד בדרך פעולה אחרת. ואלה הם השיקולים שנשקלו על-ידי המשיבים 1 – 3 עובר לקבלת ההחלטה –

א. ההכרח להביע הסתייגות מן הדברים ולמנוע החטאה עתידית של חיילים – ראשית, המשיבים 1 – 3 הסתייגו באופן עמוק וחד משמעי מן הדברים שהושמעו על-ידי המשיבים 4 ו-5 בעדויותיהם בפני בית הדין, וביקשו להביע את הסתייגותם הנחרצת באופן ברור ונראה לעין, ובמהירות. בנוסף, נדרש היה להסיר, באופן בהול וברור, את העמימות שיצרו, כביכול, המשיבים 4 ו-5 בעדותם, בנוגע לנורמות ההתנהגות החלות בצה"ל בכלל ובפיקוד המרכז בפרט.

כאן המקום לציין, כי המשיבים 1 – 3 דוחים מכל וכל את הטענה, כי דבריהם של המשיבים 4 ו-5 בפני בית הדין הצבאי, משקפים באופן כלשהו את הנורמות החלות בצה"ל או את עמדת צה"ל או מפקדיו בנושא זה. התגובה הפיקודית המהירה בה נקט מפקד פיקוד המרכז, והדברים הנכוחים שנאמרו על-ידו באגרת שהפיץ בפיקוד (כמפורט לעיל), מלמדים שאין הדבר כך. לא זו אף זו – אף המשיב 4 עצמו הבהיר בהודמנויות שונות, כי הגם שיייתכן וניתן היה להבין אחרת מעדותו בפני בית הדין, אף הוא סבור, כי הנורמות המחייבות בצה"ל להלכה, והמתקיימות בו למעשה, הן אלה שפורטו באגרת מפקד פיקוד המרכז.

מכל מקום, כאמור לעיל, המשיבים 1 – 3 ביקשו לנקוט, באופן מהיר וברור, בצעדים הדרושים כדי להביע הסתייגות מן האמירות של המשיבים 4 ו-5, ולהבהיר את המצב המשפטי לכלל חיילי צה"ל ומפקדיו. מטבע הדברים, צעדים אלה הם בעיקרם צופי פני עתיד, במובן זה שהם נועדו, בראש ובראשונה, למנוע החטאתם העתידית של חיילים, אשר עלולים היו לפעול ברוח הדברים שנאמרו על-ידי המשיבים 4 ו-5 בעדותם בפני בית הדין.

לעניין זה, ברור היה, כי כל דיחוי בנקיטת צעדים שיבהירו את הטעון הבהרה, טומן בחובו את הסיכון, כי חיילים יפרשו שלא כהלכה את הדברים שנאמרו על-ידי המשיבים 4 ו-5, וינהגו שלא כדין. משכך, הוחלט, כי יש לנקוט צעדים מסוג זה בהקדם האפשרי, וכך היה.

ב. נקיטת צעדים בעקבות החשד להתנהגות פלילית העולה מן הדברים – עוד סברו המשיבים, כי עדויותיהם של המשיבים 4 – 5 עשויות להצדיק קיום חקירה פלילית, כיוון שמתעורר החשש כאילו הן מלמדות שהמשיבים 4-5 נותנים הכשר לפקודיהם לפעול בנסיבות מסוימות באופן בו התבטאו בבית הדין.

יוער, כי הגם שמדובר בחשד שחומרתו איננה מבוטלת, מדובר בחשד כללי באופיו, שכן אין בידי רשויות אכיפת החוק של צה"ל עדויות קונקרטיות המלמדות על הנחיות שניתנו, הלכה למעשה, על-ידי המשיבים 4 ו-5 ברוח דבריהם בפני בית הדין. עוד יוער, כי עדותם של השניים הייתה כללית באופייה, ולא התייחסה למקרה הפרטני מושא ההליך בעניינו של סגן מלול או לכל אירוע פרטני אחר (אף סגן מלול עצמו לא טען, כי הונחה על-ידי מי מן המשיבים 4 ו-5 לנהוג כפי שנהג). אמנם, מעדותו של המשיב 5 (בניגוד למשיב 4), משתמע, כי הוא עצמו היכה פלסטינים ב-"פעמים בודדות" כלשונו (הדברים הובאו על-ידי העותרים בעתירתם); אולם, כאמור לעיל, המשיב 5 כבר נתון תחת חקירה של המשטרה הצבאית החוקרת בגין חשדות אלה ממש.

ג. **ההכרח להימנע מהתערבות פסולה בהליכים משפטיים תלויים ועומדים** – לבסוף, שקלו המשיבים 1 – 3 גם את העובדה שהדברים שנאמרו על-ידי המשיבים 4 ו-5, ואשר אליהם מתייחסת העתירה דן, נאמרו במסגרת הליכים משפטיים **שעודם תלויים ועומדים**. משפטו של סגן מלול, בו ניתנה עדותם של המשיבים 4-5 עודנו מתנהל, והוא מצוי בשלב הסיכומים. משפטו של סמל ג' נמצא לקראת סיום פרשת התביעה, וקיים צפי, כי המשיבים 4-5 יזומנו להעיד במשפט זה מטעם ההגנה, כפי שנעשה בעניינו של סגן מלול.

ברי, כי כאשר ההליכים המשפטיים הללו עודם תלויים ועומדים, יש לנקוט משנה זהירות טרם נקיטה בצעד אשר עלולה להיות לו השפעה על התנהלותם של הליכים משפטיים אלה, ולכל הפחות עלול ליצור מראית עין של התערבות בהליכים משפטיים שבירורם טרם הסתיים. ברי, כי אם יתברר שאין כוונה לזמן את המשיבים 4 ו-5 להעיד במשפטו של סמל ג', יצטמצם החשש בעניין זה למשפטו של סגן מלול בלבד, ונראה כי חשש זה הוא בעל משקל נמוך יותר, בהתחשב בכך שלא קיים בעניין זה חשש שהעדים, אשר סיימו כבר את עדותם, יחזרו בהם מדבריהם באופן שעשוי להשפיע על ההליך המשפטי, או שעדותם של עדים אחרים תושפע מן הצעדים שנקטו (שכן פרשת ההוכחות כבר הסתיימה, כאמור).

כאן המקום להבהיר, כי החשש שהתעורר בהקשר זה הוא כפול – ישיר ועקיף. במה דברים אמורים?

ראשית, כאמור, התעורר החשש, כי במקרה שהמשיבים 4 ו-5 עצמם יזומנו להעיד מטעם ההגנה בפני בית הדין הצבאי בעניינו של סמל ג' (כאמור, פרשת ההגנה במשפטו של סמל ג' טרם החלה), צעדים שיינקטו נגדם בעקבות עדותם במשפטו של סגן מלול, ירתיעו אותם מלהעיד באופן חופשי ולומר את מלוא האמת כפי שהיא מצטיירת בעיניהם;

שנית, התעורר החשש, כי נקיטה בצעדים "עונשיים" נגד המשיבים 4 ו-5 בעקבות עדותם בפני בית הדין, תרתיע גם עדים אחרים מלהעיד, מתוך חשש, כי מסירת עדות גלויה ומלאה בפני בית הדין, תביא אף לנקיטת צעדים נגדם.

ודוק – שלא כנטען על-ידי העותרים, החשש איננו נוגע כלל לכך שנקיטה בצעדים שיביעו את עמדתם של המשיבים 1 – 3, עלולה "לחלחל" לתוך ההליכים המשפטיים נגד סגן מלול וסמל ג', ולהשפיע על השופטים (במובן זה שיהיה בה כדי להביא בפניהם את עמדתם של המשיבים 1 – 3 בעניין).

ראשית, שופטי בתי הדין הצבאיים, מוחזקים כמי שמושפעים אך ורק מן הראיות שהובאו בפניהם, ואינם מושפעים מתכנים "חיצוניים" שלא נשמעו בפניהם.

שנית, וחשוב מכך, עמדתם של המשיבים 1-3 מובאת בפני בית הדין בראש ובראשונה באמצעות התביעה הצבאית, ולא באמצעות כלי התקשורת או באמצעות מהלכים המתקיימים מחוץ לכתלי בית הדין. יתרה מזאת, אף מפקד פיקוד המרכז עצמו זומן על-ידי בית הדין להעיד בעניינו של סגן מלול (ביום 9.9.09), ובמסגרת זו, הביא מפקד הפיקוד במישרין את עמדתו בפני בית הדין. בכך יש כדי ללמד, כי חששם של המשיבים 1 – 3 אינו נוגע לרתיעתם מהבאת תוכנם של הדברים והעמדות האמורות בפני בית המשפט (ההיפך הוא הנכון, הדברים הובאו בפני בית הדין הצבאי במישרין ובדרך המלך, כאמור), אלא לחשש, כי הדבר ירתיע עדים מלהעיד באופן חופשי ומלא, ובכך – יפגע בתקינות ההליך השיפוטי, ואף בהגנתו של הנאשם ובזכותו להליך הוגן (אינטרסים שגם עליהם מופקד הפצ"ר).

שיקול זה הוא שיקול מרכזי בשאלת העיתוי בו יינקטו צעדים כאלה ואחרים בעקבות אמירותיהם של המשיבים 4-5, בפרט ככל שהדבר נוגע לצעדים כגון פתיחה בחקירה, שהם צעדים צופי פני עבר באופיים.

יובהר, באופן חד משמעי וברור, כי אין במתן משקל לחשש מפני הרתעת העדים, משום מתן לגיטימציה לתוכן הדברים שנאמרו על-ידי המשיבים 4 ו-5 או משום הסכמה לתוכן הדברים שנאמרו על-ידיהם, ממנו מסתייגים המשיבים 1 – 3 באופן נחרץ.

המשיבים סבורים, כי לא ניתן להשתחרר מן החשש, כי נקיטת צעדים נגד המשיבים 4 ו-5 בעקבות הדברים שאמרו בבית הדין (שהיא, כאמור, ראויה ואף מתחייבת בעיני המשיבים 1 – 3), תרתיע אותם או אחרים מלהעיד. המשיבים 1 – 3 רואים חשיבות בכך שהמשיבים 4 ו-5, וכן עדים אחרים, יוכלו להעיד בחופשיות ולומר כל אשר על ליבם, וכן לאפשר לנאשמים בהליכים אלו להביא בפני בית הדין הצבאי כל עדות אשר יש בה לעמדתם לסייע בהגנתם גם אם תוכן הדברים חורה למשיבים 1 – 3, או מעורר חשדות כלפי העדים לשם כך, יש לצמצם, עד כמה שניתן, בנקיטת צעדים המהווים "תגובה" לעדות, כל עוד ההליכים המשפטיים הרלוונטיים עודם מתנהלים, ובייחוד כל עוד קיימת אפשרות כי אותם עדים ייקראו ליתן עדות בפני בית הדין בהזדמנות נוספת באותו העניין ממש.

עוד נובע מן ההבהרה דלעיל, בדבר אופי החשש אותו מבקשים המשיבים 1 – 3 למנוע, כי הדברים נוגעים, למעשה, רק לשלב פרשת ההוכחות במשפטם של סגן מלול וסמל ג'. כיוון שהחשש הוא מפני הרתעתם של העדים, ואינו נוגע לתוכנו של החליך המשפטי הפרטני, הוא יתאיין ממילא כאשר פרשת ההוכחות בהליכים אלה תבוא לסיומה. אם כן, אין לחשוש, כפי שטענו העותרים בעתירה, כי שיקול זה ישפיע על קבלת החלטות בעניינם של המשיבים 4 ו-5 למשך זמן רב (ודאי וודאי שלא תהיה לו רלוונטיות בשלב הדיון בערעור בעניינם של הנאשמים, אם יוגש כזה).

נדגיש, כי כפי שצויין לעיל, באי כוחם של סגן מלול וסמל ג' אכן טענו, מיד לאחר שננקט הצעד הפיקודי בעניינו של המשיב 4, כי אפילו בכך יש כדי להוות התערבות פסולה במשפטיהם של מרשיהם, אשר פוגעת בהגנתם של הנאשמים. הסניגורים אף טענו, כי הדבר עולה כדי עבירה של שיבוש מהלכי משפט. מובן, כי המשיבים 1 – 3 אינם שותפים לדעה זו. עם זאת, היא ממחישה את החשיבות שבהימנעות בשלב זה מנקיטה בצעדים שיש בהם ולו מראית עין של ניסיון להתערב בהליך משפטי תלוי ועומד או להשפיע עליו.

עוד נציין, כי במהלך משפטו של סגן מלול, לאחר שננקטו הצעדים הפיקודיים בעניינו של המשיב 4 על-ידי מפקד פיקוד המרכז, העיד במשפט סרן לוי, מטעם ההגנה. בשלב מסוים במהלך עדותו של הקצין, הוא ביקש להימנע מלהשיב על שאלה מסוימת, בשל חששו לאור ההליכים שננקטו בעקבות עדותו של המשיב 4. הגם שבסופו של דבר השיב העד לכלל השאלות שנשאל, ועל אף שאכן התאפשר לו להעיד בחופשיות, ניכר מעדותו, כי הצעדים שננקטו בעניינו של המשיב 4, לאחר עדותו בבית הדין, השפיעו על העד ואף עוררו אצלו חששות בקשר לעדותו שלו (חששות אשר, כפי הנראה, לא התממשו בפועל). גם בכך, יש כדי להמחיש את החשש עליו עמדנו לעיל, בדבר החשפעה האפשרית של נקיטה בצעדים בעקבות עדותם של המשיבים 4 ו-5, על פרשת ההוכחות במשפטם של סגן מלול ושל סמל ג'.

פרוטוקול הדיון מיום 17.6.09 בו נשמעה עדותו של סרן לוי מצורף ומסומן מש/8. (נעיר כי בראש העמוד מצויין בטעות תאריך היום בו הופק המסמך מן המחשב לצורך צירופו לתגובה זו - 21.9.09, ולא תאריך הישיבה - 17.6.09).

ד. **נסיבות הנוגעות למשיבים 4 ו-5** – כאמור, ברקע להחלטה בעניינם של המשיבים 4 ו-5 עמדו גם העובדה שהמשיב 4 עמד על סף סיום תפקידו בחטיבת כפיר (תפקיד אותו סיים ביום 20.8.09, אז עבר לשרת כחניך במכללה לביטחון לאומי), וכן העובדה שהמשיב 4 לא היה מועמד לקידום. עוד נשקלה העובדה שהמשיב 5 סיים את תפקידו בפיקוד המרכז ושירת, כבר בעת מתן עדותו, בתפקיד אחר בפיקוד הדרום (כאן המקום להעיר, כי אופי פעילות צה"ל בגזרת הלחימה של פיקוד הדרום, ברצועת עזה, שונה מהותית מאופי פעילות כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון; אופי הפעילות ברצועת עזה, אינו כרוך, בשגרה, במגע בין חיילי צה"ל לאוכלוסייה הפלסטינית; בכך היה כדי למתן באופן משמעותי את החשש, כי המשיב 5 ימשיך לנהוג באופן שהשתמע מעדותו, או ינחה את

הכפופים לו לנהוג באופן זה) כאמור, נשקלה גם העובדה שהמשיב 5 כבר נתון היה (בשל אירועים פרטניים, דומים במהותם לחשדות המתקשרים לעדותו בבית הדין), תחת חקירה של המשטרה הצבאית החוקרת. משכך, סברו המשיבים כי נכון יהיה, בתום חקירתו של המשיב 5, על סמך כלל ממצאי החקירה, ולאחר שתתברר התמונה העובדתית במלואה, לשקול אף את הצורך לנקוט נגדו צעדים פיקודיים מתאימים.

28. כפי שניתן להתרשם, שניים הם השיקולים שתמכו בנקיטת צעדים בעקבות עדותם של המשיבים 4 ו-5; מנגד עמד שיקול משמעותי (השיקול הנוגע להתערבות בהליכים משפטיים תלויים ועומדים), אשר תמך בהשהייתם של צעדים אלה עד תום ההליכים המשפטיים בהם העידו הקצינים (ובהם היו צפויים להעיד באותו הקשר); הנסיבות הפרטניות הקשורות למסלול שירותם של המשיבים 4 ו-5, היו אף הן רלוונטיות לקביעת סדר הפעולות בהן יש לנקוט ולאומדן הדחיפות שבנקיטה בצעדים שונים.

29. על יסוד האיזון שבין השיקולים השונים, וכאמור – לאחר התייעצות ביחס לסוגייה העקרונית עם גורמי פרקליטות המדינה ועם היועץ המשפטי לממשלה, החליטו המשיבים 1 – 3, כי יש מקום להבחין בין הצעדים הדרושים בעקבות עדותם של המשיבים 4 ו-5, לפי שני פרמטרים – היותם של הצעדים צופי פני עתיד או צופי פני עבר, ודחיפותם של הצעדים הדרושים לשם מניעת נזק עתידי. מטבע הדברים, ישנה הלימה מסוימת בין פרמטרים אלה – צעדים שהם צופים פני עתיד, ובייחוד אלה שנועדו למנוע התרחשותו של נזק עתידי, הם מטבעם דחופים יותר מצעדים צופי פני עבר.

30. על יסוד מגוון השיקולים דלעיל, ולאחר שהצעדים נבחנו בהתאם לפרמטרים האמורים, החליטו המשיבים 1 – 3 לנקוט באורך מיידי בצעדים, במישור הפיקודי, שנועדו להביע הסתייגות מן הדברים שנאמרו על-ידי המשיבים 4 ו-5, להבהיר את עמדתו החד-משמעית של צה"ל בעניין לגביו העידו השניים, ולמנוע את האפשרות שחיילים יחטאו על בסיס התרשמותם מן הדברים שאמרו הקצינים בפני בית הדין הצבאי – הם הצעדים צופי העתיד באופיים. משכך, הוחלט להפיץ באורח מיידי אגרת מטעם מפקד הפיקוד המבחינה את עמדת צה"ל בנושא, וכן לזוף נזיפה פיקודית במפקד החטיבה, הוא המשיב 4, שהיה ממילא על סף סיום תפקידו.

המשיבים 1 – 3 סבורים, כי בצעדים אלה, אשר כאמור נועדו להבהיר למפקדים ולחיילים באופן חד משמעי, כי הדברים שנאמרו על ידי המשיבים 4-5 אינם משקפים או תואמים את הנורמות החלות בפיקוד המרכז ובצה"ל כולו ואינם תואמים את ההתנהגות המצופה מחיילי צה"ל, יש כדי למתן באופן משמעותי את החשש, כי עדותם של הקצינים בפני בית הדין, תביא לפגיעה בפלסטינים או להתנהגות פסולה של חיילי צה"ל בעתיד.

31. בשים לב לנסיבות הפרטניות הקשורות למסלול שירותם של המשיבים 4 ו-5, כפי שפורטו לעיל, כמו גם לאופי המדויק של הדברים שנאמרו על-ידי כל אחד מהם בפני בית הדין הצבאי ואופי החשד שהתעורר מדבריהם אלה, לא סברו המשיבים, כי יש מקום לנקוט, בשלב זה, צעדים פיקודיים חריפים יותר מאלה שנקטו.

כאמור, שני הקצינים אינם ממלאים תפקידים בחטיבת "כפיר" – כבר בעת העדות בפני בית הדין, חדל המשיב 5 ממלא תפקיד בחטיבה, ושירת למעשה בגזרה אחרת; אף סיום שירותו של המשיב 4 כמפקד החטיבה, היה ידוע. כיום, אף אחד מן השניים אינו מצוי בתפקיד בו מתעורר החשש, כי ינהג בעצמו או יורה לחייליו לנהוג באופן העולה מן העדות – כאמור, המשיב 4 משרת כחינוך במכללה לביטחון לאומי, ואילו המשיב 5 מוצב בתפקיד שמעצם טבעו אינו כרוך בחיכוך ישיר עם האוכלוסייה האזרחית, מן הסוג לגבי התעוררו החשדות בעניינו. המשיבים 4 ו-5 אף אינם מועמדים בעת הזו לקידום בשרשרת הדרגות בצה"ל (וכפי שצויין לעיל, ככל שהמשיב 4 יהיה מועמד בעתיד לקידום, הפרשה בה עסקינן תילקח בחשבון על ידי הגורמים הרלוונטיים), ובעניינו של המשיב 5 מתנהלת חקירת מצ"ח, בגין חשדות דומים באופיים לאלה הנוגעים לעתירה דנן – אשר המסקנות במסגרתה והחלטות הגורמים המשפטיים שתקבלנה בעקבותיה, יכול ותהיה להן כשלעצמן, השפעה על שאלת המשך תפקידו של המשיב 5.

כאמור, המשיבים 1 – 3 סברו, כי נוכח החשש מפני השפעה (או מראית עין של השפעה) על הליכים משפטיים תלויים ועומדים, נדרש לנקוט ריסון בנקיטת צעדים המתייחסים לעדותם של המשיבים 4 ו-5 בפני בית הדין. משכך, הוחלט, כי גם במישור הפיקודי, יינקטו רק הצעדים ההכרחיים באותה עת לשם מיגור החשש, כי דבריהם של הקצינים בפני בית הדין, יתפרשו כמתן הכשר לפעילות פסולה ולשימוש באלימות. מטרה זו הושגה, אליבא דהמשיבים, באמצעות הצעדים שנקטו. הדברים מקבלים משנה תוקף, נוכח הנסיבות הנוגעות לשירותם של המשיבים 4 ו-5 כפי שפורטו לעיל. אף מטעם זה, כאמור, סבורים המשיבים, כי אין מקום, לעת הזו, להחריף בצעדים הפיקודיים שנקטו, כדרישת העותרים (ודאי בנסיבות דהיום). מכל מקום, לכשתבשיל העת לבחון את המשך הצעדים בעקבות עדותם של השניים, ייבחן כמובן גם המישור הפיקודי, והשלכות הפרשה אף במישור זה על המשיבים 4 ו-5.

32. בכל הנוגע לנקיטתם של צעדים "צופי פני עבר", קרי – פתיחה בחקירה פלילית ביחס לחשדות העולים מעדויותיהם של המשיבים 4 ו-5 בפני בית הדין הצבאי, או נקיטת צעדים פיקודיים שהם בעלי אופי "עונשי", לעניין זה סבורים המשיבים, כי השיקול המשמעותי שעניינו החשש מהשפעה על ההליכים בפני בית הדין הצבאי דבר אשר עשוי אף לפגוע בהגנתם של הנאשמים בהליכים הפליליים (או, למצער, מפני מראית עין של התערבות פסולה בהליכים והשפעה עליהם), מצדיק השחיית החלטה בעניין זה עד תום ההליכים המשפטיים בו העידו (וצפויים להעיד) הקצינים, בעניין דנן. גם בהקשר זה שקלו המשיבים את אופיים הכללי למדי של החששות המתעוררים מעדויותיהם של המשיב 4 (אשר אינם נוגעים לאירוע פרטני כלשהו), וכן את העובדה שנגד המשיב 5 (שמדבריו בבית הדין עלתה, לכאורה, הודאה בדבר נקיטה באלימות נגד פלסטינים), מתנהלת ממילא, כבר עתה, חקירת מצ"ח בגין חשדות דומים.

המשיבים סברו, ועודם סבורים, כי הנוק העלול להיגרם (בפועל, או למצער למראית עין) להליכים הפליליים נגד סגן מלול וסמל ג', מחד גיסא, וההשפעה הנמוכה (אם בכלל) שתהיה להשחיית החלטה בדבר המשך הצעדים המשפטיים והפיקודיים בהם יש לנקוט נגד המשיבים 4 ו-5 בעקבות עדותם בבית הדין (להבדיל מן הצעדים הפיקודיים "צופי פני עתיד",

עליהם עמדנו לעיל), מאידך גיסא, מחייבים לנקוט משנה זהירות, ולהשהות את ההחלטה בעניין זה עוד זמן לא רב, היינו עד תום שלב הראיות במשפטיהם של שני הנאשמים. כאמור, בתשובתו לפונים, הבהיר הפצ"ר באופן מפורש, כי ישקול את שאלת המשך הצעדים (לרבות פתיחה בחקירה פלילית) נגד המשיבים 4 ו-5, בעיתוי בו יוסר החשש, כי הדבר עלול להשפיע (או להתפרש כניסיון להשפיע) על הליכים משפטיים תלויים ועומדים.

נזכיר בהקשר זה, כי כמפורט לעיל, אך בשל הצעדים שנקטו על ידי המשיבים עד כה, העלה סמל ג' טענות שעניינן הגנה מן הצדק במסגרת משפטו הפלילי. כך, נטען, כי יכולתו של הנאשם להתגונן במסגרת ההליך נפגעה כיוון שברי שעדי הגנה פוטנציאליים יחששו למסור עדות חופשית במשפטו, שעה שנגד המשיב 4 ננקטו צעדים פיקודיים בהמשך לעדותו במשפטו של סגן מלול. בית הדין הצבאי החליט שלא להכריע בשלב זה בטענה זו, שכן טרם החלה פרשת ההגנה לא הצביע הסניגור על תשתית עובדתית מספקת לשם ביסוס טענה זו.

האמור מבהיר הבהר היטב את הצורך לאזן בין השיקולים השונים עליהם עמדנו לעיל ביחס לצעדים שיש לנקוט בשלב בו אנו נמצאים היום, ונותן לעמדתם של המשיבים משנה תוקף.

33. המשיבים 1 – 3 סבורים, כי ההחלטה שקיבלו משקפת איזון נכון בין השיקולים דלעיל, שהם השיקולים הרלוונטיים לעניין, וכי נתנו במסגרת החלטתם את המשקל הראוי לכל אחד מן השיקולים השונים. משכך, אין המשיבים סבורים, כי יש מקום להתערבות בית המשפט הנכבד בהחלטתם בעניין זה.

יוער, כי עד למועד הגשת תגובה זו של המשיבים, חלפו כארבעה חודשים מאז העידו שני הקצינים. ככל הידוע למשיבים בעת זו, לא נגרם כל נזק קונקרטי בעקבות השחיית ההחלטה בדבר נקיטה בצעדים משפטיים, צופי פני עבר, נגד מי מן המשיבים 4 ו-5, או בשל מהות הצעדים הפיקודיים שנקטו נגדם, והעותרים לא הצביעו על כל נזק קונקרטי כאמור.

לא זו אף זו – נוכח הצעדים הברורים והמידיים שנקטו על-ידי העותרים לשם מניעת התוצאות המסוכנות שעלולות היו להיגרם עקב עדותם של המשיבים 4 ו-5, ולהבהרת עמדתו של צה"ל בעניינים בהם העידו השניים (ובייחוד – נוכח האגרת שפרסם מפקד פיקוד המרכז, והדברים שנאמרו על-ידי הרמטכ"ל בפני ועדת החוץ והביטחון של הכנסת), כלל לא ברורה למשיבים טענתם של העותרים, כאילו הסכינו עם החשש לשלומה של האוכלוסייה האזרחית באיו"ש, אשר התעורר לכאורה בעקבות עדותם של הקצינים. הצעדים שנקטו על-ידי המשיבים 1 – 3, מבטאים את הכרתם המלאה בחובתם להבטיח את שלום האוכלוסייה האזרחית, ומלמדים שאכן פעלו, באופן נחרץ ומהיר, כדי למלא חובה זו.

כיום, שעה שאף אחד מן המשיבים 4 ו-5 אינו ממלא תפקיד בחטיבת כפיר או בפיקוד המרכז, דומה שחשש העותרים, בדבר הנזק העלול להיגרם לאור "חדלונם של המשיבים" (כלשונם), חשש שכאמור לא בוסס על-ידי העותרים בכל צורה שהיא, התמתן עוד יותר, והוא ודאי איננו ברמה המצדיקה התערבות מצד בית המשפט הנכבד בהחלטותיהם של המשיבים 1 – 3.

34. בהתחשב בכל האמור לעיל, יטענו המשיבים כי דינה של העתירה להדחות.
35. המחלוקת בין העותרים למשיבים, היא בעיקרה מחלוקת הנוגעת לעיתוי. ההחלטה העיקרית אותה מבקשים העותרים לתקוף בעתירה, היא החלטת המשיבים להשהות את קבלת ההחלטה בדבר נקיטה בצעדים משפטיים בעקבות עדותם של המשיבים 4 ו-5. בעניין זה, אין בין המשיבים 1 – 3 לבין העותרים מחלוקת מהותית, הנוגעת לאופי הצעדים (שכן החלטה בעניין זה טרם התקבלה, למעשה), והפער ביניהם מצטמצם, למעשה, לשאלת העיתוי בו נדרש לקבל החלטה בעניין זה.
36. המשיבים יטענו, כי באיזון בין השיקולים השונים אותם פירטו לעיל, ההחלטה אליה הגיעו בדבר אילו צעדים יש לנקוט כבר בעת הזו, ואילו צעדים יש להשהות עד לסיום ההליכים המשפטיים התלויים ועומדים כיום, היא החלטה ראויה, ולכל הפחות היא החלטה סבירה, המצוייה עמוק במתחם שיקול הדעת של המשיבים בעניינים כגון דא.
37. אשר לסוגיית הפתיחה בחקירה, נזכיר את ההלכה הידועה מימים ימימה, כי בית משפט נכבד זה אינו נוטה להתערב בשיקול דעתן של רשויות החקירה והתביעה והתערבותו מוגבלת רק למקרים בהם החלטת רשויות התביעה לוקה ב"עיוות מהותי" או ב"חוסר סבירות קיצוני". שיקול דעתן של רשויות התביעה בהקשר שלפנינו הינו רחב ביותר.
- מטבע הדברים, ככל ששיקול הדעת הניתן לרשות המנהלית הינו רחב יותר, פירוש הדבר שמתחם הסבירות של ההחלטות שמתקבלות על ידה הינו רחב יותר, ועל כן, מידת ההתערבות של בית המשפט, בשל אי סבירותה של ההחלטה, תהא מצומצמת יותר:

"עילת אי-הסבירות המינהלית קשורה קשר הדוק במתחם שיקול הדעת הנתון לרשות המוסמכת לפעול בתחום נתון. מתחם שיקול הדעת מתאר את מינעד אפשרויות הפעולה הנתונות לרשות בענין נתון. מתקיים יחס הפוך בין היקפו של מתחם שיקול הדעת, לבין היקפה של עילת אי-הסבירות המינהלית. ככל שמתחם שיקול הדעת רחב, כך מינעד אפשרויות הפעולה הסבירות במסגרתו מתרחב, ועילת ההתערבות השיפוטית בשל אי-סבירות חולכת ומצטמקת. ככל ששיקול הדעת של הרשות רחב יותר, כך גדל החופש הניתן לה לשקלל שיקלול יחסי את האינטרסים הרלבנטיים השונים, כנדרש לצורך קידום המטרות שלשמן נעשית הפעולה".

[בג"ץ 5699/07 פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה, תק-על (1)2008, 2954 (2008); ההדגשות הוספו].

ראו גם את בג"ץ 2008/02 בנימין כהן נ' היועץ המשפטי לממשלה, תק-על (2)2002, 214; דנג"ץ 7516/03 נמרודי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פדאור 04 (3) 835.

38. בהתאם לאמור, הלכה פסוקה היא, כי מידת ההתערבות של בית משפט נכבד זה בשיקול דעת רשויות אכיפת החוק והתביעה בסוגיות בנושאי חקירה פלילית והעמדה לדין הינה מצומצמת ביותר. התערבותו מוגבלת רק למקרים בהם החלטת רשויות התביעה לוקה ב"עיוות מהותי" או ב"חוסר סבירות קיצוני". כך למשל נאמר בבג"ץ 7364/06 יעקובוביץ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פדאור 06 (33) 670:

"דין העתירה להידחות על הסף. הסמכות להעמיד לדין פלילי מופקדת בידיו של רשויות התביעה, ומידת התערבותו של בית-משפט זה בשיקול דעתו הינה מצומצמת ביותר. כדבר הזה יעשה אך במקרים קיצוניים, בהם לוקה החלטתה של הרשות בעיוות מהותי או בחוסר סבירות קיצוני..."

[ההדגשות הוספו]

(ראו גם בג"ץ 935/89 גנור נ' היועץ המשפטי לממשלה, פד"י מד (2) 485; בג"ץ 3846/91 מעוז נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח', פד"י מו(5), 423; בג"ץ 4550/94 אישה נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח', פ"ד מט(5) 859; בג"ץ 2534/97 ח"כ יונה יהב נ' פרקליטת המדינה ואח', פד"י נא(3), 1; ראו: בג"ץ 5091/03 תורק ואח' נגד היועץ המשפטי לממשלה ואח', תק-על 2111; בג"ץ 3628 (2) 2003; בג"ץ 4405/06 פונדק פליקן נ' פרקליט מחוז באר-שבע, תק-על 2006 (4) 2111; בג"ץ 8749/06 עמותת אומץ נ' היועץ המשפטי לממשלה, תק-על 2006 (4) 4780.

39. הדברים האמורים מתייחסים לתוכן המהותי של החלטות רשויות התביעה בכל הנוגע לנקיטה בצעדים משפטיים והעמדה לדין פלילי. המשיבים יטענו, כי דברים אלה יפים מכח קל וחומר כאשר עסקינן, כמו בענייננו, בסוגייה הנוגעת אך לעיתוי ההחלטה בסוגיית הצעדים המשפטיים בעקבות אמירותיהם של המשיבים 4-5 בבית הדין הצבאי.

40. ההחלטה להמתין עם קבלת ההחלטה בדבר צעדים משפטיים נוספים בעניינם של המשיבים 4-5 על מנת להימנע מהשפעה, או למצער ממראית עין של השפעה, על ההליכים הפליליים שעודם תלויים ועומדים, היא החלטה סבירה, המצויה בגדר שיקול הדעת הרחב של המשיבים בסוגיות מעין אלה, אשר לא נפל בהן פגם, וודאי שאינן לוקות בחוסר סבירות קיצוני המצדיק את התערבותו של בית המשפט הנכבד.

41. בנסיבות אלה, ובתחשב בכל האמור לעיל, יטענו המשיבים, כי העותרים לא הצביעו על כך שהעניין שבפנינו נופל לגדר אותם מקרים נדירים ויוצאי דופן בהם יתערב בית המשפט הנכבד בהחלטת רשויות התביעה. לפיכך, סבורים המשיבים, כי דין העתירה להדחות.

סיכומם של דברים

42. בתגובתם זו, פירטו העותרים את הצעדים שנקטו על-ידם בעקבות עדותם של המשיבים 4 ו-5, ואת השיקולים שנשקלו על-ידם לעניין זה, שיקולים שהאיזון ביניהם הוביל לנקיטה בצעדים אחדים באורח מיידי - בין השאר לנקיטת הליך של נזיפה בעניינו של המשיב 4, והוצאת אגרת הבהרה על ידי מפקד פיקוד המרכז, ולהשהיית ההחלטה בדבר נקיטה בצעדים אחרים, למשך פרק זמן שאיננו ממושך. איזון זה התבסס על שיקולים רלוונטיים, ולטענת המשיבים, לא נפל בו כל פגם. כאמור, ההבחנה האמורה בין צעדים צופי עתיד וצעדים צופי עבר נעשתה תוך התייעצות עם פרקליטות המדינה והיועץ המשפטי לממשלה. אף העותרים, לא הביאו בעתירתם כל תימוכין אשר יש בהם כדי ללמד על אי הסבירות שבהחלטה, או על השלכות שליליות שהיו לה, וכל טענותיהם בעניין זה נטענו בעלמא. לאור האמור, סבורים המשיבים 1 - 3, כי לא נפל כל פגם בהחלטתם המצדיק התערבות מצד בית המשפט.
43. אף בכל הנוגע למהות הצעד הפיקודי בו נכון היה לנקוט בעניינם של המשיבים 4 ו-5, סבורים המשיבים 1 - 3, כי החלטתם הייתה סבירה וראויה, בשים לב לנסיבותיהם הפרטניות של המשיבים 4 ו-5, ולמהות החשד שהתעורר לגביהם. מכל מקום, כיום, איש מן המשיבים 4 ו-5 אינו מצוי בסיטואציה בה עלול להתמש החשש עליו מתריעים העותרים (כאמור, ללא תימוכין).
44. כאמור, בעתיד הנראה לעין, לאחר תום פרשת ההוכחות בהליכים בעניינם של סגן מלול וסמל ג, יקבל המשיב 3 החלטות בדבר אופי הצעדים המשפטיים בהם יש לנקוט בעניינם של המשיבים 4 ו-5, בעקבות עדותם בפני בית הדין. מטבע הדברים, אם החלטות אלה לא תהיינה לרוחם של העותרים, פתוחה בפניהם הדרך להשיג עליהן בדרכים המקובלות, בכלל זה - על-ידי פנייה חוזרת לבית המשפט הנכבד.
45. בנסיבות אלה, יבקשו המשיבים 1 - 3, כי בית המשפט הנכבד ידחה את העתירה.

היום, ד' תשרי תש"ע

22 ספטמבר, 2009


הילה גורני, עו"ד

סגנית בכירה לפרקליט המדינה