שנת 1956

1956 - פרשת כַּפְר-קָאסֵם

אלוף שרון אפק, הפרקליט הצבאי הראשי

"...פרשת כפר-קאסם גילתה תהום פעורה לרגלי כולנו. דרושה עבודת הסברה וחינוך מאומצת כדי לעקור את שורשי הרעה הזאת. אין זה כל כך קל בשביל החייל, המגן על גבולות המדינה בפני אויב המבקש להכחידנו, להבין שבן-עמו של אותו אויב היושב בתוך המדינה, הוא אזרח בעל זכויות שוות בכל. דרוש מאמץ שכלי ונפשי מתמיד כדי לתפוס עובדה זאת, ולנהוג לפיה. אולם לא נוכל בלי מאמץ זה. בשביל בעל מוסר זוהי דרישה מוסרית; בשביל איש המשפט זוהי הוראה משפטית; בשביל צה"ל והמדינה כולה זהו צורך ביטחוני עליון. כי מהי עליונות רוחנית זו שלנו על אויבינו הסובבים אותנו, שבזכותה קיימת מדינתנו: לא רק רוח ההקרבה של חיילינו, לא כושרנו הטכני בלבד, אלא גם - ואולי בעיקר - רמתה המוסרית של המדינה, של צבאה ושל כל אזרחיה. התנהגות מוסרית אלמנטרית אינה ניתנת לחלוקה. זלזול בזכויות היסוד של האזרח הערבי סופה להביא להידרדרות מוסרית כללית."[1]

פרשת כפר-קאסם אירעה ביום בו החלה מלחמת סיני ("מבצע קדש"), 29 באוקטובר 1956. גם בחלוף למעלה משישה עשורים מאז התרחשה, היא נותרה כאחת הפרשות הקשות בתולדות המדינה, כתם שלא יימחק.

בעולם המשפט הצבאי, הפרשה זכורה בעיקר בזכות "**מבחן הדגל השחור**". אותו מבחן מוסרי-ערכי, המחייב כל חייל להימנע מציות לפקודה שהיא בלתי-חוקית בעליל. אפתח ואזכיר בתמצית את פרטי הפרשה, ולאחר מכן אדון בהליך המשפטי ובמשמעות ההלכה שנקבעה בו.

עובדות הפרשה[2]

בשנת 1956 היה כפר-קאסם נתון לממשל צבאי, כחלק מאזור "המשולש הקטן". אזור סמוך לגבול עם ירדן ורגיש מבחינה ביטחונית, בפרט לנוכח מקרים רבים של הסתננות.[3]

ביום 29 באוקטובר 1956 אמור היה להיות מוטל עוצר על הכפר החל מהשעה 21:00. בפועל החליט מפקד חטיבה מס' 17 של פיקוד המרכז בצה"ל, אלוף-משנה ישעיהו (ישכה) שדמי, להקדים

---

[1] פסק דינו של בית-הדין הצבאי לערעורים בפרשת כפר-קאסם - ע/279/58 **עופר נ' התובע הצבאי הראשי** פ"ע מד 362 (1960) (להלן - "**פסק הדין בערעור**").

[2] מטבען של פרשות היסטוריות, שעם השנים מתגלעות מחלוקות ביחס לעובדותיהן. בשל כך אצמד לעובדות, כפי שהן עולות מפסקי הדין של בתי-הדין הצבאיים.

[3] רוביק רוזנטל "מי הרג את פאטמה סרסור" **כפר-קאסם אירועים ומיתוס** 11 (רוביק רוזנטל עורך, הקיבוץ המאוחד, 2000).

את תחילת העוצר לשעה 17:00. הכרזת העוצר נמסרה למוכתר הכפר רק בשעה 16:30 של אותו היום.[4]

לאחר השעה 17:00 הגיעו לסביבות הכפר עשרות אנשים ששבו מעבודתם, רובם לא ידעו על העוצר. חיילי גדוד משמר הגבול שהוצבו במבואות הכפר, בצפונו, במרכזו ובדרומו, במטרה לאכוף את העוצר, ירו בחלק מהאזרחים. כך תואר אחד מאירועי הירי בפסק הדין של בית-הדין הצבאי המחוזי:

> **"...מפקד החוליה... פקד עליהם לעמוד, ציוה על הנוסעים לרדת מכלי רכב, זיהה אותם כללית כתושבי כפר-קאסם החוזרים מהעבודה, ואחרי-כן נתן פקודת אש, ומיד ניתכה על העומדים אש אוטומטית ואש רובים מטווח קצר."**[5]

בתוך שעה מתחילת העוצר נהרגו מהירי בכפר 47 אזרחים ונפצעו רבים נוספים.[6]

במציאות התקשורתית בת-ימינו, פרשה כזו הייתה נחשפת ומרעידה את אמות הסיפים, אך אז נעשה מאמץ כדי למנוע את הפרסום. בפיקוד המרכז של צה"ל הוקמה ועדת חקירה בראשות קצין בדרגת רב-סרן. בהמשך, ראש הממשלה ושר הביטחון, דוד בן-גוריון, שמע על האירוע והחליט, ביום 1 בנובמבר 1956, על הקמת ועדת חקירה.

בראש הוועדה ישב בנימין זֹהר, שהיה נשיאו התורן של בית-המשפט המחוזי בחיפה, ולצידו מונו הפרקליט הצבאי הראשי לשעבר, אלוף-משנה אהרֹן חֹטר-ישי, ואַבָּא חוּשִׁי, ראש עיריית חיפה. ועדת זֹהר הגישה מסקנותיה בתוך חמישה ימים והמליצה, בין השאר, על העמדתם לדין של מפקד הגדוד ואחדים מפקודיו. היו אלה אנשי גדוד מס' 1 של משמר הגבול, שגויסו למילואים, ומשכך הוחלט להעמידם למשפט בבית-דין צבאי.

בחודש דצמבר 1956 למד הציבור הרחב על הפרשה בשתי דרכים: המשורר נתן אלתרמן פרסם בעיתון "דבר" את טורו "**תחום הַמְּשֻׁלָּשׁ**" ובו התייחס "**למעשה מחריד**", לגביו "**מְסָרֶבֶת הָעִבְרִית לִדְלֹג עַל נְבָלָה שֶׁנֶּעֱשְׂתָה בְּיִשְׂרָאֵל**".[7] אלתרמן בחר שלא לפרט בטורו את פרטי המעשה המחריד.[8] בחלוף ארבעה ימים מפרסומו של אלתרמן, מסר ראש הממשלה, דוד בן גוריון, הודעה פומבית בכנסת על הפרשה.[9]

המשפט - "מבחן הדגל השחור"

בפרשה התקיימו שני הליכים משפטיים.

---

[4] שם, 27; וכן בפסק הדין בבית-הדין הצבאי המחוזי (מחוז שיפוט פיקוד המרכז) בפרשת כפר-קאסם - מר/3/57 **התובע הצבאי נ' רס"ן מלינקי ואח'** פ"מ יז 90, 91 - 95, 211 - 222 (1958) (להלן - "**פסק הדין המחוזי**").

[5] ראו בעמ' 105 לפסק הדין המחוזי (ה"ש 4).

[6] יש המונים 49 הרוגים בפרשה, לרבות אדם מבוגר שנפטר משבץ למחרת היום, ותינוק שמת ברחמה של אחת ההרוגות.

[7] נתן אלתרמן "הטור השביעי: תחום הַמְּשֻׁלָּשׁ" **דבר** 7 בדצמבר 1956; נמצא גם בכרך ספר שיריו של נתן אלתרמן **הטור השביעי** ב 355 (1985).

[8] לדיון בנסיבות הפרסום ראו את ספרו של מנחם פינקלשטיין **הטור השביעי וטוהר הנשק - נתן אלתרמן על ביטחון, מוסר ומשפט** 182 - 184 (מהדורה שניה, 2013).

[9] "המאורע בכפרי המשולש - הודעת ראש הממשלה בישיבה המאתיים ושלוש של הכנסת השלישית" 12 בדצמבר 1956. בין היתר, תואר האירוע "[כ]מעשה זוועה מחריד הפוגע ביסודות הקדושים ביותר של המוסר האנושי השאוב מתורת ישראל".

ההליך המשפטי הראשון החל בחודש ינואר 1957, בבית-הדין הצבאי בירושלים, ובו הואשמו ברצח 11 מפקדים וחיילים: מפקד הגדוד, רב-סרן שמואל מלינקי; מפקד אחת המחלקות בגדוד, סגן גבריאל דהאן; ותשעה חיילים נוספים.

את צוות התביעה הובילו התובע הצבאי הראשי, סגן-אלוף משה דוד, ופרקליט המדינה, סגן-אלוף קולין גילון, שגויס למילואים. אב בית-הדין היה השופט בנימין הלוי, אף הוא בשירות מילואים. במהלך המשפט העידו קצינים וחיילים, כמו גם עדי-ראייה מקרב תושבי כפר-קאסם.

ההגנה המרכזית של הנאשמים הייתה כי פעלו על פי **פקודה**, וכי הם זכאים **להגנת הצידוק**. הטענה נדחתה - מלינקי ודהאן הורשעו ברצח 43 מתושבי הכפר; שישה חיילים נוספים הורשעו אף הם ברצח, ואילו שלושה חיילים זוכו.

בלב פסק הדין עמדה קביעת השופטים, כי המפקדים והחיילים צייתו ל-"**פקודה בלתי-חוקית בעליל**", **ולכן לא עמד להגנתם כל צידוק**.

כידוע, חיילי צה"ל מחויבים, כבכל צבא אחר, לקיים פקודות. שופטי בית-הדין נדרשו לפרשנות סעיף 125 לחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955, שנחקק רק שנה לפני הפרשה. הסעיף קבע שחייל לא יישא באחריות פלילית לכך שלא קיים פקודה, אם **ברור וגלוי** שפקודה שניתנה לו אינה חוקית.

השופטים ביקשו לקבוע באילו מקרים פקודה שניתנת לחייל היא אכן בלתי-חוקית באופן ברור וגלוי, או במילים אחרות - "בלתי-חוקית בעליל". כלומר, פקודה שאין חובה לציית לה, ולמעשה הציות לה אסור, ומבצעה אינו זכאי להגנה של צידוק, אלא יורשע בגין העבירה שביצע.

בפסק הדין, הנשען בין היתר על סקירה השוואתית מקיפה, נקבע "**מבחן הדגל השחור**":

> **"סימן היכרה של פקודה 'בלתי-חוקית בעליל' - מן הדין שיתנוסס כדגל שחור מעל לפקודה הנתונה, ככתובת אזהרה האומרת: 'אסור!'. לא אי-חוקיות פורמלית, נסתרת או נסתרת למחצה, לא אי-חוקיות המתגלה רק לעיני חכמי משפט חשובה כאן, אלא: הפרת חוק גלויה ומובהקת, אי-חוקיות ודאית והכרחית המופיעה על פני הפקודה עצמה, אופי פלילי ברור של הפקודה או של המעשים שהפקודה מצווה לעשותם, אי-חוקיות הדוקרת את העין ומקוממת את הלב, אם העין אינה עיוורת והלב אינו אטום או מושחת - זוהי מידת אי-החוקיות הדרושה כדי לבטל את חובת הציות של חייל ולהטיל עליו את האחריות הפלילית למעשיו."**[10]

בשנת 1958 החל הדיון בערעור על פסק הדין, בבית-הדין הצבאי לערעורים. ראש הרכב השופטים היה שופט בית-המשפט העליון בשירות מילואים, אלוף-משנה משה לנדוי. השופטים היו מודעים לקושי בתרגום "מבחן הדגל השחור" לחיי המעשה. הם הצביעו, לפיכך, על רשימת אמות-מידה ושיקולים, שיש לבחון בעת ההחלטה האם פקודה מסוימת היא בלתי-חוקית בעליל. כך למשל: מה הפער בין דרגת נותן הפקודה לבין דרגת מקבל הפקודה? האם למקבל הפקודה הייתה שהות לברר האם הפקודה חוקית? ומהן נסיבות מתן הפקודה, האם מדובר בשעת חירום או בימי שגרה? השופטים הבהירו שאין זו רשימה ממצה ונוקשה, אלא ההכרעה תלויה בנסיבותיו של כל מקרה ומקרה.

---

[10] פסק הדין המחוזי (ה"ש 4), בעמ' 213 - 214.

אשר למידת העונש, השופט לנדוי ציין כי איש מהמורשעים לא פעל להנאה הפרטית או לסיפוק יצרו האישי, אלא פעלו בגדר חובה, כפי שהם הבינו אותה. מנגד, הודגש שהיה זה מעשה רצח במלוא מובן המילה, "בקורבנות חסרי ישע".[11]

בבית הדין הצבאי המחוזי הוטלו עונשי מאסר ממושכים, הכבד שבהם על מפקד הגדוד, מלינקי - 17 שנות מאסר. ואולם העונשים הוקלו בערכאת הערעור, ובהמשך הומתקו בהחלטה של הרמטכ"ל, רב-אלוף חיים לסקוב, וכן בהפחתה של העונש בהחלטת נשיא המדינה, יצחק בן-צבי. מלינקי שוחרר לאחר 40 חודשי מאסר.[12]

<u>ההליך המשפטי השני</u> התקיים בעניינו של נותן הפקודה, אלוף-משנה שדמי, מפקד נערץ בפלמ"ח, ומי שמילא תפקידים רבים בצה"ל, לרבות מפקד בית-הספר לקצינים ומפקד חטיבת גולני. תחילה לא הוגש נגדו כתב אישום, אך בהמשך, נוכח קביעותיו העובדתיות של בית-הדין הצבאי המחוזי, הוגש כתב אישום גם נגדו, באשמת רצח וחריגה מסמכות.

בשנת 1959 הסתיים משפטו של שדמי בזיכוי מעבירת הרצח. שופטי בית-הדין הצבאי הרשיעו אותו בעבירת חריגה מסמכות בלבד. הוטל עליו קנס סמלי של עשר פרוטות. שדמי המשיך בשירותו הצבאי גם לאחר הפרשה.[13]

משמעות "מבחן הדגל השחור" ועמידתו בראי הזמן

"מבחן הדגל השחור" הוא מבחן מורכב שנועד לאפשר לחייל לאזן בין **ערך המשמעת** ובתוכו חובת הציות לפקודת מפקדו, לבין **עיקרון שלטון החוק**. השופט לנדוי הסביר בפסק דינו, כי הפתרון שהמבחן מציע "**...פורץ כאילו את גדר הקטגוריות המשפטיות הטהורות, וקורא לעזרה את הרגשת החוקיות, הצפונה במעמקי מצפונו של כל אדם, באשר הוא אדם, אף אם אינו בקיא בספר החוקים.**"[14]

בהקשר זה נכתב בפסק הדין:

> **"... באות הוראות חוק אלה לעודד את מצפונם המוסרי והאנושי של חיילינו. חייל סביר יוכל להבחין בפקודה בלתי-חוקית בעליל על פניה, מבלי לדרוש ביועץ משפטי או לעיין בספר חוקים. הוראות חוק אלה מטילות אחריות מוסרית ומשפטית על כל חייל, בלי הבדל דרגה. דבר זה גם גורם לכך שמפקד בכל דרג חייב לשקול את מוסריות הפקודה הניתנת על ידו וגם את חוקיותה, וכך תיבלם הסכנה הצפויה מפקודות בלתי-חוקיות ובלתי-מוסריות, הניתנות בזדון או ברשלנות או אפילו מתוך כוונות טובות."**[15]

---

[11] פסק הדין המחוזי (ה"ש 4), בעמ' 254 - 255.

[12] "שוחרר ש. מלינקי" **דבר** 6 במארס 1960.

[13] להרחבה בעניין השוני בקביעות העובדתיות ובמסקנות בין שני ההליכים, ראו אצל דניאל פרידמן **לפני המהפכה: משפט ופוליטיקה בעידן התמימות** 250 - 254 (2015).

[14] פסק הדין בערעור (ה"ש 1), בעמ' 410; להרחבה ראו מאמרו של מנחם פינקלשטיין "על הפקודה הבלתי חוקית (בעקבות ההצגה 'בחורים טובים')" **ספר נילי כהן - משפט תרבות וספר** 457 (עופר גרוסקופף ושי לביא עורכים, 2017).

[15] פסק הדין בערעור (ה"ש 1), בעמ' 411 - 412.

"הדגל השחור" שהונף בפרשת כפר-קאסם נדון לאורך השנים בעשרות רבות של פסקי דין, בעיקר בפסיקת בתי-הדין הצבאיים.[16] למבחן ולפסיקה שיישמה אותו הייתה תרומה חשובה להתמודדות עם תופעות קשות שהתגלו בעשייה הצבאית ונדרשה מניעתן (תופעות שאינן ייחודיות לצה"ל, והתעוררו גם בצבאות זרים).

כך למשל נעשה שימוש במבחן לבחינת תוקפן של פקודות שעמדו בסתירה להוראות הצבא בנושא בטיחות באימונים.[17] לדוגמה בפרשת **מורן** נפסק, כי פקודה לירות במרגמות מעל ראשי חיילים במהלך אימון היא בלתי-חוקית בעליל.[18] באופן דומה, שימש המבחן לפסילת פקודות המורות על התעללות ו-"טרטור" חיילים, דוגמת פקודותיו של מפקד בסיירת גולני שמנע מחייליו מזון והנחה לפגוע בהם בסטירות ובבעיטות.[19]

הקשר נוסף שבו נדון המבחן, ובפרט בתקופת האינתיפאדה הראשונה, היה שימוש בכוח על-ידי חיילים לצרכי ענישה והרתעה, לדוגמה כאשר מפקד בכיר נתן לפקודיו הוראה להכות באלות מפרי-סדר שנעצרו.[20]

לשימוש הנרחב ב-"מבחן הדגל השחור" נלוותה גם ביקורת. בבתי-הדין הצבאיים הובע חשש מכך שהדגל השחור דהה והאפיר; כלומר, על כך שהדגל הונף ופקודות הוגדרו כבלתי-חוקיות בעליל, גם בנסיבות שאינן קיצוניות ובוודאי שאינן מתקרבות לחומרת הפקודה בפרשת כפר-קאסם.

---

[16] ראו סקירת פסיקה מקיפה במאמרו של זיו בורר "הגנת הצידוק עקב ציות לפקודה ופקודות בלתי-חוקיות בעליל" **המשפט הפלילי בצה"ל** 235 (אירנה פיין עורכת, ההוצאה לאור של משרד הביטחון, 2006).

[17] שם בעמ' 328 - 333 וכן בעמ' 388 - 389.

[18] ע/72/59 **התובע הצבאי הראשי נ' מורן** (לא פורסם, 22 ביולי 1959):

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

[19] ראו לעניין זה את דברי בית-הדין הצבאי לערעורים בשתי פרשות "טרטורים" מראשית שנות האלפיים - ע/147/00 **התובע הצבאי הראשי נ' יפית אזרן** פד"י 2000(א) 386, 413 (2001) וכן ע/137/00 **סג"ם פורת נ' התובע הצבאי הראשי** פד"י 2000 358 (2001).

[20] בג"ץ 425/89 **צופאן נ' הפצ"ר** פ"ד מג (4) 718 (1989), וכן מ/1/90 **התובע הצבאי הראשי נ' יהודה מאיר** (לא פורסם, 23 באפריל 1991).

בפרשת **גולני** הוצגה הביקורת בדרך הבאה:

> **"...מאז הונף לראשונה ה"דגל השחור" מעל הפקודה הבלתי-חוקית בעליל בפסק כפר-קאסם - פקודת רצח אוכלוסייה אזרחית בלתי לוחמת - נדרשו בתי-המשפט ברבות השנים להניף דגל זה בנסיבות קלות ללא שיעור... עד שדהה הדגל וכבר איבד את צבעו השחור העז והבולט... דברים כדרבנות אלה אינם מתאימים למקרים שנדונו בפסיקה כגון:... שימוש בפתיל השהייה קצר - בניגוד להוראות ביטחון, השלכת כיכרות לחם מרכב צבאי, ירי באימונים מעל ראשי כוח מסתער - או נהיגה תוך אחיזת ההגה ביד אחת - כשהשנייה אוחזת בסירת גומי על גג הרכב."**[21]

ראוי לציין כי השפעתו של "מבחן הדגל השחור" התרחבה והשתרעה אל מעבר לעולם המשפט הצבאי אל המשפט הישראלי בכללותו. הדבר נגזר, בין השאר, מכך שמשרתי ציבור בכללם עלולים למצוא עצמם במתח שבין חובת ציות ומשמעת, לבין ערכי שלטון החוק. במצבים אלה נדרשים אף הם להכרעות ערכיות בהתאם למצפונם.[22]

כך, השפיעה פרשת כפר-קאסם על ניסוחו של סעיף 34יג לחוק העונשין, הקובע כי לא יקום סייג של צידוק למי שציית לצו שהוא בעליל שלא כדין.[23] התפיסה שבבסיס המבחן אוזכרה גם בפסק הדין בעניין אייכמן, שם נקבע כי "**פקודה מגבוה אינה משחררת את העבריין, כאשר אי-החוקיות בולטת ומזדקרת לעיני העושה.**"[24] למעשה, המונח "דגל שחור" קנה לו אחיזה ברבות השנים לתיאור התנהלות פסולה בכלל, ושל אנשי ציבור בפרט, במגוון סוגי הליכים משפטיים.[25]

סיכום

לפני למעלה משישים שנים הונף הדגל השחור מעל הפקודות שהובילו לירי בכפר-קאסם, ונקבע כי הן לוקות באי-חוקיות הדוקרת את העין ומקוממת את הלב.

"מבחן הדגל השחור" יושם מאז בעשרות רבות של הזדמנויות והקשרים. המבחן שימש לא אחת בהתמודדות עם תופעות פסולות, שצה"ל ביקש לעקור מן השורש. השימוש בו חרג מהמערכת הצבאית ונעשה בו שימוש גם בהקשרים משפטיים אזרחיים. עם השנים התברר כי מבחן מוסרי-מצפוני זה אינו קל ליישום. הוא עורר שאלות מאתגרות וחייב איזונים מורכבים.

בראייה היסטורית, למבחן חשיבות גדולה בשמירה על צה"ל כצבא שמחויב לשאול שאלות מוסריות וערכיות. מחויב כארגון, ומחויבים כל מי שנמנים עם שורותיו - מפקדים ופקודים כאחד. צבא המבוסס על משמעת, סדר וציות, אך גם צבא שבו כל חייל נדרש לבחון את הפקודות הניתנות לו, ולא לציית להן באופן עיוור.

---

[21] צפ/556/88 **התובע הצבאי נ' שריקי** (לא פורסם, 15 ביוני 1989) ("**פרשת גולני**").

[22] ראו לדוגמה את פסק דינו של ממלא-מקום נשיא בית המשפט העליון (כתוארו אז) מאיר שמגר בער"מ 1/82 **עיריית תל-אביב-יפו נ' אלי רובין** פ"ד לו (3) 579 (1982).

[23] עיון במסמכים הקשורים לתיקון מספר 39 לחוק העונשין, התשל"ז-1977, מלמד על השפעת פסק הדין על ניסוחו הסופי של סעיף 34יג.

[24] ע"פ 336/61 **אדולף אייכמן נ' היועץ המשפטי לממשלה** פ"ד טז 2033, 2085 (1962).

[25] ראו לדוגמה את פסק הדין בת"פ (י-ם) 426/09 **מדינת ישראל נ' אהוד אולמרט** פס' 4 ו-18 (פורסם בנבו, 25 במאי 2015); כן ראו את פסק הדין בבג"ץ 4668/01 **שריד נ' ראש הממשלה ואהוד יתום** פ"ד נו (2) 265 (2001).