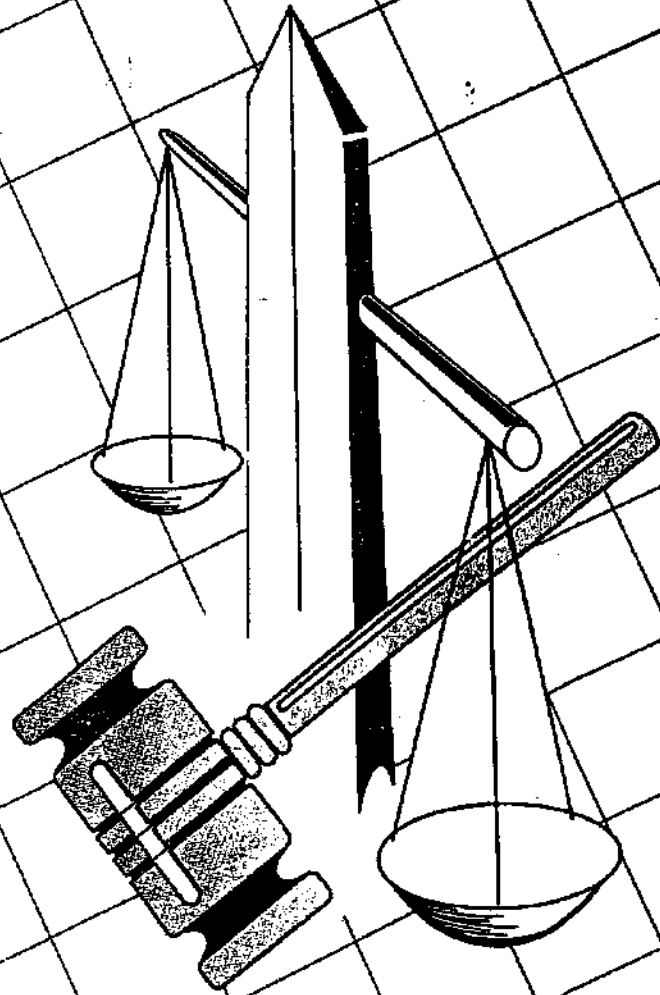


משפט

בואו המערכת המשפטית בזהל



• גליון מס' 8 • מרץ 88 •

ראשית דבר

לאחר תקופה ארוכה של הרהורים, לבטים ובדיקות הוחלט להפיץ את בטאון המערכת המשפטית ב"צה"ל, גם בקרב מינויים מחוץ לצה"ל ולמערכת הבטחון.

נפלה בחלקנו, כתברי המערכת, הזכות לערוך ולהביא לדפוס את הגליון הראשון האמור, מעתה ואילך, לשכון בספרות לצידם של בטאונים מכובדים המוצאים ע"י מוסדות אזרחיים.

המערכת תשמח לקבל ולפרסם הערות, הארות, ומאמרים של קוראי הבטאון. מאורעות שארעו והחלטות שנפלו בחודשים האחרונים הצביעו פעם נוספת על הזיקה ההדוקה בין חקירות ואירועים בטחוניים לבין הדין ושלטון החוק. דין, משפט ובטחון הינם מושגים היונקים זה מזה ותלויים האחד בשני. לית דין ללא בטחון ואין בטחון שאינו מבוסס על שלטון החוק. את תרומתנו לביסוס שלטון החוק והבטחון כאחד נעלה ונביא בבטאוננו.

קריאה מהנה ומועילה.
המערכת

תוכן העניינים

דבר המערכת

בשם אומרם

- 1 הפקודה כהגנה גם בהיותה בלתי חוקית בעליל — השופט אורי שטרנמן.

עיון ודין

- התערבות בית המשפט העליון בפסקי דין ובהחלטות אחרות של הערכאות הצבאיות בעקבות חוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955 (תקון מס' 17), התשמ"ו-1986 — אלימ (דימ) ד"ר צבי הדר.
 17 הרשות המאשרת לפי חוק השפוט הצבאי, התשט"ו-1955 — ד"ר מרדכי קרמניצר.
 39 הרשות המאשרת לפי חוק השפוט הצבאי, התשט"ו-1955 — תא"ל (מיל') דב תמרי.
 51 הצצה — פגיעה בפרטיות (PEEPING TOM-LEV) — סרן שמואל כורנשטיין.
 57 לתחולתן של הנורמות המגבילות את חופש הבטוי על גלי צה"ל — הלל סומר.
 67 דיון בנושא בדיקות לגלוי סמים בצה"ל.
 81

הלכת פסוקות

- 87 "דבר מה" להודאת המאשם; ועבירת הנסיון.
 87 התנהגות שאינה הולמת.
 93 טענת סכונ כפול.
 99 עבירת אי שמירת רווח לפי תקנה 49 לתקנות התעבורה, התשכ"א-1961.
 103

חידושי חקיקה

- 109 חוק רישום ציוד וגיוסו לצה"ל, התשמ"ה-1981
 111 הצעה לתקון חשי"צ לפי חוק סדר הדין הפלילי.
 115 שינוי הליכי בדיקה וחקירה בצבא.
 116 הכללת תוספת הדריכות המבצעית בפנסיה.
 117 הגנה על חיילי מילואים שפוטרו עקב שרותם.
 121

צו על תנאי

- 123 הסמכות לנקוט אמצעי בטחון להגנת יושבי "בית הדסה" — חברון.
 125

רבותי ההסטוריה

- 127 הצעת חוק השיפוט הצבאי, התש"ט-1949 — תא"ל (מיל') צבי ענבר.
 128

אגרת פרידה — אלימ (מיל') זכריה כספי

- 143 הודאות — (מנויים חדשים בפרקליטות הצבאית)
 147

הדעות המובעות ברשימות, בהערות ובתגובות המתפרסמות בבטאון זה, הינן על דעת כותביהן בלבד, ואינן משקפות בהכרח את עמדת המערכת המשפטית בצבא, צה"ל או מערכת הבטחון.

מערכת הבטאון

אלימ א.שיף, אלימ ע.מודריק, דר' א. לדרמן, סא"ל י. תלרז, סא"ל ע.פסמון, סרן ש. יניב, סרן ע.ברגר, סג"מ מ. זוארץ.

בשם אומרם

הפקודה כהגנה גם בהיותה בלתי חוקית בעליל.

השופט אורי שטרזמן**

* דברים שנשא בכנס השנתי של מפצ"ר (תשמ"ו) – 16 ספט' 86.
** שופט בית המשפט המחוזי ב-ת"א ושופט בית הדין הצבאי לערעורים (בשירות מילואים).

ארועי התקופה האחרונה עוררו מחדש את שאלת הציית לפקודה הבלתי חוקית, ואם כי היום כבר לא מקובל טיעון של צידוק לציית כזה, הוא בוודאי משמש אחדים מהמצייתים לדרוש הבנה למעשיהם ומחילה לעבירותיהם. זו איננה שאלה חדשה. דנו בה בהרחבה במאה ה-19, אם כי בחריפות היא עולה במאה השנים האחרונות, ובעצמה רבה – בעקבות מעשי הנאצים במלחמת העולם השנייה ומשפטיהם.

א. פרשת יואב בן-צרויה

האמת היא שכבר ברומן המסעיר שהתנהל לא רחוק מכאן בין דוד המלך לבת-שבע בת אליעזר אשת אוריה החתי אנו מגלים פרשה מסעירה, לא רק של אהבה לוחסת, אלא גם של פקודה בלתי חוקית שעל נתינתה וביצועה נודע הודות להדלפה לאמצעי תקשורת כה נפוץ בתנ"ך.

כזכור הרתה בת-שבע לדוד בעוד בעלה נמצא בשורות הלוחמים בבני עמון. כשנודע הדבר לדוד הוא זומם להסוות את אחריותו להריק ושולח הוראה ליואב בן צרויה, שכיהן אז כ-רמטכ"ל של צבא ישראל, לאמור: "שלח לי את אוריה החתי". ליואב אין סיבה לפקפק בחוקיותה של הפקודה. רשאי המלך לדרוש לראות את אחד מקציניו הבכירים (שכנות בתיים של המלך ושל אוריה מלמדת על רום מעלתו של אוריה). אוריה מגיע אל המלך אך מסרב ללכת לביתו למרות החופשה המוענקת לו לשם כך. ניתן להניח שנודעו לאוריה יחסי המלך עם בת-שבע, כי סרבו לרדת לביחו לאכול, לשתות ולשכב עם אשתו בעוד אדונו יואב ועבדיו המלך חונים בשדה נשמע באוזניו כתרוען שאיננו משקף את האמת שבלבו של אוריה. גם השקיית אוריה לשכרה, למחרת היום, לא הועילה, הוא לא ירד לביתו. "ויהי בבקר ויכתב דוד ספר אל יואב וישלח ביד אוריה. ויכתב בספר לאמור: הבו את אוריה אל מול פני המלחמה החזקה ושבתם מאחור ונכה ומת".

היתה זו פקודה בלתי חוקית בעליל, להפקיר לפתע לוחם בשדה הקרב כדי לגרום למותו. כלומר פקודת רצח.

האם יואב היה חייב לציית לפקודה אם לאו? תכנה לא השאיר ספקות בדבר מהותה. אי אפשר היה לחשוב שאוריה נשפט כדין למוות וביצוע גזר הדין הוטל על יואב. ההוראה לבצע את גרימת המוות כזדון כך שתיראה כאילו נעשתה בסערת הקרב משמעה היה להסתיר מעיני העם את האמת, והיא הנותנת שלא בהליך חוקי מדובר, ואם היתה עצימת עיניים אצל יואב מפני האמת המסתתרת באותה פקודה – דינה כדין ידיעת כל העובדות.

יואב ביצע את הפקודה. הוא הציב את אוריה "אל המקום אשר ידע כי אנשי

(1) שמואל ב', יא, יד-טו.

חיל שם" מאנשי האויב.

אינני יודע אם המשנה לראש הצבא (ליואב) הדליף לצבור את פקודת דוד; או שהדברים נודעו הודות לכתבי העתונות שליו את הצבא, תמיהו על העברת אוריה מחזית לחזית, והתפלאו על הקרב הכושל שנוהל בידועין סמוך לחומת העיר רבה, כאשר הפיקוד יודע על הסיכונים ללוחמים סמוך לחומת מאז שהופקו לקחי הקרב על תבן, שם אשה השליכה פלח רכב מעל החומה והרגה את אבימלך בן ירובעל, וקשרו ענין זה להריונה של בת־שבע שנאספה לבית דוד מיד בתום האבל כשכרסה בין שיניה; או אולי המלאך, שנשלח ע"י יואב לדוד לספר על הקרב ותוצאותיו, סיפר למיודעיו על כך שיואב חשש מתגובת המלך על המהפך הכושל במלחמה ולכן הורה לו להוסיף כדברי רגיעה את הבשורה על מות אוריה באותו קרב. כך או כך המעשים נודעו ליועץ המשפטי דאז, שאז כעתה היה מופקד על שלטון החוק, נתן הנביא, שלא כופף ראשו מול השררה אלא מיהר להאשים את המלך ולמצות עמו את הדין, "את אוריה החתי הכית בחרב... ואותו הרגת בחרב בני עמון". כלומר אל"פ שהפגיעה הפיזית נעשתה ע"י בני עמון – האחריות לרצח היא על נותן הפקודה.

הכרתו המהירה של דוד בחטאו, "חסאתי לה" זיכתה אותו בחנינה חלקית גם ה' העביר חטאתך לא תמות". למעשה היתה זו הקלה בעונש כי עונשים אחרים הוטלו עליו ועל בני ביתו, אם כי לא נאלץ להתפטר מכהונתו.

יואב בן צרויה שביצע את הפקודה הבלתי חוקית לא נשפט ולא נדון אף לא למלה של גנאי. טענתו שפעל כרשות ובסמכות בוודאי עמדה לו.

אילו יכולנו לשלוח אל יואב את שני הבחורים המשוטטים במנהרת הזמן (בטלויזיה) לשאול אותו מה יש לו לומר להגנתו, הוא בוודאי היה מתפלא על השאלה ואת"כ אומר: "וכי היתה לי ברירה לא לקיים את פקודת המלך, אילו עשיתי כן הייתי מורד במלכות ומוצא להורג בפומבי או בסתר (ולא מן הנמנע שלא היה בכך כדי להציל את אוריה מיד המלך)".

עתה מובא יואב אליכם. ה-פצ"ד איננו מסתפק בדין משמעת, שהרי לא מדובר בהתנהגות בלתי הולמת אלא ברצח ע"י הפקרת חייל בשדה הקרב. התביעה מעמידה אותו לדין, הסנגוריה מלמדת עליו זכות ובית הדין הצבאי נדרש להכריע את דינו לזכות או לחובה. מה תהיה הכרעת הדין: חייב או זכאי, ואם יורשע – מה יהיה גזר הדין: דין מוות או מאסר עולם כדין כל רוצח, או הנסיבות תקלנה עמו עד כדי מאסר סמלי בלבד, אם בכלל.

התביעה סבורה שמלאכתה קלה. סעיף 24 לחוק העונשין הוציא את הגנת הצידוק מביצוע פקודה בלתי חוקית:

(2) שמואל ב', יב, ט.

(3) שמואל ב', יב, יג.

"אין אדם נושא באחריות פלילית למעשה או למחדל... בציות לצו של רשות מוסמכת שהוא חייב עפ"י הדין לציית לו זולת אם הצו הוא בעליל שלא כדוף.

ובחש"צ נקבע בסעיף 123: "...לא ישא חייל באחריות פלילית לפי הסעיפים 122 (סרוב לקיים פקודה) 123 (אי קיום פקודה) ו-124 (התושלות בקיום פקודה) אם ברור וגלוי שהפקודה שניתנה לו היא לא חוקית".

מה לנו חמור יותר מפקודה לגרום למותו של אדם, חבר לנשק שלא פשע ולא חטא. אני רואה את ה-תוצ"ד עומד וסוען בלהט להרשעה ומצטט כמובן את פסה"ד במשפט כפר קאסם על סימן ההיכר לפקודה בלתי חוקית בעליל המתנסוס

"כרגל שחזר מעל הפקודה, ככתובת אזהרה האומרת 'אסור' כי יש כאן הפרת חוק גלויה ומובהקת, אי חוקיות וודאית והכרחית המופיעה על פני הפקודה עצמה, אופי פלילי ברור של הפקודה או המעשים שהפקודה מצווה לעשותם, אי חוקיות הדוקרת את העין ומקוממת את הלב, אם העין איננה עוורת והלב אינו אטום או מושחת".

עתה קם ה-סצ"ד ממקומו, ובעוד הכל מצפים לתשובתו הוא מפתיע את בית הדין ואת הצבור העוקב בעניין אחרי המשפט ומבקש דחיה. טעמו עמו: המתנתם – הוא מתריס כלפי התביעה – כמעט 3000 שנה עד שהבאתם את הנאשם לדין, בטלתם את חוק ההתישנות כלפיו, לפיכך לא יגרם עיוות דין אם תסכימו להמתנה נוספת, כנראה לא ארוכה, עד לחקיקת חוק עונשין חדש, חקיקה שבודאי תקדם אחרי הרוטציה, כאשר שר המשפטים יקבל קביעות.

אתם בוודאי רואים את ה-אב"ד מרים גבה בתמיהה ואת חבריו להרכב משתוממים עמו: מה לרוטציה ולהגנת הנאשם, ומאי נפקא מינה בין חוק העונשין לזה שיבוא במקומו, האם שם יהיה כתוב שהרוצח לפי פקודה פטור – לא יאמן. עד שהסנגור משיב גובר זעמו של ה-אב"ד על הבקשה לדחיה, הנראית בעיניו קנטרנית ומיועדת למשוך את הדיון, והוא מבלי להמתין לתשובה מניע ראשו ימינה ושמאלה לעבר חבריו להרכב ומכריז על הפסקה.

עתה אני היושב בין הצופים במשפט ממחר לספריה מנער את האבק מהספרים העוסקים בסוגיה הנדונה. אולי יפנה אלי הכתב לענייני משפט של הטלוויזיה הישראלית, או, אולי, אוזמן לערב חדש" של הטלוויזיה הלימודית כדי להביע דעה על מהלכי המשפט וטיעוניהם של ב"כ הצדדים, כי איסור הסובידיצה אינו חל על הליכים לפי חש"צ, ובכלל מזה זמן מה שהגיעו למסקנה כי אם הציבור אינו סומך על שופטיו, שידעו לדון לפי הראיות ולא לפי הכתבות, מוטב לנעול את השופטים בחדרים חסרי רדיו וטלוויזיה ולמנוע מהם עתוננים, מאשר למנוע את הוכוח הפומבי בציבור, באמצעי התקשורת, בענין כה עקרוני.

(4) ביד"צ מרכז 3/57 התובע הצבאי נ' מלינק ואח' פ"מ יז 213,90.

ב. מצוקת החייל

רבותי הבעייה שהוצבה לפני יואב עם קבלתה של פקודת המלך היתה קשה, הוא לא החייל היחיד שנתקל בבעיות כאלו שהיו עבורו חסרות פתרון מניח את הדעת. כי מחד החייל מחוייב בציות לפקודה מגבוה, הוא מתורגל לכך ונענש על העדר ציות. אך מאידך יש אשר הציות לפקודה יכול לגרום לענישתו בגלל היותה בלתי חוקית בעליל.

לא בכדי כתב דייסי (Dicey):

"מצבו של החייל הינו קשה להלכה ויכול להיות קשה גם למעשה. יפה נאמר הדבר, כי הוא עלול להיות מוצא להורג בירה ע"י ב"ד צבאי, אם יפר פקודה, ולהיות מוצא להורג ע"י שופט וחבר מושבעים, אם יציית לה".

אכן, אסור למפקד לתת פקודה בלתי חוקית, הן משום שאינו מוסמך לתתה והן משום שהיא כוללת הוראה לבצע עבירה על החוק. אם הפקודה שניתנה היתה בלתי חוקית רק בגלל שמפקד חסר סמכות נתן אותה, ואילו ניתנה ע"י בד סמכא היתה הפקודה חוקית – אין לנו קושי להגן על החייל שהוטעה לפעול עפ"י הפקודות האלו. אבל מה יעשה חיל שביצוע הפקודה הבלתי חוקית מביא אותו למעשה עבירה – היבצע את הפקודה או יסרב לה. קל לנו לומר לחייל לסרב פקודה כאשר אי חוקיותה גלויה לעין, כשהיא מורה לו לבצע עבירה פלילית חמורה כמו רצח, אונס או גניבה; אבל האם אנו באמת מוכנים לומר לחייל לסרב פקודה כאשר מפקדו אומר לו לירות בדמות חשודה, שאיננה מזדהה, הנעה ע"י הגדד של הבסיס הנמצא בשטח עויין. המפקד סובר (עפ"י המידע שקיבל מהפיקוד העליון) שהפגיעה בדמות תביא לתפיסת חייל אויב ולהוצאת מידע חיוני מהיר והחייל תושב שירי כזה בדמות בלתי ידועה יכולה לפגוע ברועה תמים המחפש את עדרו סמוך לגדר המחנה. האם צריך המפקד להתכבד ולהסביר לחייל את כל השיקולים ולמסור לו את כל המידע באותו ענין, או צריך החייל לסמוך על מפקדו ולהיות בטוח שאם אמנם הפגיעה בדמות תביאו למשפט – הגנת הציות תעמוד לו. אנו כמובן, באולם בית המשפט, נברוק בניחותא את כל השיקולים ואת כל הידיעות, את משפט המדינה והמשפט הבינלאומי, את הדין הפלילי ודיני המלחמה, ונכריע לכאן או לכאן, אבל ברור לנו שהחייל הנרחק ע"י מפקדו (ולאו דווקא בהיותם זה מול זה, כך שיוכל לשוחח ולברר, אלא, לעיתים קרובות, באמצעות מכשיר הקשר) אינו פנוי לכך. חוששני שגם מורה נבוכים, כמשפטן רב ידע, שהיה נקלע למקום לא היה מועיל לו.

Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (London, 10th ed., 1959) p. 303. (5)
הוצא בספרו של רבינשטיין, *תהגנת הציות לפקודות מנבחה במשפט הבינלאומי* (מגנט, מודרנה 1, של"ח) 21.

ג. המבוכה

אנו רוצים ציות מלא, משמעת למופת, אך אנו נחרדים לאפשרות שחייל יבצע עבירות פליליות ויצא פטור מעונש רק בגלל שפעל לפי פקודה להרוג, לאנוס או לגנוב, שהרי אם הפקודה מהווה הגנה, אזי כדברי סטפן (History of the Criminal Law of England, Vol. 1, 205) "עקרון כזה היה מצדיק את הטוראי שירה ברב סרן או שערק לאוייב בשדה הקרב לפי פקודת מפקדו הישיר".

כטוי למבוכה אני מוצא בחוברת "מערכים מל"ם" של בית הספר לפיתוח מנהיגות של צה"ל המנסה להדריך את המפקדים בנושא סבוך זה: "מהי פקודה בלתי חוקית בעליל: – אין כל הגדרה חוקית חותכת, שכן לא ניתן לנסח חוק שיגיד זאת, על כל פנים לא ניתן לתאר מצב שבו מבחינה חוקית חייל שמציית לפקודה של מפקד – לך תהרוג מישהו ב-ת"א לא יהיה בר עונש, לכן מוכרחה להיות איזו שהיא מגבלה. על כל פנים מדובר על מקרים קיצוניים בהם ברור לחלוטין לכל אדם סביר שאסור היה לירות".

מהיכן שאב המחבר הסבר זה, ומי שמו לקבוע שהסירוב מוצדק רק במקרים קיצוניים? החוק איננו מסייג את הגנת הצידוק רק במקרים קיצוניים אלא לכל פקודה בלתי חוקית בעליל, ופקודה בלתי חוקית בעליל היא גם פקודת המפקד לנסוע במהירות העולה על 90 קמ"ש או להחנות את הרכב על המדרכה ולא רק פקודה לירות באדם שלא תקף אותך, לא נסה לפגוע בבטיסך ולא נזקקת להגנה מפניו. מחבר החוברת מודע לכך ומנסה לנווט את דרכו ע"י הסבר כזה של החוק: "רוב המשפטים על פקודות בלתי חוקיות בעליל נערכו במקרים בהם קופחו חיי אדם. אין הדבר מקרי – הפסקת חייו של אדם מהווה נזק שאי אפשר לתקנו – וזהו הקריטריון החשוב למידת הבלתי חוקיות בעליל של פקודה. וזהו פעמים רבות ההבדל בין פקודה בלתי חוקית שתם לפקודה בלתי חוקית בעליל".

ולכן, מסביר המחבר, פקודה לבנות גל אבנים על הר נבנה היא פקודה בלתי חוקית, כי הטרטור אסור, אבל חייבים לבצעה, אך סרוב למלא פקודה לנהוג ברכב ע"י מי שאיננו בעל רשיון נהיגה – מוצדק כי במילוי הפקודה יש סיכון לחיי אדם. לכאורה ההדרכה הולמת את ההגחיות של פסק הדין במשפט כפר קאסם, המסביר פקודה בלתי חוקית בעליל בהיותה דוקרת את העין ומקוממת את הלב. אבל דברים חשובים אלה נאמרו אגב אורחא, על רקע הפשע הנורא שאירע בכפר קאסם ואין בהם כדי לצמצם את תחולתה של המלה "בעליל" – שמשמעה "בגלוי" "ללא ספק" (מילון אבן שושן) – רק למקרים חמורים בלבד.

דין בסוגיה זו, על פקודה לעשיית מעשה בניגוד לחוק כאשר במעשה אין חומרה, נערך בבית המשפט (ערך לפני משפט כפר קאסם) בשאלה אם פקודה להסיע נוסעים במשאית G.M.C. שסולמותיה אינם קשורים היא פקודה בלתי חוקית בעליל שהיה על הנהג לסרב לבצעה, או שאיננה בלתי חוקית בעליל ועל כן ביצועה מזכה את הנהג מאחריות לתאונה שארעה בגלל אותם סולמות.

על מבוכת המשפטנים אני מציע לקרוא את הדברים שנכתבו בחוברות "משפט וצבא" מס' 3 ו-4. אל"ם עודד מדריק העלה לדיון סוגיות בשאלות של "טוהר הנשק", כאשר גבול דק מפריד בין השימוש המוצדק בנשק לפגיעה באדם לבין האפשרות שאותו שימוש יהווה עבירה פלילית ברצח, כמו בפרשת ה-ל"ה שהתירו לעובר אורח להמשיך בדרכו ובכך גזרו על סופס. אך אילו לא התירו והמפקד היה נותן פקודה להרגו כי סבר (אפילו בטעות של שיקול דעת) שקשירתו אינה מונעת סיכון (כי אחר שאולי יעבור במקום ישמע על אשר אירע וימהר להזעיק את בני כפר) - מה היה דינו של מקיים ההוראה ומבצע הפקודה? אנו לא היינו יודעים איזה אסון נמנע מהלוחמים, ולא מן הנמנע שאותו לוחם היה נקרא ליתן את הדין ונדרן למאסר עולם. (אני זן במעמדו של מבצע הפקודה, ולא בשיקולו של המפקד נותן הפקודה).

עמיתי השופט סלגם כתב בענין זה שהשאלה איננה יכולה להשאר פתוחה והבהיר כי לדעתו הפתרון נמצא במצפנו של הלוחם. לדבריו "בלתי חוקי בעליל" הוא כל מה שחייל בעל מצפון יחוש בו מיד שאינו חוקי, אבל יחד עם זאת הוסיף וכתב: "איננו פוטרים אותו מהסיכון שמה שנראה לו בלתי חוקי עשוי להיות פקודה חוקית שהוא מסתכן בהפרתה ואיננו מסירים מעליו את האחריות אם דימה לגלות אי חוקיות במקום שאיננה קיימת".

אני סבור שאפשר להניח למצפנו של חייל - וגם זאת כנראה לא תמיד - לקבוע אם הפקודה דוקרת את העין ומקוממת את הלב, אך בוודאי שהמצב הוא בלתי נטבל עבור החייל ועבור המערכת הצבאית כאשר על החייל מוטלת האחריות לתוצאות מעשיו הנעשים על ידו בגלל שהוא מציינת לפקודות מפקדיו שאינן "מקוממות את ליבו" אך בכל זאת אינן מקובלות עליו ומרגיזות אותו כי אינן חוקיות, שאז: אם הפקודה בלתי חוקית בעליל - חייל, ואם בלתי חוקית אך לא 'בעליל' - פטור. ולך דע באותה עת ובאותה שעה אם הפקודה היתה חוקית והורדה לחייל כדין, או שלא היתה חוקית והיא פרי שרירות הלב של המפקד הטועה בשיקול דעתו או תוצאה של דרכו חסרת הישור.

ד. במשפטי העמים

האמריקאים ב-ארה"ב והאנגלים סוברים, בוואריציות שונות, שפקודה בלתי חוקית איננה מהווה הגנה לחייל המואשם בביצועה. על החייל להפעיל שיקול דעת לפני ביצוע הפקודה ולברר לעצמו את מהותה, שמא אי חוקיותה גלויה לעין. הצרפתים ראו במשך זמן רב השקפה זו כמגוחכת וקראו לה "שיטת הכידונים האינטליגנטיים". עד 1966 היה הפקוד פטור מאחריות, למעט במקרים מסויימים, אם ביצע עבירה, אפילו המורה ביותר, לפי פקודה. הקודקס הצבאי הפלילי מ-1966 הטיל אחריות פלילית על מבצע עבירה, גם אם בצעה לפי פקודה, והעניק לו את הצידוק לסרוב פקודה בלתי חוקית. יחד עם זאת נמצא בצרפת נטיה לתת לחייל

בית המשפט המחוזי בתל-אביב (השופט מלחי) זיכה ב-1953 את הנהג בנימין ברנרד אחרי שמצא שהוא מילא פקודה שלא היתה בלתי חוקית בעליל. ערעורו של היועץ המשפטי נדחה. בית המשפט העליון דחה את הערעור לא מטעמה של הערכאה הראשונה אלא מן הטעם שלא הוכח שהסעת המשאית באותו מצב העידה על רשלנות הנהג לפני התאונה; כמו כן נקבע שהפקודה התייחסה להסעת נוסעים רבים מעל המותר ולא למצב הסולמות. עד כמה שאפשר ללמוד מפסק הדין הקצר לא נראה שבבית המשפט העליון הועלתה הטענה שהסייג המוציא מכלל צידוק פקודה בלתי חוקית בעליל איננו מתייחס למקרה שאיננו חמור, כהסעת משאית ללא קשירת סולמותיה, או להסעתה עם מספר נוסעים העולה על המותר, כאשר הנהיגה עצמה נעשית על ידי נהג מיומן ובעל רשיון נהיגה.

ברנרד הנהג בוודאי לא צפה את התאונה והסתבכויותיה, והוא הסיע את המשאית במטרה להביאה ליעדה. אך אילו סירב פקודה בטענה שאין בנמצא חבלים לקשירת הסולמות או שעליו להשאיר את אחד הנוסעים כדי שנסיעתו תהיה במסגרת החוק - מה היה דינו? האם היינו אומרים שהפקודה להסיע את המשאית דוקרת את העין ומקוממת את הלב, או שזו פקודה שאיננה נראית כנורמת סיכון לחיי אדם ולנוק שאינו ניתן לתיקון (כאמור בהדרכת ה-מכ"ם) ולכן חייב ברנרד לקיים את הפקודה והגנת הצידוק תעמוד לו.

כמובן שאנו בליבנו מהרהרים אם הפקודה היתה מבצעית וחיונית, ואזי נהיה נוטים להקל עם המפקד ועם הפקוד ולהימנע מהבאתם לדין. אך אם ניתנה הפקודה כדי להימנע מהטרחה של הוצאת רכב נוסף להסעת הנוסע המיותר או עיכוב המשאית עד שיתקנו הסיידורים לקשירת סולמותיה ללא סיבה של ממש - תהיה לנו תרעומת על המפקד ונביאו לדין. אך מה נאמר על ברנרד. האם יכול היה להתייצב מול מפקדו ולומר לו אינני שומע בקולך? אם מותר היה לו וצריך היה לנהוג כך - האם אמנם יכול היה לעשות זאת ללא חשש לגורלו? האם מותר היה לברנרד לחקור את מפקדו על סיבת הפקודה, והאם יכול היה לעשות כן. האם הנהג הנוהג במהירות אסורה למחנה מטכ"ל, או עוצר למרות האיסור של תמרור "אין עצירה", לפי פקודה, יכול לברר ולדעת אם מפקדו נקרא לפעולה מבצעית, שכנראה מוגנת או מוצדקת על ידי החוק, או שמא מיהר לבחירת לבבו העובדת שם לקבוע עמה את מקום המפגש לאחר שעות העבודה.

ועוד על המבוכה, הקיימת גם בשעת לחימה, מקובל שהחייל אינו צריך לשאול שאלות ולא לחקור את מהות הפקודות ומטרתן, חינוכו לציות מוחלט נעשה בימי שלום כהכנה לשעת מלחמה. על החייל הממושמע כתב המשורר

Tennyson בשירו The Charge of the Light Bridge

"Theirs not to make reply

Theirs not to reason why

Theirs but to do and die"

(6) ע"פ 135/53 היעמ"ש 1 ברנרד פ"ד ח 219,218.

לדעת בית המשפט החוק הצבאי הגרמני קבע שיכול פקוד להיות אחראי בפלילים במסיבות כאלו רק כאשר הוא יודע כי הפקודות שקבל כרוכות בפעולות המהוות פשע לפי המשפט הכללי והצבאי ולא כך היה בענין ההכאה.

במשפט הידוע כדובר קאסל (Dover Castle) זוכה קארל גוימן, מפקד צוללת גרמנית, שהטביע אניה בריטית נושאת חולים בים התיכון כי בית הדין קיבל את טיעונו על כך שפעל לפי פקודת האדמירליות להטביע כל אניה בריטית גם אם היא נחזית כנושאת חולים, כי לדעת הפיקוד הגרמני בגות הברית משתמשות באניות כאלו למטרות מלחמה, והנאשם האמין שהוא מבצע פקודה חוקית. לכן זוכה. אבל כאשר הנאשם ידע שהמעשה שעשה הוא פשע, כמו פאציג (Patzig), מפקד צוללת גרמנית, שהטביע אניה בריטית נושאת חולים באוקיינוס האטלנטי (ולא בים התיכון שעל האניות השטות בו חלה הכרזת ממשלת גרמניה על הטבעת אניות) והטביע את הניצולים כדי לטשטש את עקבות מעשיו – הוא הורשע בדיון, כי ידע שהוא עושה מעשה פשע. יחד עם זאת הוסיף בית הדין וקבע שיש לומר לזכותם של פקודים בצבא שאין הם חייבים להטיל ספק בפקודת הממונה עליהם והם יכולים לסמוך על חוקיותה. ההנמקה היתה שהנאשם היה צריך להיות מודע לאופי הבלתי חוקי של הפקודה.

"If such an order is universally known to everybody including the accused to be without any doubt whatever against the law... in the present case it was perfectly clear to the accused that killing defenceless people in the lifeboats could be nothing else but a break of law"

כמו אצלנו, הרי זו פקודה הדוקרת את העין ומקוממת את הלב.

ה. הצידוק לאי הציות

ההשקפה שאין לציית לפקודה בלתי חוקית כה נפשעת זהה להשקפה האומרת שאין תוקף לחוק המסיל גזירות בלתי אנושיות, ולפיכך החוק, אף על פי שנחקק כדין והולם את חוקת המדינה, איננו מקובל עלינו כחוק חוקי. המשפטן רדברוק הסביר ב-1950 שיש להעדיף את חוקי המדינה גם כאשר הם אינם צודקים עד

"Unless the violation of justice reaches so intolerable a degree that the rule becomes in effect 'lawless law' and therefore yield to justice"

בטוי ספרותי להתנגשות בין החוק לבין הצדק מצאנו בדברי אנטיונה לקראון, כשהוא שואל אותה: "ואת למרות הכל העזת לבזבז לחוק", היא משיבה כי פעולתה

Dover Castle case American Journal of International Law (vol 16, 1922) P. 704 (12)
הובא בספרו של דינגסטיין, הערה 5 לעיל, בעמ' 27.

The "Llandovery Castle" case, American Journal of International Law (Vol. 16, 1922) P. 708, 721-722 (13)
(14) שם, 2074. צוטט בעמ' 336/61 אייכמן ו' היועמ"ש, פ"ד טז (3) 2033.

את האופציה להחליט אם לבצע את הפקודה הבלתי חוקית אם לאו, מלבד אם הפקודה נגועה באי חוקיות גלויה וחמורה, אז נשללת מהחייל אותה אופציה והוא חייב לסרב לבצע את הפקודה.

החוק הרומאי הקדום קבע שאין לפטור עבד שעשה מעשה פשע כגון רצח או גניבה לפי פקודת אדונו.

בימי הביניים בתחום מדינות שונות בגרמניה קבעו שהחייל השכיר חייב למלא פקודה רק אם לא היתה נוגדת את צו אלוהיו, מצפונו וכבודו.

ב-1816 הודשע מלח ברצת, כי במהלך השמירה ירה על סירה שהתקרבה לאניה בניגוד להוראות. היריה גרמה למות אדם בספינה. ההרשעה היתה למרות שחבר המושבעים קבע שהנאשם ירה מתוך התרשמות מוטעית שזו חובתו עפ"י הפקודות שקיבל. על מעשי אכזריות בשבויים נשפטו הרוצחים והמתעללים ע"י המנצחים. כך נדון למוות בשנת 1474 פטר דה הגנבאן שהתעלל באוכלוסייה בעת היותו מושל צבאי בבריינאך הכבושה וב-1864 נדון למוות ביריה, חייל בצבא הדרום של ארצ"ב, שהרג עפ"י פקודה שקיבל, שבויים מכוחות הצפוף.

אבל בית המשפט העליון של כף התקוה הטובה זיכה חייל שנצטווה ע"י מפקדו לירות באזרח בורי שלא קיים הוראה מסויימת. במשפט, שנערך בשנת 1900, זוכה החייל למרות שהפקודה היתה בלתי חוקית, כי לדעת השופט הפקודה לא נראית על פניה, בגלוי, כבלתי חוקית.

אחרי מלחמת העולם הראשונה חל מהפך מסויים. לא המנצחים דנו את המנוצחים, אלא עפ"י הסכם בין גרמניה לבנות הברית ויתרו בנות הברית על זכויותיהן לפי אמנת וורסאי לשפוט את פושעי המלחמה הגרמניים והסכימו שגרמניה תשפוט את חייליה. ואמנם התביעה הגרמנית הביאה אותם לדון (כמובן, את מיעוטם, ולא את רמי המעלה שביניהם). בית המשפט העליון בלייפציג דן במשפטיהם והיה עליו להתמודד עם טענת הנאשמים על ציות לפקודה מגבוה. שניים מפסקי הדין שניתנו ב-1922 זכו לפרסום ולנתוח משפטי, חשוב לענינו, כי בהם נעשתה אבחנה מתי פקודה בלתי חוקית מגינה על החייל ומתי לאו. רוברט נוימני פגע בשבויי מלחמה בריטיים. באחד המקרים הכה שבוי שסרב לצאת לעבודה. את המכות הנחית עפ"י פקודת מפקדיו. מעבירה זו זוכה, כי

J.W.C. Turner, Russel on Crime (London, 12th ed, 1986) (7)
Vol.1 P.87, ft 86: R.V. Thomas [1816] Crown
Case Reserved, MS Bayley J. UM & s. 441.

Schwarzenberger, International Law (London, 2nd ed, 1949) P.308/310 (8)
U.S. v. Wirz (1865) H.R. Exec. No 23, 40th Cong., 2nd Sess, 1867-8, Vol. 8. (9)
Green, Superior Orders in National and International Law (Netherlands, 1st ed, 1976) P.302.

Cape of Good Hope cc. Reports 561 cp. Model (10)
Penal Code (1900) 17 s. 2, 10

G. Williams, Textbook of Criminal Law (London, 1978) P. 408.

Neuman (Robert) Case, American Journal of International Law (1922) V. 16 P. 696 (11)
הובא בספרו של דינגסטיין, הערה 5 לעיל, בעמ' 27.

אחריות החייל בפלילים יכולה להביא עליו, ללא קושי, חיוב בנזיקין, כשההרשעה בפלילים משמשת ראיה לחובתו (סעיף 42 ג' לפקודת הראיות). בענין זה מעניין לציין פסק דין שניתן ב-ארה"ב ב-1867 ע"י בית משפט פדרלי שדחה תביעת פיצויים נגד חייל שביצע מעצר בלתי חוקי לפי פקודה שקבל. ההנמקה הינה שחובתו הראשונה של החייל היא לציית לפקודות. אם לכל חייל וקצין היתה זכות לברר את חוקיות הפקודה ולשקול אם להישמע לה - היה המחנה הופך ל-ב"יס ליוכחים. לכן יש לראות את החייל כמי שפעל מתוך כפייה ואת החיוב בפיצויים להחיל על המפקד ולא על החייל, וזאת למעט בנסיבות מיוחדות כמו בעת קבלת פקודה שאדם חש באופן אינסטינקטיבי שלא מן הראוי שימלא אחריה.

אין תמיהה שלא תמיד נוח לנו להטיל אחריות על חייל שביצע פקודה. תחושת הצדק שלנו נפגעת כי אנו חשים שהחייל היה מוכרח לבצע את הפקודה. איננו יכולים ליתן לו את הזכות לקבוע היכן לא תעבור היחידה באימוניה, ואנו מבינים ללבו שלא נתן לו לעמוד מול מפקדו הדורש ממנו למסור את הרכב לחברתו.

על כן כשקראתי את פסק הדין בפרשת הנזקים לטנקיסטי הרהרתי ביני לביני אם כל החיילים גרמו את הנזקים מרצונם או שמא היו כאלה שהעדיפו לעצום עיניהם מאי חוקיותה של הפקודה והעדיפו את הנוק בגומיה על סכסוך עם המפקד שנתן את ההוראה, כי ראו עצמם, בצדק או לא בצדק, מוכרחים לקיים את הפקודה לבל יבולע להם.

ז. הפקודה - אינה "כורח"

אין דיון בשאלה זו בפסק הדין (בפרשת הטנקיסטים) וברין אין דיון כזה, כי החוק הפלילי לא העניק הגנה לחייל המבצע פקודה בלתי חוקית בעליל בגלל שהיה מוכרח לבצעה בתוקף הנסיבות בהן נמצא באותה עת ובתוקף הפקודה. החייל המבצע פקודה בלתי חוקית בגלל צייתנותו, למורת רוחו ולא מתוך הזדהות עמה, איננו בעל כוונה פלילית (Mensrea). הוא מבצע את הפקודה כי הוכרח לבצעה, ובהעדר כוונה פלילית - לא צריכה להמצא בו אשמה. אלא מאי שהגנת ה"כורח" אינה עומדת לחייל כי הכורח (סעיף 22 לחוק העונשין) הוא "מעשה שאדם היה אנוס לעשות מחמת איומים שהעלו אותה שעה חשש סביר שאם לא יכנע ימות מיד או ייחבל מיד חבלה חמורה", ואי ציות לפקודה

מבוטסת על חוק "לא כתוב, אבל יציב, כי לא אתמול נולד - חיוו חיי עולם ולא נדע מאימתי יוסד לעד".

כלומר יש מעין חוקת על, צדק טבעי, כלל עולמי, כחוק אלוהי שכולם מכירים בו ומסכימים שאין להפר אותו. כאשר החוק או הפקודה מנוגדים לעקרונ יסוד של צדק טבעי ובסיסי הם בלתי חוקיים (Lawless law).

על כן כשבאו בנות הברית לשפוט את פושעי המלחמה הנאצים חיברו משפטניהם את מגילת בית הדין הצבאי הבינלאומי שלפיו ייבחנו מעשי הנאשמים לפי חוקי גרמניה הנאצית. במגילה זו קבעו את הפשעים שבסמכות בית הדין לדון, והם, כידוע, פשעים נגד השלום, פשעי מלחמה, ופשעים נגד האנושות, שהם פשעים חמורים ביותר. בסעיף 8 של המגילה קבעו: "העובדה שהנאשם פעל על פי הפקודה של ממשלתו או של ממונה עליו לא תפטור אותו מאחריות, אבל עשויה היא להיחשב בהקלת עונשו אם יחליט בית הדין שהצדק דורש זאת".

גם אנו נטלנו לעצמנו את הזכות לקבוע בחוק לעשיית דין בנאצים ובעוזריהם, תש"ו-1950, את הפשעים הנוראים כלפי העם היהודי וכלפי האנושות שעליהם יתן את הדין אדם שעבר עבירות אלו, למרות שעבר אותן בארצות זרות עוד לפני שקמה המדינה.

ו. תחושת הצדק

סקירת המשפטים ברחבי תבל מלמדת שהם מתמקדים בצידוק לאי ציות לפקודות בלתי חוקיות לביצוע עבירות פליליות חמורות כרצח, פגיעה בחסרי הגנה כשבויי מלחמה וכד'. אך בחיי הצבא אנו נתקלים בפקודות שאינן דורשות ביצוע עבירות חמורות ואעפ"כ הן בלתי חוקיות בעליל ומשתרעות על שטחי פעולה שונים של חיי החייל בשרותו בצבא.

נחזור אל החייל מהשורה הנדרש למלוי פקודה שהיא בלתי חוקית בעליל אך חומרת המעשה אינה זועקת מתוכה, כמו למשל פקודה לעבור בשטח קרקע מסויים שהוכן לזריעה. הכניסה לקרקע זו מהווה עבירה לפי סעיף 1494(ו) לחוק העונשין שנענשים עליה במאסר עד 3 חדשים. היכול החייל הנמצא בתרגיל, או במעבר עם יחידתו, לומר למפקדו: אינני עובר, אני נשאר במקום, או יעבור - ויתן את הדין אם יובא לדין.

אנו חשים שמן הראוי לחייב את החייל לבצע את הפקודה ולהחיל עליו את הצידוק של הגנת הציות לפקודות מגבוה.

האם אנו סבורים שחייב חייל ליתן את הדין - ועפ"י פקודת התעבורה מיצינו עמו את הדין - משום שנתן את הרכב שנהג בו לחברת המפקד (שאינו לה רשיון נהיגה) עפ"י פקודת המפקד. האם באמת צפינו שבהיותו אי שם בבקעת הירדן, במרחבי הנגב או במדבר סיני יתקומם נגד הפקודה, שאיש לא היה יודע עליה, אילולא נסתיימה בתאונה.

McCall v. McDowell [1867] 15 Fed. Cas. 1235 (15)

הובא בספרו של L.C. Green, Superior Orders in National and International Law (Netherlands, 1st de, 1976) P. 115-116

(16) ע' 169/81 ו-ע' 232/81. של בית הדין הצבאי לערעורים.

"לא יישא אדם באחריות פלילית בגין מעשה שנצטווה לעשותו באיום בפגיעה חמורה ומידית בחייו, בחירותו, בגופו או ברכושו שלו, או של זולתו."

ועדת אגרנט, בדברי ההסבר, הסבירה את החידוש:

"לעומת זאת הכפיה האינסטלקטואלית הנדונה... פועלת דרך תודעתו של האדם. מבחינה פיזית הוא דווקא היה חופשי לבחור בחלופה שונה מכפי שבחר, אבל אילו בחר בה היה נוטל סיכון על עצמו, כי האיום בפגיעה חמורה ומיידית בחייו, בחירותו או בגופו, שלו או של זולתו, אינה מוצדקת, שכן אין החוק הפלילי תובע גבורת גברים. אדם רגיל, שומר חוק, יעדיף לציית לדרישת המאיים ולהישפט לאחר מכן בידי שופטי המדינה ובמסגרת משפט צדק מאשר להסתכן במימוש המיידית של האיום. עושה עבירה בתנאי כפיה שכאלה אינו טיפוס של עברין ומעשהו אינו מגלה את האנטי הברתיות האופיינית לעבריינים. לכן מתיר החוק את האיסור הפלילי ומסיל את האשם על מי שגרם באימויו לביצוע העבירה."

בהמשך מוסבר שהסייג המוצע "רחב מכפי שהוא מוסדר בחוק המצוי. האיום בפגיעה בחירות האדם אינו קטן במשקלו מן האיום בפגיעה במי שמצוים עליו לבצע את המעשה... אם ירצה המחוקק להוציא עבירות ידועות, כגון רצח, מכלל תחולת הסייג, עליו לעשות כן בחלק הדין בעבירות ספציפיות."

אע"פ שהצעה מתכוונת למאיימים המוכרים לנו כאלויים אינני רואה מניעה שפקודת המפקד הכופה על החייל את ביצועה תהיה גם היא בגדר הכפיה המוצעת לפי חוק זה, שהרי סרוב לבצע את הפקודה גורר אחריו את האיום בפגיעה בחירות עליו העונשים הצפויים למסרב פקודה.

קביעת העבירות שביצוען אסור על אף הכפיה יקל על החייל לקבוע את עמדתו אם לציית לפקודת המפקד, על אף היתרה בלתי חוקית בעליל, או לסרב לה בגלל שהחוק אסור עליו במפורש את הציות לאותה פקודה. חדל שהבינו וידעו שבשעת הדחק אין להשאיר לשיקול דעת האיש הנמצא בלחץ את ההחלטה אם לציית לפקודה אם לאו, קבעו הלכה ברורה לפיה על בני ישראל לציית להוראות רודפיהם לעבור עבירות למעט שלוש עבירות מוגדרות: "כל עבירות שבתורה אם אומרין לאדם, עבור ואל תיהרג" יעבור ואל ייהרג חוץ מעבודה זרה וגילוי עריות ושפיכות דמים" (סנהדרין, עד, עמ' א').

חיילינו המצייתים לפקודות אמנם אינם, בדרך כלל, בשעת דחק ע"פ קני המידה החמורים, אבל עבור כל אחד מהם הנמצא בין הפטיש והסדן, בין פקודת המפקד והביצוע של מעשה בלתי חוקי, זו שעת דחק המחייבת שיקול דעת והחלטה מיידית, ומן הראוי שנקל עליו ונאמר לו מתי יציית לפקודה ואימתי יסרב ולא ייעוש.

עתה משנסתיים העיון אני מוכן ומזומן להסביר את עמדת הסגוריה במשפט יואב בן צרויה – היא יודעת שהגנת כורח לא תעמוד לבן צרויה, כי הוא מואשם ברצח, ופעולתו לא היתה תחת איומים שהוא ימות או ייחבל מיד אם לא

שיכול לגרור אחריו מעשי ריתוק, שלילת חופשה, מחבוש ומאסר אינו נכנס לאותה הגדרה.

על כן, עם כל הכבוד, כאשר בדיון על טוהר הנשק (ב"משפט וצבא") כתב עמיתי הנכבד השופט טלגם "עלינו להודיע לחייל את מידת אחריותו להכרעה, עלינו להסביר לו כיצד, בבא העת, יכריע המשפטן אם לקבל טענת 'צורך או הכרח' אם לדחותה" הוא לא דק בכך, כי בדרך כלל טענת כורח לא תעמוד לחייל כהגנה, אם כי אף אני סבור, כעמיתי הנכבד, שמן הראוי שתעמוד לחייל הגנה שכזו.

ת. הכפיה כצידוק

ד"ר (כתארו אז) דינשטיין בספרו, "ההגנה של ציות לפקודות מגבוה במשפט הבינלאומי" מסכם את הפסיקה הבינלאומית במצאו בה נטיה:

"(1) שלא לשלול כל מעמד מעובדת הציות לפקודות בעת קביעת אחריותו הפלילית של הנאשם.

(2) שלא להביא את עובדת הציות לפקודות בחשבון בעת קביעת האחריות אלא במקרים של טעות (בדין או בעובדה) וכפיה."

באותה נטיה מצא ד"ר דינשטיין חיזוק להשקפתו כי הציות לפקודות אינו מהווה הגנה Par-se אלא רק ראייה מסיבתית. ראייה זו יכולה להיות מובאת בחשבון לצרכי פטור מאחריות במסגרת הגנה המבוססת על כפייה או טעות, היינו העדר תודעה פלילית. אינני זן במהות הכפיה שד"ר דינשטיין התכוון אליה, אך לפי השקפתו, שממנה אני למד לעניינינו, נראה לי כי העדר התודעה הפלילית נכון גם לגבי חייל המבצע עבירה מכוחה של הכפיה שבפקודה, גם אם זו פקודה בלתי חוקית, אלא שמשיקולים חברתיים, מוסריים ואחרים אנו רואים לנכון להטיל עליו אחריות לבצוע פקודה בלתי חוקית לבצע מעשה עבירה שחומרתו רבה. על כן אם אנו רואים צורך להבחין בין כוחה של הכפיה שבפקודה לעומת העבירה שביצועה נדרש ע"פ הפקודה אזי נכרוך את המאזן בין הנזק הצפוי לחייל כתוצאה מאי ציות לפקודה לנזק הצפוי מביצועה של הפקודה ונאמר שהכפיה לא תגן על חייל המבצע פקודה בלתי חוקית כאשר הנזק הצפוי לחייל הוא קטן לעומת הנזק הצפוי מביצוע הפקודה (יתכן שבמקום "נזק" צריך לרשום ביטוי הולט אחר למהות העבירה שנצטווה החייל לבצע), והכל, כמובן, לפי הנסיבות בהן ניתנה הפקודה ומקום ביצועה.

השתמשנו במונח "כפייה" ולא מצאנו כמותה בחוק העונשין הנוכחי, אלא בזה שהוצע על ידי ועדת אגרנט וחדשה (בתיקונים שאינם נוגעים לעניינינו) על ידי פרופ' פלר וד"ר קרמניצ'ביץ בסעיף 44 של הצעתו.

(17) דינשטיין, ההגנה של "ציות מפקודה מגבוה" במשפט הבינלאומי (מאגנס, מהד' 1, תשכ"ח) 237.

(18) משפטים 202.

(19) הצעת חוק מקדמי וחלק כללי לחוק עונשין חדש, משפטים יד 129.

יגרום למות אורית. ולכן היא מבקשת דחיה בתקווה שבינתיים הגנת הכפייה תוכר בחוק ותוכל לשמש נימוק להגנת שר הצבא שפעל במצוות המלך, אם הגנה זו לא תסויג מעבירות הרצח וכיר"ב.

ט. קידום החקיקה המתוקנת

ידידי בפרקליטות הצבאית, אולי מן הראוי שלא נמתין עד שחוק העונשין יתוקן וניתן דעתנו לתיקון ה-חשי"צ - ונהרהר כיצד לקבוע בחקיקה מתי יהיה חייל פטור מאחריות במלאו את פקודת מפקדו, גם בעת היותה בלתי חוקית בעליל.

הדיון לא יהיה קל, אפילו אם נרצה לקבוע שעבירת הרצח, או כלל העבירות על חוק העונשין, איננו בתחום המוגן למבצען עפ"י פקודה, נצטרך להרהר בדבר החלתן על מי שפועל, כפי שפועל, בשליחות המדינה עפ"י פקודה חוקית כדי להתחזות לאחר או כדי לחסל, עפ"י פקודה, רב מחבלים ללא משפט. כלומר נצטרך גם להרהר בדבר מעמדם של הקמים עלינו לאבדנו, שדינם אינו כדין חיילים בצבא אויב אבל הם נמנים על הגרועים שבאויבינו.

ארועי החדשים האחרונים מצדיקים שהנושאים האלה יהיו על סדר יומם של המשפטנים.

עיון ודיון

התערבות בית המשפט העליון בפסקי דין ובהחלטות אחרות של הערכאות הצבאיות בעקבות חוק השיפוט הצבאי, תשט"ו-1955 (תיקון מס' 17), התשמ"ו-1986

אל"מ (דימ') ד"ר צבי הדר*

* אל"מ הדר כיהן בשעתו כפרקליט צבאי ראשי (1968-1973)

א. הצגת הנושא

1. המצב הקיים עד לתיקון מס' 17

א) ההלכה הפסוקה – לבג"צ סמכות להתערב

חיתה זו הלכה פסוקה משנותיה הראשונות של המדינה, לפיה בית המשפט העליון בשבתו כבית דין גבוה לצדק, מוסמן להעביר תחת שבט ביקורתו פסקי דין והחלטות אחרות של בתי הדין הצבאיים. מספר רב של פסקי דין ניתנו על-ידי הבג"צ על-פיה עד לאחרונה.

ב) הרקע להלכה הפסוקה

הרקע לאותה הלכה נוצר בחוקת השיפוט, תש"ח ובחוק השיפוט הצבאי, תשט"ו-1955 (להלן – "חש"צ"), שבא במקומה. אלו הקימו את בתי הדין הצבאיים כמערכת נפרדת מבתי המשפט הרגילים ועל פסקי הדין שלהם לא ניתן לערער בפני בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פליליים. כיוון שבית המשפט העליון לא יכול היה להצדיק את קיומה של מערכת שפיטה צבאית, עצמאית לחלוטין, הפיקוח על מערכת זו מצידו נתבסס על דרך חילופית, באמצעות בית הדין הגבוה לצדק.

ג) הבסיס הפורמלי לאותה הלכה

הבסיס המשפטי הפורמלי לאותה הלכה מצוי כיום בהוראות סעיף 15 (ג) ו-(ד) לחוק יסוד: השפיטה שהועתקו מהוראות דומות שנמצאו בחוקים שקדמו לחוק יסוד זה. על-פי סעיף זה הבג"צ ידון בעניינים אשר הוא רואה צורך לתת בהם סעד למען הצדק ואשר אינם בסמכותו של בית משפט או של בית דין אחר ובידיו לתת צווים על שחרור אנשים שנעצרו או נאסרו שלא כדין, לתת צווים לרשויות המדינה, לפקדיהן ולגופים ולאנשים אחרים הממלאים תפקידים ציבוריים על פי דין, לעשות מעשה או להימנע מעשות מעשה במילוי תפקידהם כדין וכן לתת צווים לבתי משפט, לבתי דין ולגופים ואנשים בעלי סמכויות שיפוטיות או מעין שיפוטיות על-פי דין – למעט בתי משפט שחוק יסוד: השפיטה דן בהם – לדון בענין פלוני או להימנע מלדון או מלהוסיף ולדון בענין פלוני, ולבטל דיון שנתקיים או החלטה שניתנה שלא כדין.

ד) העילות להתערבות הבג"צ

בבג"צ 86/58, בוגנים נ' ראש המטה הכללי, פורטו העילות שבמסגרתן רשאי

(1) בג"צ 1/48 נימן נ' מושל הצבאי מ"ד א 50; בג"צ 27/48 להיס נ' שר הבטחון מ"ד ב 153 ובג"צ 20/50 שורץ נ' נשיאות בית הדין הצבאי העליון מ"ד ד 185

(2) מ"ד יב (2) 1654.

הגבוהה ביותר במדינה בשאלות משפטיות המתעוררות במערכת השיפוט הצבאית, שיש בהן חשיבות או חידוש. כן ראתה הועדה חשיבות רבה באפשרות הערעור למען אחידות ההלכה".

ד) החסר בדברי ההסבר

דברי ההסבר אינם מסבירים מדוע נולד הצורך לאפשר פיקוח שיפוטי של בית המשפט העליון על מערכת השיפוט הצבאית בשאלות משפטיות שיש בהן חשיבות, חידוש או קושי, באמצעות בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פליליים, כאילו פיקוח כזה לא נעשה עד כה על ידי בית המשפט העליון בשבתו כבג"צ. דברי ההסבר אינם קובעים, כי האופן הקיים של הפיקוח השיפוטי על מערכת השיפוט הצבאית באמצעות הבג"צ לא השיג את מטרתו ואינם מציינים, כי היה פגם כלשהו באופן זה של הפיקוח וכי פגם זה יתוקן באמצעות החוק המוצע.

ה) השאלה הניצבת – הקשר שבין שתי הדרכים

לאחר שנתקבל תיקון מס' 17 ולאור הדרך החדשה שנפתחה בעקבותיו להתערבות בית המשפט העליון בנעשה על-ידי בתי הדין הצבאיים מתעוררת השאלה בדבר הקשר שבין דרך זו לבין הדרך המקורית להתערבות בנעשה בבתי הדין הצבאיים באמצעות הבג"צ.

נראה שקיימות שלוש אפשרויות להשיב על שאלה זו: התשובה הראשונה תהיה, כי לאחר שנתקבל תיקון מס' 17 בטלה סמכותו של הבג"צ להתערב בנעשה בערכאות הצבאיות; התשובה השנייה תהיה, כי הדרך החדשה להתערבות הבג"צ לא באה לבטל את קודמתה, אלא רק להוסיף עליה, אך מדובר בשתי דרכים אקסטרנסיביות להתערבות וכי ניתן לצעוד בכל אחת מדרכים אלו רק בנסיבות המיוחדות המתאימות לצעידה באותה דרך; התשובה השלישית תהיה, כי מדובר בדרך חדשה, אך חילופית לקודמת ובידי הנפגע מהחלטת הערכאה הצבאית לבחור את הדרך הנותה לו.

בדיקת פסקי הדין שניתנו על ידי הבג"צ בעתירות שהוגשו כנגד בתי הדין הצבאיים, בהתאם לעילות השונות המצדיקות את התערבות הבג"צ, עשויה להצביע על התשובה שתתקבל.

2. בדיקת פסקי דין

3. פסיקת הבג"צ בענין החריגה מסמכות

פסקי הדין של הבג"צ שדנו בעילה של חריגה מסמכות מצד הערכאות הצבאיות עסקו בטענות הנוגעות לסוגים שונים של חוסר סמכות, כמפורט להלן:

המבקש להשתית את עתירתו בפני הבג"צ למתן סעד כנגד בתי הדין הצבאיים, אך מבלי להתכוון שפירוט זה יהווה רשימה סגורה. על-פי אותו פירוט, העילות העיקריות שבגינן עשוי הבג"צ להתערב בפסיקת בתי הדין הצבאיים הינן שלוש: חריגה מסמכות, טעות גלויה על פני החלטה ומוכחת על-פניה ללא צורך בחקירה ודרישה ופגיעה בעקרונות הצדק הטבעי.

מן הראוי להדגיש, כי פסק דין זה הבחין היטב בין חריגה מסמכות לבין טעות גלויה על פני החלטה כעילות להתערבות הבג"צ. בעוד ה"הביטול מחמת חריגה מסמכות כלל איננו ביטול, שהרי כבר ראינו, כי החלטה החורגת מסמכותה של הרשות ממילא בטלה היא, כאילו לא ניתנה. ביטול החלטה, בעילה זו, איננו אלא הצהרה על בטלותה...", "לא כן ביטול החלטה מחמת טעות המתגלית על פניה... טעות על פני הפסק – המשמשת כידוע גם עילה לביטול – איננה פוסלת את הפסק לחלוטין, אלא היא רק נותנת בידי בעל הדין ברירה... רצה – יפנה לבית המשפט בבקשה לבטל את הפסק, רצה – ישלים עם הפסק והוא שריר וקיים... לשון אחר: הפסק אינו בטל, אלא הוא רק ניתן לביטול".

2. השינוי שהביא תיקון מס' 17

א) מהותו של השינוי

תיקון מס' 17 שינה את מעמדם של בתי הדין הצבאיים כלפי בית המשפט העליון, כאשר המחוקק העמיד את בית הדין הצבאי לערעורים לביקורת הישירה של בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פליליים, בתנאים שנקבעו בו.

ב) תוכנו של השינוי

תוכנו של השינוי מצוי בלשונו של סעיף 440 ט(א) לחש"צ שחוקק באותו תיקון. לפי סעיף זה: "פסק דין של בית הדין הצבאי לערעורים, שניתן בערעור על פסקדין של בית דין צבאי, ניתן לערעור לפני בית המשפט העליון, אם נתקבלה רשות לכך בפסק הדין או מאת נשיא בית המשפט העליון או מאת משנהו". סעיף 440 ט(ב) המשיך והציב סייגים ענייניים למתן רשות הערעור ועל-פיו לא תינתן רשות לערער אלא בשאלה משפטית שיש בה חשיבות, קשיות או חידוש".

ג) מטרת השינוי

על מטרת השינוי ניתן ללמוד מדברי ההסבר שפורסמו בהצעת החוק בקשר לסעיף 440 ט(א). הובהר שם, כי מקורו של הסעיף באחת "ההמלצות החשובות" של ועדת שמגר, שמטרתה "לאפשר דיון ופיקוח שיפוטי עליון על ידי הערכאה השיפוטית

(3) עילה נוספת להתערבות ניתן למצוא בבג"צ 441/86 מסדה בע"מ ג' פקיד השומה למפעלים גדולים ג"ד מ (4) 788 בו התערב הבג"צ בהחלטה ועדת ערר של בית המשפט המחוזי לענין חוק עידוד התעשייה (מסים), תשכ"ט-1969, לאחר שנתברר כי קיימות החלטות סותרות של אותה ועדה בענין הנדון.

(ג) הקבוצה השנייה – מבחנים מתמירים להתערבות
 הקבוצה השנייה של פסקי הדין ראשיתה בבג"צ 1/50, גרוטמן ל הפרקליט הצבאי
 הראשי, בו נקבע מבחן מחמיר ביותר לאפשרות התערבותו של הבג"צ בפסקי
 הדין של הערכאות הצבאיות בעילה של טעות גלויה על פני ההחלטה:
 "בית משפט אזרחי מצווה לשוות לנגד עיניו תמיד את המטרה אשר
 לשמה הותקנה חוקת השיפוט, ולא לדחות פירוש אשר ניתן על ידי
 נשיאות בית הדין העליון, אלא אם כן יש בו, באותו פירוש, משום
 עקימת הכתוב, בחינת קראו ליום לילה, וללילה יום. בית המשפט לא
 יתערב במקום שהכתוב נשמע לכמה פנים, ואפילו הוא סבור כי פירוש
 אחר מפירושה של הנשיאות מתקבל יותר על הדעת".

לקבוצה זו משתייך אף בג"צ 144/86, הלוי נ' בית הדין הצבאי לערעורים, שבו
 התבטא כב' השופט מלך כי:

"נדמה לי, שלו ישבנו אנו באותה ערכאת ערעור, היינו מעדיפים את
 הפירוש המחמיר שמציע שופט המיעוט, ועל פי מבחן זה היינו פוסקים,
 שיש לפסול את האב"ד ולהורות לו לפנות את מקומו לאחר".

אולם, הבג"צ נמנע מלעשות את אשר היה מעדיף, כיוון ש-
 "בשום פנים לא הייתי אומר, שפירוש הרוב יש בו משום "עקימת
 הכתוב", או שיש בו "טעות משפטית מהותית אשר הצדק דורש את
 תיקונה". הפירוש שאומץ על-ידי הרוב הוא פירוש שייאפשר להיות
 איתו, ואין הוא אבסורדי עד כדי להוות טעות משפטית מהותית".

ג) עמדה מפשרת

עמדה מפשרת בין שתי הקבוצות האמורות של פסקי הדין שניתנו על ידי הבג"צ
 ניתן למצוא בבג"צ 249/82, ועקנין נ' בית הדין הצבאי לערעורים. באותו פסק דין
 ניטען על ידי העותר, כי טעו הערכאות הצבאיות בכך שקיבלו כראיה במשפטו
 חבילות סמים מסוכנים שהוקאו מקיבתו בעל כורחו בדרך של פגיעה בפרטיותו
 במובן של חוק הגנת הפרטיות, תשמ"א-1981. כאשר בא כוח המשיבים חלק על
 סמכותו של הבג"צ לדון בטענה מסוג זה, נדחתה השגתו על יסוד הקביעה, כי טענת
 העותר מתייחסת להחלטה בענין משפטי עקרוני בעל חשיבות שחרץ את תוצאות
 המשפט ועל כן מן הראוי שהבג"צ ידון בה:

"היתה זאת החלטה עקרונית, בנקודה משפטית בעלת חשיבות, וכפי שכבר
 הוסבר לעיל, הביאה קבלת אותה ראייה להרשעת העותר בכל הנוגע לתוכן שתי
 החבילות הליל".

(12) פ"ד 63, 71.

(13) פ"ד מ (2), 309, 318, 319.

(14) פ"ד לז (2), 393, 420.

- (א) חוסר סמכות פרסונלית;
 (ב) חוסר סמכות עקב ארועים שונים הקשורים במעבר הזמין;
 (ג) חוסר סמכות לדון בעבירה שבה נאשם העותר;
 (ד) חוסר סמכות הנובע מארועים שונים הקשורים למנגנון השיפוט;
 (ה) חוסר סמכות להטיל את העונש;
 כאשר נמצא כי העותר צדק בטענותיו כלפי בתי הדין הצבאיים בוטלו החלטותיהם
 על-ידי הבג"צ.

4. פסיקת הבג"צ בענין טעות גלויה על פני ההחלטה

פסקי הדין של הבג"צ שעסקו בעילה של טעות גלויה על פני ההחלטה מתחלקים
 לשתי קבוצות עיקריות.

(א) הקבוצה הראשונה – דיון בעתירה ללא מכשולים פורמליים
 בקבוצה זו של פסקי דין נדונו טענות העותרים לגופן מבלי שניתקלו במכשולים
 פורמליים מצידו של הבג"צ. אין בפסקי דין אלו התבטאויות של הבג"צ כנגד יכולתם
 להתערב בענישה בערכאות הצבאיות והבג"צ לא ראה את הערכאות הצבאיות
 כמומחים, שעליהם בראש ובראשונה הוטל התפקיד לגבש גופי הלכה בדיני הצבא
 במדינה ולא התבטא כלפי קביעותיהן, כי כיון שאלו מבוססות על פירוש אפשרי של
 הוראות החוק, אין בהן טעות המצדיקה את התערבותן. טענות העותרים בפסקי
 דין אלו נדונו כאילו הבג"צ ישב כערכאת ערעור על פסקי הדין של בתי הדין הצבאיים.

- (4) בג"צ 1/48 נימון נ' המושל הצבאי פ"ד א 50; בג"צ 281/51 זומר נ' אלוף הסיקור השמיני פ"ד ה 1678 ובר"צ
 297/66 אוחנה נ' בית הדין הצבאי המחוזי פ"ד כב (1) 341.
 (5) בג"צ 1/48 נימון נ' המושל הצבאי פ"ד א 50; בג"צ 39/49 פישל נ' ראש המטה הכללי פ"ד ב 664; בג"צ 162/80
 פלמי נ' בית הדין הצבאי המחוזי פ"ד לג (1) 292 ובג"צ 754/80 מוגל נ' בית הדין הצבאי המחוזי פ"ד לה (1) 552.
 (6) בג"צ 27/48. להיס נ' שר הבטחון פ"ד ב 153; בג"צ 20/50 שורץ נ' נשיאות בית הדין הצבאי העליון פ"ד ד
 185; בג"צ 142/79 פ"ד מ (2) 617. ראש המטה הכללי פ"ד ז (2) 1020 ובג"צ 69/85 מזומר נ' בית הדין הצבאי
 לערעורים פ"ד מ (2) 617.
 (7) בג"צ 39/49 פישל נ' ראש המטה הכללי פ"ד ב 664; בג"צ 20/50 שורץ נ' נשיאות בית הדין הצבאי העליון
 פ"ד ד 185; בג"צ 282/62 צ'זאילה נ' בית הדין הצבאי לערעורים פ"ד טז (4) 2621; בג"צ 83/70 אוחנה נ'
 בית הדין הצבאי לערעורים פ"ד כד (1) 771; בג"צ 78/75 פלמי נ' בית הדין הצבאי לערעורים פ"ד כט (2) 393
 ובג"צ 142/79 פ"ד מ (2) 617. נשיא בית הדין הצבאי פ"ד לה (3) 346.
 (8) בג"צ 243/80 מדוינסקי נ' בית הדין הצבאי לערעורים פ"ד לה (1) 67.
 (9) בג"צ 39/49 פישל נ' ראש המטה הכללי פ"ד ב 664; בג"צ 78/75 פלמי נ' בית הדין הצבאי לערעורים פ"ד כט
 (2) 393 ובג"צ 243/80 מדוינסקי נ' בית הדין הצבאי לערעורים פ"ד לה (1) 67.
 (10) בג"צ 279/84 פלמי נ' בית הדין הארצי לעבודה פ"ד לט (3) 103; בג"צ 90/86 הסתדרות עובדי המדינה נ'
 בית הדין הארצי לעבודה פ"ד מ (3) 318 ובג"צ 539/85 הסתדרות הכללית של העובדים בארץ ישראל נ'
 בית הדין הארצי לעבודה פ"ד מ (4) 834.
 (11) בג"צ 86/58 בונגיס נ' ראש המטה הכללי פ"ד יב (2) 1654; בג"צ 282/62 צ'זאילה נ' בית הדין הצבאי
 לערעורים פ"ד טז (4) 2621; בג"צ 243/80 מדוינסקי נ' בית הדין הצבאי לערעורים פ"ד לה (1) 67; בג"צ
 752/80 מירון נ' מוזב בית הדין המחוזי פ"ד לה (1) 585; בג"צ 586/85 פלמי נ' אלמתי פ"ד מ (1) 483
 ובג"צ 27/86 לוברטובסקי נ' בית הדין הצבאי לערעורים פ"ד מ (3) 757.

אין איפוא בהלכה הפסוקה, עליה הסתמך מר בך טובים, לפיה בית משפט זה יתערב בפסקדין של בית הדין הצבאי לערעורים רק במקרים בולטים של חריגה מסמכות או של טעות גלויה ומוכחת על פני הפסק (ראה: בג"צ 86/58, בוגנים נ' ראש המטה הכללי, פ"ד י"ב 1153) כדי למנוע את התערבותו במקרה זה.

(ד) פסק דין בני מטר נ' בית המשפט הצבאי בשכמ¹⁵ בהקשר זה חשוב להביא את הדברים שנאמרו על ידי כב' נשיא בית המשפט העליון בבג"צ 460/86, בני מטר נ' בית המשפט הצבאי בשכמ, על ההבדל בין הפיקוח על בית המשפט הצבאי המופעל על ידי הבג"צ לבין פיקוח כזה הנעשה על ידי ערכאת ערעור:

"הערעור או הערר עניינם תוכן ההחלטה אשר עליה נסב הערעור או הערר, לפי הענין וההצדק הענייני של החלטה אשר אליה מתייחסת הפניה אשר באה להעביר את ההחלטה דרך הבחינה הערעורית. הפיקוח של בית המשפט הגבוה לצדק, אין עניינו בדרך כלל בטעמיה הענייניים של ההחלטה, בצידקתה או בקיום הצדקה לנתינתה. בית המשפט הגבוה לצדק בוחן בעיקרו את חוקיותה של ההחלטה. לשון אחר, בשלב הערעור או הערר על החלטה שיפוטית כגון זו שבפנינו בוחנים את השאלה אם ההחלטה היא נכונה או לא או אם היא מוצדקת או לאו. בית המשפט הגבוה לצדק בוחן לעומת זאת אם ההחלטה היא חוקית או בלתי חוקית או בנוסח אחר, אם ניתנה כדין או שלא כדין. השאלות הנשאלות בבית המשפט הגבוה לצדק גם נמנו לאחרונה אחת לאחת (ע"ב 2/84, נוימן נ' י"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת-עשרה, פ"ד ל"ט (2) 225, 251, מול ז').

איני דן כאן בשאלה הנפרדת מה הדין כאשר יש חפיפה בין קיומה של זכות ערעור וקיומם של טעמים להתערבותו של בית משפט זה כבית משפט גבוה לצדק ואני משאיר ענין זה לעת מצוא".

ברור שהדברים האמורים של כב' הנשיא משייכים את פסק הדין שבו נאמרו לקבוצה השנייה של פסקי הדין שניתנו על ידי הבג"צ לגבי פסקי הדין של בתי הדין הצבאיים שבהם ניתגלתה טעות על פניהם - וזאת כיוון שמדברים אלו עשוי להשתמע, כי שום טעות הנוגעת לצידקת ההחלטה לא תשמש עילה להתערבות הבג"צ¹⁶.

ברור גם, שבחלקם הראשון של דברי כב' הנשיא ישנה תשובה מלאה לשאלה שהוצגה לעיל לגבי הקשר בין סמכות ההתערבות של בית המשפט העליון בשבתו

(15) פ"ד מ (3) 817.

(16) יש לדייק ולומר, כי פסק הדין הנדון נוגע לסמכות ההתערבות של הבג"צ בפסקי הדין של בית משפט צבאי שהוקם מחוץ לישראל על-פי צו של מפקד אזור יהודה ושומרון. אולם, לא נראה כי קיים הבדל עקרוני בין סמכות זו לבין סמכות ההתערבות בפסקי הדין של בתי דין או בתי משפט צבאיים שהוקמו לפי הדין הישראלי ממש.

כבית משפט לערעורים פליליים לבין סמכות התערבותו בשבתו כבג"צ. תשובה זו הינה כדלקמן: כאשר הטענה כנגד החלטת בית הדין הצבאי מכוונת כלפי צידקתה, יש לפנות בדרך של ערעור וכאשר הטענה מכוונת כלפי חוקיותה, יש לפנות בדרך של עתירה לבג"צ. אלו הן דרכים אקסקלוסיביות הקיימות זו בצד זו ויש לדעת כיצד לבחור ביניהן לפי נסיבות הענין.

אולם, חלקם השני של דברי כב' הנשיא משאירים אי-בהירות:

כיצד יש לפעול כאשר הטענה כנגד ההחלטה של בית הדין הצבאי מכוונת כלפי צידקתה ואף כלפי חוקיותה?

יתר על כן, קיים קושי לפעול בהתאם לתשובתו של כב' הנשיא שבחלקם הראשון של דבריו, הנובע מן הצורך לדעת, כיצד לסווג את הטענה כלפי ההחלטה: האם זו, אכן, טענה כלפי צידקת ההחלטה, או, אולי, זו טענה כלפי חוקיות ההחלטה? ומהם המבחנים שעל-פיהם ניתן לדעת את אופן הסווג?

בחלקם הראשון של דבריו כב' הנשיא היפנה לפסק הדין שניתן ב-ע"ב 2/84, נוימן נ' י"ר ועדת הבחירות המרכזית, שבו נימנו השאלות הנשאלות בבג"צ בעת בדיקת הטענה כלפי החוקיות. עיון בשאלות אלו יוצר קושי נוסף בנושא זה. להלן פירוט רשימת הנושאים הנוגעת לטענה בדבר חוקיות ההחלטה:

"דין חוקי משמעו בדרך כלל, שלא הופרו כללי הצדק הטבעי, שנשמרו סדרי הדין שנקבעו בחיקוק החל על הרשות או שהותוו בתקנון לפיו היא פעלה, שההחלטה ניתנה על-ידי מי שמוסמך לכך ושהיא תאמה את סמכותו העניינית של הגורם המחליט, וכי הרשות שהחליטה הפעילה סמכותה תוך שימוש בה למטרותיה, שלא נפלה טעות שבחוק ושההחלטה לא לקתה במירמה או לא הושפעה ממנה, שההחלטה ניתנה על יסוד ראיות שתמכו בה, ולבסוף, שלא נגדה את החוק מטעם אחר כלשהו..."

בהקשר זה עולה השאלה: אם החלטה הנוגדת את החוק או שנפלה בה טעות בחוק או שניתנה ללא יסוד בראיות, היא החלטה בלתי חוקית, מהי החלטה בלתי צודקת?

5. פסיקת הבג"צ בענין פגיעה בעקרונות הצדק הטבעי

(א) העדר פסיקה

פסקי הדין של הבג"צ מיעטו לדון במפורש ובמיוחד בעקרונות הצדק הטבעי כעילה להתערבותו בנעשה על-ידי בתי הדין הצבאיים. בבג"צ 83/70, אוהנה נ' בית הדין הצבאי לערעורים¹⁷ עלתה השאלה, שמא היה "שימוש שרירותי ופוגע בכללי הצדק הטבעי" על-ידי נשיא בית הדין הצבאי לערעורים, שהעביר את הדיון ממחוז שיפוט אחד לאחר. בבג"צ 780/80¹⁸ זחה הבג"צ את הטענה, כי אין לקיים את הדיון בבית הדין הצבאי בגלל העדר חומר הראיות הקשור לחקירתו של העותר לפני העמדתו לדין.

(17) פ"ד כו (ו) 771.

(18) לא פורסם.

הנימוק הראשון הוא, שעיקר כוחו של הבג"צ בהקשר זה מתבטא ביכולתו ובכוננותו לפעול כנגד בתי הדין הצבאיים עוד לפני תחילת הדיון בהם.²²

אין כל הגיון לבטל סעד יעיל מעין זה ולהחליפו בסעד של אפשרות לבקש רשות מנשיא בית המשפט העליון לערער על פסק דינו של בית הדין הצבאי לערעורים שניתן לאחר דיון בשתי ערכאות, כשמתן רשות כזאת מוגבלת לשאלות משפטיות שיש בהן חשיבות, קשיות או חידוש.

הנימוק השני מתבסס על הקביעה לפיה פסק דין הניתן בחוסר סמכות הינו כאין וכאפס ובטל ומבוטל מאליו וכי פסק דינו של הבג"צ הקובע זאת הינו דקלרטיבי בלבד.²³

מכאן שלא היה כל טעם לסלול באמצעות תיקון מס' 17 דרך חדשה לצורך השגת הכרזה כזו, כשהדרך החדשה עשויה להקשות יותר מן הדרך הקיימת ובוודאי שלא היה טעם לשאוף, כי הדרך החדשה תבטל את הדרך הקיימת ותבוא במקומה.

נראה שנימוק זה תופס גם כאשר מדובר בטענת חוסר סמכות המועלית לאחר סיום ההליכים בערכאות הצבאיות ובמיוחד בטענה המתייחסת לחוסר סמכות להטיל את העונש, שממילא יכולה להישמע רק בגמר ההליכים בפני הערכאות שהטילו אותן.²⁴

הנימוק השלישי מסתמך על דברי ההסבר להצעת תיקון מס' 17 לגבי סעיף 440 ס (א) בענין הצורך "לאפשר דיון ופיקוח שיפוטי עליון על ידי הערכאה השיפוטית הגבוהה ביותר במדינה בשאלות משפטיות המתעוררות במערכת השיפוט הצבאית, שיש בהן חשיבות או חידוש". בדברי הסבר אלו אין למצוא כל טעם המצדיק את שלילת סמכות הפיקוח של הבג"צ על הערכאות הצבאיות, כשסמכות זו הופעלה במשך שנים רבות בדרכו המיוחדת של הבג"צ. ואשר לאותם דברי ההסבר המתייחסים לשמירה על "אחידות ההלכה", אין לשער כי נתכוונו לומר שהבג"צ איננו הגוף שבכוחו לשמור על "אחידות ההלכה" – ולא דק

(ב)פסלות שופטים אחד מעקרונות הצדק הטבעי הוא העדר משוא הפנים בשפיטה וכללי פסלות השופטים הם התולדה המעשית העיקרית של האיסור על משוא הפנים ושל השאיפה למשפט הוגן.²⁵

בבג"צ 144/86, הלוי נ' בית הדין הצבאי לערעורים²⁶, נדונה טענה בדבר פסלותו של שופט צבאי של בית הדין הצבאי המיוחד, לאחר שטענה זו נדחתה על-ידי בית הדין הצבאי לערעורים. הטענה נדחתה אף על-ידי הבג"צ למרות שנראתה לו, אך הדחייה לא נעשתה על יסוד פרשנות עקרונית הצדק הטבעי. הבג"צ דחה את הטענה כיוון שלא זן בה כבית משפט לערעורים ולא מצא שבעמדת הערכאות הצבאיות היתה "טעות משפטית מהותית אשר הצדק דורש את תיקונה".

כלומר, יתכן מאוד, שאילו הטענה האמורה היתה נידונה על-ידי ערכאת ערעור ולא בבג"צ, היתה זו מתקבלת, כאשר על-פיה היתה מתגלית בהחלטה טעות משפטית רגילה.²⁷

ג. המסקנות הנובעות מבדיקת פסקי הדין

6. סמכות הבג"צ להתערב במקרים של חריגה מסמכות

(א) המסקנה – סמכות הבג"צ לא נשללה מבדיקת פסקי הדין שניתנו על ידי הבג"צ ביחס לפסיקה של הערכאות הצבאיות מתבקשת המסקנה, כי בכל הנוגע לעילה של חריגה מסמכות במובן המצומצם של הביטוי כפי שנידון בפסקי דין אלו, אין זה מתקבל שתיוקן מס' 17, שיצר דרך להגשת ערעור לבית המשפט העליון על פסק דינו של בית הדין הצבאי לערעורים, שלל בכך את כוחו הקיים של הבג"צ כלפי בתי הדין הצבאיים. בכך נדחית התשובה האפשרית הראשונה לשאלה שהוצגה לעיל לגבי הקשר שבין סמכות ההתערבות של בית המשפט העליון בפסיקה הצבאית כבית משפט לערעורים פליליים ובבג"צ, בכל הקשור לחריגה מסמכות.

(ב) הנימוקים למסקנה

ניתן להביא שלושה נימוקים עיקריים על מנת לבסס את המסקנה האמורה.

(19) מ' שמגר, על פסלות שופט – בעקבות יזיד, נבחרת לשמעון אגונט (ירושלים, השרי, התשמ"ז) 87, 88.

(20) פ"ד מ (2) 309.

(21) ראה גם דברי הביקורת על פסק הדין בע"פ 16/80 פלוגים נ' בימ"ש צבאי פ"ד ל (3) 785, בו נקבע, כי אין לאפשר ערעור על אתר על החלטה של שופט צבאי בבית משפט צבאי הפועל לפי תקנות ההגנה (שעות חירום) 1945 והמטרה לפסול את עצמו – מ' שמגר, על פסלות שופט – בעקבות יזיד, נבחרת לשמעון אגונט (ירושלים, השרי, התשמ"ז) 99-100.

(22) בבג"צ 211/46 ניומן נ' המושל הצבאי פ"ד א 50; בבג"צ 27/48 לחיס נ' שר הבטחון פ"ד ב 153; בבג"צ 20/50 שורץ נ' נשיאות בית הדין הצבאי העליון פ"ד ד 185; בבג"צ 281/51 זומר נ' אלוף הפיקוד השיפוט פ"ד ה (3) 1678; בבג"צ 78/73 פלוני נ' בית הדין הצבאי לערעורים פ"ד כט (2) 393; בבג"צ 142/79 כץ נ' נשיא בית הדין הצבאי פ"ד לג (3) 346; בבג"צ 162/80 פלוני נ' בית הדין הצבאי המיוחד פ"ד לה (1) 292 ובג"צ 752/80 מירון נ' מותב בית הדין הצבאי המחוזי פ"ד לה (1) 565.

(23) בבג"צ 86/58 בנוגים נ' ראש המטה הכללי פ"ד יב (2) 1634 ובג"צ 243/80 מדי'נסקי נ' בית הדין הצבאי לערעורים פ"ד לה (1) 67.

(24) ראה בענין זה בבג"צ 691/81 דוד נ' שירת בתי הסוהר פ"ד לו (3) 246 בו הוחלט כי בידי הבג"צ תחול כחולס לבטל אף מזר דין שהוטל בחוסר סמכות על-ידי בית המשפט המחוזי. למרות שניתן היה להגיש ערעור עליו. באשר לסמכותו של הבג"צ להתערב בהחלטות אחרות של בתי המשפט המוגדרים בחוק בתי המשפט (נוסח משולב) התשמ"ד-1984 הננועות בחוסר סמכות, ראה: בבג"צ 541/81 בחז' נ' שופט בית המשפט המחוזי בתל-אביב פ"ד לה (4) 807; בבג"צ 507/81 אבו חצירא נ' היועץ המשפטי לממשלה פ"ד לה (4) 561; ב"ש 196/80 טולידנו נ' מדינת ישראל פ"ד לה (3) 332; בבג"צ 603/76 דוט' נ' מדינת ישראל פ"ד לא (2) 757; בבג"צ 193/66 המועצה המקומית אשדוד נ' ועדת השומה פ"ד כב (2) 670; בבג"צ 142/64 מחמי נ' היועץ המשפטי לממשלה פ"ד (3) 449; בבג"צ 26/35 שיהור' נ' י"ר בית המשפט העירוני פ"ד ט 392 ובג"צ 807/51 לאלו נ' זוסמן שופט בית המשפט המחוזי פ"ד ו (2) 1062.

בשאלות משפטיות שיש בהן חשיבות, קשיות או חידוש, אלא, בכל שאלה משפטית פשוטה ורגילה. היעלה על הדעת, כי תישלל סמכות הבג"צ להתערב בנעשה בערכאות הצבאיות בחוסר סמכות, מבלי שכוונה לשלול סמכות זו הועלתה אף ברמז בדברי ההסבר להצעת התיקון?

7. סמכות הבג"צ להתערב במקרים של טעות גלויה

(א) **הצגת שתי האפשרויות להתערבות**
שלא כבמקרה של חריגה מסמכות, שבו סמכות ההתערבות של הבג"צ יכולה להתעורר עוד לפני מתן ההחלטה על ידי הערכאה הצבאית, סמכות ההתערבות של הבג"צ בפסיקה הנגועה בטעות גלויה על פניה מתעוררת רק לאחר מעשה. פסיקה כזו איננה בטלה מאליה ועל מנת להביא לביטולה יש צורך בפסק דין מתאים מצידו של בית המשפט העליון, בין בשבתו כבג"צ ובין בשבתו כבית משפט לערעורים פליליים. יש לשאול, האם לאחר תיקון מס' 17 בטלה סמכותו של הבג"צ בענין זה והדרך היחידה הפתוחה בפני הנפגע היא באמצעות הערעור?

(ב) **נימוק נגד שלילת סמכותו של הבג"צ** – העדר הוראה מפורשת
כנימוק ראשון נגד המסקנה כי תיקון מס' 17 שלל את סמכותו של הבג"צ להתערב בפסיקה הצבאית²⁵ הנגועה בטעות גלויה ניתן לחזור, להוסיף ולומר, כי בהעדר הוראה מפורשת בנידון בתיקון מס' 17 ובדברי ההסבר שהובאו בהצעת החוק, אין האמור בו עשוי לשלול מעיקרו את כוחו של הבג"צ להתערב בנעשה על ידי הערכאות הצבאיות גם על פי עילה זו, כשכוח זה מעוגן בחוק יסוד: השפיטה ובמסורת ארוכת שנים²⁶.

(ג) **נימוק בעד שלילת סמכותו של הבג"צ** – הסעד האלטרנטיבי
עם זאת, יתכן, כי הבג"צ, אף מבלי לקבוע כי נשללה סמכותו לדון בעילה הנדונה, יימנע מלדון בה בנימוק הנשען על האמור בסעיף 15 (ג) לחוק יסוד: השפיטה, כלומר, בנימוק לפיו מתן הסעד המבוקש מתמצה בסמכותו של בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פליליים וכי לנפגע ישנו סעד אלטרנטיבי. בוודאי שעמדה כזו של הבג"צ תבלוט במיוחד אצל אותו זרם מחמיר של פסקי הדין שנמנע מלהתערב בנעשה על ידי הערכאות הצבאיות בנימוק שהבג"צ איננו יושב כבית משפט לערעורים על פסקי הדין שניתנו על-ידיהם.

(25) אף של ערכאה ראשונה – בג"צ 752/80 מירון נ' מותב בית הדין הצבאי המחוזי פ"ד לה (1) 585.
(26) ע"א 250/83 עומרי נ' זעבי פ"ד לט (2) 113, 127.

(ד) בחינת מבחן הסעד האלטרנטיבי

הבחינה של מבחן הסעד האלטרנטיבי לסמכות התערבותו של הבג"צ בפסיקה הצבאית מלמדת, כי לגבי כל הטעויות העלולות להתגלות על פני פסקי הדין של בית הדין הצבאי לערעורים, שאינן מעלות שאלות חשובות, קשות או חדשות, כי אם פשוטות ורגילות ועל כן אין להרשות לערער עליהן לבית המשפט העליון, לא תהיה לנפגע כל ערכאה חילופית. מכאן, שאותו נימוק של סעד אלטרנטיבי, שבגללו עתירתו של הנפגע עלולה להידחות על ידי הבג"צ, לא יבטיח את הדין בנשוא העתירה על ידי הערכאה החילופית. קשה לקבל, כי בסעיף 440 ט של תיקון מס' 17 המחוקק התכוון ליצור מצב כזה.

עשויה להישמע הטענה כי הבג"צ ינסה להבחין בין שאלות משפטיות חשובות, קשות או חדשות לבין שאלות משפטיות שאינן כאלו ויימנע מלדון רק בשאלות מן הסוג הראשון ויסכים לדון רק בשאלות מן הסוג השני, בנימוק כי השאלות מן הסוג הראשון ורק אלו הועברו לטיפולו של בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פליליים. אולם, האם אמנם ניתן לחשוב, כי כוונתו של המחוקק היתה עד כדי כך לפגוע בכוחו של הבג"צ ולהורות לו להימנע מלדון דווקא בשאלות משפטיות חשובות, קשות או חדשות, כאשר יחליט שאכן מדובר בשאלות כאלו? – וכי מה איכפת לו למחוקק, אם בשאלות כאלו ידון בית המשפט העליון בשבתו כבג"צ או כבית משפט לערעורים פליליים?

(ה) המסקנה המתבקשת – סמכותו של הבג"צ נשארה בעינה

לאור האמור נראה, שתיקון מס' 17 לא התכוון לשלול ולא שלל את סמכותו של הבג"צ להתערב בנעשה בבתי הדין הצבאיים בעילה של טעות גלויה על פני ההחלטה וכן לא פגע ולא התכוון לפגוע בהפעלת סמכותו של הבג"צ למעשה בעילה זו, בין אם הסעות מתייחסת לשאלה משפטית חשובה, קשה או חדשה ובין אם לשאלה פשוטה ורגילה המצדיקה מתן סעד.

נראה שניתן למצוא תשובות לקושי שהתעורר לגבי סמכותו של הבג"צ בענין הנדון, הנובע מיצירתה של הערכאה השיפוטית החדשה המוסמכת להתערב בפסק הדין של בית הדין הצבאי לערעורים. תשובה אחת תהיה, כי בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פליליים איננו "בית משפט אחר", הנזכר בסעיף 15 (ג) לחוק יסוד: השפיטה, לגבי בית המשפט העליון בשבתו כבג"צ ועל כן, לפי סעיף זה, אין יצירתה של הערכאה החדשה עשויה לשלול את כוחו של הבג"צ; התשובה השנייה תהיה, כי הבג"צ לא ידחה עתירה הנמצאת בסמכותו רק עקב הנימוק שהענין נמצא אף בסמכותו של בית משפט אחר בדרך של ערעור, כאשר הפעלת סמכותו של בית משפט זה איננה בזכות, אלא מותנית בקבלת רשות להגשת הערעור.

8. סמכות הבג"צ להתערב במקרים של פגיעה בעקרונות הצדק הטבעי

(א) פסלות שופט של ערכאה ראשונה

כאמור, עקרון הצדק הטבעי של העדר משוא פנים בשפיטה מצא את ביטויו בכללי פסלות השופטים. כאשר מושמעת טענת פסלות כנגד שופט של בית דין צבאי מן הדרגה הראשונה וטענה זו נדחית, ניתן לערער על החלטת הדחייה, תוך שלושה ימים מיום נתינתה, לפני בית הדין הצבאי לערעורים, כאמור בסעיף 345 לחש"צ. לפי סעיף 437 לחש"צ, בית הדין הצבאי לערעורים הן בערעור על החלטה שאינה פסק דין, רשאי לדחות את הערעור או לקבל את הערעור ולהחליט החלטה אחרת במקום ההחלטה שערערו עליה.

נראה כי קיומו של הסעד האלטרנטיבי באמצעות הערעור לבית הדין הצבאי לערעורים שולל אפשרות להתערבות הבג"צ בהחלטתו של בית דין צבאי של ערכאה ראשונה בענין פסלות שופטיו. הדרך היחידה הפתוחה לנפגע בנושא זה היא, אכן, דרך הגשת הערעור.

אולם, כיצד יפעל הנפגע מהחלטתו של בית הדין הצבאי לערעורים עצמו בענין פסלות שופט של ערכאה ראשונה, כאשר הנושא הועבר אליו לדין בדרך של ערעור? לפני שנתקבל תיקון מס' 17 הדרך היחידה להשיג על החלטה של בית הדין הצבאי לערעורים בענין פסלות שופט של ערכאה ראשונה היתה באמצעות פניה לבג"צ. תיקון מס' 17, המאפשר הגשת ערעור לבית המשפט העליון על פסק הדין של בית הדין הצבאי לערעורים, איננו מתייחס לאפשרות להגיש ערעור על החלטה של בית הדין הצבאי לערעורים בערעור שהוגש לפניו בענין פסלות שופט של בית דין צבאי מן הדרגה הראשונה ועל כן נראה, שהאפשרות לפנות לבג"צ בענין זה לא נשללה על ידי אותו תיקון.²⁸

(ב) פסלות שופט של בית הדין הצבאי לערעורים

אין בסעיפי חש"צ – גם לאחר תיקון מס' 17 – כל הסדר לגבי האפשרות להגיש ערעור על החלטה בענין פסלות אחד משופטי בית הדין הצבאי לערעורים עצמו. על כן נראה שאף במקרה זה לא נשללה על ידי אותו תיקון סמכותו של הבג"צ להתערב בהחלטת בית הדין הצבאי לערעורים. במקרה זה, כבמקרה של ערעור בענין פסלותו של שופט של ערכאה ראשונה,

(27) נראה שאין דרך להשיג על החלטת בית הדין הצבאי לערעורים הנוחה טענה בדבר פסלות שופט של ערכאה ראשונה, בדרך של הגשת ערעור לבית המשפט העליון על פסק דינו של בית הדין הצבאי לערעורים. נראה שההליך של הגשת ערעור על החלטת הערכאה הראשונה הנוחה טענת פסלות הינו נפרד ומיוחד. אין אפשרות להשיג על החלטה כזו בדרך של ערעור על פסק דינה של הערכאה הראשונה ואין החלטת בית הדין הצבאי לערעורים בענין זה מהווה חלק מפסק דינו. ניתן בערעור על פסק הדין של הערכאה הראשונה. נבוחות לשמעון אגנטי (ירושלים, תשרי, התשמ"ז) 100.

האפשרות לפנות לבג"צ היא הדרך הקיימת היחידה שבה ניתן להשיג על החלטת בית הדין הצבאי לערעורים בדבר פסלותו של שופט.²⁸

9. דרכי התערבות אקסקלוסיביות וחילופיות

(א) הצגת השאלה

כיצד ינהג הנפגע מפסק דינו של בית הדין הצבאי לערעורים הרוצה להשיג עליו בפני בית המשפט העליון, כאשר לאחר תיקון מס' 17 ניצבות מולו שתי ערכאות מתחרות, הן לגבי העילה של חריגה מסמכות והן לגבי העילה של טעות גלויה על פני ההחלטה? על הנפגע לשקול, אם מדובר בדרכים אקסקלוסיביות או חילופיות ולדייק בבחירת הדרך, שמה טעות בענין זה תוכל את השגת מטרותיו.

(ב) הפניה לבג"צ

נראה שכדי להימנע מהיתקלות בדרך הערעור במכשול של סעיף 440 ט (ב) בענין חשיבותה, קשיותה או חידושה של השאלה המשפטית המועלית, עשוי הנפגע מפסק דינו של בית הדין הצבאי לערעורים להעדיף עתירה לבג"צ, כאשר, לדעתו, פסק הדין נגוע בחוסר סמכות או שמצויה על פניו טעות גלויה כלשהי שמתן הסעד בעקבותיה איננו מחייב את הבג"צ בחקירה חריגה לגבי אותה טעות במידה כזו שלא יהיה מוכן לעמוד בהן. תקוותו תהיה להגיע להרכב גזר של הבג"צ, המוכן להתערב בפסיקה הצבאית כשהענין יראה לו כמתאים ושאינו קופץ את ידו בנימוק המושתת על חלוקת הסמכויות בינו לבין ערכאת ערעור. העדפת הדרך האמורה של תקיפת הפסיקה הצבאית תשקף את הגישה השמרנית המתבססת על הדרך הסלולה הקיימת. מבחינתה יש צורך בנימוקים משכנעים כדי להעדיף על פניה את הדרך החדשה של בקשת רשות ערעור.

מתן פסק הדין על ידי הבג"צ הן בגופן של העילות האמורות יהווה סוף פסוק ומעשה בית דין. אולם, קיים חשש שמה הבג"צ ידחה את העתירה לאחר שייסרב לדון בה לגופה. במקרה כזה הנפגע יחמיץ את המועד להגשת בקשה למתן רשות ערעור, כאמור בסעיף 440 ט (ג), אם ירצה ללכת בדרך החילופיות. לפי סעיף 440 ט (ד) ניתן לדון בבקשה למתן רשות ערעור גם לאחר המועד הקבוע, אם הראה המבקש טעם מיוחד לכך, אולם, האם פניה לבג"צ שנדחתה כאמור מהווה טעם מיוחד להארכת המועד להגשת הבקשה למתן רשות ערעור?

(28) ראה גם עמדתו של כב' נשיא בית המשפט העליון המשאירה בצידן עיון את השאלה, אם ניתן, במקרה כזה, לפעול לפי סעיף 2 לחוק סדר הדין הפלילי (נוסח משולב) התשמ"ב-1982, לפיו סדר הדין הפלילי יהיה לפי חוק זה וזולת אם נקבע בחוק אחר או על פיו סדר דין שונה לענין הנדון – מ' שמגר, על פסלות שופט – בעקבות ידד,

(29) באשר לשאלה בענין כוח התערבותו של הבג"צ בנעשה בבתי הדין הצבאיים לאחר תיקון מס' 17 על יסוד כללים אחרים של הצדק הטבעי, נראה כי מוטב להשאירה פתוחה, בהעדר פסיקה של הבג"צ הדנה בעילות המבוטאות על כללים כאלו.

ג) פניה בשתי הדרכים
 כל עוד לא נקבעה הלכה ברורה, לפיה פניה לבג"צ שנדחתה בנימוק של קיום ערכאה חילופית מהווה טעם מיוחד להארכת המועד להגשת בקשה למתן רשות להגשת ערעור, האם לא ייטיב הנפגע לעשות כאשר יפעל בשתי הדרכים בעת ובעונה אחת - כלומר, יגיש עתירה לבג"צ ואף יגיש בקשה למתן רשות ערעור? אולם, האם עצם העובדה, שהפונה לבג"צ פנה אף בבקשה למתן רשות ערעור, איננה עשויה לשמש נימוק בידי הבג"צ לדחיית העתירה מבלי לדון בה לגופה? ולהפך, האם עצם העובדה שהיתה פניה לבג"צ איננה עשויה לשמש נימוק בידי נשיא בית המשפט העליון שלא לתת רשות ערעור?

ד) פניה על יסוד מיון הפגמים בהחלטה
 הבסיס המשפטי ההגיוני לבחירת הדרך המתאימה לפניה אל בית המשפט העליון על ידי הנפגע מן הפסיקה הצבאית צריך להשען על נסיון למיין את הפגמים שנתגלו באותה פסיקה. מיון זה עשוי להביא למסקנות הבאות:
 כאשר מדובר בטענה של חריגה מסמכות במשמעות המקובלת של הביטוי כפי שנדונה בפסיקת הבג"צ בקשר להחלטות שניתנו על ידי הערכאות הצבאיות, שתי דרכי הפניה אל בית המשפט העליון המכוונות כלפי פסק דינו של בית הדין הצבאי לערעורים נראות כחילופיות. אולם, כאשר טענת הנפגע מכוונת כלפי החלטות אחרות של הערכאות הצבאיות, הפניה אל הבג"צ הינה הדרך היחידה האפשרית.
 נראה, כי השאלה בדבר הדרך המתאימה, מתוך שתי הדרכים החילופיות, לפניה אל בית המשפט העליון לגבי פסק דינו של בית הדין הצבאי לערעורים בטענה של חריגה מסמכות, צריכה להיקבע לאור טיבה המדויק של הטענה ועל פי הנסיבות המיוחדות של המקרה. קשה לדעת בבירור מהי הערכאה שתהיה מוכנה יותר מחברתה לבדוק את התשתית העובדתית של הטענה ולהתערב יותר מחברתה בקביעות המשפטיות שכלפיהן מכוונת הטענה.
 נראה, כי כאשר מדובר בטענה של טעות משפטית בפסק דינו של בית הדין הצבאי לערעורים, שתי דרכי הפניה אל בית המשפט העליון תהיינה פתוחות, אך לא לחלוטין. במקרים מסוימים דרכים אלו תהיינה חילופיות ובמקרים אחרים תהיינה אקסקלוסיביות. דרך הפניה לבג"צ תהיה פתוחה רק על פי הטענה של טעות גלויה על פני ההחלטה שאיננה מחייבת חקירה ודרישה. טענה כזו ניתן לטעון גם בפני ערכאת הערעור, אך תיזכה באוזן קשבת מצידה רק כאשר תעורר שאלה משפטית חשובה, קשה או חדשה. כאשר הטענה איננה מעוררת שאלה כזו, דרך הפניה לבג"צ תהיה אקסקלוסיבית.
 כאשר הטענה מתייחסת לטעות שאיננה גלויה על פני ההחלטה או שמחייבת

(30) ראה סעיף 3 לעיל

חקירה ודרישה, הדרך לבג"צ תהיה חסומה, אך יתכן, שהדרך לערכאת הערעור תהיה אף היא חסומה, אם יוחלט שאין בשאלה המתעוררת חשיבות, קשיות או חידוש.

כאשר שתי הדרכים פתוחות לפניה לבית המשפט העליון, נראה כי ערכאת הערעור תהיה מוכנה יותר מן הבג"צ לבדוק את התשתית העובדתית של הטענה ולהתערב יותר מן הבג"צ בקביעות המשפטיות שכלפיהן מכוונת הטענה. כאשר הפגמים הנטענים לגבי ההחלטה מעוררים שאלות של טעות משפטית וכן שאלות של חריגה מסמכות, אם ניתן לפנות באחת משתי הדרכים או בשתיהן בענין הטעות, תצורך לפניה אף הטענה בדבר חריגה מסמכות. אם אחת הדרכים לפניה בענין הטעות תהיה חסומה, אך הדרך האחרת תהיה פתוחה, תצורך הטענה בדבר החריגה מסמכות לטענת הטעות בפניה זו. אם שתי הדרכים לפניה בענין הטעות תהיינה חסומות, תידון באחת מהן הטענה בדבר חריגה מסמכות בלבד.

ה) ערכאת הערעור כסמכות משלימה

נראה כי סמכותו של בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פליליים צריכה להתעורר דווקא באותם המקרים שאינם בסמכותו של הבג"צ, כלומר, שבהם נטענות טענות כלפי פסקי דינו של בית הדין הצבאי לערעורים לגבי טעויות משפטיות שאינן גלויות על פני ההחלטה או שהינן גלויות על פני ההחלטה אך בדיקתן מחייבת חקירה ודרישה. מקרים נוספים שבהם מן הראוי לתת רשות ערעור על פסקי הדין של בית הדין הצבאי לערעורים צריכים להתאים לאותו זרם של פסקי הדין שניתנו בבג"צ ושבהם נקבע, כי אין הבג"צ יושב כערכאת ערעור על פסק דין של בית דין צבאי לערעורים וכי אילו, אכן, היה יושב כערכאת ערעור, היה מעדיף את טענת העותר על פני קביעתו של בית הדין הצבאי לערעורים.
 מבחינה זו יש לראות את ערכאת הערעור כבעלת סמכות המשלימה את סמכות ההתערבות של הבג"צ ומבחינה זו על ערכאת הערעור לגלות נכונות להתערב בפסקי הדין של בית הדין הצבאי לערעורים לפחות באותה מידה שבה הבג"צ גילה נכונות להתערב כשלא ניצב בפניו מכשול הסמכות.
 לא היה כל טעם וצורך להקיס ערכאה שיפוטית חדשה שמתחרה בכוח שיפוטה בבג"צ לגבי אותן העילות הנובעות מפסק דינו של בית הדין הצבאי לערעורים. יתרונו הסגולי של בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פליליים וההצדקה היחידה לסמכות החדשה שהוענקה לו בתיקון מס' 17, בכל הקשור לכוח התערבותו בפסקי הדין של בית הדין הצבאי לערעורים, הם בכך שיתערב, יחקור וידרוש ואף ידון במקום שהבג"צ איננו רשאי או שאיננו נוהג לעשות כן. רק במסגרת מסוימת זו יש טעם בדברי ההסבר להצעת החוק לתיקון מס' 17, לפיהם מטרת הקמתה של ערכאת הערעור החדשה על פסקי הדין של בית הדין הצבאי לערעורים היא "לאפשר דיון ופיקוח שיפוטי עליון על ידי הערכאה השיפוטית הגבוהה ביותר במדינה בשאלות משפטיות המתעוררות במערכת השיפוט הצבאית" ר"למען אחדות ההלכה".

ד. שני קשיים

10. סמכות בית המשפט העליון בערעור דיון נוסף

(א) סעיף 440 ט (ב) ומונחים של דיון נוסף כאשר סעיף 440 ט (ב) בתיקון מס' 17 סייג את האפשרות לתת רשות ערעור על פסקי הדין של בית הדין הצבאי לערעורים דווקא "בשאלה משפטית שיש בה חשיבות, קשיות או חידוש", אימץ לעצמו ביטויים דומים לאלו המצויים בסעיף 30 (ב) לחוק בתי המשפט (נוסח משולב), התשמ"ד-1984, המתייחסים להחלטה בדבר קיום דיון נוסף על פסק דינו של בית המשפט העליון. לפי סעיף אחרון זה ניתן להחליט על קיום דיון נוסף על פסק דינו של בית המשפט העליון, "אם ההלכה שנפסקה בבית המשפט העליון עומדת בסתירה להלכה קודמת של בית המשפט העליון או שמפאת חשיבותה, קשיותה או חידושה של ההלכה שנפסקה בענין, יש... מקום לדיון נוסף".

(ב) השימוש במונחים דומים עלול להטעות השימוש במונחים דומים לגבי התנאים לקיום דיון נוסף ולגבי התנאים למתן רשות ערעור על פסק דינו של בית הדין הצבאי לערעורים עלול להטעות וללמד, לכאורה, כי אף תוכנם של המונחים צריך להיות דומה. מן הדמיון במונחים עולה, כאילו המחוקק חישווה את פסק הדין של בית הדין הצבאי לערעורים לפסקי דינו של בית המשפט העליון וכי ביקורת נוספת על שניהם עשויה להתקיים רק במובן של דיון נוסף.

אולם, בחינת מהותו של הדיון הנוסף בהשוואה לערעור והשוואת מעמדו וסמכותו בית המשפט העליון לעומת בית הדין הצבאי לערעורים מביאים למסקנה, כי לא הרי זה כהרי זה ואין זה מתקבל, כי התנאים למתן רשות ערעור לבית המשפט העליון על פסקי הדין של בית הדין הצבאי לערעורים יהיו דומים לתנאים למתן החלטה בדבר קיום דיון נוסף על פסק דינו של בית המשפט העליון. בענין זה יש להדגיש, כי ניתן אף לקיים דיון נוסף על פסק דינו של בית המשפט העליון בערעור על פסק דינו של בית הדין הצבאי לערעורים. מכאן נובע, כי אין טעם לקיומן של שתי ערכאות בבית המשפט העליון, זו על גבי זו, שהינן בעלי סמכות באותו ענין על-פי אותם התנאים. על כן ברור, כי הערעור לבית המשפט העליון איננו דיון נוסף ואיננו צריך להיות דומה לו וכי לא מובן כיצד אותם נימוקים המסייגים את מתן ההחלטה לקיים דיון נוסף ישמשו גם כתנאים למתן רשות ערעור לבית המשפט העליון.

(ג) החלטותיו של בית המשפט העליון לגבי הדיון הנוסף בדיקת החלטותיו של בית המשפט העליון בדונו בבקשות לקיום דיון נוסף מלמדת על ההבדל היסודי הקיים בין הדיון הנוסף לבין הערעור. בית המשפט העליון חזר

והדגיש, כי הדיון הנוסף איננו ערעורי, כי בדיון הנוסף אין נבחנת השאלה אם בית המשפט העליון טעה בקביעת אותה הלכה, אלא ההלכה עצמה בתור שכזו, כי שימוש מוטעה בהלכה אינו נימוק לקיום דיון נוסף, כי כאשר בית המשפט העליון נמנע מלקבוע הלכה, אין לקיים דיון נוסף, כי יש להבחין בין הלכה חדשה שנקבעה לבין טענה חדשה וכי בשיקול אם לקיים דיון נוסף מכריעה השאלה כיצד ההלכה שנקבעה תשפיע על האינטרסים של הרבים, לעומת האינטרס האישי של המתדייף.

(ד) דיוק בקריאת סעיף 440 ט (ב)

נראה כי כאשר המחוקק קבע, כי בהתמלא תנאים מסויימים ניתן יהיה לקיים דווקא ערעור על פסק דינו של בית הדין הצבאי לערעורים -- ולא דיון נוסף -- התכוון לכך, כי ההלכות האמורות שנקבעו על ידי בית המשפט העליון לגבי השיקולים אם לקיים דיון נוסף לא יחולו לגבי השאלה אם לאפשר את קיום הערעור.

נראה, כי באשר לשיקולים אם לאפשר קיום ערעור לבית המשפט העליון על פסק דינו של בית הדין הצבאי לערעורים, לאינטרס האישי של המתדיין בקיום הערעור ישנו משקל נכבד וכי אף לטענה חדשה שעדיין לא נידונה עשוי להיות משקל רב, נראה שיש לאפשר ערעור גם כאשר פסק הדין של בית הדין הצבאי לערעורים לא קבע כל הלכה או כאשר עשה שימוש מוטעה בהלכה קיימת או שטעה בקביעת ההלכה. נראה שלא לחינם סעיף 440 ט (ב) לתיקון מס' 17 מדבר על רשות ערעור "בשאלה" משפטית, בין אם נידונה ובין אם הועלתה ולא נידונה בבית הדין הצבאי לערעורים, לעומת סעיף 30 (ב) לחוק בתי המשפט (נוסח משולב), המדבר דווקא על דיון נוסף ב"הלכה", כאשר זו, אכן, "נפסקה". כן נראה שיש הבדל יסודי ובדור בין הביטוי "חשיבותה, קשיותה או חידושה של ההלכה שנפסקה" לבין הביטוי הדומה "שאלה משפטית שיש בה חשיבות, קשיות או חידוש". כאשר הביטוי הראשון מדגיש את אינטרס הרבים להלכה שנפסקה והביטוי האחרון מדגיש את השאלה המועילית על-ידי הפרט המתדיין בעל הענין.

בהקשר זה יש לציין את ההבדל בין מעמדו וסמכותו של בית המשפט העליון לעומת בית הדין הצבאי לערעורים. בית המשפט העליון קובע הלכות המחייבות

(31) ד"ר 4/57 בולניובלאו נ' שר הבטחון, פ"ד יב (1) 25, 27; ד"ר 8/58 ריבלין נ' חליס פ"ד יב (1) 789; ד"ר 21/56 כהן נ' היועץ המשפטי פ"ד יג (1) 234, 236; ד"ר 6/82 יואני נ' ראש התוצאה למועל פ"ד לו (3) 99, 101; ד"ר 29/84 קסוי נ' בנק פויכטוונגר פ"ד לח (4) 505, 510; ד"ר 20/85 בחיי נ' פלדון פ"ד לט (4) 463, 465.
 (32) ד"ר 6/82, יואני נ' ראש התוצאה למועל פ"ד לד (3) 99, 101.
 (33) ד"ר 25/79 רכסמן נ' מדינת ישראל פ"ד לג (3) 528.
 (34) ד"ר 8/58 ריבלין נ' חליס פ"ד יב (1) 790; ד"ר 21/56 כהן נ' היועץ המשפטי פ"ד יג (1) 234; ד"ר 18/81 אלטיני נ' מדינת ישראל פ"ד לה (4) 79.
 (35) ד"ר 29/84 קסוי נ' בנק פויכטוונגר פ"ד לח (4) 505, 512.
 (36) ד"ר 4/57 בולניובלאו נ' שר הבטחון פ"ד יב (1) 25, 28; ד"ר 3/58, שר האוצר נ' אוניות מיכל פ"ד יב (3) 1852.

את מוסדות המדינה, אזרחיה ותושביה, לעומת זאת, בית הדין הצבאי לערעורים הינו עדיין בית דין "נמוך"³⁷, הכפוף לפיקוחו של בית המשפט העליון ותוקף קביעותיו המשפטיות מצומצם ביותר.

ה) המסקנה המתבקשת
מכאן נובעת המסקנה, כי דווקא המימד האינדיבידואלי והקונקרטי שבפסק הדין של בית הדין הצבאי לערעורים הוא שצריך לקבוע אם תתאפשר הגשת ערעור עליו לבית המשפט העליון וכי הפיקוח על פסקי דינו של בית הדין הצבאי לערעורים על ידי בית המשפט העליון בשבתו כבג"צ, המצומצם לעילות של חריגה מסמכות, טעות גלויה על פני ההחלטה ופגיעה בעקרונות הצדק הטבעי, נמצא ראוי להרחבה דווקא בתחום זה.

נראה, אפוא, כי כאשר מתדיין מעלה בבקשתו למתן רשות ערעור על פסקדין של בית הדין הצבאי לערעורים טענה משפטית, גם אם חשיבותה בעיקר עובדי ופתרונה פשוט, גם אם הקושי שבה מתעורר לאור מסכת העובדות המיוחדות שנתבררה או גם אם החידוש שבה מתבטא בתחום מצומצם ביותר וסמכות הפיקוח שהוקנתה לבית המשפט העליון על בית הדין הצבאי לערעורים מצדיקה את הפעלתה בנסיבות הענין, מן הראוי שיתאפשר לו להגיש את הערעור.

11. סמכות בית המשפט העליון כערכאת ערעור שניה

א) סמכות בית המשפט העליון בערעור על פסק דינו של בית משפט מחוזי בערעור

התבטאויות מחמירות כנגד האפשרות להגיש ערעור שני לבית המשפט העליון נמצאות בהחלטות של בית המשפט העליון שדנו בבקשות רשות לערער על פסקי דין של בית משפט מחוזי שניתנו בערעור על פסקי דין של בית משפט השלום: ב"מקרים יוצאי הדופן, בהם מתעוררת בעיה משפטית בעלת חשיבות כללית, אשר יהיה בה כדי להצדיק דיון לפני ערכאה שלישית"³⁸ ר"טענות, שהועלו לפני בית משפט השלום בערכאה ראשונה, ואשר שבו ונשמעו לפני בית המשפט המחוזי בישוב כערכאה ערעור, אין להעלותן בשלישית באמצעות הגשת בקשה לרשות ערעור אלא במקרים נדירים בלבד, אשר יצדיקו בחינה משפטית משולשת של אותה טענה³⁹.

נשאלת השאלה, אם ההתבטאויות המחמירות הללו חלות גם לגבי ערעור לבית המשפט העליון על פסק דין של בית הדין הצבאי לערעורים שניתן בערעור על פסק דין של הערכאה הראשונה?

(37) בג"צ 20/50 שורץ נ' נשיאות בית הדין הצבאי העליון פ"ד ד 185

(38) ר"ע 84:530 שפר נ' מדינת ישראל פ"ד לח (4) 161

(39) ר"ע 83:535 אשתי נ' גמלי פ"ד לח (2) 167.

ב) לא הרי זה כהרי זה

ברור כי אם ינתן להגיש ערעור לבית המשפט העליון על פסק דין של בית הדין הצבאי לערעורים רק ב"מקרים יוצאי דופן" או רק ב"מקרים נדירים" תעלה השאלה, מה הואילו חכמים בתקנתם ומדוע טרחו לחדש אותו חידוש של מתן האפשרות לערער? נראה כי עצם הקמתה של הערכאה הנוספת שבכוחה לשמוע ערעורים על פסקי הדין של בית הדין הצבאי לערעורים מצביע על מגמתו של המחוקק לאפשר הגשת ערעורים כאלו. זו מגמה הפוכה למגמה הנובעת מהתבטאויות של בית המשפט העליון כנגד הגשת ערעור שני על פסק דינו של בית המשפט המחוזי.

קשה יהיה לקבל, כי בשעה שהמחוקק פתח במתכוון דרך נוספת להתערבות בית המשפט העליון בפסקי הדין של בית הדין הצבאי לערעורים יבוא בית המשפט העליון ויסגור דרך זו במכשולים המשתקפים מאותן התבטאויות. קשה יהיה להבין כיצד תתממש כוונת המחוקק "לאפשר דיון ופיקוח שיפוטי עליון על ידי הערכאה השיפוטית הגבוהה ביותר במדינה בשאלות משפטיות המתעוררות במערכת השפיטה הצבאית" ו"למען אחדות ההלכה", אם, אכן, המבחן המעשי למתן רשות הערעור יהיה בהתאם להתבטאויות אלו.

12. הצעות

על מנת להבהיר את תחומי סמכותם של הבג"צ ושל בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פלייליים לגבי בתי הדין הצבאיים, למנוע מבוכה וסיכון מיותרים מן הנפגע על ידי פסק דינו של בית הדין הצבאי לערעורים המבקש להשיג עליו ובדוק את הדרך המתאימה לפנייתו ולמלא כראוי את כוונתו של המחוקק בדבר הצורך בפיקוח עליון עליידי בית המשפט העליון על מערכת השיפוט הצבאית ובשמירה על אחדות ההלכה, מוצע לקבוע את ההסדר הבא:

א) הבג"צ ימשיך להיות הערכאה המשפטית העליונה שתפקח על בתי הדין הצבאיים, כפי שעשה זאת עד כה, בכל מקרה שמוגשת עתירה לפניו בטענה של חריגה מסמכות. ברור שבטענה כזו יוכל לדון גם כל בית משפט אחר.

ב) הבג"צ יפסיק לפקח על בתי הדין הצבאיים כאשר הטענה נגדם מבוססת על העילה של טעות גלויה על פני ההחלטה או על כל עילה אחרת, אלא באותם המקרים שעל פי עילות כאלו היה מפקח אף על בתי המשפט המוגדרים בחוק בתי המשפט (נוסח משולב) התשמ"ד-1984.

ג) הבג"צ ימשיך לפקח על החלטותיו של בית הדין הצבאי לערעורים בשאלות הנוגעות לפסלותו של שופט.

ד) באותם המקרים שבהם תישלל סמכות הפיקוח של הבג"צ על בתי הדין הצבאיים, כאמור לעיל, ייעשה הפיקוח על בתי דין אלו באמצעות

צינורות הערעור, שיעברו דרך בית הדין הצבאי לערעורים ויגיעו לבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פליליים. (ה) ניתן יהיה להגיש ערעור לבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פליליים על כל פסק דין של בית הדין הצבאי לערעורים לאחר קבלת רשות לכך מאת נשיא בית המשפט העליון או משנהו, על פי שיקול דעתם, מבלי שייקבעו סייגים ענייניים כלשהם למתן הרשות.

אלימ' (דימ') ד"ר צבי הדר

הרשות המאשרת לפי חוק השיפוט הצבאי, תשט"ו-1955

ד"ר מודכי קרמניצרי

* מרצה בכיר בפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית, ירושלים.

1. הבעייה:

בתיקון מס' 17 לחש"צ, תשס"ו-1953 (סה"ח 1183, י"ח בסיון תשמ"ו, 25.6.1986) אימצה הכנסת את רוב המלצותיה של ועדת שמגר. לא אומצה ההמלצה לבטל את סמכותה של הרשות המאשרת לאשר גזרי דין של בתי דין צבאיים או להקל בעונשים שהוטלו (סעיפים 441 ו-442 לחש"צ, תשס"ו-1953) מטרת הרשימה היא לבחון אם יש הצדקה לקיומה של סמכות זו.

2. רקע

סמכות בתי הדין מבחינה עניינית

(א) בתי הדין הצבאיים מוסמכים לדון חייל על ארבעה סוגי עבירות:
I. עבירות צבאיות מובהקות (proper) שאין להן מקבילה מחוץ למסגרת הצבאית, כגון נפקדות, אי קיום פקודה ועוד.
II. עבירות צבאיות שיש להן מקבילה אזרחית, כמו אלימות כלפי חייל.
III. עבירות פליליות רגילות שנעברו במסגרת הצבא או עקב השתייכותו של הנאשם לצבא, ובכלל זה עבירות כאלה שאין להן זיקה ממשית לצבא, כמו זיוף של מסמך אזרחי הנעשה בתוך מחנה צבאי.
IV. עבירות פליליות רגילות שנעברו שלא במסגרת הצבא ושלא עקב השתייכותו של הנאשם לצבא, כגון שימוש בסם מסוכן בעת חופשה אלא שבמקרה זה ורק בו רשאי היועץ המשפטי לממשלה (רשאי ולא חייב) לצוות על העברת הדיון לבית המשפט האזרחי.

בפועל, דנים בתי הדין הצבאיים גם בעבירות פליליות מובהקות, כמו קבלת שוחד, התפרצות, גניבה, שוד, זיוף, קבלת דבר במרמה, אינוס, מעשה מגונה, גרימת מוות בנהיגה רשלנית ועוד. סמכויות הענישה של בתי הדין הצבאיים אינן מוגבלות, והם מהווים ערכאה פלילית מקבילה לערכאות הפליליות של המדינה (פלילית ולא משמעתי).

(ב) לשיפוט בפני בתי הדין הצבאיים נתונים לא רק חיילים בשרות סדיר (חובה וקבע) אלא גם חיילים בשרות מילואים על עבירות שביצעו במהלך שירותם וכן קבוצות נוספות של בני אדם, שהחשובה ביניהן היא אזרחים עובדי צה"ל (היקף הסמכות העניינית ביחס לקבוצה זו צר יותר מאשר לגבי חיילים).

סמכות הרשות המאשרת להקל בעונש שונה מסמכות החנינה של נשיא המדינה (ג) המתקת עונש במסגרת סמכות החנינה של הנשיא מיועדת לתת ביטוי לשינויים שהזמן גרמם, (בעיקר במצבו האישי והמשפחתי של הגידון) שיש להניח שאילו היו בפני הרשות השופטת בעת גזר הדין היו מביאים להקלה בעונש. בשני מקרים, כאשר נוצר רושם שסמכות החנינה הופעלה למרות שלא חל שינוי בגתונים שהיו בפני השופטים בעת גזר הדין (יהושע בן ציון, חנא סניורה) נקטו

שניים מנשיאיו של בית המשפט העליון (הנשיא זוסמן ז"ל והנשיא שמגר, יבדל לחיים ארוכים) תגובה ביקורתית, שהיתה חריגה ביותר בטיבה ובפומבי שניתן לה. בשני המקרים טענו שרי המשפטים להצדקת החנינה כי היה הבדל בין הנתונים שהיו בפני השופטים לבין הנתונים שהיו בפני נשיא המדינה. (בשני המקרים, נטען כי היתה החמרה במצב הבריאותי של הנידון). יוצא, איפוא, כי אין לומר על נשיא המדינה שהוא מעין ערכאת ערעור נוספת על הערכאות השיפוטיות הרגילות. לעומת זאת, ההקלה בעונש על ידי הרשות המאשרת, הנעשית סמוך לגזר הדין, הופכת את הרשות המאשרת לאינסטנציה השיפוטית העליונה לענין הענישה והופכת את גזרי הדין של בתי הדין להמלצות. הבדל נוסף מתבטא בכך שחנינת הנשיא (האזרח מס' 1 של המדינה) טעונה התימת קיום על ידי שר המשפטים, כלומר בהסכמת שר המשפטים. לעומת זאת, ההקלה בעונש על ידי הרשות המאשרת אינה מותנית בהסכמה של שום גורם אחר. זאת ועוד, סמכות החנינה של נשיא המדינה מופעלת במקרים יוצאים מן הכלל לפי בקשת הנידון והיא שונה, לכן, במהותה מסמכות של אישור גזר הדין. לעומת זאת, טעון כל גזר דין של ביד"צ אישור מכוון קביעת החוק, והדבר מקרין במישורו על מעמדו של גזר הדין: גזר הדין איננו סוף פסוק.

הקלה בעונש – כיצד?

(ד) נוסף לסמכות ההקלה של הרשות המאשרת, קיימות אפשרויות הקלה נוספות: על חומרתו של גזר דין של בית דין צבאי מחוזי ניתן לערער בפני בית הדין הצבאי לערעורים. כלומר, לאחר גזר דין ביד"צ מחוזי מתחדה סמכותה של הרשות המאשרת בסמכות בית הדין הצבאי לערעורים. לעתים, מצליח הנאשם לברר באופן בלתי פורמאלי מה תהיה התייחסות הרשות המאשרת לבקשת הקלה שיגיש, ועל פי תוצאות הברור הוא מחליט אם לערער או לפנות בבקשת הקלה לרשות המאשרת. ברור כי אם בחר הנאשם להגיש ערעור, עדין פתוחה בפניו הדלת לבקש הקלה מן הרמטכ"ל, אף אם גזר הדין אושר בערעור. ביחס לכל גזר דין של בית דין צבאי ניתן לפנות גם לנשיא המדינה בבקשת חנינה. ביחס לעונש מאסר שהוטל על ידי בית דין צבאי, רשאית גם הועדה לעיון בעונש בתנאים מסויימים להמתיקו או להחליפו בעונש מאסר על-תנאי.

3. ההשגות על קיומה של רשות מאשרת

- (א) קיומה של הרשות המאשרת אינו מתיישב עם שני עיקרים של מדינת חוק: עקרון הפרדת הרשויות או ליתר דיוק יחוד תפקיד השפיטה בידי הרשות השופטת והעיקרון של סופיות הליכים שיפוטיים.
- (ב) קיומה של רשות מאשרת פוגע במעמדם וביוקרתם של בתי הדין. הוא נוטל מהם את מקור היקרה הבסיסי ביותר שהוא הכוח שבידיהם, המתבטא בכך שמה שהם גוזרים הוא בעל תוקף אמיתי ומחייב; והופך אותם מרשות שיפוטית

עצמאית לרשות ממליצה. עוד לא יבשה הדיו מעל דפי גזר הדין ועל פי אותם נתונים שהיו בפני ביה"ד, עשויה הרשות המאשרת לאיין את העונש. האם ניתן לראות בסתירת לחי כזו לטיפה? קיומה של סמכות האישור הוא הבעת אי אמון של המחוקק ושל פיקוד הצבא ברשות השופטת. הוא מבוסס על כפירה במקצועיותם ובמומחיותם של השופטים הצבאיים, כאשר דווקא אלה – המומחיות והמקצועיות המיוחדות – הן בסיס ההצדקה לקיומה של מערכת שיפוט צבאית מיוחדת, נבדלת ממערכת השיפוט הרגילה. קיומה של סמכות זו הוא גם ביטוי ליחס מתנכר כלפי השופטים הצבאיים, כאילו היו נטע זר בתוך המסגרת ולא אבר מאבריה, כאילו הם מנותקים מחיי הצבא ומרוחו, "אינם מבינים עניין"; ולכן אין לסמוך עליהם שיעשו צדק בגזירת הדין. יחס נורמטיבי-ממסדי זה משפיע בהכרח על יחסם של מפקדי הצבא וחיליו לשופטים הצבאיים. הפעלת הסמכות להקל הופכת את השופטים הצבאיים ל"אנשים הרעים" (קרים, פורמליסטיים, נוקשים, שאינם רגישים מספיק ואינם מתחשבים די הצורך בחייל-הפרט ומצבו), לעומת מפקדי הצבא שהם "האנשים הטובים". וגם עובדה זו אינה מוסיפה לתדמיתם של השופטים הצבאיים. מתוך השוואה למערכת המשפט האזרחית שאין בה מקבילה לרשות המאשרת, הופכת מערכת המשפט הצבאית למערכת נחותה, למערכת סוג ב'. ניתן להמחיש זאת על ידי הדוגמא הבאה. חייל ואזרח משתפים פעולה בהחדרת סם מסוכן לתוך מחנה צבאי או בהתפרצות לתוך מבנה צבאי. החייל יובא לדין בפני ביד"צ והאזרח בפני בימ"ש אזרחי. בעוד שגזר דין חלוט של בית משפט אזרחי בעניינו של האזרח הוא סוף פסוק, גזר דין כזה של ביד"צ טעון אישור מטעם הרשות המאשרת. המוסמכת גם שלא לאשר.

(ג) קיום הרשות המאשרת פוגע במעמד החוק ובשלטון החוק מבחינה מהותית, שכן דווקא האנסטנציה האחרונה של המערכת מאופיינת במאפיינים שאינם מוסיפים לטיב הפעלת החוק ולתדמיתו. וזאת כאשר המלה האחרונה דווקא צריכה להיות הנכונה, המשכנעת והאמינה ביותר:

1. המילה האחרונה לענין העונש נתונה בידי גורמים שאין להם כל הכשרה מקצועית בתחום הענישה. הטלת עונש היא מן התפקידים היותר קשים המוטלים על השופט (ויש אומרים – הקשה ביותר). היא מחייבת, בראש ובראשונה, הבנה מלאה של משמעות העבירה – מושא ההרשעה (האינטרס החברתי המוגן על ידי איסור העבירה, ההיקף והמגוון של ההשלכות החברתיות המזיקות של העבירה). בנוסף לכך, היא תובעת, בין השאר, התמצאות בפנולוגיה וקרימינולוגיה. שיטת המשפט הישראלי (לענין קביעת עונשים) מבוססת על הרעיון שמדובר בתחום משפטי-מקצועי, וכי ככל שעולה הרמה המשפטית-מקצועית, עולה הכושר להתאמת העונש. מכאן הרעיון של ערעור על עונש בפני ערכאת ערעור המורכבת משופטים בכירים יותר, כאשר חלק משמעותי וניכר של פעילותה של ערכאת ערעור הוא בתחום זה של קביעת עונשים. קיומה של הרשות המאשרת מביא לכך שעונש שהוטל על ידי ערכאה ראשונה, אושר או הוחמר על ידי ערכאת ערעור שבה יושבים מיטב השופטים הצבאיים, ביניהם שופטים של בית המשפט העליון,

(לעיתים, תוך תמימות דעים של 6 שופטים) מתבטל או מומחק על ידי הרשות המאשרת שהיא נטולת כל הכשרה ונסיון לענין זה. הקלה מרחיקת לכת בעונש שנגזר על עבירה חמורה היא חזיון קשה מבחינת שלטון החוק. היא חזיון קשה במיוחד כאשר מקילים בעונש על עבירה שלגביה הנביל המחוקק את שיקול הדעת של בית המשפט, כמו העבירה של גרימת מוות בנהיגה רשלנית.

II. בעוד שההליכים בפני בית הדין הם, ככלל, פומביים וגלויים לעין כל, ובכלל זה עין בוחנת ומבקרת, מופעלת סמכותה של הרשות המאשרת בחדרי חדרים ואין החלטותיה חשופות לביקורת. על חשיבות הפומביות עמד השופט ברק (ע"פ 696/81 אזולאי נ. מ. י. פ"ד ל"ז (2), 571), לאמר: "...שכן בלא פומביות אין תחושת צדק" והשופט ברנדייס אמר: "Sunlight is said to be the best disinfectant; electric light — the most efficient policeman".

III. בעוד שגזרי הדין הניתנים על ידי בתי הדין הצבאיים מנומקים כדבעי, החלטותיה של הסמכות המאשרת אינן מנומקות. כך יוצא, לעיתים, כי בקשה של הסנגור (להימנע מהטלת עונש של הורדה בדרגה או מאסר בפועל) נדחת לאחר דיון עמוק ומנומק בערכאה שיפוטית אחת או בשתי ערכאות שיפוטיות, והיא "מתקבלת" על ידי הרשות המאשרת ללא כל הנמקה.

IV. אחד הכללים הבסיסיים ביותר במשפט הוא הריחוק של השופט מן הענין ומן האנשים הנדונים בפניו. כלל זה בא להבטיח הן אובייקטיביות, העדר משוא פנים וגישה עניינית והן את תדמית הצדק. לשם הגשמת כלל זה, טורחים מי שמרכיבים את המותבים של בתי הדין הצבאיים לודא כי לא ישבו בדין שופטים שיש להם קרבה לנאשם או היכרות קרובה אליו. לעומת זאת, כאשר מדובר ברשות המאשרת היא עשויה לדון בעניינו של חבר קרוב או בעניינו של חבר של חבר. בעוד שאין סומכים (ובצדק!) על שופט מקצועי שידע לצאת מעוררו ולהתעלם מרגש של חברות או ידידות ולכן מונעים ממנו לדון בעניינו של מי שקרוב אליו, אין חוששים ממשוא פנים כשמדובר ברשות המאשרת. היתכן?! קורה לא אחת כי מי שבא תחילה בפני בית הדין כעד אופי וחיונה זעתו על הנאשם כמי שמכירו היכרות קרובה, הוא גם בעל המלה האחרונה בעניינו של הנידון בשלב אישור גזר הדין. האם אין מטילים על מפקדי הצבא נטל שהוא כבד ממשוא?

V. משום שאין להעלות על הדעת כי ניתן להתעלם מיחס של חברות או ידידות ומשום שרק סביר להניח כי ידידיהם של מפקדי הצבא מצויים יותר בין בעלי הדרגות הבכירות מאשר בין שורות החוגרים, קיים חשש להעדפה של גידונים "המקורבים למלכות". וגם אם אין לחשש זה על מה לסמוך במציאות, אי אפשר שהמתבונן מן הצד לא יחשוד שמתקיימת העדפה כזו, ובכך נפגמת תדמית הצדק. כאשר הקל הרמטכ"ל בעונשו של קצין משטרה צבאית ראשי ת"ל ארבל, שהורשע בעבירות של שוחד והתנהגות שאינה הולמת ונדון להורדה לדרגת ס"ל ולשלושה חודשי מאסר בפועל, (ואין מדובר בעונש חמור כלל ועיקר!) והמיר את המאסר בפועל במאסר על-תנאי, אי אפשר היה שלא לשאול-האם היה נוהג כך גם בחוגר, נגד או קצין זוטור. פגיעה אחרת בעיקרון החשוב של שוויון בפני החוק

נובעת מקיום הרשות המאשרת. בעוד שקיומו של ביד"צ לערעורים נועד להבטיח אחדות בענישה כלומר צדק במשמעות הפורמלית (לא אחדות מכנית אלא אחדות על ידי שיון ענישה במקרים שונים), קיום הסמכות המאשרת וריבויין של הרשויות פועל בכיוון ההפוך: במקרים רבים פונים לרשות המאשרת לאחר שניתן גזר דין בערכאה ראשונה משום שעל פי ניתוח ענייני אין שום סיכוי להשיג הקלה בעונש בערעור (למשל, גזר הדין קל במקצת מהמקובל במקרים דומים או שהוא במסגרת המקובל). התערבות הרשות המאשרת במקרה כזה פוגעת בשוויון בפני החוק; והוא הדין כאשר הרמטכ"ל מקל בעונש, כאשר גזר הדין של ביד"צ לערעורים משקף את הענישה המקובלת לאותו מקרה. הפגיעה בשוויון בפני החוק עשויה להתבטא גם בסטייה מרמת הענישה המקובלת לאותה עבירה במערכת האזרחית. הרשויות המאשרות מאוישות על ידי אנשים שונים המחזיקים מן הסתם בהשקפות שונות הן לענין מהות הסמכות והן לענין הענישה הראוייה במקרים שונים. התוצאה עשויה להיות (ועל פי נסיון העבר, גם היתה) שבמחוז שיפוטי פלוני ניתנות הקלות ביד רחבה, ובמחוז שיפוטי אחר - ביד קמוצה; ושעל אותה עבירה (מבחינת כל הנסיבות הרלבנטיות) יזכה חיל מחיל האויר בהקלה, בעוד שעמיתו מחיל הים יענה בשלילה. גורם נוסף לפגיעה בשוויון בפני החוק הוא העדר קריטריונים ברורים בהפעלת הסמכות של אישור גזרי הדין. כאשר מצרפים יחד את המאפיינים האלה של הרשות המאשרת מתקבל צרוף שאיננו מקרי או אקראי אלא צרוף שיטתי, ושם השיטה הוא: שדירות, שהיא היפוכו הגמור של שלטון החוק. האלמנטים של חוסר מיומנות, אי-פומביות, אי הנמקה, זיקה לנאשם, פגיעה בכלל של שוויון בפני החוק והעדר קריטריונים מלמדים על הפקעת מרותו של שלטון החוק: לא הנורמה מושלת אלא האדם. ואכן, אין לתאר כי במתכונת השיטה שלנו הרשות המאשרת נועדה לחקן עיוותים של הרשות השופטת. אין זה מתקבל על הדעת שהבלתי מומחה והבלתי מנוסה אמור לעשות יותר צדק מן המומחה המנוסה, אשר פעל בתנאים שתכליתם להבטיח עשיית צדק. כשם שאין להעלות על הדעת כי פקודת מבצע שתוכננה על ידי מומחים לדבר, היתה נמסרת לאישורו של שופט מקצועי, לשם שיפורה. ואם הרציונאל איננו עשיית צדק, האם לא נובע - על דרך האלימינציה - כי מדובר כאן בביטוי לאדנותם של מפקדי הצבא, גם על המשפט; כאילו החוק עצמו מרכין ראשו בפני הפיקוד הצבאי. שלטון החוק במובנו המהותי של המושג מחייב, איפוא, את ביטול סמכותה של הרשות המאשרת. האם יש סתירה לענין הזה בין השיקול המשפטי-ציבורי הזה לבין האינטרס הצבאי-הבטחוני? לדעתי, אין כל סתירה. האינטרס הצבאי האמיתי הוא שלנורמות העונשיות החלות על חיילים יהיה מלוא הערך המרתיע והמשפיע, (קיומה של הרשות המאשרת מחליש את הערך המרתיע של הנורמות) וכי במקרה של הפרת הנורמות האלה יאכף החוק באופן המבטיח עשיית הצדק והראות הצדק. (האינטרס הצבאי איננו נשכר כאשר מקילים בעונשם של עבריינים, וסמכותה של הרשות המאשרת היא לאשר או להקל, אך לא להחמיר).

5. טיעונים בזכות קיום הסמכות

לטעם כך, יש להבטיח (מבחינת האינטרס הצבאי) כי מערכת השיפוט בצבא תהיה מערכת מקצועית מן המדרגה הראשונה, עצמאית לחלוטין וכי מערכת זו תיתנה מיוקרה גבוהה בצבא ומחוצה לו. קיום סמכותה של הרשות המאשרת הוא אבן נגף בהשגת מטרות אלה. לפיכך מחייב גם האינטרס הצבאי את ביטול הסמכות.

להלן נתייחס בקיצור לטיעונים בזכות קיום הסמכות:
(א) סומכים על מפקדי הצבא בהכרעות גורליות של חיים ומוות. כיצד לא נסמוך עליהם בכגון דא?

- סומכים על מפקדי הצבא בהכרעות גורליות באותם תחומים בהם הוכשרו, נוסו והוכיחו עצמם ראויים. מקצוע המשפט בכלל, והטלת עונשים בפרט, אינם כלולים בהכשרת מפקדי הצבא. כשם שלא יעלה על הדעת לטמוך על המפקד הצבאי בביצוע ניתוח רפואי, כן אין להטיל עליו, כשם שאין מטילים על המנתח הרפואי, ביצוע של ניתוח משפטי. דווקא הגישה המקובלת במינהל המודרני, ובצבא בכלל זה, של החמחות והתמקצעות (של "יעסוק כל גורם רק במה שהוא מבין בו") מחייבת שלילת הסמכות.

4. הפעלת הסמכות

הביטוי המזיק ביותר של הפעלת סמכות ההקלה הוא ההקלה בעונשיהם של נגדים וקצינים שהורשעו בעבירות של שחיתות (גניבה, קבלת שוחד, זיוף וקבלת דבר במרמה וכו'); ובין סוגי ההקלה השונים החמור ביותר, בעיני, הוא ביטול מלא או חלקי של עונש ההודדה בדרגה. יש סתירה בולטת בין הסמכויות הפיקודיות והמשפטיות הרחבות הנתונות למפקד בצבא (המפקד אחראי לשמירת החוק על ידי חייליו, ולשם כך צוייד בסמכויות רחבות) לבין מפקד שהוא גנב או מקבל שוחד. קיימת אי התיישבות זועקת בין דמותו החינוכית של המפקד, בין המפקד כמופת לפקודיו, לבין מפקד זיפן או רמאי. הפעלת הסמכות במקרים אלה גרמה נזק לערך הסמלי-חינוכי של המושג "מפקד", לרמתו המוסרית של הצבא ולתדמיתו של הצבא בעיני המעורבים הישירים במשפט (קורבנות העבירה, העדים וכו"ב) וכלל הציבור. היא לא הוסיפה ליוקרתו של הפיקוד הצבאי. ניתן אף לפרשה כהענקת לגיטימציה למעשי שחיתות. (ביחוד, כאשר העונש העיקרי הוא פגיעה בדרגה וההקלה מתבטאת בביטולה). הפעלה זו של סמכות ההקלה מאלפת משתי בחינות: היא מדגימה את תבונת הכלל המשפטי הפוסל מלדון את מי שיש לו זיקה לנאשם; היא ממחישה את הרציונאל של הפקעת השיפוט מידי הרשות המבצעת (מלבד הרעיון של מקצוענות ומומחיות) והפקדתו בידי הרשות השופטת: החשש מפני תפישה ביצועיסטית שאיננה מחסת את המשקל הראוי להיבטים מוסריים-ערכיים. גם כאן מתלכד השיקול המשפטי עם האינטרס הצבאי האמיתי: שמירת היושרה (integrity) של מפקדי הצבא בכל הרמות ורמתו המוסרית של הצבא. הבטחת אינטרס זה מחייבת ביטול סמכותה של הרשות המאשרת. הפעלת הסמכות ממחישה גם את הטיעון שקיומה בא להפגין את עליונותם של מפקדי הצבא מעל החוק. שכן אין לך כמעט מקרה שבו לא ניתן היה להגיע ליעד של המתקת עונש סבירה באמצעים אחרים שאין בהם משום פגיעה ברשות השופטת ובשלטון החוק, בעיקר על ידי עמדה מתאימה של התביעה לענין העונש בערכאה ראשונה, ערעור לבית הדין הצבאי לערעורים ועמדה מתאימה של התביעה בפניו, הועדה לעיון בעונש, המתקת עונש על ידי נשיא המדינה, שימוש בסמכות הרמטכ"ל בנושא הענקת דרגות. בכך ניתן היה לסיים, אולם, לשם השלמות, בחרנו להעלות את הטענות המועלות בזכות קיום סמכותה של הרשות המאשרת ולדון בהן בקצרה.

(ב) האחריות הכוללת של המפקד מחייבת קיום הסמכות.

- אין בחוק תפישה כוללת של אחריות המפקד הצבאי על אכיפת החוק בצבא. מעידות על כך שתי עובדות: אין בידי המפקד הסמכות להביא חייל לדין בפני ביד"צ בגין עבירה. סמכות זו נתונה באופן בלעדי לפרקליטים הצבאיים. אין בידי המפקד להחמיר בעונשו של חייל. קשה גם להבין כיצד ניתן להביא לידי ביטוי אחריות לאכיפת חוק על ידי הקלה בעונש. זאת ועוד אחרת, עצם התפישה של אחריות כוללת של המפקד על תחום המשפט עומדת בסתירה לעקרון הפרדת הרשויות. אם מקבלים את עיקרון הפרדת הרשויות, כי אז - כשם שלשר המשטרה אין נגיעה לענישה המוטלת על ידי בתי המשפט האזרחיים, אף כי הוא מופקד על הסדר הציבורי במדינה ועל אכיפת החוק, כך לא צריכה להיות נגיעה לאלופי הצבא בעונשים המוטלים על ידי בתי הדין הצבאיים.

(ג) ביטול הסמכות יביא לנתק בין מפקדי הצבא לבין מערכת המשפט הצבאית. הטענה איננה נכונה עובדתית. לרמטכ"ל ולאלופי הצבא יכולת להשפיע על רמת הענישה של בתי הדין הצבאיים, שכן השקפותיהם על מדיניות הענישה הראויה מובאות בחשבון על ידי הפרקליטים והתובעים הצבאיים המופיעים בפני בתי הדין הצבאיים וטוענים לעונש בשם הצבא. גם כאשר למקרים פרטיים - אין זה סוד כי אלופי הצבא אינם מהססים מלחוות דעתם באהני הפרקליטים והתובעים הצבאיים, כאשר הם סבורים כי אין להביא נאשם פלוני לדין בפני ביד"צ, כי יש להקל בדינו או להימנע מערעור על קולת העונש. דומה כי כל עוד הדברים מושמעים כהמלצה בלבד, אין בכך דופי, ואין לשכוח את השתתפותם של קציני צבא שאינם משפטיים בהליכי שפיטה בפני בתי הדין הצבאיים. זאת ועוד אחרת, דווקא קיום הסמכות הוא ביטוי ליחס של התנכרות הצבא כלפי מערכת המשפט שלו.

(ד) ביטול הסמכות יפגע ביוקרתם של אלופי הצבא.
- אלופי הצבא לא רכשו את יוקרתם בשדות המשפט, אין יוקרתם נובעת מסמכויותיהם כרשויות מאשרות והם יהנו מיוקרה מספקת גם ללא סמכויות

אלה. יתר על כן, על פי נסיון העבר, השימוש בסמכויות אלה במקרים בהם נמתחה עליו ביקורת ציבורית נוקבת פגם ביוקרתם. לא זו אף זו, כאשר אחוז ההקלות הוא כ-3 בלבד, יש להניח כי בקרב מסורבי ההקלה (כ-97% מהמבקשים), אישור גזר הדין אינו מוסיף ליוקרת המסרב.
(ה) החוק והמשפט אינם יכולים להכיל את כל השיקולים הראויים להילקח בחשבון לענין עונש.

הטענה מבוססת על תפישה מוטעית של הליך התאמת העונש. אין מדובר בהליך מכני ופורמליסטי. בתי הדין רשאים להביא בחשבון, ואף עושים כן, רשת רחבה ומגוונת של שיקולים - הן אלה הנוגעים לנאשם הפרט, הן אלה המתייחסים לאינטרסים של יחידתו והן אלה הנוגעים לאינטרסים של כלל הצבא. מה שאינו מובא בחשבון בעת גזירת הדין (שאביו של הנאשם הוא איש חשוב), אינו ראוי להילקח בחשבון ואינו צריך להילקח בחשבון אם מבקשים לעשות צדק ולהבטיח שוויון בפני החוק. פרט לעבירות תעבורה, העניק המחוקק לבתי הדין הצבאיים שיקול דעת שהוא בלתי-מוגבל כלפי מטה גם בעבירות שיש בהן עונש חובה או מינימום - ולכן רחב יותר מזה הגיתן לבתי המשפט האזרחיים. אין, אפוא, כל מכשול בדרכם של בתי הדין הצבאיים במלאכת ההתאמה של העונש לנסיבות הענייניות והאישיות של כל מקרה.

(ו) לשופט הצבאי אין ידע, הבנה והתמצאות מספיקים.
ברור כי טענה זו אינה יכולה להתייחס לעבירות פליליות ממש או לעבירות צבאיות שהן מקבילותיהן של עבירות פליליות אלא רק לעבירות צבאיות proper. גם בתחום העבירות הצבאיות, חזקה על השופטים הצבאיים שהם מסוגלים ללמוד - בעזרת חבריהם להרכב שאינם משפטנים ועדים מומחים, במקרה הצורך - את כל מה שדרוש לשם גזירת הדין, בדומה לכשרם של השופטים האזרחיים ללמוד סוגיות מתחומים שונים, כגון רפואה, מחשבים וכו', שהתמצאות בהם נחוצה לשם הכרעה בעניינים המובאים בפני בתי המשפט. זאת ועוד, ההצדקה העיקרית לקיומה של מערכת משפטית צבאית נפרדת היא מומחיותם המיוחדת של השופטים בנושאים צבאיים. אם נכפרים בכך, שומטים את הקרקע מתחת לקיומה הנפרד של מערכת השיפוט הצבאית.
(ז) רמת הענישה בבתי הדין הצבאיים חמורה מהרמה המקבילה בבתי המשפט האזרחיים.

בטענה זו, כשלעצמה, אין מאום, שכן השאלה היא אם מדובר בחומרה יתרה, בלתי מוצדקת. לכאורה, בנושאים שונים, כגון עבירות בסמים מסוכנים, גניבה מחייל ואחרים יש הצדקה ליתר החמרה בבתי הדין הצבאיים. אם יש בסיס לטענה - הדרך להתמודדות עם הבעיה איננה באמצעות הרשות המאשרת שאיננה מתאימה לעשיית צדק אלא באמצעות מדיניות גמישה ומושכלת יותר של התביעה הצבאית, שכן בתי הדין הצבאיים אינם מחמירים בענישה מעבר למה שהם מתבקשים על ידי התביעה ואין כל קושי להביא למיתון הענישה על ידי גישה מתאימה של התביעה הצבאית. לעומת זאת, יש טעם לפגם בגישה בלתי-עקבית

של הפרקליטות הצבאית: בקשה לבית הדין להחמיר בעונש - תחילה, וכאשר הבקשה נענית ובית הדין מחמיר בעונש - המלצה בפני הרשות המאשרת להקל בעונש.

(ח) מערכת המשפט הצבאית איננה מערכת משפט רגילה, שכן משולבים בה שופטים שאינם שופטים מקצועיים. כשם שאלה מוכשרים לשפוט, מוכשרת הרשות המאשרת לאשר או להקל.

שיתופם של שופטים שאינם מקצועיים מושך, בדרך כלל, את קו העונש לקולא. ואם כך, קשה לראות בכך שיקול המצדיק הטייה נוספת של העונש לקולא. העובדה שהוכנס למערכת גורם צבאי לא משפטי, אינה מחייבת, מבחינה הגיונית, הגברה נוספת של היסוד הלא משפטי על ידי הפקדת "המלה האחרונה" בידי מפקד צבאי. ואף להיפך, ניתן לגרוס כי ההשפעות הצבאיות כפי שפורטו בסעיף ג' לעיל, בכללן שיתופם של שופטים שאינם משפטנים, מיתרות את הרשות המאשרת. זאת ועוד, יש הבדל מהותי בין שיתוף קצינים בהליך השפיטה גופו, במסגרת שבה אב בית הדין (השופט המקצועי) הוא ראשון בין שווים, מנחה, מדרוך ומוביל; ובערכאות הערעור יש על פי החוק רוב לשופטים המקצועיים (כלומר השפעת הגורם הלא מקצועי היא מוגבלת ומרוסנת) לבין הפיכת קצין שאיננו שופט מקצועי לסמכות הסופית והאחרונה לענין העונש. יש שיטות משפט (המשפט הגרמני, למשל) בהן השפיטה נעשית בהרכבים מעורבים של שופטים מקצועיים והזיטוטות, ואיש לא היה מעלה בדעתו (באותן שיטות) הצבת רשות מאשרת מעל לבתי המשפט. לא זו אף זו, אין זה כלל מובן מאליו כי לאלופים ולרמטכ"ל הלמדים על הענין מחוות דעת קצרה ותמציתית יש יתרון אפילו על פני השופטים שאינם משפטנים, שכן האחרונים נוטלים חלק בהליך גופו: מכירים מקרוב ובאופן מלא ויסודי את מלוא העובדות ואת כל הניואנסים של הענין, שמעו את טיעוני הצדדים, ובכלל זה על רמת הענישה המקובלת, והשתתפו בהתייעצות השופטים. (ט) רשות מאשרת קיימת גם בצבאות אחרים.

בשום מדינה לא נתונים גזרי הדין של ערכאות ערעור לאישור. יתר על כן, הן באנגליה והן בארה"ב, ערכאות הערעור הן בעלות אופי אזרחי. הצורך ברשות מאשרת באנגליה ובארה"ב נעוץ באופי המערכת השיפוטית בהן, שהוא שונה משלנו. השיפוט שם, נתון בידי הדיוטות, ומסרת האישור היא להקל עיוותי דין על פי חוות דעת פרקלטי צבאי, שהוא גורם משפטי-מקצועי. בנוסף לכך, לא קיימת באנגליה ובארה"ב האבחנה הברורה הקיימת אצלנו בין בתי הדין הצבאיים לבין השיפוט המשמעתי ובתי הדין הצבאיים שם הם בעלי אופי יותר משמעתי. זאת ועוד, במדינות אלה קיימת מסורת של ריסון ואיפוק עצמי על ידי בעלי סמכות ושל כבוד לגורמים מקצועיים, שאינה קיימת אצלנו. אין זה מתקבל על הדעת, למשל, כי באנגליה או בארה"ב היה מפקד צבאי מבטל כליל עונש של הורדה בדרגה מסא"ל לטוראי שנקבע פה אחד בשתי ערכאות שיפוטיות בניגוד להמלצת הפרקליט הצבאי הראשי. ובל נשכת, בחלק ממדינות המערב (גרמניה, אוסטריה, דניה, שבדיה, צרפת) - (זו המגמה המתפשטת - אין כלל שיפוט צבאי נפרד.

סיכום

מערכת השיפוט הצבאית היא מערכת קטנה, הנהנית (לעומת השיפוט האזרחי) מדרגה גבוהה במיוחד של ספציאליזציה. ניתן להפוך אותה למערכת שיפוט למופת. לשם כך, יש לבטל את הרשות המאשרת. ביטול הרשות המאשרת מתחייב הן לאור עקרונות משפטיים והן לאור האינטרס הצבאי והאינטרס הציבורי. הכנסת השינויים בחוק השיפוט הצבאי בעקבות ד"ח ועדת שמגר - שהם בכיוון של חיזוק היסוד המשפטי-מקצועי במערכת השיפוט הצבאית - מבליטה את חוסר ההצדקה שבקיום הרשות המאשרת. יש לקוות כי אופן יישומו של תיקון מס' 17 לחש"צ, תשט"ו-1955 ישכנע את המטה הכללי של צה"ל כי חיזוקה של המערכת השיפוטית משרת את האינטרסים של הצבא וכי אין שחר לדימוי בדבר סתירה בין שמיטה מקצועית לבין הבנה והתחשבות בכל הנתונים שמן הראוי להביאם בחשבון. אם תוסר התנגדות הצבא להצעה לבטל את סמכות הרשות המאשרת, תיסלל הדרך להשלמת הרפורמה במבנה השיפוט הצבאי. רק אז ניתן יהיה לברך על המוגמר.

הרשות המאשרת לפי חוק השיפוט הצבאי, תשט"ו-1955

תא"ל (מיל.) דב תמרי*

* קצין שדה, שימש בתפקידים בכירים בצה"ל ובהם מפקד ביה"ט לפיקוד ומטה.

מטרתו של ד"ר קרמניצר במאמרו על "הרשות המאשרת לפי חוק השיפוט הצבאי, תשט"ו 1955", גועדה להביא לביטולה של הרשות המאשרת, לשם כך מנותחת הבעיה מכל צדדיה במאמר ארוך ומנומק. כותב שורות אלה אינו מתיימר להביך ביסודות המשפט מעבר לרמתו של הדיוט.

אולם אם מאמרו של ד"ר קרמניצר מבטא את תפישת עולמה של הרשות המשפטית הצבאית - הרי מוטב שלא נשנה את המצב הקיים, למרות שאין לי ספק כי הדרך בה מקילים אלופי הפיקודים, מפקדי הזרועות והרמטכ"ל בעונשם של אלה שהורשעו בבית המשפט הצבאי אינה ראויה.

את העוז להתווכח עם בעלי השכלה משפטית, או נושאי תפקיד משפטי, אני מעז לשאוב משני עקרונות: -

הראשון - מדינה וסדריה יכולים להיות מושתתים על חוקה. החוקה מבטאת מערכת נורמות קונסטיטוטיוביות כאשר החוקים מייסדים וקובעים את המטרה, שהיא היחסים בין אדם לחברו, בין אדם לרשות, את הזכויות והחובות של היחיד ושל המדינה.

הצבא הוא תחום שבתוך המדינה, הנשען על חוקתה. אולם המטרה, שהיא הצבא, נקבעה מראש. ואילו החוקים בצבא נועדו רק על-מנת להסדיר את הדרכים להשגת המטרה, או לומר לנו מה מותר ומה אסור בדרך להשגת המטרה (הצבא) שנוסדה מבלי לדעת כלל את החוקים. לכן החוק הצבאי הינו רגולטיבי מעיקרו ואינו קונסטיטוטיובי, כמו חוקתה של מדינה.

השני - הצבא מיוסד על נורמות השונות מהותית מאלה המקובלות בחברה האזרחית. אחת מהנורמות הצבאיות שלא יכירנה מקומה בחברה האזרחית היא השרירות.

"שרירות" אינה מושג בעל קונטציה שלילית. כשם שהמושג "קונספציה" אינו מושג שלילי. השאלה למה משמשת השרירות כשם שהשאלה אינה "האם יש לכם שוב קונספציה"? (נוסח שהופיע לאחר מלחמת יום הכיפורים), אלא האם הקונספציה אותה יש לכל אדם ולכל עניין, נכונה או מוטעית.

מאמרו של ד"ר קרמניצר לוקה בחולשת ההשוואות והראשונה שבהן היא השוואת הרשות המאשרת בצבא לסמכות החנינה של נשיא המדינה ולמערכת המשפט האזרחית.

אי אפשר להשוות רק את הקטע הנוח לנו במכלול הגדול של קיום החוק או מה שקוראים "מדינת חוק".

קיום החוק מתחיל בתגובה על עבירה, בחקירה, בהבאה לדין על-ידי המשטרה ועל-ידי הפרקליטות וכל שאר הגורמים שבדרך, עד לבית המשפט, לערעור, ולסופיות ההליך השיפוטי. כך בחברה האזרחית וכך בתחום הצבאי. מצער מאוד למצוא שכל הפגמים, ואכן הם ישנם, אותם מונה המאמר ברשות המאשרת הצבאית, חמורים מהם מצויים היום בחברה האזרחית. הרשות המבצעת, שהיא רשות פוליטית מובהקת, אחראית על קיום החוק, מחליטה בשרירות עם מי להחמיר ועם מי להקל בחקירה ובהבאה לדין:

היא סולחת למגזרים שלמים מקיום החוק (ראה לדוגמה עבירות על החוק של גורמים דתיים קיצוניים), היא משדלת את הנשיא להפעיל את שיקול דעתו לפתרון מעשים פליליים בדרך החנינה (ראה חנינת אנשי השב"כ), היא מפרשת כרצונה את קביעות ועדות חקירה משפטיות ממלכתיות (ראה פרושי הממשלה למסקנות ועדת כהן), היא ממליצה לנשיא להקל בעונש נידונים בבית הכלא בטענות סרק על בריאות לקויה. ומה לנו כי נלין על הרשות המאשרת הצבאית ועוד בהשוואה לקיום החוק בחברה האזרחית?

לצערנו עוד היד נטויה. שרים וחברי כנסת הממונים על קיום החוק והממונים על החקיקה קובעים נורמות חדשות כאשר התפרעות אלימה מוגדרת היום על ידם "תגובת זעם הציבור שרגשותיו נפגעו" ומעשי רצח מוגדרים כ"תגובה של הנאמנים למדינה ולעם על אזלת ידה של מערכת הבטחון".

ההשוואה הלקויה השניה היא הבאת הטענות בשם מחייבי קיום הסמכות. כאן עשה המחבר מלאכה קלה והביא רק את אותם טיעונים שרובם אכן אין בהם ממש ואין לקבלם.

האינסטיטוציה המכונה צבא פועלת, בין השאר, בכוחן של פקודות ולאור נורמות אשר אין להן מקבילה מתאימה בחברה האזרחית.

הפקודות ברגיעה נובעות מהוראות הקבע ובזמן מלחמה מהתרחשות אמפירית שאין לה עגינה בהוראות הקבע. אין חוק לכל פקודה בנפרד ואילו הפקודה נועדה לכפות את הביצוע בצבא, ברגיעה ובמלחמה. הסמכות למתן פקודות הורדה ביועץ עד לדרג הנמוך ביותר. מאחר וביצוע הפקודות מותנה גם ביכולת לאכוף אותן, הורדה סמכות הענישה לדרגים נמוכים. אין אפשרות להעמיד לדין בפני בית דין צבאי כל חייל וקצין על כל עבירה כמו איחור למסדר בוקר, התרשלות בניקוי הנשק וכו'. לכן ניתנה לדרגים הנמוכים בצבא סמכות "הענישה" באמצעות "תרגול נוסף" במקרים קלי ערך במסגרת הדין המשמעתי. המגמה היא להרבות בדין משמעתי ולמעט ככל האפשר בהבאת נאשמים לבית דין צבאי. אחרת לא יהיה אפשר לקיים את הסדר והמשמעת הצבאית.

הדין המשמעתי מושתת על שרירות ליבו של קצין השיפוט ולכן הוגבלו קציני השיפוט במידת העונש שהם רשאים לפסוק.

בתי הדין הצבאיים נועדו לשפוט את אנשי הצבא שעברו עבירות צבאיות חמורות, או אלה שעברו עבירות פליליות במסגרת שדותם הצבאי אשר שום ערכאה צבאית אחרת אינה יכולה לדון בהן אלא בתי הדין הצבאיים.

אופיו המיוחד של הצבא וארגונו החברתי הביאו לנורמות אשר ללא הקפדה מוחלטת עליהן תפגע יכולתו של הצבא להתכונן למלחמה וללחום. לנורמות אלו אין אח ודוגמא במערכת הנורמות האזרחיות. החייל/המפקד נתבע לסכן את חייו ללא זכות סדוב. מוטלת על איש החובה ואיש הקבע, אחריות שאין לה מקבילה בחיים האזרחיים ולא רק האחריות לחיי אנשים אחרים.

אנו עדים לעיתים תכופות למקרים בהם קצינים העמדו לדין באשמת "התנהגות שאינה הולמת קצין". פרש הדבר שהצבא קבע נורמות מחמירות "התנהגות מי

שנושא בסמכות ובאחריות.

טרם שמעתי שהועמד לדין פקיד מדינה באשמת "התנהגות שאינה הולמת פקיד" בנוסף לאשמה הפלילית הקונקרטית.

בכך ההבדל הגדול בין שתי מערכות המשפט, אולם בכך לא די. אזרח הנדון בבית משפט אזרחי יוצא חייב בדין, אפשר ויטבול מתוצאות מעשיו, יתכן ויפוטרו ממקום עבודתו, אולם לא בהכרח. יתכן ויטבול מנידוי חברתי וגם זה לא בהכרח. לא כן הדבר כאשר מדובר באיש צבא ובמיוחד במשרת צבא הקבע.

לאחר שהורשע הנאשם בבית הדין בעבירה שיש עימה קלון (וגם לא פעם בדין משמעתי), הוא מובא לדין בפני ועדה צבאית הממליצה לראש אכ"א לפטר את משרת הקבע מהצבא אם חייב בדין על כל עבירה שיש עימה קלון. ברוב המקרים מפוטרו החייל ונשללות ממנו רוב זכויותיו. אין לו ועד עובדים או הסתדרות עובדים המגינה עליו וגם לא סניגור. אולם בכך לא תמה דרכו. מעמדו של צה"ל בחברה הישראלית היקנה למשרת הקבע מעמד חברתי גבוה יחסית בכל הקשור לאמינות וליושר. חייל שפוטרו לדוגמא משרת הקבע (ואפילו חייל חובה ששרותו הופסק ביוזמת הצבא) יטבול מסטיגמה חברתית עד יומו האחרון. הוא יתקשה להשיג עבודה וקיומו הפיסי יתקל בקשיים שאין דומה להם בחברה האזרחית. בית הדין הצבאי, ובצדק, אינו מייחס משקל רב לתוצאות הצפויות לנאשם אחרי גזר הדין אלא לעבירה לגופה.

מהשוני המהותי בין הנורמות הצבאיות לאזרחיות, והמשך תהליך ענישה לאחר רצוי העונש שקבע בית הדין הצבאי, ומהתוצאות החברתיות החמורות הצפויות - מצא הצבא לנכון לאזן את התהליך הצבאי החמור באמצעות הרשות המאשרת ובאמצעות ועדות כדוגמת הועדה המייעצת לרמטכ"ל בעניינם של משרתי צבא הקבע שפוטרו מהצבא כתוצאה מגזר דין בית הדין הצבאי. לא הרשות המאשרת ולא הועדות הוסמכו להתערב בקביעת בית הדין הצבאי לגבי זכאותו או אשמתו של החייל, אלא אך ורק להקל בעונש או בתוצאות הנובעות מהעונש.

נימוק נוסף וחשוב לצורך ברשות מאשרת הוא התחום הבעייתי לפיו חיילים וקצינים מועמדים לדין על כך שלא מילאו חובתם בנסיבות קשות ביותר, כמו: נפילה בשבי אויב והתנהגות בזמן שבי, כמו מורך לב בשעת קרב, כמו מילוי פקודה בלתי חוקית במלחמה או סדוב למלא פקודה מתוך הנחה שזו לא היתה חוקית, סרבנות שרות על רקע פוליטי וחברתי ועוד. מדובר לא בעבירות פליליות רגילות אלא בנורמות מחמירות ביותר שהחוק הצבאי ובכלל זה בית הדין מתקשים מאוד להתמודד עימן.

לגבי נורמות אלה יש מקום לרשות מאשרת ולשיקול דעתה לאחר ההליך השיפוטי בגלל הנסיבות הצבאיות המיוחדות, ואין הדבר פוגע בכבוד ובסמכות הרשות השיפוטית הצבאית.

למרות כל האמור לעיל צודק ד"ר קרמינצ'ר בחלק מטענותיו: חלק מראשי המחוזות השיפוטיים מנצלים את זכותם להקל בעונש בדרך שלא אליה התכוון הצבא.

גזרי הדין הניתנים עליידי בתי הדין הצבאיים מנומקים כדבעי ואילו החלטותיה של הרשות המאשרת אינן מנומקות.
 נראה כי הבעיה אכן קיימת אלא שהיא אינה נובעת מהשיטה אלא מיישומה בחלק מהמקרים הלכה למעשה עליידי ראשי המחוזות השיפוטיים.
 על מנת להחזיר את הרשות המאשרת לתלם, הייתי ממליץ לקבוע כי כל החלטה של הרשות המאשרת תנומק בכתב. אם הצבא יאפשר לפרסם את המקרה ואת פסק הדין בתקשורת (דבר הקורה לא אחת), יותר גם פרסום ההחלטה ונימוקי הרשות המאשרת. כולנו נופתע עד כמה יזהרו האלופים ועד כמה תהיה החלטתם שקולה כאשר הם ידרשו לתיעוד כתוב ומנומק של החלטותיהם. לסיכום – אין לבטל את הרשות המאשרת, אולם יש לנקוט בכל אמצעי לחייב את בעלי הסמכות לשיקול דעת ולזהירות כאשר הם מיישמים את סמכותם.

הצצה – פגיעה בפרטיות
PEEPING-TOM-LEV
466/86/א"א
(בתובע הצבאי נ. רויטמן)

סרן שמואל בורנשטיין

ספק רב אם תום, אותו חייט מקובנטרי אשר הציץ במערומויה של ליידי גודייבה, העלה בדעתו כי שמו יונצח לדראון-עולם כאבי אבותם של חובבי ההצצה למיניהם.

המתלוננת בתיק ח"א/466/86 לא היתה אמנם ליידי גודייבה (והיא אף לא רכבה עירומה כביום היולדה על גבו של סוס בתוצות העיר כאותה ליידי מפורסמת) אך חוויה בלתי נעימה ציפתה לה בבוקר יום אביב, רגיל, לכאורה. וזה סיפור המעשה: בעוד המתלוננת שוהה בתא השירותים ביחידתה ועוסקת בענינה, הבחינה לפתע מבעד לחריצי האיורוד בדלת התא, בפניו של הנאשם כשהוא משקיף לתוך התא. זו נזעקה מרות, יצאה בחופזה מתוך התא, דלקה אחר הנאשם ולכדה אותו בקרבת מקום.

הנאשם, אשר נתפס בכף, לא יכול היה להכחיש כי אמנם הציץ לתוך התא, אך העלה גרסה - אשר התקבלה על ידי ביה"ד כעובדה - לפיה כל רצונו היה לבחון אם השרותים פנויים אם לאו, זאת ותו לא, כאשר לא היתה לו כל כונה בלתי כשרה אחרת.

בכתב האישום שהוגש כנגד הנאשם, יוחסה לו, בין השאר, עבירה של פגיעה בפרטיות לפי סעיף 2 (1) וסעיף 5 לחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981 בכך שהתחקה אחר המתלוננת באופן העלול להטרידה. הנה אפוא, זימן ארוע זה לבית-הדין, דיון בסוגיה חדשה ומעניינת הנוגעת לפרשנות של חוק הגנת הפרטיות ולהיקף תחולתו. ואמנם ביה"ד המחוזי נטל על עצמו מלאכה לא קלה זו, דן בסוגיה והחליט להרשיע את הנאשם בעבירה שיוחסה לו, אך מאחר ואימץ, כאמור, את גרסתו של הנאשם בדבר נסיבות ההצצה ומניעיה, מצא כי אין זה ראוי להטיל על הנאשם עונש העולה על נזיפה, וכך עשה.

הנאשם ערער לפני ביה"ד הצבאי לערעורים על הרשעתו אלא שזה נמנע מלדון בסוגיה לגופה וקבע - בהתאם להסכמת באי-כח הצדדים - כי יש להרשיע את הנאשם בעבירה של פגיעה במשמעות לפי סעיף 132 לחש"צ (ע/42/87 רוטמן נ. התצ"ד). נתחו האמת להאמר כי נקל להבין לרוחו של ביה"ד הצבאי לערעורים בהעדימו להותיר את הדיון בסוגית הפגיעה בפרטיות לעת אחרת. בסופו של דבר, דיון בנושא משפטי חדשני מסוג זה בבית משפט, ראוי לו שימצא לעצמו אכסניה בנסיבות אחרות מאשר הצצה לתא השירותים על שלל הקונוטציות שהנושא הזה מעלה והדברים ברורים לכל. אלא שאנו, המבקשים לדון בסוגיה במישור אקדמי גרידא, ממילא לא מייחסים לנסיבות המקרה הקונקרטי חשיבות אלא אך ורק כתשתית שילדית תיאורטית עליה יונחו אבני הבניין וירקמו עור וגידים.

השאלה המשפטית שנדון בה הינה, איפוא, כדלקמן: האם אדם המציץ לתא השירותים במטרה לבדוק אם אלו פנויים (ובפועל מסתבר כי השרותים אינם פנויים) עובר במעשהו זה עבירה של פגיעה בפרטיות בהתאם לחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981.

למעשה, שאלה דומה תתעורר בכל הצצה "בתום לב" למקום אינטימי בו נמצא אדם, לאמור - הצצה שמטרתה לבחון אם באותו מקום אינטימי מצוי אדם אם לא, כאשר הצצה זו אינה מלווה במניע מיני או מניע בלתי כשר אתר (וזאת להבדיל, כמובן, ממיודעינו תום - המציץ שלא היה תם-לב כל עיקר).

הוראות החוק הנוגעות לעניינינו הן אלו:

- א. סעיף 1 לחוק הגנת הפרטיות הקובע כי לא יפגע אדם בפרטיות זולתו ללא הסכמתו.
 - ב. סעיף 2 (1) לחוק הקובע כי פגיעה בפרטיות הינה בילוש או התחקות אחרי אדם העלולים להטרידו או הטרדה אחרת.
 - ג. סעיף 5 לחוק הקובע כי פגיעה בפרטיות במזיד הינה עבירה פלילית שדינה מאסר שנה.
 - ד. ולבסוף - סעיף 6 לחוק הקובע כי לא תהא זכות לתביעה פלילית בשל פגיעה בפרטיות שאין בה ממש.
- הוראות אלו, והוראות אלו בלבד, הן המסגרת הכוללת לדיון בסוגיה שלפנינו.
- נדון ראשית בטענה העשויה לעלות לפיה הצצה אינה מהווה "התחקות" אחד אדם.

לפי טענה זו משמעותו המילוגית של המונח "התחקות" דורשת איזו פעולה נמשכת כנגד אדם מסוים, של מעקב, הליכה אחרי, ולא מעשה רגעי קצר כדוגמת הצצה.

כאן המקום להזכיר את אמרתו המפורסמת של השופט ברק לפיה "מילות החוק אינם מבצר שיש לכובשו בעזרת מילונים" (ע"פ 787/79 מזרחי נ. מ"י פ"ד לה (4) 421). זה לדעתנו המפתח להבנת הסוגיה כולה.

השאלה הנכונה אינה, לפיכך, מהי משמעותו המילוגית של המונח "התחקות" כשהוא לעצמו. "תוק הוא מכשיר לשם ביצועה של מטרה תחיקתית ולכן הוא צריך פרשנות לפי המטרה הגלומה בו" (ע"א 481/73 רוזנברג נ. שטסל פ"ד כט (1) 505).

ומהי המטרה הגלומה בחוק הגנת הפרטיות? האמנם הצצה אינה פגיעה בפרטיות באשר המונח "התחקות" דורש, לכאורה, פעולה נמשכת אחרי אדם מסוים? אם ניתן לרגע דעתנו להצעת חוק הגנת הפרטיות (הצ"ח 1453, י"ט אדר תש"ם) נראה כי ההצעה מדברת בצורך לחוקק את החוק בשל, בין השאר, "הגידול המהיר של האוכלוסייה וצפיפות הדיוור. לכאורה, לשון זו אינה מכוונת אלא לאותם מקרים בהם האינטימיות הכפויה, מניבה מצבים ונסיבות בהן יכול האחד לצפות לתוך רשותו של רעהו. אף לשם מניעת ניצול קירבה כפויה שלזו בא חוק הגנת הפרטיות לאויר העולם.

ועוד נוסיף - אם אמנם הצצה אינה התחקות שכן זו דורשת פעולה נמשכת אחרי אדם מסוים, מהו, אפוא, "הבילוש" האמור באותה פסקה עצמה? אם אף

"התחקות" דורשת פעולת עיכוב כדוגמת הבילוש, לשם מה כפל הלשון? ויותר מכך - לדעתנו אף "בילוש" אינו דורש פעולה מהסוג הנמשך. נעזר לצורך כך בדוגמא.

הבה נניח כי בפתחו של בית עומד בלש וזאת במטרה לחשוף, למשל, את מאהבה של אשת לקוחו.

הבלש אינו "עוקב" אחר אותו מאהב משוער; הוא אף אינו יודע מיהו; הוא, אינו יודע אם מאהב שכזה בכלל קיים; אך הוא ממתין לאותו רגע בו יצא זה מפתח הבית.

אין ספק שלפנינו פעולת "בילוש" - היינו אומרים, אפילו פעולת בילוש קלאסית - אך היא אינה כוללת פעולה נמשכת ואחר אדם מסוים דווקא. המדובר בפעולה רגעית וחד פעמית אשר "קורבנה" אף אינו יודע מראש. ואם בילוש אינו דורש פעולה מהסוג הנמשך, אין כל מקום לדרישה שכזו כשמדובר ב"התחקות". ניתן עוד לטעון כי אין לפנינו פעולת "התחקות" באשר המציץ - כדוגמת המערער בע/42/87 - לא בוזן את מעשיה של המתלוננת או את תנועותיה או התנהגותה אלא אך ורק מבקש לבדוק אם נמצא מאך-דהוא באותו מקום אינטימי לתוכו הוא מציץ.

על כך יש להשיב כי "התחקות" אינה דורשת בחינת מעשיו והתנהגותו של הנפגע מה גם שבכל מקרה היא אינה דורשת עיון מדויק בפרטי התנהגותו של הנפגע. וגם כאן נבקש להביא את הדוגמא של אותו בלש הנזכר לעיל. זה אינו מבקש כלל לדעת מה תהא התנהגותו של המאהב בצאתו מבית אהובתו, הוא אך מבקש לדעת אם מאהב שכזה אכן יצא מפתח הבית, זאת ותו לא.

אשר על כן לדעתנו הצצה לתחום הפרט - וממילא הצצה לתא השרותים בכלל זאת - הינה מעשה התחקות העלול להטריד. "עלול להטריד" נאמר בחוק ולא ה"מטריד" בפועל, מפני שהמבחן הוא מבחן אובייקטיבי וגם אם לא הוטרד הנפגע הספציפי ממעשה הפוגע, אין הדבר גורע ממעשה העבירה.

בענין שעלה בע/42/87 ה"ל לא היה - דרך אגב - צורך להזקק למבחנים אובייקטיביים, באשר המתלוננת הוטרדה בפועל ממש, כפי שעוד נרחיב על כך את הדיבור בהמשך. ראוי גם להזכיר כאן את דבריו בענין זה של בית הדין המחוזי: "הביטוי להטריד בנסיבות מקרה שכזה הוא אך ממעיט בערך הדבר שכן מדובר בהרבה יותר מאשר סתם הטרידה הנגרמת לאותו מתלונן או מתלוננת. מדובר במבוכה, מדובר בחוויה טראומטית שעלולה לפגוע רגשית ונפשית במי שמתגסה בה לאורך ימים".

אך גם אם לא נראה במעשה הצצה משום "התחקות" נדמה כי, בכל מקרה, ניתן לראות במעשה זה משום "הטרדה אחרת" שהיא חלופה נוספת הקבועה בסעיף 2 (1) לחוק. הביטוי "הטרדה אחרת", יש להודות, הינו ביטוי סתום למדי ואין לו משמעות ברורה ודיונית ביהמ"ש העליון בענין ועקנין (בג"צ 249/82 פ"ד לו (2) 393) ולאחרונה בענין קורטאם (ע"פ 480/85 פ"ד (מ) 673) יוכיחו. אשר על כן אין לנו אלא לחזור ולהציב לנגד עינינו את המטרות הגלומות

בחוק ולצורך כך נשוב ונפנה להצעת חוק הגנת הפרטיות. שם נאמר - "הזכות לפרטיות, אף שהיא אחת מהזכויות שאינן ניתנות להגדרה מדויקת, הרי תחומיה ברורים למדי - תחומי הזכות מתפרשים לגבי אותם עניינים של הפרט אשר על פי מוסכמות חברתיות זכאי הפרט לשמרם לעצמו" ועוד נאמר - "הפרט מוצא עצמו חשוף לעין כל בנושאים שהצנעה יפה להם והוא חש שענייני האישיים-האינטימיים יהפכו, ללא הצדקה, לנחלת הציבור".

השאלה הנשאלת היא, איפוא, האם לא נכיר בזכות הנוגעת באופן כה ברור לענייני האינטימיים ביותר של אדם ואשר הצנעה - ורק הצנעה - יפה להם כזכותו לשמור על פרטיותו בשעה שהוא נמצא במקום אינטימי כדוגמת תא-השירותים? האם לא נכיר בזכות זו המבוססת במידה כה רבה על מוסכמה ועל נורמה חברתית ברורה וידועה לכל?

"ההסכמה החברתית" - אומר השופט ברק במאמרו "חקיקה שיפוטית" (משפטים יג (1) 251) - "היא אשר תבוא בחשבון בשאלת ההיקף הראוי של החקיקה השיפוטית ובשאלת הפתרון הקונקרטי הבא בחשבון". אנו באים איפוא, לקבוע נורמה חברתית.

בשעה שבית הדין זן בשאלה האם הצצה למקום אינטימי כדוגמת תא-שירותים הינה מעשה המהווה פגיעה בפרטיות, צריך לשאול את עצמו האם הנורמות החברתיות העומדות ביסוד חוק הגנת הפרטיות, מתיישבות עם התנהגות מסוג זה.

אין גם לשכוח את תפקידם החינוכי של בתי המשפט ובתי הדין באימוצם של נורמות התנהגות ראויות. קביעת נורמות התנהגות, כמובן שאינה יכולה לבוא מן האויר, תלושה מן המציאות, אלא חייבת היא למצוא לה אחיזה באיזה דבר חקיקה. אנו סבורים כי חוק הגנת הפרטיות - על מטרותיו הגלומות בו כפי שהוצגו לעיל - הוא האכסניה המתאימה לכך.

יש לזכור כי חוק הגנת הפרטיות נועד למלא חלל משפטי. כפי שאומר השופט ברק בענין ועקנין הנ"ל: "החוק נוגע למצבים אשר טרם 'כוסר' מבחינה חקיקתית עד כה". לאור זאת יש להבין את החוק ולחשוף את מטרותו והיקפו. ונעזר כאן, לשם ההמחשה, בדוגמה ציורית, קיצונית במקצת - הבה נניח כי המערער שלנו מבקש היה לבדוק אם השרותים פנויים כדרכם של פורעיה-החוק הפוזחים במערב הפרוע, דהיינו - הוא היה יורה באקדחו דרך הדלת הסגורה לתוך תא השרותים כאשר קול נפילת הגופה מלמד על היותם של השרותים תפוסים...

במקרה כזה אין כל ספק שהמערער היה מורשע בהריגה ולחוק הגנת הפרטיות - לפחות לפי דעת המיעוט של השופט ברק בענין ועקנין הנ"ל (אם כי אולי לא לדעת שופטי הרוב בענין ועקנין ובענין קורטאם הנ"ל) - לא היתה כל תחולה.

אלא שכאן בדק המערער את השרותים בדרך אחרת. המערער הציג לתן התא. הצצה זו אינה עבירה על פי חוק העונשין התשל"ז-1977 ועד לחקיקת חוק הגנת

הפרטיות ספק אם היה ניתן להאשימו באיזו עבירה.

חלל זה נועד חוק הגנת הפרטיות למלא.

החוק מבקש לקבוע נורמת התנהגות גבוהה היאה לחברה מתורבתת; חברה אשר אינה מוכנה להשלים עם הצעות לתאי השרותים לשם בדיקת תוכנם כשם שהיא אינה מוכנה להשלים עם פלישות אחרות לצנעתו של הפרט.

כאן המקום לציין כי בארה"ב מוכרת עבירה זו של הצצה מזה שנים רבות. חוקי "תוס'המציץ" ("The peeping tom Acts") - כן כן, על שמו של אותו תוס' מידענו - אומצו בלא פחות מכ-10 מדינות בארה"ב.

לפי חוקים אלו מי שמציץ דרך חלון או דלת למקום כלשהו המוחזק ע"י אחר, יואשם בעבירה ודינו מאסר או קנס או שני העונשים כאחד.

כך למשל נמצא הוראה מסוג זה בחוק הפלילי משנת 1947 של מדינת אלבמה, בחוק משנת 1957 של מדינת קליפורניה, בחוק משנת 1959 של מדינת ניו ג'רסי ועוד.

ישנן מדינות בהן העבירה נעברת רק בשעה שגבר מציץ למקום בו נמצאת אישה; ישנן מדינות בהן העבירה נעברת רק אם זו מתבצעת בשעות הלילה; אך לכל אותן הוראות משותף עקרון אחד - זכותו של אדם שלא יציצו לתוך פרטיותו.

הצצה לתא שירותים - ויהיו מניעי ההצצה אשר יהיו, כפי שעוד נראה בהמשך - הינה, ללא ספק, פגיעה בוטה בצנעת הפרט.

אין לך מקום אינטימי יותר שהצנעה יפה לו כאותם ד' אמות של תא שירותים, אין לך פלישה קשה יותר לענייני הצנועים מכל של אדם כאותה פלישה של עיניים זרות לתא השרותים בו הוא מצוי אותה עת. והדברים ידועים וידועים מקדמא דנא.

הנה למשל מצינו במסכת "תמיד" פרק א' משנה א' כי ליד בית הטבילה בסמוך לבית המקדש היה "בית כסא של כבוד". ומדוע נקרא בית כסא של כבוד? "זכה היה כבודו, שלא נכנס בו אדם מעולם כל זמן שהיה חברו שם, מצאו נעול יודע שיש שם אדם, פתוח - יודע שאין שם אדם".

ואם בדברי הלכה עסקינן נזכיר בהקשר זה את הדין וחשבון של הוועדה להגנה מפני פגיעה בצנעת הפרט אשר המלצותיה שימשו יסוד לחוק הגנת הפרטיות ואשר דנה בין השאר, בסוגיית "היזק הראייה" במשפט העברי, לאמור - האסור על הצצה לרשות הפרט של הזולת, ללמדך שאף ענין זה עמד לנגד עיני הוועדה וממילא לעיני המחוקק בחוקקו את חוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981.

אשר למצב הנפשי הנדרש בעבירה מהסוג שלפנינו, הרי שזה נקבע בסעיף 5 לחוק לאמור - הפוגע בפרטיות במזיד, עובר עבירה פלילית.

"מזיד" התפרש בשורה ארוכה של פסקי דין "כפזיזות לפחות" (למשל ע"פ 179/57 עמאש נ. היועמ"ש פ"ד יב, 29; ע"פ 412/70 ליבוביץ נ. מ"י, פ"ד כה (2) 225, ע"פ 394/75 דליק נ. היועמ"ש, פ"ד ל(3) 44 ועוד).

פזיזות, כידוע, מתוארת כמצב נפשי בו קיימת אדישות או איאיכפתיות מצד העבריין לתוצאה או לנסיבות המעשה או נטילה מודעת מצידו של הסיכון מתוך תקווה שלא יתממש וזאת כפי שעוד נקבע בע"פ 125/50 יעקובוביץ נ. היועמ"ש, פ"ד ו 514 והדברים ידועים.

ישום מבחן זה למקרה שהתברר בתיק הא/466/86 לכאורה פשוט ביותר - אם יוכח כי המערער צפה את האפשרות שמאן שהוא ימצא בתא השרותים בשעה שהציץ לתוכו, די בכך כדי שניתן יהא להרשיעו בעבירה.

מניעי ההצצה, ככל מניע אחר לעבירה פלילית כקבוע בסעיף 16 לחוק העונשין תשל"ז-1977, אינם מעלים ואינם מורידים. כך למשל אין צורך להוכיח שהנאשם התכוון באותה הצצה להנות איזו הנאה מינית כשם שאין צורך להוכיח שהנאשם התכוון במעשהו זה להטרד את המתלוננת וכי זו היתה מטרתו מלכתחילה. "מטרת הפעילות אינה רלוונטית לענין סעיף קטן (ז)" (ועקנין הנ"ל בעמ' 428) די בכך שהנאשם העלה בדעתו - או אפילו די בכך שהנאשם "עצם עיניו" מלראות כי במעשה ההצצה הוא עלול להטרד אדם הנמצא במקום לתוכו הוא מציץ.

אם העלה הנאשם אפשרות, או עצם עיניו מלראות האפשרות כי פלוני נמצא אמנם באותו מקום, ממילא העלה בדעתו או "עצם עיניו" מלראות את האפשרות המסתברת בעליל הנובעת מאותה הצצה לפיה פלוני עלול להיות מוטרד. לאמור - העלה בדעתו כי במעשהו הוא עלול להטרד את פלוני.

אמרנו "בעליל" אך למעשה די בדיעת הנאשם כי התוצאה האסורה - ויש הסבורים כי אף "סיכון בכח" ("עלול להטרד") מגלם עיקרון התוצאה האסורה (ראה ספרם של לוי ולדרמן, עיקרים באחריות פלילית בעמ' 59 ובעמ' 210) - תגרם "במידת הסתברות גבוהה" (ראה ע"פ 344/75 נחום נ. מ"י פ"ד ל (1) 659). במקרה שהתברר בתיק הא/466/86 ברור בעליל כי הנאשם צפה את האפשרות כי אדם נמצא באותם שרותים או, לכל הפחות, "עצם עיניו" לאפשרות זו. ממה נפשך - אם לא העלה אפשרות זו על דעתו, לשם מה הציץ? כל כולה של ההצצה מבוטסת על האפשרות כי השרותים אינם פנויים.

יודגש - אין צורך להוכיח כי הנאשם צפה את האפשרות כי דווקא אישה תהא באותם שרותים לתוכם הציץ. (אם כי מבחינה עובדתית הוכח, ממילא, כי המדובר בשרותים המשותפים לשני המינים). היסוד המיני אינו חלק מיסודות העבירה. גם אם במקום המתלוננת היה גבר נמצא באותם שרותים היה במעשה ההצצה של הנאשם משום עבירה של פגיעה בפרטיות (אף כי יתכן ומשיקולי מדיניות של התביעה הכללית לא היה מוגש כתב אישום נגדו אלא ענינו היה מתברר בדין משמעתי).

עוד יאמר לענין היסוד הנפשי בעבירת הפגיעה בפרטיות כי בארה"ב לגבי חלק מאותן מדינות בהן אומצה עבירת "תגובת הציץ", יש שהפנו תשומת הלב לכך כי לכאורה ענין לנו בעבירה אבסולוטית שאינה דורשת כל יסוד נפשי. (ראה Ark L. Rev, 1951 p.388).

בישראל אין מדובר כמובן בעבירה אבסולוטית אך בקשנו להראות עד כמה מיוחסים בארה"ב חשיבות להגנה על הפרט בנושא זה ועד כמה מוכנים לעיתים להרחיק לכת לצורך כך.

בענין הא/466/86 הנ"ל הועלתה ע"י הסנגור הטענה כי גם אם המדובר במעשה של פגיעה בפרטיות לפי סעיף 2 (1) לחוק, עדיין אין מקום לחרשיע את הנאשם לאור סעיף 6 לחוק לפיו לא תהא זכות תביעה במשפט פלילי בשל פגיעה שאין בה ממש.

בנוסף טען הסנגור כי בכל מקרה ענין לנו במעשה עבירה מסוג ה"דמינימוס" ועל כן יש לזכות את הנאשם.

השאלה הנשאלת היא איפוא, מהי "פגיעה שאין בה ממש" האמורה בסעיף 6 לחוק ומהי - אם כך - פגיעה שיש בה ממש. האם אך ורק פגיעה כלכלית? או אולי פגיעה גופנית? או סבורים כי אין לצמצם את הוראות החוק לפגיעות מהסוג הנ"ל. חוק הגנת הפרטיות נועד מעצם טבעו, לעסוק דווקא בפגיעות בתחום הנפשי והוא החלל המשפטי שבא החוק למלא.

הועדה להגנה על צנעת הפרט שהזכרה כבר לעיל, השוותה את האמור בסעיף 6 לחוק הגנת הפרטיות לכלל, הידוע, הקבוע בסעיף 4 לפקודת הניקיון שענינו "מעשה של מה"בכ" ולפיו לא יראו מעשה כעוולה אשר אדם ברדעת ומזג רגיל לא היה בא בנסיבות הגתונות בתלונה על כך.

(יש לשים לב לכך שנקודת המבט בהקשר זה היא נקודת מבטו של הנפגע ולא של העבריין). במקרה שנדון בתיק הא/466/86 לא ניתן הרי לטעון כי המתלוננת נפגעה "פגיעה שאין בה ממש", פגיעה של "מה בכך" אשר אדם בר דעת ומזג כרגיל לא היה בא בתלונה. אדרבא - הצצה לתא שרותים יש בה כדי לפגוע עמוקות - כפי שאמנם ארע - במתלוננת אשר חשה עצמה מבוחה ומושפלת בעקבות אותו מקרה. אכן ניתן בנקל לתאר מקרים בהם הצצה - ואף הצצה לתא שירותים - לא תוביל לפגיעה שיש בה ממש. לו, דרך משל, היה הנאשם מציץ לתא השירותים וזה היה ריק מאדם, לא היה מקום להאשימו בנסיין לפגיעה בפרטיות בהעדר פגיעה של ממש.

לו היה נמצא גבר באותם שרותים, אולי גם אז - והדבר אינו נקי כלל ספקות - לא היה מקום להעמידו לדין.

אך בנסיבות שתוארו בתיק הנ"ל נראה בעליל כי לפנינו פגיעה של ממש ואף פגיעה העולה בהרבה על המינימום הנדרש לצורך הקמת זכות תביעה בפלילים. באותה נשימה יש אף לדחות את הטענה בענין הדמינימוס. וכי אנו עוסקים ב"זוטרות" נעדרים "ענין לציבור"? מעבר לזאת ראוי להזכיר כי כלל הדמינימוס אינו בהכרח נורמה מטריאלית המאפשרת לבית המשפט לזכות את הנאשם, אלא אך ורק להעמיד לו עונש סימלי כביטוי לנסיבות המיוחדות של העבירה. (ראה ע"פ 45/49 מפן נ. היועמ"ש, פ"ד ד' 123; ע"פ 471/77 מ"י נ. גזנג פ"ד לב (1) 39). על העונש הכמעט סמלי שקיבל הנאשם בתיק הנ"ל - נזיפה - איש לא בא לערער.

סוף דבר – אנו סבורים כי היה אמנם מקום להרשיע את הנאשם בתיק ח"א/466/86 בעבירה של פגיעה בפרטיות. כאמור לעיל, נמנע ביה"ד הצבאי לערעורים לדון בסוגיה כשזו עלתה בפניו, וביקש, חרף זאת, להמתין לשעת כושר מתאימה להעמדת הנושא לדיון משפטי ממצה. האם נזכה בעתיד ל"תוס-מציף" ישראלי-מקורי משלנו?

סרן שמואל בורגשטיין

חופש ביטוי בחאקי – לתחולתן (או אי-תחולתן) של הנורמות המגבילות את חופש הביטוי על גלי-צה"ל*

מאת הלל סומרי*
לרויטל

תוכן העניינים

1. מבוא
2. תחולתן של מערכות נורמטיביות כלליות על גלי-צה"ל
 - א. פקודות הצבא
 - ב. תקנון האתיקה של מועצת העיתונות
 - ג. ס' 48 לחוק רשות השידור
3. לשון הרע
4. הגנת הפרטיות
5. הצנזורה
6. "דוקטרינת ההגנות" וגלי-צה"ל
7. סיכום

* המאמר מבוסס על עבודה שהוכנה בשנת תשמ"ו בפקולטה למשפטים של אוניברסיטת תל-אביב במסגרת הסמינריון "אמצעי תקשורת במשטר דמוקרטי" בהנחיית ד"ר א' מעוז. המחבר מודה למנחה הסמינריון, לגב' דפנה ברק, ולענר ברנר ושי יניב אנשי מכ"ר על עזרתם בשלבים שונים של הכנת העבודה והמאמר. ** תלמיד לתואר ראשון, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל-אביב, ועמבד גלי-צה"ל.

1. מבוא

כאשר נוסדה, בקיץ 1950, תחנת השידור של גלי צה"ל, היתה זו תחנת רדיו חובבנית ששידרה שידורי מוסיקה ותכניות על צה"ל. היבטים משפטיים לפעילות התחנה כמעט ולא התעוררו אז. אולם עם השנים הפכה גלי צה"ל לתחנת רדיו לכל דבר ועניין, המשדרת חדשות ותכניות אזרחיות, וכפי שנראה להלן – המחוקק אף נתן לכך הכרה ומסגרת.

במצב זה, טבעי היה לצפות כי ההסדרים המשפטיים בתחומים המגבילים את חופש הביטוי יחולו, בשינויים המחוייבים בלבד, על גלי צה"ל, באותה מידה בה הם חלים על כלי תקשורת אחרים.

מאמר זה יבחן היבטים משפטיים הנוגעים לתחנת השידור גלי צה"ל, תוך מתן דגש לבחינת התאמתן של הנורמות בתחומי המשפט הפרטי והציבורי, לתחנה בעלת האופי המיוחד כליכך, מבחינה עובדתית ומשפטית כאחת. עיקר הבדיקה תהא לגבי תלותן של הנורמות המגבילות את חופש הביטוי, כגון דיני לשון הרע, הגנת הפרטיות והצנועה הצבאית על גלי צה"ל (להלן: "גל"צ"); נאמר כבר עתה כי במהלך המחקר להכנת מאמר זה גילינו שאף אחת מן הנורמות הללו אינה חלה שצריך (כאשר קנה המידה להשוואה הוא כלי התקשורת האחרים) על גל"צ.

לפני תחילת הדיון – נציג מהם מאפייני גל"צ מן הבחינה העובדתית: זו תחנת רדיו, המופעלת על ידי צה"ל ישירות. כלומר, מדובר בכלי תקשורת, הנכנס לקטגוריה הכללית של עיתונות ותקשורת, ובמקביל לקטגוריית המשנה של התקשורת האלקטרונית, ומצד שלישי – גל"צ היא יחידה צבאית עם מפקד, חיילים עובדי צה"ל ומשתתפים חיצוניים בשידורים.

2. תחולתן של מערכות נורמטיביות כלליות על גלי צה"ל

בטרם נבחן את תחולתן של הנורמות הספציפיות בתחום המיגבלות על חופש הביטוי על גל"צ – נבחן, על קצה המזלג, את תחולתן של מערכות נורמות כלליות על גל"צ ועובדיה.

א. פקודות הצבא

כיחידה צבאית, חלות על גלי צה"ל ועובדיה פקודות הצבא. בימים אלו שוקדים

(1) החומר המשפטי הכתוב על גל"צ מועט ביותר; פסק דין אחד ובמה החלטות של בית המשפט העליון, אף לא מאמר אחד בבטאונים משפטיים. הניתוח המשפטי שבמאמר זה הינו עצמאי ברובו, והוא מבטא את דעותי האישיות ולא את דעת התחנה או צה"ל.

(2) קיימות נורמות בהן לא מצאנו הבדל. למשל: תחולת הנורמות הסוביידיצה מכוח סעיף 71 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984, ס"ח 198; פרסום שמות קטינים חשודים מכוח חוק הנער (טיפול והשגחה), תש"ן-1960, ס"ח 52.

(3) ראה בל"צ 676/82 ההסתדרות הכללית ואח' נ' הרמטכ"ל, ג"ד (4) 105, 112. עניין זה נודע בציבור כעניין עדנה פאר וכך יוזכר להלן.

בצה"ל על הכנתה של "הוראת פיקוד עליון" המסדירה את מעמד גליצה"ל. להוראה זו תוקף מלא מבחינה פנים-צבאית; אך אף אם נכונה הדעה שהבעתי במקום אחר, לפיה לפקודות הצבא מעמד של "דין" לכל דבר ועניין, הרי שיש לסייג דעה זו ביחס לפקודות המופנות לצבא כגוף והכוללות הגדרות ארגוניות. פקודה כזו לא תוכל, איפוא, לסטות, למשל, מהוראות סעיף 48 לחוק רשות השידור, תשל"ה-1965 שייידון להלן, והמהווה חקיקה ראשית.

קיימת בעיה גם בתחולתן של פקודות כלליות בצבא על אנשי גל"צ. קיים מספר ניכר למדי של פקודות אשר קשה להעלות על הדעת להחילן כלשונו על חיילי גל"צ אם עליהם למעול כעיתונאים, ובכל-זאת איש לא טרח לשנותן, או לתת אישור פורמלי על-פיהן, במקום שהדבר אפשרי. בין אלה נמנה את פ.מ. 33.0136 (איסור מגעים עם הדרג הממלכתי הבכיר) ואת פ.מ. 22.0101 (איסור מגעים עם נציגי מדינות חוץ ועם תושבי השטחים המוחזקים), כאשר ברור שהאסורים במגע מהווים מקורות עיתונאיים חשובים.

ג. תקנון האתיקה של מועצת העיתונות

תקנון האתיקה של מועצת העיתונות אינו בעל מעמד נורמטיבי כלשהו. כשחיפש למצוא מקור לחסיון מקורות מידע של עיתונאי, ולמרות קיומו של כלל אתיקה עיתונאית מתאים, בחר בית המשפט העליון להשתית את החסיון על עקרונות הנגזרים ישירות מחופש הביטוי, ולא, בשום אופן, על תקנון האתיקה. התקנון אינו חל על גל"צ גם מבחינה הסכמית, שכן - כמו רשות השידור - גל"צ אינה תברה במועצת העיתונות. כל קיום של הוראותיו הוא, איפוא, וולונטרי לחלוטין.

ג. סעיף 48 לחוק רשות השידור

סעיף חוק סתום-משהו זה, כמעט היחיד בחקיקה הראשית המזכיר את גל"צ, עמד לאחרונה במרכזו של המאבק המשפטי על סגירתה של מחלקת החדשות של גל"צ.

- (4) ראה ה' סומר, "ואף על-פירכן חול החול - לתחילתה של אמנת גנבה הרגיבית בדין הישראלי", עיוני משפט יא (תשמ"ו) 263, 272 ואילך.
- (5) שם, בע' 276, והאמכמכתאות שם.
- (6) ס"ח 106.
- (7) פורסט, למשל, אצל ע' ווראון, עיתונאות - החופש להתבטא במדייק (אגודה העיתונאים בור"א) 207. מאז פרסום זה חלו בתקנון מספר שינויים.
- (8) ב"ש 298,368/86 איטיון ואח' נ' ביה"ד המשמעתי של לשכת עורכי הדין, פ"ד מא(2) 337.
- (9) לאחרונה החלו עיתונאים החברים באגודת העיתונאים לקבל על עצמם בהחיימתיים את תקנון האתיקה של מועצת העיתונות. יתכן אולי לראות בכך יצירת חחה לטובת צד שלישי, לפי חוק החחים (חלק כללי), תשל"ג-1973, ס"ח 118, כשהצד השלישי הוא קבוצה פתוחה, שבה נכלל כל אדם העשוי להימנע מעבירת אתיקה, אך הדבר מוטל בספק רב, ומכל-מקום, עובדי גל"צ לא התמו על-ענה ברור זו.
- (10) להלן נוסח ס' 48 לחוק רשות השידור במלואו:
 "(א) בסעיף זה "תכנית צבאית" - תכנית ששד הביטחון קבע אותה מזכנית צבאית לענין סעיף זה, וקביעה כאמור יכול שתהיה לתכנית פלונית או לסוג של תכנית.
 המשך ←

הרמטכ"ל הורה לסגור את המחלקה, אולם העובדים הסתייעו ברשות השידור, אשר נקטה עמדה הפוכה ותבעה לעצמה סמכות מכוח סעיף 48. העניין עמד על סף הכרעה משפטית, ונסתיים בפשרתי.

דין בכל ההיבטים של סעיף 48 חורג מהיקפו של מאמר זה ומתחומי העניינים. געיר, איפוא, כמה הערות ספוראדיות שאינן מתיימרות למצות את הנושא:

1. מן הרקע התחיקתי ברור שסעיף 48 נועד לתיאום בין שידורי גל"צ לשידורי קול ישראל. הסעיף נולד בעת הכנת החוק לקריאה שניה ושלישית, והוא אינו מופיע בהצעת החוקי. המטרה לתאם עולה בצורה ברורה מדבריו י"ר הועדה בהביאו את החוק לדיון, ועליה לשמש כלי לפרשנות.
2. פעם אחת בלבד עשה שר הביטחון שימוש בסמכותו לפי סעיף 48(א) לחוק רשות השידור וקבע תכניות "לתכניות צבאיות" לענין סעיף 48. הקביעה לקויה ביותר: בכלליות הגדרותיה, ובכך שתכניות מסוימות בגל"צ מכילות, במעורב וללא כל אפשרות להבחנה, קטעים שהם "תכנית צבאית" וקטעים שאינם כאלה.
3. בית המשפט הגבוה לצדק ראה את סעיף 48 כ"הגבלה מפורשת כחוק על דרך ניהולה ועל האחריות לגביה" של גליצה"ל, הגורעת מסמכות הצבאי.
4. הוראת סעיף 48(ה) לחוק אינה "אות מתה", ולפחות פעם אחת הופעלה הפרוצדורה בו במלואה: רשות השידור הורתה לאסור שידור תכנית בגל"צ, ומפקד גל"צ הגיש ערעור לפי סעיף 48(ה)י.
5. סעיף 48(ד) הופך למעשה את מפקד גל"צ ל"רשות מוסמכת" כמשמעו של מונח זה במשפט המנהלי שלנו בכל הנוגע לתכניות הלא-צבאיות של גל"צ. עיקרון זה

(10) נוסח ס' 48 לחוק רשות השידור המשך:

- (ב) לרשות השידור יהיו לגבי גלי צה"ל - שידורי רדיו של צבא-הגנה לישראל (להלן גלי צה"ל), בכל הנוגע לתוכניותיו הלא צבאיות, אותן הסמכויות שיש לה לגבי שידור הרשות, והיא תמלא לגבי תכניות כאמור אותם התפקידים.
- (ג) סדרי הפיקוח על התכניות הלא צבאיות של גלי צה"ל ייקבעו במסגרת הכללים שהועד המנהל מוסמך לקבעם על פי סעיף 33, אולם השר לא יאשר את הכללים החלים על גלי צה"ל אלא לאחר התייעצות עם שר הביטחון.
- (ד) מי ששר הביטחון מינה למפקד גלי צה"ל או הסמיכו לכך (בסעיף זה - המפקד) יוזמן להשתתף בזכות דעת מיעוצת, בישיבות הוועד המנהל ויפעל בהתאם להחלטות ותחיות הוועד המנהל לגבי התכניות הלא צבאיות של גלי צה"ל.
- (ה) המפקד רשאי לערוך על כל החלטה של מוסדות רשות השידור הנוגעת לתכניות הלא צבאיות של צה"ל הערך יוגש באמצעות שר הביטחון להכרעתם המשותפת של השר ושר הביטחון; היה הערך נגד החלטה להפסיק תכנית קבועה של גלי - צה"ל, או נגד החלטה לשדר תכנית חד מעימת של גלי צה"ל - רשאי שר הביטחון לעכב את ביצוע החלטה עד להכרעה בערוץ.
- (11) בר"צ 160/85 עוזרי, ואח' נ' הרמטכ"ל, ואח'.
- (12) לפי הפרשה חזר בו הצבא מהכוונה לבטל חלק מהמישדיים, רשות השידור הסכימה לביטול השאר, והעותורים, עובדי גל"צ, חזרו בחם מהעתירה.
- (13) ראה הל"ת תשל"ג 236; ד"כ 42 (תשל"ה) 1450, 1452. הל"כ ש' מיקוניס (מק"י) אף הציע כי תוסף פיסקה במקום ס' 48 לפיה "גליצה"ל לא ישרדו תכניות צבאיות" ראה שם, בע' 1458.
- (14) לא פורסמה ב"רשומות" כי לא היה צורך (אינה תקנה בתיפועל תחיקתי).
- (15) עניין עדנה פאר, הערה 3 לעיל, שם.
- (16) המקרה המתואר אירע בשנת 1974.

משמעו בדרך כלל הפקעת הכפיפות האדמיניסטרטיבית, גם אם בסולם הפיקוד הצבאי עסקינן. כאמור, לא התיימרנו למצות כאן את הסוגיה, ואלה היו רק הערות מספר בשולי הויכוח המשפטי אשר נסתיים, בינתיים, בפשרה מחוץ לכתלי בית-המשפט ולא הוכרע.

3. לשון הרע

דומה כי מכל ההסדרים החוקיים הפגומים בתחולתם על גל"צ, ההסדר בעניין תחולת חוק איסור לשון-הרע, תשכ"ה-1965 הינו הפגום ביותר. נקודת המוצא לדיוננו הינו פטור שממעטים ליתן עליו את הדעת, שהוענק למדינה בתביעות נזיקין בעולות הוצאת שם רע. הפטור קבוע בסעיף 4 לחוק הנזיקין האזרחיים (אחריות המדינה), תשי"ב-1952, לפיו: "אין המדינה אחראית בנזיקים על הוצאת שם רע" על החריג הזה נמתחה ביקורת בארץ ובח"ל²⁵: נראה כי אין כל הצדקה לתחולתו מעבר לטענות ההגנה הרגילות מפני תביעת לשון הרע, ולא ברור מה ראה המחוקק לאבחן עוולה זו מאחרותי.²⁶ עד לחקיקת חוק רשות השידור, תשכ"ה-1965²⁷ נהנתה הרשות מחסותו של סעיף זה. הקמתה כתאגיד סטוטורי יצרה לרשות אישיות משפטית נפרדת משל המדינה; ואולם המחוקק לא הסתפק בכך, וקבע הוראה מפורשת לפיה אין תלה עוד הגנת סעיף 4 הנ"ל על רשות השידור²⁸. ואכן, נגד רשות השידור מוגשות תביעות לשון-הרע²⁹. ואילו מצבה של גל"צ - שונה: אין כל הוראת דין מקבילה המוציאה את תחולת סעיף 4 לחוק אחריות המדינה, וגלי צה"ל אינה אישיות משפטית נפרדת משל המדינה. אין, איפוא כל דרך לתבוע את המדינה בגין לשון הרע שפורסמה

(17) ראה, למשל, בג"צ 70/50 מיכלין, ואח' נ' שד הבריאות, פ"ד ד 320, 323.

(18) ס"ח 339, 240.

(19) ס"ח 339, (להלן: "חוק אחריות המדינה").

(20) החריג קיים גם במשפט האמריקני, בסעיף (H) 2880 של ה-FEDERAL TORT CLAIMS ACT, 28 U.S.C. ראה גם: ihaj 'n, etc 't, srkdbt 'h :lu&c, etc 't :vir dhrjv &ruebc JUR. AM. 2 D 324 414 הערה 26 שם. הנזיקין - תורת הנזיקין הכללית (נ' סדסיק עורך, נגנס, מהדורה 2, תשל"ז) 413 - 414 הערה 26 שם.

(21) ההגנה מפני תביעות לשון הרע לא הופיעה בהצעת החוק (ראה ה"ח תשל"ב 166), והיא נוספה בהכנה לקריאה שניה ושלישית. לסיעף זה לא היתה כל הסתייגות, לאחר שר"כ י' באדר ויתר על הסתייגותו להסעיף בסוף הסעיף "אלא אם כן נגרם נזק ממון". ראה ד"ב 13 (תשל"ב) 3158. נוסח ההסתייגותו של ח"כ באדר מופיע בנספחות, דם בע' 3273. המצב שקדם לחוק אחריות המדינה מתואר בהצעת החוק, ועיקרו חסינות רחבה למדינה מתביעות נזיקין בכלל, ותשלומי-חסד לנזיקים.

(22) ס"ח 106.

(23) סעיף 37 לחוק.

(24) ראה לאחרונה: ת"א (ב"ש) 503/85 מדינה נ' יבין, ואח', פ"ח תשמ"ו (2) 427.

בגלי צה"ל. נציין כי מבין כלי התקשורת החשובים בישראל, גל"צ הוא היחיד הנהנה מחסינות זו, שאינה מוצדקת כלל ועיקר ואשר המודעות לה נמוכה³⁰.

נותר לבדוק את אחריותם האישית של העובדים במקרה של פרסום לשון הרע. מפסק דין הרוב בענין ראונדנאף נ' חכים³¹ עולה כי החסינות הניתנת למדינה אינה מסירה את האופי האסור מן המעשה שעשה העובד, ופטור המדינה אינו הופך מעשה זה למוותר³². אף בשינוי החוק המוצע, בעיקבות ביקורתו של בית המשפט על המצב הקיים, לא הורחבה החסינות שבסעיף 4 הנ"ל כך שתחול גם על העובד, וזאת בניגוד לשאר סעיפי החסינות בחוק אחריות המדינה, שתוקנו כך שהגנתם תעמוד גם לעובד³³. אך האם יש לעובד, אזרח או חייל³⁴, הגנה אישית? סעיף 7(א) לפקודת הנזיקין (נוסח חדש)³⁵ מעניק, בתנאים מסויימים, פטור לעובד ציבור. התנאי החשוב לבדיקתנו את תחולת הפטור הוא הסיני שבו: "תהא לעובד הגנה בכל תובענה שאינה על רשלנות". לגבי המונח. קיימות שתי גישות, החולקות בפירוש המונח "רשלנות שבסייג". כל אחת מן התוצאות לפי הגישות השונות אינה נוחה³⁶.

(25) ראה חוות-דעת ענף ייעוץ וחקיקה במפל"ר "בעיות משפטיות בשידור", שהחלק בה העוסק בלשון הרע כלל אינו מזכיר חסינות זו. חוות-דעת זו פורסמה בתוך: "קובץ חוות דעת משפטיות מס' 8" (מפקדת פרקליט צבאי ראשי, תשל"ט) 84/90. גם בחוברת שבהערה 28 להלן אין הנושא מוזכר.

(26) ע"א 507/79 ראונדנאף נ' חכים, פ"ד לו (2) 757; פסק הדין עוסק אמנם בסעיף אחר מתוך חוק אחריות המדינה המעניק לה חסינות, אך אגב אגרוחא מיישם השופט ברק את קביעתנו במסיקה זו דווקא לפטור בגין לשון הרע שבו ענייננו.

(27) שם בע' 796.

(28) ראה ה"ח תשמ"ה 118. "בפועל מותיצבת המדינה, בכלל, במעליו של החייל הפועל גם לעניין תשלום הנזק שנגרם, ובלבד שלא פעל בדרך: החייל בדיני הנזיקין ובדיני השיקים" (מפקדת פרקליט צבאי ראשי, 1986) 5, 8.

(29) מקובל כי לעניין דיני הנזיקין חייל הוא "עובד ציבור": ע"א 338/60 מדינת ישראל נ' מדר, ואח', פ"ד טו 1569; ג' קלינג, "החייל בדיני הנזיקין, הפרקליט לא (תשל"ז) 83. מצבו של כתב "פרל-לאנס" קשה הרבה יותר, בחינתו מעין קבלן, ודומה כי אין מנוס מלקבוע שאין לו כל הגנה אישית, מאחר ואינו "עובד ציבור".

(30) ל"ח 266.

(31) הגישה הראשונה גורסת כי המלה "רשלנות" מכוננת לעולות הרשלנות שבסעיפים 34-35 של פקודת הנזיקין. לפיכך, תהא החסינות שבסעיף 7(א) פרושה על העובד בתביעה בגין עוולה אחרת, לרבות עוולת לשון הרע, לאור סעיף 7 לחוק איסור לשון הרע. תוצאתה של גישה זו, חסינות לעובד בצד החסינות עליה הצבענו למדינה, והניזוק ייוותר ללא כל סעד אחרון. תוצאה זו אינה צודקת, והיא המורה ביותר.

הגישה השנייה רואה במילה רשלנות קנה מידה להתנהגות, ולמעשה גורסת כי במקרה של התנהגות רשלנית גרומה לאחת העולות, לרבות עולות לשון הרע, לא תחול החסינות שבסעיף 7(א). תוצאתה של גישה זו תהיה כי העובד ייוותר חשוף לתביעות הנזיקין, ללא הגנה וללא השתתפות מכח הדין של מעבדתו, המדינה. גם תוצאה זו אינה נוחה: "בראש ובראשונה יש להימנע מלהגיע למצב שבו העובד יהיה אחראי בנזיקין אך הגוף הציבורי המעסיק אותו ייחנה מחסינות סטטוטורית", וכן, "אין הוא מפזר נזקי טוב, ואם ייתבע לבדו יהיו מקרים רבים שבהם יהיה קשה להיפצע ממנו כדי מלאו נזיקין" (י' דותן, "האחריות הנזיקית של עובד הציבור המפעיל סמכויות של שיקול-דעת", משפטים טו (תשמ"ו) 245, 251 (276).

לאחרונה גוברת הגישה שתוצאתה היא השארת העובד כמעולל יחיד, שעליו לשאת לבדו בנזק³². לדעתנו, יש לבטל תוצאה קשה זו על-ידי ביטולו של סעיף 4 של חוק אחריות המדינה, או לפחות ביטול תחולתו על גל"צ כפי שנעשה, כאמור, לגבי רשות השידור. לפי הצעה זו יעמוד חייל או עובד גל"צ שהוציא לשון הרע באותו המצב שעומד עיתונאי העובד בכלי תקשורת אחר, לרבות רשות השידור: הוא ומעבידו מעוולים במשותף.

4. הגנת הפרטיות

מאז חודש פברואר 1981 נוסף חוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981³³ למיגבלות על חופש הביטוי, והוא מצטרף לחוק איסור לשון הרע באיזון שבין זכות הפרט לפרטיות ולשם טוב לבין זכות הציבור לדעת. החוק הוחל במפורש על המדינה³⁴, ולפיכך אין מתעוררת פה הבעיה שהעלינו ביחס לחוק איסור לשון הרע. אף הפטור המוענק, בנסיבות מסוימות, ל"רשות בטחון או מי שנמנה עם עובדיה או פועל מטעמה" לפי סעיף 19(ב) לחוק – אינו חל על גל"צ ועובדיה לאור ההגדרה המצומצמת שבסעיף 19(ג) לחוק; דא"עקא, שפגם אחר מונע החלת החוק על גל"צה"ל, ובעצם על כל התקשורת האלקטרונית, באותה המידה בה הוחל על העיתונות הכתובה.

אין כל בעיה ביחס לאחריותו האישית של עיתונאי מגל"צ אשר יבצע פגיעה בפרטיות: הוא ישא באחריות אזרחית³⁵ ופלילית³⁶. הבעיה מתעוררת לגבי הרחבת תחולת האחריות במקרה של פרסום עיתונאי. ס' 30(א) לחוק קובע: "פורסמה פגיעה בפרטיות בעיתון כמשמעותו בפקודת העיתונות" (להלן – עיתון) ישאו באחריות פלילית ואזרחית בשל הפגיעה האדם שהביא את הדבר לעיתון וגרם בכך לפירסומו, עורך העיתון, ומי שהחליט בפועל על פירסום אותה פגיעה בעיתון, ובאחריות אזרחית יישא גם המוציא לאור של העיתון". נוסח זה העתיק, תוך החלפת המילים "לשון הרע" במילים "פגיעה בפרטיות", את נוסחו של סעיף 11 לחוק איסור לשון הרע, מילה במילה; אלא שנוסח זה אינו

(32) היא הגישה השנית לדעיל; ראה ע"א 337/81 בוסקילה נ' מדינת ישראל, פ"ד (לח3) 337; ע"א 217/82 גוט נ' פלור, ס"ד מ(1) 210, 281. פסק הדין השני עסק בהוצאת לשון הרע. ראה גם: א' רובינשטיין, ד" פרידמן, "אחריות עובדי ציבור במויק", y8Tv זנש"ל(ה) 61; ג' טדסקי, "חסינות המעביד ואחריות העובד", BTn זנש"ל(ה) 81.

(33) ס"ח 128. (להלן, בפרק זה, "החוק")

(34) סעיף 24 לחוק.

(35) סעיף 4 לחוק, הקובע שפגיעה בפרטיות היא עוולה מחיל את פקודת הנוזיקין (נוסח חדש); רינונו לעיל בהגנת עובד ציבור באופן אישי מפני תביעת לשון הרע – תקן גם לכאן.

(36) סעיף 5 לחוק, הקובע שפגיעה במיזד בפרטיות, בנסיבות האמורות בו היא עבירה שעונשה מאסר שנה. (37) חא"י כרך ב' (ע) 1191. הגדרה זו מתמקדת בצורה חדה וברורה בעיתונות מודפסת ואם די בכך – יש בה גם סייג מפורש לתחולה על עיתון שבהוצאת המדינה, אשר למשמעותו – ראה להלן בפרק על צמורה.

חל, לאור ההגדרה הל" שבפקודת העיתונות על התקשורת האלקטרונית. אם היה עוד ספק פרשני בדבר – הרי שטרח המחוקק לתקן בנקודה זו בדיוק את חוק איסור לשון הרע בשנת 1984³⁷ (כאשר חוק הגנת הפרטיות היה, איפוא, כבר בתוקפו). התיקון נעשה בעקבות הצעת חוק פרטית של ח"כ גאולה כהן, ומטרתו: "להחיל את חוק איסור לשון הרע על שידורי רדיו וטלוויזיה הניתנים לציבור"³⁸. חוק הגנת הפרטיות כלל אינו מוזכר לאורך הדיונים בכל הקריאות בתיקון חוק איסור לשון הרע, ועיון בדברי הכנסת מלמד שלא נוהל עליו במליאה דיון ממשי, בהעדר מתנגדים³⁹.

מענין לציין שמדברי שר המשפטים ש' תמיר בעת הדיון על חוק הגנת הפרטיות עלה בברור כי המטרה היתה שהחוק יחול באופן שווה על העיתונות הכתובה ועל זו האלקטרונית. כך, למשל, הוא מספר כי פנה "במכתב אישי לעורכי העיתונים ולנציגי הרדיו והטלוויזיה"⁴⁰ וגם בהמשך הוא מתייחס לעיתונות כולה כמיקשה אחת. שר המשפטים דאז אף ציין כי "תביעות, במידה שיוגשו, יוגשו לעיתים קרובות לחילופין על פגיעה בפרטיות או לפי חוק איסור לשון הרע ואי אפשר לבנות אח שני החוקים במתכונת שונה"⁴¹. לא חלפו אלא שלוש שנים, והנה מתכונת שונה בנקודה מהותית, ללא כל הצדקה, לשני החוקים.

ביקורת ידועה על חוק הגנת הפרטיות, כמו גם על חוק איסור לשון הרע, היא אי התייחסותם של חוקים אלו לצרכים הספציפיים של התקשורת⁴², ואי-הבחנתם בין אדם פרטי לעיתון כנתבע. עתה מסתבר כי החוק, במתכונתו הנוכחית, מבחין ללא כל הצדקה גם בין תקשורת כתובה לתקשורת אלקטרונית ופוטור מאחריות את העורכים והמל"לים של האחרונה⁴³.

המלצתנו בתחום זה פשוטה: לתקן את חוק הגנת הפרטיות בדיוק באופן בו תוקן חוק איסור לשון הרע, ובכך לשמור על ההרמוניה החוקית בין שני החוקים ולהשיג לגבי התקשורת האלקטרונית את שנקבע לגבי העיתונות הכתובה.

(38) חוק איסור לשון הרע (תיקון מס' 3), תשמ"ד-1984, ס"ח 128.

(39) דברי י"ר ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת בהביאו את ההצעה לקריאה שניה ושלישית, ד"כ 99 (תשמ"ד) 2155.

(40) ראה ד"כ 98 (תשמ"ד) 1138 – 1140 (קריאה ראשונה), והערה 39 לעיל (קריאה שניה ושלישית).

(41) ד"כ 99 (תשמ"ד) 3487.

(42) שם, בע' 3490. [התדגשה שלי, ה' ס']

(43) ראה: ז' סגל, "הזכות לפרטיות מול הזכות לדעת" עיוני משפט ט תשמ"ג 175.

(44) למר"ל, מדינת ישראל, עשויה לקום אחריות כמעביד לאור סעיף 13 לפקודת הנוזיקין, או אחריות בעל חוזה לאור סעיף 15 לפקודת הנוזיקין. החבות מותנית בתנאייהם של טעימים אלו, המחלים על עוולת הפגיעה בפרטיות מכוח סעיף 4 לחוק. בכך עדיין אין מושגוה מצבו של המר"ל למצב המר"ל בעיתונות הכתובה: אין אחריות פלילית, יש תנאי פסור רחבים בסעיפים עצמם, ועוד.

5. צנזורה

כיום קשה להטיל ספק שהמקור הנורמטיבי מכוחו פועל המוסד הקרוי "הצנזורה הצבאית" (להלן: "צנזורה") הינו חלק ח' של תקנות ההגנה (שעת חירום), 1945.⁴⁵ תקנות 86 - 101 יוצרות שורה ארוכה של איסורים, מעניקות סמכויות רחבות למינהל, ובצידן גם רשימה לא קטנה של סמכויות עזר, כגון חיפוש ותפישה. ואולם, עד כמה שהדבר נשמע אבסורדי כשהמדובר בתחנה צבאית, אף ביחס לחובות הצנזורה קיימים ליקויים תחיקתיים חמורים ביותר ביחס לגליצה"ל. הליקוי הראשון, ולא החמור שבהם, הוא בכך שההגדרות בתקנות מכוונות בצורה הברורה ביותר רק לעיתונות כתובה. הפועל "דפוס" על נטיותיו ועל טכניקות שונות בו (צילום, ליטוגרפיה, כתיבה במכונת כתיבה) מופיע כל העת, ומקשה מאד על מתן פירוש מרחיב לתחולת התקנות גם על שידורי רדיו, מה גם שנקבע במפורש כי:

"תקנות ההגנה המנדטוריות משנת 1945, לא תמיד הדעת נוחה מהן ומקובל עלינו כי מן הראוי לפרשן בדרך הצימצום, כל עוד הדבר ניתן ונסבל בלשון החוק"⁴⁶.

אך גם אם נתגבר על מיכשול זה, יש בתקנות מיכשול אחר בדרך לחלאתן על גליצה"ל, ומיכשול זה נראה לי שאין כל דרך לעוקפו: הגדרת "עיתון" בתקנה 86 כוללת את הסייג המפורש: "ואולם אינו כולל כל פרסום שנחפרסם בידי ממשלת פלשתינה (א"י) או למענה", וגם הגדרת "פרסום", המתבססת בעיקרה על הגדרת "עיתון" אינה חלה, לפיכך, על גליצ. כפי שכבר אמרנו לעיל⁴⁷, גליצ הוא כלי התקשורת הרציני היחיד שסייג זה מגן עליו, מאז הפיכת רשות השידור לתאגיד סטטוטורי.

מרבית התקנות העונשיות לא יחולו, איפוא, על עבריני צנזורה מבין אנשי גליצ; ביניהן: תקנות 287(2) (הפרת איסור הצנזורה-עבירה), 88 (כחוק של הצנזור לאסור פרסום), 94 (הצורך בהיתר לעיתון ממושל המחוז), 95 (חובת ציטוט הודעה רשמית במלואה) ו-98 (פרסום על פסילות הצנזורה) המכילות את ההוראות החשובות ביותר בנושאי צנזורה.

מבין התקנות יש כמה שניתן להחילן בכליזאת (בכפוף להסתייגות שהבענו לעיל לגבי תחולת התקנות על שידורי רדיו) בשל נוקטן בלשון "נייטרלית" כמו

(45) ע"ד תנ"ס 2 (ע) 855.

(46) בעבר נראה הסכם הצנזורה עם ועדת העורכים כמקור הראשי; ראה, למשל, ד' גורד, עתונות במדינת מצור (חיבור לשם קבלת תואר דוקטור לפילוסופיה, האוניברסיטה העברית בירושלים, תשל"א) 276 ואילן. העיתון "מעריב" ניסה פעם לסעק כי חוקמן של תקנות ההגנה (שעת חירום) 38 בישראל ולא הוודק כדן; ראה שם בע' 294. פסק הדין בעניין "חדשות" שיזכר להלן משתייך ללא כל הטלת ספק את המקור הנורמטיבי כתקנות ההגנה; עם זאת יש לזכור ש"חדשות" אינו חבר ועדת העורכים ואינו צד להסכם.

(47) בל"צ 234/84 חדשות בע"מ, זאח' נ' שר הביטחון, זאח', פ"ד לח(4) 477.

(48) בפרק על לשון הרע.

המילה "חומר"⁴⁸ או הפועל "פרסם"⁴⁹. בין תקנות אלו ניתן למנות את תקנות 87(1) ו-88 (איסור לפרסם בנושא מסויים, אך הסנקציה בתקנה 87(2) אינה אפקטיבית כמוסבר לעיל) ו-97(1)⁵⁰ (הסמכות לדרוש הגשת חומר לצנזורה מוקדמת).

המצב המשפטי הזה הינו קשה, אך ניתן לרככו מעט בעזרת ההוראות פנימיות בגל"צ. ההוראה החד-משמעית הקיימת היא להגיש חומר לצנזורה לביקורת, והעובר על הוראה זו עשוי למצוא עצמו עבריין לפי סעיפי קיום ההוראות והפקודות שבהוק השיפוט הצבאי, תש"ז-1955.⁵¹ תחולתו של החוק על חיילי החובה והקבע מלאה, אולם היא מצומצמת, ולכל הפחות אינה מוחלטת, ביחס לאזרחים-עובדי-צה"ל⁵² ולכתבים מסוג פריילאנס⁵³. אחריות המר"ל אינה קיימת, ואחריות העורך אינה ישירה וכללית. בכל מקרה ולגבי כולם, שונה בסיס האחריות העונשית (המקור הנורמטיבי), שונים סדרי הדין וכו', ואין כל הצדקה לשינוי זה. דומה גם כי הסנקציות המוסדיות האפקטיביות ביותר שבידי הצנזורה כנגד עיתון סורר (סגירה, קנס כספי גבוה) תהיינה מוזרות ביחס לגליצ: זרוע אחת של הצבא סוגרת או קונסת זרוע אחרת.

המצב המשפטי המוזר הוא תולדת המצב העובדתי המוזר: בעת התקנת תקנות ההגנה לא עלה על הדעת מצב שבו כלי תקשורת של המדינה יהיה עצמאי במידה זו או אחרת מן השלטון. ההתפתחות מאז אינה נוגעת רק לגליצ: בניגוד למצב שהיה מקובל בשנות החמישים, כיום נתפסת רשות השידור כעצמאית לחלוטין, וגליצ נהנית מעצמאות רבה. אולם בעוד לגבי רשות השידור בא המצב על תיקונו, כאמור, נותר הפער בין המציאות המשפטית למציאות בעינו ביחס לגליצ. לדעתי יש לתקן פגם זה על-ידי תיקון תקנות ההגנה כך שיחולו גם על פרסומים ממשלתיים. יש היגיון בהחלת חובה להגיש חומר לביקורת הצנזורה גם על פרסומים ממשלתיים, ולו רק כדי שלא ייכשלו, שלא מרצון, בפרסום סודות בטחוניים.

(49) שאינה מוגדרת בתקנות.

(50) שלהבדיל משם העצם "פרסום" - הגדרתו בתקנה 86 רחבה ואינה מוגבלת.

(51) עם זאת האחריות תהיה אישית של המפרסם, בהעדר תחולה להקנה 87(2) המטילה אחריות על העורך ועל הבעלים אך מוגבלת בתחולתה ל"פרסום" בלבד.

(52) בחלופת הנוקטת לשון "או לפרסם כל חומר".

(53) ס"ח 171. (להלן: "חש"צ")

(54) ראה ס' 28 ו-30(ב) לחש"צ.

(55) ראה ס' 28 ו-30(ב) לחש"צ. כתב מסוג פריילאנס הוא אדם שאינו "עובד" במונח המקובל, והוא משולב בדרגת שונות של השתלבות בעבודה העיתונאית. בדרך-כלל הוא מקבל שכר "לפי משימה", וללא מחויבות חוקית להעסיקו, אך הנון הבנה שהוא יקבל זי משימות שיאפשרו לו שכר נאות.

6. גל'צ ר'זכות הגישה לאמצעי התקשורת" ("דוקטרינת ההגינות")

דוקטרינת "זכות הגישה לאמצעי התקשורת" התפתחה בעידן המודרני, בהיותה תגאי שבלעדיו הופך חופש הביטוי במידה רבה להיות מס שפתיים לא אפקטיביים. כדי לבחון את תקפה של זכות זו כלפי גלי צה"ל יש לבחון את תחולת הזכות במשפט הישראלי. תוך מתן דגש לתחולתה על לתקשורת האלקטרונית ועל כלי תקשורת השייכים למינהל.

במשפט האמריקני הוחלה הדוקטרינה ביחס לתקשורת האלקטרונית, תוך שהצידוק לכך נמצא בסופיותם של התדרים, המונעת "חופש ביטוי בתקשורת אלקטרונית" באמצעים עצמיים⁵⁶. בישראל אין לנו אמנם כרגע בעיה של תדרים פנויים, אבל על-פי החוק⁵⁷ נדרש רישוי להקמת תחנת רדיו, ולפי מדיניותה של הממשלה – אין ניתנים רישיונות כאלה, וקיים מונופולין למעשה של "קול ישראל" ושל גלי צה"ל. מונופולין כזה יש בו לדעתי כדי להצדיק את תחילתה של הדוקטרינה בה במידה.

שאלת הזכות לביטוי ברשות השידור עמדה לאחורונה לדיון בגל'צ, בעתירתו של ח"כ מאיר כהנא, אשר טען, ללא מחלוקת עובדתית על כך, כי רשות השידור מסרבת לשדר את דעותיו⁵⁸. לטענתו סירוב זה היה שלא בדיון.

השופט ברק, שכתב את פסק הדין העיקרי, סוקר ארוכות את חשיבותו של חופש הביטוי וקובע כי על הרשות "ליתן ביטוי להשקפות ודעות שאין בהן ודאות קרובה של פגיעה של ממש בסדר הציבורי"⁵⁹. גם בפסקדין כהנא, כבמקרים קודמים⁶⁰, מוזכרת "דוקטרינת ההגינות",

(56) חלק הרקע של פרק זה, ראו האספקטים הכלליים של דוקטרינת ההגינות, מבוסס ברובו על מאמרו המקיף של ד' ברק, "חופש הגישה לאמצעי התקשורת – איוון אינטרסים בתחומי הזכות לחופש ביטוי, עיוני משפט יב (תשמ"ז) 183.

(57) מקורה העיקרי של הדוקטרינה במשפט האמריקאי. ראה: J.A. BARRON, (1975) ONTARIO, וכן: א' ברק, "רשות השידור – למי? ספר השנה של העיתונאים (תשמ"ב) 159.

(58) NATIONAL BROADCASTING CO. V. U.S., 319 U.S. 190, 213.

(59) פקודת הטלגרף האלחוטי [נוסח חדש], תשל"ב-1972 ל"ח 506 – אך פקודה זו פוטרה מרישיון את צה"ל בסעיף 4 שבה. לאחרונה מופיע הסדר רישוי גם בחוק הבזק, תשמ"ב-1982. מדיניות הממשלה שלא להקניק רישיונות אושרה בבג"צ; ראה, למשל, ברצ 309/70 בן עמי נ' שר הדואר, פ"ד כז(2) 528.

(60) בג"צ 391/85 ח"כ מאיר כהנא, ואח' נ' הועד המנהל של רשות השידור, ואח', (טרם פורסם; ניתן ביום 27.7.87; מספרי העמחים מתייחסים לנוסח המודפס של פסק הדין, להלן: עניין כהנא).

(61) שם, בע' 58 לנוסח המודפס.

(62) בג"צ 243/82 זכרון ו' הועד המנהל של רשות השידור, פ"ד ל"א(1) 757. השופט דב לוין אינו מקבל את הדוקטרינה ככזו, אך קובע כי הרשות חייבת להקפיד – "בהצגת המידע על נייטרליות, על הגינות ועל איזון" (שם, בע' 776); השופט בן מקבל כנראה את הדוקטרינה (שם, בע' 783), אך אינו מחיל את עקרונותיה מהמשפט האמריקני כמערכת נורמטיבית מחייבת במלואה. ראה גם ברצ 1/81 שידור ואח' נ' רשות השידור, פ"ד לח(3) 365, שם רואה השופט שמגר את סעיף 2 לחוק רשות השידור כמקור לחובת ההגינות.

אך אינה מאומצת כמשפט נוהג בישראל⁶¹. השופט ברק מנתח את חובות הרשות כנובעות מהגדרת תפקידיה שבסעיפים 3 ו-4 לחוק רשות השידור, כשעיקר המקור מצוי בסעיף 4 לפיו: "הרשות תבטיח כי בשידורים יינתן מקום לביטוי מתאים של השקפות ודעות שונות הרווחות בציבור...". נראה כי הנורמות שקובעים סעיפים אלו יחולו גם על התכניות הלא-צבאיות של גל'צ, מאחר שבידי רשות השידור הופקדו, ביחס לתכניות הלא-צבאיות של גל'צ, אותן הסמכויות ואותם התפקידים שיש לה לגבי שידורי הרשות⁶².

בהקשר זה נעיר כי פסק הדין מתעלם מגישה נוגדת במידת-מה, העולה מלשונו של סעיף 4 המבטיח שידור רק ל"השקפות... הרווחות בציבור". עם כל הכבוד, בית המשפט העליון לא התמודד עם הטיעון, המשמעותי לדעתי, כי "ההשקפות והדעות אשר יש לתת להן ביטוי הן 'רווחות' להבדיל מגדירות וחריגות"⁶³.

במקום על "דוקטרינת ההגינות", משתית השופט ברק⁶⁴, לראשונה, את החובה להגינות על יסוד כללי הנגזר "מעקרונות יסוד של משפט מנהלי, כי רשות ציבורית הפועלת מכח דין חייבת לנהוג שיוויון והגינות" וכי "על רשות השידור לפעול בהגינות, בחוס-לב, בסבירות, ללא הפליה, ללא שרירות ותוך התחשבות בכל השיקולים הרלבנטיים"⁶⁵. ניתוח זה, המבוסס על חובת ההגינות הכללית של רשות מנהלית, רחב יותר בתחולתו הישירה על גלי צה"ל: במקום פרשנות של סעיפים 3-4 לחוק רשות השידור החלים, לכל-היותר, על התכניות הלא – צבאיות של גל'צ, הרי שעיקרון זה חל על גל'צ, שהיא זרוע של המינהל במדינה, בצורה מלאה, ועל כל סוגי התכניות, אזרחיות כצבאיות.

החלת חובת איזון מלאה על גל'צ עשויה להיות בעייתית בשורה של מצבים בהם יש לצה"ל – או למדינה – עמדה ברורה, כמו למשל: תקופת מלחמה שיש המתנגדים לקיומה, ויכוח על גודלו של תקציב הביטחון או מצב הדומה לזה ששרר בעת פינוי ימית על-ידי צה"ל.

(63) עניין כהנא, בע' 59 לנוסח המודפס.

(64) סעיף 3(א) לחוק רשות השידור. לקונקרטיזציה של דרישת האיזון וההגינות מוקדשים עמודים רבים בתדריך חדשות ואקסואליה (רשות השידור, 1985), 3, 10-7 (קרקס התנהגותי המכונה "מיסמן נקדי"). תחולתו של התדריך על גלי צה"ל מוטלת בספק ונתנה כיום לדיון בין רשות השידור, גל'צ ומפג"ר. בפועל, משמש המדריך כמנחה גם לעבודות שידורי החדשות והאקסואליה בגל'צ, בכל סוגי התכניות.

(65) ד' ברק, הערה 56 לעיל, בע' 197.

(66) להיבטים בהם חולק השופט בן על השופט ברק אין נפקות מבחינת דיונונו כאן.

(67) עניין כהנא בע' 59-60 לנוסח המודפס.

דיון בנושא בדיקות לגלוי סמים בצה"ל

7. סיכום

בחינת מרבית הנורמות המהותיות המגבילות את חופש הביטוי מלמדת כי אין הן חלות על גלי צה"ל כלל או שאינן חלות על גל"צ במידה ובאופן בו הן חלות על כלי תקשורת אחרים.

יש המנסים לתלות זאת בהיות גלי צה"ל כלי תקשורת של המדינה, ובפריבילגיות הנובעות, לדעתם, באופן טבעי מכך. ואולם, באשר לנורמות מתחום דיני הניזיקין – אין גישה זו תואמת את הגישה המודרנית המצמצמת את חסינויות המדינה למינימום המוצדק וההכרחי, כמו פעולות נזיקיות הנובעות ממלחמה. ביחס לכל הנורמות הנסקרות – אין המצב הקיים משפטי תואם את המצב העובדתי או את הדעה המקובלת על המצב המשפטי.

יתכן שהמקום להסדיר את הבעיות עליהן הצבענו הוא במסגרת חוק שלם, שיעסוק גם במעמדה הקונסטיטוציוני של תחנת השידור הצבאית באופן מקיף יותר מסעיף 48 לחוק רשות השידור. כחלוף 37 שנים מהקמת גלי צה"ל, ולאור התפתחותה של התחנה לתופעה ייחודית בנוף התקשורת העולמי – מן הראוי ליצור מבנה משפטי שלם המסדיר את פעולתה.

בשנה החולפת נערך באוניברסיטת ת"א, במסגרת הכנס השנתי של האגודה הישראלית לקרימינולוגיה, שולחן עגול בנושא בדיקות לגלוי סמים בצה"ל. להלן תובא תמצית דברי המשתתפים בדיון.

דברי מבוא לדיון

אל"מ ענוד מודיק*

עובדה היא – ואין להתכחש לה-שחרף אמצעים שונים הננקטים, מתקיים בצבא שמוש פרובלמטי, בלתי חוקי בסמים מסוכנים (בעיקר אלה המכונים "רכים"). הדבר הובא אף לידיעת הצבור בדברי ההסבר להצעת חוק לתיקון חוק השיפוט הצבאי:

"בשנים האחרונות החמירה התופעה של שמוש בסמים במדינת ישראל וכתוצאה מכך גם בקרב חיילי צה"ל ונוצר צורך לנקוט באמצעים נמרצים יותר כדי להלחם בתופעה זו".

על מנת לקיים "אמצעים נמרצים יותר" הקנה המחוקק סמכות לחייב חיילים להבדק בבדיקות המקובלות לאיתור שימוש בסמים. איתור מידי כזה עשוי לשמש לבלימת התופעה.

נראה כי המחוקק נקט בדרך זו של הסדר חקוק מיוחד – חלף התבססות על ההוראה הכללית המחייבת חייל לציית לפקודה – משום שמהות ההוראה היא בחדירה לתחום הפרט ובפגיעה מסויימת בכבודו.

התהליך החקיקתי עבר את ספי בית המחוקקים ויצא בשעריו ללא כל בעייה. המעיין בדברי הכנסת יווכח לדעת כי איש לא העלה הסתייגות כלשהי והכל התרשמו הן מנחיצות התיקון בחוק והן מפשטותם היחסית של דרכי הבדיקה. ואולם עם ההפעלה הממשית של חקיקה זו התעוררו שאלות כבדות משקל לגבי טיבן והיקפן של הוראות אלה ובתי הדין הצבאיים לדרגותיהם נדרשו אליהן ובאחרונה התעוררה גם ביקורת ציבורית.

מה טיבה של הפרובלמטיקה הגלומה בחקיקה הנזכרת?

* שופט בית הדין הצבאי לערעורים.

1. ההצעה היא מ-27 אוק' 82.

2. ה"ח 1681.

3. סעיף 127א' לחוק השיפוט הצבאי, תשנ"ז-1955:

"חייל שנצטווה להבדק לפי סעיף 250א' וסירב להבדק דינו מאסר שנתיים" סעיף 250א' לחוק קובע שיטת מתן הצו:

(א) סבר קצין שיפוט בכיר המשרת בחיל המשטרה הצבאית כי בדיקות לפי סעיף זה דרושות כדי לנלות החזקה או שימוש בסם מסוכן כמשמעותו בפקודת הסמים המסוכנים (נוסח חדש), התשל"א-1973 רשאי הוא לצוות על כל חייל – בין בנקיבת שמו ובין בדרך אחרת – להבדק בבדיקות אלה.
(ב) ..."

4. ראה בל"צ 355/79 קטלן נ' שרתת בתי הסוהר פ"ד לד' (3) 294.

5. ראה ע' 295/83, ע' 27/84, ע' 217/84, מ"ר 566/83, ד"ר 20/84, ד"ר 46/84, ד"ר 286/84.

את המונח "סבר" יש לפרש כ"חשב". כלומר אל לו לקש"ב לפעול כרובוט. לפניו צריכים להיות נתונים מסויימים, אך אין כל סיבה להגדיר מראש מה הם הנתונים. במקרה של שוטר צבאי הבא אל מפקדו ואומר לו כי בבסיס א' באוהל ב' מעשנים סמים - יש להוציא צו. מאידך אין להוציא צו כאשר רוצים לערוך פשיטה על בסיס מסוים, בכדי לבדוק אם מעשנים בו סמים.

ד"ר מרדכי קרמיניצ'ר

המערכת המשפטית חייבת להדריך את המערכת שמפעילה את החוק. מאחר והבעיות מתעוררות כעת - אין לדחות את ההכרעה עד שיהיו מקרים רבים.

מי שקורא את החוק כפשוטו לא מעלה בדעתו לא "חשד סביר" ולא "חשד". ברור לגמרי שהמחוקק התכוון כאן ליצור שיטה שתאפשר לגלות סמים, ותו לא. יכולה להיות תבונה בגישה כזו כדי להשיג אפקט של הרתעה על החיילים. אך אין לעשות שימוש בהוראות התיקון לצרכים פליליים, אלא לכל היותר לצעדים בתחום המנהלי והמשמעת.

סא"ל עמנואל גרוס

נפלה בידי הזדמנות לתוות את דעתי בשאלה כיצד נכון לפרש את סעיף 250 א' לחשי"צ, תוך הגשמת מטרת התקן בחוק. במסגרת תפקידי השיפוטי, נתגלגלה לידי ההזדמנות לבחון סוגיה זו בתיק מר/554/83 התובע הצבאי נגד טוד' אלמקייס יצחק. במקרה זה עלתה השאלה, האם חשד שיוחס לנאשם במשטרת ישראל בעניין מעורבות בסחר בסמים, שנתברר כחסר כל בסיס מצדיק כעבור חודשים ארוכים הוצאת צו עפ"י סעיף 250 א' הנ"ל למסירת דגימות. לצורך ההכרעה בשאלה זו, הניח בית הדין, כי לו טרחה המשטרה הצבאית לבדוק את תוצאות החקירה, היתה מגלה בהכרח כי שוב אין שחר לחשד שהועלה נגד הנאשם בדבר מעורבותו בעבירות סמים. הנה כי כן הזדקרה מאליה השאלה, מהו הפרוש הנכון למושג המשפטי "... סבר קצין שפוט בכיר..." האם די בסברה בעלמא, שמועה כלשהי, אפילו ניתן לבררה בקלות כחסרת כל בסיס. או שמא הכוונה במושג זה לדבר ממשי, העומד בבקורת ההגיון המצדיק שקצין השפוט אמנם יסבור שאכן יש טעם בהוצאת הצו לבדיקת החשוד.

באותו מקרה הבעתי את דעתי כי יש לנקוט באמת מידה מהמירה ולפרש ביטוי זה בחוק על דרך הצמצום.

למסקנתי זו הגעתי לאחר ששוכנעתי כי ניתן להגשים את מטרת התיקון בחוק - אתורם של חיילים אשר החזיקו או השתמשו בסמים מסוכנים, תוך שמירת כבודם של האחרים, בדרך של פרשנות שתעניק לאותו מושג תוכן הגיוני וסביר.

לצערי דעתי כי המושג "סבר" שקול כנגד המושג "חשד סביר", לא התקבלה על

יש מי שמעמיד סימני שאלה על דרכו של המחוקק מעיקרה. האם מוצדק לפלוש לתחמו הפרטי של חייל - אפילו באמצעי חקוק - כדי להשיג אינפורמציה? ואפילו תאמר כי כן הוא כלום יש מקום לכך שהפרת הצו תישא סנקציה עונשית? שמא ישנן דרכים אחרות?

ויש המבקשים לבאר את הנסיבות המצדיקות הוצאת צו למתן בדיקות, דהיינו מה פירוש הבטוי "סבר קצין שפוט בכיר המשרת בחיל המשטרה הצבאית כי בדיקות לפי סעיף זה דרושות" האם המבחן המנחה את שיקול הדעת של הקצין הוא מבחן סובייקטיבי? על מה יתבסס שיקול זה - על אמונה? תחושה? או שמא על תשתית עובדתית כלשהי?

ושמא תאמר כי המבחן הוא אובייקטיבי היינו מבחן של סבירות? מהם מדדיו? זאת ועוד. מהו הפועל היוצא של צו שניתן בנסיבות שאינן מצדיקות? האם הוא בטל מעיקרו? האם חובה לציית לו למרות הכל? האם יוכל נאשם שהפר צו כזה להתגונן במשפט פלילי בטענה כי שקול הדעת של קצין השפוט הבכיר אינו תואם את המבחנים שבחוק?

ולבסוף האם ישנן מגבלות על היקף הצו? האם נתן להוציא כלפי פרט מסויים בלבד או שמא אפשר להוציא צו כלפי קבוצה או יחידה שלמה? מהם קווי התחום?

על שאלות אלה ינסו להשיב משתתפי הדיון שהם - על פי סדר הדוברים - הסניגור הצבאי הראשי - אל"מ אילן שיף, אילן וקסמן - סטודנט פקולטה למשפטים, ד"ר מרדכי קרמיניצ'ר מרצה בכיר לדיני עונשין ומשפט צבאי בפקולטה למשפטים האוניברסיטה העברית בירושלים, ער"ד צבי טרלו שהיה שופט של בית הדין הצבאי לערעורים במילואים וכיום תובע צבאי בכיר בשרות מילואים והשופט עמנואל גרוס סגן נשיא בית הדין הצבאי מ"ש מרכז.

אל"מ אילן שיף

הוראות התיקון לחוק השיפוט הצבאי פוגעות בשני העקרונות החשובים של צנעת הפרט והחסיון מפני הפללה עצמית.

לפיכך יש לפרש את החוק המתקן, על דרך הצמצום. את המונח "סבר" יש לפרש כ"חשד", כלומר צריך גם "חשד" וגם שיהיה זה חשד סביר.

לענין פרשנות הדבור "בין נקיטת שמו ובין בדרך אחרת..." - אף כאן יש ליתן למלים פרשנות מצמצמת, לאמר: לא כל חיילי הבסיס, לא כל חיילי הצריף, אלא תאורו של החייל הנדרש לבצע הבדיקות, כגון: "החייל הרזה מרכיב המשקפים".

ער"ד צבי טרלו

מן הראוי להמנע מפסיקה היוצרת מסגרת המקשה על ישומה. עדיף כי בכל מקרה בו תידון הסוגיה - תוכרע לגופם של דברים.

קביעת הלכות כלליות מן הראוי שתדחה עד לאחר שהוראת החוק תעמוד במבחן של פסקי-דין רבים.

הלכות פסוקות*

"דבר מה"

להודאת הנאשם;

ועבירת הנסיון

ע/33/87 התובע הצבאי הראשי נ' טור' דורון

דעתו של בית הדין הצבאי לערעורים, אשר העניק לו פרוש רחב. אני עדיין סבור שיש מקום לעיון נוסף בהלכה שנפסקה בנושא זה, שכן לדעתי לא יתכן לחדור אל תוך פרטיותו של אדם ולבקש את הפרשותיו בלא שלרשות השלטונית תהא סיבה מוצדקת. לא יתכן כי המחוקק התכוון להעניק לקצין השפוט שיקול דעת בלתי מוגבל כפגיעה באנטרס מוכר ומוגן של כבודו של האדם, ושמידת צנעתו. המקרה שלפנינו לא צריך להיות שונה מן המקרה שבו מבקשת המשטרה לערוך חיפוש בגופו של האדם, כמו שכאן יש צורך בקיום חשד סביר, כשאותו אדם נגוע בעבירה, כך גם במקרה שבפנינו, צריך שיתקיים לפחות אותו חשד סביר.

אין ללמוד במקרה זה מן העובדה כי המחוקק נקט בביטוי שונה, שאכן התכוון להבחין בין המקרים. מכל מקום, משניתן להעניק לאותו מושג את הפרוש שהצעתי מקודם עדיף פרוש זה, על-פני נסיון להרחיב בדרך בלשנית, את הסמכות שתשמר בידיו של אותו קצין שפוט.

אילן וקסמן

מר וקסמן סקר בדבריו את ההיבטים המשפטיים של ס' 250 א' לחש"צ ועמד על הגישות השונות: הגישה האובייקטיבית והגישה הסובייקטיבית, לבחינת המושג "סבר" לצורך הוראת התוק האמורה.

* מדור זה נערך ע"י התביעה הצבאית הראשית.

1. העבירות

המשיב הועמד לדין בגין שתי עבירות של שימוש בסם מסוכן מסוג חשיש, לפי סעיף 7(א) לפקודת הסמים המסוכנים [נוסח חדש], תשל"ג-1973. האישומים הושתתו על אימרה תחת אזהרה, שמסר המשיב בפני חוקר מצ"ח. באמרתו התוודה המשיב כי:

- א. במרץ 1986 השתתף בעישון סיגרית חשיש עם חבר לשירות בשם שמעון.
- ב. ביולי 1986 בעת טיול בעין גדי הצטרף לשלש בחורות ולבחור שעישנו חשיש.

2. הדיון בערכאה הראשונה

בפני ביה"ד קמא כפר המשיב באשמות המיוחסות לו. לאחר "משפט זוטא" נתקבלה אמרתו כ"משקפת את האמת".

ברם, סוף דבר, זוכה המשיב הואיל וביה"ד סבר כי לא נמצא בחומר הראיות "דבר מה נוסף" להודאת הנאשם.

"חומר הראיות" הרלבנטי שבא בפני ביה"ד קמא היה עדותו של הנאשם; וכן עדותה של בחורה, שהיתה שותפה לעישון בחודש יולי 1986 ואשר אישרה את קיומו של האדווע נשוא פרט האישום. ברם, לגרסתה, באותו מעמד עישנו טבק בדואי, ולא חשיש.

3. ערעור התביעה

טענת התביעה בפני ביה"ד לערעורים היתה כי בפרטי האמרה, אשר אושרו עלי המשיב בעדותו בבית הדין, די היה כדי להוות "דבר מה נוסף". לפיכך טענה התביעה כי יש להרשיע את המשיב בעבירת שימוש בסם מסוכן (בגין המעשה הראשון) ובעבירת נסיון לשימוש בסם מסוכן (בגין המעשה השני).

4. פסיקת בית הדין הצבאי לערעורים

בקבלו את ערעור התביעה קבע ביה"ד כדלהלן:

א. - כלל גדול הוא כי לקיום דרישת ה"דבר מה הנוסף" אין צורך בראיה מסייעת ממש... די גם בראיה אחרת המאשרת, במידת מה את סיפור העובדות שבהודאה, בנוגע לפרטים אחרים. בתה"מ"ש מסתפקים במידה קטנה של 'דבר מה נוסף' - זו יכולה להיות תוספת ראייתית קלה שבקלות". (ראה א. הרנון, דיני ראיות, חלק שני, ע' 282; והאסמכתאות הנזכרות שם).

אין דרישת ה"דבר מה" מבטאת דרישה לתוספת ראיה המצביעה, היא גופה, על אשמתו של הנאשם, אלא דרישה שעיקרה העמדת ההודייה במבחן של אמון". (י. קדמי, על הראיות בפלילים, קובץ הרצאות בהוצאת דיוגון, בע' 49; והאסמכתאות הנזכרות שם).

"ההחלטה הסופית (אם להסתפק ב'דבר מה' כלשהו) תהיה תלויה כמובן, לא רק במהות דבר מה, המצוי בפני בית המשפט, אלא קודם כל בגסיבות בהן ניתנה ההודאה ובמשקלה העצמאי.
אם ניכרים בה סימני אמת או סימנים של סיפורים בדויים, אם יש בה הגיון פנימי והרצאת עובדות מפורטת המתקבלת על הדעת. ושיקולים אחרים כיוצא באלה".
(ע"פ 290/59 פלוני נ' היועמ"ש, פ"ד יד 1489, 1499).

ב. משקלה הפנימי של ההודאה במקרה הקונקרטי
"ניכרים בה, באמרה, סימני אמת רבים ויש בה הגיון פנימי רב. האזהרה היתה כללית ותגובתו היתה מפורטת, כאשר הוא מוסר פרטים מלאים על מקרים בהם עמד בפני הפיתוי ולא עישה שיש שהוצע לו. ועל המקרים האחרים - לפני גיוסו ופעמיים לאחריו, בהם כן התפתה.
גם בהם דאג להפחית מאחריותו ומאשמתו ע"י הדגשה שאחר סיפק את הסם ובכמות קטנה. אין הגיון בטענתו, כי המציא את שני המקרים בהם הודה, כדי לרצות את החוקר. אפילו לפי גרסתו של המשיב, נראה שלצורך כך היה מספיק שיודה בשימוש חדרפעי בזמן השירות.
לשם תמיכה באמרה זו, בוודאי שניתן להסתפק ב'דבר מה' קל שבקלים. תמיכה זו מצויה בתיק זה מעבר לנדרש...".

ג. ה"דבר מה הנוסף" - הנדרש הוא להודאה בכללותה או שמא לכל פרט אישום בנפרד?

לאחר סקירת הפסיקה הרלבנטית קובע ביה"ד כי:
"העקרון שנתקבל הוא כי ב"כ תספיק ראייה להוות 'דבר מה' להודאה בכללותה על כל 'הפרטים שבה'. ורק במקרים חריגים, מתוך שיקולים ענייניים שבהגיון ותבונה ידרש 'דבר מה' נפרד ושונה לגבי נושאים שונים שנכללו באמרה אחת".

ד. לענין עבירת הנסיון

1. "הודייתו של המשיב אינה בדויה והמצאת דמיון. לפיכך ברור, כי בעת העישון... המשיב חשב והאמין כי הוא עובר על האיסור החוקי ומשתמש בסמים. בפועל - כך קבע ביה"ד דלמטה - מחשבתו הרעה לא התממשה ולא יכלה להתממש, מאחר ובסגרויות לא עורבב כלל חשיש אלא הן הכילו ניקוטין בלבד".
2. נמצא איפוא כי בגסיבות הענין התקיימה הגדרת הנסיון לפי סעיף 33(ג) לחוק העונשין, לפיו:
"חוסר אפשרות לבצע את העבירה, למעשה, מחמת נסיבות שאינן ידועות לעבריין, אינו מעלה ואינו מוריד".
3. בהדרשו לפרשנות הוראת החוק האמורה סוקר ביה"ד בהרחבה את התפתחות הפסיקה (ראה, בין היתר, ע"פ 675/85 גרציאני נ' מדינת ישראל, פ"ד מ(3) 763).

ומשווה להתפתחות דיני "נסיון הכשל" במשפט האנגלי (ראה, לאחרונה, (R.V SHIVPUR [1986] 83 CR. App.B.178).

4. יישום מבחני הפסיקה מוליך את ביה"ד לקביעתו במקרה הקונקרטי כדלקמן:
"הווה אומר, ... שיש לבדוק את מעשה העישון של המשיב בעי"גדי, באספקלריה של סעותו, כאילו הסיגריה שעישן הכילה חשיש, כפי שהוא דימה.
אילו זה אכן היה המצב לאמיתו, הרי אין ספק שהוא מעשה גלוי לעין ובאמצעים המתאימים להגשמתה ולהשלמתה של העבירה, ועל כן יש לראותו כמנסה לעבור עבירת שימוש בסם מסוכן".
- המשיב הורשע איפוא בעבירת שימוש בסם מסוכן (בגין הפרט הראשון) ובעבירת נסיון לשימוש בסם מסוכן (בגין הפרט השני).

התנהגות שאינה הולמת

ע/227/86 רס"ר משה ורס"ר סלומון
נ' התובע הצבאי הראשי

התשתית העובדתית

המעוררים, נושאי דרגת רס"ר, משרותים בצבא הקבע. נוכח משכורתם הזעומה, החלו לעבוד ב"עבודה פרטית" בשעות הערב. המדובר הוא בעבודה כקבלני שרות ("קייטרינג") בערבי שמחה או כמלצרים בארועים מסוג זה.

שעה שנזדמנה למעוררים רשות "נסיעה פרטית" ברכב צבאי עשו דרכם למקום עסוקם ברכב זה.

כל אלה עשו המעוררים מבלי שביקשו היתר לפי פקודת מט"ל 33.0115 הדנה ב"השתתפות חיילים בעסקים פרטיים" ובתנאים לקבלת "היתר לעבודה פרטית".

לפיכך הורשעו המעוררים בבית הדין הצבאי המהוזי בעבירות הבאות:

1. אייקום הוראות המחייבות בצבא, לפי סעיף 133 לחוק השיפוט הצבאי, תשט"ו-1955 (להלן: תש"צ).
 2. שימוש ברכוש הצבא שלא למטרות הצבא, לפי סעיף 79(א) לחש"צ.
 3. התנהגות שאינה הולמת, לפי סעיף 130 לחש"צ.
- על הרשתם בעבירה האחרונה השיגו המעוררים בפני בית הדין הצבאי לערעורים.

הוראת החוק

סעיף 130 לחש"צ קובע:

"חייל בדרגת סמל או בדרגה גבוהה יותר שהתנהג באופן שאינו הולם את דרגתו או את עמדתו בצבא דינו - מאסר שנה".

פסיקת ביה"ד הצבאי לערעורים

בקבלו את הערעור קבע ביה"ד הצבאי לערעורים כדלהלן:

1. השוואה למשפט האנגלואמריקאי בהתחקותו אחר מקורה ההסטורי של עבירת "ההתנהגות שאינה הולמת" סוקר ביה"ד את התפתחות הסוגיה בדין הצבאי הבריטי; ומצביע על כך כי במשפט הבריטי קשורה העבירה במעמדו של מבצע העבירה: "קו מקשר נמשך בין החובה התפקודית - חברתית של האביר הלוחם בימי הביניים לבין זו של הקצין הבריטי והאמריקאי, במידה רבה עד עצם היום הזה".
2. "התנהגות שאינה הולמת" - המאפיין הכללי אופיה של עבירת "התנהגות שאינה הולמת" יהודי בכך שאין המדובר ב"בהכרח, בהתנהגות המהווה עבירה לפי החוק, אלא בהתנהגות שמבחינת המסורת והנהגה הצבאי אינה מתיישבת אם המעמד החברתי של הקצין".

בחינת התנהגותו הקונקרטי של העומד לדין תעשה על דרך הבדיקה אם מתחם זה, המייצג את רמת ההתנהגות הנדרשת, נקבע על "אורחותיו ומנהגיו של הצבא ומערכת הדרושות המסורתית המופנית כלפי קציניו".
3. "התנהגות שאינה הולמת" עפ"י חוק השיפוט הצבאי

א. כללי

יש להבחין בין משמעותה של "ההתנהגות שאינה הולמת" בצה"ל לאופיה של העבירה במשפט האנגלי והאמריקאי שכן:

"ענין 'המעמד' הוא מן הצבא (לרבות נגדיו וקציניו), והלאה... אכן הכרח לעוסק בעבירה של 'התנהגות שאינה הולמת' לפי חוק השיפוט הצבאי לנקוט מטבעות לשון דומים לאלה הנקוטים בחקיקת עם זה, בפסיקתו ובקומנטארים השונים.

כך ימצאו הביטויים "קלון הקצין בעיני הבריות", "פגיעה בכבוד הקצין", במעמדו, "התנהגות בלתי מוסרית" וכ"ל.

אלא שדומה שהמטרה אשר ביטויים אלה באים לשרת שונה מזו שנתעצבה לעבירה דומה בצבאות זרים. לא התנהגות המשמיטה את הבסיס מתחת לפני המעמד החברתי של הקצין אלא התנהגות הפוגעת בדמות הקצין (או הנגד) בהתייחס לשליחותו כמפקד".

ב. המבחנים לקיומה של "התנהגות שאינה הולמת"
 ניתן להצביע על שני מישורים של מסגרת כללית לבחינת טיב ההתנהגות:

1. "התנהגות פסולה במישור כללי."
 היינו התנהגות שיש בה דרגת פסול כה בולטת עד שהיא מכתימה, פוגעת בדמותו המוסרית ובעקרו של דבר ממיטה קלון על כל אדם. בנסיבות שבהן אחראי נגד או קצין להתנהגות כזו - לא זו בלבד שהיא מגלה קלונו אלא שגם, בד בבד, נפגעת שליחותו כמפקד כדמות מופת הצריכה לחנך בעצם הווייתה ובהליכותיה..."

2. "התנהגות המשמיטה את היסוד מתחת לפני סמכותו הפיקודית של הנגד או הקצין."

... לזו הבחינה, על פי מישור זה, מוסב אל השאלה מהי ההשלכה שיש להתנהגות על מעמדו של הנגד או הקצין כמפקד או כבעל עמדה (תפקיד) בצבא. שעה שהתנהגות חותרת תחת הסמכות הפיקודית או התפקודית היא מהווה "התנהגות שאינה הולמת". אך מובן הוא שבמישור זה של התנהגות ניתן להקנות תשיבות לנסיבות התרחשותה (כגון: ביצוע במדים, ביצוע בפומבי או ברשות הרבים, ביצוע בתוככי מחנה צבאי, ביצוע לנגד פקודים, ביצוע אגב תפקיד וכ"ל).

3. מן הכלל אל הפרט

א. "עבודה פרטית אינה 'מבזה' את הבריות ואינה 'בלתי הולמת' את המשרת בצבא. בודאי שאין בה פסול מוסרי כלשהו העלול להטיל סרה במבצע העבודה אם הוא נגד או קצין".

ב. ברם, האם מתקיים בנדון דנן המבחן השני שהוצב לעיל "האם השמיטו

המערערים, בהתנהגותם, את הבסיס מתחת לפני סמכותם הפיקודית?".
 ג. בנדון כאן, המדובר בהפרת משמעת שנמשכה שנים אחדות;
 ואכן "יש שהפרת משמעת רצופה תקנה מימד בוטה להתנהגות שהיא כשלעצמה איננה חותרת תחת אושיות סמכותו הפיקודית של מפקד... ברם, בענין דנן, הכל מסכימים כי התנהגות המערערים היתה פרי להצנ הכבד - ואולי הכבד מנשוא - של נסיבות שלא היתה להם שליטה עליהן.

הדבר היה לאורך כל השנים ויש בכך משום "איזוף" מסוים כלפי אלמנט ההמשכיות והרציפות שבהתנהגות וכלפי המנעות המערערים מפניה אל גורם מוסמך להתיר להם את עסוקם הפרטי".

ד. נמצא כי "הגם שייגיע כפיים שנעשתה תוך פגיעה ביראת הדין (פק' מסכ"ל) איננה ראויה לשבח גדול (ועל כן הורשעו המערערים והם אינם חולקים על כך, בעבירה לפי סעיף 133 לחש"צ), על כל פנים גנות כה גדולה עד כדי "התנהגות שאינה הולמת" - אין בה".

הערה:

בשולי הדברים יצוין כי הניתוח המשפטי כמצויין לעיל הוא פרי חוות דעתו של אחד משופטי המותב. השופטים האחרים ציינו בפסק דינם, כך: "דיינו בכך שהננו מצטרפים ללא סייג אל התוצאה שחברנו הגיע אליה לענין הנדון כאן".

טענת סיכון כפול

ע/65/87 טור' לחמי
נ' התובע הצבאי הראשי

רקע

המערער הועמד לדין בפני בית הדין הצבאי בעבירת העדר מן השרות שלא ברשות, לפי סעיף 94 לחש"צ.
טענת המערער היתה כי בגין אותה עבירה נשפט בפני מפקד הפלוגה, בהליך של דין משמעותי.
לפיכך, הגשת כתב אישום נגדו היא בבחינת העמדתו בפני "סיכון כפול".

פסיקת בית הדין הצבאי לערעורים

בדחתו את הטענה קבע ביה"ד לערעורים, כדלקמן:

- א. טענת "סיכון כפול" – אימתני?
"... טענת 'סיכון כפול' קיימת אך ורק כאשר הדיון הראשון התקיים בפני רשות המוסמכת לשפוט באותו ענין.
באין סמכות שפיטה, אלא התחזות או התיימרות לשפוט ואפילו היא באה מאמונה כנה ובתום לב, הפסק בטל מעקרו ואין ולא היתה 'סכנת הרשעה'.
השווה: ע"פ 250/77 מדינת ישראל נ' קרישינסקי פ"ד לב(1) 94, 96-97: ע"פ 146/51 נואסר נ' היועמ"ש, פ"ד 3081; ע/70/73, ע/13/76.
- ב. בחינת קיומה של סמכות שיפוט בידי המ"פ במקרה הקונקרטי.
 1. סמכות פרסונלית
לאחר בחינת סעיף 139 לחש"צ, הפ"ע 5.0304 (שענינה "נפקדים ועריקים – שירות סדיר ושירות מילואים – נוהל חיפוש דיווח והצבה") הגיע ביה"ד למסקנה, כי המערער לא נמנה במועד הרלבנטי על יחידתו של המ"פ, אשר "ידך" אותו ב"הליך" המשמעותי.
לפיכך לא היתה למפקד הפלוגה סמכות לדון את המערער.
 2. סמכות לדון בעבירה
לאחר בחינת הפ"ע 5.0315 (הקובעת "סייגים לסמכויות שיפוט") מגיע בית הדין למסקנה כי "אין סמכות שפיטה של עריק אלא בידי ב"ד או קש"ב שפרקליט צבאי הורה לשפטו בפניו בדמ"ש".
נמצא, כי "ההליך" שהתקיים בפני המ"פ נעדר כל נפקות משפטית: "הפסק בטל מעקרו והמערער לא היה בכל סכנת הרשעה וענישה".
– הערעור נדחה.

פינת התעבורה

עבירת

אי שמירת רווח,

לפי תקנה 49

לתקנות התעבורה

ע"ת/143/86 סא"ל משה
נ' התובע הצבאי הראשי

העובדות

המערער נהג את רכבו בשיירה, במהירות נסיעה של כ-50 קמ"ש, במקום בו מהירות הנסיעה המירבית המותרת היא 70 קמ"ש.
אחד מנהגי כלי הרכב שנעו בשיירה בלם רכבו, רכב שני שנסע בעקבותיו פגע בו מאחור. רכב שלישי פגע ברכב השני; ואילו המערער, שנהג רכבו בעקבות הרכב השלישי, פגע בחלקו האחורי של רכב זה.

בהודעתו במשטרה הצבאית ציין המערער כדלקמן:

"... נסעתי במהירות של כ- 50 קמ"ש... לפתע דאיתי כי הרכב שנסע לפני שהיה רכב אזרחי... עצר פתאומית, לא הספקתי לעצור למרות שבלמתי ופגעתי בו מאחור. לאחר מכן התברר, כי מדובר בתאונת שרשרת בה מעורבים עוד שני כלי רכב אזרחיים..."

יצויין, כי בעת התאונה, התנהלה בכביש שיירה ארוכה של כלירכב ובתנועה צפופה.

טענות ההגנה

בפני ביה"ד טענה הסניגוריה כדלקמן:

1. אין להחיל את הוראת תקנה 49 לתקנות התעבורה על המקרה הנדון מאחר ומדובר ב"תאונת שרשרת" בה מעורבים מספר כלי רכב. לתאונה מעין זו אין הנהג צריך לצפות, על - פי לשונה והגיונה של תקנה זו.
2. לא הוכח כי המערער לא שמר על ריווח מספיק בין רכבו לרכב שלפניו והתביעה לא עמדה בנטל ההוכחה הרובץ עליה כנדרש במשפט פלילי לענין הוכחת יסוד זה של העבירה.
3. בנסיבות המקרה יש לראות את התאונה כבלתי נמנעת.
- את טעוניה תמכה הסניגוריה בעדותו של עד מומחה, אשר בהתבסס על חישובים שונים, הגיע למסקנה כי בתנועה בשיירה, משנתקל רכב מס. 2 ברכב מס. 1 ופוגע בו - לא עומד לרשות רכב מס. 3 מלוא "מרחק העצירה" המקובל. בהתאמה, משנתקל רכב מס. 4 ברכב מס. 3, מתקצר עוד יותר "מרחק העצירה".

קביעת הערכאה הראשונה

ביה"ד קמא הרשיע את המערער בעבירה לפי תקנה 49 לתקנות התעבורה, בציינו כדלהלן:

א. הוראת תקנה 49 לתקנות התעבורה מחייבת את הנהג לנהוג רכבו במרחק כזה מהרכב שלפניו - כך שיוכל לבלום את רכבו במועד; וימנע התנגשות ברכב שלפניו גם כאשר רכב זה בולם באופן פיתאומי.

- ב. על-מנת למלא אחר החובות שמטילה התקנה, על הנהג לשמור על רווח בין דרכו לרכב שלפניו.
- במסגרת "שמירת המרחק" על הנהג ליתן דעתו גם לאפשרות שהרכב שלפניו לא ישמור על מרחק מספיק, יגרום לתאונת שרשרת ובכך יפחית ויקצר עוד יותר את מרחק העצירה.
- ג. בתאונות שרשרת אין לראות ארוע נדיר ובלתי צפוי, במיוחד משהמדובר בנסיעה בשיירה בשעת עומס ובתנועה צפופה.
- ד. נסיבות התאונה מצביעות על כך שהמערער לא שמר על מרחק מספיק בינו ובין הרכב שלפניו; ולפיכך אחראי הוא לתאונה ולתוצאותיה.

קביעת בית הדין הצבאי לערעורים

בהדרשה לערעור הסנגוריה, ובקבלה את טיעוני התביעה קבעה ערכאת הערעור כדלהלן:

1. "... שני הצדדים מסכימים לכך שאין לראות בעבירה של אי שמירת רווח, לפי תקנה 49 לתקנות התעבורה, עבירה אבסולוטית. היינו הכל מסכימים כי בעבירה זו מצוי יסוד של חוסר זהירות...".
2. "תקנה 49 מטילה חובה על אדם הנוהג רכבו בעקבות רכב אחר לשמור על רווח שיאפשר לו לעצור רכבו בכל עת ולמנוע תאונה.
- בצידה של חובה זו מפורטים מספר גורמים ונתונים שעל נהג... להתחשב בהם ואלה הם: מהירות הנסיעה של שני כלי הרכב. מצב הדרך ומצב הראות והתנועה שבדרך."
3. "דעתנו היא, כי הגורם של מהירות הנסיעה של שני כלי הרכב, יתכן והוא אמנם מצטמצם ומתייחס באופן ישיר לרכב הראשון ולזה הנוסע בעקבותיו, אך הגורמים הנוספים כמו מצב הדרך, הראות והתנועה בדרך מתייחסים לנתונים נוספים שהנהג צריך וחייב להתחשב בהם כדי לקבוע את מרחק הנסיעה מהרכב שלפניו על-מנת שיוכל לעמוד בחובה של עצירת רכבו בכל עת כדי למנוע תאונה."
4. "התקנה מחייבת את הנהג לנהוג רכבו במרחק כזה מהרכב שלפניו כך שיהא סימק בידו לעצור את רכבו בכל עת... ואין להוציא מכלל זה את האפשרות שהרכב שנוע לפניו יעצור לפתע... בשל התנגשות ברכב אחר שלפניו, היינו סיבות הנובעות, בין היתר, ממצב התנועה בדרך."
5. " אין בדינו... לקבל... הטענה... 'לפיה תאונת שרשרת'... הינה אירוע נדיר ובלתי צפוי, אירוע שנהג סביר לא יכול או לא צריך לצפותו, אלא שכל מקרה יבדק ויבחן על-פי עובדותיו ונסיבותיו הקונקרטיים, כפי שגם אנו נבדוק את הנסיבות והעובדות של המקרה בנדון."
6. "אשר לטענה שבשל תאונת השרשרת לא עמד לרשותו של הנהג הפוגע זמן ומרחק מספיקים כדי למנוע התנגשות עם הרכב שנסע לפניו אף אם שמר על מרחק נכון וסביר -

- הסנגוריה יוצאת כנראה מההנחה, שנהג של רכב המעורב ב'תאונת שרשרת' ושרכבו אינו נכלל בין המכוניות הראשונות באותה 'שרשרת' יכול וחייב להגיב, לצורך מניעת ההתקלות ברכב שלפניו, דק מאותו רגע בו מתחיל אותו רכב המצוי לפניו בבלימת חרום ונתקל במכונית הקודמת לו בשרשרת, ולא היא.
- נהג, ששדה הראיה שלו במסלול התקדמותו הינו פתוח, יכול בדרך כלל להבחין בתאונת השרשרת מתחילתה, ובאפשרותו ומחובתו לנקוט אז מיד בפעולת מנוע מתאימה מתוך צפיות כי תאונת שרשרת עלולה להתהוות.
- הזמן והמרחק העומדים לרשותו במקרה כזה על-מנת למנוע את ההתקלות ברכב שלפניו הינם איפוא ארוכים יותר מכפי שנטען."
7. "העובדה שהמדובר בתאונת שרשרת אמנם מהווה גורם רלוונטי בשיקוליו של בית המשפט, אך אין היא מראה באופן קונקלוסיבי על קרות תאונה בלתי נמנעת. גם לגבי תאונה כזו מצביעה עצם ההתקלות ברכב שלפניו לכאורה על נהיגה ללא שמירת מרחק מספיק מצד הנהג הפוגע ועליו להראות, שבהתחשב בכל הנסיבות של המקרה הספציפי אכן שמר על מרחק נאות וסביר ובכל זאת לא היה לאל ידו למנוע את התאונה.
- הוכחה כזאת, כאמור, לא הומצאה במקרה דנן".
- הערעור נדחה.

חידושי חקיקה

* מדור זה נערך ע"י ענף יעוץ וחקיקה.

חידוש בחקיקה:

נתקבל חוק לגיוס אמצעים ציוד ורכב לצה"ל

יכולים אנו להתברך בחידוש בחקיקת הביטחון. חוק רישום ציוד וגיוסו לצבא הגנה לישראל, התשמ"ז-1987 (להלן - החוק). אושר על ידי הכנסת, החוק נכנס לתוקפו ב-1 בנובמבר 1987.

עידן חדש בנושא גיוס ציוד ורכב

רישום ציוד וגיוסו היה מבוסס עוד משנת 1951 על תקנות שעת חירום, אשר זכו בשנת 1956 ללבוש משפטי בשם "תקנות שעת חירום (רישום ציוד וגיוסו) התשל"ז-1956" (להלן - תקנות). תקנות אלה הוארכו מדי תקופה על ידי חוק הארכת תוקף של הכנסת, ובמשך השנים בהתאם לצרכים המשתנים נעשה בהן שינוי באמצעות חקיקה ראשית. רק טבעי הוא שפריה של דרך חקיקה זו, כאשר חוק מולבש על תקנות, טלאי על גבי טלאי, הוא תוצר המתקבל במהלך השנים, שאינו נקי מפגמים. במיוחד סובל הוא מסרבול לשוני או הסדרים ישנים שאבד עליהם הכלת.

ואכן כבר לפני שנתיים הוחל בענף יעוץ וחקיקה במלאכת הכנתו של חוק חדש. הנוסח עבר שינויים ותוספות, בעקבות דיונים שנתקיימו במשרד הביטחון במיוחד לגבי פרק התשלומים והפיצויים (פרק ג'), והוכן לקריאה ראשונה. מלאכת ההכנה היסודית שנעשתה בצבא ובמערכת הביטחון, תרמה ליצירת הסדר חקיקתי ראוי, אולם גם בו נעשו שינויים לא מעטים במהלך הכנתו לקריאה שניה ושלישית, בוועדת החוץ והביטחון של הכנסת. אכן לפנינו מלאכת חקיקה סופית אשר אפשר להתברך בה. ברשימה זו ניחד מקום לכמה הסדרים שיש בהם משום חידוש או שינוי לעומת המצב הקיים.

הגדרת מושגים חדשה

לסעיף ההגדרות בחוק יש ליחס נפקות רבה. בהגדרות טובות יש כדי לתרום לפישוט הניסוח בחוק גופו ולבהירותו של החוק. אכן נעשה בסעיף ההגדרות רבות להשגתה של מטרה זו.

"בעל ציוד", למשל, שהגדרתו בתקנות היתה מורחבת ומסורבלת, זכה להגדרה ממצה: "בעל ציוד" - לרבות מי שיש לו חזקה או שליטה בציוד". הגדרה זו משיגה את תכליתו של החוק - תחולה מיידית כלפי המחזיק בפועל, לצורך מילוי החובות על פי החוק.

בחוק אוחדו וצומצמו מספר הגדרות המתייחסות לסוגים של ציוד. במיוחד יש לשים לב אל הגדרת המונח "מתקנים", הכולל מתקני חשמל, קשר, מחשבים, בתי מלאכה, מכונות ומנועים, כאשר התנאי לגיוסם על פי החוק הינו קיומו של צו

שר הביטחון לפי סעיף 8 לחוק לגבי הצורך בגיוסם. כן נציין את הגדרת המונח "ציוד רשום", שהינו ציוד שנרשם לפי סעיף 3(א) לחוק שעליו עוד ידובר בהמשך.

ציוד רשום

המחוקק העניק לצבא באמצעות פוקד (בעל תפקיד שמתמנה על ידי שר הביטחון לענין החוק) סמכות רחבה ביותר לענין רישום ציוד והצבתו ליחידות הצבא השונות. רישום הציוד נכנס לתוקפו מיום שנשלחה הודעה לבעליו, כאשר אופן ביצוע הרישום ייקבע בתקנות. ראוי לציין ולהדגיש כי לאקט רישום הציוד חשיבות מהותית: רק ציוד שהצבא החליט לרושמו ניתן לגיוס בשעת רגיעה. על פי סעיף 7 לחוק, ציוד שלא נרשם (וכמובן ציוד רשום כאמור) ניתן לגיוס בשעת חירום בלבד, שעה שעומד בתוקפו צו שר הביטחון המכריז על הצורך בגיוס הציוד. סדרי הרישום, אותם יסודות חיוניים לשמירת הקשר בין בעל הציוד ובין יחידתו היו עד כה קבועים. בתקנות (מעין חקיקה ראשית). בחוק החדש מופיעים רק הסדרים ראשוניים, כאשר נורמות שהיבטן טכני שאינן נוגעות לעצם הסמכות יופיעו בחקיקת משנה.

ראוי לציין עוד כי לעובדת היות הציוד רשום ישנה נפקות לענין אפשרות הוצאתו לח"ל. בעוד שהוצאתו לח"ל של ציוד רשום טעונה רישיון מאת פוקד. ציוד שלא נרשם כאמור ניתן להוצאה לח"ל בכל דגע ללא רישיון, זולת אם הוצא לגביו צו לפי סעיף 8 לחוק (שעת חירום).

החוק קבע קטגוריה כי בתקופת רגיעה על פוקד להעניק רישיון כאמור תוך תקופה של 15 יום מיום קבלת הבקשה. יצוין כי שר הביטחון מוסמך לקבוע, תוך מתן הודעה לועדת החוץ והביטחון, שציוד נחוץ לצבא מטעמים של כוננות בטחונית, וזא אפשר שלא להעניק רישיון להוצאת הציוד לח"ל.

גיוס הציוד ברגיעה ובחירום

לראשונה נקבעו בחוק המטרות שעבורן ניתן, באישורו פוקד, לגייס ציוד: לצרכי תרגיל, כוננות ואימון, גיוס הציוד למטרות כמו פעילות מבצעית, או מטרות אחרות שלא צוינו לעיל, טעון אישור של שר הביטחון. צמצום כאמור במטרות הגיוס השליך גם על ההסדרים שנעשו בכל הכרוך בתקופות שהותרו לצבא בחוק להחזיק בציוד מגויס: בתקופות רגיעה לא יוחזק ציוד לתקופה העולה על 14 יום. ניתן להאריך תקופה זו עד 35 ימים בשנה באישור שר הביטחון, או על ידי מי שיוסמך על ידו לכך.

לשם יצירת אפשרות לגיוס ציוד בשעת חירום, על שר הביטחון להכריז בצו על הצורך בגיוס הציוד כולו או מקצתו, הצו טעון אישורה של ועדת החוץ והביטחון של הכנסת. בהעדר אישור כזה הוא יפקע תוך 14 יום ממועד הנתנו. מתן צו כאמור יוצר "תשתית משפטית" שמכוחה יונק מפקד מוסמך סמכות לגייס ציוד רשום ושאינו רשום ולרבות מחקנים, לכל תקופה שתידרש, כל עוד הצו עומד עדיין בתוקף. רצוי לציין כי גיוס מתקנים עלול להעמיד את הצבא בפני קושי מעשי

להעביר את המתקן ממקום הימצאו על משישרת את מטרותיו של הצבא (מוסכים, תחנות כח), ועל כן ניתנה בחוק סמכות מיוחדת לפוקד להורות על גיוס הציוד במקום הימצאו. ולצורך זה הוא או מי מטעמו, מוסמך להיכנס למקרקעין שבהם מצוי הציוד ולהפעיל ציוד זה.

תשלומים ופיצויים – ההגנות כלפי בעל ציוד

גיוס הציוד קוטע למעשה את שרשרת ההנאה מרכושו של האדם. הואיל ומדובר בציוד, אשר בד"כ ניתן להפיק ממנו רווח כספי, והוא אף משמש לעיתים כמקום פרנסה יחיד. מאחר שצה"ל מגייס ציוד שלו תכונות כלכליות כאמור. מתעורר צורך לאזן בחקיקה בין צרכים בטחוניים לגיטימיים להשתמש בציוד כחלק בלתי נפרד ממערך הלחימה או הלוגיסטיקה של צה"ל לבין הצורך ליתן לבעל הציוד פיצוי הולם בגין גיוס ציודו.

בעל הציוד זכאי למספר סוגי פיצוי: – החזר הוצאות שעמד בהן בגין הבאת הציוד לרשות הצבא, ולצורך שחרורו עם תום הגיוס (בד"כ הוצאות הדלק ושירותי גרירה); פיצוי בגין התקופה בה הוחזק הציוד על ידי הצבא, המכונה בחוק – דמי שימוש; וכן פיצוי בגין אובדן הציוד או נזק שנגרם לציוד גופו במהלך הגיוס. לראשונה נקבע בחוק, כי כאשר באים לקבוע את דמי השימוש (דבר שנעשה באמצעות צווים על פי חוק הפיקוח על מצרכים ושירותים) מן הדין להתחשב בעקרונות כלכליים, שיעקרום תשוואה הוגנת על ההון. תוך התחשבות במכלול הנסיבות הקשורות לגיוס הציוד ולשימוש בו.

בחוק נקבעה חובה סטטוטורית המוטלת על המדינה לשלם דמי שימוש תוך פרק זמן מוגדר – חודש מיום שחרור הציוד. כאשר מוכרת חובה זו על המדינה לשלם הפרשי הצמדה וריבית החל מאותו מועד ועד יום התשלום בפועל, לפי חוק פסיקת ריבית והפרשי הצמדה. תשכ"א-1961. זכות נוספת מוקנית בגין אובדן הציוד או נזק שנגרם לו הואיל וקנית רכב או ציוד חליפי אחר, או תיקונם, הינה פעולה אשר לוקחת מעצם טיבה זמן, נקבע כי במקרה של אובדן, או נזק מוחלט. ישולמו דמי שימוש שלושה ימים נוספים לאחר המועד שבו שולמו פיצויים. או פרק הזמן שנקבע כדרוש בנסיבות הענין לתיקונו של הציוד מהסוג שניזוק. ראוי לציין כי בהתאם לעיקריו של החוק שעור הפיצוי נקבע בהתאם למצבו של הציוד ערב גיוסו, בהתחשב בערכו של ציוד דוגמתו במועד ביצוע התשלום, וזאת על מנת ליתן ביטוי הולם לתנודות השוק. נדגיש, כי גם בנסיבות פיצוי כאמור נקבעה חובת תשלום תוך חודש ממועד הערכת השמאי, או תוך חודשיים, בנסיבות של גיוס בהיקף מלא.

נקבעה הנוראה מיוחדת בחוק, לפיה סכום הפיצויים שאינו שנוי במחלוקת ישולם תוך שלושים ימים מיום שחרור הציוד או תוך שישים יום, בנסיבות של גיוס בהיקף רחב.

לענין זהותו של מקבל התשלום, החוק החדש קובע כי הוא יבוצע לידי מי שהוא הבעל הרשום של הציוד לפי הפרטים שנמסרו לשלטונות הצבא. רק אם הרישום

הצעה לתיקון תש"צ לפי חוק סדר הדין הפלילי

לאחר בחינת הנושאים הנכללים בהצעת חוק סדר הדין הפלילי (תיקונים שונים), חתש"מ"ז-1986 ולאור המגמה לקבוע בחש"צ הוראות זהות לאלה שבסדר הדין הפלילי הרגיל הצענו לישים מקצת התיקונים המוצעים, בחוק השיפוט הצבאי תש"ט"ו-1955, וזאת בשינויים המחוייבים מהמסגרת הצבאית.

זכות העצור להיפגש עם סניגור

כיום אין החש"צ מסדיר כלל נושא זה, מוצע, על כן, לעגן בחש"צ, בדומה להוראות חוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תש"מ"ב-1982 את זכותו של מי שנעצר לפי החש"צ להיפגש עם ע"ד, בכפוף לכך שהסניגור יהיה סניגור צבאי או עורך דין שאושר באישור בלתי מסוייג לשמש סניגור בבתי דין צבאיים.

על פי ההסדר הקבוע בחוק סדר הדין הפלילי, אותו הצענו ליישם בחש"צ, יאפשר האחראי על מקום המעצר פגישה עם סניגור בהקדם האפשרי. הפגישה תערך ביחידות, בתנאים המבטיחים סודיות השיחה, אולם באופן המאפשר פיקוח על התנהגות העצור.

כן תקבענה הוראות על פיהן ניתן לדחות את הפגישה עם סניגור לשעות ספורות לשם הבטחת הליכי החקירה ועד 48 שעות לשם שמירה על בטחון המדינה, על חיי אדם או לצורך סיכול פשע וזאת על פי החלטה מנומקת בכתב של קצין משטרה צבאית חוקרת בדרגת רבסרן ומעלה.

בדומה לתיקון המוצע כעת בחוק סדר הדין הפלילי יקבע כי מי שנפגעה זכותו להיפגש עם ע"ד יהיה רשאי לפנות בבקשה לפגישה עם סניגור לבית הדין הצבאי. על החלטת בית הדין בענין זה ניתן יהיה לערער לבית הדין הצבאי לערעורים.

זכות ערעור לבית הדין על סרוב לאפשר עיון והעתקה של חומר חקירה

בנושא זה הצענו להתאים את ההסדר הקבוע בסעיף 307 לחש"צ להוראות חוק סדר הדין הפלילי כך שיקבע כי הנאשם וסניגורו רשאים לעיין בכל זמן סביר בחומר חקירה שבידי התובע ולהעתיקו, למעט חומר שפרקליט צבאי אסר מטעמי ביטחון את העיון בו.

החידוש שבהצעת התיקון הוא במתן זכות ערעור לביה"ד במקרה של סירוב לאפשר עיון והעתקת חומר חקירה.

כדי למנוע גילוי של חומר חקירה כל עוד בית הדין לא ציוה על גילוי יובא חומר החקירה שבמחלוקת לעיון השופט בלבד. כן נקבע כי השופט חייב באישום רשאי להעביר הבקשה לדיון לפני שופט אחר וזאת אם הוא סבור שעיון בחומר החקירה טרם הבאתו בפניו בדרכי ההוכחה המקובלות יפגע בתקינות ההליך ובמעמדו כשופט בהליך הפלילי העיקרי.

הצה"לי הפנימי כאמור אינו קיים, ניתנת נפקות לרישום המתנהל על פי כל דין. קביעה זו היתה חיונית לנוכח הפער הקיים ברישום בבעלות האמיתית במשרד הרישום.

בחוק נקבע עקרון המכונה ייחוד העילה, לפיו לא תוענק לבעל ציוד עילת תביעה וזכות כלשהיא, אלא אם זו מופיעה בחוק. משמעות הדבר הינה כי בעל ציוד מגוייס לא יהיה זכאי לפיצוי או תשלום בשל נזקים עקיפים שנגרמו לו מפאת הגיוס וכן לא לתשלום בשל אובדן השתכרות ומגיעת רווח. בענין זה היו הסתייגויות מצד ארגונים כלכליים שונים שהופיעו בפני ועדת חוץ וביטחון והשמיעו עמדתם, אך לבסוף נקבע ההסדר האמור.

הארכת מועדים

חידוש נוסף ומשמעותי בחוק הוא הסדר הקובע הארכת מועדים. על פי הסדר זה יראו מועד הקבוע בתחזה לעשיית פעולה בציוד שגויס לפי חוק זה כאילו הוארך לתקופה שלא תעלה על תקופת הגיוס וזאת בתנאי שהחווה נכרת לפני שבעל הציוד קיבל את ההודעה על הגיוס ושבנסיבות הענין ניתן עדיין לבצע את הפעולה במועד הדחוי.

אמצעי זה של דחיית המועד לביצוע חיוב חוזי, הקבוע בחוק, נועד למנוע פגיעה כלכלית ועסקית בבעל ציוד שגויס ועקב הגיוס אינו יכול לעמוד בהתחייבות חוזית שנטל על עצמו.

אחריות דבר

עם חקיקת החוק החדש בטלו תקנות שעת החירום שהיו המקור החוקי לגיוס ציוד ורכב. תחום חיים חשוב זה, שאינו מיוחד לשעת החירום, הוסדר לפי עקרונות חוק בן קימא ומודרני.

מרשות הצבא, הוצאת נשק מרשות הצבא, שימוש ברכוש צבאי שלא למטרות הצבא ואי שמירתו של רכוש צבאי.

תיקון נוסף התקבל בנושא הסמכות להטיל עונש על תנאי. בשל עבירה נוספת שנעברה תוך התקופה בה עומד כנגד הנאשם עונש על תנאי.

על פי סעיף 32 לחש"צ בית הדין אינו רשאי להטיל עונש על תנאי בשל עבירה נוספת שנעברה במסגרת התנאי. לעומת זאת, ההוראה המקבילה בסעיף 54 לחוק העונשין, התשל"ז-1977, מאפשרת לבית המשפט להטיל בשל העבירה הנוספת עונש שחלקו על תנאי מעתה תוענק סמכות זו גם לבית דין צבאי ולקצין שיפוט. עוד נקבע כי במקרה בו תלוי ועומד כנגד הנאשם עונש מחבוש על תנאי בלבד, רשאי יהיה בית הדין להטיל עליו בשל העבירה הנוספת עונש מאסר שכולו או חלקו על תנאי.

ולבסוף בסעיף 497 לחש"צ, שעניינו גביית קנסות או פיצויים שנתחייב בהם אדם לטובת צה"ל, מוסדרים אופן התשלום ודרכי הגביה אולם אין בו כל הסדר לגבי קנסות או פיצויים שלא שולמו במועד. עתה יתוקן החש"צ בהתאם לעקרונות הקבועים בחוק העונשין ויוספו בו הסדרים הקובעים תשלום ריבית פיגורים ביחס לקנסות ופיצויים שנפסקו ולא שולמו במועד.

הכללת תוספת הדריכות המבצעית בפנסיה

במרכזו של הדיון בע"ש 1/86 רוטשטיין ואח' נ' הממונה על תשלום הגימלאות בצה"ל עמדה שאלת הכללתו של רכיב שכר הנקרא "תוספת דריכות מבצעית" (להלן - תד"מ) במשכורת הקובעת המשמשת בסיס לחישוב הפנסיה.

הוראות החוק

כידוע, הבסיס לחישוב הגימלה הינו "משכורתו הקובעת" של הגימלאי הנוגע בדבר. משכורת קובעת משמעה - "המשכורת לרבות התוספות הקבועות, המגיעה..." (סעיף 5 לחוק שירות הקבע בצה"ל (גימלאות) (נוסח משולב), התשמ"ה-1985 (להלן - חוק הגימלאות). "תוספת קבועה" משמעה - "תוספת המשתלמת על משכורתו היסודית של חייל, שהממשלה הכירה בה כתוספת קבועה לענין חוק זה או לפיר" (סעיף 5 לחוק הגימלאות).

מהוראות החוק דלעיל עולה כי המחוקק הבחין בשכרו של איש הקבע בשלושה רכיבים:

1. משכורת יסודית
 2. תוספות קבועות כמשמען בחוק הגימלאות היינו תוספות שהוכרו על ידי הממשלה.
 3. תוספות שאינן תוספות קבועות.
- ב"משכורת הקובעת" נכללים רק הרכיבים (1) ו- (2).
- בעניינו עשתה הממשלה שימוש בסמכותה והחליטה להכיר בשני שלישים בלבד

הפסקת הליכים מקום בו לא ניתן לאתר את הנאשם מוצע לקבוע הסדר חדש על פיו ניתן יהיה להפסיק את החליף המשפטי מקום שהוכח כי לא ניתן להביא את הנאשם להמשך משפטו. משאותר הנאשם יחודשו ההליכים וניתן יהיה להמשיך במשפט מן השלב אליו הגיע טרם ההפסקה. כן יקבע כי תקופת הפסקת ההליכים לא תובא בחשבון לענין חישוב תקופת ההתיישנות.

סוף דבר

הצעתנו הוגשה למשרד המשפטים

תיקון לחוק השיפוט הצבאי: שינוי הליכי בדיקה וחקירה בצבא

תיקון מספר 19 לחוק השיפוט הצבאי, התשמ"ז-1987 אשר נועד לתקן מספר ליקויים בחש"צ אושר ע"י הכנסת בקריאה שניה ושלישית והיה לחוק. על פי התיקון לחוק יבוטלו סעיפים 262 עד 265 לחוק ובכך תותאמנה הוראות החש"צ שעניינן חקירה בידי קצין בודק להסדרים הנוהגים בחקירה של משטרת ישראל.

ההוראות הקבועות כיום בסעיף 261(ב) עד 265 לחש"צ מאפשרות לנאשם בכל שלב של הבדיקה לקבל מידע מלא על העדויות שנגבו נגדו ולחקור העדים כבר בשלב זה בחקירה נגדית.

הוראות אלה מקשות מאוד על הליכי הבדיקה והחקירה ואין להן אה ורע בהליך המקביל בתחום המשפט הפלילי - החקירה המשטרית. בית המשפט העליון כבר העיר כי הקניית הזכויות הנדונות לנבדק עלולה לסכל את מהלך הבדיקה, ואכן בשנים האחרונות ארע שחקירות הופרעו ושובשו בשל ההוראות האמורות.

עוד כולל החוק תיקונים בעבירות העוסקות בהוצאת רכוש מרשות הצבא. בסעיף 77 לחש"צ מצויות ארבע עבירות שונות, להן נקבעו רמות ענישה שונות, המאובחנות זו מזו על פי ערך הרכוש שהוצא ועל יסוד המבחן אם הנאשם היה "מופקד" על שמירתו של הרכוש.

נציין כי טרם התיקון לחוק שימש יסוד ה"מופקדות" כקריטריון לחומרת העונש. בעבירות של הוצאת רכוש נקבעו שתי רמות ענישה: האחת לגבי הוצאת רכוש והחמורה יותר לגבי הוצאת רכוש שהחיל היה מופקד עליו.

קיים קושי להוכיח את היסוד של "מופקדות" בשל ההוראות המיוחדות לענין קבלת רכוש צבאי והאחריות עליו. לפיכך הושמט מעבירות אלה יסוד המופקדות ודי יהיה באבחנה של ערך הרכוש בסכומים המבוססים על שיעורי שכר יסוד חודשי של טוראי בשירות חובה.

עם ביטול יסוד המופקדות בעבירות אלה נקבעו להן העונשים המירביים שהיו קבועים בעבר, דהיינו תוחמד דרגת העונש בעבירות שעניינן הוצאת רכוש

אף נפסק, כי "תשלומים אלו מעבר לתחום שעות העבודה הרגילות אינם חדלים להיות "תוספות" בשל היותם חלק של סידור עבודה קבוע הנובע מאופי השירות". (פס"ד מגיד הנ"ל שדן בעובד השירות המטרולוגי, שם בע' 389 א-2).

כלל זה נוהג גם במערכת הפנסיה שאינה תקציבית אלא מבוססת על קרנות. עמדת הפסיקה כפי שבוטאה בשורת פסקי דין הינה כי העבודה שמדובר בתשלום כולל, המשולם ללא דיווח, אינה שוללת מגיה וביה את היותו תוספת. כך, נפסק כי תשלומים שונים יחשבו כתוספת אף על פי ששולמו באופן גלובלי, אחיד, וללא דיווח; דב"ע ל"ט/5-7 פינק'הממונה, פד"ע י 313; דב"ע ל"ט/56-3 רשות הנמלים-מיקא פד"ע יא 44; חב"ע (ת"א) לא/7-34 עידך-הממונה (לא פורסם).

אי ניכר התשלום בגין ימי העדרות אף הוא אינו מונע את הכרתו כתוספת (ראה פס"ד מגיד הנ"ל).

צא ולמד, כי אין לראות בדרך שבה מחושבת התוספת וכן בקיומה או בהעדרה של חובת דיווח כתנאי לתשלום את חזות הכל. מהותו של התשלום תיקבע בסופו של דבר על פי המבחן שנקבע בפסיקה והוא האם מדובר בתשלום הניתן בהתקיים גורם מיוחד אם לאו.

ביטוי ברור לגישה זו ניתן למצוא בדב"ע מד/11-3 שידלו - רשות הנמלים, פד"ע טו 305. כאן שולמה למערער תוספת בגין עבודה בשעות נוספות שלא על פי דיווח אלא על יסוד מיחשוב ממוצע של תוספת כלל העובדים במקצועו - נתבים. יסוד הדיווח נעדר מן התשלום לנוכח קשיים מעשיים בישומן. אומר איפוא בית הדין:

"העובדה שהתוספת שולמה למערער לאחר שעברה תהליך של מיחשוב ממוצע של תוספת כלל הנתבים, לא שינתה את אופיו ומהותו של התשלום ולא הפכה אותו לרכיב פיקטיבי שיש לראותו כממוזג ונבלע במשכורת היסודית" (שם בעמ' 308).

יודגש, כי התוספת האמורה אינה משתלמת לכל המשרתים בצבא הקבע. אין זו אלא תוספת אחת מיני שורת תוספות הנהוגות בצבא: תוספת פעילות רמה א' ב' או ג'. תוספת טיסה פעילה, תוספת צניחה פעילה, תוספת צלילה לצוות צוללות, תוספת צלילה לצוללנים, תוספת פעילות מכונאי מוטס, פקח העמסה, בקר דיה ותוספות ותק פעילות. המשרתים בצבא הקבע המקבלים תוספת זו או אחרת מבין אלו שנימנו לעיל, אינם מקבלים את התד"מ. גם המוצבים בד"מ ו אינם מזוכים בתוספת. לו היתה התד"מ חלק אנטגרלי של השכר כטענת המערער ברור היה כי היתה צריכה להשתלם לכל. את טענותיו סמך הממונה על פסיקה קודמת שנדרשה במישרין לשאלות הנדונות.

כך בפס"ד ביטמן הנוכר, אשר כאמור משמש עד עצם היום הזה כהלכה המנחה, אומר בית הדין:

"בית הדין לא משוכנע, כי חלוקת הסכום המשתלם כ"תוספת" לשני רכיבים,

מן התד"מ כ"תוספת קבועה" (פ"פ 2213, תשל"ו, ע' 1640) (להלן - החלטת הממשלה). כפועל יוצא מכך נוהג הממונה על הגימלאות לכלול רק את שני השלישים הללו בגדר ה"משכורת הקובעת".

השאלה שבמחלוקת

טענתנו היתה כי מדובר ב"תוספת לשכר" ועל כן היא נכללת ב"משכורת הקובעת" באותה מידה שהממשלה קבעה זאת. לעומתנו טען ב"כ המערער כי אין מדובר בתוספת כי אם בחלק בלתי נפרד מן השכר הנכלל ממילא המשכורת הקובעת ולפיכך אין כל נפקות להחלטת הממשלה בנושא.

מהי תוספת - מבחן הפסיקה

בפסק דינו המנחה של ביה"ד הארצי לעבודה דב"ע לב/3-7 מדינת ישראל - ביטמן (פד"ע ה' 421) נאמר כלהלן בשאלה מהי תוספת:

"תוספות" הן סכומים "המשתלמים רק בהתקיים הנחות מסויימות. התוספות מאפשרות התאמת השכר אשר לכל, לנסיבות המיוחדות של מקרה מיוחד ועל ידי כך מהוות הן משקל שכנגד. להסדר הכוללני מדי בהסכמי שכר קיבוציים. התוספות משמשות מטרת שונות: הן יכולות להינתן בעד עבודה מיוחדת - כשהמיוחד הוא בטיב או בהיקף ... הן יכולות להינתן בעד קשיים מיוחדים בעבודה, עבודה במנוחה השבועית, עבודת לילה... בעד עבודה מסוכנת... הן יכולות להינתן בהקשר לוותק בעבודה או למצב משפחתי ומספר ילדים (שכר סוציאלי)... והן יכולות להינתן כפיצוי של יוקר" (HUZECK-NIPPERDEY, PP) 279-281.

המשותף לכל אלה הוא שהתשלום מותנה בתנאי או בגורם מיוחד, ותלוי בכך שמי שבו מדובר, מתקיים בו אותו תנאי או גורם". (ההדגשות לא במקור). פס"ד ביטמן הנ"ל עודנו מהווה את ההלכה המנחה בסוגיה. (ראה דב"ע מב/11-3 שידלו - רשות הנמלים פד"ע ט', 305, 308).

עמדת הממונה על תשלום הגימלאות

טענתו הבסיסית של הממונה על תשלום הגימלאות היתה כי שליש התד"מ שלא הוכר בהחלטת הממשלה הינו תוספת בהיותו משולם עבור עבודה נוספת, היינו עבודה בשעות שמעבר לשעות הפעילות הרגילות. בשל אופיו ומהותו של הצבא לא ניתן לערוך רישום של שעות כאלו ועל כן נקבע תשלום גלובלי על יסוד הערכה של השעות הנוספות הממוצעות שבהן פועלים משרתי הקבע. הרקע לאותו תשלום נעוץ בגידול משמעותי שחל בהיקף הפעילות בצה"ל בעקבות מלחמת ששת הימים והמצב הביטחוני שנוצר לאחריה.

לענין זה טען הממונה כי הלכה פסוקה היא שהתמורה המשולמת בעד שעות נוספות אינה באה בגדר ה"משכורת הקובעת" ואינה נכללת בחישוב הפנסיה. ראה למשל: דב"ע לח' 7-2/ מגיד - הממונה על תשלום הגימלאות. פד"ע ט' 387.

מהלך הדיון בערעור

הצדדים הביאו עדים לתמיכה בעמדתם. מצד המערער העיד תא"ל (מיל') להב ששימש במועד הרלוונטי כרמ"ח פרט באכ"א ומטעם הממונה העיד מר ירמס ששימש אז הממונה על השכר באוצר. במהלך הדיון בערעור הגיע האוצר להסדר פשרה בתביעה דומה שהגישו עובדי משהב"ט המקבלים אף הם תוספת בעקבות צה"ל.

בעקבות זאת הוחלט גם בתביעה הגדונה להגיע להסדר מוסכם על דעת הממונה על השכר באוצר. על פי ההסדר, אשר ניתן לו תוקף של פט"ד, נקבע כי מעתה ואילך יוכר גם השליש הנוחר כחלק בלתי נפרד מהמשכורת הקובעת. אשר לעבר סוכם כי הסדר זה יחול רטרואקטיבית מ-31 מרץ 80. כלומר הגימלאים שפרשו בעבר יקבלו ממועד זה הפרשי קיצבה שוטפת, כשאלו משוערכים לפי ערכים ריאליים דהיום. עוד נקבע כי מי שפרש מ-31 מרץ 80 ואילך יזוכה בהפרשי היוון ומענק פרישה כשהפרשים אלו יהיו צמודים למדד.

הגנה על חיילי מילואים שפוטרו עקב שירותם

חוק חיילים משוחררים (החזרה לעבודה), תש"ט-1949 קובע, בין היתר, כי אסור למעביד לפטר את עובדו בשל שירות מילואים: ואם פטר אותו - הפיטורים בטלים (סעיף 41 לחוק).

את ההוכחה כי הפיטורין היו בשל שירות המילואים, על העובד להביא בפני ועדת התעסוקה, ורק אם שוכנעה בצדקת טענותיו, תקבע את בטלות הפיטורים. במהלך מלחמת "שלוש הגלילות" ולאחריה, הוכבד גם נטל שירות המילואים. בד בבד נוצרו קשיי תעסוקה כמשק בשל בעיות כלכלת המדינה. מצב זה הביא עובדים רבים בפני הודעות פיטורים כשהלקם קיבל הודעת פיטורים עת היו בעת שירות המילואים או סמוך לו.

עובדת היותם בשירות מילואים מנעה מאותם עובדים את האפשרות להתגונן בפני הפיטורים מיידית, בין בדרך של מאבק בתוך המפעל (דרך ועד העובדים, ההסתדרות וכו') ובין על ידי פניה לועדת התעסוקה ולנסות להוכיח כי פיטורו בשל שירות המילואים אליו נקראו או עומדים להיקרא. עולל נוסף נגדם לעובדים שפוטרם כאמור בכך שבין מועד ההודעה על פיטוריהם הצפויים ועד מועד הפיטורים, לא היה סיפק בידיהם - משום שירותם במילואים - להפיש מקום עבודה אחר.

ואחרון, ולא חביב, היות נטל הראיה בדבר חובת הפיטורים על העובד, הוותה עול שברוב המקרים לא היתה לו הצדקה משום שהידע האמיתי לכך נמצא באופן טבעי בידי המעביד - המפטר. מצב דברים זה עלול להביא את חייל המילואים הנ"ל להסחת דעתו משרותו ומתפקידו הצבאי.

כשאחד מהם הוא פיצוי על גורם משתנה "שעות נוספות", אינה מעוגנת בשיקולים אובייקטיביים ורלבנטיים. על כן אין בית הדין רואה פסול בכך שרק חלק מהתוספת הוכר כתוספת קבועה" (שם בעמ' 429).

כך גם בע"ש 170/76 טלמור נ' הממונה על תשלום הגימלאות בצה"ל. בית המשפט המחוזי אישר את החלטת ועדת הערעורים בענין וצטטו בהסכמה את החלטתה בה נאמר בין היתר:

"נראית לנו, איפוא, טענתו של המשיב, כי שליש תוספת הדריכות המבצעית באה לפצות את החייל על השעות הנוספות שאינן ניתנות למדידה לגבי חייל בשירות צבא הקבע. אין אנו רואים כל פסול בהחלטתה של הממשלה ואין לנו כל סמכות להתערב בשיקול דעתה של הממשלה שהוסמכה לכך בסעיף 10 לחוק". וראה גם תב"ע (ירושלים) לז/7-9 מרקוס-הממונה ודב"ע לט/6-7 הממונה-מרקוס (לא פורסמו) שם נדחתה תביעתו של סנ"צ מרקוס להכללת כל תוספת הדריכות המבצעית ב"משכורת הקובעת".

הממונה טען כי מאז ניתנו פסקי דין אלו (שאחרון בהם הינו מ-21 אוג' 1979) לא חל כל שינוי במהותו של התד"מ. גם בהלכה המשפטית לא חל כל שינוי. נמצא כי אין כל טעם עובדתי או משפטי המצדיק ססיה מן ההלכות המחייבות שצוטטו לעיל.

טענות המערער

לעומת זאת טען המערער. כי תוספת הדריכות המבצעית על אף שמה אינה אלא תוספת מוסוית לשכר. היא משולמת עבור עבודתו הרגילה של משרת הקבע ועם תשלומה לא חל כל שינוי בהיקף העבודה הרגילה אותה ביצע איש הקבע מימים ימימה. לטענתו אין התוספת מותנית בכל תנאי או גורם מיוחד ולראיה היא משולמת כמעט לכל המשרתים בצבא הקבע ללא כל בדיקה וללא כל הבדל אם הם עובדים מעבר לשעות העבודה הרגילות אם לאו. עוד טען המערער כי התוספות הנ"ל משולמת בצורת עט המשכורת הרגילה והיא מתעדכנת יחד עם המשכורת. לטענתו מלכתחילה לא נקבע השם תוספת דריכות מבצעית אלא כדי למנוע תביעות מצד סקטורים נוספים והנימוק של עבודה בשעות נוספות לא היווה אלא מס שפתיים שנועד לחסום תביעות כאלו. לגירסתו משמש נימוק זה ודומים לו בכל פעם שמבקש הצבא תוספת לשכר, ולכן מהווה תוספת הדריכות חלק בלתי נפרד מן השכר לכל דבר וענין.

המערער הסתמך בטענותיו על פסקי דין חדשים בהם נפסק כי שעות נוספות גלובליות מהוות חלק בלתי נפרד מן השכר. כך נדב"ע לז/96-3 עירית ר"ג - פנטטר (לא פורסם) נדונה תוספת מאמץ ששולמה לעובדי תברואה ונקנן בשל כך שהם נדרשים לבצע עבודתם בשעות לא רגילות. ונקבע כי זו בדיוק עבודתם הרגילה. בדומה טען המערער, כך גם עבודתם הרגילה של משרתי הקבע מחייבת אותם לפעילות בשעות בלתי מקובלות כדי שיעילות הביטחון תהא מירבית.

צו על תנאי

משום כל האמור לעיל העלינו הצעה לתיקון החוק בשלושה ענינים עיקריים:-
א. איסור פיטורין של עובד בעת היותו בשירות מילואים פעיל אלא בהיתר מפורש של ועדת התעסוקה. האיסור חל לגבי כל עובד (קבוע, זמני, ארעי) ואינו מבחין בעילת הפיטורים. מעסיק יוכל לפטר עובד רק אם ולאחר שהועדה תשתכנע כי אכן אין קשר בין שירות המילואים לפיטורים.

ב. במגין הימים שבין ההודעה על הפיטורים הצפויים לבין מועד הפיטורים גופן (ימי ההודעה המוקדמת), לא יילקחו בחשבון הימים בהם נמצא העובד בשמ"פ. התיקון יאפשר לעובד למצות את כל ימי ההודעה המוקדמת למטרה לה נועדו, קרי: לחפש מקום עבודה.

ג. נטל הראיה כי סיבת הפיטורים אינה נובעת מקריאה לשירות מילואים, יהא מוטל על המעסיק - המפטר. כל ספק יפעל, על כן, לטובת העובד - איש המילואים.

ההצעה עברה את כל שלבי החקיקה ונתקבלה כחוק.

* מדור זה נערך ע"י ענף הדין הבינלאומי.

הסמכות לנקוט באמצעי בטחון להגנה יושבי "בית הדסה", חברון

(בג"צ 72/86 זלום ואח' נ' המפקד הצבאי לאזור יהודה והשומרון (פד"י מ"א 1) 528).

במרכז חברון, על יד השוק הקמעונאי, מצוי מבנה הקרוי "בית הדסה". המבנה הנו רכוש יהודים אשר נטשוהו בעקבות מאורעות 1929 בחברון. חלקים מהמבנה, ובכלל זה החנויות המצויות בקומת הקרקע, (הפונות לרח' שלאילה), הושכרו במשך השנים לתושבי חברון - חלקם על" הממונה על רכוש האויב הירדני, (ובעקבותיו מאוחר יותר הממונה על הרכוש הממשלתי במנהל האזרחי באיר"ש), וחלקם על" הממונה הישראלי עצמו.

החל מאמצע שנות ה-70 התישבו בבנין מספר משפחות יהודיות. ישיבתן של משפחות אלו נתקפה בשעתו בעתירה לבג"צ. עתירה זו נדחתה ונקבע כי מתישבים אלו יושבים בנכס כדין על דעת ממשלת ישראל וכי העותרים לא הוכיחו כל זכות שלהם בנכס העומדת להם כנגד ישיבה זו. דברי העתירה הזו מפורטים בבג"צ 175/81 אלינאשה ואח' נ' שר הבטחון ואח' (פד"י ל"ה 3) 361.

לימים, בוצעה ליד המבנה התקפה רצחנית על" מספר מחבלים על קבוצת מתישבים ישראלים אשר היו בדרכם ל"בית הדסה". בהתקפה זו נהרגו ששה אנשים ונפצעו שבעה עשר. פרטי היסטורית הדמים הזו אף הם נזכרו בעתירה לבג"צ של אישים באיר"ש אשר גורשו מחוץ לאזור בעקבות רצח זה (בג"צ 320/80 קוואסמה ואח' נ' שר הבטחון ואח' (פד"י ל"ה 3) 113).

כעת הגיע ענינו של הבנין בפעם השלישית לדיון בפני בית המשפט. לפני כשנתיים שופץ הבנין והוקמו בו אחת עשרה דירות מגורים, בית כנסת ואכסניה לשימוש ישיבת ה"הסדר" שב"בית רומנ" הסמוך. בנסיבות הימים הללו התעורר חששם של גורמי צה"ל המופקדים על הבטחון באזור כי השיפוץ שבוצעו בבנין ואיכלוסו בכמות כה גדולה של תושבים עלולים להפוך את הבנין כיעד לפיגועים שונים. ביחוד היה חשש, על סמך ארועי השנים האחרונות בלבנון, כי החנויות בקומת המסד של "בית הדסה" תשמשנה לפיגועים כאמור.

נוכח חששות אלו ניסו רשויות צה"ל להגיע לפניו החנויות או למצער להביא להפיכתן למחסנים בהסכמת שוכריהן. משנכשלו נסיונות אלו הוחלט להקים גדר מול פתחי החנויות המצויות מתחת לבית. חיילים מוקמו משני עברי הגדר ותפקידם הוא לחפש על גופם ובכליהם של המבקשים להכנס לחנויות. החיילים עורכים חיפושים מעת לעת אף בחנויות עצמן.

שלושה, (מבין תשעה), משוכרי החנויות עתרו לבג"צ כנגד אמצעים אלו. השוכרים טענו כי אמצעים בטחוניים אלו הנם חלק ממסכת פעולות פרובוקטיביות ארוכה בשנים בה נוטלים חלק הן רשויות צה"ל והן המתישבים בבית הדסה שמגמתה למרר את חיי השוכרים, להטריד את לקוחותיהם ובכך לפגוע בפרנסתם, הכל במגמה להוציא את השוכרים מן החנויות.

טענה נוספת מטעם העותרים היתה העדר הסמכות לנקיטת הצעדים

רבותי ההסטוריה

תא"ל (מיל') צבי ענברי

שפורטו לעיל - בין מחמת העדר סמכות לפגוע ברכוש וברווחת תושבים מקומיים ערביים כדי לאפשר הקמת והבטחת התיישבות יהודית ובין מחמת אי סבירות אמצעים אלו ביחס לסכנות הצפויות.

העותרים טענו בעתירתם כי חיילי צה"ל העורכים את החיפוש מתעללים בהם ומשפילים אותם במעשי אלימות ובדברים. בעקבות תלונות אלו, (אשר נטענו מספר פעמים במהלך הדיון בעתירה), נפתחו הקירות מצ"ח.

פרקליט פיקוד דרום ומפח"ש מצא על סמך מימצאי החקירה כי אין ממש בתלונות העותרים. מסקנות הפרקליט הוגשו על ידינו לביהמ"ש העליון.

לביית המשפט הודע מטעמנו, באישור שהב"ט והרמטכ"ל, על נכונות המשיבים לחפש מקומות חליפיים בתברון בהם יוכלו העותרים לנהל את תנויותיהם וכן על הנכונות לפצות את העותרים בפיצוי כספי על הנזק שנגרם באבדן לקוחות.

בית המשפט מפי השופט א. ברק קבע כי אין כל יסוד שלא לקבל את עמדת המדינה לפיה השיקולים הבטחוניים ושיקולים אלו בלבד הם אשר הנחו את רשויות צה"ל בפעולתן. בית המשפט ביסס את מסקנתו זו גם על ההצעה מטעמנו להשאיר החנויות בחזקת העותרים תוך תשלום פיצויים.

בית המשפט קבע גם כי אמצעי הבטחון שנקטו היו כדין. "אין ספק כי סמכות פורמלית לנקוט באמצעים הדרושים להגנה על חיי המתיישבים בבית הדסה נתונה בידי המשיבים... סמכות זו רחבה ביותר והיא משתרעת על כל מי שמצוי באזור, בין אם הוא מתושביו הקבועים של האזור ובין אם הוא מתושביו החדשים" (ע' 532 לפה"ד). והשווה גם לבג"ץ 256/72 חברת החשמל למחוז ירושלים בע"מ ג' שר הבטחון ואח' פד"י כ"ז (1) 124, בע' 138, מול האותיות ו-ז, מפי השופט לנדוי (כתוארו דאז).

מלבד שאלת הסמכות לנקוט אמצעי בטחון עלתה גם שאלת סבירות האמצעים. המבתן אותו קובע השופט ברק הוא איזון בין האמצעים, בהתאמה לגודל הסכנה, תוך התחשבות בסיכויי התרחשותה. מובן כי "הבחירה בין האמצעים החוקיים נתונה למשיבים" (שם), הכל כמובן בכפוף להיות אמצעים אלו בתוך המתחם המוגבל ע"י השיקולים שנמנו לעיל. הואיל ר"הסכנה הנשקפת לשהים בבית הדסה היא גדולה ביותר ומגעת עד כדי סיכון חיי אדם. האמצעים שנקטו פוגעים אמנם בפרנסתם של העותרים אך בעיקרו של דבר זכויותיהם נשמרות, תוך שמובטח להם פיצוי על כל נזק שייגרם להם" מוצא השופט ברק כי האמצעים שנקטו היו כדין. לאור כל האמור לעיל נדחתה העתירה.

הצעת חוק השפוט הצבאי, תש"ט-1949

כללי

ביום 14.6.49 פורסמה הצעת חוק השפוט הצבאי, תש"ט-1949 שכללה 115 סעיפים ובאה להחליף את חוקת השפוט תש"ח. בדברי ההסבר להצעה נאמר כי היא "מבוססת בעיקרה על אלה מעקרונות חוקת השיפוט תש"ח שהשתרשו בצה"ל, על הנסיון השפוטי בצבאות בריטניה וארה"ב, עם אילו שינויים ברוח חוקי השפוט הנהוגים בצבאות של מדינות יבשת אירופה".

הצעת החוק הובאה לדיון בוועדה לעניני חוץ וביטחון ביום 4.7.49 עוד לפני הקריאה הראשונה במליאת הכנסת, והוועדה, בראשות זלמן אהרונוביץ [ארן] (מפא"י), קיימה חמש ישיבות לדיון בה.

ביום 2.8.49 הציג שר המשפטים פנחס רוזן את הצעת החוק בקריאה ראשונה בכנסת ובימים 10.8.49 ו- 15.8.49, נערך הדיון בה, בו השתתפו 16 ח"כים. בסיום הדיון הועברה הצעת החוק לוועדה משותפת של ועדת החוץ והביטחון וועדת החוקה.

הוועדה המשותפת הקימה ועדת משנה, בראשות ישראל בריהודה (מפ"ם) וזו החלה עבודתה ביום 10.1.50 וקיימה שש ישיבות. האחרונה בהן היתה ביום 19.2.50.

להפסקת עבודתה של הוועדה, לא מצאתי הסבר בכתובים. אהרון חטרישי, הפצ"ר דאז, סבור-כי התיקונים הדחופים שנעשו בחוקת השיפוט תש"ח ביום 28.11.49, הפכו את הצעת החוק החדשה ללא דחופה. לא נזקקנו יותר לחוק החדש, אומר חטרישי ולא ראינו כבר כתפקידנו לנסח חוק חדש.

הקדע לחוק והצורך בו

היועץ המשפטי לממשלה, יעקב שמשון שפירא, אשר הציג את הצעת החוק בפני הוועדה לעניני חוץ וביטחון ושר המשפטים רוזן שהציגה במליאת הכנסת, פתחו דבריהם בסקירה על חוקת השפוט תש"ח והסבירו מדוע יש צורך בהחלפתה. משונכנס המאבק על הקמת המדינה לשלב הסופי, כשתברי אירגון ההגנה התגייסו בחלקם הגדול גיוס מלא לשירות, ראתה ההגנה צורך חיוני בהתקנת חוקה להבטחת המשמעת ולמניעת עבריות. המשימה היתה קשה, כי המחוקק מוכרח היה להביא בחשבון שאירגון ההגנה היה במחתרת, והשפוט צריך היה להיעשות מאחורי דלתיים ובריה. אסור היה למחוקק להתעלם מן הקושי שבחוסר

האפשרות להשתמש באמצעי הענשה רגילים ומקובלים ביותר, ובעיקר במאסר לתקופה ארוכה.

משהוקם צה"ל, התברר חיש מהר שחוקת השפוט, שנוצרה בשביל אירגון בלתי סדיר, אינה מתאימה לצבא סדיר של מדינה. היו התלבטויות - סיפר היועמ"ש שפירא בוועדה - אם לתקן את החוקה או שמא, בשל הצורך בשינויים רבים כ"כ, מוטב לכתוב חוקת שפוט חדשה, פעולה שתדרוש זמן רב. הוחלט להכין חוקה חדשה ואם נקבל דעתם של המבקרים אותה, הוסיף ואמר, הרי גם זמן זה לא הספיק, כי חוקה זו רחוקה משלמות.

על הטוענים כך נמנה ח"כ יעקב קליבנוב (הציונים הכלליים). לדעתו, ההצעה היא בלתי מושלמת וקשה להבין מה החיפזון להביאה. חוקת השפוט אינה גרועה במידה כזו שצריך היה לעבד הצעה חדשה לגמרי. מוטב לתקן את החסרונות בחוקה הקיימת ואם באמת דרושה כ"כ חוקה חדשה, מוטב להשקיע בהכנתה אפילו שנה, כדי שתהייה משופרת דיה.

טענה מסוג אחר מעלה ח"כ זרח ורהפטיג (החזית הדתית המאוחדת), אשר סבור כי "זוהי הצעה רצינית העשויה לשמש חומר לדיון". לדעתו, היסוד הרע שבחוק הוא תביעת המשמעת המופרזת מהחייל בעוד שהעיקר הוא שהחייל יכיר ברגש הצדק, היושר והיחס השווה לכל.

על הביקורת שהושמעה כנגד מחברי החוקה הניב ח"כ יעקב גיל (הציונים הכלליים): "אני מסופק אם אפשר למצוא אדם מתאים יותר לחיבור חוק השפוט הצבאי, מאשר סגן אלוף חוסר ישי. הוא יודע חוק והוא גם איש צבא ותיק, יהודי טוב ואדם הגון". אלא שאף הוא סבור כי ההצעה מחקה יותר מדי את המשפט האנגלי.

למקטרגים על הצעת החוק בכללותה, השיב מאיר גרובסקי (ארגוב) (מפא"י): "פתאום נתברר כי חוקת תש"ח חוקה אידיאלית היא. ואני יודע שקטרגו עליה יומם ולילה, כולנו קטרגנו. אני חושב שחוקה זו המונחת לפנינו היא הצעה רצינית". אך גם הוא מודה שההצעה צריכה לעבור מסגרת רצינית ויש לערוך בה תיקונים רציניים.

ברוח דומה השיב שר המשפטים רוזן: "עד עכשיו שמענו תמיד שחוקת השפוט תש"ח היא לקוייה מאוד וצריך לתקן אותה. לי נדמה שהיא איננה יכולה לספק את דרישות הצבא הסדיר. זו חוקה שצמחה מקרקע המחתרת". רוזן גם הצביע על כך שמוצע חוק מתקדם, שלפי מיטב ידיעתו, אין כמעט דוגמתו בעולם, במה שנוגע לסעד הנתן לחייל העבריין.

הדיון במעדות הכנסת

כפי שהוזכר כבר, הובאה הצעת החוק לדיון בוועדה לעניני חוץ וביטחון ביום

(6) ואמנם בסופו של דבר עברו כ- 4 שנים עד שהוגשה הצעת חוק השפוט הצבאי שהתקבלה.

(7) עלי ח"כ ניר רפאלקס (מפ"ם).

(1) הצ"ח תש"ט, עמ' 81.

(2) שם, עמ' 113.

(3) דה"כ, כרך 2 עמ' 1237, 1309 ו-1342.

(4) בשיחתו ביום 26.4.87.

(5) פורסמו ביום 7.12.49 ב"ס"ח תש"י, עמ' 17.

4.7.49, עוד לפני הקדיאה הראשונה במליאת הכנסת, והוועדה בראשות זלמן אהרונוביץ [ארן] (מפא"י) קיימה חמש ישיבות לדין בה. ח"כ מנחם בגין (תנועת החרות) תמה מדוע מקדימים את הדין בוועדה לקדיאה הראשונה בכנסת והירד השיב כי הדבר נעשה כיוון שהוועדה טיפלה בחוקה הזו בזמנו ורוצים לא לאבד זמן ולהביא החוק לאישור הכנסת עוד בישיבת עונה זו.

את החוק הציג בוועדה היועמ"ש לממשלה, יעקב שמשון שפירא, והוא גם התייחס לדברי המשתתפים בדין. סא"ל אהרון חוטר-ישי, ראש השירות המשפטי השיב אף הוא לדברי המשתתפים בדין, וכן סיפר, בשפה ציורית, על מהותו של החוק הצבאי: החוק הצבאי בא להבטיח יעילות קרבית של הצבא. צריך גם להבטיח צדק לנשפט. זו סינסזה קשה להרכב. יש הבדל בין הענשה אזרח לבין הענשה בצבא. אם מישוה גנב שני שקי סוכר ולמחרת בבוקר 700 חיילים לא ישתו תה מתוק, זה שיחות והאשמות נגד המפקד וכו'.

גניבת תחמושת בצבא יכולה להגמר בתוצאות מאוד קשות. מדובר ביעילות קרבית של שרשרת אשר טבעת חלשה אחת עושה אותה לפרוצה והאויב מחפש אותה... היא יכולה להיות זקיף בודד על שדה תעופה. לכן העונש בצבא חמור יותר, הוא בא להזהיר ולהרתות. את תחומה הזו מפחיתים בכך שפסה"ד של ביה"ד הצבאי מובא לעיון מחדש כעבור שישה חודשים ויכולים להקל בעונשו על סמך הפרינציפ של צדק לחייל.

סרן הרצל אשכנזי, אשר ליווה את סא"ל חוטר-ישי, הסביר על גבי דיאגרמה את התהליך המשפטי לפי הצעת החוק.

ח"כ יזהר הררי (פרוגרסיבים) הציג בוועדה שלא להחפז, מוטב להאריך את תוקפה של חוקת השפוט של תש"ח ולדון דיון יותר מעמיק בחוק המוצע, נדמה לו שלא משתקף מהחוק מבנה הצבא בעתיד בו, למשל, חלק משירות החובה יהיה עבודה במשק חקלאי. לדעתו, היה קל יותר אם היתה קודם המסגרת של מבנה הצבא. קביעת חוק השפוט לפני קביעת המסגרת, עלולה לגרום תקלות.

ח"כ יעקוב מרידור (תנועת החרות) הביעה דעתו כי "מה שמובא לפנינו הוא עניין ליוריסטים" והציע וועדת משנה משותפת עם וועדת החוקה, תוק ומשפט. י"ד הוועדה דחה עמדה זו והוועדה החלה, לאחר הדיון הכללי, לדון בהצעת החוק, סעיף סעיף. בינתיים החל הדין במליאת הכנסת.

גם במליאה הושמעה טענה דומה. "איזו שייכות יש לחוק זה. שהוא יורדי גרידא, לוועדת החוק והביטחון", שאל ח"כ נחום ניר רפאלקס (מפ"ם). נערך איפוא דיון מיוחד בשאלה זו, כאשר י"ד הוועדה לעניני חוק וביטחון דיבר בזכות העברת החוק לוועדתו (לאחר שהחוק הזה הוכן על ידי עורכי דין, הרי טוב שכרגע ייעשה העיבוד הסופי לא על ידי מוחות לגאליסטיים, אלא על ידי מוחות טיבעיים (צחוק באולם) שיגשו לעניין הזה בשכל הישר"), ואילו ח"כ זרח ורהפטיג (החזית הדתית

המאוחדת) דיבר בזכות העברה לוועדה משותפת של וועדת החוק והביטחון וועדת החוקה. הכנסת, בהצבעה, החליטה על ועדה משותפת.

הוועדה המשותפת הקימה ועדת משנה, בראשות ישראל בר יהודה (מפ"ם) חז החלה עבודתה ביום 10.1.50. שתי ישיבותיה הראשונות הוקדשו לשאלות הנוגעות לסדרי דיוניה. נדחתה הצעתו של ח"כ יוסף לם (מפא"י) לחלק את הוועדה לשניים, חלק ידון בפרוצדורה וחלק בחוק המהותי.

את הישיבה השלישית פתח סא"ל חוטר ישי בהרצאה על מהות השרות והשפוט בצבא: השירות בצבא הוא שירות של עבודה יומיומית אפורה המופסקת על ידי ימים אחדים של קרבות, המכריעים את גודל המלחמה. כאן הביא דוגמאות, ביניהן ההתקפה על פרל הרבור, כדי להראות עד כמה חשוב לשמור על יעילות הזקיף. לפיכך השוני בין החוק הפלילי הרגיל לחוק הצבאי. מספר החיילים המובא לדין צבאי הוא: 1.3%-1.7% בזמנים רגילים, ובתקופות קשות ביותר עד 2.2%. החוקים הקשים של הצבא מכוונים להגן לא רק על המדינה בכללה, כי אם גם על 97% של העומדים בשורה, שחיייהם ובטחונם תלויים בכך. לכן השפוט בצבא אינו בידי שופטים בעלי מקצוע, אלא בידי מפקדים. מכאן גם הצורך שלא רק חיילים, אלא גם כל האנשים הנספחים לצבא יהיו תחת השפוט הצבאי.

לאחר מכן החל הדין בסעיפי ההגדרות וסמכויות השפוט. אל סא"ל חוטר ישי הצטרפו רס"ן הרצל אשכנזי (שבמהלך הדיונים הועלה לדרגת סא"ל) ורס"ן מ' זהר. מטעם משרד המשפטים הופיעו חיים וילקנפלד (צדוק) ויצחק וינס, שניהם מראשי מחלקת החקיקה בשירות המשפטי עד זמן לא רב קודם לכן.

מי כפוף לחוק הצבאי

היתה בעניין זה ערבוביה מסוימת, אמר היועמ"ש לממשלה שפירא בוועדת החוק והביטחון, והיה נסיון רציני להביא למשפט גם אזרחים שכלל לא היו כפופים למרות החוקה, אם העבירות נעשו בתוך מסגרת הצבא או בתוך שטח או מימשל צבאי. יסוד החוק הזה, אמר שר המשפטים רוזן בכנסת, הוא הקו שאין השפוט הצבאי חל על אזרחים בכלל.

הוא יכול על חיילים סדירים ועל חיילי מילואים בהיותם בשירות, ובעת חרום - גם על הנספחים והנלווים לצבא וכן עובדים שכירים שהסכימו בחוזה העבודה שהשפוט הצבאי יחול עליהם.

השפוט בעבירות אזרחיות

בשם העיקרון של עליונות בתי המשפט האזרחיים, צומצמה הסמכות להעמיד חייל לדן צבאי על עבירה אזרחית בעבירה שהיא פשע - רק בהסכמה מוקדמת של היועמ"ש לממשלה, ובעבירה שאינה פשע - לאחר הודעה אליו בכתב והוא

(10) לימים - שופט ביהמ"ש המחוזי בדא.

(11) העתיד להתמנות פל"ד ומי שהביא לכנסת את חוק השפוט הצבאי, תשס"ו-1955.

(8) לימים - שופט ביה"ד הצבאי לערעורים ובית המשפט המחוזי בבאר שבע.

(9) אשר כיהן כסגן נשיא ביה"ד הצבאי העליון בדרגת סא"ל.

יהיה רשאי בכל עת לפני פסה"ד, לצוות על הפסקת הדיון בביה"ד הצבאי. יתירה מזו, נתחייב חייל בבי"ד צבאי, אפשר יהיה להביאו לדיון על אותו מעשה בפני בימ"ש אזרחי והסייג היחיד הוא שעל ביה"מ האזרחי להתחשב בקביעת העונש במידת העונש שהוסל עליו בביה"ד הצבאי.

שר המשפטים נימק גישה זו בטעמים עקרוניים. החייל הוא קודם כל אזרח ולגבי עבירות אזרחיות, דינו כדיון כל אזרח. הבאתו של חייל בפני בי"ד צבאי, על עבירת רצח רגילה יוצרת מעין שבט מיוחד במדינה. האזרח אינו מרגיש את עצמו מוגן די צרכו ע"י החוק, אם ידוע לו שהחייל שפלג בו ישפט בפני בי"ד מיוחד, שונה מזה שהיה דן את האזרח. ההבדל המהותי בין שתי הערכאות הוא שבאזרחות - שופטים מקצועיים שמלאכתם בכך ובצבאית - חיילים וקצינים המשמשים רק ארעית כשופטים.

היועמ"ש לממשלה י' ש' שפירא, לא הסתיר בועדת החוץ והביטחון את אי אמונו במערכת המשפט הצבאית. קיימת סכנה של טשטוש פשעים בתוך הצבא, כשהנאשם נשפט ע"י חבריו בחדרי חדרים, טען. הדברים בצבא מסתורים בתוך גוף ציבורי מצומצם למדי וקיימות שתי סכנות: "פיוזריטיזם" ואיבה מופרזת, לכן יש צורך לנהוג בעניין זה בזהירות. עצם קיומה של אפשרות השפוט מחדש, ימנע במידה מרובה את הנסיון להתחמק מאחריות פלילית ע"י התחכמות והבאת העניין בפני ביה"ד צבאי. כמו כן בתי הדין הצבאיים אינם יכולים לעמוד על אותה רמה של בתי המשפט האזרחיים. אין אי תלות: השופט רואה את העבריין כאחד משלו.

בראש המתנגדים בועדה לגישה זו עמד ח"כ הרדי שניהן כסגן נשיא ביה"ד הצבאי העליון. יש הכרה, אמר, שאנשי צבא לא ישפטו בבתי דין אזרחיים, כיוון שבצבא יש הווי אחר ויש צורך לתת עונשים אחרים. חלק גדול של העבירות האזרחיות שנעשות ע"י אנשי צבא מקבלות צביון אחר והעבירה נהפכת לעבירה צבאית. הררי סיפר מנסיונו על שלושה מקרים:

- ממקד הרג חייל במשלט בירושלים, בנסיבות של סכנה מתמדת בחזית וסירוב למלא פקודה, תוך איום להרוג את המפקד.
 - קצין מבצעים בחטיבה שזייף מכתב מהמטכ"ל על מנת לצאת מהחטיבה. שופטים צבאיים יתיחסו למקרה זה אחרת לגמרי, בשל הנסיבות המיוחדות של המקרה ושאלות הקשורות במעמד קצין בדרגתו.
 - משפטו של סא"ל איסר בארי שנאשם בהריגה. הגנתו היתה מבוססת על דברים כאלה, שלא היה עולה על הדעת שהיה מעיז להביאם והיה מוכרח להטיל את האחריות על הדמטכ"ל.
- חכ"ם נוספים בועדה תמכו בגישה ח"כ הרדי וסברו שניתן להתגבר על החששות בדרך של הבטחת רמה גבוהה לבתי הדין הצבאיים, סדרי דין הולמים

(12) יש לשער שתרמו לכך גם התנגשויות החמורות עם ראש השרות המשפטי הראשון, ד"ר אברהם גרלי. בקשר לפרשת טוביאנסקי ומעצר ראשי אצ"ל אחרי "אלטלנה".
(13) הכוונה לפרשת עלי קאסם, אשר קדמה לפרשת טוביאנסקי.

והבטחת אי תלות ביה"ד במפקדים. לעומתם תמך ח"כ בן אהרן בגישתו של היועמ"ש, הן מטעמים עקרוניים - החייל הוא אזרח שרק פרק קצר מחייו משרת בצבא, והן מתוך אי אמון במערכת הצבאית. הפרוצדורה בצבא כפותה לאינטרסים של היררכיה ושל הפיקוד העליון, סבור הוא.

גם במליאת הכנסת תקפו רוב הדוברים שהתייחסו לנושא זה את ההצעה ותבעו כי חייל יובא לדיון בפני בי"ד צבאי בלבד. בייחוד תקפו החכ"ם את האפשרות שחייל יועמד לדיון פעם נוספת, בפני ערכאה אזרחית, לאחר שנדון כבר ע"י ערכאה צבאית. הפתרון לחששות - שיהיה בצבא בי"ד מעולה. שר המשפטים רוזן הודה שעניין השיפוט הכפול הוא פרובלמטי. להגנת ההצעה טען כי בכל שפוט צבאי יש "אספרי דה קור" (רוח הגייסות) ולמען השם הטוב של הצבא יכול לקרות לפעמים חיפוי וסילוף הדין. עם זאת מסכים הוא מראש לסייגים שיוצעו, ואם היועמ"ש לממשלה הסכים מראש להעמדה בפני בי"ד צבאי, שוב לא ניתן יהיה להביא את החייל שנית לפני בימ"ש אזרחי.

השפוט המשמעת

הצעת החוק כוללת הסדר מפורט של הנושא ואף חידושים לשוניים. הענישה קרויה "ייסור משמעת" ובין העונשים המשמעתיים כלול גם "טורח נוסף". בהציגו את הצעת החוק במליאת הכנסת, הצביע השר רוזן על המגמה של גידול במספר המשפטים המשמעתיים לעומת ירידה במספר המשפטים בפני בתי דין צבאיים, מ-300 בחודש יולי 1948 ועד - 3500 במאי 1949. את הגידול הסביר בכך שבפברואר 1949 נתנה נשיאות ביה"ד הצבאי העליון פירוש מרחיב לסמכויות מפקדים בעבירות משמעת.

בין המעטים שהתייחסו לנושא השפוט המשמעתי, היה ח"כ זרח ורהפטיג (החזית הדתית המאוחדת), שהתנגד לתת למפקדים זכויות ענישה נרחבות כמוצעי (עד 28 ימי כלא חמור).

סא"ל חוטרישי, ראש השירות המשפטי, הסביר בועדה את הצורך במתן סמכויות למפקד, במקביל לאחריות המוטלת עליו. למודאגים מחומרת העונשים אמר כי הנסיון מראה שמחמיר בביה"ד הוא תמיד הטוראי ועל הקצין תמיד לעמוד איתו על המקח ולהסביר לו את הסיבות המקילות.

מעצרים

הצעת החוק הסדירה בצורה מפורטת את נושא המעצרים, אישורם והפיקוד עליהם. חכ"ם מתחו ביקורת על הסמכויות הנרחבות שהוקנו למפקדים ועל האפשרות להחזיק חייל במעצר לפני משפט עד 60 יום. על כך השיב השר רוזן כי

(14) ח"כ ורהפטיג היה עוקבי בגישתו זו משך כל 33 שנות כהונתו כח"כ, בחלקן כיר"ד ועדת המשנה לחקיקה של ועדת החוץ והביטחון.

פרק זמן זה נקבע כפשרה בין צרכי עשיית משפט צדק, ובין חובת השמירה על זכויות החייל.

סאל' חוטרישי התייחס אף הוא לטענות בעניין זה, הסביר מהות הפקוח ע"י השרות המשפטי, ודרש לתת למפקדים ולאנשי השרות אותו קרדיט כמו שנותנים לשופט שלום.

ה"מופלאים" הצבאיים

חקירת עבירות חיילים ושפיטתם הופקדו ברובן בידי המפקדים, אגב מילוי תפקידיהם הרגילים. אם יזדקקו לעזרה משפטית, יפנו למופלאים הצבאיים שהם קצינים בעלי הכשרה משפטית, המתמנים ע"י הרמטכ"ל בהסכמת היועץ המשפטי לממשלה. המופלאים כפופים למופלא הצבאי הראשי אשר יתמנה ע"י שר הביטחון, בהסכמת שר המשפטים.

הוסבר כי המונח "מופלא" לקוח מן הסנהדרין, שהיה בדרך-כלל ב"ד של הדיוטות וביניהם היה אחד מלומד בחוק, שהיה מסבירו ולכן נקרא מופלאי. היועמ"ש שפירא הודיע מראש בועדה, כי "אם ימצא מונח מוצלח יותר, על זאת לא נתוכח". ואכן, היו עוררין על המונח, שהוגדר כ"ארכאי". צוין לתת שם שלא תהיה פליאה בו לשום אדם אמר ח"כ בריהודה, ואליעזר ליבנשטיין (לכנה) הציע בועדה לשנות את השם "לטובת הקצינים שיבחרו בתפקיד זה, שלא ישמשו מקור להלצות".

לבד ממתן עצות משפטיות, המופלאים הם גם אבות בתי הדין בבתי דין המטה, הדנים בעבירות חמורות וכשהרשות הממנה את ביה"ד סבורה שיש צורך בכך, הם גם יושבים בראש ב"ד המחנה, הן בעבירות קלות יותר. תמה ח"כ בריהודה: איך אפשר לאחד את שני התפקידים האלה? אם אין אפשרות לאחד בחוק הציבילי - האם יש אפשרות ומותר לאחדם בחוק המיועד לחיילים? גם ח"כ מנחם בגין הביע בועדה עמדה דומה: המופלא הוא מעין יועץ. אסור שיהיה שופט. השופט צריך להיות ללא כל קשר עם האדמיניסטרציה. ואילו ח"כ יעקב גיל (הציונים הכלליים), סבר שיש להכפיף את המופלאים הצבאיים לביה"ד הצבאי העליון. אנו נחזור לנושא זה בעת הדיון על שופטי ביה"ד הצבאי לערעורים. בינתיים נסתפק בהבעת דעתנו כי מקור ההצעה הוא ברצון לשמר את המצב הקיים אותה עת, בו ה"פצ"ר (שעתיד היה להפוך ל"מופלא הצבאי הראשי"), היה מפקדם של התובעים הצבאיים, הפרקליטים הצבאיים ואבות בתי הדין הצבאיים של ערכאה ראשונה, כאחד.

ח"כ יוסף לם (מפא"י) סבר שאין די בכך שנדרשת מהמופלא הצבאי הכשרה משפטית ויש צורך גם בנסיון משפטי, כפי שנדרש משופט אזרחי.

(15) סנהדרין פ"ו ע"ב - פ"ז ע"א. על מקורו של מושג זה ומשמעותו ראה: יוחנן רבינוביץ, "מופלא מופלא", "לשוננו" י"ח, תשי"ב עמ' 25; ד"ד אברהם גורלי, "המופלא", "הפרקליט", חוב' ב', פבר' 1953.

(16) חוק השפוט הצבאי, תש"ט 1955, זורש, אכ, נסיון משפטי מינימלי, בהתאם לערכאת השפט.

התובעים הצבאיים

כפי שכבר הוזכר, מוטל עיקר האחריות לחקירת עבירות חיילים ולשפיטתם, עפ"י הצעת החוק, על המפקדים, והיועמ"ש לממשלה שפירא, ציין בועדה כי אחד הדברים הקשים שטענו נגד חוקת השפוט תש"ח היה שהמשמעת מסורה לאינסטיטוט של תובעים כלליים. התובעים הצבאיים היו, כהגדרת שר המשפטים רוזן, חוט השדרה של השפוט. מספרם הגיע בסוף 1948 ותחילת 1949, ל-53. מוסד זה הולך ומתחסל למעשה לחלוטין, הודיע השר, ובמאי 1949 נותרו שני תובעים בלבד.

בהצעת החוק קרויים התובעים קטיגורים. הרשות המזמנת בית דין תמנה קצין שימש בתפקיד קטיגור. הקטיגור בפני ב"ד המטה יהיה קצין בעל הכשרה משפטית. ההצעה אינה אומרת למי יהיה קצין זה כפוף.

בתי הדין הצבאיים

לפי הנתונים שמסר שר המשפטים רוזן לכנסת, על בתי הדין שפעלו לפי חוקת השפוט תש"ח, הרי בתקופה שבין 1.7.48-15.6.49, נתנו בסה"כ 2,424 פס"ד ע"י בתי דין צבאיים, מזה 79 פס"ד נגד קצינים. מספר המשפטים הגיעה לשיא בספטמבר 48, כ-500, לאחר מכן חלה ירידה ניכרת, בגלל הריאורגניזציה של השפוט הצבאי. בפברואר 49 נתנה נשיאות ביה"ד הצבאי העליון פירוש מרחיב לסמכויות מפקדים בעבירות משמעת וכתוצאה מכך באה ירידה גדולה במספר המשפטים שהובאו בפני בתי הדין הצבאיים. סיבה נוספת לירידה במספר המשפטים - החנינה הכללית שהוכרזה בתש"ט.

בבתי הדין המיוחדים בהם הנאשם צפוי לעונש המכסימלי או שהוא בעל דרגה בכירה, היו עד סוף מאי 1949, 29 משפטים, מהם חמישה נגד קצינים. על פי הצעת החוק, שניים הם בבתי הדין של ערכאה ראשונה: ב"ד מטה וב"ד מחנה. ב"ד מטה יהיה של חמישה חברים או יותר; האב"ד - מופלא צבאי מדרגת רב סרן לפחות ועוד ארבעה דינים ששניים מהם לפחות בדרגת סרן ומעלה. לב"ד זה תהיה סמכות לדון בכל עבירה ולהטיל כל עונש שהחוק מרשה להטילו.

ב"ד מחנה יהיה של שלושה חברים או יותר; אב"ד שדרגתו סרן לפחות והיתר דינים. אם הרשות המזמנת תראה צורך בכך, יהיה האב"ד מופלא צבאי לב"ד זה סמכות לדון בעבירות שדין פחות מחמש שנות מאסר והוא יכול להטיל עונש של עד שנה אחת כלא.

בועדה התעורר ויכוח אם לא רצוי להגדיל את סמכותו של ב"ד המחנה להטיל מאסר של עד שנתיים. הנימוק היה שאם יוגבל למאסר שנה, יעבירו הכל לב"ד מטה זה אינו רצוי, כי השפוט בב"ד מחנה הוא יותר מהיר וקל יותר לארגנו.

(17) ח"כ בנימין מינץ (החזית הדתית התורתית) הציע להוסיף, ובלבד שמספר חברי ביה"ד לא יהיה שקול (זוגי).

על המגמה של השפוט כחלק מן הפקוד, חלק בכנסת חיים בן אשר (מפא"י). מתגבשת תנועה, אמר, הכופרת בזכות מינוי הדיינים על ידי מפקד שהדין תלוי בו תלות פיקודית והשוללת את זכות ההשפעה של המפקד על השופט ועל תהליך השפוט. הרכב בתי הדין צריך להקבע על ידי הדיכטוריוני או החזיתי. כדי להגשים מטרה זו, מציע הוא הקמת מוסד עליון של שפוט צבאי, בחינת מועצה משפטית שתורכב גם מאזרחים ותקבע את סדרי המשפט, שיטת הכשרת השופטים הצבאיים ומבנה בית הדין.

ח"כ יעקב גיל (הציונים הכלליים) ראה בהצעותיו של בן אשר בדבר הפרדת הפקוד מן השפוט (כמו גם הצעתו בדבר עונש עבודה חלוצית), משום הצעות דמיוניות. על כן לא נקים צבא, אמר גיל, אלא "קומיץ". ח"כ זרח ורהפטיג רואה מגרעת בכך שביה"ד הצבאי מורכב ברובו מהדיוטות. לדעתו, יש להגדיל את חלק השופטים המקצועיים בהרכב ביה"ד. ח"כ י' גיל חולק עליו: השופטים הצבאיים צריכים להיות קודם כל חיילים. מספיק אם יצרפו לביה"ד עוד אחד לשם ידיעת החוק.

ח"כ מ' בגין מציע שבכל הרכב של ביה"ד מחנה יהיה קצין בעל השכלה משפטית. ח"כ יוחנן באדר (תנועת החרות) הצביע על צורת השפוט הצבאי בבריטניה ששמה יסוד להצעת החוק וטען כי השיטה שם הצליחה, באשר התמזגה עם העקרונות הבלתי כתובים של זכויות הנאשם, שהן ההישג העיקרי של הנוהג המשפטי האנגלי. אבל לגבי צבא חדש, שאין לו מסורת משפטית כזאת, והוא מוכרח ללמוד את הכל מחדש - סבורני שחוק כזה מסוכן מאוד. אמר. לטענות אלה התייחסו חן השר רחן במליאת הכנסת וחן היועמ"ש לממשלה י' ש' שפירא בועדה. את השפעת האדמיניסטרציה על הרכב ביה"ד הצבאי, רואה השר רחן כדבר שאין למנועו, מכיוון שהאדמיניסטרציה היא זו שצריכה לשחרר מן השירות את החיילים שישבו כדיינים בביה"ד.

היועמ"ש שפירא ציין כי מבנה בתי הדין לפי חוקת השפוט תש"ח עורר התנגדות חמורה בתוך חוגי הצבא, מכיוון שרוב השופטים היו אנשים שלא היו חיילים ואנשי הצבא ראו פגיעה חמורה בעצם הרעיון שעל השרות המשמעתית בתוך הצבא יהיו חולשים אנשים שאין עליהם חובת משמעת צבאית.

האם השופטים הצבאיים שאינם משפטנים, חייבים להיות קצינים דווקא? ח"כ יזהר סמילנסקי (מפא"י), אשר העיד על עצמו כמי שהיה חייל [בין היתר - קצין מודיעין במחוז השפלה] ונזדמן לו לעסוק במשפטים הרחיק לכת בסברו כי

(18) והשווה בן גוריון: "חוקרינו חוק צבאי בנוסח בריטי... בתוק הבריטי המפקד הוא השופט. בתוכנו זה עלול להיות לרועיק" - יומן המלחמה ב', 16.9.48, עמ' 693.

(19) סעיף 30 לחוקת השפוט תש"ח קבע כי נשיאות ביה"ד העליון, באישור הרמטכ"ל, תוכל למנות למשפט בביה"ד המיוחד שופט או יותר גם שלא מן השופטים של ביה"ד של הצבא, אם טובת הברז הדרוש זאת בפועל ישבו שופטים כאלה (שהיו בינום חלקי) גם בבתי הדין המחוזיים, בעיקר בערים הגדולות. בדרך של תובע מחוז שופטי חיפה מיום 31.12.48. כתב הוא לתצ"ד: "על אף הוראותינו המרובות לא הוצאו עד היום פס"ר בשלושה משפטים. אבקש הוראותיך בנוגע לאמצעים שיש לנקוט נגד האב"ד האחראי לכך (צייליץ)".

אין לפסול טוראי לרון קצין. חזקה עלינו שיש גם טוראים שיוודעים לשפוט כראוי. ח"כ בבה אידלסון (מפא"י) אמרה: טובי אנשי העליה השניה התנדבו לצבא במלחמת העולם השניה ואינני זוכרת מישהו מביניהם שהגיע לדרגה. כושר השיפוט ומצפון האדם, הם שצריכים להיות קנה המידה לקביעת שופטים. ח"כ אליהו לנקין (תנועת החרות) הצביע על כך שחסרה בהצעת החוק כל הפרוצדורה של הגשת כתביהאשמה והליכי הדין בביה"ד.

בית הדין הצבאי לערעורים

לפי הנתונים שהציג שר המשפטים רחן על ביה"ד הצבאי העליון, ששימש כערכאת ערעור לפי חוקת השפוט תש"ח, הוגשו לביה"ד זה 265 ערעורים, מהם נתבטלו 42 בגלל החנינה ו- 37 מערעורים חזרו בהם מערעוריהם. מ- 186 הערעורים שנותרו, ב- 41 מקרים נתקבלו הערעורים, ב- 68 מקרים הומתקו העונשים ובשלושה מקרים הוחמרו.

על פי הצעת החוק, ביה"ד הצבאי לערעורים ישמע ערעורים על פסקי דין של בתי דין מטה ושל בתי דין מחנה והוא ישוב בהרכב של שלושה שופטים צבאיים. השופטים חייבים להיות בעלי הכשרה משפטית והם מתמנים על ידי שר הביטחון, בהסכמת שר המשפטים. זכות הערעור נתונה רק לחייל שנמצא חייב בדין והערעור הוא על החיוב בדין ומנימוקים משפטיים בלבד. חייל המבקש הקלה בדינו מופנה אל "הרשות העליונה".

מהיכן צמחה אבחנה זו בין שופטים שהם "שופטים" (בביה"ד הצבאי לערעורים) לבין שופטים שהם "מופלאים" (בביה"ד של ערכאה ראשונה)? בראש וראשונה מצילום המצב שהיה קיים בעת הגשתה של הצעת החוק (ונמשך עד כניסתו לתוקף של חוק השפוט הצבאי, תשט"ז-1955), בו היו אבות בתי הדין כפופים פיקודית לפרקליט הצבאי הראשי, בעוד שביה"ד הצבאי העליון היה בעל מעמד עצמאי משלו. היועמ"ש לממשלה שפירא הסביר בועדה כי "כדי שיהיה ביטחון לחייל שהערעור שלו יהיה נקי מכל פגיונות והשקפות בתוך הצבא, חשבה הממשלה לנכון לקבוע מוסד של שופטים צבאיים שאין ביניהם ובין השרות המשפטי כל קשר שהוא".

דומה כי נימוק זה יפה, ואולי אף ביתר תוקף, לגבי הערכאה הראשונה וח"כ יזהר הררי אמר בועדה כי אם מקבלים עקרון של שופטים צבאיים בלתי תלויים, או אם מקבלים עקרון של מופלא צבאי שישב בבית הדין, צריך להכניס אותו עיקרון לכל אורך מבנה הדין.

את מינוי השופטים בידי שר הביטחון, ראה ח"כ יעקב ריפתין (מפ"ם) כבעיה ראשונה במעלה. את השופטים צריך למנות בידי עליון של המדינה, כי עלינו לשמור על העקרון של הפרדה בין הסמכות המבצעת לבין הסמכות המשפטית.

(20) המספרים נכונים כנראה ל- 15.6.49.
(21) רק ב-1986, בתקן מס' 17 לחש"צ. נקבע כי השופטים הצבאיים יבחרו בידי ועדת בודרה, דוגמת שופטי המדינה.

היועמ"ש שפירא, בוועדה, אמר כי אינו רואה פגם ברעיון זה. ח"כ ז' ורהפטיג סבור שהערעור מוגבל עד כדי כך, שכמעט מבטלים אותו לגמרי, ולכך אין הוא מסכים. ח"כ מ' בן עמי (הספרדים) בדעה שצמצום זכות הערעור לנקודה המשפטית עושה את העניין כולו פלסטר ונוטל ממנו את נשמתו. ח"כ י' גיל אף הביא דוגמאות למקרים בהם הקל ביה"ד הצבאי העליון בעונשם של חיילים שעדערו אליו ולכן יש צורך חיוני להעניק זכות ערעור גם על העונש, גיל גם טען שיש עלבון בכך שביה"ד נקרא ביה"ד לערעורים. יש לקראו ב"ד צבאי עליון ויש להכפיף אליו את המופלאים הצבאיים.

ערעור לבית המשפט העליון

הצעה מרחיקת לכת אשר מומשה רק כעבור 37 שנים²¹, היא לאפשר ערעור לבית המשפט העליון בשאלה משפטית. הסביר היועמ"ש שפירא בוועדה: אין זה רצוי וגם בלתי צודק שתתפתחנה שתי מערכות של השקפות פליליות שעלולות לבא לידי ניגוד ואי-התאמה (כוונה, שותפות לעבירה וכו'). ערעור יכול להגיש רק חייל שנתחייב בדיון, ובתנאי שהיועמ"ש לממשלה אישר שהשאלה היא בעלת חשיבות ציבורית מיוחדת. ח"כ י' בדר טען שצריך לפתוח את הדלת לביה"מ העליון גם כאשר העניין קובע את גורלו הפרטי של הנאשם. רק ביה"מ העליון של צרפת, הוא שזיכה סופית את דרייפוס, אחרי שהערכאות הצבאיות חייבוהו בדיון.

רשות עליונה חיון מחדש

מוסד חדש שהוצע להקימו הינו "רשות עליונה", שהיא שר הביטחון או הרמטכ"ל, או קצין שהוסמך על ידו. רשות זו באה במקום הרשות המאשרת לפי חוקת השפוט הש"ח. פסה"ד אינם טעונים יותר אישור, אך חייל שנדון למאסר ראשי לפנות בכל עת לרשות עליונה, וזו מוסמכת לעיין בעונש מחדש ולבטלו או להמתיקו. מעניין הוא שנושא זה של סמכויות מפקדים להקל בעונש, המשתמש כיום לנושא יוכוח מרכזי בדיונים על השפוט הצבאי, לא עורר אז תגובה או ביקורת כלשהי.

העבירות

הדיון בפרק העבירות העלה מחלוקות פוליטיות לא פחות מאשר משפטיות, בעיקר בשאלת ההגדרה של "אויב" הכוללת גם מורדים, מתקוממים ופורעים מזוינים.

ח"כ יעקב מרדוד (תנועת החרות) אינו יכול, לצערנו, להמנע מלנגוע בבעיות עדינות מאוד הקשורות עם העבר וגם עם העתיד. לפני כשנה, הוא מספה לכנסת,

(22) בתיקון מס' 17 לחש"צ, ס"ח התשמ"ז, עמ' 178.

הייתי עצור בבית-שאן והאלוף צבי איילון נשבע בפני בית משפט שיש לו הוכחות מספיקות שמרדוד בגד במולדת. האם המולדת זהו שר הביטחון או משטר מסויים, האם הם אויב? לדעתו יש ליחד הגדרה זו רק לאויב חיצוני. ח"כ יעקב קליבנוב (הציונים הכלליים) סבור שריח לא טוב נודף מהגדרת "אויב" ביחוד בשביל אלה שגדלו "בארץ הצפונית הגדולה", בה שלט הכלל שיש אויב "חיצוני" ואויב "פנימי". חלק עליהם ח"כ יוסף לם (מפא"י). הצבא הוא גם מכשיר להגנה על המשטר הדמוקרטי של המדינה נגד כל אויב, גם אם הוא בא מבפנים.

ח"כ י' בריהודה (מפ"ם) תקף מצידו את העבירה "התנהגות שאינה הולמת את הדרגה". במקום חינוך עממי אני רואה כאן מגמה לחינוך של קאסטות שונות בתוך הצבא.

ח"כ נחום ניר-דפאלקס (מפ"ם) ראה בפירוט הרב של העבירות משום הבעת אי אימון בשופטים. כאשר יש אמון בשופטים, אין צורך בפירוטים, טען. השיב לו שר המשפטים רחן: פירוט מסויים דווקא עוזר לחייל לדעת את העבירות ומה צפוי לו. והוסיף היועמ"ש שפירא בוועדה: הקזואיסיטיקה נחוצה בעיקר בחוק שחלקו הגדול יבוצע על אנשים ללא השכלה משפטית ונסיון.

ח"כ י' בדר העיד על עצמו כבעל נסיון רב במשפט צבאי, טען כי ההצעה אינה מוכיחה הבנה של מהות המשפט הצבאי והחוק הפלילי הצבאי בפעולתו. אין מקום בחוק הצבאי, כך אמר, להחלת העקרון הפלילי הפוסטר מאחריות אדם שביצע פשע תחת לחץ או איזמים. עצם עמדתו וחובותיו של החייל לא לסגת מפני סכנה ואיומים ואפילו לא מפני סכנת מוות²².

דיני המלחמה

ח"כ חיים בן-אשר (מפא"י) סבר כי חסר פרק: משפט החייל ככובש וכמשחרר. לא עמדנו בנסיון השלם של צבא שחרור במגע עם האוכלוסיה האזרחית, בהתנהגות עם שבויים, בשמירה הקפדנית על עקרונות המשפט הבין לאומי והנהוג במלחמה. הרחיב על כך את הדיבור ח"כ י' לם (מפא"י). יש לקבוע בחוק מה צריכה להיות התנהגותם של חיילים ומפקדים בזמן מלחמה, כלפי האויב שנכנע ולהכליל בו את העקרונות של החוק הבינלאומי בעניין זה. עמדת היועמ"ש שפירא בעניין זה היתה: איננו צבא כובש אלא צבא שומר על גבולות הארץ ולכן אין כאן כל הוראות כיצד להתנהג עם "נייטיבס".

(23) השווה סעיף 17 לחש"צ, תשט"ז-1955: "חייל שעבר עבירה כדי להגן על חייו וכו'... לא ישמש הדבר, על אף האמור בכל דין אחר, עילה למסור מאחריות פלילית... אם לפי הסיבות שבחן נעברה העבירה הוא היה חייב לתקריב את החיים, הגוף או הערך".

העונשים

שלושה נושאים מרכזיים נדונו בתחום זה: עונש המוות; תומרת העונשים ושעת החרום.

דוברים רבים תבעו - מטעמים עקרוניים - להתליף את עונש המוות במאסר עולם. היו גם שהזכירו, בהקשר זה, את פרשת הוצאתו להורג של מאיר טוביאנסקי ז"ל. גם אלה שתמכו, עקרונית, בהשאת עונש מוות על כנו, סברו כי יש הצדקה להטילו רק בזמן מלחמה ממש.

המונח של שעת חרום הינו גמיש ובלתי ברור טען ח"כ י' ריפתין (מפ"ם) בהקשר זה. ח"כ יזהר הררי, בועדה, טען כי כאשר המדינה שולחת בזמן מלחמה אנשים למוות בטוח, בלי אפשרות לערער על זה יש גם הצדקה לעונש מוות. הוא סיפר על מקרה שהתברר בבית דין הצבאי העליון [בו כיהן כשופט], בזמן כיבוש בתי מנדלבוים בירושלים ע"י הלגיון. שלחו יחידה לכבשם בחזרה. המקלען לא התקדם יחד עם היחידה וגרם לכך שהבתים לא נכבשו ואנשים נהרגו.

גם א' ליבנשטיין (לבנה) סבור שבזמן מלחמה יש הצדקה לעונש מוות ומקרה טוביאנסקי על אף שהוא חמור הרבה יותר ממה שמשערים, לא יזיז אותו מעמדתו העקרונית. אלא מה, צריך שתהא פרוצדורה מפורטת ומורכבת של אישור פסה"ד וההוצאה לפועל.

את תומרת העונשים תקפו, בטיעונים אידיאולוגים, מימין ומשמאל. "תכן מאוד", טען ח"כ י' ריפתין (מפ"ם) "שרוצים להקים כאן צבא המושתת על משמעת עיוורת ולא על משמעת פנימית של כח מהפכני שהודות לאופיו זה, לעליונותו הסוציאלית וכוחו הדמוקרטי והפועלי, נצחנו את האויב".

ואילו ח"כ א' לנקין (תנועת החרות) רואה בעונשים הכבדים ביטוי לרוח הפרוסית של דיכוי הרוח, השלטת בחוק המוצע, ומכריז: "הנוער העברי אפוף גבורה, הוא לא יבהל מעונשים המוצעים בחוק זה" (ח"כ מ' ארנבסקי [ארגוב] משיב לו בקריאת ביניים: "איזה פרס מגיע לו לדעתך?").

היועמ"ש שפירא הודה, בועדה, כי אכן העונשים חמורים, ואף הצדיק זאת, באשר הדיסציפלינה בצבא יותר חמורה והוא במידה רבה הכח המעצב של החוק במדינה. השר רחן הסביר כי הסיבה לכך שהעונשים לפי חוקת השפוט תש"ח היו קלים יותר, נובעת מהעובדה שהחוקה נולדה בתקופת המחתרת, בזמן שקשה היה להחזיק אנשים במאסר. עם זאת, מצביע רחן על כך שהצעת החוק אינה כוללת ענשי מינימום, כפי שקובע החוק הסובייטי, למשל.

ח"כ מ' בגין הצביע בועדה על כך שבעשרות סעיפים יש החמרה בעונש, כאשר העבירה נעברת בשעת חירום. שעת החירום יכולה להמשך שנים רבות מאוד, אולי שנות דור, וכך קובעים אנו שהיוצא מהכלל הפך להיות כלל. לכן מציע הוא כי עונש חמור יותר יוטל רק על עבירות בחזית מול קו האש. (היועמ"ש שפירא: זה מתקבל על הדעת).

הזכרנו כבר את דברי ריפתין כי המונח של שעת חירום הינו גמיש ובלתי ברור ואת ההצעות לאפשר הטלת עונש מוות בזמן מלחמה בלבד. היועמ"ש שפירא

הסביר כי היה אינטרס שלא להכניס פורמולה של מצב מלחמה, כי היו מתעוררות בעיות של בלוקדה ולדעתו אין הבדל, במצבנו, בין מצב שעת חירום ומצב מלחמה. כדוגמא הביא עבירה של מכירת תוכניות סודיות לאוייב. עם כל זאת, מסכים הוא שבמקום לדבר על ההבדל בעונש בשעת חירום או בשעת שלום, צריך למצוא פורמולה כוללת לגבי כל לוח העונשים.

התייחסויות אחרות לעונשים שהוצעו:

תמיהה על כך שלא נתנה אפשרות להטיל עונש על תנאי;

בחוק נקבע כי מאסר יהיה כרוך בעבודה פרודוקטיבית. הוצע להגדיר מהי עבודה פרודוקטיבית ולהוסיף עבודות השכלה ותרבות.

הותקפה ההבחנה בין עונש כלא (המקביל במידת מה לעונש המחבוש של ימינו) ועונש מאסר. גם כאן רוצים להכניס את המושגים של היונקרים הפרוסים, טען ח"כ ניר רפאלקס (מפ"ם) וכן הדבר לגבי הוצאה להורג בירה ולא בתליה. "זהו המשך למגמה להפוך את הצבא שלנו מצבא עממי לצבא של קצינים סדירים ולהכניס טריז בין הקאסט של הקצינים לבין החייל הפשוט" (קריאת ביניים של מ' גרבוסקי [ארגוב]: "אם תהיה תליה יהיה זה צבא עממי?").

שני עונשים נראו לו מוזרים, לח"כ לנקין:

שלילת אות ההצטיינות על מעשה גבורה - לדעתו זו תריגה מגדד הסמכויות שנתנות למחוקקים וגירוש מן הצבא שלגבי אנשים מסויימים לא יהווה משום עונש והם יהנו ויחזרו לביתם שמחים בחלקם.

עניני הלכה ודת

נואמי הסייעות הדתיות העלו, כמובן, בעיות הקשורות בשמירה על הדת או בהלכה הדתית. בראש וראשונה הצביעו על כך כי בחוקת השפוט תש"ח היה קיים סעיף 76, אשר איפשר לשופטים להקל בעונש אם העבירה נעשתה מטעמי מצפון. עתה מציע ח"כ ד' ורהפטיג, כי שופט יוכל לשתרר מאחריות לעבירה, אם חייל נמנע לעשות איזה מעשה מטעמים דתיים. חברו לסיעה, ח"כ ב' מינץ הציע אף נוסח מפורט שעיקרו: חייל הנאשם בעבירת איציות יזוכה מאשמה אם יש בידו להוכיח שהיה לו יסוד מספיק להניח שהפקודה בלתי חוקית משום שסותרת את הוראות הרבנות הצבאית, תורת ישראל או יסודות המוסר הישראלי.

לח"כ ב' מינץ התייחסות הלכתית לשני ענינים נוספים: חייל יהיה פסול לשבת כדין משום קדבתו לנאשם - לפי משפט התורה וכן ביסול האפשרות שבלי"ד יהיה שקול (מורכב ממספר זוגי של חברים). כ"כ הציע ח"כ מינץ, בועדה, כי לסעיף הקובע שבעניינים בלתי צפויים ינהגו בתי הדין הצבאיים בדרך שיראוה

(24) סעיף 76 האמור, היה מן הבודדים בחוקה שזכה להתייחסות חיובית. גם ח"כ י' בן אהרון, בועדה, סבר שיש להכלילו בחוק החדש. היועמ"ש שפירא סבר, לעומת זאת, כי די בהוראת החוק הפלילי בדבר איציות לפקודה בלתי חוקית.

כטובה ביותר לשם עשיית משפט צדק, להוסיף "וכמתאימה לרוח משפט ישראל"²⁶.

דברי סיום

סיפרתי כאן באופן "יבש" את תולדות הנסיון לחוקק חוק שיפוט צבאי שיחליף את חוקת השיפוט תש"ח. לא סיפרתי את כל שקדם להצעה, עוד ב-1948, ואת הסיפור האישי של התחרות בין גורליי, תת ²⁸ וחוטרי ישיב, הצעתו של מי תזכה בתמיכת הצבא ושר הבטחון. כל אלה יבואו לידי בטי, כך מקווה אני, בחיבור הנכתב על תולדות הקמתו של השרות המשפטי בצה"ל.

אגרת פרידה

אל"מ ז. כספי

- (25) תגבת ח' בן-אשר (מפא"י) להצעותיו של ח"כ מינץ: לא נחליט בוטחה שתתפרש שהיכרונו באופי המדינה כמדינה תיאוקרטית-דמוקרטית.
- (26) וזוהי סעיף 1 לתוק יסודות המשפט, תש"ס-1980 הקובע: "דאה בית המשפט שאלה משפטית הטעונה הכרעה, ולא מצא לה תשובה בדבר חקיקה, בהלכה מסוקה או בדרך של היקש, יכריע בה לאור עקרונות החירות, הצדק, הישר והשלום של מודשת ישראל".
- (27) ראש השרות המשפטי ב-1948.
- (28) מחבר חוקת השיפוט תש"ח והיועץ המשפטי לשר הבטחון.
- (29) שהיה אותה עת ק' מינהלה בחטיבה 7.

* דברים שנשא אליים (מיל), זכריה כספי, סגן הפצ"ר דאז, בכנס פרידה מהפצ"ר וסגנו.

אורחים וחברים יקרים,

סיום פרק של למעלה מעשרים שנות שירות בצה"ל, מצדיק בודאי עריכת חשבון נפש וסיכום הדרך באורח המקובל בהזדמנויות כגון זו. אודה, כי כמעט ונתפתיתי לסטות ממנהג זה כדי ליחד דקות ספורות אלה לעתידי. ואינני מתכוון לעתידי שלי, כי אם לתקופה אשר בשעריה עומדת הפרקליטות הצבאית ולדרכים שעליה לבור לעצמה, כדי לגבור על המכשולים, שמצוקות העתים הניחו בפיתהה. היו בלבי גם איאלו מחשבות אודות הצפוי במערכות המשפט הצבאי בתוך השנים הקרובות, משמע לקראת העשור הקרוב ובראשיתו, וכיצד יפה שעה אחת קודם לכלל מעשינו בהקשר זה. אפילו נתחזקו הרהורים אלה אצלי בתוך ההקשבה להרצאתו המרשימה של הפרקליט הצבאי הראשי, בערב קבלת הפנים שערכה השבוע לשכת עורכי הדין לכבודו ולכבוד נשיא בית הדין הצבאי לערעורים, לא מצאתי לראוי להלאותכם באלה, אף לא לסטות ממנהג המקובלות, שהרי קצר המצע ואין בו די לפרישת היריעה כולה. אשמור, איפוא, הדברים לעת אחרת, מתאימה ומועילה. נשוב, אם כן, אל המקובלות, הגם שאין זה תמיד ממנהגי לצעוד במשעול הסלול והכבוש ברגלי אחרים. אלא שפטור בלא כלום, איאפשר.

דור הולך ודור בא והבנין על מכוננו. זו הראייה הכוללת. לא ענקים מחד ולא חדלי-אישים מאידך גיסא: איש, איש וכף היוצרים בידו, נדבך על גבי קודמו והמלאכה אינה שלמה לעולם. כך רואה אני גם את חלקי מן הצד של הצופה המשקיף בעין חדה על הכלל. וכך צריך כל אחד מאתנו לראות עצמו, מבלי הגדל, אף מבלי הקטן, את מנת חלקו לציבור כולו.

אודה אף בזה, כי לא קשתה עלי הפרידה ואין בזה לומר כי לא שבעתי נחת משנות דור אלה של שירות. אדם ראוי לו להיות אדון לגורלו ואין עליו להיטלטל בספינה כשאין ההגה מצוי בידיו, בבחינת דחיקת הקץ ואידיאית הנולד. בזה שלם אני עם עצמי, שהרי אני הוא שקבעתי בעבורי את מועד סיום פרק השירות, אפילו אחדים, מטבע הדברים, כיוונו את ההתרחשויות באותו אופן שהביא אותי להחליט, ללא היסוס וללא שום טרוניה, על הפרידה.

כך - ללא טרונניות - צריך להיות מנהגו של עולם וכך צדיקים
 הכל לנהוג במידה ראויה זו.
 בואו, איפוא, על הברכה ממשיכי הדרך, ובהם ראשונים לכל:
 נשיא בית הדין הצבאי לערעורים, הוא האלוף - משפטן הראשון
 בתפקיד הרם, הפרקליט הצבאי הראשי וסגנו.
 רב תודות מקרב לב לכל המברכים, אורחים, רעים וחברים.
 בטוחני כי לא תמה הדרך המשותפת של עשייה במערכות הרחבות של
 שדות המשפט למיניהן.

ערב טוב ותודה לכולכם.

הודאות

(מרצון טוב וחופשי...)
 שניתנו מדצמבר 1986
 ועד דצמבר 1987

- * בשלהי שנת 1986 מונה הפרקליט הצבאי הראשי דאז תא"ל בן-ציון פרחי לנשיא בית הדין הצבאי לערעורים והועלה לדרגת אלוף.
- * לתפקיד ה-פצ"ד מונה אל"מ אמנון סטרשנוב, שהועלה לדרגת תת-אלוף.
- * לתפקיד סגן ה-פצ"ד (במקומו של אל"מ זכריה כספי שפרש מצה"ל) מונה אל"מ אילן שיף.
- * סא"ל לינדה שפיר קודמה לדרגת אל"מ ומונתה לרמ"ח משפטית בנקח"ל (במקומו של אל"מ אהרון לוי שפרש מצה"ל).
- * רע"נ יעוץ וחקיקה סא"ל ברוך אברהמי הועלה לדרגת אל"מ.
- * לדרגת סא"ל הועלו ע' פצ"ד לחקיקה - רס"נ עודד פסנזון; ורס"נ רחל דולב - רע"נ פיקוח משפטי.
- * סא"ל מנחם פינקלשטיין שב מלימודים לתואר שלישי לתפקיד הסניגור הצבאי הראשי; וסא"ל דני ביאר שב מלימודים מארה"ב לתפקיד פרקליט חיל-האוויר; סא"ל זאב ליסון מונה לפרקליט מטכ"ל; סא"ל יהושע הלוי מונה לנשיא ביהמ"ש הצבאי בשכם; סא"ל רוד אופיר מונה לרע"צ ארגון וכח אדם (במקומו של סא"ל בני בליטנטל שפרש מצה"ל); ורס"נ יאיר רבינוביץ מונה לסגן פרקליט מטכ"ל.
- * סרן אילן כץ סיים תפקידו כממונה על התביעה בנפות שומרון וקבל את תפקיד התובע הפיקודי בחוליית מטכ"ל;
- * סרן אורנה דוד מונתה לתובעת הפיקודית בחיל האוויר וסרן דורון זיסו מונה לתובע פיקוד הצפון.
- * סגן ענר בדגר (ק. יעוץ בענף הדין הבינלאומי) וסגן שי יניב (ע' תובע צבאי ראשי) הועלו לדרגת סרן;
- * מאיר קלינגר מונה לממונה על התביעה באזח"ע (הועלה לדרגת סרן);
- * רונן קצף מונה לממונה על התביעה בנפות שומרון (הועלה לדרגת סרן);
- * סגן אריה מוסקונה מונה לתובע פיקוד המרכז וסגן יהודה גרינהויז מונה לסניגור פיקוד הדרום.
- * לתפקיד רל"שית פצ"ד מונתה סג"מ מיכל זוארץ.